

# 確認訴訟에 관한 綜合判例研究

李 時 潤\*

## 머 리 말

形成의 訴는 法律이 明文으로 허용하는 경우에 限하여 인정하며, 履行의 訴에 있어서는 原告의 履行請求權을 問題로 삼기 때문에 履行請求權의 存在를 證明하지 않으면 履行判決을 받을 수 없기 때문에 訴訟의 對象이 되는 事案이나 그 主體에 있어서 스스로 制限을 받게 된다. 그러나 確認의 訴는 論理的으로 主體의 面에서나 對象의 面에서 아무런 制約이 없는 訴訟인 것이 特色이라 할 것인데, 그렇다고 해서 이를 無制限하게 이를 許容할 때 國家機關인 法院의 過重한 裁判上의 勞苦를 負擔하게 되고 또 私人을 不當하게 應訴시킴으로써 法律生活의 安定을 해치는 結果가 된다고 하여 무엇인가 無制限한 訴訟方途를 統制할 方案이 講究될 것이 要請된다. 바로 訴의 利益(權利保護要件)이 統制하는 구실을 한다고 할 것인데, 이 때문에 訴의 利益이 確認의 訴에 있어서 가장 많은 問題를 내포하고 있고 또 訴의 利益의 觀念이 심히 重要한 意味를 갖게 된 것이다<sup>(1)</sup>. 이와 같은 確認의 訴의 特質 때문에 判例上 問題되는 것은 主로 이를 중심으로 일어나고 있는 바인데, 이제 이에 관한 우리 大法院의 判例들을 整理分析하고 論評하여 보기로 한다.

## 2

### 1. 確認의 對象(權利保護의 資格)

判例는 한결 같이 確認의 訴의 對象은 「現在의 權利 또는 法律關係」에 관한 紛爭임을 밝히고 있는데<sup>(2)(3)</sup> 이 點에 관하여서는 學說도 아무 疑問없이 받아들이고 있음은 물론이다.

\* 서울大學校 法科大學 助教授

(1) 拙稿「確認의 訴」法政 1967年 6月號 42面.

(2) 大判 1958年 2月 12日, 大判 1960年 3月 10日, 大判 1966年 4月 26日,

(3) 確認訴訟의 訴訟物에 관하여서는 奇異하게도 新 舊訴訟物理論이 見解의 一致를 보아, 다같이 實體法上의 權利 또는 法律關係의 存否의 주장이 訴訟物이 되는 것으로, 이는 訴狀記載의 請求의 趣旨에 의하여 特定되는 것이라 한다. 다만 新訴訟物理論의 陣營中 'Habscheid의 경우에 있어서만은 所有權과 같은 絕對權에 있어서는 法律關係性質決定이 訴訟物의 要素가 되지만 債權과 같은 相對權에 있어서는 그 性質決定이 訴訟物이 要素가 아니며 따라서 10萬圓의 債權存在 確認을 求하였을 때에 法院이 이를 賣買契約으로 인정하든 不當利得으로 인정하던 무방한 것으로 본다. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 142, 153.

이와 같은 判例의 基本立場에서 먼저

(1) 大判 1960年 3月 10日 判例<sup>(4)</sup>에서는 權利關係가 아닌 事實關係의 確認은 確認의 訴의 對象이 될 수 없음을 明白히 하고 있다. 즉 同判例에서 「어느 建物이 어느 社團法人의 遺族을 收容하는 母子園임을 確認할 것을 求하는 訴訟은 權利의 存在의 確認을 구하는 것도 아니고 法律關係의 存在의 確認을 求하는 것도 아니므로 이는 確認의 訴의 對象이 될 수 없다」고 判示하였다. 理論上으로도 極히 穩當한 判例라고 생각한다.

(2) 또한 우리 判例는 確認의 對象은 現在의 權利 또는 法律關係이기 때문에 過去의 權利 또는 法律關係의 存否確認을 請求할 수 없는 것이라 하고 있다.

具體적인 事例로서 大判 1959年 2月 12日(4291년 民上 49) 判例<sup>(5)</sup>에서 「이미 抵當權의 實行으로 인하여 抹消된 抵當權設定登記로서 한 被擔保債權의 不存在確認 및 同 抵當權移轉登記로서 한 同債權의 讓渡無效確認請求는 過去의 權利 또는 法律關係의 存在에 관한 것으로서 即時確定的 利益이 없는 것이라 아니할 수 없다」고 判示하였다. 이와 類似한 判例로서 日本大審院 1942年 6月 16日 判決이 있는데<sup>(6)</sup> 그 곳에서는 「抵當權의 實行에 의하여 競賣에 붙여져 그 結果 抵當權登記가 抹消된 不動產에 대하여 그 抵當權設定契約이 無效라는 確認을 求하는 請求는 利益이 없는 것이다」라고 判示하였다. 內外國의 學說 모두 過去의 權利 또는 法律關係는 確認의 對象이 되지 아니한다고 보고 있음은 周知의 事實인데, 그 根據라면, 既判力에 의하여 確定되는 權利關係는 辯論終結當時를 基準으로 하여 그 權利關係의 存否를 確定하는 것이기 때문에 過去의 權利關係의 存否에 대하여서는 既判力이 생길 수 없다는 것과, 現在의 紛爭을 解決함에는 現在의 法律關係를 明確하게 하는 것이 보다 直接的이라 할 것으로 만일 現在의 法律關係의 前提가 되는 過去의 權利關係의 確認을 구하는 것은 迂廻적인 것이기 때문에 그 利益이 없다는 데 있는 것이다. 이와 같이 過去의 權利關係의 存否確認은 原則적으로 許容하지 않는 것이라 할 것이나, 獨逸의 Reich 法院判例이래<sup>(7)</sup>, 이 原則을 緩和하여 過去의 權利關係라 하여도 現在의 權利關係의 基礎(Grundlage)가 되는 것 이라면 確認의 對象이 될 수 있는 것이라 보고 있다. 따라서 우리의 判例에 있어서도 過去의 賣買契約無效確認의 請求의 趣旨는 실질상 現在 그 賣買에 基한 債權債務가 存在하지 않는다는 것의 確認의 趣旨를 簡潔하게 表現한 것이라 善解하여 釋明시켜 審判할 수 있을 것이라는 日本의 大審院判例의 立場<sup>(8)</sup>을 踏襲하여 다음과 같은 判例를 내고 있다.

