

대 법 원

결 정

사 건 2021마6542 부인의 소
원고, 재항고인 채무자 ○○○의 파산관재인 원고
피고, 상대방 피고
원 심 결 정 인천지방법원 2021. 8. 3.자 2021라5036 결정

주 문

원심결정을 파기하고, 사건을 인천지방법원에 환송한다.

이 유

재항고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요와 쟁점

가. 사안의 개요

원심결정 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 피고는 2020. 12. 3. 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소장에 인지를 붙이지 아니하였다.

2) 제1심재판장은 2020. 12. 4. 피고에게 '보정명령을 송달받은 날부터 5일 안에 인

지대와 송달료를 보정할 것'을 명하는 내용의 보정명령을 하여, 2020. 12. 7. 피고 소송 대리인에게 그 명령이 송달되었다. 2020. 12. 16. 제1심재판장은 피고가 보정에 응하지 않았다는 이유로 항소장을 각하하는 명령(이하 '이 사건 명령'이라 한다)을 하였는데, 피고는 같은 날인 2020. 12. 16. 인지대 및 송달료를 수납은행에 납부하고 제1심법원에 보정서를 제출하였다. 이 사건 명령은 2020. 12. 25. 피고 소송대리인에게 송달되었고, 피고는 2020. 12. 31. 이 사건 명령에 대하여 즉시항고를 하였다.

3) 원심은 이 사건 명령이 피고에게 송달되기 전이자 이 사건 명령의 발령일과 같은 날인 2020. 12. 16. 피고가 인지 등 상당액을 납부하여 보정의 효과가 발생하였으므로, 항소장을 각하한 이 사건 명령은 위법하다고 판단하였다.

나. 쟁점

이 사건의 쟁점은 항소인이 항소장의 인지를 유효하게 보정할 수 있는 기한이 언제까지인지이다. 인지 미보정을 이유로 항소장각하명령이 있는 후에 한 인지의 보정을 유효하다고 볼 수 있는지, 그러한 경우에도 기준 일시를 언제로 볼 것인지가 문제된다.

2. 쟁점에 관한 판단

가. 민사소송법 제399조 제1항, 제2항은 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우 원심재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하거나 법원사무관 등으로 하여금 보정명령을 하게 할 수 있고, 항소인이 위 기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때에는 원심재판장은 명령으로 항소장을 각하하도록 규정하고 있다. 그러므로 항소인이 원심재판장이 정한 기간 이내에 인지를 보정하지 아니하여 원심재판장이 항소장을 각하하는 명령을 발하였다면 이는 위 규정에 따른 조치로서 적법하다. 여기서 명령을 발한 때는 명령이 적법하게 성립한 때를

말하고, 전자문서로 작성된 결정이나 명령은 법관이 사법전자서명을 완료한 때 성립한다. 결정이나 명령이 일단 성립하면 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원 스스로 이를 취소·변경할 수 없는 구속력을 가지게 된다. 따라서 인지보정명령에 응하지 않았다는 이유로 항소장각하명령이 성립한 시점 후에는 항소인이 인지를 보정하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 각하명령이 위법하게 되는 것은 아니다(대법원 1968. 7. 29. 자 68사49 전원합의체 결정, 대법원 1969. 12. 8. 자 69마703 결정 및 대법원 2013. 7. 31. 자 2013마670 결정 등 참조). 그 상세한 논거를 추가하면 다음과 같다.

1) 민사소송법 제399조 제1항, 제2항의 문언상 원심재판장이 정한 '상당한 기간 이내'에 인지를 붙이지 아니한 흠이 보정되지 않으면 원심재판장은 의무적으로 항소장각하명령을 해야 하므로, 항소인이 그 상당한 기간 이내에 흠을 보정하지 않아 항소장각하명령이 발령되었다면 그 후 인지를 보정하였다고 하더라도 흠이 치유되었다고 볼 수 없다. 「민사소송 등 인지법」 제13조 제1항이 인지를 붙이지 아니한 신청은 원칙적으로 부적법하다고 규정하여, 법원이 신청인의 신청에 따른 소송행위를 하려면 신청인의 인지역 납부가 선행될 것을 요구하고 있는 취지에 비추어 보더라도 그러하다.

민사소송법 제399조 제3항이 '항소장각하명령에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다'고 정하고 있으나, 이는 보정기간이 지나지 아니하였는데도 인지 보정을 하지 않았다는 이유로 항소장을 각하하였거나 인지를 보정하였음에도 항소장을 각하한 경우와 같이 각하명령 성립 당시 흠을 이유로 불복할 수 있다는 취지로 이해할 수 있다. 따라서 이러한 규정만으로 일단 적법하게 성립한 명령에 대하여 그 후에 발생한 사정까지 고려하여 불복할 수 있게 되는 것은 아니다.

2) 위와 같은 민사소송법 제399조의 입법 목적은, 법률에서 정한 인지를 붙이지 않은 항소장이 접수될 경우 원심재판장이 신속하게 그 흠의 보정을 명하고 보정기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때에는 명령이라는 간이한 재판으로 항소장을 각하하도록 함으로써, 재판 부담을 줄임과 동시에 남상소로 인한 소송의 지연을 막아 소송경제를 도모하고, 국민의 권리·의무를 신속히 실현시키려는 데에 있다(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정 참조).

3) 제1심에서 패소한 소송당사자가 항소장을 제출하는 것은 항소심재판을 진행하여 항소심판결을 하여 달라고 요청하는 행위이므로, 항소인은 항소심재판이 진행되기 위해 필요한 최소한의 요건을 갖추어 항소를 제기할 필요가 있다. 원심재판장은 항소장을 심사하는 단계에서 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건이 구비되지 못하였다고 판단하면 항소인에게 그에 대한 보정을 명하여야 한다. 그런데 항소인이 위와 같은 원심재판장의 보정 요구에 응하지 않는다면 이는 항소인이 항소심재판을 받으려는 의사가 없거나 항소심재판이 개시되지 못해도 무방하다는 태도를 취한 것으로 평가할 수 밖에 없다. 항소인이 인지보정명령을 이행하지 아니한 경우 원심재판장이 항소장각하명령을 하는 것은 항소인의 위와 같은 태도에 대한 필요 최소한의 제재라고 할 수 있다(주소 미보정을 이유로 한 항소장각하명령에 관한 대법원 2021. 4. 22. 자 2017마 6438 전원합의체 결정 참조).

민사소송법은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람에 대하여는 패소할 것이 분명한 경우를 제외하고는 각 심급에서 소송구조를 받을 수 있도록 하고 있으므로(제 128조), 인지 등 상당액을 납부할 능력이 부족한 항소인으로서도 소송구조를 받아 항소심재판을 받을 수 있다. 이러한 소송구조 신청도 하지 않은 채 항소장각하명령이 성

립할 때까지 인지를 보정하지 않은 항소인을 보호하기 위하여 이미 적법하게 성립한 항소장각하명령을 취소하여야 한다고 볼 수는 없다.

나. 이와 달리 민사소송법 제399조를 준용하는 재항고의 소송절차에 관하여 인지 등 보정명령 불이행에 따른 재항고장각하명령의 송달 전에 인지 등의 보정이 이루어진 경우 재항고장각하명령에 대한 즉시항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 그 각하명령을 취소하여야 한다고 본 대법원 2018. 11. 16. 자 2018마5882 결정은 이 사건 결정에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.

3. 이 사건에 관한 판단

이러한 법리에 비추어 원심결정을 살펴본다. 피고는 인지 미보정을 이유로 항소장을 각하한 이 사건 명령과 같은 날 인지 등 상당액을 납부하였다. 만약 피고가 인지를 보정한 것이 이 사건 명령 성립 후라면 이 사건 명령은 위법한 것이 아니고 재도의 고안으로 취소될 수도 없다. 따라서 원심으로서도 피고가 인지 등 상당액을 납부한 때와 이 사건 명령이 성립한 때의 시간상 선후관계를 밝혀 이 사건 명령의 위법 여부를 판단하였어야 했다. 그럼에도 원심은 피고가 이 사건 명령 성립일과 같은 날 인지 등 상당액을 납부한 이상 인지 보정이 제대로 이행되었다고 인정하여 이 사건 명령을 취소하였다. 이러한 원심결정에는 인지 보정 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 재판에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 결론

원심결정을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 인지를 유효하게 보정할 수 있는 기한과 선후관계의 기준 일시에 관한 대법관 이흥구의 반대의견, 대법관 오경미, 대법관 서경환의 반대

의견, 대법관 이숙연의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였으며, 다수의견에 대한 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

5. 대법관 이흥구의 반대의견(이하 '반대의견1'이라 한다)

가. 반대의견1의 요지

항소장각하명령이 성립한 이후라도 항소인이 이에 대하여 적법하게 즉시항고를 제기하고 그 항고심 결정이 있기 전까지 인지를 보정하였다면 항소장각하명령에 대한 즉시항고에 정당한 이유가 있다고 보아 그 각하명령을 취소하여야 한다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

나. 반대의견1의 근거

1) 인지제도의 입법 목적을 고려할 때, 인지가 결과적으로 납부되었다면 그 효력을 인정하는 것이 타당하다.

「민사소송 등 인지법」은 제1조 본문에서 "민사소송절차, 행정소송절차, 그 밖에 법원에서의 소송절차 또는 비송사건절차에서 소장이나 신청서 또는 신청의 취지를 적은 조서에는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 인지를 붙여야 한다."라고 정한다. 제2조 제1항은 소장에 붙일 인지액을 소송목적의 값에 따라 그 값에 일정 비율을 곱한 금액으로 산정하도록 하고, 제3조는 항소장에는 소장에 붙일 인지액의 1.5배에 해당하는 인지를 붙이도록 정하고 있다. 인지는 국가 등이 특정 개인을 위하여 행하는 역무에 대한 반대급부로서 수수료의 성질을 가진다(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정 등 참조). 인지제도는 소송제도를 실제로 이용하는 사람에게 그 운영비용을 부담시키는 것을 주된 목적으로 한다(재판유상주의). 아울러 불필요한 소송을 억제하여 재판 업무의 완성도와 효율을 높이려는 목적도 가진다(헌법재판소 2017. 8.

31. 선고 2016헌바447 결정 등 참조).

