「法과 政策」 第16輯 第2號 2010. 8. 30.
濟州大學校 法과政策硏究所

[판례연구]

2009년 민사소송법 판례 연구 - 1

A Study on the Tendency of the Supreme & District Court Decision in Civil Procedure Law During 2009 -1

오 창 수*
Oh, Chang-Soo

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 민사소송법 일반
Ⅲ. 법 원
Ⅳ. 당사자
Ⅴ. 소송절차

국문초록

민사소송법의 규범이 실제의 재판과정에서 적용되는 면을 포착하기 위해서는 판례연구가 필수적이고, 판례연구를 도외시하고는 민사소송과 민사소송법의 실체를 제대로 파악할 수 없다. 판례야 말로 살아있는 법을 인식하는데 필수불가결한 소재이다.

판례연구를 위해서는 당해 판결이 토대를 이루는 사실관계를 정확하게 파악하여야 하고, 당사자의 주장과 쟁점을 포착하여야 하며 이에 대한 하급심과 상급심의 판단을 정확하게 이해하여야 한다. 그리고 당해 판결이 민사소송법 질서에서 정합성을 가지고 있는지를 검증하여야 한다.

본고는 2009년 1년 동안 대법원 및 각급 법원에서 선고된 판결 중 민사소송법 편제에 따라 민사소송법 일반과 당사자와 소송절차 편까지의 판결들을 분석 검토한 것이다.

논문접수일 : 2010.6.30
심사완료일 : 2010.7.22
게재확정일 : 2010.7.23
* 제주대학교법학전문대학원 교수 · 변호사

2009년에 선고된 판결 중 대법원 전원합의체판결로 도시정비법상 재건축재개발사업과 행정소송에 관한 것과 2차 점유취득시효기간 중 등기부상 소유명의자가 변경된 경우 2차 시효완성자의 법적 지위에 관한 것이 있고, 전체적으로 소송절차와 증거 내지는 증명책임에 관한 판결들이 많이 눈에 띈다.

민사소송법 판례연구에 있어서는 민사소송법이 절차법의 기본법으로서 재판현실에서 어떠한 방식으로 적용되고 규율되고 있는지를 면밀히 고찰하면서 관련 판결들을 체계적으로 이해할 필요가 있다.

주제어 : 민사소송법, 대법원판례, 당사자적격, 채권자취소소송, 채권자대위소송, 소의 이익, 송달, 증명책임, 기판력

Ⅰ. 머리말

다른 법도 마찬가지이지만 민사소송법은 실천학문의 근간을 이룬다. 민사소송법의 규범이 실제의 재판과정에서 적용되는 면을 포착하기 위해서는 판례연구가 필수적이고, 판례연구를 도외시하고는 민사소송과 민사소송법의 실체를 파악할 수 없다. 성문법국가에서도 판례의 중요성이 덜해지는 것은 아니다.

하나의 대법원판결이 생성되기 위하여는 하급심에서 쌍방 당사자의 치열한 사실관계 및 법리주장과 증명과정을 거쳐 법관의 고뇌의 결정체인 판결이 선고되고, 이 판결이 상급심을 거치면서 더욱 정련되고 다듬어져 최종심인 대법원판결이 선고된다. 이러한 판결이 누적되면서 판례법이 형성되고 이러한 판례가 형식적 의미의 법령 이상으로 민사재판과정에서 중요한 기능과 역할을 담당한다.

판례연구를 위해서는 당해 판결이 토대를 이루는 사실관계를 정확하게 파악하여야 하고, 당사자의 주장과 쟁점을 포착하여야 하며 이에 대한 하급심과 상급심의 판단을 정확하게 이해하여야 한다. 그리고 당해 판결이 민사소송법 질서에서 정합성을 가지고 있는지를 검증하여야 한다.

2009년 1년 동안 대법원 및 각급 법원에서 선고된 판결 중 민사소송법 관련 판결들을 회고해보기로 한다. 출전은 판례공보와 각급법원판결공보 및 대법원 종합법률정보(http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do)이다.

대법원판결 중에는 전원합의체판결로 도시정비법상 재건축재개발사업과 행정소송에 관한 것과 2차 점유취득시효기간 중 등기부상 소유명의자가 변경된 경우 2차 시효완성

자의 법적 지위에 관한 것이 있다. 소부의 판결이지만 의미 있는 판결들도 눈에 띈다. 하급심판결 중에도 의미 있는 판결들이 많다.

--이하에서 2009년에 선고된 80여개의 대법원 및 하급심 판결들을 민사소송법 편제에 따라 임의로 분류한 후 판결요지와 사실관계를 검토하고 간단한 평석 내지는 해설을 덧붙이고자 한다. 본고에서는 당사자와 소송절차 편까지의 판례를 다루고, 증거와 재판, 상소 편에 관하여는 후속 논문에서 다루기로 한다.

II. 민사소송법 일반

1. 민사소송과 신의칙

[대법원 2009. 6. 25.선고 2009다16186,16193 판결(공2009하,1213)]

[판결요지]

이미 소유권보존등기가 마쳐진 토지에 중복하여 소유권보존등기를 한 국가가 그 토지를 철도부지 등으로 관리·점유하여 점유취득시효가 완성되었음에도, 그 토지가 철도복선화사업의 부지로 편입되자 보상협의를 요청하는 등 취득시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보여 선등기의 이전등기 명의자에게 그와 같이 신뢰하게 하고도, 그 등기명의자가 보상협의를 받아들이지 않고 후등기의 말소청구를 하자 반소로 점유취득시효 완성을 원인으로 하여 소유권이전등기청구를 한 사안에서, 그 반소청구가 신의칙에 반하여 권리남용으로 허용되지 않는다고 볼 여지가 있다고 한 사례.

[평석]

(1) 위 사례는 신의칙위반의 한 형태인 선행행위와 모순되는 거동에 해당한다.

(2) 선행행위와 모순되는 거동의 금지는 어떠한 사람의 행위가 그의 선행하는 행태와 모순되는 것이어서 그러한 후행행위에 원래대로의 법 효과를 인정하게 되면 그 선행행태로 말미암아 야기된 다른 사람의 신뢰를 부당하게 침해하게 되는 경우에, 그 후행행위의 효력이 제한되는 법원칙으로 이해되고 있다. 그리하여 여기서는 첫째, 객관적으로 모순되는 행태와 그에 대한 귀책, 둘째, 그에 의하여 야기된 상대방의 보호받을 가치가 있는 신뢰의 존재가 상관적으로 고려된다.[1)]

1) 곽윤직 편(양창수 집필부분), 「민법주해(제1권)」, 박영사, 1992, 119면 참조.

2. 주택재건축 정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합총회결의의 효력을 다투는 소송의 법적 성질

[대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결(공2009하,1648)]

[판결요지]

도시 및 주거환경정비법상 행정주체인 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.

도시 및 주거환경정비법상 주택재건축정비사업조합이 같은 법 제48조에 따라 수립한 관리처분계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 관리처분계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다.

도시 및 주거환경정비법상의 주택재건축정비사업조합을 상대로 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소를 민사소송으로 제기한 사안에서, 그 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하므로 전속관할이 행정법원에 있다고 판시한 사례.

주택재건축정비사업조합의 관리처분계획에 대하여 그 관리처분계획안에 대한 총회결의의 무효확인을 구하는 소가 관할을 위반하여 민사소송으로 제기된 후에 관할 행정청의 인가·고시가 있었던 경우 따로 총회결의의 무효확인만을 구할 수는 없게 되었으나, 이송 후 행정법원의 허가를 얻어 관리처분계획에 대한 취소소송 등으로 변경될 수 있음을 고려하면, 그와 같은 사정만으로 이송 후 그 소가 부적법하게 되어 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기 어려우므로, 위 소는 관할법원인 행정법원으로 이송함이 상당하다고 한 사례.

[사실관계]

(1) 재건축조합인 피고가 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 함)에 따라 작성한 관리처분계획안에 대해 조합총회결의가 있자 조합원인 원고들은 조합총회결의에 하자가 있다고 주장하면서 민사소송으로 그 총회결의의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다. 그리고 이 사건 소송이 계속중에 관리처분계획에 대한 행정청의 인가·고시가 있었다.

(2) 1심과 원심은 이를 민사소송으로 보고 서울중앙지방법원에 제기된 이 사건 소에 대하여 본안판단을 하였으나, 본 대법원 전원합의체판결은 1심 및 원심판결에는 전속관할

에 관한 규정을 위반한 위법이 있다고 하여 원심판결을 파기하고, 제1심판결을 취소하고 사건을 서울행정법원으로 이송하였다.

(3) 이 사건 대법원전원합의체판결은 대법관전원일치판결로 재건축조합이 도시정비법에 따라 수립하는 관리처분계획은 행정주체의 지위에 있는 재건축조합이 행하는 행정처분이므로 그 절차적 요건에 해당하는 조합총회결의에 대한 무효확인소송은 행정소송의 일종인 당사자소송이고, 이러한 소송은 관리처분계획에 대한 관할 행정청의 인가·고시가 있을 때까지만 허용되고, 관할 행정청의 인가·고시가 있은 이후에는 관리처분계획 자체에 대한 취소나 무효확인을 구하는 소송 이외에 그와 별도 총회결의의 효력을 다투는 소송은 허용되지 않는다고 판시하였다.

[평석]

(1) 종전의 판례는 도시정비법의 전신인 도시재개발법상의 재개발조합이 수립하는 관리처분계획이 구속적 행정계획으로서 행정처분에 해당한다고 하면서 재개발조합이 수립한 관리처분계획안에 대한 조합총회결의 무효확인소송은 민사소송의 대상이고, 관리처분계획에 대한 행정청의 인가·고시가 있은 이후에도 그러한 소송은 허용된다는 입장이었다.

(2) 본 대법원 전원합의체판결은 종래의 태도를 변경하여 도시정비법상의 관리처분계획 및 그에 대한 총회결의 무효확인소송의 법적 성격과 그 허용범위를 명확히 하여 관리처분계획안에 대한 총회결의 무효확인소송은 행정소송의 일종인 당사자소송으로 보고 이와 같은 총회결의 무효확인소송은 관리처분계획에 대한 행정청의 인가·고시가 있을 때까지만 허용되고, 행정청의 인가·고시가 있은 후에는 허용되지 않으므로 행정청의 인가·고시가 있은 후에 제기되는 총회결의 무효확인소송은 부적법하여 각하될 수밖에 없다고 한다.

(3) 따라서 관리처분계획에 대한 인가고시가 있기 전에 총회결의 무효확인소송을 제기하여 그 소송이 법원에 계속되는 중에 행정청의 인가·고시가 있을 때에는 더 이상 그러한 소송은 허용되지 않으므로 이를 관리처분계획에 대한 취소 또는 무효확인소송으로 소변경을 해야 한다.

(4) 판례는 위 전원합의체판결 이후 같은 입장을 견지하고 있다.[2)]

(5) 판례는 구 주택건설촉진법상 민간이 시행하는 재건축사업과 달리 도시정비법상의 재건축사업 등 정비사업은 정비기본계획부터 준공 후 청산까지 사업전반에 걸쳐 공법적 통제를 받게 되는 점을 고려하여 구법 시절의 실무관행을 도시정비법에 맞게 변경한 것이다.[3)]

---

2) 대판 2009. 10. 15. 2008다93001; 대법원 2009. 11. 2.자 2009마596 결정.

3) 상세는 노경필, "도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송", 「사법」, 10호, 사법발전재단,

3. 주택재건축조합 설립결의의 하자를 다투는 방법

[대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결(공2009하,1735)]

[판결요지]

행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다.

그리고 그와 같이 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다.

