

소송판결의 기판력에 관한 연구

석현수*

【목 차】

I. 서론	III. 소송판결 기판력의 작용
II. 소송판결 기판력의 범위	1. 전소의 기판력이 후소의 본안 전 판단에 작용하는 경우
1. 객관적 범위	2. 전소의 기판력이 후소의 본안 판단에 작용하는 경우.
2. 시적 범위	IV. 결론
3. 주관적 범위	

【국 문 요 약】

소송판결 기판력의 객관적 범위는 주문에서 판단된 소송요건의 부존재 인데, 여기에서의 ‘소송요건’이 무엇인지에 대하여 견해가 대립한다.

‘소각하 판결의 주문에서 그 부존재가 판단되는 소송요건은 소송능력, 당사자능력, 당사자적격 등이고, 그 구체적인 사유는 기판력에 포함되지 않는다’고 보는 견해가 있다.

하지만 기판력의 범위의 명확성, 분쟁의 1회적 해결, 신속한 재판과 소

* 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

송경제, 판결의 모순·저촉 방지를 고려할 때, 소송능력 등과 같이 추상적이고 포괄적인 개념이 아니라 그 인정 근거에 해당하는 특정한 법률관계(성년, 법인격, 피보전채권의 존재 등)를 소송요건으로 보는 것이 타당하다.

대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결은 ‘피보전채권의 부존재를 이유로 채권자대위의 소를 각하한 전소 판결이 확정된 후, 제3채무자(전소의 피고)가 채권자(전소의 원고)를 상대로 제기한 소송에서 채권자가 피보전채권의 존재를 주장하는 것은 기판력에 저촉된다’라고 판시하였다.

그리고 대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결은 ‘피보전채권의 부존재를 이유로 채권자대위의 소를 각하한 전소 판결이 확정된 경우, 그 판결의 기판력은 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치지 않는다’라고 판시하였다.

위 두 판결은 모두 ‘피보전채권이 없다는 이유로 채권자대위소송을 각하한 판결이 확정되면, 피보전채권의 부존재에 기판력이 발생한다’는 입장을 취하는 것으로 보이는데, 이러한 입장은 당사자적격의 근거가 되는 특정한 법률관계에 기판력을 인정한 것으로서 타당하다.

그리고 채권자대위소송의 당사자적격을 갖추지 못한 원고는 민사소송법 제218조 제3항의 ‘다른 사람을 위하여 원고가 된 사람’에 해당하지 않으므로 위 2011다108095 판결 중 ‘전소의 기판력이 채무자에게 미치지 않는다’는 부분 역시 타당하다.

I. 서론

확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용은 이후 그 소송당사자의 관계를 규율하는 새로운 기준이 되는 것이므로 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없게 되는데, 이러한 구속력을 기판력이라고 한다(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결).

기판력은 주관적, 객관적, 시적 측면에서 일정한 범위 내에 한정되어 발생한다. 본안소송에서는 원칙적으로 객관적 범위는 주문에 포함된 소송물

인 법률관계의 존부에 관한 판단, 시적 범위(표준시)는 사실심 변론종결시, 주관적 범위는 소송당사자이다. 이 중에서 객관적 범위와 시적 범위가 결합하여 기판력 있는 판단, 즉, 확정된 법률관계를 구성한다(예를 들어, 대여금 반환청구를 기각한 확정판결의 경우 기판력 있는 판단은 표준시 당시 원고의 피고에 대한 대여금 반환청구권이 존재하지 않았다는 것이고, X 토지 소유권 확인청구를 인용한 확정판결의 경우 기판력 있는 판단은 표준시 당시 원고의 X 토지에 대한 소유권이 존재했다는 것이다).

전소의 기판력이 확정된 법률관계에 반하는 주장이나 판단이 허용되지 않도록 하는 강제력을 후소에 미치는 경우, ‘전소의 기판력이 후소에 작용한다’라고 표현한다.

전소의 기판력이 후소에 작용하기 위해서는 ① 후소의 당사자가 전소의 기판력의 주관적 범위 내에 있어야 하고, ② 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 다시 문제되어야 한다.

이 중 ② 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 다시 문제되는 경우를 유형화한 것이 동일관계(전소와 후소의 소송물이 동일한 경우), 선결관계(전소의 기판력 있는 판단이 후소의 선결적 법률관계가 되는 경우), 모순관계¹⁾(후소 소송물이 전소의 기판력 있는 판단과 정면으로 모순되는 반대관계에 있는 경우)이다. 그리고 이러한 세 가지 유형을 ‘기판력이 작용하기 위한 전소와 후소의 관계’²⁾, ‘기판력이 작용하는 경우’³⁾, ‘기판력의 작용(장)면’⁴⁾, ‘기판력의 작용범위’⁵⁾라고 부른다.

그런데 동일관계, 선결관계, 모순관계만으로는 기판력이 후소에 작용하는 모든 경우를 포섭하지 못한다. 기판력의 객관적 범위는 원칙적으로

1) 유병현, “기판력의 객관적 범위와 모순된 반대관계”, 민사소송 제10권 제1호, 한국민사소송법학회(2006), 114면에서는 모순된 반대관계라는 표현을 사용한다.

2) 김상수, “기판력의 작용”, 고시연구 제30권 제12호, 고시연구사(2003), 107면.

3) 김홍엽, 「민사소송법(제10판)」, 박영사(2021), 864면; 양병희, “기판력의 주관적 범위에 관한 소고”, 일감법학 제1권, 전남대학교 법학연구소(1996), 99면; 한충수, “소송물의 실질적 동일성과 기판력의 작용이론 - 판례분석과 시론을 중심으로-”, 법학논총 제25집 제2호, 한양대학교 법학연구소(2008), 6면.

4) 이시윤, 「민사소송법(제12판)」, 박영사(2018), 630면; 국순옥, “기판력의 본질과 작용”, 민사법연구 제11집 제1호, 대한민사법학회(2003), 20면.

5) 강현중, 「민사소송법(제7판)」, 박영사(2018), 669면.

주문의 판단에만 미치지만, 예외적으로 민사소송법(이하 ‘민소법’이라고 한다) 제216조 제2항에 의해 이유에서 판단된 상계의 자동채권의 존부에도 기판력이 미치는데,⁶⁾ 전소의 자동채권이 후소의 소송물이 되는 경우는 동일관계, 선결관계, 모순관계 중 어느 것에도 해당하지 않는다. 위와 같은 경우까지 포섭하기 위해서는 동일관계의 의미를 ‘소송물 동일’에서 ‘전소에서 확정된 법률관계가 후소의 소송물의 존부에 해당하는 경우’로 확장할 필요가 있다.⁷⁾

위 ①, ②의 요건을 갖추어 전소의 기판력이 후소에 작용하는 경우에도 후소 당사자는 전소 표준시 후의 사유를 주장할 수 있다. 전소 표준시 후의 사유 주장은 전소의 기판력 있는 판단에 반하는 것이 아니기 때문이다. 예를 들어 甲이 乙을 상대로 X 토지 소유권 확인청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 선고받은 후 다시 소유권에 기한 X 토지 인도청구를 하는 후소를 제기한 경우, 전소의 기판력 있는 판단인 ‘전소 표준시 당시 甲의 X 토지에 대한 소유권의 존재’는 후소의 선결적 법률관계가 되므로 전소와 후소 사이에 선결관계가 성립하여 전소의 기판력이 후소에 작용한다. 따라서 후소 법원은 위 기판력 있는 판단을 전제로 하여 심판해야 하는 구속을 받는다. 하지만 乙은 ‘전소 표준시 이후에 甲의 X 토지 소유권의 소멸원인 사실이 발생하였다’는 주장을 할 수 있고(이러한 주장은 위 기판력 있는 판단과 양립할 수 있다), 후소 법원은 이러한 乙의 주장을 받아들여 甲의 청구를 기각할 수 있다.

