

## 事情變更을 이유로 한 追加請求와 減額請求의 當否

- 대법원 1999.3.9. 선고 97다58194판결 -

- 대법원 1993.12.21. 선고 92다46226판결 -

金慶旭\*

### I. 사실관계

원고는 1990. 6. 25에 소의 K주식회사로부터 징계해고를 당하자 K회사를 상대로 해고무효확인 및 1990. 6. 26부터 복직시킬 때까지 매월 해고 당시의 월 평균임금에 상당하는 금 549,195원의 비율에 의한 금원의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 이 소송의 항소심 법원은 1993. 9. 17 변론을 종결하고, 같은 해 10. 29에 원고 전부승소판결(부산고등법원 92나2516판결, 이하 “전소확정판결”이라 한다)을 선고하여 위 판결이 1994. 12. 13에 확정되었다.

이에 K회사는 전소 확정판결에 따라 1995. 2. 3에 원고를 복직시키고, 해고 후 복직 전까지의 임금으로서 금 30,352,678원을 지급하였는데, 원고는 사실상 해고기간 중인 1992. 1월부터 1995. 2월까지 다른 직장에 근무하면서 금 40,000,000원 이상의 수입을 얻었다. 그런데도 원고는 사실상 해고기간 중의 정기승급 및 임금인상 등에 의하여 K회사로부터 추가로 지급받을 수 있었던 임금액이 금 9,490,647원이라고 주장하면서, 주위적 청구로서 그 지급을 구하는 소송을 제기하였다.

---

\* 嶺南大學校 法科大學 助教授

## II. 법원의 판단

원심법원인 부산고등법원 1997. 11. 20 선고 97나2191판결은 위에서 살펴본 사실관계 하에서는 원고의 주장 자체에 의하더라도 “전소확정판결”의 변론종결 후 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생겼다고 볼 수 없다고 하여, 원고의 이 사건 주위적 청구는 “전소확정판결”의 기판력에 저촉된다고 판결하였다. 대법원은 이와 같은 취지로 판결하면서, 장래 이행기 도래분까지의 정기금지급을 명하는 판결이 확정된 후 사정변경을 이유로 하는 추가청구의 당부에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 확정판결은 주문에 포함된 것에 대하여 기판력이 있고 (민사소송법 제202조 제1항), 변론종결시를 표준으로 하여 이행기가 장래에 도래하는 청구권이더라도 미리 그 청구할 필요가 있는 경우에는 장래이행의 소를 제기할 수 있으므로 (민사소송법 제229조), 이행판결의 주문에서 그 변론종결 이후 기간까지의 급부의무의 이행을 명한 이상 그 확정판결의 기판력은 그 주문에 포함된 기간까지의 청구권의 존부에 대하여 미치는 것이 원칙이고, 다만 장래이행기 도래분까지의 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 경우 그 소송의 사실심 변론종결 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 특별한 사정이 생긴 때에는 전소에서 명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가하여 전소판결의 기판력이 그 차액부분에는 미치지 않는다고 (대법원 1993. 12. 21 선고 92다46226 판결 참조) 판결하였다.

## III. 평석

### 1. 序論

#### (1) 問題의 所在

履行의 訴의 대상이 될 수 있는 청구권은 원칙적으로 변론종결 당시에 履行期가 도래한 청구권이지만 예외적으로 이행기가 도래하지 않은 청구권을 주장하는 것도 가능하다. 이를 장래이행의 소라고 하는데, 이는 장래 이행기에 이르거나 조건이 성취된 경

우에도 채무자가 任意履行을 거부할 경우에 대비하는 소송이기 때문에 “미리 그 청구할 필요”가 있는 경우에 한하여 허용되며 (민사소송법 제229조)<sup>1)</sup>, 특히 계속적·반복적 이행을 요하는 경우에는 현재 이행기에 이른 부분에 대한 不履行이 있으면 장래의 것도 그 이행을 기대할 수 없으므로 現在の 分과 아울러 將來의 分도 미리 請求할 必要가 있다고 본다.<sup>2)</sup>

