

제소전 사망한 자를 피고로 한 소송에 관한 대법원 판례에 대한 고찰

박재완*

〈目 次〉

I. 서론	III. 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041
II. 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040	판결
판결	1. 사안의 경과와 대법원판결의 요지
1. 사안의 경과와 대법원판결의 요지	2. 학설과 판례의 개관
2. 판례의 입장의 개관	3. 검토
3. 검토	IV. 결론

I. 서론

이 글의 목적은 소장에 피고로 기재된 자가 제소전에 사망한 경우에 대한 대법원판례의 법리를 알아보고, 그 적절성을 검토하는 것이다. 이를 위하여 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040 판결과 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결의 판시를 분석하면서, 제소전에 사망한 자를 상대로 한 소송과 관련하여 제기되는 일련의 논점들 즉, 당사자확정의 기준, 당사자표시정정의 허용범위, 당사자확정과 신의칙의 관계, 무효인 판결에 대한 상소의 허용 여부 등을 살펴보기로 한다. ‘제소전에 사망한 경우’는 소장제출 이전에 사망한 경우와 소장제출 이후 소장부분송달 이전에 사망한 경우를 일컫는다.

제소전에 사망한 자를 상대로 한 소송에 대하여 대법원판례는 오래 전부터 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 사실을 원고가 몰랐던 경우 실질적인 피고는 상속인이므로 상속인으로서의 당사자표시정정이 가능하다고 판시하여 왔으나, 위 2010다99040 판결은 피고로 기재

DOI: <http://dx.doi.org/10.18018/HYLR.2017.34.4.431>

* 이 논문은 한양대학교 일반연구비 지원으로 연구되었음(HY-2014-G).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수, LL.M. (jwpark0311@gmail.com)

된 자가 소장제출 이전에 사망한 사실을 원고가 알고 있었던 경우에도 마찬가지로 법리가 적용된다고 판시한 점, 나아가 그 사안에서 당사자표시정정이 소멸시효중단의 효과를 최초의 제소 시로 소급시키기 위하여 필요한 것임이 분명하게 제시되었다는 점에서 대법원판례의 정확한 입장을 파악할 수 있는 계기를 마련해준다. 한편, 기존의 대법원판례가 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 경우에 적용되는 법리가 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계에도 적용되는지 여부에 관하여는 침묵하여, 학설이 분분하였는바, 위 2014다34041 판결은 같은 법리가 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계에도 적용된다고 판시하여 제소전 사망자에 대한 법리의 시적 적용범위를 명확히 밝혀주었으나, 그 타당성에는 의문이 있다. 아래에서 위 2010다99040 판결(II.), 2014다34041 판결(III.)의 순서로 살펴본다.

II. 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040 판결

1. 사안의 경과와 대법원판결의 요지

(1) 신용보증, 대출 및 대위변제

가. 원고(한국주택금융공사)는 1999. 12. 30. 소외인이 국민은행으로부터 대출받는 주택구입자금 60,000,000원에 대하여 보증금액 38,200,000원, 보증기한 2002. 12. 30.까지로 하는 내용의 신용보증을 하였다.

나. 소외인이 위 신용보증에 기하여 국민은행으로부터 60,000,000원을 대출받은 후 위 대출 원리금을 상환하지 않자 원고가 2004. 8. 20. 국민은행에 대출원금 38,200,000원, 이자 15,133,111원 합계 53,333,111원을 대위변제하였다.

다. 소외인은 2000. 1. 3. 사망하였고 피고가 소외인의 상속인이 되었다.

(2) 소제기 및 1심의 경과

가. 원고는 위 대위변제로 인한 구상금채권의 시효소멸이 임박한 2009. 7. 30. 소외인을 피고로 기재한 소장에 소외인의 사망사실이 기재된 주민등록초본과 관리기업기본정보표를 첨부하여 제1심법원에 제출하였다.

나. 원고는 2009. 8. 3. 소외인의 상속인을 확인할 수 있는 가족관계증명서 등에 관한 사실조회를 신청하였고, 2009. 8. 28. 제1심법원에 도착한 사실조회 결과에 따라 2009. 9. 10. 이 사건 피고의 표시를 소외인에서 피고로 정정하는 신청서를 제출하였다.

다. 1심진행 중 피고는 상행위로 인한 원고의 구상금채권이 소멸시효완성으로 소멸되었다고

항변하고, 원고는 소멸시효완성 전에 소외인을 상대로 소를 제기하였으므로 소멸시효가 중단되었다고 재항변하였다.

라. 1심법원은 소멸시효항변을 받아들인 다음, 원고가 소외인의 사망사실을 알았던 이상 당사자표시정정은 불가능하므로, 2009. 9. 10. 자 피고정정신청서는 피고경정신청서에 해당하는데, 피고경정의 경우 소멸시효의 중단은 피고경정신청서를 법원에 제출한 때에 발생하고, 이는 이미 소멸시효기간이 만료된 이후라는 이유로 원고의 재항변을 배척하고,¹⁾ 청구기간 판결을 하였다.²⁾ 이에 대하여 원고가 항소하였다.

(3) 항소심의 경과

항소심법원은 1심법원과 달리 가족관계의 등록 등에 관한 법률의 제규정 및 이 사건 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적 등을 종합하여 보면 이 사건의 경우 사망자의 상속인이 처음부터 실질적인 피고이고 다만 그 표시를 잘못된 것으로 인정되어 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 이에 따라 당초의 소장을 제출한 때에 소멸시효중단의 효력이 생긴다는 이유로 원고의 재항변을 받아들여 1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다.³⁾ 원고의 위 2009. 9. 10.자 정정신청서를 당사자 표시정정신청서로 파악하고, 원고가 소장제출 당시 피고로 기재한 자가 이미 사망한 사실을 알고 있었어도 상속인으로서의 당사자표시정정이 가능하다는 입장을 취한 것이다. 이에 대하여 피고가 상고하였다.

(4) 대법원판결의 요지

대법원은, 소송에서 당사자가 누구인가는 당사자능력, 당사자적격 등에 관한 문제와 직결되는 중요한 사항이므로, 사건을 심리·판결하는 법원으로서의 직권으로 소송당사자가 누구인가를 확정하여 심리를 진행하여야 하며, 이 때 당사자가 누구인가는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실 등 소장의 전취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 따라서 소장에 표시된 피고에게 당사자능력이 인정되지 않는 경우에는 소장의 전취지를 합리적으로 해석한 결과 인정되는 올바른 당사자능력자로 그 표시를 정정하는 것이

1) 원고는, 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제14조에 의하여 본인 또는 배우자직계혈족, 형제자매만이 가족관계등록사항에 관한 증명서를 발급받을 수 있게 되어 있어 원고가 망인의 상속인이 피고임을 알게 되기까지는 법률상 장애가 있으므로 소멸시효기간이 진행하지 않고 위 법률상 장애가 해소된 후 소멸시효가 완성되기 전에 당사자표시정정신청을 함으로써 소멸시효가 중단되었다는 취지로 주장하였으나, 1심법원은 이를 배척하였다.

2) 서울중앙지방법원 2010. 6. 17. 선고 2009가단284406 판결.

3) 서울중앙지방법원 2010. 11. 5. 선고 2010나25543 판결.

허용된다는 법리를 전개한 다음, 이 사건 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소 제기 목적, 소장에 피고로 기재된 자의 사망사실을 알면서도 그를 피고로 기재하여⁴⁾ 소 제기 후 바로 사실조회신청을 하여 상속인을 확인한 다음 피고표시 정정신청서를 제출한 사정 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건의 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자인 소외인이 아니라 처음부터 사망자의 상속인인 피고이고 다만 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 원고는 소외인의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 따라서 당초 소장을 제출한 때 소멸시효중단의 효력이 생긴다고 판시하여 피고의 상고를 기각하였다.

2. 판례의 입장의 개관

판례는 원고가 소장제출 이전에 사망한 자를 피고로 기재하여 소를 제기한 경우에 대하여, 오래전부터 다음과 같은 입장을 취하여 왔다.

첫째, 피고로 기재된 자가 사망한 사실을 원고가 모르고 소를 제기하였다면 실질적인 피고는 상속인이고, 소장의 당사자표시에 오류가 있는 것에 불과하므로 피고를 사망자에서 상속인으로 정정하는 당사자표시정정이 가능하다.⁵⁾

둘째, 위와 같은 당사자표시정정은 1심판결선고 이전까지만 가능하고, 그때까지 당사자표시정정이 없는 상태에서 법원이 사망을 간과하고 선고한 1심판결은 무효이다.⁶⁾

셋째, 위와 같은 1심판결에 대한 상소는 각하되고, 그와 동시 또는 그 이후 단계의 소송수계신청도 부적법한 것으로서 각하된다.⁷⁾⁸⁾

4) 밑줄 친 부분은 대법원판결의 원문에는 없는 것이나 필자가 이해의 편의를 위하여 추가하였다.

5) 대법원 1960. 10. 31. 선고 4292민상950 판결, 대법원 1983. 12. 27. 선고 82다146 판결, 대법원 2006. 7. 4. 자 2005마425 결정, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결.

6) 대법원 1970. 3. 24. 선고 69다929 판결, 대법원 1971. 2. 9. 선고 69다1741 판결, 대법원 1974. 7. 16. 선고 73다1190 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결(소장제출 이후 소장부분송달 이전에 피고가 사망한 사안에 대한 것이나, 소장제출 이전에 피고가 사망한 경우에도 같은 법리가 작용됨을 명확하게 실시하고 있다).

다만, 상급심 단계에서의 당사자표시정정을 인정한 예외적인 판례들(대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1230 판결, 대법원 1971. 6. 30. 선고 69다1840 판결)도 있다. 임호영, 상속인들이 전치절차중 사망한 피상속인 명의로 항고소송을 제기한 후 소송수계신청을 한 경우 법원의 처리, 대법원 판례해설 제22호, 법원도서관(1994년 하반기), 472면 이하(이하 '임호영'이라고 한다), 476면.

7) 대법원 1970. 3. 24. 선고 69다929 판결(피고 명의의 항소 및 항소심 계속 중 상속인들의 수계신청을 각하), 대법원 1971. 2. 9. 선고 69다1741 판결(상속인들의 항소 및 수계신청을 모두 각하), 대법원 1994. 1. 11. 선고 93누9606 판결(원고의 상고를 각하. 행정사건이고, 행정사건을 고등법원이 1심으로 관할하던 때의 판결이다), 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다33775 판결(1심법원 및 항소심법원이 피고의 소장제출 이전 사망을 간과한 사안에서 원고의 상고를 각하).

8) 원고가 소장제출 이전에 사망한 경우까지 포함한 전체적인 판례의 입장에 대하여는 길기봉, 사망자 명의로 제기된 소임이 상고심에서 밝혀지는 경우의 처리, 대법원판례해설 21호(1994 상반기)이하

3. 검토

(1) 위 판결의 특징

위 판결은, 그 이전의 대법원의 판시와는 달리, 피고로 기재된 자가 사망한 사실을 원고가 알면서 소를 제기한 경우에도, 피고를 사망자에서 상속인으로 정정하는 당사자표시정정을 허용한 점이 특징이다. 한편, 위 판결의 사안에서 당사자표시정정을 허용할 실질적인 필요성이 소멸시효의 중단에 있다는 점이 명확하게 드러나 있다. 이러한 점들은 소장제출 이전에 당사자가 사망한 경우의 당사자확정의 문제 즉, 당사자가 사망자인지 상속인지에 대한 판례의 정확한 입장을 음미할 계기를 제공한다.

