

## 제 2 장

## 변 론

### 제1절 변론의 여러 가지 원칙

공개심리주의, 쌍방심리주의, 구술심리주의(제134조), 직접심리주의(제204조), 처분권주의, 변론주의, 적시제출주의(제146조), 집중심리주의(제272조), 직권진행주의 등의 원칙이 있다.

#### 제1관 처분권주의

##### I. 의 의

절차의 개시, 심판의 대상과 범위, 절차의 종결에 대하여 당사자에게 주도권을 주어 그의 처분에 맡기는 원칙(제203조)을 말한다. 사적자치의 소송법적 측면으로 설명된다. 처분권주의는 변론주의와 합하여 당사자주의로 불리고 있지만, 처분권주의는 소송물에 대한 처분의 자유를 의미하는 반면 변론주의는 소송자료에 대한 당사자의 수집책임을 의미한다.

##### II. 절차의 개시

민사소송절차는 당사자의 소제기로 개시된다. 다만 소송비용의 재판(제104조, 107조 1항), 가집행선고(제213조 1항)는 법원의 직권에 의하여 개시된다.

##### III. 심판의 대상과 범위

###### 1. 내 용

법원은 당사자가 특정하여 신청한 사항에 대하여 당사자의 신청범위 내에서만 판단하여야 한다(제203조). 당사자의 신청사항과 완전히 일치하지 않더라도 신청사항에 의하여 추단되는 원고의 합리적 의사에 부합되는 정도이면 된다. 判例도 “사해행위인 계약 전부의 취소와 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에는 위와 같이 일부취소를 하여야 할 경우 그 일부취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로 청구취지의 변경이 없더라도 바로 가액반환을 명할 수 있다”(대판 2001.06.12. 99다20612)(1회, 3회 선택형)고 하였다.

###### 2. 질적 동일

원고가 신청한 소송물에 대해서만 심판해야 하며, 원고가 신청한 소의 종류와 순서에 구속되어야 한다. 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구한데 대하여 채무불이행을 원인으로 한 손해배상을 인정한 것은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여 판결한 것으로서 위법으로 처분권주의에 반한다(대판 1963.7.25. 63다241)(2회 선택형).

## 2 핵심 민사소송법의 脈

### 3. 양적 동일

#### (1) 양적상한

① 손해3분설(判例)에 따를 때 적극손해, 소극손해, 위자료는 각각 소송물이므로 원고가 청구한 적극손해보다 법원이 더 많은 적극손해를 인정하면 인정된 총액이 청구 총액에 미달 하더라도 처분권주의에 위반된다. ② 원금, 이자, 지연손해도 별개의 소송물이므로 동일하게 논의된다(대판 2009.6.11, 2009다12399). 또 이자의 계산에 있어서 소송물은 원금·이율·기간의 3개의 인자로 정해지므로, 원고가 지정한 원금·이율·기간 중 어느 하나라도 초과하여 인용하면 처분권주의에 해당한다(대판 1989.6.13, 88다카19231).

#### 3) 일부청구와 과실상계

피해자가 일부청구를 하는 경우에 과실상계를 어떻게 할 것인가에 관하여, ① 청구 부분에 한하여 과실상계 비율을 정한다는 ‘안분설’이 있으나, ② 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사에 비추어 볼 때 判例가 판시하는 바와 같이, (청구부분에 비례하여 과실상계비율을 정하지 않고) 손해의 전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액(금액)이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용하고, 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 ‘외측설’이 타당하다(대판 1976.6.22. 75다819 ; 대판 2008.12.24. 2008다51649)<sup>1)</sup>(2회 선택형).

#### (2) 일부인용 [2회 사례형]

원고가 신청한 일부만 인정되는 경우에는 청구기각판결을 하여서는 아니되고 일부인용 판결을 하여야 한다. 일부인용판결은 처분권주의에 반하지 않는다는 것이 통설과 判例의 입장이다. 다만 원고의 명시적 반대여사가 있으면 청구기각 판결을 하여야 한다.

#### 1) 채무부존재확인 의 소

채무부존재확인 의 소에서 확인을 구하는 법률관계의 일부만이 존재하는 경우 그 청구전부를 기각할 것이 아니고 존재하는 부분에 대하여 일부 패소의 판결을 하여야 한다(대판 1994.1.25. 93다9422). 부동산전부에 대해 소유권확인을 구하는 경우 인정되는 지분에 관하여 일부 승소의 판결을 하여야 한다(대판 1995.9.29. 95다22849).

**[관련판례]** 당사자가 치료비 등을 일시금으로 청구한 경우라도 법원은 정기금으로 지급을 명할 수 있다(대판 1970.7.24. 70다621). 다만, 집행불능시의 대상청구 속에 예비적으로 이행불능시의 전보배상청구도 포함된 것으로 볼 수는 없다(대판 1962.12.16. 67다1525).

