

소급효가 인정되는 개별 사안에서의 실권효의 적용 여부에 관한 연구*

A Study on Whether the Loss of Plead Right is Applied in the Case Where Retroactive Effect is Recognized

석 현 수**

Seok, Hyun-Soo

목 차

- | | |
|--------------------------------|-----------------|
| I. 서론 | III. 형성권 행사의 경우 |
| II. 소멸시효의 완성과 상속재산분할
협의의 경우 | IV. 결론 |

전소 표준시 후에 발생한 사실로 인한 법률효과가 전소 표준시 전으로 소급하여 발생하는 경우, 그 사실에 대한 주장이 전소 표준시 전의 사유에 관한 것으로서 실권효의 적용을 받는지가 본 논문의 주제이다.

기판력에 관한 실권효가 전소 표준시 후의 사유 주장에 적용되지 않는 이유는 이러한 주장은 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않기 때문이다. 그리고 전소 표준시 전의 사유 주장이라도 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않으면 실권효의 적용을 받지 않는다. 따라서 어떠한 주장에 실권효가 적용되는지 여부를 결정하는 궁극적인 기준은 그 주장이 전소 표준시 전의 사유에 관한 것인지 여부가 아니라 그 주장이 전소의 기판력 있는 판단에 반하는지 여부이다.

소급효가 인정되는 사안별로 검토해 보면, 먼저 소멸시효의 경우, 전소에서 그 존재가 확정된 소구채권의 소멸시효가 전소 표준시 후에 완성되었다는 후소에서의 주장은 전소

DOI: 10.35148/ilsilr.2020.45.143

투고일: 2019. 12. 30. / 심사외뢰일: 2020. 1. 28. / 게재확정일: 2020. 2. 6.

* 이 논문은 2018년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수/ 변호사

Associate Professor, School of Law, Konkuk University / Lawyer

표준시 당시 위 채권이 존재하지 않았다는 의미가 아니므로 전소의 기판력에 반하지 않는다. 구체적 타당성 면에서 보더라도 전소 표준시까지의 위 주장을 하는 것이 객관적으로 불가능했으므로 후소에서 위 주장을 하는 것을 금지해서는 안 된다. 따라서 위 주장은 전소 표준시 후의 새로운 사유에 관한 것으로서 실권효의 적용 대상이 아니다.

전소 표준시 후에 상속재산분할협약이 있었다는 주장도 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않고 전소 표준시까지의 위 주장을 하는 것이 객관적으로 불가능했으므로 전소 표준시 후의 새로운 사유에 관한 것으로서 실권효의 적용 대상이 아니다.

전소 표준시 후에 해제권, 상계권과 같이 소급효를 갖는 형성권을 행사하였다고 주장하는 경우, 이러한 주장도 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않지만, 전소 표준시 전에 형성권을 행사하고 이러한 사실을 주장하는 것이 가능했다는 점에서는 소멸시효 및 상속재산 분할협약의 경우와 차이가 있다.

하지만 형성권이 실권된다고 보아 당사자로 하여금 전소 표준시 전에 형성권을 행사하도록 강요당하는 것은 실체법에 의해 보장되는 형성권자의 형성권 행사 여부 및 그 행사시기에 대한 선택권을 민사소송법의 해석으로 박탈하는 것으로서 타당하지 않다.

따라서 상계권뿐만 아니라 다른 형성권에도 실권효가 적용되지 않는다고 보는 비실권설이 이론적인 면에서와 구체적 타당성 면에서 바람직하다고 생각한다.

[주제어] 기판력, 실권효, 표준시, 형성권, 소멸시효

I. 서론

1. 기판력의 작용

중국판결이 형식적으로 확정되면 일정한 범위(주관적, 객관적, 시적 범위) 내에서 기판력이 발생한다. 이렇게 발생한 기판력이 후소에 전소의 기판력 있는 판단에 반하는 주장이나 판단을 할 수 없도록 하는 강제력을 미치는 경우를 두고 ‘전소의 기판력이 후소에 작용한다(미친다)’라고 한다. 전소의 기판력이 후소에 작용하기 위해서는 다음 두 가지 요건을 갖추어야 한다. 우선 후소의 당사자가 전소의 기판력의 주관적 범위 내에 있어야 한다. 다음으로 전소의 기판력이 있는 판단이 후소에서 다시 문제되어야 한다. 단, 이러한 두 요건은 기판력이 작용하기 위한 필요조건이기는 하지만 충분조건은 아니다. 이 두 요건을 갖추어도 후소에서 전소 표준시¹⁾ 후의 사유가 주장되어 기판력이

1) 원칙적으로 변론종결시가 기판력의 표준시가 되지만, 예외적으로 무변론판결의 경우는 선고 시, 그리고 화해 권고결정의 경우는 확정시가 표준시이다(기판력의 시적 범위).

작용하지 않는 경우가 있기 때문이다.

전소의 기판력이 있는 판단이 후소에서 다시 문제되는 세 가지 유형은 ① 전소의 기판력 있는 판단이 후소 소송물(의 존부)에 해당하는 경우, ② 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결적 법률관계가 되는 경우(선결관계), ③ 후소 소송물이 전소의 기판력 있는 법률관계와 정면으로 모순되는 반대관계에 있는 경우(모순관계)이다. 일반적으로 위 세 유형 중에 ① 대신 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우(소송물 동일관계를 포함시켜)²⁾ 이 세 가지 유형을 ‘기판력의 작용(장)면’³⁾, ‘기판력이 작용하기 위한 전소와 후소의 관계’⁴⁾, ‘기판력의 작용범위’⁵⁾, ‘기판력이 작용하는 경우’⁶⁾ 등으로 부른다. 그런데 소송물 동일관계, 선결관계, 모순관계, 이 세 가지만으로는 기판력이 후소에 작용하는 모든 경우를 포섭하지 못한다. 기판력의 객관적 범위는 원칙적으로 주문에 포함된 것에 한하여 미치지만, 예외적으로 이유에서 판단된 상계의 자동채권의 존부에도 기판력이 미친다. 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다30966, 30973 판결에 의하면 상계항변이 받아들여진 전소가 확정되었으면 자동채권의 지급을 구하는 후소는 소의 이익이 없어 부적법하므로 각하되어야 한다. 이는 전소와 후소의 원·피고와 소송물이 동일한 경우, 전소에서 청구인용 판결이 확정되었으면 후소는 권리보호의 이익이 없다는 판례의 입장⁷⁾을 상계의 경우에도 적용한 것으로 보인다. 판례의 태도로 보아 전소에서 상계항변이 배척되었으면 그 자동채권을 소구채권으로 하는 후소에서 청구를 기각할 것으로 보인다.⁸⁾ 그런데 전소의 자동채권이 후소의 소송물이 되는 경우는 소송물 동일관계, 선결관

2) 김홍엽, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018, 807쪽; 이시운, 신민사소송법 제12판, 박영사, 2018, 630쪽.

3) 이시운, 위의 책, 619쪽; 국순옥, “기판력의 본질과 작용”, 민사법연구 제11집 제1호, 대한민사법학회, 2003., 20쪽.

