

소송물과 기판력의 객관적 범위의 관계*

우 세 나

고려대 법학연구원 연구원

< 目 次 >

- I. 서 론
- II. 기판력의 객관적 범위에 관한 판례의 태도
- III. 대법원 판결의 이론적 문제점
- IV. 대법원 판결에 대한 학설의 태도
- V. 대 안

I. 서 론

판결이 확정되면, 이 확정판결에 대해 여러 가지 효력이 부여된다.¹⁾ 이 중에서 이론과 실무에서 가장 중요한 효력으로서 기판력을 들 수 있다. 기판력은 재판의 절차과정을 보장하고 법적 안정성을 확보하기 위한 확정적 효력이라고 할 수 있다.²⁾ 그런데 이 기판력은 이론뿐만 아니라 실무의 측면에서 볼 때 많은 쟁점을 갖고 있다. 예를 들어, 기판력의 본질이 무엇인지, 기판력의 실질적 근거

* 심사위원 : 김경욱, 배성호, 양천수

- 1) 확정판결은 본래적 효력인 기판력, 집행력, 형성력과 부속적 효력인 참가적 효력, 법률요건적 효력, 반사적 효력이 생긴다. 판결의 효력에 관해서는 백춘기, “판결의 효력,” 『사법논집』 제36집(2003), 461면 이하 참고.
- 2) 기판력의 실질적 근거를 확정된 권리관계를 더 이상 다룰 수 없게 함으로써 법적 안정성을 피하기 위하여 기판력이 인정된다는 법적 안정에서 얻으려는 입장과 기판력은 법원이 판단을 내렸기 때문에 생기는 판단의 효력이 아니라 전소에서 구체적인 절차적 보장을 받는데 대해 당사자가 다투지 않았기 때문에 생기는 자기책임인 제출책임의 효력이라고 보아 절차보장에서 찾으려는 입장이 있다.

가 무엇인지에 대한 이론적인 문제뿐만 아니라, 기판력의 범위를 어떻게 확정할 것인지에 관해 이론과 실무에서 많은 논란이 전개된다. 그 중에서도 기판력의 객관적 범위를 어떻게 확정할 것인가 하는 문제는, 쉽게 해결하기 어려운 난점을 던져준다.³⁾

기판력의 객관적 범위 문제는, 판결서에 표시된 판단 가운데 어느 사항에 관해 기판력이 생기느냐에 대한 문제이다. 이에 대해 민사소송법은, 기판력은 판결주문에 포함된 판단에 한하여 발생하는 것으로 규정한다(민사소송법 제216조 제1항). 이에 근거를 두어, 통설과 판례는 소송물과 기판력의 객관적 범위가 동일하다고 이해한다. 이에 따르면, 소송물을 어떻게 파악하는가에 따라 기판력의 객관적 범위도 달라진다. 가령 판례가 따르는 것처럼 구실체법설에 따라 소송물을 좁게 파악하면, 기판력의 객관적 범위도 좁아진다. 이와 달리, 다수 학설이 주장하는 것처럼 소송법설에 따라 소송물을 넓게 파악하면, 기판력의 객관적 범위도 그 만큼 넓어진다.

그런데 최근 대법원이 내린 판결을 보면, ‘소송물과 기판력의 객관적 범위는 동일하다’는 명제를 그대로 관철하기 어려운 경우를 발견할 수 있다. 가장 대표적인 판결로 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결을 들 수 있다.⁴⁾ 이 전원합의체 판결에서 대법원은, 비록 전소와 후소가 각기 다른 소송물을 대상으로 하고 있긴 하지만, 각 소송물은 “실질적으로 목적이 동일한 소송물”이라는 논증을 통해 후소에 대한 판단을 불허하였다. 이 전원합의체 판결은 소송물을 좁게 파악함으로써 발생하는 실제적인 문제를 공평하게 처리하기 위해, 이론적으로 다소 납득하기 어려운 논증을 사용한 것으로 보인다. 그렇지만 - 아래에서 더욱 자세하게 살펴볼 것이지만 - 이 판결은 이론적으로 쉽지 않은 문제를 노정한다. 우선 과연 어떤 근거에서 그리고 어떤 기준으로 각기 다른 소송물을 “실질적으로 목적이 동일한 소송물”이라고 판단할 수 있는지 문제가 된다. 나아가 이렇게 소송물과 기판력의 객관적 범위를 다르게 판단하는 것이, 자칫 우리 민사소송법이 채택하고 있는 처분권주의에 반하는 것은 아닌지 문제가 된다. 본래 소송물과 기판력의 객관적 범위를 동일하게 파악하는 것은, 소송 당