#### 2) 단순이행청구에 대한 상환이행판결 [피, 원, 미] [1회 사례형]

- ① 피고의 동시이행항변이나 유치권항변이 있는 경우 그 항변이 이유 있을 때에는 원고가 반대의 의사표시를 하지 않는 한 상환이행판결을 하여야 한다. 쌍방채무의 이행기가 도래하지 않은 경우에 상환이행판결을 하려면 미리 청구할 필요도 있어야 한다. 判例도 “매매계약 체결과 대금완납을 청구원인으로 하여 (무조건) 소유권이전등기를 구하는 청구취지에는 대금 중 미지급금이 있을 때에는 위 금원의 수령과 상환으로 소유권이전등기를 구하는 취지도 포함되어 있다고 할 것이다”(대판 1979.10.10. 79다1508)(3회 선택형)고 하여 같은 입장이다.

1) “채무불이행으로 인한 손해배상에 있어서 채무자가 손해액의 일부에 대하여 배상책임이 있음을 인정하고 변제공탁을 하더라도, 과실상계는 채권자가 입은 전체 손해액을 기준으로 하여야 한다”

- ② 임대인의 건물철거청구 소송 중에 임차인의 매수청구권 행사시 判例는 “토지임대차 종료시 임대인의 건물철거와 그 부지인도 청구에는 건물매수대금 지급과 동시에 건물명도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 임차인의 지상물매수청구권 행사의 항변이 받아들여지면 청구취지의 변경이 없는 한 임대인의 지상물철거 및 토지인도청구는 기각하여야 할 것이나, 이 경우 법원으로서 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 명도를 청구할 의사가 있는 것인지(예비적으로라도)를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물 명도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 꾀하여야 한다”(대판 1995.7.11. 전합94다34265)(1회,3회 선택형)고 판시하였다.

[판례검토] 생각건대, 건물 철거·토지인도 청구와 건물 인도 청구는 청구취지와 원인이 다르므로 포함되어 있지 않다고 보는 것이 타당하며, 전부패소보다는 대금지급과 상환으로 지상물 인도를 명하는 판결을 받겠다는 것이 원고의 의사라고 보는 것이 합리적이고 이것이 피고에게 불리하게 되는 것도 아니므로 判例의 태도가 타당하다.

### 3) 현재의 이행의 소에 대한 장래이행판결 [피, 원, 미] [06년 사법 2차]

원고가 단순히 이행청구를 하고 있는데, i) 피고의 채무가 변제되지 않았음을 이유로 선이행의 항변이 있었고 ii) 심리결과 항변이 이유 있을 때 iii) 원고가 반대의 의사표시를 하지 않는 한 미리 청구할 필요가 있으며 iv) 미리 청구할 필요가 있으면 원고청구기각이 아니라 원고의 남은 채무의 선이행을 조건으로 피고의 채무이행을 명하는 장래이행판결을 할 수 있다(대판 1996.11.12. 96다33938)(2회,3회 선택형) 이는 단순히 이행청구에 선이행청구가 포함되어 있기 때문이다. 判例는 “원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나 그 원리금의 계산 등에 관한 다툼으로 인하여 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우, 법원은 원고의 반대 의사표시가 없는 한 잔존채무의 지급을 조건으로 근저당권설정등기의 말소를 명하여야 한다”(대판 2008.4.10. 2007다83694)(3회 선택형)고 하였다. 다만 원고가 피담보채무가 발생하지 않았음을 근거로 등기말소를 요구하는 경우 장래이행판결을 하여서는 아니된다(대판 1991.4.23. 91다6009).

## 4. 예 외

형식적 형성소송은 실질이 비송사건의 성질을 가지므로 경계확정소송과 공유물분할소송에서는 처분권주의와 불이익변경금지원칙이 적용되지 않는다.

## IV. 절차의 종결

당사자는 소취하, 청구포기·인낙, 화해에 의하여 절차를 종료시킬 수 있다. 상소취하, 불상소합의, 상소권의 포기도 가능하다.

## V. 처분권주의 위반의 효과

당연무효의 판결이 아니므로 상소 등으로 취소할 수 있다. 재심사유에 해당하지 않는다. 판결의 내용에 관한 것이고 소송절차에 관한 것이 아니므로 이의권(제151조)의 대상은 아니다. 처분권주의에 위반한 판결이라도 피고가 항소한 경우, 원고가 항소기각신청을 하고 처분권 위반의 사항을 새로이 신청하면 흠이 치유된다.

## 제2관 변론주의

### I. 의 의

변론주의란, 소송자료, 즉 사실과 증거의 수집·제출을 당사자에게 맡기고, 당사자가 변론에 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼는 원칙을 말한다. 사적자치의 소송법상 반영이며, 변론주의에 따를 때 진실발견이 오히려 용이하며 절차보장에 의한 공평한 재판이 된다는 데에 이론적 근거를 두고 있다.

