

【문 1】 의 1

I. 결 론

항소심의 판단은 위법하다.

II. 이 유

1. 문제점

① 공동피고인 乙 종중과 丙간의 공동소송의 형태는 무엇인지, ② 패소한 乙 종중이 항소를 하지 않아 판결이 확정된 경우 이 때 생기는 판결의 효력과 ③ 기판력이 발생하는 청구의 범위가 무엇인지가 특히 문제된다. ④ 이를 전제로 항소심 판단이 위법한지를 살펴본다.

2. 乙 종중과 丙간의 공동소송의 형태

(1) 통상 공동소송

甲의 乙 종중과 丙에 대한 소송은 X 부동산 인도를 구하는 소로서 ① 실체법상 관리처분권이 공동귀속 되는 경우가 아니어서 고유필수적 공동소송이 아니고, ② 공동소송인들 사이에 판결의 효력이 미치는 관계도 아니어서 유사필수적 공동소송도 아니다. 따라서 ③ 통상 공동소송이다.

(2) 통상 공동소송의 심판방법

① 공동소송인 가운데 1인의 소송행위 또는 이에 대한 상대방의 소송행위와 공동소송인 가운데 1인에 관한 사항은 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 않는데(제66조), 이를 공동소송인 독립의 원칙이라고 한다. 그 내용으로 소송자료와 진행이 각 공동소송인에게 영향이 없어 서로 독립적이고, 판결의 통일이 요구되지 않아 서로 간에 승패를 달리 해도 위법한 판결이 되지 않는다. 1인만 상소한 경우에 상소하지 않은 다른 공동소송인의 판결은 확정된다.

② 따라서 1심판결에 항소한 丙만 항소심에 이심되고, 항소하지 않은 乙 종중에 대한 판결은 확정된다.

3. 기판력의 의의와 작용

(1) 일단 판결이 내려지고 확정되면 그 후 판결에서 판단된 사항에 대해서는 더 이상 다툴 수 없고 그대로 따라야 하는 효력을 기판력이라 한다.

(2) 기판력은 판결이 확정된 후에 발생하는 효력으로 확정된 판결의 기판력은 전소와 일정한 관계가 있는 후소의 법원과 당사자에게 일정한 구속력을 미치게 된다. 이처럼 발생한 기판력이 후소의 법원과 당사자를 구속하는 효력을 기판력의 작용이라 한다. 이는 전소 기판력을 바탕으로 이를 고려하여 후소를 심리 판단할 것이 요구된다는 것이다.

4. 기판력의 객관적 범위

(1) 의의

확정판결에서 청구의 어느 범위에서 기판력이 발생하는지를 기판력의 객관적 범위라 한다. 이는 전소에서 기판력으로 확정되어 후소에서 다시 주장할 수 없는 전소의 객체 즉 기판력으로 그 존부가 확정된 청구는 무엇인지를 말한다.

(2) 판결주문의 판단

법 제216조 제1항은 ‘확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다.’고 하여 기판력의 객관적 범위를 규정하고 있다. 판결주문은 청구취지에 대응한 것이므로, 전소의 소송물로서 주문에서 판단된 청구에 기판력이 발생하고 후소에서 그 청구를 다시 주장하면 기판력에 저촉되는 것이다. (기판력의 객관적 범위 = 판결주문 = 소송물)

(3) 판결이유에서의 판단

한편 상계항변(216②)을 제외한 판결이유에서 판단된 사실의 인정, 법규의 해석·적용, 항변, 선결적 법률관계 등에는 기판력이 발생하지 않는다. 다만 판례는 “전소에서 행한 선결적 법률관계에 관한 판단은 후소에서 합리적 이유가 없는 한 함부로 배척할 수 없어 후소에서 유력한 증거가 된다.”고 하였다.

(4) 설문의 경우

등기를 마친 甲의 乙 종중에 대한 소유권에 기한 X 부동산 인도청구소송의 승소판결의 확정 에 따른 기판력은 주문 즉 소송물인 X 부동산 인도청구권의 존재에 발생하고, 판결이유 중의 부동산 소유권에 관한 판단에까지는 발생하지 않는다.

