

## 참가승계와 필수적 공동소송의 심리특칙\*

- 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결을 중심으로 -

한양대학교 법학전문대학원 교수 韓忠洙

### ■ 논문요약 ■

참가승계를 규정하고 있는 법 제81조에 따르면 승계인은 법 제79조의 규정에 따라 참가신청을 하게 된다. 피승계인이 승계사실을 다투지 않는 경우에는 승계인이 피승계인에 대해 별도로 신청을 할 필요는 없으며 피승계인은 절차에서 탈퇴하는 것이 가능하다. 그러나 상대방이 이에 동의하지 않는 경우에는 부득이 절차에 남게 되는데 이 때 승계인과 피승계인간의 공동소송의 형태는 통상 공동소송이라는 것이 종전 판례의 확립된 입장이었다. 그런데 대법원은 이 사건 대상판결에서 양자간의 공동소송에는 필수적 공동소송에 적용될 심리특칙 규정인 법 제67조가 적용되어야 한다고 판시하고 있다. 따라서 이 사건 대상 판결과 같이 항소하지 않은 원고의 청구가 항소심으로 이심되고 심판 대상이 됨으로써 항소심에서 승계인은 패소하고 피승계인인 원고가 승소하게 되는 결과에 이르게 되었다. 대법원은 종전 입장을 변경하는 근거로서 2002년 법 개정에 따라 편면참가와 예비적·선택적 공동소송 제도가 도입됨에 따라 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 있다고 실시하고 있다. 즉, 법 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 된다는 것이다. 하지만 피승계인이 승계사실을 다투지 않는 경우에는 3자간의 대립이 없으므로 편면참가의 조건을 충족하지 못한다. 나아가 예비적·선택적 공동소송 역시 당사자가 신청하지 않는 한 인정될 수 없는 것이므로 법원의 이러한 판례 변경은 타당하지 않다.

**[주제어]** 참가승계, 편면참가, 예비적·선택적 공동소송, 필수적 공동소송  
 successor's intervention, One-sided Intervention as Independent Party against either,  
 Preliminary or Selective Co-Litigation, Indispensible Co-litigation

\* 본 연구는 한양대학교 교내일반연구사업(과제번호 201800000003137)에 따른 결과물임을 밝혀둔다.

■ 목 차 ■

I. 판결개요	2. 일본의 동시심판신청 공동소송제도의 구조와 문제점
1. 사실개요	3. 대법원의 예비적·선택적 공동소송의 외연 확대와 문제점
2. 이 사건 대법원 판결의 요지와 의미	4. 이 사건 대상 판례의 입장과 비판
II. 판례해설과 평석	III. 결 론
1. 예비적·선택적 공동소송 제도 취지와 이론적 난제	

\* 논문접수: 2020. 4. 5.

\* 심사개시: 2020. 4. 7.

\* 게재확정: 2020. 4. 24.

## I. 판결개요

### 1. 사건 개요

(1) 공사수급인인 원고는 도급인인 피고들을 상대로 공사계약에 따른 정산금의 지급을 구하였다. 이 사건 소송에 참가승계를 한 승계인은 제1심 소송 계속 중 원고의 피고들에 대한 정산금 채권 중 일부에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 뒤 제3채무자인 피고들에 대하여 전부금의 지급을 구하면서 승계참가신청을 하였다. 원고는 참가승계인의 승계사실에 대해 다투지 않았으나 참가한 부분의 청구를 취하지는 않았다. 제1심은 인정된 정산금 채권이 채권압류 및 전부명령으로 인하여 참가승계인에게 이전되었음을 이유로, 원고의 청구를 기각하고 승계인의 피고들에 대한 청구를 일부 인용하였다.

(2) 참가승계인과 피고들은 제1심판결 중 자신의 패소 부분에 대해 항소하였으나 원고는 항소하지 않았다. 항소심 계속 중 피고들이 참가승계인의 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자 원고는 부대항소를 제기하였으나 이미 항소기간이 도과된 후의 부대항소였다. 그럼에도 항소심은 참가승계인의 전부명령이 무효라고 판단하고, 원고의 부대항소에 따른 청구를 일부 인용하고 오히려 참가승계인의 청구를 기각하였다. 종전 대법원 판결에 따르면 승계사실을 다투지 않는 원고와 참가승계인 간의 공동소송 형태는 통상 공동소송 관계이므로 원고가 제1심에서 패소한 뒤 불복하지 않음으로써 원고 청구 부분은 분리확정된다. 따라서 분리확정된 뒤에 원고가 제기한 부대항소는 부적법하다.

그럼에도 불구하고 항소심이 승계인의 청구를 기각하면서 원고의 부대항소를 받아들여 승계인과 원고는 상고를 제기하였다(피고는 어차피 지급할 돈이라고 생각해서인지 상고를 제기하지 않았다).

## 2. 이 사건 대법원 판결의 요지와 의미

### 가. 요 지

참가승계의 경우 피참가인이 승계 여부를 다투지 않는다면 피참가인은 독립당사자참가에 준하여 민사소송법 제80조에 따라 소송에서 탈퇴할 수 있고(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다67105, 67112 판결 등 참조), 그 경우 판결의 효력은 탈퇴한 피참가인에게도 미친다. 한편, 피참가인은 법 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 필요한데 상대방이 부동의하는 경우에는 피참가인이 소송에 남게 된다. 때로는 피참가인이 소송탈퇴나 소 취하를 하지 않은 채 소송에 남아 있는 경우도 있다. 이와 같은 경우 대법원은 오래전부터 참가승계인이 원고에게 아무런 청구를 하지 않으므로 독립당사자참가와 같은 삼면소송관계는 성립할 여지가 없어 독립당사자참가와 소송구조가 다르다고 판시하였다(대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1578 판결 이래 확립된 견해임). 나아가 종전당사자인 원고와 참가승계인의 관계에 관하여 대법원은 원고와 참가승계인은 ‘통상 공동소송’관계에 있다고 파악하였다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결).<sup>1)</sup> 이러한 입장은 2002년 민사소송법(이하 법이라 함) 개정 이후에도 줄곧 유지되었다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다65850 판결; 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결 등).

