

서울고등법원

제 1 민 사 부

결 정

사 건 2012재나10003 원상복구 등

원고(재심원고), 항소인

김중학

성남시 중원구 하대원동 자이아파트 114동 1202호

피고(재심피고), 피항소인

1. 성원.오피씨아파트주택재건축정비사업조합

성남시 중원구 둔촌대로 363 자이아파트 101동 1702호

대표자 조합장 정휘만

2. 성남시

대표자 시장 이재명

3. GS건설

서울 중구 남대문로5가 GS역전타워

대표이사 허명수

피고 1, 3의 소송대리인 변호사 선병욱

주 문

원고(재심원고)의 2015. 4. 26.자 증인신문신청을 기각한다.



1. 기초사실

기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 원고(재심원고, 이하 '원고'라 한다)는 피고(재심피고)들(이하 '피고'라 하고, 피고 성원.오피씨아파트주택재건축정비사업조합을 '피고 조합'이라 한다)을 상대로 수원지방법원 성남지원 2011가합7204호로 원상회복 등을 청구하는 소를 제기하였는데, 2011. 10. 12. 위 법원으로부터 '원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.'는 판결을 선고받았다.

나. 원고는 서울고등법원 2011나97609호로 항소하였는바, 2011. 5. 31. 위 법원으로부터 '원고의 피고들에 대한 항소를 모두 기각한다.'라는 판결을 선고받았다(이하 '재심대상 사건', '재심법원' 또는 '재심대상 판결'이라 한다).

다. 원고는 재심대상 판결정본을 송달받은 후 대법원 2012다200639호로 상고하였는바, 2012. 6. 27. 위 법원으로부터 '상고를 모두 기각한다'는 판결을 선고받았다.

라. 원고는 2012. 11. 2. 재심대상 판결에 대하여 이 사건 소를 제기하였다.

마. 원고의 2015. 5. 1.자 청구취지변경 등 신청서의 내용은 다음과 같다.

신청 및 준재심 및 재심취지

1. 신청취지

원고의 ① 2012. 1. 28. 문서제출명령신청 및 ② 2012. 1. 28. 서증인부를 인용한다.

2. 준재심취지

원고의 ① 2012. 1. 28. 문서제출명령신청 및 ② 2012. 1. 28. 서증인부의 묵시적 기각을 취소한다.

3. 재심취지

가. 이 사건의 피고 조합 소송대리인(선명옥)의 민사소송법 제451조 제1항 제3호인 재심사유를 판단한다.

나. 이 사건은 원고의 2012. 1. 28. 문서제출명령신청 및 2012. 1. 28. 서증인부의 인용이 아니므로 당연한 판단의 누락이므로 판단한다.

다. 설령 판결 이유에 없는 사항인 원고의 조합원지위에 대하여 피고 성남시장의 2002. 11. 5. 조합설립인가 및 수차의 변경인가의 위법과, 조합규약 제8조 제1항인 '재건축결의에 입주자모집공고 승인 신청 전까지 동의한 경우'와, 제10조 제2항인 '조합원의 자격에 해당하지 않게 된 자의 조합원자격은 자동 상실'되는 강행규정에 관하여 판단의 누락이므로 판단한다.

라. 이 사건의 재건축이 사업계획변경승인에 적용하는 구 주택건설촉진법 제33조 및 동법 제44조의3 제7항 또는 구 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항인 위법과 그 법의 헌법 제23조의 위헌에 관하여 당연한 판단의 누락이므로 판단한다.

마. 설령 판결 이유에 없는 사항인 원고의 분양신청이 민법 제111조 제1항인 그 통지가 상대방에 도달하여 그 효력이 상실된 것과 조합규약 제38조 제4, 5항인 분양계약체결을 아니하면 조합이 금전청산을 하는 것에 관하여 판단의 누락이므로 판단한다.

바. 설령 판결 이유에 없는 사항인 성남지원 2005가합4587 판결에 의하여 성남지원 2003가합3177, 성남지원 2004가합199, 성남지원 2008가합814, 성남지원 2009가합51362 판결이 그 효력이 상실된 것과 민사소송법 제456조 제3항인 5년인 재심 제기기한을 도과한 것에 관하여 판단의 누락이므로 판단한다.

