

단기완성 민사소송법

황보수정 · 김종연 공저

새흐름

머리말

민사소송법은 처음 법을 공부하는 수험생들에게 많이 낯설고 이해하기 힘든 절차법입니다. 형사절차와 달리 전체적인 개관이나 개념도 많이 생소할 수 있습니다. 민법보다 양은 적지만 그 낯설음으로 인해 초반에는 더 어렵게 느껴질 수 있습니다. 그러나 생소한 것이지 어려운 것이 아닙니다. 전체적인 통독과 강의를 통해 익숙해지면 기출문제가 계속 반복되고 있다는 것을 알게 되고 양이 적어 자신감이 생길 것입니다. 본서는 낯설음을 어느 정도 해소하기 위하여 민사소송법을 공부하기 전에 학습포인트를 제시함으로써 앞으로 공부할 내용들을 대략적으로나마 알 수 있도록 하였습니다. 이는 일종의 수험 가이드에 해당합니다. 본서는 민사소송법의 모든 내용을 정리하되 수험의 부담감을 줄일 수 있도록 내용을 최대한으로 압축 정리하여 서술하였습니다. 특히 법원직 민사소송법에서는 크게 논의되고 있지 않은 학설은 중요한 부분을 제외하고는 모두 통설 내지 다수설로 서술하였습니다. 객관식 민사소송법을 준비하는만큼 학설에 연연하지 않아야 할 것입니다. 순수하게 법원직 민사소송법만을 위하여 정리된 교재로 조문과 판례를 정확히 이해하고 암기한다면 민사소송법에서 고득점 하실 수 있습니다.

법원직시험에서 특히 민사소송법에서는 조문의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않습니다. 매해 70%~80%의 비중을 차지하는 조문을 정리하고 암기하지 않으면 안 되기에 본서는 내용과 관련된 조문들을 서두에 배치하였습니다. 조문해석이 법학에 해당하는 만큼 조문을 보고 암기하는 습관을 평소에 자주 들여야 할 것입니다.

어느 시험이든 간에 판례의 비중이 늘고 있는 것은 사실입니다. 이것이 수험생 입장에서는 가장 힘든 공부가 될 것입니다. 특히 최신판례의 비중이 늘고 있기에 이를 간과할 수 없고, 판례란 조문을 해석하여 법리로 형성된 것이므로 조문만큼 중요하다고 할 것입니다. 이를 함께 공부하기 위하여 수험내용과 관련된 판례를 충실하게 정리하였습니다.

법원직시험에서는 기출은 앞으로 나오지 않을 문제가 아니라 앞으로 나올 문제를 의미합니다. 기출을 확인하는 것은 수험공부의 시작과 끝이라고 할 것입니다. 따라서 본서는 본문에서 기출이 된 내용들을 측면에 지문과 함께 배치함으로써 공부의 효율성을 높였습니다. 특히 기출지문과 본문내용을 번호를 통하여 매칭시켜 바로 찾을 수 있도록 하였기에 시간이 절약될 수 있을 것입니다. 또한 기출지문 중 출제자가 문제를 만들기 위해 의도적으로 만든 지문들도 있다는 것입니다. 이는 본문내용을 통하여 유추할 수 있는 능력을 강의를 통하여 함께 배양하여야 할 것이고, 최종적으로는 기출문제를 직접 풀어봄으로써 확인하여야 할 것으로 생각됩니다.

본서는 법원직시험을 준비하고 있는 수험생들에게 민사소송법의 가장 정확한 출제범위를 보여주며, 압축 정리하여 다른 과목을 병행하면서 공부하는 데 있어서 시간을 많이 줄여줄 것으로 생각합니다.

이 교재를 읽고 강의를 듣고 중요도를 체크하시면서 시험 마지막 순간까지 도움이 되셨으면 하는 바램입니다. 민사소송법은 수험민사소송법다워야 한다고 생각합니다. 늘 본인이 가고 있는 길에, 지금 이 순간이 도움이 되고 있는지 확인하십시오. 막연히 양이 주는 허황된 만족감에 빠져 있진 않은지, 정작 꼭 알고 있어야 할 조문과 법리, 판례는 소홀히 하고 있진 않은지, 기출문제를 다시 한 번 보시면서 점검하셔야 합니다.

다시 한 번 강조하지만 여러분은 수험민사소송법을 하고 있는 것이기 때문입니다.

