

既判力の 主觀的 範圍에 관한 小考

梁 炳 晦

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

- | | |
|-----------------|--------------------|
| I. 概 說 | 1. 相對性的 原則 |
| 1. 既判力の 意義 | 2. 既判力の 擴張 |
| 2. 既判力の 本質論 | 3. 例外(一般 第三者에의 擴張) |
| 3. 既判力を 正當化하는 것 | 4. 判決의 反射的 效力 |
| 4. 既判力の 作用 | III. 맺음말 |
| II. 判決效의 主觀的 範圍 | |

I. 概 說

1. 既判力の 意義

判決이 上訴에 의하여 不服하지 못할 狀態에 도달한 것을 判決의 確定이라 한다. 判決은 그것을 宣告한 法院이라도 스스로 取消할 수 없고 잘못이 있다면 上訴法院이 그것을 取消・變更할 수 있다. 이처럼 判決이 取消할 수 없는 狀態에 이른 것을 講學上 判決의 形式的 確定力이라 한다.

判決이 形式的 確定狀態에 이르면 그 確定된 終局判決의 內容에 따라서 規準性 내지 適用力이 생긴다. 이에 따라 訴訟當事者는 同一請求에 관하여 더 이상 이에 反하는 主張을 할 수 없고, 이후에 當事者間에 訴訟으로 그 문제가 다시 提起되어도 法院도 이에 拘束되어 앞에 내린 確定判決에 矛盾抵觸되는 判斷을 하는 것이 許容되지 않는다. 이러한 判決의 適用力을 判決의 實體的 確定力(Materielle Rechtskraft)이라 하며, 이를 既判力이라고도 한다.

訴訟의 目的을 어떻게 보는가 또는 既判力이 무엇인가에 관하여는 後述하는 바와 같이 논의가 있지만, 일단 判決이 確定된 이상 그 判決內容에 終局性을 부여하여 紛爭을 다시 問題삼는 것을 禁止하고, 判決內容의 解決規範으로서의 通用力을 될 수 있는 한 確保하려는 配慮는 어떠한 立場에 있어서도 共通前提로 되어 있다. 따라서 既判力の 存在는 訴訟制度의 必然的 要請이라고 해도 좋을 것이다.

2. 既判力の 本質論

既判力の 本質이 무엇인가에 관하여는 특히 그 대상이 되는 법률관계의 客觀的 存否와의 관계에서 여러 가지 學說이 대립되어 왔다.

(1) 實體法說(Die materielle Theorie)은 확정판결을 실체법상의 법률행위와 동일시하여 판결의 내용에 따라 종전 법률관계를 그대로 확정하거나 변경하는 것이라는 견해이다.¹⁾ 이 說에 의하면 既判力은 訴訟外의 實體法上의 權利 또는 法律關係를 判決內容을 통하여 變更하는 힘이고 訴訟當事者나 法院이 이에 拘束되는 것은 누구든 이 변경된 새로운 法律狀態를 承認하지 않으면 안 될 義務를 負擔하고 있기 때문이라는 것이다. 그러나 既判力 그 자체에 訴訟法上의 효력이 없다고 한다면 既判力作用으로서의 矛盾되는 申請이나 주장을 받아들이지 않는다는 消極的作用을 인정하기 困難하다는 점 등의 難點이 지적되며, 현재 이 說을 지지하는 學者는 거의 없다.

또한 訴訟을 權利의 生成過程으로 보는 立場에서 訴訟前에는 假象存在에 지나지 않던 權利가 裁判을 통하여 하나하나 實在化됨에 따라서 既判力은 이 實在性이 부여된 權利가 가지는 通用力으로 나타난 것으로 보는 權利實在說이 있으나, 이 견해는 기본적으로 실재설의 재구성이라는 비판을 받을 뿐 지지를 받지 못하고 있다. 그러므로 訴訟前에는 엄밀한 意味에서 權利는 아니라는 견해를 前提로 한 立場이다.²⁾

(2) 訴訟法說(Die prozessuale Theorie)은 현재 넓게 지지를 얻고 있는 學說로 既判力の 實體法上의 法律狀態에 대한 影響을 부정하고 訴訟節次內에서만 나타나는 효력이라고 해석하는 점에서 實體法說이나 權利實在說과의 根本的인 差異가 있다. 既判力에 대하여 訴訟當事者 및 後訴法院에 대한 訴訟法上의 효력에 지나지 않는다고 해석하는 것이다. 그 根據는 國家的 見地에서 裁判統一의 요구에 있다고 한다.³⁾

또한 既判力の 本質은 紛爭解決의 1回性的 要請에 依持하고 있는 一事不再理의 理念에 있다고 하여 既判力을 反復禁止의 強制로 보는 견해(反復禁止說)⁴⁾도 있다. 이 說은 獨逸의 Bötticher에 의하여 제창된 學說로서 현재 獨逸의 通說·判例의 立場이다.⁵⁾

(3) 既判力の 本質을 둘러싼 위에서 살펴본 論議는 紛爭主體인 訴訟當事者를 제외시킨 現象

1) Vgl. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888, S.64, 112; RG 71, 311.