(2) 당사자확정과 관련하여

1) 소멸시효중단의 중요성

피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 경우, 판례는 그가 사망한 사실을 원고가 모른 경우에 실질적 피고는 사망자가 아니라 상속인이므로, 상속인으로서의 당사자표시정정이 허용된다고 판시하여 왔는데, 이러한 판례의 입장을 두고, 당사자확정의 기준에 관하여 판례가 일반적으로 취하고 있는 실질적 표시설에서 이탈한 것인지 여부를 두고 견해 대립이 있었고, 특히 판례가 이 경우에는 의사설을 취한 것이라고 보는 견해가 많다.⁹⁾ 또한 1990년 법 개정의 의하여 피고경정이 도입된 이상 명문의 규정이 없는 당사자표시정정을 무리하게 확대하여 이용할 것이 아니라 피고경정을 이용하여야 하고, 피고경정의 경우에도 애초의 소제기시에 시효중단의 효력이 소급하도록 하는 법개정이 필요하다는 입장도 있다.¹⁰⁾

그럼에도 불구하고, 판례는 피고경정제도가 도입된 이후에도 당사자표시정정을 고수하고 있는데, 이는 아무래도 소멸시효의 중단, 취득시효의 중단 및 제소기간의 준수 등의 소제기의 효과(이하 ‘소멸시효의 중단’이라고 한다)와 관련하여 피고로 기재된 자의 사망을 몰랐던 원고를 구제하는 것이 타당하다고 판단하였기 때문일 것이다. 즉, 피고경정의 경우 피고경정신청서를 제출한 때에 소멸시효가 중단되지만, 당사자표시정정의 경우 애초 소장을 제출한 때 소멸시효가 중단되는 차이가 있기 때문이다.¹¹⁾

‘길기봉’이라고 한다), 290면 이하, 295-298면 및 이상원, 원고가 사망자의 사망 사실을 모르고 그를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우, 사망자의 상속인으로서의 당사자표시정정이 허용되는지 여부 및 이 경우 실질적인 피고로 해석되는 상속인의 의미, 대법원판례해설 63호(2006년 하반기), 법원도서관(2006. 7), 299면 이하(이하 ‘이상원’이라고 한다), 313-317면 참조.

9) 임호영, 470면.

10) 박익환, 당사자표시정정의 허용범위, 민사판례연구 [XXXVII], 박영사(2015), 777면 이하(이하 ‘박익환’이라고 한다), 806-807면.

11) 박익환, 800면 참조.

판례가 피고경정이 아니라 당사자표시정정을 선택한 것이 소멸시효의 중단과 관련하여 원고를 구제할 필요성 때문이고, 또한 현실적으로 원고가 상속인을 확인하는 데 제약이 존재하는 것을 인정한다면, 피고로 기재된 자의 사망을 알았지만 상속인을 확인할 수 없고 또 소멸시효의 완성이 임박한 상황에서 사망자를 피고로 삼아 소를 제기한 원고를 구제할 필요성이, 피고로 기재된 자의 사망을 몰랐던 원고를 구제할 필요성과 비교할 때 적다고 할 수 없을 것이다. 따라서 위 판결의 결론은 지지할 수 있다.

만약 피고로 기재된 자가 사망한 사실을 알면서도 굳이 사망한 자를 상대로 소송을 진행하여 판결을 받고자 하는 원고가 있다면, 이러한 원고를 구제할 필요성은 없을 것이다. 하지만, 실제 이러한 원고가 존재할 가능성은 거의 없다.

소멸시효의 중단과 관련하여 원고와 상속인 사이에 이해가 대립되지 않는 경우라면, 이미 제기된 소에 기하여 상속인을 상대로 절차를 진행하는 것이 바람직하다는 점에 이견이 있기 어렵다. 소송경제만이 문제되기 때문이다. 이 경우에는 그 수단 내지 형식이 피고경정인지 당사자표시정정인지라는 문제는 이론적으로는 몰라도 실질적으로는 별로 중요하지 않다. 대법원이 원고가 소장제출 이전에 사망한 자를 상대로 소를 제기한 이후 상속인을 상대로 소송수계 신청을 한 경우 이를 당사자표시정정으로 처리하여야 한다고 한 것은 이러한 관점에서 이해할 수 있다.¹²⁾

대법원은 이미 사망한 자를 피고로 삼아 제기된 소는 부적법하고, 이를 간과한 채 본안 판단에 나아간 판결은 무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않고, 채권자의 이러한 제소는 권리자의 의무자에 대한 권리행사에 해당하지 않으므로, 상속인을 피고로 하는 당사자표시정정이 이루어진 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 거기에는 애초부터 시효중단 효력이 없고, 따라서 채권자가 상속인에 대하여 다시 소를 제기하여도, 원고의 패소판결이나 소취하 이후 6개월 이내에 다시 소제기 등을 하면 최초의 재판상 청구시부터 소멸시효가 중단된 것으로 보는 민법 제170조 제2항이 적용되지 않는다고 보았다.¹³⁾

2) 당사자확정의 기준과 관련하여

당사자확정의 기준과 관련하여 위 판결을 살펴보면, 사망자 상대 소송에서 대법원이 의사설을 취하여 일반적인 경우와의 일관성을 상실하였다는 비판은 일응 타당한 면도 있지만, 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있다.

대법원이 원고가 만약 피고로 기재된 자가 사망한 사실을 알았다면 상속인을 피고로 삼았을

12) 대법원 1969. 3. 10. 선고 68마1100 판결 및 대법원 1974. 10. 8. 선고 74다834 판결.

13) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다94312 판결.

것이라는 원고의 가정적인 의사에만 기초하여 당사자표시정정을 인정하고, 나아가 이러한 당사자표시정정을 일반적인 당사자표시정정과 같이 취급한다면, 대법원이 의사설을 취하였다고도 할 수 있을 것이다.

그러나, 일반적인 당사자표시정정은 1심에서 대법원까지 전심급에 걸쳐서 허용되지만, 대법원은 사망자 상대 소송에서 당사자표시정정을 인정하는 경우에는 통상의 당사자표시정정과 다른 취급을 하고 있다.¹⁴⁾ 즉, 앞서 본 바와 같이 대법원은 피고로 기재된 자의 사망을 간과하고 선고된 1심판결을 무효라고 보고, 그 이후 단계에서는 당사자표시정정을 허용하지 않는다.

대법원이 위와 같은 1심판결을 무효로 본다는 것은 기본적으로 그 판결이 사망자에 대한 것이라는 점을 전제로 한다.¹⁵⁾ 1심판결이 무효인 이유를 당사자대립구조의 흠결에서 찾을 수도 있는바, 이러한 논리 역시 사망자를 피고라고 파악하는 것을 전제로 하고 있다.¹⁶⁾

따라서 대법원이 상속인을 실질적 당사자라고 하여 1심에서 당사자표시정정을 허용하다가, 사망을 간과하고 1심판결이 선고되면 1심판결을 사망자에 대한 무효의 판결이라고 하고, 나아가 그 이후 단계에서의 당사자표시정정을 허용하지 않는 것은 일견 상충되는 것으로 보인다. 이러한 대법원의 입장은, 전체적으로 고찰하면, 기본적으로는 표시설에 입각하여 사망자를 피고로 보지만, 소멸시효의 중단과 관련하여 원고를 구제하기 위하여, 원고에게 예외적으로 당사자표시정정으로 상속인을 상대로 절차를 진행할 기회를 부여하되, 이 기회를 1심판결선고시까지 잠정적으로 허용하는 것이라고 보는 것이 타당할 것이다. 그런데, 당사자표시정정은 당사자의 동일성이 인정되는 경우에만 가능한 것이므로, 이는 1심판결선고시까지 상속인까지 당사자로 보는 것을 전제로 하는 것이다. 즉, 대법원은 사망자와 상속인을 모두 당사자로 보되,

14) 한편, 대법원은 당사자능력이 없는 국가나 지방자치단체의 기관을 피고로 삼은 경우에도 당사자표시정정을 허용하는바, 이때에는 하급심법원이 당사자능력 흠결을 간과한 경우 국가나 지방자치단체로의 당사자표시정정을 하지 않고 절차를 진행한 잘못을 들어 파기환송하고 있다. 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다83258 판결 참조.

15) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다94312 판결은 “원심은, 소외 1은 2008. 10. 18. 사망하여 ... 원고가 2012. 5. 9. 망 소외 1을 상대로 관련 판결금 채권의 소멸시효 중단을 위하여 원심법원 2012가단115142호로 제기한 양수금 청구의 소[]에서 2012. 9. 7. 위 법원으로부터 받은 원고 승소판결은 이미 사망한 망 소외 1을 상대로 한 무효인 판결에 해당하므로 민법 제170조의 규정이 적용될 수 없다고 하여 이 사건 전소 제기 시점에 소멸시효가 중단되었다는 원고의 주장을 배척하였다. 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로서 정당하고...” 라고 판시하여 이 점을 명백히 하고 있다.

16) 만약 소장제출 이전 사망을 간과한 1심판결이 상속인에 대한 것이라고 한다면 결국 1심판결에는 상속인의 재판받을 권리를 보장하지 아니한 잘못이 있는 것으로 되는데, 이러한 사유는, 판결편취에 의한 사위판결이나 소송계속 중 사망을 간과한 판결에서와 같이 판결의 무효사유가 아니라 취소사유 즉, 상소나 재심의 사유가 될 뿐이다. 예컨대, 대법원은 소송계속 중 당사자가 사망한 것을 간과하고 선고된 판결을 무효로 보지 않고, 단지 상소나 재심의 대상이 되는 위법한 판결로 보느냐(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 전원합의체 판결), 이는 이러한 판결을 사망자가 아니라 상속인에 대한 판결이라고 보는 점을 전제로 하는 것이다.

사망자가 주된 당사자로, 상속인을 잠재적·부차적인 당사자로 보고, 잠재적·부차적인 당사자에 대하여 심판하기 위하여는 1심판결선고 전까지 당사자표시정정이 있어야 한다는 입장을 취하고 있다고 할 수 있다.

이와 같은 대법원의 입장은 논리적인 측면에서는 일관성이 부족하지만, 소멸시효의 중단이 문제되는 상황에서 원고와 상속인의 이해가 상반되어 어느 정도의 절충이 불가피한 점, 궁극적으로 원고에게, 당사자의 확정 전제가 되는, 피고의 특정에 대한 권한과 책임이 있는 반면, 피고의 특정을 위하여 원고가 가진 정보수집수단이 완전하지 못하여 피고의 특정이 잘못될 가능성이 있고, 소멸시효의 중단이 문제될 때 원고에게 전적인 책임을 부담시키는 것은 가혹한 경우도 있는 점¹⁷⁾ 및 상황이 유사하다고 할 수 있는 피고경정의 시한을 민사소송법 제260조가 1심 변론종결시까지만으로 정하고 있는 점¹⁸⁾¹⁹⁾ 등을 참작하면 수긍할 수도 있다고 생각된다.

