

민사소송에서 소송물개념의 이해

이성범*

【목 차】

I. 서설	IV. 각종의 訴訟物
II. 실체법적 청구권개념의 정립과 소송법	1. 이행의 소의 소송물
1. 청구권개념의 생성	2. 확인의 소의 소송물
2. 청구권개념 정립의 의미	3. 형성의 소의 소송물
3. 평가 및 소송물론과의 연계	4. 부동산인도청구소송의 소송물
III. 소송물에 관한 견해 대립	5. 부동산등기청구소송의 소송물
1. 소송물의 단복(單復), 이동(異同)의 결정기준	6. 어음금청구소송과 원인채권청구소송의 소송물
2. 소송물개념의 상대성 및 가변성문제	7. 손해배상청구소송의 소송물
	V. 결어

【국 문 요 약】

소송물개념은 민사소송에 있어 여러 주요 문제들과 밀접하게 관련되어 있다. 소송물개념에 대한 이해 없이 이러한 주요 문제들에 접근하기는 힘들다. 이렇게 소송물개념은 민사소송법상 중요한 의미가 있으나, 법률에 명시적으로 그 개념이 정의되어 있지는 않다. 이에 소송물개념에 대한 일반적이고 포괄적인 이해를 위해 여러 견해의 대립이 뒤따르며, 이는 민사소송법상 하나의 논쟁적인 주제에 해당한다.

* 한국법학원 연구위원, 법학박사.

이와 관련하여 민사소송법상 소송물개념이 실체법적 청구권 내지 법률관계와 동일시되는 것은 아니라는 견해, 즉 소송법상 독자적인 소송물개념을 구성하는 학설이 많은 지지를 얻고 있다. 하지만 우리 대법원 판례는 여전히 구실체법설을 따르고 있다. 이외에 다양한 소송물개념의 구성이 나타나고 있다. 이에 본 논문은 민사소송에서 소송물개념이 어떻게 이해되어야 하는지 고찰하면서 실체법과 소송법 사이의 관계에 대해 숙고해본다.

I. 서설

소송물(Streitgegenstand)은 민사소송에 있어서 소송의 객체, 소송상의 청구(prozessualer Anspruch) 혹은 심판의 대상을 의미한다.¹⁾ 즉 이는 민사소송에 있어 소송의 주체를 당사자라고 하는 것에 대하여 그 객체적 요소의 지위를 갖는 분쟁의 대상인 것이다. 소송물은 소송법의 특유한 개념으로서 기본적으로 실체법과 소송법의 구별로부터 나온다. 소송물개념의 형성은 실체법과 대비되는 민사소송법학의 강조²⁾와 관련하여 주로 설명된다. 즉 19세기 후반에 이르러 소송법은 실체법에 대한 독자성을 주장하게 되고 - 권리와 의무의 존부 자체를 결정하기 위한 것이 실체법이라면, 권리와 의무의 존부를 뒷받침하는 주장이나 증거는 어떻게 제출해야 하는가를 다루는 것이 소송법 - 이에 민사소송법학의 독자성을 확립하기 위해서는 고유한 학문체계가 필요하였는바, 이를 위한 체계개념 중 하나로 등장한 것이 소송물이다.³⁾

1) 이시윤, 「新民事訴訟法(제12판)」, 博英社, 2018, 244면; 호문혁, 「민사소송법(제13판)」, 法文社, 2016, 108면; 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 「民事訴訟法(제6판)」, 法文社, 2017, 256면; 강현중, 「민사소송법(제6판)」, 博英社, 2004, 328면; 김용진, 「실체법을 통하여 본 民事訴訟法(제5판)」, 新英社, 2008, 151면; 金洪奎, 「民事訴訟法(第7版)」, 三英社, 2004, 190면; 宋相現·朴益煥, 「民事訴訟法(新訂5版)」, 博英社, 2008, 230면; 金祥洙, 「民社訴訟法概論(제4판)」, 法友社, 2007, 45면 등 세부적 표현은 다르나 그 기본적인 의미, 취지는 동일하다.

2) 金祥洙, “訴訟物이란 괴물”, 考試研究(2000. 3), 考試研究社, 72면.

3) 金祥洙, 앞의 논문(주2), 72-73면.

이러한 소송물개념은 여러 측면에서 실천적 의미를 갖는다.⁴⁾ 먼저 절차의 개시 면에서 토지관할 등의 표지로서 작동하고, 청구의 특정과 그 범위를 결정하는 요소가 된다. 그리고 절차의 진행 과정에서 청구의 병합, 청구의 변경, 중복소송의 문제, 처분권주의 위배 여부를 판단할 때 그 표지가 된다. 또한 절차의 종결과정에서도 기판력의 범위, 재소금지의 범위, 판결주문의 개수 등을 정하는 표준이 된다. 마지막으로 실체법적으로도 소제기에 의한 시효중단, 제척기간 준수의 효과를 따짐에 있어 소송물이 관계가 있다. 이에 소송물개념에 대한 이해 없이는 민사소송법의 주요 문제들을 온전히 파악할 수 없다.

소송물개념의 명확한 정의는 우리 민사소송법전에 존재하지 않는다.⁵⁾ 이에 소송물의 범위, 즉 그 내용적 의미에 대해 견해의 대립이 존재한다. 이러한 논의에서 견해의 일치를 보고 있는 부분은 다음과 같다.⁶⁾ 먼저 처분권주의에 의하여 소송물은 원고가 특정할 책임이 있으며 피고의 방어방법은 소송물을 정하는 데 아무런 관계가 없다는 것이다(소극적 확인의 소는 예외). 법원도 단지 석명권을 통해 그 특정에 협력할 의무를 질 뿐이다. 다음으로 청구의 목적물 혹은 계쟁물 자체는 소송물이 아니라는 점이다. 그리고 소송에 이르게 된 사실관계 자체도 소송물이 아니다. 그러므로 소송물을 특정할 의무가 있는 원고가 사실관계만 제시하여 놓고 어떠한 법률효과를 선언할 것인가를 법원의 재량에 일임하는 소송은 허용되지 않는다. 그럼에도 구체적인 주요 문제들 앞에서 하나의 소송물개념이 통일적으로 논리모순 없이 적용될 수 있다고 주장하기에는 아직 많은 의견 충돌이 존재한다.⁷⁾

아직 그 본질이 불투명한 소송물개념을 이해하기 위해 본고는 먼저 소송물에 관한 기존의 견해 대립과 판례의 태도를 살펴보고, 그에 관한 회

4) 이시윤, 앞의 책(주1), 244면; 김홍엽, 「민사소송법(제7판)」, 박영사, 2018, 301면.

5) ‘소송물’이라는 용어 자체가 법률상 사용되기는 한다. 예컨대 민사집행법 제48조 제2항 및 제309조 참조. 민사소송법에서는 보통 ‘소송목적’이 되는 권리나 의무(제25조 제2항, 제65조)나 ‘소송목적인 권리 또는 의무(제81조, 제82조)’와 같이 표현된다.

6) 이시윤, 앞의 책(주1), 244면.

7) Vgl. Jürgen Stamm, “Zum Verzicht auf die Streitgegenstandslehre im Sinne einer Rückbesinnung auf die materiellrechtlichen und prozessualen Ausgangsfragen”, ZJP 2016, 25, 26 f.

고적 평가를 수행하고자 한다. 즉 구실체법설, 소송법설, 신실체법설, 상대적 소송물설의 내용과 각각의 학설에 대한 비판을 검토하고, 판례의 태도 변화를 살핀 후 개인적인 생각을 밝히고자 한다. 그리고 이러한 점에 기초하여 각론으로 각 소송의 형식에서의 소송물 형태, 즉 이행의 소, 형성의 소, 확인의 소 등에서 소송물 판단은 어떻게 이루어져야 하는지 간략히 검토해본다.

II. 실체법적 청구권개념의 정립과 소송법

청구권(Anspruch)이라는 개념은 실체법이나 소송법을 막론하고 사용되고 있다. 즉 실체법에서는 타인의 급부 내지 행위를 요구할 수 있는 권리를 의미하기도 하고, 소송법에서는 이른바 소권(Klagerecht)을 뜻하거나 소송법상의 청구를 의미하기도 한다. 이러한 청구권개념의 논의가 우리가 현재 논의하고자 하는 소송물이론의 논쟁상황에 의미가 있는 것은 바로 실체법적 청구권과 소송상의 청구 사이의 관계를 소송물이론에 따라 달리 보는 것과 연관된다. 즉 양자를 완전히 같은 것으로 보는 견해에서부터 전혀 다른 것으로 바라보는 견해까지 매우 다양하게 존재하는바, 이러한 점에서 청구권개념의 성립과정을 우선 살펴보는 것은 그 나름의 의의가 있다.

1. 청구권개념의 생성⁸⁾

가. 로마법상의 actio

로마의 법체계상 방식서(formula)⁹⁾ 소송에 있어 오늘날의 청구권에 해당하는 개념은 없었다. 물론 로마법상 실체법과 소송법의 구별이 아예

8) 호문혁, 앞의 책(주1), 111-112면; 胡文赫, “19世紀 獨逸에 있어서의 請求權概念의 生成과 變遷”, 『民事訴訟法研究(I)』, 法文社, 1998, 103면 이하를 주로 참조하였음.

9) 방식서라는 생경한 표현 대신 ‘판결요청서 양식’과 같은 표현이 더 이해에 도움이 될 수 있겠다(Peter Stein, 김기창 역, 『유럽 역사에서 본 로마법』, 인다, 2021, 29면 참조).

없었던 것은 아니나,¹⁰⁾ 이러한 구별은 법질서를 체계적으로 분류하는 기본원칙으로 나타나지 않았고 법원 실무에 적용되는 이론적인 기준으로도 주목받지 못했다. 이에 권리자에게 법원의 도움을 요구할 수 있는 별도의 권리가 필요하게 되었는데, 이것이 바로 actio였다. 로마인들의 법적 관심은 주로 법무총감(praetor)¹¹⁾이 당해 사건에서 피해자에게 심판인(iudex)을 지정하고 actio를 부여함으로써 침해자에 대항할 소송상 보호를 부여할 것인가와 같은 문제를 향하고 있었다.

