

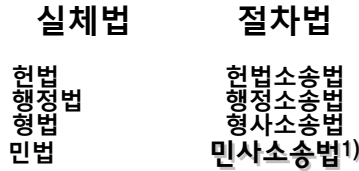
최강쟁점
민사소송법

최영덕 (편)

제1편 총론

■ 민법과 민사소송법

권리준부(민법) ▶ 판결절차(민사소송법) ▶ 권리실현(민사집행법)



통상재판기관

보통법원
-대법원, 고등법원, 지방법원
-민사(노동사건 포함), 형사, 비송

전문법원
-특허법원 : 지식재산사건
-행정법원 : 행정사건
-가정법원 : 가사사건

특별재판기관

헌법재판소

군사법원

대판 1983.9.13, 81누324

원래 민사나 행정소송에서는 형사재판에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도, 관련된 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 민사나 행정소송에서 유력한 증거자료가 되는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 관련된 민사나 행정사건에서 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다고 보는 것이 상당하다.

■ 민사소송법의 본질-민사소송법의 (쟁)기초

- 사권 보호 중심?→ 사인이 주체(당사자주의-호문혁)
- 분쟁해결절차 중심?→법원이 주체(절차적 안정성, 주로 判)

■ 민사소송 vs 비송(※)

| | | | |
|------------------|----------------------|----------------|------------------|
| | (민사)소송=당사자 대립주의(당사자) | 비송=일원주의(법원) | |
| 절차진행의 주체(주도권) | 당사자주의 | | 직권주의 |
| 절차의 개시·종료·범위의 결정 | 처분권주의 | | 직권조사주의 |
| 사실의 주장증명 | 변론주의 | 직권조사사항(제3의 방식) | 직권탐지주의 |
| 판결내용 | 본안타당성(본안판결) | | 소송요건(소송판결) |
| 판결형식 | 본안판결 →항소·상고 | | 결정·명령 →항고·재항고 |

■ 민사소송법 개요

1) 대판 1983.9.13., 81누324

원래 민사나 행정소송에서는 형사재판에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도, 관련된 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 민사나 행정소송에서 유력한 증거자료가 되는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 관련된 민사나 행정사건에서 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다고 보는 것이 상당하다.

대판 1966.11.29., 66다1619: 무효한 행정처분은 형식상 행정처분으로서 존재하나 그 처분내용에 적용한 법률상 결과는 전혀 발생할 수 없는 것이므로 권한 있는 기관으로부터의 취소선언이 없다 하여도 누구나 언제든지 그 무효를 주장할 수 있고 법원은 그 행정처분을 민사사건의 선결문제로서 심리하여 그 무효를 인정할 수 있는 것이다.

| | | | |
|--------------------|--|-----------------------|-------------------------------|
| ①소장제출 (§ 248) | 소장 -원고·피고 (당사자:소송의 주체) -청구취지·원인 (소송물:소송의 객체) 입증방법, 첨부자료... -법원 | / 적식요건 소장각하명령 | 부적법의 문제 (소송요건 판단) 소각하판결 |
| ②법원의 소장 심사 (§ 254) | - 적식 → 송달 - 적식X시 보정명령 →보정X시 소장명령 각하 | | |
| ③송달 (§ 255) | 피고 | 본안판단 청구 인용 청구기각 | |
| ④답변서 제출 의무 (§ 256) | →미제출시 무변론판결 -인용(당사자 중심) -기각(분쟁해결 중심) | | |
| ⑤변론절차 증거절차 | →답변서 제출 내용 -자백 -부인·항변 시 쟁점정리 ·복잡 : 준비절차 거침 ·간단 : 바로 변론기일절차 | | |
| ⑥판결 | -부적법→소각하 -본안 타당성 검토 →청구인용/기각 | 민사소송법 2 | |
| ⑦항소/상고/재심 | | | |
| ⑧복수의 청구 | | | |

■ 소송법상 신의칙

1. 신의칙:(§1) 백지조항(白地條項-판례/학설에 의하여 채워진다는 의미)

2. 적용여부

①보충적 적용설(判): 절차보호/분쟁해결중심의 입장으로 직권조사사항으로 보아 소송요건에 해당 권리보호이익으로 검토(★)

②선택적 적용설: 다른 소송요건과 선택적으로 적용

3. 내용②(부모살남)

부당형성금지(부작위 위반)³⁾/모순행위금지⁴⁾(작위 전제)/실효의 원칙(부작위 전제)/소권남용

2) 분류 자체는 큰 의미가 없음

3) 금산사 판례(2011마62): (사실관계)변호사 甲과 乙 사찰이, 소송위임계약으로 인하여 생기는 일체 소송은 전주지방법원을 관할 법원으로 하기로 합의하였는데, 甲이 乙 사찰을 상대로 소송위임계약에 따른 성공보수금 지급 청구 소송을 제기하면서 乙 사찰의 대표단체인 丙 재단을 공동피고로 추가하여 丙 재단의 주소지를 관할하는 서울중앙지방법원에 소를 제기한 사안에서, 乙 사찰은 종단에 등록을 마친 사찰로서 독자적인 권리능력과 당사지능력을 가지고, 乙 사찰의 甲에 대한 소송위임약정에 따른 성공보수금 채무에 관하여 丙 재단이 당연히 연대책무를 부담하게 되는 것은 아니며, 법률전문가인 甲으로서는 이러한 점을 잘 알고 있었다고 보아야 할 것인데, 甲이 위 소송을 제기하면서 丙 재단을 공동피고로 추가한 것은 실제로는 丙 재단을 상대로 성공보수금을 청구할 의도는 없으면서도 단지 丙 재단의 주소지를 관할하는 서울중앙지방법원에 관할권을 생기게 하기 위함이라고 할 것이고, 따라서 甲의 위와 같은 행위는 관할선택권의 남용으로 신의칙에 위반하여 허용될 수 없으므로 관련재판적에 관한 민사소송법 제25조는 적용이 배제되어 서울중앙지방법원에는 甲의 乙 사찰에 대한 청구에 관하여 관할권이 인정되지 않는다고 한 사례. - 관할선택권의 남용으로 신의칙 위반-권리보호이익 無

4) 대판(전) 2013.12.18., 2012다89399:

신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를

금지(작위위반)

4. 효과 :

적용여부와 관련 부적법 각하판결(判)이나 이송결정

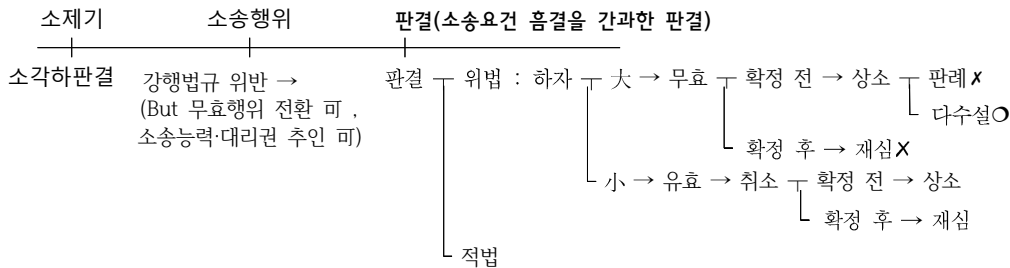
■ 강행규정과 임의규정

1. 소송요건과 강행규정

민법과 상법은 원칙적으로 임의규정이지만, 소송법은 사회질서와 관련된 것이므로 원칙적으로 강행규정⁵⁾에 해당

| | |
|------|---------------------------------------|
| 효력규정 | 강행규정 : 위반시 무효 |
| | 임의규정 : 위반시 이의권 ○ →이의권상실, 당사자의사의 문제 |
| 훈시규정 | |

2. 강행규정 위배의 효과



무효-재망적계(소송계속이 없는 것은 많은 판결-소취하와 연결되기도)

:재판권X/사망한 당사자의 소제기/당사자적격/소송계속

→소송계속을 위반한 것들로 소송종료선언을 해야- 판결은 무효

이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 위에서 본 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춤은 물론 근로기준법의 강행규정상에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다

5) 대판 2013.1.10., 2011다64607:

자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 총중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정된다 할 것이고 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 한다.

비교판례-대판 2008.9.25, 2007다60417:

당사자적격에 관한 사항은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 비록 당사자가 사실심 변론종결시까지 이에 관하여 주장하지 아니하였다고 하더라도 상고심에서 새로이 이를 주장, 입증할 수 있다고 할 것이다.

대판 2010.11.25., 2010다64877:

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하나, 채무자의 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령 신청의 취하 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면 채무자는 당사자적격을 회복한다. 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 당사자적격 등 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 한다.

제2편 소송의 주체

제1장 법 원(§2~§50)6)

■ 법원의 지위: 법원은 3권분립 중 사법을 담당

| | |
|---|--|
| 재판권(국가의 司法權) | -인적 범위: 예외가 무엇인지 중심으로 ex. 외국국가는 상대적면제주의7) |
| | -물적 범위(소송물·청구의 특정): 국제재판관할8) |
| 관할(§2~§40)-토지관할 사물관할→이송(법원의 변경=소변경의 일종) | |
| 재판의 공정성- 제척·기피·회피(요건아님) | |

■ 제척·기피·회피(§41~§50)

1. 요건

(1) 제척 사유

§41. 1.2.4호 법관-당사자의 문제

§41. 3. 5. 당사자 외 관계-특히 5호의 전심관여★ 판례

(2) 기피 사유

-객관적 사정/주관적 사정만으로 관해서도 기피를 인정? X

-법관과 당사자가 특수관계(ex.대리인/소송대리인)일시 기피 인정? X(이유: 연수원 동기라)

2. 효과

(1) 절차

-원칙 : 다른 재판부에서 재판

-예외 : 담당재판부에서 재판

절차위반/신속한결정/소송지연목적 분명한 경우 간이각하(§45)

→즉시항고 중 항고/재항고 가능

(2) 심판의 효과(급판각 제외)

§48. 긴급을 요하는 행위/종국판결/간이각하를 제외하고는 절차를 정지

6) 소송요건은 판사의 판단기준으로 법조문이 매우 중요

7) 재판권 관련 판례-미군부대 강제집행 사건(2009다16766)사실관계)대한민국에 거주하면서 주한미군사령부에 근무하는 A의 채권자 B가 우리나라 법원에 제3채무자를 미합중국으로 해서 A가 미합중국에 대해 가지는 퇴직금과 임금 등에 대해 추심금 지급을 구했던 사건, 판례의 태도: 사법적 행위로 부담하는 국가 채무에 대해 압류 기타 우리나라 법원에 의해 명하여지는 강제집행의 대상이 될 수 있다는 점에 대해 명시적으로 동의했거나, 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대해서 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우에 한하여 해당 국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가진다. - 원래 상대적 면제설에 따라 공권은 면제되고, 사권은 면제되지 않기 때문에 재판권이 있다고 판시해야되는데, 아무튼 이 사건에서 안된다고 판시(매우 큰 비판)

8) 국제사법적용사건-설외사건의 경우(재판권+관할)-개정공단사건은 국제재판관할문제로 풀지말 것

①역추지설: 민소법상 '토지관할' 규정 적용

②관할배분설: 조리에 따라 결정

③수정역추지설: 원칙적으로 역추지설을 따르되, 특단의 사정이 있을 때 관할배분설을 취함 →

국제사법 2조로 입법화(①항: 실질적 관련성이 있는 경우)

-관할 합의도 인정? 부가적 합의는 O 배타적(전속적)합의는 X, 예외 O(①국내전속관할이 아닐 것 ②

합의관할 대상인 외국법원이 관할권 있고 ③합리적 관련성 ④합의가 불공정하지 않을 것)

(3) §48을 간과한 소송행위

-판결전 무효(강행법규) -판결후 유효 : 확정전 상소/확정후 재심(§451.2호)

3. 하자치유여부

정지않고 소송을 진행했는데, 제척/기피 사유가 없어 결국 각하되었다면 하자가 치유?(★)
 ①적극설 ②소극설(判) ③절충설(본안에 관한 것이면 치유가 안 되지만 절차에 관한 것이면 치유 인정)

■ 관할(§2~§30) → 위반시 §34① 이송(각하X)

: 법원이 재판을 담당할 수 있는지의 문제

| | | |
|-------------------|-------------------------------|------|
| 전속관할 : 재량X | 수소/집행법원, 합의부/단독부/심금법원 | 법정관할 |
| 임의관할 | 사물관할(★): 단독사건 2억초과시 합의부 사건 | |
| | 토지관할(§2~24) | 거동관할 |
| | 합의관할(§29) 변론관할(§30) | |

1. 사물관할(★)-배당여부

제1심 소송사건을 다루는 지방법원 단독판사와 지방법원 합의부 사이에 '사건의 경중'을 표준으로 재판권의 분담관계를 정한 것

| 3천 미만 | 3천 초과 ~1억 이하 | 1억 초과 ~2억 이하 | 2억 초과 |
|----------------------|--------------|-----------------|--------|
| 소액단독 (소액단독심판법 적용) | 중액 단독 | 고액 단독 (부장판사) | 합의부 사건 |
| 변호사X여도 소송대리 OK | | 변호사 대리 강제 | |

2억 초과해도 본안 간단하면 단독부(ex.어음수표), 단독이나 쟁점복잡하면 합의부로 이송

| |
|--|
| 고등법원 관할 |
| 제28조(심판권) 고등법원은 다음의 사건을 심판한다. 다만, 제28조의4제2호에 따라 특허법원의 권한에 속하는 사건은 제외한다. <개정 2015.12.1, 2016.12.27> 지방법원 합의부, 가정법원 합의부, 회생법원 합의부 또는 행정법원의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건 지방법원단독판사, 가정법원단독판사의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건으로서 형사사건을 제외한 사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건 |

사물관할은 §26~§27 소가의 산정 →공동소송/병합과 같이 나옴(★★★)

-원칙: 합산의 원칙 → 관할항정의 원칙(소제기 이후 소가가 변동해도 사물관할 변동이 없음/ 예외: 단독→합의는 당사자에게도 이익이 되므로 허용)

-예외: 중복·흡수 관계시 합산 배제

2. 토지관할 -소장 제출법원

: 소재지를 달리 하는 같은 종류 여러 법원 사이의 재판권 분담관계 (~"재판적"인 oo주소가 ~법원 관할 내이므로, ~법원이 관할권에 있다)

(1) 원칙 : 보통재판적=피고 주소지 §2~6

(2) 예외 : 특별재판적 §7~24, +관련재판적 §25

1) §8의무이행지(★)⁹⁾

-원칙 : 지참패무이므로 채권자 주소지(원고 주소지)

2) §18불법행위지

-불법행위지의 개념 : 가해행위지뿐만 아니라 결과발생지도 포함(ex. 甲이 乙을 칼로 찔렀다. 乙은 서울에서 칼빵을 맞고, 피를 흘리면서 대전 → 대구를 거쳐 부산병원으로 이송, 이때 서울/대전/대구/부산 모두 불법행위지)

-채무불이행지도 포함? : ①긍정 ②부정설이 있으나 부정설을 취해도 §25관련재판적이 있으므로 논의의 실익X, 결국 O

3) §24지적재산권등(★)¹⁰⁾

-§24① : §2~23 포함

-§24② : §2~23 배제

-§24③ : 아무튼 서울중앙지방법원에 제기 가능

4) 관련재판적(§25)

①항: 객관적 병합-선택·예비적 병합 모두 OK

-예시: 甲(주소지 서울)이 乙(주소지 부산)이 A매매계약이행(계약지:대전)의 소와 B소비대차이행(이행지:전주)의 소를 병합청구

A청구: 보통재판적(§2)은 부산, 특별재판적(§8,의무이행지)은 대전

B청구: B청구만으로는 대전지법이 관할이 없으나, B청구와 A청구를 병합했으므로, A청구에 의한 특별재판적인 대전도 관련재판적(§25)에 의해 토지관할이 있음

②항: 주관적 병합(§65①전단만 해당!) - 필공 OK

-예 : 甲이 乙에게 채무이행하라는 소를 제기하며, 이를 연대보증한 丙에게도 보증채무 이

9) 대결 1969. 8., 69마469

소송물의 종류, 성질 및 범위는 원고의 주장에 의하여 결정되므로 관할이 소송물의 종류, 및 성질에 의하여 결정되는 때에는 원고가 청구하는 바에 의하여 관할을 결정할 것인바, 원심이 이 사건은 원고가 피고들에게 대하여 금전반환을 구하는 소송이므로 특별한 사정의 주장 소명이 없는 한 채권자의 주소지가 채무 이행지라 할 것이므로 채권자의 주소지의법원인 부산지방에도 관할권이 있다.

관련 판례) 채권자취소에서의 의무이행지(2002.5.10./2002마1156) 사실관계)甲의 주소지는 서울, 乙의 주소지는 대전, 丙의 주소지는 부산이다. 이때, 甲은 채권자 취소로 乙(채무자)과 丙(수익자) 간 부동산 매매계약을 취소하고자 한다(부동산 등기는 대전) (판례의 태도) 채권자취소는 수익자 丙이 채무자 乙에게 원상회복을 해야하는 것이므로, 甲의 주소지 서울이 아니라 乙의 대전이 의무이행지에 해당

10) 甲(인천 거주)가 乙(청주 거주)을 상대로 특허권 제외된 지식재산권과 국제거래에 관한 소 제기

-특허권 제외 지식재산권과 국제거래 이므로 §24① 적용

-청주 : 보통재판적(§2) → 서울(§24①,③)

-인천 : 특별재판적-의무이행지(§8) → 대전(§24①)

결론 : 청주지법/인천지법/서울중앙지법/대전지법이 토지관할

↔만일 특허권에 관한 소였다면 §24② 적용

: 서울중앙지법/대전지법이 토지관할

행의 소재기 관련판례) 금산사 판례(신의칙 연관)

※§65 전단/후단을 나누는 실익(관-선-수)
:관련재판적/선정당사자/수정의 원리

3. 합의관할(★)

(1) 의의 및 요건

①당사자의 소송능력이 있고 ②특정한 법률관계에 관하여 ③관할법원을 특정해 ④제1심법원의 합의관할에 대해 관할합의를 할 것
단, 약관으로 관할합의하는 경우, 약관규제법(§14)은 강행규정이므로 判은 약관조항이 거래상 지위를 남용해 약관조항을 사용해 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당한 불이익을 주는 경우에 한해 관할합의를 무효로 봄

(2) 계약의 성질

①사법행위 ②소송행위 (①요건설 ②요건효과설의 문제-소송행위에서 후술, 그러나 여기서는 §29 명문으로 규정했으므로 문제없이 소송행위에 해당)

(3) 모습

-부가적 -전속적=불분명할 때는 ①부가설 ②절충설(通.判)
判)경합하는 법정관할 중 어느 하나를 특정하거나 그 가운데 어느 하나를 배제하는 경우는 전속관할, 그렇지 않은 경우 부가적
4) 효과 : 합의의 승계 문제
-일반승계(포괄승계) : O
-특정승계
(i) 채권적 청구권의 승계 : O(判:지명채권처럼 권리관계 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경우 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계)
(ii) 물권적 청구권의 승계 : X (\§185 물권법정주의에 반함)

4. 변론관할(§30)-합의관할에서 반드시 검토

①관할권 없는 1심법원에 소재기 ②합의관할 위반에 한함 ③피고가 관할위반 항변 없이 본안변론하거나 변론준비기일에 진술
→이때 본안의 의미는 청구기각만을 구하는 것(긍정설, 判은 없음)

5. 이송

(1) 소변경 중 법원의 변경

| | |
|--|--|
| § 34① =관할위반 X→O | § 34② §35·36·269(반소) =관할위반X O→O 가능 |
| 직권조사 ~당사자 신청은? X 判)당사자의 이송신청은 법원의 직권발동을 촉구하는 정도의 의미밖에 없으므로 재판할 필요도, 이송신청기각결정해도 즉시항고나 특별항고대상X | 직권+당사자신청 사익+공익(지연) |

(2) 이송의 효력(구속력)

소송계속 효과 유지/구속력 있음

소이송법원도 구속하므로, 이송받으면 무조건 한다(O→X인 경우도) 단, 상급법원을 구속하지 않음

대결 1995.05.15, 94마1059

이송결정의 구속력은 당사자에게 이송결정에 대한 불복방법으로 즉시항고가 마련되어 있는 점이나 이송의 반복에 의한 소송지연을 피하여야 할 공익적 요청은 전속관할을 위배하여 이송한 경우라고 하여도 예외될 수 없는 점에 비추어 볼 때 당사자가 이송결정에 대하여 즉시항고를 하지 아니하여 확정된 이상 원칙적으로 전속관할의 규정을 위배하여 이송한 경우에도 미친다고 할 것이다. 그러나 심급관할을 위배하여 이송한 경우에도 이송결정의 구속력이 이송받은 상급심 법원에도 미친다고 한다면 당사자의 심급의 이익을 박탈하여 부당할 뿐만 아니라, 이송을 받은 법원이 법률심인 대법원인 경우에는 직권조사사항을 제외하고는 새로운 소송자료의 수집과 사실확정이 불가능한 관계로 당사자의 사실에 관한 주장, 입증의 기회가 박탈되는 불합리가 생긴다고 할 것이므로 심급관할을 위배한 이송결정의 구속력이 이송받은 상급심 법원에는 미치지 않는다고 보아야 할 것이다.

한편 심급관할을 위배한 이송결정의 구속력이 이송받은 하급심 법원에도 미치지 않는다고 한다면 사건이 하급심과 상급심 법원 간에 반복하여 전전이송되는 불합리한 결과를 초래하게 될 가능성이 있어 이송결정의 구속력을 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 구속력은 이송받은 하급심 법원에는 미친다고 보아야 할 것이다.

제2장 당사자11)

당사자 특정⇒확정(법조문X, 학설과 판례에 의존)⇒ 자격(§51~:당사자능력, 소송능력, 변론 능력+당사자적격(★)의 문제

당사자의 의미

-민법(실체법): 실질적 당사자 개념 ex) 소유자여야 인도청구OK-선협적

-민사소송법(절차법): 형식적 당사자 개념(소송당사자)-경험적

구별의 실익-甲이 채무자 乙을 대위해 제3채무자丙에게 이행을 구함, 그런데 이때 乙과 丙이 실체법상 권리의무자인데 甲이 달라고 하는게 이상 → 민소법 특유의 당사자 개념 필요 : 당사자적격

■ 당사자특정

특정된 자를 기준으로 당사자능력, 소송능력, 당사자적격 등의 유무를 판단한다.

■ 당사자확정

1. 개관

: 소장에 기재된 자와 소송행위자가 다른 경우 당사자는?

명문 X, 학설대립

①표시설: 소장으로 소송이 이뤄지므로 원칙적으로 표시설에 의해 소송행위 효력은 乙에게 유효하게 미침

②의사설: 제소전 사망의 경우 적용/소 제기한 사람의 의사를 고려, '알았더라면(의사)' 상속인에게 했을 거다

○표시정정 : 확정된 자=소송행위자가 동일인인 경우 적용(확정기준 논의없음)

○당사자 변경¹²⁾: 동일성이 인정되지 않으면 원칙적으로는 X, 예외적으로 확정된 자와 소송행위자가 다른 경우-§260, 268, 530 허용

→법률에 규정된 건 확정된 자≠소송행위자인 경우 밖에 없는데 확정된 자=소송행위자는 어떻게 처리?

