

제3주차

-변론과 심리절차-

I. 변론과 심리 ‘Just do this’

■ 변론과 심리의 구분

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

소의 개시, 심판범위, 종류	처분권주의-범위결정-소장의 청구취지-----청구취지에 대한 답변
사실자료의 주장과 제출	변론주의-내용결정-소장의 청구원인-----청구원인에 대한 답변
소송진행	소송지휘권-석명권(★)-법원의 관여 범위-처분권주의와 변론주의 우선
변론진행-변론기일(변론준비기일) →기일불출석시 불이익 진술간주(§148), 자백간주(§150), 쌍방불출석 취하(§268) →기일불출석시 이익 예고없는사실의주장(§170)	소송행위-당사자의 행위-변론 부인과 항변 소송상 합의 소송상 형성권 소송행위 철회/취소
송달	-3자간 소통-송달-무기평등의 원칙 교부송달 보충송달-유치송달 우편송달 공시송달(판례중요)
절차의 정지	소송절차중단(§247~)★-당사자 사망=제소전후의 사망 구분

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

■ 변론절차

변론과 심리		변론		
변론	변론절차	무변론판결	§256, §257	⊖ 공시송달, 직권조사사항 - 무변론 청구기각판결 가부 - 답변서제출의무 + 자백간주쟁점
	변론준비절차	변론기일		- 소취하간주/ 진술간주 / 자백간주
		준비서면		

[변론절차]

소제기	송달	답변서 제출	변론준비절차	변론준비기일	변론기일	판결
Case 1		서면준비절차 [임의]	§282① 쟁점정리기일[재판장]	§258 변론기일		
Case 2		→				
Case 3		→				
Case 4				→		§257 무변론판결
주장자체로 이유 구비 + 답변서제출의무 + 자백간주 <--- 예외 : 공시송달(§256①단서) / 직권조사사항(§257①단서) / 자백간주 법리적용안될때 <--- 무변론 청구기각판결 가부 : 변론필요(判.소극설) <---						

[변론준비절차]

- 기일

원고	피고	기일해태의 효과 [준비서면 제출효과]
O	O	
O	X	<p>준비서면 제출 전제 → 예고없는 사실주장의 금지 §276</p> <p><진술간주> §148 → 재판상 자백(철회/취소불가) 법원/당사자 구속 → 소장,답변서,그 밖의 준비서면</p> <p><자백간주> §150 → 철회/취소 가능 법원 구속 → 답변서, 준비서면</p> <p>* 재판상 자백 vs 자백간주 * 재판상 자백이란, 변론기일 또는 변론준비기일에 당사자가 하는 상대방의 주장과 일치하는 자기에 불리한 사실의 진술[判.진술간주포함]을 말하는 것 → 취소가부 5동경착</p>
X	O	<p><소취하간주> §268 → 소급적 소멸 §267① / 상소취하간주 §268④</p> <p>- 엄격한 요건 : 동일심급(2)/동종기일/동일한 소 (변론기일과 변론준비기일 구분.判 유일)</p> <p>- 준비서면과 직접적 관련 없음</p>
X	X	

- 기일지정신청 : 1월의 기간(불변기간X → 추후보완 X)

원칙 - 재판장 직권사항(§165①) → 신청권 인정 X

예외 - 소송종료효를 다투며 기일지정신청(민규 §67,68,135) / 소취하간주 방지를 위한 기일지정신청(§268②,④)
→ 신청권 인정 O

- 종결효과 : 실권효(§285)

■ 변론과 변론주의-사실1)-주요사실과 간접사실의 구분

변론 주의			
사실의 주장책임	주요사실 (법규기준설判)	법규 요건사실 = 주요사실 재판상자백 / 유일한증거	<소송자료와 증거자료 구별> 소송자료(변론주의 O) / 증거자료(변론주의X) (단, 당사자보호를 위한 구별 완화에 대한 이론) ① 간접적 주장/② 묵시적 주장/ ③ 다소의 차이
	간접사실 (직권조사가가능)	주요사실을 추단할 수 있는 사실 (보조사실 포함)	
	<p><주요사실과 간접사실의 구별></p> <p>- 당사자가 제출한 <u>소송자료</u>만을 재판의 기초</p> <p>- 학설의 대립</p> <ul style="list-style-type: none"> • 법규기준설 : 법규의 요건사실만 • 준주요사실설 : 법규기준설 + 일반규정 <p>- 일반조항 : 과실 (주요사실) 과실을 추단케 하는 사실(간접) 과실상계 / 과실비율(간접사실)</p>		<p><判></p> <ul style="list-style-type: none"> - [목]유권대리 주장 속 표현대리 포함여부 : X (구성요건 해당사실 상이) - 소멸시효 기산점 주요사실 여부 : O (법규기준설) - 취득시효 기산점 주요사실 여부 : X (법규기준설) - 소멸시효기간 : 변론주의적용 X - [간]대리인의 계약체결사실의 주요사실 여부 : O - 인과관계/정당한 이유/과실의 주요사실 여부 : O (간접반증에 의한 증명책임 완화)
	현저한 사실	불요증사실이지만, 주장책임 필요(判. 소극설)	
자백의 구속력	<p>- 주요사실 [일반조항에서 주요사실여부]</p> <p>- 현저한 사실에 반하는 자백은 구속력 없음</p> <p>- 자백의 대상 쟁점</p>		→ 직권조사사항 [공익성여부 / 일반조항]
증명책임	강행법규 준수는 직권조사사항(判) > 조사방법(독자방식설, 독자방식부정설)		
⊖	[한계] 법적판단, 가치평가, 법률상 주장, 경험법칙, 간접사실, 보조사실		
⊕	[보완방법] 직권증거조사 §292 / 대리인 선임명령 §144 / 법원의 석명의무		

- 적시제출주의 : §147 재정기간/ §149 실공방각하/ §285 실권효

→ 실기한 공격방어방법의 각하 : ① 1심까지 통틀어(변론의 일체성) / ② 고의,중과실 / ③ 소송완결지연의 의미 : 절대설(多,判)과 상대설

1) 대판 2004.5.14, 2003다57697; 대판 2002.8.23., 2000다66133: 판례는 “민사소송절차에서의 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 대한 주장·증명에 적용되는 것으로서 그 주요사실의 존부를 확인하는데 도움이 되는 간접사실이나 그의 증빙자료에 대하여는 적용되지 않는다”고 판시하여 법규기준설의 입장에서 구체적인 경우마다 주요 사실과 간접사실을 구별하고 있다.

■ 변론주의와 자유심증주의에서 증명책임 비교

증거법		자유심증주의와 증명책임	
[자유심증주의]			
§202 자유심증주의 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여(증거법칙의 제약없이) 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.			
증거원인		자유심증의 정도 - 심증도	
증거조사의 결과	<ul style="list-style-type: none">- 증거방법 증거능력 무제한- 증거력 자유평가- 증거공통의 원칙	고도의 개연성	<ul style="list-style-type: none">- 증명도 완화 §202-2 손해배상 액수의 산정
변론전체의 취지	<ul style="list-style-type: none">- 변론의 일체성- 증거원인으로서 독립성X (判. 주요사실임 부정) (예외. 문서의 진정성립/자백의 철회요건의 착오)	심증형성 명시여부	
예외			

[증명책임]			
변론절차 [행위책임]	주관적 증명책임	법규기준설	
↓			
법관의 심증형성 [:자유심증주의] "요건에 해당하는지"			
↓			
결과 [결과책임]	객관적 증명책임분배	법률요건분류설 (동.判)	
		원칙	현대형 소송 : 일응의 추정이론 = 정형적 사상경과 = 표현증명
		법관이 심증을 형성하지 못 했을 때의 불이익 → 증명책임이 있는자	간접반증으로 복명 : 양립가능한 간접사실 본증에 대해서는 반증 / 간접사실에 대해서는 본증
		부존재확인인 소	

- 법률요건분류설의 반성

법률상 추정	일응의 추정	
증명책임의 전환	간접반증이론 / 증명책임의 전환	
등기의 추정력(判)	공해소송	의료과오소송
- 대리권의 존재 - 등기		1. 설명의무부과(判) - 설명의무의 존재주장(주장자) (재판상 자백 가능) - 설명의무 이행에 대한 증명(의사)
		2. 간접반증이론 적용

■ 증명책임의 기본 참고 문제

甲은 乙과 소비대차 계약을 체결하고 乙 명의의 통장으로 받은 돈 5,000만 원에 대하여 乙은 통장내역에 대하여 사실을 인정하면서도 통장에 입금한 것은 甲을 포함한 계원들이 계주인 자기의 통장에 갯돈을 입금한 것이라고 주장하였다. 그러나 현재 사실관계에 대하여 甲과 乙이 더 이상의 증거를 제출하지 못하여 법원이 심증형성을 하지 못하고 있다. 이 경우 법원의 사실인정과 예상판결에 대하여 검토하시오.

1. 문제의 소재

증명책임을 당사자 누구에게 부담시킬 것인지 묻고 있다. 乙이 갯돈을 받았다는 주장이 항변인지 부인에 해당하는지 즉 이유부 부인인지 쟁점이다. 이에 따라 심증형성에 대한 객관적 증명책임이 달라진다.

2. 이유부 부인과 항변의 구별

(1) 부인과 항변의 구별

부인은 상대방의 주장에 대하여 그 사실을 인정하지 아니하고 항변은 상대방의 주장사실을 자백하며 새로운 사실을 주장하는 것이다. 따라서 항변에 대하여 상대방이 부인하는 경우 입증책임이 전환된다.

(2) 이유부 부인과 항변의 비교(차)

이유부 부인(간접부인)은 권리발생근거 사실을 주장하는 자의 주장사실과 양립되지 아니한 별개의 사실을 진술하는 것임에 반하여, 항변은 위 주장자의 주장사실이 진실임을 전제로 이와 논리적으로 양립가능한 별개의 사실을 진술하는 경우이다. 이유부 부인은 부인이므로 상대방이 증명책임을 지는 반면에, 항변은 항변제출자에게 증명책임이 있다.

(3) 사안의 경우

피고 乙이 갯돈이라는 주장은 결국 돈을 빌린 사실이 없다는 것을 전제로 그 이유를 들어 주장한 적극적 부인에 해당한다. 적극적 부인은 당연 부인이므로 대여금청구권을 주장하는 甲이 그 청구원인인 대여 사실을 주장하여야 한다.

3. 소비대차에서 증명책임

(1) 주장책임과 증명책임

증명책임은 증명불능의 위험을 증명책임자에게 귀속시킨다. 그리고 그 책임은 증명책임자가 주장하는 사실과 반대의 사실을 법원이 확정한다는 것을 의미한다. 즉 소극적 확정의 원칙이 적용된다. 변론주의에서는 주장책임이 곧 증명책임이 되며 증거조사 이후 심증형성 이후에는 증명책임분배에 따라 객관적으로 판단한다.

(2) 소비대차에서 증명책임

법률요건분류설에 따라 소비대차는 대차계약과 대여사실과 이행기 도래가 요건사실이며 증명하여 심증을 형성시킬 주요한 사실이다. 甲이 대여금채권임을 증명하지 못하여 법원의 심증형성에 실패하였으므로, 甲 주장과 반대되는 사실, 즉 乙에게 돈을 빌려주지 않았다는 사실을 확정시켜야 한다.

(3) 소결

법원은 진위불능의 증명책임을 원고 甲에게 부담시켜 甲이 주장하는 소비대차관계가 성립하지 않았다는 사실을 판결의 기초로 삼아야 한다. 乙과 甲 사이에는 대차관계가 있다는 심증을 형성할 수 없으므로, 법원은 원고의 청구를 기각한다.

4. 결론

甲이 이유부 부인은 부인이므로, 증명책임을 부담한 甲이 乙에게 돈을 빌려준 사실을 증명하여야 한다. 그런데 甲이 법원의 심증형성에 실패하였으므로, 법원은 甲의 주장과 반대되는 사실을 확정한다. 법원은 甲의 청구를 기각하는 판결을 한다.