2) 兼子一, 民事訴訟法體系, 西井書店, 1982, 335面 參照.

3) Vgl. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901, S.13; BGH 3,85; 方順元, 民事訴訟法(上), 司法行政學會 1987, 601面; 李英燮, 民事訴訟法(上), 博英社, 1985, 191面; 大判 1976.12.14, 76 다 1488; 同 1979.9.11, 79 다 1275; 同 1989.6.27, 87 다카 2478 등.

4) 金洪奎, 民事訴訟法, 三英社, 1995, 297面; 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 1995, 682面; 鄭東潤, 民事訴訟法, 法文社, 1996, 677面.

5) Vgl. Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, 1930; BGH 36,367; 35, 340; 34, 337.

的인 說明概念에 머무르는 傾向이 있다. 이런 意味에서 既判力の 本質은 當事者가 節次形成을 하였거나 혹은 할 수 있었던 것에 따른 自己責任이고 그것이 訴訟上에서도 矛盾主張禁止로 나타난다고 보아야 할 것이다. 문제는 既判力を 正當化하는 節次保障의 內容인데, 여기서는 一般論으로서 각각의 當事者가 訴訟節次過程에서 무엇을 주장하고 또는 입증하여야 하는가 하는 行爲責任分配의 觀點에서 생각해 보아야 할 것이다.

3. 既判力を 正當化하는 것

既判力이 미치는 것을 正當化하는 것은, 當事者間에 충분한 攻擊·防禦를 다할 수 있는 事項에 있어서, 現實적으로 충분한 攻防을 다한 경우에 이해된다. 뿐만 아니라 當事者가 訴訟節次에 충분히 攻擊·防禦를 하지 아니한 경우에 있어서도 그에 의해 얻어진 判決에 대하여 當事者 自身이 스스로 責任을 부담하는 것이 衡平에 맞다는 점에서 이해를 구할 수 있을 것이다. 즉, 節次保障에 의한 自己責任이 既判力を 正當化하는 根據이다.⁶⁾ 그 경우의 節次保障 가운데에는, 當事者間의 實體關係로 보아서 主張立證을 행할 수 있는 立場에 있는 者가 그 역할을 부담하는 것이 당연히 기대된다는 것을 의미한다.

그러나 현실적으로 既判力이 訴訟制度의 內在的 要請이라 하여도 既判力이 생기는 具體的인 根據를 訴訟制度上의 必然的 要請이라고 하는 것만으로는, 不利益한 判決을 받은 個別的 當事者를 納得시키는 것은 不可能하다. 當事者는 제각기 訴訟에서 기대되는 役割의 範圍內에서, 訴訟의 결과로서의 判決內容에 구속되고, 相對方 當事者の 信賴를 確保하여야 할 責任을 부담하는 것이다. 다만, 判決結果에 自己責任을 부담한다는 것은 訴訟遂行過程에 있어서 當事者가 할 수 있는 行爲에 대하여 責任을 부담한다는 것이다.

訴訟에 있어서 제각기 當事者가 여하한 攻防을 행하지 않고, 申請이나 主張을 하여야 할 責任을 부담하는가는, 基本的으로 當事者間의 實體法上的 關係에서 찾게 되지만, 그 提出責任은 紛爭過程이나 訴訟節次過程에서의 諸要因을 처음부터 고려한 動的인 것이어야 할 것이다.

4. 既判力の 作用

既判力은 모두 確定判決이 갖는 效力이지만, 既判力이 現實로 問題가 되는 것은 後訴가 提起된 경우에 있어서이다. 一般的으로 既判力이 作用하는 것은 다음 세 가지 경우라고 일컬어지고 있다. 첫째는, 前訴와 後訴가 請求(訴訟物)가 동일한 경우이다. 예를 들면 家屋明渡訴訟에서 敗訴가 확정된 原告가 다시 同一被告를 상대로 해서 同一家屋의 明渡訴訟을 제기한 것과 같은 경우가 그 예이다. 다만, 이 경우에도 後訴에서 어떠한 明渡事由가 主張되고 있는가에 따라서 既判力이 미치는가 미치지 않는가가 좌우되는 데에도 주의하여야 한다. 勝訴한 原告가 同一한 訴

6) 李時潤, 앞의 책, 685面; 方順元, 앞의 책, 602面; 新堂幸司, 民事訴訟法, 筑摩書房, 1985, 406面.

를 다시提起하는 경우에, 그것이 既判力の 問題인가 訴의 利益의 問題인가는 既判力の 作用의 本體를 어떻게 보는가에 따라서 달라진다.

