

대 법 원

결 정

사 건 2017마6438 항소장각하명령(약정금)
재 항 고 인 재항고인
원 심 명 령 대전고등법원 2017. 12. 14.자 2017나14183 명령

주 문

재항고를 기각한다.

이 유

재항고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 사건의 개요

1) 원고(피항소인, 이하 '피항소인'이라 한다)가 재항고인(피고, 항소인, 이하 '재항고인'이라 한다)을 상대로 제기한 이 사건 소송에서 제1심은 2017. 9. 13. 피항소인 일부 승소의 판결을 선고하였고, 재항고인만 2017. 9. 14. 자신의 패소 부분에 대해 항소하였다.

2) 원심은 피항소인에게 항소장 부분을 송달하려 하였으나 2017. 10. 13. '수취인불명'을 이유로 송달불능이 되었다.

3) 원심재판장은 2017. 10. 18. 민사소송법 제402조 제1항에 따라 재항고인에게 보

정명령을 받은 날부터 5일 안에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하였고, 재항고인은 2017. 10. 20. 주소보정명령을 직접 수령하였다.

4) 재항고인이 주소보정명령을 받은 날부터 55일이 지나도록 피항소인의 주소를 보정하지 아니하자 원심재판장은 2017. 12. 14. 이 사건 항소장각하명령을 하였다. 재항고인은 이에 불복하여 2017. 12. 15. 즉시항고를 하였다.

나. 쟁점

이 사건의 쟁점은 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소심재판장은 상당한 기간을 정하여 주소보정명령을 하여야 하고 항소인이 이를 이행하지 아니한 때 항소심재판장이 항소장각하명령을 하여야 한다는 현재 판례의 유지 여부이다.

2. 판례 법리의 타당성

대법원은 항소심에서 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1, 2항에 따라 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하고, 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 한다는 법리를 선언하여 왔고(대법원 1968. 9. 24.자 68마1029 결정, 대법원 1971. 5. 12.자 71마317 결정 등 참조), 항소장의 송달불능과 관련한 법원의 실무도 이러한 법리를 기초로 운용되어 왔다. 위와 같은 대법원 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 현재 판례의 태도는 민사소송법 제402조 제1, 2항의 문언 해석에 부합하고, 그 입법연혁을 고려하면 더욱 그러하다.

1) 민사소송법 제402조는 '항소심재판장 등의 항소장심사권'이라는 제목으로 제1항에서 "항소장이 제397조 제2항의 규정에 어긋나거나 항소장에 법률의 규정에 따른 인지

를 붙이지 아니하였음에도 원심재판장 등이 제399조 제1항의 규정에 의한 명령을 하지 아니한 경우, 또는 항소장의 부분을 송달할 수 없는 경우에는 항소심재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 한다."라고 정하고, 제2항에서 "항소인이 제1항의 기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때, 또는 제399조 제2항의 규정에 따라 원심재판장이 항소장을 각하하지 아니한 때에는 항소심재판장은 명령으로 항소장을 각하하여야 한다."라고 정하고 있다.

위 법률 조항의 문언에 의하면, 항소장 부분이 피항소인에게 송달되지 않는 경우 항소심재판장은 항소장 부분이 피항소인에게 송달될 수 있도록 항소인에게 항소장의 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 여기서 '흠을 보정한다'는 것은 항소장 부분의 송달불능 원인을 보정하여야 한다는 의미이므로, 그 송달불능 원인이 피항소인의 주소 때문이라면, 항소인은 피항소인이 항소장 부분을 송달받을 수 있는 주소를 보정하여야 한다는 의미로 해석할 수밖에 없다. 따라서 항소심재판장이 정한 상당한 기간 이내에 항소인이 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 항소심재판장은 명령으로 항소장을 각하하여야 한다고 해석하는 것이 민사소송법 제402조 제1, 2항의 문언에 부합한다.

2) 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되기 전의 것) 제371조는 항소장을 송달할 수 없는 경우 소장심사권에 관한 조항인 제231조를 준용하도록 하고 있었을 뿐이다. 당시 대법원은 소장 부분을 피고에게 송달할 수 없는 경우 재판장이 원고에게 상당한 기간을 정하여 피고의 주소를 보정하도록 명하고, 원고가 그 주소를 보정하지 아니한 경우에는 소장각하명령을 하여야 하는 것과 마찬가지로, 항소장 부분을 피항소인에게 송달할 수 없는 경우에도 항소심재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 피항소인의 주소를 보정하도록 명하고, 항소인이 그 주소를 보정하지 아니한 경

우에는 항소장각하명령을 하여야 한다고 해석하였다(대법원 1971. 5. 12.자 71마317 결정 등 참조).

이후 소송의 지연을 방지하고 국민의 권리·의무의 신속한 실현과 분쟁처리의 촉진을 도모할 목적으로 1981. 1. 29. 법률 제3361호로 제정된 구 「소송촉진 등에 관한 특별법」 제8조는 원심재판장에게도 항소장심사권을 부여하였고, 1990. 1. 13. 법률 제4201호로 민사소송법이 개정되면서 위 조항이 민사소송법에 편입되어 원심재판장의 항소장심사권에 관한 제368조의2가 신설되었으며, 항소심재판장의 항소장심사권에 관한 제371조는 소장심사권에 관한 제231조, 제232조의 내용과 동일한 내용으로 규정되었다. 민사소송법이 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되면서 구 민사소송법 제368조의2와 제371조는 각각 민사소송법 제399조와 제402조로 조문 위치만 바뀌어 현재에 이르고 있다(다만 2014. 12. 30. 법률 제12882호로 민사소송법이 개정되면서 원심재판장과 항소심재판장은 각각 법원사무관등으로 하여금 보정명령을 하게 할 수도 있다는 내용이 추가되었다).

이러한 입법연혁에 비추어 보더라도, 소장 부분이 송달불능에 이른 경우 재판장이 주소보정명령을 하고 원고가 이를 이행하지 아니한 때 소장각하명령을 하여야 하는 것과 마찬가지로 항소장 부분이 송달불능에 이른 경우에는 재판장이 주소보정명령을 하고 항소인이 이를 이행하지 아니한 때 항소장각하명령을 하여야 한다고 해석함이 타당하다.

나. 현재의 판례는 항소인이 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건을 갖추지 않는 데 대한 제재의 의미라고 이해할 수 있다.

제1심판결에서 패소한 소송당사자가 항소장을 제출하는 것은 항소심재판을 진행하여

항소심판결을 하여달라고 요청하는 행위이다. 그렇다면 항소인은 항소심재판이 진행되기 위해 필요한 최소한의 요건을 갖추어 항소를 제기할 필요가 있다. 항소심재판장은 항소장을 심사하는 단계에서 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건이 구비되지 못하였다고 판단하면 항소인에게 그에 대한 보정을 요구할 수 있다. 그런데 항소인이 위와 같은 항소심재판장의 보정 요구에 응하지 않는다면 이는 항소인이 항소심재판을 받으려는 의사가 없거나 항소심재판이 개시되지 못해도 무방하다는 태도를 취한 것으로 평가할 수 있다. 현재의 판례는 바로 항소인의 위와 같은 태도에 대한 제재로서 항소인이 주소보정명령을 이행하지 아니한 경우 항소심재판장은 항소장각하명령을 하여야 한다는 것으로 이해할 수 있다.

다. 항소심재판장이 항소인에게 항소장 부분이 송달될 수 있는 피항소인의 주소를 보정하라고 명령하는 것은 항소인에게 수인하지 못할 정도의 과중한 부담을 부과한 것도 아니다.

1) 항소인은 다음과 같은 조치를 취함으로써 항소심재판장의 주소보정명령을 충분히 이행할 수 있다.

가) 실무상 항소인이 항소심법원에 주소보정서를 제출하기만 하면 특별한 사정이 없는 한 주소보정명령에 응한 것이 된다. 만약 피항소인의 주소가 변동되지 않았다면 항소인은 주소보정서에 주소변동이 없다는 취지의 기재 또는 표시만 하면 충분하다.

나) 주민등록법 제29조 제2항 단서 제2호, 주민등록법 시행규칙 제13조 제1항, 별표 제4호 제가.목에 의하면, 항소인은 항소심재판장의 주소보정명령을 근거로 관계기관에 피항소인의 주민등록표 열람이나 등·초본의 교부신청을 할 수 있다. 항소인은 이를 통해 피항소인의 현재 주민등록상 주소를 파악할 수 있고, 피항소인의 송달장소를 그

주민등록상 주소로 보정할 수 있다.

다) 항소인은 항소장 부분의 송달불능 사유나 경위에 따라 집행관에 의하여 공휴일 또는 해뜨기 전이나 해진 뒤에 송달하는 것을 신청할 수 있고(민사소송법 제190조 제1항), 구체적인 사안에 따라 항소심에 주소를 보정하기 위하여 필요하다고 인정되는 조사의 촉탁 등을 신청할 수도 있다(대법원 2015. 7. 7.자 2014마2282 결정 참조).

라) 항소인이 피항소인의 송달장소를 더 이상 알 수 없다면 공시송달을 신청함으로써(민사소송법 제194조 제1항) 주소보정명령을 이행할 수도 있다.