①표시정정설(判,多) ②피고경정설(호)

ex) 甲이 박종선 씨에게 소제기(선(宣)을 의(宜)로 잘못 기재) 누가 봐도 같은 사람임 = 명백한 오기, 동일성이 인정되는 경우

2. 제소전 사망(★★★)

| | | | | |
|------|---------------|------------------|--------|-----------------|
| 법조문X | 소장 송달시 (대리인X) | §233~248 소송절차 중단 | 변론 종결시 | §218 기판력 주관적 범위 |
|------|---------------|------------------|--------|-----------------|

→의사설¹³⁾(判:원고가 의도한 이 사건 소의 실질적 피고는 상속인이므로), 상속인과 사망한

11) 법조문 중요/ 당사자확정과 당사자적격은 법조문 없이 학설과 판례만 존재

12) 동일성이 인정되면 당사자변경인가?-언어적 한계=의미파악이 필요

13) 실질적 표시설이 있으나 판례해석에 대한 견해의 차이

대판 2011.1.27, 2008다27615

사람간의 동일성을 인정: 표시정정 OK

→표시정정을 하지 않은 사망 간과판결¹⁴⁾: 무효(①상소O: 판결의 외관은 있으므로 형식적 효력이라도 제거 ②상소X(判) 따라서 상소도 재심도 불가)

3. 성명모용소송

(1) 위장출석(진짜 성명모용소송)

甲이 乙(피모용자, 피고)에게 소제기, 丙(모용자)가 소송행위를 한 경우,
표시절에 의해 乙이 당사자고, 丙이 무권대리한 것→소송행위 무효/판결유효(상소·재심)

(2) 위장표시(성명모용X)

甲이 乙에게 소제기, 丙이 위장출석하고, 소장 표시도 丙으로 되어있다

(3) 오송달작출(허위송달)

甲이 丙과 짜고 乙을 피모용인으로 丙이 乙인 것처럼-자백간주-판결정본송달무효

4. 법인격부인

(1) 취지 및 필요성

법인격을 빌미로 대표자나 다른 법인 당사자의 권리 사취를 구제하자

(2) 유형:

- 남용: 甲이 乙법인에게 소제기했는데 乙 법인이 丙법인으로 분할/신설한 경우
- 형해화: 甲이 대주주나 대표자에게 책임 묻고 싶다

(3) 소송법적 문제

-기존 표시절 대로라면 A나 丙이 아니라 乙법인이 당사자이므로 소송법적으로 구제가X.
그러므로 丙/A에게 소제기가 가능한지가 문제

1) 구제책의 근거

소송당사자가 누구인가는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장의 전 취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 비록 소장의 당사자 표시가 착오로 잘못 기재되었음에도 소송계속 중 당사자표시정정이 이루어지지 않아 잘못 기재된 당사자를 표시한 본안판결이 선고·확정된 경우라 하더라도 그 확정판결을 당연무효라고 볼 수 없을 뿐더러, 그 확정판결의 효력은 잘못 기재된 당사자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 위와 같이 적법하게 확정된 당사자에 대하여 미친다고 보아야 한다.

14) 대판 2013.08.22, 2012다68279

원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시하였다면 법원은 당사자를 소장의 표시만에 의할 것이 아니고 청구의 내용과 원인사실을 종합하여 확정된 당사자가 소장의 표시와 다르거나 소장의 표시만으로 분명하지 아니한 때에는 당사자의 표시를 정보보충시키는 조치를 취하여야 하고 이러한 조치를 취함이 없이 단지 원고에게 막연히 보정명령만을 명한 후 소를 각하하는 것은 위법하다.

대결 2014.10.02, 2014마하248

원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적, 사망 사실을 안 이후 원고의 피고표시정정신청 등의 사정을 종합하여 볼 때, 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.

대판 2008.6.12, 2008다11276

당사자표시정정은 원칙적으로 당사자의 동일성이 인정되는 범위에서만 허용되는 것이므로 회사의 대표이사이었던 자의 개인 명의로 제기된 소송에서 그 개인을 회사로 당사자표시를 정정하는 것은 부적법하다. 그러나 제1심법원이 제1차 변론준비기일에서 이와 같은 부적법한 당사자표시정정신청을 받아들이고 피고도 이에 명시적으로 동의하여 제1심 제1차 변론기일부터 정정된 원고인 회사와 피고 사이에 본안에 관한 변론이 진행된 다음 제1심 및 원심에서 본안판결이 선고되었다면, 당사자표시정정신청이 부적법하다고 하여 그 후에 진행된 변론과 그에 터잡은 판결을 모두 부적법하거나 무효라고 하는 것은 소송절차의 안정을 해칠 뿐만 아니라 그 후에 새삼스럽게 이를 문제삼는 것은 소송경제나 신의칙 등에 비추어 허용될 수 없다

①동일성설(시운) ②신의칙설(判) -乙법인 상대로 소를 제기한 경우

2) 소제기후 당사자변경

다양한 논의가 있으나 신의칙설에 따르면 어차피 丙/A는 수인해야하는 위치

3) 乙 법인의 판결의 효력이 丙/A에게 미치는지 여부

기판력 문제, 그러니까 그냥 별소제기 하자

■ 당사자능력=권리능력

-자연인/법인 OK,

-비법인사단¹⁵⁾(①규약과 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등 조직 갖추 ②다수결원칙 ③구성원 변경되어도 단체 존속 ④단체로서 주요사항 확정시) §52에 의해 OK

-조합: 법조문 X, 부정설이 通,判, 따라서 조합 자체는 안되고 원칙적으로 당·능이 있는 총원을 당사자로 하는데...**(민법 §272 합유물 논의는 당사자능력이 아니라 재산소송을 누가할 것인가의 문제로 당사자적격의 문제임! 구분)**

- 1. 흠결: 보정명령(보정시 소송계속/보정X시 소각하판결)
- 2. 간과 판결: 재망적계, 사망의 당사자능력이 없는 경우 무효

■ 당사자적격(=관리처분권·소송수행권의 유무, 집행대상적격★★★)

이 부분에 판례 多-시험출제강력 최신판례 눈여겨 볼 것

소권이론 : 소송 권리가 무엇인가의 근본적인 문제-권리보호요건이론의 추적

| | |
|--------|--|
| 사권설 | 사권을 구제하는 절차이므로 사권만 있으면 청구 가능 →권리를 주장하기만 하면 판단해줘야 한다 |
| 공권설 | 추상적 공권설: 국가에게 청구할 수 있는 권리이므로 일정한 요건(소송요건)이 있어야 청구 가능(확인의 소의 의미) 구체적 공권설 -형식적 소송요건 - 권리보호요건(광의의 소이익★) 소송의 목적을 전제로, 목적 달성을 할 수 없으면 소를 구할 까닭이 없다는 것 ①권리보호자격=청구적격(대상적격-객관적 범위), 당사자적격(주관적 범위) ②권리보호이익(협의의 소이익) |
| 재판청구권설 | |

1. 이행의 소

(원칙): 주장 그 자체로 구비

15) 대(전)판 2005.09.15, 2004다44971

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 소유형태인 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.

(예외)

1) 말소등기: 반드시 등기 의무자 상대로/ 집행이 불가능하므로 당사자적격이 없어 권리 보호자적격이 X이므로 소각하¹⁶⁾

2) 제3자소송담당(★★★) :

법정소송담당

(1) 담당자를 위한 소송담당

(가) 병행형

- 주체 ○, 제3자 ○
- 해당 예
 - ① 공유자 진원 위해 보존행위하는 공유자
 - ② 미등기 건물의 매수인
 - ③ 채권자 대위소송의 채권자(통설·판례)
 - ④ 회사대표소송의 주주

(나) 갈음형

- 주체 X, 제3자 ○
- 해당 예
 - ① 채권추심명령을 받은 압류채권자
 - ② 유언에 관한 소송에서 유언집행자
 - ③ 파산재단에 관한 소송을 하는 파산관재인
 - ④ 상속재산관리인(판례)

(2) 직무상 당사자

- 일정한 직무에 있는 자에게 법률이 소송수행권 부여
- 검사(민법 제864조, 상법 제894조의 해난구조요청구에서의 선장)

임의적 소송담당 : 권리주체가 그 의사로 제3자에게 자기의 권리에 대한 소송수행권 수여 ○

명문의 규정이 있는 경우 - 선정당사자(제53조), 어음의 추심위임배서의 피배서인(어음법 제18조), 한국자산관리공사

명문의 규정이 없는 경우

- 원칙 : X (∵ 변호사대리의 원칙과 편의소송금지)
- 예외 : 변호사대리의 원칙의 잠탈, 소송신탁금지외의 회피 우려가 없고 또한 합리적인 이유가 있는 경우 예외적으로 허용(통설)
- 판례 : 조합의 업무집행조합원 허용(법판 1997.11.28. 9) 54335302 등

대판 2012.5.10., 2010다87474

재산권상의 청구에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격이 있음이 원칙이다. 다만 제3자라고 하더라도 법률이 정하는 바에 따라 일정한 권리나 법률관계에 관하여 당사자적격이 부여되거나 본래의 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여받음으로써 당사자적격이 인정되는 경우가 있으나, 이러한 임의적 소송신탁은 민사소송법 제87조가 정한 변호사대리의 원칙이나 신탁법 제7조가 정한 소송신탁의 금지를 잠탈하는 등의 탈법적 방법에 의하지 않은 것으로서 이를 인정할 합리적 필요가 있다고 인정되는 경우에 한하여 제한적으로만 허용된다.

대판 2000.4.11., 93다23888

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다.

대판 2014.01.23, 2011다108095

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.

대판 2015.07.23, 2013다30301

채권채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적의 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우' 에 해당하므로 참가신

16) 대판 1992.7.28., 92다10173

등기 의무자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자나 등기에 관한 이해관계 있는 제3자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소라고 할 것이다.

청은 적법하다.

2. 확인의 소(소송 개시의 소송요건에서 후술)

3. 형성의 소

결만으로 권리가 형성-너무 위험하므로 법률에 정해진 경우에만 인정→당사자적격을 법으로 규정(가족법에 多, 변경의 소, 재심의 소, 상소, 항소, 이혼소송 등)

ex) 공유물분할의 소§269는 당사자적격이 '공유자'여야 함.(형성의 소지만 형식에 불과, 사실상 당사자들이 한통속이므로 일원적 구조→실질은 비송)

4. 흠결의 효과 : 재망적계이므로 간과판결도 무효(재심X-상소X)

5. 선정당사자- 당사자적격의 문제17)

■ 소송능력=행위능력(§54-64)-소송대리권

| | |
|---|---|
| §56 법정대리인(=준당사자) +법인 대표자는 법정대리 준용(§64, ★-§63해임과 연결!) | §87 소송대리인 (당사자의 대리인) |
| 미성년자/피성년후견인/피한정후견인 | 법률규정에 의한 소송대리인(선장/지배인...) 임의적 소송대리인(변호사) |

간과 소송행위: 무효

간과 판결: 유효

-무능력자 승소: 문제가 되지 않는다

-무능력자 패소: 미성년자의 항소는 유효(소송능력O)

☞ 소송대리권은 소송절차의 중단과 연계된다.

대판 2007.05.10, 2007다7256

제64조, 제63조 제1항은 법인 대표자의 대표권이 소멸한 경우에도 이를 상대방에게 통지하지 아니하면 그 소멸의 효력을 주장하지 못한다고 규정하고 있는 바, 그 취지는 법인 대표자의 대표권이 소멸하였다고 하더라도 당사자가 그 대표권의 소멸사실을 알았는지의 여부, 모른 데에 과실이 있었는지의 여부를 불문하고 그 사실의 통지 유무에 의하여 대표권의 소멸 여부를 확립적으로 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 소멸사실의 통지가 없는 상태에서 구 대표자가 한 항소취하는 유효하고, 그 후 신 대표자가 항소취하에 이의를 제기하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

17) 대판 2000.10.18., 2000마2999

선정당사자는 비록 그 소송의 당사자이기는 하지만 선정행위의 본질이 임의적 소송선택에 불과하여 다른 선정지들과의 내부적 관계에서는 소송수행권을 위임받은 소송대리인과 유사한 측면이 있고, 나아가 선정당사자가 법원의 선임명령에 따라 변호사를 선임하기 위하여는 선정지들의 의견을 고려하지 않을 수 없는 현실적 사정을 감안하면, 선정당사자에게 변론을 금함과 아울러 변호사 선임명령을 한 경우에도 제144조 제3항의 규정을 유추하여 실질적으로 변호사 선임권한을 가진 선정지들에게 법원이 그 취지를 통지하거나 다른 적당한 방법으로 이를 알려주어야 하고, 그러한 조치 없이는 변호사의 선임이 이루어지지 아니하였다 하여 곧바로 소를 각하할 수는 없다.

대판 1994.06.24, 94다4967

제451조 소정의 “대리권의 흠결” 이라고 함은 대리권이 전혀 없는 경우를 의미하는 것이므로, 대리권이 있지만 소송행위를 함에 필요한 특별수권의 흠결이 있는 경우에는 제457조[재심제기의 기간]가 적용되지 않는다.

대판 1999.10.22, 98다46600

비법인사단의 대표자가 총유물의 처분에 관한 소송행위를 하려면 특별한 사정이 없는 한 민법 제276조 제1항에 의하여 사원총회의 결의가 있어야 하는 것이지만, 그 결의 없이 소송행위를 하였다고 하더라도 이는 소송행위를 함에 필요한 특별수권을 받지 아니한 경우로서, 제451조 제1항 제3호 소정의 재심 사유에 해당하되, 전연 대리권을 갖지 아니한 자가 소송행위를 한 대리권 흠결의 경우와 달라서 제457조는 적용되지 아니한다.

대판 2002.09.24, 2000다49374

소송계속 중 회사인 일방 당사자의 합병에 의한 소멸로 인하여 소송절차 중단 사유가 발생하였음에도 이를 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 뿐이나, 소송대리인이 선임되어 있는 경우에는 제95조에 의하여 그 소송대리인은 당사자인 법인의 합병에 의한 소멸로 인하여 소멸되지 않고 그 대리인은 새로운 소송수행권자로부터 종전과 같은 내용의 위임을 받은 것과 같은 대리권을 가지는 것으로 볼 수 있으므로, 법원에서는 당사자의 변경을 간과하여 판결에 구 당사자를 표시하여 선고한 때에는 소송수계인을 당사자로 경정하면 될 뿐, 구 당사자 명의로 선고된 판결을 대리권 흠결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 취소할 수는 없다.

대결 1998.05.30, 98그7

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 당연 무효라 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, 이와 같이 사망한 자가 당사자로 표시된 판결에 기하여 사망자의 승계인을 위한 또는 사망자의 승계인에 대한 강제집행을 실시하기 위하여는 민사집행법 제31조를 준용하여 승계집행을 부여함이 상당하다.

■ 변론능력-소송요건이 아님! 소송행위유효요건(재심·상소 필요X)

소송능력은 소송행위의 전반에 대한 능력/변론능력은 개별적 소송행위에 대한 능력(ex.진술금지명령을 받은 경우 그 부분에 한해 변론능력에 없어 무효)

| | |
|-------|--|
| 당사자자격 | -당사자능력 -소송능력→법정대리인(다시 소송대리인으로 선임도 가능) -변론능력 |
| 소송대리인 | 법률상 소송대리인 : 선장/지배인 임의적 소송대리인 : 변호사강제주의 -예외 : 소액단독 사건 등 |

■ 무권대리(법정대리·소송대리 모두 적용)

1. 표현대리

①긍정설 ②부정설(判): 민법은 거래안전을 위해 표현대리를 긍정하지만 민사소송법은 절차적·실체적 진실이 더 중요

2. 무권대리

- (1) 원인: 대리권X인 경우, 쌍방대리 등. 당사자 사망은 무권대리 사유가 아님
- (2) 소송행위: 무효
- (3) 간과 판결: 유효(상소/재심)

※ 즉, 제소 전/소송 중 사망하더라도 소송대리인이 있었다면 판결시까지 대리권 유지(심급 대리의 원칙/상소는 특별수권을 요구 §90②3호)하고 소송중단 없이 소송계속→소송절차 정지/공동상속인과 함께 검토하시오

3. 대리권남용/대표권남용

남용(濫用)은 그자체로는 문제가 없음. 그러나 상대방을 보호할 필요성이 있는 경우 이에 대한 견해의 대립-자체로 유효라는 의미(절차법에서)

※참칭대표자↔진정대표자의 대표권남용의 구분필요

대판 2012.06.14, 2010다86112

주식회사의 실질적인 대표이사가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 임무를 위반하여 회사에게 불이익한 것을 알면서도 전부 패소한 제1심판결에 대하여 항소를 취한 것은 다른 사람의 배임행위로 말미암아 회사가 자백을 한 것과 미천가지로 볼 수 있고, 재심대상판결 당시 피고(재심원고, 이하 '피고')의 실질적 대표자이던 소외1이 위 소송의 상대방인 소외2와 공모하여 개인적으로 10억원을 받기로 하고 제1심판결에 대한 피고의 항소를 취함으로써 업무상 배임죄로 유죄판결을 받고 그 판결이 확정되기까지 하였으므로 재심대상판결에는 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유가 있다.

대판 2012.06.14, 2010다86112

형사상 처벌받을 다른 사람의 행위' 로 말미암아 상소취하를 하여 원심판결이 확정된 경우에도 자백에 준하여 재심사유가 된다. 그리고 형사상 처벌받을 다른 사람의 행위에는 당사자의 대리인이 범한 배임죄도 포함될 수 있으나, 이를 재심사유로 인정하기 위해서는 단순히 배임죄로 유죄판결을 받았다는 것만으로는 충분하지 않고, 대리인의 배임행위에 소송상대방 또는 그 대리인이 통모하여 가담한 경우와 같이 대리인이 한 소송행위의 효과를 당사자 본인에게 귀속시키는 것이 절차적 정의에 반하여 도저히 수긍할 수 없다고 볼 정도로 대리권에 실질적인 흠이 발생한 경우라야 한다.

어떠한 소송행위에 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 인정되는 경우 그러한 소송행위에 기초한 확정판결의 효력을 배제하기 위한 재심제도 취지상 재심절차에서 해당 소송행위 효력은 부정될 수밖에 없고, 그에 따라 법원으로서 위 소송행위가 존재하지 않은 것과 같은 상태를 전제로 재심대상사건의 본안에 나아가 심리판단하여야 하며 달리 소송행위의 효력을 인정할 여지가 없다.

■ 소송비용 §102, 109, 117, 129 참조=기타 최신 중요 판례 숙지

제3편 제1심 소송절차

제1장 소송의 개시

■ 소의 종류

소장기재사항(§249)에 청구취지·원인과 당사자/소송물을 기재하는데, 이때 청구취지로
"-이행하라" : 이행의 소
"-확인한다" : 확인의 소
"-한다" : 형성의 소

■ 소송요건

1. 적극적 소송요건

당사자(능력/소송능력)/법원(재판권/관할)/소송물(특정/권리보호요건) 등18)

2. 소극적: 기판력 등

- 변론종결시를 기준으로 존부를 판단
- 소송요건 흠결시 : §254·§59에 의해 보정명령 →보정x시 각하명령
- 청구기각사유와 소각하사유가 병존할 때는 소송요건의 선순위성에 의해 소각하

직권조사사항에 관하여 판례는19) 어떤 건 변론주의에 가깝게, 어떤 건 직권탐지주의에 가깝게 판시(ex. 채권자대위의 당사자적격은 소송요건이지만 변론주의에 따라 소를 제기한 당사자가 주장해야 함)

■ 소의 이익(★★★) -법조문X(소금특승신)

| | | |
|---------------------|--------|-------------------------|
| 권리보호요건 (광의의 소이익) | 권리보호자격 | 청구적격(객관적 범위) (=대상적격) |
| | | 당사자적격(주관적 범위) |
| 권리보호이익(협의의 소이익) | | |

이시윤 권리보호이익(협의의 소이익)의 일반적인 요건

18) 소권을 재판청구권으로 보는 이시윤 교수를 기준으로 한 것이나, 구체적 공권설로 보는 경우 이와 배치되는 부분도 있어서 이해가 안 될 수도 있다. 강의시간에 집중하거나 질문 할 것

19) 대판 1981.6.23., 81대124

민사소송에 있어 권리보호요건의 존부는 법원의 직권조사 사항임은 말할 나위도 없으나 위의 요건은 소위 직권탐지 사항과 달라서 그 요건 유무의 근거가 되는 구체적인 사실에 관하여 사실심의 변론종결 당시까지 당사자의 주장이 없는 한 법원은 이를 고려할 수 없고 또 다름이 있는 사실에 관하여는 당사자의 입증을 기다려서 판단함이 원칙이라 할 것이므로 위에서 본 바와 같이 피고가 일단 확정재판을 받았다는 본안전 항변을 하였으나 이는 사실관계를 잘못 파악한 것이라 철회한 후로는 그 점에 대한 이렇다 할 주장 입증은 아니 하였을 뿐 아니라 기록상 이를 가려볼 아무런 자료도 없는 본건에 있어 사실심에서 이에 관한 직권조사를 아니하였다 하여 탓할 바 못된다고 할 것이다.

대판 2015.12.10., 2012다16063

소송대리인의 대리권 존부는 법원의 직권조사사항으로서, 그 소송대리권의 위임장이 사문서인 경우에 법원이 소송대리권 증명에 관하여 인증명령을 할 것인지의 여부는 법원의 재량에 속하지만, 상대방이 다투고 있고 또 기록상 그 위임장이 진정하다고 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없는 경우에는 법원은 그 대리권의 증명에 관하여 인증명령을 하거나 또는 달리 진정하게 소송대리권을 위임한 것인지의 여부를 심리하는 등 대리권의 흠결 여부에 관하여 조사하여야 한다. 또한 사실심에서 변론종결 시까지 당사자가 주장하지 아니한 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우에 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 포함되므로, 소송대리권 수여에 흠이 있는 경우에는 민사소송법 제424조 제1항 제4호의 절대적 상고이유에 해당한다.

- ①소구할 수 있는 권리: 법률관계(권리관계)여야-사실관계X
- ②소송금지사유가 없을 것: 부제소합의²⁰⁾, 중복소제기X
- ③특별구제절차가 없을 것
- ④승소판결이 아닐 것
- ⑤신의성실의 원칙

1. 이행의 소

집행을 목적으로 주장자체로 청구적격을 구비하고 권리보호이익이 있음

▶ 대상청구병합

종류물이행청구의 경우 대체물을 지급할 수 있으므로 이행불능이라는 개념이 인정될 수 없으므로, 변론종결후 집행불능을 대비한 전보배상청구가 가능(장래이행의 소)

특정물이행청구의 경우, 이행불능이 가능하므로, 이행불능-집행불능 대비 전보배상청구가 가능(장래이행의 소)

-예외

I) 강제집행이 불가능해도 소이익 긍정

ii) 장래이행의 소

: 원칙적으로 변론종결 이전에 채무의 이행기가 도래해야하는데 변론종결 이후에 이행기가 도래하는 경우: (원칙) X

(예외) O

①청구적격: 기한부/정지조건부/ 또는 기초되는 법률상·사실상관계가 변종시에 성립되어있는 경우

②미리 청구할 필요(협약의 소이익)가 있는 경우 §251

判)채무자가 미리 채무의 존재를 다투기 때문에 이행기가 도래하거나 조건이 성취되었을 때 임의이행을 기대할 수 없는 경우

특히 장래 부당이득반환청구에서 문제(★)

(i)점유부당이득: 점유상실~인도시까지의 청구적격 긍정

(ii)계약점유부당이득: 계약 내용을 검토해야하므로 X

(iii)국가를 상대로 부당이득: 수용가능성(=계약관계형성)이 있으므로 점유상실까지가 아니라 '점유상실 또는 수용이 성립(소유권 상실)'할 때까지로 기재

20) 권리보호이익에 관한 부제소합의의 유효요건과 지적의무-대판 2013.11.28, 2011다80449

특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(이하 '부제소 합의')한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다. 부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 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 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소 합의를 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 부제소 합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다.

