

# 제5주차

## - 소송의 종료편 -

### I. 소송의 종료 'Just do this'

■ 당사자행위에 의한 종료

1. 소취하-재소금지

당사자 행위에 의한 종료		소취하		
소취하 요건	§266	[구속적] 소송행위	판결확정시까지 가능 / 피고의 동의 소취하 존재여부, 유무효 → 기일지정신청으로 다툼 착오에 의한 소취하 : 유효 → 표시주의	
소취하 효과	§267	소급적 소멸	일부취하 가능 소취하 취소불가(하자불고려설判) - 예외: 5 <b>시효중단쟁점</b>	vs 상소취하
		재소금지	본안종국 판결 후 / 당사자 동일, 소송물 동일/ 권리보호이익	vs 중복제소 기판력

- 소취하 계약 (소송행위 X / 사법행위O(항변권설) 判) → 권리보호이익 → 소각하판결 [석명권]
- 소취하 간주
- 재소금지

재소금지 §267② [ keyword 소취하 ]		중복제소 [keyword 소 제기]	기판력 저촉
후소의 적법여부 - 직권조사사항(소급적 소송요건) 당사자 동일 / 소송물 동일			
본안 종국판결 → <b>소 취하</b> → 후소 제기 [원고] 가장 대표적인 신의칙[권리보호이익] 위반 (농락방지 / 소권 남용)		전소계속 중 후소 제기	전소 확정판결 후 후소제기
요건	① 본안에 관한 종국판결 후 소 취하 ② 취하 전후 당사자 동일/ 소송물 동일 ③ <b>권리보호이익</b> 이 동일한 경우		주관적 범위 객관적 범위 시적 범위
상계	해당X	해당X	해당 O
	- 소송물 : 선결적 법률관계 쟁점 - 항소심에서의 교환적 변경 : 결합설에 따른 긍정설(判) - 상계항변의 철회 : 소취하와 동일 (재소금지 해당X)	+ 후소가 중복소제기에 해당하여 부적법한 후소를 본안에 관한 종국판결 후 취하한 경우, 전소는 재소금지 해당	

- 취포인화탈 : 에서 '소의 취하'의 특별수권 여부는 §90② 오로지 원고의 대리인에게만 해당(소취하는 원고만) 피고의 대리인은 특별수권에 상관없이 동의할 수 있음

2. 화해

당사자 행위에 의한 종료		소송상 화해	
재판상 화해 [양보계약]	소송상 화해	§220	소송행위설(判) → 무제한 기판력설(判)
	제소전 화해	§385	→ 화해가 성립되지 않은 경우(§387) → 소제기신청(§388) → 화해성립 → 확정판결과 동일한 효력(§220)

제220조(화해, 청구의 포기·인낙 조서의 효력)			
화해, 청구의 포기·인낙을 변론조서·변론준비기일조서에 적은 때에는 [당/소/시/방] 소송물 → 변/소/강/조	요건	소송행위설(判) 양행위경합설	[소송물] - [변]론주의 (직탐주의 X) - [소]소송요건 흠결시에도 가능 제소전 화해 가능(기판력O) - [강]소송행위기 때문에 실제법상 하자를 이유로(ex.강행법규 위반) 민법을 유추적용할 수 없음. 하자불고려설(判) - [조]실효조건부 화해 인정(判) 철회권유부부 정지조건부 화해 [시기] - 소송계속 중 언제나(권고§145)
그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다. = 기판력 부여 [창설적 효력] / 소송종료	효과		[창설적 효력] - 복수로 한 경우, 뒤에것이 우선 - 계정권리관계에만 - 채권적권리가 > 물권적으로 (X)
↓		↓	
기판력을 다투는 방법 → 재심으로만 가능 [화해성립일 = 변론종결시]		무제한 기판력설(判) 기판력부인설 제한적 기판력설	- 사법 행위적 성질 아예 인정안하니 까 그냥 무조건 무제한 기판력설로 해제/취소/무효고 뭐고 다 안됨. - 기일지정신청 X

- 실제법상 화해 : 계약이어서 이행만 문제 → 착오취소의 문제만

■ 판결에 의한 소의 종료

<b>중국판결 §198</b> 효력: 심급을 종결		<b>일부판결 쟁점 §200</b> (일부판결도 중국판결 → 독립상소의 대상)					
소송판결	본안판결	객관적병합		주관적병합			반소
소각하판결 ex. 소송종료선언	청구인용/기각	단순병합	선택적병합 예비적병합	통공	필공	독립당사자 참가	
유효한 중국판결의 <u>상소기간 도과</u>		O	X(判)	O	X	X	O
↓		관련성X	관련성O	독립의 원칙	합일확정 필요		⊖ 동일목적 형성청 구/ 소송물 동일시 X
<b>확정판결</b> 효력: 기판력		일부판결의 소송상 취급					
- 소송판결경우 §418단서 파기자판 - 판결의 확정시기 (병합소송과 함께) - 확정 판결의 효력 : 기판력 / 집행력 / 형성력 확정 판결의 형식적 효력 : 상소 불가 확정 판결의 실질적 효력 : 기판력		재판누락	판단누락		판단누락		
		추가판결			[위법한 판결] 확정전 상소 확정후 재심		

■ 기판력

1. 주관적 범위

주관적 범위 §218	집행적력 / 당사자적력
상대성의 원칙 : 원래 당사자 사이에서만 [원고 - 피고]	
제218조(기판력의 주관적 범위) ① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(무변론판결시 판결선고 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 미친다. ② 제1항의 경우에 당사자가 변론을 종결할 때까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤에 승계한 것으로 추정한다. ③ 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다. ④ 기집행의 선고에는 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다.	
① 변론종결 후 승계인 (등기권리는 등기 기준 가등기는 본등기 기준)	집행가능여부 → (집행)적격승계인 [민집531] ① 소송물의 승계인 : 당연승계 [권리의무의 승계인] ex. 상속, 채권양도/양수, 면책적 채무인수 ② 계정물의 승계인 □ 현재 싸움중인 물건, 권리(소송물)의 대상 ※ 소송물과 계정물 구분 - 채권적 청구권 : 승계 X - 물건적 청구권 : 승계 O → if 고유의 방어방법 O (ex. 선의취득) → 승계 X(실질설택) 집행문부여의 소 필요
② 목적물 소지자	
③ 추정승계인	(피승계인이) 승계진술 안하면, 변종 후 승계인으로 추정
④ 제3자 소송담당(제3항)	당사자적력 문제 (=집행적력) ex. 채권자대위소송

2. 객관적 범위

객관적 범위 §216	청구적력 / 소송물 = 권리의무
제216조(기판력의 객관적 범위) ① 확정판결(確定判決)은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력(既判力)을 가진다. ② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.	
판결주문 : 기판력 적용	① 선결적 법률관계 - 후소의 본안판단의 구속력 O 전소주문과 후소의주문사이 (소송물간)
※ '선법관계' 용어 구분	② 소송물 동일 (判. 말소등기청구=진명등) ③ 모순관계 - 전소의 형해화 여부(ex. 부당이득) : 전체를 따져줘야 함 판례 case by case (그냥 하나하나 따져주기)

판결이유 : 기판력 부정 (동일한 사실관계)	⊖ 상계의 경우 : 기판력 인정 §216 ② → 자동채권과 수동채권의 동일범위(대등액) - 대등액 초과범위에는 기판력 부정 - 재상계항변에는 기판력 부정 - 소구채권이 소멸되어야 기판력 적용(자동채권의 존부) - 수동채권이 동시이행항변권으로 주장된 경우 기판력 부정	- 중복제소/ 재소금지는 X 단, 기판력 O - 재상계항변의 증명효(判)
	선결적 법률관계 - 후소의 본안판단 구속 X (전소의 판결이유는 후소의 주문에 기판력이 미치지 않으니까) - 단, 당사자가 같고 분쟁의 기초인 사실관계가 같은 경우, 모순저촉방지를 위한 → [증명효 이론] 判 → 현저한 사실 증거요질과 증빙요질 구분 불명확	판결주문과 판결이유사이 - 기판력은 직권조사사항 - 다른사실인정여부는 당사자의 주장 필요(쟁점효)
소송판결	- 소송요건의 존부에 관한 기판력 O (판결이유 참조) - 본안에 대한 기판력 X	ex. 당사자적력 종결 사실 자체

3. 시적 범위

시적범위	객관적 범위가 작용하는 것을 전제로 작용	
표준시 = 사실심 변론 종결시	- 변론종결 전 사유로 방어 불가 - 과실여부 불문	민사집행법 제44조(청구에 관한 이의의 소)  ① 채무자가 판결에 따라 확정된 청구에 관하여 이의하려면 제1심 판결법원에 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 한다. ② 제1항의 이의는 그 이유가 <b>변론이 종결된 뒤</b> (변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 <b>생긴 것</b> 이어야 한다. ③ 이의이유가 여러 가지인 때에는 동시에 주장하여야 한다.
표준시 차단효/ 실권효	변론종결 후의 형성권 행사 (견해대립) [비실권설] : 상계 / 한정승인 / 건매청 / 상속분할협의	예외
§252 정기금판결과 변경의 소 [형성의 소]	기존 확정된 판결 그대로 유지로 유지하다가 (장래에 대하여) 변경	변론종결 이후의 예상 못할 현저한 사정변경 -> 형평침해 (형평설=소송물동일설)

■ 사위판결

판결의 편취와 구제	판결의 무효와 비존재
------------	-------------

- 사기판결 : 판결의 효력을 누리기 위해서 -> 집행하려고
- 비존재/ 무효인 판결은 효력이 없기 때문에 편취가 없음

	자백간주 편취가부	판결정본송달	다루는 방법		
① 공시송달	X (무변론 판결 X)	O	- 상소추완 : 처음부터 공시송달 시 귀책사유X → 상소추완 - 재심 (§451 ①11)		
② 허위송달 = 오송달 작출 = 통정한 허위송달	O (무변론 판결 O)	X - 긍정설 - 부정설(判)	- 부정설 = 항소설(判) - 상소 : 판결정본 자체가 송달X → 상소기간 진행 X → 언제든지 상소 가능.		
③ 참칭대표자 (무권대리 유사)	O	O	- 재심 : 무권대리에 관한 재심준용 (법인은 받은것) 기간X - ex. 비법인사단의 참칭대표자(§64)		
	판결은 모두 유효	송달은 모두 유효	집행전	집행 단계	집행 후 [실체법상 구제책]
확정 전 상소 (추완상소 포함) 확정 후 재심			청구이의의 소	- 부당이득(재심필요) - 불법행위(재심불요설) ⊖ 특별한 사정	

## II. 심화정리

### ▣ 특정승계인과 재소금지

#### 1. 쟁점 제시

재소를 할 수 없는 것은 전소의 원고만이다. 원고의 승계인 중 그의 변론종결 후의 포괄승계인이 재소금지의 효과를 받는 것에는 다툼이 없으나, 특정승계인에게도 효과가 미치는가는 견해가 대립되 어있다.

#### 2. 견해의 대립

##### (1) 긍정설

판결의 무위를 방지하기 위하여 일반승계인·특정승계인을 가리지 않고 재소금지의 제한을 받는다는 입장이다.

##### (2) 부정설

재소금지의 효과는 기판력과 동일시 할 수 없고, 긍정설에 의할 경우 재소금지의 효과가 부당하게 확장되므로 본인에게만 그 효과가 미치고 일반승계인이나 특정승계인에게는 미치지 않는다는 견해이다.

##### (3) 절충설

재소의 금지는 기판력처럼 법적 안정성을 위한 제도가 아니므로 전소의 취하를 알면서 받아들이는 등의 특단의 사정이 없는 한 특정승계인에게는 미치지 않는다는 견해이다.

#### 3. 판례의 입장(대판 81다64)<sup>1)</sup>

판례는 공유자 중 1인이 자기 지분을 다른 공유자에게 양도하고 소를 취하한 사안에서 “원고로서는 자신의 권리를 보호하기 위하여 양도받은 공유지분에 기하여 다시 소를 제기할 필요도 있어 원고의 추가된 청구는 반소 피고가 취하한 전소와는 권리보호의 이익을 달리하여 재소금지의 원칙에 위배되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다”고 하여 특정승계인을 포함하면서도 새로운 권리보호이익을 인정하여 재소금지에 저촉되지 않는다는 입장이다.