로마법상 방식서는 오늘날의 청구취지와 같은 독립된 원고의 신청이 없었다는 것을 그 특징으로 한다. 즉 원고가 특정의 청구를 내세우는 것이 아니라, 법무총감이 원고의 요구를 심판인에 대한 재판의 지시로 변환시켰기에 심판인은 원고의 신청이 아닌 법무총감의 지시에 따라 본안 판단을 하였다. 이에 로마의 방식서 소송에 있어 소송상의 청구와 실제 법상의 청구를 구별할 이유가 없었다고 한다.¹²⁾

나. 사법적 소권설의 등장 배경

로마법상의 actio에는 법률관계 당사자들 사이의 실체법적 관계가 포함되어 있었다. 그러다가 소송법의 독자성이 중세부터 인정되기 시작하였는데, 입법상 인정되기는 1495년 帝室法院(Reichskammergericht)이 조직된 데에서 비롯되고, 뒤에 18세기 말경부터 시작된 자연법에 입각한 입법 작업에서 각국은 소송법과 민법을 별개의 법률로 제정하여 양자는 완전히 분리된 형태를 보이기 시작하였다. 이러한 과정에서 actio를 변형된 모습으로 다시 복원하게 되는데 이는 역사법학과에 의한 것이었다. 16세기 후반 復古學派(Humanisten)¹³⁾의 대표자인 Donellus가 실체적

10) 예컨대 十二表法에서도 실체법적 성격을 가진 규정들이 포함되어 있고, Gaius의 法學提要에도 제1권부터 제3권까지는 대부분 실체법적인 내용이 들어 있으며 제4권에 로마소송법의 핵심인 소송법 체계가 별도로 다루어지고 있었다고 한다.

11) praetor의 번역어 선택과 관련하여 Peter Stein, 김기창 역, 앞의 책(주9), 27-28면 참조.

12) Max Kaser에 따르면 원고가 청구하는 목표가 방식서의 intentio에 기재되었지만, 여기에는 그뿐만 아니라 오늘날의 청구원인에 해당하는 것도 포함되어 있었다고 한다(胡文赫, 앞의 논문(주8), 105면).

13) 복고학과에 대하여 金相容, “民法思想史”, 학술원논문집(인문사회과학편) 제53집 1호(2014), 대한민국 학술원, 326-327면 참조.

권리의 내용 중에 그 권리를 실현시키는 방법도 포함되어 있다고 보았고, 이 방법에는 actio와 exceptio, 즉 소권과 항변권이 있다고 함으로써 실체법적 성격을 강조하였는바, Savigny는 이를 받아들여 실체법적 소권법(materiellrechtliches Aktionenrecht) 체계를 수립하였다고 한다.¹⁴⁾

다. Savigny의 이론

Savigny는 실체법상 권리의 침해가 존재할 때 가해자와 피해자는 피해자가 가해자에게 침해를 그만둘 것을 요구할 수 있다는 것을 내용으로 하는 새로운 법률관계에 놓이게 된다고 보고 그 침해로 말미암은 이 관계를 실체법적 의미에서의 소권이라고 이해하였다. 이는 재판상의 보호를 구하는 권리로, 각각의 권리가 침해된 결과로 얻어진 별개 형태의 권리라고 하였다. 즉 권리의 침해로 인하여 권리가 방어 상태로 변화된다는 것이다. 다시 말해 침해 이전에 실체법적 권리로 존재하지만, 침해 이후는 actio적 요소가 발현되어 원고에게 유리한 판결을 내려 줄 것을 구하는 권리가 발생한다는 것이다.

이렇게 역사법학과는 이 actio를 실체법상의 권리라고 파악하고 소권은 그 권리의 속성이나 내용 중의 일부라고 파악하였다. 이러한 입장과 관련하여 독일 민사소송법 제정 시의 입법자는 민법상의 청구권이 곧 소송상 청구라고 보고 청구권을 뜻하는 Anspruch라는 말을 민사소송법에서 소송상 청구의 뜻으로 가져다 썼다고 한다. 이에 CPO¹⁵⁾ 입법자는 실체법과 소송법의 일원론적 이해를 철저히 대변하고 있다고 볼 수 있다.

라. Windscheid의 청구권개념

이와 같은 흐름에 반기를 든 것이 Windscheid의 주장이었다. 그는 actio는 권리에 갈음하는 것이며 권리로부터 흘러나온 것이 아니라며, 권리 없이도 actio를 가질 수 있고 권리를 가지고도 actio가 없을 수 있다

14) Vgl. Christian Hattenhauer, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, 2011, S. 89 ff.; Franz Hofmann, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, 2017, S. 163; Thomas Winkelmann, *Der Anspruch*, 2021, S. 48, 64.

15) 독일 민사소송법을 보통 약어로 ZPO라 표기하는데, 1877년 제정 당시의 민사소송법은 그 당시의 표기법에 따라 CPO라고 한다(호문혁, 앞의 책(주1), 112면 참조).

고 이해하였다. 따라서 actio와 권리가 함께 있거나 actio가 권리의 인정을 구하는 것이라도 actio가 권리로 인하여 존재한다고 해서는 안 된다고 보게 된다. actio는 그것을 거부할 수도 있었을 정무관(magistratus)의 활동에 의해 비로소 승인된 것이었기 때문이다.

따라서 Windscheid는 로마법상의 actio에는 소송법적인 요소와 실체법적인 요소가 있음을 밝히고, 그중 실체법적 요소가 청구권(Anspruch)이고 소송법적 요소가 소권(Klagerecht)이라고 함으로써 actio에서 순수한 실체법상의 내용을 추려내어 청구권개념을 형성하였다. 즉 재판상 권리실현에 필연적으로 종속되지 않는 청구권개념이 제시되었고, 여기서 소구는 권리실현의 한 가능성에 불과한 것으로 이해되기 시작하였다.¹⁶⁾

이러한 그의 주장은 독일 민법에서 그대로 받아들여졌고, 로마법상 개개의 actio에서 그에 대응하는 각각의 청구권이 인정되었다. 그리하여 권리자가 요구하는 급부가 동일한 경우라도 이를 요구하는 청구권을 법적으로 어떻게 구성하느냐에 따라 별개의 여러 청구권이 발생할 수 있다고 하는 이론적 토대가 갖춰지게 되었다.

2. 청구권개념 정립의 의미¹⁷⁾

이처럼 소송상 청구와 구별되는 순수한 실체법적 청구권을 만든 것은 실체법과 소송법 양 분야 모두에 있어 중요한 의미를 지닌다. 이전의 소권법 체계에서는 소송상의 권능의 불가양도성 때문에 채권양도가 어려웠는데,¹⁸⁾ 이제는 채권을 자유로이 양도하고 그것에 실체법적인 효과를 인정할 수 있게 된다. 그리고 제소가능성이라는 의미에서 논해졌던 소권의 시효소멸 대신에 청구권의 시효소멸을 인정함으로써 시간의 경과에 의한

16) Vgl. Thomas Winkelmann, a. a. O. (Fn. 14), S. 67.

17) 胡文赫, 앞의 논문(주8), 118면 이하를 참조하였음.

18) 덧붙여 실체법적 관점에서 생각해 보건대, 로마법상 법쇄(法鎖, iuris vinculum) 관념 역시 채권양도를 어렵게 한 요소 중 하나였다. 근대를 넘어서면서 재산적 권리 등의 자유로운 이전이 사회경제적으로 요구되면서 로마법상 법쇄 관념은 약화되었고, 경계 등에 의하던 관행은 자유로운 재산권 처분행위로서의 채권양도로 변화되었다. 이에 대해 郭潤直, 「債權總論(新訂修正版)」, 博英社, 2002, 279면 참조.

권리 자체의 약화를 승인하게 되었다. 중요한 것은 소송법적 요소가 탈색된 실체법상의 청구권이 독자적으로 인정됨으로써 개개인의 일상생활이 실체법과 직접 연결되고 소송을 거치지 않고 법률행위를 통해 자신의 권리를 관철할 수 있게 되었다는 점이다.¹⁹⁾ 반드시 소송을 거치지 않고도 개인은 다른 개인을 상대로 청구권을 통하여 자신의 권리를 실체법적으로 실현할 수 있게 되었다.

다른 한편으로 실체법상의 청구권개념이 확립됨으로써 소송법 분야에서는 종래 실체법에의 의존에서 탈피하여 소송법 고유의 독자성을 강조하는 경향이 생긴 점이 지적되어야 한다. 소송물에 관한 소송법설의 등장이 이를 반영한다. 종래 소송물에 대한 이해는 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장과 연계되었고 원고가 청구원인에서 주장하는 실체법상의 권리에 따라서 소송물이 각기 달리 특정된다고 보았다. 이와 달리 소송법설은 원고가 청구원인에서 실체법상의 권리를 특정하여 주장할 필요가 없고 설사 이를 주장하더라도 법원은 이에 구속되지 않는다고 보아, 소송물은 원고가 주장한 실체법상의 권리에 의하여 특정되는 것이 아니라 오로지 소송에 나타난 결과적 현상, 즉 청구취지와 사실관계에 의하여 또는 오로지 청구취지만에 의하여 특정된다고 하는 이론이다.

실체법적 청구권개념이 구성되었다고 하여 이렇게 소송법이 실체법과 완전히 무관한 것으로 이해될 수 있는지 다시 의문이 제기될 수 있겠다. 이에 실체법과 소송법이 지나치게 멀어지는 것은 바람직하지 않다고 하면서 실체법상의 청구권과 소송물을 접근시켜야 한다는 주장이 다시금 나타날 수 있다.

3. 평가 및 소송물론과의 연계

생각건대 로마법상의 소권법체계에서 실체법상의 청구권개념을 슈아넨 Windscheid의 견해는 재판이라는 국가법적 체계로부터 사회생활관계에서의 규범체계를 분리시켜 설명하고 그에 걸맞는 개념을 창설하였다는 점에서 높이 평가될 수 있다고 본다.²⁰⁾ 즉 국가적 개입인 소송절차에서

19) 이와 관련하여 김영희, 「형성권 연구」, 景仁文化社, 2007, 22-23면, 77-78면 참조.

떨어져 나와 사회적 관점에서 법적으로 유의미한 체계개념을 형성하고 국가 외적 체계에서 법적 현상을 규명할 수 있는 장치를 만들어 사회현상에 대한 법학의 평가적 임무에 도움을 주었다고 볼 수 있다. 이러한 청구권개념의 분화는 결국 실체법과 소송법의 구별과 관련이 있다. 그리고 이것이 소송법설의 등장 배경으로 이해되고 있다. 그러나 우리가 실체법적 청구권을 인정함으로써 이것을 소송법적 측면에서 떼어낸다고 하여, 실체법과 소송법 사이의 유기성을 무시해도 좋다는 의미로 이해해서는 안 된다. 실체법적 청구권이 등장한 배경에는 소송 가능성이란 이제 여러모로 자명해진 결과물로서 실질적인 권리의무관계 자체에 대해 부차적이라는 시각이 놓여있었을 뿐인 점²¹⁾ 역시 상기할 필요가 있다.