비교판례=대판 1980.11.23, 80다1568

부제소합의의 당시 예상하지 못한 중대한 사태가 일어났다면 위와 같은 합의를 들어 예상하지 못하였던 손해의 배상을 구할 수 없는 것이라고는 볼 수 없다.

2. 확인의 소 : 공권력을 끌어들이 국가로부터 확인을 받는다.21)

(1) 청구적격

- ① 자기 → 예외 : 제3자
- ② 현재 → 예외 : 부당이득, 무효, 임금청구 등
- ③ 권리 → 예외: 증서진정여부를 확인하는 소(§250)

(2) 소이익(확인이익)·즉시확정의 법률상 이익

- ① 법률상 이익
 - ② 현존하는 불안 제거
 - ③ 가장 유효적절한 수단(보충성)
- ex. 별도의 구제절차 우선, 이행의소>확인소, 적극확인>소극확인

3. 형성의 소 : 법정(法定)-형식적 형성의 소⇒소송이 아닌 비송

■ 소송물

1. 청구의 특정

- ① 구소송물이론(구실체법설判:너무나 확고)-실체법상의 "권리관계"에 의해 소송물이 구성 (즉, 1개의 법조문에서 1개의 청구가 소송물)
 - ② 신소송물이론(소송법설)
 - i) 일지설(시윤): "신청취지"에 의해 소송물 구성
 - ii) 이지설(多): "사실관계"에 따라 소송물이 구성
- ex) §840 이혼청구의 각 호는 실체법설/이지설에 따르면 별개의 소송물이지만, 일지설에

21) 대판 2014.11.13, 2009다3494, 3500

어는 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. 또한 소로써 확인을 구하는 서면의 진부가 확정되어도 서면이 증명하려는 권리관계 내지 법률적 지위의 불안이 제거될 수 없고, 그 법적 불안을 제거하기 위하여서는 당해 권리 또는 법률관계 자체의 확인을 구하여야 할 필요가 있는 경우에는 증서의 진정 여부를 확인하는 소는 즉시확정의 이익이 없어 부적법하다.

대판 2004.09.24, 2004다28047

주주총회결의의 부존재·무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다룰 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.

대판 2011.6.24., 2009다35033

주주총회결의의 효력이 회사 아닌 제3자 사이의 소송에서 선결문제로 된 경우에 당사자는 언제든지 당해 소송에서 주주총회결의가 처음부터 무효 또는 부존재한다고 주장하면서 다룰 수 있고, 반드시 먼저 회사를 상대로 주주총회의 효력을 직접 다투는 소송을 제기하여야 하는 것은 아니다.

대판 2017.3.15., 2014다208225

확인소에는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고 확인의 이익은 확인판결을 받는 것이 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 가장 유효적절한 수단일 때에 인정된다. 확인소는 반드시 원·피고 간의 법률관계에 한하지 않고 원·피고의 일방과 제3자 또는 제3자 상호 간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있으나, 그 법률관계와 관련하여 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험이나 불안이 야기되어 이를 제거하기 위하여 그 법률관계를 확인의 대상으로 삼아 원·피고 간의 확인판결에 의하여 즉시 확정할 필요가 있고, 또한 그것이 가장 유효적절한 수단이 되어야 확인의 이익이 있다. 이러한 법리는 원·피고의 일방이 제3자와 계약이나 협약을 체결하였으나, 그 후 계약이나 협약의 해제·해지를 둘러싸고 분쟁이 생긴 경우에도 적용된다.

따르면 하나의 소송물이 됨

| | 실체법설 | 일지설 | 이지설 |
|--|----------------------|--------|--------|
| 택시타다 사고났다 →불손배 /채불손배 | 소송물 2개 (§750/390) | 소송물 1개 | 소송물 1개 |
| 배우자부정행위/배우자 로부터 심히 부당한 대우 →이혼청구 | 소송물 2개 (§840의 각호) | 소송물 1개 | 소송물 2개 |

※ 주의

- i) 외관상으로는 2개인데 사실 1개
말소등기청구와 진명등(§214)
 - ii) 외관상으로는 1개인데 사실 2개
손해배상청구의 '손해'
- ①일분설(신청(손해)) ②이분설(재산/정신) ③3분설(적극/소극/위자료, 判)
금전채무의 원본과 이자/원본채무와 어음채무 등

소송물의 지위

| | |
|----------|--|
| 절차의 개시 | ① 토지관할·사물관할 ② 청구의 특정과 그 범위 따위를 결정 |
| 절차의 진행 | ① 처분권주의의 위배 여부 ② 중복소송 ③ 청구의 병합 ④ 청구의 변경 |
| 절차의 종결 | ① 기판력의 범위 ② 재소금지의 범위 |
| 실체법상의 효과 | ① 소제기에 의한 시효중단 ② 제척기간준수의 효과 |

대판 1999.09.17, 97다54024

말소등기 청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 '등기원인의 무효'라 할 것이며, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없다.

대판 2009.01.15, 2007다51703

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 소유권이전등기의 말소등기청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미치는 것이며, 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 '등기원인의 무효' 라고 할 것이며, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것으로 볼 수 없고, 모두 전소의 변론종결 전에 발생한 사유라면 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.

2. 일부청구의 문제(중요)

ex) 甲이 乙에게 10억의 채권 중 2억만 청구하는 것처럼 가분채권 중 일부만을 소송물로 청구하는 것

| | 잔부 청구 | 잔부청구 | 기판력 | 중복제소 | 과실상계 | 항소이익 | 소변경 |
|----------|---------|------|-----|------|------|------|-----|
| 일부청구 긍정설 | 별개의 소송물 | O | X | X | 안분설 | 부정 | 인정 |
| 일부청구 부정설 | 소송물 불인정 | X | O | O | 외측설 | 긍정 | 부정 |
| 명시설 判 | | - | - | - | 외측설* | | |

확인의 소 : 청구취지가 소송물

형성의 소 : 법정

■ 소 제기

1. 소제기~소장송달

-§248: 소제기

-§249: 기재사항(당사자/법대/청구취지 및 원인)

이때, 청구취지와 원인은 특정할 정도는 되어야 하므로(식별설)특정되지 않을시 보정명령(만일, 보정명령으로 보정된 경우 소제기 효력을 언제 볼 것인지는 ①소장제출시절 ②보정시절 ③절충설(多, 부족인지 보정은 소장제출/청구내용 불명으로 인한 보정은 보정시)-각하명령²²⁾

-§255 소장송달: 대립당사자 발생(소송계속의 시작)

2. 무변론판결(§257)

적식·적법·주장 자체로 이유를 구비한 경우 (주장이 타당한 것을 증명할 필요가 없음!)

→청구기각 가능? ①긍정설 ②부정설(多)=判은 기각하려면 변론을 열어야 한다고 판시-부정설

-공시송달의 경우/직권조사사항의 경우 무변론판결 불가

3. 소제기의 효과

(1) 소멸시효 중단(실체법적 효과, 민법 §168①)

소멸시효에 대하여 ①권리확정설 ②권리행사설(判)-항변, 소극적확인의 소 등

-일부청구의 경우 소송물 논의로 가서 소멸시효 중단 검토

-제소기간(제척기간)과의 구별

(2) 중복소제기(소송법적 효과, §259)▶기판력 우선(중복제소와 충돌시)²³⁾

①전소 계속 중 후소도 계속

전소의 개념: 소송계속을 기준으로 따지므로 소장부분 송달일

22) 대판 2014.05.16, 2013다101104

민사소송에 있어서 청구의 취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알이룰 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고, 이의 특정 여부는 직권조사사항이라고 할 것이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이의 여부에 불구하고 직권으로 그 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.

23) 중복제소에서 판결이 확정되는 경우 권리보호이익이 없어 소를 각하하는 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결

대판 1994.11.25, 94다12517

같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 법원에 출소한 경우 두 개 소송의 소송물이 같다면 나중에 계속된 소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 채권자대위소송의 계속중 다른 채권자가 소가 된다 할 것이고, 이 경우 전소와 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기 즉 소장이 피고에게 송달된 때의 선후에 의할 것이며, 비록 소제기에 앞서 가압류, 가처분 등의 보전절차가 선행되어 있다 하더라도 이를 기준으로 가릴 것은 아니다.

②당사자 동일

당사자 동일: 채권자 대위소송의 경우 채권자를 동일하게 보아 중복소제기 긍정/ 압류채권자의 경우 중복제소는 아니지만 당사자적격의 문제

대판 2010.6.24., 2010다17284

원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 사안에서, 이는 청구원인의 교환적 변경으로서 채권자대위권에 기한 구 청구는 취하된 것으로 보아야 하나, 그 채권자대위소송의 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 계약금반환청구권인데 위 양수금청구는 원고가 위 계약금반환청구권 자체를 양수하였다는 것이어서 양 청구는 동일한 소송물에 관한 권리의무의 특정승계가 있을 뿐 그 소송물은 동일한 점, 시효중단의 효력은 특정승계인에게도 미치는 점, 계속 중인 소송에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 특정승계인이 소송참가하거나 소송인수한 경우에는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효중단의 효력이 생기는 점, 원고는 위 계약금반환채권을 채권자대위권에 기해 행사하다 다시 이를 양수받아 직접 행사한 것이어서 위 계약금반환채권과 관련하여 원고를 '권리 위에 잡지는 자' 로 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다.

③소송물 동일

- 채권자취소소송은 각자의 소송물을 행사하므로 문제 X
- 일부청구 후 잔부청구한 경우 → 전소
- 상계: 상계의 항변은 '소'가 아니므로 중복제소 X
- **심판 형식에 차이가 있는 경우: 소송물이 다름 소이식으로 해결**

| 전소 | 후소 | 검토 |
|------------------|------------------|--------------------------------|
| 甲→乙 적극적 확인의 소 | 甲←乙 적극적 확인의 소 | 확인인 소는 청구취지가 소송물이 별개-확인인 이익 |
| 甲→乙 적극적 확인의 소 | 甲←乙 소극적 확인의 소 | 확인인 이익으로 해결 |
| 甲→乙 확인인 소 | 甲←乙 이행의 소 | 확인인 이익으로 해결 |
| 甲→乙 이행의 소 | 甲←乙 확인인 소 | 확인인 이익으로 해결 |

☞이행의소의 반소인 경우 본소 확인인 소의 이익상실여부

대판 2010.07.15, 2010다2428

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 확인인 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. 제271조는 본소가 취하된 때에는 피고는 원고의 동의 없이 반소를 취할 수 있다고 규정하고 있고, 이에 따라 원고가 반소가 제기되었다는 이유로 본소를 취하한 경우 피고가 일반적으로 반소를 취하함으로써 원고가 당초 추구한 기판력을 취득할 수 없는 사태가 발생할 수 있는 점을 고려하면, 위 법리와 같이 반소가 제기되었다는 사정만으로 본소청구에 대한 확인인 이익이 소멸한다고는 볼 수 없다.

☞채권자대위소송

대판 2014.10.27, 2013다25217

채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 부존재할 경우 당사자적격을 상실하고, 이와 같은 당사자적격의 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이기는 하나, 그 피보전채권에 대한 주장·증명책임이 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있으므로, 사실심 법원

은 원고가 피보전채권으로 주장하지 아니한 권리에 대하여서까지 피보전채권이 될 수 있는지 여부를 판단할 필요가 없다.

그러나 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 불명료 또는 불완전하거나 모순이 있는 경우,

법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하여야 하고, 만일 이를 게을리한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 법률적 관점에 기한 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하였다면 석명 또는 지적의무를 다했지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다.

한편 채무자 소유의 부동산을 시효취득한 채권자의 공동상속인이 채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하는 경우, 그 공동상속인은 자신의 지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다고 할 것이다.

☛채권자취소소송

대판 2005.6.9, 2004다17535

채권자가 전득자를 상대로 민법 제406조 제1항에 의한 채권자취소권을 행사하기 위해서는, 같은 조 제2항에서 정한 기간 안에 채무자와 수익자 사이의 사해행위의 취소를 소송상 공격방법의 주장이 아닌 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구하여야 하는 것이고, 비록 채권자가 수익자를 상대로 사해행위의 취소를 구하는 소를 이미 제기하여 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하는 내용의 판결을 선고받아 확정되었다더라도 그 판결의 효력은 그 소송의 피고가 아닌 전득자에게는 미칠 수 없는 것이므로, 채권자가 그 소송과는 별도로 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위해서는 위에서 본 법리에 따라 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 전득자에 대한 관계에 있어서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하지 않으면 안 된다.

대판 2011.10.13, 2011다46647

채권자가 전득자를 상대로 민법 제406조 제1항에 의한 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위해서는 같은 조 제2항에서 정한 기간 안에 법원에 소를 제기하는 방법으로 전득자에 대한 관계에 있어서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하여야 하나, 채권자가 수익자 및 전득자를 공동피고로 삼아 채권자취소의 소를 제기하면서 청구취지로 '채무자와 수익자 사이의 사해행위 취소청구' 를 구하는 취지임을 명시한 이상 전득자에 대한 관계에 있어서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구도 이에 포함되어 있다고 할 것이므로, 그 취소를 구하는 취지가 수익자에 대한 청구취지와 전득자에 대한 청구취지로 분리하여 각각 기재하지 아니하였다고 하더라도 그 취소를 구하는 취지가 수익자에 대한 청구에 한정되는 것으로 선불리 단정하여서는 안 된다.

☛제소기간 도과 여부에 대한 직권증거조사 가능 여부

대판 2012.04.12, 2011다110579

채권자취소의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 하고, 위 채권자취소권의 행사기간은 제소기간이므로 법원은 그 기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사하여 그 기간이 도과된 후에 제기된 채권자취소의 소는 부적법한 것으로 각하하여야 하므로 그 기간 준수 여부에 대하여 의심이 있는 경우에는 법원이 필요한 정도에 따라 직권으로 증거조사를 할 수 있으나, 법원에 제출된 모든 소송자료를 통하여 살펴본 결과 그 기간이 도과되었다고 의심할 만한 사정이 발견되지 않는 경우까지 법원이 직권으로 추가적인 증거조사를 하여 기간 준수 여부를 확인하여야 할 의무는 없다. 이 사건 기록상 원고가 이 사건 소 제기일로부터 역산하여 1년 전부터 이 사건 각 사해행위를 알고 있었다고 의심할 만한 아무런 자료가 없으므로, 원심이 민법 제406조 제2항 소정의 1년의 제소기간이 도과되었는지 여부를 판단하기 위하여 직권으로 증거조사를 하지 아니하였다고 하여 원심판결에 상고이유 주장과 같은 직권조사사항에 대한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

제2장 변론(辯論)↔심리(審理)절차

변론의 의미: 당사자주의

심리의 의미: 법관(법원)의 입장-직권주의

당사자와 법원(직권주의)의 각 영역의 범위는 어디까지인지-헤게모니 전쟁

| | |
|---|--|
| 소의 개시, 심판범위, 종류 | 처분권주의 |
| 사실자료의 주장과 제출 | 변론주의 |
| 소송진행 | 소송지휘권-석명권(★) |
| 변론진행-변론기일(변론준비기일) →기일불출석시 불이익 진술간주(§148), 자백간주(§150), 쌍방불출석 취하(§268) →기일불출석시 이익 예고없는사실의주장(§170) | 소송행위 부인과 항변 소송상 합의 소송상 형성권 소송행위 철회/취소 |
| 송달 | 교부송달 보충송달-유치송달 우편송달 공시송달(판례중요) |
| 절차의 정지 | 소송절차중단(§247~)★ |

당사자주의=처분권주의(청구취지 →법률효과) + 변론주의(청구원인 → 법률요건)

◆ 처분권주의(§203)

1. 의의

당사자가 '신청한 사안'에 대해서만 법원이 판단한다는 것으로 소의 개시, 심판대상 및 범위, 절차종결에서 당사자에게 주도권을 주는 입장을 말한다.
상소심에서의 처분권주의는 불이익변경금지의 원칙(§415, ★)

2. 심판의 대상과 범위

(1) 질적동일 : 당사자가 심판을 구한 소송물에 대해 판단해야.

※소송물에 관한 이론

- i)구소송물이론(判): 실제법상의 권리가 소송물
- ii)신소송물이론 일분지설(시윤): 원고의 신청이 소송물
- iii)신소송물이론 이분지설(多): 신청(청구취지)+사실관계(청구원인) 소송물 판단

1) 단순이행청구 → 상환이행판결 'O'-소송물 동일 전제

: ① 항변 주장+이유있고 ② 원고가 반대의사를 하지 않는 한

* 주의: 건물매수청구권의 상환이행판결★ lead case=소송물이 달라진다.

매수청구하는 순간, 의사표시만으로 법률관계 형성-매매가 성립함. 그러면 건물철거가 건물인도청구로 변화하는데, 이때 법원은 석명해서 청구취지를 바꿔야 함! 만약 바꾸지 않고

건물매수청구와의 상환이행판결을 한다면 소송물이 당사자 신청과 달리 변하므로 처분권주의 위반

2) 단순이행청구 → 선이행판결 'O=장래이행의 소

①미리 청구할 필요가 있고(피고가 피담보채무 수액을 다투면서 말소등기협력하지 않는 상황) ②원고가 반대의사표시X(청구취지 안에 피담보채무 변제를 조건으로 장래이행을 구한다는 게 포함되는 것으로 볼 수 있다.)

(2) 양적동일 : 원고가 청구취지에 양적 상환을 명시한 경우 그 범위를 넘어 판결할 수 없음

-초과(상한)인용 관련 : 불법행위책임에서 과실상계(★)-외측설

(청구부분 중 얼마큼이 상계되느냐에 따라 인용범위가 제한되므로 처분권주의의 문제임)

[일부청구 관련]

ex) 1억 불손배 중 5천먼저 청구. 과실비율은 6:4라면, 5천 중 3천? 아니면 1억 중 6천? 1억에서 과실비율 산정

-양적일부인용 중 채무부존재확인소★²⁴⁾

: '부존재'니까 위로는 되고 아래로는 안 된다(거꾸로 계산)

ex) 청구취지는 "1억 이상의 채무부존재확인을 구한다"

→1억 5천 채무가 있다고 판단

//1억5천을 초과해서는 존재하지 아니함을 확인한다, 나머지는 기각한다(일부인용, 일부 기각)

→5천만 있다고 판단(5천을 초과하지 않는다고 하면 처분권주의 위반//1억을 초과해서는 존재하지 아니한다. 전부인용)

3. 절차의 종결

소송의 종료 방법으로는 당사자행위(처분권주의) - 소취하(★), 포기, 인낙, 화해(★)

4. 위반의 효력 :

§203 위반으로 상소제기 가능/재심X

5. 처분권주의의 예외 :

가사소송/회사소송/행정소송 and 형식적 형성의 소(사실상 당사대립구조X→비송의 실질: 직권주의에 따라 판결)²⁵⁾

24) 대판 1983.06.14, 83다카37

권리 또는 법률관계의 존부확인 소 다툼이 있는 범위에 대하여서만 청구하면 되는 것이므로 채무자가 채권자의 주장하는 채무 중 일부의 채무가 있음을 인정하고 이를 초과하는 채무는 없다고 다투는 경우 채무자가 인정하는 채무부분에 대하여는 그 존재에 대하여 다툼이 없으므로 이 부분 채무의 존재에 대하여는 확인의 이익이 없다 할 것이고 이를 초과하는 채무의 존부에 대하여서만 다툼이 있으므로 채무자로서는 이 부분에 대하여서만 채무부존재의 확인을 구할 이익이 있다고 할 것이다

25) 대(전)판 2013.11.21, 2011두1917-당사자의 신청에 얽매이지 아니하는 판결

민법 제269조 제1항에 의하여 공유물의 분할은 당사자 사이의 협의에 따라 이루어지는 것이 원칙이고, 공유자 사이에 협의가 성립하지 아니한 때에 한하여 공유자는 법원에 공유물의 분할을 청구할 수 있게 되므로, 공유자 사이에 분할에 관한 협의가 성립한 경우에는 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지하는 것은 허용되지 않는다. 공유물분할의 소가 제기되어 소송 계속 중에 당사자들 사이에 공유물분할의 협의가 성립한 경우에 재판에 의한 공유물분할을 구하는

◆ 변론주의

1. 의의

소송자료의 수집, 제출책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 제출한 소송자료만을 변론에서 다루고 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙

- 사실의 주장 : 요건사실 중 주요사실이자 소송자료에 대해+ 자백의 구속력
- 증명책임
- 적시제출주의 §147

-변론주의의 예외: 직권조사사항 또는 직권탐지사항

2. 사실의 주장·증명책임

요건사실이자 주요사실(보조사실·간접사실), 소송자료(≠ 증거자료: 소송상 증거로 쓰이는 자료)

※주요사실과 간접사실의 기준(보조사실은 간접사실)

법규기준설(多,判): 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과를 발생시키는 법규의 직접 요건 사실만이 주요사실에 해당 (즉, 법규를 보면 알 수 있다)

~그리고 이에 따른 증명책임의 이론: 법률요건분류설(후술)

| 주요사실 | 간접사실 | 보조사실 |
|---|-----------------------------------|----------------|
| 판단근거가 되는 자료로 청구원인의 법률요건을 직접 증명하는 사실 | 주요사실을 추단계 하는 사실 | 증거력을 증감시키는 사실 |
| 출혈에 의해 A가 사망사실 | "B가 식칼을 들고 A의 방에 들어가는 것을 봤다"라고 증언 | 그 증인은 믿을만하다는 점 |
| 소장- 청구취지 "乙은甲에게 00원을 지급하라"(§598) | 청구취지에 대한 답변서 기각 | |
| (i)소비대차 계약사실 (ii)돈 대여 사실 (iii)이행기 도래 각각 주요사실에 해당 | 부인 항변(자백+새로운 사실) | |

공유물분할의 소는 소의 이익을 잃게 되는 것이다. 공유물분할의 소가 제기되어 소송 계속 중에 당사자들 사이에 공유물분할의 협의가 성립한 경우에 재판에 의한 공유물분할을 구하는 공유물분할의 소는 소의 이익을 잃게 되는 것이나, 다만 공유물분할의 소와 관계된 실체법상의 권리관계, 즉 지분에 관한 권리관계는 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이므로, 공유물분할의 소송 계속 중 당사자들 사이에 공유물분할의 협의가 성립할 가능성이 있는 경우에는 수소법원이 조정회부결정을 하고 직접 또는 조정전담판사나 조정위원회로 하여금 당사자들 사이에 조정이 성립하게 함으로써 해당 분쟁을 종결시킬 수 있음은 물론이다.

