

## 제4판 머리말



원래 이 책은 민사소송법 조문·쟁점집이라는 형태로 2009년에 처음 출간한 책이다. 그러다가 조문·쟁점집은 3판까지 출간을 하고, 이를 수정·보완하여 슬림한 조문집이라는 형태로 2012년에 초판을 출간하였다. 그러다가 2, 3판에서는 사법시험 등의 2차 시험 준비생뿐만 아니라, 법원직 시험, 변호사 시험 등의 선택형(객관식) 시험을 준비하는 사람들도 공부할 수 있게 내용을 상당히 보완하였다. 이번 2016년 대비 제4판에서도 그 기조를 계속 유지하면서, 2015년 7월까지의 최신 법령, 판례 등을 상당부분 보완하였다. 객관식 시험이든 주관식 시험이든 법 공부의 기본은 무엇보다 조문이다. 민사소송법의 경우도 다르지 않다. 절차법·실무법인 민사소송법은 조문이 절차의 순서에 따라 규정되어 있으므로, 조문만 유심히 보아도 절차를 이해할 수 있는 부분이 상당히 많다. 객관식 시험은 말할 필요도 없고, 요즘의 주관식 시험도 판례가 없음에도 조문을 찾아 적는 문제가 상당히 많다. 아마도 수험생들이 조문에 대한 공부가 미흡하다는 것을 교수님들이 인지하고, 조문에 대한 공부를 강조하시기 위하여 그런 출제를 하고 있다고 생각된다. 이번 슬림한 조문집 제4판은 요즘의 수험경향에 부합할 수 있도록 조문에 대한 상세한 해설, 관련 판례, 법령 등을 숙지할 수 있도록 하였으므로, 이를 잘 활용한다면 자신이 준비하는 시험에서 민소법 고득점은 충분히 가능할 것이다.

감사를 드릴 분들이 있다. 이번 제4판(실제로는 제7판)은 더 차음 출판사의 박원준 대표님, 남원기 본부장을 비롯한 출판사 분들의 많은 수고가 있었다. 고맙게 생각한다. 그리고 항상 많은 도움을 주시는 이규호 교수님(중앙대 법학전문대학원 교수, 차세대콘텐츠재산학회 회장)과 법검단기 백광훈 대표교수님에게도 고마움을 전한다.

수험생활은 외롭다. 하지만 조금만 그 시간을 지나면 결코 외롭지 않은 시간을 보낼 수 있다. 그 수험생활에 이 조문집이 최종합격에 도움이 되는 교재가 될 수 있다면 편저자로서는 더한 기쁨이 없겠다.

2015. 8. 5

시흥동 寓居에서 편저자 김춘환

## 초판 머리말



사법시험, 변리사, 법무사 시험의 1차에 합격하고, 2차 민사소송법을 처음 공부하다보면 교과서의 어려운 서술과 내용에 당황하게 되고, 특히 평소에는 접해보지 못하는 민사소송절차를 공부해야 할 때 상당한 어려움을 느끼게 된다. 민사소송법은 국가가 법원이라는 재판기관을 설치하고 국가의 공권력에 의하여 민사 분쟁을 강제로 해결하는 절차법이니 만큼 당연히 절차에 대한 이해가 선행되어야 하겠지만, 그렇게 절차를 스스로 접하면서 공부할 수 없는 것이 현실이다.

그렇다면 민사소송절차를 간접적이거나 이를 이해하면서, 공부를 할 수 있는 방법은 없는 것일까? 있다. 바로 조문을 중점적으로 공부하는 것이다. 많은 수험생들이 1차 공부할 때는 조문과 판례를 중심으로 시험공부를 하면서도, 2차 공부 시에는 시험장에서 법전을 준다는 이유로 조문 공부를 등한시 하는 예가 많다.

하지만 우리나라 같은 성문법 국가에서는 조문의 의미가 확실하다면 조문이 당연히 우선되는 것이고, 의미가 불명확하면 그 때 판례, 학설의 해석론이 등장하는 것은 주지의 사실이다. 민사소송법도 다르지 않다. 바로 수험생들이 어려움을 호소하는 교과서도 민사소송법의 조문을 분설하여 그 의미를 명확하게 하고, 그에 대한 판례, 학설을 종합해 놓은 것이다.