기적은 있기 때문에 믿는 것이 아니라 믿기 때문에 일어난다고 알고 있습니다.

그리고 저는 상처가 꽃이 되는 순서를 굳게 믿고 있습니다.

꼭 이루십시오.

꿈은 이를 때 더욱 빛이 납니다.

여러분이 단번에 합격하시는 것을 꿈에서도 기원하겠습니다.

2017년 3월

공저자를 대표하여 황보수정



Contents

차 례

제1편 총 설

CHAPTER 01 민사소송 2

| | |
|--------------------------|----|
| 제1절 민사소송의 목적 | 2 |
| 제2절 민사소송과 다른 소송제도 | 3 |
| 제3절 소송에 갈음하는 분쟁해결제도(ADR) | 6 |
| 제4절 민사소송의 이상과 신의칙 | 8 |
| 제5절 민사소송절차의 종류 | 14 |

CHAPTER 02 민사소송법 16

| | |
|-------------------|----|
| 제1절 민사소송법의 의의와 성격 | 16 |
| 제2절 민사소송법의 해석과 종류 | 17 |
| 제3절 민사소송법의 효력의 한계 | 19 |

제2편 소송의 주체

CHAPTER 01 법원 22

| | |
|------------------|----|
| 제1절 민사재판권 | 22 |
| 제2절 민사법원의 종류와 구성 | 26 |
| 제3절 법관의 제척·기피·회피 | 29 |
| 제4절 관 할 | 36 |

CHAPTER 02 당사자 60

| | |
|--------------|----|
| 제1절 당사자의 확정 | 60 |
| 제2절 당사자의 자격 | 69 |
| 제3절 소송상의 대리인 | 85 |

제3편 제1심의 소송절차

CHAPTER 01 소송의 개시 102

| | |
|--------------------------|-----|
| 제1절 소의 의미와 종류 | 102 |
| 제2절 소송요건 | 107 |
| 제3절 소송물 | 123 |
| 제4절 소의 제기 | 126 |
| 제5절 재판장의 소장심사와 소제기 후의 조치 | 129 |
| 제6절 소송구조 | 134 |
| 제7절 소제기의 효과 | 136 |

CHAPTER 02 변론 144

| | |
|--------------------------------|-----|
| 제1절 변론의 의미와 종류 | 144 |
| 제2절 심리에 관한 제원칙 | 145 |
| 제3절 변론의 준비 | 174 |
| 제4절 변론의 내용 | 182 |
| 제5절 변론의 실시 | 194 |
| 제6절 변론기일에 있어서의 당사자의 결석(기일의 해태) | 199 |
| 제7절 기일·기간 및 송달 | 205 |
| 제8절 소송절차의 정지 | 218 |

CHAPTER 03 증거 224

| | |
|------------------|-----|
| 제1절 총설 | 224 |
| 제2절 증명의 대상(요증사실) | 226 |
| 제3절 불요증사실 | 227 |
| 제4절 증거조사의 개시와 실시 | 236 |
| 제5절 자유심증주의 | 256 |
| 제6절 증명책임 | 262 |

제4편 소송의 종료

CHAPTER 01 총 설 270

| | |
|------------|-----|
| 제1절 소송종료사유 | 270 |
| 제2절 소송종료선언 | 271 |

CHAPTER 02 당사자의 행위에 의한 종료 274

| | |
|---------------|-----|
| 제1절 소의 취하 | 274 |
| 제2절 청구의 포기·인낙 | 283 |
| 제3절 재판상 화해 | 287 |

CHAPTER 03 중국판결에 의한 종료 296

| | |
|-----------|-----|
| 제1절 재판 일반 | 296 |
| 제2절 판 결 | 297 |

제5편 병합소송

CHAPTER 01 병합청구소송(청구의 복수) 332

| | |
|-----------------------|-----|
| 제1절 청구의 병합(소의 객관적 병합) | 332 |
| 제2절 청구의 변경 | 343 |
| 제3절 중간확인의 소 | 352 |
| 제4절 반 소 | 354 |

CHAPTER 02 다수당사자소송(당사자의 복수) 362

| | |
|---------------|-----|
| 제1절 공동소송 | 362 |
| 제2절 선정당사자 | 379 |
| 제3절 제3자의 소송참가 | 386 |
| 제4절 당사자의 변경 | 411 |

