

# 2022년 법무사 민소법 기출문제 해설

## 제 1 문 (50점)

[기본적 사실관계]

甲은 乙 회사를 상대로 부당이득을 원인으로 하여 부당이득금 15억 원의 지급을 청구하였는데 항소심에서 10억 원의 지급을 명하는 일부승소판결을 받았다. 이에 대하여 乙 회사만이 그 패소 부분에 대하여 상고하였는데, 상고심은 乙 회사의 상고를 받아들여 乙 회사의 패소 부분을 파기환송하였다.

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 상고심의 환송판결은 종전 대법원판례와 상반되어 실질적으로 판례를 변경한 것임에도 불구하고 대법관 전원의 3분의 2 이상의 전원합의체에서 재판하지 않고 대법관 4인으로 구성된 부에서 재판하였으니 이는 민사소송법 제451조 제1항 제1호 소정의 “법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때”에 해당한다고 주장하면서 환송판결에 대하여 재심의 소를 제기하였다. 甲의 재심의 소가 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (10점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

환송 후 항소심은 상고심의 판단에 따라 甲의 청구를 기각하였다. 甲은 환송 전 항소심에서 丙을 소송대리인으로 선임한 바 있다. 환송 후 항소심의 판결정본은 2022. 7. 1. 丙에게 송달되었는데 丙은 이를 甲에게 알리지 아니하였고, 甲은 이를 2022. 7. 29. 알게 되어 2022. 8. 1. (재)상고장을 제출하였다. 甲의 (재)상고가 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (10점)

3. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

① 환송 후 항소심이 심리하여 乙 회사에 12억 원의 부당이득반환채무가 있다고 보아 乙 회사에 대하여 甲에게 12억 원의 부당이득금을 지급하라는 판결을 할 수 있는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오.

② 만약, 상고심이 환송 전 항소심 계속 중 乙 회사가 파산선고를 받은 사실을 알게 되어 소송의 형태를 파산채권확정소송으로 변경할 것을 심리하여야 한다는 이유로 乙 회사의 패소 부분을 파기환송하였고, 甲은 환송 후 항소심에서 종전과 같은 청구원인 및 같은 청구금액으로 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경하였는데, 환송 후 항소심이 심리하여 乙 회사에 12억 원의 부당이득반환채무가 있다고 보아 교환적으로 변경된 청구에 따라 12억 원의 파산채권을 확정할 수 있는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (각 청구에 대한 법정이자와 지연손해금은 고려하지 아니함) (20점)

4. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

환송 후 항소심은 환송 후의 심리과정에서 甲이나 乙 회사로부터 새로운 주장이나 입증이 제출되

지 아니하여 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하였으므로 상고법원이 과거 기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 따라 판결하였다. 이에 대하여 甲이 재상고하였을 경우 재상고심도 환송판결의 법률상 판단에 기속되는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (10점)

**제 2 문** (20점)

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 관례에 따름

1. 甲은 공무원 시험에 응시하였다가 불합격처분을 받게 되자 불합격처분취소소송을 제기하였다. 공무원인 乙은 甲에 대한 불합격처분이 적법하다는 주장을 뒷받침하기 위해 소송에서 위 시험 관련 회의문서의 존재와 내용을 구체적으로 언급하였다. 다만 회의문서 자체를 증거로서 인용하지는 않았다. 甲은 이 문서에 대해 문서제출명령을 신청하였으나 乙은 이 문서는 민사소송법 제344조 제2항의 ‘공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’이며, 또 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 규정한 비공개정보에 해당하므로 이를 제출할 의무가 없다고 주장하였다. 법원은 이 문서는 위 시험과 관련한 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할만한 특별한 사정이 있는 문서는 아니라는 전제에서 그 제출을 명하였다. 법원의 문서제출명령이 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (7점)
2. 甲은 乙 회사의 주주인데, 乙 회사가 丙 회사에 흡수합병되는 과정에서 乙 회사의 이사들이 불공정한 합병비율을 적용해 乙 회사의 주식가치가 저평가되었다는 이유로 乙, 丙 회사를 상대로 손해배상을 청구하였다. 甲은 소송 중 자신의 주장을 증명하기 위해 乙 회사의 급여 및 상여금 지급 관련 기안문, 결의서에 대한 문서제출명령을 신청하였다. 乙, 丙 회사는 이 문서들은 통상 회사 내부의 의사결정을 위해 회사 내부의 이용에 쓸 목적으로 작성되고 외부인에게 공개하는 것이 예정되어 있지 않은 자기이용문서에 해당하므로 문서제출신청의 대상이 될 수 없다고 주장하였다. 법원은 심리 후 이 문서 자체는 외부에 공개가 예정되어 있지 않으나 문서에 기재된 정보나 내용은 회계장부 등을 통해 공개가 예정되어 있으며 다른 요건들을 갖추었다고 보아 이 문서들에 대해 제출명령을 하였다. 법원의 문서제출명령이 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (7점)
3. 당사자가 법원의 문서제출명령을 받고도 제출을 거부하는 경우 법원은 어떻게 해야 하는지에 대해 설명하시오. (6점)