4) 김상수, “기판력의 작용”, 고시연구 제30권 제12호, 고시연구사, 2003, 107쪽.

5) 강현중, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018, 669쪽.

6) 김홍엽, 앞의 책, 756쪽; 양병희, “기판력의 주관적 범위에 관한 소고”, 일감법학 제1권, 건국대학교 법학연구소, 1996, 99쪽; 한충수, “소송물의 실질적 동일성과 기판력의 작용이론 - 판례분석과 시론을 중심으로”, 법학논총 제25집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2008, 6쪽.

7) 판례(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결 등)는 전소와 후소의 원·피고와 소송물이 동일한 경우, 전소에서 청구인용 판결이 확정되었으면 후소는 권리보호의 이익이 없어 후소법원은 소각하 판결을 해야 하고, 전소에서 청구기각 판결이 확정되었으면 후소법원은 청구기각 판결을 해야 한다고 본다. 이러한 판례의 입장을 모순금지설이라고 부르는 것이 일반적이다. 한편 위와 같은 판례의 입장은 본래의 모순금지설과 다른 출처불명의 독자적인 견해라고 하면서, 전소와 후소의 소송물이 같은 경우 모순금지설에 의하더라도 후소법원은 어차피 전소판결과 같은 판결을 할 수 밖에 없어 다시 소송을 할 이익이 없기 때문에 전소에서의 승·패소를 불문하고 후소는 각하되어야 한다는 주장도 있다(호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 700쪽).

8) 호문혁, 위의 책, 705쪽.

계, 모순관계 중 어느 것에도 해당하지 않는다. 위와 같은 경우까지 포섭하기 위해서는 기판력이 작용하는 유형을 ‘소송물 동일’에서 ‘전소의 기판력 있는 판단이 후소의 소송물 (의 존부)에 해당하는 경우’로 확장해야 한다. ‘전소의 기판력 있는 판단이 후소의 소송물 (의 존부)에 해당하는 경우’에는 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우⁹⁾뿐만 아니라 전소의 자동채권이 후소의 소송물이 되는 경우도 포함되기 때문이다.¹⁰⁾

2. 실권효의 의미

‘기판력이 작용한다’는 말은 후소에서 전소의 기판력 있는 판단에 반하는 주장이나 판단을 할 수 없다는 의미이므로, 이러한 개념정의상 당연히 기판력이 작용하는 경우 후소에서 전소의 기판력 있는 판단에 반하는 주장은 금지된다. 그런데 전소 표준시 후에 발생한 사유를 주장하면 전소의 기판력이 후소에 작용하지 않거나¹¹⁾ 전소의 기판력이 후소에 작용해도 위 주장이 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않기 때문에,¹²⁾ 이러한

9) 전소의 기판력의 객관적 범위는 주문에 나타난 소송물의 존부에 미치므로, 소송물 동일의 경우 전소의 기판력 있는 판단은 후소 소송물의 존부에 해당한다.

10) 전소의 기판력 있는 판단에는 전소 자동채권의 존부도 포함된다.

11) 판례에 의하면 소유권확인청구의 소송물은 소유권 자체의 존부이다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결). 그리고 학설상으로도 (이설이 있기는 하지만) 확인의 소는 청구취지만으로 소송물이 특정되며 청구원인에 의한 보충이 필요 없다는 점에 대하여 신·구소송물이론 사이에 대체로 견해의 일치를 보이고 있다(이시윤, 앞의 책, 259쪽). 따라서 통설과 판례에 따르면 甲이 乙을 상대로 X 부동산의 소유자가 甲이라는 확인을 구하는 소(전소)를 제기하였다가 패소확정판결을 받은 후 다시 乙을 상대로 동일한 확인을 구하는 소(후소)를 제기하면서 전소 표준시 후에 X 부동산의 소유권을 취득하였다고 주장하는 경우, 전소와 후소의 소송물은 동일하다. 그러나 전소의 기판력은 후소에 미치지 않는다(위 2011다24340 판결). ‘전소 표준시 당시 甲의 X 부동산에 대한 소유권이 존재하지 않았다’는 전소의 기판력 있는 법률관계는 甲이 전소 표준시 후에 X 부동산의 소유권을 취득하였다고 주장하고 있는 후소에서 문제가 되지 않기 때문이다(석현수, “기판력에 관한 실권효의 적용 범위”, 법학논총 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 137쪽).

12) 甲이 乙을 상대로 제기한 대여금 청구의 전소에서 청구인용판결이 확정된 후 乙이 甲을 상대로 대여금 채무부존재확인 청구의 후소를 제기한 경우, 전소와 후소는 서로 모순관계에 있다(이시윤, 앞의 책, 632쪽). 이 경우 乙이 후소에서 전소 표준시 후의 변제를 주장하더라도 후소법원은 - 乙의 위 변제 주장을 받아들일지 여부는 별론으로 하고 - 甲의 대여 사실을 인정하지 않을 수는 없다. 甲의 대여 사실을 인정하지 않는 것은 전소 변론종결 당시 甲의 乙에 대한 대여금 청구권이 존재하였다는 전소의 기판력 있는 판단에 반하기 때문이다. 이 때 후소법원이 전소의 기판력으로 인하여 甲의 대여 사실을 인정해야만 하는 구속을 받는다는 의미에서 전소의 기판력은 후소에 작용한다고 할 수 있다(석현수, 앞의 논문, 149쪽). 하지만 乙의 위 변제 주장은 금지되지 않는다. 법원이 위 변제 주장을 받아들여 전소 표준시 후에 甲의 대여금반환청구 채권이 소멸되었다는 판단을 하더라도 이러한 판단은 ‘전소 표준시 당시 甲의 대여금반환청구 채권이 존재하였다’는 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않기 때문이다.

주장은 전소의 기판력에 의해 금지되지 않는다. 따라서 전소의 기판력으로 인해 후소에서 금지되는 주장은 전소 표준시 전에 이미 발생한 사유의 주장으로 한정된다(다만, 아래에서 보는 바와 같이 전소 표준시 전에 발생한 사유의 주장 중 후소에서 금지되지 않는 것도 있다). 그리고 이러한 사유에는 전소 소송에서 주장되었던 것과 그렇지 않은 것이 있다. 다수설은 이 중 후자의 사유를 당사자는 후소에서 주장할 수 없고, 주장되어도 법원이 배제해야 하는 것을 실권효(차단효, 배제효)라고 한다¹³⁾(이하에서는 이러한 견해를 실권효의 적용대상을 전소에서 제출되지 않은 사유에 한정한다는 의미에서 ‘한정설’이라고 한다). 그리고 전소에서 제출되지 않은 사유뿐만 아니라 제출된 사유도 실권효의 적용대상에 포함된다는 견해, 즉 전소 표준시 전의 사유에 관한 주장이 후소에서 금지되는 것이 실권효라는 보는 견해를 ‘비한정설’이라고 한다¹⁴⁾(실권효는 사실주장뿐만 아니라 증거제출에 관해서도 논의되지만 본 논문에서는 사실주장에 관해서만 검토하고자 한다).