도시정비법상 주택재건축정비사업조합에 대한 행정청의 조합설립인가처분이 있은 후에 조합설립결의의 하자를 이유로 민사소송으로 그 결의의 무효 등 확인을 구한 사안에서, 그 소가 확인의 이익이 없는 부적법한 소에 해당하다고 볼 여지가 있으나, 재건축조합에 관한 설립인가처분을 보충행위로 보았던 종래의 실무관행 등에 비추어 그 소의 실질이 조합설립인가처분의 효력을 다투는 취지라고 못 볼 바 아니고, 여기에 소의 상대방이 행정주체로서의 지위를 갖는 재건축조합이라는 점을 고려하면, 그 소가 공법상 법률행위에 관한 것으로서 행정소송의 일종인 당사자소송으로 제기된 것으로 봄이 상당하고, 그 소는 이송 후 관할법원의 허가를 얻어 조합설립인가처분에 대한 항고소송으로 변경될 수 있어 관할법원인 행정법원으로 이송함이 마땅하다고 한 사례.

[사실관계]

(1) 피고는 주택재건축정비사업(이하 '이 사건 재건축사업'이라 한다) 시행을 목적으로 형식상 해당 정비사업구역 내 토지소유자 166인 중 136인의 설립동의 및 토지 및 건축물소유자 143인 중 122인의 설립동의를 얻고 2006. 6. 관할 구청으로부터 인가를 받아 설립된 주택재건축정비사업조합이고, 원고들은 피고 설립에 동의하였던 위 사업구역 내 토지 및 건축물 소유자들이다.

(2) 피고의 전신인 A주택재건축정비사업조합설립추진위원회는 위 사업구역 내 토지 또는 건축물 소유자들로부터 피고 설립을 위한 '주택재건축정비사업조합설립동의서'를 제출

2010. 215면 이하 참조.

받았는데, 그 서식 중 3의 나항 '건축물 철거 및 신축비용 개산액' 항목을 공란으로 둔 채 토지 또는 건축물 소유자들로부터 이 사건 동의서를 제출받은 다음 여기에 일괄하여 수기로 철거비 7억 5,000만원과 신축비 630억원을 합산한 637억 5,000만원의 비용이 소요되는 것으로 위 항목을 보충하고서, 위와 같이 피고 설립동의 현황을 집계하고 그에 따라 2006. 6. 관할구청장의 설립인가를 받았다.

(3) 원고들은 피고에 대한 설립인가처분이 있은 뒤인 2006. 12. 건물의 철거 및 신건물의 건축에 소요되는 비용의 개략적인 금액과 그 분담에 관한 사항이 빠진 채 작성된 동의서에 의한 조합설립이 무효임을 주장하며 민사소송으로서 재건축결의무효확인의 소를 제기하였다.

(4) 원심은 재건축의 실행단계에서 다시 비용분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 산출기준을 정하여야 하고 이를 정하지 아니한 재건축 결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이므로, 동의의 내용 중 가장 중요하고 본질적인 부분이라 할 비용분담의 기본이 되는 '건축물 철거 및 신축비용 개산액' 항목이 공란인 채 제출된 동의서에 의한 피고 설립행위는 무효라고 판시하였다.

(5) 그러나 대법원은 이 사건 소가 피고에 대한 관할 행정청의 조합설립인가처분이 있은 후에 그 설립인가처분의 요건에 불과한 이 사건 조합설립결의에 대한 부존재 또는 무효확인을 구하는 것이므로 확인의 이익이 없는 부적법한 소에 해당한다고 볼 여지가 있으나, 이 사건 소는 공법상 법률관계에 관한 것으로서 행정소송의 일종인 당사자소송으로 제기된 것으로 봄이 상당하고, 따라서 확인의 이익 유무에 앞서 전속관할을 위반한 위법이 있다는 이유로, 원심판결을 파기하고 제1심 판결을 취소하여 사건을 서울행정법원으로 이송하였다.

[평석]

(1) 위 대법원 2007다2428 전원합의체판결과 궤를 같이 하는 판결이다.

(2) 한편 판례는 구 도시정비법상 재개발조합이 공법인이라는 사정만으로 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계가 공법상의 법률관계에 해당한다거나 그 조합장 또는 조합임원의 지위를 다투는 소송이 당연히 공법상 당사자소송에 해당한다고 볼 수는 없고, 구 도시정비법의 규정들이 재개발조합과 조합장 및 조합임원과의 관계를 특별히 공법상의 근무관계로 설정하고 있다고 볼 수도 없으므로, 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계는 사법상의 법률관계로서 그 조합장 또는 조합임원의 지위를 다투는 소송은 민사소송에 의하여야 할 것이라고 한다.

(3) 한편, 대법원 2009. 9. 24. 자 2009마168,169 결정은 주택재개발정비사업조합에 대한 임원선임결의무효확인 청구사건은 민사사건이고, 이 사건의 본안판결 확정시까지 선임된 임원들의 직무집행정지가처분의 피보전권리는 조합설립결의 무효확인 청구가 아니라

임원선임결의 무효확인 청구임이 분명하고, 이 사건 가처분신청은 사법상의 법률관계를 피보전권리로 하여 제기된 것이므로 행정소송의 전속관할에 위반한 부적법한 신청이라고 볼 수 없다고 한다.

Ⅲ. 법 원

1. 전속적 관할합의에 관한 약관조항이 무효인지 여부의 판단방법

[대법원 2009. 11. 13.자 2009마1482 결정(공2009하,2013)]

[판결요지]

약관조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 당사자 중 일방이 지정하는 법원을 관할법원으로 한다는 것과 다를 바 없거나, 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 사업자의 영업소를 관할하는 지방법원을 전속적 관할로 하는 약관조항을 작성하여 고객과 계약을 체결함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다고 인정되는 경우라면, 그 약관조항은 약관의 규제에 관한 법률 제14조에 위반되어 무효이고, 이에 이르지 아니하고 그 약관조항이 고객에게 다소 불이익한 것에 불과하다면 그 약관조항을 무효라고 할 수는 없을 것이나, 이 경우에도 그 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며, 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

[평석]

(1) 약관의 규제에 관한 법률 제14조는 약관상의 관할의 합의조항이 고객에게 부당하게 불리할 때에는 무효로 보고 있다.

(2) 이 사건은 주택분양보증약관에서 '대한주택보증 주식회사의 관할 영업점 소재지 법원'을 전속적 합의관할 법원으로 정한 사안에서, 위 회사의 내부적인 업무조정에 따라 위 약관조항에 의한 전속적 합의관할이 변경된다고 볼 경우에는 당사자 중 일방이 지정하는 법원에 관할권을 인정한다는 관할합의조항과 다를 바 없고, 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 사업자의 영업소를 관할하는 지방법원을 전속적 관할로 하는 약관조항을 작성하여 고객과 계약을 체결함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주는 것으로서 무효인 약관조항이라고 볼 수밖에 없으므로, 위 약관조항에서 말하는 '위 회사의 관할 영업점 소재지 법원'은 주택분양보증계약이 체결될 당시 이를 관할하던 위 회사의 영업점 소재지 법원을 의미한다고 본 사례이다.

Ⅳ. 당사자

1. 비법인사단의 당사자능력

[대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결(공2009상,219)]

[판결요지]

민사소송법 제52조가 비법인사단의 당사자능력을 인정하는 것은 법인이 아니라도 사단으로서의 실체를 갖추고 그 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하는 경우에는 그로 인하여 발생하는 분쟁은 그 단체가 자기 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하도록 하기 위한 것이므로, 여기서 말하는 사단이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말한다.[4] 또한, 사단법인의 하부조직의 하나라 하더라도 스스로 위와 같은 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 사단법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 볼 것이다.[5] 다만, 비법인사단이 당사자인 사건에 있어서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로 법원으로서는 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도 이미 제출된 자료에 의하여 그 대표권의 적법성에 의심이 갈만한 사정이 엿보인다면 그에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.

[사실관계]

(1) 원고 대전충남A시민연합 등은 활동의 내용면에서는 중앙조직과 연관이 있으나, 독자적인 정관 또는 규약을 가지고 이에 근거한 총회의 의사결정기관 및 업무집행기관을 두고 있고, 각 독립된 회원으로 구성되어 있으며, 예·결산처리 및 활동도 중앙조직과는 별개로 이루어지는 사실관계 하에서, 위 원고들이 비법인사단으로서의 당사자능력이 있다고 판시한 사례.

(2) 원고 B시민연대, 원고 광양C연합 등은 고유의 목적을 가지고 규약 등에 의하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있으며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체로 존속되며, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항을 확정하여 온 사실관계 하에서, 위 원고들은 비법인사단으로서의 실체를 가진 단체로서 소송상 당사자능력이 인정된다고 판시한 사례.

(3) 피고들이 원고 B시민연대의 대표자라 하여 소를 제기한 소외인에게 위 원고를 대표할

4) 대판 1997. 12. 9. 97다18547 등 참조.

5) 대판 2003. 4. 11. 2002다59337 등 참조.

권한이 있음을 인정할 자료의 제출을 요구하고 있음에도, 소외인은 이에 관한 자료를 전혀 제출하지 아니하고 있는 경우 원심으로서는 직권으로 소외인에게 위 원고를 대표할 권한이 있는지 여부에 관하여 더 심리·조사함으로써 과연 소외인이 위 원고의 적법한 대표자인지 여부를 밝혀 보았어야 할 것이라고 판시한 사례.

[평석]

(1) 민사소송법 제52조가 비법인의 당사자능력을 인정하는 것은 비법인사단이나 재단이라도 사단 또는 재단으로서의 실체를 갖추고 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하는 경우에는 그로 인하여 발생하는 분쟁은 그 단체의 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하게 하고자 함에 있으므로 여기서 말하는 사단이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말한다.

(2) 법인의 산하단체로서 법인의 업무상 지도감독을 받는다고 하더라도, 규약에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입·탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속된다면, 그 산하단체는 법인과는 별개의 독립된 비법인 사단이라고 볼 수 있으며, 사단의 실질을 구비한 이상 그 조직과 활동을 규율하는 규범이 상부 단체인 법인의 것이라 하여 사단성을 상실하는 것도 아니다. 따라서 사단법인의 하부조직의 하나라 하더라도 스스로 위와 같은 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 사단법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 본 판시는 타당하다.

2. 법인 대표자의 대표권 유무가 직권조사사항인가

[대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다22846 판결(공2010상91)]

[판결요지]

법인이 당사자인 사건에 있어서 그 법인의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송 요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서는 그 판단의 기초 자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 대표권의 적법성에 의심이 갈 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다 할 것이고, 이는 당사자가 비법인사단인 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

[사실관계]

(1) 원고는 피고 교회의 대표자를 A로 하여 이 사건 소를 제기하였다. 그런데 증거에 의

하면, 대한예수교장로회(합동)에 있어 교회 치리권은 당회, 노회, 대회, 총회 등의 치리회에 있다. 당회는 지교회의 목사와 치리 장로로 구성되고 원칙적으로 그 지교회의 담임목사가 당회장이 되고, 목사는 위임목사, 무임목사, 전도목사로 구분된다.

(2) 대법원은 피고 교회의 '2002. 11. 3.자 결의' 이후 기존 ○○ 교회에 장로가 없게 되어 당회가 없어졌는데, A의 당회장권은 그 후 2년간 유효하나, 그 유예기간 동안에 다시 당회를 구성하지 못하여 A는 더 이상 위임목사로서 당회장권을 행사할 수 없게 되었고 현재는 단지 전도목사 또는 무임목사에 불과한 사실 등을 알 수 있다면 특별한 사정이 없는 한 A에게는 피고를 대표할 적법한 권한이 없다고 보이므로, A에게 대표권이 있음을 전제로 본안 판단을 한 원심판결에는 결과적으로 피고의 적법한 대표자에 관한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다는 이유로 원심을 파기한 사례이다.