#### 4. 검토

특정승계인의 경우 소취하라고 하는 타인이 한 소송상의 처분의 효력까지 받도록 하는 것은 승계인에게 지나치게 불리한 것이며, 재소를 금지하는 취지가 종국판결의 농락을 방지하기 위함에 있는 점에 비추어 특정승계인의 경우 이러한 염려가 있는 특단의 사정이 없는 한 재소금지의 제한을 받지 않는다고 봄이 당사자의 재판청구권 보장을 위해서도 타당하다.

1) 대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64,65 판결: 1. 민사소송법 제240조 제 2 항에 본안에 대한 종국판결이 있는 후 소를 취하한 자는 동일한 소를 제기 못한다고 재소금지의 규정을 두고 있는바, 여기 소를 취하한 자에는 변론종결 후의 특정 승계인도 포함되는 것이나( 당원 1969.7.22. 선고 67다760 판결 참조), 동일한 소라 함은 당사자와 소송물인 권리관계가 동일할 뿐 아니라 소 제기를 필요로 하는 사정 즉 권리보호의 이익도 같아야 하는 것으로 해석되는데, 원고의 전소유자인 소외 1이 피고를 상대로한 소론 전소와 본건 소는 소송물인 권리관계는 동일하다 할지라도 위 전소의 취하 후에 본건 토지에 대한 소유권을 양수한 원고는 그 소유권을 침해하고 있는 피고에 대하여 그 배제를 구할 새로운 권리보호의 이익이 있다고 할 것이니 위 전소와 후소인 본건 소는 동일한 소라고 할 수 없으니 피고의 재소금지의 본안전 항변을 배척한 원심의 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해가 있다고 할 수 있다. 2. 원심판결은 피고의 취득시효 주장에 대하여 본건 토지를 1958.2.7. 전소유자인 소외 2로부터 소외 3이 매수하여 점유하였으며 피고는 동 소외 3으로부터 매수하여 점유를 승계하여 계속 점유하여 왔다는 피고 주장사실을 배척하고 소외 2는 1931.계 소유이던 위 대지상에 건물을 신축하여 1937.계 위 대지를 제외한 위 건물만을 위 소외 3에게 매도하고 피고는 1975.11.4 위 건물만을 매수하였다는 사실을 단정하였다. 그러나 기록에 의하여 위 건물만의 매수사실 인정의 증거자료를 살펴건대 갑 제 6 호증의 1, 2 갑 제8, 9호증의 각 기재는 위 소외 1과 피고 간의 전소에서 피고는 철거대상 건물에 대한 법정지상권이 있다는 주장 및 이에 대한 판단이며 증인 소외 4의 증언은 위 전소의 제기 후의 사정에 관한 것으로 이들로서는 위 소외 2와 소외 3 간에 본건 토지의 매매가 없었다고 단정할 자료는 되지 아니하며 그리고 을 제1, 2호증은 피고 주장과 같은 매매사실을 수긍할 수 있는 처분문서라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이를 취신함이 우리의 경험칙에 합당할 것임에도 불구하고 원심은 그럴싸한 설명도 없이 그저 믿을 수 없다고 판시하고 있으니 이러한 처사는 채증법칙을 어긴 위법이 있다고 아니할 수 없다. 3. 원심은 나아가 피고는 소외 1의 소유를 인정하고 토지를 매수하겠다는 하여 위 소외 1이 위 전소를 취하하였다는 사실을 단정하여 시효진행은 이 승인에 의하여 중단되었다고 판시하고 있다. 원심의용의 증거에 의하여도 피고가 명시적으로 위 소외 1의 소유권을 인정하였다고 볼 자료는 찾아볼 수 없고 피고가 본건 대지를 매수하겠다는 교섭이 있었음을 짐작할 수 있으니 소송계속중 분쟁해결의 하나의 방편으로 매수를 제안 시도하는 수도 흔히 있는 바이니 위 매수교섭만으로 곧 위 소외 1의 소유권을 확정적으로 인정하였다고 단정할 수도 없다 할 것이니 여기에는 채증법칙을 위배하여 사실을 인정하였거나 시효중단사유인 승인에 관한 법리오해하였다고 아니할 수 없다.

## ▣ 소유권확인 소의 소송물

### 1. 기판력이 문제되는 경우(대판 84다카2132)

특정토지에 대한 소유권확인 소의 본안판결이 확정되면 그에 대한 권리 또는 법률관계가 그대로 확정되는 것이므로 그 사건의 변론종결전에 그 확인원인이 되는 다른 사실이 있었다 하더라도 그 확정판결의 기판력은 거기까지도 미치는 것이다.

### 2. 재소금지가 문제되는 경우(대판 91다5730<sup>2)</sup>)

원고가 서면으로 한 소의 취하가 효력이 있는 것이어서 제1심 판결이 확정되었다고 볼 수 없기 때문에 이 사건 청구가 확정판결의 기판력에 저촉되는 것으로는 판단되지 않는다고 하더라도, 원고는 본안에 대한 종국판결이 있는 후소를 취하한 자이므로 민사소송법 제267조 제2항에 의하여 다시 동일한 소를 제기하지 못하는 것이기는 하다.

그렇지만 원심이 채용한 을제2호증(판결)의 기재에 의하면, 원고가 위 소송에서는 소유권보존등기가 되지 않은 이 사건 부동산이 원래 자기의 아버지인 소외 망 한원택의 소유로서 그가 1970.10.13. 자기에게 이를 증여하였으므로, 이 사건 부동산이 자기의 소유라고 주장하면서 피고에 대하여 그 확인을 구하였던바, 위 법원은 이 사건 부동산이 원래 위 소외 망인의 소유이었던지의 여부에 대하여는 아무런 판단도 하지 아니한 채, 원고의 주장 자체에 의하더라도 원고가 자기의 명의로 위 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 넘겨 받지 않았음이 명백한 이상, 이 사건 부동산이 원고의 소유라고는 할 수 없다는 이유로, 원고의 청구를 기각하였음을 알 수 있는데, 이 사건 소송에서는 원고가 이 사건 부동산의 소유자이던 위 소외 망인이 사망함에 따라 이 사건 부동산에 대한 21분의6 지분이 자기에게 상속되었으므로, 그 지분이 자기의 소유라고 주장하면서 피고에 대하여 그 지분이 자기의 소유임의 확인을 구하고 있는 것이므로, 이 사건 소와 원고가 소를 취하한 전소가 민사소송법 제267조 제2항 소정의 "동일한 소"라고는 볼 수 없을 것이다.

### 3. 결론

기판력에 관한 판례의 입장을 일관하면 재소금지가 문제되는 경우도 소송물이 같다고 하여야 함에도 판례는 기판력의 범위보다 재소금지의 범위를 좁게 보아 동일한 소가 아니라고 하고 있다. 생각건대 기판력은 법원의 확정판결의 효력이므로 법적 안정성을 위하여 사실관계를 고려하지 않고 그 효력의 범위를 넓게 잡을 필요가 있지만 소취하 후의 재소의 경우는 법원의 확정적 판단이 없으므로 범위를 기판력처럼 넓게 잡을 필요가 없다. 또한 재소금지는 소 제기 자체를 금지하는 것이므로 기판력보다 당사자에게 미치는 제재가 훨씬 가혹하므로, 원칙적으로 확인 소의 소송물에 관하여는 일원설을 취하되, 재소금지효의 적용에 있어서는 기판력보다 그 범위를 좁게 해석하는 판례의 입장이 타당할 것이다.

2) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다5730 판결: 가. 전소의 항소심 계속중 소취하서가 제출된 사실이 있는데도 그 사건 제1심 판결이 확정되었음을 전제로 후소 청구가 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다고 본 원심판결에 직권조사사항에 관한 법리오해 또는 심리미진의 위법이 있다고 본 사례 나. 아버지 소유 부동산을 증여받았음을 전제로 그 소유권의 확인을 구하는 소와 아버지가 사망함에 따라 그 지분소유권을 상속받았음을 전제로 그 지분소유권의 확인을 구하는 소는 민사소송법 제240조 제2항 소정의 "동일한 소"라고 볼 수 없다.

## ▣ 소송상 화해에서 문제

### I. 양성설에 따른 재판상 화해의 다툼

#### 1. 문제의 제기

소송상 화해에 대하여 사법행위설, 소송행위설, 양성설의 대립이 있다. 다수설인 양성설에 따를 경우 실제법상 화해가 무효될 경우 소송상 그 효력을 인정할 것인가 쟁점이다.

#### 2. 실제법상 비소급적 무효사유가 발생한 경우

##### (1) 사유

당사자의 합의에 의한 해지의 경우나 사정변경에 의한 해지의 경우

##### (2) 다투는 방법

소송상 화해의 실제법적 효력만을 배제할 수 있을 뿐 구소송의 계속을 회복시킬 수 없다. 그 결과 당사자는 신소제기의 방식에 의하여야 한다.

#### 3. 실제법상 소급무효가 되는 경우

##### (1) 원시적 무효 : 실제법상 무효취소원인이 존재하는 경우

##### 1) 사유

처분권이 없는 경우, 강행규정 또는 사회질서 위반의 경우, 의사표시 흠

##### 2) 다투는 방법

소송상 화해가 실제법상의 하자로 인하여 그 효력을 잃게 되면 마치 화해 자체가 없었던 것과 같이 다루어져 소송 계속의 상태를 회복할 것이다. 따라서 기일지정신청으로 구소송절차를 속행시켜 무효여부를 다툴 수 있다. 다만 제소전화해의 경우 무효확인 소제기가 가능하다.

##### (2) 후발적 무효 : 재판상화해성립 후 채무불이행 등으로 재판상 화해를 해제할 수 있는지

##### 1) 해제권 유보가 있었던 경우

화해전의 권리관계가 부활하므로 기일지정신청에 의한다.

##### 2) 화해내용을 이행하지 않아 채무불이행을 이유로 화해를 해제하는 경우

① 기일지정신청설 : 해제로 인해 소송상 화해는 소급적으로 효력을 잃게 되므로 취소와 달리 취급할 이유가 없으며, 해제권을 유보한 경우에는 기존의 소가 부활되고 법정해제권을 행사하는 경우에는 신소제기를 하여야 한다는 것은 균형에 맞지 않는다는 것을 논거로 한다.

② 신소제기설 : 소급적으로 효력이 상실된다는 공통점을 들어 원시적 무효와 동일하게 취급해서는 안될 것이다. 취소는 애당초 하자있는 의사표시를 배제하는 것인데 반하여 해제는 일단 하자없이 이루어진 합의를 사후에 발생한 사유에 기하여 효력을 빼앗는 점에서 근본적인 차이를 인정하여야 할 것이다. 사후적으로 발생한 사유까지 고려하는 것은 소송상 화해에 소송상의 효과를 인정하는 본질에 반하며, 특히 해제권자는 해제권을 행사하지 않고 손해배상청구를 선택할 수 있으므로 소송상 화해의 소송상 효과는 더욱 불안정해진다. 따라서 해제에 의하여 화해의 채권적 효력만 소멸할 뿐, 소송법상 효과는 소멸되지 않는다고 보아야 할 것이고, 그 결과 신소제기에 의하여야 할 것이다. 결국 구소송이 속행되느냐의 여부는 소급효가 아니라, 원시적 무효인가 후발적 무효인가에 따라 판단하여야 한다.

③ 선택설 : 각각의 분쟁의 형태, 전개의 태양에 대응하여 화해내용, 화해성립으로부터 해제까지의 시간의 경과 등에 의하여 자연스럽게 구소의 속행의 방법을 택할 것인가 또는 별소를 제기하는 방법에 의할 것인가에 있어서 당사자의 선택에 맡기는 것이 적절하다는 입장이다.

### II. 제소전화해의 대상

#### 1. 문제점

제소전 화해는 일반 민사분쟁이 소송으로 발전하는 것을 방지하기 위하여 소제기 전에 지방법원(또는 시·군법원) 단독판사 앞에서 화해를 성립시켜 분쟁을 해결하는 절차를 말하는데. 여기서 민사분쟁이 명확하지 않은 경우에도 그 효

력을 인정할 것인가 문제된다.

## 2. 견해의 대립

### (1) 현실분쟁설

제소전 화해 신청은 현실의 분쟁이 있을 때에 한하여 가능하다. 현실의 분쟁이 없는데도 불구하고 화해 신청을 허용하면, 공정증서의 대용화, 강행법규의 탈법, 재판상 다투는 길의 봉쇄 등 민사사법제도의 대표적인 남용례로 되어 있는 폐단을 시정할 길이 없을 것이기 때문이라고 한다.