그러나 문제는 將來履行의 訴에서 금전의 지급을 청구하는 경우에는 그 금액에 관하여 장래에 변동이 있으리라는 것이 어느 정도 예상된다 하더라도 현재 진행중인 소에서 일정한 금액을 主張·立證하여야 하기 때문에, 소송상의 기술적인 제약 때문에 결국 원고는 事實審辯論終結 당시에 있어서의 評價金額을 主張·立證할 수밖에 없는 것이다. 만약 이러한 將來履行의 訴에 대한 판결이 확정된 후에 경제사정의 변동으로 이미 判決에서 인용된 금액과 실제 발생한 청구권의 금액에 차이가 생기더라도 그것은 본래 主張·立證하여야 하는 사항에 관한 문제에 지나지 않고, 예상이 빚나갔다고 하는 이유로 그 差額에 관하여 請求權이 새로 발생한다거나 그 請求權의 一部가 消滅한다고 볼 수는 없다. 따라서 위 차액에 관하여 당사자가 追加請求를 한다던가 또는 請求異議의 訴를 제기하는 것은 전소 판결의 既判力에 저촉된다고 하여야 할 것이다.<sup>3)</sup>

다른 한편으로는 將來履行의 訴를 인용하는 판결이 확정된 후 장기간이 경과하는 동안 經濟事情의 變更으로 인하여 그 인용액이 현저하게 부당하게 된 경우까지 既判力理論을 엄격히 적용하는 것은 구체적 정의실현이라는 사법의 목적에 반하고 실체적 타당성에 반하는 태도<sup>4)</sup>가 아닌가하는 의문이 생길 수도 있으므로 비록 명문의 규정이 없고 前訴判決의 既判力과의 문제가 있지만 正義와 衡平의 理念에 따라 그 구제방법으로 追加請求가 허용될 수 있는지가 문제가 된다.

## (2) 既存判例의 動向

이미 대법원은 1971.4.30 선고, 71다430 판결에서 피고 大田市가 원고의 토지를 불법으로 도로부지로 占有하다가 매달 금 16,440원씩의 비율에 의한 금원을 지급하라는 내용의 판결을 받고 이것이 확정된 후 경제사정의 변동으로 賃貸料가 증가하여 매달 금

1) 李時潤, 民事訴訟法, 新訂 4版, 2001, 244, 268면.

2) 鄭東潤, 民事訴訟法, 第4全訂版, 1998, 370면.

3) 崔成俊, 將來 賃金상당 不當利得金請求에 대한 確定判決의 既判力과 事情變更에 의한 追加請求, 午堂 朴禹東 先生 華甲記念 民事裁判의 諸問題 8, 815, 816면.

4) 鄭東潤, 事情變更으로 인한 追加請求와 減額請求, 考試界, 1995, 12월호, 69, 70면 참조.

95,900원이 되어 토지소유자가 증가된 임대료상당의 손해배상을 추가청구한 사건에서 「원·피고 사이에 이미 확정된 위 판결과 원고의 피고에 대한 이 사건청구는 소송의 목적을 같이 하고, 또 청구원인인 법률관계가 동일한 바이므로 원고가 확정된 위의 사건에서 피고의 이 사건토지의 점용으로 인한 장래의 손해배상 채권 중 그 일부 채권만을 명시하여 청구를 한 결과 그것이 확정되고 나머지 채권에 대하여는 지급청구를 하지 아니하였다는 등의 특별한 사정이 있었다는 점에 관하여 아무런 주장과 입증이 없이 이 사건에 있어서 피고의 이 사건 토지의 점용으로 인한 장래의 손해금은 그 전부에 대하여 위 사건판결의 확정으로 인하여 기판력이 미치는 것이므로 원고의 이 사건 청구는 不適法한 訴라고 하여 却下한 원심조치는 정당하다」고하여 原告의 追加請求를 排斥하였다.

그 후 장래의 계속적인 이행을 명하는 判決이 확정된 후 현저한 경제사정의 변경으로 인하여 당해 판결에서 명한 損害賠償額이 지나치게 많거나 지나치게 적은 것으로 되어버린 경우에 그 判決로 不利益을 받은 당사자가 어떠한 구제수단을 가지는가 문제가 되었다. 이에 大法院은 1993.12.21 선고, 92다46226 全員合議體 判決(이하 1993년 대법원 전원합의체 판결이라 한다)에 이르러 자신의 견해를 수정하여 이 문제를 一部請求와 殘部請求의 問題로 그 해결을 시도한 바 있었으며, 1999년 3월에 이러한 판결에 동조하는 위 大法院判決이 재등장함으로써 1993년의 大法院 全員合議體判決에 힘을 더해 주고 있다.

