

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2004다69581 사해행위취소 등
원고, 피상고인 파산자 주식회사의 파산관재인 갑
소송대리인 변호사 김기섭 외
피고, 상고인 피고 1 외 1인
피고들 소송대리인 법무법인 다래 담당변호사 박승문 외
원 심 판 결 서울고등법원 2004. 11. 2. 선고 2004나33492 판결
판 결 선 고 2006. 10. 27.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고들이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가. 민사소송법(아래에서는 법이라고만 한다) 제268조는 두 번의 변론기일에 양쪽 당사자가 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니하고(아래에서는 이

를 합쳐서 불출석이라고만 한다), 기일지정신청에 따라 다시 진행되는 이후의 변론기일에서 다시 양쪽 당사자가 불출석한 경우에는 소를 취하한 것으로 본다고 규정하며(상소심에서는 상소를 취하한 것으로 본다고 규정되어 있으나 이 사건에서는 제1심 절차에서 문제가 된 것이므로 아래에서는 소취하의 문제로 한정하여 살펴본다) 법 제286조는 변론준비기일에서 양쪽 당사자의 불출석에 관하여 법 제268조를 준용하므로, 변론기일에 양쪽 당사자가 두 번 불출석하고 기일지정신청 후 변론기일에서 다시 불출석한 경우 및 변론준비기일에 양쪽 당사자가 두 번 불출석하고 기일지정신청 후 변론준비기일에서 다시 불출석한 경우 각기 소를 취하한 것으로 보게 된다.

그런데 양쪽 당사자가 변론준비기일과 변론기일에 불출석한 횟수가 합쳐서 세 번에 이를 경우 변론준비기일에서의 양쪽 당사자 불출석의 효과가 변론기일에까지 연결되어 승계됨으로써 그 전체과정에서 세 번 불출석의 요건을 충족시키는 것으로 보아 소를 취하한 것으로 볼 것인지 여부에 관하여 법에는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

나. 민사소송법은 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되면서 구법의 준비절차를 개선한 변론준비절차를 두었다.

(1) 변론준비절차는 수소법원 재판장의 회부에 의하여 그 절차가 개시되어 재판장 또는 합의부원인 수명법관이나 재판장으로부터 촉탁받은 다른 판사(법 제280조 제2항 내지 제4항, 아래에서는 재판장 등이라고만 한다)에 의하여 진행되며, 재판장 등은 서면에 의한 변론준비절차를 진행하는 동안에 주장 및 증거를 정리하기 위하여 필요하다고 인정하는 때 및 사건이 변론준비절차에 부쳐진 뒤 4월이 지난 때에는 변론준비기일을 열어(법 제282조 제1항, 제2항) 이후 변론기일에서의 변론과 증거조사가 집중적으로 이루어질 수 있도록 필요한 범위에서 주장과 증거를 정리·제출받은 다음(법 제282조

제3항) 변론준비기일을 마치는바, 변론준비기일에서 제출된 주장과 증거는 그 뒤의 변론기일에서 당사자의 진술에 의하여 변론에 상정됨으로써(법 제287조 제2항) 심리와 판단의 자료가 된다.

따라서 변론준비절차는 원칙적으로 변론기일에 앞서 주장과 증거를 정리하기 위하여 진행되는 변론 전 절차에 불과할 뿐이어서 변론준비기일을 변론기일의 일부라고 볼 수 없고, 변론준비기일과 그 이후에 진행되는 변론기일이 일체성을 갖는다고 볼 수도 없다.

(2) 현행 민사소송법이 합의사건과 단독사건을 막론하고 원고의 청구원인사실에 대하여 다투는 피고의 답변서가 제출된 사건은 원칙적으로 변론준비절차에 부치도록 규정하고(법 제258조 제1항), 서면 공방, 서증 제출, 증거 신청·결정을 거쳐 변론준비기일에서 소장 등의 진술, 쟁점 정리와 나아가 증인신문과 당사자신문을 제외한 증거조사까지 실시할 수 있게 함으로써 결국 그 사건에 관한 심리의 상당부분이 변론준비기일에서 이루어지며, 변론준비기일에 제출하지 아니한 공격방어방법은 원칙적으로 변론에서 제출할 수 없는 실권효의 제재가 따르는(법 제285조 제1항) 등 변론준비기일이 변론기일과 밀접한 관련성을 갖고 유사한 기능을 수행하는 점을 부정할 수 없다.

그러나 변론준비기일이 수소법원 아닌 재판장 등에 의하여 진행되며 또한 변론기일과 달리 비공개로 진행될 수 있어서 직접주의와 공개주의가 후퇴되는 점, 변론기일에 있어서는 사건과 당사자의 호명에 의하여 개시된 기일에 양쪽 당사자의 불출석이 밝혀진 이상 앞서 본 양쪽 불출석의 효과가 발생하고 그 기일을 연기할 수 없는(대법원 1982. 1. 26. 선고 81다849 판결 참조) 데에 비하여, 변론준비기일에 있어서 양쪽 당사자의 불출석이 밝혀진 경우 재판장 등은 앞서 본 양쪽의 불출석으로 처리하여 새로

운 변론준비기일을 지정하는 외에도 당사자 불출석을 이유로 변론준비절차를 종결할 수 있다는(법 제284조 제1항 제4호) 점, 나아가 양쪽 당사자 불출석으로 인한 취하간주 제도는 적극적 당사자에게 불리한 제도로서 적극적 당사자의 소송유지의사 유무와 관계없이 일률적으로 법률적 효과가 발생한다는 점까지 고려할 때 변론준비기일에서 양쪽 당사자 불출석의 효과는 변론기일에 승계되지 않는다고 할 것이다.

2. 원심 판결 이유에 의하면, 원심은 원·피고들 양쪽이 변론준비기일에 한 번, 변론기일에 두 번 불출석하였다고 하더라도 위 변론준비기일에서 불출석의 효과가 변론기일에 승계되지 아니하는 이상 소가 취하된 것으로 볼 수 없다고 판단하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 보면 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 변론준비기일의 법률적 성격 및 변론준비기일과 변론기일에 있어서 양쪽 당사자 불출석의 효과에 관한 민사소송법 각 규정의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 없다(나아가 기록에 의하면, 원고 대리인이 세 번에 걸쳐 소송복대리인을 선임하고 각 위임장을 제출하였는데 양쪽 당사자가 불출석하였다는 제1차 변론준비조서, 제2차 변론조서 및 제5차 변론조서에 위 소송복대리인들의 출석 여부에 관하여는 아무런 기재가 되어 있지 않으므로 위 각 변론준비조서 및 변론조서의 기재로써 위 각 기일에 원고의 소송복대리인들이 불출석하였다는 사실을 증명할 수 없어 양쪽 당사자가 출석하지 아니한 기일이라고 말할 수도 없다). 상고이유는 받아들일 수 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김능환 _____

 대법관 김용담 _____

주 심 대법관 박시환 _____

 대법관 박일환 _____