

판결의 흠

1. 총설

(1)의의

확정판결은 원칙적으로 법적 안정성이 중요하기 때문에 경미한 위법이나 하자가 있더라도 당연무효라고 보아서는 안 된다. 따라서 일단 판결이 유효하다고 전제하고 이 위법한 판결이 확정되기 전에는 상소로, 판결이 확정된 후에는 재심의 소로 다투어야 한다.

다만, 판결의 중대한 하자가 있어 외관상 명백히 무효인 경우에는 판결이 당연무효라고 본다.

(2)판결의 흠의 유형

판결의 흠의 유형에는 ①판결의 외관을 갖추지 않은 판결의 부존재와 ②판결의 외관은 갖추었으나, 중대한 흠이 있는 경우인 판결의 무효와 ③소송의 일방당사자가 상대방이나 법원을 기망하여 부당한 내용의 판결을 받는 경우인 판결의 편취가 있다.

2. 판결의 부존재

(1)개념

판결은 자격을 갖춘 법관이 내리는 것인데, 이러한 자격이 없는 자가 판결을 하거나, 판결의 형식을 갖추지 않는 등 판결로서의 외관을 갖추지 못한 것을 말한다.

(2)효력

판결의 부존재는 말 그대로 판결이 없는 것이므로 판결의 효력인 기판력 등 그 밖의 효력이 발생하지 않는다.

(3)구제방법

학설은 원칙적으로 판결의 효력이 없으므로 상소나 재심을 제기할 필요가 없다고 보나, 판결이 존재하는 것처럼 외관이 존재하는 경우에는 외관의 제거를 위한 상소를 제기할 수 있다고 본다.

판례는 이에 대한 명시적인 태도는 없으나, 판결의 무효에서 항소와 재심의 제기가 모두 부적법하다고 판시한 것으로 보아 상소와 재심이 인정되지 않을 것으로 보인다.

3. 판결의 무효

(1)의의

판결의 무효란 판결의 외관을 갖추었으나, 판결에 중대한 하자가 있어 판결의 효력이 발생하지 않는 것을 말한다.

(2)무효사유

판결은 그 법적 안정성이 중요하기 때문에 판결의 무효가 인정되기 위해서는 중대한 하자가 존재해야 하는데, 그 사유로는 ①우리나라에 재판권이 없음에도 이를 간과하고 판결한 경우 ②당사자 중 일방이 사망하여서 대립당사자 구조가 흠결되었음에도 이를 간과하고 판결한 경우 ③당사자적격이 없는 자에게 소송을 제기하여 그자에게 얻은 판결의 경우 등이 이에 해당된다.

(3)효력

판결의 무효의 경우에도 판결의 부존재와 마찬가지로 판결의 효력이 발생하지 않는다. 따라서 역시 기판력 등 그 밖의 효력이 발생하지 않는다.

(4)구제방법

학설은 원칙적으로 무효인 판결은 판결의 효력이 발생하지 않으므로 상소나 재심을 제기할 필요가 없다고 본다. 그러나 판결이 유효한 것과 같은 외관이 존재하는 경우에는 외관의 제거를 목적으로 하는 상소의 제기가 가능하다고 본다.

판례는 제소전 사망을 간과하여 판결한 사안에 대해서 대립당사자 구조를 간과한 판결로서 당연무효이므로 이에 대한 상소나 재심은 부적법하다고 판시하여 상소나 재심을 인정하지 않는다.(1965.11.30 65다1989 재심이 부적법하다는 것은 1982.12.28 81사8)

4. 사위판결

사위판결(詐僞判決)이란 당사자가 상대방이나 법원을 기망하여 부당한 내용의 판결을 받는 것을 말한다.

편취된 판결의 효력

학설은 무효설, 상소추완재심설, 항소설 등이 있다.

판례

판결이 형식적으로 존재하는 이상 사위판결도 당연무효의 판결이 아니다.[1]

제소자가 상대방의 주소를 허위로 기재함으로써 그 허위주소로 소송서류가

송달되어 그로 인하여 상대방 아닌 다른 사람이 그 서류를 받아 의제자백의 형식으로 제소자 승소의 판결이 선고되고 그 판결정본 역시 허위의 주소로 보내어져 송달된 것으로 처리된 경우에는 상대방에 대한 판결의 송달은 부적법하여 무효이므로 상대방은 아직도 판결정본의 송달을 받지 않은 상태에 있어 이에 대하여 상소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 위 사위판결에 기하여 부동산에 관한 소유권이전등기나 말소등기가 경료된 경우에는 별소로서 그 등기의 말소를 구할 수도 있다.[2]

각주

75다634

대법원 1995.5.9. 선고 94다41010 판결

ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ

Vol. 5

제7관 판결의 흠(하자)