이러한 인지제도의 내용, 성질과 입법 목적에 비추어 보면, 비록 원심재판장이 명한 인지보정기간이 지났고 이에 따라 원심재판장의 항소장각하명령이 성립하였다고 하더라도 그 후에 즉시항고 과정에서 결과적으로 인지가 보정되었다면, 항소인에게 항소심 이용에 필요한 비용을 부담시킨다는 인지제도의 주된 목적은 달성되었다고 보아야 한다. 국가 재정 확보의 견지에서 볼 때, 항소를 위한 인지 납부가 반드시 항소장각하명령 성립 이전에 이루어져야 한다고 볼 수 없고, 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령이 항소인의 인지 납부 지연으로 인한 국가의 손해를 방지하려는 것도 아니기 때문이다.

2) 다수의견과 같이 인지 보정을 항소장각하명령 성립 전까지만 허용하게 되면 항소인의 위반행위 내용에 비하여 항소인이 입게 되는 불이익이 지나치게 커서 형평과 비례의 원칙에 반한다.

가) 항소인이 항소장각하명령 성립 이후 결과적으로 인지를 보정하였다면 그 항소인의 의무 위반행위 내용은 인지 미보정이 아니라 인지 보정의 지연이라고 할 수 있다. 그 지연기간은 법관의 사법전자서명으로 항소장각하명령이 성립한 직후 인지를 납부하였다면 1분이 될 수도 있고, 항소장각하명령의 전자적 송달 이후 즉시항고를 제기하면서 인지를 납부하였다면 최대 14일[「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」(이하 '민소전자문서법'이라 한다) 제11조 제4항의 송달 간주일까지 1주 + 즉시항고기간 7일]이 될 수 있다. 항고심 결정 시까지 인지를 납부한다고 하더라도 법원이 신속하게 제도를 운영한다면 한 달이 채 되지 않을 수 있다. 항소인이 소송 지연의 목적으로 일부러 인지를 늦게 납부하였다고 보기에 그 이익이 그다지 크지 않다. 결과적으

로 인지를 납부한 항소인이라면 그 인지 납부를 지연한 주된 이유는 인지액 마련의 어려움 등 경제적인 사유일 가능성이 크다. 그 외 소송대리인과 당사자 사이의 연락 지연, 당사자의 사고 등 부득이한 사유가 있을 수 있다. 그러므로 항소장각하명령 성립 이후에 인지를 납부한 항소인은 경제적인 사정 등으로 인지 납부를 지연하였다가 늦게나마 자신의 권리실현을 위하여 항소심 재판을 받겠다는 진정한 의사를 표출하였다고 볼 수 있을지언정, 소송 지연을 목적으로 인지 납부를 지연한 것이라고 일률적으로 평가할 합리적 근거는 없다.

나) 보정기간을 준수하지 못한 위반행위를 이유로 항소장각하명령이 성립한 이후 일체의 보정을 허용하지 않는다면, 위반행위의 내용이나 정도에 비하여 '항소심재판 기회의 박탈'이라는 과중한 제재를 가하게 된다. 항소장각하명령이 확정되면 항소인이 패소한 제1심판결이 그대로 확정되어 재판은 종결되고, 제1심판결의 기판력으로 인해 항소인은 이후 소송에서 그 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용에 저촉되는 주장을 할 수 없다. 항소인은 재심을 통하지 않고서는 동일한 사안에 대해서 더 이상 소송으로 다툴 수 없는 불이익을 입게 된다. 이러한 결과는 소장각하명령과 비교할 수 없을 정도로 가혹하다. 제1심법원에 소를 제기한 원고로서는 소장에 인지를 붙이지 못하여 소장각하명령을 받더라도 더 이상 절차 진행은 안 되지만 원할 경우 다시 소를 제기할 수 있다. 그러나 항소인이 항소장각하명령을 받게 되면 더 이상 절차 진행이 되지 않음은 물론 법적 분쟁이 종결된다. 이와 같이 제1심법원에 소를 제기하는 원고와 항소심재판을 받으려는 항소인은 동일하게 인지를 보정하지 않았더라도 그로 인하여 입게 되는 불이익의 차이가 현저하다. 항소장의 인지 보정에 대해서는 항소인에게 기회를 보다 넓게 부여할 필요가 있다.

3) 다수의견은 항소장각하명령에 대한 즉시항고 사유를 제한하는 등 여러 가지 모순과 불합리를 가지고 있다.

가) 민사소송법 제399조 제3항은 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령에 대하여 즉시항고를 허용한다. 그런데 다수의견에 따르면, 항소장각하명령 성립 시까지 인지 보정이 이루어지지 않으면 그 후에 인지를 보정하더라도 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령은 항상 적법하게 되므로, 항소장각하명령이 성립한 후에는 항소인으로서는 인지를 보정할 기회는 물론 사실상 항소장각하명령에 대한 불복의 기회까지 모두 잃게 된다. 이는 항소장각하명령이 가져올 심각한 불이익을 감안하여 즉시항고를 허용함으로써 항소장각하명령의 위법 여부를 다시 판단하도록 한 위 규정의 취지에 반한다. 다수의견에 따르면 보정기간이 지나기 전에 항소장을 각하하거나 이미 인지 보정이 완료되었음에도 이를 간과하고 항소장을 각하한 경우만이 항소장각하명령의 위법 사유에 해당한다는 것이나, 항소장각하명령의 위법 사유를 이와 같이 제한적으로 해석해야 할 뚜렷한 근거는 없다.

나) 다수의견은 재판제도의 신속한 운용이 필요하고 법원이 정한 보정기간을 준수하지 않은 위반행위에 대한 제재는 당연하다는 논리에 근거한다. 그 논리로 일관한다면, 민사소송법 제399조 제1항, 제2항 문언에 따라 보정기간 이내에 흠이 보정되지 않았을 경우 다른 사정을 고려하지 않고 그 자체로 항소장을 각하하여야 한다. 그런데 실제 재판 실무는 항소인이 보정기간 이내에 보정을 하지 않았더라도 항소장각하명령 성립 전에 보정을 하였다면 보정의 효과를 인정하여 항소장각하명령을 하지 않는다. '보정기간 이내에 흠을 보정하지 아니하였음을 이유로 항소장각하명령을 하는 경우'를 항소인에게 유리하게 탄력적으로 적용하는 것이다. 게다가 실무상 항소장각하명령에는 재판

장의 재량이 많이 작용한다. 보정기간이 지나고 곧바로 항소장각하명령을 하는 재판장이 있는가 하면, 항소인의 요청 등에 따라 항소장각하명령을 늦추는 재판장도 있어 재판부에 따라 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령 성립 시점에 큰 차이가 있다. 이러한 실무 운영은 항소인에게 심각한 불이익을 주는 항소장각하명령을 재판장의 재량에 맡김으로써 항소장각하명령의 시기를 예측하기 어렵게 만들 뿐만 아니라 항소인으로 하여금 보정기간이 지났더라도 유효하게 인지를 보정할 기회가 있다고 신뢰하게 만들기도 한다. 이러한 상황에서 예상하기 어려운 항소장각하명령 성립 시점을 기준으로 그 전까지만 보정을 허용하고 그 후에는 일체의 보정을 허용하지 않음으로써 즉시 항고로 불복할 수 있는 항소인의 권리를 사실상 박탈하는 것은 당사자의 잘못과 그에 따른 불이익 사이의 균형을 현저히 잃은 것이다.

다) 한편 「민사소송 등 인지법」 제14조 제1항은 "원고, 상소인, 그 밖의 신청인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 심급의 소장·항소장·상고장·반소장·청구변경신청서·당사자참가신청서 및 재심소장(이하 "소장 등"이라 한다)에 붙인 인지액의 2분의 1에 해당하는 금액(인지액의 2분의 1에 해당하는 금액이 10만 원 미만이면 인지액에서 10만 원을 빼고 남은 금액)의 환급을 청구할 수 있다."라고 하면서 제1호에 '소장 등에 대한 각하명령이 확정된 경우'를 규정하고 있다. 항소인 중에는 인지보정명령이 정한 기간이 경과하여 항소장각하명령이 성립한 후에도 항소심재판을 받기를 희망하여 뒤늦게나마 인지를 납부하면서 선처를 구하는 경우가 있고, 항소장각하명령이 고지되지 않아 효력이 발생하기 전에 항소장각하명령의 성립 사실을 알지 못한 상태에서 인지를 납부하는 경우도 있다. 그런데 다수의견에 따른 경우 위와 같은 인지보정은 어디까지나 항소장각하명령이 성립한 후에 이루어졌으므로 인지 미보정을 이유

로 한 항소장각하명령은 여전히 적법하여 즉시항고를 하더라도 그대로 확정될 수밖에 없고, 항소인은 「민사소송 등 인지법」 제14조 제1항 제1호에 따라 자신이 납입한 인지액의 절반만을 환급받고 나머지 절반은 받을 수 없게 된다. 이는 항소인으로부터 항소심재판을 받을 기회를 박탈하는 것을 넘어 결과적으로 항소인으로 하여금 인지 납부지체에 대한 일종의 제재금을 부담하게 하는 것과 마찬가지이다. 다수의견과 같이 인지 보정의 효력을 항소장각하명령 성립을 기준으로 판단하는 실무와 이후 항소장각하명령이 확정될 경우 납입한 인지액의 절반만을 환급하는 실무가 결합하면서 항소인에게 발생하는 불이익은 더욱 가중된다.

4) 항소장각하명령에 대한 항고심 결정이 있기까지 인지 보정을 허용함으로써 위와 같은 불합리를 시정할 수 있고 이러한 해석이 항고심의 속심적 성격에도 부합한다.

가) 민사소송법상 항고심은 속심적 성격을 가지므로 결정이나 명령에 대하여 즉시항고가 제기된 경우 항고법원은 원결정이나 원명령 이후 발생한 사정까지 고려하여 항고심 결정 시를 기준으로 판단하여야 한다. 항고심에서의 새로운 사실과 증거의 제출은 항고심에서 심문을 연 때에는 그 심문종결 시까지, 심문을 열지 아니한 때에는 결정의 고지 시까지 가능하므로, 그때까지 제출한 자료를 토대로 원결정이나 원명령 혹은 항고이유의 당부를 판단하여야 함이 원칙이다(대법원 2009. 2. 26. 자 2007마1652 결정, 대법원 2022. 4. 5. 자 2020마6356 결정 등 참조). 따라서 인지 미보정에 따른 항소장각하명령에 대하여 항소인이 즉시항고를 하여 진행되는 항고심에서 인지를 보정하였다는 자료가 항고심 결정 시까지 제출되었다면, 항고법원은 그 속심적 성격에 근거하여 항소장각하명령의 근거가 되는 흠이 보정되었음을 이유로 그 각하명령을 취소함이 타당하다. 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령의 항고심과 그 외의 일반항고심을

달리 볼 특별한 근거나 사정이 없다. 나아가 그 이전 단계로서 원심법원도 항소인이 즉시항고를 하면서 인지를 보정하였다면 민사소송법 제446조에 따라 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 항소장각하명령을 취소하는 것이 타당하다.

