

탁마(琢磨)¹⁾ 민사소송법 심화정리 강의계획서

교수: 최영덕

1. 강의 목표와 다짐

이 수업은 2024년 제61회 변리사 제2차 민사소송법 사례시험 준비를 위한 수업입니다.

민사소송법 시험의 철저한 준비는 개념과 구조를 원리를 통하여 이해하면서 절차 전반에 대한 체계와 흐름을 잡는 것이며, 이를 위하여 민사소송법 심화정리 강의를 개설합니다.

몇 년간 변리사 수험생과 함께 한 경험으로 비추어 보면 내년 시험 대비를 위하여 민사소송법의 원리를 심도있게 이해하여 흔들리지 않는 기본실력을 축적하고 문제풀이 능력을 구비할 수 있는 절대적인 시간은 지금 다가오는 가을과 첫눈이 내리기 전이라고 확신합니다. 수험생 여러분의 귀중한 시간이 헛되지 않도록 할 것입니다.

2. 강의 일정과 장소

1) 일정: 9월 2일(토)~ 10월 22일(일) 토·일 오후 2시~5시 30분

: 추석(9월 30일, 10월 1일) 휴강-총회수: 14회(7주)

2) 장소: 변리사스쿨 별관

3. 강의 교재

1) 교재: 탁마 민사소송법(윌비스, 2023), 각자 기본서 가능

2) 자료제공: 핵심정리 파일(제공), 매수업시간(필요시) 자료제공

4. 강의 시간표

주차	회차(요일)	내 용
1주	1 (9/2)	강의개관/소송요건의 입체적 이해/당사자의 확정과 형식적 당사자개념의 이해
	2 (9/3)	자연인과 법인의 명확성/당사자적격과 권리보호이익 필연적 관계/소송능력과 변론능력
2주	3 (9/9)	소송물의 실체법과 절차법의 심화정리/소송물의 입체적 정리/소송물의 권리보호이익
	4 (9/10)	소송물과 변론의 관계/소송물과 항소심/소송물과 법원의 이해
3주	5 (9/16)	석명 의무 중심의 변론과 심리/소송행위 심화정리/상계항변의 특수성
	6 (9/17)	변론절차의 이해/일반송달과 공시송달의 심화정리/절차중단의 법리
4주	7 (9/23)	증거조사 일반원리/증인신문과 서증/현대소송에서 증거조사 심화정리
	8 (9/24)	자백의 원리/자유심증주의와 증명책임 심화정리/간접증명과 간접반증
5주	9 (10/7)	소의 취하와 화해의 이해/재소금지와 기판력의 심화정리/기판력과 판결편취
	10 (10/8)	상소심 문제의 풀이구조/항소와 상고의 심화정리/재심의 원리
6주	11 (10/14)	단순병합의 중요성/부진정 예비적 병합의 심화정리/예비적 병합의 기본 원리
	12 (10/15)	소변경의 심화정리/교환적 변경과 중간확인 의 소의 중요성/반소
7주	13 (10/21)	공동소송과 변론관계/예비적 · 선택적 공동소송/소송참가와 독립당사자참가의 중요성
	14 (10/22)	당사자변경과 소변경의 관계/집행과 당사자변경 심화정리/정리강의

1) 琢: 다듬을 탁 磨: 갈 마. '탁마'가 단순히 외부적인 행동이나 지식을 연마하는 것이 아니라, 정신적인 수양과 자기계발에 대한 중요성을 강조하는 것으로 해석. 공자와 제자 자공과의 대화

역대 기출문제

	적식/적법	변론과 증거	소송의 종료	상소/재심	객관적 병합
22	▶법인과 대표자-(당사자확정) ▶중복제소금지	▶공시송달과 추완항소(2문) ▶서증(원본제출주의) ▶권리자백	▶소취하(소송종료선언)	▶항소심에서 상계항변 ▶상고심에서 파기환송 여부	
22	▶당사자능력(시설) ▶권리보호이익(채취소송)	▶소송절차중단	▶기판력(객관적범위) ▶채권자취소소송에서 기판력	▶항소의 효력	▶예비적 반소 ▶항소심 반소
21		▶공시송달/추완항소		▶항소취하 ▶상고/파기환송	▶부진정예비적병합(전보배상)
20	▶법인 대표자	▶소멸시효 ▶서증(2)	▶기판력 객관적 범위 ▶기판력 시적 범위	▶재심법원/판할 ▶재심성질	
19	▶제소전사망자 소송	▶소취하간주 ▶재판상자백의철회 ▶서증		▶항소심상계항변	
18		▶변론주의 ▶소송절차 중단 ▶소송상 형성권행사	▶상계재항변 기판력 ▶소송상 화해	▶항소취하	▶예비적 병합
17	▶관할 ▶장래이행의 소 ▶확인소	▶처분권주의 ▶소취하계약	▶기판력(객관적 범위)	▶항소의 적법 ▶상소의 대상	▶반소
16	▶제소전사망자 소송	▶처분권주의 ▶송달 ▶자백간주	▶기판력(채권자대위소송) ▶제소금지	▶상소의 이익 ▶부대항소	▶예비적 병합 ▶제3자 반소
15	▶소송요건판단시기	▶재판상자백/철회 ▶기일해태/자백간주 ▶서증	▶변종후 형성권행사	▶상소이익/불이익변경금지 ▶상고이유서	
14	▶국제재판관할과 합의관할 ▶부제소특약	▶소송행위의 취소와 철회 ▶추완항소 ▶백지보충문서의 형식적 증거력	▶제소금지		▶예비적 병합 ▶선택적 병합 ▶교환적 변경
13	▶심급관할/이송 ▶증서진부확인의 소	▶증명책임 ▶소송절차중단			

제1주차 – 당사자편–

I. 당사자편 이것만은

소송의 주체와 객체		당사자		
당사자	당사자 특정 당사자 자격 (특정된 당사자 기준)	당사자 능력	학설, 判 § 51~§ 52	당사자 확정의 문제 권리능력(자연인/법인) 비법인사단(§ 52 : 대표자) 조합 권리보호요건 – 소송수행권 유무 집행적격 채권자대위권
		당사자 적격	학설, 判 선정당사자(§ 53)	
		소송능력	§ 54~§ 64	행위능력 대리인쟁점(법정대리인) 소송행위 유효요건 (개별적 행위라서 부적법 각하 문제X)
		변론능력 [소송요건X] [소송행위 유효요건]	§ 144	
	소송상 대리인	법정대리인	§ 56 § 63	
		소송대리인 (변호사 강제주의)	수임에 의한 소송대리인 법률상 소송대리인	

[당사자 특정] : 당사자 확정의 문제(학, 判)

기준설정 →	변경 →	제소 전 사망	성명모용소송	법인격 부인론
실질적 표시설	① 당사자 동일성 O - 표시정정설(判) - 피고경정설 ② 당사자 동일성 X - 허용 X - 예외적 피고경정 (§260)	소송 중 사망 §233 송달 전 사망시 문제 의사설(判) → 상속인 표시정정 간과판결 → 당연무효	① 위장출석 - 피모용인 : 당사자(표시설) - 모용인 : 무권대리 → 소송행위 무효(추인가능) → 판결 유효 ② 허위송달(편취판결) - 원고와 '짜고' 오송달작출 → 판결정본 송달 무효 → 언제든지 상소가능(判)	판례 인정X 신의칙으로(判)

- A가 운영하는 학교는 당사자능력이 없기때문에, 학교를 피고로 했다가 A로 표시정정 가능
cf. 소송절차의 중단과 수계

[당사자 자격] by. 특정된 자를 기준으로

- 당사자 능력 : “조합” : 대표자 X, 동업관계 → 당사자 능력 부정설(判) → 총원을 상대로

	법인	비법인사단	조합
실체적으로 구별	단체성 강함 + 규약 + 등기	단체성 강함 + 규약	단체성 약함
대표자	O		X
당사자능력	O		X 조합원 전원이 당사자 고필공
개인의 소송제기 가부	대표자명의 : X 임의적 소송담당자 : X		원칙: X 예외 : 보존행위(민 §272단)/ 조합채무의 이행을 구하는 수동소송(민 §712)
업무집행조합원의 소송수행 가부	-		소송위임에 의한 : 원칙 X / 예외 : 소액단독사건 법률상 소송대리인 : O (多) 임의적 소송담당 : O (判) [선정당사자]

■ 당사자적격(=관리처분권소송수행권의 유무, 집행대상적격★★★)

소권이론 : 소송 권리가 무엇인가의 근본적인 문제-권리보호요건이론의 추적

사권설	사권을 구제하는 절차이므로 사권만 있으면 청구 가능 →권리를 주장하기만 하면 판단해줘야 한다
공권설	추상적 공권설: 국가에게 청구할 수 있는 권리이므로 일정한 요건(소송요건)이 있어야 청구 가능(확인의 소의 의미)
	구체적 공권설 -형식적 소송요건 -권리보호요건(광의의 소이익★)
	소송의 목적을 전제로, 목적 달성을 할 수 없으면 소를 구할 까닭이 없다는 것 ①권리보호자적격=청구적격(대상적격-객관적 범위), 당사자적격(주관적 범위) ②권리보호이익(협의의 소이익)
재판청구권설	

- 당사자 적격 :

권리보호요건 (소송요건)	권리보호자적격	당사자 적격	소권이론(구체적 공권설) 권리보호이익(광의) = 소의 이익(목적) = 집행 * 확인의 소는 집행을 할 수 없는데, 소의 이익이 있는가 여부
		청구적격	
	권리보호이익		

당사자적격

소송의 목적을 달성할 수 있는지 여부 = 집행할 수 있는가?
소송수행권 유무에 따른 집행적격

이행의 소	원칙	본안적격 O = 집행적격 O (주장자체로 본안적격 있음)	
	예외	말소등기 / 회복등기 필수적 공동소송	말소등기의 등기의무자?
		장래이행의 소	
		제3자 소송담당	
확인소		청구적격	
		확인소 이익	
형성소	법정	판결만으로 권리 형성	- 변경의 소 / 재심의 소 / 이혼의 소 - 공유물 분할의 소(§269) : 형식적 형성소 - 채권자취소소송(피고적격 제한 : 채무자 적격X)
당사자적격의 흠결			
소 제기 전 : 재당적격 ... 무효 소송 계속 중 : 중단문제			

제3자 소송담당			
법정 소송담당		임의적 소송담당	
소송담당		원칙	예외
병행형	갈음형	X	우려가 없는 경우
<ul style="list-style-type: none"> - 공유자 전원 위해 보존행위 하는 공유자 - 미등기 건물의 매수인 - 채권자 대위소송 채권자(判) - 회사대표소송의 <u>주주</u> 	<ul style="list-style-type: none"> - 유언소송에서의 유언집행자 - 파산재단소송에서의 파산관재인 		<ul style="list-style-type: none"> - §53 선정당사자(선정자 적격상실설.判) → 당사자적격을 가진 당사자 - 채권양도(判) - 조합의 업무대행자(判)
* 채권자 대위소송 - 추심채권자와 채무자의 당사자 적격 : 당사자적격자= 압류채권자 - 당사자 적격 = 소송요건 = 주요사실 = 직권조사사항 = 주장책임O			

- 소송능력(대리인 쟁점)

§56 ~ 법정대리인 (= 준당사자)		§87 소송대리인 (=당사자의 대리인)
미성년자 / 피성년후견인 / 피한정후견인 법인의 대표자 / 선정당사자	vs	변호사 [변호사강제주의]
소송능력의 문제 (자체가 소송요건 → 부적법 각하문제) 당사자가 소제기 불가		변론능력의 문제 (소송행위 유효요건) 당사자 소제기 가능
당사자의 경정권 문제 X		경정권 O
제63조(법정대리권의 소멸통지) ① 소송절차가 진행되는 중에 법정대리권이 소멸한 경우에는 본인 또는 대리인이 상대방에게 소멸된 사실을 통지하지 아니하면 소멸의 효력을 주장하지 못한다. 다만, 법원에 법정대리권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 그 법정대리인은 제56조제2항의 소송행위 [소의 취하, 화해, 청구의 포기, 인낙, 탈퇴]를 하지 못한다. ② 제53조의 규정에 따라 당사자를 바꾸는 경우에는 제1항의 규정을 준용한다. → 법정대리권 소멸시 소송절차 중단		

- 제59조(소송능력 등의 흠에 대한 조치) 소송능력 · 법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우에는 법원은 기간을 정하여 이를 보정(補正)하도록 명하여야 하며, 만일 보정하는 것이 지연됨으로써 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 법원은 보정하기 전의 당사자 또는 법정대리인으로 하여금 일시적으로 소송행위를 하게 할 수 있다.
 → 석명권과 연결 → 법원의 조치 : “보정을 하고, 소각하 한다.”

- 변론능과 소송능력 비교

소송능력	변론능력
모든 소송행위에 필요	법원에 대한 소송행위에 필요
소송요건 + 소송행위 유효요건	소송행위 유효요건
흠결시 → 상대적 무효 (추인 가능)	절대적 무효(추인 불가)
흠결 간과판결 → 유효 + 상소 O, 재심 O	흠결 간과판결 → 유효 + 상소 X, 재심 X

[소송상 대리인]

- 법정대리인 vs 소송대리인
- 무권대리 : 재심 O
- 대표권/대리권 남용(대리권O) : 재심 X → 유효
- 민법상의 표현대리 유추적용 X (상대방과 관련X)

■ 무권대리(법정대리·소송대리 모두 적용)

1. 표현대리의 인부

① 긍정설 ② 부정설(判): 민법은 거래안전을 위해 표현대리를 긍정하지만, 민사소송법은 절차적·실체적 진실이 더 중요하다라는 근거

2. 무권대리

- (1) 원인: 대리권X인 경우, 쌍방대리 등. 당사자 사망은 무권대리 사유가 아님
- (2) 소송행위: 무효
- (3) 간과 판결: 유효(상소/재심)

※ 즉, 제소 전/소송 중 사망하더라도 소송대리인이 있었다면 판결시까지 대리권 유지(심급대리의 원칙/상소는 특별수권을 요구 §90②3호)하고 소송중단 없이 소송계속→소송절차 정지/공동상속인과 함께 검토하시오

3. 대리권남용/대표권남용

(1) 유효 여부

남용(濫用)은 그 자체로는 문제가 없음.