(3) 일본 대심원판결과의 대비

위 대법원판결의 입장은 일본 대심원 소화 11. 3. 11.²⁰⁾ 판결과 대비되는데, 특히 위 대법원판결의 입장이 이 대심원판결의 항소심판결과 실질적으로 같다는 점이 흥미롭다.

위 대심원판결의 항소심법원은, 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 사실을 간과한 채 원고의 청구를 인용한 1심판결²¹⁾이 선고되었으나, 판결정보의 송달 과정에서 위 사실을 알게 된 원고가 상속인을 상대로 당사자표시정정을 하여 절차를 진행하기 위하여, 1심판결을 취

17) 上田竹志, 死者를 당사者とする訴訟, 民事訴訟法判例百選 第五版(別冊ジュリスト(No.226)), 有斐閣(2015, 11), 16면 이하(이하 '上田(5판)'이라고 한다), 16면.

18) 피고경정에 관한 민사소송법 제260조와 달리 행정소송법 제14조는 1심 이후 단계에서도(대법원 2006. 2. 23. 자 2005부4 결정은 항소심변론종결시까지 가능하다고 판시하였다) 피고경정이 가능하고, 피고경정이 있는 경우 새로운 피고에 대한 소송은 애초의 소제거시에 제기된 것으로 본다고 규정하고 있다. 이 규정은 고등법원부터 행정소송이 시작되던 때인 1984. 12. 15. 신설되어 1985. 10. 1. 시행된 것으로서, 행정소송이 1심부터 시작되는 것으로 변경된 1998년 전후 그 내용이 변화 없이 그대로 존치되어 현재까지 이르고 있다. 민사소송법 제260조는 위 행정소송법 규정이 신설된 이후에 만들어진 조문이므로 입법자들이 위 행정소송법의 입장을 알고 있었을 가능성이 높다.

한편, 민사소송에서 국가/지방자치단체와 행정청/기관을 혼동한 경우와 사망자와 상속인을 혼동한 경우를 같은 법리에 의하여 취급하여야 하는지 여부에 대하여 견해가 대립되고 있고, 앞서 본 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다83258 판결은 달리 취급하는 입장에 있다고 할 수 있다.

19) 한편, 민사소송법 제260조와 달리 가사소송법 제15조는 사실심변론종결시까지 피고경정이 가능하다고 하고 있는데, 다만, 소제거의 효과는 신분에 관련된 사항에 한정하여 애초의 제소시로 소급한다고 하여 행정소송법과 또 다른 입장을 취하고 있다. 가사소송법의 전신으로서 1961. 12. 6. 제정되어 1962. 1. 1.부터 시행된 인사소송법에도 같은 취지의 조문이 있었다.

20) 서기 1936. 3. 11.이다.

21) 소장부분이 사망자의 처에게 송달되었고, 재산상속인인 아들에게는 송달되지 않았다.

소하고, 사건을 1심으로 환송하여 달라는 취지로 소송수계신청과 동시에 항소를 제기하자, 사망자를 상대로 한 소는 부적법하여 소송관계는 성립하지 않고, 이러한 사정이 소송절차 진행 중에 판명된 경우에는 당사자표시정정²²⁾에 의하여 소각하판결을 면할 수 있지만, (1심)판결선고 이후에는 당사자표시정정은 할 수 없고, 소송관계가 성립하지 않는 이상 소송수계도 할 수 없다고 하여, 1심판결을 취소하고 소를 각하하였다.

원고가 같은 취지로 상고를 제기하였는데, 위 대심원판결은 위와 같은 사안에서 실질적인 피고는 상속인이고, 당사자표시에 오류가 있는 것에 불과하므로, 1심법원은 당사자표시를 정정시켜 상속인을 상대로 절차를 진행하여야 함에도 불구하고, 사망자를 상대로 심판한 위법이 있다고 하여, 항소심판결과 1심판결을 모두 파기하고, 사건을 1심법원으로 환송하였다.²³⁾

위 대심원판결의 입장과 우리나라 대법원판례의 입장은 일응 소장제출 이전 피고로 기재된 자가 사망한 경우 상속인으로서의 당사자표시정정을 인정한다는 점은 공통되지만, 위 대심원판결은 대법원판례와 달리 당사자표시정정의 시한을 1심판결선고시까지로 한정하지 않는다. 위 대심원판결의 항소심판결은 기본적으로 대법원과 같이 당사자표시정정의 시한을 1심판결선고시까지 한정하고 있다. 다만, 위 항소심판결은 무효인 1심판결을 파기하여 소를 각하하였지만, 대법원은 항소심법원이 항소를 각하하여야 한다고 보는 점에서 서로 다르다.

(4) 당사자확정과 신의칙의 관계

사망자를 상대로 한 소송에서 신의칙이 적용될 수 있다. 그 예로는, 소장제출 이전에 당사자가 사망한 사안에 대한 것은 아니지만, 일본의 최고재판소 소화 41. 7. 14.²⁴⁾ 판결을 들 수 있다. 위 최고재판소판결은, 원고가 소장제출 이후 소장부분송달 이전에 사망한 자를 피고로 기재하여 건물명도 등을 청구하는 소를 제기하였는데, 상속인들이 변론기일을 열기 전부터 변호사를 선임하고 소송을 수계하여 1심(11회의 변론기일 개최)과 항소심(3회의 변론기일 개최)에서 소송을 수행하면서 본안에 대하여만 방어하다가, 상고하면서 비로소 사망자가 당해 사건의 피고이고, 피고가 소장부분송달 이전 사망하였으므로 소송수계가 불가능하므로, 소가 각하되어야 한다고 주장한 사안에서, 상속인들이 1심과 항소심을 통하여 당사자 문제에 대하여 아무런 이의 없이 본안에 대하여만 방어하다가 상고심 단계에서 스스로 신청하였던 소송수계의 효력을 부정하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 하여 상속인들의 상고를 기각하였다. 위 최고재판소판결은 소송수계의 가부에 관하여 아무런 언급이 없지만, 신의칙에 근거하여 위와 같은 결론을 도출한 것에 비추어 보면 위 사안에서는 소송수계가 불가능하다는 것, 즉 소장제출 이후 소장

22) '소장보정'이라는 용어가 사용되었다.

23) 上田(5판), 16면.

24) 서기 1966. 7. 14.이다.

부분송달 이전 단계를 소송계속 중과 달리 보는 것을 전제로 한 것으로 볼 수 있다.²⁵⁾

신의칙의 적용과 관련하여 주의할 점으로 생각되는 것은 첫째, 당사자확정의 기준에 대한 법리와 신의칙은 서로 차원을 달리 하여 적용되는 별개의 법리로 취급하는 것이 타당하다는 점이다. 일본의 경우 사망자 상대 소송에서의 당사자확정의 기준에 대한 학설들은 전체적으로 고찰하면, (a) 소제기 시점을 기준으로 누가 당사자인가를 판단하는 국면과 (b) 소제기 이후에 사망 사실이 알려졌을 때 문제를 해결하는 국면이라는 두 국면에 대하여, 첫째 (a), (b) 모두를 당사자확정의 문제라고 보는 견해(적격설, 규범설), (a)만이 당사자확정의 문제이고 (b)는 신의칙, 임의적 당사자변경, 소송수계의 유추에 맡겨야 한다는 견해(확정기능축소설), (a)는 표시설이 적용되어야 함이 명백하고, 오히려 (b)가 당사자확정의 본영역이라는 견해(신행동설)로 나뉘어져 있는바,²⁶⁾ 논리적으로 당사자능력이나 당사자적격 등 당사자의 자격 유무를 검토하기 위하여는 당사자가 누구인지 확정하는 작업이 선행되어야 하는 점, 당사자의 자격에 관한 사항을 당사자의 확정 때 고려하게 되면 형식적 당사자개념이 무너지게 되는 점 등을 고려하면²⁷⁾ 두 번째의 입장이 타당하다고 생각된다.

일본에서 이러한 입장을 취하는 대표적인 논자는 納谷廣美 교수인바, 그는 특히 원고가 하는 당사자의 특성과 법원이 하는 당사자의 확정을 구분하고, 당사자의 확정은 당사자의 특성을 보완하는 기능에 그쳐야 하고, 이를 벗어나는 기능은 신의칙, 임의적 당사자변경, 소송수계의 유추 등 다른 법리의 영역으로 취급하여야 한다고 주장하는바,²⁸⁾²⁹⁾ 당사자확정에서 너무 많은 요소를 고려하게 되면 절차의 근본을 형성하는 당사자의 확정이 불명확하고 불안정해진다는 점³⁰⁾을 고려할 때 위 주장 역시 타당하다고 생각된다.

다만, 納谷廣美 교수는 당사자확정의 기준으로 분쟁주체특정책임을 제시하면서,³¹⁾ 소제기로 인한 당사자의 특성은 최초의 변론기일에 원고가 본안의 신청을 진술하면서 완결되는 것이므로

25) 上田(5판), 17면.

26) 上田竹志, 死者를 당사자とする訴訟, 民事訴訟法判例百選 第四版(別冊ジュリスト(No.201)), 有斐閣(2010. 10), 16면 이하(이하 '上田(4판)'이라고 한다), 17면.

27) 박익환, 804-805면 참조.

28) 納谷廣美, 当事者確定의理論と實務, 新實務民事訴訟講座 第一卷, 日本評論社(1981), 239면 이하(이하 '納谷'이라고 한다), 245면.

29) 納谷廣美 교수는 당사자의 특성은 소를 제기하는 원고의 전권사항이고, 피고의 행동 등에 따라 변경되지 않고, 소장에 당사자를 표시하는 것에 의하여 행해진다고 한다. 納谷, 244면.

30) 박익환 교수는 따라서 '당사자가 애매모호하게 확정된다'고 표현하면서 현행법에서 당사자표시정정이 허용되는 범위는 당사자의 표시행위 자체가 문제 있는 경우 — 즉 당사자표시를 불명확하거나 불완전하게 한 경우 — 이를 제대로 수정하는 경우이거나, 당사자를 누구로 표시한다는 점이 소장 기재의 전취지로부터 파악될 수 있는 경우로 국한되어야 한다고 주장한다. 박익환, 805면 참조.

31) 또 다른 분쟁주체특정책임설의 논자인 佐上善和 교수의 견해에 대한 소개는 福永有利, 当事者の確定理論の意義, 民事訴訟当事者論, 有斐閣(2004), 428면 이하(이하 '福永'이라고 한다), 441-442면 참조. 위 佐上善和 교수의 견해는 소제기 이후의 사정도 당사자의 확정에 고려하는 점에서 納谷廣美 교수의 견해와 다르다.