### 나. 이 사건 대법원 판결의 근거

대법원은 승계인과 피승계인의 공동소송관계를 통상 공동소송으로 본 기존 판례들을 폐기하면서 그 근거로서 다음 사항들을 제시하고 있다.

1) 2002년 민사소송법 개정(이하 ‘법 개정’ 혹은 ‘개정법’이라 함) 전에는 독립당사자참가

1) 사실관계는 2002년 개정 전의 사안이므로 개정법 이전의 사건으로 분류될 수 있을 것이다.

## ■ 법조 제69권 제2호(통권 제740호) 판례평석

소송은 양면참가만 가능하고 편면참가는 허용되지 않았으며, 독립당사자참가소송 외에는 달리 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 적용할 만한 소송형태나 근거가 없었다. 따라서 권리승계형 참가승계의 경우에도 원고가 승계 여부를 다투지 않는 경우에는 참가승계인이 원고에게 소송상 청구를 할 수 없어 독립당사자참가소송과 같은 삼면소송관계가 성립할 여지가 없었으므로 필수적 공동소송에 관한 규정이 적용될 수 없었다. 그런데 개정법은 당사자 한쪽을 상대로 하는 편면적 독립당사자참가소송을 허용하고, 예비적·선택적 공동소송을 신설하였으며, 두 소송절차에서 모두 필수적 공동소송에 관한 법 제67조를 준용하고 있다(법 79조 2항, 70조 1항). 이로써 법률상 양립할 수 없는 청구를 하는 공동소송인들 사이에 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 적용할 수 있는 법규적 근거가 마련되었다고 한다.

2) 권리승계형 참가승계에서 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 참가승계인의 피고에 대한 청구는 그 주장 자체로 법률상 양립할 수 없는 관계에 있다. 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, 저축을 방지하고 이를 합일적으로 확정할 필요성이 있다. 법 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 한다.

3) 참가승계에 관한 법 규정과 법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와의 정합성, 앞서 본 참가승계인과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성 등을 종합적으로 고려하면 원고가 참가승계인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아 있는 상황에서는 승계로 인해 중첩된 원고와 참가승계인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 법 제67조가 적용된다고 한다.

## II. 판례해설과 평석

대법원은 법 개정을 통해 편면참가가 허용되고 예비적·선택적 공동소송제도가 도입되었으므로 이 사건 대상 판결의 사안과 같이 참가승계인과 피승계인(원고)간의 다툼이 없어 기존의 원고가 소송에서 탈퇴하기를 원했지만 상대방의 동의가 없어 소송에 잔류한 경우 양자 간에는 법 제67조가 적용되어야 한다고 판시하였다. 따라서 편면참가와 예비적·선택적 공동소송 모두에 대한 논의를 살펴보는 것이 필요하겠지만 편면참가에 대한 논리는 비교적 간단하므로 대법원에 의해서 외연이 확장되고 있는 예비적·선택적 공동소송을 중심으로 기존의 논의를 살펴보고 유사한 제도를 갖고 있는 일본의 상황도 살펴보고자 한다. 우리와 일본 모두 소의 주관적 예비적 병합제도를 개선해서 새로운 제도를 만들고자 했기 때문인데 그 변형된 모습을 상호 비교하는 것 역시 우리에게 도움이 될 것이다.

### 1. 예비적·선택적 공동소송 제도 취지와 이론적 난제

#### 가. 도입경위와 기본 열개

개정법 규정 중 많은 논란을 불러일으킨 것 중의 하나는 예비적·선택적 공동소송 제도일 것이다. 소의 주관적 예비적 병합 형태의 소송을 인정하는 것이 필요하다는 견해도 많았지만 투망식 소송을 인정하게 될 우려가 있다는 점에서 그 절충방안으로 예비적·선택적 공동소송 제도를 도입한 것이다. 투망식 소송을 제어하는 안전판으로서 법률상 양립불가능성을 핵심 개념으로 설정하였고(법 70조 1항), 모든 공동소송인에 대한 청구에 대해 판단을 하도록 함으로써(2항) 예비적 혹은 선택적 당사자의 법적 불안을 제도적으로 방지하였다.

#### 나. 법 규정의 문제점

논의의 출발은 소의 주관적 예비적 병합제도의 도입 여부와 그 한계 설정이었는데도 불구하고 예비적 공동소송을 넘어 선택적 공동소송까지 도입하게 됨에 따라 예비적·선택적 공동소송제도는 한 가지의 색이 아닌 다양한 성격을 가진 제도로 파악되었다. 예비

## ■ 법조 제69권 제2호(통권 제740호) 판례평석

적·선택적 공동소송 제도를 다양한 분쟁해결 Frame의 획기적 개발이라는 점에서 자랑스러운 제도개선이라는 견해<sup>2)</sup>가 있는 반면 예비적·선택적 공동소송제도의 도입은 입법적인 과오라는 지적<sup>3)</sup>까지 나왔다.

### (1) 법적 성격 논란

우선, 공동피고를 주위적·예비적으로 결합한 형태는 의무자합일확정소송의 측면이 있으므로 독립당사자참가의 경우처럼 필수적 공동소송의 심리특칙을 준용하여야 한다고 한다.<sup>4)</sup> 하지만 다른 다양한 형태의 예비적·선택적 공동소송의 법적 성격에 대해서까지 설명하고 있지는 않다. 다른 형태의 예비적·선택적 공동소송의 법적 성격을 일관해서 설명하는 것이 어렵다는 것을 스스로 인정하는 것이 아닌가 생각된다. 한편, 예비적·선택적 공동소송이 필수적 공동소송과는 다르다는 점에서 통상 공동소송과 필수적 공동소송의 중간에 위치하는 준 필수적 공동소송이라고 평가하면서도<sup>5)</sup> 원고측 선택적 공동소송의 경우는 문제가 있다는 지적을 하는 견해가 있다. 즉, 원고가 피고를 상대로 소유권확인을 구하는 상황에서 제3자가 진정한 소유자라고 하면서 선택적 공동소송의 원고가 된 경우는 청구의 포기나 인낙이 가능하지만 독립당사자참가를 통해 참가인이 되면 청구의 포기나 인낙이 불가능해진다는 점을 지적하고 있다.<sup>6)</sup>

### (2) 법 규정 자체의 문제

예비적·선택적 공동소송의 법적 성격을 일률적으로 파악하기 어렵다는 점을 넘어 이 공동소송은 또 다른 난제를 내포하고 있다. 즉, 법 제67조의 필수적 공동소송의 심리특칙을 준용하면서도 청구의 포기·인낙, 화해 및 소의 취하는 가능하도록 한 법 제70조 제1항의 도입이 바로 그 것이다. 법 제67조 심리특칙의 준용과는 명백히 모순된 내용을 정면으로 인정하고 있는 것과 다름없기 때문인데 이로 인해 해석의 여러 어려움이 속출하게 된다. 예를 들면, 예비적 피고에 의한 인낙이나 화해를 허용할 것인지, 그리고 법조문에서 명시적으로 규정하고 있지 않은 공동소송인 1인의 자백을 허용할 것인지 여부에

2) 이시윤, 「신민사소송법(12판)」, 박영사(2018), 754면.