### II. 주요사실의 주장책임

#### 1. 주요사실

주요사실은 당사자가 변론에서 주장하여야 하며, 주장되지 않은 사실은 판결의 기초로 삼을 수 없다.

#### 2. 주장책임

##### (1) 의의 및 대상

주장책임이란 자기에게 유리한 주요사실을 당사자가 주장하지 않으면 없는 것으로 취급되어 불이익한 판단을 받게 되는 불이익을 말한다. 주장책임의 대상은 주요사실(=요건사실)이고, 간접사실과 보조사실은 대상이 아니다.<sup>2)</sup> 判例는 “동시이행 항변권은 당사자가 이를 원용하여야 그 인정 여부에 대하여 심리할 수 있는 것이다”(대판 2006.2.23. 2005다53187)(3회 선택형)고 판시하였으며, “소멸시효완성의 항변을 하지 않았는데 시효소멸되었다고 인정하는 것은 변론주의 위반”(대판 1980.1.29. 79다1863)(1회 선택형)이라고 하였다.

##### (2) 주장책임의 분배

주장책임의 분배는 법률요건분류설에 따른다. 권리근거규정의 요건사실(권리발생사실)은 원고가 반대규정의 요건사실(권리 장애·멸각·저지 사실)은 피고가 주장책임을 진다. 이에 따르면, 소멸시효의 기산일(대판 1995.8.26. 94다35886)(1회, 4회 선택형), 대리인에 의한 계약체결사실(대판 1996.2.9. 95다27998), 유권대리와 무권대리(대판 1987.9.8. 87다카982)는 주요사실에 해당하나, 취득시효의 기산점(대판 1998.5.12. 97다34037)(1회 사례형), 점유의 권원(대판 1997.2.28. 96다53789)(4회 선택형)은 간접사실에 불과하다. 또한, 불법행위로 인한 일실수익의 현가산정에 있어서 기초사실인 수입, 가동연한, 공제할 생활비 등은 사실상의 주장이지만, 현가 산정방식에 관한 주장(‘호프만식에 의할 것이냐 또는 라이프니츠식에 의할 것이냐에 관한 주장’을 말한다)은 당사자의 평가에 지나지 않는 것이므로 당사자의 주장에 불구하고 법원은 자유로운 판단에 따라 채용할 수 있고 이를 변론주의에 반한 것이라 할 수 없다(대판 1983.06.28. 83다191)(4회 선택형).

2) 간접사실과 보조사실은 ① 주장이 없어서 증거에 의해 인정할 수 있으며, ② 자백이 인정되지 않으며, ③ 유일한 증거 여부를 따지지 않고, ④ 판결이유에서 판단하지 않아도 판단누락의 위법(제451조 1항 9호)이 없다.

### (3) 주장공통의 원칙

다만, 어느 당사자이든 변론에서 주장하였으면 법원은 이를 판결의 기초로 삼을 수 있으며, 반드시 주장책임을 지는 자가 진술해야 하는 것은 아니다.

## 3. 소송자료와 증거자료의 구별 [간, 묵, 대]

### (1) 의 의

소송자료와 증거자료는 구별되는 개념인바, 증거자료를 통하여 주요사실을 알았다 하여도 당사자가 변론에서 주장한 바 없으면 이를 기초로 심판할 수 없다. 그러나 위와 같은 구별을 강조하면 구체적 타당성을 기할 수 없으므로 통설·判例는 간접적 주장, 묵시적 주장을 허용한다.

### (2) 간접적 주장 [10년 사법 2차]

당사자가 직접적인 사실주장을 하지 않았지만 현출된 소송자료나 증거자료를 통해 당사자가 그 사실주장을 한 것으로 의제하는 경우를 간접적 주장이라 한다. 判例는 ① 당사자가 법원에 서증을 제출하며 그 증명취지를 진술함으로써 서증에 기재된 사실을 주장하거나(대판 2008.11.8, 2008다38361) ② 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우(대판 1995.4.28., 94다16083)<sup>3)</sup>(1회 선택형) ③ 감정서나 서증을 이익으로 원용한 때(대판 1993.2.12, 91다33384)에 주요사실의 주장이 있는 것으로 볼 수 있다고 하였다.

사건의 타당한 해결을 위해 간접적 주장을 긍정하는 것이 타당하나 상대방의 방어권 침해 위험이 있으므로 요건을 엄격히 해석하여야 할 것이다. 간접적 주장으로 인정되기 위해서는 i) 당사자의 소송행위에 비추어 당연히 주요사실의 주장이 예상되어야 하고, ii) 증거자료의 제출이나 원용이 특정된 주장을 할 수 밖에 없는 명확한 것이어야 하고, iii) 상대방의 방어권 행사에 지장을 초래하지 않아야 한다.