한정설을 주장하는 학자라고 하더라도 기판력 때문에 후소에서 주장할 수 없는 전소 표준시 전의 사유를 전소에서 제출되지 않았던 것으로 제한하는 입장(즉, 전소 표준시 전의 사유 중 전소에서 제출되었던 것은 모두 후소에서 주장할 수 있다는 입장)은 아니라고 생각한다. 한정설을 취하는 학자 중 상당수는 전소에서 이미 제출된 전소 표준시 전의 사유의 주장이 후소에서 금지되는지 여부 또는 이러한 사유의 주장이 후소에서 제한되는 이유에 관해 언급하지 않는다. 반면 한정설을 취하는 일부 학자는 전소에서 주장된 전소 표준시 전의 사유가 후소에서 다시 주장된 경우에 관하여 “그와 같은 주장의 결과가 전소의 기판력에 저촉되는 경우에는 전소의 기판력에 의한 제한을 받게 되지만, 이 경우에도 그 공격방어방법의 주장 자체가 차단되는 것이 아니라(차단효가 작용하는 것이 아니라) 후소에서의 소송물인 권리가 전소에서 확정된 권리관계와 동일 또는 모순

13) 김홍규/강태원, 민사소송법 제3판, 삼영사, 2014, 676쪽; 이시윤, 앞의 책, 628-630쪽; 홍기문, 민사소송법 제5판, 대명출판사, 2014, 552쪽; 나현, “차단효의 근거와 범위”, 법학논집 제16권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2012, 128-130, 138-139쪽; 남동현, “기판력의 표준시에 관한 법률적 쟁점”, 비교사법 제16권 제1호, 한국비교사학회, 2009, 230쪽.

14) 정동윤/유병현, 민사소송법 제4판, 법문사, 2014, 728쪽 이하. 전소에서 제출된 공격방어방법도 실권효의 적용 대상이라는 입장을 명시적으로 밝히고 있지는 않지만 그 전체적인 취지로 보아 비한정설을 취하고 있는 것으로 보인다. 김용철, “기판력의 범위와 실권효”, 경희법학 제18권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1983, 200쪽에서는 후소에서 전소와 동일한 주장을 할 수 없는 것도 차단효가 인정되는 경우 중 하나라고 본다. 그런데 같은 논문 199쪽에서는 “기판력의 다른 작용이 항변을 주장했을 때의 문제라면 실권효는 항변을 주장하지 않았을 때의 문제이다”라고 하여 그 입장이 다소 불분명하다.

되는 관계에 있기 때문이라고, 다시 말해 기판력 자체의 작용에 따른 결과라고 설명하여야 한다”라고 한다.¹⁵⁾ 이는 실권효와 ‘기판력 자체의 작용(에 의한 제한)’을 구분하여 전소에서 제출되지 않은 공격방어방법에는 전자가, 전소에서 제출된 공격방어방법에는 후자가 적용된다고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 甲이 매매를 통해 X 부동산의 소유권을 취득하였다고 주장하면서 乙을 상대로 X 부동산에 관한 소유권확인청구의 소(전소)를 제기하였다가 패소확정판결을 받은 후 다시 乙을 상대로 동일한 확인을 구하는 소(후소)를 제기한 경우(통설과 판례에 의하면 이 경우 전소와 후소의 소송물은 동일하다), 甲이 후소에서 전소 표준시 전에 증여를 통하여 X 부동산의 소유권을 취득하였다고 주장하면 이는 전소에서 주장되지 않은 전소 표준시 전의 사유이므로 실권효의 작용을 받고, 甲이 후소에서 전소에서와 동일한 매매 주장을 하면 이는 전소에서 이미 주장된 전소 표준시 전의 사유이므로 실권효가 아닌 기판력 자체의 작용에 의한 제한을 받는다. 그런데 전소 표준시 전의 사유 중 전소에서 주장된 것과 주장되지 않은 것은 후소에서 그 주장이 금지된다는 결과 면에서 같고, 이와 같이 금지되는 이유가 기판력 때문이라는 원인 면에서도 같다. 뿐만 아니라 한정설과 비한정설 중 어느 것을 따르든 실권효는 기판력의 작용에 포함된다고 할 것인데¹⁶⁾(실권효에 의해 후소에서 금지되는 것은 전소의 기판력 있는 판단에 반하는 주장인데, 이러한 주장을 후소에서 금하는 것이 기판력의 작용 중 하나이다), 기판력의 작용(실권효)과 기판력 자체의 작용 사이에 무슨 차이가 있는지 의문이다. 따라서 비한정설이 타당하다고 생각한다(이하에서는 비한정설에 따라 전소 표준시 전의 사유 중 전소에서 제출된 것뿐만 아니라 제출되지 않은 것에 대한 주장이 후소에서 금지되는 것도 실권효에 해당하는 것을 전제로 하여 논의를 전개하고자 한다).

3. 본 논문의 주제

원칙적으로 실체법상 법률효과의 발생요건(이하 ‘법률요건’이라고 한다)이 충족되면 법률효과가 장래를 향해 발생한다(예를 들어 매매계약의 체결이라는 요건이 충족되면 매매대금채권의 발생이라는 법률효과가 장래를 향해 발생한다). 따라서 전소 표준시

15) 나현, “차단효의 근거와 범위”, 139쪽.

16) 기판력 자체의 작용과 실권효를 구별하는 위 견해도 이 점에 대해서는 동의한다(나현, “차단효의 근거와 범위”, 139쪽).

후에 법률요건에 해당하는 구체적 사실, 즉 요건사실이 발생한 경우, 사실 발생의 시점(時點)에서 보든지 법률효과 발생의 시점(時點)에서 보든지, 위 요건사실의 발생은 전소 표준시 후의 사유에 해당한다.

법률효과가 소급적으로 발생하는 예외적인 경우에도 그 요건사실이 전소 표준시 후에 발생하면 적어도 사실 발생의 시점에서는 전소 표준시 후의 사유에 해당하는 것으로 보는 데에 문제가 없다. 그러나 법률효과가 전소 표준시 전으로 소급하므로 법률발생의 시점에서는 위 요건사실의 발생을 전소 표준시 전의 사유로 보아야 하지 않는가 하는 의문이 제기될 수 있다.

이처럼 요건사실의 발생은 전소 표준시 후이지만 그 법률효과는 전소 표준시 전으로 소급하는 경우에 있어 실권효의 적용 여부가 본 논문의 주제이다. II항 이하에서는 이 주제에 관해 소멸시효의 경우, 상속재산분할협의의 경우, 형성권의 경우 순으로 검토하고자 한다.

II. 소멸시효의 완성과 상속재산분할협의의 경우

1. 소멸시효 완성의 경우

소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생긴다(민법 제167조). 그렇다면 甲이 乙을 상대로 채무의 이행을 청구하는 소(전소)를 제기하여 청구인용 판결이 확정된 후 乙이 甲을 상대로 채무부존재확인 소를 제기한 경우, 乙이 후소에서 ‘전소의 소구채권의 소멸시효기간이 전소 표준시 후에 경과됨으로써 채무가 전소 표준시 전인 소멸시효 기산일에 소급하여 소멸하였다’라는 주장을 하는 것은 허용되는가(乙이 이러한 주장을 하였다면, 법원은 이 주장을 받아들여 乙의 청구를 인용할 수 있는가)?

