1. 공동소송 · 반소 · 공시송달 등

【설 문】

丙은 친구 乙이 사업운영상의 일시적인 재정악화로 말미암아 甲으로부터 금 1,000만원을 빌리는데 대하여, 乙은 신용있는 친구라는 점을 확신하여, 연대보증을 한 바 있다. 丙은 그 후 이를 변제하였다는 乙의 전화를 받은 바 있다. 그러나 그 후 보증채무를 이행하라는 甲의 소장을 받아보고 문제가 생겼음을 알았다. 그리고 甲이 친구 乙에 대한 대여금청구도 공동소송으로 제기하였음도 알게 되었다(설문은 각별로 봄).

(1) 丙은 甲과의 소송에서 乙이 이미 변제하였다는 항변을 하였으나 공동피고인인 乙은 스스로 변제항변의 주장도 또 丙의 주장에 대한 원용도 하지 아니하고 오히려 기일에 수차례 불출석하는 등 소극적으로 임하고 있다. 이 경우 공동소송인 丙의 변제항변은 이에 대해 불주장 및 불원용하고 있는 乙에 대하여 소송상 어떠한 영향을 미치는지를 학설 및 판례에 따라 논하시오.

(2) 乙은 변제에 대한 증명을 하지 못하게 되자 甲에 대하여 금 1,000만원의 손해배상청구권을 가지고 있는 소외 X에게서 이 채권을 저렴하게 양수하면서 이를 甲에 대하여 주장하고자 한다(채권양수에 대한 대항요건을 모두 구비한 것으로 본다). 이를 상계 혹은 반소로 주장할 수 있겠는가?

(3) 乙은 다음과 같이 소송관련 서류를 공시송달로 받음으로써 기일에 불출석하였고 그 결과 패소확정되었다. 이 상황에서 ① 소를 제기한 甲이 乙의 주소 등 및 근무장소를 선의로 알 수 없어 법원의 명령에 따라 소장 및 (패소확정)판결정본을 乙에게 공시송달로 보냈던 경우, ② 처음에는 송달되다가 乙의 이사로 주소불명이 되어 송달불능이 되었고 그로 인하여 판결정본을 공시송달한 경우 그리고 ③ 甲이 乙의 주소를 알면서도 모른다고 하여 소송서류를 법원의 공시송달명령에 따라 송달한 경우로 나누어 이에 대한 乙의 대처방식이 있다면 이를 논하시오.

☞ 출제의도

설문 (1)

공동소송인 1인의 유리한 행위가 다른 공동소송인에게 어떤 영향을 미치는지에 관한 것으로 먼저 민사상 주채무와 보증채무의 법률관계의 성질에 근거하여 통상공동소송임을 설명하고 이에 따라 원칙적으로 공동소송인독립의 원칙이 적용되나 본 사례의

경우 변제하였다는 사실은 하나의 사실로서 주채무와 보증채무에 모두 적용되어야 하므로 독립의 원칙의 수정이 요하는 사안임을 밝히고 이에 대한 학설 및 판례의 입장에 대하여 아는 지를 확인코자 하였다. 아울러 공동소송의 경우에 수험생들이 흔히 저지르는 답안작성상의 문제점도 지적코자 하였다.

설문 (2)

피고가 주장하거나 제기하게 되는 상계 및 반소의 요건의 차이를 명확히 인식시키기 위해서 비교문제를 제시하였다.

설문 (3)

공시송달의 요건 및 효과를 명확히 인식하고 그로 인하여 불이익을 입은 당사자의 구제방법을 구체적인 상황에 따라 구별하여 명확히 알고 있는지를 보고자 하였다.