## 제 1 문

[기본적 사실관계]

甲은 乙 회사를 상대로 부당이득을 원인으로 하여 부당이득금 15억 원의 지급을 청구하였는데 항소심에서 10억 원의 지급을 명하는 일부승소판결을 받았다. 이에 대하여 乙 회사만이 그 패소 부분에 대하여 상고하였는데, 상고심은 乙 회사의 상고를 받아들여 乙 회사의 패소 부분을 파기환송 하였다.

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 상고심의 환송판결은 종전 대법원판례와 상반되어 실질적으로 판례를 변경한 것임에도 불구하고 대법관 전원의 3분의 2 이상의 전원합의체에서 재판하지 않고 대법관 4인으로 구성된 부에서 재판하였으니 이는 민사소송법 제451조 제1항 제1호 소정의 “법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때”에 해당한다고 주장하면서 환송판결에 대하여 재심의 소를 제기하였다. 甲의 재심의 소가 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하십시오. (10점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

환송 후 항소심은 상고심의 판단에 따라 甲의 청구를 기각하였다. 甲은 환송 전 항소심에서 丙을 소송대리인으로 선임한 바 있다. 환송 후 항소심의 판결정보는 2022. 7. 1. 丙에게 송달되었는데 丙은 이를 甲에게 알리지 아니하였고, 甲은 이를 2022. 7. 29. 알게 되어 2022. 8. 1. (재)상고장을 제출하였다. 甲의 (재)상고가 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하십시오. (10점)

3. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

- ① 환송 후 항소심이 심리하여 乙 회사에 12억 원의 부당이득반환채무가 있다고 보아 乙 회사에 대하여 甲에게 12억 원의 부당이득금을 지급하라는 판결을 할 수 있는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하십시오.
- ② 만약, 상고심이 환송 전 항소심 계속 중 乙 회사가 파산선고를 받은 사실을 알게 되어 소송의 형태를 파산채권확정소송으로 변경할 것을 심리하여야 한다는 이유로 乙 회사의 패소 부분을 파기환송하였고, 甲은 환송 후 항소심에서 종전과 같은 청구원인 및 같은 청구금액으로 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경하였는데, 환송 후 항소심이 심리하여 乙 회사에 12억 원의 부당이득반환채무가 있다고 보아 교환적으로 변경된 청구에 따라 12억 원의 파산채권을 확정할 수 있는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하십시오. (각 청구에 대한 법정이자와 지연손해금은 고려하지 아니함) (20점)

4. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

환송 후 항소심은 환송 후의 심리과정에서 甲이나 乙 회사로부터 새로운 주장이나 입증이 제출되지 아니하여 계속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하였으므로 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상

의 판단에 따라 판결하였다. 이에 대하여 甲이 재상고하였을 경우 재상고심도 환송판결의 법률상 판단에 기속되는지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (10점)

## I. 설문 1.에 관하여

### 1. 결 론

甲의 재심의 소는 부적법하다.

