

〈논문〉

소송계속에 관하여*

吳 姬 厚**

요 약

우리 민사소송법은 소장제출로 소가 제기되도록 한다. 소제기의 실제법상 효과는 문언 그대로 소제기시에 발생하지만 소송법상 효과인 소송계속은 다른 시점에 발생하는데도 민사소송법은 소송계속의 발생시를 정하지 않고 오히려 실제법상의 효과 발생시를 규정한다. 우리 민사소송법이 독일 민사소송법을 계수하면서 소제기를 독일 법과 달리 규정하였고 소송계속에 대한 조문을 받아들이지 않았기 때문에 이런 문제가 생겼다. 관할의 항정을 소제기의 효과로 규정하지 않고 관할조사의 표준시를 다른 소송요건과 달리 소제기시로 정한 결과로 보는 것도 바람직하지 않다. 관할만 다른 소송요건과 다른 시점을 표준으로 하여 조사하는 것이 바람직하지도 않거니와, 조문을 선택할 필요가 있다는 점에서도 그러하다. 소를 취하하면 소송계속이 발생하지 않은 것으로 보는 것도 정확하지 않다. 소를 제기하지 않은 것으로 본다 하여야 소송상의 효과가 완전히 없어진다.

2011년에 소장부분을 송달하지 않은 상태에서 상고심 판결까지 선고한 사례가 있는데, 하급심 법원이 소장부분을 송달하지 않은 위법을 지적하면서 원심판결을 파기한 상고심 판결에도 똑같은 위법이 있다. 상고법원은 우선 소장부분을 송달하여 소송계속을 발생시켰어야 한다. 그리고 상고법원에서 심리를 시작하는 것은 심급관할 위반이므로 사건을 제1심 법원으로 이송하였어야 한다. 우리 법원은 많은 경우에 판결로써 소송종료선언을 하는데, 법원이 소송계속의 소멸을 간과하고 판결을 하여 상소를 통하여 이를 바로잡는 경우에는 어쩔 수 없지만 당사자가 소송계속의 소멸을 다투는 경우에는 당사자의 주장에 편승하여 소송계속이 없는데도 판결을 하여서는 안 된다.

주제어: 소송계속, 처분권주의, 무효판결, 소송종료선언

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비의 지원을 받아 작성되었다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수·법학박사.

I. 머리말

소송계속은 민사소송법과 민사소송법학의 기본 개념 가운데 하나이다. 그런데 이것이 중요하다고 생각하는 사람은, 아니 이것이 기본 개념이라는 것을 인식하고 있는 사람은 놀라울 정도로 적다. 소송법의 기본 개념 가운데 예컨대 기판력은 법률가라면 누구나 중요하다고 여긴다. 그러나 소송계속이 중요하다고 생각하는 사람은 거의 본 적이 없고, 문제를 해결할 때 소송계속을 고려하지 않고 판단하는 경우가 대부분이다. 우리 민사소송법 조문부터도 소송계속에 관한 문제를 제대로 고려하지 않고 만들어졌다.

오래 전부터 우리 법률가들이 소송계속을 무시하는 것을 우려하고 있었는데, 얼마 전에 대법원에서 소송계속이 발생하지 않은 사건에 대하여 판결을 하였다. 그리고 법원은 소송계속 소멸 후에 소송종료선언 판결이라는 것을 하기도 한다. 소송계속이 없는데 법원이 판결을 하다니, 민사소송법을 공부하는 사람으로서 몹시 걱정스럽다. 그래서 소송계속에 대하여 글을 쓰기로 하였다.

II. 소송계속에 관한 입법 및 해석상의 문제점

우리 민사소송법학은 소송계속을 특정한 소송상 청구에 대하여 법원이 판결절차로써 심리할 수 있는 상태라고 정의한다.¹⁾ 소송계속은 소제기의 소송법상 효과이다.

1) 김홍규·강태원, **민사소송법**, 제2판, 삼영사, 2010, 258면; 송상현·박익환, **민사소송법**, 신정6판, 박영사, 2011, 278면; 이시윤, **신민사소송법**, 제6증보판, 박영사, 2012, 262면; 호문혁, **민사소송법**, 제10판, 법문사, 2012, 139면; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2010, § 98 Rn. 1. 그런데 김홍엽, **민사소송법**, 제3판, 박영사, 2012, 315면; 정동윤·유병현, **민사소송법**, 제3판 보정판, 법문사, 2010, 261면은 독촉절차, 제소전화해절차, 민사조정절차에도 소송계속이 생긴다고 본다. 그러나 나중에 판결절차로 이행할 수 있다고 하여 판결절차 이행 전에도 소송계속이 있다고 하는 것은 이해하기 어렵다. 2005년 사법보좌관규칙 시행 이후 독촉절차와 제소전화해절차를 사법보좌관이 담당하므로, 이런 절차에 법관의 판단작용이 있다고 보기는 더욱 힘들다. 한편 이시윤, 앞의 책은 “독촉절차는 협의의 판결절차에 가깝기 때문에” 소송계속이 있다고 한다. 그렇다면 민사조정법 제5조의2에 따라 독촉절차에서 조정절차로 이행하는 경우 소송계속이 있다가 조정으로 이행하면 없어진다는 결과가 된다. 소송계속의 소멸사유로 ‘조정절차로 이행하는 것’을 인정한다는 말인가? 판결절차로 이행하면 지급명령이나 제소전화해, 조정 신청시에 소가 제기된 것으로 보므로(민사소송법 제472조 제2항, 제388조

또 소송계속은 중복된 소제기 금지의 요건이다(민사소송법 제259조). 그 밖에 소송 참가(동법 제71조), 소송고지(제84조), 반소(제269조)나 중간확인의 소의 제기²⁾, 청구의 변경³⁾ 등도 소송계속 중에 할 수 있다고 하므로, 소송계속은 이러한 신청이 적법하기 위한 요건이다. 법률가들은 대체로 소송계속을 중복된 소제기 금지의 요건으로서만 고려하고, 그 외에는 소송계속에 대하여 거의 생각하지 않는다.

1. 소송계속의 발생시

소송계속은 ‘상태’이므로, 언제 이 상태가 발생하고 소멸하는지 생각하여야 한다. 우리 민사소송법은 소송계속이 언제 발생하는지 정하지 않았다. 그래서 이것은 해석에 맡겨져 있다. 소송계속이 소제기의 소송법상 효과라는 점을 생각하면 소제기시에 소송계속이 발생한다고 하는 것이 자연스럽다. 민사소송법 제248조가 “소는 법원에 소장을 제출함으로써 제기한다”고 하므로 소장제출시가 곧 소제기시이고, 소장의 제출로써 소송이 개시된다. 그런데 학설은 소송계속이 소제기시=소장제출시가 아니고 소장부분송달시에 발생한다는 데 이견이 없다. 그 이유는 다음과 같다: 법원이 특정 소송상 청구를 심리하려면 법원과 원고, 피고 3자 사이에 그 청구에 관한 소송상 법률관계가 성립하여야 한다. 원고가 법원에 소장을 제출하면 소송이 개시되지만 아직 원고와 법원 사이에만 소송상 법률관계가 있고, 피고와 원고, 또 피고와 법원 사이에는 소송법률관계가 생기지 않았다. 법원이 소장부분을 피고에게 송달하면 비로소 법원, 원고, 피고 사이에 소송상 법률관계가 성립하고 법원이 그 소송상 청구에 대하여 심리할 수 있다.⁴⁾ 이런 이유로 소송계속은 소제기의 소송법상 효과이지만 소제기시에 발생하지 않고 소장부분송달시에 발생한다.

그런데 소제기는 실체법적으로도 일정한 효과가 있다. 소제기는 권리를 행사하는 방법의 하나이고, 특히 청구권을 행사하는 방식, 곧 의무자에게 의무의 이행을 ‘청구’하는 것이므로 민법 제168조 제1호 ‘청구’에 해당하여 소멸시효의 중단사유이다.

제2항, 민사조정법 제36조 제1항), 그 때로 소급하여 소송계속이 인정된다고 하면 된다.

- 2) 김홍규·강태원, 앞의 책, 678면; 김홍엽, 앞의 책, 853면 이하; 송상현·박익환, 앞의 책, 612면; 이시윤, 앞의 책, 671면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 892면; 호문혁, 앞의 책, 816면. 소송계속 중이라고 하여 언제나 할 수 있는 것은 아니고, 사실심 계속 중이어야 한다.
- 3) 김홍규·강태원, 앞의 책, 669면; 김홍엽, 앞의 책, 848면; 송상현·박익환, 앞의 책, 605면 이하; 이시윤, 앞의 책, 665면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 875면 이하; 호문혁, 앞의 책, 803면. 이것 역시 사실심 계속 중에 할 수 있다.
- 4) 김홍규·강태원, 앞의 책, 259면; 김홍엽, 앞의 책, 315면; 송상현·박익환, 앞의 책, 279면; 이시윤, 앞의 책, 262면 이하; 정동윤·유병현, 앞의 책, 262면; 호문혁, 앞의 책, 140면.

또 제척기간이 정하여진 경우 기간을 준수하였다는 것을 가장 확실히 할 수 있는 방법이 소를 그 기간 안에 제기하는 것이다.⁵⁾ 소멸시효의 중단이나 기간준수라는 실체법적 효과가 소송계속처럼 소장부분송달시에 발생하도록 한다면, 피고에게 소장부분을 송달하는 데 시간이 오래 걸리는 경우 원고가 소를 제때 제기하고서도 소멸시효가 중단되지 않거나 제척기간을 지키지 못한 것이 되어 실체법상 불이익을 입는다. 따라서 실체법상 소멸시효의 중단이나 제척기간의 준수의 효과는 원고가 법원에 소장을 제출하는 때에 발생하는 것이 마땅하다.⁶⁾

이처럼 소제기의 소송법상 효과와 실체법상 효과의 발생시가 다르다. 소제기의 실체법상 효과는 소장제출시, 곧 민사소송법 제248조의 ‘소제기시’에 발생하므로 따로 규정을 두지 않아도 된다. 반면 소제기의 소송법상 효과인 소송계속은 소제기시가 아니고 다른 시점에 발생하니 민사소송법에 규정을 두는 것이 바람직하다. 물론 규정이 없어도 소송계속발생시에 대하여서는 견해가 일치하니 실제로 문제는 없지만 말이다. 그런데 민사소송법은 제265조에서 ‘시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요상 재판상 청구는 소를 제기한 때 … 그 효력이 생긴다’고 하여 소제기의 실체법상 효과가 발생하는 시기를 명문으로 정한 데 반하여, 소송계속의 발생시는 정하지 않았다. 우리 민사소송법은 필요 없는 것에는 조문을 두고, 막상 필요한 것에는 조문을 두지 않은 것이다.

