

같은 전자투표에 의한 의결권은 일단 행사된 이상 이를 철회하거나 취소 또는 변경할 수 없다. 달리 전자투표의 사항을 서면결의로 철회하거나 변경하지도 못한다(동시행령 제5조의2 제4항).

2010년 12월호 고시계  
영산대학교 교수 김병태

## 민사소송법

### 1. 독립당사자참가소송의 적법요건 및 패소한 두 당사자 중 일방만이 항소한 경우 항소심의 심판범위

#### 【設問】

X는 Y 소유의 A토지를 매수하였으나 자신의 명의로 소유권이전등기를 경료하기 전에 Y가 사망하자, Y의 상속인 Y1과 Y2를 상대로 A토지에 관해 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 이 소송계속 중 Z는 A토지에 관해서 Y와 매매계약을 체결한 당사자는 자신인데 편의상 매수인의 이름을 X로 하였을 뿐이라고 주장하며, X를 상대로 소유권이전등기청구권 존재확인청구를, Y1과 Y2를 상대로 소유권이전등기절차이행청구를 제기하는 독립당사자참가신청을 하였다.

다음 물음에 답하십시오.

1. Z의 참가신청이 적법한지 판단하십시오.
2. 제1심법원은 Z와 Y 사이의 매매계약체결사실을 인정하여 X의 Y1·Y2에 대한 청구기각, Z의 X·Y1·Y2에 대한 청구인용판결을 선고하였다. 이 판결에 대해서 Y1은 항소하였지만 Y2는 항소하지 않았으며, X 역시 항소하지 않았다. 항소심법원은 1심과 달리 Z와 Y 사이의 매매계약체결사실도 인정할 수 없다고 판단한 경우, Y1과 Y2에 대한 Z의 청구인용판결을 취소하여 Y1과 Y2에 대한 Z의 청구를 기각할 수 있는가?

#### 출제의도

<설문 1>은 권리주장참가의 요건중본소청구와 참가인의 청구가 양립하지 않을 것이라는 요건을 이해하고 있는지를 묻고 있다. 특히 부동산이중양도에서 제1양수인의 권리주장참가인의 허부에 관한 판례와 다수설의 논거, 그리고 이중양도의 사례와 참가인 자신이 진정한 계약당사자임을 주장하는 사례를 비교하여 이해하여야 한다.

<설문 2>는 패소한 두 당사자 중 일방만이 항소하고 나머지 패소당사자가 항소하지 않은 때, 합일확정을 이루기 위해서 다수설·판례의 이심설을 취한다. 다만, 본 설문처럼 공동피고 중 1인만 항소하고 나머지 피고는 항소하지 않은 경우에도 이심설이 적용되는지를 이해하고 있는지를 묻고 있다. 공동피고의 소송관계가 필수적 공동소송이 아닌, 즉 통상공동소송관계라면 모든 피고들 사이에 모순 없는 해결을 요하는 것이 아니므로 상소하지 아니한 부분은 분리확정된다는 점을 이해하고 있는지를 평가하고자 한 문제이다.

### 【답안구성 예】

A. <설문 1>의 경우

I. 문제제기

II. 독립당사자참가 일반

1. 의의

2. 심리구조

3. 요건

(1) 서

(2) 참가이유가 있을 것

III. 결 론

본 설문의 내용상 원고 X와 공동피고 Y1·Y2가 Z를 해할 의사를 갖고 소송을 수행하고 있음이 객관적으로 판정할 수 없는 것이므로, Z의 참가는 권리주장참가로 평가하는 것이 타당하다. 상술한 부동산이중양도의 사건과 달리, Z는 사망한 Y와 매매계약을 체결한 진정한 당사자는 X가 아니라 자기라고 주장하는 것이므로 X의 본소청구와 Z의 참가청구는 양립할 수 없는 경우에 해당한다. 따라서 다수설·판례에 의하면 설문의 Z의 권리주장참가는 적법하다고 하겠다.

