

## 〈민사소송법 총평〉

### 1. 출제문제 분석

#### 【문 1】

1. 백지문서의 진정성립 추정과 백지문서 날인의 증명책임
2. 상계항변과 기판력 - 피고가 상계항변으로 2개의 반대채권을 주장하여 일부는 인정되고 나머지는 배척된 경우, 반대채권 부존재 기판력은 수동채권 원금잔액을 초과할 수 없다는 '18년 판례 사안
3. 소제기 전 사망을 간과한 판결의 효력과 그에 대한 추완항소와 소송수계신청 가부
4. 채무자의 소송 중 압류채권자의 추심금 청구소송이 중복된 소제기에 해당하는지

#### 【문 2】 예비적 병합 사례

1. 위법한 판결의 구제책과 누락부분에 대한 별소제기 가부
2. 주위청구 기각, 예비청구 인용에 피고만 항소한 경우 항소심의 심판범위-주위청구 비심판
3. 예비적 청구인용에 피고만 항소한 경우 항소심에서 피고의 주위적 청구 인낙

2. 최근 3개년에 이어 지엽적이거나 단편적이 아닌 기본과 정통에 충실한 아카데미한 출제  
작년 문제에서도 제가 언급했습니다만 올해도 어김없이 민사소송법 전반에 걸쳐 중요부분과 미출제된 부분 중 예상했던 게 나와 제대로 시험 준비를 한 수험생이라면 문제가 그리 낯설고 어렵지는 않았을 것으로 생각합니다. 물론 처음 하시는 분들은 당연히 힘드셨을 겁니다만.  
출제 스타일이 바뀐지 4년 차 접어드는 올 시험을 보면 앞으로도 이러한 아카데미한 출제가 계속 이어질 거라고 봅니다. 예컨대 【문 2】 문제들은 예전의 사법시험에 있어서 익숙한 단골메뉴인 부분이며 기출문제이기도 합니다.

### 3. 한편으로 익숙치 않는 최신판례 사례를 출제하여 여전히 최신판례의 중요성 강조

바로 【문 1】의 2번 문제인데 시험본 많은 수험생들이 낯설고 애매했을 것으로 생각이 듭니다.  
본 문제는 민소법에서 가장 중요한 테마인 기판력 그 중에서도 상계항변에 관한 것으로 작년 2018년 8월 30일에 선고된 판례로 상계항변에 관한 소송법적 제 논점을 전반적으로 정리하면서 시험에 출제한 사안에 대해 최초로 판시한 사례입니다. 최신 판례여서 충분한 준비가 되지 못했겠지만 이러한 사정은 남들도 마찬가지이므로 결론과 상관없이 기본적인 내용만 정확히 잘 쓰면 상당한 점수는 받을 수 있겠습니다. 진짜 중요한 건 기본적인 내용에 대한 정확한 이해와 그 서술입니다.

### 4. 마치며

주위의 평을 들어보면 이번 시험이 전년에 비해 쉬웠다고들 말합니다. 그러나 시험을 좀 무난하게 보았다는 것과 실제 점수가 잘 나올 것인가는 전혀 별개의 얘기입니다. 해서 남들보다 좀 못 봤다는 생각이 드는 분들도 절대 상심하지 말기 바랍니다. 정말 점수는 아무도 모르고 나와 봐야 아니까요. 끝으로 제 개인적인 공치사로 총 7문제 중 4문제는 마지막 3순환과 동차반 모의고사에서 출제된 것이고, 나머지 3문제 역시 3순환과 동차반 핵심집중강의 때 출제 예상된다고 집중적으로 설명해 드린

부분임을 알려드립니다. 문제 해설 강의와 핵심 집중강의 때 정말 노래를 부를 정도로 많이 다루었던 게 생각이 납니다. 나올 문제는 반드시 나온다는 것을 확인한 시험이었습니다. 이상입니다. 여러분 정말 수고 많으셨습니다. 좋은 결과 있기를 진심으로 기대합니다. ^^

## 〈민사소송법 해설〉

### 【문 1】의 1

#### I. 결론

차용증의 진정성립이 추정된다.

#### II. 이유

##### 1. 문제점

백지문서의 경우에도 날인사실이 인정되는 경우 제358조가 적용되어 진정성립이 추정되는지 여부와 백지문서에 날인한 사실에 대한 증명책임이 문제된다.

