

## 대법원 2021. 4. 22.자 전원합의제 결정 요지

### 민 사

2017마6438 항소장각하명령(약정금) (나) 재항고기각

[항소장각하명령에 관한 현재 판례를 변경할 것인지 여부가 문제된 사건]

◇항소장 부분이 송달불능된 경우 항소심재판장은 상당한 기간을 정하여 주소보정명령을 하여야 하고 항소인이 이를 이행하지 아니한 때 항소심재판장이 항소장각하명령을 하여야 한다는 현재 판례의 유지 여부(적극)◇

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.

☞ 원고(피항소인)가 재항고인(피고, 항소인)을 상대로 제기한 이 사건 소송에서 제1심 법원은 원고 일부 승소 판결을 선고하였고, 재항고인만 자신의 패소 부분에 대하여 항소함. 원심은 이 사건 항소장 부분을 피항소인에게 송달하려 했으나 수취인불명을 이유로 송달불능이 됨. 이에 원심재판장은 재항고인에게 피항소인의 주소를 보정하도록 명하였으나, 재항고인이 이를 이행하지 않자 민사소송법 제402조 제1, 2항에 따라 이 사건 항소장각하명령을 한 사건임

☞ 대법원은 민사소송법 제402조 제1, 2항의 문언해석과 입법연혁, 현재 판례는 항소인이 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건을 갖추지 않는 데 대한 제재의 의미라고 이해할 수 있는 점, 항소인에 대한 주소보정명령은 항소인에게 수인하지 못할 정도의 과중한 부담을 부과하는 것이 아닌 점, 항소장각하명령은 항소인이 충분히 예측할 수 있는 재판인 점, 현재의 판례는 제1심 재판을 충실화하고 항소심을 사후심에 가깝게 운영하기 위한 향후의 발전 방향에도 부합하는 점 등을 이유로 현재의 판례가 타당하다고 하여 이 사건 재항고를 기각함

☞ 이러한 다수의견에 대하여, 항소장 부분의 송달불능은 소송계속 중 소송서류가 송달

불능된 것에 불과한 점, 항소인이 항소장 부분의 송달불능을 초래한 것이 아닌데도 그 송달불능으로 인한 불이익을 오로지 항소인에게만 돌리는 것은 부당한 점, 소장각하명령과 항소장각하명령은 본질적으로 다른 재판이므로 소장 부분이 송달불능된 경우 주소보정명령을 하고 그 불응 시 소장각하명령에 관한 법리를 항소장 부분이 송달불능된 경우에 그대로 적용할 수 없는 점 등을 이유로 민사소송법 제402조 제1, 2항에 근거하여 항소인에게 주소보정명령을 하거나 그 불이행 시 항소장각하명령을 하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 하므로, 기존 판례는 변경되어야 한다는 대법관 박상욱, 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견이 있고, 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노태악의 보충의견이 있음