### 2. 이 유

#### (1) 재심의 소의 적법요건

재심의 소가 적법하기 위하여는 ① 재심의 당사자적격, ② **재심의 대상적격**, ③ 재심기간의 준수, ④ 재심의 이익, ⑤ **재심사유**의 요건을 갖추어야 한다.

#### (2) 재심사유 해당 여부

판례는 “법원조직법 제7조 제1항에 의하면 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 이를 행하되, 다만 같은 항 각 호의 경우에 해당하는 경우가 아니면 대법관 3인 이상으로 구성된 부에서 사건을 먼저 심리하여 의견이 일치된 경우에 한하여 그 부에서 심판할 수 있도록 하고 있으며, 같은 항 제3호는 ‘중전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우를 규정하고 있으므로, 재심 대상판결에서 판시한 법률 등의 해석적용에 관한 의견이 그 전에 선고된 대법원 판결에서 판시한 의견을 변경하는 것임에도 대법관 전원의 3분의 2에 미달하는 대법관만으로 구성된 부에서 그 재심대상판결을 심판하였다면 이는 민사소송법 제422조 제1항 제1호의 ‘법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때’의 재심사유에 해당된다.”고 하였다.<sup>1)</sup>

#### (3) 재심의 대상적격 인정 여부

판례는 “대법원의 파기·환송판결은 해당 사건에 대하여 재판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결인 점에서 형식적으로는 중국판결에 해당하지만, 실제로는 환송받은 하급심에서 다시 심리를 계속하게 되므로 소송절차를 최종적으로 종료시키는 판결은 아니며, 소송물에 관하여 직접적으로 재판하지 아니하고 원심의 재판을 파기하여 다시 심리판단하여 보라는 중국적 판단을 유보한 재판의 성질상 중간판결의 특성을 갖는 판결로서 ‘실질적으로 확정된 중국판결’이라 할 수 없으므로, 환송판결을 대상으로 재심의 소를 제기하는 것은 부적법하다.”고 하였다.<sup>2)</sup>

#### (4) 사안의 경우

사안의 경우 상고심의 환송판결은 재심사유에 해당한다고 하더라도, 재심의 대상적격이 없으므로, 甲의 재심의 소는 부적법하다.

## II. 설문 2.에 관하여

### 1. 결 론

1) 대판(전) 2000.5.18, 95재다199

2) 대판(전) 1995.2.14, 93재다27,34

甲의 (재)상고는 부적법하다.

## 2. 이유

### (1) 상고의 적법요건

- ① 상고가 적법하기 위해서는, i) 상소기간이 준수되었을 것, ii) 상소의 당사자자격(=당사자 능력, 당사자적격, 소송능력, 대리권의 존재)이 있을 것, iii) 불복하는 판결이 상소할 수 있는 판결일 것(=대상적격), iv) 상소의 이익이 있을 것」을 들 수 있다.
- ② 상고는 판결정본이 송달된 날로부터 2주 이내에 제기하여야 한다(제396조, 제425조). 사안의 경우는 이와 관련하여 丙의 소송대리권 유무와 丙에 대한 송달의 효력 유무를 살펴봐야 한다.

### (2) 파기환송시 소송대리권의 부활 여부 및 송달의 효력 유무

#### 1) 심급대리의 원칙과 소송대리권의 부활 여부

- ① 판례는 소송대리권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정되어, 소송대리인의 소송대리권의 범위는 수입한 소송사무가 종료하는 시기인 당해 심급의 판결을 송달받은 때까지라고 하였다.<sup>3)</sup>
- ② 다만 판례는 “사건이 상고심에서 항소심으로 파기환송된 경우, 환송 전의 항소심에서 소송대리권을 가졌던 소송대리인의 대리권은 부활한다.”고 하였다.<sup>4)</sup>