##### 2. 차용증의 형식적 증거력

사문서의 진정성립에 대해서는 거증자 측이 그 성립의 진정을 증명하여야 한다(제357조).

그리고 제358조에서는 날인사실이 증명된 경우 사문서의 진정성립이 추정됨을 규정하고 있다.

##### 3. 백지문서에 날인한 경우 진정성립이 추정되는지 여부

판례는 이에 대해 “문서에 날인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것이 임이 인정되는 경우는 그 인영의 진정성립 및 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날된 경우에만 그러한 것이고,

작성명의인의 날인만 되어 있고 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자 아닌 자가 보충한 경우, 그 문서 전체의 진정성립의 추정은 배제된다.”고 하여 판례는 백지문서의 경우에는 통상의 문서와 달리 2단의 추정을 부정하는 입장이다.

##### 4. ‘백지문서 날인’의 증명책임

판례는 “일반적으로 문서의 일부가 미완성인 상태로 서명날인을 하여 교부한다는 것은 이례에 속하므로 그 문서의 교부 당시 백지상태인 공란 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점은 작성명의인이 증명하여야 한다.”고 하여 백지문서란 사실 자체 즉 날인을 먼저 했고 나중에 보충이 되어졌다는 점을 문서를 작성한 작성명의인이 증명하여야 한다고 했다.

판례의 입장에 의하면 백지문서의 경우 진정성립의 추정이 배제되므로, 백지문서에 날인했다는 주장은 2단계 추정을 복멸하기 위한 주장이다. 따라서 법관으로 하여금 백지문서에 날인한 사실을 확신하게 할 수 있을 정도로 증명해야 한다.

##### 5. 설문의 경우

작성명의인 乙이 백지에 날인한 사실을 주장만 하고 그 서류가 백지문서란 사실에 대해 입증하지 못했으므로 결국 백지문서에 날인한 사실은 부정되어 통상의 문서로 취급된다. 따라서 乙의 날인사실이 인정되므로 원칙으로 돌아가 제358조가 적용되어 차용증의 진정성립이 추정된다.

## 【문 1】의 2

### I. 결론

피고의 약정금 채권 4,000만 원으로 상계되고 남은 인용금액인 6,000만 원에 해당하는 금액의 부존재에 기판력이 발생한다.

### II. 이유

#### 1. 상계항변과 기판력

기판력은 주문에 포함된 것에 한하는 것이 원칙이다(법 제216조 제1항).

다만 피고가 상계항변을 제출하였을 경우에는 비록 판결이유 중 판단임에도 반대채권인 자동채권의 존부에 대해 상계로써 대항한 액수의 한도 내에서 기판력이 발생한다(법 제216조 제2항).

이는 당사자가 별도로 소구채권을 다시 또는 반대채권을 청구하여 이중이익 취하는 걸 방지 하고, 법원도 반대채권의 존부에 대해 다시 다툼이 생겨 이중심판이 강요될 수 있기 때문이다.

#### 2. 상계항변에 기판력 발생요건

상계항변에 대한 기판력은 자동채권의 존부에 관하여 실질적으로 판단을 한 경우에 한한다. 따라서 상계항변이 실기 각하된 경우(법 제149조), 성질상 상계가 허용되지 않는 경우(민법 제496조 등), 상계적상이 성립하지 않은 경우(민법 제492조 제1항 본문)를 이유로 배척된 경우에는 기판력이 발생하지 않는다. 그리고

판례는 “상계주장의 대상이 된 수동채권은 소송물로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 동일한 경우에 한한다.”고 판시 하였다.

#### 3. 상계항변이 인용되거나 배척된 경우 기판력의 범위

상계를 주장하면 그것이 받아들여지든 아니하든 상계로 대항한 액수에 대해 기판력이 생긴다. 예컨대 원고의 1억 원 소구에 대해 피고가 3억 원의 반대채권으로 상계하는 경우, 상계항변이 인용되든 배척되든 반대채권에 관한 기판력은 대항한 액수인 1억 원에 한정해서 발생한다.

따라서 잔액 2억 원은 전소의 기판력에 저촉되지 아니하므로 별도로 청구할 수 있다.