이하에서는 위 1999년의 대법원 판결의 입장을 이해하기 위해서 같은 취지의 1993년 大法院 全員合議體判決의 내용을 살펴보고, 이 판결에서 다수의견으로 주장되고 있는 一部請求擬制의 경우와 個別意見에서 문제로 삼은 既判力의 時的範圍의 문제를 각각 고찰해 봄으로써, 위 1999년 대법원 판결에서도 마찬가지로 문제가 되고 있는 확정판결 후 사정의 변경을 이유로 하는 追加判決의 問題點과 이에 대한 입법적인 해결에 대해 살펴보고자 한다.

## 2. 1993년 大法院 全員合議體判決의 事實概要

피고(부산시)는 1970.9.2에 부산시 도시계획사업의 일환으로 이 사건 토지에 인접한 부산 중구 영주동 일원의 토지 89,350㎡를 대청공원 부지로 편입고시한 후, 다시 1972.12.30. 이 사건 토지를 포함하여 같은 동 일원의 토지 72,000㎡를 대청공원 부지에

추가 편입하여, 대청공원 부지조성사업을 실시하여, 적어도 1975.3.부터 현재까지 이 사건 토지를 대청공원 부지로 점유하여 오고 있다. 한편 원고는 이 사건 토지를 매수하여 1984.1.25 원고 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이에 원고는 1984. 4.월경 피고를 상대로 하여 부산지방법원 84가합1032호로서, 피고의 이 사건 토지에 대한 위와 같은 불법 점유에 따른 손해배상책임이 있음을 청구원인으로 하여 금 2,597,031원(원고가 이 사건 토지의 소유권을 취득한 날인 1984.1.25.부터 6.30.까지의 손해배상금임) 및 1984.7.1.부터 피고가 이 사건 토지를 인도할 때까지 매월 금 509,632원의 비율에 의한 금원의, 또는 피고가 이 사건 토지를 아무런 권원없이 점유하고 있는데 따른 부당이득반환채무가 있음을 청구원인으로 하여 같은 금액의 지급을 청구 (이하 전소라 한다) 하였다. 그 후 같은법원에서 1985.3.29. 피고는 원고에게 금 1,753,435원 및 1984.7.1.부터 이 사건 토지를 매수할 때까지 월 금 332,930원의 비율에 의한 금원을 지급하고, 원고의 나머지 청구는 기각한다라는 판결이 선고되고, 그 판결이 그때쯤 그대로 확정되었다. 그러나 피고는 현재까지 이 사건 토지를 원고로부터 매수하지 아니한 채 계속하여 점유하여 오고 있다. 전소판결이 확정된 후 경제사정의 변동으로 이 사건 토지의 가격은 6배 내지 10배, 임료는 8배 이상, 지방세법상의 과세시가표준액은 3배 가량 양등하였고, 이 사건 토지에 대한 종합토지세가 전소판결에서 인용된 임료액의 4분의1에 육박하는 등 공과금도 급격하고 현저하게 상승하였다. 이에 원고는 이러한 사정의 변경은 전소의 변론종결당시 예견되지 아니하였거나 예견할 수도 없는 것이라는 등을 이유로, 부당이득반환 의무 또는 불법행위로 인한 손해배상책임을 선택적청구원인으로 하여, 소장부분 송달일 음날부터 1991.12.31.까지 소장부분 송달일 무렵인 1990.7.1.당시의 이 사건 토지에 대한 임료상당액인 월 금 2,869,400원에서 전소판결에서 인용된 월 금 332,930원을 공제한 금원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

이에 부산고등법원은 92나3182판결에서 원고의 주장에 대하여는 판단을 명시하지 아니한 채 직권으로 다음과 같이 판단하였다. 즉 전소와 이 사건 소는 그 기초적 사실관계가 동일하고 또 전소와 이 사건 소를 전체적으로 비교하여 보면 양자 모두 부당이득 또는 불법행위를 선택적청구원인으로 주장하고 있어 그 소송목적이 같은 것이며, 나아가 이 사건 소의 부당이득청구부분은 그 청구원인인 법률관계가 부당이득으로서 전소판결과 동일하며, 또한 전소판결에서 원고의 선택적청구중 부당이득반환청구의 일부분을 인용하면서 나머지 청구를 기각한 이상, 그 기각부분에는 원고의 부당이득반환청구

