

〈논문〉

고등법원 상고심사부 설치를 위한 「상고심절차에 관한 특례법」 개정안에 대하여*

吳 姬 厚**

요 약

2010년 대법원이 국회에 제출한 상고심절차에 관한 특례법 개정의견은 고등법원에 상고심사부를 도입하여 대법원의 과중한 업무부담을 경감하고자 한다. 개정의견은 고등법원 상고심사부가 ‘이유 없음이 명백한’ 상고를 ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’으로 처리하고 나머지 상고만 대법원에 보내도록 한다. 그러나 상고심에 보내지 아니하는 결정은 상고에 대한 재판이 아니라는 점과 상고의 이유가 없으면 상고를 기각하여야 한다는 점에서 잘못이다. 또 상고심에 보내지 아니하는 결정에 대하여 즉시항고할 수 있는데, 상고의 이유 없음이 명백하다는 법원의 판단에 대하여 상소할 수 있다는 것은 4심제를 도입하는 것이어서 위험하다. 또 이 결정이 확정되면 원심판결이 확정된 것으로 ‘본다’는 것, 상고법원도 변론 없이 판결할 수 있는데 상고심사에서 구술신문을 하여야 한다고 규정한 점, 상고의 적법요건인 상고이유서에 대하여 제출명령을 하게 하고 이를 통하여 상고이유서 제출기간의 기산점을 앞당긴 점 등도 민사소송법에 어긋난다. 따라서 이 개정안에 찬성할 수 없다.

주제어: 고등법원 상고심사부, 상고심의 업무부담 경감, 상고심에 보내지 아니하는 결정, 4심제

* 이 글은 2010년 9월 서울대학교 법과대학-독일 프라이부르크대학교 법학과 공동 심포지움에서 발표한 글을 고쳐 쓴 것이다. 국제 학술회의에서 독일인 참가자를 위하여 독일어로 발표한 것인데, 지금 국회에 제출되어 있는 법안에 관한 것이고 우리나라 소송의 상고심의 구조를 바꾸자는 제안을 검토한 것이므로, 외국인들보다 우리나라 사람들이 꼭 알아야 할 것이라고 생각되어 우리말로 옮겨서 다시 발표하기로 하였다. 고쳐 쓰면서 외국인을 위하여 쓴 부분 - 우리 대법원의 구성, 기능과 현행 상고심 심리불속행 제도의 설명 등 - 은 빼고 개정안을 더 면밀하게 검토하였다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수, 법학박사.

I. 머리말

2010년 6월 23일 대법원은 「상고심절차에 관한 특례법」 개정의견을 국회에 제출하였다. 이 개정의견의 목표는 상고심의 업무부담을 줄이는 것이었다. 이를 통하여 한정된 사법자원, 특히 최고법원인 대법원의 인적 자원을 법적으로 중요한 사건에 집중하여 대법원의 재판의 질을 향상시키고자 한다. 이 목표를 달성하기 위하여 이 개정의견은 현행 상고심 심리불속행 제도를 폐지하는 것을 전제로, 고등법원에 상고심사부를 두어 상고가 제기되면 우선 여기서 상고이유를 심사하고 상고법원에 보낼 것인지 아닌지를 판단하도록 하였다.

이 글에서는 이 개정의견에서 도입하고자 하는 고등법원 상고심사부 제도가 우리 민사소송 제도에 맞는지 살펴본다. 따라서 이 개정의견의 「상고심절차에 관한 특례법」 개정안 가운데 민사소송에 관한 부분만을 다룬다.

II. 개정의견 제안 배경

이 개정의견에서 제안한 고등법원 상고심사부 제도를 자세히 살펴보기 전에 우선 대법원이 개정의견을 낸 배경부터 본다.

1. 상고심의 과중한 업무부담

1994년 「상고심절차에 관한 특례법」을 제정하여 상고심 심리불속행 제도를 도입할 때만 하여도 한 해에 접수된 상고사건이 12,694건이었다. 그런데 15년 후인 2009년에는 한 해 접수된 상고사건이 32,361건이었다. 15년 사이에 상고사건이 차그마치 2.5배 가량 늘어난 것이다. 대법관 1인당 사건부담은 2009년에 약 2,700건이었다.¹⁾

1) 본문에는 2010년에 대법원이 이 개정의견을 낼 때 고려한 수치를 적었다. 2010년에 접수된 상고본안사건은 36,418건이고[사법연감 2010년 사건의 개황 (1) 3면. 대법원 홈페이지 www.scourt.go.kr-정보광장-사법통계-사법연감(통계)에서 내려받을 수 있다], 대법관 1인당 사건부담은 3,000건이 넘는다. 지난 10년 사이의 변화를 보면, 2000년 접수된 상고본안사건은 18,960건이었는데 2010년에는 36,418건으로, 거의 두 배로 늘었다[사법연감 2010년 사건의 추이 (1) 2면].

이처럼 대법원이 지나친 업무부담에 시달리고 있어서 사건 하나하나를 충실히 심리하고 판결하지 못할 수 있고, 한 사건을 처리하는 데 시간이 많이 걸린다. 또 법률심인 상고법원이 쟁점이 된 법률문제를 충분히 검토하지 못하여 법령해석·적용의 통일이라는, 상고의 목적을 달성하는 데 지장이 있다.²⁾

한편 상고를 제한하지 아니하기 때문에 이 많은 상고사건의 대부분이 무익한 상고라는 것도 우리 사법의 큰 문제점이다. 지난 10년 간 민사본안사건의 상고인용율은 5~8%에 불과하다.³⁾

2. 현행 심리불속행 제도에 대한 불만

1994년 상고심의 업무부담을 덜기 위하여 「상고심절차에 관한 특례법」으로써 상고심 심리불속행 제도를 만들어 지금까지 시행하고 있다. 이 제도에 대하여서는 상고법원이 심리를 속행하지 아니하는 이유를 제시하지 아니하므로 당사자가 자신의 사건이 충실히 심리되지 아니하였다는 느낌을 받는다는 문제와 판결선고일을 미리 알 수 없어 불만스러워 한다는 문제가 있다. 그래서 대법원은 이 심리불속행 제도를 폐지하고 고등법원 상고심사부라는 제도를 만들면서 새 제도 하에서는 이러한 불만이 생길 여지를 없애고자 하였다.⁴⁾

3. 상고심 부담경감을 위한 여러 제안과 그 특징

대법관 수에 비하여 상고사건 수가 너무 많아서 대법원의 임무를 원활히 수행하는 데 지장이 있고 판결의 질에도 영향이 있어서 대책을 마련하여야 한다면, 법률가에게나 법률가가 아닌 사람에게나 가장 먼저 떠오르는 방법은 아마 대법관 수를 늘리거나 상고의 수를 줄이는 것, 또는 이 두 가지를 병행하는 방법일 것이다. 곧 대법관 증원, 상고제한 또는 대법관 증원 + 상고제한이다. 그런데 지금 우리는 여러 가지 이유로 이러한 - 가장 단순하고 직접적인 - 방법을 택할 수 없다(고 한다).⁵⁾

2) 개정의견 1면. 이 개정의견은 국회 홈페이지 www.assembly.go.kr-정보광장-입법현황-최근 접수법률안에서 내려받을 수 있다.

3) 지난 10년간 민사본안사건의 상고심 파기율은 본문에 적은 것과 같이 5-8%이며[사법연감 2010년 사건의 추이 (1) 21면], 지난 5년간 형사본안사건의 상고심 파기율은 3~6%이다[사법연감 2010년 사건의 추이 (2) 22면].

4) 개정의견 3면.

5) 호문혁, “상고제도의 목적과 상고심 부담 경감 제도”, **민사소송** 제9권 제2호(2005), 138면 이하.

그래서 지난 몇십 년 간 변칙적인 대책 - 우회로 - 을 마련하여 이 문제를 해결하려 하였다. 소액사건심판법에서 ‘상고제한’이 아니고 ‘상고이유의 제한’을 한 것이나,⁶⁾ 이 개정의견에서 폐지하려는 상고심 심리불속행 제도도 그러한 노력의 산물이다.

지금 국회에 제출되어 있는 법안만 해도 이 개정의견을 포함하여 다섯 가지이다. 하나는 대법관을 늘리자는 제안이고,⁷⁾ 대법원에 대법관 아닌 법관을 두자는 법률안이 두 가지이다.⁸⁾ 또 다른 안은 고등법원에 상고부를 두어 상고법원을 이원화하자고 한다.⁹⁾ 고등법원 상고부 설치안은 2005년 사법제도개혁추진위원회에서도 낸 적이 있다.¹⁰⁾

이 네 가지 - 개수로는 다섯 개 - 제안은 모두 상고심의 인력을 늘리자는 것이다. 대법관 증원안이 가장 직접적인 것이고, 대법원에 대법관 아닌 법관을 두자는 의견도 대법원의 법관 수를 늘리려는 점에서는 마찬가지이다. 고등법원에 상고부를 두자는 안도 상고법원의 수와 법관 수를 늘려서 상고심의 기능을 원활히 하려는 것이고, 이 개정의견의 고등법원 상고심사부도 결국 그와 비슷하다.

이 법률안 제출 현황에서도 우리나라에서 상고심의 업무부담 경감을 위하여 대법원의 인력을 늘리는 방법을 직접적으로 시도하기는 여전히 어렵고, 상고를 제한하는 것은 더욱 어렵다는 것을 알 수 있다.

그런데 대법관 증원안을 뺀 나머지는 상고심의 인력을 간접적으로 늘리려 하는 것이다 보니 제각각 부수되는 문제를 해결하기 위한 조치가 필요하다. 우회로를 택하려니 문자 그대로 길을 돌아가게 되는 것이라고 할 수도 있겠다. 물론 대법관 증원안의 경우도 대법관의 숫자만 달리 정하는 것으로 끝나지 아니한다. 대법관의 수가 늘어나는 만큼 상고법원의 수가 늘어나기 때문에 법령 해석·적용을 통일하기 위한 방법을 정하여야 한다.¹¹⁾ 그러나 다른 안은 이것 외에도 필요한 것이 있

6) 소액사건심판법 제3조 각호의 범문에 ‘이유’라는 표현이 있고, 학자들도 대개 이 조문이 상고이유를 제한하는 것이라 한다. 그러나 이 조문은 상고 ‘이유’ 제한이 아니고 상고제한 규정이다. 이것이 상고의 대상(Statthaftigkeit)을 제한한 것이라는 점은 이미 拙稿, “민사소송법학의 관점에서 본 ‘고등법원 상고부 도입을 위한 법원조직법 등 관련 법률의 개정안’”, **민사소송** 제9권 제2호(2005), 162면 이하(특히 164면 이하)에서 지적하였다.

7) 2010년 3월 24일 여상규 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안. 이것과 아래 각주의 여러 법률안도 국회 홈페이지에서 내려 받을 수 있다.