B. <설문 2>의 경우

I. 문제제기

II. 독립당사자참가 소송의 심리일반

1. 본안심리

2. 본안판결 및 상소

(1) 1개의 전부판결

(2) 판결에 대한 상소

III. 설문 적용

1. 서

2. 공동상속인 상호간의 소송관계

(1) 필수적 공동소송설(소수설)

(2) 통상의 공동소송설(다수설 · 판례)

3. 설문의 소송관계

(1) 필수적 공동소송설

(2) 통상공동소송설

#### IV. 결 론

판례와 같이 공동상속인 Y1과 Y2의 소송관계는 통상공동소송으로 이해하는 것이 타당하므로, Y1이 항소하였더라도 Y2가 항소하지 않으면 Y2 판결부분은 항소기간의 도과로 분리확정된다. 따라서 본 설문에서 항소심 법원은 항소한 Y1의 판결부분을 취소하여 Z의 청구를 기각할 수 있으나, Y2에 대한 Z의 판결부분은 확정되었으므로 이를 심판할 수 없다.

2010년 7월호 고시계  
청주대학교 교수 김상균

## 2. 국제재판관할권, 소송의 이송, 당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향

### 【設問】

미국 뉴욕시에 본점을 둔 Y 은행은 서울 서초구 서초동과 수원시에 각각 지점을 두고 있다. Y 은행 수원지점 대출담당으로 근무하던 미국인 a(주소지: 수원시)와 미국인 b(주소지: 부천시)는 수원시에 본사를 두고 있는 X 주식회사에 대출을 하였다가 채권을 회수하지 못하게 되자 2009. 2. 28. 위 은행으로부터 해고의 통지를 받았다. 이에 a, b는 공동 원고로서 2009. 5. 1. Y 은행을 상대로 해고무효확인 및 해고일부터 복직시까지 임금의 지급을 구하는 소송을 제기하였는데, a는 소송계속 중인 2010. 1. 5. 교통사고로 사망하였고, 그의 유일한 상속인은 a'이다. 그러나 a가 사망한 사실은 법원에 알려지지 않았고, 법원은 a를 당사자로 표시하여 판결을 선고하였다. 다음 물음에 답하시오

1. 대한민국은 위 사건에 관하여 민사재판권을 가지는가?  
(민사재판권을 가진다고 보는 경우 토지관할 법원에 대하여도 설명할 것)
2. 원고들(a, b)이 위 소송을 서울중앙지방법원에 제기하였고 Y가 2009. 5. 30. 답변서를 제출하지 않은 상태에서 위 사건을 수원지방법원으로 이송해 줄 것을 신청하였다면 서울중앙지방법원은 어떠한 조치를 취하였겠는가? 그리고 법원의 조치에 대한 불복방법에 관하여 설명하라.
3. a의 사망으로 인하여 이 사건 소송에 어떠한 효과가 발생하게 되는가? 또한 a의 상속인 a' 및 Y 은행은 위 판결에 대하여 어떠한 조치를 취할 수 있는가?

<문제 1>은 섭외사건에 있어 국제재판관할권의 판단 기준과 이를 사안에 포섭하여 문제를 해결하는 능력과 토지관할에 관한 규정을 실제로 적용하는 능력을 평가하고자 한다. 국제재판관할권의 개념과 그 판단기준에 관한 여러 견해의 대립, 우리 국제사법의 규정 등을 명확히 이해하여 이를 기초로 문제를 해결하여야 할 것이다.

<문제 2>는 이송의 개념과 이송이 허용되는 경우와 그렇지 않은 경우의 구별, 이송신청시 법원은 어떠한 조치를 해야 하고 이에 대해 당사자는 어떤 방식으로 불복할 수 있는지 등을 평가하기 위해 출제하였다.