2) 대법원은 항소인에 대한 주소보정명령이 항소인에게 수인하지 못할 정도의 과중한 부담이어서는 아니 된다는 취지에서, 항소인에게 상당한 보정기간을 주지 않고 주소보정을 명하고 상당한 기간이 지나지 않았는데도 항소장을 각하하는 것은 위법하다고 하였다(대법원 1991. 11. 20.자 91마620, 91마621 결정 참조). 또한 대법원은 항소심이 항소장각하명령 이전에 항소장 부분의 송달을 위한 최대한의 노력을 기울여야 한다는 취지에서, 항소장이나 판결문 등에 기재된 피항소인의 주소 외에 다른 주소가 소송기록에 있는 경우에는 그 다른 주소로 송달을 시도해 본 다음 그곳으로도 송달되지 아니한 경우에 항소인에게 주소보정을 명하여야 하며, 그러한 조치를 취하지 아니한 채 항소장에 기재된 주소로 송달이 되지 않았다는 것만으로 곧바로 주소보정을 명하고 이를 이행하지 아니함을 이유로 항소장을 각하하는 것은 올바른 조치가 아니라고 선언한 바도 있다(대법원 2014. 4. 16.자 2014마4026 결정 등 참조).

라. 실무상 주소보정명령에서 항소장각하명령을 예고하고 있으므로, 항소장각하명령은 항소인이 충분히 예측할 수 있는 재판이다.

실무상 항소장 부분의 송달불능을 이유로 한 주소보정명령서에는 그 명령에서 정한

기간 이내에 주소보정을 하지 아니하면 민사소송법 제402조에 근거하여 항소장이 각하될 수 있다는 점이 적시되어 있다. 이에 따라 항소인은 주소보정명령을 제대로 이행하지 아니하는 경우 항소장이 각하될 수 있다는 점을 충분히 예측할 수 있다.

마. 현재의 판례는 제1심 재판을 충실화하고 항소심을 사후심에 가깝게 운영하기 위한 향후의 발전 방향에도 부합한다.

민사소송은 제1심에서 되도록 모든 쟁점과 공격방어방법이 현출되고 충분한 쟁점정리와 폭넓은 증거조사를 통한 충실한 재판으로 법적 분쟁을 조기에 종국적으로 해결하도록 하는 것이 바람직하다. 민사소송의 상소심은 원칙적으로 법령 해석의 통일이라는 법률심으로서의 성격을 수행하는 것이 이상적이다. 이러한 발전 방향이 국민의 권리·의무의 신속한 실현에 이바지하는 길이기도 하다.

항소장 부분이 송달불능된 경우 항소장각하명령이 부당하다는 견해는 제1심 재판만으로는 소송당사자의 권리구제에 미흡하다는 인식에 기초한 것일 수 있다. 그러나 제1심 재판이 충실하게 진행되었다면 제1심에서 패소한 항소인이 반드시 항소심재판을 받아야만 헌법이 보장하는 재판받을 권리가 보장되는 것이라고 단정할 수 없다. 모든 국민은 헌법상 기본권으로서 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가지나(헌법 제27조), 거기에 항소심재판을 받을 권리가 반드시 포함되는 것은 아니다(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정 참조).

항소장각하명령은 항소인이 항소심재판의 진행을 위한 최소한의 조치를 취하지 않는 데 대한 제재의 의미를 가지는 것으로서 그 목적이 정당하다. 항소인이 주소보정명령에 불응한 경우 항소장각하명령을 받아 제1심판결이 확정될 수도 있는 위험을 부담하는 것은 민사소송법 제402조 제1, 2항에서 규정하고 있는 그대로이다.

항소장각하명령이 갖는 이러한 제도적 의미와 역할에 비추어 보면, 현재의 판례는 제1심 재판의 충실화와 맞물려 남상소를 방지하고 신의성실에 반하여 재판절차를 지연시키려는 항소인을 효과적으로 제재함으로써 법적 분쟁을 조기에 종국적으로 해결하도록 하는 데 기여할 수 있다. 따라서 현재의 판례는 제1심 재판의 충실화와 항소심의 사후심화라는 향후의 발전 방향에도 부합한다.

3. 이 사건에 관한 판단

원심의 재판장이 항소심재판장으로서 재항고인이 주소보정명령에서 정한 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니하였음을 이유로 이 사건 항소장각하명령을 한 것은 민사소송법 제402조 제1, 2항의 해석에 관한 현재의 판례에 따른 것으로서, 거기에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙 위반의 잘못이 없다.

4. 결론

그러므로 재항고를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 대법관 박상옥, 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였으며, 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

5. 대법관 박상옥, 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견

가. 다수의견은 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1, 2항에 근거하여 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하고, 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 한다는 기존 대법원 판례가 유지되어야 한다고 한다.

그러나 소송절차의 연속성을 고려할 때 항소장 부분의 송달불능은 소송계속 중 소송서류가 송달불능된 것에 불과한 점, 항소인이 항소장 부분의 송달불능을 초래한 것이 아닌데도 그 송달불능으로 인한 불이익을 오로지 항소인에게만 돌리는 것은 부당한 점, 소장각하명령과 항소장각하명령은 본질적으로 다른 재판인 점 등을 종합하여 고려할 때, 항소장 부분이 송달불능된 경우 민사소송법 제402조 제1, 2항에 근거하여 항소인에게 주소보정명령을 하거나 그 불이행 시 항소장각하명령을 하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다. 또한 관련 법 조항의 문언해석상으로도 그러하다. 그 상세한 이유는 아래와 같다.

나. 1) 항소장 부분의 송달은 소송계속 중 소송서류 송달의 한 장면에 불과한데도, 다른 소송서류와 달리 유독 항소장 부분의 송달불능으로 인한 불이익을 오로지 항소인에게만 돌리는 것은 항소심당사자를 공평하게 대우하지 않는 것이다.

가) 항소인이 항소장을 제1심 법원에 제출한 때는 그 이전의 소송절차에서 이미 소송당사자에게 소송서류가 적법하게 송달되어 제1심판결이 내려진 상황이다. 제1심판결에 대한 항소기간이 지나지 않은 이상 소송절차는 종료되지 않고 계속된다. 따라서 항소장 부분을 송달한다는 것은 결국 소송계속 중 소송서류를 송달하는 것에 다름 아니다.

일반적으로 소송계속 중 소송서류가 송달불능된 경우에 법원은 그 송달불능의 구체적 사유에 따라 재송달을 시도하거나, 최종적으로는 발송송달이나 공시송달의 방법으로 소송서류를 송달한다. 이는 소송절차를 계속 진행시키기 위한 조치이다. 소송계속 중 소송서류가 송달불능되었다는 사정만으로는 소송절차를 그대로 종료시킬 수 없다. 소송절차는 법적 분쟁의 종국적 해결을 위한 절차이므로 그 목적을 달성할 때까지 계

속 진행되어야만 하기 때문이다. 그런데 소송계속 중 항소장 부분이 송달불능된 후 주소가 보정되지 않았다는 사정만으로 소송절차를 그대로 종료시키는 것은 법적 분쟁의 해결이라는 소송절차의 본질적인 목적에도 반한다.

다수의견은 항소장 부분이 다른 소송서류와는 다른 특수한 점이 있으므로 항소장 부분의 송달불능은 소송계속 중 다른 소송서류의 송달불능과는 달리 취급해야 한다고 보는 것 같다. 그러나 민사소송법상 항소심은 기본적으로 제1심의 소송자료와 진행결과를 바탕으로 하는 속심이다. 항소장을 제출함으로써 항소심의 소송절차가 개시되었다 해도 이는 어디까지나 제1심의 소송절차에서부터 이어진 하나의 소송절차 내의 일이다. 따라서 소송계속이 발생한 후의 여러 소송서류의 송달불능 중 항소장 부분의 송달불능만 다르게 취급해야 할 이유가 없다. 심지어 소송계속 중 새로운 소 제기를 의미하는 소송서류인 '중간확인 의 소장, 반소장, 청구변경서' 부분이 송달불능되었다고 하여 그 소송서류의 제출자에게 소송상대방의 주소를 보정하도록 명하지는 않는다. 소송실무상 이러한 경우 법원은 준비서면이 송달불능된 경우와 마찬가지로 보아 재송달을 실시하거나 최종적으로는 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달한다. 판결정본이 송달불능된 경우에도 최종적으로는 공시송달의 방법으로 송달하는 것이 실무례이다. 아래에서 보는 것처럼 대법원 실무는 상고장 부분을 최종적으로 발송송달 또는 공시송달의 방법으로 송달하고 있다. 소송계속 이후에 소송서류가 송달불능되었다는 사정은 모두 동일한데도 다수의견은 항소장 부분이 송달불능된 경우에만 유독 그 제출자에게 상대방의 주소를 보정하도록 요구할 수 있다고 하면서 항소장만 다른 소송서류와 달리 취급하고 있다.

나) 게다가 굳이 항소장 부분이 송달되지 않은 책임의 소재를 따져보면, 아래와 같은

이유로 피항소인에게 그 책임이 있다고 보아야 한다.

민사소송법 제185조 제1항이 "당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다."라고 정하고 있는 입법취지와 민사소송법 제1조 제2항에 따라 '소송당사자는 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다'는 점을 아울러 고려하면, 소송당사자는 소송계속이 성립한 이후에는 소송서류가 제대로 송달될 수 있도록 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있다고 할 수 있다. 소송서류의 송달은 소송절차가 진행되기 위한 필수적인 절차이고, 소송서류가 제대로 송달되지 않는다면 소송절차가 공정하고 신속하게 진행되는 데 지장을 초래하기 때문이다.

소장 부분을 아직 송달받지 못한 단계의 피고는 그 제소 사실 자체를 알지 못하므로, 소장 부분이 송달될 수 있도록 조치를 취해야 할 의무가 있다고 할 수는 없다. 반면 피항소인은 일반적으로 제1심 소송절차가 진행되어 제1심판결이 선고된 사실을 잘 알고 있고, 소송상대방이 항소를 제기할 수도 있음을 충분히 예상할 수 있는 소송당사자이다.

