

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2020다284977 임시주주총회결의무효확인 등  
원고, 상고인 원고 1 외 1인  
소송대리인 변호사 최우정  
피고, 피상고인 피고  
소송대리인 법무법인 대구  
담당변호사 곽덕환  
원 심 판 결 대구고등법원 2020. 10. 23. 선고 2018나22252 판결  
판 결 선 고 2021. 7. 22.

## 주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들이 부담한다.

## 이 유

### 1. 공동소송의 형태에 관한 직권 판단

이 사건 소는 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소로서, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은

승소 판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일 확정 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로 하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.

이와 같은 법리에 따라 원고들이 공동으로 제기한 이 사건 소가 필수적 공동소송임을 전제로 한 원심판결은 정당하고, 공동소송의 형태에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 상고이유에 관한 판단

가. 원심판결 이유에 따르면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

피고는 부동산 개발업 등을 목적으로 설립된 주식회사이고, 원고들은 피고의 주주이다.

주주명부상 2,000주를 보유한 것으로 기재되어 있는 소외 1은 법원의 임시주주총회 소집허가를 받아 2012. 5. 25. 임시주주총회를 개최하였다. 위 총회에서는 해산간주되어 있던 피고를 해산 전으로 복귀시키는 회사계속의 결의와 기존 임원의 임기만료·사망에 따라 소외 2 등을 임원으로 선임하는 결의가 이루어졌다. 2015. 5. 22. 개최된 임시주주총회에서는 기존 임원의 임기만료에 따라 소외 2 등을 임원으로 다시 선임하는 결의가, 2015. 12. 2. 개최된 임시주주총회에서는 기존 감사를 해임하고 새로운 감사를 선임하는 결의가 이루어졌다.

나. 원고들은 2012. 5. 25.자 임시주주총회는 소집권한 없는 소외 1 또는 소외 2에 의해 소집되었고 일부 주주의 위임장이 위조되는 등 의결정족수에 미달한 하자가 있어

그 결의가 부존재하거나 무효이고, 이에 기초한 2015. 5. 22. 및 2015. 12. 2.자 임시주주총회결의도 부존재하거나 무효라고 주장하였다.

이에 대하여 원심은, 2012. 5. 25.자 임시주주총회는 주주명부상 주주로서 주주권을 행사할 수 있는 소외 1이 소집하였으므로 소집권한 없는 자에 의해 소집되었다고 볼 수 없고, 소외 2가 일부 주주들로부터 의결권행사를 적법하게 위임받아 대리인으로서 총회 결의에 참여하였으므로 의결정족수가 충족되었다고 판단하였다. 나아가 원심은 위 결의가 부존재하거나 무효임을 전제로 한 원고의 2015. 5. 22. 및 2015. 12. 2.자 임시주주총회결의에 관한 청구를 받아들이지 않았다.

다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 주주총회 소집 권한 등 관련 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 공동소송의 형태에 관한 대법관 이기택, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이흥구의 별개의견, 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 민유숙, 대법관 노태악의 보충의견, 별개의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

4. 공동소송의 형태에 관한 대법관 이기택, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이흥구의 별개의견

가. 상법 제190조 본문은 "설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결은 제3자에 대하여

도 효력이 있다."라고 정한다. 그에 따라 회사 설립무효·취소의 소에서 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 위 규정은 상법상 각종 회사관계소송에 준용되어, 합병무효의 소(제240조), 주식교환무효의 소(제360조의14 제4항), 주식이전무효의 소(제360조의23 제4항), 주주총회결의 취소의 소(제376조 제2항), 주주총회결의 무효·부존재 확인의 소(제380조), 주주총회 부당결의 취소·변경의 소(제381조 제2항), 신주발행무효의 소(제430조), 감사무효의 소(제446조) 등에서도 청구를 인용하는 판결은 대세효를 갖는다.

다수의견은 이와 같이 청구를 기각하는 판결은 제3자에 대해 효력이 없지만 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대해 효력이 있는 상법상 회사관계소송(이하 '편면적 대세효 있는 회사관계소송'이라고 한다)에 관하여 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다고 한다. 그러나 이러한 소송은 공동소송의 원칙적 형태인 통상공동소송이라고 보아야 한다. 필수적 공동소송의 요건인 합일확정의 필요성을 인정할 수 없어, 민사소송법 제67조를 적용하여 소송자료와 소송 진행을 엄격히 통일시키고 당사자의 처분권이나 소송절차에 관한 권리를 제약할 이유나 필요성이 있다고 할 수 없다. 이하에서 구체적으로 논거를 제시한다.

나. 쟁점에 관하여 본격적으로 논의하기에 앞서 먼저 통상공동소송, 필수적 공동소송의 의미와 심리방식에 관한 현재의 민사소송법 규정, 체계와 관련 법리를 살펴보고, 별개의견이 어떠한 측면에서 쟁점에 관해 논의하는 것인지 명확히 하고자 한다.

1) 공동소송은 하나의 소송절차에 여러 사람의 원고 또는 피고가 관여하는 소송형태이다. 민사소송법 제65조는 공동소송의 요건에 관하여 "소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나, 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 생긴 경

우에는 그 여러 사람이 공동소송인으로서 당사자가 될 수 있다. 소송목적이 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고, 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우에도 또한 같다."라고 정한다. 공동소송은 공동소송인들 사이에 승패를 같이할 필요가 없는 통상공동소송과 승패를 같이 하여야 하는 필수적 공동소송으로 나누어 볼 수 있다.

2) 민사소송법 제66조는 "공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위 또는 이에 대한 상대방의 소송행위와 공동소송인 가운데 한 사람에 관한 사항은 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 아니한다."라고 정한다.

일반적으로 권리·의무의 주체인 당사자들은 독립적으로 소를 제기하고 소송을 수행할 수 있다. 여러 사람이 공동으로 당사자가 되었다더라도 이는 개별 소송으로 해결되어도 무방한 사건이 공통의 심리를 위해 하나의 절차로 병합된 것에 불과하고, 각 당사자가 개별적으로 소송을 할 때 갖는 독립적인 지위와 권능이 공동소송에 의한다고 해서 특별히 제약될 이유가 없다. 따라서 공동소송에서도 각 당사자는 자기 책임 하에 각자 소송을 수행하고 다른 공동소송인으로부터 도움이나 간섭을 받지 않으며 자신이 행한 소송행위에 대해서만 책임을 진다. 민사소송법 제66조는 이와 같이 각 공동소송인의 지위가 독립된 통상공동소송이 공동소송의 원칙적 형태임을 정하고 있다.

3) 민사소송법 제67조는 "소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송"을 필수적 공동소송이라고 하고, 공동소송인 간에 재판 결과가 합일적으로 확정될 수 있도록 심리의 특칙을 정하고 있다. 제67조 제1항은 "공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다.", 제2항은 "공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미친다."

고 정한다. 위 규정에 따라 당사자 1인의 소송행위 중 승소를 위한 주장이나 증거의 제출과 같이 모두에게 이익이 되는 행위는 공동소송인 전원에게 효력이 확장되고 자백과 같이 불이익한 소송행위는 전원이 함께 하지 않으면 아예 효력이 생기지 않게 됨으로써 당사자 전원에 대해 소송자료가 통일되며, 당사자 1인의 청구 포기·인낙, 재판상 화해와 같은 소송물 처분행위의 효력도 제한된다. 다음으로 제3항은 "공동소송인 가운데 한 사람에게 소송절차를 중단 또는 중지하여야 할 이유가 있는 경우 그 중단 또는 중지는 모두에게 효력이 미친다."라고 정한다. 그 외에도 공동소송인 간 변론 분리는 허용되지 않고, 공동소송인 전원에 대하여 하나의 판결을 선고해야 하며, 공동소송인 중 일부가 상소를 제기하면 전원에 대해 판결 확정이 차단되고 전체 소송이 상소심으로 이심되는 등 소송 진행이 모두 통일적으로 이루어진다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다44615, 44622 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다50691 판결 등 참조).

이처럼 민사소송법 제67조가 적용되면, 공동소송인 사이에 소송자료가 통일되고(주장 및 증거 공통) 소송 진행(변론, 판결, 심급 공통)도 통일되어 공동소송인 간 재판 결과가 합일적으로 확정된다. 반면 소송자료와 소송 진행 중 어느 하나만 통일되지 않아도 재판 결과의 합일확정이 보장되지 않게 된다.

4) 이상의 법리를 요약하자면 공동소송은 ① 통상공동소송이 원칙이고, ② '합일확정의 필요성'이 있는 경우에만 필수적 공동소송이 되며, ③ 필수적 공동소송에서는 재판 결과의 합일확정을 위하여 민사소송법 제67조의 심리 특칙이 적용된다.

별개의견은 공동소송의 형태에 관한 기존의 체계와 법리를 모두 존중하는 전제 하에서, 편면적 대세효 있는 회사관계소송이 합일확정의 필요성이 있는 필수적 공동소송에 해당하는지, 즉 위 ②에 관한 문제를 제기하는 것이다. 그 전 단계인 ①에 관한 논의,

즉 공동소송의 형태 중 어떤 것이 바람직한 형태인지, 합일확정의 필요성이 없는 경우에도 필수적 공동소송으로 볼 것인지에 관한 입법론적, 정책적 논의를 하거나, 그 다음 단계인 ③에 관한 논의, 즉 어떠한 심리 방식이 필수적 공동소송에 더 적합한지에 관한 논의를 하는 것이 아니다.