#### 2) 소송대리인 丙에 대한 송달의 효력 유무

판례는 “환송 받은 항소심에서 환송 전의 항소심의 소송대리인에게 한 송달은 당사자에게 한 송달과 마찬가지로 효력이 있고, 소송대리인이 판결정본의 송달을 받고도 당사자에게 그 사실을 알려 주지 아니하여 당사자가 그 판결정본의 송달사실을 모르고 있다가 상고제기기간이 경과된 후에 비로소 그 사실을 알게 되었다 하더라도 이를 가리켜 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고는 볼 수 없다.”고 하였다.<sup>5)</sup>

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 환송 후 항소심의 판결정본은 2022. 7. 1. 소송대리권이 부활된 丙에게 송달되어 유효하므로, 이때부터 2주 내에 (재)상고를 제기하여야 한다. 그러나 甲은 2022. 8. 1. (재)상고장을 제출하였는바 그 기간을 준수하지 못하였으므로 甲의 (재)상고는 부적법하다. 설령 소송대리인 丙이 판결정본의 송달을 받고도 甲에게 그 사실을 알려 주지 아니하여 甲이 그 판결정본의 송달사실을 모르고 있다가 상고제기기간이 경과된 후에 비로소 그 사실을 알게 되었다 하더라도 이를 가리켜 甲이 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간인 상고제기기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고 볼 수는 없으므로 추완상고로 볼 수도 없다.

## III. 설문 3.에 관하여

### 1. 설문 ①에 관하여

3) 대결 2000.1.31, 99마6205

4) 대판 1984.6.14, 84다카744; 대판 1963.1.31, 62다792

5) 대판 1984.6.14, 84다카744; 대판 1963.1.31, 62다792

## (1) 결 론

환송 후 항소심은 乙회사(이하 ‘乙’이라 한다)에 대하여 甲에게 12억 원의 부당이득금을 지급하라는 판결을 할 수 없다.

## (2) 이 유

### 1) 환송 후 항소심의 심리절차

① 사건을 환송받거나 이송받은 법원은 다시 변론을 거쳐 재판하여야 한다. 이 경우에는 상고 법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속된다(제436조 제2항).

② 환송 후 항소심은 환송 전의 변론을 재개하여 속행하는 것에 지나지 않는다. 따라서 당사자는 변론종결에 이르기까지 새로운 공격방어의 방법을 제출할 수 있다.<sup>6)</sup>

### 2) 환송 후 항소심의 심판대상·범위

판례는 “원고의 청구가 일부 인용된 환송 전 원심판결에 대하여 피고만이 상고하고 상고심이 이 상고를 받아들여 원심판결 중 피고 패소부분을 파기환송하였다면 피고 패소부분만이 상고되었으므로 위의 상고심에서의 심리대상은 이 부분에 국한되었으며, 환송되는 사건의 범위, 다시 말하자면 환송 후 원심의 심판 범위도 환송 전 원심에서 피고가 패소한 부분에 한정되는 것이 원칙이고, 환송 전 원심판결 중 원고 패소부분은 확정되었다 할 것이므로 환송 후 원심으로서에는 이에 대하여 심리할 수 없다.”고 하였다.<sup>7)</sup>

### 3) 사안의 경우

사안의 경우 甲의 부당이득금 15억 원의 청구에 대하여 항소심에서 10억 원의 지급을 명하는 일부승소판결을 받았는데, 피고 乙만이 상고한 경우 상고심의 심판대상은 乙이 불복한 10억 원의 부당이득금채권의 존부에 관한 것이고, 불복하지 아니한 5억 원에 대해서는 상고심 판결 선고시에 확정되므로, 환송 후 항소심의 심판대상은 乙이 불복하고 상고심이 심리한 10억 원에 대한 부분에 한정된다. 따라서 환송 후 항소심은 乙에 대하여 甲에게 12억 원의 부당이득금을 지급하라는 판결을 할 수 없다.

## 2. 설문 ②에 관하여

### (1) 결 론

환송 후 항소심은 12억 원의 파산채권을 확정할 수 없다.