따라서 피항소인은 항소장 부분이 제대로 송달될 수 있도록 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있다고 보아야 한다. 만약 제1심에서 피항소인에 대하여 소송서류를 공시송달하여 소송을 진행하였다면, 항소장 부분 역시 공시송달하면 될 것이다. 그런데도 항소장 부분의 송달불능으로 인한 주소보정책임과 그에 따른 소송상 불이익을 오로지 항소인에게만 돌리는 것은 항소인과 피항소인을 공평하게 대우하는 것이 아니다.

2) 항소장각하명령은 소장각하명령(민사소송법 제255조 제2항, 제254조)과 비교하여 볼 때 소송법적 의미나 효과에서 현저한 차이가 있으므로, 소장에 관한 주소보정명령

과 그 불응 시 이루어지는 소장각하명령에 관한 법리를 항소장 부분이 송달불능된 경우에 그대로 적용하는 것은 균형이 맞지 않는다.

소제기에 따른 소송계속의 효력은 소장 부분이 송달된 때에 비로소 발생한다(대법원 1989. 4. 11. 선고 87다카3155 판결 등 참조). 따라서 소장 부분을 송달할 수 없는 단계에서는 아직 소송계속이 성립하기 전이므로, 이 상태에서 소장이 각하되더라도 소송계속의 효력은 발생하지 않고 원고는 아무런 불이익을 입지 않는다. 소장각하명령을 받은 원고가 동일한 청구에 관한 소를 다시 제기하는 데에 별다른 장애도 없다.

반면 항소제기에 따른 제1심판결의 확정차단과 이심(移審)의 효력은 항소장을 제1심 법원에 제출함으로써 발생한다. 항소장을 제출함으로써 그 전에 발생하였던 소송계속은 계속 유지되고, 항소장 부분의 송달 여부는 이미 발생한 소송계속과 무관하다. 이러한 상황에서 항소장각하명령이 확정되면 항소인이 패소한 제1심판결이 그대로 확정되어 재판은 종결되고, 제1심판결의 기판력으로 인해 항소인은 이후의 소송에서 그 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용에 저촉되는 주장을 할 수 없다. 항소인은 재심을 통하지 않고서는 동일한 사안에 대해 더 이상 소송으로 다룰 수 없게 되는 불이익을 입게 된다.

소장각하명령과 항소장각하명령은 소장과 항소장에 대한 송달불능으로 더 이상 절차를 진행할 수 없다는 측면에서는 동일하다고 볼 수 있다. 그러나 소장각하명령은 더 이상 절차진행은 안 되지만 원할 경우 다시 소를 제기할 수 있다는 의미인 반면, 항소장각하명령은 더 이상 절차진행은 안 됨은 물론 법적 분쟁을 종결시키겠다는 의미이다.

소장 부분이 송달불능된 경우는 법원과 당사자 중 원고만이 소송의 주체가 된 상황

이다. 원고의 요구로 소송이 개시되는 사정을 고려하면, 피고의 주소는 원고가 밝혀야 한다는 점은 명백하다. 이는 사무 처리를 위한 일반적인 상식에 가깝다. 만약 소장 부분의 송달불능에 관한 민사소송법 제255조의 규율이 없더라도, 민사소송 절차의 진행을 위해 원고가 피고의 주소를 밝혀야 한다는 점은 당연히 인정되어야 한다. 그러나 항소장 부분이 송달불능된 경우는 법원과 항소인 및 피항소인 사이에 소송계속이 성립한 상태로서 법원과 양 당사자가 모두 소송의 주체가 된 상황이므로 소장 부분이 송달불능된 경우와는 전혀 다른 상황이다.

판례는 소장 부분을 송달하지 아니한 채 변론절차를 진행한 것은 중대한 소송절차 위반에 해당한다고 하였으나(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다108388 판결), 항소장 부분을 송달하지 아니한 하자는 상대방이 지체 없이 이의를 주장하지 아니한 이상 판결 결과에 영향을 미칠 사유에 해당하지 않는다고 하였다(대법원 1957. 11. 4. 선고 4290민상433 판결, 대법원 1957. 3. 23. 선고 4290민상81 판결). 이러한 점을 보더라도 소장 부분의 송달과 항소장 부분의 송달의 소송법적 의미와 중요성은 전혀 다를 수 있다.

요컨대, 소장 부분이 송달불능된 경우와 항소장 부분이 송달불능된 경우는 전혀 다른 차원의 상황이다. 소장 부분을 송달할 수 없는 경우에 제1심재판장이 소송계속 이전 단계에서 원고에게 피고의 주소를 보정하도록 명할 수 있다고 하여, 이와 마찬가지로 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우에도 항소심재판장이 소송계속 중인 상태에서 항소인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명할 수 있다고 단순하게 말할 수는 없다. 소송법상 효과가 전혀 다른 두 제도를 동일하게 취급하는 전제부터가 잘못이다.

3) 민사소송법 관련 조항의 문언에 의하더라도, 항소장 부분이 송달불능된 경우 항

소인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명할 수 있다고 해석할 수는 없다.

민사소송법 제402조 제1항의 문언에 의하면 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소심재판장이 항소인에게 흠을 보정하도록 명하여야 한다고 정하고 있으나, 그 흠이 무엇인지에 대해서는 구체적으로 정하고 있지 않다. 따라서 민사소송법 제402조 제1항에 따라 항소인에게 보정하도록 명할 수 있는 '흠'이 무엇인지는 해석의 문제이다.

예를 들어 항소인이 항소장에 송달료납부서를 첨부하지 않았기 때문에 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우라면 항소심재판장은 항소인에게 송달료를 납부하도록 보정명령을 할 수 있다고 해석할 수 있다(대법원 1995. 10. 5.자 94마2452 결정 참조). 송달료를 납부하지 않은 '흠'은 항소장 제출 당시부터 존재한 것이기 때문이다.

그러나 다음과 같은 이유로 항소장에 기재된 피항소인의 주소가 적법한 송달장소가 아니라는 것은 민사소송법 제402조 제1항에 따라 항소인에게 보정하도록 명할 수 있는 '흠'이라고 해석할 수 없다. 따라서 항소장 부분이 송달불능된 경우에 민사소송법 제402조 제1항에 근거하여 항소인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명할 수는 없다.

민사소송법은 항소장의 필요적 기재사항으로 '당사자와 법정대리인 및 제1심판결의 표시와 그 판결에 대한 항소의 취지'를 규정하고 있을 뿐이다(제397조 제2항). 다만 준비서면에 관한 규정이 항소장에 준용되는데(제398조), 당사자의 주소는 '준비서면의 기재사항'에 불과하다(제274조 제1항 제1호). 항소장에 준비서면에 관한 규정을 준용하도록 한 취지는 항소장이 준비서면으로서의 기능도 수행할 수 있도록 한 것에 불과하므로, 항소장에 '준비서면의 기재사항'을 적을 것인지 여부는 항소인이 선택할 문제이며, 항소장에 '준비서면의 기재사항'이 기재되지 않아도 항소장의 효력에는 아무런 영향이 없다. 만일 '준비서면의 기재사항'도 항소장의 필요적 기재사항이라고 해석한다면, 준비

서면의 다른 기재사항인 '공격방어방법, 상대방의 청구와 공격방어방법에 대한 진술'(제 274조 제1항 제4, 5호) 등도 항소장의 필요적 기재사항이라고 해석해야 할 것이다. 그러나 비교적 짧은 기간인 항소기간 내에 제출해야 하는 항소장에 그러한 내용까지 기재해야 항소장이 적법해진다고 볼 수는 없다. 현재의 실무례도 항소장에 위와 같은 '준비서면의 기재사항'을 기재하지 않는다. 따라서 '피항소인의 주소'는 항소장의 필요적 기재사항이라고 할 수 없다.

그렇다면 항소장 제출 당시 항소장에 피항소인의 주소가 기재되어 있지 않더라도 그 항소장은 적법한 것이다. 그러므로 항소장 접수 단계에서 항소심재판장이 항소인에게 피항소인의 주소를 항소장에 기재하도록 보정을 명할 수는 없다. 그런데 그 이후 항소심법원이 항소장 부분의 송달을 시도하였으나 송달불능에 이르렀다고 하여, 항소심재판장이 그때에 이르러서야 비로소 항소인에게 피항소인의 주소를 항소장에 제대로 기재했어야 한다는 이유로 피항소인의 주소를 보정하도록 명할 수 있다는 것은 모순이다. 애초에 항소인은 항소장에 피항소인의 주소를 기재할 의무가 없었는데, 그 이후 항소장 부분이 송달불능 되었다고 하여 항소인에게 그러한 의무가 새로 생긴다고 볼 수는 없기 때문이다.

민사소송법 제274조 제1항 제1호는 당사자의 주소를 준비서면의 기재사항 중 하나로 규정하고 있지만, 이는 실무에서 사실상 사문화된 조항에 불과하다. 준비서면에 당사자의 주소를 기재하도록 한 취지는 당사자를 특정하고 준비서면을 송달하기 위한 조치일 것이다. 그러나 준비서면이 제출되는 단계에서는 특별한 사정이 없는 한, 당사자의 특정과 송달은 문제되지 않는다. 준비서면의 송달은 그 이전에 송달이 이루어졌던 바에 따라 법원이 실시하면 족하다. 그렇기 때문에 준비서면에 당사자의 주소를 기재

하는 예는 실무상 찾아볼 수 없다. 이러한 사정은 항소장 부분의 경우에도 마찬가지이다. 항소장 제출 단계에서 당사자 특정은 문제되지 않고, 항소장 부분은 소송계속 중 소송서류와 마찬가지로 그 이전에 송달이 이루어졌던 바에 따라 법원이 송달하면 족하다. 이러한 점을 고려하더라도, 항소장에 민사소송법 제274조 제1항 제1호를 준용하여 피항소인의 주소를 기재해야 한다고 해석하는 것은 무리이다.