후소에서 전소 표준시 후의 사유가 주장되면, 위 ①, ②의 요건을 갖추었음에도 불구하고 기판력이 작용하지 않을 수도 있다. 예를 들어 甲이 乙을

6) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다30966, 30973 판결에 의하면 상계항변이 받아들여진 전소가 확정되었으면 자동채권의 지급을 구하는 후소는 소의 이익이 없어 각하되어야 한다. 이는 전소와 후소의 원·피고와 소송물이 동일한 경우, 전소에서 청구인용 판결이 확정되었으면 후소는 권리보호의 이익이 없다는 판례의 입장을 상계의 경우에도 적용한 것으로 보인다. 위 판결에 비추어 보면, 전소에서 상계항변이 배척되었으면 그 자동채권을 소구채권으로 하는 후소에서 법원은 청구를 기각할 것으로 보인다(호문혁, 「민사소송법(13판)」, 법문사(2016), 705면).

7) ‘전소에서 확정된 법률관계가 후소의 소송물의 존부에 해당하는 경우’에는 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우뿐만 아니라 전소의 자동채권이 후소의 소송물이 되는 경우도 포함된다(석현수, “소급효가 인정되는 개별 사안에서의 실권효의 적용 여부에 관한 연구”, 일감법학 제45호, 전남대학교 법학연구소(2020), 143면).

상대로 소유권에 기한 토지 인도청구를 하는 전소에서 甲의 소유권이 인정되지 않는다는 이유로 청구를 기각하는 판결이 확정된 후 甲이 후소에서 乙을 상대로 동일한 청구를 하는 경우, 전소와 후소 사이에 동일관계가 성립하지만, 甲이 후소에서 ‘자신이 전소 표준시 이후에 소유권을 취득하였다’라고 주장하면 전소의 기판력은 후소에 작용하지 않는다. 전소의 기판력 있는 판단인 ‘전소 표준시 당시 甲의 乙에 대한 소유권에 기한 토지 인도청구권의 부존재’가 후소에서 다시 문제되지 않기 때문이다. 따라서 후소 법원은 전소 기판력의 제약을 받지 않고 후소를 심판할 수 있다.

이하에서는 다른 특별한 언급이 없는 한, 표준시 이후의 새로운 사유에 대한 주장이 없다는 것을 전제로 한다.

판례를 포함한 법률문헌에 기재된 기판력의 범위와 작용에 관한 내용은 주로 기판력을 발생시키는 확정판결이 본안판결인 경우에 관한 것이고, 위 확정판결이 소송판결인 경우에 관한 내용은 많지 않다.⁸⁾ 학설과 판례를 통한 본안판결 기판력에 관한 논의는 소송판결 기판력에 관한 것보다 훨씬 더 자세하고 체계적으로 축적되어 왔다. 본 논문에서는 본안판결 기판력에 관한 논의를 바탕으로 하여 소송판결 기판력의 범위와 작용을 검토하고자 한다.

II. 소송판결 기판력의 범위

1. 객관적 범위

확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다(민소법 제216조). 본안판결 기판력의 객관적 범위는 주문에서 판단된 소송물의 존부이다. 이와 관련하여 ① 무엇을 소송물로 볼 것인지, ② 소송물 존부 판단의 사유(근거, 전제)가 되는 사실관계나 법률관계의 존부도 기판력의 객관적 범

8) 정선주, “소송판결의 기판력”, 민사소송 제22권 제1호, 한국민사소송법학회(2018), 11면. 박승구, “소송판결의 기판력 인정여부에 관한 연구”, 법학연구 제24권 제1호, 인하대학교 법학연구소(2021), 287면.

위에 포함되는지가 문제된다.

위 ①의 문제에 대하여 실체법상 권리 또는 법률관계가 소송물이라고 보는 구소송물이론, 신청(청구취지)이 소송물이라는 일본지설, 신청(청구취지)과 청구원인의 사실관계가 소송물을 구성한다는 이분지설 등이 대립하고 있고, 판례는 원칙적으로 구소송물이론을 따른다. 위 ②의 문제에 관하여 보면, 기관력의 객관적 범위는 판결주문에서 판단된 소송물의 존부에 대한 결론에 한정되고, 그 전제로서 판결이유에서 실시된 사실관계나 법률관계에는 미치지 않는다⁹⁾(예를 들어, 소유권에 기한 토지 인도청구권을 인용한 판결이 확정되었다고 하더라도, 그 기관력은 소송물인 소유권에 기한 토지 인도청구권의 존재에 한하여 미치고, 판결이유 중에서 판단된 소유권의 존재에까지 미치지 않는다¹⁰⁾).

한편 소송판결 기관력의 객관적 범위는 주문에서 판단된 소송요건의 부존재이다.¹¹⁾ 소송물의 존부에는 소송판결의 기관력이 미치지 않는다.¹²⁾ 소송판결의 경우 주문에 ‘이 사건 소를 각하한다’, ‘원고 甲의 소를 각하한다.’(원고가 여럿일 때), ‘원고의 피고 乙에 대한 소를 각하한다.’(피고가 여럿일 때) 등과 같이 기재되고¹³⁾ 어떠한 소송요건이 흠결되었는지는 그 이유에 기재한다. 따라서 소송판결에서는 주문의 판단이 어떠한 흠에 대한 것인지를 판결이유를 참작하여 판단해야 한다¹⁴⁾(본안판결의 경우에도 판결주문의 문언만으로 소송물이 무엇인지 알 수 없는 때에는 판결에 기재된 이유를 참조하여 기관력의 객관적 범위를 판단해야 한다).

본안판결 기관력의 경우와 유사하게, 소송판결 기관력의 객관적 범위와 관련하여서도 ① 무엇을 주문에서 그 부존재가 판단된 ‘소송요건’으로 볼

9) 김홍엽, 앞의 책, 911면.

10) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결.

11) 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법(제9판)」, 법문사(2022), 832면. 판례는 소송판결의 기관력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미친다고 한다(대법원 1994. 6. 14. 선고 93다45015 판결; 대법원 1996. 11. 15. 선고 96다31406 판결; 대법원 1997. 12. 9. 선고 97다25521 판결; 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다70181 판결; 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015두44288 판결; 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결)

12)곽승구, 앞의 논문, 295면.

13) 사법연수원, 「법학전문대학원 민사재판실무」, 사법연수원 교육발전연구센터(2022), 58면.

14) 김홍엽, 앞의 책, 906면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 832면; 곽승구, 앞의 논문, 292면.

것인지, ② 소송요건 부존재 판단의 사유(근거, 전제)가 되는 사실관계나 법률관계의 존부도 기판력의 객관적 범위에 포함되는지가 문제된다.

소송판결 기판력의 객관적 범위에 관한 학설 중에는, 소송판결의 기판력은 특정 소송요건이 흠결되어 소가 부적법하다는 점에 관하여 인정되며, 소송요건 흠결의 구체적인 사유에까지 기판력이 발생하는 것은 아니므로, 소송능력이나 당사자적격의 흠결을 이유로 소각하 판결이 내려진 경우, 기판력은 소송능력이나 당사자적격의 흠결에 미칠 뿐, 원고가 미성년이어서 소송능력이 없거나 채권자대위소송에서 피보전채권이 존재하지 않으므로 당사자적격이 없다¹⁵⁾는 점까지 기판력에 포함되는 것은 아니고, 당사자능력 흠결을 이유로 한 소송판결의 기판력은 당사자능력과 같은 소송요건이 흠결되었다는 점에 발생하는 것이며, 단체인 당사자가 법인이 아니라는 점은 기판력 발생의 대상이 아니라고 보는 견해가 있다¹⁶⁾(이하 ‘제1설’이라고 한다).

제1설에 따르면 소각하 판결의 주문에서 그 부존재가 판단되는 소송요건은 소송능력, 당사자적격, 당사자능력 등이고, 미성년, 피보전채권의 부존재, 법인격 흠결 등은 소송요건 흠결의 구체적인 사유로서 기판력의 객관적 범위에 포함되지 않는다.¹⁷⁾

제1설은 “확정판결의 기판력은, 판례에서 명시하고 있듯이 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치지 않는다. 소송판결 역시 판결이유 중의 판단사항에까지 기판력이 인정되는 것은 아니다. 따라서 예컨대, 권리보호이익의 흠결로 소가 각하된 경우, 권리보호이익을 부인하는 근거가 된 실제적인 선결문제의 판단에는 기판력이 생기지 않는다.”라고 한다.¹⁸⁾

예를 들어 甲이 乙을 상대로 소유권에 기한 X 토지 인도청구소송(A 소

15) 반대 견해가 있기는 하나, 통설과 판례(대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2753 판결 등)는 채권자대위소송을 제3자 소송당당으로 보아 피보전채권이 존재하지 않으면 당사자적격의 흠결을 이유로 각하되어야 한다고 본다.