### (2) 장래분쟁설

제소전화해는 널리 권리관계의 불확실이나 권리실현의 불완전의 경우까지 포함할 것이고, 반드시 현재의 분쟁이 아니라도 화해 신청 당시로 보아 장래의 분쟁 발생의 가능성이 있는 경우까지 신청할 수 있다는 입장이다.

## 3. 판례의 입장(광주지법 1990.4.10, 90자129)

대법원 판례는 보이지 아니하고, 하급심 판례에는 화해절차 이전에 현실의 다툼이 있어야 함을 전제로, 이러한 다툼이 없이 이미 성립된 토지거래계약에 기하여 오로지 토지거래허가제의 적용을 면탈하기 위한 화해 신청은 부적법하다고 한 것이 있다.

## 4. 소결

제소전 화해 제도가 제도외적 목적으로 남용되고 있는 것이 현실이고, 그에 따라 입법론적으로 폐지 주장이 설득력을 얻어 가고 있는 상황(독일에서는 이미 폐지된 제도이고, 일본에서는 간이법원의 특례절차임에 그친다)에서, 그 적용 범위를 축소하는 것이 타당하다고 생각한다. 따라서 현실의 다툼이 있는 경우에만 제소전 화해 신청이 가능하다고 해석하여야 한다.

## ▣ 주관적 범위에서 변종후 승계인 범위

### I. 가등기와 본등기에서 변종후 승계인의 의미

#### 1. 문제점

변론종결전의 가등기에 기하여 변론종결 후에 본등기가 이루어진 경우 어느 시점을 표준시로 하여 변종후 승계인인지 여부를 가리는 문제를 검토한다.

#### 2. 변종전 가등기에 기하여 변론종결 뒤에 본등기를 한 경우 표준시 확정문제

##### (1) 학설

가등기가 변론종결 전에 되고 그 가등기에 기한 본등기가 변론종결 후에 이루어진 경우에 가등기의 순위보전의 효력을 강조하여 승계인이 아니라는 입장이 있다.

##### (2) 판례<sup>3)</sup>

판례는 대지 소유권에 기한 방해배제청구로서 그 지상건물의 철거를 구하여 승소확정판결을 얻은 경우 그 지상건물에 관하여 위 확정판결의 변론종결 전에 경료된 소유권이전청구권 가등기에 기하여 위 확정판결의 변론종결 후에 소유권이전등기의 본등기를 경료한 자가 있다면 그는 민사소송법 제218조 1항의 변론종결후의 승계인이라 할 것이어서 위 확정판결의 기판력이 미친다고 한다(대판 92다10883).

#### 3. 소결

가등기의 순위보전적 효력이란 본등기가 마쳐진 때에는 본등기의 순위가 가등기할 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효된다는 뜻일 뿐 본등기에 의한 물권취득의 효력이 가등기할 때에 소급하여 발생하는 것은 아니고, 위와 같은 건물철거소송에서 확정판결이 미치는 철거의무자의 범위는 건물의 소유권 기타 사실상의 처분권의 취득시점을 기준으로 판단하여야 할 것인바, 위 본등기가 위 판결의 변론종결후에 마쳐진 이상 위 본등기 명의인은 변론종결후의 승계인으로 보는 것이 타당하다.

### II. 변종후승계인의 소의 적법 여부

甲은 乙을 상대로 하여 A 가옥의 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 가옥명도청구의 소를 제기하였으나, 패소확정판결을 받았다. 그 후 甲은 이 A 가옥을 丙에게 매도하여 丙 명의로 소유권이전등기를 경료해 주었다. 丙은 자신의 소유권에 기초하여 乙이 위 가옥을 불법점유를 하고 있다고 주장하여 乙을 상대로 건물명도청구의 소를 제기하였다. 丙의 소는 적법한가?

#### 1. 문제점

甲이 패소한 전소의 기판력의 객관적 범위가 문제되고, 이에 따라 丙이 변종 후 승계인에 해당하는지 검토한다.

#### 2. 기판력의 저촉여부—甲의 乙에 대한 청구의 소송물 및 기판력의 객관적 범위

甲의 乙에 대한 건물의 인도청구는 甲의 건물 소유권에 기한 방해배제청구권에 기한 것이며, 그 소송물은 그 건물의 소유권의 존부가 아니라 물권적 청구권인 건물명도청구권의 존부이다. 따라서 甲의 乙에 대한 소송에서 청구 기각된 확정판결의 기판력은 건물명도청구권의 존부 그 자체에만 미치고 소송물이 되지 아니한 건물의 소유권의 존부 자체에는 미치지 아니한다.

3) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결: 【판시사항】 가. 건물철거청구사건의 확정판결의 기판력이 건물에 관하여 확정판결의 변론종결 전에 이루어진 가등기에 기하여 그 변론종결 후에 본등기를 경료한 자에게 미치는지 여부(적극) 나. 제3자이의의 소의 원고적격과 승계집행문에 의하여 피고의 승계인으로 표시된 자가 채무명의의 집행력의 배제를 구하는 소가 제3자이의의 소인지 여부(소극) 【판결요지】 가. 대지 소유권에 기한 방해배제청구로서 그 지상건물의 철거를 구하여 승소확정판결을 얻은 경우 그 지상건물에 관하여 위 확정판결의 변론종결 전에 경료된 소유권이전청구권가등기에 기하여 위 확정판결의 변론종결 후에 소유권이전등기를 경료한 자가 있다면 그는 민사소송법 제204조 제1항의 변론종결 후의 승계인이라 할 것이어서 위 확정판결의 기판력이 미친다. 나. 제3자이의의 소의 원고적격은 집행의 목적물에 대하여 양도 또는 인도를 저지할 권리가 있음을 주장하는 제3자에게 있고, 제3자란 채무명의 또는 집행문에 채권자, 채무자 또는 그 승계인으로 표시된 자 이외의 자를 말하며, 승계집행문으로 인하여 피고의 승계인으로 표시된 자가 그 채무명의의 집행력의 배제를 구하는 소는 제3자이의의 소라 할 수 없다.

3. 丙이 변론종결후 승계인 여부

(1) 학설의 대립

- 1) 변종후 승계인이라는 입장 : 원고로부터 계쟁물의 소유권을 넘겨받아 당사자적격을 승계한 자에 해당하므로 전소의 기판력을 받는다는 입장이다.
- 2) 판례에 찬성하는 입장 : 건물명도청구권은 건물의 소유권 외에도 점유권에 기할 수도 있으므로, 건물의 소유권과 이에 기한 건물명도청구권은 계쟁물에 관하여 서로 대응하는 관계라고 볼 수 없으므로, 계쟁물에 관한 당사자적격이 승계된 것이라고 볼 수 없기 때문에 판례의 태도가 정당하다는 입장이다.

(2) 판례의 입장<sup>4)</sup>

대법원은 소유권에 기한 건물명도소송의 기각판결이 확정된 뒤 원고로부터 건물소유권을 취득한 자는 전소의 기판력이 미치지 아니하는 소유권에 기해 건물명도청구를 하는 것이므로 전소의 변론종결 후의 승계인이 아니라고 한다.

(3) 소결

판례의 입장은 기판력의 객관적 범위와 주관적 범위를 혼동한 것으로 사안에서 변론종결 후의 승계인으로 보는 것이 타당하다. 패소한 피고로부터 이전 받는 자를 변론종결 후의 승계인으로 구성하는 것과 균형을 맞추어야 하며, 적격당사자의 변동이 분명한데도 불구하고 독자적인 소유권에 기하여 청구한다는 판례의 입장은 적격승계이론과 맞지 않을 뿐만 아니라 너무 기교적이다. 또한 변론종결 뒤에 발생한 새로운 사유가 없는 이상, 이 경우에 기판력을 유지함으로써 분쟁의 확산을 막아야 할 것이다.

4. 결론

청구기각된 확정판결의 기판력은 건물명도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고, 건물명도소송의 소송물인 패소자의 건물명도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로, 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수 없다.

Ⅲ. [판례평석] 패소 원고로부터의 변론 종결 후 승계인과 전소 판결의 기판력-법조신문 2021.7.12.(장재형 변호사)

- 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결 -

1. 대상판결의 내용(요지)

가. 결론

토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다.

나. 논지

확정판결의 기판력은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단과 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 기속력을 의미하고, 확정판결 내용대로 실제적 권리관계를 변경하는 실제법적 효력을 갖는 것은 아니다.

토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 가등기말소청구소송의 소송물은 가등기말소청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 가등기말소청구권의 부존재 그 자체에만 미치고, 소송물이 되지 않은 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다. 나아가 위 청구기각된 확정판결로 인하여 토지 소유자가 갖는 토지 소유권의 내용이나 토지 소유권에 기초한 물권적 청구권의 실제적인 내용이 변경, 소멸되는 것은 아니다.

4) 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6855 판결: 건물 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 건물명도소송의 소송물은 건물 소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 건물명도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 건물명도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고, 소송물이 되지 아니한 건물 소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니하므로, 그 건물명도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 건물 소유자로부터 건물을 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 건물 소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않으며, 또 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 건물명도청구권은 적법하게 승계한 건물 소유권의 일반적 효력으로서 발생한 것이고, 위 건물명도소송의 소송물인 패소자의 건물명도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로, 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수 없다.

가등기말소청구소송의 사실심 변론종결 후에 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자는 적법하게 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 물권적 청구권을 갖게 되고, 위 가등기말소청구소송의 소송물인 패소자의 가등기말소청구권을 승계하여 갖는 것이 아니며, 자신이 적법하게 취득한 근저당권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 소송상 청구권을 하는 것이므로, 위 제3자는 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'에 해당하지 않는다.

**2. 사실관계**

가. 소외 1은 2009년 1월 15일 소외 2를 대리하는 한편, 피고를 대표하여 소외 2 소유의 별지 목록 기재 부동산에 관하여 예약자를 소외 2, 예약권리자를 피고로 하는 매매예약을 체결하였고, 피고는 이 사건 매매예약을 원인으로 하여 위 부동산에 관하여 소유권이전청구권가등기를 마쳤다(원래 사안인 복수의 부동산, 소외인과 가등기, 각 단독소유와 지분 등의 복합적 사실관계를 단순화하여 각색함).

나. 소외 2는 2011년 1월 17일 피고를 상대로 '소외 1이 권한 없이 임의로 이 사건 가등기를 마쳤다'고 주장하면서 소유권에 기하여 이 사건 가등기의 말소를 구하는 소를 제기하였는데, 법원은 2012년 5월 25일 '소외 1이 소외 2로부터 처분 권한을 수여받은 바에 따라 이 사건 가등기를 마쳤다'고 보아 위 청구를 기각하였고 위 판결은 2012년 6월 14일 확정되었다.

다. 소외 2는 다시 2013년 5월 23일 피고를 상대로 '이 사건 가등기는 소외 1이 위조한 매매예약서에 의하여 이루어진 것으로서 무효이거나 이 사건 매매예약은 쌍방대리에 해당하여 무효'라고 주장하면서 소유권에 기하여 이 사건 가등기의 말소를 구하는 소를 제기하였는데, 위 사건의 항소심법원은 2015년 6월 25일 이 사건 매매예약이 민법 제124조에서 정한 쌍방대리에 해당하여 무효이지만 이 사건 전소 판결의 기판력에 따라 이 사건 가등기의 말소를 구할 수 없다고 하여 위 청구를 기각하였고 위 판결은 2015년 11월 3일 확정되었다.

라. 원고는 이 사건 가등기가 마쳐진 부동산에 관하여 2017년 11월 14일 설정계약을 원인으로 하여 근저당권설정등기를 마쳤고 이후 피고를 상대로 이 사건 가등기의 말소를 구하는 이 사건 소를 제기하였는데, 변론종결 후의 승계인을 부정한 원심판결을 지지하면서 위 1. 대상판결의 요지와 같은 이유로 상고를 기각한 사안이다.

**3. 기판력 확장과 변론 종결 후 승계인**

기판력(既判力)은 당사자 사이에만 미치고 제3자에게는 미치지 않는 것이 원칙이다. 그런데 민소법 제218조는 당사자 이외에 확정판결의 기판력이 확장되는 제3자로서 변론 종결 후의 승계인과 청구 목적물의 소지자, 제3자 소송담당 등을 들고 있다.