중 인용되는 나머지 부분을 기각하는 한편 위 불법행위로 인한 손해배상청구중 위 인용부분을 넘는 위 기각부분에 상당하는 불법행위로 인한 손해배상청구를 배척하는 취지도 포함되어 있다고 봄이 상당하므로, 원고가 확정된 전소에서 피고의 이 사건 토지의 무단점유 내지 불법점유로 인한 장래의 부당이득반환채권 또는 불법행위로 인한 손해배상채권 중 일부 채권만을 명시하여 청구하고 나머지 채권은 청구하지 아니하였다는 등의 특별한 사정이 있었다는 점에 관하여 아무런 주장 입증이 없으므로, 전소의 확정판결의 기판력은 피고의 이 사건 토지의 무단점유 내지 불법점유로 인한 장래의 부당이득반환채권 또는 불법행위로 인한 손해배상채권 전부에 관하여 미친다고 할 것이므로, 원고의 이 사건 소(원심에서 추가된 청구 포함)는 권리보호의 이익이 없어 부적법 각하되어야 한다고 하였다.

### 3. 1993年 大法院 全員合議體判決에 대한 檢討

#### 1) 一部請求와 殘部請求 (明示의 一部請求로 擬制하는 見解)

##### 가. 問題의 提起

통일적인 소송물개념을 취하는 通說은 訴訟物=既判力の 客觀的範圍의 原則을 인정하고 있으므로 前訴와 後訴의 소송물이 동일하여 既判力이 작용하는 경우에는 구체적으로 後訴에서는 어떠한 사항이 기판력에 의하여 배척되는가는 그것이 전소의 소송물의 범위에 포함되는가 아닌가에 의하여 결정되게 된다. 그러므로 이 문제는 결국 訴訟物論爭으로 되돌아가게 된다. 현재 소송물의 單複·異同을 판단하는 기준으로서 舊實體法說, 訴訟法說 중에서 一肢說과 二肢說, 新實體法說 등이 주장되고 있다는 것은 주지의 사실이나, 1993년 대법원 전원합의체판결과 관련하여 어떠한 訴訟物理論에 따르더라도 追加請求가 前訴의 訴訟物과 별개의 소송물이 되어 前訴判決의 既判力을 배제시킬 수 있는 경우는 없는 것으로 보인다. 왜냐하면 피고가 원고의 토지를 불법점유하고 있는 사실에는 前訴에서나 後訴에서나 아무런 변화가 없기 때문이다.

아마도 이러한 이유에서 판례는 구체적으로 타당한 해결을 위해서 전소에 대한 판결을 수량적으로 가분인 급여를 목적으로 하는 채권의 일부에 대한 판결로 보고 後訴의 追加請求를 殘部請求로 볼 수 없는지에 대해 검토함으로써 後訴의 既判力抵觸問題를 해결하려고 노력한 것으로 보인다.

#### 나. 一部請求 許否에 관한 學說

우리나라에서는 訴訟費用前納主義를 취하여 當事者는 법원에서 실제로 인용한 額數와 상관없이 자기가 청구한 訴訟物의 價格 全部에 대하여 印紙를 첨부하여야 하기 때문에 승패를 예측하기 힘든 소송에서는 訴訟費用의 절감과 승소가능성의 확인 즉 法院의 법률적 견해를 타진해 보기 위하여 一部請求가 이용되고 있다. 一部請求로서 少額事件審判法의 적용을 받기 위해 분할하여 구하는 一部請求는 訴權의 濫用으로 訴를 却下하여야 할 것이나 (소액사건심판법 제 5조의 2), 訴權의 濫用과 관계가 없는 경우에는 前訴에서의 一部請求에 대한 판결의 효력이 後訴에서의 殘部請求에까지 미치느냐가 문제가 된다.<sup>5)</sup> 이에 대한 학설대립을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