이것은 독일 민사소송법을 계수하면서 생긴 오류이다. 독일 민사소송법 제253조 제1항은 “서면(소장)의 송달로 소가 제기된다”고 한다. 독일에서라면 ‘소제기시=소장송달시’이므로 소제기시에 발생하는 소송계속에 대하여 따로 규정하지 않고 실체법상 효과의 발생시만 정하면 충분할 것이다. 그런데 우리 법은 독일 법과 달리 소장제출로 소가 제기되게끔 하였으니 반대로 소송법상의 효과 발생시를 정하여야 하고 실체법상의 효과 발생시는 꼭 정하지 않아도 된다. 우리 법은 소제기를 독일 법과 달리 정하면서 소제기의 효과 발생시는 독일 제도에 맞추어 규정하였으니 입법적 오류인 것이다.

참고로, 독일 민사소송법에 따르면 소제기의 소송법상 효과와 실체법상의 효과가 동시에 발생한다. 동법 제261조 제1항은 “소제기로 *Rechtshängigkeit*가 생긴다”고

5) 호문혁, 앞의 책, 137면.

6) 송상현·박익환, 앞의 책, 289면; 이시운, 앞의 책, 275면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 275면; 호문혁, 앞의 책, 137면.

하는데, 독일 민사소송법의 *Rechtshängigkeit*는 소제기로 판결절차가 개시되면 생기는 소송법상, 실체법상 여러 효과를 통틀어 이르는 말이다.⁷⁾ 그러나 실체법상의 효과도 소제기, 곧 소장송달로 발생한다. 그런데 위에서 본 것처럼 소제기의 실체법상 효과는 ‘소제기시=소장송달시’가 아니고 소장제출시에 생기도록 하는 것이 마땅하다는 문제가 있다. 원고가 책임질 수 없는 사유로 소장송달이 지연되었을 때 소멸시효가 완성되거나 원고가 기간을 준수하지 못하였다고 하는 것은 가혹하기 때문이다. 그래서 동법 제167조가 “송달로 기간을 준수하거나 소멸시효가 중단되거나 민법 제204조에 따라 정지되는 때에는 송달이 (제출에 이어) 바로⁸⁾ 이루어지면 이 효과가 신청이나 진술의 제출시에 발생한다”고 하여 송달에 소급효를 인정한다. 이를 통하여 실체법적인 효과가 소장제출시로 생긴 것으로 인정된다. 결과적으로 독일 법에 따를 때에도 실체법적 효과가 소장제출시로 소급하여 인정되는 하지만, 이것은 소장이 피고에게 송달되어야 비로소 생긴다. 소장이 송달되

7) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 98 Rn. 1; Stein/Jonas/Roth, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Bd. 4, Tübingen 2008, § 261 Rn. 3; 유병현, “당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향”, **민사소송**, 제12권 제1호(2008. 5.), 35면 이하. 그런데 우리 민사소송법은 소제기를 독일 민사소송법과 달리 규정하였기 때문에 소제기의 효과도 소송법상의 것과 실체법적인 것을 나누어 생각하게 되었다. 그래서 우리는 소송계속을 소제기의 ‘소송법상’ 효과라고 한다. 독일 민사소송법학도 *Rechtshängigkeit*가 효과일 뿐만 아니라 소송상의 ‘상태’라고 한다. 그러나 우리가 소송계속을 ‘특정한 소송상 청구에 대하여 법원이 판결절차로써 심리할 수 있는 상태’라고 정의하는 것과 달리, 독일에서는 *Rechtshängigkeit*를 우선적으로 (다양한) ‘효과’라고 정의한다.

8) 소장이 제출되고 바로 송달되면 소급효를 인정하는데, 여기서 ‘바로’는 ‘적절한 기간 안에(in angemessener Frist)’라는 뜻이다(Musielak, Hans-Joachim, *Grundkurs ZPO*, 11. Aufl., München 2012, Rn. 73). 적절한 기간이 어느 정도인지는 법원이 재량으로 판단한다(Stein/Jonas/Roth, a.a.O., Bd. 3, § 167 Rn. 9). 당사자나 소송대리인이 전체 상황을 고려할 때 바로 송달하기 위하여 할 수 있는 것을 모두 하였다면 법원은 일반적인 기간보다 긴 기간을 ‘적절하다’고 볼 수 있음을 지적하여야 한다(Musielak, a.a.O., Fn. 152; BGH NJW 2001, 887 등 판례 다수). 독일 민사소송법 제167조가 송달의 소급효를 인정하는 것은 원고의 책임 없는 사유로 송달이 지연되었을 때 그가 불이익을 입지 않도록 하기 위하여서이다(Stein/Jonas/Roth, a.a.O., Bd. 3, § 167 Rn. 10). 우리 민사소송법이 소제기시=소장제출시에 소멸시효 중단이나 기간준수의 효과가 생기도록 하는 것도 같은 이유에서이다(주석 **신민사소송법/이호원**, [IV], **한국사법행정학회**, 2003, 348면 이하). 유병현, 앞의 글, 37면은 우리 민사소송법이 소장제출시에 시효가 중단되도록 한 것이 특이한 입법태도라고 하는데, 사실 특이한 것은 소제기가 소장부분송달이 아니고 소장제출로써 이미 이루어지도록 한 것이다. 피고가 소송에 관여하지 않는 상태에서 소송이 개시되도록 하는 것이기 때문이다. 소장부분송달로 소가 제기되고 소송이 개시되도록 하면 소제기의 효과가 소장부분송달로 발생하나 소멸시효 중단, 기간준수의 소장제출시로 소급하여 인정된다고 하는 것이 자연스럽다. 그러나 우리 민사소송법이 소장제출로써 소가 제기되고 소송이 개시되도록 한 이상 소제기의 효과가 소장제출시에 발생하도록 한 것이 특이하다고까지 할 것은 아니다.

어야, 곧 상대방이 ‘청구’를 받아야 소멸시효가 중단되므로 이론적으로 앞뒤가 맞는다. 한편 우리 법에 따르면 소장부분이 송달되기 전에 이미 소멸시효가 중단된다. 소멸시효의 중단사유가 ‘청구’이고 소제기는 청구의 한 형태인데, 상대방이 소제기 사실을 알기도 전에 ‘청구를 하였다’고 인정할 수 있는지 의문이다.⁹⁾

2. 관할의 恒定과 소제기

엄밀하게 소송계속의 효과는 아니지만 소제기와 관련 있는 문제인 관할의 항정도 함께 살펴보자.

우리 민사소송법은 독일 민사소송법을 계수하면서 소제기시를 달리 정하였을 뿐만 아니라 소송계속의 효과를 한 군데에 모으지 않고 따로 떼어 놓았다. 독일 민사소송법 제261조는 제1항과 제2항¹⁰⁾에서 소송계속의 발생시를 정할 뿐만 아니라 제3항 제1호에서 중복된 소제기의 금지를 정하고 제2호에서 관할의 恒定을 정한다. 이 조문은 “수소법원의 관할은 관할의 기초가 되는 사정의 변화에 영향을 받지 아니한다”고 한다. 우리 민사소송법은 소제기절차 부분에 중복된 소제기의 금지(제259조)를 정하고, 관할의 항정은 관할 부분에 ‘관할의 표준이 되는 시기’라고 하여 정한다(제33조). 독일 법과 우리 법의 소제기의 차이를 생각하면 우리 민사소송법이 관할의 항정을 소제기절차 부분이 아니고 관할 부분에 규정한 것을 이해할 수 있다. 독일 법에 따르면 관할의 항정이 소송계속의 효과이지만, 우리 법에 따를 때에는 소송계속의 효과가 아니기 때문이다.¹¹⁾ 우리 민사소송법은 소장제출로 소가 제기되도록 하였으니 관할이 소송계속발생시=소장부분송달시가 아니고 소제기시=소장제출시를 기준으로 판단된다. 그러나 관할의 항정이 소송계속의 효과는 아니더라도 소제기의 효과이기는 하다.

소제기에 관련된 제도를 모두 소제기절차 부분에 규정하건, 따로 떼어 관련된

9) 유병현, 앞의 글, 37면도 같은 점을 지적한다.

10) 이 조문은 소송 중의 소의 소송계속 발생시를 정한다.

11) 김홍규·강태원, 앞의 책, 260면; 이시윤, 앞의 책, 263면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 263면은 관할(법원)의 항정도 소송계속의 효과라고 한다. 송상현·박익환, 앞의 책, 279면은 반대. 민사소송법 제33조는 소제기시, 곧 소장제출시를 관할조사의 표준으로 삼는다. 소송계속 발생시인 소장부분송달시가 아니다. 따라서 우리나라에서는 관할의 항정이 소송계속의 효과가 아니다. 한편 김홍엽, 앞의 책, 316면은 ‘항정’의 뜻을 잘못 이해하였다. 관할의 항정은 이송과는 무관하다. 예를 들어 원고가 피고의 보통재판적 소재지의 법원에 소를 제기한 후 피고가 다른 지역으로 이사를 하여도 관할에는 영향이 없다. 그러나 피고가 손해나 지연을 막기 위하여 민사소송법 제35조의 이송을 신청하여 사건이 이송될 수 있다. 관할의 항정이 이송을 막지 않는 것이다.