대립하는 소송당사자에게만 미치는 기판력의 상대성의 원칙의 예외 중 하나로서 변론 종결 후의 승계인(승계의 모습이나 원인에는 특별한 제한이 없다)에게 기판력이 미치게 하는 위 규정의 취지는, 패소한 당사자가 소송물인 권리관계를 제3자에게 처분함으로써 기판력 있는 판결을 무력화 시키고 승소당사자의 지위를 붕괴시킬 수 있기 때문이다.

그러한 변론 종결 후의 승계인의 범위에 대하여 먼저 소송물인 소유권이나 채권 자체 등 실제법상의 권리의무 자체를 승계한 자가 당연히 인정되는 의존적(依存的) 법률관계설이 있고(이에 대한 소송법 측면에서의 비판도 있으나), 위와 같은 소송물인 권리의무 자체는 아니나, 건물 철거판결 후에 건물을 매수하거나 소유권보존등기말소판결 후에 이전 등기를 경료한 자처럼 당사자적격의 이전 원인이 되는 계쟁물의 권리이전도 포함된다는 적격승계설(適格承繼說)이 통설, 판례의 입장이다.

적격승계설에 따른 계쟁물의 이전의 경우에도 다시 소송물 이론에 따라, 실제법상의 권리를 소송물로 보는 구소송물론은 그 소송물인 청구가 대세적 효력을 가지는 물권적 청구의 경우에만 기판력이 미치는 제3자가 되고 채권적 청구권에 불과한 경우에는 이를 부정하는 판례의 입장과, 신소송물론의 입장에서는 청구의 바탕이 된 청구권의 실제법상의 성격을 막론하고 점유나 등기의 취득자는 일률적으로 승계인에 해당되는 것으로 해석하고 있다.

또한 승계인에 대한 기판력의 작용과 관련하여, 판례는 실질설에 따라 패소한 피고의 등기나 점유 취득자가 선의취득이나 등기 등 실제법상 대항할 고유의 방어방법이 있을 경우에는 민사소송법 제218조 제1항의 승계인에 해당하

지 않아 기판력이 미치지 않는다고 하고, 이에 반대하는 형식설은 일단 위 조항의 승계인에 대하여 기판력이 미치는데 다만 제3자가 고유의 방어방법으로 대항할 수 있다는 주장이다.

4. 물건적 청구권에 기한 판결의 변론 종결 후의 승계인에 관한 판례의 태도

기판력은 동일한 소송이나 선결관계나 모순관계인 후소에 소극적 또는 적극적으로, 나아가 승소자에게도 유리하거나 불리하게 쌍면적으로 작용한다.

가. 먼저 피고로부터 승계한 경우 패소나 승소를 막론하고 변론종결 후의 승계인이 된다는 것이 판례의 일반적인 태도이다.

나. 그러나 원고로부터 승계한 경우에 승소의 경우에는 위 피고로부터 승계한 경우와 마찬가지로 승계인이 되나, 패소의 경우에는 이를 부정하고 있다.

즉 소유권에 기한 건물인도청구 패소한 원고로부터 건물을 매수한 제3자나(대법원 1999.10.22. 선고 98다6855 판결), 소유권에 기한 토지인도청구 패소한 원고로부터 토지를 매수한 제3자는(대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결) 변론종결 후의 승계인에 해당하지 않는다고 하였다. 판례의 논거는 위 패소확정된 전소송의 소송물은 소유권이 아니라 인도청구권으로 소유권의 존부에 대해 미치지 않고, 신소유자는 위 패소한 인도청구권을 승계한 것이 아니라 소유권의 일반적 효력으로서 인도청구권이 발생한 것이라고 한다. 위 판례들은 원고로부터 소유권을 취득한 제3자가 다시 피고를 상대로 소유권에 기하여 인도 청구하는 새로운 후소를 제기한 경우이다.

5. 대상판결 등에 대한 찬반 견해

대상판결은 위 98다6855 판결, 84다카148 판결과 같이 제3자가 패소한 원고로부터 변론종결 후 소송물 자체가 아니라 계쟁물을 승계하였고, 전소는 원고가 물건적 청구권에 기하여 청구하였으나 패소하여 확정된 경우이다.

대상판결에 대해서는 찬반 의견이 갈리는데, 찬성하는 입장으로는, 후소는 전소의 소송물을 전래적으로 취득한 것이 아니고 새롭게 취득한 소유권에 기초한 것이거나, 기판력의 범위는 결국 승소당사자의 보호 내지 관련 분쟁에서의 모순된 판단 방지라는 이념과 승계인에 대한 절차적 보장의 이념 사이의 정책적 판단 문제인데 새로운 물권자에게 최대한 절차보장을 해주는 입장이라거나, 소송물이 소유권확인이 아닌 한 기판력의 객관적 범위에 관한 판례의 입장과 민법상의 물건적 청구권에 관한 본질적인 법리가 작용된 것이라는 견해가 있고, 이와 반면에 대상판결 등은 기판력의 주관적 범위를 그 객관적 범위와 연계시켜 이를 혼동하여 기판력의 주관적 범위를 축소시킨 문제점이 있다거나, 승소 피고에게 동일한 소가 수 차 제기되어 법적 안정성이 크게 침해된다거나, 승소한 경우와 동일하게 기판력이 미쳐야 한다는 반대 의견 등이 있다.

6. 평석

패소 원고로부터 변론 종결 후 승계한 제3자에 대해 전소 패소확정판결의 기판력이 미치지 않는다는 대법원 판결들의 공통점을 보면, 종전 판결의 소송물이 소유권확인이 아니고 소유권에 기한 인도청구권이거나 이전등기청구권인 경우이고, 또한 구체적인 타당성의 면에서 보면 대상판결처럼 가등기가 쌍방대리에 위반되어 무효라거나, 전소에서 미처 소유권등기를 마치지 못하였으나 그 후 소유권등기를 마친 경우 등 종전 피고 승소판결의 결과를 제3자인 승계인에게 그대로 유지하는 것이 타당하지 않은 경우 등이다.

대상판결과 같은 결론이, 기판력의 객관적 범위와 관련하여 소송물이 선결적 법률관계가 아닌 별개의 소송물로 서로 다르고 달리 선결관계나 모순관계 등에 해당하지 않아 종전과 같이 기판력이 작용하지 않아 당연한 것인지, 아니면 소송물이 실체법상 물권의 일반적 효력으로서의 물건적 청구권이므로 물권자가 다르면 소송물이 다른 것으로 보아야 하는 것인지, 또는 위 사안들의 구체적 타당성을 위해 예외를 인정한 것인지는 좀 더 사안에 대한 분석과 그 법리적 논거에 대한 검토와 연구가 필요하다.

▣ 객관적 범위에서 몇 가지 문제점

I. 토지의 특정일부 매수 주장과 지분매수 주장의 기판력-대법원 1995. 4. 25. 선고 94다17956 전원합의체 판결

1. 문제의 소재(판시사항)

1필의 토지의 일부인 특정부분에 대한 소유권이전등기청구를 기각한 전소판결의 기판력이, 당사자와 청구원인을 같이 하면서 그 1필 전체 토지 중 일정 지분에 대한 소유권이전등기를 구하는 후소에 미치는지 여부

2. 판례의 태도(판시사항)

(1) 다수의견

갑이 을로부터 1필의 토지의 일부를 특정하여 매수하였다고 주장하면서 을을 상대로 그 부분에 대한 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나, 목적물이 갑의 주장과 같은 부분으로 특정되었다고 볼 증거가 없다는 이유로 청구가 기각되었고, 이에 대한 갑의 항소·상고가 모두 기각됨으로써 판결이 확정되자, 다시 을을 상대로 그 전체 토지 중 일정 지분을 매수하였다고 주장하면서 그 지분에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우, 전소와 후소는 그 각 청구취지를 달리하여 소송물이 동일하다고 볼 수 없으므로, 전소의 기판력은 후소에 미칠 수 없다. 이와 견해를 달리한 당원 1974.3.12. 선고 73다1474 판결은 이를 변경하기로 한다.

(2) 반대의견

어떤 토지의 특정부분 전부에 관한 지분권이전등기는 특정부분에 관한 소유권이전등기청구의 분량적 일부임이 분명하므로, 당사자가 토지의 특정부분 전부에 관한 소유권이전등기청구에 승소하였다가 후에 특정부분을 포함한 토지 전부에 관한 지분이전등기를 청구하였다면 그 특정부분에 관한 한 본안에 관하여 나아가 판단할 필요 없이 권리보호의 이익이 없음을 이유로 각하하여야 하고, 거꾸로 특정부분 전부에 관한 소유권이전등기청구를 하였다가 기각되었음에도 불구하고 후에 그 특정부분을 포함한 토지 전부에 관한 지분이전등기를 구하는 경우에는 그 특정부분에 관한 한 기판력에 저촉되어 전소와 다른 판단을 할 수 없을 것이므로 청구가 기각되어야 한다.

(3) 별개의견

1필의 토지의 특정부분에 대한 지분에 관한 소유권이전등기청구가 이론적으로는 전소 소송물의 일부를 구성하나, 이는 전소에 추상적으로 내포되어 있던 권리관계에 불과하여 전소에서 구체적으로 공격방어의 대상이 되거나 될수 있었던 것이 아니므로 전소의 변론과 판단에 그 지분에 대한 부분이 포함되었다고 볼 수 없고 또한 당사자가 전소에서 그 권리관계에 관한 적법한 절차보장, 즉 그 권리관계의 존부에 대한 변론과 법원의 판단을 받을 수 있었다고 볼 수 없다면 그것이 변론종결 전의 공격방어방법이라 닮하여 그 차단효를 인정할 수도 없는 것이니 만큼, 이러한 경우에는 전소판결의 기판력이 위 특정부분에 대한 지분에 관하여 미치지 아니한다고 보아야 한다.

3. 토지의 특정일부 매수 주장의 배척과 지분매수 주장의 차단 여부(시적 범위)

(1) 문제점

전후 양소의 당사자와 청구원인은 동일하므로 결국 청구취지의 동일성 여부가 양소의 소송물의 동일성을 판정하는 기준이 될 수밖에 없는데, 양소의 청구취지는 당해 토지의 일부인 특정부분 중 원고가 주장하는 지분에 관하여는 중복되는 관계에 있으므로 그 한도 내에서는 청구취지가 동일한 것으로 보아 기판력이 미치는 것으로 볼 여지가 있어서 문제된다.

(2) 견해의 대립

판례에 대하여 소유권이전등기청구와 지분권이전등기청구간에는 대소관계가 있으므로 토지 일부에 대한 지분한도 내에서 소송이 서로 중복된다 하겠으며 따라서 그 한도 내에서 동일 소송이라고 보아야 한다는 이유로, 위 판례의 입장에 반대하는 견해가 있다.

4. 결론

(1) 특정부분의 한도 내에서 동일 소송물인가 하는 점

① 판례의 소수의견은 동일 소송물로 보나 ② 다수의견은 양자는 청구취지를 달리하여 소송물이 동일하다고 볼 수 없다고 한다.

(2) 대상판결의 의의

이 전원합의체판결은 위에서 본 바와 같이 종전의 대법원판결들에 나타난 상반되는 입장을 정리하여 결론을 내렸다는 데 의의가 있다.

소수의견의 논리가 실제법상의 공유지분의 개념은 물론 기판력의 객관적 범위와 소송물에 관한 통설·판례의 견해를 충실하게 따른 것이라고 여겨짐에도 불구하고, 종전의 대법원판결들 중 다수는 물론 이 판결의 다수의견이 이를 채택하지 않은 근본적인 이유는, 이런 유형의 사안에서 특정부분이든 공유지분이든 어느 한 쪽으로는 전부 승소해야 할 원고가 그 자신이나 전소 법원의 불찰로 말미암아 일부라도 패소하여서는 부당한 결과가 된다는 데 있다고 보이고, 재판실무상 적지 않게 경험할 수 있는 이런 유형의 사안에서 구체적 타당성 있는 해결을 도모할 수 있다는 점에서 다수의견의 결론이 소송당사자나 실무자들로부터 긍정적인 평가를 받을 수 있으리라고 전망한다.