■ 변론과 석명권

석명권 → 지적의무 → 소의 개시부터 종료까지!				ex, §254/§59
석명권이라 함은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 질문하고 증명촉구를 할 뿐만 아니라, 당사자가 간과한 법률상 사항을 지적하여 의견진술의 기회를 주는 법원의 권능을 말한다.(제136조) 이는 처분과주의와 변론주의의 결함을 시정하는 데에 그 취지가 있다.				
변론주의와 비교				
소극적 석명	“ ~ 하지마라”	O	(변론주의 문제없음)	
적극적 석명	“ ~ 해라”	X	원칙적 불가	
		O	석명의무 지적의무 → 간과한 법률적 사항 증명촉구 → 소송요건 보정명령 → 적식요건 / 적법요건 判 건매청[소변경] / 부제소합의 위반사건 ① 종전의 소송자료에 비추어 법률상 또는 논리상 예상가능 ② 상대방 당사자의 방어권 행사에 불이익 없을 것	

■ 소송행위 일반

변론과 심리		소송행위		
변론절차 [주장/증명]	소송행위 [요건효과설]	변론행위	개념	
			부인 vs 항변	
			소송상 합의	
			소송상 형성권 행사	
			소송행위 철회/취소	

■ 소송상합의

소송상 합의 [부제소합의/소취하합의/증거계약]	
- 허용여부 : O [처분이 가능하고 특정되고 예상가능하고 불공정하지 않을 때] - 성질 : 사법계약설(判) - 구제 : 소송법적 효과 → 항변권설(判) → 권리보호이익여부[직권조사사항] → 석명의무	
소송상 형성권 행사	
- 소송법적 효과[항변사항] + 실체법(형성권)적 효과 - 신병존설(判) : 상계인 경우만 다르게 보기 (나머지는 병존설) 같이 없어짐 : 소송법적 효과가 없어지면, 실체법적 효과도 없어짐	
소송행위 철회/취소	
- 5동경착 → 이때만 철회와 취소가능 - 민법규정 유추적용 X [하자불고려설 判] - 재심규정 유추적용 O	- 요건효과설 (이또한 소송행위)

■ 송달

송달 ①송달받을 자, ②송달장소, ③송달방법			
교부송달 [당사자에게]	§178	Step 1. §183① 당사자의 주소 등 Step 2. §183② 근무장소	- 법정대리인 - 소송대리인
↓			
보충송달 [당사자 X]	§186	Step 3. §186① 근무장소 외의 장소	Step 3. §186② 근무장소
↓		- 동거인 해당여부(이혼소송판) - 사리를 분별할 지능 여부 - 주소, 영업소, 사업소 등	- 지속적인 근무장소(비상근이사판) - 피고용인 등 수령거부여부
유치송달	§186	O	X
If not §185			
우편송달[발송송달]	§187	- 우편송달의 요건 확인 (§185② 송달장소변경신고의무→ 민규§51) - 발신주의 / 송달불능의 사유 - 항소와 관련된 전합 판	
↓			
공시송달 [최후]	§194	- 송달이 유효 (흠이 있어도) - 소송행위 추완과 연결 [소 제기시 / 소송계속중] - 자백간주에 부적용 → 그냥 자유심증주의에 의해 판결	① 처음부터 공시송달 : 과실 X → 추완가능 ② 소송중 공시송달 : 과실 O → 추완불가 (예외 판. 수감자 추완가능) 수감자 §185 장소변경신고의무X)
	§195		
	§196		
송달의 하자			
판결정본 : 하자치유 불가 [무효]			
이의 송달 : 하자 치유 가능 [이의권 상실 문제]			

■ 증거법에서 사실---변론에서 사실과 비교

요증사실	불요증사실 §288
증명책임	제288조(불요증사실) 법원에서 ①당사자가 자백한 사실과 ②현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다. (+ ③ 법률상 추정) 다만, 진실에 어긋나는 자백은 그것이 착오로 말미암은 것임을 증명한 때에는 취소할 수 있다.
	재판상 자백 ●
	피고가 기일에 불리한(패소가능성설판)진술[or 진술간주] 하는 것
	변론기일에 법관에게 상대방이 주장한 자신에게 불리한 주요사실을 인정하는 후행 진술
	원칙 : 주요사실 / 후행자백 원칙 예외 : ① 서증은 간접사실이지만 인정 ② 상대방 원용시 선행자백도 인정 (원용전까지 철회 가능)
법원과 당사자 구속 → 증거에 의해 반대로 X *자백간주와 구분 (예외적 : 5 동 경 착)	
권리자백 인정여부 - 법규의 존부/해석 X - 사실에 대한 평가 O (구속X) - 법률적 사실 O - 선결적 법률관계 : 소유권시 예외적 성립(판)	
현저한 사실	
변론주의 O → 주장책임은 O → 재판상 자백 대상 O (판주장요구설) *경험칙과 구분	
공지의 사실 (ex.기대여명)	
법원에 현저한 사실	
판결문의 증명효 이론 (판결문 → 공문서, 현저한 사실, 유력한 증거 → 배척시 이유 필히 설시 → if not 상고이유)	
경험칙 ex. 가동연한	
상고이유 O (판법률문제설)	
변론주의 X (→ 주장책임 X) → 직권조사대상 O - 자백 / 자백간주 X - 특수한 전문적, 학리적 지식 → 증명필요설 - 상고이유긍정설(판법률문제설) → 파기환송	

II. 변론과 심리 심화정리

■ 변론주의에서 주장책임의 간접적 주장 가부

1. 문제의 제기

사실자료와 증거자료를 준별하면 법률문외한인 당사자에게 불리하고, 실제진실주의에 반하므로 완화할 필요가 있어 간접적 주장의 인정 여부가 문제된다.

2. 견해의 대립

(1) 긍정설

① 변론주의의 엄격한 적용의 결과 증거에 의해 명백한 것을 주장이 없다는 이유로 부정하는 부당한 결과를 시정할 수 있다. ② 구체적인 사안의 타당한 해결을 위해 상대방에게 불의타를 주지 아니하는 한도내에서 인정해도 불공평하지 않다.

(2) 부정설

① 심판범위가 불명확해지고 ② 법원의 심리부담 가중 ③ 방어권침해우려 ④ 변론주의 한계를 일탈한 것으로 부정하는 견해이다.

3. 판례의 태도

(1) 판례의 경향성

판례는 사건의 타당한 해결을 위해 변론에서 당사자가 직접적으로 명시적인 주장을 아니하여도 ① 변론의 전체적인 관찰에 의해서나 혹은 ② 증거신청을 한 것에 의하여 간접적주장을 한 것으로 볼 수 있으며 ③ 이익으로 원용한 감정서나 서증에 기재가 있으면 주장을 한 것으로 의제하려 하여 소송자료와 증거자료의 구별을 완화하려는 경향을 보이고 있다.

(2) 구체적 판례

1. 변론전제취지에 의한 간접적 주장(대판 1995.4.28, 94다16083)

쌍무계약에서 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 있어서 계약해제 주장에 필요한 주요사실은 상대방이 이행지체한 사실, 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 사실 및 계약해제의 의사를 표시한 사실이라고 할 것이므로, 당사자가 계약의 해제를 주장하면서 상당한 기간을 정하여 계약이행을 최고하였으나 그 기간 내에 채무를 불이행하였다고만 주장하는 경우에 당사자가 주장하지도 아니한 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였다는 사실을 인정하여 계약해제가 적법하다고 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 이러한 주장은 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주장이 있는 것으로 보아 적법한 계약해제가 있었다고 판단하여도 무방하다.

2. 서증신청행위에 의한 간접적 주장(대판 1999.7.27, 98다46167)

기록에 의하면, 원고들은 피고 총대회에서 한 1992.3.30., 같은 해 5.16., 같은 해 5.26., 같은 해 6.16., 같은 해 8.26., 같은 해 9.9.의 결의가 총대의 선출 절차, 총대회 소집절차나 총대의 자격 등 총대회의 절차적 하자 있다는 이유로 위 결의의 무효확인을 구하고 있으면서도, 1992.6.16.자 총대회가 정족수 미달로 무효라는 취지의 명백한 주장을 하고 있지는 않으나, 한편 원고들은 위 총대회가 무효라는 점에 대한 증거의 하나로 총대회의록(갑 제3호증의 4)을 제출하고 있는데, 이에 의하면 1992.6.16.자 총대회는 과반수에 못미치는 총대 7인만이 출석한 상태에서 의사의 개최 및 의결이 있었던 사실이 인정된다. 이와 같은 상황이라면 앞에서 본 법리에 비추어 비록 원고들이 변론에서 위 1992.6.16.자 총대회가 의사정족수 미달로 무효라는 점에 관하여 명백히 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 위 증거의 신청이나 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 볼 때 그에 관한 간접적인 진술이 있었다고 볼 수 있으므로, 원심이 위 총대회가 의사정족수의 미달로 무효라고 판단하였다고 하여 변론주의에 위배되거나 공평한 심리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

3. 증인신청 행위로 인한 간접적 주장(대판 1987.9.8, 87다카982)

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 할 것이므로 원심이 위 토지를 甲의 대리인이 매수한 것으로 인정하였다하여 이를 변론주의에 반하는 것이라고는 할 수 없다.

4. 감정결과 원용에 의한 간접적 주장(대판 1969.6.10, 69다360)

원고가 당초 청구원인에서 피고가 벌채한 입목이 91개라고 주장하였다 하더라도 그 후 변론종결기일에서 감정인의 감정결과를 원용한 바 있으므로, 원심이 그 감정결과에 따라 피고가 벌채한 입목을 147개로 인정한 처사는 정당하다.

5. 변제공탁을 하였다는 취지의 공탁서를 제출한 경우 변제주장(대판 2002.5.31, 2001다42080)

원고들의 이 사건 청구는 원고들 소유인 이 사건 각 토지에 대한 임대차기간이 만료되었음에도 피고들이 이를 계속 점유·사용하고 있음을 그 원인으로 하고 있음이 명백하고, 원고들의 위와 같은 주장 속에는 소유자로서 권원 없는 점유자에 대한 차임 상당 손해배상을 구하는 취지뿐만 아니라 임대인으로서 임대차종료 이후에도 임차 목적물을 계속 점유·사용하고 있는 임차인에 대한 차임 상당 부당이득을 구하는 취지도 포함되어 있다고 할 것이므로, 원심이 원고들의 이 사건 청구를 부당이득청구로 보아 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 처분권주의를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다. 피고들은 이 사건 토지에 대한 1998년도분(1998.2.1.부터 1999.1.31.까지)과 1999년도분(1999.2.1.부터 2000.1.31.까지)의 차임 상당 금원을 변제공탁하였다는 취지의 을 제2호증(공탁서)을 제출하였을 뿐만 아니라, 2000년도분(2000.2.1.부터 2001.1.31.까지)의 차임 상당 금원을 변제공탁하였다는 취지의 을 제3호증(공탁서)을 제출하고 있음에도, 원심은 피고들이 1999년도분(1999.2.1.부터 2000.1.31.까지)의 차임 상당 금원만을 지급한 것으로 사실인정을 한 다음, 피고들에 대하여 2000.2.1.부터의 차임 상당 부당이득금의 지급을 명하고 있음을 알 수 있다. 비록 피고들이 을 제3호증을 제출하였을 뿐 그에 기재된 금액 상당에 대한 변제주장을 명시적으로 하지 않았다고 하더라도, 피고들이 을 제3호증을 제출한 것은 그 금액에 해당하는 만큼 변제되었음을 주장하는 취지임이 명백하므로, 원심으로서의 그와 같은 주장이 있는 것으로 보고 그 당부를 판단하거나 아니면 그렇게 주장하는 취지인지 석명을 구하여 피고들의 진의를 밝히고 그에 대한 판단을 하였어야 할 것이므로, 이에 이르지 아니한 원심판결에는 판단유탈 또는 석명권불행사로 인한 심리미진의 위법이 있다고 할 것이다.

