

판결의 반사적 효력*

이 정 환

법학박사(민사소송법전공), 서해대학교 부동산컨설팅과 강사,
(전)원광대학교 법학과 강사

< 목 차 >

- I. 서설
- II. 반사적 효력의 의의
- III. 반사적 효력이 문제되는 경우
- IV. 반사적 효력의 인정근거
- V. 반사적 효력의 특색
- VI. 결어

【국문초록】

판결의 부수적 효력의 하나로 거론되고 있는 반사적 효력이란 일반적으로 제3자가 직접 판결의 기판력을 받지는 않지만, 당사자간에 기판력의 구속력이 있는 것이 당사자와의 특별한 의존관계에 있는 제3자에게 반사적으로 이익 내지는 불이익한 영향을 미치는 효력 또는 당사자 사이의 소송물인 법률관계에 제3자의 법적 지위가 실체법적으로 의존할 때에 당사자 사이의 확정판결이 그 제3자에게 유리 또는 불리한 실체법상의 효과를 미치는 경우를 말한다.

반사효가 인정되기 위해서는 제3자가 당사자와 실체법상의 의존관계가 있어야 하는데, 구체적으로 당사자가 소송에서 다투어지는 권리관계에 관하여 판결의 기준시에 판결내용과 같은 계약 또는 처분행위를 하였을 때에 제3자가 그에 따르는 지위

* 투고일 : 2013.5.12, 완료일 : 2013.6.11, 게재확정일 : 2013.6.23

에 있어야 한다. 이러한 반사효는 채무자와 보증인간의 보증채무에 대한 부종성, 합명회사와 그 사원의 법적 지위에 따른 의존관계, 공유재산에 대한 공유자 상호간의 의존관계 등의 경우가 문제된다.

반사효를 인정·불인정할 것인가 또는 현실적으로 인정할 필요가 있는가에 대하여는 기관력의 본질론과 관련하여 다툼이 있는데, 반사효부정설, 반사효설, 기관력확장설, 판결효원용설 등이 그것이다.

본고에서는 판결의 부수적 효력의 하나로 거론되고 있는 반사적 효력에 대하여 그 개념과 개념의 인정배경 및 요건, 반사효개념의 인정에 따른 문제점에 대하여 살펴보았고, 판결당사자와 제3자가 실체법상 특수한 의존관계에 있다고 하여 이러한 판결의 반사적 효력을 인정하는 것이 우리 민사소송법상 허용될 수 있는지, 현실적으로 이를 인정할 필요성이 있는지의 여부에 대하여 반사효가 문제되는 경우를 중심으로 그 인정근거를 주장되는 견해별로 고찰하여 검토하고자 한다.

I. 서 설

판결이 확정되면 그 내용에 따라 판결의 본래적 효력인 기관력·집행력·형성력이 생긴다. 그런데 판결 본래의 내용상의 효력은 아니지만 일정한 판결이 이루어짐에 부수하여 법률의 규정 또는 일정한 요건에 맞추어 인정되는 특수한 효력이 있는데 이러한 특수한 효력을 판결의 부수적 효력이라고 한다.

판결의 부수적 효력으로는 예컨대 주된 당사자가 패소한 경우에 보조참가인 또는 소송의 피고지자에게 생기는 참가적 효력(민사소송법 제77조), 가사소송법상의 별소 금지원칙에 생기는 소권상실의 효력, 법률요건적 효력, 참가적 효력, 쟁점효, 차단효, 증명효, 반사효, 파급효, 그 외에 광의의 집행력 등이 거론된다. 그런데 쟁점효, 차단효, 증명효 등은 판결이유 중의 판단에 대한 효력으로서 사실상 기관력의 객관적 범위의 확장으로 볼 수 있고, 법률요건적 효력,¹⁾ 참가적 효력, 파급효 등은 소송당사자 또는 소송당사자와 동일시할 수 있는 제3자 이외의 자에 대한 효력으로서 사

1) 민법 기타 실체법에 의하여 판결의 효력이 명문에서 인정되는 경우를 법률요건적 효력이라고 한다. 즉, 실체법규에 의하여 일정한 내용의 확정판결의 존재가 요건사실로 되고 여기에 어떤 법률효과가 주워지는 경우이다. 법률요건적 효력은 제3자에게도 생길 수 있다. 즉, 소송외의 제3자는 원칙적으로 기관력을 받지 않지만 실체법상 당사자와 특별한 관계에 있는 경우에 판결의 반사적 영향으로 판결의 효력을 유리 또는 불리하게 받을 수 있는 경우가 생긴다(G. Lüke/P. Wax, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Aufl., München ; C·H·Beck, 2000, Rdnr. 344).

실상 기판력의 주관적 범위의 확장에 관한 것으로 볼 수 있다.²⁾

이와 같은 효력은 판결내용에 따른 효력이 아니므로 판결의 파생적 효력이라고 부를 수 있는데 이 효력은 모두 판결에 부수하는 것이어서 이전에는 별로 중시하지 않았다. 하지만 최근에는 그러한 효력들을 판결의 본래적 효력과 동등하게 취급하려는 경향이 나타나고 있다.³⁾

본고에서는 판결의 부수적 효력의 하나로 거론되고 있는 반사적 효력에 대해 살펴보고자 한다. 판결당사자와 제3자가 실제법상 특수한 의존관계에 있다고 하여 이러한 판결의 반사적 효력을 인정하는 것이 우리 민사소송법상 허용될 수 있는지, 현실적으로 이를 인정할 필요성이 있는지의 여부에 대하여 검토하고자 한다.

II. 반사적 효력의 의의

1. 반사효의 개념

반사적 효력(Reflexwirkung)이란 제3자가 직접 판결의 기판력을 받지 않지만, 당사자간에 기판력의 구속력이 있는 것이 당사자와의 특별한 관계, 즉 의존관계에 있는 제3자에게 반사적으로 이익 내지는 불이익한 영향을 미치는 효력이라고 하기도 하고,⁴⁾ 당사자 사이의 소송물인 법률관계에 제3자의 법적 지위가 실제법적으로 의존할 때에 당사자 사이의 확정판결이 그 제3자에게 유리 또는 불리한 실제법상의 효과를 미치는 경우를 말한다⁵⁾고 일반적으로 정의된다.⁶⁾ 제3자 효력(Drittwirkung)

2) 이러한 판결효력의 확장지도는 법적 안정성을 확보하고 분쟁의 1회적 해결을 도모하기 위한 것이라 할 것이다. 그러나 소송에 관여하지 아니한 제3자의 절차권(당사자권)을 보장해 주어야 할 것이므로 이러한 기판력의 제3자의 확장은 신중을 기하여야 한다(김상영, "민사확정판결의 반사적 효력", 고시연구(제307호), 고시연구사, 1999.10, 45면).

3) 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004, 704면.

4) 김홍규·강태원, 민사소송법, 삼영사, 2008, 644면; 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2010, 588면; 정동윤·유병현, 민사소송법, 법문사, 2010, 739면.

5) 木川統一郎, 民事訴訟法の主要問題講義, 成文堂, 1993, 541면.

6) Kuttner는 일정한 판결내용의 존재가 그 자체로 또는 다른 법적 사실과 결합하여 민법 기타 실정사법에 의하여 특정한 법적 효과발생의 요건사실로 되어 있는 경우, 그 사법적 효과의 발생을 판결효의 측면에서 파악하여 Nebenwirkung라 불렀고, Nebenwirkung를 그 발생근거에 따라 사인간의 합의에 의한 임의적 Nebenwirkung과 법정 Nebenwirkung으로 나누고, Nebenwirkung에 의하여 발생하는 사법적 효과가 소송당사자 사이의 법률관계에 관한 것인가, 아니면 소송당사자와 제3자 사이 혹은 제3자 상호간의 법률관계에 관한 것인가에 의하

이라고도 한다

2. 반사효개념의 인정배경

소송당사자에 대하여 실체법상 종속적인 지위에 있는 제3자가 주로 그 당사자의 상대방과의 관계에서 때로는 당사자 쌍방 혹은 제3자 상호간의 관계에서 기관사항을 다룰 수 없고 판결의 부당성을 주장할 수 없다는 견해를 종속관계설(또는 의존관계설)이라 한다. 이러한 종속관계설은 판결효, 특히 제3자에 대한 확장에 관하여 고전적이고 전통적인 학설로서 기관력의 본질에 관한 소송법설의 논의 이전에 이미 판례와 학설에 의하여 통용되고 있었다. 종속관계설의 핵심은 실체법상의 종속관계의 존재를 단서로 하여 판결효의 주관적 범위를 결정하는데 있고, 이 경우 실정법이 판결효를 확장하는 취지의 규정을 두고 있는지 여부는 묻지 않는다.

