

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2014므4963 친생자관계부존재확인

원고, 피상고인 원고 1 외 1인

소송대리인 변호사 이현규 외 2인

피고 겸 망 소외 1의 소송수계인, 상고인

피고 겸 망 소외 1의 소송수계인

소송대리인 법무법인 천명

담당변호사 경태현 외 4인

원 심 판 결 수원지방법원 2014. 10. 30. 선고 2013르3250 판결

판 결 선 고 2018. 5. 15.

주 문

원심판결 중 원고 2의 망 소외 1의 소송수계인에 대한 청구 부분을 파기한다.

이 부분에 관한 소송은 2014. 3. 7. 소외 1의 사망으로 종료되었다.

원심판결 중 원고 2의 피고에 대한 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 수원지방법원에 환송한다.

원고 1에 대한 상고를 기각한다.

원고 1에 대한 상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

1. 원고 2의 망 소외 1의 소송수계인에 대한 청구 부분에 관하여 직권으로 판단한다.

민법 제865조의 규정에 의하여 이해관계 있는 제3자가 친생자관계 부존재확인을 청구하는 경우 친자 쌍방이 다 생존하고 있는 경우는 친자 쌍방을 피고로 삼아야 하고(대법원 1983. 9. 15.자 83즈2 결정), 친자 중 어느 한편이 사망하였을 때에는 생존자만을 피고로 삼아야 하며, 친자가 모두 사망하였을 경우에는 검사를 상대로 소를 제기할 수 있다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003므132 판결 등 참조). 친생자관계존부 확인소송은 그 소송물이 일신전속적인 것이므로(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013므4201 판결 등 참조), 제3자가 친자 쌍방을 상대로 제기한 친생자관계 부존재확인소송이 계속되던 중 친자 중 어느 한편이 사망하였을 때에는 생존한 사람만 피고가 되고, 사망한 사람의 상속인이나 검사가 그 절차를 수계할 수 없다. 이 경우 사망한 사람에 대한 소송은 종료된다.

기록에 의하면, 원고 2가 소외 1과 피고를 상대로 친생자관계 부존재확인청구를 하여 제1심 법원이 이를 인용하였는데, 피고만 이에 대하여 항소하였고, 원심 소송계속 중 소외 1은 2014. 3. 7. 사망하였으며, 원고 2는 '피고와 망 소외 1 사이에 친생자관계가 존재하지 아니함의 확인'을 구하는 것으로 소를 변경하였다.

위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고 2의 청구 중 피고와 필요적 공동소송 관계에 있던 소외 1에 대한 청구 부분도 원심 법원에 이심되기는 하였으나, 이 부분은 소외 1의 사망으로 2014. 3. 7. 종료되었다고 할 것이다.

그럼에도 원심이 소외 1의 사망에 따라 피고가 망 소외 1을 수계하였다고 판단하여 원고 2와 망 소외 1 사이 부분도 심판대상으로 삼은 것은 소송수계와 소송종료에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 원고 2의 피고에 대한 청구 부분에 관한 상고이유를 판단한다.

가. 입양은 기본적으로 입양 당사자 개인 간의 법률행위이다(대법원 1998. 5. 26. 선고 97므25 판결 참조).

구 민법(2012. 2. 10. 법률 제11300호로 개정되기 전의 것)상 입양의 경우 입양의 실질적 요건이 모두 구비되어 있다면 입양신고 대신 친생자출생신고를 한 형식상 잘못이 있어도 입양의 효력은 인정할 수 있다. 입양과 같은 신분행위에서 '신고'라는 형식을 요구하는 이유는 당사자 사이에 신고에 대응하는 의사표시가 있었음을 확실히 하고 또 이를 외부에 공시하기 위함인데, 허위의 친생자출생신고도 당사자 사이에 법률상 친자관계를 설정하려는 의사표시가 명백히 나타나 있고 양친자관계는 과양에 의하여 해소될 수 있다는 점을 제외하면 법률적으로 친생자관계와 똑같은 내용을 가지므로, 허위의 친생자출생신고는 법률상 친자관계의 존재를 공시하는 신고로서 입양신고의 기능을 한다고 볼 수 있기 때문이다(대법원 1977. 7. 26. 선고 77다492 전원합의체 판결, 대법원 2001. 5. 24. 선고 2000므1493 전원합의체 판결 등 참조).

나. 원심은, ① 망 소외 1은 자녀가 생기지 아니하자 소외 2와 법률상 혼인관계에 있는 원고 1과 상의하여 아이를 데려다가 키우기로 하여, 1979. 12. 30.경 산부인과 병원에서 부모를 알 수 없는 피고를 데려와 그때부터 함께 피고를 키운 사실, ② 망 소외 1과 원고 1은 피고를 원고 1의 호적에 입적시키기로 하고, 1990. 12. 29.경 피고가 원고 1과 망 소외 1 사이에서 출생한 혼인 외의 자인 것처럼 출생신고를 한 사실 등을

인정하였다.

나아가 원심은, 망 소외 1의 동생인 원고 2가 피고를 상대로 망 소외 1과 피고 사이에 친생자관계가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 이 부분 청구에 대하여, 망 소외 1과 피고 사이에 입양의 실질적 요건은 모두 갖추어졌다고 인정하면서도, 그 판시와 같은 이유로 망 소외 1과 피고 사이에는 양친자관계가 성립할 수 없다고 판단하였다.

다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

1) 원심이 인정한 것처럼 망 소외 1과 피고 사이에는 개별적인 입양의 실질적 요건이 모두 갖추어져 있다.

2) 망 소외 1에게 원고 1과 공동으로 양부모가 되는 것이 아니라면 단독으로는 양모도 되지 않았을 것이란 의사, 즉, 원고 1과 피고 사이의 입양이 불성립, 무효, 취소, 혹은 파양되는 경우에는 망 소외 1도 피고를 입양할 의사가 없었을 것이라고 볼 특별한 사정도 찾아볼 수 없다.

3) 입양 신고 대신 피고에 대한 위 친생자 출생신고가 이루어진 후, 2008. 1. 1. 호적제도가 폐지되고 가족관계등록제도가 시행됨으로써 망 소외 1의 가족관계등록부에는 피고가 망 소외 1의 자녀로 기록되었고, 피고의 가족관계증명서에도 망 소외 1이 피고의 모로 기록되었다.

라. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로, 망 소외 1과 피고 사이에는 양친자관계가 성립할 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 개인간의 법률행위인 입양의 효력, 입양의 의사로 한 친생자 출생신고의 효력 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 피고는 원고 1의 청구 부분에 관하여는 상고장에 상고이유를 기재하지 아니하였고, 적법한 상고이유서 제출 기한 내에 상고이유서를 제출하지도 않았다.
4. 그러므로 원심판결 중 원고 2의 망 소외 1의 소송수계인에 대한 청구 부분을 파기 하되, 이 부분은 대법원에서 직접 재판하기에 충분하므로 이 법원이 직접 판결하기로 하여 이 부분에 관한 소송은 2014. 3. 7. 소외 1의 사망으로 종료되었음을 선언하고, 원고 2의 피고에 대한 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하며, 원고 1에 대한 상고를 기각하고, 상고기각 부분의 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	이기택
-----	-----	-----

주 심	대법관	김 신
-----	-----	-----

	대법관	박상옥
--	-----	-----

	대법관	박정화
--	-----	-----