나) 대법원은 개인회생절차 개시신청 기각결정에 대하여 즉시항고가 제기된 경우, 제1심이 채무자가 채무를 부담하게 된 경위 등에 대한 답변을 하지 않아 신청이 성실하지 않은 경우에 해당한다고 보아 신청을 기각하였더라도, 속심적 성격인 항고심의 성격에 비추어, 원심이 항고심에 이르러 제출된 서면과 자료를 고려하지 않은 채 제1심까지의 사정만을 토대로 항고를 기각한 것은 위법하다고 판단한 바 있다(대법원 2011. 4. 28. 자 2010마1980 결정 등 참조). 또한 파산신청 기각결정에 대하여 즉시항고가 제기된 경우, '신청이 성실하지 아니한 때'에 해당하는지 여부는 항고심의 속심적 성격에 비추어 항고심 결정 시를 기준으로 판단하여야 하므로, 채무자가 제1심법원의 보정 요구에 응하지 아니하여 '신청이 성실하지 아니한 때'에 해당함을 이유로 파산신청 기각결정을 받은 후 즉시항고하면서 보정 요구에 응하였다면, 비록 그 내용이 법원의 요구사항을 충족시키지 못할지라도 항고심법원으로서 채무자에게 추가적인 보정 요구나 심문 등을 통하여 이를 시정할 기회를 제공한 후에 제1심결정 또는 항고이유의 당부를 판단하여야 한다고도 하였다(대법원 2023. 7. 14. 자 2023마6227 결정 등 참조). 이와 같이 보정명령을 불이행하여 종국결정이 있었음에도 대법원은 즉시항고 이후 항고심까지 이루어지는 보정의 효력을 인정함으로써 당사자에게 기회를 주고 있다. 더구나 개인회생절차 개시신청이나 파산신청은 재신청이 가능하지만, 인지 미보정으로 인한 항소장각하명령은 패소한 제1심판결이 그대로 확정되어 더 이상 이를 다룰 수 없다는 점, 인지 미보정은 실제적 하자가 아니고 인지 보정 전에도 재판 진행이 가능한 형식

적 하자에 불과하다는 점에 비추어 보더라도, 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령 심사에서 일체의 추가 기회를 허용하지 않는 것은 명백히 부당하다.

다) 일본의 통설과 판례는 항소장각하명령에 대한 항고심 재판이 확정될 때까지 인지 보정을 허용한다. 그 근거로, 인지 미납은 실질적 하자가 아니라 기술적·형식적 하자인 점, 인지가 결과적으로 납부되었다면 국고 수입 확보의 목적은 충분히 달성된 점, 하자 있는 소송행위는 그 효력을 인정하는 방향으로 해석하는 것이 보정의 취지나 법원의 권리구제 기능에 부합한다는 점, 이러한 해석이 항소인의 재판받을 권리 보장에 충실하다는 점을 들고 있다. 이는 우리 재판 실무에서도 경청할 만한 내용이다.

5) 보정기간 이내에 인지 보정을 하지 않은 것에 대한 제재는, 항소장각하명령을 함으로써 이에 대한 즉시항고가 없거나 항고심 결정 시까지 인지 보정을 하지 않으면 항소권이 박탈되게 하는 것으로 충분하다. 즉시항고를 하여 항고심에서 결과적으로 인지를 보정하였다면 그 효력을 인정하여 항소심재판을 받도록 하는 것이 항소인의 의무위반 내용과 그에 따른 불이익의 균형을 맞출 수 있는 해석이다. 이를 두고 '남상소로 인한 소송의 지연을 막아 소송경제를 도모'한다는 항소장각하명령 제도의 입법 취지에 반한다고 쉽게 단정하기는 어렵다.

다. 이 사건에 관한 판단

이러한 법리에 비추어 원심결정을 살펴본다. 피고는 제1심재판장이 인지 미보정을 이유로 항소장을 각하하는 이 사건 명령을 한 날과 같은 날인 2020. 12. 16. 인지대 및 송달료를 수납은행에 납부한 후 이 사건 명령에 대한 즉시항고를 제기하였다. 이와 같이 즉시항고로 인한 항고심 결정 전에 인지가 보정되었다면 즉시항고에 정당한 이유가 있으므로, 이 사건 명령은 취소되어야 한다. 원심의 이유 설시에 다소 부적절한 점이

있으나, 보정의 효과를 인정하여 이 사건 명령을 취소한 결론은 위와 같으므로 수긍할 수 있다. 거기에 재항고이유 주장과 같이 인지 보정 등에 관한 법리를 오해함으로써 필요한 심리를 다하지 않아 재판에 영향을 미친 잘못이 없으므로, 재항고인의 항고를 기각하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

6. 대법관 오경미, 대법관 서경환의 반대의견(이하 '반대의견2'라 한다)

가. 반대의견2의 요지

항소인이 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 않아 원심재판장으로부터 상당한 기간을 정한 인지보정명령을 받았음에도 이를 보정하지 않아 항소장각하명령이 성립한 경우, 그 항소장각하명령이 고지되어 효력이 발생한 날까지 항소인이 인지를 보정하였다면 항소장각하명령에 대한 즉시항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 그 항소장각하명령을 취소하여야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

나. 반대의견2의 논거

1) 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령의 '성립'은 법원 내부의 의사결정에 불과하므로, 항소인이 인지를 유효하게 보정하였는지는 항소장각하명령의 효력이 발생하여 이를 당사자 등 법원 외부에서도 객관적으로 분명하게 인식할 수 있는 '고지' 시를 기준으로 판단하여야 한다.

가) 다수의견은 항소장각하명령의 '효력 발생'에 개념적으로 선행하는 항소장각하명령의 '성립'을 기준으로 삼아 항소인은 항소장각하명령의 '성립' 시까지만 인지를 유효하게 보정할 수 있다고 본다. 이러한 다수의견의 견해는 민사소송법 등에서 규정한 문언에 근거한 것이 아니다. 민사소송법은 결정과 명령의 '성립'에 관하여는 아무런 규정

을 두지 않고 있고, 효력 발생에 관하여 제221조 제1항에서 "결정과 명령은 상당한 방법으로 고지하면 효력을 가진다."라고 규정하면서 제444조 제1항에서 "즉시항고는 재판이 고지된 날부터 1주 이내에 하여야 한다."라고 하고 있을 뿐이다. 또한 원심재판장의 항소장심사에 따른 항소장각하명령에 관한 민사소송법 제399조는, 항소인이 보정기간 이내에 인지 미보정의 흠을 보정하지 아니한 때 원심재판장은 명령으로 항소장을 각하하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 같은 문언으로부터 '성립'과 '효력 발생'이 구별된다거나 항소장각하명령 '성립' 시까지만 인지를 보정할 수 있다는 결론이 곧바로 도출되지 않는다. 항소장각하명령의 성립과 효력 발생을 개념적으로 구분할 수 있다고 하더라도 그에 따라 항소인이 유효하게 인지를 보정하였는지 판단하는 기준 시점이 논리 필연적으로 정해지는 것도 아니다. 항소장각하명령이 성립하였다는 것은 그러한 법원의 의사결정이 내부적으로 이루어졌다는 의미에 불과할 뿐 고지가 되기 전까지는 본래의 효력을 갖지 못한 상태에 있으므로, 항소장각하명령의 효력 발생일까지 인지 보정이 가능하다고 보는 것은 민사소송법의 문언 내에서 가능한 해석이다.

나) 법원은 권리구제라는 본연의 헌법적 역할과 기능에 충실하도록 민사소송절차를 운영하여야 한다. 인지 미보정을 이유로 하는 항소장각하명령과 그에 대한 항고절차는 제도적으로 판결 절차에 비하여 불투명하게 설계되어 있으므로, 그 투명성과 명확성을 높이고 가급적 인지 보정의 기회를 부여하는 쪽으로 제도를 운영하는 것은 이러한 법원의 역할에 부합한다. 이로써 소송절차에 대한 당사자의 접근을 쉽게 하고 법원의 재판에 대한 신뢰와 만족을 높일 수 있다. 미리 선고기일을 지정하여 통지하고, 예고된 기일에 공개된 장소에서 주문 낭독으로 선고되는 판결과 달리, 결정과 명령은 선고에 의할 필요 없이 상당한 방법으로 고지하면 그 효력이 생긴다(민사소송법 제221조 제1

항). 결정이나 명령은 별도의 변론을 반드시 거칠 필요가 없을뿐더러 고지를 위한 기일의 사전 지정 없이 대개는 결정문이나 명령문을 바로 송달함으로써 고지가 이루어진다. 그로 인하여 결정과 명령의 경우 성립과 효력 발생 사이에 상당한 시차가 발생한다. 그 시차가 놓여 있는 기간은 당사자 등 법원 외부의 사람에게는 일종의 '깜깜이 기간'이다. 이로 인하여 당사자는 항소장각하명령이 언제 발하여지는지(성립하는지) 미리 알 수가 없고, 언제 고지되어 효력이 발생하게 될지는 더더욱 알 수 없는 상태에 놓인다. 뒤늦게 예고 없이 항소장각하명령을 송달받는 등으로 고지를 받음으로써 비로소 효력이 발생하였음을 알게 되는 것이다. 이러한 결과는 결정이나 명령 대부분이 소송 절차에 부수하는 사항이나 소송지휘에 따른 조치로 행하여지므로, 절차의 간이·신속을 기할 필요가 있다는 고려에 의하여 민사소송법 등이 예정한 것이기는 하나, 그렇더라도 항소인에게 인지를 보정할 기회를 언제까지 부여할 것인가의 문제는 또 다른 해석의 영역이다. 즉, 항소장각하명령의 경우 판결 절차에 비하여 제도적으로 투명성과 명확성이 상대적으로 낮게 설계되어 있으므로 그로 인하여 발생한 한계는 제도의 운영 과정에서 관련 법령의 유연한 해석을 통하여 극복함으로써 구체적 타당성을 도모할 필요가 있다. 인지 미보정을 이유로 이루어진 항소장각하명령에 대하여 즉시항고를 한 항소인이 인지를 유효하게 보정할 수 있는 시점에 관한 해석에서도 이러한 관점이 유지되어야 한다.