4. 청구취지

가. 제1심 판결을 취소한다.

나. 원고의 ① 2012. 1. 28. 문서제출명령신청 및 ② 2012. 1. 28. 서증인부의 묵시적 기각 결정을 취소한다.

다. 2012. 5. 31.자 서울고등법원 2011나97609 판결을 변경한다.

라. 피고들은 연대하여 원고에게, 성남시 중원구 하대원동 218-2외 2필지 지상 오피씨(OPC)아파트 제4동 제5층 제501호를 원상복구하고, 위 아파트 부지의 지번을 원상회복하다.

마. 소송비용은 제1심, 제2심, 이 사건 재심(준재심) 모두 피고들이 연대하여 부담한다.

바. 제라.항은 가집행할 수가 있다.

2. 원고의 증인신문신청 및 그에 대한 판단

가. 원고의 증인신문명령 신청

원고는 2015. 4. 26. 별지 기재와 같이 증인신문신청을 하였다(이하 '이 사건 증인신문신청'이라 한다). 원고는 당심이 이 사건 증인신문신청을 반드시 채택하여 대상 증인에 대해 증인신문을 해야만 한다고 주장하면서 위 신청에 대한 당심의 판단을 구하고 있다.

나. 판단

(1) 증거채부 판단의 전제

확정된 판결에 대한 재심의 소는 재심의 허부와 재심이 허용됨을 전제로 한 본안심리의 두 단계로 구성되는 것인바, 법원이 재심의 허부와 관련하여 재심의 소가 부적법하다고 판단할 경우에는 재심이 허용됨을 전제로 한 본안심리를 할 필요 없이 형식적

재판으로써 이를 각하하여야 한다(대법원 1956. 12. 29. 선고 4289민상457 판결, 대법원 1994. 12. 27. 선고 92다22473 판결 참조). 따라서 이 사건 재심의 소가 적법한지, 즉 원고의 이 사건 재심청구가 민사소송법이 정한 재심사유에 해당하는 것인지에 관하여 먼저 살펴본다.

(2) 원고 주장의 재심사유들

원고가 이 사건 재심청구에서 민사소송법 제451조 제1항 제3호의 재심사유(이 사건의 피고 조합 소송대리인이었던 선병옥의 소송대리권 흠결)와 제9호의 재심사유(① 원고가 재심대상 사건에서 한 2012. 1. 28.자 문서제출명령신청 및 2012. 1. 28.자 서증인부에 대한 판단누락, ② 원고의 조합원지위에 대하여 피고 성남시장의 2002. 11. 5. 조합설립인가 및 수차의 변경인가의 위법과, 조합규약 제8조 제1항인 '재건축결의에 입주자모집공고 승인 신청 전까지 동의한 경우'와, 제10조 제2항인 '조합원의 자격에 해당하지 않게 된 자의 조합원자격은 자동 상실'되는 강행규정에 관한 판단누락, ③ 이 사건의 재건축이 사업계획변경승인에 적용하는 구 주택건설촉진법 제33조 및 동법 제44조의3 제7항 또는 구 도시 및 주거환경정비법 제28조 제4항인 위법과 그 법의 헌법 제23조의 위헌에 관한 판단누락, ④ 원고의 분양신청이 민법 제111조 제1항인 그 통지가 상대방에 도달하여 그 효력이 상실된 것과 조합규약 제38조 제4~5항인 분양계약체결을 아니하면 조합이 금전청산을 하는 것에 관한 판단누락, ⑤ 성남지원 2005가합4587 판결에 의하여 성남지원 2003가합3177, 성남지원 2004가합199, 성남지원 2008가합814, 성남지원 2009가단51362 판결이 그 효력이 상실된 것과 민사소송법 제456조 제3항인 5년인 재심제기기한을 도과한 것에 관하여 판단누락)를 들어 재심청구를 하고 있음은 앞서 인정한 바와 같다.

