

대법원 2010. 2. 11 선고 2009다78467,78474 판결 [건물명도등 · 채무부존재확인등]
[공2010상,539]

판 시 사 항

기피신청을 각하하는 결정이 확정되었다는 사정만으로 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여
쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차 위반의 흠결이 치유되는지 여부(소극)

판 결 요 지

기피신청에 대한 각하결정 전에 이루어진 변론기일의 진행 및 위 각하결정이 당사자에게 고지되기
전에 이루어진 변론기일의 진행은 모두 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를
발생시킨 절차상 흠결이 있고, 특별한 사정이 없는 이상, 그 후 위 기피신청을 각하하는 결정이
확정되었다는 사정만으로 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨
절차 위반의 흠결이 치유된다고 할 수 없다.

참 조 조 문

민사소송법 제48조

따름 판례

헌법재판소 2024. 8. 29 자 2021헌바146 결정, 대법원 2012. 10. 11 선고 2012도8544 판결

전 문

【원고(반소피고),피상고인】 원고

【피고(반소원고),상고인】 피고

주 문

원심판결을 파기하고,사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 이후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

민사소송법 제48조는 “법원은 제척 또는 기피신청이 있는 경우에는 그 재판이 확정될 때까지 소송절차를 정지하여야 한다.다만,제척 또는 기피신청이 각하된 경우 또는 종국판결을 선고하거나 긴급을 요하는 행위를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면,원고(반소피고,이하 ‘원고’라고만 한다)는 2007.3.30.피고를 상대로

본소를 제기하였고,피고(반소원고,이하 ‘피고’라고만 한다)는 제1심 변론종결 이후인 2007.10.30.원고,반소 제1심 피고 2,3을 상대로 반소를 제기하였던 사실, 제1심법원은 2007.11.13.원고의 본소 청구를 일부 인용하고 나머지 청구를 기각하며,피고의 반소청구를 모두 각하하는 내용의 판결을 선고하였고,피고는 2007.11.26.제1심판결에 불복하여 항소를 제기하였던 사실,피고는 2008.6.9.17:30경 원심법원에 재판부 구성원 전부에 대한 기피신청서를 접수하였고,원심법원은 2008.6.19.위 기피신청에 대하여 각하결정을 하였으며,위 결정은 2008.6.26.피고에게 고지된 사실,위 각하결정에 대하여 피고가 2008.7.3. 대법원 2008마1051호로 즉시항고를 하였으나,2008.9.12.피고의 즉시 항고가 기각된 사실,한편 원심은 ‘2008.6.10.14:00’를 제1차 변론기일로 지정하였고,피고는 2008.5.28.변론기일통지서를 송달받고도 2008.6.10.14:00변론기일에 출석하지 아니하였고,원고는 출석하였으나 변론하지 아니하였던 사실,원심은 ‘2008.6.24.15:30’을 제2차 변론기일로 지정하였고,피고는 2008.6.20.변론기일통지서를 송달받고도 2008.6.24.15:30 변론기일에 출석하지 아니하였고,원고는 출석하였으나 변론하지 아니하였던 사실, 피고가 2008.7.23.기일지정신청을 함에 따라,원심은 ‘2008.8.26.16:30’을 제3차 변론기일로 지정하였고,피고는 2008.7.30.변론기일통지서를 송달받고도 2008.8.26.16:30변론기일에 출석하지 아니하였고,원고는 출석하였으나 변론하지 아니하였던 사실을 알 수 있는바,위 기피신청에 대한 각하결정 전에 이루어진 원심 제1차 변론기일의 진행 및 위 각하결정이 피고에게 고지되기 전에 이루어진 원심 제2차 변론기일의 진행은 모두 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차상 흠결이 있고,특별한 사정이 없는 이상,그 후 위 기피신청을 각하하는 결정이 확정되었다는 사정만으로 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차 위반의 흠결이 치유된다고 할 수는 없다.

그런데도 원심은,만연히 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차 위반의 흠결이,그 후 위 기피신청을 각하하는 결정이 확정되었다는 사정만으로 치유된다고 보아 피고의 항소는 2008.8.26.항소취하 간주로 종료되었다고 판단하였는바,이러한 원심의 판단에는 민사소송법 제48조의 해석을 잘못하여 판결의 결론에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 김영란(주심) 이홍훈 민일영