여기서 Max Weber의 사유를 빌리자면, 실체법과 소송법은 이른바 “분리된 결합관계”²²⁾의 상태에 놓여야 한다. 이것은 이론과 실천 사이의 관계에 대한 논의지만, 정적 규율인 실체법과 동적 process인 소송법 사이의 논의에도 유추적으로 적용될 수 있겠다. 분리된 결합관계의 요지는 먼저 각각은 분리되어 그들 각자의 본질적 탐구가 행해지고 그 후 결합되어야 한다는 것이다. 양자는 각 영역의 필요에 따라 다른 관점에서 작동할 수 있지만, 그러한 점으로 인하여 양자가 절연되어서는 안 된다. 양자는 상호 간에 유기적 운동 상태에 놓여야 하고, 각각의 본질상 다른 측면을 봐야 할 수도 있지만, 중국적으로 결합된 관계로의 지향을 공유하는 것으로 이해되어야 한다. 이에 소송물에 대한 이해는 실체법과 소송법의 분리뿐만 아니라 결합의 문제와도 연결된다. 따라서 이하의 소송물 논쟁을 살펴보고 평가함에 있어, 소송법의 독자적 성격을 강조하는 만큼 실체법과의 유기성도 고려해야 한다는 가치평가에 기초하여 논의를 진행하고자 한다. 즉 소송법의 분리, 독립만을 고집할 것이 아니라 실체법과의 유기적 연계 역시 버릴 수 없는 가치라는 점을 강조하며 다음의 논의로 넘어가고자 하는 것이다.

20) Vgl. Thomas Winkelmann, a. a. O. (Fn. 14), S. 72 f.

21) Vgl. Thomas Winkelmann, a. a. O. (Fn. 14), S. 67.

22) 이에 대해 김덕영, 「막스 베버, 이 사람을 보라」, 인물과사상사, 2008, 41면 참조.

Ⅲ. 소송물에 관한 견해 대립

소송물에 관한 논의는 1925년 Rosenberg가 이를 문제 삼은²³⁾ 이래 오늘날까지 계속되고 있으며 독일 민사소송법학에서 많이 논의된 논제 중 하나이다.²⁴⁾ 소송물론의 주제는 크게 세 가지로 요약된다.²⁵⁾ 첫째는 소송물의 정의 또는 방향에 관한 것이다. 즉, 소송물은 피고에 대한 권리 주장인가, 법원에 대한 특정한 판결의 요구인가 하는 문제이다. 그러나 이것은 어느 견해를 취하든 실제 차이가 없어 오늘날 논의되고 있지 않다. 둘째는 소송물의 범위 또는 개별화의 기준에 관한 것이다. 즉, 소송물의 단복(單複), 이동(異同)을 결정하는 기준은 무엇인가와 소송물의 내용은 무엇인가에 관한 논의이며, 이것이 현재의 소송물 논의에 있어 핵심을 이루고 있다. 이에 관해 이하에서 살펴보게 될 구실체법설, 소송법설의 대립이 존재한다. 셋째는 소송물개념의 상대성 내지 가변성에 관한 것이다. 이것은 소송물개념을 소송절차의 지배원리, 소의 종류 및 소송물의 기능 국면을 불문하고 통일적으로 구성할 것인지 아니면 위의 각 요소를 고려하여 개별적으로 이를 구성할 것인지에 관한 문제이다.

1. 소송물의 단복(單複), 이동(異同)의 결정기준

가. 구실체법설

이는 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장을 소송물로 보는 견해이다. 원고의 청구취지와 청구원인에 의하여 소송물은 특정되나 소송물 특정은 원고가 하여야 하므로 청구원인에서 원고는 어떠한 실체법상의 권리를 주장하는지가 나타나도록 기재하여야 한다고 주장한다. 그러므로

23) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 259면 참조.

24) 이는 로마법(규범출발형)과 게르만법(사실출발형)의 소송에 대한 사고방식의 차이에서 유래하는 것이라고도 한다(鄭圭相, “確認訴訟의 訴訟物”, 考試界(1998. 12), 考試界社, 23-24면).

25) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 259-260면.

원고가 주장하는 사실관계와 급부가 같더라도 실체법상의 권리가 다르면 소송물이 다르다고 보고, 여러 개의 실체법상 권리를 주장하면 소송물이 여러 개가 된다고 한다. 이는 20세기 중반까지의 통설이었고, 그 대표자는 Hellwig, Lent 등이다. 오늘날 독일에서 주장하는 이가 거의 없고, 일본에서는 伊藤 眞이 주장하고 있다고 한다.²⁶⁾ 과거보다 세력을 많이 잃었으나 여전히 우리나라 판례의 주류적 입장이다.²⁷⁾

소송물 논쟁의 핵심은 같은 급어나 같은 법률관계의 형성을 목적으로 여러 개의 청구권, 형성권(형성원인)이 결합된 경우 문제인데,²⁸⁾ 다음과 같은 이해방식이 제시된다.

먼저 결합된 두 개의 권리를 동시에 주장하면 청구의 병합이고, 하나의 권리에서 다른 권리로 바꾸면 청구의 변경이고, 하나의 권리에 대한 소송 계속 중 다른 권리에 근거하여 새로운 소를 제기하여도 중복소송이 아니고, 하나의 권리에 대한 소가 패소확정된 뒤에 다른 권리에 근거하여 새로운 소를 제기하여도 기판력에 저촉되지 아니하며, 하나의 권리에 근거하여 청구한 경우 다른 권리에 근거하여 심판하게 되면 처분권주의에 위배된다. 그리고 소송물이 다른 관계로 재소금지에 저촉되지 않는다.

청구원인의 기재 정도에 관하여 소송상 청구를 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장으로 보면서도 그 표시는 소송물인 권리 또는 법률관계를 구성, 발생하는 데 필요한 사실의 표시로서 족하고, 법률적 표현은 불필요하다고 한다. 그 근거는 변론주의의 지배영역은 구체적 사실관계라는 점이고 법률의 해석은 법원의 직책사항이기 때문이라고 한다.²⁹⁾

이러한 구실체법설에 대해서 다음과 같은 비판이 제기된다. 먼저 사회적, 경제적으로 1개의 분쟁임에도 실체법상의 권리마다 별개의 소송으로 갈라서 소송을 여러 차례 반복하게 되어 이로 인해 분쟁의 1회적 해결에 반한다는 비판이 가해진다. 그리고 집중심리주의적 소송운영에 지장이

26) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 263면.

27) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결 등.

28) 청구하는 급어가 다른 경우, 예를 들면 하나는 양도계약에 의한 잔대금청구, 다른 하나는 양도계약의 해제에 의한 계약금 및 중도금반환청구라면 소송물이론과 상관없이 소송물이 다른 것으로 보게 된다(대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결; 이시운, 앞의 책, 245면).

29) 宋相現·朴益煥, 앞의 책(주1), 231면.

있는 점과 법원의 법률적 관점 선택의 부자유 때문에 실체법상의 권리관계를 잘못 주장할 때의 패소위험 등이 지적되고 있다.³⁰⁾ 그리고 구실체법설과 같이 청구원인의 권리만을 변경하는 경우 소변경 절차를 밟아야 하는 것은 실천적으로 바람직하지 못하다고 비판한다. 즉 서면에 의하여야 하고 소송절차의 현저한 지연을 초래하여서는 안 되며, 교환적 변경이면 다수설에 의할 때 피고가 본안에 관하여 이미 변론한 경우에는 피고의 동의까지 필요로 한다는 점에서 소송경제에 반한다는 것이다.

또한 예컨대 부산에서 상경하는 택시에 탔다가 충돌사고로 다친 피해자가 불법행위지인 서울지방법원에 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였음에도 불구하고 계약불이행을 이유로 한 청구를 의무이행지인 부산지방법원에 제소하여도 중복소송이 되지 않는다고 하여 소송경제에 반한다는 비판이 가해진다. 그리고 기판력이 저촉되지 않게 되어 두 번째 소제기가 가능해지는 점도 문제로 지적된다.³¹⁾

나아가 예컨대 같은 사실관계에 기한 불법행위와 채무불이행으로 인한 손해배상청구의 경우, 불법행위는 이유 있고, 채무불이행은 이유 없다고 하면, 원고는 그가 구하는 청구액을 모두 달성함에도 불구하고 청구를 일부는 인용하고 일부는 기각하여야 한다는 기이한 결론에 이른다는 비판이 있다. 불법행위에 관한 심리가 종결되면 법원은 그에 관하여 일부 판결을 할 수 있는 것으로 되는데, 이 경우 원고는 자기가 구하는 바를 모두 달성하여 잔부판결을 받을 여지가 없는 것을 어떻게 설명할 것인가 역시 문제 된다고 한다. 이 경우에 양 청구가 모두 이유 있으면 이중의 이행판결을 하지 않을 수 없는데 이것은 불합리하다고 한다.³²⁾

마지막으로 구실체법설이 이중의 이행판결을 피하려고 선택적 병합을 인정하는 것에 대하여, 선택적 병합은 경합하는 2개의 청구권이 소송물로서 동시에 주장된 경우에 한쪽의 청구는 다른 쪽 청구의 인용을 해제 조건으로 한다는 것인데, 그렇다면 병합된 양쪽 청구가 모두 이유 있으면 양쪽 청구의 소송계속이 다 같이 소멸한다고 하는 이상한 결론이 되며, 또 구실체법설이 청구권 각자의 개별성을 근거로 하여 소송물의 복

30) 이시윤, 앞의 책(주1), 245면.

31) 이시윤, 앞의 책(주1), 253-254면.

32) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 263면.

수를 강조하면서도 선택적 병합에서는 하나의 이행판결을 하는 데는 어느 청구가 인용되어도 좋다고 하여 각 청구권은 모두 동일성이 있다고 하는 모순을 범하고 있다는 점도 지적되고 있다.³³⁾

나. 소송법설

이 설은 실체법상의 청구권 또는 형성권과 같이 실체법적 각도에서 소송물을 정의하려고 하지 않고 소송법적 요소, 즉 신청(Antrag)만으로 또는 신청과 사실관계(Sachverhalt)에 의해 청구를 구성하여야 하며 이에 의해 소송물을 판단한다. 따라서 실체법상의 권리는 소송물의 구성요소가 아니고 소송물을 떠받치는 공격방어방법의 지위로 한 단계 격하된다. 소송법설은 다시 일분지설과 이분지설로 나누어진다. 양설의 공통점은 원고가 소장에 청구취지로서 일정한 판결내용을 신청하고 청구원인으로서 그 신청을 정당화하는 사실관계를 표시함으로써 심판대상인 소송물은 특정되는 것이고 법원은 당사자가 주장하는 법률적 관점에 구애받지 아니하고 원고가 주장한 사실관계를 심리하여야 한다는 것이다.³⁴⁾ "너는 사실을 말하라. 그러면 나는 권리를 주리라(da mihi factum, dabo tibi ius)"와 같은 법언이 이를 뒷받침한다.

