

민사소송절차에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

이 헌 목*

〈국문초록〉

본 글에서는 민사소송절차에서 정당한 당사자가 될 수 있는 자격인 당사자적격에 적용되어야 할 국가의 법에 대하여 살펴보았다. 당사자적격은 민사소송법의 영역에서 주로 논의되기 때문에 ‘절차는 법정지법에 따른다.’는 원칙상 당연히 법정지의 민사소송법이 적용된다고 생각하기 쉽다. 이러한 이유 때문인지 당사자적격의 준거법에 관한 법원 판결을 거의 찾아볼 수 없다. 그러나 절차적 사항에 해당하는 당사자적격의 개념이나 요건은 법정지법인 우리 법이 적용되어야 하지만, 법률관계에 대한 처분권이 있는 자에게 당사자적격이 인정되는 것이 원칙이므로 당사자적격의 결정에 있어서 외국법이 적용되는 경우가 적지 않다. 그러함에도 불구하고 법률관계에 대한 처분권이 발생하는 근거가 매우 다양하고, 우리에게 매우 생소한 외국의 법제도가 적지 않으며, 절차법적 성격과 실체법적 성격을 모두 갖고 있는 경우도 적지 않기 때문에, 당사자적격의 결정에 있어서 적용되는 국가의 법에 관하여 일률적인 기준을 확정하는 것은 불가능해 보인다. 결국 개별적 사안마다 이를 판단할 수밖에 없는데, 다만 소송의 형태에 따라서 어느 정도의 기준이 제시될 수 있을 것이다.

주제어 : 당사자적격, 준거법, 절차와 실체, 채권자취소권, 간접소권

• 투고일 : 2023.03.30. / 심사일 : 2023.04.24. / 게재확정일 : 2023.04.24.

I. 서론

당사자적격은 분쟁의 대상인 법률관계와 직접적 이해관계를 맺고 있는 자에게 인정되는 것이 원칙이다. 이러한 당사자가 소송을 수행하고 판결의 효력을 받기에 적절한 자이기 때문이다. 구체적으로 민사소송절차는 분쟁의 대상인 법률관계를 처분하는 절차이므로 그에 대한 처분권이 있는 자에게 당사자적격이 인정된다.

이러한 당사자적격은 어느 국가의 민사소송절차에서나 필요한 개념이므로

* 경북대학교 법학전문대학원 교수 / 법학연구원 연구위원

영미법에서도 인정된다. 영국¹⁾의 경우에는 청구원인(cause of action)²⁾과 관련하여 충분한 이해관계를 가진 자만을 적법한 당사자로 보고 있는데 이를 *locus standi*, standing 또는 proper party라고 지칭한다.³⁾ 미국의 경우에는 연방민사소송규칙(Federal Civil Procedure Rules) 제17조(a)(1)에서 “소송은 이해관계가 있는 진정한 당사자의 이름으로 제기되어야 한다.”(An action must be prosecuted in the name of the real party in interest)고 규정하여 당사자적격을 요구하고 있다. 그러나 당사자적격의 구체적인 내용은 나라마다 차이가 있다.

그런데 소가 적법하기 위해서 당사자에게 당사자적격이 있어야 한다는 점 및 당사자적격의 개념과 요건은 실제적 법률관계의 발생·변경·소멸과 직접적 관련이 없는⁴⁾ 절차적 사항에 해당한다. 따라서 우리 법원에서 진행되고 있는 사건에서는 ‘절차는 법정지법에 따른다.’(*forum regit processum*)는 원칙상 법정지법인 우리 법이 적용된다.⁵⁾ ‘절차는 법정지법에 따른다.’는 원칙은 실체법(substantive law)은 국제사법에 의하여 결정된 준거법(*lex causae*)이 적용되지만 절차법(procedural law 또는 adjective law)⁶⁾은 준거법에 관계없이 법원이 소재한 국가의 법인 법정지법(*lex fori*)이 적용된다는 원칙이다.⁷⁾

1) 본 글에서의 ‘영국’은 England만을 의미한다.

2) ‘cause of action’이란 우리의 청구원인 또는 소송물에 상응하는 개념으로서 청구권(claim)을 발생시키기에 충분한 일련의 사실과 정황을 의미한다. 오직 사실만이 ‘cause of action’이 되며, 이러한 사실로부터 발생하는 권리는 ‘cause of action’에 포함되지 아니한다. 예를 들어 불법행위(tort)에 기한 손해배상청구를 할 때 ‘cause of action’은 의무의 존재, 의무의 위반, 그 결과 원고에 대하여 발생한 손해가 된다(Neil Andrews, *Andrews on Civil Processes Volume I*, Intersentia(2013), para. 8.06). 우리나라에서는 이를 ‘소인’(訴因)이라고 번역하는 경우가 많다.

3) Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 15th ed, Oxford, 2012, para. 45.11.

4) 법원이 무조건 법정지의 실체법을 적용하면 법정지가 달라짐에 따라서 실제적 법률관계에 변동이 발생하므로 법적 안정성이 깨질 뿐만 아니라 소송당사자는 자신에게 유리한 법정지를 모색하는 법정지 쇼핑(forum shopping)을 할 것이다. 따라서 법정지가 달라진다고 하더라도 법정지 실체법이 아닌 국제사법에 의하여 결정된 준거법이 적용되도록 하여 법정지가 달라지더라도 실제적 법률관계에 변동이 일어나지 않도록 할 필요가 있는데, 이러한 필요에 따르면 실체법은 ‘실체적 권리관계의 결정에 직접적 영향’을 끼치는 법으로 봐야 한다.

5) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결.

6) 통상적으로 실체법은 권리의무의 발생·변경·소멸 등을 규율하는 법으로서 재판내용의 기준이라고 설명되고 있고, 절차법은 권리의무를 실현하는 절차·방식에 관한 법으로서 권리를 어떻게 주장할 것이고 절차를 어떻게 진행하며 어떻게 사실인정의 자료를 수집하고 어떠한 방식으로 재판할 것인가를 규율하는 법이라고 설명되고 있다(이시윤, *민사소송법*, 제6판, 박영사, 2011, 36-37쪽; 정동윤/유병현, *민사소송법*, 제3판, 법문사, 2010, 41-42쪽).

7) 절차법은 전체 법률 중에서 기술적 성격을 가장 강하게 갖고 있어서 법관이 외국의 절차법을 인지하기 어려우며, 일부 인지할 수 있는 부분이 있다고 하더라도 상호 밀접하게 관련되어 있어서 그 부분만 분리하여 적용하는 것이 바람직하지 않고, 법원의 구조도 자국의

그러나 우리 법상 분쟁의 대상인 법률관계에 대한 처분권한이 있는 자에게 당사자적격이 인정되는 것이 원칙이고, 처분권한이 있는지 여부는 실체법상의 문제이므로 그 처분권한의 준거법이 외국법이라면 그 외국법까지 고려해서 당사자적격을 결정해야 한다. 본 글은 당사자적격의 결정에 있어서 외국법이 어느 정도의 역할을 하는지 검토하는데 그 목적이 있다. 우리 법상 당사자적격은 소송의 형태에 따라서 달라지므로⁸⁾ 아래에서는 소송의 형태에 따라서 위 문제를 검토하도록 한다.

II. 이행의 소에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

1. 우리 법 적용의 원칙

‘이행의 소’는 원고가 실체법상의 권리를 주장하면서 피고에게 작위의무 또는 부작위의무의 이행을 청구하는 ‘소를 말한다. 이행의 소에서 주장되고 있는 청구권과 직접적 이해관계를 맺고 있는 자는 피고에 대하여 이행청구권을 갖고 있다고 주장하는 원고이므로 이러한 주장 자체만으로 원고적격이 인정된다.⁹⁾ 마찬가지로 원고로부터 이행의무가 있다고 주장되는 피고가 당해 소송에 대하여 직접적 이해관계를 갖고 있으므로 그에게 피고적격이 인정된다. 원고가 당사자적격의 근거로 주장한 권리 또는 의무가 실제로 존재하고 있는지 여부는 본안에서 판단할 사항이다.

이와 같은 당사자적격의 판단기준은 소송요건으로서 절차적 사항이므로 법정지법인 우리 법이 적용된다. 이러한 결론에 따르면 이행의 소에서는 원고의 주장만으로 당사자적격이 발생하기 때문에 본안에 적용되는 준거법이 외국법이라도 이행의 소의 당사자적격의 결정에 있어서는 준거법인 외국법이 적용될 여지는 원칙적으로 없다. 구체적인 사례를 보면 다음과 같다.

