

기하였음을 이유로 그 공격방어방법 자체를 각하하기보다는 그 증거신청을 받아들이지 아니하고 판결서에서 입증 없음을 이유로 그 주장을 배척하는 실무례가 많았다. 그러나 법원이 증거신청을 채택하지 아니하고서 이를 이유로 그 주장을 배척하는 것은 부자연스럽고 위 법조를 둔 민사소송법의 취지에도 어긋난다고 할 것이다.

그러나 2002년 개정 민사소송법은 수시제출주의에서 적시제출주의로 전환하고, 재정기간 제도를 채택함과 동시에 변론준비절차를 대폭 강화하였으므로, 앞으로는 소송의 부당한 지연을 피하기 위하여 이 제도를 적절히 활용하는 한편, 판결이유에서 실기를 이유로 각하하는 취지를 명시할 필요가 있다고 본다.

#### 나. 요건

##### (1) 실기한 공격방어방법의 각하

###### (가) 적시제출주의를 어기어 공격방어방법을 뒤늦게 제출할 것

공격방어방법을 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 제출하였는지 여부는 개개의 소송의 내용과 진행상황에 따라 법원이 개별적으로 판단하여야 한다. 뒤늦게 제출하였다는 것은 적시제출주의를 어겼다는 것과 같은 의미라고 이해된다.

변론의 경과로 보아 과거에 제출을 기대할 수 있었음에도 이를 하지 않은 경우가 대표적인 경우일 것이다. 항소심에서 새로운 공격방어방법이 제출된 경우에는 항소심 자체 뿐 아니라 제1심까지를 통틀어서 판단하여야 한다(대법원 1962. 4. 4. 선고 4294민상1122 판결).

###### (나) 당사자에게 고의 또는 중과실이 있을 것

고의 또는 중과실은 당사자본인 또는 대리인 어느 한쪽에 있으면 된다. 고의·중과실의 유무를 판단함에 있어서는 법률지식의 정도를 고려하여야 하며, 따라서 본인소송은 변호사대리소송과는 달리 판단하여야 한다. 또 공격방어방법의 종류도 고려하여야 할 것으로, 상계의 항변 따위는 조

기에 제출을 요구하는 것이 무리인 경우도 있을 것이다.

##### (다) 그 공격방어방법을 심리하면 소송의 완결이 지연될 것

그 공격방어방법을 심리하게 되면 기일을 속행할 필요가 있거나 다른 입증방법에 비하여 증거조사의 종료까지 상당한 시간이 소요되는 경우 등을 가리킨다.

##### (2) 석명에 불응하는 공격방어방법의 각하

###### (가) 당사자가 제출한 공격방어방법의 취지가 분명하지 아니할 것

###### (나) 당사자가 필요한 설명을 하지 아니하거나 설명할 기일에 출석하지 아니할 것

주로 재판장의 석명준비명령에 응하지 아니한 경우가 많을 것이다.

#### 다. 절차

공격방어방법의 각하는 직권 또는 상대방의 신청에 의하여 법원의 결정으로 한다. 이 신청은 서면이나 말로 할 수 있고, 서면도 반드시 독립된 신청서에 의하여서가 아니라 준비서면 등에 적어도 무방하다. 독립된 각하신청서에는 인지를 첨부하지 아니하며, 문건으로 전산입력한 후 기록에 가철한다(인지액·편철방법예규).

각하는 필수적인 것이 아니고 법원의 재량에 속한다고 해석되지만, 새로 도입된 적시제출주의의 원칙을 관철하고 변론준비절차가 본래의 기능을 하도록 하기 위하여서는, 각하를 극히 예외적인 것으로 여겼던 수시제출주의 하에서의 실무관행을 그대로 답습하는 것은 바람직하지 못하다고 할 것이다.

각하를 함에는 독립된 결정으로 하여도 좋고 종국판결의 이유 속에서 판단하여도 된다(대법원 2000. 4. 7. 선고 99다53742 판결). 법원이 당사자의 공격방어방법에 대하여 각하결정을 하지 아니한 채 그 공격방어방법에 관한 증거조사까지 마친 경우에 있어서는 더 이상 소송의 완결을 지연할 염려는 없어졌다고 할 것이므로, 그러한 상황에서 새삼스럽게 판