이때까지의 사정은 당사자의 확정에 고려될 수 있고, 따라서 이 단계까지 당사자표시정정이 가능한 반면 그 이후 단계에선 임의적 당사자변경만이 가능하다고 하다고 주장하나,³²⁾ 필자는 견해를 달리하여, 소장제출 당시를 기준으로 하여 표시실에 의하여 당사자를 확정하는 것이 타당하다고 생각한다.³³⁾³⁴⁾

둘째로는 신의칙의 적용을 위하여는 궁극적으로 상속인에게 불이익을 가하는 것이 적절하다고 인정할 수 있는 사유가 있어야 한다는 점이다. 소멸시효의 중단과 관련하여 불이익을 받는 것은 결국 상속인이기 때문이다. 따라서 신의칙의 적용은 상속인 측의 행위에서 궁극적으로 착안되어야 한다.

위 최고재판소판결의 사안과 같이 적극적이고, 또 실질적으로 소송을 수행한 경우는 신의칙을 적용할 수 있는 대표적인 경우라고 할 수 있을 것이다. 그러나, 앞서 본 대심원판결의 경우, 사망자의 배우자이자 상속인의 모³⁵⁾가 소장을 수령한 것에 그치고, 1심에서 자백간주로 원고 청구가 인용되어 본안에 대한 실질적인 방어가 이루어지지 않았고, 항소심 단계에서 절차에 관여하게 된 상속인이 피고의 지정이 잘못되었으므로 소가 각하되어야 한다고 계속 주장하였으므로, 신의칙을 적용하기는 어려운 사안이라고 할 것이다.³⁶⁾³⁷⁾

한편, 신의칙을 적용할 사유로서 상속인 측의 사정 외에 상대방인 원고의 선의를 요구하는 견해도 있다.³⁸⁾ 그러나 원고의 선의만으로 신의칙을 적용하는 것은 부적절하고 생각된다. 나아

32) 納谷, 250-251면, 258면.

33) 소장제출 이후 단계에서의 문제는 아래에서 보는 바와 같이 수계규정의 유추적용으로 해결할 수 있다고 생각된다.

34) 또한, 納谷廣美 교수는 소멸시효의 중단과 관련하여, 명백한 입장은 제시하고 있지는 않지만, 통일적인 이론구성을 도모하는 것보다는 개별적으로 처리하는 것이 바람직하다고 전제한 다음, 사망자 상대 소송에서 임의적 당사자변경을 인정하는 경우 사망자와 상속인은 상속을 매개로 연결되어 있으므로 상속인에게 종전의 소송상태를 귀속시킬 수 있다는 견해를 피력함으로써, 임의적 당사자변경으로 소멸시효의 중단의 문제도 해결할 수 있다고 보는 것으로 판단된다. 納谷, 252면(각주 28), 257면, 261면(각주 53).

35) 상속인의 모는 당시 상속인이 미성년자여서 상속인의 법정대리인이기도 하였다. 上田(5판), 17면.

36) 北村賢哲, 死者를 当事者とする 訴訟, 民事訴訟法判例百選 第三版(別冊ジュリスト(No.169)), 有斐閣(2003, 12), 24면 이하, 25면.

37) 우리나라 대법원도 가압류로 인한 소멸시효중단과 관련하여 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다 26287, 26294 판결에서 “상속채무를 부담하게 된 상속인의 행위가 단순히 피상속인에 대한 사망 신고 및 상속부동산에 대한 상속등기를 게을리 함으로써 채권자로 하여금 사망한 피상속인을 피신청인으로 하여 상속부동산에 대하여 당연 무효의 가압류를 하도록 방지하고 그 가압류에 대하여 이의를 제기하거나 피상속인의 사망 사실을 채권자에게 알리지 않은 정도에 그치고, 그 외 달리 채권자의 권리 행사를 저지·방해할 만한 행위에 나아간 바 없다면 위와 같은 소극적인 행위만을 문제삼아 상속인의 소멸시효 완성 주장이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 볼 것은 아니” 라고 판시한 바 있다.

38) 이시윤, 신민사소송법 제10판, 박영사(2016)(이하 ‘이시윤’이라고 한다), 144-145면. 이에 따르면 원고가 악의인 경우에는 당사자표시정정은 허용되지 않으므로 피고경정을 이용할 수밖에 없게 된다.

가 위에서 본 바와 같이 원고가 피고의 사망에 대하여 선의가 아니라도 당사자표시정정이 가능하다고 보는 것이 판례의 입장이고, 앞서 본 바와 같은 이유에서 타당하다고 할 것이다. 원고가 악의이고, 상속인이 아니라 굳이 사망자에 대하여 판결을 받기 위하여 사망자를 피고로 기재하여 소를 제기한 경우라면 신의칙의 적용은 생각하기 어려울 것이다.

셋째, 신의칙을 적용할 수 있는 범위에 상속인이 절차에 실제 관여한 경우³⁹⁾는 원칙적으로 포함될 것이나, 상속인이 소제기의 상대방이 잘못되었다고 다투었던 경우 등은 예외일 것이다. 반면 상속인이 절차에 관여할 수 있었던 경우 신의칙의 적용이 가능할 수도 있으나,⁴⁰⁾ 신중한 접근이 필요하다. 예컨대, 상속인이 단지 사망자를 상대로 하는 소송계속이 있는 것을 알았으나 방치한 것에 그친 경우에는, 상속인으로서의 잘못된 소제기여서 자신과는 상관없다고 여겼을 수도 있기 때문에, 그러한 사정만에 기하여 신의칙을 적용하는 것은 무리일 것이다.

넷째, 당사자표시정정이 원고의 선의, 악의를 불문하고 1심판결선고시까지 가능하다는 판례의 입장에 선다면, 신의칙이 실제 기능하는 영역은 그 이후 상소심 진행 중이거나, 판결확정 이후이다. 판결확정 이후에는 더 신중한 접근이 필요할 것이다.

(5) 무효판결에 대한 상소

대법원은 앞서 본 바와 같이 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 이미 사망한 사실을 간과한 1심판결에 대하여 제기된 상소를 각하하는 입장이다. 상소가 상속인에 의한 것인지, 사망자에 의한 것인지,⁴¹⁾ 상대방에 의한 것인지를 불문한다. 위와 같은 1심판결에 대하여 상소의 제기를 인정하여야 한다는 견해가 있으므로,⁴²⁾ 이에 대하여 살펴본다.

판결이 외관은 갖추었지만 중대한 하자가 있는 경우에는 내용적 효력인 기판력, 형성력, 집행력이 없다는 의미에서 무효이다. 다만, 무효인 판결에도 기속력과 해당 심급의 절차를 종결시키는 형식적 확정력은 인정되므로 아무런 효력이 없는 것은 아니고⁴³⁾⁴⁴⁾, 따라서 아무런 효

39) 위 최고재판소판결의 사안 및 피고의 사망을 숨기고 상속인이 답변서를 제출한 사안에서 그 판결의 효력이 상속인에게 미친다고 한 나고야지방재판소의 판결(나고야지판 소화 29. 5. 13(서기 54. 5. 13.), 下民集 5권 5호 694면, 上田(5판) 17면에서 재인용)의 사안을 예로 들 수 있다.

40) 사망자에 대한 소송계속을 알고 있는 상속인은 본쟁주체특정책임을 진다는 견해(福永, 442면에 소개된 佐上善和 교수의 견해)와, 다른 사정까지 참작하여 신중하게 판단하여야 하지만 당사자표시정정이 가능하다고 볼 경우도 있다는 견해(上田(4판), 17면)도 있다.

41) 실제 대개 상속인이 사망자의 명의로 상소를 제기하였을 것이다.

42) 이시윤, 144면, 오상현, 소장송달 전에 사망한 사람을 당사자로 한 판결의 효력과 상소, 수계 - 대법원 2015. 1. 29. 선고, 2014다34041 판결 -, 법조 Vol.713, 법조협회(2016. 2), 308면 이하(이하 '오상현'이라고 한다), 319-322면.

43) 박영식, 사망한 채무자 명의의 가압류결정과 시효중단 - 대법원 1976. 2. 24 선고, 75다1240 판결 -, 민사판례연구 [I], 박영사(1992), 278면 이하(이하 '박영식'이라고 한다), 285면. 伊藤眞, 民事訴訟法 第3版再訂版, 有斐閣(2006)(이하 '伊藤眞'이라고 한다), 466면.

44) 일본에는 형식적 확정력이 없다는 견해도 있다. 中野貞一郎·松浦馨·鈴木正裕, 新民事訴訟法講義 第

력 없는 비판결(非判決)과 차이가 있다.

무효인 판결에 대한 상소 제기를 인정하여 외관을 제거할 기회를 주는 것이 일반론으로서는 타당하다.⁴⁵⁾ 그런데, 판결을 무효로 하는 사유로는, 사망자가 제소 전에 사망한 경우 외에도 치외법권자를 피고로 삼은 경우(재판권 흠결), 소 취하, 판결의 확정 등으로 소송계속이 소멸된 것을 간과한 경우, 주문이 물건법정주의 등 강행규정에 반하는 경우, 주문의 내용이 불명확한 경우 등 다양하다.⁴⁶⁾ 나아가, 소장에 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 경우에 관련 하여서도 무효판결에 대하여 상소를 인정하여야 한다는 견해는 통상, 피고로 기재된 자가 소장 제출 이전 사망한 것을 간과하고 내려진 본안판결 그중에서도 특히 원고의 청구를 인용한 판결에 대하여 상속인들이 상소하는 것을 전제로 하고 있으나, 패소한 원고가 상소하는 경우,⁴⁷⁾ 승소한 원고가 상소하는 경우도 발생할 수 있다.⁴⁸⁾ 나아가, 원고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망하고 그 상속인이 상소를 제기하는 경우⁴⁹⁾, 원고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망하고 피고가 상소한 경우⁵⁰⁾도 발생할 수 있다.

따라서, 위 일반론만으로는 판결의 무효에 대한 상소에 대한 논의가 완결되기 어렵다. 이 글에서는 피고로 기재된 자가 사망한 경우를, 그리고, 특히 이 부분에서는 소장제출 이전 사망한 경우만에 한정하여 살펴보기로 한다.

피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망하여 무효인 판결에 대한 상소를 인정한다는 것은 무효인 판결에 대한 상소를 적법한 것으로 본다라는 것이다. 상소심에서 원심판결을 취소하려면 원칙적으로 상소가 적법하여야 하기 때문이다.⁵¹⁾

2版補訂2版, 有斐閣(2009)(이하 ‘中野貞一郎 외 2’라고 한다), 442면.

45) 이시윤, 676면, 伊藤眞, 466면.

46) 이시윤, 676면, 伊藤眞, 466면, 박영식, 285면.

47) 대법원 1983. 2. 8. 선고 81누420 판결(행정사건이 고등법원부터 시작하던 때의 판결이다). 길기봉, 296면.

48) 위 일본 대심원판결.

49) 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결.