제6편 상소심절차

CHAPTER 01 총 설 424

CHAPTER 02 항 소 432

| | |
|-----------------|-----|
| 제1절 총 설 | 432 |
| 제2절 항소의 제기 | 433 |
| 제3절 항소심의 심리 | 439 |
| 제4절 항소심의 중국적 재판 | 441 |

CHAPTER 03 상 고 446

| | |
|-------------|-----|
| 제1절 상고심의 특색 | 446 |
| 제2절 상고이유 | 447 |
| 제3절 상고심의 절차 | 448 |

CHAPTER 04 항 고 454

제7편 재심절차 / 459

제8편 간이소송절차 / 469

단기완성 민사소송법



제1편
총설

제1장 민사소송

제2장 민사소송법

민사소송

제1절 민사소송의 목적

제3절 소송에 갈음하는 분쟁해결제도(ADR)

제5절 민사소송절차의 종류

제2절 민사소송과 다른 소송제도

제4절 민사소송의 이상과 신의칙

제1절 민사소송의 목적

학습 포인트 민법상 발생한 권리자와 의무자 상호간에 분쟁이 발생할 경우 이를 해결하는 것이 민사소송이다. 이러한 민사소송의 목적은 다양하게 존재할 수 있으므로 이에 대하여 간단히 알아두어야 할 것이다.

(가) 때로는 권리가 침해되고 의무이행이 제대로 안 되는 경우가 있다. 이를 위해 국가는 국민의 권리보호절차로서 민사소송제도를 마련하게 되었다.

(나) 이러한 민사소송의 목적에 관하여 i) 국가에 의한 사권 확정 및 보호(원고의 권리확정 및 보호)에 있다고 보는 사권보호설, ii) 사법질서를 유지하고 그 실효성 보장에 있다는 사법질서 유지설, iii) 국가에 의한 사인 간의 분쟁이나 이해충돌의 해결에 있다고 보는 분쟁해결설, iv) 당사자 간에 대등한 입장에서 절차 보장에 있다는 절차보정설의 대립이 있다.

(다) 민사소송은 우선적으로 국가의 사권보호를 목적으로 한다고 본다. 이에 따라서 사법질서가 유지되고, 분쟁이 해결될 것이며, 당사자들은 절차를 보장받을 수 있을 것이므로 이들 모두 민사소송의 목적으로 이해하면 될 것이다.

제2절

민사소송과 다른 소송제도

학습 포인트 민사소송과 다른 소송제도로써 형사소송, 행정소송, 가사소송이 있으며 특히 비송사건의 특징에 대하여 알아두어야 한다.

I. 민사소송의 개념

(가) 민사소송이란 사법상의 권리관계에 관한 분쟁에 대하여 개인의 권리와 의무를 확정·보전·실현하기 위한 재판상의 절차이다. 즉 국가기관인 법원이 판결을 목적으로 대립하는 원·피고를 참여시켜 전개하는 모든 소송행위의 통합적인 과정을 의미한다.

(나) 사법상 법률관계에서 채무자의 채무불이행 등 분쟁이 발생하는 경우 개인의 자력구제를 허용한다면 인권침해 및 사회혼란이 야기되므로, 이를 방지하기 위해서 국가는 긴급한 경우를 제외하고 자력구제를 금지시키고, 그에 대신하여 국가가 평화적으로 개인의 권리를 보호하고 실현시키는 제도를 마련하였는바, 이것이 바로 민사소송이다.

II. 형사소송

(가) 형사소송이란 사인에 대한 국가의 형벌권의 행사에 관한 사건을 대상으로 하는 점에서 민사사건을 대상으로 하는 민사소송과 구별된다. 민사소송절차에서는 변론주의를 심리원칙으로 함에 대하여, 형사소송은 공익에 관한 절차이므로 직권주의에 의하고 있다.

(나) 양자는 서로 목적과 심판절차를 달리하여 독립적 성격을 가지고 있으므로, 같은 증거에 관하여 형사법원과 민사법원 사이에 그 가치판단을 달리할 수 있다. 즉 동일한 서증이라도 형사법원과 민사법원 간에 가치판단을 달리할 수 있고, 민사재판에서는 형사재판에서 확정된 사실에 구속되지 않는다. 다만 판례는 ‘확정된 형사판결은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되므로, 이를 특별한 사정없이 배척함은 경험법칙에 위배된다’는 태도이다(대판 1995.1.12, 94다39215).