I. 총 설

판결에 절차적인 흠이 있거나, 내용상의 흠이 있는 경우를 판결의 흠 또는 판결의 하자(瑕疵)라고 한다. 이러한 판결의 흠을 어떻게 처리할 것인가가 문제이다. 보통은 민사소송법 자체에 불복구제수단인 상소 또는 재심을 통하여 판결의 흠을 구제받을 수 있다. 또는 판결에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에는 판결정정(211조)을 통하여, 청구의 일부의 판단을 빠뜨린 경우에는 추가판결(212조 1항)을 통하여 구제할 수 있다. 대부분의 판결의 흠이 이러한 과정을 통하여 시정될 수 있다. 따라서 판결의 흠과 관련하여 문제되는 것은 다음 세 가지이다.

첫째, 판결의 외형은 갖고 있지만 판결로서 성립하기 위한 기본적 요건을 갖추지 못하여 법률상 판결로서의 존재를 인정할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 즉 판결의 부존재(不存在) 또는 비판결(非判決)의 문제이다.

둘째, 법률상 판결로서의 존재는 인정되지만, 판결의 본래적 효력의 전부 또는 일부를 인정할 수 없는 경우가 있다. 이것이 판결의 무효(無效)에 관한 문제이다.

셋째, 당사자가 상대방이나 법원을 기망하여 부당한 내용의 판결을 받는 경우인 판결의 편취(偏取)의 처리 및 구제방법에 대한 문제이다. 즉 판결의 부당취득 또는 사해판결(詐害判決)의 처리문제이다.

II. 판결의 부존재

(1) 판결의 부존재(Scheinurteil 또는 사이비 판결) 또는 비판결(Nichturteil)이라 함은 판결의 요건을 갖추고 있지 아니하여 법원에 의하여 판결이 선고되었다고 볼 수 없어 판결로서의 존재 자체를 인정할 수 없는 경우를 말한다. 판결은 법관이 직무수행상 행한 것이라는 외관을 갖고 있어야 하고, 또한 대외적으로 선고라는 절차를 통하여 표현되어야 한다. 그러한 외관과 절차를 갖고 있지 아니한 경우가 여기에 해당한다.

(2) 따라서 판결이 부존재하는 경우로서 i) 법관이 직무수행상 행한 것이 아닌 경우(예, 현직 법관의 지도를 받아 로스쿨학생들의 모의재판을 통하여 선고된 판결, 사법보

좌관·집행관 또는 검사·경찰관 등이 한 판결 등), ii) 선고하지 아니한 판결(예, 판결초고) 등이 여기에 해당한다. 따라서 판결선고조서가 없는 판결²⁹¹⁾ 또는 판결선고조서에 재판장의 기명날인이 없는 경우²⁹²⁾에도 판결의 선고가 없는 것으로 추정된다.

(3) 비판결(非判決)은 판결로서 아무런 효력을 갖지 못한다. 따라서 판결의 내용상의 효력인 기판력·집행력·형성력이 발생하지 아니할 뿐만 아니라, 기속력·형식적 확정력도 발생하지 아니한다. 따라서 재심의 대상도 되지 아니한다.

비판결의 경우는 당해 심급에서 절차가 완료되지 아니하였으므로 당해 심급에 기일지정신청을 통하여 속행을 신청할 수 있고, 상소의 대상이 되지 아니하나 만약 상소한 경우에는 부적법한 것이므로 각하하여야 한다. 그러나 법원사무관 등이 잘못하여 판결정본을 당사자에게 송달한 경우에는 외관의 제거를 위하여 일단 상소를 허용하여야 할 것이나,²⁹³⁾ 상소된 경우에는 동일한 사안에 2개의 판결이 존재할 가능성이 있으므로 원심에서 새로운 판결을 할 수 없다고 보아야 하지만,²⁹⁴⁾ 이 경우 원심이 새로운 판결을 선고한 경우에는 그 처리가 간단한 문제는 아니다.²⁹⁵⁾

III. 무효의 판결

(1) 무효의 판결(wirkungsloses Urteil)이라 함은 판결로서 외관은 갖추고 있지만 판결에 중대한 흠이 있어 판결의 내용상의 효력인 기판력·집행력·형성력 등이 생기지 아니하는 판결을 말한다. 판결에 절차상으로나 내용상으로 중대한 흠(하자)이 있는 경우이다. 이러한 법리는 확정판결과 같은 효력이 있는 청구의 포기·인낙조서, 화해조서(220조) 등에 준용된다.²⁹⁶⁾

판결이 무효로 되는 경우는 i) 절차상의 중대한 흠으로 인한 경우로는 (a)

291) 대판 1956. 8. 9, 4289민상285; 대판 1962. 1. 18, 4294민상152.

292) 대판 1955. 4. 7, 4288민상6.

