

부제소합의의 소송상 취급* **

Agreement Not to Sue

김 동 현***

Kim, Donghyeon

목 차

- | | |
|-----------------------|-------------------|
| I. 서론 | IV. 부제소합의의 소송상 취급 |
| II. 부제소합의의 의의 및 허용 여부 | V. 결론 |
| III. 부제소합의의 법적 성질 | |

이 글에서는 먼저 부제소합의의 의의와 허용 여부, 부제소합의의 법적 성질과 효과 등을 살펴본 후에, 부제소합의의 소송상 취급과 관련하여 특히 부제소합의가 법원의 직권조사사항인지 아니면 피고의 항변사항인지를 자세히 검토한 결과, 다음과 같은 결론에 이르렀다.

대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결은 부제소합의를 법원의 직권조사사항으로 보았으나, 부제소합의는 아래와 같은 여러 가지 점들에 비추어 피고의 항변사항으로 취급하여야 한다.

첫째, 부제소합의는 중재합의와 더불어 ‘소극적 소송요건’의 하나인 동시에 ‘계약상 소제 기금지 사유’에 해당한다. 소송요건의 대부분이 직권조사사항이긴 하지만, 단지 소송요건이라는 이유만으로 반드시 직권조사사항인 것은 아니다. 부제소합의를 사법상의 계약으로 보아 허용하는 한, 이를 법원에 주장할 것인지 여부도 당사자의 의사에 맡기는 것이 사적 자치의 원칙에 부합하고 피고가 그 존재를 주장하면 그때 비로소 법원이 고려하는 것으로 족하다. 당사자들이 부제소합의를 했더라도 굳이 이를 주장하지 않는데 법원이 직권으로 문제삼아 판

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..56.3>

투고일: 2023. 11. 30. / 심사완료일: 2023. 12. 26. / 게재확정일: 2023. 12. 31.

* 이 논문은 충남대학교(교육·연구 및 학생지도비)에 의해 지원되었음.

** 건국대학교 법학전문대학원 이동률 교수님의 정년퇴임을 진심으로 축하드리며 감사의 마음을 담아 이 글을 제출합니다. 퇴임 이후에도 항상 건강하시고 행복하시길 기원합니다.

*** 충남대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

Assistant Professor, Chungnam National University Law School

단하는 것은 당사자의 사적 자치 영역 내지 처분권에 대한 부당한 간섭이다. 한편 중재법 제9조는 중재합의가 피고의 항변사항임을 명시적으로 규정하고 있는바, 부제소합의와 중재합의는 모두 당사자의 합치된 의사에 의하여 ‘소송에 의한 분쟁해결을 억제’한다는 점에서 공통점이 있으므로, 그러한 당사자의 의사를 존중하여 부제소합의도 항변사항으로 보아야 한다.

둘째, 위 대법원 판결은 부제소합의를 ‘직권조사사항’으로 보고 다만 당사자들이 부제소합의를 쟁점으로 삼아 다투지 않았는데도 법원이 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하하면 원고에게 예상외의 재판이 되므로 ‘의견진술의 기회를 주어야’ 한다고 다소 우회적인 법리 구성을 하였다. 그러나 애초에 부제소합의를 피고의 ‘항변사항’으로 본다면 피고의 본안전 항변에 대하여 원고가 소각하판결을 피하기 위하여 부제소합의의 존재 여부나 효력 범위에 대하여 쟁점으로 삼아 다투었을 것이므로 위와 같이 예상외의 재판을 방지하기 위한 법원의 ‘석명의무는 불필요’하게 된다.

셋째, 위 대법원 판결은 부제소합의에 위배되어 제기된 소는 ‘신의성실의 원칙’에도 어긋나는 것이므로 법원이 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다고 하였는데, 신의칙 위반 여부는 직권조사사항이므로 법원이 부제소합의를 직권조사사항으로 본 것은 아닌지 생각해 볼 수 있다. 그러나 이와 같이 이해하게 되면 당사자 사이에 ‘소취하합의’를 해 놓고 이에 위반하여 원고가 소를 취하지 않으면 이것도 신의칙에 어긋나는 것이어서 법원이 피고의 항변이 없더라도 직권으로 소를 각하할 수 있다는 논리에 이르게 된다. 이는 판례가 소취하합의를 피고의 항변사항으로 보고 있는 것과 맞지 아니하는 해석이다.

넷째, 부제소합의는 소송 전, 소송 외에서 이루어지는 경우가 대부분이어서 피고가 법정에서 이를 주장하지 아니하면 법원은 사실상 이를 알 수가 없기 때문에, 이러한 현실적인 점에 비추어 보아도 부제소합의를 굳이 직권조사사항으로 볼 이유가 없다.

마지막으로, 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결은 불항소합의는 상소의 적법요건에 관한 것으로 직권조사사항이라고 하였는데, 불상소합의 역시 ‘소송상 합의’의 일종으로 항변사항으로 취급함이 원칙이고, 상소의 적법요건(상소요건)이 대부분 직권조사사항이라 하더라도 그것만으로 곧 ‘소극적 상소요건’인 불상소합의도 직권조사사항이라고 볼 수는 없으며, 이는 ‘계약상 상소제기금지 사유’로서 합의에 의하여 당해 심급의 판결선고로 소송을 종료시키려는 ‘당사자의 처분권을 존중’하여 당사자가 주장하면 비로소 고려할 사항이다. 또한 소송 외에서 불상소합의가 이루어지는 경우가 많고 당사자가 법정에서 이를 주장하지 않는 한 현실적으로 법원이 참작하기는 어렵다는 점에 비추어 보아도 피상소인의 항변사항으로 보아야 한다.

[주제어] 부제소합의, 소송상 합의, 소송계약, 불항소합의, 불상소합의, 소취하합의

I. 서론

실무상 또는 일상생활에서 법적 분쟁을 해결하기 위하여 흔히 “향후 민·형사상 일체의 이의를 제기하지 아니한다.” 또는 “향후 민·형사상 일체의 청구를 포기한다.”는 약정을 하는 경우가 있는데, 이와 같이 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 하는 합의를 부제소합의(*pactum de non petendo*)라고 한다.¹⁾ 이를 가리켜 부제소특약 또는 부제소계약이라고도 부른다.

대다수의 민사소송법 문헌에서는 부제소합의를 소의 이익 또는 소송상 합의와 관련하여 논하고 있다. 즉 각종의 소에 공통된 소의 이익으로서 법률상 또는 계약상 소제기금지 사유가 없어야 하는데 부제소합의는 중재합의와 더불어 ‘계약상 소제기금지 사유’에 해당하고, 부제소합의가 있음에도 이에 위반하여 제기된 소는 소의 이익이 없어 부적법하다는 것이다.²⁾ 또한 부제소합의는 법률상 명문의 규정이 없는 ‘소송상 합의’의 일종으로서 소송상 합의에 관하여 일반적으로 설명한 뒤에 별도로 부제소합의를 논의하기도 한다.³⁾

부제소합의에 관하여는 크게 이러한 합의는 유효한가(Ⅱ), 만일 유효하다면 어떠한 법적 성질과 효과를 가지는가(Ⅲ), 소송상 어떻게 취급할 것인가(Ⅳ) 등이 문제된다. 이 글의 목적은 특히 부제소합의의 소송상 취급과 관련하여 법원의 직권조사사항인지 아니면 피고의 항변사항인지를 밝히는 것이다. 이와 관련하여 다수의 학설은 부제소합의를 항변사항으로 보고 있지만, 판례는 직권조사사항이라고 한다.⁴⁾ 특히 부제소합의를 직권조사사항으로 보되 당사자들이 부제소합의를 쟁점으로 삼아 다투지 않았는데도 법원이 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하하면 원고에게 예상외의 재판이 되므로 의견진술의 기회를 주어야 한다고 판시한 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결을 다양한 관점에서 비판적으로 검토해 본다. 또한 부제소합의와 유사하게 소극적 상소요건인 동시에 계약상 상소제기금지 사유에 해당하는 불항소

1) 정동윤/유병현/김경옥, 민사소송법 제10판, 법문사, 2023, 497쪽; 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결.

2) 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023, 225-226쪽; 김홍엽, 민사소송법 제11판, 박영사, 2023, 264-266쪽; 전원열, 민사소송법 강의 제3판, 박영사, 2022, 239쪽; 민일영 편집대표, 주석 민사소송법(Ⅳ) 제8판, 한국사법행정학회, 2018, 42-44쪽(강영수 집필부분) 등.

3) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 497-498쪽; 정영환, 신민사소송법 제3판, 법문사, 2023, 647-649쪽.

4) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결.

합의를 직권조사사항이라고 본 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결도 아울러 살펴본다.

II. 부제소합의의 의의 및 허용 여부

1. 부제소합의의 의의

부제소합이란 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 하는 합의를 말한다. 예컨대 “향후 민·형사상 일체의 이의를 제기하지 아니한다.”는 약정을 하는 경우인데, 각종의 계약을 체결하거나 교통사고, 의료영역 등 실무상 아주 많이 활용되고 있다.

부제소합의는 사법상의 계약에 소제기금지 조항을 포함하는 형식으로 하거나 또는 별도의 독립된 합의의 형식으로 할 수 있다. 전자와 관련하여 약관의 내용 중 고객에게 부당하게 불리한 소송제기금지 조항은 무효이며(‘약관의 규제에 관한 법률’ 제14조 제1호), 후자의 경우에는 민법상의 화해계약과 함께 이루어지는 경우가 많고 통상 각서 또는 합의서라는 명칭으로 이루어진다.

부제소합의는 소송 전에 이루어지는 것이 일반적인 모습이지만, 소송진행 도중에 부제소합의가 행해지는 경우도 있다. 판례는 이미 소를 제기한 후 피고와 협상을 하여 더 이상 소송을 제기하지 아니하기로 합의한 경우에도 원고가 제기한 소는 부제소합의에 위반한 것으로 부적법하다고 하였다.⁵⁾

2. 부제소합의의 허용 여부

대법원은 일찍이 “특정한 권리나 법률관계에 관하여 관계당사자가 그것에 관련된 분쟁이 있더라도 제소하지 아니하기로 합의하였는데 당사자가 이러한 약지에 위반하여 제소한다면, 이 소는 권리보호의 이익이 없는 것이라 하여 부적법임을 면하지 못한다 할 것이다.”라고 판시한 이후,⁶⁾ 부제소합의를 허용하고 있다. 다만, 판례는

5) 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결.

6) 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1665 판결.

민사소송이 아닌 행정소송에 관하여는 부제소합의가 허용될 수 없고 무효라는 입장이다.⁷⁾

학설은 한때 부제소합의는 소권의 포기이고 소권은 사인의 국가에 대한 공권이므로 당사자 사이의 합의로 국가에 대한 공권을 포기할 수는 없는 것이라고 보아 허용되지 않는다는 견해도 있었으나, 오늘날에는 사적 자치의 원칙상 당사자가 합의하여 임의로 처분할 수 있는 법률관계에 관하여 소를 제기하지 않겠다는 사법상의 의무를 부담하는 것으로 보아 허용된다는 것이 통설이다.⁸⁾

또한 판례는 부제소합의가 당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시킨다는 점에서 부제소합의의 유효요건을 엄격하게 해석하고 있다. 그리하여 부제소합의는 당사자가 ‘처분할 수 있는’ ‘특정된’ 법률관계에 관한 것으로서 그 합의 당시 각 당사자가 ‘예상할 수 있는’ 상황에 관한 것이어야 유효하다고 보고 있다.⁹⁾

III. 부제소합의의 법적 성질

부제소합의는 소송상 합의의 일종인바,¹⁰⁾ 먼저 소송상 합의 일반의 법적 성질에 관하여 학설과 판례의 입장을 개관하고, 이를 토대로 부제소합의의 법적 성질에 관하여 검토한다.