그러나 상대방을 보호할 필요성이 있는 경우 이에 대한 견해의 대립-자체로 유효라는 의미(절차법에서)

(2) 참칭대표자와 구분

※참칭대표자↔진정대표자의 대표권남용의 구분필요

대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86112 판결

【판시사항】

[1] 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 한 경우, 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유로 인정할 수 있는지 여부(적극) 및 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위'에 당사자의 대리인이 범한 배임죄가 포함되는지 여부(한정 적극)

[2] 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있는 경우, 재심절차에서 해당 소송행위의 효력이 당연히 부정되는지 여부(적극)

[3] 재심대상판결 당시 피고 주식회사의 실질적 대표자이던 갑이 소송상대방과 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하한 사안에서, 갑의 항소 취하에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 판단하면서도 그 효력을 인정하여 피고 회사의 재심청구를 기각한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

【판결요지】

[1] 민사소송법 제451조 제1항 제5호는 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 한 경우'를 재심사유로 인정하고 있는데, 이는 다른 사람의 범죄행위를 직접적 원인으로 하여 이루어진 소송행위와 그에 기초한 확정판결은 법질서의 이념인 정의 관념상 효력을 용인할 수 없다는 취지에서 재심이라는 비상

수단을 통해 확정판결의 취소를 허용하고자 한 것이므로, 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 하여 원심판결이 확정된 경우에도 자백에 준하여 재심사유가 된다고 보아야 한다. 그리고 ‘형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위’에는 당사자의 대리인이 범한 배임죄도 포함될 수 있으나, 이를 재심사유로 인정하기 위해서는 단순히 대리인이 문제된 소송행위와 관련하여 배임죄로 유죄판결을 받았다는 것만으로는 충분하지 않고, 대리인의 배임행위에 소송상대방 또는 그 대리인이 통모하여 가담한 경우와 같이 대리인이 한 소송행위 효과를 당사자 본인에게 귀속시키는 것이 절차적 정의에 반하여 도저히 수긍할 수 없다고 볼 정도로 대리권에 실질적인 흠이 발생한 경우라야 한다.

[2] 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 인정되는 경우 그러한 소송행위에 기초한 확정판결의 효력을 배제하기 위한 재심 제도 취지상 재심절차에서 해당 소송행위 효력은 당연히 부정될 수밖에 없고, 그에 따라 법원으로서 위 소송행위가 존재하지 않은 것과 같은 상태를 전제로 재심대상사건의 본안에 나아가 심리·판단하여야 하며 달리 소송행위의 효력을 인정할 여지가 없다.

[3] 재심대상판결 당시 피고 주식회사의 실질적 대표자이던 갑이 소송상대방과 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하한 사안에서, 갑이 항소를 취하한 행위에 대하여 업무상배임죄로 유죄판결을 받고 판결이 확정되었으므로 재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유가 있다고 하면서도, 항소 취하의 효력을 인정하여 피고 회사의 재심청구를 기각한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)에 대하여 판단한다.

1. 민사소송법 제451조 제1항 제5호는 ‘형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 한 경우’를 재심사유로 인정하고 있는데, 이는 다른 사람의 범죄행위를 직접적 원인으로 하여 이루어진 소송행위와 그에 기초한 확정판결은 법질서의 이념인 정의의 관념상 그 효력을 용인할 수 없다는 취지에서 재심이라는 비상수단을 통해 확정판결의 취소를 허용하고자 한 것이므로, 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 하여 그 원심판결이 확정된 경우에도 위 자백에 준하여 재심사유가 된다고 봄이 상당하다. 그리고 위 ‘형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위’에는 당사자의 대리인이 범한 배임죄도 포함될 수 있으나, 이를 재심사유로 인정하기 위해서는 단순히 대리인이 문제된 소송행위와 관련하여 배임죄로 유죄판결을 받았다는 것만으로는 충분하지 않고, 위 대리인의 배임행위에 소송의 상대방 또는 그 대리인이 통모하여 가담한 경우와 같이 대리인이 한 소송행위의 효과를 당사자 본인에게 귀속시키는 것이 절차적 정의에 반하여 도저히 수긍할 수 없다고 볼 정도로 대리권에 실질적인 흠이 발생한 경우라야 한다.

2. 원심판결의 이유에 의하면, 원심은 이 사건 재심대상판결의 내용과 그 확정 경위, 소외 1, 2에 대한 업무상 배임죄의 유죄판결 확정 등에 관한 판시 사실을 인정한 다음, 주식회사의 실질적인 대표이사가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 임무를 위반하여 회사에게 불이익한 것을 알면서도 전부 패소한 제1심판결에 대하여 항소를 취하한 것은 다른 사람의 배임행위로 말미암아 회사가 자백을 한 것과 마찬가지로 볼 수 있고, 재심대상판결 당시 피고(재심원고, 이하 ‘피고’라고 한다)의 실질적 대표자이던 소외 1이 위 소송의 상대방인 소외 2와 공모하여 개인적으로 10억 원을 받기로 하고 제1심판결에 대한 피고의 항소를 취하함으로써 업무상배임죄로 유죄판결을 받고 그 판결이 확정되기까지 하였으므로 재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유가 있다고 판단하였는데, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면 이러한 원심의 판단은 정당하다고 수긍할 수 있다.

3. 그러나 원심이 재심대상판결에 위와 같이 재심사유가 있음을 인정하고서도 아래와 같은 이유로 소외 1 등이 한 항소 취하가 결국 적법하다고 보아 소송종료선언을 한 재심대상판결이 그 결론에서 정당하다고 판단한 것은 수긍하기 어렵다.

즉 원심은 항소의 취하는 항소인이 항소법원에 대하여 항소에 의한 심판의 요구를 철회하는 소송상의 일방적인 단독행위로서 항소인의 법원에 대한 소송행위이고, 주식회사의 대표이사 또는 지배인은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으며, 피고의 법률상 대표이사이던 소외 3 또는 지배인이던 소외 1이 위 항소취하서를 작성하여 제출한 것은 그들의 자유로운 의사결정에 기한 것으로 보아야 하므로, 비록 소외 1이 항소 취하서를 제출한 것이 오로지 자기의 이익을 도모하기 위한 목적에서 한 것이라고 하더라도 이는 그의 내부적 주관적 동기에 불과할 뿐 겉으로 드러난 소송행위에 부합되는 항소 취하의 의사는 실제로 존재하였고, 더욱이 법률상

대표이사인 소외 3이 소외 1의 그러한 배임의 의사를 알았다고 볼 아무런 자료가 없는 이 사건의 경우 유효한 소송행위로서 항소 취하 행위가 있었다고 보아야 하고 이로써 위 소송은 이미 종료되었다는 것이다.

그러나 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 인정되는 경우 그러한 소송행위에 기초한 확정판결의 효력을 배제하기 위한 재심제도의 취지상 재심절차에서 해당 소송행위의 효력은 당연히 부정될 수밖에 없고, 그에 따라 법원으로서 위 소송행위가 존재하지 않은 것과 같은 상태를 전제로 재심대상사건의 본안에 나아가 심리·판단하여야 하며 달리 위 소송행위의 효력을 인정할 여지가 없다 .

그럼에도 원심은 소외 1의 항소 취하에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 판단하면서도 그 효력을 인정하여 피고의 이 사건 재심청구를 기각하였으니, 이러한 원심의 판단에는 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있는 소송행위의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 상고이유 주장에는 정당한 이유가 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

II. 당사자쟁점심화 정리

■ 당사자의 확정

1. 당사자확정의 필요성

현실적으로 소송계속 중인 사건에서 원고가 누구이며 피고가 누구인가를 명확히 하는 것을 말한다. 당사자로 확정되는 자가 절차에 관여할 자고, 이를 기준으로 재판적·송달·기판력의 주관적 범위 등이 결정된다.

2. 당사자확정의 기준

(1) 견해의 대립

① 원고나 법원이 당사자로 삼으려는 사람이 당사자가 된다는 의사설, ② 소송상 당사자로 취급되거나 또는 당사자로 행동하는 사람이 당사자라고 하는 행동설, ③ 소장에 나타난 당사자의 표시를 기준으로 하여 객관적으로 당사자를 확정하여야 한다는 표시설, ④ 소송이 개시되는 때에는 표시설에 의하되, 소송진행 후에는 누가 당사자로서 행동하였는가, 누가 분쟁주체로서 절차보장을 받았는가를 기준으로 정하는 규범분류설의 대립이 있다.

(2) 판례의 입장--소표청내원

대법원²⁾ 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실을 합리적으로 해석하여 확정하여야 한다고 판시하여 원칙적으로 표시설의 입장이다. 예외적으로 ① 제소 전에 피고가 사망한 것을 알지 못하고 사망자를 피고로 하여 제소한 사건에서 의사설을 부분적으로 따르고 있고(2005마425), ② 제소전 원고사망의 경우에 행동설로 해석된다(93누12206).

(3) 검토

실질적 표시설에 따른다.

3 법원의 조치

소장의 전취지에 의해 확정되는 당사자와 사실상 당사자로서 소송 수행하는 사람이 동일한지 여부를 법원은 직권으로 조사하여야 한다.

4. 구체적 경우--성명모용소송

(1) 위장출석의 경우(피고 乙 대신 A가 출석한 경우)

	당사자 확정	발견시 조치	간과판결시
의 사 설	乙	A배제 乙소환	대리권흡결로 상소, 재심
행 동 설	A	당사자표시정정	乙 구제책 불요
표 시 설	乙	A배제 乙소환	대리권흡결로 상소, 재심

(2) 성명모용소송(A가 자신을 乙이라 칭하여 원고가 乙을 피고로 표시하여 제소)

	당사자 확정	발견시 조치	간과판결시
의 사 설	A	당사자표시정정	乙 구제책 불요
행 동 설	A	당사자표시정정	乙 구제책 불요
표 시 설	乙	임의적당사자변경	대리권흡결로 상소, 재심

(3) 제소전 사망(피고 乙이 제소전 사망하고 상속인 A가 소송수행)

	당사자 확정	발견시 조치	간과판결시
의 사 설	A	당사자표시정정	A에게 유효한 판결
행 동 설	A	당사자표시정정	A에게 유효한 판결
표 시 설	乙	임의적당사자변경	당연무효 so 상소,재심 불요

2) 대법원은 “당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실을 종합하여 확정하여야 하는 것이며, 당사자표시 변경은 당사자로 표시된 자의 동일성이 인정되는 범위 내에서 그 표시만을 변경하는 경우에 한하여 허용된다.”고 하여 실질적 표시설의 입장이나(2010다97044),

■ 당사자표시정정

1. 문제의 소재

실질적표시설에 의하여 확정되는 당사자의 표시에 의문이 있거나 부정확하게 기재되는 경우, 당사자의 동일성을 해치지 않는 범위 내에서 바로잡는 당사자표시정정이 허용된다. 나아가 당사자능력이 없는 자를 당사자로 잘못 표시한 것이 명백한 경우에도 올바른 당사자능력자로서의 표시정정이 허용되는지 문제된다.

2. 당사자의 동일성이 유지되는 경우

(1) 보정방법

당사자의 동일성을 해치지 않는 범위 내에서 당사자표시를 바로잡는 것을 표시정정이라 한다. 이 경우 소장상의 당사자를 '형식적 당사자'로, 확정된 당사자를 '실질적 당사자'라고 부른다. 당사자표시정정은 소송의 모든 단계, 즉 항소심 또는 상고심에서도 가능하다. 판례도 당사자표시를 정정하는 것은 당사자를 변경하는 것은 아니므로 항소심에서 그러한 정정이 있었다 한들 당사자에게 심급의 이익을 박탈하는 현상이 일어난다고는 할 수 없고, 따라서 상대방의 동의가 있어야 표시정정이 가능한 것이라고 말할 수도 없다고 한다(78다1205). 단 제1심에서 상속인 전원으로 당사자표시정정을 하지 않고 일부 누락한 경우에는 제2심에 이르러 누락상속인을 추가정정하는 것은 허용되지 않는다(73다1190).

(2) 당사자표시정정이 허용되는 경우

1) 당사자의 이름에 오기 내지 누락이 명백한 경우

가족관계등록부, 주민등록표, 법인등기부부동산 등기부 등 공부상의 기재에 비추어 당사자의 이름에 잘못 기재나 누락이 있음이 명백한 경우에 표시정정을 허용할 것이다.

2) 명백한 당사자무능력자의 표시

점포주인 대신 점포 자체로, 대한민국 대신 관계행정청으로, 본점 대신 지점으로, 학교법인 대신 학교로 표시한 경우처럼 당사자능력 없는 사람을 당사자로 잘못 표시하였음이 명백한 경우에 바로 소를 각하할 것이 아니라 제59조를 유추하여 그 표시정정의 형태로 당사자능력자로서의 보정한다.

(3) 효 과

1) 시효중단기간준수의 효력

최초의 소재기시에 발생한 것으로 된다.