16) 정선주, 앞의 논문, 15, 16, 20, 32면.

17) 제1설과 달리 ‘원고의 미성년, 피보전채권의 부존재, 당사자의 법인격 흠결 등의 특정한 법률관계가 주문에서 판단된 소송요건의 부존재에 해당하므로 이에 기판력의 객관적 범위가 미친다’고 보는 견해도 있는데, 이에 관해서는 뒤에서 검토한다.

18) 정선주, 앞의 논문, 21면.

송)를 제기하였으나 甲의 X 토지 소유권이 존재하지 않는다는 이유로 청구를 기각하는 판결이 확정된 경우와, 甲이 乙에 대한 소유권에 기한 X 토지 인도청구권을 피보전채권으로 삼아 乙을 대위하여 丙을 상대로 제기한 채권자대위소송(B 소송)에서 甲의 X 토지 소유권이 존재하지 않는다는 이유로 소를 각하하는 판결이 확정된 경우를 제1설의 입장에서 비교해 보면, 우선 A 소송의 기판력은 소송물인 甲의 乙에 대한 ‘소유권에 기한’ X 토지 인도청구권의 부존재에 미치고, B 소송의 기판력은 소송요건인 당사자적격의 부존재에 미친다(‘위 피보전채권의 부존재에 기한’ 당사자적격의 부존재에 미치는 것이 아니다). 甲의 X 토지에 대한 소유권의 부존재는 A 소송의 기판력에 포함되지 않고, 위 소유권 및 위 피보전채권의 부존재는 B 소송의 기판력에 포함되지 않는다(甲의 乙에 대한 소유권에 기한 X 토지 인도청구권의 부존재라는 특정한 권리관계가 A 소송의 기판력에는 포함되지 않지만 B 소송의 기판력에는 포함되지 않는다는 점에서, A 소송과 B 소송의 각 기판력의 객관적 범위 사이에는 분명한 차이가 있다).

한편, ‘만일 판례의 입장을 따라 채권자대위소송을 소송담당이라고 본다면, 피보전채권의 부존재를 이유로 한 소각하 판결은 피보전채권의 부존재를 판결주문으로 판단한 것이므로 그 판단에 기판력이 인정되어야 한다’는 견해도 있다.¹⁹⁾

위 견해에 대하여 제1설은, 다음과 같은 세 가지 이유를 들어 타당하지 않다고 한다.

첫째, 피보전채권이 존재하지 않는 경우 당사자적격이라는 소송요건의 불비로 소각하 판결이 내려지는 것이므로 소송요건의 불비에 관하여 기판력이 발생하고 그 구체적인 사유인 피보전채권의 존부는 기판력의 객관적 범위에 속하지 않는다.

둘째, 피보전채권의 부존재를 이유로 소를 각하하는 경우, 피보전채권의 존부는 주문이 아니라 판결이유 부분에서 판단된다.

셋째, 위 견해는 그것이 기재된 문헌 자체의 내용과도 맞지 않는다. 해당 문헌에서는 “당사자적격이 없는 이가 원고가 되어 소제기하여 각하되었을 경우에 그가 다시 소를 제기하면 당사자적격 불비라는 판단에 생긴 기판력

19) 호문혁, 앞의 책, 690면. 위 견해는 채권자대위소송은 소송담당이 아니므로 피보전채권의 존재는 소송요건이 아니라고 본다.

에 저촉된다.”라고 기재되어 있고,²⁰⁾ 원고가 전소 당시에는 16세, 후소 당시에는 17세인 사례에 관해서는 “전소송 판결의 기준시점에 소송요건이 불비되었다는 판단에 기판력이 생기는 것이므로 그 기준시점 이후에 상황이 변하는 경우에는 기판력에 관한 문제가 아니다. 만일 후소가 기판력에 저촉된다면 법원은 바로 소각하 판결을 할 것이나, 후소송에서 甲이 여전히 미성년자임은 후소송에서의 사정이지 전소송에서 확정해둔 것이 아니므로 이때에는 법원이 보정을 명하여야 한다.”라고 기재되어 있는데,²¹⁾ 이러한 설명에 비추어 보면 소송판결의 기판력은 특정 소송요건의 부존재에 대해 인정되는 것이며, 소송요건 부존재의 구체적인 내용에 대해서까지 인정되는 것이 아니라는 점을 알 수 있다. 그럼에도 위 견해는 채권자대위소송과 관련하여서는 확정판결의 기판력이 피보전채권의 존부에 미친다고 주장하고 있어, 소송판결의 기판력에 관한 당해 문헌의 기본적인 입장과의 맞지 않는다.

그렇다면 과연 제1설이 주장하는 바와 같이 피보전채권의 부존재는 소송요건의 부존재가 아니라 그 구체적 사유에 불과한 것으로서 주문이 아닌 판결이유에서 판단되는 것인가? 이에 대한 답은 무엇을 주문에서 그 부존재가 판단된 ‘소송요건’으로 볼 것인지에 따라 결정된다.

만일 제1설과 달리 피보전채권의 존재를 위 소송요건으로 본다면, 피보전채권의 부존재는 당연히 위 소송요건의 부존재가 된다. 그리고 소각하 판결에서 소송요건의 부존재는 주문에서 판단되는 것이므로 피보전채권의 부존재는 주문에서 판단된다. 따라서 소각하 판결의 기판력은 피보전채권의 부존재에 미친다.²²⁾

그리고 해당 문헌 중 “당사자적격 불비라는 판단에 생긴 기판력”이라는 기재는 피보전채권이 존재하지 않으면 당사자적격이 인정되지 않는다는 의미에서 ‘기판력은 피보전채권의 불비라는 판단에 생긴다’는 것을 달리

20) 호문혁, 앞의 책, 690면.

21) 호문혁, 앞의 책, 690면.

22) 박재완, 「민사소송법강의(제4판)」, 박영사(2021), 409면은 “소송판결의 경우 부존재한다고 판단된 해당 소송요건(의 존부)이 주문에 포함된 것이다. 예컨대 피보전권리가 없다는 이유로 대위소송을 각하한 판결이 확정되면, 피보전권리의 존부에 기판력이 발생한다.”라고 한다. 이는 주문에 포함된 소송요건의 존부가 곧 피보전권리의 존부라는 취지로 보인다.

표현한 것이지, ‘기판력은 당사자적격 불비에만 생기고 피보전채권의 불비에는 생기지 않는다’라는 의미는 아니라고 생각한다. 또한 해당 문헌 중 원고가 미성년자인 사례에 관한 기재를 보면, “전소송 판결의 기준시점에 소송요건이 불비되었다는 판단에 기판력이 생기는 것이므로”라는 기재 부분에서의 “소송요건이 불비되었다는 판단”은 원고가 미성년자라는 판단을 의미한다고 볼 수 있고, 위 기재 부분 이후의 내용은 ‘전소 표준시 이후에 시간의 경과라는 새로운 사유가 발생하였으므로 원고가 미성년자라는 점에 대해 발생한 전소의 기판력은 후소에 작용하지 않고, 후소법원은 전소의 기판력과 상관없이 원고의 소송능력 미비에 대한 조치를 취해야 한다’는 의미로 볼 수 있다. 따라서 위 견해가 해당 문헌의 내용과 맞지 않는다고 단정하기는 어렵다.

대법원 2015. 10. 29. 선고 2015두44288 판결은, 베트남전 참전군인인 원고(甲)가 ‘자신의 국가유공자의 상이인정 신청에 대하여 피고(보훈지청장)가 아무런 처분을 하지 아니한 부작위는 위법하다’는 확인을 구하는 소(전소)를 제기하였다가, 위 부작위 자체가 존재하지 않는다는 이유로 전소를 각하하는 확정판결을 선고받은 후, 다시 같은 피고를 상대로 같은 내용의 확인을 구하는 소(후소)를 제기한 사안에서, 전소에서 판단이 이루어진 ‘소송요건의 흠결’, 즉 ‘위 부작위가 존재하지 않는다’는 점에 관하여 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치므로, 원고가 동일한 사유를 원인으로 하여 전소 확정판결의 내용에 반하는 주장을 하는 것은 기판력에 저촉되어 허용되지 않는다고 판시하였다.