1. 소송상 합의 일반

소송상 합의(Vereinbarung im Prozess) 또는 소송계약(Prozessvertrag)이란 당사자 사이에 현재 계속중이거나 장래 계속될 특정한 소송에 대하여 일정한 영향을 미치는 법적 효과의 발생을 목적으로 행하는 합의를 말한다.¹¹⁾¹²⁾

7) 대법원 1998. 8. 21. 선고 98두8919 판결; 대법원 1999. 1. 26. 선고 98두12598 판결(폐광된 광산에서 업무상 재해를 입은 근로자에게 지급되는 재해위로금 지급청구권에 관한 부제소합의는 무효).

8) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 493쪽; 이시운, 앞의 책, 225쪽.

9) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결 등.

10) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 493, 497쪽; 이시운, 앞의 책, 396쪽; 김홍엽, 앞의 책, 495쪽; 전원열, 앞의 책, 317쪽.

소송상 합의가 어떠한 법적 성질을 가지는지, 즉 사법상의 계약인지 아니면 소송법상의 계약인지에 관하여 다투어진다. 사법상의 계약으로 보면 행위능력과 민법상의 대리권으로 족하지만, 소송법상의 계약으로 보면 소송능력과 소송상의 대리권이 필요하게 된다.¹³⁾ 또한 사법상의 계약으로 보면 사적 자치의 원칙에 따라 소송상 합의에 조건이나 기한을 붙일 수 있고 의사의 흠이 있을 때에는 민법상 법률행위에 관한 규정을 적용할 수 있지만, 소송법상의 계약으로 보아 소송행위와 같이 취급하면 소송 절차의 안정성과 명확성 때문에 조건 또는 기한을 붙이는 것은 허용되지 않고 민법상 법률행위에 관한 규정이 원칙적으로 적용되지 않는다.¹⁴⁾

나아가 이 문제는 소송상 합의에 의하여 어떠한 법적 효과가 발생하는가 그리고 이를 소송상 어떻게 취급할 것인가와 결부되어 논의되고 있다.¹⁵⁾

1.1 학설

1.1.1 사법계약설

사법계약설은 소송상 합의를 ‘사법상의 계약’으로 본다. 따라서 소송상 합의에 의하여 소송법상의 효과는 발생할 수 없고 ‘사법상의 작위 또는 부작위의무만이 발생’한다고 한다. 예컨대 소취하합의의 경우에 원고는 피고에 대하여 소를 취하할 작위의무를 부담하고, 부제소합의의 경우에 당사자 쌍방은 상호 간에 소를 제기하지 아니할 부작위의무를 부담한다는 것이다. 이와 같이 상대방에게 작위 또는 부작위의 의무를 지우는 효과를 가리켜 의무부과효과(verpflichtende Wirkung)라고 한다.

이 견해는 위의 작위 또는 부작위의무를 이행하지 않는 경우 상대방의 구제방법에 따라 다시 두 가지로 나뉜다. 하나는 이 경우에 ‘의무의 이행을 소구’하여 승소판결을

11) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 492쪽.

12) 이 글에서는 소송계약설과의 혼동을 피하기 위하여 ‘소송계약’이라는 용어 대신에 ‘소송상 합의’라는 표현을 사용한다.

13) 정동윤/유병현/김경옥, 위의 책, 496쪽.

14) 대법원 1984. 5. 29. 선고 82다카963 판결; 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다42939, 42946 판결; 대법원 2001. 10. 26. 선고 2001다37514 판결.

15) 소송상 합의에 관하여 대표적인 국내의 문헌으로는 김경옥, “소송계약에 관한 일반적 고찰”, 안암법학 제29호, 안암법학회, 2009, 435쪽 이하; 강현중, “소송계약에 관한 소고”, 법조 제38권 제11호, 법조협회, 1989, 23쪽 이하; Gerhard Wagner, *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 1998; Ernst Teubner/Thomas Künzel, “Prozeßverträge, Zulässigkeit, Abschluß und Wirkungen”, *MDR* 1988, Otto Schmidt, 1988, 720 ff.

받아 강제집행을 할 수 있고¹⁶⁾ 만일 강제집행이 불가능한 때에는 ‘손해배상을 청구’할 수 있다는 견해이다(고전적 사법계약설 또는 의무이행소구설). 다른 하나는 이 경우에 상대방에게 ‘항변권이 발생’하고 이 항변권을 행사하여 소송상 합의의 존재를 증명하면 법원이 그에 대응하는 일정한 조치를 취하여야 한다는 견해이다(발전적 사법계약설 또는 항변권발생설). 이때 법원의 조치는 그 합의가 소취하합의나 부제소 합의라면 권리보호의 이익이 없다는 이유로 소를 각하하게 되고, 항소취하합의라면 항소의 이익이 없다고 보아 항소를 각하하게 된다.¹⁷⁾ 항변권발생설이 현재 우리나라의 통설이다.¹⁸⁾

1.1.2 소송계약설

소송계약설(고전적 소송계약설이라고도 부른다)은 소송상 합의를 ‘소송법상의 계약’으로 본다.¹⁹⁾ 그리하여 소송상 합의는 ‘직접 소송법상의 효과를 발생’시키고 소송상태를 변동시킨다고 한다. 이와 같이 소송상 합의에 의하여 직접 발생하는 소송법상의 효과를 가리켜 처분효과(Verfügungswirkung)라고 한다.²⁰⁾ 예컨대 소취하합의의 경우에는 - 원고에게 소를 취하할 사법상의 작위의무를 발생시키는 것이 아니라 - 직접 소송계속의 소급적 소멸(민사소송법 제267조 제1항)이라는 소송법상 소취하의 효과가 발생한다는 것이다. 따라서 법원은 소취하합의가 소송절차 내에서 있으면 직권으로, 소송 외에서 있었으면 당사자의 주장을 거쳐서 “소취하합의에 의하여 소송이 종료되었음을 선언”(소송종료선언)하여야 한다고 한다.

한편 발전적 소송계약설은 소송상 합의를 기본적으로 ‘소송법상의 계약’으로 보고 그로부터 직접 소송법상의 효과가 발생한다고 보면서도 아울러 ‘소송법상의 작위 또는 부작위의무까지도 발생’한다고 한다.²¹⁾ 예컨대 소취하합의의 경우에 직접 소송

16) 소송상 합의는 부대체적 의무에 관한 것으로 간접강제(민사집행법 제261조) 또는 의사표시의무의 집행(민사집행법 제263조) 방법으로 할 것이다.

17) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결.

18) 이시윤, 앞의 책, 397쪽; 전원열, 앞의 책, 318쪽; 김홍엽, 앞의 책, 497쪽; 한충수, 민사소송법 제3판, 박영사, 2021, 378쪽; 이태영, 민사소송법강의 제3판, 법문사, 2022, 311쪽; 범경철/곽승구, 민사소송법, 정독, 2022, 338쪽.

19) 김홍규/강태원, 민사소송법 제5판, 삼영사, 2020, 430쪽; 손한기, 민사소송법 제4판, 홍문사, 2022, 217쪽; 김용진, Advocate 민사소송법, 피앤씨미디어, 2016, 313쪽.

20) 소송법상의 처분효과는 다시 관할합의와 같이 새로운 소송상태를 창설하는 적극적인 처분효과와 소취하합의와 같이 종래의 소송상태를 소멸시키는 소극적인 처분효과로 나뉜다고 한다(정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 494쪽).

계속의 소급적 소멸이라는 소송법상의 효과가 발생하지만 원고는 소를 취하할 ‘소송법상의’ 작위의무를 부담하고 피고가 소취하합의의 존재를 주장하여 그것이 인정되면 법원은 소송종료선언을 하여야 한다고 한다. 발전적 소송계약설이 특히 위와 같은 의무부과효과를 인정하는 이유는 소송상 합의가 합의대로 이행되는 경우를 설명하고 소송상 합의에 위반하는 경우에 ‘손해배상청구가 가능’하도록 하기 위함이라고 한다. 그리하여 원고가 소취하합의에 위반하여 소를 취하지 않고 소송을 계속 진행함으로써 피고가 패소한 경우에 피고는 이를 이유로 원고에게 손해배상을 청구할 수 있다는 것이다.

1.1.3 병존설

소송상 합의는 ‘사법상의 계약과 소송법상의 계약이 병존’하는 것으로 본다.²²⁾ 예컨대 소취하합의의 경우에 ‘사법상의 계약’으로서 원고가 피고에 대하여 소를 취하할 작위의무를 부담함과 동시에 ‘소송법상의 계약’으로 소송계속의 소멸이라는 효력이 발생하며, 원고가 소취하의무를 이행하지 않는 경우에 피고가 소취하합의의 존재 사실을 주장·증명하면 직접 소송계속은 소멸되고 다만 법원은 이를 확인하는 취지의 소송종료선언을 하게 된다고 한다.

이러한 병존설에 대하여는 별도의 독자적인 견해로 소개하기도 하지만,²³⁾ 발전적 소송계약설과 같은 견해로 평가하기도 한다.²⁴⁾ 생각건대 발전적 소송계약설은 소송상 합의를 기본적으로 소송법상의 계약으로 보면서도 소송법상의 의무를 부담한다고 보지만 병존설은 사법상의 계약과 소송법상의 계약이 병존하는 것으로 보는 점, 소송상 합의의 효과가 발생하는 시점과 관련하여 발전적 소송계약설은 법원이 그 합의의 존재를 인정하고 그에 대응하는 조치를 취한 때라고 보는 데 반하여 병존설은 당사자가 그 합의의 존재를 주장·증명한 때라고 보는 점 등에서 양 설은 차이가 있지만, 양 설의 적용에 따른 실제 결론에 있어서는 큰 차이가 없는 것으로 생각된다.

21) 정동윤/유병현/김경옥, 위의 책, 495쪽; 정영환, 앞의 책, 646쪽; 김경옥, 앞의 논문, 449-450쪽; 이정환, “소송계약”, 원광법학 제27권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2011, 19쪽.

22) 전병서, 강 의 민사소송법 제4판, 박영사, 2023, 145쪽.

23) 김홍규/강태원, 앞의 책, 429쪽; 정영환, 앞의 책, 645쪽; 김일룡, 민사소송법, 법문사, 2023, 404쪽.

24) 이시윤, 앞의 책, 397쪽 주2(발전적 소송계약설에 병존설을 포함); 김홍엽, 앞의 책, 496-497쪽(병존설에 발전적 소송계약설을 포함).