여기에서 문제가 되는 것은 이러한 판결효의 종류가 무엇인가 하는 점이다. 이 점에 관하여 기관력의 본질에 관한 실체법설의 입장에서는 기관력에 의해 실체법관계가 형성된다고 보기 때문에 판결효를 기관력의 확장이라고 모순없이 설명할 수 있게 된다.

그러나 기관력을 단지 소송법상의 구속력으로 파악하고 명문의 규정이 있는 경우에만 기관력의 확장을 인정하는 소송법설의 입장에서는 종속관계설에 포함되는 경우를 설명하기가 매우 어려워져 이를 설명하기 위해 기관력과는 다른 실체법적 효과로서 개념화된 것이 바로 반사효였다.⁷⁾

이렇듯 반사효라는 개념은 독일민사소송법상의 기관력 본질론의 논쟁 즉, 실체법설과 소송법설의 대립 안에서 나온 것이고, 실체법설에서는 기관력의 확장으로서 설명할 수 있었던 것을 소송법설에서는 잘 설명할 수 없는 것에서 유래된 것이다. 소송법설에서는 기관력의 확장으로서 설명할 수 없는 것을 반사효라는 개념으로 설명했던 것이고,⁸⁾ 기관력이 소송법상의 효력임에 대하여 반사효는 실체법상의 효력

여 후자를 Reflexwirkung라고 불렀다. Kuttner에 의하면 Nebenwirkung은 판결의 구성요건적 효력의 하위개념으로, 또한 기관력이 전적으로 공법상의 효력임에 비하여(소송법설), Nebenwirkung은 사법상의 권리변동으로서 사법의 영역에 속하는 것으로 판넬되었다. 즉, 기관력이 당사자가 아닌 제3자에 미치는 것이 아니라 어디까지나 실체법의 차원에 속하는 문제로 실체법의 해석으로부터 실체법상의 효과로서의 반사효를 도출한 것이다(Kuttner의 견해에 관한 자세한 사항은 木川統一郎, 判決の第三者に及ぼす影響, 法學新報(中央大學, 제65권1호), 1958 참조, 高田裕城, 反射效, 法學教室(제168호), 41면).

7) 최진호, "확정판결의 반사효와 유사필수적 공동소송", 저스티스(제86호), 한국법학원, 2005.8, 44~46면(영목정유, 고전유성).

8) 小林秀之, 新民事訴訟法, 判例タイムズ社, 2005, 657면 이하.

이라고 한다.

반사적 효력을 인정하려는 배경에는 다수 주체가 관련된 분쟁인데 분쟁의 통일적 해결의 요청과 실제법상의 규율과 판결에 의한 분쟁해결결과를 일치시키려는 의도가 자리 잡고 있고, 합리적인 시간절약의 요소, 즉, 법원의 부담회피라는 공익적인 요청도 포함되고 있다. 문제는 그 기준이 되는 실제법상의 의존(존속)관계가 애매한 데다가 그것만으로는 판결효를 제3자에게 미치게 할 근거의 설명으로는 불충분하다는 점이다.⁹⁾

3. 반사효개념의 인정요건

반사효개념이 인정되기 위해서는 제3자가 당사자와 실제법상의 의존관계가 있어야 하는데, 구체적으로 당사자가 소송에서 다투어지는 권리관계에 관하여 판결의 기준시에 판결내용과 같은 계약 또는 처분행위를 하였을 때에 제3자가 그에 따르는 지위에 있어야 한다고 한다.¹⁰⁾

4. 반사효개념의 문제점

일반적으로 반사효개념의 이론구성으로 유력하게 주장되는 의존(존속)관계설에 의하면 기판력은 그 소송의 변론종결시를 표준으로 하는 당사자간의 상대적 구속이라는 점에서, 마치 그 시점에 당사자간에 판결내용대로의 권리관계의 존부를 인정하는 계약이 있었던 것과 동일한 상태를 야기시킨다. 이러한 점에서 당사자간의 관련 처분행위에 의해 자기의 법적 지위가 영향을 받는 입장에 있는 제3자는, 당사자가 판결내용에 구속되는 것을 자기가 불리하게 승인하여야 하거나 혹은 자기에게 유리하게 원용할 수 있는 결과가 발생하게 된다.¹¹⁾

그러나 소송법상 상대적인 효력만을 갖는 판결에서 당사자간의 권리관계를 아무런 근거도 없이 실제법상의 처분행위와 동일시하는 점은 논리의 비약이 있는 것이다.¹²⁾ 즉, 실제법상으로는 의존(존속)관계의 효과를 인정할 수 있어도, 그것이 소송법의 범주에서는 판결효의 상대성으로 인하여 전제가 된 실제법상의 권리관계의 존

9) 堤 龍弥, “判決の反射的效力”, 民事訴訟法の争点, 法律學の争点ツリス 4, 2009.3, 242면.

10) 정동윤·유병현, 앞의 책, 739면.

11) 兼子一, 新修民事訴訟法體系, 酒井書店, 1968, 352면.

12) 三ヶ月章, 法律學全集35 民事訴訟法, 有斐閣, 1988, 35면; 新堂幸司, 「新民事訴訟法」(第2版補正版), 弘文堂, 2005, 637면.

재형식은 개별·구체적으로 판정될 것이다. 예컨대 보증채무의 부종성도 본래는 재판상, 주된 채무의 부존재가 보증인과의 관계에서 확정된 때 비로소 원용할 수 있는 근거가 있는 것이다.

단순히 실체법상의 의존관계에 있다는 것만으로는 판결의 효력을 당연히 제3자에게 미치는 이유가 되지 못하고, 이를 위해서는 새로운 소송법적 이유부여, 예컨대 민사소송법 제218조와 같은 확장사유가 필요한 것이다.¹³⁾

결국 이미 판결의 효력이 미치는 것을 전제로 하지 않으면 실체법상의 의존(종속)관계에 있는 제3자의 법률상 지위의 변동을 설명할 수 없는 반사효개념은 일종의 순환논법에 빠지게 되는 것이다.

III. 반사적 효력이 문제되는 경우

1. 보증채무의 부종성

채무자에 대하여 채권자가 원리금반환청구소송을 제기한 경우에 채무자의 보증인은 주채무자와 채권자간의 판결의 기판력을 직접 받지는 않지만, 채무자가 승소하여 채권자에게 변제할 필요가 없다면 보증채무의 부종성으로 인하여 보증인도 채권자에 대하여 채무자의 승소결과를 원용할 수 있다. 즉, 판결효는 보증인에게 유리하게 미친다. 그러나 보증채무는 주채무의 목적이거나 형태보다 중해진 때에도 주채무의 한도로 감축되므로(민법 제430조), 주채무자가 패소한 경우 그 판결의 효력을 보증인에게 확장시킬 수 없다.¹⁴⁾ 즉, 제3자가 불리한 경우에는 반사효가 미치지 않는다.¹⁵⁾

13) 吉村徳重, “判決效の擴張と手續權保障-身分訴訟を中心として”, 實體法と手續法の交錯[山木戸克己選歴記念](下), 有斐閣, 1978, 296면.