【답안구성 예】

<<설문 (1)>>

Ⅰ. 문제의 제기

Ⅱ. 공동소송의 종류 및 공동소송인간의 관계

1. 공동소송의 종류
2. 공동소송인간의 관계

Ⅲ. 사안의 검토

1. 공동소송의 유형에 대한 판단
2. 공동소송인간의 관계

Ⅵ. 결 론

<<설문(2) >>

Ⅰ. 문제의 제기

Ⅱ. 사안의 검토

1. 상계주장의 가능여부
2. 반소의 제기 가능성

Ⅲ. 결 론

<<설문 (3)>>

Ⅰ. 문제의 제기

Ⅱ. 공시송달의 개념 및 요건

1. 송달 및 공시송달의 개념
2. 공시송달의 요건

Ⅲ. 사안의 검토

1. ①의 경우(원고가 선의로 피고의 주소를 몰라 공시송달로 보낸 경우)
2. ②의 경우(처음에는 통상적인 방법에 의한 송달이 이루어지다가 피고가 이사하여 주소불명이 되어 판결정본이 공시송달된 경우)
3. ③의 경우(원고가 피고의 주소지 등을 알면서도 모른다고 하여 법원의 공시송달명령을 받아 이에 의하여 피고 乙이 패소확정된 경우)

Ⅳ. 결 론

〈〈설문 (1)〉〉

Ⅵ. 결 론

甲과 乙 그리고 甲과 丙의 청구간에는 주채무와 보증채무의 관계에 있으므로 위와 같이 통상공동소송에 해당되고 이에 따라 공동피고 丙은 乙이 이미 변제하였음을 항변하였으나 다른 피고 乙은 이러한 항변을 주장하지도 丙의 항변에 대한 원용도 하지 않고 있으므로 공동소송인독립의 원칙에 따라 각별로 효과가 발생한다. 그러나 이렇게 되면 변제하였다고 하는 동일한 사실에 대하여 이를 주장한 丙은 이 사실이 인정되어 승소의 가능성이 커지고 이를 주장하지 아니한 乙은 이 사실이 인정되지 아니하여 패소하게 되는데 이는 독립의 원칙상 당연한 결과로 이는 법에 반하는 것은 아니나 바람직스럽지 못한 결과를 가져온다.

그리하여 이를 피하기 위해서는 독립의 원칙의 수정이 필요하고 이를 위해 주장공통의 원칙의 인정여부가 문제된다. 이를 인정하면 문제가 없지만 변론주의를 관철하기 위해 이를 부인하게 되면 마찬가지로 바람직스럽지 못한 결과가 발생한다. 그러므로 공동소송인 중 1인이 공통사실에 대한 유리한 주장을 하였을 때에는, 이를 원용조차 하지 아니한 다른 공동소송인이 이와 저촉되는 행위를 적극적으로 하지 않은 한, 그 공동소송인에게도 같은 효력을 인정할 필요가 있다.

〈〈설문(2)〉〉

Ⅲ. 결 론

소구채권(보증금채권)과 자동채권(손해배상채권)간에 관련성이 없으나 방어방법인 상계는 관련성을 그 행사요건으로 하지 아니하므로 소외 X로부터 양수한 손해배상채권으로 소송에서 상계를 주장할 수 있다. 그러나 반소의 경우 반소로 주장한 청구(손해배

상채권)와 본소청구(소구채권)간에 관련성을 요구하나 사안에서는 두 청구간에 서로 관련성이 없으므로 원칙적으로 피고 丙은 손해배상청구권에 기해 반소를 제기할 수 없다.

〈〈설문 (3)〉〉

Ⅳ. 결 론

공시송달과 관련된 ①의 사례에서는 피고 乙은 추후보완으로 패소확정판결의 취소를 구할 수 있으나 ②의 경우는 불변기간도과로 인한 패소판결확정에 피고의 과실이 있으므로 추후보완사유에 해당되지 아니하며 아울러 재심사유에도 해당되지 아니한다. ③의 경우는 공시송달을 이용한 전형적인 판결편취의 경우로서 공시송달에 의한 판결정본의 송달은 유효하므로 추후보완이나 재심(민소법 제451조 제1항 제11호)을 제기하여 패소확정판결의 취소를 구할 수 있다.

