

## \* p. 130, 100번 참고자료

### 3) 법적 불안 또는 위험의 존재

다툼이 있는 경우이어야 한다. 다만 ① 소멸시효완성 단계 ② 공부상 기재 때문에 권리가 위협, 방해를 받는 경우에는 다툼이 없어도 법적 불안이 있는 것으로 본다(대판 1979. 4. 10. 78다2399). 그리고 법률관계, 특히 권리 또는 의무의 발생, 변경, 소멸이라는 법률효과는 원인 되는 법률요건이 충족될 경우에 그 결과로서 생기므로, 당사자가 주장하는 법률효과가 동일하다고 하더라도 주장하는 법률요건이 다를 때에는 당사자 사이에 법률관계에 관한 다툼이 없다고 볼 수 없다(대판 2017.03.09. 2016다256968). 그리고 특별한 사정이 없는 한, 보험계약의 당사자 사이에 계약상 채무의 존부나 범위에 관하여 다툼이 있는 경우 그로 인한 법적 불안을 제거하기 위하여 보험회사는 먼저 보험수익자를 상대로 소극적 확인의 소를 제기할 확인의 이익이 있다(대판(전) 2021.06.17. 2018다257958·257965).

#### \* 토지공부상 소유자 불명의 토지소유권확인청구

임야대장 소유자란이 공란으로 되어 있지만 원고가 소유자임을 자타가 공인하며, 국가 측도 원고의 소유임을 다투지 않는데도 원고가 국가를 상대로 그 임야 소유권이 자신에게 있다는 확인소송을 제기한 사건을 마침 필자가(이시윤 교수)가 주심사건으로 맡게 되었다. (중략) 확인의 소에 관한 독일의 새 이론을 실천해 볼 결정적인 기회로 보고 직접 판결서 작성에 임하였다. 원래 확인의 소에서 원고가 주장하는 권리를 피고가 다투지 않고 시인하면 원고에게 법적 불안이 없어 확인의 이익이 없는 것이 원칙이다. 그러나 공부에 원고 주장의 권리가 기재되어 있지 아니하여 공인을 받기 어려울 때에는 비록 그 권리를 다투는 사람이 없더라도 현존하는 법적 불안이 있는 것이라는 법리가 독일의 통설·판례로 되어 있는 것에 착안하여, 이 이론을 관철시킬 기회가 왔다고 생각하였다. 그리하여 이 사건의 경우에 임야대장의 소유자란이 공란으로 되어 있어 그 임야가 무주물로 취급되어 국고로 귀속될 형편이 되었으니, 원고의 권리에 불안이 없다고는 할 수 없다는 취지로 피고 측의 확인의 이익이 없다는 본안 전 항변을 배척하였다. 그리고는 피고의 자백대로 원고에 소유권이 있다는 원고승소의 판결을 선고하였다. 이에 피고인 국가는 바로 서울고법에 항소하였고 서울고법은 피고 국가가 원고의 소유권을 다투지 않는다면 원고의 소유권확인청구는 확인의 이익이 없다 하여 소각하판결을 하였다. 이는 바로 필자에게 전해져 이제 남은 상고심의 입장을 주목하게 되었다. 물론 원고 측은 대법원에 상고하였다. 대법원은 대장상 소유자란이 공란이 되어 원고가 임야대장으로 토지소유자임을 증명할 수 없는 경우에는 보존등기를 하기 위한 소유권증명이 어렵기 때문에 토지소유자가 국가를 상대로 한 소유권확인 소를 가사 관계당사자 간에 다툼이 없어도 확인의 이익이 있다 하며 항소심판결을 파기환송하였다(대판 1979. 4. 10. 78다2399). 결국 제1심판결의 입장을 지지한 것이다(이시윤, 민사소송법 입문 제3개정판, 148~149면, 2022, 박영사).

\* p. 137, 010 참고자료

\* 항소장각하명령과 재도의 고안 - 대결(전합) 2025. 7. 24. 2021마6542

민사소송법 제399조 제1항, 제2항은 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우 원심 재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하거나 법원사무관 등으로 하여금 보정명령을 하게 할 수 있고, 항소인이 위 기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때에는 원심재판장은 명령으로 항소장을 각하하도록 규정하고 있다. 그러므로 항소인이 원심재판장이 정한 기간 이내에 인지를 보정하지 아니하여 원심재판장이 항소장을 각하하는 명령을 발하였다면 이는 위 규정에 따른 조치로서 적법하다. 여기서 명령을 발한 때는 명령이 적법하게 성립한 때를 말하고, 전자문서로 작성된 결정이나 명령은 법관이 사법전자서명을 완료한 때 성립한다. 결정이나 명령이 일단 성립하면 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원 스스로 이를 취소·변경할 수 없는 구속력을 가지게 된다. 따라서 인지보정명령에 응하지 않았다는 이유로 항소장각하명령이 성립한 시점 후에는 항소인이 인지를 보정하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 각하명령이 위법하게 되는 것은 아니다(대법원 1968. 7. 29. 자 68사49 전원합의체 결정, 대법원 1969. 12. 8. 자 69마703 결정 및 대법원 2013. 7. 31. 자 2013마670 결정 등 참조).

☞ 피고는 제1심 판결에 대해 항소하였으나, 항소장에 인지를 첨부하지 않음. 제1심 재판장은 인지보정명령을 내렸고, 피고는 이를 이행하지 않음. 재판장이 항소장각하명령을 내린 날과 같은 날, 피고는 인지를 보정함. 이후 항소장각하명령이 피고 소송대리인에게 송달됨. 피고는 즉시항고를 제기했고, 원심은 각하명령이 위법하다며 취소하였음.

☞ 쟁점은 항소장각하명령이 송달되기 전에 인지 보정이 가능한지에 있음. 가능하다면 항소장각하명령은 부적법하게 됨. 원심은 이를 가능하다고 보았으나, 대법원은 불가능하다고 보아, 항소장각하명령은 적법하다고 봄.