### (2) 이 유

#### 1) 파기환송 받은 항소심 법원에서의 소변경의 가부

판례는 “환송 후 원심의 소송절차는 환송 전 항소심의 속행이므로 당사자는 원칙적으로 새로운 사실과 증거를 제출할 수 있음은 물론, 소의 변경, 부대항소의 제기뿐만 아니라 청구의 확장 등 그 심급에서 허용되는 모든 소송행위를 할 수 있다.”고 하였다.<sup>8)</sup>

#### 2) 원고가 환송 후 항소심에서 소를 교환적으로 변경한 경우 항소심의 심판대상

① 판례는 “환송 후 항소심에서 소를 교환적으로 변경하면 제1심판결은 소취하로 실효되고

6) 대판 1982.9.28, 81다카934

7) 대판 2013.2.28, 2011다31706, 대판 1991.5.24, 90다18036

8) 대판 2013.2.28, 2011다31706

항소심의 심판대상은 교환된 청구에 대한 새로운 소송으로 바뀌어 항소심은 사실상 제1심으로 재판하는 것이 된다.”고 하였다.<sup>9)</sup> 따라서 소의 변경이나 새로운 공격방어의 방법을 제출할 수 있는 것이므로 이로 인한 판결이 환송 전의 판결보다도 불리한 결과가 생기게도 되는 것이며 항소법원이 환송 전 판결에 대하여 불복한 범위 내에서만 심리 재판하는 것은 아니다.<sup>10)</sup>

- ② 다만 판례는 “환송 전 원심이 원고의 예비적 청구인 부당이득반환청구를 일부 인용하였고 피고만이 상고하여 환송판결이 피고 패소부분을 파기환송하였는데, 원고가 원심에서 예비적 청구의 청구원인과 청구금액을 같이하는 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경한 사안에서, 환송 전 원심판결의 예비적 청구 중 일부 인용한 금액을 초과하는 부분은 원고 패소로 확정되었지만, 원심에서 교환적으로 변경된 예비적 청구는 전체가 원심의 심판대상이 되는데, 환송 전 원심판결의 예비적 청구 중 일부 인용한 금액을 초과하는 부분은 원고 패소로 확정되었으므로 이와 실질적으로 동일한 소송물인 파산채권확정청구에 대하여도 다른 판단을 할 수 없다.”고 하였다.<sup>11)</sup>
- ③ 즉 판례는 교환적으로 변경된 파산채권확정청구는 어느 것이나 파산채권자가 자신이 보유하는 동일한 채권을 회수하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 부당이득반환청구라는 그 실체법상 법적 근거와 성질이 동일하며, 다만 파산절차의 개시라는 특수한 상황에 처하여 그 청구취지만을 이행소송에서 확인소송으로 변경한 것에 불과하여 양자의 소송물은 실질적으로 동일한 것으로 봄이 상당하다고 하여 교환적으로 변경된 파산채권확정청구에서 환송 후 원심이 환송 전 원심보다 더 다액을 인용한 부분을 파기하였다.

### 3) 사안의 경우

사안의 경우 상고심이 소송의 형태를 파산채권확정소송으로 변경할 것을 심리하여야 한다는 이유로 乙의 패소 부분을 파기환송하였고, 甲은 환송 후 항소심에서 종전과 같은 청구원인 및 같은 청구금액으로 파산채권확정의 소로 청구를 교환적으로 변경하였는바, 양자의 소송물은 실질적으로 동일한 것으로 보아야 하므로 환송 전 원심판결에서 일부 인용한 10억 원을 초과하는 부분은 甲의 패소로 확정되었으므로 이와 실질적으로 동일한 소송물인 파산채권확정청구에 대하여도 다른 판단을 할 수 없다. 따라서 환송 후 항소심이 심리하여 乙 회사에 12억 원의 부당이득반환채무가 있다고 보더라도 환송 전 원심판결에서 일부 인용한 10억 원 보다 더 다액을 인용할 수 없다.

## IV. 설문 4.에 관하여

### 1. 결 론

재상고심도 환송판결의 법률상 판단에 기속된다.