다) 보정기간 이내에 인지를 보정하지 않은 항소인이 원심재판장의 보정명령에 응하지 않은 잘못이 있다는 사정만으로 바로 후속 절차에서 그를 배제하여야 하는 절대적인 당위나 필연성이 있는 것은 아니다. 그러한 배제로써 항소장각하명령의 확정으로 항소인이 입는 심각한 불이익을 정당화할 정도의 절차적 정의가 획득된다고 볼 수도

없다. 민사소송절차에서 송달과 관련되는 주소보정 등의 문제와 달리 인지의 문제는 국가에 대한 수수료 납부의 문제로서 당사자의 재정능력과 결부되어 있다. 현재 인지보정과 관련한 실무도 이러한 점을 고려하여 융통성 있게 운영되고 있다. 보정기간 이내에 인지를 보정하지 않은 항소인으로서 보정기간을 도과한 이상 항소장각하명령이 내려질 가능성을 예상할 수 있더라도, 통상 그것이 언제 이루어질지는 알 수 없다. 실무는 보정기간이 지났더라도 항소장각하명령 성립 전에 보정을 하였다면 유효한 보정으로 인정하여 항소장각하명령을 하지 않고 있고, 원심재판장의 재량에 따라 인지 미보정을 이유로 항소장각하명령을 하는 시점도 정형화되어 있지 않다. 이에 따라 보정기간 이내에 인지를 보정하지 않은 항소인은 이미 원심재판장이 항소장각하명령을 내렸음을 알지 못한 채 보정기간이 지났더라도 인지를 유효하게 보정할 수 있다고 믿고 인지를 보정하는 경우가 종종 있다. 이와 같이 적어도 항소장각하명령의 효력이 발생하여 당사자 등 법원 외부에서도 이를 객관적으로 분명하게 인식할 수 있게 될 때까지 인지를 보정한 항소인이라면, 그 기대는 인지 미보정을 이유로 하는 항소장각하명령에 관한 실무의 태도에 비추어 보더라도 충분히 보호받을 가치가 있다.

라) 항소장각하명령은 재판장이 하는 '명령'의 형식을 취하고는 있으나, 항소장각하명령이 확정되면 항소인이 패소한 제1심판결이 확정되고, 향후 소송 등에서 패소판결의 기판력을 적용받게 되는 등 항소인으로서 실질적으로 중대한 불이익을 받게 된다. 항소인이 인지를 유효하게 보정할 수 있는 시점에 관한 판단에서 항소장각하명령의 확정 가져오는 이러한 중대한 결과를 고려하여야 한다. 인지 미보정 상태의 항소인으로서 자신의 예측 범위 바깥에서 원심재판장의 재량에 기초하여 법원 내부적으로 이루어지는 항소장각하명령의 성립 시점에 따라 항소심재판을 받을 기회가 박탈되기도

하는 것을 그대로 받아들이기 어렵다. 다수의견의 결론은 항소장각하명령 제도의 운영에서 법원의 편의적인 절차 진행을 우선하여 소송절차에 내재한 제도적 불투명성과 불명확성을 강화함으로써, 항소인의 재판받을 권리를 과도하게 제한하고 그의 재판에 대한 신뢰를 무너뜨리는 것으로서 부당하다. 이러한 문제점을 완화하기 위해서라도 법원 외부에서 객관적으로 명확히 확인할 수 있는 항소장각하명령의 고지를 통한 효력 발생일을 기준으로 인지 보정의 효력을 인정할 필요가 있다.

마) 대법원이 인지 미보정을 이유로 한 소장각하명령 또는 재심소장각하명령이 "송달"된 후에는 인지가 보정되었다고 하더라도 원심법원으로서 재도의 고안에 의하여 그 각하명령을 취소할 수 없다고 판시한 것(대법원 1996. 1. 12. 자 95두61 결정, 대법원 2007. 5. 3. 자 2007마264 결정 등)은 이와 같은 취지로도 해석할 수 있다. 다수의견이 변경하여야 한다고 본 대법원 2018. 11. 16. 자 2018마5882 결정도 같은 취지에서 "송달" 전에 인지 등의 보정이 이루어진 경우 원심법원으로서 각하명령에 대한 즉시항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 그 각하명령을 취소하여야 한다고 판단하였으므로, 위 결정은 그대로 유지되어야 한다.

2) 항소장각하명령의 고지를 통한 효력 발생일까지 인지를 보정할 수 있도록 하는 것이 항소인의 항소심 재판받을 권리를 보장하면서도 동시에 소송 지연과 남상소를 방지하여 사법자원의 효율적 배분을 도모하는 균형점을 찾을 수 있는 방안이다.

가) 인지 미보정을 이유로 하는 항소장각하명령과 관련하여 항소인이 유효하게 인지를 보정할 수 있는 시점은 언제까지인지가 쟁점인 이 사건에서는 민사소송절차에서 재판의 신속이라는 가치와 항소인의 항소심 재판받을 권리의 보장이라는 가치가 충돌한다. 여기서 민사소송법 제399조가 항소인이 인지를 유효하게 보정할 수 있는 종기(終

期)를 명확하게 규정하고 있지 않은 상황이므로, 최소한 항소장각하명령의 성립과 효력 발생 사이에 인지를 보정한 항소인을 구제함으로써 재판의 신속이라는 가치를 크게 해치지 않으면서 권리구제의 폭을 다소나마 넓힐 필요가 있다. 이는 우리 소송제도의 운영 현실, 법문화 등을 고려하여 소송경제를 도모하기 위한 선례의 태도를 최대한 존중하는 것이면서, 항소장각하명령 성립 시를 기준으로 이 사건 쟁점 문제를 처리하여 오고 있는 현 실무의 태도로 발생하는 항소인의 권리구제 축소라는 부작용을 완화할 수 있는 현실적이고 절충적인 방안이다.

나) 다수의견은, 항소장각하명령이 성립할 때까지 인지를 유효하게 보정할 수 있다면서 남상소로 인한 소송의 지연을 막을 필요가 있다고 한다. 그러나 항소장각하명령이 송달 등으로 고지되어 효력이 발생한 날까지 인지를 보정한 항소인의 항소를 두고 원심재판장의 항소장심사권 규정을 통해 방지하고자 하는 불필요한 소송이라거나 남상소라고 단정할 수 없다. 항소장각하명령이 고지된 날까지 인지를 실제 보정한 항소인으로서의 항소심재판을 진행해 달라는 의사를 진지하게 법원에 표명한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 더구나 전자적 송달이 태반인 소송 실무를 보더라도 그러하다. 전자적 송달은 민소전자문서법 제11조 제3항에 따라 법원사무관 등이 송달할 전자문서를 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 송달받을 자에게 전자적으로 통지하는 방법으로 하는데, 같은 조 제4항은 송달받을 자가 등재된 전자문서를 확인한 때에 송달된 것으로 보고, 송달받을 자가 전자문서를 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달이 된 것으로 간주하고 있다. 따라서 항소장각하명령의 성립 시부터 효력 발생 시까지는 전자적 송달의 경우 최대 7일을 넘지 않는다. 제1심에서 승소한 상대방(피항소인)의 이익을 고려하더라도, 단지 7일 정도의 기간을 두고 항

소인의 항소심 재판받을 기회를 박탈하는 것을 정당화할 만큼 소송이 지연된다고 보거나, 인지 납부를 늦게 한 항소인의 항소를 남상소라고 단정하는 것은 지나치다. 또한 다수의견은 항소인이 인지를 납부할 능력이 부족하다면 소송구조를 받을 수 있다고 하지만, 소송구조 요건을 충족하지 못하는 항소인도 적지 않으므로, 항소심재판을 받기를 원하지만 경제적 능력이 부족한 항소인들에게 소송구조가 항상 적절한 구체수단이 될 수 있는 것은 아니다.

다) 다른 한편 우리나라는 민사소송에서 항소율이 높고 판사 1인당 담당하는 사건 수가 많은 편이어서 항고심의 처리기간도 상당하므로, 항소인이 유효하게 인지를 보정할 수 있는 기준 시점의 판단에서 이를 고려할 필요가 있다. 구체적으로 보면 2023년 기준 민사본안사건 제1심판결에 대한 항소율이 합의사건은 48.5%, 단독사건은 16.8%에 달한다. 2023년 민사항고사건은 19,154건이 접수되었음에도 18,965건만이 처리된 점(이상 법원행정처 발행 2024 사법연감)에 비추어 실무상 민사항고사건의 처리는 지연되고 있는 것으로 판단된다. 이러한 사법현실을 감안할 때 인지 보정을 항소장각하명령에 대한 항고심 결정 시까지 허용하는 반대의견¹은 항소심 재판받을 권리의 확대라는 측면에서 경청할 만한 것이지만 특히 항고심 결정이 신속히 이루어지지 않고 있는 현 상황에서는 쉽게 채택하기 어려운 점이 있다. 항소심재판의 진행을 위한 최소한의 조치를 취하지 않은 항소인의 항소를 항고심 결정 시까지 장기간 그대로 남겨두는 것은 소송을 지연시켜 제1심에서 승소한 상대방(피항소인)의 이익을 침해하는 측면이 있고, 국민의 권리·의무의 신속한 실현을 위한 사법자원의 효율적 분배를 어렵게 하는 것을 부인할 수 없기 때문이다.

