

대 법 원

판 결

사 건 2012다46170 정산금 등

원고, 피상고인 겸 상고인

남형종합건설 주식회사

소송대리인 변호사 채규성

원고승계참가인, 상고인

원고승계참가인

소송대리인 변호사 채규성

피고, 상고인 겸 피상고인

피고 1 외 5인

소송대리인 변호사 박기동

원 심 판 결 서울고등법원 2012. 4. 19. 선고 2010나13734 판결

판 결 선 고 2019. 10. 23.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사건 개요와 쟁점

공사수급인인 원고는 도급인인 피고들을 상대로 공사계약에 따른 정산금의 지급을 구하였다. 원고 승계참가인(이하 '승계참가인'이라 한다)은 원고의 피고들에 대한 정산금채권 중 일부에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 뒤, 제1심 소송 계속 중 제3채무자인 피고들에 대하여 전부금의 지급을 구하면서 승계참가신청을 하였다. 원고는 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않았으나 승계참가한 부분의 소를 일부 취하지 않았다. 제1심은 인정된 정산금채권 전부가 채권압류 및 전부명령으로 인하여 모두 승계참가인에게 이전되었음을 이유로, 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 피고들에 대한 청구를 일부 인용하였다.

승계참가인과 피고들은 제1심판결 중 자신의 패소부분에 대해 항소하였고, 원고는 항소하지 않았다. 원심 계속 중 피고들이 승계참가인의 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자 원고는 부대항소를 제기하였다. 원심은 승계참가인의 전부명령이 무효라고 판단하고, 원고의 부대항소를 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하고 승계참가인의 청구를 기각하였다.

피고는 상고이유로, 원고가 제1심에서 패소한 뒤 불복하지 않아 원고에 대한 판결은 분리확정되었고 그에 따라 원고가 제기한 부대항소는 부적법하므로 원심이 원고의 부대항소를 받아들인 것은 잘못이라고 주장한다.

이 사건의 쟁점은 원고 청구 부분이 원심에 이심되었는지 여부이고, 그 판단은 승계참가 후 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하

등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아있는 경우 원고와 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조를 적용할 수 있는지 여부에 따른다.

2. 원고의 부대항소의 적법성에 관한 피고들의 법리오해 주장에 관하여

가. 원고와 승계참가인의 청구의 관계에 관한 종전 대법원판례와 재판 실무

소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 소송목적인 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하는 제3자는 소송이 계속된 법원에 참가할 수 있다(민사소송법 제81조, 이하에서는 이러한 형태의 승계참가를 '권리승계형 승계참가'라 하고 이에 한하여 논한다). 민사소송법 제81조는 승계인이 독립당사자참가에 관한 '제79조의 규정에 따라 소송에 참가'하도록 규정한다. 한편 독립당사자참가에 관한 민사소송법 제79조는 제2항에서 필수적 공동소송에 관한 특별규정인 민사소송법 제67조를 준용하고 있다.

종전당사자인 피참가인이 승계참가인의 승계 원인 사실이나 승계의 효력을 다투는 경우 원고, 피고, 승계참가인 사이에 삼면소송관계가 성립되므로 법원은 독립당사자참가에 준하여 심리해 왔다. 이에 관하여 명시적으로 판시한 대법원판례는 없지만 그와 같이 재판실무가 형성되었고, 1990. 12. 31. 법률 제4299호로 전부개정된 민사소송 등 인지법 제6조 제2항은 이를 반영하여 승계참가 시 피참가인이 승계 여부를 다투는 경우에는 독립당사자참가소송에 관한 규정을 준용하여 인지를 붙이도록 정하고 있다.

피참가인이 승계 여부를 다투지 않는 경우 피참가인은 독립당사자참가에 준하여 민사소송법 제80조에 따라 소송에서 탈퇴할 수 있고(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다 67105, 67112 판결 등 참조), 그 경우 판결의 효력은 탈퇴한 피참가인에게도 미친다. 피참가인은 민사소송법 제266조에 따라 소를 취하할 수도 있고 이때에도 소송당사자

지위를 상실한다(일부 승계의 경우에는 승계된 부분의 소를 일부 취하하는 형태가 된다). 그런데 소송탈퇴나 소 취하는 모두 상대방의 동의가 필요하므로 상대방이 부동의하는 경우에는 피참가인이 소송에 남아있게 된다. 때로는 피참가인이 소송탈퇴나 소 취하를 하지 않은 채 소송에 남아있는 경우도 있다.