<문제 3>은 소송절차 중 당사자의 사망과 관련된 민사소송법 상의 문제를 해결하는 능력을 평가하기 위한 문제이다. 각 소송의 단계별로 당사자가 사망한 경우 소송대리인이 있는지 없는지의 여부에 따라 서로 상이한 결과가 발생하는 것을 염두에 두고 주어진 문제를 해결해야 한다.

## 【답안구성 예】

### 【1번 문제】

- I. 문제의 제기
- II. 우리나라가 민사재판권을 행사할 수 있는지 여부
  1. 민사재판권의 대인적 제약
  2. 민사재판권의 대물적 제약(국제재판관할)
    - (1) 확실
    - (2)국제사법의 규정
    - (3)소결
- III. 토지관할
  1. 보통재판적
  2. 특별재판적
  3. 관련재판적
  4. 소결
- IV. 결론

### 【2번 문제】

- I. 문제의 제기
- II. 이송의 원인
- III. 이송신청에 대한 법원의 조치와 당사자의 불복방법
  1. 피고 Y의 신청원인

- 2. 피고 Y가 관할위반을 이유로 이송신청을 한 경우
- 3. 피고 Y가 현저한 손해 혹은 지연을 이유로 이송신청을 한 경우

**【3번 문제】**

- I. 문제의 제기
- II. 이 사건 중 원고 a의 해고무효확인청구 부분
- III. 이 사건 중 원고 a의 임금청구 부분
  - 1. 원고 a가 소송대리인을 선임하지 않은 경우
    - (1) a가 변론종결 전에 사망한 경우
    - (2) a가 변론종결 후에 사망한 경우
  - 2. 원고 a가 소송대리인을 선임한 경우
- IV. 이 사건 중 원고 b의 청구

2010년 9월호 고시계  
고려대학교 교수 윤남근

**3. 피고경정, 당사자표시정정, 성명모용소송, 사자명의소송**

**【設問】**

순수 예술을 추구하는 예술가 甲은 한적하고 검소한 도로를 혼자걸다가 인기탈런트 乙이 운전하는 무보험차량에 충격되어 중상을 입었고 乙은 사고 직후 연예인으로서 인기하락을 염려하여 순간적으로 친구 한일폰이 생각나서 한일폰의 명함을 甲에게 제시하고는 119구급차가 오는 것을 확인하고는 급히 그 장소를 떠났고 甲은 병원에 입원했다(다음 설문은 상호 독립적임).

- (1) 甲은 치료비 등이 원만히 해결되지 아니하여 피고의 이름이 한일폰인 줄 알고 그를 피고로 하여 손해배상청구의 소를 제기하였는데, 실제 사고와 상관없는 한일폰이 乙의 부탁을 받고 법정에 나와서 사고 운전자인 것처럼 피고로서 소송수행을 하고 있다. 이러한 사실 밝혀진 경우 甲과 법원은 어떤 조치를 취하여야 하는가?
- (2) 사고운전자가 乙이라는 것을 알게 된 甲은 乙을 피고로 하여 치료비 등 손해배상청구의 소를 제기하였는데 사고와 무관한 乙의 소속사 직원 丙이 乙의 인기하락을 염려하여 소송을 수행하고 있는 것이 밝혀졌다. 법원은 어떤 조치를 취하여야 하는가?
- (3) 甲의 팬클럽 회원인 丁이 입원하고 있는 甲과는 상의 없이 甲을 원고로, 乙을 피고로 손해배상청구의 소를 제기하였는데 이 소를 제기하기 이전에 이미 甲이 사망하였다면 소송상 취급은 어떤가(甲은 아들이 있다).
- (4) 위와 달리 甲이 병상에서 회복되어 乙을 피고로 하여 손해배상청구의 소를 제기하였는데 乙은 위 사고 이후 죄책감으로 시달리다가 제소당하기 전에 이미 사망하였다. 乙의 처 戊는 상속을 포기하였고 乙의 동생 己가 있다. 甲은 소송상 어떠한 조치를 취하여야 하는가. 또 동생 己도 상속포기하여 더 이상 상속인이 없다면 甲은 어떠한 구제를 받을 수 있는가

## 출제지도

같은 사실관계에서 당사자의 성명모용(도용)이나 사망한 자를 당사자로 표시하는 경우에 발생하는 여러 가지의 소송법적 조치방법을 구별하고 각 소송주체가 이들 경우에 어떤 조치를 취하여야 하는지 이해하고 있는지를 평가하기 위하여 출제하였다.