책임보험에 가입한 피보험자가 부보대상인 보험사고를 일으킨 경우에 손해를 입은 제3자가 보험자에게 직접 보험금의 지급을 청구할 수 있도록 허용하

절차법을 실행하기 적합하게 형성되어서 외국의 절차법을 적용하기 어렵기 때문에 위 원칙이 인정되고 있다(Fawcett/Currenters, Cheshire and North & Fawcett's Private International Law, 14th ed, 2008, p. 68).

8) 대법원 1972. 7. 25. 선고 72다866 판결.

9) 대법원 1995. 11. 28. 선고 95다18451 판결 외 다수.

는 제도는 세계 여러 국가에서 인정되고 있는데, 우리 법(상법 제724조 제2항)과 영국법¹⁰⁾에서도 인정하고 있다. 우리 법의 원고적격의 판단기준에 따르면 원고가 보험자에 대하여 직접청구권이 있다고 주장한 이상 실제로 이러한 직접청구권에 관한 근거규정이 있는지 여부에 관계없이 일단 원고적격이 인정될 것이다.¹¹⁾ 반면에 영국법에서는 우리 상법 제724조 제2항과 같이 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 근거가 존재한다는 사실을 원고적격이 발생하기 위한 요건으로 보고 있기 때문에 원고의 주장만으로는 원고적격이 발생하지 않는다.¹²⁾ 만일 보험사고의 피해자인 원고가 우리 법원에 책임보험자에 대한 보험금지급청구의 소를 제기하였고 그 준거법이 영국법이라고 하더라도, 우리 법에 따라서 원고가 피고에 대하여 청구권이 있다는 주장만으로 원고적격이 인정될 것이다.

2. 외국법을 참조할 필요가 있는 경우

외국법과 우리 법이 사법상의 청구권이 누구에게 귀속되는지에 관하여 다른 원칙을 갖고 있는 경우가 있다. 이러한 외국법이 준거법으로서 적용되는 이행의 소에서는 그 외국법이 당사자적격의 결정에서 적용되지 않더라도 당해 외국법을 참조해야 하는 경우가 발생할 수 있다.

가. 캐나다 퀘벡의 보호자의 손해배상청구소송

캐나다 퀘벡(Québec) 법에서는 미성년자(만 18세 미만)가 사고로 인하여 손해를 입은 경우에 미성년자가 직접 원고가 되어 가해자에게 손해배상청구를

10) 영국에서는 책임보험이라고 하더라도 피해자가 보험자에게 직접 보상청구를 할 수 없는 것이 원칙이다. 다만 보험자가 명시적으로 피해자에게 보험자에 대한 직접청구권을 허용하는 경우(Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999) 또는 피보험자가 파산한 경우(Third Parties (Rights against Insurers) Act 2010)에는 예외적으로 피해자가 보험자에게 직접 보상청구를 하는 것을 허용하고 있다(International Bar Association, Direct Third-Party Access To Liability Insurance, IBA Insurance Committee Substantive Project 2012, p. 138).

11) 부산지방법원 1986. 11. 28. 선고 86가합1193 판결에서도 “특단의 사정이 없는 한 선원채해보상책임보험에 기한 보험금청구권은 피보험자에게 있고 보험사고가 발생한 경우에도 피보험자에게 책임을 추궁할 수 있는 피해자인 선원은 보험회사에 대하여서는 직접 청구할 수 있는 권리를 당연히 가지는 것은 아니다.”라는 이유로 원고의 청구를 ‘기각’하여, 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 근거가 없다는 사정을 원고적격의 부재가 아니라 원고의 청구권의 부재로 보고 있다.

12) Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell, 2012, para. 7-021.

하는 것을 허용하지 않고, 미성년자의 보호자(tutor)만이 원고가 되어 손해배상 청구를 하도록 한 후, 그가 배상받은 후에 미성년자가 성년이 될 때까지 배상액을 보관하도록 하고 있다.¹³⁾ 미성년자의 보호자는 피해자가 아님에도 불구하고 가해자에 대한 손해배상청구소송에서 원고적격을 취득하므로 제3자의 소송담당으로 보일 수 있다. 그러나 미성년자의 보호자는 단순히 당사자적격만을 취득하는 것이 아니라 가해자에 대한 보상청구권 자체를 취득한다는 점에서¹⁴⁾ 우리 법상 제3자의 소송담당이 아니라 실체법상 권리자에 해당한다.

따라서 미성년자의 보호자가 우리 법원에 퀘벡 법에 따라서 가해자를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다면, 우리 법원은 퀘벡 법을 참조하여 원고가 미성년자의 보호자로서 가해자에 대하여 손해배상청구권이 있다는 주장 자체만으로 원고적격을 인정해야 하며,¹⁵⁾ 우리 법을 적용하여 미성년자를 청구권자로 보고서 원고가 타인의 청구권을 주장한다는 이유로 원고에게 원고적격이 없다고 판단할 것은 아니다.

나. 영국법상 보험자대위

(1) 영국법상 보험자대위의 내용

영국 해상보험법(Marine Insurance Act 1906) 제79조 제1항¹⁶⁾에서는 보험금을 지급한 보험자가 피보험자의 가해자에 대한 권리를 대위하여 행사할 수 있도록 규정하고 있는데 이를 ‘보험자대위권’(right of subrogation)이라고 한다.

13) <https://www.quebec.ca/en/justice-and-civil-status/legal-protection/tutorship-property-minor/about>, 2023.3.28. 방문.

14) 캐나다 온타리오 법원 *Lucas v Coupal* [1931] 1 DLR 391 판결에서도 위와 같은 문제는 단순히 누구의 이름(in whose name)으로 소를 제기해야 하는가의 소송법상의 문제가 아니라 누구에게 권리가 귀속되는가(in which entity was the cause of action vested)의 문제로서 실체법적 권리의 귀속에 관한 문제로 보았다.

15) 미성년자의 보호자가 미성년자의 피해로 입은 정신적 손해나 입원료와 같은 적극적 손해는 미성년자 보호자의 가해자에 대한 독자적 청구권이므로 본 논의에서 제외된다.

16) “보험자가 부보된 목적물의 전부 또는 분할할 수 있는 경우에 그 부보된 부분의 전손(全損)에 대하여 보험금을 지급한 경우에 보험자는 손해를 야기한 사고가 발생한 때부터 부보된 목적물 중 남은 부분에 대한 이익을 취득할 수 있으며 피보험자가 부보된 목적물에 대하여 갖고 있는 모든 권리와 구제방법을 대위할 수 있다.”(Where the insurer pays for a total loss, either of the whole, or in the case of goods of any apportionable part, of the subject-matter insured, he thereupon becomes entitled to take over the interest of the assured in whatever may remain of the subject-matter so paid for, and he is thereby subrogated to all the rights and remedies of the assured in and in respect of that subject-matter as from the time of the casualty causing the loss.)

이러한 보험자대위권은 해상보험법뿐만 아니라 보통법(common law)상 보험자에게도 인정되고 있다.¹⁷⁾ 영국의 보험자대위권의 특징은 보험자가 보험금을 지급하더라도 피보험자의 가해자에 대한 손해배상청구권이 보험자에게 이전되지 않고,¹⁸⁾ 보험금을 지급한 보험자가 피보험자에게 ① 가해자로부터 지급받은 손해배상액을 보험자에게 지급하라고 요구하거나 ② 피보험자의 이름으로 가해자에게 소를 제기할 수 있도록 피보험자의 이름을 빌려달라고(lend his name to an action) 요구할 수 있는 권리만을 갖는다는 점에 있다.¹⁹⁾

즉 영국의 보험자대위는 보험자의 피보험자에 대한 권리이고 가해자에 대한 권리가 아니므로 보험자는 채권을 양도받지 않는 한 자신의 이름으로 가해자 대하여 소를 제기할 수 없으며 피보험자의 이름으로만 소를 제기할 수 있다.²⁰⁾ 따라서 보험자가 피보험자의 이름이 아닌 자신의 이름으로 가해자에 대하여 소를 제기하면 이를 권리자의 가해자에 대한 권리행사라고 볼 수 없기 때문에 제소기간(limitation periods)²¹⁾ 내의 소제기로 볼 수 없고, 만일 그 사이에 제소기간이 도과하였다면 보험자는 피보험자의 이름으로도 다시 소를 제기할 수 없다.²²⁾

17) Richard Garnett, Substance and Procedure in Private International Law, 2012, para. 5.20. 영국에서는 보험만이 아니라 그 외에 계약상 제3자에게 배상할 의무가 있는 경우에 대위권이 허용된다(Andrew McGee, The Modern Law of Insurance, second edition, Butterworths, 2006, para. 22.3).