II. 소유권이전등기말소등기소송의 효력- 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결

1. 쟁점의 정리

(1) 사실관계

甲.乙 간의 소유권이전등기말소소송에서 乙이 패소하고, 乙명의의 등기가 말소된 후 등기명의를 회복한 甲이 丙에게 소유권이전등기를 넘겨주고 순차 丁에게도 저당권 설정등기가 넘어간 사안에서, 乙이 丙에게는 진정한 등기명의 회복의 이전등기청구를, 丁에게는 저당권설정등기말소청구한 사안

(2) 문제점 **【판시사항】**

- [1] 소유권이전등기말소청구소송의 소송물과 말소등기에 갈음한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송의 소송물이 동일한지 여부(적극)
- [2] 소유권이전등기말소청구소송의 확정판결의 기판력은 후소인 진정한 등기명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송 및 위 확정된 전소의 말소등기청구권의 존재여부를 선결문제로 하는 근저당권설정등기 등의 말소등기청구소송에 미친다고 한 사례
- [3] 제한종류채권에 있어 급부목적물의 특정 방법

2. 소송물 동일성 **【판결요지】**

- [1] 진정한 등기명의회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 허용되는 것인데,<sup>5)</sup> 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 한다.
- [2] 소유권이전등기말소소송의 승소 확정판결에 기하여 소유권이전등기가 말소된 후 순차 제3자 명의로 소유권이전등기 및 근저당권설정등기 등이 마쳐졌는데 위 말소된 등기의 명의자가 현재의 등기명의인을 상대로 진정한 등기명의회복을 위한 소유권이전등기청구와 근저당권자 등을 상대로 그 근저당권설정등기 등의 말소등기청구 등을 하는 경우 현재의 등기명의인 및 근저당권자 등은 모두 위 확정된 전 소송의 사실심 변론종결 후의 승계인으로서 위 확정판결의 기판력은 그와 실질적으로 동일한 소송물인 진정한 등기명의회복을 위한 소유권이전등기청구 및 위 확정된 전소의 말소등기청구권의 존재여부를 선결문제로 하는 근저당권설정등기 등의 말소등기청구에 모두 미친다고 한 사례.
- [3] 제한종류채권에 있어 급부목적물의 특성은, 원칙적으로 종류채권의 급부목적물의 특성에 관하여 민법 제375조 제2항이 적용되므로, 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에는 그 물건이 채권의 목적물이 되는 것이나, 당사자 사이에 지정권의 부여 및 지정의 방법에 관한 합의가 없고, 채무자가 이행에 필요한 행위를 하지 아니하거나 지정권자로 된 채무자가 이행할 물건을 지정하지 아니하는 경우에는 선택채권의 선택권 이전에 관한 민법 제381조를 준용하여 채권의 기한이 도래한 후 채권자가 상당한 기간을 정하여 지정권이 있는 채무자에게 그 지정을 최고하여도 채무자가 이행할 물건을 지정하지 아니하면 지정권이 채권자에

5) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체판결: 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의회복하기 위한 방법으로는 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 외에 “진정한 등기명의회복”을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 직접 구하는 것도 허용되어야 한다.

게 이전한다.

3. 평석

이에 대하여 ① 말소등기청구와 소유권이전등기청구는 그 청구취지를 달리하므로 양 소의 소송물이 다르다고 하더라도 실질적으로 동일하여 모순된 반대관계에 해당하므로 전소판결의 기판력이 후소에 미친다는 입장도 있으나 ② 전소인 소유권이전등기말소청구소송의 피고로서 패소한 乙이 후소로 말소회복등기청구소송을 제기하지 아니하고, 당해 소유권이전등기의 등기원인이 유효하여 말소등기원인이 없음에도 불구하고 부적법하게 말소되었다는 이유로 그 말소에도 불구하고 소유권이 여전히 존속한다고 하여 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기한 경우 말소회복등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 말소회복등기청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소회복등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 한다. 따라서 위 판결은 원고가 말소회복등기를 청구하는 것과 마찬가지로 전소의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다는 내용의 판시를 함이 옳다고 본다.

III. 기판력 확장 시론

1. 문제점

기판력의 범위를 매우 좁히는 판례입장과 달리, 독일과 일본에서는 판결이유에서 판단된 선결적 법률관계에 대해 기판력을 확장하려는 시도가 나타나고 있다.

2. 견해의 대립

(1) 학설의 입장

1) 법적 구속력을 인정하는 입장

일정한 요건하에서 판결이유중의 판단사항에 구속력을 인정하려는 견해가 있는데, 여기에는 기판력과는 달리 판결의 효력으로서 쟁점효를 인정하자는 입장과 기판력의 확장으로 이해하는 입장이 있다.

2) 사실상구속력만 인정하는 입장

판결의 효과로서 구속력을 부정하고 다만 분쟁의 모순없는 해결을 도모하기 위한 방편으로 개별적 고려를 통한 신의칙의 적용으로 해결하려는 입장과 판결의 증명효를 통한 해결을 주장하는 입장이 있다.

(2) 판례의 입장

확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고, 그 전제가 되는 법률관계의 존부에 까지 미치는 것은 아니라고 판시하여<sup>6)</sup> 판결이유 중의 판단에는 판결의 효과로서 구속력을 부정하는 태도를 취하고 있다. 또한, 확정된 형사판결이나 민사판결의 이유에서 확정된 사실관계는 후소에서 동일한 사실관계가 문제될 경우에 특별한 이유가 없으면 이를 뒤집지 못한다고 하고, 여기서 특별한 이유라 함은 당사자들의 주장이 달라졌다는가 새로운 증거방법이 제출되었다는가, 아니면 확정판결의 기준시 이후에 새로운 사정이 생긴 경우를 말하고, 이때에는 이것이 판결이유에서 명확히 설시되어야 한다는 태도를 취하고 있다.<sup>7)8)</sup>

6) 대판 2002다11847: 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니므로, 계쟁 부동산에 관한 피고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 원고가 피고를 상대로 그 등기의 말소를 구하는 소송을 제기하였다가 청구기각의 판결을 선고받아 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 말소등기청구권이나 이전등기청구권의 존부에만 미치는 것이지 그 기본이 된 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니하고, 따라서 원고가 비록 위 확정판결의 기판력으로 인하여 계쟁 부동산에 관한 등기부상의 소유 명의를 회복할 방법은 없게 되었다고 하더라도 그 소유권이 원고에게 없음이 확정된 것은 아닐 뿐만 아니라, 등기부상 소유자로 등기되어 있지 않고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아닌 이상, 원고로서는 그의 소유권을 부인하는 피고에 대하여 계쟁 부동산이 원고의 소유라는 확인을 구할 법률상 이익이 있으며, 이러한 법률상의 이익이 있는 이상에는 특별한 사정이 없는 한 소유권확인 청구의 소제기 자체가 신의칙에 반하는 것이라고 단정할 수 없는 것이다.

7) 대판 89다카33944: 민사판결에 의하여 확정된 사실은 다른 민사, 형사사건 등의 판결에서 법원이 구속을 받는 것은 아니지만 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 될 수는 있는 것이다.

8) 대판 2008다92312는 민사재판에 있어서는 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 된다 할 것이므로 합리적인 이유 설시 없이 이를 배척할 수 없고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저

3. 소결

판결의 효과로서 구속력을 인정하는 견해는 현행법상 인정되기 어렵다고 본다. 왜냐하면 이를 기판력의 확장으로 이해하는 입장과 관련해서는 민사소송법 제264조에서 중간확인의 소를 두고 있다는 점에서 취하기 어렵고, 쟁점으로 이해하는 입장과 관련해서는 제216조의 조문과 맞지 않고, 또한 쟁점이 무엇인지 그 의미와 한계가 불분명하다는 점에서 취하기 어렵다고 본다. 따라서, 구속력을 부정하는 견해를 취함이 타당하다고 본다. 다만 분쟁의 모순없는 해결을 위해서는 판결의 증명효를 통한 해결이 일반적인 신의칙에 따른 해결보다 적용요건의 명확화에 더 충실하다고 본다.

IV. 상계항변과 기판력

1. 상계항변에 기판력을 인정하는 취지

제216조 제2항에서 상계로써 대항한 수액의 한도내에서 기판력이 발생하는 것으로 규정하고 있는데, 그 이유는 상계는 소구채권과 무관계한 반대채권을 가지고 양채권을 대등액에 있어서 소멸시키는 효과를 항변으로 주장하는 것이므로 이에 대해 기판력을 인정하지 않으면 소구채권의 존부에 관한 분쟁이 반대채권의 존부에 관한 분쟁으로 모습을 바꾸어 반복되고, 그 결과 소구채권에 관한 판결이 의미를 잃게 될 염려가 있기 때문이다.

2. 상계항변의 기판력 인정요건

(1) 자동채권에 관한 요건

상계의 항변은 청구의 존부를 심판함에 있어서 반대채권의 존부를 실질적으로 판단한 경우에만 기판력이 생긴다. 따라서 시기에 늦게 제출되어 각하된 경우(제149조)나 성질상 상계가 허용되지 않거나(민법 제496조, 제492조 제1항 단서), 상계부적상(민법 제492조 제1항 본문)에 해당하여 배척된 경우는 제외된다.

(2) 수동채권에 관한 요건

상계 주장에 관한 판단에 기판력이 생기는 것은 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 동일하다고 보이는 경우(가령 원고가 상계를 주장하면서 청구이익의 소송을 제기하는 경우 등)로서 상계를 주장한 반대채권과 그 수동채권을 기판력의 관점에서 동일하게 취급하여야 할 필요성이 인정되는 경우를 말한다.

3. 기판력의 객관적 범위

(1) 상계항변을 배척한 경우

상계항변을 배척한 경우에는 반대채권의 부존재에 대하여 기판력이 발생한다.

(2) 상계항변인용시 기판력의 발생

원고의 소구채권과 피고의 반대채권이 모두 존재하고 그것이 상계에 의해 소멸하였다고 한 판단에 기판력이 미친다는 입장과, 현재의 법률관계로서 자동채권이 존재하지 않는다는 점에 기판력이 생기는 것으로 보는 입장의 대립이 있는데, 전설이 보는 바와 같이 상계전에 자동채권이 존재하였다는 것을 확정하는 것은 상계에 의하여 이미 소멸된 채권이 과거에 존재하였다는 것을 확정하는 것에 귀착되어 기판력의 법리상 기이하지만, 제216조 제2항의 '청구가 성립되는지 아닌지'의 판단에 기판력이 있다는 조문에는 충실한 해석이 되고, 실제로 소구채권과 반대채권의 존부가 다같이 심리된 사실에 비추어 전설이 타당하다.

(3) 기판력은 상계로써 대항한 액수에 한하여 생긴다.

나아가 판례는 복수의 자동채권에 기한 상계항변의 경우 법원이 어느 자동채권에 대하여 상계의 기판력이 미치는지 밝혀야 한다는 것이며, 상계로 소멸될 자동채권에 관한 아무런 특정없이 상계항변을 인용한 것은 잘못이고 본다.(대판 2011다24814).

4. 동시이행항변에 행사된 채권에 대한 상계시 기판력발생 여부)

촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 더욱 그러하다고 하였다.

9) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결【판시사항】 [1] 민사소송법 제216조 제2항에서 판결 이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정한 취지 [2] 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변으로 행사된 채권 일 경우, 그러한 상계 주장에 대한 법원의 판단에 기판력이 발생하는지 여부(소극)【판결요지】 [1] 민사소송법 제216조 제2항에서

만일 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권일 경우에는 그러한 상계 주장에 대한 판단에는 기판력이 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다. 이와 같이 해석하지 않는다면 동시이행항변이 상대방의 상계의 재항변에 의하여 배척된 경우에 그 동시이행항변에 행사된 채권을 나중에 소송상 행사할 수 없게 되어 법 제216조가 예정하고 있는 것과 달리 동시이행항변에 행사된 채권의 존부나 범위에 관한 판결 이유 중의 판단에 기판력이 미치는 결과가 되기 때문이다.

---

판결 이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정할 취지는, 만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면, 원고의 청구권의 존부에 대한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 반대채권의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 그 반대채권을 이중으로 행사하는 것에 의하여 불이익을 입을 수 있게 될 뿐만 아니라 상계 주장에 대한 판단을 전제로 이루어진 원고의 청구권의 존부에 대한 전소의 판결이 결과적으로 무의미하게 될 우려가 있게 되므로, 이를 막기 위함이라고 보인다. [2] 상계 주장에 관한 판단에 기판력이 인정되는 경우는, 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 동일하다고 보이는 경우(가령 원고가 상계를 주장하면서 청구이익의 소송을 제기하는 경우 등)로서 상계를 주장한 반대채권과 그 수동채권을 기판력의 관점에서 동일하게 취급하여야 할 필요성이 인정되는 경우를 말한다고 봄이 상당하므로 만일 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권일 경우에는 그러한 상계 주장에 대한 판단에는 기판력이 발생하지 않는다고 보아야 할 것인바, 위와 같이 해석하지 않을 경우 동시이행항변이 상대방의 상계의 재항변에 의하여 배척된 경우에 그 동시이행항변에 행사된 채권을 나중에 소송상 행사할 수 없게 되어 민사소송법 제216조가 예정하고 있는 것과 달리 동시이행항변에 행사된 채권의 존부나 범위에 관한 판결 이유 중의 판단에 기판력이 미치는 결과가 이르기 때문이다.