III. 행정소송

(가) 행정소송이란 행정기관의 행정처분 등으로 피해를 입은 국민이 당해 처분의 취소나 손해전보를 구하는 일련의 재판절차로써 민사소송과의 관계에서 특별민사소송절차라고 보아야 할 것이다.

(나) 판례는 ‘행정주체로서의 관청이 공권력의 주체로서 국민에 대한 경우는 물론 단순한 경제활동의 주체로서 국민에 대한 경우라 하여도 공공적 성질을 갖고 있어 공공복리와 밀접한 관계를 가지고 있는 때에는 행정사건으로 처리하여야 할 것이고, 공공복리와 밀접한 관계가 없고 사사로운 국민 상호간의 경제생활과 관련이 있을 때에는 민사사건으로 처리하여야 한다’고 본다(대결 1989.10.24, 87누788).

IV. 가사소송

가사소송이란 혼인의 무효·취소나 이혼심판청구 등 가정과 친족 내의 일정한 신분 관계에 관한 사항에 분쟁이 생겼을 때에 이를 해결하기 위한 일련의 재판절차로서 가정 법원의 전속관할로 한다.

V. 비송사건

1. 의의 및 종류

(가) 법원의 관할에 속하는 민사사건 중 소송절차로 처리하지 않는 사건을 비송사건이라고 한다. 형식적으로는 비송사건절차법에서 정한 사건과 그 총칙규정을 적용 또는 준용 받는 사건을 말한다.

(나) 그 밖에 공유물분할청구나 경계확정의 소와 같은 형식적 형성의 소는 형식적으로는 소송이나 내용상으로는 비송사건이다 소장을 제출받은 법원은 이를 소송사건으로 처리해야 하는가 아니면 비송사건으로 처리해야 하는가 판단해야 한다.

2. 비송사건의 특징

| | 소송 | 비송 |
|-------|---|--|
| 당사자대립 | 필요 | 불요 |
| 절차 | <ul style="list-style-type: none"> • 처분권주의가 적용된다 • 변론주의가 적용된다 • 공개주의가 적용된다 | <ul style="list-style-type: none"> • 처분권주의가 배제된다 • 직권탐지주의가 적용된다 • 비공개주의가 적용된다 |
| 재판 | 판결 | 결정 |
| 상소 | 항소, 상고 | 항고 |

3. 소송과 비송의 구별

(가) 비송사건도 법원의 재판에 의하여 이루어진다는 점에서 소송사건과 유사하므로 양자를 어떠한 기준으로 구별할 수 있는지 문제된다.

(나) 이에 대하여 i) 비송사건은 사법질서의 형성을 목적으로 하고, 소송사건은 사법질서의 유지·확정을 목적으로 한다는 목적설, ii) 비송사건은 국가에 의한 사인 간의 생활관계에의 후견적 개입을 대상으로 하고, 소송사건은 법적 분쟁을 대상으로 한다는 대상설, iii) 비송사건의 본질을 규명하는 것을 단념하고 실정법이 비송사건으로 규정한 사건이 비송사건이고 그 밖의 사건이 소송사건이라는 실정법설의 대립이 있다.

(다) 판례는 ‘회사정리절차 개시신청에 대한 결정을 함에 있어서 법원은 개시결정의 판단을 위해서 법원의 합목적적 재량을 필요로 하고, 또 경제사정을 감안하여 유효적절한 조치를 강구하지 않으면 안 되므로 절차의 간이 신속성이 요구된다’라며 회사정리절차의 개시결정 절차를 대상설 입장에서 비송사건으로 보았다(대결 1984.10.5, 84마카42).

4. 소송의 비송화와 그 한계

(가) 종전에 소송으로 처리하던 사항이 비송의 영역으로 이관되고, 법원의 재량에 의하여 탄력적으로 내용을 정하는 현상을 소송의 비송화 경향이라고 한다. 이는 보다 신속하고 경제적인 분쟁해결의 요청, 분쟁의 정형적 처리에서 비정형적·개별적 처리로의 요청 등이 그 원인이 되고 있다.

(나) 그러나 원래 쟁송성이 있는 소송사건을 선불리 비송화할 경우, 정당한 공개심리, 당사자권을 무시하거나 판결절차에 의하지 않을 수 있어 헌법 제27조가 보장하는 재판받을 권리를 침해할 수 있다.