4. 결론

광의의 변론의 개념에는 증거신청도 포함되는 것으로 이해된다. 변론은 일정한 정형성이 없다는 점에서도 넓게 보면 간접적 주장도 주장으로 볼 수 있는 것이다. 다만 변론주의와의 관계에서 그 요건을 분설해 보면 ① 당사자의 일정한 소송행위에 비추어 보아 당연히 주요사실의 주장이 예상되는 경우이어야 하며 ② 증거자료의 제출 및 증거조사 결과의 원용에 있어서, 이러한 행위가 일정한 특정된 주장을 할 수 밖에 없는 명확한 것이어야 하고, ③ 상대방의 방어권 행사에 지장을 초래함이 없어야 한다는 것 등을 들 수 있겠다. 참고로 간접적 주장을 부정하는 견해에서는 석명권을 통하여 직접주장을 유도하여야 한다고 한다.

▣ 변론주의와 자유심증주의에서 증명책임

1. 증명책임의 기준

변론주의에 따라 요건사실에 대한 당사자의 주장이 없으면 석명권은 별론으로 하고 법원은 이를 고려할 필요가 없다. 상대방의 태도에 따라 증명책임이 문제된다. 그러나 증거편재의 결과 심증형성이 없는 경우에도 증명책임의 분배가 문제된다. 따라서 변론주의와 자유심증주의에 증명책임이 무엇인지 논의가 필요하다.

2. 주장책임과 증명책임과의 관계

(1) 변론주의에서 주장책임과 증명책임

당사자가 자기에게 유리한 주요사실을 주장하지 않으면 그 사실은 없는 것으로 취급되어 불이익한 판단을 받게 되는데 이를 주장책임이라고 한다. 변론주의에서 당연한 원칙이며 이에 대한 상대방의 태도에 따라 증명책임의 분배가 인정된다. 주장책임이 증명책임의 전제조건이며 상대방의 태도에 따른 증명책임이 문제될 뿐이다. 구체적인 증명책임의 내용은 주장책임과 직접연결되며 따라서 주요사실에 대해 당사자 일방이 주장책임과 증명책임을 부담하게 되며, 주장책임의 분배는 원칙적으로 증명책임의 분배와 일치한다.

(2) 자유심증주의에서 증명책임

당사자가 증명한 사실에 대하여 법원의 심증 불형성에 대한 불이익에 증명책임이다. 그 분배에 관하여 통설, 判例인 법률요건분류설이며 자유심증주의에서 증명책임이다. 객관적인 결과책임으로서 증명책임이며 증거조사에 대한 평가와 해석론이 쟁점이 된다. 자유심증주의에서는 증명책임이 전환되는 경우에는 주장책임도 전환된다.

(3) 소결

변론주의나 자유심증주의에서나 원칙적으로 주장책임과 증명책임이 일치하게 된다. 그러한 부분에 구별의 실이 없다. 그러나 주장책임과 증명책임이 불일치하는 하는 경우 그에 대한 기준은 자유심증주의에서 논의가 필요할 수 있다.

3. 주장책임과 증명책임 불일치와 증명책임 분배

(1) 문제점

주장책임과 증명책임이 불일치하는 예외적인 경우 변론주의보다는 증명책임이 구체적으로 문제된다.

(2) 구체적 사례

1) 소극적 확인의 소

원고가 피고의 권리요건사실이 없음을 주장하고, 피고가 그 사실을 증명해야 한다.

2) 금전채무불이행으로 인한 손해배상

불법행위와 달리 채무불이행의 경우 채권자인 원고는 손해의 발생 및 손해액에 관하여 주장책임을 부담하나 증명책임은 부담하지 않는다(민법 제397조 2항). 법률의 규정에 의해 증명책임을 면제받고 있기 때문이다.

3) 무권대리인의 책임을 묻는 경우

타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인도 얻지 못한 때에는 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다(민법 제135조 1항). 이때 원고가 대리권의 부존재에 관한 주장책임을 부담하나 유권대리의 증명책임은 무권대리인이 부담한다.

(3) 소결

원고는 무조건 주장을 책임을 지지만 반드시 증명책임을 지는 것은 아니다. 특히 변론의 입장에서 법규기준설에 따른 주장책임은 절대적이지만 증명책임은 상대적이다. 반대로 법원의 심증과 관련된 심리는 당사자의 주장은 상대적이지만 증명책임은 절대적인 의미를 갖게 된다.

4. 결론

변론주의에서는 증명책임의 주관적 행위책임의 기준이 되며 주장책임의 사실이 어디 있는가가 중요하고 이에 대한 기준, 즉 법규기준설에 따른다. 자유심증주의에서는 당사자가 자기의 주장을 근거 즉 증거에 대한 법원의 심증형성의 객관적 불이익이 증명책임이며 법원의 심증에 대한 객관적 증명책임이 된다.

甲은 乙에 X 토지에 대한 소유권이전등기를 청구하면서 계약서를 제출, 계약서 날짜는 10년 이전으로 되어 있었다. 乙은 소멸시효 완성을 주장하였다. 이에 甲은 계약체결일부터 X를 점유하고 있다는 사실을 증명하기 위해 丙을 증인으로 신청하였다. 단 甲은 점유에 의한 시효 불진행 여부에 대한 주장은 명시적으로 하지 않았다. 한편 증인 丙은 오히려 甲이 점유하지 않았다고 증언하였다. 이때 법원의 판결은?

1. 문제의 소재

주장책임 및 증명책임을 부담하는지에 따라, 甲은 계약서 제출로 매매계약사실의 입증을 다 했는지, 乙은 소멸시효를 주장하면서 그 완성을 입증하지 않았지만, 甲 제출의 계약서를 증거공통의 원칙상 증거로 사용 가능한지, 丙 증인 신청을 점유에 의한 소멸시효 불진행에 대한 간접적 주장으로 볼 수 있는지, 증인 丙의 증언으로 입증이 되었는지 여부가 문제된다.

2. 주요사실 판단 및 주장책임

(1) 변론주의에서 주장책임과 증명책임

변론주의란 사실과 증거의 수집·제출의 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 것으로, 주요사실 대해 당사자가 주장해야 한다는 사실의 주장책임, 자백의 구속력, 증거제출책임을 내용으로 한다. 이 중에서 주장책임 문제이다.

(2) 주요사실 판단

주요사실, 간접사실 구별기준으로 통설·判例는 구별 기준을 법규의 구조에서 찾아, 법률효과를 발생시키는 법규의 직접요건사실이 주요사실이고 주요사실의 존부를 추인케 하는 사실을 간접사실로 보는 법규기준설을 따른다

(3) 사안의 경우

소송물은 소유권이전등기청구이고, 주요사실은 매매계약 체결(청구권을 발생시키는 법규의 직접요건사실), 소멸시효 완성(청구권을 소멸시키는 법규의 직접요건사실), 점유에 의한 소멸시효 불진행(소멸시효 완성의 효과를 소멸시키는 법규의 직접요건사실)이다. 따라서 매매계약 체결사실은 원고가, 권리멸각규정의 요건사실인 소멸시효 완성사실은 피고가, 소멸시효 완성의 장애규정의 요건사실인 점유에 의한 불진행 사실은 다시 원고가 주장책임을 부담한다.

3. 소멸시효에 대한 법원의 심증형성

(1) 자유심증주의서 심증문제

통설·判例는 증명책임 분배는 법률요건분류설을 따르며, 각 당사자는 자기에 유리한 법규의 요건사실을 주장 및 증명해야 한다고 본다. 주장책임과는 구체적으로 권리발생 주장자는 권리근거규정의 요건사실 대해, 상대방은 권리장애, 멸각, 저지규정의 요건사실(항변사실)에 대해 주장 및 증명책임을 진다.

(2) 소멸시효에 구체적 판단

1) 증명책임과 증거공통의 원칙

소멸시효 완성사실의 증명을 위한 증거제출은 하지 않았으나 증거공통의 원칙에 따라 증거조사의 결과는 그 증거제출자에게 유리하게는 물론 불리하게, 즉 상대방이 원용하지 않아도 상대방을 위해서도 유리하게 사용될 수 있다.

2) 자백에 의한 심증형성

만약 甲이 소멸시효 불진행을 주장하는 것으로 볼 수 있다면 소멸시효 완성에 대해서는 甲이 자백을 한 것으로 볼 수 있고, 따라서 그 증명은 필요하지 않게 된다.

(3) 사안의 경우

소멸시효의 주장에 대한 증거의 심증형성은 증거공통의 원칙이 적용될 수 있으며 자백 여부에 따라 법원은 판단할 수 있다.

4. 점유에 의한 소멸시효 불진행의 주장 여부

(1) 문제점

직접적인 사실주장은 없었지만 증거자료 등을 통하여 특정한 사실주장이 예견될 수 있는 경우에는 당사자가 그 사실주장을 한 것으로 의제하는 것을 의미한다. 원고 甲은 점유에 의한 소멸시효 불진행 주장을 명시적으로 하지 않았지만, 이를 입증하기 위해 丙을 증인으로 신청했는데 이를 간접적 주장으로 볼 수 있는지 문제될 수 있다.

(2) 간접적 주장의 인부

1) 견해의 대립

긍정설과 부정설이 대립되나 判例는 소송자료와 증거자료는 구별되어야 하나, 구체적 타당성과 진실발견을 위해 간접적 주장을 인정함이 타당하다고 본다.

2) 인정 요건

① 당자의 일정한 소송행위에 비추어 당연히 주요사실의 주장이 예상되는 경우여야 하며, ② 절차보장이 충족되어 상대방의 방어권행사에 지장을 초래하지 않아야 한다.

(3) 사안의 경우

을의 소멸시효완성 주장에 대해 갑이 시효 불진행을 주장하는 것은 예상 가능하고, 을의 방어권 행사에 지장을 초래하지 않는바, 갑의 증인신청을 시효 불진행의 간접적 주장이라고 인정할 수 있다. 그러나 丙의 증언 내용은 불진행 주장을 뒷받침하지 못하므로 심증형성을 인정할 없다.

5. 사안의 해결

甲은 매매계약사실을 주장하였고 계약서로 그에 대한 증명을 마쳤고, 乙은 소멸시효 완성을 주장, 甲이 제출한 계약서가 있어 증명까지 마쳤다. 나아가 甲의 병에 대한 증인신청을 시효 불진행의 간접적 주장으로 볼 수는 있지만 증인 丙의 증언은 이를 증명하지 못하였다. 따라서 甲의 청구는 기각되어야 한다.

■ 주요사실과 간접사실의 구분-----법규기준설²⁾

I. 판례가 주요사실로 본 경우

1. 동시이행의 항변-대판 90다카25222

매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 있어 매수인은 매매계약 사실을 주장, 입증하면 특별한 사정이 없는 한 매도인은 소유권이전등기의무가 있는 것이며, 매도인이 매매대금의 일부를 수령한 바 없다면 동시이행의 항변을 제기하여야 하는 것이고, 법원은 매수인의 이와 같은 항변이 있을 때에 비로소 대금지급 사실의 유무를 심리할 수 있는 것이다.