14) 보증 사례에 관하여 일본의 最高裁 昭和 51년(1976년) 10월 21일 선고 昭和 49(제1) 937호 판결의 내용을 살펴보면, 채권자가 주채무자와 보증인을 공동피고로 하여 소를 제기하자, 주채무자는 채무의 存否를 치열하게 다투었으나 보증인은 이를 다투지 않았고, 이에 법원은 변론을 분리하여 다투지 않는 보증인에 대하여는 채권자 승소판결을 선고하여 그 판결이 확정되었다. 그러나 주채무자와의 소송에서는 채권자가 패소하였다. 그 후 채권자가 보증인에 대한 승소판결에 터잡아 강제집행에 착수하자, 보증인이 주채무자 승소판결을 이유로 제기한 청구이의의 소가 위 판결의 사안이다. 이에 대하여 최고재판소는, ‘일반적으로 보증인이 채권자로부터의 보증채무 이행청구소송에 있어서 주채무자 승소의 확정판결을 원용함으로써 보증인 승소의 판결을 이끌어낼 수 있다고 해석된다고 하더라도, 보증인이 이미 보증인 패소의 확정판결을 받았을 때에는, 보증인 패소의 확정판결 후에 주채무자 승소의 판결이 확정되었다고 하더라도 동 판결이 보증인 패소의 확정판결의 기초가 된 사실심 구두변론종결시까지 생긴 사실을 이유로 한 것인 이상, 보증인은 위 주채무자 승소의 확정판

2. 합명회사 사원의 법적 지위

합명회사의 사원은 회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없을 때에는 연대하여 변제할 책임이 있고(상법 제212조 제1항), 사원이 회사채무에 관하여 변제의 청구를 받은 때에는 회사가 주장할 수 있는 항변으로 그 채권자에 대항할 수 있어(상법 제214조 제1항), 회사의 채무에 관한 사원의 법적 지위는 회사에 완전히 의존되어 있다. 따라서 합명회사가 받은 판결의 효력은 사원에 대하여 유리하게 또는 불리하게 미친다. 즉, 확정판결의 기판력의 존재는 변론종결시에 당사자간에 판결내용대로의 권리관계를 인정하는 계약 내지는 처분이 있는 것과 같은 상태로 된다고 보아 실제법상 당사자간의 처분행위의 결과를 받는 관계(당사자 일방과의 실제법상의 의존관계)에 있는 제3자는 당사자가 판결내용에 구속됨을 자기에게 불리하게 승인하여야 하거나 또는 자기에게 유리하게 원용할 수 있다고 보는 것이다.

3. 공유재산에 대한 공유자 상호간의 의존관계

공유자는 그 지분을 자유로이 처분할 수 있으므로(민법 제263조) 공유자들 사이에는 강한 독립성이 있다. 그러나 보존행위에 관하여는 각자가 단독으로 할 수 있기 때문에(민법 제265조 단서) 그 범위 내에서는 공유자 상호간에 실제법상 의존관계에 있다 할 것이다. 따라서 공유물이 제3자로부터 침해받은 경우에 공유자는 다른 공유자가 보존행위로서 공유물반환 또는 방해배제청구를 하여 제3자에 대해 승

결을 보증인패소의 확정판결에 대한 청구이의의 사유로 삼을 여지는 없다고 해석하여야 한다. 생각건대, 보증인이 주채무자 승소의 확정판결을 원용하는 것이 허용된다고 하더라도 이는 위 확정판결의 기판력이 보증인에게 확장되기 때문은 아니라고 해석하여야 하고, 또한 보증인은 보증인 패소의 확정판결의 효력으로서 그 판결의 기초가 된 사실심 구두변론종결시까지 제출할 수 있었음에도 제출하지 않은 사실에 터잡아서 더 이상 채권자의 권리를 다룰 수 없다고 해석하여야 하는바, 보증인 패소판결의 확정 후에 주채무자 승소의 확정판결이 있었다고 하더라도 그 승소의 이유가 보증인 패소판결의 기초가 된 사실심 구두변론종결 후에 생긴 사유에 터잡은 것이 아닌 한, 그 주채무자 승소판결을 원용하여 보증인 패소의 확정판결에 대한 청구이의사유로 삼는 것을 허용한다면 실질적으로는 위 보증인 패소의 확정판결의 효력에 의하여 보증인이 주장할 수 없는 사실에 터잡아 다시 채권자의 권리를 다루는 것을 용인하는 것에 다름 아니기 때문이다'라고 하여, 反射效를 인정하였다고 볼 수 있는 여지를 남기면서도 결론적으로는 청구이의의 소를 기각하였다(長谷部由起子 解説, 民事訴訟法判例百選(第3版), 有斐閣, 2003, 최건호, 앞의 논문, 51~53면에서 인용).

15) 정동운·유병현, 앞의 책, 740면.

소한 경우에는 다른 공유자는 반사효에 의하여 그 판결의 효력을 원용할 수 있다.

4. 그 밖의 경우

그 밖에 반사효가 인정되는 경우로는 ① 어느 연대채무자에 대한 채무면제는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자의 이익을 위하여 효력이 있으므로(민법 제419조) 다른 연대채무자는 그 부담부분에 한하여 면제를 자기에게 유리하게 원용할 수 있다.¹⁶⁾ ② 임대인과 임차인간에 행하여진 임차권존재확인판결은 전대인이 이를 유리하게 원용하여 임대인의 명도청구를 거절할 수 있다.¹⁷⁾ ③ 채무자와 제3자간에 채무자의 재산에 관하여 받은 판결의 효력은 그 채무자를 대위한 채권자대위소송의 채권자에게도 미친다.¹⁸⁾ ④ 채무자와 제3자 사이의 특정재산이 채무자에게 귀속하지 않는다는 것을 확정하는 판결이 채무자의 일반채권자에게 미치

16) 강현중, 앞의 책, 707면. 채무면제에 대하여는 반사효를 긍정하나, 상계에 대하여는 반사효를 부정한다. 한편 이와 관련하여 最高裁 昭和 53년(1978년) 3월 23일 선고 昭和 51(才) 348호 판결을 살펴보면, 부진정연대채무자 1인이 제출한 상계의 항변을 받아들인 확정판결의 효력이 다른 부진정연대채무자에게 미치는가에 대하여, '부진정연대채무자 중의 1인과 채권자 사이의 확정판결은 다른채무자에게 그 효력을 미치지 않고, 이는 확정판결의 기판력이 상계를 위하여 주장된 반대채권의 存否에 관하여 발생하는 경우에도 마찬가지라고 해석하여야 한다. 부진정연대채무자의 1인과 채권자 사이에 실제법상 유효한 상계가 이루어졌을 때, 이에 의하여 채권이 소멸한 한도에서 다른 채무자와 채권자 사이의 소송에 있어서 이 채무소멸을 인정하여 판결의 기초로 하기 위하여는 위 상계가 실제법상 유효하다는 점을 인정·판단하는 것이 필요하고, 상계의 당사자인 채무자와 채권자 사이에 그 상계의 효력을 긍정한 확정판결이 존재하는 경우라 하더라도 이 판결의 효력은 다른 채무자와 채권자 사이의 소송에 미치는 것이 아니라고 해석해야 한다'고 하여 이를 부정하였다(최건호, 앞의 논문, 51~53면에서 인용).

17) 김홍규·강태원, 앞의 책, 644면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 741면. 한편 일본의 경우 사안에 차이는 있지만, 最高裁 昭和 31년(1956년) 7월 20일 선고 昭和 29(才) 110호 판결은 임대차 및 전대차 관계에 관한 사례를 살펴보면, 임대인 A 소유의 토지를 임차인 B가 임차한 후 A의 동의를 얻어 C1, C2에게 전대하였고 전차인 C1, C2는 위 토지상에 건물을 소유하고 있었는데, B의[51] 차임미지급을 이유로 A가 임대차관계의 해지를 주장하며 B에 대하여는 토지인도를, C1에 대하여는 건물철거 및 토지인도를 구하는 소를 제기하여 전부 승소확정되었다. 원심판결은 위 확정판결의 반사적 효과로서 전차인 C2로부터 위 전차권 및 건물소유권을 양수하였다고 주장하는 상고인 P1, 전차인 C1으로부터 그 소유 건물을 임차하였다고 주장하는 상고인 P2 등은 위 확정판결의 취지에 반하여 A-B 사이의 임대차관계의 존속을 주장할 수 없다고 하였다. 이에 대하여 최고재판소는 상고인 등이 원심판결 실시와 같은 법률상의 구속을 받는다고 해석해야 할 법률상의 근거는 없다고 하였다(다만, 反射效를 긍정하는 견해도 이와 같은 사례에서는 反射效가 인정되지 않는다고 본다. 谷口安平, 口述 民事訴訟法, 成文堂, 1988, 366면; 奈良次郎, 判決效をぬぐる最近の理論と實務, 新實務民事訴訟講座 2, 日本評論社, 1981, 333면 注57) 등, 최건호, 앞의 논문, 51~53면에서 인용).

18) 이시윤, 앞의 책, 589면.

는 효력, ⑤ 파산법 제221조 제1항을 근거로 한, 파산채권자와 파산자 사이의 채권의 존재를 확정하는 판결이 다른 파산채권자의 이익권에 미치는 효력, ⑥ 집행채무자와 배당요구채권자 사이의 채권의 존부에 관한 판결이 다른 배당요구채권자의 이익권에 미치는 효력¹⁹⁾ 등이다.