둘째로, 機能形態는 前訴의 訴訟物이 後訴의 先決問題가 되는 경우이다. 예를 들면, 土地所有權確認의 前訴에서 勝訴 또는 敗訴한 原告가 그 土地所有權에 基礎한 明渡訴訟을 同一被告에 대하여提起한 경우가 이에 해당한다. 前訴의 土地所有權의 存否에 관한 判決結果가 後訴에 있어서 通用力을 갖고, 後訴法院은 後訴에서 그 點에 대하여 前訴의 結果를 前提로 하여 明渡義務의 有無를 審理하지 않으면 안된다. 賃借權 確認後의 賃料請求, 原本債權 確認後의 利子請求 등도 이에 該當한다.

셋째로, 機能面에서는 後訴請求가 前訴判決과 矛盾關係에 서는 경우이다. 예컨대, 甲의 乙에 대한 土地所有權確認 判決(前訴)後에, 乙이 甲에 대하여 同 土地는 自己의 所有라는 確認을 求하는 것과 같은 경우가 이에 해당한다. 이 경우, 前訴(甲의 所有權)와 後訴(乙의 所有權)와는 訴訟物은 다르지만 실질상 그 後訴의 請求는 前訴判決에 矛盾되기 때문에, 이 경우도 既判力이 미친다.

그런데 이러한 세 가지 作用類型은 傳統的인 說이 되어온 것이지만, 어디까지나 하나의 目標이고 必然的으로 이것이 絶對的이라고 하는 것은 아니다. 既判力은 前訴에서 확정된 權利關係가 後訴에서 다시 문제되는 때 작용하게 된다. 그러므로 前訴의 請求에 관한 판단이 後訴의 先決問題가 되거나 矛盾關係에 있을 때에는 後訴에서 前訴判決과 다른 주장을 하는 것은 허용되지 않는다.⁷⁾

II. 判決效의 主觀的 範圍

1. 相對性的 原則

既判力은 判決의 名義人인 대립하는 當事者間(inter partes)에만 미치고 제3자에게는 미치지 않는 것이 原則이다(民訴204條1項/§ 325 I ZPO). 이를 既判力の 相對性 原則⁸⁾이라 한다. 民事訴訟法은 當事者間의 紛爭을 相對적으로 解決하는 것이고, 判決은 當事者의 主張立證活動의 結果이기 때문에 그 結果에 대한 責任을 부담하는 것도 節次形成에 有關한 當事者에게만 限定할 수 있기 때문이다.⁹⁾ 따라서 當事者參加人(제72조), 債務承繼人(제75조) 등은 當事者이기 때문에 既判力을 받으나 訴訟外의 제3자는 물론 當事者가 아닌 補助參加人, 訴訟代理人에게는 既判力이 미치지 아니한다.

즉, 訴訟에 關여하지 않았던 第3者는 자기의 利益이나 主張을 訴訟節次過程에서 반영시킬 수 없었기 때문에, 그 結果에 대하여 責任을 負擔하지 않는 것은 당연한 것이다. 判決內容은 그 權

7) 大判 1995. 3. 24, 94 다 52488.

8) 李時潤, 앞의 책, 704面; 鄭東潤, 앞의 책, 705面.

9) 宋相現, 民事訴訟法, 博英社, 1995, 575面.

利關係에 대하여 當事者間의 關係를 초과하여 對社會的인 普遍妥當性を 갖는 것은 아니라는 것이 原則이다. 따라서 예를 들면, 어떤 物件에 대하여 甲·乙間에 所有權確認訴訟이 행해지고, 甲에게 所有權이 있다는 判決이 確定되어도, 第3者 丙은 그 物件의 所有權은 甲이 아니라 自己에게 있다고 主張하고 다투는 데에는 전혀 문제가 없다. 다만 甲에게 所有權이 있다고 宣告된事實이 남는다.

2. 既判力の擴張

일정한 경우에는 當事者 以外の 第3者에게도 既判力이 미치는 것을 法律이 예외적으로 규정하여 그 범위는 擴張된다. 그 하나는, 當事者和 密接한 관계가 있는 第3者이고, 다른 하나는 民訴法 第204條가 規定하고 있다. 여기에는 다음과 같은 경우가 있다.