1) 二肢說(二元說, 二分肢說, 二節的 訴訟物理論)

이 설은 신청과 사실관계라는 두 가지 요소에 의해서 소송물이 구성된다는 견해이다. 우리 법제에 대응시키면 청구취지와 청구원인의 사실관계 두 가지가 소송물의 요소라는 입장이다. 다만, 여기서 사실관계는 실체법상의 권리의 발생원인사실, 즉 개개의 법규의 요건사실로 좁혀서 보기보다는 이보다 넓은 것으로 이해하여 사회적, 역사적으로 볼 때 1개라고 할 일련의 사실관계를 뜻한다. 이 설은 일찍이 Rosenberg에 의해 주창된 것으로 오늘날 독일에서 다수가 지지하는 견해³⁵⁾이며 연방대법원 판례³⁶⁾의 주류를 이루고 있다.

33) 강현중, 앞의 책(주1), 331면.

34) 宋相現·朴益煥, 앞의 책(주1), 233면.

35) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 18; MüKoZPO/Becker-Eberhard, Vorbemerkung zu § 253, Rn. 32; Leo Rosenberg/Karl H. Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., 2018, § 93, Rn. 11.

같은 청구취지의 소송을 하나의 사실관계에 입각하여 청구하면, 경합하는 두 개의 권리를 주장한다 해도 청구의 병합이 아니며(공격방어방법의 복수가 될 것), 하나의 권리를 주장하다가 다른 권리로 바꾸어도 청구의 변경이 아니고(공격방어방법의 변경이 될 것), 하나의 권리에 기한 소송계속 중 다른 권리를 주장하며 신소를 제기할 경우에 중복소송이 되며, 하나의 권리에 근거하여 청구하여 패소 확정된 뒤 다른 권리에 근거하여 새로운 소를 제기하면 기판력에 저촉되며, 하나의 권리만을 주장하였다 하여도 다른 권리에 근거하여 청구를 인용할 수 있으며 그것은 처분권주의의 위배로 되지 않는다. 재소금지 역시 해당할 수 있다.

그러나 같은 취지의 소송인데, 두 개의 사실관계에 기초하여 청구하는 경우에는 소송물을 두 개로 본다. 예컨대 매매대금에 해당하는 금전의 지급을 구하면서 매매한 사실 외에 매매대금 담보를 위한 어음발행 받은 사실도 주장할 때 사회적으로 두 개의 사실관계를 터전으로 하여 청구하는 것이므로, 소송물은 두 개이고, 청구의 병합, 청구의 변경이 되며, 중복소송과 기판력 저촉 여부에 있어 그 위배의 점이 없게 된다.

2) 이분지설에 대한 비판

이 견해에 대해서는 사실관계란 모호한 개념을 소송물의 구성요소로 함으로써 그 한계의 획정이 어려워 사실관계가 하나인지 둘인지 내지 같은지 다른지 구별하기 힘들고, 또 자칫 이를 좁게 해석하면 권리의 발생 원인사실과 같아져서 구실체법설과 결론이 다를 바 없어 소송법설을 취하는 의미가 없게 된다는 비판이 존재한다.

그리고 이분지설에는 다시 확인의 소에서만 예외적으로 청구취지만에 의해 특정된다는 예외설이 있는가 하면, 확인의 소에까지 이분지설을 일관시켜야 한다는 일관설도 있다. 앞의 견해는 예외 인정의 이론적 근거가 선명치 않고, 뒤의 견해는 결과적으로 구실체법설보다 소송물의 범위를 더 좁히는 폐해를 낳는다. 이러한 점에서 이분지설은 구실체법설과 구별이 확연치 않다는 비판이 가해진다. 또 후설은 민사소송법 제249조에서 소장의 필요적 기재사항으로 청구취지와 청구권인 두 가지를 규정하고 있는 것을 그 근거로 내세우나, 이분지설 중 예외설에 의하는 한

36) BGHZ 7, 268; 79, 245; BGH NJW 1981, 2306; 1983, 388; 1984, 371; 2010, 2210; 2011, 2787; 2015, 3711; 2019, 3381.

그것은 근거가 될 수 없다.³⁷⁾

나아가 구실체법설은 이지설을 취하는 경우 법원이 가능한 모든 법적 관점을 심리하여야 하므로 법원의 부담이 가중된다고 비판한다.

3) 一枝說(一元說, 申請一本說, 一節的 訴訟物理論)

이 설은 원고가 소로써 달성하려는 목적이 신청에 선명하게 나타나므로 신청 그 한 가지가 분쟁의 진실한 대상이고 소송물의 구성요소라는 입장이다. 다시 말하면 청구취지만이 소송물이 하나인가, 둘인가 등을 식별하는 기준이라고 보는 견해로 소송물의 범위를 가장 넓게 설정한다.

일지설에 의하면, 소송물의 단복, 이동은 신청만으로 결정되므로, 신청이 하나일 때는 실체법상 하나의 사실관계로부터 같은 목적을 가지는 여러 개의 권리가 발생하는 경우는 말할 것도 없고, 실체법상 여러 개의 사실관계로부터 같은 목적을 가지는 여러 개의 권리가 인정되는 경우에도 소송물은 하나가 된다. 그리하여 같은 목적이 추구되는 경우에는 그 사실관계나 권리가 복수이더라도 소송물은 하나뿐이다.

다만 일지설에서 말하는 신청만으로써는 소송물의 단복, 이동을 결정할 수 없는 때가 있다. 즉, 금전이나 대체물의 지급을 청구하는 경우에는 같은 당사자들 사이에 같은 내용의 청구권이 중복하여 성립될 수 있으므로, 신청만으로는 소송물의 개수를 알 수 없다. 이 경우 청구원인의 사실관계를 참작한다고 한다. 이 말은 사실관계는 신청의 해석을 위하여 필요할 뿐이지, 그것이 소송물의 구성요소로 되는 것은 아니라고 한다.

4) 일지설에 대한 비판

일지설에 대하여는 먼저 소송물의 개념이 너무 포괄적이고, 판결의 기판력이 미치는 범위가 너무 넓어서 당사자의 구제에 불충분하다는 강력한 비판이 제기된다.³⁸⁾ 그리하여 일지설을 취하는 경우 기판력에 관한 그 입장을 후퇴시켜 이지설에 가까운 해석, 즉 제출한 사실자료의 범위 안에서 주장한 법률효과의 존재 여부에 대한 판단에만 기판력이 생긴다고 이해하게 될 수밖에 없을 거라 볼 여지가 있다.

그리고 대체물이나 금전의 지급을 청구하는 경우 사실관계까지 참작하여야 소송물 특징이 가능하다는 점에서 그러한 사실관계의 참작을 인정

37) 이시윤, 앞의 책(주1), 246-247면 참조.

38) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 266면; 김홍엽, 앞의 책(주4), 303면.

하면 결국 이원설로 돌아간다는 비판이 제기된다.³⁹⁾

또한 어음채권과 원인채권의 이행청구는 여러 개의 사실관계로부터 같은 목적을 가지는 여러 개의 청구권이 발생하는 것이므로 소송물을 하나로 보아야 한다고 하는데, 이 경우에 어음채권과 매매대금채권이 별개로 양도될 수 있다는 점, 어음채권과 매매대금채권이 각각 다른 사람에게 귀속되어 있을 때 어음채권이 시효소멸한 뒤에 매매대금채권의 행사를 허용할 필요가 있는 점 등에 비추어 보면, 위 사례의 경우 두 개의 청구권이 같은 목적을 가지고 있다고 하는 전제 자체가 문제라는 비판도 가해진다.⁴⁰⁾

다. 신실체법설

이 설은 소송법설의 영향을 받아 나타난 학설로서 전통적인 민법상의 청구권개념 자체를 수정하여 수정된 의미의 실체법상 청구권의 주장을 소송물로 파악하는 이론이다. 이 설은 실체법설과 소송법설의 대립을 지양하기 위하여 등장한 것으로서, 청구법규라는 것은 급여를 구할 수 있는 법적 지위의 존부를 판단함에 있어서 한낱 결론도출기능을 수행하는데 불과한 것으로서, 일정한 급여를 구할 수 있는 법적 지위 자체를 청구권으로 보아야 한다는 것이다. 예를 들면, 기차전복사고의 피해승객이 손해배상을 계약불이행과 불법행위에 근거하여 청구할 수 있는 경우는 청구권의 경합이라기보다 단지 근거가 여러 가지이며 여러 가지 청구법규에 입각한 통일적 청구권이라고 보자는 것이다. 그러므로 전통적 의미의 청구권경합의 경우 결코 여러 청구권이 경합하는 것이 아니고, 청구권은 1개일 뿐 단지 청구법규의 경합(Anspruchsnormenkonkurrenz)에 지나지 않는 것으로 본다. 이러한 신실체법설은 Nikisch, Larenz, Esser, Georgiades, Henckel, Rimmelspacher 등의 학자들에 의해 주장되었다.⁴¹⁾ 이 설 안에서도 청구권규범경합설, 청구권다중구조설, 전규범통합설 등이 나뉘어 주장되고 있다.⁴²⁾ 이 설을 한마디로 요약하면 다

39) 호문혁, 앞의 책(주1), 122면.

40) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 266면.

41) Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 30 ff.

42) 학설의 내용은 강현중, 앞의 책(주1), 336면 참조.

음과 같다: “하나의 사실관계로부터는 실체법상으로도 하나의 청구권만이 성립한다”⁴³⁾.

이에 대해 실체법설과 소송법설의 대립을 지양하고 양 학설의 결함을 보충하는 점에서 그 의의가 있으나, 청구권경합의 경우에 통일적인 하나의 청구권만이 성립된다고 할 때 서로 내용이 다른 시효, 증명책임규정을 비롯하여 경합하는 법규 사이의 적용순위, 상계의 허용 여부, 책임의 범위 등 실체법상 해결하기 어려운 점이 있으며, 이러한 의미에서 여러 모로 아직 완성된 이론이 아니라는 비판이 제기된다.⁴⁴⁾ 간단한 예를 들면 불법행위로 인한 손해배상책임과 채무불이행으로 인한 손해배상책임이 경합하는 경우 하나의 청구권이 발생한다고 보면, 그 청구권의 소멸시효기간은 어떻게 되는지 문제가 되는 것이다.⁴⁵⁾

라. 판례

대법원판례는 구실체법설을 취한다.⁴⁶⁾ 청구원인 기재 정도에 관해서는 구실체법설적 태도에 동조하기도 하나,⁴⁷⁾ 대체로 학설보다 엄격하게 어떠한 성질의 권리인지 법률적 성질의 결정을 필요로 한다.⁴⁸⁾ 자세히 살펴보면 다음과 같다.

상법 제148조에 의한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권을 동시에 주장하면 선택적 병합이라 하였다.⁴⁹⁾ 그리고 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권에 대하여 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 명하는 것은 처분권주의 위배의 위법이 있다고 판시하였

43) 金亨培, 「債權總論(上)」(1992), 博英社, 222면에 인용된 Nikisch의 견해이다(강현중, 앞의 책(주1), 335면에서 재인용).

44) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 39.

45) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 269면.