IV. 반사적 효력의 인정근거

1. 서

반사효라는 개념은 19세기 중엽부터 20세기 초까지 독일에서 제창되어 발전되어 온 이론이다.²⁰⁾ 일본에서는 독일의 반사효이론을 도입한 이래 다수설이 이를 인정하여 왔다.²¹⁾ 그러나 최근에는 반사효라는 개념의 실익에 의문을 표시하고, 확정판결의 효력을 제3자에게 미칠 필요가 있다고 해도 기판력의 확장으로 처리하여야 한다는 견해와 전소판결의 존재는 이른바 사실효 내지 증명효의 문제로서 처리하여야 한다는 견해도 나오고 있다.

반사효를 인정할 것인가 또는 현실적으로 인정할 필요가 있는가에 대하여는 기판력의 본질론과 관련하여 다툼이 있다.

2. 반사효 부정설

1) 내용

기판력의 본질에 관하여 실체법설 내지 권리실재설을 취하는 학자들은 당사자간에 자유롭게 처분할 수 있는 권리관계에 관한 확정판결이 있다면 그 내용대로 권리관계가 실재화되고, 판결내용대로의 처분행위가 있는 것과 같게 된다고 한다. 즉, 실체법상 처분에 따를 의존관계에 있는 제3자는 그 판결의 존재에 구속되므로 반사적 효력이란 기판력의 확장에 불과하다고 하여 반사적 효력이라는 개념을 부정한다.²²⁾

19) 伊藤眞, 注釋民事訴訟法Ⅳ, 有斐閣, 1997, 448~449면.

20) 兼子一, 連帶債務者の一人の受けた判決の効果, 法協56卷7号, 民事法研究Ⅰ, 1950, 371면.

21) 堤龍弥, 앞의 논문, 242면.

22) 伊藤眞, 民事訴訟法Ⅰ, 有斐閣, 1995, 496면.

한편 기판력의 확장은 명문의 규정이 없는 한 이를 인정할 수 없기 때문에 이러한 실정법상의 명문규정이 없는 한 반사효라는 개념은 인정될 수 없고, 반사효가 문제되는 경우에는 분쟁의 상대적 해결의 원칙에 맡겨 두어야 한다고 한다.²³⁾ 즉, 입법론으로 제3자에게 기판력을 확장하는 것은 변론으로 하고, 해석론으로 판결의 반사효를 인정하는 것은 그 한계를 넘는 것이어서 인정할 수 없다는 것이다.²⁴⁾

또한 소송에서의 절차권 즉, 당사자권(또는 재판받을 권리)의 침해라는 이유에서도 반사효를 인정하는 것에는 신중을 기하여야 한다고 하고,²⁵⁾ 반사효는 당사자가 공모에 의하여 얻어진 전소판결에 대한 무효의 항변을 인정함으로써 필연적으로 발생하게 되는 소송지연에 대한 우려 등이 그 이유가 된다고 한다.²⁶⁾

이 견해에서는 반사효를 부정함으로써 생길 수 있는 실체법상의 모순은 극히 예외적인 현상일 뿐만 아니라 당해 법률관계에 관하여 개별소송을 허용한 데서 오는 불가피한 결과에 지나지 않고, 전소판결은 증거자료의 하나로 평가하면 족하다고 한다.²⁷⁾

2) 비판

이 견해에 대하여는 반사효는 실체법상의 효력이지만 소송상 이를 주장할 수 없게 한다면 매우 부당한 결론을 가져오기 쉽고 실체법과 조화되기가 어렵다고 비판된다. 예컨대 채무자가 채권자의 대여금청구소송에서 승소하여 대여금채무를 이행하지 아니하게 되었다라도 그 보증인이 채권자의 보증금청구소송에서 앞의 주채무자 승소사실을 원용하여 보증채무의 이행청구를 거절할 수 없게 한다면 주채무자와 보증인과의 관계는 필수적 공동소송의 지위에 있지 아니하므로 구구한 판결이 허용되어 보증인이 패소할 수도 있다. 그 경우에 보증인은 보증채무를 이행하지 아니할 수 없게 되고 그렇게 되면 보증인은 주채무자에게 구상청구를 할 수 있어 채무자는 채권자에 대한 관계에서 실질적으로 패소한 것이나 다름없는 이상한 결론에 이르게 된다고 한다. 그러므로 실체법과 소송법의 갭을 메우기 위하여는 반사효의 소송상 허용을 받아들이는 것이 바람직하다고 하여 반사효를 긍정하여야 한다고 한다.²⁸⁾

23) 三ヶ月章, 앞의 책, 35면.

24) 김상영, 앞의 논문, 56면.

25) 김용진, 민사소송법, 신영사, 2008, 506면.

26) 上村明廣, “確定判決の反射的效力と既判力擴張”, 民事訴訟の法理, 388면.

27) 伊藤眞, 앞의 책, 453면.

28) 강현중, 앞의 책, 706면.

또한 일반적으로 절차보장의 필요성은 기관력확장의 당부를 좌우한다고 할 수 있지만 그와는 차원을 달리하는 실체법적인 고려가 존재할 가능성도 있고, 바로 이러한 실체법적인 고려가 반사효를 기초지우는 근거였을 것이라고 하여 이 견해를 비판한다. 제3자의 재산권 또는 제3자에 대한 재산권이 다른 자의 의사, 다른 자와의 관계에 의하여 직접 좌우되는 것이 인정되는 경우, 즉 실체법상의 강한 부종성이 인정되는 경우에는 그 재산권을 지키기 위한 수단에 불과한 절차보장, 즉 재판을 받을 권리도 실체법이 제3자와의 관계에 의존하도록 하고 있다고 해석할 여지가 있으므로 반사효부정설은 타당하지 않다고 한다.²⁹⁾

3. 반사효 긍정설

가. 반사효설

이 견해는 크게 두 가지로 대별되는데, 먼저 기관력의 본질에 관하여 실체법설의 입장을 취하면서 실체법적 성질의 반사효를 긍정하는 견해와 이와는 정반대로 기관력의 본질에 관한 소송법설의 입장을 취하면서 소송법설의 부조화를 해소하기 위하여 반사효를 설명하는 견해이다.

(1) 실체법설의 입장을 전제로 반사효를 긍정하는 견해

기관력의 본질에 관하여 실체법설 또는 실체법설에 가까운 입장을 취하면서 실체법적 성질의 반사효를 긍정하는 견해인데, 권리실재설을 전제로 반사효를 근거지우고 이를 비교적 넓게 인정하려는 경우³⁰⁾ 이외에도 확정판결은 법원이 구체적 사실에 실체법을 적용한 것으로서 그 본질상 일정내용의 실제적 법률관계를 창설하는 것이라고 하고, 제3자의 입장에서 그와 같은 사태는 당사자 사이의 자유처분에 의한 실체법적 법률상태의 새로운 변동으로서 평가되지 않으면 안 되기 때문에 당사자의 일방이 그 제3자에 대하여 기존의 실체법질서에 비추어 위 변동을 원용할 수 있는 권능을 가질 때에는 판결에 의하여 창설된 구체법도 원용할 수 있어야 한다는 견해이다.³¹⁾

이 견해는 제3자가 소송당사자와 특수한 의존관계에 있는 경우, 타인간의 확정판

29) 山本和彦, 民事訴訟法の基本問題, 判例タイムズ社, 2002, 176~177면.

30) 兼子一, 앞의 책, 352면.

31) 木川統一郎, 앞의 책, 551면.

결의 기판력은 확장받지 않으나 당사자가 확정판결의 내용에 구속되어 실제법상 일정한 지위를 취득하거나 상실한 것과 같은 상태에 있는 경우에 제3자에게 반사적으로 유리하게 또는 불리하게 영향을 미치는 실제법상의 효력을 반사효라고 한다.³²⁾

한편 반사효를 기판력과 동일시하거나 그 구분을 중시하지 않는 경향에 대하여 실제법적인 효과로서의 순수한 반사효와 기판력의 확장으로서의 효과를 구별하여 반사효가 문제되는 경우마다 개별적으로 고찰하여야 한다고 하면서, 실제법상의 효과로서의 순수한 의미에서의 반사효가 인정되는 것은 위에서 설명한 반사효가 문제되는 사례 중 보증채무의 부종성의 경우와 합명회사의 경우처럼 실제법이 2개의 채무간에 태양면이나 견련성을 인정하고 있는 경우에 한정되고, 나머지의 경우는 기판력이 확장되는 것이나 기판력의 확장조차도 부정된다고 하는 견해³³⁾도 있다.