일찍이 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1578 판결은 권리승계인의 승계참가 후 원고가 승계참가인의 승계 여부를 다투지 않으나 피고의 부동의로 소송탈퇴를 하지 못하고 소송에 남아있는 사안에서 승계참가인은 원고에게 아무런 청구를 하지 않으므로 독립당사자참가와 같은 삼면소송관계는 성립할 여지가 없어 독립당사자참가와 소송구조에 차이가 있다고 판시하였다. 그 후 대법원 1975. 11. 25 선고 75다1257, 1258 판결, 대법원 1976. 12. 14. 선고 76다1999 판결 등에서도 마찬가지로 판시하였다.

그런데 이와 같은 경우 종전당사자인 원고와 승계참가인의 관계에 관하여, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결은 원고의 청구와 승계참가인의 청구는 '통상의 공동소송으로서' 모두 유효하게 존속한다고 하였고, 이러한 판시는 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다65850 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결에서도 반복되었다.

나. 통상공동소송으로 본 대법원판례의 변경 필요성

(1) 2002년 민사소송법 개정 전(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것)에는 독립당사자참가소송은 양면참가만 가능하고 편면참가는 허용되지 않았으며, 독립당사자참가소송 외에는 달리 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 적용할만한 소송형태나 근거가 없었다. 따라서 권리승계형 승계참가의 경우에도 원고가 승계 여부를 다투지 않는 경우에는 승계참가인이 원고에게 소송상 청구를 할 수 없어 독립당사자참가소송

과 같은 삼면소송관계가 성립할 여지가 없었으므로 필수적 공동소송에 관한 규정이 적용될 수 없었다.

2002년 개정된 민사소송법은 당사자 한 쪽을 상대로 하는 편면적 독립당사자참가소송을 허용하고 예비적·선택적 공동소송을 신설하였으며, 두 소송절차에서 모두 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조를 준용하고 있다(제79조 제2항, 제70조 제1항). 이로써 법률상 양립할 수 없는 청구를 하는 공동소송인들 사이에 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 적용할 수 있는 법규적 근거가 마련되었다.

(2) 민사소송법 제70조 제1항에 정하는 '법률상 양립할 수 없다'는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한 쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미한다(대법원 2007. 6. 26.자 2007마515 결정 참조). 민사소송법 제79조 제1항에 규정된 독립당사자참가 중 권리주장참가는 다른 사람 사이에 소송이 계속 중일 때 소송대상의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하는 제3자가 당사자로서 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 서로 모순 없이 일시에 해결하려는 것으로서, 원고의 본소 청구와 독립당사자참가인의 청구가 주장 자체에서 양립할 수 없는 관계에 있는 경우에 허용되고, 편면적 독립당사자참가의 경우에도 이러

한 요건을 갖추어야 한다(대법원 2018. 5. 15. 선고 2018다350, 367 판결 참조).

(3) 권리승계형 승계참가에서 피참가인인 원고가 소송탈퇴, 소 취하(일부 취하의 의미를 갖는 청구감축 포함) 등을 하지 않아 승계된 부분에 관한 원고의 청구가 그대로 유지되는 경우 원고의 피고에 대한 청구와 승계참가인의 피고에 대한 청구는 그 주장 자체로 법률상 양립할 수 없는 관계에 있다. 원고의 피고에 대한 채권이 존재하는 경우 승계참가인이 승계 원인으로 주장하는 채권양도나 전부명령에 의하여 채권이 법률상 유효하게 승계되었는지 여부에 따라 원고 또는 승계참가인 중 어느 쪽의 청구는 인용되고 다른 쪽의 청구는 기각되어 두 청구가 모두 인용될 수는 없기 때문이다.

따라서 권리승계형 승계참가의 경우에도 원고의 청구가 그대로 유지되고 있는 한 독립당사자참가소송이나 예비적·선택적 공동소송과 마찬가지로 필수적 공동소송에 관한 규정을 적용하여 같은 소송 절차에서 두 청구에 대한 판단의 모순, 저촉을 방지하고 이를 합일적으로 확정할 필요성이 있다. 민사소송법 제81조는 승계인이 독립당사자참가에 관한 제79조에 따라 소송에 참가할 것을 정하는데, 제79조는 제2항에서 필수적 공동소송에 관한 특칙인 제67조를 준용하고 있으므로 제81조는 승계참가에 관하여도 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 준용할 근거가 된다고 할 수 있다.

(4) 이와 같은 승계참가에 관한 민사소송법 규정과 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와와의 정합성, 앞서 본 승계참가인과 피참가인인 원고의 증척된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성 등을 종합적으로 고려하면, 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적의 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 민사소송법 제81조에 따라 소송에 참가한 경우, 원고가 승계참가인의 승계여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피

고가 부동의하여 원고가 소송에 남아있다면 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다고 할 것이다.