293) 대판 1956. 6. 30, 4286행상8.

294) 同旨 : 정동윤/유병현(2009), 742면.

295) 법원사무관 등의 잘못으로 판결이 선고되지 아니한 상태에서 판결정본이 당사자에게 송달되자 당사자가 즉시 상소를 제기하여 기록이 원심에 있는 동안 재판부에서 선고기일에 당사자의 출석 없이 판결이 선고된 경우를 상정하여 보면, 이 경우는 상소된 비판결은 원심재판장이 상소장각하를 하거나 항소심에서 부적법 각하를 하고, 원심의 정상적인 판결에 따라 처리하면 될 것이다. 구체적인 사례에 따라 약간 달리 처리할 필요가 있을 수 있으므로 일률적으로 원심의 새로운 판결을 무효로 처리할 수는 없다고 본다. 반대 : 정동윤/유병현 교수는 원심의 새로운 판결을 무효로 보고 있다(정동윤/유병현<2009>, 742면)

296) 대판 1963. 4. 25, 63다135.

재판권이 없는 자에 대한 판결(예, 외교관 등 면제권자에 대한 판결), (b) 사망한 사람에 대한 판결²⁹⁷⁾(당사자적격이 없는 자에 대한 판결도 같음), (c) 소가 취하되었음에도 선고된 판결²⁹⁸⁾ 등이 여기에 해당하고, ii) 내용상의 중대한 흠으로 인한 경우로는 (a) 판결 당시에 존재하지 않는 법률관계의 형성을 선고한 판결(예, 부부 일방이 사망한 상태에서 선고된 이혼판결), (b) 현행법이 인정하지 아니하는 법률효과를 명하는 판결(예, 소작권의 확인판결), (c) 판결의 내용이 강행법규에 반하거나 선량한 풍속에 반하는 경우(민 103조, 예: 혼인한 자에 대하여 동거녀가 제기한 사실혼관계 확인을 인정하는 판결, 사람의 근육 1파운드의 인도를 명하는 판결 등), (d) 판결 내용이 불확정·불명확하거나 모순되어 판결내용을 확정할 수 없는 경우(다만, 부동산목록을 첨부하지 아니한 경우는 판결정정사유일 뿐임²⁹⁹⁾), (e) 판결이 후발적으로 무효가 되는 경우(예, 이혼판결 후에 그 확정 전에 부부 일방이 사망한 경우) 등이 있다.

(2) 무효인 판결도 소송절차상 유효한 외관을 가지고 있으므로 판결의 부존재와 달리 당해 심급을 완결시키는 효력이 있어 기속력을 가지며, 형식적 확정력이 있다고 할 것이다.³⁰⁰⁾ 그러나 판결의 내용에 따른 효력인 기판력·집행력·형성력 등이 발생하지 아니한다.

무효인 판결은 판결의 외형을 가지고 있으므로 상소·재심을 통하여 취소할 수 있다고 보아야 한다.³⁰¹⁾ 상소·재심이 있는 경우에 상소법원 또는 재심법원은 원판결 또는 재심대상판결을 취소하고, 소를 각하하거나 청구를 기각하여야 한다. 판례는 무효라는 법률적인 의미에 치중하여 상소·재심이 필요 없으므로 이에 대한 상소·재심은 그 자체로 부적법한 것으로 보면서도,³⁰²⁾ 다른 한편으로는 소송계속 중에 사망한 자를 간과한 판결은 당연무효가 아니므로 그 판결에 대하여 상소·재심이 가능하고, 나아가 사망한 자에 대한 처분금지가처분결정은 무효라도 그 상속인은 무효인 그 가처분결정에 의하여 생긴 외관을 제거하기 위한 방편으로 가처분결정에 대한 이의신청으로써 그 취소를 구할 수 있다고 한다.³⁰³⁾ 판례의 태도가 명확하지 아니한 것으로 보인다.

297) 대판 1969. 6. 23, 69다436; 대판 1982. 4. 13, 81다1350; 대판 2002. 8. 23, 2001다69122.

298) 대판 1995. 1. 24, 94다29065.

299) 대판 1970. 4. 28, 70다322; 대결 1980. 7. 8, 80마162.

300) 판례는 형식적 확정력이 없다고 본다(대판 1982. 12. 28, 81사8; 대판 1994. 12. 9, 94다16564).

301) 同旨 : 정동윤/유병현(2009), 743면. 재심에 대하여 反對 : 이시윤(2009), 593면(상소는 가능하나 재심은 인정할 수 없다고 함).

302) 대판 1994. 12. 9, 94다16564(재심); 대판 2002. 8. 23, 2001다69122(상고).

303) 대판 2002. 4. 26, 2000다30578.