따라서 공동소송인들 사이에 소송 목적인 권리·의무가 공통되는 등으로 승패를 같이 하는 것이 매끄럽고 자연스럽다는 주장은, 현행 민사소송법 규정과 달리 공동소송의 원칙적 형태를 필수적 공동소송으로 보거나 필수적 공동소송의 인정 범위를 넓혀야 한다는 ①에 관한 논의가 될 수는 있어도, 공동소송에 관한 현재의 체계와 법리 하에서 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보기 위한 유효한 논거가 될 수 없다. 나아가 민사소송법 제67조에 따른 심리 방식에 관한 논의 역시 필수적 공동소송에 해당함을 전제로 한 ③에 관한 논의로, 별개의견과는 논의의 평면을 달리 한다. 민사소송법 제67조는 어떤 소송이 공동소송인간 합일확정이 필요한 필수적 공동소송에 해당할 경우 그 합일확정을 위한 소송절차상 수단을 제공할 뿐이다. 공동소송인 간에 민사소송법 제67조를 적용하는 것이 타당하거나 바람직하다는 이유로 그 소송을 합일확정이 필요한 필수적 공동소송으로 보자는 주장은 논리적 선후관계가 거꾸로 되거나 필수적 공동소송의 개념을 변경하는 것에 지나지 않는다.

다. 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 통상공동소송으로 보아야 하는 주된 논거는 다음과 같다.

1) 공동소송의 원칙적인 모습은 각 공동소송인의 지위가 독립된 통상공동소송이다. 예외적으로 실체법 또는 소송법상 소송목적이 합일적으로 확정되어야 할 필요가 있어야만 이를 필수적 공동소송으로 볼 수 있다.

가) 우리 민사소송법상 각 공동소송인의 지위가 독립된 통상공동소송이 공동소송의 원칙적 형태임은 앞서 본 것과 같다. 이는 공동소송에 관한 민사소송법 규정의 체계, 즉 공동소송인의 지위의 독립에 관한 민사소송법 제66조가 먼저 나오고 제67조 이하는 제66조의 특별규정으로서 일정한 공동소송 유형(필수적 공동소송, 예비적·선택적 공동소송)에 관하여 심리의 특칙을 정하고 있는 법조문의 체계나, 통상공동소송은 사법상 법률관계를 개인의 자유로운 의사에 따라 자기책임 하에 규율하는 민법의 기본 원칙인 사적자치의 원칙이 소송법적으로 발현된 것이라는 점에서 쉽게 알 수 있다.

나) 이러한 원칙에서 벗어나 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다고 보면, 앞서 본 것처럼 당사자의 소송행위의 효력이나 소송물 처분의 자유가 제한되는 등 소송 수행에 관한 당사자의 독립적인 지위와 권능에 여러 제약이 초래된다. 이러한 제약을 정당화하기 위해서는 민사소송법 제67조가 정하는 필수적 공동소송의 요건, 즉 '소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 하는 경우'를 충족하여야 한다.

이를 위해서는 당사자들이 '실체법'적으로 재산권에 대한 관리처분권을 단독으로 행사할 수 없어 소송을 공동으로 할 것이 강제되고 재판 결과도 일치되어야 하거나, 여러 사람이 개별적으로 소송을 하는 것은 가능하지만 '소송법'적으로 당사자 1인이 받은 판결의 효력이 다른 당사자에게 미치는 관계로 서로 간에 판결 결과가 다르면 그 효력이 서로 모순·저촉되는 등 '실체법 또는 소송법'상 합일확정의 필요성이 있어야 한다.

공동소송인 간에 법률상 합일확정의 필요성이 없이, 단순히 승패를 같이하는 것이 논리적이거나 현실적으로 바람직하다는 이유만으로는 필수적 공동소송에 해당한다고 볼 수 없다. 가장 전형적인 예로 채권자가 주채무자와 보증인을 상대로 소를 제기한

경우를 들 수 있다. 채권의 변제 여부에 관하여 주채무자, 보증인에 대해 일치된 판결을 하는 것이 실체 관계에 부합하고 논리적이지만 그러한 이유만으로 이를 필수적 공동소송으로 보지 않는다. 변제 사실을 주장·증명한 주채무자는 승소하고 주채무자가 변제하였다는 항변을 하지 않은 보증인은 패소하는 것이 얼마든지 가능하다. 종래 대법원 판결도 같은 취지에서 여러 연대채무자에 대한 청구나 순차적으로 이루어진 소유권 이전등기의 말소 청구 등과 같이 법률상 합일확정이 요구되지 않는 경우에는 필수적 공동소송에 해당하지 않는다고 하였다(대법원 1955. 2. 10. 선고 4287민상204 판결, 대법원 1971. 2. 9. 선고 70다232 판결 등 참조).

2) 편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 '실체법'상 합일확정의 필요성이 인정되지 않는다. 대세효 규정에 따라 실체법상 법률관계의 통일이라는 목적을 충분히 달성할 수 있어 이를 위한 다른 수단은 불필요할뿐더러, 민사소송법 제67조를 적용하는 것이 실체법상 법률관계 통일을 위한 유효적절한 수단이라고 볼 수도 없기 때문이다.

가) 판결의 기판력은 본래 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 등 민사소송법 제218조에서 정한 사람에 한하여 미치는 것이 원칙이다. 회사관계소송에 관한 편면적 대세효 규정은 기판력의 상대성 원칙에 대한 예외를 정한 것으로, 주주, 거래상대방 기타 이해관계인 등 회사를 둘러싼 단체법적 법률관계를 통일적으로 확정하기 위하여 판결의 효력을 제3자에게 확장한 것이다.

예컨대, 주주총회결의에 무효 사유가 있더라도 주주들은 각자 자유롭게 주주총회결의 무효 확인의 소를 제기하거나 제기하지 않을 수 있고 소를 먼저 제기한 주주 갑은 패소 판결을, 그 다음에 소를 제기한 주주 을은 승소 판결을 받을 수 있다. 그 경우 동일한 주주총회결의가 주주 을에 대해서는 무효가 되고 주주 갑과 소를 제기하지 않은

나머지 주주들이나 다른 이해관계인에 대해서는 유효하다면 단체법적 법률관계에 혼란이 초래되므로, 상법 제380조는 제190조 본문을 준용함으로써 주주들이 받은 승소 판결에 대세적 효력을 인정하여 단체법적 법률관계가 통일적으로 처리될 수 있도록 한다.

회사관계소송에 관한 편면적 대세효 규정(상법 제190조 본문과 이를 준용하는 상법 제240조, 제380조, 제430조 등)은 이와 같이 회사관계소송에서 소송을 공동으로 할 것(이하 '소송공동'이라 한다)이 강제되지 않아 판결 결과가 전원에 대해 통일되지 않을 수 있으므로, 단체를 둘러싼 실체 법률관계를 통일적으로 확정하기 위하여 마련된 것이다. 회사관계소송에서 회사의 설립, 합병, 주주총회결의, 신주 발행 등의 효력을 부인하는 판결이 내려지면 이러한 편면적 대세효 규정에 따라 실체 법률관계가 통일적으로 규율된다.

나) 실체법적으로 재산권의 관리처분권이 여러 사람에게 공동으로 귀속되어 당사자가 단독으로 이를 처분하지 못하는 경우에는 소송 결과도 전원에 대해 일치되어야 하고 그렇지 않으면 분쟁 해결이 불가능해진다. 따라서 소송공동이 강제되어 전원이 반드시 소송당사자가 되어 하나의 소를 제기하여야 하고 전원이 당사자가 아닌 소는 허용되지 않으며(당사자적격 흠결로 부적법 각하된다), 하나의 판결로 일치된 결론을 내려야 한다. 이러한 소송유형을 '고유필수적 공동소송'이라고 한다. 공유물분할청구의 소, 파산관재인이 여럿인 경우의 파산재단에 관한 소 등이 그 예이다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다44615, 44622 판결, 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다14363 판결 등 참조). 이와 같이 소송공동이 강제되어 당사자 전원에 대해 하나의 소만이 허용되는 경우에, 민사소송법 제67조를 적용하여 하나의 합일적인 판결을 하는 것은 분쟁을 유효

하게 해결하기 위한 적절한 수단이라고 볼 수 있다.

다) 반면 회사관계소송은 소송공동이 강제되지 않아 당사자들이 각각 별소를 제기할 수 있고 소를 제기하지 않을 수도 있다. 따라서 공동소송인 사이에서만 판결 결과를 일치시킨다고 하여 재판관 통한 실체 법률관계의 통일이라는 목적을 달성할 수 있는 것도 아니다.

앞서와 같이 주주총회결의 무효 확인의 소를 예로 들어 설명한다. 주주총회결의 무효 확인의 소는 소송공동이 강제되지 않으므로, 주주 갑, 을은 공동으로, 주주 병은 그 후 따로 소를 제기하고, 주주 정은 소를 제기하지 않을 수 있다. 이때 갑, 을의 공동소송을 필수적 공동소송으로 보아 하나의 합일적인 판결을 한다고 하여도 그 후 제기된 병의 별소와 판결 결과를 일치시킬 방법이 없어 갑, 을이 패소한 후 병이 승소하는 것이 가능하다. 소를 제기하지 않은 정인 경우에는 판결이 존재하지도 않는다. 이와 같이 갑, 을의 소송을 필수적 공동소송으로 본다고 해도, 병, 정 등 별소를 제기한 사람이나 소를 제기하지 않은 사람들에 대해서까지 판결 결과를 일치시킬 수 있는 방법이 없다.

회사관계소송에서 실체법적 법률관계의 통일은 편면적 대세효 규정에 따라 병의 승소 판결이 패소한 갑, 을뿐만 아니라 소를 제기하지 않은 정 등에 대해서도 대세적으로 효력을 가짐으로써 충분히 달성될 수 있다. 그 외에 다른 수단은 불필요할뿐더러 갑, 을의 소송을 필수적 공동소송으로 보는 것이 실체적 법률관계를 통일시키기 위한 유효·적절한 수단이라고 볼 수도 없다.