46) 대법원 1969. 12. 9 선고 65다2363 판결; 대법원 1971. 4. 30. 선고 71다430 판결; 대법원 1989. 3. 28 선고 88다1936 판결 등. 鄭圭相, 앞의 논문, 27면은 판례가 우리의 민사소송 제도가 성문의 실체법이 존재함을 전제로 하고 있고 이 실체법을 적용해서 재판을 하는 이상 소송물을 실체법과 무관하게 결정한다는 하는 것은 그 이론상의 출발점에 문제가 있다고 보는 것이 아닌가는 점에 기초하고 있다고 한다.

47) 대법원 1966. 10. 11. 선고 66다409 판결.

48) 대법원 1968. 6. 18 선고 67다275 판결.

49) 대법원 1989. 3. 28 선고 88다1936 판결.

고,⁵⁰⁾ 또 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소송 물이 다르다고 판시했다.⁵¹⁾ 어음, 수표채권에 기한 청구와 원인채권에 기한 청구도 별개의 소송물임을 전제로 이를 동시에 주장하면 청구의 병합이 되고, 그 중 어느 하나를 주장하다가 다른 것으로 바꾸는 것은 소의 변경이라 보았다.⁵²⁾ 그리고 동일물의 반환청구를 소유권에 근거하여 청구하는 때와 점유권에 근거하여 청구하는 때에 별개의 소송물에 관한 청구임을 전제로, 전자의 청구임이 명백하다면 후자의 청구인가 여부를 석명할 의무가 없다고 했다.⁵³⁾ 또한 이전등기청구 사건에서 등기원인으로 전소에서는 매매를, 후소에서는 취득시효의 완성을 주장하는 경우와 같이 등기원인을 서로 달리하면 공격방어방법의 차이가 아니라 등기청구권의 발생원인의 차이라 하여 소송물이 별개라는 전제에서 있다.⁵⁴⁾ 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소등기청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로는 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 뒤 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 본다.⁵⁵⁾

이렇게 구실체법설에 따르면서도 한편으로는 석명 의무를 강화하여, “원고가 토지에 대한 소유권이 자기에게 있다고 하면서 전보배상으로 청구하는 것은 부당하나 원고의 주장은 토지에 관하여 피고의 불법점거에 의한 손해배상청구를 구하는 취지를 포함하는 뜻이므로 이 점을 석명하였어야 한다”⁵⁶⁾면서, 일반적으로 “변론주의의 지배는 사실관계에만 국한

50) 대법원 1989. 1. 28. 선고 88다카9982 판결.

51) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결.

52) 대법원 1965. 11. 30. 선고 65다2028 판결.

53) 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결.

54) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다32133 판결; 또한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한데 대하여 양도담보계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 명하는 것은 처분권주의 위배라 본 것에 대법원 1992. 3. 17. 선고 91다40696 판결.

55) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결.

되는 것이며 그 주장사실관계를 기초로 한 법적 판단은 법원의 직책에 의한다”⁵⁷⁾, “법원은 당사자가 등기원인으로 표시한 법률판단에 구애됨이 없이 정당한 법률해석에 의하여 등기원인을 바로 잡을 수 있다”⁵⁸⁾고 하여 법률평가의 자유를 인정하고 있다.⁵⁹⁾

신체의 상해로 인한 손해배상을 청구하는 경우에 소송물은 적극적 재산상 손해, 소극적 재산상 손해, 정신적 손해의 세 가지로 나누어진다는 3분설을 취하고 있다.⁶⁰⁾ 그리고 이혼소송에서는 각 이혼사유마다 소송물이 별개이며,⁶¹⁾ 재심의 소의 소송물은 각 재심사유마다 별개가 된다는 입장이다.⁶²⁾

이러한 기본적인 판례의 입장은 구실체법설적 태도로 이해되나, 몇몇 예외적 판례가 존재한다.

우선 판례는 소유권이전등기의 말소등기절차이행청구의 소송물은 그 등기에 대한 말소등기청구권의 주장이므로, 각 무효원인의 주장은 독립된 공격방법에 지나지 않는다고 본다.⁶³⁾ 하지만 이러한 판례의 태도는 종래의 태도와 모순되는 것으로 평가되지는 않는다고 평가된다. 그것은 판례가 명시하고 있지는 않지만, 소유권이전등기말소청구는 진정한 소유권자가 무효인 소유권이전등기를 마친 자를 상대로 하여 민법 제214조

56) 대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 판결.

57) 대법원 1966, 10, 11. 선고 66다409 판결.

58) 대법원 1980. 12. 9 선고 80다532 판결.

59) 鄭圭相, 앞의 논문(주24), 28면.

60) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결.

61) 대법원 1963. 1. 31. 선고 62다812 판결.

62) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92므266 판결.

63) 대법원 1981. 12. 22. 선고 80다1548 판결: “...말소등기청구권의 등기원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되는 것이며, 위에서 본 바와 같이 전소에서 한 사기에 의한 매매의 취소주장과 이 사건 소에서와 같은 매매의 부존재 또는 불성립의 주장은 다같이 청구원인인 등기원인의 무효를 밑받침하는 이른바 독립된 공격방법에 불과한 것일 뿐, 이 주장들이 그 자체로서 각기 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없다.” 그리고 대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카148 판결은 “동일당사자 사이의 소유권이전등기말소청구사건에 있어서의 소송물을 당해 등기의 말소청구권이고, 그 동일성식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 등기원인을 당해 등기원인의 무효에 국한되므로...”라고 판시했다. 다만 대법원 1972. 11. 28. 선고 72다1791 판결은 소유권이전등기말소청구의 청구원인이 다르다는 이유로 기판력이 미치지 않는다고 판시하여 위 판례와 다른 관점을 보이고 있다.

의 방해배제청구권에 근거하여 그 등기의 말소를 구하는 것이고, 그것은 방해배제청구권의 주장이므로, 개개의 무효원인은 방해의 태양에 불과하다고 풀이되기 때문이다.⁶⁴⁾ 또 과세처분무효확인소송의 소송물은 권리 또는 법률관계의 존부확인을 구하는 것이므로 당사자가 무효사유로 내세운 개개의 주장은 공격방법에 불과하다고 한다.⁶⁵⁾ 그런데 근저당권설정 등기의 말소등기와 관련하여 청구원인마다 소송물이 다르다고 본다.⁶⁶⁾

마지막으로 신체상해로 인한 손해배상청구에 있어 제1심에서 재산상 손해에 대하여는 전부승소하였으나 위자료에 대하여는 일부패소한 원고가 패소한 위자료 부분에 대하여만 항소하였다더라도 항소심에서 재산상 손해에 대하여도 청구의 확장을 할 수 있다고 한다.⁶⁷⁾ 이 경우에는 어차피 사건 전부의 확정이 차단되고 소송물 전부가 항소심에 계속되게 되었고, 더욱이 불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해와 위자료는 단일한 원인에 근거한 것이지만 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는데 지나지 않기 때문이라고 한다. 이 판결은 신체상해로 인한 손해배상청구의 소송물에 대해 3분설을 취하면서도 이 세 가지가 하나의 뿌리를 가지므로 통합될 수 있음을 시사하고 있다.⁶⁸⁾

마. 검토

소송물 논쟁의 직접적인 계기는 청구권경합 및 형성권경합의 경우에 구실체법설의 입장에 따라 여러 개의 청구권 또는 형성권마다 별개의 소송물이 성립하는 것으로 보아 분쟁을 부자연스럽게 나눔으로써 발생하는 것을 문제로 인식한 데에 있다. 이는 소송관과 관련이 있는바, 구실체법설은 소송물을 가능한 한 작게 구분함으로써 법원의 권한을 축소시키고 당사자의 지배 권한을 확대하려는 자유주의적, 개인주의적 소송관의 산물임에 반하여, 소송법설과 신실체법설은 실질적으로 하나의 분쟁은 가능한 한 1회에 해결함으로써 소송제도의 합리적 운영을 꾀하는 사회국가

64) 鄭東潤, “訴訟物の 識別基準에 관한 大法院判例의 立場”, 考試界(1994. 12), 考試界社, 75면.

65) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91누6108 판결.

66) 대법원 1986. 9. 23. 선고 85다353 판결.

67) 대법원 1994. 6. 28 선고 94다3063 판결.

68) 鄭東潤, 앞의 논문(주65), 74면.

적, 복지국가적 소송관과 관련된 것이다.⁶⁹⁾

소송물 범위 결정의 기준에 대해 결론을 내리기에 앞서 위에서 검토한 바와 같이 실체법적 청구권의 정립과 이에 소송법과 실체법의 구분에 관한 성찰이 필요하다. 앞에서 검토한 바와 같이 소송물이라는 개념은 소송법의 독자적 법학체계를 위한 하나의 기능개념이라고 할 수 있으며 그러한 기본사고 아래 소송법설이 주장되기에 이르렀다. 그러나 소송법설은 실체법과 소송법의 관계를 끊어버렸다는 비판 - 실체법과 소송법은 권리의 실현이라고 하는 목표를 향해 가는 하나의 수레에 달린 두 개의 수레바퀴와 같은 것 - 으로부터 근본적으로 자유롭지 못하다.⁷⁰⁾ 나아가 소송법 먼로(Monroe)주의(불간섭주의)라는 비판 역시 가해진다.⁷¹⁾ 소송법설은 분쟁의 핵심은 실체법적 권리의 확정이 아니라 원고가 소로써 달하려는 경제적, 사회적 목적이라고 주장하나, 설령 그렇다 하더라도 실체법적 권리와 관련 없이 경제적 사회적 목적이 어떻게 정당화되어 이전, 교환될 수 있는지 의문이며 이는 결국 지나친 결과론적 사고라 할 수 있다.

이러한 배경 아래 신실체법설이 주장되었는바, 위에서 검토한 바와 같이 신실체법설의 취지는 동감을 하나 이 견해가 가지는 근본적인 문제, 즉 청구권경합인 경우 하나의 청구규범으로 통합시킬 때 발생하는 시효, 상계 등의 문제가 존재하여 학설로서의 완성도는 떨어지므로 이에 찬동하기는 힘들다.

다음으로 일지설을 검토해보면, 일지설은 소송물을 가장 넓게 잡음으로써 기관력의 범위를 확장함으로써 당사자의 절차보장권 침해가 있는 점을 부인할 수 없다. 일지설의 주장자는 기관력의 시적 한계로 그것을 조절할 수 있다고 하나, 이것은 구실체법설의 문제를 선택적 병합의 문

69) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 273-274면; 金洪奎, 앞의 책(주1), 201면. 하지만 이러한 설명에 대해 호문혁, 앞의 책(주1), 119면은 구실체법설이 개인주의적 사고에 기인한 것은 사실이나, 소송법설이 사회국가적 소송관에 입각한 것이라고는 할 수 없다고 한다. 그것은 실체법에서 권리자를 두텁게 보호하려는 목적에서 주장된 청구권경합 이론을 전제로 하는 구실체법설이지만 실제로 소송에 있어서는 오히려 권리자에 불이익을 주는 결과가 되므로 이러한 일이 생기는 것을 막으려는 것이 소송법설이기 때문이라고 본다.

