

001 소송과 비송의 구별

1. 문제점

소송사건과 비송사건의 구별기준이 문제된다.

2. 학설의 대립

① 비송사건은 사법질서의 형성을 목적으로 하고, 소송사건은 사법질서의 유지·확정을 목적으로 한다는 목적설, ② 비송사건은 국가에 의한 사인간의 생활관계에 대한 후견적 개입을 대상으로 하는 것이나, 소송사건은 원고의 피고에 대한 법적 분쟁을 대상으로 한다는 대상설, ③ 입법자가 비송사건으로 정한 것이 비송사건이고, 그 외의 사건이 소송사건이라는 실정법설이 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 회사정리사건이 비송사건이라고 하면서, “법원의 합목적적 재량을 필요로 하고, 절차의 간이·신속성이 요구되므로 비송사건으로 봄이 상당하다.”고 한다(84마카42). 판례를 절충설로 보는 견해와, 대상설로 보는 견해가 대립된다.

4. 검토

법률에 비송사건으로 규정되어 있는 경우에는 비송사건으로 보고, 불명확한 경우에는 법원의 합목적적 재량이 필요하고 절차의 간이성·신속성이 요구되는 경우에는 비송사건으로, 그 외의 경우에는 소송사건으로 보는 것이 타당하다.

002 과거의 양육비 청구의 법적 성질

1. 문제점

가사소송법 제2조 제1항 나목 마류 제3호에 의하면 민법 제837조에 의한 장래의 양육비 청구사건은 비송사건이다. 자녀의 과거의 양육비 청구사건에 대하여는 규정이 없어서 법적 성질이 문제된다.

2. 학설의 대립

① 부양의무에 관하여 적합하게 판단할 수 있는 가정법원에서 통일적으로 처리해야 하므로 비송사건으로 보는 견해, ② 마류사건은 확대해석을 하면 안되므로 소송사건으로 보는 견해, ③ 양육비청구권이 인정되는지는 소송사건으로 금액결정은 비송사건으로 보는 견해가 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 “이혼한 부부가 분담하여야 할 과거 양육비의 비율이나 금액을 장래에 대한 것과 함께 정하는 것도 민법 제837조 제2항에 규정된 자의 양육에 관한 처분에 해당하는 것으로 보아 가정법원이 자의 연령 및 부모의 재산상황 등 사정을 참작하여 심판으로 정하여야 할 것이다.”고 하여 비송사건이라고 한다(92스21).

4. 검토

과거의 양육비는 가정법원에서 자의 연령 및 부모의 재산상황 등을 참작하고 자의 복리를 고려하여 장래의 양육비와 통일적으로 판단하는 것이 바람직하므로, 비송사건으로 보는 판례가 타당하다.

003 민사소송과 신의칙

1. 문제점

명문의 규정이나 이론이 있는 경우에도 신의칙을 적용할 수 있는지 문제된다.

2. 학설의 대립

① 신의칙은 일반조항이므로 보충적으로 신의칙에 의하여 해결하는 보충적 적용설과, ② 신의칙에 의하는 것이 보다 적절하면 선택적으로 신의칙을 적용할 수 있다는 선택적 적용설이 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의한 경우 이에 위반하여 제기한 소는 권리보호의 이익이 없다고 함과 동시에 신의성실의 원칙에 비추어 허용될 수 없다고 한다(92다21760). 판례의 입장이 선택적 적용설이라는 견해와 보충적 적용설이라는 견해가 대립된다.

4. 검토

구체적 타당성에 부합하는 해결을 위해서 선택적 적용설이 타당하다.

004 신의칙 위반의 소제기 여부의 판단방법

1. 문제점

소제기가 신의칙에 위반되었는지에 대한 판단방법이 문제된다.

2. 학설의 대립

① 법원의 직권조사사항이라는 견해와, ② 법원과 당사자 사이에서는 직권조사 사항이지만, 당사자 사이에서는 상대방의 원용이 필요하다는 견해가 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 “신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 법원은 직권으로 판단할 수 있다.”고 한다(94다42129).

