

# 소송물 개념의 가변성에 대한 비판적 고찰\*

## A Critical Study on the Variability of the Concept of a Matter of a Lawsuit

장 완 규\*\*  
Jang, Wan Kyu

### 목 차

- |                                  |                             |
|----------------------------------|-----------------------------|
| I. 서론                            | IV. 소송절차의 국면에 있어서 소송물론의 상대성 |
| II. 소의 종류와 소송물론의 상대성             |                             |
| III. 변론주의와 직권탐지주의에 있어서 소송물론의 상대성 | V. 결론                       |

소송물이란 원고가 법원에 제출한 ‘소송상의 청구’, 즉 소송의 객체(=법원의 심판의 대상)를 말하는데, 소송물은 일단 정해지면 청구의 병합, 청구의 변경, 중복제소금지, 기판력의 객관적 범위 등의 기준이 되어 소송의 골격을 이룬다는 점에서 현대 민사소송법학에서도 소송물론은 매우 중요한 쟁점이자 난제임에 틀림없다. 소송물과 관련한 많은 논의는 독일, 일본, 우리나라에서 오래전부터 있어 왔고 소송물 논쟁으로 이어졌으며 소송물에 관하여 완전하게 견해의 일치를 보이고 있는 학자는 어디에도 찾아볼 수 없다.

소송물 논쟁과 관련한 여러 가지 학설 중에서 i) 旧설체법설은 ‘실체법상의 권리의 주장’이, 소송법설 중 ii) 이지설(二肢說)은 ‘신청(청구취지)과 사실관계(청구원인)’로, 반면에 iii) 일지설(一肢說)은 오로지 ‘신청’만으로, 소송물 개념으로 파악하고 있다. 최근에는 iv) 新설체법설이 주장되고 있는데, 이 학설은 전통적인 민법상의 청구권 개념자체를

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..56.135>

투고일: 2023. 11. 15. / 심사완료일: 2023. 12. 26. / 게재확정일: 2023. 12. 31.

\* 본 논문은 민사소송법학계의 선배이신 이동률 교수님의 정년퇴임을 맞아 이를 축하드리기 위해 작성된 줄고입니다. 이동률 교수님의 정년퇴임을 진심으로 축하드리며, 교수님의 앞날에 성공과 행복이 가득하기를 기원합니다.

\*\* 용인예술과학대학교 경찰행정과 교수, 법학박사

Professor, Department of Law & Police Yong-In Arts & Science University, Ph.D. in Law

수정하여 ‘수정된 의미의 실체법상 청구권의 주장’을 소송물로 파악하고 있다. 위와 같은 각 학설의 주장은 원칙적으로 소송물론의 통일성에 입각하고 있으며 현재 다수설적인 입장이다.

그러나 근래에 소송물론의 통일성의 도그마에 대한 의구심과 더불어 소송을 둘러싼 시대상황의 급격한 변화, 그리고 소송자체도 소의 제기에서 소의 종료까지 변화해 가고 있으므로 소송개시시의 기준을 끝까지 고수해야 한다는 원칙은 체계성을 강조해야 하는 과거의 이론이지, 현재까지 이것이 타당하다고 보는 것은 문제라고 주장한다. 즉 소송물론의 통일적·절대적인 구성을 포기하고, 경우를 나누어 개별적으로 소송물 개념을 다양하게 구성하려는 시도가 있다. 예컨대, 소송 진행과정의 문제에 대해서는 소송물을 넓게 보아 원고의 신청을 이유 있게 하기에 적합한 모든 사실이 소송물에 속한다고 함에 대하여(이지설에 근거), 기판력의 범위에 관하여는 좁게 보아 패소당사자의 보호를 위하여 사실관계도 신청과 함께 소송물의 구성요소라 한다(이지설에 근거).

이는 소송물 논쟁의 테마 중 하나인 「상대적 소송물론」에 대한 논의로서, 소송물의 개념을 i) 소의 종류, ii) 소송절차의 지배원리 및 iii) 소송물의 기능 등에 따른 개별적·상대적 개념의 필요성을 강조하고 있는 독일·일본 학자들의 견해이기도 하다. 즉 소송물 개념을 통일적으로 구성할 것인지 아니면 위의 각 요소를 고려하여 개별적으로 이를 구성할 것인지에 관한 문제를 말한다. 다음에서 구체적으로 위의 3가지 요소를 구분하여 소송물의 개념을 달리 취급하는 경우를 검토하였다.

**[주제어]** 소송물 개념, 소송법설, 실체법설, 변론(주의), 신청, 사실관계, 청구취지, 청구원인

## I. 서론

소송물이란 원고가 법원에 제출한 ‘소송상의 청구’, 즉 소송의 객체(=법원의 심판의 대상)를 말하는데, 민사소송법에서는 소송물을 소송목적, 소송목적인 권리의무, 청구라는 용어로 달리 표현하기도 한다.<sup>1)</sup> 그런데 절차의 진행과정에서 소송물이 정해지면 청구의 병합, 청구의 변경, 중복제소금지, 기판력의 객관적 범위 등도 정해지게 되어 소송의 골격을 이룬다는 점에서 민사소송법학에서 소송물론은 매우 중요한 쟁점이자 난제임에 틀림없다. 소송물과 관련한 많은 논의는 독일, 일본, 우리나라에서 오래전부터 있어 왔고 소송물 논쟁으로 이어졌다. 소송물의 식별기준을 어디에서 찾을 것인가 하는 문제는 소송물을 둘러싼 논쟁의 핵심이며, 이 소송물 논쟁은 제2차

1) 정영환, 신민사소송법 제3판, 법문사, 2023, 431쪽; 정동윤/유병현/김경옥, 민사소송법 제8판, 법문사, 2020, 264쪽; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사, 2020년, 244쪽; 호문혁, 민사소송법 제3판, 법문사, 2008, 103쪽.

세계대전 이후의 독일 민사소송법학계에서 가장 많이 논의된 문제 중 하나이다.<sup>2)</sup> 그리고 극단적으로 말하면 소송물에 관하여 완전히 견해의 일치를 보이고 있는 학자는 어디에도 찾아볼 수 없다.<sup>3)</sup>

소송물 논쟁과 관련한 여러 가지 학설 중에서 i) 旧실체법설은 ‘실체법상의 권리의 주장’이, 소송법설 중 ii) 이지설(二肢說)은 ‘신청(청구취지)과 사실관계(청구원인)’로, 반면에 iii) 일지설(一肢說)은 오로지 ‘신청’만으로, 소송물 개념으로 파악하고 있다. 최근에는 iv) 新실체법설이 주장되고 있는데, 이 학설은 전통적인 민법상의 청구권 개념자체를 수정하여 ‘수정된 의미의 실체법상 청구권의 주장’을 소송물로 파악하고 있다. 위와 같은 각 학설의 주장은 원칙적으로 소송물론의 통일성에 입각하고 있으며 현재 다수설적인 입장이다.