1.2 판례

먼저, 소송상 합의가 사법상의 계약인지 아니면 소송법상의 계약인지와 관련하여 검토한다. ① 판례는 일찍이 강제집행신청을 취하하기로 하는 계약을 ‘사법상의 계약’으로 보았고,²⁵⁾ 부집행합의에 관하여도 채권자가 특정의 채권에 관한 집행권원에 기하여 강제집행을 실시하지 않는다는 ‘사법상의 계약’이라고 하거나²⁶⁾ 또는 실체상의 청구의 실현에 관련하여 이루어지는 ‘사법상의 채권계약’이라고 보았다.²⁷⁾ ② 그리고 소취하합의의 법적 성질에 관하여 판례가 명시적으로 ‘사법상의 계약’이라고 밝힌 적은 없으나, 소취하합의의 의사표시는 민법 제109조에 따라 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다고 하였는데,²⁸⁾ 이는 소취하합의가 ‘사법상의 계약(법률행위)’임을 전제’로 한 것으로 이해된다. 만일 소취하합의를 ‘소송법상의 계약’으로 보았다면 전형적인 ‘소송행위’인 소취하와 같이 취급되는데, 소송절차의 안정성과 명확성을 기하기 위하여 소송행위에 대하여는 표시주의를 관철하여야 한다는 점에서 소취하가 착오에 의한 것이라도 민법의 의사표시에 관한 규정을 유추적용하여 그 취소를 주장하는 것은 허용되지 않기 때문이다(통설).²⁹⁾ ③ 또한 판례는 ‘조건부 소취하합의’를 유효한 것으로 보고 조건의 성취사실이 인정되지 않는 한 그 소송을 계속 유지할 법률상의 이익을 인정하였는데,³⁰⁾ 이 역시 소취하합의가 ‘사법상의 계약(법률행위)’임을 전제’로 한 것으로 풀이할 수 있다. 소취하합의를 ‘사법상의 계약’(법률행위)으로 본다면 사적 자치의 원칙상 조건을 붙일 수 있지만,³¹⁾ ‘소송법상의 계약’(소송행위)으로 본다면 소송행위의 효력발생을 소송 외에서 장래 발생할 불확실한 사정에 의존케 하는 소송외적 조건을 붙이는 것은 소송절차의 안정을 해하는 것으로 허용되지 않기 때문이다.³²⁾ 이와 같은 점들에 비추어 판례는 기본적인

25) 대법원 1966. 5. 31. 선고 66다564 판결.

26) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다42979 판결.

27) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다19072 판결.

28) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 2020다227530 판결.

29) 판례도 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없으므로 착오로 소를 취하하였더라도 이를 ‘무효’라 볼 수는 없으며(대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결; 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다11740 판결), 민법상의 법률행위에 관한 규정은 민사소송법상의 소송행위에는 특별한 규정이나 특별한 사정이 없는 한 적용이 없는 것이므로 착오를 이유로 소취하를 다시 ‘취소’할 수는 없다고 하였다(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다42939, 42946 판결).

30) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다19571 판결.

31) 이시윤, 앞의 책, 397쪽.

으로 소송계약설이 아닌 사법계약설의 입장을 취하는 것으로 볼 수 있다.

다음, 소송상 합의를 불이행한 때의 구제방법과 관련하여, ① 대법원은 일찍이 당사자가 소송 외에서 소취하합의를 하고 피고가 이를 항변으로 주장하였다면 그 소송은 원고에게 권리보호의 이익이 없다고 판시하였고,³³⁾ 이후 ‘소취하합의’에 관하여 같은 취지의 판결들이 이어지고 있다.³⁴⁾ ② 그리고 ‘항소취하합의’에 관하여도 소취하합의와 마찬가지로 판시를 하였다. 즉 당사자 사이에 항소취하합의가 있음에도 항소취하서가 제출되지 않으면 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 항소를 각하하여야 한다고 보았다.³⁵⁾ ③ 한편 ‘강제집행신청을 취하하기로 하는 약정’에 위배하여 강제집행신청을 취하지 않았다고 하여 직접 소송으로 그 취하를 청구할 수는 없다고 함으로써³⁶⁾ 사법계약설 중 의무이행소구설은 배척하였다. 위의 대법원 판결들을 종합적으로 판단하건대, 판례는 소송상 합의를 ‘사법상의 계약’으로 보면서 그 불이행시 상대방에게 소송상 ‘항변권이 발생’한다는 항변권발생설(발견적 사법계약설)을 취하는 것으로 보인다. 학설도 소송상 합의의 법적 성질에 관한 판례의 입장을 항변권발생설로 평가하는데 이설이 없다.³⁷⁾

다만, 소송상 합의 가운데 ① ‘불항소합의’와 관련하여 불항소합의의 유무는 상소의 적법요건에 관한 것으로서 직권조사사항으로 보아 피고가 불항소합의에 관한 주장을 하지 않았으나 법원이 직권으로 원고의 항소를 부적법각하한 것이 있고,³⁸⁾ ② 비교적 최근에는 ‘부제소합의’에 관하여도 부제소합의에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고 신의성실의 원칙에도 어긋나는 것이므로 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다고 판시한 것이 있어서,³⁹⁾ 그 해석을 둘러싸고 논란이

32) 예컨대 피고가 소송비용을 부담할 것을 조건으로 하는 소취하는 허용되지 아니한다.

33) 대법원 1965. 4. 13. 선고 65다15 판결.

34) 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1665 판결; 대법원 1982. 3. 9. 선고 81다1312 판결; 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결; 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005다14861 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다19571 판결 등.

35) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결.

36) 대법원 1966. 5. 31. 선고 66다564 판결.

37) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 495쪽; 이시윤, 앞의 책, 397쪽; 전원열, 앞의 책, 319쪽 등.

38) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결.

있다. 위의 두 판결에 관하여는 뒤에서 비판적으로 자세히 검토해 본다.⁴⁰⁾

1.3 검토

우선, 사법계약설과 소송계약설 가운데에는 사법계약설이 소송상 합의의 법적 성질을 무리 없이 설명하고 있다고 생각된다. 고전적 소송계약설은 소송법에 아무런 규정이 없는 ‘소송상 합의’(예컨대 소취하합의)를 소송법에서 그 요건과 효과를 규정한 전형적인 ‘소송행위’(예컨대 소의 취하)와 같이 취급한다는 점에서 이를 따르기에는 무리가 있다.⁴¹⁾ 또한 발전적 소송계약설은 발전적 사법계약설과 소송계약설의 대립을 지양하고 그 대안을 모색한 점에서 충분히 경청할 만한 견해이지만, 소송상 합의가 직접 소송법상의 효과를 발생시킨다면 별도로 합의의 이행 문제는 남기지 않을 것이므로 아울러 의무부과효과를 인정하는 것은 논리적으로 모순이 아닌가 하는 의문이 든다.⁴²⁾ 또한 발전적 소송계약설을 따르는 경우에는 소송상 합의의 효과가 발생하는 시점을 자연스럽게 설명하는 데 문제가 있다. 즉 발전적 소송계약설을 따를 때에도 소송상 합의에 의하여 직접 소송법상의 효과가 발생하지만 대부분 소송 외에서 그 합의가 이루어지므로 법원은 당사자의 주장을 기다려 그에 대응하는 조치를 하여야 한다고 설명하는데, 이때 ‘소송상 합의를 한 때’ 바로 소송법상의 효과는 발생한 것이되 당사자의 주장은 단지 합의의 존재를 법원에 알리는 의미를 가질 뿐이라고 볼 것인지 혹은 ‘당사자가 소송상 합의의 존재를 법원에 주장한 때’라고 볼 것인지 아니면 ‘법원이 그 합의의 존재를 인정하고 그에 대응하는 조치를 취한 때’라고 볼 것인지 문제되며,⁴³⁾ 어느 쪽으로 해석하더라도 소송계약설의 출발점과는 어긋나고 자연스럽게 못하다.

다음, 사법계약설 가운데 의무이행소구설(고전적 사법계약설)은 소송상 합의에 따

39) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결.

40) 이 글 “IV. 3. 부제소합의가 직권조사사항인지 여부 및 4. 불상소합의가 직권조사사항인지 여부” 참조.

41) 이시윤, 앞의 책, 397쪽; 전원열, 앞의 책, 318쪽. 나아가 김홍엽, 앞의 책, 497쪽은 소송상 합의를 전형적인 소송행위와 같이 취급하게 되면 소송행위의 범위가 지나치게 넓어지게 되고 직권으로 심리할 범위도 확대되어 심리의 부담이 커지게 된다고 한다.

42) 이태영, 앞의 책, 311쪽 주23.

43) 이와 관련하여 정동운/유병현/김경욱, 앞의 책, 496쪽은 마지막 입장으로 해석하며, 그러한 의미에서 소송상 합의의 처분효과는 법원이 고려할 때까지는 잠재적인 의미를 가진다고 설명한다.

른 사법상의 의무를 불이행한 때의 구제방법으로 별소로써 그 의무의 이행을 구하도록 하는데 이는 너무 간접적이고 우회적이라는 점에서 부당하다.⁴⁴⁾ 항변권발생설(발전적 사법계약설)에 대하여는 당사자는 소송상 합의에 따른 효과를 직접 이끌어내길 기대하는데 항변권만으로는 그러한 당사자의 기대를 충족시킬 수 없는 비판이 있으나,⁴⁵⁾ 앞서 보았듯이 소송계약설을 따르기에는 무리가 있고 사법계약설을 취하는 한 상대방의 구제방법으로 별소를 제기하도록 하는 것보다 소송상 항변권을 인정하는 것이 간명하고 합리적이다. 따라서 소송상 합의의 법적 성질을 설명하기에는 항변권발생설이 가장 타당하다.

2. 부제소합의의 경우

부제소합의는 소송상 합의의 일종이고 소송상 합의의 법적 성질에 관하여는 바로 앞에서 상세히 살펴보았으므로, 여기서는 부제소합의의 법적 성질을 간략히 검토하기로 한다.

이와 관련하여 판례 가운데 부제소합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 ‘재판청구권의 포기’와 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생’시키는 것이라고 한 것이 있다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 단순히 그 표현만 놓고 보면 마치 판례가 소송계약설의 입장에서 부제소합의를 ‘소송법상의 계약’으로 보는 듯한 인상을 주고 있지만, 이는 단지 부제소합의의 유효요건이나 당사자의 의사해석을 엄격하게 하여야 한다는 취지에서 나온 표현일 뿐이라고 생각된다.

민사소송법에 명문의 규정이 없는 이상 부제소합의를 직접 소송법상의 효과를 발생시키는 소송법상의 계약으로 보는 것은 무리이며, 당사자 사이에 특정한 분쟁에 관하여 소를 제기하지 아니할 사법상의 부작위의무를 부담하기로 하는 ‘사법상의 계약’으로 볼 것이다. 따라서 당사자 일방이 그 의무에 위반하여 소를 제기하면 피고에게는 소송상 ‘항변권이 발생’하여 부제소합의의 존재를 주장할 수 있고 이 경우

44) 이시윤, 앞의 책, 397쪽; 전원열, 앞의 책, 318쪽.

45) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 495쪽.

46) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결. 뒤에 선고된 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결 및 대법원 2023. 5. 18. 선고 2023다205173 판결도 마찬가지이다.

47) ‘불상소합의’에 관하여도 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000다17803 판결은 소송당사자에 대하여 상소권의 사전포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것이라고 판시하였다.

법원은 소송을 통하여 원고의 권리를 보호할 법률상의 이익이 없다고 보아 소를 각하하여야 한다.

3. 부제소합의의 특징

3.1 조건 또는 기한을 붙일 수 있는지 여부

소송행위와 달리 소송상 합의에는 조건 또는 기한을 붙일 수 있다.⁴⁸⁾ 판례는 소취하합의와 관련하여 당사자 사이에 소취하합의가 있으면 원칙적으로 그 소는 권리보호의 이익이 없어 각하되지만, ‘조건부 소취하합의’를 하였다면 조건의 성취사실이 인정되지 않는 한 권리보호의 이익이 있다고 보았다.⁴⁹⁾ 그리하여 피고가 원고에게 300억 원을 현금으로 직접 지급하거나 대물변제하는 것을 조건으로 원고가 소를 취하하기로 약정한 것은 유효하다는 전제하에, 피고가 그 약정에 따른 의무를 이행하지 않았다면 원고에게는 그 소송을 계속 유지할 법률상의 이익이 있다고 하였다. 부제소합의의 법적 성질을 사법상의 계약으로 보는 한, 사적 자치의 원칙에 따라 부제소합의에 조건 또는 기한을 붙이는 것도 허용된다고 볼 것이다.