[평석]

(1) 위 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결과 같은 취지의 판결이다.

(2) 대법원은 비법인사단인 교회가 당사자인 소송에서 그 교회의 대표자로 표시된 사람이 교회를 대표할 적법한 권한이 없음에도 이에 관해 제대로 심리하지 않고 그 사람에게 대표권이 있음을 전제로 본안 판단을 한 원심판결을 파기한 사례이다.

3. 말소등기회복등기절차이행의 소에 있어서의 피고적격

[대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결(공2009하,1816)]

[판결요지]

말소된 등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 소에서는 회복등기의무자에게만 피고적격이 있는바, 가등기가 이루어진 부동산에 관하여 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 그 가등기가 말소된 경우 그와 같이 말소된 가등기의 회복등기절차에서 회복등기의무자는 가등기가 말소될 당시의 소유자인 제3취득자이므로, 그 가등기의 회복등기청구는 회복등기의무자인 제3취득자를 상대로 하여야 한다.

[사실관계]

(1) 망 A의 소유이던 이 사건 부동산에 관하여 1982. 4. 20. 원고 명의의 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 마쳐진 후, 1984. 10. 16. 피고 B앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 그 후 1984. 11. 5. 위 가등기가 1984. 11. 3.자 해제를 원인으로 말소되었다. 원고는 피고 B가 원고의 인감도장을 도용하여 위 가등기의 말소등기 신청서류를 위조함으로써 위 가등기가 말소되었다고 주장하면서 피고 B를 상대로 위 가등기의 회복등기절차의 이행을, 망 A의 상속인들인 나머지 피고들을 상대로 위 가등기에 기한 본등기

절차의 이행을 구하였다.

(3) 원심은 위 가등기에 관한 회복등기의무자를 망 A의 공동상속인인 나머지 피고들이라고 보아 원고의 피고 B에 대한 소를 각하하였으나, 대법원은 위 가등기가 말소될 당시의 소유자인 피고 B를 상대로 위 가등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 원고의 위 피고에 대한 소는 피고적격 있는 자를 상대로 한 것으로서 적법하다고 판시하였다.

[평석]

(1) 말소회복등기는 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복함으로써 처음부터 그러한 말소가 없었던 것과 같은 효력을 보유하게 할 목적으로 행하여지는 등기이다.[6]

(2) 부동산등기법 제75조는 말소된 등기의 회복을 신청하는 경우에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 있는 때에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 등기상 이해관계가 있는 제3자란 말소회복등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 사람을 말하고, 가등기가 가등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인 무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 가등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다.[7]

(3) 위 사례에서 등기상 이해관계가 있는 제3자로서 말소회복등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 사람은 피고 B이지 A의 상속인들이 아니므로 이 사건 가등기회복등기절차이행청구의 소의 피고적격이 있는 자는 피고 B이고, 대법원의 판단은 정당하다.

4. 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방

[수원지법 2009. 10. 28. 선고 2008나20123판결[각공2009,1982]

[판결요지]

소유권보존등기의 추정력은 그 보존등기의 명의인 이외의 자가 당해 토지를 사정받아 원시취득한 것으로 밝혀지면 깨어지는 것이어서, 그 등기명의인이 구체적으로 위 원시취득자로부터의 승계취득사실을 주장·입증하지 못하는 한 그 등기는 원인무효이다. 종중과 같이 법인 아닌 사단도 취득시효완성을 원인으로 소유권을 취득할 수 있는 것이고, 시효취득의 목적물은 타인의 부동산임을 요하지 않고 자기 소유의 부동산이라도 시효취득의 목적물이 될 수 있다.

6) 대판 1990. 6. 26. 89다카5673 참조.

7) 대판 1997. 9. 30. 95다39526.

점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 시효완성 당시의 적법한 소유자를 상대로 하여야 하므로 시효취득의 목적물에 관한 소유권보존등기 또는 이전등기가 무효라면 그 등기명의인은 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 될 수 없고, 이 경우 시효취득자는 위 적법한 소유자를 대위하여 위 무효등기의 말소를 구하고 다시 위 소유자를 상대로 취득시효완성을 이유로 한 소유권이전등기를 구하여야 함이 원칙이나, 예외적으로, 사정명의인이 누구인지 확인할 수 없게 되었지만 누구에겐가 사정된 것은 분명하고 시효취득자가 사정명의인 또는 그 상속인을 찾을 수 없어 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기에 의하여 소유권을 취득하는 것이 사실상 불가능하게 된 경우에는 취득시효완성 당시 진정한 소유자는 아니지만 소유권보존등기명의를 가지고 있는 자에 대하여 직접 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

[사실관계]

시효취득으로 인한 소유권이전등기청구는 적법한 소유자를 상대로만 구할 수 있는 것이 원칙이나, 적법한 소유자로 추정되는 사정명의인의 인적사항, 상속인의 존부, 나아가 허무인인지 여부 등을 알 수 없는 경우에는 예외적으로 무효인 보존등기명의인을 상대로 한 소유권이전등기청구를 허용하여야 한다고 판단한 사례이다.

[평석]

(1) 본 판결은 대법원 2005. 5. 26. 선고 2002다43417 판결에서 설시한 법리를 재확인하고 있다.

(2) 본 판결은 무효의 등기가 마쳐져 있는 토지에 관하여 사정명의인이나 그의 상속인을 도저히 확정할 수 없는 경우 무효의 등기명의인은 점유취득시효가 완성된 자에 대하여 소유권이전등기의무가 없다는 원칙을 고수할 경우 진정한 권리관계를 등기부에 공시할 방법이 없으므로 예외적으로 무효의 등기명의인에게 이전등기의무를 인정한 것으로 일반적으로 무효인 등기명의인의 이전등기의무를 인정하는 법리가 아님을 주의할 것이다.[8]

5. 사해행위취소소송에서의 피고적격

[대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결(공2009상,161)]

[판결요지]

채권자가 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소에 있어

8) 상세는 민유숙, "점유취득시효가 완성된 자에 대한 무효 등기명의인의 소유권이전등기의무", 「대법원판례해설 2005년 상반기」, 통권 제54호, 법원도서관, 2006. 120면 이하 참조.

서는 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고 채무자에게는 피고적격이 없다.

[사실관계]

(1) 피고 A는 제1심판결 중 피고 A에 대하여 구상금의 지급을 명한 부분에 대하여는 불복하지 아니하고, 피고들 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 체결된 매매계약이 사해행위라 하여 그 매매계약의 취소 및 그 매매에 따라 마쳐진 피고 B 명의의 소유권이전등기의 말소를 명한 부분에 대하여만 불복하여 항소하였다.

(2) 원심은 본안에 들어가 판단하여 항소기각의 판결을 선고하였으나, 대법원은 채권자가 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소에 있어서는 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고 채무자에게는 피고적격이 없는 것이므로, 이 사건의 경우 위 매매계약의 취소 및 소유권이전등기의 말소 청구 부분에 대한 피고(상대방)는 피고 B뿐이고 피고 A는 피고로 된 것이 아니어서 피고 A에게는 위 매매계약의 취소 및 소유권이전등기의 말소를 명한 제1심판결에 대하여 불복하여 항소를 제기할 수 있는 당사자적격이 없고, 따라서 원심으로서는 마땅히 피고 A의 항소를 각하하였어야 함에도 이를 간과한 채 본안에 들어가 판단하여 항소기각의 판결을 선고한 것은 위법하므로 원심판결 중 피고 A에 대한 부분을 파기하고, 자판하여 피고 A의 항소를 각하하고, 피고 B의 상고를 기각한 사례이다.

[평석]

(1) 채권자가 채권자취소권을 행사하려면 사해행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자를 상대로 그 법률행위의 취소를 청구하는 소송을 제기하여야 되는 것으로서 채무자를 상대로 그 소송을 제기할 수는 없다. 위 판결은 이 점을 명백히 확인하고 있다.

(2) 채무자는 사해행위취소소송의 피고적격이 없으나, 채무자를 상대로 본래 채무의 이행을 구할 수 있고, 이러한 청구를 사해행위취소의 소에 병합하여 제기하는 것도 물론 가능하다.

6. 개인회생채권확정재판에 대한 이의의 소의 피고적격

[대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다91586 판결(공2009상,620)]

[판결요지]

채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제604조에 따라 개인회생채권자가 다른 개인회생채권자의 채권 내용에 관하여 이의가 있어서 채무자와 다른 개인회생채권자를 상대로 개인회생채권조사확정재판을 신청하여 재판을 받은 경우에, 다른 개인회생채권자가 위 재판에 불복하여 같은 법 제605조에 따라 개인회생채권조사확정재판에 대한 이의의 소를 제기하는 때에는

채무자와 개인회생채권조사확정재판을 신청한 개인회생채권자 모두를 피고로 하여야 한다.

[사실관계]

(1) 채무자 A에 대하여 개시된 개인회생절차에서 개인회생채권자인 피고가 다른 개인회생채권자인 원고들의 각 채권 내용에 관하여 이의가 있어서 채무자 A와 원고들을 상대로 개인회생채권조사확정재판을 신청하였다.

(2) 위 재판에서 원고들의 개인회생채권이 존재하지 아니함을 확정하는 내용의 결정이 이루어지자 원고들은 위 재판에 불복하여 피고만을 상대로 개인회생채권조사확정재판에 대한 이의의 소를 제기한 경우 원고들이 채무자 A를 공동피고로 삼지 아니한 채 피고만을 상대로 이 사건 이의의 소를 제기하였으므로 이 사건 이의의 소는 당사자적격을 갖추지 못하여 부적법하다고 판시한 사례이다.

[평석]

(1) 이의채권 보유자가 조사확정재판에 대한 이의의 소를 제기하는 경우, 조사확정재판의 나머지 당사자였던 이의자와 채무자 모두를 피고로 삼아야 한다.

(2) 위 대법원판결의 원심[9]은 개인회생절차에서 진행되는 이의의 소의 피고 적격에 관하여 회생절차와 비교하면서 상세한 설시를 하고 있다.

7. 피고경정신청을 피고표시정정으로 인정할 수 있는지 여부

[대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결(공2009하,1861)]

[판결요지]

원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적 내지는 사망 사실을 안 이후 원고의 피고표시정정신청 등 여러 사정을 종합하여 볼 때에, 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자가 아니라 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정되면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다 할 것인바, 상속개시 이후 상속의 포기를 통한 상속채무의 순차적 승계 및 그에 따른 상속채무자 확정의 곤란성 등 상속제도의 특성에 비추어 위의 법리는 채권자가 채무자의 사망 이후 그 1순위 상속인의 상속포기 사실을 알지 못하고 1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 채권자가 의도한 실질적 피고의 동일성에 관한 위 전제요건이 충족되는 한 마찬가지로 적용이 된다.

9) 서울고등법원 2008. 10. 23. 선고 2007나101877 판결.

[사실관계]

(1) 원고로부터 1997. 10. 27.경 3,000만 원을 차용한 A가 2003. 4. 7.자로 사망하고, A의 1순위 상속인인 A의 자녀 B, C의 상속포기신고가 2003. 10. 6.자로 수리되었으므로 A의 형제인 피고들 및 제1심 공동피고 소외 D 등 4인이 그 2순위 상속인으로서 위 대여금채무를 상속하게 되었다.

(2) 원고는 2007. 10. 25.경 위 1순위 상속인인 B, C를 피고로 하여 이 사건 소를 제기하였다가 이 사건 대여금채권이 성립한 때부터 10년이 지난 후인 2008. 6. 19.자로 피고를 위 2순위 상속인인 피고들 및 D로 바꾸는 피고경정신청서를 제1심법원에 제출하였다.