라) 2002년 개정된 민사소송법은 예비적·선택적 공동소송을 새로운 공동소송의 한 유형으로 신설하고 종래 허용되지 않았던 편면적 독립당사자참가소송을 명문으로 허용하면서 그 소송절차에 모두 민사소송법 제67조를 준용하였다(민사소송법 제70조, 제79

조). 이러한 소송 유형은 주로 여러 청구가 법률상 서로 양립될 수 없는 사안에 관한 것으로, 그 경우 소송공동이 강제되지 않고 실제 법률관계를 통일시킬 수 있는 규정도 없어 각각의 청구에 대한 판결 내용이 실제법적으로 서로 모순될 수 있고, 그에 따라 당사자가 권리가 존재함에도 이를 행사할 수 없거나 이중으로 의무를 부담하는 것과 같은 불이익을 입을 수 있었다. 개정 민사소송법이 소송 유형을 신설하고 민사소송법 제67조를 준용한 취지는, 이러한 경우를 몇 가지로 유형화하여 실제법적으로 모순 없는 판결에 이를 수 있는 특별한 소송제도를 마련하고, 당사자가 원하는 경우 그러한 소송제도를 이용할 수 있도록 한 것이다.

이는 편면적 대세효 있는 회사관계소송과는 아무런 관련이 없다. 회사관계소송에는 앞서 본 것처럼 실제 법률관계를 통일적으로 규율하기 위한 편면적 대세효 규정이 있으므로, 당사자가 이를 별소로 청구하든 공동소송으로 청구하든지 간에 판결 결과가 서로 다르다고 하여도 당사자가 어떤 불이익을 입지 않고(승소 판결에 따라 법률관계가 규율된다), 당사자의 이익을 보호하기 위한 별도의 소송제도나 조치가 불필요하다. 따라서 앞서 본 민사소송법 개정의 취지로부터 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 민사소송법 제67조를 적용할 필요성을 도출할 수도 없다.

3) 편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 공동소송인 간에 판결 결과가 달라도 그 효력이 서로 충돌할 여지가 없어 판결의 모순·저촉이 발생한다고 볼 수 없으므로, '소송법'상 합일확정의 필요성이 있다고 볼 수도 없다.

가) 당사자 중 1인이 받은 판결의 효력이 다른 당사자에게 미쳐 그들 사이에 판결 결과가 서로 다르면 판결의 효력이 서로 충돌하고 분쟁을 해결할 수 없다면 당사자간 재판 결과를 일치시킬 필요가 있다. 이러한 소송은 당사자들이 각각 소를 제기하든 우

연히 공동으로 소를 제기하든 간에 재판 결과가 통일되어야 하고, 공동소송이라면 합일확정이 필요한 필수적 공동소송에 해당한다. 이러한 소송 유형을 '유사필수적 공동소송'이라 한다.

유사필수적 공동소송의 대표적인 예는 판결의 효력이 판결 결과에 관계없이 일정 범위의 이해관계인에게 전면적으로 확장되는 경우이다. 예를 들어, 회생절차에서 회생채권·담보권의 확정에 관한 소송의 판결은 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자 전원에 대해 그 효력이 있다(「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제176조 제1항). 여러 명의 이의자가 동일한 채권에 관하여 채권조사확정재판에 대한 이의의 소를 제기한 경우 법원이 한 명에 대하여 승소 판결을 하고 다른 한 명에 대하여 패소 판결을 하면, 두 판결의 효력이 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자 전원에게 미쳐 서로 충돌하게 된다. 따라서 이의자들이 이러한 소를 공동으로 제기하면 필수적 공동소송으로 보아 하나의 합일적 판결을 해야 하고, 이의자들이 각각 소를 제기한 경우에도 반드시 변론을 병합하여 공동소송으로 진행하여야 한다(이를 위하여 다른 이의의 소가 제기될 수 있는 기간까지 변론의 개시 시기를 제한한다. 같은 법 제171조 제4항, 제5항 참조).

여러 명의 소송담당자가 소를 제기한 경우에도 마찬가지이다. 예를 들어, 채권자대위소송의 경우 소가 제기된 사실을 채무자가 알았다면 그 기판력이 민사소송법 제218조 제3항에 따라 채무자에게 미친다(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 여러 채권자가 각각 소를 제기하고 이 사실을 채무자가 아는 상황에서 서로 다른 결과가 나오면 각 판결의 효력이 모두 채무자에게 미쳐 서로 충돌하게 된다. 이를 방지하기 위하여 채권자대위소송이 계속 중이면 다른 채권자는 위 소송에 참가하여야 하고 별소를 제기하는 것은 중복제소로서 허용되지 않는다(대법원 1988. 9.

27. 선고 87다카1618 판결, 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301, 30325 판결 등 참조). 여러 채권자들이 공동으로 소를 제기하였거나 소송참가를 통해 공동소송이 되었다면 필수적 공동소송으로 보아 하나의 합일적 판결을 해야 한다(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다23486 판결 등 참조).

반면 당사자들이 별소를 제기한 경우 판결 결과가 서로 달라도 무방하다면 이를 공동으로 제기하였더라도 필수적 공동소송이라고 할 수 없다. 예를 들어 연대채권자 갑과 을이 채무자에 대하여 각각 소를 제기한 경우 연대채권자 갑은 승소하더라도, 연대채권자 을은 변제 사실이 인정되어 패소할 수 있다. 따라서 갑, 을이 공동으로 소를 제기하더라도 합일확정이 요청되지 않아 통상공동소송에 해당한다.

나) 그런데 편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 당사자들 사이에 서로 다른 판결이 내려지더라도 판결의 모순·저촉 문제가 발생하지 않는다. 판결의 효력이 승소·패소를 불문하고 전면적으로 확장되는 소송 유형과 달리, 원고 승소 판결에만 편면적으로 대세효가 인정되기 때문에 승소 판결과 패소 판결의 효력이 서로 충돌하지 않기 때문이다.

예를 들어, 주주 갑이 주주총회결의 무효 확인의 소를 제기하여 패소 판결을 받았더라도 주주 을은 같은 소를 제기하여 승소 판결을 받을 수 있고 갑의 패소 판결이 을의 승소에 장애가 되지 않는다. 을이 승소하면 그 대세효에 따라 주주총회결의는 회사, 주주 등 모든 이해관계인에 대해 획일적으로 무효로 처리되고, 이는 패소한 갑에 대해서도 마찬가지이다. 회사는 갑에 대해서만 주주총회결의가 유효하다고 주장할 수 없다. 이처럼 패소 판결을 받은 갑의 경우 을의 승소 판결의 대세효를 함께 받아 갑에게 미치는 두 판결의 효력이 서로 충돌하는 것처럼 보여도, 그러한 충돌은 편면적 대세효

규정에 따라 해소되고 아무런 문제가 발생하지 않는다.

주주 갑, 을이 공동으로 소를 제기한 경우에도 판결의 모순·저촉 문제는 발생하지 않는다. 갑에 대해 패소, 을에 대해 승소 판결이 나더라도 을의 승소 판결에 대세효가 있어 주주총회결의가 패소한 갑을 포함한 이해관계인 모두에 대해 무효가 되기 때문이다. 나아가 이러한 문제는 앞서 본 별소에서든 공동소송에서든 마찬가지이므로, 공동소송의 경우에만 이를 이유로 판결의 모순·저촉이 발생한다고 볼 수 없다.

별소의 경우 갑, 을에 대해 각각 판결이 이루어지지만 공동소송에서는 갑, 을에 대해 하나의 판결이 선고된다는 이유로 별소와 달리 취급할 수도 없다. 갑, 을의 공동소송은 갑과 회사 사이의 소송과 을과 회사 사이의 소송이 주관적으로 병합된 것으로, 갑, 을 별로 각각 상대방과의 소송관계가 성립한다. 갑, 을에 대하여 형식적으로 하나의 판결이 선고된다고 하더라도 그 판결은 소송관계별로 각각 판결이 선고된 것과 다르지 않다.

공동소송의 경우 갑이 하나의 판결에서 함께 이루어진 을의 승소 판결의 대세효를 받는다고 하여, 갑에 대한 패소 판결이 아무런 의미가 없다고 볼 수도 없다. 갑에 대한 판결은 소송을 종료시키는 형식적 확정력과 기판력을 지닌 유효한 판결이다. 그렇기 때문에 두 판결 사이의 충돌을 해결하고 실제 법률관계를 통일적으로 규율하기 위하여 편면적 대세효 규정이 마련된 것이다. 다수의견은 이와 거꾸로 회사관계소송에 편면적 대세효 규정이 적용됨을 이유로 공동소송에서 승소 판결과 동시에 패소 판결을 할 수 없다는 것인데 이는 선후관계를 잘못 파악한 것이다. 나아가 갑, 을이 공동소송에서 같은 주주총회결의의 하자를 다투고 있어 일치된 결론을 내는 것이 논리적이라고 하더라도, 논리적 일관성만으로 법률상 합일확정의 필요성을 인정하지 않음은 앞서 1)항에서

본 것과 같다.

이처럼 편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성을 인정할 수 없다. 당사자가 별소를 제기한 경우 서로 다른 판결을 받을 수 있음에도, 우연히 공동으로 소를 제기한 경우에만 합일확정의 필요성이 있다고 보는 다수의견은 논리적 일관성을 결여한다.

4) 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보면 당사자의 처분권이나 소송절차에 관한 권리를 부당하게 제약할 뿐 아니라 소송경제에도 반할 수 있다. 이를 통상공동소송으로 보아도 아무런 문제가 없고 오히려 소송절차가 간명해지고 소송경제를 도모할 수 있다.