라) 대법원은 일단 성립한 결정이나 명령은 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정

이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 결정·명령법원이라도 이를 취소·변경할 수 없다는 점을 근거로, 이미 성립한 결정 또는 명령에 대하여는 결정 또는 명령이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 이에 불복하여 항고할 수 있다고 보고 있다(대법원 2014. 10. 8. 자 2014마667 전원합의체 결정 참조). 이는 선례에 따라 결정·명령의 성립과 효력 발생을 구별하되, 일단 결정이 성립한 이상 당사자가 결정을 직접 고지받기 전이라도 그 결론에 불복하여 제기한 즉시항고를 허용하겠다는 것이다. 원심결정이 고지되지 않아 그 효력이 발생하기 전에 즉시항고를 제기하였다는 이유로 이를 각하하고 결정의 고지를 기다려 다시 항고를 제기하도록 하는 것은 항고인의 권리구제 관점에서 바람직하지 않기 때문이다. 위 전원합의체 결정이 결정·명령의 성립과 효력 발생을 구분한 것은 그 효력 발생 전이라도 불복의 의사를 표명한 당사자의 뜻과 권리를 최대한 존중하고 재판받을 권리를 보장하기 위한 것이다. 즉, 결정·명령의 성립과 효력 발생을 형식적·기계적으로 분리하여 절차를 획일적으로 운영하는 것을 지양함으로써 항고인의 권리구제 범위가 부당하게 축소되지 않게 한 것이다. 이는 오히려 항소장각하명령의 성립과 효력 발생 사이에 인지를 보정한 항소인을 구제하고자 하는 이 반대의견의 태도에 부합한다.

마) 다수의견은 항소장각하명령의 성립과 효력 발생을 구별하는 법리와 항소장각하명령의 적법성 판단은 성립 시의 사정을 기초로 하여야 하고 그 이후의 사정을 고려하여서는 안 된다는 사고를 바탕으로 한다. 그러나 민사소송법 제446조는 "원심법원이 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 그 재판을 경정하여야 한다."라고 규정하여, 결정·명령의 성립으로 이를 취소·변경할 수 없는 구속력이 발생하더라도, 이에 대한 항고가 제기되고 그 항고에 정당한 이유가 있다고 인정할 때 원심법원 스스로 이

를 바로잡을 수 있도록 하고 있다. 한편, 항고에 정당한 이유가 있는지에 대한 판단 기준 시점은 특별히 정하고 있지 않다. 따라서 법원의 절차 진행이나 판단이 그 당시에는 흠이 없었더라도 그 이후 발생한 사정변경에 따라 항고에 정당한 이유가 있다고 볼 수 있는 때에는 사후적으로 이를 번복할 수 있는 가능성이 열려 있다. 따라서 항소인의 인지 미보정을 이유로 한 원심재판장의 항소장각하명령이 성립할 당시에는 인지가 보정되지 않은 상태였기에 항소장각하명령 자체에는 위법이 없더라도, 사후적으로 그 항소장각하명령이 고지되어 효력이 발생한 날까지 인지가 보정되었다면 "항고에 정당한 이유가 있다고 인정하는 때"에 해당한다고 보아 원심법원이 항소장각하명령을 취소하는 것은 민사소송법에 의하여 허용되는 범위 내에 있다.

바) 대법관 이숙연의 반대의견은 쌍방 항소의 경우 법원이 같은 날 당사자 모두에 대하여 항소장각하명령을 하더라도 당사자별로 송달일이 달라지게 되면 인지 보정의 최종 시한이 달라져 형평에 맞지 않는다고 한다. 위와 같은 경우 당사자별로 항소장각하명령의 송달일이 달라 그 효력 발생일에 차이가 날 수 있기는 하나, 그 차이는 크지 않다. 전자적 송달이 태반인 소송 실무를 보더라도 민소전자문서법 제11조 제4항에 따른 송달 간주 제도가 있어서 전자적 송달의 경우 그 차이는 대개 수일에 불과하다. 이러한 차이를 두고 인지 보정의 최종 시한에 관한 형평성에 문제가 있다고 할 정도는 아니라고 보인다.

3) 나아가 항소장각하명령 고지 시까지 인지가 보정되었는지를 판단할 때 기준이 되는 시간적 단위는 '시(時)'가 아닌 '날(日)'이 되어야 한다.

"결정과 명령은 상당한 방법으로 고지하면 효력을 가진다."라고 규정하는 민사소송법 제221조 제1항과 "즉시항고는 재판이 고지된 날부터 1주 이내에 하여야 한다."라고 규

정하는 민사소송법 제444조 제1항에 비추어, 민사소송법이 예정하는, 결정과 명령이 고지되어 효력이 발생하는 시간적 단위는 원칙적으로 시(時)가 아닌 날(日)이라고 해석된다. 이에 따라 실무에서 즉시항고기간의 종기(終期) 확정을 위해 기준으로 삼아 온, 항소장각하명령이 송달 등으로 고지된 '날'을 항소인이 유효하게 인지를 보정할 수 있는 기간의 종기(終期)로 삼는 것이 기존 실무의 태도에도 부합하고 인지 보정에 대한 처리를 간명하게 한다. 특히 결정과 명령의 고지는 특별한 규정이 있는 경우가 아니라면(예를 들어 민사소송법 제211조 제2항 단서는 경정결정을 판결정본에 덧붙여 적을 수 없을 때 결정의 정본을 작성하여 당사자에게 '송달'하도록 하고, 같은 법 제469조 제1항은 지급명령은 당사자에게 '송달'하여야 한다고 규정한다.), 송달의 방법이 아니라도 법원이 구체적 사정에 따라 적당한 방법을 택할 수 있다. 이때 인지 보정의 효력 유무, 나아가 항소인이 항소심재판을 받을 수 있는지 여부를 가릴 항소장각하명령의 고지 여부 판단의 시간적 단위를 시(時)로 할 경우, '상당한 방법'에 의한 고지 여부나 그 시기에 대한 판단을 번거롭게 하고 추가로 다툼의 소지를 만들 위험이 있다. 나아가 항소장각하명령이 고지된 날과 인지를 보정한 날이 같은 날인 경우, 그 시간적 선후에 따라 인지 보정이 먼저 이루어진 경우에만 유효하게 인지를 보정한 것으로 볼 합리적인 이유가 있다고 보기도 어렵다. 따라서 절차의 객관성·명확성·간이성 관점에서 항소인은 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령이 고지된 당일까지 인지를 유효하게 보정할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이에 따라 항소장각하명령의 고지와 같은 날 인지 보정이 이루어진 경우 그 효력을 인정하여 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령을 취소함으로써 항소인으로 하여금 항소심재판을 받을 수 있도록 하여야 한다.

다. 이 사건에 관한 판단

이러한 법리에 비추어 원심결정을 살펴본다. 피고는 제1심재판장이 항소장을 각하하는 이 사건 명령을 한 날과 같은 날인 2020. 12. 16. 인지대 및 송달료를 수납은행에 납부하였고, 이후 이 사건 명령이 전자적 송달 방식으로 송달되어 2020. 12. 25. 송달간주가 되자, 피고는 2020. 12. 31. 이 사건 명령에 대한 즉시항고를 제기하였다. 이와 같이 이 사건 명령의 고지 전에 인지가 보정되었다면 피고의 즉시항고에 정당한 이유가 있으므로, 이 사건 명령은 취소되어야 한다. 같은 취지에서 인지 보정의 효력을 인정하여 이 사건 명령을 취소한 원심결론은 수긍할 수 있고, 원심결정에 재항고이유 주장과 같이 인지 보정 등에 관한 법리를 오해함으로써 필요한 심리를 다하지 않아 재판에 영향을 미친 잘못이 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

7. 대법관 이숙연의 반대의견(이하 '반대의견3'이라 한다)

가. 반대의견3의 요지

결정·명령의 성립은 그 효력 발생과는 구별되고 전자문서로 작성된 결정·명령은 법관이 사법전자서명을 완료한 때 성립함을 전제로, 인지 미보정을 이유로 한 항소장 각하명령이 성립한 후에는 그 고지 전에 항소인이 인지를 보정하였다고 하더라도 그 각하명령이 위법하게 되는 것은 아니라고 본 다수의견에 원칙적으로 동의한다. 다만, 항소장각하명령의 성립과 인지 보정의 선후를 가리는 시간의 단위는 '일(日)'을 기준으로 하여야 하지, '시(時)'를 기준으로 할 것은 아니므로, 항소장각하명령이 성립한 날과 같은 날에 인지를 보정하였다면 항소인이 항소장각하명령 성립 후에 인지를 보정하였다고 할 수 없어 항소인의 인지 보정은 유효하다고 보아야 한다. 따라서 다수의견이 위와 같은 경우에도 인지 보정의 효력은 항소장각하명령과의 시간상 선후관계를 추가

로 밝혀 판단하여야 한다고 본 부분에는 동의할 수 없다. 한편 반대의견2가 시간상 선 후관계를 판단하는 단위를 일(日)을 기준으로 한다는 점에서는 견해를 같이 하나, 다수의견과 같이 항소장각하명령의 성립을 기준으로 하지 않고 항소장각하명령의 효력 발생을 기준으로 삼는 부분에서는 견해를 달리 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

나. 반대의견3의 근거

1) 민사소송법은 소송절차를 형성하는 법원 및 당사자의 각 소송행위의 성립 시기와 효력 발생 시기의 기준이 되는 시간의 단위를 시(時) 또는 분(分)으로 하는지, 일(日)로 하는지에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않다. 민사소송법은 기간의 계산에 대해서는 민법에 따르도록 하면서(제170조), 기간의 기산점을 일(日)로 하는 다수의 규정을 두고 있을 뿐, 시나 분을 기준으로 하는 규정은 두고 있지 않다.

2) 민사소송법은 판결서에는 변론종결일을 기재하되, 변론 없이 판결을 선고하는 경우 선고일을 기재하도록 규정하고 있고(제208조 제1항 제5호), 성질에 어긋나지 아니 하는 한 결정과 명령에는 판결에 관한 규정을 준용한다(제224조 제1항). 대법원 재판예규인 「재판서 양식에 관한 예규(재일 2003-12)」는 재판서에는 원칙적으로 재판서의 작성일, 판결선고일, 변론종결일로서 그 연월일만을 표시하도록 하고 있다(제12 내지 14조, 제17조). 이는 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에서 회생절차개시결정, 파산선고, 개인회생절차개시결정의 경우 그 결정서에 연·월·일·시를 기재하고 그 결정 시부터 효력이 발생하도록 규정하고 있는 것과 비교된다(제49조, 제310조, 제311조, 제596조).

