법학전문대학원협의회 연구용역 과제 보고서

변호사시험의 자격시험을 위한 민사소송법표준판례연구

〈 표준판례 419선 〉

본 과제는 법학전문대학원협의회에서
변호사시험의 자격시험화를 위한 방안의 일환으로
교육 및 시험용 표준판례 선정작업을 시행하기로 함에 따라
"한국민사소송법학회"에 의뢰하여 25개교 법학전문대학원 교수가
참여하여 개발된 연구결과물입니다.

목 차

제1편 총론 - 민사소송과 신의칙

1. 소송상태의 부당형성
(대법원 2011. 9. 29.자 2011마62 결정) ····· 3
2. 신의성실의 원칙과 부제소 특약 위반
(대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결) ····· 3
3. 금반언의 원칙
(대법원 1995. 1. 24. 선고 93다25875 판결) ····· 4
4. 소권의 실효
(대법원 1996. 7. 30. 선고 94다51840 판결) ····· 4
5. 실효의 원칙
(대법원 1992. 5. 26. 선고 92다3670 판결) ····· 5
6. 소권 남용(1)
(대법원 1997. 12. 23. 선고 96재다226 판결) ····· 5
7. 소권 남용(2)
(대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카113 판결) ····· 6
8. 강제집행절차와 신의칙
(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다7726 판결) ····· 7
9. 신의칙 위반과 직권판단
(대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카17181 판결) ····· 7

제2편 소송의 주체

제1장 법원

10. 외국국가의 사법적(私法的) 행위에 대한 우리나라 법원의 재판권 유무
(대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결) ····· 11
11. 국제재판관할 결정시 판단 기준: 대한민국과 실질적 관련)
(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결) ····· 11
12. 불법행위에 따른 손해발생지와 국제재판관할권
(대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결) ····· 12

13. 법관의 제척사유: 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자
(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다102254 판결) ····· 13
14. 법관의 제척사유: 전심재판 관여의 의미
(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결) ····· 14
15. 법관의 제척사유: 전심재판 관여의 취지 및 대상
(대법원 1988. 5. 10. 선고 87다카1979 판결) ····· 14
16. 법관의 기피: '법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때'의 의미
(대법원 2019. 1. 4.자 2018스563 결정) ····· 15
17. 제척·기피신청 중 소송절차를 정지하지 아니한 흠결
(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다78467,78474 판결) ····· 16
18. 소송목적의 값(소가)의 산정: 중복청구의 흡수
(대법원 1998. 7. 27.자 98마938 결정) ····· 16
19. 특별재판적: 사해행위취소의 소에 있어서 의무이행지의 의미
(대법원 2002. 5. 10.자 2002마1156 결정) ····· 12
20. 관할합의의 주관적 범위
(대법원 1994. 5. 26.자 94마536 결정) ····· 18
21. 관할위반과 당사자의 이송신청권
(대법원 1993. 12. 6.자 93마524 전원합의체 결정) ····· 18
22. 이송결정의 기속력
(대법원 1995. 5. 15.자 94마1059,1060 결정) ····· 19

제2장 당사자

23. 당사자확정방법과 표시정정의 한계
(대법원 1986. 9. 23 선고 85누953 판결) ····· 20
24. 성명모용소송
(대법원 1964. 3. 31. 선고 63다656 판결) ····· 20
25. 비법인사단의 당사자능력
(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다30675 판결) ····· 21
26. 소유권이전등기말소청구소송의 당사자적격
(대법원 1974. 6. 25. 선고 73다211 판결) ····· 21
27. 단체 대표자 지위를 다투는 소송의 피고적격
(대법원 1973. 12. 11. 선고 73다1553 판결) ····· 22
28. 당사자적격: 채권자대위소송과 법정소송담당
(대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2753 판결) ····· 22
29. 당사자적격: 임의적 소송담당의 허용 여부(1)
(대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결) ····· 23
30. 당사자적격: 임의적 소송담당의 허용 여부(2)
(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885,87892 판결) ····· 23

31. 미성년자의 임금청구소송에 관한 소송능력
(대법원 1981. 8. 25. 선고 80다3149 판결) ····· 24
32. 소송무능력자의 소송행위의 추인방법
(대법원 1980. 4. 22. 선고 80다308 판결) ····· 25
33. 법정대리권(대표권)의 소멸통지
(대법원 1998. 2. 19. 선고 95다52710 전원합의체 판결) ····· 25
34. 변호사의 소송대리권의 범위와 위임계약상의 의무
(대법원 1997. 12. 12. 선고 95다20775 판결) ····· 26
35. 소송대리인의 특별수권의 내용과 심급대리의 원칙
(대법원 2000. 1. 31. 자 99마6205 결정) ····· 26
36. 심급대리의 원칙(1)
(대법원 1984. 6. 14.자 84다카744 결정) ····· 27
37. 심급대리의 원칙(2)
(대법원 1996. 4. 4.자 96마148 결정) ····· 27
38. 당사자의 사망과 소송대리권 불소멸 등
(대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결) ····· 28
39. 무권대리인의 소송행위 추인
(대법원 1974. 6. 25. 선고 73다211 판결) ····· 29
40. 표현대리
(대법원 1983. 2. 8. 선고 81다카621 판결) ····· 29
41. 무권대리와 추인
(대법원 2006. 3. 24. 선고 2006다2803 판결) ····· 30
42. 쌍방대리의 금지: 사건의 동일성
(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다41791 판결) ····· 30
43. 쌍방대리의 금지: 위반행위의 효력
(대법원 1995. 7. 28. 선고 94다44903 판결) ····· 31

제3편 제1심의 소송절차

제1장 소송의 개시 - 소 제기와 피고 답변

44. 형성소송 법정주의
(대법원 1993. 9. 14. 선고 92다35462 판결) ····· 35
45. 주주총회결의 부존재확인판결의 본질
(대법원 1992. 9. 22. 선고 91다5365 판결) ····· 35
46. 소송요건의 판단 시기
(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다31661 판결) ····· 36

47. 상고심에서 소송요건의 판단
(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57904 판결) ····· 36
48. 확정판결의 존재에 대한 심사
(대법원 1989. 10. 10. 선고 89누1308 판결) ····· 37
49. 시효중단을 위한 재소의 소의 이익
(대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결) ····· 37
50. 허가조건부 소유권이전등기청구의 소의 이익
(대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결) ····· 39
51. 집행 가능성과 소의 이익
(대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결) ····· 40
52. 부제소합의와 권리보호이익
(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결) ····· 41
53. 장래이행청구
(대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결) ····· 42
54. 선이행 조건의 장래이행청구
(대법원 1981. 9. 22. 선고 80다2270 판결) ····· 42
55. 확인의 소: 사실관계
(대법원 1992. 11. 24. 선고 91다29026 판결) ····· 43
56. 확인의 소: 과거의 법률관계
(대법원 2000. 5. 18. 선고 95재다199 전원합의체 판결) ····· 43
57. 새로운 방식의 확인청구
(대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결) ····· 45
58. 제3자 확인의 소
(대법원 1994. 11. 8. 선고 94다23388 판결) ····· 46
59. 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구
(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다45944 판결) ····· 47
60. 증서진부확인청구
(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다29290,29306 판결) ····· 47
61. 참칭채권자 사이에 제기된 채권확인청구의 권리보호이익
(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카2269 판결) ····· 48
62. 확인청구의 보충성
(대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다60239 판결) ····· 49
63. 반소청구와 확인의 이익
(대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401,17418 판결) ····· 49
64. 형식적 형성의 소의 권리보호이익
(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다41792,41808 판결) ····· 50
65. 형성소송의 권리보호이익
(대법원 1996. 11. 22. 선고 96다37176 판결) ····· 50
66. 불법행위로 인한 손해배상청구와 채무불이행으로 인한 손해배상청구의 소송물
(대법원 1963. 7. 25. 선고 63다241 판결) ····· 51

67. 신체상해와 소송물
(대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결) ····· 51
68. 후유증에 기한 추가적인 손해배상청구와 소송물
(대법원 2007. 4. 13. 선고 2006다78640 판결) ····· 52
69. 건물반환청구소송의 소송물
(대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결) ····· 52
70. 소유권이전등기청구소송의 소송물
(대법원 1997. 4. 25. 선고 96다32133 판결) ····· 53
71. 소유권이전등기의 말소등기청구소송의 소송물
(대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결) ····· 53
72. 근저당권설정등기의 말소등기청구소송의 소송물
(대법원 1986. 9. 23. 선고 85다353 판결) ····· 54
73. 소유권이전등기의 말소등기청구소송과 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송의 소송물
(대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결) ····· 54
74. 소유권확인청구의 소송물
(대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결) ····· 56
75. 이혼소송의 소송물
(대법원 1963. 1. 31. 선고 62다812 판결) ····· 56
76. 주주총회결의취소소송과 소송물
(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결) ····· 57
77. 사해행위취소소송에서 피보전채권과 소송물
(대법원 2003. 5. 27. 선고 2001다13532 판결) ····· 57
78. 사해행위취소소송에서 사해행위에 대한 법률적 평가와 소송물
(대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985,10992 판결) ····· 58
79. 재심소송의 소송물
(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018다300470 판결) ····· 58
80. 채권자대위소송과 중복소송(1)
(대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41187 판결) ····· 59
81. 채권자대위소송과 중복소송(2)
(대법원 1989. 4. 11. 선고 87다카3155 판결) ····· 59
82. 추심의소와 중복소송
(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결) ····· 60
83. 채권자취소소송과 중복소송
(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결) ····· 61
84. 상계항변과 중복소송
(대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결) ····· 62
85. 일부청구와 중복소송
(대법원 1985. 4. 9. 선고 84다552 판결) ····· 62
86. 중복소송의 판단 기준
(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다22246 판결) ····· 63

87. 중복소송의 판단 기준 시점
(대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결) ····· 63
88. 중복소송을 간과한 경우 전후 판결의 효력
(대법원 1997. 1. 24. 선고 96다32706 판결) ····· 64
89. 지급명령과 시효중단
(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다54686 판결) ····· 64
90. 일부청구와 시효중단
(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43695 판결) ····· 65
91. 추심의 소와 시효중단
(대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다212945 판결) ····· 66
92. 응소와 시효중단
(대법원 2010. 8. 26. 선고 2008다42416,42423 판결) ····· 67

제2장 변론(심리)

93. 직접심리주의와 법관의 경질로 인한 증인의 재신문
(대법원 1992. 7. 14. 선고 92누2424 판결) ····· 68
94. 청구의 동일성: 불법행위와 채무불이행
(대법원 1963. 7. 25. 선고 63다241 판결) ····· 68
95. 청구의 동일성: 매매와 양도담보약정
(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결) ····· 69
96. 일부청구와 과실상계
(대법원 1976. 6. 22. 선고 75다819 판결) ····· 69
97. 가분채무의 부존재확인청구와 처분권주의
(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다9422 판결) ····· 70
98. 인도청구에 대한 상환이행판결
(대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1592 판결) ····· 70
99. 등기말소청구에 대한 선이행판결
(대법원 1995. 7. 28. 선고 95다19829 판결) ····· 71
100. 사해행위취소소송에서 청구취지의 해석
(대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결) ····· 71
101. 주요사실과 간접사실
(대법원 1994. 11. 4. 선고 94다37868 판결) ····· 72
102. 주요사실의 묵시적 주장
(대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카15359 판결) ····· 72
103. 주요사실에 대한 간접적 주장
(대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다62254 판결) ····· 73
104. 소멸시효 항변과 시효기간의 주장
(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결) ····· 73

105. 시효기간의 기산일
(대법원 1995. 8. 25. 선고 94다35886 판결) ····· 74
106. 대리권 주장과 변론주의
(대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결) ····· 74
107. 건물매수청구권 행사와 적극적 석명
(대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체 판결) ····· 75
108. 손해액의 석명
(대법원 1997. 12. 26. 선고 97다42892,42908 판결) ····· 75
109. 소의 변경과 석명의무
(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2600 판결) ····· 76
110. 과실상계의 직권참작
(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다30113 판결) ····· 76
111. 변론주의와 직권조사사항
(대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카17181 판결) ····· 77
112. 실기한 공격방어방법의 각하: 판단 기준
(대법원 2017. 5. 17. 선고 2017다1097 판결) ····· 77
113. 실기한 공격방어방법의 각하: 유치권 항변
(대법원 1962. 4. 4. 선고 4294민상1122 판결) ····· 78
114. 실기한 공격방어방법의 각하: 유일한 증거
(대법원 1968. 1. 31. 선고 67다2628 판결) ····· 78
115. 실기한 공격방어방법의 각하: 상계항변
(대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다44387,44394 판결) ····· 79
116. 소송절차에 관한 이의권
(대법원 1972. 5. 9. 선고 72다379 판결) ····· 79
117. 준비서면제출의 효과
(대법원 1983. 12. 27. 선고 80다1302 판결) ····· 80
118. 변론준비기일과 변론기일
(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다69581 판결) ····· 80
119. 주장과 항변
(대법원 1997. 3. 25. 선고 96다42130 판결) ····· 81
120. 소송상 형성권의 행사와 사법상 효과
(대법원 1982. 5. 11. 선고 80다916 판결) ····· 81
121. 소송상 상계항변의 법적 성질
(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결) ····· 82
122. 상계항변과 사법상 효과
(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결) ····· 83
123. 조건부 소취하 합의와 소의 이익
(대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다19571 판결) ····· 83
124. 상소취하 합의의 법적 성질
(대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결) ····· 84

125. 소송행위의 흠과 민법규정의 유추적용 여부
(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다35484 판결) ····· 84
126. 흠 있는 소송행위와 흠의 제거
(대법원 2019. 9. 10. 선고 2019다208953 판결) ····· 85
127. 소송행위에 재심사유에 해당하는 의사표시의 흠이 있는 경우 구제방법
(대법원 1984. 5. 29. 선고 82다카963 판결) ····· 85
128. 소송행위의 해석
(대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결) ····· 86
129. 변론조서의 증명력
(대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다6367 판결) ····· 86
130. 변론재개신청과 변론재개의무
(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결) ····· 87
131. 한쪽 당사자의 불출석과 진술간주
(대법원 2008. 5. 8. 선고 2008다2890 판결) ····· 87
132. 진술간주와 재판상 자백
(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다229870 판결) ····· 88
133. 민사소송법 제268조 제2항 소정의 1월의 기일지정신청기간과 불변기간
(대법원 1992. 4. 21. 선고 92마175 판결) ····· 88
134. 쌍방불출석과 소취하간주
(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다60491 판결) ····· 89
135. 소송행위의 추후보완 사유
(대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카2224 판결) ····· 89
136. 민사소송법 제173조 제1항 소정의 '당사자'의 범위
(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다9622 판결) ····· 90
137. 판결정본송달의 무효와 항소행위 추완
(대법원 1970. 7. 24. 선고 70다1015 판결) ····· 91
138. 항소장 제출의 하자와 추완항소
(대법원 2003. 3. 28 선고 2002다73067,73074 판결) ····· 91
139. 보충송달: 송달장소
(대법원 2001. 8. 31.자 2001마3790 결정) ····· 92
140. 보충송달: 송달수령대행인
(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결) ····· 92
141. 법인에 대한 송달
(대법원 1997. 5. 19.자 97마600 결정) ····· 93
142. 요건불비의 공시송달의 효력
(대법원 1984. 3. 15.자 84마20 전원합의체 결정) ····· 93
143. 당사자의 사망과 상속인의 수계
(대법원 1993. 2. 12 선고 92다29801 판결) ····· 94
144. 소송대리인이 있는 당사자의 사망과 판결의 효력
(대법원 1992. 11. 5.자 91마342 결정) ····· 94

145. 당사자 사망 후 소송대리인이 잘못된 당사자 표시대로 한 상소의 효력
(대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결) ····· 95
146. 당사자의 사망을 간과한 판결의 효력
(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 전원합의체 판결) ····· 97
147. 소송수계신청에 대한 재판
(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006재다171 판결) ····· 97

제3장 증거

148. 위법수집증거의 증거능력
(대법원 1999. 5. 25. 선고 99다1789 판결) ····· 98
149. 경험법칙
(대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결) ····· 98
150. 외국법규
(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결) ····· 99
151. 권리자백: 법정변제충당 순서
(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다6763 판결) ····· 100
152. 권리자백: 이행불능 주장
(대법원 1990. 12. 11. 선고 90다7104 판결) ····· 101
153. 법률용어를 사용한 진술과 자백
(대법원 1984. 5. 29. 선고 84다122 판결) ····· 101
154. 선결적 법률관계에 관한 자백
(대법원 1989. 5. 9. 선고 87다카749 판결) ····· 102
155. 자백과 증명책임
(대법원 1993. 9. 14. 선고 92다24899 판결) ····· 102
156. 선행자백의 성립요건
(대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결) ····· 102
157. 자백의 취소(1)
(대법원 1990. 11. 27. 선고 90다카20548 판결) ····· 103
158. 자백의 취소(2)
(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다13533 판결) ····· 103
159. 청구의 교환적 변경과 자백
(대법원 1997. 4. 22. 선고 95다10204 판결) ····· 104
160. 법원에 현저한 사실(1)
(대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 전원합의체 판결) ····· 105
161. 법원에 현저한 사실(2)
(대법원 2019. 8. 9. 선고 2019다222140 판결) ····· 106
162. 감정 결과의 증명력
(대법원 1999. 4. 9. 선고 98다57198 판결) ····· 106

163. 서증제출방법: 사본에 의한 문서제출의 효과
(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결) ····· 107
164. 사문서의 형식적 증거력: 작성명의인 아닌 자의 날인 사실이 인정될 경우 증명책임의 소재
(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결) ····· 108
165. 사문서의 형식적 증거력: 백지문서 또는 미완성 부분의 보충에 대한 증명책임의 소재
(대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결) ····· 109
166. 처분문서의 실질적 증거력
(대법원 1988. 12. 13. 선고 87다카3147 판결) ····· 110
167. 선서하지 않은 감정인의 감정결과
(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005다77848 판결) ····· 110
168. 문서제출명령: 문서제출의무 있는 문서
(대법원 2017. 12. 28.자 2015무423 결정) ····· 111
169. 문서제출명령: 훼손된 문서의 제출과 법원의 조치
(대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결) ····· 112
170. 당사자신문: 당사자의 불출석 등에 대한 제재
(대법원 1990. 4. 13. 선고 89다카1084 판결) ····· 113
171. 그 밖의 증거: 동영상 파일에 대한 증거조사방법
(대법원 2010. 7. 14.자 2009마2105 결정) ····· 113
172. 변론 전체의 취지와 독립적 증거원인 여부
(대법원 1983. 9. 13. 선고 83다카971 판결) ····· 114
173. 자유심증주의의 정도
(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다6755 판결) ····· 114
174. 증명방해
(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다25971 판결) ····· 115
175. 법률상 추정과 증명책임
(대법원 1998. 8. 21. 선고 98다8974 판결) ····· 115
176. 등기의 추정력: 법률상 추정
(대법원 1992. 10. 27. 선고 92다30047 판결) ····· 116
177. 등기의 추정력: 확정판결에 기한 등기의 추정력
(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다26252 판결) ····· 116
178. 공해소송에서 인과관계에 관한 증명책임의 분배
(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608,84615,84622,84639 판결) ····· 117
179. 의료과오소송에서 증명책임의 완화
(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결) ····· 117
180. 의료과오소송에서 의사의 무과실책임
(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결) ····· 118
181. 확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소와 증명책임
(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다12852 판결) ····· 119

제4편 소송의 종료

제1장 소송종료선언

182. 소송종료선언의 사유: 기일지정신청이 이유 없는 때
(대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다58668 판결) ····· 123

제2장 당사자의 행위에 의한 종료

183. 소취하의 법적 성질
(대법원 1994. 12. 13. 선고 94다15486 판결) ····· 123
184. 소취하 계약의 법적 성질
(대법원 1982. 3. 9. 선고 81다1312 판결) ····· 124
185. 소취하의 임의 철회
(대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결) ····· 124
186. 소취하의 절차: 상대방의 동의
(대법원 1968. 4. 23. 선고 68다217 판결) ····· 125
187. 본소 각하 후의 반소 취하
(대법원 1984. 7. 10. 선고 84다카298 판결) ····· 125
188. 독립당사자참가 소송에서 본소 취하
(대법원 1972. 11. 30.자 72마787 결정) ····· 126
189. 소취하의 하자: 표시주의
(대법원 1983. 4. 12. 선고 80다3251 판결) ····· 126
190. 소취하의 하자: 사기·강박에 의한 소취하의 취소
(대법원 1964. 9. 15. 선고 64다92 판결) ····· 127
191. 재소금지의 요건: 당사자의 동일
(대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64,65 판결) ····· 127
192. 재소금지의 요건: 채권자대위소송
(대법원 1996. 9. 20. 선고 93다20177,20184 판결) ····· 128
193. 재소금지의 요건: 소송물의 동일
(대법원 1991. 1. 15. 선고 90다카25970 판결) ····· 128
194. 재소금지의 요건: 선결문제
(대법원 1989. 10. 10. 선고 88다카18023 판결) ····· 128
195. 재소금지의 요건: 권리보호의 이익
(대법원 1993. 8. 24. 선고 93다22074 판결) ····· 129
196. 재소금지의 요건: 중복소송
(대법원 1967. 7. 18. 선고 67다1042 판결) ····· 130
197. 재소금지의 요건: 소취하 간주
(헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2012헌바180 전원재판부 결정) ····· 130

198. 재소금지의 요건: 항소심에서 소의 교환적 변경
(대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1405 판결) ····· 130
199. 청구의 포기·인낙: 주주총회 결의의 하자를 다투는 소
(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다28047 판결) ····· 131
200. 재판상의 화해: 법적 성질
(대법원 1962. 5. 31. 선고 4293민재6 판결) ····· 131
201. 소송상 화해의 요건: 처분할 수 있는 권리관계
(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다97846 판결) ····· 132
202. 소송상 화해의 요건: 내용상의 적법성
(대법원 1975. 11. 11. 선고 74다634 판결) ····· 132
203. 실효조건부 화해
(대법원 1965. 3. 2. 선고 64다1514 판결) ····· 133
204. 화해조서의 효력: 기판력
(대법원 1962. 2. 1. 선고 4294민상914 전원합의체 판결) ····· 133
205. 화해조서의 효력: 형성력
(대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결) ····· 134
206. 화해조서의 효력: 창설적 효력
(대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다42880 판결) ····· 134
207. 화해조서의 효력: 창설적 효력의 범위
(대법원 2013. 2. 28. 선고 2012다98225 판결) ····· 135
208. 화해조서의 효력: 하자 주장 방법
(대법원 1990. 3. 17.자 90그3 결정) ····· 135
209. 화해조서의 효력: 사기나 착오를 이유로 한 하자 주장
(대법원 1979. 5. 15. 선고 78다1094 판결) ····· 136
210. 화해조서의 효력: 선행 화해와 모순되는 화해조서의 효력
(대법원 1994. 7. 29. 선고 92다25137 판결) ····· 136

제3장 종국판결에 의한 종료

211. 결정·명령에 대한 불복 시기
(대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정) ····· 137
212. 항소심 환송판결의 본질
(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다3271 전원합의체 판결) ····· 138
213. 중간판결의 효력
(대법원 2011. 9. 29. 선고 2010다65818 판결) ····· 139
214. 재판 누락: 판결 주문과 이유의 불일치
(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다237339 판결) ····· 139
215. 재판 누락: 재판의 탈루
(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다50274 판결) ····· 140

216. 판결의 경정: 경정의 허용기준 및 명백한 잘못의 판단자료
(대법원 2000. 5. 24.자 98마1839 결정) ····· 140
217. 형식적 확정력: 일부불복의 경우(1)
(대법원 2008. 3. 14. 선고 2006다2940 판결) ····· 141
218. 형식적 확정력: 일부불복의 경우(2)
(대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다62213 판결) ····· 141
219. 기판력의 본질
(대법원 1989. 6. 27. 선고 87다카2478 판결) ····· 142
220. 기판력의 작용: 소송물의 동일
(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다24349 판결) ····· 142
221. 기판력의 작용: 후소의 선결관계(1)
(대법원 1994. 12. 27. 선고 94다4684 판결) ····· 143
222. 기판력의 작용: 후소의 선결관계(2)
(대법원 2000. 1. 21. 선고 99다3501 판결) ····· 144
223. 기판력의 작용: 모순관계(1)
(대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카1958 판결) ····· 144
224. 기판력의 작용: 모순관계(2)
(대법원 1995. 3. 24. 선고 93다52488 판결) ····· 145
225. 소송판결의 기판력
(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다70181 판결) ····· 146
226. 기판력의 시적 범위: 전소 변론종결 전 존재하던 공격방어방법의 주장
(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다49981 판결) ····· 146
227. 기판력의 시적 범위: 표준시 후의 한정승인 또는 상속포기 주장
(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결) ····· 147
228. 기판력의 시적 범위: 표준시 전의 권리관계
(대법원 1976. 12. 14. 선고 76다1488 판결) ····· 148
229. 기판력의 시적 범위: 표준시 후에 발생한 사정변경(1)
(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결) ····· 148
230. 기판력의 시적 범위: 표준시 후에 발생한 사정변경(2)
(대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결) ····· 149
231. 기판력의 시적 범위: 표준시 후의 상계권 행사
(대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25344 판결) ····· 150
232. 정기금판결에 대한 변경의 소: 현저한 사정변경
(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결) ····· 151
233. 정기금판결에 대한 변경의 소: 원고 적격
(대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결) ····· 151
234. 기판력의 객관적 범위: 원칙
(대법원 2000. 2. 25. 선고 99다55472 판결) ····· 152
235. 기판력의 객관적 범위: 청구취지가 다른 경우
(대법원 1995. 4. 25. 선고 94다17956 전원합의체 판결) ····· 152

236. 기판력의 객관적 범위: 청구원인을 이루는 실체법상의 권리가 다른 경우
(대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결) ····· 153
237. 기판력의 객관적 범위: 일부청구
(대법원 1993. 6. 25. 선고 92다33008 판결) ····· 154
238. 기판력의 객관적 범위: 상계항변
(대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결) ····· 155
239. 상계항변의 배척과 기판력
(대법원 1975. 10. 21. 선고 75다48 판결) ····· 156
240. 기판력의 주관적 범위: 비법인 사단
(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결) ····· 156
241. 기판력의 주관적 범위: 법인격 남용
(대법원 1995. 5. 12. 선고 93다44531 판결) ····· 157
242. 기판력의 주관적 범위: 승계집행문
(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다43851 판결) ····· 157
243. 기판력의 주관적 범위: 물권적 청구권과 채권적 청구권의 승계인
(대법원 1991. 1. 15. 선고 90다9964 판결) ····· 158
244. 기판력의 주관적 범위: 부동산인도청구 패소 후 소유권을 취득한 제3자
(대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결) ····· 159
245. 기판력의 주관적 범위: 추정승계인
(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다34667,34674 판결) ····· 159
246. 기판력의 주관적 범위: 청구의 목적물 소지자
(대법원 2001. 4. 27. 선고 2001다13983 판결) ····· 160
247. 기판력의 주관적 범위: 제3자에 대한 확장
(대법원 1988. 4. 25. 선고 87누399 판결) ····· 160
248. 채권자대위소송의 확정판결과 채무자
(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결) ····· 161
249. 채권자대위소송의 소각하 확정판결과 피보전채권
(대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결) ····· 161
250. 제3채무자를 상대로 한 채무자의 전소 확정판결의 효력이 채권자대위소송에 미치는 영향
(대법원 1993. 3. 26. 선고 92다32876 판결) ····· 162
251. 채권자대위소송의 확정판결이 다른 채권자의 채권자대위소송에 미치는 영향
(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결) ····· 163
252. 확정판결의 증명효: 관련 민사사건에서 인정된 사실
(대법원 1995. 6. 29. 선고 94다47292 판결) ····· 163
253. 기판력과 집행력의 범위
(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다231031 판결) ····· 164
254. 채권자대위소송에서 확정판결의 기판력과 집행력의 범위
(대법원 1979. 8. 10.자 79마232 결정) ····· 164
255. 판결의 무효: 상소의 가부
(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다33775 판결) ····· 165

256. 판결의 편취: 허위주소로의 송달
(대법원 1978. 5. 9. 선고 75다634 전원합의체 판결) ····· 165
257. 판결의 편취: 공시송달
(대법원 1985. 7. 9. 선고 85므12 판결) ····· 166
258. 편취판결에 대한 구제: 청구이의 가부
(대법원 2001. 11. 13. 선고 99다32899 판결) ····· 166
259. 편취판결의 집행: 손해배상청구의 가부
(대법원 1995. 12. 5. 선고 95다21808 판결) ····· 167
260. 편취판결의 집행: 부당이득반환청구의 가부
(대법원 1995. 6. 29. 선고 94다41430 판결) ····· 168
261. 편취판결에 대한 구제: 등기말소청구의 가부
(대법원 1981. 3. 24. 선고 80다2220 판결) ····· 168

제5편 병합소송

제1장 병합청구소송(청구의 복수)

262. 현재 이행의 소와 장래 이행의 소의 병합
(대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666,30673 판결) ····· 173
263. 양립할 수 없는 청구와 선택적 병합
(대법원 1982. 7. 13. 선고 81다카1120 판결) ····· 173
264. 병합청구의 형태에 관한 판단 기준
(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결) ····· 174
265. 선택적 병합과 일부 판결
(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다99 판결) ····· 174
266. 선택적 병합과 항소심 판결
(대법원 1992. 9. 14. 선고 92다7023 판결) ····· 175
267. 항소심에서의 선택적 병합
(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6669 판결) ····· 175
268. 청구병합의 형태와 청구원인 변경
(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다354 판결) ····· 176
269. 단순병합과 항소심의 심판범위
(대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결) ····· 177
270. 단순병합과 일부 판결
(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결) ····· 177
271. 양립할 수 있는 청구의 병합
(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결) ····· 178

272. 예비적 병합과 인낙
(대법원 1995. 7. 25. 선고 94다62017 판결) ····· 178
273. 예비적 병합과 상소
(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결) ····· 179
274. 항소심에서 청구취지의 확장
(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다18376 판결) ····· 180
275. 항소심에서의 교환적 변경과 항소 취하
(대법원 1995. 1. 24. 선고 93다25875 판결) ····· 180
276. 교환적 변경의 법적 성질
(대법원 1980. 11. 11. 선고 80다1182 판결) ····· 181
277. 제3자 반소
(대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다235042,235059,235066 판결) ····· 181
278. 예비적 반소
(대법원 2006. 6. 29. 선고 2006다19061,19078 판결) ····· 182

제2장 다수당사자소송(당사자의 복수)

279. 공동소송인 독립의 원칙
(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결) ····· 182
280. 통상공동소송과 주장공통의 원칙
(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47196 판결) ····· 183
281. 고유필수적 공동소송과 공동소송인 독립의 원칙
(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011다1323 판결) ····· 183
282. 수인의 매매예약완결권 행사와 소의 형태
(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 전원합의체 판결) ····· 184
283. 동업체와 소의 형태
(대법원 1994. 10. 25. 선고 93다54064 판결) ····· 185
284. 공동명의 예금반환청구의 소의 형태
(대법원 2008. 10. 9. 선고 2005다72430 판결) ····· 185
285. 총유재산 관련 소의 형태
(대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결) ····· 186
286. 공유관계와 공동소송
(대법원 1994. 12. 27. 선고 93다32880,32897 판결) ····· 186
287. 공유물분할청구의 소의 형태
(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다44615,44622 판결) ····· 187
288. 공동상속인들 사이의 상속재산확인의 소의 형태
(대법원 2007. 8. 24. 선고 2006다40980 판결) ····· 187
289. 수인의 채권자대위소송과 공동소송
(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다23486 판결) ····· 188

290. 예비적 · 선택적 공동소송: 법률상 양립 불가능
(대법원 2011. 9. 29. 선고 2009다7076 판결) ····· 188
291. 예비적 · 선택적 공동소송: 소송법상 양립불가능
(대법원 2007. 6. 26.자 2007마515 결정) ····· 189
292. 예비적 · 선택적 공동소송: 부진정연대채무자를 공동피고로 한 소송의 형태
(대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결) ····· 190
293. 예비적 · 선택적 공동소송: 일부·추가 판결과 상소심의 심판대상
(대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다202763 판결) ····· 190
294. 예비적 · 선택적 공동소송: 주관적•예비적 병합과 객관적•예비적 병합의 결합
(대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다232913 판결) ····· 191
295. 예비적 · 선택적 공동소송: 민사소송법 제70조 제1항 단서의 적용 한계
(대법원 2015. 3. 20. 선고 2014다75202 판결) ····· 192
296. 선정당사자의 선정 요건
(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다362 판결) ····· 192
297. 보조참가: 법률상 이해관계
(대법원 1999. 7. 9. 선고 99다12796 판결) ····· 193
298. 보조참가: 보조참가인의 지위
(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다75641 판결) ····· 194
299. 보조참가: 예비적 보조참가
(대법원 1994. 12. 27. 선고 92다22473,22480 판결) ····· 194
300. 보조참가: 피참가인의 소송행위에 어긋나는 참가인의 소송행위
(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53310 판결) ····· 195
301. 보조참가: 참가적 효력
(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012다78184 판결) ····· 195
302. 공동소송적 보조참가인의 소송상 지위
(대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결) ····· 196
303. 독립당사자참가: 참가요건
(대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다221777,221784 판결) ····· 197
304. 독립당사자참가: 사해방지 참가
(대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548,47555 판결) ····· 197
305. 독립당사자참가: 본소 취하
(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006다62188 판결) ····· 198
306. 독립당사자참가: 필수적 공동소송 규정의 준용
(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다9030,9047 판결) ····· 198
307. 독립당사자참가: 원•피고 사이의 재판상 화해
(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004다25901,25918 판결) ····· 199
308. 독립당사자참가: 변론분리와 일부판결
(대법원 1995. 12. 8. 선고 95다44191 판결) ····· 200
309. 독립당사자참가: 이심의 효력과 항소심의 심판범위
(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312,71329,71336,71343 판결) ····· 200

310. 독립당사자참가: 참가인의 항소와 항소심의 재판
(대법원 2007. 12. 14. 선고 2007다37776,37783 판결) ····· 201
311. 독립당사자참가: 불이익변경금지의 원칙
(대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573,86580 판결) ····· 201
312. 공동소송참가: 회사의 주주대표소송 참가
(대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결) ····· 202
313. 공동소송참가: 다른 채권자의 채권자대위소송 참가
(대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301,30325 판결) ····· 202
314. 추가적 당사자변경
(대법원 1998. 1. 23. 선고 96다41496 판결) ····· 203
315. 참가승계: 승계적격
(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다67105,67112 판결) ····· 204
316. 참가승계: 부적법한 참가신청과 소송탈퇴
(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다85789 판결) ····· 204
317. 참가승계: 소송탈퇴하지 않은 기존 당사자의 지위
(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결) ····· 205
318. 인수승계
(대법원 2005. 10. 27. 선고 2003다66691 판결) ····· 205

제6편 상소심절차

제1장 총설

319. 항소권 포기와 제1심판결 확정 시기
(대법원 2006. 5. 2.자 2005마933 결정) ····· 209
320. 불항소합의의 효력과 항소권 포기약정 해제의 효력
(대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2728 판결) ····· 209
321. 불상소합의의 방식과 해석
(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52317,52324 판결) ····· 210
322. 상소이익의 판단기준: 형식적 불복설 - 묵시적 일부청구의 전부 승소와 항소의 이익
(대법원 1997. 10. 24. 선고 96다12276 판결) ····· 211
323. 불법행위로 인한 손해배상청구와 항소심에서의 청구취지 확장
(대법원 1994. 6. 28. 선고 94다3063 판결) ····· 211
324. 상계항변에 대한 판단과 상소의 이익
(대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338,46345 판결) ····· 212
325. 판결이유와 상소의 이익
(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결) ····· 213

326. 항소나 부대항소를 하지 않은 피고의 제1심판결의 원고 승소 부분에 관한 상고 제기
(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다45037 판결) ····· 214
327. 제1심판결에 대한 일부 불복과 항소심심판의 대상, 제1심판결 중 불복하지 아니한 부분의 확정 시기
(대법원 2001. 4. 27. 선고 99다30312 판결) ····· 214

제2장 항소

328. 항소심의 구조: 속심제
(대법원 1996. 4. 9. 선고 95다14572 판결) ····· 215
329. 항소기간 경과 후 항소취하와 제1심판결의 확정 시기
(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다233931 판결) ····· 216
330. 일부 청구에 대한 불복신청 철회의 효과
(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결) ····· 216
331. 부대항소와 환송 후 항소취하
(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다51543 판결) ····· 217
332. 항소심 이심의 범위와 심판의 대상
(대법원 1994. 12. 23. 선고 94다44644 판결) ····· 217
333. 이익변경금지의 원칙
(대법원 1980. 7. 8. 선고 80다1192 판결) ····· 218
334. 불이익변경금지의 원칙
(대법원 1983. 12. 27. 선고 83다카1503 판결) ····· 218
335. 부대항소와 불이익변경금지의 원칙
(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다68914 판결) ····· 219
336. 소 각하한 항소심판결과 불이익변경금지의 원칙
(대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401,17418 판결) ····· 219
337. 불이익변경금지의 원칙과 직권조사사항
(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다14817 판결) ····· 220
338. 항소심 법원의 필수적 환송
(대법원 2013. 8. 23. 선고 2013다28971 판결) ····· 220

제3장 상고

339. 법률심으로서 상고심에서의 주장과 증명 범위
(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004두10227 판결) ····· 221
340. 일반적 상고이유로서 사실문제와 법률문제의 구별
(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다69940 판결) ····· 222
341. 절대적 상고이유 중 이유기재의 누락
(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다38624 판결) ····· 223
342. 재심사유와 상고이유의 관계
(대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결) ····· 223

343. 상고이유서 제출기간 도과와 재심사유 여부
(대법원 1998. 12. 11. 선고 97재다445 판결) ····· 224
344. 상고심의 심리범위
(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다31706 판결) ····· 225
345. 환송 후 소송절차
(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다11376,11383 판결) ····· 226
346. 환송판결의 기속력: 적용대상
(대법원 2001. 3. 15. 선고 98두15597 전원합의체 판결) ····· 226
347. 환송판결의 기속력: 적용범위
(대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다87757 판결) ····· 227
348. 환송판결의 기속력: 상고법원이 파기이유로 한 법률상 판단
(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다106136 판결) ····· 228

제4장 항고

349. 재항고의 의미
(대법원 2004. 4. 28.자 2004스19 결정) ····· 229
350. 즉시항고와 재항고의 관계
(대법원 2007. 7. 2.자 2006마409 결정) ····· 229
351. 재항고장의 원심법원 제출주의
(대법원 1984. 4. 28.자 84마251 결정) ····· 230
352. 특별항고사유
(대법원 2008. 1. 24.자 2007그18 결정) ····· 230
353. 특별항고에서 '재도(再度)의 고안(考案)'
(대법원 2001. 2. 28.자 2001그4 결정) ····· 231

제7편 재심절차

354. 재심당사자
(대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다75239 판결) ····· 235
355. 재심의 대상 적격: 확정된 재심판결
(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다17124 판결) ····· 235
356. 재심의 대상 적격: 대법원의 환송판결
(대법원 1995. 2. 14. 선고 93재다27,34 전원합의체 판결) ····· 236
357. 재심기간
(대법원 1996. 5. 31. 선고 95다33993 판결) ····· 238
358. 재심의 소의 보충성
(대법원 1991. 11. 12. 선고 91다29057 판결) ····· 238

359. 재심사유: 적법 요건
(대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카29658 판결) ····· 239
360. 재심사유: 참칭대표자
(대법원 1999. 2. 26. 선고 98다47290 판결) ····· 240
361. 재심사유: 형사상 처벌받을 타인의 행위로 인한 상소 취하
(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86112 판결) ····· 240
362. 재심사유: 판결법원 구성의 위법
(대법원 2011. 7. 21. 선고 2011재다199 전원합의체 판결) ····· 241
363. 재심절차
(대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결) ····· 242
364. 재심의 소에서 신청구의 병합
(대법원 1971. 3. 31. 선고 71다8 판결) ····· 243
365. 준재심: 조정을 갈음하는 결정조서
(대법원 2005. 6. 24. 선고 2003다55936 판결) ····· 244
366. 준재심: 제소전 화해조서
(대법원 1998. 10. 9. 선고 96다44051 판결) ····· 244

제8편 간이소송절차

367. 소액사건의 상고이유
(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다1878 판결) ····· 249
368. 확정된 이행권고결정의 효력
(대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결) ····· 249
369. 확정된 지급명령의 효력
(대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결) ····· 250

제9편 민사집행

제1장 보전처분

370. 가압류: 가압류등기 후 마쳐진 근저당권설정등기의 효력
(대법원 1994. 11. 29.자 94마417 결정) ····· 255
371. 가압류: 채권가압류 후 채무자의 제3채무자에 대한 이행의 소
(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결) ····· 255
372. 가압류: 소유권이전등기청구권가압류 후 채무자의 제3채무자에 대한 이행의 소
(대법원 1992. 11. 10. 선고 92다4680 전원합의체 판결) ····· 256

373. 가압류: 소유권이전등기청구권가압류 후 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 제3채무자의 응소의무
(대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22963 판결) ····· 257
374. 가압류: 채권가압류의 효력
(대법원 2001. 6. 1. 선고 98다17930 판결) ····· 258
375. 가압류: 가압류와 본압류의 관계
(대법원 2002. 3. 15.자 2001마6620 결정) ····· 259
376. 가압류: 가압류와 사해행위취소
(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다37474 판결) ····· 259
377. 가압류: 주택임대차보호법상 임대차보증금반환채권가압류와 주택 양도
(대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 전원합의체 판결) ····· 260
378. 가압류: 시효중단(1)
(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다35451 판결) ····· 261
379. 가압류: 시효중단(2)
(대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다18622,18639 판결) ····· 262
380. 가처분: 채권자대위권에 의한 처분금지가처분의 효력(1)
(대법원 1996. 4. 12 선고 95다54167 판결) ····· 263
381. 가처분: 채권자대위권에 의한 처분금지가처분의 효력(2)
(대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결) ····· 263
382. 가처분: 채권자대위권에 의한 처분금지가처분의 효력(3)
(대법원 1994. 3. 8. 선고 93다42665 판결) ····· 264
383. 가처분: 점유이전금지가처분의 효력(1)
(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다59118 판결) ····· 265
384. 가처분: 점유이전금지가처분의 효력(2)
(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결) ····· 265

제2장 부동산집행

385. 압류: 시효중단
(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다22840 판결) ····· 266
386. 강제집행과 공신력
(대법원 1991. 2. 8. 선고 90다16177 판결) ····· 267
387. 근저당권의 피담보채권 확정(1)
(대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카545 판결) ····· 267
388. 근저당권의 피담보채권 확정(2)
(대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결) ····· 268
389. 근저당권의 피담보채권 확정(3)
(대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다38300 판결) ····· 268
390. 공동저당권: 동시배당
(대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다41475 판결) ····· 269

391. 공동저당권: 이시배당의 경우 후순위 저당권자의 대위(1)
(대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정) ····· 269
392. 공동저당권: 이시배당의 경우 후순위 저당권자의 대위(2)
(대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결) ····· 270
393. 공동근저당권
(대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결) ····· 271
394. 저당토지상 건물의 일괄경매청구
(대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다3850 판결) ····· 273
395. 전세권저당권의 집행방법
(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결) ····· 273
396. 체납처분압류와 민사유치권
(대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결) ····· 274
397. 근저당권 설정과 민사유치권
(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결) ····· 275
398. 근저당권 설정과 상사유치권
(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결) ····· 276
399. 유치권 경매와 소멸주의
(대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정) ····· 276

제3장 채권집행

400. 압류: 시효중단
(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003다16238 판결) ····· 277
401. 무권대리인의 촉탁에 의해 작성된 공정증서의 효력
(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다22837 판결) ····· 278
402. 채권압류명령(1)
(대법원 2000. 10. 2.자 2000마5221 결정) ····· 279
403. 채권압류명령(2)
(대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다29456 판결) ····· 279
404. 채권압류명령(3)
(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결) ····· 280
405. 채권압류명령(4)
(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다52547 판결) ····· 281
406. 전부명령: 양도금지특약부 채권에 대한 전부명령
(대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다71699 판결) ····· 281
407. 전부명령: 피대위채권에 대한 전부명령
(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결) ····· 282
408. 전부명령: 압류의 경합(1)
(대법원 1995. 9. 26. 선고 95다4681 판결) ····· 283

409. 전부명령: 압류의 경합(2)
(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다68839 판결) ····· 283
410. 전부명령: 압류의 경합(3)
(대법원 1995. 4. 7. 선고 94다59868 판결) ····· 284
411. 전부명령: 집행채권이 소멸하거나 소멸할 가능성이 있는 경우
(대법원 1976. 5. 25. 선고 76다626 판결) ····· 285
412. 전부명령: 집행증서의 기초가 된 법률행위에 무효사유가 있는 경우
(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다70024 판결) ····· 285
413. 전부명령: 피전부채권의 부존재
(대법원 2004. 1. 5.자 2003마1667 결정) ····· 286
414. 추심명령: 추심의 소의 원고적격(1)
(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결) ····· 286
415. 추심명령: 추심의 소의 원고적격(2)
(대법원 2013. 10. 31. 선고 2011다98426 판결) ····· 287
416. 추심명령: 추심의 소에서 집행채권 부존재 및 소멸 주장
(대법원 1996. 9. 24. 선고 96다13781 판결) ····· 288
417. 추심명령: 압류 경합 시 제3채무자 변제의 효력
(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결) ····· 288
418. 추심명령: 압류 경합 시 제3채무자로부터 추심금 수령 후 취해야 할 조치
(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007다62963 판결) ····· 289
419. 추심명령: 피압류채권액에 관한 제3채무자의 지체책임 발생시기
(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다47117 판결) ····· 289

제1편

총론-
민사소송과 신의칙



제 1 편 총론-민사소송과 신의칙

1. 소송상태의 부당형성

(대법원 2011. 9. 29.자 2011마62 결정)

〈쟁점〉

관할만을 발생시킬 목적으로 본래 제소할 의사가 없는 청구를 병합한 것이 관할선택권의 남용으로 신의칙에 위배되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송의 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 하고(민사소송법 제1조 제1항), 민사소송의 일방 당사자가 다른 청구에 관하여 관할만을 발생시킬 목적으로 본래 제소할 의사가 없는 청구를 병합한 것이 명백한 경우에는 관할선택권의 남용으로서 신의칙에 위배되어 허용될 수 없으므로, 그와 같은 경우에는 관련재판적에 관한 민사소송법 제25조의 규정을 적용할 수 없다.

〈판례선정이유〉

관할선택권의 남용이 민사소송절차에 적용되는 신의칙에 반함을 분명히 한 결정

2. 신의성실의 원칙과 부제소 특약 위반

(대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결)

〈쟁점〉

부제소 특약을 위반한 소 제기의 허용 여부

〈판결요지〉

특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의한 경우 이에 위반하여 제기한 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 신의성실의 원칙은 계약법뿐 아니라 모든 법률관계를 규제, 지배하는 법의 일반원칙으로서 민사소송에서도 당연히 요청된다(민사소송법 제1조는 이를 명백히 규정하고 있다).

특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의한 경우 이에 위반하여 제기한 소는 권리보호의 이익이 없다.

〈판례선정이유〉

부제소 특약을 위반하여 소를 제기한 것은 신의칙에 반하는 것으로 권리보호이익이 인정되지 않음을 분명히 한 판결

3. 금반언의 원칙

(대법원 1995. 1. 24. 선고 93다25875 판결)

〈쟁점〉

항소심이 추완항소를 받아들여 심리결과 본안판단에서 그 항소가 이유 없다고 기각하자, 추완항소를 신청했던 당사자 자신이 상고이유에서 그 부적법을 스스로 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없는지 여부

〈판결요지〉

민사소송의 당사자 및 관계인은 소송절차가 공정 신속하고, 경제적으로 진행되도록 신의에 좇아 성실하게 소송절차에 협력해야 할 의무가 있으므로, 당사자 일방이 과거에 일정 방향의 태도를 취하여 상대방이 이를 신뢰하고 자기의 소송상의 지위를 구축하였는데, 그 신뢰를 저버리고 종전의 태도와 지극히 모순되는 소송행위를 하는 것은 신의칙상 허용되지 않고, 따라서 원심에서 피고의 추완항소를 받아들여 심리결과 본안판단에서 피고의 항소가 이유 없다고 기각하자 추완항소를 신청했던 피고 자신이 이제 상고이유에서 그 부적법을 스스로 주장하는 것은 허용될 수 없다.

〈판례선정이유〉

선행행위와 모순되는 당사자 거동이 신의칙 위반으로 배척될 수 있음을 분명히 한 판결

4. 소권의 실효

(대법원 1996. 7. 30. 선고 94다51840 판결)

〈쟁점〉

소송법상의 권리인 항소권에도 실효의 원칙이 적용될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

실효의 원칙이라 함은 권리자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니함에 따라 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 경우에 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 아니한다는 것을 의미하고, 항소권과 같은 소송법상의 권리에 대하여도 이러한 원칙은 적용될 수 있다.

〈판례선정이유〉

신의칙에 기반한 실효의 원칙이 소송법상의 권리에도 적용될 수 있음을 분명히 한 판결

5. 실효의 원칙

(대법원 1992. 5. 26. 선고 92다3670 판결)

〈쟁점〉

면직 후 퇴직금까지 수령한 후 9년이 지나 면직처분무효확인의 소를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

[2] 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자 측과 상대방 측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재한 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다.

[3] 근로자들이 면직된 후 바로 퇴직금을 청구하여 수령하였으며 그로부터 9년이 지난 후 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 소정의 보상금까지 수령하였다면 면직일로부터 10년이 다되어 사용자로서도 위 면직처분이 유효한 것으로 믿고 이를 전제로 그 사이에 새로운 인사체제를 구축하여 조직을 관리·경영하여 오고 있는 마당에 새삼스럽게 면직처분무효확인의 소를 제기함은 신의성실의 원칙에 반하거나 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다.

〈판례선정이유〉

실효의 원칙이 적용되기 위한 요건과 판단 기준을 구체적으로 밝힌 판결

6. 소권 남용(1)

(대법원 1997. 12. 23. 선고 96재다226 판결)

〈쟁점〉

법원에서 수회에 걸쳐 같은 이유 등으로 재심청구를 패소당하여 확정되었음에도 이미 배척되어

법률상 받아들여질 수 없음이 명백한 이유를 들어 같은 내용의 재심청구를 거듭하는 경우 소권 남용에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

재판청구권의 행사도 상대방의 보호 및 사법 기능의 확보를 위하여 신의성실의 원칙에 의하여 규제된다고 볼 것이므로, 최종심인 대법원에서 수회에 걸쳐 같은 이유를 들어 재심청구를 기각하였음에도 이미 배척된 이유를 들어 최종 재심판결에 대하여 다시 재심청구를 거듭하는 것은 법률상 이유 없는 청구로 받아들일 수 없음이 명백한데도 계속 소송을 제기함으로써 상대방을 괴롭히는 결과가 되고, 나아가 사법 인력의 불필요한 소모와 사법 기능의 혼란과 마비를 조성하는 것으로서 소권을 남용하는 것에 해당되어 허용될 수 없다.

〈판례선정이유〉

상대방을 괴롭히고 사법기능의 마비를 초래하는 제소가 소권 남용이 됨을 구체적으로 밝힌 판결

7. 소권 남용(2)

(대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카113 판결)

〈쟁점〉

공동소송참가가 소권 남용에 해당할 수 있는 경우

〈판결요지〉

A주식회사의 대주주이며 대표이사로서 위 회사를 사실상 지배하던 갑의 처인 을, 처남인 병 등이 갑을 위하여 회사경영에 참여해 오다가 갑이 정에게 대가를 받고 회사의 소유와 경영을 넘겨주면서 앞으로 어떠한 권리주장이나 청구도 하지 않기로 확약하였고 그에 따라 을, 병 역시 회사경영에서 완전히 손을 떼었음에도 불구하고 그로부터 3년 정도나 경과한 뒤에 갑이 정과의 합의를 무시하고 다시 회사의 경영권을 되찾아 보려고 나서자 을, 병 역시 갑의 의도에 부응하여 갑이 제기한 주주총회결의부존재확인소송에 공동소송참가를 하였다면 이는 신의성실의 원칙에 반하는 제소로서 소권의 남용에 해당한다.

〈판례선정이유〉

부제소 특약으로 인하여 제소가 부적법한 경우 이를 적법하게 만들기 위해 공동소송참가의 방식을 이용하는 것은 소권 남용임을 분명히 한 판결

8. 강제집행절차와 신의칙

(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다7726 판결)

〈쟁점〉

무효인 공정증서에 집행채무자로 표시된 자가 공정증서를 집행권원으로 한 경매절차 동안 이를 방치하고 변제를 주장하여 매각허가결정에 대한 항고절차를 취하고 매각대금까지 배당받은 후, 경락인에 대하여 공정증서의 무효를 이유로 강제경매의 무효를 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

무효인 공정증서상에 집행채무자로 표시된 자가 그 공정증서를 집행권원으로 한 경매절차가 진행되고 있는 동안에 공정증서의 무효를 주장하여 경매절차를 저지할 수 있었음에도 불구하고 그러한 주장을 일체 하지 않고 이를 방치하였을 뿐 아니라, 오히려 공정증서가 유효임을 전제로 변제를 주장하여 매각허가결정에 대한 항고절차를 취하였고 매각허가결정 확정 후에 매각대금까지 배당받았다면, 특별한 사정이 없는 한 집행채무자로 표시된 자는 경락인에 대하여 그 공정증서가 유효하다는 신뢰를 부여한 것으로서 객관적으로 보아 경락인으로서는 이와 같은 신뢰를 갖는 것이 상당하다고 할 것이므로, 그 후 집행채무자로 표시된 자가 경락인에 대하여 공정증서의 무효임을 이유로 이에 기하여 이루어진 강제경매도 무효라고 주장하는 것은 금반언 및 신의칙에 위반되는 것이라고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

강제집행절차에도 신의칙이 적용됨을 분명히 한 판결

9. 신의칙 위반과 직권판단

(대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카17181 판결)

〈쟁점〉

신의칙 위반과 권리남용이 직권판단사항인지 여부

〈판결요지〉

신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다.

〈판례선정이유〉

신의칙 위반 여부는 당사자의 주장 없이도 법원이 직권으로 판단할 수 있음을 분명히 한 판결

제2편 소송의 주체



제 1 장 법원
제 2 장 당사자

제 2 편 소송의 주체

제 1 장 법원

10. 외국국가의 사법적(私法的) 행위에 대한 우리나라 법원의 재판권 유무

(대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

외국국가의 사법적(私法的) 행위에 대하여 우리나라 법원의 재판권이 미치는지 여부

〈판결요지〉

[1] 국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다.

[2] 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적(私法的) 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다.

〈판례선정이유〉

국제법이나 국제관례에 따라 외국 국가의 주권적 행위에 대한 재판권은 면제함이 원칙이나, 외국의 사법적(私法的) 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 밝힘으로써 기존 판례의 입장이던 절대적 면제론에서 '상대적 면제론'으로 견해를 변경한 대법원 전원합의체 판결

11. 국제재판관할 결정시 판단 기준: 대한민국과 실질적 관련성

(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결)

〈쟁점〉

분쟁이 된 사안과 대한민국 사이에 대한민국 법원이 재판권을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 실질적 관련성이 있는 경우, 대한민국 법원에 국제재판관할권을 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 국제재판관할을 결정함에 있어서는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라야 할 것이고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 할 것이며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자와의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 할 것이다.

[2] 대한민국 내에 주소를 두고 영업을 영위하는 자가 미국의 도메인 이름 등록기관에 등록·보유하고 있는 도메인 이름에 대한 미국의 국가중재위원회의 이전 판정에 불복하여 제기한 소송에 관하여 분쟁의 내용이 대한민국과 실질적 관련성이 있다는 이유로 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정한 사례

〈판례선정이유〉

국제사법 제2조의 규정을 최초로 반영하여 '법정지와 당사자와의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성'을 국제재판관할권 유무의 판단기준으로 제시한 판결

12. 불법행위에 따른 손해발생지와 국제재판관할권

(대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결)

〈쟁점〉

분쟁이 된 사안의 손해발생지 겸 당사자의 생활근거지에 국제재판관할권의 실질적 관련성이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 국제재판관할은 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라 결정하여야 한다. 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 하고, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 것인지는 개별 사건에서 법정지와 당사자 사이의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안 사이의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다. 특히 물품을 제조·판매하는 제조업자에 대한 제조물책임소송에서 손해발생지 법원에 국제재판관할권이 있는지를 판단하는 경우에는 제조업자가 손해발생지에서 사고가 발생하여 그 지역의 법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 제조업자와 손해발생지 사이에 실질적 관련성이 있는지를 고려하여야 한다.

[2] 구 섭외사법(2001. 4. 7. 법률 제6465호 국제사법으로 전부 개정되기 전의 것) 제13조 제1항에 의하면, 외국적 요소가 있는 섭외사건에서 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인이 된 사실이 발생한 곳의 법에 의하여 판단하여야 하고, 불법행위에서 그 원인이 된 사실이 발생한 곳에는 불법행위를 한 행동지 뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함된다.

[3] 갑 등 베트남전 참전군인들이 을 외국법인 등에 의해 제조되어 베트남전에서 살포된 고엽제 때문에 염소성여드름 등 각종 질병이 발생하였다며 을 법인 등을 상대로 제조물책임 등에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 고엽제에 함유된 유해물질인 TCDD에 대한 개개인의 신체적 감수성이 염소성 여드름 발현 여부와 형태에 미치는 영향, TCDD에 노출된 후 염소성 여드름이 발병하는 기간 등 제반 사정을 종합하여, 참전군인들 중 일부가 고엽제에 함유된 TCDD에 노출되어 특이성 질환인 염소성 여드름이 발생하였을 개연성이 인정된다는 이유로, 그들이 베트남전 동안 복무지역 등에 살포되거나 잔류하는 고엽제의 TCDD에 노출되어 염소성 여드름이 발생하는 손해를 입었다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례

〈판례선정이유〉

제조물책임소송에서 제조업자가 손해발생지에서 사고가 발생하여 그 지역의 법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 제조업자와 손해발생지 사이에 실질적 관련성이 있는지 여부를 국제재판관할권의 인정 기준으로 제시한 판결

13. 법관의 제척사유: 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자

(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다102254 판결)

〈쟁점〉

종중 규약을 개정한 종중 총회 결의에 대한 무효확인을 구하는 소가 제기되었는데 원심 재판부를 구성한 판사 중 1인이 당해 종중의 구성원인 사안에서, 그 판사가 민사소송법 제41조 제1호에 정한 '당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제41조 제1호는 "법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되거나, 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자 또는 상환의무자의 관계에 있는 때"를 제척사유의 하나로 규정하고 있다. 여기서 말하는 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계라 함은 소송의 목적이 된 권리관계에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있어 재판의 공정성을 의심할 만한 사정이 존재하는 지위에 있는 관계를 의미하는 것으로 해석할 것이다.

[2] 종중은 종중 소유 재산의 관리방법과 종중 대표자를 비롯한 임원의 선임, 기타 목적사업의 수행을 위하여 성문의 종중 규약을 제정할 수 있고, 종중에 종중 규약이 존재하는 경우에 종중원의 총유로 귀속되는 종중 소유 재산의 사용수익은 종중 규약에 따르고 그 관리·처분도 종중 규약 내지 종중 규약이 정하는 바에 따라 개최된 종중 총회의 결의에 의하며, 종중 임원의 선임권 등 신분상 권리의무 관계에 대하여도 종중 규약에서 정하는 바에 따르게 된다. 따라서 종중의 종중원들은 종중원의 재산상·신분상 권리의무 관계에 직접적인 영향을 미치는 종중 규약을 개정한 종중 총회 결의의 효력 유무에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있다고 할 것이다.

[3] 피고 종중의 종중원인 A 판사는 이 사건 당사자인 원고들과 마찬가지로 피고 종중 규약의 내용에 따라 피고 종중 소유 재산, 기타 권리의무 관계에 직접적인 영향을 받을 수 있는 지위에

있는데, 원고들은 이 사건 소를 통하여 피고 종중 규약을 개정한 이 사건 결의의 무효를 주장하였고, 원고들 주장의 무효사유 인정 여부에 따라 원고들뿐만 아니라 A 판사의 종중에 대한 법률관계에 적용될 이 사건 결의에 따른 피고 종중 규약의 효력이 부인될 수 있다. 따라서 A 판사는 이 사건 소의 목적이 된 이 사건 결의의 무효 여부에 관하여 원고들과 공통되는 법률상 이해관계를 가진다고 볼 수 있어 민사소송법 제41조 제1호 소정의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자에 해당한다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제41조 제1호에 정한 '당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자'에 해당하는 대표적인 판결

14. 법관의 제척사유: 전심재판 관여의 의미

(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결)

〈쟁점〉

법관이 최종변론 전의 변론이나 증거조사 등과 같은 소송지휘상의 재판에 관여한 것이 제척원인이 되는 전심관여(前審關與)에 해당되는지 여부

〈판결요지〉

법관의 제척원인이 되는 전심관여(前審關與)라 함은 최종변론과 판결의 합의에 관여하거나 종국판결과 더불어 상급심의 판단을 받는 중간적인 재판에 관여함을 말하는 것이고 최종변론 전의 변론이나 증거조사 또는 기일지정과 같은 소송지휘상의 재판 등에 관여한 경우는 포함되지 않는다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제41조 제5호(전심관여)에서 말하는 전심재판 '관여'의 의미를 명확히 밝히면서 최종변론기일이나 판결의 합의가 아닌 변론, 증거조사, 기일지정 등에만 관여하는 경우에는 전심관여에 해당하지 않는다고 한 판결

15. 법관의 제척사유: 전심재판 관여의 취지 및 대상

(대법원 1988. 5. 10. 선고 87다카1979 판결)

〈쟁점〉

재심사건에서 재심의 대상으로 된 원재판이 민사소송법 제41조 제5호의 '전심재판'에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

법관에 대한 제척사유를 규정한 민사소송법 제41조 제5호에서 말하는 "전심재판"이라 함은 그 불복사건의 하급심재판을 가리키는 것으로서 하급심의 재판이 부당하다 하여 불복상소를 하였음에도 불구하고 그 불복을 가리는 상소심재판에 하급심재판 때 관여한 법관이 다시 관여하는 것을 막자는 데에 있으므로 재심사건에서 재심의 대상으로 된 원재판은 위 "전심재판"에 해당하지 아니하는 것이며 그 원재판에 관여한 법관이 다시 재심사건의 재판에 관여하였다 하여 제척사유에 해당한다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

법관의 제척원인 중 민사소송법 제41조 제5호(전심관여)에서 말하는 "전심재판 관여"의 취지 및 대상의 의미를 밝힌 판결

16. 법관의 기피: '법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때'의 의미

(대법원 2019. 1. 4.자 2018스563 결정)

〈쟁점〉

민사소송법 제43조 제1항에서 규정한 '법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때'의 의미 및 이때 실제로 법관에게 편파성이 존재하지 아니하거나 헌법과 법률이 정한 바에 따라 공정한 재판을 할 수 있는 경우에도 기피가 인정될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 헌법은 법관의 자격을 법률로 정하도록 하고 법관의 신분을 보장한다. 또한 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판할 것을 규정함과 동시에 재판의 심리와 판결은 공개하도록 규정하고 있다(헌법 제101조, 제103조, 제106조, 제109조). 이처럼 헌법은 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있고, 모든 법관은 헌법과 법률이 정한 바에 따라 공정하게 심판할 것으로 기대된다. 그러나 개별·구체적 재판의 공정성 및 공정성에 대한 신뢰를 제대로 담보하기 어려운 사정이 있을 수 있다. 이러한 경우 법관과 개별 사건과의 관계로 인하여 발생할 수 있는 재판의 불공정성에 대한 의심을 해소하여 당사자로 하여금 재판이 편파적이지 않고 공정하게 진행되리라는 신뢰를 갖게 함으로써 구체적인 재판의 공정성을 보장할 필요가 있다.

[2] 이를 위하여 민사소송법은 제척 제도 외에도 기피 제도를 마련하여 제43조 제1항에서 "당사자는 법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 기피신청을 할 수 있다"라고 규정하고 있다. 기피 제도의 위와 같은 목적과 관련 규정의 내용에 비추어 보면, '법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때'라 함은 우리 사회의 평균적인 일반인의 관점에서 볼 때, 법관과 사건과의 관계, 즉 법관과 당사자 사이의 특수한 사적 관계 또는 법관과 해당 사건 사이의 특별한 이해관계 등으로 인하여 법관이 불공정한 재판을 할 수 있다는 의심을 할 만한 객관적인 사정이 있고, 그러한 의심이 단순한 주관적 우려나 추측을 넘어 합리적인 것이라고 인정될 만한

때를 말한다. 그러므로 평균적 일반인으로서의 당사자의 관점에서 위와 같은 의심을 가질 만한 객관적인 사정이 있는 때에는 실제로 법관에게 편파성이 존재하지 아니하거나 헌법과 법률이 정한 바에 따라 공정한 재판을 할 수 있는 경우에도 기피가 인정될 수 있다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제43조 제1항에서 정한 '법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때'의 의미를 구체화한 결정

17. 제척·기피신청 중 소송절차를 정지하지 아니한 흠결

(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다78467,78474 판결)

〈쟁점〉

기피신청을 각하하는 결정이 확정되었다는 사정만으로 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차 위반의 흠결이 치유되는지 여부

〈판결요지〉

기피신청에 대한 각하결정 전에 이루어진 변론기일의 진행 및 위 각하결정이 당사자에게 고지되기 전에 이루어진 변론기일의 진행은 모두 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차상 흠결이 있고, 특별한 사정이 없는 이상, 그 후 위 기피신청을 각하하는 결정이 확정되었다는 사정만으로 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차 위반의 흠결이 치유된다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

제척·기피신청이 있음에도 절차를 정지하지 아니한 위법은 이후 제척·기피신청을 배척하는 결정이 확정된다고 할지라도 그 하자가 치유되지 않는다는 입장을 밝힌 판결

18. 소송목적의 값(소가)의 산정: 중복청구의 흡수

(대법원 1998. 7. 27.자 98마938 결정)

〈쟁점〉

원고가 소유권보존등기, 이에 터잡은 근저당권설정등기, 소유권이전등기의 각 등기명의인을 공동피고로 하여 위 각 등기의 말소소송을 제기하여 원고 전부승소판결이 선고된 후, 그 등기명의인들이 상소할 경우 인지첩부액

〈판결요지〉

소유권보존등기가 이루어지고 이에 터잡아 근저당권설정등기가 경료된 후 그 소유등기명의가 전전 이전된 동일 부동산에 대하여 소유권보존등기명의자, 근저당권자 및 전득자 등을 공동피고로 하여 제기된 소유권보존등기, 근저당권설정등기, 소유권이전등기의 각 말소를 구하는 소송에 있어서는 1개의 소로써 주장하는 수 개의 청구의 경제적 이익이 동일하거나 중복되는 때에 해당하므로 중복되는 범위 내에서 흡수되고 그중 가장 다액인 청구의 가액을 소가로 할 것이며, 위 소송에서 원고의 전부승소판결이 선고되어 그 등기명의인들이 전부 불복하여 상소를 제기하는 경우에도 하나의 상소장으로써 공동명의로 상소를 제기한 등기명의인들 사이에는 경제적 이익이 동일하거나 중복되는 때에 해당하므로 중복되는 범위 내에서 흡수된다고 할 것이어서 제1심에서 산정된 소가를 기준으로 하여 항소장 또는 상고장에 인지를 첩부하면 된다고 할 것이나, 다만 그 등기명의인들이 수 개의 항소장 또는 상고장으로 나누어 상소를 제기하는 경우에는 각각 별도로 제1심의 소가를 기준으로 하여 산정한 인지를 항소장 또는 상고장에 첩부하여야 할 것이고, 그 등기명의인들이 당초에는 수 개의 항소장 또는 상고장으로 나누어 상소를 제기하였다가 나중에 공동명의로 하여 하나의 항소장 또는 상고장을 다시 제출하였다고 하더라도 이와 달리 취급할 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

청구의 병합에 있어서 합산원칙의 예외인 '중복청구의 흡수'를 보여준 결정

19. 특별재판적: 사해행위취소의 소에 있어서 의무이행지의 의미

(대법원 2002. 5. 10.자 2002마1156 결정)

〈쟁점〉

채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소에 있어서 의무이행지의 의미

〈판결요지〉

[1] 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이의 관계에서만 생기는 것이므로, 수익자 또는 전득자가 사해행위의 취소로 인한 원상회복 또는 이에 갈음하는 가액배상을 하여야 할 의무를 부담한다고 하더라도 이는 채권자에 대한 관계에서 생기는 법률효과에 불과하고 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 이 경우 채권자의 주된 목적은 사해행위의 취소 그 자체보다는 일탈한 책임재산의 회복에 있는 것이므로, 사해행위취소의 소에 있어서의 의무이행지는 '취소의 대상인 법률행위의 의무이행지'가 아니라 '취소로 인하여 형성되는 법률관계에 있어서의 의무이행지'라고 보아야 한다.

[2] 부동산등기의 신청에 협조할 의무의 이행지는 성질상 등기지의 특별재판적에 관한 민사소송법 제21조에 규정된 '등기할 공공기관 소재지'라고 할 것이므로, 원고가 사해행위취소의 소의 채권자라고 하더라도 사해행위취소에 따른 원상회복으로서의 소유권이전등기 말소등기의무의 이행지는

그 등기관서 소재지라고 볼 것이지, 원고의 주소지를 그 의무이행지로 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

특별재판적의 적용과 관련하여 사해행위취소의 소에서는 취소로 인하여 수익자 또는 전득자가 원상회복의무를 이행하여야 할 곳이 의무이행지가 됨을 명확히 밝힌 결정

20. 관할합의의 주관적 범위

(대법원 1994. 5. 26.자 94마536 결정)

〈쟁점〉

근저당권설정자와 근저당권자 사이의 관할합의의 효력이 근저당권설정자로부터 부동산을 양수한 자에게 미치는지 여부

〈판결요지〉

관할의 합의의 효력은 부동산에 관한 물권의 특정승계인에게는 미치지 않는다고 새겨야 할 것인바, 부동산 양수인이 근저당권 부담부의 소유권을 취득한 특정승계인에 불과하다면(근저당권 부담부의 부동산의 취득자가 그 근저당권의 채무자 또는 근저당권설정자의 지위를 당연히 승계한다고 볼 수는 없다), 근저당권설정자와 근저당권자 사이에 이루어진 관할합의의 효력은 부동산 양수인에게 미치지 않는다.

〈판례선정이유〉

부동산에 관한 물권의 특정승계인에게는 관할합의의 효력이 미치지 않음을 명확히 한 결정

21. 관할위반과 당사자의 이송신청권

(대법원 1993. 12. 6.자 93마524 전원합의체 결정)

〈쟁점〉

[1] 관할위반을 이유로 한 이송신청을 거부하는 재판에 대한 항고의 경우 항고심의 처리

[2] 위 항고심에서 항고를 기각하는 결정을 한 경우 재항고의 적부

〈결정요지〉

[다수의견]

[1] 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없는 것이고, 따라서 법원은 이 이송신청에 대하여는 재판을 할 필요가 없고, 설사 법원이 이 이송신청을 거부하는 재판을 하였다고 하여도 항고가 허용될 수 없으므로 항고심에서는

이를 각하하여야 한다.

[2] 위 항고심에서 항고를 각하하지 아니하고 항고이유의 당부에 관한 판단을 하여 기각하는 결정을 하였다고 하여도 이 항고기각결정은 항고인에게 불이익을 주는 것이 아니므로 이 항고심결정에 대하여 재항고를 할 아무런 이익이 없는 것이어서 이에 대한 재항고는 부적법한 것이다.

[반대의견]

[1] 민사소송법 제34조 제1항은 법원은 소송의 전부 또는 일부가 그 관할에 속하지 아니함을 인정한 때에는 결정으로 관할법원에 이송하도록 규정하고 있는바, 이는 피고의 관할이익을 보호하는 법원의 책무를 규정한 것으로 볼 것이지 이것이 피고의 이송신청권을 부정하는 취지라고 해석할 것이 아니다.

[2] 당사자에게 법률상 관할위반을 이유로 하는 이송신청권이 있고 없고를 떠나서 법원이 일단 이송신청을 기각하는 재판을 하였으면 적어도 그에 대한 불복은 허용되어야 한다.

〈판결선정이유〉

당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없는 것이고, 따라서 법원은 이 이송신청에 대하여 재판할 필요가 없음을 밝힌 대법원 전원합의체 결정

22. 이송결정의 기속력

(대법원 1995. 5. 15.자 94마1059,1060 결정)

〈쟁점〉

전속관할에 위배한 이송결정의 기속력 및 심급관할을 위배한 이송결정의 기속력

〈판결요지〉

[1] 이송결정의 기속력은 당사자에게 이송결정에 대한 불복방법으로 즉시항고가 마련되어 있는 점이나 이송의 반복에 의한 소송지연을 피하여야 할 공익적 요청은 전속관할을 위배하여 이송한 경우라고 하여도 예외일 수 없는 점에 비추어 볼 때, 당사자가 이송결정에 대하여 즉시항고를 하지 아니하여 확정된 이상 원칙적으로 전속관할의 규정을 위배하여 이송한 경우에도 미친다.