이에 대하여 제1설은, 전소의 기판력은 권리보호이익이라는 소송요건의 흠결에 관하여 인정되는 것이지, 구체적 사유인 부작위의 부존재에 관해서 까지 인정되는 것은 아님에도 대법원이 기판력의 객관적 범위를 잘못 이해하여 위 판결을 하였다고 비판한다.

여기에서도 주문에서 그 부존재가 판단된 소송요건이 무엇인지(부작위의 존재인지 아니면 권리보호이익인지)가 문제된다.

그런데 제1설이 소송요건이라고 주장하는 권리보호이익의 정확한 의미와 범위는 무엇인가? 판례를 포함한 법률문헌 중에는 ‘소의 이익(소송제도를 이용할 정당한 이익) 중에는 각종의 소에 공통적인 이익인 권리보호의 자격이 있고, 각종의 소(이행, 확인, 형성의 소)에 특수한 이익인 권리보호

의 이익(또는 필요)가 있다고 하면서, 부제소합의의 부존재, 원고가 동일한 청구에 대하여 전소에서 이미 승소확정 판결을 받지 않았을 것은 권리보호의 자격 중 하나다'라는 취지로 설명하는 것도 있고,²³⁾ 부제소합의에 반하여 제기된 소는 '권리보호의 이익이 없어' 각하되어야 한다는 것도 있으며,²⁴⁾ 원고가 동일한 청구에 대하여 전소에서 이미 승소확정 판결을 받은 경우에는 후소는 '권리보호의 이익이 없어' 각하되어야 한다는 것도 있다.²⁵⁾ 이처럼 권리보호이익의 개념과 범위가 명확하지 않을 뿐만 아니라 권리보호이익의 존부를 결정하는 요소들이 매우 복잡·다양하기 때문에²⁶⁾ 제1설과 같이 권리보호의 이익을 소송요건으로 보면, 그 부존재에 미치는 기판력의 범위가 모호해지는 문제가 발생한다.

소송요건이 추상적이고 포괄적일수록 그 개념 및 범위의 불명확성과 성립 요소의 복잡·다양성이 증가한다, 따라서 기판력의 범위를 명확하게 하기 위해서는 권리보호의 이익, 원고의 소송능력이나 당사자능력, 당사자적격 등과 같이 추상적이고 포괄적인 개념이 아니라 그 인정 근거에 해당하는 구체적이고 특정한 법률관계(부작위위법확인 소송에서의 부작위의 존재, 원고의 성년²⁷⁾이나 법인격, 피보전채권의 존재 등)을 소송요건으로 보는 것이 필요하다.

특정한 법률관계를 소송요건으로 보는 것은 분쟁의 1회적 해결, 신속한 재판과 소송경제, 판결의 모순·저촉 방지 측면에서도 제1설보다 유리하다(이에 관해서는 기판력의 작용에 관한 III항에서 검토하기로 한다).

이러한 점들을 고려할 때, 특정한 법률관계를 주문에서 그 부존재가 판단된 소송요건으로 보아 그 부존재에 기판력을 인정하되,²⁸⁾ 위 법률관계의

23) 이시윤, 앞의 책, 219면 이하; 전병서, 「강의 민사소송법(제3판)」, 박영사(2021), 250면 이하.

24) 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결.

25) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결.

26) 이시윤, 앞의 책 222면; 전병서, 앞의 책, 253면 이하는 권리보호의 자격에는 부제소특약이나 승소 확정판결의 부존재 외에도 청구가 구체적인 권리 또는 법률관계일 것, 중복된 소제기의 금지(민사소송법 제259조)나 제소금지(민사소송법 제267조 제2항) 등의 소제기 금지 사유에 해당하지 않을 것, 신의칙 위반의 제소가 아닐 것 등이 포함된다고 한다.

27) 사람의 출생시기가 언제인지는 사실관계에 해당하지만, 성년이 되는 연령은 법률에 의해 정해지는 것이므로 원고가 성년자라는 것은 법률관계에 해당한다.

전제 또는 근거가 되는 법률관계나 사실관계에는 기판력이 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각한다(이하 이러한 견해를 ‘제2설’이라고 한다).

제2설에 따르면 甲이 미성년자로서 소송능력이 없다는 이유로 甲이 제기한 소가 각하된 경우, 주문에서 그 부존재가 판단된 소송요건은 ‘甲은 성년자이다’는 법률관계이고, 기판력의 객관적 범위는 甲이 미성년자라는 법률관계에는 미치지만 이러한 법률관계의 근거가 되는 사실관계(甲의 생년월일 등)에는 미치지 않는다.

이행청구를 기각하는 본안판결의 기판력과 제2설의 입장에 따른 소송판결의 기판력 사이에는 ‘특정한 법률관계의 부존재가 기판력의 객관적 범위를 구성한다’는 공통점이 있다. 위 본안판결의 기판력은 소송물에 관한 것이고 위 소송판결의 기판력은 소송요건에 관한 것이라는 차이가 있을 뿐, 위 본안판결의 기판력이 (소송물에 해당하는) 구체적 법률관계의 부존재에 미치는 것과 같이 위 소송판결의 기판력도 (소송요건에 해당하는) 구체적 법률관계의 부존재에 미친다. 또한 위 본안판결의 기판력과 위 소송판결의 기판력은 소송물이나 소송요건에 해당하는 법률관계의 전제(근거)가 되는 법률관계나 사실관계의 존부에는 미치지 않는다는 공통점을 가지고 있다.

예를 들어, 甲이 乙을 상대로 소유권에 기한 X 토지 인도청구소송(A 소송)을 제기하였으나 甲의 X 토지 소유권이 존재하지 않는다는 이유로 청구를 기각하는 판결이 확정된 경우와, 甲이 乙에 대한 소유권에 기한 X 토지 인도청구권을 피보전채권으로 삼아 乙을 대위하여 丙을 상대로 제기한 채권자대위소송(B 소송)에서 甲의 X 토지 소유권이 존재하지 않는다는 이유로 소를 각하하는 판결이 확정된 경우를 제2설의 입장에서 비교해 보면, A, B 소송의 각 기판력은 모두 甲의 乙에 대한 소유권에 기한 X 토지 인도청구권이라는 법률관계의 부존재에는 미치지만, 위 인도청구권의 전제가 되는 법률관계인 甲의 X 토지에 대한 소유권의 부존재에는 미치지 않는다.

28) 이창민, “채권자대위소송에서 소각하 판결이 있었던 경우 그 판결의 기판력이 채무자에게 미치는지 여부”, 민사판례연구 제37권, 민사판례연구회(2015), 904면은 부채소 합의의 이유로 소각하 판결이 선고된 경우, 부채소 합의의 존재에 관하여 기판력이 인정되고, 제척기간 도과로 소각하 판결이 선고된 경우, 제척기간 도과에 기판력이 인정된다고 한다.

2. 시적 범위

당사자는 사실심의 변론종결시까지 사실자료를 제출할 수 있고 판결은 이 사실자료를 기초로 하여 이루어지기 때문에, 본안판결의 경우, 원칙적으로 사실심 변론종결시가 기판력의 표준시가 된다.²⁹⁾

일반적으로 소송요건 존부의 판정시기는 사실심 변론종결시로 본다.³⁰⁾ 하지만 소송요건은 원칙적으로 직권조사사항이고, 당사자가 직권조사사항을 사실심 변론종결시까지 주장하지 않다가 상고심에서 비로소 주장하는 경우, 그 직권조사사항은 상고심의 심판범위에 포함된다.³¹⁾ 따라서 상고가 제기된 경우의 소송요건 존부의 판정시기는 상고심 판결 선고시라고 생각한다.³²⁾

29) 홍기문, 「민사소송법(제6판)」, 대명출판사(2015), 551면. 예외적으로 무변론판결의 경우는 선고시, 그리고 화해권고결정의 경우는 확정시가 표준시이다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결).