50) 대법원 1994. 6. 28. 선고 94다17048 판결. 이 판결에 대하여 길기봉, 300면은 원고가 소장제출 이전에 사망한 사실을 1심법원과 항소심법원이 간과하여 본안판결을 하고, 피고가 상소한 사안으로 위 판결이 상고를 각하하지 않고, 1심판결과 항소심판결을 취소하고, 소를 각하한 것은 당연한 것이라고 설명한다. 최근 선고된 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결(원고 115 관련 판시 부분)도 1심법원과 항소심법원이 원고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 사실을 간과한 사안에서, 피고가 제기한 상고를 각하하지 않고, 항소심판결과 1심판결을 파기하고, 소를 각하하였다.

51) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결은 “... 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 사망한 소외 1을 피고로 하여 선고된 제1심판결은 당연무효이고, 소외 1의 상속인들인 망 소외 1의 소송수계신청인 1, 2, 3이 제기한 추후보완 항소나 소송수계신청은 모두 부적법하며 그들에 대한 당사자표시정정신청도 허용되지 아니한다. 그렇다면 원심으로서는 망 소외 1의 소송수계신청인들의 항소를 각하하였어야 함에도, 이를 간과한 채 본안에 들어가 판단하여 제1심판결 중 망 소외 1의 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분

우선, 무효인 판결에도 앞서 본 바와 같이 형식적 확정력은 인정되기 때문에, 상소는 상소기간 내에 제기되어야 할 것이다.

다음으로 문제되는 것은 상소의 대상적격과 상소의 이익인바, 무효의 판결에 대하여 상소를 인정한다는 것은 무효인 판결도 대상적격이 인정되고, 외관의 제거라는 측면에서 상소의 이익도 인정할 수 있다는 것을 의미한다.⁵²⁾

또한 당사자능력 흠결 또는 당사자의 부존재가 상소의 적법 여부에 미치는 영향에 대한 검토가 필요하다. 예컨대, 치외법권자를 상대로 한 판결은 무효이지만, 피고는, 상소기간 도과 전에, 상소하여 그 판결의 취소를 구할 수 있다. 이 경우 피고는 치외법권자이지만 당사자능력이 있고 실재하는 당사자이다.⁵³⁾ 그러나, 이와 달리 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 것을 간과한 판결의 경우 사망자는 당사자능력이 없으며 실재하지도 않는다. 또한 대법원의 입장에 의하면, 상속인은 1심판결 선고 이후에는 당사자표시정정으로 당사자가 될 수도 없다.

피고로 기재된 자의 소장제출 이전 사망을 간과한 판결에 대한 상소를 인정하자는 견해는 결국 이 경우 당사자능력 흠결 또는 당사자의 부존재를 소송능력 흠결과 같이 취급하자는 입장⁵⁴⁾이라고 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 하지만, 이러한 입장을 긍정하더라도, 또 다른 문제가 발생한다. 즉, 대법원의 입장에 의하면, 상속인은 당사자가 아니고, 1심판결 선고 이후에는 당사자표시정정으로 당사자가 될 수도 없으므로 상속인의 또는 상속인에 대한 수계는 신의칙이 적용될 수 있는 사안이라는 등 특단의 사정이 없는 한 원칙적으로 불가능하다. 따라서 상속인 명의의 상소는 당사자가 아닌 자의 상소로서 부적법하고, 수계신청도⁵⁶⁾ 부적법하다고 볼 수밖에 없는 것이 아닌가 생각된다.⁵⁷⁾ 즉, 대법원이 위와 같은 상황에서 당사자능력의 흠결을 문제 삼지 않기로 하여

에 해당하는 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였으니, 이 부분 원심판결은 나머지 상고이유에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 위법하여 파기를 면할 수 없다.” 라고 판시하였다.

52) 오상현, 319-321면은 대상적격이 인정됨을 당연한 전제로 하여 상소의 이익도 인정될 수 있다는 취지로 파악된다.

53) 재판권흠결 때문에 판결은 내용적 효력 즉, 실질적 확정력이 없어 무효이지만, 외관의 제거라는 점에서 상소의 이익도 긍정할 수 있다.

54) 즉, 어떤 소송행위의 유효요건의 흠결이 소 전체의 적법성에 영향을 미치는 경우에는 그 흠결 유무에 대한 다툼을 소송절차 내에서 판단하여 주기 위하여 개별적인 소송행위를 적법한 것으로 취급하여야 하고, 여기에는 소송능력 외에 당사자능력, 당사자적격 등이 포함된다는 입장이다. 다만, 소송능력의 흠결은 상소 및 재심의 사유가 됨이 명백함에 비하여 당사자능력의 흠결 또는 당사자의 부존재에 대하여는 견해 대립이 있다. 또한 사망자 상대 소송은 당사자능력 흠결 중에서도 당사자가 부존재하는 경우에 해당하므로 당사자가 실재하지만 당사자능력이 없는 경우와 구별하는 견해가 일반적이거나, 양자를 구별하지 않는 견해도 있다. 이시운 10판, 154면, 秋山幹男·伊藤眞·加藤新太郎·高田裕成·福田剛久·山本和彦 著, コメンタル 民事訴訟法 I 第2版, 日本評論社(2006)(이하 ‘コメンタル I’이라고 한다), 294면 참조.

55) 길기봉, 295-297면, 伊藤眞, 104면, コメンタル I, 340-341면 참조.

56) 수계신청을 당사자표시정정신청이라고 선해하더라도 마찬가지이다.

57) 길기봉, 297-298면.

도 상소를 적법한 것으로 취급하기는 어렵다.⁵⁸⁾

가처분신청 이전에 채무자로 기재된 자가 사망하였는데, 이를 간과하고 내려진 가처분결정은 무효이고, 상속인이 일반승계인으로서 가처분이의신청을 할 수 있다고 판시한 판례가 있고,⁵⁹⁾ 이러한 점이 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 사실을 간과한 판결에 대한 상속인들의 상소를 적법한 것으로 취급하여야 하는 근거로 제시되기도 한다.⁶⁰⁾ 그런데, 이러한 경우 채무자로 기재된 자가 가처분신청 이전에 사망한 이상 상속인을 가처분절차의 일반승계인(당연승계인)이라고 보기 어려운 것이 아닌가 생각되고, 따라서 상속인들은 제3자이의로 구제받아야 된다고 생각된다.⁶¹⁾

한편, 판결 자체가 무효라는 확인을 구하는 소는 소익이 없어 부적법하다는 것이 일본 최고재판소의 입장이다.⁶²⁾ 반대 견해도 있다.⁶³⁾

Ⅲ. 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결

1. 사안의 경과와 대법원판결의 요지

(1) 소제기 및 1심의 경과

가. 원고는 2012. 1. 19. 피고와 소외 1을 공동피고로 하여 이 사건 소를 제기하였는데, 제

58) 나아가 이러한 점이 대법원이, 사망자 명의의 상소는 실제로는 상속인 또는 그 소송대리인이 한 상소일 것이므로 상속인 명의의 상소와 이를 달리 취급하는 것이 어색하므로 사망자 명의의 상소도 부적법한 것으로 처리하고, 또 사망자 상대 상소를 부적법한 것으로 처리하는 것의 원인이 되었을 여지도 있다. 그렇다면, 피고로 기재된 자의 제소 전 사망을 간과한 판결에 대한 상소를 일체 각하하는 현재의 판례의 입장은 궁극적으로 1심판결 선고까지만 당사자표시정정을 인정하는 입장을 취한 결과라고 이해할 수도 있다. 따라서 대법원이 무효인 판결 일반에 대한 상소를 부정한다고 보기는 어렵다.

59) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다30578 판결은 상속인의 가처분이의신청이 가능하다고 판시하였다. 한편, 보전명령에 대한 이의신청의 가능성을 판단한 것은 아니지만, 채무자로 기재된 자가 보전명령신청 이전에 사망한 사실을 간과하고 내려진 보전명령은, 상속인에 대하여는 무효이고, 상속인으로서의 경정도 허용되지 않는다는 것이 판례의 확립된 입장이다. 대법원 1982. 10. 26. 선고 82다카884 판결(가압류의 무효 및 제3자이의 관련), 대법원 1991. 3. 29. 자 89그9 결정(무효인 가압류 결정의 경정신청 기각), 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다38921, 38938 판결(가처분의 무효), 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결(가압류의 무효와 소멸시효의 중단).

60) 이시훈, 144면.

61) 대법원 1982. 10. 26. 선고 82다카884 판결 및 김연학, 보전처분에 관한 이의절차의 문제점, 재판실무연구(3), 한국사법행정학회(2008), 180면 이하, 191면 각주 31번 참조. 다만, 위 견해는 위 대법원 2000다30578 판결의 당부에 대하여는 논하지 않았다.

62) 일본 최고재판소 소화 40. 2. 26(서기 1965. 2. 26). 판결.

63) 中野貞一郎 외 2, 442면.

1심법원이 소장에 표시된 소외 1의 주소지로 소장부분을 송달하였으나 2012. 2. 3. 주소불명을 이유로 송달되지 못하였다.

나. 이에 원고가 2012. 2. 24. 소외 1의 주소를 보정하였고 제1심법원이 보정된 주소로 소장부분을 송달하였으나, 폐문부재를 이유로 역시 송달되지 못하였다.

다. 그 후 제1심법원은 소외 1에 대한 이 사건 소장부분, 변론기일 통지서 등을 공시송달의 방법으로 송달하여 변론을 진행한 끝에 2012. 8. 10. 원고 일부 승소의 판결을 선고하였고, 제1심판결정본 역시 공시송달의 방법으로 소외 1에게 송달되었다.

(2) 항소심의 경과

가. 한편 소외 1은 2012. 2. 9. 사망하였고, 그 배우자인 피고가 상속을 포기함에 따라 소외 1의 자녀들인 망 소외 1의 소송수계신청인들이 공동상속인이 되었다.

나. 망 소외 1의 소송수계신청인들은 2012. 10. 31. 제1심판결에 대하여 추후보완 항소를 제기하였고, 2013. 1. 15. 원심법원에 소송수계신청을 하였다.

다. 원고는 2013. 8. 29. 원심법원에 피고의 표시를 소외 1에서 망 소외 1의 소송수계신청인들로 정정하여 달라는 당사자표시정정신청과 함께 망 소외 1의 소송수계신청인들을 상대로 소송수계신청을 하였다.

라. 항소심법원은 소송수계신청을 받아들이고, 소송수계신청인들의 항소를 받아들여 소외 1의 패소부분을 취소하고, 그 부분 원고의 청구를 기각하였다. 이에 대하여 원고가 상고하였다.

(3) 대법원판결의 요지

대법원은, 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 부적법하고, 이러한 법리는 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 전제한 다음, 이 사건 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 사망한 소외 1을 피고로 하여 선고된 제1심판결은 당연무효이고, 소외 1의 상속인들인 망 소외 1의 소송수계신청인들이 제기한 추후보완 항소나 소송수계신청은 모두 부적법하며 그들에 대한 당사자표시정정신청도 허용되지 아니하므로, 원심으로서는 망 소외 1의 소송수계신청인들의 항소를 각하하여야 함에도, 이를 간과한 채 본안에 들어가 판단하여 제1심판결 중 망 소외 1의 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였으니 위법하다는 이유로, 항소심판결 중 소송수계신청인들

에 대한 부분을 파기하고, 소송수계신청인들의 항소를 각하하였다.