부분에 두건 상관없이 없다고 생각할 수도 있다. 그러나 관할의 향정이 소제기의 효과라고 하는 것이 우리 법처럼 관할 조사의 표준시를 따로 정하였기 때문이라고 하는 것보다 낫다. 독일에서는 관할도 다른 소송요건과 마찬가지로 변론종결시를 기준으로 판단하는데¹²⁾ 민사소송법 제261조 제3항 제2호에 따라 소송계속 발생 후에는 수소법원의 관할이 그 기초가 되는 사정의 변화에 영향을 받지 아니하므로, 소제기시에 수소법원의 관할이 인정될 수 있었다면 나중에 피고가 이사를 하였다든가 하는 사정의 변화가 있어도 관할이 인정된다. 그런데 우리 민사소송법 제33조는 “법원의 관할은 소를 제기한 때를 표준으로 정한다”고 하므로, 다른 소송요건과 달리 관할은 변론종결시를 기준으로 판단하지 않는다. 위의 예와 반대로 소제기시에는 관할위반이었는데 나중에 피고가 수소법원의 관할구역 안으로 이사하였다면 제33조에 따를 때 수소법원은 관할권이 있는가, 없는가? 동조의 문언을 엄격하게 따르다면 ‘소제기시를 표준으로’ 판단하여 관할위반이라고 하여야 할 것이다. 그러나 이렇게 새기는 것은 비효율적이고, 입법자의 의도가 과연 그런 것인지도 의심스럽다. 그래서 학설은 소제기시에 관할위반이었다라도 나중에 관할을 인정할 수 있게 되면 관할위반이 아니라고 한다.¹³⁾ 우리 민사소송법 제33조도 해석의 결과 독일 민사소송법 제261조 제3항 제2호와 마찬가지로 되는 것이다. 그러나 독일 민사소송법 제261조 제3항 제2호는 문언 그대로 새기면 된다. 관할도 다른 소송요건처럼 변론종결시를 기준으로 판단하지만, 소제기 후의 사정 변화는 영향이 없다는 것이다. 그러나 우리 민사소송법 제33조는 ‘선행’하여 주어야 한다. 어느 쪽이 나은 입법인지는 두말할 필요도 없다. 그리고 소송요건 가운데 관할만 특별 취급하여 조사의 표준시를 달리 정하는 것보다, 다른 소송요건과 마찬가지로 규율하되 꼭 필요한 범위 안에서만 특별규정을 두는 편이 낫다. 제33조는 소제기절차 부분으로 옮기고, 문언도 소제기 후에 관할의 기초가 되는 사정의 변화가 있어도 법원의 관할은 영향을 받지 않는다는 것을 나타내는 문언으로 바꾸는 편이 좋을 것이다.

12) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 93 Rn. 37; 김홍엽, 앞의 책, 225면 이하; 송상현·박익환, 앞의 책, 201면; 이시윤, 앞의 책, 195면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 353면; 호문혁, 앞의 책, 316면. 이 가운데 정동윤·유병현, 앞의 책; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O.는 각 심급의 변론종결시가 판단기준시이며, 상고심에서는 상고심변론종결시가 기준이라고 한다. 그러나 김홍엽, 앞의 책; 송상현·박익환, 앞의 책; 이시윤, 앞의 책은 사실심변론종결시가 기준이라고 한다.

13) 호문혁, 앞의 책, 195면; 주석 신민사소송법/김능환, (I), 226면.

3. 소송계속의 소멸에 관련된 문제점

우리 민사소송법에는 소송계속의 소멸에 관련된 문제도 있다. 소취하에 관한 제267조 제1항을 보자. 이 조문은 “취하된 부분에 대하여는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 본다”고 한다. 소취하의 효과는 ‘소송계속의 소급적 소멸’이라는 뜻이다. 소는 소장제출로써 제기되었는데 제267조 제1항은 소송계속만 소멸시키므로 ‘소는 제기된 것’이다. 소장심사절차 부분은 여전히 남고, 소제기의 실제법상 효과가 유지된다는 말이다. 후자는 민법 제170조 제1항에 따라 해결되니 문제없지만, 소가 취하되었는데 소장심사의 결과가 남는다는 것은 납득할 수 없다. 민사소송법이 소제기와 소송계속의 발생을 구별하고서 소취하로 소송계속만 소멸시키는 것은 잘못이다. 제267조 제1항의 문언은 ‘소가 제기되지 아니한 것으로 본다’라고 고쳐야 할 것이다.¹⁴⁾

다음으로 소송계속의 소멸에 관한 학설의 문제를 살핀다. 민사소송법 제254조에 따라 소장부분을 송달하기 전에 재판장이 소장심사를 한다. 소송계속이 발생하기 전에도 민사소송법상 일정한 절차를 거치는 것이다. 곧 원고와 법원 사이에만 소송법상 법률관계가 있는 동안에도 재판기관(재판장)이 민사소송법에 따른 소송행위를 한다. 그리고 소장이 부적식이고 보정되지 않으면 소장을 각하함으로써 소송이 종료한다. 소장제출=소제기로써 소송이 개시되었다가¹⁵⁾ 소장각하명령이 확정됨으로써 종료하는 것이다. 소장부분이 송달되지 않았으니 소송계속은 발생하지 않았다. 따라서 소장각하명령의 확정은 소송계속의 소멸사유는 아니지만 소송종료사유이다.

그런데 소장심사절차에서 소장의 흠을 발견하지 못하였다가 나중에 발견하면 어떻게 할 것인가가 문제된다. 소송계속 발생 후에도 변론개시 전까지는 소장각하명령을 할 수 있다는 견해¹⁶⁾와 소장송달 전까지만 할 수 있다는 견해¹⁷⁾가 대립한다.

14) 독일 민사소송법에 따르면 소송계속의 발생과 소멸이 소송의 개시와 종료와 일치한다. 그러나 독일에서는 소취하의 효과가 소송계속의 소급적 소멸이라고 하여도 문제가 없을 것이다. 그리고 소제기의 실제법적 효과도 ‘소장이 송달되면 발생하지만 소장 제출시에 소급하여 인정’되므로 소장이 송달되지 않았다고 보면 실제법적 효과도 발생하지 않는다. 그럼에도 불구하고 독일 민사소송법 제269조 제3항 제1문은 “소장이 제출되지 않은 것으로 본다(*der Rechtsstreit ist als nicht anhängig geworden anzusehen*)”. 소장이 송달되지 않은 것으로 보는 것이 아니다. 소장이 제출되었더라도 송달되기 전에는 소가 제기되지 않았고 따라서 소송도 개시되지 않았지만, 이 상태가 민사소송법상 아무 의미가 없는 것은 아니다. 법원이 소장을 송달하여야 하기 때문이다(동법 제271조 제1항). 그래서 독일 민사소송법은 소가 취하되면 소장이 제출되지 않은 것으로 본다.

15) 김홍엽, 앞의 책, 208면 이하; 송상현·박익환, 앞의 책, 189면; 이시운, 앞의 책, 182면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 55면; 호문혁, 앞의 책, 72면.

소장심사절차에서 소장의 흠을 발견하지 못하고 소장부분을 송달하면 소송계속이 발생한다. 소장의 흠을 뒤늦게 발견하였는데 보정할 수 없다고 하여 재판장의 명령으로 각하한다면 소송계속을 재판장의 소장각하명령으로 소멸시킨다는 말이 된다.¹⁸⁾ 그러나 ‘법원’이 특정 ‘소송상 청구’에 대하여 판결절차로써 심리할 수 있는 상태인 소송계속을 ‘소장이 부적식’이라는 ‘재판장’의 소장각하명령으로 소멸시킬 수 없다.¹⁹⁾ 변론개시시까지 소장각하명령을 할 수 있다는 견해는 “재판장의 소장각하는 합의 부원 및 당사자 전원이 관여하여야 하는 변론의 개시에 앞서 소장의 명백한 흠을 재판장 혼자서 간단한 방법으로 처리하는 것”이라는 점을 근거로 든다.²⁰⁾ 그러나 재판부 전체와 당사자 전원이 소송에 관여하게 되는 시점은 변론개시시가 아니다. 소장부분송달부터 재판장이 아니고 ‘법원’의 일이다(민사소송법 제255조 제1항).²¹⁾ 송달사무를 처리하는 기관은 법원사무관등이고(제175조 제1항), 송달기관은 우편 집배원 또는 집행관(제176조 제1항), 법원사무관등(제177조 제1항)이다. 그러나 구체적으로 송달사무처리기관이나 송달실시기관이 누구이든 송달의 주체는 ‘법원’이다. 그리고 소장부분이 송달되면 답변서제출기간이 진행되고 피고가 기간 안에 답변서를 제출하지 않으면 일정한 불이익이 따른다(제256조, 제257조). 이때부터 당사자 전원이 소송에 관여하는 것이다. 또 변론준비절차에도 양 당사자가 모두 관여한다. 그러나 변론개시 전에는 재판부 전체나 당사자 전원이 관여하지 않는다는 것은 옳지 않다(단, 변론기일의 지정은 재판장이 한다. 제258조).

16) 송상현·박익환, 앞의 책, 251면; 이시윤, 앞의 책, 253면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 80면.

17) 김홍엽, 앞의 책, 307면 이하; 호문혁, 앞의 책, 106면.

18) 소장각하명령을 소송계속 발생 후에도 할 수 있다는 견해는 소장각하명령으로 소송계속이 소멸한다고 한다. 송상현·박익환, 앞의 책, 279면; 이시윤, 앞의 책, 263면; 정동윤·이시윤, 앞의 책, 262면.

19) 이와 달리 재판장의 소장각하명령(민사소송법 제399조 제2항, 제402조 제2항, 제425조)이 확정되면 소송계속이 소멸한다. 소장심사절차는 서면의 적식 문제만이 아니고 상소의 적법요건인 상소기간도 심사한다는 점에서 소장심사절차와 다르다. 물론 상소의 적법요건인 상소기간을 지키지 않은 상소는 ‘법원’이 ‘판결’(입법자의 선택에 따라서는 결정)로 각하하여야 할 것인데 ‘재판장’이 ‘상소장’을 ‘명령’으로 각하하도록 하여도 되는가의 문제가 있기는 하다. 그러나 입법론이 아니고 현행법의 해석론으로 논의를 한정하면, 소장심사절차는 소장심사절차와 다르다.

20) 이시윤, 앞의 책, 253면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 80면.

21) 호문혁, 앞의 책, 106면, 주 3)에서 소송계속 발생시부터 합의부 전원이 심리에 관여한다고 지적한다. 그런데 엄밀하게는 소송계속을 발생시키기 위한 행위, 곧 송달부터 ‘법원’의 일이다.

소장각하명령은 소가 제기되어 소송은 개시되었으나 소송계속이 발생하지 않은 상태, 소장의 적식 여부만 심사할 수 있고 소의 적법 여부나 청구의 이유를 심리할 수 없는 상태를 종료시키는 제도일 뿐이다.²²⁾ 따라서 소장각하명령은 소송계속이 발생하기 전, 곧 소장부분송달 전까지만 할 수 있다. 소장각하명령을 소송계속 발생 후에도 할 수 있다는 견해는 소송계속의 중요성을 깨닫지 못한 것이다.