3) 판결의 경우 '선고'라는 객관적·외부적으로 명백하게 드러나는 법원의 소송행위에 의해 효력이 발생하므로(민사소송법 제205조), 판결의 '선고'와 당사자의 소송행위

사이에 그 선후가 명백하게 드러난다. 반면, 결정·명령은 사건검색이나 전자기록에 의하더라도 그 성립일만이 객관적·외부적으로 명확할 뿐 성립의 시(時)는 명확하다고 할 수 없다.

다수의견은 전자소송의 시행으로 결정·명령의 성립 시, 즉 결정서, 명령서에 대한 법관의 사법전자서명 시를 시·분 단위로 확인할 수 있음을 그 전제로 한다. 그러나 법원 내부에서 전자소송시스템에 접속할 경우 해당 사건 전자기록에 대한 접근권한을 가진 재판부 구성원은 법관의 사법전자서명이 이루어진 시각을 확인할 수 있으나, 법원 외부에서 당사자가 전자소송시스템에 접속한 후 전자소송포털에서 열람하게 되는 전자기록 등에서는 법관의 사법전자서명이 이루어진 시각을 확인할 수 있는 기능을 제공하고 있지 않다. 이에 따라 당사자로서는 결정서나 명령서, 사건검색 등에서 확인되는, 사법전자서명이 이루어진 날짜만을 알 수 있을 뿐 정확한 시각까지는 알 수 없다. 이처럼 당사자에게 공개된 전자기록을 통해서도 확인할 수 없는 시·분 단위의 시각을 항소장각하명령 성립과 인지 보정의 선후를 가리는 시간의 단위로 삼는 것은 사법절차의 투명성에 반할 소지가 있다.

4) 위와 같은 사정에 비추어 보면, 소송행위가 성립한 시각 또는 소송행위의 효력이 발생한 시각이 객관적·외부적으로 명백하거나, 그 효력 발생 시기 자체에 중요한 의미가 있어 법령에서 시(時)나 분(分)을 기준으로 하도록 특별히 정한 바가 없는 한, 소송행위의 성립 및 효력 발생 시기의 단위는 일(日)을 기준으로 하는 것이 원칙이라고 할 것이다.

5) 한편, 「민사소송 등 인지법」은 인지를 붙이는 대신 그 인지액에 해당하는 금액을 신용카드·직불카드 등으로 납부하는 경우 '인지납부일' 등에 필요한 사항을 대법원규

칙에 위임하였고(제1조), 「민사소송 등 인지규칙」 제28조의2 제3항은 "(생략) 인지액 상당의 금액을 신용카드 등으로 납부하는 경우에는 인지납부대행기관의 승인일을 '인지납부일'로 본다."라고 정하는 등 신용카드 등에 의한 인지 납부의 시점을 '시(時)'가 아닌 '일(日)'로 보는 규정을 두고 있다. 이러한 규정 등에 비추어 보면, 항소인의 인지 보정의 효력은 인지액에 해당하는 금액을 현금이나 신용카드 등으로 납부한 '날(日)'에 발생한다고 봄이 타당하다.

6) 민사소송법 제399조 제1항, 제2항은 보정명령에서 정한 보정기간 이내에 항소인이 인지를 보정하지 아니한 때에는 원심재판장이 항소장을 각하하여야 한다고 규정하고 있다. 보정기간이 도과한 후에도 항소장각하명령 전까지는 원심재판장이 묵시적으로 보정기간을 연장하고 있는 것으로 볼 수 있으므로, 항소장각하명령 전까지 인지를 보정하는 경우 이는 적법한 인지 보정으로 보아야 한다. 한편, 보정기간이 '일(日)'을 기준으로 정해지는 것과 같이, 보정기간의 묵시적 연장 또한 '일(日)' 단위로 이루어진다고도 볼 수 있다.

7) 항소장각하명령이 일단 성립하게 되면, 그 후에 인지를 보정하였다고 하여 항소장각하명령이 위법하게 되지 않는다는 것은 그동안 대법원이 취해 온 주류적 입장이었고 이러한 입장에 원칙적으로 동의한다. 다만, 앞서 본 바와 같이 결정·명령의 성립 시기와 인지 보정 시기의 판단기준이 되는 시간의 단위를 '일(日)'로 보는 이상, 항소장각하명령이 성립한 날과 같은 날에 인지를 보정하였다면 항소인이 항소장각하명령 성립 후에 인지를 보정하였다고 볼 수 없으므로 항소인의 인지 보정은 유효하고, 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령은 결과적으로 위법하게 된다고 하지 않을 수 없다. 따라서 원심법원이 항소장각하명령이 성립한 날과 같은 날 인지가 보정되었음을

확인하였다면 민사소송법 제446조에 따라 항소인의 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 재판의 경정으로서 항소장각하명령을 취소하여야 한다.

8) 인지를 보정할 수 있는 기간은 어디까지나 항소인의 이익을 위하여 부여된 기간이므로, 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령과 항소인의 인지 보정이 같은 날 이루어졌을 경우 인지 보정의 효력을 인정하여 항소인으로 하여금 항소심재판을 받을 수 있도록 하는 것이 항소인의 재판청구권을 보장하는 해석이다. 항소장각하명령과 같은 날 인지 보정이 되었고 항고 제기 이후 원심법원이 이와 같은 사정을 알게 되었음에도 불구하고, 항소장각하명령에 대한 법관의 사법전자서명 완료 시점과 인지 보정 시점의 시(時) 때로는 분·초(分·秒)의 선후를 들어 인지 보정의 효력을 부인하겠다는 것은, 분쟁의 신속한 종결이라는 목적을 고려하더라도, 그와 함께 국민의 권리구제라는 가치와 원칙을 추구해야 할 법원이 취할 바가 못 된다.

9) 상소하는 당사자의 인지 보정의 최종 시한을 언제로 볼 것인지는, '상소하는 당사자의 재판청구권'만을 고려하여서는 아니 되고, 이와 '상소를 당한 상대방이 신속하게 분쟁에서 벗어날 권리'를 함께 형량하여야 한다. 민사소송법은 상소기간, 보정명령을 통한 보정기간의 부여, 보정기간 도과 시 항소장각하명령 등의 제도를 두어 그 균형점을 찾고 있고, 보정명령에 기한 인지도정기간을 도과한 경우 위와 같은 균형을 고려한 인지 보정의 최종 시한은 항소장각하명령의 성립일로 봄이 타당하다. 이는 또한 이 사건의 원심을 비롯하여 적지 않은 재판부가 실무에서 채택하고 있는 바이기도 하다.

따라서 인지 보정의 최종 시한을 항고심 결정 시로 본 반대의견1과 항소장각하명령 효력 발생일로 본 반대의견2는 상소하는 당사자의 재판청구권 보장에 지나치게 기울어진 것으로서 동의하기 어렵다.

한편, 반대의견2에 따르면 쌍방 항소의 경우 각 당사자에 대해 같은 날 항소장각하 명령을 하더라도 그 송달일이 당사자별로 달라지게 되면 인지 보정의 최종 시한 역시 달라지게 되어 형평에 어긋나는 불합리한 결과가 초래될 수 있는바, 이러한 점에서도 위 의견에 동의할 수 없다.

다. 이 사건에 관한 판단

위와 같은 법리에 따라 원심결정을 살펴본다. 피고는 제1심재판장이 항소장각하명령을 한 날과 같은 날인 2020. 12. 16. 인지대 및 송달료를 수납은행에 납부한 후 항소장각하명령에 대하여 즉시항고를 제기하였다. 이와 같이 항소장각하명령이 성립한 날과 같은 날 인지가 보정되었다면 항소장각하명령에 대한 즉시항고에 정당한 이유가 있으므로, 이 사건 명령을 취소하여야 한다. 따라서 이 사건 명령과 같은 날 이루어진 인지 보정의 효과를 인정하여 이 사건 명령을 취소한 원심의 결론은 위와 같으므로 수긍할 수 있고, 원심결정에 인지 보정 등에 관한 법리를 오해함으로써 필요한 심리를 다하지 않아 재판에 영향을 미친 잘못이 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

8. 다수의견에 대한 대법관 노태악의 보충의견

다수의견이 취한 입장과 그 논거를 다음과 같이 보충하고자 한다.

첫째, 이 사건에서 대법원 2018. 11. 16. 자 2018마5882 결정을 변경하는 것은 새로운 법리를 취하고자 하는 것이 아니라 지금까지 선례가 취한 입장을 분명히 확인하고자 함이다. 둘째, 다수의견은 헌법이 보장하는 재판청구권을 실질적으로 보장하되 균형을 잃지 않아야 한다는 점을 강조하는 입장에서, 최근에 개정된 민사소송법의 취지를 살펴 우리 민사소송 실무의 방향성을 제시하고자 한다. 셋째, 전자소송 시행 후 법관의

사법전자서명에 의하여 전자적으로 이루어지는 결정·명령의 성립과 송달 등에 관하여 보충한다. 넷째, 다수의견을 취하더라도 항소인이 인지액을 뒤늦게 납부하여 인지 보정의 효력이 인정되지 않아 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령이 확정된 경우에 이미 납부한 인지 전액의 반환이 불가능하지 않다는 점을 논증한다.

그 외 반대의견이 들고 있는 논거를 반박하고, 필요한 부분은 일부 중복되더라도 다시 한번 강조하고자 한다.

가. 이 사건에서 판례변경의 의미에 관하여

과거 대법원은 1964. 3. 24. 자 63마80 결정에서 흠결의 보정은 항고심 계속 중에도 할 수 있다고 보아 소장각하명령 고지 후 즉시항고를 하며 한 인지 보정의 효력을 인정하였으나, 1968. 7. 29. 자 68사49 전원합의체 결정으로 즉시항고 후의 보정에 대하여는 그 효력을 인정하지 않는 것으로 판례를 변경하였다. 이는 인지 미보정을 이유로 한 소장·항소장 등의 각하명령이 확정되기 전까지 인지 보정을 허용하는 일본의 실무를 별다른 고민 없이 수용하던 입장을 우리나라 현실과 실무에 맞게 변경한 것이다. 이어 대법원은 1969. 12. 8. 자 69마703 결정에서 항소장각하명령 성립 후에 있는 인지 보정의 효력을 인정하지 않은 이래, 항소장각하명령이 성립하게 되면 그 명령이 항소인에게 고지되기 전에 항소인이 부족한 인지를 보정하였다 하여 항소장각하명령이 위법한 것으로 되거나 재도의 고안으로 그 명령을 취소할 수 있는 것은 아니라는 입장을 재차 확인하여 왔다(대법원 1971. 11. 29. 자 71마964 결정, 2013. 7. 31. 자 2013마670 결정 등 참조).