8) 2010년 6월 25일 김창수 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안과 2011년 4월 11일 홍일표 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안.

9) 2009년 6월 23일 이주영 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안.

10) 이 제안에 대한 비판은 拙稿, 주 6)의 논문 참조.

다. 대법원에 대법관 아닌 법관을 두자는 안은 이질적인 인력으로 대법원의 재판부를 어떻게 구성하고 담당 업무를 어떻게 나눌 것인지 정하는 규정을 두어야 한다.¹²⁾ 고등법원에 상고부를 두려는 안은 대법원과 고등법원 상고부 사이에 상고를 나누어 맡기 위한 기준이 필요하다.¹³⁾ 고등법원에 상고심사부를 두자는 이번 개정 의견은 대법원과 고등법원 상고심사부 각각의 업무 범위와 방식을 정하여야 한다.

이들 개정안을 보면 ‘하늘 아래 새로운 것이 없다’는 말이 옳다는 것을 새삼 깨닫게 된다. 우리의 司法史가 그다지 길지 아니한데도 대법원에 대법관 아닌 판사를 두어 대법원의 인적 구성을 이원화한 적도 있고, 고등법원에 상고부를 두어 상고법원을 이원화한 적도 있기 때문이다.¹⁴⁾ 이번 대법원 개정의견의 고등법원 상고심사부는 새로운 고안인 것처럼 보이나, 결국 앞서 좌절된 고등법원 상고부의 변형이 아닌가 싶다. 이번 제안은 대법원과 고등법원 상고심사부 사이에 상고심의 업무를 나누되 고등법원 상고부안처럼 사건 자체를 나누어 맡는 것이 아니고, 상고사건의 심리를 두 단계로 나누어 두 법원이 각각 맡도록 - 대부분은 고등법원 상고심사부의 심리 단계에서 끝나겠지만 - 하는 것이다. 이렇게 보면 이것 역시 그

-
- 11) 대법관을 증원하더라도 지금까지처럼 전원합의체를 운영할 수도 있겠고, 법령의 해석·적용의 통일을 위한 기구, 예를 들어 독일 연방통상사건대법원(BGH)의 연합부(Große Senate), 대연합부(Vereinigte Große Senate)와 같은 것을 구성할 수도 있다. 독일 법원조직법(GVG) § 132 참조.
- 12) 2010년 6월 25일 김창수 의원 대표발의 법률안은 대법원에 대법관 3명으로 구성되는 재판부와 대법관 1명, 대법관 아닌 법관 2명으로 구성되는 ‘단독대법관부’를 두고, 두 종류의 재판부 사이에 담당 사건을 나누는 기준 규정을 두었다. 2011년 4월 11일 홍일표 의원 대표발의 법률안은 대법관 1명 이상과 대법관 아닌 법관 2명 이상으로 구성되는 재판부를 두고 대법원규칙으로 정한 사건을 담당하도록 하였다. 이들 법률안은 법령의 해석·적용의 통일을 위한 방법은 따로 언급하지 아니하였으나, 대법관 수는 지금과 같이 유지하자는 것이므로 - 대법관들만의 - 전원합의체를 통하여 하려는 것이라 생각된다.
- 13) 2005년 사법제도개혁추진위원회의 개정안은 소송목적의 값 5억원을 기준으로 대법원과 고등법원 상고부가 맡을 상고를 나누었다. 그리고 고등법원 상고부의 판결에 대하여 ‘규범통제와 법령 해석·적용의 통일을 위하여’ 대법원에 특별상고할 수 있게 하였다. 2009년에 발의된 고등법원 상고부 도입 개정안 역시 소송목적의 값 5억원을 기준으로 두 종류의 상고법원 사이에 상고사건을 나누도록 하였는데, 법령의 해석·적용의 통일을 위한 제도는 마련하지 아니하였다. 이 개정안의 제14조 제2호에 ‘상고심 또는 재항고심인 고등법원으로부터 이송된 사건’이라 한 것으로 보아, 법령 해석의 통일을 위하여 필요한 때에는 고등법원 상고부에서 대법원으로 사건을 이송하는 제도를 구상한 것이라 짐작된다.
- 14) 이에 대하여 상세한 것은 호문혁, 주 5)의 논문, 127면 이하. 이 글의 128면 이하에서는 그 밖에 우리 司法史의 상고제한, 허가상고제, 심리불속행제도를 설명한다.

다지 새롭다고 할 수 없을 것이다.

III. 개정의견에 따른 절차와 현행 상고심 절차의 차이

개정 의견에 따라 고등법원에 상고심사부가 도입되면, 원심법원은 제기된 상고를 상고법원이 아니고 고등법원 상고심사부에 보내고(원심법원의 법원사무관 등은 상고장이 제출된 날부터 14일 이내에 상고장과 상고이유서 제출명령을 소송기록과 함께 상고심사부로 송부하여야 한다. 개정 의견의 「상고심절차에 관한 특례법」 전부개정법률안 제4조 제3항. 아래에서는 ‘안 제4조’와 같은 방식으로 줄여 쓴다), 상고심사부 또는 상고심사부의 재판장은 상고심사에 관하여 상고법원 또는 상고법원의 재판장의 직무를 행한다(안 제6조 제5항). 상고심사부는 상고심사의 결과에 따라 상고를 상고법원에 보내거나 보내지 아니하는 결정을 한다. 상고법원에 보내지 아니하는 결정을 하는 경우는 상고이유서가 제출되지 아니하였거나 상고이유가 없음이 명백한 경우이고(안 제7조 제1항, 제2항), 반면 상고이유가 없음이 명백하지 아니한 경우에는 사건을 상고심에 보내는 결정을 한다(동조 제3항). 상고심사부가 원심법원으로부터 소송기록을 받은 후 4개월 이내에 어느 쪽으로든 결정하지 아니하면 상고심으로 보내는 결정을 한 것으로 본다(동조 제5항).

현행 절차와 달라지는 점 가운데 하나는, 상고인이 원심법원에 상고장을 제출하면 원심법원이 상고인에게 대법원규칙이 정한 기간 내에 고등법원 상고심사부에 상고이유서를 제출할 것을 명하여야 한다는 것이다(안 제4조 제1항). 상고이유서 제출기간은 위 제출명령을 받은 날부터 20일 이상으로 한다(동조 제2항).

또 지금의 상고심 절차와 달리 상고심사부는 상고인 또는 피상고인의 신청이 있거나 필요하다고 판단할 경우 구술심문을 하여야 한다. 그러나 상고인이 상고장에 상고이유를 쓰지 아니하였고 상고이유서를 제출하지도 아니한 경우, 상고인의 상고이유가 적법하지 아니한 경우, 소송기록과 이미 제출된 서면만으로 상고이유가 없음을 알 수 있는 경우에는 심문을 하지 아니하여도 된다(안 제6조 제1항).

상고심사부의 결정은 기일을 정하여 선고하고, 그 정본을 양 당사자에게 송달한다(안 제7조 제4항). 그 밖에 사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정을 할 때에는 실질적인 이유를 밝혀야 한다(동조 제1항). 현행 심리불속행 제도에서는 상고법원이 심리를 속행하지 아니하는 이유를 밝히지 아니하므로 당사자가 판결선고일을

미리 알 수 없고 사건이 충실히 심리되지 아니하였다고 느낀다는 점이 문제로 지적되는데, 개정의견의 절차에서는 그러한 불만이 생기지 아니하도록 하기 위하여 이러한 규정을 둔 것으로 보인다.¹⁵⁾

개정 의견은 상고를 상고심에 보내지 아니하는 결정이 확정되면 원심판결이 확정된 것으로 본다(안 제8조 제3항). 곧 이 단계에서 소송이 종료하는 것이다. 그런데 개정 의견은 상고심사부의 재판에 대하여 불복할 수 있도록 하였다. 당사자는 상고 사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다(안 제8조 제1항). 상고법원은 즉시항고가 이유가 없는 때에는 결정으로 기각하고, 이유가 있으면 상고심사부의 결정을 취소하고 상고심절차에 따라 상고사건에 관하여 심판한다(제9조 제1항, 제2항). 즉시항고에 대한 상고법원의 결정도 기일을 정하여 선고하고, 그 정본을 양 당사자에게 송달한다(동조 제3항).

현행법과 달리 개정 의견은 상고장에 우선 「민사소송 등 인지법」 제3조에서 정한 금액의 1/2에 해당하는 인지를 붙이게 하고, 사건을 상고심에 보내는 경우 상당한 기간을 정하여 나머지 금액에 해당하는 인지를 붙일 것을 상고인에게 명하도록 한다(안 제10조 제1항, 제2항). 상고심에 사건을 보내지 아니하는 결정에 즉시항고한 경우에도 이 인지에 관한 조문을 준용한다(동조 제5항).

IV. 개정안의 문제점

이 개정 의견은 ‘법령해석 및 법적용 통일기능을 원활하게 수행하면서도 국민의 권리구제기능에도 소홀함이 없도록 하는 제도적 대안으로서 고등법원 상고심사부에 의한 상고심사제도의 도입’¹⁶⁾을 제안한다. 그런데 개정 의견에서 상고심사가 무엇인지 정의하지는 아니한다. 그러니 상고심사라는 것을 분리하여 고등법원 상고심사부가 하도록 하여서는 아니 된다는 식으로 제도 자체를 비판하기는 오히려 어렵다. 그래서 여기서는 개정 의견의 법률안의 민사소송법적 문제점을 하나씩 다룬다.

15) 개정 의견 3면 2. 심리불속행 제도의 폐지 참조.

16) 개정 의견 2면.

1. 고등법원 상고심사부의 재판

(1) 당사자의 신청과 고등법원 상고심사부의 재판의 불일치

우선 개정의견에서 고등법원 상고심사부가 어떤 재판을 하도록 하였는지 보자.

안 제7조 제1항에서는 상고이유가 없음이 명백한 경우에는 ‘사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정’을 하도록 하고, 안 제8조 제3항은 ‘이 결정이 확정된 경우 원심판결이 확정된 것으로 본다.’고 한다. 안 제7조 제1항의 결정은 어떤 신청에 대한 재판인가? 이 절차에서 법원의 심판의 대상인 당사자의 신청은 어디까지나 민사소송법의 상소의 하나인 ‘상고’이다. 당사자의 상고에 대하여 법원은 판결로써 재판하며,¹⁷⁾ 그 내용은 상고의 인용 또는 기각, 각하이다.¹⁸⁾ 고등법원 상고심사부가 ‘사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정’이 과연 상고에 대한 - 상고의 형식이든, 내용이든 - 재판인가? 상고인은 원심판결의 법적 판단에 대하여 상고법원의 재심사를 구하고 그 결과 원심판결의 내용이 바뀌기를 바라는 것이지, ‘사건을 상고심에 보내 달라’는 신청을 한 것이 아닌데 말이다.