3) 호문혁, 「민사소송법(12판)」, 법문사(2014), 885면.

4) 이시윤, 앞의 책, 754면.

5) 강현중, 「민사소송법(7판)」, 박영사(2018), 823면.

6) 강현중, 앞의 책, 823~824면 참조. 동 견해에서는 예비적·선택적 공동소송과 독립당사자참가가 결합되는 경우에는 후자의 원칙을 적용하여야 한다고 한다. 따라서 원고들이 선택적인 공동소송의 형태를 구성하더라도 법 제70조 제1항 단서를 적용해서는 안된다고 한다(824면).

대해서도 견해가 심각하게 대립된다. 결국, 필자는 예비적·선택적 공동소송에 있어 필수적 공동소송의 심리 원칙 중 소송자료의 통일 원칙이 적용되기는 어렵다는 견해를 피력한 바 있다.<sup>7)</sup> 필수적공동소송의 심리 특칙과 예외를 동시에 허용하는 법 제70조 규정의 독특함은 해석의 어려움을 초래했을 뿐 아니라 전통적인 공동소송의 개념과는 부합하지 않는 매우 특이한 형태의 소송을 인정하는 결과를 낳게 되었다.

## 2. 일본의 동시심판신청 공동소송제도의 구조와 문제점

주관적·예비적(선택적) 병합을 인정하는 것에 대한 부작용을 최소화하기 위해 일본과 우리는 유사하면서도 상이한 공동소송제도를 도입하게 되었다. 즉, 우리가 필수적 공동소송의 성격을 갖는 예비적·선택적 공동소송 제도를 도입한 반면 일본은 통상공동소송의 형태의 동시심판제도를 도입한 것이다. 양 제도의 내용과 현황을 비교하는 것도 나름의 의미가 있을 것이다.

### 가. 취 지

일본에서는 1996년 민사소송법 개정(1998년 시행, 이하 96년 개정이라 함)을 통해 소의 주관적 예비적 병합의 개선된 형태를 입법하고자 하는 취지에서 공동피고의 불안한 법적지위를 해소하고 통일적인 판단을 얻을 수 있는 통상공동소송을 구상하게 되었다.<sup>8)</sup>

### 나. 병합형태

96년 개정에서 공동피고 일방에 대한 소송의 목적인 권리가 다른 공동피고에 대한 소송의 목적인 권리와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 경우 원고는 신청을 통해 변론과 재판권을 분리할 수 없도록 할 수 있게 되었다(일민소 41조 1항). 하지만 피고측에 의한 동시심판신청은 허용되지 않으며<sup>9)</sup> 원고측이 복수가 되어 하는 동시심판신청 역시 허용되지 않는다. 그런데 복수의 피고 상호간의 관계에 대해서는 예비적이라든가 선택적인 관계를 법 규정에서 명시적으로 설정하고 있지 않았고 더욱이 통상 공동소송 관계를 유지하고 있으므로 공동피고들 사이의 병합 형태에 대해 견해가 대립되었다. 즉, 공동피고

7) 한충수, 「민사소송법(2판)」, 박영사(2018), 710면. 같은 취지의 견해로는 호문혁, 앞의 책, 878면 참조.

8) 상세한 입법과정은 高見 進, “同時審判の申出がある共同訴訟の取扱い”, 「民事訴訟法理論の新たな構築(新堂幸司先生古稀祝賀)」, 上卷 有斐閣(2001), 676면 이하 참조.

9) 兼子 一, 「條解民事訴訟法(2版)」, 弘文堂(2011), 224면.

## ■ 법조 제69권 제2호(통권 제740호) 판례평석

에 대한 청구는 단순병합의 형태로 인정해야 한다는 입장이 다수이지만<sup>10)</sup> 그렇게 해석할 경우 공동피고들에 대한 청구와 주장이 모순되므로 적어도 주장만이라도 주위적·예비적 관계로 인정해야 한다는 소수 견해도 존재한다.<sup>11)</sup>

### 다. 심리와 재판

1) 동시심판신청에 따른 공동소송은 피고들에 대한 청구가 법률상 양립할 수 없는 상황에서 원고의 신청에 따라 통상 공동소송 형태에 일정한 제약을 부과하게 되는 모습을 갖게 된다. 우선, 원고의 신청이 있으면 변론과 재판은 분리될 수 없으므로(일민소 41조 1항) 법원은 원고와 공동피고들 사건 전체에 대해 판단을 하여야 한다. 하지만 항소제기는 개별적으로 이루어지게 되고 통상 공동소송의 독립의 원칙이 훼손되지 않는다. 따라서 공동소송인 1인의 항소제기는 다른 공동피고에 대해 영향을 미치지 않게 되며 주장 공통의 원칙도 적용되지 않는다.<sup>12)</sup> 다만, 각기 제기된 항소로 인해 사건이 분리되었지만 동일한 항소법원에 계속 중이면 이들 사건을 병합해야하는 것으로 규정하고 있다(일민소 41조 3항). 나아가 원고는 항소심 변론종결시까지 동시심판의 신청을 할 수 있으며 아울러 그 신청을 철회할 수도 있다. 철회를 하게 되면 사건은 통상 공동소송관계로 복원된다.<sup>13)</sup>

2) 동시심판신청 제도의 도입으로 인해 기존의 주관적 예비적 병합 형태의 소가 적법성을 떨 것인지 여부에 대해 이를 인정하는 견해 역시 존재하지만<sup>14)</sup> 적법성을 부정하는 견해가 다수이다.<sup>15)</sup> 그러나 주관적 예비적 병합신청을 하는 원고에 대해 법원이 석명을 통해 동시심판신청으로 취급하는 것도 가능하다는 견해도 있다.<sup>16)</sup> 한편, 사실상 양립불가능한 청구를 피고들에게 하는 경우도 동시심판신청의 대상으로 할 것인지에 대해서도

10) 伊藤 眞, 「民事訴訟法(第4版 補訂版)」, 有斐閣(2014), 621面

11) 高見 進, 前掲論文, 680面 참조. 이에 대해서는 청구가 단순하게 병합되는데 주장만을 주위적·예비적으로 하는 것이 가능할지 의문스럽다는 지적도 있다(高橋宏志, “主觀的豫備的併合について”, 法學教室 204号, 113面 이하 참조).