### (3) 묵시적 주장

당사자의 주장 취지에 비추어 다른 주장이 내포된 경우에 묵시적으로 주장한 것으로 본다. 判例는 채무불이행이 되지 않는다는 주장에 동시이행의 항변권 또는 불안의 항변권의 주장이 포함되어 있다고 보았고(대판 1995.2.28, 93다83887), 대리 주장에 대행적 대리의 주장이 포함되어있다고 보았다(대판 1995.2.28, 94다19341). 반면 유권대리의 주장 가운데에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장은 주요사실이 달라 포함되어 있지 않으며(상세는 아래 관련판례)(3회 선택형) “증여를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대하여 피고가 시효취득을 주장하였다고 하여도 그 주장 속에 원고의 위 이전등기청구권이 시효소멸하였다는 주장까지 포함되었다고 할 수 없으며”(대판 1982.2.9. 81다534)(1회 선택형), “변제로 채무가 소멸했다는 주장에 상계의 주장이 포함된다고 할 수 없다”(대판 2009.10.29. 2008다51359)고 하였다.<sup>4)</sup>

3) [관련판례] “甲이 소장에서 토지를 乙로부터 매수하였다고 주장하고 있으나 甲이 위 매매당시 불과 10세 남짓한 미성년이었고 증인신문을 신청하여 甲의 조부인 丙이 甲을 대리하여 위 토지를 매수한 사실을 입증하고 있다면, 甲이 그 변론에서 위 대리행위에 관한 명백한 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 위 증인신청으로서 위 대리행위에 관한 간접적인 진술은 있었다고 보아야 한다”(대판 1987.9.8. 87다카982)

4) [관련판례] 이외에도 判例는 “채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효 항변이 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효 항변을 포함한 것으로 볼 수는 없다”(대판 1998.05.29. 96다51110)고 하였으며, “채권

**[관련판례]** ※ 유권대리 주장에 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 있는지 여부  
判例는 “표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 서로 다르다고 볼 수밖에 없다. 그러므로 유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다”(대판 1983.12.13. 전합83다카1489)<sup>5)</sup>고 한다. [2회 사례형, 09년·15년 사법 2차]

[판례검토] 표현대리는 ‘무권대리’임에도 거래안전을 위하여 예외적으로 법률효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 ‘유권대리’와는 주요사실이 다르다. 따라서 원고가 유권대리사실을 주장하고 있다면 변론주의 원칙상 법원은 표현대리 성립 여부를 판단할 수 없다. 나아가 判例에 따르면 법원은 당사자에게 표현대리에 관한 요건사실의 주장이나 입증을 촉구할 의무도 없다고 한다(대판 2001.3.23. 2001다1126). 즉, 법원이 표현대리에 대해 석명할 의무는 없다고 보았다.

#### (4) 주장사실과 인정사실의 다소차이의 허용

당사자의 주장사실과 증거에 의하여 인정된 사실이 다소의 차이가 있어도 사회관념상 동성이 인정된다면 차이가 나는 사실을 인정하여도 변론주의 위반이 아니다(대판 1979.7.24. 79다879).

### 4. 주요사실과 간접사실의 구별

#### (1) 통설, 판례의 태도(법규기준설) [10년 사법 2차]

주요사실과 간접사실의 구별기준에 대해서는 ‘법규기준설’이 判例의 입장인바, 이에 의하면 주요사실이란 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과를 가져오는 법규의 직접요건사실을 말하고, 간접사실이란 주요사실의 존부를 경험칙에 의하여 추인하게 하는 사실을 말한다(대판 2004.5.14. 2003다57697). 判例에 따르면 소멸시효 기산일(대판 1995.8.25. 94다35886)(1회, 4회 선택형), 대리인에 의한 계약체결사실(대판 1996.2.9. 95다27998), 유권대리와 무권대리(대판 1987.9.8. 87다카982), 불법행위로 인한 일실수익의 현가산정에 있어서 기초사실인 수입, 가동연한, 공제할 생활비 등(대판 1983.6.28. 83다191)<sup>6)</sup>(2회, 4회 선택형)은 주요사실이고, 취득시효 기산

자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 이를 행사하는 경우 각 채권이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개의 채권인 이상 별개의 소송물에 해당하므로, 이에 대하여 채무자가 소멸시효 완성의 항변을 하는 경우에 그 항변에 의하여 어떠한 채권을 다투는 것인지 특정하여야 하고 그와 같이 특정된 항변에는 특별한 사정이 없는 한 청구원인을 달리하는 채권에 대한 소멸시효 완성의 항변까지 포함된 것으로 볼 수는 없다”(대판 2013.02.15. 2012다68217)고 판시하였다.