3) 이 문제를 종합적으로 접근하고 있는 최근의 연구로서 권혁재, 『쟁점의 형성 및 쟁점(제론)배제효에 관한 연구』, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2005.

4) 이 판결에 대한 평석으로는 김홍엽, “소유권이전등기의 말소청구소송과 진정명의회복을 위한 이전등기청구소송에 있어서 기판력의 문제에 관하여,” 『민사재판의 제문제』, 제11권(2002. 12.), 1061면 이하 참고.

사자의 방어권을 보장하는 측면도 있는데, 이렇게 각 당사자가 소송물로 채택하지 않은 부분에 대해서까지 기판력을 인정하는 것은 소송 당사자의 방어권을 침해하는 것은 아닌지, 뿐만 아니라 처분권주의라는 민사소송법의 기본원칙까지 침해하는 것은 아닌지 문제될 수 있기 때문이다.

이러한 문제의식에 입각하여, 이 글에서 필자는 다음과 같은 순서로 논의를 전개하도록 한다. 우선 이 글의 소재가 되는 판결로서, 기판력의 객관적 범위 확장 문제에 단서를 제공하는 대법원 판례를 소개한다(II). 그리고 대법원의 판결들은 어떤 이론적인 문제가 있는지를 - 소송물과 처분권주의와 관련지어 - 살펴본 후(III), 이 판례들의 이론적 문제들을 기판력의 작용으로 해결하려는 견해와, 쟁점배제효로 파악하려는 견해로 나누어 살펴본다(IV), 결론으로서 장차 소송물과 기판력의 관계를 어떻게 파악할 것인지에 대해 한 가지 대안을 제시하고자 한다(V).

II. 기판력의 객관적 범위에 관한 판례의 태도

1. 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결

1) 사실관계

위 대법원 판결의 사실관계는 다음과 같이 요약할 수 있다. 갑은 A부동산에 대해 갑으로부터 순차적으로(갑→을→병→을) 소유권이전등기를 받은 을과 병을 상대로 원인무효(강박행위에 의한 의사표시로서의 증여한 것이므로 원인무효이고, 증여의사표시는 법원의 소장부분 송달로서 취소함을 밝힘)를 이유로 하는 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하여 패소확정판결을 받았다. 그 후 다시 소를 제기하여 을을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다(전소 쟁점 외 대통령 탄원서를 통해 의사표시 적법하게 취소하였다고 주장).

2) 판결요지

이에 대해 대법원은 다음과 같은 요지로 판결하였다. 즉 “말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 보아야 한다”는 것이다(강조는 인용자가 추가한 것임).

3) 소 결

원심은 종래의 대법원의 입장에 따라 후소를 허용하였으나, 대법원은 전원합의체 판결로 기존의 판례들을 변경하고, 원심판결을 파기·환송하였다. 법원이 따르고 있는 구실체법설에 의하면 전소와 후소의 소송물이 다름에도 불구하고 ‘실질적으로 목적이 동일, 두 소의 법적근거와 성질이 동일하다’는 것을 근거로 하여 후소에 전소의 기판력이 발생하도록 한 것이다.