12) 伊藤 眞, 前掲書, 622面

13) 伊藤 眞, 前掲書, 622面

14) 高田裕成, “同時審判の申出がある共同訴訟”, 法學教室 No. 192(1996. 9.), 17面

15) 伊藤 眞, 前掲書, 623面

16) 河野正憲, 「民事訴訟法」, 有斐閣(2009), 703面

부정하는 견해가 입법자의 의사이고 다수 견해를 차지하고 있지만 특별한 사정이 없는 한 법원은 변론의 분리를 하지 않는 것이 바람직하다는 견해<sup>17)</sup> 혹은 동시심판 규정의 법적 효과가 크지 않다는 점을 들어 사실상 양립불가능한 경우에도 동 규정을 준용하는 것이 가능하다는 소수 견해<sup>18)</sup> 역시 존재한다.

3) 피고들 중 일방에 대해 중단 혹은 중지사유가 발생한 경우에도 다른 피고에 대한 영향은 미치지 않으므로 절차를 계속 진행할 수 있지만 변론과 재판을 분리할 수 없다는 원칙에 따라 법원은 사실상 절차 전체를 정지할 수밖에 없을 것이며 적어도 변론종결시점을 동일하게 할 것으로 판단된다.<sup>19)</sup> 그러나 이러한 소극적인 방법을 넘어 중단과 중지 규정을 유추적용해서 피고 중 일방에게 중지나 중단사유가 발생하면 전체 절차를 정지하여야 한다는 견해도 있다.<sup>20)</sup>

#### 라. 문제점

현재까지 일본에서 동시심판제도와 관련된 판례가 보고되고 있지 않아 실무상 운용의 문제점을 파악하기는 어렵다. 이와 같이 이용이 저조한 것은 논리적으로 모순되는 청구를 통상 공동소송을 유지하면서 변론과 재판만을 분리하지 못하도록 하는 것이 자체가 강력한 효력을 갖지 못하기 때문에 별도로 이러한 형태의 공동소송을 영위할 실익이 없는 것이 아닌가 생각된다. 동시심판제도는 통상 공동소송의 근간을 유지하면서 분리된 변론과 재판만을 지양하였기에 여전히 소의 주관적 예비적 병합청구의 적법성 여부에 대한 논의가 진행중인 것으로 생각된다.

### 3. 대법원의 예비적·선택적 공동소송의 외연 확대와 문제점

대법원은 이 사건 대상 판결 이전에도 예비적·선택적 공동소송의 외연을 확대해 오고 있다. 이러한 현상은 사건의 통일적인 해결을 위해서는 법 제67조의 필수적 공동소송의 심리특칙을 적용할 대상을 넓게 인정해야 한다는 실무적인 정서에서 비롯된 것으로 보

17) 伊藤 眞, 前掲書, 622面

18) 高橋宏志, 「重點講義民事訴訟法(下) 補訂2版」, 有斐閣(2010), 306面

19) 兼子 一, 前掲書, 225面

20) 河野正憲, 前掲書, 704面

## ■ 법조 제69권 제2호(통권 제740호) 판례평석

이다. 그러나 이론적으로는 매우 무리한 해석에 터 잡고 있는 것은 아닌지 의문이 들뿐 아니라 실무적으로 보더라도 당사자의 처분권 및 신뢰 보호를 훼손할 수 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 대표적인 두 가지 점을 적시하고자 한다.

### 가. 사실상 양립불가능성으로의 외연 확대

(1) 이론적인 해석의 어려움을 초래한 특수한 형태의 공동소송인 예비적·선택적 공동소송 제도는 적어도 법률상 양립불가능한 청구라는 조건을 엄격히 충족시키는 것을 전제로 인정되어야 한다. 그렇지 않으면 이론적인 문제점이 너무 많이 드러나기 때문이다. 따라서 이 제도의 요건을 완화해서 해석하는 것은 바람직하지 않다고 생각되었는데 예상과 달리 대법원은 예비적·선택적 공동소송의 조건, 특히 법률상 양립불가능성을 완화해서 해석해 오고 있다.

(2) 대법원은 법률상 양립불가능성에 대한 한계를 넘어 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 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계는 ‘소송법적 양립불가능성’이라고 칭하면서 예비적·선택적 공동소송은 이 경우도 포함한다고 판시하였고(2004. 5. 14. 선고 2004다9244 판결;<sup>21)</sup> 대법원 2007. 6. 26. 자 2007마515 결정; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다49430 판결; 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009다7076 판결 등 참조) 이 사건 대상 판결 역시 이러한 입장을 견지하고 있다.

(3) 대법원이 언급하는 소송법적 양립불가능성은 사실상 양립불가능에 대한 다른 표현에 불과하다. 어느 한 당사자의 혹은 당사자에 대한 청구에 대한 사실인정이 다른 당사자의 혹은 당사자에 대한 판단에 영향을 미치는 경우까지도 포섭을 하게 되는데 두

21) 동 판결의 원심판결인 서울고등법원 2004. 1. 14. 선고 2003나6639 판결에서 “선택적 공동소송은 피고들에 대한 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 경우에 허용되나, 이 사건과 같이 사고지점 도로부문의 관리자가 피고들 중 누구인지 하는 택일적 사실인정의 경우도(경기도와 의왕시) 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 경우에 포함한다고 할 것이므로, 피고들을 상대로 한 이 사건 선택적 공동소송은 적법하다”고 판시하였다. 동 판결에서는 택일적 사실인정의 문제도 법률상 양립불가능한 경우에 포함된다고 하였으나 그 후의 대법원 판결은 소송법적 양립불가능성이라는 개념을 내세우고 있다.