이 문제에 대한 해답을 찾기 위해서는 먼저 ‘기판력’, ‘실권효’라는 단어의 의미를 상기할 필요가 있다. 기판력이란 전소 확정판결의 주문에 포함된 판단이 후소에서 다시 문제될 때 당사자는 위 판단에 반하는 주장을 할 수 없고 법원도 위 판단에 반하는 판단을 할 수 없도록 하는 힘이다. 그리고 실권효는 이러한 힘이 작용하는 모습에 붙여진 이름이다. 따라서 실권효가 적용되는 주장은 전소 확정판결의 주문에 포함된 판단, 즉 전소의 기판력 있는 판단에 반하는 주장에 한정된다.

일반적으로 실권효의 적용기준에 관하여 실권효는 전소 표준시 전의 사유 주장에만 적용되고 전소 표준시 후의 사유 주장에는 적용되지 않는다고 설명한다. 그런데 실권효가 전소 표준시 후의 사유 주장에 적용되지 않는 이유는 이러한 주장은 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않기 때문이다. 그리고 전소 표준시 전의 사유 주장이라도 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않으면 실권효의 적용을 받지 않는다.

예를 들어 甲이 乙을 상대로 X 부동산 소유권확인청구의 전소를 제기하여 승소확정판결을 선고받은 후 다시 乙을 상대로 소유권에 기하여 X 부동산의 인도를 청구하는 후소를 제기한 경우, 전소와 후소는 선결관계에 있어 전소의 기판력이 후소에 작용한다. 그러나 乙은 후소에서 ‘전소 사실심 변론종결 전에 甲이 乙에게 X 부동산을 임대하였다’라는 주장을 할 수 있다. 후소 법원이 이 주장을 받아들여 ‘乙에게 X 부동산을 점유할 권리가 있으므로 갑에게 X 부동산에 대한 인도청구권이 없다’라고 판단하더라도 이러한 판단은 ‘전소 사실심 변론종결 당시 X 부동산의 소유권이 甲에게 있었다’라는 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않기 때문이다.¹⁷⁾ 따라서 어떠한 주장에 실권효가 적용되는지 여부를 결정하는 기준은 그 주장이 전소 표준시 전의 사유에 관한 것인지 여부가 아니라 그 주장이 전소의 기판력 있는 판단에 반하는지 여부이다.¹⁸⁾

그렇다면 채무의 이행을 명하는 판결이 확정된 후 후소에서 위 채무가 전소 표준시 전인 소멸시효 기산일에 소급하여 소멸하였다고 주장하는 것은 전소의 기판력 있는 판단에 반하는 것인가? 여기에서 전소의 기판력 있는 판단의 내용 중에는 표준시 당시 위 채무가 존재했다는 것이 포함된다.¹⁹⁾ 따라서 만일 위 주장이 표준시 당시 위 채무가 존재하지 않았다는 의미를 갖는다면, 위 주장은 전소의 기판력에 반하게 된다.

생각건대, 위 주장은 위와 같은 의미를 갖지 않기 때문에 전소의 기판력에 반하지 않는다. 위 주장이 위와 같은 의미를 갖지 않는 이유는 다음과 같다. 소멸시효 기간이 완성되기 전까지는 위 채무는 존재하고 있었다. 이는 위 채무가 시효로 인해 소멸하는 시점은 시효기간 완료시 또는 그 이후의 원용시²⁰⁾이기 때문이다. 소멸시효의 소급효는 마치 기산일부터 위 채무가 존재하지 않는 것과 같은 법률효과가 발생한다는 것인데, 이러한 법률효과가 발생하는 시점 역시 시효기간 완료시(또는 원용시)이다. 따라서 전소

17) 석현수, 앞의 논문, 143쪽.

18) 석현수, 위의 논문, 144쪽.

19) 채무의 존재 외에 그 이행기가 도래했다는 점도 포함된다.

20) 소멸시효 완성의 효과에 관한 절대적 소멸설에 의하면 소멸시효기간 완료시에 소멸하고, 상대적 소멸설에 의하면 원용시에 소멸한다.

표준시 후에 위 채무가 시효소멸되었다는 주장은 오히려 전소 표준시 당시에는 위 채무가 존재하고 있었다는 것을 전제로 하는 주장이다. 따라서 이론적으로 위 주장에는 실권효가 적용되지 않는다고 생각한다.

구체적 타당성 면에서 보더라도, 위 주장에 실권효가 적용되지 않는다고 봄이 상당하다. 전소 표준시 전까지는 위 채무는 시효소멸하지 않았으므로 피고 입장에서는 시효소멸 주장을 할 수 없었기 때문이다. 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다49981 판결은 “동일한 소송물에 대한 후소에서 전소 변론종결 이전에 존재하고 있던 공격방어방법을 주장하여 전소 확정판결에서 판단된 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 반하는 것이고, 전소에서 당사자가 그 공격방어방법을 알지 못하여 주장하지 못하였는지 나아가 그와 같이 알지 못한 데 과실이 있는지는 묻지 아니한다.”라고 판시하여 실권효의 적용에 있어 당사자의 선·악의나 선의에 대한 귀책사유의 유무를 묻지 않는 입장을 취한다. 당사자의 귀책사유와 같은 주관적 사정에 따라 기판력의 작용여부가 달라지게 되면 법적 안정성을 해하게 된다는 점에서 위 2011다49981 판결의 입장은 타당하다고 생각한다. 하지만 표준시 전에 존재하는 사유를 주장하지 못함에 있어 당사자에게 귀책사유가 없다는 것과 그 사유가 표준시까지 존재하지 않았다는 것은 별개의 문제이다. 당사자에게 변론의 기회가 보장되었다는 점이 기판력을 인정하는 정당성의 중요한 근거 중 하나라는 점²¹⁾에 비추어 보아도, 전소 표준시까지 존재하지 않았던 사유에 대해서는 실권효가 적용되지 않는다고 생각한다.

따라서 이론적 측면에서나 구체적 타당성 측면에서나 전소 표준시 이후에 소멸시효가 완성되었다는 주장은 전소 표준시 후에 발생한 새로운 사유의 주장으로 보아 실권효의 적용을 받지 않는다고 보아야 한다.

대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다24349 판결도 전소에서 승소 확정판결을 받은 당사자가 시효중단을 위해 전소의 상대방을 상대로 다시 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는

21) 기판력을 인정하는 정당성의 근거에 관하여 법적안정성설, 절차보장설, 이원설, 다원설이 대립한다. 위 정당성의 근거로 법적안정성설은 사회질서의 유지와 동일 분쟁의 반복금지를 통한 소송경제를, 절차보장설은 소송당사자가 소송물인 권리관계의 존부에 관하여 변론을 하고 소송을 수행할 절차상의 권능과 기회를 보장받은 점을, 이원설은 법적 안정성 및 소송경제의 요청과 함께 절차보장을 받은 당사자의 자기책임을 든다. 그리고 다원설은 기판력의 근거는 권리관계의 안정, 소송경제, 절차보장, 재판제도로서의 모순판단의 회피, 실체법의 실현으로 다원적인데 그 중에서도 절차보장이 가장 중요하다고 본다(국순옥, 앞의 논문, 2003, 15-16쪽 참조). 위 정당성의 근거는 기본적으로는 법적 안정성의 추구에서 찾을 수 있지만 법적안정성만을 강조하는 경우 당사자의 절차권이 침해될 우려가 있으므로 절차보장이 보장되었다는 점도 기판력의 근거로 고려하는 이원설이 타당하다고 생각한다(석현수, 앞의 논문, 154쪽).