5. 비송사건의 관할의 문제

비송사건에 의할 사건을 통상의 민사소송을 이용하여 제소하거나 그 반대의 경우에 법원이 어떻게 처리할 것인지 문제된다. 판례는 비송사건절차법에 구제절차가 있음에도 민사소송으로 가이사 해임청구의 소를 제기한 경우 소를 각하해야 한다는 입장이다(대판 1976.10.26, 76다1771).

기출1 중중소송에서 재판부의 구성법
관이 중중의 구성원이면 당사자와 공
동권리자·공동의무자의 관계에 있어
제척이유가 된다.(○) <법원9급 2014>

판례

- 법 제41조 제1호 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 대해서 소송의 목
적이 된 권리관계에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있어 재판의 공정성을 의심할
만한 사정이 존재하는 지위에 있는 관계를 의미하며, 중중의 중중원들은 중중원의 재산
상·신분상 권리의무 관계에 직접적인 영향을 미치는 중중 규약을 개정한 중중 총회 결
의의 효력 유무에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있다고 할 것 이므로, 판사 중 1
인이 중중원이었다면 그 판사는 중중과 공통되는 법률상 이해관계를 가진다고 볼 수 있
어 법 제41조 제1호의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자에 해당한다
고 할 것이므로, 제척사유에 해당한다(대판 2010.5.13, 2009다102254). **기출1**

2. 법관이 당사자와 친족의 관계가 있거나 그러한 관계가 있었을 때(2호)

3. 법관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 하였을 때(3호)

4. 법관이 사건 당사자의 대리인이었거나 대리인이 된 때(4호)

5. 법관이 불복사건의 이전심급의 재판에 관여한때(5호)

(1) 의의 및 취지

(가) 어느 법관에 대해서도 자기가 직접 작성했거나 작성에 관여한 재판을 재심사시켜
서는 공정한 재판을 받을 수 없다.

(나) 따라서 이를 제척이유로 한 것은 예단배제의 원칙에 의한 재판의 공정성을 유지하
는 한편, 새로운 법관으로 하여금 재심사시키는 심급제도의 취지가 허물어지는 것을 막
고자 하는 데 있다.

(2) 해당 요건

1) 관여의 의미

(가) 전심에 관여한 사건과 동일사건 이라야 한다(대판 1983.1.18, 82누473). 여기서 ‘관
여’란 최종변론·판결의 합의나 판결의 작성 등 깊이 있게 관여한 경우를 말한다(대판
1962.7.12, 62다225).

(나) 따라서 최종변론 전의 변론준비·변론·증거조사, 기일지정과 같은 소송지휘 혹
은 판결의 선고에만 관여하는 것은 전심관여라고 할 수 없다(대판 1994.8.12, 92다23537).
또 다른 법원으로부터 촉탁을 받고 전심에 관여한 때에도 해당하지 않는다(제41조 5호 단
서). **기출2 기출3 기출4**

2) 전심의 의미 및 해당 여부

(가) 불복사건의 ‘이전심급의 재판’이란 하급심 재판을 가리키는 것으로서 여기에는 직
접 불복의 대상이 되어 있는 중국판결뿐 아니라 이와 더불어 상급심의 판단을 받을 중간
적 재판도 포함된다(대판 1997.6.13, 96다56115). **기출5**

(나) 그러나 환송·이송되기 전의 원심판결, 재심소송에 있어서 재심대상의 확정판결
(대판 1994.8.9, 94재누94), 본안소송의 재판장에 대한 기피신청사건의 재판 등은 이전심

기출2 최종변론 전의 변론이나 증거조
사에만 관여한 경우는 이전심급의 재
판에 관여한 때라고 할 수 없다.(○)
<법원9급 2014>

기출3 법관이 불복사건의 이전심급의
재판 중 판결선고에만 관여한 경우에
는 불복사건의 직무를 집행할 수 있
다.(○) <법원9급 2011>

기출4 법관이 다른 법원의 촉탁에 따
라 불복사건의 이전심급의 직무를 수
행한 경우에는 불복사건의 직무집행
에서 제척된다.(×) <법원9급 2011>