4) 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소심재판장은 피항소인의 송달장소를 확인하기 위한 조치를 스스로 취할 수 있고 그러한 조치를 취한 이후에도 더 이상 피항소인의 송달장소를 알 수 없다면 민사소송법 제194조 제3항, 제1항에 따라 항소장 부분을 공시송달하도록 결정할 수 있음에도 불구하고, 항소심재판장이 항소인에게 주소보정명령을 하고 항소인이 이를 이행하지 아니한 때 항소장각하명령을 할 수 있다고 해석하는 것은 헌법상 비례원칙에 반한다.

항소장각하명령이 확정되면 항소인이 패소한 제1심판결이 그대로 확정되므로, 항소인에게 심대한 소송법상 불이익이 생긴다. 그런데 항소심재판장은 아래 다.항에서 보는 바와 같이 소송지휘, 기록상 주소 확인, 조사의 촉탁 등 스스로 피항소인의 송달장소를 확인하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있고, 그러한 조치를 모두 취했음에도 더 이상 피항소인의 송달장소를 알 수 없는 경우에는 소송의 지연을 피하기 위하여 항소장 부분을 공시송달할 것을 명할 수 있다(민사소송법 제194조 제3항, 제1항). 항소인의 주소 보정을 통해 확인할 수 있는 정보가 항소심재판장이 스스로 수집하는 정보보다 우수하다고 볼 수도 없다. 실무에서도 항소심재판장은 항소장 부분이 송달되지 않을 때 직권으로 항소장 부분을 공시송달하는 경우가 많다.

항소장 부분이 송달불능된 경우에 항소인에게 주소보정명령을 하고 이에 불응할 때

항소장각하명령을 할지 아니면 피항소인의 주소를 찾아보았으나 피항소인의 송달장소를 더 이상 알 수 없어서 항소장 부분을 공시송달할지 여부가 오로지 항소심재판장의 재량에 달려 있다고 보는 것은 양자의 소송법적 효과가 항소인에게 미치는 현저한 차이를 고려할 때 도저히 받아들일 수 없는 해석이다. 항소장 부분의 송달 실무에 관하여 서로 다르게 재량권을 행사하는 항소심재판장들이 있다면, 항소장 부분이 송달불능에 이르렀다는 동일한 처지에 놓인 항소인들이 어떠한 항소심재판장으로부터 재판을 받는지에 따라 각자의 소송의 운명이 완전히 달라질 수 있게 된다. 이러한 결과는 건전한 상식을 가진 일반 국민의 법감정에도 맞지 않는다.

아래 다.항에서 보는 바와 같이 항소장 부분 등을 공시송달함에 따라 피항소인이 항소심재판이 개시된 사실을 전혀 알지 못한 채 항소심판결이 내려져 확정되었다면, 피항소인은 추완상고를 함으로써 자신의 소송상 이익을 회복할 수 있는 길이 있다. 반면 다수의견처럼 항소장 부분이 송달불능된 경우에 항소인에게 주소보정명령과 그 불응시 항소장각하명령을 하게 되면 항소인은 재심이 가능한 경우가 아닌 한 소송상 이익을 회복할 방법이 없다.

이와 같이 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소인과 피항소인의 소송상 이익을 조화시키는 방안이 있음에도 불구하고 오로지 항소인에게만 불리한 방안인 주소보정명령과 그 불응에 따른 항소장각하명령을 할 수 있다고 해석하는 것은 헌법상 비례원칙에 반한다.

5) 민사소송의 전자소송시스템은 소송당사자가 스스로 송달받을 수 있는 조치를 취해야 함을 전제로 마련된 것인 점에 비추어 보아도, 항소인이 피항소인의 주소를 보정할 책임을 부담한다고 보는 것은 부당하다.

「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」 제11조는 제1항에서 전자적 송달은 원칙적으로 전산정보시스템에 사용자등록을 하고 전자소송에 동의한 자에게 한다는 취지로 정하고, 제3항에서 '전자적 송달은 법원사무관등이 송달할 전자문서를 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 송달받을 자에게 전자적으로 통지하는 방법으로 한다'고 정하며, 제4항에서 '이 경우 송달받을 자가 등재된 전자문서를 확인한 때에 송달된 것으로 보되, 다만 그 등재사실을 통지한 날부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 본다'고 정하고 있다. 그리고 위 법률의 위임을 받아 제정된 「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙」은 제26조 제1항에서 '위 전자문서 등재사실의 통지는 등록사용자가 전자소송시스템에 입력한 전자우편주소로 전자우편을 보내고, 휴대전화번호로 문자메시지를 보내는 방법으로 하되, 다만 등록사용자의 요청에 따라 문자메시지는 보내지 않을 수 있다'고 정하고 있다.

전자소송에서 전자우편주소와 휴대전화번호는 전자적 송달을 위한 필수적인 정보로서 전자적 송달을 받을 자가 전산정보시스템에 사용자등록을 할 때 반드시 입력해야만 하는 정보이다. 만일 전자적 송달을 받을 자가 전자우편주소와 휴대전화번호를 변경하였는데도 이를 변경입력하지 않음으로써 종전의 휴대전화번호와 전자우편주소로 전자적 통지가 이루어졌더라도 전자적 송달의 효력은 인정된다. 이와 같이 전자소송시스템은 기본적으로 소송당사자가 스스로 송달받을 수 있는 조치를 취해야 함을 전제로 마련되었다. 실제로 전자적 통지를 수령하지 못할 위험은 전자적 송달을 받을 자가 부담하고, 그 위험이 소송상대방에게 전가되지 않는다.

따라서 피항소인이 전자적 송달을 받을 자에 해당한다면, 피항소인의 송달장소 문제

탓에 항소장 부분을 피항소인에게 송달할 수 없는 경우는 생기지 않는다. 피항소인이 전자우편주소와 휴대전화번호를 변경하였는데도 이를 전산정보시스템에 변경입력하지 않음으로써 항소장 부분이 사실상 송달불능 되었다고 해도 이는 피항소인의 책임임을 전제로 하고 있다. 결과적으로 항소인은 항소장 부분의 송달불능으로 인해 항소장각하 명령을 받을 수 있는 위험을 전혀 부담하지 않는다. 그런데 기존 판례 법리에 의하면, 피항소인이 전자적 송달을 받을 자에 해당하지 않는 경우에는 항소인이 항소장 부분의 송달불능으로 인해 항소장각하명령을 받을 수 있는 위험을 부담하게 된다. 피항소인이 항소장 부분을 전자적 송달로 받을지 여부는 항소인과 아무런 관련이 없다. 항소인과 관련이 없는 우연한 사정에 따라 항소인이 항소장각하명령의 위험을 부담하는지 여부가 완전히 달라지는 것은 부당하다.

6) 대법원이 선언한 기존 판례는 상고장 부분을 송달하는 현재 대법원의 실무와도 모순된다.

민사소송법 제425조는 "상고와 상고심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 제1장의 규정을 준용한다."라고 정하고 있다. 이에 따라 상고심 소송절차에도 항소장심사권에 관한 민사소송법 제402조가 준용된다. 즉 민사소송법 제402조라는 동일한 법조항이 항소장심사와 상고장심사에 모두 공통적으로 적용된다.

그런데 현재 대법원 실무는 상고장 부분이 피상고인에게 송달되지 않는 경우 상고인에게 주소보정명령을 하지 않고, 그에 따라 주소보정명령 불응을 이유로 한 상고장각하명령도 하지 않는다. 대법원은 최종적으로 발송송달이나 공시송달의 방법으로 상고장 부분을 송달하고 있다. 대법원은 기존 판례를 통해 항소심에 대해서는 항소장 부분의 송달불능 시 주소보정명령과 항소장각하명령을 해야 한다고 선언하면서도, 정작 자

신은 그와 다른 내용의 재판을 하고 있다. 대법원이 하급심에 대하여 스스로는 하지 않는 재판을 요구하는 모순된 태도를 보이는 것이다. 법원 내부에서조차 동일한 법조항에 대해 상호 모순되는 태도를 보이는 것을 국민들이 과연 납득할 수 있겠는가?

혹시 상고심은 법률심이므로 피상고인에게 상고장 부분을 통상의 방법으로 송달하지 않더라도 피상고인에게 불리한 경우가 거의 없기 때문에 상고장 부분의 송달과 항소장 부분의 송달은 다른 차원의 문제라고 주장할지 모른다. 그러나 상고장 부분이 피상고인에게 송달되어야 하는 소송법상 의미와 중요성은 항소장 부분을 송달하는 경우와 다르지 않다. 피상고인 역시 상고장 부분을 송달받아야 상고심 절차에 실질적으로 참여할 수 있다. 즉 피상고인은 상고이유서 부분 또는 등본을 송달받은 날부터 10일 이내에 답변서를 제출할 수 있고(민사소송법 제428조 제2항, 제1항), 답변서는 상고법원의 심리자료로 사용된다(민사소송법 제430조). 피상고인은 상고심에서 원심 변론종결 이후의 사정, 예를 들어 '상고심절차의 중단 및 수계 사유', '소의 이익 상실 사유' 등과 같이 상고심재판에도 반영되어야 할 사정을 주장할 이익도 있다.