III. 소송계속이 없는 상태에서 이루어진 판결

1. 소장부분을 송달하지 않은 상태에서 선고한 판결

이제 이 글의 직접적인 계기가 된 대법원 2011.4.28. 선고 2010다108388 판결을 보자. 이 사건의 제1심 법원이 피고 1에게 소장부분을 송달하였는데 피고 1은 당시 그 주소에 살지 않았고 다른 사람이 소장부분을 받았다. 나중에 제1심 법원이 피고 1에게 소장이 송달되지 않았다는 이유로 원고 소송대리인에게 피고 1의 주소를 보정하라고 명하였고, 원고 측은 공시송달을 신청하였다. 법원이 공시송달을 명하자 법원 사무관이 변론기일통지서 등 몇 가지 소송서류를 피고 1에게 공시송달하였으나 소장부분은 빠뜨렸다. 피고 1이 변론에 한 번도 출석하지 않은 상태에서 제1심 판결이 선고되었고, 피고 1은 추완항소를 제기하여 소장부분이 송달되지 않았다고 주장하였다. 항소법원도 소장부분을 송달하지 않은 상태에서 피고 1이 항소심 변론기일에 출석하지 않아 항소가 기각되었다. 피고 1이 상고하자 상고법원은 “제1심 법원은 소장부분에 대한 공시송달을 누락한 채 변론기일을 진행하여 판결을 선고한 잘못이 있고, 원심법원조차 피고 1에게 소장부분을 송달하지 아니한 채 변론절차를 진행하여 피고 1의 항소를 기각한바 이러한 원심의 조치는 소송절차를 중대하게 위반한

22) 독일 민사소송법에 따르면 소장부분송달로 소가 제기되므로 ‘소의 제기시=소송계속 발생시=소송개시시’이다. 그러나 독일에서도 소장제출시와 소제기시=소송계속발생시=소송개시시 사이의 상태가 전혀 의미가 없는 것은 아니다. 우선 법원이 소장을 송달하여야 한다. 그래서 이 상태를 *Anhängigkeit*라고 하여 *Rechtshängigkeit*(소송계속)와 구별한다. 이것은 법원이 사건에 어떻게든 관여하는 상태를 말하는 것으로, 소장제출과 소장부분송달시 사이의 상태뿐만 아니라 독촉절차 등으로 법원이 사건을 맡는 것도 가리킨다(Jauernig/Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., München 2011, § 40 Rn. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 98 Rn. 2). 독일 민사소송법에는 소장심사절차가 없으므로 소장각하명령 같은 제도도 없다. 독일 법에 따르면 소장제출만으로는 소송이 개시되지 않으니 소장부분송달 전에 소송을 종료시키는 제도도 필요하지 않다.

것”이라고 하면서 원심판결을 파기하고 환송하였다. 파기환송 후 환송심에서 피고 1에게 소장부분이 송달되었다. 2009년 5월 4일에 제1심 법원에 제출된 소장부분이 환송심에 이르러서야, 장장 2년 이상이 지난 2011년 7월 7일에야 송달된 것이다.²³⁾

‘원심법원이 소장부분을 송달하지 않고 항소를 기각한 것은 소송절차를 중대하게 위반한 것’이라는 상고법원의 지적은 옳다. 소가 제기되면 법원이 소장부분을 송달하여야 하는데 그러지 않고 절차를 진행하여 판결을 선고하였으니 민사소송법 위반이다. 그것도 중대한 위반이다. 그런데 원심법원이 소장부분을 송달하지 않고 절차를 진행하여 판결을 선고하는 위법을 저질렀을 때 상고법원이 할 일은 무엇일까? 그 위법을 지적하며 원심판결을 파기하고 사건을 환송하여 환송심 법원이 그 잘못을 바로잡도록 하면 될까?

일반론으로서는 상고법원이 상고를 인용하는 경우 대부분 환송하면 된다. 상고법원은 상고에 정당한 이유가 있다고 인정할 때 원칙적으로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하거나 동등한 다른 법원에 이송한다(민사소송법 제436조 제1항). 그러면 사건을 환송 또는 이송받은 법원이 변론을 거쳐 다시 재판한다(동조 제2항). 상고심의 심판의 대상은 원고의 소송상 청구 그 자체가 아니고 ‘하급심 판결이나 절차에 잘못이 있는가?’이다. 상고심이 하급심 판결이나 절차를 재심사하는 심급이어서 사후심(Kontrollinstanz)이라고 하는 것이다.²⁴⁾ 상고법원은 하급심 판결이나 절차를 재심사하여 위법이 있으면 그것을 이유로 하급심 판결을 파기할 뿐(iudicium rescindens), 스스로 그 위법을 바로잡아 원고의 소송상 청구 그 자체에 대하여 판결하지 않는다. 절차를 다시 진행하면서 위법을 바로잡고 원고의 소송상 청구를 다시 심리·판단하는 것(iudicium rescissorium)은 사건을 환송 또는 이송받은 법원의 일이다. 상고법원은 예외적으로 스스로 사건에 대하여 재판할 수 있을 때(동법 제437조)에만 하급심 판결이나 절차의 위법을 스스로 바로잡고 원고의 소송상 청구에 대하여 항소법원의 입장에서 재판한다(iudicium rescindens와 iudicium rescissorium를 함께 한다). 이 사건과 같은 경우 상고법원이 재판할 수 없다. 항소법원이 확정된 사실이 그것을 바탕으로 재판하기에 충분하지 않아서 제437조의 요건이 갖추어지지 않았기 때문이다. 피고 1에게 소장부분을 송달하기만 하면 사건에 대하여 바로 재판할 수 있는 것이 아니다. 소장부분을 송달하고 변론절차를

23) 대법원 홈페이지에서 환송심인 서울고등법원 2011나36468 사건의 진행 내용을 확인하였다.

24) 호문혁, 앞의 책, 632면.

다시 진행하여야 하므로, 그 과정에서 판결의 기초가 될 소송자료도 다시 모을 것이기 때문이다. 이처럼 항소법원이 이미 확정된 사실을 바탕으로 법의 해석·적용만 바로잡으면 되는 경우가 아닌 때에는 상고법원이 스스로 사건에 대하여 재판하지 않고, 하여서도 안 된다. 그러므로 항소심 판결을 파기하고 소장부분송달 없이 이루어진 절차도 취소하고²⁵⁾ 사건을 원심법원에 환송하여야 한다.²⁶⁾ 그렇기 때문에 이 사건에서 상고법원이 원심법원더러 절차의 잘못을 바로잡으라고 원심판결을 파기하고 사건을 환송하였을 것이다.

그런데 소송계속을 생각하면 이 사건에서 상고법원이 취한 조치가 옳지 않다는 것을 알 수 있다. 소송계속은 ‘법원이 특정 소송상 청구에 대하여 판결절차로써 심리할 수 있는 상태’이다. 소장부분이 송달되지 않았으니 소송계속이 발생하지 않았고, 법원은 이 사건을 판결절차로써 심리할 수 없다. 그것은 하급심 법원뿐만 아니라 상고법원도 마찬가지이다. 상고법원이 ‘민사소송법의 중대한 위반’이 있음을 지적하면서 항소심 판결을 파기하였는데, 상고법원의 환송판결에도 똑같은 ‘민사소송법의 중대한 위반’이 있는 것이다. 아무리 상고심이 하급심 판결이나 절차의 위법을 지적하는 사후심이어서 그 위법을 스스로 바로잡지 않는다고 하여도 상고법원도 법원이다. 소송계속이 없어서 법원이 그 사건을 판결절차로써 심리할 수 없는데도 (상고)법원이 판결을 할 수는 없다.

민사소송법 교과서에는 대개 ‘소 없으면 판결 없다(Ohne Klage, kein Urteil)’, 또는 ‘소 없으면 소송 없다(Ohne Klage, kein Prozess)’는 서양 법언이 실려 있다.²⁷⁾ 이것은

25) 민사소송법 제425조에 의하여 상고심 절차에 준용되는 제417조. 이 두 조문에 따르면 상고법원은 항소심 판결의 절차가 법률에 어긋날 때 항소심 판결을 취소하여야 한다. 그러나 절차가 위법할 때 하급심 판결만 취소한다고 문제가 해결되지 않는다. 판례도 하급심 절차의 위법한 부분을 취소하고 다시 진행하여야 한다고 한다. 대법원 2003.4.25. 선고 2002다72514 판결; 대법원 2004.10.15. 선고 2004다11988 판결. 뒤의 사건의 제1심에서 피고에게 소장부분만 제대로 송달되었고 변론기일이 8차까지 갔는데도 기일통지서(원문에는 소환장)가 한 번도 송달되지 않았다. 제1심 법원은 기일통지서를 피고에게 송달하지 않고 피고가 출석하지 않은 상태에서 기일을 진행하여 변론을 종결하고 판결을 선고하였다. 대법원은 항소법원이 모든 변론절차를 다시 진행한 다음 본안에 관하여 판단하였어야 한다는 이유로 사건을 파기환송하였다. 이시윤, 앞의 책, 819면도 이런 경우 “모든 변론절차를 다시 진행하여야 한다”고 한다.

26) 상고법원이 자판하는 경우와 환송하는 경우에 대하여 상세한 것은, 줄고, “재판권 위반과 절차법의 위법한 적용 - 민사소송법에 따른 행정사건 심리·재판”, **행정법연구**, 제34호(2012. 12.), 111면 이하 참조.