(1) 一部請求肯定說; 채권자가 소송외에서 사적자치의 원칙에 의해서 채권을 분할해서 행사할 수 있듯이 소송상으로는 處分權主義에 의해서 원고는 자기의 의사에 따라 분할된 일부청구만을 訴訟物로 할 수 있다. 그러므로 기본적인 채권의 일부청구의 경우에 그 일부임을 명시한 바 없어도 이에 대한 기판력은 그 일부에 대해서만 생기고 그 잔부청구에 대해서는 생기지 않아서 새로이 잔부청구가 가능하다는 견해<sup>6)</sup>

(2) 一部請求否定說; 특정의 1개의 債權에 관한 다툼에 관하여는 그 채권을 전체로서 주장하는데 법적인 장애가 존재하지 아니하는 한, 당해 채권이 전체로서 訴訟物을 구성한다는 견해로서, 이 학설은 일부청구는 심판의 범위를 명확하게 특정하여야 한다는 원칙에 저촉될 뿐만 아니라 피고에게는 반복된 應訴에 따른 불편을 주고 法院에게도 반복된 심리로 인한 부담이 가중되는 등 분쟁해결의 一回性·一事不再理의 이념에 반한다는 이유를 든다.<sup>7)</sup>

(3) 明示의 一部請求說 (折衷說); 원고가 일부청구임을 명시한 경우에는 독립의 소송물로 볼 것이나, 명시한지 아니한 경우에는 전부를 소송물로 보아야한다는 견해로서 通說·判例의 입장이다.<sup>8)</sup>

(4) 學說에 대한 검토; 일부청구의 허부의 문제는 분쟁의 1회적 해결의 요청과 원고

5) 鄭東潤, 前掲書, 258면 이하; 李時潤, 前掲書, 267면 이하; 姜玟中, 民事訴訟法, 第三全訂版, 1998년, 354면.

6) 李英燮, 新民事訴訟法 (上), 1980년, 194면; 方順元, 民事訴訟法 (上), 全訂改版, 1987년, 605면; 大判 1973.2.28, 73다71.

7) 金洪奎, 民事訴訟法, 第 4版, 1995, 288면 이하 참조.

8) 鄭東潤, 前掲書, 260면; 李時潤, 前掲書, 293면; 姜玟中, 前掲書, 358면; 宋相現, 民事訴訟法, 新訂二版, 1999년, 486면; 大判 1982.5.25, 82다카7; 大判 1982.11.23, 82다카845; 大判 1989.6.27, 87다카2478; 大判 1993.6.25, 92다33009; 대판 1994.1.14, 93다43170.

의 분할청구의 자유존중의 필요 및 당사자의 節次權保障 등을 비교형량하여 종합적으로 판단해야 할 사항이므로 明示의 一部請求의 경우에만 一部請求를 허용하는 通說·判例의 立場이 타당하다고 여겨진다.

#### 다. 判例의 立場에 대한 檢討

##### (1) 判例의 多數意見의 態度

판례의 다수의 의견은 明示의 一部請求說을 따르면서 위 사실개요에서와 같은 상황에서 토지의 소유자가 멀지않은 장래에 토지가 인도될 것으로 예상하여 변론종결당시의 토지의 賃料額을 기준으로 산정한 不當利得金의 支給을 請求하였던 점, 그리고 그 후 점유자가 오랫동안 토지를 인도하지 않았고 또 변론종결 후에 변론종결당시에 예상하기 어려웠던 특별한 사정이 생김으로써 前訴判決에서 인용된 임료액이 적정한 임료액과 비교하여 상당하지 아니하게 되었을 경우에 대비하여 그 차액에 상당하는 부당이득금에 관하여 까지 소유자가 전소에서 주장 입증하는 것이 불가능하다는 점, 그리고 借賃増減請求權을 인정하고 있는 民法 제628조의 입법취지 등에 비추어 보면, 전소판결에서 인용된 임료액과 적정한 임료액의 차액에 상당하는 부당이득금은 전소에서 청구하지 아니한 취지라고 보는 것이 정의와 형평의 이념에 부합한다고 하면서, 前訴의 事實審 辯論終結 後에 전소판결의 기초가 된 사정이 변경됨으로 말미암아 전소판결에서 인용된 賃料額이 현저하게 상당하지 아니하게 된 경우에는, 전소판결에서 인용된 금액을 原告가 一部請求임을 명시하지 않았지만 이를 명시한 것으로 보아 前訴判決의 既判力이 그 일부청구에서 제외된 차액에 상당하는 後訴의 不當利得金의 請求에는 미치지 않는 것이라고 해석함이 옳다고 함으로써 추가청구를 잔부청구로서 허용하였었다.