이 점에서는 안 제7조 제3항의 ‘사건을 상고심에 보내는 결정’도 마찬가지로 생각할 수 있겠으나, 그렇지 아니다. 왜냐하면 이 제3항의 결정은 상고심을 완결하는 재판이 아니기 때문이다. 아니, 상고에 대한 심리는 이제부터 시작이라고 할 수 있다. 이 결정에 따라 사건을 상고심에 보내면 상고법원이 상고 자체에 대하여 판결로 재판할 것이다. 그러므로 이 ‘상고심에 보내는 결정’은 중간적 재판이며, 심리에 부수된 사항에 대한 결정이다. 이것을 판결로 하게 한다면 오히려 잘못이다. 중국판결은 심급을 완결하는 재판인데, 고등법원 상고심사부는 상고의 이유가 없음이 명백하지 아니하다는 판단을 한 것뿐이지, 상고심을 종결한 것이 아니기 때문이다. 한편 ‘상고심에 보내는 재판’은 중간판결로도 할 수 없다. 상고이유가 명백히 없는 것이 아니라는 판단은 독립한 공격방어방법에 대한 판단도 아니고 적법요건과 같은 중간의 다툼에 대한 판단도 아니며 청구의 원인에 관한 것도 아니기 때문이다(민사소송법 제201조).

그러나 안 제7조 제1항의 ‘사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정’은 상고심을 완결한다. 곧 중국적 재판인 것이다. 그런데 이 중국적 재판이 당사자가 상고로써

17) 상고에 대하여 상고장각하명령을 하는 경우도 있다(민사소송법 제425조, 제399조 제2항, 제402조 제2항).

18) 경우에 따라서는 소각하판결을 하는데, 이는 상고에 대한 재판이 아니고 소 자체에 대한 것이다.

한 신청에 대한 재판 - 상고 본안에 대한 것이든, 상고의 적법요건에 관한 것이든 - 이 아니어도 되는가? 개정의견은 법원이 상고인의 상고에 대한 재판을 하지 아니하였는데도 상고심을 종결시키려는 - 그리고 그로써 소 제기로 개시된 소송을 종료시키려는 - 것인가? 이는 당사자의 재판청구권의 침해이며, 당사자의 신청에 대하여 재판을 하여 주어야 하는 법원의 의무 위반이다.¹⁹⁾²⁰⁾

(2) 고등법원 상고심사부의 업무와 재판내용의 불일치

다음으로 개정의견에서 고등법원 상고심사부가 하도록 한 일의 내용과 재판의 내용이 맞는지 본다.

개정의견에서 ‘상고심사’가 무엇인지 정의하지 아니하지만, 일단 이것이 상고심의 업무부담을 줄이기 위한 제도임은 틀림없다. 상고심의 업무부담을 줄이기 위한 여러 제도는 제각각 상고법원이 심리할 사건을 가려내기 위한 기준을 둔다. 그런데 이 ‘고등법원 상고심사’ 제도에서 가장 특이한 점이 바로 이러한 조문을 두지 아니하였다는 것이다.

19) 이시윤, **신민사소송법**, 제5판, 박영사, 2009, 175면은 소에 대하여 법원이 판결로 응답할 의무를 진다고 하는데, 상고는 소로써 개시된 소송의 한 단계 - 상고심 - 를 개시할 것과 하급심판결을 변경하여 줄 것을 구하는 당사자의 소송행위이므로 법원은 당사자가 상고로써 한 신청에 판결로 응답하여야 한다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17 Aufl., München 2010, § 3 Rn 1 f.에 따르면, 재판청구권은 사법권의 주체인 국가에 대한 것으로 국가는 사법을 위한 기관, 특히 법원을 통하여 당사자의 재판청구권을 실현시킬 의무를 진다. 따라서 법원은 헌법적으로, 그리고 소송법적으로 사법권을 행사할 의무를 진다. 법원은 소를 수리하여 절차를 적법하게 진행하고, 사안을 사실적, 법적 측면에서 심리하며, 심리가 성숙하면 판결을 하여야 한다.

20) 심사자 한 분께서 처분권주의의 관점에서 ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’을 비판할 필요가 있다고 지적하셨다. 처분권주의는 당사자가 절차의 개시·종료를 정할 수 있고 심판의 대상을 정할 수 있다는 것이다. 법원의 심판 대상이 당사자의 신청과 다르다면 처분권주의 위반일 것이다. 그런데 고등법원 상고심사부는 당사자가 하급심 판결의 변경을 구하는 범위에서 당사자가 주장한 - 또는 직권으로 심리할 - 상고이유를 심리하여 이 ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’을 한다. 고등법원 상고심사부가 이 결정을 할 때 소송물의 범위나 상고로써 다투는 범위를 벗어나 다른 것을 심리하는 것이 아니므로 처분권주의의 위반이라고 할 수 없다. 이 ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’은 당사자가 상고로써 한 신청에 대하여 법원이 하여 주어야 할 재판 - 현행법에서는 판결 - 을 하지 아니한 것이지, 신청하지 아니한 대상에 대하여 재판한 것이 아니다. 따라서 이는 처분권주의의 위반을 운위하기 전에 재판청구권의 침해이고 법원의 의무 위반이다. 현행 심리불속행 제도는 이름 때문에 재판 없이 절차가 끝나는 것이라고 오해할 수도 있겠으나, 이 경우에는 상고기각판결을 하도록 하므로(상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항) 재판청구권의 침해나 법원의 의무 위반이 아니다.

상고제한제도를 만들 때에는 당사자가 어떤 경우에 상고를 할 수 있는지(상고의 대상, Statthaftigkeit) 법률로 정하게 되는데, 이것은 상고요건, 곧 적법요건이다. 그것은 상고허가제(Zulassungsrevision)에서는 상고허가요건일 것이고, 권리상고 또는 수리상고제(Annahmerevision)에서는 상고법원이 어떤 상고가 적법하다고 판단하여 받아들이기 위한 요건일 것이다. 소액사건심판법의 이른바 상고‘이유’ 제한이 바로 이 상고의 적법요건인 ‘상고의 대상 한정(Statthaftigkeit)’에 해당한다.²¹⁾ 심리불속행 제도는 주지하다시피 상고의 제기를 제한하는 제도가 아니고, 상고는 자유로이 제기할 수 있도록 하되 제기된 상고의 심리에 들어가는 법원의 노력을 줄이기 위한 제도이다. 그래서 이 제도에는 상고법원의 자원을 많이 투입하여 상고를 철저히 심리할 것인지, 아니면 자원을 절약하기 위하여 절차를 신속히 종결할 것인지를 판단하기 위한 기준이 마련되어 있다(상고심 절차에 관한 특례법 제4조 제1항 각호). 심리불속행 제도는 상고의 제기를 제한하지 아니하는 점에서 상고제한제도와 다르지만, 상고심의 한정된 사법자원을 효율적으로 이용하기 위하여 자원을 집중하여 심리할 만한 사건을 가려내는 기준을 설정한다는 점은 마찬가지이다.

이 개정의견의 고등법원 상고심사부 제도도 이 점에서 심리불속행 제도와 비슷하다. 이 제도 역시 상고의 제기를 제한하지 아니하되, 제기된 상고를 일단 모두 고등법원 상고심사부가 심리하여 대법원의 한정된 사법자원을 투입할 만한 사건만 가려내어 상고법원인 대법원으로 보내도록 한다. 그러므로 사법자원을 집중하여 투입할 만한 사건을 가려낼 기준이 필요하다. 그런데 이 개정안에서 언급하는 기준은 ‘상고가 이유 없음이 명백할 때’뿐이다. 따라서 개정의견에 따른 제도에서 고등법원 상고심사부가 상고법원에 보낼 만한 사건을 가려내기 위하여 심리하는 것은 ‘상고의 이유’ 그 자체이다. 말하자면 고등법원 상고심사부가 하는 일은 - ‘상고심사’라는 이름에도 불구하고 - 특별한 것이 아니고 상고법원의 고유한 임무 그 자체인 것이다. 따라서 고등법원 상고심사부는 상고법원 그 자체 - 또는 상고법원의 임무의 일부를 맡은 존재로서 상고법원의 한 부분 - 인 것이다. 하기가 개정안 스스로도 고등법원 상고심사부 또는 상고심사부의 재판장은 상고심사에 관하여 상고법원 또는 상고법원의 재판장의 직무를 행한다(안 제6조 제5항)고 하고, 상고심사절차에서 한 소송행위와 소송대리인의 선임은 상고심에서도 효력이 있다(안 제9조 제4항)고 한다. 이는 고등법원 상고심사부의 절차가 상고심 절차이며, 고등법원 상고심사부가 상고법원이라는 뜻이다.

21) 주 6) 참조.

그러므로 고등법원 상고심사부가 상고법원으로서 상고법원의 직무를 수행하여 내린 판단이 ‘상고가 이유 없음’일 때, ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’을 하게 하는 것은 내용상으로도 옳지 아니하다. 상고법원이 상고가 이유 없다고 판단하였다면 상고기각의 재판을 하여야 한다. 상고가 한눈에 보기에 이유 없음이 명백하든, 신중한 심리를 거쳐 비로소 이유가 없다고 판단되든 상고가 기각되어야 한다는 점은 마찬가지이기 때문이다.

(3) 보론 : 상고기각재판의 형식

안 제7조 제1항에서 ‘사건을 상고심에 보내지 아니하는’ 재판을 하도록 한 것이 잘못되었다는 것은 지금까지 본 것과 같다. 그러면 이 재판의 형식이 ‘결정’이라는 점은 어떠한가?

우리 민사소송법에서 ‘상고가 이유 없다’는 재판의 형식이 판결이 아니고 결정이라는 것은 낯설다. 그러나 어떤 것이 판결사항인가 아닌가 하는 것은 입법정책의 문제이므로, 상고가 이유 없음이 명백한 경우 입법자는 결정으로 사건을 신속하게 처리하도록 정할 수도 있다.²²⁾ 물론 그러한 경우에도 그 결정의 주문은 ‘상고를 기각한다.’이어야지, ‘상고심에 보내지 아니한다.’일 수 없다.

그러나 안 제7조 제1항이 상고가 명백히 이유 없다는 재판을 결정으로 하게 한 것이 무슨 의미가 있는지 모르겠다. 결정으로 완결할 절차에서는 변론을 열지 아니할 수 있고(민사소송법 제134조 제1항 단서), 결정에는 이유를 적지 아니할 수 있으며(동법 제224조 제1항 단서), 이는 선고 대신 고지으로써 효력을 가진다(동법 제221조 제1항)는 점에서 판결과 다르다. 그리고 그 때문에 결정으로 재판하도록 하면 판결을 하는 경우보다 법원의 부담을 덜 수 있다. 그런데 안 제7조 제1항 제2문에서 이 결정에 ‘실질적인 이유를 밝’히도록 하고, 동조 제4항에서 이를 ‘기일을 정하여 선고하고 정본을 양 당사자에게 송달’하도록 한다. 또 상고심에서는 변론 없이 판결할 수 있으므로(민사소송법 제430조 제1항), 상고심의 재판이 결정이건

22) 예컨대 독일 민사소송법 제522조 제1항과 제552조는 상소법원이 상소의 적법요건이 갖추어지지 아니하였으면 결정으로 재판할 수 있다고 한다. 또 동법 제522조 제2항에서는 항소법원이 1. 항소의 성공가능성이 없는 경우; 2. 사건에 법률적인 중요성이 없는 경우; 3. 법발전이나 관례의 통일을 위하여 항소법원의 재판이 필요하지 아니한 경우라고 확신하는 때에는 민장일치의 결정으로 즉시 항소를 기각한다고 정한다. 안 제7조 제1항의 ‘상고이유가 없음이 명백한 경우’라는 것은 독일 민사소송법 제522조 제2항 제1호와 비슷하다.