그렇다면 2차 민사소송법을 공부할 때도 그 조문의 의미를 먼저 이해하고, 그에 대한 판례, 학설을 공부한다면 훨씬 더 쉽게 민사소송법을 공부할 수 있을 것이라 생각된다.

특히 민사소송법의 조문은 절차를 중심으로 규정되어 있기 때문에 그 흐름대로 공부하다보면 간접적이거나 민사소송절차를 이해하는데도 상당한 도움이 될 것이다.

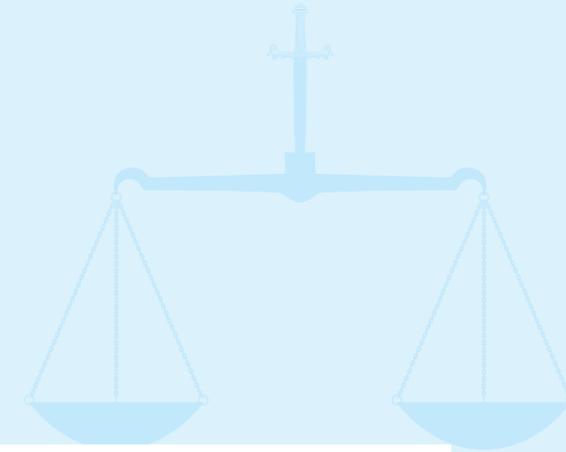
바로 이 신민사소송법 테마 조문?쟁점집은 바로 이와 같은 문제 상황을 인식하고 만들어진 책이므로, 조문의 의미를 분석한 것은 물론 그와 관계된 쟁점에 대한 판례, 학설 등을 정리하여 2차 민사소송법을 공부하는 분들에게 상당한 도움이 될 것이라고 감히 자부한다. 그리고 그냥 봐도 무리가 없으나, 강의를 참고한다면 훨씬 더 이해가 쉬울 것이라 생각하므로, 조문집에 대한 강의도 적극 활용해 보길 권한다.

감사를 드릴 분들이 있다. 먼저 자주 연락드리지 못해 송구스러운 편저자의 대학원 지도교수이신 김상영 교수님(법학박사, 변호사, 사시 제43회, 제48회 출제위원)의 學恩에 항상 감사드린다. 그리고 이 책을 내는데 많은 도움을 주신 한림법학원 조대일 원장님과 출판부의 김성률 대리님께 고마움을 전하고, 편저자를 위해 항상 기도하시는 어머니가 항상 건강하기를 기원해 본다.

그리고 마지막으로, 이 책으로 공부하는 모든 수험생들이 자신이 공부한 만큼의 성과가 나와, 꼭 자기가 원하는 시험에 합격하여 이 사회에서 필요한 사람이 되기를 간절히 기원해 본다.

2009년 2월 20일  
신림동 연구실에서 편저자 김춘환 드림

## 차례



<b>I 총칙</b>	009
01   법원	017
02   당사자	036
03   소송비용	088
04   소송절차	097
<b>II 제1심의 소송절차</b>	209
01   소의제기	210
02   변론과 그 준비	274
03   증거	278
04   제소전 화해의 절차	318
<b>III 상소</b>	321
01   항소	328
02   상고	340
03   항고	349

<b>IV 재심</b>	357
<b>V 독촉절차</b>	373
<b>VI 공시최고절차</b>	379
<b>VII 판결의 확정 및 집행정지</b>	387
<b>VIII 민사소송규칙 및 기타법률</b>	393
· 민사소송규칙	394
· 소액사건심판법	420
· 민사조정법	425
· 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률	434



# I 편

---

## 총 칙

- 제1장 법 원
- 제2장 당사자
- 제3장 소송비용
- 제4장 소송절차

**제1조 [민사소송의 이상과 신의성실의 원칙]**

- ① 법원은 소송절차가 “공” “정” 하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.
- ② 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다.

**조문해설**

※ 제1조 1항 - 민사소송의 이상

**1. 적정**

(1) 의의 : 올바르고 잘못이 없는 진실발견의 재판.