그러나 소송물개념을 모든 경우에 차별 없이 두루 적용할 수 있도록 통일적으로 구성할 수 있는가와 관련하여 견해의 대립이 있다.<sup>4)</sup> 근래에 소송물론의 통일성의 도그마에 대한 의구심과 더불어 소송을 둘러싼 시대상황의 급격한 변화, 그리고 소송 자체도 소의 제기에서 소의 종료까지 변화해 가고 있으므로 소송개시시의 기준을 끝까지 고수해야 한다는 원칙은 체계성을 강조해야 하는 과거의 이론이지, 현재까지 이것이 타당하다고 보는 것은 문제라고 주장한다.<sup>5)</sup> 구체적인 근거로는 소송법상의 각 제도에 따라 그 목적에 맞게 소송물 개념을 별도로 정하는 것이 합리적이라는 점을 든다.<sup>6)</sup> 즉 소송물론의 통일적·절대적인 구성을 포기하고, 경우를 나누어 개별적으로 소송물 개념을 다양하게 구성하려는 시도가 있다. 소송 진행과정의 문제에 대해서는 소송물을 넓게 보아 원고의 신청을 이유 있게 하기에 적합한 모든 사실이 소송물에 속한다고 함에 대하여(일지설에 근거), 기판력의 범위에 관하여는 좁게 보아 패소당사자의 보호를 위하여 사실관계도 신청과 함께 소송물의 구성요소라 한다(이지설에 근거).<sup>7)</sup>

2) 정동윤, “소송물의 식별기준에 관한 대법원판례의 입장”, 고시계 제454호, 고시제사, 1994, 65쪽.

3) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 267쪽.

4) 이성범, “민사소송에서 소송물개념의 이해”, 성균관법학 제33권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2021, 318쪽.

5) 김상수, “소송물이란 괴물”, 고시연구 제27권 제3호, 고시연구사, 2000; 상대적 소송물설을 주장하는 학자로는 독일에서 Baumgärtel과 Schumann이 이에 속하며, Leipold와 Vollkommer도 가담하고 있다(이시윤, 앞의 책, 247-248쪽).

6) 호문혁, 앞의 책, 117쪽.

7) 이시윤, 앞의 책, 246쪽.

이는 소송물 논쟁의 테마 중 하나인 「상대적 소송물론」에 대한 논의<sup>8)</sup>로서, 소송물의 개념을 i) 소의 종류, ii) 소송절차의 지배원리 및 iii) 소송물의 기능 등에 따른 개별적·상대적 개념의 필요성을 강조하고 있는 독일·일본 학자들의 견해이기도 하다.<sup>9)</sup> 즉 소송물 개념을 통일적으로 구성할 것인지 아니면 위의 각 요소를 고려하여 개별적으로 이를 구성할 것인지에 관한 문제를 말한다. 다음에서 구체적으로 위의 3가지 요소를 구분하여 소송물의 개념을 달리 취급하는 경우를 검토하기로 하겠다.

## II. 소의 종류와 소송물론의 상대성

### 1. 서설

먼저 소의 종류에 있어서 확인소송은 이행소송과는 달리 소장의 청구취지와 판결의 주문에 권리나 법률관계 그 자체가 명시되는 것이 보통이므로, 소송물의 특징이나 기판력의 범위에 관한 학설 대립의 모습이 이행소송의 경우와는 다소 다르다. 이는 소의 종류 가운데 확인의 소에 한하여 소송물의 개념을 별개로 구성하려는 견해를 말하는데, 과연 소의 종류에 따라 소송물 개념을 달리 구성할 필요가 있는가에 대한 문제이다.

### 2. 소송물론의 상대성에 관한 논의

#### 2.1 독일에 있어서의 논쟁

독일에 있어서 실체법에 대한 소송법의 독자성이라는 측면에서 소송물의 본질에 관하여 최초로 문제 삼은 것은 1925년의 Rosenberg로서<sup>10)</sup> 그도 처음부터 확인소송에 관하여는 청구취지(Antrag)를 소송물 특정의 유일한 요소로 보았다. 그에 의하면,

8) 세부적인 논의로는 i) 판결대상을 일반 소송물과 달리 보는 견해, ii) 절차의 각 단계에 따라 소송물을 정하는 기준을 달리 하자는 견해, iii) 절차를 지배하는 기본원칙에 따라 소송물을 특정하자는 견해로 나뉘진다(호문혁, 앞의 책, 117-118쪽).

9) 정영환, 앞의 책, 434쪽.

10) 정영환, 위의 책, 433쪽.

확인의 소에 있어서 확정 대상이 되는 법률관계는 법률관계 그 자체이지 그 관계의 개별적인 요소가 아니므로, 확정의 대상을 당사자가 주장하는 취득원인(사실관계)에 기한 법률관계에 한정할 수가 없다는 것이다.<sup>11)</sup>

위와 같이 소송물 개념을 실체법으로부터의 해방시켜 처음으로 소송물을 순수하게 소송상 개념으로 독립시키기 위한 논의가 활발하였고<sup>12)</sup> 그러한 논의 속에서 일지설을 처음으로 각종의 소송 형태에 관철시킨 Schwab는 확인소송에 관하여도 그의 기본 입장을 견지하였다. 그는 분명히 소송물은 순수하게 절차적 개념이며, 실체법상의 청구권 또는 실체법에 의해 소송물이 정해지지 않는다고 강조한다.<sup>13)</sup> 다툼이 있는 권리관계의 공권적 확정을 목적으로 하는 확인의 소의 경우, 비록 그 청구가 매매, 시효취득 등 여러 개의 사실관계를 근거로 하더라도 소송물의 특징을 위해 그 기재를 필요로 하지 않으며 청구취지만으로 소송물의 동일성이 특정되며 따로 청구의 원인에 의한 보충이 필요없다.<sup>14)</sup> 다만 금전 기타 대체물의 지급을 목적으로 하는 채권의 확인을 구할 경우에는 소송물의 특징을 위하여 사실관계를 필요로 하지만, 그렇다고 하여 사실관계가 청구취지와 같은 비중으로 소송물 특징의 요소가 되는 것은 아니며, 결정적인 것은 어디까지나 청구취지라고 한다.<sup>15)</sup> 따라서 청구의 변경이 되려면 청구취지의 변경이 있어야 하고, 확인소송(전소)이 계속 중 사실관계는 다르지만 청구취지가 같은 후소를 제기하면 중복제소가 된다.