27) 이시윤, 앞의 책, 182면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 55면; 호문혁, 앞의 책, 21면, 360면. 이시윤, 앞의 책, 292면은 ‘ne procedat iudex ex officio’라는 법언도 소개한다. 직역하면

처분권주의의 첫째 내용이다. 독일 민사소송법 제253조 제1항에 따르면 소가 소장 송달로써 제기되므로, 독일에서라면 이 사건의 소는 2011년 7월 7일에 제기된 것이다. 2011년 4월 28일 상고법원의 판결 선고도 소가 제기되기 전의 일이다. 소가 없으면 소송도 없고 판결도 없으므로 이 사건의 제1심, 항소심, 상고심 판결은 ‘없는’ 것이다. 그런데 민사소송법학에서는 이것을 ‘非判決(Nichturteil)’이나 ‘사이비 판결(Scheinurteil)’이라고 하지 않고 무효인 판결이라고 한다.²⁸⁾ 비판결 또는 사이비판결은 판결의 모습은 갖추었다더라도 전혀 판결이라고 할 수 없는 것이다. 대학에서 판결 형식으로 만든 수업자료나 사법연수생이 연수 과정에서 쓴 판결을 예로 들 수 있다.²⁹⁾ 반면 무효인 판결은 ① 법원조직법에 따른 법원이 직무수행으로 ② 일정한 형식에 따라 선고하였다는 요건을 갖추었기 때문에 판결이라고는 할 수 있으나, 중대한 흠 때문에 판결의 효력이 없다. 소송계속이 없더라도 법원조직법에 따른 법원이 직무를 수행하여 법정 형식을 갖춘 판결을 선고하고 송달까지 하였다면 판결이라고 할 만한 것이 있기는 하나, 판결의 효력을 인정할 수 없다는 것이다. 따라서 위 법언은 ‘소제기 없이 이루어진 판결은 효력이 없다’라고 이해할 수 있다.³⁰⁾ 그런데 우리 민사소송법 제248조에 따르면 소가 소장제출로써 제기되므로 2009년 5월 4일에 소가 제기되었다. 소송도 개시되었다. 그러나 피고에게 소장부분이 송달되지 않아서 소송계속이 발생하지 않았으므로 ‘법원이 판결절차로써 심리할 수 있는 상태’가 없다는 점은 독일의 경우와 마찬가지로이다. 소장부분이 피고에게 송달되지 않아서

‘법관은 직권으로 소송을 하지 않는다’이다. 김홍규·강태원, 앞의 책, 180면은 ‘Wo kein Kläger, ist kein Richter’라고 하는데, 이것은 ‘원고가 없으면 법관도 없다’는 뜻이다. Kein Zivilprozess ohne Klage(소 없이 민사소송 없다)라고 하는 문헌도 있는데, 행정소송에서도 당사자가 소를 제기하니 민사소송으로 한정하여 말하는 것보다 그냥 ‘소송’이라고 하는 편이 더 좋다. 형사의 경우는 소(Klage)가 아니고 공소(Anklage)이니 ‘Ohne Klage, kein Prozess’라는 법언에 아예 해당되지 않는다.

28) Jauernig/Hess, a.a.O., § 60 Rn. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 62 Rn. 28; Stein/Jonas/Grunsky, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., Bd. 5/1, Tübingen 1994, vor § 578 Rn. 15. 한편 김홍엽, 앞의 책, 802면; 송상현·박익환, 앞의 책, 468면; 이시운, 앞의 책, 628면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 744면은 ‘소송계속 없이 선고된 판결’이라고 명시하지는 않지만 ‘소가 제기된 바 없음에도 불구하고 판결을 행한 때’, 그리고 ‘소가 취하된 후에 선고한 판결’이 무효인 판결이라고 한다.

29) 김홍규·강태원, 앞의 책, 598면; 김홍엽, 앞의 책, 801면; 송상현·박익환, 앞의 책, 468면; 이시운, 앞의 책, 628면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 743면; 호문혁, 앞의 책, 952면.

30) Jauernig, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt 1958, S. 152는 원고가 소를 제기하여야 한다는 것과 법원이 절차의 개시에 관하여 전적으로 수동적이라는 것에서 당사자의 신청 없이 법원이 한 판결이 효력이 없다는 것이 도출된다고 한다.

법원, 원고, 피고 3자 사이에 소송상의 법률관계가 존재하지도 않는데 ‘소가 제기되었고 소송이 개시되었다’고 하여 판결을 할 수 있다면 소송의 4대 이상 가운데 하나로 공평을 내세우고 양 당사자에게 동등한 기회를 보장하는 무기평등의 원칙을 거론한다는 것은 무의미할 것이다.³¹⁾ 독일에서는 ‘소 없으면 소송 없다’와 ‘소 없으면 판결 없다’가 같은 말이지만, 우리나라에서는 소장제출로써 소가 제기되고 소송이 개시되도록 하는 민사소송법 제248조 때문에 이 두 가지가 다른 말이 된다. 이 사건의 경우 소가 2009년 5월 4일에 제기되었다. ‘소가 있으니 소송은 있다’. 그러나 소와 소송이 있어도 ‘소송계속 없으면 판결 없다(Ohne Rechtshängigkeit, kein Urteil)’라고 법언을 고치면 우리나라 상황에 맞을 것이다. 그리고 그 뜻은 ‘소송계속 없이 한 판결은 효력이 없다’가 된다. 그러므로 소송계속이 없는 상태에서 선고된 제1심, 항소심, 상고심 판결은 무효이다.

상고법원이 무효인 판결을 선고한 것, 그것도 하급심의 잘못을 지적하면서 스스로도 똑같은 잘못이 있는 판결을 한 것을 보고 민사소송법을 공부하는 사람으로서 통탄을 금할 수 없었다. 우리나라 최고법원인 대법원이 무효인 판결을 선고하다니, 부끄럽지도 않은가? 법률가들이 소송계속을 바르게 이해하고 소송계속의 중요성을 인식하였더라면 이와 같은 일은 벌어지지 않았을 것이다.

그러면 이 사건에서 상고법원이 하였어야 할 일은 무엇인가? 우선 피고 1에게 소장부분을 송달하였어야 한다. 원고가 소를 제기하면 법원은 소장부분을 송달하여야 하는데, 상고심에 이르기까지 소장부분이 송달되지 않았으니 상고법원은 우선 민사소송법상의 직무부터 이행하였어야 한다. 그래야 비로소 법원이 그 사건에 대하여 심리할 수 있다. 소송계속이 없으면 소송상 청구를 심리할 수 없으므로 하급심의 판결뿐만 아니라 절차도 무효이다. 피고 1에 대하여 민사소송법의 절차는 전혀 진행되지 않았고, 이제부터 시작된다. 소장부분송달로 답변서제출기간이 진행되는 것이다. 그런데 상고심에서 절차의 이런 부분을 할 수는 없다. 그것은 심급관할 위반이다.³²⁾ 그러니 상고법원은 소장부분을 송달한 후에 사건을 제1심 법원으로 이송하였어야 한다(제34조 제1항).

이 사건에서 상고법원이 우선 소장부분을 송달하였어야 한다고 지적하였더니 대법원이 소장부분을 송달할 수 있느냐는 의문을 제기하는 분이 계셨다. 대법원도

31) 송상현·박익환, 앞의 책, 17면; 이시윤, 앞의 책, 24면; 호문혁, 앞의 책, 40면.

32) 김홍규·강태원, 앞의 책, 96면; 이시윤, 앞의 책, 87면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 116면; 호문혁, 앞의 책, 185면.

소장부분을 송달한다. 단심제의 소송(대통령이나 국회의원 선거소송에 관한 공직선거법 제222조, 제223조 등)에서는 대법원에 소가 제기되므로 대법원이 소장부분을 송달하여야 한다. 또 대법원의 판결에 대하여 재심의 소가 제기되면(민사소송법 제453조) 대법원이 재심소장의 부분을 송달하여야 한다. 그 의문은 대법원이 ‘소장부분’을 송달할 수 있느냐는 것이 아니고, 단심제의 소송이나 재심의 경우가 아닌 ‘일반적인 민사소송’의 소장부분을 송달할 수 있느냐는 것이었을 터이다. 이것이 민사소송법이 상정한 상황이 아니라는 것은 분명하다. 그러나 대법원이 예외적으로 일반적인 민사사건의 소장부분을 송달하고 사건을 심급관할 위반으로 제1심 법원에 이송하는 것과 소장부분을 송달하지 않고 소송계속이 없는 상태에서 무효인 판결을 선고하는 것, 둘 가운데 어느 것이 민사소송법이 규정한 절차에 더 어긋나는가? 대법원이 소장부분을 송달하고 사건을 제1심 법원에 이송하는 것이 절차의 정당한 진행은 아니지만, 그런 경우 적어도 대법원의 조치는 민사소송법에 어긋난 점이 하나도 없었을 것이다.

2. 소송계속 소멸 후의 판결: 소송종료선언 판결

소송종료선언이라는 것은 민사소송법에 없다. 이것은 우리 법원이 판례로써 인정한 것인데, 민사소송법상 소송이 종료하였으나 당사자 사이에서 소송의 종료에 대하여 다툼이 있는 경우에 이를 분명히 하기 위하여 법원이 판결로써 소송종료선언을 한다.³³⁾ 1983년에 제정된 민사소송규칙 제52조 제3항과 제4항(현 제67조 제3항, 제4항)에서 소취하의 효력이 다투어지는 경우 소송종료선언을 판결로 하도록 한 이후에는 법적 근거가 전혀 없다고 할 수 없다. 실무에서는 민사소송규칙 제67조의 경우뿐만 아니라 다른 경우에도 소송종료선언 판결을 한다. 예로는 당사자 사이에 상소취하, 청구의 포기·인낙의 효력이 다투어진 경우,³⁴⁾ 이혼소송 도중에 한 당사자가 사망하여 양당사자대립구조가 유지될 수 없어서 소송이 종료한 경우,³⁵⁾ 청구를 교환적으로 변경하였는데 법원이 그것을 간과하고 구청구에 대하여 계속 심리하고 재판하여서 상소법원이 구청구에 대하여 소송이 종료하였다고 선언한

33) 김홍규·강태원, 앞의 책, 548면 이하; 김홍엽, 앞의 책, 666면 이하; 송상현·박익환, 앞의 책, 387면 이하; 이시윤, 앞의 책, 524면 이하; 정동윤·유병현, 앞의 책, 613면 이하; 호문혁, 앞의 책, 666면.

34) 대법원 1995.3.10. 선고 94다51543 판결.

35) 대법원 1985.9.10. 선고 85므27 판결 등.

경우,³⁶⁾ 상고기각이나 상고법원 재판으로, 또는 하급심 판결에 당사자가 불복하지 않아 확정된 부분을 법원이 또 심리·판단하였을 때 상소법원이 이 부분을 파기하고 소송종료선언을 한 경우,³⁷⁾ 당사자가 소취하, 상소취하, 청구의 포기·인낙을 하였는데 법원이 그것을 간과하고 심리를 속행하여 당사자가 이의한 경우,³⁸⁾ 화해나 조정조서에 당연무효사유가 있다고 당사자가 주장하여 법원이 심리하였는데 무효사유가 없었던 때³⁹⁾ 등이 있다.