물론 이것은 입법론적으로 통상공동소송과 필수적 공동소송 중 무엇을 공동소송의 원칙적 형태로 보아야 하는지에 관한 어느 한 쪽의 논거는 될 수 있으나[나.4)항의 ①번 단계 논의에 해당한다], 어떤 소송 유형이 '법률상 합일확정의 필요성'이 있는 필수적 공동소송에 해당하는지와는 관련이 없다. 다만 이러한 소송 유형을 통상공동소송으로 보아도 아무런 문제가 없고 오히려 소송관계가 간명해질 수 있다는 점을 설명하기 위하여 부가적으로 언급한다.

가) 앞서 나.항에서 본 것처럼 민사소송법 제67조는 필수적 공동소송에서 소송자료와 소송 진행을 통일하여 합일적 판결을 하기 위하여 당사자의 소송수행권에 대한 여러 가지 제약을 가하고 있다. 이를 좀 더 자세히 살펴본다.

우선 자백, 청구의 포기·인낙, 화해와 같은 불리한 행위는 공동소송인 전원이 같이 하지 않으면 효력이 없다(민사소송법 제67조 제1항). 갑, 을이 공동으로 소를 제기한 경우 갑이 쟁점에 한정된 심리를 통해 신속한 판결을 받기 위해 일부 사실관계에 대해

자백을 해도 을이 동의하지 않으면 효력이 없다. 갑이 먼저 자신만의 청구를 포기하는 방식으로 갑에 대한 소송을 종결시키는 것도 허용되지 않는다. 한편 상대방이 공동소송인 1인에 대해 한 소송행위는 이익·불이익을 묻지 않고 전원에 대해 효력이 있으므로(제67조 제2항), 갑이 기일에 출석하지 않아도 을이 출석하면 변론기일을 진행할 수 있고 상대방은 그 변론기일에서 새로운 주장·증명을 할 수 있으며 갑이 관여하지 않았음에도 이러한 소송행위가 모두 갑에게 효력을 미친다.

상소에 관하여도 복잡한 문제가 발생한다. 판례에 따르면 필수적 공동소송에서 갑, 을이 모두 패소 판결을 받고서 갑이 이에 승복할 의사로 불복하지 않은 경우 을이 항소를 하면 갑에 대하여도 판결 확정이 차단되고 항소심으로 이심되어 갑은 항소심에서 항소인도 피항소인도 아닌 '단순한 항소심 당사자'가 된다고 한다(대법원 1995. 1. 12. 선고 94다33002 판결 등 참조). 그런데 민사소송법이 상소심에서 상소인도 피상소인도 아닌 제3의 당사자 지위를 상정하고 있는지 의문이다. 항소인도 피항소인도 아니라면 항소심에서 어떤 정도의 소송수행권한을 가지는지, 부대항소를 제기할 수 있는지, 소송비용을 부담하여야 하는지, 항소심 판결에 대해 상고할 수 있는지 등에 대해 민사소송법에 아무런 정함이 없기 때문이다. 앞서 본 예에서 패소 판결을 받고 항소의 의사가 없는 갑이 소를 취하하려고 해도 상대방이 동의하지 않으면 불가능하므로, 갑이 소를 취하할 수 있다는 이유로 항소심 당사자로 취급해도 무방하다고 할 수 없다.

이와 같이 필수적 공동소송의 당사자는 처분권이 제한되고 소송 수행에 관하여 많은 제약을 받게 된다. 통상공동소송의 원칙에서 벗어나 이와 같이 당사자의 소송상 지위를 제약하기 위해서는 이를 정당화할 법적 근거가 명확해야 한다. 앞서 본 것처럼 편면적으로만 대세효가 있는 회사관계소송에서는, 이러한 제약을 정당화할 정도로 공동

소송인 사이에 판결을 합일적으로 확정해야 할 실체법상, 소송법상 필요성이 있다고 보기 어렵다.

나) 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 통상공동소송으로 보아도 아무런 문제가 없고, 오히려 소송절차가 간명해지고 소송경제를 도모할 수 있다.

주주 갑, 을이 주주총회결의 무효 확인의 소를 제기한 경우를 상정하고 이를 통상공동소송으로 보아 설명한다. 공동소송인 갑과 을은 각자 소송수행을 하여 그에 따른 판결을 받을 수 있다. 갑, 을은 각자 자백, 소 취하, 청구의 포기, 상소 취하 등 자신에게 불리한 행위도 자유롭게 할 수 있고 이는 그 당사자에 대해서만 효력을 가진다. 그 결과 갑이 소송수행 의사를 상실한 경우에는 상대방의 동의를 얻어 단독으로 소를 취하하거나 청구를 포기하는 등으로 일찍 소송에서 벗어날 수 있고, 소송수행 의사가 있는 을만 당사자로 남아 소송절차가 가벼워진다.

갑, 을이 1심에서 패소 판결을 받았고 을만 항소한 경우 갑의 패소 부분은 분리 확정되고 항소심으로 이심되지 않는다. 을은 단독으로 소송을 수행하여 항소심에서 승소 판결을 받을 수 있고, 갑의 패소 판결은 을의 승소에 장애가 되지 않는다. 앞서 본 '단순한 상소심 당사자' 등 불명확하고 부자연스러운 법리에 의할 필요가 없이 소송관계가 훨씬 간명해진다.

통상공동소송에서도 공통된 기일에서 변론, 증거조사를 하고 판결도 함께 한다. 증거공통의 원칙에 따라 공동소송인들이 각각 제출한 증거는 서로의 원용이 없어도 다른 공동소송인을 위한 사실인정의 자료가 될 수 있고, 법관이 얻은 심증도 공통된다. 따라서 통상공동소송에서도 공동소송인 중 1명만 자백하는 등 특별한 사정이 없는 한 법원이 일치된 판결을 하는 경우가 대부분이고, 동일한 사안에 대해 당사자별로 결론을 달

리하는 부자연스러운 판결이 선고될 가능성은 희박하다.

이처럼 통상공동소송으로 보아도 우려되는 부작용은 없는 반면, 당사자의 처분권을 존중할 수 있고, 소송수행의사가 있는 상소인만 상소심의 당사자가 되는 등 소송절차가 간명해지고 소송경제를 도모할 수 있는 실질적인 장점이 있다.

5) 상법상 전속관할 및 병합심리 규정이 병합된 소송이 필수적 공동소송임을 전제로 한다고 볼 수 없다.

상법은 회사관계소송은 회사의 본점소재지를 관할하는 지방법원의 전속관할에 속하고, 같은 내용의 회사관계소송이 여러 개 진행되는 경우 법원이 이를 병합 심리하여야 한다고 정한다(상법 제186조, 제188조 참조. 위 규정은 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 모두 준용된다). 이러한 규정은 동일한 내용에 관해 여러 법원이 중복하여 심리하는 것이 소송경제상 바람직하지 않고 회사가 여러 개의 소송에 동시다발적으로 응소하는 것이 어려울 수 있으므로, 하나의 소송절차에서 함께 심리하기 위한 것으로 볼 수 있다. 앞서 본 것처럼 통상공동소송에서도 공통된 심리와 증거 공통의 원칙에 따라 같은 결론에 도달하는 경우가 많으므로 그 한도 내에서는 판결 결과의 통일을 도모할 수도 있다.

위와 같은 전속관할 및 병합심리 규정이 이러한 취지를 넘어 재판 결과의 합일확정을 전제로 한 규정이라고 볼 근거가 없다. 회사관계소송에서도 제소 시점의 차이 등으로 한 소송에서 먼저 판결이 선고되면 심급이 달라 병합이 불가능하고, 이 경우 앞선 소송에서는 원고가 패소하더라도 뒤의 소송에서는 다른 원고가 승소할 수 있어 재판 결과의 합일확정이 보장되지 않는다. 나아가 쟁점과 당사자가 겹치는 소송이 여러 개 진행되는 경우 법원이 일관된 결론을 내기 위하여 병합심리하는 경우가 많지만(예컨대,

공동불법행위자들에 대해 각각 소가 제기된 경우나 수인의 채권자가 각각 사해행위취소의 소를 제기한 경우, 채권자가 주채무자와 보증인에 대한 소를 각각 제기한 경우 등), 소송이 병합되었다고 하여 이를 필수적 공동소송으로 보지 않는다. 이처럼 전속관할이나 병합심리 규정은 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 볼 근거가 되지 못한다.

라. 공동소송의 형태는 상소심의 당사자 지위와도 관련되는 중요한 쟁점으로 대법원이 이를 명확히 하여 재판 실무의 혼선을 방지할 필요가 있다.

이 사건에서는 원고들이 1심에서부터 공동으로 소송대리인을 선임하여 소송을 수행하였으므로, 공동소송의 형태가 무엇인지에 따라 소송 결과에 현실적인 차이를 가져오는 것은 아니다. 그러나 공동소송의 형태는 아래에서 보는 것처럼 심리 방식이나 소송 결과 이전에 '상소심에서 당사자의 지위가 누구에게 인정되는지'와도 관련되는 중요한 문제이다. 상소심의 당사자가 누구인지, 상소를 하지 않은 공동소송인이 상소심에서 당사자가 되는지는 상소심 재판 절차가 시작되는 시점에서부터 문제되는 것으로, 이에 대해 명확히 하지 않으면 상소심의 모든 절차 진행에 혼란이 생기고, 이러한 절차를 통해 이루어진 판결의 적법성에 대해서도 의문이 생긴다. 당사자에 관한 문제는 소송 요건에 속하기 때문에 소송당사자를 누락하거나 당사자가 아닌 사람을 당사자로 잘못 취급한 판결은 언제나 위법하다. 이는 소송에 관여할 권리가 있는 당사자를 소송 절차에서 배제하거나 잘못된 당사자를 소송에 관여시킨 것으로, 판결문에 당사자를 잘못 기재한 것에 불과한 것이 아니다. 상고심에서도 상고이유와 무관하게 직권으로 조사할 사항에 해당하고, 판결 결과에 현실적인 차이를 가져오지 않았다고 하여 그 위법성이 치유된다고 할 수도 없다.