경우에 관하여, “후소의 판결은 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없으나, 위 후소 판결의 기판력은 후소의 변론종결 시를 기준으로 발생하므로, 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸사유는 후소의 심리대상이 된다. 따라서 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 심리 결과 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다. 이는 채권의 소멸사유 중 하나인 소멸시효 완성의 경우에도 마찬가지이다.”라고 판시하여 후소에서 소멸시효 완성 주장이 허용된다는 입장을 취하였다.

2. 상속재산분할협의의 경우

대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결은 “상속재산분할협이가 전소 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협이에 의한 소유권 취득은 전소 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다. 따라서 전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 대해서만 원고의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다면, 전소의 기판력은 전소 변론종결 후에 상속재산분할협이에 의해 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 관한 소유권 확인을 구하는 후소에는 미치지 않는다.”라고 판시하였다.

위 판결의 사안에서 전소의 기판력 있는 판단은 전소 사실심 변론종결 당시 상속분에 해당하는 부분은 원고의 소유이지만 나머지 부분은 원고의 소유가 아니라는 것이다. 그리고 위 1항에서와 같은 이유로 ‘원고가 전소 변론종결 후에 상속재산분할협이에 의해 위 나머지 부분의 소유권을 취득하였다’는 주장은 전소 기판력 있는 판단에 반하지 않는다고 생각한다. 즉, 이론적으로 볼 때 위 주장은 전소 표준시 당시 이미 원고가 위 나머지 부분의 소유자이었다는 의미가 아니라 상속재산분할협이가 이루어졌을 때 비로소 상속 개시 시점에 원고가 소유권을 취득한 것과 동일한 법률효과가 발생한다는 의미이기 때문에 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않는다. 또한 구체적 타당성 면에서 보더라도, 전소 표준시까지 상속재산분할협이가 이루어지지 않은 관계로 원고가 상속재산분할협의 사실을 주장할 수 없었기 때문에 원고는 후소에서 위 주장을 할 수 있다고 보아야 한다.

III. 형성권 행사의 경우

1. 학설

전소 표준시 전부터 존재하는 형성권을 행사하지 않은 상태에서 확정판결 등으로 인해 법률관계가 그대로 확정된 경우, 후소에서 ‘전소 표준시 후의 형성권 행사로 인해 법률관계가 변경되었다’는 주장을 하는 것이 허용되는지 여부에 관해 학설이 대립하고 있다. 이하에서는 위와 같은 주장을 하는 것이 허용되지 않는 것을 ‘형성권이 실권된다’ 또는 ‘형성권에 실권효가 적용된다’라고 표현하기로 한다(엄밀히 말하자면, 실권의 대상은 실체법상의 권리인 형성권이 아니라 형성권을 행사하는 의사표시가 있었다는 사실상의 주장이다. 그리고 전소 표준시 전에 이미 형성권의 행사가 있었던 경우, 당연히 후소에서 그 행사 사실의 주장이 실권되는데 이는 여기에서의 논의의 대상이 아니다).

비실권설은 모든 형성권은 실권되지 않는다는 견해로, 실체법상의 형성권의 행사기간을 소송법이 단축하는 것은 부당하다는 것을 논거로 한다.²²⁾

상계권 비실권설은 다른 형성권은 실권되지만 상계권은 실권되지 않는다는 견해로, 다수설의 입장이다.²³⁾ 다른 형성권이 실권된다는 논거로 법률행위의 무효 사유도 실권되는데 그보다 효력이 약한 취소권이나 해제권이 실권되지 않으면 균형이 맞지 않고²⁴⁾ 법적 안정성을 해하게 되어 기판력 제도의 목적에 반하게 된다는 점을 든다.²⁵⁾ 그리고 상계권이 실권되지 않는다는 논거로는 상계는 소구채권과 별개의 반대채권을 소멸시키는 출혈적 방어방법이므로 표준시 후의 행사를 일체 불허하는 것은 너무 가혹하다는 점,²⁶⁾ 상계는 원고의 소구채권에 부착된 권리가 아니고 자동채권의 실현수단이기 때문에 상계권의 행사를 전소 표준시 이전으로 강제해서는 안 되고 상계권자의 재량에 맡겨야 한다는 점²⁷⁾을 제시한다.

제한적 상계권 실권설은 다른 형성권은 실권되지만 상계권은 상계권자가 상계권이 있음을 알면서 이를 행사하지 않은 경우에 한하여 실권된다는 견해이다.²⁸⁾ 상계권 비실

22) 호문형, 앞의 책, 725쪽, 이시윤, 앞의 책, 644쪽은 이 견해가 독일의 다수설이라고 한다.

23) 김홍엽, 앞의 책 826쪽; 송상현/박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014, 460쪽 등.

24) 김홍엽, 위의 책, 827쪽; 송상현/박익환, 위의 책, 460쪽.

25) 김홍엽, 위의 책, 827쪽.

26) 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제7판, 법문사, 2019, 785쪽.

27) 김홍엽, 앞의 책, 828쪽.

권설은 권리관계의 안정을 기본으로 하는 기판력 사상에 반하고 신의칙의 견지에서 바람직하지 않으며, 실기한 공격방어방법의 각하 규정과 균형이 맞지 않고, 신법의 적시 제출주의에 부합하지 않으며, 상계권행사의 시기 선택의 자유만을 강조하여 상계권 남용에 이를 수 있고, 상계항변이 영원한 재판·집행 지연의 수단이 되도록 하여 절차적 정의를 희생시킨다는 점, 상계권이 실현되어도 피고는 별개의 소송을 할 수 있으므로 피고에게 가혹한 결과를 가져오지 않는다는 점을 논거로 한다.²⁹⁾

상계권 실현권설은 상계권이 있음을 알았는지 여부와 상관없이 상계권을 포함한 모든 형성권은 실권된다는 견해이다.³⁰⁾

이외에도 사안별로 소송법상의 신의성실의 원칙에 근거를 둔 제출책임이 인정되는지 여부를 판단하고 제출책임이 인정되면 실권효가 적용된다고 보는 견해가 있다.³¹⁾ 이 견해는 객관적으로 보아 B 권리가 A 권리(소송물)의 존재(효력)를 좌우하는 것을 내용으로 하는 특수한 관계(부착된 권리)에 있을 뿐만 아니라 A 권리와 관계에서 독자적인 행사의 이익을 상정할 수 없는 것이라면 당사자 사이에 분쟁의 1회적 해결을 위해 협력할 의무(소송상의 신의성실의 원칙)에 비추어 B 권리의 권리자에게는 소송상 제출책임을 인정할 수 있기 때문에 후소에서 B 권리를 행사하는 것이 실권되며, 실권효는 이와 같은 제출책임의 결과라고 한다.³²⁾

2. 판례

형성권 중 소급효를 갖는 것들에 관한 판례를 살펴보면, 우선 대법원 1979. 8. 14. 선고 79다1105 판결은 확정판결의 표준시 전에 이미 발생하였던 취소권(또는 해제권)을 그 당시에 행사하지 않음으로 인하여 취소권자(또는 해제권자)에게 불리하게 확정되었다 할지라도 확정 후 취소권(또는 해제권)을 뒤늦게 행사함으로써 위 확정의 효력을 부인할 수는 없다고 하였다.