다수의견이 변경하고자 하는 2018. 11. 16. 자 2018마5882 결정은 각하명령이 "송달된 후"에 한 인지 보정의 효력을 인정할 수 없다는 판례를 근거로, 각하명령의 성립과

의 선후는 고려하지 않은 채 단지 각하명령이 "송달되기 전"에 한 인지 보정이 유효하다고 실시한 결정으로, 이는 확립된 선례를 벗어난 것이어서 변경할 수밖에 없다.

나. 헌법상 재판청구권의 실질적 보장과 그 균형에 관하여

1) 인지 미보정을 이유로 항소장각하명령이 성립한 때는 이미 항소인에게 인지 보정을 위한 상당한 기간이 부여된 후이다. 원심재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 인지 미보정의 흠을 보정하도록 명하여야 하는데(민사소송법 제399조 제1항), 그럼에도 항소인이 보정기간에 인지를 보정하지 않았을 경우, 실무는 보정기간이 일정 기간 경과한 때까지도 항소인이 인지를 보정하지 않은 때 비로소 항소장각하명령을 하고 있다. 더구나 원심재판장이 정한 인지보정기간은 법원 등이 정한 기간(이른바 재정기간)으로서 민사소송법 제172조 제3항에 따라 연장이 가능하므로, 인지 보정을 위하여 시간이 더 필요한 항소인으로서 원심재판장에게 인지보정기간의 연장을 신청할 수도 있다. 이에 따라 법원은 필요하다고 인정할 경우 연장을 허가하거나 항소장각하명령 발령을 상당 기간 보류함으로써 보정의 기회를 주기도 한다. 즉 다수의견에 입각한 실무의 태도 역시 항소인의 항소심 재판받을 권리가 쉽게 박탈되지 않도록 항소인에게 인지 보정의 기회가 충분히 부여된 후에야 항소장각하명령을 하고 있는 것이다.

2) 한편 항소인은 제1심에서 패소한 당사자로서 재판을 이미 한 번 받은 상태에서 다시 항소심의 사법자원을 이용하려는 것이고, 피항소인은 자신의 비용과 시간을 다시 들이면서 이에 응할 수밖에 없다. 그럼에도 항소인이 항소심재판을 받기 위한 최소한의 조치로서의 인지 보정을 그 보정기간 도과 후 항소장각하명령이 성립할 때까지도 이행하지 않았다면 소송절차에서 신속히, 조기에 해방되고자 하는 피항소인의 이익을 보다 무겁게 고려하는 것이 타당하다.

3) 2024. 1. 16. 법률 제20003호로 개정되어 2025. 3. 1.부터 시행된 개정 민사소송법 제402조의2, 제402조의3은 항소인에게 항소기록접수통지를 받은 날부터 40일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하도록 하고, 미제출 시 항소법원은 결정으로 항소를 각하하여야 한다고 규정한다. 이와 같이 항소이유서 제출을 의무화함으로써 항소심 심리의 지연을 방지하고, 조기에 사건을 분류하여 항소이유에 심리를 집중하고자 하는 것은 신속하고 공정한 재판을 위한 노력의 일환이다. 항소장각하명령 성립 시까지도 항소심재판 진행을 위한 최소한의 조치로서 인지를 보정하지 않은 항소인의 항소장을 원심재판장으로 하여금 각하하도록 하는 다수의견은 위와 같은 개정 민사소송법의 취지와 궤를 같이 하면서, 남상소를 방지하고 신의성실에 반하여 재판 절차를 지연시키려는 항소인을 효과적으로 제재함으로써 법적 분쟁을 조기에 종국적으로 해결하는 데 기여할 수 있다.

다. 전자소송에서 결정·명령의 성립과 송달에 관하여

1) 민소전자문서법이 시행됨에 따라, 민소전자문서법 부칙(2010. 3. 24.) 제1항, 「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙」 부칙(2011. 3. 28.) 제2조 제1항, 별표 2에 따르면, 민사소송법이 정한 절차가 적용되는 본안 사건은 2011. 5. 2.부터, 제소전화해와 공시최고절차를 제외한 나머지 사건은 2012. 1. 2.부터 전자소송이 가능하게 되었다. 이에 따라 법관은 민사소송 등에서 재판서, 조서 등을 전자문서로 작성하여야 하고(민소전자문서법 제10조 제1항), 법관이 재판서나 조서 등을 전자문서로 작성하는 경우 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 사법전자서명을 하여야 하며(민소전자문서법 제7조 제2항), 사법전자서명은 민사소송 등에 적용되거나 준용되는 법령에서 정한 서명, 서명날인 또는 기명날인으로 본다(민소전자문서법 제7조 제3항). 이와 같이 전자문서로

작성한 재판서(이하 '전자재판서'라 한다)에 법관의 사법전자서명이 완료되면, 법원사무관 등은 전자재판서를 전산정보처리시스템에 등재하고, 그 사실을 송달받을 자에게 전자적으로 통지하는 방법으로 송달하거나(민소전자문서법 제11조) 전자재판서를 전산정보처리시스템을 통하여 출력한 서면을 민사소송법에 따라 송달하게 된다(민소전자문서법 제12조). 종래 종이문서로 작성된 결정이나 명령과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관 등에게 교부되었을 때 성립하는 것으로 보았지만(대법원 1974. 3. 30. 자 73마894 결정, 대법원 2014. 10. 8. 자 2014마667 전원합의체 결정 등 참조), 전자문서로 작성된 결정·명령은 법관이 사법전자서명을 완료한 때 성립한다고 볼 수 있다. 법관이 결정·명령에 사법전자서명을 완료함으로써 결정서 또는 명령서에 관한 관리권한이 법원사무관 등에게 이관되어 송달 절차가 진행될 수 있기 때문이다.

2) 민소전자문서법 제11조 제3항에 따른 전자문서 등재사실의 통지는 전자우편주소로 전자우편을 보내고, 휴대전화번호로 문자 메시지 등을 보내는 방법으로 하게 되는데, 통지를 받은 등록사용자는 전자소송시스템에 접속하여 등재된 전자문서를 확인 또는 출력할 수 있다(「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙」 제26조 제1항, 제4항). 송달받을 자가 등재된 전자문서를 확인한 때에 송달된 것으로 보되, 송달받을 자가 전자문서를 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 본다(민소전자문서법 제11조 제4항). 이와 같은 전자적 송달 제도하에서 당사자는 전자문서 등재사실을 통지받아 알게 되고도 전자문서를 일부러 확인하지 않을 수 있고, 이를 통해 통지일로부터 1주가 지나 송달 간주가 될 때까지 전자적 송달의 효력 발생을 임의로 늦출 수 있다. 인지를 보정하지 않았던 항소인이라면 자신이 인지보정명령에 응하지 않는 사이 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령이 성립

한 사실을 전자문서 내용을 확인하지 않고도 전자우편이나 휴대전화 문자 메시지를 통해 항소장각하명령의 전산정보처리시스템 등재사실을 통지받음으로써 알게 되는 것이다. 반대의견2와 같이 항소장각하명령의 송달, 즉 효력 발생일까지 한 인지 보정의 효력을 인정할 경우 항소인이 항소장각하명령이 성립하였음을 알게 되더라도 송달 간주일까지 1주 동안은 항소장각하명령이 송달되지 않아 효력이 발생하기 전이므로 인지 보정을 미루다가 뒤늦게 인지를 보정하는 것이 가능하다. 소송 지연을 방지하고 소송 당사자의 적극적인 재판 절차 참여를 유도하여 신속하고 적절한 심리를 구현한다는 민사소송의 기본이념에 비추어, 위와 같이 전자문서로 된 결정·명령의 성립 및 전자적 송달에 따른 효력 발생 방법과 송달 간주 조항을 이용하는 당사자까지 보호범위에 넣음으로써 소송절차의 신속성과 안정성을 해하면서까지 이미 적법하게 성립한 항소장각하명령을 취소하여야 한다는 의견에는 쉽게 동의하기 어렵다.

3) 더구나 법원이 전자문서로 된 항소장각하명령에 사법전자서명을 하게 되면, 대한민국 법원 대국민서비스 사이트의 "나의 사건검색" 화면이나 전자소송포털의 "사건검색" 화면에 항소장각하명령이 발령된 사실이 기재된다. 이는 사실상 항소장각하명령이 성립하였음이 대외적으로 공포된 것이라고도 볼 수 있고, 항소장각하명령의 성립만으로도 법원 스스로 이를 취소·변경할 수 없는 구속력이 발생하였음을 선명하게 보여준다. 항소장각하명령의 성립이 법원 내부의 의사결정 단계에 불과하여 성립 여부가 불명확하다거나 당사자로서는 항소장각하명령의 성립 사실을 알 수 없다는 주장은 적어도 전자소송 제도가 정착되어 전자적 송달 방식 역시 일반화된 현재의 시스템에서는 적확한 비판이 될 수 없다.

라. 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령 확정 시 인지액 반환에 관하여

반대의견1이 지적하는 바와 같이 「민사소송 등 인지법」 제14조 제1항 제1호 문언을 그대로 따르면, 항소인이 인지의 일부만을 보정하거나, 항소인이 한 인지 보정의 효력이 인정되지 않는 등으로 항소인이 인지액을 납부하였음에도 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령이 확정될 경우, 항소인은 자신이 납부한 인지액의 2분의 1에 해당하는 금액만의 환급을 청구할 수 있게 된다. 그런데 비단 인지 보정의 효력을 항소장각하명령 성립 시까지만 인정하는 다수의견에 따를 경우에만 그러한 것이 아니다. 반대의견2에 따라 항소장각하명령의 효력 발생일을 기준으로 항소장각하명령 효력 발생일 후에 인지를 보정한 경우, 반대의견1에 따라 항소장각하명령에 대한 항고심 결정 시를 기준으로 항고기각결정 후에 재항고를 하며 인지를 보정한 경우에도 인지 보정의 효력이 인정되지 않아 항소장각하명령이 확정됨으로써 항소인이 자신이 납부한 인지액의 절반만을 받게 되는 동일한 결과가 발생한다.