판결이건 변론의 면에서는 차이가 없다. 결국 개정의견의 결정의 내용이나 형식이 상고심 판결과 같은 것이다. 그러하다면 이 재판은 판결로 하게 하는 편이 낫지 아니할까?

또 상고의 이유를 심리하기 위하여 상고의 적법요건을 먼저 심리하여야 하는데, 상고의 적법요건이 갖추어지지 아니하였으면 상고각하판결을 할 것이다. 상고의 적법요건에 대하여는 판결을 하도록 하고 상고의 이유에 대하여는 결정으로 재판 하도록 한 것은 균형이 맞지 아니한다.²³⁾

2. 고등법원 상고심사부의 재판에 대한 즉시항고

안 제8조 제1항에서는 고등법원 상고심사부의 ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’에 대하여 즉시항고할 수 있다고 한다. 개정의견이 상소의 형식 중 즉시항고를 택한 것은 불복대상인 재판이 상고심에 보내지 아니하는 ‘결정’이기 때문일 것이다. 상소의 형식은 불복대상인 재판에 따라 정하여지는 것이므로 이는 적어도 이 법안 안에서는 정합성이 있다.

‘상고심에 보내지 아니하는 결정’은 ‘상고의 이유가 없음이 명백하다는 판단’으로서 당사자의 상고 자체에 대한 판단이며, 위에 적은 바와 같이 원칙대로라면 상고기각판결이어야 한다. 따라서 안 제8조 제1항은 상고가 이유 없다는 판단에 대하여 불복할 수 있도록 하는 조문이다. 이는 상고이유에 대한 재심사를 허용하는 것, 즉 새로운 심급을 여는 것이다. 만약 이 개정의견대로 입법이 된다면 우리 사법제도는 4심제가 된다. 또 즉시항고는 상소의 일종이므로 이심효가 있다. 고등법원 상고심사부의 결정에 대하여 즉시항고하면 상급심으로 이심이 된다는 것이므로, 대법원이 고등법원 상고심사부 위의 심급이라는 뜻이다. 이 점에서도 개정의견의 제도가 4심제라는 것을 알 수 있다.

아마도 이 개정의견을 만드신 분들께서 4심제를 만들려고 한 것은 아닐 것이다. 개정의견의 내용 설명으로 판단컨대 적어도 의식적으로 4심제를 만들려고 한 것은 아니라고 생각된다. 그러나 개정의견은 이 즉시항고가 ‘권리구제적 기능’을 한다고 한다. 주지하다시피 당사자의 권리구제는 상소제도의 목적 가운데 하나이다.²⁴⁾ 상

²³⁾ 독일 민사소송법 제522조는 제1항에서 항소의 적법요건이 갖추어지지 아니한 경우 결정으로 재판할 수 있도록 하고, 제2항에서 항소의 성공가능성이 없는 경우, 곧 항소가 명백히 이유 없는 경우 결정으로 항소를 기각할 수 있도록 하였기 때문에 본문에 지적한 바와 같은 불균형의 문제가 없다.

소의 형식이 무엇이든 당사자의 권리구제를 위하여 상고이유에 대한 법원의 판단에 대하여 불복하여 상급심의 재판을 받을 수 있도록 하는 것은 네 번째 심급을 여는 것이다. 법안의 4심제가 의도적인 것이 아니라면 적어도 의도 면에서 이 개정의견을 공격할 수는 없을 것이다. 그러나 다른 한편으로는 바로 그 때문에 개정의견은 더욱 비판받아야 한다. 심급제도와 상소제도를 제대로 이해하지도 못한 사람들이 법률안을 만들었다는 뜻이기 때문이다.²⁵⁾

만약 개정의견이 이 즉시항고가 상고허가제의 상고불허가결정에 대한 항고(Nichtzulassungsbeschwerde)와 비슷한 것이라고 생각하였다면, 그것도 문제이다. 상고허가제를 도입하면 법령에서 상고허가요건(Statthaftigkeit)을 정하는데, 이는 상고의 적법요건이다. 상고불허가결정에 대한 항고는 이 적법요건에 대한 판단에만 불복하는 것으로, 상고이유에 대한 판단을 다루는 것이 아니다.²⁶⁾ 따라서 상고불허가결정에 대한 항고는 본안에 대한 4심제를 허용하는 것이 아니다. 또 상고허가제의 구체적 모습에 따라 다르겠지만, 상고허가여부를 항소법원이 판단하도록 하는 경우 항고는 항소법원의 이 재판에 대하여 불복하는 것이므로 4심제가 될 우려가 전혀 없다.²⁷⁾ 즉시항고가 제기되면 항소법원의 상고허가여부에 대한 판단이 항고법원 - 상고법원이 될 법원이기도 하다 - 으로 이심되며 불허가결정이 취소되면 상고심 절차가 진행된다. 상고허가여부를 상고법원이 판단하고 불허가결정에 대하여 항고할 수 있다면 4심제로 보일 수도 있겠다. 그러나 상고법원이 상고허가여부를 판단하는 경우에는 불허가결정에 대하여 항고할 수 없도록 하여야 한다.²⁸⁾ 항

24) 호문혁, **민사소송법**, 제9판, 법문사, 2011, 595면.

25) 2005년 사법제도개혁추진위원회의 고등법원 상고부 도입안은 고등법원 상고부의 판결에 대하여 대법원에 특별상고할 수 있다고 하여, 역시 실질적으로 4심제가 되는 것이 아닌가 하는 우려를 불러일으켰다. 그러나 적어도 그 법률안은 4심제의 위험이 있다는 것을 알고 특별상고심이 4심이 되지 아니하도록 제도를 만들려고 하였다. 이 점에서 이 개정의견보다 낫다(그럼에도 불구하고 당시의 법률안에 결국 4심제를 도입하는 것이 아닌가 싶은 요소가 있었다는 점은 유감이다. 拙稿, 주 6)의 논문, 168면 이하 참조).

26) 예컨대 독일 민사소송법 제543조 제2항의 상고허가요건은 1. 사안이 법적으로 원칙적인 중요성이 있거나 2. 법발전이나 판례의 통일을 위하여 상고법원의 재판이 필요할 것이다. 불허가결정에 대한 항고로는 이들 요건이 갖추어졌지만 다루는 것이고, 상고이유(법령위반 또는 절대적 상고이유)를 주장하는 것이 아니다.

27) 독일 민사소송법 제543조 제1항 제1호는 항소법원이 판결에서 상고를 허가하도록 하고, 제544조에서 불허가결정에 대한 항고를 규정한다.

28) 1981년부터 시행하였던 상고허가제가 그러하였다. 당시 소송촉진등에관한특례법 제12조 제1항은 대법원이 상고를 허가하도록 하였는데, 불허가결정에 대한 즉시항고는 규정하지 아니하였다.

고는 상소의 일종이므로 이심효가 있는데, 상고법원의 불허가결정을 재심사할 상급법원이 없기 때문이다.

3. 원심판결의 확정과 소송의 종료 여부

개정 의견의 법률안에서 가장 심각한 문제 가운데 하나가 ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’이 확정되면 ‘원심판결이 확정된 것으로 본다’는 조문(안 제8조 제3항)이다. 이 글을 읽으시는 분들께서는 물론 잘 아시겠지만, 놀랍게도 판결의 확정이라는 것이 무엇인지 모르는 사람도 있는 것 같으니 우선 민사소송법 교과서의 기초적인 내용을 복습하여 보자.

판결이 확정되면 소송이 종료한다. 그리고 형식적 확정력과 실질적 확정력(기판력)이 발생하는데, 형식적 확정력은 그 판결에 대하여 당해 소송절차에서 더 불복할 수 없고 그 판결이 변경되거나 취소될 수 없다는 것이다. 실질적 확정력은 법원이 이후 그 사건에 대하여 달리 판단할 수 없다는 효력이다. 또 판결이 확정되면 집행력이 발생하여 판결의 내용을 강제로 실현시킬 수 있으며,²⁹⁾ 형성력이 발생하여 당사자 사이의 법률관계가 변경된다. 이처럼 판결이 확정되는 것은 민사소송법에서, 아니 사법제도 전체에서 매우 중요하며, 판결의 확정시기를 정하는 조문(민사소송법 제498조)까지 있다.³⁰⁾ 그런데 판결이 ‘확정된다’가 아니고 ‘확정된 것으로 본다’는 조문은 도대체 어떻게 이해하여야 할까?

법학에서 ‘본다’는 것은 입법자가 의식적으로 서로 다른 것을 같은 것으로 취급하여 같은 법률효과를 부여한다는 것이다.³¹⁾ 안 제8조 제3항이 이러한 뜻이라면 원심판결이 실제로는 확정되지 아니하였지만 확정된 경우와 같은 효과를 부여한다는 것이다. 또 어떤 사실이 존재하든지 존재하지 아니하든지 상관하지 아니하고 같은 법률효과를 부여하는 것도 ‘본다’라고 한다.³²⁾ 이 조문이 이 뜻이라면 원심판

29) 물론 집행력은 판결이 확정되어야만 발생하는 것은 아니다. 가집행 선고가 있으면 판결이 확정되기 전에도 집행할 수 있다.

30) 실제로는 판결의 확정시기보다 기판력의 기준시(사실심 변론종결시)가 더 중요하다. 그래서 판결의 확정시기에 대하여 생각할 일은 그다지 많지 아니하다. 그러나 기판력의 기준시가 문제가 되는 것도 판결이 ‘확정’된 다음의 일이다. 확정·시기가 특별히 중요하지는 아니할지 몰라도 판결의 ‘확정’ 자체의 중요성을 부정할 수는 없다.

31) Rütters, Bernd, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München 2005, Rn. 132a. 이는 의제(Fiktion)에 대한 설명이다. 안 제7조 제5항의 ‘본다’는 이 경우에 해당한다. 상고심사부가 4개월 이내에 어떠한 결정도 하지 아니한 상황을 상고심에 보내지 아니하는 결정을 한 경우와 같게 취급한다.