70) 호문혁, 앞의 책(주1), 125면.

71) 강현중, 앞의 책(주1), 333면.

제로 조절하는 것과 본질적인 차이가 없는 해결 방식이다. 즉 소송물의 개념 정립의 문제는 법정책적 가치평가와 결부된 소송관에 따른 문제인 바, 원칙으로 세운 소송물개념의 문제점을 해결하는 사후적 조치일 뿐 그것을 이유로 소송법설의 개념 정의가 구실체법설의 개념 정의보다 우수하다고 주장할 수 있는 근거는 아니다. 덧붙여 법관의 부담과 석명의 무가 넓어져 실무부담이 가중되는 문제가 생길 수 있다.⁷²⁾ 나아가 변호사강제주의가 채택되지 아니한 현실에서 소송물을 넓게 인정함으로써 권리구제의 기회를 박탈할 위험이 크다.⁷³⁾

이지설은 사실관계라는 불명확한 개념을 사용하는 점에서 먼저 문제가 지적될 수 있겠다. 즉 모호한 개념을 소송물의 구성요소로 함으로써 그 한계의 확정이 어려워 사실관계가 하나인지 둘인지, 같은지 다른지 구별하기가 힘들고, 또 자칫 이를 좁게 해석하면 권리의 발생원인사실과 같아져서 구실체법설과 결론이 다를 바 없어지며 이에 소송법설을 채택하는 근본적인 의미를 상실한다.⁷⁴⁾

이러한 의미에서 구실체법설은 소송법설에서 그렇게 신랄하게 비판하는 것과 다르게 그 의미를 상실하지 않는다. 이론적으로 문제가 크게 존재한다면 이미 이 학설은 파탄이 났을 것이지만⁷⁵⁾ 아직 우리나라 대법원 판례의 태도이기도 한 이 학설을 다시 한번 음미할 필요가 있다.⁷⁶⁾

구실체법설에 대한 비판의 집중은 분쟁의 일회적 해결에 반한다는 점이다. 먼저 경합하는 권리 중 어느 하나의 권리에 근거하여 패소한 경우 또 다른 권리로 소를 제기할 수 있어 분쟁의 소용돌이가 끝날 날이 없다

72) 김홍엽, 앞의 책(주4), 305면.

73) 김용진, 앞의 책(주1), 155면.

74) 이시윤, 앞의 책(주1), 246-247면.

75) 金祥洙, 앞의 책(주1), 47면도 소송법설이 옳다면 구실체법설은 치명적인 결함을 가지고 있는 것이 되므로 이미 이론 자체에 파탄이 발생했어야 함에도 사실상 그러하지 아니한 것이 현실이라고 한다.

76) 김용진, “소송상 쟁점사항과 소송물이론”, 法學研究 第12卷 第1號(2001), 忠南大學校 法學研究所, 160면은 “...이러한 불합리는 실무적으로 그다지 문제되지 아니한다. 변론을 병합하여 하나의 소송절차에서 처리할 수 있을 뿐만 아니라 패소자가 선행판결을 주장, 입증하여 동일한 목적을 가지는 다른 경합청구권이 소멸되었음을 주장할 수 있기 때문이다”라고 하여 실무적으로 구실체법설이 크게 문제 되지 않음을 서술하고 있다. 이와 관련하여 김홍엽, 앞의 책(주4), 305면도 참조.

고 비판하나, 법원의 오판 가능성과 당사자의 절차보장권, 실제적 권리 확정 측면에서 이는 경우에 따라 법적 안정성보다 우선할 수 있고, 한 권리의 요건은 충족되지 못하나, 다른 권리의 요건이 충족되는 경우는 얼마든지 있으며 이를 소송경제에 반한다는 이유만으로 배척하는 것은 소송의 목적을 다하지 못하는 것이다. 그리고 이미 하나의 청구로 목적 달성 후에 다른 권리로 청구하여 피고에게 응소강제 하는 등을 이유로 비판하는 것은 불합리한바, 왜냐하면 목적 실현을 이유로 하여 권리보호의 필요성이 없다고 보아 각하하면 되기 때문이다.

또한 이중이행판결의 가능성을 이유로 비판하는 것은 선택적 병합이라는 방법에 대한 무시일 뿐이다. 선택적 병합을 통해 문제는 처리될 수 있는바, 즉 양 청구권에 기한 소송을 선택적으로 병합하면 승소판결의 경우 하나의 청구권을 임의로 선택하여 판단하면 되고, 반대로 패소판결을 하려면 양 청구권 전부를 심리, 판단하여야 한다. 이에 대해 소송법설은 선택적 병합에 대해 조건에 의해 결과가 좌우된다는지, 당사자가 명백한 의사로 선택적 병합을 부인한 경우에도 인정할 수 있는가 등의 문제점을 들어 비판하나, 선택적 병합에 이론상 문제가 없지 않다고 하여도 당사자나 법원에게 특별한 불이익을 주는 것이 아닌 이상 실질적으로 선택적 병합 자체에는 큰 문제점이 없다고 해석하여야 할 것이다.⁷⁷⁾ 그리고 서로 다른 법원에 이중으로 소제기할 경우의 문제점을 이유로 한 비판은 이송, 이부, 병합으로 처리할 수 있는 점에 비추어 이는 지극히 이론적인 비판이라 할 것이다.

따라서 소송물개념은 실체법과 소송법의 유기성을 잘 살릴 수 있는 관점에서 정립되어야 하고, 이에 구실체법설처럼 실체법적 관계를 반영하여 소송물을 정하는 것이 타당하다. 소송법설의 지나친 강조는 목적을 상실한 수단의 독립에 불과할 뿐이다. 실체법적 권리나 법률관계는 소송을 통해서 강제성을 확보할 수 있다는 점에서 그러하다. 소송경제 등의 문제는 선택적 병합이나 다른 제도적 내용을 통해 극복될 수 있다. 원칙적으로 소송물개념은 소송법의 목적, 즉 실체법적 권리의 실현이라는 점에 기초하여, 분리된 결합관계에 놓인 실체법과 소송법의 매개 고리가

77) 金祥洙, 앞의 책(주1), 47면.

되어야 할 것이다. 그리고 이러한 원칙적인 모습은 현행법상 명문의 규정, 예컨대 민사집행법 제309조에서 “소송물인 권리 또는 법률관계”라고 규정되고 있는 것에 의해 뒷받침되며, 이는 구실체법설을 현행법에 충실한 것으로 평가하게 한다.⁷⁸⁾ 따라서 소송법설에 따르더라도 당사자의 절차보장권 침해 등 여러 문제들이 제기되고, 이에 또 다른 소송기술을 통해 극복하므로, 소송물개념을 정의함에 있어서 원칙적 모습에 충실한 구실체법설이 타당하다고 생각된다.

2. 소송물개념의 상대성 및 가변성 문제

소송물개념을 모든 경우에 차별 없이 두루 적용할 수 있도록 통일적으로 구성할 수 있는가와 관련하여 견해의 대립이 있다. 다수설은 통일적인 소송물개념(einheitlicher Streitgegenstandsbegriff)을 인정한다. 그러나 일부 학설은 경우를 나누어 개별적으로 소송물개념을 상이하게 구성하는 것이 합리적이라고 한다. 이를 상대적 또는 가변적 소송물개념이라고 부른다(relativer oder variabler Streitgegenstandsbegriff).⁷⁹⁾ 독일에서 Baumgärtel과 Jauernig 등에 의해 주장되었다.⁸⁰⁾ 이하에서 이 상대적 소송물개념을 간략하게나마 살펴본다.⁸¹⁾

먼저 제1설로 판결대상을 일반 소송물과 달리 보는 견해(Blomeyer의 견해)⁸²⁾로 이는 절차의 각 단계 중 판결의 단계에 관하여는 그 소송물을 정하는 기준이 달라져야 한다고 하여 소송의 대상이라는 의미의 소송물과 구별하여 판결대상(Urteilsgegenstand)이라는 말을 사용한다. 이 견해에 따르면 다른 경우에는 소송물을 일원설에 의해 판단하지만, 기판력의 범위는 이원설에 의해 좁게 잡는다.

제2설로 절차의 각 단계에 따라 소송물을 정하는 기준을 달리 하자는

78) 김홍엽, 앞의 책(주4), 304-305면 참조.

79) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 275면.

80) Gottfried Baumgärtel, “Zur Lehre vom Streitgegenstand”, JuS 1974, 69, 72 ff.; Othmar Jauernig, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand*, 1967, S. 6 f.

81) 이와 관련하여 호문혁, 앞의 책(주1), 122-123면 참조.

82) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 42.

것으로 이른바 가변적 소송물개념을 인정하는 견해를 들 수 있다. 이는 제1설의 영향하에서 소송물과 연계된 규범에 대한 목적론적 해석(teleologische Auslegung)을 통해 절차의 동적 작동 안에서 소송물개념의 변화를 끌어낸다.⁸³⁾ 여기에는 소송계속(중복소제기)과 기관력의 범위를 정함에 있어서는 이원설, 청구의 병합과 변경에 있어서는 일원설에 의하여 소송물을 특정할 것이라는 견해(Baumgärtel의 견해)⁸⁴⁾와 오로지 기관력의 범위만을 이원설에 의하여 정하자는 견해(Schumann의 견해)가 존재한다.

제3설로 절차를 지배하는 기본원칙에 따라 소송물을 특정하자는 견해(Jauernig의 견해)⁸⁵⁾로서 변론주의에 의하는 절차의 경우 이원설, 직권 탐지주의에 의하는 절차의 경우에는 일원설에 의할 것이라고 한다.

검토하건대 소송계속의 범위와 기관력의 범위가 달라진다고, 소송계속의 범위 밖의 주장을 새로이 하는데 소송물은 변경되지 않았다든가 하는 결론을 내는 것은 설득력이 없어 보인다.⁸⁶⁾ 그리고 이 견해는 그 자체가 이론적이라기보다 선취된 결론에 기초적 개념을 변형하여 맞추는 편의적인 면이 있으며, 소송물 논의의 목적을 잊은 면이 있음을 부정할 수 없다. 규범의 목적을 고려하면서 개념 자체의 변화를 추구하는 만큼 개념이 그 본질상 추구하는 사유의 안정화 기능은 약화될 수밖에 없다.

IV. 각종의 訴訟物

소송물에 관한 견해 대립을 구체적으로 몇 가지 경우에 비추어 정리해 보면 다음과 같다.

83) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 43.

84) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 43.

85) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 45.

86) 호문혁, 앞의 책(주1), 123면.