#### 4. 피고가 상계항변으로 2개의 반대채권을 주장하여 일부는 인정되고 나머지는 배척된 경우

한편 설문과 유사한 사안에서 최근 판례는 “피고가 상계항변으로 2개 이상의 반대채권을 주장하였는데 법원이 그중 어느 하나의 반대채권의 존재를 인정하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, 나머지 반대채권들은 모두 부존재한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우에,

수동채권 중 위와 같이 상계로 소멸하는 것으로 판단된 부분은 피고가 주장하는 반대채권들 중 그 존재가 인정되지 않은 채권들에 관한 분쟁이나 그에 관한 법원의 판단과는 관련이 없어 기

판력의 관점에서 동일하게 취급할 수 없으므로, 그와 같이 반대채권들이 부존재한다는 판단에 대하여 기판력이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 상계를 마친 후의 수동채권의 잔액을 초과할 수 없다고 보아야 한다(대판 2018. 8. 30. 2016다46338).”고 했다.

### 【문 1】의 3

#### I. 결론

丙의 추후보완 항소와 소송수계신청은 모두 부적법하다.

#### II. 이유

##### 1. 추후보완 항소

당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다(제173조 1항). 즉 당사자 자신의 책임질 수 없는 사유로 불변기간인 항소기간을 준수할 수 없었던 경우까지 판결이 확정되는 불이익을 방지하기 위함이다.

##### 2. 소송수계신청

소송계속 중 당사자에게 소송수행을 할 수 없는 사유가 발생한 경우 새로운 소송수행자가 나타나 소송에 관여할 수 있을 때까지 법률상 당연히 절차의 진행이 정지되는 것을 소송절차의 중단이라 하고, 당사자 측의 중단된 절차의 속행을 구하는 신청을 소송수계신청이라 한다.

##### 3. 소제기 전 피고가 사망한 경우

###### (1) 당사자 확정

판례는 “당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실을 종합하여 확정하여야 하는 것이며, 당사자표시 변경은 당사자로 표시된 자의 동일성이 인정되는 범위 내에서 그 표시만을 변경하는 경우에 한하여 허용된다(94다61243).”고 하여 실질적 표시설 입장이다.

따라서 원고가 피고로 삼은 사람이 비록 사망자라도 피고는 여전히 사망자이며 다만 당사자능력이 인정되지 않을 뿐이다. 설문의 경우 당사자인 피고는 사망자 乙이다.

###### (2) 소제기 전 사망자임을 간과한 판결의 효력과 불복방법

판례는 “사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 그 판결은 당연무효이며, 그 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다(대판 2015. 1. 29. 2014다34041).”고 하였다. 또한

당연무효의 판결이므로 기판력이 발생하지 않아 재심적격이 없어 재심으로 다룰 수도 없다.

##### 4. 설문의 경우

제1심 법원의 원고승소판결은 소제기 전 사망을 간과한 판결로 당연무효이다. 따라서 유효한 판결을 전제로 하는 항소나 추후보완 항소를 할 수 없고, 소송계속 중 당사자 사망으로 중단된 소송절차를 이어받는 상속인의 수계신청 또한 무효인 판결에는 허용되지 않는다.

## 【문 1】의 4

### I. 결론

중복된 소제기에 해당하지 않아 추심금 지급의 소는 적법하다.

### II. 이유

#### 1. 문제점

채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하는 것이 중복된 소제기에 해당하는지가 문제된다.

#### 2. 중복된 소제기 금지의 의의

제259조에 의하면 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다고 하여 중복된 소제기를 금지하고 있다. 취지는 소송경제와 판결의 모순·저촉 방지에 있다.

요건은 ① 당사자 동일, ② 소송물 동일, ③ 전소의 소송계속 중 후소의 제기인데, 설문과 관련해서 ③요건이 특히 문제된다.

#### 3. 전소가 부적법한 경우에도 후소가 중복소송금지에 해당하는지

판례는, “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.”고 하였다.

#### 4. 중복된 소제기인지 여부(판례)

##### (1) 甲의 대여금 반환청구 소송

“채무자의 제3채무자에 대한 금전채권 등에 대하여 압류 및 추심명령이 있으면 압류채권자만이 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 소를 제기할 수 있고, 채무자는 압류 및 추심명령이 있는 채권에 대하여 제3채무자를 상대로 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하므로, 채무자가 제기한 이행의 소는 부적법한 소로서 각하하여야 한다. 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단해야 한다.”