3.2 의사표시의 흠과 민법 규정의 유추적용

통설은 소송상 합의에 의사표시의 흠이 있을 때에는 민법의 규정을 유추적용하여 그 무효 또는 취소를 주장할 수 있다고 한다.⁵⁰⁾ 판례도 소취하합의의 의사표시는 민법 제109조에 따라 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다고 하였다.⁵¹⁾ 생각건대 부제소합의의 경우에도 마찬가지로 해석할 수 있을 것이다.⁵²⁾

48) 이시윤, 앞의 책, 397쪽; 전원열, 앞의 책, 319쪽.

49) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다19571 판결.

50) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 492쪽; 이시윤, 앞의 책, 397쪽; 전원열, 앞의 책, 319쪽.

51) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결.

52) 전원열, 앞의 책, 239쪽.

IV. 부제소합의의 소송상 취급

1. 법원의 조치

당사자 사이에 부제소합의가 있음에도 불구하고 이에 위반하여 소가 제기된 경우, 항변권발생설(발전적 사법계약설)에 의하면 피고가 그 존재를 항변으로 주장할 수 있고 법원은 권리보호의 이익이 없음을 이유로 ‘소각하판결’을 하여야 한다(통설). 바꾸어 말하면 당사자 사이에 부제소합의를 하였다면 이는 계약상 소제기금지 사유에 해당하므로 이에 위배하여 제기된 소는 권리보호의 자격을 갖추지 못하여 부적법각하된다. 판례도 일관하여 부제소합의에 위반하여 제기된 소는 권리보호의 이익이 없음을 이유로 각하하고 있다.⁵³⁾

발전적 소송계약설은 법원의 조치와 관련하여 둘로 나뉘는데, 권리보호의 자격 또는 재판권(소권)의 흠으로 ‘소를 각하’하여야 한다는 입장과⁵⁴⁾ 원칙적으로 ‘소송종료선언’을 하여야 한다는 입장이⁵⁵⁾ 있다. 또한 앞의 입장은 부제소합의가 소송 전에 이루어지므로 법원이 이를 고려하기 위하여는 피고가 그 존재를 주장하여야 한다고 보아 부제소합의를 ‘항변사항’으로 보지만,⁵⁶⁾ 뒤의 입장은 부제소합의를 ‘직권조사사항’으로 보되 다만 소송자료 수집과 관련하여 직권탐지주의가 아닌 변론주의 형태로 당사자로부터 소송자료를 제출받아 판단하면 된다고 하는 점에서 차이가 있다.⁵⁷⁾

소송계약설은 소송상 합의에 의하여 직접 소송법상의 효과가 발생한다고 보는 견해이고 부제소합의에 따른 소송법상의 효과는 ‘재판청구권의 포기’일 것이므로,⁵⁸⁾ 만일 소송계약설을 취한다면 앞의 입장과 같이 법원은 권리보호의 자격(소의 이익) 또는 재판권(소권)의 흠으로 소를 각하하는 것으로 봄이 맞다고 생각된다. 그러나

53) 대법원 1992. 3. 10. 선고 92다589 판결; 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결 등.

54) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 498쪽.

55) 정영환, 앞의 책, 648쪽.

56) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 496, 498쪽.

57) 정영환, 앞의 책, 649쪽.

58) 판례도 부제소합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 ‘재판청구권의 포기’와 같은 중대한 ‘소송법상의 효과’를 발생시키는 것이라고 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결; 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결; 대법원 2023. 5. 18. 선고 2023다205173 판결).

앞서 자세히 검토하였듯이 부제소합의는 사법상의 계약으로 보고 항변권발생설의 입장에 따라 부제소합의에 위반하여 소가 제기되면 법원은 권리보호의 이익이 없다고 보아 소각하판결을 함이 타당하다.

2. 본안요건과의 심리순서 및 증명책임

2.1 소송요건의 선순위성

통상 소송요건의 조사와 본안요건의 심리는 병행하여 진행되는바, 소송요건의 존부가 불분명한 상태에서 청구가 이유 없음이 판명된 경우에 법원이 곧바로 청구기각의 본안판결을 할 수 있는지 문제된다.

소송요건은 본안판결의 요건(Sachurteilsvoraussetzung)으로서 반드시 본안판결에 앞서 그 존부를 조사하여야 하며 소송요건의 존재가 인정되어야만 비로소 본안판결을 할 수 있고 소송요건의 존재가 의심스럽거나 소송요건의 흠이 확인된 이상 청구기각판결을 할 수는 없다는 것이 종래 통설의 입장이다.⁵⁹⁾ 판례도 비법인사단의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 다툼이 있어 대표권 유무가 의심스러움에도 이에 관하여 밝혀 보지 않고 대표자로 인정한 다음 본안판단을 한다든지,⁶⁰⁾ 채권자대위소송에서 소송요건을 갖추지 못하여 소를 각하하여야 함에도 법원이 이를 간과하고 본안판결을 한 것은 위법하다고 하였다.⁶¹⁾ 부제소합의는 소극적 소송요건에 해당하는바, 통설에 따르면 부제소합의가 없어야만 본안판결을 할 수 있고 부제소합의가 있거나 그 부존재가 의심스럽다면 법원은 청구가 이유 없다는 확신이 들었다 할지라도 바로 청구기각판결을 할 수 없게 된다.

한편 위의 통설과 달리 소송요건과 실체법상 요건은 동일 평면의 판결선고요건(Urteilerlassvoraussetzung)이며 반드시 실체법상 요건을 심리하기에 앞서 소송요건을 먼저 심리할 필요는 없다는 견해도 있다.⁶²⁾ 따라서 소송요건의 존부가 다투어지고 있는 도중에 청구가 이유 없음이 먼저 밝혀졌다면 소송요건을 갖추었는지 가릴 필요

59) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 426쪽.

60) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다97044 판결.

61) 대법원 1990. 12. 11. 선고 88다카4727 판결.

62) Bruno Rimmelspacher, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Schwartz, 1966.

없이 바로 청구기각의 본안판결을 할 수 있다고 한다. 이는 소송요건의 선순위성을 부정하는 입장으로, 그것이 법원의 심리 부담을 경감시키고 당사자는 신속한 결론을 얻을 수 있어 소송경제에도 도움이 된다고 한다.

또한 절충적인 입장으로 원칙적으로 통설에 따르되 부제소합의, 소의 이익 등 ‘무익한 소송을 배제’시킬 목적의 소송요건만은 그 존부 심사를 뒤로 미루어 두고 본안에 들어가 청구기각판결을 해도 무방할 것이라는 견해와⁶³⁾ 좀 더 범위를 넓혀 임의관할, 소의 이익, 재소금지, 중재합의 등 ‘피고의 이익 보호나 무익한 소송의 배제’를 목적으로 하는 소송요건은 그 심리를 생략하고 청구기각의 본안판결을 할 수 있다는 견해도⁶⁴⁾ 있다. 왜냐하면 이러한 소송요건은 그 심리를 속행하여 충족이 판명되면 결국 청구기각판결을 하게 되어 그 사이에 법원이나 피고가 들인 노력이 무의미하게 되고, 반대로 소송요건의 흠이 판명되면 소각하판결을 하게 될 텐데 청구의 당부는 종국적으로 확정되지 않은 것이어서 뒤에 원고가 그 흠을 보완하여 다시 소를 제기하면 피고는 이에 응해야만 하기 때문에, 애초에 청구기각판결을 하는 것이 피고의 이익 보호에 부합하는 것이라고 한다.

생각건대 위의 새로운 견해들도 설득력 있는 부분이 있긴 하지만, 소송요건은 그것이 공익에 관한 것이든 사익에 관한 것이든 불문하고 이를 본안요건보다 먼저 심리하여야 한다는 통설의 입장이 타당하다. 따라서 법원은 부제소합의가 없어야만 본안판결을 할 수 있고, 그 존부가 다투어지고 있다면 청구가 이유 없음이 먼저 판명되었다 할지라도 바로 청구기각판결을 할 수 없다고 할 것이다.

2.2 부제소합의의 증명책임

피고가 부제소합의의 존재를 항변으로 주장하였으나 원고가 이를 다투었고 법원이 심리 결과 부제소합의의 존부에 대하여 확신을 갖지 못하게 된 경우에는 증명책임이 문제된다.

증명책임(Beweislast)이란 어느 주장사실의 존부가 불명확한 경우에 그 사실이 없는 것으로 취급되어 자기에 유리한 법률효과를 취득할 수 없게 되는 당사자의 불이

63) 이시윤, 앞의 책, 217쪽.

64) 김홍규/강태원, 앞의 책, 304쪽.

익 내지 패소위험을 가리키며, 통설·판례에 따르면 각 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건사실에 관한 증명책임을 부담한다.⁶⁵⁾

소송요건에 관한 증명책임을 둘로 나누어 살펴보아야 한다. 먼저 직권조사사항인 소송요건(예컨대 소송대리인의 대리권 존부, 종중 대표자의 대표권 존부 등)에 대하여는 원고에게 증명책임을 있다.⁶⁶⁾ 소송요건을 갖추어야만 본안판결을 받을 수 있고 본안판결을 받는 것 자체가 원고에게 유리한 것이기 때문이다. 판례도 마찬가지이다.⁶⁷⁾ 따라서 직권조사사항인 소송요건에 관하여 그 사실의 존부가 불분명하면 이에 대한 증명책임을 부담하는 원고가 소각하판결이라는 불이익을 입게 된다.

그러나 항변사항인 소송요건[예컨대 중재합의(중재법 제9조 제1항)]에 대하여는 피고가 증명책임을 부담한다고 보아야 한다.⁶⁸⁾ 항변사항을 가리켜 소송장애사유(Prozesshindernis)라고 하기도 하는데,⁶⁹⁾ 소송장애사유가 있으면 소각하판결을 받게 되고 이는 피고에게 유리한 것이기 때문이다. 부제소합의는 피고의 항변사항이다. 따라서 법원의 증명촉구에도 불구하고 피고가 그 주장한 부제소합의의 존재를 증명하지 못하면 이에 대한 증명책임을 부담하는 피고가 본안판결이라는 불이익을 입게 된다.

3. 부제소합의가 직권조사사항인지 여부

3.1 문제제기

부제소합의가 법원의 직권조사사항인지 아니면 피고의 항변사항인지 문제된다.

직권조사사항(Prüfung von Amts wegen)은 당사자의 주장을 기다리지 않고 법원이 직권으로 그 존부를 조사하여 고려할 사항을 말하며, 항변사항(Einrede)은 피고의

65) 이를 규범설(정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 594쪽) 또는 법률요건분류설(이시윤, 앞의 책, 544쪽)이라고 한다.

66) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 423쪽; 이시윤, 앞의 책, 216쪽.

67) 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결.

68) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 423쪽; 이시윤, 앞의 책, 216쪽; 전병서, 앞의 책, 194쪽 주13.

69) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 421쪽. 전원열, 앞의 책, 222쪽 주3과 전병서, 앞의 책, 192쪽 주7은 독일에서는 소송요건(Prozessvoraussetzung)을 직권조사사항을 가리키는 용어로만 사용하며, 항변사항은 소송요건에 포함시키지 않고 별도로 소송장애(Prozesshindernis)라고 구별해서 부른다고 소개하고 있다.