종래 대법원 판결과 재판 실무가 다수의견처럼 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보아 왔다고 할 수 없다. 이에 관하여 명시적으로 법리를 판시한 대법원 판결은 없고, 1960년 민사소송법이 제정되기 전의 의용 민사소송법 시행 당시의 대법원 1959. 2. 19.자 4291민항231 결정이 방론으로 주주총회결의 무효 확인 소송이 필수적 공동소송이라고 언급하였을 뿐이다. 오히려 최근의 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다69355 판결, 대법원 2006. 7. 13. 선고 2005다54265 판결, 대법원 2015. 8. 13.자 2015다27699 판결은 회사관계소송에서 원심판결의 공동원고들 중 일부만 상고한 경우에 상고하지 않은 원고들을 상고심 판결의 당사자에서 제외하였다. 이 뿐만 아니라 처분을 취소하거나 무효, 부작위 위법을 확인하는 판결에 편면적으로만 대세효가 있는 행정항고소송(행정소송법 제29조 제1항, 제38조)의 경우에도 다수의 대법원 판결은 원심판결에 대하여 상고하지 않은 원고들을 상고심 당사자에서 제외하였다(대법원 2012. 8. 23. 선고 2010두13463 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2012두1006 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두5572 판결, 대법원 2018. 11. 29.자 2018두54163 판결, 대법원 2020. 3. 12.자 2019두60486 판결, 대법원 2020. 7. 9.자 2020두37215 판결, 대법원 2020. 12. 24.자 2020두49423 판결). 반대로 이러한 소송 유형에서 상고하지 않은 원고들을 상고심 당사자로 인정한 판결은 찾아보기 어렵다. 이는 상고하지 않은 당사자에 관한 부분은 분리 확정된 것으로 취급한 것으로 통상공동소송을 전제로 한 것이 분명하다.

다수의견은 편면적 대세효 있는 회사관계소송이 필수적 공동소송이라고 할 뿐 이것이 종래 대법원의 입장이었는지 아니면 이 판결로 기존의 입장을 변경한 것인지에 관한 아무런 언급이 없다. 종래 대법원이 이러한 소송을 필수적 공동소송으로 보아왔음

에도 위 판결들이 상고심 당사자를 누락한 것이라면, 위 판결들은 소송에 관여할 지위에 있는 상고심 당사자를 위법하게 배제한 것으로 민사소송법 제451조 제1항 제3호(법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때)에 준하여 재심사유가 존재하는 것이 된다(대법원 1997. 8. 29. 선고 95재누91 판결 등 참조). 그렇지 않고 위 판결들이 필수적 공동소송으로 보면서도 상고하지 않은 원고들을 당사자에서 제외하였다면 이는 종래 인정되어 온 필수적 공동소송이 아닌 제3의 소송 유형을 창설한 것이다. 위 판결들과 같이 대법원이 이러한 소송을 통상공동소송으로 보아왔고 다수의견이 이 판결을 통해 기존의 입장을 변경한 것이라면, 다수의견은 그러한 취지를 명확히 하였어야 마땅하다.

이처럼 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 관한 재판실무가 명확하지 않으므로, 이 사건을 계기로 그 공동소송 형태가 무엇인지 분명히 하여 재판실무의 혼선을 방지할 필요성이 크다.

마. 현행 민사소송법 체계에서 정한 원칙에 따라 공동소송 관계를 해결할 수 있고 예외를 인정할 필요성이 크지 않음에도, 불필요한 해석론을 통해 예외를 인정하는 것은 지양하여야 한다.

소송 목적인 권리·의무가 공통되거나 공통된 원인으로 발생한 경우에 공동소송인들 사이에 승패를 같이 하는 것이 논리적이고 자연스럽다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 우리 민사소송법상 공동소송의 원칙적 형태는 통상공동소송이고, 공동소송인 간에 '법률상' 합일확정이 요청되지 않는 한 논리적, 현실적으로 승패를 같이 하는 것이 바람직하다는 이유만으로 필수적 공동소송으로 보지 않음은 앞서 본 것과 같다. 이러한 소송 유형을 필수적 공동소송으로 보기 위해서는 원칙에 대한 예외를 인정할 분명한 논리적

근거가 있어야 하나, 종래 이에 관한 충분한 논증이 있었다고 볼 수 없고 아무리 살펴 보아도 예외를 인정할 만한 근거를 찾기 어렵다.

하나의 법률관계에 여러 사람이 관련된 경우에, 한 사람이 받은 판결의 효력이 다른 사람에게 미치지 않아 전원이 당사자가 되지 않으면 분쟁을 해결할 수 없는 경우가 고유필수적 공동소송이다. 반대로 한 사람이 받은 판결의 효력이 다른 사람에게 미치므로 여러 사람이 각각 소송을 하든지 우연히 공동으로 소송을 하든지 간에 재판결과가 달라져서는 안 되는 경우가 유사필수적 공동소송이다. 편면적 대세효 있는 회사관계소송이 그 중 어느 것에도 해당하지 아니함은 명백하다. 이 경우 공동소송인 간 재판 결과의 통일은 통상공동소송에서의 공통된 심리와 그에 따른 공통된 심증에 의해 달성하는 것으로 충분하고, 민사소송법 제67조를 적용하여 소송자료와 소송 진행을 엄격히 통일시킬 만큼의 이유나 필요성이 있다고 할 수 없다.

법리(法理)는 사안의 많고 적음에 관계없이 일관되게 통용될 수 있어야 한다. 대부분의 사안에서 문제없이 기능한다고 하더라도 소수의 사안에서 이것이 제대로 기능하지 못한다면 옳은 법리라고 할 수 없다. 회사관계소송의 경우 공동소송인들이 소송대리인을 함께 선임하는 등으로 일체로서 소송을 수행하는 경우가 대부분이라 하더라도, 이것이 강제되지 않는 이상 당사자가 독립적으로 소송수행을 하려는 경우가 언제든지 있을 수 있다. 전자의 경우 민사소송법 제67조의 제약을 가하는 것이 당사자에게 불합리하지 않다는 이유로 이것이 정당한 법리로 될 수는 없다. 공동소송에 관한 법리가 실제로 차이를 가져오는 장면은 당사자가 독립적으로 소송수행을 하고자 하는 후자의 사안이고, 그 경우에도 일관되게 공동소송에 관한 법리가 정당화될 수 있어야 한다.

별소에서 서로 다른 판결이 각각 선고되는 경우가 드물다는 이유로 별소와 공동소송

을 차별적으로 취급하는 것도 타당하지 않다. 당사자가 각각 소를 제기한 경우 병합심리규정에 따라 병합되는 경우가 대부분이라 하더라도, 두 소의 심급 차이로 병합심리가 불가능하거나 다른 소송의 존재를 간과한 나머지 별소에서 각각 서로 다른 내용의 판결이 확정될 수 있다. 이 경우에도 아무런 문제가 없고, 승소 판결의 대세효에 따라 실제 법률관계가 규율된다. 뒤에 선고된 판결에 소송법적으로 문제가 있어 재심사유가 존재한다는 등의 견해는 찾아볼 수 없다. 그런데도 병합심리규정을 이유로 재판 결과가 합일확정되어야 한다는 다수의견의 논리는, 병합심리가 불가능하거나 이루어지지 않은 사안까지 아우를 수 있는 타당한 논거가 될 수 없다.

바. 이 사건에 관하여 본다.

이 사건 소는 원고들 2명이 공동으로 제기한 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소이다. 앞서 본 법리에 따르면 이 사건 소는 통상공동소송에 해당한다.

그럼에도 원심은 원고들이 공동으로 제기한 이 사건 소가 필수적 공동소송임을 전제로 재판 절차를 진행한 것으로 보인다. 이러한 원심 판결에는 공동소송 형태에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 다만 원고들이 공동으로 소송대리인을 선임하여 소송을 수행한 결과 이러한 원심의 잘못이 판결 결과에 영향을 미쳤다고 보이지 않는다. 상고 이유 주장에 대한 판단은 다수의견과 같다.

이와 같이 원심판결을 파기할 사유가 없다는 결론에 관하여는 다수의견과 견해를 같이 하지만 그 이유가 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

##### 5. 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 민유숙, 대법관 노태악의 보충의견

편면적 대세효 있는 회사관계소송에서 여러 사람이 공동으로 원고가 된 경우 법원의 재판 실무는 이러한 소송을 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송으로 보고

있다. 대법원 1959. 2. 19.자 4291민항231 결정은 민사소송법이 제정되기 전 의용 민사소송법에 관한 사례로서 방론으로 여러 사람이 제기한 주주총회결의 무효 확인의 소가 필수적 공동소송에 해당한다고 언급한 바 있다. 그 후 공동소송 형태가 쟁점이 아니어서 그에 관한 법리를 명시적으로 실시하지 않았지만 법원은 이러한 소송이 필수적 공동소송임을 전제로 하여 소송절차를 진행하였다. 학계의 통설도 민사소송법 분야에서는 물론, 회사법 분야에서도 마찬가지이다. 이러한 재판 실무는 소송법상 합일확정의 필요성에 근거한 것으로서, 상법상 병합심리 규정 등의 취지와 더불어 당사자의 의사나 소송경제 등을 고려하더라도 여전히 그 타당성을 인정할 수 있다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 필수적 공동소송에 해당하는지 여부는 법원이 해석을 통해 판단할 문제이고 여기에 어떤 절대적인 기준이나 당위성이 있는 것이 아니다.