2) 당사자 표시정정없이 행한 판결의 효력

최근 판례는 당사자 표시정정이 이루어지지 않아 잘못기재된 당사자를 표시한 본안판결이 확정되어도 그 확정판결은 당연무효로 볼 수 없을 뿐더러, 그 확정판결의 효력은 잘못 기재된 당사자와 동일성이 인정된 범위 내에서는 적법하게 확정된 당사자에게 미친다고 한다(대법 2011.1.27, 2008다27615).

3. 당사자의 동일성이 없는 경우

(1) 보정방법

당사자의 동일성이 없는 상태에서 당사자를 변경하는 경우로서, ① 소송계속 중에 소송의 목적인 권리관계의 변동으로 새 사람이 종전 당사자가 하던 소송을 인계인수 받게 되는 소송승계와, ② 당사자적격의 혼동·누락의 경우에 허용되는 임의적 당사자변경방법의 두 가지가 있다.

(2) 임의적 당사자변경의 범위

명문에 규정된 경우(제68조, 제70조, 제260조)를 제외하고는 판례는 일체의 당사자변경을 불허하고, 이 경우 부적법한 제소라 하여 소를 각하한다.

(3) 효과

시효중단기간준수의 효과는 제265조에 의해 피고의 경정신청시부터 발생한다.

4. 표시정정을 임의적 당사자변경으로 잘못 판단한 경우 조치

(1) 사실관계

이 사건 소장의 원고표시란에는 '대한예수교장로회 순천순광교회 대표자 담임목사 김철호'라고 기재되어 있고, '대한예수교장로회 순천순광교회당회의인'이라는 날인이 되어 있기는 하나, 그 청구의 내용은 '원고 김철호 목사'와 그의 가족들 및 '대한예수교장로회 순천순광교회'의 교인들이 피고의 가져분으로 인하여 김철호 목사가 6개월 동안 교회에 출입하지 못함으로써 정신적 고통을 입었으므로 그 손해배상으로써 원고 김철호에게 금 30,000,000원, 원고 김철호의 가족들에게 합계 금 45,000,000원, 교인 76명에게 합계 금 152,000,000원의 지급을 구한다는 것이고, 소장의 첨부서류로서 "대한예수교장로회 순광교회 담임목사 김철호에게 소송선정당사자로 위임하고 본 소송에 관한 모든 권한을 위임합니다."라는 내용으로 위임자 83명이 기명날인한 소송위임장을 제출하였으며, 그 후 김철호 등 83명의 이름으로 '김철호를 소송수행자(원고)로 선정한다'는 내용의 '선정당사자(원고) 선정서'를 제출하고, 제1심 제7차 변론기일에 이르러 "원고(선정당사자)는 대한예수교장로회 순광교회의 대표자로 이 사건 소송을 수행하는 것이 아니고, 위 교회 교인들의 선정당사자로 소송을 수행하고 있다."고 진술하자, 제1심은 이 사건 원고를 대한예수교장로회 순광교회가 아니라 원고를 비롯한 교인 83명이 원고를 당사자로 선정하여 진행하는 손해배상청구 소송으로 보고 소송을 진행하여 원고 일부승소판결을 선고하였는데, 원심은 다시 이 사건 원고를 '대한예수교장로회 순천순광교회'로 보고 그에게 항소장부분을 송달한 뒤 변론을 진행하여 원판결을 취소하고 청구기각판결을 선고하였다.

(2) 대법원의 입장(대판 1996.12.20, 95다26773)

당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장의 전취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 하는 것이다(대법원 1965. 12. 21. 선고

65누104 판결, 1995. 1. 12. 선고 93후1414 판결, 1996. 10. 11. 선고 96다3852 판결 등 참조). 이 법리와 위에서 확정된 사실관계를 종합하여 검토하여 보면, 이 사건 소는 김철호 등 83명이 김철호를 선정당사자로 선정하여 제기한 것으로 보아야 할 것이고, 제1심이 이 사건 원고의 표시를 '대한예수교장로회 순천순광교회 대표자 담임목사 김철호'에서 '원고(선정당사자) 김철호'로 변경한 것은 당사자의 동일성이 인정되는 범위 내에서의 당사자 표시정정에 지나지 않는다고 할 것임에도 불구하고 원심이 이 사건의 원고를 '대한예수교장로회 순천순광교회'로 보고 '선정당사자 김철호'로 변경하는 것은 임의적 당사자 변경에 해당하여 허용될 수 없다는 전제 아래 '대한예수교장로회 순천순광교회'에게 항소장부분을 송달한 후 그를 원고로 취급하여 변론을 진행하여 판결을 선고한 것은 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 보고 소송을 진행하여 판결을 한 것이므로 이 사건 원고에 대하여는 항소심 판결이 아직 선고되지 않았다고 할 것이고, 원고와 사이의 이 사건은 아직 원심에서 변론도 진행되지 않은 채 계속중이라고 할 것이므로 원고는 상고를 제기할 것이 아니라 원심에 이 사건에 대한 변론기일지정신청을 하여 소송을 다시 진행함이 상당하다고 할 것이며, 원심이 선고한 판결은 원고에 대한 관계에 있어서는 적법한 상고대상이 되지 아니한다. 따라서 이 사건 상고는 부적법하다고 할 것이다.

■ 당사자능력의 흠결시 보정방법

1. 문제의 제기

당사자능력 흠결의 경우에 보정이 이루어지면 각하하지 않는데, 그 방법에 관해 견해의 대립이 있다.

2. 견해의 대립

(1) 표시정정설

소장표시로 보아 당사자능력이 없어도 소장의 전 취지를 합리적으로 해석할 때에 바른 당사자능력자로 고칠 수 있는 경우에는 바로 소를 각하할 것이 아니라 이에 앞서 제59조를 유추하여 그 표시정정의 형태로 당사자능력자로서의 보정을 시킬 것이라는 입장이다.

(2) 피고정정설

만일 통설처럼 해석하면 당사자확정의 기준이 당사자능력이 있는 자로 한정되고, 그러면 먼저 당사자를 확정하고 그 다음에 그들에게 당사자능력이 있는지를 조사해야 한다는 심리구조가 뒤바뀌게 된다고 비판하면서, 당사자확정의 단계에서는 다른 것은 고려하지 않고 그 표시에 따라 당사자를 확정하고 표시정정은 엄격히 그 동일성이 유지되는 한도 내에서만 인정하는 것이 타당하며, 이는 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우에 해당하므로 제260조에 의한 피고의 경정에 의할 것이라는 입장이다.

3. 판례의 입장

대법원은 『개인이 설립·경영하는 학교시설에 불과한 영남실업고등기술학교를 피고로 표시하였다가 개인 명의로 피고표시를 정정하는 것은 당사자를 변경하는 것이 아니므로 항소심에서 피고표시정정신청을 하였다가 환송된 뒤에 그 표시정정신청을 철회할 수 있다 할 것이다』라고 판시하여 통설과 같은 입장이다(대법 1978.8.22, 78다1205).³⁾

3) 대법원 1978. 8. 22. 선고 78다1205 판결: 선화고등공민학교나 영남실업고등기술학교는 재단법인이나 비법인재단에 이르지 못하고 다만 피고가 설립 경영하는 학교시설에 불과하다고 원심은 보았는데 이러한 사실인정은 기록에 비추어 보아 정당하다. 다시 말하면 이러한 사실인정의 과정에는 증거의 취사가 제대로 되지 않는 허물이나 증거의 내용에 맞지 아니한 사실인정을 하고 있다고 볼만한 허물이 없다. 이 사건에서 원고가 한 피고표시변경신청은 피고변경신청이 아니요, 이른바 피고표시정정신청에 해당하는 것이기 때문에 원고는 한번 냈던 피고표시정정신청을 철회할 수 있다 할 것이다. 당사자표시를 정정하는 것은 당사자를 변경하는 것이 아니므로 항소심에서 그러한 정정이 있었다 한들 당사자에게 심급의 이익을 박탈하는 현상이 일어난다고는 말할 수 없고, 따라서 상대방의 동의가 있어야 표시정정이 가능한 것이라고 말할 수도 없다. 이 사건이 환송된 뒤에 원심이 원고의 당사자 표시정정신청철회행위를 받아들여서 피고의 표시를 종전의 '영남실업고등기술학교'에서 '피고'로 환원시킨 것은 정당하고, 이점에 있어서 원심이 소송행위의 철회에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 뿐만 아니라 원심판결은 이 사건 환송 판결의 이유에 정면으로 배치되는 것도 아니다.

■ 사망자에 대한 소송

I. 논의의 필요성과 구분

1. 이당사자대립구조

대립당사자의 존재는 소송요건으로 법원의 직권조사사항이므로 일방당사자의 사망 시 소송은 각하되어야 한다. 그러나 이러한 경우 원고는 상속인을 상대로 다시 별소를 제기하여야 하는 등 소송경제의 관점에서 불합리하게 된다.

2. 제소전·후의 사망자를 상대로 한 소송

민사소송법은 제233조 및 제238조를 규정하고 있다. 그러나 제소 당시부터 이미 당사자 일방이 사망한 경우에는 규정이 없는바, 소송절차의 진행단계에 따라 당사자의 사망이 미치는 영향을 검토할 필요가 있다.

II. 제소전 사망한 경우

1. 문제의 소재

소송의 피고가 제소 전에 이미 사망한 자임에도 불구하고 그를 피고로 표시하여 제소한 경우에는 사자와 상속인 중에 누가 당사자인가를 확정하여야 한다. 그리고 확정된 당사자를 기준으로 당사자능력 등 소송요건을 구비하였는가를 검토하여야 하고, 만일 흠결이 있을 경우에 법원의 조치가 문제된다.

2. 당사자확정의 기준

3. 법원의 조치

(1) 원칙적 조치

① 통설·判例인 표시설에 의하면 사자가 당사자이기 때문에 당사자가 실재하지 않는 소송이 되므로 당사자능력이 없어 이당사자대립구조가 깨지게 된다. 당사자능력은 소송요건이며 직권조사사항으로 흠결 시에는 판결로써 소를 각하하여야 할 것이나, (상속인이 소송을 수행하는 경우에도 부적법각하하면 소송절차의 유지이념 및 당사자의 절차적 기본권 보장에 미흡하게 되므로) 소각하를 하기 전에 보정이 가능하다면 보정의 기회를 주어야 한다. ② 반면 의사설에 의하면 상속인이 당사자인데, 이때는 당사자 불특정을 이유로 보정의 기회를 주어야 한다.

(2) 상속인으로서의 보정방법

1) 문제점

실질적표시설에 의하여 확정되는 당사자의 표시에 의문이 있거나 부정확하게 기재되는 경우, 당사자의 동일성을 해하지 않는 범위 내에서 바로잡는 당사자표시정정이 허용된다. 그러나 표시정정에 의해 당사자로서 새로운 사람을 끌어들이는 결과가 되면 당사자표시정정이 아니라 임의적당사자변경이 되며, 이는 법규정이 없는 한 허용되지 않는다. 따라서 제소 전에 피고가 이미 사망한 자임을 발견하였을 경우 원고가 사자를 상속인으로 어떻게 바꿀 수 있는지가 문제된다(특히 시효중단 관련해서 문제됨).

2) 학설의 대립

① 제59조를 유추적용하여 사망자에서 그 상속인으로서의 표시정정이 허용된다는 표시정정설(의사설을 취할 경우의 결론)과, ② 표시설을 관철하면 사망자와 상속인간에는 엄격히 동일성이 인정되지 않고, 피고가 잘못 표시된 것이 명백하므로 피고경정에 의할 것이라는 피고경정설(표시설을 취할 경우의 결론)이 대립한다.

3) 判例의 태도-해석의 여지

判例는, 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우 실질적인 피고는 처음부터 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정되면 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다고 하여 상속인으로서의 표시정정으로 처리한다. 判例는 이미 사망한 사실을 모르고 피고로 표시한 사건에서는 물론, 사망한 사실을 알면서도 피고로 기재한 사안에서도 실질적인 피고가 상속인이라면 표시정정을 허용한다.⁴⁾

4) 대법원 2011.3.10. 선고, 2010다99040 판결: 채무자 갑의 을 은행에 대한 채무를 대위변제한 보증인 병이 채무자 갑의 사망사실을 알면서도 그를 피고로 기재해 소를 제기한 사안에서, 채무자 갑의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 이때 실질적인 피고는 처음부터 상속인인 피고이므로 당초 소장을 제출한 때에 소멸시효중단의 효력이 생긴다고 보았다.

4. 간과판결의 효력 및 구제

(1) 간과판결의 효력

법원이 피고가 사자임을 간과하고 본안판결을 하였을 때에는 판결이 확정되어도 이는 이당사자대립구조를 무시한 판결로 당연무효(「재판적폐」, 쟁점7-5-10 참조)라는 것이 통설·判例이다. 따라서 기판력이나 기타의 효력이 생기지 아니하며 판결로서 당연무효이기 때문에 재심의 대상이 되지 않는다.

(2) 효력이 미치는 자

① 표시설에 의하는 한 사자가 당사자이므로 상속인에게 그 판결의 효력이 미치지 않는다.

② 그러나, 사자의 상속인이 현실적으로 소송에 관여하여 소송을 수행함으로써 상속인과 실질적인 소송관계가 성립된 경우라면 신의칙상 상속인에게 그 소송수행의 결과나 판결의 효력을 미치게 하자는 견해가 있다.

③ 判例도, 사자에 대한 송달은 위법무효이나, 상속인이 현실적으로 송달서류를 수령한 경우에는 하자가 치유되어 상속인에 대한 송달로서 효력을 발생한다고 판시하였다.