2011년 5월호 고시계
한림대학교 법대 교수 김상훈

2. 소의 변경, 반소, 추완상고

【설 문】

甲과 乙은 X토지를 각각 1/2씩의 지분으로 취득하여 공유로 소유권이전등기를 마치고 토지는 전체를 甲이 점유하여 사용하고 있었다. 그 후 乙은 지분증여계약서를 첨부하여 甲의 지분을 자기 앞으로 이전등기를 하였다. 이에 대하여 甲은 위 증여계약서가 위조된 것이라는 주장을 하면서 원인무효를 이유로 지분이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 다음의 질문에 답하시오.

(1) 제1심 소송계속 중 甲은 원인무효로 인한 지분이전등기 말소청구에서 명의신탁해지로 인한 지분이전등기청구로 그 청구취지 및 청구원인을 변경하였다. 그런데 법원은 명의신탁해지로 인한 지분이전등기청구에 대해서 판단하지 아니한 채 증여가 무효라는 甲의 주장을 받아들여 지분이전등기의 말소를 명하는 판결을 내렸다. 이에 대해 乙이 불복하여 항소를 제기하였다면 법원은 어떠한 판단을 해야 하는가?

(2) 제1심에서 甲이 승소하고 이에 乙이 불복하여 항소를 제기하였다. 항소심에서 甲은 만약을 위하여 계약서의 진정성립이 인정된다하더라도 그 내용은 증여가 아니라 명의신탁이므로 명의신탁해지를 이유로 하는 지분이전등기 말소청

구를 추가할 수 있는가?

⑶ 제1심에서 甲이 승소하고 이에 乙이 불복하여 항소를 제기한 경우, 항소심에서 乙이 소유권에 기한 토지의 인도를 구하는 반소를 제기한다면, 이 반소에 甲의 동의가 필요한가? 또한 乙의 반소 제기 후 甲이 자기의 본소를 취하한다면 이 취하는 반소에 영향을 미치는가?

⑷ 제1심에서 甲이 승소하고 이에 乙이 불복하여 항소를 제기하였다. 항소심에서 법원은 乙의 주소로 소송서류를 송달하였으나 수취인불명으로 되돌아와 결국 판결정본(乙의 패소)도 공시송달하였다. 만약 乙이 이 공시송달을 모른채 상고기간이 도과하였다면 乙은 상고를 제기할 수 있는가?

☞ 출제의도

첫째, 소의 변경과 관련해서, 적법한 변경임에도 불구하고 법원이 신청구에 대해서 심판하지 않고 구청구에 대해서 심판한 경우 항소심 법원은 어떠한 조치를 취하여야 하는지, 제1심에서 승소한 원고가 항소심에서 청구의 추가적 변경을 할 수 있는지를 묻고 있다. 둘째, 반소와 관련해서, 항소심에서 피고가 반소를 제기할 때 원고의 동의가 필요한지 여부와 항소심에서 본소가 취하된 경우 반소의 운명은 어떻게 되는지를 묻고 있다. 마지막으로, 불변기간의 불준수와 소송행위의 추후보완과 관련해서, 추후보완사유 중 당사자가 책임질 수 없는 사유가 무엇인지 특히 공시송달이 관련된 경우의 구체적 사례들을 정리해둘 필요가 있다.

【답안구성 예】

Ⅰ. 문제의 제기

Ⅱ. 소의 변경, 반소 및 추완상고

1. 소의 변경
2. 반소
3. 기간의 도과 및 소송행위의 추후보완

Ⅲ. 사안의 해결

1. 설문 ⑴의 경우
2. 설문 ⑵의 경우
3. 설문 ⑶의 경우
4. 설문 ⑷의 경우

Ⅳ. 결 론

Ⅳ. 결 론

(1) 설문 (1)의 경우, 항소심은 원판결을 취소하고 구청구에 대한 청구의 변경 시점에 소송이 종료되었다는 소송종료선언을 하여야 한다. 명의신탁해지를 원인으로 하는 지분이전등기청구는 항소심으로 이심되지 않고 원심에 계속 중으로 보아 원심법원이 추가판결을 하여야 할 것이다.