민사소송법 제67조는 필수적 공동소송을 '소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송'이라고 정의하고, 그 심리의 특칙을 정하고 있다. 그런데 '소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 하는 경우'가 어떤 경우인지를 구체적으로 정하는 규정이 없으므로, 이는 결국 법원이 해석을 통해 판단하여야 한다. 별개의견에서도 언급한 것처럼 판례와 학설은 필수적 공동소송을 당사자들이 실제 법상 권리 행사나 의무 이행을 단독으로 할 수 없어 소송을 공동으로 해야 하고 재판 결과도 합일적으로 확정되어야 하는 '고유필수적 공동소송'과 개별적인 소송은 가능하지만 일단 공동소송이 되면 당사자 간 재판 결과가 합일적으로 확정되어야 하는 '유사필수적 공동소송'으로 분류하고 있는데, 이 역시 민사소송법 제67조에서 곧바로 도출되는 것이 아니라 법해석을 통하여 인정해 온 것이다.

고유필수적 공동소송 중에는 여러 사람이 공동으로 당사자가 되는 것이 법률에 정해진 경우(제3자가 혼인무효·취소의 소를 제기할 때에는 가사소송법 제24조 제2항에 따라 부부를 공동 피고로 하여야 한다)나 당사자가 권리 행사나 의무 이행을 공동으로 하지 않으면 분쟁을 해결할 수 없는 경우(일부 공유자 사이에서만 공유물분할소송을 해서는 공유물분할의 목적을 달성할 수 없다)처럼 당사자 간 합일확정의 필요성을 쉽게 인정할 수 있는 경우가 있는가 하면, 합유재산이나 공유재산에 관한 이행의 소와 같이 이것이 명확하지 않은 경우도 많다. 종래 고유필수적 공동소송의 인정기준으로 삼아 온 관리처분권의 귀속뿐만 아니라 분쟁의 통일적 해결이나 당사자의 이익 형량 등을 고려하여 고유필수적 공동소송의 인정 범위를 넓혀야 한다는 견해도 있다. 통상 공동소송 중에서도 당사자 사이에 소송 목적인 권리·의무가 공통되거나 실체법상 서로 의존관계에 있는 등 공동소송인들 사이에 승패를 같이 하는 것이 필요한 것처럼 보이는 경우부터 그 관련성이 약한 경우까지 다양한 유형이 존재하고, 전자를 준필수적 공동소송으로 보아 합일확정을 도모해야 한다는 견해도 있다.

이처럼 공동소송에는 공동소송인 간 합일확정의 필요성이 명확하게 인정되는 고유필수적 공동소송부터 이것이 인정되지 않는 통상공동소송까지 긴 스펙트럼이 존재한다. 공동소송을 할 것이 강제되지는 않지만 일단 공동소송이 되면 소송법상 합일확정의 필요성이 있는 유사필수적 공동소송은 그 사이에서 필수적 공동소송에 가까운 곳에 위치한다고 할 수 있다.

어떤 소송 유형이 통상공동소송인지 필수적 공동소송인지 명확하지 않은 경우, 법원은 소송목적의 권리의 성격, 이에 적용되는 실체법과 소송법 규정, 그 소송이 필수적 공동소송과 통상공동소송 중 무엇에 더 가깝다고 평가할 수 있는지, 그리고 관련된 당

사자의 이익과 소송경제 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 여기에 어떤 절대적인 경계나 기준이 있거나 필수적 공동소송의 전형적인 유형에 해당하지 않으면 모두 통상공동소송으로 보아야 할 논리필연성이나 당위성이 있는 것은 아니다. 이러한 점에서 다수당사자 간 분쟁 해결을 위한 공동소송에서 반드시 통상공동소송이 원칙이고 필수적 공동소송은 이러한 원칙에서 벗어난 예외적인 형태라는 별개의견의 기본 전제에는 찬성하기 어렵다. 뿐만 아니라, 통상공동소송이 공동소송의 원칙적인 모습이라고 하더라도 필수적 공동소송에서 말하는 합일확정의 필요성을 무조건 엄격하고 좁게 해석해야 하는 것도 아니다.

결국 어느 경우에 합일확정의 필요성이 인정되는지, 이를 비교적 넓게 볼 것인지 혹은 좁게 인정할 것인지는 법원의 해석에 맡겨져 있다고 하여야 한다.

나. 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 소송법상 합일확정의 필요성이 인정된다.

1) 이 사건과 같이 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 소송법상 합일확정이 필요한 유사필수적 공동소송에 해당한다. 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우 한 사람은 패소하고 다른 사람은 승소하면 승소 판결의 효력이 패소한 사람에게도 미쳐 두 판결 사이에 소송법상 모순·저촉이 발생하기 때문이다.

예를 들어 주주 갑과 을이 공동으로 주주총회결의 무효 확인의 소를 제기한 경우에 주주 갑은 패소, 주주 을은 승소하고 그 판결이 확정되면, 갑 본인이 받은 패소 판결뿐만 아니라 을이 받은 승소 판결의 효력도 갑에게 미쳐 서로 모순되는 내용의 두 판결의 효력이 모두 갑에게 미치게 된다. 이러한 판결의 모순·저촉을 방지하기 위하여 갑, 을이 공동으로 제기한 소는 소송법상 합일확정이 필요한 유사필수적 공동소송으로 보는 것이 바람직하다.

별개의견은 을의 승소 판결의 대세효에 따라 모든 이해관계인에게 주주총회결의가 획일적으로 무효로 되고 이는 갑에 대해서도 마찬가지이므로 판결의 모순·저촉은 발생하지 않는다고 한다. 그러나 이는 회사가 갑에 대해서도 주주총회결의가 무효인 것으로 취급하는 것일 뿐이고, 소송법적으로 두 판결 사이에 모순·저촉이 발생한다는 점을 부인할 수 없다. 편면적 대세효를 정한 상법 제190조 본문은 을의 승소 판결의 효력이 갑에게 미칠 수 있는 근거일 뿐이고, 갑이 받은 패소 판결의 효력이 상실된다고 해석할 소송법적 근거는 아니다.

2) 별개의견처럼 편면적 대세효 규정에 따라 판결의 모순·저촉 문제를 해결할 수 있다고 보더라도, 이를 통상공동소송으로 보아 공동소송인별로 승패를 달리할 수 있다고 하면 승소 판결과 함께 이루어지는 패소 판결은 아무런 의미가 없게 된다. 앞서 본 갑, 을의 공동소송에서 갑은 패소하고 을은 승소하여 그 판결이 확정되면, 편면적 대세효 규정에 따라 을의 승소 판결의 효력이 갑에게도 미치기 때문에 갑은 패소하였으면서도 결과적으로 승소한 것이 되고, 결국 갑의 패소 판결은 의미가 없게 된다. 법원이 갑, 을에 대해 하나의 판결을 하면서 갑에게 이렇듯 의미 없는 판결을 할 이유가 없고 공동소송에서 이렇게 할 필요성을 찾기도 어렵다.

갑과 을이 별개의 소를 제기하여 갑이 먼저 패소한 경우(아래 다.항의 병합심리 규정에 따르더라도 소 제기 시점의 차이 등으로 병합이 불가능한 경우가 발생할 수 있다), 갑의 패소 판결에 대세효가 인정되지 않으므로 을이 승소할 수도 있다. 그 경우 을의 승소 판결이 선고되기 전까지 갑의 패소 판결은 그와 모순되는 청구나 주장을 반복할 수 없도록 차단하는 기판력을 가지므로 그 판결이 무용하다고 할 수 없을뿐더러, 갑의 소를 심리하는 법원에서 이후 을의 제소 여부를 고려하여 판결의 모순·저촉을 막을 방

법도 없다. 그러나 공동소송의 경우에는 위와 같이 갑, 을에 대해 하나의 판결로 함께 판결을 하므로 갑, 을에 대하여 통일적인 판결을 함으로써 무의미한 판결을 방지할 수 있다. 이처럼 공동소송을 통해 하나의 판결을 하는 경우와 개별적인 소송을 통해 각각 판결이 이루어지는 경우를 똑같이 취급할 수 없다.

이러한 점에서도 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보아 재판 결과를 일치시키는 것이 합리적이다.

다. 상법상 전속관할이나 병합심리 규정의 취지에 비추어 보아도 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보는 것이 타당하다.

앞서 본 예에서 주주 갑, 을은 공동소송을 할 것이 강제되지 않으므로 각각 소를 제기할 수 있다. 이 경우 갑이 먼저 패소하더라도 별개의 소송에서 을이 승소하면 갑은 스스로 받은 패소 판결과 을의 승소 판결의 효력을 모두 받게 된다. 이는 당사자에게 소송공동을 강제할 근거가 없고 다른 주주들의 권익과 절차참여권을 보장하기 위해 패소 판결에 대세효를 인정하지 않기 때문이다(주주 1명만 패소 판결을 받으면 그 후 모든 주주들이 그 주주총회결의의 효력을 다룰 수 없다면 회사와 공모하거나 소송수행 능력이 부족한 사람이 소를 제기한 경우 폐해가 심해질 수 있다). 그 경우에도 갑에게 미치는 두 판결의 효력 사이에 소송법상 모순·저촉이 발생한다는 점은 부인할 수 없다.

이러한 결과를 방지하기 위하여 상법은 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 회사의 본점소재지를 관할하는 지방법원의 전속관할에 속하고, 같은 내용의 소가 여러 개 제기된 경우 법원이 병합심리하여야 한다고 정한다(상법 제186조, 제188조 참조. 위 규정은 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 모두 준용된다). 이는 같은 사안에 관하여 같은 법원에 제기된 모든 소송을 병합하여 통일적인 판결을 하도록 하려는 것이다. 결국 이

러한 상법 규정도 편면적 대세효 있는 회사관계소송의 재판 결과가 합일적으로 확정될 것을 전제로 하고 있으므로, 이러한 소송 유형을 필수적 공동소송으로 보는 것이 위 규정의 입법취지에 맞는 해석이다.