기출5 청구이의의 소에 있어서 그 대상
인 본안의 확정판결도 이전심급의 재
판에 해당한다.(○) <법원9급 2014>

급의 재판에 해당되지 않는다(대판 1991.12.27, 91마631). 또 판례는 소송상 화해에 관여한 법관이 그 화해내용에 따른 목적물의 인도소송에 관여하는 것은 전심관여라 볼 수 없다(대판 1969.12.9, 69다1232)고 하였다. **기중6**

기중6 재심대상 재판에 관여한 법관은 당해 재심사건의 직무를 집행할 수 있다.(O) <법원9급 2011>

Ⅲ. 제척의 재판 - 절차

제42조 【제척의 절차】

법원은 제척의 이유가 있는 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 제척의 재판을 한다.

1. 직권조사사항

제척이유의 유무는 그 문제된 법관 자신과 그 소속 합의부의 직권조사사항이다. 조사결과 제척이유가 있음이 명백하면 당해 법관은 스스로 직무집행에서 물러나고 이를 조서에 기재하면 된다.

2. 제척재판의 성질

(가) 제척이유의 유무에 관하여 의문이 있으면 법원은 당사자의 신청 또는 직권으로 제척의 재판을 하지 않으면 안 된다.

(나) 다만 제척의 효과는 그 재판 유무에 관계 없이 당연히 발생하기 때문에 제척의 재판은 확인적 성질(선언적 의미)을 갖는다.

Ⅳ. 제척의 효과

1. 직무집행에서의 배제

제척이유가 있는 법관은 법률상 당연히 그 사건에 대해 직무집행을 행할 수 없다. 즉 일체의 소송행위에 관여할 수 없다. 당사자가 알든 모르든, 주장하든 하지 않든 불문하고 직무를 행할 수 없다.

2. 제척이유 있는 법관이 관여한 경우

(가) 제척이유가 있는 법관이 관여한 소송행위는 본질적인 절차상의 하자로서 무효로 된다. 따라서 제척이유가 있는 법관이 판결에 관여하였을 때에는 판결확정 전일 때는 절대적 상고이유(제424조 1항 2호), 확정 후에는 재심사유(제451조 1항 2호)가 된다.

(나) 그러나 중국판결의 선고에 관여, 긴급을 요하는 행위는 할 수 있으며, 제척신청이 각하된 때에는 결정이 확정되기 이전이라도 직무를 행할 수 있다(제48조 단서).

3 법관의 기피

I. 의의 및 취지

(가) 기피라 함은 제41조에서 정해진 제척이유 이외의 재판의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에 당사자의 신청을 기다려 재판에 의하여 비로소 법관이 직무집행에서 배제되는 것을 말한다.

(나) 기피의 재판은 제척과 달리 형성적이며, 이는 제척제도를 보충하여 재판의 공정성을 보다 철저히 보장하기 위한 것이며, 이를 통해 국민의 신뢰를 확보하기 위함이다.

II. 기피이유 - 법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정

제43조 【당사자의 기피권】

- ① 당사자는 법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 기피신청을 할 수 있다.
- ② 당사자가 법관을 기피할 이유가 있다는 것을 알면서도 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술을 한 경우에는 기피신청을 하지 못한다.

1. 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정의 의미

(가) 재판의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때라 함은 당사자가 불공정한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니고, 통상인의 판단으로서 법관과 사건과의 관계로 보아 불공정한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정될 만한 객관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이다. **기출1**

(나) 따라서 소송당사자의 일방이 재판장의 변경에 따라 소송대리인을 교체하였다 하더라도 그와 같은 사유가 재판의 공정성을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있는 때에 해당할 수 없다(대결 1992.12.30, 자 92마783). **기출2**

(다) 즉 당사자 측에서 품는 불공정한 재판을 받을지도 모른다는 주관적인 의혹만으로는 이에 해당되지 않으므로 재판장의 소송지휘에 대한 불만은 기피이유에 해당하지 않는다.

2. 당사자 및 소송대리인과의 관계

(1) 당사자와의 관계

당사자와의 관계에서 법관이 약혼·사실혼관계 등 애정관계, 친밀한 우정관계, 친척관계, 정치적·종교적 대립관계를 비롯한 원한관계, 또 당사자가 법인인 경우에 법관이 주주 등 그 구성원이거나, 재판 외에서 당사자와 법률상담을 한 때에는 이에 해당된다.

