

2015 공인노무사 민사소송법 해설 - 김춘환

* 총평

이번 시험은 송달 부분을 제외하고는 강의나 모의고사에서 한 번 켜는 다루었던 주제들이므로 무난하게 잘 작성하였을 것이라고 생각 했습니다. 하지만 일반적인 반응은 예상 하지 못한 부분에 대한 출제라는 인식이 많은 것 같습니다. 설문에 대한 검토를 해 보겠습니다.

1. 설문 1.의 (1)에 대하여

예비적·선택적 공동소송은 강사가 평소에 강조를 많이 해 왔던 주제였고(대륙법 계통에서는 우리나라에만 있는 제도라고 강조 했습니다), 5년 전부터 꾸준히 모의고사에 출제를 했었습니다(2015년 2기 7회 문제입니다). 이 문제는 입주자대표회의 판례에서 판시 했던 제 70조의 법률은 실체법뿐만 아니라 소송법도 포함된다는 부분이 핵심적인 부분으로서 아래의 모범답안 같이 모두 언급할 수는 없겠지만, 질문하는 바와 같이 소송형태의 적법여부, 법원의 조치, 법원의 판단 순서대로 언급하면 무난하게 점수를 받을 수 있겠습니다. 그리고 소송형태가 적법하다는 것으로 결론을 내야 합니다(판례에 의하면 적법하다고 보입니다). (2)의 설문은 (1)의 소송형태가 적법하다는 전제에서 출제를 한 것으로 보이기 때문입니다.

2. 설문 1.의 (2)에 대하여

송달은 강의 시에 사법시험, 변호사시험, 변리사시험 등의 요즘의 시험 "트렌드"라고 말씀드렸습니다. 다만 우리 시험은 선택과목이어서 전면적인 케이스는 힘들다고 생각했는데, 이번에 과감하게 출제를 하였습니다. 제가 강의 시에 강조한 바와 같이 송달 문제는 무슨 문제이든지 간에 제178조, 제183조, 제186조 조문으로 해결이 된다고 말씀드리면서 실전에서도 이 조문 3개를 가지고 사안에 잘 적용을 시켜보면 된다고 강조를 했습니다. 이번 문제도 보충송달로서 부적법하고, 더 잘 적는다면 출회(조우)송달로서도 부적법하다는 것을 언급해 주면 고득점이 가능한 문제입니다. 다만 아예 송달 부분을 제대로 공부하지 않은 수험생은 뭘 적어야 하는지 당황 했을 것으로 보입니다.

3. 설문 2. 에 대하여

사물관할은 합의관할, 변론관할 만큼 A급은 아니나, 변리사 34회 기출 문제이고, 무엇보다 이번 2015년 1월 28일에 인지규칙, 민소법규칙 큰 개정이 있었으므로, 출제가 가능하다고 강의 시에 강조하였습니다(2014년에는 모의고사에 출제도 했음). 강의 시에 강조하였듯이 사물관할이 출제되면 핵심은 이번에 고액단독사건이 신설되고, 고액단독사건은 항소심이 고법이 되며, 단독사건임에도 비변호사대리가 불가하다는 특징을 꼭 언급해야 한다고 했습니다. 그리고 소송목적의 값(소가) 부분도 합산의 원칙과 그 예외 부분도 언급이 되어야 한다고 강조했습니다(중복청구의 흡수, 수단인 청구의 흡수, 부대청구의 불산입 등). 이 문제도 제 강의를 꾸준히 들은 분이면 적어도 앞의 강조 부분은 어떻게든 서술했을 것이라고 생각하지만, 무슨 이유에선지 당황한 수험생이 많은 것 같아 안타까웠습니다.

4. 설문 3. 에 대하여

재소금지는 너무나 중요한 주제이므로, 모두 잘 서술했을 것이라고 생각합니다. 제 모의고사에서 5년간 수 없이 출제했고, 무엇보다 기존 문제에서 민소법의 3대 축인 기판력, 중복소제기의 금지는 출제가 되었으므로, 출제가능성이 매우 높다고 강조했습니다. 특히 재소금지는 '소취하의 효과'이므로 이와 관련하여 서술한다면 훨씬 더 고득점이 가능하겠습니다.

이제 화살은 시위를 떠났습니다. 채점은 자신이 하는 것이 아니니, 채점은 채점위원에게 맡기고 당분간 휴식을 취하시기 바랍니다. 2차 시험을 응시하느라 고생이 많으셨습니다. 수강생들의 합격을 간절히 기원 합니다.

김춘환 드림.

1. 甲은 A은행과의 고용계약서상의 퇴직금 조항 등이 무효라는 확인과 함께 퇴직금의 지급을 구하는 내용의 소를 A은행 리스크관리본부장인 乙을 상대로 제기하였다. 당초에 甲이 피고로 삼은 사람은 개인으로서의 乙이 아니라 A은행 부서장인 리스크관리본부장을 피고로 특정한 것인데, 법률적으로 확신이 서지 않자, 甲은 예비적으로 A은행도 피고로 추가하였다. (50점)

(1) 위와 같은 소송형태의 적법여부와 이에 대한 법원의 조치 및 판단에 대하여 논하시오.(30점)

(2) 이 때 피고 A은행에 대한 소장부분을 A은행 사무원인 丙에게 우체국 창구에서 교부하였다면, 이러한 송달은 적법한가? (20점)

I. 설문 1의 (1)에 대하여 - 예비적 공동소송

1. 문제점

乙과 A은행 사이에 소송목적이 된 권리·의무의 승계가 있는 것은 아니므로 甲이 A은행을 피고로 추가하는 것은 임의적 당사자변경이며, 그 중 추가적 변경에 해당하고 또한 소의 주관적·추가적 병합에 해당한다. 명문의 규정이 없는 경우에 임의적 당사자변경의 허용여부에 관해서는 학설과 판례의 견해가 대립되나, 명문규정이 있는 경우에는 당연히 인정된다. 즉, 제 70조는 고유필수적 공동소송인의 추가에 관한 제68조를 준용해 예비적 공동소송인의 추가를 인정하고 있으므로, 乙과 A은행이 예비적 공동소송의 요건을 갖추고 있는지 살펴보아야 한다.

2. 소송형태의 적법여부

(1) 의의 및 연혁

1) 의의

예비적 공동소송이란 수인의 또는 수인에 대한 청구가 논리상 양립할 수 없는 관계에 있고 어느 것이 인용될 것인가를 쉽게 판정할 수 없는 경우에 공동소송의 형태로 각 청구에 순서를 정하여 심판을 청구하는 경우를 이르고, 선택적 공동소송이란 위 관계에 있는 경우에 순위를 붙이지 않고 공동소송의 형태로 어느 한 쪽이 택일적으로 인용될 것을 해제조건으로 다른 한 쪽의 심판을 구하는 소송을 이른다.