(a) 大判 1964年 9月 30日(64 다 499)에서는 「確認의 訴는 現在의 法律關係를 즉시 確

(4) 大法院判決集 8卷 民事 30面.

(5) 大法院判決集 7卷 民事 30面.

(6) 第一法規社刊 判例體系 民事訴訟法 第一審訴訟節次 272面.

(7) RGZ 107, 305, RG 1935, S 2176.

(8) 日本大審院 1935年 12月 10日 (日本大審院民事判例集 10卷 2077面).

認할 利益이 있는 경우에 한하여 인정하고 있다 할 것이나 過去에 賣買契約이 締結한 事實 이 있음을 確認한다는 訴를 提起한 경우 특별한 사정이 없는 한 過去에 賣買契約이 締結되었으므로 인하여 現在에 債權債務關係가 存在한다는 것을 確認해 달라는 趣旨로 볼 수 있으므로 確認의 訴로서 權利保護의 利益이 있다 할 것이다」라고 判示하였다.

(b) 大判 1966年 3月 15日(66 다 17)<sup>(9)</sup> 判例은 「原告의 請求趣旨가 賣買契約無效確認을 구함에 있으나 原告의 訴旨는 현재 原被告 사이에 본건 不動產賣買契約이 存在하지 아니함을 주장하여 現在의 法律關係의 不存在를 주장하는 취지이므로 原審은 마땅히 原告에 대하여 尙상 不動產賣買契約關係의 不存在確認을 구함에 있는가를 釋明審理하여야 할 것인데 불구하고 單연히 本訴를 却下하였음은 原告의 本訴請求趣旨를 잘못 이해하여 審理를 다하지 않은 違法이 있다」고 判示하였다.

이와 같이 過去의 權利關係는 確認의 對象이 되지 아니함을 보아왔는데<sup>(10)</sup>, 이 뿐만 아니라 將來의 法律關係에 대하여서도 現在 確認을 구할 利益이 없는 까닭에 確認의 對象이 될 수 없는 것이라고 하고 있다. 이에 관한 우리의 判例은 아직 發見한 바 없으나 獨逸의 判例에 있어서는 相續開始前에 相續權存否確認請求나 遺言者生前에 遺言無效確認請求<sup>(11)</sup>는 許容될 수 없는 것이라고 하고 있다. 그리고 일찌기 朝鮮高等法院 1927年 3月 17日 判例에서는 保證金으로 擔保된 債務가 存在하는 限 保證金返還債權의 存在確認請求는 許容될 수 없는 것이라 하였다. 또한 日本最高裁判所도 遺言者가 生前에 提起하는 遺言無效確認의 訴는 遺言者와 受贈者와의 사이에 아직 아무런 法律關係도 存在하지 않는 것이기 때문에 許容될 수 없는 것이라 判示하고 있다<sup>(12)</sup>.

(3) 確認의 對象은 現在의 權利 또는 法律關係라 할 것이지만 具體的인 權利 또는 法律關係일 것을 요하며 따라서 具體的인 事件을 떠나 抽象的으로 法律·命令의 效力을 다투는 것은 許容되지 아니하는 것으로 보고 있다. 일찌기 日本의 最高裁判所는 抽象的으로 法律命令이 憲法에 適合하느냐의 與否에 관하여서는 訴의 對象이 되지 아니하는 것으로 判示하였다<sup>(13)</sup>. 우리 大法院判例에 있어서도<sup>(14)</sup>, 大統領令自體의 效力을 다투는 訴訟에 있어서 大統領令은

(9) 大法院判決 集 14卷 1集 121面.

(10) 日本最高裁判所 1955年 9月 13日 判決에서는 相續拋棄無效確認의 請求는 過去의 權利關係의 確認請求라 하며 不適法한 것으로 判示하였다. 다만 우리 大法院 1966年 12月 27日 (66므26)에서는 相續拋棄無效確認請求를 過去의 權利關係인가 與否로 다루지 않고, 檢事를 당사자로 하는 訴訟은 民法과 人事訴訟法에 특히 提定하고 있는 경우에만 許容할 것인 바 相續拋棄無效確認請求는 檢事를 상대로 하여 訴訟을 提起할 수 있는 規定이 없으므로 이는 不適法하다고 判示한데 그쳤다.

(11) RG 92, 9aF; Köln州 高等法院 2 w 1930, 2064.

(12) 日本最高裁判所 1956年 10月 4日 判例, 最高裁判所民事判例集 10卷 1229面.

(13) 日最高裁判所 1952年 10月 8日 (最高裁判所民事判例集 6卷 783面):

(14) 大判 1954年 8月 19日(4286年 行上 37號) 大法院行政判例集 179面.

法令의 效力을 가지는 것으로 그에 관한 利害關係者가 그 具體的事實과 理由를 들어서 그 命令의 效力을 다투는 것은 別問題이나 命令自體의 效力만을 다투는 것은 그 內容의 適法與否를 論할 것 없이 訴訟의 目的이 될 수 없는 것이라 判示하고 있다. 正當한 判例라고 생각된다.