18) 이러한 점에서 보험금을 지급한 보험자에게 피보험자의 가해자에 대한 손해배상청구권이 이전되도록 규정한 우리 상법 제682조와 차이가 있다. 그리고 피보험자가 보험금을 지급 받은 후에도 가해자와 화해계약(settlement)을 할 수 있는 당사자는 보험자가 아니라 피보험자가 된다(McGee, *op. cit.*, para. 22.20).

19) 만일 피보험자가 이름을 빌려주지 않는다면 보험자는 피보험자와 가해자를 공동피고로 하여 소를 제기해야 한다(ibid, para. 22.9). 통상은 보험계약에서 보험자가 피보험자의 이름을 사용하여 가해자에게 소를 제기할 수 있도록 보험계약에서 약정하므로 보험자는 피보험자에게 이름을 빌려달라는 요청을 별도로 할 필요는 없다.

20) 다만 보험자가 피보험자로부터 가해자에 대한 채권을 양도받았다면 보험자는 가해자에 대하여 청구원인(cause of action)을 갖게 되므로 이때는 보험자의 이름으로 가해자를 상대로 소를 제기할 수 있다. 이러한 채권양도는 당사자 사이의 계약에 의하여 발생하는 법률규정에 의하여 발생하는 상관없다.

21) 영국에서는 실체법적 권리가 소멸시효 대신에 소송법상 제소권이 소멸되는 제소기간이 있는데 Limitation Act 1980에서 규율하고 있다. 제소기간의 절차법적 성질로 인하여 준거법이 외국법이라고 하더라도 외국의 소멸시효가 적용되지 아니하였는데, 외국 소멸시효법(Foreign Limitation Periods Act 1984) 제1조에서는 준거법의 소멸시효에 관한 규정이 적용될 수 있도록 허용하였다.

22) Howard Bennett, The Law of Marine Insurance, second edition, Oxford, 2006, p. 780.

(2) 영국법상 보험자대위권의 성격

영국법상 보험자대위권을 행사하는 보험자가 피보험자의 이름 사용하여 소를 제기한 경우에 피보험자의 가해자에 대한 소권이 보험자에게 이전되는 것, 즉 제3자의 소송담당 중 법정소송담당과 유사한 경우로 봐서 이를 절차법적 성질로 분류해야 한다는 주장이 가능하다. 이러한 주장에 따르면 보험자대위권에 관한 영국법은 절차법으로서 우리 소송절차에서 적용될 수 없다. 그러나 영국법상 보험자대위권은 보험자의 피보험자에 대한 실체법상 권리로서 피보험자가 가해자에 대하여 갖고 있는 손해배상청구권으로부터 보험자가 만족을 얻기 위한 수단이지 소송절차상의 권리는 아니다. 따라서 영국법에 따라서 발생한 보험자대위권이 우리 법원에서 문제된 경우에 우리 법원은 준거법으로서 영국법을 적용할 수 있다.

영국이 유럽연합을 탈퇴하기 전에 영국법상 보험자대위의 법적 성격에 관하여 유럽연합에서 논의한 바 있는데, 이러한 논의에 대한 해법으로 유럽연합의 로마규칙 II 제19조에서는 “채권자가 채무자에 대하여 비계약상 권리를 갖고 있고 제3자가 채권자에게 채무를 이행해야 할 의무가 있거나 또는 실제로 그 의무를 이행한 경우에, 제3자가 채권자에게 채무를 이행해야 할 의무에 적용되는 법이 채권자가 채무자에 대하여 갖고 있는 권리를 제3자가 채무자에 대하여 행사할 수 있는지 여부 및 그 범위를 결정한다.”²³⁾고 규정하여 위 제3자의 권리(즉 보험자대위권)를 실체법으로 분류했다.²⁴⁾²⁵⁾ 그리고 영국에서도 보험자대위권을 실체법상의 권리로 분류하여서 보험자대위권의 발생 여부 및 그 내용에 관하여 보험계약의 준거법을 적용하고 있다.²⁶⁾

23) “Where a person (the creditor) has a non-contractual claim upon another (the debtor), and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person’s duty to satisfy the creditor shall determine whether, and the extent to which, the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship.”

24) 로마규칙 I 제15조에서도 이에 상응하는 규정을 두고 있는데, 로마규칙 I은 계약상 권리에 적용되므로 불법행위로 발생한 채권에 관한 보험자대위권에는 적용되지 않고, 보증인이 채권자에게 채무를 이행하고 주채무자에게 대위권을 행사하는 것과 같이 계약상 발생한 채권에 관한 대위권에만 적용된다(Giuliano/Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ 1980 No C282/1, p. 35).

25) Andrew Dickinson, The Rome II Regulation-The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford, 2010, para. 14.110.

26) Garnett, *op. cit.*, para. 5.20.

(3) 우리 법원에서 원고적격을 갖는 자

영국법상 보험자대위권을 갖고 있는 보험자가 우리 법원에 가해자를 상대로 소를 제기하는 형태와 그 결론을 상정하면 다음과 같다.

첫째 보험자가 스스로 원고가 되어서 자신이 가해자에 대하여 청구권을 갖고 있다고 주장한다면, 우리 법상 권리자라는 주장 자체만으로 원고적격이 인정되므로 보험자의 원고적격은 인정될 것이다. 그러나 실제로는 보험자에게 청구권이 없으므로 보험자의 청구는 기각될 것이다. 서울고법 1989. 5. 15. 선고 88나44126 제4민사부판결에서도 영국의 보험자가 자신의 명의로 보험자대위권을 행사하여 소를 제기하는 경우에 권한이 없는 자에 의한 권리행사로서 채소기간 준수의 효력이 없다고 보고 있다.

둘째 보험자가 스스로 원고가 되었지만 피보험자가 가해자에 대한 청구권자라고 주장한다면, 보험자의 주장 자체에서 보험자에게 원고적격이 인정될 수 없으므로 우리 법원은 보험자의 소를 각하해야 할 것이다.

셋째 보험자가 영국에서와 같이 피보험자의 명의로 소를 제기할 수 있다. 이때 원고는 보험금을 지급받았음에도 불구하고 원고가 여전히 가해자에 대하여 청구권을 갖고 있다고 주장할 수밖에 없는데, 우리 법원은 피보험자가 보험자의 보험자대위권을 행사한다고 하여 소를 각하할 것이 아니라 영국법을 참조하여 피보험자의 주장만으로 원고적격을 인정해야 할 것이다.

Ⅲ. 형성의 소에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

법률관계의 변동을 가져오는 소를 ‘형성의 소’라고 한다. 이러한 형성의 소는 법률에서 허용하는 경우에만 가능하며²⁷⁾ 이를 허용하는 법률규정이 없는데도 불구하고 형성의 소를 제기하였다면 소가 위법하여 각하된다.²⁸⁾ 형성의 소는 이혼청구의 소 또는 채권자취소소송과 같이 실체법을 근거로 하여 실체법상 법률관계의 변동을 목적으로 하는 경우가 있고, 재심의 소 또는 청구이의의 소와 같이 절차법을 근거로 하여 절차법적 효력발생을 목적으로 하는 경우가 있다. 각 경우에 있어서 당사자적격을 결정하는 국가의 법을 검토하면 다음과 같다.

27) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다35462 판결.

28) 예를 들어 민법 제628조에 의한 임차인의 차임감액청구권은 사법상의 형성권이므로 법원에 대하여 형성판결을 구할 수 있는 권리가 아니므로 차임청구의 본소가 계속한 법원에 만소로서 차임의 감액을 청구할 수는 없다(대법원 1968. 11. 19. 선고 68다1882, 68다1883 판결).

1. 절차법에 따른 형성의 소에서의 당사자적격

가. 우리 법 적용의 원칙

절차법에 따른 형성의 소의 경우에 당사자적격의 결정도 절차법적 성질을 갖고 있으므로 우리의 절차법을 적용해야 한다. 예를 들어 재심의 소는 확정판결의 기판력을 소멸시키는 절차로서 당해 확정판결의 기판력을 받는 자만이 당사자적격을 갖는다.²⁹⁾ 재심의 소는 우리 법원의 확정판결만을 대상으로 하고 외국 법원의 확정판결을 대상으로 할 수 없는데, 우리 법원의 확정판결의 기판력의 주관적 범위는 민사소송법에 따라서 결정되는 절차적 사항이다.³⁰⁾ 따라서 재심의 소에 외국적 요소가 있다고 하더라도, 예를 들어 재심 소의 대상인 확정판결의 본안에 적용되는 준거법이 외국법이라고 하더라도 우리 법에 따라서 당사자적격이 결정되어야 한다.