<문제 1> 은 피고경정과 당사자표시정정의 구별, 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우에 피고경정의 요건을 파악하고 피고경정의 요건과 피고경정이 안 되는 경우 법원은 어떤 판단을 하는지 등을 평가하고자 한다.

<문제 2>는 피고측 성명모용의 경우 당사자가 누구인지 법원은 어떠한 조치를 해야 하는지 등을 평가하기 위해 출제하였다.

<문제 3> 은 사자명의소송에 관하여 상속인이 당사자가 될 수 있는지 여부를 이해하고 있는지를 평가하고 소송절차 중 당사자의 사망과 관련된 소송법상의 문제를 해결하는 문제이다. 각 소송의 단계별로 당사자가 사망한 경우 소송대리인이 있는지 없는지의 여부에 따라 서로 상이한 결과가 발생하는 것을 염두에 두고 주어진 문제를 해결해야 한다.

<문제 4>은 사자명의소송에 관하여 누가 당사자가 될 수 있는지 여부와 상속인이 상속을 포기한 경우 이에 대한 취급을 어떻게 하는지와 판례의 입장을 이해하고 있는지를 소송법과 실체법측면에서 평가하기 위한 문제이다.

## 【답안구성 예】

### 《문제 1》

#### I. 문제의 제기

#### II. 피고의 경정

1. 피고경정의 의미
2. 피고경정의 요건
3. 경정신청절차
4. 효과

#### III. 사안의 경우

교통사고운전자(乙)가 타인의 명함을 제시하여 피해자가 가해자를 오해하여 타인을 피고로 표시한 것이 밝혀진 경우 원고는 민사소송법 제260조의 피고경정절차에 따라 피고를 乙로 바꾸어야 한다.

피고경정의 요건을 갖추지 못하거나 법원의 경정결정을 받지 못하면 원고로서는 피모용자(한일푼)에 대한 소를 취하고 모용자(乙)에 대해 다시 소를 제기할 수 밖에 없고 법원은 이 경우 소취하가 되지 아니하면 피모용자에 대한 원고의 청구를 기각하는 판결을 한다.

《문제2, 문제 3》

- I. 문제의 제기
- II. 당사자 확정의 기준
  - 1. 학설과 판례
  - 2. 釋明
- III. 성명모용소송의 효과 : 피모용자의 구제
  - 1. 판결 전에 모용사실이 밝혀진 경우
  - 2. 성명모용을 간과한 판결의 효력과 구제

《문제4》

- I. 문제의 제기
- II. 당사자는 누구인가
- III. 상속인이 상속포기한 경우
  - 1. 乙의 제1순위 상속인 처戊만 포기한 경우
  - 2. 상속인이 모두 상속을 포기한 경우

IV. 결 론

甲은 피고를 상속포기를 하지 아니한 己로 당사자표시정정신청하여야 할 것이다. 상속인의 상대방인 甲도 수계신청을 할 수 있고(민사소송법 제241조), 수계신청도 당사자표시정정신청으로 선행할 수 있으므로 甲이 수계신청하는 경우도 당사자표시정정신청으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 피고를 己로 당사자표시정정신청도 불가능하고, 피고경정의 요건도 갖추지 못한다면, 결국 종전의 소를 취하하고 상속포기를 하지 아니한 상속인을 상대로 새로 소를 제기하는 수 밖에 없다. 상속인 모두 상속을 포기한다면 상속재산이 있는 경우 상속재산청산절차를 거쳐 손해배상금을 배당받아야 한다.

2011년 4월호 고시계  
전북대학교 교수 김학기