사람에 대한 결과가 항상 상반될 수는 없으며 이를 담보할 수단도 없기 때문이다. 예를 들어, 앞서의 2004다9244 판결에서는 도로관리책임이 피고 경기도 혹은 피고 의왕시에 있는지가 문제된 것이며, 2007마 515 결정에서 문제된 내용은 “동 대표 지위 부존재확인 의 소”에서 누가 피고적격을 갖는가 하는 것이었다. 원고는 최초 개인을 상대로 소를 제기하였으나 불안을 느낀 나머지 입주자대표회의를 피고로 추가하는 주관적·예비적 피고의 추가 신청을 하였다. 위 판례에 따르면 개인이나 대표회의 중 어느 하나가 피고적격을 갖는다면 다른 쪽은 피고 적격을 갖지 못한다고 하지만 둘 다 피고 적격을 갖는다고 하는 상황을 법적으로 배제하지는 못하는 상황에서 이를 소송법적 양립불가능한 상황이라고 하는 것은 적절하지 못하다.<sup>22)</sup>

(4) 사실상 양립불가능한 상황을 예비적·선택적 공동소송의 대상으로 포섭을 하게 되면 공동소송의 형태를 당사자가 선택할 수 있게 되는 불합리한 결과를 초래하게 된다. 앞서의 2007마515 결정 사례에서 보듯이 원고는 피고적격에 대한 확신이 없을 경우 개인과 입주자대표회의를 공동피고로 하여 통상 공동소송 형태로 부존재확인 의 소를 얼마든지 제기할 수 있다. 그러나 이러한 신중한 선택을 하지 못하고 개인만을 상대로 소를 제기한 경우에는 대표자회의를 예비적 공동소송의 피고로 하여 추가신청을 할 수밖에 없게 된다. 통상 공동소송에서는 당사자를 추가할 수 없기 때문인데 이와 같이 예비적 피고를 추가한 후에 사정이 변경되어 피고들을 공동피고로 하는 통상 공동소송의 형태로 변경하고자 할 경우 이를 불허하기는 어렵다고 판단된다.

#### 나. 필수적공동소송과 통상공동소송의 공존 허용

대법원은 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다232913 판결을 통해 또 다른 방향에서 예비적·선택적 공동소송을 유연하게 해석함으로써 사용 영역을 확대하고 있다. 이 사건에서 원고는 최초 경기도 의료원을 상대로 불법행위를 원인으로 한 주위적 및 예비적 청구만을 병합하였는데 주위적으로는 응급의료법상 구급차의 운전자로서의 책임을, 예비적으로는 경기도의료원이 이 사건 구급차의 운용자가 아니라 하더라도 구급차에 응급구조사의

22) 주주총회 결의취소나 결의무효확인소송에서 회사가 피고적격자라고 하는 점에 대해 판례(대법원 1982. 9. 14. 선고 80다2425 전원합의체 판결)와 학설이 일치하는 것은 취소판결이나 확인소송에 대한 대세적 효력을 인정하는 데서 비롯되는 것이므로 여타의 단체소송에 있어 반드시 단체만이 피고적격을 갖는다고 단정할 수는 없을 것이다.

## ■ 법조 제69권 제2호(통권 제740호) 판례평석

담승여부를 고려하지 않은 의료진의 잘못이 있다는 것을 근거로 한 손해배상청구를 예비적으로 병합하였다. 그런데 원고는 그 후 경기도 의료원에 대한 주위적 청구와 관련해서 구급차의 운전자로서 주식회사 하나구급센터를 예비적 피고로 하는 추가신청을 하기에 이르는데 법원은 이를 허용하였다. 문제는 법원의 허용 결정을 통해 원고의 주위적 피고에 대한 예비적 청구(경기의료원의 의료진의 과실에 기한 손해배상청구)와 예비적 피고에 대한 청구(구급차 운전자로서의 손해배상책임)가 양립가능한 지위에 서게 된다는 것이다. 법원은 이러한 상황을 통상공동소송으로 파악하고 있다. 사실상 양립불가능한 청구를 예비적·선택적 공동소송으로 인정한 것에 대한 문제는 차치하고라도 하나의 소송절차 안에서 원고와 피고들 간에 청구별로 필수적공동소송과 통상공동소송이 공존하는 심리가 가능하다고 볼 수 있는지 매우 의문이다.

### 4. 이 사건 대상 판례의 입장과 비판

#### 가. 대법원의 핵심 논거

대법원은 기존의 판례를 변경하는 필요성에 대하여 장황히 설명하고 있으나 그 핵심은 승계제도(권리승계형 참가승계에 국한된 문제일지도 모른다)를 편면참가 및 예비적·선택적 공동소송제도의 영역으로 편입시켜 필수적 공동소송에 대한 특칙규정인 법 제67조를 적용하고자 한 것이다. 구분해서 논거를 설명해 보고자 한다.

#### (1) 편면참가 허용과 예비적·선택적 공동소송제도의 도입

법 개정 전에는 이 사건 대상판결의 사안과 같이 피참가인이 참가승계인의 권리를 다투지 않는 경우 편면참가는 허용되지 않았으므로 필수적 공동소송에 관한 규정이 적용될 수 없었다. 아울러 개정법은 예비적·선택적 공동소송을 신설하였으므로 법률상 양립할 수 없는 청구를 하는 공동소송인들 사이에 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 적용할 수 있는 법규적 근거가 마련되었다.

#### (2) 합일확정의 필요성

권리승계형 참가승계의 경우에도 원고의 청구가 그대로 유지되고 있는 한 독립당사자 참가소송이나 예비적·선택적 공동소송과 마찬가지로 필수적 공동소송에 관한 규정을 적용하여 같은 소송 절차에서 두 청구에 대한 판단의 모순, 저촉을 방지하고 이를 합일적

으로 확정할 필요성이 있다. 법 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.