[2] 심급관할을 위배하여 이송한 경우에 이송결정의 기속력이 이송받은 상급심 법원에도 미친다고 한다면 당사자의 심급의 이익을 박탈하여 부당할 뿐만 아니라, 이송을 받은 법원이 법률심인 대법원인 경우에는 직권조사 사항을 제외하고는 새로운 소송자료의 수집과 사실확정이 불가능한 관계로 당사자의 사실에 관한 주장, 증명의 기회가 박탈되는 불합리가 생기므로, 심급관할을 위배한 이송결정의 기속력은 이송받은 상급심 법원에는 미치지 않는다고 보아야 하나, 한편 그 기속력이 이송받은 하급심 법원에도 미치지 않는다고 한다면 사건이 하급심과 상급심 법원 간에 반복하여 전전이송되는 불합리한 결과를 초래하게 될 가능성이 있어 이송결정의 기속력을 인정한 취지에 반하는 것일 뿐더러 민사소송의 심급의 구조상 상급심의 이송결정은 특별한 사정이 없는 한 하급심을 구속하게 되는바 이와 같은 법리에도 반하게 되므로, 심급관할을 위배한 이송결정의 기속력은

이송받은 하급심 법원에는 미친다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

전속관할 위반의 이송결정에 대해서도 원칙적으로 기속력이 인정되지만 심급관할 위반의 경우에는 같은 심급 법원과 하급심 법원에만 미치고 상급심 법원에는 미치지 않음을 분명히 한 결정

제 2 장 당사자

23. 당사자확정방법과 표시정정의 한계

(대법원 1986. 9. 23 선고 85누953 판결)

〈쟁점〉

소장에 표시된 원고를 법인 대표자에서 개인으로 정정가능한지 여부

〈판결요지〉

당사자는 소장에 기재한 표시만에 의할 것이고 청구의 내용과 원인사실을 종합하여 확정하여야 하는 것이고 당사자 정정신청을 하는 경우에도 실질적으로 당사자가 변경되는 것은 허용할 수 없는 것이므로, 원고 '주식회사 A백화점 대표자 갑'을 '갑'으로 하는 정정신청은 당사자인 원고를 변경하는 것으로 허용될 수 없다.

〈판례선정이유〉

실질적 표시설의 입장에서 당사자를 확정하여야 하며 당사자의 동일성이 유지되는 범위 내에서 표시정정이 가능함을 밝힌 판결

24. 성명모용소송

(대법원 1964. 3. 31. 선고 63다656 판결)

〈쟁점〉

성명모용소송에서 법원이 성명모용사실을 간과하여 선고한 판결을 받은 피고인 피모용자와 재심사유

〈판결요지〉

피고의 성명모용사실을 간과하고 판결한 경우, (피모용자인) 피고는 상소로 그 취소를 요구할 수 있고 또 판결이 확정된 후에는 재심의 소로 불복을 신청할 수 있다. 이 상소 또는 재심의 사유는 피고가 소송수행상 적법하게 대리되지 아니한 것 다시 말하면 적법하게 소송관여의 기회가 부여되

지 아니한 것이 될 것으로서 재심의 경우에는 민사소송법 제451조 제1항 제3호에 정한 소송대리권의 흠결을 사유로 하여 피고는 재심의 소를 제기할 수 있다.

〈판례선정이유〉

성명모용소송의 당사자는 피모용자이므로 판결의 효력은 피모용자에게 미치며, 피모용자는 상소 또는 재심으로 구제받을 수 있음을 밝힌 판결

25. 비법인사단의 당사자능력

(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다30675 판결)

〈쟁점〉

[1] 민사소송법 제52조의 비법인사단의 의미와 그 당사자능력 유무의 판단 기준시점

[2] 교회가 민사소송법 제52조의 비법인사단으로서 당사자능력이 있기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제52조가 비법인의 당사자능력을 인정하는 것은 법인이 아닌 사단이나 재단이라도 사단 또는 재단으로서의 실체를 갖추고 그 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하는 경우에는, 그로 인하여 발생하는 분쟁은 그 단체의 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하게 하고자 함에 있다 할 것이므로 여기서 말하는 사단이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말한다고 할 것이고, 당사자능력이 있는지 여부는 사실심의 변론종결일을 기준으로 하여 판단되어야 할 성질의 것이다.

[2] 교회가 다수의 교인들에 의하여 조직되고, 일정한 종교활동을 하고 있으며 그 대표자가 정하여져 있다면 민사소송법 제52조 소정의 비법인사단으로서 당사자능력이 있다고 보아야 할 것이고, 그 교회가 종전에 있던 같은 명칭의 교회와 같은 단체인 것인지, 종전에 있던 같은 명칭의 교회가 합병으로 소멸된 것인지, 그 교회의 구성원이 다른 교회에서 이탈한 것인지 여부나 그 동기는 그 당사자능력을 좌우할 사유가 된다고 할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

비법인사단의 당사자능력 판단기준 등을 구체적으로 밝힌 판결

26. 소유권이전등기말소청구소송의 당사자적격

(대법원 1974. 6. 25. 선고 73다211 판결)

〈쟁점〉

등기의무자가 아닌 자나 등기에 관한 이해관계 있는 제3자가 아닌 자를 상대를 말소등기절차이행의 소를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

등기의무자가 아닌 자나 등기에 관한 이해관계가 있는 제3자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소라 할 것이다.

〈판례선정이유〉

이행의 소에서 이행의무자가 아닌 자를 상대로 소를 제기한 경우에는 청구기각판결을 하여야 하나, 등기말소절차이행을 구하는 소의 경우에는 당사자적격이 없음을 이유로 부적법 각하해야 함을 밝힌 판결

27. 단체 대표자 지위를 다투는 소송의 피고적격

(대법원 1973. 12. 11. 선고 73다1553 판결)

〈쟁점〉

단체 대표자의 지위 부존재를 다투는 확인의 소에 있어서 정당한 당사자

〈판결요지〉

문제가 되어 있는 대의원회의의 인준결의가 무효 내지 부존재인 것을 확인받아 피고(개인)들의 위 종중의 도유사나 이사가 아닌 사실을 확정판결로 명확히 하려는 확인의 소에 있어서는 피고들 개인을 상대로 제소할 것이 아니요 위 종중을 피고로 하여 제소하여야만 원고로서는 이 소를 제기할 확인의 이익이 있다고 볼 수 있다.

〈판례선정이유〉

단체 내부에서 분쟁이 발생한 경우 대표자 선출결의의 무효, 부존재확인을 받아 대표자지위부존재를 확정하기 위해서는 단체 자체를 피고로 해야 함을 명확히 한 판결

28. 당사자적격: 채권자대위소송과 법정소송담당

(대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2753 판결)

〈쟁점〉

채권자대위소송에서 채권자의 채무자에 대한 권리가 부인되는 경우 그 대위소송의 적법 여부

〈판결요지〉

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송에서 피대위채권의 존부는 소송요건에 해당함을 분명히 한 판결

29. 당사자적격: 임의적 소송담당의 허용 여부(1)

(대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결)

〈쟁점〉

업무집행 조합원에 대한 임의적 소송신탁의 적부

〈판결요지〉

임의적 소송신탁은 탈법적인 방법에 의한 것이 아닌 한 극히 제한적인 경우에 합리적인 필요가 있다고 인정될 수 있는 것인바, 민법상 조합에 있어서 조합규약이나 조합결의에 의하여 자기 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행 조합원은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행하는 것이 허용된다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

조합의 업무집행조합원에 대한 임의적 소송신탁을 인정한 판결

30. 당사자적격: 임의적 소송담당의 허용 여부(2)

(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885,87892 판결)

〈쟁점〉

집합건물의 관리단으로부터 관리업무를 위임받은 위탁관리회사가 구분소유자 등을 상대로 소를 제기하는 경우에 임의적 소송신탁이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 재산권에 관한 소송에서 소송물인 권리 또는 법률관계에 관한 관리처분권을 가지는 권리주체가 관련 소송을 제3자에게 위임하여 하게 하는 것은 임의적 소송신탁에 해당하므로 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만 민사소송법 제87조가 정한 변호사대리의 원칙이나 신탁법 제6조가 정한 소송

신탁의 금지 등을 회피하기 위한 탈법적인 것이 아니고, 이를 인정할 합리적인 이유와 필요가 있는 경우에는 예외적·제한적으로 허용될 수 있다.

[2] 집합건물의 관리단이 관리비의 부과·징수를 포함한 관리업무를 위탁관리회사에 포괄적으로 위임한 경우에는, 통상적으로 관리비에 관한 재판상 청구를 할 수 있는 권한도 함께 수여한 것으로 볼 수 있다. 이 경우 위탁관리회사가 관리업무를 수행하는 과정에서 체납관리비를 추심하기 위하여 직접 자기 이름으로 관리비에 관한 재판상 청구를 하는 것은 임의적 소송신탁에 해당한다. 그러나 다수의 구분소유자가 집합건물의 관리에 관한 비용 등을 공동으로 부담하고 공용부분을 효율적으로 관리하기 위하여 구분소유자로 구성된 관리단이 전문 관리업체에 건물 관리업무를 위임하여 수행하도록 하는 것은 합리적인 이유와 필요가 있고, 그러한 관리방식이 일반적인 거래현실이며, 관리비의 징수는 업무수행에 당연히 수반되는 필수적인 요소이다. 또한 집합건물의 일종인 일정 규모 이상의 공동주택에 대해서는 주택관리업자에게 관리업무를 위임하고 주택관리업자가 관리비에 관한 재판상 청구를 하는 것이 법률의 규정에 의하여 인정되고 있다[구 주택법(2015. 8. 11. 법률 제13474호로 개정되기 전의 것) 제43조 제2항, 제5항, 제45조 제1항].

이러한 점 등을 고려해 보면 관리단으로부터 집합건물의 관리업무를 위임받은 위탁관리회사는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자 등을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격이 있다.

〈판례선정이유〉

집합건물의 관리단으로부터 관리업무를 위임받은 위탁관리회사에 임의적 소송신탁을 예외적으로 허용한 판결

31. 미성년자의 임금청구소송에 관한 소송능력

(대법원 1981. 8. 25. 선고 80다3149 판결)

〈쟁점〉

임금청구 소송에서 미성년자의 소송능력

〈판결요지〉

미성년자는 원칙적으로 법정대리인에 의하여서만 소송행위를 할 수 있으나 미성년자 자신의 노무제공에 따른 임금의 청구는 근로기준법 제68조의 규정에 의하여 미성년자가 독자적으로 할 수 있다.

〈판례선정이유〉

임금청구소송에서 미성년자의 소송능력을 인정한 판결

32. 소송무능력자의 소송행위의 추인방법

(대법원 1980. 4. 22. 선고 80다308 판결)

〈쟁점〉

무권대리에 의한 소송행위에 대한 묵시적 추인

〈판결요지〉

미성년자가 직접 변호인을 선임하여 제1심의 소송수행을 하게 하였으나 제2심에 이르러서는 미성년자의 친권자인 법정대리인이 소송대리인을 선임하여 소송행위를 하면서 아무런 이의를 제기한 바 없이 제1심의 소송결과를 진술한 경우에는 무권대리에 의한 소송행위를 묵시적으로 추인한 것으로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

소송무능력자의 소송행위에 대한 추인은 묵시적 추인도 가능함을 밝힌 판결

33. 법정대리권(대표권)의 소멸통지

(대법원 1998. 2. 19. 선고 95다52710 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

법인 등 대표자의 대표권 상실 후 그 사실을 상대방에게 통지하기 전에 구 대표자가 한 소취하의 효력

〈판결요지〉

민사소송법 제64조, 제63조 제1항의 취지는 법인(법인 아닌 사단도 포함) 대표자의 대표권이 소멸하였다고 하더라도 당사자가 그 대표권의 소멸 사실을 알았는지 여부, 모른 데에 과실이 있었는지 여부를 불문하고 그 사실의 통지 유무에 의하여 대표권의 소멸 여부를 획일적으로 처리함으로써 소송절차의 안정과 명확을 기하기 위함에 있으므로, 법인 대표자의 대표권이 소멸된 경우에도 그 통지가 있을 때까지는 다른 특별한 사정이 없는 한 소송절차상으로는 그 대표권이 소멸되지 아니한 것으로 보아야 하므로, 대표권 소멸 사실의 통지가 없는 상태에서 구 대표자가 한 소취하는 유효하고, 상대방이 그 대표권 소멸 사실을 알고 있었다고 하여 이를 달리 볼 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

법정대리권(대표권) 소멸통지의 의미를 명확히 밝힌 대법원 전원합의체 판결

[단 2002년 개정 민사소송법은 대표권(대리권) 소멸사실을 법원이 안 경우에는 소취하 등 제56조 제2항의 행위(소송물을 처분하는 행위)는 할 수 없도록 함(제63조 제1항 단서)]

34. 변호사의 소송대리권의 범위와 위임계약상의 의무

(대법원 1997. 12. 12. 선고 95다20775 판결)

〈쟁점〉

변호사의 소송대리권의 범위와 처리의무 있는 위임사무의 범위의 관계

〈판결요지〉

[1] 통상 소송위임장이라는 것은 민사소송법 제89조 제1항에 따른 소송대리인의 권한을 증명하는 전형적인 서면이라고 할 것인데, 여기에서의 소송위임(수권행위)은 소송대리권의 발생이라는 소송법상의 효과를 목적으로 하는 단독 소송행위로서 그 기초관계인 의뢰인과 변호사 사이의 사법상의 위임계약과는 성격을 달리하는 것이고, 의뢰인과 변호사 사이의 권리의무는 수권행위가 아닌 위임계약에 의하여 발생한다.

[2] 민사소송법 제90조의 규정은 소송절차의 원활·확실을 도모하기 위하여 소송법상 소송대리권을 정형적·포괄적으로 법정한 것에 불과하고 변호사와 의뢰인 사이의 사법상의 위임계약의 내용까지 법정한 것은 아니므로, 본안소송을 수임한 변호사가 그 소송을 수행함에 있어 강제집행이나 보전처분에 관한 소송행위를 할 수 있는 소송대리권을 가진다고 하여 의뢰인에 대한 관계에서 당연히 그 권한에 상응한 위임계약상의 의무를 부담한다고 할 수는 없고, 변호사가 처리의무를 부담하는 사무의 범위는 변호사와 의뢰인 사이의 위임계약의 내용에 의하여 정하여진다.

[3] 소유권이전등기 청구소송을 수임한 변호사가 소송 계속 중인 그 수임 시로부터 6개월이 지난 시점에 그 소송의 상대방 9인 중의 1인이 계쟁 토지에 관하여 협의분할에 의한 재산상속을 원인으로 단독 명의로 소유권이전등기를 마친 사실을 등기부등본을 열람한 결과 알게 되자 상대방이 그 토지를 제3자에게 처분할 염려가 있다고 판단하여 소송대리인의 권한으로써 그 토지에 대한 처분금지가처분신청을 하였으나 그 담보 제공에 따른 가처분기입등기가 마쳐지기 전에 상대방이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 사안에서, 소송의 수임 당시 변호사가 의뢰인에게 그 토지에 대한 소유권이전등기청구권을 보전할 필요성 및 처분금지가처분절차에 관하여 충분히 설명을 하였어야 할 구체적 사정이 존재하였다고 보기는 어렵다는 이유로, 변호사의 의뢰인에 대한 선량한 관리자로서의 주의의무 위반으로 인한 손해배상책임을 인정한 원심판결을 파기한 사례

〈판례선정이유〉

소송대리권의 범위(민사소송법 제90조)와 위임계약상의 의무는 별개임을 분명히 한 판결

35. 소송대리인의 특별수권의 내용과 심급대리의 원칙

(대법원 2000. 1. 31. 자 99마6205 결정)

〈쟁점〉

소송상 화해나 청구의 포기에 관한 특별수권이 있는 경우, 당해 소송물인 권리의 처분이나 포기에 대한 권한도 수여되어 있다고 볼 것인지 여부 및 소송대리권의 존속 시한

〈판결요지〉

[1] 소송상 화해나 청구의 포기에 관한 특별수권이 되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 그러한 소송행위에 대한 수권만이 아니라 그러한 소송행위의 전제가 되는 당해 소송물인 권리의 처분이나 포기에 대한 권한도 수여되어 있다고 봄이 상당하다.

[2] 소송대리권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정되어, 소송대리인의 소송대리권의 범위는 수임한 소송사무가 종료하는 시기인 당해 심급의 판결을 송달받은 때까지라고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

소송상 화해 등 특별수권이 있는 경우에 그 소송물인 권리에 대한 실체법상 처분권도 수여된 것으로 보며, 심급대리의 원칙상 소송대리인의 소송사무 종료시기는 그 심급의 판결을 송달받은 때까지라는 결정

36. 심급대리의 원칙(1)

(대법원 1984. 6. 14.자 84다카744 결정)

〈쟁점〉

환송 후 원심의 소송대리권 부활

〈판결요지〉

[1] 사건이 상고심에서 환송되어 다시 항소심에 계속하게 된 경우에는 상고 전의 항소심에서의 소송대리인의 대리권은 그 사건이 항소심에 계속되면서 다시 부활하는 것이므로 환송받은 항소심에서 환송 전의 항소심에서의 소송대리인에게 한 송달은 소송당사자에게 한 송달과 마찬가지의 효력이 있다.

[2] 소송대리인이 판결정본의 송달을 받고도 당사자에게 그 사실을 알려 주지 아니하여 당사자가 그 판결정본의 송달 사실을 모르고 있다가 상고제기 기간이 경과된 후에 비로소 그 사실을 알게 되었다 하더라도 이를 가리켜 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고는 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

상고심의 환송판결이 있는 경우에 환송 전 원심 소송대리인의 대리권이 부활한다는 결정

37. 심급대리의 원칙(2)

(대법원 1996. 4. 4.자 96마148 결정)

〈쟁점〉

상고심 소송대리인의 대리권과 재상고심

〈판결요지〉

소송대리권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정되므로, 상고심에서 항소심으로 파기환송된 사건이 다시 상고되었을 경우에는 항소심에서의 소송대리인은 그 소송대리권을 상실하게 되고, 이때 환송 전의 상고심에서의 소송대리인의 대리권이 그 사건이 다시 상고심에 계속되면서 부활하게 되는 것은 아니라고 할 것이어서, 새로운 상고심은 변호사보수의소송비용산입에관한규칙의 적용에 있어서는 환송 전의 상고심과는 별개의 심급으로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

상고심의 소송대리인의 대리권이 재상고심에서는 부활하지 않는다는 결정

38. 당사자의 사망과 소송대리권 불소멸 등

(대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결)

〈쟁점〉

소송위임 후 원고의 사망과 소송대리인의 대리권, 사망한 당사자로부터 상소제기의 특별한 권한 수여를 받은 소송대리인의 대리권 소멸시기

〈판결요지〉

[1] 당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로(민사소송법 제95조 제1호), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르고 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 소의 제기는 적법하고, 시효중단 등 소 제기의 효력은 상속인들에게 귀속된다. 이 경우 민사소송법 제233조 제1항이 유추적용되어 사망한 사람의 상속인들은 소송절차를 수계하여야 한다.

[2] 당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고(민사소송법 제238조, 제233조 제1항), 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되며, 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다. 이 경우 심급대리의 원칙상 판결정본이 소송대리인에게 송달되면 소송절차가 중단되므로 항소는 소송수계절차를 밟은 다음에 제기하는 것이 원칙이다. 다만 제1심 소송대리인이 상소제기에 관한 특별수권이 있어 상소를 제기하였다면 상소제기 시부터 소송절차가 중단되므로 항소심에서 소송수계절차를 거치면 된다.

〈판례선정이유〉

소송위임 후 소제기 전 원고가 사망하여도 소송대리인의 대리권은 소멸하지 않으므로 사망자 명의로 제기한 소는 적법하고 제소 효력이 상속인에게 미친다. 또한 사망자의 소송대리인의 대리권은 그 심급의 판결정본이 송달되면 종료되고 소송절차는 중단되지만, 상소제기의 특별한 권한 수여가

있는 경우에는 상소제기 시 소송대리권이 소멸하고 그때 소송절차는 중단된다는 판결

39. 무권대리인의 소송행위 추인

(대법원 1974. 6. 25. 선고 73다211 판결)

〈쟁점〉

무권대리인의 소송행위를 추인하는 방법

〈판결요지〉

무권대리인이 행한 소송행위의 추인은 소송행위의 전체를 일괄하여 하여야 하는 것이나 무권대리인이 변호사에게 위임하여 소를 제기하여서 승소하고 상대방의 항소로 소송이 2심에 계속 중 그 소를 취하한 일련의 소송행위 중 소취하 행위만을 제외하고 나머지 소송행위를 추인함은 소송의 혼란을 일으킬 우려 없고 소송경제상으로도 적절하여 그 추인은 유효하다.

〈판례선정이유〉

무권대리인의 소송행위는 전부 추인하여야 하나 소송절차의 안정과 관련 없는 소취하만을 제외하고 나머지를 추인하는 방법도 허용된다는 판결

40. 표현대리

(대법원 1983. 2. 8. 선고 81다카621 판결)

〈쟁점〉

소송행위인 강제집행 수락 의사표시에 민법상의 표현대리 규정 적용 또는 유추적용의 가부 및 무권대리에 의한 공정증서작성 촉탁행위에 대한 추인 의사표시의 상대방

〈판결요지〉

[1] 이행지체가 있으면 즉시 강제집행을 하여도 이의가 없다는 강제집행 수락 의사표시는 소송행위라 할 것이고, 이러한 소송행위에는 민법상의 표현대리 규정이 적용 또는 유추적용될 수 없다.

[2] 원고가 무권대리에 의한 약속어음의 공증사실을 알았으면서도 그간에 피고(무권대리의 상대방)에 대하여 아무런 이의를 제기한 바 없으므로 원고의 이건 청구는 이유없다는 피고의 주장을 이건 무권대리에 의한 공정증서작성 촉탁행위의 추인에 관한 주장으로 본다 하여도, 무권대리에 의한 공정증서작성 촉탁행위에 대한 추인의 의사표시는 공증인에 대하여 할 것이므로, 위 주장과 같은 원고의 소극적인 태도만으로는 원고가 이건 무권대리 행위를 추인한 것이라고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

소송행위에 민법상의 표현대리는 인정되지 않음을 명확히 한 판결

41. 무권대리와 추인

(대법원 2006. 3. 24. 선고 2006다2803 판결)

〈쟁점〉

대리권의 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 상대방과 방식

〈판결요지〉

[1] 공정증서가 집행권원으로서 집행력을 가질 수 있도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송행위이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 때에는 집행권원으로서의 효력이 없다.

[2] 공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하므로, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위가 있다 한들 그 추인행위에 의하여는 채무자가 실체법상의 채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 무효의 집행권원이 유효하게 될 수는 없다.

〈판례선정이유〉

공정증서상의 집행인낙 의사표시에 대한 추인도 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 해야 한다는 판결

42. 쌍방대리의 금지: 사건의 동일성

(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다41791 판결)

〈쟁점〉

변호사법 제31조 제1항 제1호가 적용되기 위한 '사건의 동일성'에 대한 판단 기준

〈판결요지〉

변호사법 제31조 제1항 제1호에서 당사자의 일방으로부터 상의를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건의 경우에 변호사의 직무행위를 금지하는 이유는, 변호사가 그와 같은 사건에 관하여 직무를 행하는 것은 먼저 그 변호사를 신뢰하여 상의를 하고 사건을 위임한 당사자 일방의 신뢰를 배반하게 되고, 변호사의 품위를 실추시키게 되는 것이므로 그와 같은 사건에 있어

서는 변호사가 직무를 집행할 수 없도록 금지한 것이므로, 변호사법 제31조 제1항 제1호가 적용되기 위해서는 그 변호사가 관여한 사건이 일방 당사자와 그 상대방 사이에 있어서 동일하여야 하는데, 여기서 사건이 동일한지 여부는 그 기초가 된 분쟁의 실체가 동일한지 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이므로 상반되는 이익의 범위에 따라서 개별적으로 판단되어야 하는 것이고, 소송물이 동일한지 여부나 민사사건과 형사사건 사이와 같이 그 절차가 같은 성질의 것인지 여부는 관계가 없다.

〈판례선정이유〉

변호사의 쌍방대리가 금지되는 사건의 범위는 상반되는 이익의 범위에 따라 개별적으로 판단되어야 한다는 판결

43. 쌍방대리의 금지: 위반행위의 효력

(대법원 1995. 7. 28. 선고 94다44903 판결)

〈쟁점〉

쌍방대리금지에 위반한 소송행위의 효력

〈판결요지〉

원고 소송복대리인으로서 변론기일에 출석하여 소송행위를 하였던 변호사가 피고 소송복대리인으로도 출석하여 변론한 경우라도, 당사자가 그에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다.

〈판례선정이유〉

변호사가 쌍방대리행위를 한 경우에도 당사자가 이의하지 않으면 유효하다는 판결

제3편 제1심의 소송절차

제 1 장 소송의 개시-소 제기와 피고 답변
제 2 장 변론(심리)
제 3 장 증거

제 3 편 제1심의 소송절차

제 1 장 소송의 개시-소 제기와 피고 답변

44. 형성소송 법정주의

(대법원 1993. 9. 14. 선고 92다35462 판결)

〈쟁점〉

법률의 명문규정이 없는 경우에도 형성의 소가 허용될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 기존 법률관계의 변동 형성의 효과를 발생함을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 인정되는 것이고 법률상의 근거가 없는 경우에는 허용될 수 없다.

[2] 화해조항의 실현을 위하여 부동산을 경매에 붙여 그 경매대금에서 경매비용 등을 공제한 나머지 대금을 원고들 및 피고들에게 배당할 것을 구하는 소는 그 청구의 성질상 형성의 소라 할 것인데 재판상 화해의 실현을 위하여 부동산을 경매에 붙여 대금의 분배를 구하는 소를 제기할 수 있다는 아무런 법률상의 근거가 없으므로 위와 같은 소는 허용될 수 없다.

〈판례선정이유〉

형성의 소는 법률에 근거규정을 두고 있는 경우에 한하여 제기될 수 있다는 점을 분명히 한 판결

45. 주주총회결의 부존재확인판결의 본질

(대법원 1992. 9. 22. 선고 91다5365 판결)

〈쟁점〉

주주총회결의 무효나 부존재에 관하여 소를 통하지 않고 다른 소송에서 선결문제로 다툴 수 있는지 여부

〈판결요지〉

주주총회결의의 효력이 그 회사 아닌 제3자 사이의 소송에 있어 선결문제로 된 경우에는 당사자는 언제든지 당해 소송에서 주주총회결의가 처음부터 무효 또는 부존재하다고 다투어 주장할 수 있는 것이고, 반드시 먼저 회사를 상대로 제소하여야만 하는 것은 아니며, 이와 같이 제3자 간의

법률관계에 있어서는 상법 제380조, 제190조는 적용되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

주주총회결의의 효력에 관해서는 반드시 소송을 통해서가 아니라도 선결문제로 다툴 수 있음을 밝힘으로써 주주총회결의 부존재확인판결의 본질을 형성판결이 아닌 확인판결로 본 판결

46. 소송요건의 판단 시기

(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다31661 판결)

〈쟁점〉

소송요건의 존부를 판단하는 시기

〈판결요지〉

당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 그 청구의 당부와는 별개의 문제인 것이며, 소송요건은 사실심의 변론종결 시에 갖추어져 있으면 되는 것이므로 종중이 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결 시를 기준으로 하여 그 존부를 판단하여야 할 것이고 종중이 계쟁 임야를 신탁하였다고 주장하는 때를 기준으로 하여 판단하여서는 안 되는 것이다.

〈판례선정이유〉

소송요건 존재의 표준시에 관하여 원칙적으로 사실심 변론종결 시임을 분명히 한 판결

47. 상고심에서 소송요건의 판단

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57904 판결)

〈쟁점〉

상고심에서도 소송요건에 관하여 판단할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

원고가 말소등기절차의 이행을 구하고 있는 근저당권설정등기는 상고심 계속 중에 낙찰을 원인으로 하여 말소되었으므로 근저당설정등기의 말소를 구할 법률상의 이익이 없게 되었고, 따라서 상고심 계속 중에 소의 이익이 없게 되어 부적법하게 되었다.

〈판례선정이유〉

소송요건의 존부에 관한 판단시기는 사실심의 변론종결 시가 원칙인데, 그 예외로서 상고심에서

소의 이익이 없게 된 경우 소가 부적법하게 됨을 밝힌 판결

48. 확정판결의 존재에 대한 심사

(대법원 1989. 10. 10. 선고 89누1308 판결)

〈쟁점〉

확정판결의 존재가 직권조사사항인지 여부와 상고심에서 주장, 증명할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

소송에서 다투어지고 있는 권리 또는 법률관계의 존부가 동일한 당사자 사이의 전소에서 이미 다루어져 이에 관한 확정판결이 있는 경우에 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고, 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없음은 물론, 위와 같은 확정판결의 존부는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하지 않으면 안 되고, 더 나아가 당사자가 확정판결의 존재를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였더라도 상고심에서 새로이 이를 주장, 증명할 수 있는 것이다.

〈판례선정이유〉

확정판결의 존부에 관하여는 법원이 직권으로 조사 판단하여야 하며, 상고심에서도 이를 주장, 증명할 수 있다고 본 판결

49. 시효중단을 위한 재소의 소의 이익

(대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

확정판결에 의한 채권의 소멸시효 기간인 10년의 경과가 임박한 경우, 시효중단을 위한 재소에 소의 이익이 있는지 여부 및 이때 후소 법원이 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 그 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 그 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 하지만 예외적으로 확정판결에 의한 채권의 소멸시효 기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 소는 소의 이익이 있다.

나아가 이러한 경우에 후소의 판결이 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므

로, 후소 법원으로서는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지 여부에 관하여 다시 심리할 수 없다.

대법원은 종래 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 재소는 소의 이익이 있다는 법리를 유지하여 왔다. 이러한 법리는 현재에도 여전히 타당하다. 다른 시효중단 사유인 압류·가압류나 승인 등의 경우 이를 1회로 제한하고 있지 않음에도 유독 재판상 청구의 경우만 1회로 제한되어야 한다고 보아야 할 합리적인 근거가 없다. 또한 확정판결에 의한 채무라 하더라도 채무자가 파산이나 회생제도를 통해 이로부터 전부 또는 일부 벗어날 수 있는 이상, 채권자에게는 시효중단을 위한 재소를 허용하는 것이 균형에 맞다.

[반대의견]

다수의견은 판결로 확정된 채권이 변제 등으로 만족되지 않는 한 시효로 소멸되는 것은 막아야 한다는 것을 당연한 전제로 하고 있는데, 이는 채권의 소멸과 소멸시효 제도를 두고 있는 민법의 기본 원칙과 확정판결의 기판력을 인정하는 민사소송의 원칙에 반하므로 동의할 수 없고, 다수의견이 따르고 있는 종전 대법원판례는 변경되어야 한다.

① 소멸시효가 완성하면 채권은 소멸한다. 채권은 '소멸'을 전제로 하는 한시성을 기본적 성질로 하고 있고, 민법은 만족되지 않은 채권의 소멸도 인정하고 있으므로, 소멸시효 제도를 해석하고 적용함에 있어 만족되지 않은 채권이 소멸되는 것은 막아야 하고 이를 위해 채권이 만족될 때까지 존속기간을 연장해야 한다는 당위성이 인정되는 것은 아니다. 오히려 채권이 만족될 때까지 시효소멸을 방지해야 한다는 다수의견은 채권의 본질과 민법 규정에 어긋난다.

② 민법이 소멸시효와 시효중단 제도를 두고 있는 취지에 비추어 보면, 판결이 확정된 채권의 시효기간을 10년으로 정하고 있는 제165조 제1항과 '청구'를 시효중단사유로 규정하고 있는 제168조 제1호의 두 규정을 무한히 반복, 순환하면서 영원히 소멸하지 않는 채권을 상정하고 있다고 볼 수 없다. 그러나 다수의견에 따르면 1년의 단기소멸시효에 해당하는 채권도 10년마다 주기적으로 소송을 제기하여 판결을 받으면 영구적으로 존속하는 채권이 될 수 있다. 이러한 결론은 소멸시효 제도를 두고 있는 우리 민법이 의도한 결과라고 할 수 없다.

③ 민사소송법상 이미 이행판결을 선고받아 유효한 집행권원을 가지고 있는 원고에게 다시 동일한 소송을 제기할 법적 이익은 인정되지 않는다. 민법이 제170조를 둠으로써 이러한 민사소송법의 원칙을 전제로 하여 적법한 재판상 청구만 시효중단사유로 삼은 이상, 승소의 확정판결이 이미 존재한다면 그 기판력 때문에 재판상 청구는 다시 주장할 수 없는 시효중단 사유라고 보는 것이 논리적으로도 일관성이 있다.

④ 시효중단 사유 중 승인은 채무자가 자신의 채무를 이행하겠다는 의사이므로 이를 제한할 이유는 없다. 이와 달리 이미 유효한 압류, 가압류, 가처분이 있다면 이와 동일한 신청을 중복하여 제기하는 것은 부적법하므로 허용되지 않는다. 또한 민법은 제174조에서 최고를 아무리 여러 번 하더라도 시효중단의 효력을 반복적으로 인정하지 않겠다고 단호히 선언하고 있다. 이러한 점에서 시효중단을 위한 재소를 허용하지 않는 것이 민법 제168조에서 정한 다른 시효중단 사유와 재판상 청구를 달리 취급하는 것이 아니다.

⑤ 시효중단을 위한 재소를 허용하여 영구적으로 소멸하지 않는 채권의 존재를 인정하게 되면, 각종 채권추심기관의 난립과 횡행을 부추겨 충분한 변제능력이 없는 경제적 약자가 견뎌야 할 채무의 무게가 더욱 무거워지는 사회적 문제도 따른다.

〈판례선정이유〉

확정된 승소판결에 대해서는 동일한 소를 다시 제기할 수 없지만 소멸시효가 임박한 경우에는 예외적으로 소의 이익이 있다고 보았으나, 후소 법원이 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지를 다시 심리할 수는 없다고 본 대법원 전원합의체 판결

50. 허가조건부 소유권이전등기청구의 소의 이익

(대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

허가신청절차에 대한 상대방의 협력의무이행을 소로써 구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

[1] 규제지역 내의 토지에 대하여 거래계약이 체결된 경우에 계약을 체결한 당사자 사이에 있어서는 그 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있음이 당연하므로, 계약의 쌍방 당사자는 공동으로 관할 관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 이러한 의무에 위배하여 허가신청절차에 협력하지 않는 당사자에 대하여 상대방은 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 이익이 있다.

[2] 규제지역 내에 있는 토지에 대하여 체결된 매매계약이 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약이 아니라 허가를 전제로 한 계약이라고 보여지므로 원심이 원고의 청구 중 피고에 대하여 토지거래허가신청절차의 이행을 구하는 부분을 인용한 것은 정당하지만, 허가가 있을 것을 조건으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 부분에 있어서는 허가받기 전의 상태에서는 아무런 효력이 없어 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없는 것이므로 원심이 이 부분 청구까지도 인용한 것은 같은 법상의 토지거래허가와 거래계약의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 본다.

[다수의견에 대한 보충의견]

국토이용관리법상의 규제구역 내 토지 등의 거래계약허가에 관한 관계규정의 본래의 취지는 허가를 얻기 전에는 거래계약 그 자체를 체결하여서는 안 되고, 이에 위반하여 거래계약을 체결하더라도 그 효력이 없다는 취지인 것이며, 다만 그렇다고 하더라도 관할 관청의 허가를 얻어서 거래계약을 체결하기 위한 준비행위로서의 합의는 법이 당연히 예정하고 있다고 할 것인바, 규제구역 내에 있는 '토지등의 거래계약'을 체결하고자 하는 당사자는 거래계약의 예정금액 등 장차 체결할 거래계약의 기본이 되는 사항은 미리 합의를 할 것이고, 이 거래계약을 실현시키기 위하여 준비행위로서 먼저 허가신청의 내용이나 방법에 관한 합의를 하는 것이 당연한 순서일 것이며, 당사자가 공동으로 관할 관청의 허가를 신청할 의무는 이와 같은 준비행위로서의 합의에 근거하여 발생한다고 보는 것이 상당하다. 그런데 이와 같은 준비행위로서의 합의를 함에 있어 거래계약의 내용을 미리 정하여 거래계약의 허가가 있을 경우 새삼스럽게 거래계약을 별도로 체결할 것 없이 그와 같은 내용의 거래계약의 약정이 있는 것으로 하는 합의가 동시에 이루어지는 것이 오히려 통상적일

것이고, 그와 같은 경우에는 거래계약의 허가가 있었을 때에 미리 합의한 내용에 따른 거래계약이 성립되고 이 때에 그 효력을 발생하는 것으로 해석하는 것이 상당하며 위와 같은 두개의 합의(약정)를 하였음에도 당사자의 일방이 허가신청절차에 협력하지 아니한다면 상대방은 소송으로써 그 이행을 구할 이익이 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 당사자의 의사는 위와 같은 공동으로 허가신청을 할 합의와 허가가 있으면 미리 합의된 바에 따라 거래계약의 체결이 있는 것으로 하는 합의가 함께 있었던 것으로 해석하는 것이 상당할 것이고, 이때에 그 계약서에 허가신청에 관한 명시적인 언급이 없다 하더라도 묵시적인 합의가 있었다고 보아야 할 것이다.

[다수의견 중 허가조건부 소유권이전등기절차이행청구부분에 대한 별개의견]

다수의견이 토지 등의 거래계약허가와 관련된 국토이용관리법상의 판시 금지규정, 효력규정, 처벌규정과 그 법률의 입법목적, 기본이념 등에 터잡아 허가를 받지 않고 맺은 '토지 등의 거래계약'이 채권계약으로서는 물론 물권계약으로서도 절대무효라고 본 견해에는 이론이 없으나 토지 등의 거래계약허가는 다수의견과 같이 '토지 등의 거래계약'의 성립을 인정하는 바탕 위에서 그 거래계약의 효력을 완성시키는 인가적 성질을 갖는 것이 아니라 허가 없는 거래계약의 일반적 금지에 대한 개별적 해제인 허가적 성질을 갖는다고 하여야 할 것이며 결국 국토이용관리법상 허가 전의 '토지 등의 거래계약'은 성립을 용인할 수 없으며 이에 위반한 거래계약은 절대적으로 무효라는 점에서 허가를 조건으로 한 소유권이전등기청구권은 발생할 여지가 없다.

[반대의견]

관계규정을 종합하면 거래계약 당사자가 공동으로 허가신청을 하였다 하더라도 그 허가 여부는 오로지 관할 도지사의 재량에 맡겨져 있고 설사 거래 당사자에게 허가협력의무를 명하는 판결이 있다 하더라도 그 판결은 그에 따른 공동허가신청만을 강제하거나 공동허가신청과 같은 효력만을 낳을 뿐 그 허가 여부는 여전히 관할 도지사의 재량에 맡겨지기는 마찬가지라 할 것이며 그렇게 하여 허가가 났다 한들 허가 전의 '토지 등의 거래계약' 자체의 성립이 법률상 부인되는 바에야 어차피 허가 후에 다시 '토지 등의 거래계약'을 맺어야 되는데, 그때 당사자의 한쪽이 그 계약체결에 불응해 버리면 그 계약은 성립할 여지가 없게 되어 그 허가협력의무의 이행만으로는 아무런 권리변동의 효력을 가져 올 수 없음이 분명하므로 이렇게 본다면 허가협력을 소송으로 청구하는 것은 아무런 이익이 없다.

〈판례선정이유〉

거래허가를 얻지 못한 토지거래계약은 유동적 무효이므로 장차 허가받을 것을 조건으로 한 소유권이전등기청구는 허용될 수 없지만, 허가협력의무이행을 구하는 청구에는 소의 이익이 있음을 인정한 대법원 전원합의체 판결

51. 집행 가능성과 소의 이익

(대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결)

〈쟁점〉

의사의 진술을 명하는 판결에 의해 어떠한 법적 효과도 발생할 수 없는 경우 소의 이익이 인정될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차로서 강제집행절차와는 별도로 독자적인 존재 의의를 갖는 것이므로 집행이 가능한지는 이행의 소의 이익을 부정하는 절대적인 사유가 될 수 없더라도, 이행을 구하는 아무런 실익이 없어 법률상 이익이 부정되는 경우까지 소의 이익이 인정된다고 볼 수는 없다. 특히 의사의 진술을 명하는 판결은 확정과 동시에 그러한 의사를 진술한 것으로 간주되므로(민사집행법 제263조 제1항), 의사의 진술이 간주됨으로써 어떤 법적 효과를 가지는 경우에는 소로써 구할 이익이 있지만 그러한 의사의 진술이 있더라도 아무런 법적 효과가 발생하지 아니할 경우에는 소로써 청구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

원칙적으로 집행 가능성은 소의 이익 판단에 영향을 미치지 않지만 이행을 구하는 아무런 실익이 없어 법률상 이익이 부정되는 경우, 특히 의사의 진술을 명하는 판결에 의해 어떠한 법적 효과도 발생할 수 없는 경우에는 소의 이익이 인정되지 않음을 밝힌 판결

52. 부제소합의와 권리보호이익

(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결)

〈쟁점〉

부제소합의에 위배된 소의 적법 여부가 직권조사사항인지 여부와 석명권

〈판결요지〉

[1] 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(이하 '부제소합의')한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다.

[2] 부제소합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기와 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고, 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다. 따라서 당사자들이 부제소합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소합의를 하게 된 동기 및 경위, 그 합의에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리할 필요가 있다. 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다.

〈판례선정이유〉

학설상 소송요건 중 항변사항의 대표적인 예로 제시되었던 부제소합의를 법원의 직권조사사항이라 밝히고, 부제소합의를 이유로 소를 각하하기 전에 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 함을 분명히 한 판결

53. 장래이행청구

(대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결)

〈쟁점〉

장래이행청구에서 '미리 청구할 필요'를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것뿐만 아니라 의무불이행사유가 그때까지 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있는 것이어야 하며 이러한 책임기간이 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

장래 계속적으로 불법행위나 부당이득이 있을 것을 전제로 미리 청구하는 경우, 침해의 존속이 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 '미리 청구할 필요'를 인정할 수 있음을 밝힌 판결

54. 선이행 조건의 장래이행청구

(대법원 1981. 9. 22. 선고 80다2270 판결)

〈쟁점〉

잔존채무의 변제를 조건으로 담보등기 말소를 구하는 장래이행청구를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

원고가 양도담보로 제공된 부동산의 피담보채무 전액을 변제하였음을 내세워 피고 명의의 소유권이전등기 등의 말소를 청구하면서 그가 원리금이라고 주장하는 금액을 변제 혹은 변제공탁하였으나 변제충당 방법과 이자계산 등에 관한 견해 차이로 채무 전액을 소멸시키지 못하고 잔존채무가 있음이 밝혀진 경우 원고의 위 청구 중에는 확정된 잔존채무의 변제를 조건으로 위 각 등기의 말소를 청구하는 취지도 포함되었다고 할 것이고, 이는 장래이행의 소로서 피고가 위 각 등기는 대물변제에 기한 것이지 담보가 아니라고 다투고 있는 경우에는 미리 청구할 이익도 있다고 할 것이다. 따라서 피고에게 원고로부터 잔존채무 및 이에 대한 완제일까지의 지연손해금을 변제받는 것

을 조건으로 위 각 등기의 말소를 명한 원판결은 정당하다.

〈판례선정이유〉

선이행청구는 원칙적으로 허용되지 않지만 예외적으로 양도담보 등의 경우에 채권자가 자신 명의의 등기를 담보 목적이 아니라고 다투는 때에는 미리 청구할 필요가 있다고 본 판결

55. 확인의 소: 사실관계

(대법원 1992. 11. 24. 선고 91다29026 판결)

〈쟁점〉

단체내부규정의 효력을 다투는 것이 확인청구의 대상이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

단체의 구성원이 단체내부규정의 효력을 다투는 소는 당사자 사이의 구체적인 권리 또는 법률관계의 존부 확인을 구하는 것이 아니므로 부적법하다.

(부적법한 소를 각하하지 않고 주문에서 기각한 경우 본안에 관하여 기판력이 생기지 아니하므로 이 점을 들어 원심판결을 파기할 수 없다.)

〈판례선정이유〉

단체내부규정의 효력을 다투는 것은 당사자 사이의 구체적인 권리 또는 법률관계의 존부확인을 구하는 것이 아니어서 확인청구의 대상이 될 수 없음을 밝힌 판결

56. 확인의 소: 과거의 법률관계

(대법원 2000. 5. 18. 선고 95재다199 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

과거의 법률관계가 확인청구의 대상이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

구 사립학교법(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제2항의 규정에 의하여 기간을 정하여 임용된 사립학교 교원이 임용기간 만료 이전에 해임·면직·파면 등의 불이익 처분을 받은 후 그 임용기간이 만료된 때에는 그 불이익 처분이 무효라고 하더라도 학교법인의 정관이나 대학교원의 인사규정상 임용기간이 만료되는 교원에 대한 재임용의무를 부여하는 근거규정이 없다면 임용기간의 만료로 당연히 교원의 신분을 상실한다고 할 것이고, 따라서 임용기간 만료

전에 행해진 직위해제 또는 면직 처분이 무효라고 하더라도 교원의 신분을 회복할 수 없는 것으로서 그 무효확인청구는 과거의 법률관계의 확인청구에 지나지 않는다고 할 것이며, 한편 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효 적절한 수단이라고 인정될 때에는 그 법률관계의 확인소송은 즉시확정의 이익이 있다고 보아야 할 것이고, 또 이렇게 보는 것이 확인소송의 분쟁해결 기능과 분쟁예방 기능에도 합치하는 것이라 할 것이지만, 직위해제 또는 면직된 경우에는 징계에 의하여 파면 또는 해임된 경우와는 달리 공직이나 교원으로 임용되는 데에 있어서 법령상의 아무런 제약이 없을 뿐만 아니라, 현행 사립학교법과 같이 교원의 임기 만료 시에 교원인사위원회의 심의를 거쳐 당해 교원에 대한 재임용 여부를 결정하도록 하는 의무규정도 없었던 구 사립학교법 관계하에서 임기가 만료된 사립학교 교원에 대하여는 위와 같은 전력이 있으면 공직 또는 교원으로 임용되는 데에 있어서 그러한 전력이 없는 사람보다 사실상 불이익한 장애사유로 작용한다 할지라도 그것만으로는 법률상의 이익이 침해되었다고는 볼 수 없으므로 그 무효확인을 구할 이익이 없다.

[반대의견]

구 사립학교법(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제2항의 규정에 의하여 기간을 정하여 임용된 교원이 임용기간 만료 이전에 해임·면직·파면 등의 불이익처분을 받은 후 그 임용기간이 만료된 때에는 그 불이익처분이 무효라고 하더라도 학교법인의 정관이나 대학교원의 인사규정상 임용기간이 만료되는 교원에 대한 재임용의무를 부여하는 근거규정이 없다면 임용기간의 만료로 당연히 교원의 신분을 상실한다는 점은 다수의견이 지적하는 바와 같고, 따라서 임용기간 만료 전에 행해진 직위해제 및 면직 처분의 무효확인청구는 교원 신분의 회복이라는 측면에서는 과거의 법률관계의 확인청구에 불과하여 더 이상 확인의 이익이 없게 되었다고 할 수 있으나, 다수의견도 시인하고 있듯이 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효적절한 수단이라고 인정될 때에는 그 법률관계의 확인소송은 즉시 확정의 이익이 있다고 보아야 할 것인데, 직위해제 및 면직 처분의 존속은 임용기간이 만료된 교원이 누릴 수 있는 재임용에 관한 절차적인 권리를 침해하는 것일 뿐만 아니라, 그의 사회적인 명예를 손상하고 나아가 그가 교원으로 다시 임용되는 데 있어서도 불이익한 장애사유로 작용하여 그의 인격적 이익에 관한 권리나 교원으로 임용될 수 있는 법률상의 지위에도 현실적으로 영향을 미치고, 위와 같은 권리 또는 법률상의 지위에 대한 위험이나 불안은 위 직위해제 및 면직 처분에 대하여 무효확인을 받음으로써만 근본적으로 제거될 수 있으므로 그 무효확인청구는 이 점에서 즉시 확정의 이익이 있다.

〈판례선정이유〉

임용기간 만료 이전에 해임·면직·파면 등의 불이익 처분을 받은 후 임용기간이 만료된 경우, 직위해제 및 면직 처분의 무효확인청구는 과거의 법률관계의 확인청구로서 확인의 소의 대상이 되지 않으며, 확인의 이익도 없다고 본 대법원 전원합의체 판결

57. 새로운 방식의 확인청구

(대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

시효중단을 위한 후소로서 이행소송 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 재판상의 청구가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 '새로운 방식의 확인소송'이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

종래 대법원은 시효중단사유로서 재판상의 청구에 관하여 반드시 권리 자체의 이행청구나 확인청구로 제한하지 않을 뿐만 아니라, 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있는 때에는 널리 시효중단사유로서 재판상의 청구에 해당하는 것으로 해석하여 왔다. 이와 같은 법리는 이미 승소 확정판결을 받은 채권자가 그 판결상 채권의 시효중단을 위해 후소를 제기하는 경우에도 동일하게 적용되므로, 채권자가 전소로 이행청구를 하여 승소 확정판결을 받은 후 그 채권의 시효중단을 위한 후소를 제기하는 경우, 후소의 형태로서 항상 전소와 동일한 이행청구만이 시효중단사유인 '재판상의 청구'에 해당한다고 볼 수는 없다.

시효중단을 위한 이행소송은 다양한 문제를 야기한다. 그와 같은 문제들의 근본적인 원인은 시효중단을 위한 후소의 형태로 전소와 소송물이 동일한 이행소송이 제기되면서 채권자가 실제로 의도하지도 않은 청구권의 존부에 관한 실체 심리를 진행하는 데에 있다. 채무자는 그와 같은 후소에서 전소 판결에 대한 청구이의사유를 조기에 제출하도록 강요되고 법원은 불필요한 심리를 해야 한다. 채무자는 이중집행의 위험에 노출되고, 실질적인 채권의 관리·보전비용을 추가로 부담하게 되며 그 금액도 매우 많은 편이다. 채권자 또한 자신이 제기한 후소의 적법성이 10년의 경과가 임박하였는지 여부라는 불명확한 기준에 의해 좌우되는 불안정한 지위에 놓이게 된다.

위와 같은 종래 실무의 문제점을 해결하기 위해서, 시효중단을 위한 후소로서 이행소송 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 조치, 즉 '재판상의 청구'가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 '새로운 방식의 확인소송'이 허용되고, 채권자는 두 가지 형태의 소송 중 자신의 상황과 필요에 보다 적합한 것을 선택하여 제기할 수 있다고 보아야 한다.

[대법관 5인의 의견]

시효중단을 위한 재소로서 이행소송 외에 '새로운 방식의 확인소송'도 허용되어야 한다는 입장은 받아들일 수 없다.

다수의견이 지적하는 것처럼 이행소송을 허용하는 현재 실무의 폐해가 크다고 보기 어렵다. 또한 새로운 방식의 확인소송에는 법리적으로 적지 않은 문제점이 있고, 이행소송 외에 굳이 이를 허용할 실익이나 필요도 크지 않아 보인다.

시효중단을 위한 재소로서의 이행소송은 대법원판결을 통해 허용된 이래 30년 이상 실무로 정착되었고 그동안 큰 문제점이나 혼란도 없었다. 최근 대법원판결에서도 이러한 인식에 기초하여 이행소송이 허용됨을 재확인하였다. 이러한 상황에서 새삼스레 이행소송에 여러 문제가 있다고 주장하면서 굳이 새로운 방식의 확인소송이라는 낯설고 설익은 소송형태를 추가하여, 법적 안정성을 해치

고 당사자의 편리보다는 혼란만 가중시키는 결과를 초래하지 않을까 염려된다.

[대법관 1인의 의견]

시효중단을 위한 재소로서 이행소송과 함께 해석을 통하여 다른 형태의 소송을 허용하고자 한다면, '청구권 확인소송'으로 충분하다. 새로운 방식의 확인소송은 입법을 통하여 받아들여야 할 사항이지 법률의 해석을 통하여 받아들일 수는 없다.

청구권 확인소송은 전소 판결의 소송물이자 전소 판결에 의하여 확정된 채권 그 자체를 대상으로 확인을 구하는 소송이다.

청구권 확인소송에 비하여 새로운 방식의 확인소송이 큰 이점이 있다고 보기는 어렵다. 법리적인 측면에서 본다면 청구권 확인소송을 허용하는 데 별다른 문제가 없는 반면, 새로운 방식의 확인소송에는 확인의 이익을 비롯하여 법리적으로 극복하기 어려운 문제가 적지 않다. 다수의견이 지적하는 정책적 측면까지 고려하더라도, 이론적으로 문제가 많은 새로운 방식의 확인소송을 굳이 무리하게 도입할 이유가 없다.

<판례선정이유>

시효중단을 위한 후소로서 이행소송 외에 '재판상의 청구'가 있다는 점에 대해 확인을 구하는 '새로운 방식의 확인소송'이 허용되며, 이 두 가지 형태 중 자신의 상황과 필요에 보다 적합한 것을 채권자가 선택할 수 있음을 밝힌 대법원 전원합의체 판결

58. 제3자 확인의소

(대법원 1994. 11. 8. 선고 94다23388 판결)

〈쟁점〉

제3자 관련 법률관계가 확인청구의 대상이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

확인의 소는 반드시 원·피고 간의 법률관계에 한하지 아니하고 원·피고의 일방과 제3자 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있는 것이나, 그러한 법률관계의 확인은 그 법률관계에 따라 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험, 불안이 야기되어 이를 제거하기 위하여 그 법률관계를 확인의 대상으로 삼아 원·피고 간의 확인판결에 의하여 즉시로 확정할 필요가 있고, 또한 그것이 가장 유효 적절한 수단이 되어야 확인의 이익이 있다.

〈판례선정이유〉

확인의 소의 대상이 원·피고 간의 법률관계에 한하지 않고 원·피고의 일방과 제3자 또는 제3자 상호간의 법률관계도 포함될 수 있음을 밝힌 판결

59. 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구

(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다45944 판결)

〈쟁점〉

미등기토지에 대해 국가를 상대로 소유권확인청구를 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

국가를 상대로 한 토지소유권확인청구는 그 토지가 미등기이고 토지대장이나 임야대장상에 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때와 그 밖에 국가가 등기 또는 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가 소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 확인의 이익이 있다. 그리고 어느 토지에 관하여 등기부나 토지대장 또는 임야대장상 소유자로 등기 또는 등록되어 있는 자가 있는 경우에는 그 명의자를 상대로 한 소송에서 당해 부동산이 보존등기신청인의 소유임을 확인하는 내용의 확정판결을 받으면 소유권보존등기를 신청할 수 있는 것이므로 그 명의자를 상대로 한 소유권확인청구에 확인의 이익이 있는 것이 원칙이지만, 토지대장 또는 임야대장의 소유자에 관한 기재의 권리추정력이 인정되지 아니하는 경우에는 국가를 상대로 소유권확인청구를 할 수밖에 없다.

〈판례선정이유〉

국가를 상대로 한 토지소유권확인청구는 그 토지가 미등기이고 토지대장이나 임야대장상에 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때와 그 밖에 국가가 등기 또는 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가 소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 확인의 이익이 인정됨을 밝힌 판결

60. 증서진부확인청구

(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다29290,29306 판결)

〈쟁점〉

임대차계약금 영수증이 증서진부확인청구의 대상이 될 수 있는지 여부와 권리보호이익이 인정될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제250조는 "확인의 소는 법률관계를 증명하는 서면이 진정한지 아닌지를 확정하기 위하여서도 제기할 수 있다"고 규정하고 있으므로, 증서의 진정 여부를 확인하는 소의 대상이 되는 서면은 직접 법률관계를 증명하는 서면에 한하고, '법률관계를 증명하는 서면'이란 그 기재 내용으로부터 직접 일정한 현재의 법률관계의 존부가 증명될 수 있는 서면을 말한다.

[2] 임대차계약금으로 일정한 금원을 받았음을 증명하기 위하여 작성된 영수증은 특별한 사정이

없는 한 임대차 등 법률관계의 성립 내지 존부를 직접 증명하는 서면이 아니므로 증서의 진정 여부를 확인하는 소의 대상이 될 수 없다.

[3] 민사소송법 제250조에서 증서의 진정 여부를 확인하는 소를 허용하고 있는 이유는 법률관계를 증명하는 서면의 진정 여부가 확정되면 당사자가 그 서면의 진정 여부에 관하여 더 이상 다툴 수 없게 되는 결과, 법률관계에 관한 분쟁 그 자체가 해결되거나 적어도 분쟁 자체의 해결에 크게 도움이 된다는 데 있으므로, 증서의 진정 여부를 확인하는 소가 적법하기 위해서는 그 서면에 대한 진정 여부의 확인을 구할 이익이 있어야 한다.

[4] 어느 서면에 의하여 증명되어야 할 법률관계를 둘러싸고 이미 소가 제기되어 있는 경우에는 그 소송에서 분쟁을 해결하면 되므로 그와 별도로 그 서면에 대한 진정 여부를 확인하는 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익이 없다.

〈판례선정이유〉

원칙적으로 권리법률관계를 대상으로 하는 확인의 소의 예외로서 인정하고 있는 증서진부확인청구는 직접 법률관계를 증명하는 서면만을 그 대상으로 하며, 진정 여부 확인을 구할 이익이 인정되어야 함을 밝힌 판결

61. 참칭채권자 사이에 제기된 채권확인청구의 권리보호이익

(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카2269 판결)

〈쟁점〉

참칭채권자 사이에 채권귀속에 관한 확인판결을 받을 권리보호이익이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

일반적으로 채권은 채무자로부터 급부를 받는 권능이기 때문에 소송상으로도 채권자는 통상 채무자에 대하여 채권의 존재를 주장하고 그 급부를 구하면 되는 것이지만 만약 하나의 채권에 관하여 2인 이상이 서로 채권자라고 주장하고 있는 경우에 있어서는 그 채권의 귀속에 관한 분쟁은 채무자와의 사이에 생기는 것이 아니라 스스로 채권자라고 주장하는 사람들 사이에 발생하는 것으로서 참칭채권자가 채무자로부터 변제를 받아버리게 되면 진정한 채권자는 그 때문에 자기의 권리가 침해될 우려가 있어 그 참칭채권자와의 사이에서 그 채권의 귀속에 관하여 즉시 확정을 받을 필요가 있고 또 그들 사이의 분쟁을 해결하기 위하여는 그 채권의 귀속에 관한 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 권리구제수단으로 용인되어야 할 것이므로 스스로 채권자라고 주장하는 어느 한쪽이 상대방에 대하여 그 채권이 자기에게 속한다는 채권의 귀속에 관한 확인을 구하는 청구는 그 확인의 이익이 있다.

〈판례선정이유〉

채권의 귀속에 관하여 다툼이 있는 경우, 어느 한 쪽이 다른 쪽을 상대로 채권귀속에 관한 적극적 확인을 구하는 청구에 확인의 이익을 인정한 판결

62. 확인청구의 보충성

(대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다60239 판결)

〈쟁점〉

이행청구가 가능한 경우 확인청구의 권리보호이익이 인정될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

확인의 소는 원고의 법적 지위가 불안·위험할 때에 그 불안·위험을 제거함에 확인판결로 판단하는 것이 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정되므로, 이행을 청구하는 소를 제기할 수 있는데도 불구하고 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니어서 확인의 이익이 없다.

〈판례선정이유〉

이행청구를 바로 할 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 확인청구에 대해서는 권리보호이익이 인정되지 않는다는 확인의 소의 보충성의 원칙을 밝힌 판결

63. 반소청구와 확인의 이익

(대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401,17418 판결)

〈쟁점〉

채무부존재확인소송 도중 채무이행청구의 반소를 제기한 경우 확인청구의 권리보호이익이 소멸하는지 여부

〈판결요지〉

소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

채무이행청구소송 도중 채무부존재확인을 구하는 반소에는 권리보호이익이 인정되지 않지만, 채무부존재확인소송 도중 채무이행을 구하는 반소가 제기된 경우 본소의 권리보호이익이 소멸하지 않음을 명시한 판결

64. 형식적 형성의 소의 권리보호이익

(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다41792,41808 판결)

〈쟁점〉

토지 경계가 불분명하여 다툼이 있는 경우 토지경계확정의 소의 권리보호이익이 인정되는지 여부와 당사자가 주장하는 경계선에 법원이 기속되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 토지경계확정의 소는 인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우에 재판에 의하여 그 경계를 확정하여 줄 것을 구하는 소송으로서, 토지소유권의 범위의 확인을 목적으로 하는 소와는 달리, 인접한 토지의 경계가 불분명하여 그 소유자들 사이에 다툼이 있다는 것만으로 권리보호의 필요가 인정된다.

[2] 토지경계확정의 소에 있어서 법원으로서는 원·피고 소유의 토지들 내의 일정한 지점을 기초점으로 선택하고 이를 기준으로 방향과 거리 등에 따라 위치를 특정하는 등의 방법으로 지적도상의 경계가 현실의 어느 부분에 해당하는지를 명확하게 표시할 필요가 있고, 당사자가 쌍방이 주장하는 경계선에 기속되지 아니하고 스스로 진실하다고 인정하는 바에 따라 경계를 확정하여야 한다.

〈판례선정이유〉

토지경계확정의 소의 개념을 명확히 하는 한편, 권리보호이익의 인정 기준을 밝히고 처분권주의의 예외가 인정되는 형식적 형성의 소의 특성에 따라 경계를 정하는 데 법원의 재량이 인정됨을 명시한 판결

65. 형성소송의 권리보호이익

(대법원 1996. 11. 22. 선고 96다37176 판결)

〈쟁점〉

강제집행이 종료된 경우 제3자이의의 소에 권리보호이익이 인정될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

제3자이의의 소는 강제집행의 목적물에 대하여 소유권이나 양도 또는 인도를 저지하는 권리를 가진 제3자가 그 권리를 침해하여 현실적으로 진행되고 있는 강제집행에 대하여 이의를 주장하고 집행의 배제를 구하는 소이므로, 당해 강제집행이 종료된 후에 제3자이의의 소가 제기되거나 또는 제3자이의의 소가 제기된 당시 존재하였던 강제집행이 소송계속 중 종료된 경우에는 소의 이익이 없어 부적법하다.

〈판례선정이유〉

법률의 규정에 따라 제기된 형성의 소는 원칙적으로 권리보호이익이 인정되지만 소송목적이 이미 실현된 경우나 별도의 직접적인 권리구제절차가 있는 경우에는 예외적으로 권리보호이익이 부인됨. 소송계속 중 사정변경으로 소송목적의 달성이 불가능해진 경우에도 소의 이익이 없음을 명시한 판결

66. 불법행위로 인한 손해배상청구와 채무불이행으로 인한 손해배상청구의 소송물

(대법원 1963. 7. 25. 선고 63다241 판결)

〈쟁점〉

불법행위로 인한 손해배상청구를 주장한 경우에 채무불이행으로 인한 손해배상의무를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고(반소원고)들은 원고에 대한 반소 청구원인으로 원고가 보통 파 종자를 옥파 종자라고 피고를 속여서 피고에게 손해를 보게 하였으므로 그 불법행위에 의한 손해배상을 청구한다고 주장하였고 원고의 채무불이행을 주장한 사실이 없음이 기록상 명백함에도 불구하고, 원심이 피고에게 본건 불법행위가 성립하지 않는다면 채무불이행을 원인으로 손해배상을 청구하는가의 여부를 석명한 사정조차도 없는데 원고의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상 의무를 인정한 것은 당사자의 신청하지 않은 사항을 판결한 위법이 있어 이 점에 대한 상고 논지는 이유 있다.

〈판례선정이유〉

동일한 사실관계에 관하여 채무불이행으로 인한 손해배상청구와 불법행위로 인한 손해배상청구는 별개의 소송물임을 밝힌 판결

67. 신체상해와 소송물

(대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결)

〈쟁점〉

불법행위로 인하여 신체에 상해를 입었을 경우 손해배상청구에서의 소송물

〈판결요지〉

불법행위로 말미암아 신체의 상해를 입었기 때문에 가해자에게 대하여 손해배상을 청구할 경우에 있어서는 그 소송물인 손해는 통상의 치료비 등과 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에

따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신적 손해(위자료)의 3가지로 나누어진다고 볼 수 있고 일실수익상실로 인한 소극적 재산상 손해로서는 예를 들면 일실노임 일실상여금 또는 후급적 노임의 성질을 딴 일실퇴직금 등이 모두 여기에 포함된다.

〈판례선정이유〉

생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 소송물은 적극적·소극적·정신적 손해의 세 가지로 나누어진다는 3분설을 따른 판결

68. 후유증에 기한 추가적인 손해배상청구와 소송물

(대법원 2007. 4. 13. 선고 2006다78640 판결)

〈쟁점〉

적극적 손해의 배상을 명한 전 소송의 변론종결 후에 발생한 새로운 적극적 손해와 전 소송의 기판력

〈판결요지〉

불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전 소송의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우에 그 소송의 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전 소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고 하더라도 이는 전 소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 전 소송의 기판력에 저촉되는 것이 아니다.

〈판례선정이유〉

후유증에 기한 확대손해의 경우 예견할 수 없었던 새로운 손해로서 이에 대한 추가청구를 포기하였다고 볼 수 없는 한 별개의 소송물로 보아야 한다는 판결

69. 건물반환청구소송의 소송물

(대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결)

〈쟁점〉

소유권에 기한 미등기 무허가건물 반환청구에 점유권에 기한 반환청구의 취지도 포함되는지 여부

〈판결요지〉

소유권에 기하여 미등기 무허가건물의 반환을 구하는 청구취지 속에는 점유권에 기한 반환청구

권을 행사한다는 취지가 당연히 포함되어 있다고 볼 수는 없고, 소유권에 기한 반환청구만을 하고 있음이 명백한 이상 법원에 점유권에 기한 반환청구도 구하는지 여부를 석명할 의무가 있는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

소유권에 기한 건물반환청구와 점유권에 기한 건물반환청구는 별개의 소송물이라는 판결

70. 소유권이전등기청구소송의 소송물

(대법원 1997. 4. 25. 선고 96다32133 판결)

〈쟁점〉

대물변제예약에 기한 소유권이전등기청구권과 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 소송물의 동일성 여부

〈판결요지〉

대물변제예약에 기한 소유권이전등기청구권과 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권은 그 소송물이 서로 다르므로 동일한 계약관계에 대하여 그 계약의 법적 성질을 대물변제의 예약이라고 하면서도 새로운 매매계약이 성립되었음을 인정하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행할 의무가 있다고 하는 것은 위법하다.

〈판례선정이유〉

등기원인을 달리하는 소유권이전등기청구권의 경우 별개의 소송물이라는 판결

71. 소유권이전등기의 말소등기청구소송의 소송물

(대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결)

〈쟁점〉

패소확정된 전소인 말소등기청구소송의 변론종결 전에 이미 발생한 바 있는 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유를 후소에서 주장하는 것이 기판력에 저촉되는지 여부

〈판결요지〉

말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효라 할 것으로서 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니라 할 것이므로 전소에서 원고가 주장한 사유나 후소에서 주장하는 사유들은 모두 등기의 원

인무효를 뒷받침하는 공격방법에 불과할 것일 뿐 그 주장들이 자체로서 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없고 모두 전소의 변론종결 전에 발생한 사유라면 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없는 것이다.

〈판례선정이유〉

소유권이전등기청구소송과는 다르게 소유권이전등기 말소등기청구소송의 소송물은 원인무효에 기한 말소등기청구권 하나이고 원인무효사유는 공격방어방법에 불과하다고 한 판결

72. 근저당권설정등기의 말소등기청구소송의 소송물

(대법원 1986. 9. 23. 선고 85다353 판결)

〈쟁점〉

근저당권설정등기 말소청구의 발생원인이 등기원인 무효인지 계약상 권리에 기한 원상회복인지에 따라 소송물이 달라지는지 여부

〈판결요지〉

사기에 의한 의사표시취소를 원인으로 한 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 이 사건 근저당권설정계약이 기망에 의하여 체결되었음을 이유로 이를 취소하고 이에 터잡아 경료된 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지이고, 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 피담보채무가 없으니 근저당권설정계약을 해지하고, 이에 터잡아 원상회복으로서 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지임이 명백한바, 위 청구들은 각 그 청구원인을 달리하는 별개의 독립된 소송물로서 선택적 병합 관계에 있다고 볼 것이고, 동일한 소송물로서 그 공격방법을 달리하는 것에 지나지 않는 것으로 볼 것이 아니며, 또한 원고가 주장하는 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 종국판결인 이 사건 제1심판결의 선고 후 취하되었다가 다시 제기된 청구임이 기록상 명백하므로 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 원고의 이 사건 말소청구는 재소금지의 원칙에 어긋나는 부적법한 소라고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

말소등기청구권의 발생원인인 등기원인의 무효를 들어 말소등기청구를 하는 것과 계약상 권리에 기하여 원상회복으로서 말소등기청구를 하는 것은 별개의 소송물이라는 판결

73. 소유권이전등기의 말소등기청구소송과 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송의 소송물

(대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

전소인 소유권이전등기말소청구소송의 확정판결의 기판력이 후소인 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에 미치는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 허용되는 것인데, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.

[별개의견]

전소인 소유권이전등기말소등기청구소송과 후소인 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송이 그 소송목적이나 법적 근거와 성질이 같아서 실질적으로 동일하다고 하더라도, 각기 그 청구취지와 청구원인이 서로 다른 이상, 위 2개의 소의 소송물은 다른 것이므로, 전소의 확정판결의 기판력은 후소에는 미치지 않는다고 보아야 할 것이고, 다만, 이미 전소에 관하여 확정판결이 있고 후소가 실질적으로 전소를 반복하는 것에 불과한 것이라면, 즉, 전소와 후소를 통하여 당사자가 얻으려고 하는 목적이나 사실관계가 동일하고, 전소의 소송과정에서 이미 후소에서와 실질적으로 같은 청구나 주장을 하였거나 그렇게 하는 데 아무런 장애가 없었으며, 후소를 허용함으로써 분쟁이 이미 종결되었다는 상대방의 신뢰를 해치고 상대방의 법적 지위를 불안정하게 하는 경우에는 후소는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 보아야 한다.

[반대의견]

기판력의 범위를 결정하는 소송물은 원고의 청구취지와 청구원인에 의하여 특정되는 것으로서, 사실관계나 법적 주장을 떠나서 청구취지가 다르다면 소송물이 같다고 할 수 없을 것인바, 소유권이전등기말소등기청구소송과 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송은 우선 그 청구취지가 다르므로, 이러한 법리의 적용을 배제할 만한 상당한 법적 근거가 없다면 각각의 소송물이 다르다고 보아야 한다. 이 두 소송에서 말소등기청구권과 이전등기청구권이 실질적으로는 동일한 목적을 달성하기 위한 것이라 하더라도 각각에 다른 법률효과를 인정하여 별개의 소송물로 취급하는 것도 가능하고, 실체법과 함께 등기절차법의 측면에서 보면 이들 청구권의 법적 근거가 반드시 동일하다고만 볼 수도 없는 것이며, 또한 실제적인 측면을 고려할 때, 소유권이전등기의 말소청구와 함께 진정명의의 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 중첩적으로 허용함이 타당하다.

〈판례선정이유〉

진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모

두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일하다고 본 대법원 전원합의체 판결

74. 소유권확인청구의 소송물

(대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결)

〈쟁점〉

전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 한해 원고의 청구를 인용하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 전소의 기판력이 전소 변론종결 후 상속재산분할협의에 의하여 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 대한 소유권확인을 구하는 후소에 미치는지 여부

〈판결요지〉

소유권확인청구의 소송물은 소유권 자체의 존부이므로, 전소에서 원고가 소유권을 주장하였다가 패소판결이 확정되었다고 하더라도, 전소 변론종결 후에 소유권을 새로이 취득하였다면 전소의 기판력이 소유권확인을 구하는 후소에 미칠 수 없는데, 상속재산분할협의가 전소 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협의에 의한 소유권 취득은 전소 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다. 따라서 전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 대해서만 원고의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다면, 전소의 기판력은 전소 변론종결 후에 상속재산분할협의에 의해 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 관한 소유권확인을 구하는 후소에는 미치지 않는다.

〈판례선정이유〉

소유권확인의 소의 소송물은 소유권 자체의 존부이므로 소유권취득원인은 공격방법에 불과함을 밝힌 판결

75. 이혼소송의 소송물

(대법원 1963. 1. 31. 선고 62다812 판결)

〈쟁점〉

원고가 주장하지 아니한 이혼사유와 법원의 심판

〈판결요지〉

이혼의 소는 원고가 주장하는 사유에 의한 재판상 이혼청구의 이유의 유무에 관한 판단을 구하

는 것이며 민법 제840조 각 호가 규정한 이혼사유마다 재판상 이혼청구를 할 수 있는 것이므로 법원은 원고가 주장한 이혼사유에 관하여만 심판하여야 하며 원고가 주장하지 아니한 이혼사유에 관하여는 심판을 할 필요가 없고 그 사유에 의하여 이혼을 명하여서는 안 되는 것이다.