30) 이시윤, 앞의 책, 216면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 418면. 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011다64607판결은 고유한 의미의 중중이라도 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정되고 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단해야 한다고 판시하였다.

31) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다37247 판결. 원칙적으로 상고법원은 상고이유에 따라 불복신청의 한도 안에서 심리하지만(민소법 제431조), 직권조사사항에 대하여는 위와 같은 원칙이 적용되지 않는다(민소법 제434조).

32) 강용현, “소송요건에 관한 판단의 기준시”, 민사재판의 제문제 제10권, 한국사법행정학회(2000), 733면 이하.

대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다63362 판결은 항소심판결 선고 후 채권압류 및 추심명령에 대한 압류해제 및 추심포기서가 제출되어 피압류채권의 채권자가 그 지급을 구하는 소를 제기할 수 있게 된 경우, 그 소송요건(당사자적격)은 직권조사사항으로서 상고심에서도 그 치유를 인정하여야 한다고 판시하였고, 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결은 사실심 변론종결 당시 이미 정년을 지났다면 해고무효확인의 소는 확인의 이익이 없고, 상고심 계속 중에 정년이 지난 경우에도 마찬가지라고 판시하였으며, 대법원 1989. 10. 10. 선고 89누1308 판결은 소송에서 다투어지고 있는 권리 또는 법률관계의 존부가 동일한 당사자 사이의 전소에서 이미 다투어져 이에 관한 확정판결이 있는 경우, 당사자가 확정판결의 존재를 사실심 변론종결시까지 주장하지 아니하였더라도 상고심에서 새로이 이를 주장, 증명할 수 있다고 판시하였다.

반면, 대법원 1977. 5. 24. 선고 76다2304 전원합의체 판결은 배상심의회의 결정을 거처거

또한 원심판결이 적법하게 확정된 사실은 상고법원을 기속하지만(민소법 제432조), 직권조사사항에 대하여는 위와 같은 원칙이 적용되지 않기 때문에(민소법 제434조), 상고심에서도 직권조사사항에 대한 증거조사와 새로운 사실인정이 가능하다.³³⁾ 따라서 소송판결 기판력의 표준시는 상고가 제기되지 않은 경우에는 사실심의 변론종결시이지만 상고가 제기된 경우에는 본안판결의 경우와 달리 상고심의 판결시라고 생각한다.³⁴⁾

3. 주관적 범위

본안판결 기판력의 주관적 범위는 당해 소송의 당사자에게 미치는 것이 원칙이지만, 예외적으로 변론종결 후의 승계인 등 일정 범위의 제3자에게도 미친다(민소법 제218조).

기판력의 주관적 범위가 원칙적으로 소송당사자에게 미치고 예외적으로 제3자에게 확장된다는 점은 소송판결 기판력의 경우에도 마찬가지이지만, 그 확장의 범위가 본안판결의 경우와 완전히 일치하는 것은 아니라고 생각한다(이러한 확장 범위에 관한 더 자세한 내용은 후속 논문에서 다루고자 한다).

III. 소송판결 기판력의 작용

앞에서 본 바와 같이 기판력의 작용은 전소의 기판력이 확정된 법률관계에 반하는 주장이나 판단이 허용되지 않도록 하는 강제력을 후소에 미치는 것을 의미한다. 그런데 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 문제되지 않는다면, 후소에서 위 법률관계에 반하는 주장이나 판단을 할 이유가 없으

나 배상결정 신청을 한 때부터 3월이 경과한 때라야 제소할 수 있다는 전치주의에 관한 제소요건이 갖추지지 않은 상태에서 본안판단을 한 원심판결은 상고심에서 위 3월이 경과되었다고 하더라도 위법하여 파기되어야 한다고 판시하였다.

33) 이시윤, 앞의 책, 893면; 대법원 1983. 4. 26. 선고 83사2 판결.

34) 정선주, 앞의 논문, 31면은 소송요건을 구비해야 하는 것은 사실심 변론종결시이지만 소송판결 기판력의 표준시는 상고심 판결선고시라고 한다.

므로 이러한 주장이나 판단이 허용되지 않도록 강제할 필요도 없다. 따라서 전소의 기판력은 - 그것이 본안판결에 의해 발생한 것이든 소송판결에 의해 발생한 것이든 - 전소의 확정된 법률관계가 후소에서 다시 문제되는 경우에만 작용한다.

소송판결의 기판력이 작용하는 경우는 후소의 본안 전 판단에 작용하는 경우와 후소의 본안판단에 작용하는 경우로 나누어 볼 수 있다.

1. 전소의 기판력이 후소의 본안 전 판단에 작용하는 경우

사례 1 : 甲은 乙을 대위하여 丙을 상대로 甲의 乙에 대한 A 채권을 피보전채권으로 하고 乙의 丙에 대한 B 채권을 피대위채권으로 하는 채권자대위소송(전소)을 제기하였으나, 'A 채권이 존재하지 않아서 甲의 당사자적격이 인정되지 않는다'는 이유로 소를 각하하는 확정판결을 선고 받았다. 그 후 甲이 다시 丙을 상대로 피보전채권 및 피대위채권이 전소와 동일한 채권자대위소송(후소)을 제기하였다.

사례 1에서 전소의 확정된 법률관계는 제1설에 의하면 표준시 당시 甲의 당사자적격의 부존재이고 제2설에 의하면 표준시 당시 A 채권의 부존재이다. 그리고 B 채권을 소송물로 하는 전소 청구³⁵⁾에서의 甲의 당사자적격과 그 전제가 되는 A 채권의 존부 모두 후소에서 다시 문제된다³⁶⁾(甲의 당사자적격과 A 채권의 존부는 후소의 결론을 도출하는 과정에서의 선결문제가 되므로, 전소와 후소 사이에는 선결관계가 존재한다고 볼 수 있다). 그러므로 제1설과 제2설 중 어느 것에 의하든지 전소의 기판력은 후소에 작용한다. 따라서 후소법원은 A 채권의 존부를 심리할 필요 없이 소각하 판결을 선고해야 한다.

사례 2 : 사례 1의 후소에서 B 채권이 아니라 C 채권이 피대위채권이 었다(나머지 사실관계는 사례 1과 동일하다).

35) 채권자대위소송을 소송담당으로 보는 통설과 판례에 의하면 채권자대위소송의 소송물은 피대위채권이다(대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41187 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다 53092 판결 등).

36) 후소의 소송물 역시 B 청구이고, 전소 표준시 당시 甲의 당사자적격이나 A 채권의 존부는 - 표준시 이후의 새로운 사유가 없는 한 - 그 이후에도 유지되기 때문이다.

당사자적격은 ‘특정의 소송 사건에서’ 정당한 당사자로서 소송수행을 하고 본안판결을 받기에 적합한 자격을 의미하는데,³⁷⁾ B 채권을 피대위 채권으로 하는 전소와 C 채권을 피대위채권으로 하는 후소는 그 소송물이 다르므로, 전소의 당사자적격과 후소의 당사자적격은 서로 별개이다.³⁸⁾ 따라서 제1설에 의하면 전소의 확정된 법률관계(B 채권을 소송물로 하는 청구에 대한 당사자적격의 부존재)가 후소에서 다시 문제되지 않아 전소의 기판력이 후소에 작용하지 않는다. 따라서 후소법원은 전소의 기판력과 상관없이 후소에 대한 심판을 해야 한다. 이때 후소가 심판해야 하는 대상은 A 채권의 존부나 당사자적격에 한정되는 것이 아니라, 소의 적법 여부와 (소가 적법하다고 판단된 경우에는) 청구의 이유 유무를 결정하는 데에 필요한 내용 전체이다. 그리고 이러한 심판은 분쟁의 1회적 해결, 신속한 재판 및 소송경제에 반할 뿐만 아니라 판결의 모순·저속을 야기할 위험이 있다.

반면, A 채권의 존부는 C 채권을 피대위채권으로 하는 후소에서도 당사자적격 여부를 판정하는 과정에서 문제되므로, A 채권의 부존재에 기판력을 인정하는 제2설에 의하면 전소와 후소 사이에 선결관계가 성립하여 전소의 기판력은 후소에 작용한다. 따라서 후소법원은 A 채권의 존부를 심리할 필요 없이 소각하 판결을 선고하면 된다. 제2설을 취하면 전소에 대한 단 한 번의 재판으로 A 채권을 피보전채권으로 하는 모든 채권자대위소송을 해결할 수 있는 장점이 있다.