### 2. 이 유

#### (1) 환송판결의 기속력

##### 1) 의 의

9) 대판 2013.2.28, 2011다31706

10) 대판 1982.9.28, 81다카934

11) 대판 2013.2.28, 2011다31706

환송받은 법원이 다시 심판을 하는 경우에는 상고법원이 파기의 이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 기속된다(제436조 제2항 후문). 이를 환송판결의 기속력이라고 한다.

## 2) 기속력의 작용범위

- ① 기속력은 **재판적**으로는, 판결이유 속의 판단에도 미치나 **해당 사건**에 한하여 작용하고, 다른 사건에는 미치지 아니한다. 그러므로 다른 사건에서는 이와 달리 판단하여도 상관이 없다.
- ② **주관적**으로는 해당 사건에 관한 한 **환송을 받은 법원 및 그 하급심 법원**에 미친다.
- ③ 따라서 상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여, **환송 후의 심리과정에서 새로운 주장이나 입증이 제출되어 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하는 한** 이에 **기속을 받는다고** 할 것이다. 다만 그 사건이 **재상고된 때에 상고법원도** 기속되는지 여부가 **문제**이다.

## (2) 재상고심도 환송판결의 법률상 판단에 기속되는지 여부

판례는 “민사소송법 제436조 제2항이, 사건을 환송받은 법원은 상고법원이 파기이유로 한 법률상의 판단 등에 기속을 받는다고 규정하고 있는 취지는, 사건을 환송받은 법원이 자신의 견해가 상고법원의 그것과 다르다는 이유로 이에 따르지 아니하고 다른 견해를 취하는 것을 허용한다면 법령의 해석적용의 통일이라는 상고법원의 임무가 유명무실하게 되고, 사건이 하급심법원과 상고법원 사이를 여러 차례 왕복할 수밖에 없게 되어 분쟁의 종국적 해결이 지연되거나 불가능하게 되며, 나아가 심급제도 자체가 무의미하게 되는 결과를 초래하게 될 것이므로, 이를 방지함으로써 법령의 해석적용의 통일을 기하고 심급제도를 유지하며 당사자의 법률관계의 안정과 소송경제를 도모하고자 하는 데 있다고 할 수 있다. 따라서 위와 같은 환송판결의 하급심법원에 대한 기속력을 절차적으로 담보하고 그 취지를 관철하기 위하여서는 원칙적으로 **하급심법원뿐만 아니라 상고법원 자신도 동일 사건의 재상고심에서 환송판결의 법률상 판단에 기속된다고 할 것이다.**”라고 하였다.<sup>12)</sup>

## (3) 사안의 경우

12) 대판(전) 2001.3.15, 98두15597, 대판(전) 1981.2.24, 80다2029



## 제 2 문

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. 甲은 공무원 시험에 응시하였다가 불합격처분을 받게 되자 불합격처분취소소송을 제기하였다. 공무원인 乙은 甲에 대한 불합격처분이 적법하다는 주장을 뒷받침하기 위해 소송에서 위 시험 관련 회의문서의 존재와 내용을 구체적으로 언급하였다. 다만 회의문서 자체를 증거로서 인용하지는 않았다. 甲은 이 문서에 대해 문서제출 명령을 신청하였으나 乙은 이 문서는 민사소송법 제344조 제2항의 ‘공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’이며, 또 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 규정한 비공개정보에 해당하므로 이를 제출할 의무가 없다고 주장하였다. 법원은 이 문서는 위 시험과 관련한 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할만한 특별한 사정이 있는 문서는 아니라는 전제에서 그 제출을 명하였다. 법원의 문서제출명령이 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (7점)
2. 甲은 乙 회사의 주인인데, 乙 회사가 丙 회사에 흡수합병되는 과정에서 乙 회사의 이사들이 불공정한 합병비율을 적용해 乙 회사의 주식가치가 저평가되었다는 이유로 乙, 丙 회사를 상대로 손해배상을 청구하였다. 甲은 소송 중 자신의 주장을 증명하기 위해 乙 회사의 급여 및 상여금 지급 관련 기안문, 결의서에 대한 문서제출 명령을 신청하였다. 乙, 丙 회사는 이 문서들은 통상 회사 내부의 의사결정을 위해 회사 내부의 이용에 쓸 목적으로 작성되고 외부인에게 공개하는 것이 예정되어 있지 않은 자기이용문서에 해당하므로 문서제출신청의 대상이 될 수 없다고 주장하였다. 법원은 심리 후 이 문서 자체는 외부에 공개가 예정되어 있지 않으나 문서에 기재된 정보나 내용은 회계장부 등을 통해 공개가 예정되어 있으며 다른 요건들을 갖추었다고 보아 이 문서들에 대해 제출명령을 하였다. 법원의 문서제출명령이 적법한지 여부에 대하여 결론과 그 이유를 설명하시오. (7점)
3. 당사자가 법원의 문서제출명령을 받고도 제출을 거부하는 경우 법원은 어떻게 해야 하는지에 대해 설명하시오. (6점)