나. 외국법의 참조가 필요한 경우

절차법에 따른 형성의 소라고 하더라도 당사자적격의 결정에 있어서 외국법을 참조해야 하는 경우가 발생할 수 있다.

예를 들어 영국 민사소송규칙(Civil Procedure Rules) 제72조에 따르면 금전채권의 확정판결을 받은 채권자(judgment creditor)는 채무자(judgment debtor)의 채무자인 제3채무자(third party)가 자신에게 채무를 이행할 것을 법원이 명령하는 ‘제3당사자 지급명령’(garnishee order, third party debt order)을 법원에 신청할 수 있다. 제3당사자 지급명령은 우리의 전부명령과 유사하지만 제3채무자에 대하여 집행력이 발생하지 않는 전부명령과 달리 제3당사자 지급명령에는 집행력이 있다.³¹⁾

따라서 영국 법원에서 제3당사자 지급명령을 받은 채권자가 우리나라에 소재한 제3채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하고자 한다면, 우리 법원에서 별

29) 재심의 소의 당사자적격을 갖는 자는 원칙적으로 확정판결의 당사자 및 그 변론종결 후의 승계인과 제3자의 소송담당에서 권리의무의 귀속주체 등이 된다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87제24 판결).

30) 확정판결의 기판력의 주관적 범위가 우리 민사소송법에 따라서 결정된다는 결론은 당해 확정판결이 우리 법원의 판결인 경우에 한정된다. 우리나라에서 승인된 외국재판의 기판력의 주관적 범위의 경우에는 당해 외국재판을 한 재판국법에 따라서 결정되어야 한다고 본다.

31) 영국 민사소송규칙 제72.9조(1) “A final third party debt order shall be enforceable as an order to pay money.”(최종적 제3당사자 지급명령은 금전지급의 명령으로서 집행할 수 있다.)

도로 집행권원을 취득할 필요 없이 바로 제3당사자 지급명령에 대하여 민사집행법 제27조의 집행판결을 구하는 소를 제기할 수 있는데, 집행판결은 외국재판의 집행력을 국내에서 새로 부여하는 형성의 소에 해당한다고 볼 수 있다.³²⁾ 그리고 민사집행법 제27조 제2항 제1호에서는 외국재판에 대한 집행판결의 요건으로서 당해 외국재판이 확정될 것을 요구하고 만일 이를 증명하지 못하면 소를 ‘각하’하도록 규정하고 있다.

이에 따르면 집행판결을 구하는 소의 원고적격을 갖고 있는 자는 확정된 외국재판에 의하여 채권자로 확정된 자라고 볼 것이다. 결국 영국 법원에서 제3당사자 지급명령을 받은 채권자가 우리 법원에 집행판결을 구하는 소를 제기하였다면, 우리 법원은 제3자에게 원고적격이 있는지 여부를 결정하기 위해서 원고가 영국 민사소송규칙에 따라서 제3당사자 지급명령을 받은 채권자인지 여부를 심리해야 한다. 즉 우리의 형성의 소에서 당사자적격을 결정함에 있어서도 외국법을 참조해야 하는 경우가 발생할 수 있다.

2. 실체법에 따른 형성의 소에서의 당사자적격

가. 형성의 소의 근거가 우리 법인 경우

우리의 실체법에서 형성의 소를 허용하는 경우에도 우리 법의 당사자적격의 결정기준이 적용되어야 하지만 외국법을 참조하여 당사자적격을 결정해야 하는 상황이 발생할 수 있다. 예를 들어 민법 제269조 제1항에 따라서 공유물분할청구의 소의 당사자적격은 공유자만이 갖고 있는데, 공유지분을 양수한 계약의 준거법이 외국법이고 이 계약의 효력에 대하여 다툼이 있다면, 우리 법원은 계약의 준거법인 외국법을 적용하여 당사자적격의 요건인 공유자의 지위를 확정해야 한다.

나. 형성의 소의 근거가 외국법인 경우

(1) 외국법을 근거로 한 형성의 소의 적법성

실체법에서 허용하는 형성의 소의 경우에는 실체법을 근거로 하고 실체법적 법률관계의 변동을 목적으로 한다는 점에서 실체법적 성질을 갖고 있다. 동시에 형성의 소를 허용하는 실체법은 당사자에게 소권을 부여하는 규정이란 점

32) 서울고등법원 2016. 4. 7. 선고 2015나8423 판결.

에서 절차법적 성질도 갖고 있다. 특히 채권자취소권처럼 강제집행의 실효성을 확보하기 위한데 목적이 있고 소제기의 방식으로만 권리를 행사하도록 한 경우에는 절차법적 목적을 갖고 있음을 부정할 수 없다. 만일 형성의 소를 절차법적 성질로 분류한다면 외국의 실체법에서 허용하는 형성의 소는 국내 법원에서 허용될 수 없다.

세계적으로 인정되고 있는 채권자취소권(*actio pauliana*)에 한정하여 검토하여 보면, 첫째 주요국가에서는 채권자취소권을 소제기의 방식으로만 행사하도록 규정하고 있는데³³⁾ 이러한 점은 어떤 절차적 이익에 봉사하기 위한 것이라기보다는 권리행사의 방식에 불과하므로 채권자취소권의 실체법적 성질을 뒤집기에 부족하다.³⁴⁾ 둘째 채권자취소권이 궁극적으로 강제집행을 위한 제도이지만 강제집행 자체는 아니며 강제집행을 가능하도록 하는 기술에 불과하기 때문에 이러한 점만으로 채권자취소권을 절차법적 성질로 분류하기에 미약하다.³⁵⁾ 셋째 채권자취소권은 부인권³⁶⁾과 같이 도산절차 내에서의 권리가 아니라 도산절차 밖에서 채무자로부터 이탈된 재산을 회복시키는 제도라는 점에서 실체법적 성질을 강하게 갖고 있다.³⁷⁾ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2013므4133 판결과 독일의 「도산절차 외에서 채무자의 법률행위의 취소에 관한 법률」(*Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens*) 제19조에서도 채권자취소권의 준거법을 결정하기 위한 원칙을 제시하고 있는데, 이는 채권자취소권을 실체법으로 본 것이다.

따라서 외국법을 근거로 한 채권자취소송은 적법하다. 그렇다고 앞서의 검토내용이 모든 외국법에 근거한 형성의 소에게 일률적으로 적용되는 것은 아

33) 그러나 네덜란드는 채권자취소권을 소제기의 방식이 아니라 소송 외에서의 의사표시만으로도 행사할 수 있다는 점에서 다른 나라와 차이가 있다(Antoni Vaquer, *Traces of Paulian Action in Community Law*, In Reiner Schulze(Ed), *New Features in Contract Law*, Sellier. European Law Publishers, 2007, p. 426).

34) 이러한 결론이 국내의 일반적 견해라고 한다(김천수, “채권자취소권의 법적 성질”, *성균관법학* 제17권 제3호(2005.12), 242쪽).

35) Ilaria Pretelli, *Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets*, *Yearbook of Private International Law*, Volume 13(2011), p. 610.

36) ‘부인권’이란 회생절차 또는 파산절차에서 채무자의 재산을 확보하여 채권자를 보호할 목적으로, 채무자가 회생채권자, 회생담보권자, 파산채권자를 해하는 것을 알고 한 재산상 처분행위에 대하여 관리인이 법에 규정된 방법으로 부인권을 행사하여 채무자가 재산을 처분하기 전의 상태로 회복시키는 권리를 말한다(「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제100조 및 제391조).

37) 김용진, “민법과 민사법부의 관계 재정립과 입법론적 고찰”, *비교사법* 제20권 제1호(2013), 147쪽. 독일법상의 채권자취소권이 채권적 성격을 갖고 있다는 점에 대하여 이견이 없다고 한다(Vaquer, *op. cit.*, p. 430-431).

니므로 개별적 사안마다 적법성을 판단할 수밖에 없다.

(2) 당사자적격의 결정

(가) 외국법에서 당사자적격을 제한하지 않는 경우

형성의 소를 허용하는 외국법에서 당사자적격을 규정하지 않은 경우에 형성의 소의 당사자적격의 결정기준은 절차법이므로 우리 법에 따라야 하지만, 이러한 기준에 적합한지 여부는 형성소권을 부여하는 외국법에 따라야 한다.