(2) 소송법설의 입장을 전제로 반사효를 긍정하는 견해

기판력을 소송법상의 구속력으로 보는 소송법설에서는 기판력을 순수하게 소송법상의 효력으로 파악하고, 기판력에 실제법상의 권리변동의 효과를 인정하지 않는다. 따라서 당사자와 제3자에게 판결의 효력을 미칠 필요성을 인정하더라도 그것을 기판력의 확장으로 보는 것은 곤란하고, 이러한 경우에는 반사효를 특수한 효력인 법률요건적 효력의 일종으로 보아 실제법상의 효력으로서의 반사효개념을 인정한다.³⁴⁾ 우리나라에서 이 견해³⁵⁾를 따르는 학자들은 우리 판례³⁶⁾도 반사적 효력을 인

32) 兼子一, 民事訴訟法, 弘文堂, 1991, 171면; 鈴木正裕, 「演習民事訴訟法」, 有斐閣, 1982, 221면; 石川穰, 新民事訴訟法, 東京大學出版會, 1993, 255면.

33) 山本和彦, “反射效”, 民事訴訟法の基本問題, 判例タイムズ社, 1998.10, 57면.

34) 이에 대하여 확정판결의 존재가 기판력 외에도 일정한 실제법 또는 소송법상의 법률효과를 발생시키는 효력을 법률요건적 효력이라고 보는 견해로는 윤진수, “채권자가 채무자에 대하여 받은 패소판결이 채권자대위소송에 미치는 법률요건적 효력”, 판례월보(제274호), 판례월보사, 1993.7, 7면 이하.

35) 김홍규·강태원, 앞의 책, 645면; 이시윤, 앞의 책, 589면; 송상현·박익환, 민사소송법, 박영사, 2008, 476면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 741면; 전병서, 민사소송법강의, 법문사, 2003, 685면; 양병희, “기판력의 주관적 범위에 관한 소고”, 일감법학(제1권), 건국대학교법학연구소, 1996.8, 97면에서는 반사적 효력은 그 이론에 있어서 기판력의 확장과 무엇이 다른가, 실제법상 의존관계가 있는 것만으로 판결의 효력이 미치는 것을 충분히 설명할 수 있는가, 그리고 어떠한 경우에 반사적 효력이 생기는가 하는 그 범위에 관한 문제를 앞으로 좀 더 검토해 보아야 한다고 한다.

36) 대판 1979. 3. 13, 76다688; 대판 1992. 5. 22, 92다3892. 이 경우는 이미 판결을 받은 채무자와 실제법상 대위권이란 특수한 의존관계에 있는 채권자에게 판결의 효력이 불이익하게 영향을 미치는 경우라고 할 것이다. 다시 말하면 이는 제3자에 대한 기판력의 확장이 아니라 채무자가 제3자와의 사이에 책임재산의 귀속에 관한 소송에서 패소확정되었을 때에 채무자

정하고 있다고 한다.

(3) 비판

이 견해에 대하여는 반사효라는 개념은 기판력과 같은 효력 또는 실정법상의 근거가 없다는 비판과 함께 법원이 공권적으로 판단한 내용을 당사자간에 그 내용대로 권리관계를 처분하는 것으로 보는 것은 지나치게 의제적이고 논리의 비약이라고 비판된다.³⁷⁾

이 견해에 대하여는 정작 소송당사자는 기판력을 받아 소송법적 효력만을 받는 데, 직접 당사자가 아닌 제3자가 반사효라는 실체법적 효력을 받는 것은 판결효의 확장근거로서 불충분하고 주객이 전도되었다는 점에서 난점이 있다고도 한다.

또한 당사자가 공모하여 소송을 진행시 항변을 하는 경우 그 항변을 허가하는 것은 심리의 분류와 지연을 초래하는 결과가 되고, 제3자와의 관계에서는 새로운 변론과 증거조사를 진행하여 별도로 실체관계의 확정하는 것이 심리의 명료성을 기할 수 있는 이유이기 때문에 이 견해는 타당하지 못하다고 한다.

더불어 과거에 독일에서도 이 이론이 주장되었으나 위와 같은 비판을 받아 사라졌고, 오늘날 반사적 효력이란 말은 오히려 법률요건적 효력과 같은 의미로 사용되는 것³⁸⁾도 이 견해가 타당하지 못하다는 것이 증명된 것이라고도 한다.³⁹⁾

와 실체법상의 의존관계에 있는 일반채권자가 이를 승인하지 않을 수 없는 결과로 불리한 영향이 가는 반사적 효력이라고 한다(이시윤, 앞의 책, 553면). 그러나 호문혁 교수는 이러한 판례는 모두 채무자가 제3채무자를 상대로 소송하여 확정판결을 받은 뒤에 채권자가 대위소송을 하는 사안인데, 그 중에서 반사적 효력을 인정한다고 명언하는 것은 없고, 오히려 동일소송여부를 기준으로 삼거나, 제3자의 제소가 기판력에 저촉됨을 명언하고 있어 이러한 효력을 기판력과 구별되는 반사적 효력으로 본다는 의식은 없는 것으로 보인다고 한다. 오히려 이 판결들은 명언에도 불구하고 그 의미를 채무자가 제3채무자를 상대로 소송을 하여 이미 확정판결을 받았으면 채권자에게는 실체법상 대위권이 발생하지 않은 것이라고 새긴다면 그것은 반사적 효력이 아니라 법률요건적 효력에 해당한다고 한다(호문혁, 민사소송법, 법문사, 2006, 643면). 한편, 대판 1991. 12. 27, 91다23486 판결에서는 수인의 채권자가 채권자대위소송을 하는 경우에 채권자 상호간에는 반사적 효력을 받는 관계이기 때문에 유사필수적 공동소송이라고 본다(이시윤, 앞의 책, 553면). 이에 대하여 단순히 채권자대위제도의 성질상 당연한 결론이며 기판력의 확장이라는 견해(정동윤·유병현, 앞의 책, 741면)도 있다.

37) 김상영, 앞의 논문, 51면.

38) O. Jauernig, Zivilprozessrecht, 28, Aufl., München ; C·H·Beck, 2003, §61 IV; G. Lüke/P. Wax, a.a.O., 2000, Rdrr. 344.

39) 호문혁, 앞의 책, 643면.

나. 기판력확장설

(1) 내용

독일의 통설로서 제3자가 당사자와 실체법상의 의존관계에 있는 경우에는 기판력의 표준시 이후의 승계규정을 유추·적용하여 당사자 사이의 기판력을 제3자에게 확장할 수 있다는 견해이다.⁴⁰⁾

이 견해는 기판력의 본질을 소송법설로 파악하여 판결의 제3자에 대한 효력(예컨대 표준시후 승계인에 기판력이 미치는 경우⁴¹⁾)을 모두 실체법상의 효과인 반사효에 지나지 않는다고 보는 입장이다. 따라서 판결의 반사적 효력에 기판력이 확장된다는 규정이 누락된 것은 입법의 불비라고 주장한다.

또한 기판력과 반사효의 차이 중에는 특히, 반사효는 당사자가 공모하여 소송을 진행하는 경우에 이를 이유로 판결의 무효를 주장할 수 있는 점에서 반사효를 받는 제3자에게도 기판력을 확장받는 제3자와 같이 사해소송에 관한 사전·사후의 구제가 허용된다고 한다. 그리하여 만약 이것이 인정되면 기판력을 확장받는 제3자와 같은 절차상의 지위가 보장되고, 기판력확장과 달리 반사효를 인정하는 이유가 없으므로, 실체법상의 의존관계가 인정되는 경우에는 제3자에 대한 기판력의 확장을 인정하여도 좋다고 한다.

이 견해에서는 반사효의 실질적 근거를 당사자 일방과 제3자간에 실체법상의 의존관계가 있는 한, 양자의 지위를 어느 정도 일체화시켜 제3자 또는 상대방 당사자의 별소에 의한 소송행위의 가능성을 부정하여도 그것은 판결효의 안정성의 요구와의 관계에서 판결효를 제3자에게 확대시키는 것이 된다고 한다. 다만, 이 경우에 반사효에서는 기판력을 받는 제3자에게 전소에 참여하여도 피참가인의 소송행위와 저촉하는 소송행위를 할 수 없다고 하는 점에서 기판력을 확장받는 제3자와 비교하여 절차보장이 충분하지 않다고 한다.

그럼에도 불구하고 판결효의 확대를 인정하는 경우에는 예컨대, 기판력의 경우와 달리 당사자가 공모하여 소송을 진행하는 경우에 이를 이유로 판결의 무효를 주장

40) A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1985, §93 III; F. Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen, 22. Aufl., Mohr Siebeck, 2003, §325 Rdnr. 92ff. 원칙적으로 실체법적 의존관계가 있어도 기판력의 주관적 범위를 법 규정보다 더 확장하는 것은 반대하면서도 이러한 개별적인 경우에 확장을 긍정한다.