(3) 원심은 피고의 경정이 있는 경우 시효중단의 효과는 경정신청서를 제출한 때에 발생한다 할 것인데, 이 사건 대여금채권은 원고가 위 피고경정신청서를 제출한 당시에 이미 10년의 소멸시효기간이 지나 시효로 소멸한 것으로 보아야 한다고 하여, 피고들의 시효항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 유지하고, 원고의 항소를 기각하였다.

(4) 그러나 대법원은, 원고는 처음에 A의 1순위 상속인들의 상속포기사실을 알지 못하고 그들을 상대로 이 사건 소를 제기하였다가 제1심 소송 도중에 이를 알게 되어 피고를 위 망인의 적법한 상속인인 피고들 및 D로 바꾸어 달라고 법원에 신청한 것임을 알 수 있는바,이 사건 청구의 내용과 원인사실, 원고의 소제기 목적 및 위 피고경정신청의 경위와 시점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 원고가 의도한 이 사건 소의 실질적인 피고는 상속포기의 소급효로 말미암아 처음부터 상속채무에 관한 법률관계의 당사자가 될 수 없는 1순위 상속인이 아니라 적법한 상속채무자인 2순위 상속인인 피고들이라 할 것인데 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 아니하여 피고표시정정의 대상이 된다 할 것이고, 이와 같이 변경 전후 당사자의 동일성이 인정됨을 전제로 진정한 당사자를 확정하는 표시정정의 대상으로서의 성질을 지니는 이상 비록 소송에서 피고의 표시를 바꾸면서 피고경정의 방법을 취하였다 해도 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다고 판시하였다.[10]

[평석]

(1) 판례는 1990년 개정법에 의하여 피고경정제도가 도입된 이후에도 사망자를 피고로 하여 제소한 경우 사망자의 상속인으로 당사자표시정정을 허용하고 있고, 위 판례에서 보는 바와 같이 후순위 상속인으로의 당사자표시정정도 허용하고 있다.[11]

10) 따라서 이 사건 소의 진정한 당사자로 확정되는 피고들이 상속한 이 사건 대여금채무는 그 소멸시효기간이 지나기 전의 이 사건 소의 제기로써 시효의 진행이 중단된 것으로 보아야 할 것임에도 그와 달리 제1심에서의 피고경정신청의 실질에 관하여 살피지 아니한 채 피고들의 시효항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 원심판결에는 당사자표시정정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 판시하였다.

(2) 판례의 취지는 피고의 경정은 경정신청서를 제출한 때에 시효중단 및 기간준수의 효과가 발생하도록 하고 있어서(제265조) 사망자의 사망사실 및 사망자의 상속인들의 상속포기사실을 모르는 채권자로서는 시효가 소멸될 수 있는 불이익을 당할 수 있다는 현실적인 고려가 작용한 것으로 보인다.

(3) 그러나 당사자의 동일성이 인정되는 범위 내에서 허용되는 당사자표시정정의 외연을 확장하기보다는 실질적 표시설로 일관하면서 피고경정제도를 활용하여 사망자의 상속인으로 변경하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

8. 피압류채권에 대한 이행소송의 당사자적격

[대법원 2009. 11. 12.선고 2009다48879 판결(공2009하,2088)]

[판결요지]

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다. 그러나 채권자는 현금화절차가 끝나기 전까지 압류명령의 신청을 취하할 수 있고, 이 경우 채권자의 추심권도 당연히 소멸하게 되며, 추심금청구소송을 제기하여 확정판결을 받은 경우라도 그 집행에 의한 변제를 받기 전에 압류명령의 신청을 취하하여 추심권이 소멸하면 추심권능과 소송수행권이 모두 채무자에게 복귀하며, 이는 국가가 국세징수법에 의한 체납처분으로 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류하였다가 압류를 해제한 경우에도 마찬가지이다.

[평석]

(1) 일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 가압류채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있으나, 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다.[12]

(2) 그러나 압류명령이 해제되는 경우 추심권능과 소송수행권이 채무자에게 복귀한다고 볼 것이므로 채권압류 후 채권을 양도받은 양수인의 이행청구도 가능한 것이 된다. 대법원은 이러한 법리를 명확히 밝히고 있다.

---

11) 이러한 판례의 입장에 대하여는 1990년 개정 민사소송법 제260조는 임의적 당사자변경의 한 형태인 피고의 경정을 허용하고 있으므로 표시설로 일관하면서 임의적 당사자변경제도를 활용하여 문제를 해결하는 것이 마땅하다는 견해가 있다. 정동윤/유병현, 「민사소송법(제3판)」, 법문사, 2009, 167면 ; 호문혁, 「민사소송법(제7판)」, 법문사, 2009, 896면 참조.

12) 대판 2000. 4. 11. 99다23888.

V. 소송절차

1. 2차 점유취득시효기간 중 소유명의자의 변경과 2차 시효완성자의 지위

[대법원 2009. 7. 16.선고 2007다15172,15189 전원합의체 판결(공2009하,1298)]

[판결요지]

부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우라 하더라도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는 점유자로서는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다.

[다수의견] *취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로, 새로운 소유명의자는 취득시효 완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효 완성으로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는바, 이러한 법리는 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.*[13]

[대법관 박일환, 김능환, 신영철의 반대의견]

(가) 우리 민법은 법률행위로 인한 물권변동은 등기하여야 한다는 이른바 형식주의를 취하고 부동산의 점유취득시효에 관하여도 등기함으로써 소유권을 취득한다고 규정하고 있으므로, 등기가 아니라 점유에 기하여 법률관계가 정해지도록 하는 것은 예외적으로 제한된 범위 내에서만 허용된다고 보는 것이 바람직하다.

(나) 다수의견은 이른바 형식주의를 채택한 우리 민법 아래에서 거래의 안전을 심각하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다. 우리 민법의 점유취득시효제도가 어떻게 운용되어야 할 것인지에 관하여 이미 종전 대법원 판결이 "무릇 점유취득시효제도란 권리 위에 잠자는 자를 배제하고 점유사용의 현실적 상황을 존중하자는 제도이기는 하지만, 이는 극히 예외적인 상황하에서만 인정되어야 할 것이고, 이를 지나치게 넓게 인정

13) 종래 이와 달리 부동산의 취득시효가 완성된 후 토지소유자가 변동된 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장하려면 그 새로운 취득시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다는 취지로 판시한 대판 1994. 3. 22. 93다46360, 대판 1994. 4. 12. 92다41054, 대판 1995. 2 .28. 94다18577, 대판 1999. 2. 12. 98다40688, 대판 2001. 12. 27. 2000다43963은 모두 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이 변경되었다.

하는 것은 타인의 재산권을 부당히 침해할 요소가 큰 것이므로, 법이 진정한 재산권을 보호하지 못하는 결과가 되어 온당치 않다고 보이고, 따라서 그 취득요건은 극히 엄격히 해석하여야 할 것"이라는 판시를 한 바 있고, 이는 현재에도 유효하다.

(다) 다수의견은 1차 점유취득시효가 완성된 후에 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우에 그 등기부상의 명의 변경 시점을 새로이 점유취득시효의 기산점으로 볼 수 있는 근거 내지 이유에 대한 설명이 없다. 만일 1차 점유취득시효가 완성된 후에 등기부상의 소유명의자가 변경된 경우, 만일 당초의 점유자가 그와 같은 등기부상 소유자의 변경 사실을 잘 알면서도 감히 점유를 개시한 것이라면 이는 타주점유에 해당하는 것으로 보아야 하고, 그렇지 아니하고 당초의 점유자가 등기부상 소유자의 변경 사실을 알지 못한 채 점유를 계속한 것이라면 그 등기부상 소유자의 변경 시점을 새로운 점유의 기산점으로 볼 아무런 이유가 없다.

[사실관계]

(1) 이 사건 대지에 관하여 1982. 2. 15. A 명의로 소유권이전등기가 경료된 후, 1988. 3. 25. B 명의로, 1988. 9. 10. 원고 명의로 각 소유권이전등기가 순차로 마쳐져 있다. 피고는 1961. 1.경 이 사건 대지와 연접한 토지(이하 '이 사건 매수토지'라 한다)를 C로부터 매수하면서 이 사건 대지의 일부인 이 사건 계쟁토지의 점유를 승계하여 텃밭으로 점유·사용하여 왔다.

(2) 원고는 2005. 9. 26. 피고를 상대로 이 사건 계쟁토지의 인도를 구하는 소를 제기하였고, 피고는 1961. 1. 경 C로부터 이 사건 매수토지를 매수하고 이 사건 계쟁토지에 관하여 소유의 의사로 평온공연하게 점유를 개시한 이래 1981. 1. 경 1차 취득시효가 완성되었고, 이 사건 대지에 관하여 A명의의 소유권이전등기가 마쳐진 1982. 2. 15.을 새로운 기산점으로 하여 20년이 경과한 2002. 2. 15. 이 사건 계쟁토지에 관하여 2차의 점유취득시효가 완성되었다고 항변하면서 반소로 2002. 2. 15. 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다.

(3) 원심은, A 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 이후에 B 및 원고 명의로 소유권이전등기가 순차로 마쳐졌다는 이유로 A 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼을 수는 없다고 판단하여 피고의 취득시효완성 주장을 배척한 후 이를 이유로 이 사건 계쟁토지에 관한 소유권이전등기를 구하는 피고의 반소청구를 기각하고 이 사건 계쟁토지의 인도를 구하는 원고의 본소청구를 인용하였다.

(4) 그러나 대법원 전원합의체판결의 다수의견은 피고는 최초 점유일로부터 기산하여 이 사건 계쟁토지에 관한 1차의 취득시효가 완성된 후 이를 등기하지 않고 있는 사이에 이 사건 대지에 관하여 이루어진 A 앞으로의 소유권 변동시를 새로이 2차의 취득시효 기산점으로 삼을 수 있고, 그때로부터 2차의 취득시효기간이 경과하기 전에 이 사건 대지의 등기부상 소유명의를 취득한 원고에게 이 사건 계쟁토지에 관한 시효취득을

주장할 수 있다고 판시하여 원심판결을 파기하였다.

[평석]

(1) 부동산의 원소유자를 甲(소유명의자)으로, 취득시효의 요건을 갖추고 있는 점유자를 乙(시효취득자)로, 甲으로부터 그 부동산을 양도받은 자를 丙(제3취득자)으로 하면 다음과 같이 취득시효에 관한 판례법의 5원칙을 추출할 수 있다.[14] 판례는 제3자의 취득이 점유자의 시효완성 전이냐의 여부에 의해서 제3자와 점유자 사이에서 그 우열을 가린다.[15]

① **제1원칙** : 甲의 부동산을 乙이 시효취득한 경우 甲·乙은 물권변동의 당사자이므로 乙은 등기 없이 甲에 대하여 시효취득을 주장할 수 있다.

② **제2원칙** : 乙의 취득시효가 진행되는 중에 그 부동산이 甲으로부터 丙에게 양도되어 그 후에 乙의 시효가 완성된 경우에도, 丙은 乙의 시효취득에 의해 소유권을 상실하게 된다는 의미에서 시효취득의 당사자라고 볼 수 있으므로 乙은 등기 없이 丙에게 시효취득을 주장할 수 있다. 등기로서 시효의 진행이 중단되는 것은 아니다. 따라서 丙에게의 양도가 시효완성 전이면 乙은 丙에게 시효취득을 주장할 수 있으나, 시효완성 후이면 乙은 丙에게 시효취득을 주장할 수 없다(점유자의 입장).

③ **제3원칙** : 乙의 시효기간이 만료된 후에 그 부동산이 甲으로부터 丙에게 양도된 경우에는 甲으로부터 乙, 丙에게 2중 양도된 경우와 같이 다루어 乙은 등기를 하지 아니하면 丙에 대하여 시효취득을 주장할 수 없다. 시효완성 후에 소유권의 변동이 있는 경우에는 제3취득자는 선의, 악의 여부에 불문하고 점유자에 우선한다. 따라서 시효완성이라는 우연한 사정에 따라 제3취득자의 보호를 달리하게 된다.