4. 검토

소송법상의 신의칙 위배는 소극적 소송요건으로 보아야 하므로, 직권조사사항으로 보는 견해가 타당하다.

005 외국국가에 대한 재판권의 행사가능성

1. 문제점

외국국가에 대해서도 우리나라의 민사재판권이 미치는지가 문제된다.

2. 학설의 대립

- ① 조약에 의하여 예외로 된 경우나 외교상의 특권을 포기하는 경우를 제외하고는 외국국가를 피고로 하여 재판권을 행사할 수는 없다는 절대적 면제주의와,
- ② 외국국가의 사법적 활동은 우리나라의 민사재판권에 복종하여야 한다는 상대적 면제주의가 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 “외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하거나 밀접한 관련이 있어서 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다.”고 하여 상대적 면제주의의 입장이다(97다39216). 또한 “집행채권자가 외국 국가를 제3채무자로 한 압류·추심명령을 신청하는 경우, 우리나라 법원은 해당 국가가 우리나라 법원의 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우 등에 한하여 해당 국가를 제3채무자로 하는 압류·추심명령을 발령할 재판권을 가진다.”고 한다(2009다16766).

4. 김 토

외국국가의 사법적 행위에 대해서까지 우리나라의 민사재판권이 미치지 않는다는 것은 우리나라의 주권행사를 포기하는 것이므로, 판례가 타당하다.

006 국제재판관할권의 결정기준

1. 문제점

외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 어느 나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는지가 문제된다.

2. 학설의 대립

① 민사소송법의 토지관할규정에 비추어 국제재판관할권이 있는지를 역으로 추지한다는 역추지설, ② 민사소송법의 기본이념인 적정·공평·신속·경제 등을 고려하여 어느 나라에서 재판하는 것이 가장 합리적인가를 조리에 따라 결정한다는 관할배분설, ③ 원칙적으로 우리나라의 토지관할규정을 유추하여 정하되, 이 기준에 의해 우리나라가 재판권을 갖는 것이 부당한 특단의 사정이 있는 경우에는 관할배분설에 의한다는 수정역추지설이 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 “국제재판관할을 결정함에 있어서는 개인적인 이익뿐만 아니라, 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 할 것이며, 법정지와 당사자와의 실질적 관련성 및 법정지와 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 할 것이다.”고 한다(2002다59788).

4. 검토

국제사법 제2조는 “법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다.”고 규정하였다. 따라서 국제사법에 의하여 국제재판관할권을 결정해야 할 것이다.

007 재판권이 없음이 명백한 경우에 대한 법원의 조치

1. 문제점

재판권 흠결이 명백한 경우에 법원이 어떠한 재판을 하는지 문제된다.

2. 학설의 대립

① 변론기일을 지정하지 않고 사실상 소장부분을 송달하여 알리고 재판권이 없음이 명확해지면 소각하판결을 한다는 견해, ② 재판권 없음이 명백하면 소장부분을 송달할 수 없으므로, 소장각하명령을 한다는 견해가 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 “일본국을 상대로 한 소장을 송달할 수 없는 경우에 해당한다고 하여 소장각하명령을 한 것은 정당하다.”고 한다(74마281).

4. 검토

재판권의 흠결이 명백한 경우에는 소송경제의 측면에서 소장각하명령을 하는 것이 타당하다.

008 기피신청의 효과

1. 문제점

기피신청이 있으면 원칙적으로 기피의 재판이 확정될 때까지 소송절차를 정지하여야 한다(제48조). 기피신청이 이유 없다는 재판이 확정된 경우에 소송절차 진행의 하자가 치유될 수 있는지 문제된다.