그러나 Schwab는 기판력의 범위에 관한 규정인 ZPO 제322조<sup>16)</sup>의 해석상 「소송자료가 제출된 한도 내」의 소송상의 청구에 대하여 기판력이 미친다고 보아야 할 것이

11) 호문혁, “확인판결의 기판력의 범위”, 판례월보 제214호, 판례월보사, 1988 참조.

12) 소송물 개념을 구체적 실체법의 개념으로부터 해방시킨 것을 놓고 Arwed Blomeyer는 소송법적인 논거를 주장하는 학자들에 대해 소송법을 실체법으로부터 해방시켰다고 비난하였다(Walther J. Habscheid, 호문혁 옮김, “민사소송에 있어서의 소송물이론의 발전”, 법학 제31권 제1·2호, 서울대학교 법학연구소, 1990, 153쪽 참조).

13) 스테리오스·크스리리스, “訴訟法諸理論の法理論的内容”, 比較法学 第35卷 第1号, 外国民事訴訟法研究, 2000, 184頁.

14) 이시윤, 앞의 책, 259쪽.

15) Karl Heinz Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, C.H.Beck, 1954, S. 93ff.

16) **Zivilprozessordnung §322 Materielle Rechtskraft**

(1) Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

(2) Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig.

기 때문에 전소에서 제출한 사실과 관계없는 사실관계는 기판력에 의하여 차단효나 배제효를 받는다고 할 수 없으며, 따라서 이와 같은 사실관계를 바탕으로 하여 전소와 같은 판결신청의 신소를 제기할 수 있다고 한다.<sup>17)</sup> 이와 같이 그는 이행소송에 있어서와 마찬가지로 확인소송에서도 기판력의 객관적 범위의 문제에 관하여는 예외적으로 사실관계를 소송물 결정의 요소로 끌어들여, 기판력의 범위가 지나치게 확대되어 패소자에게 가혹한 결과가 되지 않도록 한다.<sup>18)</sup>

ii) 이지설의 경우에는 이행소송의 소송물에 관하여 이지설을 뚜렷이 내세웠던 Habscheid는 확인소송의 경우에도 그 입장을 관철시키고 있다. 그에 의하면, 원고는 그의 권리주장을 외관상 같아 보이는 다른 모든 권리주장으로부터 구별할 수 있게 하는 것이 그 임무가 아니라, 소송물을 피고가 적절히 방어할 수 있게끔 사실적인 관점에서 한계를 지어야 하므로 청구의 원인은 권리주장을 보조하는 역할을 하는데 불과한 것이 아니라, 소송상 청구의 대등한 구성요소가 된다고 한다.<sup>19)</sup> 따라서 민사소송에 있어서의 소송물은 이행의 소, 확인의 소, 형성의 소를 가리지 않고 항상 이원적이라고 한다.

한편 Arens는 소송물 개념은 현행 소송법과 무관할 수가 없으며, 소송법이 어떤 구조와 원칙을 택하고 있는 것이 소송물 개념에 결정적인 영향을 미치게 됨을 전제로 한다. 그리하여 소송물의 특징에 있어서는 소장에 청구취지 뿐만 아니라 청구의 원인도 기재하도록 한 ZPO 제253조 제2항 제2호<sup>20)</sup>의 규정을 도외시할 수 없다고 한다. 또한 당사자 처분권주의와 변론주의를 택하고 있는 절차인 민사소송에 있어서는 확인의 소의 경우에도 역시 어떤 사실관계를 바탕으로 하여 청구를 할 것인가, 예컨대, 소유권의 확인을 구함에 있어서 어떤 취득원인사실에 기하여 청구를 할 것인가는 원고가 결정하게 되어 있으므로, 상대권 뿐만 아니라 절대권의 확인을 구하는 소에 있어서도 이원적인 소송물 개념은 유지되어야 한다고 주장한다.<sup>21)</sup>

17) 이시윤, 소송물에 관한 연구, 육법사, 1977, 50쪽.

18) 호문혁, 앞의 논문.

19) 호문혁, 위의 논문.

20) **Zivilprozessordnung §253 Klageschrift**

(1) Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift).

(2) Die Klageschrift muss enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;

**2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.**

끝으로 iii) 절충설은 앞서 본 일지설과 이지설의 중간적인 입장으로, 확인의 대상이 절대권인 경우에만 일지설을 따른다. 실체법상 청구권의 확인을 구하는 소의 경우에 사실관계의 적시가 소송물 특정에 불가결하다고 본 Nikisch도 절대권의 확인을 구하는 경우에는 동일한 물건에 같은 내용의 권리가 여러 개 성립할 여지가 없으므로 그 권리의 취득원인이 무엇이든, 원고는 그가 주장하는 권리의 종류와 대상 또는 법률관계의 종류와 주체만 적시하면 충분하다고 보았다. 또한 Lent도 원칙적으로는 이지설을 취하면서도 절대권의 확인을 구하는 소에 관하여는 다른 권리와 구별하기 위하여 그 내용과 대상만 정해지면 충분하므로 소송물은 취득원인(사실관계) 없이도 특정될 수 있다고 하였다.<sup>22)</sup> 그리고 Jauernig이 주장하기를, 예컨대 특정 물건에 대한 소유권의 확인을 구하는 소에서는 그 소유권을 원고가 상속에 의해 취득하였든, 시효 취득을 하였든, 또는 어떤 방법으로 취득하였든 간에 동일한 소유권이므로, 사실관계는 소송물특정에 있어서 무의미하고 청구취지만이 기준이 된다고 한다.<sup>23)</sup>

## 2.2 일본에 있어서의 논쟁

소송유형과 소송물에 대하여 급여소송(이행소송), 형성소송 또는 확인소송의 목적 또는 쟁송처리 기능의 차이가 강조되면 확인소송에서는 원고주장의 실체법상의 권리 마다에 소송물이 특정되어 이에 구속된다는 점에는 일치하지만, 급부소송에서 예를 들어 특정금액에 대한 급부청구의 정도로써 소송물이 특정되고 당사자가 주장하는 특정의 실체권리에는 구속되지 않는다는 견해가 있다. 이 견해는 쟁송처리 방식이 다른 경우에는 그 기능도 다르고 소송물의 범위 결정도 다르다는 주장으로서 각 소송유형을 통한 통일적인 소송물 개념과는 거리가 있다. 또 보다 일반적으로는 특정물 인도, 명도청구, 계약에 기한 금전지급청구, 손해배상청구와 같이 급부소송 내부에서의 분쟁유형의 차이에 따르는 독자의 소송물 구성의 필요도 주장되고 있다.<sup>24)</sup>

21) 호문혁, 위의 논문.

22) 호문혁, 위의 논문.

23) Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht* 21. Aufl., C.H.Beck, 1985, S. 138f.

24) 上田 徹一郎, 民事訴訟法, 法學書院, 2011, 154頁.

## 2.3 우리나라에 있어서의 논쟁

이행의 소와 형성의 소의 경우, 각각 소송물 이론에 의하여 통일적으로 소송물이 특정됨에 반하여, 확인의 소의 경우에는 확인의 이익과의 관계에서 신·구이론 모두 청구취지에서 일정한 권리나 법률관계의 존부에 대한 확정을 구함으로써 소송물이 특정된다고 한다. 즉, 소의 종류 가운데 확인의 소에 한하여 소송물의 개념을 별개로 구성하려는 견해이다.<sup>25)</sup> 그 이유는 이미 청구취지에서 어떠한 권리 또는 법률관계인지가 분명히 나타나 있으므로 구태여 청구원인의 기재가 없더라도 소송물은 특정되기 때문이다. 예를 들어 소유권의 확인을 구하는 경우에 청구원인에서 소유권을 취득하게 된 원인을 기재하는 경우가 많으나, 이것은 특정을 위해 필요한 것이 아니고 공격방어방법에 지나지 않기 때문이다.<sup>26)</sup>

이에 대해 이지설을 확인소송에도 적용하여 소송물을 세분화하려는 견해가 있다. 즉, 사실관계의 異同에 의하여 소송물의 異同을 결정한다는 그 기본적 입장을 형식적으로 관철한다. 그러나 이 견해는 보통 甲이 乙을 상대로 특정 부동산의 소유권확인을 구하는 경우, 예를 들어 매매, 상속, 취득시효에 기한 3개의 소송물이 성립한다고 풀이한다면 타당하지 않다. 처음에 매매만을 이유로 소유권의 확인을 구해서 패소하여도 다시 상속 또는 취득시효에 의하여 소유권을 취득했다고 주장하는 것은 3개의 소송을 중복해서 제기할 수 있고, 또 각각의 판결에서 결론을 달리할 수 있는 문제점이 있다. 또한 상대적으로 보아 중복제소를 인정하지 않는 해석을 하더라도 전소와 후소 간 판결의 결론에 차이가 발생할 가능성이 있고 결국 이는 일물일권주의에 반하기 때문이다.<sup>27)</sup>

## 3. 이에 대한 평가 및 반론

3.1 확인의 소에 한하여 소송물의 개념을 별개로 구성하려는 견해는 구실체법설적 입장의 확인소송의 경우, 확인의 대상이 바로 권리나 법률관계이므로 원고로서는 그 권리나 법률관계를 청구취지에 명확히 기재하여야 하므로 원고는 일단 소송물에 관하여 법률적 성질 결정을 할 수 밖에 없고 이것이 소송물의 특징에 일응의 기준이

25) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 289쪽.

26) 지홍원, “소송물에 관한 소고”, 사법논집 제2집, 법원행정처, 1972 참조.

27) 김상수, “소송물이란 괴물”, 고시연구 제27권 제3호, 고시연구사, 2000 참조.

된다. 그러나 소송물을 특정하는 데에 있어서 절대적인 기준이 되는 것은 원고가 결정한 법률적 성질이 아니고 그가 확인을 구하는 권리 내지는 법률관계의 내용이다. 따라서 실제법상의 권리의 주장을 소송물로 파악하는 구실체법설의 입장에서는 당연한 결론이다. 그러나 우리나라 대법원이 취하는 구실체법설에 의할 경우에 당사자가 법을 몰라 법률적 성질의 결정을 잘못하여 패소당할 가능성이 훨씬 크므로, 확인소송이라고 하여 달리 취급하는 것은 매우 위험한 일이다.

3.2 소송법설의 입장은 일반적으로 금전채권이 소송의 목적물인 경우와 기판력의 객관적 범위를 확정하는 경우에 사실관계를 끌어 들이지 않을 수 없기 때문에<sup>28)</sup> 타당하지 않다는 비판을 받는다. 특히 소송법설 중 이지설의 경우, 민사소송법 제249조 제1항에서 소장에 청구의 원인도 기재하도록 규정하고 있는 것을 근거로 하는 것은 법의 목적을 고려하지 않고 문언에만 얽매인 결과라고 하는 비판도 있다.<sup>29)</sup> 또한 이지설을 취하면, 절대권을 둘러싸고 각 취득원인사실을 이유로 한 법적 분쟁이 끊임 사이가 없이 반복되어 법적 평화가 깨어지므로 이를 감수하는 것보다는 차라리 패소한 당사자에게 가혹하게 되더라도 절대권의 경우에 이지설을 취하는 것이 「더 작은 악」을 택하는 길이 된다고 하는 비판도 있다.<sup>30)</sup>

3.3 절충설적 견해는 이행소송과 상대권의 확인소송의 경우에는 이지설을 취하면서 절대권 확인소송의 경우에만 이지설을 취함으로써 모순된 결과를 낳는다. 즉, 이 이론대로 하면 이행의 소와 채권의 확인을 구하는 소에 있어서 청구의 원인인 사실관계를 기재하지 않으면 소송물이 특정되지 않았다고 하여 소송판결로 각하되지만, 소유권과 같은 절대권의 확인의 소의 경우에는 사실관계를 기재하지 않으면 이유 없다고 하여 청구기각판결을 얻게 되어야 할 것인데, 이처럼 두 경우를 다르게 취급해야 할 납득할만한 이유가 없어 타당하지 않다.<sup>31)</sup>

28) 금전지급이나 대체물인도소송에 있어서는 소장의 청구취지에서 대여금, 손해금 등 금전의 성질은 표시하지 않고 단지 ‘금 100만원을 지급하라’와 같이 간결하게 표현되므로 그것이 매매대금채무 100만원인지 대여금채무 100만원을 가리키는 것인지, 매매대금채무 60만원과 대여금채무 40만원의 합산인지, 청구의 취지만으로는 판별할 수 없다. 따라서 위와 같은 소에서 청구취지만으로 동일성 여부를 가리기 어려운 한계 때문에 소송물의 특정을 위해 청구의 원인에 나타난 사실관계의 보충을 필요로 한다는 입장이다(이시윤, 신민사소송법 제14판, 259쪽).

29) 호문혁, 앞의 논문 참조.

30) G. Baumgärtel., “Zur Lehre vom Streitgegenstand”, *Jus Vol. 15*, C.H.Beck, 1974, S. 75.