2. 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결

1) 사실관계

이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 갑으로부터 을에서 소유권이전등기가 된 A토지가 있었다(갑→을). 병이 갑에게는 명의신탁해지에 기한 소유권이전등기청구의 소를, 을에게는 갑을 대위하여 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하여 승소확정판결을 받았다. 병은 확정판결에 따라 을의 등기를 말소한 후, 갑으로부터 소유권이전등기를 받았다. A토지는 병에서 정에게 이전등기 되었고, 무가 여기에 근저당권자로 등기하였다(갑→병→정(무: 근저당권자)). 그 후 을이 병, 정을 상대로 소유권확인청구와 더불어 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구 및 저당권설정등기말소등기 청구를 하였다.

2) 판결요지

이에 대해 대법원은 다음과 같은 요지로 판결하였다. 즉 “진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 허용되는 것인데, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 한다. (· · ·) 현재의 등기명의인 및 근저당권자 등은 모두 위 확정된 전 소송의 사실심 변론종결 후의 승계인으로서 위 확정판결의 기판력은 그와 실질적으로 동일한 소송물인 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구 및 확정된 전소의 말소등기청구권의 존재 여부를 선결문제로 하는 근저당권설정등기 등의 말소등기청구에 모두 미친다”는 것이다(강조는 인용자).

3) 소 결

원심은 을의 청구를 모두 인용하였다. 그러나 대법원은 소유권확인 소에는 전소확정판결의 기판력이 미치지 아니하나, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구와 근저당권설정등기말소청구는 기판력이 미친다고 보았다.

III. 대법원 판결의 이론적 문제점

1. “실질적으로 목적이 동일한 소송물” 논증이 지닌 문제점

기판력의 객관적 범위를 소송물로 보는 것은 통설과 판례의 입장이다. 위에서 살펴본 ‘대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결’의 경우 전소와 후소는, 판례가 취하고 있는 구실체법설에 따른 소송물이론에만 의한다면, 서로 다른 소송물이 되기 때문에 후소를 기각할 이유가 없다. 그러나 대법원은 ‘실질적 동일성’을 이유로 소송물이 다름에도 기판력을 인정하였다. 실질적

동일성이라는 논증으로 기판력을 인정하는 이유는, 구실체법설이라는 기존의 소송물이론의 관점에서 기판력의 객관적 범위를 파악하게 되면, 위의 사실관계와 같은 구체적인 문제를 해결하는 데 어려움이 있었기 때문인 것으로 보인다. 사실 대법원이 판결한 것처럼, 전소와 후소 모두 실체법상 방해배제청구권에 기한 것이고 동일한 법적근거에 목적 역시 동일하므로, 양자를 실질적으로 동일한 것으로 평가할 수 있을지 모른다. 그렇지만 양자의 실현방법은 전혀 다르다. 하나는 소유권이전등기말소청구이고 하나는 소유권이전등기청구이다. 이 다른 두 소송물을 실질적으로 동일하게 평가하여 기판력을 미치게 하려면, 별도의 논리적 이론구성이 필요한 것이다. 실질적 동일성이라는 논증은 그 기준이 명확하지 않을 뿐더러, 이로 인해 기판력이 추구하는 법적 안정성을 오히려 해칠 우려도 있기 때문에, 이를 인정할 수 있도록 하는 별도의 법적 근거가 필요한 것이다.

그리고 ‘대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결’의 경우, 대법원은 소유권이전등기청구권(후소)과 무효등기의 말소청구(전소)는 다 같이 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적근거와 성질이 동일하므로 두 소의 소송물은 실질상 동일한 것으로 보았다. 이 판결에도 이론적인 문제가 보인다. 우선 이 판결도 ‘실질적 동일성’이라는 논증을 사용하는데, 이는 앞의 대법원 전원합의체 판결을 통해 어느 정도 정당화할 수 있을지 모른다.⁵⁾ 그러나 소송주체가 다른 소송물을 과연 실질적으로 동일한 소송물로 볼 수 있는가하는 의문이 제기된다. 전소에서는 원고가 소를 제기하였고, 후소에서는 전소 피고가 소를 제기하였기 때문이다. 이렇듯 권리주체가 다름에도 실질적으로 동일한 소송물로 보는 것은, 현재의 소송물 이론상으로는 문제가 된다. 이는 2001년 대법원 전원합의체 판결이 제기한 문제와는 또 다른 문제인 것이다.