결이 확정되었거나 되지 아니하였거나 상관하지 아니하고 판결확정의 효과를 발생시킨다는 것이다.

그러하다면 원심판결이 확정된 것으로 ‘본다’는 것은, 이 ‘상고심에 보내지 아니하는 결정’이 확정되어도 실제로 원심판결이 확정되지 아니한다는 것인가? 아니면 이 결정만 확정되면 원심판결이 확정되든 확정되지 아니하든 상관없다는 것인가? 판결이 확정되면 소송이 종료하는데, 개정의견에 따를 때 상고심에 보내지 아니하는 결정이 확정되면 소송도 종료하는 것으로 ‘불’ 것인가? 판결의 확정이 사법제도와 우리의 법률생활에 얼마나 중요한지 생각할 때, 판결이 확정되지 아니하였는데 확정된 것으로 본다거나 판결이 확정되건 확정되지 아니하건 상관없다는 것은 도저히 이해할 수 없다.

또 보다 근본적으로 이러한 조문이 민사절차법에 필요할까? 상소를 기각하거나 각하하는 재판이 확정되면 하급심의 재판도 확정되는 것이니, 이러한 조문은 필요 없다. 이는 민사소송법학에서 자명한 것이기 때문이다.³³⁾ 상소제도와 판결의 확정 등 민사소송법의 기본 제도에 대하여 잘 모르는 상태에서 상고에 대하여 ‘사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정’처럼 이상한 재판을 하게 하다 보니 원심판결이 언제, 어떻게 확정되는지 몰라서 ‘확정된 것으로 본다’라는, 황당한 조문을 둔 것이 아닌가 한다. 이 개정의견대로라면 ‘사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정’의 확정으로 상고심이 종료하는데, 결정에 형식적 확정력을 인정할 수 있는지,³⁴⁾ 기각판결 아닌 이 결정의 확정으로 원심판결을 확정시킬 수 있는지 몰랐던 것이 아닐까? 고등법원 상고심사부가 제대로 상고기각의 재판을 하도록 하였다라면, 원심판결의 확정에 대하여 따로 조문을 두지 아니하고 일반법인 민사소송법과 민사소송법학에 맡겨 둘 수 있었을 텐데 말이다.

4. 상고심사와 구술심문

안 제6조 제1항은 당사자의 신청이 있거나 상고심사에 필요한 경우에는 고등법원 상고심사부가 ‘구술심문을 하여야 한다’고 한다.

32) Rüthers, a.a.O., Rn. 133. 이 책에서 이 부분은 번복할 수 없는 추정(unwiderlegbare Vermutung)의 설명인데, 우리가 보통 ‘간주’라고 하는 것이다.

33) 호문혁, 주 24)의 책, 664면 이하; 이시윤, 주 19)의 책, 549면 등.

34) 결정에도 기판력이 생길 수 있다. 실체관계를 중국적으로 판단하여 그 효과가 소송 밖에도 미치는 결정에는 기판력이 있다(호문혁, 주 24)의 책, 671면; 이시윤, 주 19)의 책, 557면). 기판력이 있다면 이의 다른 면인 형식적 확정력도 있다.

만약 고등법원 상고심사부가 당사자를 ‘심문할 수 있다’는 것이라면, 그러한 조문은 필요 없다. 민사소송법 제134조 제1항에 따라 판결을 하려면 반드시 구술 변론을 열어야 한다. 그러나 동법 제430조 제1항에 따라 상고법원은 변론 없이 판결할 수 있다. 이는 구술주의에 따라 판결을 하기 위하여 반드시 열어야 하는 변론을 법률심이라는 상고심의 특성 때문에 예외적으로 열지 아니하여도 된다는 조문이다. 그러므로 상고심에서는 변론을 열지 아니하여도 되지만, 필요하다면 당연히 변론을 열 수 있고 또 법원도 그렇게 할 것이다. 상고심에서 변론도 열 수 있는 마당에 당사자를 심문할 수 있다는 것은 두말할 필요도 없다. 상고심 절차에 당사자 심문에 관한 규정을 둘 필요가 없는 것이다. 고등법원 상고심사부가 하는 일은 ‘상고이유의 심사’이다. 이것은 상고법원의 업무 그 자체이고 상고심사절차는 상고심 절차이므로, 법원이 필요하다면 민사소송법에 따라 변론을 열 것이며 따로 심문을 규정할 필요가 없다.

그런데 안 제6조 제1항은 심문을 ‘하여야 한다’고 한다. 과연 고등법원 상고심사부가 심문을 꼭 하여야 할까?

우선 민사절차법이 언제 심문에 관한 규정을 두는지 보자. 민사절차법이 당사자 또는 관계인을 심문할 수 있다거나 심문하여야 한다는 규정을 두는 것은 결정으로 재판할 사항뿐이다.³⁵⁾ 결정은 민사소송법 제134조 제1항 단서에 따라 변론을 열지 아니하고도 할 수 있다. 그러나 필요하다면 변론을 열 수 있고 당사자를 심문할 수도 있다. 민사소송법 제134조 제2항에서 당사자를 심문할 수 있다고 규정하지 아니하여도 이는 당연하다. 그러나 이 조문에서는 당사자 외에 이해관계인, 그 밖의 참고인까지 심문할 수 있다고 하므로, 이것이 불필요한 조문인 것은 아니다.

민사소송법 제134조 제2항에서 심문에 관한 일반적 규정을 두었는데도 개별적으로 심문에 관한 규정을 둘 필요가 있을까? 민사절차법은 재판사항의 성격상 변론은 아니더라도 심문은 반드시 하여야 하는 경우와 당사자 아닌 사람을 심문하도록 하는 경우에 심문을 따로 규정한다. 재판사항의 성격상 심문은 꼭 하여야 하는 경우에는 예컨대 민사집행법 제232조 제1항에서 압류액수를 제한하여 추심명령을 하기 전에 압류채권자를 심문하도록 한 것, 동법 제241조 제2항에서 특별한 현금화방법을 허가하기 전에 채무자를 심문하도록 한 것, 동법 제262조에서 대채집행

³⁵⁾ 예컨대 민사소송법 제82조, 제134조 제2항, 제317조, 제347조, 제478조 제2항, 민사집행법 제136조 제4항, 제149조 제2항, 제167조 제3항, 제232조, 제237조 제3항, 제241조 제2항, 제262조, 제286조, 제304조 등.

결정과 간접강제결정을 하기 전에 채무자를 심문하도록 한 것, 동법 제286조 제1항과 제304조에서 가압류이의에 대한 재판과 임시의 지위를 정하는 가처분을 하려면 변론기일을 열거나 적어도 심문기일을 정하도록 한 것이 있다.³⁶⁾ 당사자 아닌 사람의 심문에 대한 규정을 둔 것으로는 예컨대 민사소송법 제82조 제2항에서 소송인수결정을 할 때에 당사자와 제3자를 심문하도록 한 것, 동법 제317조 제1항에서 증거거부에 대한 재판을 하려면 당사자를 심문하도록 한 것, 동법 제347조 제3항에서 문서제출명령을 하려면 제3자 또는 그가 지정하는 자를 심문하도록 한 것, 민사집행법 제32조 제2항, 제35조 제2항에서 재판장이 집행문을 내어 주기 전에 채무자를 심문할 수 있도록 한 것, 동법 제136조 제4항에서 부동산인도명령을 하기 전에 점유자를 심문하도록 한 것, 동법 제149조 제2항에서 배당표에 관하여 이해관계인과 배당요구한 채권자를 심문하도록 한 것, 동법 제167조 제3항, 제170조 제4항에서 강제관리의 관리인을 심문하도록 한 것이 있다. 소송인수결정을 하기 전에 법원이 변론이든 심문이든 열어서 당사자의 의견을 들을 수 있는 것은 당연한데, 민사소송법 제82조 제2항은 제3자의 의견도 들어야 한다는 것이다. 증거거부에 대한 재판에서 당사자는 증언을 거부한 증인이고 본안의 당사자는 오히려 제3자이다. 그러므로 이에 대한 재판 전에 제3자인 본안의 당사자를 심문하여야 한다는 규정을 따로 둔 것이다. 마찬가지로 문서제출신청에 대한 재판에서 당사자는 문서제출신청을 한 당사자이다. 이에 대한 재판을 하기 전에 제3자 또는 그가 지정하는 자 - 역시 제3자이다 - 를 심문하도록 한 것이다. 집행문 부여 절차는 편면절차이므로 당사자는 신청인인 집행채권자뿐이다. 집행채무자는 제3자이므로 재판장이 채무자를 심문할 수 있다는 조문을 둔 것이다. 부동산인도명령을 할 때 부동산의 점유자, 강제관리의 관리인이 집행절차의 당사자가 아님은 두말할 필요도 없고, 배당절차의 이해관계인과 배당요구채권자도 집행절차의 당사자가 아니다. 민사소송법 제134조 제2항에서 당사자 아닌 사람을 심문할 수 있도록 하였으므로 이들 조문을 따로 둘 필요가 없다고 생각할 수도 있으나, 제3자를 반드시 심문하도록 하는 경우에는 그렇게 규정할 필요가 있고, 특정한 사람이 심문 대상임을 밝히기 위하여 조문을 둘 수 있다.

그러면 안 제6조 제1항은 어느 경우에 해당하는가? 제3자를 심문하는 경우이어

36) 반대로 재판사항의 성격상 심문을 금지한 경우도 있다. 지급명령(민사소송법 제467조)과 재산명시신청에 대한 재판(민사집행법 제62조 제3항), 압류명령(민사집행법 제226조)이 그러하다.

서 그 대상을 지정하는 것은 당연히 아니다. 그러면 변론은 아니더라도 적어도 당사자 심문만큼은 꼭 하여야 하는 경우인가? 고등법원 상고심사부는 ‘상고가 명백히 이유 없는가’만을 기준으로 상고를 기각하거나 사건을 상고법원으로 보내는 것이다. 명백히 이유 없는 것이 아니어서 상고심에 온 상고를 철저히 심리할 상고법원도 변론을 열지 아니하고 판결할 수 있으며 당사자를 꼭 심문하여야 하는 것이 아닌데, 그보다 가벼운 심리를 할 뿐인 고등법원 상고심사부가 왜 심문을 ‘하여야’ 하는가? 이는 어떤 논리로도 정당화할 수 없는 불균형이다. 고등법원 상고심사부 제도를 만들어 명백히 이유 없는 상고를 걸러내고 대법원이 중요한 사건만을 철저히 심리하게 하고 싶다면, 차라리 대법원이 이 중요한 사건에 대하여 심문만큼은 반드시 하여야 한다고 하는 편이 옳을 것이다.