(2) 구현제도

- 1) 변호사대리의 원칙(제87조), 구술주의(제134조), 직접주의(제204조), 석명권행사(제136조), 직권증거조사(제292조), 교호신문제도(제327조)와 3심제도, 재심제도 등의 불복신청제도 등이 있으며, 법원의 자격제한과 신분보장제도 등이 예.
- 2) 재판도 헌법소원의 대상으로 삼고 있는 나라에서는 판결의 내용이 현저히 부당한 때에 하는 헌법소원도 그 예.

(3) 한계

- 1) 처분권주의(제203조)와 변론주의의 원칙에 의하여 반드시 모든 사람에게 보편타당한 정의의 구현이 아니라, 당사자 사이에만 타당한 분쟁의 상대적 해결로 만족해야 하는 것임을 유의.
- 2) 당사자가 자백하는 경우에 사실의 진실 여부를 가리지 않고, 법원은 그대로 사실을 확정해야 하는 것(제288조).
- 3) 실제적 진실을 찾아 무제한 심리를 반복할 수는 없음. 진실은 시간이 갈수록 희석이 되는 것이고 진실규명에 들이는 시간·노력·비용도 고려하여야 하기 때문.

**2. 공평**

(1) 의의

- 1) “한쪽말만 듣고 송사하지 못한다”는 말대로 재판의 적정을 위해서는 당사자의 한쪽에 치우쳐서는 안 되며 양쪽 당사자를 공평하게 취급. ∴ 법원은 ‘중립적 제3자’의 위치에서 어느 쪽에도 편파 됨이 없이 양쪽 당사자 진술을 경청하는 도량을 가져야 하며, 각자 자기의 이익을 주장할 수 있는 기회를 부여해야 함(절차보장).
- 2) 즉 양쪽 당사자에게 쟁점이 될 소송자료 및 법률적 견해를 제출할 기회를 동등하게 부여(제136조 4항, 규칙 제28조 2항), 상대방의 방어권을 봉쇄한 채 당사자 한쪽의 주장·증명만으로 불의의 타격을 가하는 일을 피하여야 함.
- 3) 이는 법원의 의무, 당사자는 권리로서 이를 요구할 수 있음. 특히 최근 헌법재판소도 “정정보도청구의 소에서 사실증명에 관해서 증명 아닌 간이한 소명으로 대체함은 당사자인 언론사의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다(헌재결 2006.6.29, 2005헌마165·314 등).”고 하면서 공정한 재판을 받을 권리를 인정.

(2) 구현제도

심리의 공개, 법원의 제척·기피·회피제도(제41조), 쌍방심리주의<sup>1)</sup>, 소송절차의 중단·중지제도(제233조), 대리인제도, 준비서면에 예고하지 않은 사실의 진술금지제도(제276조)가 있음.

**3. 신속**

(1) 의의 : 권리보호의 지연은 권리보호의 거절과 같은 것' 이고, '지연되는 정의는 정의가 아니다' 라는 법언이 있음(Justice delayed is justice denied). 소송촉진은 아무리 강조하여도 지나친 것이라 할 수 없는 것으로서, 법원의 의무인 동시에 우리 헌법 제27조 3항 전문에서 보장하고 있는 기본권의 하나(신속한 재판을 받을 권리).

(2) 구현제도

- 1) ① 독촉절차(제462조)·제소전화해절차(제385조)·소액사건심판절차(소액사건심판법) 등 특수절차 ② 변론준비절차(제279조) ③ 기일연기의 제한(제165조) ④ 적시제출주의(제146조) ⑤ 재정기간을 지키지 아니한 경우 실권효(제147조), 실기한 공격방어방법에 대한 각하(제149조), 기일불출석에 대한 제재인 자백간주(제150조)·취하간주(제268조) ⑥ 선고기간의 법정(제207조), 상하급심간의 기록송부기간(제400조, 제425조) ⑦ 소송지휘권에 의한 절차의 직권진행(제135조 이하) 등.
- 2) 피고의 소송지연에 대한 방지책으로 연 20%의 지연손해금(소송촉진등에 관한 특례법), 원칙적 변론기일의 지정(제258조), 소송지연을 목적으로 한 제척·기피신청에 대한 간이각하(제45조), 원칙적 가집행선고(제213조), 원심재판장의 상소장심사제도(제399조, 제425조), 소액사건심판법상의 이행권고결정, 변론종결후의 즉시 판결의 선고, 판결서의 이유 기재의 생략(제208조), 상고의 제한(제423조 이하), 상고심절차에 관한 특례법의 심리불속행제도 등으로 소송의 촉진을 구현. 쟁점정리 뒤의 집중증인신문 등으로 심리를 마치도록 한 집중심리제도.