##### (2) 丁의 추심금 지급청구 소송

“이 경우 압류채권자는 채무자가 제기한 소송에 제81조에 따라 승계참가할 수도 있으나 사실심 변론종결 전에 한하여 소송참가가 언제나 가능하지는 않으며, 참가할 의무가 있는 것도 아니다. 따라서 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(대판 2013.12.18.

203다202120 전합).”

## 5. 사안의 해결

만약 추심소송을 중복으로 보게 되면, 전소인 채무자의 이행소송은 당사자적격의 흠결로 각하를 하고 한편 후소인 압류채권자의 추심소송은 중복이라고 역시 각하를 하게 되면 두 청구 모두 실체 판단에 들어가지 못하는 부당한 상태가 발생하게 되므로, 압류채권자의 추심소송은 중복으로 각하되는 후소에 해당하지 않는다고 보는 게 타당하다.

따라서 압류 및 추심명령을 받은 채권자 丁이 제3채무자 乙을 상대로 제기한 추심의 소는 채무자인 甲이 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 민사소송법 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않아 소는 적법하다.

## 【문 2】의 1

### I. 결론

판단누락에 해당하며, 별소는 권리보호자격이 없어 부적법하다.

### II. 이유

#### 1. 위법한 판결에 대한 구제책

(1) 매매가 유효를 전제로 매매대금청구를 주위적 청구로, 한편 매매 무효를 대비해 노트북 반환청구를 예비적 청구로 구하는 것은 양 청구가 양립되지 않으며 심판순위를 붙여 주위적 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 예비적 청구에 대해 심판을 구하는 것으로 예비적 병합이다.

(2) 판례는 “예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 아니하며, 그 판결에 대한 상소가 제기 되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루(누락)에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(98다22253 전합).”고 하여 판단누락설 이다.

#### 2. 별소제기의 적법성

##### (1) 문제점

甲이 상고를 하지 않고 원심에서 빠트린 예비적 청구를 별소로 제기하는 것은 전소에서의 소송 계속이 인정되어 중복된 소제기가 되는지, 아니면 기판력에 저촉되는 것은 아닌지가 문제된다.

##### (2) 학설의 대립

###### ① 재판누락설

판단되지 않은 예비적 청구는 항소심 법원에 계속 중이므로 추가판결의 대상이 되고, 그 예비적 청구와 같은 청구를 별소로 제기하면 중복된 소제기라고 본다.

## ② 판단누락설

예비적 청구에 대한 법원의 판단이 없으면 비록 전소의 위법한 판결이 확정된 경우라도 기판력이 생길 수 없으므로 이를 별소로 제기하더라도 기판력 저촉 문제는 생기지 않는다는 입장이다.

## (3) 판례

“위법한 판결로 인하여 불이익을 받게 된 당사자는 하급심의 판결에 위법한 오류가 있음을 알게 되어 그를 시정하기 위한 상소절차를 이용할 수 있었음에도 그를 이용하지 아니하고 당연무효가 아닌 그 판결을 확정시켰다면 그 판결은 위법한 오류가 있는 그대로 확정되어, 그 후 상소로 다투었어야 할 그 분쟁(예비적 청구)을 별소로 다시 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한, 그의 권리보호를 위한 적법요건을 갖추지 못해 허용될 수 없다(98다17145).”고 한다.

즉 누락된 청구 부분은 판단이 된 적이 없으므로 판단했을 때 생기는 효력인 기판력 저촉의 문제는 생기지 않으나, 상소라는 간편한 절차가 있는데 이를 이용하지 않고 별소를 제기하는 것은 권리보호자격 중 ‘제소장애사유가 없을 것’이라는 요건이 탈락되어 별소는 부적법하다는 것이다.

## 【문 2】의 2

### I. 결 론

1심판결 중 예비적 청구 부분만을 취소하고, 그 부분을 기각하는 판결을 하여야 한다.

이 경우 주문은 “원 판결 가운데 피고 패소부분을 취소한다. 위 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.”가 된다.