④ **제4원칙** : 시효의 기산점은 시효의 기초되는 사실이 개시되는 때로 하여야 하는 것으로서 점유가 시효기간을 초과하는 경우에 있어서도 점유자는 기산점을 임의로 선택할 수 없는 것이므로(고정시설) 제3원칙의 적용에 있어 乙이 시효기간의 기산점을 뒤로 하여 丙에게 양도된 후에 취득시효가 완성된 것으로 주장하는 것은 허용되지 않는다.

⑤ **제5원칙** : 제3원칙의 적용을 받는 경우에 있어서도 丙의 이전등기 후 乙이 다시 시효취득에 필요한 기간에 걸쳐 점유를 계속한다면 丙에 대하여 시효취득을 주장할 수 있다.

---

14) 등기와 취득시효에 관한 판례법의 5원칙은 일본 판례의 5원칙을 그대로 수용한 것이다. 다만 시효취득을 주장할 수 있는 제3자 여부를 결정하는 기준시점이 '원소유자와 제3취득자 사이의 양도약정일'이 아닌 '제3취득자의 등기일'인 점에서 다르다. 상세는 진상범, "2차 점유취득시효기간 중 등기부상 소유명의자가 변경된 경우, 2차 시효완성자의 법적 지위", 「사법」, 10호, 사법발전재단, 2010, 269면 이하 참조.

15) 상세는 이범주, "점유취득시효에 있어 소유자가 제3자로 변경된 시점을 새로운 취득시효의 기산일로 삼을 수 있는지 여부", 「우당 박우동선생 화갑기념 민사재판의제문제」, 제8권, 한국사법행정학회, 1994, 113면 이하 참조.

(2) 위 제5원칙은 제3취득자(丙) 명의의 변동이 없는 경우에 적용되는 원칙이나, 2차의 시효기간 중 등기명의자의 변동이 있는 경우 판례는 2차의 시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없는 경우에 한정된다고 보았다.[16]

(3) 학설은 취득시효와 등기에 관한 판례법의 5원칙을 지지하는 입장과 비판하는 입장으로 나누어져 있으나, 본 전원합의체판결은 부동산에 대한 1차의 점유취득시효가 완성된 후 그로 인한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 제3자 앞으로의 소유권변동시를 2차의 점유취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효완성을 주장할 수 있지만 그 경우 그 취득시효기간 중 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없을 것을 요구하였던 종전의 판례를 변경하고, 2차의 취득시효기간 중에 등기명의자가 변경되더라도 점유자는 그 등기명의자에 대하여 시효취득을 주장할 수 있음을 밝히고 있다.[17]

(4) 문제는 2차 점유취득시효를 독립한 새로운 법률관계로 볼 수 있을 것인지 의문이 있으나, 취득시효에 관한 판례법의 체계와 다수의견에 대한 보충의견에서 보는 바와 같이 2차 점유취득시효의 요건을 1차 점유취득시효와 차별적으로 엄격하게 취급할만한 근거도 없으므로 다수의견을 수긍할 수밖에 없다.

2. 채권자취소소송에서의 사해행위

[대법원 2009. 6. 23.선고 2009다549 판결(공2009하,1181)]

[판결요지]

채무자가 다른 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도, 채무자 소유의 부동산에 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채권액을 초과하여 채권자에게 채권 전액에 대한 우선변제권이 확보되어 있다면, 그와 같은 재산처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 채권자에 대하여 사해행위가 성립하지 않는다. 이러한 경우 주채무의 보증인이 있더라도 채무자가 보증인에 대하여 부담하는 사전구상채무를 별도로 소극재산으로 평가할 수는 없고, 보증인이 변제로 채권자를 대위할 경우 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있으므로, 사전구상권을 피보전권리로 주장하는 보증인에 대하여도 사해행위가 성립하지 않는다.

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 담보로 제공된 부동산에 대하여 임의경매 등의 환가절차가 개시되어 진행되는 도중에 재산처분행위가 이루어졌다고 하더라도, 그 재산처분행위의 사해성 유무를 판단하기 위한 부동산 가액의 평가는 부동산 가액의 하락이 예상되는 등의 특별한 사정이 인

16) 대판 1999. 2. 12. 92다40688 등.

17) 진상범, 전게논문, 280~281면, 285~286면 참조.

정되지 아니하는 한 사후에 환가된 가액을 기준으로 할 것이 아니라 사해성 여부가 문제되는 재산처분행위 당시의 시가를 기준으로 하여야 한다.

[사실관계]

(1) 채권자인 국민은행에 대한 대출금채무의 담보로 채무자인 A 소유의 토지와 그 지상 건물에 관하여 국민은행 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, A가 피고에게 이 사건 부동산을 증여할 무렵 위 담보부동산의 가액 및 채권최고액이 위 대출금채무액을 상당히 초과하여 그 채무 전액에 대하여 국민은행에게 우선변제권이 확보되어 있었으므로 A가 피고에게 이 사건 부동산을 증여한 행위는 국민은행에 대하여 사해행위가 성립하지 않는다고 보아야 한다.

(2) 또 위 피담보채무의 보증인인 원고에 대한 관계에 있어서도 국민은행에 대한 위 피담보채무에 관하여 우선변제권이 확보되어 있는 이상 보증인에 대한 사전구상채무를 별도로 소극재산으로 평가할 수는 없고, 이에 원고로서는 이를 채권자취소권의 피보전채권으로 삼아 채권자취소권을 행사할 수도 없다.

[평석]

(1) 채권자취소소송에서 피보전채권의 존재와 그 범위는 채권자취소권 행사의 요건이 되므로, 채권자취소권을 행사하는 채권자로서는 그 담보권의 존재에도 불구하고 자신의 피보전채권이 그 우선변제권 범위 밖에 있다는 점을 주장·입증하여야 한다.[18]

(2) 위 판결은 채권자에게 채권 전액에 대한 우선변제권이 확보되어 있다면, 주채무의 보증인이 있더라도 사전구상권을 피보전권리로 주장하는 보증인에 대하여도 사해행위가 성립하지 않음을 밝히고 있다.

3. 채권자대위소송에서의 피보전채권의 존재

[대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결(공2009상,758)]

[판결요지]

채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서는 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보아 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다.

18) 대판 2008. 5. 15. 2005다60338.

[사실관계]

(1) 원고가 A에 대한 8,750만원의 대여금채권(이하 '이 사건 피보전채권'이라 한다)을 보전하기 위하여 A를 대위하여 피고를 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 이 사건 채권자대위소송을 제기하였으나, 원고가 이미 2005. 8.경 이 사건 피보전채권을 B에게 양도하였다.

(2) 원심은 원고가 채무자인 A에 대하여 이 사건 피보전채권을 보유하고 있음을 전제로 하는 이 사건 채권자대위소송은 부적법하다고 보아 이를 각하하였다.

(3) 그러나 대법원은 기록에 이 사건 피보전채권의 확정판결에 대한 승계집행문을 원고에게 다시 부여하는 취지가 나타나 있고, 승계집행문은 승계가 법원에 명백한 사실이거나, 증명서로 승계를 증명한 때에 한하여 재판장(사법보좌관이 수행할 수도 있는 업무임)의 명령이 있어야 내어 주는 점 등에 비추어 살펴보면, 원심으로서는 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 이 사건 피보전채권의 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있음에도 이를 소홀히 하여 원고의 이 사건 채권자대위소송이 부적법하다고 속단한 위법이 있다고 판시한 사례이다.

[평석]

(1) 통설과 판례는 채권자대위소송이 제3자의 소송담당임을 전제로 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항으로 파악한다.

(2) 판례는 채권자대위소송에 있어서 피보전채권이 소멸하거나[19] 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다는 입장이다.[20]

4. 인수인에 대한 이행인수청구권의 대위행사

[대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75072 판결(공2009하,1111)]

[판결요지]

이행인수는 인수인이 채무자에 대하여 그 채무를 이행할 것을 약정하는 채무자와 인수인 간의 계약으로서, 인수인은 채무자와 사이에 채권자에게 채무를 이행할 의무를 부담하는 데 그치고 직접 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아니므로 채권자는 직접 인수

19) 대판 2008. 10. 23. 2008다37223; 대판 1988. 6. 14. 87다카2753 참조. 상세는 오창수, "채권자대위소송의 실천적 의미-당사자의 지위 및 소송요건을 중심으로-", 「법과정책」, 제16집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2010. 127면 이하 참조.

20) 대판 2004. 2. 13. 2003다46475; 대판 2005. 9. 29. 2005다27188 등.

인에게 채무를 이행할 것을 청구할 수 없으나, 채무자는 인수인이 그 채무를 이행하지 아니하는 경우 인수인에 대하여 채권자에게 이행할 것을 청구할 수 있고, 그에 관한 승소의 판결을 받은 때에는 금전채권의 집행에 관한 규정을 준용하여 강제집행을 할 수도 있다. 이러한 채무자의 인수인에 대한 청구권은 그 성질상 재산권의 일종으로서 일신전속적 권리라고 할 수는 없으므로, 채권자는 채권자대위권에 의하여 채무자의 인수인에 대한 청구권을 대위행사 할 수 있다.

[사실관계]

(1) A 소유의 이 사건 각 부동산에 관하여 1999. 2. 24. C주식회사를 권리자로 한 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)가 경료되었다가 위 가등기에 관하여 2002. 12. 6. B 앞으로 '2002. 12. 6. 계약양도'를 원인으로 한 부기등기가 경료되었다.

(2) 그런데, 피고들은 A로부터 이 사건 각 부동산을 공동으로 매수하면서 이 사건 가등기를 피고들이 위 각 지분 비율로 이전받아 그에 기한 본등기를 하는 방식으로 소유권이전등기를 넘겨받기로 하여, 원고와 피고들 및 B 사이에 2003. 2. 22. 위와 같은 내용을 담은 '매매예약에 의한 소유권이전청구권 가등기권리 양도양수 계약서'를 작성하였다(이하 이에 따른 계약을 '이 사건 양도양수계약'이라 한다). 이 사건 양도양수계약에 의하면 위 계약 목적물의 양도·양수 금액은 피고들이 가등기권리자인 B가 이 사건 각 부동산의 근저당권설정 또는 가압류 등에 의해 부담하고 있는 금융권에 대한 채무와 현재 위 건물을 임차 사용 중인 임차인들에 대한 임대보증금을 인수하는 조건으로, 지급할 금액을 일금 1,662,940,000원으로 확정하기로 되어 있다.

(3) 원심과 대법원은 채무자와 제3자인 인수인 사이에 이행인수약정이 체결된 경우 채권자가 인수인에 대하여 직접 채무의 이행을 청구할 권리가 없음은 분명하나, 그러한 경우에도 채무자는 인수인에 대하여 자신이 채권자에 대하여 부담하는 채무를 이행인수약정에 따라 인수인이 이행하도록 청구할 권리(이하 '채무이행청구권'이라 한다)가 있다고 할 것이며, 이러한 채무이행청구권이 일신전속적인 권리라고 볼 수 없는 이상 위 채무이행청구권 역시 채권자대위의 목적이 될 수 있다고 판시하였다.

(4) 위 사례에서 채무자인 A에게는 별다른 재산이 없는 사실을 인정할 수 있고, 원고가 A를 상대로 구상금 청구소송을 제기하여 승소확정판결을 받았으므로, 원고는 A에 대한 채권자로서 무자력인 A를 대위하여 피고들을 상대로 원고에게 채무의 이행을 청구할 수 있다.