(3) 구제방법

- 1) 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 경우는 헌법소원(제68조)에 의한 구제의 길이 열려 있으며, 국가배상청구 가능.
- 2) 06년에 마련한 대법원의 '적시처리예규'는 제한된 사건에 한정하였지만, 이는 당사자의 소송자료 적시제출의무와도 대응이 됨.

**4. 경제**

(1) 의의

- 1) 소송수행에 있어서 법원이나 당사자가 과도한 비용과 노력을 소모하게 하면 안 됨.
- 2) 이러한 저비용·고효율의 신법운동도 법원의 의무인 동시에 당사자의 권리로서 당사자는 그 보장을 요구할 수 있는 것.

주

1) 특히 이를 위반한 경우 확정전에는 상소(제424조 1항 4호), 확정후에는 재심이 가능하다(제451조 1항 3호).

(2) 구현제도

- 1) ① 구술신청제 ② 소액사건에서의 구술에 의한 소제기와 상고제한 ③ 소의 병합 ④ 소송구조와 소송 이송 ⑤ 추인이나 이의권(제151조)의 상실에 의한 절차상의 흠의 치유제 ⑥ 현실성 있는 변호사보수의 소송비용산입제 ⑦ 지급보증위탁계약서 이른바 보증서에 의한 담보의 제공 제도 ⑧ 현행법상의 답변서제출의무(제256조)와 무변론판결제도(제257조) 등.
- 2) 일부 보험회사 차원에서 시도되는 소송보험제도의 확립이 바람직하다는 견해가 유력(이시윤, 24면).

※ 제1조 2항 - 신의칙

1. 신의칙의 의의 및 보충적 적용여부

(1) 의의

- 1) 신의칙이란 모든 사람은 사회공동생활의 일원으로서 서로 상대방의 신뢰가 헛되이 되지 않도록 성실하게 행동하여야 한다는 원칙.
- 2) 특히 현행법 제1조는 구법 제1조가 근래 독일의 협동주의라는 급진적인 주장을 받아들이는 인상을 줄 우려가 있다는 비판(호문혁)을 받아들여, 이를 표현상 개정(전병서 44면).

(2) 보충적 적용여부

- 1) 학설
  - ① 보충적 적용설 : 투쟁적 소송관, 민소법 제1조는 민법 제2조의 주의규정
  - ② 선택적 적용설 : 협동적 소송관, 민소법 제1조는 민법 제2조에 대한 특별규정
- 2) 判例 : 소취하계약에 반해 소를 유지한 사안에서 계약해석이나 소의 이익으로 해결할 수 있음에도 “신의칙에 반한다”고 각하하여 선택적 적용설의 입장으로 볼 수 있음(대판 1993.5.14, 92다21760, 정동윤·유병현 29면).
- 3) 검토 : 구체적 사안의 형평성 - 선택적 적용설<sup>2)</sup>의 입장이 타당.

2. 신의칙이 적용되는 사람

민사소송법 제1조 2항은 “당사자와 소송관계인”이라 규정하고 있으므로, 신의칙은 당사자인 원고, 피고 뿐만 아니라 보조참가인, 법정대리인·소송대리인은 물론 증인·감정인, 나아가서 조사·송부촉탁을 받은 자에게도 미침(통설).

주

2) 특히 수험생의 입장에서는 기존의 학설들이 논하고 있는 예가 거의 개별규정이나 법해석에 의해서도 설명되는 예라는 점을 고려할 때, 신의칙 부분을 풍부하게 논하기 위해서는 기존 다수설, 판례의 입장을 따르는 것이 좋을 것이라고 생각한다.