2. 학설과 판례의 개관

소장부분송달 이후에 즉, 소송계속 중 당사자가 사망한 경우에는 민사소송법이 정하고 있는 바와 같이 수계절차⁶⁴⁾에 의하여 처리된다. 소장제출 이전에 당사자가 사망한 경우에는 오래전부터 판례는 당사자표시정정에 의하여 처리하여 왔다. 그런데, 위 두 기간 사이 즉, 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계에 대하여는 판례의 입장이 제시되어 있지 않았다.

학설로는 종래 ① 원고가 사망한 경우에는 당사자가 소송계속 중 사망한 경우와 같이 처리하고, 피고가 사망한 경우에는 당사자가 소장제출 이전에 사망한 경우와 같이 처리하여야 한다는 견해,⁶⁵⁾ ② 사망자가 원고인지 피고인지를 불문하고 당사자가 소송계속 중 사망한 경우와 같이 처리하여야 한다는 견해,⁶⁶⁾ ③ 사망자가 원고인지 피고인지 불문하고 소장제출 이전 당사자가 사망한 경우와 같이 처리하여야 한다는 견해⁶⁷⁾가 대립하고 있었다.

위 견해들은 소송계속이 소장부분송달시에 발생한다는 입장을 전제로 하였으나, 최근에는 ④ 소송계속이 소장제출시에 발생한다는 입장을 전제로, 사망자가 원고인지 피고인지를 불문하고 당사자가 소송계속 중 사망한 경우와 같이 처리하여야 한다는 견해⁶⁸⁾도 제시되고 있다. ③과 ④의 차이는 ③은 수계절차에 관한 규정을 유추적용하여야 한다는 입장인 반면, ④는 이를 적용하여야 한다는 점에 있다.

3. 검토

(1) 소송계속의 발생시점 관련

결론을 먼저 제시하면, 소장제출 이후 소장부분 송달 이전에 피고로 기재된 자가 사망한 경우에는 수계절차에 의하여 처리하는 것이 타당하다고 생각한다. 수계 관련 규정을 적용할 것인지 유추적용할 것인지에 관하여는 일응 유추적용하는 견해를 취한다.

소장제출시에 소송계속이 발생한다는 견해는 그 근거로, ① 독일 민사소송법은 소의 제기는

64) 사망으로 인한 당연승계, 소송중단 및 수계라는 일련의 절차를 통털어 일컫는다.

65) 김홍엽, 민사소송법 제6판, 박영사(2016), 127면, 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사(2017), 188면.

66) 이시운, 신민사소송법 제8판, 박영사(2014), 136면. 반면 이후 발간된 이시운, 145면의 경우는 견해의 변경된 것으로 볼 여지가 있다.

67) 전병서, 민사소송법강의 제4판보정, 법문사(2003), 128면 각주 6.

68) 오상현, 330-338면. 일반적으로 소송계속이 소장제출시에 발생하는 것으로 보아야 한다는 논지를 펼친 문헌으로는 오정후, 소송계속에 관하여, 법학 제54권 제1호, 서울대학교(2013. 3), 159면 이하가 있다.

소장의 송달로써 한다고 규정하고 있음에 반하여 우리나라 민사소송법은 소의 제기는 소장의 제출로써 한다고 규정하고 있는 점,⁶⁹⁾ ② 중복제소금지의 원칙을 적용할 때 소장제출의 선후에 의하여 결정하는 것이 자연스럽고, 간명한 점,⁷⁰⁾ ③ 소장부분의 송달은 법원이나 피고 때문에 지연될 수도 있기 때문에 소장부분송달 지연에 대한 책임을 원고에게 부담시키기는 어렵다는 점,⁷¹⁾ ④ 소장부분 송달 전에도 원고와 법원이 소송행위를 할 수 있는 점⁷²⁾ 등을 들고 있다.

위와 같은 근거들은 매우 강한 설득력이 있고, 특히 위 ③은 사망자 상대 소송에서 결정적인 고려요소가 되는 시효중단의 효과와 관련하여 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계를 소송계속 중과 마찬가지로 취급하여야 할 주요한 근거가 된다고 본다.

그런데, 소송계속은 민사소송법의 근본개념 중에서도 근본이 되는 것이어서 사망자 상대 소송 이외에도 많은 논점에 연결되어 있는데다가 워낙 오랫동안 판례와 통설의 입장이 확고하기 때문에, 향후의 입장 변화가능성을 유보하고, 이 글에서는 일응 판례와 통설의 입장인 소장부분 송달시절을 지지하여 두기로 한다.

(2) 보전절차, 독촉절차 관련

보전명령절차와 독촉절차에서는 신청서를 채무자에게 송달하지 않고, 서면절차에 의하여⁷³⁾ 재판이 이루어진다는 점에서 판결절차와 다르지만, 한편, 신청에 따른 결정 이후에 다시 그 당부에 대한 판단절차로서 판결절차 또는 판결절차에 준하는 절차가 진행될 수 있다는 점에서 공통점이 있다. 판결절차, 보전명령절차 및 독촉절차를 모두에 적용될 수 있는 일관성 있는 기준이 바람직하므로, 판결절차에서 소장제출 이후 소장부분송달 이전을 소송계속 중과 같이 취급한다면, 보전명령절차나 독촉절차에서도 신청이후의 단계는, 그 이후의 어떤 시점 이전과 이후 즉, 보정명령발령이나 지급명령정보송달시의 이전과 이후를 구별함이 없이 같이 취급하는 것이 타당할 것이다.

우선, 채무자로 기재된 자의 사망을 간과한 채 발령된 보전명령의 효력에 대하여 판례는 오래전부터 보전명령신청 이전에 사망한 경우에는 보전명령이 무효지만,⁷⁴⁾ 보전명령신청 이후에

69) 오상현, 332면.

70) 오상현, 333-335면.

71) 오상현, 336면, 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 도산절차와 소송 및 집행절차, 박영사(2013. 8), 61면 각주 90.

72) 오상현, 336-338면.

73) 보전명령절차의 경우 심문절차나 변론절차가 가능하지만(민사집행법 제286조) 통상 서면심리에 의하고, 독촉절차의 경우 법상 서면심리에 의하도록 되어 있다는 점(민사소송법 467조)에서 차이가 있다.

74) 채무자를 상속인으로 바꾸는 보전명령의 경정신청도 허용하지 않는다. 대법원 1991. 3. 29. 자 89

사망한 경우에는 보전명령발령이 유효하다고, 즉 상속인에 대하여 효력이 있는 것으로 보았다.⁷⁵⁾ 이는 결국 채무자로 기재된 자가 보전명령신청 이후 사망한 경우는 판결절차에서 소송계속 발생 이후 즉, 소장부분송달 이후 피고가 사망한 경우와 동일하게 취급하고 있는 것이라고 할 수 있다.⁷⁶⁾

반면, 최근 선고된 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다274188 판결은 위 2014다34041 판결의 법리가 독촉절차에도 적용되므로 지급명령신청 이후 지급명령정본이 송달되기 전에 채무자가 사망한 경우에는 지급명령은 효력이 없다고 판시하였다. 위 2016다274188 판결은 독촉절차의 경우 지급명령정본송달을 판결절차의 소장부분송달과 같이 본 것이다.

하지만, 독촉절차도 성질에 반하지 않는 한 소에 관한 규정이 준용되므로(민사소송법 제464조) 판결절차에서 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계에 대하여 소송중단 및 수계에 관한 규정의 유추적용을 인정하는 것이 타당하다고 본 이상, 독촉절차에서도 보전명령절차와 마찬가지로 처리하는 것이 타당하다고 생각한다.⁷⁷⁾

첨언하면, 위 2016다274188 판결의 사안은 사망이 아니라 회생절차의 폐지로 인한 당사자 적격의 소멸이 문제된 사안이라는 점에 유의할 필요가 있다. 위 판결은 사망에 대한 위 2014다34041 판결의 법리를 전제로 회생절차폐지결정이 확정되어 효력이 발생하면 관리인의 권한은 소멸하므로, 관리인을 채무자로 한 지급명령의 발령 후 정본의 송달 전에 회생절차폐지결정이 확정된 경우에도 채무자로 기재된 자가 소장부분송달 전에 사망한 경우와 마찬가지로 보아

그9 결정.

75) 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다1240 판결(가압류), 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다48017 판결(가처분).

76) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다38921, 38938 판결은 “보전처분명령이 결정으로 이루어지는 경우에는 당사자대립주의는 통상의 판결절차에서와 같이 전면적이고 완전한 형태로 나타나지 않다가 보전처분에 대한 이의나 불복신청의 절차에서 비로소 분명한 형태로 나타나게 된다고 하더라도 보전소송도 민사소송절차의 일환으로서 대립당사자의 존재를 전제로 하는 것이므로, 이미 사망한 자를 채무자로 한 처분금지가처분신청은 부적법하고 그 신청에 따른 처분금지가처분결정이 있었다고 하여도 그 결정은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 아니한다” 고 판시하였다. 위 75다1240 판결, 92다48017 판결의 판시에 비추어 위 밑줄 친 부분을 반대해석하면 보전명령신청은, 그 이후 채무자로 기재된 자의 사망에 불구하고 적법하고, 그에 기한 보전명령은 무효가 아니고, 상속인에게 효력이 미치는 것으로 된다.

77) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제172조 제1항의 “회생절차개시 당시 이의채권에 관하여 소송이 계속하는 경우 회생채권자 또는 회생담보권자가 그 권리의 확정을 구하고자 하는 때에는 이의자 전원을 그 소송의 상대방으로 하여 소송절차를 수계하여야 한다.” 의 밑줄 친 ‘소송이 계속하는 경우’의 해석과 관련하여 독촉절차에서는 지급명령정본이 송달된 때에 그에 해당하는 소송계속이 발생한다는 견해로는 오세용, 회생절차 개시결정이 독촉절차에 미치는 영향, 도산법연구 제5권 제2호, 사단법인 도법연구회(2014. 10), 31면 이하. 34-35면. 회생채권조사과정에서 이의가 제기된 경우 채권조사확정재판신청을 하여야 하는지 아니면 기존 소송을 수계하여야 하는지의 선택과 관련된 견해이다. 한편 위 견해는 지급명령정본송달 이전 단계에서는 독촉절차가 중단되고, 독촉법원은 지급명령을 각하하거나, 직권으로 소송절차에 회부하여야 입장을 취한다(36, 38, 39면).

야 한다고 판시하였다.

위 2016다274188 판결은 회생절차의 개시로 인하여 당사자적격이 이전된 경우에 대하여 자연인의 사망과 같은 법리를 적용한 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다68279 판결⁷⁸⁾과 궤를 같이 하나, 사망자는 다시 살아날 당사자능력을 회복할 수 없지만, 회생절차 진행 중의 채무자는 이후 다시 당사자적격을 회복할 수 있으므로,⁷⁹⁾ 이 경우 두 경우를 같이 취급하는 것에는 의문이 있다.