(3) 구체책 - 당연무효의 판결에 대해 확정전에 상소제기 여부

1) 견해의 대립

①당연무효의 판결은 그 내용상의 효력인 기판력 집행력 형성력이 발생하지 아니하므로, 상소로 불복할 필요가 없다고 보아 상소의 대상적격을 부정하는 견해와, ②판결의 부존재와 달리 당해심급을 종결시키며 당해법원을 구속하는 기속력이 있으므로 형식적으로 확정되기 전까지는 상소로서 다룰 수 있다는 견해가 대립한다.

2) 判例의 태도

대법원은, 사망자 상대의 무효인 판결에 대한 상고는 허용될 수 없는 부적법한 것이라고 판시하여 상소의 대상적격을 부정하고 있는 것으로 판단된다.

제소전 사망자를 상대로 한 소송의 판례정리

1. 사자상대 소송에서 제1순위 상속인이 상속포기를 한 경우 실질적 당사자

소제기전 사망한 사람을 상대로 한 소송에 있어서 판례는 실질적인 피고로 해석되는 사망자의 상속인이라 함은 실제로 상속을 하는 사람을 가리킨다 할 것이고, 상속을 포기한 자는 상속 개시시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로 제1순위 상속인이라도 상속을 포기한 경우에는 이에 해당하지 아니하며, 후순위 상속인이라도 선순위 상속인의 상속포기 등으로 실제로 상속인이 되는 경우에는 이에 해당한다고 보고 있다(대판 2006.7.4, 2005마425).

2. 피고경정신청을 한 경우

원고가 처음에 위 망인의 1순위 상속인들의 상속포기사실을 알지 못하고 그들을 상대로 이 사건 소를 제기하였다가 제1심 소송 도중에 이를 알게 되어 피고를 위 망인의 적법한 상속인으로 바꾸어 달라고 법원에 신청한 것임을 알 수 있는바, 이 사건 청구의 내용과 원인사실, 원고의 소제기 목적 및 위 피고경정신청의 경위와 시점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 원고가 의도한 이 사건 소의 실질적인 피고는 상속포기의 소급효로 말미암아 처음부터 상속채무에 관한 법률관계의 당사자가 될 수 없는 1순위 상속인이 아니라 적법한 상속채무자인 2순위 상속인인 피고들이라 할 것인데 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 아니하여 피고표시정정의 대상이 된다 할 것이고, 이와 같이 변경 전후 당사자의 동일성이 인정됨을 전제로 진정한 당사자를 확정하는 표시정정의 대상으로서의 성질을 지니는 이상 비록 소송에서 피고의 표시를 바꾸면서 피고경정의 방법을 취하였다 해도 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다고 보아야 할 것이다(대판 2009.10.15, 2009다49964).

3. 1심에서 당사자표시정정을 함에 있어 일부상속인을 누락한 경우

판례는 1심에서 상속인 전원으로 당사자표시정정을 하지 않고 일부 누락한 경우에는 2심에 이르러 누락상속인을 추가정정하는 것은 허용되지 않는다고 한다(대판 1974.7.16, 73다1190). 왜냐하면 항소심에 있어서의 소송계속은 제1심 판결을 받은 당사자(그 포괄승계인 포함)로서 그에 불복 항소한 당사자와 그 상대방 당사자 사이에서만 발생함이 심급제도에서 오는 귀결이라 할 것으로 제1심판결을 받지 아니한 당사자 사이에 있어서는 비록 그 일방이 제1심판결을 받았다 하여도 항소에 의하여 이심의 효력이 발생할 수 없기 때문이다.

4. 피고의 사망사실을 알고 제기한 경우 표시정정

원고가 사망자 A를 피고로 기재한 소장에 A의 사망사실이 기재된 주민등록초본을 첨부하여 제1심법원에 제출하였고, A의 상속인을 확인할 수 있는 가족관계증명서 등에 관한 사실조치를 신청하였으며, 제1심법원에 도착한 사실조회 결과에 따라 이 사건 피고의 표시를 A에서 현재의 피고 B로 정정하는 신청서를 제출한 사실이 있으면, 이 사건 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소 제기 목적, 소 제기

후 바로 사실조회신청을 하여 상속인을 확인한 다음 피고표시정정신청서를 제출한 사정 등을 보면, 이 사건의 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사가 될 수 없는 사망자인 A가 아니라 처음부터 사망자의 상속인인 피고 B이고 다만 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 원고는 A의 상속인 B로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 따라서 당초 소장을 제출한 때에 소멸시효중단의 효력이 생긴다고 할 것이다(대판 2011.3.10, 2010다99040).

III. 제소 후 소장부분의 송달 전에 사망한 경우

소송계속의 발생시기에 대해 소장제출시점이 있으나, 통설·判例는 소장부분송달시점의 입장이다. 따라서 제소 전 사망한 경우와 동일하나 소송대리인에게 사건의뢰 후에 사망하거나 법원에 소장발송 후 사망한 경우에는 제233조를 유추하여 상속인에게 소송수계를 인정하여야 할 것이다.

IV. 소송계속 후 변론종결 전에 사망한 경우 : 당사자 확정 문제 아닌 중단의 문제이다.

※ 세 가지 유형

① 소 계속 중 피고 사망, 소송대리인 無, 수계신청도 無: 소송 중단

→ 상속인 甲 당연승계. 간판판결은 상속인에 미치고, 위법유효로 상소, 재심 가능.

② 소 계속 중 피고 사망, 소송대리인 無(또는 있어도 상소의 특별수권 없는데 판결정본 송달): 소송 중단

→ 상속인 甲, 乙 당연승계. 상속인 甲은 수계신청 → 중단해소, 乙은 수계신청 × → 1심에 계속 중. 판결은 甲 에게만 미친다.

③ 소 계속 중 피고 사망, 소송대리인 有: 소송 중단 ×, 상속인 甲, 乙, 丙 당연승계.

이때 상속인 甲은 수계신청(중단되지 않았으므로 표시정정의 의미)하고 乙, 丙은 수계신청 않는 경우: 소송은 중단되지 않았으므로 판결은 모두에게 미침.

이 판결정본 송달 시 ㉠소송대리인에 상소특별수권× → 乙, 丙은 소송 중단, 수계신청 해야. ㉡상소특별수권○ → 여전히 중단되지 않고 상소기간 진행, 상소하지 않으면 상소기간 도과로 판결 확정 → 乙, 丙 의 구제 문제.

1. 소송절차의 중단여부

(1)중단의 의의 및 취지

당사자에게 소송을 더 이상 수행할 수 없는 사유가 발생한 경우, 법률상 당연히 절차의 진행이 정지되는 것으로서, 상속인의 절차참여권을 보장하여 쌍방심리주의를 관철시키기 위한 제도이다(제233조).

(2)중단의 요건

①당사자의 사망으로 소송절차가 중단되기 위해서는 소송계속 후 사망일 것, 소송물인 권리·의무가 상속의 대상이 될 것, 상속인이 있을 것, 소송대리인이 없을 것을 요건으로 한다.

②소송대리인이 있을 경우 소송절차가 중단되지 않는다. 단, 소송대리인이 있는 경우라도 심급대리의 원칙이 적용되기 때문에 그 심급의 판결정본이 그 소송대리인에게 송달됨과 동시에 소송절차가 중단된다. 그러나 소송대리인에게 상소제기의 특별수권이 있는 경우에는 제1심의 판결정본이 송달되어도 절차가 중단되지 않는다.

(3) 중단의 범위

통상공동소송 중 1인의 사망으로 인한 중단은 당해 사망한 당사자 측과 상대방 간에만 생기는데 반해, 필수적 공동소송이라면 전면적으로 중단되게 된다(제67조 3항).

(4) 중단의 효력

①소송절차의 정지 중에는 변론종결 된 경우의 판결의 선고를 제외하고 일체의 소송행위를 할 수 없으며 기간의 진행이 정지된다(제247조).

②정지중의 당사자의 행위는 원칙적으로 무효이다. 예외적으로 소송절차 외에서 행하는 소송대리인의 선임 등은 유효하게 할 수 있다.

③그러나 정지제도는 당사자의 보호를 위한 사익적 제도이기 때문에 정지중의 소송행위라도 상대방이 아무런 이익을 하지 않으면 이익권이 상실되어 유효하게 된다. 또한, 추인하면 유효하게 된다.

④상소라고 예외로 취급할 이유가 없다. 判例는, 중단 중에 제기한 상소는 부적법하지만, 상소법원에 수계신청을 하여 그 하자를 치유할 수 있다고 한다.

2. 당사자지위의 당연승계 여부

당사자가 사망하면 소송대리인이 있는 등으로 중단되지 않더라도 일단 쟁점이 된다.

(1) 학설의 대립

①당사자의 사망으로 포괄적 승계가 있는 경우로서 법률상 당연히 승계인에게 당사자지위가 이전되는 것으로 보는 긍정설과, ②당연승계는 형식적당사자개념과 맞지 않으므로 수계절차를 거쳐 당사자로 표시되어야 변경된 것으로 보는 부정설이 대립한다.

(2) 判例의 태도

대법원은, 소송계속 중 일방 당사자가 사망한 경우 그때부터 그 소송은 그의 지위를 당연히 이어받게 되는 상속인들과의 관계에서 이당사자대립구조를 형성하여 존재하는 것이라고 판시하여 긍정설의 입장이다.

※. 비교: 判例는, 유언자가 단지 일부 재산을 특정하여 유증한 데 불과한 경우에는, 유증자가 사망한 경우 그의 소송상 지위는 일단 상속인에 당연승계되고 특정유증을 받은 자가 이를 당연승계할 여지는 없다고 판시

(3) 검토

소송절차의 중단이 법원의 속행명령에 의해서도 해소되는 점과 소송대리인이 있는 때에는 중단되지 않고 소송대리인을 승계인의 대리인으로 보는 점을 고려할 때 긍정설이 타당하다고 본다.

(4) 사안의 경우

소송절차의 중단 후 당사자지위의 당연승계가 있었다고 하더라도 중단이 된 이상 제247조 1항의 명문의 규정상 수계신청이 없다면 변론종결 된 판결의 선고로 제외한 절차의 진행 및 일체의 소송행위를 할 수 없다('당사자 지위의 승계'와 '소송의 수계'는 다르다).

3. 중단을 간과한 판결의 효력

(1) 문제점

제233조 및 제247조 1항의 반대해석상 중단을 간과하고 변론을 진행하여 판결을 선고한 절차상의 하자가 존재하는 바, 이러한 판결의 효력에 대해 학설이 대립한다.

(2) 학설의 대립

①당연승계긍정설의 입장에서 이당사자대립구조가 파괴된 것으로 볼 수 없어 위법하기는 하나 당연무효는 아니며, 대리권흡결의 경우에 준해 확정 전 상소(제424조 1항 4호), 확정 후 재심(제451조 1항 3호)에 의한 취소사유가 될 뿐이라는 위법설과, ②당연승계부정설의 입장에서 형식적당사자개념상 대립당사자구조가 파괴되어 있는 것은 제소 전 사망의 경우와 다르지 않고, 대리권흡결의 경우와 같이 볼 수 없어 당연무효의 판결이라는 무효설이 대립한다.

(3) 判例의 태도

대법원은 종래 무효설의 입장이었으나, 소송절차의 중단을 간과하고 변론종결 후 판결이 선고된 사안에서 전원합의체 판결로, 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 절차상 위법은 있지만 당연무효라고 할 수는 없고, 대리권흡결을 이유로 상소 또는 재심에 의해 취소를 구할 것이라고 판시하여 위법설의 입장이다.

(4) 검토

당연승계긍정설을 취하는 한, 이당사자대립구조는 승계인과의 관계에서 유지된다고 볼 것이므로, 대리권흡결의 경우와 같이 보는 위법설이 타당하다. 따라서 당사자는 상소·재심에 의해 취소를 구할 수 있을 것이다.

4. 상소심의 판단(중단을 간과한 위법이 있는 경우에만 고려)

(1) 문제점

당사자의 사망을 간과한 원심판결은 대리권흡결을 간과한 판결에 해당하며, 소송대리권의 존부는 소송요건으로 법원의 직권조사사항에 해당한다. 따라서 상소심은 직권으로 원심판결의 절차상 하자에 대해 판단해야 하며 직권조사사항에 관한 위법이 있을 경우에는 원칙적으로 직권으로 원심판결을 파기할 수 있다.

(2) 상소요건

1) 대상적격

통설·判例인 위법설에 의하면 중단을 간과한 판결도 유효한 판결이지만, 대리권 흡결을 간과한 위법한 판결로서 대상적격이 인정된다.

2) 당사자적격

사망자 명의로 한 상소제기는 당사자적격 또는 당사자능력이 없어 부적법하게 된다. 다만, 判例는 상속인의 수계신청 시 하자는 치유된다고 본다.

(3) 수계신청법원

1) 문제점

수계신청은 중단 당시 소송이 계속된 법원에 해야 한다. 그러나 종국판결이 송달된 뒤에 수계신청을 하는 경우 수계신청을 해야 할 법원에 대해 논의가 있다(수계신청 후 상소를 제기함이 원칙이나, 判例는 상소제기 후 수계를 신청하면 그 하자가 치유된다고 본다.).

2) 학설의 대립

①제243조 2항과 제397조·제425조의 상소장원심법원제출주의를 근거로 수계신청을 원심법원에 해야 한다는 원심법원설과, ②원심법원 또는 상소심법원에 선택적으로 신청할 수 있다는 선택설이 대립한다.