소송종료선언 판결도 위 III. 1.에서 본 사건처럼 소송계속이 없는 상태에서 판결을 하는 것인데, 다른 점은 소송계속이 아예 발생하지 않은 것은 아니고 발생하였다가 정상적으로 소멸한 후에 판결을 한다는 점이다. 학설은 소송종료선언 판결이 ‘소송판결’로서, ‘소송의 종료를 확인하는 판결’이라고 한다.⁴⁰⁾ 소송판결이란 주지하다시피 본안에 대하여 판결하지 않고 소송상의 이유로 소나 상소를 각하하는 판결이다.⁴¹⁾ 적법요건의 부존재를 확인하는 내용이므로 내용상 확인판결이다. 따라서 기판력 외에 다른 효력은 없다. 소송종료선언도 내용상 확인판결이고 본안에 대한 재판이 아니기는 하다. 그런데 소송종료선언 판결이 확정되면 기판력이 있는가? ‘특정 소송상 청구에 대한 소송이 종료하였다’는 것에 기판력이 인정된다는 것이 소송법상 말이 될까? 당사자가 나중에 ‘특정 소송상 청구에 대하여 소송이 종료하였다는 것 또는 그 반대의 확인’을 구하는 소를 제기한다면 이 판결의 기판력에 의하여 차단될 것이다. 그러나 이런 것의 확인을 구할 필요가 있을까? 그리고 소송

36) 대법원 2003.1.24. 선고 2002다56987 판결.

37) 대법원 1991.9.10. 선고 90누5153 판결; 대법원 1994.12.23. 선고 94다44644 판결; 대법원 1995.3.10. 선고 94다51543 판결 등 다수.

38) 대법원 1962.6.14. 선고 62마6 판결.

39) 대법원 2000.3.10. 선고 99다67703 판결; 대법원 2001.3.9. 선고 2000다58668 판결 등.

40) 이시윤, 앞의 책, 573면; 호문혁, 앞의 책, 576면. 소송종료선언 판결 외에 소취하무효선언 판결도 소송판결이라고 한다. 이 소취하무효선언판결도 문제가 있다. 이것은 민사소송규칙 제67조 제4항 제2호 후단에 규정된 것으로, 종국판결 선고 후 상소심에 소송기록을 보내기 전에 소취하가 이루어졌을 때(상소의 이익이 있는 당사자 모두가 상소한 경우를 제외하고) 소취하의 효력을 다투는 기일지정신청이 있으면 소취하의 유무효를 심사하여 소취하무효선언판결을 한다는 것이다. 일반적으로 소취하가 무효라는 것은 중간판결로 선언하거나 종국판결의 이유에서 밝힌다(Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 129 Rn. 39). 그런데 종국판결이 이미 선고되었으니 법원이 이런 정상적인 조치를 취할 수 없다. 그래서 소취하무효선언판결이라는 것을 하도록 한 것이다. 그런데 이 때 당사자의 어떤 소송상 청구에 대하여 판결을 한다는 말인가? 소송상 청구에 대한 판결은 이미 종국판결로 선고되었다. 소취하무효선언도 처분권주의 위반이다.

41) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 58 Rn. 3. 반면 우리나라 민사소송법 교과서는 소송종료선언과 소취하무효선언 판결까지 포함하여 소송판결을 정의한다.

종료선언 판결이 ‘재판’인지도 의문이다. 재판은 법원이 절차에 관하여 내리는 판단 내지 의사표시로서, 이것으로 일정한 소송법상의 법률효과가 발생하는 소송행위이다.⁴²⁾ 이 경우 법원이 소송이 종료하였다는 ‘판단’을 하기는 한다. 그러나 이 ‘판단’은 소나 상소에 대한 것, 곧 판결사항⁴³⁾에 대한 것이 아니다. 그리고 소송종료선언에는 심급을 종료시킨다거나 소송계속을 소멸시킨다거나 하는 소송법상의 법률효과가 없다. 따라서 소송종료선언은 민사소송법상의 재판이 아니다.

민사소송법 교과서에서는 독일 민사소송법 제91a조의 ‘본안종료(Erledigung der Hauptsache)’제도를⁴⁴⁾를 언급하면서, 소송종료선언은 이것과 다르다고 한다. 독일 법의 본안종료제도는 당사자의 소송행위⁴⁵⁾이며 이로써 소송계속이 소멸하고 아직 확정되지 않은 판결이 소급적으로 없어진다는 점⁴⁶⁾에서 소취하와 비슷하다. 그러나 소송종료선언은 이미 소송계속이 소멸한 뒤에 하는 것이고, 법원이 판결으로써 소송이 종료하였다고 ‘확인’하는 것이다. 독일의 본안종료제도와 우리나라의 소송종료선언 판결이 다르다는 말이 맞기는 하지만, 이 두 제도는 워낙 달라서 비교하여 보아야 얻을 것이 없다.

소송종료선언과 비교할 만한 것, 그리고 민사소송규칙을 제정할 때에 참고하였으면 좋았을 것은 독일 민사소송법 제269조 제4항이다. 이 조문은 당사자의 신청이 있으면 법원이 소취하의 효력에 대하여 결정으로 재판하도록 한다.⁴⁷⁾ 동조 제3항 제3문에 따라 소가 취하되면 소장이 제출되지 않은 것으로 보고, 아직 확정되지

42) 김홍규·강태원, 앞의 책, 577면; 김홍엽, 앞의 책, 712면; 이시운, 앞의 책, 565면 이하; 정동윤·유병현, 앞의 책, 568면; 호문혁, 앞의 책, 567면 이하. 한편 Jauernig/Hess, a.a.O., § 57 Rn. 1은 ‘재판’을 정의하면서 ‘법원이 일정한 법률효과를 명하는 것’이라 하여, 법률효과의 측면만 언급한다.

43) 호문혁, 앞의 책, 568면.

44) 자세한 것은 Musielak, a.a.O., Rn. 260 ff. 참조.

45) Erledigungserklärung der Hauptsache를 ‘본안종료선언’이라고 번역하곤 하는데(정동윤·유병현, 앞의 책, 613면), 여기서 Erklärung은 선언이라기보다 ‘진술’이라고 하는 편이 낫다. Erklärung이라는 말은, 의사표시(Willenserklärung)나 선서에 갈음한 진술(eidesstattliche Erklärung)이라는 용례에서 보듯이, 사람이 자신의 생각, 의도 등을 ‘표시, 표현하는 것’이다. 소송에서는 법원에 대하여 하는 것이니 ‘표시’라기보다 ‘진술’이라고 하는 것이 무난하다.

46) 소취하에 관한 독일 민사소송법 제269조 제3항을 유추적용한다. Musielak, a.a.O., Rn. 266; Jauernig/Hess, a.a.O., § 42 Fn. 14).

47) 이 조문은 1950년에 도입된 것으로, 법적 명확성을 위한 선언적 결정이라고 한다. 처음에는 ‘피고의 신청’에 따라 결정을 하도록 하였는데, 1998년에 조문을 개정하여 원·피고 모두 신청할 수 있게 되었다. Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 269 Rn. 45.

않은 판결은 취소하거나 파기할 필요 없이 효력을 잃는다.⁴⁸⁾ 그런데 소취하의 효력에 대하여 다툼이 있으면 당사자가 소가 취하되었다는 것, 혹은 소취하의 결과에 대하여 법원이 결정을 하여 줄 것을 신청할 수 있는 것이다. 이 결정에 대하여는 동조 제5항에 따라 즉시항고할 수 있다. 그리고 동법 제516조 제3항 제2문은 항소취하의 효력을 결정으로 선언하도록 한다. 또 법원이 소취하를 간과하고 판결을 하였을 때에도 결정으로 그 판결의 무효를 선언할 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 본안종료의 경우에도 이 조문을 유추적용하여 결정으로 소송종료에 대하여 재판할 수 있다.⁵⁰⁾

독일의 소취하나 항소취하의 효력에 관한 결정은 우리나라의 소송종료선언 판결 같은 문제가 없다. 소송계속이 없는데 판결을 하도록 한 것도 아니며, 당사자의 신청에 의하여 절차에 부수된 결정을 하도록 한 것이니 처분권주의-판결절차는 아니지만-의 위반도 아니다. 절차에 부수된 신청은 어느 심급에서든 할 수 있으니 상급심에서 신청하여도 된다. 우리나라의 소송종료선언은 어떠한가? 소취하의 효력이 다투어질 때나 판결의 확정이나 화해로 소송이 종료하였는데 법원이 또 판결을 한 때 당사자(원고든 피고든)가 새로운 소를 제기하여서 법원이 소송종료선언 판결을 하는 것인가? 소가 제기되어서 판결을 한다고 선행하더라도 소제기에 해당하는 당사자의 행위가 없다는 문제가 있고, 또 상급심의 경우 소가 제기되었다고 보는 것은 심급관할의 위반이기까지 하다.

그러면 우리나라에서 소송계속의 소멸 여부가 다투어질 때 법원이 어떻게 하여야 할까? 또는 하급심 법원이 소송계속이 소멸하였다는 것을 간과하고 판결을 하여 상소가 제기되었을 때 상소법원은 어떻게 하여야 할까? 당사자가 소송이 종료하지 않았다고 주장하는 경우에는 기일지정신청을 하면서 그런 주장을 할 것이다.⁵¹⁾ 법원이 소송계속이 소멸하였다는 것을 바로 알 수 있으면 기일지정신청을 각하하면 된다.⁵²⁾ 이 신청은 이유가 없는 것이 아니고 부적법하다. 당사자나 대리인, 보조참

48) 그 밖에 동향은 소취하시의 소송비용 부담에 대하여 정한다.

49) Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 269 Rn. 44. 한편 *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard*, Bd. 1, München 2008, § 269 Rn. 35 u. Rn. 37는 이때에는 제269조 제4항을 유추적용한다고 한다.

50) Musielak, a.a.O., Rn. 266.

51) 민사소송규칙 제67조 제1항은 소취하가 없거나 무효라고 주장하는 사람은 기일지정신청을 할 수 있다고 한다.

52) 이시윤, 앞의 책, 391면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 576면은 이 경우의 기일지정신청은 형식상 소송상의 신청이나 실질은 소송이 아직 종료하지 않았으므로 본안판결을 하여 달라는 본안의 신청이므로 반드시 변론을 열어야 한다고 한다. 그러나 기일지정신청은

가인의 소송행위만이 당사자에게 효력이 있는데,⁵³⁾ 소송계속이 소멸하였으므로 당사자는 이제 소송의 당사자가 아니고⁵⁴⁾ 소송상의 대리인이나 보조참가인도 생각할 수 없다. 소송계속이 소멸하면 그 사건에 관하여 소송행위를 할 수 있는 사람도 없는 것이다. 그러므로 이런 소송행위는 민사소송법에 어긋나는 것으로 부적법하다.