(4) 裁判上和解無效確認의 訴에 관한 判例 우리 大法院은 當初 (1) 1955年 9月 15日 判例에서 「裁判上和解는 訴訟當事者가 相互讓步하여 訴訟物인 權利 또는 法律關係에 관한 紛爭을 中止하는 私法上의 契約인 同時에 訴訟을 終了할 것을 目的으로 하는 訴訟法上의 合意라 할 것이다. 그러므로 和解條項이 調書에 記載된 때에 그 效力이 訴訟上, 確定判決과 同一한 效力이 있다 하여도 私法上 無效 또는 取消의 事由가 있을 때에는 確定判決과 달라서 訴訟法上 效力도 當然 無效이거나 그 效力을 喪失하는 것이라 아니할 수 없다. 따라서 和解가 成立되어 終了된 訴訟事件에 관하여 期日指定申立으로써 審理判斷을 받을 수 있는 경우라도 別訴로서 그 無效確認 또는 無效乃至 失效를 原因으로 하는 給付訴訟을 할 수 있다고 아니할 수 없다」고 하고, (2) 大判 1959年 9月 24日(4391年 民上 318號)<sup>(15)</sup>에서도 「和解를 調書에 記載하면 그 記載가 確定判決과 同一한 效力이 有함은 民事訴訟法 203條(舊法)에 規定한 바와 如하나 訴訟提起前에 地方法院(單獨判事)에서 한 和解는 純全히 私法上의 契約인 性質을 가지는 것으로 私法上의 無效原因이 있는 경우에는 同和解는 當然無效이므로 私法上의 無效原因이 있는 限에는 同時에 民事訴訟法 第421條(舊法) 第1項所定の 再審事由에 해당여부를 不問하고 該和解는 再審의 訴에 의해 取消를 기다리지 않고 法律上 當然無效라 할 것이니 必要한 경우에는 별도로 獨立의 訴를 提起하여 主張함은 別論이거나 再審의 訴는 許容되지 않는다고 解釋함이 妥當하고…」라고 判示하여 오다가, 大判 1962年 2月 15日(4294年 民上 914號)<sup>(16)</sup>의 判例에 이르러 從前의 立場을 變更하여 「裁判上和解를 調書에 記載한 때에는 그 調書는 確定判決과 同一한 效力이 생기는 것이므로 再審의 訴에 의하여 取消 또는 變更이 없는 限 當事者는 和解의 趣旨에 반하는 主張을 할 수 없다 할 것이다. 이 點에 관하여 本院의 判例(4288年 民上 229判決 1955年 9月 14日 宣告, 4290年 民上 638判決 1957年 12月 26日 宣告)는 이를 變更하는 바이다」고 判示하였으며 그 뒤에 오늘에 이르기까지 이 立場을 堅持하여 오고 있는데, 特히 和解無效確認의 訴에 관하여 (1) 大判 1962年 2月 29日(4294年 民上 336號)<sup>(17)</sup> 判例에 의하면 「…原審이 認容한 第一審判決에 의하면 既存墓土가 아님에도 不拘하고 墓位土라고 인정하였음은 強行法規인 農地改革法에 違反되어 當然히 無效라는 前提下에 原告의 法廷和解無效確認請求를 認容하였다. 그러나 法廷에서의 訴訟當事者間의 和解는 이것을 調書에 記載하므로써 確定判決과 같은 效力이 있게 되므로 위

(15) 大法院判決集 7卷 民事 223—224面.

(16) 大法院判決集 10卷 1集 民事 292面.

(17) 同 10卷 1集 民事 154面.

의 法廷和解의 效力은 判決의 當然無效가 없는 限 再審의 方法으로써만 다룰 수 있는 것이 本院 從前의 判例의 趣旨인 바(1962. 2. 15 宣告 4294 年 民上 194 判決)本件에 있어서 葛位士가 아님에도 不拘하고 葛位士라는 法廷和解를 하였다 하여도 이것이 判決의 當然無效의 事由에 해당한다고 할 수 없음에도 不拘하고 再審의 訴에 의하지 아니하는 原告의 請求를 認容한 第一審判決을 原審이 認容하였음은 法廷和解의 效力에 대한 法理를 誤解한 違法이 있다 아니할 수 없다」고 하고 (2) 大判 1962 年 6 月 12 日(4294 年 民上 1602 號)<sup>(18)</sup>判例에서는 「생각 전대 和解를 調書에 記載한 때에는 그 調書는 確定判決과 같은 效力이 있으므로 私法上의 和解契約의 無效나 取消의 主張은 和解調書의 既判力에 의하여 遮斷될 뿐 아니라 和解調書의 效力은 再審의 訴에 의하여서만 다룰 수 있을 따름이요 獨立된 和解無效確認의 訴나 期日指定申請에 의하여 그 無效를 주장할 수 없다고 解釋함이 本院의 判例로 하는 바이다. 그러므로 原告의 本件和解無效確認의 請求는 裁判上 和解가 가지는 既判力에 牴觸되는 主張으로 權利保護의 必要가 없는 것이며…」라고 判示하기에 이르렀다. 이들 一聯의 判例들을 要約해 보면 大法院은 最初에 裁判上의 和解의 性質에 관하여 訴訟當事者가 相互讓步하여 訴訟物인 權利 또는 法律關係에 관한 紛爭을 申止하는 私法上의 契約인 同時에 訴訟을 終了할 것을 目的으로 하는 訴訟法上의 合意라 하여 裁判上의 和解에는 私法上의 契約과 訴訟法上의 契約인 두가지 性質을 保有하는 것이라는 이른바 兩行爲併存說에 立脚하여 있으면서 提訴前和解에 관하여서는 純全히 私法上의 契約인 性質을 가진 것이라 하여 이른바 私法行爲說을 좇은 바 있다. 따라서 裁判上의 和解에 實體法上 無效 또는 取消의 事由가 있을 때에는 그 效力은 當然無效에 歸着하여 別訴로서 和解無效確認의 訴로 提起할 수 있는 것이라 하였다. 그러다가 大判 1962 年 2 月 15 日부터는 이러한 立場을 變更하여 訴訟上和解이건 提訴前和解이건 막론하고 裁判上의 和解가 成立되어 和解調書가 作成되면 既判力있는 確定判決과 같아져 아무리 그에 實體法上 無效 또는 取消의 事由가 있다 하여도 이의 主張은 既判力에 의하여 遮斷될 뿐 아니라 和解調書의 效力은 再審에 의하여서만 다룰 수 있을 따름이요 獨立된 和解無效確認의 訴를 提起하여 無效로 다룸은 權利保護必要가 없다고 한 것이다. 다만 裁判上和解에 判決의 當然無效事由와 같은 것이 있을 때는 그 無效確認의 訴를 提起할 수 있는 것 같은 態度를 보이고 있다.

이와 같이 判例가 和解無效確認의 訴를 原則적으로 提起할 수 없는 것이라 한 立場이 果然 理論上 妥當하다 할 수 있을 것인가. 이는 결국 裁判上和解의 本質을 裁判과 같은 訴訟行爲라 볼 것인가 아니면 私法上의 和解契約도 것들인 兩行爲의 競合 내지는 併存된 것이라 할 것인가, 純粹한 私法上의 和解契約이라 할 것인가에 歸着되는 問題라 할 것이다. 裁判과 같은 訴訟行爲로 보는 限에는 실사 民事訴訟法 431 條에서 和解에 대한 準再審의 制度를 인정

(18) 同 10 卷 2 集 民事 307, 309 面.