사례 3 : 16세인 甲은 乙을 상대로 손해배상청구의 소(전소)를 제기하였다가 미성년자로서 소송능력이 없다는 이유로 소를 각하하는 확정판결을 선고받았다. 그 후 甲은 다시 乙을 상대로 동일한 손해배상청구의 소(후소)를 제기하였는데, 이때 甲은 17세였다.³⁹⁾

37) 이시운, 앞의 책, 154면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 232면.

38) 대법원 1997. 12. 9. 선고 97다25521 판결은, 甲이 乙을 상대로 소외인의 가치분기입등기 회복등기절차에 대한 승낙을 구하는 소(전소)를 제기하였으나, 전소가 이해관계 있는 제3자가 아닌 자를 상대로 한 것이라는 이유로 전소를 각하하는 확정판결을 선고받은 후, 乙을 상대로 법원의 촉탁에 의한 회복등기절차에 대한 승낙을 구하는 소(후소)를 제기한 사안에서, 전소와 후소의 승낙 의사표시의 대상이 다르므로 전소의 기판력이 후소에 미치지 않는다고 판시하였다.

39) 호문혁, 앞의 책, 690면에 기재되어 있는 사례이다.

사례 3에서 전소의 확정된 법률관계는, 제1설에 의하면 전소 표준시 당시 甲에게 소송능력이 없다는 것이고, 제2설에 의하면 전소 표준시 당시 甲이 미성년자라는 것이다(제1설과 제2설 중 어느 것에 의하더라도 소송무능력이나 미성년의 인정 근거가 되는 사실관계인 甲의 출생시점에는 기판력이 미치지 않는다).

그런데 전소 표준시 이후에 시간의 경과라는 새로운 사유가 있으므로(시간의 경과를 역수상 명백한 사실이므로 법원은 시간의 경과에 대한 주장·증명 없이도 위 새로운 사유를 인정할 수 있다), 甲이 전소에서 미성년자였다 하더라도 후소에는 성인자일 가능성이 있다. 따라서 제1설과 제2설 중 어느 것을 따르더라도, 후소 법원은 전소의 기판력을 이유로 후소를 각하할 수는 없고, 甲의 소송능력에 대하여 다시 심판하여야 한다.

전소 표준시 후의 새로운 사유에 관한 판례를 살펴보면, 우선 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다45015 판결은 원고 중중의 대표자로서 소를 제기한 甲이 적법한 대표자가 아니라는 이유로 소를 각하한 전소 판결의 기판력은 甲이 전소 확정 후에 소집된 중중총회에서 새로이 대표자로 선임되었음을 들어 대표권을 주장하는 후소에 미칠 여지가 없다고 판시하였다. 제2설에 의하면 위 판결의 사안에서 전소의 확정된 법률관계는 전소 표준시 당시 甲의 대표권 부존재이고, 甲이 표준시 이후에 대표자로 선임된 사실은 위 확정된 법률관계에 반하지 않는 새로운 사유에 해당한다.

그리고 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다70181 판결은 전소를 제기하였다가 비법인사단으로서의 실체를 갖추지 못하여 당사자능력이 없다는 이유로 소를 각하하는 확정판결을 선고받은 자연부락⁴⁰(甲)이 그 후 비법인사단의 실체를 갖춘 것으로 볼 여지가 있으므로, 원심이 종전 판결의 기판력만을 이유로 甲의 당사자능력을 부정한 채 후소가 부적법하다고 단정한 것은 위법하다고 판시하였다.

40) 주민들의 공동체로서의 자연부락이 비법인사단으로서 당사자능력을 갖기 위해서는 그 자연부락이 부락 주민을 구성원으로 하여 고유의 목적을 가지고 의사결정기관과 집행기관인 대표자를 두어 독자적인 활동을 하는 사회조직체로서의 실체를 갖출 것을 요한다(위 2002다70181 판결).

위 판결의 사안에서 전소의 기판력 있는 법률관계는, 제2설에 의하면 전소 표준시 당시 甲이 비법인사단에 해당하지 않는다는 것이고, 제1설에 의하면 전소 표준시 당시 甲의 당사자능력의 부존재이다. 당사자능력의 부존재에는 비법인사단으로서의 당사자능력뿐만 아니라 자연인, 법인, 비법인재단으로서의 당사자능력도 인정되지 않는다는 의미가 포함되어 있다. 그렇다고 제1설의 기판력의 객관적 범위가 제2설의 그것보다 더 넓다고 보기는 어렵다. 전소 표준시 당시 甲이 비법인사단에 해당하지 않는다는 점은 제2설을 따를 때에만 기판력에 포함되기 때문이다. 제1설과 제2설의 각 기판력의 객관적 범위는 어느 한쪽이 다른 한쪽을 포함하는 관계가 아니다.

2. 전소의 기판력이 후소의 본안판단에 작용하는 경우

사례 4 : 甲은 丙이 丁 소유의 X 토지를 시효취득하고, 甲이 丙을 거쳐 乙로부터 이를 매수하였음을 전제로 乙과 丙을 순차 대위하여 丁을 상대로 X 토지에 관한 시효취득완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소(전소)를 제기하였다. 전소 법원은 ‘丙이 X 토지를 매도한 사실이 없으므로 甲에게 丙을 대위할 피보전채권이 없다. 따라서 甲은 당사자적격이 없다’는 이유로 소를 각하하는 판결을 선고하였고 이 판결이 확정되었다. 그 후 丁은 甲을 상대로 X 토지의 인도를 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 후소에서 甲은 항변사유로서 ‘자신은 丙을 대위하여 丁을 상대로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기 절차의 이행을 구할 권리가 있다’고 주장하였다(이하 ‘이 사건 주장’이라고 한다).

사례 4는 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결의 사안이다. 위 판결은 ‘전소 판결은 소송판결로서 그 기판력은 소송요건의 존부에 관해서만 미치지만, 그 소송요건에 관련하여 甲의 丙에 대한 피보전채권이 없음이 확정된 이상 후소에서 甲이 丙에 대하여 피보전채권이 있음을 전제로 다시 이 사건 주장을 하는 것은 전소 판결의 판단과 서로 모순관계에 있으므로, 이 사건 주장은 전소 판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다’고 판시하였다.

위 판결은 ‘피보전채권이 없다는 이유로 대위소송을 각하한 판결이 확정 되면, 피보전채권의 부존재에 기판력이 발생한다’는 입장을 취하고 있는데,⁴¹⁾ 제2설을 따르는 필자로서는 이러한 위 판결의 입장이 타당하다고 생각한다. 사례 4에서 전소의 확정된 법률관계는 표준시 당시 피보전채권의 부존재이고, 피보전채권의 존부는 후소에서 문제되므로 전소의 기판력은 후소에 작용한다. 위 판결은 이 사건 주장과 전소 판결의 판단이 서로 모순관계에 있다고 한다. 이 사건 주장에 전소의 기판력 있는 판단인 피보전채권의 부존재와 모순되는 내용이 포함되어 있기는 하지만, 이 사건 주장 전체로 볼 때는 피보전채권의 존부가 甲의 소유권이전등기청구권의 인정 여부에 대한 선결문제가 되므로, 이 사건 주장과 전소 사이에는 선결관계가 성립한다고 생각한다. 그리고 전소와 후소 사이에서도 선결관계가 성립한다(전소의 기판력 있는 판단이 항변을 통하여 후소 소송물인 인도청구권의 존부 판단을 위한 선결적 법률관계가 되기 때문이다).⁴²⁾

반면, 제1설은 위 판결의 입장이 기판력의 객관적 범위를 정확하게 인식하지 못한 결과라고 본다. 위 판결은 판결이유에서 판단한 피보전채권의 존부에 대해서까지 기판력을 인정하고 있다는 것이다. 그러나 피보전채권의 부존재는 곧 소송요건의 부존재이고 이는 판결주문에서 판단된 것이므로 이러한 제1설의 비판은 타당하지 않다고 생각한다.