법원도 소송계속의 소멸 여부를 확신할 수 없으면 기일을 열어 소송계속의 소멸 여부, 예컨대 소취하나 항소취하가 무효인지, 화해조서에 당원무효사유가 있는지 심리할 것이다. 심리 결과 소송계속이 소멸하지 않았으면 사건의 심리를 계속하고, 소송계속이 이미 소멸하였다면 법원은 어떤 행위도 할 수 없다. 소송계속이 없으면 법원이 민사소송법에 따라 판결절차에 속하는 조치 가운데 -재판장의 소장심사 절차를 제외하고- 할 수 있는 것이 없다. 한다면 오히려 처분권주의 위반으로 위법

본안의 신청이 아니다. 민사소송법 교과서에서 항고의 대상인 ‘절차에 관한 신청을 배척한 결정’의 대표적인 예로 기일지정신청을 배척한 결정을 든다(이시운, 앞의 책, 854면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 818면). 그리고 절차에 관한 신청이든, 본안에 관한 신청이든 신청은 소송행위이므로 ‘소송행위를 할 수 있는 사람이 소송행위의 요건을 갖추어’ 하여야 한다. 당사자나 대리인, 보조참가인이 아닌 사람은 사건에 관한 신청을 할 수 없고, 이들이 신청을 할 때에도 소송행위의 요건을 갖추어야 한다. 이시운, 앞의 책, 391면은 법원이 당사자능력, 소송능력, 대리권의 흠을 이유로 기일지정을 거부할 수 없다고 한다. 이와 같은 흠은 절차진행 중에 보정할 수 있기 때문이라는 것이다. 그러나 이것은 소송요건과 소송행위의 요건을 구별하지 못한 서술이다. 소송요건은 절차 진행 중에 보정할 수 있다. 소송요건의 구비 여부는 변론종결시에 판단하기 때문이다. 그러나 소송행위의 요건은 행위 하나하나마다 문제가 된다. 소제기도 소송행위이다. 소제기가 소송행위의 요건(당사자능력, 소송능력, 대리권 등)을 갖추지 못하였으면 소송행위 하나로만 생각하자면 무효 또는 부적법하지만, 이것은 소송을 개시시키는 행위이므로 당사자능력, 소송능력, 법정대리권은 소제기행위의 요건이자 소송요건이기도 하다. 그래서 이때 소송행위의 요건이 갖추어지지 않았다고 하여 소송행위를 바로 각하하는 것이 아니고 변론종결시까지 소송요건을 갖추면 된다. 그러나 다른 소송행위는 요건을 나중에 갖추어도 된다고 할 수 없다(단, 추인은 할 수 있다). 기일지정 신청이 소송행위의 요건을 갖추지 못하였으면 요건을 갖추어 다시 하여야 한다.

53) 소송에서 당사자나 대리인, 보조참가인이 아닌 사람이 소송행위를 할 수 있는 경우가 있다. 예컨대 민사소송법 제311조 제1항, 제2항에 따라 과태료나 감치결정을 받은 증인은 제8항에 따라 즉시항고라는 소송행위를 할 수 있다. 그러나 이 항고절차의 당사자는 증인이고, 원 소송의 당사자가 아니다. 증인의 즉시항고는 소송의 당사자에게 효력이 없다.

54) 소송계속이 소멸한 소송상 청구에 대하여 소송계속을 부활시켜 다시 심판하여 달라는 것이 재심인데, 이 경우 당사자는 ‘전 소송의 당사자로서’ 재심청구라는 소송행위를 하는 것이 아니다. 재심은 독립적인 소이고, 당사자는 ‘재심의 소의 당사자’이다. 소송계속이 소멸한 소송의 당사자는 당사자가 아니고, 소송행위를 할 수도 없다. 재심의 소의 당사자는 재심의 소제기를 통하여 당사자가 되기 때문에 소송행위-재심의 소제기라는 소송행위부터-를 할 수 있는 것이다.

하다. 현실적으로는 기일을 열었으니 기일조서가 작성되었을 것이다. 기일조서에 소송이 종료하지 않았다는 당사자의 주장을 심리하였으나 이유 없다고 판단하였다는 사실이 적힐 것이다. 그러나 법원이 재판할 필요도 없고 하여서도 안 된다. 위에 적었듯이 재판은 일정한 법률효과를 발생시키는 법원의 소송행위인데, 소송계속이 이미 소멸하였으니 소송법상 어떤 법률효과도 생길 수 없다. 따라서 재판할 필요도 없고, 할 수도 없다. 변론기일조서를 작성한다고 하여 그 자체로 소송법상의 효과가 생기는 것은 아니다. 예외적으로 청구의 포기, 인낙, 화해를 조서로 작성하였을 때에만 소송법상의 법률효과가 발생한다. 민사소송법 제220조에 따라 조서에 확정판결과 같은 효력이 있는 것이다. 그래서 조서의 작성으로 소송계속이 소멸하고, 조서에 기판력과 집행력, 형성력 등 확정판결의 효력이 인정된다. 그 경우 외에는 조서에 법원이 당사자의 주장이 옳지 않다고 판단하였다는 사실이 적힌다고 하여도 소송법상 아무런 법률효과도 없다. 소송계속이 이미 소멸하였으니 기일조서를 작성할 필요도 없지만, 설사 조서를 작성한다고 하여도 문제는 생기지 않는다.

다음으로 법원이 소송계속의 소멸을 간과하고 판결을 한 경우를 보자. 이것은 위 III. 1.에서 보았듯이 무효인 판결이다. 무효인 판결은 기판력, 집행력, 형성력이 없지만,⁵⁵⁾ 법원이 직무의 수행으로 법정형식을 갖추어 판결을 선고한 것이므로 판결법원을 기속한다. 판결법원이 무효인 판결을 철회하거나 스스로 고칠 수 없는 것이다. 그리고 형식적으로 확정된다.⁵⁶⁾ 그러나 겉보기에는 멀쩡한 판결이 있으니 판결의 내용에 따라 집행력이나 형성력이 발생한다고 생각할 수도 있다. 그래서 무효인 판결도 상소로써 다룰 수 있다. 허용되는 상소는 유효한 판결에 대한 것과 같다.⁵⁷⁾ 상소법원이 판결이 무효임을 알게 되면—예컨대 외교면제나 당사자의 부

55) 무효인 판결이 기판력, 집행력, 형성력 등 판결의 효력이 없다는 점에 대하여 Jauernig, “Scheidung einer Nichtehe und die Folgen”, in: *Festschrift für Walter Gerhardt*, Köln 2004, S. 433 ff. 참조. 혼인이 무효인데 이혼판결을 하는 것을 예로 들면서, 이런 판결이 효력이 있다고 하면 무효혼을 한 사람도 이혼한 ‘배우자(Ehegatte)’가 되고 무효혼에서 태어난 혼외자가 ‘혼생자(eheliches Kind)’가 된다는, ‘괴상한(grotesque)’ 결과가 된다고 한다.

56) 송상현·박익환, 앞의 책, 468면; 이시윤, 앞의 책, 629면; 정동운·유병현, 앞의 책, 744면.

57) Zöllner/Vollkommer, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 27. Aufl., Köln 2009, vor § 300 Rn. 19; BGH NJW 1952, 469; BGH NJW-RR 2006, 565. 무효인 판결도 상소로 다룰 수는 있다는 것이지, 꼭 상소로 다루어야 한다거나 상소법원이 취소/파기하여야 한다는 것은 아니다(Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 62 Rn. 22). 판결이 확정되어도 어차피 무효이기 때문이다. 반면 우리 판례는 무효인 판결에 대한 상소는 부적법하다고 한다(대법원 2000.10.27. 선고 2000다33775). 그러나 재판의 외관을 가지고 있는 것을 제거

존재를 간과한 판결이어서 무효라면—그 판결을 취소/파기하고 재판권, 당사자능력 등 소송요건의 흠결로 소를 각하할 것이다.⁵⁸⁾ 판결이 무효인 경우 대개 그 흠을 바로잡을 수 없지만, 예외적으로 바로잡을 수 있는 경우에는 환송한다.⁵⁹⁾

그런데 소송계속이 소멸하였다는 것을 간과한 판결은 다른 무효판결과 다르다. 하급심 법원이 재판권의 흠결이나 당사자의 부존재를 간과하고 판결하였다면 상소 법원이 위법한 하급심 판결을 취소/파기하고 판결로써 소를 각하하는 것이 민사소송법상 올바른 조치이다. 소송요건이 갖추어지지 않은 경우에도 소송계속이 생겼다가 상소법원의 소각하판결로써 소멸한다. 그런데 소송계속이 소멸한 후에 하급심 판결이 선고되었다는 것이 판결의 무효사유라면, 그 무효판결을 취소/파기하는 상소심 판결도 같은 이유로 무효라는 문제가 있다. 위에 적은 것처럼 소송계속이 소멸한 뒤에 당사자가 상소라는 소송행위를 하는 것이 부적법하다는 문제도 있다. 그러나 이 경우는 당사자가 소송계속의 소멸을 다투는 경우와 달리 재판기관인 법원이 소송계속의 소멸을 간과한 잘못을 저지른 것이고, 그 때문에 무효인 판결이 집행되거나 하여 당사자가 불이익을 입을 수 있다는 우려가 생겼다. 또 법원의 잘못이 당사자의 부적법한 상소를 야기하였다. 법원이 무효판결을 하였기 때문에 당사자가 판결의 외관을 없애고자 상소한 것인데, 그것이 부적법한 소송행위라고 하여서는 안 된다. 그래서 소송계속 소멸 후의 판결도 유효한 판결에 대하여 허용되는 상소로 다룰 수 있다고 한다.⁶⁰⁾ 상소가 허용되니 상소법원이 상소에 대하여 재판하여야 한다.⁶¹⁾ 그리고 무효인 판결도 기속력이 있으므로 이 잘못은 상소와 상소에

하기 위한 이의 등의 구제수단이 허용된다는 판례도 있다(대법원 2002.4.26. 선고 2000다30578 등).