## ■ 시적 범위에서 몇가지 문제점

### I. 표준시 전에 발생한 형성권의 변론종결 후의 행사

#### 1. 견해의 대립

##### (1) 비실권설

상계권은 물론 취소권, 해제권 등 모든 형성권을 변론종결 후에 발생한 사유로 보고 실권되지 않는다는 견해이다. 만일 실권된다고 보면 형성권의 행사기간을 소송법이 단축하는 결과가 되어 이론상 곤란하다고 한다.

##### (2) 상계권 비실권설

다른 형성권은 실권되지만 상계권만은 예외로서, 변론종결 전에 상계권이 있다 하여도 변론종결 후에 행사하였으면 상계권의 존부를 알았든 몰랐든 변론종결 후의 사유로 실권하지 않는다는 견해이다.

##### (3) 절충설(제한적 상계권실권설)

상계권이 있음을 알고 이를 행사하지 않는 경우에는 실권되지만 몰랐을 경우에는 실권되지 않는다고 보는 견해이다.

##### (4) 상계권실권설

상계권이 있음을 알았든 몰랐든 상계권을 비롯한 모든 형성권은 차단된다는 입장이다.

#### 2. 판례의 태도

판례는 확정판결의 변론종결 전에 이미 발생하였던 취소권, 해제권은 그 당시에 행사하지 아니함으로써 불리하게 확정된 경우에 확정 후에 취소권, 해제권을 뒤늦게 행사하여 전소의 확정판결의 효력을 부인할 수 없다고 본다. 또한 상계권 행사의 경우 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 집행권원인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 구민사소송법 제505조 2항이 규정하는 '이의원인이 변론종결 후에 생긴 때'에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 적법한 청구이의의 사유로 된다고 판시하여 상계권비실권설과 같은 입장에 있다고 보여진다(대판 98다25344 등). 표준시 전에 행사하지 아니한 지상권자·임차인의 건물매수청구권도 상계권에 준하여 어느 때나 실권되지 아니하며 확정판결 뒤에 청구이의의 사유로 삼을 수 있다는 것이 판례이다.

#### 3. 결론

법률행위의 무효사유도 기판력에 의하여 차단되는데 무효보다 그 효력이 약한 취소·해제 등이 차단되지 않는다고 하는 것은 균형에 맞지 않으므로 비실권설은 문제가 있고, 피고가 상계권이 있음을 안 경우 사건이 끝난 후에 강제집행단계에 가서 상계권을 행사한다면 권리관계의 안정을 기조로 하는 기판력의 사상에 반하며, 절차의 집중·촉진·신의칙의 견지에서도 바람직하지 않다. 생각건대 상계권자가 실권이 된다 하여도 잃게 된 것은 상계권일 뿐이지 반대채권 자체를 잃는 것은 아니므로 패소피고는 청구이의의 소(민사집행법 제44조)를 못하는 것이지 별도의 소송은 할 수 있으므로 상계권자에게 근본적으로 가혹할 것도 없다. 상계권비실권설은 상계권의 실체법적 측면에만 집착하였지 앞서 본 절차법적 요청을 도외시하였으며, 또 자유로운 상계권행사만을 강조하면 상계항변이 영원한 재판·집행지연책으로 남용되는 것을 막을 수 없다고 하겠다. 따라서 절충설이 타당하다.

### II. 한정승인사실의 실권여부

#### 1. 한정승인의 소송상 취급

##### (1) 문제점

한정승인은 상속인의 채무액에 영향을 주지 않고 그 책임을 상속재산의 한도로 감축시키는 것이어서 채무와 책임이 분리되는 현상을 보인다. 이렇게 책임범위에만 영향을 주는 한정승인을 판결절차에서 고려할 수 있는가가 문제된다.

##### (2) 견해의 대립

① 책임은 집행의 문제이고 판결절차에서는 전혀 무관계한 것으로서 법원은 한정승인 사실을 전혀 고려하지 말고 상속인에 대하여 무제한 이행판결을 해야 한다는 견해도 있다. ② 그러나 통설은 책임의 문제도 판결절차에서 고려

해야 할 필요가 있으므로 상속재산의 한도에서 지급하라는 유보부 이행판결을 해야 한다고 한다. 다만 책임의 문제를 소송물에 포함시켜 이해하는지(한정승인유무를 판결절차에서 고려해야만 한다), 단순히 소송물에 부가된 것으로 이해하는지(한정승인유무를 판결절차에서 고려해도 무방)에 대해서는 다툼이 있다.

(3) 판례(대판 2003다30968)

상속의 한정승인은 채무의 존재를 한정하는 것이 아니라 단순히 그 책임의 범위를 한정하는 것에 불과하기 때문에, 상속의 한정승인이 인정되는 경우에도 상속채무가 존재하는 것으로 인정되는 이상, 법원으로서 상속재산이 없거나 그 상속재산이 상속채무의 변제에 부족하다고 하더라도 상속채무 전부에 대한 이행판결을 선고하여야 하고, 다만, 그 채무가 상속인의 고유재산에 대해서는 강제집행을 할 수 없는 성질을 가지고 있으므로, 집행력을 제한하기 위하여 이행판결의 주문에 상속재산의 한도에서만 집행할 수 있다는 취지를 명시하여야 한다고 하여 책임의 부존재에 대하여 판결주문에 명시할 것을 요구한다.

2. 한정승인에 따른 유보부판결의 효력

(1) 문제점

한정승인에 의한 책임의 한정에 대해서도 판결주문에 표시하여야 한다는 통설·판례의 입장에 선다면, 과연 주문에 표시된 그러한 책임한정의 판단에 대해서도 기판력이 발생하는가가 문제된다. 여기에서는 책임의 문제를 소송물에 포함시켜 이해할 것인가, 단순히 소송물에 부가된 것으로 이해할 것인가가 문제이다.

(2) 견해의 대립

① 긍정설 : 이행소송의 소송물은 직접적으로는 급부청구권의 존재·범위이지만 이행판결이 집행권원으로서 강제집행의 기초가 되는 이상 채무자의 재산에 대한 집행가능성으로서의 책임의 존부·범위도 급부소송의 소송물에 부속하는 것으로 보아 심판의 대상에 포함시켜 이해해야 한다는 점, 피고가 한정승인의 항변을 제출하여 받아들여진 경우에는 일부인용판결로 이해할 수 있다는 것을 고려할 때 판결주문에 표시된 한정승인에 의한 책임제한의 판단에 대해서도 기판력이 발생한다는 입장이다.

② 부정설 : 금전급부청구의 소송물은 급부청구권의 존재 및 그 액수이므로 그것이 유한책임인가 아닌가는 엄밀한 의미에서는 소송물에 포함된다고 할 수 없고, 청구의 일부인용의 경우에는 그 나머지 청구를 기각한다고 표시하는 것이 일반적인데 책임을 한정한다는 뜻의 유보부판결의 경우에는 실무상 이러한 표시가 없는 것이 보통이므로 책임의 존재·범위가 소송물에 포함되지 않는다는 것을 반증하며, 판결주문에 책임제한이 명시되는 것은 단순히 집행을 고려한 편의에 지나지 않는다는 것을 논거로 한정승인에 의한 책임 제한의 판단에 대해서는 판결주문에 표시되더라도 기판력이 발생할 수 없다고 한다.

(3) 판례

이에 대한 대법원의 명확한 입장은 없고, 다만 일본판례에서는 한정승인에 의한 책임한정의 유보부분에 대하여 기판력은 인정되지 않지만 기판력에 준하는 효력이 인정된다고 하였다.

3. 한정승인사실 실권여부

(1) 문제점

피고가 한정승인을 하고도 사실심 변론종결시까지 그 사실을 주장하지 않는 바람에 책임의 범위에 관하여 아무런 유보가 없는 원고 청구인용판결이 선고되어 확정되었을 경우에 패소피고가 강제집행 단계에서 한정승인을 내세워 고유재산에 대한 강제집행을 거부할 수 있는지 여부가 기판력의 존부와 관련되어 문제되고 있다.

(2) 견해의 대립

① 실권 긍정설 : 상속채무의 이행소송에서 상속인이 한정승인의 항변을 하지 않으면, 책임의 범위가 현실적으로 심판되지 않고, 주문에서도 채무의 범위만 명시할 뿐 책임의 범위에 대해서는 아무런 기재도 하지 않지만, 그 판결에 기하여 채무자의 상속재산뿐만 아니라 고유재산에 대해서도 강제집행이 실시된다고 본다.<sup>10)</sup> 이러한 무제한 집행력을 뒷받침하기 위해서 위 판결이 무한책임을 판시한 것으로 보고 그에 대한 기판력을 긍정하는 입장이다. 기판력을 긍정하는 이상, 기판력에 의한 차단대상은 법정 안정성을 위해서 확일적으로 정하여지고, 변론종결 전에 주장할 수 있었던 한정승인의 사유는 차단된다고 본다. 그러므로 상속인이 변론종결 전의 한정승인을 강제집행 단계에서 뒤늦게 주장하여 고유재산에 대한 강제집행을 거부할 수 없다.<sup>11)</sup>

10) 민일영, “청구이익의 소에 관한 실무상 제문제”, 강제집행·임의경매에 관한 제문제(상), 220면.

② 실권 부정설 : 상속인에 대한 채무이행소송에서 상속인이 한정승인의 항변을 하지 않으면, 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 않고 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않으므로, 책임의 범위에 관하여 기판력을 인정할 수 없다고 본다. 한정승인에 의한 책임의 제한은 집행대상을 제한하는 것으로서 채무의 존재범위의 확정에는 관계가 없고 집행단계에서 비로소 문제가 되는 것이므로, 한정승인의 사실을 판결절차에서 항변으로 주장하지 않고 나중에 강제집행의 단계에서 주장하여도 좋다고 본다. 이 견해에 의하면 강제집행의 단계에서 한정승인을 주장하여 고유재산에 대한 강제집행을 배제시킬 수 있다.<sup>12)</sup>

(3) 판례의 입장<sup>13)</sup>

기판력 부정설과 마찬가지로 입장에서 청구이의의 소를 제기할 수 있다고 판시하였다. 즉, 한정승인에 의한 책임의 제한은 상속채무의 존재 및 범위의 확정과는 관계가 없고 다만 판결의 집행대상을 상속재산의 한도로 한정함으로써 판결의 집행력을 제한할 뿐이다. 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않는 것이므로 책임의 범위에 관하여는 기판력이 미치지 않는다. 그러므로 사실심변론종결시 후 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기하는 것이 허용된다고 본다.

4. 결론

한정승인에 의한 책임제한은 집행대상을 제한하는 것으로서 채무의 존재 범위의 확정에는 관계가 없고 집행단계에서 문제가 되는 것이므로, 이를 변론과정에서 주장하지 아니하였다고 하여 그 후 확정판결에 의한 강제집행단계에서는 이를 주장하지 못한다고는 할 수 없다 할 것이다. 패소피고가 강제집행 단계에서 한정승인을 주장하더라도 이것을 위 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이라고 볼 수 없다.

Ⅲ. 시적 범위와 청구이의의 소

甲의 대여금청구소송을 제기하여 제1심법원은 가집행선고부 승소판결하였다. 이에 乙이 제1심의 인용금액에 대하여 다투는 취지의 항소를 제기하였는데, 항소를 제기하기 약 1주일 전에 그 판결에서 명한 그때까지의 원리금을 甲에게 지급하였다. 항소심은 乙의 변제사실을 인정하면서도 여전히 제1심판결을 정당하다고 보고 乙의 항소를 기각하였고 乙이 더 이상 상고하지 않아 확정되었다. 이러한 경우 항소심 판단이 타당한지, 만약 甲이 확정판결에 기하여 강제집행을 신청한 경우 乙이 청구이의의 소를 제기할 수 있는지 설명하시오.

1. 문제의 소재

가집행선고부판결이 있자 채무자가 자의로 변제한 경우 변제의 효력 발생시기가 변론종결전인지 문제된다. 위 변제가 변론종결 후에 발생한 사유로 인정되어 청구이의의 사유가 되는지 검토한다.