(1) 辯論終結 後の 承繼人

1) 制度的 趣旨

事實審의 辯論終結後에 訴訟物인 權利關係에 대한 地位를 當事者(前主)로부터 係爭物의 讓渡를 받은 相續人에 의해서 權利義務를 取得한 第3者는 當事者間에 내린 判決의 既判力을 받는다. 이는 承繼人이 前主의 法的 地位를 承繼받았다는 實體的인 關係를 기초로 한 것과, 前主의 相對方 當事者和 承繼人間의 衡平의 觀點에서 구해진다. 즉, 前主(當事者)는 주된 權利關係人으로서 係爭權利關係에 대한 訴訟을 한 者이고, 承繼人은 그와 같은 前主의 法的 地位를 承繼받은 것이기 때문에 前主와의 紛爭解決의 形成에 관한 信賴와 責任을 負擔하는 相對方 當事者와의 관계에서 보면, 그 解決規範을 相對方 當事者和 承繼人과의 사이에서도 타당하다고 하는 것이 衡平에 맞다고 생각되기 때문이다. 이에 나아가, 만약 承繼人에게 既判力을 미치지 않게 한다면 前主와의 사이에서 행해진 訴訟이 쓸모없게 끝나고, 當事者는 訴訟後에 係爭物의 讓渡에 의해서 判決을 무용하게 만들게 되어 타당하지 않다는 法政策的인 配慮도 있다.

우리 民事訴訟法과는 달리 獨逸法($\S 325$ ZPO)¹⁰⁾은 當事者恒定主義를 취하므로 訴訟의 特別承繼制度가 없고, 訴訟係屬 중 讓渡가 있어도 讓渡人이 讓受人을 위하여 訴訟을 수행하는 것으로 보는 만큼 讓渡人에 대한 既判力은 讓受人에게도 미치도록 하였다.

2) 承繼人の 範圍

辯論終結 후에 訴訟物인 權利義務를 當事者로부터 承繼한 者가 전형적인 承繼人(Rechtsnachfolger)이다. 그러므로 承繼의 態樣도 係爭物의 讓渡·債務引受 등의 特定承繼 또는 合併 등의 一般承繼이거나 特別承繼이거나 관계없다.¹¹⁾ 承繼의 前主가 原告이었든 被告이었든, 또는 勝

10) Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, S.936f.

11) 大判 1957. 10. 7, 4290 民上 320.

訴하였든 敗訴하였든 묻지 아니하며, 어느 쪽에 있어서도 承繼人에게 既判力이 미친다.

訴訟物인 權利義務 그 자체를 承繼한 者가 아니라도 係爭物에 대한 當事者適格(紛爭主體인 地位)을 承繼한 者도 承繼人에 해당한다. 예컨대 建物撤去·土地明渡訴訟에서 判決이 난 뒤에 被告로부터 地上建物を 讓渡받은 者는 被告로부터 訴訟物인 權利義務 自體를 承繼한 者는 아니지만, 紛爭主體인 地位를 當事者로부터 전래적으로 引受한 者로서 既判力을 받는다.¹²⁾ 그러나 判例는 辯論終結前에 係爭不動産에 대한 假登記를 하였다가 辯論終結後 本登記를 마친 者,¹³⁾ 債務不履行時 假登記에 기한 本登記節次를 이행하기로 하는 提訴前和解를하기로 하는 경우 本登記前에 係爭不動産을 매수하여 移轉登記를 마친 者는 承繼人이 아니라고 한다.¹⁴⁾

다만 特定承繼에 관하여 承繼人에 해당하느냐에 관한 판단에 있어서는 訴訟物理論에 따라 견해를 달리한다. 舊理論은 權利關係의 實體法的 性格에 따라서 달라진다고 설명한다. 즉, 舊理論에서는 實體法상의 請求權마다 訴訟物이 달라진다고 보는 결과, 특히 訴訟物인 請求가 對世의 效力을 가진 物權의 請求權일 때는 被告의 地位를 承繼한 者에 대하여 承繼人으로 보는 데 반하여, 對人的 效力밖에 없는 債權의 請求權일 때는 이를 부정한다.¹⁵⁾

그러므로 引渡請求權이 物權的인가 債權的인가에 따라서 既判力을 받는 承繼人の 範圍가 다르게 되어, 舊理論의 立場에서는 債權의 請求權은 實體法上 當事者 사이를 넘어서 第3者에게까지 效力을 미치는 性質을 갖는 것은 아니므로 債權에 기인한 引渡請求의 承繼人은 既判力을 받는 承繼人에게는 미치지 않는다고 본다.¹⁶⁾ 그러나 新理論에 의하면 訴訟物을 實體法상의 請求權과는 관계없이 訴訟法에 의하여 정하므로 그 결과 實體法상의 權利의 性格에 따라서 承繼의 範圍를 다르게 취급하지 않고, 위와 같은 경우 일률적으로 제204조의 承繼人에 해당되는 것으로 인정한다.¹⁷⁾ 이러한 新理論에 대하여는 承繼人の 概念이 지나치게 넓고 形式的이라는 批判도 있다.

3) 承繼人에 대한 既判力의 作用

㉔ 제3자에 固有의 地位가 있는지 없는지를 판정하여, 固有의 地位가 認定되는 경우에는 承繼人으로서 前主가 받은 判決의 既判力이 미치지만, 固有의 權限이 인정되면 既判力이 미치는 承繼人에게는 전해지지 않는다고 해석하는 견해가 있다.¹⁸⁾ 이 見解는 既判力의 擴張의 可否를 判決하기 위하여 제3자가 固有의 權限을 갖는가를 實質적으로 判斷하기 때문에 實質說이라고 한다. 이에 대해 辯論終結後에 當事者適格이 아니고 紛爭主體가 된 地位의 移轉이 있으면 제3

12) 李時潤, 앞의 책, 706面.