2) 연혁

02년 개정 전에는 이 소송의 인정여부에 대해 특히 예비적 공동소송(소의 주관적, 예비적 병합)을 중심으로 대립이 있었다.

(2) 개정 전의 견해대립 - 실제답안에서는 간단히 현출

1) 학설

① 부정설은 i) 예비적 피고의 당부에 대한 심판이 제1차적 피고에 대한 판단의 당부에 의존하는 결과 예비적 피고의 지위가 현저히 불안하고 ii) 이러한 병합을 인정해도 공동소송인독립의 원칙 때문에 재판의 통일이 보장되지도 않고 iii) 소송고지제도를 활용하면 재판의 불통일을 막을 수 있으므로 구태여 이런 병합의 형태를 인정할 필요가 없다고 했다(소송고지활용론).

② 긍정설은 i) 실체법상의 택일적 관계를 소송법에도 그대로 반영시킬 수 있고 ii) 재판의 모순저지를 막을 수 있으며 iii) 분쟁의 일회적 해결을 도모함으로써 소송경제를 이룰 수 있다고 하여 찬성하였다.

2) 판례

“예비적 피고에 대한 청구의 당부에 대한 판단은 제1차적 피고에 대한 청구의 판단결과에 따라 결정되므로, 예비적 피고의 소송상 지위가 현저하게 불안정하고 또 불이익하게 되어 이를 허용할 수 없으므로 예비적 피고에 대한 청구는 이를 바로 ‘각하’하여야 한다(83누554.555, 96다31079등).”고 하여 일관하여 부정설의 입장을 취하고 있었다.

3) 검토 및 현행법 입장

개정 전에는 부정설과 같은 비판이 강했으나 개정법은 입법으로 긍정설을 채택하였다. 특히 부정설의 소송고지활용론은 독일법과 같이 소송고지에 시효중단효가 없는 우리 법제에서는 여전히 문제가 있었다는 점, 분쟁의 일회적 해결의 도모라는 점에서 개정법의 입장이 타당하다고 본다.

(3) 소송의 형태 - 실제 답안에서는 간단히 현출

1) 능동형·수동형

당사자 중 피고측이 수동적으로 공동소송인이 되는 경우를 수동형¹⁾이라고 하고, 원고측이 능동적으로 공동소송인이 되는 경우를 능동형²⁾이라 한다.

2) 예비형·선택형

예비형이란 주위적 피고에 대한 청구가 기각될 것을 대비하여 예비적 피고에 대해 심판을 바라는 형태를 말하며, 선택형이란 순서에 구애 없이 무작위로 이유 있는 청구를 선택하여 청구를 인용해 주기를 바라는 심판 형태이다.

3) 원시형·후발형

① 원시형은 애초부터 공동소송의 형태로 된 것을 말하며, 후발형³⁾이란 당초에는 단일소송이었다가 뒤에 소송계속 중 예비적 당사자나 선택적 당사자를 추가하는 형태를 말한다.

② 특히 후발형의 경우 i) 항소심에서도 상대방이 동의하면 그를 당사자로 추가하는 형태의 예비적·선택적 공동소송이 가능하다는 견해(강현중)가 있으나 ii) 1심 변론종결시까지만 가능

1) 예를 들어 채무자가 택일적이어서 원고 甲이 피고 乙, 丙 중 진정한 채무자를 가려달라고 하거나, 乙을 주위적 피고 丙을 예비적 피고로 소를 제기하는 경우를 말한다.

2) 예를 들어 채권자가 택일적인 경우로서 먼저 채권의 양수인이 주위적 원고로서 채무자에게 이행청구를 하고, 기각될 때를 대비하여 양도인이 예비적 원고가 되어 채무자에게 이행을 구하는 경우를 말한다.

3) 예를 들어 처음에는 피고 乙의 대리인이라 칭하는 丙과 매매계약을 한 원고 甲이 본인 피고 乙을 상대로 소유권이전등기청구를 진행하다가, 乙이 丙이 무권대리인이라고 주장하자 甲이 丙을 예비적 피고로 추가하여 그에게 이전등기청구를 하는 경우를 들 수 있다.

하게 한 제68조 명문의 규정 때문에 문제가 있다는 견해가 다수의 입장이다(이시윤, 정동윤·)

(4) 요건

1) 법률상 양립할 수 없는 관계일 것

① 예를 들어 원고 甲이 주위적 피고 乙·예비적 피고 A를 상대로 예비적 공동소송을 할 경우 양 청구 중 어느 하나가 인용되면 법률상 다른 청구는 기각 될 관계에 있어야 한다. 즉 두 청구 모두 인용될 수 있는 관계이면 안 된다.

② 양립하지 않는 관계이면 되므로, 소송물이 동일하지 않더라도 무방하다.

③ 법원은 법률상 양립할 수 없는 관계라고 규정되어 있지만, 사실상 양립할 수 있는 관계도 포함하는지는 견해 대립이 있다. 다만 判例는 “법률상 양립할 수 없으면 실제법상 양립할 수 없는 물론 소송법상 양립할 수 없는 경우도 포함한다.”고 하면서 “피고적격자가 乙(아파트대표자회의의 구성원 개인)인지 A(아파트대표자회의)인지 누가 피고적격을 가지는가에 따라 어느 일방에 대한 청구는 부적법해지고 다른 일방에 대한 청구는 적법해질 수 있는 경우, 乙을 먼저 피고로 제기한 소송 중에 A를 예비적 피고로 추가하는 것은 적법하다”(대결 2007.6.26, 2007마515).”고 판시하였다.

2) 공동소송의 일반요건을 갖출 것

공동소송의 주관적(제65조)·객관적(제253조, 제25조 제2항)요건을 갖출 것을 요한다.

(5) 사안의 경우

1) 우선 乙에 대한 청구와 A에 대한 청구는 모두 민사본안사건으로서 동종절차에 의해 심판할 수 있다. 그리고 甲은 乙과 A에 대해 각 청구를 하고 있으므로 양 청구는 권리·의무의 발생 원인이 법률상 공통된 경우에 해당하며, 따라서 법 제25조 제2항의 관련재판적 규정에 의해 수소법원에 관할권도 인정된다.

2) 그리고, 피고적격자가 乙(리스크관리본부장)인지 A(은행)인지 누가 피고적격을 가지는가에 따라 어느 일방에 대한 청구는 부적법해지고 다른 일방에 대한 청구는 적법해질 수 있는 경우에 해당하고 이는 소송법상 양립할 수 없는 경우에 해당한다. 따라서 甲은 A은행을 예비적 피고로 추가할 수 있다.