### (3) 보충의견

보충의견에 따르면 이 사건 대상판결의 사안은 승계인과 원고의 양립불가능한 청구가 모두 유지되고 있다는 면에서 편면참가한 독립당사자참가인과 유사하며, 아울러 원고가 승계를 다투지 않으므로 승계인은 주위적 원고, 피승계인은 예비적 원고의 관계와도 흡사하다고 한다. 따라서 법원은 원고와 참가승계인으로 하여금 그들의 청구가 어떤 관계에 있는지 분명히 하도록 석명하는 것이 바람직하다고 한다. 결국 이들은 기존 청구를 예비적·선택적 공동소송으로 변경하거나 그렇지 않으면 편면적 독립당사자참가소송에 준하는 취급을 받게 될 것이므로 어느 경우나 법 제67조의 적용을 받는다는 점에서 다르지 않다.

## 나. 비 판

### (1) 참가승계와 편면참가

① 참가승계의 경우 법 제79조의 형식을 빌려 참가하지만 반드시 독립당사자참가의 실질을 갖는 것을 전제하지 않았으므로 법 개정 이전에도 편면참가 형태의 참가승계가 허용되었다. 판례 역시 아주 오래 전에는 참가승계의 경우 피참가인과의 다툼이 없어도 쌍면적인 신청형식을 취할 것을 요구하였으나 태도를 변경하여 편면참가 형태의 참가승계를 인정하였다.<sup>23)</sup> 그러나 그렇다고 해서 그러한 참가승계가 독립당사자참가의 실질을 갖는 것은 아니었다. 참가승계가 독립당사자참가의 실질을 갖기 위해서는 승계사실을 피승계인이 다투어야 하며 이로써 승계인은 민사소송 등 인지법에 따라 인지를 첩부하고(인지법 6조 2항, 2조) 법원 역시 독립한 민사사건으로 취급하게 되는 것이다.<sup>24)</sup> 따라서 법 개정에 따라 편면참가가 허용됨으로써 승계인과 피승계인간의 공동소송인들에게 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 적용할 수 있는 근거가 마련되었다는 것은 정확한 설

23) 대법원 1975. 11. 25. 선고 75다1257, 1258 판결. 이시윤, 「주식민사소송법(I)」, 사법행정학회(1991), 439면.

24) 민사접수서류에 붙일 인지액 및 그 편철방법 등에 관한 예규(재민 91-1) 개정 2018. 6. 7. [재판예규 제1692호, 시행 2018. 7. 1.] 별표 참조

## ■ 법조 제69권 제2호(통권 제740호) 판례평석

명이 될 수 없다. 참가승계의 경우 독립당사자참가의 형식을 빌리는 것일 뿐이며 이 사건 대상판결의 사안과 같이 승계사실의 다툼이 없는 경우에는 개정 전후를 불문하고 독립당사자참가의 실질을 갖지 않으므로 편면참가에 준하는 소송구조로 파악할 수 없음은 명백하다.

② 편면참가 제도 하에서도 참가인과 기존 당사자 간의 대립·견제 관계는 여전히 요구된다.<sup>25)</sup> 특히 원고의 본소 청구와 독립당사자참가인의 청구가 주장 자체에서 양립할 수 없는 관계에 있는 경우에 허용되고, 편면적 독립당사자참가의 경우에도 이러한 요건을 갖추어야 한다는 점은 이 사건 대상 판결도 시인하고 있다. 다만, 기존의 당사자 중 일방은 탈퇴를 통해 다툼의 장에서 물러날 수 있게 된다(법 80조). 이 사건 대상 판결의 사안과 같이 기존의 원고가 승계인의 승계사실을 다투지 않는다면 처음부터 독립당사자참가의 성격을 가질 수는 없는 것이다.

### (2) 참가승계와 예비적·선택적 공동소송

#### 가) 참가승계 유형과 예비적·선택적 공동소송

대법원은 승계인과 피승계인 사이의 청구 내용이 법률상 양립불가능한 관계에 있고 개정법에서 예비적·선택적 공동소송을 인정하고 있으므로 필수적 공동소송의 심리특칙 규정을 적용할 수 있는 근거가 마련되었다고 한다. 이 사건 대상 판결의 사안에서 승계인은 원고의 피고에 대한 정산금지급채권 중 일부를 압류 및 전부 받았다는 것을 이유로 참가승계신청을 하였고 피승계인 원고는 이를 다투지 않았지만 그렇다고 전부된 청구 부분에 대해 소 취하를 하지도 않았다. 따라서 승계사실을 다투지 않는 참가승계의 경우 소송의 외관만 본다면 승계인은 주위적 원고, 피승계인은 예비적 원고의 모습을 한 예비적 공동소송관계로 파악될 수도 있다. 그러나 이는 어디까지나 외관의 모습에 불과하다.

#### 나) 예비적·선택적 공동소송과 필수적 공동소송

i) 예비적·선택적 공동소송에 법 제67조를 준용한다고 해서 본래의 필수적 공동소송과 법적 성질이 동일하게 되는 것은 아니다. 특히 예비적·선택적 공동소송은 합일확정의 필

25) 한충수, 앞의 책, 758면.

요성이 반드시 요구되는 성격의 소송이 아니며 나아가 우연히 하나의 소송절차에서 예비적·선택적 공동소송의 형태로 진행되더라도 언제든지 소취하 등을 통해 단일한 소송의 형태로 전환될 수 있는 매우 탄력적인 공동소송이다(법 70조 1항 단서). 따라서 예비적·선택적 공동소송은 당사자의 선택에 따라 신청을 하지 않으면 인정될 수 없다. 그럼에도 불구하고 대법원은 이 사안에서 마치 승계인과 피승계인간의 청구가 양립할 수 없는 것이므로 당해 절차를 예비적·선택적 공동소송으로 간주하여 법 제67조를 적용할 수 있다고 판단하고 있는데 이는 명백히 처분권주의를 위반하는 것이다. 보충의견에서는 이를 의식해서인지 원고와 참가승계인이 자신들의 청구취지와 청구원인을 예비적·선택적 공동소송으로 변경하는 경우 예비적·선택적 공동소송 절차에 따라 소송을 진행하여야 한다고 실시하고 있다. 그러나 이러한 사안에서 과연 법원이 당사자에게 석명을 구하는 것이 적절한 것인지도 의문인데 법원의 과도한 개입이 아닌지 의문이 들기 때문이다.