사례 4에서 제1설을 따르면, 후소법원은 전소의 기판력과 상관 없이 이 사건 주장의 당부에 대해 심판하여야 하는데(제1설과 같이 전소에서 확정

41) 박재완, 앞의 책, 409면; 정선주, 앞의 논문, 17면.

42) 이동률, “채권자대위소송에서의 피보전채권의 기판력”, 경희법학 제55권 제1호, 경희법학연구소(2020), 202면은 사례 4의 전소와 후소의 소송물이 다르고 선결관계나 모순관계를 적용할 사안이 아니므로 위 판결의 기판력 적용은 잘못되었다고 하나, 선결관계나 모순관계가 성립하지 않는 이유는 제시하지 않았다. 한편 박승구, 앞의 논문, 301면은 소송물대 소송물의 구조가 아니라, 전소의 소송물과 후소의 항변사유를 비교하면 위 판결의 판시내용을 이해할 수 있다고 한다. 사례 4의 전소에서 甲은 당사자적격이 없음을 확인받았는데, 후소에서 甲이 당사자적격의 흠결을 보완하지 않은 채 전소의 소송물(소유권이전등기청구권)의 존재를 재차 항변사유로 주장하니, 당사자적격의 흠결에 발생한 기판력을 근거로 후소에서 甲의 항변을 배척한 것으로 볼 수 있고, 이러한 구조로 이해하는 한 위 판결의 사안은 소송요건이 흠결되어 소각하 판결을 받았음에도 그 흠결을 보완하지 않은 채 다시 같은 소를 제기하면 기판력에 저촉된다고 보는 일반적인 구조의 사례와 다를 바 없다는 것이다.

된 법률관계가 당사자적격의 부존재라고 보면, 후소에서 이러한 법률관계가 문제되지 않으므로 전소의 기판력은 후소에 작용하지 않는다), 그 과정에서 이미 전소에서 판단된 피보전채권의 존부뿐만 아니라 - 피보전채권이 존재한다고 판단한다면 - 丙의 취득시효 완성 여부까지 심판하여야 한다. 이는 분쟁의 1회적 해결, 소송경제와 신속한 재판, 판결의 모순·저촉 방지에 장애가 된다. 반면 제2설을 따르면 위 판결과 같이 전소의 기판력을 이유로 이 사건 주장을 배척할 수 있어, 위와 같은 문제가 발생하지 않는다.

사례 5 : 甲은 乙을 대위하여 丙을 상대로 채권자대위소송(전소)을 제기하였으나, 피보전채권인 甲의 乙에 대한 대여금 채권이 인정되지 않는다는 이유로 소를 각하하는 확정판결을 선고받았다. 그 후 甲은 위 대여금채권을 소구채권으로 하여 乙을 상대로 대여금의 반환을 청구하는 소(후소)를 제기하였다.

사례 5는 대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결의 사안이다. 위 판결은 ‘채권자가 제3채무자를 상대로 채권자대위소송을 제기하여 판결을 받은 경우, 채권자대위소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 때에는 위 판결의 효력이 채무자에게 미친다. 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 피대위채권의 존부에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다. 따라서 채권자가 제3채무자를 상대로 채권자대위소송(전소)을 제기하였다가 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우, 그 판결의 기판력은 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송(후소)에 미치지 않는다’라고 판시하였다.

위 판결에 관하여, 위 판결은 채권자대위소송에서 소송판결의 기판력이 피보전채권의 존부에 미치지 않음을 분명히 한 것인데, 이는 타당한 결론이라고 보는 견해(제1설을 따르는 견해임)가 있다.⁴³⁾ 위 견해는 위 판결은 피보전채권의 부존재를 이유로 소각하 확정판결을 받은 후 피보전채권의

43) 정선주, 앞의 논문, 19면.

존재를 주장하는 것이 기판력에 저촉된다고 판시한 위 2000다41349 판결(사례 4의 판결)과 상반된 입장이라고 한다.⁴⁴⁾

반면, ‘판례의 입장에 따라 대위소송이 소송담당이라고 볼 경우, 피보전채권의 존재를 부인한 판결은 피보전채권의 부존재를 판결주문으로 판단한 것이 되므로 그 판단에는 기판력이 인정되어야 하고, 전소가 소송담당이어서 그 판결의 기판력이 채무자에게 미치므로, 후소는 기판력에 저촉된다고 보는 것이 논리적이다’라는 견해도 있다.⁴⁵⁾

우선 위 2011다108095 판결이 ‘전소 판결의 기판력이 피보전채권의 부존재에 미치지 않는다’는 입장인지에 관해 살펴본다.

위 판결에는 전소 판결의 기판력이 후소에 미치지 않는다는 내용(이는 기판력의 작용에 관한 것이다)은 있지만 전소 판결의 기판력이 피보전채권의 존부에 미치지 않는다는 내용(이는 기판력의 객관적 범위에 관한 것이다)은 없다. 위 판결이 ‘채무자에게 기판력이 미친다’는 의미가 채권자대위소송의 ‘소송요건인 피보전채권의 존부’에 관하여 ‘당해 소송의 당사자가 아닌’ 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니라고 판시한 점, 위 판결 이전에 이미 피보전채권의 부존재에 기판력이 미친다는 내용의 위 2000다41349 판결이 있었던 점을 종합하여 보면, 위 2011다108095 판결은 ‘피보전채권의 부존재에 기판력이 발생하지만, 이러한 기판력의 주관적 범위는 당해 소송의 당사자(사례 5의 甲과 丙)에게만 미치고 채무자(사례 5의 乙)에게는 미치지 않는다’는 취지로 보인다. 따라서 위 2000다41349 판결과 위 2011다108095 판결은 서로 상반된 것이 아니라 일관된 입장을 취한 것이라고 할 수 있다.

사례 5에서 전소의 확정된 법률관계가 피담보채무의 부존재라고 보면 이는 후소의 소송물에 해당하므로 당연히 후소에서 문제된다(서론에서 전소의 자동채권이 후소의 소송물이 되는 경우를 포섭하기 위해서는 동일관계의 의미를 ‘소송물 동일’에서 ‘전소에서 확정된 법률관계가 후소의 소송물의 존부에 해당하는 경우’로 확장할 필요가 있다고 하였는데, 사례 5도 이러한 확장된 동일관계에 해당한다고 볼 수 있다). 하지만 전소의 기판력

44) 정선주, 앞의 논문, 11면.

45) 호문혁, 앞의 책, 691면.

이 후소에 작용하기 위해서는 동일관계가 성립하는 것만으로는 부족하고 후소의 당사자인 乙이 전소 기판력의 주관적 범위 내에 있어야 하는데, 위 2011다108095 판결은 ‘乙에게 전소의 기판력의 주관적 범위가 미치지 않기 때문에 전소의 기판력이 후소에 작용하지 않는다’고 본 것이다.

다음으로 전소의 기판력이 乙에게 미치지 않는다는 위 판결의 입장이 타당한 것인지에 관하여 본다.

채권자대위소송의 소송물인 피대위채권의 존부에 관한 기판력을 채무자에게 미치게 하는 근거조항은 민소법 제218조 제3항이다.⁴⁶⁾ 위 제3항은 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다고 규정한다. 채권자대위소송의 당사자적격을 갖춘 원고는 위 제3항에서의 다른 사람을 위하여 원고가 된 사람에 해당하고 채무자는 위 제3항의 다른 사람에 해당한다. 위 제3항은 기판력은 소송당사자에게만 미친다는 원칙에 대한 예외를 인정함으로써 기판력의 주관적 범위를 확장한다. 채권자대위소송에서 이러한 확장이 필요한 이유는 제3채무자로 하여금 동일한 채권의 존부에 관하여 채권자가 제기한 대위소송에 응소한 후에 다시 채무자 본인이 제기한 소송에 응소하여야 하는 부담을 덜기 위해서이다.⁴⁷⁾

그런데 채권자대위소송에서 피담보채무가 존재하지 않으면 원고는 당사자적격이 없으므로 민소법 제218조 제3항의 다른 사람을 위하여 원고가 된 사람에 해당하지 않는다(위 3항의 적용 여부를 결정하는 것은 전소 판결이 본안판결인지 여부가 아니라 원고가 당사자적격을 갖추었는지 여부이다). 또한 채권자가 제3채무자를 상대로 전소를 제기한 후 다시 채무자를 상대로 후소를 제기하더라도 같은 피고가 동일한 채권의 존부에 관하여 두 번 응소하는 결과가 발생하지 않으므로 굳이 전소의 당사자가 아닌 채무자에게 전소의 기판력을 미치게 할 필요도 없다. 따라서 피담보채무의 부존재를 이유로 소를 각하한 전소의 기판력은 채무자에게 미치지 않는다고 봄이 상당하다.⁴⁸⁾

46) 대법원 1975. 5. 13 선고 74다1664 전원합의체 판결.