##### (2) 判例에 대한 批判

判例의 多數意見은 이론적 근거로 원고가 전소에서 一部請求임을 명시한 일이 없음에도 이를 明示의 一部請求로 擬制하고 있는 바 이는 이론적으로 무리라고 생각한다.<sup>9)</sup> 더 나아가 이와 반대의 경우, 즉 지가가 하락하여 위 판례의 피고측(부산지)이 賃料의 減額請求를 하는 경우 多數意見을 따르는 경우에는 일부청구이론을 끌어와 이를 해결할 수 없게되고 또 이 見解에서는 前訴의 변론종결 후의 경제적인 사정변경을 변론종

9) 鄭東潤, 前掲論文, 73면.



결 후의 새로운 사정으로 인정하지 않기 때문에 피고측은 請求異議의 訴를 원용할 수도 없게 되어 전혀 법적인 보호를 해줄 수 없는 것이 되어 원고가 두텁게 보호되는 것과 비교하여 불합리하다고 해야 할 것이다.

## 2) 既判力の 時的範圍와의 關係

### 가. 問題의 提起

民事訴訟의 대상이 되는 사법상의 권리 또는 법률관계는 시간의 경과에 따라 변화하므로 판결에 의하여 사법상의 권리관계를 확정하려면 먼저 既判力の 時的範圍, 즉 판결의 기판력이 어느 시점에서 확정된 권리관계에 관하여 발생하는가를 명백히 하는 것이 필요하다. 민사소송에서의 판결은 事實審의 辯論終結時까지 소송에 현출된 자료를 기초로 하여 행하여지고, 또 당사자도 그때까지는 소송자료를 제출할 수 있으므로 이 시점을 기준으로 권리관계의 존부가 결정되도록 하는 것이 합리적인 것이다. 이는 民事訴訟法 第505條·204條에 비추어 보아도 명백하다. 따라서 이 시점을 기판력의 標準時라고 하며 기판력은 이 시점에서의 권리관계의 존부의 판단에 관하여 발생하게 된다.

그러므로 당사자는 전소 표준시의 권리관계의 존부판단을 다투기 위하여 그 표준시 이전에 존재하였던 사실에 기한 공격, 방어방법을 제출할 수 없고 또 설사 당사자가 이를 제출한다고 하더라도 後訴法院은 이를 排斥하여야 하는데 이러한 기판력의 작용을 失權의效力, 遮斷의效力 또는 排除의效力이라고 부른다.

이와 같이 기판력에 의하여 표준시에 확정된 권리관계는 그 후에 변동될 수 있으므로 표준시 후에 발생한 사유는 既判力の 失權效의 制裁를 받지 아니한다. 그러므로 당사자는 표준시 후에 발생한 사유를 주장하여 後訴로써 확정된 法律效果를 다룰 수 있게 된다. 소 각하판결을 받은 뒤에 각하사유로 된 소송요건을 갖추어 다시 소를 제기하는 경우, 다른 법령에 의해 보상을 받을 수 있다는 이유로 기각되었다가 그 뒤 실제로 보상받을 수 없음이 밝혀진 경우<sup>10)</sup> 등이 그 예가 될 수 있을 것이다. 이에 위 판결에서 문제가 된 事情變更을 標準時 後에 발생한 사유로 인정하여 원고의 追加請求를 인정할 수 있을 것이냐가 물어진다.

10) 大判 1998.7.10, 98다7001.