- 5) “변론에서 당사자가 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기에서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실을 말하는 것인바, 대리권에 기한 대리의 경우나 표현대리의 경우나 모두 제3자가 행한 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 점에서는 차이가 없으나 유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 위와 같은 법률효과가 발생하는 반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 서로 다르다고 볼 수밖에 없다. 그러므로 유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으며, 따로 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립여부를 심리 판단할 필요가 없다”
- 6) [비교판례] 이에 반해, “현가 산정방식에 관한 주장(호프만식에 의할 것이냐 또는 라이프니츠식에 의할 것이냐에 관한 주장)은 당사자의 평가에 지나지 않는 것이므로, 당사자의 주장에 불구하고 법원은 자유로운 판단에 따라 채용할 수 있고, 이를 변론주의에 반한 것이라 할 수 없다”(대판 1983.6.28. 83다191)(2회 선택형)

일(대판 1994.11.4. 94다37868)<sup>7)</sup>(1회 선택형) [04년 사법 2차], 점유의 권원(대판 1997.2.28. 96다53789)(4회 선택형)은 간접사실이다.

## (2) 일반조항의 경우에 있어서 새로운 구별기준의 대두와 비판

과실, 인과관계 등을 요건으로 하는 일반규정에서 구별기준이 문제된다. 준주요사실설은 요건사실(과실)을 구성하는 개개의 구체적 사실(음주운전)을 주요사실에 준하여 보자는 견해이고, 주요사실·요건사실 구별설은 주요사실(음주운전)은 사실 그 자체이며 요건사실(과실)은 그 사실에 대한 법적평가이므로 주요사실만 변론주의가 적용된다는 견해이다. 생각건대, 과실, 인과관계 등의 법률요건은 가치판단의 결론일 뿐이므로, 그와 같은 불확정 개념의 판단의 기초가 되는 구체적 사실 자체가 주요사실 자체가 주요사실이 된다고 봄이 타당하다. 判例는 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효로 되는 것은 권리장애사유이므로 그 무효로 이익을 얻는 자가 주장 입증하여야 한다고 하면서도, 신의칙위배 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 법원은 직권으로 판단할 수 있다고 한다.

## III. 자백의 구속력

주요사실에 관하여 당사자 간에 다툼이 없는 사실은 증거조사를 할 필요가 없이 그대로 판결의 기초로 하여야 한다. 다만, 경험칙과 현저한 사실에 반하는 자백에는 재판상 자백으로서 효력을 발할 수 없다(대판 1959.7.30. 4291민상551).

## IV. 증거의 제출책임

증거도 당사자가 세워야 하기 때문에 당사자가 신청한 증거에 대해서만 증거조사하며, 원칙적으로 법원은 직권으로 증거조사해서는 안된다. 법원의 직권증거조사(제292조)는 보충적으로 적용된다.

“어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 단순한 법률상의 주장에 불과하므로 변론주의의 적용대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있다 할 것이다”(대판 1977.9.13. 77다832)(1회, 4회 선택형)

---

7) [관련판례] “부동산의 시효취득에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시의 시기는 취득시효의 요건사실인 점유기간을 판단하는 데 간접적이고 수단적인 구실을 하는 간접사실에 불과하므로 이에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는 것이다”(대판 1994.11.4. 94다37868)

## 제3관 석명권

### I. 의 의

소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 질문하고 증명추구를 할 뿐만 아니라, 당사자가 간과한 법률상 사항을 지적하여 의견진술의 기회를 주는 법원의 권능이다(제136조). 변론주의의 결함을 시정하고 실질적 당사자평등을 보장하는 기능을 한다. 석명권은 법원의 권능이자 의무인데 석명권의 중대한 해태로 심리가 현저히 조잡하게 되었다고 인정되는 경우에는 석명의무의 위반으로 일반적 상고이유(제423조)가 된다고 본다.

### II. 석명의 범위

#### 1. 소극적 석명

소극적 석명이란 당사자의 신청이나 주장에 불분명, 불완전, 모순이 있는 점을 제거하는 석명으로 제한이 없다.

#### 2. 적극적 석명 [15년 사법 2차]

##### (1) 문제점

적극적 석명이란 새로운 신청이나 주장을 하도록 시사하거나 구체적으로 증명방법까지 제시하여 증거신청을 종용하는 것을 말한다. 변론주의와의 관계상 허용여부가 문제된다.