ii) 우선, 이 사건 대상판결의 사안은 원고가 1심 소송절차를 진행하던 중 승계인이 전 부명령을 얻어 참가승계를 한 것이다. 따라서 양자의 관계를 예비적·선택적 공동소송으로 보더라도 법 제68조가 준용되므로 기존의 원고가 추가신청을 해서 법원의 허가를 얻어야만 한다. 승계인이 원고측으로 추가되는 것이므로 추가되는 승계인의 동의 역시 필요하다(법 68조 1항 단서). 예비적·선택적 공동소송의 공동원고가 되기 위해 필요한 추가신청과 법원의 허가결정 및 승계인의 동의가 없음에도 양자의 청구가 양립할 수 없는 관계에 있다는 판단만으로 참가승계를 한 승계인에게 주위적 원고의 지위를 인정하는 것은 처분권주의 위반일 뿐 아니라 법적 근거도 없다.

iii) 한편, 근본적으로는 참가승계 및 인수승계제도와 예비적·선택적 공동소송제도를 결합해서 활용하는 것이 가능한 것인지에 대한 근본적인 고찰 역시 필요하다. 예를 들어 이 사건 대상판결과 같은 사안에서 승계인이 자신을 주위적 원고로 하고 기존의 원고를 예비적 원고로 하는 예비적 공동소송 형태의 참가승계 신청을 하는 것이 가능한가 하는 것부터 고찰할 필요가 있다. 예비적 원고가 되는 기존의 원고가 동의를 하는 경우에는 아무런 문제가 없다는 견해(그러한 동의가 없다면 처분권주의 위반)는 이 사건 대상판결의 사안과 달리 만일 원고가 피고를 상대로 물건인도청구를 하는 가운데 점유가 제3자에게 이전되었는지 불분명한 경우에는 동 제3자를 예비적 혹은 선택적 피고로 하는

소송인수신청은 가능하다고 한다.<sup>26)</sup>

iv) 실정법상의 아무런 근거도 없이 위와 같이 승계제도와 예비적·선택적 공동소송제도를 임의로 결합하는 것이 허용될 수 있는 것인지 매우 의문이다. 우선, 두 제도는 그 목적을 달리한다. 참가승계는 승계인이 피승계인의 지위를 이전받았는가 여부가 핵심 쟁점이며 양자 간의 이에 대한 다툼 여부에 따라 독립당사자참가 형태나 혹은 통상 공동소송 형태를 전제로 설계된 제도이다. 반면 예비적·선택적 공동소송은 승계여부가 관건이 아니라 누가 권리자인지(원고측면) 혹은 누가 책임을 부담하느냐의 문제(피고측면)이고 제한적인 필수적 공동소송의 심리 원칙을 법에서 명시하고 있어 승계제도와 결합은 전혀 예정되어 있지 않았다. 더구나 법률상 양립불가능한 청구만을 대상으로 하는 예비적·선택적 공동소송제도와 승계제도는 공존하기 어려운 제도임이 분명하다.

다) 필수적 공동소송 심리특칙은 정당한 결론을 위한 필수적 도구인가?

i) 승계사실에 대해 다툼이 없는 승계인과 피승계인의 청구가 상호간에 법률상 양립불가능하다고 해서 예비적·선택적 공동소송의 법리를 바로 적용할 수는 없다. 당사자의 선택이 없기 때문이다. 더구나 기존의 원고가 승계사실을 다투지 않는데 예비적 공동소송으로 소를 구성할 현실적인 필요성은 없으며 통상 공동소송 형태의 소송으로 문제를 해결하지 못하는 것도 아니다. 종전 판례들에 따르면 승계사실이 인정되면 원고청구를 기각하고 승계인의 청구를 인용하는 것으로 충분했다. 오히려 원고와 승계인의 각 청구가 일부씩 인정될 수 있어 이를 예비적·선택적 공동소송 형태로 보는 것보다 보다 유연한 결론에 이를 수 있다.

ii) 다만, 문제는 이 사건 대상 판결 사안과 같이 승계인이 승소한 1심 판결에 대해 원고가 항소를 제기하지 않았을 때 발생할 수 있다. 즉, 항소심 심리결과 승계사실이 인정되지 않아서 원고청구를 인용해 주어야 하는데 원고가 항소를 제기하지 않아 이를 해결할 수 없는 부당한 결과가 발생한다는 것이다. 결국 억울한 원고를 위해 법원이 예비적·선택적 공동소송 법리와 독립당사자참가 법리를 가져와 항소하지 않은 원고에게 승소판결을 해 줌으로써 정당하고 바람직한 결론에 이르게 된다는 것이다. 그러나 대법원이 바람

26) 강현중, 앞의 책, 826면.

직한 결론이라고 도출한 상황은 원고입장에서만 사물을 볼 때이고 다른 당사자 입장에서는 매우 부당한 결론이 아닐 수 없다. 공동소송의 기본 원리 역시 통상 공동소송 관계이므로 필수적 공동소송의 심리특칙은 합일확정의 필요성이 분명한 곳에서 예외적으로 적용되어야 할 것이다.

(3) 필수적 공동소송의 심리특칙 적용을 당사자가 선택할 수 있는 것인지 여부

① 법 제67조의 적용과 준용을 통해 필수적 공동소송의 심리특칙을 적용하게 되는 상황의 핵심조건은 합일확정의 필요성인데 고유필수적 공동소송의 경우는 실체법상의 권리처분권의 공동 귀속 내지 판결의 모순 저축을 방지해야 하는 현실적인 필요성(소송법적 이익)을 통해 이 요건이 언제나 충족된다. 유사필수적 공동소송의 경우에는 승소판결에 대세적 효력이 인정되거나 이러한 효력이 인정되지 않더라도 판결의 모순저축을 피하기 위해 소송법적인 이해관계에 의해서 필수적 공동소송의 심리특칙을 준용하거나 유추하는 경우가 있다.<sup>27)</sup> 그러나 두 경우 모두 당사자의 의사에 의해서 필수적 공동소송의 심리특칙 규정의 적용 여부를 결정하는 상황은 허용되지 않는다.