결과적으로 기판력의 객관적 범위를 소송물로 보는 것이 판례의 태도인데도, 엄연히 다른 소송물들을 실질적으로 동일한 소송물로 보아 기판력의 객관적 범

5) 대법원 99다37894 전원합의체 판결은 본 판결 외에도, “소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 당사자도 그 확정판결의 기판력이 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에는 미치지 아니하므로 다시 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 있다고 본 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체 판결, 1990. 12. 21. 선고 88다카26482 판결, 1992. 11. 10. 선고 92다22121 판결, 1993. 7. 27. 선고 92다50072 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다30829, 30836, 30843 판결, 1996. 12. 20. 선고 95다37988 판결, 1998. 9. 8. 선고 97다19878 판결 등의 견해는 이와 저촉되는 한도 내에서 변경하기로 한다”고 하여 위 판결들을 실질적으로 동일한 소송물의 범주에 포함시켰다.

위에 포함시키는 것은 논리적으로 문제가 있다. 이는 소송물론적 관점이 아닌 다른 이론 틀을 통해 해결해야 할 필요가 있다.

2. 처분권주의의 측면에서 본 문제점

1) 처분권주의의 의의

직권탐지주의에 의하지 않는 통상의 민사소송절차를 내용과 절차로 나눈다면, 내용에 대한 주도권은 당사자에게(당사자주의, 변론주의, 처분권주의), 절차에 대한 주도권은 법원에 있다고 볼 수 있다(직권진행주의). 즉, 소송절차는 법원과 당사자 사이의 공동의 작업과정이라고 볼 수 있는 것이다.⁶⁾

내용적 측면에서 처분권주의라 함은 소송절차의 개시, 심판의 대상과 범위 및 소송절차에 종료에 대하여 당사자가 처분권을 가지고 자유롭게 결정할 수 있는 원칙을 말한다. 소송물과 관련하여 법원은 처분권주의에 따라 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다(민사소송법 제203조). 이는 당사자에게 예상 밖의 판결을 받아 불이익을 받는 것을 방지하는 역할을 한다. 그러므로 법원은 원고가 심판을 구할 소송물과 다른 소송물에 대하여 판결할 수 없다. 그리고 판결의 주문은 기판력이 미치기 때문에 기판력의 객관적 범위와도 직결된다. 현재 소송물이 기판력의 객관적 범위라고 보는 것이 통설, 판례이기 때문이다.

이러한 처분권주의에 위반하여 판결을 하는 경우, 특히 판결이 확정된 경우는, 당사자에게 큰 불이익이 되고, 결과적으로 재판받을 권리를 박탈당하는 결과를 초래할 수 있는 것이다.⁷⁾ 그러므로 법원은 처분권주의에 따라서 당사자가 신청하는 대상과 범위 안에서 판단을 하여야 한다.

2) 처분권주의에 따른 대상 판결의 문제점

6) 정동윤·유병현, 『민사소송법』, 법문사, 2005, 299면.

7) 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2004, 268면. ; 신청사항과 판결이 맞지 않는다고 하여 모두 처분권주의 위배라고 보는 것은 아니며, 신청사항에 의하여 추단되는 원고의 합리적 의사에 판결내용이 부합되는 정도이면 신청취지의 문헌과 다소 차이가 있어도 허용할 것이라고 본다.

이와 같이 처분권주의는 민사소송에서 사적자치를 가능케 하는 기본원칙인 동시에, 각 소송 당사자가 소송 진행에 관한 절차권을 보장받을 수 있도록 한다는 점에서, 그 의미가 크다. 그렇지만 대상 전원합의체 판결은 판례가 인정하는 소송물의 범위를 넘어서 기판력을 인정한다는 점에서 문제가 있다. 이는 ‘소송물=기판력의 객관적 범위’로 파악하는 통설과 판례의 입장에 따른다면, 처분권주의에 위반하는 것인 동시에, 처분권주의가 의도하는 각 소송 당사자의 절차 보장을 침해할 여지가 있다. 그러므로 한편으로는 소송물이 다르다고 하면서, 다른 한편으로는 실질적으로 그 목적이 동일한 소송물이라고 파악하는 태도는, 그리 바람직한 논증방식이라고 말할 수 없다.