그런데 「민사소송 등 인지법」이 규정하는 인지액 환급 절차 외에 「민사소송 등 인지규칙」 제32조 제1항은 과오납금 반환 절차를 두어, 원고·상소인 등이 소장·상소장 등에 첨부한 인지가 소인되거나 인지액 상당의 금액을 현금이나 신용카드 등으로 납부한 후 과오납금이 있음을 발견한 때에는 해당 법원의 수입정수관에게 반환을 청구할 수 있도록 하고 있다. "인지액 환급"은 소장 등 각하명령 외에 소의 취하, 재판상 화해나 조정의 성립 등으로 「민사소송 등 인지법」 제14조 제1항이 열거하고 있는 사유가 발생한 때 법원이 제공하는 의무인 심리 또는 판결을 당초 목적인 대로 제공하지 못한 것을 감안하여 납입한 인지의 반액을 돌려주는 것이다. 반면 "과오납금 반환"은 당사자가 인지액을 먼저 납부한 후 소장을 제출하지 않거나 계산착오 등으로 정당한 인지액을 초과하여 납부한 경우의 초과분 등 처음부터 인지를 납부할 이유가 없었던 경우에

대하여 공법상 부당이득반환으로서 납입한 인지 전액을 돌려주는 제도이다. 그런데 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령과 관련하여, 인지 보정을 유효하게 할 수 있는 종기(終期) 후(항소장각하명령 성립 또는 성립일 후, 항소장각하명령 효력 발생일 후나 항소장각하명령 항고심 결정 후)에 인지를 납부하였다면, 처음부터 이를 납부할 이유가 없었던 경우로 볼 수 있고, 이는 과오납금 반환 사유에 더 가깝다. 항소장각하명령 성립 후에 있는 인지 보정의 효력을 인정하지 않는 한 법원으로서 애초에 인지 납부를 받지 않았어야 함에도 항소장각하명령이 확정되었기에 인지액 환급 사유가 발생하였다는 형식적인 해석을 통해 그 받은 인지액의 절반만을 반환하는 것은 부당하다고 볼 여지가 충분하다. 「민사소송 등 인지법」 제14조 제1항 제1호의 "소장 등에 대한 각하명령이 확정된 경우"에 대한 위와 같은 제한 해석에 대해서는 향후 구체적인 사례를 통하여 이론을 정립하고, 부당한 결과가 발생하지 않도록 예규 등으로 명확히 규정해둘 필요가 있음을 언급해 둔다.

마. 효력 발생일을 기준으로 하는 반대의견2에 대하여

항소장각하명령의 '효력 발생일'을 기준으로 하는 반대의견2에 대하여 반대의견3에서 지적한 부당성에 더하여 아래와 같은 논증을 추가하고자 한다.

제1심판결에 대하여 원고와 피고 모두가 항소하면서 인지를 붙이지 아니하였고, 이에 제1심재판장이 원고와 피고 쌍방에게 인지보정명령을 하였으나 모두 불이행하여 원고와 피고 모두에게 같은 날 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령이 성립한 사례를 상정해본다. 법원사무관 등이 원고와 피고 모두에게 항소장각하명령을 전자적으로 송달하였는데, 원고는 즉시 전자소송시스템에 등재된 항소장각하명령을 확인하고 그 다음 날 인지를 보정하였다. 반면 피고는 항소장각하명령의 전자소송시스템 등재사실

을 통지받고도 일부러 항소장각하명령을 확인하지 않다가 원고보다 늦게 인지를 보정하였고, 그 후 통지일로부터 1주가 지나 피고에게 항소장각하명령이 송달 간주되었다. 이후 원고와 피고 모두 항소장각하명령에 대하여 즉시항고를 제기하였다. 이와 같은 사례에서 항소장각하명령 성립을 기준으로 할 경우 원고와 피고 모두 항소장각하명령 성립 후 인지를 보정하였으므로 인지 보정의 효력을 인정할 수 없고, 이에 따라 원고와 피고의 즉시항고는 모두 기각된다. 그런데 항소장각하명령의 효력 발생을 기준으로 할 경우 원고는 항소장각하명령 송달일 후 인지를 보정하여 인지 보정의 효력이 없어 원고의 즉시항고는 기각된다. 반면 피고는 원고보다 늦게 인지를 보정하였음에도 항소장각하명령의 송달 전에 인지를 보정하여 그 효력이 인정되므로 피고의 즉시항고는 인용되어 피고는 항소심재판을 받을 기회를 얻게 된다. 이와 같이 항소장각하명령의 "성립"을 기준으로 하는 다수의견에 따르게 되면 "효력 발생"을 기준으로 하는 견해의 난점, 즉 각 당사자에 대한 효력 발생(송달) 여부 및 시기에 따라 당사자별로 구구하게 각각의 결과가 초래되고, 형평에 어긋나는 결과가 초래되는 것을 방지할 수 있음을 알 수 있다.

또한 반대의견2가 지적하는 바와 같이 항소장각하명령의 성립을 기준으로 하는 견해와 효력 발생을 기준으로 하는 견해의 권리구제 범위 차이가 전자적 송달을 기준으로 약 7일 정도로 그리 크지 않다면, 오히려 항소장각하명령 성립을 기준으로 하는 것이 소송절차의 안정성과 명확성에 기여할 뿐만 아니라 제1심재판을 충실화하고 항소심을 사후심에 가깝게 운영하고자 하는 민사소송 심리의 방향성에 보다 부합한다고 할 수 있다.

바. 항소장각하명령 성립과 인지 보정 시간의 단위를 일(日)을 기준으로 하는 반대의

견3에 대하여

1) 소송행위의 성립 및 효력 발생 시기의 단위는 일(日)을 기준으로 하는 것이 일반적이고, 이는 사법절차의 투명성·명확성을 확보하는 데 기여한다는 주장에 대하여는 충분히 동의한다. 그러나 법원의 것이든 소송당사자의 것이든, 소송행위가 같은 날(日) 이루어졌으나 그중 어느 하나의 소송행위에 대해서만 효력을 인정하여야 하는 경우가 있고, 이때는 그 판단기준을 소송행위 간의 시간적 선후로 삼을 수밖에 없다. 다수의견의 핵심은 항소장각하명령의 성립을 기준으로, 인지 보정이 있는 후 항소장각하명령이 성립하였다면 인지 보정은 유효하고 항소장각하명령은 위법하지만, 항소장각하명령 성립 후 인지 보정이 이루어졌다면 항소장각하명령은 적법하고 인지 보정은 그 효력을 인정할 수 없다는 것, 즉 항소장각하명령의 성립과 인지 보정의 선후를 가려 그 효력을 판단하겠다는 것이지 모든 경우에 있어 항소장각하명령의 성립 시각과 인지 보정 시각을 시·분·초 단위까지 일일이 따져야 한다는 취지가 아니다. 필요한 경우 해당 소송행위가 이루어진 구체적인 시각까지 심리하게 되더라도 이는 법원의 판단을 위한 통상적인 사실인정 과정의 일부일 뿐 이례적인 것이라고 할 수 없다. 사실인정을 통하여도 항소장각하명령의 성립과 인지 보정의 시간적 선후를 결정할 수 없다면 항소인의 재판청구권 보장 관점에서 인지 보정의 효력을 쉽게 부정할 수 없다는 결론은 다수의견의 입장에서조차 동일하다.

2) 대법원은 이 사건과 쟁점이 유사한 사안, 즉 인지 미보정을 이유로 한 항소장각하명령의 성립과 인지 보정이 같은 날 이루어진 사안에서, 항소장각하명령의 성립이 시간상 앞선다는 이유로 항소장각하명령이 정당하다고 이미 판시한 바 있다. 즉 대법원 1969. 12. 8. 자 69마703 결정은 항소장각하명령이 오전에 성립한 이상 그날 오후

3시경에 인지 보정을 하였다 하여 항소장각하명령이 효력을 잃는다 할 수 없고 재도의 고안에 의하여도 취소할 수 없다고 하였다. 또한 대법원 1971. 11. 29. 자 71마964 결정은 항소장각하명령이 성립된 이상 같은 날 17:00에 인지 보정이 되었어도 항소장각하명령이 위법한 것이 되지 않는다고 판시하는 등 항소장각하명령의 성립과 인지 보정이 같은 날 이루어진 경우 시간의 선후를 따져서 인지 보정의 효력을 판단하는 것은 대법원의 명확한 선례이다.

3) 더구나 현행 전자소송시스템에서는 법관의 사법전자서명 완료 시각(항소장각하명령 성립 시각)을 쉽게 확인할 수 있고, 항소인의 인지 보정 시각도 항소인이 이를 소명하는 것이 어렵지 않으므로, 항소장각하명령 성립과 인지 보정의 시간적 선후를 판단하는 데 시간과 비용이 과도하게 소요되는 것도 아니다. 구체적 타당성 측면에서 보더라도, 항소장각하명령 성립일(日)을 기준으로 할 경우 항소장각하명령이 오전 09:00에 성립하였음에도 같은 날이라는 이유로 23:59에 행해진 인지 보정은 허용하는 것이 반드시 타당한지 의문이 아닐 수 없고, 그로부터 1분 후에 이루어진 인지 보정은 다음 날이라는 이유로 그 효력을 인정하지 않는 것은 아무런 형평의 문제가 없는 것인지 살펴보아야 한다. 어느 시간의 단위를 기준으로 하는 것이 타당한 것인지를 넘어 일단 항소장각하명령이 성립하였다면 그 시점을 기준으로 그 후에 이루어진 인지 보정은 그 효력을 일체 인정하지 않는 것이 간명하고, 형평의 문제도 발생하지 않는다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

2025. 7. 24.

| | | | |
|-----|------|-----|---|
| 재판장 | 대법원장 | 조희대 | |
| 주심 | 대법관 | 노태악 | - |
| | 대법관 | 이흥구 | - |
| | 대법관 | 오경미 | - |
| | 대법관 | 오석준 | - |
| | 대법관 | 서경환 | - |
| | 대법관 | 권영준 | - |
| | 대법관 | 엄상필 | - |
| | 대법관 | 신숙희 | - |

| | | |
|-----|-------|---|
| 대법관 | 노 경 필 | - |
| 대법관 | 박 영 재 | - |
| 대법관 | 이 속 연 | - |
| 대법관 | 마 용 주 | - |