1. 이행의 소의 소송물

구실체법설에 따르면 소송물은 실체법상의 청구권 자체의 주장을 가리키고, 일지설에 의하면 청구권의 내용을 구할 수 있는 법적 지위의 주장으로서 실체법적 법률관계와 무관하게 소송법적으로 파악된다. 신실체법설에 따르면 실체적 청구권이라는 형태로 목적론적으로 재구성된 청구권의 주장을 소송물로 본다. 이지설에 의하면 청구취지에 나타난 내용을 구할 수 있는 법적 지위의 주장과 이를 뒷받침하는 청구원인의 사실관계가 양자에 의해 소송물이 구성된다고 보게 된다.⁸⁷⁾

2. 확인의 소의 소송물

확인 소의 소송물은 청구취지에 표시된 권리 또는 법률관계의 주장이라고 보는 것이 현재 우리나라의 일반적인 견해이다. 실체법상 권리의 주장을 소송물로 보는 구실체법설의 입장에 따르면 이것은 당연한 결론이라 할 수 있다. 소송법설에서도 확인 소는 권리 또는 법률관계의 공권적 확정을 통해 분쟁의 해결을 추구하는 것이므로 그 소송물은 실체법상의 권리를 주장하는 형태로 특정되어야 한다고 보게 된다.⁸⁸⁾ 이미 살펴본 바와 같이 확인 소의 소송물도 청구취지와 청구원인의 사실관계의 두 요소에 의하여 결정된다고 하는 견해도 있다.⁸⁹⁾

3. 형성의 소의 소송물

구실체법설에 따르면 그것은 실체법상의 형성권 그 자체의 주장이고, 일지설에 의하면 법률관계의 변동을 구할 수 있는 법적 지위의 주장으로서 소송법적으로 파악되고 있으며, 신실체법설에 의하면 '실체법상 진실로 보호할 만한 가치가 있는 법적 지위'라는 형태로 목적론적으로 재구

87) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 282면.

88) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 282면.

89) 호문혁, 앞의 책(주1), 134-135면.

성된 형성권의 주장이 소송물이다. 이지설에 의하면 청구취지에 표시된 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장과 이를 뒷받침하는 청구원인인 사실관계에 의해 소송물이 구성된다.⁹⁰⁾

4. 부동산인도청구소송의 소송물

가. 점유의 소와 본권의 소 사이의 관계

점유권과 소유권에 근거하여 특정 토지의 인도를 구하는 경우에 소송물이 하나인지 둘인지가 문제 된다. 구실체법설은 점유회수청구권과 소유물반환청구권의 주장이 각각 별개의 소송물이므로, 두 개의 소송물이 선택적 병합된 것으로 처리한다. 이지설에 의하면 동일한 사실관계에 기한 하나의 신청이므로 소송물은 하나이고, 일지설의 경우 신청이 하나이므로 역시 소송물은 하나이다. 신실체법설에 의하는 경우도 실체법상 하나의 통일된 반환청구권이 성립할 뿐이고, 점유청구권은 본권청구권에 흡수되는 것으로 풀이하여 소송물은 하나인 것으로 본다.

구실체법설은 이에 대해 민법 제208조가 점유의 소와 본권의 소는 서로 영향 미치지 아니한다고 규정한 것으로 근거로 비판하게 된다.⁹¹⁾ 이에 대해 다른 이론들은 민법 제208조는 점유권에 기한 청구권과 본권에 기한 청구권이 별개로 성립한다는 것을 나타낼 뿐이며 이 두 청구권이 한 개의 소로서 동시에 주장될 때는 실체법상으로는 1회의 인도밖에 인정되지 않으므로 소송물은 하나이고, 두 개의 공격방어방법이 경합된 것이라 본다.⁹²⁾

나. 소유권에 기한 청구권과 계약상 청구권의 관계

예컨대 임대차계약 종료 후에 소유권 및 임대차계약 종료를 원인으로 인도를 구하는 경우 소송물은 몇 개인지 문제 될 수 있다. 구실체법설은 소유권에 기한 반환청구권과 계약상 반환청구권의 주장은 별개의 소송물이다. 다만 계약상 반환청구권에 관하여는 차임연체 등 채무불이행으로

90) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 283면.

91) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 284면 참조.

92) 이시윤, 앞의 책(주1), 258면 참조.

인한 해지, 무단전대에 의한 해지, 합의 해지 등의 원인이 있는 때 한 개의 반환청구권이 있는가, 아니면 각각의 원인에 따라 반환청구권이 달라지는가에 관하여 견해가 갈리고 있다.⁹³⁾

이지설에 의하면 하나의 사실관계에 기한 신청이므로 소송물은 하나이고, 일지설에 의해도 역시 소송물은 하나이다. 신실체법설에 의하면 하나의 통일적인 반환청구권의 주장이 소송물이 된다. 다만 신실체법설 가운데 처분대상으로서의 청구권을 주장하는 견해 중에는 두 개의 소송물을 인정하기도 한다.⁹⁴⁾

5. 부동산등기청구소송의 소송물

가. 소유권이전등기청구의 경우

구실체법설의 경우 예컨대 매매와 시효취득의 경우 소송물이 다르다고 보게 된다. 이지설에 의하면 취득원인이 하나의 사실인지 별개의 사실인지에 따라 소송물의 개수가 결정되며, 매매와 시효취득은 사실이 다르므

93) 이는 유권대리 주장과 표현대리 주장이 그 소송물을 달리하는 것인지의 문제와 유사한 면이 있다. 간략히 살펴보면 다음과 같다.

예컨대 매매계약의 해체에 기한 원상회복청구에서 이러한 점이 문제가 된 경우, 이에 대해 소송법설은 금전지급의 경우라도 청구원인을 참작해도 유권대리에 의하든 표현대리에 의하든 같은 내용의 급여를 청구하므로 소송물은 동일하고 공격방어방법만 달리한다고 본다. 구실체법설은 이에 대해 견해가 갈리는바, 먼저 유권대리에 의한 계약상 청구근거는 예의 경우 민법 제548조의 원상회복에 관한 규정이고, 표현대리에 의한 청구근거는 민법 제125조, 제126조, 제129조로 보아 소송물을 달리한다는 견해와 예의 경우 소송물은 민법 제548조의 원상회복청구권이고 유권대리나 표현대리는 위 청구규범을 이유 있게 하는 공격방어방법의 복수에 불과하다고 보아 소송물을 같이 한다고 보는 견해가 있다.

이에 대해 판례는 “대리권에 기한 대리의 경우나 표현대리의 경우나 모두 제3자가 행한 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 점에서 차이가 없다(대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결)”라고 판시하여 유권대리나 표현대리는 위 청구규범을 이유 있게 하는 공격방어방법의 복수에 불과하다고 보아 소송물을 같이 한다고 본다.

검토하건대, 구실체법설의 입장에서 유권대리의 청구규범은 민법 제114조가 아니라 계약규범인 제548조 등이며, 표현대리의 경우에도 청구규범은 민법 제125조, 제126조 등이 아니라 제548조라고 할 것이므로, 유권대리주장과 표현대리주장은 소송물을 같이하나 그 공격방어방법을 달리한다고 봄이 타당하다.

94) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 284면.

로 소송물이 다르게 된다. 일지설에 의하면 소송물은 하나이며 등기원인이라는 공격방법이 복수인 것에 불과하다. 신실체법설에 의하면 두 개의 사실관계에 기한 두 개의 소송물로 구성하는 견해와 1회의 급여를 목적으로 하는 하나의 소송물로 풀이하는 견해로 나뉜다고 한다.⁹⁵⁾

나. 소유권이전등기말소청구의 경우

구실체법설을 따르는 대법원판례는 이전등기청구의 경우와는 달리 당해 등기에 대한 말소청구의 소송물은 말소등기청구권의 주장이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되는 것이라 본다.⁹⁶⁾ 일지설에 의하면 말소등기를 구할 수 있는 법적 지위는 하나이고 이를 이유 있게 하는 공격방법이 경합될 뿐이므로 소송물은 하나라고 본다. 이지설에 의하면 무효의 원인이 하나의 사실관계로부터 발생하였는가 아닌가에 따라 달라질 것이지만, 보통 하나의 사실관계로 평가될 것이다. 신실체법설에 의하면 통일된 하나의 말소청구권이 성립하는가에 따라 달라진다.⁹⁷⁾

다. 진정한의 회복을 위한 소유권이전등기청구와 말소등기청구

일반적으로 같은 부동산에 대한 이전등기청구와 말소등기청구는 별개의 소송물을 구성하는 것이 원칙이다. 대법원은 한때 부동산에 관한 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 원고가 다시 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구의 소를 제기한 경우 양소의 소송물은 다르므로 전소판결의 기판력이 후소에 미치지 아니한다고 판시한 적이 있다.⁹⁸⁾ 그러나 이러한 입장에 따라 사실상 두 번의 소송을 허용하는 결과가 되었다.

이에 판례는 입장을 변경하여 이 경우 이전등기청구와 말소등기청구는 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청

95) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 285면.

96) 대법원 1999. 9. 17. 선고 97다54024 판결.

97) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 285면.

98) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체 판결.

구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보았다.⁹⁹⁾ 즉 법적 성질이 민법상 소유권에 기한 방해배제 청구권으로 동일하므로 그 소송물은 동일하다고 보는 것이다.¹⁰⁰⁾ 이는 구 실체법설의 논리상 수긍될 여지가 있다. 그러나 이에 대해서 기본적으로 청구취지가 다르므로 두 청구의 소송물은 동일하지 않다고 보는 비판이 가해질 수 있다. 이렇게 소송물을 다르게 보는 입장으로, 양 소의 소송물은 다르더라도 실질적으로 동일하여 모순된 반대관계에 해당하여 전소판결의 기판력이 후소에 미친다는 견해와¹⁰¹⁾ 전소의 기판력이 후소에 작용하지는 않지만, 전소 확정판결의 증명력을 이유로 원고청구를 기각해야 한다는 견해¹⁰²⁾가 존재한다.

6. 어음금청구소송과 원인채권청구소송의 소송물

구실체법설은 이 경우 두 개의 소송물을 인정하고, 하나의 소에 병합하면 선택적 병합이 된다고 본다. 이지설에 의하면 별개의 사실이므로 소송물이 별개인 것으로 취급된다. 일지설에 의하면 일정한 금액의 지급을 구할 수 있는 법적 지위는 1개이므로 소송물은 하나라고 한다. 신실체법설은 각각의 청구권규범의 목적과 내용이 다르다는 이유로 두 개의 소송물로 보는 견해와 한 개의 급여요구권을 구성하여 그 주장으로서 한 개의 소송물을 인정하는 견해로 나누어진다고 한다.¹⁰³⁾

99) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결. 다만 이 판결의 별개의견은 소송 목적이나 법적 근거와 성질이 같아서 실질적으로 동일하다고 하더라도 각기 그 청구취지와 청구원인이 다른 이상, 양소의 소송물은 다른 것이고 따라서 전소의 확정판결의 기판력은 후소인 이 사건 소송에는 미치지 않는다. 다만, 후소를 허용함으로써 분쟁이 이미 종결되었다는 상대방의 신뢰를 해치고 상대방의 법적 지위를 불안정하게 하는 경우에는 후소는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 보아야 한다고 하였다.