예를 들어 대법원 판례³⁸⁾에 따르면 채권자취소소송에서 피고적격은 수익자 또는 전득자만에 게만 있고 채무자에게는 없다. 그 이유는 채권자취소권에 있어서의 사해행위의 취소는 절대적인 취소가 아니라 악의의 수익자 또는 악의의 전득자에게 대한 관계에 있어서만 상대적으로 취소하는 것이므로³⁹⁾ 이 취소권은 악의의 수익자 또는 악의의 전득자에 대하여만 행사할 수 있고, 채무자에게 대하여서는 행사할 수 없기 때문이다.⁴⁰⁾

하지만 이러한 결론을 외국법에 따른 채권자취소소송까지 적용할 수는 없다. 외국의 실체법에 근거한 채권자취소의 효력은 그 외국법에 따라서 결정되기 때문이다. 예를 들어 채권자취소권의 준거법인 외국법에서 채권자취소의 효력을 채무자와 수익자 사이의 법률관계를 절대적으로 소멸시키는 효력으로 본다면,⁴¹⁾ 우리 법의 당사자적격의 결정기준에 따라서 취소의 효력을 받는 채무자에게도 피고적격이 인정될 것이고, 이때는 채무자와 수익자가 공동으로 피고가 되어야 하는 고유필수적 공동소송이 될 것이다.⁴²⁾

38) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결 외 다수.

39) 이러한 상대적 효력은 독일, 프랑스와 같은 대륙법에서 인정되고 있을 뿐만 아니라 미국의 「통일취소가능거래법」(Uniform Voidable Transaction Act)에서도 인정되고 있다. 구체적인 논의는 이현묵, “채권자취소권의 준거법에 관한 비교법적 연구”, 저스티스 통권 제 152호(2016.2) 참조.

40) 대법원 1967. 12. 26. 선고 67다1839 판결.

41) 2017년 개정된 일본 민법 제425조에서는 “사해행위취소청구를 인용하는 확정판결은 채무자 및 그의 모든 채권자에 대하여도 그 효력이 있다.”(許害行為取消請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に對してもその効力を有する。)고 규정하고 있는데, 그 의미가 명확한 것은 아니지만 사해행위를 절대적으로 취소시키는 것으로 해석될 여지가 있다(황진구, “사해행위의 취소와 원상회복이 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 의미”, 민사판례연구 39권(2017), 24쪽).

42) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011다1323 판결 등 대법원 판례는 원고가 제3자가 타인 사이의 법률관계의 해소를 청구할 수 있는 경우(친생자관계부존재확인 소, 집합건물 관리인 해임 소, 청산인 해임 소 등)에, 그 법률관계에 대한 처분권은 법률관계의 당사자 모두에게 귀속되어 있으므로 그 당사자 모두를 피고로 하여 소를 제기해야 하는 고유필수적

(나) 외국법에서 당사자적격을 제한하는 경우

형성의 소를 허용하는 외국법에서 권리자와 의무자를 규정한 것은 형성소권의 권리자와 상대방을 규정한 것이므로 원칙적으로 우리 법원은 이에 구속되어서 당사자적격을 결정해야 한다. 예를 들어 미국의 「통일취소가능거래법」 제 8조(b)(2)에서는 채권자취소소송과 원상회복청구소송의 상대방을 일정한 수익자 또는 전득자에 한정하고 있는데⁴³⁾ 우리 법원도 이에 구속되어서 피고적격을 판단해야 할 것이다. 다만 당사자적격을 한정하고 있는 외국법의 규정이 우리의 당사자적격을 결정하는 기준에 어긋날 뿐만 아니라 이러한 결과 우리 민사소송절차와 적합하지 않다면 이를 절차적 사항으로 봐서 우리 법에 따라서 당사자적격을 결정해야 하는 경우가 발생할 수 있다고 본다.

IV. 확인의 소에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

법률관계의 존재 또는 부존재의 확인을 구하는 소를 ‘확인의 소’라고 한다. 확인의 소는 이행의 소나 형성의 소가 가능하지 아니하는 경우에만 허용되는 보충적 소송이므로 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거함에는 피고를 상대로 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때에만 확인의 이익이 인정된다.⁴⁴⁾ 이러한 확인의 이익을 갖고 있는 자가 확인판결에 대하여 직접적 이해관계를 갖고 있으므로 그에게 원고적격이 인정되고 이러한 원고와 반대되는 이익을 갖고 있는 자에게 피고적격이 인정된다.⁴⁵⁾

확인의 소에서 당사자적격이 발생하기 위한 요건인 확인의 이익의 개념은

공동소송으로 보고 있다. 따라서 채권자취소의 효력이 사해행위의 효력을 절대적으로 소멸시킨다면 채무자와 수익자 또는 전득자가 모두 피고가 되어야 비로소 피고적격이 인정되는 고유필수적 공동소송에 해당한다고 할 것이다.

- 43) “(i) 재산의 첫 번째 양수인 또는 그의 이익으로 양도가 이루어진 자 또는 (ii) 첫 번째 양수인으로부터 직접 또는 간접적으로 전득한 자, 다만 다음의 자는 제외한다. (A) 선의로 양수한 자 또는 (B) (A)에 규정한 자로부터 직접 또는 간접적으로 선의로 양수한 자”(i) the first transferee of the asset or the person for whose benefit the transfer was made; or (ii) an immediate or mediate transferee of the first transferee, other than: (A) a good-faith transferee that took for value; or (B) an immediate or mediate good-faith transferee of a person described in clause (A)).

- 44) 대법원 1997. 10. 16. 선고 96다11747 전원합의체 판결.

- 45) 앞의 판결.

순수하게 절차법적 성질을 갖고 있으므로 법정지법인 우리 법에 따라서 판단해야 한다. 그러나 확인의 이익이 인정되기 위한 법률상의 이익이 실체법상의 이익이고 본안의 준거법이 외국법이라면 확인의 이익이 있는지 여부를 판단하기 위해서는 당해 외국법에 따라서 판단할 수밖에 없다. 예를 들어 해고무효확인 소송에서는 근로계약의 피용자에게 원고적격이 있고 사용자에게 피고적격이 있는데, 원고와 피고가 근로계약상 피용자와 사용자의 지위가 있는지 여부는 근로계약의 준거법에 따라서 결정되어야 할 것이다.

V. 제3자의 소송담당의 소에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

1. 제3자의 소송담당의 의의

제3자의 소송담당이란 권리의무의 귀속주체가 아닌 제3자가 권리의무의 귀속주체의 권리와 의무에 관련한 소송에서 당사자적격을 갖는 경우를 의미한다. 우리 법의 원칙상 권리의무의 귀속주체라고 주장하는 자에게 당사자적격이 있지만 예외적으로 제3자가 본안의 소송물에 대하여 처분권을 갖고 있는 경우에는 이러한 제3자에 대하여도 당사자적격이 인정된다. 이러한 법리는 절차법이므로 외국법이 준거법인 경우에도 여전히 법정지법인 우리 법이 적용된다. 따라서 준거법인 외국법에서 제3자의 지위를 주요사실을 취급하고 있더라도 우리는 이를 당사자적격의 문제로 봐서 법원이 직권으로 조사해야 한다. 제3자의 소송담당은 법률규정에 의한 법정소송담당과 권리의무의 귀속 주체가 임의로 제3자에게 당사자적격을 수여하는 임의적 소송담당이 있으므로 양자를 나누어 검토한다.

2. 법정소송담당에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

가. 우리 법을 근거로 한 제3자의 소송담당

우리 법을 근거로 한 제3자의 소송담당이라도 제3자가 처분권을 가지게 된 원인에 관하여 외국법이 적용된다면 당사자적격의 결정에 있어서 외국법이 적용될 수밖에 없다. 예를 들어 채권자대위소송에서 채권자의 채무자에 대한 피보전채권의 존재는 채권자의 원고적격이 발생하기 위한 요건이다. 이때 피보전

권리가 존재하는지 여부는 실체법적 사항이므로 피보전권리의 준거법이 외국 법이라면 이 외국법을 적용하여 원고적격을 결정해야 한다. 그런데 원고적격은 소송요건이므로 피보전권리가 실체법적 사항임에도 불구하고 법원은 직권으로 외국법을 조사해야 한다.⁴⁶⁾

나. 외국의 실체법을 근거로 한 제3자의 소송담당

(1) 원칙

우리의 채권자대위권처럼 외국의 실체법에서 타인의 권리의무에 대한 처분권을 제3자에게 수여하였는데, 그 제3자가 이러한 권리를 소제기의 형태로 행사한 결과 그 제3자에게 당사자적격이 인정되는 경우가 있다. 이러한 제3자의 권리는 실체법적 효력의 결과물이므로 실체법으로 분류해서 그 외국법을 근거로 당사자적격을 결정해야 할 것이다.