그러나 이와 같은 조정은 공유물분할의 소의 소송을 자체를 대상으로 하여 그 소송에서의 법원의 판단을 갈음하는 것이 아니어서 본질적으로 당사자들 사이에 협의에 의한 공유물분할이 있는 것과 다를 바 없다. 따라서 그 조정이 재판에 의한 공유물분할의 효력, 즉 법원이 당해 사건에 관한 일체의 사항들을 고려하여 정한 현물분할 판결이 확정됨에 따라 바로 기존의 공유관계가 폐기되고 새로운 소유관계가 창설되는 것과 같은 형성적 효력을 가진다고 볼 수 없다. 일정한 제약 아래 예외적으로 공유물분할의 판결을 통하여 이루어지도록 하고 있는 법률관계의 변동, 법원의 판단절차를 거치지 아니한 당사자 사이의 협의에 따라 창설적으로 발생하도록 하는 것은 비록 조정절차에 의하였다고 하더라도 허용될 수 없다고 보아야 한다. 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사항만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마친 것으로서 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 한다.

| |
|--|
| (i) 乙 부인시 甲은 각 사실에 대한 증명 필요 ex)계약서로 계약이 있음을 추단 가능(계약서는 간접사실에 해당), 통장사본으로 대여 증명, 녹음, 증인 등 |
| (ii)乙 자백시 甲은 증명 불요-항변=자백+새로운 사실▶상대방 부인하면 乙이 증명 ex) 甲의 증인을 신문하다가, 증인이 돈을 갚았다고 말했다. 그런데 항변거리를 乙이 아닌 甲이 해버렸다 : 증거자료에 불과. 법원의 판단을 구속하는 소송자료가 아님. 다만, 乙이 이를 원용한다면 소송자료로서 변론주의가 적용 ²⁶⁾ |

3. 변론주의의 완화

- 간접적 주장: 당사자가 변론에서 명시적으로 요건사실을 주장한 것은 아니나, 증거자료의 제출행위나 증거조사결과의 원용행위 등을 통해 간접적으로 주장하는 것으로 보는 경우
- 묵시적 주장*: 일정한 주요사실 주장 속에 다른 주요사실 주장을 포함한 것으로 해석하는 경우

▶관련판례²⁷⁾

- (i)유권대리 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어있다고 볼 수 없다(대판(전)1983.12.13., 83다카1489)
→그러나 애당초 적용 법률조항과 요건이 다르므로(§114:유권대리/§124,125,129표현대리) 처분권주 의에 위반이라는 주장이 多 : 15년도 이후로 시험에 안 나옴
- (ii)소멸시효의 기산점은 주요사실/취득시효의 기산점은 간접사실
- (iii)과실의 문제(특히 불법행위책임에서 §750. ★)
-선의/과실/정당한 이유 등과 같은 주관적 구성요건을 주요사실로 봐야할 것인가의 문제
- ①주요사실설 : 과실 자체가 주요사실에 해당(多,判)
-피고가 원고의 고의 또는 중과실을 추단케할 수 있는 것이라면서 내세운 주장사실들은 주요사실인 고의 또는 중과실의 존부를 추인케하기 위한 간접사실에 지나지 아니하다(2007.11.16./2005다 55312)
- ②준주요사실설(이시윤: 추상적이고 불확정 개념을 요건으로 하는 경우, 그 요건을 구체화하는 사실을 주요사실에 준하여 취급해야 한다(ex. 과실 근거로 졸음운전을 제기 → 음주운전을 과실로 보아

26) 대(전)판 2009.07.16, 2007다15172

부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이 전등기가 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. 그리고 취득시 효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로, 새로운 소유명의자는 취득시효완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효완성으로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는바, 이러한 법리는 위와 같이 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.

27) 대(전)판 2017.5.18, 2012다86895

임대차 목적물이 화재 등으로 인하여 소멸됨으로써 임차인의 목적물 반환의무가 이행불능이 된 경우에, 임차인은 이행불능이 자기 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라는 증명을 다했지 못하면 목적물 반환의무의 이행불능으로 인한 손해를 배상할 책임을 지며, 화재 등의 구체적인 발생 원인이 밝혀지지 아니한 때에도 마찬가지이다. 또한 이러한 법리는 임대차 종료 당시 임대차 목적물 반환의무가 이행불능 상태는 아니지만 반환된 임차 건물이 화재로 인하여 훼손되었음을 이유로 손해배상을 구하는 경우에도 동일하게 적용된다. 한편 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 임대차계약 존속 중에 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하므로(민법 제623조), 임대차계약 존속 중에 발생한 화재가 임대인이 지배·관리하는 영역에 존재하는 하자로 인하여 발생한 것으로 추단된다면, 그 하지를 보수·제거하는 것은 임대차 목적물을 사용·수익하기에 필요한 상태로 유지하여야 하는 임대인의 의무에 속하며, 임차인이 하지를 미리 알았거나 알 수 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 임대인은 화재로 인한 목적물 반환의무의 이행불능 등에 관한 손해배상책임을 임차인에게 물을 수 없다.

판결시 변론주의 위배)

③요건사실과 주요사실 구별론: 주요사실과 요건사실을 구분하여, '과실' '채권' '소유권' 등은 요건사실이지만 사실에 대한 법적 평가로 변론주의 대상이 되는 주요사실은 아니라는 주장(ex. 과실에 해당하는 구체적 사실들-음주운전, 과속운전 등이 주요사실에 해당)

◆ 사실과 주장의 시기

- (1) 수시주의(2002년도 이전)
- (2) 순서주의(동시제출주의)
- (3) 적시제출주의(2002 이후, §146)

:§147(제정기간), § 149(★실기한 공격·방어방법의 각하), §265(소제기에 따른 시효중단)

☛실기한 공격방어방법의 각하(★ § 149)

(i) 시기의 늦었다의 판단 기준-변론의 일체성을 고려해 항소심뿐만 아니라 제1심까지 통틀어 시기에 늦었는지를 판단

(ii) 소송완결 지연의 의미

①절대설(多·判): 제출에 영향이 없음/적시제출의 의미가 없는 경우

ex) 주장 내용이 이미 심리를 마친 소송자료범위에 포함되어있거나 재정증인처럼 당일 바로 증거조사가 가능하고, 다른 이유로 추가기일을 이미 진행해야 되는 등의 사유라면 지연 우려가 없음 ▶ 어차피 해야할/가야할

②상대설: 적시제출보다 소송이 지연되는 경우

◆ 석명권★(언제나 시험에 출제, §136)

당사자주의 원칙에 의해 원고와 피고는 처분권주의·변론주의에 의해 소송을 진행하며, 법원은 소송지휘권을 통해 소송을 진행함. 이때 소송지휘권(§135)의 권리로 석명권이 존재(변론주의의 완화와는 무관!)

1. 석명권↔소송진행권

소송관계를 분명히 하기 위해 당사자에게 질문하고 입증촉구를 하며 당사자가 놓친 법률사항을 지적해 의견진술의 기회를 주는 법원의 권능

(1) 소극적 석명

청구취지가 불분명·불특정하거나 법률적으로 부정확·부당한 경우를 밝히는 것

(2) 적극적 석명=석명의무

당사자가 주장하지 아니한 법률효과에 대한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사해 제출을 권유하는 등의 행위

(3) 지적 의무(§136④)

적극적 석명 중에서도 의무로 되는 애들로 당사자가 간과하게 분명한 법률적 사항이 판결의 영향을 미칠 경우 의견진술의 기회를 주는 것

당사자 사이의 법률상 사실상 쟁점↔법원의 다른 법적 관점(민소규칙 제28조 제2항)

| | | | | |
|-----------------|-------------|---|--|---|
| 소장제출 | | 당사자·소송물 불특정시 보정명령(§ 59, 254) ~석명권에 포함 | 소극적 석명 ○ | |
| 청구취지 | 흡결시 보정명령 | 적극적 석명 | 예외 대인건철 ←건매청향 변 :피고의 방어권 보장+ 예견가능성 | ○ |
| | | 원칙 X | | |
| 청구원인 :사실의 주장 | | 원칙 X | § 750-§ 390 별도 지만 과실 주장증명 가능 | ○ |
| 증명방법 | | | | |
| 적용법조 | | 소비대차로 청구원인을 적고 법조만 실수로 임치로 적음 → § 136④지적의무, 적극적 석명 긍정 | | - |

제136조 제4항의 확대설/지적의무 부정설의 대립

2. 위반시 효과 및 구제방안

일반적 상고이유에 해당²⁸⁾

관련판례

(i)손해배상청구의 법률적 근거를 계약책임으로 구성하느냐 불법행위책임으로 구성하느냐에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 달라지는 중대한 법률적 사항
이므로 당사자가 명시하지 않은 경우 석명권을 행사해야 한다(2009.11.12.//2009다42765)

(ii)소유권보존등기말소소송에서 승소한 원고가 항소심에서 자기 앞으로 소유권 표시 등기도 안 되고 법률에 의해 소유권을 취득하지 않았다는 종전 주장을
유지하면서 진정명의회복을 위한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 새로운 청구를 제기한 경우, 원고의 소변경 신청에 법률적 모순이 있음을 지적하고
원고에게 의견 진술할 기회를 부여해야한다(2003.1.10.//2002다41435)

(iii)부제소합의(★, 후술): 당사자가 부제소합의의 효력이나 범위를 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 않았는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 의해
되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하려면 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.(2013.11.28.//2011다80449)

◆ 소송행위(★★★, 모든 것이 중요)

1. 개념: 주장을 법원에 대해 하는 것(★)-[소송행위 개념에 대한 학설]

①효과설 : 소송법적 효과를 발생시키는 행위

②요건효과설 : 소송법에 규정된 요건과 효과만이 소송행위(判)

→소송법이므로 강행법규 : 법관을 구속/즉, 소송행위는 법관을 구속하고 소송행위가 아니라면 법관을 구속하지 않는다.

ex. -§249에 의해 청구취지를 써라(요건)→처분권주의/변론주의에 구속(효과) : 소송행위에

28) 대판 2014.12.11., 2013다59531

원심 제3회 변론기일에서 피고 소송대리인이 2013. 3. 13.자 준비서면의 진술을 통하여 처음으로 소멸시효의 항변을 하였고, 이에 대하여 원고의 지배인이 2013. 3. 19.자 준비서면의 진술을 통하여 '원고가 2008. 4. 15. 피고 소유 부동산에 가압류를 신청하였으므로 소멸시효가 중단되었다' 는 취지의 주장을 하였으나, 그 후 가압류에 의한 소멸시효의 중단 여부에 관하여는 추가적인 주장이나 증명 없이 2013. 6. 5. 변론이 종결된 사실을 알 수 있다. 법원이 당사자 간에 다툼이 있는 사실에 관하여 증거가 없는 모든 경우에 증명책임이 있는 당사자에게 증명을 촉구하여야 하는 것은 아니지만, 소송의 정도로 보아 당사자가 무지, 부주의나 오해로 인하여 증명을 하지 않는 경우, 더욱이 법률전문가가 아닌 당사자 본인의 소송을 수행하는 경우라면, 증명을 촉구하는 등의 방법으로 석명권을 적절히 행사하여 진실을 밝혀 구체적 정의를 실현하려는 노력을 게을리하지 말아야 한다. 그럼에도 원심은 원고의 위 소멸시효 중단 주장과 관련하여 증명을 촉구하지도 않았고, 나아가 위 주장에 관하여 아무런 판단을 하지도 아니하였는바, 이러한 원심의 조치에는 석명권 행사를 게을리함으로써 심리를 다하지 아니하고, 당사자가 주장한 사실에 관한 판단을 누락하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

해당: 이렇게 소장·답변서 등 주장을 통해 소송행위를 하게 되는 것이며, 이러한 주장은 법원을 향해 하는 것이므로 법원은 이 과정에 구속됨(특히 부인과 항변)
 -소취하는 §266(요건),267(효과)가 규정되어있으므로 소송행위에 해당-소취하계약은 아님(효과설)

2. 부인·항변(주장의 대표적 예시): 증명책임에 차이

(1) 부인

사실주장자에게 증명책임
 간접부인 : '이유 부분'에 부인→아무튼 부인에 해당

(2) 항변

상대방 주장에 자백+새로운 사실 주장
 i. 장애사유: 처음부터 무효 ex.의사무능력
 ii. 멸각사유: 취소-해지·해제 사유
 iii. 저지사유: 동시이행항변, 유치권

3. 소송상 형성권 행사

(1) 문제점

사법상 형성권을 소송절차에서 공격방어방법으로 행사했는데 소취하 소각하 등으로 소송이 종료된 경우, 형성권의 실체법적 효력은 어떻게 되는가
 ex. 甲과 乙은 소비대차계약을 체결했고, 乙은 계약해제의 항변을 하였다. 그런데 甲이 소취하를 한 경우 계약은 어떻게 되는가?

(2) 견해의 대립(일반적인 경우)

- ①소송행위설: 소송상 형성권 행사는 소송행위이므로, 사법상 효력이 없고 판결로 인정되어야 사법상 효과가 발생하므로 판결이 나지 않았으니 실체법적 효력도 없다
- ②양성설: 사법행위와 소송행위의 상호의존된 관계로 파악하여 소송상 효력이 무효이므로 사법상 효력도 무효
- ③병존설(通,判): 사법행위와 소송행위가 동시에 각각의 법률과 요건에 의해 존재하며, 소송법적 효력이 없어져도 실체법상 효력이 잔존하므로 계약은 해제가 된다.

(3) 상계의 경우(★)-예비적 항변-상계의 특수성(공격이자 방어)=소구채권과 반대채권만 가능

- ①병존설: 상계효과 발생 → 문제점 : 자동채권은 실체법상 상계 효과로 소멸하는데, 수동채권인 소구채권은 소취하로 인해 잔존,
- ②신병존설(통·판): 상계항변의 경우 항변이 공격방어방법으로 각하되지 않고 유효할 때만 사법상 효과를 발생시킴
 판례는 당사자 사이 조정이 성립됨으로써 수동채권 존재에 관한 법원의 실질적 판단이 이뤄지지 않은 경우 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다.

4. 소송상 합의(★)

(1) 법적 성질

- ①소송행위설(효과설)-거의 주장X
- ②사법행위설(요건효과설)(通): (i)소구권설↔(ii)항변권발생설(判)

:소송행위가 되게 하려면 법관에게 주장해야함

(2) 요건(무한정 허용해줄 수는 없으니까)

①당사자 능력 등 ②특정·처분이 가능(강행법규를 변경·배제하는 합의는 부적법) ③서면으로 제시(관할/불항소합의는 명문상, 불상소합의는 해석상)

(3) 예시

소취하합의에 반하여 소송 계속

①소취하합의가 있었음을 주장: 직권조사사항으로 본안전항변

②금반언 위배로 신의칙에 반함→권리보호이익X

부제소합의에 반해 소제기: 법원의 적극적 석명의무 요(전술)²⁹⁾

5. 소송행위 철회와 취소-이것도 소송행위

(1) 취소가능(실체법 적용여부)

취소 명문이 없더라도 민법 관련규정을 유추적용해 취소가 가능한지 여부

①유추적용가능설: 소송행위도 기본적으로 법률행위에 해당

②유추적용불가능설:

→재심사유유추적용설(判,通): 형사상 처벌받을 타인의 행위로 인해 생긴 의사하자 혹은 흠결이 발생했고, 그 행위에 대해 유죄판결이 확정된 경우(재심절차에서의 판결은 확정판결을 취소시키므로, 재심사유가 있을 시 취소가 가능하다는 주장)³⁰⁾

재심을 제기한 경우, 재심사유가 아예 없으면 각하지만, 사유에 해당한다면 본안을 판단해 재심을 기각하거나 원심을 취소하는데, 그러니까 각하가 아니라 본안판단이 가능하다는 판시

(2) 소송행위의 철회

확정적이고 단독적 행위이므로 원칙적으로는 안 되지만, 철회 자체가 소송행위에 해당한다면 인정

ex) 소취하(소제기의 철회)-단, 변론 들어가면 상대방의 동의 요

◆ 변론절차(4개의 경우의 수)-모든 건 변론기일(집합일)

| | | | |
|-------------|--|------------------|--------------------|
| §248 소장제출 | | | |
| §254 보정명령 | | | |
| §255 송달 | | | |
| §255 답변서 제출 | | | |
| ↓ | 변론준비절차(쟁점정리절차)- 준비서면 : 임의적 절차 - 서면공방 | | 무변론 판결 :실제로X |
| | ↓ | 변론준비기일 : 쟁점정리 | |
| 변론기일 | | | |

◆ 기일의 해태

기일: 모여서 소송하는 날(집합일)→불출석: 불이익

29) 부제소합의 계약서에 기재되었으므로 증거자료에 포함-직권탐지에 가까운 것

30) *관련판례)배임죄의 경우 재심사유유추적용설 긍정: 배임죄의 경우 민사소송법 제251조 제1항 제5호를 준용, 형사상 처벌받을 다른 사람의 행위로 말미암아 '상소취하를 하여 원심판결이 확정된 경우'에도 자백에 준해 재심사유가 된다(2010다86112)

-출석하고 무변론하는 경우도 불출석으로 간주 : 피고는 쌍불취하를 노릴 수 있고/원고는 무변론할 일이 없다

(1) §148 진술간주

불출석시 소장, 답변서 등 준비서명에 적혀있는 사항을 진술한 것으로 간주

(2) §150 자백간주

-진술간주와 자백간주의 구분

| 甲 소장-요건사실 | 乙 답변서 | 乙 불출석 |
|-------------|-----------|-----------------------------|
| (i)소비대차 | 인정 | 진술간주: 재판상 자백(상대방의 '주장을 인정') |
| (ii) 대여사실 | 답변없음 | 자백간주 |
| (iii)변제기 도래 | | |
| 재판상 자백 | 법원·당사자 구속 | 철회·취소 불가(원칙) |
| 자백 간주 | 법원 구속 | 철회·취소 가능 |

☛ 관련판례

2018.7.12.//2015다36167(★)

1심에서 공시송달로 재판이 진행되어 피고에 대한 청구가 기각되었다고 하여도 피고가 원고 청구원인을 다툰 것으로 볼 수 없으므로, 원고가 항소한 항소심에서 피고가 공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 않은 경우 자백간주 성립 → 변론의 일체성 규정(1~2심을 1개로 보아 판단) 즉, 1심 때 자백간주가 성립하지 않더라도, 1심의 내용에 대해 2심 때 안 다투면 1심의 내용에 대한 자백간주 성립을 긍정

(3) §268 쌍불취하(★)

양 당사자가 2번 결석→(기일지정신청은 당사자가 가능) 기일지정 x 또는 기일지정하고 다시 불출석시 소 취하로 간주

判) 변론기일"만"(애만 변론준비기일과 변론기일을 구별!)//같은 심급 기준

(4) 예고없는 사실의 주장 금지(제276조)

기일해태의 이익-간접사실포함/ 증거신청(부정설↔제한적 긍정설 대립)

☛ 기일·기간 관한 판례-특별한 이론은 없으며 판례의 취지를 분명하게 파악할 것

대판 2008.5.8, 2008다2890

제148조 제1항에서는 '원고 또는 피고가 변론기일에 출석하지 아니하거나, 출석하고서도 본안에 관하여 변론하지 아니한 때에는 그가 제출한 소장·답변서, 그 밖의 준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 보고 출석한 상대방에게 변론을 명할 수 있다' 고 규정하고 있는바, 위 규정에 의하면, 변론기일에 한쪽 당사자가 불출석한 경우에 변론을 진행하느냐 기일을 연기하느냐는 법원의 재량에 속한다고 할 것이나, 출석한 당사자만으로 변론을 진행할 때에는 반드시 불출석한 당사자가 그 때까지 제출한 소장·답변서, 그 밖의 준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 보아야 한다고 할 것이다.

대결 2008.5.26, 2008마368

재판부의 변론재개결정이나 재판장의 기일지정명령은 민사소송법이 일반적으로 항고의 대상으로 삼고 있는 같은 법 제439조 소정의 '소송절차에 관한 신청을 기각할 결정이나 명령'에 해당하지 아니하고 또 이에 대하여 불복할 수 있는 특별규정도 없으므로 이에 대하여는 항고를 할 수 없고, 또한 이는 상소가 있는 경우에 종국판결과 함께 상소심의 심판을 받는 중간적 재판의 성질을 갖는 것으로서 특별항고의 대상이 되는 불복할 수 없는 결정이나 명령에도 해당되지 않아, 결국 그에 대한 항고는 부적법하다 하겠다.

대판 2006.10.27, 2004다69581

변론준비절차는 원칙적으로 변론기일에 앞서 주장과 증거를 정리하기 위하여 진행되는 변론 전 절차에 불과할 뿐이어서 변론준비기일을 변론기일의 일부라

고 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 후퇴하는 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 제도로써 적극적 당사자의 소송유지의사 유무와 관계없이 일률적으로 법률적 효과가 발생한다는 점까지 고려할 때 변론준비기일에서 양쪽 당사자 불출석의 효과는 변론기일에 승계되지 않는다.

◆ 소송행위의 추후보완(§173, ★)

① 불변기간에 대해 ② 당사자가 책임질 수 없는 사유로 기간 도과한 경우, 장애사유 없어진 날로부터 2주 내로 보완-특히 항소의 추완

| 허용되는 경우 | 불허되는 경우 |
|--|---|
| ① 천재지변에 의한 교통·통신의 두절 ② 법원의 잘못이 불변기간을 지키지 못한 데에 원인이 된 경우(대결 1962.7.30, 62마97) ③ 소송서류전달의 잘못 ④ 무권대리인이 소송을 수행하고 판결정본을 송달받은 때(대판 1996.5.31, 94다55774) ⑤ 당사자와 동거하는 어머니가 당사자와 갈등이 있고 이해관계가 대립되는 사안에서, 당사자의 어머니가 판결정본을 수령하였으나 당사자가 실제로 판결정본을 교부받지 못하여 항소기간을 도과한 경우(대판 1992.6.9, 92다11473) ⑥ 피고가 이사를 가거나 국내에 부재 중인 관계로 공시송달에 의해서 송달받았기 때문에 소제기자체를 잘 모르는 경우(대결 1991.5.28, 90마4143) 피고가 소제기사실을 모르는 상태에서 처음부터 공시송달로 송달이 이루어진 경우 | ① 소송대리인이나 그 보조자의 고의·과실 ② 상소기간만료시에 가스중독 등으로 혼수상태 ③ 여행(지방출장)·질병치료를 위한 출타(대결 ④ 교도소에 수감된 경우(대판 1962.1.25, 62누2) ⑤ 소송계속 중에 이사하면서 법원에 주소이전신고를 하지 아니한 경우 ⑥ 집행관의 말만 믿고 기록열람 등 사실확인을 하지 아니한 경우(대결 1964.4.3, 64마9) ⑦ 피고가 주소를 잘못 적어서 공시송달을 한 경우(대결 1994.2.25, 93마1851) ⑧ 판결정본이 피고와 동거하는 처에게 송달된 이상, 피고가 그 때 다른 지방에 여행을 한 관계로 불변기간 내에 항소를 제기하지 못하였다고 하여도 이는 피고가 책임져야 할 사유로 인하여 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에 해당한다(|

◆ 송달

(1) 개념

송달: 공공기관이 하는 의사표시 전달의 방법 소1송의 진행을 알리는 행위
 교부송달(§178)→보충송달(§186)→유치송달(§86)→우편송달(§187, 189, 발송송달~발신주의)
 →공시송달(§194) 다만 요즘에는 홈페이지에서 클릭해서 송달함-주소지는 §186 기준

| 행위자 | 송달서류 | 송달자 | 장소 | 방법 | 근거 |
|-------------------------|------------|--------------------------------|----------------------|------------------------|--|
| 우편집배원, 집행관, 대법원규칙이 정한 자 | 서류의 등본, 부분 | 본인 | 주소지 근무지 제3의 장소 | 교부 (유치) 교부 교부 | 제183조 제1항 (제186조 제3항) 제183조 제2항 제183조 제4항 |
| | | 대리인(부인 등) 대리인(합동법률사무소의 사무원) | 주소지 근무지 | 보충 (유치) 보충 | 제186조 제1항 (제186조제3항) 제186조 제2항 |

※ 관련판례

2015.12.10./2012다16063 비상근이사의 근무지

乙의 주소지가 없어 그를 사이이사로 고용한 회사를 주소지로 하여 송달 : 원칙적으로 (어디던) 교부송달은 가능하나 그는 없었다. 그래서 회사의 피용자에게 주는 보충송달은? 불가. 왜냐하면 사이이사는 잘 회사에 안 나오므로 회사 주소가 지속적 근무장소라고 볼 수 없음

대판(전) 1982.12.28, 82다카349

민사소송법 제182조는 행형법 제18조, 제62조(현행 형의집행및수용자의처우에관한법률 제43조)에 규정된 재감자에 대한 서신수발의 제한과 대응하는 규정으로서 양자는 교도소 등 구금장의 질서유지를 위하여 재감자를 감시하여야 할 공익상의 필요와 한편으로는 재감자에 대하여 수감되기 전의 주소, 거소 등에 송달을 하면 송달서류가 재감자에 전달됨에는 도리어 시일을 요하게 된다는 고려에서 나온 것으로 해석되므로 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 무효라고 하지 않을 수 없고, 수소법원이 송달을 실시함에 있어 당사자 또는 소송관계인의 수감사실을 모르고 종전의 주·거소에 하였다고 하여도 동일하고 송달의 효력은 발생하지 않는다.