### I. 설문 1.에 관하여

#### 1. 결 론

법원의 문서제출명령은 적법하다.

#### 2. 이 유<sup>13)</sup>

##### (1) 제344조 제1항 제1호의 인용문서 해당 여부

- ① 상대방이나 제3자가 소지하는 문서로서 제출의무가 있는 문서라면 그 소지인에게 문서의 제출을 명할 것(문서제출명령)을 신청하는 방식으로 한다(제343조 후단). 제출의무 있는 문

13) 대결 2017.12.28, 2015무423

서로 제344조 제1항에서는 i) 인용문서(제344조 제1항 1호), ii) 인도 및 열람문서(제344조 제1항 2호), iii) 이익문서·법률관계문서(제344조 제1항 3호)를 정해 놓고 있으며, 제344조 제2항에서는 제1항에서 정한 문서에 해당하지 아니하는 문서라도 원칙적으로 문서의 소지자는 이를 모두 제출할 의무가 있는 것으로 규정하여 일반의무로 하고 있다.

- ② 판례는 “민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 말하는 ‘당사자가 소송에서 인용한 문서’라 함은 당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐 아니라 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함한다.”고 하였다.

## (2) 인용문서의 경우라도 제344조 제2항 및 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 문서제출의무를 면하는지 여부

- ① 판례는 “민사소송법 제344조 제1항 제1호의 인용문서에 해당하는 이상, 같은 조 제2항에서 규정하는 바와는 달리, 그것이 ‘공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서라도 특별한 사정이 없는 한 문서제출의무를 면할 수 없다.’”고 하였다.
- ② 또한 판례는 “민사소송법 제344조 제1항 제1호의 문언, 내용, 체계와 입법목적 등에 비추어 볼 때, 인용문서가 공무원이 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서제출의무를 면할 수 없다.”고 하였다.

## (3) 사안의 경우

사안의 경우 인용문서에 해당하는 이 사건 문서의 제출을 거부할 특별한 사정이 있다고 보기는 어려운바, 법원의 문서제출명령은 적법하다.

## II. 설문 2.에 관하여

### 1. 결 론

법원의 문서제출명령은 적법하다.

### 2. 이 유<sup>14)</sup>

#### (1) 제344조 제2항 제2호의 자기이용문서에 해당하는지 여부 및 판단기준

- ① 민사소송법 제344조 제2항은 문서를 가지고 있는 사람은 제344조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에도 원칙적으로 문서의 제출을 거부하지 못한다고 규정하면서, 예외사유로서 ‘오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서’ 즉 이른바 ‘자기이용문서’를 들고 있다.
- ② 판례는 “어느 문서가 오로지 문서를 가진 사람이 이용할 목적으로 작성되고 외부자에게 개시하는 것이 예정되어 있지 않으며 개시할 경우 문서를 가진 사람에게 심각한 불이익이 생길 염려가 있다면, 문서는 특별한 사정이 없는 한 위 규정의 자기이용문서에 해당한다. 여기서 어느 문서가 자기이용문서에 해당하는지는 문서의 표제나 명칭만으로 판단하여서는 아니 되고, 문서의 작성 목적, 기재 내용에 해당하는 정보, 당해 유형·종류의 문서가 일반적으로 갖는 성향, 문서의 소지 경위나 그 밖의 사정 등을 종합적으로 고려하여 객