3. 법원의 조치

(1) 필수적 공동소송인의 추가의 절차

① 신소의 제기이므로 신청은 서면에 의하여야 하며 ② 법원은 신청에 대해 허부결정을 할 수 있으며(제68조 제2항) 허가결정이 있는 때에는 종전당사자에게는 허가결정서정본을, 추가당사자에게는 그 외에 소장부분도 송달하여야한다(동조 2항). ③ 허가결정에 대하여는 추가될 원고의 부동의를 이유로 이해관계인의 즉시항고가 허용된다(동조 4항). 기각결정에 대하여는 피고경정신청의 기각결정과 달리 즉시항고 할 수 있다(동조 5항).

(2) 사안의 경우

甲이 A은행을 예비적 피고로 추가하는 것은 적법하므로, 법원은 허가결정을 하여야 한다. 그리고 종전 당사자인 乙에게는 허가결정서 정본을, 추가당사자인 A은행에게는 그 외에 소장부분을 송달하여야 한다. 만약 甲의 추가 신청에 대해 법원이 기각결정을 한다면 甲은 즉시항고할 수 있다.

4. 법원의 판단

(1) 심리의 면

1) 소송자료의 통일

① 소송자료의 통일로서 공동소송인 한사람의 소송행위는 전원의 이익을 위해서만 다른 공동소송인에게 효력이 있게 된다(제67조 1항 준용).

② 다만 예비적, 선택적 공동소송은 기본적으로 통상공동소송이므로 필수적 공동소송의 준용범위를 좁혀야 한다고 하면서 소송자료의 통일의 법리를 제외하고 소송진행의 통일, 본안재판의 통일의 법리만 준용된다는 견해도 있다(호문혁).

2) 소송진행의 통일

① 소송진행의 통일로서 공동소송인 가운데 1인의 중단·중지 사유는 모든 공동소송인에게 효력이 미치고 그 결과 변론의 분리·일부판결도 할 수 없다(제67조 3항 준용). 따라서 사안에서 甲의 乙에 대한 청구와 甲의 A은행에 대한 청구는 변론의 분리·일부판결이 허용되지 않는다.

② 다만 청구의 포기, 인낙, 화해 및 소의 취하 등은 당사자의 처분권을 존중하여 단독으로 할 수 있도록 하고 있다(제70조 1항 단서).

2) 판결의 면

① 판결의 면에서는 주위적 청구를 인용하는 때에는 예비적 청구에 대하여 사실상 예비적 피고의 승소로 되는 것인데, 이러한 취지의 기각판결이 행해지지 않으면 예비적 피고의 지위가 불안정해지므로 모든 공동소송인에 관한 청구에 대해 판결을 하여야 한다(제70조 제2항, 청구기각판결에 의한 조정설이 입법된 것임). 판례도 “민사소송법 제70조 제2항은 같은 조 제1항의 예비적·선택적 공동소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하도록 규정하고 있으므로, 이러한 공동소송에서 일부 공동소송인에 관한 청구에 대하여만 판결을 하는 경우 이는 일부판결이 아닌 흠이 있는 전부판결에 해당하여 상소로써 이를 다투어야 하고, 그 판결에서 누락된 공동소송인은 이러한 판단유탕(누락)을 시정하기 위하여 상소를 제기할 이익이 있다(대판 2008.3.27. 2005다49430).”고 했다.

② 그리고 선택적 공동소송의 경우도 마찬가지로 한 청구에 대해 인용을 하는 때에는 다른 청구를 기각하는 판결을 반드시 해야 한다.

3) 상소의 면

판결의 합일확정이 요구되므로 1인이더라도 상소를 제기하면 상소를 제기하지 않은 자의 부분도 확정차단·이심이 되고, 불이익변경금지의 원칙(제415조)이 적용되지 않아 모든 청구가 상소심의 심판대상이 된다. 사안에서도 만약 甲의 乙에 대한 소가 각하되고, 甲의 A에 대한 청구가 인용되었다고 가정할 경우 A만 항소해도 상소를 제기하지 않은 甲의 乙에 대한 부분도 모두 확정차단·이심이 된다.

5. 소결

甲의 A은행을 예비적 피고로 추가하는 것은 적법하므로, 법원은 허가결정을 하여야 한다. 그리고 법원은 종전 당사자인 乙에게는 허가결정서 정본을, 추가당사자인 A은행에게는 그 외에 소장부분을 송달하여야 한다. 그리고 甲의 乙에 대한 청구와 甲의 A은행에 대한 청구는 소송자료의 통일, 소송진행의 통일, 판결의 통일, 상소의 통일 등의 법리가 적용된다.

II. 설문(2)에 대하여 - 송달의 적법 여부

1. 문제점

원래 소장부분은 A은행의 대표자가 송달받아야 한다(제64조, 제179조). 다만 사안과 같이 A은

행의 사무원 丙에게 한 송달이 과연 적법한지가 보충송달, 조우송달과 관련하여 문제가 된다.

2. 교부송달의 원칙

(1) 의의

송달은 특별한 규정이 없으면 송달받을 사람에게 서류의 등본 또는 부분을 교부하여야 한다(제178조).

(2) 송달할 장소

1) 내용

송달 받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소가 원칙이다(제183조 1항). 다만 법정대리인에 대한 송달은 무능력자 본인의 영업소 또는 사무소에서 할 수 있다(제183조 1항 단서). 그러나 현행법은 송달 받을 사람의 주소 등을 알지 못하거나 그 장소에서 송달할 수 없는 때에는 송달받을 사람이 취업하고 있는 근무장소에서 송달할 수 있게 하였다(제183조 2항).

2) 사안의 경우

A은행에 대한 송달은 법정대리인에 해당하는 은행의 대표자의 주소지에 하는 것이 원칙⁴⁾이지만(제6조, 제179조), 본인인 A은행의 영업소 즉 본점 소재지에 할 수 있다. 다만 A은행이 대표자에 대한 관계에서 영업소인지 근무장소인지가 문제가 된다.

(3) 근무장소와 영업소의 구별

判例는 “송달장소에 해당하는 사무소 또는 영업소라 함은 송달받을 사람 자신이 경영하는 사무소 또는 영업소를 의미하므로, 송달받을 사람이 회사를 경영하고 있다고 하더라도 별도의 법인격을 가지는 회사의 사무실은 송달받을 사람의 근무장소에 불과하여 송달받을 사람의 사무소나 영업소로 볼 수 없고, 수령대행권이 있는 사무원·고용인 또는 동거자라 함은 송달받을 사람의 사무원·고용인 또는 동거자를 의미하는 것으로 보아야 한다(대판 2004.11.26. 2003다58959).”고 본다. 따라서 A은행은 경험칙 상 회사이므로⁵⁾, 은행의 사무실은 영업소가 아닌 근무장소가 된다.