(2) 송달의 하자

판결정본송달: 하자 치유 불가 → 무효

그 외 송달: 하자 치유 가능(이익권 상실의 문제) → 유효

다만, 쌍불취하에서만큼은 무효임³¹⁾

why? 소취하는 변론전이면 언제든지/변론 중이면 피고 동의를 요하고/종국판결 후에는 재소금지 적용을 받는다. 근데 공시송달이면 대개 소 제기 사실을 잘 모르고 불출석해서 피고 동의를 할 수가 없음

※ 관련 판례

대결 1997.05.19., 자 97마600

법인인 소송당사자에게 효과가 발생할 소송행위는 그 법인을 대표하는 자연인의 행위이거나 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 이시불명으로 송달불능된 경우에는, 원칙으로 되돌아가 원고가 소를 제기하면서 제출한 법인등기부등본 등에 나타나 있는 법인의 대표자의 주소지로 소장 부분 등을 송달하여 보고 그 곳으로도 송달되지 않을 때에 주소 보정을 명하여야 하므로, 법인의 주소지로 소장 부분을 송달하였으나 송달불능되었다는 이유만으로 그 주소 보정을 명한 것은 잘못이므로 그 주소 보정을 하지 아니하였다는 이유로 한 소장각하명령은 위법하다

대결 2007.10.26., 2007다37219

송달받을 자의 송달장소가 폐문되어 송달을 받을 수 있는 사람(교부송달이나 보충송달을 받을 사람)이 모두 부재중인 때에는 교부송달은 물론이고 보충송달이나 유치송달도 할 수 없는 것이어서 이러한 경우에는 제187조의 우편송달을 할 수 있다. 원심이 소장에 기재된 원고 주소지로 준비서면과 변론준비기일통지서 등을 송달받아 온 원고에 대하여 같은 주소지로 시행한 제1심 판결정본의 송달이 폐문부재로 불능 되자 반송되어온 위 판결정본을 등기우편에 의하여 발송송달한 제1심의 조치가 적법하다고 판단한 것은 정당하다. 제173조 제1항이 규정하는 소송행위의 추후보완은 당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 비로소 가능한 것이고, 여기서 '당사자가 책임질 수 없는 사유'라 함은 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 경우를 가리키는 것이다.

(3) 공시송달(§194)

| | | | |
|--|------|------|-----------------|
| | 소장송달 | 자백간주 | 판결정본 송달효력-구제 |
|--|------|------|-----------------|

31) 대결 1997.07.11, 96므1380

제241조 제2항 및 제4항에 의하여 소 또는 상소의 취하가 있는 것으로 보는 경우 위 제2항 소정의 1월의 기일지정신청기간은 불변기간이 아니어서 그 추완이 허용되지 않는 점을 고려한다면, 위 제1, 2항에서 '변론의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니한 때'란 당사자 쌍방이 적법한 절차에 의한 송달을 받고도 변론기일에 출석하지 않는 것을 가리키는 것이고, 변론기일의 송달절차가 적법하지 아니한 이상 비록 그 송달이 유효하고 그 변론기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하였다고 하더라도 쌍방 불출석의 효과는 발생하지 않는다고 해석하여야 할 것이다 .

| | | | |
|-----------------|---|-----------------------|-------------------------|
| 공시송달 | ○ | X(§150③) | ○ ~추완상소 재심가능 |
| 허위송달 | | ○ 자백간주에 의한 판결편취 | X 상소기간 진행X 상소만 가능 |
| 참칭대표자 (무권대리) | | | ○ 재심 |

| | |
|--------|------------------------------------|
| 성명모용소송 | 모용자-피모용자의 문제 무권대리의 문제로 송달자체는 유효 |
| 허위송달 | 송달과정의 오작출 짜고 하는 성명모용소송 |

◆ 소송절차의 정지

| | | | | | |
|--------|----------|----------|-----------------------------------|----------------------------------|--|
| 제소전 사망 | 대리인 ○ | 소송계속(적법) | | | |
| | 대리인 X | 상속인 ○ | 표시정정 (당사자확 정) | 소송계속 | |
| | | 상속인 X | 간과 소송행위와 판결은 무효(상소//재심:무권대리 유추적용) | | |
| 소장송달 | | | | | |
| 소송중 사망 | 대리인 ○ | 소송계속 | | 대리인에게 상속의 특별수권 유무 (심급대리원칙) | 상소기간 도과시 중단(판결확정) 판결정본 송달시 중단 |
| | 대리인 X | 상속인 ○ | 소송중단 후 수계 | 소송계속 | |
| | | 상속인 X | 간과 판결 유효(상소//재심:무권대리유추적용) | | |

-중단 간과 판결: 유효(대리권흡결 사유로 상소/재심 가능)

-수인의 상속인-공유-독립의 원칙

| | | |
|------------------------------|--|--|
| 특별수권 있는 대리인 or 상대방이 상소 | 일부만을 당사자로 표시해도, 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 소송대리인이나 상대방 당사자가 잘못 기재된 당사자 모두를 피상소인으로 표시 → 모든 상속인 소송제기(확장설) | |
| 상속인 일부만 상소 | 대리인 특별수권이 있는 경우 | 공동소송 독립의 원칙에 따라 상소하지 않은 나머지는 상소기간 도과로 판결이 확정(확정설) → 수계신청 X |
| | 대리인 특별수권 없는 경우 | 상소하지 않은 나머지는 수계신청 가능() |

제3장 증거절차

◆ 증거조사

증명과정으로 진위 여부를 검토하는 것: 법관에게 증거를 확신시키는 과정

개념정리가 곧 α와Ω

※ **본증↔반증**

※ **주요사실↔간접사실**

1. 불요증사실(§288)

-요증사실: 증거가 필요한 사실

-불요증사실: 증거가 필요하지 않은 사실

=불요증사실에는 자백/현저한사실³²⁾/법률상 추정

(1) 재판상자백(★)

1) 요건

① 변론준비기일-변론기일에 법관에게 진술(진술간주 포함)

② 자신에게 불리한(①패소가능성설(判) ②증명책임설)

사실-주요사실(서증은 **간접사실이지만 자백의 대상**)

-권리(법규) 자백 X: 선결적 법률관계나 전제 사실은 O

③ 후행진술-선행자백도 인정-**다만 원용** 당사자가 불리한 사실을 진술하고 상대방이 원용하는 경우 선행자백이 성립 (**그러나 분명한 사실에 대한 원용은 인정하지 않음**³³⁾)

2) 효과

→법원을 구속/재판상 자백의 경우에는 당사자도 구속 철회 취소하려면 반진실&착오(§288 단서)/재심사유유추적용(★)/상대방동의/경정권 등으로만 가능

3) 자백간주(§150): 진술

법원은 구속하나 당사자는 안 구속/자백의 철회 취소 당연 가능

(2) 현저한 사실 : 공지의 사실(경험법칙)or법원의 현저한 사실

(3) 법률상 추정 - 입증책임의 전환(후술) 예) 등기의 추정력

권리추정, 사실의 추정▶본증이나 반증이나의 문제(법률상 추정은 원칙적 본증)

그러나 예외적 반증인정(문서의 진정성립의 경우)

2. 증거조사과정- 요증사실

증거조사신청

32) 대(전)판 1996.07.18, 94다20051

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. 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.

33) 2018. 8. 1. 선고, 2018다229564 선행자백의 요건

당사자 일방이 한 진술에 잘못된 계산이나 기재, 기타 이와 비슷한 표현상의 잘못이 있고, 잘못이 분명한 경우에는 비록 상대방이 이를 원용하였다고 하더라도 당사자 쌍방의 주장이 일치한다고 할 수 없으므로 자백(선행자백)이 성립할 수 없다.

- ┆
- 채부결정(§289, 290: **유일한 증거는 필히 채부-주요사실로 이때 본증이어야 함(★)**)
- ┆
- 증거조사의 실시
- ┆
- 증거조사의 결과+변론전체의 취지
- ┆
- 심증형성(자유심증주의)

3. 증거조사의 실시 : 법문에 규정되어있으므로 엄격한 증명 요

- (1) 증인신문 : 증인신청→증인채택→신문(교호신문제도 실무에서 빈번)
- (2) 감정 : 전문가를 신문
- (3) 서증(후술)**
- (4) 검증 : 법관의 오관
- (5) 당사자신문 : 보충성 원칙 폐지
- 증거의 보전
- ex. 증인이 죽을 것 같다 → 기일 아니어도 판사한테 Go

◆ 서증(★★★)

1. 문서의 진정성립

(1) 개념

| | |
|----------------------------|-----------------------------|
| 공문서 진정성립 추정 §356 | 사문서 §357 진정성립 검토해야함 |
| 처분문서(권리에 관한 문서) 진정성립 검토 | 보고문서=백지보충문서 :법관의 자유심증 적용 |

(2) 형식적, 실질적 진정성립

- 형식적 진정성립: 문서가 제출자(증명책임있는 자)에 의해서, 문서작성자로 주장된 자의 의사에 기해 작성되었음을 확인
- 실질적 진정성립: 그 기재 내용(처분문서=법률행위)의 사실이 진정한 것
- 처분문서의 경우 형식적 증거력이 인정되면 실질적 증거력이 인정(첫번째 추정)

(3) 2단의 추정력과 간접반증

매매계약서가 있다.
 법관 " 네가 작성했냐?"
 Yes: 형식적 증거력 인정 → 실질적 증거력 인정
 No → "법관 네 인영이 맞냐/모양이 같냐"
 Yes(자백) → 니가 찍었다 → 니가 작성했다

1) 2단의 추정:

고도(일응)의 추정 + 법률상 추정(사실상 추정으로 본증이 아니라 반증)(§358)

이때, 니가 찍었다는 고도의 추정/고도의 경험칙과 개연성에 근거한 것으로 일응의 추정에 해당, 이를 깨려면 간접반증 요

2) 간접반증 방식(★★★)

일응의 추정을 깨려면 간접사실과 양립가능한 또다른 간접사실을 본증으로 증명해, 주요사실을 반증

- 본증: 법관에게 확신의 심증을 줄 정도로 증명
- 반증: 법관을 의심케할 정도로 충분한 증명

| 간접사실 | 주요사실 | 양립가능한 간접사실 |
|--------------|--------------------|---|
| 자동차의 도로 침범사실 | 과실에 대한 일응의 추정 | 뒷 차가 들이받았다는 확실하게 증명(본증)→과실은 없었던 것 같다고 의심(주요사실에 대한 반증) |
| 내 인영과 똑같다 | 문서의 진정성립 (애는 간접사실) | 그 인영은 위조된 것 or 다른 놈이 훔쳐갔다 |

2. 문서제출명령(★)

| §344 | | | | |
|------------|-----------------|------------------------------|--------|--------|
| 1. 인용문서 | 무조건 제출(공문서든 뭐든) | | | 비밀심리제도 |
| 2. 인도 열람문서 | | | | |
| 3. 법률/이익문서 | 가목 | 대통령 등 직무상 비밀사항 | 제출거부가능 | |
| | 나목 | 일정 관계 + 공소제기나 유죄판결 또는 치육 가능성 | | |
| | 다목 | 변호사 등 직무상 비밀 | | |

제출명령을 했는데도 제출거부하거나 **훼손한 경우**

§349법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다

- (i) 존재가 진실한 것은 인정 가능
- (ii) 주장의 내용도 진실한 것으로 인정 가능?
 - ①법정증거설 ②자유심증설(判)

※문서의 일부훼손인 경우 목적성의 인정여부에 따라 법정증거설에 가까운 사실인정³⁴⁾ 하지만 여전히 자유심증주의

3. 사본의 문제

34) 대판 2015.11.17., 2014다81542

민사소송에서 당사자 일방이 일부가 훼손된 문서를 증거로 제출하였는데 상대방이 훼손된 부분에 진존 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 진존 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.

원본을 상실하면 문서로서 의미가 없음

◆ 자유심증주의

1. 의의

법정증거주의와 반대되는 개념으로 증거조사 결과(증거자료)와 변론전체취지를 바탕으로 법관은 자유로운 심증에 따라 판단

2. 변론전체의 취지만으로 심증형성 가능?

원칙적으로 보충적 적용에 의해 주요사실에서는 X,
보조사실에 대해서 판례는 문서의 진정성립에 대해 변론 전취지만으로 인정한 적은 있음

3. 증거조사의 결과

- 증거공통의 원칙
- 자유롭게 증거력 평가 등

4. 자유심증주의의 배제

-자백과 소송상 합의(자백계약, 증거계약, 증명책임계약 등)는 법관을 구속/ 단, 증거력 자체가 자유심증의 영역이므로 증거력 계약은 인정되지 않음

◆ 증명책임

- 주관적 증명책임: 변론주의에서 사실의 증명책임에서, 증명하지 않으면 주장하지 아니한 것으로 보는 당사자의 행위책임
- 객관적 증명책임: 법관이 자유심증주의에 따라 판단하는데, 확신에 이르지 못했을 때의 불이익을 어떻게 처리할 것인지의 문제로 직권주의에서의 결과책임→입증책임 분배의 문제

1. 증명책임의 분배(=법률요건분류설)

법문을 살펴서 권리근거 규정의 요건사실은 권리 존재를 주장하는 자가, 반대규정(항변사유)의 요건사실은 권리의 존재를 다투는 상대방이 부담해야 한다는 원칙

| 채무불이행 손해배상책임(§390) | |
|---|---|
| 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. | 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다. |
| 채무불이행 사유 손해배상사유 | 무과실 사유 |
| 청구권이 있다고 주장하는 사람이 증명 | 청구권이 없다고 주장하는 사람이 증명 |

*부존재 확인의 소의 경우

소유가 아님을 확인한다 → 답변서에서 왜 내가 소유자인지 바로 주장+증명(소유자 아님을 확인한다는 말이 부인인셈)

2. 법률요건분류설의 반성 : 주관적 구성요건들(평온, 공연, 자주, 과실)을 증명하는 것은 너무 힘들다

| 개념 | 추정 방식 | 번복 · 복멸 |
|-----------|----------------------|----------|
| 법률상 추정 | 법률 | 반대사실(본증) |
| 일응의추정 ★★★ | 고도의 경험법칙 정형적 사상경과 | 간접반증 |
| 사실상 추정 | 경험법칙 | 반증 |

오늘날 현대형 소송에서는 일응의 추정방식을 취함

-불법행위 과실

-공해소송에서의 위법한 행위와 손해간의 인과관계(종래에는 개연성 이론도 사용)

: 피해자는 ①가해기업의 원인물질 배출과 ②원인물질이 도달해서 피해물질의 손해 사실만을 주장증명하면, 원인물질로 인해 손해가 발생했음이고도의 사실상 추정-'일응 추정'됨. 이를 복멸하려면 가해기업은 원인물질이 무해하거나, 피해가 다른 원인에 의해 발생했음을

간접반증

-의료과오소송

: 피해자는 ①일반인의 상식상의 의료상 과실있는 행위 ②행위와 발생한 결과와 사이에 다른 원인이 있을 수 없다는 점을 입증하면 인과를 인정함. 이를 복멸하려면 의사는 의료상 과실이 아니라 다른 원인에 의해 결과가 발생했음을 **간접반증**

(특히, 이런 일응의 추정은 의사의 불법행위와 관련해 문제가 되는 것이고, 계약책임과 관련해서는 설명의무가 문제됨)

제4편 소송의 종료

제1장 총설

● 비교개념

| 당사자 행위에 의한 소송의 종료 | 법원에 의한 소송의 종료 |
|-------------------|---------------|
| | 소송종료선언 |
| 소취하 | 소장각하명령/소각하판결 |
| 인낙 | 청구인용 |
| 포기 | 청구기간 |
| 화해 | |

● 소송종료선언

•소송이 종료되었음 확인 선언하는 종국판결 ▶ **소송계속이 없음을 확인하는 판결**

•**소송계속의 유무를 당사자가 다투는 방법**→민소규칙 제67조 기일지정신청

•소송계속이 없는 경우의 판결⇒무효인 판결, 재망적계 모두 소송계속이 없다는 부분을 명심 의의로 많은 판례³⁵⁾

35) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결

甲 재단법인 등이 소유한 토지 지상에 국가가 설치한 송전선로가 지나가고 있고 한국수자원공사가 위 송전선로 등 수도권 광역상수도시설에 대한 수도시설 관리권을 국가로부터 출자받아 시설을 유지·관리하고 있는데, 甲 법인 등이 주위적으로 한국수자원공사에 대하여, 예비적으로는 국가에 대하여 위 토지 상공의 점유로 인한 부당이득반환청구의 소를 제기하여 제1심이 공사에 대한 청구는 기각하고 국가에 대한 청구는 인용하자 甲 법인 등이 공사에 대하여 항소를 제기하고 공사와 국가는 항소하지 않은 사안에서, 피고들 사이에는 민사소송법 제70조 제1항에 따라 민사소송법 제67조가 준용되는 진정한 의미의 예비적 공동소송의 관계가 있는 것이 아니므로 상소로 인한 확정차단의 효력도 당사자별로 따로 판단해야 하는데, 甲 법인 등이 제1심판결 중 공사에 대한 부분에 한하여 항소를 제기한 이상 공사에 대한 청구만이 항소심의 심판대상이 되고, 국가에 대한 제1심판결은 항소기간 만료일이 지남으로써 분리 확정되었음에도, 분리 확정된 국가에 대한 청구까지 항소심에 이심된 것으로 본 원심판결을 파기하고 그 부분에 대한 소송종료선언을 한 사례.

제2장 당사자 행위 소송의 종료

| | 소송상 회해 | 청구의 포기·인낙 | 소의 취하 |
|---------|---|--|--|
| 당사자 | 당사자능력, 소송능력 대리권 有 필수적 공동소송 형사상처받지는 행위 | " | " |
| 소송물 | ① 변론주의 ② 소송요건흠결시에도 가능(제소 전 회해 可) ③ 강행법규 위반시 i) <u>소송행위설</u> (영향 無 - 유효, 판례) ii) <u>양행위경합설</u> (영향 有 - 무효, 다수설) ④ 조건부 i) 소송행위설은 不可, ii) 경합설은 可 | ① 좌동 ② 불가(제소 전포기, 인낙 不可) - 각하 ③ <u>소송행위설</u> (통설, 판례)-영향 무, 유효 ④ <u>소송행위설</u> -불가 | ① 변론주의 + 직권탐지주의 ② 소취하 가능 ③ <u>의사하지불고려설</u> (통, 판) ④ 불가-소취하는 단독의 소송행위이기 때문 |
| 시기 | 소송 계속 중이면 가능 - 상고심에서도 가능 | 좌 동 | 좌 동- 그러나 종국판결 후 소취하 후 재소금지 |
| 방식 | 당사자 기일 출석하여 구술로 진술하여야 가능 - 서면 可(인증을 받은 경우) | 좌 동 + 서면(인증을 받은 경우) | 구술(조서송달) + 서면(취하서송달)도 가능 |
| 상대방의 동의 | 불 요 | 불 요 | 필요 - ① 본안에 관한 응소, ② 확정적 효력, ③ 소송행위 |

● 소취하

1. 개념

제266조 제267조(요건과 효과 법규정)↔**소취하계약(사법행위-법적효과만이 소취하효력)**
 소취하계약은 당연하고 소취하도 신의칙과 권리보호이익과 연관성 큼→그 결과가 재소금지(권리보호이익)

소취하 계약과 비교

1) 소취하 계약(합의)

소송외에서 원고가 피고에 대하여 소를 취하하기로 하는 약정(소취하계약)을 말한다.

2) 소취하 합의의 법적 성질

사법상 계약으로서 사법상 의무만을 발생시킨다는 견해(사법계약설)와 직접 소취하라는 소송법상 효과를 발생시킨다는 견해(소송계약설)이 대립한다.

통설과 판례는 사법계약설로 소취하 의무를 위반하여 소를 유지시키면 신의칙위반이고 권리보호이익을 잃는다고 주장하는 반면, 소송계약설은 소취하합의사실이 소송상 주장되면 직접 소송계속소멸의 효과가 발생하고, 법원은 이를 확인하는 내용의 소송종료선언을 하여야 한다고 한다.

검토-소취하 합의는 소송계약으로서 직접 소송법상 효과를 발생시킨다고 볼 것이다. 사법계약설에 따르면 소취하합의 위반은 민법상 신의칙 위반이라고 하는데, 민법상 신의칙 위반을 손해배상의무를 넘어 소의 부적법 각하사유로 삼을 수 있을지 의문이다.

3) 효과

판례는 소취하 합의에 의하여 소는 권리보호이익을 잃는다고 하여 부적법 각하한다.
 소취하는 소급적 소멸↔소취하계약은 소각하판결과 동일

2. 요건-제266조-요건/효과설

소취하시 피고의 동의가 요구되는 시기

- 1) 피고가 본안에 관하여 응소한 이후에 원고가 소를 취하하기 위하여는 피고의 동의가 필요하다(제266조 제2항).
- 2) 본안에의 응소는 본안에 관한 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술하거나 또는 변론한 경우라야 한다.