예를 들어 영국 회사법(Companies Act 2006) 제260조의 구성원청구권(derivative claim)에 따르면 회사의 이사(director)의 고의 또는 과실로 인한 청구원인(cause of action)에 관하여 회사의 구성원(a member of a company)⁴⁷⁾은 회사를 대신하여 이사 또는 다른 책임이 있는 자를 상대로 소를 제기할 수 있다. 이러한 점에서는 구성원청구권은 우리 상법 제403조의 주주대표소송처럼 실체법적 성질을 갖고 있다. 따라서 우리 법원에 구성원청구의 소가 제기되었다면 영국법에 따라서 ‘구성원’에 대하여만 원고적격이 인정되어야 한다. 그리고 우리 상법과 달리 영국 회사법 제260조(3)에서는 이사 이외에 이사의 위법행위에 관여한 제3자도 구성원청구의 소의 상대방으로 규정하고 있으므로⁴⁸⁾ 이러한 제3자에게도 피고적격이 인정된다.

(2) 제3자에게 타인의 권리의무에 대한 처분권을 수여하면서 이러한 처분권을 소송의 방법으로만 행사하도록 한 경우

제3자에게 타인의 권리의무에 대한 처분권을 수여하면서 이를 소제기의 방식으로만 행사하도록 하는 경우가 있다. 소제기의 방법으로만 권리를 행사하도록 한 것은 절차법적 성격을 갖고 있기는 하지만 실체법상 권리의 행사방법에

46) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결.

47) 영국 회사법 제112조에서는 회사의 구성원이 되기로 동의하고 구성원으로 등록된 자를 구성원으로 규정하고 있다.

48) Lee Roach, Company Law, forth edition, 2016, Oxford, pp. 153-154.

불과하므로 제3자의 원고적격을 결정하는데 있어서는 당해 준거법인 외국법에 따라야 한다.

예를 들어 퀘벡 민법 제1627조에서는 “채권자에게 불리하도록 채무자가 자신의 권리와 소권을 행사하지 않는 경우에 금액이 확정되고 이행기가 도달된 확정채권의 채권자는 채무자의 이름으로 채무자의 권리와 소권을 행사할 수 있다.”⁴⁹⁾고 간접소권(*action oblique*)⁵⁰⁾을 규정하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 채무자의 채권자에게 처분권을 주면서 이러한 처분권을 소제기의 방식으로만 행사하도록 규정하고 있다. 이러한 간접소권은 실체법적 효력이 있으면서도 우리 법원이 절차를 진행하는데 혼동이 발생할 염려가 없으므로 이를 실체법으로 분류하는 것이 타당하다.

그런데 외국의 제3자의 소송담당이 우리 법원에서의 절차진행에 혼동을 야기할 수 있는 특수한 형태의 소송절차를 요구하고 있다면 이를 절차법으로 분류하여 적용을 배제해야 할 것이다. 다만 실체법적 성질을 가진 부분과 절차법적 성질을 가진 부분이 분리 가능하다면 절차법적 성질을 가진 부분의 적용만을 배제하는 방법으로 당사자의 권리를 구제할 필요가 있다.

예를 들어 영국 회사법 제261조에서는 구성원청구의 소가 계속하여 진행되기 위해서는 법원의 소송허가를 받도록 규정하고 있고, 법원은 구성원의 청구와 증거가 ‘일견(一見)의 추정’(*prima facie case*)⁵¹⁾에 이르지 않는다면 소를 각하해야 한다. 이러한 소송허가는 실체법상 권리의무의 발생·변경·소멸과 관련이 없이 일단 제기된 구성원청구의 소가 계속하여 진행되기 위한 절차적 사항이고, 소송허가는 구성원의 구성원청구권과 분리하더라도 구성원청구권의 내용에 영향을 끼치지 않는다. 따라서 우리 법원에 영국법을 근거로 구성원청구의 소가 제기되었다면, 법원은 영국 회사법 제260조에 따라서 당사자적격을 결정해야 하지만, 절차적 사항인 소송허가에 관한 같은 법 제261조는 적용해서는 안 된다.

49) “A creditor whose claim is certain, liquid and exigible may, in the debtor’s name, exercise the rights and actions of the debtor where the debtor, to the prejudice of the creditor, refuses or neglects to exercise them.”

50) 우리의 채권자대위권에 해당한다.

51) 보통법의 ‘일견의 추정’이란 주장과 증거가 일견(at first sight) 사실을 증명하기에 충분한 경우를 의미한다. 일견의 추정은 번복가능한 추정(rebuttable presumption)이므로 상대방이 추정에 반대되는 사실에 관한 증거를 제출하면 추정이 번복된다.

다. 외국의 절차법을 근거로 한 제3자의 소송담당

(1) 법적 성질의 문제

(가) 원칙적 허용

외국의 절차법을 근거로 한 제3자의 소송담당은 절차법을 근거로 하고 있다는 점에서는 절차법적 성질을 갖고 있지만 타인의 실체법상의 권리의무에 대한 처분권을 제3자에게 수여한다는 점에서는 실체법적 성질을 갖고 있다. 대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다64359 판결에서는 절차법인 외국의 파산법에 따라서 선임된 파산관재인은 우리나라에 소재한 파산자의 재산에 대하여도 처분권한이 있다고 보았는데, 비록 이 판결이 당사자적격에 관한 판결은 아니지만 외국의 절차법에 따른 실체법적 처분권한의 변동의 효력을 우리나라에도 인정하였다는 점에서 외국의 절차법을 근거로 한 제3자의 소송담당도 적법하다고 봐야 할 것이다.

(나) 절차법적 성질로 분류해야 하는 경우

외국의 절차법에 의하여 제3자가 타인의 권리의무에 대한 처분권을 취득하더라도 이러한 규정이 절차법적 목적을 갖고 있고 우리 법원이 그러한 규정에 따라서 절차를 진행하면 혼동을 일으키는 염려가 있는 경우에는 ‘절차는 법정지법에 따른다.’는 원칙상 그 적용을 배제할 필요가 있다.

예를 들어 영국 민사소송규칙(Civil Procedure Rules) 제19.6조는 대표당사자소송(representative parties)에 관한 규정을 두고 있다. 이에 따르면 청구에 관하여 공동의 이해관계(the same interest in a claim)를 갖고 있는 자가 다수인 경우에, 공동의 이해관계를 갖고 있는 자 중의 1인 이상의 자가 다른 이해관계인을 대표하여 소를 제기할 수 있고 상대방도 그러한 대표자를 상대로 소 제기할 수 있다. 그리고 판결의 효력은 모든 피대표자(represented person)에게 미친다.

대표당사자가 소송절차에서 피대표자의 권리의무에 대한 처분권을 갖는다는 점에서 이에 관한 규정은 실체법적 성격을 갖고 있다. 그러나 대표당사자소송은 판결의 효력이 피대표자에게 미친다는 것을 전제로 하고 있고 판결의 주관적 효력범위는 절차법에 해당하므로 판결의 효력범위는 법정지법인 우리 법이 적용된다. 그런데 우리 민사소송법에 따르면 위 피대표자는 판결의 효력을 받는 지위에 있지 않고 그렇다고 「증권관련 집단소송법」과 같이 판결의 효력범위

를 확장하는 특별법이 있는 것도 아니므로 소송당사자가 아닌 피대표자에게 기판력이 미치지 않는다.⁵²⁾ 따라서 우리 법원은 영국의 대표당사자소송이 진행될 수 있는 전제를 충족시키지 못하므로 우리 법원에서 이를 허용할 수 없다.

또한 대표당사자는 영국 법원의 절차상 편의를 도모하기 위한 영국 정부의 입법적 결단이기 때문에 우리 법원이 이에 구속될 합리적 이유가 없다. 그리고 대표당사자소송에서 피대표자는 소송당사자가 아님에도 불구하고 판결의 효력을 받기 때문에 영국 민사소송규칙에서는 피대표자를 보호하기 위한 특별한 절차가 마련되어 있는데,⁵³⁾ 이러한 특별한 절차는 순전히 절차법적 성질을 갖고 있으므로 우리 법원의 절차에서 적용될 수 없다는 점에서도 영국의 대표당사자소송은 허용될 수 없다.