3. 보충송달로서의 적법 여부

(1) 내용

현행법은 근무장소에서 송달받을 사람을 만나서 송달하려 했으나 만나지 못한 때에는 그의 사용자, 사용자의 법정대리인이나 피용자 그 밖의 종업원으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람이 서류의 수령을 거부하지 아니하면 그에게 서류를 교부하여 송달할 수 있도록 하였다(제186조 2항). 일반 보충송달과 다른 점은 이들이 서류의 수령을 거부하지 아니하는 경우에 가능하다는 점이다.

(2) 사안의 경우

A은행의 대표자가 아닌 사무원 丙에게 송달하는 것은 근무장소인 A은행의 사무실에서 한다면

4) 법인인 소송당사자에게 효과가 발생할 소송행위는 그 법인을 대표하는 자연인의 행위거나 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 이사불명으로 송달불능 된 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 송달불능 되었다는 이유만으로 그 주소 보정을 명한 것은 잘못이므로 그 주소 보정을 하지 아니하였다는 이유로 한 소장각하명령은 위법하다(대결 1997. 5. 19, 97마600).

5) 출제 문제에서 단순히 A은행이라고 하여 법인격 있는 법인인지 개인기업에 불과한지가 확실히 나와 있지 않아 문제가 있다. 출제자 입장에서는 이와 관계된 판례가 있으므로 이를 확실히 했어야 한다.

丙이 송달을 거부하지 않는 한 적법하지만, 사안과 같이 근무장소가 아닌 우체국 창구에서 사무원 丙에게 송달하는 것은 부적법하다. 判例도 “송달은 원칙적으로 민사소송법 제183조 제1항에서 정하는 송달을 받을 자의 주소, 거소, 영업소 또는 사무실 등의 '송달장소'에서 하여야 하는바, 송달장소에서 송달받을 자를 만나지 못할 때에는 그 사무원, 고용인 또는 동거자로서 사리를 변식할 지능이 있는 자에게 서류를 교부하는 보충송달의 방법에 의하여 송달할 수는 있지만, 이러한 보충송달은 위 법 조항에서 정하는 '송달장소'에서 하는 경우에만 허용되고 송달장소가 아닌 곳에서 사무원, 고용인 또는 동거자를 만난 경우에는 그 사무원 등이 송달받기를 거부하지 아니한다 하더라도 그 곳에서 그 사무원 등에게 서류를 교부하는 것은 보충송달의 방법으로서 부적법하다. 따라서 우체국 창구에서 송달받을 자의 동거자에게 송달서류를 교부한 것은 부적법한 보충송달이다(대결 2001.08.31. 자 2001마3790).”고 하여 같은 취지이다.

4. 출회(出會, 조우)송달로서의 적법 여부

(1) 내용

송달 받을 사람의 주소 등 또는 근무장소가 국내에 없거나 알 수 없을 때, 주소 등 또는 근무장소가 있는 사람이라도 송달받기를 거부하지 아니할 때에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다(제183조 3, 4항). 이를 출회(조우)송달이라고 한다. 당사자·법정대리인·소송대리인이 송달장소로 바꿀 때에는 변경의 신고의무가 있으며, 신고하지 아니하면 종전의 송달장소로 우편송달 할 수 있다(제185조).

(2) 사안의 경우

사안은 일단 A은행의 대표자의 주소나 근무장소가 국내에 없거나 알 수 없을 때에는 해당하지 않는다. 다만 주소 등 또는 근무장소가 있는 사람이라도 송달받기를 거부하지 아니할 때에는 “그”를 만나는 장소에서 송달할 수는 있으나, 사안은 A은행의 대표자가 아니라 사무원 丙을 만난 장소인 우체국 창구에서 송달을 하였으므로 이는 출회(조우)송달로서도 부적법하다.

5. 소결

A은행의 대표자가 아닌 사무원 丙에게 우체국 창구에서 한 보충송달은 근무장소가 아니므로 부적법하고, A은행의 대표자가 아니라 사무원 丙을 만나는 장소인 우체국 창구에서 한 송달도 출회(조우)송달의 요건을 갖추지 못 했으므로 부적법하다.

2. 사물관할에 대하여 설명하시오. (25점)

I. 개념

1. 의의

사물관할이란 제1심 사건을 다루는 지방법원 단독판사(시군법원)와 지방법원 합의부 사이에서 사건의 경중을 표준으로 재판권의 분담관계를 정해 놓은 것을 말한다.

2. 관할의 문제

지법 단독판사와 지법 합의부는 같은 지방법원 내의 재판기관이기 때문에 조직상 별개의 법원은 아니지만, 우리나라에서는 소송상으로 별개의 법원으로 보므로, 양자의 재판권의 분담관계는 사무분담의 문제가 아니라 관할의 문제가 된다.

II. 합의부 관할

1. 재정합의사건(법원조직법 제32조 1항 1호)

단독판사의 법정관할에 속하는 사건이라도 그 내용이 복잡하고 중요하면 재정합의부의 결정으로 합의재판으로 할 수 있다(동법 제31조 2항, 3항)

2. 소송목적의 값이 2억원을 초과하는 민사사건

지방법원 및 지방법원지원의 합의부는 소송목적의 값이 2억원을 초과하는 민사사건 및 민사소송등인지법 제2조제4항의 규정에 해당하는 민사사건을 제1심으로 심판한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 사건을 제외한다(민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙 제2조).

1) 수표금·약속어음금 청구사건

2) 은행·농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·신용협동조합·신용보증기금·기술신용보증기금·지역신용보증재단·새마을금고·상호저축은행·종합금융회사·시설대여회사·보험회사·신탁회사·증권회사·신용카드회사·할부금융회사 또는 신기술사업금융회사가 원고인 대여금·구상금·보증금 청구사건

3) 자동차손해배상보장법에서 정한 자동차·원동기장치자전거·철도차량의 운행 및 근로자의 업무상재해로 인한 손해배상 청구사건과 이에 관한 채무부존재확인사건

4) 단독판사가 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건

3. 민사소송 등 인지법 제2조 4항 소정의 민사사건

(1) 비재산권상의 소

1) 이는 경제적 이익을 목적으로 하지 않는 권리관계에 관한 소를 말한다. 이와 같은 소송은 소가를 산정할 수 없는 경우에 해당한다(제26조 2항). 성명권·초상권 그 밖의 인격권에 관한 소송이나 유골인도청구소송, 비영리법인의 사원권확인, 해고무효확인, 상법의 규정에 의한 회사관계소송, 회사 이외의 단체에 관한 소가 이에 속한다.