##### (2) 학설 및 판례

실체적 진실발견을 위해 긍정하는 견해, 변론주의원칙 관철을 위해 부정하는 견해가 대립한다. 判例는 ① “법원의 석명권 행사는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 계쟁 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것으로, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이다”(대판 2001.10.9. 2001다15576)(2회 선택형)고 하여 원칙적으로 적극적 석명을 인정하지 않는다. ② 다만, 토지임대인이 임차인을 상대로 건물철거를 구하자 임차인이 건물매수청구권을 행사한 사건에서 “법원으로서의 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 명도를 청구할 의사가 있는 것인지를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물 명도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 꾀하여야 한다”(대판 1995.7.11. 94다34265)(1회, 3회 선택형)고 판시하여 적극적 석명권을 제한적으로 인정하였다.

##### (3) 검토

적극적 석명은 변론주의원칙과 충돌하므로 무제한 인정할 수는 없으나 실체적 진실 발견 또한 중요한바 제한적 긍정설이 타당하다. 그 인정기준으로는 통상 i) 종전의 소송자료에 비하여 법률상 또는 논리상 예기되는 것일 것, ii) 상대방 당사자의 방어권 행사에 불이익이 없을 것, iii) 소송경제에 반하지 않을 것, iv) 당사자의 의사에 반하지 않을 것 등을 들고 있다.

### III. 석명의 대상

#### 1. 청구의 석명

##### (1) 소극적 석명

청구가 불분명, 불특정, 법률상 부정확한 경우에 석명할 수 있다. 청구변경의 취지가 불분명한 경우 교환적인가 추가적인가 석명할 의무가 있다(대판 2003.1.10., 2002다41435)(2회 선택형).<sup>8)</sup> 공유지분권 및 기타 권리의 존재 확인을 구한 경우 기타 권리의 내용에 대하여 석명 의무가 있다(대판 1984.3.27, 83다카2337). 매매무효확인청구의 경우 과거의 사실관계라고 하여 각하할 것이 아니라 현재의 법률관계의 확인을 구하는 취지인지 석명해야 한다(대판 1966.3.15, 66다17). 재산적 손해로 인한 배상청구와 정신적 손해로 인한 배상청구는 각각 소송물을 달리하는 별개의 청구이므로 소송당사자로서는 그 금액을 각각 특정하여 청구하여야 하고, 법원으로서도 그 내역을 밝혀 각 청구의 당부에 관하여 판단하여야 한다(대판 1989.10.24, 88다카29269).

##### (2) 적극적 석명

반면 적극적 석명은 허용되지 않는다. 등기부취득시효에 의한 소유권이전등기를 청구하는 것이 분명한 경우에 점유취득시효 주장이 들어가 있는지 석명할 의무가 없고(대판 1997.3.11, 96다49902), 소유권에 기한 반환청구가 분명한 경우 점유권에 기한 반환청구도 하는 것인지 석명할 의무가 없으며(대판 1996.6.14, 94다53006), 소유권확인을 구하는 사건에서 소유권이전등기 청구를 하는 것인지 석명할 의무가 없다(대판 1969.1.28, 68다1467). 다만, 토지임대인이 임차인을 상대로 건물철거를 구하자 임차인이 건물매수청구권을 행사한 사건에서는 예외적으로 적극적 석명권을 제한적으로 인정하였다(대판 1995.7.11., 94다34265)(1회, 3회 선택형).

#### 2. 소송물의 특정을 위한 석명

여러 개의 손해배상채권을 가진 채권자가 총 손해액 중 일부에 대해 청구하는 경우 어느 배상채권에 대해 얼마씩의 청구인지가 특정되지 아니한 때 석명의 대상이다(대판 2007.9.20, 2007다25865). 또 재산적 손해 및 정신적 손해로 인한 손해배상청구에서 원고가 구분하지 않고 청구한 경우 법원은 석명할 의무가 있다(대판 2006.9.22, 2006다32569).

#### 3. 주장의 석명(공격방어방법의 석명)

##### (1) 소극적 석명

당사자가 변론에서 제출한 청구원인사실이나 부인·항변사실 등의 주장이 불분명·불완전·모순(아래 관련판례 참고)인 경우 석명하여야 한다. 손해배상의 법률적 근거가 불법행위인지 계약책임인지 불분명한 경우(대판 2009.11.12, 2009다42765), 문서가 위조되었다는 취지로 다투

8) [관련판례] “민사소송에서 청구의 취지는 내용 및 범위를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항이므로, 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 보정을 명하고 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다. 이 경우 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 청구취지가 특정되지 아니한 것을 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는데도 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다”(대판 2014.3.13. 2011다111459)

다가 서증의 인부절차에서 갑자기 진정성립을 인정한 경우(대판 2003.4.8, 2001다29254), 피고 명의의 등기말소를 청구취지에서는 직접이행으로 구하고 청구원인에서는 채권자대위권의 행사로 청구하는 경우(대판 1999.12.24, 99다35393), 소멸시효완성을 주장하면서 소장에 착오로 기산점을 잘못 기재한 것으로 볼 여지가 있는 경우(대판 1983.7.12, 83다카437) 등이다. 입증의 촉구, 법률상 사항의 석명이 있다.