3. 발현형태

(1) 소송상태의 부당형성

- 1) 의의 : 당사자의 일방이 상대방을 속여 자기에게 유리한 소송상태나 상대방에게 불리한 상태를 만들어 놓고 이를 이용하는 행위.
- 2) 구체적 예
  - ① 국내에 재판적이 없는 자에 대해 재산을 국내에 만들어 소송하는 재판적의 부당형성, ② 고액채권을 소액채권으로 세분하여 일부청구를 하는 경우(선택적 적용설에 의하면 소액사건심판법 제5조의2 위반이자 신의칙위반이 되나, 보충적 적용설에 의하면 같은 법 위반), ③ 주소 있는 자를 주소불명의 행방불명자인 것처럼 해놓고 공시송달을 하게 하는 공시송달의 남용(보충적 적용설에 의하면 제173조 추후보완상소나 제451조 제1항 제3호, 제11호 재심사유로 해결), ④ 관리자가 소송에서 제3자로서 증인으로 나서게 하기 위해 타인에게 권리를 양도하는 외관을 갖추고 그 관리자를 증인으로 신청하는 행위.
- 3) 보충적 적용설의 입장
- 4) 검토 - 선택적 적용설

(2) 선행행위와 모순되는 거동

- 1) 의의 : 당사자의 일방이 과거에 일정방향의 태도를 취하여 상대방이 이를 신뢰하고 자기의 소송상의 지위를 형성하였는데 이 신뢰를 저버리고 종전의 태도와 모순되는 거동을 하는 경우
- 2) 구체적 예
  - ① 부제소특약에 반하는 소의 제기 ② 소취하 계약에 반하는 소송의 유지 ③ 일부청구임을 명시하지 않은 경우에 판결확정 후 하는 잔부청구(일부청구의 허부에 관한 명시설과 일부청구부정설에 따른 경우) ④ 어느 사실의 존재를 계속해서 주장, 증명한 자가 그 사실에 기해 소를 제기당한 경우 태도를 바꾸어 이 사실을 부인하는 경우<sup>3)</sup> 등
- 3) 보충적 적용설의 입장
- 4) 검토 : 선택적 적용설의 입장
- 5) 한계 : 다만 뒤의 행위가 진실이고 모순의 정도나 상대방의 불이익의 정도가 크지 않은 경우와 가사소송과 같이 객관적 진실을 우선 시켜야 하는 경우에는 신의칙의 적용이 제한.

(3) 소권(소송상 권능)의 실효

- 1) 의의 : 당사자의 일방이 소송상의 권능을 장기간에 걸쳐 행사하지 않아 이를 행사하지 않으리라는 정당한 기대가 상대방에게 생기고, 상대방이 그에 기하여 행동한 때에는 그 소송상의 권능은 실효된다는 것.

주

3) 예를 들어 매수인 甲이 매도인 乙을 상대로 매매계약이 유효하다고 주장하며 목적물반환청구를 하여 승소확정판결을 받아, 후소로 매도인 乙이 매매계약이 유효임을 이유로 대금인도청구를 한 경우에, 매수인 甲이 태도를 바꾸어 매도인 乙을 상대로 매매계약이 무효라고 주장하는 경우.

2) 구체적 예 : 학설은 보통 기간의 정함이 없는 항소권<sup>4)</sup>, 통상항고, 이의, 판결정정신청 등의 각종의 신청, 형성소권 등에 적용.

3) 소송상 권능(소권)의 실효 인정 여부

① 문제점

② 학설 : 소권실효○(이시윤), 소권실효X(정동윤, 강현중), 실체법상 권리실효(호문혁)

③ 판례(대판 1996.7.30. 94다51840)

가. 사실관계

나. 판시사항

실효의 원칙이라 함은 권리자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니함에 따라 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 경우에 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 아니한다는 것을 의미하고, 항소권과 같은 소송법상의 권리에 대하여도 이러한 원칙은 적용될 수 있음.

다. 평가 : 이에 대해 학설은 보통 판례는 원칙적으로 소권실효긍정설의 입장에 있는 것으로 평가.<sup>5)</sup>

④ 검토 : 구체적 실효는 실효긍정설·실효부정설에 의하면 소 각하판결, 실체법상 문제로 보는 설에 의하면 청구기각판결.

(4) 소권(소송상 권능)의 남용

1) 의의 : 겉으로는 법률상 인정된 소송상 권한을 인정한 것으로 보이나 실제로는 소송의 목적 추구를 위한 소송상 권능의 행사.