58) 이시윤, 앞의 책, 629면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 744면.

59) BGH NJW-RR 2005, 1299은 집행절차에서 법원이 할 결정을 사법보좌관이 한 것이 무효라는 결정이다. 항고법원은 이를 간과하였다. 재항고법원은 항고심결정을 파기하고 원결정을 취소하고 집행법원으로 환송하였다.

60) Jauernig, a.a.O.(주 30), S. 88은 심지어 비판결도 상소로 다룰 수 있다고 한다. 이어서 S. 89, Fn. 11)에서 이것이 법원의 잘못된 재판 때문에 상소에 관하여 당사자에게 불이익을 줄 수 없다는 원칙, 곧 ‘당사자에게 가장 유리하게(Meistbegünstigung)’라는 원칙의 기초가 된다고 한다. 우리 민사소송법은 이 원칙을 제440조에 규정하였다. 법원이 판결사항에 대하여 결정이나 명령으로 재판하였으면 그에 대하여 결정·명령에 대한 상소인 항고가 허용된다는 것이다. 물론 재판사항의 내용에 따라 항소나 상고를 하여도 된다. 반대로 판결사항이 아닌 것을 판결로 재판하면 내용에 맞는 상소인 항고뿐만 아니라 형식에 맞는 상소인 항소나 상고도 할 수 있다.

61) 위 주 46) 부분에 적은 것처럼 독일에서는 법원이 소취하를 간과하고 판결한 경우에도 독일 민사소송법 제269조 제4항을 유추적용하여 당사자의 신청에 따른 결정으로 그

대한 재판을 통하여 바로잡을 수밖에 없다. 상소법원의 판결은 내용상 하급심 판결의 무효를 선언하는 것이다.⁶²⁾ 우리 법원의 소송종료선언 판결처럼 무효인 판결을 취소/파기하여야 하는지, 무효임을 선언하기만 하면 되는지⁶³⁾도 생각하여 볼 수 있다. 일반적으로 상소를 인용하면 위법한 하급심 판결이 기판력, 집행력, 형성력 등을 얻지 못하게 하기 위하여 취소/파기하고 다시 판결한다. 그리고 무효인 판결의 대부분은 취소/파기하지 않아도 어차피 효력이 없지만 민사소송법상 올바른 조치인 소각하나 환송 등을 하기 위하여 취소/파기한다. 그러나 소송계속 소멸 후의 판결을 취소/파기하더라도 사건에 대하여 다시 재판하지 않는다. 그러니 무효라는 선언만 하여도 목적은 달성된다. 소송계속 소멸 후의 판결이 무효라고 선언만 하든, 취소/파기하든 실질적 차이는 없지만, 상소법원의 판결 역시 소송계속 소멸 후의 판결로서 무효라는 점을 생각하면 상소법원의 판결의 내용을 필요최소한으로 한정하는 것이 좋을 것이다. 무효판결로 하급심의 무효판결을 취소/파기까지 하는 것보다 그것이 무효임을 확인만 하는 편이 그나마 나아 보인다.

지금까지 본 것을 정리한다. 소송계속 소멸 후에도 판결을 할 수 있다. 그러나 재판기관인 법원이 소송계속의 소멸을 간과하는 잘못을 저질러서 당사자에게 불이익이 생길 우려가 있기 때문에 상소법원의 재판을 통하여 잘못을 바로잡는 경우에만 그러하다. 당사자가 소송계속의 소멸을 다룰 때 법원이 판결을 하는 것은 옳지 않다. 법원이 당사자의 잘못된 주장에 편승하여 잘못을 저지르는 것은 용납될 수 없다. 입법론적으로는 민사소송규칙 제67조를 고쳐서 소송계속의 소멸 여부를 적

판결의 무효를 선언할 수 있다고 한다. 그런데 이것은 당사자가 신청을 한 경우이다. 독일에서도 법원이 판결을 하였기 때문에 당사자가 그 판결에 대한 불복방법인 항소나 상고로 다투어야 한다고 생각하여 항소 또는 상고한 때에는 그것이 부적법하다고 할 수 없고 상소법원이 재판을 하여야 한다. 우리나라에는 이런 제도가 없으니 결정으로 판결의 무효를 선언할 길이 없다. 당사자가 무효인 판결을 상소로써 다투면 상소법원이 재판을 한다고 할 수밖에 없다.

⁶²⁾ Jauernig, a.a.O.(주 30), S. 89.

⁶³⁾ 참고로 독일 민사소송법 제269조 제3항 제1문은 소가 취하되면 미확정의 판결은 ‘명시적으로 취소/파기하지 않아도’ 효력이 없다고 한다. 취소/파기되거나 이처럼 법에 의하여 효력이 없는 경우 외에는 판결이 효력이 없다고 명시적으로 선언할 필요가 있을 수 있다. NJW-RR 1987, 128은 소송상 화해를 간과한 판결이 무효임을 항소법원이 확인한 판결이다. Stuttgart 고등법원은 소취하에 대한 독일 민사소송법 제269조 제3항이 이 경우에 유추적용되므로 위법한 제1심 판결을 취소하지 않아도 무효라고 하면서도, 법적 불확실성이 있는 상황을 확인할 필요가 있고 또 이 조문이 유추적용된다는 사실이 일반적으로 인정되지 않았으므로 항소에 의하여 이 판결이 무효임을 확인할 수 있다고 하였다.

법하게 확인할 수 있는 제도를 만들어야 할 것이다.

IV. 맺음말

지금까지 소송계속에 관한 민사소송법과 학설, 판례의 문제를 몇 가지 살펴보았다. 이런 문제는 모두 입법자와 학자, 실무가들이 소송계속이 무엇인지, 이것이 왜 중요한지 몰랐기 때문에 생긴 것이다. 소송계속은 민사소송의 기초를 이루는 제도로서, 그 중요성은 아무리 강조하여도 지나치지 않을 것이다. 기초가 중요하다는 말을 흔히 하는데, 공부를 하면 할수록 기초의 중요성을 실감하게 된다. 이 글이 읽는 분들께서 민사소송법과 민사소송법학의 기초를 돌아보시는 계기가 되기를 바라며 모자라는 글을 맺는다.

투고일 2013. 2. 4

심사완료일 2013. 2. 26

계재확정일 2013. 2. 27

참고문헌

- 김홍규·강태원, **민사소송법**, 제2판, 삼영사, 2010.
- 김홍엽, **민사소송법**, 제3판, 박영사, 2012.
- 송상현·박익환, **민사소송법**, 신정6판, 박영사, 2011.
- 이시윤, **신민사소송법**, 제6증보판, 박영사, 2012.
- 정동운·유병현, **민사소송법**, 제3판 보정판, 법문사, 2010.
- 호문혁, **민사소송법**, 제10판, 법문사, 2012.
- 주석 **신민사소송법/필자**, 한국사법행정학회, 2003.
- 오정후, “재판권 위반과 절차법의 위법한 적용 - 민사소송법에 따른 행정사건 심리·재판”, **행정법연구**, 제34호(2012. 12.), 107면 이하.
- 유병현, “당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향”, **민사소송**, 제12권 제1호(2008. 5.), 33면 이하.
- Jauernig, Othmar, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt 1958.
- ders., “Scheidung einer Nichtehe und die Folgen”, in: *Festschrift für Walter Gerhardt*, Köln 2004.
- Jauernig/Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., München 2011.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*/Bearbeiter, 3. Aufl., München 2007-2008.
- Musielak, Hans-Joachim, *Grundkurs ZPO*, 11. Aufl., München 2012.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2010.
- Stein/Jonas/Bearbeiter, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., Tübingen seit 1994.
- Stein/Jonas/Bearbeiter, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Tübingen seit 2002.
- Zöllner/Vollkommer, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 27. Aufl., Köln 2009.

<Zusammenfassung>

Zur Rechtshängigkeit

Oh, Jung Hoo*

Nach der koreanischen ZPO wird die Klage durch die Einreichung der Klageschrift erhoben. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung treten zu diesem Zeitpunkt ein, aber die Rechtshängigkeit erst mit der Zustellung der Klageschrift. Die kZPO hätte den Zeitpunkt des Eintritts der prozessrechtlichen Wirkung bestimmen sollen, unterliess es aber. Dagegen regelt sie unnötigerweise, dass die materiellrechtlichen Wirkungen mit der Einreichung des Schriftsatzes eintreten. Dies wurde dadurch verursacht, dass die kZPO die Klageerhebung anders regelt als die deutsche ZPO und auf die Regelung der Rechtshängigkeit gänzlich verzichtete. Die kZPO versteht die *perpetuatio fori* nicht als die Wirkung der Klageerhebung, sondern Folge einer Sonderregelung: für die Zuständigkeitsprüfung gilt ein besonderer zeitlicher Massstab als für die anderen Prozessvoraussetzungen. Diese Regelung kann sich des Erfolgs nicht rühmen. Die Sonderbehandlung der Zuständigkeit ist nicht gerechtfertigt, obendrein bedarf sie einer ergänzenden Auslegung. Durch die Klagerücknahme wird die Rechtshängigkeit beseitigt. Aber es ist nicht genügend. Die Anhängigkeit sollte beseitigt werden, vor allem in Korea, wo die Klage durch die Klageschriftseinreichung erhoben wird und nach der Beseitigung der Rechtshängigkeit immer noch erhoben bleibt.

Der Oberste Gerichtshof erliess im 2011 ein Urteil ohne Rechtshängigkeit. Er hob das unterinstanzliche Urteil wegen der fehlenden Rechtshängigkeit auf, aber das aufhebende Urteil wies denselben Fehler auf. Der OGH hätte zuerst die Klageschrift zustellen, danach die Sache wegen der fehlenden funktionellen Zuständigkeit (Instanzenordnung) ans erstinstanzliche Gericht verweisen müssen. In vielen, verschiedenen Fällen spricht

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

das Gericht die Prozessbeendigung durch Urteil aus. Falls das Gericht die Beendigung des Prozesses übersah und Urteil erliess und die Partei dagegen das Rechtsmittel einlegt, muss das Rechtsmittelgericht die Wirkungslosigkeit des angefochtenen Urteils aussprechen. In anderen Fällen allerdings kann und darf das Gericht nach dem Erlöschen der Rechtshängigkeit kein Urteil erlassen.

Keywords: Rechtshängigkeit, Dispositionsmaxime, Wirkungsloses Urteil, Prozessbeendigungsaussprechendes Urteil