② 법 제67조를 준용하는 독립당사자참가의 경우도 당사자가 심리특칙 규정의 적용을 선택할 수 있는 상황은 허용되지 않는다. 그런데 예비적·선택적 공동소송의 경우는 심리특칙 적용 여부를 선택할 수 있는 상황이 허용되었는데 법원이 그 요건을 완화해서 사실상 양립불가능한 청구에까지 그 대상을 확장함에 따라 당사자는 피고들을 예비적 혹은 선택적 공동소송관계로 설정하거나 공동책임을 물어 통상 공동소송관계로 소송을 구성하는 자유를 어느 정도 갖게 되었다. 따라서 원고는 누락된 제3자를 예비적 혹은 선택적 피고로 하기 위한 신청을 해서 허가를 얻어 소송을 진행하던 중 기존 피고와 후발적으로 피고가 된 제3자를 공동피고로 하여 공동책임을 소구하는 것도 가능할 것이다.<sup>28)</sup> 하지만 이러한 상황을 참가승계 영역까지 확대할 수는 없다. 참가승계와 예비적·선택적 공동소송 제도는 서로 연관되어질 법적 근거가 전혀 없을 뿐 아니라 제도적 취지도 다르기 때문이다.

27) 한충수, 앞의 책, 699면.

28) 한충수, 앞의 책, 707면.

### III. 결 론

(1) 민사소송법 규정 중에서 가장 혹사당하면서도 가장 애물단지가 무엇이나고 하면 서슴없이 법 제67조를 들 것이다. 원, 피고간의 대립구도를 전제로 하는 합일확정의 필요성이라는 개념이 3자간의 대립구조인 독립당사자참가에도 차용되면서 변용이 불가피 했는데 급기야는 예비적·선택적 공동소송이라는 매우 독특한 공동소송에도 준용됨에 따라 법 제67조의 절반이 명시적으로 포기당하는 수모를 겪게 되었다(청구의 포기·인낙 등이 가능하다는 점). 이 모두가 하나의 절차에 병합된 모든 사람과 청구를 하나의 판결로 통일적으로 해결되어야 한다는 강박에서 비롯된 것이 아닌가 생각된다.

(2) 대법원은 이 판결을 통해 다시 한 번 법 제67조의 영역을 확대하고 있다. 그것도 법 개정을 통해 이미 도입된 지 18년이 다 된 편면참가와 예비적·선택적 공동소송제도를 소환하는 방법을 제시하고 있다. 하지만 개정 이후에도 대법원은 최근까지 줄곧 이 사건 대상판결의 사안을 통상 공동소송으로 취급해서 재판을 해 왔다. 그런데 지금 그 입장을 변경해야 하는 이유는 무엇일까? 당사자의 의사 존중보다는 재판 결과의 통일을 위한 합일확정의 필요성이라는 용어가 갖는 ‘공정’한 느낌 때문일까? 절차의 공정이라는 화두가 우리 사회 안에서 갈구되어지는 현실 인식에서 비롯된 것일지도 모르겠다. 그러나 처분권주의와 변론주의를 근간으로 해서 당사자에게 변론의 주도권을 인정하는 소송제도 역시 그냥 주어진 것이 아니라 근대 시민사회의 노력과 땀의 대가로 얻어진 것임을 우리는 잊어서는 안 될 것이다.

## | abstract |

Successor's Intervention and Special Provision  
for Indispensible Co-Litigation

choong-soo HAN\*

Under Article 81 of the Korean Civil Procedure Act(hereafter, called KCPA) which stipulates successor's intervention, the successor will apply for intervention in accordance with the provisions of Article 79 of the KCPA. If the inheritee apparently does not contend for succession, the successor does not need to litigate against the inheritee separately. And the inheritee may withdraw from the procedure. However, if the other party does not agree with the withdrawal, the inheritee has to inevitably remain in the process. At this time, the form of co-litigation between the inheritee and successor is a ordinary co-litigation, which is an established position of the Korean Supreme Court(hereafter called KSC) in the previous cases. The KSC, however, ruled in this case that the co-litigation between the two parties should be subject to Article 67 of KCPA, a special provision that is applied to the indispensable co-litigation. The KSC, on the basis of changing its previous position, said that it should be applied the provisions of indispensable co-litigation, as long as the plaintiff's claims remain intact in the case of succession because one-sided Intervention as Independent party against either and preliminary or selective co-litigation were introduced under the revision of the 2002 KCPA, to prevent any inconsistency and compromise in judgment on the two claims in the same proceedings. In other words, Article 81 stipulates that the successor shall participate in a suit in accordance with Article 79 of the KCPA on the intervention as independent party, which is subject to Article 67 of the special provisions on the indispensable co-litigation, in paragraph 2, so Article 81 provides the basis for the application of the special provisions on the indispensable co-litigation. However, if the inheritee apparent does not contend for succession, the conditions for one-sided Intervention as independent party against either are not met because there is no conflict between the three parties. Furthermore, change of the opinion in this case is not reasonable because preliminary or selective co-litigation cannot be valid without a application of party.

---

\* professor at Hanyang Law School.

■ 참고문헌 ■

〈국내문헌〉

단행본

- 강현중, 「민사소송법(7판)」, 박영사(2018).  
이시윤, 「신민사소송법(12판)」, 박영사(2018).  
한충수, 「민사소송법(2판)」, 박영사(2018).  
호문혁, 「민사소송법(12판)」, 법문사(2014).  
주석민사소송법(I), 사법행정학회(1991).

〈외국문헌〉

- 兼子 一, 「條解民事訴訟法(2版)」, 弘文堂(2011).  
伊藤 眞, 「民事訴訟法(第4版 補訂版)」, 有斐閣(2014).  
河野正憲, 「民事訴訟法」, 有斐閣(2009).  
高橋宏志, 「重點講義民事訴訟法(下) 補訂2版」, 有斐閣(2010).  
高見 進, “同時審判の申出がある共同訴訟の取扱い”, 「民事訴訟法理論の新たな構築(新堂幸司先生古稀祝賀)」, 上卷 有斐閣(2001).  
高橋宏志, “主觀的豫備的併合について”, 法學教室 204号.  
高田裕成, “同時審判の申出がある共同訴訟”, 法學教室 No. 192(1996. 9.).