하고 있지 않다 하더라도 和解無效確認의 請求는 許容되지 않는다 할 것이다. 왜냐하면 아직 우리의 判例는 없으나 日本判例에서 보여 주는 바와 같이 원래 押留命令이나 轉付命令<sup>(19)</sup> 따위나 強制執行<sup>(20)</sup> 따위의 裁判의 無效確認은 許容되지 않기 때문이다. 問題는 裁判上 和解를 訴訟行爲라 보기에는 여러가지의 理論上 無理가 있다는데 있다<sup>(21)</sup>.

생각컨대 和解의 本質이 國家機關인 法院에 의한 公的인 紛爭解決方式이라기 보다 當事者의 自主的인 紛爭解決方式이라는데 있다는 點이다. 訴訟行爲라 한다면 瑕疵있는 和解에 대한 救濟方法은 再審의 方法 밖에 없다 할 것인데 원래 現行 再審節次는 判決에서 생길 수 있는 瑕疵만을 眼中에 두고 規定하였다는 點, 訴訟行爲라 할 때 和解調書에 필연적으로 既判力을 인정하게 되는데 이때 和解調書의 既判力의 客觀的範圍는 判決의 그것이상으로 擴大된다는 點, 裁判上和解에 관하여 우리와 거의 類似한 法制인 獨逸이나 日本의 判例나 多數說이 和解의 本質을 아직도 訴訟行爲라고 斷定하는데 주저하고 있다는 點을 考慮한다면 現在의 大法院의 判例에 대하여 못내 疑心가는 바가 있다<sup>(22)</sup>.

## 2. 確認의 利益

### (1) 確認의 利益의 概念에 관한 判例

(a) 大判 1956年 12月 20日(4288年 民上 399號)<sup>(23)</sup> 判例에서는 「私法上 法律關係의 存否에 관한 爭議가 있어서 私法上 其他 法律上地位에 危險이 現存하므로 確定判決에 의하여 除去하여야 할 利益이 있는 경우에 한하여 許容되는 것이다」라고 하여 確認의 利益을 定義하고, 確認의 訴에 있어서 確認의 利益이 있어야 함을 判示하고 있다. 確認의 利益에 관하여서는 우리 民事訴訟法이나 日本 民事訴訟法에서는 아무런 規定을 두지 않고 있고 우리 法이나 日本法의 母法이 되는 獨逸民事訴訟法 256條에서 即時確定할 法律上의 利益(ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung) 즉 確認의 利益을 規定하고 있는데, 日本法이나 우리法에서 이를 解釋論上 導入한 것이며, 우리 判例도 確認의 訴에 있어서 이를 받아들였다는 것은 極히 當然한 것이라 하겠다. 그러나 確認의 利益의 概念定義는 보통 原告의 法律上의 地位에 不安 危險이 發生하였을 때 이를 除去하기 위하여서는 判決에 의하여

(19) 日本大審院 1914年 4月 5日 大審院民事裁判錄 19卷 211面.

(20) 日最高裁判所 1959年 9月 22日 (最高裁判所民事判例集 13卷 1467面).

(21) 拙稿 서울大學校法學 7卷 1號 102面—105面 所收「裁判上和解」

(22) 大判 1965年 3月 2日 (64 다 1514, 大法院民事判例集 Ⅱ(下) 805, 806)의 判例에서는 「和解條項自體로서 일정한 경우에 그 和解의 效力을 喪失시킬 수 있는 條件이 있을 때에는 그 條件成就로써 그 和解效力은 당연히 失效된다 할 것이며 그 失效의 主張은 再審에 의한 判決에 의하지 아니하고서도 當事者는 언제나 訴訟外에서도 주장할 수 있다고 解釋하여야 할 것이다」라고 判示하였는데 이 判例가 既存의 大法院判例와 矛盾되지 않는 兩立할 수 있는 判例인가는 하는데 疑問이 있으며, 既存의 判例立場에 多少 懷疑를 품고 修正方向을 模索한 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

(23) 大法院民事判例集 I 935面.

(24) Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozessrecht, S. 202.

確定받는 것이 有效·適切한 手段인 때 確認의 利益이 있는 것이라 본다<sup>(24)</sup>. 그렇다면 本判例의 概念定義에서 趣旨는 沒却하고 있지 아니하나 正鵠을 기하였다 보기는 어려운 것이다.

(b) 大判 1966年 4月 26日(65 누 133)<sup>(25)</sup>判例에서는 「確認訴訟은 請求의 內容인 權利關係의 存否에 관하여 原告가 即時 確定을 받아야 할 法律上의 利益 내지 必要가 있는 경우에 한하여 許容되는 것이며, 法律的關聯이 없는 단순한 事實的·經濟的關聯性이 있다는 事由만 으로서는 確認의 利益이 없으므로 確認訴訟을 제기할 수 없다」고 하여, 確認의 利益이란 即時 確定을 받아야 할 法律上의 利益이고 事實的經濟的의 利益이 아님을 判示하고 있다. 이 判例는 確認의 利益의 根源이 되는 獨逸民事訴訟法 256條의 「即時確定의 法律上의 利益」의 明文에 充實한 解釋이라 할 것인데 日本에서도 그 類例를 찾아볼 수 없는 重要한 意義를 가진 判例이다. 그러나 獨逸의 學說은 이를 반드시 明文의 文理에 따라 法律上의 利益에 局限시켜 볼 것이 아니라 널리 經濟的인 科學的인 利益(nur nicht wirtschaftliches, wissenschaftliches Interesse usw) 등을 包含시켜 解釋할 것이라 하며<sup>(26)</sup>, 同國判例에 있어서도 「法律的不安으로 말미암아 原告의 經濟的活動의 自由가 侵害될 때」에도 即時確定의 利益이 있는 것이라고 보고 있다<sup>(27)</sup>. 이러한 觀點에서 이 大法院判例의 妥當性에 대하여 疑問의 餘地가 있지 않다.

(2) 原告의 法的地位의 危險 또는 不安이 있어야 한다는 例.