### II. 이 유

#### 1. 청구병합의 형태

원고 甲은 매매가 유효함을 전제로 주위적으로 매매대금 청구를, 매매가 무효임을 전제로 예비적으로 노트북 반환청구를 병합 하였는바, 이는 양립불가능한 청구에 심판의 순위를 정한 것으로 청구의 예비적 병합에 해당한다.

#### 2. 이심의 범위와 항소심의 심판 범위

예비적 병합청구에서 제1심 법원이 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대해 피고만 항소 하더라도, 항소의 효력은 사건 전부에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 확정<sup>1</sup>이 차단되고 항소심에 이심된다(상소불가분원칙). 다만 심판의 범위는 피고만 불복 신청한 예비적 청구만인지가 불이익변경금지원칙과 관련하여 논의가 있다.

#### 3. 판례의 태도 - 주위적 청구 非심판설 (불이익변경금지 원칙상)

“예비적 병합에 있어, 주위적 청구기각, 예비적 청구인용의 원심판결에 대하여 피고만이 그 패소부분(예비적 청구인용부분) 항소한 경우, 항소제기에 의한 이심의 효력은 당연히 사건 전체에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되는 것이지만,

항소심의 심판범위는 이에 관계없이 피고의 불복신청의 범위에 한하는 것으로서 예비적 청구를 인용한 제1심 판결의 당부에 그치고 원고들의 부대항소가 없는 한 주위적 청구는 심판대상이 될 수 없다(대판 2002.12.26. 2002므852).”고 했다.

#### 4. 설문의 경우

불이익변경금지원칙상 피고만 항소하여 원고의 부대항소가 없는 한 주위적 청구는 심판대상이 될 수 없다. 그러므로 항소심법원은 피고가 항소한 예비적 청구에 대해서만 판단하여 이 사건 매매가 유효하다고 판단되는 경우 항소를 인용하여 제1심판결을 취소하고 예비적 청구기각판결을 선고하여야 한다. 결국 (부대)항소 안 한 원고는 주위적·예비적 청구 모두 기각이 된다.

### 【문 2】의 3

#### I. 결론

주위적 청구를 인낙할 수 있다.

#### II. 이유

##### 1. 예비적 병합과 항소심의 심판대상

항소제기에 의한 이심의 효력과 확정차단의 효력은 원칙적으로 항소인의 불복신청 범위와 관계없이 원판결 전부에 대하여 불가분적으로 발생한다(상소불가분 원칙). 그러나 항소심에서의 변론은 항소인이 1심판결의 변경을 구하는 한도 즉 불복신청의 한도에서 행해지며(제407조 1항), 그 불복신청의 한도 내에서 항소심 판결도 행한다(제415조, (불)이익변경금지 원칙).

즉 상소불가분원칙에 의해 항소제기로 제1심에서 심판한 모든 청구가 이심은 되지만, 항소심의 심판 범위는 불복범위에 국한된다.

##### 2. 항소한 피고 乙의 주위적 청구 인낙 가부

###### (1) 판례

“제1심 법원이 병합을 심리한 끝에 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만 항소를 하더라도, 항소의 제기에 의한 이심의 효력은 피고의 불복신청의 범위와는 관계없이 사건 전부에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되는 것이므로, 피고가 항소심의 변론에서 원고의 주위적 청구를 인낙하여 그 인낙이 조서에 기재되면 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있는 것이고, 따라서 그 인낙으로 인하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 병합심판을 구한 예비적 청구에 관하여는 심판할 필요가 없어 사건이 그대로 종결된다(92다12032).”고 하여 판례는 항소심에서 피고의 주위적 청구인낙을 인정한다.

###### (2) 설문의 경우

청구의 인낙은 판결의 확정 전이면 언제든지 할 수 있다. 한편 주위적 청구는 원고의 부대항소에 의해 심판의 대상이 되기 전에는 소송물이 아니므로 피고가 인낙할 대상이 없음에도 불구하



고 주위적 청구에 대한 인낙을 인정함은 부당하다는 견해도 있으나, 피고 스스로 자기에게 불리한 주위적 청구를 인낙하는 것은 불이익변경금지원칙이 문제되지 않는다. 따라서 피고 乙만 예비적 청구 부분을 항소한 경우라도 항소심에서 피고 乙은 주위적 청구를 인낙할 수 있다.