5. 결론 - 항소심 법원의 판단의 당부

(1) 甲의 乙 종중에 대한 X 부동산 인도청구소송의 승소확정판결에서 발생한 기판력의 객관적 범위는 주문판단 즉 소송물인 인도청구권의 존재이지, 판결이유 중 판단인 적법하게 취득한 소유권의 존재에까지는 발생하지 않는다. 따라서 기판력의 법리에 따라 승소한 甲이 X 부동산의 소유권을 적법하게 취득했고 이를 부정하는 丙의 주장을 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 배척한 항소심 법원의 판단은 위법하다.

(2) 다만 판결이유 중 판단의 구속력에 의해 甲의 적법한 소유권 취득이라는 사실은 유력한 증거자료가 되어 특단의 사정이 없는 한 丙의 항소심 재판부는 이를 배척할 수 없을 것이다.

【문 1】 의 2

I. 결 론

특별항고를 할 수 있다.

II. 이 유

1. 문제점

① 토지분할이 변론에 드러나지 않은 채 청구인용된 경우, 분할된 토지에 관한 표시로 판결의 경정신청이 가능한지, ② 판결경정신청을 기각한 결정에 대하여 헌법 위반을 이유로 민사소송법 제449조 제1항에 의한 특별항고를 할 수 있는 경우가 문제된다.

2. 판결의 경정

(1) 의의

판결에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정을 할 수 있다(제211조).

(2) 취지

선고된 판결에 대하여 그 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위에서 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 잘못을 법원 스스로 결정으로써 정정 또는 보충하여 강제집행이나 등기의 기재 등 이른바 광의의 집행에 지장이 없도록 하자는 데 그 취지가 있다.

(3) 설문의 경우

“토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중 사실심 변론종결 전에 토지가 분할되었는데도 그 내용이 변론에 드러나지 않은 채 토지에 관한 원고 청구가 인용된 경우에 판결에 표시된 토지에 관한 표시를 분할된 토지에 관한 표시로 경정해 달라는 신청은 특별한 사정이 없는 한 받아들여야 한다(대결 2020. 3. 16. 2020그507).”

3. 경정재판

(1) 경정결정과 불복방법

경정결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다(법 211조 3항 본문). 다만 판결에 대하여 적법한 항소가 있을 때에는, 항소심의 판단을 받으면 되므로 즉시항고가 불허된다(법 211조 3항 단서).

(2) 경정신청기각결정과 불복방법 : 특별항고

경정신청을 기각한 결정에 대하여는 불복할 수 없다(판례). 일반적으로 소송절차에 관한 신청을 기각한 결정에 대하여는 통상항고(법 439조)를 할 수 있으나, 경정신청을 기각한 결정에 대하여는 통상항고도 할 수 없다고 보아야 한다. 직접 판결을 한 법원이 판결의 표현상 분명한 잘못이 없다고 본 것을 재판에 직접 관여도 하지 아니한 다른 법원이 그러한 잘못이 분명하다 하여 판결의 경정을 명하는 것은 조리에 반하며, 경정결정에 대해서만 즉시항고를 할 수 있게 한 법 211조 3항 본문의 반대해석으로도 그러하기 때문이다.

4. 판결경정신청을 기각한 결정에 대하여 헌법 위반을 이유로 민사소송법 제449조 제1항에 의한 특별항고를 할 수 있는 경우

(1) 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 특별항고를 할 수 있다(법 제449조 제1항). 여기서 헌법 위반이 있다고 함은 결정이나 명령의 절차에서 헌법 제27조 등이 정하고 있는 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리가 침해된 경우를 포함한다.

(2) 판결경정신청을 기각한 결정에 이러한 헌법 위반이 있다고 하려면 ㉠ 신청인이 그 재판에 필요한 자료를 제출할 기회를 전혀 부여받지 못한 상태에서 그러한 결정이 있었다든지, ㉡ 판결과 그 소송의 모든 과정에 나타난 자료와 판결 선고 후에 제출된 자료에 의하여 판결에 잘못이 있음이 분명하여 판결을 경정해야 하는 사안임이 명백한데도 법원이 이를 간과함으로써 기각결정을 하였다는 등의 사정이 있어야 한다(2020그507).