(a) 大判 1956年 10月 27日(4289年 民上 329號)判例는 「원래 所有權確認訴訟은 事實上 所有權을 否認하고 이에 牴觸되는 權利를 주장하는 者에 대하여 即時 所有權을 確定할 利益이 있는 限 이를 請求할 수 있는 것이고 반드시 前主에 대하여서만 提訴할 수 있는 것이 아니다」<sup>(28)</sup>라고 判示하여 所有權確認請求는 相對方이 所有權을 否認하고 이에 牴觸되는 權利를 주장하여 所有權者에 法律上의 不安이 發生한 때 確認의 利益이 있는 것이라 하였다.

(b) 大判 1963年 3月 21日(62 다 821)<sup>(29)</sup>判例에서는 「自己的 權利 또는 法律上의 地位가 他人으로부터 否認當하거나 또는 그와 牴觸되는 主張을 당하므로써 威脅을 받거나 妨害를 받는 경우에는 그 他人을 상대로 그 權利 또는 法律關係의 確認을 구하는 利益이 있다 할 수 있는 것이다. 原告들의 本訴請求의 要旨는 原告들은 財團法人 大韓에수教長老會全南老會 維持財團의 理事로 在職하였던 바 위 財團法人 臨時總會 위 全南老會의 決議에 의하여 退任 또는 解任되었고 被告들은 위 財團法人에 理事全員이 缺員되었다 造作하여 光州 地方法院으로부터 臨時理事로 選定되었으나 위 각 決議는 無效이므로 被告들을 상대로 위 각 決議의 無效確認請求등을 하기 위하여 本訴에 이르렀다는 것인 바 原告의 主張 자체에 의하면 本

(25) 大法院判決集 14卷 1集 行政 75面.

(26) Lent-Jauring, Zivilprozessrecht, S. 97; Schönke-Schröder-Niese, aa OS. 203.

(27) RG JW 1938 S. 1729; BGH ZJP 67 S. 293.

(28) 大法院判例集(이하 判例集) I 931面.

(29) 大法院判決集(이하 判決集) 11卷 1集 民事 198面.

件에 있어 被告들의 法律上の 地位과 兩立할 수 없는 地位에 있어 原告들의 法律上の 地位를 否定하는 경우이므로 權利 또는 法律關係의 確認을 구하는 利益이 있는 경우에 해당되는데 불구하고……」라고 判示하여 自己의 權利 또는 法律上の 地位가 他人으로부터 否認當하거나 또는 그와 牴觸되는 主張을 당하므로써 威脅을 받거나 妨害받는 경우와 같은 法律上の 地位에 不安·危險이 있는 경우에 確認의 利益이 있는 것이라 하였다.

(c) 大判 1965年 11月 16日(64나 241)<sup>(30)</sup> 判例은 「…被告는 本件訴訟에 있어서 參加人이 參加申請을 하기 전부터 本件係爭家屋이 參加人의 所有이므로 原告에게 明渡할 수 없다고 抗爭하여 왔을 뿐 아니라 參加申請이후에도 參加人의 主張을 是認하고 이를 利益으로 援用하고 있음이 明白하므로 參加人의 被告에 대한 所有權確認의 請求는 確認의 利益이 없는 것으로…」라고 判示하여 所有權確認請求에 있어서 被告가 이를 다투지 않고 是認하는 때는 法律上の 地位에 不安이 없는 것이므로 確認의 利益이 없다고 判示하였다.

(3) 不安除去에 有效·適切한 手段인가 與否에 관한 判例.

(a) 大判 1956年 12月 22日(4288年 民上: 799)는 「戶籍上 記載事項으로서 身分關係의 變動을 招來하는 事項에 대하여서는 이에 관한 確定判決이 없는 限 이를 變動하거나 그 申告自體만의 無效를 주장할 수 없는 것이다. 따라서 身分關係의 變動을 招來하는 親子關係不存在 또는 戶主相續回復등을 認容한 確定判決을 받아 戶籍上 必要한 訂正을 할 수 있으므로 申告自體의 無效確認請求는 失當하다 하지 않을 수 없다」고 하고,

(b) 같은 大判 1956年 12月 22日 判例에서 被告가 原告의 亡父의 實子로 戶籍上 登載되어 있기 때문에 原告의 戶主相續權을 侵害할 危險이 있어서 이를 除去하려 할 때에는 被告가 原告亡父의 實子가 아니라는 訴를 提起하는 것이 適切할 것인대도 불구하고 被告가 他者의 出生子임을 確認하는 請求를 함은 確認의 利益이 없는 것이라 하였다.

(c) 大判 1965年 5月 25日(65나 256)<sup>(31)</sup> 判例에서 「確認의 訴에 있어서 特단의 사유가 없는 限 原告는 相對方의 所有權의 消極的確認을 請求할 것이 아니라 自己의 所有權의 積極的確認을 請求함이 필요하다 할 것이다」라고 하였다<sup>(32)</sup>.

이들 세 判例가 確認判決을 받아 보아야 紛爭解決에 별로 도움을 줄 수 없고, 보다 拔本塞源의인 解決手段이 있음에도 불구하고 이를 講究하지 않고 中途半端의인 確認을 求하는 것이라 하여 確認의 利益이 없는 判示한 例이다<sup>(33)</sup>.

(30) 判例集 Ⅲ(下) 1183面, 1184面.

(31) 判決集 Ⅲ(下) 890面.

(32) 同旨 日本大審院 1933年 11月 7日 日本 大審院民事判例集 12卷 2691面.