그러므로 2002년 민사소송법 개정 후 피참가인인 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대하여 다투지 않고 그 소송절차에서 탈퇴하지도 않은 채 남아있는 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구가 통상공동소송 관계에 있다는 취지로 판단한 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다65850 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

다. 이 사건의 경우

(1) 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(가) 이 사건 공사의 수급인인 원고는 도급인인 피고들을 상대로 제1심법원에 이 사건 공사에 관하여 약 11억 9,000만 원의 정산금 청구를 하였다.

(나) 승계참가인은 원고의 피고들에 대한 정산금채권 중 합계 9억 5,000만 원에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 뒤, 제1심 소송 계속 중 제3채무자인 피고들에 대하여 전부금의 지급을 구하면서 승계참가신청을 하였다. 원고는 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않았으나 전부된 부분의 청구를 감축하지도 않았다.

(다) 제1심법원은 인정된 정산금채권 약 4억 5,000만 원이 채권압류 및 전부명령으로 인하여 모두 승계참가인에게 이전되었음을 이유로, 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 피고들에 대한 청구를 일부 인용하였다.

(라) 승계참가인과 피고들은 제1심판결 중 자신의 패소부분에 대해 항소하였고 원고는 항소하지 않았다. 그런데 원심은 원고에 대하여 준비서면, 기일통지서 등 서면들

송달하고 변론조서에 원고를 당사자로 기재하였으며 원고가 제출한 준비서면을 변론기일에 진술하도록 하였다. 원심 계속 중 피고들이 승계참가인의 전부명령이 다른 가압류와 경합된 상태에서 발령되어 무효라고 다투자 원고는 부대항소를 제기하였다.

(마) 원심은 승계참가인의 압류 및 전부명령 전에 원고의 하수급인들이 원고의 피고들에 대한 공사대금채권에 대하여 가압류를 하였고, 위 압류 및 전부명령과 가압류의 각 피압류채권이 성질상 모두 공사대금채권이므로 승계참가인의 전부명령은 가압류와 경합되어 무효라고 판단하고, 원고의 부대항소를 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하고 승계참가인의 청구를 기각하였다.

(바) 한편, 원고의 하수급인들이 원고의 피고들에 대한 위 정산금 채권에 관하여 받은 가압류결정이 승계참가인이 전부명령을 받기 전 피고들에게 송달되었고, 위와 같은 가압류결정의 청구금액과 승계참가인이 받은 압류명령의 청구금액을 합한 금액이 원고의 피고들에 대한 위 정산금 채권 액수를 초과한다.

(2) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고의 피고들에 대한 정산금 청구 소송이 법원에 계속되어 있는 동안 승계참가인이 민사소송법 제81조에 따라 소송목적의 권리의 일부를 승계하였다고 주장하며 참가하였고, 원고와 승계참가인의 청구가 모두 유지되고 있으므로 승계된 부분에 관한 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다. 따라서 제1심판결 중 원고의 청구를 기각한 부분에 대하여 원고가 항소하지 않고 승계참가인의 청구를 일부 인용한 부분에 대하여 승계참가인과 피고들만 그 패소부분에 대해 항소하였다고 하더라도, 원고 청구 부분을 포함한 제1심판결 전체의 확정기 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 그러므로 원고가 원심에서 제기한 부대항소는 적법하다.

원심이 원고가 제기한 부대항소가 적법하다고 보고, 제1심판결을 변경하여 원고의 청구를 일부 받아들이고 승계참가인의 청구를 기각하는 판결을 선고한 것은 앞서 본 법리에 따른 것으로 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 승계참가에 따른 소송관계, 부대항소의 적법성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 피고들의 나머지 상고이유 주장에 관하여

가. 소송대리권 흠결 주장

상법 제520조의2에 따라서 주식회사가 해산되고 그 청산이 종결된 것으로 보게 되는 회사라도 어떤 권리관계가 남아 있어 현실적으로 정리할 필요가 있으면 그 범위에서는 아직 완전히 소멸하지 않고, 이러한 경우 그 회사의 해산 당시의 이사는 정관에 다른 정함이 있거나 주주총회에서 따로 청산인을 선임하지 않은 경우에 당연히 청산인이 되며, 그러한 청산인이 없는 때에 비로소 이해관계인의 청구에 따라 법원이 선임한 자가 청산인이 되어 청산 중 회사의 청산사무를 집행하고 대표하는 유일한 기관이 된다(대법원 1994. 5. 27. 선고 94다7607 판결 등 참조).