13) 大判 1970. 7. 28, 69 다 2227.

14) 大判 1993. 12. 14, 93 다 16802.

15) 宋相現, 앞의 책, 579面; 方順元, 앞의 책, 615面.

16) 大判 1991. 1. 15, 90 다 9964 참조.

17) 李時潤, 앞의 책, 707面; 同, 訴訟物理論에 관한 研究, 245面; 姜玟中, 民訴法, 博英社, 1992, 773面; 新堂幸司, 앞의 책, 418面.

18) 兼子 一, 民事訴訟法, 1987, 345面.

자는 당연히 承繼人이 된다는 見解가 있다.

⑥ 여기서 承繼人에게 “既判력이 미친다”(Erstreckung)고 하는 것이 무엇을 의미하는가에 대하여는 문제가 있다. 예를 들면, 甲의 乙에 대한 目的物引渡訴訟에서 敗訴한 乙로부터 目的物の 讓渡를 받은 丙은, 乙이 甲에게 引渡義務를 負擔하는 것은 다투지 않는다고 하여도, 丙 高유의 攻撃方法의 提出(예를 들면, 動產의 善意取得의 主張이나 虛偽表示에 관한 善意의 主張)은 妨害받지 않는다는 理由이다. 이 경우에, 丙은 모두 承繼人에 해당하는 既判력이 미치지만 固有의 攻撃方法을 提出할 수 있다는 形式說과, 善意取得 등에 의해서 丙은 甲의 引渡請求를 拒絶할 수 있는 이상 丙은 承繼人이 아니라는 實質說이 對立하고 있다. 實質說은 제3자의 高유권한이 인정되면 제3자는 상대방과 前主 사이의 確定判決에 전혀 구속되지 않게 된다. 이와 같은 實質說은 既判력이 제3자에 확장되지 않는 의미를 충실히 나타내고 있는 것같이 보인다. 그러나 辯論終結後의 承繼人의 既判力 擴張의 可否가 문제되는 한, 특히 承繼人에 관한 점이 쟁점이어서 제3자와 前主가 相對方과의 사이에 얻은 既判力(敗訴判決)에 대해 承繼人에 독자의 節次權을 保障하는 實質的 利益은 없다.

어느 說에 의하든 承繼人 固有의 攻撃·防禦 方法의 提出은 妨害받지 않기 때문에, 兩說은 自己固有의 權限을 갖고 있는 者は 결국 보호를 받게 되므로 說明의 차이에 지나지 않고 實質的 差異는 없다. 다만, 既判력이 미친다고 하여도 결국 後訴에서 어떠한 攻撃·防禦 方法을 遮斷하는가, 혹은 遮斷할 수 없는가의 문제에 歸着한다면, 實質說보다도 形式說이 既判力作用의 本體를 보다 잘 나타내고 있다고 할 수 있을 것이다.

⑦ 民事訴訟法 제204조 2항은 當事者가 辯論終結 때까지 承繼의 事實을 진술하지 아니한 때에는 辯論終結後에 承繼한 것으로 推定한다고 規定하였다. 이 規定에 의하면 결국 承繼가 있으면 訴訟過程에서 그 사실이 밝혀지지 않는 한 일단 辯論終結後 承繼가 있는 것으로 推定하여 既判력이 미치게 한 다음 承繼人으로 하여금 承繼時期가 辯論終結前인 事實을 뒤에 자기 高유의 權限을 主張·立證하게 하여 그 推定을 깨뜨리게 한다는 입장으로서 形式說에 부합된다고 하겠다.¹⁹⁾ 다만 여기에는 두 가지 점을 고려하여 둘 필요가 있다. 하나는 前主의 權利義務 自體에 대한 攻撃·防禦 方法을 承繼人이 다시 提出하여 다툴 여지를 봉쇄하는 것이 타당하느냐이고, 또 다른 하나는 承繼人의 固有의 攻撃·防禦 方法으로 나올 수 있는 것이 당연하다 하여도 그 訴訟을 하게 하는 責任(提訴責任)은 承繼人에게 있는가, 그렇지 않으면 前主에게 있는가가 있다.

(2) 請求目的物の 所持者

請求의 目的物을 所持한 者(제204조²)에 대하여도 既判력이 확장된다. 特定物의 引渡訴訟에 있어서 目的物에 대하여 自己固有의 利益을 갖지 않고, 오로지 當事者(또는 그 承繼人)를 위하여 이

19) 同旨 李時潤, 앞의 책, 707面; 姜玄中, 앞의 책, 773面.