2) 구체적 예

보통 학설은 ① 소 아닌 보다 간편한 방법으로 목적을 달성할 수 있는 경우나 통상의 소 이외에 특별 절차를 마련해 놓고 있는 경우인데 소를 제기하는 경우 ② 소권의 행사가 법의 목적에 반하는 때 무익한 소권의 행사<sup>6)</sup> ③ 소송지연이나 사법기능의 혼란, 마비를 조성하는 소권의 행사<sup>7)</sup> ④ 재산상의 이득이나 탈법 따위를 목적으로 하는 소권의 행사<sup>8)</sup> 등을 예로 들.

4) 피고의 허위주소로 소장부분, 소송서류, 판결정본 등이 송달된 경우, 소장부분 등의 소송서류 송달의 흠은 이의권의 포기·상실(제151조)로 유효하게 되어 피고의 답변서 부제출로 인한 원고무변론소판결(편취판결, 사위판결)이 선고되고(제256조, 제257조), 이 판결정본이 다시 피고의 허위주소로 송달된 경우에, 판례는 판결정본 송달이 무효라고 보아, 여전히 피고는 항소가 가능하다는 입장

5) 이시윤 29면; 호문혁, 49면

6) 3인의 공동상속인 중 1인만이 무자력자인데, 그가 상속재산(공유물)보전을 위한 소를 제기하고, 그가 소송구조신청을 하는 경우(이시윤, 29면).

7) 대법원에서 같은 이유로 계속 되풀이하는 재심청구(대판 1997.12.23. 96재다226).

8) 학교법인의 경영권을 타인에게 양도하기로 결의함에 따라 이사직을 사임하고, 현재의 이사진이 학교법인을 인수·경영하는데 아무런 이의를 하지 않고 있다가 다소의 금원을 지급받을 목적으로만 이사회결의부존재확인인 소를 제기한 경우(대판 1974.9.24. 74다767).

3) 보충적 적용설

보충적 적용설에 의하면 ①은 권리보호이익의 문제로, ③의 경우는 기판력 문제로 볼 수 있으므로, 굳이 신의칙을 언급할 필요 X. 특히 ①과 관련하여 判例는 일부판결의 위법<sup>9)</sup>을 상소로 다룰 수 있음에도 불구하고 다투지 아니하고 다시 소를 제기하는 것은 소의 이익(권리보호요건)의 흠으로 부적법하다고 하였음(대판 2002.9.4. 98다17145). 이에 대해 보충적 적용설을 따르는 견해는 판례가 권리보호이익을 부당하게 확대적용한 것으로 보아 별소가 가능하다<sup>10)</sup>고 함.

4) 검토 - 선택적 적용설

하지만 선택적 적용설의 입장에서 보면 위 예들은 신의칙 위반의 경우로 언급하는 것은 가능하다고 할 것.

#### 4. 신의칙 위반의 효과

(1) 신의칙위반의 조사여부

① 원용설 - 당사자간에서는 상대방의 원용을 기다려 참작할 것이라는 견해<sup>11)</sup> ② 직권판단사항 - 직권으로 판단하는 직권판단사항<sup>12)</sup>이지 직권조사사항은 아니라는 견해 ③ 직권조사사항 - 법원이 직권으로 조사하여 판단해야 한다는 직권조사사항<sup>13)</sup>이라는 견해(다수설)가 신의칙은 소송요건이라는 면에서 타당.

(2) 신의칙에 반하여 제기된 소의 처리

① 청구기각판결 - 청구가 실체법상 이유가 없는 것 ② 소각하판결 - 소의 이익이 없어 부적법각하(다수설, 판례)

(3) 신의칙에 반하는 소송행위의 처리

① 소송행위의 종류를 나누어 보지 않는 견해(이시윤), ② 여효적 소송행위가 신의칙에 반하는 경우에는 무효(유효성의 문제)로 되고 취효적 소송행위가 신의칙에 위반될 때에는 부적법(적법성의 문제)하게 되므로 법원에 의해 배척된다고 보는 것이 타당(정동윤·유병현 34면).

#### 주

9) 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구에 대해 아무런 판단을 하지 않은 경우에, 당사자가 상소를 제기할 수 있었음에도 상소를 제기하지 않아 이를 확정시킨 사안.

10) 하지만 이 경우는 당사자에게 간편하게 이용할 수 있는 상소심절차가 있음에도 불구하고 별소의 제기를 허용할 수는 없다고 보는 견해(정동윤·유병현)가 타당.