〈판례선정이유〉

재판상 이혼사유는 각 사유마다 독립된 이혼청구원인이 되므로 소송물이 별개라는 판결

76. 주주총회결의취소소송과 소송물

(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결)

〈쟁점〉

주주총회에서 여러 개의 안건이 상정되어 각기 결의가 행하여진 경우, 주주총회결의 취소의 소의 제소기간 준수 여부를 각 안건에 대한 결의마다 별도로 판단하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 주주총회결의 취소의 소는 상법 제376조 제1항에 따라 그 결의의 날로부터 2개월 내에 제기하여야 하고, 이 기간이 지난 후에 제기된 소는 부적법하다. 그리고 주주총회에서 여러 개의 안건이 상정되어 각기 결의가 행하여진 경우 위 제소기간의 준수 여부는 각 안건에 대한 결의마다 별도로 판단되어야 한다.

[2] 임시주주총회에서 이루어진 여러 안건에 대한 결의 중 이사선임결의에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월 내에 주주총회결의 무효확인의 소를 제기한 뒤, 위 임시주주총회에서 이루어진 정관변경결의 및 감사선임결의에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월이 지난 후 주주총회결의 무효확인의 소를 각각 추가적으로 병합한 후, 위 각 결의에 대한 주주총회결의 무효확인의 소를 주주총회결의 취소의 소로 변경한 경우, 위 정관변경결의 및 감사선임결의 취소에 관한 부분은 위 각 주주총회결의 무효확인의 소가 추가적으로 병합될 때에 주주총회결의 취소의 소가 제기된 것으로 볼 수 있으나, 위 추가적 병합 당시 이미 2개월의 제소기간이 도과되었으므로 부적법하다고 한 사례

〈판례선정이유〉

주주총회에서 여러 개의 안건이 상정되어 각각 결의가 행해진 경우 각 안건에 대한 결의마다 별개의 소송물이 성립한다는 판결

77. 사해행위취소소송에서 피보전채권과 소송물

(대법원 2003. 5. 27. 선고 2001다13532 판결)

〈쟁점〉

사해행위취소소송에서 피보전채권을 변경하는 것이 소의 변경에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 소의 변경이라 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

사해행위취소소송에서 피보전채권을 변경하는 것은 소송물의 변경이 아니라 공격방법의 변경에 불과하다는 판결

78. 사해행위취소소송에서 사해행위에 대한 법률적 평가와 소송물

(대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985,10992 판결)

〈쟁점〉

사해행위취소의 대상인 금원지급행위의 법률적 평가가 증여 또는 변제인지에 따라 소송물을 달리하는지 여부

〈판결요지〉

채권자가 채무자의 어떤 금원지급행위가 사해행위에 해당된다고 하여 그 취소를 청구하면서 다만 그 금원지급행위의 법률적 평가와 관련하여 증여 또는 변제로 달리 주장하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

사해행위취소의 대상인 금원지급행위의 법률적 평가가 증여 또는 변제인지는 소송물을 달리하는 것이 아니라 공격방법을 달리하는 것이라는 판결

79. 재심소송의 소송물

(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018다300470 판결)

〈쟁점〉

여러 개의 유죄판결이 재심대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 어느 한 유죄판결이 효력을 잃고 무죄판결이 확정되었다는 사정

이 별개의 독립된 재심사유가 되는지 여부 및 각 유죄판결에 대하여 형사재심에서 인정된 재심사유가 공통된다거나 무죄판결의 이유가 동일하더라도 마찬가지인지 여부

〈판결요지〉

재심사유는 그 하나하나의 사유가 별개의 청구원인을 이루는 것이므로, 여러 개의 유죄판결이 재심대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 어느 한 유죄판결이 효력을 잃고 무죄판결이 확정되었다는 사정은 특별한 사정이 없는 한 별개의 독립된 재심사유라고 보아야 한다. 재심대상판결의 기초가 된 각 유죄판결에 대하여 형사재심에서 인정된 재심사유가 공통된다거나 무죄판결의 이유가 동일하다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

재심사유마다 별개의 청구원인을 이루어 소송물이 성립한다는 판결

80. 채권자대위소송과 중복소송(1)

(대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41187 판결)

〈쟁점〉

채권자대위소송의 계속 중에 채무자와 제3채무자 사이에 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우 중복제소가 되는지 여부

〈판결요지〉

채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 제기한 채권자대위소송이 법원에 계속중 채무자와 제3채무자 사이에 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우, 양 소송은 동일소송이므로 후소는 중복제소금지원칙에 위배되어 제기된 부적법한 소송이다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송의 계속 중 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 후소는 중복제소에 해당하여 부적법하다는 점을 밝힌 판결

81. 채권자대위소송과 중복소송(2)

(대법원 1989. 4. 11. 선고 87다카3155 판결)

〈쟁점〉

채권자대위소송 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 동일한 소송을 제기한 경우 중

복제소 해당 여부 및 이 경우 전소, 후소의 판별기준

〈판결요지〉

[1] 채권자대위소송의 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 법원에 출소한 경우 두 개 소송의 소송물이 같다면 후소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소송으로서 각하를 면할 수 없다.

[2] 전항의 경우 전소, 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기, 즉 소장이 피고에게 송달된 때의 선후에 의할 것이며, 비록 소 제기에 앞서 가압류, 가처분 등의 보전절차가 미리 경료되어 있더라도 이를 기준으로 가릴 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송의 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 소송물이 동일한 소송을 제기한 경우 후소는 중복제소에 해당하여 부적법하다는 점과 전소, 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기이며 소 제기에 앞서 가압류, 가처분이 되어 있더라도 이를 기준으로 가릴 것은 아니라는 점을 명확히 한 판결

82. 추심의소와 중복소송

(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하는 것이 민사소송법 제259조에서 금지하는 중복된 소제기에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

[1] 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 이미 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소의 본안에 관하여 심리·판단한다고 하여, 제3채무자에게 불합리하게 과도한 이중 응소의 부담을 지우고 본안 심리가 중복되어 당사자와 법원의 소송경제에 반한다거나 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없다.

[2] 압류채권자는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소에 민사소송법 제81조, 제79조에 따라 참가할 수도 있으나, 채무자의 이행의 소가 상고심에 계속 중인 경우에는 승계인의 소송참가가 허용되지 아니하므로 압류채권자의 소송참가가 언제나 가능하지는 않으며, 압류채권자가 채무자가 제기한 이행의 소에 참가할 의무가 있는 것도 아니다.

[3] 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 민사소

송법 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

[반대의견]

[1] 민사소송법 제259조가 규정하는 중복된 소제기의 금지는 소송의 계속으로 인하여 당연히 발생하는 소제기의 효과이다. 그러므로 설령 이미 법원에 계속되어 있는 소(전소)가 소송요건을 갖추지 못한 부적법한 소라고 하더라도 취하·각하 등에 의하여 소송 계속이 소멸하지 않는 한 그 소송 계속 중에 다시 제기된 소(후소)는 중복된 소제기의 금지에 저촉되는 부적법한 소로서 각하를 면할 수 없다.

[2] 채무자가 제3채무자를 상대로 먼저 제기한 이행의 소와 압류채권자가 제3채무자를 상대로 나중에 제기한 추심의 소는 비록 당사자는 다를지라도 실질적으로 동일한 사건으로서 후소는 중복된 소에 해당한다.

[3] 압류채권자에게는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소에 민사소송법 제81조, 제79조에 따라 참가할 수 있는 길이 열려 있으므로, 굳이 민사소송법이 명문으로 규정하고 있는 기본 법리인 중복된 소제기의 금지 원칙을 깨뜨리면서까지 압류채권자에게 채무자가 제기한 이행의 소와 별도로 추심의 소를 제기하는 것을 허용할 것은 아니다. 다만 다수의견이 지적하듯이 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 상고심에 계속 중 채권에 대한 압류 및 추심명령을 받은 경우에는 압류채권자가 상고심에서 승계인으로서 소송참가를 하는 것이 불가능하나, 이때에도 상고심은 압류 및 추심명령으로 인하여 채무자가 당사자적격을 상실한 사정을 직권으로 조사하여 압류 및 추심명령이 내려진 부분의 소를 파기하여야 하므로, 압류채권자는 파기환송심에서 승계인으로서 소송참가를 하면 된다.

〈판례선정이유〉

채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 계속된 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우, 소송경제에 반하는 결과가 되거나 판결의 모순·저촉 위험이 크지 않은 점, 채무자가 제기한 이행의 소의 상고심에서 압류채권자의 소송참가가 불가능한 점 등을 고려하여 추심의 소가 중복제소에 해당하지 않는다고 한 대법원 전원합의체 판결

83. 채권자취소소송과 중복소송

(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결)

〈쟁점〉

채권자취소권의 요건을 갖춘 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우, 이들 소가 중복제소에 해당하는지 여부 및 어느 한 채권자의 청구가 승소판결을 받아 확정되면 그 후에 제기된 다른 채권자의 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는지 여부

〈판결요지〉

채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위

취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우 이들 소가 중복제소에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.

〈판례선정이유〉

여러 채권자가 각기 채권자취소소송을 제기하더라도 고유의 권리로서 중복제소에 해당하지 않으며, 그 중 하나의 청구에 대한 승소판결이 확정되더라도 그에 기한 원상회복이나 가액배상이 마쳐져야 비로소 다른 채권자의 청구의 권리보호이익이 소멸함을 밝힌 판결

84. 상계항변과 중복소송

(대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결)

〈쟁점〉

별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 상계의 주장이 후소에서 허용되는지 여부

〈판결요지〉

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 바람직하였다고 할 것이나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

별소로 계속 중인 채권을 가지고 다른 소송에서 이를 자동채권으로 하는 소송상 상계 주장을 하더라도 중복제소에는 해당하지 않음을 명확히 밝힌 판결

85. 일부청구와 중복소송

(대법원 1985. 4. 9. 선고 84다552 판결)

〈쟁점〉

일부청구임을 명시한 소송의 계속 중 유보한 나머지 청구를 별도의 소송으로 제기한 경우 중복제소 해당 여부

〈판결요지〉

전 소송에서 불법행위를 원인으로 치료비청구를 하면서 일부만을 특정하여 청구하고 그 이외의 부분은 별도소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보한 때에는 그 전 소송의 소송물은 그 청구한 일부의 치료비에 한정되는 것이고 전 소송에서 한 판결의 기판력은 유보한 나머지 부분의 치료비에까지는 미치지 아니한다 할 것이므로 전 소송의 계속 중에 동일한 불법행위를 원인으로 유보한 나머지 치료비청구를 별도소송으로 제기하였다 하더라도 중복제소에 해당하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

명시적 일부청구의 소송계속 중 유보된 나머지 청구의 후소 제기 시에는 양 소의 소송물이 다르므로 중복소송에 해당하지 않음을 밝힌 판결

86. 중복소송의 판단 기준

(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다22246 판결)

〈쟁점〉

채권자가 채무인수자를 상대로 제기한 채무이행청구소송과 채무인수자가 채권자를 상대로 제기한 원래 채무자의 채권자에 대한 채무부존재확인소송의 동일성 여부

〈판결요지〉

[1] 채권자가 채무인수자를 상대로 제기한 채무이행청구소송(전소)과 채무인수자가 채권자를 상대로 제기한 원래 채무자의 채권자에 대한 채무부존재확인소송(후소)은 그 청구취지와 청구원인이 서로 다르므로 중복제소에 해당하지 않는다.

[2] 채권자 갑이 병존적 채무인수자 을을 상대로 채무이행청구를 한 소송의 계속 중에 채무인수자 을이 채권자 갑을 상대로 원채무자 병의 원채무가 없다는 부존재확인청구를 한 경우, 양 소송의 청구취지와 청구원인이 다르므로 중복제소는 아니나, 을이 전소인 이행소송에서 청구기각의 판결을 구함으로써 갑이 을이나 병에게 채권이 없음을 다툴 수 있으므로 후소는 확인의 이익이 없다고 한 사례

〈판례선정이유〉

전후 양소의 청구취지와 청구원인이 서로 다르면 중복소송에 해당하지 않음을 밝힌 판결

87. 중복소송의 판단 기준 시점

(대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결)

〈쟁점〉

당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기되었으나, 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않은 경우, 후소가 적법한지 여부

〈판결요지〉

법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다(민사소송법 제259조). 따라서 당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기된 경우 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않으면, 후소는 중복제소금지에 위반하여 제기된 소송으로서 부적법하다.

〈판례선정이유〉

전소가 소송요건을 구비하지 못하여 부적법한 경우라도 후소의 변론종결 시까지 전소가 취하, 각하되지 않으면 후소는 중복소송에 해당하여 부적법함을 밝힌 판결

88. 중복소송을 간과한 경우 전후 판결의 효력

(대법원 1997. 1. 24. 선고 96다32706 판결)

〈쟁점〉

기판력 있는 전소판결의 변론종결 후 그와 저촉되는 후소판결이 확정된 경우 전소판결의 기판력이 차단되는지 여부

〈판결요지〉

기판력 있는 전소판결과 저촉되는 후소판결이 그대로 확정된 경우에도 전소판결의 기판력이 실효되는 것이 아니고 재심의 소에 의하여 후소판결이 취소될 때까지 전소판결과 후소판결은 저촉되는 상태 그대로 기판력을 갖는 것이고, 또한 후소판결의 기판력이 전소판결의 기판력을 복멸시킬 수 있는 것도 아니어서, 기판력 있는 전소판결의 변론종결 후에 이와 저촉되는 후소판결이 확정되었다는 사정은 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에 해당되지 않으므로, 그와 같은 사유를 들어 전소판결의 기판력이 미치는 자 사이에서 전소판결의 기판력이 미치지 않게 되었다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

기판력 있는 전소판결과 저촉되는 후소판결이 확정된 경우 재심에 의하여 후소판결이 취소될 때까지 전소판결과 후소판결은 저촉된 상태 그대로 기판력을 가짐을 밝힌 판결

89. 지급명령과 시효중단

(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다54686 판결)

〈쟁점〉

민법 제170조 제1항에서 정한 '재판상의 청구'에 지급명령 신청도 포함되는지 여부 및 지급명령 신청이 각하된 후 6개월 내 다시 소를 제기한 경우 지급명령 신청이 있었던 때 시효가 중단된 것으로 보아야 하는지 여부

〈판결요지〉

지급명령이란 금전 그 밖에 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 청구에 대하여 법원이 보통의 소송절차에 의함이 없이 채권자의 신청에 의하여 간이, 신속하게 발하는 이행에 관한 명령으로 지급명령에 관한 절차는 종국판결을 받기 위한 소의 제기는 아니지만, 채권자로 하여금 간이·신속하게 집행권원을 취득하도록 하기 위하여 이행의 소를 대신하여 법이 마련한 특별소송절차로 볼 수 있다. 그런데 재판상 청구에 시효중단의 효력을 인정하는 근거는 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명하고 이로써 시효제도의 기초인 영속되는 사실상태와 상용할 수 없는 다른 사정이 발생하였다는 점에 기인하는 것인데, 그와 같은 점에서 보면 지급명령 신청은 권리자가 권리의 존재를 주장하면서 재판상 그 실현을 요구하는 것이므로 본질적으로 소의 제기와 다르지 않다. 따라서 민법 제170조 제1항에 규정하고 있는 '재판상의 청구'란 종국판결을 받기 위한 '소의 제기'에 한정되지 않고, 권리자가 이행의 소를 대신하여 재판기관의 공권적인 법률판단을 구하는 지급명령 신청도 포함된다고 보는 것이 타당하다. 그리고 민법 제170조의 재판상 청구에 지급명령 신청이 포함되는 것으로 보는 이상 특별한 사정이 없는 한, 지급명령 신청이 각하된 경우라도 6개월 이내 다시 소를 제기한 경우라면 민법 제170조 제2항에 의하여 시효는 당초 지급명령 신청이 있었던 때에 중단되었다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

지급명령도 시효중단 사유로서 민법 제170조 제1항의 '재판상의 청구'에 해당함과 지급명령 신청이 각하된 경우에도 6개월 이내 다시 소를 제기하면 당초 지급명령 신청 시에 시효가 중단됨을 밝힌 판결

90. 일부청구와 시효중단

(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43695 판결)

〈쟁점〉

한 개의 채권 중 일부만을 청구한 경우 시효중단의 효력발생범위

〈판결요지〉

[1] 한 개의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하지만 비록 그중 일부만을 청구한 경우에도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 청구액을 소송물인 채권의 전부로 보아야 하고, 이러한 경우에는 그

채권의 동일성의 범위 내에서 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다고 해석함이 상당하다.

[2] 신체의 훼손으로 인한 손해의 배상을 청구하는 사건에서는 그 손해액을 확정하기 위하여 통상 법원의 신체감정을 필요로 하기 때문에, 앞으로 그러한 절차를 거친 후 그 결과에 따라 청구금액을 확장하겠다는 뜻을 소장에 객관적으로 명백히 표시한 경우에는, 그 소제기에 따른 시효중단의 효력은 소장에 기재된 일부 청구액뿐만 아니라 그 손해배상청구권 전부에 대하여 미친다고 한 사례

〈판례선정이유〉

명시적 일부청구의 경우 그 한도에서 소멸시효가 중단됨이 원칙이나, 감정결과에 따라 청구금액을 확장하겠다는 뜻을 미리 표시한 경우에는 손해배상청구권 전부에 대하여 그 소 제기에 의해 시효가 중단됨을 밝힌 판결

91. 추심의 소와 시효중단

(대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다212945 판결)

〈쟁점〉

채무자가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후 채권자가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우 채무자가 권리주체의 지위에서 한 시효중단의 효력이 추심채권자에게 미치는지 여부

〈판결요지〉

[1] 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령이 있더라도, 이는 추심채권자에게 피압류채권을 추심할 권능만을 부여하는 것이고, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에게 가지는 채권이 추심채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니다. 따라서 채무자가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후 채권자가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우, 채무자가 권리주체의 지위에서 한 시효중단의 효력은 집행법원의 수권에 따라 피압류채권에 대한 추심권능을 부여받아 일종의 추심기관으로서 그 채권을 추심하는 추심채권자에게도 미친다.

[2] 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없지만, 그 경우 6개월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다(민법 제170조). 그러므로 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 금전채권의 이행소송이 압류 및 추심명령으로 인한 당사자적격의 상실로 각하되더라도, 위 이행소송의 계속 중에 피압류채권에 대하여 채무자에 갈음하여 당사자적격을 취득한 추심채권자가 위 각하판결이 확정된 날로부터 6개월 내에 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하였다면, 채무자가 제기한 재판상 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 추심채권자의 추심소송에서도 그대로 유지된다고 보는 것이 타당하다.

〈판례선정이유〉

채무자가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후 채권자가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우 채무자가 권리주체의 지위에서 한 시효중단의 효력이 추심채권자에게 미침을 확인한 판결

92. 응소와 시효중단

(대법원 2010. 8. 26. 선고 2008다42416,42423 판결)

〈쟁점〉

[1] 채권자가 피고로서 응소하여 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우 시효중단 사유인 '재판상의 청구'에 해당하는지 여부와 시효중단의 효력발생시점 및 채권자가 응소하여 권리를 주장하였으나 그 소가 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안 판단 없이 소송이 종료된 경우 민법 제170조 제2항을 유추적용할 수 있는지 여부

[2] 채권자의 응소행위에 대한 소멸시효 중단의 효력은 채무자가 소멸시효완성을 원인으로 한 소송을 제기하거나 당해 소송이 아닌 전 소송 또는 다른 소송에서 그와 같은 권리주장을 한 경우에 인정되는지 여부 및 응소행위로 인한 시효중단의 주장을 할 수 있는 시기

〈판결요지〉

[1] 민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구란 통상적으로는 권리자가 원고로서 시효를 주장하는 자를 피고로 하여 소송물인 권리를 소의 형식으로 주장하는 경우를 가리키지만, 이와 반대로 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 이에 포함되고, 위와 같은 응소행위로 인한 시효중단의 효력은 피고가 현실적으로 권리를 행사하여 응소한 때에 발생한다. 한편, 권리자인 피고가 응소하여 권리를 주장하였으나 그 소가 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안에서 그 권리주장에 관한 판단 없이 소송이 종료된 경우에도 민법 제170조 제2항을 유추적용하여 그때부터 6월 이내에 재판상의 청구 등 다른 시효중단조치를 취하면 응소 시에 소급하여 시효중단의 효력이 있는 것으로 봄이 상당하다.

[2] 응소행위에 대하여 소멸시효중단의 효력을 인정하는 것은 그것이 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것에 다름 아닐 뿐만 아니라 계속된 사실상태와 상용할 수 없는 다른 사정이 발생한 때로 보아야 한다는 것에 기인한 것이므로, 채무자가 반드시 소멸시효완성을 원인으로 한 소송을 제기한 경우이거나 당해 소송이 아닌 전 소송 또는 다른 소송에서 그와 같은 권리주장을 한 경우이어야 할 필요는 없고, 나아가 변론주의 원칙상 피고가 응소행위를 하였다고 하여 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니고 시효중단의 주장을 하여야 그 효력이 생기는 것이지만, 시효중단의 주장은 반드시 응소 시에 할 필요는 없고 소멸시효 기간이 만료된 후라도 사실심 변론종결 전에는 언제든지 할 수 있다.

〈판례선정이유〉

적극적으로 소를 제기한 경우 뿐 아니라 상대방의 제소에 대하여 사실심 변론종결 시까지 시효중단을 주장하며 응소한 경우도 시효중단 사유인 '재판상의 청구'에 해당함을 밝힌 판결

제 2 장 변론(심리)

93. 직접심리주의와 법관의 경질로 인한 증인의 재신문

(대법원 1992. 7. 14. 선고 92누2424 판결)

〈쟁점〉

법관의 경질이 있는 경우 당사자가 신청하기만 하면 어떤 경우이든지 반드시 재신문을 하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제204조 제3항은 단독사건의 판사의 경질이 있거나 합의부 법관의 과반수가 경질된 경우에 종전 신문한 증인에 대하여 당사자가 다시 신문을 신청한 때에는 법원은 그 신문을 하여야 한다고 규정하고 있는바, 이는 경질된 법관이 변론조서나 증인신문조서의 기재에 의하여 종전에 신문한 증인의 진술의 요지를 파악할 수 있는 것이기는 하지만, 법관의 심증에 상당한 영향을 미칠 수 있는 증인의 진술태도 등을 통하여 받은 인상은 문서인 증인신문조서의 기재만으로는 알 수 없기 때문에 재신문에 의하여 경질된 법관에게 직접 심증을 얻도록 하려는 데에 그 취지가 있다고 할 것이므로, 당사자가 신청하기만 하면 어떤 경우에든지 반드시 재신문을 하여야 하는 것은 아니고, 법원이 소송상태에 비추어 재신문이 필요하지 아니하다고 인정하는 경우(예를 들면, 종전에 증인을 신문할 당시에는 당사자 사이에 다툼이 있었으나 현재는 당사자 사이에 다툼이 없어서 증명이 필요 없게 된 경우, 다른 증거들에 의하여 심증이 이미 형성되어 새로 심증을 형성할 가능성이 없는 경우, 소송의 완결을 지연하게 할 목적에서 재신문을 신청하는 것으로 인정되는 경우 등)에는 민사소송 법 제290조에 따라 재신문을 하지 아니할 수도 있는 것이다.

〈판례선정이유〉

직접심리주의 원칙상 단독판사가 바뀌거나 합의부 법관의 과반수가 바뀐 경우 종전에 신문한 증인에 대하여 당사자가 다시 신문신청을 한 때, 법원은 그 신문을 하여야 하나(민사소송법 제204조 제3항), 일정한 경우에는 재신문을 하지 아니할 수도 있음을 밝힌 판결

94. 청구의 동일성: 불법행위와 채무불이행

(대법원 1963. 7. 25. 선고 63다241 판결)

〈쟁점〉

원고가 주장하는 실체법적 권리와 다른 실체법적 권리를 인정한 것이 처분권주의에 위반하는지 여부

〈판결요지〉

불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구한 데 대하여 채무불이행을 원인으로 한 손해배상을 인정한 것은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여 판결한 것으로서 위법이다.

〈판례선정이유〉

원고가 주장하는 실체법적 권리에 따라 소송물이 달라진다는 판례의 입장을 명확하게 밝힌 판결

95. 청구의 동일성: 매매와 양도담보약정

(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결)

〈쟁점〉

청구원인사실이 다른 경우에 동일한 청구에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

원고가 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한 데 대하여 원심이 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기를 명하였다면 판결주문상으로는 원고가 전부 승소한 것으로 보이기는 하나, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구와 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구와는 청구원인 사실이 달라 동일한 청구라 할 수 없음에 비추어, 원심은 원고가 주장하지도 아니한 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여 심판하였을 뿐, 정작 원고가 주장한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여는 심판을 한 것으로 볼 수 없어 결국 원고의 청구는 실질적으로 인용한 것이 아니어서 판결의 결과가 불이익하게 되었으므로 원심판결에 처분권주의를 위반한 위법이 있고 따라서 그에 대한 원고의 상소의 이익이 인정된다고 한 사례

〈판례선정이유〉

원고가 주장하는 청구원인사실과 다른 사실을 심판하면 처분권주의 위반임을 명확히 한 판결

96. 일부청구와 과실상계

(대법원 1976. 6. 22. 선고 75다819 판결)

〈쟁점〉

손해배상의 일부청구의 경우 과실상계의 방법

〈판결요지〉

1개의 손해배상청구권중 일부가 소송상 청구되어 있는 경우에 과실상계를 함에 있어서는 손해의 전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 풀이하는 것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사라고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

일부청구의 경우에 손해액 전체를 기준으로 과실상계를 하여야 한다는 입장(외측설)을 명확히 한 판결

97. 가분채무의 부존재확인청구와 처분권주의

(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다9422 판결)

〈쟁점〉

일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우 판결주문의 기재방법

〈판결요지〉

원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에 있어서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는, 특단의 사정이 없는 한, 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 존재하는 채무 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다.

〈판례선정이유〉

적극적 확인소송의 반대 형태인 채무부존재확인소송에 대하여 처분권주의의 적용방식을 제시한 판결

98. 인도청구에 대한 상환이행판결

(대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1592 판결)

〈쟁점〉

단순이행청구에 대한 상환이행판결의 허부

〈판결요지〉

물건의 인도를 청구하는 소송에 있어서 피고의 유치권 항변이 인용되는 경우에는 그 물건에 관하여 생긴 채권의 변제와 상환으로 그 물건의 인도를 명하여야 한다.

〈판례선정이유〉

원고의 단순이행청구에 상환이행판결을 하는 것은 처분권주의에 반하지 않음을 명확히 한 판결

99. 등기말소청구에 대한 선이행판결

(대법원 1995. 7. 28. 선고 95다19829 판결)

〈쟁점〉

근저당권설정등기 말소청구 소송의 심리 과정에서 잔존 채무가 있는 것으로 밝혀진 경우 선이행판결의 가부

〈판결요지〉

채무자가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나 피담보채무의 범위나 그 시효소멸 여부 등에 관한 다툼으로 그 변제한 금액이 채무 전액을 소멸시키는 데 미치지 못하고 잔존 채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는, 채무자의 청구 중에는 확정된 잔존 채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지까지 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하며, 이는 장래 이행의 소로서 미리 청구할 이익도 있다.

〈판례선정이유〉

원고의 청구에 대한 의사해석을 통하여 처분권주의의 적용범위를 확장함으로써 선이행판결을 허용한 판결

100. 사해행위취소소송에서 청구취지의 해석

(대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결)

〈쟁점〉

사해행위 취소소송에서 계약의 전부 취소와 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에 계약의 일부 취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함된 것으로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하므로, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 변제자가 누구인지에 따라 그 방법을 달리한다고 볼 수는 없는 것이며, 사해행위인 계약 전부의 취소와 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에는 위와 같이 일부취소를 하여야 할

경우 그 일부취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로 청구취지의 변경이 없더라도 바로 가액반환을 명할 수 있다.

〈판례선정이유〉

사해행위로서 계약 전부의 취소와 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에는 계약의 일부취소와 가액배상을 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아 처분권주의의 법리를 합리적으로 적용한 판결

101. 주요사실과 간접사실

(대법원 1994. 11. 4. 선고 94다37868 판결)

〈쟁점〉

변론주의에서 주요사실의 의미와 부동산취득시효에서 점유개시의 시기가 주요사실인지 여부

〈판결요지〉

[1] 변론주의에서 일컫는 사실이라 함은, 권리의 발생소멸이라는 법률효과의 판단에 직접 필요한 주요사실만을 가리키는 것이고 그 존부를 확인하는 데 있어 도움이 됨에 그치는 간접사실은 포함하지 않는 것이다.

[2] 부동산의 시효취득에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시의 시기는 취득시효의 요건사실인 점유기간을 판단하는 데 간접적이고 수단적인 구실을 하는 간접사실에 불과하므로 이에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는 것이다.

〈판례선정이유〉

주요사실과 간접사실의 의의를 명백히 밝힌 판결

102. 주요사실의 묵시적 주장

(대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카15359 판결)

〈쟁점〉

주요사실을 묵시적으로 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

대리인에 의한 계약체결의 사실은 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실에 속하므로 법원은 변론에서 당사자의 주장이 없으면 그 사실을 인정할 수가 없는 것이나, 그 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아닐뿐더러 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는

것은 아니고 소송에서 쌍방 당사자 간에 제출된 소송자료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 대리행위의 주장은 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다.

〈판례선정이유〉

주요사실에 대한 묵시적 주장의 가능성과 그 한계 및 주체를 명확히 밝힌 판결

103. 주요사실에 대한 간접적 주장

(대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다62254 판결)

〈쟁점〉

주요사실에 대한 간접적 주장이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 주요사실에 대한 주장은 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자가 법원에 서증을 제출하며 그 증명취지를 진술함으로써 서증에 기재된 사실을 주장하거나 그 밖에 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있는 것으로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

주요사실에 대한 주장은 증거에 대한 증명취지의 진술이나 변론의 전체적 관찰 등의 간접적 방법으로도 허용된다고 밝힌 판결

104. 소멸시효 항변과 시효기간의 주장

(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결)

〈쟁점〉

소멸시효 항변의 주장과 소멸시효 기간에 대한 주장의 차이점

〈판결요지〉

민사소송절차에서 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 관한 주장·증명에 적용된다. 따라서 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 된다.

그러나 이 경우 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생

시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다. 당사자가 민법에 따른 소멸시효 기간을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 상법에 따른 소멸시효 기간을 적용할 수 있다.

〈판례선정이유〉

소멸시효 항변은 주요사실로서 변론주의가 적용되지만, 소멸시효 기간에 대한 주장은 단순한 법률상의 주장이므로 변론주의가 적용되지 아니함을 명백히 한 판결

105. 시효기간의 기산일

(대법원 1995. 8. 25. 선고 94다35886 판결)

〈쟁점〉

소멸시효의 기산일이 주요사실인지 여부

〈판결요지〉

소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효 기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용 대상이고, 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데, 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지이다.

〈판례선정이유〉

취득시효에서 점유개시의 기산일이 간접사실임에 반하여 소멸시효 기간의 기산일은 주요사실임을 명백히 한 판결

106. 대리권 주장과 변론주의

(대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

유권대리에 관한 주장 가운데 표현대리의 주장이 포함되는지 여부

〈판결요지〉

유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 법률효과가 발생하는

반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리 행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 다르다고 볼 수밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

유권대리의 주장 속에는 표현대리의 주장이 포함되어 있다는 기존의 판례를 폐기한 대법원 전원합의체 판결

107. 건물매수청구권 행사와 적극적 석명

(대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

토지임대차 종료 시 임대인의 건물철거 및 부지인도 청구에는 건물매수대금 지급과 동시에 건물명도를 구하는 청구가 포함된 것인지 여부 및 이 경우 임대인이 종전 청구를 유지할 것인지 아니면 대금지급과 상환으로 건물명도를 청구할 의사가 있는지에 관한 법원의 석명의무의 존부

〈판결요지〉

[1] 토지임대차 종료 시 임대인의 건물철거와 그 부지인도 청구에는 건물매수대금 지급과 동시에 건물명도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.

[2] 위의 경우에 법원으로서는 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 명도를 청구할 의사가 있는 것인지(예비적으로라도)를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물 명도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 꾀하여야 한다.

〈판례선정이유〉

기존의 판결인 위 [1]의 내용은 유지하면서도, 위 [2]와 같은 석명의무가 없다는 기존의 판결을 폐기한 대법원 전원합의체 판결

108. 손해액의 석명

(대법원 1997. 12. 26. 선고 97다42892,42908 판결)

〈쟁점〉

손해 발생 사실은 인정되나 손해액에 관한 증명이 불충분한 경우 법원이 취해야 할 조치

〈판결요지〉

매수인이 점포에 대한 매매계약이 유효한 것으로 믿고 영업을 하기 위하여 일정 비용을 들여 광고지를 배포하였으나 매매계약이 기망을 이유로 취소됨으로써 매수인이 광고지 배포 비용 상당의 손해를 입은 사실을 인정할 수 있는 경우, 매수인이 그가 배포한 광고지의 제작비를 지출한 사실도 인정할 수 있다 할 것인바, 이와 같이 손해 발생 사실이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 손해액을 심리·확정하여야 하는 것이므로 광고지의 제작비에 관한 증명이 불충분하다 하더라도 법원은 그 이유만으로 그 부분 손해배상 청구를 배척할 것이 아니라 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 증명을 촉구하여 이를 밝혀야 한다.

〈판례선정이유〉

2016. 3. 29. 신설된 민사소송법 제202조의2와 관련하여 숙고해 보아야 할 판결

109. 소의 변경과 석명의무

(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2600 판결)

〈쟁점〉

소의 변경 형태가 불분명한 경우 법원의 조치

〈판결요지〉

소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의할 것이므로 당사자가 구청구를 취하한다는 명백한 표시 없이 새로운 청구취지를 항소장에 기재하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심 법원으로서는 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점에 대하여 석명으로 이를 밝혀 볼 의무가 있다.

〈판례선정이유〉

청구취지가 불분명한 경우 석명의 대상이 됨을 밝힌 판결

110. 과실상계의 직권참작

(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다30113 판결)

〈쟁점〉

과실상계는 법원이 직권으로 참작할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민법상의 과실상계제도는 채권자가 신의칙상 요구되는 주의를 다하지 아니한 경우 공평의 원칙에 따라 손해의 발생에 관한 채권자의 그와 같은 부주의를 참작하게 하려는 것이므로 단순한 부주의라도 그로 말미암아 손해가 발생하거나 확대된 원인을 이루었다면 피해자에게 과실이 있는 것으로 보아 과실상계를 할 수 있고, 피해자에게 과실이 인정되면 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 있어서 이를 참작하여야 하며, 배상의무자가 피해자의 과실에 관하여 주장하지 않는 경우에도 소송자료에 의하여 과실이 인정되는 경우에는 이를 법원이 직권으로 심리·판단하여야 한다.

〈판례선정이유〉

일부청구에서 상계의 항변이나 과실상계는 모두 외측설에 의하지만, 전자에는 변론주의가 적용되는데 비하여 후자에는 변론주의가 적용되지 않음을 명확히 한 판결

111. 변론주의와 직권조사사항

(대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카17181 판결)

〈쟁점〉

신의성실의 원칙 위배와 권리남용이 직권조사사항인지 여부

〈판결요지〉

신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다.

〈판례선정이유〉

신의칙 위반이나 권리남용은 변론주의가 적용되는 주요사실에 해당하지 아니함을 시사하는 판결

112. 실기한 공격방어방법의 각하: 판단 기준

(대법원 2017. 5. 17. 선고 2017다1097 판결)

〈쟁점〉

민사소송법 제149조에 정한 실기한 공격·방어방법의 의미 및 실기한 공격·방어방법에 해당하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

민사소송법 제149조에 정한 실기한 공격·방어방법이란 당사자가 고의 또는 중대한 과실로 소송의 정도에 따른 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하여 소송의 완결을 지연시키는 공격 또는 방어의

방법을 말한다. 여기에서 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하였는지를 판단함에는 새로운 공격·방어방법이 구체적인 소송의 진행 정도에 비추어 당사자가 과거에 제출을 기대할 수 있었던 객관적 사정이 있었는데도 이를 하지 않은 것인지, 상대방과 법원에 새로운 공격·방어방법을 제출하지 않을 것이라는 신뢰를 부여하였는지 여부 등을 고려해야 한다.

항소심에서 새로운 공격·방어방법이 제출된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 항소심뿐만 아니라 제1심까지 통틀어 시기에 늦었는지를 판단해야 한다. 나아가 당사자의 고의 또는 중대한 과실이 있는지를 판단함에는 당사자의 법률지식과 함께 새로운 공격·방어방법의 종류, 내용과 법률구성의 난이도, 기존의 공격·방어방법과의 관계, 소송의 진행경과 등을 종합적으로 고려해야 한다.

〈판례선정이유〉

실기한 공격방어방법을 각하함에 있어 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하였는지 나아가 당사자의 고의 또는 중대한 과실이 있는지를 판단하는 기준을 밝힌 판결

113. 실기한 공격방어방법의 각하: 유치권 항변

(대법원 1962. 4. 4. 선고 4294민상1122 판결)

〈쟁점〉

건물철거와 대지인도청구소송에서 언제까지 유치권항변을 하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

건물철거와 대지인도의 청구사건에 있어서 제1심에서 유치권의 항변을 주장할 수 있었을 뿐만이 아니라 제2심의 1, 2, 3차 변론기일에까지도 그 항변을 주장할 수 있었을 것인데 만연히 주장을 하지 않고 제4회 변론기일에 비로소 그 주장을 한 것은 시기에 늦어서 방어방법을 제출한 것이라 볼 것이고 만일 항변의 제출을 허용한다면 소송의 완결에 지연을 가져올 것은 분명하다.

〈판례선정이유〉

당사자가 적시제출주의를 어겨 고의 또는 중과실로 공격방어방법을 뒤늦게 제출하였을 때에는 법원은 심리하지 아니하고 이를 각하할 수 있는바(민사소송법 제149조 제1항), 항소심 제4회 변론기일에서 비로소 유치권 항변을 한 것은 이에 해당함을 밝힌 판결

114. 실기한 공격방어방법의 각하: 유일한 증거

(대법원 1968. 1. 31. 선고 67다2628 판결)

〈쟁점〉

유일한 증거방법인 경우에도 실기한 공격방어방법으로 각하할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고가 증인신청을 하여 채택하고 그 신문기일을 정하였던바 피고는 그 증인들의 소환비용을 예납하지 아니하였을 뿐 아니라 그 기일에 피고는 출석도 하지 아니하였으므로 그 증거채택을 취소하고 변론을 종결하였던바, 그 후 피고의 변론재개신청을 채택하여 다음 기일을 지정 고지하였음에도 불구하고 피고는 출석하지 아니하고 다음 기일에 비로소 출석하여 이미 취소된 증인의 신문을 재차 신청한바, 이 신청은 시기에 늦은 공격방어방법이라고 볼 수 있을 것이므로 원심이 이를 채택하지 아니하였다 하여 유일한 증거를 조사하지 아니하거나 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

유일한 증거방법인 경우에는 실기한 공격방어방법으로 각하할 수 없다고 본 판례(대법원 1962. 7. 26. 선고 62다315 판결)도 있으나, 유일한 증거방법이라 하더라도 소송촉진을 위하여 민사소송법 제149조 제1항의 요건을 갖춘 한 각하할 수 있음을 명확히 한 판결

115. 실기한 공격방어방법의 각하: 상계항변

(대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다44387,44394 판결)

〈쟁점〉

상계항변을 뒤늦게 제출한 것이 당사자가 고의 또는 중과실로 공격방어방법을 뒤늦게 제출한 것으로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

환송 전 원심 소송절차에서 상계항변을 할 기회가 있었음에도 불구하고 환송 후 원심 소송절차에서 비로소 주장하는 상계항변은 실기한 공격방어방법에 해당한다고 한 원심판결을 수긍한 사례

〈판례선정이유〉

상계항변은 통상 예비적 항변으로 최종적 방어방법이므로 조기 제출을 기대하기 어려우나, 의도적으로 늦게 내는 것이 분명하거나 자동채권의 존재가 의심스러워 그 항변이 소송지연책으로 보일 때에는 각하할 수 있음을 밝힌 판결

116. 소송절차에 관한 이의권

(대법원 1972. 5. 9. 선고 72다379 판결)

〈쟁점〉

항소기간 계산의 기산점이 되는 판결정본 송달의 흠이 이의권 포기나 상실의 대상인지 여부

〈판결요지〉

책문권의 포기 또는 상실은 소송절차에 관한 임의규정의 위배에 한하여 인정되는 것이며 항소제기의 기간은 불변기간이고 이에 관한 규정은 성질상 강행규정으로서 그 기간의 기산점이 되는 판결정본의 송달에 관한 책문권의 상실로 인하여 그 하자가 치유될 수 없다.

〈판례선정이유〉

이의권의 포기나 상실로 소송절차 위반의 하자가 치유되는 것은 임의규정 위반에 한하며 강행규정 위반에는 해당하지 않음을 분명히 한 판결

117. 준비서면제출의 효과

(대법원 1983. 12. 27. 선고 80다1302 판결)

〈쟁점〉

변론기일에 진술하지 아니한 준비서면에 기재된 항변을 판단하지 아니한 것이 판단유탈인지 여부

〈판결요지〉

준비서면에 취득시효 완성에 관한 주장사실이 기재되어 있다 하더라도 그 준비서면이 변론기일에서 진술된 흔적이 없다면 취득시효완성의 주장에 대한 판단유탈의 위법이 있다 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

준비서면은 변론에서 진술하거나 진술간주되어야 판결의 기초인 소송자료로 삼을 수 있음을 밝힌 판결

118. 변론준비기일과 변론기일

(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다69581 판결)

〈쟁점〉

변론준비기일에서 양쪽 당사자 불출석의 효과가 변론기일에 승계되는지 여부

〈판결요지〉

변론준비절차는 원칙적으로 변론기일에 앞서 주장과 증거를 정리하기 위하여 진행되는 변론 전 절차에 불과할 뿐이어서 변론준비기일을 변론기일의 일부라고 볼 수 없고 변론준비기일과 그 이후에 진행되는 변론기일이 일체성을 갖는다고 볼 수도 없는 점, 변론준비기일이 수소법원 아닌 재판장 등에 의하여 진행되며 변론기일과 달리 비공개로 진행될 수 있어서 직접주의와 공개주의가 후

퇴하는 점, 변론준비기일에 있어서 양쪽 당사자의 불출석이 밝혀진 경우 재판장 등은 양쪽의 불출석으로 처리하여 새로운 변론준비기일을 지정하는 외에도 당사자 불출석을 이유로 변론준비절차를 종결할 수 있는 점, 나아가 양쪽 당사자 불출석으로 인한 취하간주제도는 적극적 당사자에게 불리한 제도로서 적극적 당사자의 소송유지 의사 유무와 관계없이 일률적으로 법률적 효과가 발생한다는 점까지 고려할 때 변론준비기일에서 양쪽 당사자 불출석의 효과는 변론기일에 승계되지 않는다.

〈판례선정이유〉

변론준비기일과 변론기일의 차이를 분명히 하고, 변론준비기일의 불출석효과가 변론기일에 승계되지 않음을 밝힌 판결

119. 주장과 항변

(대법원 1997. 3. 25. 선고 96다42130 판결)

〈쟁점〉

약정금 청구소송에서 원고가 약정의 존재를 증명한 경우, 약정에 따른 채무의 불발생 또는 소멸이 피고의 항변사유인지 여부

〈판결요지〉

원고가 피고로부터 금전을 지급받기로 하는 약정이 있다고 주장하고 그러한 약정의 존재를 증명한 경우, 약정금 범위 내에서 구체적인 액수 등에 대하여는 더 심리해야 할 것이라 하더라도 원고로서는 일응 그 권리발생의 근거에 대한 주장·증명을 한 것이므로 그 약정에 따른 채무가 불발생한다거나 소멸하였다는 주장은 피고의 항변사항에 속한다.

〈판례선정이유〉

권리근거규정에 기하여 일단 발생한 권리를 소멸시키는 권리소멸규정의 요건사실(권리소멸사실)은 피고측 항변사항임을 밝힌 판결

120. 소송상 형성권의 행사와 사법상 효과

(대법원 1982. 5. 11. 선고 80다916 판결)

〈쟁점〉

매매계약해제를 원인으로 한 계약금반환청구의 소의 취하와 계약해제권 행사의 효력

〈판결요지〉

소 제기로써 계약해제권을 행사한 후 그 뒤 그 소를 취하하였다 하여도 해제권은 형성권이므로

그 행사의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다.

〈판례선정이유〉

형성권을 소송상 행사한 경우 그 권리행사의 성질에 관하여 병존설(사법행위설), 양성설, 소송행위설, 신병존설 등이 있으나, 판례는 형성권 중 해제권 행사의 경우 병존설(또는 신병존설)에 따라 원고가 해제권을 행사하였다가 그 후에 소를 취하하였다 하더라도 위 해제권 행사의 효력에 아무런 영향도 미치지 아니함을 밝힌 판결

121. 소송상 상계항변의 법적 성질

(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결)

〈쟁점〉

소송상 상계항변이 실체법상 상계의 효과가 발생하는 경우 및 소송상 상계항변에 대하여 상대방이 소송상 상계의 재항변을 하는 것이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다.

이러한 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 경우, 법원이 원고의 소송상 상계의 재항변과 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 경우에는 원고의 청구채권인 수동채권과 피고의 자동채권이 상계적상 당시에 대등액에서 소멸한 것으로 보게 될 것이므로 원고가 소송상 상계의 재항변으로써 상계할 대상인 피고의 자동채권이 그 범위에서 존재하지 아니하는 것이 되어 이때에도 역시 원고의 소송상 상계의 재항변에 관하여 판단할 필요가 없게 된다. 또한, 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있다. 그렇다면 원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다. 따라서 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

〈판례선정이유〉

소 취하, 부적법 각하, 실기 각하 등으로 수동채권의 존재 등 상계항변에 대하여 실질적 판단이 이루어지지 아니한 경우 상계의 사법상 효과가 발생하지 않는다는 신병존설의 입장을 취함과 동시에 피고의 상계항변에 대하여 원고의 상계재항변은 다른 특별한 사정이 없는 허용되지 않는 이유를 명확히 밝힌 판결

122. 상계항변과 사법상 효과

(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결)

〈쟁점〉

소송상 방어방법으로서 상계항변이 있었으나 소송절차 진행 중 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 않은 경우, 상계항변의 사법상 효과가 발생하는지 여부

〈판결요지〉

소송상 방어방법으로서의 상계항변은 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 당사자가 소송상 상계항변으로 달성하려는 목적, 상호양해에 의한 자주적 분쟁해결수단인 조정의 성격 등에 비추어 볼 때, 당해 소송절차 진행 중 당사자 사이에 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다고 봄이 타당하다.

〈판례선정이유〉

소송상 방어방법으로서 상계항변이 있었으나 소송절차 진행 중 조정이 성립된 경우(수소법원 조정의 경우) 수동채권의 존재에 관하여 법원의 실질적인 판단이 이루어지 않았음을 전제로 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다는 점을 밝힌 판결

123. 조건부 소취하 합의와 소의 이익

(대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다19571 판결)

〈쟁점〉

당사자 사이에 조건부 소취하의 합의를 한 경우, 그 소송을 계속 유지할 법률상의 이익이 있는지 여부

〈판결요지〉

당사자 사이에 그 소를 취하하기로 하는 합의가 이루어졌다면 특별한 사정이 없는 한 소송을 계속 유지할 법률상의 이익이 없어 그 소는 각하되어야 하는 것이지만, 조건부 소취하의 합의를 한 경우에는 조건의 성취 사실이 인정되지 않는 한 그 소송을 계속 유지할 법률상의 이익을 부정할 수 없다.

〈판례선정이유〉

당사자 사이에 소취하합의가 이루어졌다면 특별한 사정이 없는 한 소송을 유지한 법률상 이익이 없어 그 소는 각하되어야 하지만 소송상 합의인 소취하합의에 조건·기한 등 부관을 붙일 수 있고,

조건부 소취하합의가 이루어진 경우에는 조건성취 사실이 인정되지 않는 한 그 소송을 계속 유지할 법률상 이익이 있음을 밝힌 판결

124. 상소취하 합의의 법적 성질

(대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결)

〈쟁점〉

당사자 사이에 항소취하의 합의가 있는데도 항소취하서가 제출되지 않는 경우, 상대방이 이를 항변으로 주장할 수 있는지 여부 및 이때 법원이 취하여야 할 조치

〈판결요지〉

당사자 사이에 항소취하의 합의가 있는데도 항소취하서가 제출되지 않는 경우 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고, 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 그 항소를 각하함이 원칙이다.

〈판례선정이유〉

소송상 합의의 성질에 관하여 사법계약설, 소송계약설 등이 있으나 판례는 항변권발생설에 따라 부제소합의와 달리 상소취하 합의가 항변사항임을 밝힌 판결

125. 소송행위의 흠과 민법규정의 유추적용 여부

(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다35484 판결)

〈쟁점〉

소송행위가 강박에 의하여 이루어진 것임을 이유로 취소할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민법상의 법률행위에 관한 규정은 민사소송법상의 소송행위에는 특별한 규정 기타 특별한 사정이 없는 한 적용이 없는 것이므로 소송행위가 강박에 의하여 이루어진 것임을 이유로 취소할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

소송행위에는 일반적인 사법상의 행위와 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없으므로 민법규정의 유추적용을 인정하지 않음을 명확히 밝힌 판결

126. 흠 있는 소송행위와 흠의 제거

(대법원 2019. 9. 10. 선고 2019다208953 판결)

〈쟁점〉

적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위를 후에 적법한 대표자가 추인한 경우, 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되는지 여부

〈판결요지〉

적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 그 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되고, 이러한 추인은 상고심에서도 할 수 있다.

〈판례선정이유〉

소송행위에 필요한 능력이나 대리권이 흠결된 경우 추인을 함으로써 소송행위를 한 때에 소급하여 유효로 할 수 있고, 추인의 시기는 묻지 아니하며, 추인에 의하여 흠은 소급적으로 제거됨을 밝힌 판결

127. 소송행위에 재심사유에 해당하는 의사표시의 흠이 있는 경우 구제방법

(대법원 1984. 5. 29. 선고 82다카963 판결)

〈쟁점〉

타인의 범죄행위로 인한 소송행위의 효력의 부인방법

〈판결요지〉

소송행위에 대하여는 민법 제109조, 제110조의 규정이 적용될 여지가 없으므로 소송행위가 사기, 강박 등 형사상 처벌을 받을 타인의 행위로 인하여 이루어졌다 하더라도 이를 이유로 그 소송행위를 부인할 수 없고 다만 그 형사상 처벌을 받을 타인의 행위에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에는 민사소송법 제451조 제1항 제5호, 제2항의 규정 취지를 유추해석하여 그로 인한 소송행위의 효력을 부인할 수 있다 하겠으나 이 경우에 있어서도 그 소송행위가 이에 부합되는 의사 없이 외형적으로만 존재할 때에 한하여 그 효력을 부인할 수 있다고 해석함이 상당하므로 타인의 범죄행위가 소송행위를 하는데 착오를 일으키게 한 정도에 불과할 뿐 소송행위에 부합되는 의사가 존재할 때에는 그 소송행위의 효력을 다툴 수 없다.

〈판례선정이유〉

소취하 등 소송행위가 다른 사람의 형사상 처벌을 받을 행위로 이루어지고 또한 이에 대하여 유죄확정판결을 받는 등 일정한 요건 하에 그 소송행위에 부합되는 의사 없이 외형만 존재할 것을

요구함으로써 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 인한 소송행위에 대하여 무효가 될 수 있는 여지를 좁히고 있는 판결[단 소송행위 자체가 그에 부합하는 의사 없이 이루어지지 않은 경우에도 소송행위의 효력을 부인한 사례 있음(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86112 판결)]

128. 소송행위의 해석

(대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

소송행위의 해석에 관한 원칙

〈판결요지〉

일반적으로 소송행위의 해석은 실체법상의 법률행위와는 달리 철저한 표시주의와 외관주의에 따르도록 되어 있고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되는 해석을 할 수 없는 것이지만, 표시된 어구에 지나치게 구애되어 획일적으로 형식적인 해석에만 집착한다면 도리어 당사자의 권리구제를 위한 소송제도의 목적과 소송경제에 반하는 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요가 있는 것이다.

〈판례선정이유〉

소송행위의 해석은 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전제를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요가 있다고 판시한 대법원 전원합의체 판결

129. 변론조서의 증명력

(대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다6367 판결)

〈쟁점〉

변론의 내용에 대한 변론조서의 증명력

〈판결요지〉

변론조서에는 법원사무관 등이 변론의 요지를 기재하되 자백에 관한 사항은 특히 명확히 기재하여야 하며, 그 조서에는 재판장이 기명날인하고 이해관계인은 조서의 열람을 신청하고 이의를 제기할 수 있도록 되어 있음에 비추어(민사소송법 제153조, 제164조), 변론의 내용이 조서에 기재되어 있을 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 내용이 진실한 것이라는 점에 관한 강한 증명력을 갖는다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

변론조서는 변론의 방식에 관하여 법정증명력이 있고(민사소송법 제158조 본문), 당사자의 변론 내용 등 실질적 기재사항은 법정증명력이 인정되지 않으나, 변론조서의 기재는 특별한 사정이 없는 한 그 내용이 진실한 것이라는 강한 증명력이 있음을 밝힌 판결

130. 변론재개신청과 변론재개의무

(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결)

〈쟁점〉

법원이 당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론을 재개할 의무가 있는 예외적인 경우

〈판결요지〉

당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 핵심적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서는 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다.

〈판례선정이유〉

변론재개 여부는 법원의 직권사항이나, 예외적으로 주장•증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건이 되는 요증사실에 해당하는 경우 등에 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있음을 밝힌 판결

131. 한쪽 당사자의 불출석과 진술간주

(대법원 2008. 5. 8. 선고 2008다2890 판결)

〈쟁점〉

한쪽 당사자가 변론기일에 불출석한 상태에서 법원이 변론을 진행하기 위하여는 반드시 불출석한 당사자가 그때까지 제출한 소장·답변서 그 밖의 준비서면에 기재된 사항을 진술간주하여야 하

는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제148조 제1항에 의하면, 변론기일에 한쪽 당사자가 불출석한 경우에 변론을 진행하느냐 기일을 연기하느냐는 법원의 재량에 속한다고 할 것이나, 출석한 당사자만으로 변론을 진행할 때에는 반드시 불출석한 당사자가 그때까지 제출한 소장·답변서, 그 밖의 준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

한쪽 당사자가 변론기일에 불출석하거나 출석·무변론인 경우에 법원으로서는 기일을 연기할 수도 있으나, 출석한 당사자만으로 변론을 진행할 경우에는 반드시 불출석한 당사자가 그때까지 제출한 소장 등 서면에 적혀 있는 사항을 반드시 진술한 것으로 보아야 함을 밝힌 판결

132. 진술간주와 재판상 자백

(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다229870 판결)

〈쟁점〉

법원에 제출되어 상대방에게 송달된 답변서나 준비서면에 자백에 해당하는 내용이 기재되어 있는 경우, 그것이 변론기일이나 변론준비기일에서 진술 또는 진술간주되어야 재판상 자백이 성립하는지 여부

〈판결요지〉

법원에 제출되어 상대방에게 송달된 답변서나 준비서면에 자백에 해당하는 내용이 기재되어 있는 경우라도 그것이 변론기일이나 변론준비기일에서 진술 또는 진술간주되어야 재판상 자백이 성립한다.

〈판례선정이유〉

불출석한 당사자의 준비서면에 상대방의 주장사실을 인정하는 기재가 있는 경우에 이를 진술간주하면 재판상 자백이 성립함을 밝힌 판결

133. 민사소송법 제268조 제2항 소정의 1월의 기일지정신청기간과 불변기간

(대법원 1992. 4. 21. 선고 92마175 판결)

〈쟁점〉

민사소송법 제268조 제2항 소정의 1월의 기일지정신청기간이 불변기간인지 여부 및 그 추후보

완의 허용 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제268조 제2항 소정의 1월의 기일지정신청기간은 불변기간이 아니어서 기일지정신청의 추완이 허용되지 않는다.

〈판례선정이유〉

양쪽 당사자가 2회 불출석한 후 그때부터 1월 내에 당사자가 기일지정신청을 하지 아니하면 소를 취하한 것으로 보는데(민사소송법 제268조 제2항) 위 1월의 기일지정신청기간은 불변기간이 아니어서 기일지정신청의 추후보완이 허용되지 않음을 밝힌 판결

134. 쌍방불출석과 소취하간주

(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다60491 판결)

〈쟁점〉

당사자 쌍방이 2회에 걸쳐 변론기일에 출석하지 아니하고 법원이 직권으로 신기일을 지정하였으나 신기일 또는 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 불출석하거나 출석하더라도 변론하지 않은 경우 소가 취하된 것으로 볼 것인지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제268조 제2항의 규정에 의하면, 당사자 쌍방이 2회에 걸쳐 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 당사자의 기일지정신청에 의하여 기일을 지정하여야 할 것이나, 법원이 직권으로 신기일을 지정한 때에는 당사자의 기일지정신청에 의한 기일지정이 있는 경우와 마찬가지로 보아야 할 것이고, 그와 같이 직권으로 정한 기일 또는 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때에는 소의 취하가 있는 것으로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

쌍방이 2회 결석 후 당사자의 기일지정신청에 의한 기일지정이 있는 경우뿐만 아니라 법원이 직권으로 지정한 새 기일에 결석한 경우 소취하 간주의 효과가 발생함을 밝힌 판결

135. 소송행위의 추후보완 사유

(대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카2224 판결)

〈쟁점〉

소송행위의 추완이 가능한 책임질 수 없는 사유의 의미와 공시송달된 경우 책임질 수 없는 사유

에 해당 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제173조 소정의 '당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유'라고 함은 당해 소송행위를 하기 위한 일반적 주의를 다하였어도 그 기간을 준수할 수 없는 사유를 말하는 것이다.

[2] 추완항소의 당부는 항소기간을 지키지 못한 것이 항소인의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 인한 것인가를 따져 판단할 것이다.

[3] 소장부본 기타의 서류가 공시송달의 방법에 의하여 피고에게 송달되고 그 판결 역시 공시송달의 방법으로 피고에게 송달된 경우에 피고가 이러한 사실을 그 후에야 알게 되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고가 상소제기의 불변기간을 준수치 못한 것이 피고에게 책임을 돌릴 수 없는 사유에 인한 것이라고 할 것이다.

[4] 소장부본과 변론기일소환장 등이 적법히 송달되어 소송의 진행 도중 소송서류의 송달이 불능하게 된 결과 부득이 공시송달의 방법에 의한 경우에는 최초의 소장부본의 송달부터 공시송달의 방법에 의한 경우와는 달라서 피고는 소송이 제기된 것을 알고 있었으므로 소송의 진행상태를 조사할 의무가 있다 할 것이며, 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고가 패소판결이 선고된 사실을 몰랐다고 하더라도 여기에는 과실이 있다고 보는 것이 상당하다.

〈판례선정이유〉

소송행위의 추완이 가능한 당사자의 책임질 수 없는 사유의 의미를 명확히 하고, 공시송달로 소송이 시작된 경우 상소기간 미준수에 대하여 책임질 수 없는 사유로 추완 가능하지만 소송 진행 도중 부득이 공시송달의 방법에 의하여 진행된 경우에는 책임질 수 없는 사유에 해당되지 않음을 명확하게 밝힌 판결

136. 민사소송법 제173조 제1항 소정의 '당사자'의 범위

(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다9622 판결)

〈쟁점〉

당사자의 범위에 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제173조 제1항은 "당사자가 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리한 소송행위를 보완할 수 있다"고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 당사자에는 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함된다.

〈판례선정이유〉

소송행위의 추후보완하는 '당사자'에는 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함됨을 명확하게 밝

힌 판결

137. 판결정본송달의 무효와 항소행위 추완

(대법원 1970. 7. 24. 선고 70다1015 판결)

〈쟁점〉

제1심 판결정본의 송달이 무효인 경우 항소행위의 추완가능 여부

〈판결요지〉

제1심 판결정본의 송달이 전연 무효인 경우에는 불변기간이 진행될 수 없어 항소행위의 추완이라는 문제는 생길 수 없고 당사자는 언제라도 항소를 제기할 수 있다.

〈판례선정이유〉

제1심 판결정본의 송달이 무효인 경우 항소행위의 추완 문제가 발생할 수 없음을 명백하게 밝힌 판결

138. 항소장 제출의 하자와 추완항소

(대법원 2003. 3. 28 선고 2002다73067,73074 판결)

〈쟁점〉

항소장을 제1심법원이 아닌 항소심법원에 제출한 경우 추완항소가 허용되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제397조에 의하면 "항소는 항소장을 제1심법원에 제출함으로써 한다"고 규정하고 있으므로, 항소에 있어 항소제기기간의 준수 여부는 항소장이 제1심법원에 접수된 때를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 비록 항소장이 항소기간 내에 제1심법원 이외의 법원에 제출되었다 하더라도 항소제기의 효력이 있는 것은 아니며, 같은 법 제173조 제1항의 "당사자가 책임질 수 없는 사유"라고 함은 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 가리키고, 그 당사자에는 당사자 본인 뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함된다. 제1심법원이 창원지방법원 통영지원인데 항소장을 창원지방법원으로 우편으로 제출하였기 때문에 항소기한이 경과된 경우에는 추완항소가 허용되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

항소장은 제1심법원에 제기하여야 하는데 항소법원에 제출하여 결국 항소기한이 경과된 경우는

'당사자의 책임질 수 없는 사유'에 해당되지 않음을 명백하게 밝힌 판결

139. 보충송달: 송달장소

(대법원 2001. 8. 31.자 2001마3790 결정)

〈쟁점〉

보충송달은 민사소송법 제183조 제1항의 '송달장소'에서 하는 경우에만 적법한지 여부

〈결정이유〉

[1] 송달은 원칙적으로 민사소송법 제183조 제1항에서 정하는 송달을 받을 사람의 주소, 거소, 영업소 또는 사무실 등의 '송달장소'에서 하여야 하는바, 송달장소에서 송달받을 사람을 만나지 못할 때에는 그 사무원, 피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 서류를 교부하는 보충송달의 방법에 의하여 송달할 수는 있지만, 이러한 보충송달은 위 법 조항에서 정하는 '송달장소'에서 하는 경우에만 허용되고 송달장소가 아닌 곳에서 사무원, 피용자 또는 동거인을 만난 경우에는 그 사무원 등이 송달받기를 거부하지 아니한다 하더라도 그곳에서 그 사무원 등에게 서류를 교부하는 것은 보충송달의 방법으로서 부적법하다.

[2] 우체국 창구에서 송달받을 자의 동거인에게 송달서류를 교부한 것은 부적법한 보충송달이라고 한 사례

〈판례선정이유〉

보충송달은 '송달장소'에서 하는 경우에만 허용되고 송달장소가 아닌 곳에서 사무원 등에게 서류를 교부하는 것은 보충송달의 방법으로서 부적법함을 명확하게 밝힌 결정

140. 보충송달: 송달수령대행인

(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결)

〈쟁점〉

소송서류를 송달받을 본인과 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 수령대행인에게 보충송달을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과의 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 그런데 본인과 수령대행인 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 때에는 수령대행인이 소송서류를 본인에게 전달할 것이라

고 합리적으로 기대하기 어렵고, 이해가 대립하는 수령대행인이 본인을 대신하여 소송서류를 송달받는 것은 쌍방대리금지의 원칙에도 반하므로, 본인과 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 수령대행인에 대하여는 보충송달을 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

소송서류를 송달받을 본인과 이해가 상반된 수령대행인에 대하여는 수령한 소송서류를 본인에게 전달할 것을 합리적으로 기대하기 어렵고 쌍방대리금지의 원칙에도 반하므로 보충송달을 할 수 없음을 명확하게 밝힌 판결

141. 법인에 대한 송달

(대법원 1997. 5. 19.자 97마600 결정)

〈쟁점〉

법인의 주소지로 소송서류를 송달하였으나 송달불능된 경우, 그 대표자 주소지로 송달하여 보지도 않고 주소보정명령을 할 수 있는지 여부 및 그 주소 보정을 하지 아니하였음을 이유로 한 소장각하명령의 적부

〈판결요지〉

법인인 소송당사자에게 효과가 발생할 소송행위는 그 법인을 대표하는 자연인의 행위거나 그 자연인에 대한 행위라야 할 것이므로 소송당사자인 법인에의 소장, 기일소환장 및 판결 등 서류는 그 대표자에게 송달하여야 하는 것이니 그 대표자의 주소, 거소에 하는 것이 원칙이고, 법인의 영업소나 사무소에도 할 수 있으나, 법인의 대표자의 주소지가 아닌 소장에 기재된 법인의 주소지로 발송하였으나 이사불명으로 송달불능된 경우에는, 원칙으로 되돌아가 원고가 소를 제기하면서 제출한 법인등기부 등본 등에 나타나 있는 법인 대표자의 주소지로 소장 부본 등을 송달하여 보고 그곳으로도 송달되지 않을 때에 주소 보정을 명하여야 하므로, 법인의 주소지로 소장부본을 송달하였으나 송달불능되었다는 이유만으로 그 주소 보정을 명한 것은 잘못이므로 그 주소 보정을 하지 아니하였다는 이유로 한 소장각하명령은 위법하다.

〈판례선정이유〉

소송당사자인 법인에 대한 소장부본, 기일소환장, 판결정본 등 서류는 그 대표자에게 송달하여야 함을 명백하게 밝힌 결정

142. 요건불비의 공시송달의 효력

(대법원 1984. 3. 15.자 84마20 전원합의체 결정)

〈쟁점〉

공시송달의 요건이 불비한 경우 공시송달의 효력 여부

〈판결요지〉

판사의 공시송달명령에 의하여 공시송달을 한 이상 공시송달의 요건을 구비하지 않은 흠결이 있다 하더라도 공시송달의 효력에는 영향이 없다.

〈판례선정이유〉

공시송달의 요건에 흠이 있더라도 재판장의 공시송달명령에 의하여 이루어진 이상 유효한 송달임을 명확하게 밝힌 대법원 전원합의체 결정

143. 당사자의 사망과 상속인의 수계

(대법원 1993. 2. 12 선고 92다29801 판결)

〈쟁점〉

소송계속 중 당사자인 피상속인이 사망한 경우 공동상속인 전원이 공동으로 수계하여야 하는지 여부 및 수계되지 아니한 상속인들에 대한 소송의 상태 여부

〈판결요지〉

소송계속 중 당사자인 피상속인이 사망한 경우 공동상속재산은 상속인들의 공유이므로 소송의 목적이 공동상속인들 전원에게 합일확정되어야 할 필요적 공동소송관계라고 인정되지 아니하는 이상 반드시 공동상속인 전원이 공동으로 수계하여야 하는 것은 아니며, 수계되지 아니한 상속인들에 대한 소송은 중단된 상태로 그대로 피상속인이 사망한 당시의 심급법원에 계속되어 있다.

〈판례선정이유〉

소송계속 중 당사자가 사망한 경우 공동상속인 전원이 공동으로 수계할 필요 없는 통상공동소송이라는 점과 수계되지 아니한 상속인들에 대한 소송은 중단된 채 피상속인 사망 당시의 심급법원에 계속되어 있음을 명확하게 밝힌 판결

144. 소송대리인이 있는 당사자의 사망과 판결의 효력

(대법원 1992. 11. 5.자 91마342 결정)

〈쟁점〉

당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있는 경우 판결의 효력이 상속인들 전원에 대하여 미치는지 여부 및 신당사자를 잘못 표시한 경우 판결의 효력이 미치는 자

〈판결요지〉

당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 아니한 경우 원칙적으로 소송수계라는 문제가 발생하지 아니하고 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되는 것이며 그 사건의 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다 할 것이고, 이때 상속인이 밝혀진 경우에는 상속인을 소송승계인으로 하여 신당사자로 표시할 것이지만 상속인이 누구인지 모를 때에는 망인을 그대로 당사자로 표시하여도 무방하며, 가령 신당사자를 잘못 표시하였다 하더라도 그 표시가 망인의 상속인, 상속승계인, 소송수계인 등 망인의 상속인임을 나타내는 문구로 되어 있으면 잘못 표시된 당사자에 대하여는 판결의 효력이 미치지 아니하고 여전히 정당한 상속인에 대하여 판결의 효력이 미친다.

통상의 경우라면 심급대리의 원칙상 제1심판결 정본이 소송대리인에게 송달된 때에 소송절차는 중단되는 것이지만, 만일 망인의 소송대리인이 상소제기의 특별수권을 부여받았다면 항소제기기간이 진행된다고 하지 않을 수 없어 제1심판결 중 정당한 상속인의 상속지분에 해당하는 부분은 그가 또는 소송대리인이 항소를 제기하지 아니한 채 항소제기기간이 도과한 이상 그 판결이 확정된다고 하지 않을 수 없다.

〈판례선정이유〉

당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있는 경우 판결의 효력이 상속인들 전원에 대하여 미치고, 신당사자를 잘못 표시한 경우에도 판결의 효력은 정당한 상속인에게 미치며, 망인의 소송대리인에게 상소제기의 특별수권이 있는 경우 판결송달 시 소송절차가 중단됨이 없이 그대로 항소제기기간이 진행됨을 명확하게 밝힌 결정

145. 당사자 사망 후 소송대리인이 잘못된 당사자 표시대로 한 상소의 효력

(대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결)

〈쟁점〉

[1] 특정유증을 한 유증자가 사망한 경우 그의 소송상 지위의 당연승계인 및 특정유증을 받은 자가 이를 당연승계할 수 있는지 여부

[2] 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우, 망인의 공동상속인 중 소송수계절차를 밟은 일부만을 당사자로 표시한 판결의 효력이 나머지 공동상속인에게도 미치는지 여부

[3] 사망한 당사자의 소송대리인에게 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 경우 상소제기 없이 상소기간이 지나가면 그 판결이 확정되는지 여부 및 당사자 표시가 잘못되었음에도 그 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 망인의 소송대리인이나 상대방 당사자가 그 잘못 기재된 당사자 모두를 상소인 또는 피상소인으로 표시하여 상소를 제기한 경우, 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 판결 전부에 대하여 상소가 제기된 것으로 보아야 하는지 여부

[4] 제1심 소송 계속 중 사망한 당사자의 소송대리인이 제기한 항소가 소송수계인으로 표시되지 아니한 망인의 공동상속인들 모두에게 효력이 미치는지 여부

〈판결요지〉

[1] 유언자가 자신의 재산 전부 또는 전 재산의 비율적 일부가 아니라 단지 일부 재산을 특정하여 유증한 데 불과한 특정유증의 경우에는, 유증 목적인 재산은 일단 상속재산으로서 상속인에게 귀속되고 유증을 받은 자는 단지 유증의무자에 대하여 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득하게 될 뿐이므로, 유증자가 사망한 경우 그의 소송상 지위도 일단 상속인에게 당연승계되는 것이고 특정유증을 받은 자가 이를 당연승계할 여지는 없다.

[2] 민사소송법 제95조 제1호, 제238조에 따라 소송대리인이 있는 경우에는 당사자가 사망하더라도 소송절차가 중단되지 않고 소송대리인의 소송대리권도 소멸하지 아니하는바, 이때 망인의 소송대리인은 당사자 지위의 당연승계로 인하여 상속인으로부터 새로이 수권을 받을 필요 없이 법률상 당연히 상속인의 소송대리인으로 취급되어 상속인들 모두를 위하여 소송을 수행하게 되는 것이고, 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우에 비록 상속인으로 당사자의 표시를 정정하지 아니한 채 망인을 그대로 당사자로 표시하여 판결하였다고 하더라도 그 판결의 효력은 망인의 소송상 지위를 당연승계한 상속인들 모두에게 미치는 것이므로, 망인의 공동상속인 중 소송수계절차를 밟은 일부만을 당사자로 표시한 판결 역시 수계하지 아니한 나머지 공동상속인들에게도 그 효력이 미친다.

[3] 망인의 소송대리인에게 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 경우에는, 그에게 판결이 송달되더라도 소송절차가 중단되지 아니하고 상소기간은 진행하는 것이므로 상소제기 없이 상소기간이 지나가면 그 판결은 확정되는 것이지만, 한편 망인의 소송대리인이나 상속인 또는 상대방 당사자에 의하여 적법하게 상소가 제기되면 그 판결이 확정되지 않는 것 또한 당연하다. 그런데 당사자 표시가 잘못되었음에도 망인의 소송상 지위를 당연승계한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 판결에 대하여 그 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 망인의 소송대리인이나 상대방 당사자가 그 잘못 기재된 당사자 모두를 상소인 또는 피상소인으로 표시하여 상소를 제기한 경우에는, 상소를 제기한 자의 합리적 의사에 비추어 특별한 사정이 없는 한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 판결 전부에 대하여 상소가 제기된 것으로 보는 것이 타당하다.