별개의견은 갑, 을이 각각 별소를 제기하여 갑이 패소 판결을 받고 을이 승소 판결을 받을 수 있으므로 갑, 을이 공동으로 소를 제기한 경우에만 합일확정이 필요하다고 보는 것은 논리적 일관성이 없다고 한다. 그러나 갑, 을이 각각 소를 제기한 경우에도 병합심리 규정에 따라 법원이 갑, 을의 소를 병합하여 공동소송으로 진행하는 것이 원칙적 모습이고, 제소 시점의 차이 등으로 심급이 달라져 병합심리가 불가능한 경우는 예외적인 모습에 해당한다. 따라서 별개의견이 갑, 을이 별개의 소송을 통해 각각 판결을 받는 경우와 비교하여 비판하는 것은 타당하지 않다.

라. 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보아 당사자의 절차상 지위를 다소 제약하는 결과를 가져온다고 해서 반드시 당사자의 소송법상 권리를 부당하게 침해하거나 소송경제에 반한다고 볼 수 없다.

1) 편면적 대세효가 인정되는 회사관계소송은 주주총회결의, 합병, 주식교환·이전 또는 신주발행 등과 같이 회사의 단체법적 행위를 다투는 소송이다. 주주들이 공동으로 소를 제기하였든 각자 제기한 소가 병합하여 심리되었든 간에, 동일한 내용의 소를 제기한 주주들은 주주총회결의 등의 효력을 상실시키겠다는 공통된 목적을 가지고 그 소송물에 관한 한 이해관계를 같이 한다. 재판 실무상으로도 공동소송인들은 같은 목적과 이해관계에서 소송대리인을 함께 선임하거나 선정당사자를 통해 한 사람처럼 일체로서 소송을 수행하는 경우가 대부분이고 이 사건도 마찬가지이다. 지금까지 이러한 유형의 공동소송이 통상공동소송과 필수적 공동소송 중 어디에 속하는지 쟁점이 되어

판단한 선례를 찾아보기 어렵다는 점도 여기에 그 이유가 있다.

공동소송에서 당사자들은 공동의 목적을 달성하기 위하여 서로 연합·협동하고, 다른 공동소송인의 소송행위가 법적으로 혹은 사실적으로 자신에게 불리하게 작용하는 것을 견제할 필요가 있다. 민사소송법 제67조가 적용되면 당사자 1명의 소송행위 중 기일 출석, 주장·증거의 제출과 같이 유리한 행위는 공동소송인 모두에 대해 효력이 있고 불리한 소송행위는 전원이 함께 하지 않으면 효력이 없게 된다. 이는 승소를 목적으로 하는 당사자의 의사에 부합하고, 그로 인하여 소송절차에 관한 당사자의 독립적인 권능을 다소 제한하는 면이 있더라도 이것이 부당하다고 할 수 없다.

편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 청구 인낙이나 청구를 인용하는 내용을 포함하는 조정, 화해는 불가능하다(대법원 1993. 5. 27. 선고 92누14908 판결, 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다28047 판결 등 참조). 청구를 포기하거나 패소 판결에 대해 상소하지 않고자 하는, 즉 승소 의사가 없는 당사자는 소를 취하하여 소송에서 벗어날 수 있다(유사필수적 공동소송에서 소 취하에 다른 공동소송인의 동의는 필요 없다. 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결 등 참조). 나아가 패소한 원고들 중 일부만 상소한 경우 모든 원고들에 대한 판결 확정이 차단되고 상소심에 이심된다고 하더라도 (원고들이 승소한 경우 회사인 피고가 일부 원고들에 대해 항소하지 않는 경우는 사실상 상정하기 어렵다), 상소하지 않고 상소심에서 소송수행의사가 없는 원고들은 다른 공동소송인의 소송 수행 결과에 따라 1심 판결이 유리하게 변경될 가능성만 있을 뿐 소송을 수행할 의무를 부담하거나 상소심의 소송비용을 부담하여야 하는 것도 아니고, 위와 같이 소를 취하할 수 있다. 따라서 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 민사소송법 제67조를 적용하여 당사자의 소송물에 관한 처분권을 일부 제약하더라도 이것이 부

당하다고 볼 수 없다.

2) 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 본다고 하여 소송경제에 반하지 않는다. 민사소송법 제67조를 적용하면 상대방이나 법원 입장에서도 공동소송인별로 주장·증거를 구분하지 않고 모든 주장과 증거가 전원에 대해 효력이 있거나 효력이 없다고 보아 통일적으로 심리할 수 있어 응소나 심리·판단 과정이 훨씬 간명해진다. 당사자가 다수인 소송절차를 함께 진행하기 위하여 송달 등에 더 많은 시간이 소요되더라도, 법원이 소송지휘권을 적절히 행사하여 재판 지연을 방지할 수 있다. 공동소송인 중 1인이 사망한 경우 회사관계소송은 소송대리인이 있는 경우가 대부분이어서 소송절차가 중단되지 않고(민사소송법 제238조), 그렇지 않은 경우에도 법원이 직권으로 속행명령을 하여 중단 상태를 해소할 수 있다(민사소송법 제244조).

3) 결국 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보아 당사자의 절차상 지위를 다소 제약한다고 하여 당사자의 소송법상 권리를 부당하게 침해하거나 소송경제에 반한다고 볼 수 없다.

마. 현재의 확립된 재판 실무를 변경할 필요성을 인정할 수 없다.

1) 2002년 전부 개정된 민사소송법은 기존에 허용되지 않았던 예비적·선택적 공동소송을 공동소송의 한 유형으로 신설하고(민사소송법 제70조), 당사자 한쪽을 상대로 하는 편면적 독립당사자참가소송을 허용하여 독립당사자참가소송의 허용 범위를 넓혔다(민사소송법 제79조). 최근 선고된 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결은 이러한 민사소송법 개정 취지를 고려하여 권리승계형 승계참가에서 원고와 승계참가인의 중첩된 청구가 통상공동소송 관계에 있다고 본 종전 판례를 변경하여 민사소송법 제67조가 적용된다고 하였다. 이러한 소송들은 당사자 사이에 공동으로 소를

제기할 것이 강제되지 않고, 공동소송인들이나 본소 당사자와 참가인 사이에 판결의 효력이 미치는 관계에 있는 것도 아니어서 종전에는 통상공동소송으로 취급되었다. 그럼에도 실체법적으로 서로 양립될 수 없는 청구에 관하여 소송 결과가 서로 다르게 나오면 당사자가 사실상 권리를 상실하거나 이중으로 의무를 부담하는 결과가 되므로, 분쟁을 모순 없이 일회적으로 해결하고 당사자의 이익을 보호하기 위하여 민사소송법 제67조를 적용하기에 이른 것이다.

앞서 본 것처럼 고유필수적 공동소송을 인정하는 기준에 관하여도 다양한 견해가 있고, 공유관계소송이나 여러 사람에 대한 소유권확인 소송, 수인의 연대책무자에 대한 청구 등 이론적·논리적으로 공동소송인 사이에 합일확정이 요청되는 경우 이를 준필수적 공동소송으로 보아 합일확정을 도모해야 한다는 견해도 있다. 어떤 경우에 재판 결과의 합일확정이 필요하다고 보아 민사소송법 제67조를 적용할 것인지에 대해서는 절대적인 기준이나 당위성이 있는 것이 아니고, 민사소송법 제67조를 적용하는 것이 공동소송인들에게 반드시 불이익하거나 소송경제에 반한다고 볼 수도 없다. 이러한 여러 가지 측면을 고려하면 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보아 온 재판 실무는 여전히 그 타당성을 인정할 수 있고 이를 변경할 필요성을 인정하기 어렵다.

2) 별개의견은 회사관계소송에서 원심판결의 공동원고들 중 일부만 상고한 경우에 상고하지 않은 원고들을 대법원 판결의 당사자로 기재하지 않은 판결들을 언급하면서, 종래 대법원이 이러한 소송이 통상공동소송임을 전제로 한 것이 분명하다고 한다. 그러나 위 사건들은 모두 원고들이 원심에서 패소하였고 일부 원고들이 상고하여 상고가 기각된 사건들로서, 공동소송의 형태나 당사자가 누구인지가 전혀 쟁점이 되지 않아

이 쟁점에 관한 판례 법리를 선언한 적은 없다. 앞서 언급한 것처럼 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 유사필수적 공동소송으로 보는 것은 학계의 통설이고 종래 이에 관하여 문제가 제기되었던 적이 없으며, 법원의 재판 실무에서도 이를 확립된 법리로 받아들여 왔다. 위 판결들을 근거로 종래 대법원이 그 반대의 입장을 취하였다거나 입장이 불분명하였다고 볼 수 없다. 다만 향후 재판 실무에서는 유사필수적 공동소송의 당사자 일부만이 상소한 경우 상소하지 않은 공동소송인도 상소심의 당사자로 취급하여야 한다는 점에 관하여 유의하여 재판절차를 진행하여야 할 것임을 밝혀둔다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

6. 대법관 이기택의 별개의견에 대한 보충의견은 다음과 같다.

관련 문제로 특허법 제139조 제1항에 따라 동일한 특허권에 관하여 2명 이상이 공동으로 특허의 무효심판을 청구하는 경우의 공동심판의 형태와 그 심결취소소송의 구조에 관하여 살펴본다.