다수의견은 항소장심사권에 관한 민사소송법 제402조가 소장심사권에 관한 제255조, 제254조의 내용과 동일한 내용으로 규정되어 있다는 점을 주요 근거로 들고 있다. 그러나 민사소송법 제402조라는 동일한 법조항이 항소심과 상고심에 공통적으로 적용된다는 점이 더욱 명백한 민사소송법상 규율 내용이다.

7) 송달은 법원이 직권으로 실시하는 것이므로, 변론주의와 당사자주의가 적용되는 국면이라고 볼 수 없다.

민사소송법 제174조는 "송달은 이 법에 특별한 규정이 없으면 법원이 직권으로 한다."라고 규정하고 있다. 이는 민사소송에서 송달을 신속·적정·명확하게 함으로써 절

차의 안정과 확실성을 도모하고자 한 것이다. 민사소송의 기본이념인 변론주의와 당사자주의는 소송서류의 송달과는 아무런 관계가 없다. 따라서 항소장 부분이 송달불능된 국면에서 변론주의와 당사자주의를 이유로 들어 피항소인의 주소를 보정할 책임을 항소인에게 돌릴 수 없다. 송달 업무는 법원이 부담하는 책무로서 송달이 한 번 이루어지면 법원은 그대로 이어 송달을 계속해야 하는 것이지 그 송달의 부담을 항소인에게 넘길 수 없기 때문이다.

이 사안의 쟁점은 항소장 부분의 송달불능 상황에서 법원과 소송당사자 사이에 항소장 부분의 송달 업무와 그 책임의 귀속관계에 관한 법령의 정당한 해석 문제이지, 항소인이 소송수행능력이 부족하기 때문에 입는 소송상 불이익을 제거하기 위한 것은 아니다. 항소장 부분이 송달불능된 경우 민사소송법 제402조 제1, 2항에 근거하여 주소보정명령을 하고 그 불이행에 따른 항소장각하명령을 하는 것이 허용되지 않는 것은 항소인의 소송수행능력 부족과는 아무런 관련이 없다.

다. 지금까지의 논의를 종합하면, 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소심의 소송절차는 다음과 같이 진행될 것이다.

1) 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1, 2항에 근거하여 항소인에게 피항소인의 주소를 보정할 것을 명할 수 없고, 따라서 그 위반을 이유로 한 항소장각하명령도 할 수 없다.

2) 다만 항소심재판장은 항소장 부분이 피항소인에게 송달되도록 아래와 같은 최선의 노력을 기울일 필요가 있다. 법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 하기 때문이다(민사소송법 제1조 제1항). 항소심재판장은 적절한 소송지휘 등을 통해 항소인에게 피항소인의 송달장소 확인을 위해 필요한 협조를 요청

하거나 주소보정권고 등을 할 수 있다. 또한 항소심재판장은 항소장이나 판결문 등에 기재된 피항소인의 주소 외에 다른 주소가 소송기록에 있는 경우에는 그 다른 주소로 항소장 부분의 송달을 시도해야 한다(대법원 2014. 4. 16.자 2014마4026 결정 등 참조). 한편 항소인은 항소심에 주소를 보정하기 위하여 필요하다고 인정되는 조사의 촉탁 등을 신청할 수도 있는데(대법원 2015. 7. 7.자 2014마2282 결정 참조), 항소심재판장이 그러한 조사의 촉탁 등을 직권으로 실시하는 것도 가능하다. 이와 같이 항소심재판장은 항소인에게 주소보정명령을 하지 않더라도 항소장 부분을 송달하기 위해 필요한 자료를 스스로 수집할 수 있다.

3) 항소심재판장이 항소장 부분을 송달하기 위한 최선의 노력을 기울였는데도 피항소인의 송달장소를 더 이상 알 수 없는 경우에는 항소장 부분을 공시송달의 방법으로 송달하면 된다(민사소송법 제194조). 위와 같은 노력의 결과는 피항소인에 대한 공시송달의 요건을 확인하기에 부족함이 없기 때문이다. 이에 따라 항소심재판이 진행될 수 있다.

다만 피항소인이 제1심에서 소송서류를 송달받은 장소가 있다고 하더라도, 항소심에서 소송서류를 송달받은 적이 없는 이상 그 장소를 민사소송법 제185조 제2항의 '종전에 송달받던 장소'에 해당한다고 볼 수 없다는 것이 판례이므로(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다85796 판결 참조), 항소장 부분을 발송송달의 방법으로 송달할 수 있는지 여부는 논외로 한다. 그러나 앞에서 본 것처럼 대법원 실무는 상고장 부분이 송달되지 않는 경우 최종적으로 발송송달 또는 공시송달의 방법으로 상고장 부분을 송달하고 있다는 것만 지적해 두기로 한다.

4) 이후 피항소인에게 항소장 부분뿐만 아니라 변론기일통지서 등도 공시송달의 방

법에 의하여 송달되고, 항소심판결 정본도 공시송달의 방법으로 송달되어 확정되었다면, 특별한 사정이 없는 한 피항소인은 항소심의 절차가 진행되었던 사실을 모르고 있었다고 할 수 있다. 이는 피항소인이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에 해당하므로, 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내(그 사유가 없어질 당시 외국에 있었던 경우에는 30일 이내)에 추완상고를 할 수 있다(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다21365 판결 등 참조).

5) 피항소인이 위와 같은 이유로 추완상고를 하였다면, 피항소인은 당사자로서 절차상 부여된 권리를 침해당하였다고 할 것이고, 이와 같은 경우는 당사자가 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 민사소송법 제424조 제1항 제4호의 규정을 유추적용할 수 있으므로, 상고심은 항소심판결을 직권으로 파기해야 한다(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다21365 판결 등 참조). 이로써 피항소인의 절차적 지위도 균형 있게 보호될 수 있게 된다.

6) 다만 추완항소장이 제출된 경우는 이와 다르다. 추완항소장이 제출된 상황은 소송계속이 유지되었던 상태가 아니라 일응 소송절차가 종료된 상태이고, 피항소인이 장차 추완항소가 제기될 수 있음을 예상하기도 어렵다. 따라서 추완항소장을 피항소인에게 송달할 수 없는 경우에는 소송계속을 전제로 한 절차 진행은 곤란하다. 그러므로 추완항소장에는 소장에 준하여 피항소인의 주소를 기재해야 하고, 추완항소장 부분을 송달할 수 없는 경우에는 소장 부분의 송달불능에 준하여 추완항소인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명할 수 있으며, 추완항소인이 이를 보정하지 않는다면 항소장각하 명령을 할 수 있다고 해석함이 타당하다.

라. 이하에서는 다수의견이 들고 있는 논거를 간략히 반박한다.

1) 다수의견은 기존 판례가 민사소송법 제402조 제1, 2항의 문언 해석에 부합한다고 한다.

그러나 위에서 본 바와 같이, 민사소송법 제402조 제1항은 항소장 부분이 송달불능된 경우에 항소인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명할 수 있는지에 관하여 직접적으로 규정하고 있지 않고, 피항소인의 주소는 항소장의 필요적 기재사항이 아니다. 또한 상고장 부분의 송달에도 동일한 법조항인 제402조 제1, 2항이 준용되지만 현재 대법원의 실무는 송달불능된 상고장 부분을 발송송달 또는 공시송달에 의해 송달하고 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 다수의견의 입장이 과연 민사소송법 제402조 제1, 2항의 문언에 부합하는 해석인지 의문이다.

2) 다수의견은 기존 판례의 의미에 관하여 항소인이 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건을 갖추지 않는 데 대한 제재의 의미라고 하면서, 주소보정명령이 항소인에게 과도한 부담을 부과한 것이 아니고, 항소장각하명령을 하는 것은 애초에 주소보정명령에서 예고한 바에 불과하다고 한다.

그러나 주소보정명령이 항소인에게 과도한 부담이 되는지 여부는 이 사건의 쟁점과 무관하다. 이 사건 쟁점은 항소장 부분의 송달불능을 이유로 항소인에게 주소보정명령을 할 수 있는지 여부이다. 이와 같이 주소보정명령의 가부를 따지는 장면에서 주소보정명령 이행의 용이성 여부에 관하여 논하는 것은 그 영역 밖의 일이다. 항소인이 주소보정명령을 쉽게 이행할 수 있다는 것이 항소인에게 주소보정의무가 있다고 하는 근거가 되지는 않는다.

또한 앞에서 본 바와 같이 피항소인의 주소는 항소장의 필요적 기재사항이 아니므로, 항소인은 피항소인의 주소를 항소심 법원에 알릴 의무가 애초에 없다고 보아야 한

다. 따라서 기존 판례는 항소인이 부담하지 않는 의무의 위반을 이유로 제재를 가하는 것에 불과하다.

실무상 주소보정명령에서 항소장각하명령을 예고하고 있다는 것만으로 기존 판례가 정당화될 수 없다. 항소인에게 의무 없는 일을 하도록 요구하는 것 자체가 부당하고, 부당한 요구를 하면서 그에 관한 제재를 예고하였다고 하여 그 부당한 요구가 정당화될 수 없기 때문이다.

다수의견은 항소심재판을 받을 권리가 헌법상 재판청구권에 포함되는 것은 아니라고 한다. 그러나 민사소송법 제390조에 따라 제1심에서 패소한 소송당사자가 항소할 권리가 있음은 명백하다. 항소인에게 피항소인의 주소를 보정할 의무가 없는데도 항소인이 주소보정명령에 응하지 않았다는 이유로 항소장각하명령으로 제1심의 패소판결을 확정시킬 수 있다는 다수의견은 항소심 재판을 받을 항소인의 법률상 권리를 침해하는 것이라고 볼 수밖에 없다.