## 나. 判例의 立場에 대한 檢討

### (1) 判例의 態度

위에서 살펴본 바와 같이 大法院은 1993년 全員合議體判決을 통하여 사정변경으로 인한 追加請求를 긍정하였는데, 다만 그 논거에 있어서 다수의견은 전소청구를 일부 청구이었던 것으로 보고 殘部請求로서 추가청구를 허용하였음에 반하여, 個別意見은 기관력의 시적범위의 문제와 연관시켜 해결하려한다. 즉 위 판결의 사례와 같은 경우 「당사자는 장래 발생할 임료상당 부당이득금의 액수에 관하여 구체적으로 주장·입증하기가 현실적으로 불가능하기 때문에 그 변동가능성을 어느 정도 예상하면서도 장래 발생할 임료상당 부당이득금의 액수는 변론종결당시의 그것과 별 차이가 없으리라는 전제하에서 공격과 방어를 하게 되고, 법원 또한 이러한 전제하에서 그 임료상당액을 판단하게 되는 것이므로, 그 후 경제사정의 변동 등으로 임료가 변론종결 당시 예상할 수 없을 정도로 증감되어 전소의 인용액이 도저히 상당하다고 할 수 없을 정도가 되었다면 이러한 사정의 변경은 전소의 변론종결전시까지 주장할 수 없었던 사유가 그 후 새로 발생한 것으로 보아야 할 것이어서 (전소에서의 청구를 일부청구로 볼 수 있는지 여부와 상관없이) 전소판결의 기관력이 중액된 부분의 지급을 구하는 후소에 미치지 않으므로 토지소유자는 중액된 부분을 부당이득반환으로서 추가청구할 수 있다」고 한다. 즉 判例의 個別意見은 後訴의 追加請求를 辯論終結 後의 새로운 訴訟物로 보고 있는 것이다.

### (2) 判例에 대한 批判

위 대법원판결의 個別意見도 문제점이 없는 것은 아니다. 왜냐하면 상술한 바와 같이 지가상승과 같은 事情變更을 辯論終結 後의 새로운 事實로 보아 이에 기한 後訴를 전혀 새로운 부당이득에 대한 청구라고 보는데에는 무리가 있기 때문이다 즉 判例가 後遺症에 의한 손해를 標準時 後에 새로이 발생한 사유로 인정하여 새로운 訴訟物을 구성하는 것으로 보아 추가배상을 인정하고 있는 것 (別個訴訟物說)<sup>11)</sup>과는 달리 위 판결의 사례에서는 전 후 양소에서 피고가 원고의 토지를 불법으로 점유한 사실에는 아무런 변화가 없기 때문에 어떠한 訴訟物理論을 따르더라도 변론종결 후에 발생한 지가의 상승이 새로운 사실을 구성할 수는 없기 때문이다.<sup>12)</sup>

11) 大判 1980.11.25, 80다1671; 鄭東潤, 前掲書, 263면; 李時潤, 前掲書, 628면.

이를 만약 인정한다면 이는 交通事故 後 장래의 치료비손해나 일실수입손해에 대해 법관이 불법행위 당시의 화폐가치를 기준으로 적절하다고 생각되는 그 損害額 全額의 給付를 명한 사건에서 후에 經濟事情의 變動으로 실제의 치료비나 일실수입의 경제적 가치가 현실에 맞지 않는다고 追加判決을 구할 수 있게 하는 것과 다르지 않게 될 것이다.

### (3) 事情變更으로 減額請求를 하는 경우

위 판결의 사례와 반대로 만약 경제사정이 악화되어 당해 토지의 賃料가 標準時 보다 현저히 내려 前訴判決에서 法院이 이행을 명한 금액이 부당하게 고액이 된 경우, 또 이러한 경제적인 事情變更을 변론종결 후의 새로운 사실의 발생이라고 보는 경우에는, 위 판결에서의 피고(부산시)는 請求異議의 訴에 의하여 前訴判決의 執行力の 排除를 구할 수 있을지도 모른다. 원래 請求異議의 訴는 채무자가 債務名義에 표시된 履行請求權에 관하여 실체상의 이의를 주장하여 그 채무명의를 가지는 執行力을 排除하여 실체상 부당한 강제집행을 저지하여 줄 것을 請求하는 訴이다(민사소송법 제 505조). 이러한 소를 인정하는 이유는 민사소송법이 채권자의 권리실현의 確實과 迅速을 기하기 위하여 민사소송을 判決節次와 執行節次로 분리하여 집행기관에 대하여는 債務名義만 있으면 그 채무명의로 표시된 이행청구권의 존부나 변경 등 실체사유에 상관없이, 즉 채무명의를 유인한 기초로 하여 집행하도록 한 결과, 예를들어 “辨濟·免除·相計·更改·消滅時效의 完成·和解”<sup>12)</sup> 등으로 청구권자체가 消滅한 경우에도 그 債務名義에 기한 強制執行이 위법하지 않게 되어 執行에 관한 異議나 抗告로써는 이를 바로 잡을 수 없게 되어있으므로 이러한 부당한 집행을 저지하여 채무자를 구제할 필요가 있기 때문이다.<sup>14)</sup>

12) 일시금배상에 있어서의 追加請求와 設問과 같은 將來履行의 訴에 있어서의 追加請求는 그 구조가 근본적으로 다르다는 견해도 있다: 崔成俊, 前掲論文, 840면.