### Ⅲ. 변론주의와 직권탐지주의에 있어서 소송물론의 상대성

#### 1. 서설

모든 소송에 타당할 수 있는 통일적인 소송물의 개념을 거부하고 사안에 따라 소송물을 정하여야 하며 이는 소송물의 내용이 절차상의 원칙과 불가분의 관계가 있다는 데 기초를 두고 있다. 즉, 소송물의 내용이 절차상 변론주의에 의하는가 아니면 직권탐지주의에 의하는가에 의하여 결정되어야 한다는 주장이 근래에 제기되고 있다. 이에 대표적인 독일학자인 Jauernig의 다원론에 대하여 살펴보도록 하겠다.

#### 2. Jauernig의 다원론

2.1 Jauernig는 1967년 단행본으로 발표한 「변론주의, 직권탐지주의와 소송물」이라는 자신의 논문을 통해 그 어떤 경우에도나 소송물은 동일하다고 하는 통일개념을 불식시키며 소송물은 적용되는 소송절차원칙이 변론주의인가 직권탐지주의인가의 여부에 좌우된다는 이론을 주장하였다.<sup>32)</sup> Jauernig는 우선 신청(Antrag)만으로는 다른 소송물과 구별되지 아니하며 그 식별을 위해 사실관계(청구원인)를 참고하여야 할 경우를 「외적으로 식별되는 Antrag」와, 신청자체로서 다른 소송물과 구별되어 사실관계의 도움이 필요 없는 경우를 「자체로 식별되는 Antrag」이라 구분하여 소송물의 개념 정의를 시도하였다.<sup>33)</sup>

2.2 그는 물건인도의 소와 같이 신청 그 자체에 의하여 소송물의 單複・異同이 명확하여 다른 소송물과 구별되어 소송물의 특징을 위해 사실관계를 고려할 필요가 없는 「자체로 식별되는 Antrag」<sup>34)</sup> 즉, 신청만으로 소송물이 식별(기본적으로 소송법설 중 일지설의 입장과 유사)되고 또 직권탐지주의에 의하여 심리되는 소송에 있어서는 법원은 신청을 이유 있게 하는 모든 사실에 대하여 스스로 조사할 권한과 의무가 있으므로 당사자가 제출한 사실은 소송물의 동일성을 결정하는데 아무런 의미가 없다는 것이다.<sup>35)</sup> 예를 들면, 혼인취

31) 호문혁, 앞의 논문 참조.

32) 김상훈, “상대적 소송물론”, 사법행정 제39권 제1호, 한국사법행정학회, 1998, 16쪽.

33) 이시윤, 소송물에 관한 연구, 52쪽.

34) 김상훈, 앞의 논문, 16쪽.

소의 소, 혼인무효의 소, 친자관계부존재확인의 소 등이 있다. 직권탐지주의에 의한 이행의 소나 확인의 소의 경우도 신청만으로 식별되지 않는 때에는 Jauernig는 사실관계가 소송물의 일부라고 보고 있다. 그러나 이때의 사실관계는 변론주의의 경우와는 달리 당사자가 변론에서 제출한 사실이 아니다. 법원의 사실에 대한 직권탐지주의와 권한 때문에 그 조사의 권한이 미치는 한도까지가 사실관계로 포함된다고 한다.<sup>36)</sup>

2.3 한편 변론주의에 의하는 소송절차에 있어서는 당사자가 제출한 사실에 구속을 받으며 법원이 직권으로 사실을 조사하여 이를 판결의 기초로 삼을 수 없다. 따라서 변론주의에 의한 소송에서는 당사자의 제출사실이 사실관계의 표준이 되는 것으로 본다. 그러므로 신청이 같아도 주장된 사실관계가 다르면 소송물은 별개이다. 문제는 주장된 사실관계의 異同을 가리는 것인데, Jauernig는 실체법상의 청구권규범의 도움을 받아 비로소 가능한 것으로 본다.<sup>37)</sup> 즉 어떤 청구권규범의 요건을 충족하는 사실복합체가 다른 청구권규범의 요건을 충족하는 사실복합체와 관련이 없을 때에는 사실관계가 서로 다르고 따라서 소송물도 다르다고 한다. 그러나 청구권규범을 충족하는 사실복합체가 대체로 공통한 경우에는 사실관계는 동일하므로 소송물도 동일하다고 한다.<sup>38)</sup> 예외적으로 변론주의에 의한 소송이라 하여도 신청만으로 소송물이 식별되는 확인의 소에 있어서는 사실관계는 소송물의 요소가 아니며 신청만이 소송물의 동일성을 가리는 표준이라고 보고 있다.

2.4 Jauernig는 소송물을 특정함에 있어서 각 사례에 변론주의가 적용되는지(이지설) 직권탐지주의가 적용되는지(일지설) 여부를 매우 중요하다 보았고 이런 원리를 민사소송뿐만 아니라 행정소송, 조세소송, 형사소송 등 절차법 전반에 걸쳐 소송물을 고찰함으로써 일지설적 소송물개념의 구성을 피하고 다원적인 입장을 취하고 있다.<sup>39)</sup> 요컨대 Jauernig의 다원론은 절대권의 확인을 구하는 소송에 있어서는 신청만으로 소송물이 구성되고 그 밖의 민사소송에 있어서는 신청과 사실관계에 의해 소송물이 구성된다는 점이다.<sup>40)</sup>

35) 이시윤, 소송물에 관한 연구, 52쪽.

36) 이시윤, 위의 책, 55쪽.

37) 이시윤, 위의 책, 53쪽.

38) 김상훈, 앞의 논문, 17쪽.

39) 김상훈, 위의 논문, 16쪽.

### 3. 이에 대한 평가 및 반론

Jauernig는 Schwab의 일지설이나 Habscheid의 이지설에 따를 때, 생활사실관계라고 하는 포괄적인 개념에 의하면 당사자에게 미치는 기판력의 범위가 매우 넓어지는 단점이 있어 민사소송에서는 변론주의원칙이 지배하고 있다는 점을 근거로 소송물의 범위를 처음부터 “당사자가 제출한 사실관계”로 제한함으로써 당사자를 보호하려 한 것은 높게 평가할 만하다.<sup>41)</sup>

그러나 Jauernig가 주장하고 있는 변론주의와 직권탐지주의에 있어서 소송물 개념의 차이는 소의 근거를 이루는 사실에만 해당될 수 있다. 즉 두 원칙은 누가 사실주장의 “지배자”이나 당사자인가(변론주의의 경우) 아니면 법원인가(직권탐지주의의 경우) 하는 문제에 대한 대답이다. 생활사실관계가 청구의 근거가 되는 사실복합체라면 이 원칙들은 누가 사실을 주장함으로써 또는 사실을 밝힘으로써 그 생활사실관계를 채워야 하느냐를 말해주는 것이다. 예를 들어 10만 DM의 지급을 구하는 소에서 매매, 양도, 소비라는 생활사실관계는 그대로 남아있고 이 사실관계를 이루는 개별적인 요소들을 소송에 끌어들이는 것, 즉 소를 완전하게 상세히 설명하는 것은 변론주의에 있어서는 당사자의 임무이고 직권탐지주의에 있어서는 법원이 그 임무를 부담한다. 이는 소송물 그 자체와는 아무 관련이 없다.<sup>42)</sup>