[평석]

(1) 채권자대위권의 객체가 되는 피대위채권은 금전채권이 피보전채권인 경우 채권의 공동담보의 보전에 필요한 재산권으로 강제집행이 가능한 것은 모두 피대위채권이 될 수 있으나, 다만 채무자의 행사상의 일신전속권[21]이나 압류금지채권[22]은 채권자대위

권의 객체가 될 수 없다.[23]

(2) 특정채권이 피보전채권인 경우 특정채권의 실현을 위해 필요하고 적합한 권리가 피대위채권이 된다.[24] 채권자대위권은 채무자의 채권을 대위행사함으로써 채권자의 채권이 보전되는 관계가 존재하는 경우에 한하여 이를 행사할 수 있으므로 특정물에 관한 채권자는 채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 그 특정물에 관한 권리만을 대위행사할 수 있다. 구체적으로 채무자의 청구권뿐만 아니라 형성권이나 채권자대위권, 채권자취소권 등이 피대위채권이 된다.

(3) 본 판결은 채무자의 인수인에 대한 이행청구권도 채권자대위권의 객체가 될 수 있음을 밝히고 있는 점에서 의의가 있다.

5. 채권자대위소송에서 채권자가 제3채무자에게 주장할 수 있는 사유

[대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결(공2009하,1013)]

[판결요지]

채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나, 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다.

[사실관계]

(1) 채권자가 무효인 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기의 유용 합의에 따라 부동산 소유자인 채무자로부터 그 가등기 이전의 부기등기를 마친 제3채무자를 상대로 채무자를 대위하여 가등기의 말소를 구하였다.

(2) 이 경우 채권자가 그 부기등기 전에 부동산을 가압류한 사실을 주장하는 것은 채무자가 아닌 채권자 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 사유에 관한 것이어서 허용되지 않는다고 한 사례이다.

---

21) 이혼청구권, 인지청구권, 친생부인권 등 가족법상의 권리가 이에 해당한다.

22) 민사집행법 제246조, 공무원연금법 제32조 등 참조.

23) 판례는 임대인의 임대차계약 해지권은 오로지 임대인의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있는 행사상의 일신전속권에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 하여 임대차계약해지권도 채권자대위권의 객체가 될 수 있다고 한다. 대판 2007. 5. 10. 2006다82700,82717.

24) 판례는 채권자는 자기의 채무자에 대한 부동산의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리를 대위하여 행사할 수 있다고 한다. 대판 1992. 10. 27. 91다483.

[평석]

(1) 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자가 스스로 그 권리를 행사하는 경우에 비하여 불리한 지위에 놓일 이유가 없으므로 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유(변제, 소멸시효완성, 상계항변, 동시이행의 항변 등)로 채권자에게 대항할 수 있다.

(2) 그러나 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다.

6. 채권자대위소송과 중복제소

[대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다65839 판결(공2009상,450)]

[판결요지]

채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다.

[사실관계]

(1) 피고는 2004. 5. 29. A건설에게 이 사건 재건축공사를 도급하였고, 원고는 A건설로부터 이 사건 재건축공사 중 토공사 부분을 하도급받아 2004. 12. 5.경 하도급받은 토공사를 완료하였는데, A건설은 자금난에 봉착하여 공사를 완전히 중단하였고, 결국 2005. 4. 28.경 부도가 났다. 이에 피고는 2005. 5. 27. A건설의 채무불이행을 이유로 이 사건 도급계약을 해제하였다. A건설은 부도날 당시 원고를 비롯한 수급사업자들에 대한 하도급대금 채무로 35억 원 이상을 부담하고 있었다.

(2) A건설은 2005. 10. 6. 피고를 상대로 이 사건 도급계약에 기한 공사대금 1,861,842,000원의 지급 등을 구하는 소를 제기하였는데, 1심법원은 2007. 2. 6. 피고가 A건설에 대하여 이 사건 도급계약에 기한 공사대금 등 합계 1,532,564,369원을 지급할 의무가 있으나 이미 2005. 4.경 A건설이 16억원의 채권을 B에게 양도하였다는 이유로 A건설에 대해 패소판결을 선고하였으나, 항소심은 2008. 5. 29. A건설이 피고에 대하여 공사대금 등 합계 1,702,755,465원의 채권을 취득하였음을 인정하고, 나아가 A건설이 B에게 이 사건 도급계약에 기한 공사대금 중 16억원을 양도한 것은 통정허위표시로서 무효라고 판단한 다음, 위 공사대금 등 채권과 피고의 A건설에 대한 손해배상금 등 720,888,000원의 채권을 대등액에서 상계하여, 결국 '피고는 A건설에 대하여 981,867,465원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.'는 내용의 판결을 선고하였고, 위 판결은

그대로 확정되었다.

(3) 한편 원고는 2006. 8. 29. 제1심법원에 이 사건 재건축공사의 발주자인 피고에 대하여 하도급대금의 직접지급을 구하는 내용이 담긴 이 사건 소장을 제출하였고, 그 소장 부본이 2006. 9. 8. 피고에게 송달되었다.

(6) 대법원은 원심이 A건설이 피고를 상대로 이미 이 사건 도급계약에 기한 공사대금의 지급을 구하는 소를 제기한 사실이 인정되는 이상, 원고로서는 A건설을 대위하여 A건설의 채권을 행사할 수 없다고 판단한 것은 정당하다고 판시하였다.[25]

[평석]

(1) 통설과 판례는 채무자가 본래 이행을 구하는 소를 제기한 경우 채권자가 제기한 채권자대위소송은 중복제소에 저촉된다는 입장이다. 즉 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 없다는 것이 판례이다.[26]

(2) 이에 대하여 위와 같은 경우에는 채무자가 이미 자기 채권을 행사하고 있으므로 민법 제404조 제1항의 해석상 요구되는 '채무자가 채권행사를 하지 않을 것'이라는 대위권 행사요건의 불비를 이유로 중복제소로 처리할 것이 아니라 채권자의 청구를 이유 없다고 하여 기각해야 마땅하다는 유력설이 있다.[27]

(3) 본 판결은 A건설이 피고를 상대로 이미 이 사건 도급계약에 기한 공사대금의 지급을 구하는 소를 제기한 사실이 인정되는 이상, 원고로서는 A건설을 대위하여 예전건설의 채권을 행사할 수 없다고 판단하여 종래의 입장을 재확인하고 있다.

(4) 참고로 판례는 채권자대위소송이 제기된 후에 채무자가 같은 내용의 후소를 제기하는

---

25) 다만, 하도급거래 공정화에 관한 법률에 따라 하도급대금의 직접지급을 요청하는 원고의 의사표시가 피고에게 도달한 2006.9.8. 당시에는 원사업자인 A건설은 자금사정의 악화로 부도가 나는 등의 사유로 변제능력이 부족하여 즉시 변제하여야 할 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적 상태에 있었다고 봄이 상당함에도 원심이 A건설이 부도나기는 하였으나 위와 같이 피고를 상대로 하여 제기한 이 사건 도급계약에 기한 공사대금 등의 지급을 구하는 소송에서 2008.5.29. '피고는 A건설에 대하여 981,867,465원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라.'는 내용의 판결이 선고된 이상, 원고로서는 확정된 A건설에 대한 이 사건 제1심판결에 기하여 A건설의 피고에 대한 위 판결금 채권에 대하여 강제집행절차를 밟을 수 있다는 이유만으로 A건설이 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우에 해당한다고 보기 어렵다고 판단한 것은 하도급대금 직접지급청구권의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 판시하였다.

26) 대판 1993. 3. 26. 92다32876.

27) 호문혁, 전게서, 143면.

경우에도 중복제소로 금지된다는 입장이다.

7. 해약환급금청구권에 대한 추심명령과 해지의 의사표시

[대법원 2009. 6. 23.선고 2007다26165 판결(공2009하,1175)]

[판결요지]

보험계약에 관한 해약환급금채권은 보험계약자가 해지권을 행사할 것을 조건으로 효력이 발생하는 조건부 권리이기는 하지만 금전 지급을 목적으로 하는 재산적 권리로서 민사집행법 등 법령에서 정한 압류금지재산이 아니어서 압류 및 추심명령의 대상이 되며, 그 채권을 청구하기 위해서는 보험계약의 해지가 필수적이어서 추심명령을 얻은 채권자가 해지권을 행사하는 것은 그 채권을 추심하기 위한 목적 범위 내의 행위로서 허용된다고 봄이 상당하다. 그러므로 당해 보험계약자인 채무자의 해지권 행사가 금지되거나 제한되어 있는 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 그 채권에 대하여 추심명령을 얻은 채권자는 채무자의 보험계약 해지권을 자기의 이름으로 행사하여 그 채권의 지급을 청구할 수 있다.

해약환급금청구권에 대한 추심명령을 얻은 채권자가 추심명령에 기하여 제3채무자를 상대로 추심금의 지급을 구하는 소를 제기한 경우 그 소장에는 추심권에 기초한 보험계약 해지의 의사가 담겨 있다고 할 것이므로, 그 소장 부본이 상대방인 보험자에 송달됨에 따라 보험계약 해지의 효과가 발생하는 것으로 해석함이 상당하다.

[사실관계]

원고가 소장, 준비서면 등에 추심권에 기한 보험계약의 해지를 명시적으로 주장하지는 않았지만 이 사건 각 보험계약의 해약환급금청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 그 추심금의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하고 그 증거로써 압류 및 추심명령 사본을 제출하였음을 알 수 있으므로 원심이 추심권에 기한 보험계약의 해지를 인정한 조치는 정당하다고 판시한 사례이다.[28]

[평석]

(1) 금전채권을 압류한 채권자는 추심명령을 얻어 압류된 채권을 추심할 수 있고, 또한 그

28) 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실에 속하는 사항에 관하여는 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나, 이와 같은 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아니고 당사자의 주장 취지에 비추어 이러한 주장이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있으면 충분하며, 또한 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 주장이 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다(대판 2002 2. 26. 2000다48265 참조).

채권을 추심하기 위한 목적 범위 내에서 채무자의 권리를 대위절차 없이 자기의 이름으로 재판상 또는 재판 외에서 행사할 수 있다(민사집행법 제229조 제1항, 제2항 참조).

(2) 보험계약자의 채권자는 해약환급금채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받고 추심권에 기하여 보험계약 해지권을 행사할 수 있다.

8. 확인의 소에 있어서의 확인의 이익

[대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다74130 판결(공2009상,162)]

[판결요지]

권리관계에 대하여 당사자 사이에 아무런 다툼이 없어 법적 불안이 없으면 원칙적으로 확인의 이익이 없다고 할 것이나, 피고가 권리관계를 다투어 원고가 확인의 소를 제기하였고 당해 소송에서 피고가 권리관계를 다툰 바 있다면 특별한 사정이 없는 한 항소심에 이르러 피고가 권리관계를 다투지 않는다는 사유만으로 확인의 이익이 없다고 할 수 없다.

[사실관계]

(1) 피고 종중이 2006. 11. 25.자 임시총회에서 A를 회장으로 선임하는 결의(이하 '이 사건 결의'라고 한다)를 하자 당시 피고 종중의 회장이던 원고가 이 사건 결의의 무효확인을 구하는 이 사건 소를 제기하였고, 피고 종중은 이 사건 소송의 제1심에서 이 사건 결의가 적법하거나 또는 이를 추인하는 새로운 결의에 의해 하자가 치유되었다고 주장하며 권리관계를 다투었다.

(2) 제1심법원은 2007. 8. 24. 피고 종중의 주장을 배척하고 이 사건 결의가 무효임을 확인하는 원고승소판결을 내렸고, 이에 피고 종중은 항소하여 이 사건 결의가 적법하다고 주장하며 권리관계를 다투는 한편 2008. 4. 13. 새로운 임시총회를 소집하여 다시 A를 회장으로 선임하는 결의를 하였다.