이익을 보호하기 위하여 피고가 주장하지 않는 한 법원이 고려하지 않는 사항을 말한다. 소송요건의 대부분은 직권조사사항에 속하며, 소송요건 가운데 항변사항으로 언급되는 것은 대표적으로 중재합의(중재법 제9조)가 있다. 실무상 ‘직권조사사항인 소송요건’에 관하여 피고가 “항변”을 했다고 표현하는 경우가 종종 있는데(예컨대 증복제소의 항변, 재소금지의 항변, 기판력의 항변 등),⁷⁰⁾ 이는 엄밀한 의미에서의 항변은 아니고 단지 소송요건의 흠을 지적하여 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없는 것이다. 이를 가리켜 본안전 항변(本案前 抗辯)이라고 한다. 이와 구별하여 ‘항변사항인 소송요건’의 흠을 주장하는 것을 특히 방소항변(妨訴抗辯)이라고 한다.⁷¹⁾

부제소합의와 관련하여 특히 문제되는 것은 피고가 그에 대한 항변을 하지 않았는데 법원이 심리 중에 부제소합의가 있다는 사실을 알게 된 경우 직권으로 소가 부적법하다고 판단할 수 있는지 여부이다.

이와 관련하여 ① 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결은 “부제소합의에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로 소가 부제소합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다. 다만 당사자들이 부제소합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고(민사소송법 제136조 제4항), 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명 의무를 위반하는 것이다.”라고 판시함으로써, 부제소합의를 직권조사사항으로 보고 피고의 항변이 없더라도 법원이 직권으로 부제소합의를 고려하여 판단할 수 있다고 하였다. ② 그러나 최근에 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결은 “원고(○○신용보증재단)가 신용회복위원회와 협약을 체결함으로써 신용회복위원회로부터 소외인(채무자)의 채무조정 신청을 통지받은 이후부터 채무조정의 효력이 상실되기 전까지는 소외인 및 그 보증인에 대하여 채권추심을 위한 소를 제기하지

70) 이 세 가지 항변이 전부 문제되었던 것으로 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결 참조.

71) 방소항변도 본안 심리에 앞서 소송요건의 흠을 지적한다는 점에서 넓은 의미에서는 본안전 항변이라고 할 수 있다.

않기로 하는 내용의 부제소합의를 하였다고 봄이 타당하고, 소외인의 연대보증인인 피고로서는 협약에 따라 원고의 구상금 청구에 대해 부제소합의가 있었다는 항변권을 행사할 수 있다.”라고 판시함으로써, 부제소합의가 피고의 항변사항임을 명확히 밝히고 있다.⁷²⁾

이하에서는 우선 상호 모순되는 듯한 두 판결의 사실관계와 법원의 판단을 자세히 살펴보고, 이 문제에 관하여 비판적으로 검토해 본다.

3.2 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결

[사실관계]

① 甲과 A는 乙주택재개발정비사업조합이 실시하는 건축설계도급 입찰에 참가하기 위하여 민법상 조합에 해당하는 공동수급체로서 컨소시엄(이하 ‘甲조합’이라 한다)을 구성하였다.

② 乙은 임시총회에서 甲조합의 경쟁업체인 丙을 낙찰자로 선정하고 丙과의 건축설계계약 체결을 승인하는 결의(이하 ‘이 사건 결의’라 한다)를 하였다.

③ 甲은 단독으로 乙을 상대로 이 사건 결의에 대하여 무효확인을 구하는 소를 제기하였다.

④ 한편 甲조합은 위 입찰절차에 참가하면서 “乙이 정한 업체 선정방법 및 乙의 총회에서의 낙찰자 및 계약자 선정 결과에 대하여 어떠한 이의를 제기하지 않고 이를 따르기로 한다.”는 내용의 문구가 기재된 이행각서를 乙에게 제출하였고, 위 이행각서는 입찰 관련 서류로서 법원에도 제출되었다.

[원심의 판단]

원심은 ‘직권으로’ 위 이행각서의 문구에 의하면 甲조합과 乙 사이에 이 사건 결의에 관하여 부제소합의가 이루어졌다고 보고 이에 위반하여 제기된 소는 부적법하다고 보아 이를 각하하였다.⁷³⁾

72) 이보다 앞서 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다8388 판결도 부제소합의에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없다고만 법리를 밝힌 후, 부제소합의를 이유로 한 피고의 본안전항변에 대하여 부제소합의의 효력이 없다고 판단하여 이를 배척한 원심판결에는 잘못이 있다고 설시하고 있는데, 이는 부제소합의가 직권조사사항이 아니라 ‘피고의 항변사항임을 전제’로 한 것으로 보인다.

73) 대전고등법원 2011. 8. 18. 선고 (청주)2011나567 판결.

이에 대하여 甲은 상고이유에서 ‘乙이 부제소합의의 존재를 주장하지 않았음에도 불구하고’ 원심이 직권으로 소가 부제소합의에 위배되어 부적법하다고 판단한 것은 ‘변론주의를 위반’한 위법이 있다고 주장하였다.

[대법원의 판단]

대법원은 먼저 부제소합의에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고 신의 성실의 원칙에도 어긋나는 것이므로 법원은 ‘직권으로’ 소의 적법 여부를 판단할 수 있다고 보았다.

그러나 당사자들이 부제소합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 ‘당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야’ 하며(민사소송법 제136조 제4항), 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 당사자 일방에게 예상외의 재판이 되어 ‘석명의무를 위반’하는 것이라고 하였다.

이 사건에서 甲과 乙은 甲이 이 사건 소를 단독으로 제기할 당사자적격과 확인의 이익이 있는지 여부와 乙이 B를 낙찰자로 선정한 조치에 무효사유가 있는지 여부만을 다투었을 뿐, 乙이 원심 변론종결일까지 甲조합이 위 이행각서를 제출한 것이 부제소합의에 해당한다고 주장한 바 없는데도, 원심이 위 이행각서의 문구가 부제소합의에 해당하는지 여부에 관하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주지 않고 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하한 것은 석명의무를 위반한 위법이 있다고 하였다.⁷⁴⁾

74) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결. 이 사건에서는 ① 부제소합의 외에도 ② 당사자적격과 ③ 확인의 이익이 문제되었는데, 대법원은 ②와 관련하여 민법상 조합은 조합원 전원이 당사자가 되어야 하는 것(고유필수적 공동소송)이 원칙이나 ‘합유재산의 보존행위’는 각 합유자가 ‘단독으로’ 할 수 있는데, 甲이 乙을 상대로 이 사건 결의에 대하여 무효확인을 구하는 소를 제기한 것은 甲조합이 입찰과 관련하여 갖는 법적 지위 내지 법률상 보호받는 이익이 침해될 우려가 있어 그 현상을 유지하기 위하여 하는 소송행위로서 합유재산의 보존행위에 해당하여 甲조합의 구성원 중 1인인 甲이 단독으로 위 소를 제기할 수 있다고 보았다. 또한 ③과 관련하여 ‘당사자 일방과 제3자 사이의 권리관계’ 또는 제3자 사이의 권리관계에 관하여도 당사자 사이에 다툼이 있어 당사자 일방의 권리관계에 불안이나 위험이 초래되고 있고 다른 일방에 대한 관계에서 그 법률관계를 확정시키는 것이 당사자의 권리관계에 대한 불안이나 위험을 제거할 수 있는 유효·적절한 수단이 되는 경우에는 확인의 이익이 있는데, 이 사건 결의의 효력 유무에 따라 입찰에 참가한 甲조합의 법적 지위나 법률상 보호되는 이익에 직접 영향을 받게 되므로 甲은 그에 관한 불안이나 위험을 유효·적절하게 제거하기 위하여 이 사건 결의에 대하여 무효확인을 구할 이익이 있다고 하였다.

3.3 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결

[사실관계]

① 甲은 乙신용보증재단(이하 ‘乙재단’이라 한다)과의 신용보증약정에 따라 丙은행으로부터 대출을 받았고, 丁은 위 신용보증약정에 따라 발생하는 甲의 乙재단에 대한 모든 채무를 연대보증하였다.

② 이후 甲의 이자연체를 이유로 신용보증사고가 발생하자, 乙재단은 甲을 대위하여 丙은행에 원리금 채무를 변제하였다.

③ 한편 乙재단은 「서민의 금융생활 지원에 관한 법률」에 따라 설립된 신용회복위원회와 아래와 같은 내용으로 신용회복지원협약을 체결하였는데, 甲이 신용회복위원회에 채무조정 신청을 하여 신용회복위원회는 그 무렵 乙재단에게 위 채무조정 신청 접수사실을 통지하였고, 甲과 乙재단 사이에 채무 원리금 합계액을 감경하고 원리금을 분할상환하는 내용의 채무조정합의가 성립되었다.

(가) 신용회복위원회는 채무자(甲)의 채무조정 신청을 접수한 경우 특별한 사유가 없으면 이를 신용회복위원회와 협약을 체결한 자(이하 ‘채권금융회사’라고 한다. 乙재단)에 즉시 통지하여야 한다(제8조). 채권금융회사(乙재단)는 위 통지를 받으면 채무자(甲) 및 보증인(丁)에 대하여 보전처분이나 강제집행의 신청, 기타 소의 제기 등 일체의 채권행사 및 담보권행사를 하여서는 아니 되고(제20조 제1항 제1호), 합의된 채무조정에 의한 변제 계획에 따라 변제받아야 하고 그 외에 추심 또는 담보권을 행사하여 채권을 회수하여서는 아니 된다(제21조 제1항).

(나) 채무조정의 효력이 상실되는 경우 채무자의 책임은 채무조정 신청 전의 채무내용대로 환원된다(제25조 제2항).

(다) 채무조정 신청과 합의는 채무자뿐만 아니라 그 보증인에 대해서도 효력이 미친다(제27조 제1항).

④ 그 후 乙재단은 연대보증인 丁을 상대로 구상금채무의 이행을 구하는 소를 제기하였다.

[원심의 판단]

피고 丁은 “甲에 대한 채무조정의 효력이 상실되지 않는 한 신용보증약정의 당사자인 甲과 乙재단 사이에서는 부제소합의가 있는 것으로 보아야 하고 채무조정의

합의는 甲의 보증인인 丁에게도 효력이 있으므로 이 사건 소는 권리보호이익이 없어 부적법하다”고 본안전 항변을 하였으나, 원심은 乙재단이 연대보증인 丁에 대하여 구상금 청구의 소를 제기할 이익이 있다고 보고 본안 판단에 나아가 청구를 일부 인용하였다.⁷⁵⁾

[대법원의 판단]

대법원은 乙재단이 신용회복위원회와 협약을 체결함으로써 신용회복위원회로부터 甲의 채무조정 신청을 통지받은 이후부터 채무조정의 효력이 상실되기 전까지는 甲과 연대보증인 丁에 대하여 채권추심을 위한 소를 제기하지 않기로 하는 내용의 부제소합의를 하였다고 봄이 타당하고, 甲의 연대보증인 丁으로서는 협약에 따라 乙재단의 구상금 청구에 대해 부제소합의가 있었다는 항변권을 행사할 수 있다고 보아, 원심판결 중 피고 丁 패소부분을 파기하고 자판하여 소를 각하하였다.⁷⁶⁾

3.4 검토

부제소합의를 직권조사사항으로 본 위 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결에 관하여 다음과 같이 여러 관점에서 비판적으로 검토해 본다.

첫째, 부제소합의는 ‘소송상 합의’의 일종이다. 앞서 살펴보았듯이 소송상 합의의 법적 성질 및 효과에 관하여 대법원이 ‘일반적으로’ 판시한 바는 없으나, 일찍이 ‘소취하합의’에 관하여는 당사자가 소송 외에서 소취하합의를 하고 피고가 이를 항변으로 주장하였다면 그 소송은 원고에게 권리보호의 이익이 없다는 취지로 판시하였고,⁷⁷⁾ 이후 같은 취지의 판결이 이어지고 있다.⁷⁸⁾ 또한 ‘항소취하합의’에 관하여도 당사자 사이에 항소취하합의가 있음에도 항소취하서가 제출되지 않으면 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 항소를 각하하

75) 서울중앙지방법원 2021. 10. 26. 선고 2021나3907 판결.

76) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결.

77) 대법원 1965. 4. 13. 선고 65다15 판결.

78) 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1665 판결; 대법원 1982. 3. 9. 선고 81다1312 판결; 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결; 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005다14861 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다19571 판결 등.

여야 한다고 판시하고 있다.⁷⁹⁾ 이에 대하여 학설은 판례가 소송상 합의에 관하여 ‘사법상의 계약’으로 보고 그 의무위반시 구제수단으로 상대방에게 소송상 ‘항변권이 발생’한다는 항변권발생설의 입장을 취하는 것으로 평가하고 있다.⁸⁰⁾

그런데 소송상 합의 가운데 ‘부제소합의’의 경우에만 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결의 입장처럼 ‘직권조사사항’으로 보아야 할 필요가 있는 것인지 의문이다.⁸¹⁾ 소송요건의 대부분은 직권조사사항이긴 하지만, 단지 소송요건이라는 이유만으로 반드시 직권조사사항인 것은 아니다. 좀 더 구체적으로 살펴본다. 판례는 부제소합의를 소극적 소송요건의 하나로 보고 있다.⁸²⁾ 소극적 소송요건이란 그 부존재가 소송요건으로 되는 것이다. 즉 당사자 사이에 부제소합의가 없을 것을 소송요건으로 하며, 만일 부제소합의가 있다면 소극적 소송요건을 갖추지 못하여 소가 부적법하다는 것이다. 소송요건의 대부분은 그 존재가 소송요건으로 되는 적극적 소송요건(재판권, 관할권, 당사자능력, 당사자적격 등)이며, 소극적 소송요건으로는 기판력,⁸³⁾ 중복된 소제기의 금지, 재소금지, 부제소합의, 중재합의 등이 있다. 소극적 소송요건 가운데 중복된 소제기의 금지(민사소송법 제259조)와 재소금지(민사소송법 제267조 제2항)는 법률상 소제기금지 사유(gesetzliche Unklagbarkeit)에 해당하고, 부제소합의와 중재합의는 계약상 소제기금지 사유(vereinbarte od. gewillkürte Unklagbarkeit)에 해당한다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾ 이와 관련하여 중재법 제9조에 비추어 중재합의를 법률상 소제기금지 사유로 분류하는 견해도 있으나,⁸⁶⁾ 당사자 사이에 중재합의가 있음을 전제로 하여 중재법 제9조가 적용되는 것이므로 이는 본질상 계약상 소제기금지 사유로 보는 것이

79) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결.

80) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 495쪽; 이시운, 앞의 책, 397쪽; 전원열, 앞의 책, 319쪽.

81) 그밖에 판례는 ‘불상소합의’의 경우에도 직권조사사항으로 보고 있는데(대법원 1980. 1. 29. 선고 79다 2066 판결), 이에 관하여는 뒤에서 별도로 논한다.

82) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다63988 판결; 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011다81053 판결; 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014다3115 판결. 학설도 마찬가지이다(전원열, 앞의 책, 221쪽).

83) 기판력의 본질에 관하여 ‘반복금지설’을 따르는 경우에만 전소 확정판결의 승패를 불문하고 기판력이 그 자체로서 소극적 소송요건으로 된다고(정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 810, 818쪽; 이시운, 앞의 책, 629, 633쪽). 즉 동일한 소송물에 대하여 기판력 있는 판결이 없어야 한다는 것이 소송요건이다. 그러나 판례는 모순금지설의 입장이다(대법원 1979. 9. 11. 선고 79다1275 판결 등).

84) 호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2020, 314쪽; 김홍엽, 앞의 책, 263-264쪽; 전병서, 앞의 책, 260쪽; 박재완, 민사소송법강의 제4판, 박영사, 2021, 168-169쪽.

85) 불상소합의를 계약상 소제기금지 사유에 포함시키기도 하지만(호문혁, 위의 책, 314쪽), 엄밀히 말하면 불상소합의와 상소권포기합의는 계약상 ‘상소’제기금지 사유에 해당한다.

86) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 433쪽; 정영환, 앞의 책, 401쪽.

타당하다. 생각건대 법률상 소제기금지 사유에 해당하는 것은 피고의 항변이 없더라도 법원이 직권으로 고려하여 판단하는 것이 타당하고, 판례도 중복된 소제기의 금지와⁸⁷⁾ 재소금지는⁸⁸⁾ 직권조사사항으로 보고 있다. 그러나 계약상 소제기금지 사유는 그러한 사법상의 계약의 존재를 법원에 주장할 것인지 여부를 사적 자치의 원칙상 당사자에게 맡기는 것이 타당하고 피고가 그 존재를 주장하면 그때 비로소 법원이 고려하는 것으로 충분하다. 당사자 사이에 부제소합의가 있었다라도 당사자가 이를 주장하지 않는데 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단한다는 것은 사적 자치 영역에 대한 부당한 침해이다.⁸⁹⁾ 한편 중재법 제9조는 “중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다.”고 규정함으로써 중재합의가 피고의 항변사항임을 명시적으로 밝히고 있다. 부제소합의와 중재합의는 모두 계약상 소제기금지 사유로서 당사자의 합치된 의사에 의하여 ‘소송에 의한 분쟁해결을 억제’한다는 점에서 공통점이 있으므로, 그러한 당사자의 의사를 존중하여 부제소합의도 중재합의와 마찬가지로 항변사항으로 취급하여야 한다.

둘째, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결은 부제소합의를 ‘직권조사사항’으로 보되, 당사자들이 부제소합의를 쟁점으로 삼아 다투지 않았는데도 법원이 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하하면 원고에게 예상외의 재판이 되므로 의견진술의 기회를 주어야 한다(민사소송법 제136조 제4항)고 법리 구성을 하고 있다. 이에 대하여 대법원판결의 취지는 부제소합의를 “결과적으로 항변사항과 같이 취급한 것”이라고 보거나,⁹⁰⁾ 부제소합의를 “직권조사사항이라고 본 결과에 따른 우회적인 궁색한 논리에 불과하다”고 평가하는 견해가 있다.⁹¹⁾

만일 부제소합의를 애초에 피고의 ‘항변사항’으로 본다면, 피고의 본안전 항변에 대하여 원고가 소각하판결을 피하기 위하여 부제소합의의 존재 여부나 효력 유무에 대하여 쟁점으로 삼아 다투었을 것이므로 위와 같이 예상외의 재판(Überraschungsentscheidung)을 방지하기 위한 법원의 석명의무는 불필요하게 된다.

87) 대법원 1990. 4. 27. 선고 88다카25274,25281 판결.

88) 대법원 1967. 10. 31. 선고 67다1848 판결.

89) 전원열, 앞의 책, 319쪽.

90) 강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023, 105쪽.

91) 김홍엽, 앞의 책, 498쪽.

이러한 점에 비추어 보아도 부제소합의를 굳이 직권조사사항으로 볼 이유가 없다.

셋째, 위 대법원 판결은 “부제소합의에 위배되어 제기된 소는 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다.”고 판시하였는바, 신의칙 위반 여부는 직권조사사항이므로⁹²⁾ 법원이 부제소합의를 직권으로 고려하여 판단할 수 있다고 본 것은 아닌지 생각해 볼 수 있다.

그러나 이와 같이 이해하게 되면 당사자 사이에 ‘소취하합의’를 해 놓고 이에 위반하여 원고가 소를 취하지 않으면 이것도 신의칙에 어긋나는 것이어서 법원이 피고의 항변이 없더라도 직권으로 소를 각하할 수 있다는 논리에 이르게 된다. 이는 위에서 보았듯이 판례가 소취하합의를 피고의 항변사항으로 보고 있는 것과⁹³⁾ 맞지 아니하는 해석이다.

넷째, 부제소합의는 소송 전, 소송 외에서 이루어지는 경우가 대부분이어서 피고가 법정에서 이를 주장하지 아니하면 법원은 사실상 이를 알 수가 없기 때문에 피고의 항변사항으로 보는 것이 타당하다. 물론 당사자가 증거로 제출한 계약서에 부제소합의 조항이 있고 피고가 이를 주장하지 않더라도 법원이 심리하면서 부제소합의 사실을 알게 되는 경우도 있을 수 있지만, 이 경우에도 부제소합의를 실제 소송에 반영시킬지 여부에 대한 당사자의 사적 자치 내지 처분권을 존중하여야 하고 피고가 주장하지 않는 한 법원은 부제소합의를 고려하지 않는 것이 타당하다. 당사자들이 부제소합의를 했더라도 굳이 주장하지 않으려는 것을 법원이 직권으로 문제삼아 판단할 필요는 없는 것이다.

요컨대 부제소합의를 직권조사사항으로 본 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결은 타당하지 아니하다. 학설도 위 대법원 판결을 비판하며 부제소합의를 피고의 항변사항으로 보는 견해가 다수이다.⁹⁴⁾ 이러한 점에서 최근에 부제소합의가

92) 이시윤, 앞의 책, 37쪽; 김홍엽, 앞의 책, 30쪽. 이와 달리 신의칙이 당사자 사이에서만 작용하는 경우에는 상대방의 원용을 기다려 참작하면 충분하고 당사자와 법원 사이에도 작용하는 경우에는 법원이 직권으로 이를 고려하여야 한다는 견해도 있다(정동운/유병현/김경욱, 앞의 책, 39-40쪽).

93) 대법원 1965. 4. 13. 선고 65다15 판결; 대법원 1982. 3. 9. 선고 81다1312 판결. ‘항소취하합의’도 마찬가지이다(대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결).

피고의 항변사항임을 분명히 밝힌 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결은 지극히 타당하다 할 것이다.

4. 불상소합의가 직권조사사항인지 여부

이와 관련하여 “불항소합의의 유무는 상소의 적법요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항”이라고 판시한 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결을 아울러 검토할 필요가 있다.

4.1 불상소합의와 불항소합의

먼저, ‘불상소합의’와 ‘불항소합의’라는 용어의 사용을 정리할 필요가 있는데, 이와 관련하여 두 가지 입장이 있다.

하나는 불상소합의와 불항소합의(비약상고의 합의)의 개념을 구별하여 이해하는 입장이다.⁹⁵⁾ 이에 따르면 불상소합의란 당사자가 판결선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 하는 합의를 말한다. 이러한 합의를 1심에서 하면 항소 및 상고를 모두 하지 않는다는 합의이고 2심에서 하면 상고를 하지 않는다는 합의로서 소송을 당해 심급의 판결로써 끝내겠다는 합의이다.⁹⁶⁾ 그리하여 불상소합의를 하게 되면 그 판결은 선고와 동시에 확정된다.⁹⁷⁾ 반면에 불항소합의 또는 비약상고의 합의란 상고할 권리를 유보하고 항소만을 하지 아니하기로 하는 합의(제390조 제1항 단서)를 말한다.⁹⁸⁾

다른 하나는 ‘불상소합의’라는 용어를 별도로 사용하지 않고, 특정한 사건에 관하

94) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 421, 498쪽; 이시운, 앞의 책, 397쪽; 호문혁, 앞의 책, 340쪽; 전원열, 앞의 책, 221, 223, 319쪽; 김홍규/강태원, 앞의 책, 302쪽; 전병서, 앞의 책, 191쪽; 박재완, 앞의 책, 169쪽 주324; 강현중, 앞의 책, 105쪽; 손한기, 앞의 책, 218쪽; 김일룡, 앞의 책, 210쪽; 이태영, 앞의 책, 64쪽; 오창수, 민사소송법 요해, 학연, 2018, 219쪽. 이와 달리 판례의 입장에 찬동하며 직권조사사항으로 보는 견해로 정영환, 앞의 책, 649쪽; 이현묵, 민사소송법 제4판, 홍문사, 2022, 306쪽.

95) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 900쪽; 이시운, 앞의 책, 849쪽; 김홍엽, 앞의 책, 1148쪽; 전원열, 앞의 책, 717-718쪽; 이현묵, 앞의 책, 473쪽.

96) 특히 전원열, 앞의 책, 717-718쪽.

97) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52317, 52324 판결.

98) 비약상고의 합의는 사건의 사실관계에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없고 법률의 해석 및 적용에 대하여만 신속하게 최종심의 판단을 받아보려는 경우에 유용한데(민사소송법 제422조 제2항, 제433조), 실무상 자주 이용되지는 않는다.

여 심급제도의 적용을 배제하는 합의를 ‘불항소합의’로, 제1심판결에 대하여 항소하지 아니하고 바로 상고할 것을 약정하는 합의를 ‘비약상고의 합의’로 이해하는 입장이다.⁹⁹⁾

판례는 미리 상소하지 아니하기로 하는 합의를 가리켜 과거에는 ‘불항소합의’라는 표현을 사용하였지만,¹⁰⁰⁾ 최근에는 ‘불상소합의’라는 표현을 사용하고 있다.¹⁰¹⁾

이 글에서는 전자의 입장에 따라 불상소합의에 관한 논의를 전개한다.¹⁰²⁾ 따라서 위 의 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결에서 “불항소합의”라는 표현은 판결의 내용상 “불상소합의”로 이해된다.

4.2 불상소합의가 직권조사사항인지 여부

판례는 불상소합의가 상소의 적법요건으로서 직권조사사항이라고 한다.¹⁰³⁾ 학설도 판례의 입장에 찬성하는 입장이 다수인 듯하다.¹⁰⁴⁾

상소가 적법하기 위하여는 상소의 대상적격이 있을 것, 상소제기가 방식에 맞을 것, 상소기간을 준수할 것, 상소의 이익이 있을 것, 상소권의 포기가 없을 것, 불상소합의가 없을 것 등의 상소요건(상소의 적법요건)을 갖추어야 한다. 그러나 상소요건이 소송요건과 마찬가지로 대부분 직권조사사항이라 하더라도, 그것만으로 곧 소극적 상소요건인 불상소합의도 직권조사사항이라고 볼 수는 없다. ① 불상소합의는 부제소합의와 마찬가지로 ‘소송상 합의’의 일종이기 때문에 항변사항으로 취급함이 원칙이고, ② ‘계약상 상소제기금지 사유’로서¹⁰⁵⁾ 합의에 의하여 당해 심급의 판결선고로 소송을 종료시키려는 ‘당사자의 처분권을 존중’하여 당사자가 주장하면 비로소 고려할 사항이며, ③ 소송 외에서 불상소합의가 이루어지는 경우가 많고 당사자가 법정에

99) 민일영 편집대표, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회, 2018, 62-66쪽(김형두 집필부분).

100) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결; 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2728 판결.

101) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000다17803 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52317, 52324 판결.

102) 불상소합의 일반론에 관하여는 문영화, “불상소합의와 판결선고 전 상소권포기의 합의”, 민사소송 제 26권 제2호, 한국민사소송법학회, 2022, 221쪽 이하 참조.

103) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결.

104) 김홍엽, 앞의 책, 1149쪽; 한충수, 앞의 책, 190쪽; 이태영, 앞의 책, 589쪽; 이현묵, 앞의 책, 306쪽; 이시윤, 앞의 책, 845, 850쪽과 박재완, 앞의 책, 476쪽도 명시적으로 밝히진 않았지만 문맥상 그러한 것으로 보인다.

105) 이승섭, 민사소송강해 I, 충남대학교출판문화원, 2023, 545쪽; 김홍엽, 앞의 책, 264쪽.

서 이를 주장하지 않는 한 현실적으로 법원이 참작하기는 어렵다는 점에 비추어¹⁰⁶⁾ 피상소인의 항변사항으로 보아야 한다.¹⁰⁷⁾

4.3 불상소합의의 법적 성질에 관한 논의

이 문제와 관련하여 불항소합의는 법률상 명문의 규정을 두고 있는 불항소합의(비약상고의 합의)와 마찬가지로 그 법적 성질은 ‘소송계약’(소송행위)이고 따라서 이를 직권조사사항이라고 하는 견해가 있다.¹⁰⁸⁾ 그 밑바탕에는 민사소송법 제390조 제1항 단서가 비약상고의 합의만을 규정하였지만, 불상소합의도 묵시적으로 전제하고 있다는 해석이 깔려 있는 듯하다.¹⁰⁹⁾

그러나 불상소합의는 불항소합의(비약상고의 합의)와 달리 법률상 명문의 규정을 두고 있는 소송상 합의가 아니며,¹¹⁰⁾ 처분권주의 원칙상 당해 심급의 판결로써 소송을 종료하겠다는 양 당사자의 처분권을 존중하여 허용되는 것으로 이해하여야 한다. 판례도 불항소합의는 심급제도의 이용을 배제하여 간이신속하게 분쟁을 해결하고자 하는 ‘당사자의 의사를 존중하여 인정’되는 제도라고 하였다.¹¹¹⁾ 더 나아가 학설은 당사자가 임의로 처분할 수 있는 권리관계에 관하여는 중재합의도 허용되고 재판상 화해에 의하여 소송을 종료시킬 수 있는 점에 비추어 이를 인정할 것이라고 한다.¹¹²⁾ 그렇다면 불항소합의의 법적 성질을 직접 소송법상의 효과를 발생시키는 소송계약(소송행위)으로 보는 것은 무리이며, 소송절차 진행 중에 당사자의 의사결정의 자유가 인정되는 영역에서 합의에 의하여 당사자 상호간에 상소를 제기하지 아니할 사법상의 부작위의무를 부담하는 ‘사법상의 계약’으로 볼 것이다. 따라서 일반적인 소송

106) 민일영 편집대표, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 65쪽(김형두 집필부분)은 “논리적으로는 판례의 입장이 옳으나, 불상소합의는 재판 외에서도 당사자 사이에 할 수 있어 중재합의와 마찬가지로 피상소인이 항변을 제출하지 아니하면 참작될 여지가 없을 것”이라고 한다.

107) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 901쪽; 정영환, 앞의 책, 1335쪽; 호문혁, 앞의 책, 658쪽.

108) 김홍엽, 앞의 책, 495, 500, 1148쪽.

109) 이와 같이 해석하는 입장이 다수이다(정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 900쪽; 이시윤, 앞의 책, 849쪽).

110) 이시윤, 위의 책, 396쪽 및 김홍엽, 앞의 책, 495쪽도 소송상 합의에 관한 서술에서 불항소합의(비약상고의 합의)는 법률상 명문의 규정이 있는 경우이지만(민사소송법 제390조 제1항 단서), 불상소합의는 법률상 명문의 정함이 없는 경우라고 한다.

111) 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2728 판결. 따라서 당사자 일방만이 항소하지 않기로 한 합의는 공평에 어긋나 불항소합의로서의 효력이 없다고 하였다.

112) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 900쪽; 이시윤, 앞의 책, 849쪽.

상 합의와 마찬가지로 불상소합의도 항변사항으로 봄이 타당하다.

4.4 상소권포기합의의 경우

당사자가 판결선고 전에 소송 외에서 상소권을 포기하기로 합의하는 상소권포기합의도 소송상 합의의 일종으로서 불상소합의와 마찬가지로 항변사항으로 보고, 상소권포기합의에 반하여 상소가 제기되면 법원은 피상소인의 항변을 기다려 상소를 부적법각하할 것이다.¹¹³⁾

5. 부제소합의의 효력이 미치는 범위

5.1 객관적 범위

부제소합의는 그 대상으로 된 특정한 분쟁에 한하여 효력이 미친다. 부제소합의 이후에 발생한 새로운 사실에 기하여 생긴 분쟁은 원래 부제소합의의 대상이 되었던 분쟁과는 별개의 것으로 보아야 한다. 즉 부제소합의의 경우에는 그 합의의 대상이 된 채권 및 그 변용물인 손해배상청구권에만 그 효력이 미친다고 할 것이다.¹¹⁴⁾ 판례는 기존에 제소된 것 이외에는 추가적인 민사소송을 제기하지 않기로 부제소합의를 한 후에 기존에 제기한 손해배상청구소송에서 청구취지를 확장하여 추가 손해배상을 구한 경우, 청구취지를 확장하는 것은 새로운 소를 제기하는 것과 마찬가지이므로 ‘추가 손해배상을 구하는 부분’은 부제소합의에 반하여 소의 이익이 없다고 하였다.¹¹⁵⁾

당사자 사이에 부제소합의를 한 경우 소송 외에 ‘조정 또는 중재에 의한 분쟁해결’까지 금하는 것인지 문제될 수 있는데, 기본적으로 부제소합의에 관한 당사자의 의사 해석에 의하여 결정할 것이다.

한편 부제소합의가 그 대상으로 하는 실체법상의 권리마저 포기하는 취지가 아닌 한 ‘시효중단을 위한’ 소의 제기는 허용되어야 할 것이라는 견해가 있다.¹¹⁶⁾

113) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 900쪽; 이시윤, 앞의 책, 849쪽.

114) 김경옥, 앞의 논문, 460쪽.

115) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다35033 판결.

116) 전병서, 앞의 책, 143쪽.

5.2 주관적 범위

부제소합의는 소송상 합의의 일종으로서 그 법적 성질은 ‘사법상의 계약’으로 보아야 한다. 따라서 부제소합의의 효력은 당사자 사이에서만 발생하고 제3자에게는 미치지 않는 것이 원칙이다.

당사자 사이에 부제소합의를 한 이후 일방 당사자가 사망한 경우 그 상속인(포괄승계인)이 상대방 당사자를 상대로 소를 제기할 수 있는지 문제된다. 이 경우 상속인은 피상속인인 당사자의 권리의무를 포괄적으로 승계한 자로서(민법 제1005조) 당사자와 동일시하여도 무방하므로, 상속인은 그 유·불리를 불문하고 부제소합의의 효력을 받는다고 볼 것이다. 또한 소송담당자로서 당사자의 권리를 행사하는데 지나지 않는 파산관재인이나 대위채권자는 파산선고를 받은 채무자나 권리주체인 채무자가 제3채무자와 사이에 한 부제소합의에 구속된다고 해석할 것이다.¹¹⁷⁾

또한 당사자 사이에 부제소합의를 하였다면 이후에 일방 당사자가 제3자에게 부제소합의의 대상이 된 채권을 양도하고 그 제3자(특정승계인)가 상대방 당사자를 상대로 소를 제기하는 것도 허용되지 않는다고 보아야 한다.¹¹⁸⁾ 부제소합의의 당사자는 소를 제기할 수 없는데 부제소합의의 대상인 권리를 양도받은 제3자가 소를 제기할 수 있다고 본다면 부제소합의는 사실상 무의미한 것으로 되고 당사자 사이의 형평에도 반하기 때문이다.