13) 이와 같이 청구권이 절대적으로 소멸하는 원인이 되는 사유 이외에도 채권자의 執行權能 또는 채무자의 執行資格의 喪失의 원인이 되는 사유(집행채권의 讓渡나 免責의 債務引受 등의 경우), 請求權의 不成立을 주장하는 사유(請求權의 不發生, 通情虛偽表示, 공서양속위반으로 인한 無效, 代理權의 欠缺 등의 경우)나 청구권의 효력의 정지사유(履行期の 猶豫의 경우) 등도 채무자의 청구이의의 소를 이유있게 하는 異議事由가 될 수 있다: 注釋民事執行法(2권), 吉野 衛·三宅弘人, 金融財政事情研究會, 399, 400면; 朴斗煥, 新強制執行法, 增補 改訂版, 1993년, 118면.

14) 朴斗煥, 前掲書, 112면; 方順元/金光年, 民事訴訟法(下), 1993년, 184면.

1993년 대법원의 全員合議體判決은 放論이기는 하지만 위와 같이 지가가 하락한 경우 토지의 占有者는 請求異議의 訴로서 감액된 부분에 대해 전소판결의 執行力의 排除를 주장할 수 있다고 하고있다.<sup>15)</sup> 이는 전소에서 확정된 판결에서 판단의 기초로 한 사실관계가 근본적으로 변경된 것을 대법원이 실체상의 청구에 관한 사유로 보았기 때문이다.<sup>16)</sup> 그러나 여기에서도 문제점은 앞에서 설명한 바와 같이 개별의건의 別個訴訟物說의 난점이 그대로 유지됨으로 인하여 經濟事情의 變更이 어떻게 실체상의 청구에 관한 사유가 될 수 있는지에 대한 명확한 해답을 주고 있지 못하다는 점이다.

#### IV. 마치는 글: 變更의 訴 (Abänderungsklage)의 導入에 대한 論議

결론적으로 위 판례의 사례와 같은 경우 이를 一部請求와 殘部請求의 問題나 既判力의 時的範圍의 問題로 해결하는데는 무리가 있어 보이므로, 현재 우리나라 법체계 내에서의 매끄러운 法的 解決을 기대하기는 어렵겠다. 이러한 법 적용상의 문제점에도 불구하고 구체적으로 타당한 판결을 내리기 위해 지가변동 등의 경제적 사정변경을 일부 청구의제의 방식이나 標準時 後에 발생한 새로운 사유로 보아 문제를 해결하려고 하는 大法院의 노력은 높이 평가되어야 할 것이다. 그러나 궁극적으로는 이에 대한 입법적 해결이 필요할 것이다.

이를 위해 독일의 “變更의 訴 (Abänderungsklage)”가 한 해결책이 될 수 있겠는데 獨逸民事訴訟法 第 323條는 “장래에 이행기가 도래하는 반복적인 급여의 履行命令에 대하여, 급여의 변제의 이행, 급여의 금액 또는 변제의 기간의 결정에 관하여 기준이 되었던 관계의 본질적 변경이 생긴 경우에는, 각 當事者는 訴의 方法으로 판결에 대하여 이에 상응하는 變更을 請求할 수 있다”고 함으로써 위와 같은 문제를 용이하게 해결할 수 있는 길을 열어주고 있다. 마침 현재 진행되고 있는 우리나라의 民事訴訟法 改正論議에서 이러한 變更의 訴의 도입이 고려되고 있는데<sup>17)</sup> 타당한 立法案이라고 하지 않을 수 없다.

15) 大判 1993.3.9, 97다58194.

16) 鄭東潤, 前掲論文, 67면.

17) 民事소송법 개정안 제252조(定期金判決과 변경의 訴) ①정기금의 지급을 명한 判決이 확정된 뒤에 그 액정산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 判決의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 訴를 제기할 수 있다. ②제1항의 訴는 第1審 判決法院의 專屬管轄로 한다.