(2) 당사자적격의 결정

외국의 절차법을 근거로 한 제3자의 소송담당이 허용된다는 의미는 그 절차법에서 제3자에게 실체법상의 처분권을 수여한다는 의미이므로 그 절차법에 따라서 당사자적격이 결정되어야 한다. 그런데 제3자의 권한이 외국의 절차법만으로 발생하지 않고 이러한 절차법에 근거한 외국 법원의 재판이 있어야 비로소 제3자에게 권한이 수여되는 경우가 있다. 이러한 경우에는 제3자에게 권한을 수여하는 외국재판이 민사소송법 제217조 제1항의 승인요건까지 갖추어야 제3자에게 당사자적격이 인정된다고 할 것이다. 앞서 언급한 대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다64359 판결에서도 외국의 파산법에 따라서 선임된 파산관재인이 우리나라에 소재한 파산자의 재산에 대하여도 처분권한을 가지려면 외국의 파산법원이 파산관재인을 선임한 재판이 우리나라에서 승인될 것을 요구하고 있다.

3. 임의적 소송신탁에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

가. 임의적 소송신탁의 의의

소송물인 법률관계에 관한 관리처분권을 가지는 권리주체가 관련 소송의 당

52) 민사소송법 제218조.

53) 이러한 점에서 우리의 「증권관련 집단소송법」의 대표당사자와 유사하다. 그런데 「증권관련 집단소송법」의 집단소송의 경우에는 대표당사자가 법원에 의하여 선임되고(같은 법 제10조), 법원의 소송허가를 얻어야 하며(같은 법 제15조), 소의 취하, 소송상의 화해 또는 청구의 포기는 법원의 허가를 얻어야 하고(같은 법 제35조), 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다(같은 법 제30조).

사자적격을 임의로 제3자에게 신탁하여 그 제3자가 당사자가 되어서 소송을 수행하도록 하는 것을 ‘임의적 소송신탁’이라고 한다. 임의적 소송신탁은 법률에서 이를 허용하는 경우에만 가능한 것이 원칙이다.⁵⁴⁾ 법률에 근거가 없는 임의적 소송신탁을 허용하면 민사소송법 제87조가 정한 변호사대리의 원칙이나 신탁법 제6조가 정한 소송신탁의 금지 등을 회피하기 위한 탈법적 수단으로 사용될 수 있기 때문이다. 따라서 임의적 소송신탁이 이러한 탈법적 수단이 아니고 이를 인정할 합리적인 이유와 필요가 있는 경우에는 예외적, 제한적으로 허용된다.⁵⁵⁾ 대표적으로 특정한 법률관계와 관련하여 권리의무의 귀속주체가 자신의 권리의무에 대한 실제법상 처분권을 제3자에게 포괄적으로 위임할 합리적인 필요가 있었고, 제3자가 이와 같이 위임된 사무를 처리하기 위하여 소를 제기할 필요가 있는 경우에 임의적 소송신탁이 허용된다.⁵⁶⁾

나. 당사자적격의 결정

외국의 실제법이나 절차법에 근거한 임의적 소송신탁은 당해 외국법에 따라서 당사자적격을 결정해야 하고, 포괄적 관리처분권을 위임하는 계약에 의하여 임의적 소송신탁이 발생하는 경우에는 그 위임계약의 준거법에 따라서 당사자적격을 결정해야 할 것이다. 다만 변호사대리의 원칙과 소송신탁금지의 원칙은 소송절차상의 중대한 공적 이익을 보호하기 위한 원칙이고 순전히 절차적 사항에 해당하므로 공서양속 또는 ‘절차는 법정지법에 따른다.’는 원칙에 따라서 임의적 소송신탁의 준거법에 관계없이 적용되어야 한다.⁵⁷⁾ 그러므로 포괄적 관리처분권을 위임하는 계약에 근거한 임의적 소송신탁의 경우뿐만 아니라 외국이 실제법이나 절차법에 근거한 임의적 소송신탁의 경우에도, 위 원칙을 탈피하기 위한 수단이 아니고 이를 인정할 합리적 필요성이 있는 경우만 우리

54) 대표적으로 민사소송법 제53조의 선정당사자가 있다.

55) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885, 87892 판결.

56) 임의적 소송신탁을 허용한 대법원 판례는 다음의 세 가지의 경우에 불과하다. 첫째 업무집행조합원이 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받는 경우(대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결), 둘째 집합건물의 관리단이 관리비의 부과·징수를 포함한 관리업무를 위탁관리회사에 포괄적으로 위임한 경우에 위탁관리회사가 채납관리비를 추심하기 위하여 소를 제기하는 경우(대법원 2022. 9. 29. 선고 2021다292425 판결), 셋째 집합건물의 공용부분 변경에 따른 비용의 징수에 관하여 입주자대표회의에 대한 임의적 소송신탁을 하는 경우(대법원 2017. 3. 16. 선고 2015다3570 판결).

57) 그런데 서울고등법원 1989. 5. 15. 선고 88나44126 제4민사부판결에서는 임의적 소송신탁을 일반적으로 허용하는 영국법의 법리가 설외사법 제5조에 규정된 선량한 풍속, 기타 사회질서에 반하는 것이라고는 볼 수 없다고 판시하고 있는데, 절차법적 성질을 갖고 있는 소송신탁금지를 실제법적 성질로 판단한 오류가 있다.

법원에서 임의적 소송선택이 허용된다고 할 것이다.

VI. 고유필수적 공동소송에서 당사자적격을 결정하는 국가의 법

고유필수적 공동소송이란 실체적 권리에 대한 관리처분권이 여러 사람에게 공동으로 귀속되어 있어서 처분권자 전원이 원고가 되거나 피고가 되어야 비로소 당사자적격이 인정되는 소송을 말한다.⁵⁸⁾ 고유필수적 공동소송에서 일부 당사자가 누락되면 나머지 당사자만으로는 관리처분권이 없기 때문에 권한이 없는 자가 소송당사자가 되는 문제가 발생한다. 예를 들어 민법 제272조와 제273조에 따라서 합유물과 합유지분은 합유자 전원의 동의를 얻어서만 처분할 수 있으므로 합유물에 관한 소송에서는 합유자 전원이 원고 또는 피고가 되어야 하며 누락이 있는 경우에는 당사자적격의 부재로 각하된다.⁵⁹⁾

고유필수적 공동소송의 개념은 순수한 절차적 사항이므로 법정지법인 우리

58) 공동소송인 사이에 판결의 내용이 통일되어야 하는 합일확정이 요구되는 필수적 공동소송 중에는 유사필수적 공동소송이 있다. 유사필수적 공동소송이란 고유필수적 공동소송과 같이 공동소송이 강제되지는 않지만 일단 공동소송으로 진행된 이상 판결의 합일확정이 요구되는 공동소송을 말한다. 고유필수적 공동소송처럼 실체법상의 권리와 의무가 여러 명에게 공동으로 귀속된 경우는 아니지만 상호 판결의 효력을 받는 지위에 있는 당사자들이 공동소송인이 되는 경우에 유사필수적 공동소송이 된다. 유사필수적 공동소송은 판결의 주관적 효력 범위라는 절차법을 근거로 하고 있고, 판결의 주관적 효력범위는 절차법으로서 법정지법에 따라서 결정되므로 유사필수적 공동소송인지 여부는 법정지법인 우리 법에 따라서 결정되어 한다. 예를 들어 대법원 1991. 12. 27. 선고 91다23486 판결에서는 다수의 채권자가 채권자대위권을 공동으로 행사한다면 공동소송인들은 유사필수적 공동소송인의 지위에 있다고 보고 있다. 따라서 채권자대위권의 준거법이 외국법이고 다수의 채권자가 공동원고가 된 경우에 법정지법인 우리 법에 따라서 이를 유사필수적 공동소송으로 취급해야 한다(석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, 166쪽). 그런데 이러한 경우에도 외국법을 참조할 필요가 발생한다. 채권자대위소송의 판결이 효력이 원고인 채권자 상호 간에 미치는 이유는 이 판결의 효력이 채무자에게 미치기 때문이고 채무자에게 판결의 효력이 발생하기 위해서는 채무자가 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 것을 알았어야 한다는 것이 대법원 판례이다(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다23486 판결). 대법원 판례에서 채무자가 채권자대위소송이 제기된 사실을 알 것을 요구하는 이유는 민법 제405조에서 채권자가 채무자에게 채권자대위권의 행사를 통지하도록 하고 채무자가 통지를 받은 후에 한 처분행위를 가지고 채권자에게 대항할 수 없도록 규정하기 때문이다(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결). 즉 채권자대위소송에서 판결의 주관적 범위를 실체법인 민법을 근거로 하고 있으므로 외국법이 채권자대위권의 근거가 된다면 당해 외국법의 규정을 참조하여 판결의 주관적 범위를 결정해서 당해 소송이 유사필수적 공동소송인지를 결정해야 한다고 본다.