2. 이행불능사실-대판 95다43044

채무가 이행불능인 사실은 당사자의 항변사실에 불과하므로, 설사 논하는 바와 같이 피고들의 각 소유권이전등기 채무가 이행불능이라 하더라도 원심 변론종결시까지 피고들이 이행불능의 항변을 하지 아니한 이상, 변론주의의 원칙상 법원이 이행불능이라는 이유로 원고의 청구를 배척할 수 없다 할 것

3. 소멸시효의 기산점-대판 94다35886

소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효기간 계산의 시발점으로서 소멸시효항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용대상이라 할 것이고, 따라서 본래의 소멸시효기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데(대판 83다카437), 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지라고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 본래의 기산일이 당사자가 주장하는 기산일보다 뒤의 날짜라 하여 법원이 본래의 기산일에 따라 소멸시효기간을 인정하게 되면 그 기간 가운데에는 당사자가 주장한 기간 속에 들어 있지 아니한 부분이 있어 위 양자 사이에 전체가 부분을 포함하는 관계가 있다고는 할 수 없으므로 법원의 인정사실은 당사자의 주장사실과 전혀 별개의 것으로서 양자 사이에는 동일성이 없다 할 것이고, 나아가 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 심리 판단하여야만 상대방으로서도 법원이 임의의 날을 기산일로 인정하는 것에 의하여 예측하지 못한 불이익을 받음이 없이 이에 맞추어 권리를 행사할 수 있는 때에 해당하는지의 여부 및 소멸시효의 중단사유가 있었는지의 여부 등에 관한 공격방어방법을 집중시킬 수 있을 것이기 때문이다.

4. 대리인에 의한 계약체결사실-대판 95다27998

판례는 “대리행위는 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건해당사실에 속하므로, 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나, 이와 같은 주장은 반드시 명시적일 필요는 없고 당사자의 주장취지에 비추어 이러한 주장이 포함되어 있으면 된다”고 판시하여 주요사실로 보고 있다.

5. 신체의 사상으로 인한 손해배상에서의 손해액산정-대판 83다191

판례는 일일이익에 관한 배상소송에 있어서 월수입·가동연한·월생계비 따위는 주요사실로 보고, 허가산정방식에 관한 주장은 간접사실로 보아 당사자의 주장에도 불구하고 법원이 자유로이 판단할 수 있다는 태도이다.

II. 판례가 간접사실로 본 경우

1. 기본사실의 경위·내력

(1) 연대보증의 성립경위-대판 71다278

원심이 내세운 증거를 검토하면 피고는 그 남편인 최홍승이가 원고조합으로 부터 본건 금 200만원을 차용할 때 연대보증을 한 사실을 인정한 원심판단은 수긍할 수 있으므로, 원심이 증거없이 이 사실을 인정하였다는 논지는 독단이라 할 것이고, 또 판결의 기초가 되는 권리의 발생, 소멸등 법률효과의 존부의 판단에 직접 필요한 요건사실은 당사자가 주장하는 사실관계를 그 토대로 삼아야 할 것이나 그 기본사실의 경위 내력 등에 관해서는 당사자의 주장 유무 여하에 불구하고 법원이 증거에 의하여 자유로이 사실을 인정할 수 있다 할 것이므로 원심이 원피고간의 본건 연대보증계약에 있어 주채무자인 최홍승이가 본건 약속어음이나 약정서 (갑 1, 2호증)의 피고 이름 밑에다 피고의

2) 판례는 “민사소송절차에서의 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 대한 주장·증명에 적용되는 것으로서 그 주요사실의 존부를 확인하는데 도움이 되는 간접사실이나 그의 증빙자료에 대하여는 적용되지 않는다”고 판시하여 법규기준설의 입장에서 구체적인 경우마다 주요사실과 간접사실을 구별하고 있다.

도장을 찍을 때에 피고를 대신해서 찍었다고 인정한 것이 설사 당사자가 주장하지 않은 사실을 인정한 것이 되었다 하더라도 이러한 사실은 연대보증계약의 성립경위에 관한 사실에 지나지 않을 뿐더러 원심은 연대보증이란 청구원 인사실을 토대로 하여 사실을 확정하고 있는 것이므로, 원판결에는 소론과 같이 당사자가 주장하지 않은 사실을 판단한 위법이 있다고도 할 수 없다.

(2) 충돌사고 경위-대판 79다879

가해차량이 피고차량의 후미를 충격하게 된 경위를 원고주장 사실과 다소 다르게 인정하였다 하더라도, 이는 원고 주장의 범위 내에 속하는 사실임이 분명하므로, 원고가 주장하지도 아니한 사실을 인정한 위법이 없다.

(3) 변제의 경위-대판 93다28379

변론주의는 주요사실에 대하여만 적용되고 그 경위, 내력 등 간접사실에 대하여는 적용이 없는 것이므로 甲이 중도 금을 乙에게 직접 지급하였느냐 또는 그 수령권한 수임자로 인정되는 자를 통하여 지급하였느냐는 결국 변제사실에 대한 간접사실에 지나지 않는 것이어서 반드시 당사자의 구체적인 주장을 요하는 것이 아니다.

2. 취득시효 점유권원-대판 1997.2.28, 96다53789

부동산의 시효취득에 있어서 그 점유가 자주점유인지의 여부를 가리는 기준이 되는 점유의 권원은 간접사실에 지나지 아니하는 것이므로, 법원은 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 권원을 심리하여 취득시효의 완성 여부를 판단할 수 있다 할 것이므로, 원고의 점유권원에 관한 원심의 판단에 변론주의를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 취득시효 기산점 대판-93다60120

취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구소송에 있어서, 전소에서의 대물변제를 받았다는 주장과 후소에서의 증여를 받았다는 주장은 모두 부동산을 소유의 의사로 점유한 것인지를 판단하는 기준이 되는 권원의 성질에 관한 주장으로서 이는 공격방어방법의 차이에 불과하고, 취득시효의 기산점은 법률효과의 판단에 관하여 직접 필요한 주요 사실이 아니고 간접사실에 불과하여 법원으로서에는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 진정한 점유의 시기를 인정하여야 하는 것이므로, 그러한 점유권원, 점유개시 시점과 그로 인한 취득시효완성일을 달리 주장한다고 하더라도, 그러한 주장의 차이를 가지고 별개의 소송물을 구성한다고 할 수 없다.

III. 주장의 포함

1. 채무불이행이 아니라는 주장에 동시이행항변권 주장 포함-대판 93다53887

원고는 민법 제536조 2항을 들거나 동시이행의 항변권 또는 불안의 항변권을 행사하였다고 명확히 주장하지는 아니하였지만, 피고가 종전의 임가공비 지급을 지체하였기 때문에 가공원단을 납품하지 아니한 것이어서 자기의 납품 거부행위가 채무불이행이 되지 아니하기 때문에 손해배상책임이 없다는 취지로 주장하였다면, 원고의 위 주장에는 자신의 납품거부행위가 동시이행의 항변권 또는 불안의 항변권의 행사로서 위법하지 아니하다는 주장을 포함하는 것으로 해석할 수 있어, 변론주의 위반의 위법이 없다.

2. 대리의 주장 속에 대행적 대리주장 포함-대판 94다19341

소외 망 차주옥이 피고를 대리하여 위 토지부분을 매도하였다는 주장에는 위 망인이 피고를 이른바 대행적으로 대리하여 자신의 명의로 위 토지부분을 매도하였다는 주장도 포함되어 있다고 볼 것이므로, 원심의 위와 같은 인정판단이 변론주의를 위배한 것이라고는 볼 수 없다.

3. 주장의 경과에 의해 대리인에 의한 계약체결사실 포함 여부-대판 95다27998

원심이 이 사건 토지 중 소외 망 진석권이 국가로부터 매수한 부분을 매수한 사실을 인정함에 있어서, 망 진석권의 상속인을 대표한 소외 망 진두현으로부터 매수하였다고 사실을 인정하여 그 취지를 알기 어려운 표현을 사용하고 있으나, 이는 자신을 제외한 다른 상속인들에 관하여는 대리인 자격으로 매도하였다는 취지의 사실을 인정한 것으로 봄이 상당하다고 할 것인데, 다른 상속인들의 지분에 관하여 대리인 자격으로 계약을 체결하였다는 사실은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실에 속하므로 법원으로서에는 변론에서 당사자가 주장하지 않은 이상 이를 인정할 수 없을 것임은 상고이유에서 지적한 바와 같다. 그러나 이와 같은 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아니고 당사자의 주장 취지에 비추어 이러한 주장이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다면 당연히 재판의 기초로 삼을 수 있다고 할 것인데, 원고는 이 사건 소장에서 소외 망 진석권이 매수한 이 사건 토지 부분을 그의 상속인들인 소외 망 진두현들로부터 매수하였다고 주장하다가(기록 38면), 1992.2.18.자 준비서면(기록 1,200면)에서 소외 망 진석권의 장남인 소외 망 진두현으로부터 매수하였다고 주장하여 왔던 것으로, 원고 주장의 경과에 비

추어 볼 때 그 주장 속에는 소외 망진두현을 제외한 나머지 상속인들에 관하여는 소외 망진두현이 그들을 대리하여 매도하였다는 주장이 포함된 것으로 못 볼 바 아니므로 원심의 사실인정이 변론주의에 위배되었다고 할 수 없다.

4. 유권대리주장에 표현대리주장 포함 여부-대판 83다카1489

변론에서 당사자가 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기에서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건해당사실을 말하는 것인 바, 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 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 서로 다르다고 볼 수 밖에 없다. 그러므로 유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으며, 따로이 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립여부를 심리판단할 필요가 없다고 할 것이다.

5. 대위권행사의 전제사실 주장 속에 대위주장 포함 여부-대판 1999.12.24, 99다35393

기록에 의하면, 원고가 이 사건 청구취지에서는 피고들을 상대로 이 사건 건물에 관하여 피고들 명의로 경료된 등기의 말소등기절차의 직접 이행을 구하고 있으나, 그 청구원인 사실로는 원고가 연립주택 소유자들로부터 그 공사대금의 지급에 갈음하여 이 사건 건물을 포함한 연립주택 일부의 분양권을 위임받은 성동길로부터 매수하였다고 주장(기록 159면)하고 있음에도 불구하고, 제1심 및 원심의 변론에서는 당사자 사이에 주로 피고 정용길 명의로 경료된 위 지분이전등기가 적법한지 여부에 관하여서만 다투어졌을 뿐, 원고에게 피고들 명의로 경료된 위 각 등기의 말소등기청구권을 직접 행사할 권원이 있는지 여부에 관하여는 전혀 다투어진 바 없고, 법원도 이 점에 관하여 그 주장의 취지를 분명히 하는 등 아무런 석명을 한 바도 없이 변론을 종결하여 원고가 피고들에 대하여 직접 그 등기의 말소를 구할 수 있는 등기부상 이해관계인이 아니라는 이유만으로 원고의 이 부분 청구를 배척하고 있음을 알아볼 수 있다. 그러나 원고가 피고들에 대하여 그들 명의로 경료된 등기의 말소를 청구함에 있어서 연립주택 소유자들을 대위한다는 주장을 명시적으로 하고 있지는 않지만 그 주장 속에는 위와 같은 대위권을 행사한다는 취지가 포함되어 있다고 못 볼 바 아니고, 또한 원고가 청구원인 사실로 위에서 본 바와 같이 대위권 행사의 전제가 되는 사실관계를 모두 주장하고 있음에도 불구하고 법원이 그 주장 형식에만 얽매어 구체적인 취지가 무엇인지에 관하여 전혀 석명을 하지 않은 채, 원고의 주장 취지를 원고가 피고들에 대하여 직접 그 등기의 말소를 구하는 것으로만 보아 그 청구를 모두 기각한 조치에는 석명권 행사를 게을리하여 재판에 영향을 미친 위법을 저지른 잘못이 있다고 하지 않을 수 없다.

6. 노임변제주장에 압류무효주장 포함 여부-대판 2000다21048

피고는 원고의 이 사건 전부금 청구에 대하여 명시적으로 이 사건 압류 및 전부명령이 도급금액 중 노임에 상당하는 금액에 대한 압류를 금지한 구 건설산업기본법 제88조에 위반되어 무효라고 주장하고 있지는 않지만, 위에서 본 바와 같이 이 사건 압류 및 전부명령 이후에 도급금액 중 노임에 상당하는 금액을 변제하였기 때문에 원고의 전부금 청구에 응할 수 없다고 주장하고 있으므로, 이와 같은 피고의 주장 속에는 원고의 압류 및 전부명령이 위 규정에 위반되어 무효라는 취지의 항변이 포함되어 있다고 못 볼 바 아니고, 그렇지 않다 하더라도 위 항변의 전제가 되는 기본적인 사실관계를 모두 주장하고 있다고 할 수 있으므로 원심으로서 피고가 주장하는 취지가 무엇인지에 관하여 석명하고, 나아가 과연 피고가 주장하는 노임이 위 구 건설산업기본법 제88조 소정의 압류금지 채권에 해당하는지 여부를 밝혀 보아야 할 것인바, 그럼에도 불구하고 원심이 피고의 주장 취지를 근로기준법에 의한 임금채권의 우선변제권에 관한 것으로만 보아 이에 대한 판단만을 한 것은 당사자가 주장한 사실에 대한 판단을 유탈하였거나 석명권 행사를 게을리함으로써 심리를 제대로 하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다 할 것....