위 2016다274188 판결에 대하여 또 하나 유의할 점은 지급명령신청인이 애초 신청서의 채무자란에 회사의 대표이사 개인을 기재하고, 회사가 발행한 수표를 신청서에 첨부하였는데, 법원이 채무자가 대표이사 개인인지 회사인지 특정하라는 보정명령을 내리자, 지급명령신청인이 채무자를 회사로 특정하는 보정을 하였음에도 불구하고, 보정 때 제출된 법인등기부등본에 의하면 회사에 대하여 회생절차가 진행 중이라는 이유로 직권으로 채무자를 회사의 관리인으로 하여 지급명령을 발한 점이다.

이는 법원이 하는 당사자의 확정인 원고가 하는 당사자의 특정을 보완하는 범위를 벗어난 것으로 볼 여지도 있는바, 이렇게 보는 경우에 지급명령은 당사자가 아닌 자에 대한 것으로서 무효가 될 것이다. 그렇지 않더라도 확정된 당사자가 당사자의 특정(표시)과 일치하지 않는 경우에는 원고로 하여금 당사자표시정정을 하게 한 다음 절차를 진행하여야 할 것이고, 특히 특정된 당사자에게 당사자능력이나 당사자적격이 없는 경우에는 보정명령은 확정된 당사자로서의 표시정정을 명확히 요구하는 것이어야 한다.⁸⁰⁾⁸¹⁾ 당사자의 특정과 이를 전제로 한 당사자확정을

78) 이 판결은 “개인채무자인 피고에 대해 회생절차개시결정이 내려진 이 사건의 경우, 피고는 채무자 본인으로서의 자격과 관리인으로서의 자격을 동시에 가지고 있으나, 원고는 본인의 지위에 있는 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하였다면 당사자적격이 없어 각하당할 것인데 굳이 본인의 지위에 있는 피고를 상대로 하여 소를 제기할 이유가 전혀 없는 점, 원고가 제출한 소장 기재 내용 및 피고의 주장 등에 비추어 보더라도 관리인인 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 원심으로서 원고에게, 피고를 채무자 본인으로 본 것인지 아니면 관리인으로 본 것인지에 관하여 석명할 필요 없이 관리인의 지위에 있는 피고를 상대로 이 사건 소를 제기한 것으로 보고 관리인으로서 피고의 지위를 표시하라는 취지로 당사자표시정정의 보정명령을 내림이 타당하다고 할 것이다.”고 판시하였다. 이 판결이 항소심에서 당사자표시정정이 가능하다고 본 점에서 사망자 상대 소송에 대한 대법원판례의 입장과의 배치되는 점이 있다.

79) 위 2016다274188 판결에서와 같이 관리인이 당사자적격을 상실할 수도 있다.

80) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다68279 판결은 “개인채무자인 피고에 대해 회생절차개시결정이 내려진 이 사건의 경우, 피고는 채무자 본인으로서의 자격과 관리인으로서의 자격을 동시에 가지고 있으나, 원고는 본인의 지위에 있는 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하였다면 당사자적격이 없어 각하당할 것인데 굳이 본인의 지위에 있는 피고를 상대로 하여 소를 제기할 이유가 전혀 없는 점, 원고가 제출한 소장의 기재 내용 및 피고의 주장 등에 비추어 보더라도 관리인인 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 원심으로서 원고에게, 피고를 채무자 본인으로 본 것인지 아니면 관리인으로 본 것인지에 관하여 석명할 필요 없이 관리인의 지위에 있는 피고를 상대로 이 사건 소를 제기한 것으로 보고 관리인으로서 피고의 지위를 표시하라는 취지로 당사자표시정정의 보정명령을 내림이 타당하다고 할 것이다.”고 판시하였다.

둘러싼 불확실성에 대한 위험은 궁극적으로 원고가 부담하게 하는 것이 상당하다. 법원이 당사자확정과 관련하여 지나치게 많은 사항을 고려하여 후견적인 기능을 수행하는 것은 선의에 기한 것으로 해석되기는 하나, 처분권주의의 원칙을 고려할 때 불필요한 위험을 짊어지는 것이다.

(3) 원고측 사망과의 비교

대법원은 최근 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결에서 원고로 기재된 자가 사망 전에 소송대리인을 선임하고 소송대리인이 소를 제기하기 전 사망한 사안에 대하여, 수계절차의 규정이 유추적용되어야 한다고 판시한 바 있다.⁸²⁾ 이 판결의 사안 역시 시효중단을 둘러싸고 원고측과 피고측 사이에 이해가 대립되는 사안인바, 1심판결이 선고된 이후 항소심에서 원고로 기재된 자의 제소전 사망사실이 밝혀졌기 때문에 판례의 기존 입장에 따르면 1심판결은 무효라고 보아야 할 것이지만, 대법원은 소장제출 이전에 소송대리인이 선임되어 있다는 것을 이유로 예외를 인정하였다. 이 판결은 같은 취지의 일본의 판례⁸³⁾를 참조하였고, 일본의 판례는 독일의 학설에서 그 기원을 찾을 수 있다.⁸⁴⁾

현재 대법원 판례의 입장을 전체적으로 고찰하면, 원고가 소장제출 이후 소장부분송달 이전에 사망한 사안에 대하여 판시한 바는 아직 없지만, 피고가 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계에서 사망한 것이 간과된 경우 소송수계를 인정하지 않음으로써 엄하게, 원고가 소장제출 이전에 사망한 경우 일정 범위에서 소송수계를 인정함으로써 관대하게 취급하고 있는바, 이는 궁극적으로 원고에게 당사자를 특정할 책임이 있는 점, 수계절차의 규정들은 소송계속 중을 전제로 한 것으로서 이를 소장제출 이전 단계에까지 유추적용하는 것은 무리인 점, 본인의 사망을 소송대리권의 소멸사유에서 제외하고 있는 규정 역시 소송계속 중을 전제로 하는 것으로서 이를 소장제출 이전 단계에도 적용되는 것으로 보는 것은 의문일 뿐만 아니라⁸⁵⁾ 가사 이를 궁

81) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2014후713 판결은 “심판청구인이 당사자적격이 없는 회생회사를 당사자로 표시하였다면 특히심판원은 심판청구서의 당사자 표시만에 의할 것이 아니고 심판청구의 내용을 종합하여 당사자를 확정하여야 한다. 그리하여 확정된 당사자가 관리인이라면 당사자의 표시를 관리인으로 보정하게 한 다음 심리·판단하여야 하고, 확정된 당사자가 회생회사라면 당사자적격이 없으므로 심판청구를 각하하여야 한다” 라고 판시하여 명백히 당사자적격이 없는 자가 당사자로 표시된 경우에도 반드시 당사자적격자가 당사자로 확정되는 것은 아니라는 점을 밝히고 있다. 다만, 위 판결은 상고심 계속 중의 사정까지 고려하여 당사자를 확정하여야 한다는 취지의 판시도 함으로써 당사자확정의 고려사항을 제소 이후의 사정까지 확대하여 표시설에서 이탈하고 있다.

82) 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결.

83) 최고재판소 소화 51. 3. 15(서기 1976. 3. 15). 판결, 한충수, 소 제기 전 당사자의 사망과 소송대리인의 소송대리권 - 대법원 2016. 4. 29. 선고, 2014다210449 판결 -, 법조(최신판례분석) Vol. 719, 법조협회(2016. 10), 564면 이하(이하 ‘한충수’라고 한다), 575면.

84) 齋藤秀夫 編著, 注解民事訴訟法 (1), 第一法規(1974년), 259면 각주 21 참조.

85) 한충수, 576면. 임소연, 소 제기 전 당사자 사망의 경우 소송대리권의 존속 여부와 소송의 적법

정하여 위 판결의 사안에서 사망자가 선임한 소송대리인이 상속인의 소송대리인으로서 소를 제기한 것으로 보더라도 소송절차에서 소송대리인의 귀책사유는 본인의 귀책사유로 취급되는 것이 원칙이므로 결국 위 2014다210449 판결의 사안은 상속인이 사망자 명의로 소를 제기한 일반적일 경우와 달리 볼 바 아닌 점 등을 참작하면, 균형을 상실한 것으로 평가될 소지가 있다.

IV. 결 론

이상에서 위 2010다99040 판결과 2014다34041 판결을 통하여 피고로 기재된 자가 제소전에 사망한 경우에 대한 대법원판례의 법리를 살펴보았다.

위 2010다99040 판결의 결론에 찬성하면서, 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 경우에 대하여 대법원은 소멸시효중단과 관련한 원고와 상속인의 이해관계를 조절하기 위하여 사망자를 주된 당사자로 보되, 상속인을 잠재적·부차적인 당사자로 봄으로써 상속인으로서의 당사자표시정정을 인정하지만, 그 시한을 1심판결선고시까지 한정하는 입장을 취하고 있다고 분석하였다. 또한 신의칙을 당사자확정의 고려요소가 아니라 별개의 법리로 취급하는 것이 타당하고, 무효의 판결에 대한 상소를 인정하는 것이 일반론으로서는 타당하지만, 사망자 상대 판결에 대한 상소와 관련하여서는 대법원이 상속인으로서의 당사자표시정정을 1심판결선고시까지로 한정함에 따른 제약이 발생한다는 점을 보았다.

위 2014다34041 판결의 결론에는 반대하였는바, 이는 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계에 대하여는 수계절차에 관한 규정을 유추적용하는 것이 타당하고, 이렇게 보는 것이 나아가 판결절차, 보전명령절차 및 독촉절차를 모두 아울러 일관된 처리를 할 수 있게 해주기 때문이었다.

마지막으로 당사자표시정정은 원래 표시에 명백한 오류가 있거나 애매한 경우에 이용되는 것이지만, 대법원은 당사자표시정정을 이러한 원래의 이용범위를 넘어서 소장에 당사자로 기재된 자가 당사자능력이나 당사자적격이 없는 경우 예컨대 이 글에서 살펴 본 ① 사망자와 상속인의 혼동을 비롯하여 그 외에도 ② 행정청과 국가/지방자치단체의 혼동, ③ 도산절차의 채무자와 파산관재인/관리인의 혼동 등의 경우에도 이용하고 있는바, 이는 기본적으로 현행 민사소송법의 피고경정으로는 소멸시효중단의 효과를 최초의 소제기시로 소급시킬 수 없기 때문에 일어난 현상이다. 이와 같은 경우 대법원은 당사자표시가 잘못되었거나 애매하므로 당사자표시정정이 가능하다는 논리를 구사하지만, 실제 표시설의 관점에서는 당사자표시 자체는 문제가 없

여부, 법학연구 제28권 제3호, 충남대학교(2017. 8), 73면 이하, 83-84면.