안 제6조 제1항의 각호에서 예외적으로 심문을 하지 아니하여도 된다고 정한 경우는 더욱 이상하다. 상고인이 상고장에 상고이유를 기재하지 아니하고 기간 내에 상고이유서를 제출하지도 아니한 경우(안 제6조 제1항 제1호)에 대하여는 규정할 필요가 없다. 민사소송법 제429조에서 이러한 때에는 변론 없이 상고를 기각하여야 한다고 정하기 때문이다. 상고인이 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니하면 일반법인 민사소송법에 따라 가장 가혹한 결과가 발생한다. 곧 변론을 열든, 열지 아니하든, 심문을 하든 말든, 법원이 상고를 기각하여야 하는 것이다.³⁷⁾ 그런데 특별법이 이러한 경우에 심문을 하지 아니하여도 된다고 따로 정할 필요가 없다.

여기서 잠시 상고이유서를 제출하지 아니하는 것이 기각사유인지 생각하여 보자. 상고인은 상고이유를 상고장에 적거나 그러하지 아니하였으면 따로 상고이유서를 제출하여야 한다(민사소송법 제427조). 민사소송법은 상고에 대하여 항소와 달리 상고이유를 밝힐 것을 상고의 ‘형식’으로 요구하는 것이다.³⁸⁾ 바꾸어 말하면, 상고이유서를 제출하지 아니하는 것은 본안의 문제가 아니고 민사소송법의 상고의 방식 위반이다. 즉 이는 상고의 적법요건이다. 따라서 상고이유서를 아예 제출하지 아니하면 상고를 기각할 것이 아니라 각하하여야 한다. 민사소송법 제429조는 상

37) 이 경우 ‘변론 없이’라는 것은 별로 의미가 없다. 상고이유서를 제출하였더라도 어차피 상고법원은 변론 없이 판결할 수 있기 때문이다.

38) 호문혁, 주 24)의 책, 599면도 상소를 방식에 맞게 제기하여야 한다는 서술 부분에서 상고이유를 다룬다. 독일 민사소송법 제520조 제1항과 제551조 제1항은 항소와 상고의 이유서를 제출하여야 한다고 정하는데, 제522조 제1항과 제552조 제1항에서 항소이유와 상고이유가 적법요건임을 분명히 하였다(독일 민사소송법은 우리 법과 달리 항소 제기시에도 이유서를 제출할 것을 요구한다).

고를 기각하도록 한 점에서 잘못되었다.

동조 동항 제2호의 ‘상고인이 주장한 상고이유 자체에 적법한 상고이유를 전혀 포함하지 않은 경우’는 어떠한가? 상고장이나 상고이유서에 적을 것은 민사소송법 제423조와 제424조에 따른 상고이유이다. 그러므로 적법한 상고이유를 적지 아니하면, 곧 하급심 판결에 영향을 미친 법령위반이 있다거나 절대적 상고이유가 있다고 적지 아니하면 상고는 부적법하다. 따라서 이 경우에도 위 제1호의 경우와 마찬가지로 상고를 각하하여야 한다. 적법요건이 갖추어지지 아니하여 각하하는 경우에 심문을 하지 아니하여도 된다는 규정을 굳이 둘 필요는 없다.

동조 동항 제3호의 ‘소송기록과 이미 제출된 서면만으로 사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정이나 보내는 결정을 할 것이 명백한 경우’에 심문을 하지 아니하여도 된다는 것도 필요 없다. 민사소송법 제430조 제1항에 따라 상고법원은 상고장·상고이유서·답변서, 그 밖의 소송기록에 의하여 변론 없이 재판할 수 있다. 상고법원인 대법원도 이들 서면만으로 상고에 대하여 최종적으로 판결할 수 있는 것이다. 그런데 상고의 이유 없음이 명백한 경우만 걸러내는 고등법원 상고심사부에서 이들 서면만으로 재판할 수 있다는 것은 당연하지 아니한가? 이것을 굳이 규정할 필요가 있을까? 그것도 심문을 하지 아니하여도 된다는 식으로?

그리고 ‘구술’심문을 하여야 한다는 것도 잘못이다. 심문(rechtliches Gehör, Anhörung)은 ‘듣다(hören)’라는 동사에서 파생된 것이나, 이것이 귀로 말을 듣는 것을 뜻하지는 아니한다. 이는 ① 당사자가 절차에 대하여 통지를 받고 ② 사실주장을 하고 증거를 제출할 수 있으며 ③ 상대방의 사실적·법적 주장에 대하여 알 기회를 얻어 그에 대한 의견을 진술할 수 있고 ④ 법원이 스스로 조사한 사실이나 법원에 현저한 사실과 증거에 대하여 의견을 진술할 수 있다는 것으로,³⁹⁾ 서면으로 이루어져도 된다.⁴⁰⁾ 그래서 예컨대 민사집행법 제32조 제2항과 제35조 제2항에서는 ‘서면이나 말로 심문할 수 있’다고 한다. 따라서 당사자가 상고이유서와 답변서를 제출하고 법원이 그것을 읽는 것도 심문이다. 법률심이기 때문에 민사소송법의 원칙인 구술변론의 예외가 인정되는 상고심 절차에서 심문의 방식까지 제한해

³⁹⁾ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 82 Rn. 9.

⁴⁰⁾ 이시윤, 주 19)의 책, 270면. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 82 Rn. 18에서는 심문의 방식이 절차의 종류에 달려 있다고 한다. 구술변론을 할 때는 심문도 대개 구술로 이루어지고, 서면절차에서는 심문도 서면으로 한다. 상고심에서는 변론 없이 재판할 수 있으므로 변론을 열더라도 서면변론으로 할 수 있다(호문혁, 주 24)의 책, 434면). 그러므로 상고심의 심문은 서면으로 하는 경우가 대부분일 것이다.

가며 꼭 ‘구술’ 심문을 하여야 할 이유가 없다. 중요한 것은 심문의 기회를 충분히 보장하는 것이지, 심문의 방식을 한정하는 것이 아니기 때문이다. 또 민사소송법과 개정의견의 법률안에 상고이유서를 제출하여야 한다는 것과 답변서를 제출할 수 있다는 것이 규정되어 있다.⁴¹⁾ 곧 양 당사자에게 심문의 기회가 충분히 주어진 것이다. 그런데 심문을 ‘하여야 한다’고 할 필요가 없다.

5. 원심법원의 상고이유서 제출명령

안 제4조 제1항은 일반법인 민사소송법에 맞지 아니한다. 민사소송법 제426조는 상고법원의 법원사무관등은 원심법원의 법원사무관등으로부터 소송기록을 받으면 바로 그 사유를 당사자에게 통지하여야 한다고 하고, 동법 제427조는 당사자가 이 통지를 받은 날부터 20일 이내에 상고이유서를 제출하여야 한다고 정한다. 원심법원이 상고법원에 소송기록을 보내는 것은 상고장이 각하되지 아니하는 경우(민사소송법 제425조, 제400조), 곧 원심재판장이 상고장심사를 마치고 필요하면 상고장을 보정시킨 다음이다. 그런데 안 제4조 제1항은 원심법원이 바로 상고인에게 고등법원 상고심사부에 상고이유서를 제출할 것을 명하도록 하고, 동조 제3항은 원심법원의 법원사무관등이 소송기록에 이 제출명령을 붙여 상고심사부로 보내도록 한다. 이 조문의 상고이유서 제출명령도 물론 상고장심사와 필요한 경우의 보정명령 등 절차를 거친 후에 하는 것일 것이다. 그러나 원심법원이 소송기록 송부 전에 상고이유서 제출명령을 하게 되면, 고등법원 상고심사부에서 소송기록을 받은 후 당사자에게 이 사실을 통지하는 경우보다 상고인의 상고이유서 제출기간의 기산점이 앞당겨진다. 개정의견의 법률안에 따를 때 지금의 상고심 절차에 따르는 경우보다 상고인이 상고이유서를 더 일찍 제출하여야 하므로 상고인에게 유리할 것이 없다. 개정의견에서는 이 점에 관하여 이유나 근거를 전혀 대지 아니한다. 상고심 절차를 지금보다 더 신속하게 진행하여야 할 필요가 없다면, 당사자에게 현행법보다 불리한 규정을 둘 이유가 없다.

또 민사소송법 제427조가 이미 상고인은 상고이유서를 제출하여야 한다고 하고 동법 제429조에서 상고이유서를 제출하지 아니한 때의 결과 - 기각. 위 IV. 4.에 적은 것과 같이 성질상은 각하 - 까지 정하였는데, 특별법에서 굳이 법원이 상고이유서 제출명령을 하도록 할 필요가 있을까?

41) 물론 민사소송법에 상고인은 상고이유서를 제출하여야 하고 상대방은 답변서를 제출할 수 있다는 것이 규정되어 있으므로, 특별법에 같은 내용의 규정을 둘 필요는 없다.

고등법원에 상고심사부를 도입하는 경우에 필요한 조문은 소송기록을 상고법원이 아니고 고등법원 상고심사부에 보낸다는 것과 고등법원 상고심사부의 법원사무관등이 소송기록을 받은 후에 당사자에게 통지하도록 하는 것뿐이다. 상고이유서는 상고의 적법요건이기 때문에 상고인이 반드시 제출하여야 하는 것으로, 소송대리인이 없는 상고인이 이 점을 몰라서 상고이유서를 기간 내에 제출하지 아니하여 불이익을 입는 것을 막으려면 법원사무관등이 소송기록을 받고 당사자에게 통지할 때 상고이유서를 내야 한다는 것과 내지 아니한 경우의 결과를 알리면 된다.⁴²⁾ 민사소송법을 공부하는 사람으로서 당사자가 적법요건 - 소송요건이든, 상소의 적법요건이든 - 을 갖추도록 하기 위하여 법원이 명령까지 하여야 한다는 발상은 도저히 이해할 수 없다.

6. 상고장과 답변서의 송달

안 제5조도 필요 없다. 상고장과 답변서는 민사소송법 제428조에 의하여 송달하여야 한다. 상고법원이 아니라 고등법원 상고심사부가 송달한다는 점에서 주체가 바뀌기는 하나, 주체만 바뀌면 되는 것을 일일이 따로 규정할 필요는 없을 것이다. 민사소송법 조문 가운데 고등법원 상고심사부 도입으로 영향을 받는 여러 규정을 하나의 조문에서 한꺼번에 언급하면서 고등법원 상고심사부가 한다고 정하면 된다.

그리고 안 제5조에서 고등법원 상고심사부의 ‘법원사무관등’이 상고장과 답변서를 송달한다고 한 것은 잘못이다. 송달의 주체는 민사소송법 제174조에 따라 법원이다. 동법 제175조 제1항에서 송달사무를 처리하는 사람이 법원사무관등이라 하고 동법 제176조와 제177조에서 송달기관을 따로 정하지만, 이들은 각각 송달에 관한 일정한 업무를 맡는 것일 뿐이고 송달의 주체는 어디까지나 법원이다.