2) 다만 인격권 등에 바탕을 두어도 경제적 이익을 내용으로 하고 있는 청구(명예훼손에 의한 손해

배상청구)는 재산권상의 소에 속한다.

(2) 재산권상의 소로서 소가를 산출할 수 없는 경우

예를 들어 상호사용금지의 소, 주주대표소송 또는 유지청구의 소, 무체재산권에 관한 소 등이 이에 속한다. 특히 判例는 “낙찰자의 지위는 계약상대자로 결정되어 계약을 체결할 수 있는 지위에 불과하고 계약을 체결하여 계약상의 권리의무가 발생한 계약당사자의 지위와는 다르다고 보여지므로, 최초입찰에 있어서 낙찰자지위확인을 구하는 소에서 원고가 승소하더라도 원고는 계약당사자와 같이 공사대금의 청구 등 계약상의 권리를 취득하게 되는 것이 아니라 단순히 원고가 유효한 낙찰자의 지위에 있음을 확인받아 그에 따른 계약을 체결하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 취득하는 것이고 이는 결국 금전으로 가액을 산출하기 어려운 경제적 이익을 얻는 데 불과하므로 낙찰자지위확인을 구하는 소는 재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 경우에 해당한다(대판 1994.12.2. 94다41454).”고 본다.

(3) 민사소송등 인지규칙 개정 - 제18조의2(소가를 산출할 수 없는 재산권상의 소 등)

1) 내용

재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것과 비재산권을 목적으로 하는 소송의 소가는 5천만 원으로 한다. 다만, 제15조제1항 내지 제3항, 제15조의2, 제17조의2, 제18조에 정한 소송의 소가는 1억 원으로 한다. <개정 2014.7.1>

2) 개정이유

소가를 산출할 수 없는 재산권상의 소 등은 합의부 사물관할에 속하나 소가가 사물관할 기준액과 큰 차이가 있고, 특허심판의 청구료가 서면제출의 경우 26만 원인 데 비해 그 심판에 불복하여 제기하는 특허소송의 인지대는 23만 원에 불과한 문제점 등이 있으므로, 소가 인정액을 합리적인 범위 내에서 상향 조정하여 합의부 사물관할 기준액과의 차이를 좁히고, 특허심판과의 인지액 역전을 해소하고자 함에 있다.

4. 관련청구

본소가 합의부의 관할에 속하는 경우에는 이에 병합 제기하는 반소(제269조), 중간확인소(제264조), 독립당사자참가(제79조)등의 관련청구는 그 소가에 관계없이 본소와 함께 합의부의 관할에 속한다.

III. 단독판사 관할

1. 소송목적의 값이 2억원 이하인 사건

소송목적의 값 1억원 초과 ~ 2억원 이하의 고액단독사건을 신설하고, 단독사건임에도 항소심이 고등법원이 되는 것으로 2015년 1월 28일에 개정이 되었다. 즉 소가 2억원 이하가 단독사건이 되는 것으로 상향조정 되었다. 그리고 이에 맞추어 고액단독사건(1억원 초과 ~ 2억원 이하)은 비변호사대리가 가능하지 않게 한 것이 특징이다. 다만 사물관할에 관한 규칙 제2조 각 호(수표·어음금 청구 사건, 금융기관이 원고인 대여금 등의 사건, 자동차손해배상보장법상 손해배상 사건 및 근로자의업무상 재해로 인한 손해배상 사건과 이에 관한 채무부존재확인 사건, 재정단독사건 등)는 소가가 2억원을 초과해도 여전히 단독사건이므로 비변호사대리가 가능하다(제88조, 규칙 제15조 참고).

2. 수표금·어음금 청구사건

사안이 일반적으로 단순하다는 점과 유통증권인 점에 비추어 권리의 신속한 실현이 요청되기 때문에 소가에 관계없이 단독사건이다.

3. 은행·농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·신용협동조합·신용보증기금·기술신용보증기금·지역신용보증재단·새마을금고·상호저축은행·종합금융회사·시설대여회사·보험회사·신탁회사·증권회사·신용카드회사·할부금융회사 또는 신기술사업금융회사가 원고인 대여금·구상금·보증금 청구사건

4. 자동차손해배상보장법에서 정한 자동차·원동기장치자전거·철도차량의 운행 및 근로자의 업무상재해로 인한 손해배상 청구사건과 이에 관한 채무부존재확인사건

5. 재정단독사건

단독판사가 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건을 말한다. 합의부의 법정관할에 속해도 사건이 단순하면 재량으로 단독재판으로 돌릴 수 있다.

6. 관련청구

본소가 단독판사의 관할일 때에 이에 병합하여 제기하는 독립당사자참가(제79조), 청구의 변경(제262조), 반소(제269조 2항의 경우는 합의부이송), 중간확인의 소(제264조) 등의 관련청구(합산의 원칙 배제)는 단독판사의 관할로 된다.

IV. 소송목적의 값(소가)

제26조 【소송목적의 값의 산정】

- ① 법원조직법에서 소송목적의 값에 따라 관할을 정하는 경우 그 값은 소로 주장하는 이익을 기준으로 계산하여 정한다.
- ② 제1항의 값을 계산할 수 없는 경우 그 값은 민사소송등인지법의 규정에 따른다.

제27조 【청구를 병합한 경우의 소송목적의 값】

- ① 하나의 소로 여러 개의 청구를 하는 경우에는 그 여러 청구의 값을 모두 합하여 소송목적의 값을 정한다.
- ② 파실(파실)·손해배상·위약금(위약금) 또는 비용의 청구가 소송의 부대목적(부대목적)이 되는 경우에는 그 값은 소송목적의 값에 넣지 아니한다.

1. 소송목적의 값의 의의 및 기능

(1) 소송목적의 값(소가)이란 소송물 즉 원고가 소로써 달성하려는 목적이 갖는 경제적 이익을 화폐단위로 평가한 금액을 말한다. 제26조 1항의 '소로써 주장하는 이익'이 이에 해당된다. 법문상 소송목적의 가액 또는 소송물의 가액이라고 한다(민사소송 등 인지법 제2조).

(2) 특히 소가는 ① 사물관할을 정하는 기준이 되고, ② 소장 등을 제출할 때 납부할 인지액⁶⁾

6) 민사소송 등 인지법 제16조(전자소송에서의 특례) ① 「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」 제8조에 따라 등록사용자로서 전산정보처리시스템을 이용한 민사소송 등의 진행에 동의한 자가 전자문서로 제출하는 소장은 제2조에 따른 인지액의 10분의 9에 해당하는 인지를 붙여야 한다. ② 제1항은 제3조부터 제10조까지의 경우에 준용한다. [본조신설 2011.7.18.], 제8조(문서제출방법) 등록사용자로서 전산정보처리시스템을 이용한 민사소송등의 진행에 동의한 자는 법원에 제출할 서류를 전산정보처리시스템을 이용하여 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 전자문서로 제출하여야 한다. 따라서 처음

을 정하는 표준이 되며, ③ 변호사보수액의 기준이 된다.