3) 判例의 태도

대법원은, 판결선고 후 수계신청하여 판결을 송달받아 상고하거나, 사실상 송달을 받아 상고장 제출 후 상고심에서 수계절차를 밟은 때에도 그 수계와 상고는 적법하다고 판시하여 선택설의 입장이다.

(4) 상속인이 사실상 소송에 관여한 경우

<Case> 상속인이 사실상 소송에 관여한 후, 중단간과 판결이 나오자 비로소 상고한 사안

①대리권침해로 무효인 소송행위라도 당사자의 추인에 의하여 행위시에 소급하여 유효하게 된다(제60조, 제97조). 명시적 의사표시 뿐만 아니라 묵시적 의사표시에 의해서도 추인할 수 있고, 그 시기에 대해서도 아무런 제한이 없어 상급심에서도 하급심의 소송행위를 추인할 수도 있다. 따라서 수계신청을 았더라도 추인된다(수계 시는 당연히 추인).

②따라서 소송계속 중 당사자가 사망한 경우에도 상속인이 사망자 명의로 소송대리인을 선임하여 소송행위를 대리하게 하고, 사망자 명의로 상고하였으며, 상고심에서 소송수계를 신청하지 않고 상고이유서를 제출하면서 절차상 하자는 상고이유로 삼지 않고 본안에 관하여만 다투는 것은 원심의 무권대리 행위를 추인한 것으로 봄이 타당할 것이다.

③判例도 위와 같은 사실관계에 대하여 제424조 2항, 제97조, 제60조에 의하여 원심에서의 소송행위는 모두 행위시에 소급하여 적법하게 되어 원심판결의 위법사유는 소멸된 것이라고 판시하였다.

④따라서, 추인으로 원심판결의 절차상 하자가 치유되므로 대법원이 직권으로 항소심판결을 파기할 수는 없고 본안에 대해 심리해야 할 것이다.

5. 소송중단 중에 선고된 판결의 집행

1) 문제점

소송중단 중에 선고된 판결이 형식적으로 확정된 경우 강제집행을 위해서는 승계인 명의로 집행문을 부여받아야 하는바, 그 방법에 관하여 학설이 대립한다.

2) 학설의 대립

①민사집행법 제31조를 유추적용하여 승계집행문의 부여를 구할 수 있다는 승계집행문설과, ②민사소송법 제211조의 판결경정으로 승계인 명의로 시정한 후 승계인 명의의 통상의 집행문을 부여받아 집행할 것이라는 판결경정설이 대립한다.

3) 판례의 태도

대법원은, 사망자가 당사자로 표시된 판결에 기해 강제집행을 실시하기 위해서는 민사집행법 제31조를 준용하여 승계집행문을 부여할 것이라고 판시하여 승계집행문설의 입장이다.

V. 변론종결 후에 사망한 경우

1. 변론종결 후 사망하여 판결이 확정된 경우에는 당사자가 이미 소송수행을 통해 자신의 권리와 이익을 충분히 주장하였기 때문에 승계인인 상속인에게 판결의 효력을 미치게 하여도 결코 부당하지 않다. 따라서 상속인은 민사소송법 제218조 1항의 변론종결 후의 승계인에 해당하여 사자명의로의 판결이라도 상속인에게 기판력이 미친다.

2. 그러나 승소한 원고는 상속인에게 집행하려고 하여도 집행권원에는 상속인이 표시되어 있지 않으므로 상속인에 대한 승계집행문을 부여받아 상속인에게 강제집행을 할 수 있다.

■ 조합(組合) vs 법인

I. 조합과 비법인사단의 구별기준

1. 判例의 태도

대법원은, 민법상 조합과 비법인사단을 구분함에 있어서 명칭에 구애받지 않고 실질에 따라 판단한다. 구체적 구별 기준으로는 사단성을 가지는 규약을 만들에 이에 근거하여 대표자를 두는 등 조직을 갖추고, 업무집행방법이 다수결 원칙에 의하며, 구성원의 변경에 관계없이 단체자체가 존속하며, 기타 단체로서의 주요사항이 확정된 경우에는 비법인사단의 실체를 가진다고 판시한다.

2. 비법인 사단의 의미

2인 이상/조직/ 다수결/----단체가 대표기관을 통해 행위하고, 법률효과도 단체에 귀속하며, 다수결원칙에 의한 의사결정구조가 있고, 재산도 지분개념 없이 단체자체에 귀속되는 것을 의미한다.

II. 조합의 당사자능력 인부

1. 문제점

제52조의 비법인사단에 조합이 포함되는 것으로 보아 당사자능력을 인정할 수 있는지 문제된다.

2. 학설의 대립

- ① 단체로서 사회적으로 기능하며, 당사자능력을 부정하면 전원을 피고로 해야 하는 불편이 따르고, 조합과 사단의 구별이 용이하지 않아 포함된다고 볼 것이라는 긍정설
- ② 조합은 단체라고 인정할 수 있는 실질이 없고, 우리 민법이 비법인사단의 소유관계를 총유로 규정하고 조합은 합유로 규정하여 양자가 별개임을 전제하므로 제52조의 비법인사단에 포함되지 않는다는 부정설이 대립한다.

3. 判例의 태도

대법원은, 한국원호복지공단법에 의해 설립된 원호대상자 광주목공조합은 민법상 조합의 실체를 가지고 있으므로 소송상 당사자능력이 없다고 판시하여 부정설의 입장이다.

4. 검토

조합자체에 대한 판결로써 조합원에 대한 분할책임을 추궁할 수 있는지 문제되고, 제52조의 명문규정상 부정설이 타당하다고 본다. 조합의 소송수행에 있어서 전원이 당사자가 되어야 하는 불편은 다른 소송수행방안을 강구하여 해소할 수 있을 것이다.

III. 조합의 소송수행 방안

1. 합유로서 공동소송-고유필수적 공동소송

통설·判例는 객관적 기준이 가장 명확한 실체법상 관리처분권설의 입장이며, 이는 실체법상 관리처분권이 여러 사람에게 귀속되느냐 여부를 기준으로 판단한다. 조합의 경우에는 민법 제272조에 의한 합유관계로서 소송수행권이 전원에게 귀속되므로 고유필수적 공동소송만 가능하다 볼 것이다.

2. 구성원 일부의 명의 소송 수행 여부-보존행위

조합재산에 관한 소송은 고유필수적 공동소송이므로 일부만이 소를 제기하면 당사자적격의 흠결로 부적법각하된다. 다만, 보존행위(민법 제272조 단서) 및 조합원 개인에게 조합채무의 이행을 구하는 수동소송(민법 제712조)은 통상 공동소송이 가능하므로 조합원 각자의 소송이 가능하다.

3. 소결

통상적인 조합재산에 관한 소송에서는 조합원 전원의 명의로 소송을 수행하여야 하는데, 이러한 경우 조합원 전원을 소장에 기재하여야 하고, 전원을 소환해야 하는 불편이 따른다. 이러한 조합의 소송수행의 불편을 해소하기 위해 업무집행조합원을 소송대리인이나 임의적 소송담당자로 인정하여 소송수행 가부에 여부에 논의가 있다.

IV. 업무집행조합원을 소송대리인으로 선임하는 방법

1. 소송위임에 의한 소송대리인 인정여부

변호사대리의 원칙(제87조)상 인정되지 않으나, 예외적으로 ①중액단독 이하의 사건에서 일정한 관계(고용·친족)에 있는 사람은 법원의 허가를 얻어 변호사가 아니더라도 소송대리가 가능하며(제88조 1항), ②소가 3,000만원 이하의 소액사건에서 일정한 경우(배우자·형제·직계가족)에도 가능하다(소액사건심판법 제8조).

2. 법률상 소송대리인의 인부

(1) 문제점

법률상 소송대리인은 법령상 업무에 관한 포괄대리권이 수여되어 있어서 그 사무에 관련된 소송에서 당연히 소송대리권을 가지는 것인데, 민법상 조합의 업무집행조합원을 이러한 법률상 소송대리인으로 볼 수 있는지 문제된다.

(2) 학설의 대립

① 민법 제709조의 해석상 업무에 관한 포괄적 대리자로 보아야 하므로 법률상 소송대리인으로 보아야 한다는 긍정설과, ② 지배인과는 달리 단지 업무집행의 대리권이 있는 것으로 추정될 뿐이고 당연히 소송대리권을 인정하는 것은 부당하다는 부정설이 대립한다.

(3) 검토

조합의 번잡한 소송수행을 단순화·간략화 할 수 있는 점에서 긍정설이 타당하다고 본다.

V. 업무집행조합원이 당사자가 되는 방법(당사자적격의 문제)

1. 문제점

업무집행조합원은 자신의 권리관계에 대해서는 당사자적격이 인정되나, 다른 조합원의 권리관계에 대해서는 당사자적격이 인정되지 않으므로 소송수행권이 없다. 제3자의 소송담당(다른 사람의 권리관계에 대해 자기 이름으로 소송수행을 하는 자로, 대리인과 구별된다.)에 해당해야 당사자적격이 인정될 수 있는데, 법정소송담당자(ex: 채권자대위 소송의 채권자, 회사대표소송의 주주, 파산재단 관한 소송을 하는 파산관재인)는 아닌바 임의적 소송담당자로 활용할 수 있는지 문제된다.

2. 임의적 소송담당 허부

(1) 임의적 소송담당의 개념

임의적 소송담당이란 권리관계의 주체인 당사자의 의사에 의해 제3자에게 자기의 권리에 대한 소송수행권을 수여하는 것을 말한다.

(2) 명문 규정 선정당사자

1) 의의 및 취지

선정당사자라 함은 공동의 이해관계를 가진 다수의 사람이 공동소송인이 되어 소송을 해야 할 경우에 총원을 위해 소송을 수행할 당사자로 선출된 자를 말한다(제53조 1항). 이 제도는 다수당사자소송을 단순화하는 방편으로 이용된다.

2) 선정의 요건

조합소송은 합유자들의 공동소송으로 제65조 전문에 해당하며, 공동의 이해관계가 있으므로 이용이 가능하다고 할 것이다. 다만, 선정은 다수결로 할 수 없고, 개별적인 선정이 요구되며, 조합이 피고인 경우 선정을 강제할 수도 없는 등의 문제점이 있다.

(3) 명문 규정이 없는 임의적 소송담당

1) 허용 여부

① 원칙적으로 변호사대리의 원칙(제87조)과 소송신탁금지의 원칙(신탁법 제7조)의 잠탈우려에 근거하여 허용되지 않는다고 본다.

② 다만, 통설은, 예외적으로 변호사대리의 원칙(제87조)과 소송신탁금지의 원칙(신탁법 제7조)을 잠탈할 염려가 없고, 합리적인 필요성이 있는 경우에는 허용된다고 본다. 합리적인 필요성은 권리주체인 자의 소송수행권을 포함한 포괄적인 관리처분권의 수여가 있으며, 소송담당자도 소송을 수행할 고유의 이익이 있는 경우에 인정된다고 한다.

2) 업무집행조합원의 임의적 소송담당 허부

① 학설의 대립

- i) 조합원들로부터 포괄적 수권을 받고 소송을 수행할 고유의 이익이 인정되어 이를 긍정하는 견해가 다수설이나,
- ii) 업무에 관한 대리권이 추정될 뿐이므로 이를 허용하는 것은 법적근거 없이 임의적 소송담당의 기준을 완화하는

것으로 부당하다는 부정설이 있다.

② 判例의 태도

대법원은, 동백흥농계의 업무집행자에 대한 토지소유권확인사건에서 업무집행조합원은 조합재산에 관한 소송에서 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기이름으로 소송을 수행하는 것이 허용된다고 판시하여 통설과 같은 입장이다.

③ 검토

조합원의 법원에의 ACCESS권의 실질적 보장차원 및 소송수행상의 불편을 해소하기 위해서라도 긍정설이 타당하다고 본다.

※ 업무집행조합원의 소송수행 방법

소송대리인	소송위임
	법률상 소송대리인
임의적 소송담당	선정당사자(§53)
	임의적 소송담당(통설 · 판례)

VI. 조합임을 간과한 판결의 효력

1. 문제점

조합이 당사자능력이 없음을 간과하고 본안판결을 하였을 때에는 확정 전이면 상소에 의하여 취소할 수 있으나, 확정된 경우의 효력에 관하여는 견해가 대립한다.

2. 학설의 대립

① 집행이 불가능함을 이유로 무효로 보는 무효설, ② 유효한 판결이지만 소송능력의 흠결을 유추하여 재심에 의하여 취소할 수 있다고 보는 재심설 및 ③ 사회생활단위로서의 당해 조직체에 판결의 효력이 미친다고 보는 유효설이 대립한다.

3. 判例의 태도

대법원은, 제소 전에 이미 사망한자를 상대로 한 판결은 당연무효라고 하였으나, 당사자가 사회조직체로 활동하는 경우에 대해서는 별도의 판례를 찾을 수 없다.

■ 당사자적격

1. 이행의 소에 있어서의 당사자적격

(1) 개념

1) 판단기준

주장 자체에 의해 형식적으로 결정된다. 실체법에서 소송법 집행법에 이른 과정을 이해하여야 한다.

실제로 이행청구권자인지 여부는 본안심리에서 가릴 문제로서 본안심리결과 실제 이행청구권자나 의무자가 아니면 청구기각의 판결을 하게 된다.

2) 판례의 예외

판례는 실제로 등기의무자가 아닌 자 또는 등기에 관한 이해관계 없는 자를 상대방으로 한 등기말소청구는 피고적격을 혼동한 부적법이 있다고 한다(대판 2009.10.15. 2006다43903). 그러나 등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기명의인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 자에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의 등기의 말소를 구할 수 있다고 한다(대판 2008.7.11., 2008마615).