7. 상고장에 붙일 인지

당사자는 상고를 제기하는 것이지 ‘상고심사를 신청’하는 것이 아니며 고등법원 상고심사부의 절차가 바로 상고심 절차라는 것을 염두에 두고 보면, 안 제10조 제1항에서 상고제기시 상고장에 일단 ‘민사소송 등 인지법’에 따른 인지의 1/2만 붙이고, 고등법원 상고심사부가 사건을 상고심에 보내는 결정을 한 때 또는 즉시항

⁴²⁾ 민사소송법 제256조 제2항은 피고에게 소장을 송달하면서 답변서제출의무에 대하여 알리도록 한다.

고한 때에 비로소 나머지 인지를 붙이도록 한 것은 이상하다. 상고법원이 대법원이든 고등법원 상고심사부이든, 상고의 심리에 노력이 많이 들건 적게 들건, 이런 것이 상고장에 붙일 인지에 영향을 줄 수 있을까? 고등법원 상고심사부가 사건을 상고심에 보내지 아니하는 이유는 당사자의 상고가 명백히 이유 없다는 것이다. 사건이 상고법원의 심리를 받지 못하는 것이 당사자 탓인데 왜 인지를 적게 붙여도 된다는 것인가?

그러나 이 규정은 반드시 나쁘다고 평가할 만한 것은 아니다. 독일법계의 원형이라 할 독일에서는 상소시의 인지를 소송목적의 값이 아니고 불복가액을 기준으로 하여 정한다(독일 법원비용법 제47조 제1항).⁴³⁾ 그런데 우리의 민사소송등 인지법 제3조는 상소장에 ‘제2조에 따른 금액’의 각각 1.5배, 2배의 인지를 붙이도록 한다. 동법 제2조는 소송목적의 값을 기준으로 하여 소장에 붙일 인지액을 정하는 조문이다. 그러므로 동법 제3조를 문언대로 읽으면, 상소장에 붙일 인지도 ‘소송목적의 값’을 기준으로 정하되 제1심 인지액의 1.5배, 2배로 한다는 것이 된다. 그러나 상소법원이 소송물 전체가 아니고 당사자가 구체적으로 불복한 범위에서만 심판할 수 있다는 점을 생각하면 불복가액을 기준으로 하여 상소장에 붙일 인지를 정하는 것이 옳지 아니한가 싶다.⁴⁴⁾ 나아가 상소장에 각각 1.5배와 2배의 인지를 붙이도록 하는 것도 옳은지 의심스럽다. 상소장에 붙일 인지를 정하는 법규를 당장 바꿀 수 없다면, 이 개정의견에 따를 때 당사자의 부담이 줄어든다는 점에서 반드시 나쁜 것은 아니라는 것이다. 그러나 인지액이 낮아지면 남상소의 우려가 더 커질 수도 있다.

V. 개정의견에 따른 상고법원의 업무부담 경감 효과

이 개정의견에 따라 고등법원 상고심사부 제도를 도입하면 대법원의 업무부담이 얼마나 경감될지 예측할 수 있는 자료는 별로 없다. 그러나 상고심에서 심리불속

43) 당사자가 특정한 신청을 하지 아니한 경우에는 불복을 기준으로 한다.

44) 실제로 실무에서는 민사소송 등 인지법 제3조의 규정에도 불구하고 상소로써 불복하는 가액을 기준으로 인지액을 정한다고 한다. 실무에서는 제3조를 선택하여 상소의 ‘소송목적의 값’이 불복가액이라고 보아 인지액을 정하는 것이 아닌가 싶다. 제3조가 이론적으로 옳은지 의심스럽고 실무에서도 제3조를 문언대로 따르지 아니한다면 제3조의 법문을 ‘상소로써 불복하는 범위’로 고치는 것이 좋을 것이다.

행으로 종결되는 사건 비율이 70%를 넘는다고 하니,⁴⁵⁾ 상고의 약 30%가 대법원으로 보내질 것이라고 예상할 수 있다.

그러나 2005년 사법제도개혁추진위원회의 고등법원 상고부 도입안과 2009년의 고등법원 상고부 도입안에서 대법원이 심사할 민사상고사건의 기준으로 소송목적의 값 5억원을 제시하였는데, 이들 법안이 고려한 시기에 소송목적의 값 5억원을 넘는 사건은 전체 민사상고사건의 10%도 되지 아니하였다.⁴⁶⁾ 이들 법안과 이 개정의견은 고등법원이 상고심의 업무를 분담하도록 하는 점에서 마찬가지로 대법원의 업무부담 경감 목표가 비슷하다고 가정하면, 이 개정의견도 10% 미만의 상고를 대법원이 심리하도록 하려는 것이라고 추측할 수 있다. 지난 10년간의 민사상고인용율이 5~7%에 불과하다는 것도 그런 추측을 뒷받침하고, 1980년대 허가상고제 실시 초기의 상고허가율이 10% 정도였다는 것에서도 같은 생각을 할 수 있다.⁴⁷⁾

그러나 이 개정의견은 ‘사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정’에 대하여 즉시 항고할 수 있다고 하므로 즉시항고율도 대법원의 업무부담에 영향을 줄 것이다. 따라서 고등법원 상고심사부 도입에 따라 대법원의 업무부담이 얼마나 줄어들지 지금으로서는 예측하기 어렵다.⁴⁸⁾

또 이 개정의견에서는 언급하지 아니하였으나 적법요건의 심사를 고등법원 상고심사부가 전적으로 맡게 된다는 점에서 대법원의 업무부담이 줄어든다. 개정의견의 절차에 따르면 고등법원 상고심사부는 상고의 이유가 없음이 명백하다는 판단을 하기 위하여 상고의 적법요건 - 상고기간과 방식의 준수, 불복 - 을 심사하여야 한다. 상고심 절차를 개시하여 상고이유를 심사하려면 상고의 적법요건이 갖추어져야 하므로, 개정의견의 법률안에서 이 점을 따로 언급하지 아니하더라도 이는

45) 법률신문 2010년 1월 27일자 “심리불속행시 인지대 절반 환급” - 민사소송등 인지법 개정안 국회 제출. 이 기사에서 2009년에 상고심에서 심리불속행으로 처리된 사건이 70%가 넘는다고 한다.

46) 2005년 법안이 고려할 수 있었던 2004년 통계에서는 민사상고사건 7,837건 가운데 소송목적의 값 5억원 초과 사건이 655건이었다(2005년 사법연감 사건개황 13면). 또 2009년 법안이 고려할 수 있었던 2008년 통계에서는 민사상고사건 9,975건 가운데 소송목적의 값 5억원 초과 사건이 800건이었다(2008 사법연감 사건개황 15면).

47) 호문혁, 주 5)의 논문, 129면.

48) 이 점은 고등법원 상고부 설치안의 경우도 마찬가지이다. 2005년 사법제도개혁추진위원회안의 경우에는 고등법원 상고부의 판결에 대하여 특별상고할 수 있게 하였으므로 특별상고로 인하여 대법원의 업무부담이 증가할 것이고, 2009년 법안은 법적으로 중요한 사건을 고등법원 상고부가 대법원으로 이송하는 것을 전제로 한 것으로 보므로 소송목적의 값 5억원 이하의 사건 가운데 대법원에 이송되는 사건이 있을 것이다.

민사소송법에 따를 때 당연한 결과이다. 곧 고등법원 상고심사부는 모든 상고에 대하여 상고의 적법요건을 심리하고 상고의 적법요건이 갖추어지지 아니하였으면 상고를 각하하는 판결을 하여야 한다. 또 고등법원 상고심사부는 본안 - 상고이유 - 을 심리하기 전에 소송요건도 조사하여야 한다. 그러나 상고심의 소송요건 조사를 고등법원 상고심사부가 전적으로 맡는 것은 아니다. 사건이 상고법원으로 넘어간 후에 비로소 소송요건의 흠결이 발생하는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 상고장 심사는 민사소송법 제425조와 제399조에 따라 우선 원심법원의 재판장이 하게 되나, 민사소송법 제425조와 제402조에 따른 상고심재판장의 상고장 심사는 고등법원 상고심사부의 재판장이 맡게 된다.

이처럼 상고장 심사와 상소의 적법요건 심사는 전적으로, 그리고 상고심에서 필요한 소송요건의 조사도 거의 대부분 고등법원 상고심사부가 맡게 된다. 그러나 이 점에서 상고심의 업무부담이 얼마나 경감될지는 의문이다.⁴⁹⁾

VI. 맺음말

지금까지 살펴본 것처럼 이 개정의견의 고등법원 상고심사부 도입안은 민사소송법의 상소제도와 심급제도, 판결의 확정 등을 제대로 이해하지 못하고 만든 것이다. 특히 고등법원 상고심사부의 결정에 대하여 즉시항고를 규정하여 4심제가 되도록 한 점은 지극히 위험하다. 따라서 이 개정의견의 법률안에는 찬성할 수 없다.

위의 II. 3.에 적었듯이 대법관 수에 비하여 상고사건 수가 너무 많다면 대법관 수를 늘리거나 상고를 제한하는 것이 가장 간단하고 직접적인 대책이다. 이 단순한 길을 가지 못하여 변형된 길을 찾다 보니 무리수를 두게 되고 일반법인 민사소송법의 제도와 충돌하는 제도를 연이어 내놓게 되는 것이다. 우리나라에서 가장 쉬운 길을 당연하게 갈 수 있는 날이 오기를 바라며 글을 맺는다.

투고일 2011. 8. 11	심사완료일 2011. 9. 8	계재확정일 2011. 9. 8
-----------------	------------------	------------------

⁴⁹⁾ 2010년 민사상고사건 처리결과를 보면 10,636건 가운데 상고장각하명령으로 종결된 사건이 34건, 각하판결(사법연감에 ‘각하판결’이라고만 되어 있다. 소각하판결과 상고 각하판결을 포괄한 것인지, 소각하판결만 뜻하는 것인지 알 수 없다)로 종결된 사건이 20건이었다[2010년 사법연감 사건의 개황 [1] 20면].

참고문헌

- 오정후, “민사소송법학의 관점에서 본 ‘고등법원 상고부 도입을 위한 법원조직법 등 관련 법률의 개정안’”, **민사소송** 제9권 제2호(2005), 147면 이하.
- 호문혁, “상고제도의 목적과 상고심 부담 경감 제도”, **민사소송** 제9권 제2호(2005), 125면 이하.
- 이시윤, **신민사소송법**, 제5판, 박영사, 2009.
- 호문혁, **민사소송법**, 제9판, 법문사, 2011.
- Rüthers, Bernd, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München 2005.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17 Aufl., München 2010.
- 2009년 6월 23일 이주영 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안.
- 2010년 3월 24일 여상규 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안.
- 2010년 6월 23일 대법원 고등법원 상고심사부 설치를 위한 「상고심절차에 관한 특례법」 개정의견.
- 2010년 6월 25일 김창수 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안.
- 2011년 4월 11일 홍일표 의원 대표발의 법원조직법 일부개정법률안.
- 2005년 사법제도개혁추진위원회 ‘고등법원 상고부 도입을 위한 법원조직법 등 관련 법률의 개정안’.
- 2010년 사법연감.
- 2008년 사법연감.
- 2005년 사법연감.