## IV. 소송절차의 국면에 있어서 소송물론의 상대성

### 1. 서설

소송물론의 상대성과 관련하여 청구의 병합, 청구의 변경, 중복된 소제기, 기판력의 객관적 범위 등의 소송절차의 국면에 따라 소송물의 개념을 다르게 구성하려는 견해가 있다. 예컨대 청구의 병합이나 청구의 변경에서는 가능한 한 소송물의 개념을 넓게 정하는 반면, 기판력의 객관적 범위에 관하여는 가능한 한 이를 좁게 정하여야

40) 이시윤, 소송물에 관한 연구, 55쪽.

41) 김동현, “이지설에 따른 소송물의 재구성 -독일에서의 논의를 참고하여-”, 안암법학 제48호, 안암법학회, 2015, 350쪽.

42) Walther J. Habscheid, 호문혁 옮김, 앞의 논문, 157쪽.

한다는 주장이다.<sup>43)</sup> 기판력의 범위는 가급적 좁게 잡는 것이 사법도 국민에 대한 법률 서비스라고 보는 현대 자유국가의 이념에 맞다는 논리에 기인한다.<sup>44)</sup>

## 2. 소송절차의 국면과 관련하여

### 2.1 우리나라에 있어서의 논쟁

소송경제의 요청상 중복소송방지를 그 목적으로 하는 소송계속의 문제와 관련하여서는 소송물을 넓게 인정하는 일지설적 소송물구성이 필요하다고 한다. 나아가 청구 병합여부와 소의 변경여부를 결정하는 경우에도 일지설적인 소송물개념을 그 기준으로 함으로써 청구병합의 범위와 소의 변경의 범위를 원고의 임의적인 소송물확대로부터 방지할 수 있는 반면, 기판력의 범위는 이지설적 소송물개념에 의하여 좁게 해석해야 할 것이라는 주장이다. 만약 이 경우에도 일지설에 따라 소송물을 구성함으로써 기판력을 확대시킨다면 더 이상의 권리구제가 차단되는 것을 염려하는 당사자가 청구의 범위를 무한히 확대하고자 하는 폐단이 뒤따른다는 것이다. 이 견해를 따를 경우, 어음채권에 근거한 후소는 매매대금채권을 목적으로 하는 전소에 대한 판결이 확정될 때까지는 일지설적 구성에 따라 중복제소가 금지되나, 매매대금소송이 확정된 이후에는 기판력저촉이 발생하지 않는 이지설적 구성에 따라 어음채권에 기하여 또 다른 소송을 제기할 수 있게 된다. 또한 동일한 금전지급소송을 원인채권과 어음채권을 근거로 하여 소송을 제기하거나 원인채권에 기한 소송 중 원인채권을 어음채권으로 바꾸는 경우에도 일지설에 따라 소송물은 여전히 하나이므로 청구의 병합이나 소의 변경문제가 나타날 여지가 없게 된다고 파악한다.<sup>45)</sup>

### 2.2 일본에 있어서의 논쟁

중복소송에 해당하는가 또는 심급의 이익이 보장되는가에 대한 판단에 있어서 소송물이 동일하다면 통상 그 요건을 충족하므로, 소송물은 중복제소금지 또는 심급의

43) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 284쪽.

44) 호문혁, 앞의 책, 652쪽.

45) 김용진, “소송상 쟁점사항과 소송물이론”, 법학연구 제12권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2001, 164쪽.

이익에 관한 원칙으로서 판단기준이 되지만, 소송물의 동일성이 이러한 문제 전체에 대한 결정적인 판단기준이 된다고 볼 수 없다. 우선 중복제소금지의 범위를 확대하는 경향이 꽤 일반화되었고, 중복제소가 되는 동일사건을 예전과 같이 소송물 동일성의 경우에 한정하지 않고 소송물의 내용을 이루는 권리·법률관계가 동일한 경우에만까지 확대하고 있다. 더욱이 청구의 기초 동일성의 경우나 별소의 주요쟁점이 전소의 그것과 공통하는 경우에만까지 중복제소의 금지에 저촉된다고 하는 학설도 유력하게 주장되고 있다.<sup>46)</sup>

따라서 소송물의 개념을 넓게 파악함으로써 각 심급에서 소송물의 동일성이 유지되지 않은 채 당사자의 심급의 이익을 해하는 것처럼 보여도 실질적으로 당사자권보장이 충족되고 있는 경우에는 심급의 이익의 흠결문제가 생기지 않는다. 예를 들어 항소심에서의 반소제기의 경우 상대방의 동의를 요하지만, 반소청구와 관련하여 본소에 관한 공격방어방법이 이미 1심에서 심리·판단된 경우에는 심급의 이익을 해하지 않기 때문에 상대방의 동의를 요하지 않는다.<sup>47)</sup>

또한 항소심에 있어서의 소의 변경이 대표적이지만, 그 경우 심급의 이익이 유지되었는가 어떠한가의 판단기준은 1·2심을 통한 소송물의 동일성이 아니라 입법상 「청구의 기초 동일성」으로 완화된다. 중복제소금지에 해당하는가의 판단기준으로 「동일한 소」도 이전에는 전소와 후소에 있어서 소송물의 동일성을 의미한다고 해석되었으나, 현재의 학설과 판례는 소송물이 완전히 동일하여도 반드시 중복제소가 금지되는 것이 아니고, 더불어 전소와 후소간의 「소제기를 필요로 하도록 하는 사정의 점에서도 동일」한 경우로 한정하고 있다.<sup>48)</sup>

### 3. 기판력의 객관적 범위에 대한 판단기준과 관련하여

#### 3.1 우리나라에 있어서의 논쟁

원고가 소송을 하는 목적은 소송물이나, 이를 근거로 하는 사실관계는 당사자에 의하여 주장된 것이기 때문에 소송물과 관련된 사실 또는 선결적 법률관계 및 항변사

46) 上田 徹一郎, 前掲書, 155頁 참조.

47) 上掲書, 155-156頁 참조.

48) 上掲書, 156頁 참조.