IV. 대법원 판결에 대한 학설의 태도

위에서 소개한 두 개의 대법원 판결은 - 이미 살펴본 것처럼 - 소송물론과 기판력 이론의 측면에서, 아울러 처분권주의의 측면에서 문제를 안고 있다. 이러한 문제를 해결하고자 학설은 크게 두 방향에서 해결책을 제시하였다. 첫째는 기판력의 작용으로 보려는 견해이고, 둘째는 쟁점배제효로 문제를 해결하려는 견해이다.

1. ‘실질적 동일성’을 기판력의 작용으로 보려는 견해

1) 기판력 작용의 내용

실질적 동일성’을 기판력의 작용으로 보아 ‘모순된 반대관계’로 이론을 구성하는 견해가 있다.⁸⁾ 모순된 반대관계란 전소의 피고가 제기한 후소에 관한 판결이 전소의 확정판결의 기판력을 침해하는 것을 말하는데,⁹⁾ 기판력이 작용하는 경우에 해당한다. 기판력이 작용하는 경우는 다음과 같다.

첫째, 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우 기판력이 작용한다. 소송물이 동

8) 유병현, “기판력의 객관적 범위와 모순된 반대관계,” 『민사소송』 제10권 제1호(2006. 5.), 113-144면 참고.

9) 유병현, 위의 논문(주8), 128면.

일한 경우는 기판력의 객관적 범위가 동일하므로 기판력이 작용한다.

둘째, 전소의 소송물이 후소 소송물과 선결관계(예를 들어 소유권 확인의 소에서 승소확정판결을 받은 후에는 소유권에 기한 토지인도청구나 소유권이전등기말소청구 또는 진정 명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 소를 제기하는 것)가 있는 경우는 기판력이 작용한다. 이는 선결적 법률·권리관계와는 구분된다. 선결적 법률·권리관계는 예를 들어 소유권에 기한 인도청구소송에서 소유권존재 여부에 관하여 판단을 하였더라도 기판력이 소송물인 인도청구권의 존재여부에만 미치고 소유권존재 여부에까지 기판력이 영향을 주지 않는 것이다. 이는 기판력이 판결서에 표시된 소송물에 존부에 관한 판단에 한해서 생긴다는 것을 보여준다. 확정판결의 주문에 포함된 것에 한해서만 기판력이 생기기 때문에(판결이유에서 표시되는 사실인정, 선결적 권리 또는 법률관계, 항변, 판결이유 속에 표시된 법률에 관한 판단에는 기판력이 생기지 않는 것이다. 판결이유 중의 판단에 대해 기판력이 인정되지 않음으로 인해 발생할 수 있는 문제를 해결하려면, 사전에 중간확인 소(민사소송법 제264조)를 제기하여야 한다.¹⁰⁾

셋째, 전소의 소송물이 후소 소송물과 모순된 반대관계인 경우에 기판력이 작용한다.¹¹⁾ 모순된 반대관계의 경우에는 소송물이 다른 경우에도 기판력이 작용하는 경우인데, 이것은 소송물 자체가 정 반대의 모순된 관계에 있기 때문에 후소를 허용하면 전소판결의 기판력이 전적으로 침해된다. 앞서 살펴보았지만, 전소와 후소의 판결이유 중의 판단이 모순된다는 것으로 모순된 반대관계가 되는 것이 아니다. 대법원은 1995. 3. 24. 선고 92다52488 판결에서, 가등기에 기한 소유권이전등기 청구소송에서 패소확정판결을 받은 원고가 전소의 선결문제인 가등기말소청구의 소를 제기한 경우는 모순된 반대관계가 아니라고 보았다.¹²⁾

2) 문제의 해결

이 견해는 이와 같은 기판력 작용론을 통해 다음과 같이 위 문제를 해결하고자 한다. 즉 대법원 99다37894 전원합의체 판결에서 소유권이전등기말소청구의

10) 정동윤·유병현, 앞의 책(주6), 706-707면.