대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결:

주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 보므로 임대차보증금 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 임대인의 지위를 승계한 양수인에게 이전되고 양도인의 보증금반환채무는 소멸하는 것으로 해석되므로, 변론종결 후 임대부동산을 양수한 자는 민사소송법 제218조 제1항의 변론종결 후의 승계인에 해당한다. 승계집행문은 그 승계가 법원에 명백한 사실이거나 증명서로 승계를 증명할 때에 한하여 내어 줄 수 있고(민사집행법 제31조 제1항), 승계를 증명할 수 없는 때에는 채권자가 승계집행문 부여의 소를 제기할 수 있다(제33조). 따라서 임차인이 임대인을 상대로 보증금반환의 승소확정판결을 받았으나 이후 주택 양수인을 상대로 이를 반환받고자 할 경우 승계가 명확하지 않거나 임대인 지위의 승계를 증명할 수 없는 때에는 임차인이 양수인을 상대로 승계집행문 부여의 소를 제기하여 승계집행문을 부여받음이 원칙이나, 이미 임차인이 양수인을 상대로 임대차보증금의 반환을 구하는 소를 제기하여 양수인과 사이에 임대인 지위의 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없다면, 그럼에도 법원이 소의 이익이 없다는 이유로 후소를 각하하고 임차인으로 하여금 다시 승계집행문 부여의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자들로 하여금 그동안의 노력과 시간을 무위로 돌리고 사실상 동일한 소송행위를 반복하도록 하는 것이어서 당사자들에게 가혹할 뿐만 아니라 신속한 분쟁해결이나 소송경제의 측면에서 타당하다고 보기 어려우므로 이와 같은 경우 소의 이익이 없다고 선불리 단정하여서는 안 된다.

(2) 채권자대위소송에서의 당사자적격의 구비여부 판단방법

1) 문제점

채권자대위소송에서도 이행의 소와 마찬가지로 주장자체로 당사자적격을 판단할 수 있는지 문제된다.

2) 학설의 대립

3) 判例의 태도

대법원은, 피보전채권이 없으면 원고는 채권자가 아니고, 채권자대위소송에서는 채권자만이 원고가 될 수 있다고 판시하여 주장뿐만 아니라 실제로도 채권자여야 당사자적격이 인정된다고 판시한다. 법정소송담당설

(3) 압류추심소송

1) 당사자적격

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있는 경우에는 실체법상의 청구권은 집행채무자(원래의 채권자)에게 있으면서 소송법상의 관리권만이 추심채권자에게 넘어가는 제3자 법정소송담당의 관계에 있게 되므로, 집행채무자는 당사자적격을 상실한다.

2) 채권양도와 전부명령과 비교

채권양도나 전부명령이 있는 경우에는 추심명령과 달리 채권양도인이나 전부채무자가 자기가 이행청구권자임을 주장하는 이상 원고적격을 가지며, 다만 실체법상 청구권의 상실로 인하여 본안에서 기각될 뿐이다.

3) 압류 및 추심명령의 효력발생시기

압류 및 추심명령의 효력발생시기는 제3채무자에 대한 송달일이고, 제3채무자에게 송달된 이상 채무자에게 송달되지 않았다 하더라도 효력발생에는 영향이 없다.

(4) 소송담당에서 시효완성과 그 효과

1) 시효완성의 효과

판례는 당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸하는 것이고, 다만 변론주의의 원칙상 소멸시효의 이익을 받을 자(채무자)가 그것을 포기하지 않고 실제소송에 있어서 권리를 주장하는 자에 대항하여 시효소멸의 이익을 받겠다는 뜻을 항변하지 않은 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없을 뿐이라고 판시하여 당사자가 소멸시효이익을 받겠다고 주장한 경우에만 비로소 고려한다.

2) 제3채무자 시효 원용 여부

判例는, 소멸시효완성을 원용할 수 있는 자를 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자로 한정한다. 따라서 채권자대위소송에서 제3채무자는 직접수익자에 해당하지 않아 시효원용이 불가하다.

3) 법원의 시효완성 직권 판단 여부

피보전채권의 흠결이 있으면 채권자의 당사자적격이 없는 것이며 이는 직권조사사항이나, 시효이익을 받는 채무자의 주장이 없으면 법원이 고려할 수 없는바, 수소법원은 이를 판결의 기초로 삼을 수 없다고 볼 것이다.

대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390 판결:

원심은 채권자대위소송 판결의 기판력에 관한 법리에 따라 추심금소송에도 마찬가지로 적용되고, 채무자가 선행 추심금소송의 계속 사실을 알았으므로 선행 추심금소송의 화해권고결정의 기판력이 원고에게 미친다는 이유로 원고 패소 판결함 ㉠ 대법원은 위와 같은 법리를 기초로, 선행 추심금소송에서 9,000만 원을 지급하고 나머지 청구를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정되었다고, 나머지 청구 포기 부분은 甲이 피고들에 대하여 추심권을 더 이상 행사하지 않겠다는 뜻이고 甲이 채무자의 피고들에 대한 채권 자체를 포기한 것으로 볼 수 없으므로, 甲의 추심권 포기는 별도의 채권압류 및 추심명령을 기초로 이 사건 추심의 소를 제기한 원고에게는 그 효력이 미치지 않고, 설령 원심과 같이 甲이 선행 추심금소송에서 피압류채권 자체를 포기한 것으로 보더라도 화해권고결정 확정일 전에 위 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 원고에게 화해권고결정의 기판력이 미치지 않으므로, 피고들이 공탁하여 변제한 9,000만 원 외 나머지 채권이 존재한다면, 원고는 피고들을 상대로 그 지급을 구할 수 있다고 판단함. 또한 원심이 인용한 대법원 93다52808 판결은 채권자대위소송에서 채권자 패소 판결이 확정되었던 사안에 관한 것으로서, 추심금소송에서 청구 일부를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정된 경우 그 포기의 의미가 문제된 이 사건과는 사안이 다르고, 나아가 채권자대위소송과 추심금소송은 소송물이 채무자의 제3채무자에 대한 채권의 존부로서 같다고 볼 수 있지만 그 근거 규정과 당사자적격의 요건이 달라 채권자대위소송의 기판력과 추심금소송의 기판력을 반드시 같이 보아야 하는 것은 아니어서 위 판결을 이 사건에 적용하는 것은 적절하지 않다고 보아, 원심판결을 파기환송함

대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다212945 판결:

[1] 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령이 있더라도, 이는 추심채권자에게 피압류채권을 추심할 권능만을 부여하는 것이고, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에게 가지는 채권이 추심채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니다. 따라서 채무자가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후 채권자가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우, 채무자가 권리주체의 지위에서 한 시효중단의 효력은 집행법원의 수권에 따라 피압류채권에 대한 추심권능을 부여받아 일종의 추심기관으로서 그 채권을 추심하는 추심채권자에게도 미친다. [2] 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없지만, 그 경우 6개월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다(민법 제170조). 그러므로 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 금전채권의 이행소송이 압류 및 추심명령으로 인한 당사자적격의 상실로 각하되더라도, 위 이행소송의 계속 중에 피압류채권에 대하여 채무자에 갈음하여 당사자적격을 취득한 추심채권자가 위 각하판결이 확정된 날로부터 6개월 내에 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하였다면, 채무자가 제기한 재판상 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 추심채권자의 추심소송에서도 그대로 유지된다고 보는 것이 타당하다.

3. 확인의소

(1) 확인의소의 개념과 소의 이익

소권이론의 역사를 이해하여야 하는데, 소권을 사권이 아닌 공권으로 이해하면서 확인의 소가 가능하며 이에 대한 권리보호이익과 적격이 필요하다.

(2) 단체의 대표자선출결의의 무효부존재확인 소의 경우

1) 견해의 대립

① 단체의 내부분쟁의 일종인 단체의 대표자선출결의의 무효·부존재확인⁵⁾의 소에서 피고를 단체로 하지 않고 문제된 결의에 의하여 선출된 대표자 개인을 피고로 함은 확인의 이익이 없다는 단체피고설과, ② 대표적인 이해관계인은 문제의 결의에 의하여 선출된 대표자이기 때문에 그 사람을 상대방으로 하여 소송케 함이 옳다는 대표자피고설, ③ 단체와 당해 대표자를 모두 피고로 하여야 한다는 필수적 공동소송설의 대립이 있다.

2) 판례의 입장

판례는 단체를 피고로 하여야 한다는 입장인데, 단체 자체를 피고로 하지 않고 문제된 결의에 의하여 선출된 대표자 개인을 피고로 함은 확인의 이익이 없다 하였다.⁵⁾ 나아가 판례는 스스로 법인 혹은 비법인사단의 대표자라고 주장하면서 그 지위의 확인을 구하는 적극적 확인청구에 있어서도 단체를 상대로 하여야 한다.(대판1995.3.24, 94다47193).

3. 형성의 소

법정된 형성의 소의 소송물과 당사자적격

5) 대법 2011.2.10, 2006다65774는 주주지위확인⁵⁾의 소의 피고적격자는 법인이라고 하였다.

■ 소송대리권의 소송상 의미

1. 소송행위의 유효요건

무권대리인에 의한 또는 그에 대한 소송행위는 무효이다. 다만 判例에 의하면 무권대리인에 대한 송달은 일응 그 효력이 있다고 보고, 상소·재심에 의해 취소할 수 있다고 본다.

2. 소송행위의 추인

대리권결로 무효인 소송행위라도 확정적 무효가 아니기 때문에 당사자의 추인에 의하여 행위 시에 소급하여 유효하게 된다(제60조, 제97조). 명시적 의사표시뿐만 아니라 묵시적 의사표시에 의해서도 할 수 있고 그 시기에 대해서도 아무런 제한이 없어 상급심에서도 하급심의 소송행위를 추인할 수 있다.

3. 일괄추인의 원칙

(1) 추인은 소송행위 전체에 대하여 일괄하여 해야 하며, 소송행위를 선별하여 추인하는 것은 허용되지 않는다. 소송행위는 연속적인 절차를 구성하므로 일부만 추인하면 절차의 안정을 해할 수 있기 때문이다.

(2) 다만, 절차안정을 해하지 않는 경우에는 일부추인도 허용된다.

判例는 무권대리인 행위의 추인에 대한 사건에서 소취하 행위만을 제외하고 나머지 소송행위를 추인함은 소송의 혼란을 일으킬 우려가 없고 소송경제상도 적절하여 추인은 유효하다고 판시

4. 대리권의 조사와 보정

(1)소송요건이며 직권조사사항으로 조사결과 대리권의 흠을 발견하면 대리인의 소송관여를 배척할 것이나, 보정의 가능성이 있으면 기간을 정하여 보정을 명하여야 하며(제59조 및 제97조), 상급심에서도 가능하다.

(2) 지연으로 인하여 당사자본인에게 손해가 생길 염려가 있는 때에는 보정을 조건으로 일시적 소송행위를 하게 할 수 있다(제59조, 제97조).

5. 대리권의 흠이 소송에 미치는 영향

(1) 소제기에 있어서 대리권의 흠이 있는 경우에는 변론종결 시까지 보정되지 않는 한 소를 부적법각하해야 한다.

(2) 소가 적법하게 제기되었으나 그 뒤에 무권대리인이 기일에 관여하는 경우(이때 중단되는 것은 아니다. 소송 진행 중 소송능력의 상실 또는 법정대리인의 법정대리권 상실의 경우와 구별해야 한다.)에는 그 소송관여를 배척하여야 한다. 따라서 기일불출석의 불이익을 입을 수 있다(제150조 3항 등).

6. 대리권 없음을 간과한 판결

당연무효는 아니며 확정전이면 상소(4호)로, 확정(무권대리인에 대한 송달도 일응 유효라고 보므로 확정) 후이면 재심(3호)으로 취소를 구할 수 있다. 그때까지는 당사자 본인에 대해 효력이 생긴다.

■ 소송대리권

대법원 2000. 10. 18.자 2000마2999 결정

【판시사항】

[1] 법원이 소송관계를 명료하게 하기 위하여 대리인에게 진술을 금하고 변호사의 선임을 명하였으나 본인에게 그 취지를 통지하지 않은 경우, 변호사를 선임하지 않았음을 이유로 소를 각하할 수 있는지 여부(소극)

[2] 법원이 소송관계를 명료하게 하기 위하여 선정당사자에게 진술을 금하고 변호사의 선임을 명하는 경우, 민사소송법 제134조 제3항의 규정을 유추 적용하여 선정자들에게 그 취지를 통지하여야 하는지 여부(적극)

【결정요지】

[1] 민사소송법 제134조 제1항, 제2항, 제4항의 각 규정에 의하면 당사자 또는 대리인이 법원의 변호사 선임명령을 받고도 신기일까지 변호사를 선임하지 아니한 때에는 소가 각하될 수 있고, 그러한 경우 당사자는 경제적·시간적으로 많은 불이익을 입게되므로 이러한 점을 고려하여 같은 조 제3항의 규정에 의하면 특별히 당사자 본인이 아닌 대리인에게 진술을 금하고 변호사의 선임을 명하였을 때에는 실질적으로 변호사 선임권한을 가진 본인에게 그 취지를 통지하여 그로 하여금 변호사 선임 여부를 결정할 수 있는 기회를 부여하도록 하고 있다고 보여지므로 그러한 통지가 없는 경우에는 변호사를 선임하지 아니하였다 하여도 소를 각하할 수는 없다.