항 또한 당사자 간에 다투어지는 것이 보통이며, 이에 대한 법원의 판단이 뒤따른다. 그렇다면 당사자 간에 다투어지고, 법원의 판단이 내려지는 것은 소송물뿐만 아니라 소송물과 관련된 사항에까지 미친다. 이로부터 제기되는 문제는 법원이 내린 판단 전부에 기판력을 인정할 것인가 아니면 원고의 신청에 대한 응답만으로 한정할 것인가의 선택문제이다. 이에 영미법과 불란서민법 등 대부분의 입법례는 법원이 판단한 선결적 법률관계에 대하여서도 기판력을 부여한다.<sup>49)</sup> 이렇듯 기판력의 객관적 범위 확장을 위한 시도와 그 한계로써 기판력을 선결적 법률문제에까지 확장시키려는 견해는 주로 영미법의 영향 하에서 주장되고 있는 바, 어떻게 법원에 의하여 판단이 내려진 사항이 분쟁으로서 되풀이되어서는 아니 된다는 논리적 사고를 그 바탕에 두고 있다.<sup>50)</sup>

### 3.2 일본에 있어서의 논쟁<sup>51)</sup>

종래 기판력의 객관적 범위는 소송물의 범위와 똑같다고 설명되어져 왔고(통설), 또 통상 그것과 부합하는 경우가 많았다. 그렇지만 각각의 예외를 인정하고 또 통일적 소송물개념 자체를 부정하여 기판력의 객관적 범위결정을 소송물개념으로부터 분리하는 견해가 있다.

통일적 소송물개념에서는 기판력의 범위는 소송물, 즉 판결주문의 기재와 마찬가지로 해석되었다. 그러나 이유 중의 판단에도 경우에 따라서는 차단효를 인정하고 차단효의 범위를 결정하는 제도의 목적이 갖는 독자성을 긍정하여 절차 전체를 일관하는 통일적 소송물개념의 예외를 인정하거나 부정하는 견해 또한 예부터 있었다. 애초 일본 민사소송법 제114조 제2항(우리 민사소송법 제216조 제1항) 자체가 소송물에서는 없는 상계항변이 이유 중에서 판단되는 경우를 유일한 예외로 하고 있지만, 자동채권의 존부에 관한 기판력을 인정한다.

예를 들어 등기청구권의 주장이 소송물인 경우, 등기가 물권의 공시방법으로서

49) 영미법계의 선례구속의 원칙(doctrine of stare decisis)은 구체적인 판례를 통하여 점진적으로 법의 계속성을 유지하는 것을 말하는데, 불란서민법은 대륙법계에 속하지만 선례가 법의 결정에 영향을 미치는 것을 허용하는 특징을 갖는다.

50) 김용진, 앞의 논문, 164쪽.

51) 上田 徹一郎, 前掲書, 154-155頁 参照; 新堂幸司, 新民事訴訟法 第6版, 弘文堂, 2019, 316-319頁 参照; 三ヶ月章, 民事訴訟法 第3版, 弘文堂, 2008, 141-147頁 参照.

갖는 기술적 성질을 근거로 본래 소송물에서 없는 소유권 등의 물권 존부에 대한 이유 중의 판단에 기판력을 인정하는 유력설이 있으며 또 이유 중의 판단에 기판력이 생기지 않는 이유로, 예를 들면 매매대금지급청구의 전소에서 원고가 계약의 무효를 이유로 패소하여 목적물반환의 후소를 제기한 경우 피고(매수인)가 이번에는 매매의 유효를 주장하여 다투는 것을 방지하기 위하여 금반언을 근거로 참가적 효력의 규정을 당사자간의 관계에도 유추 적용하는 것으로써 처리하려는 견해도 있었다. 이후 이러한 사고방법을 확대하여 설령 소송물로 되어있지 않았어도 전소에서 심리대상으로서 충분히 다투어 법원이 실질적 판단을 표시한 경우에는 그 쟁점에 관한 절차보장을 충족하여 신의칙상 후소에서는 다투지 않게 된다는 학설이 주장되고 이에 찬동하는 학자가 늘고 있다.

일반적으로는 소송에 있어서 심리대상으로서의 소송물의 범위는 넓게 해석하면서 기판력의 객관적 범위에 대해서는 판결효가 생기는 심판대상을 한정하려는 입장의 전개도 보여진다.

#### 4. 이에 대한 평가 및 반론

소송절차의 국면에 따라 중복제소, 청구의 병합, 청구의 변경, 기판력의 객관적 범위 등에서 소송물의 개념을 다르게 구성하려는 시도는 소송절차의 각 국면에서 소송물 개념이 수행하는 역할을 명백히 한 점에 의의가 있다. 그러나 소송물의 개념 자체를 상대화하는 것은 오히려 소송절차에서 심판의 대상이 가지는 의의를 불명확하게 함으로써 결국 그 이론적 기초를 상실하는 것이 된다. 더불어 상대적 소송물론은 일지설과 이지설의 절충적 견해일 뿐 독자적인 이론과 체계를 갖춘 학설로 평가하기는 어렵다.<sup>52)</sup>

### V. 결론

앞서 살펴본 소송물론의 상대성이론과 관련하여 소의 종류 중 확인의 소에 한하여 소송물의 개념을 달리 구성하려는 견해는 소송법설 중 청구취지만으로 소송물이 특

52) 김동현, 앞의 논문, 352쪽.

정이 되는 일지설의 경우, 확인의 소의 청구취지에 일정한 권리 또는 법률관계의 존재여부의 확정에 관한 주장이 표시되므로 확인의 소에 한하여 소송물의 개념을 별개로 구성하는 해석을 할 수 있다. 더욱이 청구취지와 청구원인사실에 의하여 소송물이 특정이 되는 일지설의 경우에는 확인의 소의 소송물도 위 양자에 의하여 특정되는 것으로 해석하는 것이 일반적이지만, 일지설을 취하면서도 확인의 소의 소송물은 청구취지만으로 특정된다는 견해가 다수이다. 이들 견해는 어느 학설이나 확인의 소의 경우에는 이행의 소나 형성의 소와는 달리 소송물 개념을 구성하는 것으로 볼 수 있다.<sup>53)</sup> 즉 확인의 소에 있어서 절대권의 확인의 경우에는 절대권의 속성상 청구취지만으로 특정되고, 상대권의 확인의 경우에는 청구취지 속에 청구원인에 기재할 사항이 포함되어 있기 때문에 특정물과 그에 대한 권리를 기재하면 충분하고 청구원인의 기재는 불필요하게 되는데, 이는 확인의 소에 한정하여 소송물을 달리 구성하는 것은 아니다.<sup>54)</sup>