11) 정동윤·유병현, 앞의 책(주6), 686면; 유병현, 앞의 논문(주8), 114면.

12) 이 판례는 “위 가등기만의 말소를 청구하는 것은, 전소에서 판단의 전제가 되었을 뿐이고 그로써 아직 확정되지는 아니한 법률관계를 다투는 것에 불과하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수는 없다”고 보았다.

소와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소는 모순된 반대관계로 이론 구성을 할 수 있다는 것이다. 두 소의 소송물을 비교하여 보면, 소유권이전등기말소청구의 존재와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 존재는 하나의 존재와 다른 하나의 부존재를 전제로 하는 것이므로, 실제적으로 양립불가능하다. 패소확정판결을 통해 소유권이전등기말소청구권의 부존재가 확인되었음에도 불구하고 다시 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 한다는 것은 허용될 수 없기 때문이다.¹³⁾

한편 이 견해에 따르면, 대법원 2000다24856 판결의 문제는 다음과 같이 해결할 수 있다. 소유권이전등기말소청구소송과 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송은 모두 소유권에 기한 방해배제청구권에 기한 것이지만, 소송주체가 다르다. 권리주체가 다른데도 특별한 이론구성 없이 실질적으로 동일한 소송물이라고 단정하기는 힘들다. 그런데 만일 전소 피고가 전소 원고를 상대로 소유권이전등기말소회복등기청구소송을 하였다면 전소의 소송물과 실질적으로 동일한 소송물로 전소 판결의 기판력을 해하는 것이 되어 기판력의 적용을 받게 될 것이다. 그런데 소유권이전등기말소회복등기청구의 소와 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 소는 다를 바 없다.¹⁴⁾ 그러므로 결국 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구는 전소와 모순된 반대관계로서 기판력의 적용을 받게 되는 것이다.¹⁵⁾

2. 기판력의 객관적 범위 문제를 쟁점배제효로 해결하려는 견해¹⁶⁾

13) 유병현, 앞의 논문(주8), 139면.

14) 대법원 1990. 11. 27. 선고 88다카20026 판결에서 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 허용되는 것이라고 보았다. 또한 대법원 1990. 12. 21. 선고 88다카20026 판결에서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 피고가 말소된 소유권이전등기청구소송과 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 하였는데, 법원이 후자만 인용한 바 있다.

15) 유병현, 앞의 논문(주8), 140면.

16) 일본에서는 쟁점효라는 용어를 쓰지만, 영미의 'issue preclusion' 을 번역하여 '쟁점실권효' 또는 '쟁점배제효' 로 번역하기도 한다. 후소에서 동일쟁점에 대한 재론을 배제한다는 의미에서 쟁점배제효라 부르기로 한다.; 권혁재, "확정판결의 효력범위에 관한 몇 가지 문제점 고찰," 『민사소송』 제10권 제1호(2006. 5.), 80면.

1) 쟁점배제효의 내용

기판력의 객관적 범위에 쟁점배제효의 이론이 나올 만큼 민사소송법의 이론이 변화하게 된 직접적인 이유는, 2002년 개정된 민사소송법이 시행되면서 새롭게 ‘집중심리주의’가 도입되었기 때문이다. 집중심리주의는 민사소송법의 이상과 신의칙을 도모하기 위한 것인데, 특히 분쟁의 일회적 해결에 목적을 둔다. 그래서 집중심리를 할 때는 쟁점에 대한 집중이 중요한 관점이 되는 것인데, 이때 쟁점을 중심으로 한 이론인 쟁점배제효가 적절하게 운용될 수 있다고 판단하는 것이다.