2. 가집행선고부 판결에 따른 변제의 효력

(1) 가집행선고부 판결의 효력

가집행은 미확정의 종국판결에 관하여 집행력이 주어지는 형식적 재판이다. 수소법원이 가집행선고를 할 수 있게

- 11) 한편, 위 사안에서 조금 나아가 상속인이 변론종결 전에 한정승인을 하고 상속채권자에게 통지를 하였으나, 상속채무의 이행을 청구하는 소송절차에서 한정승인의 주장을 펼치지 않고 채권자도 유한책임의 범위로 청구를 감축하지 아니하여 책임의 제한이 없는 이행판결이 확정된 경우에 상속채권자가 그 판결을 집행권원으로 하여 상속인의 고유재산에 대하여 강제집행을 하는 것은 어떠한가. 이 경우에 강제집행을 하는 것은 불법행위가 되고, 채권자가 그 판결에 의하여 강제집행에 착수함으로써 말미암아 비로소 불법이 외부에 나타나고, 그래서 청구이의의 원인이 되므로, 상속인은 청구이의의 소를 제기하여 고유재산에 대한 강제집행을 배제시킬 수 있을 것이다.
- 12) 이 견해에 의하면, 상속인이 변론종결 전에 한정승인을 한 경우에도, 변론종결 후에 한정승인을 한 경우와 마찬가지로, 강제집행의 단계에서 한정승인을 주장하여 고유재산에 대한 강제집행을 배제시킬 수 있게 된다. 즉 상속채무 청구소송의 변론에서 한정승인의 항변을 하여 책임을 제한 받을 수도 있고, 판결절차에서 항변하지 않고 있다가 책임의 제한 없는 이행판결이 확정되면 그 판결에 기한 강제집행 단계에서 비로소 한정승인을 주장하여 고유재산에 대한 강제집행을 면할 수도 있는 선택권을 가지게 된다. 결국 한정승인의 항변도, 상계의 항변과 마찬가지로, 민사집행법 제44조 제2항의 제한을 받지 않는 자유로운 항변권으로 취급받게 되는 셈이다(이에 대하여 자세히는 조대현, “한정승인의 항변”, 민사소송( I ), 160-164면 참조).
- 13) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다23138 판결: 채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서 채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않으므로 그에 관하여 기판력이 미치지 않는다. 그러므로 채무자가 한정승인을 하고도 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결시까지 그 사실을 주장하지 아니하여 책임의 범위에 관한 유보가 없는 판결이 선고되어 확정되었다고 하더라도, 채무자는 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기할 수 있다.

하는 목적은 강제집행의 지연을 위한 패소자의 고의적 상소를 막고, 제1심에서 피고의 집중적 변론을 유도하며 판결이 상소심에서 취소 또는 변경되는 경우에는 피고가 집행을 받지 아니한 상태로 회복시킬 무과실책임을 원고가지는 것을 전제로 인정된 제도이다. 다만 경우에 따라서는 집행의 정지 또는 취소가 명해지는 때도 있다(제501조).

(2) 항소기각의 타당성

1) 변제의 효력 발생시기

판결에 붙은 가집행선고에 기한 강제집행을 면하기 위해 금전을 지급한 경우, 변제의 효력이 문제되는데 이 경우 변제의 효과가 바로 발생하는 것이 아니고, 그 판결이 확정되는 때에 비로소 발생한다.

2) 항소심에서 변제의 효력

가집행선고부 판결에 의하여 변제받은 채권은 판결이 확정될 때 비로소 소멸되기 때문에, 변제자가 사실심 변론종결시까지 변제항변을 제출하더라도 법원은 판결함에 있어 이를 고려하지 아니한다.

(3) 소결

변제는 변론종결 전에 이루어졌지만, 그 효과는 판결이 확정되어야 그때 비로소 발생하므로 법원은 변론종결시에 변제사실을 판결의 기초로 삼지 아니한다.

3. 청구이의의 소

(1) 변제의 효력발생과 기판력<sup>14)</sup>

가집행선고부판결에 기하여 금전을 변제한 경우 그 변제의 효과는 당해 판결이 확정된 후에 발생하므로, 이는 변론종결 후에 발생한 새로운 사유로 된다. 다만, 스스로 인용금액을 인정하여 확정적 변제행위를 한 경우에는 변론종결 전에 발생한 사유라 할 것이다.

(2) 청구이의 소 인부

집행권원에 표시된 실체법상의 청구에 관한 존재나 태양이 변경되었음을 이유로 하여 그 집행권원에 의한 강제집행을 허용하지 않는다는 판단을 구하는 채무자의 소이다(민사집행법 제44조). 기판력의 시적범위에 해당하는 기준이 된다.

(3) 사안의 경우

乙은 항소를 제기하여 1심판결을 다투고 있으므로, 1심에서 인용된 금액을 스스로 인정하여 확정적으로 변제행위를 한 것으로 볼 수 없다. 따라서 변종후 새로운 사유로서 법원은 乙의 청구이의의 소는 인용될 수 있다.

4. 결론

항소심은 변제를 고려하지 아니하고 乙의 항소를 기각하는 판결은 타당하다. 한편, 乙은 변제를 청구이의사유로 삼아 甲을 상대로 청구이의의 소를 제기가 가능하고 인용될 수 있다.

14) 95다15827: 가집행이 붙은 제1심 판결을 선고받은 채무자가 선고일 약 1달 후에 그 판결에 의한 그때까지의 원리금을 추심 채권자에게 스스로 지급하기는 하였으나 그 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하여 제1심에서 인용된 금액에 대하여 다투었다면, 그 채무자는 제1심 판결이 인용한 금액에 상당하는 채무가 있음을 스스로 인정하고 이에 대한 확정적 변제행위로 추심 채권자에게 그 금원을 지급한 것이 아니라, 제1심 판결이 인용한 지연손해금의 확대를 방지하고 그 판결에 붙은 가집행 선고에 기한 강제집행을 면하기 위하여 그 금원을 지급한 것으로 봄이 상당하고, 이와 같이 제1심 판결에 붙은 가집행선고에 의하여 지급된 금원은 확정적으로 변제의 효과가 발생하는 것이 아니어서 채무자가 그 금원의 지급 사실을 항소심에서 주장하더라도 항소심은 그러한 사유를 참작하지 않으므로, 그 금원 지급에 의한 채권 소멸의 효과는 그 판결이 확정된 때에 비로소 발생한다고 할 것이며, 따라서 채무자가 그와 같이 금원을 지급하였다는 사유는 본래의 소송의 확정판결의 집행력을 배제하는 적법한 청구이의사유가 된다.

## ▣ 편취판결 부당집행에 대한 구제

### 1. 문제 제기

청구이의의 소는 원칙적으로 변론종결 이후에 발생한 사유에 대해서만 그 청구가 가능하므로 당사자 일방이 판결을 불법한 행위 등으로 편취한 다음 이를 채무명의로 하여 강제집행을 하는 경우에 이에 대해서 청구이의의 소는 불가능하다고 할 것이지만 이때에도 채무자를 보호해 주어야 할 필요는 생기게 된다.

### 2. 견해의 대립

#### (1) 긍정설

판례는<sup>15)</sup> 이를 변론종결 이후에 새로이 발생한 권리남용의 경우로 보아 청구이의의 소는 부당한 강제집행을 배제하려는 데에 그 목적이 있으므로 판결을 집행하는 것 자체가 불법한 경우에도 이를 인정한다.

#### (2) 부정설

편취판결이라도 기판력은 있는 것이고, 청구이의의 소는 명문으로 그 사유를 규정하고 있으므로 재심청구를 하여야 하고, 동시에 민사소송법 제500조에 의한 집행정지를 구하여야 한다고 본다.

### 3. 소결

청구이의의 소를 인정할 것인지의 여부는 기판력과 구체적 정의와의 조화점을 모색하는 것이므로 원칙적으로는 재심청구에 의해 판결이 취소되어야 하며, 그와 동시에 집행정지를 구할 수는 있다고 하되, 다만 그 불법의 정도가 심해서 기판력의 보호를 받는 것이 불합리한 경우에는 당연무효의 판결로 보아 강제집행은 권리남용이 되어 청구이의의 소에 의한 구제를 허용하여야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 집행이 이미 종료된 경우에는 이런 구제방법은 아무런 도움이 되지 않으므로 손해배상청구등의 방법이 따로 강구되어야 할 것이다.

대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다232105 판결

판결이 확정되면 기판력에 의하여 대상이 된 청구권의 존재가 확정되고 그 내용에 따라 집행력이 발생한다. 확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 집행의 배제를 구할 수 있다. 그러나 법적 안정성을 위하여 확정판결에 기판력을 인정한 취지 및 확정판결의 효력을 배제하려면 재심의 소에 의하여 취소를 구하는 것이 원칙적인 방법인 점 등에 비추어 볼 때, 확정판결에 따른 강제집행이 권리남용에 해당한다고 쉽게 인정하여서는 안 되고, 이를 인정하기 위해서는 확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되는 경우로서 그에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 한다. 그리고 이때 확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치된다는 점은 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용이라고 주장하며 집행 불허를 구하는 자가 주장·증명하여야 한다.

15) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결: 4. 피고들이 소외 1로부터 추심한 금액만큼 이 사건 전소 확정판결에 기초한 강제집행을 불허해야 하는지

가. 확정판결에 대한 청구이의 사유는 그 확정판결의 변론이 종결된 뒤에 생긴 것이어야 한다(민사집행법 제44조 제2항). 확정판결의 기판력은, 법원이 당사자 간의 법적 분쟁에 관하여 판단하여 소송이 종료된 이상, 법적 안정성을 위해 당사자와 법원 모두 분쟁해결의 기준으로서 확정판결의 판단을 존중하여야 한다는 요청에 따라 인정된 것이다(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결 등 참조). 민사소송법은 확정판결을 그대로 유지할 수 없는 정도로 중대한 흠이 있는 예외적인 경우에만 확정판결을 취소하고 이미 종결된 사건을 다시 심판할 수 있도록 특별한 불복신청의 방법으로서 재심 제도를 두고 있다. 재심은 민사소송법이 열거하고 있는 사유가 있는 경우에 한하여(민사소송법 제451조, 제452조), 일정한 기간 내에(민사소송법 제456조, 다만 제457조의 예외가 있다) 별도로 소를 제기하는 방식으로만 허용된다. 따라서 확정판결에 따른 강제집행이 권리남용에 해당한다고 쉽게 인정하여서는 안 되고, 이를 인정하기 위해서는 확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되는 경우로서 그에 기초한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 받아들이도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 한다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다232105 판결 참조).

나. 원심판결과 적법하게 채택한 증거에 따르면 다음의 사실을 알 수 있다. ① 피고들은 2008. 1. 30. 이 사건 약속어음의 공동발행인인 소외 1의 예금채권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 이 사건 약속어음금 중 20,587,017원을 추심하였다. ② 그 후 피고들은 2009. 10. 29. 원고를 상대로 이 사건 전소를 제기하였고, 이 사건 전소 확정판결의 변론종결일은 2010. 7. 20.이다. 피고들이 위와 같이 이 사건 약속어음금 중 일부를 추심하였다 하더라도 이는 이 사건 전소 확정판결의 변론종결일 이전에 발생한 사유로서 적법한 청구이의의 사유가 될 수 없다. 또한 피고들이 위와 같은 일부 추심 후에 이 사건 전소를 제기하였다는 사정만으로는, 이 사건 전소 확정판결에 기초한 집행이 현저히 부당하고 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다는 등의 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다.

### III. 심화문제

[판결경정]

甲이 乙의 X 토지 1필지에 대하여 매수하고 잔금을 지급하였음에도 乙이 소유권이전에 필요한 서류를 제공하지 않아 甲은 乙을 상대로 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 청구취지는 (지번 1)답 1,107㎡(X토지) 1/2 지분에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라는 것이다. 소송계속 중에 X 토지는 (지번 1)답 1,053㎡와 (지번 2)답 54㎡로 분할되었다. 甲은 청구취지 기재 부동산의 표시를 변경하거나 새로운 토지대장을 제출하지 않았고, 그런 상태에서 법원은 2019. 11. 22. X 토지에 관하여 甲의 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였고 그 무렵 그대로 확정되었다. 그러나 甲은 토지가 분할되어 소유권을 이전받을 수 없게 되자 판결의 주문 중 부동산 표시를 분할된 토지로 경정을 신청하면서 분할된 내용이 기재된 토지대장을 제출하였으나 해당 법원은 경정신청을 기각하였다. 甲이 경정신청기각결정에 대하여 다룰 수 있는 방법과 사유를 설명하시오.