[부 록]

「상고심절차에 관한 특례법」 전부개정법률안

「상고심절차에 관한 특례법」 전부를 다음과 같이 개정한다.

상고심절차에 관한 특례법

제1조(목적) 이 법은 고등법원의 상고심사절차를 규정함으로써 상고사건의 충실하고 효율적인 심리를 통하여 대법원이 법령해석의 통일 기능과 권리구제 기능을 조화롭고 원활하게 수행할 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다.

제2조(적용 범위) ① 이 법은 다음 각 호의 사건을 제외한 모든 소송의 상고사건에 적용한다.

1. 고등법원 또는 특허법원을 제1심으로 하는 사건
2. 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 형사사건
3. 대통령·국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거와 관련된 형사사건으로서 「공직선거법」 제263조, 제264조, 제265조의 규정에 의하여 당선이 무효로 될 수 있거나, 같은 법 제266조에 의하여 공무담임 등이 제한될 수 있는 사건
4. 군사법원에서 종국재판을 한 사건
5. 제2호 내지 제4호 중 어느 하나에 정한 사건과 경합범인 죄 또는 그 사건의 피고인과 공범관계에 있는 자에 대하여 병합심리로 하나의 판결이 선고된 사건

② 「민사소송법」 제422조 제2항, 「형사소송법」 제372조, 제441조의 각 규정에 따른 상고에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.

제3조(다른 법률의 적용 배제) 「민사소송법」, 「가사소송법」, 「형사소송법」, 「행정소송법」의 규정(다른 법률에 따라 준용하는 경우를 포함한다)이 이 법의 규정에 저촉되는 경우에는 이 법에 따른다.

제4조(상고이유서의 제출) ① 이 법이 적용되는 상고사건의 원심법원(이하 ‘원심법원’이라 한다)은 상고인에게 대법원규칙에서 정한 기간 내에 고등법원 상고심사부(이하 ‘상고심사부’라 한다)에 상고이유서를 제출할 것을 명하여야 한다.

- ② 제1항의 기간은 제1항에 의한 제출명령을 받은 날부터 20일 이상으로 한다.
- ③ 원심법원의 법원사무관등은 「민사소송법」 제399조 또는 「형사소송법」 제376조의 경우를 제외하고는 상고장이 제출된 날부터 14일 이내에 상고장과 제1항의 제출명령을 소송기록과 함께 상고심사부로 송부하여야 한다.
- ④ 원심법원 또는 상고심사부에 제출하는 각종 서면은 대법원규칙에서 정하는 방식으로 기재·작성하여야 한다.
- ⑤ 「형사소송법」의 규정이 적용(다른 법률에 따라 준용하는 경우를 포함한다)되는 상고사건의 경우에 제4조 제1항 이하의 규정의 적용에 있어서는 ‘상고인’ 및 ‘피상고인’은 각각 ‘상고인 또는 변호인’ 및 ‘피상고인 또는 변호인’으로 한다.

제5조(상고심사 이전의 조치) ① 상고이유서를 제출받은 상고심사부의 법원사무관등은 바로 그 부분이나 등본을 상대방에게 송달하여야 한다.

- ② 상대방은 제1항의 서면을 송달받은 날부터 10일 이내에 답변서를 제출할 수 있다.
- ③ 법원사무관등은 제2항의 답변서의 부분이나 등본을 상고인에게 송달하여야 한다.
- ④ 「형사소송법」의 규정이 적용(다른 법률에 따라 준용하는 경우를 포함한다)되는 상고사건에 대하여는 「형사소송법」 제344조를 준용한다.

제6조(상고심사) ① 상고심사부는 상고인 또는 피상고인의 심문신청이 있거나 상고심사에 필요한 경우에는 구술심문을 하여야 한다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

- 1. 상고인이 상고장에 상고이유를 기재하지 아니하고 제4조 제1항의 기간 내에 상고이유서를 제출하지도 아니한 경우. 다만 직권으로 조사할 사유가 있는 경우를 제외한다.
 - 2. 상고인이 주장한 상고이유 자체에서 적법한 상고이유를 전혀 포함하지 않은 경우
 - 3. 소송기록과 이미 제출된 서면만으로 제7조 제1항 또는 제3항의 결정을 할 것이 명백한 경우
- ② 「민사소송법」 제500조 제1항 및 제501조의 규정에 따른 집행정지 등의 신청에 대한 결정은 소송기록이 상고심사부에 있는 때에는 상고심사부가 한다.
- ③ 형사사건에 관하여 구속기간의 갱신, 구속의 취소, 보석, 구속의 집행정지와 그 정지의 취소에 대한 결정은 소송기록이 상고심사부에 있는 때에는 상고심사

부가 한다.

- ④ 제3항에 따라 상고심사부가 한 구속기간의 갱신은 상고법원이 한 것으로 본다.
- ⑤ 상고심사부 또는 상고심사부의 재판장은 상고심사에 관하여 상고법원 또는 상고법원의 재판장의 직무를 행한다.

제7조(상고심사부의 결정) ① 상고심사부는 상고이유가 없음이 명백한 경우에는 사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정을 한다. 위 결정을 할 때에는 실질적인 이유를 밝혀야 한다.

- ② 제6조 제1항 제1호의 경우에도 또한 제1항과 같다.
- ③ 상고심사부는 상고이유가 없음이 명백하지 아니한 경우에는 사건을 상고심에 보내는 결정을 한다.
- ④ 제1항과 제3항의 결정은 기일을 정하여 선고하여야 하고, 그 정본을 양쪽 당사자에게 송달한다.
- ⑤ 상고심사부가 원심법원으로부터 소송기록을 송부 받은 후 4개월 이내에 제1항 또는 제3항의 결정을 하지 않은 때에는 제3항의 결정을 한 것으로 본다. 다만 상고장이 제출될 당시 피고인이 구금되어 있는 형사소송의 상고사건에 대하여는 2개월로 한다.
- ⑥ 제3항 또는 제5항의 경우에 상고심사부는 7일 이내에 소송기록을 상고법원에 송부하여야 한다.

제8조(상고심사부의 결정에 대한 불복 등) ① 상고심사부의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 다만 제7조 제3항의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

- ② 제1항의 즉시항고의 경우에는 제7조 제6항 및 「민사소송법」 제444조, 「형사소송법」 제405조의 규정을 준용한다.
- ③ 제7조 제1항의 결정이 확정된 경우 원심판결이 확정된 것으로 본다.

제9조(즉시항고에 대한 상고법원의 심판) ① 상고법원은 제7조 제1항의 결정에 대한 즉시항고에 정당한 이유가 없는 때에는 결정으로 이를 기각하고, 그렇지 않은 경우에는 상고심절차에 따라 상고사건에 관하여 심판한다.

- ② 상고법원은 제1항의 즉시항고에 정당한 이유가 있는지 여부에 관한 심판을 상고에 정당한 이유가 있는지 여부에 관한 심판과 분리하여 먼저 시행할 수 있다. 이 경우 상고법원은 즉시항고에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에는 제7조 제1항의 결정을 취소하는 결정을 한 뒤 상고사건에 관하여 심판한다.
- ③ 제1항과 제2항의 즉시항고에 대한 상고법원의 결정에는 제7조 제4항의 규정

을 준용한다. 이 경우 상고법원은 대법원규칙에서 정하는 방법으로 선고할 수 있다.

④ 상고심사절차에서 한 소송행위와 소송대리인 또는 변호인의 선임은 상고심에서도 그 효력을 가진다.

제10조(상고장에 붙일 인지의 특례) ① 상고장에는 「민사소송 등 인지법」 제3조에서 정한 금액의 1/2에 해당하는 인지를 붙여야 한다.

② 상고심사부가 제7조 제3항의 결정을 한 경우에 상고심사부의 재판장은 상고인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 나머지 금액에 해당하는 인지를 붙일 것을 명하여야 한다.

③ 제2항의 기간 내에 인지를 붙이지 아니한 때에는 상고심사부의 재판장은 명령으로 상고장을 각하하여야 한다.

④ 제3항의 명령에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

⑤ 상고인이 제7조 제1항의 결정에 대하여 즉시항고를 한 경우에는 제2항 내지 제4항의 규정을 준용한다.

⑥ 제1항의 규정에 따른 인지액은 경제사정이 변동되거나 그밖에 특별한 사정이 있는 경우에는 이 법이 개정될 때까지 대법원규칙으로 올리거나 내릴 수 있다.

제11조(재항고에의 준용) 재항고사건에는 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 제2조 내지 제10조의 규정을 준용한다. 다만 제2조 각호의 사건을 본안으로 하는 사건의 재항고사건은 제외한다.

제12조(다른 법률의 준용 등) ① 「민사소송법」 또는 「형사소송법」의 상고에 관한 규정은 이 법에 특별한 규정이 없으면 상고심사절차에 준용한다.

② 이 법이 정한 상고심사절차와 상고심사부의 결정에 대한 즉시항고에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2011년 3월 1일부터 시행한다.

제2조(경과조치) 이 법 시행 전에 상고장·재항고장이 제출된 사건에 대하여는 종전의 예에 의한다.

<Abstract>

Zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Revisionsprüfungssenats am OLG

Oh, Jung Hoo*

Der koreanische Oberste Gerichtshof legte 2010 dem koreanischen Abgeordnetenhaus einen Gesetzesentwurf zur Einführung des Revisionsprüfungssenats am OLG vor, um den OGH zu entlasten. Der Entwurf lässt den Revisionsprüfungssenat die Revisionen ohne jegliche Erfolgsaussicht durch Beschluss verwerfen, dessen Tenor „die Sache ist nicht dem Revisionsgericht zuzusenden“ lautet. Aber dieser Nichtversendungsbeschluss ist keine Entscheidung über den Revisionsantrag, und stellt somit eine Verletzung des Justizanspruchs dar. Vom Inhalt her ist er ebenfalls problematisch, denn Revisionen ohne Erfolgsaussicht müssten als unbegründet zurückgewiesen werden. Er ist gemäß dem Entwurf beschwerdefähig, allerdings bedeutet ein Rechtsmittel gegen Entscheidung, die das Prüfungsergebnis der Revisionsgründe enthält, die Eröffnung der vierten Instanz. Der Entwurf steht mit der ZPO noch in vielen Punkten in Widerspruch, etwa die Fiktion oder unwiderlegbare Vermutung des Rechtskräftigwerdens des angefochtenen Urteils, die obligatorische mündliche Anhörung durch den Revisionsprüfungssenat, die richterliche Anordnung zur Einreichung der Revisionsbegründungsschrift. Dem Entwurf ist daher nicht zuzustimmen.

Keywords: Revisionsprüfungssenat, Entlastung, Nichtversendungsbeschluss, Vierinstanzensystem

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.