28) 이시윤, 앞의 책, 644쪽.

29) 이시윤, 위의 책, 644쪽.

30) 이시윤, 위의 책, 644쪽은 이 견해가 독일의 판례의 입장이라고 한다.

31) 나현, “민사소송에서 무효, 취소, 해제의 주장 -기판력을 중심으로-”, 법조 제61권 제6호, 법조협회, 2012, 119쪽.

32) 나현, 위의 논문, 120쪽; 위 견해에 의하면 소송수행상의 기대만으로 형성권의 행사를 일률적으로 강제하는 것은 부당하므로 취소권, 해제권 등의 경우라 하여 소송상 제출책임을 쉽게 인정할 수는 없지만, 민법상 행위무능력을 이유로 한 취소권의 경우에는 실질적으로 법률행위가 무효인 경우와 그 효력에서 차이가 없으므로 소송상 제출책임을 인정할 수 있다고 한다(같은 논문 122쪽).

그리고 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25344 판결은 채무자가 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 민사소송법 제505조 제2항³³⁾이 규정하는 ‘이의원인이 변론종결 후에 생긴 때’에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는지 여부에 관계없이 적법한 청구 이의 사유가 된다고 하였다.³⁴⁾

3. 검토

이론적 측면에서는, 소멸시효와 상속재산분할협의에 관한 위 II항에서의 논리가 형성권에 관해서도 그대로 적용될 수 있다.

예를 들어 X 부동산의 매도인인 甲이 매수인인 乙을 상대로 제기한 매매대금청구의 소(전소)에서 청구인용 판결이 확정된 후, 乙이 甲을 상대로 위 매매대금채무가 존재하지 않는다는 확인의 소(후소)를 제기하고 후소에서 전소 사실심 변론종결 전에 이미 발생한 해제권을 그 후에 행사하였다는 주장을 하는 경우, 전소의 기판력 있는 판단은 전소 사실심 변론종결 당시 甲의 乙에 대한 매매대금청구권이 존재한다는 것이다. 그리고 전소 사실심 변론종결 후에 해제권을 행사하였다는 乙의 위 주장은 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않는다고 생각한다. 왜냐하면 위 주장은 전소 사실심 변론종결 당시 甲의 매매대금청구권이 존재하지 않는다는 의미가 아니라 乙이 형성권을 행사했을 때 때 비로소 甲의 매매대금청구권이 소급하여 소멸하는 법률효과가 발생하였다는 의미이기 때문이다.

이처럼 ‘전소 표준시 이후에 형성권을 행사하면 그때 비로소 법률관계가 변동한다’³⁵⁾는 점에서, 형성권의 행사는 - 그것이 소급효를 갖는 경우에도³⁶⁾ - 법률행위에 무효 사유가 있는 경우와 다르다. 법률행위의 무효의 경우에는 누군가가 이를 주장해야 비로소 무효가 되는 것이 아니라 애당초 법률행위를 할 때부터 무효이다.³⁷⁾ 위에서 본 바와

33) 현행 민사집행법 제44조 제2항에 해당된다.

34) 이시윤, 앞의 책, 644쪽은 판례가 상계권 비실권설의 입장이라고 본다.

35) 호문혁, 앞의 책, 725쪽.

36) 해지권과 같이 소급효를 갖지 않는 형성권의 행사 주장이 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않음은 소급효를 갖는 형성권의 행사 주장에 비해 더욱 분명하다.

37) 호문혁, 위의 책, 726쪽.

같이 형성권이 실권된다는 논거로 법률행위의 무효 사유도 실권되는데 그보다 효력이 약한 취소권이나 해제권이 실권되지 않으면 균형이 맞지 않는다는 점이 제시되는데, 위 예에서 乙이 후소에서 甲과 乙 사이의 매매계약이 사회질서에 반해서 무효라고 볼 만한 사유를 주장했다면, 이러한 주장은 전소 사실심 변론종결 당시 이미 甲의 매매대금 청구권이 존재하지 않았다는 의미이므로 당연히 전소의 기판력에 반하게 된다. 어떤 주장이 실권되는지를 판단하는 기준은 그 주장 속에 담겨 있는 법률행위의 흠의 강도가 아니라 그 주장이 전소의 기판력 있는 판단에 반하는지 여부이어야 한다.³⁸⁾

실권효를 전소 표준시 전의 사유에 관한 주장이 후소에서 금지되는 효과라고 정의하는 이상, 형성권에 실권효가 적용된다는 견해는 ‘표준시 후의 형성권의 행사가 표준시 전의 사유에 해당한다’는 것을 전제로 하게 된다. 그런데 형성권을 행사한다는 의사표시는 표준시 후에 이루어졌으므로 표준시 후의 형성권의 행사가 표준시 전의 사유에 해당한다는 근거는 ① 형성권의 소급효나 ② 신의성실의 원칙이나 ③ 형성권이 표준시 전에 존재하고 있었다는 점에서 찾아야 할 것이다. 그런데 위 ①의 근거가 타당하지 않음은 이미 위에서 검토한 바와 같다(설령 형성권의 소급효를 근거로 표준시 후의 형성권의 행사가 표준시 전의 사유에 해당한다고 가정하더라도, 상계권은 소급효를 갖는다는 면에서 해제권이나 또는 취소권과 동일하므로 상계권 비실권설과 같이 이를 달리 취급할 이유가 없다).

그리고 민사소송법의 규정³⁹⁾으로 민법 등의 실체법에 의해 인정되는 권리인 형성권의 행사를 제한하는 것은 바람직하지 않다는 점에서 위 ②의 근거 역시 타당하지 않다고 생각한다. 설령 소송법상 신의성실의 원칙에 의해 일정 범위의 사실자료의 제출책임이 인정된다고 가정하더라도 이는 어디까지나 이미 존재하는 요건사실(형성권의 행사)을 전소 표준시 전까지 제출할 의무에 그쳐야 하고, 존재하지도 않는 요건사실을 만들어서

38) 나현, “민사소송에서 무효, 취소, 해제의 주장-기판력을 중심으로-”, 124쪽은 법률행위의 무효 사유도 실권되는데 취소권이나 해제권이 실권되지 않으면 균형이 맞지 않는다는 것은 다음과 같은 이유 때문에 타당한 논거가 될 수 없다고 한다. 첫째 무효 사유와 달리 취소의 경우에는 취소권이라는 실체법상의 권리의 형태로 존재하므로 양자를 그 원인의 경중만으로 비교하는 것은 적절하지 않다. 둘째, 어떠한 사유를 무효 사유로 할 것인지 아니면 취소 사유로 할 것인지는 그 사유의 경중만을 기준으로 할 것이 아니라 법률행위를 소급적으로 무효로 할 것인지에 관한 선택권을 당사자에게 인정할 것인지에 관한 입법정책적 판단에 따른 것으로 이해해야 한다. 셋째 법률행위의 관정에서의 문제가 아닌 약정이나 채무불이행에 따른 계약해제권도 차단의 대상에 포함시키는 점을 설명할 수 없다.