것을 所持하고 있는 者는 當事者가 받는 判決의 既判力에 拘束된다. 目的物에 대한 부탁을 받은 사람이나 管理人 등이 여기에 해당한다. 請求의 目的物이란 特定物引渡訴訟에서 그 대상이 되는 目的物을 가리키는 바, 目的物이 動産인가 不動産인가를 不問하고, 請求權이 物權的 請求權이거나 債權的 請求權이거나 관계없다. 또한 所持의 時期에 관하여는 辯論終結前부터 所持하였어도 이 경우의 所持者에 포함된다(通說).²⁰⁾

目的物の 所持者에게 既判力이 미치는 것은, 그 사람 고유의 實體的 利益이 侵害될 虞가 없기 때문에 效力을 미치도록 하여도 부당하지 않다는 見解에 따른 것이기 때문에, 자기의 利益을 위하여 目的物을 所持하는 者(예를 들면, 賃借人이나 質權者)는 여기서 말하는 所持者에는 해당되지 않는다.²¹⁾ 또한 當事者를 위하여 目的物을 所持하고 있는 것같이 보여도, 法定代理人이나 法人의 代表機關 等の 所持는 本人이나 法人自體의 所持로 보기 때문에 既判力을 받는 所持者의 범주에는 포함되지 않는다. 當事者의 雇傭人이 物件을 所持(占有補助者의 所持)하는 경우나, 家屋明渡 訴訟에 있어서 當事者의 同居家族 등도, 그 占有는 當事者의 占有라고 하기 때문에 여기에서의 所持者에는 해당되지 않는다. 所有權移轉登記請求의 被告로부터 訴訟中에 登記를 취득한 假裝讓受人에 대하여도 目的物の 所持者에 준하여 既判力을 擴張하여 해석하여야 할 것이다. 目的物の 名義上 所有者라고 하더라도 強制執行免脫을 目的으로 被告로부터 假裝讓受한 者에 대하여는 本條의 所持者 概念을 類推하여 既判力을 미치게 한 것이다.

(3) 第三者 訴訟擔當의 경우

他人의 權利利益에 관하여 自己名義로 當事者(訴訟擔當者)로서 받은 判決은 그 權利歸屬主體인 本人에게 既判力이 미친다. 이는 他人의 權利에 관하여 第3者가 訴訟擔當者로서 訴訟을 수행한 경우, 그 判決의 效果는 當事者로서 表面에 나타나지 않는 本人(實質的 權利利益의 歸屬主體)에 미친다(民訴 204條). 예를 들면, 相續財産에 대하여 遺言執行者가 행한 訴訟의 判決은 相續人에 대하여, 選定當事者(제 49조)가 받은 判決은 選定者에 대하여, 遺言執行者(民法 第1101조)가 받은 判決은 相續人에게 각각 그 效力이 미친다. 既判力이 미치는 根據는 本人이 스스로 訴訟遂行을 他人에게 委託하였다는 授權意思에서(任意的 訴訟擔當의 경우), 法律上 第3者가 本人에 代身하여 訴訟을 遂行할 수 있는 權限이 附與되었다는 그 自體에서(法定訴訟擔當의 경우) 찾을 수 있다. 따라서 授權意思가 欠缺되었다고 하는 점, 訴訟擔當의 基礎가 되는 擔當者의 權限이 없었다고 하는 점 등을 主張하여, 判決의 效力이 미치는 것을 부정하는 것이 許容된다.

債權者代位訴訟의 判決은 債務者에게 미치는가가 문제가 된다. 勝敗에 관계없이 當事者가 아니라 債務者에게 미친다는 것이 通說²²⁾이지만, 敗訴判決의 效力은 債務者에게 미치지 않는다는

20) 李時潤, 앞의 책, 709面; 宋相現, 앞의 책, 580面; 鄭東潤, 앞의 책, 711面.

21) 方順元, 앞의 책, 616面.

見解와, 債務者가 訴訟告知 등을 받아 代位訴訟이提起된事實을 안 경우에만 前訴의 既判力이 債務者에게 미친다는 것이 현재 判例의 입장이다.²³⁾ 또한 債務者가 代位訴訟을 알게 되어 訴訟參加 등 節次保障의 配慮가 충분히 되었을 것을 조건으로 既判力이 미친다는 見解²⁴⁾도 있다.