3. 효과

(1) 소취하와 상소취하의 비교

| | | 상소의 취하 | 소의 취하 |
|-------------|------------|--|----------------------------------|
| 차 이 점 | 시기 | 항소심의 종국판결선고 전까지만 가능 | 판결확정 전까지 언제라도 가능 |
| | 일부취하 | 일부취하 불허(전부에 대해서만 가능) | 전부 또는 일부에 대해서도 가능 |
| | 상대방의 동의 요부 | 동의 불필요 | 동의 필요 |
| | 효과 | 원판결에 영향을 미치지 않으므로 원판결은 확정된다. ▶ 재소는 기판력 때문에 불가 | 원판결을 소급적으로 소멸시킴 ▶ 재소금지의 효과 발생 |
| 공통점 | | 양자 모두 심판청구의 철회라는 점에서는 공통된다. | |

(2) 재소금지(★)

1) 의의/ 취지

종국판결에 들인 법원의 노력을 존중하고 원고이 소취하권의 남용을 억제하기 위한 것이다.(판결농락방지과 소취하권남용)

2) 요건

재소금지의 원칙이 적용되기 위해서는 (i) 본안에 관한 종국판결이 있는 후에 소를 취하하였고, (ii) 취하 전후의 소송에서 당사자 및 소송물이 동일하며, (iii) 전후의 소 사이에 **권리보호이익이 동일**한 경우라야 한다.

당사자의 동일성/소송물의 동일성=중복재소금지/기판력

☛ 권리보호이익여부-case by case=재소금지의 핵심

대판 1997.12.23, 97다45341

제267조 제2항 소정의 재소금지원칙이 적용되기 위하여는 소송물이 동일한 외에 권리보호의 이익도 동일하여야 할 것인바, 매수인이 매도인을 상대로 부동산에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의 소를 제기하여 승소판결을 받았지만, 항소심에서 매매에 따른 토지거래허가신청절차의 이행을 구하는 소로 변경하여 당초의 소는 종국판결 선고 후 취하된 것으로 되었다 하더라도, 그 후 토지거래허가를 받고 나서 다시 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 취하된 소와 권리보호의 이익이 달라 재소금지원칙이 적용되지 않는다.

3) 재소금지의 효과

소취하계약과 마찬가지로 권리보호이익을 논의하는 것은 신의칙의 연장선상에서 소각하사유가 되거나 적법하 소가 된다. ◀ 재소금지합의도 동일한 논의³⁶⁾

4. 소취하 효력을 다투는방법

소취하는 소송행위이지만, 민사소송규칙 제67조에 따라 그 부존재 또는 당연무효를 주장하여 소취하의 효력을 다툴 수 있다. 위 규칙 제67조는 소송행위인 소 취하를 다툴 수 있는 예외적인 경우를 규정하면서 다투는 방법을 제한하고 있다. 즉, 소취하에 대한 다툼은 그 부존재 또는 당연무효를 이유로 할 경우에만 허용되며, 다투는 방법은 기일지정신청 방식에 의하여야 한다. 이는 의사표시하자에 관한 민법상 규정을 유추적용할 수 없으며, 기일지정신청이 아닌 예컨대 무효확인외의 별소를 제기하는 방법으로 다툴 수 없다는 것을 의미한다.

● 인낙/포기

대판 2005.12.23, 2004다55698

전에 제기된 소와 후에 제기된 소의 소송물이 동일하지 않다고 하더라도, 후에 제기된 소의 소송물이 전에 제기된 소에서 확정된 법률관계와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼았다면 이러한 경우에는 전번 판결의 기판력이 후에 제기된 소에 미치는 것이지만, 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것이 아니므로, 전의 소송에서 확정된 법률관계란 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계를 의미하는 것이지 그 전제가 되는 법률관계까지 의미하는 것은 아니다./ 매매계약의 무효 또는 해제를 원인으로 한 매매대금반환청구에 대한 인낙조서의 기판력은 그 매매대금반환청구의 존부에 관하여만 발생할 뿐, 그 전제가 되는 선결적 법률관계인 매매계약의 무효 또는 해제에까지 발생하는 것은 아니므로 소유권이전등기청구의 존부를 소송물로 하는 후소는 전소에서 확정된 법률관계와 정반대의 모순되는 사항을 소송물로 하는 것이라 할 수 없으며, 기판력이 발생하지 않는 전소와 후소의 소송물의 각 전제가 되는 법률관계가 매매계약의 유효 또는 무효로 서로 모순된다고 하여 전소에서의 인낙조서의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다.

● 소송상 화해

1. 소송상 화해의 법적 성질-화해관련은 모두 법적성질에 따라

사법행위설-소송상 화해는 민법상의 화해계약과 같은 것으로서, 다만 법원이 개입하여 법관 앞에서 행하도록 하고 이를 조서로써 확인하고 공증하는데 지나지 않는다고 한다.

소송행위설-민법상의 화해계약과 전혀 다른 소송행위로서 소송법의 원칙에 따라 규율되고 민법상의 화해계약에 관한 규정의 적용은 배제되는 것이라고 설명한다.(判例)

양행위경합설-소송상 화해라는 1개의 행위로 민법상의 화해계약과 동시에 소송행위를 하는 것이라고 주장하고, 법원에 대한 관계에서는 화해내용을 진술하고 조서에 기재함으로써 소송절차를 종료시키며, 당사자간의 관계에서는 화해의 내용에 대한 진술로써 민법상의 화해계약을 성립시키는 것이라고 한다.

2. 실효조건부 화해의 허부

36) 대판 2012.03.15, 2011다105966

중전 소송의 원고 선정자들 모두를 위한 선정당사자로 선정된 소외 1이 선정당사자의 지위에서 중전 소송 도중 피고 선정자들과 한 위와 같은 합의 ('피고 선정자들은 연대하여 소외 1에게 500만 원을 지급하고, 소외 1은 중전 소송을 취하하며, 민·형사상의 책임을 묻지 않겠다' 는 취지의 합의)는 중전 소송의 원고 선정자들 모두를 위하여 500만 원을 지급받는 대신 중전 소송을 취하하여 종료시킴과 아울러 피고 선정자들을 상대로 동일한 소송을 다시 제기하지 않겠다는 것, 즉 재소를 하지 않기로 한 것으로서, 이는 선정당사자가 할 수 있는 소송수행에 필요한 사법상의 행위에 해당하고, 그 효력은 이 사건의 원고 선정자들을 포함한 중전 소송의 원고 선정자들로부터 개별적인 동의를 받았는지 여부와 관계없이 그를 모두에게 미친다고 할 것이다. 따라서 이 사건 소송은 원고 선정자들이 위와 같은 재소금지합의에 반하여 제기한 것으로서 권리보호의 이익이 없다.

소송상 화해를 소송행위라고 보는 견해에서는 (외부)조건부 소송상 화해는 그 효력을 발생시키지 못하는 것이 원칙이다. 사안의 조건과 같은 이른바 소송외부적 조건은 소송절차 진행 중에 그 조건의 성취 여부가 확정되지 않아 소송절차의 안정을 해치기 때문이다. 그런데 판례는³⁷⁾ 외부조건 중에서 화해 자체를 실효시키는 조건을 붙일 수 있도록 허용한다.

3. 소송상 화해의 부존재 무효를 다투는 방법

소송상 화해에는 소송법적 요소가 존재하므로, 소취하에 관한 민사소송규칙 제67조의 규정이 유추적용된다. 민사소송규칙 제67조를 소송상 화해에 적용할 경우 반드시 기일지정 방식으로 다투어야 하는지 문제이다. 소송상 화해는 소송법적 요소 외에 실체법적 요소가 병존하므로 소송행위의 다툼에 관한 방법으로 제한된다고 볼 것은 아니다. 판례도 소송상 화해의 부존재무효를 다투는 경우에는 기일지정 방법과 무효확인외의 별소를 제기하는 방법을 결합적으로 허용한다

37) 대판 1988.8.9., 88다카2332

재판상의 화해가 성립되면 그것은 확정판결과 같은 효력이 있는 것이므로 그것을 취소변경하려면 재심의 소에 의해서만 가능하다 할 것이나 재판상의 화해의 내용은 당사자의 합의에 따라 자유로 정할 수 있는 것이므로 화해조항 자체로서 특정한 제3자의 이익이 있을 때에는 화해의 효력을 실효시키기로 하는 내용의 재판상의 화해가 성립되었다면 그 조건의 성취로써 화해의 효력은 당연히 소멸된다 할 것이고 그 실효의 효력은 언제라도 주장할 수 있다.

제3장 판결과 그 효력

● 판결의 종류 ← 은근 중요

| | | |
|------|-------------------|--|
| 중국판결 | 전부판결(제198조) | 소송판결 본안판결 |
| | 일부판결(제200조)=중요38) | 소송판결 본안판결 |
| 중간판결 | 소송법상 중간판결 | 독립한 공격방어방법 (제201조 1항 전단) 기타 중간의 다툼 (제201조 1항 후단) ³⁹⁾ |
| | 실체법적 중간판결 | 조건부판결 ⁴⁰⁾ |
| | | 원인판결 (201조 2항) |

● 기판력(既判力)-(가성비가 없음=핵심적인부분 확인 후 나중)

1. 개념

불가쟁 ↔ 불가반 / 소송판결⁴¹⁾ ↔ 본안판결 모두 인정

2. 본질

불가반은 모순금지설⁴²⁾과 불가쟁은 반복금지설 ⇒ 법원의 조치와 연결

38) 대판 2014.2.13, 2013다212509

원고의 청구를 일부 인용하는 제1심판결에 대하여 원고는 항소하였으나 피고는 항소나 부대항소를 하지 아니한 경우, 제1심판결의 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심은 되나, 항소심의 심판범위에서는 제외되고, 따라서 항소심이 원고의 항소를 일부 인용하여 제1심판결의 원고 패소 부분 중 일부를 취소하고 그 부분에 대한 원고의 청구를 인용하였다면, 이는 제1심에서의 원고 패소 부분에 한정된 것이며 제1심판결 중 원고 승소 부분에 대하여는 항소심이 판결을 한 바 없어 이 부분은 피고들의 상고 대상이 될 수 없다 할 것이므로, 원고 일부 승소의 제1심판결에 대하여 아무런 불복을 제기하지 않은 피고는 제1심판결에서 원고가 승소한 부분에 관하여는 상고를 제기할 수 없다.

대판 2010.06.24, 2010다2107

1개의 청구의 일부를 인용하는 제1심판결에 대하여 피고만이 항소하면서 그 불복범위를 그 청구 인용금액의 일부로 한정할 경우, 제1심판결의 심판대상이었던 청구 전부가 불가분적으로 항소심에 이심되지만, 항소심의 심판범위는 이심된 부분 가운데 피고가 불복신청한 한도로 제한되고 이와 같이 피고가 불복신청하지 아니하여 항소심의 심판범위에 속하지 아니한 부분은 항소심이 판결을 한 바 없어 상고대상이 될 수 없으므로, 피고는 그 부분에 관하여 상고를 제기할 수 없다.

39) 자백취소가 가능한가의 여부에 대한 다툼은 중간판결로 재판할 수 있다.

40) 대판 1999.2.9, 98다42615:

부동산소유권이전등기청구권이 가압류된 후 채무자가 제3채무자를 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기한 경우에는 법원은 가압류예제를 조건으로 하여 서민 청구를 인용할 수 있다

41) 대판 2001.1.16., 2000다41349

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 것인데, 전소판결은 소송판결로서 그 기판력은 소송요건의 존부에 관하여만 미친다 할 것이나, 그 소송요건에 관련하여 피고의 최순희에 대한 피보전채권이 없음이 확정된 이상 이 사건에서 피고가 최순희에 대하여 피보전채권이 있음을 전제로 다시 위와 같은 주장을 하는 것은 전소의 사실심 변론종결 전에 주장하였던 사유임이 명백할 뿐만 아니라, 피고의 이러한 주장을 허용한다면 피고에게 최순희에 대한 피보전채권의 존재를 인정하는 것이 되어 전소판결의 판단과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없으므로 이 사건에서 피고가 이러한 주장을 하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 할 것이다.

42) 대판 2014.10.30., 2013다53939

기판력은 기판력 있는 전소 판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않음과 동시에, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는

3. 기판력의 발생과 작용

전소확정판결→후소에 작용==**전제조건**: 변종시 기준 ∩ 당사자 동일 ∩ 소송물 동일

※ < 바로 조건인 교집합을 인정할 수 있는가가 기판력의 작용과 범위 >

(1) 객관적 범위(제216조)

1) 주문

- 원칙적으로 미침-소송물의 동일성의 근거
- 반대되는 모순되는 관계에 미침(전소주문-후소의 주문과 이유에 해당하는 항변의 경우에도 모순관계의 주장불가)

동일한 소송물이거나 모순되는 반대관계⁴³⁾인 소송물

ex) 채권자취소소송에서 원물반환청구와 가액배상청구의 상호 관계⁴⁴⁾

채권자취소소송의 원상회복청구에서 본위적 청구권은 원물반환청구권이며, 가액배상은 그 대상청구권이다. 원물반환청구와 가액배상청구는 독자적인 소송물을 구성하지만, 취소채권자가 선택적으로 행사할 수 있는 권리는 아니다. 가액배상청구는 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 비로소 그 대가로 인정되는 권리가기 때문이다. 다만, 채권자는 변론종결시까지 변론종결 당시 가능한 원상회복 방법으로 종전의 청구를 변경할 수 있다.

하나의 원상회복 방법에 대한 승소확정판결이 있을 후에 다른 원상회복 방법으로 바꾸어 소구할 수 없다. 원상회복청구권은 사실심변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정되어 원상회복청구 전체에 대하여 기판력이 발생하기 때문이다.

2) 이유-기판력 범위 아님-상계의 경우 기판력 발생

판결이유에 밝힌 선결적 법률관계에 대한 기판력 확장 문제

쟁점효 이론/경제적 가치동일성설/판례는 증명효설(사실상 인정한다는 의미)/신의칙설

그러므로, 이와 같이 소송물이 동일하거나 선결문제 또는 모순관계에 의하여 기판력이 미치는 객관적 범위에 해당하지 아니하는 경우에는 전소 판결의 변론종결 후에 당사자로부터 계정을 등을 승계한 자가 후소를 제기하더라도 그 후소에 전소 판결의 기판력이 미치지 아니한다. 이 사건 전소의 소송물인 소유권이전등기말소청구권의 존부는 이 사건 소의 소송물인 건물인도청구권 및 부당이득반환청구권의 존부와 다르다. 이 사건 전소 판결의 기판력이 미치는 법률관계 즉 소송물로 주장된 법률관계는 디앤아이의 한국자산신탁에 대한 이 사건 상가에 관한 말소등기청구권의 존부이고 이 사건 상가의 소유권의 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 이 사건 전소 판결의 기판력이 미치지 아니한다. 또한 이 사건 전소의 소송물인 말소등기청구권에 대한 판단이 이 사건 건물인도 등 청구의 소의 선결문제가 되거나, 이 사건 소의 소송물인 건물인도청구권 등의 존부가 이 사건 전소의 소송물인 말소등기청구권의 존부와 모순관계에 있다고 볼 수 없어서, 이 사건 전소 판결의 기판력이 이 사건 소에 미친다고 할 수 없다. 이는 원고가 이 사건 전소 판결의 변론종결 후에 한국자산신탁으로부터 이 사건 상가를 포함한 이 사건 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마쳤더라도 마찬가지이다. 원심이 승계인에게 기판력이 미치지 위해서는 객관적 기판력이 미쳐야 한다고 하고 이 사건 전소 판결의 기판력이 이 사건까지 미친다고 볼 수 없다고 한 다음, 이와 정반대로 이 사건에서 원고가 변론종결 후의 승계인이므로 이 사건 전소 판결의 기판력을 받는다고 판단한 것은 이유모순에 해당한다고 할 것이다.

43) 사례중심으로 알아놓을 것

44) 대판 2006.12.07, 2004다54978

사해행위 후 그 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우에는 수익자가 목적물을 저당권 등의 제한이 없는 상태로 회복하여 이전하여 줄 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 수익자를 상대로 원물반환 대신 그 가액 상당의 배상을 구할 수 있지만, 그렇다고 하여 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것까지 허용되지 아니하는 것으로 볼 것은 아니며, 채권자는 원상회복 방법으로 가액배상 대신 수익자를 상대로 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다. 이 경우 원상회복청구권은 사실상 변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정되며, 채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환 청구를 하여 승소 판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 하더라도 다시 원상회복청구권을 행사하여 가액배상을 청구할 수는 없으므로 그 청구는 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다고 할 것이다.

(2) 주관적 범위

1) 변론종결후 승계인(제218조 제1항)

i. 변종시기준의 집행가능여부

주관적 범위를 논의 하는 이유는 변종시를 기준으로 판결은 집행할 수 있는가 문제

● 승계인→적격승계인→당사자적격승계인=계쟁물의 승계인

└소송물의 승계인(당연)

└계쟁물의 승계인-└채권적 청구권(X)

└물권적 청구권(O)-고방방 -└형식설(인정)-집행문부여의소

└실질설(부정)-집행문부여의소(判)

변론종결 전의 승계인=변론종결 후의 승계인의 범위와 동일(통설-판례).

계쟁물에 관한 소송의 소송물이 채권적 청구권인 경우에는 변론종결 전의 승계인에 해당하지 아니한다.

ii. 등기(물청과 소송물의 양도를 전제)

등기를 요하는 경우 변론종결후 승계인의 판단 시기는 등기를 요하는 법률행위의 경우 승계인이 변론종결후인가의 시점을 정하는 기준은 원인행위시가 아닌 등기시이며, 가등기와 본등기의 경우에는 본등기시를 기준으로 한다.

iii. 청구목적물의 소지자

집행대상=수치인, 창고업자, 관리인

2) 추정승계인(제218조 제2항)

승계사실을 진술하지 않은 경우 승계인으로 파악-가처분 등으로 의미없을 수

승계를 진술할 자=승계인설↔피승계인설(다수설: 집행문부여문제)

무변론판결의 경우 판결선고시

3) 제3소송담당

집행의 문제-제3자에게 집행이 가능한 따질 것-당사자적격문제

(3) 시적 범위

1) 표준시

변론종결시=차단효/실권효==변종전 사유는 변종후에 주장할 수 없다.

그러나 요건사실의 변동은 가능(소송물의 변동에 해당- 논의실익없음)-정기금변경의 소

※현저한 사정변경-원칙은 안되지만, 소송물의 변동에 해당한다고 할 정도라면 예를 들어 9배의 상승=원래 안되지만 유추적용하거나 새로운 소송물로구성하자는 이론

후유증 판례-이론상 모두 가능-소송물이 다르다. 시적범위의 차단효가 미치지 아니한다.

2) 실권효

실권설/비실권

상계/한정승인/건매청 등등==모두 소송물이 달라지는 경우 시적범위라고 볼 수 없는 상황

3) 가집행선고부 판결의 이행

가집행에 의한 이행은 변종후사유로 이해→청구이의 소의 대상

4. 법원의 조치=**승 각 패 기**

| 기판력의 본질 | 내 용 | 법원의 조치 |
|------------|--|---------------------------------------|
| 모순 금지설 | 형식적으로 확정된 판결은 후소법원의 판단을 내용적으로 구속하여 후소법원은 확정판결의 내용과 모순되는 재판을 할 수 없다. | 다시 소송하는 것은 소의이익 X ▶ 후소 소각하 |
| 반복 금지설 | 기판력은 소송의 반복 자체를 금지하는 것. | 전소와 소송물이 같은 후소는 승소·패소에 관계없이 ▶ 소각하 |
| 判 例 | 전소 승소 | 전소 승소확정 ▶ 권리보호 받음 ▶ 권리보호이익흠 |
| | 전소 패소 | 전소 패소확정 ▶ 전소와 모순되는 판단을 하여서는 아니 되는 구속력 |
| 선결관계 | 전소의 소송물이 후소의 선결문제로 되는 경우라면 기판력의 본질에 관하여 모순금지설을 취하건 반복금지설을 취하건 관계없이 전소의 기판력 있는 판단에 구속되어 이를 전제하여 후소를 판단하여야 할 뿐 소각하판결을 할 수는 없다는 점을 주의해야 | |

● 판결의 무효

1. 비존재

판결의 부존재, 사이비 판결, 판결이 없음-기일지정신청

2. 무효인 판결

재망적계-소송계속이 없다는 부분은 수없이 말함
판결전-기일지정신청

3. 사위판결=사기판결=판결의 편취

유형과 구제

| | 자백간주 편취가부 | 판결정본송달 | 다투는 방법 |
|-------|-----------|--------|---------|
| 공시송달 | X | ○ | 상소추완/재심 |
| 허위송달 | ○ | X | 상소 |
| 참칭대표자 | ○ | ○ | 재심 |

재심이나 추완과 연결하여 나오면 어려움

허위송달과 성명모용과의 구별 중요

집행전-정의에 명백/사회생활상 허용불가능-청구이의소

● 사취판결의 구제책(집행종후)

부당이득/불법행위-기판력과 문제=재심불요설/재심필요설

1. 부당이득

판례: 자백간주편취를 제외하고 인정하지 않음-재심필요설에 가깝

2. 불법행위

절차침해가 현저하여 재심하유가 있는 경우에 한정하여 불법행위 인정-재심불요설 가깝

제5편 상소와 재심

● 상소=항소+상고(법조문 중요 절차적인 부분은 모두 법조문 알아둘 것)

항소심 항소장 제출

- └ 항소 적법요건 ─┬─ ① 대상적격 [선고 + 종국판결 + 유효판결] ─┬─
- └ ─┬─ ② 적식 [항소장 + 1심법원 + 송달후 2주내] ─┬─ | 흠결시 ⇨ 항소각하
- └ ─┬─ ③ 상소이익 [패소자]* ─┬─ |
- └ ─┬─ ④ 당사자자격 [당사자능력 + 소송능력] ─┬─ |
- └ 항소판단(각하판결) ─┬─┬─ 1심판결 타당 ⇨ 항소기각판결 ─┬─
- └ ─┬─┬─ 1심판결 틀림 ⇨ 취소 ─┬─ 파기환송 제418조 ─┬─
- └ ─┬─┬─ 파기지판 -단서* ─┬─
- └ (제1심청구인용/기각의 본안판결) ─┬─ 1심판결 타당 ⇨ 항소기각판결 ─┬─
- └ ─┬─┬─ 1심판결 틀림 ⇨ 취소 ─┬─ 청구인용 내지 청구기각 판결(소각하판결도 가능)-항소인용 ─┬─
- └ 항소효력 ─┬─ 이심범위-상소 불가분의 원칙 ─┬─
- └ ─┬─ 1심판범위-불이익 변경 금지 원칙* ─┬─
- └ 항소취하* ─┬─
- └ 부대상소* ─┬─

상고심 상고적법

- └ 상고본안 (2심판결 적부) ─┬─ 2심판결 타당 ⇨ 상고기각 ─┬─
- └ ─┬─┬─ 2심판결 틀림 ─┬─ 2심판결 파기 ─┬─ 상고 인용 ─┬─
- └ ─┬─┬─ 2심 환송 (법률심) ─┬─
- └ 파기환송 판결의 구속력 ─┬─

■ 상소이익

1. 개념/취지

상소는 원칙적으로 행정(처분)행위의 취소와 동일한 의미-원심을 취소할 필요성에 관한 논의가 상소이익에 관한 것임을 명심

2. 판단기준

(1) 학설

형식적 불복설(주문기준)/실질적 불복설(주문과이유)/신실질적 불복설(기판력기타불이익)

(2) 판례

형식적 불복설/예외를 인정(case 중요)=묵시적 일부청구의 전부승소자/선택적 병합/상계 등

■ 상소의 효력

1. 확정차단 이심범위

상소불가분의 원칙의 지배=예외 ◀ 일부판결-단병/통공(※)

| 항소취지확장 | 청구취지확장 |
|----------------|---------|
| 상소불가분의 원칙-이심범위 | 소변경의 문제 |

항소의 일부취하 불허

2. 심판범위⁴⁵⁾

(1) 불이익변경금지의 원칙

불이익변경금지의 원칙이란 상소심이 상소인의 불복범위 내에서 심판하여야 하는 원칙으로 (제415조 본문), 상소심의 심판이 처분권주의에 구속되는 것을 말한다. 이에 따라 상소심은 상소인의 불복범위 안에서만 심판할 수 있는 것이지, 이를 뛰어넘어 상소인에게 불복범위를 넘어 불복재상판결을 더 유리하게 또는 더 불리하게 변경하지 못한다.-위법상고이유

(2) 내용

1) 객관적 병합

단순병합/예비적 병합↔선택적 병합

2) 주관적 병합

통공↔필공(상소하지 않은 자의 지위-단순한 상소심당사자(통●판))

3) 상계

| 원심판결 | 상소 이익자 | 불이익변경금지 | |
|------------------|--------|---------|--------------------------------|
| | | 적용여부 | 적용 내용 |
| 청구기각 (반대채권존재) | 원고 | 적용 | 소구채권이 부존재 판단하더라도 청구기각 판결 불가 |
| | 피고 | 적용 | 반대채권 부존재 판단하더라도 청구인용 판결 불가 |
| 일부인용 일부기각 | 원고 | 부적용 | 제415조 단서(항소심에서 상계항변제출) |

4) 소각하판결-제418조 적용 문제

항소인용하면 반드시 원심을 취소하므로 파기환송하든지 파기자판하여야 하나 만약 파기자판하여 청구기각판결을 내려야 한다면 불변금적용하여야 하나?