3) 다수의견은 기존 판례가 제1심 재판을 충실화하고 항소심을 사후심에 가깝게 운영하기 위한 향후의 발전 방향에도 부합한다고 한다.

그러나 이 사건 쟁점과 제1심 재판의 충실화와는 아무런 관계가 없다. 항소장 부분이 송달불능된 경우 다수의견과 같이 주소보정명령 불응을 이유로 항소장각하명령을 한다고 하여 제1심 재판이 충실하게 이루어진다고 단언할 수 없고, 그 반대로 항소심 재판을 진행한다고 해서 제1심 재판이 충실하지 않게 이루어지는 것도 아니다. 주소보정명령 불응을 이유로 항소장각하명령을 하는 것과 무관하게 제1심 재판은 충실하게 이루어져야 한다.

다수의견은 항소장 부분의 송달불능에 따른 주소보정명령과 이에 이은 항소장각하명

령이 남상소를 방지하기 위한 제도라는 취지로도 주장하나, 남상소를 억제하는 것과 주소보정명령 및 이에 이은 항소장각하명령 사이에는 아무런 관련이 없으며, 항소장각하명령 제도가 그러한 취지로 운영되어서도 안 된다.

마. 1) 기존 판례 법리가 별다른 의문 없이 실무에서 오랫동안 유지되어 온 것은 다음과 같은 시각이나 관념에 기인한 것이라고 추측된다. 즉 항소장 부분의 송달불능에 따른 주소보정명령과 그 불능에 따른 항소장각하명령의 절차가 소장 부분의 송달불능에 따른 주소보정명령과 그 불능에 따른 소장각하명령의 절차와 매우 유사하다고 보는 시각이 있는 것 같고, 또한 항소인은 항소심의 적극적 당사자로서 마치 제1심의 원고와 같은 지위에 있다고 여기는 관념이 있는 것 같다.

2) 그러나 위와 같은 시각이나 관념은 항소장 부분을 제출하는 단계가 이미 소송계속이 성립한 이후로서 소송당사자에게 소송서류의 송달이 적법하게 이루어진 적이 있는 상황임을 간과하고 있는 것이다. 아직 소장 부분이 송달되지 않아 소송계속이 성립하기 전의 원고와 달리 항소인은 소송계속이 발생한 이후의 제1심 소송절차를 거친 소송당사자이다. 제1심 소송절차에서 항소인의 종전 소송서류는 소송상대방에게 적법하게 송달되었고, 소송상대방의 소송서류 역시 항소인에게 적법하게 송달되었던 상태이다. 따라서 항소인의 지위와 원고의 지위가 서로 유사하다고 볼 수 없다.

항소장 부분의 송달은 소송계속 중 소송서류 송달의 한 장면에 불과하므로, 항소장 부분이 송달되지 않는다면 이는 소송계속 중 소송서류가 송달불능된 것과 다를 바 없다. 소송계속 중 준비서면이 통상적인 송달방법에 의해 송달되지 않는다면 최종적으로 발송송달이나 공시송달에 의하여 송달하는 것처럼, 항소장 부분이 통상적인 방법에 의해 송달되지 않는 경우에도 준비서면의 경우와 마찬가지로 송달함으로써 항소심 절차

를 진행하면 족하다.

또한 소장각하명령과 항소장각하명령은 "이 상태에서는 소송을 더 이상 진행할 수 없다."는 점에서는 동일하지만, 양자의 실질적 의미는 현격히 다르다. 즉 소장각하명령은 "소송을 다시 하면 된다."는 의미이지만, 항소장각하명령은 "이제 더 이상 다룰 수 없다."는 의미로서, 양자는 대비가 불가능할 정도로 다른 재판이다. 따라서 소장각하명령과 항소장각하명령을 유사한 제도로 여기는 시각은 위와 같은 두 재판의 본질적인 차이를 꿰뚫어 보지 못한 것이다.

3) 실무상 항소심재판장은 항소장 부분의 송달불능을 이유로 항소장각하명령을 할지 여부를 매우 조심스럽고 신중하게 판단하는 경향이 있다. 아마도 소장각하명령과 달리 항소장각하명령은 소송절차를 종결시키는 효과가 있음을 의식하고 있기 때문인 것으로 보인다. 이러한 실무 경향은 바로 기존 판례 법리의 문제점을 잘 보여주는 것이다. "무엇 때문인지는 명확하지 않으나 기존 실무에 어떠한 문제가 있다"는 것을 감각적으로 느끼고 있는 것이 아닌가 추측된다. 바로 이러한 점 때문에 대법원의 실무도 기본적으로 상고장 부분의 송달불능을 이유로 한 주소보정명령과 상고장각하명령을 배제하고 있는 것으로 보인다.

바. 이상에서 논의한 바를 종합하여 보면, 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소심재판장이 민사소송법 제402조 제1, 2항에 근거하여 항소인에게 주소보정명령을 하고, 항소인이 이를 이행하지 아니하면 명령으로 항소장을 각하하여야 한다는 취지의 대법원 1968. 9. 24.자 68마1029 결정, 대법원 1971. 5. 12.자 71마317 결정을 비롯하여 이와 같은 취지의 결정 등은 모두 변경되어야 한다.

이 사건 원심재판장이 이 사건 항소장 부분의 송달불능을 이유로 재항고인에게 피항

소인의 주소를 보정하도록 명하고, 이어 재항고인이 주소보정명령에서 정한 기간 내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니하였음을 이유로 이 사건 항소장각하명령을 한 것은 법률을 위반하여 재판에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 원심명령은 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

6. 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노태악의 보충의견

가. 반대의견이 제시하고 있는 문제제기에는 충분한 공감의 간다. 그러나 그 문제에 대한 입법적 해결의 필요성은 별론으로 하고, 반대의견이 취하는 접근방법은 법 문언에 따른 자연스러운 해석의 범위를 넘어서는 것이다. 이하 반대의견이 들고 있는 논거와 관련하여 필요한 범위에서 반박하고자 한다.

1) 반대의견은, 우선 항소장 부분의 송달은 소송계속 중 소송서류 송달의 한 장면에 불과하므로, 항소장 부분이 송달되지 않는다면 소송계속 중 다른 소송서류가 송달불능된 경우와 마찬가지로 처리하면 된다고 한다.

그러나 항소장 부분이 피항소인에게 송달되면 항소심법원과 당사자들 사이에 소송관계가 성립하고, 이로써 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장각하명령을 할 수 없게 되는 등의 효과가 발생한다(대법원 2020. 1. 30.자 2019마5599, 5600 결정 참조). 이와 같이 항소심법원과 당사자들 사이에 소송관계가 성립하기 이전과 그 이후의 절차는 소송법상 차이가 있으므로, 항소심 절차 전부가 단순히 제1심 절차의 연장선이라고 보기 어렵다. 따라서 항소장 부분의 송달불능과 소송계속 중 다른 소송서류의 송달불능은 같은 차원의 문제가 아니다.

항소심 절차가 제1심 절차의 단순한 연장선이라고 보기 어렵다는 점은 송달과 관련하여 여러 장면에서 확인할 수 있다. 예를 들어 소송대리인의 소송대리권의 범위는 특

별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정되고(대법원 1994. 3. 8. 선고 93다52105 판결 등 참조), 제1심에서 한 송달영수인 신고의 효력은 항소심에 미치지 않는다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다52064 판결 참조). 피항소인이 제1심에서 소송대리인을 선임하거나 송달영수인 신고를 하였다고 하더라도, 항소장이 제출된 단계에 이르면 제1심 소송대리인의 소송대리권은 원칙적으로 소멸하고 제1심에서의 송달영수인 신고의 효력도 소멸한다. 즉 피항소인이 제1심에서 자신을 대신하여 소송서류를 수령할 자를 지정하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 지정의 효력은 항소심에 미치지 않는다.

또한 민사소송법 제185조 제2항은 당사자가 송달받을 장소를 바꾸었으면서도 그 취지를 신고하지 아니한 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이므로, 비록 당사자가 송달장소로 신고한 바 있다고 하더라도 그 송달장소에 송달된 바가 없다면 그곳을 민사소송법 제185조 제2항의 '종전에 송달받던 장소'라고 볼 수 없다(대법원 2005. 8. 2.자 2005마201 결정 등 참조). 나아가 피항소인이 제1심에서 소송서류를 송달받은 장소가 있다고 하더라도, 항소심에서 소송서류를 송달받은 적이 없는 이상 그 장소를 민사소송법 제185조 제2항의 '종전에 송달받던 장소'에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다85796 판결 참조). 그렇다면 항소장 부분이 항소심에서 피항소인에게 최초로 송달하는 소송서류라는 점을 고려할 때, 항소장 부분은 민사소송법 제185조 제2항에 따라 발송송달할 수 없는 소송서류이다. 이 점에서도 항소장 부분의 송달은 소송계속 중 다른 소송서류의 송달과는 다르다.

요컨대, 항소장이 제출된 때부터 새로운 심급인 항소심 절차가 개시되므로, 항소심에서 처음 송달하게 되는 항소장 부분의 송달불능은 소송계속 중 다른 소송서류의 송달

불능과 달리 취급하여야 하는 것이 당연하다.

2) 반대의견은, 피항소인은 항소장 부분을 제대로 송달받을 수 있도록 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있으므로, 항소장 부분이 송달되지 않은 책임은 피항소인에게 있다고 한다.