(4) 訴訟脫退者

獨立當事者參加(民訴⁷²條) 또는 引受參加(民訴⁷⁵條)에 의하여 第3者가 訴訟에 참가하여 왔기 때문에, 從前의 當事者의 一方이 訴訟에서 脫退한 경우(民訴⁷³條)에는 脫退者에게도 既判力이 미친다. 既判力이 미치는 대상은 殘存者간의 請求에 관한 것이 아니라, 오히려 脫退者 자신의 請求에 관한 것이다. 다만, 脫退를 請求의(豫告의인) 拋棄·認諾으로 보는 見解에서는 脫退者의 請求에 관한 效力을 判決의 效力(既判力)이라고는 하기 어렵다. 역시, 脫退는 選定當事者가 행한 경우에도 생길 수가 있지만(民訴⁴⁹條), 이 경우의 脫退選定者에 대한 效力은, 위 (3)의 訴訟擔當者에 의한 效力이라고 解釋하여도 족하기 때문에, 그 밖의 訴訟脫退의 效力을 認定하는 實益이 없다.

3. 例外(一般 第三者에의 擴張)

(1) 法律關係를 劃一的으로 解決하기 위한 필요에서 예외적으로 當事者間을 초월하여 一定範圍의 第3者에까지 확장하여 判決의 效力을 미치도록 하는 경우가 있다. 家事訴訟에서는 婚姻關係, 親子關係, 養子關係 事件의 判決은 다類事件을 제외하고 判決의 既判力이 一般 第3者에 대하여 미치는 것으로 하고 있고(家事訴訟法^{第21}條), 會社關係訴訟에서는 認容判決²⁵⁾이 第3者에게 미치는 예가 많다(商法¹⁹⁰條, ³²⁸條, ³⁸¹條, ⁴⁴⁶條 등).

身分關係에 관하여 말하자면, 甲·乙은 어떤 사람과의 관계에서는 親子이지만, 다른 사람과의 관계에서는 親子가 아닌 경우로 나타난다고 하면, 法律生活이 혼란하여 바람직하지 않다는 政策的 配慮에 根據한다. 會社 等の 團體에 대하여도 마찬가지이다. 다만 一般 第3者에게 확장한다 하여도 압도적으로 많은 第3者는 他人의 身分關係나 團體의 法律關係에 利害關係를 갖지 않는다는 점에서, 既判力 擴張을 正當化하는 면이 있다는 점도 살펴보아야 한다.

(2) 利害關係人の 節次保障의 要請

身分關係나 會社關係訴訟에 있어서 判決效力을 擴張하는 때에는, 利害關係를 갖는 第3者의 節次保障을 어떻게 고려할 수 있는가 하는 문제가 있다. 形成訴訟에서는 充實한 訴訟遂行이 期待되는 者를 原告 또는 被告로 할 수 있다고 하고 있고, 明文의 規定이 없는 경우에도 가장 밀접

22) 方順元, 앞의 책, 616面; 李英燮, 앞의 책, 198面.

23) 大判 1975. 5. 13, 74 다 1664(全合判); 同 1994. 8. 12, 93 다 52808; 李時潤, 앞의 책, 710面.

24) 姜玆中, 앞의 책, 779面; 鄭東潤, 앞의 책, 713面 참조.

25) 大判 1988. 4. 25, 87 누 173 (다만 理事會決議無效確認은 제외됨).

한 利害關係를 갖는 者를 當事者로 할 수 있다. 家事訴訟에서는 職權探知主義가 취해지고 있고, 會社關係訴訟에 있어서도, 解釋論上 處分權主義, 辯論主義를 제한하여 判決內容의 正當性을 확보할 수 있다.

그러나 이러한 見解의 背景에는, 身分關係나 團體關係의 劃一的 確定이나 法的 安定을 不動의 命題로서 前提하고 나서, 利害關係를 갖는 第3者의 節次權이 경우에 따라 制約을 받더라도 固守하겠다는 姿勢를 엿볼 수 있다. 對世效가 미치는 利害關係人의 利益을 가능한 한 訴訟에 反映하려는 努力이 나타나고는 있지만, 반드시 충분하다고 할 수는 없다. 그 방법에 대해서도, 현실적으로 그 當事者가 利害關係人의 利益을 대표하여 충분한 主張·立證을 다하였는가는 또한 별개의 문제로 하고, 그에 따른 節次權이 保障되기 때문에 對世效를 미치게 하는 根據가 있다고 하는 생각을 할 수 있을 것이다.

4. 判決의 反射의 效力

確定判決의 效力인 既判力自體는 當事者에게만 미치는 것이 원칙이다. 그러나 判決을 받은 當事者와 實體法上 특수한 의존관계에 있는 第3者에 대하여, 當事者가 받은 判決의 效力이 第3者에게 有利 또는 不利하게 미치는 경우가 있는데 이를 反射의 效力(反射效, Reflexwirkung)이라 한다.²⁶⁾ 예컨대, 債權者와 主債務者 사이의 主債務請求訴訟에서 主債務가 存在하지 않는 것으로 主債務者가 勝訴한 判決이 確定되면, 保證債務의 附從性 때문에 保證人도 主債務者의 勝訴判決을 援用하여 債務者에 保證人에 대한 保證債務의 이행을 拒絶할 수 있다. 또한, 合名會社가 받은 判決의 效力은 會社가 債務를 負擔하면 社員도 連帶하여 債務를 負擔한다고 하는 實體關係에 있는 것으로, 社員에게 有利·不利하게도 미치게 된다(商法 제212조 ~ 제214조). 이것은 實體法上 當事者間의 處分行爲의 結果를 承認하지 않으면 안되는 第3者가 있는 경우에, 當事者間의 確定判決의 存在를 가지고 當事者 사이에서 判決內容과 같은 和解契約을 맺고 權利關係를 處分한 것과 同一하게 보아서, 그 判決의 結果가 第3者에게 有利 또는 不利하게 영향을 미치는 것을 認定하는 理論이다.