[4] 제1심 소송 계속 중 원고가 사망하자 공동상속인 중 갑만이 수계절차를 밟았을 뿐 나머지 공동상속인들은 수계신청을 하지 아니하여 갑만을 망인의 소송수계인으로 표시하여 원고 패소 판결을 선고한 제1심판결에 대하여 상소제기의 특별수권을 부여받은 망인의 소송대리인이 항소인을 제1심판결문의 원고 기재와 같이 “망인의 소송수계인 갑”으로 기재하여 항소를 제기하였고, 항소심 소송 계속 중에 망인의 공동상속인 중 을 등이 소송수계신청을 한 사안에서, 수계적격자인 망인의 공동상속인들 전원이 아니라 제1심에서 실제로 수계절차를 밟은 갑만을 원고로 표시한 제1심판결의 효력은 그 당사자 표시의 잘못에도 불구하고 당연승계에 따른 수계적격자인 망인의 상속인들 모두에게 미치는 것인데, 위와 같은 제1심판결의 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 망인의 소송대리인이 판결에 표시된 소송수계인을 그대로 항소인으로 표시하여 그 판결에 전부 불복하는 위 항소를 제기한 이상, 그 항소 역시 소송수계인으로 표시되지 아니한 나머지 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 제1심판결 전부에 대하여 제기된 것으로 보아야 할 것이므로, 위 항소로 인하여 제1심판결 전부에 대하여 확정이 차단되고 항소심절차가 개시되었으며, 다만 제1심에서 이미 수계한 갑 외에 망인의 나머지 상속인들 모두의 청구 부분과 관련하여서는 항소제기 이후로 소송대리인의 소송대리권이 소멸함에 따라 민사소송법 제233조에 의하여 그 소송절차는 중단된 상태에 있었다고 보아야 할 것이고, 따라서 원심으로서는 망인의 정당한 상속인인 을 등의 위 소송수계신청을 받아들여 그 부분 청구에 대하여도 심리 판단하였어야 함에도, 을 등이 망인의 당사자 지위를 당연승

계한 부분의 제1심판결이 이미 확정된 것으로 오인하여 위 소송수계신청을 기각한 원심판결을 파기한 사례

〈판례선정이유〉

망인의 소송상 지위를 당연승계한 상속인들 전원을 위하여 소송대리권을 가지는 소송대리인이 제기한 항소는 소송수계인으로 표시되지 아니한 나머지 상속인들 모두에게 효력이 미치는 제1심판결 전부에 대하여 제기된 것으로 보아야 할 것임을 명백히 밝힌 판결

146. 당사자의 사망을 간과한 판결의 효력

(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

소송계속 중 당사자의 사망을 간과하고 선고된 판결의 효력과 상속인에 의한 수계 또는 상고의 효력 여부, 상소심에서의 추인에 의하여 당사자 사망을 간과한 하자가 소멸하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 소송계속 중 어느 일방 당사자의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 결과가 되는 절차상 위법은 있지만 그 판결이 당연무효라 할 수는 없고, 다만 그 판결은 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권 흠결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이므로, 판결이 선고된 후 적법한 상속인들이 수계신청을 하여 판결을 송달받아 상고하거나 또는 사실상 송달을 받아 상고장을 제출하고 상고심에서 수계절차를 밟은 경우에도 그 수계와 상고는 적법한 것이라고 보아야 하고, 그 상고를 판결이 없는 상태에서 이루어진 상고로 보아 부적법한 것이라고 각하해야 할 것은 아니다.

[2] 민사소송법 제424조 제2항을 유추하여 볼 때 당사자가 판결 후 명시적 또는 묵시적으로 원심의 절차를 적법한 것으로 추인하면 [1]항의 상소사유 또는 재심사유는 소멸한다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

소송계속 중 당사자의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과한 항소심판결에 대하여 적법한 상속인이 사실상 송달받아 상고장을 제출하고 상고심에서 수계절차를 밟은 경우에는 추인에 의하여 적법하게 됨을 명확히 밝힌 대법원 전원합의체 판결

147. 소송수계신청에 대한 재판

(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006재다171 판결)

〈쟁점〉

소송수계신청이 이유 있을 경우, 법원이 그 신청에 대하여 별도의 재판을 하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

소송수계신청의 적법 여부는 법원의 직권조사사항으로서 조사의 결과 수계가 이유 없다고 인정할 경우에는 결정으로서 이를 기각하여야 되나, 이유 있을 때에는 별도의 재판을 할 필요 없이 그대로 소송절차를 진행할 수 있는 것이다

〈판례선정이유〉

소송수계신청이 이유 있을 경우, 법원이 그 신청에 대하여 별도의 재판을 할 필요 없이 그대로 소송절차를 진행할 수 있음을 명백하게 밝힌 판결

제 3 장 증거

148. 위법수집증거의 증거능력

(대법원 1999. 5. 25. 선고 99다1789 판결)

〈쟁점〉

비밀리에 상대방과의 대화를 녹음한 녹음테이프의 증거능력 및 증거조사 방법

〈판결요지〉

자유심증주의를 채택하고 있는 우리 민사소송법하에서 상대방 부지 중 비밀리에 상대방과의 대화를 녹음하였다는 이유만으로 그 녹음테이프가 증거능력이 없다고 단정할 수 없고, 그 채증 여부는 사실심 법원의 재량에 속하는 것이며, 녹음테이프에 대한 증거조사는 검증의 방법에 의하여야 한다.

〈판례선정이유〉

상대방 부지 중 비밀리에 대화를 녹음한 녹음테이프에 대하여도 민사소송법상 증거능력을 인정하여 그 채부가 법원의 재량임을 밝힌 판결

149. 경험법칙

(대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 가동연한을 경험칙

상 만 65세까지로 보아야 하는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

대법원은 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결(이하 '종전 전원합의체 판결')에서 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 가동연한을 경험칙상 만 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체노동의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다. 그런데 우리나라의 사회적·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상·발전하고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변하였기 때문에 위와 같은 견해는 더이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.

[대법관 2인의 별개의견]

60~64세의 경제활동참가율이 약 60% 정도이고, 그 연령대 이후 사망확률이 급격히 증가하는 점, 특히 피해자가 어릴수록 위 연령대에 이르지 못하고 사망할 확률이 높을 수밖에 없다는 점, 일반적인 법정 정년 및 연금 수급개시연령이 2018년 현재 63세를 넘어서지 못하고 있고 가까운 미래에도 크게 달라질 것으로 보이지 않는다는 점 등 제반 사정을 고려하면, 통상의 경우 만 63세까지 경제활동을 한다고 보는 것이 상당하고, 결국 평균여명, 경제활동참가율, 사회보장제도와의 연관성 등을 적절히 반영한 만 63세를 육체노동의 적정 가동연한이라 볼 수 있을 것이다.

[대법관 1인의 별개의견]

대법원은 경험칙상 가동연한에 관하여 포괄적인 법리를 제시하는 데에 그쳐야 하고 특정 연령으로 단정하여 선언해서는 안 된다.

현재 경험칙상 가동연한을 만 65세 또는 만 63세로 단정하여 선언할 수 있을 만큼 경험적 사실에 관해 확실한 변화가 있다고 보기 어렵다. 피해자의 건강상태 등 개인적 요소를 고려하지 않고 가동연한을 일률적으로 정하는 것이 경험칙이라고 할 수도 없다. 뿐만 아니라, 경험칙상 가동연한을 달리 인정해야 할 경험적 사실의 변화가 있을 때마다 대법원이 경험적 사실을 조사하여 전원합의체 판결로 경험칙상 가동연한을 특정하여 선언하는 것이 적정한지도 의문이다.

하급심 판결들이 엇갈리고 있기 때문에, 대법원이 통일적 기준을 제시할 필요성이 있다. 그러나 대법원이 통일적 기준을 제시하는 방법은 다수의견과 같이 일률적으로 가동연한을 만 65세라고 단정하여 선언하는 방식이 아니라, '육체노동의 일반적인 가동연한을 만 60세 이상이라고만 제시하고 만 65세로 인정한 별개의 사건에서 사실심 판결이 옳다고 판단하는 방법'으로 충분하다.

〈판례선정이유〉

사회·경제적 구조의 변화 등에 따라 육체노동자의 가동연한을 60세에서 65세로 상향 조정함이 경험칙에 부합함을 확인한 대법원 전원합의체 판결

150. 외국법규

(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결)

〈쟁점〉

섭외사건에 관하여 적용될 외국법규의 흠결 또는 그 존재에 관한 자료의 미제출로 그 내용을 확인할 수 없는 경우 보충적으로 적용할 법원(法源)

〈판결요지〉

섭외적 사건에 관하여 적용될 외국법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용되어야 하는 것인데, 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서는 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국 관습법에 의할 것이고, 외국 관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없는바, 그러한 조리의 내용은 가능하면 원래 적용되어야 할 외국법에 의한 해결과 가장 가까운 해결 방법을 취하기 위해서 그 외국법의 전 체계적인 질서에 의해 보충 유추되어야 하고, 그러한 의미에서 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수도 있을 것이다.

〈판례선정이유〉

외국법규의 존부 및 내용이 증명되지 않는 경우 외국 관습법에 의하되, 그 내용도 확인이 불가능할 경우에는 조리에 따라 해당 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법을 유추 적용할 수 있음을 밝힌 판결

151. 권리자백: 법정변제충당 순서

(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다6763 판결)

〈쟁점〉

법정변제충당의 순서 자체가 자백의 대상인지 여부

〈판결요지〉

법정변제충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있으나, 법정변제충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과여서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

법률상의 효과에 관한 법정변제충당의 순서에 대한 진술은 비록 그 진술자에게 불리하더라도 권리자백에 불과하여 재판상 자백에 해당하지 않음을 명확히 한 판결

152. 권리자백: 이행불능 주장

(대법원 1990. 12. 11. 선고 90다7104 판결)

〈쟁점〉

이행불능에 관한 주장에 자백의 취소에 관한 규정이 적용되는지 여부

〈판결요지〉

이행불능에 관한 주장은 법률적 효과에 관한 진술을 한 것에 불과하고 사실에 관한 진술을 한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 진술은 자유로이 철회할 수 있고 법원도 이에 구속되지 않는다고 할 것인바, 따라서 자백의 취소에 관한 규정이 적용될 여지가 없다.

〈판례선정이유〉

이행불능에 관한 주장은 법률상 효과에 관한 진술로서 권리자백에 해당하므로 재판상 자백에 해당하지 않아 자유로이 철회할 수 있고 법원도 이에 구속되지 않으며 자백의 취소 규정이 적용될 수 없음을 밝힌 판결

153. 법률용어를 사용한 진술과 자백

(대법원 1984. 5. 29. 선고 84다122 판결)

〈쟁점〉

법률용어를 사용한 소송대리인의 진술과 자백의 성립

〈판결요지〉

법률용어를 사용한 당사자의 진술이 동시에 구체적인 사실관계의 표현으로서 사실상의 진술도 포함하는 경우에는 그 범위에서 자백이 성립하는 것이라 할 것인바, 원고 소송대리인의 "본건 토지가 1975.12.31 법률 제2848호 토지구획정리사업법부칙 제2항 해당 토지인 사실은 다툼이 없다."란 진술 중에는 위 토지가 공공에 공용되는 하천임을 전제로 하는 사실상의 진술도 포함된 것으로 보이므로 그 취지의 자백이 인정된다.

〈판례선정이유〉

당사자가 법률적 용어로 진술한 경우에 그것이 동시에 구체적 사실관계의 표현으로 사실상 진술을 포함하고 있으면 그 범위에서 자백이 성립함을 명확히 한 판결

154. 선결적 법률관계에 관한 자백

(대법원 1989. 5. 9. 선고 87다카749 판결)

〈쟁점〉

상대방 주장의 소유권을 인정하는 진술이 재판상 자백에 해당될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

소유권에 기한 이전등기말소청구소송에 있어서 피고가 원고 주장의 소유권을 인정하는 진술은 그 소 전제가 되는 소유권의 내용을 이루는 사실에 대한 진술로 볼 수 있으므로 이는 재판상 자백이다.

〈판례선정이유〉

선결적 법률관계를 인정하는 진술은 권리자백에 불과하나 해당 법률용어를 선결적 법률관계의 내용을 이루는 사실에 대한 진술로 보아 재판상 자백이 성립될 수 있음을 확인한 판결

155. 자백과 증명책임

(대법원 1993. 9. 14. 선고 92다24899 판결)

〈쟁점〉

자신이 증명책임을 부담하는 사항에 관하여 자신에게 불리한 진술을 한 것과 자백

〈판결요지〉

원고들이 소유권확인을 구하고 있는 사건에서 원고들의 피상속인 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 것이라는 점은 원래 원고들이 증명책임을 부담할 사항이지만, 위 소유권이전등기를 마치지 않았다는 사실을 원고들 스스로 자인한 바 있고 이를 피고가 원용한 이상 이 점에 관하여는 자백이 성립하는 결과가 된다.

〈판례선정이유〉

상대방이 증명책임을 부담하는 사실 뿐 아니라 자기가 증명책임을 지는 사실까지도 자백의 대상에 해당한다고 함으로써 이른바 패소가능성설에 따라 자백의 범위를 넓게 인정한 판결

156. 선행자백의 성립요건

(대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결)

〈쟁점〉

선행자백의 성립요건과 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자가 상대방의 원용이 있기 전에 자인한 진술을 철회한 경우 자인사실이 소송자료에서 제거되는지 여부

〈판결요지〉

재판상 자백의 일종인 이른바 선행자백은 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상의 진술을 한 후 상대방이 이를 원용함으로써 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료에서 제거된다.

〈판례선정이유〉

선행자백의 성립요건과 자인진술의 상대방 원용 전 철회 시 선행자백이 성립되지 아니함을 명확히 밝힌 판결

157. 자백의 취소(1)

(대법원 1990. 11. 27. 선고 90다카20548 판결)

〈쟁점〉

자백한 당사자가 종전의 자백과 배치되는 주장을 함에 대하여 상대방이 이의를 제기하지 아니한 경우 종전 자백은 취소되고 새로운 자백이 성립하는지 여부

〈판결요지〉

자백은 사적자치의 원칙에 따라 당사자의 처분이 허용되는 사항에 관하여 그 효력이 발생하는 것이므로 일단 자백이 성립되었다고 하여도 그 후 그 자백을 한 당사자가 종전의 자백과 배치되는 내용의 주장을 하고 이에 대하여 상대방이 이의를 제기함이 없이 그 주장 내용을 인정한 때에는 종전의 자백은 취소되고 새로운 자백이 성립된 것으로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

재판상 자백이 성립된 후 자백한 당사자가 종전 자백에 반하는 진술을 하고 상대방이 이의 제기 없이 이를 수용하면 상대방 동의에 의한 자백의 취소가 인정되고 새로운 자백이 성립된다고 한 판결

158. 자백의 취소(2)

(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다13533 판결)

〈쟁점〉

재판상 자백의 취소의 경우 진실에 반한다는 사실에 대한 증명을 자백사실이 진실에 반함을 추인할 수 있는 간접사실의 증명에 의하여도 가능한지 여부 및 자백이 착오로 인한 것임을 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

재판상의 자백에 대하여 상대방의 동의가 없는 경우에는 자백을 한 당사자가 그 자백이 진실에 부합되지 않는다는 것과 자백이 착오에 기인한다는 사실을 증명한 경우에 한하여 이를 취소할 수 있으나, 이때 진실에 부합하지 않는다는 사실에 대한 증명은 그 반대되는 사실을 직접증거에 의하여 증명함으로써 할 수 있지만 자백사실이 진실에 부합하지 않음을 추인할 수 있는 간접사실의 증명에 의하여도 가능하다고 할 것이고, 또한 자백이 진실에 반한다는 증명이 있다고 하여 그 자백이 착오로 인한 것이라고 추정되는 것은 아니지만 그 자백이 진실과 부합되지 않는 사실이 증명된 경우라면 변론 전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오로 인한 것이라는 점을 인정할 수 있다.

〈판례선정이유〉

자백의 취소 요건으로서 자백이 진실에 반함은 간접사실의 증명에 의하여, 착오로 인한 것임은 변론 전체의 취지에 의하여 각 인정할 수 있음을 명확히 한 판결

159. 청구의 교환적 변경과 자백

(대법원 1997. 4. 22. 선고 95다10204 판결)

〈쟁점〉

재판상 자백의 성립 후 청구를 교환적으로 변경한 경우, 자백의 효력 유무

〈판결요지〉

피고가 제1심에서 대상 토지의 소유권 일부 이전등기가 아무런 원인 없이 이루어졌다는 원고의 주장사실을 인정함으로써 자백이 성립된 후, 소변경신청서에 의하여 그 등기가 원인 없이 이루어졌다는 기존의 주장사실에 배치되는 명의신탁 사실을 주장하면서 청구취지 및 청구원인을 명의신탁 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기를 구하는 것으로 교환적으로 변경함으로써 원래의 주장사실을 철회한 경우, 이미 성립되었던 피고의 자백도 그 대상이 없어짐으로써 소멸되었고, 나아가 그 후 그 피고가 위 자백 내용과 배치되는 주장을 함으로써 그 진술을 묵시적으로 철회하였다고 보여지는 경우, 원고들이 이를 다시 원용할 수도 없게 되었고, 원고들이 원래의 원인무효 주장을 예비적 청구원인 사실로 다시 추가하였다 하여 자백의 효력이 되살아난다고 볼 수도 없다.

〈판례선정이유〉

청구원인사실을 교환적으로 변경한 경우 이미 성립되었던 자백이 그 대상의 소멸로 인해 실효되고, 이후 예비적 청구로 종전 청구원인사실을 추가하더라도 종전 자백의 효력은 회복되지 않음을

명확히 한 판결

160. 법원에 현저한 사실(1)

(대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

'법원에 현저한 사실'의 의미 및 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 기재 내용을 법원에 현저한 사실로 보아 이를 기초로 피해자의 일실수입을 산정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1][다수의견]

민사소송법 제288조 소정의 '법원에 현저한 사실'이라 함은 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다.

[반대의견]

일반적으로 법원에 현저한 사실이라 함은 민사소송법상 불요증사실의 하나로서(제288조) 판결을 하여야 할 법원의 법관이 직무상 경험으로 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있는 사실을 말하므로, 법관이 직무상 안 사실이라고 하더라도 명확한 기억을 하고 있지 아니하면 법원에 현저한 사실에 속한다고 할 수 없다.

[2][다수의견]

피해자의 장래수입상실액을 인정하는 데 이용되는 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 각 존재 및 그 기재 내용을 법원에 현저한 사실로 보아, 그를 기초로 피해자의 일실수입을 산정한 조치는 객관적이고 합리적인 방법에 의한 것이라고 보여지므로 옳다.

[반대의견]

직종별임금실태조사보고서는 법관이 그 기재 내용을 기억할 수 없거나 또는 다른 사건의 증거조사 과정을 통하여 그 일부를 기억할 수 있을 뿐이므로 이를 전연 별개의 사건에서 법원에 현저한 사실이라고 하여 판결의 기초로 삼을 수 없고, 뿐만 아니라 이를 다수의견과 같이 법원에 현저한 사실에 속한다고 보게 되면 변론에 전혀 현출되지 아니하였음에도 불구하고 사실심 법원이 그 사실을 피해자의 수입을 인정하는 자료로 이용하게 됨으로써 소송당사자가 예상하지 못한 불이익한 재판을 받게 될 우려가 있다.

〈판례선정이유〉

'법원에 현저한 사실'에는 법관이 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있는 경우 뿐 아니라 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실도 포함된다고 하고, 직종별임금실태조사보고서나 한국직업사전의 존재 및 내용이 후자에 해당함을 명확히 한 대법원 전원합의체 판결

161. 법원에 현저한 사실(2)

(대법원 2019. 8. 9. 선고 2019다222140 판결)

〈쟁점〉

피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 그 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수는 없다. 민사재판에 있어서 이미 확정된 관련 민사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되지만, 당해 민사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 확정된 관련 민사사건 판결의 사실인정을 그대로 채용하기 어려운 경우에는 합리적인 이유를 설시하여 이를 배척할 수 있다는 법리도 그와 같이 확정된 민사판결 이유 중의 사실관계가 현저한 사실에 해당하지 않음을 전제로 한 것이다.

[2] 원심이 다른 하급심판결의 이유 중 일부 사실관계에 관한 인정사실을 그대로 인정하면서, 위 사정들이 '법원에 현저한 사실'이라고 본 사안에서, 당해 재판의 제1심 및 원심에서 다른 하급심판결의 판결문 등이 증거로 제출된 적이 없고, 당사자들도 이에 관하여 주장한 바가 없음에도 이를 '법원에 현저한 사실'로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

〈판례선정이유〉

일방 당사자와 제3자 사이의 확정판결의 존재 자체를 넘어 그 판결에 나타난 사실관계까지를 법원에 현저한 사실로 보아 증거에 의하지 않고 인정할 수는 없음을 명확히 한 판결

162. 감정 결과의 증명력

(대법원 1999. 4. 9. 선고 98다57198 판결)

〈쟁점〉

무인 감정 결과를 배척하기 위한 요건, 증인의 증언에 의하여 사문서의 진정성립을 인정하기 위한 요건, 증인이 무인 감정 결과에 반하여 사문서의 진정성립에 관한 증언을 한 경우 그 증언의 신빙성 판단 방법

〈판결요지〉

[1] 과학적인 방법이라고 할 수 있는 무인 감정 결과를 배척하기 위하여는 특별한 사정이 없는 한, 감정 경위나 감정 방법의 잘못 등 감정 자체에 있어서의 배척 사유가 있어야 한다.

[2] 사문서의 진정성립에 관한 증명 방법에 관하여는 특별한 제한이 없으나 그 증명 방법은 신빙성이 있어야 하고, 증인의 증언에 의하여 그 진정성립을 인정하는 경우 그 신빙성 여부를 판단

함에 있어서는 증언 내용의 합리성, 증인의 증언 태도, 다른 증거와의 합치 여부, 증인의 사건에 대한 이해관계, 당사자와의 관계 등을 종합적으로 검토하여야 한다.

[3] 증인이 무인 감정 결과에 반하여 사문서의 진정성립에 관한 증언을 한 경우 위 증인은 가옥 및 보일러 수리업에 종사하면서 부동산중개업자인 원고가 경영하는 부동산의 사무실을 같이 사용하고 있는 관계로 객관적 입장에서 공정한 증언을 하지 아니할 가능성이 있는 점, 위 증인은 원고 대리인의 주신문에서는 변제기일을 증언하였다가 피고 대리인의 반대신문에서는 이를 모른다고 증언하는 등 증언에 일관성이 없는 점, 위 증인은 소외인이 원고로부터 돈을 빌릴 당시 2차에 걸쳐 현장에서 피고가 갑 제1호증의 1, 2에 직접 무인을 찍는 것을 보았다고 하면서도 피고가 어느 손가락으로 무인을 찍었는지는 모른다고 증언하고 있는 점 등에 비추어, 위 증인의 증언은 무인 감정 결과를 배척할 정도의 신빙성이 있다고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

무인 감정 결과에 반하는 사문서의 진정성립에 관한 증언이 있는 경우 무인 감정 결과를 배척할 수 있는 요건과 증인의 증언에 의하여 사문서의 진정성립을 인정할 수 있는 요건을 밝힌 판결

163. 서증제출방법: 사본에 의한 문서제출의 효과

(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결)

〈쟁점〉

서증의 형식적 증거력과 실질적 증명력의 판단순서, 사본에 의한 서증 신청이 이의권 상실의 대상이 되는지 여부, 사본에 의한 서증 신청의 허용요건, 서증 신청 시 원본 제출이 요구되지 않는 경우 및 그 주장·증명책임의 소재, 민사소송상 변론주의의 적용 범위

〈판결요지〉

[1] 서증은 문서에 표현된 작성자의 의사를 증거자료로 하여 요증사실을 증명하려는 증거방법이므로 우선 그 문서가 증거신청당사자에 의하여 작성자로 주장되는 자의 의사에 기하여 작성된 것임이 밝혀져야 하고, 이러한 형식적 증거력이 인정된 다음 비로소 작성자의 의사가 요증사실의 증거로서 얼마나 유용하느냐에 관한 실질적 증명력을 판단하여야 한다.

[2] 문서의 제출 또는 송부는 원본, 정본 또는 인증등본으로 하여야 하는 것이므로, 원본, 정본 또는 인증등본이 아니고 단순한 사본 만에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 부적법하며, 다만 이러한 사본의 경우에도 동일한 내용인 원본의 존재와 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 없고 그 정확성에 문제가 없기 때문에 사본을 원본의 대용으로 하는데 관하여 상대방으로부터 이의가 없는 경우에는 민사소송법 제355조 제1항 위반 사유에 관한 책문권이 포기 혹은 상실되어 사본만의 제출에 의한 증거의 신청도 허용된다.

[3] 원본의 존재 및 원본의 성립 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대용으로 하는 데 대하여 상대방으로부터 이의가 있는 경우에는 사본으로써 원본을 대신할 수 없으며, 반면에 사본을 원본으로서 제출하는 경우에는 그 사본이 독립한 서증이 되는 것이나 그 대신 이에 의하여 원본이 제출된 것으로 되지는 아니하고, 이때에는 증거에 의하여 사본과 같은 원본이 존재하고 또 그 원

본이 진정하게 성립하였음이 인정되지 않는 한 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이상의 증거가치는 없다.

[4] 서증 사본의 신청당사자가 문서 원본을 분실하였다든가, 선의로 이를 훼손한 경우, 또는 문서제출명령에 응할 의무가 없는 제3자가 해당 문서의 원본을 소지하고 있는 경우, 원본이 방대한 양의 문서인 경우 등 원본 문서의 제출이 불가능하거나 비실제적인 상황에서는 원본의 제출이 요구되지 아니한다고 할 것이지만, 그와 같은 경우라면 해당 서증의 신청당사자가 원본 부제출에 대한 정당성이 되는 구체적 사유를 주장·증명하여야 할 것이다.

[5] 민사소송상 변론주의는 권리의 발생, 소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 대한 주장·증명에 관한 것으로서 그 주요사실의 존부를 확인하는 데 있어 도움이 됨에 그치는 간접사실이나 그의 증빙자료에 대하여는 적용되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

서증의 형식적 증거력과 실질적 증명력의 판단순서를 밝힌 다음, 문서의 제출방법에 관한 민사소송법 제355조 제1항이 소송절차에 관한 이의권(민사소송법 제151조)의 적용대상임을 인정하고, 사본에 의한 서증 신청이 허용되는 요건과 서증 신청 시 원본 제출이 요구되지 않는 경우 및 그 주장·증명책임의 소재와 변론주의의 적용 범위를 분명히 한 판결

164. 사문서의 형식적 증거력: 작성명의인 아닌 자의 날인 사실이 인정될 경우 증명책임의 소재

(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결)

〈쟁점〉

등기명의인이 아닌 제3자가 개입된 처분행위에 의하여 소유권이전등기가 마쳐진 경우 등기의 추정력을 번복하기 위하여 필요한 증명사실 및 증명책임자, 작성명의인의 인장이 날인된 문서에 관하여 다른 사람이 날인한 사실이 밝혀진 경우 문서의 진정성립이 인정되기 위하여 필요한 증명사실 및 증명책임자

〈판결요지〉

[1] 소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현 등기명의인이 그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고 주장하더라도 현 소유명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서는 반대사실, 즉 그 제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었다든가 또는 제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.

[2] 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 사실상 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로,

문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 증명할 책임이 있다.

〈판례선정이유〉

등기명의인이 아닌 제3자가 개입된 처분행위에 의하여 소유권이전등기가 마쳐진 경우 등기의 추정력을 번복하기 위하여 필요한 증명사실 및 증명책임자와 작성명의인의 인장이 날인된 문서에 관하여 다른 사람이 날인한 사실이 밝혀진 경우 문서의 진정성립이 인정되기 위하여 필요한 증명사실 및 증명책임자를 분명히 한 판결

165. 사문서의 형식적 증거력: 백지문서 또는 미완성 부분의 보충에 대한 증명책임의 소재

(대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결)

〈쟁점〉

인영 부분 등의 진정성립 인정에 의하여 완성문서로서의 사문서 전체의 진정성립을 추정할 수 있는지 여부, 완성문서로서의 진정성립 추정의 번복 방법과 그러한 추정이 번복된 경우 미완성 부분이 정당한 권원에 의하여 보충되었다는 점에 관한 증명책임의 소재

〈판결요지〉

[1] 사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때에는 진정한 것으로 추정되므로(민사소송법 제358조), 사문서의 작성명의인이 스스로 당해 사문서에 서명·날인·무인하였음을 인정하는 경우, 즉 인영 부분 등의 성립을 인정하는 경우에는 반증으로 그러한 추정이 번복되는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 그 문서 전체에 관한 진정성립이 추정된다.

[2] 인영 부분 등의 진정성립이 인정된다면 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 문서는 그 전체가 완성되어 있는 상태에서 작성명의인이 그러한 서명·날인·무인을 하였다고 추정할 수 있다.

[3] 인영 부분 등의 진정성립이 인정되는 경우, 그 당시 그 문서의 전부 또는 일부가 미완성된 상태에서 서명날인만을 먼저 하였다는 등의 사정은 이례에 속한다고 볼 것이므로 완성문서로서의 진정성립의 추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증 등의 증거가 필요하다고 할 것이고, 만일 그러한 완성문서로서의 진정성립의 추정이 번복되어 백지문서 또는 미완성 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충하였다는 등의 사정이 밝혀진 경우라면, 다시 그 백지문서 또는 미완성 부분이 정당한 권한에 기하여 보충되었다는 점에 관하여는 그 문서의 진정성립을 주장하는 자 또는 문서제출자에게 그 증명책임이 있다.

〈판례선정이유〉

인영 부분 등의 진정성립 인정에 의하여 완성문서로서의 사문서 전체의 진정성립이 추정됨을 밝힌 다음, 완성문서로서의 진정성립의 추정을 번복하는 방법과 그러한 추정이 번복된 경우 미완성 부분이 정당한 권원에 의하여 보충되었다는 점에 관한 증명책임을 부담하는 자를 분명히 한 판결

166. 처분문서의 실질적 증거력

(대법원 1988. 12. 13. 선고 87다카3147 판결)

〈쟁점〉

진정성립이 인정되는 처분문서의 실질적 증거력, 문서의 진정성립에 대한 판단 방법, 선행자백의 효력

〈판결요지〉

[1] 처분문서의 경우 그 진정성립이 인정되는 이상 반증이 없는 한 법원은 그 기재 내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 할 구속을 받게 된다.

[2] 문서의 진정성립에 대한 증명은 문서의 서명날인을 포함하여 그 내용 전체가 대상으로 되는 것으로서 진정성립의 인정 여부는 법원이 모든 증거자료와 변론 전체의 취지에 터 잡아 자유심증에 따라 판단하게 되는 것인바, 거증자가 문서를 증거로 제출하는 취지가 그 문서의 전체에 대한 진정성립을 거증하려는 데 있는 것이 아니라 단순히 그 문서를 현출시키는 데 있을 뿐이라면, 그 후 거증자의 상대방이 동일내용의 문서를 제출함에 대하여 거증자가 성립을 인정하는 것으로 진술하였다 하더라도, 변론 전체의 취지에 비추어 거증자가 그 문서의 일부에 대한 진정성립만을 인정할 뿐 전체에 대한 진정성립을 다투는 경우에는 그 거증자의 성립인정의 진술은 그 문서 중 그 거증자의 주장과 배치되는 부분을 제외한 나머지 부분에 대한 진정성립만을 인정하는 취지로 보아야 한다.

[3] 선행자백도 재판상 자백의 일종이므로 당사자 일방이 자기에게 불리한 진술을 자진하여 한 후 상대방이 이를 명시적으로 원용하거나 선행자백한 불이익한 사실과 일치하는 진술을 하게 되면 법원은 그 자백사실에 구속되어 이에 저촉되는 사실을 인정할 수 없게 되나, 민사소송법 제288조 단서 규정에 따라 적법하게 취소된 경우에는 그와 같은 구속력이 발생할 여지가 없다.

〈판례선정이유〉

진정성립이 인정되는 처분문서의 실질적 증거력의 내용과 문서의 진정성립에 대한 판단 방법을 밝히고, 변론 전체의 취지에 비추어 문서의 진정성립을 인정할 수 있음과 선행자백의 성립요건 및 그 효력을 분명히 한 판결

167. 선서하지 않은 감정인의 감정결과

(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005다77848 판결)

〈쟁점〉

법원의 착오로 선서를 누락한 감정인이 작성한 감정 결과 서면이 당사자에 의하여 서증으로 제출된 경우 법원이 이를 사실인정의 자료로 삼을 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 선서하지 아니한 감정인에 의한 감정 결과는 증거능력이 없으므로, 이를 사실인정의 자료로 삼을 수 없다 할 것이나, 한편 소송법상 감정인 신문이나 감정의 촉탁방법에 의한 것이 아니고 소송 외에서 전문적인 학식 경험이 있는 자가 작성한 감정의견을 기재한 서면이라 하더라도 그 서면이 서증으로 제출되었을 때 법원이 이를 합리적이라고 인정하면 이를 사실인정의 자료로 할 수 있다는 것인바, 법원이 감정인을 지정하고 그에게 감정을 명하면서 착오로 감정인으로부터 선서를 받는 것을 누락함으로 말미암아 그 감정인에 의한 감정 결과가 증거능력이 없게 된 경우라도, 그 감정인이 작성한 감정 결과를 기재한 서면이 당사자에 의하여 서증으로 제출되고, 법원이 그 내용을 합리적이라고 인정하는 때에는 이를 사실인정의 자료로 삼을 수 있다.

[2] 증거의 취사와 사실의 인정은 사실심의 전권에 속하는 것으로서 이것이 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 적법한 상고이유로 삼을 수 없다.

〈판례선정이유〉

선서하지 아니한 감정인에 의한 감정 결과 자체의 증거능력을 부정하는 한편, 이러한 감정 결과가 기재된 서면이 당사자에 의하여 서증으로 제출된 경우 법원이 그 내용을 합리적이라고 인정하는 때에는 사실인정의 자료로 삼을 수 있음을 밝힌 판결

168. 문서제출명령: 문서제출의무 있는 문서

(대법원 2017. 12. 28.자 2015무423 결정)

〈쟁점〉

당사자가 소송에서 인용한 문서의 의미, 인용문서가 공무원이 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개 대상 정보에 해당하는 경우 문서제출의무 인정 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제344조는 '문서의 제출의무'에 관하여 정하고 있는데, 제1항 제1호는 당사자가 소송에서 인용한 문서(이하 '인용문서'라 한다)를 가지고 있는 때에는 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다고 정하고 있다. 제2항은 제1항의 경우 외에도 문서의 제출의무가 인정되는 사유를 정하면서 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'에 대해서는 제2항에 따른 문서 제출의무의 대상에서 제외하고 있다.

민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정하고 있는 인용문서는 당사자가 소송에서 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐만 아니라 자기주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기주장의 근거나 보조자료로 삼은 문서도 포함한다. 또한, 위 조항의 인용문서에 해당하면, 그것이 같은 조 제2항에서 정하고 있는 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'라도 특별한 사정이 없는 한 문서제출의무를 면할 수 없다.

[2] 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 문언, 내용, 체계와 입법 목적 등에 비추어 볼 때, 인용

문서가 공무원이 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개 대상 정보에 해당한다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서제출의무를 면할 수 없다.

[3] 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 것은 서증을 신청하는 방식 중의 하나이다(민사소송법 제343조). 법원은 제출명령신청의 대상이 된 문서가 서증으로 필요한지를 판단하여 민사소송법 제290조 본문에 따라 그 신청의 채택 여부를 결정할 수 있다.

〈판례선정이유〉

문서소지자에게 제출의무가 인정되는 민사소송법 제344조 제1항 제1호에 규정된 인용문서의 의미를 밝히고, 위 규정의 문언, 내용, 체계와 입법목적 등을 근거로 인용문서가 공무원이 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개 대상 정보에 해당하는 때에도 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서제출의무를 면할 수 없음을 분명히 한 결정

169. 문서제출명령: 훼손된 문서의 제출과 법원의 조치

(대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결)

〈쟁점〉

민사소송에서 당사자 일방이 일부가 훼손된 문서를 증거로 제출하였는데 상대방이 훼손된 부분에 잔존 부분의 기재와 상반된 내용이 기재되어 있다고 주장하는 경우 증거가치 판단 및 사실인정 방법

〈판결요지〉

민사소송에서 당사자 일방이 일부가 훼손된 문서를 증거로 제출하였는데 상대방이 훼손된 부분에 잔존 부분의 기재와 상반된 내용이 기재되어 있다고 주장하는 경우, 문서제출자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 문서를 훼손하였다면 법원은 훼손된 문서 부분의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있을 것이나(민사소송법 제350조), 그러한 목적 없이 문서가 훼손되었다고 하더라도 문서의 훼손된 부분에 잔존 부분과 상반되는 내용의 기재가 있을 가능성이 인정되어 문서 전체의 취지가 문서를 제출한 당사자의 주장에 부합한다는 확신을 할 수 없게 된다면 이로 인한 불이익은 훼손된 문서를 제출한 당사자에게 돌아가야 한다.

〈판례선정이유〉

법원의 문서제출명령에 대하여 당사자 일방이 훼손된 문서를 제출하고 상대방이 훼손된 부분에 잔존 부분과 상반되는 내용이 기재되어 있다고 주장하는 경우 사용을 방해할 목적 없이 문서가 훼손되었더라도 상대방의 위와 같은 주장이 사실일 가능성이 인정되어 문서 전체의 취지가 문서를 제출한 당사자의 주장에 부합한다는 확신을 할 수 없는 때에는 이로 인한 불이익이 훼손된 문서를 제출한 당사자에게 돌아감을 밝힌 판결

170. 당사자신문: 당사자의 불출석 등에 대한 제재

(대법원 1990. 4. 13. 선고 89다카1084 판결)

〈쟁점〉

민사소송법 제369조에 의하여 법원이 진실한 것으로 인정할 수 있는 대상과 이에 의한 요건사실의 인정방법

〈판결요지〉

당사자신문절차에서 당사자 본인이 출석, 선서, 진술의 의무를 불이행한 경우에 민사소송법 제369조의 규정에 의하여 법원이 진실한 것으로 인정할 수 있는 것은 '신문사항에 관한 상대방의 주장', 즉 신문사항에 포함된 내용에 관한 것이므로 법원이 이를 적용함에 있어서는 상대방 당사자의 요건사실에 관한 주장사실을 진실한 것으로 인정할 것이라고 설시할 것이 아니라, 당사자신문사항 가운데 어느 항을 진실한 것으로 인정한 연후에 그에 의하면 상대방 당사자의 요건사실에 관한 주장사실을 인정할 수 있다고 판시하는 것이 정당하다.

〈판례선정이유〉

당사자가 당사자신문절차에 정당한 사유 없이 출석·선서·진술하지 않은 경우, 법원이 민사소송법 제369조에 따라 진실한 것으로 인정할 수 있는 대상(신문사항에 관한 상대방의 주장)과 그 인정방법(당사자신문사항 가운데 어느 항을 진실한 것으로 인정한 후에 그에 의하면 상대방 당사자의 요건사실에 관한 주장사실을 인정할 수 있다고 판시)을 밝힌 판결

171. 그 밖의 증거: 동영상 파일에 대한 증거조사방법

(대법원 2010. 7. 14.자 2009마2105 결정)

〈쟁점〉

동영상 파일이 문서제출명령의 대상인지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제344조 제1항 제1호, 제374조를 신청 근거 규정으로 기재한 동영상 파일 등과 사진의 제출명령신청에 대하여, 동영상 파일은 검증의 방법으로 증거조사를 하여야 하므로 문서제출명령의 대상이 될 수는 없고, 사진의 경우에는 그 형태, 담겨진 내용 등을 종합하여 감정·서증·검증의 방법 중 가장 적절한 증거조사방법을 택하여 이를 준용하여야 함에도, 제1심법원이 사진에 관한 구체적인 심리 없이 곧바로 문서제출명령을 하고 검증의 대상인 동영상 파일을 문서제출명령에 포함시킨 것이 정당하다고 판단한 원심의 조치에는 문서제출명령의 대상에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제374조에 규정되어 있는 그 밖의 증거 가운데, 사진에 대한 증거조사방법(사진의 형태, 담겨진 내용 등을 종합하여 감정·서증·검증의 방법 중 가장 적절한 증거조사방법을 택하여 이를 준용)을 분명히 함과 아울러, 동영상 파일은 검증의 대상이지 문서제출명령의 대상이 아님을 밝힌 결정

172. 변론 전체의 취지와 독립적 증거원인 여부

(대법원 1983. 9. 13. 선고 83다카971 판결)

〈쟁점〉

변론의 취지만에 의한 사실인정의 가부

〈판결요지〉

변론의 취지는 변론의 과정에 현출된 모든 상황과 자료를 말하여 증거원인이 되는 것이기는 하나 그것만으로는 사실인정의 자료로 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

주요사실의 인정에 관하여 변론 전체의 취지가 보충적인 증거원인에 그친다는 점을 명확히 밝힌 판결

173. 자유심증주의의 정도

(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다6755 판결)

〈쟁점〉

민사소송에서 필요한 '사실의 증명'의 정도

〈판결요지〉

[1] 민사소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도일 것을 필요로 한다.

[2] 화재가 담뱃불로 발생하였을 상당한 가능성이 있다고 의심되나 이러한 의심만으로는 갑 회사 직원들이 피운 담뱃불로 인한 것이라고 인정하기에 부족하고, 아울러 화재의 원인이 갑 회사 직원들의 과실에 있음을 증명할 책임은 원고에게 있다는 이유로, 화재가 갑 회사 직원들이 피운 담뱃불로 인한 것임을 전제로 하는 원고의 주장을 배척한 원심판단을 수긍한 사례

〈판례선정이유〉

자유심증주의에서 증명의 정도와 그 구체적 의미를 밝힌 판결

174. 증명방해

(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다25971 판결)

〈쟁점〉

당사자 일방이 증명을 방해하는 행위를 한 경우 증명책임이 전환되거나 상대방의 주장 사실이 증명되었다고 보아야 하는지 여부

〈판결요지〉

당사자 일방이 증명을 방해하는 행위를 하였더라도 법원으로서는 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명되었다고 보아야 하는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

증명방해의 효과에 관하여, 증명방해의 모습이나 정도, 그 증거의 가치, 비난가능성의 정도를 고려하여 자유재량으로 방해받은 상대방의 주장의 진실 여부를 가려야 한다는 점을 명확히 밝힌 판결

175. 법률상 추정과 증명책임

(대법원 1998. 8. 21. 선고 98다8974 판결)

〈쟁점〉

동시사망의 추정을 번복하기 위한 증명책임의 내용 및 정도

〈판결요지〉

민법 제30조에 의하면, 2인 이상이 동일한 위난으로 사망한 경우에는 동시에 사망한 것으로 추정하도록 규정하고 있는바, 이 추정은 법률상 추정으로서 이를 번복하기 위하여는 동일한 위난으로 사망하였다는 전제사실에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 반증을 제출하거나 또는 각자 다른 시각에 사망하였다는 점에 대하여 법원에 확신을 줄 수 있는 본증을 제출하여야 하는데, 이 경우 사망의 선후에 의하여 관계인들의 법적 지위에 중대한 영향을 미치는 점을 감안할 때 충분하고도 명백한 증명이 없는 한 위 추정은 깨어지지 아니한다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

법률상 추정에서 상대방이 추정력을 깨뜨리거나 번복하는 방법에 관하여 명시하고, 증명할 사실이 법률상 추정되면 추정된 사실에 대한 반대사실의 증명이 없는 한 그 추정이 깨뜨려지지 않으므로 실질적으로 증명책임의 전환과 같은 효과가 발생한다는 점을 밝히고 있는 판결

176. 등기의 추정력: 법률상 추정

(대법원 1992. 10. 27. 선고 92다30047 판결)

〈쟁점〉

소유권이전등기의 추정력에 관하여 법률상 추정이 인정되는지 여부와 증명책임

〈판결요지〉

지분이전등기가 경료된 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리상태를 공시하는 것이라고 추정되므로, 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대사실을 증명할 책임이 있다.

〈판례선정이유〉

등기의 추정력에 관하여 법률상 추정이 인정된다는 점을 명확히 밝힌 판결

177. 등기의 추정력: 확정판결에 기한 등기의 추정력

(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다26252 판결)

〈쟁점〉

등기원인의 존부에 관하여 분쟁이 발생하여 법원의 확정판결에 의하여 그 등기원인에 기한 등기청구권이 인정된 경우, 위 확정판결의 기판력이 미치지 아니하는 제3자가 위 등기원인의 부존재를 이유로 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위한 증명의 정도

〈판결요지〉

등기원인의 존부에 관하여 분쟁이 발생하여 그 당사자 사이에 소송이 벌어짐에 따라 법원이 위 등기원인의 존재를 인정하면서 이에 기한 등기절차의 이행을 명하는 판결을 선고하고 그 판결이 확정됨에 따라 이에 기한 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 그 등기원인에 기한 등기청구권은 법원의 판단에 의하여 당사자 사이에서 확정된 것임이 분명하고, 법원이나 제3자도 위 당사자 사이에 그러한 기판력이 발생하였다는 사실 자체는 부정할 수 없는 것이므로, 위 기판력이 미치지 아니하는 타인이 위 등기원인의 부존재를 이유로 확정판결에 기한 등기의 추정력을 번복하기 위해서는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료를 제

출하여야 하고, 법원도 그러한 정도의 증명이 없는 한 확정판결에 기한 등기가 원인무효라고 단정하여서는 아니 될 것이다.

〈판례선정이유〉

특정한 등기원인을 인정하는 등기청구판결이 승소 확정되어 그에 기한 등기가 마쳐진 경우 그 등기의 추정력 번복을 위해서는 일반적인 등기의 추정력 번복의 경우보다 더 명백한 증거나 자료에 의한 증명이 있어야 함을 밝힌 판결

178. 공해소송에서 인과관계에 관한 증명책임의 분배

(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608,84615,84622,84639 판결)

〈쟁점〉

공해소송에서 인과관계의 존부에 대한 증명책임

〈판결요지〉

일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에서 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 증명책임은 청구자인 피해자가 부담하나, 대기오염이나 수질오염에 의한 공해로 인한 손해배상을 청구하는 소송에서는 기업이 배출한 원인물질이 대기나 물을 매체로 하여 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고 공해문제에 관하여는 현재 과학수준으로도 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나하나의 고리를 자연과학적으로 증명한다는 것이 매우 곤란하거나 불가능한 경우가 많다. 그러므로 이러한 공해소송에서 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 수 있는 반면에, 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 원인을 은폐할 염려가 있기 때문에, 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다.

〈판례선정이유〉

공해소송에서 인과관계의 모든 과정을 피해자인 원고에게 증명하도록 요구하는 것은 형평의 관념에 반하므로, 그 과정의 일부를 피고의 간접반증의 대상으로 하여야 한다는 점을 명확히 밝힌 판결

179. 의료과오소송에서 증명책임의 완화

(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결)

〈쟁점〉

피해자 측에서 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고 그 결과와 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정할 것인지 여부

〈판결요지〉

원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 증명한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 증명을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.

〈판례선정이유〉

의료과오소송에서 증명책임의 완화를 인정한 판결

180. 의료과오소송에서 의사의 무과실책임

(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결)

〈쟁점〉

수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우, 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명하는 방법으로 위 증상이 의료상의 과실에 기한 것으로 추정할 수 있는지 여부 및 위와 같은 경우에도 의사에게 무과실의 증명책임을 지울 수 있는지 여부

〈판결요지〉

의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서는 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계

가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로 수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다고 하겠으나, 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

의료과오소송에서 의료상 과실의 존재는 환자가 증명하여야 하며, 의사에게 무과실에 대한 증명책임을 지우는 것은 허용되지 않음을 분명히 한 판결

181. 확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소와 증명책임

(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다12852 판결)

〈쟁점〉

확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소에서 채권의 발생원인 사실에 대한 증명책임의 소재 및 권리장애 또는 소멸사유 해당 사실에 대한 증명책임의 소재

〈판결요지〉

확정된 지급명령의 경우 그 지급명령의 청구원인이 된 청구권에 관하여 지급명령 발령 전에 생긴 불성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있고, 이러한 청구이의의 소에서 청구이의 사유에 관한 증명책임도 일반 민사소송에서의 증명책임 분배의 원칙에 따라야 한다. 따라서 확정된 지급명령에 대한 청구이의 소송에서 원고가 피고의 채권이 성립하지 아니하였음을 주장하는 경우에는 피고에게 채권의 발생원인 사실을 증명할 책임이 있고, 원고가 그 채권이 통정허위표시로서 무효라거나 변제에 의하여 소멸되었다는 등 권리 발생의 장애 또는 소멸사유에 해당하는 사실을 주장하는 경우에는 원고에게 그 사실을 증명할 책임이 있다.

〈판례선정이유〉

확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소에서 청구이의 사유에 관한 증명책임은, 일반 민사소송에서의 증명책임 분배의 원칙에 따라 채권의 발생원인 사실을 증명할 책임은 피고에게, 권리 발생의 장애 또는 소멸사유에 해당하는 사실을 증명할 책임은 원고에게 있음을 명확히 밝힌 판결

제4편 소송의 종료



제 1 장 소송종료선언
제 2 장 당사자의 행위에 의한 종료
제 3 장 종국판결에 의한 종료

제 4 편 소송의 종료

제 1 장 소송종료선언

182. 소송종료선언의 사유: 기일지정신청이 이유 없는 때

(대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다58668 판결)

〈쟁점〉

청구의 포기·인낙이나 화해와 같이 종국판결 외의 사유로 소송종료가 되었으나, 실제 종료 여부에 대해 다툼이 있어 기일지정신청을 하면 법원은 소송종료가 되었는지를 판단해 주어야 하는지 여부

〈판결요지〉

재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자간에 기판력이 생기는 것이므로 확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없는 한 재심의 소에 의하여만 효력을 다툴 수 있는 것이나, 당사자 일방이 화해조서의 당연무효 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 때에는 법원으로서는 그 무효사유의 존재 여부를 가리기 위하여 기일을 지정하여 심리를 한 다음 무효사유가 존재한다고 인정되지 아니한 때에는 판결로써 소송종료선언을 하여야 하고, 이러한 이치는 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정조서에 대하여도 마찬가지라 할 것이다.

〈판례선정이유〉

화해조서나 조정조서의 무효를 주장하며 기일지정신청을 한 경우 기판력에 대한 재심의 소가 아니라, 무효 여부를 가리기 위한 기일에서 무효사유의 부존재를 이유로 소송종료를 선언할 수 있다고 한 판결

제 2 장 당사자의 행위에 의한 종료

183. 소취하의 법적 성질

(대법원 1994. 12. 13. 선고 94다15486 판결)

〈쟁점〉

소취하는 실체법상의 권리·의무에 영향이 없는데, 구소 취하의 효과가 생기는 교환적 청구변경의 경우에 구소의 권리포기나 상실이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 제1심에서 승소하였으나 명의수탁자가 제3자 앞으로 매매를 가장하여 소유권이전등기를 마치고 항소를 제기하자 명의신탁자는 그 부동산에 대한 소유권회복이 불능케 되었다고 오신한 나머지 항소심에서 명의수탁자에 대한 소유권이전등기청구를 손해배상청구로 교환적으로 변경하여 승소확정판결을 받은 경우, 명의신탁자가 그 확정판결에서 지급을 명한 손해배상금을 아직 수령하지 않고 있는 이상 명의신탁자가 위와 같은 확정판결을 받았다는 것만으로는 명의신탁자에게 그 부동산에 대한 권리를 포기할 의사가 있었던 것으로 추단할 수는 없고, 또 그 확정판결로 인하여 그 권리를 당연히 상실하게 된다고도 볼 수 없을 것이다.

〈판례선정이유〉

구소취하·신소제기설의 입장에서 청구의 변경에 의한 구소 취하의 효과가 생기더라도 구소의 실체법적 권리가 상실되지 않는다고 한 판결

184. 소취하 계약의 법적 성질

(대법원 1982. 3. 9. 선고 81다1312 판결)

〈쟁점〉

소취하 계약은 공권인 소권을 제약한다는 측면에서 그 유효성에 대한 논의가 있는데, 유효설에 의하더라도 그 근거를 실체법적 계약으로 보는지 아니면 소송법적 계약으로 보는지 여부

〈판결요지〉

소송당사자가 소송 외에서 그 소송을 취하하기로 합의한 경우에는 그 합의는 유효하여 원고에게 권리보호의 이익이 없으므로 원고의 소는 각하되어야 한다.

〈판례선정이유〉

소취하 계약은 사법상 계약으로 유효하고, 불이행시 항변으로 주장·증명하면 소는 권리보호의 이익을 상실하여 각하되어야 한다고 밝힌 판결

185. 소취하의 임의 철회

(대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결)

〈쟁점〉

소를 취하하기 위하여 취하서를 제출한 후 그 서면이 상대방에게 송달되기 전에 철회할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

적법한 소취하의 서면이 제출된 이상 그 서면이 상대방에게 송달되기 전후를 묻지 않고 원고는 이를 임의로 철회할 수 없다.

<판례선정이유>

소취하서 제출 후에는 상대방에 그 서면이 송달되기 전후를 묻지 않고 임의철회를 할 수 없다고 한 판결

186. 소취하의 절차: 상대방의 동의

(대법원 1968. 4. 23. 선고 68다217 판결)

〈쟁점〉

소취하에 대해 피고의 동의가 필요한 것은 본안에 관한 응소 이후인데, 피고가 주위적으로 소 각하, 예비적으로 청구기각을 구한 때 본안에 관한 응소가 있었던 것으로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고가 본안전 항변으로 소각하를, 본안에 관하여 청구기각을 각 구한 경우에는 본안에 관한 것은 예비적으로 청구한 것이므로 원고는 피고의 동의 없이 소취하를 할 수 있다.

〈판례선정이유〉

피고가 주위적으로 소 각하, 예비적으로 청구기각을 구한 때 본안에 관한 응소가 있었던 것으로 볼 수 없으므로 피고의 동의 없이 소취하가 가능하다고 한 판결

187. 본소 각하 후의 반소 취하

(대법원 1984. 7. 10. 선고 84다카298 판결)

〈쟁점〉

본소 취하 후 반소를 취하하는 경우에는 원·피고 사이의 공평을 위하여 동의를 요하지 않는데, 본소의 각하 후 반소 취하에 원고의 동의가 필요한지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제271조의 규정은 원고가 반소의 제기를 유발한 본소는 스스로 취하해 놓고 그로 인하여 유발된 반소만의 유지를 상대방에게 강요한다는 것은 공평치 못하다는 이유에서 원고가 본소를 취하한 때에는 피고도 원고의 동의 없이 반소를 취하할 수 있도록 한 규정이므로 본소가 원고의 의사와 관계없이 부적법하다 하여 각하됨으로써 종료된 경우에까지 유추적용 할 수 없고, 원고의 동의가 있어야만 반소취하의 효력이 발생한다 할 것이다.

〈판례선정이유〉

본소의 각하 후에 하는 반소 취하에는 본소 취하 후에 반소를 취하하는 경우와 달리 공평의 요구가 없으므로 원고의 동의가 필요하다고 한 판결

188. 독립당사자참가 소송에서 본소 취하

(대법원 1972. 11. 30.자 72마787 결정)

〈쟁점〉

독립당사자참가 소송에서 원고의 본소 취하에는 피고의 동의 외에 당사자 참가인의 동의가 필요한지 여부

〈판결요지〉

독립당사자참가 소송에 있어 원고의 본소 취하에는 피고의 동의 외에 당사자 참가인의 동의를 필요로 한다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가 소송에서 본소가 취하되는 것은 피고뿐만 아니라 참가인에게도 이해관계가 있으므로 참가인의 동의도 필요하다고 한 결정

189. 소취하의 하자: 표시주의

(대법원 1983. 4. 12. 선고 80다3251 판결)

〈쟁점〉

내심의 의사에 반하여 소를 취하한 경우 그 소취하를 무효로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

당사자의 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것이므로, 소의 취하가 내심의 의사에 반한 것이라고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

소취하는 소송행위로서 표시주의가 관철되므로 내심의 의사에 반하여 소취하를 하였다 하더라도 이를 무효로 볼 수 없다고 한 판결

190. 소취하의 하자: 사기·강박에 의한 소취하의 취소

(대법원 1964. 9. 15. 선고 64다92 판결)

〈쟁점〉

사기·강박이나 착오에 의한 소취하의 취소가 허용되는지 여부

〈판결요지〉

민법상의 법률행위에 관한 규정은 민사소송법상의 소송행위에는 특별한 규정 또는 특별한 사정이 없는 한 적용이 없으므로 사기 또는 착오를 원인으로 하여 소취하 등 소송행위를 취소할 수 없다.

〈판례선정이유〉

표시주의를 취하는 소송법의 원칙에 따라 사기·강박이나 착오에 의하여 소를 취하하였더라도 이를 취소할 수 없다고 한 판결

191. 재소금지의 요건: 당사자의 동일

(대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64,65 판결)

〈쟁점〉

종국판결 후의 소취하로 인한 재소금지는 동일한 소의 범주 내에서 적용되는데, 당사자의 동일성과 관련하여 특정승계인이 제한을 받는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제267조 제2항 소정의 "소를 취하한 자" 에는 변론종결 후의 특정승계인을 포함하나 "동일한 소"라 함은 권리보호의 이익도 같아야 하므로 이 건 토지의 전 소유자가 피고를 상대로 한 전소와 본건 소는 소송물인 권리관계는 동일하다 할지라도 위 전소의 취하 후에 이 건 토지를 양수한 원고는 그 소유권을 침해하고 있는 피고에 대하여 그 배제를 구할 새로운 권리보호의 이익이 있다고 할 것이니 위 전소와 본건 소는 동일한 소라고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

전소 당사자의 특정승계인도 재소금지의 제한을 받으나 권리보호의 이익을 달리할 경우에는 '동일한 소'라 할 수 없어 재소금지에 저촉되지 않음을 밝힌 판결

192. 재소금지의 요건: 채권자대위소송

(대법원 1996. 9. 20. 선고 93다20177,20184 판결)

〈쟁점〉

채권자대위소송에서 채권자가 소 제기 후 소를 취하하였는데, 채무자가 소취하에 의한 재소금지의 제한을 받는지 여부

〈판결요지〉

채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 피대위자가 알게 된 이상, 그 대위소송에 관한 종국판결이 있은 후 그 소가 취하된 때에는 피대위자도 민사소송법 제267조 제2항 소정의 재소금지 규정의 적용을 받아 그 대위소송과 동일한 소를 제기하지 못한다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송의 제기 사실을 피대위자(채무자)가 알게 된 이상, 그 종국판결 후 소가 취하되면 피대위자도 재소금지의 제한을 받는다고 한 판결

193. 재소금지의 요건: 소송물의 동일

(대법원 1991. 1. 15. 선고 90다카25970 판결)

〈쟁점〉

재소금지의 적용을 위하여 동일한 소가 되기 위해서는 전후 양소의 소송물의 동일성이 필요한데 물권에 기한 명도청구와 채권에 기한 동일 물건의 명도청구가 동일한 소송물인지 여부

〈판결요지〉

전소가 소유권에 기한 명도청구소송이고 후소가 약정에 의한 명도청구소송인 경우 소송물을 달리하여 재소금지의 원칙에 저촉되지 않는다.

〈판례선정이유〉

소송물의 동일 여부에 관하여 구실체법설의 입장에서 소유권과 같은 물권에 기한 명도청구와 임대차 만료와 같은 채권에 기한 명도청구는 동일한 소송물이 아니라고 한 판결

194. 재소금지의 요건: 선결문제

(대법원 1989. 10. 10. 선고 88다카18023 판결)

〈쟁점〉

후소가 전소를 선결문제로 하는 때에 전소의 취하에 의한 재소금지가 후소에도 효력을 미치는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제267조 제2항의 규정은 임의의 소취하에 의하여 그때까지의 국가의 노력을 헛수고로 돌아가게 한 자에 대한 제재적 취지에서 그가 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 농락하는 것과 같은 부당한 사태의 발생을 방지할 목적에서 나온 것이므로 여기에서 동일한 소라 함은 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지의 경우의 그것과 같이 풀이할 것은 아니고, 따라서 당사자와 소송물이 동일하더라도 재소의 이익이 다른 경우에는 동일한 소라고 할 수 없는 반면, 후소가 전소의 소송물을 선결적 법률관계 내지 전제로 하는 것일 때에는 비록 소송물은 다르지만 본안의 종국판결 후에 전소를 취하한 자는 전소의 목적이었던 권리 내지 법률관계의 존부에 대하여는 다시 법원의 판단을 구할 수 없는 관계상 위 제도의 취지와 목적에 비추어 후소에 대하여도 동일한 소로서 판결을 구할 수 없다고 풀이함이 상당하다.

〈판례선정이유〉

원금 지급 청구의 소를 제기하였다가 취하한 후 동일 원금에 대한 이자청구의 소를 제기한 것은 선결적 법률관계에 해당하여 재소금지의 제한을 받는다고 한 판결

195. 재소금지의 요건: 권리보호의 이익

(대법원 1993. 8. 24. 선고 93다22074 판결)

〈쟁점〉

소취하 후 재침해 내지 소취하의 전제조건을 이행하지 않은 경우에도 재소금지의 제한을 받는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제267조 제2항 소정의 재소금지 원칙이 적용되기 위하여는 소송물이 동일한 외에 권리보호의 이익도 동일하여야 할 것인데, 피고가 전소 취하의 전제조건인 약정사항을 지키지 아니함으로써 위 약정이 해제 또는 실효되는 사정변경이 발생하였다면, 이 사건 지상권이전등기 말소등기청구와 전소가 소송물이 서로 동일하다 하더라도, 소 제기를 필요로 하는 사정이 같지 아니하여 권리보호의 이익이 다르다 할 것이므로 결국 이 사건 청구는 재소금지원칙에 위배되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

침해금지 본안 판결 후 소를 취하하였으나 후에 재침해를 하는 경우나 소취하의 전제조건인 약정을 이행하지 않아 약정이 해제 내지 실효되는 사정변경이 있는 경우에는 권리보호의 이익이 있어 재소가 허용된다고 한 판결

196. 재소금지의 요건: 중복소송

(대법원 1967. 7. 18. 선고 67다1042 판결)

〈쟁점〉

전소의 제기 후 동일한 소를 제기하여 중복소송이 된 경우에 후소의 종국판결 후 취하로 인하여 전소가 재소금지의 제한을 받는지 여부

〈판결요지〉

중복소송의 경우 본안에 대한 종국판결이 있은 후 소를 취하한 자는 동일한 소를 제기할 수 없다는 법리에 의하여 후소의 본안에 대한 판결이 있은 후 그 후소를 취하한 자는 전소를 유지할 수 없다 할 것이다.

〈판례선정이유〉

중복소송 상황에서 후소 본안판결 후 후소를 취하하면 재소금지 원칙에 따라 전소가 부적법해진다는 점을 명확히 한 판결

197. 재소금지의 요건: 소취하 간주

(헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2012헌바180 전원재판부 결정)

〈쟁점〉

소취하 간주의 경우에도 재소금지의 적용을 받는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제268조 제2항에 따라 소취하 간주라는 법적 효과가 발생한다고 하더라도 민사소송법은 이에 대한 재소금지 규정을 두고 있지 않으므로, 당사자가 부득이한 사유로 기일을 해태하고 기일지정신청도 하지 못하였더라도 후일 다시 소를 제기할 수 있다. 더욱이 불출석 상태에서 본안판단을 받을 경우 발생하게 되는 기판력으로 인한 당사자의 불이익과 비교해 보더라도, 소취하 간주의 효과가 당사자의 재판청구권을 형해화시킬 정도의 불이익이라고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

소취하 간주의 경우에는 재소금지의 제한을 받지 않는다는 점을 밝힌 헌법재판소 결정

198. 재소금지의 요건: 항소심에서 소의 교환적 변경

(대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1405 판결)

〈쟁점〉

항소심에서 소의 교환적 변경을 한 경우 구청구에 관하여 재소금지 제한을 받는지 여부

〈판결요지〉

소의 교환적 변경은 신청구의 추가적 병합과 구청구의 취하의 결합 형태로 볼 것이므로 본안에 대한 종국판결이 있은 후 구청구를 신청구로 교환적 변경을 한 다음 다시 본래의 구청구로 교환적 변경을 한 경우에는 종국판결이 있은 후 소를 취하하였다가 동일한 소를 다시 제기한 경우에 해당하여 부적법하다.

〈판례선정이유〉

항소심에서 소의 교환적 변경은 종국판결 후 소취하로 간주되므로 구청구의 재소, 재변경은 허용되지 않는다고 한 판결

199. 청구의 포기 · 인낙: 주주총회 결의의 하자를 다투는 소

(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다28047 판결)

〈쟁점〉

주주총회결의의 하자를 다투는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재 · 무효를 확인하는 내용의 화해 · 조정을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

주주총회결의의 부존재 · 무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다툴 수 없게 되므로, 주주총회결의의 하자를 다투는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재 · 무효를 확인하는 내용의 화해 · 조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해 · 조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해 · 조정조서는 효력이 없다.

〈판례선정이유〉

회사관계소송에서는 인용판결의 대세효로 인하여 인낙이나 그 결의의 부존재 · 무효를 확인하는 내용의 화해 · 조정은 할 수 없고, 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해 · 조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해 · 조정조서는 효력이 없다고 한 판결

200. 재판상의 화해: 법적 성질

(대법원 1962. 5. 31. 선고 4293민재6 판결)

〈쟁점〉

민법상 화해계약에 대한 관계에서 소송상 화해의 법적 성질을 어떻게 보아야 할지 여부

〈판결요지〉

소송상의 화해는 재판의 내용으로써 소송물인 법률관계를 확정하는 효력이 있으므로 순연한 소송행위로 볼 것이라 함은 본원이 취하는 견해로서 소송상 화해에 의하여 확정된 법률관계에 상반되는 주장을 하려면 재심의 소에 의하여야 함은 당연의 귀결이다.

〈판례선정이유〉

소송상 화해의 성질에 대하여 소송행위설을 취한 판결

201. 소송상 화해의 요건: 처분할 수 있는 권리관계

(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다97846 판결)

〈쟁점〉

소송상 화해는 양 당사자가 법률관계에 관하여 양보를 하여야 하므로, 당사자가 소송물에 대해 처분할 수 있는 절차, 즉 사적 이익관계를 대상으로 변론주의에 의하여 심리되는 절차여야 하는데, 당사자가 해당 권리의무에 관하여 처분권을 가지고 있어야 하는지 여부

〈판결요지〉

조정이나 재판상 화해의 대상인 권리관계는 사적 이익에 관한 것으로서 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정이나 재판상 화해는 허용될 수 없고, 설령 그에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립하였더라도 효력이 없어 당연무효이다.

〈판례선정이유〉

조정이나 재판상 화해의 대상인 권리관계는 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정이나 재판상 화해는 허용될 수 없다고 한 판결

202. 소송상 화해의 요건: 내용상의 적법성

(대법원 1975. 11. 11. 선고 74다634 판결)

〈쟁점〉

강행법규나 사회질서 위반의 내용을 가진 소송상 화해가 허용되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제220조 소정의 화해조서는 확정판결과 동일한 효력이 있으므로 한번 재판상의 화해가 성립한 경우에는 가령 그 내용이 강행법규에 위배된 경우라도 그것은 단지 재판상 화해에 하자가 있음에 불과하고 재심절차에 의한 구제를 받는 것은 별문제로 하고 그 화해조서의 무효를 주장할 수 없으며 이 법리는 제소전 화해(민사소송법 제385조)에 관하여도 같다.

〈판례선정이유〉

소송상 화해가 강행법규에 위반된 내용을 가지고 있더라도 그것은 화해에 하자가 있음에 불과하여 준재심에 의해 구제받을 수 있을 뿐임을 밝힌 판결

203. 실효조건부 화해

(대법원 1965. 3. 2. 선고 64다1514 판결)

〈쟁점〉

화해에 조건을 붙일 수 있는지 여부

〈판결요지〉

화해조서에 기재된 효력을 취소 변경하려면 재심의 소에 의하여서만 할 수 있는 것이나 화해조항 자체로서 실효조건을 정한 경우에도 그 조건 성취로서 화해의 효력은 당연히 소멸된다 할 것이고 그 실효의 효력은 언제나 소송 외에서도 주장할 수 있다.

〈판례선정이유〉

실효조건부 화해를 긍정하였지만, 소송상 화해의 법적 성질을 소송행위로 보는 판례의 입장과는 상충하는 판결

204. 화해조서의 효력: 기판력

(대법원 1962. 2. 1. 선고 4294민상914 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

재판상 화해가 성립된 경우 기판력이 인정되는지 여부 및 그 기판력의 성질

〈판결요지〉

재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고, 당사자간에 기판력이 생기는 것이므로 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경이 없는 한, 당사자는 그 화해의 취지에 반하는 주장을 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

소송행위설을 취하여 기판력을 인정하면서, 그 기판력은 준재심의 소에 의하지 않는 한 부정되지 않는다는 취지로 무제한적 기판력설을 취한 대법원 전원합의체 판결

205. 화해조서의 효력: 형성력

(대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

화해조서에 형성력이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니라고 할 것이고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 할 것이다.

[대법관 1인의 반대의견]

공유물분할의 소에서 공유부동산의 특정한 일부씩을 각각의 공유자에게 귀속시키는 것으로 현물분할하는 내용의 조정이 성립하였다면, 그 조정조서는 공유물분할판결과 동일한 효력을 가지는 것으로서 민법 제187조 소정의 '판결'에 해당하는 것이므로 조정이 성립한 때 물권변동의 효력이 발생한다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

공유물분할을 내용으로 하는 조정이 성립하였다 하더라도 이는 당사자의 합의에 의한 분할이라고 할 것으로서, 확정판결에 의한 분할과 마찬가지로 등기 없이 물권취득 효력을 인정할 수 없다고 하여 형성력을 부정한 대법원 전원합의체 판결

206. 화해조서의 효력: 창설적 효력

(대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다42880 판결)

〈쟁점〉

화해조서에 창설적 효력이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

화해권고결정에 대하여 소정의 기간 내에 이의신청이 없으면 그 화해권고결정은 재판상 화해와 같은 효력을 가지고(민사소송법 제231조), 화해권고를 위하여 필요한 경우에는 소송물 아닌 권리 내지 법률관계를 그 대상에 포함시킬 수 있으며, 이 경우 화해권고결정의 효력은 그 내용에 따라 그 결정에 기재된 당사자에게 미친다고 할 것이다. 한편, 재판상의 화해는 창설적 효력을 가지는 것이어서 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸함과 동시에 그 재판상 화해에 따른 새로운 법률관계가 유효하게 형성된다.

〈판례선정이유〉

초기의 판례는 제소전 화해에 대해서만 창설적 효력을 인정하였으나, 그 후 모든 화해조서에 대해서도 창설적 효력이 인정된다고 한 판결

207. 화해조서의 효력: 창설적 효력의 범위

(대법원 2013. 2. 28. 선고 2012다98225 판결)

〈쟁점〉

당사자 사이에 다툼이 없었거나 화해의 전제로 서로 양해하고 있는 부분이 아니어도 창설적 효력이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

재판상 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있고 창설적 효력을 가지는 것이어서 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하나, 재판상 화해 등의 창설적 효력이 미치는 범위는 당사자가 서로 양보를 하여 확정하기로 합의한 사항에 한하며, 당사자가 다툰 사실이 없었던 사항은 물론 화해의 전제로서 서로 양해하고 있는데 지나지 않은 사항에 관하여는 그러한 효력이 생기지 아니한다.

〈판례선정이유〉

재판상 화해 등의 창설적 효력이 미치는 범위는 당사자가 서로 양보를 하여 확정하기로 합의한 사항에 한한다는 취지의 판결

208. 화해조서의 효력: 하자 주장 방법

(대법원 1990. 3. 17.자 90그3 결정)

〈쟁점〉

화해조서에 무효 이외의 하자가 있다고 주장하여 기일지정신청을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 간에 기판력이 생기는 것이므로 확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없는 한 재심의 소에 의해서만 다툴 수 있고 그 효력을 다투기 위하여 기일지정신청을 함은 허용되지 않는다.