7. 변제주장속에 상계주장 포함 여부-대판 2008다51359

민사소송절차에서 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과와 판단의 요건이 되는 주요사실에 대한 주장·입증에는 변론주의의 원칙이 적용되는데, 상계는 상계적상에 있는 채권을 가진 채권자가 별도로 의사표시를 하여야 하는 것이고(민법 제493조 제1항) 그 의사표시 여부는 원칙적으로 채권자의 자유에 맡겨져 있는 것이므로, 비록 상계의 의사표시가 묵시적으로도 가능하다 하더라도, 다른 의사와 구분되는 별도의 상계 의사를 확인하지 않은 채 이를 인정할 수는 없다.

▣ 법률상 지적의무에 세부적 구분

1. 법원이 주장과 관련없이 고려할 사항

(1) 어음발행지 기재의 흠결에 관한 지적의무 위반-대판 95다25923

발행지나 발행인의 명칭에 부기한 지의 기재의 흠결에 대하여는, 위와 같이 피고의 주장이 있었으나, 원고는 이 점을 명백히 간과하여 버린 것으로 인정되는바, 따라서, 원심이 발행지 기재 흠결에 대한 피고의 주장에 착안하여 이 점을 재판의 기초로 삼으려면 원고로 하여금 이 점에 관하여 의견을 진술할 기회를 주었어야 할 것이다.

(2) 피고적격에 대한 지적의무-대판 94다17109

원심이 피고적격 등의 문제를 재판의 기초로 삼기 위하여는 원고로 하여금 이 점에 관하여 변론을 하게 하고, 필요한 경우 청구취지 등을 변경할 기회를 주었어야 할 것인데도 이에 이르지 아니한 채 이 점을 재판의 기초로 삼아 소를 각하한 것은 원고가 전혀 예상하지 못한 법률적인 관점에 기한 예상 외의 재판으로 원고에게 불의의 타격을 가하였을 뿐 아니라 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것이라 할 것이고, 이러한 위법은 판결결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

(3) 채권자대위권을 심판전 지적의무-대판 2007다1900619013

원고와 원고인수참가인은 이 사건 소 제기시부터 원심 변론종결시까지 일관되게 이 사건 실제 115-1 지상 건물이 원고 및 원고인수참가인의 소유임을 전제로 피고와 선정자 2를 상대로 각 점유부분의 인도를 구하였을 뿐 이와 달리 위 건물의 원시취득한 매도인을 대위하여 직접 그 인도를 구하였다고 주장한 바 없음이 명백하고, 가사 원심이 변론 전체의 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, 피고와 선정자 2가 이 점에 관하여 아무런 답변이나 항변을 하지 아니하고 있는 상황에서 원심법원으로서에는 그에 관한 피고와 선정자 2의 견해를 묻고 법률상 및 사실상의 반대 주장을 할 수 있는 기회를 부여한 다음 그러한 판단에 나아갔어야 할 것이다.

2. (법률적) 주장에 대한 지적의무

(1) 경정결정송달 여부에 대한 지적의무 위반-대판 94다8761

원심판결 이유에 의하면 원심은, 거시증거에 의하면 채권자인 원고신청의 이 사건 채권압류 및 추심명령(이하 이 사건 결정이라 한다)이 1992.2.15. 결정되어 같은 달 20. 제3채무자인 피고에게 송달된 사실 및 같은 해 8.27. 위 결정상의 제3채무자표시를 "이문호"에서 "이문균"으로 경정결정된 사실은 인정되나, 위 경정결정이 피고에게 송달되었다고 볼 증거가 없으므로 위 채권압류 및 추심명령은 피고에 대하여 효력이 발생되지 않았다는 이유로 원고의 청구를 배척하였다. (중략) 그렇다면 원심의 변론종결시까지 당사자 사이에 이 사건 결정의 송달 여부만 다루어졌을 뿐 위 경정결정의 송달 여부에 관하여는 명시적으로 다툼이 없었고 따라서 원고도 이 사건 결정이 송달되었다는 증거만 제출하였으므로, 원심으로서에는 마땅히 당사자들이 간과한 경정결정의 송달관계에 관하여 지적한 후 원고에게 경정결정의 송달 여부에 관하여 석명을 구하고 입증을 촉구하여야 함에도(민사소송법 제136조 제4항 참조) 불구하고, 이에 이르지 아니한 채, 이를 의식하지 못하고 간과한 원고가 제출한 증거만으로 위 경정결정의 송달사실이 인정되지 않는다는 이유로 청구를 기각하였으니, 이는 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 법률적인 관점에 기한 예상외의 재판으로 원고에게 불의의 타격을 가하였을 뿐 아니라, 위 경정결정이 피고에게 송달되었는지에 관하여 제대로 심리를 하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

(2) 유족의 보상금수령요건 구비여부에 대한 지적의무-대판 198다19509

위와 같은 이 사건 소송수행 과정이나 심리 경과에 비추어 볼 때, 원심의 변론종결시까지 당사자 사이에는 위 망안O길이 이 사건 책임보험계약에서 부보 대상으로 삼은 선원 속에 포함되는지 여부만이 쟁점이 되어 다투어져 왔을 뿐 원고가 위 안O길의 수입에 의하여 생계를 유지한 것인지 여부는 명시적인 다툼이 없었으므로, 설사 원심이 변론종결 당시까지 제출된 증거자료에 의하여 원고가 위 안O길의 수입에 의하여 생계를 유지한 것이 아니라는 심증이 들었다고 할지라도 이를 재판의 기초로 삼기에 앞서, 마땅히 당사자들이 간과한 재해보상금을 수령할 수 있는 유족의 요건에 관하여 석명을 구하고 입증을 촉구하여야 함에도 불구하고, 이에 이르지 아니한 채 원고가 이미 제출한 증거만으로는 그러한 요건을 인정할 수 없다는 이유로 청구를 기각하였음은, 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 법률적인 관점에 기한 예상외의 재판으로 원고에게 불의의 타격을 가하였을 뿐만 아니라 원고가 위 안용길의 유

족으로서 그 재해보상금을 수령할 수 있는 지위에 있었는지 여부에 관하여 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고(대법원 1995. 4. 14. 선고 94다59950 판결, 1994. 6. 10. 선고 94다8761 판결 등 참조), 이 점을 지적한 논지는 이유 있다.

3. 당사자 주장의 법률적 관점에서 모순이 있거나 불명료한 점이 있는 경우

(1) 환지약정에 의한 소이등청구인지 지적의무-대판 94다16601

기록에 의하면 원고가 사실심에서 1989.1.17. 자 환지약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 대하여 분명하게 주장한 흔적이 보이지 아니하나, 원고가 1989.1.17. 자 환지약정에 관한 갑제2호증을 제출하고 있고, 또한 증인 정 O식, 변 O명에 대한 증인신문을 구하고 있는 점에 비추어 보면, 원고로서는 피고에 대하여 1989.1.17. 자 환지약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구하려는 취지도 엿보이고, 비록 원고가 이 사건 주위적 청구취지 및 청구원인을 1989.1.17. 자 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차이행청구라고 주장한다 할지라도, 이는 원고의 법률적 견해의 착오에 기인한 것이라고 볼 여지도 있으므로, 이러한 경우 원심으로서서는 마땅히 석명권을 행사하여 원고의 의사가 그 청구의 동일성이 인정되는 한도내인 1989.1.17. 자 환지약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행청구를 주장하려는 취지인지를 명백히 하였어야 할 것이다.

(2) 부당이득반환청구를 배당이의의 소로 변경-대판 2001다11055

이 사건의 분쟁은 위 배당금을 누가 수령하여야 하는가라는 점에서 비롯되었고, 이를 해결하는 데 있어서 적절하고도 간명한 방법은 배당이의의 소이며, 원고도 당초에는 배당이의의 소를 제기하였는데 이를 부당이득반환청구의 소로 변경하면서도 그 청구원인과 모순되는 청구취지를 주장하였고 이는 원고가 배당유보에 따른 부당이득반환의 법률관계나 효과를 오해한 데서 기인한 것이 명백하므로, 원심으로서서는 원고의 청구취지를 피상적·소극적으로 파악하여 원고의 청구를 기각할 것이 아니라, 석명권을 행사하여 법률적으로 합당한 청구취지로 정정하도록 하는 기회를 부여하여 실질적으로 분쟁이 해결되도록 하여야 할 것이고, 금원의 반환을 구하는 청구취지가 잘못되었다는 이유로 원고의 청구를 기각하려면 원고에게 오로지 금원의 반환을 구하는 것인지 나아가 피고가 배당금을 수령하기 이전이라면 배당금지급채권의 반환을 구하는 취지도 포함된 것인지에 관하여 석명을 구하고 이러한 법률사항에 관하여 의견을 진술할 기회를 주었어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심이 이에 이르지 아니한 채 피고가 배당금 상당의 금전 자체를 부당이득하였다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각한 것은 석명권을 적절하게 행사하지 아니하고 당사자에게 법률사항에 관한 의견 진술의 기회를 주지 아니한 위법이 있다고 할 것이고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

(3) 명백히 이유없는 청구로 소변경시 지적의무-대판 2002다41435

원고가 이 사건 부동산을 종중원 등 3인에게 명의신탁하여 그 명의로 사정을 받았다고 주장하면서 명의수탁자를 대위하여 피고들 명의의 소유권보존등기의 말소등기절차를 청구하여 제1심에서 승소하고서도, 항소심인 원심에서 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있지 않았고 법률에 의하여 소유권을 취득하지도 않았다는 종전의 주장을 그대로 유지한 채 진정명의회복을 위한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 새로운 청구를 제기함으로써 원고의 주장 자체에 명백한 모순이 있게 되었는데, 이는 원고가 부주의나 법률적인 지식의 부족으로 진정명의회복을 위한 소유권이전등기의 법리를 제대로 이해하지 못하고 있는 데서 비롯된 것으로 보인다. 항소심에서 소를 교환적으로 변경한 경우 구 민사소송법 제240조(현 제267조) 제2항에 의하여 종전의 소와 동일한 소를 제기할 수 없게 되는 중대한 법적 효과가 따르게 된다는 사정까지도 함께 고려하면, 이와 같은 경우 원심으로서서는 원고의 소변경신청에 법률적 모순이 있음을 지적하고 원고에게 의견을 진술할 기회를 부여함으로써 원고로 하여금 청구와 주장을 법률적으로 합당하게 정정할 수 있는 기회를 부여하여 분쟁을 실질적으로 해결하도록 하였어야 할 것이다.