·학설-항소기각설, 청구기각설/판례-항소기각설

■ 항소의 취하

1. 개념/취지

항소인의 철회로 원심판결 유지↔소취하와 구분/항소권포기와 구분

2. 요건

당사자-항소인과 그 대리인-필공과 참가에서 문제됨

소송물-변론주의/직권탐지주의, 재심규정유추적용

시기-종국판결선고시●파기환송판결후항소취하 가부-판례⁴⁶⁾: 긍정설

3. 항소취하의 효과

45) 처분권주의 발현-병합소송은 항소심은 항상 이것을 물어본다는 생각

46) 94다51543

제1심판결 확정→부대항소 소멸▶독립부대항소인 경우 존속

■부대항소◀비항소설로 모든 것이 풀림 다만 독립부대항소=항소+부대항소

■ 상고

1. 상고이유서제출

제427조-부제출은 상고기각사유

2. 심리불속행제도

심리불속행으로 인한 상고기각판결

항소심의 판결에 이유모순이 있으면, 이는 절대적 상고이유로 된다(제424조 제1항 제6호). 적법한 상고라 하더라도 상고심은 상고이유에 심리속행사유가 있는지 여부를 직권으로 조사하여, 심리속행사유가 존재하지 아니하는 경우 상고기각의 판결을 한다(상고심절차에 관한 특례법 제4조).

3. 상고심의 판결

1) 상고각하판결

2) 상고기각판결

3) 상고인용

원칙-파기환송/예외-파기자판(제437조)

☒ 파기자판 주의문제▶제1심 소각하판결→항소기각→상고심 파기자판⇨제1심법원 환송

① 환송판결의 법적 성질과 불복방법

i. 문제점

환송판결에 대하여 독립하여 불복할 수 있는가의 여부는 환송판결의 법적 성질과 관련된 문제이다.

ii. 견해의 대립

중간판결로 보는 경우에는 종국판결과 함께 불복하여야 하므로 상고대상적격이 없는 반면에, 종국판결로 보는 경우에는 독립하여 불복할 수 있으므로 상고대상적격이 있다.

판례는 한때 「상소심의 입장에서는 그 심급의 계속에서 이탈되는 것이나, 그 사건의 본안으로서는 환송판결로써 종결되었다고 할 수 없다」고 하여 중간판결로 보았으나, 그 후 상소법원의 환송판결을 중간판결이 아니라 종국판결로 보아 상고할 수 있다는 입장이다.

② 환송판결의 기속력

i. 성질

중간판결설/기판력설/특수한 효력설(판례-형식적종국판결)

ii. 효력(전원합의체는 제외)

논리적 필연관계-관계없는 부분은 효력 없음/새로운 사실인정가능

■ 항고(법조문 볼 것)

통상항고↔즉시항고, 재항고/특별항고

■ 재심

1. 재심절차

(1) 재심의 소장심사

재심소장도 재판장에 의하여 심사되며, 흠결이 있으면 보정을 명하고 기간 내에 보정이 없으면 소장이 각하(제254조).

(2) 재심의 소의 적법여부 조사

재심은 **이원설**. 법원은 일반소송요건과 재심의 소의 적법요건을 직권으로 조사하여, 그 흠결이 있으면 보정을 명하고 보정을 하지 아니하거나 보정을 할 수 없는 경우에는 판결로 재심의 소를 각하(제219조, 제413조).

ex)1. 대법원의 파기환송판결에 대한 재심신청-재심각하(대상아님)

ex)2. 확정된 재심판결의 재심여부 가능-재심사유존부심사

(3) 재심사유의 존부조사(제451조 사유)-3호 5호, 8호⁴⁷⁾ 11호 등 시험문제

1) 재심사유-한정적/제한적 열거

재심사유의 주장이 없으면 재심의 소는 부적법 각하. 한편, 구소송물이론에 입각한 판례는 제451조 제1항의 재심사유를 각각 독립된 청구원인으로서 별개의 소송물. 따라서 하나의 소로써 2개 이상의 재심사유를 주장하는 경우에는 확정판결의 취소라는 재심취지는 하나이고, 예비적 병합이나 선택적 병합의 형태로 청구가 병합.

ex) **가벌적 행위-제451조 제4호 내지 제7호**

유죄확정판결의 합체설- 재심기각

유죄확정판결이 적법요건설-재심각하(판례)⁴⁸⁾

2) 중간판결

재심의 기판력 있는 확정판결을 취소하는 것이므로 재심사유의 존부를 심리함에는 재심에 대한 본안심판과 달리 직권탐지주의⁴⁹⁾. 그러나 **재심의 원고가 재심사유의 주장·증명책임**이. 법원은 재심사유가 있다고 인정한 때에는 그 취지의 **중간판결**을 한 뒤 본안에 관하여 심리·재판(제454조 제2항).

재심사유의 존재가 인정되지 않으면 중국판결로 재심청구를 기각. 다만, **주장된 재심사유의 존재는 인정되지만 당사자가 상소에 의하여 주장하였거나 알고도 주장하지 아니한 때에 해당하여 결국 재심사유에 해당하지 않게 된 경우에는 재심의 소를 기각할 것이 아니라 각하.**(제451조)

재심의 중간판결의 경우의 수

47) 판결의 기초가 되었다는 것은 재심대상판결을 한 법원이 그 재판이나 행정처분에 법률적으로 구속되는 경우 및 그 재판 등의 판단사실을 채택하여 사실인정을 한 경우를 말한다. 여기서 재판이라 함은 민사 또는 형사판결, 비송재판, 가사심판, 가압류·가처분결정, 경락허가결정 등을 모두 포함한다. 행정처분의 변경은 판결확정 후에 확정적·소급적으로 변경된 경우이어야 한다. 이러한 재판 등이 확정판결의 사실인정에 있어서 증거자료로 채택되었으나 그 재판 등이 변경됨으로써 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우에 재심사유가 되는 것이다. 다만, 법령이나 판례의 변경은 재심사유에 해당되지 않는다.

48) 88다카 29658

49) 청구의 포기·인낙이나 자백에 구속되지 않으며, 자백간주의 규정이 배제된다.

재심각하•재심기각↔재심인용 ▶ 원심판결 파기 본안판단

(4) 본안심판(중국판결)⁵⁰⁾

취소된 원판결의 본안 심사→청구기각/청구인용의 중국판결

2. 재심의 소취하

- 대판 2015. 10. 29, 선고 2014다13044 판결
- [1] 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 한 재심의 소 취하의 효력(무효) 및 이는 재심의 소를 피참가인이 제기한 경우나 통상의 보조참가인이 제기한 경우에도 미찬가지인지 여부(적극) / 통상의 보조참가인이 재심의 소를 제기한 경우, 피참가인의 재심의 소 취하로 재심의 소 제기가 무효로 되거나 부적법하게 되는지 여부(소극)
- [2] 민사소송법 제76조 제1항 단서가 공동소송적 보조참가인에게도 적용되는지 여부(적극)

50) 대판 2015.12.23., 선고 2013다17124 판결

[1] 민사소송법 제451조 제1항은 '확정된 중국판결'에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는데, 재심의 소에서 확정된 중국판결도 위 조항에서 말하는 '확정된 중국판결'에 해당하므로 확정된 재심판결에 위 조항에서 정한 재심사유가 있을 때에는 확정된 재심판결에 대하여 재심의 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

제6편 병합소송

제1장 병합청구소송/객관적 병합/청구의 복수

◆ 개관

| | | 요건 | 소송요건 | 본안심리 | 종국판결 | 상소 |
|-----------------------|--------------------------|---|---|--|--|---|
| 원 시 적 병 합 | 단순병합 선택적 병합 예비적 병합 | ① 동종절차 ② 공통관할 | ① 병합요건 흠결시 변론을 분리하여 별소로 심판 ② 소송요건 흠결시 소각하판결 | ① 변론, 증거조사는 동일 기일에 수개의 청구에 대하여 공통으로 ② 변론의 분리는 단순병 합에서만 가능 | ① 단순병합에서 일부판결 이 가능하며 재판누락시 추가판결로 처리 ② 선택적·예비적 병합에 서는 일부판결이 불가능 하며 판단누락에 준하여 구제 | 전 부 판 결 의 일부에 대한 상소시 모든 청구에 대해 확정차단·이 심의 효과 발 생 |
| | 청구의 변경 | ① 동종절차 ② 공통관할 ③ 사실심계속중 ④ 청구기초의 동일성 ⑤ 절차지연 없을 것 | 소의 변경요건을 심 사하여 부적법시 불 허결정 | 교환적 변경의 경우 신청 구에 대해 심판하며 구청 구의 소송자료는 신청구의 자료가 된다. 추가적 변경의 경우 구청구와 신청구가 단순병합인지 선택적 병합인지 예비적 병합인지에 따라 원시적 병합과 같이 처리 | | |
| 후 발 적 병 합 | 반소 | ① 동종절차 ② 공통관할 ③ 사실심계속중 ④ 본소청구 또는 방어 방법과 견련관계 ⑤ 절차지연 없을 것 | ① 반소요건 흠결시 각하(裁), 분리 심판(多) ② 소송요건 흠결시 소각하판결 | ① 자료의 공통 ② 절차변잡·지연의 사정 시 변론의 분리가 가능 | 일부판결 가능 | |
| | 중간확인인소 | ① 동종절차 ② 공통관할 ③ 사실심계속중 ④ 선결적 법률관계 | 병합요건 흠결시 독 립한 소로 취급할수 없으면 소각하 판결 | 원고의 중간확인인 소는 청구의 추가적 변경처럼, 피고의 중간확인인 소는 반소로 심리 | 일부판결이 이론상 불가능 하지는 않으나 부적당 | |

◆ 단순병합

1. 단순병합에서 일부판결

(1) 일부판결이 허용여부

단순병합과 통공에서만 허용→잔부판결 내지 추가판결(누락시-재판누락에 해당)

(2) 이심범위와 심판범위

일부판결인 경우 상소불가분원칙이 적용되지 않음(상소대상적격 無)/ 불변금 당연적용

2. 단순병합에서 부진정 예비적 병합

(1) 진예병과 부예병의 구별

당사자가 순위를 붙이면 예병인데, 관련성 있는 양립가능여부에 따라 구분

양립불가능-진예병 양립가능-부예병 그러나 법원이 이에 구속되는지 여부는 별개의 문제

(2) 소유권이전등기청구와 대상청구

대상청구는 전보배상으로서 집행을 대비한 장래이행의 소 가능=순위가 붙어이지만, 순위를 붙인 것이 아닌 운명 따라서 단순병합이고 부예병 아님⁵¹⁾

대판 1975.5.13, 75다308-leadig case

원고는 더 나아가 위 상고철을 특정물로 전제하고 이를 인도할 수 없는 경우의 손해배상금의 지급을 구하고 있으나, [원심은] 본건 매매목적물은 불특정다체 물인 상고철이므로 강제집행불능을 이유로 하는 대상지급을 구함은 모르되 본건 계약의 이행불능에 따른 전보배상 및 그 지연손해를 구할 수는 없는 것이라는 취지로 판시하고 있다. 그러나 물건의 인도를 구하고 그 집행불능인 경우에 대비하여 금전으로 손해배상청구를 하는 경우 그 문언을 "인도불능일 때에는" 또는 "인도하지 않을 때는"이라고 기재하는 예가 있으나 이는 "집행불능의 때"의 의미로 보아야 할 것이고 또 어느 물건의 집행 불능에 대비하여 구하는 예비적 대상청구의 성질은 이행지체로 인한 전보배상을 구하는 것이므로 이견 원고의 청구에 있어서 "상고철을 인도할 수 없는 경우에는"이라는 용어를 썼다고 해서, 특정물을 전제로 한 이행불능의 경우에 대비한 손해배상청구라고 보아야 할 이유가 없으니 이견에 있어서 원고의 이 부분청구도 주청구 부분의 집행불능에 대비한 전보배상을 구하는 것이므로 예비적 대상청구라고 보아야 할 것임에도 불구하고 원심이 위와 같이 판단하여 원고의 이 부분에 대한 청구를 배척한 조치는 집행불능에 대비한 예비적 대상청구의 소의 법리를 오해한 위법이 있다.

대판 2011.8.18, 2011다30666

채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다. 이러한 대상청구를 본래의 급부청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다. 원고가 피고 1에 대하여 주위적으로 이 사건 근저당권설정등기(이 사건 부동산에 관하여 설정된 채권최고액 4억 5천만 원의 피고2 명의의 공동근저당권설정등기)의 회복등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 피고1이 피고2와 공모하여 이 사건 근저당권설정등기를 불법말소하였다는 이유로 손해배상금 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 데 대하여 제1심법원은 주위적 청구를 인용하되, 예비적 청구를 기각하는 판결을 선고한 사실, 원고가 위 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하였으나, 원심법원은 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결이라 할 것이므로 주위적 청구를 인용한 이상 예비적 청구에 나아가 판단할 필요가 없다고 보아 제1심판결에서 원고의 피고 1에 대한 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 원고로서는 피고 1에 대하여 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 이 부분 항소를 각하한 사실을 알 수 있다. 원고의 위 예비적 청구는 주위적 청구인 이 사건 근저당권설정등기의 회복의무가 이행불능 또는 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 대상청구라고 볼이 상당하다고 할 것이므로, 이러한 주위적·예비적 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다. 따라서 원심법원으로서 원고가 항소한 부분인 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 할 것임에도 원고의 이 부분 항소를 각하한 것에는 대상청구 또는 예비적 병합에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다투지 아니한 위법이 있다.

대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결

[1] 전 소송의 판결의 주문기재에서나 이유기재에서 예비적 청구 기각의 판단이 명시되지 않은 경우, 그 예비적 청구와 소송물을 같이 하는 후 소송에 전 소송의 판결의 기판력이 미치지 여부(소극)

[2] 어느 분쟁해결을 위하여 적당한 판단을 받을 수 있도록 마련된 보다 더 간편한 절차를 이용할 수 있었음에도 그 절차를 이용하지 않았다는 사정은 소송제기에 있어 소극적 권리보호요건인 직권조사 사항인지 여부(적극)

[3] 허급심의 판결에 위법한 오류가 있음을 알게 된 당사자가 그를 시정하기 위한 상소절차를 이용할 수 있었음에도 그를 이용하지 아니하고 당연무효가 아닌 그 판결을 확정시킨 다음, 그 후 상소로 다투었어야 할 그 분쟁을 별도로 다시 제기하는 것이 허용되는지 여부(소극)

[4] 항소심판결이 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우, 상고에 의하여 주위적 청구와 예비적 청구가 함께 이심되는지 여부(적극)

[5] 항소심판결이 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구 부분에 관하여 전혀 판단하지 않은 데 대하여 당사자가 상고하여 그 예비적 청구에 대한 항소심의 판단이 누락되었다는 위법사유를 지적하였음에도 상고심에서도 법률관계상의 그 쟁점에 관한 판단을 빠뜨림으로써 그 오류가 시정되지 않은 채 상고심판결이 확정되는 경우의 구제방법(=재심)

[6] 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적, 예비적 청구 병합의 형태로 제소함에 의하여 그 소송심판의 순위와 범위를 한정하여 청구하는 이른바, 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용되는지 여부(적극)

51) 이를 관련적 단순병합(단계별 청구병합)이라고 하는 경우도 있다.

[7] 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지로 불가분적으로 결합시켜 제소하는 것이 가능한지 여부(적극)

[8] 항소심판결상 예비적 청구에 관하여 이루어져야 할 판단이 누락되었음을 알게 된 당사자가 상고를 통하여 그 오류의 시정을 구하였어야 함에도 상고로 다룰 수 없는 특별한 사정이 없었음에도 상고로 다루지 아니하여 그 항소심판결을 확정시킨 후 그 예비적 청구의 전부나 일부를 소송물로 하는 별도의 소송을 새로 제기하는 것이 권리보호 요건을 갖추지 못한 부적법한 소제기인지 여부(적극)

◆ 선택적병합

1. 개념/취지

관련성 있는 양립가능한 청구의 복수청구-본질적으로 순위의 의미가 없다.
공간적 개념의 상실

2. 이심범위/심판범위

상소불가분의 원칙-분리심판불가능 판단누락
불변금 적용여부-불변금적용없음(옛날 판례 하나 주의-그러나 불변금 아님)

대판 2006.04.27., 2006다7587

수개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그 중 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 경우에 있어서도 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 원심이 한 것처럼 선택적으로 병합된 수개의 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 한다.

3. 부진정 예비적 병합

당사자의 양립가능한 순위를 붙인 청구(부예병)-법원을 구속하는가?
주관설/적극설=당사자의 의사를 존중(처분권주의)↔객관설/소극설=청구의 객관적 성질(법원의 직권판단 가능=판례)

대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결

병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서 는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다

3. 법조경합 관계

선택적 병합이 아님

◆ 예비적병합

1. 개념/취지

양립불가능/ 관련성있는 청구권에 순위 붙여야▶안하면 소송물불특정 보정과 석명의 대상 처분권주의 발현, 순위를 붙여야 법원이 구속되어 재판-길잃은 양?

2. 이심범위/심판범위

상소불가분의 원칙-분리심판불가능 판단누락
 불변금 적용여부-불변금이 적용되거나 적용되지 않은 경우의 수

대(전)판 2000.11.16, 98다22253

청구의 예비적 병합이란 병합된 수개의 청구 중 주위적 청구(제1차 청구)가 인용되지 않을 것에 대비하여 그 인용을 해제조건으로 예비적 청구(제2차 청구)에 관하여 심판을 구하는 병합형태로서, 이와 같은 예비적 병합의 경우에는 원고가 불인 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. 그리고 이와 같은 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 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속중이라고 볼 것은 아니다. 이와 달리 원심이 주위적 청구를 배척하였음에도 예비적 청구에 대한 판단을 누락하였다면 누락된 예비적 청구 부분은 아직 원심에 소송이 계속중이라 할 것이므로 이 부분에 대한 상고는 그 대상이 없어 부적법하다는 취지의 당원 판례의 견해는 이를 변경하기로 한다.