2. 학설의 대립

① 소송경제의 입장에서 하자가 치유되어 유효로 된다는 긍정설, ② 제48조의 취지상 하자가 치유되지 않는다는 부정설, ③ 긴급을 요하지 아니하는 행위에 대하여 기피신청인이 충분한 소송활동을 통하여 소송상 불이익을 입지 아니하였다면 하자가 치유된다는 제한적 긍정설이 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 “기피신청을 당한 법관이 기피에 대한 재판이 확정되기 전에 한 판결의 효력은 기피신청이 이유 없는 것으로 확정되는 때에는 유효한 것으로 된다.”고 한다(78다1242). 다만 “기피신청에 대한 각하결정 전에 이루어진 변론기일의 진행은 제48조를 위반한 절차상 흠결이 있고, 특별한 사정이 없는 이상, 기피신청을 각하하는 결정이 확정되었다는 사정만으로 제48조를 위반한 절차 위반의 흠결이 치유된다고 할 수 없다.”고 한다(2009다78467).

4. 김 토

모든 경우가 아니라, 당사자의 소송상의 이익이 해하여지지 않은 때에 한하여 위법성이 치유된다고 보는 제한적 긍정설이 타당하다.

009 합의관할의 모습

1. 문제점

합의관할에는 법정관할법원과 더불어 다른 관할법원을 정하는 부가적 합의와, 특정한 법원에만 관할권을 인정하는 전속적 합의가 있다. 합의의 모습이 명백하지 않은 경우에 어떤 것으로 볼 것인지가 문제된다.

2. 학설의 대립

① 법정관할법원 중 법원을 정하는 합의는 전속적 합의로, 법정관할법원 외의 법원을 정하는 합의는 부가적 합의로 보는 견해(다수설), ② 약관에 의한 합의는 부가적 합의로, 그 외는 전속적 합의로 보는 견해, ③ 부가적 합의로 볼 특별한 사정이 없는 한 전속적 합의로, 약관에 의한 합의는 다수설과 같이 보는 견해, ④ 당사자 사이에 다툼이 있는 경우에는 부가적 합의로 보는 견해가 대립된다.

3. 판례의 태도

판례는 “법정관할법원에 속하는 법원 중 하나의 법원을 관할법원으로 약정한 경우에, 전속적 관할법원을 정하는 취지의 합의라고 해석될 수 있다.”고 한다(63다111 ; 2006다68209).

4. 검토

법정관할법원 중 하나의 법원을 지정하여 합의하면 다른 법정관할법원을 배제할 의사가 있다고 볼 수 있으나, 법정관할법원 외의 법원으로 합의하면 법정관할법원도 선택할 수 있다고 보아야 하므로, 다수설·판례가 타당하다.

010 변론관할의 성립가능성

1. 문제점

피고가 청구기각의 판결만을 구하고 청구원인에 관한 답변을 다음 기일로 미루는 경우에 변론관할이 발생하는지 문제된다.

2. 학설의 대립

① 통설은 청구기각의 신청만으로도 원고의 청구가 이유 없다 하여 청구를 배척하여 달라는 취지이므로, 본안에 관한 변론에 들어간 것으로 보아 변론관할이 생긴다고 보지만, ② 형식적 기준에 의해 기각에 관한 변론이 있었던 것으로 보는 것은 피고의 관할에 관한 이익을 보호하려는 민사소송법의 취지에 반하므로 변론관할을 인정하여서는 안 된다는 견해도 있다.

3. 판례의 태도

판례는 항소심에서의 반소제기와 관련하여, “항소심에서 피고가 반소장을 진술한 데 대하여 원고가 반소기각 답변을 한 것만으로는 이의 없이 반소의 본안에 관하여 변론을 한 때에 해당한다고 볼 수 없다.”고 한다(91다1783).

4. 검토

청구기각의 판결만을 구하는 것을 본안에 대한 변론이라고 보기는 어려우므로 부정하는 견해가 타당하다. 다만 현행법상 답변서의 기재는 구체적이어야 하므로(제256조 제4항, 민사소송규칙 제65조), 이러한 문제가 발생할 여지는 적다.