(4) 손해배상청구의 법률적 근거에 대한 석명

1) 채무불이행과 불법행위에 의한 손해배상청구-대판 2009다42765

기록에 의하면 원고는 제1심과 원심에서 이 사건 손해배상청구가 계약책임을 묻는 것인지 아니면 불법행위책임을 묻는 것인지 명시한 바 없음을 알 수 있는바, 이는 원고가 부주의나 법률적인 지식의 부족으로 입증책임을 법률적 효과에 관하여 명백히 이해하지 못하고 있거나 그 주장이 법률상의 관점에서 보아 불명료 또는 불완전한 경우라고 하지 않을 수 없다. 따라서 원심으로서서는 마땅히 위와 같은 점을 지적하고 원고에게 의견을 진술할 기회를 부여함으로써 원고로 하여금 그 주장을 법률적으로 명쾌하게 정리할 기회를 주었어야 한다. 그럼에도 불구하고 원심은 이러한 조치를 취하지 아니하고 원고의 이 사건 손해배상청구의 법률적 근거를 불법행위책임을 묻는 것으로 단정한

뒤(이 경우 입증책임은 원고가 부담하게 된다는 점에서 이는 원고에게 심히 불리한 것이다) 원고의 입증이 부족하다는 이유로 원고의 청구를 받아들이지 아니하였는바, 이는 석명권을 적절하게 행사하지 아니하고 당사자에게 법률사항에 관한 의견 진술의 기회를 주지 아니하여 잘못이라고 할 것이고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

2) 일반 불법행위와 환경정책기본법-대판 2008.9.11., 2006다50338³⁾-현재 변경⁴⁾

일반 불법행위의 책임근거로 하고 있는 경우에 당사자 사이에 쟁점이 된 바도 없고 법원도 당사자에게 의견진술의 기회를 준 바도 없는 환경정책기본법 제31조 1항에⁵⁾ 의한 배상책임을 인정한 경우를 지적의무 위배라고 보았다.

(5) 추심권에 대한 법리오해의 경우-대판 2011.11.10, 2011다55405

상대적 불확지 변제공탁의 피공탁자 乙, 丙 중 乙을 채무자로 하여 그의 공탁물출급청구권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 甲이 다른 피공탁자 丙을 상대로 제1심법원에 공탁물출급청구권 확인의 소를 제기하면서 소장의 당사자표시에 乙을 ‘원고’로, 자신을 ‘대위신청인’으로 기재하고, 청구취지를 ‘원고가 출급권자임을 확인한다’는 것으로 기재한 다음, 청구원인으로는 甲이 공탁물출급청구권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았는데 乙과 丙이 공탁금에 대하여 아무런 조치를 취하지 않고 있어 채무자의 대위신청인으로서 공탁물출급청구권의 확인을 받아 채무변제를 받기 위해 소를 제기한다고 주장하였다가, 원심 변론기일에 소장의 당사자표시 중 ‘원고’는 자신(甲)이고, 청구취지는 ‘공탁물출급청구권이 원고(甲)에게 있음을 확인한다’는 것이라고 진술한 사안에서, 위 진술은 당사자 본인인 甲이 부주의나 법률적 지식의 부족으로 인하여, 채권압류 및 추심명령이 있더라도 채무자가 여전히 압류된 채권의 채권자 지위에 있는 것이고, 다만 채권압류 및 추심명령을 받은 추심채권자는 압류한 채권의 추심권을 취득함으로써 추심에 필요한 채무자의 권리를 대위절차 없이 자기의 이름으로 행사할 수 있다는 법리를 간과하였거나 제대로 이해하지 못한 데서 비롯한 것으로 보이므로, 원심으로서 甲에게 청구원인과 법정에서 진술한 청구취지가 일치하지 않는 법률적 모순이 있음을 지적하고 다시 의견을 진술할 기회를 부여함으로써 甲의 진정한 의사를 확인하고 그로 하여금 청구원인에 합당하게 청구취지를 정정하도록 기회를 주었어야 함에도, 이러한 조치를 취하지 않은 채 甲이 위와 같은 진술을 하였다는 이유만으로 그가 공탁물출급청구권이 피공탁자가 아닌 추심채권자에게 있음을 확인을 구하고 있어 확인의 이익이 없다고 본 원심판결에는 석명의무를 다하지 아니한 잘못이 있다.

- 3) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다50338 판결: 민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 그 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 규정하고 있으므로, 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 증명하지 아니한 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하며, 그와 같이 하지 않고 예상 외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 위법을 범한 것이 된다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결, 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다11055 판결 등 참조). 그런데 이 사건 소송의 심리과정에 비추어 볼 때, 환경정책기본법 제31조 제1항은 불법행위에 관한 민법 규정의 특별 규정이라고 할 것이므로 환경오염으로 인하여 손해를 입은 자가 환경정책기본법에 의하여 손해배상을 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 민법에 우선하여 환경정책기본법을 적용하여야 하지만, 이 사건 원심 변론종결 당시까지 당사자 사이에는 건축주인 피고 1 주식회사가 위 지하 터파기 및 흙막이 공사의 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 있거나, 원심공동피고 주식회사를 구체적으로 지휘·감독함에 따른 사용자 책임이 있는지 여부에 대하여만 다투어졌을 뿐, 피고 1 주식회사가 환경정책기본법 제31조 제1항에 의한 책임을 지는지 여부에 대하여는 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없었고 원심도 그에 대하여 피고 1 주식회사에 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사한 바 없음을 알 수 있다.
- 4) 현재 환경정책기본법, 토지환경보존법은 무과실책임규정을 두고, 환경피해 배상책임 및 구제에 관한 법률(2015.13.31 시행)은 무과실책임 규정과 함께 인과관계 추정규정을 두고 있다.
- 5) 개정전, 제31조 (환경오염의 피해에 대한 무과실책임) ①사업장등에서 발생하는 환경오염 또는 환경훼손으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다. ②사업장등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장등에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다.

■ 상계항변의 특수성

1. 항변

항변은 상대방의 주장에 대한 부인과 함께 양립불가능한 새로운 사실을 주장하는 것이다. 양립불가능한 새로운 사실에는 실제법상 효과에 대한 것과 소송상의 효과에 대한 소송요건 흠결과 증거항변 등이 있다. 원래는 피고의 항변을 전제로 하나 재항변의 경우 원고가 하게 된다. 항변은 새로운 주장으로 결과적으로 증명책임의 전환을 가져오므로 법원과 당사자를 구속하게 된다. 그러나 변론에 대한 심리의 원칙상 법원은 당사자 주장한 사실에 대하여 법규기준설에 따라 임의적으로 선택하여 실제법과 절차법상의 요건사실을 판단할 수 있다. 예를 들어 적법요건에 대한 흠결에 대하여 모두를 판단할 필요 없이 소를 각하할 수 있으며, 당사자의 주장이 없는 소송요건 흠결도 판단할 수 있고 청구기각의 경우도 마찬가지이다.

2. 상계항변의 특수성

상계의 특수성				
소송물인지 여부	X	§259 중복제소금지	[별소 선행형] [상계 선행형]	- §216 ② 기판력은 부여 - 상계항변은 '소송물' 아님. 중복제소 해당 안함(判)
기판력발생 여부	O	§216 ②	판결이유임에도 인정 → 자동채권과 수동채권의 동일범위(대등액) - 대등액 초과범위에는 기판력 부정 - 재상계항변에는 기판력 부정 - <u>소구채권이 소멸되어야 기판력 적용(자동채권의 존부)</u> - 수동채권이 <u>동시이행항변권으로 주장된 경우 기판력 부정</u>	
상계항변의 철회	O	§267② 재소금지	소취하와 동일	- 기판력이 발생되므로 소취하 잔덤 - 상대방이 동의 필요X
후순위성	O	구속성	예비적 항변	- 최후적 조건 성취가 되었을 때 - 변론의 일체성(속심구조) - 항소심에서도 불변금적용 X
소송상 형성권 행사		신병존설	- 소송법적 효과[항변사항] + 실제법[형성권]적 효과 - 예비적 항변 / 출혈적 항변의 특수성 - 소송법적 효과가 없다면 같이 없어짐 : 조건부 의사표시	

2. 상계항변의 판단순서

(1) 항변의 판단순서

일반적으로 당사자가 공격방어방법을 여러 개 주장하면서 순위를 붙여 주장하더라도 그 상호간의 논리적 순서와 역사적 선후에 불구하고 법원은 어느 하나를 선택하여 판단하면 되고, 이때 그 주장이 이유 있는 경우에는 다른 주장에 대하여는 판단할 필요가 없다. 어느 것을 택하더라도 분쟁해결의 결과, 즉 주문에 차이를 초래하지 않고, 이와 같은 주장은 판결이유에서 판단됨에 그쳐 기판력이 발생하지 않기 때문이다.

(2) 예비적 상계항변의 특수성

상계의 항변은 판결이유 중 판단에 불과하지만 기판력이 생긴다는 점과 대가적 출혈을 동반하는 항변이라는 점에서 다음과 같은 특별한 취급을 요한다:

① 상계항변은 수동채권의 존재에 대하여 증거조사하여 확정하고 나서 판단을 하여야 하며, 그 존재를 가정하여 상계항변으로 곧바로 청구기각을 하여서는 안 된다(증거조사설). 이러한 의미에서 상계항변은 예비적 항변으로 다루는 것이 옳다.

② 따라서 면제, 소멸시효 등과 함께 상계를 주장하는 경우는 면제나 소멸시효의 항변에 대한 판단을 먼저 하고 이러한 항변 모두가 배척되는 경우에 상계를 인정해야 한다.

③ 면제, 소멸시효 등과 함께 주장된 경우가 아니라 피고가 상계항변만 제출한 경우에는 수동채권의 존재를 다투지

않는 것으로 보아 소구채권(수동채권)의 존부가 불분명해도 상계항변으로 원고의 청구를 기각할 수 있다는 청구기각 설이 있으나, 피고만 반대채권을 상실할 수 있으므로 이때도 우선 증거조사에 의해 수동채권의 존재를 확인한 뒤 상계항변에 대해 심리판단함이 옳을 것이다(증거조사설).

3. 상계항변 심판 위반의 결과

예비적 항변으로서 상계의 항변의 특수성을 무시한 위법한 판결이다. 따라서 이러한 판결은 상소이유가 되고, 확정 되더라도 제451조 1항 9호의 판단누락에 해당되어 재심사유가 된다.

소송상 상계의 제(諸)문제

- ① 소송에 있어서 상계권의 행사에 관한 문제
- ② 상계항변이 피고에 있어서는 반대채권의 실권이라는 불이익을 수반하므로 법원의 심리·판단의 순서가 강제되어 당사자가 예비적으로 상계의 항변을 제출한 경우는 물론, 그렇지 않더라도 우선 증거조사에 의하여 소구채권의 존재를 확인한 후 상계항변에 대한 심리·판단이 내려져야 하는가 하는 문제
- ③ 상계항변과 중복제소금지의 문제
- ④ 일부청구와 상계항변의 문제
- ⑤ 변론종결 후의 상계권의 행사의 문제
- ⑥ 상소의 이익에 있어서 상계항변의 문제
- ⑦ 판결이유 중의 판단에 기판력이 생기기 때문에 불이익변경금지의 원칙에 있어서 상계항변의 문제 등

■ 심리의 범위-변론재개의무 여부

1. 문제점

변론에서 주장과 증명은 당사자가 권리를 인정받기 위한 당연한 권리이자 필요한 조건이다. 이에 대한 법원의 심리는 원칙적으로 심리의무를 부여하는 것이 논리적으로 인정된다. 그러나 무조건 변론을 신청한 경우 법원이 이를 받아들이는 것은 신속한 재판이나 실체진실 발견에 역행하는 것이며, 더욱이 종결된 변론의 재개 신청은 받아들일 수 있는지 쟁점이 된다.

2. 변론재개 의무의 인부

(1) 원칙

변론재개의무는 원칙적으로 재량사항이다.⁶⁾ 재개신청이 있는 경우 법원에 재개의 의무가 있는 것이 아니므로 재개하지 아니한 것을 상고이유로 삼을 수 없다. 재개사유가 소송고지의 필요성 때문이거나 증거가 유일한 증거방법인 경우, 실기한 공격방어방법으로 각하되지 않을 사정도⁷⁾ 마찬가지이다. 왜냐하면 재개의무를 함부로 인정하면 당사자가 신의칙에 의한 소송수행의무나 소송촉진의무를 해태하게 되므로 소송정책상으로도 바람직하지 않기 때문이다.