〈판례선정이유〉

무제한 기판력설을 취하여 당연무효 이외의 하자 주장은 준재심에 의하여야 하고, 그 효력을 다투기 위한 기일지정신청은 할 수 없다고 밝힌 결정

209. 화해조서의 효력: 사기나 착오를 이유로 한 하자 주장

(대법원 1979. 5. 15. 선고 78다1094 판결)

〈쟁점〉

화해조서에 대해 합의 과정에서의 사기나 착오를 이유로 하자 주장을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

소송상의 화해는 소송행위로서 사법상의 화해와는 달리 사기나 착오를 이유로 취소할 수는 없는 것이며, 민사소송법 제451조 제1항 5호 소정의 형사상 처벌을 받을 타인의 행위로 인한 사유가 소송상의 화해에 대한 준재심사유로 될 수 있는 것은 그것이 당사자가 화해의 의사표시를 하게 된 직접적인 원인이 된 경우만이라고 할 것이고 그렇지 않고 이 사건의 경우 원고들이 주장하는 내용과 같이 서증에 대한 감정결과가 불리하게 나오자 그것으로 인하여 패소할 것을 우려한 나머지 화해를 하게 된 경우와 같이 그 형사상 처벌받을 타인의 행위가 당사자가 화해에 이르게 된 간접적인 원인밖에 되지 않았다고 보이는 경우까지 그것이 준재심사유가 된다고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

소송상 화해는 소송행위로서 사법상 화해와 달리 사기나 착오를 이유로 취소할 수 없고, 형사상 처벌을 받을 타인의 행위에 해당하여 준재심을 청구할 경우에도 그것이 당사자가 화해의 의사표시를 하게 된 직접적인 원인일 경우에만 준재심사유가 된다고 밝힌 판결

210. 화해조서의 효력: 선행 화해와 모순되는 화해조서의 효력

(대법원 1994. 7. 29. 선고 92다25137 판결)

〈쟁점〉

선행 화해와 모순되는 후행 화해를 한 경우, 두 화해의 효력 여부

〈판결요지〉

갑과 을 등 사이에 제1 화해가 성립한 후에 갑과 을 사이에 다시 제1 화해와 모순·저촉되는 제2 화해가 성립하였다 하여도 제1 화해가 조서에 기재되어 확정판결과 동일하게 기판력이 발생한 이상 제2 화해에 의하여 제1 화해가 당연히 실효되거나 변경되고 나아가 제1 화해조서의 집행으로 마쳐진 을 명의의 소유권이전등기 등이 무효로 된다고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

선행 화해와 모순되는 후행 화해를 한 경우, 선행 화해의 기판력이 발생한 이상 후행 화해에 의하여 선행 화해의 효력에 영향이 없음을 명확히 한 판결

제 3 장 종국판결에 의한 종료

211. 결정·명령에 대한 불복 시기

(대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정)

〈쟁점〉

결정·명령의 원본이 법원사무관 등에게 교부되어 성립한 경우, 결정·명령이 당사자에게 고지되어 효력이 발생하기 전에 결정·명령에 불복하여 항고할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

판결과 달리 선고가 필요하지 않은 결정이나 명령(이하 '결정')과 같은 재판은 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야 하고, 일단 성립한 결정은 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 결정법원이라도 이를 취소·변경할 수 없다. 또한 결정법원은 즉시항고가 제기되었는지 여부와 관계없이 일단 성립한 결정을 당사자에게 고지하여야 하고 고지는 상당한 방법으로 가능하며(민사소송법 제221조 제1항), 재판기록이 항고심으로 송부된 이후에는 항고심에서의 고지도 가능하므로 결정의 고지에 의한 효력 발생이 당연히 예정되어 있다.

일단 결정이 성립하면 당사자가 법원으로부터 결정서를 송달받는 등의 방법으로 결정을 직접 고지받지 못한 경우라도 결정을 고지받은 다른 당사자로부터 전해 듣거나 기타 방법에 의하여 결론을 아는 것이 가능하여 본인에 대해 결정이 고지되기 전에 불복 여부를 결정할 수 있다. 그럼에도 이미 성립한 결정에 불복하여 제기한 즉시항고가 항고인에 대한 결정의 고지 전에 이루어졌다는 이유만으로 부적법하다고 한다면, 항고인에게 결정의 고지 후에 동일한 즉시항고를 다시 제기하도록 하는 부담을 지우는 것이 될 뿐만 아니라 이미 즉시항고를 한 당사자는 그 후 법원으로부터 결정서를 송달받아도 다시 항고할 필요가 없다고 생각하는 것이 통상의 경우이므로 다시 즉시항고를 제기하여야 한다는 것을 알게 되는 시점에서는 이미 즉시항고 기간이 경과하여 회복할 수 없는 불이익을 입게 된다.

이와 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 이미 성립한 결정에 대하여는 결정이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 결정에 불복하여 항고할 수 있다.

[대법관 1인의 반대의견]

판결의 경우와는 달리 즉시항고에 관하여는 재판 고지 전의 즉시항고를 허용하는 규정이 없을 뿐만 아니라, 결정과 명령은 원칙적으로 고지되어야 효력이 발생하므로 민사소송법 제226조 제1항 단서와 같은 특별한 규정이 없는 한 아직 고지되기 전이어서 효력이 발생하지도 않은 결정과 명령을 다투어 즉시항고를 제기할 수 있다고 해석할 여지 자체가 없다고 보아야 하는 이상, 민사소송법 제444조 제1항과 민사집행법 제15조 제2항은 즉시항고 기간에 관하여 종기(終期)뿐만 아니라 시기(始期)도 규정한 것으로 새겨야 마땅하다.

효력이 없는 재판에 대하여 불복을 허용해야 할 논리적 근거는 있을 수 없고, 곧 재판이 고지되어 효력이 발생할 것이라는 점은 그야말로 비법률적인 사실 추측에 불과한 것으로서, 법적 안정성을 위하여 획일성이 요구되는 민사소송법 규정의 해석에서 그와 같은 사정이 고려되어야 하는 성질의 것이라고 보아서는 안 된다.

상소기간 등 민사소송상의 여러 제도는 당사자의 이익뿐만 아니라 획일적 운용이 가져올 공익적 장점에 기초하여 마련된 것이므로, 단순히 규정에 따를 때 초래되는 다소의 불합리가 있다 하여 함부로 문언과 다른 해석을 하는 것은 허용될 수 없다.

따라서 아직 효력이 발생하지 않은 결정에 대하여는 항고권이 발생하지 않고 항고권 발생 전에 한 항고는 부적법한 것으로 각하하여야 한다.

〈판례선정이유〉

선고를 요하는 판결과 달리 결정·명령의 경우, 원본이 법원사무관 등에게 교부되면 성립함을 확인하고, 나아가 결정·명령이 성립한 이상 당사자에게 고지되어 효력이 발생하기 전이라도 결정·명령에 불복하여 항고할 수 있다는 점을 밝힌 대법원 전원합의체 결정

212. 항소심 환송판결의 본질

(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다3271 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

항소심의 환송판결이 종국판결인지 여부(환송판결에 대한 상고 가부)

〈판결요지〉

항소심의 환송판결은 종국판결이므로 고등법원의 환송판결에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다.

〈판례선정이유〉

항소심의 환송판결을 중간판결로 본 종전 판례를 변경한 대법원 전원합의체 판결(상고심의 환송판결도 종국판결로 봄. 대법원 1995. 2. 14. 선고 93재다27,34 전원합의체 판결 참조)

213. 중간판결의 효력

(대법원 2011. 9. 29. 선고 2010다65818 판결)

〈쟁점〉

중간판결의 의미와 기속력 및 중간판결도 상소심의 판단 대상인지 여부

〈판결요지〉

중간판결은 그 심급에서 사건의 전부 또는 일부를 완결하는 재판인 종국판결을 하기에 앞서 종국판결의 전제가 되는 개개의 쟁점을 미리 정리·판단하여 종국판결을 준비하는 재판으로서, 중간판결이 선고되면 판결을 한 법원은 이에 구속되므로 종국판결을 할 때에도 그 주문의 판단을 전제로 하여야 하며, 설령 중간판결의 판단이 그릇된 것이라 하더라도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없다. 이러한 중간판결은 종국판결 이전의 재판으로서 종국판결과 함께 상소심의 판단을 받는다.

〈판례선정이유〉

중간판결의 의미와 그 판결의 구속력, 중간판결에 대한 불복방법 등에 대하여 밝힌 판결

214. 재판 누락: 판결 주문과 이유의 불일치

(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다237339 판결)

〈쟁점〉

판결 이유에 청구가 이유 없다고 설시되어 있더라도 주문에 그 설시가 없는 경우, 재판의 누락에 해당하는지 여부 및 재판의 누락이 있는 부분에 대한 상고가 적법한지 여부

〈판결요지〉

판결에는 법원의 판단을 분명하게 하기 위하여 결론을 주문에 기재하도록 되어 있어 재판의 누락이 있는지 여부는 주문의 기재에 의하여 판정하여야 하므로, 판결 이유에 청구가 이유 없다고 설시되어 있더라도 주문에 그 설시가 없으면 특별한 사정이 없는 한 재판의 누락이 있다고 보아야 하며, 재판의 누락이 있으면 그 부분 소송은 아직 원심에 계속 중이어서 상고의 대상이 되지 아니하므로, 그 부분에 대한 상고는 불복의 대상이 존재하지 아니하여 부적법하다.

〈판례선정이유〉

재판 누락은 판결 주문을 기준으로 판단하여야 하므로 이유에 기재되었더라도 주문에 표시되지 않으면 재판 누락이어서 상고의 대상이 될 수 없음을 분명히 한 판결

215. 재판 누락: 재판의 탈루

(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다50274 판결)

〈쟁점〉

재판의 탈루가 있었던 청구 부분에 대한 상고의 적법 여부

〈판결요지〉

확장된 지연손해금 청구 부분에 대하여 원심법원이 판결 주문이나 이유에서 아무런 판단을 하지 아니한 재판의 탈루가 발생한 경우에 이 부분 소송은 아직 원심에 계속 중이라고 보아야 할 것이어서 적법한 상고의 대상이 되지 아니하므로, 이 부분에 대한 상고는 부적법하다.

〈판례선정이유〉

청구에 대하여 판결 주문이나 이유에서 전혀 판단하지 않은 재판 탈루의 경우 추가판결을 하여야 하며 상고의 대상이 될 수 없음을 분명히 한 판결

216. 판결의 경정: 경정의 허용기준 및 명백한 잘못의 판단자료

(대법원 2000. 5. 24.자 98마1839 결정)

〈쟁점〉

[1] 판결이나 화해조서에 대한 경정결정 제도의 취지

[2] 판결이나 화해조서의 경정이 가능한 오류에는 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함되는지 여부 및 그 오류가 명백한지 여부의 판단 자료

〈판결요지〉

[1] 판결이나 화해조서의 위산, 오기 기타 이에 유사한 오류가 있는 것이 명백한 때 행하는 경정결정은, 일단 선고된 판결이나 성립된 화해에 대하여 그 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 그 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 오류를 법원 스스로가 결정으로써 정정 또는 보충하여 강제집행이나 호적의 정정 또는 등기의 기재 등 이른바 광의의 집행에 지장이 없도록 하자는 데 그 취지가 있다.

[2] 판결이나 화해조서의 경정이 가능한 오류에는 그것이 법원의 과실로 인하여 생긴 경우뿐만 아니라 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함된다고 할 것이며, 경정결정을 함에 있어서는 그 소송 전 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 판결이나 화해 이후에 제출되어진 자료도 다른 당사자에게 아무런 불이익이 없는 경우나 이를 다툴 수 있는 기회가 있었던 경우에는 소송경제상 이를 참작하여 그 오류가 명백한지 여부를 판단할 수 있다고 할 것이다.

[3] 감정인의 계산 착오로 감정서 도면상의 경계에 따른 갑 부분 면적이 1,445㎡, 을 부분 면적이 5,993㎡임에도 갑 부분을 1,287㎡로, 을 부분을 6,151㎡로 표시한 화해조서에 대한 준재심 사

건에서 감정인이 그 잘못을 시인하는 증언을 한 경우, 위 화해조서의 경정을 허용하여야 한다고 한 사례

〈판례선정이유〉

판결이나 화해조서에 대한 경정결정 제도의 취지, 판결이나 화해조서의 경정이 가능한 오류에 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함되는지 여부 및 그 오류가 명백한지 여부를 판단하는 자료에 대하여 밝히고 있는 결정

217. 형식적 확정력: 일부불복의 경우(1)

(대법원 2008. 3. 14. 선고 2006다2940 판결)

〈쟁점〉

원고의 청구를 일부 인용한 제1심판결에 대하여 원고만 패소 부분에 대하여 항소하고, 피고가 항소나 부대항소를 제기하지 않아 원고 승소 부분이 확정된 경우, 원고가 이에 대한 상고의 이익을 가지는지 여부

〈판결요지〉

원고의 청구를 일부 인용한 제1심판결에 대하여 원고만이 그 패소 부분에 대한 항소를 제기하고 피고는 항소나 부대항소를 제기하지 않은 경우, 제1심판결 중 원고 승소 부분은 항소심의 심판대상에서 제외됨으로써 항소심판결의 선고와 동시에 확정되는 것이고, 원고가 위와 같이 승소 확정된 부분에 대하여 상고를 제기하였다면 상고의 이익이 없어 부적법하다.

〈판례선정이유〉

일부 인용한 제1심판결에 대하여 원고만이 그 패소 부분에 대하여 항소한 경우, 불복하지 않은 나머지 부분의 확정시기는 '항소심판결 선고 시'임을 분명히 한 판결

218. 형식적 확정력: 일부불복의 경우(2)

(대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다62213 판결)

〈쟁점〉

주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구를 일부 인용한 항소심판결에 대하여 피고만이 상고한 경우 상고심의 심판 범위

〈판결요지〉

원고의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구를 일부 인용한 환송 전 항소심판결에 대하여 피

고만이 상고하고 원고는 상고도 부대상고도 하지 않은 경우에 주위적 청구에 대한 항소심판단의 적부는 상고심의 조사대상으로 되지 아니하고 환송 전 항소심판결의 예비적 청구 중 피고 패소 부분만이 상고심의 심판대상이 되므로, 피고의 상고에 이유가 있는 때에는 상고심은 환송 전 항소심판결 중 예비적 청구에 관한 피고 패소 부분만 파기하여야 하고, 파기환송의 대상이 되지 아니한 주위적 청구 부분은 예비적 청구에 관한 파기환송판결의 선고와 동시에 확정되며 그 결과 환송 후 원심에서의 심판범위는 예비적 청구 중 피고 패소 부분에 한정된다.

〈판례선정이유〉

원고의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구를 일부 인용한 환송 전 항소심판결에 대하여 피고만이 상고한 경우, 주위적 청구 부분의 확정시기는 예비적 청구에 관한 파기환송판결 선고 시라고 밝힌 판결

219. 기판력의 본질

(대법원 1989. 6. 27. 선고 87다카2478 판결)

〈쟁점〉

기판력 저촉을 이유로 한 원고 청구기각의 판결이 본안판결인지 여부

〈판결요지〉

제1심판결이 당사자 및 소송물이 동일한 전 소송의 판결의 기판력에 저촉된다는 이유로 원고의 청구를 부당하다고 하여 기각하였다면 제1심판결의 취지는 전 소송에서 한 원고 청구기각판결의 기판력에 의하여 그 내용과 모순되는 판단을 하여서는 안 되는 구속력 때문에 전소판결의 판단을 채용하여 원고 청구기각의 판결을 한다는 것으로서 이는 소송물의 존부에 대한 실체적 판단을 한 본안판결이다.

〈판례선정이유〉

판례는 기판력의 본질에 대하여 모순금지설의 입장으로 평가되는데, 그 근거가 되는 대표적 판결

220. 기판력의 작용: 소송물의 동일

(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다24349 판결)

〈쟁점〉

시효중단을 위한 후소 절차에서 채무자인 피고가 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸 사유를 들어 항변할 수 있는지 여부 및 이는 소멸시효 완성의 경우에도 마찬

가지인지 여부

〈판결요지〉

시효중단을 위한 후소의 판결은 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니되므로, 후소 법원으로서는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없으나, 위 후소 판결의 기판력은 후소의 변론종결 시를 기준으로 발생하므로, 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸 사유는 후소의 심리대상이 된다. 따라서 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 심리결과 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다. 이는 채권의 소멸사유 중 하나인 소멸시효 완성의 경우에도 마찬가지이다.

〈판례선정이유〉

시효중단을 위한 후소 절차에서 채무자인 피고가 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸 사유를 들어 항변할 수 있고, 이러한 법리는 채권소멸 사유 중 하나인 소멸시효 완성의 경우도 마찬가지임을 밝힌 판결

221. 기판력의 작용: 후소의 선결관계(1)

(대법원 1994. 12. 27. 선고 94다4684 판결)

〈쟁점〉

소유권확인청구에 대한 판결 확정 후 다시 동일한 피고를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 소송을 제기한 경우 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치는지 여부

〈판결요지〉

확정된 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 소송물 자체가 되지 아니하여도 후소의 선결문제가 되는 때에는 전소의 확정판결의 판단은 후소의 선결문제로서 기판력이 작용한다고 할 것이므로, 소유권확인청구에 대한 판결이 확정된 후 다시 동일 피고를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 소송을 제기한 경우에는 전소의 확정판결에서의 소유권의 존부에 관한 판단에 구속되어 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라, 법원으로서도 이와 다른 판단을 할 수 없는 것이다.

〈판례선정이유〉

전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결문제로서 기판력이 작용하는 대표적인 경우의 판결

222. 기판력의 작용: 후소의 선결관계(2)

(대법원 2000. 1. 21. 선고 99다3501 판결)

〈쟁점〉

[1] 배당이의의 소의 본안판결이 확정된 경우, 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생기는지 여부

[2] 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결의 확정 후 상대방에 대하여 위 본안판결에서 확정된 배당액에 대하여 부당이득반환 청구소송을 제기한 경우 그 배당수령권의 존부에 관하여 본안판결과 다른 판단을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 채권자가 제기한 배당이의의 소의 본안판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생긴다.

[2] 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는, 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제가 된다고 할 것이므로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

배당이의의 소에서 판단한 배당수령권의 존부는 후소인 수령권이 없음을 전제로 한 부당이득반환청구의 소에서 선결문제가 되어 전소 기판력에 저촉된다는 취지의 판결

223. 기판력의 작용: 모순관계(1)

(대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카1958 판결)

〈쟁점〉

[1] 확정판결에 기하여 소유권이전등기 절차가 경료된 경우 원인무효를 이유로 한 그 말소등기절차의 이행청구가 확정판결의 기판력에 저촉되는지 여부

[2] 소유권이전등기절차의 이행을 명한 확정판결의 기판력이 소유권의 귀속에까지 미치는지 여부

〈판결요지〉

[1] 판결이 형식적으로 확정되면 그 내용에 따른 기판력이 생기므로 소유권이전등기 절차를 명하는 확정판결에 의하여 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 다시 원인무효임을 내세워 그 말소등기절차의 이행을 청구함은 확정된 이전등기청구권을 부인하는 것이어서 기판력에 저촉된다.

[2] 판결의 기판력은 주문에 포함된 소송물인 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에 대하여서만 생기는 것이므로 소유권이전등기절차의 이행을 명한 확정판결의 기판력은 소송물인 그 이전등기청구권의 존부에만 미치고 소송물이 되어 있지 아니한 소유권의 귀속 자체에까지 미치는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

확정판결에 기하여 소유권이전등기 절차가 경료된 경우 원인무효를 이유로 말소등기절차의 이행을 청구하는 것은 전소 확정판결과 모순관계임을 밝힌 판결

224. 기판력의 작용: 모순관계(2)

(대법원 1995. 3. 24. 선고 93다52488 판결)

〈쟁점〉

[1] 소송물이 동일하지 않더라도 후소의 소송물이 전소에서 확정된 법률관계와 모순되는 정반대의 사항인 경우에는 전소 판결의 기판력이 후소에 미치는지 여부

[2] 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 명하는 전소판결이 확정된 후 후소로써 위 가등기만의 말소를 청구하는 것이 모순관계에 해당하여 전소판결의 기판력에 저촉되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 전후 양소의 소송물이 동일하지 않다고 하더라도, 만일 후소의 소송물이 전소에서 확정된 법률관계와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼았다면 이러한 경우에는 전소 판결의 기판력이 후소에 미친다

[2] 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 자체에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니어서, 가등기에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 전소 판결의 기판력은 소송물인 소유권이전등기청구권의 존부에만 미치고 그 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부나 판결이유 중에 설시되었을 뿐인 가등기의 효력 유무에 관한 판단에는 미치지 아니하고, 따라서 만일 후소로써 위 가등기에 기한 소유권이전등기의 말소를 청구한다면 이는 1물1권주의의 원칙에 비추어 볼 때 전소에서 확정된 소유권이전등기청구권을 부인하고 그와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼은 경우에 해당하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 할 것이지만, 이와 달리 위 가등기만의 말소를 청구하는 것은, 전소에서 판단의 전제가 되었을 뿐이고 그로써 아직 확정되지는 아니한 법률관계를 다투는 것에 불과하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

가등기에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 전소 확정판결 뒤에 후소로써 그 가등기만의 말소를 청구하는 경우, 전소에서 판단의 전제가 되었을 뿐 아직 확정되지 아니한 법률관계를 다투는 것에 불과하여 전소 판결의 기판력에 저촉되지 않는다고 본 판결

225. 소송판결의 기판력

(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다70181 판결)

〈쟁점〉

소송판결의 기판력이 미치는 범위

〈판결요지〉

[1] 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정한 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다.

[2] 종전 소송에서 당사자능력의 흠결을 이유로 소각하 판결을 받은 자연부락이 그 후 비법인사단으로서 당사자능력을 갖춘 것으로 볼 여지가 있다는 이유로 종전 소송판결의 기판력과의 저촉을 인정하지 않은 사례

〈판례선정이유〉

소송판결도 소송요건의 흠으로 소가 부적법하다는 판단에 기판력이 발생하고, 다만 당사자가 소송요건의 흠을 보완하여 다시 소를 제기하는 경우에는 전소 기판력에 저촉되지 않음을 밝힌 판결

226. 기판력의 시적 범위: 전소 변론종결 전 존재하던 공격방어방법의 주장

(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다49981 판결)

〈쟁점〉

전소 변론종결 이전에 존재하고 있던 공격방어방법을 동일한 소송물에 대한 후소에서 주장하여 전소 확정판결에서 판단된 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것이 전소 확정판결의 기판력에 반하는 것인지 여부

〈판결요지〉

[1] 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단에 미치는 것이므로 동일한 당사자 사이에서 전소의 소송물과 동일한 소송물에 대한 후소를 제기하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다. 또한 동일한 소송물에 대한 후소에서 전소 변론종결 이전에 존재하고 있던 공격방어방법을 주장하여 전소 확정판결에서 판단된 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 반하는 것이고, 전소에서 당사자가 그 공격방어방법을 알지 못하여 주장하지 못하였는지 나아가 그와 같이 알지 못한 데 과실이 있는지는 묻지 아니한다.

[2] 갑이 을 종친회와 토지거래허가구역 내 토지를 매수하는 내용의 매매계약을 체결한 후 을 종친회를 상대로 소유권이전등기청구 등의 소를 제기하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 청

구는 기각되고 토지거래허가신청절차의 이행을 구하는 청구는 인용한 판결이 선고되어 확정되었는데, 변론종결 전에 이미 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제되었음에도 갑은 전소에서 그러한 사실을 주장하지 아니하였고 전소 법원은 위 토지가 토지거래허가구역 내에 위치하고 있음을 전제로 판결을 선고하였으며, 그 후 갑이 토지거래허가를 받은 다음 을 종친회를 상대로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기한 사안에서, 전소와 후소의 소송물이 모두 매매계약을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권으로서 동일하므로 후소는 전소 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없고, 갑이 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제되어 매매계약이 확정적으로 유효하게 되었다는 사정을 알지 못하여 전소에서 주장하지 못하였다고 하더라도 후소에서 이를 주장하여 전소 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 반한다고 한 사례

〈판례선정이유〉

전소 변론종결 이전 존재하던 공격방어방법인데 이를 알지 못하여 주장하지 못하였더라도 동일한 소송물에 대한 후소에서 이를 주장하여 전소 확정판결에서 판단된 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 기판력에 저촉된다는 판결(판례가 통설과 마찬가지로 실권효의 근거로서 소송자료를 제출하지 못한 데에 법률의 부지 여부를 불문한다는 판단효론의 입장을 취하고 있음을 보여줌)

227. 기판력의 시적 범위: 표준시 후의 한정승인 또는 상속포기 주장

(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결)

〈쟁점〉

채무자가 상속포기를 하였으나 채권자가 제기한 소송에서 사실심 변론종결 시까지 이를 주장하지 않은 경우, 채권자의 승소판결 확정 후 청구이의의 소를 제기할 수 있는지 여부 및 집행채무자가 청구이의의 소에 의하여 실체적 권리관계에 배치되는 확정판결의 집행을 배제할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 채무자가 한정승인을 하였으나 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결 시까지 이를 주장하지 아니하는 바람에 책임의 범위에 관하여 아무런 유보 없는 판결이 선고·확정된 경우라 하더라도 채무자가 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기하는 것이 허용되는 것은, 한정승인에 의한 책임의 제한은 상속채무의 존재 및 범위의 확정과는 관계없이 다만 판결의 집행 대상을 상속재산의 한도로 한정함으로써 판결의 집행력을 제한할 뿐으로, 채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서 채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않는 관계로 그에 관하여는 기판력이 미치지 않기 때문이다. 위와 같은 기판력에 의한 실권효 제한의 법리는 채무의 상속에 따른 책임의 제한 여부만이 문제되는 한정승인과 달리 상속에 의한 채무의 존재 자체가 문제되어 그에 관한 확정판결의 주문에 당연히 기판력이 미치게 되는 상속포기의 경우에는 적용될 수 없다.

[2] 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치되는 경우, 그 판결에 의하여 집행할 수 있는 것으로 확정된 권리의 성질과 내용, 판결의 성립 경위, 판결 성립 후 집행에 이르기까지의 사정, 그 집행이 당사자에게 미치는 영향 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 그 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방에게 그 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우에 그 집행은 권리남용으로서 허용되지 않고, 그러한 경우 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 그 집행의 배제를 구할 수 있다.

〈판례선정이유〉

한정승인과 달리 상속포기에는 기판력의 실권효(차단효)가 미치므로 적법한 청구이의 사유가 되지 않음을 명확히 한 판결

228. 기판력의 시적 범위: 표준시 전의 권리관계

(대법원 1976. 12. 14. 선고 76다1488 판결)

〈쟁점〉

표준시 전의 이자청구에 대하여도 기판력이 미치는지 여부

〈판결요지〉

확정판결의 기판력은 사실심의 최종 변론종결 당시의 권리관계를 확정하는 것이므로, 원고의 청구 중 확정판결의 사실심 변론종결시 후의 이행지연으로 인한 손해배상(이자) 청구부분은 그 선결문제로서 확정판결에 저촉되는 금원에 대한 피고의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 논리상 확정판결의 기판력의 효과를 받게 되는 것이라고 할 것이나 그 외의 부분(변론종결 당시까지의 부분)의 청구는 확정판결의 기판력의 효과를 받지 않는다.

〈판례선정이유〉

기판력이 확정하는 것은 표준시(변론종결당시)의 권리관계의 존부 판단이므로 표준시 전의 과거의 권리관계에 관하여는 기판력이 미치지 않으므로, 원본채권이 변론종결 당시에 부존재하였음을 이유로 청구기각 되었을 경우라도, 변론종결 전에는 그 원본채권이 존재하였음을 전제로 그때까지 생긴 이자청구가 가능하며 기판력의 적용을 받지 않는다는 판결

229. 기판력의 시적 범위: 표준시 후에 발생한 사정변경(1)

(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결)

〈쟁점〉

전소에서 피담보채무의 변제로 양도담보권이 소멸하였음을 원인으로 한 소유권이전등기의 회복청구가 기각된 경우, 장래 잔존 피담보채무의 변제를 조건으로 소유권이전등기의 회복을 청구하는

것이 전소 확정판결의 기판력에 저촉되는지 여부

〈판결요지〉

일반적으로 판결이 확정되면 법원이나 당사자는 확정판결에 반하는 판단이나 주장을 할 수 없는 것이나, 이러한 확정판결의 효력은 그 표준시인 사실심 변론종결 시를 기준으로 하여 발생하는 것이므로, 그 이후에 새로운 사유가 발생한 경우까지 전소의 확정판결의 기판력이 미치는 것은 아니다. 따라서 전소에서 피담보채무의 변제로 양도담보권이 소멸하였음을 원인으로 한 소유권이전등기의 회복 청구가 기각되었다고 하더라도, 장래 잔존 피담보채무의 변제를 조건으로 소유권이전등기의 회복을 청구하는 것은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

기판력은 표준시 이후의 법률관계에 관하여는 미치지 않으므로 변론종결 후 발생한 새로운 사유(사정변경: 잔존 피담보채무의 변제를 조건으로 한 장래이행의 청구)에 의하여서는 기판력에 의하여 확정된 법률효과를 다툴 수 있다는 판결

230. 기판력의 시적 범위: 표준시 후에 발생한 사정변경(2)

(대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

토지 소유자가 임료 상당 부당이득의 반환을 구하는 장래이행의 소를 제기하여 승소판결이 확정된 후 임료가 상당하지 아니하게 되는 등 사정이 있는 경우 새로 부당이득반환을 청구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

토지의 소유자가 법률상 원인 없이 토지를 점유하고 있는 자를 상대로 장래의 이행을 청구하는 소로서, 그 점유자가 토지를 인도할 때까지 토지를 사용 수익함으로 인하여 얻을 토지의 임료에 상당하는 부당이득금의 반환을 청구하여, 그 청구의 전부나 일부를 인용하는 판결이 확정된 경우에, 그 소송의 사실심 변론종결 후에 토지의 가격이 현저하게 앙등하고 조세 등의 공적인 부담이 증대되었을 뿐더러 그 인근 토지의 임료와 비교하더라도 그 소송의 판결에서 인용된 임료액이 상당하지 아니하게 되는 등 경제적 사정의 변경으로 당사자 간의 형평을 심하게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는, 토지의 소유자는 점유자를 상대로 새로 소를 제기하여 전소 판결에서 인용된 임료액과 적정한 임료액의 차액에 상당하는 부당이득금의 반환을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.

[별개의견]

토지의 소유자가 법률상 원인 없이 점유하고 있는 자를 상대로 장래이행의 소로서 임료 상당의 부당이득금반환을 청구하는 사건에 있어서는 당사자는 장래 발생할 임료 상당 부당이득금의 액수에 관하여 구체적으로 주장, 증명하기가 현실적으로 불가능하기 때문에 그 변동가능성을 어느 정도

예상하면서도 장래 발생할 임료 상당 부당이득금의 액수는 변론종결 당시의 그것과 별 차이가 없으리라는 전제하에서 공격과 방어를 하게 되고, 법원 또한 이러한 전제하에서 그 임료 상당액을 판단하게 되는 것이므로 그 후 경제사정의 변동 등으로 그 액수가 변론종결 당시 예상할 수 없을 정도로 증감되어 전소의 인용액이 도저히 상당하다고 할 수 없을 정도가 되었다면 이러한 사정의 변경은 전소의 변론종결 시까지 주장할 수 없었던 사유가 그 후 새로 발생한 것으로 보아야 할 것이어서, 소유자는 증액된 부분을 부당이득반환으로서 구할 수 있고 그 반면에 점유자는 청구이의의 소로서 감액된 부분에 대한 집행력의 배제를 주장할 수 있다.

〈판례선정이유〉

표준시 이후 임대료가 8배가량 폭등한 사안에서 정의와 형평의 이념상 전소를 명시적 일부청구로 의제하여 후소로 제기된 차액청구가 기판력에 저촉되지 아니한다고 본 대법원 전원합의체 판결로 민사소송법 제252조(정기금판결에 대한 변경의 소)의 입법 배경이 됨.

231. 기판력의 시적 범위: 표준시 후의 상계권 행사

(대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25344 판결)

〈쟁점〉

채무자가 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었으나 상계의 의사표시는 그 변론종결 후에 한 경우 적법한 청구이의 사유가 되는지 여부

〈판결요지〉

당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도 그 자체만으로 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것은 아니고, 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것이므로, 채무자가 집행권원인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 집행권원인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 민사집행법 제44조 제2항이 규정하는 '이의원인이 변론종결 후에 생긴 때'에 해당하는 것으로서, 당사자가 집행권원인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다.

〈판례선정이유〉

채무자가 변론종결 전 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었더라도 변론종결 후에 상계의 의사표시를 한 경우 같은 표준시 후의 형성권 행사라 하더라도 취소권과 달리 상계권은 전소 판결의 차단효에 의하여 실권되지 않는다고 하고, 자동채권의 존재를 알았는지에 관계없이 적법한 청구이의 사유가 된다는 판결

232. 정기금판결에 대한 변경의 소: 현저한 사정변경

(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결)

〈쟁점〉

점유 토지의 인도 시까지 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 뒤에 점유토지의 공시지가가 2.2배 상승하고 ㎡당 연임료가 약 2.9배 상승한 것만으로 그 정기금의 증액 지급을 구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

점유 토지의 인도 시까지 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 뒤에 그 판결의 변경을 구하는 취지의 소가 제기된 사안에서, 전소의 변론종결일 후 후소의 원심변론종결 당시까지 점유토지의 공시지가가 2.2배 상승하고 ㎡당 연임료가 약 2.9배 상승한 것만으로는, 전소의 확정판결 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생겼다고 할 수 없으므로, 그 정기금의 증액 지급을 구할 수 없다고 한 사례

〈판례선정이유〉

공시지가나 연임료가 2~3배 상승한 것만으로는 사정의 현저한 변경과 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 있다고 보기는 어렵다고 한 판결

233. 정기금판결에 대한 변경의 소: 원고 적격

(대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결)

〈쟁점〉

토지의 전 소유자가 무단 점유자를 상대로 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람이 위 소송에서 확정된 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것이 적법한지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제252조 제1항은 "정기금의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀜으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다."라고 규정하고 있다. 이러한 정기금판결에 대한 변경의 소는 정기금판결의 확정 뒤에 발생한 현저한 사정변경을 이유로 확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하는 것을 목적으로 하므로, 확정된 정기금판결의 당사자 또는 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 확정판결의 기판력이 미치는 제3자만 정기금판결에 대한 변경의 소를 제기할 수 있다.

한편 토지의 소유자가 소유권에 기하여 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환

을 구하는 소송을 제기하여 무단 점유자가 점유 토지의 인도 시까지 매월 일정 금액의 차임 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 확정된 경우, 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로, 소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 확정판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 토지의 전 소유자가 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람에 대해서는 소송에서 내려진 정기금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 미치지 아니하므로, 토지의 새로운 소유자가 토지의 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하지 아니하고, 토지의 전 소유자가 앞서 제기한 부당이득반환청구소송에서 내려진 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것은 부적법하다.

〈판례선정이유〉

변경의 소의 당사자는 확정된 정기금판결의 당사자 또는 확정판결의 기판력이 미치는 제3자로 제한됨을 분명히 한 판결

234. 기판력의 객관적 범위: 원칙

(대법원 2000. 2. 25. 선고 99다55472 판결)

〈쟁점〉

확정판결 기판력의 원칙적인 객관적 범위

〈판결요지〉

확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 미치는 것이고 판결이유에서 설시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

확정판결의 기판력의 객관적 범위에 대한 원칙을 선언한 판결

235. 기판력의 객관적 범위: 청구취지가 다른 경우

(대법원 1995. 4. 25. 선고 94다17956 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

1필의 토지의 일부인 특정 부분에 대한 소유권이전등기청구를 기각한 전소판결의 기판력이 당사자와 청구원인을 같이 하면서 그 1필 전체 토지 중 일정 지분에 대한 소유권이전등기를 구하는 후소에 미치는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

갑이 을로부터 1필의 토지의 일부를 특정하여 매수하였다고 주장하면서 을을 상대로 그 부분에 대한 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나, 목적물이 갑의 주장과 같은 부분으로 특정되었다고 볼 증거가 없다는 이유로 청구가 기각되었고, 이에 대한 갑의 항소·상고가 모두 기각됨으로써 판결이 확정되자, 다시 을을 상대로 그 전체 토지 중 일정 지분을 매수하였다고 주장하면서 그 지분에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우, 전소와 후소는 그 각 청구취지를 달리하여 소송물이 동일하다고 볼 수 없으므로, 전소의 기판력은 후소에 미칠 수 없다.

[별개의견]

1필의 토지의 특정 부분에 대한 지분에 관한 소유권이전등기청구가 이론적으로는 전소 소송물의 일부를 구성하나, 이는 전소에 추상적으로 내포되어 있던 권리관계에 불과하여 전소에서 구체적으로 공격방어의 대상이 되거나 될 수 있었던 것이 아니므로 전소의 변론과 판단에 그 지분에 대한 부분이 포함되었다고 볼 수 없고 또한 당사자가 전소에서 그 권리관계에 관한 적법한 절차보장, 즉 그 권리관계의 존부에 대한 변론과 법원의 판단을 받을 수 있었다고 볼 수 없다면 그것이 변론종결 전의 공격방어방법이라 탓하여 그 차단효를 인정할 수도 없는 것이니 만큼, 이러한 경우에는 전소판결의 기판력이 위 특정 부분에 대한 지분에 관하여 미치지 아니한다고 보아야 한다.

[반대의견]

어떤 토지의 특정 부분 전부에 관한 지분권이전등기는 특정 부분에 관한 소유권이전등기청구의 분량적 일부임이 분명하므로, 당사자가 토지의 특정 부분 전부에 관한 소유권이전등기청구에 승소하였다가 후에 특정 부분을 포함한 토지 전부에 관한 지분이전등기를 청구하였다면 그 특정부분에 관한 한 본안에 관하여 나아가 판단할 필요 없이 권리보호의 이익이 없음을 이유로 각하하여야 하고, 거꾸로 특정부분 전부에 관한 소유권이전등기청구를 하였다가 기각되었음에도 불구하고 후에 그 특정 부분을 포함한 토지 전부에 관한 지분이전등기를 구하는 경우에는 그 특정 부분에 관한 한 기판력에 저촉되어 전소와 다른 판단을 할 수 없을 것이므로 청구가 기각되어야 한다.

〈판례선정이유〉

종전의 판례와 달리, 1필 토지의 일부인 특정 부분에 대한 소유권이전등기청구와 그 1필 전체 토지 중 일정 지분에 대한 소유권이전등기청구는 각 청구취지가 다르므로 소송물도 달라 기판력이 작용하지 않는다고 한 대법원 전원합의체 판결

236. 기판력의 객관적 범위: 청구원인을 이루는 실체법상의 권리가 다른 경우

(대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결)

〈쟁점〉

부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권 중 어느 하나에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았으나 채권의 만족을 얻지 못한 경우, 나머지 청구권에 관한 이행의 소를 제기할 수 있는지 여부 및 손해배상청구의 소를 먼저 제기하여 과실상계 등으로 승소액이 제한된 경

우, 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권 행사의 허용 여부

〈판결요지〉

부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재하고 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한되었다고 하여 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다.

〈판례선정이유〉

구실체법설에 따라 실체법상의 권리마다 소송물이 달라지고, 어느 하나의 권리에 의해 만족을 얻지 못한 경우 나머지 다른 권리에 의해 청구할 수 있다는 판결

237. 기판력의 객관적 범위: 일부청구

(대법원 1993. 6. 25. 선고 92다33008 판결)

〈쟁점〉

[1] 전소에서 가분채권의 일부에 대한 청구임을 명시하지 아니한 경우 별소로서의 잔부청구의 가부

[2] 전소의 변론종결 시까지 소유권이전을 소구할 수 있는 공유지분의 범위를 정확히 알 수 없어 전소에서 일부 공유지분에 관한 청구를 하지 못한 경우에도 전소의 확정판결의 기판력이 잔부청구에 미치는지 여부

〈판결요지〉

[1] 가분채권의 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 나머지를 유보하고 일부만을 청구한다는 취지를 명시하지 아니한 이상 그 확정판결의 기판력은 청구하고 남은 잔부청구에까지 미치는 것이므로 그 나머지 부분을 별도로 다시 청구할 수 없다.

[2] 전소의 사실심 변론종결 당시까지 소유권이전을 소구할 수 있는 공유지분의 범위를 정확히 알 수 없어 결과적으로 전소에서 일부 공유지분에 관한 청구를 하지 못하게 되었다 할지라도 이를 일부청구임을 명시한 경우와 마찬가지로 취급하여 전소의 확정판결의 기판력이 그 잔부청구에 미치지 않는다고 볼 수는 없다.

〈판례선정이유〉

전소에서 일부청구임을 명시한 경우에는 당해 청구만이 소송물로 되고 잔부에는 기판력이 미치

지 아니하나, 일부청구임을 명시하지 아니한 경우에는 전부가 소송물로 되어 잔부에까지 기판력이 미친다고 하여 명시설(절충설)을 취한 판결

238. 기판력의 객관적 범위: 상계항변

(대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결)

〈쟁점〉

[1] 민사소송법 제216조 제2항에서 판결 이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정한 취지

[2] 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변으로 행사된 채권일 경우, 그러한 상계 주장에 대한 법원의 판단에 기판력이 발생하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제216조 제2항에서 판결 이유 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 반대채권의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 그 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 위함이라고 보인다.

[2] 상계 주장에 관한 판단에 기판력이 인정되는 경우는, 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 동일하다고 보이는 경우(가령 원고가 상계를 주장하면서 청구이의의 소송을 제기하는 경우 등)로서 상계를 주장한 반대채권과 그 수동채권을 기판력의 관점에서 동일하게 취급하여야 할 필요성이 인정되는 경우를 말한다고 봄이 상당하므로 만일 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권일 경우에는 그러한 상계 주장에 대한 판단에는 기판력이 발생하지 않는다고 보아야 할 것인바, 위와 같이 해석하지 않을 경우 동시이행항변이 상대방의 상계의 재항변에 의하여 배척된 경우에 그 동시이행항변에 행사된 채권을 나중에 소송상 행사할 수 없게 되어 민사소송법 제216조가 예정하고 있는 것과 달리 동시이행항변에 행사된 채권의 존부나 범위에 관한 판결 이유 중의 판단에 기판력이 미치는 결과에 이르기 때문이다.

〈판례선정이유〉

상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권일 경우에는 그러한 상계 주장에 대한 판단에는 기판력이 발생하지 않음을 명백히 밝힌 판결

239. 상계항변의 배척과 기판력

(대법원 1975. 10. 21. 선고 75다48 판결)

〈쟁점〉

항변권이 부착되어 있는 채권을 자동채권으로 하는 상계의 허용 여부 및 자동채권을 부정하면서 상계항변을 배척하는 것과 자동채권의 성립은 인정하나 성질상 상계를 불허한다고 상계항변을 배척하는 것 사이에 판결의 효력상 차이가 있는지 여부

〈판결요지〉

항변권이 부착되어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타의 채무와의 상계는 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되므로 성질상 허용할 수 없는 것이나 상계항변에서 들고 나온 자동채권을 부정하여 그 항변을 배척하는 것과 자동채권의 성립은 인정되나 성질상 상계를 허용할 수 없다 하여 상계항변을 배척하는 것과는 그 형식면에서는 같을지라도 전자의 경우엔 기판력이 있다 할 것이므로 양자는 판결의 효력이 다른 것이다.

〈판례선정이유〉

상계항변에 대한 기판력은 자동채권의 존부에 관하여 실질적으로 판단을 한 경우에 한하며, 상계항변의 각하(민사소송법 제149조), 성질상 상계가 허용되지 않거나(민법 제496조, 제492조 1항 단서), 상계부적상(민법 제492조 1항 본문)을 이유로 배척된 경우에는 기판력이 발생하지 않는다는 취지의 판결

240. 기판력의 주관적 범위: 비법인 사단

(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결)

〈쟁점〉

법인 아닌 사단이 소송의 당사자가 되는 경우, 그 판결의 기판력이 그 대표자나 구성원에게 미치는지 여부

〈판결요지〉

기판력이 미치는 주관적 범위는 신분관계소송이나 회사관계소송 등에서 제3자에게도 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 구성원과는 별개의 주체이므로, 그 대표자나 구성원을 당사자로 한 판결의 기판력이 법인 아닌 사

단에 미치지 아니함은 물론 그 법인 아닌 사단을 당사자로 한 판결의 기판력 또한 그 대표자나 구성원에게 미치지 아니하는 것이 당연하다.

〈판례선정이유〉

법인 아닌 사단이 소송의 당사자가 되는 경우 그 법인 아닌 사단은 대표자나 구성원과는 별개의 주체이므로, 그 법인 아닌 사단을 당사자로 한 판결의 기판력이 대표자나 구성원에게 미치지 아니한다는 판결

241. 기판력의 주관적 범위: 법인격 남용

(대법원 1995. 5. 12. 선고 93다44531 판결)

〈쟁점〉

갑 회사가 을 회사와 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일하고 을 회사의 채무를 면탈할 목적으로 설립되었다면, 을 회사에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 갑 회사에까지 확장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

갑 회사와 을 회사가 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일하고, 갑 회사는 을 회사의 채무를 면탈할 목적으로 설립된 것으로서 갑 회사가 을 회사의 채권자에 대하여 을 회사와는 별개의 법인격을 가지는 회사라는 주장을 하는 것이 신의성실의 원칙에 반하거나 법인격을 남용하는 것으로 인정되는 경우에도, 권리관계의 공권적인 확정 및 그 신속·확실한 실현을 도모하기 위하여 절차의 명확·안정을 중시하는 소송절차 및 강제집행절차에 있어서는 그 절차의 성격상 을 회사에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 갑 회사에까지 확장하는 것은 허용되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

판례는 실체법적으로는 법인격 부인의 법리를 긍정하나, 기판력과 집행력의 확장에 관해서는 소송 및 강제집행절차의 성격상 소극적인 태도를 취하고 있음을 보여준 판결

242. 기판력의 주관적 범위: 승계집행문

(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다43851 판결)

〈쟁점〉

판결에 표시된 채무자에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 그 채무자 이외의 자에게 확장하여 승계집행문을 부여할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

승계집행문은 판결에 표시된 채무자의 포괄승계인이나, 그 판결에 기한 채무를 특정하여 승계한 자에 대한 집행을 위하여 부여하는 것인바, 이와 같은 강제집행절차에 있어서는 권리관계의 공권적인 확정 및 그 신속·확실한 실현을 도모하기 위하여 절차의 명확·안정을 중시하여야 하므로, 그 기초되는 채무가 판결에 표시된 채무자 이외의 자가 실질적으로 부담하여야 하는 채무라거나 그 채무가 발생하는 기초적인 권리관계가 판결에 표시된 채무자 이외의 자에게 승계되었다고 하더라도, 판결에 표시된 채무자 이외의 자가 판결에 표시된 채무자의 포괄승계인이거나 그 판결상의 채무 자체를 특정하여 승계하지 아니한 한, 판결에 표시된 채무자 이외의 그 자에 대하여 새로이 그 채무의 이행을 소구하는 것은 별론으로 하고, 판결에 표시된 채무자에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 그 채무자 이외의 자에게 확장하여 승계집행문을 부여할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

판결에 표시된 채무자의 포괄승계인이거나 그 판결상의 채무 자체를 특정하여 승계하지 아니한 한, 판결에 표시된 채무자에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 그 채무자 이외의 자에게 확장하여 승계집행문을 부여할 수는 없다는 판결

243. 기판력의 주관적 범위: 물권적 청구권과 채권적 청구권의 승계인

(대법원 1991. 1. 15. 선고 90다9964 판결)

〈쟁점〉

채권적 청구권에 기한 건물명도소송의 변론종결 후에 피고로부터 건물의 점유를 취득한 자에게 판결의 기판력이나 집행력이 미치는지 여부

〈판결요지〉

건물명도소송에서의 소송물인 청구가 물권적 청구 등과 같이 대세적인 효력을 가진 경우에는 그 판결의 기판력이나 집행력이 변론종결 후에 그 재판의 피고로부터 그 건물의 점유를 취득한 자에게도 미치나 그 청구가 대인적인 효력밖에 없는 채권적 청구만에 그친 때에는 위와 같은 점유승계인에게 위의 효력이 미치지 아니한다.

〈판례선정이유〉

구실체법설에 따라 대세적 효력을 갖는 물권적 청구권일 때에는 피고(물권적 의무자)의 지위를 승계한 자가 민사소송법 제218조 1항의 승계인이 되지만, 채권적 청구권의 경우에는 승계인이 되지 아니한다는 판결

244. 기판력의 주관적 범위: 부동산인도청구 패소 후 소유권을 취득한 제3자

(대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결)

〈쟁점〉

토지인도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마친 제3자가 확정판결의 변론종결한 뒤의 승계인에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

토지소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 토지인도소송의 소송물은 토지소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 토지인도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 토지인도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고 소송물이 되지 아니한 토지소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니한다 할 것이므로 그 토지인도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 토지소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이고 또 이 경우, 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 토지인도청구권은 적법하게 승계한 토지소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고 위 토지인도소송의 소송물인 패소자의 토지인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수도 없다.

〈판례선정이유〉

토지인도소송의 사실심 변론종결 후 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마친 제3자는 패소자의 토지인도청구권을 승계한 것이 아니므로 변론종결 후의 승계인에 해당하지 않는다는 판결

245. 기판력의 주관적 범위: 추정승계인

(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다34667,34674 판결)

〈쟁점〉

종전의 확정판결 기판력의 배제를 원하는 당사자 일방이 변론종결 전에 당사자 지위의 승계가 이루어진 사실을 증명한다면, 그 승계인이 종전의 확정판결 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라는 민사소송법 제218조 제2항의 추정은 깨어지는지 여부

〈판결요지〉

기판력의 주관적 범위를 정함에 있어서 당사자가 변론을 종결할 때까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤에 승계한 것으로 추정한다는 민사소송법 제218조 제2항의 취지는, 변론종결 전의 승계를 주장하는 자에게 그 증명책임이 있다는 뜻을 규정하여 변론종결 전의 승계

사실이 증명되면 확정판결의 기판력이 그 승계인에게 미치지 아니한다는 것으로 해석되므로, 종전의 확정판결의 기판력의 배제를 원하는 당사자 일방이 변론종결 전에 당사자 지위의 승계가 이루어진 사실을 증명한다면, 종전소송에서 당사자가 그 승계에 관한 진술을 하였는지 여부와 상관없이, 그 승계인이 종전의 확정판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라는 민사소송법 제218조 제2항의 추정은 깨어진다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제218조 제2항의 추정은 변론종결 전에 당사자 지위의 승계가 이루어진 사실을 증명함으로써 깨어진다는 판결

246. 기판력의 주관적 범위: 청구의 목적물 소지자

(대법원 2001. 4. 27. 선고 2001다13983 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 직원들이 회사의 사무실로 사용하고 있는 건물 부분에 대한 퇴거청구의 독립한 상대방이 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

소유물반환청구의 상대방은 현재 그 물건을 점유하는 자이고 그 점유보조자에 불과한 자는 이에 해당하지 아니하므로, 주식회사의 직원으로서 회사의 사무실로 사용하고 있는 건물 부분에 대한 점유보조자에 불과할 뿐 독립한 점유주체가 아닌 피고들은, 회사를 상대로 한 명도소송의 확정판결에 따른 집행력이 미치는 것은 별론으로 하고, 소유물반환청구의 성질을 가지는 퇴거청구의 독립한 상대방이 될 수는 없는 것이다.

〈판례선정이유〉

청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여도 기판력은 미치지만, 점유보조자의 소지는 본인 자신이 직접 소지하는 것에 준하기 때문에 이에 해당하지 아니한다는 판결

247. 기판력의 주관적 범위: 제3자에 대한 확장

(대법원 1988. 4. 25. 선고 87누399 판결)

〈쟁점〉

이사회결의무효확인소송의 판결의 대세적 효력 유무

〈판결요지〉

이사회의 결의에 하자가 있는 경우에 관하여 상법은 아무런 규정을 두고 있지 아니하나 그 결의에 무효사유가 있는 경우에는 이해관계인은 언제든지 또 어떤 방법에 의하든지 그 무효를 주장할 수 있다고 할 것이지만 이와 같은 무효 주장의 방법으로서 이사회결의무효확인소송이 제기되어 승소확정판결을 받은 경우, 그 판결의 효력에 관하여는 주주총회결의무효확인소송 등과는 달리 상법 제190조가 준용될 근거가 없으므로 대세적 효력은 없다.

〈판례선정이유〉

상법상 회사설립무효·취소의 소, 주주총회결의취소·무효의 소, 소수주주의 대표소송 등의 인용판결은 제3자에게 각 확장되지만, 이사회결의무효확인의 소의 경우에는 대세효가 없음을 분명히 한 판결

248. 채권자대위소송의 확정판결과 채무자

(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자에 대하여 소송을 제기하여 판결을 받은 경우에 그 확정판결의 효력이 채무자에게 미치는지 여부

〈판결요지〉

채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채무자가 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 알았을 경우에는 그 판결의 효력은 채무자에게 미친다.

〈판례선정이유〉

종전에 소극설을 취한 판례를 변경하여 채무자가 채권자대위소송이 제기된 사실을 어떠한 사유로든 안 경우에는 채무자에게 기판력이 미친다고 한 대법원 전원합의체 판결(알게 된 사유로는 민법 제405조 1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 민사소송법 제84조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 제49조 1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등을 들고 있음.)

249. 채권자대위소송의 소각하 확정판결과 피보전채권

(대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결)

〈쟁점〉

채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우, 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제218조 제3항은 '다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다'고 규정하고 있으므로, 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우 채권자가 채무자에 대하여 민법 제405조 제1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 제84조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 제49조 제1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 때에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미친다고 보아야 한다. 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 피대위채권의 존부에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다. 따라서 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송에서 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 피대위채권의 존부에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정되는 것은 아니라는 판결

250. 제3채무자를 상대로 한 채무자의 전소 확정판결의 효력이 채권자대위소송에 미치는 영향

(대법원 1993. 3. 26. 선고 92다32876 판결)

〈쟁점〉

채무자가 제3채무자에 대한 권리를 재판상 행사하여 패소의 확정판결을 받은 경우 채권자대위권 행사의 적부

〈판결요지〉

채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이기 때문에 채권자가 대위권을 행사할 당시 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소의 확정판결을 받았더라도 채권자는

채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다.

〈판례선정이유〉

종전 판례는 채무자가 제3채무자를 상대로 한 소송의 확정판결의 기판력이 그 채무자의 채권자가 제기한 채권자대위소송에 미친다고 보았지만(대법원 1979. 3. 13.선고 76다688 판결, 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결), 이후 채권자대위소송을 제기할 당사자적격 자체가 없다고 본 판결

251. 채권자대위소송의 확정판결이 다른 채권자의 채권자대위소송에 미치는 영향

(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결)

〈쟁점〉

채권자 갑에 의한 대위소송의 기판력이 후소인 채권자 을에 의한 대위소송에 미치는지 여부

〈판결요지〉

어느 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하여 판결을 받은 경우, 어떠한 사유로든 채무자가 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우에 한하여 그 판결의 효력이 채무자에게 미치므로, 이러한 경우에는 그 후 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 전소의 기판력을 받게 된다고 할 것이지만, 채무자가 전소인 채권자대위소송이 제기된 사실을 알지 못하였을 경우에는 전소의 기판력이 다른 채권자가 제기한 후소인 채권자대위소송에 미치지 않는다.

〈판례선정이유〉

채무자가 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았는지의 여부에 따라 채권자 갑의 대위소송의 기판력이 채권자 을의 대위소송에 미치는지 여부가 결정된다는 판결

252. 확정판결의 증명효: 관련 민사사건에서 인정된 사실

(대법원 1995. 6. 29. 선고 94다47292 판결)

〈쟁점〉

소송물을 달리하여 기판력이 부정되는 경우에 이른바 증명효를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민사재판에서는 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이

미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로, 합리적인 이유 설시 없이 이를 배척할 수 없고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 더욱 그러하다.

〈판례선정이유〉

소송물을 달리하여 기판력이 부정되는 경우라도 당사자가 같고 분쟁의 기초로 된 사실이 같은 경우, 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로 합리적인 이유 설시 없이 이를 배척할 수 없다고 한 판결

253. 기판력과 집행력의 범위

(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다231031 판결)

〈쟁점〉

지부·분회·지회 등 어떤 법인의 하부조직을 상대로 일정한 의무의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 경우, 그 판결을 집행권원으로 하여 법인의 재산에 대해 강제집행을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

확정판결의 기판력은 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람 등 법률에 따로 규정되어 있는 경우 외에는 특별한 사정이 없는 한 당해 판결에 표시된 당사자 사이에만 미치고(민사소송법 제218조 참조), 집행력의 범위도 원칙적으로 기판력의 범위에 준한다. 따라서 지부·분회·지회 등 어떤 법인의 하부조직을 상대로 일정한 의무의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 경우 판결의 집행력이 해당 지부·분회·지회 등을 넘어서 소송의 당사자도 아닌 법인에까지 미친다고 볼 수는 없으므로 그 판결을 집행권원으로 하여 법인의 재산에 대해 강제집행을 할 수는 없고, 법인의 재산에 대한 강제집행을 위해서는 법인 자체에 대한 별도의 집행권원이 필요하다.

〈판례선정이유〉

기판력과 집행력은 원칙적으로 당사자 사이에만 미치므로 법인의 하부조직을 상대로 이행을 구하는 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 경우, 판결의 집행력이 법인에까지 미친다고 볼 수 없다는 판결

254. 채권자대위소송에서 확정판결의 기판력과 집행력의 범위

(대법원 1979. 8. 10.자 79마232 결정)

〈쟁점〉

판결의 집행력의 주관적 범위

〈판결요지〉

채권자 대위권에 기한 확정판결의 기판력이 소외인인 채무자에게도 미치는 경우가 있다 하더라도 위 확정판결의 집행력만은 원·피고 간에 생기는 것이고 원고와 소외인 사이에는 생기지 아니한다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송에서 확정판결의 기판력과 집행력의 범위가 일치하지 않음을 밝힌 판결

255. 판결의 무효: 상소의 가부

(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다33775 판결)

〈쟁점〉

무효인 판결이라도 형식적으로 보면 법원에 기록으로 존재하므로, 외관 제거를 위한 상소를 허용할 것인가의 여부

〈판결요지〉

당사자가 소제기 이전에 이미 사망하여 주민등록이 말소된 사실을 간과한 채 본안 판단에 나아간 원심판결은 당연무효라 할 것이나, 민사소송이 당사자의 대립을 그 본질적 형태로 하는 것임에 비추어 사망한 자를 상대로 한 상고는 허용될 수 없다 할 것이므로, 이미 사망한 자를 상대방으로 하여 제기한 상고는 부적법하다.

〈판례선정이유〉

무효인 판결에 대해서는 그 실체가 없으므로 상고가 허용될 수 없다고 한 판결

256. 판결의 편취: 허위주소로의 송달

(대법원 1978. 5. 9. 선고 75다634 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

허위주소로 판결이 송달된 경우 상소에 의한 구제방법의 가부

〈판결요지〉

종국판결의 기판력은 판결의 형식적 확정을 전제로 하여 발생하는 것이므로 공시송달의 방법에

의하여 송달된 것이 아니고 허위로 표시한 주소로 송달하여 상대방 아닌 다른 사람이 그 소송서류를 받아 자백간주의 형식으로 판결이 선고되고 다른 사람이 판결정본을 수령하였을 때에는 상대방은 아직도 판결정본을 받지 않은 상태에 있는 것으로서 위 사위 판결은 확정판결이 아니어서 기판력이 없다.

〈판례선정이유〉

피고의 주소를 알면서 허위주소를 신고하였으나, 공시송달이 아니라 그 외의 송달방법 즉 교부송달 등의 방법으로 송달이 이루어져서 자백간주에 의한 승소판결을 받은 경우에는 아직 적법한 송달을 받지 않은 상태이므로 항소로 구제받을 수 있다고 한 대법원 전원합의체 판결

257. 판결의 편취: 공시송달

(대법원 1985. 7. 9. 선고 85므12 판결)

〈쟁점〉

피고의 주소지를 알면서 허위주소로 신고하여 공시송달의 방법에 의하여 편취판결을 받은 경우의 구제방법

〈판결요지〉

청구인이 피청구인의 주거지를 알면서도 청구인의 본적지를 피청구인의 주소로 표시하여 이혼심판청구의 소를 제기하고 송달불능되자 공시송달의 방법으로 심판절차가 진행되어 그 판결이 선고되었다면 이는 민사소송법 제451조 제1항 제11호 소정의 재심사유에 해당한다.

〈판례선정이유〉

공시송달에 하자가 있어도 공시송달을 재판장이 명하였다면 일응 적법한 송달로서 판결이 확정되었으므로 이를 다투기 위해서는 재심청구를 하여야 한다고 한 판결

258. 편취판결에 대한 구제: 청구이의 가부

(대법원 2001. 11. 13. 선고 99다32899 판결)

〈쟁점〉

편취된 판결이 형식적으로 확정되어 강제집행이 신청된 경우에 청구이의의 소(민사집행법 제44조)를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 판결이 확정되면 기판력에 의하여 대상이 된 청구권의 존재가 확정되고 그 내용에 따라 집

행력이 발생하는 것이므로, 그에 따른 집행이 불법행위를 구성하기 위하여는 소송당사자가 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송 관여를 방해하거나 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법으로 실체의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하여 집행을 하는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 하고, 그와 같은 사정이 없이 확정판결의 내용이 단순히 실체적 권리관계에 배치되어 부당하고 또한 확정판결에 기한 집행채권자가 이를 알고 있었다는 것만으로는 그 집행행위가 불법행위를 구성한다고 할 수 없는바, 편취된 판결에 기한 강제집행이 불법행위로 되는 경우가 있다고 하더라도 당사자의 법적 안정성을 위해 확정판결에 기판력을 인정한 취지나 확정판결의 효력을 배제하기 위하여는 그 확정판결에 재심사유가 존재하는 경우에 재심의 소에 의하여 그 취소를 구하는 것이 원칙적인 방법인 점에 비추어 볼 때 불법행위의 성립을 쉽게 인정하여서는 아니되고, 확정판결에 기한 강제집행이 불법행위로 되는 것은 당사자의 절차적 기본권이 근본적으로 침해된 상태에서 판결이 선고되었거나 확정판결에 재심사유가 존재하는 등 확정판결의 효력을 존중하는 것이 정의에 반함이 명백하여 이를 묵과할 수 없는 경우로 한정하여야 한다.

[2] 확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 그 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 그 집행의 배제를 구할 수 있다.

[3] 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치되는 경우 그 판결에 의하여 집행할 수 있는 것으로 확정된 권리의 성질과 그 내용, 판결의 성립 경위 및 판결 성립 후 집행에 이르기까지의 사정, 그 집행이 당사자에게 미치는 영향 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 그 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 집행은 권리남용으로서 허용되지 않는다.

〈판례선정이유〉

편취한 판결에 기한 집행은 권리남용이 될 수 있으므로 청구이의의 소를 제기할 수 있다고 한 판결

259. 편취판결의 집행: 손해배상청구의 가부

(대법원 1995. 12. 5. 선고 95다21808 판결)

〈쟁점〉

편취판결에 기한 강제집행이 완료된 경우에 손해배상청구를 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

판결이 확정되면 기판력에 의하여 대상이 된 청구권의 존재가 확정되고 그 내용에 따라 집행력이 발생하는 것이므로, 그에 따른 집행이 불법행위를 구성하기 위하여는 소송당사자가 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송 관여를 방해하거나 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법으로 실체의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하여 집행을 하는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 하고, 그와 같은 사정이 없이 확정판결의 내용이 단순히 실체적 권리관계에 배치되어 부당하고 또한 확정판결에 기한 집행채권자가 이를 알고 있었다는 것만으로는 그 집행행위가 불법

행위를 구성한다고 할 수 없다. 편취된 판결에 기한 강제집행이 불법행위로 되는 경우가 있다고 하더라도 당사자의 법적 안정성을 위해 확정판결에 기판력을 인정한 취지나 확정판결의 효력을 배제하기 위하여는 그 확정판결에 재심사유가 존재하는 경우에 재심의 소에 의하여 그 취소를 구하는 것이 원칙적인 방법인 점에 비추어 볼 때 불법행위의 성립을 쉽게 인정하여서는 아니 되고, 확정판결에 기한 강제집행이 불법행위로 되는 것은 당사자의 절차적 기본권이 근본적으로 침해된 상태에서 판결이 선고되었거나 확정판결에 재심사유가 존재하는 등 확정판결의 효력을 존중하는 것이 정의에 반함이 명백하여 이를 묵과할 수 없는 경우로 한정하여야 한다.

〈판례선정이유〉

편취판결에 기한 강제집행은 특별한 사정이 있는 경우 불법행위가 될 수 있으며, 불법행위로 인한 손해배상청구를 위해서는 재심의 소를 통해 먼저 판결이 취소되는 것이 원칙이지만 절차적 기본권의 근본적 침해와 같은 경우에는 재심을 거치지 않고 바로 손해배상청구가 가능함을 밝힌 판결

260. 편취판결의 집행: 부당이득반환청구의 가부

(대법원 1995. 6. 29. 선고 94다41430 판결)

〈쟁점〉

편취판결에 기한 강제집행이 완료된 경우에 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

대여금 중 일부를 변제받고도 이를 속이고 대여금 전액에 대하여 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받은 후 강제집행에 의하여 위 금원을 수령한 채권자에 대하여, 채무자가 그 일부 변제금 상당액은 법률상 원인 없는 이득으로서 반환되어야 한다고 주장하면서 부당이득반환 청구를 하는 경우, 그 변제주장은 대여금반환청구 소송의 확정판결 전의 사유로서 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 아니하는 한 그 판결의 기판력에 저촉되어 이를 주장할 수 없으므로, 그 확정판결의 강제집행으로 교부받은 금원을 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

편취판결에 기한 집행은 그 판결이 재심 등의 방법으로 취소되지 않는 한 부당이득반환의 대상이 아님을 밝힌 판결

261. 편취판결에 대한 구제: 등기말소청구의 가부

(대법원 1981. 3. 24. 선고 80다2220 판결)

〈쟁점〉

편취판결에 기한 등기의 말소를 구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

제소자가 상대방의 주소를 허위로 기재하여 소송서류 및 판결정본을 그곳으로 송달케 한 소위 사위판결은 그 판결정본이 상대방에게 적법하게 송달되었다고 할 수 없으므로 상소제기 기간은 진행할 수 없는 것이어서 형식적으로 확정될 수 없고 실질적으로 기판력도 발생할 수 없는 것이므로 이에 의하여 경료된 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합되지 않는 한 말소 되어야 한다.

위의 경우에 그 상대방은 위 사위판결에 대하여 상소를 할 수도 있고 별소로써 위 판결에 의하여 경료된 소유권이전등기의 말소를 구할 수도 있다.

〈판례선정이유〉

편취판결에 의하여 등기가 된 경우 이로 인하여 손해를 입은 상대방은 편취판결에 대하여 상소를 할 수도 있고 별소로써 위 판결에 의하여 경료된 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다고 한 판결

제5편 병합소송



제 1 장 병합청구소송(청구의 복수)
제 2 장 다수당사자소송(당사자의 복수)

제 5 편 병합소송

제 1 장 병합청구소송(청구의 복수)

262. 현재 이행의 소와 장래 이행의 소의 병합

(대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666,30673 판결)

〈쟁점〉

본래적 급부청구에 이를 대신할 전보배상을 부가하여 대상 청구를 병합하는 것이 허용되는지 여부 및 대상 청구를 본래의 급부청구에 예비적으로 병합한 경우 본래의 급부청구가 인용되면 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

채권자가 본래적 급부청구에 이를 대신할 전보배상을 부가하여 대상 청구를 병합하여 소구한 경우 대상 청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재 급부청구와 장래 급부청구의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다. 이러한 대상 청구를 본래의 급부청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

본래적 급부청구에 이를 대신할 전보배상을 부가하여 대상 청구를 병합하는 것은 현재 이행의 소와 장래 이행의 소의 단순병합에 속하는 것이므로 그 법리에 따라야 함을 밝힌 판결

263. 양립할 수 없는 청구와 선택적 병합

(대법원 1982. 7. 13. 선고 81다카1120 판결)

〈쟁점〉

양립할 수 없는 수 개 청구의 선택적 병합 청구의 가부

〈판결요지〉

청구의 선택적 병합이란 양립할 수 있는 수 개의 경합적 청구권에 기하여 동일 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 수 개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수 개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합형태이므로 논

리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구는 성질상 선택적 병합으로 동일 소송절차 내에서 동시에 심판될 수 없다.

〈판례선정이유〉

양립할 수 없는 수 개 청구를 선택적 병합의 형태로 청구할 수 없음을 밝힌 판결

264. 병합청구의 형태에 관한 판단 기준

(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결)

〈쟁점〉

실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구를 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구했고, 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고했는데 피고만이 항소한 경우 항소심의 심판 범위

〈판결요지〉

병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단해야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정해야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구했고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도 항소심으로서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단해야 한다.

〈판례선정이유〉

병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단해야 하므로 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관해 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구했다 하더라도 법원은 선택적 병합 청구로 보아 심판해야 함을 밝힌 판결

265. 선택적 병합과 일부 판결

(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다99 판결)

〈쟁점〉

선택적 병합청구에서 일부 판결의 가부

〈판결요지〉

청구의 선택적 병합이란 양립할 수 있는 수 개의 경합적 청구권에 기하여 동일 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 수 개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수 개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태로서, 이와 같은 선택적 병합의 경우에는 수 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부 판결은 선택적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다.

〈판례선정이유〉

선택적 병합청구에 대한 일부 판결의 부적법함을 선언한 판결

266. 선택적 병합과 항소심 판결

(대법원 1992. 9. 14. 선고 92다7023 판결)

〈쟁점〉

수 개의 청구가 선택적으로 병합된 경우에 항소심이 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 먼저 선택하여 심판할 수 있는지 여부와 심리결과 청구가 이유 있다고 인정되고 결론이 제1심판결의 주문과 동일한 경우 주문표시방법

〈판결요지〉

수 개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그중 어느 한 개의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우는 물론, 원고의 청구를 인용한 판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 항소심에 이심된 후 청구가 선택적으로 병합된 경우에도 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 선택적으로 병합된 수 개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있다고 할 것이나, 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정되고 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일한 경우에도 피고의 항소를 기각하여서는 안 되며 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 할 것이다.

〈판례선정이유〉

선택적 병합 청구에 대한 제1심판결에 불복하여 피고가 항소한 경우 항소심의 심판 범위와 판결주문의 형식을 명확히 밝힌 판결

267. 항소심에서의 선택적 병합

(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6669 판결)

〈쟁점〉

항소심에서 수 개의 청구가 선택적으로 병합된 경우에 심리 방법과 항소심 판결의 주문

〈판결요지〉

제1심에서 원고의 청구가 기각되어 원고가 항소한 다음 항소심에서 청구를 선택적으로 병합한 경우에는 제1심에서 수 개의 청구가 선택적으로 병합되었다가 그 청구가 모두 이유 없다고 인정되어 청구기각 판결이 선고되고 이에 원고가 항소한 경우와 마찬가지로 법원은 병합된 수 개의 청구 중 어느 하나의 청구를 선택하여 심리할 수 있고, 제1심에서 기각된 청구를 먼저 심리할 필요는 없으며, 어느 한 개의 청구를 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정될 경우에는 원고의 청구를 기각한 제1심 판결을 취소하고 이유 있다고 인정되는 청구를 인용하는 주문을 선고해야 한다.

〈판례선정이유〉

항소심에서 수 개의 청구가 선택적으로 병합된 경우의 심리 방법과 항소심 판결의 주문 형식을 밝힌 판결

268. 청구병합의 형태와 청구원인 변경

(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다354 판결)

〈쟁점〉

단순병합으로 구해야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것이 허용되는지 여부 및 항소심이 기존 청구와 논리적 관련성 없는 청구를 선택적 또는 예비적으로 병합하여 추가하는 내용의 청구원인 변경 신청을 받아들인 경우 그 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 또는 예비적 병합 관계로 바뀌는지 여부

〈판결요지〉

논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구해야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것이고, 따라서 원고가 항소심에서 기존의 청구와 논리적으로 관련성이 없는 청구를 선택적 또는 예비적으로 병합하여 추가하는 내용의 청구원인 변경 신청을 한 경우 원심법원이 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취함이 없이 이와 같은 청구원인 변경 신청을 받아들였다 하더라도 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 또는 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이다.

〈판례선정이유〉

청구원인 변경으로써 단순병합 형태가 선택적 또는 예비적 병합으로 적법하게 바뀔 수 없음을 분명히 한 판결

269. 단순병합과 항소심의 심판범위

(대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결)

〈쟁점〉

단순병합으로 구해야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것이 허용되는지 여부 및 법원이 이 중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 하고 피고만이 항소한 경우 항소심의 심판 범위

〈판결요지〉

논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구해야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것인바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 그 모든 청구의 본안에 대하여 심리를 한 다음 그중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 했다면, 이는 법원이 위 청구의 병합관계를 본래의 성질에 맞게 단순병합으로서 판단한 것이라고 보아야 할 것이고, 따라서 피고만이 위 인용된 청구에 대하여 항소를 제기한 때에는 일단 단순병합 관계에 있는 모든 청구가 전체적으로 항소심으로 이심되기는 하나 항소심의 심판범위는 이심된 청구 중 피고가 불복한 청구에 한정된다.

〈판례선정이유〉

논리적으로 전혀 관계없는 수 개의 청구는 단순병합의 형태로 청구하여야 하며, 항소 제기에 의한 이심의 효력은 모든 청구에 미치지만 항소심의 심판범위는 불복한 청구에 한정됨을 분명히 한 판결

270. 단순병합과 일부 판결

(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결)

〈쟁점〉

단순병합으로 구해야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것이 허용되는지 여부 및 법원이 이러한 청구 중 일부에 대해서만 판단하고 피고만이 항소한 경우 항소심으로의 이심 범위

〈판결요지〉

논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구해야 할 수 개의 청구를 선택적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것인바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취해야 할 것이고, 법원이 이러한 조치를 취함

이 없이 본안판결을 하면서 그중 하나의 청구에 대해서만 심리·판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리·판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 했다고 하더라도, 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이므로, 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심 법원이 심리·판단하여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다.