(2) 소송대리인과의 관계

소송대리인과의 관계의 경우 예컨대, 법관이 소송대리인과 혼인관계, 민법 소정 친족관계, 특별한 친족관계, 불화관계가 있을 때에는 제41조 2호와의 균형관계로 보아 기피이유에 해당함이 상당하다.

기출1 기피이유가 되는 '법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정'이란 통상인의 판단으로서 법관과 사건의 관계에서 편파적이고 불공정한 재판을 하지 않을까 하는 염려를 일으킬 객관적 사정을 가리킨다.(○) <법원 9급 2016>

기출2 판례는 소송당사자 일방이 재판장의 변경에 따라 소송대리인을 교체한 경우, 재판의 공정성을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있는 때에 해당하지 않는다고 보았다.(○) <법원 9급 2016>

Ⅲ. 기피절차

1. 기피신청

(1) 기피신청의 방식

(가) 기피는 그 이유를 밝혀 신청하여야 한다. 합의부의 법관에 대한 기피는 그 합의부에, 수명법관·수탁판사 또는 단독판사에 대한 기피는 당해법관에 신청한다. 신청의 방식은 서면이든 말로든 무방하다(제161조). **기출3**

(나) 신청한날부터 3일 이내에 기피의 이유와 소명방법을 서면으로 제출하여야 한다(제44조 2항). 이러한 소명방법의 제출을 요구하는 것은 기피신청권을 악용 또는 남용하는 것을 방지하는 취지이며, 다만 기피이유가 본안사건의 기록상 명백한 사항일 때에는 기피이유를 달리 소명할 필요가 없다(대결 1988.8.10, 자 88두9).

(2) 기피신청권의 상실

(가) 기피신청은 기피할 이유가 있음을 알고 있는 이상 지체 없이 하지 않으면 안된다. 기피이유가 있음을 알고서도 당사자가 당해 법관 앞에서 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 때에는 기피신청권을 상실한다(제43조 2항).

(나) 기피신청 후 사건이 다른 재판부로 재배당되는 등 기피당한 법관이 그 사건에 관하여 직무를 집행할 수 없게 된 경우는 신청의 이익이 없다(대결 1992.9.28, 자 92두25).

2. 기피신청에 대한 재판

(1) 기피 당한 법관 스스로의 재판 – 간이각하

1) 신청방식에 어긋난 경우

예컨대 기피이유를 명시하지 아니한 경우, 신청이유와 소명방법을 서면으로 소정의 기간 내에 제출하지 못한 경우 기피당한 법원이나 법관 스스로가 신청을 각하할 수 있다(제45조). **기출4**

2) 소송지연 목적의 경우

예컨대 과거와 같은 내용의 중복기피신청, 기피신청의 당부의 재판을 불가능하게 만드는 기피신청 등의 경우에도 기피당한 법원이나 법관 스스로가 신청을 각하할 수 있다(대결 1981.2.26, 자 81마14).

(2) 다른 합의부의 재판

신청방식에 어긋남이 없거나 소송지연의 목적이 아닌 경우에는 기피신청의 당부의 재판은 그 신청을 받은 법관의 소속법원 합의부에서 결정으로 재판한다(제46조 1항). 만일 기피당한 법관의 소속법원이 합의부를 구성하지 못하는 경우에는 바로 위의 상급법원이 재판한다(제46조 3항). **기출5**

(3) 기피신청에 대한 불복방법

기피신청이 이유 있다고 하는 결정에 대하여서는 불복신청을 할 수 없지만, 이유 없다는 기각결정, 신청방식의 위배 등 각하결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다(제47조).

기출3 기피신청은 서면으로 하여야 하므로 법정에서 구두로 기피신청을 한 것만으로는 적법한 기피신청이라고 할 수 없다.(X) <법원9급 2017>

기출4 기피신청의 당부의 재판은 기피당한 법관이 스스로 할 수 없고, 그 신청을 받은 법관의 소속법원 합의부에서 결정으로 재판한다.(X) <법원9급 2016>

기출5 법관에 대한 기피신청은 해당 법관의 소속 법원 합의부에서 결정하여야 하나 해당 법원의 법관이 부족하여 기피신청을 받은 법관을 제외하고는 합의부를 구성하지 못하는 경우 바로 위의 상급법원이 기피신청에 대한 결정을 하여야 한다.(O) <법원9급 2017>