대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후1510 판결은 특허를 무효로 하는 심결이 확정되면 그 특허는 제3자와의 관계에서도 무효로 된다는 점, 즉 특허무효 심결의 대세효를 근거로 동일한 특허권에 관하여 2명 이상이 공동으로 특허무효 심판을 청구하면 유사필수적 공동심판이라고 한 다음, 위 심판사건에서 패소한 특허권자가 공동심판청구인 중 1명을 상대로 심결취소의 소를 제기하면 다른 공동심판청구인에 대하여도 심결의 확정 이 차단된다고 판단하였다. 그러나 위 판결은 다음과 같은 이유로 타당하지 않고, 향후 문제되는 사건에서 변경될 필요가 있다.

가. 공동심판청구인 사이에는 법률상 합일확정의 필요성이 인정되지 않는다.

동일한 특허권에 대하여 여러 사람이 각각 무효심판청구를 한 경우 각 심판청구인의

주장·증명에 따라 심판결과가 다를 수 있다. 예를 들어 갑과 을이 각각 동일한 특허권에 대해 무효심판청구를 한 경우 갑은 기각심결을 받고, 을은 무효심결을 받을 수 있다. 이때 을의 무효심결에 대세효가 인정되어 특허는 갑을 포함하여 모든 사람들에 대하여 무효가 되므로(특허법 제133조 제3항), 무효심결과 기각심결의 모순·저촉으로 인한 문제는 발생하지 않는다. 한 사건에서 기각심결이 먼저 확정되어도 그 이전에 제기되어 계류 중인 다른 심판 사건은 확정된 기각심결과의 관계에서 특허법 제163조 위반이 문제되지 않으므로 특허무효심결을 내리는데 장애가 되지 않는다(대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 전원합의체 판결 참조). 다만 무효심결이 먼저 확정되면 그 특허권은 소급적으로 무효가 되어 계류 중인 다른 사람의 심판 청구는 심판대상물의 소멸로 부적법 각하된다.

갑, 을이 각각 무효심판청구를 한 것이 아니라 공동으로 무효심판청구를 하였거나(특허법 제139조 제1항), 각각 제기한 무효심판청구가 병합된 경우(특허법 제160조)에도 위와 마찬가지로 갑과 을 사이에 심결이 합일적으로 확정되어야 할 필요성은 인정되지 않는다.

나. 특허심판은 직권심리주의가 적용되므로 변론주의를 전제로 한 민사소송법 제67조의 적용 여부가 문제되지 않는다.

별개의견에서 언급한 바와 같이, 변론주의가 원칙인 민사소송에서는 각 당사자가 자기책임 하에 각자 소송을 수행하고 다른 공동소송인으로부터 도움이나 간섭을 받지 않으며 자신의 소송행위에 대해서만 책임을 진다. 이러한 변론주의 원칙상 공동소송인 사이에 판결 결과가 서로 다를 수 있으므로, 민사소송법 제67조는 필수적 공동소송에서 변론주의와 처분권주의 원칙을 일부 수정하여 공동소송인 간에 소송자료(주장·증거)

를 통일시켜 판결 결과가 합일적으로 확정될 수 있도록 하는 것이다.

그런데 특허심판은 변론주의가 아닌 직권심리주의가 적용된다. 특허심판에서는 당사자가 신청하지 않은 이유에 대하여 심리할 수 있고(특허법 제159조 제1항), 직권으로 증거조사를 할 수 있다(특허법 제157조 제1항).

민사소송법 제67조가 적용되는 유사필수적 공동소송도 기본적으로 변론주의가 적용되는 절차이므로, 공동소송인 누구도 주장·증명하지 않은 사실을 기초로 법원이 판단할 수 없다. 그러나 특허심판에서 심판관은 당사자의 주장·증명에 구애받지 않으며 당사자 누구도 주장하지 않은 사실에 대해서도 심리·판단할 수 있다. 공동심판청구인 간 소송자료 통일을 위한 별도의 조치도 당연히 불필요하다.

이처럼 직권심리주의가 적용되는 특허심판 절차에서는 변론주의를 전제로 한 필수적 공동소송 개념을 가져올 이유가 없다. 위 대법원 판결은, 민사소송과 특허심판절차, 변론주의와 직권심리주의의 근본적인 차이점이나 민사소송법 제67조의 소송법 체계상 지위, 즉 위 규정이 변론주의 절차에 적용되는 규정이라는 점을 간과한 것이다.

다. 특허심판과 특허심결취소소송은 심급적 연결관계가 없는 별개의 절차이므로, 필수적 공동소송의 상소에 관한 법리가 그대로 적용될 수 없다.

위 대법원 판결은 2명 이상이 제기한 공동 특허무효심판이 유사필수적 공동심판이라고 본 다음, 이를 토대로 특허권자가 공동심판청구인 중 1인만을 상대로 특허무효심결에 대한 취소의 소를 제기하면 나머지 공동심판청구인에 대한 심결도 확정이 차단된다는 결론을 도출하였다. 별개의견에서 이미 언급한 것처럼 종래 판례는 필수적 공동소송에서 공동소송인 중 일부에 대하여만 상소를 제기하면 상소되지 않은 나머지 공동소송인에 대한 판결도 확정이 차단되고 상소심으로 이심되어 상소되지 않은 공동소송인

도 상소심 당사자가 된다고 하였는데, 위 대법원 판결은 이러한 필수적 공동소송에서의 상소에 관한 법리를 특허심판과 심결취소소송에 적용한 것으로 보인다.

그런데 필수적 공동소송의 상소에 관한 위 법리는 1심과 항소심, 항소심과 상고심처럼 소송에서 심급적 연결관계가 있는 것을 전제로, 일부 공동소송인에 대하여만 상소가 제기된 경우 모든 공동소송인이 끝까지 당사자 지위를 유지하여 모든 공동소송인에 대한 재판 결과를 통일시키기 위함이다. 이러한 법리가 행정심판 후 관련된 행정소송이 제기된 경우나 행정처분 후 이에 대한 항고소송이 제기된 경우처럼 서로 다른 절차 사이에도 적용된다고 볼 아무런 근거가 없다. 특허심판은 행정심판절차이고 심결취소소송은 그에 대한 행정소송으로, 판단의 주체나 적용되는 절차법이 다른 별개의 절차이고 서로 간에 심급적 연결관계가 없어 심결취소소송의 피고로 되지 않은 사람이 취소소송의 당사자가 될 수 없다. 예를 들어, 갑과 을이 병을 상대로 공동 무효심판청구를 하여 무효심결을 받은 경우 병이 갑만을 피고로 하여 심결취소의 소를 제기하였다면 을은 취소소송의 당사자가 될 수 없다. 을에 대하여는 심결취소의 소가 제기되지 않았고 을이 취소소송의 당사자도 아닌데, 을에 대한 심결 확정이 차단된다고 볼 근거가 없다.

필수적 공동소송에서는 병이 승소한 갑, 을 중 갑에 대하여만 상소를 하더라도 그 상소의 효과가 을에게 미쳐 을에 대한 판결 확정도 차단되고 상소심으로 이심되어 을도 상소심의 당사자가 된다. 만약 위 대법원 판결이 특허심판과 심결취소소송 사이에 심급적 연결관계가 있다고 보아 위 법리를 그대로 적용하였다면, 병이 갑에 대하여만 심결취소의 소를 제기하더라도 을에게도 소제기의 효과가 미쳐 을도 취소소송의 당사자가 된다고 보았어야 맞다. 위 대법원 판결은 어느 모로 보나 필수적 공동소송의 상

소에 관한 법리를 잘못 적용한 것이다.

라. 위 대법원 판결에 따르면 공동심판청구인의 절차적 권리가 부당하게 침해된다.

위 대법원 판결에 따르면, 갑, 을이 공동으로 무효심판 청구를 하여 특허무효 심결을 받은 경우에, 특허권자가 갑, 을 중 한 사람만을 상대로 소를 제기하여도 다른 사람에 대한 심결 확정도 차단된다. 그 결과 특허권자는 갑, 을 중 소송수행 능력이 떨어지는 갑만을 상대로 소를 제기하여 을을 소송절차에서 배제한 채 손쉽게 승소 판결을 받을 가능성이 있다. 을은 심결에 대한 제소기간이 도과함으로써 자신에 대한 특허무효 심결이 확정되었다고 생각할텐데, 자신이 배제된 채 이루어진 갑의 심결취소소송 결과에 따라 자신의 심결까지 취소되는 결과를 맞이하게 된다. 이는 을의 절차적 권리를 침해하는 것일뿐더러, 갑, 을의 무효심판청구가 공동심판으로 청구되었다는 우연한 사정으로 특허권자에게 소송 상대방을 임의로 선택할 수 있는 기회를 주는 것이 되어 타당하지 않다.

동일한 특허권에 관하여 갑, 을이 각각 무효심판청구를 하여 특허무효 심결을 받았다면, 특허권자는 당연히 갑, 을 모두에 대하여 심결취소의 소를 제기하여야 한다. 특허권자가 갑에 대해서만 소를 제기하면 을에 대한 심결은 제소기간 도과로 확정되고 무효 심결의 대세효에 따라 특허가 모두에 대하여 무효로 되며, 갑에 대한 소는 소의 이익이 없어 부적법 각하되어야 한다. 이렇게 본다고 하여 특허권자에게 특별히 불리하거나 부당하다고 볼 수 없다.

마. 이상의 논의는 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 관한 다수의견, 별개의견의 논의에 직접적으로 관련된 문제는 아니다. 다만 위 대법원 판결의 법리도 공동심판의 형태나 민사소송법 제67조의 오해에서 비롯된 것이므로 이 기회에 함께 지적하고자 한

것이다.

이상과 같이 별개의견에 대한 보충의견을 밝히는 바이다.

재판장      대법원장      김명수

주    심      대법관      이기택

                  대법관      김재형

                  대법관      조재연

                  대법관      박정화

                  대법관      안철상

                  대법관      민유숙

                  대법관      김선수

                  대법관      이동원

대법관      노정희

대법관      노태악

대법관      이흥구

대법관      천대엽