일본에서 쟁점효(爭點效)라고 불리는 이 이론은 영미법상 쟁점배제효 법리의 영향을 받아 일본의 신도(新堂幸司) 교수가 제창한 이론이다. 그에 의하면 쟁점효란 ‘전소에서 당사자가 주요한 쟁점으로서 다투고, 또 법원도 이것을 심리하여 내린 그 쟁점에 관한 판단에 생기는 통용력으로서, 같은 쟁점을 주요한 선결 문제로 하는 다른 후소 청구의 심리에서, 그 판단에 반하는 주장·증명을 허용하지 않고, 이것과 모순되는 판단을 금지하는 효력’이다.¹⁷⁾

이러한 쟁점효이론은 기판력과 세 가지 면에서 차이가 있다. 첫째, 기판력은 판결주문의 판단에 대하여 생기지만, 쟁점효는 판결이유 중의 판단에 생긴다. 둘째, 쟁점효는 일정한 요건이 구비된 경우에만 발생한다. 셋째, 기판력은 직권 조사사항이지만, 쟁점효는 당사자의 원용에 의하여 고려된다. 소위 쟁점효의 객관적 범위에 포함되려면 쟁점에 일정한 ‘요건’이 필요하다. 이러한 요건을 통해 엄격하게 쟁점효 여부를 판단하는 것이다. 요건은 그 쟁점에 대한 판단결과에 따라 전·후소에서 판결의 결론이 달라져야 한다. 그리고 소송에서 제기되는 쟁점 중 실질적인 쟁점이어야 하며, 법원이 그 쟁점에 대해 실질적인 판단을 하였고, 후소에서 당사자가 원용하였을 것이 필요하다. 또한 전·후소의 쟁점 이익이 거의 대등하거나 전소의 이익이 후소의 이익보다 커야 하며, 전소 심리과정에서 후소가 제기될 수도 있다는 것이 합리적으로 예측 가능하여야 한다.¹⁸⁾

2) 문제의 해결

17) 정동윤·유병현, 앞의 책(주6), 710면.

18) 권혁재, 앞의 논문(주16), 96-97면.

이러한 쟁점배제효 이론을 원용하면, 위 대법원 판례가 지닌 이론적인 난점을 다음과 같이 해결할 수 있다고 한다. 우선 대법원 99다37894 전원합의체 판결은 소송물이론상 구실채법설에 의하면 이론적으로 해결할 수 없다. 이를 일본의 신도 교수의 견해를 참고하여 풀이하자면, 전소 피고는 전소 원고가 전소의 쟁점뿐만 아니라 후소의 쟁점에 대하여도, 전소에서 주장과 입증을 다할 것을 기대할 수 있었을 것이다. 전소 원고는 전소에서 절차보장을 통해 자신의 주장을 할 수 있는 기회를 충분히 보장받았으나, 뒤늦게 후소에서 새로운 쟁점을 문제 삼는 것으로 보아 확정판결의 차단효에 의하여 금지된다.¹⁹⁾ 선결적 법률관계에 관한 전소법원의 판단에 대한 쟁점배제효를 인정한다면, 그 법률관계를 구성하는 개별적 쟁점들은 후소에서 선결적 법률관계에 관한 새로운 주장의 차단과 함께 그것과 모순되는 쟁점의 제기를 차단하는 효과가 발생한다는 것이다.²⁰⁾

쟁점배제효에 따르면, 대법원 2000다24856 판결의 경우 전소 판결이 후소에 영향을 미치게 된다. 쟁점효의 요건에 따라 판단을 하자면, 소유권이전등기청구권(후소)과 무효등기의 말소청구(전소)는 소를 제기하는 주체는 다르지만, 전소의 판결과 후소의 판결은 결론이 달라질 수 없으며, 양 소 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적근거와 성질이 동일한 실질적인 쟁점이다. 그리고 후소에서 당사자 모두에게 원용되었으며, 전소 원고는 전소 피고가 다시 소를 제기할 것을 예측할 수 있다. 즉 쟁점효의 객관적 범위의 요건에 일치하므로 쟁점배제효가 영향을 미치는 것으로 이론구성을 할 수 있다.