(3) 그 후 피고 소송대리인은 준비서면을 통해 "연고항존자의 위임에 따라 소집된 임시총회에서 새로운 종중회장을 선임하였으므로 확인의 이익이 없다"는 취지의 주장을 하고, 이어서 준비서면을 통해 이 사건 결의가 유효하다는 주장을 철회하고 "2008. 4. 13. 임시총회에서 A를 새로운 종중회장으로 선임하였으므로 이 사건 결의무효확인을 구하는 것은 과거의 사실의 확인을 구하는 것으로서 확인의 이익이 없다"는 취지의 주장을 하였으며, 제4차 원심 변론기일에 출석하여 "이 사건 결의가 무효임을 다투지 않는다"고 진술하였다.

(4) 원심은 피고 종중이 이 사건 결의가 무효임을 다투지 않고 있음이 기록상 명백하다는 이유만으로 확인의 이익이 없다고 판단하여 제1심을 취소하고 소를 각하하였으나, 대법원은 이와 같이 피고 종중이 소제기 전에 권리관계를 다툰바 있을 뿐 아니라 소제

기 후 당해 소송에서도 권리관계를 다툰 바 있다면, 항소심에 이르러 권리관계를 다투지 않는다는 이유만으로 확인의 이익이 없다고 할 수는 없으므로 원심은 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 판시한 사례이다.

[평석]

확인의 소를 제기하기 전후에 피고가 권리관계를 다투었다면 항소심에서 이를 다투지 않는다고 하여 확인의 이익이 없다고는 볼 수 없음을 명백히 한 판례이다.

9. 국가를 상대로 한 토지 소유권확인청구가 확인의 이익이 있는 경우

[대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다48633판결(공2009하,1858)]

[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 국가소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 확인의 이익이 있다.

소유권보존등기는 토지대장등본 또는 임야대장등본에 의하여 자기 또는 피상속인이 토지대장 또는 임야대장에 소유자로서 등록되어 있는 것을 증명하는 자(부동산등기법 제130조 제1호), 판결에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자(같은 조 제2호), 수용으로 소유권을 취득한 자(같은 조 제3호)가 신청할 수 있는데, 대장(토지대장, 임야대장)등본에 의하여 자기 또는 피상속인이 대장에 소유자로서 등록되어 있는 것을 증명하는 자는 대장에 최초의 소유자로 등록되어 있는 자 및 그 자를 포괄승계한 자이며, 대장상 소유권이전등록을 받았다 하더라도 물권변동에 관한 형식주의를 취하고 있는 현행 민법상 소유권을 취득했다고 할 수 없고, 따라서 대장상 소유권이전등록을 받은 자는 자기 앞으로 바로 보존등기를 신청할 수는 없으며, 대장상 최초의 소유명의인 앞으로 보존등기를 한 다음 이전등기를 하여야 한다.

[사실관계]

미등기 토지에 관한 토지대장에 소유권을 이전받은 자는 등재되어 있으나 최초의 소유자는 등재되어 있지 않은 경우, 위 토지대장상 소유권이전등록을 받은 자에게 국가를 상대로 토지소유권확인청구를 할 확인의 이익이 있다고 본 사례이다.

[평석]

(1) 국가를 상대로 한 토지소유권 확인청구는 어느 토지가 미등기이고, 토지대장이나 임야

대장상에 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때와 그 밖에 국가가 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가 소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에 확인의 이익이 있다.[29] 본 판결은 토지대장에 소유권을 이전받은 자는 등재되어 있으나 최초의 소유자는 등재되어 있지 않은 경우에도 토지소유권확인청구를 할 확인의 이익이 있음을 밝히고 있다.

(2) 확인청구의 상대방은 시·군·구가 아니라 국가이다. 지적관리사무는 국가사무이고 시장, 군수, 구청장은 국가로부터 기관위임을 받아 토지대장 등 지적공부를 관리하는 것에 불과하기 때문이다.

10. 건축주 명의변경절차의 이행을 구할 소의 이익

[대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다72844 판결(공2009상,321)]

[판결요지]

건축공사가 완료되어 건축법상 최종적인 절차로서 건축허가상 건축주 명의로 사용검사 승인까지 받아 소유권보존등기가 마쳐진 경우와는 달리, 비록 건축공사 자체는 독립한 건물로 볼 수 있을 만큼 완성되었으나 그 적법한 사용에 이르기까지 필요한 건축법상의 각종 신고나 신청 등의 모든 절차를 마치지 않은 채 소유권보존등기가 이루어진 경우에는, 그 건물의 원시취득자는 자신 앞으로 건축주 명의를 변경하여 그 명의로 건축법상 남아 있는 각종 신고나 신청 등의 절차를 이행함으로써 건축법상 허가된 내용에 따른 건축을 완료할 수 있을 것이므로, 이러한 경우 그 건물의 정당한 원시취득자임을 주장하여 건축주 명의변경 절차의 이행을 구하는 소는 그 소의 이익을 부정할 수 없다.

[사실관계]

(1) 원고가 이 사건 토지 위에 피고의 시아버지인 A와 B 등을 공사수급인으로 정해 신축 중이던 지하 2층, 지상 6층 규모의 이 사건 건물의 건축허가상의 건축주로서, 2004. 8. 20. 피고와 사이에 원고가 피고로부터 2억 4,000만 원을 받는 조건으로 피고에게 이 사건 건물에 관한 권리를 양도함과 아울러 건축허가상의 건축주 명의를 변경해 주기로 하는 내용의 이 사건 약정을 체결하였다.

(2) 그 당시 이 사건 건물은 지상 6층까지 골조공사가 완성되고 옥탑 2층과 옥상 난간 정도만 완성되지 아니한 기성고율 약 70%의 상태로서 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 정도의 형태와 구조를 갖추고 있었다.

(3) 원고는 위 약정에 따라 2004. 9. 7. 이 사건 건축허가상의 건축주 명의를 피고 앞으로 변경하여 주었음에도 피고는 2004. 11. 20. 지급하기로 한 위 약정 잔금 1억 4,000만 원

29) 대판 1995. 9. 15. 94다27649.

을 현재까지 지급하지 아니하였고, 피고는 2004. 12. 10. C와의 별도 약정에 따라 같은 해 12. 17. 위 건축주 명의를 C 앞으로 변경하여 주었다가 C의 대금지급 위약을 이유로 위 건축주 명의의 반환을 구함과 아울러 이미 C에 대한 채권자의 가압류신청에 따른 가압류등기의 촉탁으로 이 사건 건물에 관하여 이루어진 C 명의의 소유권보존등기의 말소를 구하는 소를 제기하여 승소의 확정판결을 받았으나, 이 사건 원심 변론종결 당시까지 이 사건 건축허가상 건축주는 C 명의로 남아 있고, 한편 이 사건 건물에 관하여는 아직 건축주의 신청에 따른 사용검사승인이 이루어지지 못한 상태이다.

(4) 위 사실관계 하에서 이 사건 건물은 이 사건 약정 당시의 건축주인 원고가 이를 원시취득한 것으로 보아야 하고, 피고가 위 약정상의 잔금 지급기일이 지나도록 이를 지급하지 아니함은 물론 원심의 변론과정에서 그 이행의사가 없음을 분명히 한 이상 원고의 이 사건 약정해제의 통지로서 적법하게 해제되었으므로 그 원상회복으로 원고가 이 사건 약정금으로 피고로부터 이미 수령한 1억 원의 반환과 동시이행으로 피고는 원고에게 이 사건 건축주 명의변경 절차를 이행할 의무가 있다고 판시한 사례이다.

[평석]

(1) 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니고 그 추정력도 없어 건축주 명의를 변경한다고 하더라도 그 건물의 실체적 권리관계에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 건축공사가 완료되고 소유권보존등기까지 이루어져 이미 허가된 내용에 따른 건축이 더 이상 있을 수 없는 건물의 경우에는 소유권보존등기를 목적으로 건축주 명의변경을 구할 소의 이익이 없음이 원칙이라고 할 것이지만, 미완성의 건물에 대하여 건축법이 정한 절차에 따라 건축공사를 계속하거나 건축공사를 완료한 후 부동산등기법에 따른 소유권보존등기와 아울러 적법한 사용 등을 위하여 건축주 명의가 필요한 경우에는 이를 위하여 건축허가상의 건축주를 상대로 건축주 명의변경 절차의 이행을 구할 소의 이익은 인정될 수 있다.[30]

(2) 이 사건 건물에 대하여는 아직 건축법상 사용검사승인을 얻지 못하여 건축주 명의의 사용검사승인신청 등 관련 법령에서 정한 절차가 남아 있는 이상 이 사건 건축허가에 관한 정당한 권리자인 원고 명의로 건축주 명의변경 절차의 이행을 구할 소의 이익이 인정된다.

(3) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006다28454 판결(공2009상,438)은 건축중인 건물의 양수인은 건축공사 진행에 필요한 행정관청에의 신고 등을 하고 공사를 계속하기 위해 건축주 명의를 변경할 필요가 있고, 준공검사 후 건축물관리대장에 소유자로 등록하여 양수인 명의로 소유권보존등기를 신청하기 위해서도 건축주 명의를 변경할 필요가 있으므로, 건축중인 건물을 양도한 자가 건축주명의변경에 동의하지 아니한 경우 양수인으로서

30) 대판 1989. 5. 9. 88다카6754; 대판 2007. 12. 27. 2006다60229 등 참조.

는 그 의사표시에 갈음하는 판결을 받을 필요가 있다고 한다.

11. 문서의 진정여부를 확인하는 소와 소의 이익

[대구지법 2009. 1. 13. 선고 2008나15092 판결(각공2009.398)]

[판결요지]

유증에 관한 공정증서가 '유언자의 서명 또는 기명날인'의 요건을 갖추지 못하여 민법 제1068조에 정한 '공정증서에 의한 유언'으로서의 효력이 없으므로, 망인의 진정한 의사에 의하여 작성되었음을 확인하는 판결이 선고되더라도 유언의 유·무효에 관한 권리관계 내지 법률적 지위의 불안이 제거될 수 없어, 그 진부확인을 구할 소의 이익이 없다.

[사실관계]

(1) 1999. 1. 13. 법무법인 경북 증서 1999년 제28호로 작성된 공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라 한다) 1면과 2면에는 유언자로 망인, 수증자로 원고들로 하고, 망인이 원고들에게 이 사건 각 부동산 중 망인의 지분을 유증한다는 취지가 각 인쇄되어 있으나, 4면 유언자란의 서명 부분에는 망인이 아니라 "원고 A"이라고 수기되어 있고, 그 옆의 날인 부분에는 망인의 인영이 찍혀 있다.

(2) 망인이 2004. 9. 28. 사망하자, 원고들은 이 사건 공정증서를 첨부하여 이 사건 각 부동산 중 망인의 지분에 관하여 대구지방법원 안동지원에 유증을 원인으로 한 소유권이전등기 신청을 하였으나, 위 법원 소속 등기관은 2007. 10. 25. 이 사건 공정증서상의 유언자가 등기명의인인 망인과 상이하다는 이유로 이를 각하하였다.

(3) 원고들은, 망인이 1999. 1. 13. 증인 B, C, 수증자인 원고 A와 함께 경북 법무법인 공증실에 출석하여 이 사건 각 부동산 지분을 원고들에게 유증한다는 내용으로 공정증서에 의한 유언을 한 것인데, 망인이 문맹인 관계로 원고 A가 망인의 이름을 대필하는 과정에서 착오로 망인이 아니라 자신의 이름을 수기한 것인바, 이 사건 공정증서는 망인의 진정한 의사에 의하여 진정하게 성립한 문서임에도 피고 소속 등기관이 유언자 서명이 등기명의인과 상이하다는 이유로 위 등기신청을 각하하였으므로, 이 사건 공정증서의 진부를 확인받을 이익이 있다고 주장하면서 증서진부확인의 소를 제기하였다.