**[관련판례]** “차용증에 피고는 보증인으로 기재되어 있을 뿐이고 제3자가 차용인으로 기재되어 있는 한편, 원고는 피고에 대해 보증채무의 이행을 구하지 아니하고 주채무의 이행을 구하고 있는 경우, 이는 당사자의 주장과 그 제출증거 사이에 모순이 있는 경우에 해당한다 할 것 이므로, 법원이 석명권의 행사를 통하여 이를 밝혀보지 아니하고 원고의 주장사실을 인정하였다면 석명권 불행사로 인한 심리미진의 위법이 있다”(대판 1994.9.30. 94다16700)(2회 선택형)

## (2) 적극적 석명

전혀 새로운 주장을 권유하는 석명은 불허된다. 피고가 매매계약이 체결된 바 없다고 주장하고 있는데 변제에 대하여 석명할 의무가 없고(대판 2001.10.9, 2001다15576), 시효완성에 의하여 이익을 받을 자가 구태여 시효완성의 항변을 하고 있지 않은 경우 석명할 의무가 없으며(대판 1966.9.20., 66다1304다), 피고가 원고인 채권자의 수령지체책임을 주장한 것에 상계항변 주장이 포함되어있는 지에 대해 석명할 의무가 없고(대판 2004.3.12, 2001다79013), 유권대리주장만 하고 있는 당사자에게 표현대리를 주장 또는 입증하라고 석명할 의무는 없다(대판 2001.3.23, 2001다1126).

## 4. 증명촉구

### (1) 소극적 석명

다툼이 있는 사실에 대하여 증거를 대지 못하는 경우 법원은 증명촉구의무를 진다. 입증촉구에 관한 법원의 석명권은 소송의 정도로 보아 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 입증하지 아니하는 것이 명백한 경우에 한하여 인정되는 것이고, 다툼이 있는 사실에 관하여 입증이 없는 모든 경우에 법원이 심증을 얻을 때까지 입증을 촉구하여야 하는 것은 아니다(대판 1998.02.27, 97다38442). 입증책임을 진 당사자에게 주의를 환기시켜 입증을 촉구할 책임은 있다는 것이지 구체적으로 입증방법까지 지시하여 증거신청을 종용할 수는 없다(대판 1964.11.10, 64다325).

### (2) 적극적 석명

증거자료에 대하여는 법원이 보충적으로 직권증거조사를 할 수 있으므로 사실자료보다 적극적으로 입증촉구하는 것이 자유롭다. 특히 判例는 “불법행위에 기한 손해배상책임이 인정되지만 배상액에 대해 아무런 증명이 없는 경우”(대판 1993.12.28, 93다30471)(1회 선택형),<sup>9)</sup> 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권이 인정되는 경우“(대판 1993.12.28, 93다30471), 변제의

9) [비교판례] 그러나, “손해액에 대하여 법원의 증명촉구에도 불구하고 원고가 이에 응하지 않으면서 손해액에 관하여 나름의 주장을 펴고 그에 관하여만 증명을 다하고 있는 경우라면, 법원이 굳이 스스로 적당하다고 생각하는 손해액 산정 기준이나 방법을 적극적으로 제시할 필요까지는 없다”(대판 2010.3.25, 2009다88617).

항변이 있는 경우(대판 1972.5.30. 72다393) 각각의 손해액, 상환액, 변제액에 대해 관한 입증을 촉구해야 한다고 판시하였다.

## 5. 지적의무

### (1) 의 의

법원은 당사자가 간과하였음이 분명한 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하여야 한다(제136조 4항). 예상하지 못한 법률적 관점에 의한 의외의 재판을 막고 당사자의 절차권을 보장하는 취지이다.

### (2) 지적의무의 요건 [법, 명, 결]

i) 당사자가 간과하였음이 분명한 ii) 법률상 사항이고 iii) 판결의 결과에 영향이 있어야 한다. 간과하였음이 분명한 경우란, 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우를 말하며, 법률상 사항이란 사실관계에 대한 법규적용사항인 법률적 관점을 말한다. 지적의무에 관한 判例는 다음과 같다.