2. 소가의 산정방법

- (1) 원고가 청구취지로써 구하는 범위 내에서 원고가 전부 승소할 경우에 직접 받는 경제적 이익을 기준으로, 객관적으로 평가 산정하여야 한다.
- (2) 상환이행청구 등의 경우에도 반대급부를 공제할 필요가 없고, 일부청구 시는 그 청구취지로 구하는 일부만이 소가산정의 기준이 된다.
- (3) 소가 산정의 기준에 관하여서는 대법원규칙인 민사소송 등 인지규칙으로 정해 놓고 있다.

3. 산정의 표준시기

(1) 원칙

소가는 소를 제기한 때(법률의 규정에 의하여 소의 제기가 의제되는 경우에는 그 소를 제기한 것으로 되는 때)를 기준으로 하여 산정한다(민사소송 등 인지규칙 제7조). 따라서 소제기시를 표준으로 하여 산정된 소가에 의하여 사물관할이 정해지기 때문에(제33조, 관할의 행정), 소제기 후 목적물의 훼손, 가격의 변동 등 사정변경이 있어도 관할에 영향을 줄 수 없다.

(2) 예외

다만 예외적으로 단독판사에 계속 중 청구취지의 확장에 의하여 소가가 2억원을 초과하는 때에는 관할위반의 문제가 생기므로, 변론관할이 생기지 아니하였다면 합의부로 이송하여야 한다(제34조 1항). 그러나 합의부에 계속 중 소의 일부취하나 청구취지의 감축에 의하여 소가가 2억원 이하로 떨어졌을 때는 오히려 이송이 소송경제에 반하고 합의부에서의 계속심리가 당사자에게 불리하지 않기 때문에 단독판사로 이송할 필요가 없다.

4. 청구병합의 경우의 소가

(1) 합산의 원칙

1개의 소로써 수개의 청구를 하는 때에는 그 가액을 합산하여 그에 의하여 사물관할을 정한다(제27조 1항). 원고가 제기한 청구의 병합이 객관적이든, 주관적이든, 후발적이든 불문하나 수개의 청구의 경제적 이익이 독립한 별개일 것을 요한다.

(2) 예외

1) 중복청구의 흡수

청구의 선택적·예비적 병합, 수인의 연대채무자에 대한 청구, 대상청구의 병합 등의 경우 중복되는 범위 내에서 흡수되고 그 중 다액인 청구가액을 소가로 한다(동 규칙 제20조).

2) 수단인 청구의 흡수

건물철거청구와 함께 부지의 인도청구를 구하는 경우처럼 1개의 청구(건물철거청구)가 다른 청구(토지인도)의 수단에 지나지 않을 때에는 그 가액은 소가에 산입하지 않는다(동 규칙 제21조).

3) 부대청구의 불산입(제27조 2항)

주된 청구와 그 부대목적인 과실, 손해배상금, 위약금, 비용의 청구는 별개의 소송물이나, 이 두 가지를 한 개의 소로써 청구하는 때에는 계산의 번잡을 피하려는 취지에서 부대청구의 가액은 소가에 산입하지 않는다. 그러나 과실·손해배상 등의 청구만을 독립하여 청구하는 경우에는 그 자체만을 별도로 소송목적의 값으로 정할 수밖에 없다. 즉 청구취지에서 특정된 금액에 부대청구가 포함되어 있지 아니한 경우에는 그 특정된 금액을 소송목적의 값으로 하고, 청

에 종지로 소장을 제출하였다가 비로소 전자소송 동의를 한 경우라면 인지 감경은 적용되지 않는다.

구취지에서 특정된 금액에 부대청구가 포함되어 있는 경우에는 위 특정된 금액에서 부대청구에 해당하는 금액을 뺀 나머지 금액을 소송목적의 값으로 하며, 부대청구가 독립하여 이루어진 경우에는 그 청구금액을 소송목적의 값으로 한다[법원실무제요(I), 115 ~ 116면].

3. 재소의 금지에 대하여 설명하시오. (25점)

소취하의 효과 - GS-3기 제4회 문제로 출제했음

I. 의의 및 구별개념(3점)

1. 의의

소의 취하란 원고가 제기한 소의 전부 또는 일부를 철회하는 법원에 대한 단독적 소송행위를 말한다(제266조).

2. 구별개념

(1) 청구의 포기

청구의 포기는 원고 일방의 행위에 의한 소송종료사유라는 점에서 소의 취하와 공통적이지만, 청구의 포기는 조서에 적히면 확정판결과 동일한 효력이 생긴다(제220조)는 점에서 구별된다. 즉 소취하는 확정된 소각하판결에 해당하고, 청구포기는 확정된 청구기각판결에 해당한다.

(2) 공격방법의 일부철회

소의 일부취하는 심판신청 자체 즉 소송물의 일부를 철회하는 것이지만, 공격방법의 일부철회는 심판신청을 이유 있게 하기 위한 소송자료를 일부철회하는 것으로, 이에선 피고의 동의를 요하지 아니하는 차이점이 있다.

(3) 상소의 취하

소의 취하는 이미 행한 판결을 실효하게 하는 것이지만(제267조 1항), 상소의 취하는 원판결을 유지시켜 원판결을 확정시키므로, 피항소인의 동의를 요하지 않는다는 점(제393조)이 소취하와 차이점이다.

II. 소취하의 효과(22점)

1. 소송계속의 소급적 소멸(5점)

(1) 법원의 소송행위 특히 이미 행한 종국판결도 당연히 실효하고, 당사자의 소송행위도 실효한다(제267조 1항). 다만 반소(피고의 독립된 소이기 때문이다), 독립당사자참가 신청, 관련재판적(한번 생긴 관할은 소멸되지 않기 때문이다-관할의 항정-)은 본소의 취하에 불구하고 원칙적으로 아무런 영향을 받지 않는다.

(2) 소제기와 결부된 사법상의 효과

1) 소장의 기재에 의하거나 소송중에 공격방어방법의 전제로서 행해진 사법행위 특히 상계 등의 형성권의 의사표시가 소의 취하에 의하여 소멸되는지 여부가 문제된다.

2) 학설은 사법행위는 소의 취하에 불구하고 그 효과가 유지되며, 아무 영향이 없다는 병존설, 사법행위도 소취하와 함께 전부 소멸된다는 소송행위설, 일반적으로 사법행위의 효과는 유지되지만, 상계의 의사표시에 관한한 소취하와 함께 소멸된다는 신병존설 등의 대립이 있다.