(4) 법원은 이 사건 공정증서의 진정성립이 인정되면 원고들의 권리관계 내지 법률적 지위의 불안이 제거될 수 있는지 보건대, 민법 제1060조는, "유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다."고 규정하여 유언에 관하여 엄격한 요식성을 요구하고 있는데, 가사 원고들 주장과 같이 이 사건 공정증서의 내용과 같이 망인에게 진정으로 유증의 의사가 있었다 하더라도, '유언자가 서명 또는 기명날인할 것'

이라는 요건을 갖추지 못하면 민법 제1068조 소정의 '공정증서에 의한 유언'으로서의 효력을 가질 수 없으므로, 이 사건 공정증서가 망인의 진정한 의사에 의하여 작성되었음을 확인하는 판결이 선고되더라도 유언의 유·무효에 관한 권리관계 내지 법률적 지위의 불안이 제거될 수 없으니, 이 사건 소는 소의 이익이 없어 부적법하다(원고들은 이 사건 공정증서에 의한 유언이 유효함을 이유로 상속인 내지 유언집행자를 상대로 하여 유언이 유효하다는 확인을 구하는 소 또는 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기함이 상당하다)고 판시하였다.

[평석]

(1) 문서의 진정여부를 확인하는 소는 서면이 그 작성명의자에 의하여 작성되었는가 그렇지 않으면 위조 또는 변조되었는가를 확정하는 소송으로서, 이와 같이 서면의 진부라고 하는 사실의 확정에 대하여 독립의 소가 허용되는 것은 법률관계를 증명하는 서면의 진부가 판결로 확정되면 당사자 간에 있어서는 그 문서의 진부가 다투어지지 않는 결과 그 문서가 증명하는 법률관계에 관한 분쟁 자체가 해결되거나 적어도 그 분쟁 자체의 해결에 크게 도움이 된다는 이유에 의한 것이므로 그 소가 적법하기 위해서는 그 증서의 진부확인을 구할 이익이 인정되어야 한다.

(2) 법원은 원고들은 이 사건 공정증서에 의한 유언이 유효함을 이유로 상속인 내지 유언집행자를 상대로 하여 유언이 유효하다는 확인을 구하는 소 또는 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기함이 상당하다고 판시하고 있으나, 이 사건 유언이 '유언자가 서명 또는 기명날인할 것'이라는 요건을 갖추지 못하여 민법 제1068조 소정의 '공정증서에 의한 유언'으로서의 효력을 가질 수 없다면 위와 같은 유언유효확인의 소나 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구하는 소를 제기한다 하더라도 엄격한 요식성을 요구하는 유언의 유효확인을 인정받을 수 있을지 의문이다.

12. 채무부존재확인의 소에 있어서의 소의 이익

[수원지법 2009. 6. 11.선고 2008가합28611 판결(각공2009하,1154)]

[판결요지]

조정조서상 조건부 급부의무를 부담하는 채무자가 그 조건이 성취되지 않았음을 이유로 급부의무를 다투면서 채무부존재확인을 구하는 사안에서, 채무자는 집행문 부여에 대한 이의의 소로 조정조서상의 조건 불성취를 이유로 강제집행의 불허를 구하는 것이 분쟁을 유효적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 채무부존재확인을 구하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

[평석]

(1) 확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효적절한 수단일 때 허용된다.

(2) 이 사건과 같이 채무자가 이 사건 조정조서상의 조건이 성취되지 아니하여 이 사건 조정조서의 의무이행확보조항에 의한 집행을 할 수 없다고 다투는 경우에는 채무자로서는 집행문 부여에 대한 이의의 소로써 이 사건 조정조서상의 조건 불성취를 이유로 강제집행의 불허를 구할 수 있으므로 결국 이 사건 조정조서에 의한 채무부존재확인을 구하는 부분은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

13. 발송송달의 요건

[대법원 2009. 10. 29.자 2009마1029결정[공2009하,2005)]

[판결요지]

민사소송법 제185조 제2항에서 말하는 '달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우'라 함은 상대방에게 주소보정을 명하거나 직권으로 주민등록표 등을 조사할 필요까지는 없지만, 적어도 기록에 현출되어 있는 자료로 송달할 장소를 알 수 없는 경우에 한하여 등기우편에 의한 발송송달을 할 수 있음을 뜻한다.

민사소송법 제187조에 따른 등기우편에 의한 발송송달은 송달받을 자의 주소 등 송달하여야 할 장소는 밝혀져 있으나 송달받을 자는 물론이고 그 사무원, 고용인, 동거인 등 보충송달을 받을 사람도 없거나 부재하여서 원칙적 송달방법인 교부송달은 물론이고 민사소송법 제186조에 의한 보충송달과 유치송달도 할 수 없는 경우에 할 수 있고, 여기에서 송달하여야 할 장소란 실제 송달받을 자의 생활근거지가 되는 주소·거소·영업소 또는 사무소 등 송달받을 자가 소송서류를 받아 볼 가능성이 있는 적법한 송달장소를 말한다.

[사실관계]

항고장 기재 송달장소로 송달한 결정 정본이 송달불능된 후 항고인이 다시 종전과 같은 송달장소 및 송달영수인 신고를 한 사안에서, 항고인이 신고한 송달장소 또는 주소지로 다시 결정 정본을 송달해 보지 아니한 채 곧바로 등기우편에 의한 발송송달을 한 법원의 조치는 위법하다고 한 사례이다.

[평석]

(1) 당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 하고(민사소송법 제185조 제1항), 위 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원

규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다(동조 제2항). 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 하도록 규정하고 있는바, 위 규정에 의하여 등기우편에 의한 발송송달을 할 수 있는 경우는 송달받을 장소를 바꾸었으면서도 그 취지를 신고하지 아니한 경우이거나 송달받을 장소를 바꾸었다는 취지를 신고하였는데 그 바뀐 장소에서의 송달이 불능되는 경우를 말한다.[31]

(2) 민사소송법 제187조는 '민사소송법 제186조의 규정에 따라 송달할 수 없는 때에는 법원사무관 등은 서류를 등기우편 등 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다'고 규정하고, 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송 또한 등기우편으로 하도록 규정하고 있는바, 대법원은 이 경우의 발송송달의 요건을 명확히 밝히고 있다.[32]

(3) 대법원 2009. 8. 31.자 2009스75 결정(공2009상,1651)은 등기우편에 의한 발송송달은 송달사무처리기관인 법원사무관 등이 동시에 송달실시기관이 되어 송달을 시행하는 것이므로 스스로 송달보고서를 작성하여야 하고, 그 송달보고서 작성시에는 소정의 양식에 따라 송달장소, 송달일시 등을 기재하되, 사건번호가 명기된 우체국의 특수우편물수령증을 첨부하여야 하며, 이러한 송달은 발송시에 그 송달의 효력이 발생하는 관계로 우편물 발송일시가 중요하고 그 송달일시의 증명은 확정일자 있는 우체국의 특수우편물수령증에 의할 수밖에 없으므로, 위와 같이 특수우편물수령증이 첨부되지 아니한 송달보고서에 의한 송달은 부적법하여 그 효력을 발생할 수 없다고 한다.

14. 재감자에 대한 송달

[대법원 2009. 10. 8.자 2009마529결정(공2009하,1813)]

[판결요지]

교도소 등의 소장은 재감자에 대한 송달에 있어서는 일종의 법정대리인이라고 할 것이므로, 재감자에 대한 송달을 교도소 등의 소장에게 하지 아니하고 수감되기 전의 종전 주·거소에다 하였다면 무효이고, 이는 수소법원이 송달을 실시함에 있어 당사자 또는 소송관계인의 수감사실을 모르고 종전의 주·거소에 하였다고 하더라도 마찬가지이다.

[평석]

판례는 비록 송달받을 사람이 교도소 등에 수감 중인 사실을 법원에 신고하지 아니하였다거나 기록에 의하여 법원에서 그 사실을 알 수 없었다고 하여도 수감자의 종전 주소에

31) 대판 2001. 9. 7. 2001다30025 등.

32) 대판 2009. 5. 28. 2009다5292.

의 송달은 무효이고, 반드시 교도소장에게 송달하여야 한다는 입장이고[33] 본 판결은 이와 같은 판례의 입장을 재확인하고 있다.

15. 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무

[대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다42765 판결(공2009하,2081)]

[판결요지]

민사소송법 제136조 제4항은 "법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다"고 규정하고 있으므로, 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 주어야 하고, 만일 이를 게을리 한 경우에는 석명 또는 지적의무를 다하지 아니한 것으로서 위법하다.

[사실관계]

손해배상청구의 법률적 근거는 이를 계약책임으로 구성하느냐 불법행위책임으로 구성하느냐에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 달라지는 중대한 법률적 사항에 해당하므로, 당사자가 이를 명시하지 않은 경우 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 부여함으로써 당사자로 하여금 그 주장을 법률적으로 명쾌하게 정리할 기회를 주어야 함에도, 이러한 조치를 취하지 않은 채 손해배상청구의 법률적 근거를 불법행위책임을 묻는 것으로 단정한 뒤 증명이 부족하다는 이유로 청구를 받아들이지 않은 원심판결을 파기한 사례이다.

[평석]

(1) 민사소송법 제136조 제4항은 당사자가 전혀 예상하지 못한 법률적 관점에 기한 재판으로 불의타를 맞는 것을 막기 위한 규정이다.

(2) 본 판결의 사안은 원고 주장의 근거가 채무불이행인지 불법행위인지 명백하지 않은 것으로 당사자가 간과하였음이 분명한 법률상의 사항에 대한 지적의무라기 보다는 석명권의 불행사로 볼 것이다.

33) 대판 1982. 12. 28. 82다카349.

참고문헌

곽윤직 편, 「민법주해(제1권)」, 박영사, 1992.
이시윤, 「신민사소송법(제5판)」, 박영사, 2009
이시윤, 「신민사집행법(제5판)」, 박영사, 2009.
정동윤/유병현, 「민사소송법(제3판)」, 법문사, 2009.
호문혁, 「민사소송법(제7판)」, 법문사, 2009.

노경필, "도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송", 「사법」, 10호, 사법발전재단, 2010.
민유숙, "점유취득시효가 완성된 자에 대한 무효 등기명의인의 소유권이전등기의무", 「대법원판례해설 2005년 상반기」, 통권 제54호, 법원도서관, 2006.
오창수, "채권자대위소송의 실천적 의미-당사자의 지위 및 소송요건을 중심으로-", 「법과 정책」, 제16집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2010.
이범주, "점유취득시효에 있어 소유자가 제3자로 변경된 시점을 새로운 취득시효의 기산일로 삼을 수 있는지 여부", 「우당 박우동선생 화갑기념 민사재판의제문제」, 제8권, 한국사법행정학회, 1994.
진상범, "2차 점유취득시효기간 중 등기부상 소유명의자가 변경된 경우, 2차 시효완성자의 법적 지위", 「사법」, 10호, 사법발전재단, 2010.

[Abstract]

A Study on the Tendency of the Supreme & District Court Decision in Civil Procedure Law During 2009

Oh, Chang-Soo
Professor, Law School of Jeju National Univ.

This article deals with the tendency of the Supreme & District Court decision in civil procedure law during 2009, focused on the party and proceedings.

This article is composed as follows :

In Chapter 1. I presented the purpose and scope of the context.

In Chapter 2. Judicial precedent on the general theory of civil procedure law.

In Chapter 3. Judicial precedent on the court.

In Chapter 4. Judicial precedent on the party.

In Chapter 5. Judicial precedent on the proceedings.

Key Words : Civil Procedure Law, the Supreme Court Decision, Standing, Actio Pauliana, Creditor's subrogated suit, the Interest of Right Protection, Service, Burden of Proof, Effect of Excluding Further Litigation