41) 이에 대한 자세한 내용은 이정환, “변론종결후 승계인에 대한 기판력의 확장”, 원광법학(제25권2호), 원광대학교법학연구소, 2009.6 참조.

할 수 있는 형태로 기관력보다도 약해진 판결효로서 반사효가 구성된다고 볼 수 있다는 것이다.

이 견해는 실체법상의 종속관계로부터 바로 기관력의 확장을 인정하는 것이 아니라 소송법적 관점에서도 기관력의 확장이 정당화될 수 있는지를 검토한다는 특색이 있다.⁴²⁾

(2) 비판

이 견해에 의하면 소송의 승패에 불구하고 의존관계에 있는 제3자에게 판결의 효력이 미치게 된다. 그러나 실체법상 의존관계가 있다는 이유만으로 제3자에게 기관력을 미치게 하는 것은 기관력의 상대성의 원칙⁴³⁾에 반한다고 비판된다.⁴⁴⁾

또한 이 견해에 대하여는 명문의 규정없이 해석에 의한 기관력의 확장을 인정한다는 부정설로부터의 근본적인 비판 이외에도, 경우에 따라서는 제3자에게 유리한 편면적인 기관력의 확장만을 인정함으로써, 예컨대 채권자가 전소에서 승소한 경우에는 기관력이 당사자 사이에만 미침에 대하여 패소한 경우에는 기관력이 보증인에게도 미치는 결과가 되어 패소한 당사자에게 매우 불공평한 결과가 된다⁴⁵⁾는 비판이 가해진다.

뿐만 아니라 주채무자와 보증인이 공동피고가 되었을 경우 그 공동소송의 형태에 관하여 매우 복잡한 규율이 필요하게 된다고 하는데, 이 견해를 취하는 학자의 대부분이 일방 당사자와 반사효(기관력의 확장)를 받는 제3자가 공동피고가 되었을 경우의 공동소송형태를 통상공동소송이라고 설명하고 있어 상호 모순된다고 비판된다.⁴⁶⁾

42) 최건호, 앞의 논문, 49면.

43) 미국에서도 제3자가 다른 사람들 사이의 판결을 자기에게 유리하게 인용할 수 있는지에 대하여 우리나라와 마찬가지로 원칙적으로 판결에 구속되는 당사자만이 판결의 효력을 인용할 수 있었는데 이를 상호성(mutuality)의 원칙이라고 한다. 그런데 1942년 캘리포니아주 최고법원은 Bernhand case에서 상호성의 원칙을 버리고 제3자에 의한 판결효의 인용을 인정하였다. 이 원칙을 Bernhand doctrine이라고 하는데, 연방최고법원도 1971년 이 원칙을 승인하여 상호성의 원칙을 부정하였고, 미국의 각급법원은 모두 상호성의 원칙을 부정하는 방향으로 나아가고 있다(Blonder-Tongue Laboratories v. University of Iuiois Foundation 402 U.S. 313, 91SCt, 1434(1971)사건, 강현중, “판결의 파생적 효력”, 사법행정, 1986.12, 64면).

44) 강현중, 앞의 논문, 59면; 後藤男, “反射的 效力”, 民事訴訟法の争点, 法律學の争点ツリス 4, 2009, 284면; 中野貞一郎/松浦馨/鈴木正裕, 앞의 책, 490면; 吉村德重, “判決の反射的效力”, 學說展望 ツユリト300號 記念特輯, 1964, 264면.

45) 山本和彦, 앞의 논문, 190면; 松本博之, “反射的效力論と既判力擴張論, 民事訴訟法理論の新たな構策(新堂幸司古稀祝賀), 417면; 吉村德重, 앞의 논문, 265면.

다. 판결효원용설

(1) 내용

근래에는 반사효를 제3자에 의한 판결효의 원용으로 설명하는 견해도 주장되고 있다.⁴⁷⁾ 이 견해에서 반사효는 판결효의 제3자에의 확장의 측면이 있고, 실체법적인 안정성 및 구속되는 제3자의 절차보장이나 당사자간의 공평·신의칙을 고려할 필요가 있다고 한다. 또한 기판력의 근거와 공통성이 있는 것도 판결효의 원용이라는 사고의 정당성을 근거있게 하는 것이라고 한다.

전형적인 보증채무의 사례를 생각해 보면, 주채무자에게 패소한 채권자는 주채무의 존부에 관하여 충분히 다툴 기회가 있었기 때문에 상대방을 변경하여 다시 다투는 것은 불공평하고, 보증인에 관하여는 주채무자 승소의 판결효를 원용하여 그의 절차보장을 문제 삼을 필요는 없다고 한다.

이 견해에서는 제3자에 의한 판결효의 원용을 고려하는 것이 반사효를 명쾌하게 설명할 수 있고 절차보장이나 당사자의 공평에 합치한다고 한다. 하지만 이것이 실체법상의 의존관계가 있는 범위와 반드시 일치하는 것은 아니라고 한다. 예컨대 제3자에게 불리하게 미치는 경우에는 대표관계 등 특수한 관계가 존재하지 않는 한 인정되지 않고 보증채무에 채권자가 먼저 보증인을 소의 주채무부존재에 의해 패소된 경우에도 주채무자는 반사효를 채권자에게 주장할 수 없다면 불공평하다고 한다.

이처럼 반사효이론은 실체법상의 의존관계로부터 출발한 역사적 경우가 문제를 복잡하게 하고 있고, 실체법상의 효과가 있다면 실체법상에 대응규정이 없는 것도 잘못이며, 개별소송을 인정하는 한 실체법상의 모순은 분쟁해결의 상대성에서 어느 정도 발생할 수 있기 때문에 제3자에 의한 판결효의 원용을 고려하여야 한다고 한다.⁴⁸⁾

(2) 비판

이 견해에 대하여는 권리의 실재화를 근거로 하는 반사효를 인정하더라도 기판력

46) 後藤男, 確定判決の反射的效力, 判例タイムズ社, 1977, 17면.

47) 小林秀之, 앞의 책, 396면; 新堂幸司, 앞의 책, 673면도 반사효가 제3자에게 이익을 미치는 경우에는 이것에 유사하게 설명한다.

48) 伊藤眞, 앞의 책, 521면에서 반사효부정설의 이유로서 이러한 점을 열거한다.

에 의한 권리의 실재화는 대세적인 것이 아니라 당사자간에 한정된 것이며, 제3자에 대하여 이와 같은 제도적 구속력을 인정하는 것은 지나친 것이라고 비판된다.⁴⁹⁾

라. 기관력의 제3자효설

이 견해는 기관력이 원칙적으로 당사자에게만 미친다고 하더라도 제3자가 그 판결을 존중할 것을 기대하는 것은 정당하다는 전제에서 출발하여 이른바 상대적 확정절대적 통용을 인정하자고 한다. 그리하여 당사자 사이에서 확정된 권리나 법률관계는 제3자도 그 자체로서 승인하여야 한다고 한다. 즉, 제3자는 기관력 있게 확정된 권리를 자기 것이라고 주장하는 것은 허용되지만, 기존의 당사자 사이에서 누가 권리자인가에 관하여는 확정판결의 내용을 승인하여야 한다는 것이다.

이러한 제3자효는 확정판결의 내용과 어긋나는 내용의 권리를 자기를 위하여 주장해도 아무런 지장이 없다는 점에서 기관력의 제3자에 대한 확장과는 구별된다고 한다.⁵⁰⁾

이 견해에서는 제3자가 다른 소송에서 판결로 확정된 권리를 실체법적 법률요건으로 받아들여야 하며, 법원은 이러한 권리관계를 가급적 기정사실로 받아들여서 모순없이 판단하는 것이 바람직하다는 것이다.

(2) 비판

이 견해에 대하여는 이러한 효력을 하나의 소송법적 효력이라고 본다면 제3자는 그 소송에서 자기주장을 펼칠 기회를 갖지 않았음에도 불구하고 이러한 구속력을 받게 되어 부당하다고 비판된다.

단, 이러한 효력을 인정하려면 적어도 법적인 근거가 있어야 할 것이므로 타인 사이에서 받은 판결은 오로지 그 내용 자체로써 실체법상 연관이 있는 하나의 기정사실로 받아들이는 것에 그쳐야 할 것이라고 한다.⁵¹⁾

마. 이익형량설

49) 後藤男, 앞의 책, 17면.