(3) 민사소송법 제451조 제1항 제3호의 재심사유가 있는지 여부

민사소송법 제451조 제1항 제3호는 "법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때"를 재심사유로 규정하고 있는바, 소송대리권의 흠결을 재심사유로 민사소송법이 규정한 취지는 원래 그러한 대표권의 흠결이 있는 당사자의 보호를 위한 것이므로 그 상대방이 이를 재심사유로 삼기 위하여는 그러한 사유를 주장함으로써 이익을 받을 수 있는 경우에 한한다 할 것이고, 여기서 이익을 받을 수 있는 경우란 위와 같은 대리권흠결 이외의 사유로도 종전의 판결이 종국적으로 상대방의 이익이 되게 변경될 수 있는 경우를 의미한다(대법원 1983. 2. 8. 선고 80사50 판결 참조).

살피건대, 재심대상 사건에서 피고 조합이 선병욱에게 소송대리를 위임하지 않았음에도 선병욱이 피고 조합의 소송대리인으로서 소송행위를 하였음을 인정할 증거가 없고, 이 사건 재심청구에서 원고의 소송대리권 흠결 주장 이외의 사유로도 재심대상 판결이 종국적으로 원고의 이익이 되게 변경될 수 있음을 인정할 증거나 자료도 없으므로, 원고의 이 부분 재심사유는 인정되지 않는다.

(4) 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 재심사유가 있는지 여부

민사소송법 제451조 제1항 제9호는 "판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때"를 재심사유로 규정하나, 같은 항 단서는 "다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다."고 하여 위 재심사유를 제한하고 있는바, 특별한 사정이 없는 한 당사자가 판결정본의 송달에 의하여 판단누락의 재심사유를 알게 되었다고 봄이 상당하다(대법원 1989. 5. 23. 선고 88누5570 판결 참조).

위 법리에 비추어 살피건대, 원고가 재심대상 판결정본을 송달받았음은 앞서 인정한 바와 같으므로, 만약 재심대상 판결에 판단누락이 있었다면 원고는 그 무렵 그에 대하여 알게 되었다고 할 것인바, 원고가 재심대상 판결에 대하여 상고를 제기하였음은 앞서 인정한 바와 같으므로, 원고는 민사소송법 제451조 제1항 단서에 의하여 재심대상 판결에 같은 항 제9호의 재심사유가 있음을 이유로는 재심청구를 할 수 없다고 할 것이다. 따라서 원고의 이 부분 재심사유들도 인정되지 않는다.

다. 소결론

민사소송법 제290조는 "법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정한 때에는 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 그것이 당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때에는 그리하지 아니하다."고 규정하는바, 재심청구 사건에 있어서 재심청구가 그 요건을 갖춘 적법·유효한 것임이 인정되지 않는 경우에 법원은 본안심리에 나아가지 아니하고 재심청구를 부적법한 것으로 각하하여야 하므로, 이 경우 재심당사자가 본안심리에 관하여 신청한 증거들은 그 조사의 필요성을 인정할 수 없다.

그런데 원고의 이 사건 재심청구가 적법·유효한 것임에 관하여 주장, 입증이 부족함은 앞서 판단한 바와 같은바, 원고가 재심대상 사건의 본안심리에 관하여 이 사건 증인신문신청을 하고 있음은 기록상 명백하므로, 선명옥에 대한 이 사건 증인신문신청은 그 필요성을 인정할 수 없다고 하겠다.

3. 결론

따라서 원고의 이 사건 증인신문신청은 이유 없어 이를 기각한다.

2015. 7. 7.

재판장	판사	신광렬	
	판사	이정환	
	판사	이영창	

판사

증인신문신청서

사건번호 : 2012재나10303 원상복구 등 제1민사부

준제심원고(본소원고) : 김중학

준제심피고(본소피고) : 성원오피씨재건축정비조합 외 2

원고는 민사소송법 제290조 및 제308조인 유일한 증거신청인 증인신문을 신청합니다.

증 인 의 표 시

이 름	선명옥
주민등록번호	
주 소	
전화번호	
원고와의 관계	이 사건 재건축조합의 사문번호사, 원고와 상대한 수십 건 소송의 소송대리인
신문할 개요	예비적 신청취지 등
희망하는 증인신문방식	증인신문사한 제출방식
증인출석확보방안	소환
예상소요시간	30분

신 청 취 지

주위적 신청취지

1. 위 증인에 대하여 증인신문신청을 채택한다.