그러나 부동산의 소유자가 금전을 차용하고 채권자에게 그 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 경료해 주면서 위 근저당권을 둘러싼 분쟁에 관하여 부제소합의를 하였는데 이후 제3자에게 매매를 원인으로 부동산의 소유권을 이전한 경우에 그 제3자(특정승계인)가 위 근저당권설정등기의 피담보채무가 소멸되었다고 주장하며 채권자를 상대로 근저당권설정등기말소청구의 소를 제기할 수 있는지의 문제는 달리 보아야 한다. 물권법정주의(민법 제185조)에 의하여 물권의 내용은 법률상 정형화되어 있고 당사자가 이를 임의로 변경할 수 없으며 위의 경우에는 정형적인 소유권의 내용을 신뢰한 제3자를 보호해 줄 필요가 있으므로, 제3자는 부동산의 전소유자와 채권자 사이의 부제소합의에 구속되지 않고 채권자를 상대로 소유권에 기하여 근저당권설정

117) 소송담당자에 관하여 관할의 합의 부분에서 이러한 취지의 설명으로 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 171쪽. 소송상 합의 부분에서 같은 취지로 김홍규/강태원, 앞의 책, 430쪽.

118) 관할의 합의와 관련하여 대법원 2006. 3. 2. 자 2005마902 결정은 관할합의의 효력이 채권의 특정승계인에게도 미친다고 하였다.

등기의 말소를 구하는 소를 제기할 수 있다고 볼 것이다.¹¹⁹⁾

한편 판례 가운데에는 채권금융회사가 신용회복위원회와 협약을 체결하면서 이에 수반하여 채무자가 신용회복위원회에 채무조정 신청을 하여 신용회복위원회가 채권금융회사에 그 접수사실을 통지하면 채권금융회사는 채무자 및 그 보증인에 대하여 채권추심을 위한 소를 제기하지 않기로 하는 내용의 부제소합의를 하였다면, 채권금융회사가 보증인을 상대로 제기한 소는 권리보호이익이 없어 부적법하다고 판시한 것이 있다.¹²⁰⁾

V. 결론

이 글에서는 먼저 부제소합의의 의의와 허용 여부, 부제소합의의 법적 성질과 효과 등을 살펴보았는데, 민사소송법에 명문의 규정이 없는 이상 부제소합의를 소송법상의 계약으로 보아 소송행위와 같이 취급할 수는 없고 당사자 사이에 소를 제기하지 아니할 사법상의 부작위의무를 부담하는 ‘사법상의 계약’으로 볼 것이다. 따라서 당사자 일방이 그 의무에 위반하여 소를 제기하면 피고에게는 소송상 ‘항변권이 발생’하여 부제소합의의 존재를 주장할 수 있고, 이 경우 법원은 원고에게 권리보호의 이익이 없음을 이유로 소를 각하하여야 한다.

다음, 부제소합의의 소송상 취급과 관련하여 특히 부제소합의가 법원의 직권조사 사항인지 아니면 피고의 항변사항인지를 자세히 검토한 결과, 아래와 같은 결론에 이르렀다. 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결은 - 소취하합의, 항소취하합의 등 다른 소송상 합의와 달리 - 부제소합의를 법원의 직권조사사항으로 보았으나, 부제소합의는 다음과 같은 여러 가지 점들에 비추어 피고의 항변사항으로 취급하여야 한다.

첫째, 부제소합의는 중재합의와 더불어 ‘소극적 소송요건’의 하나인 동시에 ‘계약상 소제기금지 사유’에 해당한다. 소송요건의 대부분이 직권조사사항이긴 하지만, 단지 소송요건이라는 이유만으로 반드시 직권조사사항인 것은 아니다. 부제소합의를

119) 관할의 합의와 관련하여 대법원 1994. 5. 26. 자 94마536 결정은 관할합의의 효력이 부동산에 관한 물권의 특정승계인에게 미치는지 않는다고 하였다.

120) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결.

사법상의 계약으로 보아 허용하는 한, 이를 법원에 주장할 것인지 여부도 당사자의 의사에 맡기는 것이 사적 자치의 원칙에 부합하고 피고가 그 존재를 주장하면 그때 비로소 법원이 고려하는 것으로 족하다. 당사자들이 부제소합의를 했더라도 굳이 이를 주장하지 않는데 법원이 직권으로 문제삼아 판단하는 것은 당사자의 사적 자치 영역 내지 처분권에 대한 부당한 간섭이다. 한편 중재법 제9조는 중재합의가 피고의 항변사항임을 명시적으로 규정하고 있는바, 부제소합의와 중재합의는 모두 당사자의 합치된 의사에 의하여 ‘소송에 의한 분쟁해결을 억제’한다는 점에서 공통점이 있으므로, 그러한 당사자의 의사를 존중하여 부제소합의도 항변사항으로 보아야 한다.

둘째, 위 대법원 판결은 부제소합의를 ‘직권조사사항’으로 보고 다만 당사자들이 부제소합의를 쟁점으로 삼아 다투지 않았는데도 법원이 직권으로 부제소합의를 인정하여 소를 각하하면 원고에게 예상외의 재판이 되므로 ‘의견진술의 기회를 주어야’ 한다고 다소 우회적인 법리 구성을 하였다. 그러나 애초에 부제소합의를 피고의 ‘항변사항’으로 본다면 피고의 본안전 항변에 대하여 원고가 소각하판결을 피하기 위하여 부제소합의의 존재 여부나 효력 범위에 대하여 쟁점으로 삼아 다투었을 것이므로 위와 같이 예상외의 재판을 방지하기 위한 법원의 ‘석명의무는 불필요’하게 된다.

셋째, 위 대법원 판결은 부제소합의에 위배되어 제기된 소는 ‘신의성실의 원칙’에도 어긋나는 것이므로 법원이 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다고 하였는데, 신의칙 위반 여부는 직권조사사항이므로 법원이 부제소합의를 직권조사사항으로 본 것은 아닌지 생각해 볼 수 있다. 그러나 이와 같이 이해하게 되면 당사자 사이에 ‘소취하합의’를 해 놓고 이에 위반하여 원고가 소를 취하지 않으면 이것도 신의칙에 어긋나는 것이어서 법원이 피고의 항변이 없더라도 직권으로 소를 각하할 수 있다는 논리에 이르게 된다. 이는 판례가 소취하합의를 피고의 항변사항으로 보고 있는 것과 맞지 아니하는 해석이다.

넷째, 부제소합의는 소송 전, 소송 외에서 이루어지는 경우가 대부분이어서 피고가 법정에서 이를 주장하지 아니하면 법원은 사실상 이를 알 수가 없기 때문에, 이러한 현실적인 점에 비추어 보아도 부제소합의를 굳이 직권조사사항으로 볼 이유가 없다.

마지막으로, 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결은 불항소합의는 상소의 적법 요건에 관한 것으로 직권조사사항이라고 하였는데, 불상소합의 역시 ‘소송상 합의’의 일종으로 항변사항으로 취급함이 원칙이고, 상소의 적법요건(상소요건)이 대부분 직권조사사항이라 하더라도 그것만으로 곧 ‘소극적 상소요건’인 불상소합의도 직권조

사사항이라고 볼 수는 없으며, 이는 ‘계약상 상소제기금지 사유’로서 합의에 의하여 당해 심급의 판결선고로 소송을 종료시키려는 ‘당사자의 처분권을 존중’하여 당사자가 주장하면 비로소 고려할 사항이다. 또한 소송 외에서 불상소합의가 이루어지는 경우가 많고 당사자가 법정에서 이를 주장하지 않는 한 현실적으로 법원이 참작하기는 어렵다는 점에 비추어 보아도 피상소인의 항변사항으로 보아야 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023.
- 김용진, Advocate 민사소송법, 피앤씨미디어, 2016.
- 김일룡, 민사소송법, 법문사, 2023.
- 김홍규/강태원, 민사소송법 제5판, 삼영사, 2020.
- 김홍엽, 민사소송법 제11판, 박영사, 2023.
- 민일영 편집대표, 주석 민사소송법(IV) 제8판, 한국사법행정학회, 2018.
- _____, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회, 2018.
- 박재완, 민사소송법강의 제4판, 박영사, 2021.
- 범경철/곽승구, 민사소송법, 정독, 2022.
- 손한기, 민사소송법 제4판, 홍문사, 2022.
- 오창수, 민사소송법 요해, 학연, 2018.
- 이승섭, 민사소송강해 I, 충남대학교출판문화원, 2023.
- 이시운, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023.
- 이태영, 민사소송법강의 제3판, 법문사, 2022.
- 이현묵, 민사소송법 제4판, 홍문사, 2022.
- 전병서, 강의 민사소송법 제4판, 박영사, 2023.
- 전원열, 민사소송법 강의 제3판, 박영사, 2022.
- 정영환, 신민사소송법 제3판, 법문사, 2023.
- 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제10판, 법문사, 2023.
- 한충수, 민사소송법 제3판, 박영사, 2021.
- 호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2020.
- Bruno Rimmelspacher, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Schwartz, 1966.
- Gerhard Wagner, *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 1998.

2. 학술지

- 강현중, “소송계약에 관한 소고”, 법조 제38권 제11호, 법조협회, 1989, 23-39쪽.

- 김경욱, “소송계약에 관한 일반적 고찰”, 안암법학 제29호, 안암법학회, 2009, 435-466쪽.
- 문영화, “불상소합의와 판결선고 전 상소권포기의 합의”, 민사소송 제26권 제2호, 한국민사소송법학회, 2022, 221-268쪽.
- 이정환, “소송계약”, 원광법학 제27권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2011, 9-30쪽.
- Ernst Teubner/Thomas Künzel, “Prozeßverträge, Zulässigkeit, Abschluß und Wirkungen”, *MDR* 1988, Otto Schmidt, 1988, pp. 720-726.

[Abstract]

Agreement Not to Sue*

Kim, Donghyeon**

In this article, we first examined the significance and acceptance of the agreement not to sue and the legal nature and effect of the agreement not to sue, and then examined in detail whether the agreement not to sue was an ex officio investigation by the court or a defense by the defendant.

The Supreme Court sentenced on November 28, 2013, 2011Da80449 regarded the agreement not to sue as a matter of ex officio investigation by the court, but agreement not to sue should be treated as a defense matter of the defendant in light of the following various points.

First, the agreement not to sue is one of the passive litigation requirements along with the arbitration agreement and corresponds to the reason for prohibiting filing under contract. Although most of the litigation requirements are ex officio investigation, it is not necessarily ex officio investigation just because it is a litigation requirement. As long as the agreement not to sue is considered a contract under private law and allowed, it is sufficient for the court to consider whether to claim it to the court. Even if the parties have agreed not to file a lawsuit, they do not necessarily claim it, but it is unfair interference in the private autonomy area or disposition right of the parties that the court judges ex officio.

Second, if the agreement not to sue is viewed as the defendant's defense matter in the first place, the plaintiff would have argued over the existence or scope of the agreement not to sue in order to avoid dismissing a lawsuit, so the court's duty to clarify is unnecessary to prevent unexpected trials.

Third, the Supreme Court decision said that a lawsuit filed in violation of the agreement not to sue violates the principle of good faith, so the court can judge whether the lawsuit

* This work was supported by Chungnam National University.

** Assistant Professor, Chungnam National University Law School

is legitimate ex officio. However, this understanding leads to the logic that the court can dismiss the lawsuit ex officio even if there is no defense from the defendant if the plaintiff does not withdraw the lawsuit in violation of the agreement to withdraw a suit between the parties.

Finally, there is no reason to view agreement not to sue as an ex officio investigation even in light of this reality, since most of the agreement not to sue are made before and outside of litigation, and the court cannot actually know unless the defendant asserts them in court.

[Key Words] agreement not to sue, pactum de non petendo, agreement relating to litigation, agreement not to appeal, agreement to withdraw a suit