피고들의 이 부분 상고이유 주장에 따르더라도 원고의 해산 당시 대표이사는 소외 1이라는 것이고, 달리 원고의 정관에 감사를 청산인으로 한다는 규정이 있거나 그 주주총회에서 따로 청산인을 선임하였음을 인정할 아무런 자료가 없으므로, 소외 1이 원고를 대표하여 소송대리인을 선임하였다고 하더라도 소송대리권 수여에 흠결이 있다고 할 수 없고 나아가 그 소송대리인의 소송행위를 무효라고 볼 수도 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고들의 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 않는다.

나. 계약당사자의 확정에 관한 법리오해 주장

원심은 소외 2로부터 2억 원을 차용한 채무자는 원고가 아닌 피고 3이므로, 피고 3이 소외 2에게 변제한 차용원리금은 원고가 정산약정 당시 자신이 지급받을 정산금에서 공제하기로 약정한 금액 범위에서만 공제되어야 하고, 이를 초과한 금액 부분에 대해서는 채무자가 아닌 원고가 피고 3에게 구상해 줄 의무가 없으므로 위 정산금에서 공제되어서는 안 된다는 취지로 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위 판단에 상고이유 주장과 같이 계약 당사자의 확정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 원고와 승계참가인의 상고이유 주장에 관하여

가. 추가공사대금 채권과 미지급 부가가치세 부분을 피고들이 원고에게 지급하여야 할 정산금에 포함하지 않은 원심의 판단이 잘못되었다는 주장

원심은 원고와 피고들은 피고들이 원고에게 정산금을 지급할 경우에 원고의 피고들에 대한 기본공사대금 채권뿐만 아니라 추가공사대금 채권도 함께 변제된 것으로 처리하기로 하였고, 공사대금에 대한 부가가치세를 별도로 지급하기로 약정한 것으로 볼 수 없으므로, 피고들은 원고에게 원고가 주장하는 추가공사대금 채권 8,000만 원과 미지급 부가가치세 1억 1,750만 원을 지급할 의무가 없다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 처분문서와 법률행위의 해석에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 피고들이 원고에게 지급하여야 할 정산금에서 피고들이 납부하거나 지급한 부가가치세, 변호사비용과 부동산 중개수수료를 공제한 원심의 판단이 잘못되었다는 주장

원심은 피고들이 세무서에 납부한 부가가치세 39,859,090원, 원고의 채권자들이 피고

들을 상대로 제기한 소송에 피고들이 응소하면서 지출한 변호사비용 9,000만 원 및 피고들이 소외 3에게 지급한 부동산 중개수수료 1,800만 원이 피고들이 원고에게 지급하여야 할 정산금에서 공제되어야 한다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 부가가치세법상 매입세액과 거래징수, 변호사비용의 소송비용 산입, 무효인 중개수수료 약정과 부당이득반환 등에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

다. 이 사건 전부명령의 효력과 관련하여 각 채권가압류결정이 경계계약으로 이미 소멸된 당초 공사대금채권을 피압류채권으로 하였음에도 이를 유효하다고 본 원심의 판단이 잘못되었다는 주장

민법 제500조의 경계는 기존채무의 중요부분을 변경하여 기존채무를 소멸시키고 이와 동일성이 없는 새로운 채무를 성립시키는 계약이다(대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다69119 판결 참조). 기존채무와 관련하여 새로운 약정을 체결한 경우 그러한 약정이 경계에 해당하는지 아니면 단순히 기존채무의 변제기나 변제방법 등을 변경한 것인지는 당사자의 의사에 의하여 결정되고, 만약 당사자의 의사가 명백하지 않을 때에는 의사해석의 문제로 귀착된다. 이러한 당사자의 의사를 해석할 때에는 새로운 약정이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 그 약정에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다86655 판결 참조).

원심은 원고와 피고들 사이의 정산약정은 피고들의 원고에 대한 공사대금의 지급과

공사와 관련한 비용의 정산방법을 정한 것이므로 원고의 피고들에 대한 정산금 채권은 실질적으로 원고의 피고들에 대한 공사대금 채권의 하나로 볼 수 있어 원고의 하수급인들인 소외 4 등의 채권가압류는 유효하고, 따라서 승계참가인의 위 정산금 채권에 대한 전부명령은 소외 4 등의 가압류와 승계참가인의 채권압류가 경합된 상태에서 발령된 것으로서 무효라고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 판단에 상고이유 주장과 같이 처분문서의 해석이나 경계에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

5. 결론

상고를 모두 기각하고 상고비용은 각자 부담하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결하되, 이 판결에는 대법관 민유숙의 보충의견이 있다.

6. 대법관 민유숙의 보충의견은 다음과 같다.