50) K. H. Schwab, Rechtskrafsterreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZZ 77, 124, 160.

51) L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München ; C·H·Beck, 2004, §155 Rdnr. 35.

이 견해는 당사자의 절차보장이라는 입장에 근거하여 반사효가 제3자에게 불리하게 미칠 때에는 패소당사자의 재판청구권의 침해정도와 승소당사자와 제3자와의 사이에서 분쟁이 거듭됨으로써 초래되는 제반손해정도를 구체적으로 비교형량하여 제3자의 반사효 주장허부를 결정하여야 한다고 한다.⁵²⁾

한편, 순수한 반사적 효력인가 아니면 기판력의 확장인가는 변론으로 하고, 당사자간의 이해상황을 자세하게 형량하면서 실질적으로 타당한 결론을 도출하려는 것으로서 결국 일정한 경우에는 판결효의 확장을 인정하려는 견해⁵³⁾도 있다.

4. 검토

이상에서는 판결의 효력이 제3자에게 미치는 반사효를 인정해야 한다는 견해와 부정해야 한다는 견해에 대한 학설의 대립을 기판력의 본질과 연관하여 검토해 보았다.

확정판결의 제3자에 대한 효력에 관한 논쟁은 기판력의 본질을 실체법설로 설명하면 일어나지 않는 문제이나, 소송법설을 취하는 한도 내에서는 반사효라는 애매한 개념으로 처리하는 것은 곤란하다. 물론 실체법설을 취하면서도 반사효를 긍정하는 견해가 있기는 하나, 일반적으로는 이를 소송법설로 설명하다보니 여기에는 포함되어 있지 않은 부분들이 생겨서 여러가지 기교적으로 무리한 설명을 하게 되는 것이다.

각 학설마다 주장되는 내용에는 논리의 일관성이 있어 보인다. 하지만 반사효를 실체법상 효력이라고 하여 소송상 전혀 이를 주장할 수 없게 한다면 매우 부당한 결론을 가져오기 쉽다.

예컨대 보증채무의 부종성에서 채무자가 채권자의 대여금청구소송에서 승소하여 대여금채무를 이행하지 아니하게 되었다라도 그 보증인이 채권자의 보증금청구소송에서 앞의 주채무자 승소사실을 원용하여 보증채무의 이행청구를 거절할 수 없게 한다면 주채무자와 보증인간의 관계는 필수적 공동소송의 지위에 있지 아니하므로 구구한 판결이 허용되어 보증인이 패소함으로써 보증채무를 이행하지 아니할 수 없게 되고, 그렇게 되면 보증인은 주채무자에게 구상청구를 할 수 있어 채무자는 채권자에 대한 관계에서 실질적으로 패소한 것이나 다름없는 이상한 결론에 이르게 된다. 이와 같은 현상은 소송법과 실체법의 갭(Gap)에서 오는 부득이한 것이라 하

52) 新堂幸司, 앞의 책, 673면.

53) 高橋宏志, 「重点講義民事訴訟法(上)」, 有斐閣, 2007, 636면; 新堂幸司, 앞의 책, 673면.

더라도 그 잦을 매우기 위해서는 반사효의 소송상 주장을 되도록 허용함이 바람직할 것이다.⁵⁴⁾

다만, 그 인정근거가 문제되는데 실체법설 또는 소송법설의 입장은 별론으로 하더라도 실체법규의 해석에 의하여 반사효를 긍정하는 반사효설이 기본적으로는 타당하다고 하겠다.

물론 어떠한 형태로든 판결효의 제3자에 대한 확장으로 귀결되는 예외를 인정할 경우 많은 문제점에 직면하게 될 가능성은 부인할 수 없을 것이다. 근본적으로는 판결효의 영향을 받는 제3자의 범위가 달라질 뿐만 아니라 제3자에게 미치는 반사효의 내용도 달라져 그 기준이 애매한 점, 전소에서 원고의 청구 중 일부만 인용되고 나머지는 기각되었을 경우의 구속력의 범위,⁵⁵⁾ 판결이유 중의 판단에 구속력을 인정하지 않으면 판결효의 확장을 인정하는 의미가 없게 되는 사안이 있을 수 있다는 점 등이 그 예의 일부이다.

그러나 민법 제433조나 제419조, 제263조, 제265조, 상법 제212조 및 제214조와 같은 실체법상의 근거가 있고, 위와 같은 문제점이 예상되지 않는 전형적인 사례에서는 반사효를 긍정하여도 무방하다⁵⁶⁾고 생각한다.

V. 반사적 효력의 특색

1. 반사효와 법률요건적 효력의 차이

반사효설에 의하면 반사적 효력은 법률요건적 효력과 본질적으로 같다고 한다. 그러나 양쪽을 엄밀하게 관찰하면 법률요건적 효력은 민법 등의 명문규정에 의하여 인정되므로 그 법률효과가 명확함에 대하여 반사효는 실체법상의 의존관계라고 하는 이론에 의하여 인정되므로 그 법률효과가 명확하지 못하다.

또한 법률요건적 효력은 판결의 존재를 요건으로 함에 대하여 반사효는 판결내용이 문제되고, 법률요건적 효력은 유리·불리가 문제되지 않는 단정적 효과임에 대하여 반사효는 유리·불리를 고려하여 그 효과를 정한다는 차이점이 있다.⁵⁷⁾

54) 강현중, 앞의 논문, 61~62면.

55) 이 문제는 기관력확장설에 대한 비판이지만 기관력확장설에만 국한된 문제는 아니라고 한다(松本博之, 앞의 논문, 418면).

56) 최건호, 앞의 논문, 55~56면.

57) 강현중, 앞의 책, 706~707면.

2. 반사효와 기판력과의 차이

반사효설에 의하면 반사적 효력은 그 본질이 실체법적 효력이므로 소송상의 효력인 기판력과의 관계에서 다음과 같은 특색이 있다.⁵⁸⁾

① 기판력은 소송법설을 전제로 할 때 소송법상의 효력으로 항변을 소송상 실권시킬 뿐이다. 반면에 반사효는 사법상으로도 항변을 원용할 수 없게 하는 실체법상의 효력이다.

② 기판력은 소송법상의 효력으로서 당사자의 주장과 무관한 법원의 직권조사사항이다. 반면에 반사효는 사법상의 효력으로서 그 사법적 성질을 반영하여 변론주의의 적용을 받으므로 이에 의하여 이익을 받을 제3자의 원용에 의하여 비로소 고려할 사항이다. 그러므로 자백도 유효하다.

③ 기판력을 받는 자는 공동소송적 보조참가를 할 수 있다. 반면에 반사효를 받는 자는 공동소송적 보조참가가 아닌 통상의 보조참가 밖에 할 수 없다.

④ 당사자가 공모하여 소송을 진행하는 경우에 이를 이유로 판결의 무효를 주장할 수 없다. 반면에 이런 경우에 반사효를 받는 자는 무효를 주장할 수 있다.⁵⁹⁾

⑤ 기판력의 확장은 통상 집행력의 확장을 동반한다. 그러나 반사효는 사법상의 권리변동력이 있고 그 권리변동의 결과에 대하여는 모든 사람이 일반적 승인의무를 지기 때문에 대세적 효력이 인정되고, 급부판결인 경우에도 집행력의 확장과는 무관하다.⁶⁰⁾

⑥ 기판력은 판결이 제3자에게 유리한지 불리한지를 불문하고 확장한다. 반면에 반사효에서는 의존관계의 태양에 따라서 유리 또는 불리하게 확장한다.⁶¹⁾

⑦ 기판력은 판결주문에 관해 발생한다. 반면에 반사효는 판결이유중의 판단에도 생긴다.

3. 반사효이론의 효용

58) 高橋宏志, 앞의 책, 637면.

59) 한편, 대판 1975. 8. 19, 74다2229 판결에서는 채무자와 제3자간의 소송이 양자간의 허위통정에 의하여 채무자의 불출석으로 자백간주된 판결이라 하여도 피대위자인 채무자의 입장에 서서 채무자와 제3자간의 판결의 효력을 부인할 수 없다고 하여 이와는 반대 입장이다.

60) 鈴木正裕, 既判力の擴張と反射的效果(2), 神戸法學雜誌(第10卷1号), 有斐閣, 1960, 78면~82면; 이해진, "판결의 반사효에 관한 고찰", 민사법학의 제문제, 1990.5, 327면.

61) 鈴木正裕, 判決の反射的效果, 判例タイムズ社, 1971, 5~6면.