또한 소송절차의 지배원리에 따라 달리 보는 견해에 대해서도 Jauernig가 주장한 변론주의와 직권탐지주의의 소송물개념의 차이는 소의 근거를 이루는 사실에만 해당될 수 있다. 즉 두 원칙은 누가 사실주장의 지배자인가, 당사자인가(변론주의의 경우), 아니면 법원인가(직권탐지주의의 경우)하는 문제에 대한 대답일 뿐이다. 이는 소송물 그 자체와는 아무 관련이 없다.<sup>55)</sup>

끝으로 소송절차의 국면에 따라 소송물을 다르게 구성하려는 소송물론의 상대성 이론은 이론적이기 보다는 결론을 내놓고 그에 맞추려고 하는 편의적인 면이 강하게 반영되어 있어 기능적 효율성은 있을지 모르지만 소송물이 사회 속에서 발생한 다툼에 대하여 마련된 분쟁해결의 단위개념이라는 점, 그리고 기판력의 객관적 범위의 기준으로 분쟁소멸과 권리보호를 위한 개념도구라는 점에서 상대성 이론보다는 소송물을 일관된 개념으로 인정하는 것이 타당하다고 본다.<sup>56)</sup>

여전히 소송물론의 통일성은 소송물개념이 소송절차 안에서 다양한 개별제도 또는 그 소송상 효과발생의 유무 판단을 하기 위한 통일적 기준 또는 지표로서의 기능을 하고 있다고 생각한다.

53) 호문혁, 앞의 논문.

54) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 289쪽.

55) Walther J. Habscheid, 호문혁 옮김, 앞의 논문.

56) 정영환, 앞의 책, 120쪽.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 이시윤, 소송물에 관한 연구, 육법사, 1977.  
\_\_\_\_\_, 신민사소송법 제14판, 박영사, 2020.  
정동윤/유병현/김경옥, 민사소송법 제8판, 법문사, 2020.  
정영환, 신민사소송법 제3판, 법문사, 2023.  
호문혁, 민사소송법 제3판, 법문사, 2008.  
新堂幸司, 新民事訴訟法 第6版, 弘文堂, 2019.  
上田 徹一郎, 民事訴訟法, 法學書院, 2011.  
三ヶ月章, 民事訴訟法 第3版, 弘文堂, 2008.  
Karl Heinz Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, C.H.Beck, 1954.  
Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht 21. Aufl.*, C.H.Beck, 1985.

### 2. 학술지

- 김동현, “이지설에 따른 소송물의 재구성 -독일에서의 논의를 참고하여-”, 안암법학 제48호, 안암법학회, 2015, 327-381쪽.  
김상수, “소송물이란 괴물”, 고시연구 제27권 제3호, 고시연구사, 2000, 71-81쪽.  
김상훈, “상대적 소송물론”, 사법행정 제39권 제1호, 한국사법행정학회, 1998, 11-20쪽.  
김용진, “소송상 쟁점사항과 소송물이론”, 법학연구 제12권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2001, 159-181쪽.  
이성범, “민사소송에서 소송물개념의 이해”, 성균관법학 제33권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2021, 295-331쪽.  
정동윤, “소송물의 식별기준에 관한 대법원판례의 입장”, 고시계 제454호, 고시계사, 1994, 65-79쪽.  
지홍원, “소송물에 관한 소고”, 사법논집 제2집, 법원행정처, 1972, 143-174쪽.  
호문혁, “확인판결의 기판력의 범위”, 판례월보 제214호, 판례월보사, 1988, 32-41쪽.  
Walther J. Habscheid, 호문혁 옮김, “민사소송에 있어서의 소송물이론의 발전”, 법학 제31권 제1·2호, 서울대학교 법학연구소, 1990, 151-162쪽.  
G. Baumgärtel, “Zur Lehre vom Streitgegenstand”, *Jus Vol. 15*, C.H.Beck, 1974, pp.

69-75.

ステリオス・クスリース, “訴訟法諸理論の法理論的内容”, 比較法学 第35卷 第1号,  
外国民事訴訟法研究, 2000, 178-185頁.

## [ Abstract ]

## A Critical Study on the Variability of the Concept of a Matter of a Lawsuit

Jang, Wan Kyu\*

A matter of a lawsuit refers to the ‘claim in litigation’ submitted to the court by the plaintiff, that is, the object of the lawsuit (=object of the court’s judgment). Once decided, the litigation matter includes the merging of claims, modification of claims, prohibition of duplicate lawsuits, and the objective scope of res judicata. Litigation theory is undoubtedly a very important issue and difficult problem in modern civil litigation jurisprudence in that it serves as a standard and forms the framework of litigation. Many discussions regarding the litigation matter have been taking place for a long time in Germany, Japan, and Korea, and have led to debates over the litigation matter, and it is impossible to find scholars anywhere who completely agree on the litigation matter.

Among the various theories related to litigation disputes, i) the old substantive law doctrine is ‘claim of rights under substantive law’, and among the litigation legal doctrines, ii) the dual theory (二肢說) is ‘application (subject of claim) and facts (cause of claim)’ On the other hand, iii) Ilji theory (一肢說) is understood only as an ‘application’ and as a litigation matter. Recently, iv) new substantive law theory has been advocated, which revises the concept of traditional civil law claims and understands ‘claims of claims under substantive law in a modified sense’ as litigation matters. The arguments of each of the above theories are, in principle, based on the unity of litigation theory and are currently the majority opinion.

However, in recent years, along with doubts about the dogma of uniformity of litigation theory, rapid changes in the times surrounding litigation, and the litigation itself changing from the filing of a lawsuit to its completion, the principle that the standards at the time

---

\* Professor, Department of Law & Police Yong-In Arts & Science University, Ph.D. in Law

of commencement of litigation must be adhered to until the end is not systematic. It is a past theory that should be emphasized, and it is problematic to regard it as valid to date. In other words, there are attempts to give up the unified and absolute structure of litigation theory and to construct various concepts of litigation objects individually by dividing cases. For example, with regard to the issue of the litigation process, the litigation matter is viewed broadly and all facts suitable to justify the plaintiff's application belong to the litigation matter (based on the log theory), but the scope of *res judicata* is narrowly viewed to protect the losing party. For this purpose, the facts, together with the application, are said to be components of the lawsuit (based on this theory).

This is a discussion on “relative litigation theory,” which is one of the themes of the litigation dispute, and emphasizes the need for an individual and relative concept of the litigation object according to i) the type of lawsuit, ii) the governing principle of the litigation procedure, and iii) the function of the litigation object. This is also the opinion of German and Japanese scholars.

In other words, it refers to the issue of whether to construct the concept of litigation matter in a unified manner or to construct it individually by considering each of the above elements. In the following, we examine cases where the concept of litigation matter is treated differently by specifically distinguishing the three elements above.

**[Key Words]** a matter of a lawsuit, concept of a matter of a lawsuit, pleading, facts, purpose of claim, cause of claim