(2) 예외

그러나 재개사유로 ① 재심사유를 제출하였을 때, ② 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하는 등 재개하여 기회를 주지 아니한 채 패소판결을 하여 절차적 정의에 반할 때,⁸⁾ ③ 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 중요한 요증사실에 해당하는 경우,⁹⁾ 나아가 ④ 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다.¹⁰⁾

대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결

【판시사항】

[1] 법원의 변론재개의무가 인정되는 예외적인 요건

[2] 법원의 변론재개의무와 실기한 공격방어방법의 관계

[3] 변론종결 전에 주장·증명을 제출할 기회가 충분히 있었음에도 변론종결 후 그 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 사안에서, 그 주장·증명에 관하여 법원의 석명의무 등이 없는 이상 그 주장·증명이 청구의 결론을 좌우할 만한 관건적 요증사실에 관한 것이라거나, 변론이 재개되어 속행되는 변론기일에서

6) 대법원 1987. 12. 8. 선고 86다카1230 판결: 당사자의 변론재개신청을 받아들일느냐의 여부는 법원의 재량에 속한 사항이므로 당사자가 항변을 제출할 수 있는 기회가 충분히 있었음에도 이를 하지 않다가 변론종결 후 그 항변 및 입증을 위하여 변론재개신청을 한 경우에 법원이 그 변론재개신청을 받아들이지 아니하였다 하여 이를 심리미진의 위법사유에 해당한다고 할 수는 없다.

7) 본문의 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결

8) 본문의 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결

9) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다53866 판결: [1] 변론종결 후의 변론재개신청을 기각한 것이 심리미진의 위법사유에 해당하는지 여부(원칙적 소극) [2] 매도인의 매매대금반환의무는 매매계약 해제로 인한 원상회복의무인 반면 상대방의 소유권이전등기 말소 의무는 매매계약 해제로 인하여 발생한 것이 아니라 매매계약이 이미 해제되었음에도 상대방이 원인 없이 소유권이전등기를 함으로써 발생한 것인 경우, 양 의무는 별개의 발생원인에 기한 것이어서 이행상의 견련관계가 없다고 한 사례

10) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다5592 판결: [1] 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 증명하지 아니한 것이 명백한 경우, 사실심 재판장이 입증을 촉구할 의무가 있는지 여부(적극) 및 법원의 변론재개의무가 인정되는 경우 [2] 갑 주식회사와 을 주식회사 사이에 폐기물처리비용에 관한 채무가 존재하는지가 문제된 사안에서, 원심으로서 변론을 종결하기에 앞서서 을 회사에 석명권을 행사하여 갑 회사의 진술내용에 대한 의견을 진술하고 추가 입증 자료를 제출하도록 촉구하였어야 하고, 그러한 조치를 취하지 않은 채 제1차 변론기일에 변론을 종결하였더라도, 그 후에 을 회사가 “증거자료 제출”이라는 서면을 제출하면서 을 회사를 위탁처리업체로 기재한 갑 회사 명의의 건설폐기물처리계획서 및 그에 대한 신고필증, 갑 회사의 공사현장에서 배출되는 건설폐기물을 을 회사가 반입한 내역이 기재되어 있는 반입·반출증 등을 추가로 제출하고 있다면, 이는 위 문서들을 증거로 제출할 수 있도록 변론을 재개하여 달라는 취지의 신청으로 전해해 볼 수 있으므로, 원심으로서 변론을 재개하여 을 회사로 하여금 추가 증거자료들을 제출하고 의견을 진술할 기회를 부여한 다음 을 회사 주장의 당부에 대하여 판단하였어야 한다고 하면서, 원심판결에는 석명권행사를 게을리 하고 변론재개의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 한 사례

위 주장·증명이 실기한 공격방어방법으로 각하당하지 아니할 가능성이 있다는 사정만으로 변론을 재개하여야 할 의무가 있다고 볼 수는 없다고 한 사례

【판결요지】

[1] 당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서 는 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다.

[2] 법원이 변론을 재개할 의무가 있는 예외적 요건 등을 갖추지 못하여 법원이 변론을 재개할 의무가 없는데도 변론이 재개될 것을 가정한 다음, 그와 같이 가정적으로 재개된 변론의 기일에서 새로운 주장·증명을 제출할 경우 실기한 공격방어방법으로 각하당하지 아니할 가능성이 있다는 사정만으로 법원이 변론을 재개할 의무가 생긴다고 할 수는 없다. 다만, 실제로 법원이 당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론재개를 한 경우에는 소송관계는 변론재개 전의 상태로 환원되므로, 그 재개된 변론기일에서 제출된 주장·증명이 실기한 공격방어방법에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 변론재개 자체로 인한 소송완결의 지연은 고려할 필요 없이 민사소송법 제149조 제1항이 규정하는 요건을 충족하는지를 기준으로 그 해당 여부를 판단하면 된다.

[3] 원고가 제1심부터 환송 후 원심에 이르기까지 구상금채권에 관하여 소멸시효가 중단되었다는 주장·증명을 제출할 기회가 충분히 있었음에도 이를 제출하지 않고 있다가 환송 후 원심의 변론종결 후에야 비로소 그 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 사안에서, 원심이 소멸시효 중단 여부에 관하여 석명하여야 할 의무 등이 없는 이상 그 주장·증명이 청구의 결론을 좌우할 만한 관건적 요증사실에 관한 것이라거나, 변론이 재개되어 속행되는 변론기일에서 위 주장·증명이 제출될 경우 실기한 공격방어방법으로 각하당하지 아니할 가능성이 있다는 사정만으로 변론을 재개하여야 할 의무가 있다고 볼 수는 없다고 한 사례.

III. 심화정리 문제

문제 1.

甲은 공익법인 乙과 자연인 丙과 丁을 피고로 하여 乙에게는 매매계약에 기하여 소유권이전등기를 청구하는 소를, 丙과 丁에게는 단순히 대여금반환청구의 소를 각각 제기하였다. 법원은 우선 甲이 乙에 대한 소송에서는 부동산을 매입할 당시 주무관청의 허가가 없었다는 사실에 기초하여 甲의 소유권이전등기청구를 기각판결하였다. 한편, 丙에 대한 소송은 도박자금으로 5000만 원을 대여하여 주었다는 사실에 기하여 甲의 대여금지급청구를 기각하였으며, 丁에 대해서는 대리인에 의한 소비대차계약을 인정하여 청구인용판결을 하였다. 다음의 각각에 대하여 답하시오.

1. 당사자의 명백한 주장이 없음에도 불구하고, 법원이 인정한 사실을 판결의 기초로 삼은 것이 타당한지 설명하시오.
2. 법원이 판결의 기초로 인정한 사실이 자백에 의하여 확정된 사실이라면 판결이 타당한지 검토하시오.

I. 설문 1.

1. 문제의 소재

직권주의와 변론주의 적용대상과 적용범위에 관한 문제를 다루고 있다. 강행규정은 모두 직권조사사항이라 할 수 있는가 즉 乙과 丙에 대하여는 강행법규위반이 문제되며, 丁의 판결에 대하여 변론주의 완화가 문제될 수 있다.

2. 강행법규 위반과 주장책임

(1) 강행법규위반과 직권조사사항의 조사방법

(1) 강행법규와 주요사실

행정상의 목적을 위하여 일정한 행위를 금지시키거나 또는 제한하는 단속규정도 강행법규에 속한다. 효력규정이나 내용강제규정을 위반하면 당해 법률행위의 사법상 효력이 부인되는 반면에, 단속규정에 대한 위반이 있더라도 그 행위의 사법상 효력이 부인되는 것은 아니다.

(2) 강행법규와 직권조사사항

직권조사사항은 공익적인 사항에 대하여 예외적으로 당사자의 주장이나 이의가 없더라도 또는 경우에 따라서는 당사자가 스스로 시인하는 경우에도 의심이 생기면 법원이 반드시 직권으로 문제삼아 판단하여야 하는 것을 말한다. 다만 법원은 그 판단의 기초가 되는 사실자료나 증거자료를 당사자가 제출한 것을 기초로 할 수 있을 뿐, 법원이 직권으로 탐지하여야 하는 것은 아니다.

(3) 강행법규 준수와 직권조사사항

강행법규의 준수는 직권조사사항이다. 판례도 강행법규가 직권조사사항임을 분명히 한다.¹¹⁾

3. 직권조사사항의 조사방법

(1) 문제점

변론주의와 직권탐지주의에 의한 소송자료의 수집방법을 직권조사사항에 대해서도 적용할 것인가가 문제된다.

(2) 견해의 대립

① 독자방식설 : 직권조사사항은 변론주의나 직권탐지의 방식이 아닌 제3의 별개의 방법의 조사하여야 한다는 견해이다. 당사자가 주장하지 아니한 사항이라도 변론주의에 따라 제출된 소송자료 내에서 직권으로 조사할 수 있다고 한다. 직권에 의한 사실탐지와 증거조사는 부인된다는 점에서 변론주의적 요소가 있으나, 법원이 직권조사사항에 대한 당사자의 합의에 구속되지 않는다는 점에서는 직권탐지주의적 성격이 있다고 한다.

11) 대법원 1983. 5. 24. 선고 83누21 판결: 민사 또는 행정소송에 있어서 관할, 당사자, 불변기간의 준수, 기판력 등 일반적으로 소송제도의 유지에 필요한 공익적인 사항에 관하여는 법원이 이를 직권으로 조사하여야 하므로 이와 같은 사항에 관하여는 법원은 당사자의 주장, 합의 또는 포기 등에 구애됨이 없이 이를 조사하여야 하고 따라서 그 시기에 관하여도 아무런 제한을 받지 않는다. 원고가 당초의 진술과는 달리 국세심판소의 보정요구서를 수령하였으며 당초 잘못 진술하게 된 경위를 기재한 준비서면을 변론종결후에 제출하였다 하여도 원심법원으로서 보정요구서의 수령여부를 직권으로 조사하여 소제기 기간의 준수 여부를 가려야 할 것이다.

② 독자방식부정설 : 직권조사사항은 자료수집방식에 관한 기존의 변론주의 또는 직권탐지주의에 의하여 조사된다는 견해이다. 이 견해는 자료수집방식과 심판대상을 구별하여, 전자에는 변론주의와 직권탐지주의가 있으며 후자에는 처분권주의와 직권조사주의가 있다고 설명한다.

(3) 공익법인과 계약성립시 주무관청의 허가에 대한 조사

주무관청의 허가를 받지 않고 공익법인의 기본재산을 처분하는 것은 무효이며, 이는 직권조사사항이다. 법원은 변론주의에 의하여 수집된 소송자료로부터 당사자의 주장에 관계없이 무효 여부를 직권으로 조사할 수 있다.

4. 주요사실의 주장책임과 변론주의의 완화

(1) 변론주의와 주장책임

변론주의의 적용범위는 심리방식과 관련된 보다 본질적인 문제이다. 변론주의는 사실을 규명하는 방식의 면에서 직권조사주의나 직권탐지주의와 그 적용영역을 달리한다. 변론주의가 적용되는 범위에서 직권조사는 인정되지 아니한다. 그러나 당사자의 주장책임을 엄격히 할 것인가는 별도로 검토할 필요가 있다.

(2) 도박자금대여계약

사행계약은 강행규정인 민법 제103조에 위반하여 무효이지만 비채변제 또는 불법원인급여 등과 같은 제도에 비추어 직권조사사항이라고 볼 수 없다. 따라서 당사자가 주장하지 않는 한 법원은 재판자료를 통하여 스스로 무효임을 밝혀 이를 판결의 기초로 삼을 수 없다.

(3) 대리인 계약체결사실

대리인에 의한 계약체결사실은 주요사실이다. 원칙적으로 변론주의가 적용된다. 그러나 그러나 계약체결사실이 주요사실이므로 이를 인정하는 대리인에 의한 계약체결사실 여부는 완화하여 적용하여도 될 것이다.