11) 정확히는 당사자와 법원사이에서는 법원의 직권조사사항이나, 당사자들 사이에서는 상대방의 원용을 기다려 참작하면 충분할 것이라고 함(정동윤·유병현 34면).

12) 이 견해는 "직권판단사항이란 당사자의 주장이나 항변과 관계없이 법원이 스스로 판단해야 할 사항을 말하는 것으로, 사실문제가 아닌 법률의 해석이나 적용에 관한 사항이 여기에 해당한다. 즉 당사자의 주장, 입증으로 확정된 사실관계에 대하여 법원이 어떠한 법규정을 적용할 것인지, 그 사건에 적용할 구체적 법규정을 어떻게 해석할 것인지, 당사자의 주장이나 행위를 법적으로 어떻게 평가할 것인지는 법원이 직권으로 판단한다. 이러한 법률문제는 당사자가 처분할 사항이 아니기 때문이다. 따라서 여기에는 변론주의가 적용되지 않는다. 판례는 신의칙이나 권리남용 등 강행규정 위반, 과실상계, 가집행선고, 사실인 관습 등의 경우에 법원이 직권으로 판단해야 한다고 판시하고 있다(호문혁, 321-322면)."고 함.

13) 특히 이시윤 교수는 위 견해에 대해 "우리 소송법에 직권조사사항과 달리 직권판단사항이 있는 것인지도 모호하거나, 법률의 해석·적용문제도 일반 소송요건과 같은 차원에서 직권조사사항이라 보는 것이 일반적인 것 같다"고 하고 함(이시윤, 제5판, 30면 각주 5).

여효적 소송행위란 재판을 통하지 아니하고 직접적으로 소송법상의 효과가 발생하는 행위를 이르고, 취효적 소송행위란 법원에 일정한 내용의 재판을 구하는 행위 및 재판의 기초가 될 자료제공행위를 이른다.

(4) 신의칙위반을 간과하고 한 판결

확정 前에는 상소로 취소할 수 있고, 확정 後에는 재심사유에 해당하지 않는 한 당연무효의 판결은 아님(유효 판결). 판결이 집행된 뒤에는 손해배상의 문제가 생기게 된다(이는 부당판결에 대한 구제책<sup>14)</sup>과 연결).

14) 재심필요설, 재심불요설, 제한적 불요설의 입장 등이 있고, 판례는 부당이득 사안에서는 재심필요설, 불법행위 사안에서는 제한적 불요설의 입장에 가까움(이시윤).



CHAPTER 01 법원

제1절 관할

제2조 【보통재판적, 피고주소지주의 원칙】

소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.

제3조 【사람의 보통재판적】

사람의 보통재판적은 그의 주소에 따라 정한다. 다만, 대한민국에 주소가 없거나 주소를 알 수 없는 경우에는 거소에 따라 정하고, 거소가 일정하지 아니하거나 거소도 알 수 없으면 마지막 주소에 따라 정한다.

제4조 【대사·공사 등의 보통재판적】

대사(대사)·공사(공사), 그 밖에 외국의 재판권 행사대상에서 제외되는 대한민국 국민이 제3조의 규정에 따른 보통재판적이 없는 경우에는 이들의 보통재판적은 대법원이 있는 곳으로 한다.

제5조 【법인 등의 보통재판적】

- ① 법인, 그 밖의 사단 또는 재단의 보통재판적은 이들의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳에 따라 정하고, 사무소와 영업소가 없는 경우에는 주된 업무담당자의 주소에 따라 정한다.
- ② 제1항의 규정을 외국법인, 그 밖의 사단 또는 재단에 적용하는 경우 보통재판적은 대한민국에 있는 이들의 사무소·영업소 또는 업무담당자의 주소에 따라 정한다.

제6조 【국가의 보통재판적】

국가의 보통재판적은 그 소송에서 국가를 대표하는 관청 또는 대법원이 있는 곳으로 한다.

조문해설

- 1. 국가를 대표하는 관청 : 법무부
- 2. 대법원이 있는 곳 : 서울중앙지방법원

제7조 【근무지의 특별재판적】

사무소 또는 영업소에 계속하여 근무하는 사람에 대하여 소를 제기하는 경우에는 그 사무소 또는 영업소가 있는 곳을 관할하는 법원에 제기할 수 있다.