〈판례선정이유〉

논리적으로 전혀 관계없는 수 개의 청구는 단순병합의 형태로 청구하여야 하고, 이에 대해 제1심법원이 일부 판결한 경우 항소 제기에 의한 이심의 효력은 제1심법원이 판단한 청구에만 미치며, 판단하지 않은 청구는 제1심에 남아 있음을 분명히 한 판결

271. 양립할 수 있는 청구의 병합

(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결)

〈쟁점〉

양립할 수 있는 수 개의 청구를 당사자가 예비적 병합의 형태로 심판의 순위를 붙여 청구한 경우의 심리 방법

〈판결요지〉

청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이라 할 것이지만, 논리적으로 양립할 수 있는 수 개의 청구라 하더라도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있는 경우에는 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리해야 한다.

〈판례선정이유〉

합리적 필요성이 있는 경우에는 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라 하더라도 심판의 순위를 붙여 예비적 병합의 형태로 청구하는 것이 허용된다는 점과 그 심리 방법을 밝힌 판결

272. 예비적 병합과 인낙

(대법원 1995. 7. 25. 선고 94다62017 판결)

〈쟁점〉

예비적 청구만을 대상으로 한 인낙의 가부

〈판결요지〉

원심에서 추가된 청구가 종전의 주위적 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 청구된 것임이 분명하다면 원심으로서는 종전의 주위적 청구의 당부를 먼저 판단하여 그 이유가 없을 때에만 원심에서 추가된 예비적 청구에 관하여 심리판단할 수 있고, 위 추가된 예비적 청구만을 분리하여 심리하거나 일부 판결을 할 수 없으며, 피고로서도 위 추가된 예비적 청구에 관해서만 인낙을 할 수도 없고, 가사 인낙을 한 취지가 조서에 기재되었다 하더라도 그 인낙의 효력이 발생하지 아니한다.

〈판례선정이유〉

청구가 주위적·예비적으로 병합된 경우에는 예비적 청구만 분리해서 심리하거나 일부 판결을 할 수 없고, 피고도 예비적 청구에 관해서만 인낙을 할 수 없다는 점을 밝힌 판결

273. 예비적 병합과 상소

(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 주위적 청구를 인용한 제1심판결에 대하여 피고가 항소한 경우, 예비적 청구도 이심되는지 여부 및 항소심이 제1심에서 인용되었던 주위적 청구를 배척할 때에는 다음 순위의 예비적 청구에 관하여 심판을 하여야 하는지 여부

[2] 예비적 병합에 있어서 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결이 법률상 허용되는지 여부 및 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우, 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 청구의 예비적 병합이란 병합된 수개의 청구 중 주위적 청구가 인용되지 않을 것에 대비하여 그 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 관하여 심판을 구하는 병합형태로서, 이와 같은 예비적 병합의 경우에는 원고가 붙인 순위에 따라 심판하여야 하며 주위적 청구를 배척할 때에는 예비적 청구에 대하여 심판하여야 하나 주위적 청구를 인용할 때에는 다음 순위인 예비적 청구에 대하여 심판할 필요가 없는 것이므로, 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결로서 이러한 판결에 대하여 피고가 항소하면 제1심에서 심판을 받지 않은 다음 순위의 예비적 청구도 모두 이심되고 항소심이 제1심에서 인용되었던 주위적 청구를 배척할 때에는 다음 순위의 예비적 청구에 관하여 심판을 하여야 하는 것이다.

[2] 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 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 판단하

지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속중이라고 볼 것은 아니다.

[3] 원고의 주위적 청구 중 일부를 인용하고 예비적 청구를 모두 기각한 제1심판결에 대하여 피고가 불복 항소하자 항소심이 피고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고 그에 해당하는 원고의 주위적 청구를 기각하는 경우, 항소심은 기각하는 주위적 청구 부분과 관련된 예비적 청구를 심판대상으로 삼아 판단하여야 한다고 한 사례

〈판례선정이유〉

선택적 병합에 관한 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다99 판결, 독립당사자참가소송에 관한 대법원 1981. 12. 8. 선고 80다577 판결, 예비적·선택적 공동소송에 관한 대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다49430 판결 등과 마찬가지로, 예비적 병합의 경우에도 일부판결이 허용될 수 없음을 밝히고, 나아가 이처럼 일부판결이 허용될 수 없는 소송에서는 재판 누락이 있을 수 없으므로 빠뜨린 부분이 있더라도 추가판결로 시정할 것이 아니라 판단 누락으로 보아 상소에 의하여 시정되어야 한다는 취지를 밝힌 대법원 전원합의체 판결

274. 항소심에서 청구취지의 확장

(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다18376 판결)

〈쟁점〉

피고만이 항소한 사건에서 원고가 청구취지를 확장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

피고만이 항소한 사건에서 원고는 항소심에서 청구취지를 확장할 수 있고, 이 경우 부대항소를 한 것으로 의제된다.

〈판례선정이유〉

피고만 항소한 사건의 항소심에서 원고는 청구취지를 확장할 수 있고, 이 경우에는 부대항소를 한 것으로 의제된다는 점을 밝힌 판결

275. 항소심에서의 교환적 변경과 항소 취하

(대법원 1995. 1. 24. 선고 93다25875 판결)

〈쟁점〉

피고의 항소로 인한 항소심에서 소의 교환적 변경이 이루어진 뒤에 한 항소 취하의 효력

〈판결요지〉

피고의 항소로 인한 항소심에서 소의 교환적 변경이 적법하게 이루어졌다면 제1심판결은 소의 교환적 변경에 의한 소 취하로 실효되고, 항소심의 심판 대상은 새로운 소송으로 바뀌어지고 항소심이 사실상 제1심으로 재판하는 것이 되므로 그 뒤에 피고가 항소를 취하한다 하더라도 항소 취하는 그 대상이 없어 아무런 효력을 발생할 수 없다.

〈판례선정이유〉

피고의 항소로 인한 항소심에서 소의 교환적 변경이 적법하게 이루어지면 제1심판결은 소의 교환적 변경에 의한 소 취하로 실효된다는 점을 밝힌 판결

276. 교환적 변경의 법적 성질

(대법원 1980. 11. 11. 선고 80다1182 판결)

〈쟁점〉

항소심에서 청구가 교환적으로 변경된 경우와 제1심판결의 취소

〈판결요지〉

항소심에서 청구가 교환적으로 변경된 경우에는 구 청구는 취하되고 신 청구가 심판의 대상이 되는 것이므로 원심판결이 그 주문에서 이미 취하된 구 청구를 인용한 제1심판결을 취소하였음은 잘못이다.

〈판례선정이유〉

교환적 변경의 법적 성질을 구소 취하 및 신소 제기의 결합으로 파악함을 밝힌 판결

277. 제3자 반소

(대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다235042,235059,235066 판결)

〈쟁점〉

피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소피고로 하는 반소의 허용 여부 및 위와 같은 반소가 허용되는 경우

〈판결요지〉

피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다.

〈판례선정이유〉

제3자를 반소피고로 추가하는 반소는 필수적 공동소송인 추가의 경우에 한하여 허용됨을 밝힌 판결

278. 예비적 반소

(대법원 2006. 6. 29. 선고 2006다19061,19078 판결)

〈쟁점〉

원고의 본소 청구를 배척하면서 피고의 예비적 반소에 대해서도 판단한 제1심판결의 효력 및 그 제1심판결에 대하여 원고만이 항소하고 피고는 제1심에서 각하된 반소에 대하여 항소를 하지 아니했는데 항소심이 원고의 항소를 받아들여 원고의 본소 청구를 인용하는 경우, 항소심은 피고의 예비적 반소 청구를 심판 대상으로 삼아 판단해야 하는지 여부

〈판결요지〉

피고의 예비적 반소는 본소 청구가 인용될 것을 조건으로 심판을 구하는 것으로서 제1심이 원고의 본소 청구를 배척한 이상 피고의 예비적 반소는 제1심의 심판 대상이 될 수 없는 것이고, 이와 같이 심판 대상이 될 수 없는 소에 대하여 제1심이 판단했다고 하더라도 그 효력이 없다고 할 것이므로, 피고가 제1심에서 각하된 반소에 대하여 항소를 하지 아니했다는 사유만으로 이 사건 예비적 반소가 원심의 심판 대상으로 될 수 없는 것은 아니라고 할 것이고, 따라서 원심으로서는 원고의 항소를 받아들여 원고의 본소 청구를 인용한 이상 피고의 예비적 반소 청구를 심판 대상으로 삼아 이를 판단했어야 한다.

〈판례선정이유〉

예비적 반소가 본소 청구의 인용을 조건으로 반소 청구에 관한 심판을 구하는 청구임을 밝힌 판결

제 2 장 다수당사자소송(당사자의 복수)

279. 공동소송인 독립의 원칙

(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결)

<쟁점>

순차로 경료된 등기의 말소청구 소송에서 공동당사자들 상호 간에 모순되는 결론이 발생하는 것이 판결의 이유 모순이나 이유 불비에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

순차로 경료된 등기들의 말소를 청구하는 소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필요적 공동소송이 아니라 통상 공동소송이며, 이와 같은 통상 공동소송에서는 공동당사자들 상호 간의 공격방어방법의 차이에 따라 모순되는 결론이 발생할 수 있고, 이는 변론주의를 원칙으로 하는 소송제도 아래서는 부득이한 일로서 판결의 이유 모순이나 이유 불비가 된다고 할 수 없으며, 이 경우 후순위 등기에 대한 말소청구가 패소 확정됨으로써 그 전순위 등기의 말소등기 실행이 결과적으로 불가능하게 되더라도, 그 전순위 등기의 말소를 구할 소의 이익이 없다고는 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

순차로 경료된 등기들의 말소를 청구하는 소송은 필수적 공동소송이 아니라 통상 공동소송이므로 '공동소송인 독립의 원칙'이 적용됨을 밝힌 판결

280. 통상공동소송과 주장공통의 원칙

(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47196 판결)

〈쟁점〉

통상의 공동소송에서 주장공통의 원칙이 적용되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제66조의 명문의 규정과 우리 민사소송법이 취하고 있는 변론주의 소송구조 등에 비추어 볼 때 통상의 공동소송에 있어서 이른바 주장공통의 원칙은 적용되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

통상의 공동소송인 간에 '주장공통의 원칙'이 적용되지 않음을 명시적으로 밝힌 판결

281. 고유필수적 공동소송과 공동소송인 독립의 원칙

(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011다1323 판결)

〈쟁점〉

고유필수적 공동소송에서 공동소송인 중 일부가 상소를 제기하거나 상대방이 공동소송인 중 일부에 대해 상소를 제기한 경우, 상소심의 심판 범위 및 고유필수적 공동소송에 대한 본안판결에서 공동소송인 일부에 대해서만 판결하거나 남은 공동소송인에 대해 추가판결을 하는 것이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

공동소송인과 상대방 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 고유필수적 공동소송에서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소 또는 공동소송인 중 일부에 대한 상대방의 상소는 다른 공동소송인에게도 효력이 미치는 것이므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 소송은 전체로서 상소심에 이심되며, 상소심 판결의 효력은 상소를 하지 아니한 공동소송인에게 미치므로 상소심으로서는 공동소송인 전원에 대하여 심리, 판단해야 한다. 이러한 고유필수적 공동소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 공동소송인 전원에 대한 하나의 종국판결을 선고해야 하는 것이지 공동소송인 일부에 대해서만 판결하거나 남은 공동소송인에 대해 추가판결을 하는 것은 모두 허용될 수 없다.

〈판례선정이유〉

고유필수적 공동소송에서는 판결과 상소에 관해서도 공동소송인 독립의 원칙에 따른 처리가 허용되지 않음을 명시적으로 밝힌 판결

282. 수인의 매매예약완결권 행사와 소의 형태

(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

공동명의로 가등기한 수인의 매매예약자가 매매예약완결을 원인으로 본등기의 이행을 구하는 소가 필수적 공동소송인지 여부

〈판결요지〉

수인의 채권자가 각기 그 채권을 담보하기 위하여 채무자와 채무자 소유의 부동산에 관하여 수인의 채권자를 공동매수인으로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따라 수인의 채권자 공동명의로 그 부동산에 가등기를 마친 경우, 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가지는 관계인지 아니면 채권자 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 관계인지는 매매예약의 내용에 따라야 하고, 매매예약에서 그러한 내용을 명시적으로 정하지 않은 경우에는 수인의 채권자가 공동으로 매매예약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 매매예약에 의하여 달성하려는 담보의 목적, 담보 관련 권리를 공동 행사하려는 의사의 유무, 채권자별 구체적인 지분권의 표시 여부 및 그 지분권 비율과 피담보채권 비율의 일치 여부, 가등기담보권 설정의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. (이와 달리 1인의 채무자에 대한 수인의 채권자의 채권을 담보하기 위하여 그 수인의 채권자와 채무자가 채무자 소유의 부동산에 관하여 수인의 채권자를 권리자로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따른 가등기를 마친 경우에, 매매예약의 내용이나 매매예약완결권 행사와 관련한 당사자의 의사와 관계없이 언제나 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가진다고 보고, 매매예약완결의 의사표시도 수인의 채권자 전원이 공동으로 행사하여야 한다는 취지의 종전 대법원 판결은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다)

〈판례선정이유〉

수인의 매매예약자의 매매예약완결권 행사는 매매예약의 내용 등을 종합적으로 고려하여 그 소송 형태가 결정됨을 밝힌 대법원 전원합의체 판결

283. 동업체와 소의 형태

(대법원 1994. 10. 25. 선고 93다54064 판결)

〈쟁점〉

합유재산에 관한 소의 경우 반드시 동업자가 공동으로 제기하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

동업약정에 따라 동업자 공동으로 토지를 매수하였다면 그 토지는 동업자들을 조합원으로 하는 동업체에서 토지를 매수한 것이므로 그 동업자들은 토지에 대한 소유권이전등기청구권을 준합유하는 관계에 있고, 합유재산에 관한 소는 이른바 고유필요적 공동소송이라 할 것이므로 그 매매계약에 기하여 소유권이전등기의 이행을 구하는 소를 제기하려면 동업자들이 공동으로 하지 않으면 안 된다.

〈판례선정이유〉

동업약정에 따른 부동산 소유권이전등기청구는 합유재산에 관한 소로서 고유필수적 공동소송에 해당함을 명확히 한 판결

284. 공동명의 예금반환청구의 소의 형태

(대법원 2008. 10. 9. 선고 2005다72430 판결)

〈쟁점〉

공동명의예금자들이 은행을 상대로 예금반환청구의 소를 제기할 때 반드시 공동으로 원고가 되어야 하는지 여부

〈판결요지〉

은행에 공동명의로 예금을 하고 은행에 대하여 그 권리를 함께 행사하기로 한 경우에 만일 동업자금을 공동명의로 예금한 경우라면 채권의 준합유관계에 있다고 볼 것이나, 공동명의 예금채권자들 각자가 분담하여 출연한 돈을 동업 이외의 특정 목적을 위하여 공동명의로 예치해 둠으로써 그 목적이 달성되기 전에는 공동명의 예금채권자가 단독으로 예금을 인출할 수 없도록 방지·감시하고자 하는 등의 목적으로 공동명의로 예금을 개설한 경우라면 하나의 예금채권이 분량적으로 분할되어 각 공동명의 예금채권자들에게 귀속될 수 있을 뿐이며, 다만 은행과 공동명의 예금채권자들 사

이에 공동반환의 특약이 존재하는 경우 은행에 대한 지급 청구만을 공동명의 예금채권자들 모두가 공동으로 하여야 하는 부담이 남게 되는 것이다.

〈판례선정이유〉

동업자금예금과 동업 이외 목적의 공동예금을 구분하여 전자에 대해서만 필수적 공동소송 관계를 인정한 판결

285. 총유재산 관련 소의 형태

(대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

법인 아닌 사단의 구성원이 총유재산의 보존행위로써 제기한 소송에서 당사자가 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민법 제276조 제1항은 "총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다", 같은 조 제2항은 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다"라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 법인 아닌 사단의 소유 형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이라고 할 것이므로 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

〈판례선정이유〉

총유재산에 관한 소송에서는 비법인 자체 또는 구성원 전원이 당사자가 되어야 한다는 점을 밝힌 대법원 전원합의체 판결

286. 공유관계와 공동소송b

(대법원 1994. 12. 27. 선고 93다32880,32897 판결)

〈쟁점〉

공유토지 일부에 대한 소유권이전등기청구소송의 경우 공유자 전원이 피고가 되어야 하는지 여부

〈판결요지〉

토지를 수인이 공유하는 경우에 공유자들의 소유권이 지분의 형식으로 공존하는 것뿐이고, 그 처분권이 공동에 속하는 것은 아니므로 공유토지의 일부에 대하여 취득시효완성을 원인으로 공유자들을 상대로 그 시효취득 부분에 대한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 소송은 필요적 공동소송이라 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

공유자를 상대로 한 소송에서는 원칙적으로 공유자 전원을 반드시 공동피고로 할 필요가 없음을 밝힌 판결

287. 공유물분할청구의 소의 형태

(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다44615,44622 판결)

〈쟁점〉

공유물분할청구의 소가 고유필수적 공동소송인지 여부와 상소 제기

〈판결요지〉

공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이고, 공동소송인과 상대방 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 고유필수적 공동소송에서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소는 다른 공동소송인에게도 그 효력이 미치는 것이므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 그 소송은 전체로서 상소심에 이심되며, 상소심판결의 효력은 상소를 하지 아니한 공동소송인에게 미치므로 상소심으로서는 공동소송인 전원에 대하여 심리판단하여야 한다.

〈판례선정이유〉

공유물분할청구의 소는 고유필수적 공동소송이므로 필수적 공동소송의 심리원칙이 적용됨을 밝힌 판결

288. 공동상속인들 사이의 상속재산확인의 소의 형태

(대법원 2007. 8. 24. 선고 2006다40980 판결)

〈쟁점〉

공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소의 성질 및 고유필수적 공동소송에서 당사자 일부의 또는 일부에 대한 소취하의 효력

〈판결요지〉

공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소는 이른바 고유필수적 공동소송이라고 할 것이고, 고유필수적 공동소송에서는 원고들 일부의 소취하 또는 피고들 일부에 대한 소취하는 특별한 사정이 없는 한 그 효력이 생기지 않는다.

〈판례선정이유〉

상속인이 다른 공동상속인을 상대로 제기한 상속재산확인의 소는 고유필수적 공동소송에 해당하고, 고유필수적 공동소송에서 당사자 일부의 또는 일부에 대한 소취하는 무효임을 밝힌 판결

289. 수인의 채권자대위소송과 공동소송

(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다23486 판결)

〈쟁점〉

수인의 채권자대위소송과 공동소송 형태

〈판결요지〉

갑이 을에 대한 소유권이전등기청구권에 기하여 을을 대위하여 피고에 대하여 소유권이전등기말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 그 소송계속 중 사망하자 갑의 상속인들인 병, 정, 무가 소송수계를 하여 이들이 공동원고가 되었다. 다시 말하면 위 원고들은 다수 채권자의 지위에서 소송의 방법으로 채권자대위권에 의하여 채무자의 권리를 공동으로 행사하는 결과가 된 것이다. 채무자가 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 것을 알았을 경우에는 그 확정판결의 효력은 채무자에게도 미치는바, 다수의 채권자가 각 채권자대위권에 기하여 공동하여 채무자의 권리를 행사하는 이 사건의 경우 소송계속 중 채무자 을이 제1심 증인으로 증언까지 한 바 있어 당연히 채권자대위권에 의한 소송이 제기 중인 것을 알았다고 인정되므로 그 판결의 효력은 을에게도 미치게 되는 것이다. 따라서 망 갑의 소송수계인인 원고들은 유사필요적 공동소송 관계에 있다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

복수의 채권자에 의한 채권자대위소송이 유사필수적 공동소송 관계임을 밝힌 판결

290. 예비적·선택적 공동소송: 법률상 양립 불가능

(대법원 2011. 9. 29. 선고 2009다7076 판결)

〈쟁점〉

예비적·선택적 공동소송에서 '법률상 양립할 수 없다'는 것의 의미

〈판결요지〉

민사소송법 제70조 제1항에서 '법률상 양립할 수 없다'는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미한다.

〈판례선정이유〉

예비적·선택적 공동소송에 관한 민사소송법 제70조 제1항의 규정 중 '법률상 양립할 수 없다'는 문언의 의미를 설명한 판결

291. 예비적•선택적 공동소송: 소송법상 양립불가능

(대법원 2007. 6. 26.자 2007마515 결정)

〈쟁점〉

법률상 양립불가능에 소송법상의 양립불가능도 포함되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제70조 제1항에 있어서 '법률상 양립할 수 없다'는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한 쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미하며, 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함하는 것으로 봄이 상당하다.

법인 또는 비법인 등 당사자능력이 있는 단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인뿐 아니라 그가 소속된 단체를 공동피고로 하여 소가 제기된 경우에 있어서는, 누가 피고적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있으므로, 이는 민사소송법 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송의 요건인 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당한다.

〈판례선정이유〉

예비적·선택적 공동소송에서 법률상 양립불가능에는 실체법뿐 아니라 소송법상의 양립불가능도

포함됨을 명확히 밝힌 결정

292. 예비적 · 선택적 공동소송: 부진정연대채무자를 공동피고로 한 소송의 형태

(대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결)

〈쟁점〉

부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 제기한 이행의 소가 민사소송법 제70조 제1항에 규정한 본래 의미의 예비적·선택적 공동소송인지 여부

〈판결요지〉

부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 그 공동피고에 대한 각 청구는 법률상 양립할 수 없는 것이 아니므로 그 소송은 민사소송법 제70조 제1항에서 규정한 본래 의미의 예비적·선택적 공동소송이라고 할 수 없으므로, 따라서 거기에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조는 준용되지 않는다고 할 것이어서 상소로 인한 확정차단의 효력도 상소인과 그 상대방에 대해서만 생기고 다른 공동소송인에 대한 관계에는 미치지 않는다.

〈판례선정이유〉

부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 그 소송형태는 통상공동소송임을 밝힌 판결

293. 예비적 · 선택적 공동소송: 일부·추가 판결과 상소심의 심판대상

(대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다202763 판결)

〈쟁점〉

주관적 · 예비적 공동소송에서 일부 공동소송인에 관해서만 판결을 하거나 남겨진 자를 위해 추가판결을 하는 것이 허용되는지 여부 및 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기한 경우 상소심의 심판 대상

〈판결요지〉

예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송 형태로서 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 해야 하고(민사소송법 제70조 참조), 그중 일부 공동소송인에 관해서만 판결을 하거나 남겨진 자를 위하여 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 주관적·예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청

구 부분도 확정이 차단되고 상소심에 이심되어 심판 대상이 되고, 이러한 경우 상소심의 심판 대상은 주위적·예비적 공동소송인들 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단해야 한다.

〈판례선정이유〉

예비적 공동소송의 판결과 상소에 관해서는 필수적 공동소송에 관한 것과 같은 법리가 적용됨을 밝힌 판결

294. 예비적·선택적 공동소송: 주관적·예비적 병합과 객관적•예비적 병합의 결합

(대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다232913 판결)

〈쟁점〉

주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구 중 주위적 청구 부분이 받아들여지지 않을 경우 그와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 예비적 피고에 대한 청구를 받아들여 달라는 취지로 결합하여 소를 제기할 수 있는지 여부, 처음에는 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구만 했다가 청구를 결합하기 위하여 예비적 피고를 추가할 수 있는지 여부, 이 경우 주위적 피고에 대한 예비적 청구와 예비적 피고에 대한 청구를 병합하여 통상의 공동소송으로 보아 심리·판단할 수 있는지 여부, 이러한 법리는 주위적 피고에 대하여 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구를 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구한 경우에도 그대로 적용되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제70조 제1항 본문이 규정하는 '공동소송인 가운데 일부에 대한 청구'를 반드시 '공동소송인 가운데 일부에 대한 모든 청구'라고 해석할 근거는 없으므로 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구 중 주위적 청구 부분이 받아들여지지 아니할 경우 그와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 예비적 피고에 대한 청구를 받아들여 달라는 취지로 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구와 예비적 피고에 대한 청구를 결합하여 소를 제기하는 것도 가능하고, 처음에는 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구만을 했다가 청구 중 주위적 청구 부분이 받아들여지지 아니할 경우 그와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 예비적 피고에 대한 청구를 받아들여 달라는 취지로 예비적 피고에 대한 청구를 결합하기 위하여 예비적 피고를 추가하는 것도 민사소송법 제70조 제1항 본문에 의하여 준용되는 민사소송법 제68조 제1항에 의하여 가능하다. 이 경우 주위적 피고에 대한 예비적 청구와 예비적 피고에 대한 청구가 서로 법률상 양립할 수 있는 관계에 있으면 양 청구를 병합하여 통상의 공동소송으로 보아 심리·판단할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 원고가 주위적 피고에 대하여 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구를 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구한 경우에도 그대로 적용된다.

〈판례선정이유〉

주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구 중 주위적 청구 부분이 받아들여지지 않을 경우, 그것

과 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 예비적 피고에 대한 청구를 받아들여 달라는 취지를 결합해서 소를 제기할 수 있다는 것과 그와 같은 소송절차에 관한 법리를 종합적으로 밝힌 판결

295. 예비적·선택적 공동소송: 민사소송법 제70조 제1항 단서의 적용 한계

(대법원 2015. 3. 20. 선고 2014다75202 판결)

〈쟁점〉

주관적·예비적 공동소송에서 조정을 갈음하는 결정에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않은 경우 그 공동소송인에 대한 관계에서 그 결정이 확정되는지 여부 및 분리 확정이 허용되지 않는 경우, 이러한 법리는 화해권고결정의 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제70조에서 정한 예비적 공동소송에는 민사소송법 제67조 내지 제69조가 준용되어 소송자료 및 소송 진행의 통일이 요구되지만, 청구의 포기·인낙, 화해 및 소의 취하는 공동소송인 각자가 할 수 있는데, 이에 비추어 보면 조정을 갈음하는 결정이 확정된 경우에는 재판상 화해와 동일한 효력이 있으므로 그 결정에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않았다면 원칙적으로 그 공동소송인에 대한 관계에서는 조정을 갈음하는 결정이 확정될 수 있다. 다만, 조정을 갈음하는 결정에서 분리 확정을 불허하고 있거나, 그렇지 않더라도 그 결정에서 정한 사항이 공동소송인들에게 공통되는 법률관계를 형성함을 전제로 하여 이해관계를 조절하는 경우 등과 같이 결정사항의 취지에 비추어 볼 때 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반하고 또한 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래되는 경우에는 분리 확정이 허용되지 않는다. 이러한 법리는 이의신청 기간 내에 이의신청이 없으면 재판상 화해와 동일한 효력을 가지는 화해권고결정의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

〈판례선정이유〉

예비적 공동소송에서 조정을 갈음하는 결정이나 화해권고결정에 대해 일부 공동소송인이 이의를 하지 않는 경우 그 공동소송인에 대해서는 그 결정이 분리 확정될 수 있으나, 그 결정에서 분리 확정을 불허하거나 그 결정사항의 취지에 비추어 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반하고 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래될 경우에는 분리 확정이 허용되지 않음을 밝힌 판결

296. 선정당사자의 선정 요건

(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다362 판결)

〈쟁점〉

동종의 권리의무와 동종의 발생원인 관계가 선정 요건을 충족시키는지 여부

〈판결요지〉

공동의 이해관계가 있는 다수자는 선정당사자를 선정할 수 있는 것인바, 이 경우 공동의 이해관계란 다수자 상호간에 공동소송인이 될 관계에 있고, 또 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 것을 의미한다고 할 것이므로 다수자의 권리·의무가 동종이며 그 발생원인이 동종인 관계에 있는 것만으로는 공동의 이해관계가 있는 경우라고 할 수 없을 것이어서 선정당사자의 선정을 허용할 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

동종의 권리의무와 동종의 발생원인 관계만으로는 선정당사자의 선정 요건인 '공동의 이해관계가 있는 경우'에 해당하지 않음을 밝힌 판결

297. 보조참가: 법률상 이해관계

(대법원 1999. 7. 9. 선고 99다12796 판결)

〈쟁점〉

[1] 보조참가의 요건으로서 '이해관계'

[2] 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 자는 피해자가 다른 공동불법행위자들을 상대로 제기한 손해배상 청구소송에 피해자를 위하여 보조참가를 할 수 있는지 여부 및 피해자가 패소판결에 대하여 상소하지 않은 경우에도 그 상소기간 내에 보조참가와 동시에 상소를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 특정 소송사건에서 당사자의 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 당해 소송의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 하고, 여기에서 말하는 '이해관계'라 함은 사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 가리킨다.

[2] 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 자는 피해자가 다른 공동불법행위자들을 상대로 제기한 손해배상 청구소송의 결과에 대하여 법률상의 이해관계를 갖는다고 할 것이므로, 위 소송에 원고를 위하여 보조참가를 할 수가 있고, 피해자인 원고가 패소판결에 대하여 상소를 하지 않더라도 원고의 상소기간 내라면 보조참가와 동시에 상소를 제기할 수도 있다.

〈판례선정이유〉

보조참가 요건인 '이해관계'의 의미와 내용을 명확히 하고, 상소기간 내라면 보조참가와 동시에 상소를 제기할 수 있음을 밝힌 판결

298. 보조참가: 보조참가인의 지위

(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다75641 판결)

〈쟁점〉

[1] 보조참가인에게 기일통지서나 출석요구서를 송달하지 않음으로써 변론의 기회를 부여하지 아니한 채 행해진 기일의 진행이 적법한지 여부

[2] 기일통지서를 송달받지 못한 보조참가인이 변론기일에 직접 출석해 변론할 기회를 가졌고, 그 변론 당시 기일통지서를 송달받지 못한 점에 관해 이의를 하지 않았다면 기일통지를 하지 않은 절차 진행상의 흠이 치유되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 보조참가인의 소송수행 권능은 피참가인으로부터 유래된 것이 아니라 독립의 권능이라고 할 것이므로 피참가인과는 별도로 보조참가인에 대해서도 기일의 통지, 소송서류의 송달 등을 행해야 하고, 보조참가인에게 기일통지서 또는 출석요구서를 송달하지 아니함으로써 변론의 기회를 부여하지 아니한 채 행하여진 기일의 진행은 적법한 것으로 볼 수 없다.

[2] 기일통지서를 송달받지 못한 보조참가인이 변론기일에 직접 출석하여 변론할 기회를 가졌고, 위 변론 당시 기일통지서를 송달받지 못한 점에 관하여 이의를 하지 아니했다면 기일통지를 하지 않은 절차 진행상의 흠이 치유된다.

〈판례선정이유〉

보조참가인은 주된 당사자인 피참가인에 대해서는 종된 당사자이지만 소송절차상 기일 출석권과 변론권을 가지므로, 법원은 보조참가인에게도 기일통지를 해야 한다는 점과 보조참가인에 대해 기일통지를 하지 않은 흠은 이의권의 포기·상실의 대상임을 밝힌 판결

299. 보조참가: 예비적 보조참가

(대법원 1994. 12. 27. 선고 92다22473,22480 판결)

〈쟁점〉

(독립)당사자참가를 하면서 예비적으로 보조참가를 하는 것이 허용될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

(독립)당사자참가는 소송의 목적의 전부나 일부가 자기의 권리임을 주장하거나 소송의 결과에 의하여 권리의 침해를 받을 것을 주장하는 제3자가 독립한 당사자로서 원·피고 쌍방을 상대방으로 하여 소송에 참가하여 3당사자 사이에 서로 대립되는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 모순없이 일거에 해결하려는 제도고, 보조참가는 원·피고의 어느 일방의 승소를 보조하기 위하여 소송에 참가하는 것으로서 이러한 제도의 본래의 취지에 비추어 볼 때, 당사자참가를 하면서 예비적으

로 보조참가를 한다는 것은 허용될 수 없는 것이다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가와 보조참가는 예비적인 형태로도 병행할 수 없음을 밝힌 판결

300. 보조참가: 피참가인의 소송행위에 어긋나는 참가인의 소송행위

(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53310 판결)

〈쟁점〉

[1] 민사소송법 제76조 제2항이 규정하는 '참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우'의 의미

[2] 피참가인인 피고가 원고가 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니했으나 참가인이 보조참가를 신청하면서 그 사실에 대하여 다투는 경우 그 소송행위의 효력

〈판결요지〉

민사소송법 제76조 제2항이 규정하는 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우라 함은 참가인의 소송행위가 피참가인의 행위와 명백히 적극적으로 배치되는 경우를 말하고, 소극적으로만 피참가인의 행위와 불일치하는 때에는 이에 해당하지 않는 것인바, 피참가인인 피고가 원고가 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니하여 민사소송법 제150조에 의하여 그 사실을 자백한 것으로 보게 될 경우라도 참가인이 보조참가를 신청하면서 그 사실에 대하여 다투는 것은 피참가인의 행위와 명백히 적극적으로 배치되는 경우라 할 수 없어 그 소송행위의 효력이 없다고 할 수 없다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제76조 제2항이 규정하는 '참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우'의 의미를 구체적으로 설명한 판결

301. 보조참가: 참가적 효력

(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012다78184 판결)

〈쟁점〉

전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우 참가적 효력이 인정되는지 여부

〈판결요지〉

보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행했으나 피참가인이 소송에서 패소한 경

우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되지만, 전소 확정판결의 참가적 효력은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다툴 수 있었던 사항에 한하여 미친다. 이러한 법리에 비추어 보면 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상 및 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다.

〈판례선정이유〉

'참가적 효력'은 전소'확정판결'의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다툴 수 있었던 사항에 한해 미친다는 점을 명확히 밝힌 판결

302. 공동소송적 보조참가인의 소송상 지위

(대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결)

〈쟁점〉

[1] 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 한 재심의 소취하의 효력

[2] 민사소송법 제76조 제1항 단서가 공동소송적 보조참가인에게도 적용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 재심의 소를 취하하는 것은 통상의 소를 취하하는 것과는 달리 확정된 종국판결에 대한 불복의 기회를 상실하게 하여 더 이상 확정판결의 효력을 배제할 수 없게 하는 행위이므로, 이는 재판의 효력과 직접적인 관련이 있는 소송행위로서 확정판결의 효력이 미치는 공동소송적 보조참가인에 대하여는 불리한 행위이다. 따라서 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후에는 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 공동소송적 보조참가인의 동의가 없는 한 효력이 없다. 이는 재심의 소를 피참가인이 제기한 경우나 통상의 보조참가인이 제기한 경우에도 마찬가지이다. 특히 통상의 보조참가인이 재심의 소를 제기한 경우에는 피참가인이 통상의 보조참가인에 대한 관계에서 재심의 소를 취하할 권능이 있더라도 이를 통하여 공동소송적 보조참가인에게 불리한 영향을 미칠 수는 없으므로 피참가인의 재심의 소 취하로 재심의 소 제기가 무효로 된다거나 부적법하게 된다고 볼 것도 아니다.

[2] 통상의 보조참가인은 참가 당시의 소송상태를 전제로 하여 피참가인을 보조하기 위하여 참가하는 것이므로 참가할 때의 소송의 진행 정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위를 할 수 없다(민사소송법 제76조 제1항 단서 참조). 공동소송적 보조참가인 또한 판결의 효력을 받는 점에서 민사소송법 제78조, 제67조에 따라 필수적 공동소송인에 준하는 지위를 부여받기는 하였지만 원래 당사자가 아니라 보조참가인의 성질을 가지므로 위와 같은 점에서는 통상의 보조참가인과 마찬가지이다.

〈판례선정이유〉

공동소송적 보조참가인의 소송상 지위를 통상의 보조참가인과 비교하여 명확히 밝힌 판결

303. 독립당사자참가: 참가요건

(대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다221777,221784 판결)

〈쟁점〉

민사소송법 제79조 제1항에 규정된 독립당사자참가의 요건

〈판결요지〉

민사소송법 제79조 제1항에 규정된 독립당사자참가는 다른 사람 사이에 소송이 계속 중일 때 소송대상의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자가 당사자로서 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 서로 모순 없이 일시에 해결하려는 것이다. 그러므로 독립당사자참가 중 권리주장 참가는 원고의 본소 청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립할 수 없는 관계라고 볼 수 있는 경우에 허용될 수 있고, 사해방지 참가는 본소의 원고와 피고가 소송을 통하여 참가인의 권리를 침해할 의사가 있다고 객관적으로 인정되고 소송의 결과 참가인의 권리 또는 법률상 지위가 침해될 우려가 있다고 인정되는 경우에 허용될 수 있다.

〈판례선정이유〉

권리주장 참가와 사해방지 참가가 허용되는 경우를 밝힌 판결

304. 독립당사자참가: 사해방지 참가

(대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548,47555 판결)

〈쟁점〉

원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위 취소를 청구하면서 독립당사자참가 신청을 하는 경우 위 참가 신청이 적법한지 여부

〈판결요지〉

채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위 취소의 판결을 받은 경우 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에만 미치므로 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐 채권자와 채무자 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 복구되는 것은 아니다.

이러한 사해행위 취소의 상대적 효력에 의하면 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위 취소를 청구하면서 독립당사자참가 신청을 하는 경우, 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가 신청은 사해방지 참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다.

〈판례선정이유〉

원고에 대해 사해행위 취소를 청구하면서 독립당사자참가를 신청하는 것은 사해방지 참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다고 본 판결

305. 독립당사자참가: 본소 취하

(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006다62188 판결)

〈쟁점〉

독립당사자참가소송에서 본소가 취하된 경우의 소송관계

〈판결요지〉

독립당사자참가소송에서 본소가 피고 및 참가인의 동의를 얻어 적법하게 취하되면 3면 소송관계는 소멸하고, 참가인의 원·피고에 대한 소가 독립의 소로서 소송요건을 갖춘 이상 그 소송계속은 적법하며, 이때 참가인의 신청이 비록 참가 신청 당시 당사자참가의 요건을 갖추지 못했다고 하더라도 이미 본소가 소멸되어 3면 소송 관계가 해소된 이상 종래의 3면 소송 당시에 필요했던 당사자참가 요건의 구비 여부는 더 이상 가려볼 필요가 없는 것이다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가소송에서 본소가 취하된 경우에는 3면 소송관계가 소멸하므로 당사자참가 요건의 구비 여부는 가릴 필요가 없음을 밝힌 판결

306. 독립당사자참가: 필수적 공동소송 규정의 준용

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다9030,9047 판결)

〈쟁점〉

독립당사자참가에 의한 소송에서 두 당사자 사이의 소송행위가 나머지 1인에게 불이익이 되는 경우 당해 소송행위의 효력

〈판결요지〉

민사소송법 제79조에 의한 소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 참가인 상호 간의

다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송 형태로서 두 당사자 사이의 소송행위는 나머지 1인에게 불이익이 되는 한 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않는다고 할 것인바, 소외인이 피고의 대표자로서 제출한 준비서면에 원고가 이 사건 아파트에 대한 관리업자의 지위에 있다는 점에 대하여 피고가 다투지 않는다는 취지로 기재되어 있다고 하더라도 참가인이 원·피고에 대하여 이 사건 아파트에 대한 관리업자로서의 지위의 확인을 구하고 있어 3당사자 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 이 사건에 있어서 위와 같은 진술은 그 효력이 없다고 할 것이므로 원심이 그 진술에 기속되어 판단해야 하는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가에 의한 소송에서 두 당사자 사이의 소송행위가 나머지 1인에게 불이익이 되는 경우 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않음을 명확히 밝힌 판결

307. 독립당사자참가: 원•피고 사이의 재판상 화해

(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004다25901,25918 판결)

〈쟁점〉

[1] 독립당사자참가에 의한 소송에서 원·피고 사이에만 재판상 화해를 하는 것이 허용되는지 여부

[2] 독립당사자참가인이 화해권고결정에 대하여 이의한 경우 이의의 효력이 원·피고 사이에도 미치는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제79조에 의한 소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 참가인 상호 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송 형태로서 두 당사자 사이의 소송행위는 나머지 1인에게 불이익이 되는 한 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않는다고 할 것이므로 원·피고 사이에만 재판상 화해를 하는 것은 3자 간의 합일확정의 목적에 반하기 때문에 허용되지 않는다.

[2] 독립당사자참가인이 화해권고결정에 대하여 이의한 경우 이의의 효력이 원·피고 사이에도 미친다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가에 의한 소송에서 원·피고 사이에서만 재판상 화해를 하는 것이 허용되지 않으므로, 참가인이 화해권고결정에 대해 이의를 한 경우에는 이의의 효력이 원고·피고에게도 미친다는 점을 밝힌 판결

308. 독립당사자참가: 변론분리와 일부판결

(대법원 1995. 12. 8. 선고 95다44191 판결)

〈쟁점〉

독립당사자참가 소송에서 당사자 간 일부에 관한 변론을 분리하거나 일부에 관해서만 판결을 선고할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제79조에 의한 소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고·피고 및 참가인 상호 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송 형태로서 원고·피고·참가인 간의 소송절차는 필요적 공동소송에 있어서와 같이 기일을 함께 진행해야 함은 물론 변론을 분리할 수 없는 것이고, 본안판결을 할 때에도 하나의 종국판결을 해야 하는 것이지 그 당사자 간의 일부에 관해서만 판결을 하거나 추가판결을 하는 것은 모두 허용되지 않는 것이므로 제1심에서 원고승소, 피고 및 참가인 패소의 판결이 선고된 데 대하여 피고와 참가인이 항소한 이상, 항소심인 원심으로서도 변론을 일체로 진행하여 원고·피고와 참가인 간의 청구를 모두 항소심의 심판 대상으로 하여 1개의 판결을 해야 한다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가 소송에서는 변론분리나 일부판결과 추가판결이 허용되지 않음을 밝힌 판결

309. 독립당사자참가: 이심의 효력과 항소심의 심판범위

(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312,71329,71336,71343 판결)

〈쟁점〉

독립당사자참가소송의 본안판결에 대하여 일방이 항소한 경우, 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 이심의 효력이 생기는지 여부 및 이 경우 항소심의 심판 범위를 판단하는 방법

〈판결요지〉

민사소송법 제79조에 의한 독립당사자참가소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 독립당사자참가인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송 형태로서 독립당사자참가가 적법하다고 인정되어 원고, 피고 및 독립당사자참가인 간의 소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 위 세 당사자를 판결의 명의인으로 하는 하나의 종국판결을 선고함으로써 위 세 당사자들 사이에서 합일확정적인 결론을 내려야 하고, 이러한 본안판결에 대하여 일방이 항소한 경우에는 제1심 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 그리고 이러한 경우 항소심의 심판 대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소취지에 나타난 불복범위에 한정하되 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단해야 한다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가 소송의 본안판결에 대해 일방이 항소한 경우, 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 이심의 효력이 생긴다는 점과 항소심의 심판범위를 판단하는 방법을 밝힌 판결

310. 독립당사자참가: 참가인의 항소와 항소심의 재판

(대법원 2007. 12. 14. 선고 2007다37776,37783 판결)

〈쟁점〉

독립당사자참가소송에서 원고의 피고에 대한 청구를 인용하고 참가인의 참가 신청을 각하한 제1심판결에 대하여 참가인만이 항소했는데, 참가인의 항소를 기각하면서 제1심판결 중 피고가 항소하지도 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각한 것이 적법한지 여부

〈판결요지〉

독립당사자참가소송에서 원고승소 판결에 대하여 참가인만이 상소를 했음에도 상소심에서 원고의 피고에 대한 청구인용 부분을 원고에게 불리하게 변경할 수 있는 것은 참가인의 참가 신청이 적법하고 나아가 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한한다. 따라서 독립당사자참가 소송에서 원고의 피고에 대한 청구를 인용하고 참가인의 참가 신청을 각하한 제1심 판결에 대하여 참가인만이 항소했는데, 참가인의 항소를 기각하면서 제1심판결 중 피고가 항소하지도 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각한 것은 부적법하다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가 소송에서 원고승소 판결에 대하여 참가인만이 상소를 했음에도 상소심에서 원고의 피고에 대한 청구인용 부분을 원고에게 불리하게 변경할 수 있는 것은 '참가인의 참가 신청이 적법하고' 나아가 '합일확정의 요청상 필요한 경우'에 한한다는 점을 분명히 한 판결

311. 독립당사자참가: 불이익변경금지의 원칙

(대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573,86580 판결)

〈쟁점〉

독립당사자참가 소송의 항소심에서 항소 내지 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결을 변경하는 것이 가능한지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 제79조에 의한 독립당사자참가소송의 본안판결에 대하여 일방이 항소한 경우 항소심의 심판 대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소취지에 나타난 불복범위에 한정하되 세 당사자 사이

의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단해야 하고, 이에 따라 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내림에 있어 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

독립당사자참가 소송의 항소심에서 항소 내지 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결을 변경하는 것은 '세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위해 필요한 한도 내에서'만 가능하다는 점을 명백히 밝힌 판결

312. 공동소송참가: 회사의 주주대표소송 참가

(대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결)

〈쟁점〉

상법 제404조 제1항에 의한 회사의 주주대표소송 참가의 법적 성격

〈판결요지〉

주주의 대표소송에서 원고 주주가 원고로서 제대로 소송수행을 하지 못하거나 혹은 상대방이 된 이사와 결탁함으로써 회사의 권리보호에 미흡하여 회사의 이익이 침해될 염려가 있는 경우 그 판결의 효력을 받는 권리귀속 주체인 회사가 이를 막거나 자신의 권리를 보호하기 위하여 소송수행권한을 가진 정당한 당사자로서 그 소송에 참가할 필요가 있으며, 회사가 대표소송에 당사자로서 참가하는 경우 소송경제가 도모될 뿐만 아니라 판결의 모순·저촉을 유발할 가능성도 없다는 사정과 상법 제404조 제1항에서 특별히 참가에 관한 규정을 두어 주주의 대표소송의 특성을 살려 회사의 권익을 보호하려 한 입법취지를 함께 고려할 때, 상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 공동소송참가를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, 나아가 이러한 해석이 중복제소를 금지하고 있는 민사소송법 제259조에 반하는 것도 아니다.

〈판례선정이유〉

회사의 주주대표소송 참가는 공동소송참가에 해당하고 중복제소에는 해당하지 않음을 명확히 밝힌 판결

313. 공동소송참가: 다른 채권자의 채권자대위소송 참가

(대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301,30325 판결)

〈쟁점〉

채권자대위소송 계속 중 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가 신청을 한 경우, 참가 신청이 적법한지 여부 및 이때 양 청구의 소송물이 동일한지 판단하는 기준/ 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우 참가인의 공동소송참가 신청이 적법한지 여부

〈판결요지〉

채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가 신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 참가 신청은 적법하다. 이때 양 청구의 소송물이 동일한지는 채권자들이 각기 대위 행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구했더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구가 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다. 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 소송목적이 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가 신청을 적법한 것으로 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가 신청을 한 경우 공동소송참가로서 적법함을 밝힌 판결

314. 추가적 당사자변경

(대법원 1998. 1. 23. 선고 96다41496 판결)

〈쟁점〉

회사 대표이사가 개인 명의로 소를 제기한 후 회사를 당사자로 추가하면서 개인 명의의 소를 취하한 경우 당사자추가신청의 적법 여부

〈판결요지〉

일반적으로 당사자표시정정신청을 하는 경우에도 실질적으로 당사자가 변경되는 것은 허용할 수 없고 필요적 공동소송이 아닌 사건에서 소송 도중에 당사자를 추가하는 것 역시 허용될 수 없으므로, 회사의 대표이사가 개인 명의로 소를 제기한 후 회사를 당사자로 추가하고 그 개인 명의의 소를 취하함으로써 당사자의 변경을 가져오는 당사자추가신청은 부적법한 것이다.

〈판례선정이유〉

필수적 공동소송이 아닌 사건에서 당사자의 변경을 가져오는 당사자추가신청은 부적법함을 밝힌 판결

315. 참가승계: 승계적격

(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다67105,67112 판결)

〈쟁점〉

제3자가 소송계속 중에 소송목적인 권리를 승계했다고 주장하며 소송에 참가했는데, 승계적격의 흠이 명백하지 않고 심리결과 승계 사실이 인정되지 않는 경우 법원이 취할 조치

〈판결요지〉

제3자가 소송계속 중에 소송목적인 권리를 승계했다고 주장하며 소송에 참가한 경우 참가 신청의 이유로 주장하는 사실관계 자체에서 승계적격의 흠이 명백하지 않는 한 승계인에 해당하는지 여부는 승계참가인의 청구의 당부와 관련하여 판단할 사항이므로 심리결과 승계 사실이 인정되지 않으면 승계참가인의 청구를 기각하는 판결을 해야지 승계참가 신청을 각하하는 판결을 할 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

제3자가 소송목적인 권리를 승계했다고 주장하며 소송에 참가한 경우, 심리 결과 승계 사실이 인정되지 않으면 승계참가인의 청구를 기각해야 함을 밝힌 판결

316. 참가승계: 부적법한 참가신청과 소송탈퇴

(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다85789 판결)

〈쟁점〉

법원이 승계참가인의 참가신청과 피참가인의 소송탈퇴가 적법함을 전제로 승계참가인과 상대방 사이의 소송에 대해서만 판결을 했는데, 상소심에서 승계참가인의 참가신청이 부적법하다고 밝혀진 경우 상소심 법원이 탈퇴한 피참가인의 청구에 관하여 심리판단할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

소송계속 중에 승계참가인에게 소송목적인 권리나 의무를 양도한 피참가인은 상대방의 승낙을 받아 소송에서 탈퇴할 수 있고, 탈퇴한 당사자에 대해서도 판결의 효력이 미치는바(민사소송법 제80조), 이러한 소송의 탈퇴는 승계참가가 적법한 경우에만 허용되는 것이므로 승계참가가 부적법한 경우에는 피참가인의 소송탈퇴는 허용되지 않고 피참가인과 상대방 사이의 소송관계가 유효하게

존속한다. 따라서 승계참가인의 참가신청이 부적법함에도 불구하고 법원이 이를 간과하여 승계참가인의 참가신청과 피참가인의 소송탈퇴가 적법함을 전제로 승계참가인과 상대방 사이의 소송에 대해서만 판결을 했는데, 상소심에서 승계참가인의 참가신청이 부적법하다고 밝혀진 경우 피참가인과 상대방 사이의 소송은 여전히 탈퇴 당시의 심급에 계속되어 있으므로 상소심 법원은 탈퇴한 피참가인의 청구에 관하여 심리·판단할 수 없다.

〈판례선정이유〉

참가신청이 부적법한 경우 소송탈퇴는 허용되지 않으므로 탈퇴한 피참가인의 청구에 대해서는 상소심이 심리 판단할 수 없음을 분명히 한 판결

317. 참가승계: 소송탈퇴하지 않은 기존 당사자의 지위

(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

원고가 원고 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대해 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아 있는 경우, 원고와 원고 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되는지 여부

〈판결요지〉

승계참가에 관한 민사소송법 규정과 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와의 정합성, 원고 승계참가인과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성 등을 종합적으로 고려하면, 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 민사소송법 제81조에 따라 소송에 참가한 경우, 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아 있다면 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다.

〈판례선정이유〉

승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이의 소송관계를 통상 공동소송으로 보았던 종전 대법원 판례를 변경하여 필수적 공동소송 관계임을 밝힌 대법원 전원합의체 판결

318. 인수승계

(대법원 2005. 10. 27. 선고 2003다66691 판결)

〈쟁점〉

소송계속 중에 소송목적인 의무의 승계가 있다는 이유로 소송인수 신청이 있는 경우 피인수신청인이 그 승계인에 해당하는지 여부가 인수참가 신청의 적법 사유인지 여부

〈판결요지〉

소송계속 중에 소송목적인 의무의 승계가 있다는 이유로 하는 소송인수 신청이 있는 경우 신청의 이유로서 주장하는 사실관계 자체에서 그 승계적격의 흠결이 명백하지 않는 한 결정으로 그 신청을 인용해야 하는 것이고, 그 승계인에 해당하는가의 여부는 피인수신청인에 대한 청구의 당부와 관련하여 판단할 사항으로 심리한 결과 승계 사실이 인정되지 않으면 청구기각의 본안판결을 하면 되는 것이지 인수참가 신청 자체가 부적법하게 되는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

소송계속 중 소송인수 신청이 있는 경우 그 신청 상대방이 승계인인지 여부는 청구의 당부와 관련해서 판단할 사항이라는 점을 명백히 한 판결

제6편 상소심절차

제1장 총 설
제2장 항 소
제3장 상 고
제4장 항 고

제 6 편 상소심절차

제 1 장 총 설

319. 항소권 포기와 제1심판결 확정 시기

(대법원 2006. 5. 2.자 2005마933 결정)

〈쟁점〉

전부 패소한 당사자가 항소권을 포기한 경우, 상대방의 항소기간이 만료하지 않았더라도 제1심판결이 확정되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제395조 제1항은 "항소권의 포기는 항소를 하기 이전에는 제1심법원에, 항소를 한 뒤에는 소송기록이 있는 법원에 서면으로 하여야 한다"고 규정하고 있는바, 그 규정의 문언과 취지에 비추어 볼 때 항소를 한 뒤 소송기록이 제1심법원에 있는 동안 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 경우에는 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 즉시 항소권 포기의 효력이 발생한다고 봄이 상당하다.

[2] 상대방이 전부 승소하여 항소의 이익이 없는 경우에는 항소권을 가진 패소자만 항소포기를 하면 비록 상대방의 항소기간이 만료하지 않았더라도 제1심판결은 확정된다.

〈판례선정이유〉

항소권 포기의 효력발생시기와 아울러 전부 패소한 당사자가 항소권을 포기한 경우 상대방의 항소기간이 만료하지 않았더라도 제1심판결이 확정된다는 것을 명확하게 밝힌 결정

320. 불항소합의의 효력과 항소권 포기약정 해제의 효력

(대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2728 판결)

〈쟁점〉

불항소합의를 해제하여 소송계속을 부활시킬 수 있는지와 법원에 대한 항소 포기 전 그 약정의 해제가 효력이 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 구체적인 어느 특정 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 제1심판결 선고 전에 미리 항소하지 아니하기로 합의하였다면, 제1심판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로 그 판결선고 후에는 당

사자의 합의에 의하더라도 그 불항소합의를 해제하고 소송계속을 부활시킬 수 없다.

[2] 불항소의 합의는 심급제도의 이용을 배제하여 간이신속하게 분쟁을 해결하고자 하는 당사자의 의사를 존중하여 인정되는 제도이므로 당사자의 일방만이 항소를 하지 아니하기로 약정하는 합의는 공평에 어긋나 불항소 합의로서의 효력이 없다.

[3] 항소권의 포기는 불이익한 판결에 대하여 그 심사 변경을 구할 이익이 있는 항소권자가 법원에 대하여 서면으로 그 권리를 포기하는 의사를 표시하는 단독행위이므로 항소 포기의 의사를 표시하는 서면이 법원에 제출되기 전에 그 약정을 해제하기로 다시 합의하고 항소를 제기하였다면 그 합의 해제의 효력에 따라 위 항소는 적법하다 할 것이다.

〈판례선정이유〉

불항소합의는 그것으로 판결 확정을 초래하여 그 합의해제가 불가능하지만 항소권 포기는 법원에 대한 단독행위이므로 그에 관한 약정은 법원에 대한 항소 포기 의사표시 전에는 합의해제가 가능하다는 것을 명확하게 밝힌 판결

321. 불상소합의의 방식과 해석

(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52317,52324 판결)

〈쟁점〉

판결선고 전의 불상소합의는 반드시 서면에 의하여야 하는지 여부와 불상소합의의 존부에 관한 당사자의 의사해석 방법

〈판결요지〉

[1] 구체적인 사건의 소송 계속 중 그 소송당사자 쌍방이 판결선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하였다면 그 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로, 이러한 합의는 소송당사자에 대하여 상소권의 사전 포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것으로서 반드시 서면에 의하여야 할 것이며, 그 서면의 문언에 의하여 당사자 쌍방이 상소를 하지 아니한다는 취지가 명백하게 표현되어 있을 것을 요한다.

[2] 당사자 쌍방이 소송 계속 중 작성한 서면에 위와 같은 불상소합의가 포함되어 있는가 여부의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 그 서면에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우, 이러한 불상소합의와 같은 소송행위의 해석은 일반 실체법상의 법률행위와는 달리 내심의 의사가 아닌 철저한 표시주의와 외관주의에 따라 그 표시를 기준으로 하여야 하고, 표시된 내용과 저촉되거나 모순되어서는 아니 된다. 다만 당해 소송제도의 목적과 당사자의 권리구제의 필요성 등을 고려할 때 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요는 있다. 따라서 불상소의 합의처럼 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사해석에 있어서는, 표시된 문언의 내용이 불분명하여 당사자의 의사해석에 관한 주장이 대립할 소지가 있고 나아가 당사자의 의사를 참작한 객관적·합리적 의사해석과 외부로 표시된 행위에 의하여 추단되는 당사자의 의사조차도 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를

부정할 수밖에 없다.

〈판례선정이유〉

불상소합의는 중대한 소송법적 효과가 발생하므로 반드시 서면에 의하여야 하고 그 해석은 철저한 표시주의와 외관주의에 따라야 하며 불분명하면 합의의 존재를 부정하여야 한다는 것을 명확하게 밝힌 판결

322. 상소이익의 판단기준: 형식적 불복설 - 묵시적 일부청구의 전부 승소와 항소의 이익

(대법원 1997. 10. 24. 선고 96다12276 판결)

〈쟁점〉

[1] 승소판결에 대한 항소의 허용 여부 및 불이익한 재판인지 여부에 대한 판단 기준

[2] 가분채권의 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자가 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위하여 항소할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소 변경을 구하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소를 허용하지 아니하는 것이 원칙이고, 재판이 항소인에게 불이익한 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단한다.

[2] 가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에까지 미치는 것이어서 별소로써 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없으므로, 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다면 나머지 부분을 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 되고, 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다.

〈판례선정이유〉

상소이익의 판단기준에 관하여 재판의 주문을 표준으로 판단한다고 하여 형식적 불복설을 취하면서도 묵시적 일부청구의 경우에는 그 예외를 인정함을 명확하게 밝힌 판결

323. 불법행위로 인한 손해배상청구와 항소심에서의 청구취지 확장

(대법원 1994. 6. 28. 선고 94다3063 판결)

〈쟁점〉

재산상 손해에 관하여 전부 승소하고 위자료에 관하여 일부 패소한 원고가 항소한 뒤 항소심에서 재산상 손해 부분에 관하여 청구를 확장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소가 허용되지 않는 것이 원칙이나, 하나의 소송물에 관하여 형식상 전부 승소한 당사자의 상소이익의 부정은 절대적인 것이라고 할 수도 없는바, 원고가 재산상 손해(소극적 손해)에 대하여는 형식상 전부 승소하였으나 위자료에 대하여는 일부 패소하였고, 이에 대하여 원고가 원고 패소부분에 불복하는 형식으로 항소를 제기하여 사건 전부가 확정이 차단되고 소송물 전부가 항소심에 계속되게 된 경우에는, 더욱이 불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 아니한 것이므로 이를 실질적으로 파악하여, 항소심에서 위자료는 물론이고 재산상 손해(소극적 손해)에 관하여도 청구의 확장을 허용하는 것이 상당하다.

〈판례선정이유〉

판례가 불법행위로 인한 손해배상청구에 관하여 손해 3분설을 취하면서도 항소의 이익 판단에 있어서는 이를 실질적으로 파악하여 제1심에서 재산상 손해에 대하여 전부 승소하였음에도 항소심에서 청구취지 확장이 허용될 수 있음을 명확하게 밝힌 판결

324. 상계항변에 대한 판단과 상소의 이익

(대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338,46345 판결)

〈쟁점〉

소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결의 경우 피고에게 상소의 이익이 있는지 여부

〈판결요지〉

소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서, 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다. 따라서 원고의 소구채권 자체가 인정되지 않는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, '원고의 소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 판결'과 '소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결'은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하고, 후자의 판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다.

〈판례선정이유〉

상소이익의 판단기준에 관하여 형식적 불복설을 취하고 있는 판례의 기본 태도 하에서 소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결의 경우 기판력의 범위를 고려하여 피고에게 상소의 이익이 있음을 명확하게 밝힌 판결

325. 판결이유와 상소의 이익

(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결)

〈쟁점〉

원심이 채권자대위소송에서 피보전권리의 발생원인을 원고의 주장과 달리 판단한 경우와 소유권이전등기청구의 소에서 이전등기의 원인을 원고의 주장과 달리 판단한 경우 각 상소이익의 유무

〈판결요지〉

[1] 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로 승소판결에 대한 불복상소는 허용할 수 없고 재판이 상소인에게 불이익한 것인지의 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단하여야 하는 것이어서, 청구가 인용된 바 있다면 비록 그 판결이유에 불만이 있더라도 그에 대하여는 상소의 이익이 없다.

[2] 원고가 갑에 대하여 을을 대위하여 소유권이전등기의 말소청구를 하면서 대위소송의 피보전권리의 발생원인을 원고와 을 사이의 매매계약으로 주장하였으나 원심이 이를 양도담보약정으로 인정하여 원고 승소판결을 선고한 경우 위 청구에 관한 소송에 있어서 직접 심판대상이 되고 판결의 기판력이 미치는 것은 어디까지나 을의 갑에 대한 소유권이전등기말소등기청구권의 존부라 할 것이고, 이에 관한 원고의 청구가 인용되어 승소한 이상, 원심이 판결이유에서 을에 대한 원고의 피보전권리의 발생원인을 잘못 인정하였다 하더라도 그 사유만으로는 상소의 이익이 있다 할 수 없다고 한 사례

[3] 원고가 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한 데 대하여 원심이 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기를 명하였다면 판결 주문상으로는 원고가 전부 승소한 것으로 보이기는 하나, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구와 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구와는 청구원인사실이 달라 동일한 청구라 할 수 없음에 비추어, 원심은 원고가 주장하지도 아니한 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여 심판하였을 뿐, 정작 원고가 주장한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여는 심판을 한 것으로 볼 수 없어 결국 원고의 청구는 실질적으로 인용한 것이 아니어서 판결의 결과가 불이익하게 되었으므로 원심판결에 처분권주의를 위반한 위법이 있고 따라서 그에 대한 원고의 상소의 이익이 인정된다고 한 사례

〈판례선정이유〉

형식적 불복설의 입장에서 채권자대위소송에서 피보전권리의 발생원인에 관한 판단은 판결이유에 불과하여 이에 대해 불만이 있더라도 상소의 이익은 인정되지 않으나, 소유권이전등기청구의 소에서 이전등기의 원인에 관한 판단은 청구의 동일성에 관한 것이므로 이에 대해 불만이 있으면 상

소의 이익이 인정된다는 것을 명확하게 밝힌 판결

326. 항소나 부대항소를 하지 않은 피고의 제1심판결의 원고 승소 부분에 관한 상고 제기

(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다45037 판결)

〈쟁점〉

원고 일부 승소의 제1심판결에 대하여 원고만이 항소하고 피고는 항소나 부대항소를 하지 않았는데 항소심이 원고의 항소를 일부 인용하는 판결을 한 경우, 피고가 제1심판결의 원고 승소 부분에 관하여 상고를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

원고의 청구를 일부 받아들이는 제1심판결에 대하여 원고는 항소하였으나 피고는 항소나 부대항소를 하지 아니한 경우, 제1심판결의 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심은 되었으나 항소심의 심판범위에서는 제외되었다 할 것이다. 이러한 경우 항소심이 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결의 원고 패소 부분 중 일부를 취소하고 그 부분에 대한 원고의 청구를 받아들였다면, 이는 제1심에서의 원고 패소 부분에 한정된 것이며 제1심판결 중 원고 승소 부분에 대하여는 항소심이 판결을 한 바 없어 이 부분은 피고의 상고대상이 될 수 없다. 그러므로 원고 일부 승소의 제1심판결에 대하여 아무런 불복을 제기하지 않은 피고는 제1심판결에서 원고가 승소한 부분에 관하여는 상고를 제기할 수 없다.

〈판례선정이유〉

원고 일부 승소의 제1심판결에 대하여 아무런 불복을 제기하지 않은 피고는 제1심판결에서 원고가 승소한 부분에 관하여는 상고를 제기할 수 없다는 것을 명확하게 밝힌 판결

327. 제1심판결에 대한 일부 불복과 항소심심판의 대상, 제1심판결 중 불복하지 아니한 부분의 확정 시기

(대법원 2001. 4. 27. 선고 99다30312 판결)

〈쟁점〉

[1] 청구를 모두 기각한 제1심판결의 일부에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소하지 아니한 나머지 부분을 항소심에서 다시 인용할 수 있는지 여부

[2] 제1심판결 중 불복하지 아니한 부분의 확정시기

〈판결요지〉

[1] 청구를 모두 기각한 제1심판결에 대하여 원고가 그중 일부에 대하여만 항소를 제기한 경우,

항소되지 않았던 나머지 부분도 항소로 인하여 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나 원고가 그 변론종결 시까지 항소취지를 확장하지 아니하는 한 나머지 부분에 관하여는 원고가 불복한 바가 없어 항소심의 심판대상이 되지 아니하므로 항소심으로서는 원고의 청구 중 항소하지 아니한 부분을 다시 인용할 수는 없다.

[2] 원고가 청구를 전부 기각한 제1심판결의 일부에 관하여만 항소하였을 뿐 항소심 변론종결 시까지 항소취지를 확장한 바 없는 경우, 원고가 항소하지 아니한 나머지 부분에 관하여는 항소심 판결의 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료되었음을 선언한 사례

〈판례선정이유〉

청구를 모두 기각한 제1심판결의 일부에 대하여만 항소를 제기한 경우, 불이익변경금지의 원칙(민사소송법 제415조)에 입각하여 항소하지 아니한 나머지 부분은 항소심심판의 대상이 되지 않아 다시 인용할 수 없다는 것과 아울러 제1심판결 중 불복하지 아니한 부분은 항소심판결의 선고와 동시에 확정됨(선고시설)을 명확하게 밝힌 판결

제2장 항 소

328. 항소심의 구조: 속심제

(대법원 1996. 4. 9. 선고 95다14572 판결)

〈쟁점〉

항소심 법원이 항소이유나 항소심 심리에서 다시 지적되지 않은 제1심에서의 주장을 받아들일 수 있는지 여부

〈판결요지〉

항소심은 속심으로서 제1심에서의 당사자의 주장이 그대로 유지되므로, 항소심에서 항소이유로 특별히 지적하거나 그 후의 심리에서 다시 지적하지 않는다 하더라도 법원은 제1심에서의 주장을 받아들일 수 있음은 당연하고, 이를 들어 직접주의나 변론주의의 원칙에 어긋난다거나 불의타를 가한 것이라 할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

항소심은 속심으로서 제1심에서의 당사자의 주장이 그대로 유지되므로 법원은 항소심에서 지적되지 않은 제1심에서의 주장을 받아들일 수 있음을 명확하게 밝힌 판결

329. 항소기간 경과 후 항소취하와 제1심판결의 확정 시기

(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다233931 판결)

〈쟁점〉

항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우, 제1심판결이 확정되는 시기

〈판결요지〉

항소취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민사소송법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권 포기와 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정된다.

〈판례선정이유〉

항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정된다는 것을 명확하게 밝힌 판결

330. 일부 청구에 대한 불복신청 철회의 효과

(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결)

〈쟁점〉

병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회한 경우의 효과 및 항소 자체의 효력에 영향이 있는지 여부

〈판결요지〉

항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결 시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 자체의 효력에 아무런 영향이 없다.

〈판례선정이유〉

병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 일부 청구에 대한 불복신청을 철회한 경우 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 불과하여 항소 자체의 효력에 영향이 없다는 것을 명확하게 밝힌 판결

331. 부대항소와 환송 후 항소취하

(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다51543 판결)

〈쟁점〉

환송 후 항소심에서도 부대항소의 제기 여부와 관계없이 항소를 취하할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

항소는 항소심의 종국판결이 있기 전에 취하할 수 있는 것으로서(민사소송법 제393조 제1항), 일단 항소심의 종국판결이 있은 후라도 그 종국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에 환송된 경우에는 먼저 있은 종국판결은 그 효력을 잃고 그 종국판결이 없었던 것과 같은 상태로 돌아가게 되므로 새로운 종국판결이 있기까지는 항소인은 피항소인이 부대항소를 제기하였는지 여부에 관계없이 항소를 취하할 수 있고, 그 때문에 피항소인이 부대항소의 이익을 잃게 되어도 이는 그 이익이 본래 상대방의 항소에 의존한 은혜적인 것으로 주된 항소의 취하에 따라 소멸되는 것이어서 어쩔 수 없다 할 것이므로, 이미 부대항소가 제기되어 있다 하더라도 주된 항소의 취하는 그대로 유효하다.

〈판례선정이유〉

항소심의 종국판결이 상고심에서 파기 환송된 경우 항소인은 피항소인이 부대항소를 제기하였는지 여부와 관계없이 항소를 취하할 수 있다는 것을 명확하게 밝힌 판결

332. 항소심 이심의 범위와 심판의 대상

(대법원 1994. 12. 23. 선고 94다44644 판결)

〈쟁점〉

수개의 청구를 모두 기각한 제1심판결에 대하여 그중 일부의 청구에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소하지 아니한 나머지 부분을 항소심이 다시 인용할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 수개의 청구를 모두 기각한 제1심판결에 대하여 원고가 그중 일부의 청구에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않았던 나머지 부분도 항소로 인하여 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나 원고가 그 변론종결 시까지 항소취지를 확장하지 아니하는 한 나머지 부분에 관하여는 원고가 불복한 바가 없어 항소심의 심판대상이 되지 아니하므로 항소심으로서는 원고의 수개의 청구 중 항소하지 아니한 부분을 다시 인용할 수는 없다.

[2] 이전등기말소청구와 금원청구를 모두 기각한 제1심판결에 대하여 원고가 말소청구 부분에 관하여만 항소하였을 뿐 그 변론종결 시까지 항소취지를 확장한 바 없어 항소심의 심판범위는 말소청구 부분에 한하고 나머지 부분에 관하여는 환송 전 원심판결의 선고와 동시에 확정되어 소송

이 종료되었다 할 것임에도 환송 후 원심이 금원청구 부분까지 심리판단한 것은 잘못이라고 하여 원심판결 중 금원청구 부분을 파기하고 민사소송법 제437조 제1호에 의하여 대법원이 직접 그 부분에 관한 소송이 종료되었음을 선언한 사례

〈판례선정이유〉

수개의 청구를 모두 기각한 제1심판결에 대하여 원고가 그중 일부의 청구에 대하여만 항소를 제기한 경우, 상소불가분의 원칙에 의해 제1심판결 전체가 확정차단되나 항소심심판의 대상은 원고가 항소한 부분에 국한된다는 것을 명확하게 밝힌 판결

333. 이익변경금지의 원칙

(대법원 1980. 7. 8. 선고 80다1192 판결)

〈쟁점〉

항소심법원이 제1심판결에 대하여 항소하지 아니한 원고에 대하여 제1심판결보다 더 많은 위자료의 지급을 명할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

재산상 손해배상청구와 위자료청구는 소송물이 동일하지 아니한 별개의 청구이므로 원심이 1심판결에 대하여 항소하지 아니한 원고에 대하여 1심 판결보다 더 많은 위자료의 지급을 명하였음은 위법하다.

〈판례선정이유〉

제1심판결은 그 불복의 한도에서 바꿀 수 있다는 민사소송법 제415조에 기초하여 제1심판결에 대하여 항소하지 아니한 원고에 대하여 항소심법원이 제1심판결보다 더 많은 위자료의 지급을 명하는 것은 위법이라는 것을 명확하게 밝힌 판결

334. 불이익변경금지의 원칙

(대법원 1983. 12. 27. 선고 83다카1503 판결)

〈쟁점〉

항소심법원이 제1심판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

항소심은 당사자의 불복신청범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로 설사 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것

은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없다.

〈판례선정이유〉

제1심판결은 그 불복의 한도에서 바꿀 수 있다는 민사소송법 제415조에 기초하여 항소심법원이 제1심판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것이 허용되지 않는다는 것을 명확하게 밝힌 판결

335. 부대항소와 불이익변경금지의 원칙

(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다68914 판결)

〈쟁점〉

원고 전부승소 판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대해서만 항소하고 원고가 부대항소로서 청구취지를 확장 변경한 경우, 항소심이 제1심판결의 인용 금액을 초과하여 원고의 청구를 인용하는 것이 불이익변경금지의 원칙에 위배되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 부대항소란 피항소인의 항소권이 소멸하여 독립하여 항소를 할 수 없게 된 후에도 상대방이 제기한 항소의 존재를 전제로 이에 부대하여 원판결을 자기에게 유리하게 변경을 구하는 제도로서, 피항소인이 부대항소를 할 수 있는 범위는 항소인이 주된 항소에 의하여 불복을 제기한 범위에 의하여 제한을 받지 아니한다.

[2] 원고의 청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고, 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니하였다고 하더라도 제1심에서 전부 승소한 원고가 항소심 계속 중 부대항소로서 청구취지를 확장할 수 있는 것이므로, 항소심이 원고의 부대항소를 받아들여 제1심판결의 인용금액을 초과하여 원고 청구를 인용하였더라도 거기에 불이익변경금지의 원칙이나 항소심의 심판범위에 관한 법리오해의 위법이 없다.