3) 검토

재판상 상계권의 행사는 수동채권의 존재 확정을 전제로 하여 행해지는 예비적 항변이 되는 특수성에 비추어,

소의 취하에 의하여 상계의 효력은 없어지지만, 그 밖의 사법행위는 아무 영향이 없다는 신병존설이 타당하다(이시윤, 제8판, 555면).

(3) 소송비용부담과 인지

소취하에 의해 소송계속이 소급적으로 소멸하지만, 소송계속 중에 생긴 소송비용의 부담과 비용을 정하는 절차는 남게 된다. 이 경우 소송비용재판은 당사자의 신청으로 법원이 정하지만(제114조), 현재는 사법보좌관이 담당하고 있다(법원조직법 제54조 2항 1호). 그리고 소를 취하하면 인지 1/2을 원고에게 돌려준다(민사소송등인지법 제14조).

2. 재소의 금지(17점) - 실전에서는 이 부분을 위주로 쓰면 됨

(1) 의의 및 취지(3점)

재소금지란 본안에 관한 종국판결이 있는 뒤에는 이미 취하한 소와 같은 소를 제기하지 못하는 것을 이른다(법 제267조 2항). 특히 이는 법원의 종국판결에 대한 농락을 방지하자는 것이 그 취지⁷⁾이다.

(2) 동일한 소(12점)

1) 당사자의 동일

가. 특정승계인 포함 여부

i) 재소를 제기할 수 없는 것은 전소의 원고만이고, 피고는 제한되지 않는다. 문제는 원고나 그 변론종결 뒤의 일반승계인은 이에 포함되는데 의문이 없는데, 원고의 특정승계인도 포함하느냐에 대해 견해 대립이 있다.

ii) 학설⁹⁾은 ① 재소금지가 가지는 제재적 기능을 관철하기 위하여 특정승계인의 경우도 동일한 당사자라고 하는 긍정설(정동윤, 강현중), ② 재소금지는 종국판결의 농락방지를 위한 것이기 판력처럼 법적안정성을 위한 것이 아니므로, 전소의 취하를 알면서 승계했다는 특별한 사정이 없는 한 특정승계인에게는 미치지 않는다고 하는 부정설(이시윤, 호문혁)이 있다.

iii) 판례는 공유자 중 1인이 자기지분을 다른 공유자에게 양도하고 소를 취하한 사안에서 “원고 甲(양수인)으로서는 자신의 권리를 보호하기 위하여 양도받은 공유지분에 기하여 다시 소를 제기할 필요도 있어 원고 甲의 추가된 점포명도청구는 반소피고 乙(양도인)이 취하한 전소와는 권리보호의 이익을 달리하여 재소금지의 원칙에 위배되지 아니하는 것으로 보아야 할 것

7) 재소를 금지하는 취지에 대하여 종래의 통설.판례는 법원이 종국판결을 선고한 뒤에 이를 실효시킴으로써 법원의 노력을 헛되이 하는 것에 대한 제재, 즉 소취하권의 남용에 대한 제재로 보았다(소취하 남용제재설). 이에 대해 처분권주의를 기초로 하여 당사자가 판결에 의하지 않고 소취하에 의하여 소송을 처리하는 것은 소송경제에 맞고 이를 제재할 근거도 없으며, 재소금지의 취지는 원고가 소를 취하하면서 후소를 제기하는 경우의 소권의 남용을 방지하는데 있다고 보는 견해가 있다(재소남용방지설). 하지만 재소금지의 취지는 소취하권의 남용방지와 재소의 남용방지의 두가지 취지를 아울러 가지고 있다고 보는 것이 옳다고 생각된다(이원설, 정동윤·유병현, 호문혁).

8) 그 밖에 무용의 소송심리의 반복으로 소송경제상 좋지 않다는 점과 전후 판결의 모순을 초래할 염려가 있다는 점을 열거하는 견해도 있다(김홍규, 민사소송법 제5판 2002, 502면). 그리고 판결의 농락방지는 권위적인 표현이고, 정확하게 말하면 소취하권 내지 재소권의 남용방지라고 해야 할 것이라는 견해도 있다(호문혁, 민사소송법 제3판 2004, 655면).

9) 최근에는 재소의 금지는 소권행사의 장애가 되는 것이므로 확장해석을 삼가야 한다고 하면서 ‘재소금지는 원래 원고의 자유의사에 의한 소취하의 효과로서 인정된 것이므로 취하한 소의 권리의 내용이 채권과 같이 당사자간에 자유로이 정할 수 있는 성질의 것일 경우에는 그 취하의 효과가 그 소송물과 일체화되어 특정승계인에게 넘어간다고 보아도 무방하지만 그 소송물이 물권과 같이 정형화 된 경우에는 그 효과를 소송물인 권리와 일체화시키는 것은 부당하다’고 하여 권리의 내용이 당사자의 의사에 의하여 자유로 정할 수 있는 성질의 것인 경우에 한하여 적극적으로 해석할 것이라는 제한적 긍정설도 주장된다(이재성, “소취하로 인한 재소금지”, 이재성판례평석집(VI), 70면 이하 참고).

이다(대판 1998.3.13, 95다48599.48605)”고 하여 특정승계인을 포함하면서도 새로운 권리보호이익을 인정하여 재소금지에 저촉되지는 아니한다고 한다.

iv) 검 토

재소금지가 어디까지나 소취하권 내지 재소권의 남용 방지에 있다면 특정승계인이 재소하는 것이 원고의 남용행위에 가담했다는 특별한 사정이 없는 한 재소를 막을 이유는 없다는 면에서 부정설이 타당하다고 본다.

나. 제3자의 소송담당

i) 소를 취하한 자가 선정당사자일 때 선정자도 재소금지의 효력을 받는데, 채권자대위소송의 경우도 재소금지의 효력을 받는 동일한 당사자인지가 문제된다.

ii) 학 설은 ① 채권자와 채무자는 기판력을 받는 관계상 동일한 당사자이고, 대위소송을 제기한 채권자가 소를 취하하면 채무자도 대위소송이 제기된 것을 안 이상 그 대위소송에 참가의 기회가 있었으므로 재소금지의 효력을 받는다는 적극설, ② 법정소송담당을 부정하는 전제에서 당사자,청구가 동일하지 아니하므로 채무자의 소는 재소금지에 걸리지 않는다든지(호문혁), 법정소송담당을 긍정하면서도 채권자의 경솔한 소취하의 효과를 채무자가 그대로 받는 것은 채무자에 너무 가혹하여 부당하므로 재소금지에 걸리지 않는다(송상현)고 하는 소극설이 있다.

iii) 판례는 “채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 피대위자가 알게 된 이상 그 종국판결선고후 소가 취하된 때에는 피대위자도 위 대위소송과 동일한 소를 제기할 수 없다(대판 1981.1.27, 79다1618.1619)”고 하여 적극설의 입장이다.

iv) 검 토

대위소송의 계속을 채무자가 안 이상 그 대위소송이 확정되면 채무자는 기판력을 받게 되므로, 대위소송의 계속을 안 채무자는 채권자가 대위소송을 취하한 경우에도 동일한 소를 제기할 수 없다는 적극설이 타당하다고 본다.