(2) 설문 (2)의 경우, 청구의 변경은 사실심변론종결전까지 가능하므로 피고가 항소를 제기한 경우 원고는 항소심에서 청구의 변경을 할 수 있다.

(3) 설문 (3)의 경우, 항소심에서 피고 乙은 원고 甲의 동의 없이도 반소를 제기할 수 있다고 볼 것이며, 원고 甲의 본소가 취하되더라도 피고 乙의 반소에는 영향을 미치지 아니한다.

(4) 설문 (4)의 경우, 항소를 제기한 피고 乙의 입장에서는 적극적으로 항소심 절차에 적극적으로 관여할 책임이 당연하므로, 소송의 진행 중 공시송달되어 상고기간이 도과했다면 乙은 추완상고를 할 수 없다고 보아야 할 것이다.

2011년 6월호 고시계
가톨릭대학교 법학부 교수 정영수

3. 민사소송에 있어서 요건사실에 관한 사례연구

-매매대금청구 · 미성년 취소 · 사술(詐術)과 관련하여

【설 문】

[원고의 주장] 나는 피고에게 2009년 7월 1일 이사건 계쟁토지를 금1억원에 매도하였다. 그러나 피고는 현재까지 위 매매대금을 지급하지 않고 있다. 피고가 비록 젊은 사람이지만 망부(亡父)로부터 많은 유산을 상속받은 사실을 알고 있기 때문에 경제적 능력에 관하여 아무런 의심을 하지 않았다. 그러나 개인적으로 피고의 연령을 알 수 없었기 때문에 운전면허증을 제시할 것을 요청하였다. 수일이 경과한 뒤에 피고가 그것을 가져와서 내가 보게 되었는데 매매 당시 20세 이상인 사실을 확인할 수 있었다. 그래서 그것을 복사해 두었다. 운전면허증에 기재된 생년월일과 다르다고 한다면, 이는 분명히 피고가 위조하였다고 생각할 수 밖에 없다.

[피고의 주장] 내가 본건 토지를 매수할 때 나이는 19세 1개월이었다. 나는 이 사건 토지가 장래에 가치가 상승할 것으로 생각되어 운전면허증의 생년월일을 1년 소급하여 작성한 계약을 할 당시 그것을 원고에게 보여주었다. 지금도 여전히 나는 이 사건 토지를 매수하고 싶지만 모(母)의 방침에 따르고자 한다.

[피고 모의 주장] 나는 자식인 피고로부터 "어제 원고로부터 이 사건 토지를 매수하였다. 장래가치가 상승할 토지라고 생각한다."는 말을 들었을 때 매우 놀랐다. 그 이야기를 듣고 다음날 바로 이 매매계약을 취소하였다. 운전면허증을 위조하여 제시한 것 등을 포함하여 자식의 행위에 대하여 한심함을 느낀다. 그러나 자식과 원고의 장녀는 초등학교·중학교를 같이 다녔다. 원고는 자식이 계약 당시 미성년자인 사실을 분명히 알고 있었을 것이다.

<설문>

원고가 소송을 제기하는 경우

가. 원고의 재판상 청구에 있어서 소송물과 청구원인은 무엇이 있는가?

나. 피고 주장의 항변 및 원고 주장의 재항변 등의 각 사실은 무엇이 있는가?