으므로,⁸⁶⁾ 이는 당사자표시정정을 인정하여 소멸시효중단의 효과를 애초의 소제기시로 소급시키기 위한 의제적인 것이다.⁸⁷⁾ 이러한 점을 들어 위와 같은 당사자표시정정에는 당사자변경이 은폐되어 있다고 표현하기도 한다. 따라서 위 ①, ②, ③에 대하여는 피고경정제도의 개선⁸⁸⁾으로 대응하는 것이 올바른 해결책이지만, 일조일석에 해결될 쉬운 문제는 아니고, 또 입법이 필요한 것으로 생각된다.⁸⁹⁾

따라서 위와 같은 피고경정제도의 개선이 있기 전에는 당사자표시정정을 활용할 필요성은 긍정할 수 밖에 없다고 할 것이다. 다만, 위 ①, ②, ③ 각각 상호간은 일견 유사하면서도 차이점이 존재하여 일률적인 취급은 도모하기 어려운 것이 아닌가 생각된다. 부연하면, ①, ②의 경우 사망자와 행정청이 모두 당사자능력이 없지만, 사망자의 경우에는 행정청과 달리 사회적으로 실재한다고 볼 여지가 없어, 소위 당사자의 부존재에 해당한다는 차이점이 있다.⁹⁰⁾ ①, ③의 경우 대법원은 위 2016다274188 판결 등을 통하여 동일한 법리를 적용하였지만, 사망자가 다시 당사자능력을 취득할 가능성은 전무하지만, 도산절차의 채무자는 다시 당사자적격을 회복할 수 있다는 차이점이 있다. ②, ③의 경우 행정청은 당사자능력이 없고 이를 가질 가능성이 없지만, 도산절차의 채무자는 당사자적격이 없고, 이를 회복할 가능성이 있다는 차이가 있다. 따라서, ①, ②, ③의 구제수단으로 당사자표시정정이 인정된다고 하더라도 그 취급에는 차이가 있을 수밖에 없다고 생각된다. 또한 문제가 발생한 쪽 원고측인지 피고측인지에 따라서도 차이가 생길 수 있다.

이 글은 ① 중 피고측 사망에 대한 것이므로, ① 중 원고측 사망과 ②, ③에 대하여 이 글에서 전개한 논지가 그대로 적용될 수 있을지에 대하여는 추가적인 연구가 필요하다고 생각된다.

(논문투고일자: 2017. 11. 30 / 심사 및 수정일자: 2017. 12. 21 / 게재확정일자: 2017. 12. 22)

주제어 : 당사자의 사망, 당사자능력, 당사자확정, 소송수계, 소송중단, 당사자표시정정, 소송계속, 당사자적격

86) 진정 당사자표시에 맹백한 오류가 있거나 애매한 점이 있다면 원래 의미의 당사자표시정정이 가능할 것이다.

87) 피고경정이 있는 경우 소멸시효중단의 효과가 애초의 소제기시로 소급되는 것으로 법이 정하고 있는 상황에서 당사자확정을 하게 되면 위와 같은 의제적인 논리를 쓸 필요가 거의 없어질 것이다.

88) 피고경정이 인정되는 객관적 상황과 시한(심급), 소멸시효중단의 효과의 소급효과 인정되는 범위 등이 검토되어야 할 것이다.

89) 박익환, 805-808면.

90) 또한 앞서 본 바와 같이 행정소송에서 피고경정이 항소심에서도 가능하고, 소제기의 효력이 최초의 소제기시로 소급된다는 점도 다른 취급의 요인으로 고려될 수 있을 것이다.

〈참고문헌〉

[논문]

- 길기봉, 사망자 명의로 제기된 소임이 상고심에서 밝혀지는 경우의 처리, 대법원판례해설 21호(1994 상반기), 290면 이하.
- 김연학, 보전처분에 관한 이의절차의 문제점, 재판실무연구(3), 한국사법행정학회(2008), 180면 이하
- 박영식, 사망한 채무자 명의의 가압류결정과 시효중단 - 대법원 1976. 2. 24 선고, 75다1240 판결 -, 민사판례연구 [I], 박영사(1992), 278면 이하.
- 박익환, 당사자표시정정의 허용범위, 민사판례연구 [XXXVII], 박영사(2015), 777면 이하.
- 오상현, 소장송달 전에 사망한 사람을 당사자로 한 판결의 효력과 상소, 수계 - 대법원 2015. 1. 29. 선고, 2014다34041 판결 -, 법조 Vol.713, 법조협회(2016. 2), 308면 이하.
- 오세용, 희생절차 개시결정이 독촉절차에 미치는 영향, 도산법연구 제5권 제2호, 사단법인 도법연구회(2014. 10), 31면 이하.
- 임소연, 소 제기 전 당사자 사망의 경우 소송대리권의 존속 여부와 소송의 적법 여부, 법학연구 제28권 제3호, 충남대학교(2017. 8), 73면 이하.
- 오정후, 소송계속에 관하여, 서울대학교 법학 제54권 제1호(2013. 3), 159면 이하.
- 임호영, 상속인들이 전치절차중 사망한 피상속인 명의로 항고소송을 제기한 후 소송수계신청을 한 경우 법원의 처리, 대법원 판례해설 제22호(1994년 하반기), 법원도서관(1994. 12), 472면 이하.
- 한충수, 소 제기 전 당사자의 사망과 소송대리인의 소송대리권 - 대법원 2016. 4. 29. 선고, 2014다210449 판결 -, 법조(최신판례분석) Vol.719, 법조협회(2016. 10), 564면 이하.
- 上田竹志, 死者を当事者とする訴訟, 民事訴訟法判例百選 第四版[別冊ジュリスト(No.201)], 有斐閣(2010. 10), 16면 이하
- 上田竹志, 死者を当事者とする訴訟, 民事訴訟法判例百選 第五版[別冊ジュリスト(No.226)], 有斐閣(2015. 11), 16면 이하
- 北村賢哲, 死者を当事者とする訴訟, 民事訴訟法判例百選 第三版[別冊ジュリスト(No.169)], 有斐閣(2003. 12), 24면 이하
- 福永有利, 当事者の確定理論の意義, 民事訴訟当事者論, 有斐閣(2004), 428면 이하
- 納谷廣美, 当事者確定の理論と実務, 新実務民事訴訟講座 第一卷, 日本評論社(1981), 239면 이하

[단행본]

- 김홍엽, 민사소송법 제6판, 박영사(2016).
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 도산절차와 소송 및 집행절차, 박영사(2013. 8).
- 이시운, 신민사소송법 제10판, 박영사(2016).
- 이시운, 신민사소송법 제8판, 박영사(2014).
- 전병서, 민사소송법강의 제4판보정, 법문사(2003).
- 정동운·유병현·김경옥, 민사소송법 제6판, 법문사(2017).
- 伊藤眞, 民事訴訟法 第3版再訂版, 有斐閣(2006).
- 中野貞一郎·松浦馨·鈴木正裕, 新民事訴訟法講義 第2版補訂2版, 有斐閣(2009).
- 編集代表 新堂幸司·鈴木正裕·竹下守夫, 注釈民事訴訟法 (1), 有斐閣(1991).
- 編集代表 新堂幸司·鈴木正裕·竹下守夫, 注釈民事訴訟法 (8), 有斐閣(1998).
- 秋山幹男·伊藤眞·加藤新太郎·高田裕成·福田剛久·山本和彦 著, コメンタル民事訴訟法 I 第2版, 日本評論社(2006).
- 秋山幹男·伊藤眞·加藤新太郎·高田裕成·福田剛久·山本和彦 著, コメンタル民事訴訟法 II 第2版, 日本評論社(2007).

〈국문초록〉

제소전 사망한 자를 피고로 한 소송에 관한 대법원 판례에 대한 고찰

박재완

이 글의 목적은 피고로 기재된 자가 제소전에 사망한 경우에 대한 대법원판례의 법리를 알아보고, 그 적절성을 검토하는 것이다.

대법원은 오래 전부터 피고로 기재된 자가 소장제출 이전에 사망한 사실을 원고가 몰랐던 경우 실질적인 피고는 상속인이므로 상속인으로의 당사자표시정정이 가능하다고 판시하여 왔으나, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040 판결은 사망사실을 원고가 알고 소를 제기한 경우에도 마찬가지로 법리가 적용된다고 판시하였고, 또한 사안상 당사자표시정정이 소멸시효중단의 효과를 최초의 제소시로 소급시키기 위하여 필요한 것임이 분명하게 나타나 있다. 위 판결의 판시를, 대법원판례의 또 다른 판시들 즉 위와 같은 경우 당사자표시정정은 1심판결선고시까지만 인정되고, 사망사실을 간과하고 선고된 1심판결은 무효라는 판시와 조화롭게 해석하면, 대법원의 입장은 위와 같은 경우 사망자를 주된 피고로, 상속인을 잠재적·부차적인 피고로 봄으로써 원고에게 당사자표시정정을 할 기회를, 1심판결선고시까지만 부여하는 것이라고 파악할 수 있다. 사망자 상대 소송에서 당사자확정과 신의칙은 구별되는 별개의 법리로 취급하여야 하고, 따라서 표시설에 의하여 당사자를 확정된 다음에 이를 전제로 신의칙을 적용하는 것이 타당하다. 무효인 판결에 대한 상소제기를 인정하는 것이 일반론으로서 타당하지만, 사망자 상대 판결에 대한 상소의 경우, 대법원과 같이 1심판결선고 이후에는 당사자표시정정이나 수계가 불가능하다고 보면, 상속인의 상소는 당사자가 아닌 자의 상소로서 각하를 면하기 어렵다.

대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결은 소장제출 이전 단계에서 적용되는 법리가 소장제출 이후 소장부분송달 이전 단계에도 적용된다고 판시하여 사망자에 대한 법리의 시적 적용범위를 명확히 밝혀주었으나, 수계절차에 관한 규정을 유추적용하는 것이 타당하고, 이러한 입장을 취하면 판결절차, 보전명령절차 및 독촉절차 전체를 일관된 기준으로 처리할 수 있다.

〈Abstract〉

A Study on Supreme Court Cases dealing with Suits Raised against Defendants Who died before filing of Complaints

Jaewan Park

The aim of this paper is to grasp legal principles of Supreme Court cases dealing with suits raised against defendants who died before filing of complaints and review their appropriateness. Supreme Court has long been held that when a person indicated as defendant in a complaint died earlier before filing, if a plaintiff had no knowledge of it before filing, successors of the deceased are actually defendants, and thus the plaintiff can correct the indication of defendant from the deceased to the successors. Supreme Court Decision 2010Da99040 decided on March 10, 2011 held that even if a plaintiff had known that a person indicated as defendant died before filing, the same legal principles still apply. The decision, when accompanied by other case laws regarding the issue, tells us the whole picture of the Supreme Court's legal principles: that the Supreme Court regards the deceased as the principal defendant and the successor as the secondary defendant; and this scheme is to give a plaintiff, whose means to get relevant information regarding death of his obligator is practically limited, a chance to halt the progression of statute of limitation, during the first the instance proceeding.

Supreme Court Decision 2014Da34041 decided on January 29, 2015 held that the same principles apply when a person indicated as defendant died after filing of a complaint before service of the complaint. But in the situation, the principles of succession of proceedings should apply for proper outcome. With the approach, the outcomes would be consistent and appropriate among civil litigation proceedings, preliminary attachment proceedings and Payment order proceedings.

K C I

Key Words : *Death of a Party, Capacity for Being a Party, Identification of a Party, Succession, Interruption, Correction for an Indication of Parties, Pending of a Lawsuit, Standing*