[2] 선정당사자는 비록 그 소송의 당사자이기는 하지만 선정행위의 본질이 임의적 소송신탁에 불과하여 다른 선정자들과의 내부적 관계에서는 소송수행권을 위임받은 소송대리인과 유사한 측면이 있고, 나아가 선정당사자가 법원의 선임명령에 따라

변호사를 선임하기 위하여는 선정자들의 의견을 고려하지 않을 수 없는 현실적 사정을 감안하면, 선정당사자에게 변론을 금함과 아울러 변호사 선임명령을 한 경우에도 민사소송법 제134조 제3항의 규정을 유추하여 실질적으로 변호사 선임권한을 가진 선정자들에게 법원이 그 취지를 통지하거나 다른 적당한 방법으로 이를 알려주어야 하고, 그러한 조치 없이는 변호사의 선임이 이루어지지 아니하였다 하여 곧바로 소를 각하할 수는 없다고 봄이 상당하다.

■ 국가의 소송수행과 청구인낙

1. 국가소송수행자의 자격

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제3조에 의하면, 법무부장관은 검사·공익법무관 필요에 따라 행정청의 직원 중에서 국가소송수행자를 임의로 지정할 수 있기 때문에 변호사의 자격이 없는 자도 소송수행자로 지정될 수 있다.

2. 국가소송수행자의 지위

국가소송수행자도 법률상 대리인인데, 그 지위는 i) 국가를 당사자로 하는 소송에 한정하고 지방자치단체를 당사자로 하는 소송에는 그 법률의 적용이 없고, ii) 복대리인의 선임을 제외하고 일체의 소송행위를 대리할 수 있다(동법 제7조). 이 때문에 법무부장관의 승인이 없다하여도 청구인낙을 할 수 있다.

■ 표현대리규정의 유추적용 여부

1. 학설의 대립

(1) 소극설

① 법인의 대표자에게는 법정대리가 준용되는데 법정대리에 표현대리가 인정되지 않는 점, ② 법인의 진실한 대표자에게 재판받을 권리는 헌법 제27조에 의해 보장되는데, 대표권 흠결은 절대적 상고이유, 재심사유로서 침해하기 어려운 기본적인 권리인 점 ③ 적극설에 의하면 상대방의 선의·악의에 따라 달리 취급되어 소송절차의 안정을 해한다는 점을 든다.

(2) 적극설

① 제63조가 법정대리권의 소멸은 상대방에게 통지하지 않으면 효력이 생기지 않는다고 규정하듯이 소송에서도 상대방의 신뢰보호, 절차안정을 꾀하고 있으며, ② 소송도 거래관계로 상대방으로서도 등기부 외에 대표자를 확실히 조사할 방법은 없어 보호의 필요가 있고, ③ 등기를 해태한 법인의 재판받을 권리의 보장을 위하여 등기를 신뢰한 상대방을 희생시키는 불공평하고, ④ 소극설은 무권대리 행위시는 이를 추인하지 않는 한 절차를 다시 해야 한다고 하는데 이는 소송경제에 반한다고 한다.

(3) 절충설

일반적으로 소극설이 타당하나, 법인 자신의 태만이나 고의에 의하여 부실의 등기가 이루어진 경우에는 표현대리법리를 적용해도 좋다고 한다.

2. 판례의 입장

대법원은 집행증서작성에 있어서 표현대리가 문제된 사건에서, “공정증서가 집행권원으로서 집행력을 갖도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송행위로서 이러한 소송행위에는 민법상의 표현대리 규정이 적용될 수 없다”고 하여 소극설의⁶⁾ 입장이다.

■ 대리권과 재심기간의 관계

(1) 원칙-제456조(재심제기의 기간)-안날 30일 있는 날 5년.

제척기간으로서 불변기간이 아니므로 추후보완이 인정되지 않는다.

재심사유가 판결확정 후에 발생한 경우에는 5년의 제척기간의 기산일은 그 사유가 발생한 때이다(제456조 제4항).

(2) 예외-제457조(재심제기의 기간) 대리권의 흠 또는 제451조 제1항 제10호에 규정한 사항을 이유로 들어 제기하는 재심의 소에는 제456조의

6) 대판 1994.2.22, 93다42047

규정을 적용하지 아니한다.--기간이 없음

1) 대리권의 흠의 경우 제심기간

제457조 소정의 대리권의 흠이란 대리권이 전혀 없는 경우를 의미하는 것이고, 대리권은 있지만 특별수권의 흠결이 있는 경우는 포함되지 않는다.

2) 법인의 대표자의 대리권의 흠결

비법인사단의 대표자가 사원총회의 결의 없이 총유물의 처분에 관한 소송행위를 한 경우는 특별수권의 흠결이 있는 경우로서 이른바 하자(瑕疵)가 있는 경우 제457조가 적용되지 않으나, 종중의 대표자가 적법한 절차에 의하여 선임된 대표자가 아닌 경우에는 대표권의 흠결로 제457조가 적용되어⁷⁾ 제심기간의 제한이 없다.

■ 변호사의 쌍방대리

추인설을 따른 예도 있으나, 주류는 변호사법 제31조의 규정에 위배되는 소송행위를 하였다고 하더라도 당사자가 이를 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 그에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다고 판시하여 이의설의 입장⁸⁾

■ 비변호사의 대리행위 조치

1. 비변호사의 소송대리에 대한 취급

(1) 견해의 대립

1) 다수설

변호사대리의 원칙을 소송대리인의 변론능력 제한의 일종으로 파악하여 변호사 자격을 갖지 아니한 자는 소송대리인으로서 변론능력이 없다는 입장이다.

2) 소수설

다수설에 따르면 변호사가 아닌 사람이 대리권을 수여받으면 소송대리권은 있지만 변론능력만 없게 되고, 대리권은 있으므로 변호사를 복대리인으로 선임하여 기일에 출석시킬 수 있다는 의미가 되어 타당하지 않다고 보아 무권대리로 취급하는 것이 간명하다는 입장이다.

(2) 판례의 입장⁹⁾

변호사 아닌 지방공무원이 지방자치단체의 소송을 대리한 경우에 무권대리로 본다. (대법 2006.6.9, 2006두4035).

2. 다수설에 따른 취급

(1) 징계에 의해 정직중의 변호사대리

법원은 무자격자의 소송관여를 배척할 것이나, 이를 간과하고 배척하지 않은 경우는 의뢰자나 상대방의 뜻하지 아니한 손해방지와 절차의 안정·경제의 관점에서 그 소송행위를 무효라고 볼 것이 아니다.

(2) 비변호사의 대리

무효로 취급하는데 이 경우 추인할 수 있는지와 관련하여 i) 본인이 대리인의 변호사자격이 없음을 알지 못한 경우에는 본인의 이익을 고려하여 본인 또는 정식의 대리인에 의한 소급 효 없는 추인을 인정하여야 한다. 그러나 ii) 본인이 그러한 사실을 알고 있었던 경우에는 절대적으로 무효이고 추인의 여지가 없다.

7) 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다4660 판결; 대법원 1990. 4. 24. 선고 89다카29891 판결 : 민사소송법 제427조에 의하면 대리권 흠결을 이유로 하는 제심의 소에는 제심제기의 기간에 관한 법 제426조의 규정을 적용하지 아니하도록 규정되어 있고 위 대리권 흠결에는 법인이나 단체의 대표권한의 흠결도 포함되는 것이라고 할 것이므로 제심대상판결의 원고종중의 대표자가 적법한 절차에 의하여 선임된 대표자가 아님을 이유로 하여 같은 법 제422조 제1항 제3호에 기하여 피고가 제기한 제심의 소에는 같은 법 제426조의 규정은 적용되지 아니한다.

8) 대법원 1995. 7. 28. 선고 94다44903 판결: 원고 소송복대리인으로서 변론기일에 출석하여 소송행위를 하였던 변호사가 피고 소송복대리인으로도 출석하여 변론한 경우라도, 당사자가 그에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다.

9) 대법원 2006. 6. 9. 선고 2006두4035 판결: [1] 보상금의 증감에 관한 소송에 있어서 동일한 사실에 대하여 수개의 감정평가가 있는 경우, 법원이 각 감정평가 중 어느 하나를 채용하거나 하나의 감정평가 중 일부만에 의거하여 사실을 인정할 수 있는지 여부(한정 적극) [2] 변호사 아닌 지방자치단체 소속 공무원으로 하여금 소송수행자로서 지방자치단체의 소송대리를 하도록 한 것은 민사소송법 제424조 제1항 제4호가 정하는 '소송대리권의 수여에 흠이 있는 경우'에 해당한다고 한 사례

3. 변리사, 법무사도 동일한 법리

※변리사의 소송대리 관련 判例

대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다108104 판결

【판시사항】

[1] 변리사법 제8조에 의하여 변리사에게 허용되는 소송대리의 범위(=특허심판원의 심결에 대한 심결취소소송) 및 특허 등 침해를 청구원인으로 하는 침해금지 청구 또는 손해배상청구 등과 같은 민사사건에서 변리사의 소송대리가 허용되는지 여부(소극)

[2] 갑 등 변리사들이 상표권 침해를 청구원인으로 하는 민사소송에서 원고의 소송대리인 자격으로 상고장을 작성·제출한 사안에서, 위 상고는 변호사가 아니면서 재판상 행위를 대리할 수 없는 사람이 대리인으로 제기한 것으로 부적법하다고 한 사례

【판결요지】

[1] 민사소송법 제87조는 “법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인 외에는 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다”라고 정하여 이른바 변호사 소송대리의 원칙을 선언하고 있다. 한편 변리사법 제2조는 “변리사는 특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항을 대리하고 그 사항에 관한 감정과 그 밖의 사무를 수행하는 것을 업으로 한다”고 정하는데, 여기서 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항’이란 특허·실용신안·디자인 또는 상표(이하 ‘특허 등’이라고 줄여 부른다)의 출원·등록, 특허 등에 관한 특허심판원의 각종 심판 및 특허심판원의 심결에 대한 심결취소소송을 의미한다. 따라서 “변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항의 소송대리인이 될 수 있다”고 정하는 변리사법 제8조에 의하여 변리사에게 허용되는 소송대리의 범위 역시 특허심판원의 심결에 대한 심결취소소송으로 한정되고, 현행법상 특허 등의 침해를 청구원인으로 하는 침해금지청구 또는 손해배상청구 등과 같은 민사사건에서 변리사의 소송대리는 허용되지 아니한다.

[2] 갑 등 변리사들이 상표권 침해를 청구원인으로 하는 민사소송에서 원고의 소송대리인 자격으로 상고장을 작성·제출한 사안에서, 위 상고는 변호사가 아니면서 재판상 행위를 대리할 수 없는 사람이 대리인으로 제기한 것으로 민사소송법 제87조에 위배되어 부적법하다고 한 사례.

III. 심화 정리 문제

甲은 매매계약의 당사자인 乙 공사(KH)을 상대로 X 토지에 대한 소유권이전등기청구의 소를 제기하면서, 피고의 명칭을 “乙 공사(KH)”로 표시하였다. 한편, 정부의 통폐합 정책에 따라 토지공사와 주택공사가 공기업의 통폐합으로 한국토지주택공사로 바뀌면서 토지의 등기부등본에는 그 소유자가 “LH”로 표시되어 있었다.

※ KH는 토지주택공사, LH는 한국토지주택공사를 뜻하며, 다음 사안은 각각 별개임

1. 토지등기부등본의 명의 변경은 소장부분이 송달되기 전에 KH에서 LH로 변경된 것이다. 그러나 제1심법원은 이를 간과하고 甲의 청구에 대하여 일부 승소판결을 선고하였다. 甲은 패소 부분에 대해 乙(KH)을 피항소인으로 하여 항소를 제기하였다. 그러나 甲은 항소심에서야 비로소 乙(KH)가 LH로 변경된 사실을 알게 되어 피고에 대한 당사자표시정정신청서를 제출하였다. 이를 받아들일 수 있는지 설명하시오. (10점)

2. 제1심법원에서 甲은 乙(KH)이 LH로 변경된 사실을 알게 되어 당사자표시정정신청을 하고 법원이 원고가 제출한 소장, 준비서면 및 변론에서의 진술을 바탕으로 정정신청을 받아들여 피고의 표시를 乙(KH)에서 ‘LH공사’로 변경한 후, LH공사를 피고로 하여 청구인용 판결을 선고하였다. 이에 대하여 LH공사가 항소를 제기하였다. 항소법원은 제1심법원이 KH에서 LH공사로 피고를 변경한 것은 임의적 당사자변경이므로 허용되지 않는다고 판단하여, LH공사를 피고로 한 제1심판결을 취소하고 피고 乙(KH)에 대한 원고의 청구를 일부인용하였다. 甲과 LH공사가 항소심판결에 대응할 수 있는 모든 방안에 대하여 검토하시오. (20점)

I. 설문 (1)에 대하여(10점)

1. 쟁점의 정리

소장 송달 전에 변경된 법인을 당사자로 상대로 한 소송이 적법여부 및 당사자확정, 표시정정의 가부와 변경전 당사자를 상대로 한 판결이 효력이 관련하여 항소심이 계속중인지에 따른 표시정정신청을 인정할 수 있는지 문제된다.

2. 당사자확정의 기준

(1) 소송계속과 당사자대립주의

당사자주의에서 당사자대립 여부는 직권탐지주의에 가까운 소송요건이다. 당사자대립주의는 소송계속시에 존재하여야 하는데, 소송계속은 소장송달을 기준으로 하므로 소제기전의 사망한 당사자를 상대로 한 소송으로 원칙적으로 부적법하나 상속인을 당사자로 본다면 가능하다.

(2) 제소전 변경된 경우 당사자확정

1) 문제점

누가 당사자인가를 정하는 것을 당사자확정이라 한다. 당사자를 확정함에 있어서 소장상의 표시 외에도 청구내용과 원인사실을 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다.