(33) 우리 判例에는 아직 發見되지 아니하나 履行의 訴訟을 提起할 수 있는 경우 確認의 訴를 提起한 경우 確認의 利益이 있다 할 것인가. 이에 관하여서는 日本의 判例와 學說은 確認의 利益이 없다는 消極說과 그 利益이 있다는 積極說로 가려 있는데 (詳細는 菊井維大一村松俊夫 民事訴訟法 Ⅱ 47, 48面 참조), 近者의 兩西獨의 學說이나 判例(BGH LMNr, 4 zu § 209 BEG)는 確認의 訴나 履行의 訴가 그 目的하는 바가 같은 때는 確認의 利益이 없다 할 것이나, 現在 進行



(4) 獨立當事者參加와 確認의 利益 大判 1965年 11月 16日(64타241)判例는 「獨立當事者參加에 있어서는 原·被告·參加人 三當事者 사이에서 서로 對立하는 權利 또는 法律關係를 하나의 判決로서 서로 矛盾없이 一擧에 解決하려는 것이므로 參加人은 參加하려는 訴訟의 原告나 被告에 대하여 각 別個의 請求가 있어야 하고 또 形式上 別個의 請求가 있다 하더라도 그 어느 한 便에 대한 請求가 訴訟上의 利益이 없는 경우에는 獨立當事者參加가 不適當한 것이라 아니할 수 없다」고 判示하여 參加人의 從前 兩當事者중 어느 한 便에 대한 請求라도 訴의 利益 特別히 確認의 利益이 없으면 獨立參加全體가 不適當하며 따라서 參加申請을 却下할 것이라 하였다<sup>(34)</sup>.

### 3. 確認의 訴와 當事者適格

(1) 確認의 訴의 正當한 當事者 大判 1960年 11月 24日(4290年 民上 827)判例<sup>(35)</sup>에서는 「民事訴訟에 있어서 正當한 當事者라 함은 一般的으로 訴訟物인 權利關係의 存否確定에 관한 法律上의 利害對立者를 指稱하는 것으로서 確認의 訴에 있어서 正當한 原告라 함은 그 請求에 관하여 確認의 利益을 가지는 자이며 正當한 被告라 함은 原告로 하여금 確認請求를 必要로 하게 하는 對立當事者를 말하는 것이다. 따라서 本件決議無效確認訴訟에 있어서 原告되는 帶妻僧에 對立하여 本件決議가 有效함을 다투는 比丘僧側代表 5名만을 被告로 하면 足하고 原告가 確認請求를 必要로 하지 않은 自己側代表 5名까지도 包含하여 被告로 삼을 必要가 없다」라 하였다. 원래 確認의 利益은 確認의 訴의 當事者適格과 表裏一體의 관계에 있으며 따라서 確認의 訴에 있어서의 當事者適格은 確認의 利益과의 관계에서 결정된다<sup>(36)</sup>. 本判例가 確認의 利益과의 관계에서 正當한 當事者의 概念定義를 한 것은 極히 正當한 것이라 하겠다.

(2) 權利關係의 第三者와 當事者適格 大判 1953年 5月 5日(4285年 民上 186)判例<sup>(37)</sup>에서는 「職權으로 本訴請求의 適否를 審按하여 原告로부터 이미 本件家屋을 他에 賣渡하여 家屋臺帳에 그 所有名義를 變更하였을 뿐더러 그 讓受人이 所有權保存登記를 거쳤으므로 이 경우에 讓渡人인 原告는 所有權을 주장할 수 없으므로 特別한 事情이 없는 限 原告는 그 所有權確定을 구할 利益이 없는 것이다」라고 判示하였다. 이 判例는 두가지 面에서 注目에 값간다. 그 하나는 確認의 利益이 職權調查事項임을 暗示하고, 다른 하나는 係爭權利關係

中인 確認의 訴가 履行의 訴보다도 단결 單純하고 費用이 低廉하게 들거나 또는 이보다 訴訟資料를 보다 充實히 蒐集提出할 수 있는 경우에는 確認의 利益이 있는 것으로 본다. Lent-Jauring, aaOS, 98.

(34) 同旨 1966年 3月 29日 (66타 222, 227), 本判例의 當否에 관하여서는 拙稿 「獨立參加에 관한 綜合判例研究」 司法行政 1967年 12月號 참조.

(35) 判決集 8卷 188面, 189面.

(36) 三ヶ月章, 民事訴訟法 65面; 菊井維大, 村松俊夫 前掲書 46面.

(37) 判例集 I 115面.

의 主體가 아닌 限 第三者는 原則적으로 確認의 訴의 當事者適格이 없다는 것이다. 그러나 確認의 對象이 되는 權利關係는 반드시 當事者間의 權利關係에 限定되는 것이 아니고 第三者에 대한 權利의 存否라도 當事者의 立場에서 確認의 利益이 있는 限 確認의 對象으로 할 수 있다는 것은 이미 確立된 内外國의 學說이며 外國의 判例이다. 그럼에도 불구하고 審理結果 當事者自己의 權利關係를 다투는 것이 아니라면 確認의 利益이 없는 것으로 判斷하였음은 確認의 訴에 대한 當事者適格의 理論을 誤解한 것으로 解釋할 수 밖에 없다.

### (3) 人事訴訟과 當事者適格

(a) 大判 1946年 3月 5日(1946年 民上 194)判例<sup>(38)</sup>에서는 「身分關係는 親族法 및 相續法上의 權利義務에 重大한 影響을 미치는 것이므로 第三者가 死後養子無效確認의 訴訟을 提起함에 있어서는 반드시 이로 인하여 直接權利를 取得하거나 義務를 負擔할 者에 限하지 않을 수 없다.

(b) 그러나 大判 1964年 6月 23日(64 다 3)의 判例<sup>(39)</sup>에서는 「夫妻關係存在確認의 訴에 있어서 確認의 利益은 財產上의 訴訟에 있어서와 같이 嚴格하게 解釋할 필요가 없고 적어도 第三者가 當事者의 一方(生存한 當事者 또는 死亡한 夫妻의 一方)과 親族關係를 가지고 있는 이상 일단 確認의 利益이 있는 것으로 推定함이 妥當하다」

(c) 大判 1966年 7月 26日(66 다 11)判例에서<sup>(40)</sup>는 「第三者가 親子關係不存在確認을 求하려면 단순히 當事者와 親族關係에 있다는 것만으로 不足하고 親子關係의 不存在로 因하여 第三者가 特定한 權利를 갖게 되거나 特定한 義務를 免除하게 되는 등의 利害關係가 있음은 필요하다 할 것이며 이와 같은 利害關係가 없는 限 確認의 利益이 없다 할 것이다」