5. 결론

乙에 대한 사실은 직권조사사항이므로, 당사자의 주장을 필요로 하지 않는다. 따라서 법원이 이를 판결의 기초로 삼은 것은 위법이 아니다. 이에 반하여 보기 丙에 대한 사실은 직권조사사항이라 할 수 없으므로 위법의 판결이다. 丁에 대하여는 이론의 있으나 계약체결사실을 인정할 수 있다.

II. 설문 2.

1. 문제의 소재

丁에 대하여 대리인에 의한 계약이 자백의 대상이 됨에는 문제가 없으나 乙과 丙의 경우 강행법규 위반사실이 직권조사사항에 대해서도 자백이 성립할 수 있는지 문제된다.

2. 乙의 진술에 대한 자백

(1) 변론주의에서 자백의 대상

자백은 주요사실을 그 대상으로 하므로 변론주의가 적용되는 전형적인 영역이다. 강행법규 등 법률진술에 대하여 권리자백으로 자백의 대상이 되는지 문제 될 수 있으나 법률상 진술로서 법규의 존부 해석에 관한 진술 등은 법원의 전권사항이므로 자백의 대상이 될 수 없다.

(2) 강행법규위반과 권리자백¹²⁾

12) 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000후1542 판결: [1] 행정소송인 심결취소소송에서도 원칙적으로 변론주의가 적용되므로 자백 또는 의제자백도 인정되나, 자백의 대상은 사실이고, 이러한 사실에 대한 법적 판단 내지 평가는 자백의 대상이 되지 아니한다. [2] 상표법 제7조 제1항 제11호 소정의 '서비스업의 품질오인을 일으키게 할 염려'가 있는지 여부는 자백의 대상에 해당하지 않는다고 본 사례. 등록서비스표가 상표법 제7조 제1항 제11호에서 정하고 있는 서비스업의 품질오인을 일으키게 할 염려가 있다는 원고의 주장에 대하여, 피고는 공시송달에 의하지 아니한 소환을 받고도 사실심 변론기일에 출석하지 않고 답변서 등을 제출하지 아니하였음을 이유로 원심은 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제139조 제1항에 따라 이 사건 등록서비스표의 구성('○○곰탕'), 그 지정서비스업(곰탕전문음식점경영업, 곰탕전문식당채업, 음식조리대행업, 음식조리지도업) 및 출원등록에 대하여 의제자백에 인한 사실인정을 한 다음, 이 사건 등록서비스표가 상표법에서 규정하는 서비스업의 품질오인을 일으키게 할 염려가 있는지 여부에 대하여는 의제자백으로 처리하지 아니하고 지정서비스업 별로 품질오인의 염려가 있는지 여부를 검토하여 이에 해당하는 '음식조리대행업' 및 '음식조리지도업'에 대한 등록만이 무효라고 본 조치는 정당하고, 거기에 의제자백에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

1) 문제점

직권조사사항에 대해서도 자백의 법리를 적용할 수 있는지 문제이다. 이는 권리에 관한 자백의 대상으로 인정되는지 문제이기도 하다.

2) 판례의 태도

단순히 '강행법규인 ○○법 제○조를 위반하였다'는 진술은 사실에 대한 진술이 아니라 법률적 효과 내지 판단에 관한 진술로서 권리자백에 해당하나, '주무관청의 허가를 받지 않았다'거나 '조건부허가를 받았으나 조건이 성취되지 않았다'는 진술과 같이 소전제로서 위 법조에서 규정한 구체적인 내용을 위반하였다는「사실」에 관한 진술은 자백의 대상이 될 수 있다.

(3) 乙의 주장 사실

강행법규위반에 대한 사실의 진술은 직권조사사항이므로, 사실상 주무관청의 허가가 없는데도 주무관청의 허가가 있었다는 점에 대한 당사자의 자백이 있었다 하여도 법원은 직권으로 판단하여야 하고, 당사자의 자백사실에 구속되어 이를 기초로 재판을 해서는 아니 된다.

3. 丙과 丁의 주장 사실의 자백의 대상 여부

(1) 직권조사사항과 자백의 관계

모든 강행법규를 직권조사사항이라고 볼 수 없듯이 모든 강행법규 위반사실에 관한 진술이 자백의 대상이 된다고 볼 수도 없다. 직권조사사항에 대해서는 변론주의가 적용되지 아니하므로, 직권조사사항에 대해 당사자의 자백이 있더라도 법원은 이에 구속되지 않는 것이 원칙이다.

(2) 강행법규위반의 자백 범위

모든 직권조사사항이 자백의 대상이 아닌 것은 아니고 그 중 공익적인 성격이 강한 것은 자백의 대상이 될 수 없고, 상대적으로 공익적 성격이 약한 것은 자백의 대상이 될 수 있다.

(3) 丙과 丁의 자백 여부

도박자금 용도의 차금계약은 공익성이 낮아 당사자간의 처분권을 부인할 필요가 없으므로 직권조사사항도 아니고, 그 위반사실에 대한 진술은 자백의 대상이 된다. 한편 대리인에 의한 계약은 주요사실이므로 인정할 수 있다.

4. 사례의 해결

변론주의가 적용되는 주요사실에 대하여 자백이 성립하고 직권조사사항으로 乙에 대하는 자백의 대상이 아니므로 이를 소송자료로 삼은 판결은 변론주의를 위반하여 위법의 판결이다. 이에 반하여 丙과 丁에 대하여는 소송자료로 삼은 법원의 판결은 적법하다.

문제 2.

甲은 乙로부터 乙 소유의 X 토지에 관하여 체결한 매매계약을 체결하였고, 甲은 소유권이전등기를 경료받았다. 그러나 乙은 甲을 상대로 하여 이전된 소유권등기의 말소청구소송을 제기하였다. 乙은 매매계약을 체결한 사실이 없고, 설사 매매계약이 체결되었다 하더라도 甲이 주장하는 乙의 대리인 B는 대리권 없는 자이므로 매매계약은 무효이며, 이에 기하여 경료된 이전등기 역시 원인무효라고 주장하였다. 증거절차에서 乙은 매매계약을 체결한 사실이 없음을 증명하기 위하여 증개사 A를 증인으로 신청하는 동시에 대리권 없는 자에 의하여 체결되었다는 사실을 증명하기 위하여 甲이 乙의 대리인으로 지목한 B를 증인으로 신청하였다. 甲 또한 B의 대리권을 증명하기 위하여 B의 절친인 C를 증인신청하였다. 甲과 乙에게 증인 A, B, C 이외에는 다른 증거가 없을 경우, 甲과 乙이 증인으로 신청한 A, B, C에 대한 법원의 증인신문에 대한 조치를 설명하시오.

1. 문제의 소재

당사자가 증인신청하는 경우 법원은 채부결정을 하여야 한다. 이 경우 유일한 증거의 경우 증인신청절차에서 결정여부가 문제된다. 유일한 증거의 판단 기준과 그 적용 범위가 쟁점이다. 이 경우 증거신청을 기일 전에도 할 수 있는지와 반증에 유일한 증거 법리를 적용할 수 있는지 검토가 필요하다.

2. 등기의 추정력과 본증

(1) 문제점

원고인 청구권자는 무효사유를 주장 증명하여야 한다. 그러나 말소등기청구소송은 권리의 부존재를 주장하고 있으므로 이에 대하여 등기된 사항에 대하여 유효를 주장하는 자가 원칙적으로 증명책임을 진다. 이에 대하여 등기의 추정력에 법률상 추정력이 인정되는 경우 이에 대한 증명책임전환을 검토하여야 한다.

(2) 법률상 추정력과 증명책임

1) 증명책임 전환

등기의 추정력에 대하여 일부 학설이 반대하는 견해가 있으나 대체적인 학설과 판례는 등기의 공신력이 인정되지 아니하는 상황에서 법률상 추정력을 인정하는 입장에 있다. 법률상 추정력이 인정되는 경우 증명책임을 전환되어 이를 부정하는 자가 증명책임을 있다. 따라서 법관에게 등기된 사항인 대리권의 존재를 부정하는 자가 본증으로 증명하여야 한다.

2) 본증여부

대리권의 존부는 등기의 추정력에 의하여 말소등기를 주장하는 자가 요건사실로서 반대사실을 증명하여야 한다. 따라서 대리권을 부정하는 자가 입증책임을 지며 이를 부정하는 것이 본증에 해당한다.

(3) 사안의 경우

매매계약의 무효 주장에 해당하는 경우와 대리권 무효의 경우 등기의 추정력으로 A, B에 대한 증인신문은 본증에 해당하고 C에 대한 증인신문은 반증에 해당한다.

3. 유일한 증거의 본증에 대한 필요적 증거조사(A, B에 대한 증인신문 여부)

(1) 유일한 증거의 재량결정 가부

유일한 증거란 당사자가 주요사실을 증명하기 위하여 신청한 단 하나뿐인 증거방법으로서, 이를 조사하지 아니하면 무증명의 상태가 되는 경우의 증거를 말한다. 법원은 당사자의 증거신청을 재량에 의해 결정하는 것이 원칙이나, 유일한 증거에 대하여는 반드시 증거조사를 하여야 한다(제263조).

(2) 유일한 증거의 본증에 대한 증거조사

유일한 증거는 주요사실에 대한 것이므로, 원칙적으로 본증에 대해서만 적용된다. 본증이란 증명책임을 지는 당사자가 주요사실에 대하여 법관의 심증을 형성시키는 증명활동을 말한다. 유일한 증거는 주요사실에 대한 것이므로, 원칙적으로 본증에 대해서만 적용된다. 본증이란 증명책임을 지는 당사자가 주요사실에 대하여 법관의 심증을 형성시키는 증명활동을 말한다.

(3) 소결

유일한 증거인지 여부는 사건 전체의 차원이 아니라, 쟁점단위별로 판단한다. 乙이 제출한 증거에는 A와 B가 있는데, A는 계약체결 여부에 대한 증거이며, 증인 B는 적법한 대리권에 기한 계약체결 여부이기 때문에, A와 B는 모

두 유일한 증거에 해당한다. 또한 모두 본증에 해당하여 법원은 반드시 증인신문하여야 한다.

4. 유일한 증거에 대한 반증의 증거조사(C에 대한 증인신문 여부)

(1) 반증과 유일한 증거

반증이란 증명책임을 지는 자의 증명(본증)에 의해 법관이 심증을 형성하는 것을 내버려두지 않기 위해 또는 이미 형성된 심증을 뒤흔들어 놓기 위해 증명책임을 지지 아니한 자가 벌이는 증명활동이다. 유일한 증거에 관한 규정을 반증에 대해서도 적용할 것인가에 대하여는 다툼이 있다.

(2) 반증에 대한 유일한 증거의 적용여부

본증과 반증을 구별하여 그 취급을 달리하는 것은 쌍방심문주의에 어긋나고 당사자의 증거제출권에 부합하지 않는다는 이유로 반증에도 적용할 수 있다는 견해가 있으나, 유일한 증거를 반증에 적용하면 자유심증주의를 침해할 수 있어 부당하다. 유일한 증거는 입증책임을 지는 자를 위한 제도라는 취지에 맞게 본증에 한하여 적용될 뿐, 반증에는 적용되지 않는다 할 것이다(통설·판례¹³⁾).

(3) 사안의 경우

증인 C는 甲이 신청한 단 하나뿐인 증거이나, 이는 乙이 입증책임을 지는 대리권존재 사실을 부정하기 위하여 제출한 반증이므로 유일한 증거에 해당하지 아니한다.

5. 사례의 해결

적법한 증인신청에 대하여 법원은 등기의 추정력으로 본증에 해당하는 A와 B에 대해서는 증인으로 채택을 하여 반드시 증거조사로서 증인신문을 하여야 한다. 다만 증인 C에 대한 증거는 반증이므로 이에 대해서는 증거조사를 하지 않아도 무방하다.

13) 유일한 증거라 함은 당사자의 입증책임이 있는 사항에 관한 유일한 증거를 말하고 상대방의 주장을 부인한 당사자의 신청증거는 반증에 불과하여 유일한 증거에 해당되지 아니한다.