39) 민사소송법 제1조(민사소송의 이상과 신의성실의 원칙) ② 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다.

제출해야 하는 책임까지 인정하는 것은 소송법이 규율하는 영역을 넘어선 것이다.

그렇다면 위 ③의 근거는 타당한가? 어떤 사실 주장이 표준시 전에 발생한 사유에 해당하려면 그 사실로 인해 발생하는 법률효과의 요건사실이 모두 표준시 전에 발생하여야 한다. 예를 들어 甲이 乙을 상대로 2014. 1. 2.자 대여금 반환청구의 소(전소)를 제기하면서 대여 당시 변제기일을 2015. 1. 2.로 약정하였다고 주장하였는데, 법원이 대여 사실은 인정되지만 위와 같은 변제기 약정 사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 청구를 기각하는 판결(변론종결일은 2017. 1. 2.)이 선고되어 확정된 경우, 甲이 후소로 동일한 대여금의 반환을 청구하면서 약정 변제기일이 2016. 1. 2.이라고 주장하면 이 주장은 위 판결의 기판력에 의해 차단된다. 후소에서 주장된 대여금반환청구권 발생의 요건사실, 즉 청구원인이 모두 전소 표준시 전에 발생한 것이기 때문이다. 하지만 후소에서 甲이 약정 변제기일이 2018. 1. 2.이라고 주장하면 이러한 주장은 전소 표준시 후의 사유에 관한 것으로서⁴⁰⁾ 위 판결의 기판력에 의해 차단되지 않는다. 그런데 후소에서 甲이 변제기가 2018. 1. 2.이라고 주장하는 경우, 대여금반환청구권 발생의 요건사실 중 일부인 변제기의 도래 사실은 전소 표준시 후이지만 나머지 요건사실인 대여 사실(변제기 약정 사실은 이에 포함된다)은 전소 표준시 전의 사유이다. 이처럼 당사자에 의해 주장된 법률효과의 요건사실들이 전소 표준시 전후로 나누어져 있는 경우, 위 요건사실들 중 전소 표준시 후의 것뿐만 아니라 전의 것도 후소에서 주장될 수 있고(후소에서 대여금반환청구권이 인정되기 위해서는 변제기 도래 사실에 대한 주장뿐만 아니라 대여 사실에 대한 주장도 허용되어야 한다), 법원은 위 요건사실들 전체에 의해 발생하는 법률효과를 인정할 수 있다.

이러한 논리를 형성권 행사에 적용해 보면, 우선 형성권 행사의 효과(법률관계의 변동)가 발생하기 위한 요건사실은 형성권의 발생원인이 되는 사실과 형성권을 행사한다는 의사표시를 한 사실로 나누어 볼 수 있다. 그리고 형성권의 발생원인사실은 전소 표준시 전에 있고 형성권을 행사한다는 의사표시는 전소 표준시 후에 있는 경우에 형성권의 실권 여부가 문제되는데, 이러한 경우 형성권 행사로 인한 권리관계 변동이라는 법률효과의 요건사실 중 일부가 전소 표준시 후에 발생하였으므로 차단효의 적용을 받지 않는다고 봄이 상당하다. 따라서 위 ③의 근거도 타당하지 않다.

구체적 타당성 면에서 볼 때는 형성권의 행사는 소멸시효와 상속재산분할협의의 경우와 차이가 있다. 소멸시효의 완성과 상속재산분할협의의 성립은 당사자의 의사만에 의

40) 변제기일 약정 사실은 전소 표준시 전에 있었지만 그 도래 사실은 전소 표준시 후에 있기 때문이다.

해 좌우되는 것이 아닌 반면, 형성권의 행사는 당사자의 의사에 달려 있기 때문이다. 그렇다면 형성권이 실권된다고 보아 당사자로 하여금 사실상 형성권의 행사를 강요당하게 하는 것이 타당한가?

형성권자는 형성권 행사 여부 또는 그 시기를 선택함으로써 자신의 이익을 추구할 수 있다(예를 들어 매수인이 해제권을 갖는 경우, 매수인은 매매 목적물의 시가가 상승하면 계약을 유지하고, 시가가 하락하면 계약을 해제하는 방법으로 경제적 이익을 얻을 수 있다). 이러한 형성권자의 선택권은 민법에 의해 보장된 것인데, 이를 민사소송법의 해석으로 박탈하는 것은 바람직하지 않다.

형성권이 실권된다는 근거로 ‘만일 실권되지 않는다면 법적 안정성을 해하게 되어 기판력 제도의 목적에 반하게 된다’는 점이 제시된다. 그런데 기판력 제도의 목적은 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 부정되는 것을 방지하여 분쟁의 종국적 해결을 가능하게 하는 것이다. 그리고 여기에서 확정된 법률관계란 특정시점, 즉 표준시에서의 법률관계이다(만일 그렇지 않다면 표준시 후의 사유도 실권되어야 할 것이다). 특정시점에 존재했던 권리는 변제, 면제, 시효, 상계, 해제, 취소 등 수많은 이유들로 인해 얼마든지 소멸할 수 있다. 따라서 전소에서 인정된 권리가 그 후 위와 같은 이유들 중 하나가 발생하였다는 이유로 후소에서 부정되는 것을 법적 안정성을 해한다는 이유로 금지할 것은 아니다. 표준시 후에 발생한 다른 이유들을 주장하는 것은 법적 안정성을 해치지 않는데, 유독 표준시 후의 형성권의 행사는 것은 기판력 제도의 목적에 반할 정도로 법적 안정성을 해친다는 것은 납득하기 어렵다. 채무자(피고)가 전소 표준시 전까지 소구채무를 이행하지 않아 청구인용 판결이 확정된 경우, 그 채무자가 후소인 채무부존 재확인 소송이나 청구이의의 소에서 전소 표준시 후의 변제를 주장하는 것은 실권효의 적용을 받지 않는다. 심지어 그 채무자가 전소 표준시 전에 변제를 할 수 있는 충분한 자력이 있었던 경우도 마찬가지이다. 이 경우와 형성권의 경우를 비교해 볼 때, 자신이 마땅히 이행해야 할 채무를 이행하지 않은 채무자에게는 후소에서의 변제 주장을 보장해 주면서 실제법상 보장되어 있는 형성권의 행사기간 내에 형성권을 행사하려는 자의 주장은 금지하는 것은 형평에 맞지 않는다.