이 세 判決例중 問題는 (b)의 判例인 夫妻關係存在確認請求인데, 이와 같은 人事訴訟에 있어서 確認의 利益을 財產權上의 請求에 비하여 넓게 解釋하고 따라서 第三者가 當事자인 夫妻와 親族關係있으면 當事者適格이 있다 推定할 것이라는 解釋이 과연 穩當하다 할 것인가. 원래 身分權上의 法律關係는 財產權上의 法律關係와는 달리 法的的安全性을 要하고 이의 變動은 親族法이나 相續法上 重大한 影響을 미치는 것이며 따라서 이의 訴訟關係인 人事訴訟關係에 있어서는 主로 이를 形成의 訴로 하여 提訴權者와 提訴期間을 限定하여 놓고 있으며 거왕에 訴訟이 된 경우에는 다시 앞으로 되풀이 되는 일이 없도록 劃一的인 紛爭의 解決을 위하여 判決에 對世的效力을 認定하고 있는 것이다(人訴 32條). 이와 같은 身分上의 法律關係의 特質 때문에 그 訴訟關係가 形成의 訴이던 確認의 訴이건 막론하고 第三者와 訴訟에 의한 이러한 法律關係의 干涉을 되도록 禁止하는 것이 지금까지의 内外國의 判例의 態度였다<sup>(41)</sup>. 그

(38) 서울大學校法學研究所刊「주석 한국판례집」民事法 I 209面.

(39) 判決集 12卷 1集 182面.

(40) 判決集 14卷 2集 215面.

(41) 日本大審院 1928年 10月 21日 判決에서는 「離婚無效確認의 訴에 있어서 第三者는 法律上 許容되는 경우가 아니면 訴訟實施의 適格이 없다」고 한 것은 這般의 事情을 適切히 判示한 것이다. 判例體系 民事訴訟法 第一審認認節次 346面.

럼에도 불구하고 本判例에서 當事者適格者를 財産權上의 訴訟에 있어서도 보다 擴張하여 解釋하는 것은 理論上 納得할 수 없는 일이며 理論을 無視한 채 具體的 妥當性만을 살리려고 無理를 犯한 政策判決이 아닌가 생각된다.

## 5

앞에서는 一般確認訴訟에 있어서의 判例들을 整理하여 論評하여 보았는데, 이제 特殊確認訴訟에 있어서의 判例들을 一瞥分析하여 보기로 한다.

### 1. 證書眞否確認의 訴

(1) 書面의 眞否의 意義 大判 1967年 3月 21日(66 다 2154)判例<sup>(42)</sup>에서 「民事訴訟法 第228條에서 말하는 書面의 眞否라 함은 書面作成名義者에 의하여 作成되었느냐의 여부에 관한 것이며 書面に 記載된 內容이 客觀的 眞實에 合致하느냐에 관한 것이 아니다」라고 判示하였다. 이와 같이 書面의 眞否는 作成名義者의 眞否를 가리키는 것이고 內容의 眞否를 뜻하는 것이 아님을 判示하고 있다. 이는 日本最高裁判所 1953年 11月 20日<sup>(43)</sup>의 判例와 그 趣旨를 같이 하고 있으며 또한 獨逸이나 日本에 있어서도 有力說로 되어 있다<sup>(44)</sup>. 따라서 本判例는 外國의 判例와 有力說의 立場을 代表한 것이다 하겠다.

(2) 確認의 對象 같은 判例인 大判 1967年 3月 21日(66 다 21 54)에서는 「證書眞否確認의 訴의 對象이 되는 書面은 直接 法律關係를 證明하는 書面に 限한다 할 것인 바 貸借對照表나 會計決算報告書는 營業財産狀態를 밝힌 帳簿이거나 營業財産의 損益關係를 밝힌 報告文書에 지나지 않고, 組合員入金一覽表는 金額을 拂入하였다는 것을 記載確認한 것에 그치며 어디까지나 直接 法律關係를 證明하는 書面이 아니므로 證書眞否確認의 對象이 되지 아니 한다」고 하여, 이러한 訴訟의 對象은 直接 法律關係를 證明하는 書面に 限하고, 貸借對照表나 會計決算報告書와 같은 報告文書, 組合員入金一覽表 따위의 確認文書는 그 對象이 아님을 判示하고 있다. 원래 證書眞否確認의 對象은 어음·手票나 貨物相換證과 같은 有價證券이나 借用證書, 買賣契約書 따위를 가리킨다. 債務를 인정하고 支給을 延期해달라고 記載한 確認文書나 「受取人이 不在人으로 發信人에게 返戻한다」는 따위<sup>(45)</sup>의 報告文書는 이에 해당하지 않는다고 보는 것이 通說이다<sup>(46)</sup>. 이렇게 본다면 本判例는 理論上 別로 疑問되는 바 없다 할 것이다.

(42) 判決集 15卷 1集 233面.

(43) 日本最高裁判所 民事判例集 6卷 1004面.

(44) Schönke, aa OS. 202; 菊井一村松, 前掲書 52面, 方順元大法院判事は 「書面의 眞否라 함은 그 書面이 特定人의 意思에 의하여 作成한 것인가의 事實의 確認」이라고 말했었는데, 明白히는 않지만 判例와 趣旨가 같은 見解가 아닌가 싶다. 方順元民事訴訟講義 223面.

(45) 日最高裁判所 1953年 10月 15日, 日最高裁判所民事判例集 17卷 1083面.

(46) 兼子一, 體系民事訴訟法 1517面; 菊井維大一村松俊夫, 前掲書 52面.

## 2. 親子關係不在確認의 訴<sup>(47)</sup>

大判 1959年 5月 14日(4291年 民上 395)<sup>(48)</sup>判例은 「妻가 自己의 出生子가 아니고 夫와 他女와의 사이에 出生한 者를 妻의 子로 戶籍上 届出한 子에 대하여 自己의 實子가 아니고 庶子인 確認을 訴求하는 訴는 民法 第 825條 및 人事訴訟法 第 29條(舊法)에 嫡出子否認訴訟 즉 妻가 그 婚姻中에 妊娠한 子에 대하여 妻의 夫가 嫡出子 즉 自己의 子가 아니라고 父子의 關係를 否認하는 訴訟과는 全히 그 性質을 달리하는 것으로 그 訴에 관한 提訴期間의 制限을 받지 아니하며 親子關係의 不存在確認의 訴의 一種으로서 法律上 確認할 利益이 있는 것이다」라고 判示하고 있다. 비록 舊法關係의 判例이나 舊法과 法制를 같이 하는 現行法에 있어서도 같은 解釋이 可能하다 할 것이며 新民法 846條의 親生否認의 訴의 性質과 一般親子關係不存在確認의 訴와의 性質上의 差異를 잘 說示한 興味있는 判例라 하겠다.