14) 대결 2016.7.1, 2014마2239

관적으로 판단하여야 하는데, 설령 주관적으로 내부 이용을 주된 목적으로 회사 내부에서 결재를 거쳐 작성된 문서일지라도, 신청자가 열람 등을 요구할 수 있는 사법상 권리를 가지는 문서와 동일한 정보 또는 직접적 기초·근거가 되는 정보가 문서의 기재 내용에 포함되어 있는 경우, 객관적으로 외부에서의 이용이 작성 목적에 전혀 포함되어 있지 않다고는 볼 수 없는 경우, 문서 자체를 외부에 게시하는 것은 예정되어 있지 않더라도 문서에 기재된 '정보'의 외부 게시가 예정되어 있거나 정보가 공익성을 가지는 경우 등에는 내부문서라는 이유로 자기이용문서라고 쉽게 단정할 것은 아니다."라고 하였다.

## (2) 회사의 급여 및 상여금 내역 등에 대한 문서의 제출을 거부할 수 있는지 여부

판례는 "개인정보 보호법 제18조 제2항 제2호에 따르면 개인정보처리자는 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있고, 민사소송법 제344조 제2항은 각 호에서 규정하고 있는 문서제출거부사유에 해당하지 아니하는 경우 문서소지인에게 문서제출의무를 부과하고 있으므로, 임직원의 급여 및 상여금 내역 등이 개인정보 보호법상 개인정보에 해당하더라도 이를 이유로 문서소지인이 문서의 제출을 거부할 수 있는 것은 아니다."라고 하였다.

## (3) 사안의 경우

사안의 경우 법원은 심리 후 이 사건 문서 자체는 외부에 공개가 예정되어 있지 않으나 문서에 기재된 정보나 내용은 회계장부 등을 통해 공개가 예정되어 있으며 다른 요건들을 갖추었다고 보아 문서들에 대해 제출명령을 하였는바, 법원의 문서제출명령은 적법하다.

# III. 설문 3.에 관하여

## 1. 결론

법원은 당사자의 주장과 같은 내용의 문서의 존재 및 그 진정성립의 인정을 진실한 것으로 인정하여야 하고, 당사자가 증명해야 할 요증사실이 반드시 증명되었다고 인정할 수는 없다. 다만 이를 변론 전체의 취지로 삼아 자유심증으로 요증사실을 인정할 수 있다.

## 2. 이유

### (1) 문제의 소재

법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다(제202조). 다만 제349조에서는 당사자가 법원의 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다고 규정함으로써 증명방해에 대한 제재를 마련하고 있다. 여기서 진실로 인정할 수 있는 것이 무엇인가에 관하여 해석상 문제가 있다.

### (2) 증명방해의 효과

판례는 문서제출명령에 따르지 아니한 경우에는 법원은 상대방의 그 문서에 관한 주장, 즉 원고 주장과 같은 내용의 계약서의 존재 및 그 진정성립의 인정을 진실한 것으로 인정하여야 한다는 것이지, 증명책임이 전환된다거나 그 문서에 의하여 증명하고자 하는 상대방의 주장 사실까지 반드시 증명되었다고 인정하여야 하는 것은 아니라고 판시함으로써, 요증사실 자체의 인정여부에 대해서는 자유심증설에 입각하고 있다.<sup>15)</sup>

### (3) 사안의 경우

당사자가 법원의 적법한 문서제출명령을 받고도 제출을 거부한 경우라면, 법원은 당사자의 주장과 같은 내용의 문서의 존재 및 그 진정성립의 인정을 진실한 것으로 인정하여야 한다는 것이지, 당사자가 증명하고자 하는 요증사실이 반드시 증명되었다고 인정할 수는 없으나, 이를 변론 전체의 취지로 삼아 자유심증으로 요증사실을 인정할 수 있다.

---

15) 대판 1993.6.25, 93다15991 등