59) 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다54064 판결.

법이 적용되지만 실체법상의 관리처분권이 공동으로 귀속되어 있는지 여부를 결정하기 위해서는 준거법인 실체법이 적용될 수밖에 없다.⁶⁰⁾ 예를 들어 영국의 일반파트너쉽(general partnership)⁶¹⁾의 경우에, 파트너쉽의 사업수행을 위하여 구성된 전원(firm)⁶²⁾의 명의로 구입 또는 취득한 재산은 파트너쉽의 재산(partnership property)⁶³⁾이 된다. 이 파트너쉽의 재산은 구성원 개인의 재산과 구분되어서 구성원 전원이 별도로 관리해야 하므로 파트너쉽의 구성원 전원의 동의가 있어야지만 파트너쉽의 재산(partnership property)을 처분할 수 있다.⁶⁴⁾ 따라서 우리 법원에 계속된 영국의 파트너쉽의 재산에 관한 소송은 고유필수적 공동소송이 되므로 구성원 전원이 원고가 되거나 전원이 피고가 되어야 당사자적격이 인정된다.⁶⁵⁾

VII. 결론

이상으로 민사소송절차에서 정당한 당사자가 될 수 있는 자격인 당사자적격의 결정에 적용되어야 할 국가의 법에 대하여 살펴보았다. 당사자적격은 민사

60) 미국의 Restatement (Second) of Conflict of Law 제125조 comment a.에서도 공동불법행위에 대하여 가해자들이 연대하여 책임이 있는지에 대하여는 준거법이 적용되지만 공동불법행위자들이 소송에서 공동당사자가 되거나 되어야 하는지는 법정지법이 적용된다고 설명하고 있다.

61) 파트너쉽은 공동의 사업을 수행하기 위한 당사자 사이의 관계를 말한다(Partnership Act 1890 제1조). 파트너쉽의 구체적인 형태는 나라마다 차이가 있는데, 크게는 모든 구성원들이 무제한의 책임을 부담하는 일반파트너쉽(general partnership)과 무제한의 책임을 부담하는 일반구성원(general partner) 및 투자금 내에서 책임을 부담하는 유한구성원(limited partner)로 구성된 유한파트너쉽(limited partnership)으로 구분된다. 후자의 경우에는 일반구성원만이 경영에 참여할 수 있고 유한구성원은 경영에 참여할 수 없다. 이러한 파트너쉽은 계약관계이므로 법인격이 인정되지 아니한다. 다만 유한책임파트너쉽(limited liability partnership, LLP)의 경우에는 법인격을 갖고 있고 별도의 법(The Limited Liability Partnerships Act 2000)에 의하여 규율된다.

62) 영국 파트너쉽법(Partnership Act 1890) 제4조에서는 구성원 전원을 ‘firm’이라고 표현하며 firm의 계산으로 구매한 재산은 파트너쉽의 재산이 된다.

63) 영국 파트너쉽법 제20조.

64) 영국 파트너쉽법 제23조.

65) 영국 민사소송규칙 제19.3조 제1항에서는 공동으로 권리를 행사할 지위에 있는 경우에 그러한 권리자 전원이 당사자가 되도록 규정하여 우리와 같이 고유필수적 공동소송으로 규정하고 있다. 다만 제2항에서는 당사자가 되기를 거부하는 권리자가 있는 경우에는 그러한 당사자를 피고로 지정해야 한다고 규정하여 고유필수적 공동소송의 예외를 인정하고 있다. 이러한 규정은 절차법에 해당하므로 우리 법원에서 적용되지 않는다.

소송법의 영역에서 주로 논의되기 때문에 ‘절차는 법정지법에 따른다.’는 원칙상 당연히 법정지의 민사소송법이 적용된다고 생각하기 쉽다. 이러한 이유 때문인지 당사자적격의 준거법에 관한 법원 판결을 거의 찾아볼 수 없다. 그러나 절차적 사항에 해당하는 당사자적격의 개념이나 결정기준은 법정지법인 우리법이 적용되어야 하지만 우리 법상 법률관계에 대한 처분권이 있는 자에게 당사자적격이 인정되는 것이 원칙이므로 당사자적격의 결정에 있어서 외국법이 적용되는 경우가 적지 않다. 그러함에도 불구하고 법률관계에 대한 처분권이 발생하는 근거가 매우 다양하고, 우리에게 매우 생소한 외국의 법제도가 적지 않으며, 절차법적 성격과 실체법적 성격을 모두 갖고 있는 경우도 적지 않기 때문에, 당사자적격의 결정에 있어서 적용되는 국가의 법에 관한 일률적인 기준을 확정하는 것은 불가능해 보인다. 결국 개별적 사안마다 이를 판단할 수밖에 없는데, 본 글이 이러한 판단에 어느 정도의 기준을 제시하기를 기대해 본다.

[참고문헌]

- 김상원/박우동/이시윤/이재성(편집대표), 주석 신민사소송법(III), 2004, 한국사법행정학회.
- 김용진, “민법과 민사법부의 관계 재정립과 입법론적 고찰”, 비교사법 제20권 제1호 (2013).
- 김천수, “채권자취소권의 법적 성질”, 성균관법학 제17권 제3호(2005.12).
- 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012.
- 안춘수, “국제사법에 있어서의 성질결정 문제”, 「비교사법」, 제11권 2호(통권25호) (2004).
- 이시윤, 신민사소송법, 제6판, 박영사, 2011.
- 정동윤/유병현, 민사소송법, 제3판, 법문사, 2010.
- 이현목, “채권자취소권의 준거법에 관한 비교법적 연구”, 저스티스 통권 제152호 (2016.2).
- 이호정, 국제사법, 경문사, 1988.
- 임치용, “외국 도산절차 대표자의 국내에서의 지위”, 법률신문 2008. 11. 24.자.
- 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2014.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2013.
- 황진구, “사해행위의 취소와 원상회복이 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 의미”, 민사판례연구 39권(2017).
- Andrew Dickinson, The Rome II Regulation -The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford, 2010.
- Antoni Vaquer, Traces of Paulian Action in Community Law, In Reiner Schulze(Ed), New Features in Contract Law, Sellier. European Law Publishers, 2007.
- International Bar Association, Direct Third-Party Access To Liability Insurance, IBA Insurance Committee Substantive Project 2012.
- Fawcett/Currenters, Cheshire and North & Fawcett's Private International Law, 14th ed, 2008.
- Giuliano/Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ 1980 No C282/1.
- Neil Andrews, Andrews on Civil Processes Volume I, Intersentia(2013).

- Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 15th ed, Oxford, 2012.
- Richard Garnett, *Substance and Procedure in Private International Law*, 2012.
- Ilaria Pretelli, *Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets*, *Yearbook of Private International Law*, Volume 13(2011).
- Ian F. Fletcher, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Provisions", 33 *Tex. Int'l L.J.* 119, 1998.
- Howard Bennett, *The Law of Marine Insurance*, second edition, Oxford, 2006.
- Peter E. Herzog, *Civil Procedure in France*, Springer, 1967.
- Michael Twomey, *Partnership Law*, Butterworths, 2000.
- Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell, 2012.
- Lee Roach, *Company Law*, forth edition, 2016, Oxford.
- Andrew McGee, *The Modern Law of Insurance*, second edition, Butterworths, 2006,

[Abstract]

The Applicable Law Determining Proper Parties in Civil Proceedings

Lee Hun Mook*

This article discusses the law applicable in determining proper parties in civil proceedings. It is easily thought that the civil procedure law of the country where the seised court seats will be applied under the principle that *lex fori* applies to procedures because proper parties are dealt mainly in the area of the civil procedure law. Maybe for this reason it is hard to find court rulings regarding the applicable law of proper parties. There are lots of circumstances, however, in which the proper parties shall be determined under foreign laws as persons having rights to dispose legal relationship are deemed to be proper parties, though the concept of and requirements for being proper parties are governed by Korean laws as *lex fori*. Nevertheless, it seems to be impossible to establish only one principle for determining proper parties since there are various grounds to generate rights to dispose legal relationship, there are various foreign law systems unfamiliar to us and there are various cases having both substantive and procedural characters. Consequently it shall be determined in each specific case provided that a certain degree of tests can be suggested according to types of civil proceedings.

Keywords : proper party, applicable law, procedure and substance, *actio pauliana*, *action oblique*

* Professor, Kyungpook National University of Law School