〈판례선정이유〉

부대항소는 항소가 아님을 전제로 제1심판결에서 전부 승소한 원고가 항소심 계속 중 부대항소로서 청구취지를 확장한 경우, 항소심이 원고의 부대항소를 받아들여 제1심판결의 인용금액을 초과하여 원고 청구를 인용하더라도 불이익변경금지의 원칙에 위반되지 않음을 명확하게 밝힌 판결

336. 소 각하한 항소심판결과 불이익변경금지의 원칙

(대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401,17418 판결)

〈쟁점〉

항소심이 청구기각 판결을 하여야 할 사건에 대하여 소각하 판결을 하였으나 원고만이 불복하여

상고한 경우 상고심이 취할 조치

〈판결요지〉

항소심이 청구기각 판결을 하여야 할 사건에 대하여 소각하 판결을 하였으나 원고만이 상고한 경우 소를 각하한 항소심판결을 파기하여 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 할 수는 없으므로 항소심판결을 그대로 유지하지 않을 수 없다.

〈판례선정이유〉

항소심이 청구기각 판결을 하여야 할 사건에 대하여 소각하 판결을 하였으나 원고만이 불복하여 상고한 경우, 청구기각판결이 소각하 판결보다 불이익한 판결로 보아 상고기각판결을 하여야 함을 명확하게 밝힌 판결

337. 불이익변경금지의 원칙과 직권조사사항

(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다14817 판결)

〈쟁점〉

원고만이 수개의 청구 중 패소 부분 청구에 대하여 항소한 경우 항소심이 불복하지 않은 청구에 대한 확인의 이익의 유무를 조사하여 청구를 각하할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

원고의 수개의 청구 중 하나의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소를 제기하고 피고가 부대항소를 하지 아니하였다고 하더라도 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심되는 것이고, 제1심판결의 변경은 불복신청의 한도에서 할 수 있다는 민사소송법 제415조의 규정은 법원이 당사자의 신청과는 관계없이 직권으로 조사하여야 할 사항에는 그 적용이 없는 것이므로, 항소심이 원고들이 불복하지 않은 청구에 대하여도 확인의 이익 유무를 조사하여 원고들의 청구를 각하한 조치는 정당하고 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는다.

〈판례선정이유〉

불이익변경금지의 원칙을 규정한 민사소송법 제415조는 직권조사사항에는 그 적용이 없어 원고들이 불복하지 않은 청구에 대한 확인의 이익 유무를 조사하여 소를 각하할 수 있음을 명확하게 밝힌 판결

338. 항소심 법원의 필수적 환송

(대법원 2013. 8. 23. 선고 2013다28971 판결)

〈쟁점〉

항소법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

우리 민사소송법이 항소심의 구조에 관하여 기본적으로 사후심제가 아닌 속심제를 채택하고 있는 만큼 심급제도의 유지나 소송절차의 적법성 보장이라는 이념이 재판의 신속과 경제라는 민사소송제도의 또 다른 이념에 항상 우선한다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 현행 민사소송법은 소송의 지연을 방지하기 위하여 항소심이 재량에 의하여 임의로 사건을 제1심법원에 환송할 수 있는 임의적 환송에 관한 규정을 두지 않고, 나아가 민사소송법 제418조가 항소법원은 소가 부적법하다고 각하한 제1심판결을 취소하는 경우에만 사건을 제1심법원에 필요적으로 환송하도록 규정하면서 그 경우에도 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우 또는 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소법원은 스스로 본안판결을 할 수 있도록 규정함으로써, 재판의 신속과 경제를 위하여 심급제도의 유지와 소송절차의 적법성 보장이라는 이념을 제한할 수 있는 예외적인 경우를 인정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 항소법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

우리 민사소송법이 항소심의 구조에 관하여 기본적으로 사후심제가 아닌 속심제를 채택하고 있음을 전제로 항소심법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는 것은 아니라는 것을 명확하게 밝힌 판결

제3장 상 고

339. 법률심으로서 상고심에서의 주장과 증명 범위

(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004두10227 판결)

〈쟁점〉

확정판결의 존재가 직권조사사항인지 여부 및 당사자가 확정판결의 존재를 상고심에서 새로이 주장·증명할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

소송에서 다투어지고 있는 권리 또는 법률관계의 존부가 동일한 당사자 사이의 전소에서 이미 다투어져 이에 관한 확정판결이 있는 경우에 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고, 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없음은 물론, 위와 같은 확정판결의 존부는 직권조사사항이어서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하지 않으면 아니 되고, 당사자는 확정판결의 존재를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였다 하더라도 상고심에서 새로이 이를 주장, 증명할 수 있는 것이다.

〈판례선정이유〉

법률심으로서 상고심은 원칙적으로 법률적인 측면만 심사하지만 직권조사사항인 소송요건에 관하여서는 상고심에서도 당사자가 주장, 증명할 수 있음을 분명히 한 판결

340. 일반적 상고이유로서 사실문제와 법률문제의 구별

(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다69940 판결)

〈쟁점〉

의사표시와 관련하여 '사실인정'과 법률적 판단의 영역에 속하는 '의사표시 해석'의 구별

〈판결요지〉

[1] 의사표시와 관련하여, 당사자에 의하여 무엇이 표시되었는가 하는 점과 그것으로써 의도하려는 목적을 확정하는 것은 사실인정의 문제이고, 인정된 사실을 토대로 그것이 가지는 법률적 의미를 탐구 확정하는 것은 이른바 의사표시의 해석으로서, 이는 사실인정과는 구별되는 법률적 판단의 영역에 속하는 것이다. 그리고 어떤 목적을 위하여 한 당사자의 일련의 행위가 법률적으로 다듬어지지 아니한 탓으로 그것이 가지는 법률적 의미가 명확하지 아니한 경우에는 그것을 법률적인 관점에서 음미, 평가하여 그 법률적 의미가 무엇인가를 밝히는 것 역시 의사표시의 해석에 속한다.

[2] 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이지만, 위와 같은 경우에 있어서도 당사자들의 일련의 행위가 가지는 법률적 의미가 분명하지 아니하다면 채권자와 근저당권자 사이에 형성된 법률관계의 실체를 밝히는 것은 단순한 사실인정의 문제가 아니라 의사표시 해석의 영역에 속하는 것일 수밖에 없고, 따라서 그 행위가 가지는 법률적 의미는 채권자와 근저당권자의 관계, 근저당권설정의 동기 및 경위, 당사자들의 진정한 의사와 목적 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.

[3] 갑이 을로부터 토지를 매수하여 매매대금 중 일부를 지급하였고, 그 후 을이 병에 대한 차용금채무를 담보하기 위하여 갑에 대한 매매잔대금채권을 병에게 양도하였는데, 병이 양수한 위 매매잔대금채권의 지급을 담보하기 위하여 갑이 병에게 근저당권설정등기를 마쳐주었다고 사실인정을 한 원심에 대하여, 위와 같은 채권양도의 의사표시가 있었음을 인정할 만한 직접적인 증거가 없을 뿐만 아니라 그에 대한 병의 주장에 일관성이 없어, 채권자인 을과 근저당권자인 병 사이에 어떠한 법률관계가 형성되었는지를 판단하는 것은 단순한 사실인정의 문제가 아니라 의사표시 해석의 영역에 속하는 것으로 보아야 하는데, 그 법률관계의 실체는 채권자인 을과 근저당권자인 병의 관계, 위 근저당권설정의 동기 및 경위 등에 비추어, 병이 을로부터 채권을 양도받은 것이 아니라 위 근저당권의 피담보채권을 원래의 채권자인 을뿐만 아니라 근저당권자인 병에게도 귀속시키기로 합의함으로써 병과 을이 불가분적 채권관계를 형성한 것이라고 볼 여지가 충분함에도, 을이 병에게 매매잔대금채권을 양도하였다는 사실인정을 한 다음 갑이 을에 대하여 한 변제는 채권양수인인 병

에게 그 효과가 미치지 않는다는 취지로 판단한 원심판결을 파기한 사례

〈판례선정이유〉

법률행위와 관련하여 의사표시의 존부 및 인정 여부는 사실문제이나 그에 기한 의사표시 해석과 법률효과는 법률문제로 상고이유가 될 수 있음을 밝힌 판결

341. 절대적 상고이유 중 이유기재의 누락

(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다38624 판결)

〈쟁점〉

판결에 이유의 기재가 누락되거나 불명확한 경우, 절대적 상고이유가 되는지 여부 및 판결의 이유불비에 관하여 법원이 직권으로 조사할 수 있는 경우

〈판결요지〉

[1] 판결에 이유를 기재하도록 하는 법률의 취지는 법원이 증거에 의하여 인정한 구체적 사실에 법규를 적용하여 결론을 도출하는 방식으로 이루어진 판단과정이 불합리하거나 주관적이 아니라는 것을 보장하기 위하여 그 재판과정에서 이루어진 사실인정과 법규의 선정, 적용 및 추론의 합리성과 객관성을 검증하려고 하는 것이므로, 판결의 이유는 그와 같은 과정이 합리적·객관적이라는 것을 밝힐 수 있도록 그 결론에 이르게 된 과정에 필요한 판단을 빠짐없이 기재하여야 하고, 그와 같은 기재가 누락되거나 불명확한 경우에는 민사소송법 제424조 제1항 제6호의 절대적 상고이유가 된다.

[2] 판결에 이유를 밝히지 아니한 위법이 이유의 일부를 빠뜨리거나 이유의 어느 부분을 명확하게 하지 아니한 정도가 아니라 판결에 이유를 전혀 기재하지 아니한 것과 같은 정도가 되어 당사자가 상고이유로 내세우는 법령 위반 등의 주장의 당부를 판단할 수도 없게 되었다면 그와 같은 사유는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단할 수 있다.

〈판례선정이유〉

판결 이유기재의 누락과 불명확이 절대적 상고이유가 된다는 점, 그리고 판결의 이유기재가 전혀 없어 당사자가 내세우는 상고이유의 당부를 상고심법원이 판단할 수 없을 정도인 때에는 법원의 직권조사가 가능함을 밝힌 판결

342. 재심사유와 상고이유의 관계

(대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결)

〈쟁점〉

민사소송법 제451조 제1항 각호 소정의 재심사유를 상고이유로 삼을 수 있는지 여부와 그 범위

〈판결요지〉

[1] 기판력이라 함은 기판력 있는 전소판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않는 것임은 물론, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는 것이다.

[2] 갑이 을을 대위하여 병을 상대로 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 소송을 제기하였다가 을을 대위할 피보전채권의 부존재를 이유로 소각하 판결을 선고받고 확정된 후 병이 제기한 토지인도 소송에서 갑이 다시 위와 같은 권리가 있음을 항변사유로서 주장하는 것은 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 한 사례

[3] 민사소송법 제451조 제1항 각호 소정의 재심사유를 상고이유로 삼을 수 있다고 할 것이나, 그 재심사유는 당해 사건에 대한 것이어야 하고, 당해 사건과 관련한 다른 사건에 재심사유가 존재한다는 점을 들어 당해 사건의 상고이유로 삼을 수는 없다 할 것이며, 확정판결의 기판력은 그 변론종결 후에 새로 발생한 사유가 있을 경우에는 효력이 차단되는 것이지만, 여기서 말하는 변론종결 후에 발생한 새로운 사유란 법률관계 사실 자체를 말하는 것이지 기존의 법률관계에 대한 새로운 증거자료를 의미하는 것이 아니다.

〈판례선정이유〉

재심사유를 상고이유로 삼을 수 있지만 당해 사건에 대한 것으로 한정됨을 분명히 한 판결

343. 상고이유서 제출기간 도과와 재심사유 여부

(대법원 1998. 12. 11. 선고 97재다445 판결)

〈쟁점〉

우체국 집배원의 배달 착오로 소송기록접수통지서를 송달받지 못하여 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 못함으로써 상고가 기각된 경우, 재심사유에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

우체국 집배원의 배달 착오로 상고인인 원고(재심원고)가 소송기록접수통지서를 송달받지 못하여 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 않았다는 이유로 민사소송법 제428조, 상고심절차에관한특례법 제5조에 의하여 원고의 상고가 기각된 경우, 원고는 적법하게 소송에 관여할 수 있는 기회를 부여받지 못하였으므로, 이는 민사소송법 제451조 제1항 제3호에 규정된 '법정대리권, 소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 함에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때'에 준하여 재심사유에 해당한다고 봄이 상당하다.

〈판례선정이유〉

적법하게 소송에 관여할 기회를 부여받지 못한 경우에는 대리권 흠결에 준하여 재심사유가 인정됨을 밝힌 판결

344. 상고심의 심리범위

(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다31706 판결)

〈쟁점〉

원고의 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하여 상고심에서 피고 패소부분을 파기환송한 경우, 환송 전 원심판결 중 원고 패소부분에 대하여 환송 후 원심이 심리할 수 있는지 여부 및 원고가 환송 후 원심에서 소를 교환적으로 변경한 경우 항소심의 심판대상

〈판결요지〉

[1] 원고의 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하고 상고심은 이 상고를 받아들여 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기환송하였다면 피고 패소 부분만이 상고되었으므로 위의 상고심에서의 심리대상은 이 부분에 국한되었으며, 환송되는 사건의 범위, 다시 말하자면 환송 후 원심의 심판범위도 환송 전 원심에서 피고가 패소한 부분에 한정되는 것이 원칙이고, 환송 전 원심판결 중 원고 패소 부분은 확정되었다 할 것이므로 환송 후 원심으로서는 이에 대하여 심리할 수 없다. 그러나 환송 후 원심의 소송절차는 환송 전 항소심의 속행이므로 당사자는 원칙적으로 새로운 사실과 증거를 제출할 수 있음은 물론, 소의 변경, 부대항소의 제기뿐만 아니라 청구의 확장 등 그 심급에서 허용되는 모든 소송행위를 할 수 있고, 이때 소를 교환적으로 변경하면, 제1심판결은 소취하로 실효되고 항소심의 심판대상은 교환된 청구에 대한 새로운 소송으로 바뀌어 항소심은 사실상 제1심으로 재판하는 것이 된다.

[2] 환송 전 원심이 원고의 예비적 청구인 부당이득반환청구를 일부 인용하였고 피고만이 상고하여 환송판결이 피고 패소부분을 파기환송하였는데, 원고가 원심에서 예비적 청구의 청구원인과 청구금액을 같이하는 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경한 사안에서, 환송 전 원심판결의 예비적 청구 중 일부 인용한 금액을 초과하는 부분은 원고 패소로 확정되었지만, 원심에서 교환적으로 변경된 예비적 청구는 전체가 원심의 심판대상이 되는데, 환송 전 원심판결의 예비적 청구 중 일부 인용한 금액을 초과하는 부분은 원고 패소로 확정되었으므로 이와 실질적으로 동일한 소송물인 파산채권확정청구에 대하여도 다른 판단을 할 수 없다는 이유로, 이와 달리 보아 교환적으로 변경된 예비적 청구 중 환송 전 원심판결에서 인용한 금액을 초과하는 부분을 인용한 원심판결을 파기하고 자판한 사례

〈판례선정이유〉

파기환송심에서 상고가 제기되지 않은 원고 패소 부분은 이미 확정되어 환송 후 원심은 이를 심리할 수 없으나, 원고가 소를 교환적으로 변경할 경우에는 제1심판결은 소취하로 실효되고 환송심의 심판대상은 교환된 청구에 대한 새로운 소송으로 바뀜을 인정한 판결

345. 환송 후 소송절차

(대법원 2014. 6. 12. 선고 2014다11376,11383 판결)

〈쟁점〉

[1] 원고의 본소 청구 및 피고의 반소 청구가 각 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하고 상고심에서 본소 및 반소에 관한 각 피고패소 부분을 파기환송한 경우, 환송 전 원심판결 중 본소에 관한 원고패소 부분과 반소에 관한 피고승소 부분에 대하여 환송 후 원심이 심리할 수 있는지 여부

[2] 환송 후 원심에서 당사자의 소송행위로 인해 환송 전 판결보다 상고인에게 불리한 결과가 생길 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 원고의 본소 청구 및 피고의 반소 청구가 각 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하고 상고심은 이 상고를 받아들여 원심판결 중 본소 및 반소에 관한 각 피고패소 부분을 파기환송했다면 피고패소 부분만이 각 상고되었으므로 위 상고심에서의 심리대상은 이 부분에 국한되었고, 환송되는 사건의 범위, 다시 말하자면 환송 후 원심의 심판 범위도 환송 전 원심에서 피고가 각 패소한 부분에 한정되는 것이 원칙이고, 환송 전 원심판결 중 본소에 관한 원고패소 부분과 반소에 관한 피고승소 부분은 각 확정되었다고 할 것이므로 환송 후 원심으로서는 이에 대하여 심리할 수 없다.

[2] 그러나 환송 후 원심의 소송절차는 환송 전 항소심의 속행이므로 당사자는 원칙적으로 새로운 사실과 증거를 제출할 수 있음은 물론 소의 변경, 부대항소의 제기뿐만 아니라 청구의 확장 등 그 심급에서 허용되는 모든 소송행위를 할 수 있고, 이러한 이유로 환송 전의 판결보다 상고인에게 불리한 결과가 생기는 것은 불가피하다.

〈판례선정이유〉

본소 청구와 반소 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대해 피고만 상고하고 상고심에서 본소와 반소에 관한 피고 패소 부분을 파기 환송한 경우, 환송받은 법원의 심판 범위와 그 소송절차에서 할 수 있는 소송행위의 범위를 명확히 한 판결

346. 환송판결의 기속력: 적용대상

(대법원 2001. 3. 15. 선고 98두15597 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

환송판결의 기속력이 재상고심의 전원합의체에도 미치는지 여부

〈판결요지〉

상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여, 환송 후의 심리과정에서 새로운 주장이나 증명이 제출되어 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하는 한 이에 기속을 받는다고 할 것이다. 따라서 환송 후 원심판결이 환송 전후를 통하여 사실관계에 아무런 변동이 없음에도 불구하고 환송판결이 파기이유로 한 법률상의 판단에 반하는 판단을 한 것은 일응 환송판결의 기속력에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다. 그런데 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제436조 제2항이, 사건을 환송받은 법원은 상고법원이 파기이유로 한 법률상의 판단 등에 기속을 받는다고 규정하고 있는 취지는, 사건을 환송받은 법원이 자신의 견해가 상고법원의 그것과 다르다는 이유로 이에 따르지 아니하고 다른 견해를 취하는 것을 허용한다면 법령의 해석적용의 통일이라는 상고법원의 임무가 유명무실하게 되고, 사건이 하급심법원과 상고법원 사이를 여러 차례 왕복할 수밖에 없게 되어 분쟁의 종국적 해결이 지연되거나 불가능하게 되며, 나아가 심급제도 자체가 무의미하게 되는 결과를 초래하게 될 것이므로, 이를 방지함으로써 법령의 해석적용의 통일을 기하고 심급제도를 유지하며 당사자의 법률관계의 안정과 소송경제를 도모하고자 하는 데 있다고 할 수 있다. 따라서 위와 같은 환송판결의 하급심법원에 대한 기속력을 절차적으로 담보하고 그 취지를 관철하기 위하여서는 원칙적으로 하급심법원뿐만 아니라 상고법원 자신도 동일 사건의 재상고심에서 환송판결의 법률상 판단에 기속된다고 할 것이다. 그러나 한편, 대법원은 법령의 정당한 해석적용과 그 통일을 주된 임무로 하는 최고법원이고, 대법원의 전원합의체는 종전에 대법원에서 판시한 법령의 해석적용에 관한 의견을 스스로 변경할 수 있는 것인바(법원조직법 제7조 제1항 제3호), 환송판결이 파기이유로 한 법률상 판단도 여기에서 말하는 '대법원에서 판시한 법령의 해석적용에 관한 의견'에 포함되는 것이므로 대법원의 전원합의체가 종전의 환송판결의 법률상 판단을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우에는, 그에 기속되지 아니하고 통상적인 법령의 해석적용에 관한 의견의 변경절차에 따라 이를 변경할 수 있다고 보아야 할 것이다. 환송판결이 한 법률상의 판단을 변경할 필요가 있음에도 불구하고 대법원의 전원합의체까지 이에 기속되어야 한다면, 그것은 전원합의체의 권능 행사를 통하여 법령의 올바른 해석적용과 그 통일을 기하고 무엇이 정당한 법인가를 선언함으로써 사법적 정의를 실현하여야 할 임무가 있는 대법원이 자신의 책무를 스스로 포기하는 셈이 될 것이고, 그로 인하여 하급심법원을 비롯한 사법 전체가 심각한 혼란과 불안정에 빠질 수도 있을 것이며 소송경제에도 반하게 될 것임이 분명하다. 그리고 이와 같은 환송판결의 자기기속력의 부정은 법령의 해석적용에 관한 의견변경의 권능을 가진 대법원의 전원합의체에게만 그 권한이 주어지는 것이므로 그로 인하여 사건이 대법원과 원심법원을 여러 차례 왕복함으로써 사건의 종국적 해결이 지연될 위험도 없다고 할 것이다.

〈판례선정이유〉

환송판결에는 원칙적으로 기속력이 인정되지만 재상고심의 전원합의체 판결은 그 적용대상이 아님을 분명히 한 대법원 전원합의체 판결

347. 환송판결의 기속력: 적용범위

(대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다87757 판결)

〈쟁점〉

상고법원에서 사건을 환송받은 법원이 변론을 거쳐 새로운 증거나 보강된 증거에 의하여 새로운 사실인정을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민사소송법 규정에 의한 파기환송판결의 기속력이라 함은 사건을 환송받은 법원은 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속된다는 것으로서, 여기에서'파기이유로 삼은 사실상의 판단'이란 상고법원이 절차상의 직권조사사항에 관하여 한 사실상의 판단을 말하고 본안에 관한 사실판단을 말하는 것이 아니며, 환송을 받은 법원은 변론을 거쳐 새로운 증거나 보강된 증거에 의하여 본안의 쟁점에 관하여 새로운 사실인정을 할 수 있는 것이므로, 그 심리과정에서 당사자의 주장·증명이 새로이 제출되거나 또는 보강되어 상고법원의 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생긴 때에는 환송판결의 기속력은 미치지 않는다.

〈판례선정이유〉

상고법원이 파기사유로 삼지 아니한, 본안에 관한 사실판단에는 환송판결의 기속력이 미치지 아니하여 환송을 받은 법원은 독자적인 변론절차를 거쳐 새로운 사실을 인정할 수 있음을 밝힌 판결

348. 환송판결의 기속력: 상고법원이 파기이유로 한 법률상 판단

(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다106136 판결)

〈쟁점〉

기속력의 내용 중 법률상 판단범위에 사실에 대한 평가적 판단이 포함되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제436조 제2항에 의하여 환송받은 법원이 기속되는'상고법원이 파기이유로 한 법률상 판단'에는 상고법원이 명시적으로 설시한 법률상 판단뿐 아니라 명시적으로 설시하지 아니하였더라도 파기이유로 한 부분과 논리적·필연적 관계가 있어서 상고법원이 파기이유의 전제로서 당연히 판단하였다고 볼 수 있는 법률상 판단도 포함되는 것으로 보아야 한다.

[2] 환송 전 원심이 갑이 을 등에게 부동산을 명의신탁하였고, 그 후 병이 위 부동산을 증여받았음을 원인으로 하여 구 임야소유권 이전등기에 관한 특별조치법(이하'구 특조법')에 따라 소유권이전등기를 마친 사실 등을 인정한 다음, 위 증여에 대하여는 구 특조법이 적용되지 않음을 전제로 병 명의 등기의 추정력이 깨어졌으므로 갑은 을 등에 대한 명의신탁을 해지하고 을 등 또는 상속인을 대위하여 위 부동산에 경료된 등기의 말소를 청구할 수 있다는 취지로 판단하였고, 이에 대하여 환송판결이 병이 등기원인으로 내세웠던 사실에 대하여도 구 특조법이 적용된다는 이유로 환송 전 원심판결을 파기환송하였는데, 환송 후 원심이 갑이 부동산을 을 등에게 명의신탁하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 갑의 소를 각하한 사안에서, 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항

이므로, 환송판결이 구 특조법에 의하여 경료된 등기의 추정력이 번복되는 경우인지에 관해서만 판단하였더라도, 그 판단은 갑이 을 등 또는 상속인에 대하여 명의신탁 해지에 따른 이전등기청구권을 가지고 이를 피보전채권으로 하여 을 등 또는 상속인을 대위할 수 있어 소송요건을 구비하였다는 판단을 당연한 논리적 전제로 하고 있으므로, 환송판결의 기속력은 갑의 청구가 소송요건을 구비한 적법한 것이라는 판단에 대하여도 미침에도, 환송 후 원심이 갑의 청구가 소송요건을 구비하지 못한 부적법한 소라고 본 것은 환송판결의 기속력에 반하여 위법하다고 한 사례

〈판례선정이유〉

상고심의 파기환송 또는 이송을 받은 법원은 새로 제출된 공격방어방법을 기초로 상고법원의 판단과 다른 사실판단을 하는 경우 외에는 당해 사건에 적용할 법률의 해석적용에 관한 판단이나 구체적 사실에 대한 법률적 평가판단에 기속되어 상고법원의 판단에 반할 수 없음을 분명히 한 판결

제4장 항 고

349. 재항고의 의미

(대법원 2004. 4. 28.자 2004스19 결정)

〈쟁점〉

항소법원의 결정에 대하여 다투는 방법으로서의 재항고

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제442조는 "항고법원·고등법원 또는 항소법원의 결정 및 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 재항고할 수 있다"고 규정하고 있으므로, 항소법원의 결정에 대하여는 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야만 한다.

[2] 항소법원인 지방법원 합의부의 법원사무관 등이 한 처분에 대한 이의신청을 기각한 법원의 결정에 대하여 제기된 항고는 재항고로 보아야 함에도 불구하고 기록이 대법원이 아닌 고등법원에 송부되자 고등법원이 이를 항고사건으로 심리하여 기각한 경우, 위 결정은 권한 없는 법원이 한 것에 귀착되므로 취소되어야 한다고 한 사례

〈판례선정이유〉

항소법원의 결정에 대한 다툼은 대법원에 재항고하는 방법으로 해야 함을 명확히 한 결정

350. 즉시항고와 재항고의 관계

(대법원 2007. 7. 2.자 2006마409 결정)

〈쟁점〉

기피신청의 각하 또는 기각 결정에 대한 즉시항고를 항고심이 각하 또는 기각한 경우, 그에 대한 재항고의 법적 성격과 판단 기준

〈판결요지〉

기피신청에 관한 각하 또는 기각 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있고(민사소송법 제47조 제2항), 재항고도 항고와 마찬가지로 통상항고와 즉시항고로 나누어지나 그 구분은 원래의 항고 자체가 통상항고인가 즉시항고인가에 의하는 것이 아니라 재항고의 대상이 되는 재판의 내용에 따르게 되므로 위와 같은 즉시항고를 항고심이 각하, 기각하였으면 그에 대한 재항고는 즉시항고로서의 성격을 가진다.

〈판례선정이유〉

재항고의 성격은 원래 항고가 아니라 재항고의 대상이 되는 재판의 내용에 따른다는 점을 분명히 한 결정

351. 재항고장의 원심법원 제출주의

(대법원 1984. 4. 28.자 84마251 결정)

〈쟁점〉

재항고장을 다른 법원에 제출하여 원심법원에 송부하는 동안 재항고 기간이 도과된 경우에 재항고의 적부

〈판결요지〉

재항고 제기기간의 준수여부는 재항고장이 원심법원에 접수된 때를 기준으로 판단하여야 할 것인바, 재항고인이 1984. 3. 30 원심결정정본을 송달받고 대법원 귀중이라고 표시한 재항고장을 우편으로 제출하여 1984. 4. 6. 서울지방법원 종합접수실에 접수되었는데 동 법원에서는 이를 원심법원인 인천지방법원에 송부하여 1984. 4. 13.자로 위 법원에 접수되었다면 본건 재항고장은 재항고기간이 경과한 후에 원심법원에 접수된 것으로 부적법하다.

〈판례선정이유〉

재항고에는 상고규정이 준용되므로 재항고장은 원심법원에 제출하여야 하며, 재항고기간의 준수여부는 원심법원에 항고장이 접수된 때를 기준으로 함을 분명히 밝힌 결정

352. 특별항고사유

(대법원 2008. 1. 24.자 2007그18 결정)

〈쟁점〉

재판에 영향을 미친 법률위반이 있다고 주장하여 특별항고를 할 수 있는지 여부 및 특별항고사건에서 대법원의 심판범위

〈판결요지〉

민사소송법 제449조 제1항에 의하면 재판절차에서 헌법 제27조에 규정된 공정한 재판을 받을 권리를 침해받은 당사자는 특별항고를 제기할 수 있지만, 단순히 재판에 영향을 미친 법률위반이 있다고 주장하는 것은 적법한 특별항고이유에 해당하지 않는다. 그리고 관할 등과 같은 소송요건의 적법 여부를 다투는 특별항고사건에서도 대법원은 원심법원의 결정이나 명령에 재판에 영향을 미친 헌법위반을 비롯한 특별항고사유가 있는지 여부에 한정하여 심사해야 하고, 단순한 법률위반이 있다는 이유만으로 원심결정 등을 파기할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

특별항고사유는 예외적인 사유로서 단순히 재판에 영향을 미친 법률위반 주장은 특별항고사유에 해당하지 않으므로 대법원은 법률위반만으로 원결정을 파기할 수 없음을 밝힌 결정

353. 특별항고에서 '재도(再度)의 고안(考案)'

(대법원 2001. 2. 28.자 2001그4 결정)

〈쟁점〉

특별항고가 제기된 경우에도 원심법원이 재도의 고안에 따라 경정결정을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

일반적으로 원심법원이 항고를 이유 있다고 인정하는 때에는 그 재판을 경정할 수 있으나 통상의 절차에 의하여 불복을 신청할 수 없는 결정이나 명령에 대하여 특별히 대법원에 위헌이나 위법의 심사권을 부여하고 있는 특별항고의 경우에 원심법원에 반성의 기회를 부여하는 재도의 고안을 허용하는 것은 특별항고를 인정한 취지에 맞지 않으므로 특별항고가 있는 경우 원심법원은 경정결정을 할 수 없고 기록을 그대로 대법원에 송부하여야 한다.

〈판례선정이유〉

예외적 제도인 특별항고에는 재도의 고안이 허용되지 않음을 명확히 한 결정

제7편 재심절차

제 7 편 재심절차

354. 재심당사자

(대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다75239 판결)

〈쟁점〉

채권자에게 채권자대위권에 기한 재심소송을 제기할 재심당사자적격이 있는지 여부

〈판결요지〉

채권을 보전하기 위하여 대위행사가 필요한 경우는 실체법상 권리뿐만 아니라 소송법상 권리에 대하여서도 대위가 허용되나, 채무자와 제3채무자 사이의 소송이 계속된 이후의 소송수행과 관련한 개개의 소송상 행위는 그 권리의 행사를 소송당사자인 채무자의 의사에 맡기는 것이 타당하므로 채권자대위가 허용될 수 없다. 같은 취지에서 볼 때 상소의 제기와 마찬가지로 종전 재심대상 판결에 대하여 불복하여 종전 소송절차의 재개, 속행 및 재심판을 구하는 재심의 소 제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.

〈판례선정이유〉

재심의 소 제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없으므로, 채권자는 채권자대위권에 기한 재심소송을 제기할 재심당사자적격이 없음을 명확히 밝힌 판결

355. 재심의 대상 적격: 확정된 재심판결

(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다17124 판결)

〈쟁점〉

[1] 확정된 재심판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있는지 여부

[2] 원래의 확정판결을 취소한 재심판결에 대한 재심의 소에서 원래의 확정판결에 대하여 재심사유를 인정한 종전 재심법원의 판단에 재심사유가 있어 종전 재심청구에 관하여 다시 심리한 결과 원래의 확정판결에 재심사유가 인정되지 않을 경우, 법원이 취할 조치 및 그 경우 재심사유가 없는 원래의 확정판결 사건의 본안에 관하여 다시 심리와 재판을 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제451조 제1항은 '확정된 종국판결'에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는데, 재심의 소에서 확정된 종국판결도 위 조항에서 말하는 '확정된 종국판결'에 해당하므로 확정된 재심판결에 위 조항에서 정한 재심사유가 있을 때에는 확정된 재심판결에 대하여 재

심의 소를 제기할 수 있다.

[2] 민사소송법 제454조 제1항은 “재심의 소가 적법한지 여부와 재심사유가 있는지 여부에 관한 심리 및 재판을 본안에 관한 심리 및 재판과 분리하여 먼저 시행할 수 있다”고 규정하고, 민사소송법 제459조 제1항은 “본안의 변론과 재판은 재심청구이유의 범위 안에서 하여야 한다”고 규정하고 있는데, 확정된 재심판결에 대한 재심의 소에서 재심판결에 재심사유가 있다고 인정하여 본안에 관하여 심리한다는 것은 재심판결 이전의 상태로 돌아가 전 소송인 종전 재심청구에 관한 변론을 재개하여 속행하는 것을 말한다. 따라서 원래의 확정판결을 취소한 재심판결에 대한 재심의 소에서 원래의 확정판결에 대하여 재심사유를 인정한 종전 재심법원의 판단에 재심사유가 있어 종전 재심청구에 관하여 다시 심리한 결과 원래의 확정판결에 재심사유가 인정되지 않을 경우에는 재심판결을 취소하고 종전 재심청구를 기각하여야 하며, 그 경우 재심사유가 없는 원래의 확정판결 사건의 본안에 관하여 다시 심리와 재판을 할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

확정된 재심판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있으며, 재심판결에 대한 재심의 소에서 원래의 확정판결에 재심사유가 인정되지 않을 경우 법원이 취할 조치(재심판결을 취소하고 종전 재심청구를 기각) 및 그 경우 재심사유가 없는 원래의 확정판결 사건의 본안에 관하여 다시 심리와 재판을 할 수 없다는 점을 명확히 밝힌 판결

356. 재심의 대상 적격: 대법원의 환송판결

(대법원 1995. 2. 14. 선고 93재다27,34 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 대법원의 환송판결이 종국판결인지 여부

[2] 대법원의 환송판결이 재심대상을 규정한 민사소송법 제451조 제1항 소정의 "확정된 종국판결"인지 여부

〈판결요지〉

[1] 원래 종국판결이라 함은 소 또는 상소에 의하여 계속 중인 사건의 전부 또는 일부에 대하여 심판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결이라고 이해하여야 할 것이다.

[2] 대법원의 환송판결도 당해 사건에 대하여 재판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결인 점에서 당연히 제2심의 환송판결과 같이 종국판결로 보아야 할 것이다. 따라서 위의 견해와는 달리 대법원의 환송판결을 중간판결이라고 판시한 종전의 대법원판결은 이를 변경하기로 하는바, 이 점에 관하여는 관여 대법관 전원의 의견이 일치되었다.

[다수의견]

재심제도의 본래의 목적에 비추어 볼 때 재심의 대상이 되는 "확정된 종국판결"이란 당해 사건에 대한 소송절차를 최종적으로 종결시켜 그것에 하자가 있다고 하더라도 다시 통상의 절차로는 더 이상 다툴 수 없는 기판력이나 형성력, 집행력을 갖는 판결을 뜻하는 것이라고 이해하여야 할 것이다. 대법원의 환송판결은 형식적으로 보면 "확정된 종국판결"에 해당하지만, 여기서 종국판결이라

고 하는 의미는 당해 심급의 심리를 완결하여 사건을 당해 심급에서 이탈시킨다는 것을 의미하는 것일 뿐이고 실제로는 환송받은 하급심에서 다시 심리를 계속하게 되므로 소송절차를 최종적으로 종료시키는 판결은 아니며, 또한 환송판결도 동일절차 내에서는 철회, 취소될 수 없다는 의미에서 기속력이 인정됨은 물론 법원조직법 제8조, 민사소송법 제436조 제2항 후문의 규정에 의하여 하급심에 대한 특수한 기속력은 인정되지만 소송물에 관하여 직접적으로 재판하지 아니하고 원심의 재판을 파기하여 다시 심리판단하여 보라는 종국적 판단을 유보한 재판의 성질상 직접적으로 기판력이나 실체법상 형성력, 집행력이 생기지 아니한다고 하겠으므로 이는 중간판결의 특성을 갖는 판결로서 "실질적으로 확정된 종국판결"이라 할 수 없다. 종국판결은 당해 심급의 심리를 완결하여 심급을 이탈시킨다는 측면에서 상소의 대상이 되는 판결인지 여부를 결정하는 기준이 됨은 분명하지만 종국판결에 해당하는 모든 판결이 바로 재심의 대상이 된다고 이해할 아무런 이유가 없다. 통상의 불복방법인 상소제도와 비상의 불복방법인 재심제도의 본래의 목적상의 차이에 비추어 보더라도 당연하다. 따라서 환송판결은 재심의 대상을 규정한 민사소송법 제451조 제1항 소정의 "확정된 종국판결"에는 해당하지 아니하는 것으로 보아야 할 것이어서, 환송판결을 대상으로 하여 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하므로 이를 각하하여야 한다.

[별개의견]

대법원의 소부에서 종전의 대법원의 법령해석과 배치되는 재판을 하였다 하여 그것이 법원조직법 제7조 제1항 제3호 소정의 "종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정한 경우"에 해당한다고 볼 수 없고, 나아가 그것이 민사소송법 제451조 제1항 제1호 소정의 "법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때"에 해당한다고 보아서도 아니 된다. 그렇다면 재심대상판결의 판시가 종전의 대법원판례와 상반되어 실질적으로 판례를 변경하는 것인데도 전원합의체가 아닌 소부에서 재판하였다는 것은 적법한 재심사유가 될 수 없으므로 결국 이 사건 재심의 소는 부적법하여 각하될 수밖에 없다.

[반대의견]

환송판결의 기속력은 민사소송법 제436조 제2항 후문과 법원조직법 제8조에 의하여 하급심은 물론 이를 탓할 수 없는 환송법원 자신에게도 미쳐 결국 대법원 환송판결은 그 사건의 재상고심에서 대법원의 전원합의체에까지 기속력이 미친다는 것이 당원의 견해인바, 환송판결은 소송종료를 저지시킬 뿐만 아니라 이와 같이 기속력이 있어 파기당한 당사자에게 그 법률상 이해관계가 막대하므로 이를 실효시키려는 재심이 특별히 부정될 이유가 없는 것이다. 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다3271 전원합의체판결로 대법원의 환송판결이 확정된 종국판결에 해당함에는 이론이 있을 수 없게 된 마당에 환송판결의 기속력의 성질에 관하여 당원이 이미 중간판결설을 배척하였음에도 불구하고 다시 환송판결에는 기판력, 집행력, 형성력이 없고 실질적으로 중간판결의 특성을 갖는다는 이유로 여전히 그 재심을 허용하지 않으려는 것은 위 전원합의체판결의 근본취지에 배치될 뿐만 아니라 이론적으로도 일관성을 잃고 있다는 것을 지적하지 않을 수 없다. 대법원의 환송판결은 확정된 종국판결로서 재심대상이 되므로 이 사건 재심사유의 존부 및 당부 판단에 나아가 그 결론에 따라 재심의 소의 각하, 기각 또는 인용의 판결을 하여야 할 것이다.

〈판례선정이유〉

대법원 환송판결은 형식적으로 "확정된 종국판결"에 해당하지만, 종국적 판단을 유보한 재판의 성질상 기판력이나 형성력, 집행력이 생기지 않는 중간판결의 특성을 지니므로 “실질적으로 확정된 종국판결"이라 할 수 없어 재심대상이 되지 않아 환송판결을 대상으로 제기한 재심의 소는 부적법

함을 명확히 한 대법원 전원합의체 판결

357. 재심기간

(대법원 1996. 5. 31. 선고 95다33993 판결)

〈쟁점〉

[1] '증인의 허위진술이 판결의 증거로 된 때'를 재심사유로 하는 경우 재심사유를 안 시기

[2] 민사소송법 제456조 제1항의 재심 출소기간과 같은 조 제3항의 제척기간의 관계

〈판결요지〉

[1] '증인의 허위진술이 판결의 증거로 된 때'를 재심사유로 하는 경우에 그 판결의 증거로 된 증인의 증언이 위증이라는 유죄판결이 확정된 사실을 알았다면 그 재심사유를 알았다고 보아야 할 것이고, 그때부터 민사소송법 제456조 제1항의 재심제기기간이 진행한다.

[2] 재심사유의 발생일이 아니라 재심사유를 안 날로부터 진행하는 민사소송법 제456조 제1항의 출소기간은 같은 조 제3항 제척기간과는 별개의 재심제기기간으로서, 그 출소기간이 경과한 이상 재심대상판결의 확정일로부터 진행하는 제척기간이 경과하였는지 여부와는 관계없이 재심의 소를 제기할 수 없다.

〈판례선정이유〉

증인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때를 재심사유로 하는 경우에 그 증언이 위증이라는 유죄판결이 확정된 사실을 알았다면 그때부터 재심제기기간이 진행한다는 점을 명확히 밝힌 판결

358. 재심의 소의 보충성

(대법원 1991. 11. 12. 선고 91다29057 판결)

〈쟁점〉

[1] 판결정본이 소송대리인에게 송달된 경우 그 송달된 때에 당사자도 그 판결의 판단누락 여부를 알게 되었다고 볼 것인지 여부

[2] 판결정본이 소송대리인에게 송달된 후 상소기간 경과로 판결이 확정된 경우 재심제기기간의 기산일

[3] 상소를 제기하지 아니하여 판결이 확정된 경우가 민사소송법 제451조 제1항 단서 소정의 “이를 알고 주장하지 아니한 때”에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 판결정본이 소송대리인에게 송달되면 특별한 사정이 없는 한 그 소송대리인은 판결정본을 송

달받았을 때에 그 판결이 판단을 유탈(누락)하였는지의 여부를 알게 되었다고 보아야 할 것이고, 소송대리인이 그 판결이 판단을 유탈하였는지의 여부를 안 경우에는 특별한 사정이 없는 한 소송당사자도 그 점을 알게 되었다고 보아야 할 것이다.

[2] 재심대상판결의 정본이 소송대리인에게 송달된 후 소송당사자가 상고를 제기하지 아니한 채 상고기간이 경과함으로써 재심대상판결이 확정되었다면, 민사소송법 제456조 제1항에 규정된 30일의 재심제기의 기간은 재심대상판결이 확정된 날로부터 기산하여야 되는 것이라고 해석함이 상당하다.

[3] 민사소송법 제451조 제1항 단서에 의하면 당사자가 상소에 의하여 재심사유를 주장하였거나 이를 알고 주장하지 아니한 때에는 재심의 소를 제기할 수 없는 것으로 규정되어 있는바, 여기에서 "이를 알고 주장하지 아니한 때"라고 함은 재심사유가 있는 것을 알았음에도 불구하고 상소를 제기하고도 상소심에서 그 사유를 주장하지 아니한 경우뿐만 아니라, 상소를 제기하지 아니하여 판결이 그대로 확정된 경우까지도 포함하는 것이라고 해석하여야 할 것이다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제451조 제1항 단서의 당사자가 "재심사유를 알고 주장하지 아니한 때"는 재심사유가 있음을 알고 상소를 제기하고도 상소심에서 그 사유를 주장하지 아니한 경우뿐 아니라, 상소를 제기하지 아니하여 판결이 그대로 확정된 경우까지 포함하는 것이라는 점을 명확히 밝힌 판결

359. 재심사유: 적법 요건

(대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카29658 판결)

〈쟁점〉

[1] 민사소송법 제451조 제2항의 요건을 결한 재심의 소의 적부와 동 조항 소정 요건사실의 증명책임

[2] 피의자의 소재불명을 이유로 검사가 기소중지결정을 한 경우 민사소송법 제451조 제2항의 요건에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제451조 제1항 제4호 내지 제7호 소정의 재심사유에 관하여 같은 법조 제2항의 요건이 불비되어 있는 때에는 재심의 소 자체가 부적법한 것이 되므로 재심사유 자체에 대하여 그 유무의 판단에 나아갈 것도 없이 각하되어야 하는 것이고 반면에 위 제2항 소정의 요건에 해당하는 사실이 존재하는 경우에는 당해 요건사실 즉 그 판결들이나 처분 등에 관한 판단내용 자체에 대해서는 그 당부를 따질 것 없이 재심의 소는 적법요건을 갖춘 것으로 보아야 하나, 나아가 위 4호 내지 7호 소정의 재심사유의 존부에 대해서는 위에서 본 판결이나 처분내용에 밝혀진 판단에 구애받음이 없이 독자적으로 심리판단을 할 수 있는 것이고, 제2항 소정의 적법요건 해당사실은 같은 제1항 제4호 내지 7호 소정의 재심의 소를 제기한 당사자가 증명해야 한다.

[2] 피의자의 소재불명을 이유로 검사가 기소중지결정을 한 경우는 기소유예처분의 경우와는 달리 민사소송법 제451조 제2항의 요건에 해당하지 않는다.

〈판례선정이유〉

민사소송법 제451조 제1항 제4호부터 제7호가 규정하는 유죄의 확정이 요구되는 재심사유는 재심의 소의 적법요건에 해당하므로 그 흠결 시에는 재심의 소를 각하하여야 한다는 점을 명확히 밝힌 판결

360. 재심사유: 참칭대표자

(대법원 1999. 2. 26. 선고 98다47290 판결)

〈쟁점〉

[1] 민사소송법 제451조 제1항 제3호 소정의 재심사유의 의미

[2] 참칭대표자를 대표자로 표시하여 소송을 제기하여 그 앞으로 소장부본 및 변론기일소환장이 송달된 결과 자백간주 판결이 선고된 경우, 민사소송법 제451조 제1항 제3호 소정의 재심사유에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제451조 제1항 제3호 소정의 재심사유는 무권대리인이 대리인으로서 본인을 위하여 실질적인 소송행위를 하였을 경우뿐만 아니라 대리권의 흠결로 인하여 본인이나 그의 소송대리인이 실질적인 소송행위를 할 수 없었던 경우도 이에 해당한다.

[2] 참칭대표자를 대표자로 표시하여 소송을 제기한 결과 그 앞으로 소장부본 및 변론기일소환장이 송달되어 변론기일에 참칭대표자의 불출석으로 자백간주 판결이 선고된 경우, 이는 적법한 대표자가 변론기일소환장을 송달받지 못하였기 때문에 실질적인 소송행위를 하지 못한 관계로 위 자백간주 판결이 선고된 것이므로, 민사소송법 제451조 제1항 제3호 소정의 재심사유에 해당한다.

〈판례선정이유〉

적극적으로 무권대리인에 의한 실질적인 대리행위는 물론, 소극적으로 당사자 본인이나 그 대리인이 실질적인 소송행위를 할 수 없었던 경우도 절차권 침해의 재심사유에 해당한다는 점을 명확히 밝힌 판결

361. 재심사유: 형사상 처벌받을 타인의 행위로 인한 상소 취하

(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86112 판결)

〈쟁점〉

[1] 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 한 경우, 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유로 인정할 수 있는지 여부 및 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위'에 당사자의 대리인이 범한 배임죄가 포함되는지 여부

[2] 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있는 경우, 재심절차에서 해당 소송행위의 효력이 당연히 부정되는지 여부

[3] 재심대상판결 당시 피고 주식회사의 실질적 대표자이던 갑이 소송상대방과 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하한 사안에서, 갑의 항소 취하에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 판단하면서도 그 효력을 인정하여 피고 회사의 재심청구를 기각한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제451조 제1항 제5호는 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 한 경우'를 재심사유로 인정하고 있는데, 이는 다른 사람의 범죄행위를 직접적 원인으로 하여 이루어진 소송행위와 그에 기초한 확정판결은 법질서의 이념인 정의 관념상 효력을 용인할 수 없다는 취지에서 재심이라는 비상수단을 통해 확정판결의 취소를 허용하고자 한 것이므로, 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 하여 원심판결이 확정된 경우에도 자백에 준하여 재심사유가 된다고 보아야 한다. 그리고 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위'에는 당사자의 대리인이 범한 배임죄도 포함될 수 있으나, 이를 재심사유로 인정하기 위해서는 단순히 대리인이 문제된 소송행위와 관련하여 배임죄로 유죄판결을 받았다는 것만으로는 충분하지 않고, 대리인의 배임행위에 소송상대방 또는 그 대리인이 통모하여 가담한 경우와 같이 대리인이 한 소송행위 효과를 당사자 본인에게 귀속시키는 것이 절차적 정의에 반하여 도저히 수긍할 수 없다고 볼 정도로 대리권에 실질적인 흠이 발생한 경우라야 한다.

[2] 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 인정되는 경우 그러한 소송행위에 기초한 확정판결의 효력을 배제하기 위한 재심제도 취지상 재심절차에서 해당 소송행위 효력은 당연히 부정될 수밖에 없고, 그에 따라 법원으로서는 위 소송행위가 존재하지 않은 것과 같은 상태를 전제로 재심대상사건의 본안에 나아가 심리·판단하여야 하며 달리 소송행위의 효력을 인정할 여지가 없다.

[3] 재심대상판결 당시 피고 주식회사의 실질적 대표자이던 갑이 소송상대방과 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하한 사안에서, 갑이 항소를 취하한 행위에 대하여 업무상배임죄로 유죄판결을 받고 판결이 확정되었으므로 재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유가 있다고 하면서도, 항소 취하의 효력을 인정하여 피고 회사의 재심청구를 기각한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

〈판례선정이유〉

상소 취하가 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 배임행위에 의하여 이루어진 경우에는 자백에 준하여 재심사유가 되며, 유죄확정판결 외에 상대방과의 담합 등 실질적인 흠의 존재가 있어야 함을 분명히 한 판결

362. 재심사유: 판결법원 구성의 위법

(대법원 2011. 7. 21. 선고 2011재다199 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 재심대상판결에서 판시한 법률 등의 해석적용에 관한 의견이 종전 대법원판결에서 판시한 의견을 변경하는 것임에도 대법관 전원의 3분의 2에 미달하는 대법관만으로 구성된 부에서 심판한 경우, 민사소송법 제451조 제1항 제1호의 재심사유에 해당하는지 여부

[2] 민사소송법 제451조 제1항 제10호에서 재심사유로 규정하는 '재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결과 저촉되는 때'의 의미

〈판결요지〉

[1] 법원조직법 제7조 제1항에 의하면 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행하되, 다만 같은 항 각호의 경우에 해당하는 경우가 아니면 대법관 3인 이상으로 구성된 부에서 사건을 먼저 심리하여 의견이 일치된 경우에 한하여 그 부에서 심판할 수 있도록 하고 있으며, 같은 항 제3호는 '종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우'를 규정하고 있으므로, 재심대상판결에서 판시한 법률 등의 해석적용에 관한 의견이 그 전에 선고된 대법원판결에서 판시한 의견을 변경하는 것임에도 대법관 전원의 3분의 2에 미달하는 대법관만으로 구성된 부에서 재심대상판결을 심판하였다면 이는 민사소송법 제451조 제1항 제1호의 '법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때'의 재심사유에 해당한다.

[2] 민사소송법 제451조 제1항 제10호의 재심사유는 재심대상판결의 기판력과 전에 선고한 확정판결의 기판력과의 충돌을 조정하기 위하여 마련된 것이므로 그 규정의 '재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결과 저촉되는 때'란 전에 선고한 확정판결의 효력이 재심대상판결 당사자에게 미치는 경우로서 양 판결이 저촉되는 때를 말하고, 전에 선고한 확정판결이 재심대상판결과 내용이 유사한 사건에 관한 것이라고 하여도 당사자들을 달리하여 판결의 기판력이 재심대상판결의 당사자에게 미치지 아니하는 때에는 위 규정의 재심사유에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

〈판례선정이유〉

대법원이 판례변경을 하면서 전원합의체가 아닌 소부에서 재판하면 재심사유에 해당하고, '재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결과 저촉되는 때'란 전에 선고한 확정판결의 효력이 재심대상판결 당사자에게 미치는 경우로서 양 판결이 저촉되는 때를 말하며, 당사자들을 달리하여 판결의 기판력이 재심대상판결의 당사자에게 미치지 아니하는 때는 재심사유에 해당하지 않음을 명확히 밝힌 대법원 전원합의체 판결

363. 재심절차

(대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제1심법원에 제기된 재심의 소의 적부의 판단방법

[2] 재심의 소가 관할법원에 이송된 경우 재심제기기간의 준수 여부의 판단기준시기

〈판결요지〉

[1] 항소심에서 본안판결을 한 경우에는 제1심판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하므로 그 경우 항소심판결이 아닌 제1심판결에 대하여 제1심법원에 제기된 재심의 소는 재심대상이 아닌 판결을 대상으로 한 것으로서 재심의 소송요건을 결여한 부적합한 소송이며 단순히 재심의 관할을 위반한 소송이라고 볼 수는 없으나, 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장내용(재심사유가 항소심판결에 관한 것인지 여부)을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단할 것이다.

[2] 재심의 소가 재심제기기간 내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심판결을 대상으로 한 것이라 인정되어 위 소를 항소심 법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 민사소송법 제40조 제1항의 규정에 비추어 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 할 것이지 항소법원에 이송된 때를 기준으로 할 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

항소심판결을 대상으로 한 재심의 소가 제1심법원에 제기된 경우에는 항소심법원으로 이송하여야 하며, 재심제기기간의 준수 여부는 항소심법원으로 이송된 때를 기준으로 함을 분명히 한 대법원 전원합의체 판결

364. 재심의 소에서 신청구의 병합

(대법원 1971. 3. 31. 선고 71다8 판결)

〈쟁점〉

재심의 소와 일반 민사상 청구의 병합 가부

〈판결요지〉

원고(재심피고)가 부동산소유권이전등기 말소청구사건에 있어 피고(재심원고)의 주소를 알면서 허위의 주소로 소를 제기하여 송달이 불능되자 공시송달의 방법에 의하여 승소확정판결을 받았던 것임을 이유로 하여 피고가 원고를 상대로 위 확정판결의 취소를 구하는 재심의 소에서는 위 확정판결의 취소를 구하는 동시에 그 본소청구의 기각을 구하는 이외에 원고가 위 확정판결에 기하여 경료한 소유권이전등기의 말소절차의 이행을 구하는 청구나 원고 명의로부터 다시 소유권이전등기를 받은 제3자를 인수참가인으로 하여 그의 소유권이전등기에 대한 말소등기절차를 구하는 청구 등을 병합할 수 없다. 위와 같은 새로운 청구들은 별소로 청구하여야 할 것이다.

〈판례선정이유〉

재심청구와 일반 민사상 청구심청구와 일반 민사상 청구의 병합은 허용되지 않음을 밝힌 판결의 병합은 허용되지 않음을 밝힌 판결

365. 준재심: 조정을 갈음하는 결정조서

(대법원 2005. 6. 24. 선고 2003다55936 판결)

〈쟁점〉

[1] 민사소송법 제451조 제1항 제8호에 정한 '판결의 기초가 된 재판이 바뀐 때'의 의미

[2] 확정된 조정에 갈음하는 결정조서에 대하여 민사소송법 제461조, 제451조 제1항 제8호의 준재심청구를 할 수 있는 경우 및 그 판단 기준

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제451조 제1항 제8호는 판결의 기초로 된 민사나 형사의 판결 기타의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 의하여 변경된 때를 재심사유로 규정하고 있는바, 여기에서 재판이 판결의 기초로 되었다고 함은 재판이 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치는 경우 또는 재판내용이 확정판결에서 사실인정의 자료가 되었고, 그 재판의 변경이 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우를 말한다. 또한 재판내용이 확정판결에서 사실인정의 자료가 되었고 그 재판의 변경이 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 이상 재심사유는 있는 것이고, 재판내용이 담겨진 문서가 확정판결이 선고된 소송절차에서 반드시 증거방법으로 제출되어 그 문서의 기재 내용이 증거자료로 채택된 경우에 한정되는 것은 아니다.

[2] 당해 사건을 심리하던 수소법원이 사건을 조정에 회부하였는데 조정기일에 당사자 사이에 합의가 성립되지 않아 법원이 직권으로 조정을 갈음하는 결정을 한 경우 이는 수소법원의 사실인정과 판단에 기초하여 이루어진 것으로서 만약 관련된 재판내용이 위 조정을 갈음하는 결정에서 사실인정의 자료가 되었고 그 재판의 변경이 그 조정을 갈음하는 결정에 영향을 미칠 가능성이 있다면 당사자는 그 재판의 변경을 이유로 확정된 조정을 갈음하는 결정조서에 대하여 민사소송법 제461조, 제451조 제1항 제8호의 준재심청구를 할 수 있으므로, 그 청구는 적법하다고 할 것이다. 다만, 조정을 갈음하는 결정은 수소법원이 당해 사건의 사실인정과 판단 외에도 여러 사정들을 모두 참작하여 하는 것으로서 조정을 갈음하는 결정조서에 이유가 기재되어 있지 않은 경우 그 결정조서에 대한 준재심사유가 있는지 여부는 판결에 대한 재심에 비하여 엄격하게 판단하여야 한다.

〈판례선정이유〉

준재심에서는 재심사유 중 판결을 전제로 한 사유들은 적용할 수 없지만, 조정을 갈음하는 결정은 법원이 심리결과를 토대로 조정안을 제시하는 것으로 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유(판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때)를 적용할 수 있음을 명확히 밝힌 판결

366. 준재심: 제소전 화해조서

(대법원 1998. 10. 9. 선고 96다44051 판결)

〈쟁점〉

제소전 화해조서를 대상으로 한 준재심의 소에서 민사소송법 제460조가 적용될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

제소전 화해에 있어서는 종결될 본안 소송이 계속되었던 것이 아니고 종결된 것은 제소전 화해절차뿐이므로, 이러한 제소전 화해절차의 특성상 민사소송법 제461조의 규정에도 불구하고 제소전 화해조서를 대상으로 한 준재심의 소에서는 민사소송법 제460조가 적용될 여지는 없고, 재심사유가 인정되는 이상 그 화해의 내용 되는 법률관계의 실체관계의 부합 여부를 따질 수도 없어 화해조서를 취소할 수밖에 없다.

〈판례선정이유〉

제소전 화해는 애초부터 본안소송이 계속되었던 것은 아니므로, 제소전 화해조서를 대상으로 한 준재심의 소에서는 민사소송법 제460조(결과가 정당한 경우의 재심기각)를 적용할 수 없고 재심사유가 있으면 반드시 화해조서를 취소하여야 한다는 점을 명확히 밝힌 판결

제8편 간이소송절차

제 8 편 간이소송절차

367. 소액사건의 상고이유

(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다1878 판결)

〈쟁점〉

[1] 소액사건심판법 제3조 제2호에 규정된 '대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때'의 의미

[2] 소액사건에 관하여 상고이유로 할 수 있는 '대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때'의 요건이 갖추어지지 않은 경우에도 대법원이 실체법 해석 적용의 잘못에 관하여 직권으로 판단할 수 있는 경우

〈판결요지〉

[1] 소액사건심판법 제3조 제2호에 규정된 '대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때'라 함은 구체적인 당해 사건에 적용될 법령의 해석에 관하여 대법원이 내린 판단과 상반되는 해석을 한 경우를 말하고, 단순한 법리오해나 채증법칙 위반 내지 심리미진과 같은 법령 위반 사유는 이에 해당하지 않는다.

[2] 소액사건에 있어서 구체적 사건에 적용할 법령의 해석에 관한 대법원판례가 아직 없는 상황에서 같은 법령의 해석이 쟁점으로 되어 있는 다수의 소액사건들이 하급심에 계속되어 있을 뿐 아니라 재판부에 따라 엇갈리는 판단을 하는 사례가 나타나고 있는 경우, 소액사건이라는 이유로 대법원이 그 법령의 해석에 관하여 판단을 하지 아니한 채 사건을 종결하고 만다면 국민생활의 법적 안전성을 해칠 것이 우려된다고 할 것인바, 이와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 소액사건에 관하여 상고이유로 할 수 있는 '대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때'의 요건을 갖추지 아니하였다고 하더라도 법령해석의 통일이라는 대법원의 본질적 기능을 수행하는 차원에서 실체법 해석적용에 있어서의 잘못에 관하여 직권으로 판단할 수 있다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

'대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때'의 요건이 갖추어지지 않은 경우라도 다수의 소액사건에서 법령해석의 통일이 필요한 특별한 사정이 있으면 대법원이 실체법 해석적용의 잘못에 관하여 직권으로 판단할 수 있음을 명확히 밝힌 판결

368. 확정된 이행권고결정의 효력

(대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결)

〈쟁점〉

[1] 확정된 이행권고결정이 기판력을 가지는지 여부

[2] 확정된 이행권고결정에 재심사유에 해당하는 하자가 있음을 이유로 민사소송법 제461조가 정한 준재심의 소를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 소액사건심판법 제5조의7 제1항은 이행권고결정에 관하여 피고가 일정한 기간 내 이의신청을 하지 아니하거나 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때 또는 이의신청이 취하된 때에는 그 이행권고결정은 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 확정판결에 대한 청구이의 이유를 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것으로 한정하고 있는 민사집행법 제44조 제2항과는 달리, 소액사건심판법 제5조의8 제3항은 이행권고결정에 대한 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 위 민사집행법 규정에 의한 제한을 받지 아니한다고 규정하고 있으므로, 확정된 이행권고결정에 관하여는 그 결정 전에 생긴 사유도 청구에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있다. 이에 비추어 보면 위 소액사건심판법 규정들의 취지는 확정된 이행권고결정에 확정판결이 가지는 효력 중 기판력을 제외한 나머지 효력인 집행력 및 법률요건적 효력 등의 부수적 효력을 인정하는 것이고, 기판력까지 인정하는 것은 아니다.

[2] 민사소송법 제461조에 의하여 준용되는 같은 법 제451조의 재심은 확정된 종국판결에 재심사유에 해당하는 중대한 하자가 있는 경우에 그 판결의 취소와 이미 종결된 소송을 부활시켜 재심판을 구하는 비상의 불복신청방법으로서 확정된 종국판결이 갖는 기판력, 형성력, 집행력 등 판결의 효력의 배제를 주된 목적으로 하는 것이다. 그러므로 기판력을 가지지 아니하는 확정된 이행권고결정에 설사 재심사유에 해당하는 하자가 있다고 하더라도 이를 이유로 민사소송법 제461조가 정한 준재심의 소를 제기할 수는 없고, 청구이의의 소를 제기하거나 또는 전체로서의 강제집행이 이미 완료된 경우에는 부당이득반환청구의 소 등을 제기할 수 있을 뿐이다.

〈판례선정이유〉

확정된 이행권고결정에는 확정판결이 가지는 효력 중 집행력 및 법률요건적 효력 등의 부수적 효력이 있을 뿐 기판력까지 인정하는 것은 아니므로, 확정된 이행권고결정에 재심사유에 해당하는 흠이 있더라도 이를 이유로 준재심의 소를 제기할 수 없다는 점을 명확히 밝힌 판결

369. 확정된 지급명령의 효력

(대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결)

〈쟁점〉

[1] 확정된 지급명령 발령 전에 생긴 청구권의 불성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 대한 청구이의의 소에서 주장할 수 있는지 여부

[2] 지급명령에 대한 청구이의의 소에서 청구이의가 일부 받아들여지는 경우, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제2항이 적용되는지 여부 및 수개의 청구가 병합된 지급명령에 대한 청구이의의

소의 경우, 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한지 여부를 각 청구별로 따로 판단하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민사소송법 제474조는 확정된 지급명령은 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있으나, 확정판결에 대한 청구이의 이유를 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것으로 한정하고 있는 민사집행법 제44조 제2항과는 달리 민사집행법 제58조 제3항은 지급명령에 대한 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 위 제44조 제2항의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 지급명령 발령 전에 생긴 청구권의 불성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있다. 이러한 의미에서 지급명령에는 기판력이 인정되지 아니한다.

[2] 지급명령에는 기판력이 인정되지 아니하므로 지급명령에 대한 집행력의 배제를 목적으로 제기된 청구이의의 소에서 지급명령 발령 전에 발생한 청구권의 일부 불성립이나 소멸 등의 사유로 청구이의가 일부 받아들여지는 경우에는, 지급명령 이전부터 청구이의의 사실심판결 선고시까지 그 청구권에 관한 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 경우에 해당한다고 할 것이어서 위 기간 범위 안에서는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항의 이율을 적용할 수 없다. 또한, 수개의 청구가 병합된 지급명령에 관한 청구이의의 소에 있어서는 그 지급명령에서 병합된 각 소송물마다 위와 같은 법리가 적용되어야 하므로 이행의무의 존부나 범위에 대하여 항쟁함이 상당한지 여부는 각 청구별로 따로 판단하여야 한다.

〈판례선정이유〉

확정된 지급명령은 확정판결과 같은 효력을 갖지만, 지급명령 발령 전에 생긴 청구권의 불성립이나 무효 등 사유를 그 지급명령에 관한 청구이의의 소에서 주장할 수 있으므로 지급명령에는 기판력이 인정되지 아니함을 명확히 밝힌 판결

제9편 민사집행



제 1 장 보전처분
제 2 장 부동산집행
제 3 장 채권집행

제 9 편 민사집행

제 1 장 보전처분

370. 가압류: 가압류등기 후 마쳐진 근저당권설정등기의 효력

(대법원 1994. 11. 29.자 94마417 결정)

〈쟁점〉

가압류등기 후에 마쳐진 근저당권설정등기의 효력/ 이 경우 가압류채권자와 근저당권자 및 근저당권설정등기 후 강제경매신청을 한 압류채권자 사이의 배당순위

〈판결요지〉

[1] 부동산에 대하여 가압류등기가 먼저 되고 나서 근저당권설정등기가 마쳐진 경우에 그 근저당권등기는 가압류에 의한 처분금지의 효력 때문에 그 집행보전의 목적을 달성하는 데 필요한 범위 안에서 가압류채권자에 대한 관계에서만 상대적으로 무효이다.

[2] 이 경우 가압류채권자와 근저당권자 및 근저당권설정등기 후 강제경매신청을 한 압류채권자 사이의 배당관계에 있어서, 근저당권자는 선순위 가압류채권자에 대하여는 우선변제권을 주장할 수 없으므로 1차로 채권액에 따른 안분비례에 의하여 평등배당을 받은 다음, 후순위 경매신청압류채권자에 대하여는 우선변제권이 인정되므로 경매신청압류채권자가 받을 배당액으로부터 자기의 채권액을 만족시킬 때까지 이를 흡수하여 배당받을 수 있다.

〈판례선정이유〉

가압류의 처분금지효에 관하여 상대적 효력설, 그 중 개별상대효설의 입장에서 가압류등기 후 근저당권설정등기를 마친 자는 그 부동산에 대한 경매절차에서 가압류권자와 동순위로 배당을 받지만, 근저당권자보다 후순위 일반채권자도 배당요구를 했을 경우에는 위 3인에게 안분배당 후 근저당권자가 후순위 일반채권자의 배당을 흡수한다는 것을 밝힌 결정

371. 가압류: 채권가압류 후 채무자의 제3채무자에 대한 이행의 소

(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결)

〈쟁점〉

채권가압류 후에 채무자가 제3채무자를 상대로 이행의 소를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것일 뿐 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없는 것이 원칙이다. 왜냐하면 채무자로서는 제3채무자에 대한 그의 채권이 가압류되어 있다 하더라도 집행권원을 취득할 필요가 있고 또는 시효를 중단할 필요도 있는 경우도 있을 것이며 또한 소송 계속 중에 가압류가 행하여진 경우에 이를 이유로 청구가 배척된다면 장차 가압류가 취소된 후 다시 소를 제기하여야 하는 불편함이 있는데 반하여 제3채무자로서는 이행을 명하는 판결이 있더라도 집행단계에서 이를 저지하면 될 것이기 때문이다.

〈판례선정이유〉

채권가압류는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것을 금지할 뿐이므로 그 상태에서도 채무자가 집행권원 취득이나 시효중단을 위해 제3채무자를 상대로 이행을 구하는 소를 제기할 수 있음을 명확히 밝힌 판결

372. 가압류: 소유권이전등기청구권가압류 후 채무자의 제3채무자에 대한 이행의 소

(대법원 1992. 11. 10. 선고 92다4680 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 소유권이전등기청구권에 대한 압류나 가압류가 되어 있는 경우 제3채무자나 채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자에 대하여 원인무효를 주장하여 등기의 말소를 청구할 수 있는지 여부

[2] 소유권이전등기청구권을 가압류한 후 제3채무자로부터 채무자 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우 등기를 말소할 필요가 있는지 여부

[3] 소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 되어 있음에도 채무자가 제3채무자를 상대로 이전등기청구소송을 제기하는 경우 법원의 인용 가부 및 이 경우 제3채무자가 임의로 이전등기의무를 이행할 수 있는 방법

〈판결요지〉

[1] 소유권이전등기청구권에 대한 압류나 가압류는 채권에 대한 것이지 등기청구권의 목적물인 부동산에 대한 것이 아니고, 채무자와 제3채무자에게 결정을 송달하는 외에 현행법상 등기부에 이를 공시하는 방법이 없는 것으로서 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에만 효력을 가지며, 압류나 가압류와 관계가 없는 제3자에 대하여는 압류나 가압류의 처분금지적 효력을 주장할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 압류나 가압류는 청구권의 목적물인 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은 없다 할 것이고, 제3채무자나 채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자에 대하여는 취득한 등기가 원인무효라고 주장하여 말소를 청구할 수 없다.

[2] 부동산소유권이전등기청구권의 가압류는 채무자 명의로 소유권을 이전하여 이에 대하여 강제

집행을 할 것을 전제로 하고 있으므로 소유권이전등기청구권을 가압류하였다 하더라도 어떠한 경로로 제3채무자로부터 채무자 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다면 채권자는 부동산 자체를 가압류하거나 압류하면 될 것이지 등기를 말소할 필요는 없다.

[3] 일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것이므로 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고, 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수 없는 것이 원칙이나, 소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로 이와 같은 경우에는 가압류의 해제를 조건으로 하지 아니하는 한 법원은 이를 인용하여서는 안되고, 제3채무자가 임의로 이전등기의무를 이행하고자 한다면 민사집행법 제244조에 의하여 정하여진 보관인에게 권리이전을 하여야 할 것이고, 이 경우 보관인은 채무자의 법정대리인의 지위에서 이를 수령하여 채무자 명의로 소유권이전등기를 마치면 된다.

〈판례선정이유〉

소유권이전등기청구권이 가압류된 경우에 부동산 자체에 대한 처분금지효는 없으므로 제3채무자가 채무자에게 그 부동산에 관한 소유권이전등기를 하더라도 그 등기가 원인무효로 말소될 것은 아니나, 만일 채무자가 제3채무자를 상대로 소유권이전등기청구를 할 경우 이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 승소 확정되면 채무자가 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 수 없으므로, 법원은 그 가압류해제를 조건으로 인용해야 함을 명시적으로 밝힌 대법원 전원합의체 판결

373. 가압류: 소유권이전등기청구권가압류 후 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 제3채무자의 응소의무

(대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22963 판결)

〈쟁점〉

소유권이전등기청구권이 가압류된 경우, 제3채무자는 채무자 또는 그를 대위한 자로부터 제기된 소유권이전등기청구소송에 응소하여 가압류된 사실을 주장·증명할 의무를 지는지 여부 및 제3채무자가 고의 또는 과실로 응소하지 아니하여 자백간주 판결이 선고·확정됨으로써 채권자가 손해를 입었다면 제3채무자는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는지 여부

〈판결요지〉

소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 있으면 그 변제금지의 효력에 의하여 제3채무자는 채무자에게 임의로 이전등기를 이행하여서는 안 되는 것이나, 그와 같은 가압류는 채권에 대한 것이지 등기청구권의 목적물인 부동산에 대한 것이 아니고, 채무자와 제3채무자에게 결정을 송달하는 외에 현행법상 등기부에 이를 공시하는 방법이 없는 것으로서 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에만 효력을 가지며, 제3자에 대하여는 가압류의 변제금지의 효력을 주장할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 가압류는 청구권의 목적물인 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은

없다 할 것이고, 제3채무자나 채무자로부터 이전등기를 경료한 제3자에 대하여는 취득한 등기가 원인무효라고 주장하여 말소를 청구할 수는 없는 것이므로, 제3채무자가 가압류결정을 무시하고 이전등기를 이행하고 채무자가 다시 제3자에게 이전등기를 경료하여 준 결과 채권자에게 손해를 입힌 때에는 불법행위를 구성하고 그에 따른 배상책임을 지게 된다고 할 것인데, 소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로, 소유권이전등기청구권이 가압류된 경우에는 변제금지의 효력이 미치는 제3채무자로서는 일반채권이 가압류된 경우와는 달리 채무자 또는 그 채무자를 대위한 자로부터 제기된 소유권이전등기 청구소송에 응소하여 그 소유권이전등기 청구권이 가압류된 사실을 주장하고 자신이 송달받은 가압류결정을 제출하는 방법으로 증명해야 할 의무가 있다 할 것이고, 만일 제3채무자가 고의 또는 과실로 위 소유권이전등기 청구소송에 응소하지 아니한 결과 자백간주에 의한 판결이 선고되어 확정됨에 따라 채무자에게 소유권이전등기가 경료되고 다시 제3자에게 처분된 결과 채권자가 손해를 입었다면, 이러한 경우는 제3채무자가 채무자에게 임의로 소유권이전등기를 경료하여 준 것과 마찬가지로 불법행위를 구성한다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

일반 채권가압류와 달리 소유권이전등기청구권가압류의 경우 채무자가 제기한 이행의 소에 제3채무자가 응소하지 않아 자백간주 판결이 선고·확정되고 그에 따라 채무자 명의로 소유권이전등기가 이루어진 후 다시 제3자에게 처분이 되었다면 응소의무를 부담하는 제3채무자는 가압류채권자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 됨을 밝힌 판결

374. 가압류: 채권가압류의 효력

(대법원 2001. 6. 1. 선고 98다17930 판결)

〈쟁점〉

채권가압류가 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자의 처분을 구속하는지 여부

〈판결요지〉

채권에 대한 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게의 지급 금지를 명하는 것이므로 채권을 소멸 또는 감소시키는 등의 행위는 할 수 없고 그와 같은 행위로 채권자에게 대항할 수 없는 것이지만, 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자의 처분까지도 구속하는 효력은 없다 할 것이므로 채무자와 제3채무자가 아무런 합리적 이유 없이 채권의 소멸만을 목적으로 계약관계를 합의해제한다는 등의 특별한 경우를 제외하고는, 제3채무자는 채권에 대한 가압류가 있은 후라고 하더라도 채권의 발생원인인 법률관계를 합의해제하고 이로 인하여 가압류채권이 소멸되었다는 사유를 들어 가압류채권자에 대항할 수 있다.