그러나 민사소송법상 소송당사자에게 일반적인 송달장소 신고의무가 있다고 볼 수 없다. 송달장소변경 신고의무를 위반한 소송당사자에게 소송서류가 발송송달될 뿐이다(민사소송법 제185조). 더구나 피항소인은 항소장 부분을 송달받아야 항소심 절차의 개시 사실을 알 수 있다. 제1심에서 승소한 당사자가 향후 피항소인이 될 수도 있음을 대비하여 미리 송달장소 또는 송달영수인을 신고하는 등의 조치를 취해야 할 의무가 있다고 볼 수 없다.

판례는 이 사건과 같이 제1심에서 소송당사자에게 소송대리인이 있었기 때문에 소송당사자에게 직접 소송서류를 송달하지 않았던 사안에서, 항소심에 이르러 소송당사자에게 소송서류를 송달할 수 없게 되었다 해도 소송당사자가 민사소송법 제185조 제1항의 송달장소변경 신고의무를 위반한 것은 아니라는 취지로 판단한 바 있다(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다30025 판결 등 참조). 이러한 점을 보더라도, 피항소인에게 항소장 부분이 제대로 송달될 수 있도록 적절한 조치를 취할 일반적인 의무가 있다고 보기 어렵다.

3) 반대의견은 소장각하명령과 항소장각하명령은 본질적으로 다른 재판이므로, 소장 부분이 송달불능된 경우에 원고에게 주소보정명령을 하고 원고가 이를 이행하지 아니한 때 소장각하명령을 할 수 있으나, 항소장 부분이 송달불능된 경우에는 이와 다르다고 한다.

그러나 소장각하명령과 항소장각하명령으로 인한 소송상 결과가 다른 이유는 제1심과 항소심 사이에 제1심판결인 종국판결의 존부라는 중요한 차이가 있기 때문이다. 이러한 차이 때문에 각하명령으로 인한 소송상 불이익의 정도도 다를 수밖에 없다.

소장 부분이 송달불능된 경우에 관한 민사소송법 제255조, 제254조의 문언과 항소장 부분이 송달불능된 경우에 관한 같은 법 제401조, 제402조의 문언은 동일하다. 소장 부분이 송달불능된 경우이든지 항소장 부분이 송달불능된 경우이든지 위 법조항은 모두 재판장이 보정명령을 하고 보정명령을 받은 당사자가 이를 이행하지 아니한 때 각하명령을 하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 소장 제출 단계의 원고는 소송의 승패가 불확실한 당사자이지만, 항소장 제출 단계의 항소인은 이미 제1심판결에 의해 패소한 당사자이다. 소장 제출 단계의 원고와 항소장 제출 단계의 항소인은 제1심판결의 존부라는 본질적인 차이가 있으므로, 소장각하명령과 항소장각하명령으로 인한 소송상 결과에 차이가 있는 것은 당연하다. 소송을 개시하고 싶은 원고가 피고의 주소보정이라는 소송상 의무를 다하지 못하면 원하는 바대로 소송을 개시할 수 없고, 제1심판결을 번복하고 싶은 항소인이 피항소인의 주소보정이라는 소송상 의무를 다하지 못하면 원하는 바대로 항소심 절차를 개시할 수 없는 것이다. 따라서 소장각하명령과 항소장각하명령의 소송상 결과가 다르다고 하여 항소인에 대하여 주소보정명령과 항소장각하명령을 할 수 없다고 볼 것은 아니다.

4) 반대의견은 민사소송법 제402조 제1항이 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명할 수 있는지에 관하여 직접적으로 규정하고 있지 않다고 한다.

그러나 민사소송법 제402조 제1항은 항소장 부분이 송달불능된 원인을 구분하여 규

정하고 있지 않으므로, 송달불능의 원인이 피항소인의 '주소'에 있다면, 항소인은 피항소인의 '주소'를 보정하여야 한다고 해석하여야 한다.

5) 반대의견은 항소심재판장이 항소장 부분을 공시송달할 수 있는데도 항소인에게 주소보정명령을 하고 항소인이 이를 이행하지 아니한 때 항소장각하명령을 하는 것은 헌법상 비례원칙에 반한다고 한다.

그러나 공시송달은 원칙적으로 당사자의 송달장소를 알 수 없는 경우에만 할 수 있다(민사소송법 제194조 제1항). 항소장 부분이 송달되지 않은 때 피항소인의 송달장소를 알 수 없는 경우에 해당하는지를 판단하려면 먼저 피항소인의 현재 주소를 확인해 볼 필요가 있다. 항소장 부분을 제1심에서 피항소인에게 송달되었던 장소 또는 기록에 나타난 피항소인의 주소로 송달해 보았으나 이사불명 등의 사유로 송달되지 않은 단계에서 피항소인의 현재 주소를 확인하기 전에는 피항소인의 송달장소를 알 수 없는 경우라고 단정할 수 없다. 이러한 경우 피항소인의 현재 주소를 확인한 결과 주소변동이 없다면 송달장소를 알 수 없는 경우라고 볼 수 있겠지만, 주소변동이 있다면 변동된 주소에 대한 송달결과를 확인하기 전에는 송달장소를 알 수 없는 경우라고 볼 수 없기 때문이다. 피항소인의 현재 주소 확인은 민사소송법 제402조 제1항에 따라 항소인이 하여야 하는 일이므로, 항소인이 이를 이행하지 아니하면 '피항소인의 송달장소를 알 수 없는 경우'에 해당하는지 알 수 없게 된다. 따라서 항소인이 피항소인의 주소를 보정하지 아니하면 항소장 부분을 공시송달할 수 있는 요건이 갖추어졌다고 단정할 수 없다. 그러므로 항소장 부분이 통상의 송달방법에 따라 송달되지 않을 때 바로 공시송달할 수 있다는 반대의견의 이 부분 전제부터 동의하기 어렵다.

나아가 헌법상 비례원칙 혹은 과잉금지원칙이란 헌법 제37조 제2항에 따라 국가가

국민의 기본권을 제한할 때 지켜야 할 한계를 의미하는데, 반대의견이 헌법상 비례원칙을 근거로 든 것은 항소심재판장의 재량에 따라 항소인만 과도한 소송상 불이익을 입는 현상을 포착하여 이와 같이 표현한 것으로 짐작된다. 또한 일반적으로 과잉금지 원칙을 준수하였다고 하려면 그 수단이 달성하려는 목적에 적합하여야 하고, 그로 인한 사익의 침해가 최소화되어야 하며 공익과 사익 사이의 상당성이 인정되어야 한다. 반대의견은 사인인 항소인과 피항소인 사이의 이익형량을 전제하고 있는데, 이는 항소인에게 주어지는 소송상 불이익이 피항소인에 비하여 지나치게 크다는 문제의식에 따른 것으로 보인다.

그러나 앞서 본 바와 같이 항소인이 피항소인의 주소를 보정하지 아니하면 항소장 부분을 공시송달할 수 있는 요건이 갖추어졌다고 단정할 수 없으므로, 공시송달을 할 수 있는 상황과 항소장각하명령을 할 수 있는 상황은 본질적으로 동일한 상황이 아니다. 따라서 항소심재판장이 항소장 부분의 송달불능 시 항소장 부분을 공시송달하지 않고 항소인에게 주소보정명령을 하고 항소인이 이를 이행하지 않았음을 이유로 항소장각하명령을 하였다고 해도 이는 법령에서 정하고 있는 요건과 절차의 차이에 따른 것이지 동일한 상황에서 선택 가능한 방법 중 하나를 자의적으로 선택한 것이라고 볼 수 없다. 그러므로 헌법상 비례원칙 위반이라는 반대의견의 주장에 동의할 수 없다.

6) 반대의견은 민사소송의 전자소송시스템이 기본적으로 소송당사자가 스스로 송달받을 수 있는 조치를 취해야 함을 전제로 마련된 것이므로, 항소인이 피항소인의 주소를 보정할 책임을 부담한다고 보는 것은 부당하다고 한다.

그러나 제1심 절차가 전자소송으로 진행되었다고 하더라도 항소장 부분이 송달불능되는 경우는 발생할 수 있다. 제1심에서 피항소인의 소송대리인이 전자소송에 동의함

에 따라 그 소송대리인에게 전자적 송달을 하였을 뿐 피항소인이 전자소송에 동의하지 않았다면 피항소인에게 항소장 부분을 전자적으로 송달할 수는 없기 때문이다. 전자적 송달을 받을 자가 전산정보시스템에 자신의 휴대전화번호와 전자우편주소를 제대로 입력하지 않음으로써 전자적 통지를 수령하지 못할 위험을 부담하는 것은 그가 전자소송에 동의하였기 때문일 뿐 항소인이 피항소인의 주소를 보정할 의무를 부담하는 것과는 무관하다.

7) 반대의견은 상고장 부분의 송달에 관한 현재 대법원의 실무가 다수의견과 모순된다고 한다.

그러나 대법원이 발송송달의 요건이 갖추어지지 않았는데도 상고장 부분을 발송송달하였다면 그 발송송달은 무효라고 보아야 한다. 대법원은 상고장 부분과 상고기록접수통지서를 발송송달하였으나 그 발송송달이 위법하여 무효인 사안에서, 상고기록접수통지서의 발송송달이 적법하다고 보아 그 발송일을 기준으로 하여 상고이유서 제출기간 안에 상고이유서가 제출되지 않았다는 이유로 상고인의 상고이유에 대해 판단하지 않은 채 상고를 기각한 대법원 판결에는 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 잘못이 있고, 이는 민사소송법 제451조 제1항 제9호에 해당하는 재심사유가 된다고 판단한 바 있다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010재두127 판결). 발송송달을 할 당시에는 몰랐으나 사후적으로 판단할 때 발송송달의 요건이 구비되지 않았던 경우가 있다고 하더라도 그러한 실무례를 근거로 판결이 잘못되었다고 볼 수는 없다. 이 점에 대한 반대의견의 논거는 그대로 받아들일 수 없다.