1. 쟁점의 정리

판결경정제도에 따라 법원의 기각결정에 즉시항고할 수 있는지, 인정되지 아니한 경우 특별항고로서 사유가 인정되는지 문제된다.

2. 판결의 경정의 항고방법

(1) 판결의 경정의 절차

1) 판결경정의 취지

판결에 잘못된 계산이나 기재 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있는 것이 명백한 때 하는 경정결정은, 일단 선고된 판결에 대하여 그 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위에서 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 잘못을 법원 스스로 결정으로써 정정 또는 보충하여 강제집행이나 등기의 기재 등 이른바 광의의 집행에 지장이 없도록 하자는 데 그 취지가 있다.

2) 경정의 사유

경정이 가능한 잘못에는 그것이 법원의 과실로 생긴 경우뿐만 아니라 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함된다. 당사자의 소명으로<sup>16)</sup> 경정결정을 할 때에는 소송의 모든 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 판결 이후에 제출된 자료도 다른 당사자에게 아무런 불이익이 없는 경우나 이를 다룰 수 있는 기회가 있었던 경우에는 소송경제상 이를 참작하여 그 잘못이 명백한지 여부를 판단할 수 있다.

(2) 경정결정에 대한 항고절차

1) 즉시항고

경정결정에 대하여는 즉시항고 할 수 있도록 한다(제211조 제3항). 이는 경정의 인정의 경우에만 즉시항고할 수 있도록 한 것이며, 경정신청의 기각결정에 대하여 즉시항고할 수 없으며 별도의 규정이 있는 경우에만 다룰 수 있다.

2) 특별항고 여부

민사소송법 제449조 제1항은 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 특별항고를 할 수 있도록 하고 있다.

(3) 소결

판결경정의 사유가 인정된다고 하여도 법원의 기각결정에 대하여 즉시항고 할 수 없으며, 방법은 특별항고가 가능

16) 대법원 2018. 11. 21.자 2018그636 결정: [1] 판결의 경정은 판결에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원이 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 결정하는 것이다(민사소송법 제211조 제1항). 당사자의 신청에 따라 판결의 경정을 하는 경우에는 우선 신청 당사자가 판결에 위와 같은 잘못이 있음이 분명하다는 점을 소명하여야 한다. [2] 갑 등이 을 등을 상대로 제기한 소유권이전등기청구의 소에서 확정판결의 원고들과 갑 등이 동일인임을 전제로 당사자표시 중 원고들 이름 옆에 주민등록번호가 누락되어 판결의 집행을 할 수 없다고 주장하면서 주민등록번호를 추가 기재하는 것으로 판결경정을 신청하였으나, 원심이 이를 기각한 사안에서, 갑 등이 특별항고를 하면서 본안의 소 제기 당시 원고들 주민등록번호를 전산 입력하는 방법으로 제출하였는데도 법원이 판결문에 주민등록번호의 기재를 누락하였다고 주장하나 본안 사건의 원고들이 소 제기 당시 주민등록번호를 전산 입력하는 방법으로 법원에 제출하였다고 인정할 자료가 없고, 특히 판결경정의 신청인과 확정판결의 원고가 동일인이라는 점에 관한 소명이 없으므로, 신청을 기각한 원심의 조치에 민사소송법에서 정한 특별항고이유에 해당하는 잘못이 없다고 한 사례

하지만 요건을 충족하지 아니하는 한 인정될 수 없다.

### 3. 특별항고 사유 여부

#### (1) 특별항고 사유의 요건

민사소송법 제449조 제1항은 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있다고 함은 결정이나 명령의 절차에서 헌법 제27조 등이 정하고 있는 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리가 침해된 경우를 포함한다. 여기에 경정결정의 재판에서 포함되는지 문제된다.

#### (2) 경정재판의 헌법위반 사유

##### 1) 경정결정의 판단사유

판결경정신청을 기각한 결정에 이러한 헌법 위반이 있다고 하려면 신청인이 그 재판에 필요한 자료를 제출할 기회를 전혀 부여받지 못한 상태에서 그러한 결정이 있었다든지, 판결과 그 소송의 모든 과정에 나타난 자료와 판결 선고 후에 제출된 자료에 의하여 판결에 잘못이 있음이 분명하여 판결을 경정해야 하는 사안임이 명백한데도 법원이 이를 간과함으로써 기각 결정을 하였다는 등의 사정이 있어야 한다.<sup>17)</sup>

##### 2) 당사자의 과실이 있는 경우 가부

경정결정을 할 때에는 소송의 모든 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 판결 이후에 제출된 자료도 다른 당사자에게 아무런 불이익이 없는 경우나 이를 다룰 수 있는 기회가 있었던 경우에는 소송경제상 이를 참작하여 그 잘못이 명백한지 여부를 판단할 수 있다.<sup>18)</sup>

#### (3) 소결

판결경정이 가능한 잘못에는 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함되며 이는 특별항고사유로서 헌법위반의 재판이라고 할 수 있다.

### 4. 결론

토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송의 사실심 변론종결 전에 토지가 분할되었는데 그 내용이 변론에 드러나지 않은 채 원고의 청구가 인용된 경우, 판결에 표시된 토지에 관한 표시를 분할된 토지에 관한 표시로 경정해 달라는 신청을 받아들여야 한다.<sup>19)</sup> 따라서 특별항고의 사유가 되며 대법원은 이를 받아들일 것이다.

17) 대법원 2004. 6. 25.자 2003그136 결정 등 참조).

18) 대법원 2000. 5. 24.자 98마1839 결정 등 참조

19) 대법원 2020. 3. 16. 자 2020그507 결정: 경정대상판결 주문에 분할 전 이 사건 토지가 표시된 것은 특별항고인들의 잘못된 청구로 유발된 오기 또는 이와 유사한 잘못에 해당하고, 경정대상판결 법원에 제출된 증거와 이 사건에 제출된 자료를 종합하면 그 잘못을 명백히 인정할 수 있고, 잘못을 경정하더라도 판결의 내용을 실질적으로 변경한다고 볼 수 없다. 이 사건은 경정대상판결의 주문을 경정해야 하는 사안인데도 원심은 이 사건 경정신청을 기각하였으므로 원심결정에는 판결경정에 관한 법리를 오해하여 재판에 영향을 미친 헌법 위반의 특별항고사유가 있다.

[소송판결의 기판력]

甲은 乙 명의의 X토지 위에 건물을 건축하여 점유하고 있다. 甲은 丙이 위 토지를 시효취득하였으며 자신은 丙으로부터 이를 매입하였다고 주장하면서, 丙을 대위하여 乙을 상대로 위 대지에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하였다. 제1심법원은 丙이 위 대지를 甲에게 매도한 사실이 없다고 판단하여, 甲의 당사자적격의 흠결을 이유로 甲의 소를 각하하는 판결을 하였다. 제1심법원의 소각하판결이 확정된 후, 乙은 甲을 상대로 하여 건물철거 및 대지인도청구의 소를 제기하였다. 이 소송절차에서 피고 甲은 丙을 대위하여 원고 乙에게 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있는 권리가 있다고 주장한다. 그 타당성에 대하여 설명하시오.(법정소송담당설을 전제로 할 것)

1. 문제의 소재

소송판결이 확정된 경우에도 기판력이 발생하는지 여부와 만일 발생한다면 乙의 후소에서 甲이 피보전채권이 존재한다고 주장하는 것이 기판력에 저촉되는지 여부가 문제된다.

2. 소송판결의 기판력 작용

(1) 당사자적격의 소송법적 지위

채권자대위소송에서 당사자적격은 법정소송당설에 의하는 경우 소의 적법요건으로서 소송요건에 대한 판결이다. 각하판결의 경우에도 기판력은 발생하며, 따라서 채권자의 채무자에 대한 피보전채권이 존재하지 않아 당사자적격이 없다는 사실에 기판력이 발생한다.

(2) 소송판결에 대한 기판력

소송요건의 흠을 이유로 부적법 각하하는 소송판결도 본안판결과 같이 모두 반복을 금지하거나 모순되는 판결을 할 수 없다는 후소를 구속하는 기판력이 발생한다. 다만 소송판결에는 당해 소송요건의 존부에 관하여 기판력이 생기고 본안에 관하여는 기판력이 생기지 않는데, 어떠한 소송요건에 흠이 있는가는 판결이유를 참작할 것이며, 이에 의하여 정해지는 소송요건의 흠에 대한 판단에만 기판력이 생긴다.

(3) 소결

丙이 위 대지를 甲에게 매도한 사실이 없다고 판단하여, 甲의 당사자적격의 흠결을 이유로 甲의 소를 각하하였으므로, 이는 전소의 기판력 발생범위는 甲의 피보전채권의 부존재, 즉 ‘당사자적격의 흠결’ 부분이다.

3. 후소에 대한 기판력의 작용 여부

(1) 기판력의 주관적 범위

전소와 후소의 당사자는 모두 甲과 乙이므로 전소의 기판력은 후소의 주관적 범위에서 미친다(제218조 제1항).

(2) 객관적 범위에 작용 여부

1) 문제점

甲은 민법 제213조 단서의 점유할 권리로 甲의 丙에 대한 청구권의 항변을 하고 있다. 이는 결국 甲이 후소에서 다시 채권자대위권을 행사함으로써 피보전채권이 있음을 항변하는 것이고 따라서 기판력이 작용하는지 문제된다.

2) 소송물의 동일성

기판력은 전소의 소송물과 후소의 소송물이 동일·선결·모순관계에 있는 후소에 미친다. 전소에서 판단된 부분의 법률관계가 후소의 항변사유가 되는 때에도 같다. 甲의 항변은 전소에서 법원이 판단한 부분으로 후소 항변에서 (피대위권리를 기준으로 본다면) 선결관계로 작용한다고 볼 수 있으며, (피보전권리 자체만을 놓고 본다면) 모순관계로 작용여지도 있다

3) 소결

전소의 기판력은 후소에서의 항변에도 작용하므로, 결국 甲의 이러한 주장을 허용한다면 甲에게 피보전채권의 존재를 인정하는 것이 되어 전소판결의 판단과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없으므로 피고가 이러한 주장을 하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.<sup>20)</sup>

20) 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결 사안으로, “전소 판결은 소송판결로서 그 기판력은 소송요건의 존부에 관하여만 미친다고 할 것이나, 그 소송요건에 관련하여 피고의 피보전채권이 없음이 확정된 이상 이 사건에서 피고가 원고에 대하여 피보전채권이 있음을 전제로 다시 위와 같은 주장을 하는 것은 전소의 사실심 변론종결 전에 주장하였던 사유임이 명백할 뿐만 아니

(3) 기판력의 시적 범위(차단효)

전소의 기판력이 후소에 작용하는 경우 사실심의 변론종결 전에 당사자가 제출할 수 있었던 공격방어방법은 기판력의 실권효에 의해서 차단되어 후소에서 이를 주장할 수 없다. 따라서 피고 甲의 丙에 대한 피보전채권이 없음이 확정된 이상 피고 甲이 丙에 대하여 피보전채권이 있음을 전제로 다시 위와 같은 주장을 하는 것은 전소의 사실심 변론종결 전에 주장하였던 사유임이 명백하므로 후소에서 이를 주장할 수 없다.

4. 결론

당사자적격은 소송요건으로서 이에 대한 각하판결의 경우에도 기판력이 발생하여 후소를 구속한다. 후소의 항변사유에도 작용하므로 부당한 주장이다.

기판력은 너무 많은 문제가 있다는 사실.....!

라, 피고의 이러한 주장을 허용한다면 피고에게 원고에 대한 피보전채권의 존재를 인정하는 것이 되어 전소판결의 판단과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없으므로 이 사건에서 피고가 이러한 주장을 하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다”고 하였다. 甲의 항변은 전소에서 법원이 판단한 부분으로 후소 항변에서 (피대위권리를 기준으로 본다면) 선결관계로 작용한다고 볼 수 있으며, (피보전권리 자체만을 놓고 본다면) 모순관계로 작용한다고 해석될 여지도 있다. 어떻게 해석하는지는 점수에 영향을 주지는 않을 것이고, 다만 수험생으로서는 판례의 판결요지 그대로를 현출시키는 것이 바람직하다.