☞ 출제의도

그동안의 법학교육이 이론교육에 관한 것은 법과대학에서, 실무교육에 관한 것은 사법연수원에서 진행되어 왔던 것에서 벗어나 법학전문대학원(이하 "이 대학원"이라고 한다)이 출발하여 이론과 실무를 병행하는 법학교육이 진행되어 마침내 이 대학원 제1기생의 배출이 눈앞에 다가왔다. 이 대학원에서 수학한 학생에 대한 실무능력에 대하여는 많은 논란이 있을 수 있지만 그들도 언젠가는 법조경험이 축적됨에 따라 자신의 역량에 부합하는 실력을 발휘할 것이라고 굳게 믿는다. 필자가 교수로서, 변호사로서 이 글을 쓰는 것에 대하여는 금시지탄의 느낌을 금할 수 없지만 늦을수록 돌아가라는 교훈에 따라 지금이라도 민사실무교육에서 가장 기본적인 요건사실에 관한 이해를 위한 사례를 검토해 보기로 한다.

【답안구성 예】

Ⅰ. 민사소송에 있어서 요건사실의 중요성
  1. 개 략
  2. 요건사실의 의의

Ⅱ. 요건사실의 적용 및 판단과정
  1. 요건사실의 적용과정
  2. 요건사실의 판단과정

Ⅲ. 사례와 관련한 검토
  1. 서 언
  2. 전개방향을 위한 법률적 검토
    ⑴ 사안에 있어서 소송물
    ⑵ 청구원인- 원고와 피고는 이 사건 토지를 금1억원에 매매계약을 체결한 사실
    ⑶ 항변- 미성년을 이유로 하는 취소

⑷ 재항변- 행위무능력자의 사술
⑸ 재재항변
Ⅳ. 글을 마치면서

Ⅳ. 글을 마치면서

이상과 같이 요건사실의 의미 등에 관한 기본적 사실에 관하여 사례를 전제로 살펴보았다. 결국 요건사실이란 실체법의 법률요건에 해당하는 구체적 사실을 가리킴을 알 수 있다. 즉, 민사소송에서 법원은 원고가 구하는 소송물인「권리 또는 법률관계」의 존부에 관한 판단을 한다. 그리고 소송물인「권리 또는 법률관계」의 존부판단은 당해 권리가 발생하였는지, 당해권리가 소멸하였는지 여부에 관한 법률효과의 조합에 의해 이루어진다. 민법 등 많은 실체법은 이러한 법률효과〔권리의 변동(발생, 변경, 소멸)〕을 발생시키는 요건을 규정하고 있음을 깊이 이해하고 그 법률효과를 어떻게 얻어낼 것인지 여부에 관하여 실무가로서 첫발을 딛는 순간부터 민사사건 등에 관하여 소장, 준비서면 등을 작성할 때 요건사실이 무엇을 의미하는 것인지 다시 한번 숙지하기 바란다.

2011년 3월 고시계
홍익대학교 법대 교수· 변호사 박태신

형사소송법

1. 공소장변경의 한계와 전문증거의 증거능력

【설 문】

○○검찰청 지검장 甲은 자신의 관할지역내에서 건설업을 하는 사업가 乙로부터 관련 형사사건에 관한 청탁명목으로 2009. 10. 1경 현금 5000만원과 함께 단란주점에서 향응을 접대받은 사실과 관련하여 수뢰죄 혐의로 체포되었고, 사업가 乙 역시 증뢰죄로 체포되었다. 수사과정에서 甲은 자신은 乙로부터 향응을 제공받은 적이 없으며, 5000만원은 개인적으로 빌린 돈이라고 주장하면서 혐의사실을 완강히 부정한 반면, 乙은 경찰수사과정에서는 물론 검찰수사에서도 뇌물증여사실을 인정하였다. 따라서 사건담당 검사는 甲을 수뢰죄로, 乙을 증뢰죄로 기소하였다. 그리고 범죄사실 관련 증거로서 (1) 甲이 "보내준 돈 잘 받았다"고 말한 전화내용이 녹취되어 있는 녹음테이프(이는 乙이 검찰수사과정에서 임