라는 결정을 구합니다.

예비적 신청취지

1. 소송대리인(선명옥)이 재건축과 관련된 원고와의 소송에서 원고를 재건축조합의 조합원 자격으로 상대한 경우에는 민사소송법 제451조제1항제3호인 재심사유임을 확인한다.

2. 이 재건축은 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제47조의 위법과 헌법 제23조의 위헌임을 확인한다.
 3. 원고가 동의한 2002. 4월경 재건축 안건은 의결이 없어 원인무효임을 확인한다.
 4. 2002. 11. 5. 조합설립인가에 첨부한 재건축 안건에 대한 원고의 동의서는 위조임을 확인한다.
 5. 조합규약 제8조제1항인 '재건축결의에 입주자모집공고 승인 신청 전까지 동의한 경우'와, 제10조제2항인 '조합원의 자격에 해당하지 않게 된 자의 조합원자격은 자동 상실'되는 강행규정에 의하여 원고는 조합원이 아님을 확인한다.
 6. 원고의 재산의 보상여부는 조합원 자격은 무관하며 재건축 안건에 동의여부로서 원고가 재건축 안건에 동의하지 않았음과 보상을 아니 한 위헌임을 확인한다.
 7. 사업계획승인 및 변경승인은 원고의 재산의 보상이 없는 위헌임을 확인한다.
 8. 원고의 분양신청은 민법 제111조제1항에 의거하여 그 효력이 상실됨을 확인한다.
 9. 설령 원고의 분양신청은 분양계약체결을 아니하면 피고 조합이 조합규약 제38조제4~5항인 금전청산을 하는 것에 대하여 피고 조합의 위반임을 확인한다.
 10. 수원지방법원 성남지원 2005가합4587 판결에 의하여 수원지방법원 성남지원 2003가합3177 판결의 효력이 상실됨을 확인한다.
- 라는 결정을 구합니다.

신 청 이 유

1. 위 예비적 신청취지에 대한 피고의 항변은 기망이므로, 원고는 민사소송법 1)제290조 및 2)제308조에 의거한 유일한 증거신청으로 증인신문을 신청합니다.

2. 이에 불허는 유일한 증거신청에 대하여 민사소송법 3)제290조 및 대법원 4)70다2218 판결인 위법이녀, 위 예비적 신청취지에 대하여 민사소송법 및 대법원 5)2009다42765 판결인 석명 의무의 위법입니다.

2015. 4. 26.

원고 김 중 학

서울고등법원 귀중

- 1) 제290조(증거신청의 채택여부) 법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 그것이 당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때에는 그러하지 아니하다.
- 2) 제308조(증인신문의 신청) 당사자가 증인신문을 신청하고자 하는 때에는 증인을 지정하여 신청하여야 한다.
- 3) 제290조(증거신청의 채택여부) 법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 그것이 당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때에는 그러하지 아니하다.
- 4) 가. 변호사의 착수들과 사례금의 지급사실을 입증하기 위하여 증인을 신청하였음에도 그 증거신청을 각하하여 놓고 입증의 부담이 귀 내상 청구를 기각하였음은 유일한 증거방법을 조사하지 않은 위법이 있다 할 것이다. (출처 : 대법원 1970.11.30. 선고 70다2218 판결[손해배상] > 종합법률정보 판례)
- 5) [1] 민사소송법 제136조 제4항은 "법원은 당사자가 간파하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사안에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다"고 규정하고 있으므로, 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간파한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 주어야 하고, 만일 이를 지을 리 한 경우에는 석명 또는 지적의무를 다하지 아니한 것으로서 위법하다. (대법원 2009.11.12. 선고 2009다42765 판결 【손해배상(기)】)

등본입니다.

2015. 7. 7.

서울고등법원

법원사무관 이영표



※ 각 법원 민원실에 설치된 사건검색 컴퓨터의 발급번호조회 메뉴를
이용하거나, 담당 재판부에 대한 문의를 통하여 이 문서 하단에 표시된
발급번호를 조회하시면, 문서의 위·변조 여부를 확인하실 수 있습니다.