5. 결론

경정대상판결 주문에 분할 전 이 사건 토지가 표시된 것은 甲의 잘못된 청구로 유발된 오기 또는 이와 유사한 잘못에 해당하고, 경정대상판결 법원에 제출된 증거와 이 사건에 제출된 자료를 종합하면 그 잘못을 명백히 인정할 수 있고, 잘못을 경정하더라도 판결의 내용을 실질적으로 변경한다고 볼 수 없다. 따라서 주문을 경정해야 하는 사안인데도 경정신청을 기각하였으므로 재판에 영향을 미친 헌법 위반의 특별항고사유가 있다(2020그507).

【문 2】 의 1

I. 결 론

타당하다.

II. 이 유

1. 기일해태의 효과

기일의 해태(당사자의 결석)란 ① 필수적 변론기일에 ② 적법한 기일통지를 받고 ③ 불출석하거나 출석해도 변론하지 않은 경우를 말한다. 결석에 따른 소송지연을 막기 위해 법은 일방결석의 경우에 진술간주와 자백간주, 쌍방결석의 경우는 소의 취하간주를 규정하여 이에 대처하고 있다. 이러한 출석강제의 3간주를 기일해태의 효과라 한다.

2. 양쪽 당사자 결석 - 소의 취하간주 (쌍불취하, 제268조)

(1) 요건

① 양쪽 당사자가 변론기일에 1회 불출석이거나 출석·무변론일 것.

1회 결석만으로 판결을 할 수는 없고, 이 경우 재판장은 반드시 속행기일을 정하여 양쪽 당사자에게 통지하여야 한다.

② 그 후 새 기일 또는 그 뒤의 기일에 양쪽 당사자가 불출석이거나 출석·무변론일 것.

③ 양쪽 당사자가 2회 결석 후 그로부터 1월 내에 당사자가 기일지정신청을 하지 않거나, 또는 기일지정신청 후 양쪽 당사자가 불출석 또는 출석·무변론일 것

(2) 효과

① 법률상 소가 취하된 것으로 보며(쌍불취하), 소송계속의 효과는 소급적으로 소멸하며 소송은 종료된다. 소취하 간주는 법률상 당연히 발생하는 효과로 당사자나 법원의 의사로 그 효과를 좌우할 수 없다. 즉 법원의 재량이나 소송사건의 내용, 진도에 따라 임의로 처리할 수 없으며, 법원이 더 나아가 본안에 대한 석명 및 심리를 할 수 없다(81다94).

② 한편 항소심에서는 항소의 취하로 보아(268조 4항) 불리한 1심판결이 그대로 확정된다.

3. 결론

설문은 항소심에서의 쌍방불출석의 요건을 갖추어서 항소취하가 성립하여 불리한 1심판결이 그대로 확정된다. 이는 법률상 당연히 인정되는 효과로 법원이 임의로 처리할 수 없다. 따라서 항소심 법원이 사건을 종결 처리한 것은 타당하다.

【문 2】 의 2

I. 결 론

규칙 제67조, 제68조에서 정한 절차에 따라 항소심 법원에 기일지정신청을 하여 항소취하간주의 효력을 다투어야 한다.

II. 이 유

1. 항소취하 간주가 상고의 대상이 되는 종국판결에 해당하는지 여부

판례는 “법 제268조 제4항에서 정한 항소취하 간주는 그 규정상 요건의 성취로 법률에 의하여 당연히 발생하는 효과이고 법원의 재판이 아니므로 상고의 대상이 되는 종국판결에 해당하지 아니한다(대판 2019. 8. 30. 2018다259541).”고 하였다.

2. 항소취하 간주의 효력을 다투는 방법

나아가 판례는 “항소취하 간주의 효력을 다투려면 민사소송규칙 제67조, 제68조에서 정한 절차에 따라 항소심 법원에 기일지정신청을 할 수는 있으나 상고를 제기할 수는 없다(2018다259541).”고 하였다.