〈판례선정이유〉

채권가압류는 계약 해제와 같이 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자의 처분을 구속하는 효력이 없음을 밝힌 판결

375. 가압류: 가압류와 본압류의 관계

(대법원 2002. 3. 15.자 2001마6620 결정)

〈쟁점〉

가압류집행이 본집행으로 이행된 경우, 가압류집행의 효력을 다툴 수 있는지 여부 및 가압류집행 취소결정이 본집행에 영향을 미치는지 여부

〈판결요지〉

가압류집행이 있은 후 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행된 경우에 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있고, 본집행의 효력이 유효하게 존속하는 한 상대방은 가압류집행의 효력을 다툴 수는 없고 오로지 본집행의 효력에 대하여만 다투어야 하는 것이므로, 본집행이 취소, 실효되지 않는 한 가압류집행이 취소되었다고 하여도 이미 그 효력을 발생한 본집행에는 아무런 영향을 미치지 않는다.

〈판례선정이유〉

가압류집행 후 가압류가 본압류로 이행된 경우 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 상대방으로서는 가압류집행이 아닌 본집행의 효력을 다투어야 함을 명확히 밝힌 결정

376. 가압류: 가압류와 사해행위취소

(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다37474 판결)

〈쟁점〉

가압류된 부동산을 사해행위로 취득한 수익자 또는 전득자가 그 가압류 청구채권을 변제하거나 채권액 상당을 해방공탁하여 가압류의 집행을 취소시킨 경우, 사해행위 취소로 인한 원상회복의 방법과 범위

〈판결요지〉

사해행위 당시 어느 부동산이 가압류되어 있다는 사정은 채권자 평등의 원칙상 채권자의 공동담보로서 그 부동산의 가치에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 가압류가 된 여부나 그 청구채권액의 다과에 관계없이 그 부동산 전부에 대하여 사해행위가 성립하고, 따라서 사해행위 후 수익자 또는 전득자가 그 가압류 청구채권을 변제하거나 채권액 상당을 해방공탁하여 가압류를 해제시키

거나 또는 그 집행을 취소시켰다 하더라도, 법원이 사해행위를 취소하면서 원상회복으로 원물반환 대신 가액배상을 명하여야 하거나, 다른 사정으로 가액배상을 명하는 경우에도 그 변제액을 공제할 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

가압류된 부동산을 사해행위로 취득한 수익자 등이 그 가압류 청구채권을 변제하거나 해방공탁하여 가압류집행을 취소하였더라도 가압류의 성질상 사해행위 취소 시 법원은 원물반환을 명해야 하고, 다른 사정으로 가액배상을 명하더라도 그 변제액을 공제해서는 아니 됨을 밝힌 판결

377. 가압류: 주택임대차보호법상 임대차보증금반환채권가압류와 주택 양도

(대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

주택임대차보호법상 대항력을 갖춘 임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도된 경우, 양수인이 채권가압류의 제3채무자 지위를 승계하는지 여부 및 이 경우 가압류채권자는 양수인에 대하여만 가압류의 효력을 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견]

주택임대차보호법 제3조 제3항은 같은 조 제1항이 정한 대항요건을 갖춘 임대차의 목적이 된 임대주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다고 규정하고 있는바, 이는 법률상의 당연승계 규정으로 보아야 하므로, 임대주택이 양도된 경우에 양수인은 주택의 소유권과 결합하여 임대인의 임대차 계약상의 권리·의무 일체를 그대로 승계하며, 그 결과 양수인이 임대차보증금반환채무를 면책적으로 인수하고, 양도인은 임대차관계에서 탈퇴하여 임차인에 대한 임대차보증금반환채무를 면하게 된다. 나아가 임차인에 대하여 임대차보증금반환채무를 부담하는 임대인임을 당연한 전제로 하여 임대차보증금반환채무의 지급금지를 명령받은 제3채무자의 지위는 임대인의 지위와 분리될 수 있는 것이 아니므로, 임대주택의 양도로 임대인의 지위가 일체로 양수인에게 이전된다면 채권가압류의 제3채무자의 지위도 임대인의 지위와 함께 이전된다고 볼 수밖에 없다. 한편 주택임대차보호법상 임대주택의 양도에 양수인의 임대차보증금반환채무의 면책적 인수를 인정하는 이유는 임대주택에 관한 임대인의 의무 대부분이 그 주택의 소유자이기만 하면 이행가능하고 임차인이 같은 법에서 규정하는 대항요건을 구비하면 임대주택의 매각대금에서 임대차보증금을 우선변제받을 수 있기 때문인데, 임대주택이 양도되었음에도 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위를 승계하지 않는다면 가압류권자는 장차 본집행절차에서 주택의 매각대금으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리를 상실하는 중대한 불이익을 입게 된다. 이러한 사정들을 고려하면, 임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도되면 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위도 승계하고, 가압류권자 또한 임대주택의 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있다고 보아야 한다.

[대법관 5인의 반대의견]

임대주택의 양도에 따른 임대차관계의 이전이 발생하기 전에 임차인의 채권자가 신청하여 임대차보증금반환채권이 압류 또는 가압류된 경우에는 주택임대차보호법 제3조 제3항에 기초한 실체법상 권리변동에도 불구하고 압류 또는 가압류에 본질적으로 내재한 처분금지 및 현상보전 효력 때문에 당사자인 집행채권자, 집행채무자, 제3채무자의 집행법상 지위는 달라지지 않는다. 우리의 민사집행법은 금전채권에 대한 집행에서 당사자의 처분행위에 의한 제3채무자 지위의 승계라는 관념을 알지 못하며 오로지 압류 또는 가압류의 처분금지효력을 통하여 집행채권자로 하여금 당사자의 처분행위에 구애받지 않고 당초 개시하거나 보전한 집행의 목적을 달성할 수 있게 할 뿐이다. 비록 임대주택의 양도에 따른 임대인 지위의 승계가 주택임대차보호법 제3조 제3항에 기초한 법률상 당연승계라고는 하나 이는 명백히 임대주택에 관한 양도계약 당사자의 처분의사에 기초한 것으로서, 다수의견은 결국 당사자의 처분행위로 인하여 집행법원이 이미 발령한 가압류명령 또는 압류명령의 수범자와 효력이 달라질 수 있다고 보는 셈인데, 우리 민사집행법이 이를 용인하고 있다고 볼 어떠한 근거도 없다. 다수의견에는 여러 가지 문제점이 있어 이에 동의할 수 없고, 상속이나 합병과 같은 당사자 지위의 포괄승계가 아닌 주택양수도로 인한 임대차보증금반환채무의 이전의 경우 이미 집행된 가압류의 제3채무자 지위는 승계되지 아니한다고 해석함이 타당하다.

〈판례선정이유〉

임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도되면 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위를 승계하고, 가압류권자는 임대주택의 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있음을 명확히 한 대법원 전원합의체 판결

378. 가압류: 시효중단(1)

(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다35451 판결)

〈쟁점〉

가압류에 의한 시효중단 효력의 발생시기

〈판결요지〉

민법 제168조 제2호에서 가압류를 시효중단사유로 정하고 있지만, 가압류로 인한 시효중단의 효력이 언제 발생하는지에 관해서는 명시적으로 규정되어 있지 않다. 민사소송법 제265조에 의하면, 시효중단사유 중 하나인 '재판상의 청구'(민법 제168조 제1호, 제170조)는 소를 제기한 때 시효중단의 효력이 발생한다. 이는 소장 송달 등으로 채무자가 소 제기 사실을 알기 전에 시효중단의 효력을 인정한 것이다. 가압류에 관해서도 위 민사소송법 규정을 유추적용하여 '재판상의 청구'와 유사하게 가압류를 신청한 때 시효중단의 효력이 생긴다고 보아야 한다. '가압류'는 법원의 가압류명령을 얻기 위한 재판절차와 가압류명령의 집행절차를 포함하는데, 가압류도 재판상의 청구와 마찬가지로 법원에 신청을 함으로써 이루어지고(민사집행법 제279조), 가압류명령에 따른 집행이나 가압류명령의 송달을 통해서 채무자에게 고지가 이루어지기 때문이다. 가압류를 시효중단사유로 규정

한 이유는 가압류에 의하여 채권자가 권리를 행사하였다고 할 수 있기 때문이다. 가압류채권자의 권리행사는 가압류를 신청한 때에 시작되므로, 이 점에서도 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류신청을 한 때에 소급한다.

〈판례선정이유〉

가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류 신청 시에 소급하여 발생함을 명확히 밝힌 판결

379. 가압류: 시효중단(2)

(대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다18622,18639 판결)

〈쟁점〉

가압류의 집행보전 효력이 존속하는 동안 가압류에 의한 시효중단 효력이 계속되는지 여부와 경매절차에서 부동산이 매각되어 가압류등기가 말소된 경우, 가압류에 의한 시효중단사유가 종료하여 그때부터 새로 소멸시효가 진행하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 민법 제168조에서 가압류를 소멸시효의 중단사유로 정하고 있는 것은 가압류에 의하여 채권자가 권리를 행사하였다고 할 수 있기 때문이고 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안 계속된다고 보아야 한다.

[2] 가압류는 강제집행을 보전하기 위한 것으로서 경매절차에서 부동산이 매각되면 그 부동산에 대한 집행보전의 목적을 다하여 효력을 잃고 말소되며, 가압류채권자에게는 집행법원이 그 지위에 상응하는 배당을 하고 배당액을 공탁함으로써 가압류채권자가 장차 채무자에 대하여 권리행사를 하여 집행권원을 얻었을 때 배당액을 지급받을 수 있도록 하면 족한 것이다. 따라서 이러한 경우 가압류에 의한 시효중단은 경매절차에서 부동산이 매각되어 가압류등기가 말소되기 전에 배당절차가 진행되어 가압류채권자에 대한 배당표가 확정되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자가 가압류집행에 의하여 권리행사를 계속하고 있다고 볼 수 있는 가압류등기가 말소된 때 그 중단사유가 종료되어, 그때부터 새로 소멸시효가 진행한다고 봄이 타당하다(매각대금 납부 후의 배당절차에서 가압류채권자의 채권에 대하여 배당이 이루어지고 배당액이 공탁되었다고 하여 가압류채권자가 그 공탁금에 대하여 채권자로서 권리행사를 계속하고 있다고 볼 수는 없으므로 그로 인하여 가압류에 의한 시효중단의 효력이 계속된다고 할 수 없다).

〈판례선정이유〉

가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안 계속되므로 부동산경매절차에서는 부동산이 매각되어 가압류등기가 말소되는 때에 시효중단 사유가 종료하여 그때부터 새로 소멸시효가 진행됨을 밝힌 판결

380. 가처분: 채권자대위권에 의한 처분금지가처분의 효력(1)

(대법원 1996. 4. 12 선고 95다54167 판결)

〈쟁점〉

채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대해 처분금지가처분 결정을 받은 경우, 그 후 채무자가 그 부동산 매매계약의 합의해제로써 채권자에게 대항할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

채권자대위권의 행사에 있어서 채무자가 채권자대위권을 행사한 점을 알게 된 이후에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항할 수 없으므로, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지가처분을 신청하여 처분금지가처분 결정을 받은 경우, 이는 그 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 것이므로 피보전권리인 소유권이전등기청구권을 행사한 것과 같이 볼 수 있어, 채무자가 그러한 채권자대위권의 행사 사실을 알게 된 이후에 그 부동산에 대한 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 그 부동산의 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자에게 대항할 수 없다.

〈판례선정이유〉

채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자 소유 부동산에 대한 처분금지가처분 결정을 받은 경우, 채무자가 그 채권자대위권 행사 사실을 알게 된 후 그 부동산에 관한 매매계약을 합의해제함으로써 그 부동산의 소유권이전등기청구권을 소멸시켰더라도 채권자에게 대항할 수 없음을 밝힌 판결

381. 가처분: 채권자대위권에 의한 처분금지가처분의 효력(2)

(대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

채권자대위권행사 통지 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 통지 전 체결된 약정에 따라 계약이 자동 해제되거나 제3채무자가 계약을 해제한 경우, 제3채무자가 계약해제로써 채권자에게 대항할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민법 제405조 제2항은 '채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다'고 규정하고 있다. 위 조항의 취지는 채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 채권자의 대위권 행사 사실을 안 후에 채무자에게 대위의 목적인 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 허용할 경우 채권자에 의한 대위권행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 데에 있다. 그런데 채무자의 채무불이행 사실 자체만으로는 권리변동의 효력이 발생하지 않아 이를 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행

위로 파악할 수 없는 점, 더구나 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응인 점, 채권이 압류·가압류된 경우에도 압류 또는 가압류된 채권의 발생원인이 된 기본계약의 해제가 인정되는 것과 균형을 이룰 필요가 있는 점 등을 고려할 때 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것을 두고 민법 제405조 제2항에서 말하는 '처분'에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다. 다만 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 이유로 한 계약해제인 것처럼 보이지만 실질적으로는 채무자와 제3채무자 사이의 합의에 따라 계약을 해제한 것으로 볼 수 있거나, 채무자와 제3채무자가 단지 대위채권자에게 대항할 수 있도록 채무자의 채무불이행을 이유로 하는 계약해제인 것처럼 외관을 갖춘 것이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 피대위채권을 처분한 것으로 보아 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 없다.

〈판례선정이유〉

채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자 소유 부동산에 대한 처분금지가처분 결정을 받은 경우 채권자대위권행사 통지 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 통지 전 체결된 약정에 따라 계약이 자동 해제되거나 제3채무자가 계약을 해제하는 경우에는 제3채무자가 채권자에게 대항할 수 있음을 명확히 밝힌 대법원 전원합의체 판결

382. 가처분: 채권자대위권에 의한 처분금지가처분의 효력(3)

(대법원 1994. 3. 8. 선고 93다42665 판결)

〈쟁점〉

부동산의 전득자가 양수인 겸 전매인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인을 상대로 한 처분금지가처분의 효력 범위

〈판결요지〉

부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가처분결정을 받아 그 등기를 마친 경우 그 가처분은 전득자가 자신의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양도인이 양수인 이외의 자에게 그 소유권의 이전 등 처분행위를 못하게 하는 데에 그 목적이 있는 것으로서 그 피보전권리는 양수인의 양도인에 대한 소유권이전등기청구권이고, 전득자의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권까지 포함되는 것은 아닐 뿐만 아니라 그 가처분결정에서 제3자에 대한 처분을 금지하였다고 하여도 그 제3자 중에는 양수인은 포함되지 아니하며 따라서 그 가처분 이후에 양수인이 양도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨 받았고 이에 터잡아 다른 등기가 경료되었다고 하여도 그 각 등기는 위 가처분의 효력에 위배되는 것이 아니다.

〈판례선정이유〉

부동산의 전득자가 양수인 겸 전매인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인을 상대로 처분금지가처분을 한 경우, 양수인이 양도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨 받더라도 처분금지가처분의 효력에 위배되는 것이 아님을 밝힌 판결

383. 가처분: 점유이전금지가처분의 효력(1)

(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다59118 판결)

〈쟁점〉

점유이전금지가처분결정 이후 가처분 채무자로부터 점유를 이전받은 제3자에 대하여 가처분채권자가 가처분 자체의 효력으로 직접 퇴거를 강제할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

되었을 때에는 가처분채무자는 가처분채권자에 대한 관계에 있어서 여전히 그 점유자의 지위에 있다는 의미로서의 당사자항정의 효력이 인정될 뿐이므로, 가처분 이후에 매매나 임대차 등에 기하여 가처분채무자로부터 점유를 이전받은 제3자에 대하여 가처분채권자가 가처분 자체의 효력으로 직접 퇴거를 강제할 수는 없고, 가처분채권자로서는 본안판결의 집행단계에서 승계집행문을 부여받아서 그 제3자의 점유를 배제할 수 있을 뿐이다.

〈판례선정이유〉

점유이전금지가처분 후 가처분채무자로부터 점유를 이전받은 제3자에 대하여 가처분채권자가 가처분 자체의 효력으로 직접 퇴거를 강제할 수는 없고, 가처분채무자를 상대로 한 본안판결의 집행단계에서 승계집행문을 부여받아 제3자의 점유를 배제할 수 있음을 밝힌 판결

384. 가처분: 점유이전금지가처분의 효력(2)

(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다111630 판결)

〈쟁점〉

부동산에 대하여 점유이전금지가처분이 집행된 후 제3자가 가처분채무자의 점유를 침탈하는 등의 방법으로 부동산에 대한 점유를 취득한 경우, 제3자를 민사집행법 제31조 제1항에 정한 '채무자의 승계인'이라고 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

어떤 부동산에 대하여 점유이전금지가처분이 집행된 이후에 제3자가 가처분채무자의 점유를 침탈하는 등의 방법으로 가처분채무자를 통하지 아니하고 부동산에 대한 점유를 취득한 것이라면, 설

령 점유를 취득할 당시에 점유이전금지가처분이 집행된 사실을 알고 있었다고 하더라도, 실제로는 가처분채무자로부터 점유를 승계받고도 점유이전금지가처분의 효력이 미치는 것을 회피하기 위하여 채무자와 통모하여 점유를 침탈한 것처럼 가장하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 제3자를 민사집행법 제31조 제1항에서 정한 '채무자의 승계인'이라고 할 수는 없다.

〈판례선정이유〉

부동산에 대한 점유이전금지가처분 집행 후 제3자가 가처분채무자의 점유를 침탈하는 방법으로 점유를 취득한 경우 그 제3자는 '채무자의 승계인'이 아니므로, 가처분채권자가 가처분채무자에 대한 본안판결에 기한 승계집행문 부여를 통해 그 제3자의 점유를 배제할 수 없음을 밝힌 판결

제 2 장 부동산집행

385. 압류: 시효중단

(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다22840 판결)

〈쟁점〉

[1] 연대채무자 1인의 소유 부동산에 대한 경매개시결정에 따른 시효중단의 효력이 다른 연대채무자에게 미치는지 여부

[2] 채권자가 연대채무자 1인의 소유 부동산에 대하여 경매신청을 하고 6월 내에 다른 연대채무자를 상대로 재판상 청구를 한 경우, 그 다른 연대채무자에 대하여 시효중단의 효력이 발생하는지 여부 및 중단된 시효가 새로 진행되는 시점

〈판결요지〉

[1] 채권자의 신청에 의한 경매개시결정에 따라 연대채무자 1인의 소유 부동산이 압류된 경우, 이로써 위 채무자에 대한 채권의 소멸시효는 중단되지만, 압류에 의한 시효중단의 효력은 다른 연대채무자에게 미치지 아니하므로, 경매개시결정에 의한 시효중단의 효력을 다른 연대채무자에 대하여 주장할 수 없다.

[2] 채권자가 연대채무자 1인의 소유 부동산에 대하여 경매신청을 한 경우, 이는 최고로서의 효력을 가지고 있고, 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있으므로, 채권자가 6월 내에 다른 연대채무자를 상대로 재판상 청구를 하였다면 그 다른 연대채무자에 대한 채권의 소멸시효가 중단되지만, 이로 인하여 중단된 시효는 위 경매절차가 종료된 때가 아니라 재판이 확정된 때로부터 새로 진행된다.

〈판례선정이유〉

채권자가 연대채무자 1인의 부동산에 대한 경매신청을 하여 경매개시결정이 된 경우, 그 연대채무자에 대해서는 민법 제168조 제2호 압류에 의한 시효중단이 되고, 다른 연대채무자에 대해서는 그 경매신청이 민법 제174조 최고로서 시효중단 사유에 해당함을 밝힌 판결

386. 강제집행과 공신력

(대법원 1991. 2. 8. 선고 90다16177 판결)

〈쟁점〉

가집행선고부판결에 기한 강제경매 후에 위 가집행선고부판결이 상소심에서 취소된 경우 이미 완료된 강제경매절차의 효력

〈판결요지〉

가집행선고부판결에 기한 강제집행은 확정판결에 기한 경우와 같이 본집행이므로 상소심의 판결에 의하여 가집행선고의 효력이 소멸되거나 집행채권의 존재가 부정된다고 할지라도 그에 앞서 이미 완료된 집행절차나 이에 기한 경락인의 소유권취득의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다고 할 것이나 이중매매의 매수인이 매도인과 직접 매매계약을 체결하는 대신에 매도인이 채무를 부담하고 있는 것처럼 거짓으로 꾸며 가장채권에 기한 집행권원을 만들고 그에 따른 강제경매절차에서 매수인이 매수 취득하는 방법을 취하는 경우와 같이 강제경매가 반사회적 법률행위의 수단으로 이용된 경우에는 그러한 강제경매의 결과는 용인할 수 없는 것이어서 매수인의 소유권취득의 효력은 부정된다.

〈판례선정이유〉

가집행선고부판결에 기한 강제집행은 상소심에서 그 가집행선고의 효력이 소멸되거나 집행채권의 존재가 부정되더라도 그 강제경매가 반사회적 법률행위의 수단으로 이용된 것이 아닌 한 이미 완료된 경매절차에서 매수인의 소유권취득에 아무런 영향이 없음을 밝힌 판결

387. 근저당권의 피담보채권 확정(1)

(대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카545 판결)

〈쟁점〉

근저당에 의하여 담보되는 피담보채권의 범위

〈 판결요지〉

근저당권자가 그 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청한 때에는 그 경매신청 시에 근저당권은 확정되는 것이며 근저당권이 확정되면 그 이후에 발생하는 원금채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 않는다.

〈판례선정이유〉

근저당권자 스스로 피담보채무 불이행을 이유로 경매신청한 경우 경매신청 시에 근저당권이 확정되고, 그 후 발생하는 원금채권은 근저당권에 의하여 담보되지 않음을 명확히 밝힌 판결

388. 근저당권의 피담보채권 확정(2)

(대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결)

〈쟁점〉

후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우, 선순위 근저당권자의 피담보채권액이 확정되는 시기

〈판결요지〉

당해 근저당권자는 저당부동산에 대하여 경매신청을 하지 아니하였는데 다른 채권자가 저당부동산에 대하여 경매신청을 한 경우 민사집행법 제91조 제2항, 제268조의 규정에 따라 경매신청을 하지 아니한 근저당권자의 근저당권도 매각으로 인하여 소멸하므로, 다른 채권자가 경매를 신청하여 경매절차가 개시된 때로부터 매각으로 인하여 당해 근저당권이 소멸하게 되기까지의 어느 시점에서인가는 당해 근저당권의 피담보채권도 확정된다고 하지 아니할 수 없는데, 그 중 어느 시기에 당해 근저당권의 피담보채권이 확정되는가 하는 점에 관하여 우리 민법은 아무런 규정을 두고 있지 아니한바, 부동산 경매절차에서 경매신청기입등기 이전에 등기되어 있는 근저당권은 매각으로 인하여 소멸되는 대신에 그 근저당권자는 민사집행법 제88조가 정하는 배당요구를 하지 아니하더라도 당연히 그 순위에 따라 배당을 받을 수 있고, 이러한 까닭으로 선순위 근저당권이 설정되어 있는 부동산에 대하여 근저당권을 취득하는 거래를 하려는 사람들은 선순위 근저당권의 채권최고액만큼의 담보가치는 이미 선순위 근저당권자에 의하여 파악되어 있는 것으로 인정하고 거래를 하는 것이 보통이므로, 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시되었음을 선순위 근저당권자가 안 때 이후의 어떤 시점에 선순위 근저당권의 피담보채무액이 증가하더라도 그와 같이 증가한 피담보채무액이 선순위 근저당권의 채권최고액 한도 안에 있다면 경매를 신청한 후순위 근저당권자가 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없는 반면, 선순위 근저당권자는 자신이 경매신청을 하지 아니하였으면서도 매각으로 인하여 근저당권을 상실하게 되는 처지에 있으므로 거래의 안전을 해치지 아니하는 한도 안에서 선순위 근저당권자가 파악한 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 함이 타당하다는 관점에서 보면, 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 완납한 때에 확정된다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 완납한 때에 확정됨을 명확히 밝힌 판결

389. 근저당권의 피담보채권 확정(3)

(대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다38300 판결)

〈쟁점〉

근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 발생한 원본채권에 관하여 확정 후에 발생하는 이자나 지연손해금 채권이 그 근저당권에 의하여 담보되는지 여부

〈판결요지〉

근저당권자의 경매신청 등의 사유로 인하여 근저당권의 피담보채권이 확정되었을 경우, 확정 이후에 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 아니하지만, 확정 전에 발생한 원본채권에 관하여 확정 후에 발생하는 이자나 지연손해금 채권은 채권최고액의 범위 내에서 근저당권에 의하여 여전히 담보되는 것이다.

〈판례선정이유〉

근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 발생한 원본채권에 관하여 확정 후에 발생하는 이자나 지연손해금 채권이 그 근저당권에 의하여 담보됨을 명확히 한 판결

390. 공동저당권: 동시배당

(대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다41475 판결)

〈쟁점〉

공동저당권의 목적물인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산이 함께 경매되어 그 경매대가를 동시에 배당하는 경우, 민법 제368조 제1항이 적용되는지 여부 및 그 경우의 배당방법

〈판결요지〉

공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대하여 담보권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, "동일한 채권의 담보로 수 개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다"고 규정하고 있는 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니한다고 봄이 상당하다. 따라서 이러한 경우 경매법원으로서는 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다.

〈판례선정이유〉

공동저당권이 설정된 수 개 부동산 중 일부는 채무자 소유, 일부는 물상보증인 소유인데 그 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당할 경우, 그 가액에 비례하여 채권을 분담하는 민법 제368조 제1항은 적용되지 않고 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 우선배당해야 함을 명확히 한 판결

391. 공동저당권: 이시배당의 경우 후순위 저당권자의 대위(1)

(대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정)

〈쟁점〉

공동저당의 목적인 물상보증인 소유의 부동산에 후순위 저당권이 설정되어 있는데 그 부동산에 대하여 먼저 경매가 실행되어 선순위 공동저당권자가 변제를 받은 경우, 아직 경매되지 않은 공동저당물의 소유자가 선순위 저당권자에 대한 피담보채무의 소멸을 이유로 그 선순위 저당권의 말소등기를 청구할 수 있는지 여부 및 후순위 저당권자가 물상보증인을 대위하여 공동저당권자에게 위 선순위 저당권 이전의 부기등기를 할 것을 청구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

공동저당의 목적인 물상보증인 소유의 부동산에 후순위 저당권이 설정되어 있는 경우, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 선순위 공동저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에, 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위 저당권을 대위취득하고, 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위 저당권자는 위 선순위 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있다. 그러므로 그 선순위 저당권설정등기는 말소등기가 경료될 것이 아니라 위 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기가 경료되어야 할 성질의 것이며, 따라서 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 위 선순위 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로는 그 말소등기를 청구할 수 없다고 보아야 한다. 그리고 위 후순위 저당권자는 자신의 채권을 보전하기 위하여 물상보증인을 대위하여 선순위 저당권자에게 그 부기등기를 할 것을 청구할 수 있다.

〈판례선정이유〉

공동저당 목적인 물상보증인 소유 부동산에 후순위 저당권이 설정되어 있는데 그 부동산에 대한 경매가 먼저 실행되어 선순위 공동저당권자가 변제를 받은 경우 물상보증인 소유 부동산의 후순위 저당권자는 물상보증인의 변제자대위에 기하여 취득하는 선순위 저당권에 대하여 물상대위할 수 있으므로, 아직 경매되지 않은 공동저당물 소유자는 선순위 저당권자에 대한 피담보채무의 소멸을 이유로 그 선순위 저당권의 말소등기를 청구할 수 없고, 위 후순위 저당권자는 자신의 채권을 보전하기 위하여 물상보증인을 대위하여 선순위 저당권자에게 그 부기등기를 청구할 수 있음을 밝힌 결정

392. 공동저당권: 이시배당의 경우 후순위 저당권자의 대위(2)

(대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결)

〈쟁점〉

공동저당의 목적부동산 중 먼저 경매된 부동산의 후순위 저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위 저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소된 경우, 그 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 제3취득자에 대하여 후순위 저당권자가 민법 제368조 제2항에 따른 대위를 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

민법 제482조 제2항 제1호, 제5호는 변제자대위의 효과로 채권자가 가지고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리가 법률상 당연히 변제자에게 이전하는 경우에도, 변제로 인하여 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 목적부동산을 취득한 제3취득자를 불측의 손해로부터 보호하기 위하여 미리 저당권 등에 대위의 부기등기를 하지 아니하면 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하지 못하도록 정하고 있다. 이에 따라 자기 재산을 타인 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인 소유 부동산에 설정된 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하지 않고 있는 동안에 제3취득자가 위 부동산을 취득하였다면, 대위변제한 물상보증인들은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다. 그런데 이와 같이 법률상 당연히 이전되는 저당권과 관련하여 그 후에 해당 부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 보호할 필요성은 후순위저당권자의 대위의 경우에도 마찬가지로 존재한다.

그리고 후순위저당권자의 대위의 경우에도 부동산등기법 제80조에서 정한 공동저당의 대위등기를 통하여 제3취득자에게 공시할 수 있으므로, 변제자대위와 마찬가지로 일정한 경우에 대위등기를 선행하도록 요구한다고 하더라도 후순위저당권자에게 크게 불리하지 아니하다. 더욱이 변제자대위의 경우에는 저당권뿐 아니라 채권까지 이전됨에 비하여 후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 이전되지 아니한다는 점까지 고려하면, 후순위저당권자를 변제자보다 항상 더 보호하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다.

한편 후순위저당권자의 대위에 의하여 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 후순위저당권자에게 이전된 후에 아직 저당권이 말소되지 아니하고 부동산등기부에 존속하는 경우라면, 비록 공동저당의 대위등기를 하지 아니하더라도 제3취득자로서는 저당권이 유효하게 존재함을 알거나 적어도 저당권이 공동저당권으로서 공시되어 있는 상태에서 이를 알면서 해당 부동산을 취득할 것이므로 저당권의 이전과 관련하여 제3취득자를 보호할 필요성은 적다.

이러한 사정들을 종합하여 보면, 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소되고, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 사람에 대해서는, 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다.

〈판례선정이유〉

공동저당의 목적부동산 중 먼저 경매된 부동산의 후순위 저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 않고 있는 사이에 선순위 저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소된 경우, 그 상태에서는 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 제3취득자에 대하여 후순위 저당권자가 민법 제368조 제2항에 따른 대위를 주장할 수 없음을 밝힌 판결

393. 공동근저당권

(대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매·공매 절차, 수용 절차 또는 회생 절차 등을 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 나머지 피담보채권에 대하여 다시 최초의 채권최고액 범위 내에서 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 있는지 여부 및 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위

〈판결요지〉

공동저당권의 목적인 수 개의 부동산이 동시에 경매된 경우에 공동저당권자로서는 어느 부동산의 경매대가로부터 배당받든 우선변제권이 충족되기만 하면 되지만, 각 부동산의 소유자나 후순위 저당권자 그 밖의 채권자는 어느 부동산의 경매대가가 공동저당권자에게 배당되는지에 관하여 중대한 이해관계를 가진다. 민법 제368조 제1항은 공동저당권 목적 부동산의 전체 환가대금을 동시에 배당하는 이른바 동시배당의 경우에 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 침해하지 아니하는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분함으로써 각 부동산의 소유자와 후순위 저당권자 그 밖의 채권자의 이해관계를 조절하고, 나아가 같은 조 제2항은 대위제도를 규정하여 공동저당권의 목적 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이른바 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동저당권자의 실행선택권 행사로 인하여 불이익을 입은 후순위 저당권자를 보호하는 데에 그 취지가 있다.

민법 제368조는 공동근저당권의 경우에도 적용되고, 공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행한 경우는 물론이며 타인에 의하여 개시된 경매·공매 절차, 수용 절차 또는 회생 절차 등(이하 '경매 등의 환가절차'라 한다)에서 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에도 적용된다.

공동근저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 동시배당이 이루어지는 경우에 공동근저당권자는 채권최고액 범위 내에서 피담보채권을 민법 제368조 제1항에 따라 부동산별로 나누어 각 환가대금에 비례한 액수로 배당받으며, 공동근저당권의 각 목적 부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 누적적으로 배당받지 아니한다.

그렇다면 공동근저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 이시배당이 이루어지는 경우에도 동시배당의 경우와 마찬가지로 공동근저당권자가 공동근저당권 목적 부동산의 각 환가대금으로부터 채권최고액만큼 반복하여 배당받을 수는 없다고 해석하는 것이 민법 제368조 제1항 및 제2항의 취지에 부합한다.

그러므로 공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차를 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에, 그와 같이 우선변제받은 금액에 관하여는 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없다고 보아야 하며, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 위와 같이 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다고 해석함이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 채권최고액을 넘는 피담보채권이 원금이 아니라 이자·지연손해금인 경우에도 마찬가지로 적용된다.

〈판례선정이유〉

공동근저당권자가 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위가 '최초의 채권최고액에서 위와 같이 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액'으로 제한됨을 명확히 한 대법원 전원합의체 판결

394. 저당토지상 건물의 일괄경매청구

(대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다3850 판결)

〈쟁점〉

민법 제365조 소정의 일괄경매청구권의 취지 및 저당권설정자로부터 저당토지에 대한 용익권을 설정받은 자에 의하여 축조된 건물의 소유권을 저당권설정자가 취득한 경우 일괄경매청구가 허용되는지 여부

〈판결요지〉

민법 제365조가 토지를 목적으로 한 저당권을 설정한 후 그 저당권설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자가 토지와 건물을 일괄하여 경매를 청구할 수 있도록 규정한 취지는, 저당권은 담보물의 교환가치의 취득을 목적으로 할 뿐 담보물의 이용을 제한하지 아니하여 저당권설정자로서는 저당권설정 후에도 그 지상에 건물을 신축할 수 있는데, 후에 그 저당권의 실행으로 토지가 제3자에게 경락될 경우에 건물을 철거하여야 한다면 사회경제적으로 현저한 불이익이 생기게 되어 이를 방지할 필요가 있으므로 이러한 이해관계를 조절하고, 저당권자에게도 저당토지 상의 건물의 존재로 인하여 생기게 되는 경매의 어려움을 해소하여 저당권의 실행을 쉽게 할 수 있도록 한 데에 있다는 점에 비추어 볼 때, 저당지상의 건물에 대한 일괄경매청구권은 저당권설정자가 건물을 축조한 경우뿐만 아니라 저당권설정자로부터 저당토지에 대한 용익권을 설정받은 자가 그 토지에 건물을 축조한 경우라도 그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여 경매를 청구할 수 있다.

〈판례선정이유〉

저당토지상 건물에 대한 일괄경매청구권은, 저당권설정자가 건물을 축조한 경우뿐 아니라 저당권설정자로부터 저당토지에 대한 용익권을 설정받은 자가 그 토지에 건물을 축조하였더라도 이후 저당권설정자가 건물 소유권을 취득한 경우에는 행사할 수 있음을 밝힌 판결

395. 전세권저당권의 집행방법

(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결)

〈쟁점〉

저당권이 설정된 전세권의 존속기간이 만료된 경우, 저당권자가 전세금의 지급을 구하는 방법

〈판결요지〉

전세권을 목적으로 한 저당권이 설정된 경우, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 더이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 저당권자는 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구하여야 한다.

〈판례선정이유〉

저당권이 설정된 전세권의 존속기간이 만료되는 경우, 전세금반환채권에 대한 압류 및 추심명령이나 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 물상대위권을 행사함으로써 집행이 가능함을 밝힌 판결

396. 체납처분압류와 민사유치권

(대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

체납처분압류가 되어 있는 부동산에 대하여 경매개시 전 취득한 유치권의 효력

〈판결요지〉

[다수의견]

부동산에 관한 민사집행절차에서는 경매개시결정과 함께 압류를 명하므로 압류가 행하여짐과 동시에 매각절차인 경매절차가 개시되는 반면, 국세징수법에 의한 체납처분절차에서는 그와 달리 체납처분에 의한 압류와 동시에 매각절차인 공매절차가 개시되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 체납처분압류가 반드시 공매절차로 이어지는 것도 아니다. 또한 체납처분절차와 민사집행절차는 서로 별개의 절차로서 공매절차와 경매절차가 별도로 진행되는 것이므로, 부동산에 관하여 체납처분압류가 되어 있다고 하여 경매절차에서 이를 그 부동산에 관하여 경매개시결정에 따른 압류가 행하여진 경우와 마찬가지로 볼 수는 없다.

따라서 체납처분압류가 되어 있는 부동산이라고 하더라도 그러한 사정만으로 경매절차가 개시되어 경매개시결정등기가 되기 전에 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 유치권자가 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다.

[대법관 3인의 반대의견]

국세징수법에 의한 체납처분절차는 압류로써 개시되고, 체납처분에 의한 부동산 압류의 효력은 민사집행절차에서 경매개시결정의 기입등기로 인한 부동산 압류의 효력과 같으므로, 조세체납자 소유의 부동산에 체납처분압류등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 조세체납자가 제3자에게 그

부동산의 점유를 이전하여 유치권을 취득하게 하는 행위는 체납처분압류권자가 체납처분압류에 의하여 파악한 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 체납처분압류의 처분금지효에 저촉되므로 유치권으로써 공매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.

나아가 체납처분에 의한 부동산 압류 후 그 부동산에 관하여 개시된 경매절차에서 부동산이 매각되는 경우에 마치 공매절차에서 부동산이 매각된 것과 같이 매수인이 체납처분압류의 부담을 인수하지 아니하고 체납처분압류등기가 말소되는바, 선행하는 체납처분압류에 의하여 체납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환가치는 그 후 개시된 경매절차에서도 실현되어야 하므로, 체납처분압류의 효력이 발생한 후에 채무자로부터 점유를 이전받아 유치권을 취득한 사람은 유치권으로써 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 보아야 한다.

〈판례선정이유〉

체납처분압류 이후 경매개시결정등기 전 민사유치권을 취득한 자는 유효하게 유치권을 취득하므로 이후 경매절차의 매수인에 대해서도 유치권을 행사할 수 있다고 본 대법원 전원합의체 판결

397. 근저당권 설정과 민사유치권

(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결)

〈쟁점〉

근저당권 설정 후 경매로 인한 압류의 효력 발생 전에 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

부동산 경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권 설정 후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

유치권 취득시기가 근저당권 설정 이후라도 경매개시결정으로 인한 압류 효력 발생 전이라면 유치권자는 그 경매절차에서의 매수인에게 대항할 수 있음을 밝힌 판결

398. 근저당권 설정과 상사유치권

(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결)

〈쟁점〉

채무자 소유 부동산에 선행저당권이 설정된 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자가 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서 상사유치권으로 대항할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

상사유치권은 민사유치권과 달리 피담보채권이 '목적물에 관하여' 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 '채무자 소유'일 것으로 제한되어 있다(상법 제58조, 민법 제320조 제1항 참조). 이와 같이 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 '채무자 소유의 물건'에 한정하는 취지는, 상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물에 대한 공익비용적 성질을 가지지 않아도 되므로 피담보채권이 유치권자와 채무자 사이에 발생하는 모든 상사채권으로 무한정 확장될 수 있고, 그로 인하여 이미 제3자가 목적물에 관하여 확보한 권리를 침해할 우려가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다. 즉 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은, 상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다고 보아야 한다. 그러므로 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받는 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 상사유치권으로 대항할 수 없다.

〈판례선정이유〉

상사유치권의 특성상 상사유치권자는 채무자 및 유치권 성립 이후 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받는 자에 대해 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 그 저당권에 기한 임의경매에서 부동산을 취득한 매수인에 대해서는 대항할 수 없다고 한 판결

399. 유치권 경매와 소멸주의

(대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정)

〈쟁점〉

유치권에 의한 경매에 대한 소멸주의 적용 여부

〈판결요지〉

[1] 민사집행법 제91조 제2항, 제3항, 제268조는 경매의 대부분을 차지하는 강제경매와 담보권 실행을 위한 경매에서 소멸주의를 원칙으로 하고 있을 뿐만 아니라 이를 전제로 하여 배당요구의 종기 결정이나 채권신고의 최고, 배당요구, 배당절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있는 점, 민법 제322조 제1항에 "유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다"고 규정하고 있는데, 유치권에 의한 경매에도 채권자와 채무자의 존재를 전제로 하고 채권의 실현·만족을 위한 경매를 상정하고 있는 점, 반면에 인수주의를 취할 경우 필요하다고 보이는 목적부동산 위의 부담의 존부 및 내용을 조사·확정하는 절차에 대하여 아무런 규정이 없고 인수되는 부담의 범위를 제한하는 규정도 두지 않아, 유치권에 의한 경매를 인수주의를 원칙으로 진행하면 매수인의 법적 지위가 매우 불안정한 상태에 놓이게 되는 점, 인수되는 부담의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 인수주의를 취하는 것이 오히려 유치권자에게 불리해질 수 있는 점 등을 함께 고려하면, 유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 보아야 한다. 다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각조건과는 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다.

[2] 유치권에 의한 경매가 소멸주의를 원칙으로 하여 진행되는 이상 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매의 경우와 같이 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것이므로 집행법원이 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정하지 않은 이상 집행법원으로서는 매각기일 공고나 매각물건명세서에 목적부동산 위의 부담이 소멸하지 않고 매수인이 이를 인수하게 된다는 취지를 기재할 필요 없다.

〈판례선정이유〉

민법 제322조 제1항에 따른 유치권에 의한 경매가 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시됨으로써 이른바 '소멸주의'에 의함을 명확히 한 결정

제 3 장 채권집행

400. 압류: 시효중단

(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003다16238 판결)

〈쟁점〉

채권의 압류 또는 가압류와 시효중단의 효력, 채권압류 및 추심명령의 송달이 피압류채권의 제3채무자에 대하여 최고로서의 효력이 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류 또는 가압류한 경우에 채무자에 대한 채

권자의 채권에 관하여 시효중단의 효력이 생긴다고 할 것이나, 압류 또는 가압류된 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여는 민법 제168조 제2호 소정의 소멸시효 중단사유에 준하는 확정적인 시효중단의 효력이 생긴다고 할 수 없다.

[2] 소멸시효 중단사유의 하나로서 민법 제174조가 규정하고 있는 최고는 채무자에 대하여 채무이행을 구한다는 채권자의 의사통지(준법률행위)로서, 이에는 특별한 형식이 요구되지 아니할 뿐 아니라 행위 당시 당사자가 시효중단의 효과를 발생시킨다는 점을 알거나 의욕하지 않았다 하더라도 이로써 권리행사의 주장을 하는 취지임이 명백하다면 최고에 해당하는 것으로 보아야 할 것이므로, 채권자가 확정판결에 기한 채권의 실현을 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받아 그 결정이 제3채무자에게 송달이 되었다면 거기에 소멸시효 중단사유인 최고로서의 효력을 인정하여야 한다.

〈판례선정이유〉

채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류 또는 가압류한 경우에 채무자에 대한 채권자의 채권에 관하여 민법 제168조 제2호에 의한 시효중단의 효력이 생기고, 압류 또는 가압류된 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여는 압류 및 추심명령 결정의 제3채무자에 대한 송달로써 민법 제174조의 시효중단 사유인 최고의 효력이 있음을 인정한 판결

401. 무권대리인의 촉탁에 의해 작성된 공정증서의 효력

(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다22837 판결)

〈쟁점〉

무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서가 집행권원으로서의 효력이 있는지 여부 및 이러한 공정증서에 기초하여 발령되어 확정된 채권압류 및 전부명령이 실체법상 효력이 있는지 여부, 이때 제3채무자가 채권자의 전부금 지급청구에 대하여 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

공정증서가 집행권원으로서 집행력을 가질 수 있도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송행위이므로 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 때에는 집행권원으로서의 효력이 없고 이러한 공정증서에 기초하여 채권압류 및 전부명령이 발령되어 확정되었더라도 채권압류 및 전부명령은 무효인 집행권원에 기초한 것으로서 강제집행의 요건을 갖추지 못하여 실체법상 효력이 없다. 따라서 제3채무자는 채권자의 전부금 지급청구에 대하여 그러한 실체법상의 무효를 들어 항변할 수 있다.

〈판례선정이유〉

무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 집행권원으로서 효력이 없고, 이러한 공정증서에 기초하여 채권압류 및 전부명령이 발령되어 확정되더라도 실체법상의 효력이 없으므로, 제3채무자가 전부금 청구소송에서 이와 같은 사유로 항변할 수 있음을 밝힌 판결

402. 채권압류명령(1)

(대법원 2000. 10. 2.자 2000마5221 결정)

〈쟁점〉

채권압류명령과 전부명령을 동시에 신청한 경우 그 적법 여부를 별개로 판단해야 하는지, 집행채권이 집행채권자의 채권자에 의하여 압류된 경우 집행채권자가 그 채무자를 상대로 채권압류명령을 신청할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

채권압류명령과 전부명령을 동시에 신청하더라도 압류명령과 전부명령은 별개로서 그 적부는 각각 판단하여야 하는 것이고, 집행채권의 압류가 집행장애사유가 되는 것은 집행법원이 압류 등의 효력에 반하여 집행채권자의 채권자를 해하는 일체의 처분을 할 수 없기 때문이며, 집행채권이 압류된 경우에도 그 후 추심명령이나 전부명령이 행하여지지 않은 이상 집행채권의 채권자는 여전히 집행채권을 압류한 채권자를 해하지 않는 한도 내에서 그 채권을 행사할 수 있다고 할 것인데, 채권압류명령은 비록 강제집행절차에 나간 것이기는 하나 채권전부명령과는 달리 집행채권의 환가나 만족적 단계에 이르지 아니하는 보전적 처분으로서 집행채권을 압류한 채권자를 해하는 것이 아니기 때문에 집행채권에 대한 압류의 효력에 반하는 것은 아니라고 할 것이므로 집행채권에 대한 압류는 집행채권자가 그 채무자를 상대로 한 채권압류명령에는 집행장애사유가 될 수 없다.

〈판례선정이유〉

채권압류명령과 전부명령은 별개로 적부를 판단해야 하고, 집행채권에 대한 압류는 보전적 처분이므로 집행채권자가 그 채무자를 상대로 한 채권압류명령에 집행장애사유가 될 수 없음을 밝힌 결정

403. 채권압류명령(2)

(대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다29456 판결)

〈쟁점〉

수급인의 보수채권에 대한 압류가 피압류채권의 발생원인인 도급계약 관계에 대한 채무자나 제3채무자의 처분을 구속하는지 여부 및 그 압류 후 도급계약이 해지된 경우 그 도급계약에 의하여 발생한 보수채권을 대상으로 한 압류명령의 효력

〈판결요지〉

수급인의 보수채권에 대한 압류가 행하여지면 그 효력으로 채무자가 압류된 채권을 처분하더라도 채권자에게 대항할 수 없고, 제3채무자도 채권을 소멸 또는 감소시키는 등의 행위는 할 수 없으며, 그와 같은 행위로 채권자에게 대항할 수 없는 것이지만, 그 압류로써 위 압류채권의 발생원

인인 도급계약 관계에 대한 채무자나 제3채무자의 처분까지도 구속하는 효력은 없으므로 채무자나 제3채무자는 기본적 계약관계인 도급계약 자체를 해지할 수 있고, 채무자와 제3채무자 사이의 기본적 계약관계인 도급계약이 해지된 이상 그 계약에 의하여 발생한 보수채권은 소멸하게 되므로 이를 대상으로 한 압류명령 또한 실효될 수밖에 없다.

〈판례선정이유〉

채권압류명령 후에도 피압류채권의 발생원인이 된 기본적 계약관계에 대한 채무자나 제3채무자의 처분은 구속할 수 없으므로 해지 가능하고, 그에 따라 압류명령이 실효됨을 밝힌 판결

404. 채권압류명령(3)

(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결)

〈쟁점〉

대위채권자의 제3채무자에 대한 추심권능 내지 변제수령권능에 대한 압류명령 등의 효력 및 채권자대위소송에서 확정된 판결에 따라 대위채권자가 제3채무자로부터 지급받을 채권에 대한 압류명령 등의 효력

〈판결요지〉

자기의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 금전채권을 대위행사하는 대위채권자는 제3채무자로 하여금 직접 대위채권자 자신에게 지급의무를 이행하도록 청구할 수 있고 제3채무자로부터 변제를 수령할 수도 있으나, 이로 인하여 채무자의 제3채무자에 대한 피대위채권이 대위채권자에게 이전되거나 귀속되는 것이 아니므로, 대위채권자의 제3채무자에 대한 추심권능 내지 변제수령권능은 자체로서 독립적으로 처분하여 환가할 수 있는 것이 아니어서 압류할 수 없는 성질의 것이고, 따라서 추심권능 내지 변제수령권능에 대한 압류명령 등은 무효이다. 그리고 채권자대위소송에서 제3채무자로 하여금 직접 대위채권자에게 금전의 지급을 명하는 판결이 확정되었더라도 판결에 기초하여 금전을 지급받는 것 역시 대위채권자의 제3채무자에 대한 추심권능 내지 변제수령권능에 속하므로, 채권자대위소송에서 확정된 판결에 따라 대위채권자가 제3채무자로부터 지급받을 채권에 대한 압류명령 등도 무효이다.

〈판례선정이유〉

대위채권자의 제3채무자에 대한 추심권능 내지 변제수령권능은 환가할 수 없으므로 그에 대한 압류명령은 무효이고, 채권자대위소송에서 확정된 판결에 따라 대위채권자가 제3채무자로부터 채권을 수령하는 것도 추심권능 내지 변제수령권능에 속하므로 그 지급채권에 대한 압류명령 역시 무효임을 밝힌 판결

405. 채권압류명령(4)

(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다52547 판결)

〈쟁점〉

채무자나 제3채무자가 수인인 경우, 가압류 또는 압류로써 각 채무자나 제3채무자 별로 어느 범위에서 지급이나 처분의 금지를 명하는 것인지를 특정하지 아니한 가압류결정이나 압류명령의 효력 및 수인의 채무자들의 채권 합계액이나 수인의 제3채무자들에 대한 채권 합계액이 집행채권액을 초과하지 않는 경우에도 마찬가지인지 여부

〈판결요지〉

채권에 대한 가압류 또는 압류를 신청하는 채권자는 신청서에 압류할 채권의 종류와 액수를 밝혀야 하고(민사집행법 제225조, 제291조), 채무자가 수인이거나 제3채무자가 수인인 경우에는 집행채권액을 한도로 하여 가압류 또는 압류로써 각 채무자나 제3채무자별로 어느 범위에서 지급이나 처분의 금지를 명하는 것인지를 가압류 또는 압류할 채권의 표시 자체로 명확하게 인식할 수 있도록 특정하여야 하며, 이를 특정하지 아니한 경우에는 집행의 범위가 명확하지 아니하여 특별한 사정이 없는 한 그 가압류결정이나 압류명령은 무효라고 보아야 한다. 각 채무자나 제3채무자별로 얼마씩의 압류를 명하는 것인지를 개별적으로 특정하지 않고 단순히 채무자들의 채권이나 제3채무자들에 대한 채권을 포괄하여 압류할 채권으로 표시하고 그중 집행채권액과 동등한 금액에 이르기까지의 채권을 압류하는 등으로 금액만을 한정한 경우에, 각 채무자나 제3채무자는 자신의 채권 혹은 채무 중 어느 금액 범위 내에서 압류의 대상이 되는지를 명확히 구분할 수 없고, 그 결과 각 채무자나 제3채무자가 압류의 대상이 아닌 부분에 대하여 권리를 행사하거나 압류된 부분만을 구분하여 공탁을 하는 등으로 부담을 면하는 것이 불가능하기 때문이다.

그리고 압류의 대상인 수인의 채무자들의 채권 합계액이나 수인의 제3채무자들에 대한 채권 합계액이 집행채권액을 초과하지 않는다 하더라도, 개별 채무자 및 제3채무자로서는 자신을 제외한 다른 모든 채무자들의 채권액이나 모든 제3채무자들의 채무액을 구체적으로 알고 있는 특별한 경우가 아니라면 자신에 대한 집행의 범위를 알 수 없음은 마찬가지이므로 달리 볼 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

채무자나 제3채무자가 수인인 경우 집행채권액을 한도로 각 채무자나 제3채무자 별로 어느 범위에서 지급이나 처분금지를 명하는지 특정하지 않으면 그 가압류 또는 압류명령은 무효이고, 수인의 채무자나 제3채무자들에 대한 채권 합계액이 집행채권액을 초과하지 않는 경우에도 역시 무효가 됨을 명확히 한 판결

406. 전부명령: 양도금지특약부 채권에 대한 전부명령

(대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다71699 판결)

〈쟁점〉

양도금지의 특약이 있는 채권에 대한 압류 및 전부명령이 가능한지 여부

〈판결요지〉

당사자 사이에 양도금지 특약이 있는 채권이라도 압류 및 전부명령에 따라 이전될 수 있고, 양도금지의 특약이 있는 사실에 관하여 압류채권자가 선의인가 악의인가는 전부명령의 효력에 영향이 없다.

〈판례선정이유〉

양도금지 특약이 있는 채권에 대한 전부명령은 압류채권자의 선의 여부에 관계없이 유효함을 밝힌 판결

407. 전부명령: 피대위채권에 대한 전부명령

(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결)

〈쟁점〉

채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 후 이루어진 피대위채권에 대한 전부명령의 효력

〈판결요지〉

채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 되면 민법 제405조 제2항에 따라 채무자는 피대위채권을 양도하거나 포기하는 등 채권자의 대위권 행사를 방해하는 처분행위를 할 수 없게 되고 이러한 효력은 제3채무자에게도 그대로 미치는데, 그럼에도 그 이후 대위채권자와 평등한 지위를 가지는 채무자의 다른 채권자가 피대위채권에 대하여 전부명령을 받는 것도 가능하다고 하면, 채권자대위소송의 제기가 채권자의 적법한 권리행사방법 중 하나이고 채무자에게 속한 채권을 추심한다는 점에서 추심소송과 공통점도 있음에도 그것이 무익한 절차에 불과하게 될 뿐만 아니라, 대위채권자가 압류·가압류나 배당요구의 방법을 통하여 채권배당절차에 참여할 기회조차 갖지 못하게 한 채 전부명령을 받은 채권자가 대위채권자를 배제하고 전속적인 만족을 얻는 결과가 되어, 채권자대위권의 실질적 효과를 확보하고자 하는 민법 제405조 제2항의 취지에 반하게 된다.

따라서 채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 이후에는 민사집행법 제229조 제5항이 유추적용되어 피대위채권에 대한 전부명령은, 우선권 있는 채권에 기초한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 무효이다.

〈판례선정이유〉

채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 이후에는 민사집행법 제229조 제5항이 유추적용되어 피대위채권에 대한 전부명령은,

우선권 있는 채권이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 무효임을 밝힌 판결

408. 전부명령: 압류의 경합(1)

(대법원 1995. 9. 26. 선고 95다4681 판결)

〈쟁점〉

장래 채권액의 확정에 불확실한 요소가 있는 채권에 대한 전부명령의 효력 발생 시기/ 장래의 불확정 채권에 대한 압류가 중복된 상태에서 전부명령이 있는 경우, 그 압류의 경합으로 인하여 전부명령이 무효가 되는지 여부의 판단 시점

〈판결요지〉

[1] 전부명령이 확정되면 피압류채권은 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 집행채권의 범위 안에서 당연히 전부채권자에게 이전하고 동시에 집행채권 소멸의 효력이 발생하는 것이므로, 전부명령이 제3채무자에게 송달될 당시를 기준으로 하여 압류가 경합되지 않았다면 그 후에 이루어진 채권압류가 그 전부명령의 효력에 영향을 미칠 수 없고, 이러한 이치는 피압류채권이 공사 완성 전의 공사대금 채권과 같이 장래의 채권액의 구체적인 확정에 불확실한 요소가 내포되어 있는 것이라 하여 달라질 수 없다.

[2] 채권액의 확정에 불확실한 요소가 내포된 공사 완성 전의 공사대금 채권에 대하여 전부명령을 허용하면서 동시에 그 전부명령의 효력이 장래의 채권 확정시가 아니라 전부명령이 체3채무자에게 송달된 때 발생된다고 해석하는 이상, 압류 및 전부명령을 받은 자보다 먼저 당해 피압류채권을 압류한 자가 있을 경우에 압류가 경합되어 전부명령이 무효로 되는지의 여부는, 나중에 확정된 피압류채권액을 기준으로 판단할 것이 아니라 전부명령이 제3채무자에게 송달된 당시의 계약상의 피압류채권액을 기준으로 판단하여야 한다.

〈판례선정이유〉

장래의 불확정채권에 대한 전부명령의 경우에도 그 효력은 전부명령의 제3채무자 송달시에 발생하므로, 압류의 경합 여부 판단의 기준금액도 전부명령의 제3채무자 송달시의 계약상 피압류채권액임을 명확히 한 판결

409. 전부명령: 압류의 경합(2)

(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다68839 판결)

〈쟁점〉

채권압류 경합 시 전부명령의 효력, 채권압류 경합 판단 시 채권양도 대상 금액의 고려 여부

〈판결요지〉

[1] 동일한 채권에 대하여 두 개 이상의 채권압류 및 전부명령이 발령되어 제3채무자에게 동시에 송달된 경우 당해 전부명령이 채권압류가 경합된 상태에서 발령된 것으로서 무효인지의 여부는 그 각 채권압류명령의 압류액을 합한 금액이 피압류채권액을 초과하는지를 기준으로 판단하여야 하므로 전자가 후자를 초과하는 경우에는 당해 전부명령은 모두 채권의 압류가 경합된 상태에서 발령된 것으로서 무효로 될 것이지만 그렇지 않은 경우에는 채권의 압류가 경합된 경우에 해당하지 아니하여 당해 전부명령은 모두 유효하게 된다고 할 것이며, 그때 동일한 채권에 관하여 확정일자 있는 채권양도통지가 그 각 채권압류 및 전부명령 정본과 함께 제3채무자에게 동시에 송달되어 채권양수인과 전부채권자들 상호간에 우열이 없게 되는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

[2] 동일한 채권에 관하여 확정일자 있는 채권양도통지와 두 개 이상의 채권압류 및 전부명령 정본이 동시에 송달된 경우 채권의 양도는 채권에 대한 압류명령과는 그 성질이 다르므로 당해 전부명령이 채권의 압류가 경합된 상태에서 발령된 것으로서 무효인지의 여부를 판단함에 있어 압류액에 채권양도의 대상이 된 금액을 합산하여 피압류채권액과 비교하거나 피압류채권액에서 채권양도의 대상이 된 금액 부분을 공제하고 나머지 부분만을 압류액의 합계와 비교할 것은 아니다.

〈판례선정이유〉

각 채권압류명령의 압류액을 합한 금액이 피압류채권액을 초과하는 압류의 경합이 발생한 경우 그에 기한 전부명령은 무효가 되고, 압류의 경합 판단 시 채권양도의 대상이 된 금액은 고려 요소가 아님을 밝힌 판결

410. 전부명령: 압류의 경합(3)

(대법원 1995. 4. 7. 선고 94다59868 판결)

〈쟁점〉

전부명령이 압류가 경합된 상태에서 발하여져 무효인 경우 제3채무자가 그 전부채권자에게 한 전부금 변제의 효력

〈판결요지〉

채권가압류나 압류가 경합된 경우에 있어서는 그 압류채권자의 한 사람이 전부명령을 얻더라도 그 전부명령은 무효가 되지만, 이 경우에도 그 전부채권자는 채권의 준점유자에 해당한다고 보아야 할 것이므로 제3채무자가 그 전부채권자에게 전부금을 변제하였다면 제3채무자가 선의·무과실인 때에는 민법 제470조에 의하여 그 변제는 유효하고 제3채무자는 다른 압류채권자에 대하여 이중변제의 의무를 부담하지 아니하는 반면에 제3채무자가 위 전부금을 변제함에 있어서 선의·무과실이 아니었다면 제3채무자가 전부채권자에게 한 전부금의 변제는 효력이 없는 것이다.

〈판례선정이유〉

전부명령이 압류가 경합된 상태에서 발하여져 무효인 경우, 제3채무자가 전부채권자에게 전부금

을 변제하였다면 그 효력 여부는 채권의 준점유자에 대한 변제의 요건(민법 제470조)을 갖추었는지 여부에 따라 판단함을 밝힌 판결

411. 전부명령: 집행채권이 소멸하거나 소멸할 가능성이 있는 경우

(대법원 1976. 5. 25. 선고 76다626 판결)

〈쟁점〉

집행채권이 소멸하였거나 소멸할 가능성이 있는 경우 채권압류 및 전부명령의 효력

〈판결요지〉

집행력 있는 집행권원에 기하여 채권의 압류 및 전부명령이 적법하게 이루어져 확정된 이상 피압류채권은 집행채권의 범위 내에서 당연히 집행채권자에게 이전하는 것이어서 그 집행채권이 이미 소멸하였거나 소멸할 가능성이 있다고 하더라도 채권의 압류 및 전부명령의 효력에는 아무런 영향이 없다.

〈판례선정이유〉

집행력 있는 집행권원에 기한 채권압류 및 전부명령이 확정되면 그 집행채권이 소멸하였거나 소멸할 가능성이 있더라도 그 명령은 유효함을 밝힌 판결

412. 전부명령: 집행증서의 기초가 된 법률행위에 무효사유가 있는 경우

(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다70024 판결)

〈쟁점〉

전부명령이 확정된 후 그 집행권원인 집행증서의 기초가 된 법률행위 중 전부 또는 일부에 무효사유가 있는 것으로 판명된 경우 위 무효 부분에 관한 집행채권자의 부당이득반환의무 성립 여부 및 그 반환 방법

〈판결요지〉

채무자 또는 그 대리인의 유효한 작성촉탁과 집행인낙의 의사표시에 터잡아 작성된 공정증서를 집행권원으로 하는 금전채권에 대한 강제집행절차에서, 비록 그 공정증서에 표시된 청구권의 기초가 되는 법률행위에 무효사유가 있다고 하더라도 그 강제집행절차가 청구이의의 소 등을 통하여 적법하게 취소·정지되지 아니한 채 계속 진행되어 채권압류 및 전부명령이 적법하게 확정되었다면, 그 강제집행절차가 반사회적 법률행위의 수단으로 이용되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 이러한 법률행위의 무효사유를 내세워 확정된 전부명령에 따라 전부채권자에게 피전부채권이 이전되는 효력 자체를 부정할 수는 없고, 다만 위와 같이 전부명령이 확정된 후 그 집행권원인 집행증

서의 기초가 된 법률행위 중 전부 또는 일부에 무효사유가 있는 것으로 판명된 경우에는 그 무효 부분에 관하여는 집행채권자가 부당이득을 한 셈이 되므로, 그 집행채권자는 집행채무자에게, 위 전부명령에 따라 전부받은 채권 중 실제로 추심한 금전 부분에 관하여는 그 상당액을 반환하여야 하고, 추심하지 아니한 나머지 부분에 관하여는 그 채권 자체를 양도하는 방법에 의하여 반환하여야 한다.

〈판례선정이유〉

전부명령의 집행권원이 된 집행증서상 기초가 되는 법률행위에 무효사유가 있는 경우 그 무효 부분에 관해서는 집행채권자에게 부당이득반환의무가 있음을 인정한 판결

413. 전부명령: 피전부채권의 부존재

(대법원 2004. 1. 5.자 2003마1667 결정)

〈쟁점〉

채권압류 및 전부명령에 대하여 채무자가 제3채무자에 대한 압류 및 전부명령의 대상이 되는 채권이 존재하지 아니함을 이유로 불복할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

채권의 압류 및 전부명령은 금전채권의 집행권원을 가지는 채권자가, 그 집행권원상의 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 금전채권을 대상으로 하는 강제집행으로서 법원은 압류 및 전부명령의 결정을 함에 있어서는 집행권원의 송달, 선행하는 압류명령의 존부, 피전부적격의 유무 등의 요건을 심리하면 되고, 실지로 채무자가 제3채무자에게 압류 및 전부명령의 대상이 되는 채권을 가지고 있는지 여부는 따질 필요가 없는 것이 원칙이고, 만일 채무자의 제3채무자에 대한 그와 같은 채권이 존재하지 아니하는 경우에는 전부명령이 확정되더라도 변제의 효력이 없는 것이며, 채무자로서는 제3채무자에게 그와 같은 채권을 가지고 있지 않다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이로 인하여 어떠한 불이익이 있는 것이 아니므로, 이것을 이유로 하여서는 스스로 불복의 사유로 삼을 수 없다.

〈판례선정이유〉

전부명령상의 피전부채권이 부존재하는 경우 전부명령이 확정되더라도 변제효가 발생하지 않으므로 채무자에게 불이익이 없고, 채무자가 이를 사유로 불복할 수도 없음을 밝힌 결정

414. 추심명령: 추심의 소의 원고적격(1)

(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결)

〈쟁점〉

채권압류 및 추심명령이 있는 경우, 제3채무자에 대하여 피압류채권에 대한 이행의 소를 제기할 수 있는 당사자적격

〈판결요지〉

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다.

〈판례선정이유〉

추심금청구소송에서 추심채권자에게만 당사자적격이 인정되고, 채무자는 당사자적격을 상실함을 명확히 한 판결

415. 추심명령: 추심의 소의 원고적격(2)

(대법원 2013. 10. 31. 선고 2011다98426 판결)

〈쟁점〉

2인 이상의 불가분채무자 또는 연대채무자가 있는 금전채권에 관해 그중 1인을 제3채무자로 한 채권압류 및 추심명령이 이루어진 경우, 그 불가분채무자 등에 대한 피압류채권에 관한 이행의 소를 제기할 수 있는 자와 그 제3채무자가 아닌 나머지 불가분채무자 등에 대하여 이행의 소를 제기할 수 있는 자

〈판결요지〉

2인 이상의 불가분채무자 또는 연대채무자가 있는 금전채권의 경우에, 그 불가분채무자 등 중 1인을 제3채무자로 한 채권압류 및 추심명령이 이루어지면 그 채권압류 및 추심명령을 송달받은 불가분채무자 등에 대한 피압류채권에 관한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 추심채무자는 그 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하지만, 그 채권압류 및 추심명령의 제3채무자가 아닌 나머지 불가분채무자 등에 대하여는 추심채무자가 여전히 채권자로서 추심권한을 가지므로 나머지 불가분채무자 등을 상대로 이행을 청구할 수 있고, 이러한 법리는 위 금전채권 중 일부에 대하여만 채권압류 및 추심명령이 이루어진 경우에도 마찬가지이다.

〈판례선정이유〉

제3채무자가 2인 이상의 불가분채무자나 연대채무자일 경우, 제3채무자 중 1인만을 대상으로 한 채권압류 및 추심명령이 이루어지면 그 제3채무자에 대해서는 추심채권자에게만 당사자적격이 있고, 나머지 제3채무자에게는 추심채무자에게 당사자적격이 있음을 밝힌 판결(금전채권의 일부 금액에 대한 채권압류 및 추심명령이 있는 경우에도 같은 취지로 적용된다)

416. 추심명령: 추심의 소에서 집행채권 부존재 및 소멸 주장

(대법원 1996. 9. 24. 선고 96다13781 판결)

〈쟁점〉

제3채무자가 추심의 소에서 집행채권의 부존재나 소멸을 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

집행채권의 부존재나 소멸은 집행채무자가 청구이의의 소에서 주장할 사유이지 추심의 소에서 제3채무자인 피고가 이를 항변으로 주장하여 채무의 변제를 거절할 수 있는 것이 아니다.

〈판례선정이유〉

추심의 소에서 제3채무자는 집행채권의 부존재나 소멸을 주장할 수 없고, 이는 채무자가 청구이의의 소에서 주장할 사유임을 명확히 한 판결

417. 추심명령: 압류 경합 시 제3채무자 변제의 효력

(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결)

〈쟁점〉

추심명령이 경합된 경우 그중 한 채권자에 대한 제3채무자의 변제의 효력

〈판결요지〉

같은 채권에 관하여 추심명령이 여러 번 발부되더라도 그 사이에는 순위의 우열이 없고, 추심명령을 받아 채권을 추심하는 채권자는 자기 채권의 만족을 위하여서 뿐만 아니라 압류가 경합되거나 배당요구가 있는 경우에는 집행법원의 수권에 따라 일종의 추심기관으로서 압류나 배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 추심을 하는 것이므로 그 추심권능은 압류된 채권 전액에 미치며, 제3채무자로서도 정당한 추심권자에게 변제하면 그 효력은 위 모든 채권자에게 미치므로 압류된 채권을 경합된 압류채권자 및 또 다른 추심권자의 집행채권액에 안분하여 변제하여야 하는 것도 아니다.

〈판례선정이유〉

추심명령이 경합될 경우 제3채무자는 경합하는 추심채권자 중 1인에게 전액을 변제하더라도 그 효력이 모든 채권자에게 미침을 명확히 밝힌 판결

418. 추심명령: 압류 경합 시 제3채무자로부터 추심금 수령 후 취해야 할 조치

(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007다62963 판결)

〈쟁점〉

압류가 경합된 상태에서 발령된 압류 및 추심명령의 추심채권자가 제3채무자의 금전채권에 대하여 다시 압류 및 추심명령을 받아 추심금을 지급받은 경우 취해야 할 조치

〈판결요지〉

추심명령을 얻은 추심채권자는 집행법원의 수권에 기하여 일종의 추심기관으로서 채무자를 대신하여 추심의 목적에 맞도록 채권을 행사하여야 하고, 특히 압류 등의 경합이 있는 경우에는 압류 또는 배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 채권을 추심하여야 하므로, 추심채권자는 피압류채권의 행사에 제약을 받게 되는 채무자를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 채권을 행사하고, 나아가 제3채무자로부터 추심금을 지급받으면 지체 없이 공탁 및 사유신고를 함으로써 압류 또는 배당에 참가한 모든 채권자들이 배당절차에 의한 채권의 만족을 얻도록 하여야 할 의무를 부담한다. 이러한 법리는 제3채무자가 추심명령에 기한 추심에 임의로 응하지 아니하여 추심채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 후 얻어낸 집행권원에 기하여 제3채무자의 재산에 대하여 강제집행을 한 결과 취득한 추심금의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 압류가 경합된 상태에서 발령된 압류 및 추심명령의 추심채권자가 제3채무자의 금전채권에 대하여 다시 압류 및 추심명령을 받아 추심금을 지급받은 경우에는 지체 없이 압류가 경합된 상태에서의 압류 및 추심명령의 발령법원에 추심금을 공탁하고 그 사유를 신고하여야 한다.

〈판례선정이유〉

추심채권자는 일종의 추심기관이므로, 압류 경합 상태에서 추심채권자가 제3채무자의 금전채권에 대하여 다시 압류 및 추심명령을 받아 추심금을 지급받은 경우 지체 없이 최초 압류 및 추심명령 발령법원에 추심금을 공탁하고 사유 신고해야 함을 밝힌 판결

419. 추심명령: 피압류채권액에 관한 제3채무자의 지체책임 발생시기

(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다47117 판결)

〈쟁점〉

압류·추심명령에 따라 압류된 채권액 상당에 관하여 제3채무자가 압류채권자에게 지체책임을 지는 시기

〈판결요지〉

추심명령은 압류채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능을 수여함에 그치고, 제3채무자로 하여금 압류채권자에게 압류된 채권액 상당을 지급할 것을 명하거나 그 지급 기한을

정하는 것이 아니므로, 제3채무자가 압류채권자에게 압류된 채권액 상당에 관하여 지체책임을 지는 것은 집행법원으로부터 추심명령을 송달받은 때부터가 아니라 추심명령이 발령된 후 압류채권자로부터 추심금 청구를 받은 다음날부터라고 하여야 한다.

〈판례선정이유〉

추심명령의 특성상 제3채무자가 압류채권자에게 피압류채권액에 대한 지체책임을 지는 것은 추심명령 송달 시가 아니라 추심명령 발령 후 압류채권자로부터 추심금청구를 받은 다음날부터임을 명확히 한 판결