이러한 反射의 效力은, 원래는 當事者에게 依存關係에 있는 第3者에의 實體法上的 效果로서 提唱되고, 職權調查事項이 아니라 當事者의 援用을 요하는 것이나, 詐害判決에 대한 再審이 認定되는 등의 점에서, 既判力과의 差異가 說明되어 왔다. 그렇지만 근래에는 이 效力의 根據나 作用은 既判力과 다른 것이 아니라는 지적도 있고, 既判力擴張의 테두리 내에서 處理하려는 立場도 有力하게 되어가고 있다.

反射의 效力인가 하는 性質論 그 자체가 그다지 중요하지는 않고, 當事者와 어떠한 依存關係에 있는 第3者에게 왜 判決의 效力이 미치는가를 判決效의 正當化 根據와의 관계에서 검토해

26) 宋相現, 앞의 책, 585面.

불 필요가 있다. 그 기회에, 判決을 和解契約 등의 處分行爲와 동시에, 이러한 接近方法에서 實體法上的 處分에 服從하는 第3者에게 效力이 미친다는 論據가 어느 정도의 說得力을 갖는 것인가, 當該訴訟의 구체적인 展開過程과 第3者의 當該紛爭에의 實質的인 관계로 보아서, 그 第3者에게 效力을 미치는 만큼의 理由가 있는지의 여부를 검토하여야 할 필요는 없는가가 문제로 제시될 것이다.

Ⅲ. 맺 음 말

判決의 效力이 當事者에게만 미친다는 大原則(相對性的 原則)에 대한 例外로서 일정한 경우 제3자에게 미치게 하여 확정함은 訴訟節次에 參與함이 없이 다른 者의 訴訟結果에 拘束되므로 신중을 기하여야 한다. 따라서 제3자의 利益保護를 위한 節次的 方法이 강구되어야 한다. 그러므로 家事事件(家事法 제12조, 제17조)이나 會社關係訴訟(商法 제184조, 제404조 등)에서는 辯論主義를 제한하고 職權探知主義를 적용할 뿐만 아니라 제3자에게는 共同訴訟의 當事者參加를 할 수 있는 기회를 주어서 되도록 既判力の 擴張에 따른 제3자의 利益도 積極的으로 保護하는 制度的 考慮가 있어야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 金洪奎, 民事訴訟法, 三英社, 1995.
 方順元, 民事訴訟法(上), 司法行政學會, 1987.
 宋相現, 民事訴訟法, 博英社, 1996.
 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 1995.
 李英燮, 民事訴訟法(上), 博英社, 1985.
 鄭東潤, 民事訴訟法, 法文社, 1996.
 新司幸堂, 民事訴訟法, 筑摩書房, 1985.
 上田徹一郎, 判決效力의 範圍, 有斐閣, 1985.
 W. Bernhardt, Das Zivilprozeßrecht, 1968.
 W. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970.
 ders., Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZJP 70(1957), 448ff.
 O. Jauernig, Subjektive Grenzen der Rechtskraft und Recht auf rechtliches Gehör, ZJP 101, 361ff.
 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 1993.
 P. Schlosser, Zivilprozeßrecht 1, 1991.

(Zusammenfassung)

Subjektive Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß

Prof. Dr. Byung-Hui Yang

(Jur. Fakultät der Kon-Kuk Universität)

Das rechtskräftige Urteil trifft grundsätzlich nur die Prozeßparteien selbst (Gegenseitigkeitsprinzip). Eine Ausnahme von dieser Regelung gilt bei der Rechtskrafterstreckung auf Dritte, welche sorgfältig zu erwägen sei.

Es sollte daher ein Verfahren für den Rechtsschutz der Dritten ausfindig gemacht werden. Bei Verfahren in familienrechtlichen Angelegenheiten oder Firmensachen sollte man nicht nur der Verhandlungsmaxime Schranken setzen und die Untersuchungsmaxime anwenden, sondern den Dritten die Gelegenheit bieten, als Rechtsnachfolger der Parteien im Verfahren mitteilzunehmen.

Hiermit sollte durch die Rechtskrafterstreckung auf Dritte auch deren Rechtsschutz gesetzlich in Betracht kommen.