대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결은 전소에서 청구인용 판결이 확정된 경우, 시효중단을 위한 후소로서 전소와 동일한 이행소송 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 조치, 즉 재판상의 청구가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 새로운 방식의 확인소송이 허용된다고 하면서, 그 논거로 시효중

단을 위한 이행소송은 채무자가 그와 같은 후소에서 전소 판결에 대한 청구이의사유를 조기에 제출하도록 강요당하는 등의 문제를 야기한다는 점을 든다(예를 들어 전소 표준시 후에 변제가 이루어진 경우, 후소에서 피고가 변제 주장을 하지 않아 청구인용판결이 선고되면 이후에 피고는 위 변제 사실을 청구이의의 사유로 제출할 수 없게 되므로, 피고는 후소에서 위 변제 사실의 조기 제출을 강요당하는 결과가 되는데, 위 판결은 이러한 결과가 타당하지 않다는 취지로 보인다). 판례가 이처럼 한편으로는 전소 표준시 후의 사유의 조기 제출 강요를 부당하다는 이유로 새로운 소송 형태까지 창출하면서, 다른 한편으로는 형성권인 해제권 및 취소권의 실권을 긍정하여(위 79다1105 판결) 실제 법상의 권리인 형성권의 조기 행사 및 그 행사 사실의 조기 제출을 강요하는 것은 일관성을 결여한 것으로 보인다.

지금까지 검토한 바와 같이 상계권뿐만 아니라 다른 형성권에도 실권효가 적용되지 않는다고 보는 비실권설이 이론적인 면에서와 구체적 타당성 면에서 타당하다고 생각한다.

IV. 결론

실권효가 전소 표준시 후의 사유 주장에 적용되지 않는 이유는 이러한 주장은 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않기 때문이다. 그리고 전소 표준시 전의 사유 주장이라도 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않으면 실권효의 적용을 받지 않는다. 따라서 어떠한 주장에 실권효가 적용되는지 여부를 결정하는 궁극적인 기준은 그 주장이 전소 표준시 전의 사유에 관한 것인지 여부가 아니라 그 주장이 전소의 기판력 있는 판단에 반하는지 여부이다.

전소 표준시 후에 발생한 사실로 인한 법률효과가 전소 표준시 전으로 소급하여 발생하는 경우, 사실 발생의 관점에서 보면 전소 표준시 후의 사유에 해당하는 것으로 보인다, 하지만 법률효과 발생의 관점에서 보면 전소 표준시 전의 사유로서 실권효의 적용대상이 된다는 의견이 제기될 여지가 있다.

소급효가 인정되는 사안별로 검토해 보면, 먼저 소멸시효의 경우, 전소에서 그 존재가 확정된 소구채권의 소멸시효가 전소 표준시 후에 완성되었다는 후소에서的主張은 전소 표준시 당시 위 채권이 존재하지 않았다는 의미가 아니므로 전소의 기판력에 반하지

않는다. 구체적 타당성 면에서 보더라도 전소 표준시까지의 위 주장을 하는 것이 객관적으로 불가능했으므로 후소에서 위 주장을 하는 것을 금지해서는 안 된다. 따라서 위 주장은 전소 표준시 후의 새로운 사유에 관한 것으로서 실권효의 적용 대상이 아니다.

전소 표준시 후에 상속재산분할협의를 있었다는 주장도 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않고 전소 표준시까지의 위 주장을 하는 것이 객관적으로 불가능했으므로 전소 표준시 후의 새로운 사유에 관한 것으로서 실권효의 적용 대상이 아니다.

전소 표준시 후에 해제권, 상계권과 같이 소급효를 갖는 형성권을 행사하였다고 주장하는 경우, 이러한 주장도 전소의 기판력 있는 판단에 반하지 않지만, 전소 표준시 전에 형성권을 행사하고 이러한 사실을 주장하는 것이 가능했다는 점에서는 소멸시효 및 상속재산분할협의를 경우와 차이가 있다.

하지만 형성권이 실권된다고 보아 당사자로 하여금 전소 표준시 전에 형성권을 행사하도록 강요당하는 것은 실체법에 의해 보장되는 형성권자의 형성권 행사 여부 및 그 행사시기에 대한 선택권을 절차법인 민사소송법의 해석으로 박탈하는 것으로서 타당하지 않다.

따라서 상계권뿐만 아니라 다른 형성권에도 실권효가 적용되지 않는다고 보는 비실권설이 이론적인 면에서와 구체적 타당성 면에서 바람직하다고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 강현중, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018.
 김홍규/강태원, 민사소송법 제3판, 삼영사, 2014.
 김홍엽, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018.
 송상현/박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014.
 이시윤, 신민사소송법 제12판, 박영사, 2018.
 정동윤/유병현, 민사소송법 제4판, 법문사, 2014.
 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016.
 홍기문, 민사소송법 제5판, 대명출판사, 2014.

2. 학술지

- 국순옥, “기관력의 본질과 작용”, 민사법연구 제11집 제1호, 대한민사법학회, 2003, 1-39쪽.
 김상수, “기관력의 작용”, 고시연구 제30권 제12호, 고시연구사, 2003, 104-114쪽.
 김용철, “기관력의 범위와 실권효”, 경희법학 제18권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1983, 189-211쪽.
 나 현, “차단효의 근거와 범위”, 법학논집 제16권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2012, 125-159쪽.
 _____, “민사소송에서 무효, 취소, 해제의 주장 -기관력을 중심으로-”, 법조 제61권 제6호, 법조협회, 2012, 95-139쪽.
 남동현, “기관력의 표준시에 관한 법률적 쟁점”, 비교사법 제16권 제1호, 한국비교사학회, 2009, 227-266쪽.
 석현수, “기관력에 관한 실권효의 적용 범위”, 법학논총 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 135-161쪽.
 양병희, “기관력의 주관적 범위에 관한 소고”, 일감법학 제1권, 건국대학교 법학연구소, 1996, 97-108쪽.
 한충수, “소송물의 실질적 동일성과 기관력의 작용이론 - 판례분석과 시론을 중심으로-”, 법학논총 제25집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2008, 115-141쪽.

[Abstract]

A Study on Whether the Loss of Plead Right is Applied in the Case Where Retroactive Effect is Recognized

Seok, Hyun-Soo*

The subject of this paper is whether the loss of plead right is applied when the legal effect due to the facts that occurred after the standard time occurs retroactively before standard time.

The loss of plead right does not apply to the claim of fact after the standard time of previous lawsuit because the claims is not contrary to the judgment with res judicata. And even the claim of fact before the standard time is not subject to the loss of plead right when it is not contrary to the judgment with res judicata. Thus, the ultimate criterion for deciding whether the loss of plead right applies to a claim is not whether the claim is related to the fact before the standard time but whether the claim goes against the judgment with res judicata.

In the case of extinctive prescription, the claim that the extinctive prescription of the right identified in the previous lawsuit was completed does not mean that the right did not exist at the standard time of the previous lawsuit. So the claim does not go against the res judicata of the previous lawsuit and is not forbidden by the loss of plead right

Same logic can be applied to agreement in division of inheritance and formative right.

The opinion that formative right can be forbidden by the loss of plead right is not valid because formative right which is guaranteed by substantial law should not be deprived by code of civil procedure.

[Key Words] res judicata, loss of plead right, standard time, formative right, extinctive prescription

* Associate Professor, School of Law, Konkuk University / Lawyer