3. 양립가능한 청구의 예비적 병합

당사자의 의사를 존중할 것인가의 문제→법원의 구속하지 않음⁵²⁾
 반대로 양립불가능한 청구를 순위를 붙이지 아니하는 경우 청구의 불특정의 문제

| | 심판방법 | | 일부판결 허용 문제 |
|--------|--------------------------------------|--|--|
| 단순 병합 | 승 패 승 패 승 패 패 승 | 모든 청구에 대해 재판 | 일부판결 허용-재판누락 |
| 선택적 병합 | 어느 하나 청구가 택일적으로 인용이 해제조건 | 주문 : 금 1000 지급하라 이유 ① 채불인정 ② [불법]해제-심판대상 x 또는 ① 채불 판단 x ② [불법] 인정 | 주문: 원고청구기각한다 이유 ① 채불배척판단 ② [불법] 판단 x → 일부판결 부적법(判 판단누락) |
| | 하나 청구가 택일적으로 「기각」 「각하」 될 것을 대비 | 주문 : 원고청구기각 이유 ① 채불 기각 ② [불법] 기각 | |

52) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다207679,207686,207693 판결

논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 주위적·예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는 바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 원심법원이 그 모든 청구의 본안에 대하여 심리를 한 다음 그중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 하였다면, 이는 법원이 위 청구의 병합관계를 본래의 성질에 맞게 단순병합으로서 판단한 것이라고 보아야 할 것이고, 따라서 피고만이 위 인용된 청구 부분에 대하여 상고를 제기한 때에는 일단 단순병합관계에 있는 모든 청구가 전체적으로 상고심으로 이심되기는 하나 상고심의 심판 범위는 이심된 청구 중 피고가 불복한 청구에 한정된다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결 등 참조).

| | | | |
|--------|---------------------------------------|--|---|
| | | 모두 배척판단 반드시 필요 | |
| 예비적 병합 | 주위적(1차) 인용▶예비적 해제 주위적 (/)각하▶예비적 판단 | 조건부 예비적 판단(법원구속) ┌ 1차 : 기각 └ 2차 : 반드시 본안판단 | ┌ 1차 : 원고청구기각판결┐ 일부 └ 2차 : 판단 X ─┘ 판결 ┌ 1차 : 판단 X └ 2차 : 선 판결⇒ 일부판결 허부문제 ⇒ 일부판결 부적법(判 판단누락) |

■ 간과판결의 운명(다만 케바케에 따라 달라질 수 있다.)

| 구분 | 객관적 병합 | | 주관적 병합 | | 교환 변경 | 소변경 | |
|----------|----------|----------|----------|----------|----------|------------------|----------|
| | 단순 병합 | 선택 예비 | 통상 공동 | 예비 선택 | | 추가변경 단순 병합 | 예비 선택 |
| 판결 누락 | O | | O | | O | O | |
| 판단 누락 | | O | | | | | O |

■ 청구의 변경

| | | 청구의 변경 (원고만) | 중간확인 의 소 (원고+피고) | 반 소 (피고) |
|-----------------|-----------------------|---|--|---|
| 객관적 병합의 공통요건 | 동종의 절차 | | | |
| | 공통의 관할 | | | |
| 후발적 병합의 공통요건 | 사실심의 변론종결 전일 것 | ① 항소심까지만 가능. 상소심에서는 불가 ② 항소심에서 소변경시 피고의 동의 필요여부에 대해 학설 대립 ③ 항소심에서 소의 변경시 재소금지 ④ 전부 승소한 자의 청구취지 확장을 위한 항소의 이익 | ① 청구의 변경과 동일 ② 항소심에서 중간확인 의 소제기시 상대방의 동의 불요 | ① 청구변경과 동일 ② 항소심에서 반소제기시 원고의 동의나 이익없는 응소 필요(원고심급이익) 다만 원고의 심급이익보장이 불요하면 원고의 동의 불요(4가지) |
| | 청구의 관련성 (항변사항) | ① 청구기초의 동일성 - i) 이익설, ii) 사실설 ②사익적 요건설 (동일성이 없어도 피고가 동의하거나, 이익 없이 응소하면 하자치유) | ① 권리관계 ② 선결성 필요 - 본소의 계속은 중간 확인 의 소의 제기요건이자 존속요건이다(이론적 필요성이 아니라 현실적 필요성이다. 즉 본소가 취하, 각하되면 확인 의 소는 각하) ③ 계쟁성(확인 의 이익) | ① 상호관련성 i) 본소청구와 관련성 ii) 본소의 방어방법과 관련성(현실제출+적법, 본권의 반소) ② 사익적 요건설 ③ 본소의 계속은 반소의 제기요건이나, 존속요건은 아니다.(본소가 취하·각하되어도 반소유지) |
| 후발적 병합의 특유요건 | 소송절차를 현저히 지연시키지 아니할 것 | 필요 - 공익적 요건, 즉 직권조사사향으로 피고가 동의, 응소하여도 하자치유 X, 이익권의 포기, 상실 대상 X | 불요 | 필요 - 소의 변경과 동일 |

1. 소의 변경

(1) 개념

소의 변경=법원 + 당사자+ 소송물의 변경⇨ 모두 시험문제
협의 소변경=청구의 변경

(2) 형태/모습

- 1) 교환적 변경=소취하+신소제기=결합설
- 2) 추가적 변경

(3) 청구취지와 청구원인의 변경의 소변경 여부

1) 청구취지의 변경⁵³⁾

원칙적으로 소변경에 해당하지만, 심판범위의 변경에 해당하는 청구취지의 확장과 감축의 이해 필요

| 청구취지의 확장 | 청구취지의 감축(축소) |
|-----------------------------|---------------------------|
| 질적 확장→상환이행에서 단순청구 | 질적 감축→단순청구에서 상환이행 |
| 양적 확장→일부청구의 잔부청구 | 양적 감축→일부청구의 축소 |
| 일부청구공정설(명시설)/소변경 인정(추가적 변경) | 원고의사 불분명⇒불분명 일부취하(소변경공정설) |

2) 청구원인의 변경

공방에 해당⇒소변경 아님

(4) 요건

(5) 절차/심판

2. 소변경의 간과

소송종료선/추가판결/
선병의 경우 전부이심 전부심판

■ 중간확인 소=추가적 변경(원고)+반소(피고)
 기판력을 위한 중간판결의 성격을 갖는 **중국판결(주문에 기재)**
 선결성=**현실설(통·판)↔이론설**

■ 반소

1. 개념/취지

독립된 소=본소방어 이상의 적극적 내용-본소의 기각·감축은 반소이익×
제3자 반소 가능⁵⁴⁾

2. 모습/형태

(1) 단순반소/예비적 반소

53) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013다69866 판결

회생채무자에 대한 회생절차개시결정으로 중단된 소송절차가 수계된 경우에 법원이 종전의 청구취지대로 채무의 이행을 명하는 판결을 할 수는 없고, 만일 회생채권자가 이를 간고하여 청구취지 등을 변경하지 아니한 경우에는 법원은 원고에게 청구취지 등을 변경할 필요가 있다는 점을 지적하여 회생채권의 확정을 구하는 것으로 청구취지 등을 변경할 의사가 있는지를 석명하여야 한다.

54) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다235042,235059,235066 판결

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.

예비적 반소에서 본소각하/취하되면 반소소멸,

본소각하에 원고 항소하면 반소도 이심·심판, -본소기각되면 반소판단 필요없음

대판 2010.08.26., 2010다30966

피고(반소원고, 이하 '피고')는 이 사건 예비적 반소로 이 사건 매매계약에 따라 원고(반소피고, 이하 '원고' 라고만 한다)에게 지급한 계약금의 반환을 구하는 것과 별도로, 원고가 피고를 상대로 제기한 출자금 반환청구의 소에서 위 계약금반환채권을 자통채권으로 하여 원고의 출자금반환채권과 상계하는 항변을 하였고, 위 상계항변이 서울고등법원 2009나457134 사건에서 모두 인용된 후 원고가 대법원 2010다35541호로 상고하였으나 2010. 7. 22. 상고기각되어 확정된 사실을 알 수 있다. 위와 같이 이 사건 예비적 반소의 원인채권인 계약금반환채권에 기한 상계항변이 다른 사건에서 인용되어 이미 확정된 이상, 이 사건 예비적 반소는 소의 이익이 없게 되어 부적법하게 되었으므로, 원심판결 중 이 사건 예비적 반소에 관한 부분은 상고이유에 대하여 살펴볼 필요 없이 그대로 유지할 수 없다. 그러므로 원심판결 중 예비적 반소 부분을 파기하되, 이 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 따라 재판하기로 하는바, 제1심판결 중 예비적 반소 청구를 인용한 원고 패소 부분을 취소하고, 피고의 예비적 반소 청구를 각하한다

(2) 제3자반소/제3자에 대한 반소-허용

제3자반소도 반소의 일종이므로 반소요건을 충족. 다만 반소재판적에 관한 제269조 규정을 적용할 수 있는지 문제이다. 그런데 판례에 따르면 제3자반소는 필수적 공동소송관계를 성립시키는 경우에 한하여 허용되므로, 제3자반소의 경우 반소재판적에 관한 제269조의 규정이 적용되는가의 여부에 관계없이 재판적이 성립된다.⁵⁵⁾

3. 요건

제269조-상호관련성

4. 절차/심판

반소요건이 흠결되는 경우 각하설(판례⁵⁶⁾)과 분리심판설(다수설)

| 구별 | 청구변경 | 반소 |
|-------------|---|---|
| 법적 성질 | 추가적 변경: 후발적 병합 교환적 변경: 구소취하+신소제기 | 본소에 준해 취급 ① 반소장 제출 ② 소송요건 |
| 적법요건 | 일반요건 | ① 소의 이익 ② 관할 |
| | 특별요건 | ① 본소의 사실심변론종결전 ② 상호관련성 ③ 현저히 지연시키는 경우가 아닐 것 |
| 법원의 조치 | ① 부적법: 불허결정 ② 적법: 명시적 재판 불요 | ① 반소요건의 흠→(사익요건 관련 이의권상실 여부 검토)→ 부적법 각하 (vs. 분리심판) ② 심리의 병합과 1개의 전부판결 (일부판결 가능여부 검토) |
| 항소심에서의 특별문제 | 추가적 변경 : ① 심급의 이익 ② 불변경원칙 교환적 변경 : 재소금지의 원칙 | 심급의 이익(피고의 동의) |

55) 필수적 공동소송의 경우에는 제25조 제2항의 규정이 적용되기 때문이다.

56) 대법원 1965. 12. 7. 선고 65다2034, 2035 판결

항소심에서 상대방의 동의없이 제기한 반소는 그 반소자체가 부적법한 것이어서 단순한 관할법원을 잘못된 소제기와는 다른 것이므로 이를 각하하였음이 부당한 것이라 할 수 없다.

제2장 다수당사자 소송/주관적 병합/당사자 복수

◆ 개관

| | | |
|-----------|---------------------|---|
| 공동 소송 | 요건 | ┌ 주관적 요건(제65조 전문과 후문) ◯ 항변사항 └ 객관적 요건(제253조 : ① 동종절차, ② 공동관할) ◯ 직권조사사항 |
| | 유형 (일반적 공동소송) | 합일확정의 필요 ┌ X : 통상공동소송 ◯ 독립의 원칙(제66조) ◯ 수정의 원리(주장공통, 증거공통의 문제) └ O : 필수적 공동소송(제67조) ┌ 고유필수적 공동소송 └ 유사필수적 공동소송 |
| | 특수 공동 소송 | ① 예비적·선택적 공동소송(제70조), ② 선정당사자(제53조), ③ 주관적·추가적 병합 |
| 소송 참가 | 유형 | 당사자적격 ┌ X : 단순보조참가(제71조) └ O : 공동소송적보조참가(제78조) 소송고지-기판력 └ O : 당사자참가 ┌ 판결의 효력 O, 연합관계 - 공동소송참가(제83조) └ 판결의 효력 X, 대립관계 - 독립당사자참가(제79조) ▶ 소송탈퇴 |
| | 공동 요건 | ① 타인간 소송계속 중, ② 참가신청(참가취지, 참가이유) |
| 당사자 변경 | 당사자 적격 승계 X | 임의적 당사자변경 (1) 명문규정 O ┌ 혼동 : 교환 - 피고경정(제260조) └ 누락 : 추가 ┌ ① 고유필수적 공동소송인 추가(제68조) └ ② 주관적 예비적·선택적 공동소송인 추가(제70조) (2) 명문규정 X(원고경정, 통상공동소송인 추가) ▶ 판례: 불허(통설·허용) |
| | 당사자 적격 승계 O | (1)당연승계(제233조 이하) ◯ 실체법상 포괄승계 원인 발생(사망, 합병) (2)특정승계(소송의 목적인 권리의무의 승계) ┌ 자발·참가승계(제81조) └ 강제·인수승계(제82조) ┌ 교환적 인수 └ 추가적 인수 |

◆ 공동소송

1. 통공

공동소송인 독립의 원칙-α와 Ω ⇔ 수정의 원리

상소불가분의 원칙 X-판결확정의 문제/소송절차의 중단

대판 2012.08.30., 2010다39918

수인이 부동산을 공동으로 매수한 경우, 매수인들 사이의 법률관계는 공유관계로서 단순한 공동매수인에 불과할 수도 있고, 수인을 조합원으로 하는 동업체에서 매수한 것일 수도 있는데, 부동산의 공동매수인들이 전매차익을 얻으려는 '공동의 목적 달성' 을 위하여 상호 협력한 것에 불과하고 이를 넘어 '공동 사업을 경영할 목적' 이 있었다고 인정되지 않는 경우 이들 사이의 법률관계는 공유관계에 불과할 뿐 민법상 조합관계에 있다고 볼 수 없다. 공동매수의 목적이 전매차익의 획득에 있을 경우 그것이 공동사업을 위하여 동업체에서 매수한 것이 되려면, 적어도 공동매수인들 사이에서 매수한 토지를 공유가 아닌 동업체의 재산으로 귀속시키고 공동매수인 전원의 의사에 기하여 전원의 계산으로 처분한 후 이익을 분배하기로 하는 명시적 또는 묵시적 의사의 합치가 있어야만 하고, 이와 달리 공동매수 후 매수인별로 토지에 관하여 공유에 기한 지분권을 가지고 각자 자유롭게 지분권을 처분하여 대가를 취득할 수 있도록 한 것이라면 이를 동업체에서 매수한 것으로 볼 수는 없다.

2. 필공 ⇒ 합일확정-α와 Ω

(1) 형태

1) 고필공-실체법 필공 ▶ 제294조 제296조, 제272조, 제276조

특히 공유에서 문제-소유권확인, 공동소송인 상속재산확인, 매매예약완결권(아님)⁵⁷⁾

조합/동업은 합유 필공

2) 유필공-절차법적 필공 ▶ 절차적 합일확정(채권자대위소송-기판력)

(2) 이심범위/심판범위

상소불가분의 원칙/불이익변경금지 원칙 적용-항소하지 않은 자의 지위-항소인설, 선정자설/단순한 상소심 당사자설(통·판)

| | 통상공동소송 | 필수적 공동소송 |
|-------|--|--|
| 의의 등 | ▶ 합일확정 불요 ▶ 공동소송인 독립의 원칙 | ▶ 합일확정 필요 ▶ 법률상 강제 ◯-고필공 ↳ X-유필공(판결효 미치는 자) |
| 소송 요건 | 각 공동소송인 개별조사 일부 흡결 ⇨ 일부 각하 | 각 공동소송인 개별조사(∴소송관계의 복수) 일부흡결 ◯ 고필공 - 전부 각하 ↳ 유필공 - 일부 각하 |
| 소송 자료 | ① 1인의 소송행위 ▶ 다른 공동소송인에 영향 X ② 기일 기간의 해태 ▶ 다른 공동소송인에 영향 X | (1) 1인의 소송행위 ↳ 유리한 소송행위(부인·항변, 응소 기일, 기간) 전원에 대하여 효력 ↳ 불리한 소송행위(자백, 청구의 포기 인낙, 재판상 화해) 전원이 함께 해야 효력 (2) 1인에 대한 소송행위→유리·불리를 불문하고 전원에 대해 효력 |
| 소송 진행 | (1) 같은 기일에 심판할 필요 X ∴ 변론의 분리, 일부판결 (2) 공동소송인 1인에 대한 중단·중지 그 자에 대해서만 효과 (3) 상소기간 ◯ ① 각별진행 ↳ ② 각별종료 ↳ ③ 분리확정 | (1) 같은 기일에 심판 필요(변론, 증거조사, 판결) ∴ 변론의 분리 X, 일부판결 X (2) 공동소송인 1인에 대한 중단·중지 전원에 대해서 효과 (3) 상소기간 ◯ ① 각별진행 ▶ 전원에 대한 기간 만료시 확정 ↳ ② 전원종료 ↳ ③ 1인 상소 ▶ 확정차단·전부이심 (4) 1인 상소시 다른 공동소송인에게 상소의 효력 지위 : 단순한 상소심 당사자설 (多判, ∴합일확정상 이심되는 특수지위) |
| 재판 | 불통일 ▶ 수정원리 필요 | 통일(합일확정) |

3. 예비적·선택적 공동소송

양립 불가능성-일부와 양립하지 않은 경우도 가능

양립하지 않는 관계이면 소송물이 동일하지 않아도 가능

필공관계-합일확정(불이익변경금지 부적용)-소송물처분행위 예외-문제참조

57) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 전원합의체 판결

갑이 을에게 돈을 대여하면서 담보 목적으로 을 소유의 부동산 지분에 관하여 을의 다른 채권자들과 공동명의로 매매예약을 체결하고 각자의 채권액 비율에 따라 지분을 특정하여 가등기를 마친 사안에서, 채권자가 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 갖는 것으로 보아, 갑이 단독으로 담보목적물 중 자신의 지분에 관하여 매매예약완결권을 행사할 수 있고, 이에 따라 단독으로 자신의 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

※ 객관적 병합과 예비적 공동소송의 결합형태로서 중첩적소송 복합소송 혹은 교차적 병합이 가장 어려운 문제로 출제된 가능성. 현직 교수들이 가장 어렵다고 생각하는 문제임 철저 대비할 필요성

소의 객관적 병합과 주관적 병합의 경합

대판 2011.9.29, 2009다7076

제70조 제1항에서 '법률상 양립할 수 없다'는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 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 핵심적 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, 실제법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함한다. 주관적·예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정기 차단되고 상소심에 이심되어 심판대상이 되고, 이러한 경우 상소심의 심판대상은 주위적·예비적 공동소송인들 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다. 한편 소유권이전등기가 차례로 경료된 경우 최종 명의인을 상대로 그 말소를 구하는 소송과 그 직전 명의인을 상대로 소유권이전등기를 구하는 소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상 공동소송이며, 이와 같은 통상 공동소송에서는 공동당사자들 상호간의 공격방어방법의 차이에 따라 모순되는 결론이 발생할 수 있으므로(대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9872 판결, 통상 공동소송에서 상소로 인한 확정지단의 효력은 상소인과 그 상대방에 대해서만 생기고, 다른 공동소송인에 대한 청구에 대하여는 미치지 아니한다.

◆ 소송참가

1. 유형

| | | |
|---------------------------------------|----------------------|---|
| 보조참가 (당사자적격 無) ⇒ 신소제기의 실질 無 | (단순)보조참가 (제71조) | 소송결과에 이해관계 있는 제3자가 참가하는 경우로서 참가적 효력을 받음 ⇒ 소송고지 |
| | 공동소송적 보조참가 (제78조) | 판결효를 받을 제3자가 보조참가하는 경우(기판력 ○, 반사효 X) |
| 당사자참가 (당사자적격 有) ⇒ 신소제기의 실질 有 | 독립당사자참가 (제79조) | 3면 대립·견제관계로서 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나 소송결과에 따라 권리가 침해 된다고 주장하는 제3자의 참가 ⇒ 소송탈퇴문제 |
| | 공동소송참가 (제83조) | 판결효를 받을 제3자가 원·피고의 공동소송인으로서 참가하는 경우(기판력 ○, 반사효 X) |

2. 소송고지의 효력

대판 2015.05.14, 2014다16494

소송고지의 요건이 갖추어진 경우에 그 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있으면 민법 제174조에 정한 시효중단사유로서의 최고의 효력이 인정된다. 나아가 시효중단제도는 제도의 취지에 비추어 볼 때 그 기산점이나 만료점을 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 바람직하고, 소송고지에 의한 최고는 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것이므로 만일 법원이 소송고지서의 송달사무를 우연한 사정으로 지체하는 바람에 소송고지서의 송달 전에 시효가 완성된다면 고지자가 예상치 못한 불이익을 입게 된다는 점 등을 고려하면, 소송고지에 의한 최고의 경우에는 제265조를 유추 적용하여 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다고 봄이 상당하다.

3. 참가적 효력과 기판력의 비교

| | 참가적 효력 | 기판력 |
|-----------|---|--|
| 의 의 | 피참가인이 패소하고 피참가인이 참가인을 상대로 후소를 제기한 경우에만 발행하는 효력 | 승소나 패소를 불문하고 일률적으로 발생하는 효력(실질적 확정력) |
| 성질 및 주장 | (1) 참가인에게 충분한 소송수행의 기회가 보장되었을 경우에 발생하는 효력 (2) 당사자의 원용이 있어야 비로소 발생하는 효력(항변사항) | (1) 당사자로 소송수행한 이상 구체적 사정에 좌우되지 않고 무조건적으로 발생하는 효력 (2) 법원의 직권조사사항 |
| 주관적 범위 | 참가인과 피참가인 | 당사자 |
| 객관적 범위 | 판결주문 중의 판단뿐만 아니라, 판결이유 중의 사실상·법률상 판단 | 판결주문 중의 판단에만 발생 |
| 효력배제 허용여부 | 예외적 효력배제 인정 | 예외 x |

◆ 독립당사자 참가

1. 개념/구조

공동소송당사자참가↔독립당사자 참가
3면소송설▶필공관계⇒3면소송 붕괴▶통공

2. 적법요건

(1) 소송요건

(2) 참가요건(제79조)

참가이유-권리주장참가⁵⁸▶양립불가능-이중매매x
-사해방지참가⁵⁹▶사해의사설

(3) 참가취지

- 1) 쌍면참가
- 2) 편면참가

58) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312,71329,71336,71343 판결

독립당사자참가인의 권리 또는 법률상의 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위협을 받거나 방해를 받는 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 자기의 권리 또는 법률관계의 확인을 구하여야 할 것이고, 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인하는 원고가 자기의 주장과는 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 원고 주장의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 것만의 확인을 구하는 것은, 실형 그 확인의 소에서 독립당사자참가인이 승소판결을 받는다고 하더라도 그 판결로 인하여 원고에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 그 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니어서, 그와 같은 부존재확인인 소는 자기의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 불안, 위협을 해소시키기 위한 유효적절한 수단이 될 수 없어서 확인의 이익이 없다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다75635, 75642 판결 참조).

59) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548,47555 판결 [소유권이전등기·사해행위취소]

채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 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 사해행위취소의 상대적 효력에 의하면, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우, 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다.

(4) 절차/심판

- 1) 절차-중첩, 사면소송 불허
- 2) 필공관계-합일확정-모순없는 하나의 판결=참가가 적법한 것을 전제
- 3) 판결에 상소-상소인설/피상소인설/이중적 지위설/단순한 상소심당사자설(통설)

(5) 독당참가의 붕괴

1) 본소취하/각하

3면붕괴 통공관계

2) 참가의 취하/각하

본소의 원피고가 본안에 응소한 경우 동의받아 취하/한쪽 취하하는 경우 편면참가

3) 소송탈퇴

조건부포기인낙설(다수설·판례)↔청구잔존설
 기판력 및 집행력 포함설

◆ 소송승계-생성중인 기판력

| | | |
|---------------------------------|--|--|
| ① 甲 → 乙 丙 ← | ② 甲 → 乙 丙 | ③ 甲 → 乙 丙 |
| 점유이전 | 점유이전 | 점유이전 |
| 소제기 | 변론종결 | |
| ① 甲 → 乙 丙 ← 피고 경정 | ② 甲 → 乙 丙 ↓ 계속 중 점유이전 | ③ 甲 → 乙 丙 ↓ 변종 뒤 ↓ 승계인 |
| 제260조 피고경정 신청을 받아 바꾸고 판결을 받아야 함 | 81조 참가승계 - 丙 스스로 82조 인수승계 - 강제로 乙을 丙으로 바꾸어 판결을 받아야 함 | 218조 ①항 적용 8 판결효 미침 8 승계집행문 부여 받아 집행가능 |

1. 당연승계

사망에 의한 소송절차의 중단 문제

2. 특정승계

당사자변경을 전제로 설명하고 있으나 **특정승계인 소송승계만 별도 파악**

승계인의 범위는 기판력의 승계인의 범위와 동일

판결을 받은 이유는 집행을 목적으로 하는 것임/집행불가능 하다면 승계를 인정할 필요가 없다. 따라서 승계인의 범위는 적격승계인, 경쟁물의 승계인일 수밖에 없다.

(1) 참가승계

자발적 참가-권리자 의무자도 가능/비탈퇴자의 탈퇴자의 관계는 필공⁶⁰⁾

60) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전합

(2) 인수승계

비자발적 강제인수-교환적 인수와 추가적 승계(부정설-判)

◆ 승계인의 범위

| 구분 | 승계유형 | 사 례 |
|-------------|--------|---|
| 소송물 자체의 승계인 | 교환적 인수 | <ul style="list-style-type: none"> ■ 소유권확인의 소송계속중 소유권 양수자 ■ 이행청구소송계속 중 채권을 양수한 자이거나 채무를 면책적으로 인수한 자 |
| 계쟁물 승계인 | 교환적 인수 | <ul style="list-style-type: none"> ■ 건물인도청구소송 중 계쟁물인 건물을 매수 또는 임차한 자 ■ 건물철거소송 중 계쟁물인 건물을 양수한 자 |
| | 추가적 인수 | <ul style="list-style-type: none"> ■ 원고토지인도와 피고건물철거소송 중 계쟁물인 건물의 일부를 임차한 자 ■ 원인무효 이전등기말소청구소송 중 피고로부터 다시 이전 등기를 받은 자 |

권리승계형 승계참가 후 원고가 원고승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않아 소송에 남아있는 경우 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조를 적용할 수 있는지 여부(적극)◇

2002년 민사소송법 개정 후 피참가인인 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대하여 다투지 않고 그 소송절차에서 탈퇴하지도 않은 채 남아있는 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구가 통상공동소송 관계에 있다는 취지로 판단한 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다 65850 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.