상고심은 법률심으로서 소송기록에 의하여 변론 없이 판결할 수 있고(민사소송법 제430조 제1항), 소송당사자는 상고심에 새로운 주장이나 증거를 제출할 수 없다. 상고심

의 상고장각하 재판과 상고기각 재판은 모두 불복할 수 없는 재판으로서 이로써 소송 절차가 종국적으로 종료된다. 또 상고심의 소송절차가 상고이유서 제출기간이 지난 단계에 이르러 변론 없이 판결을 선고할 때에는 소송절차를 수계하도록 할 필요도 없다 (대법원 2015. 7. 9. 선고 2013다69866 판결 등 참조). 상고심의 이러한 특성에 상응하여 상고장 부분의 송달 실무가 형성되어 있는 것이지 대법원의 실무가 현재 판례와 모순된다고 볼 수 없다. 요컨대, 상고장 부분이 송달불능 되었을 때 대법원이 위에서 본 상고심 구조의 특수성에 맞추어 상고장 부분을 직권으로 공시송달하고 절차를 진행하는 실무 관행이 형성되어 있다고 해서, 항소장 부분이 송달불능 되었을 때 항소심재판장이 주소보정명령을 하고 항소인이 이를 이행하지 아니하면 항소장각하명령을 하는 것이 위법하게 되는 것은 아니다.

8) 반대의견은 항소장 부분이 송달불능된 경우 항소심재판장이 최선의 노력을 기울였는데도 피항소인의 송달장소를 알 수 없을 때에는 항소장 부분을 공시송달의 방법으로 송달하여 항소심재판을 진행하여야 하고, 그로 인해 항소심재판의 진행 사실을 몰랐던 피항소인은 추완상고를 할 수 있으며, 이 경우 상고심은 직권으로 항소심판결을 파기해야 하므로, 양 당사자의 소송상 이익을 조화시킬 수 있다고 한다.

그러나 소장 부분이 송달불능된 경우와 항소장 부분이 송달불능된 경우 각각 재판장이 보정명령과 각하명령을 하여야 한다는 법률 규정이 동일함에도, 각각의 보정명령을 이행하지 않은 때 재판장이 취할 수 있는 조치가 달라야 한다는 반대의견은 입법자의 의사에 반하는 것으로서 해석론의 한계를 벗어났다고 보아야 한다. 반대의견과 같이 항소장 부분이 송달불능된 경우에는 소장 부분이 송달불능된 경우와 달리 항소심재판장이 보정명령과 각하명령을 할 수 없고 반드시 항소장 부분을 직권으로 공시송달을

하여야만 하는 제도로 운영하고자 한다면 이는 입법이 필요한 사항이다.

반대의견과 같이 제도를 운영할 경우 항소장 부분의 직권송달과 항소심판결의 확정, 추완상고와 파기환송 등의 절차가 진행되는 과정에서 사법자원이 낭비되고 추가적인 비용도 발생하므로 소송절차의 효율성과 경제성이 떨어지는 부작용이 발생한다. 만약 항소심판결이 항소인의 피항소인에 대한 집행권원이 되는 것이라면, 실무상 피항소인은 추완상고를 하면서 항소심판결에 기한 강제집행의 정지를 위해 현금을 공탁해야 하는 경우도 많은데, 그 과정에서 피항소인에게 이자 부담 등의 비용이 발생할 수 있다. 항소심판결이 확정되었음을 전제로 다른 이해관계인이 어떠한 조치를 취했는데, 추후 그 항소심판결이 파기될 수 있다면 법적 안정성도 훼손된다.

항소인의 최소한의 노력인 주소보정에 의해 항소장 부분을 송달할 수 있도록 하여 항소심 절차가 정상적으로 진행되도록 유도함이 소송절차의 효율성과 경제성 측면에서도 바람직하다. 주소보정 등의 조치를 취하였는데도 항소장 부분을 송달할 수 없다면 최종적으로는 항소장 부분을 공시송달의 방법으로 송달해야 할 것이나, 그 단계까지 가려면 항소인의 최소한의 노력이 필요하다고 보아야 한다. 이 사건에서도 재항고인이 주소보정명령을 받고 피항소인의 주민등록등본만 발급받아 제출하기만 하거나 적어도 항소심에 피항소인의 주소에 관한 사실조회를 신청하기만 했더라도 이 사건 항소장 부분이 피항소인에게 송달되는 데 지장이 없었을 것이고, 재항고인은 이 사건 항소장각하명령을 받지 않았을 것이다.

나. 당사자주의와 변론주의를 원칙으로 하는 민사소송절차에서 제도적 개혁의 방안에 대해 생각해본다.

1) 민사소송법 제402조가 규정하는 바에 따라 항소인이 항소장 부분을 송달시키기

위해 필요 최소한의 조치를 취할 의무가 있음은 명백하다. 피항소인에 대한 항소장 부분의 송달은 항소심재판을 진행하기 위한 최소한의 전제조건이다. 피항소인의 적법한 송달장소를 더 이상 알 수 없기 때문에 항소장 부분이 송달되지 않는 것이라면, 항소장 부분의 송달을 위해 항소심법원과 항소인 중 누군가는 피항소인의 현재 주민등록상 주소 등(법인의 경우에는 법인등기사항증명서상 대표자의 주소 및 본점 소재지 등)을 확인해 볼 필요가 있다. 민사소송법은 이러한 경우 바로 항소인에게 피항소인의 주소를 확인할 의무를 부과하고, 그러한 의무 부과를 실효성을 담보하기 위하여 항소인에게 항소장각하명령의 제재를 가할 수 있도록 제도를 마련한 것이다. 항소심재판장이 항소인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명한 것이 항소인에게 의무 없는 일을 강제하는 것이라고 볼 수 없다. 요컨대, 항소장 부분의 송달불능에 이은 주소보정명령과 그 불응에 따른 항소장각하명령은 민사소송법 제402조 제1, 2항에 근거한 것으로서 그 입법목적은 항소심의 재판 부담을 줄임과 동시에 남상소로 인한 소송의 지연을 막아 소송경제를 도모하고, 국민의 권리의무를 신속히 실현시키려는 것이다(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정 참조).

2) 소송제도에서 소송당사자가 소송수행 능력이 부족하기 때문에 필요한 조치를 적시에 취하지 않아 소송상 불이익을 입게 될 위험은 있다. 항소인이 항소장 부분의 송달불능에 따른 주소보정명령을 받았으나 소송수행 능력이 부족하여 주소보정에 필요한 조치를 적시에 하지 않으면 항소장각하명령을 받아 항소심재판을 받을 기회를 상실할 수 있다. 소송당사자가 소송수행 능력이 부족하기 때문에 발생하는 부작용에 대해서는 적절한 대응이 필요할 수 있다. 반대의견은 그러한 소송상 불이익을 부과하는 것 자체가 부당하다는 생각에서 현행 민사소송법이 정하고 있는 항소장각하명령의 제도의 틀

을 해석론을 통해 사실상 수정하려는 시도로 보인다.

3) 그러나 소송당사자가 소송수행능력이 부족하여 불이익을 입지 않도록 할 목적으로 법원이 해석론을 통해 소송당사자 일방의 이익을 위해 후견적으로 개입하는 것이 과연 적절한 것인가 하는 의문을 갖지 않을 수 없다. 소송당사자가 소송수행 능력이 부족함에 따라 입을 수 있는 예상가능한 모든 불이익을 해석론을 통해 구제할 수 있는 것도 아니다. 법원이 현재 민사소송 절차의 기본이념을 벗어나 무리한 해석론을 통해 소송당사자에 대한 후견적 역할을 강화하는 것이 제도개선이라는 관점에서도 바람직하지 아니함은 분명해 보인다.

민사소송의 최종적인 결과에 관하여 직접적인 이해관계를 가지는 것은 법원이 아니라 소송당사자이다. 민사소송은 소송당사자의 의사에 따라 개시되고, 소송당사자가 제출하는 자료에 의하여 심리되며, 소송당사자의 관여에 의해 진행된다. 항소장 부분이 송달불능된 경우 피항소인의 송달장소를 더 이상 알 수 없어 피항소인의 현재 주소를 확인해 볼 의무를 항소인에게 부과한 것도 민사소송 절차가 소송당사자에 의해 진행되어야 한다는 원칙을 고려한 것이다. 항소인에 대한 위와 같은 소송상 의무 부과와 실효성을 확보하기 위해 항소장각하명령이라는 제재 방안을 마련한 것은 양 당사자의 소송상 이익을 저울질한 결과 양 당사자를 공정하게 대우하기 위한 입법적 결단으로 볼 수 있다.

소송당사자가 소송수행 능력이 부족하기 때문에 소송상 불이익을 입게 되는 문제는 법률구조 제도를 대폭 확대하여 법률전문가인 변호사의 도움을 받을 수 있도록 하고 나아가 일정한 범위에서 변호사강제주의를 도입하는 등으로 소송당사자의 소송수행능력을 충실하게 지원하고 보충하도록 제도를 개선하는 것이 올바른 대응이다. 그러한

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 김상환

대법관 노태악

대법관 이흥구