2) 견해의 대립

학설은 의사설과 표시설 등이 있으나 판례는¹⁰⁾ 소장과 변론절차 및 소송서류 등을 고려하는 (실질적)표시설의 입장이다.

(3) 변경된 당사자의 확정

제소전 사망사실을 모르고 소제기한 경우라도 당사자확정은 실질적 표시설에 의하므로, 이와 같은 법리로 변경된

10) 대판 2011.1.27. 2008다27615: 소송당사자가 누구인가는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장의 전 취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 비록 소장의 당사자 표시가 착오로 잘못 기재되었음에도 소송계속 중 당사자표시정정이 이루어지지 않아 잘못 기재된 당사자를 표시한 본안판결이 선고·확정된 경우라 하더라도 그 확정판결을 당연무효라고 볼 수 없을 뿐더러, 그 확정판결의 효력은 잘못 기재된 당사자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 위와 같이 적법하게 확정된 당사자에 대하여 미친다고 보아야 한다. 대결 2014.10.02. 2014마1248: 원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적, 사망 사실을 안 이후 원고의 피고표시정정신청 등의 사정을 종합하여 볼 때, 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자가 아니라 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정되면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다.

LH공사를 당사자로 볼 수 있다.

3. 항소심에서 당사자의 표시정정

(1) 당사자표시정정 가부

판례는¹¹⁾ 소장상의 당사자가 당사자로 확정된 자가 아닌 자로 표시된 경우에는 당사자의 동일성이 인정되는 범위 안에서 그 표시를 정정할 수 있다고 보는 입장이다. 다만 사망한 당사자인 경우 실질적으로 동일성을 인정하여 사망사실은 알았는지 여부와 별개로 표시정정을 인정한다.

(2) 항소심에서 표시정정

1) 사망한 당사자를 상대로 한 판결의 효력

제소전 사망 사실을 간과한 경우 당사자확정과 관련없이 판례는¹²⁾ 대립당사자의 원칙상 사망한 당사자를 상대로 한 판결은 당사자능력없는 자를 상대로 한 판결로서 민사소송법의 기본원칙이 무시된 부적법한 판결로서 이른바 당연 무효라고 본다.

2) 당연무효인 판결에 대한 소송수계의 효력

무효인 판결에 대하여¹³⁾ 대한 변경된 법인에 대한 항소나 소송수계신청은 부적법하며, 이에 대한 항소심에서 표시정정도 인정될 수 없다고 볼 것이다.

4. 결론

제소전 변경된 법인에 대한 변경 후 당사자를 상대로 당사자표시정정은 가능하지만, 변경전 법인을 상대로 한 판결은 무효이다. 이에 대한 항소심도 소송계속을 인정할 수 없는 부적법한 소송계속이 없는 항소이며 신청한 표시정정도 효력이 없다고 볼 것이다.

II. 설문 (2)에 대하여(20점)

1. 문제의 소재

제1심판결이 정당성은 LH공사에 대한 항소심의 판결이 존재하는지 쟁점이며, 항소심에 대응하는 것으로서 원고와 피고 모두 상고를 제기할 것인지 아니면 변론기일의 신청방법에 의할 것인지 문제된다. (상고의 대상적격인 항소심 판결이 존재하는지 여부는 제1심판결이 정당한가 여부에, 반면 원고는 기일지정신청여부는 LH공사에 대한 항소심의 판결이 존재하는지와 연결된다.)

2. 당사자변경의 타당성¹⁴⁾

(1) 당사자의 확정

- 11) 대판 2013.08.22, 2012다68279: 원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시하였다면 법원은 당사자를 소장의 표시만에 의할 것이 아니고 청구의 내용과 원인사실을 종합하여 확정된 후 확정된 당사자가 소장의 표시와 다르거나 소장의 표시만으로 분명하지 아니한 때에는 당사자의 표시를 정정보정충시키는 조치를 취하여야 하고 이러한 조치를 취함이 없이 단지 원고에게 막연히 보정명령만을 명한 후 소를 각하하는 것은 위법하다.
- 12) 사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다. 이러한 법리는 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다.(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결)
- 13) 사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다. 이러한 법리는 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다.(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결)
- 14) 대판 1996.12.20, 95다26773 판결: 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장의 전취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 한다. 제1심에서의 당사자 표시 변경이 당사자 표시정정에 해당하는 것으로서, 제1심이 소송당사자를 제대로 확정하여 판결하였음에도 불구하고, 항소심이 제1심에서의 당사자 표시 변경이 임의적 당사자 변경에 해당하여 허용될 수 없는 것이라고 잘못 판단하여 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 취급하여 변론을 진행시키고 판결을 선고한 경우, 진정한 소송당사자에 대하여는 항소심 판결이 아직 선고되지 않았다고 할 것이고, 진정한 소송당사자와 사이의 사건은 아직 항소심에서 변론도 진행되지 않은 채 계속중이라고 할 것이므로 진정한 소송당사자는 상고를 제기할 것이 아니라 항소심에 그 사건에 대한 변론기일 지정신청을 하여 소송을 다시 진행함이 상당하며, 항소심이 선고한 판결은 진정한 소송당사자에 대한 관계에 있어서는 적법한 상고 대상이 되지 아니한다.

학설은 의사설과 표시설 등이 있으나 판례는¹⁵⁾ 소장과 변론절차 및 소송서류 등을 고려하는 (실질적)표시설의 입장이다.

(2) 당사자표시정정

1) 당사자변경의 문제점

당사자가 확정이 되면 당사자를 기준으로 동일성 여부를 판단하고 이것이 인정되면 당사자변경이 인정되고 동일성이 인정되지 않는다면 원칙적으로 당사자변경은 인정되지 않으며, 예외적 피고경정이 인정될 것이다.

2) 동일성 인정되는 경우 변경 여부

동일성이 인정되는 경우에도 당사자표시정정으로 하여야 하는지 아니면 피고경정의 방법으로 하여야 하는지 견해가 대립된다. (학설대립 설명가능) 판례는¹⁶⁾ 소장상의 당사자가 당사자로 확정된 자가 아닌 자로 표시된 경우에는 당사자의 동일성이 인정되는 범위 안에서 그 표시를 정정할 수 있다고 보는 입장이다. 이때 당사자의 동일성은 객관적으로 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 표시한 경우에 인정되고, 이 경우 원고의 의사는 중요하지 않다는 입장이다.¹⁷⁾

(3) 제1심법원의 정당성

제1심이 피고의 표시를 변경한 것은 동일성이 인정되는 당사자표시정정에 해당하므로, 제1심법원의 조치는 정당하다.

3. KH 판결에 대한 상고제기 거부

(1) 상고의 적법요건

항소심판결에 대하여 우선적으로 상고가 가능한지 판단할 수 있다. 유효한 종국판결인 항소심 판결에 대하여 상고 기간 내에 상고법원에 상고장을 제출하여야 하며 상고이유서를 제출하여야 한다. 사안이 경우 상고의 대상적격이 있는지 문제된다.

(2) 상고의 대상적격

1) 종국판결이 있는지 여부

제1심법원의 판결한 사건에 대하여 항소하였는데 항소심에서 제1심판결에 대한 항소인용여부를 판단하지 않았으므로 여전히 진정한 당사자인 LH공사에 대한 판단은 항소심은 소송계속 중에 있다.

2) 상고적격이 없는 경우 판단

상고는 항소심판결에 대한 불복이므로, 항소심판결이 없는 경우에는 상고대상적격이 없어 상고가 부적법하다.

(3) 소결

사안의 경우 항소심은 정당한 당사자인 LH에 대해서는 판결한 사실이 없다. LH공사가 항소심판결에 대하여 상고를 제기하면 항소심에 대한 판단은 LH공사에 대한 판단이 아니므로 상고심은 상고대상적격으로 상고각하판결을 할 것

15) 대판 2011.1.27, 2008다27615: 소송당사자가 누구인가는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장의 전 취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 비록 소장의 당사자 표시가 착오로 잘못 기재되었음에도 소송계속 중 당사자표시정정이 이루어지지 않아 잘못 기재된 당사자를 표시한 본안판결이 선고·확정된 경우라 하더라도 그 확정판결을 당면무효라고 볼 수 없을 뿐더러, 그 확정판결의 효력은 잘못 기재된 당사자와 동일성이 인정되는 범위 내에서 위와 같이 적법하게 확정된 당사자에 대하여 미친다고 보아야 한다.

대결 2014.10.02, 2014마1248: 원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적, 사망 사실을 안 이후 원고의 피고표시 정정신청 등의 사정을 종합하여 볼 때, 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자가 아니라 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정되면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다.

16) 대판 2013.08.22, 2012다68279: 원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시하였다면 법원은 당사자를 소장의 표시만에 의할 것이 아니고 청구의 내용과 원인사실을 종합하여 확정된 후 확정된 당사자가 소장의 표시와 다르거나 소장의 표시만으로 분명하지 아니한 때에는 당사자의 표시를 정정보충시키는 조치를 취하여야 하고 이러한 조치를 취함이 없이 단지 원고에게 막연히 보정명령만을 명한 후 소를 각하하는 것은 위법하다.

17) 대판 2008.6.12, 2008다11276: 당사자표시정정은 원칙적으로 당사자의 동일성이 인정되는 범위에서만 허용되는 것이므로 회사의 대표이사이었던 자의 개인 명의로 제기된 소송에서 그 개인을 회사로 당사자표시를 정정하는 것은 부적법하다. 그러나 제1심 법원이 제1차 변론준비기일에서 이와 같은 부적법한 당사자표시정정신청을 받아들이고 피고도 이에 명시적으로 동의하여 제1심 제1차 변론기일부터 정정된 원고인 회사와 피고 사이에 본안에 관한 변론이 진행된 다음 제1심 및 원심에서 본안판결이 선고되었다면, 당사자표시정정신청이 부적법하다고 하여 그 후에 진행된 변론과 그에 터잡은 판결을 모두 부적법하거나 무효라고 하는 것은 소송절차의 안정을 해칠 뿐만 아니라 그 후에 새삼스럽게 이를 문제삼는 것은 소송경제나 신의칙 등에 비추어 허용될 수 없다.

이다.

4. LH를 상대로 한 소송계속과 대응

(1) 소송계속과 판결의 효력

항소의 원고는 LH이지만 항소심에서 KH로 판결이 내려졌으므로 이에 대한 판결의 효력과 함께 LH의 당사자자격이 문제된다. 만약 1심에서 판결한 사건에 대하여 항소하였는데 항소심에서 피항소인에 대한 제1심을 판결을 판단하지 아니하면, 소송사건은 여전히 항소심에 소송계속 중에 있다고 볼 것이다.

(2) 항소심에서 소송계속과 변론기일신청 방법¹⁸⁾

소송계속에 대한 당사자가 다룰 수 있는 방법은 변론기일정신청이다. 즉 항소심에 변론기일을 지정하여 소송을 다시 진행할 수 있다. 단일청구에 대해 당사자가 누구냐의 문제일 뿐 청구병합이 아니므로 추가판결의 대상은 아니다.

(3) 소결

당사자에 대한 판결이 없으면 여전히 항소심 법원에 계속되어 있고, 당사자가 항소법원에 기일지정신청을 하면 법원은 이를 받아들여야 한다. 즉 LH의 당사자는 인정되고 이에 대한 소송계속여부를 위한 기일지정신청이 가능하다.

5. 결론¹⁹⁾

제1심의 당사자표시정정은 정당하다. 따라서 KH에 대한 판결을 상고하면 상고법원은 상고를 무효인 판결이므로 부적법 각하하는 판결을 하여야 하며, LH는 여전히 당사자이고 이에 대한 판결이 없으므로 소송계속을 주장하여 항소법원에 변론기일지정신청을 하면 법원은 이를 받아들여야 변론을 속개하여야 한다.

18) 대판 1996.12.20, 95다26773: 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장의 전체의 취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 한다. 제1심에서의 당사자 표시 변경이 당사자 표시정정에 해당하는 것으로서, 제1심이 소송당사자를 제대로 확정하여 판결하였음에도 불구하고, 항소심이 제1심에서의 당사자 표시 변경이 임의적 당사자 변경에 해당하여 허용될 수 없는 것이라고 잘못 판단하여 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 취급하여 변론을 진행시키고 판결을 선고한 경우, 진정한 소송당사자에 대하여는 항소심 판결이 아직 선고되지 않았다고 할 것이고, 진정한 소송당사자와 사이의 사건은 아직 항소심에서 변론도 진행되지 않은 채 계속 중이라고 할 것이므로 진정한 소송당사자는 상고를 제기할 것이 아니라 항소심에 그 사건에 대한 변론기일지정 신청을 하여 소송을 다시 진행함이 상당하며, 항소심이 선고한 판결은 진정한 소송당사자에 대한 관계에 있어서는 적법한 상고 대상이 되지 아니한다.

19) 대판 2009.10.29. 2009다2536: 피고 주식회사는 피고 ○○과는 전혀 별개의 법인이므로, 원고의 피고표시정정신청은 항소심에서 피고를 변경하는 임의적 당사자변경신청에 해당하여 허용될 수 없음에도 불구하고, 원심은 피고 주식회사를 피고로 취급하여 변론을 진행하고 판결을 선고하였는데, 이러한 원심의 조치에는 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 보고 소송을 진행하여 판결을 한 위법이 있고, 원고와 피고 ○○ 사이의 항소심 사건은 아직 항소심 판결이 선고되지 않은 채 원심에 계속중이라고 할 것이다. 이 점을 지적하는 피고 주식회사의 상고이유는 정당하다.