V. 대 안

기관력의 객관적 범위의 문제는 2001년 대법원이 전원합의체 판결을 내리면서, 소송물과 기관력의 객관적 범위에 관한 이론적 정리를 확실히 하지 않고 있기에 생긴 논란이다. 또한 개정된 민사소송법이 2002년부터 시행되면서 소송절차가 기존과는 달리 집중심리주의를 중심으로 진행되다보니, 기존의 판례가 소송물을 바라보던 관점만으로는 발생하는 이론적 문제들을 해결하기 힘들게 되

19) 권혁재, 앞의 논문(주3), 14면.

20) 권혁재, 앞의 논문(주3), 14면; 한편 쟁점효의 객관적 범위는 기관력의 시적 범위 문제는 구별되어야 한다.

었다. 그래서 소송물과 기판력의 객관적 범위와의 관계에서 발생하는 문제들을 소송물이론으로 파악하기 보다는 기판력의 작용이나 쟁점배제효로 이해하자는 논의가 생기는 것이다. 영미의 판례나 일본의 학설에서 이론이 정립된 쟁점배제효의 도입논의도 이러한 관점에서 볼 수 있다. 쟁점배제효를 부정하는 입장에서는 그 요건과 본질이 아직 부정확하기 때문에 적용할 수 없다고 한다. 그렇다면 쟁점배제효에서 적용기준을 명확히 한다면 적용가능성이 있는 것이다. 요건은 영미의 예를 기본으로 일본의 학설에서 마련한 요건 등을 원용하여 전·후소에서 주문의 결론을 이끌어 내는 필수적 선결관계를 쟁점으로 삼아 마련하면 될 것이다. 그리고 제도적 근거는 절차보장, 자기책임의 원칙, 민사소송법 제1조의 신의성실의 원칙 등으로부터 찾을 수 있을 것이다. 즉, 쟁점배제효의 도입은 긍정적으로 생각해 볼 수 있는 것이다.²¹⁾

다른 한편으로 현재의 소송물론 이론에서 방법을 찾아 해결할 수도 있을 것이다. 소송물을 확장하는 방안인데, 종래 구실체법설은 실체법상 권리를 충실하게 반영한 것이었다. 그러나 우리 민사소송법도 집중심리원칙을 도입하였으므로, 소송법설, 특히 이지설로 나아가는 방향을 생각할 수 있다. 그렇다면 동일한 청구원인사실에 기초하는 경우에는 동일한 소송물로 파악할 수 있고, 소송당사자가 제기한 소송물의 범위에 포함되는 것이며, 처분권주의에도 위반되지 않게 되는 것이다. 위의 판례들 역시 소송물이론을 넓게 봄으로써 해결이 가능한 것이다.

주제어 : 기판력, 소송물, 기판력의 객관적 범위, 기판력의 모순관계, 쟁점효

21) 권혁재, 앞의 논문(주3), 47면.

[Zusammenfassung]

Das Verhältnis zwischen dem Streitgegenstand und den objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft

Woo, Se-Na

Researcher, Legal Research institute of Korea University

Die vorliegende Arbeit untersucht das Verhältnis zwischen dem Streitgegenstand und den objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft. Zuletzt hat der koreanische oberste Gerichtshof zwei Urteile gesprochen, die sich theoretisch schwierige Fragen stellen. Sie entsprechen nicht der bisherigen herrschenden Meinung, dass die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft von dem Streitgegenstand abhängen: der koreanische oberste Gerichtshof hält noch immer an der “ursprünglichen materiellrechtlichen Theorie” als seine Meinung über den Streitgegenstand fest. Um die theoretische Problematik der Urteile zu lösen, hat der koreanische oberste Gerichtshof den Argument der “materiellen Identität” geliefert.

Die vorliegende Arbeit versucht, theoretische Probleme der zwei Urteile zu analysieren und einen Ausweg zu suchen. Dazu behandelt sie zwei bisherige theoretische Versuche, die die Problematik der Urteile überwinden wollen.

Schlüsselwörter : materielle Rechtskraft, Streitgegenstand, objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft, kontradiktorisches Gegenteil, issue preclusion