2) 소송물의 동일

가. 소송물 이론

구이론에 의하면 같은 목적의 소송이라도 실체법상의 권리를 달리 주장하면 동일한 소라고 할 수 없다. 그러나 실체법상의 권리를 소송물의 요소라기보다는 공격방법 내지 법률적 관점으로 보는 신이론은 그 경우에 동일한 소로서 재소금지의 효과를 받는다고 본다.

나. 확인의 소와 재소금지

i) 판례는 증여를 이유로 소유권확인 소를 제기했다가 1심 본안판결 후 소를 취하한 후 상속을 이유로 소유권확인 소를 제기한 사안에서 “이 사건 소와 원고가 소를 취하한 전소가 민사소송법 제267조 2항 소정의 ‘동일한 소’라고는 볼 수 없을 것”이라고 하여 재소금지에 저촉되지 않는다고 하였다(대판 1991.05.28, 91다5730).

ii) 이에 대해서는 재소금지의 범위를 기판력의 범위보다 좁히고 있는 것으로서 기판력에 관한 판례의 취지에 반한다는 견해(이시윤)가 있는 반면, 이 판례를 근거로 확인의 소의 소송물 식별기준은 청구취지 뿐 아니라 청구원인의 사실관계까지 고려해야 한다는 견해가 유력하다(호문혁).

다. 선결문제와 재소금지

i) 소송물은 달라도 후소의 소송물이 전소의 소송물을 선결적 법률관계 내지 전제로 할 때에도 재소가 금지되는지가 문제된다.

ii) 학설은 ① 재소금지에 관한 법 제267조를 확대적용하여 동일한 소는 아니나 전소의 목적이었던 권리 내지 목적이었던 권리관계에 대해서는 다시 법원의 판단을 구하지 못한다는 재소금지 제도의 취지상 전소가 후소의 선결관계인 경우에도 재소금지에 저촉된다고 하는 긍정설, ② 이 경우에는 청구취지가 다르므로 소송물이 동일하다고 보기 힘들고, 전소가 확정판결인 경우에도 후소의 판단에서 전소의 기판력 있는 판단에 구속될 뿐이어서 적어도 소각하판결을 해야 하는 것은 아닌데, 이 경우에 재소를 금지시켜 소각하하는 것은 기판력의 효과보다 더 가혹한 것이 되어 균형이 맞지 않다는 점을 들어 재소금지에 저촉되지 않는다고 하는 부정설이 있다.

iii) 判例는 대학교수가 학교법인을 상대로 면직처분무효확인인 소를 제기하였다가 패소판결을 당하고 항소심에서 소를 취하한 후 면직처분이 당연무효임을 전제로 면직 이후의 봉급액지급을 구한 사안에서 “당사자와 소송물이 동일하더라도 재소의 이익이 다른 경우에는 동일한 소라고 할 수 없는 반면, 후소가 전소의 소송물을 선결적 법률관계 내지 전제로 하는 것일 때에는 비록 소송물은 다르지만 본안의 종국판결 후에 전소를 취하한 자는 전소의 목적이었던 권리 내지 법률관계의 존부에 대하여는 다시 법원의 판단을 구할 수 없는 관계상 위 제도의 취지와 목적에 비추어 후소에 대하여도 동일한 소로서 판결을 구할 수는 없다고 풀이함이 상당하다(대판 1989.10.10, 88다카18023)”고 하여 긍정설의 입장이다.

iv) 검토

① 기판력은 법적안정성에 그 근거가 있으나, 재소금지는 그와는 무관하게 법원의 종국판결을 농락하는 것을 방지하기 위한 것이므로 그 취지가 다르다는 점, ② 기판력의 경우 선결관계에 있어서 전소의 판단에 구속되어 이유가 있는 경우에도 청구기각을 할 수 있을 뿐인데, 재소금지의 경우에는 소각하판결을 해야 한다는 것은 기판력의 경우와 균형이 맞지 않다는 점에 비추어 부정설이 타당하다.

3) 권리보호이익의 동일 - 부당한 소권박탈을 막기 위한 취지임

판례는 ① 전소취하의 전제조건인 약정사항을 지키지 아니함으로써 위 약정이 해제 또는 실효되는 사정변경이 발생한 경우(대판 1993.8.24, 93다22074) ② 소유권이전등기절차이행의 소를 제기하여 승소판결을 받은 뒤, 항소심에서 토지거래허가를 받지 않은 것이 문제되자 소를 취하하였는데, 그 뒤 토지거래허가를 받고 다시 동일한 소를 제기한 경우(대판 1997.12.23, 97다45341) ③ 피고가 소유권침해를 중지하여 소를 취하하였는데 다시 침해하는 경우(대판 1981.7.14, 81다64) 등에는 당사자와 소송물이 서로 동일하다고 하더라도 소의 제기를 필요로 하는 사정이 같지 아니하여, 권리보호의 이익이 다르므로 재소금지의 적용이 없다고 한다.

4) 본안에 대한 종국판결 후의 소취하

가. 본안판결이어야 하므로 소각하판결 즉 소송판결 후의 소취하는 이에 해당하지 않는다.

나. 재소금지와 소의 교환적 변경과의 관계

判例는 청구의 교환적 변경에 대한 결합설의 입장에서 “소의 교환적 변경은 신 청구의 추가적 병합과 구 청구의 취하의 결합형태로 볼 것이므로 본안에 대한 종국판결이 있는 후 구 청구를 신 청구로 교환적 변경을 한 다음 다시 본래의 구 청구로 교환적 변경을 한 경우에는 종국판결이 있는 후 소를 취하하였다가 동일한 소를 다시 제기한 경우에 해당하여 부적법하다(대판 1969.5.27, 68다1798 등)”고 한다.

(3) 재소금지의 효과(2점)

- 1) 재소금지의 원칙은 소송요건이므로, 직권조사사항이며 발견 시에는 소를 각하해야 한다.
- 2) 다만 재소금지의 효과를 받는 권리관계라고 하여 실제법상으로 소멸되는 것은 아니고, 자연채무의 상태로 남게 된다.