47) 대법원 1975. 5. 13 선고 74다1664 전원합의체 판결.

48) 이창민, 앞의 논문, 903면은 채권자대위소송은 제3자 소송담당이 아니지만, 판례와 같이 대위소송을 소송담당으로 보더라도 위 2011다108095 판결은 결론 면에서 정당하다고 하

따라서 사례 5에서 ‘전소의 기판력이 乙에게 미치지 않으므로 전소의 기판력이 후소에 작용하지 않는다’는 위 2011다108095 판결의 입장은 타당하다고 생각한다.

IV. 결론

소송판결 기판력의 객관적 범위는 주문에서 판단된 소송요건의 부존재인데, 여기에서의 ‘소송요건’이 무엇인지에 대하여 견해가 대립한다.

제1설은, 소각하 판결의 주문에서 그 부존재가 판단되는 소송요건은 소송능력, 당사자적격, 당사자능력, 권리보호의 이익 등이고, 그 구체적인 사유는 기판력에 포함되지 않는다고 본다.

하지만 기판력의 범위의 명확성, 분쟁의 1회적 해결, 신속한 재판과 소송경제, 판결의 모순·저촉 방지를 고려할 때, 소송능력 등과 같이 추상적이고 포괄적인 개념이 아니라 그 인정 근거에 해당하는 특정한 법률관계(성년, 법인격, 피보전채권의 존재 등)를 소송요건으로 보는 제2설이 타당하다고 생각한다.

소송판결의 표준시는 상고가 제기되지 않은 경우에는 사실심의 변론종결시이지만 상고가 제기된 경우에는 본안판결의 경우와 달리 상고심의 판결시라고 생각한다.

‘피보전채권의 부존재를 이유로 채권자대위의 소를 각하한 전소 판결이 확정된 후, 제3채무자(전소의 피고)가 채권자(전소의 원고)를 상대로 제기한 소송에서 채권자가 피보전채권의 존재를 주장하는 것은 기판력에 저촉된다’라고 판시한 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결과, ‘피보전채권의 부존재를 이유로 채권자대위의 소를 각하한 전소 판결이 확정된 경우, 그 판결의 기판력은 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치지 않는다’라고 판시한 대법원 2014. 1. 23. 선고

면서, 그 이유는 소송담당자로서의 당사자적격과 관련된 소송요건이 흡결되어 소각하 판결이 있었던 경우에는 그 판결은 ‘소송담당자에 대한’ 확정판결이라고 볼 수 없어 권리의 귀속주체에 대하여 기판력이 미치지 않기 때문이라고 한다.

2011다108095 판결은 모두 ‘피보전채권이 없다는 이유로 대위소송을 각하하는 판결이 확정되면, 피보전채권의 부존재에 기판력이 발생한다’는 입장을 취하고 있는데, 제2설을 따르는 필자로서는 이러한 입장이 타당하다고 생각한다.

그리고 채권자대위소송의 당사자적격을 갖추지 못한 원고는 민소법 제 218조 제3항의 ‘다른 사람을 위하여 원고가 된 사람’에 해당하지 않으므로 위 2011다108095 판결 중 ‘전소의 기판력이 채무자에게 미치지 않는다’는 부분 역시 타당하다고 생각한다.

(논문투고일: 2023.12.11., 심사개시일: 2023.12.13., 게재확정일: 2023.12.27.)



▶ 석현수

소송판결, 기판력, 소송요건, 채권자대위소송, 피보전채권

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 강현중, 「민사소송법(제7판)」, 박영사(2018).
- 김홍엽, 「민사소송법(제10판)」, 박영사(2021).
- 사법연수원, 「법학전문대학원 민사재판실무」, 사법연수원 교육발전연구센터(2022).
- 박재완, 「민사소송법강의(제4판)」, 박영사(2021).
- 이시윤, 「민사소송법(제12판)」, 박영사(2018).
- 전병서, 「강의 민사소송법(제3판)」, 박영사(2021).
- 정동윤·유병현·김경옥, 「민사소송법(제9판)」, 법문사(2022).
- 호문혁, 「민사소송법(13판)」, 법문사(2016).
- 홍기문, 「민사소송법(제6판)」, 대명출판사(2015).

II. 논문

- 강용현, “소송요건에 관한 판단의 기준시”, 민사재판의 제문제 제10권, 한국사법행정학회(2000).
- 곽승구, “소송판결의 기판력 인정여부에 관한 연구”, 법학연구 제24권 제1호, 인하대학교 법학연구소(2021).

국순옥, “기관력의 본질과 작용”, 민사법연구 제11집 제1호, 대한민사법학회(2003).

김상수, “기관력의 작용”, 고시연구 제30권 제12호, 고시연구사(2003).

석현수, “소급효가 인정되는 개별 사안에서의 실권효의 적용 여부에 관한 연구”, 일감법학 제45호, 전남대학교 법학연구소(2020).

이창민, “채권자대위소송에서 소각하 판결이 있었던 경우 그 판결의 기관력이 채무자에게 미치는지 여부”, 민사판례연구 제37권, 민사판례연구회(2015).

양병희, “기관력의 주관적 범위에 관한 소고”, 일감법학 제1권, 전남대학교 법학연구소(1996).

유병현, “기관력의 객관적 범위와 모순된 반대관계”, 민사소송 제10권 제1호, 한국민사소송법학회(2006).

이동률, “채권자대위소송에서의 피보전채권의 기관력”, 경희법학 제55권 제1호, 경희법학연구소(2020).

정선주, “소송판결의 기관력”, 민사소송 제22권 제1호, 한국민사소송법학회(2018).

한충수, “소송물의 실질적 동일성과 기관력의 작용이론 - 판례분석과 시론을 중심으로-”, 법학논총 제25집 제2호, 한양대학교 법학연구소(2008).

Abstract

The study on res Judicata of dismissal decision

Hyunsoo Seok*

The objective scope of res judicata of dismissal decision is non-existence of litigation requirement determined in text of judgment. There are conflicting theories about what the 'litigation requirement' here is.

The first theory says: litigation requirements whose absence is determined in the text of judgment of dismissal decision are litigation capacity, party capacity, standing, etc, while their specific reasons are not included in res judicata.

However, considering the clarity of the scope of res judicata, one-time resolution of disputes, speedy trial and litigation economy, and prevention of conflicts between rulings, litigation requirements are not abstract and comprehensive concepts such as litigation capacity, etc. but specific legal relationships that are the basis for their recognition(age of majority, artificial person, existence of preserved obligee's right. etc).

The standard time of dismissal decision is when the factual argument is concluded if a final appeal has not been filed, but if an final appeal has been filed, it is when the supreme court decision is made.

Both Supreme court decision 2000DA41349 and 2011DA108095 says; when decision dismissing an obligee's subrogation claim due to the absence

* Associate professor of Konkuk University Law School, lawyer.

of preserved obligee's right is confirmed, res judicata is recognized regarding the non-existence of preserved obligee's right.

The above two rulings are valid because they recognize res judicata in a specific legal relationship that serves as the basis for standing.

And because the plaintiff without the standing of obligee's subrogation claim does not fall under the category of 'a person who became a plaintiff for another person' as defined in Article 218 ③ of the Civil Procedure Act, The part in the 2011DA108095 ruling that 'res judicata of previous decision does not extend to the obligor' is also valid.



Hyunsoo Seok

Dismissal decision, Res judicata, Litigation requirement,
Obligee's subrogation claim, Preserved creditor's rights