가. 앞서 본 권리승계형 승계참가에 관한 새로운 법리에 따를 때 어떤 소송절차에 준하여 심리하여야 하는지 문제된다. 승계참가인과 원고의 양립불가능한 청구가 모두 유지되고 있다는 면에서 승계참가인은 피고에 대해서 본소와 양립불가능한 청구를 하며 편면참가한 독립당사자참가인과 유사하다. 원고가 승계를 다투지 않으므로 원고의 의사를 승계참가인의 청구가 받아들여지지 않을 경우를 대비하여 자신의 청구를 유지하고 있는 것으로 본다면 승계참가인은 주위적 원고, 피참가인인 원고는 예비적 원고의 관계와 유사하다. 향후 이에 관한 재판실무례가 축적되어야 하겠지만 우선 다음과 같이 새로운 법리에 따른 소송관계를 제시한다.

나. 승계참가신청은 참가의 취지와 이유를 밝혀 소송이 계속된 법원에 신청하여야 하고(민사소송법 제81조, 제79조 제2항, 제72조 제1항), 이러한 신청은 일종의 소의 제기

에 해당한다(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다85789 판결 등 참조). 승계참가신청 후 원고가 승계에 대해 다투지 않으면서 소송탈퇴 등을 하지 않아 승계참가인과 원고의 양립불가능한 청구가 모두 유지되고 있는 경우, 법원은 민사소송법 제136조에 따라 소송관계를 분명하게 하기 위하여 원고와 승계참가인으로 하여금 그들의 청구가 어떤 관계에 있는지 분명히 하도록 석명하는 것이 바람직하다.

원고와 승계참가인이 자신들의 청구취지와 청구원인을 예비적·선택적 공동소송으로 변경하는 경우 예비적·선택적 공동소송 절차에 따라 소송을 진행하여야 한다. 그렇지 않은 경우에는 원고와 승계참가인의 청구는 편면적 독립당사자참가소송과 유사한 구조로 보아 향후 소송관계를 그에 준하여 처리할 수 있을 것이다.

다. 두 경우 모두 승계참가인과 원고의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다. 승계참가인과 원고의 소송행위 중 부인, 항변, 증거제출과 같이 유리한 소송행위는 한 사람이 하여도 모두를 위하여 효력이 생기지만, 자백과 같이 불리한 소송행위는 모두 함께 하지 않으면 누구에게도 효력이 없다(제67조 제1항). 원고와 승계참가인 중 한 사람에게 대한 피고의 소송행위는 이익·불이익을 묻지 않고 모두에 대해서 효력이 있다(제67조 제2항). 변론, 증거조사, 판결 등 소송 진행은 통일적으로 이루어져야 하고 한 사람에게 소송절차 중단·중지 사유가 생기면 그 중단·중지의 효력은 모두에게 미친다(제67조 제3항).

라. 예비적·선택적 공동소송의 경우 공동소송인 중 1인만의 소 취하가 가능하고(민사소송법 제70조 제1항 단서), 편면적 독립당사자참가소송의 경우에도 원고만의 본소 취하가 가능하다고 보여진다(다만 동의의 상대방에 승계참가인도 포함되는지 여부에 관하여는 향후 재판실무가 형성되는 것을 지켜볼 필요가 있다. 양면적 독립당사자참가소

송에서 원고의 본소 취하를 위해 참가인의 동의도 필요하다는 취지의 대법원 1972. 11. 30.자 72마787 결정 등과 유사필수적 공동소송에서 원고들 중 일부가 소를 취하하는 경우 다른 공동소송인의 동의를 받을 필요가 없다는 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결이 있을 뿐이다).

마. 종국판결은 1개의 전부판결로 승계참가인과 원고의 청구 모두에 대해서 판단해야 하고 일부판결은 허용되지 않는다. 원고와 승계참가인 중 한 사람이 항소를 제기하면 모두에 대하여 판결 확정이 차단되고 사건 전부가 항소심으로 이심된다(대법원 2007. 12. 14. 선고 2007다37776, 37783 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2009다43355 판결 등 참조). 이때 항소하지 않은 당사자는 단순한 '항소심당사자'의 지위에 있다(대법원 1981. 12. 8. 선고 80다577 판결 참조). 이 경우 항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위로 한정하되 원고, 피고, 승계참가인 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다. 이에 따라 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내림에 있어 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결을 변경하는 것도 가능하다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573, 86580 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2009다43355 판결 등 참조).

이상과 같이 보충의견을 밝힌다.

재판장

대법원장

김명수

대법관 조희대

대법관 권순일

대법관 박상옥

대법관 이기택

대법관 김재형

대법관 박정화

대법관 안철상

주 심 대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 김상환