- ① “손해배상청구의 법률적 근거는 이를 계약책임으로 구성하느냐 불법행위책임으로 구성하느냐에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 달라지는 중대한 법률적 사항에 해당하므로, 당사자가 이를 명시하지 않은 경우 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 부여함으로써 당사자로 하여금 그 주장을 법률적으로 명쾌하게 정리할 기회를 주어야 함에도, 이러한 조치를 취하지 않은 채 손해배상청구의 법률적 근거를 불법행위책임을 묻는 것으로 단정한 뒤 증명이 부족하다는 이유로 청구를 받아들이지 않은 원심판결은 잘못이다”(대판 2009.11.12., 2009다42765 : 소송물이 상이하여 청구를 특정되지 않은 경우이므로 1항의 석명이 우선 문제되고, 불법행위책임을 묻는 것으로 단정하고 재판한 것은 4항의 지적의무 위반이다). 유사한 취지로, “소송과정에서 환경정책기본법 제31조 1항에 의한 책임 여부에 대하여 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없었고 원심도 그에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사한 바 없었음에도 원심이 환경정책기본법 제31조 1항에 의한 손해배상책임을 인정한 것은 법원의 석명의무 위반이다”(대판 2008.09.11. 2006다50338)
- ② “소유권에 기한 건물인도의 청구와 채권자대위권에 기한 건물인도의 청구는 법률효과에 관한 요건사실이 다름에도 불구하고, 건물의 소유권을 취득하였음을 전제로 건물의 인도를 구하는 청구에 (매도인을 대위하여 직접 그 인도를 구하였다고 주장한 바 없음이 명백하고, 가사 원심이 변론전체의 취지 등에 의하여 원고와 원고인수참가인이 위와 같은 주장을 한 것이라고 본다고 하더라도 법원은 당사자가 명백히 간과한 것으로 인정되는 법률상의 사항에 관하여는 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하므로) 그 건물을 원시취득한 매도인을 대위하여 건물의 인도를 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아 원심 변론종결시까지 주장하지도 아니한 위 채권자대위권에 기한 건물인도 청구에 기초하여 상대방에게 의견진술의 기회조차 부여하지 아니한 채 그 청구를 인용한 원심판결은 위법하다”(대판 2007.07.26., 2007다19006 : 변론주의 위반이고 지적의무 위반이다).
- ③ 判例는 소송요건을 법률상 사항으로 보아 전혀 쟁점이 된 바 없었던 원고적격 흠결(대판 2014.10.27. 2013다25217),<sup>10)</sup> 피고적격 흠결(대판 1994.10.21. 94다17109),<sup>11)</sup> 제척기간 경과(대판 2006.1.26. 2005다37185)<sup>12)</sup> (2회 선택형), 부제소 합의의 존재(대판 2013.11.28. 2011다80449)<sup>13)</sup>를 이유로

소각하를 할 때에는 이점에 대해 원고에게 의견진술의 기회를 주어야 한다.<sup>14)</sup>

### (3) 지적의무의 행사 방식

지적의무는 불이익을 받을 자에게 의견진술기회를 주는 것이며, 법원이 자신의 견해를 밝힐 필요는 없다.

### (4) 지적의무 위반의 효과

지적의무의 위반은 석명의무 위반처럼 소송절차 위반에 해당하므로 일반적 상고이유(제423조)가 된다. 따라서 의무위반이 ‘판결 결과에 영향을 미친 경우’일 것이 요구된다(2회 선택형).

- 
- 10) [사실관계] 甲이 乙의 丙에 대한 점유취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 중 일부 지분을 상속받았고 주장하면서 丁을 상대로 丙의 丁에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위하여 전부 말소를 구한 사안에서, 判例는 “甲의 상속지분을 넘는 부분에 관하여는 보전의 필요성이 없다는 점을 지적하거나 甲이 주장한 상속지분이 증거에 의하여 인정되는 상속지분과 일치하지 아니함에도 아무런 석명을 하지 아니한 채 甲이 주장하는 지분을 초과하는 부분에 관하여 보전의 필요성이 없다는 이유로 소를 각하한 원심판결에 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 않은 잘못이 있다”고 판시하였다.
- 11) “피고적격 등의 문제를 재판의 기초로 삼기 위해서는 원고에게 이 점에 관해 변론을 하게 하고, 청구취지 등을 변경할 기회를 주었어야 하는데도 이에 이르지 않은 채 이점을 기초로 소를 각하한 것은 원고가 전혀 예상하지 못한 법률적 관점에 기한 예상외의 재판으로 원고에게 불의의 타격을 가하였을 뿐 아니라 석명의무를 다하지 않은 것이다”
- 12) “사해행위취소송의 제척기간이 도과된 것인지는 전혀 쟁점이 된 바 없었던 경우에 제척기간 도과로 소각하 할 때도 이점에 대해 원고에게 진술할 기회를 주어야 한다”
- 13) “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 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다”
- 14) [관련판례] 이외에도, “법원은 소가 산정과 관련하여 필수적인 자료에 해당하거나 당사자가 부주의, 오토포 또는 법률의 부지로 인하여 그 제출이나 진술을 간과하였음이 분명하다고 인정되는 사항 등에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 자료 제출 등의 기회를 주거나 관련 기관에 조사를 촉탁하는 등의 조치를 취할 의무가 있다”(대결 2014.5.29. 2014마329)