## 3. 行政處分無效確認의 訴와 訴願前置

大判 1961年 10月 26日 判例<sup>(49)</sup>에서는 「行政處分이 無效인 경우는 特히 權限있는 機關에 의한 無效確認을 기다릴 필요없이 누구든지 無效로 주장할 수 있는 것이고 訴願 또는 訴請을 하지 아니하였다 하여도 有效라고 取扱할 合理的인 根據가 없으므로 訴願前置의 原則은 行政處分의 無效確認의 訴에 있어서는 그 適用이 없다」고 判示하였다. 같은 趣旨의 判例은 最近 大判 1966年 12月 6日(63年 1967) 判例도 따르고 있는 바인데 이와 같은 行政處分無效確認의 訴에 있어서 訴願前置를 不要함은 確立된 判例라 할 것이다.

(47) 또한 問題되는 것은 家事審判法 2條 1項 丙類나號의 事實上婚姻關係存否確認請求라 할 것인데 그 本質에 관하여서는 周知하는 바와 같이 크게 論難이 되고 있다. 생각컨대 그 不存在確認請求는 確認의 訴의 一種이라 할 것이나 存在確認請求는 그 名稱에 拘限됨이 없이 形成의 訴의 一種으로 보는 것이 어떨까 한다. 當初에 家事審判法에 이와 같은 訴訟形態를 인정할 때 事實婚姻關係에 있음에도 불구하고 그 配偶者의 一方이 婚姻申告에 協力하지 않거나 協力할 수 없는 경우에 慎重을 期하는 意味에서 國家機關의 公權的인 判斷인 裁判을 通하여 法律婚을 創設할 수 있도록 하게 하기 위한 것이 立法者의 意圖가 아니었던가 생각한다. 이는 마치 不貞行爲나 惡意의 遺棄나와 같은 事由가 있음에도 불구하고 協議離婚申告가 되지 아니할 때 慎重을 期하는 意味에서 裁判을 通하여 離婚을 할 수 있게 한 것에 比喩될 수 있는 것이다. 그렇다면 不貞行爲나 惡意의 遺棄가 訴로서만 行使할 수 있는(nur im Wege der Klage) 離婚의 形成要件인 것과 마찬가지로 事實婚은 訴로서만 行使할 수 있는 法律婚의 形成要件이라 할 수 있는 것이다. 따라서 事實上婚姻關係存在確認請求는 事實關係라는 形成要件에 基하여 法律婚의 發生을 目的으로 하는 形成의 訴라고 할 것이다. 現在 우리의 有力說은 이를 確認의 訴로 보고 있으나 名稱이나 審判의 對象에만 너무 眼中에 둔 解釋으로 離婚의 訴와 같은 形成의 訴도 실제로 過去의 不貞行爲가 存在하였는가 어떤가 惡意의 遺棄가 있었느냐 없었느냐의 存否의 確認을 審判의 對象으로 하고 있다는 따위를 看過하고 있는 것 같다. 더욱이 確認의 訴라 한다면 確認의 利益을 要한다 한 것인데, 만일 配偶者인 一方이(被請求人) 事實婚姻關係에 있음을 다루지 않을 때 그 利益이 없는 것이라 하여 法院으로서는 請求를 却下하지 않을 수 없으며 이 경우에 立法者가 意圖했던 法律婚成立이란 不可能하게 되는 결과로 된다.

(48) 判決集 7卷 民事 101面.

(49) 判決集 9卷 法政 32面.

이와 덧붙여서看過할 수 없는 것은 農地事件이라 할 것인데 우리 大法院은 農地分配行爲에 瑕疵가 있고 그 瑕疵가 明白하고도 重大하여 當然無效일 때는 農地委員會에 再査 및 抗告의 節次를 기칠 필요없이 곧 바로 民事訴訟으로 管轄 第一審法院에 提訴할 것이라고 一貫되게 判示하고 있다<sup>(50)</sup>. 農地改革法 第22條에 의하면 農地改革法實施에 관한 事項에 대하여 異議있는 利害關係人은 農地所在地委員會에 再査申請을 할 수 있고 順次로 上級農地委員會에 抗告를 할 수 있고 이 뒤에 訴訟으로 提訴할 수 있게 되어 있다. 이것이 農地事件에 있어서 이른바 再査前置主義의 立場이라 할 것인데, 만일 農地分配行爲가 當然無效일 때에는 行政處分の 無效의 경우와 마찬가지로 再査前置를 할 필요없이 直接 法院에 提訴할 수 있는 것으로 判示하여 오고 있다. 다만 農地改革法實施에 관한 事項 즉 農地事件에 대하여서는 民事訴訟事件으로 다루어야 한다는 것이 움직일 수 없는 大法院의 確立된 判例이다<sup>(51)(52)</sup>.

(50) 抽稿「民事裁判權의 限界」司法行政 1965年 10月號 44面.

(51) 이 點 理論上 到底히 首肯할 수 없다 하여 批判한 것은 抽稿「民事裁判權의 限界Ⅱ」司法行政 1965年 11月號.

(52) 이 밖에 特殊確認의 訴에 관한 判例는 考察함에 있어서 빼어 놓을 수 없는 것으로 株主總會決議不存在確認의 訴가 있다. (1) 過去의 權利關係의 確認이나 아니냐의 確認의 訴로서의 本質上의 問題 (2) 不存在하는 決議(非決議—nicht-beschluss) 事由에 해당하는 例 (3) 確認의 利益과의 關係에서 當事者適格의 問題 (4) 決議無效確認에 관한 商法 38條를 準用할 것이 가의 與否에 관한 判例等 興味있는 判例가 많이 나와 있다. 특히 決議無效確認의 訴에 관한 規定의 準用問題를 둘러싸고 判例에서 多數意見과 少數意見으로 갈라져 眞摯한 論議가 있었다(大決 1964年 4月 21日). 워낙 問題가 複雜하고 難澁하기 때문에 本稿에서 다루지 못하고 남겨 둔은 筆者로서도 甚히 遺憾스러운 일이라 생각한다.