반사효이론의 효용으로는 첫째, 판결의 상대효의 원칙을 당사자 및 제3자를 포함한 이해관계인의 절차보장과 법적 안정의 이익형량적인 관점에서 해석론적·입법론적으로 재검토하는 계기를 마련해 준 점, 둘째, 소송법상의 개별문제의 상호관계를 다시 논하는 계기가 되고 실체법과 소송법의 관계를 소송목적론으로 돌아가 고찰하는 좋은 자료를 제공한 점 등을 들 수 있다.

VI. 결어

반사효는 기판력과 달리 명문의 규정이 없는 판결효이고, 견해에 따라 이론이 있긴 하지만 판례에 의하여 정면으로 승인된 것도 아니다. 하지만 살펴본 바와 같이 이러한 구속력을 인정하지 않으면 상호모순이 되는 분쟁해결이 되는 경우가 있을 것이다. 따라서 분쟁의 통일적 해결의 필요성이라는 관점에서 반사효를 어느 정도는 인정하여야 할 것이다.

하지만 이 문제에 관하여는 당사자간의 판결의 기판력이 이해관계 있는 제3자에게도 미치는가, 아닌가의 문제로 접근하는 것이 올바른 접근방법이다. 즉, 기판력이 미치는지의 판단에 있어서는 불이익을 받는 자에게 절차보장이 확보되었는가, 그리고 이러한 경우 제3자가 소송에 동의(적합)하는가, 제3자에게 소송에서의 관여기회 등이 충분히 보장되었는가(예컨대, 공동소송적 보조참가의 가부 등) 등이 고려되어야 할 것이다.

단, 당사자의 절차보장이나 합리적 기대의 관점에서 그 범위를 음미하고 당사자가 예측하지 못한 구속력까지 인정할 필요는 없을 것이다.

이와 병행하여 향후 실체법설을 재평가할 필요는 있을 것이고,⁶²⁾ 반사적 효력의 본질이나 기판력과 차이 등에 관한 충분한 규명과 보완은 필요하며, 지속적인 연구 및 검토를 통하여 실체법상의 의존관계가 있을 때에 제3자에게 반사적 효력을 미치게 하여 분쟁을 통일적으로 해결할 실천적 필요가 절실하다고 생각한다.

주제어 : 반사적 효력, 법률요건적 효력, 반사효설, 기판력확장설, 판결효원용설

62) 호문혁, 앞의 책, 644~645면.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004.
김용진, 민사소송법, 신영사, 2008.
김홍규·강태원, 민사소송법, 삼영사, 2008.
송상현·박익환, 민사소송법, 박영사, 2008.
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2010.
전병서, 민사소송법강의, 법문사, 2003.
정동윤·유병현, 민사소송법, 법문사, 2010.
호문혁, 민사소송법, 법문사, 2006.
강현중, “판결의 파생적 효력”, 사법행정, 1986.12.
김상영, “민사확정판결의 반사적 효력”, 고시연구(제307호), 고시연구사, 1999.10.
양병희, “기판력의 주관적 범위에 관한 소고”, 일감법학(제1권), 건국대학교법학연구소, 1996.8.
윤진수, “채권자가 채무자에 대하여 받은 패소판결이 채권자대위소송에 미치는 법률요건적 효력”, 판례월보(제274호), 판례월보사, 1993.7.
이정환, “변론종결후 승계인에 대한 기판력의 확장”, 원광법학(제25권2호), 원광대학교법학연구소, 2009.6.
이해진, “판결의 반사효에 관한 고찰”, 민사법학의 제문제, 1990.5.
최건호, “확정판결의 반사효와 유사필수적 공동소송”, 저스티스(제86호), 한국법학원, 2005.8.

2. 외국문헌

- 兼子一, 新修民事訴訟法體系, 酒井書店, 1968.
兼子一, 民事訴訟法, 弘文堂, 1991.
高橋宏志, 「重点講義民事訴訟法(上)」, 有斐閣, 2007.
吉村徳重, “判決效の擴張と手續權保障-身分訴訟を中心として”, 實體法と手續法の交錯[山木戸克己還歴記念](下), 有斐閣, 1978.

- 吉村徳重, “判決の反射的效力”, 學說展望 ヅェリト300號 記念特輯, 1964.
- 木川統一郎, 民事訴訟法の主要問題講義, 成文堂, 1993.
- 木川統一郎, 判決の第三者に及ぼす影響, 法學新報(中央大學, 제65권1호), 1958.
- 山本和彦, 民事訴訟法の基本問題, 判例タイムズ社, 2002.
- 山本和彦, “反射效”, 民事訴訟法の基本問題, 判例タイムズ社, 1998.10.
- 三ヶ月章, 法律學全集35 民事訴訟法, 有斐閣, 1988.
- 石川穰, 新民事訴訟法, 東京大學出版會, 1993.
- 新堂幸司, 「新民事訴訟法」(第2版補正版), 弘文堂, 2005.
- 小林秀之, 新民事訴訟法, 判例タイムズ社, 2005.
- 鈴木正裕, 既判力の擴張と反射的效果(2), 神戸法學雜誌(第10卷1号), 有斐閣, 1960.
- 鈴木正裕, 「演習民事訴訟法」, 有斐閣, 1982.
- 鈴木正裕, 判決の反射的效果, 判例タイムズ社, 1971.
- 伊藤眞, 注釋民事訴訟法IV, 有斐閣, 1997.
- 伊藤眞, 民事訴訟法 I, 有斐閣, 1995.
- 堤 龍弥, “判決の反射的效力”, 民事訴訟法の争点, 法律學の争点ツリズ 4, 2009.3.
- 中野貞一郎/松浦馨/鈴木正裕, 「民事訴訟法講義」, 有斐閣, 1980.
- 後藤男, “反射的 效力”, 民事訴訟法の争点, 法律學の争点ツリズ 4, 2009.
- 後藤男, 確定判決の反射的效力, 判例タイムズ社, 1977.
- A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin/Göttingen /Heidelberg, 1985.
- O. Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl., München ; C·H·Beck, 2003.
- G. Lücke/P. Wax, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Aufl., München ; C·H·Beck, 2000.
- L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München ; C·H·Beck, 2004.
- K. H. Schwab, Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZZ 77.
- F. Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen, 22. Aufl., Mohr Siebeck, 2003.

<抄録>

判決の反射的效力

リジョンホアン

いわゆる判決の反射的效力とち、①確定判決の法的效力のうち、既判力・執行力・形成力のような判決本来の内容上の效力ではなく、②一定内容の判決が確定したこと付して随して生じるとされる效力(付随効と呼ばれる)の一つと位置づけられているものであるが、特別の法規定ではなく、③法理論によって認められ、④当事者と特殊な関係(実体法上の依存関係)にある第三者に生じるとされる效力(実体法上の效力か訴訟法上の效力かについては論議があり、後者と解すると判決効の主観的範囲の拡張)をいう。

第三者が直接に判決の既判力を受けるわけではないが、当事者間に既判力の拘束のあることが、当事者と特殊な関係にある第三者に、反射的に利益又は不利益な影響を及ぼす。と一般的に定義される反射効は、いかなる理由および根拠により提唱されるに至ったか、これまでの学説により反射効を認めるべきとされてきた代表的な事例は、次のようなものである。

①主たる債務者と保証人間の附従性、②合名会社とその社員、③連帯債務者相互間など、以上の例から、反射効は、それぞれの根拠となる実体法上の法律関係の性質に応じて、第三者が確定判決の效力を自己に有利にのみ援用できる場合(①、③)と不利にも援用されうる場合(②)とがあり、既判力と異なり必ずしも常に双面的に生じるものではないとされ、そして、これらに共通の基準として、反射効の根拠とされるのが、これらの者の間に存するとされるいわゆる実体法上の依存関係である。

一般に当事者間で自由に処分できる権利関係について、確定判決があつたときは、その既判力の標準時に、当事者間の契約で判決通りに処分したのと同様に見て、第三者が当事者間の関係を判定すべき場合は、既判力で確定されたところに従って取扱わらないというのがそれである。このよな考えの背後には、裁判所の負担の回避という公益的な要請もさることながら、多数主体間の関連した紛争でありながら、その解決結果が別々になるのを回避し、実体法上の規律と判決による紛争解決結果を一致させようとする意図があるものと推測される。

問題は、その基準とされる実体法上の依存関係が曖昧なうえに、それだけでは判決効が第三者に及ぶ現象な正当化することの説明としてはなお不十分といことである。

キーワード

反射的効力, 法律要件的効力, 反射効論, 既判力拡張論, 判決効援用論