무효인 판결은 그것이 형식적으로 확정된 뒤에도 원고는 같은 소송물에 대하여 다시 소를 제기할 수 있고, 피고는 구소송의 소송물의 부존재확인의 소를 제기할 수 있다. 또 구 소송의 소송물을 선결관계로 하는 소송에서 그 소송물에 대한 판결의 무효를 주장할 수 있다. 그러나 무효인 판결 자체의 무효확인소송을 허용할 필요는 없다고 본다.³⁰⁴⁾

IV. 판결의 편취

1. 의 의

판결의 편취(Urteilerschleichung)라 함은 당사자가 악의 또는 불법한 수단으로 상대방이나 법원을 속여 부당한 내용의 판결을 받은 것을 말한다. 이를 판결의 부당취득이라고 하며, 이렇게 하여 취득한 판결을 사위판결(詐僞判決)이라 한다.

여기에는 i) 피고의 주소를 알고 있음에도 불구하고 소재불명(所在不明)으로 법원을 속여 공시송달명령을 받아 피고 모르게 승소판결을 받는 경우(공시송달에 의한 편취판결), ii) 소장에 피고의 주소를 허위로 적어 그 주소로 소장부분이 송달케 하고 실제로 원고 또는 그 하수인이 송달받도록 하여 법원으로 하여금 피고 자신이 송달받았음에도 답변서를 제출하지 아니하는 것으로 속여 피고의 자백간주로 무변론의 원고 승소판결을 받는 경우(자백간주에 의한 편취판결, 구법하에서는 무변론판결이 없었으므로 변론기일에 불출석하여 자백간주판결을 받도록 함), iii) 다른 사람의 성명모용소송(성명모용에 의한 편취판결), iv) 소취하 합의에 의하여 피고불출석의 원인을 스스로 만들어 놓고 소취하지 않고 자신만이 출석하여 피고의 불출석을 틈타 승소판결을 받는 경우, v) 기타 원고가 증거를 위조하여 유리한 판결을 받는 경우 등이 그 전형적인 예이다.

2. 소송법상의 구제수단

(1) 판결을 편취한 경우에 판결의 효력을 배제하기 위한 소송법상의 구제수단이 문제된다. 여기에는 (a) 사위판결은 피고가 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장받지 못한 상태에서 이루어진 판결이므로 사위판결 자체를 무효라고 보는 무효설, (b) 이 경우는 판결이 확정되었다고 보아야 하므로 상소의 추후보완이나

304) 同旨 : 정동윤/유병현(2009), 743면; 日最判 1965. 2. 26, 民集 19. 1. 166.

제7관 판결의 흠(하자)

III. 무효의 판결

(1) 무효의 판결이라 함은 판결로서 외관은 갖추고 있지만 판결에 중대한 흠이 있어 판결의 내용상의 효력인 기판력 · 집행력 · 형성력 등이 생기지 아니하는 판결을 말한다. 판결에 절차상으로는 내용상으로 중대한 흠(하자)이 있는 경우이다. 이러한 법리는 확정판결과 같은 효력이 있는 청구의 포기 · 인낙조서 · 화해조서 등에 준용된다.

판결이 무효가 되는 경우는..... ii) 내용상의 중대한 흠으로 인한 경우로는

(a) 판결 당시에 존재하지 않는 법률관계의 형성을 선고한 판결(예, 부부일방이 사망한 상태에서 선고된 이혼판결),

(b) 현행법이 인정하지 아니하는 법률효과를 명하는 판결(예, 소작권의 확인판결)

(c) 판결한 내용이 강행법규에 반하거나 선량한 풍속에 반하는 경우(예, 혼인한 자에 대하여 동거녀가 제기한 사실혼관계 확인을 인정하는 판결, 사람의 근육을 1파운드의 인도를 명하는 판결 등)

(d) 판결내용이 불확정 · 불명확하거나 모순되어 판결내용을 확정할 수 없는 경우

(2) 무효인 판결도 소송절차상 유효한 외관을 가지고 있으므로 판결의 부존재와 달리 당해 심급을 완결시키는 효력이 있어 기속력을 가지며, 형식적 확정력이 있다고 할 것이다. 그러나 판결의 내용에 따른 효력인 기판력 · 집행력 · 형성력 등이 발생하지 아니한다.

무효인 판결은 판결의 외형을 가지고 있으므로 상소 · 재심을 통하여 취소할 수 있다고 보아야 한다.

상소 · 재심이 있는 경우에 상소법원 또는 재심법원은 원판결 또는 재심대상판결은 취소하고, 소를 각하하거나 청구를 기각하여야 한다.

무효인 판결은 그것이 형식적으로 확정된 뒤에도 원고는 같은 소송물에 대하여 다시 소를 제기할 수 있고, 피고는 구소송의 소송물의 부존재확인의 소를 제기할 수 있다.