100) 李忠相, “真正正義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 既判力”, 저스티스 통권 66호(2002. 4), 韓國法學院, 155면도 이와 같은 이유로 판례에 찬성하고 있다. 동 판결에 대한 평석의 정리로 金建昊, “既判力の 物的範圍에 관한 小考 - 訴訟物理論을 중심으로 -”, 法曹 통권 제612호(2007. 9), 法曹協會, 156-158면 참조.

101) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 788면.

102) 호문혁, 앞의 책(주1), 713면.

103) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 286면.

7. 손해배상청구소송의 소송물

가. 불법행위로 인한 손해배상청구와 채무불이행으로 인한 손해배상청구의 관계
 구실체법설은 청구권경합을 인정하여 하나의 소에서 두 청구권을 주장하면 소송물이 복수인 것으로 이해한다. 소송법설에 따르면 하나의 소송물로 평가된다(일지설, 이지설 동일). 신실체법설도 하나의 생활사실에 기한 손해배상으로서 한 개의 통일적인 손해배상청구권을 구성하는 점을 근거로 하나의 소송물로 본다.¹⁰⁴⁾

나. 손해의 항목과 소송물

손해배상청구소송에서 손해의 항목을 어떻게 나눌 것인가는 사실 소송물이론과 논리필연적인 연관은 없다.¹⁰⁵⁾ 우리 대법원판례가 손해3분설을 취하는 것과 달리¹⁰⁶⁾ 일본 최고재판소는 구실체법설을 따르면서도 이 경우에 소송물은 한 개로 본다.¹⁰⁷⁾ 견해의 대립을 살펴보면 하나의 사고로 인한 손해를 모두 하나의 소송물로 보는 견해¹⁰⁸⁾와 손해를 재산적 손해와 정신적 손해로 나누어 2개로 보는 견해¹⁰⁹⁾와 손해를 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해 이렇게 3개로 보는 견해(판례)가 있다. 생각건대 손해1개설이 손해배상사건의 비송적 성격, 위자료의 보충적 작용에 부합하고, 또한 당사자는 손해 총액에 대해서만 관심이 있을 뿐인 점과 피고가 여러 차례 응소를 당하는 폐단을 막는 점에 비추어 타당하다.

다. 기판력의 표준시 후에 나타난 후유증에 따른 손해배상청구

소송물이론에 관하여 어떤 견해를 취하든 후유증에 따른 손해배상청구를 인정하고 있으나, 다만 그 이론구성에는 차이가 있다. 즉 일부청구, 잔부청구로 보는 것(명시적 일부청구설), 전소의 소송물은 기준시에 예측할 수 있었던 손해에 한정되므로 예측할 수 없었던 후유증은 기준시 후

104) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면.

105) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면.

106) 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결.

107) 日最判 1973. 4. 5, 民集 27. 3. 419(鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면에서 재인용).

108) 이시윤, 앞의 책(주1), 257면.

109) 호문혁, 앞의 책(주1), 377면.

의 새로운 사실에 기한 소송물로 보는 것(별개소송물설), 전소판결의 차단효는 당사자가 제출할 수 있었던 사실자료의 범위 안에서 발생하므로 후유증의 주장은 차단되지 않는다고 하는 것(기관력의 시적 한계설) 등의 견해 대립이 있다.¹¹⁰⁾ 대법원은 별개의 소송물설을 취하고 있다.¹¹¹⁾

간략히 검토하건대, 명시적 일부청구설은 전소의 청구 당시에 아직 발생가능성조차 예측할 수 없는 후유증에 의한 손해를 잔부청구라고 하여 전소청구를 일부청구로 취급하는 것은 매우 의제적이라는 점, 또한 시적 한계설은 전후 양 소송에서 손해의 발생 자체는 별개이기 때문에 전후 양 소의 소송물을 동일하다는 전제하에서 이를 시적 한계로 다루는 것은 문제가 있다. 따라서 전소 당시 통상의 주의를 다하여도 예견할 수 없었고 함께 청구하는 것이 전소에서 합리적으로 기대할 수 없는 후유증에 의한 손해배상청구는 명시 여부와 관계없이 전혀 별개의 청구라는 별개 소송물설이 타당하다.

V. 결어

소송물이란 분쟁의 대상, 소송상 청구를 일컫는 것으로 이것은 소송법학의 독자적 개념으로서 실체법과 소송법이 분리되어 가는 과정의 한 가운데 있는 기능적 개념이라 할 수 있다. 로마법상 *actio*에서 실체법상의 청구권이 분화되어 나가고 소권이 따로 인정되면서 실체법과 소송법은 독자적인 영역을 구축하기 시작하였고, 이에 소송물 논쟁은 실체법을 반영한 구실체법설과 이에 대항하여 소송법의 독자적 시각을 중시하는 소

110) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면.

111) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1671 판결: “불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소송의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우에 그 소송의 변론종결당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고 하더라도 이는 전소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 전소송의 기관력에 저촉되는 것이 아니다.”

송법설의 대립으로 귀결되었고, 후에 이를 종합하는 취지의 신실채법설이 주장되기에 이르렀다.

앞에서 검토한 바와 같이 소송법설의 독자적 관점도 나름의 취지와 역사적 배경을 가진 것이나, 이것이 실체법과 소송법의 유기성을 끊는 취지라면 이에 반대하여야 한다고 생각한다. 실체법의 정적 규율 상태를 동적 process로 변환시켜 그 목적을 실현하게 하는 것이 소송법이라 이해할 때 그 유기성은 양자 사이 관계의 본질적 구성 부분으로 이해되고, 그것이 훼손되는 한 실체법, 소송법 양자는 각기 목적과 수단의 연결고리를 잃은 단순 개체에 불과하게 된다.

소송법설의 취지, 즉 분쟁의 일회적 해결, 소송경제도 충분히 고려하여야 하는 소송법의 가치이나, 그것으로 인해 당사자의 절차보장권 등이 침해되고 이를 시정하기 위해 기관력의 범위를 조절한다든지 하는 것은, 원칙적 소송법의 모습을 살리고 선택적 병합 등으로 문제점을 시정하는 구실채법설보다 반드시 우수하다고 말할 수 없다. 소송법의 기초개념인 소송물을 실체법과 소송법의 유기성에서 도출하여 그 원칙적 지향점을 복원하고, 개별적 문제들을 이에 최대한 부합하도록 해결함이 타당하다. 결론적으로 구실채법설에 따라 소송물 표준을 정하고 선택적 병합, 이부, 이송 등 소송기술을 통해 해결하는 우리 재판 실무는 문제가 없다고 보여지며, 개별적 문제는 그 개별적 문제상황 내에서 다양한 제도적 내용들의 구체적 적용을 통해 해결하면서 기초개념인 소송물의 원칙적 모습을 지키는 것이 타당하다고 생각된다.

(논문투고일: 2021.9.3., 심사개시일: 2021.9.6., 게재확정일: 2021.9.24.)



▶ 이 성 범

소송물, 청구권개념, 일지설, 이지설, 구실채법설.

【참 고 문 헌】

<국내문헌>

- 강현중, 「민사소송법(제6판)」, 博英社, 2004.
- 郭潤直, 「債權總論(新訂修正版)」, 博英社, 2002.
- 김덕영, 「막스 베버, 이 사람을 보라」, 인물과사상사, 2008.
- 金祥洙, 「民社訴訟法概論(제4판)」, 法友社, 2007.
- 김영희, 「형성권 연구」, 景仁文化社, 2007.
- 김용진, 「실체법을 통하여 본 民事訴訟法(제5판)」, 新英社, 2008.
- 金洪奎, 「民事訴訟法(第7版)」, 三英社, 2004.
- 김홍엽, 「민사소송법(제7판)」, 박영사, 2018.
- 宋相現·朴益煥, 「民事訴訟法(新訂5版)」, 博英社, 2008.
- 이시윤, 「新民事訴訟法(제12판)」, 博英社, 2018.
- 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 「民事訴訟法(제6판)」, 法文社, 2017.
- 호문혁, 「민사소송법(제13판)」, 法文社, 2016.
- Peter Stein, 김기창 역, 「유럽 역사에서 본 로마법」, 인다, 2021.
- 金建昊, “既判力の 物的範圍에 관한 小考 - 訴訟物理論을 중심으로 -”,
法曹 통권 제612호(2007. 9), 法曹協會.
- 金祥洙, “訴訟物이란 괴물”, 考試研究(2000. 3), 考試研究社.
- 金相容, “民法思想史”, 학술원논문집(인문사회과학편) 제53집 1호(2014),
대한민국 학술원.
- 김용진, “소송상 쟁점사항과 소송물이론”, 法學研究 第12卷 第1號(2001), 忠南大學校 法學研究所.
- 李忠相, “眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 既判力”, 저스티스 통권 66호(2002. 4), 韓國法學院.
- 鄭圭相, “確認訴訟의 訴訟物”, 考試界(1998. 12), 考試界社.
- 鄭東潤, “訴訟物の 識別基準에 관한 大法院判例의 立場”, 考試界(1994. 12), 考試界社.
- 胡文赫, “19世紀 獨逸에 있어서의 請求權概念의 生成과 變遷”, 「民事訴訟法研究(I)」(1998), 法文社.

<외국문헌>

- Hattenhauer, Christian: Einseitige private Rechtsgestaltung, Mohr Siebeck, 2011.
- Hofmann, Franz: Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Mohr Siebeck, 2017.
- Jauernig, Othmar: Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Mohr Siebeck, 1967.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl H./Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, C.H.Beck, 2018.
- Winkelmann, Thomas: Der Anspruch, Mohr Siebeck, 2021.
- Becker-Eberhard, Ekkehard: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, Band 1, C.H.Beck, 2020 (인용: MüKoZ PO/Becker-Eberhard, Vorbemerkung zu § 253).
- Roth, Herbert: Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Band 3, Mohr Siebeck, 2016 (인용: Stein/Jonas/Roth, vor § 253).
- Baumgärtel, Gottfried: “Zur Lehre vom Streitgegenstand”, JuS (Juristische Schulung) 1974, 69 ff.
- Stamm, Jürgen: “Zum Verzicht auf die Streitgegenstandslehre im Sinne einer Rückbesinnung auf die materiellrechtlichen und prozessualen Ausgangsfragen”, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess) 2016, 25 ff.

Abstract

Zum Begriff des Streitgegenstandes im Zivilprozess

Seongbum Lee

Der Streitgegenstandsbegriff ist in zahlreichen Konstellationen des Zivilprozesses von Relevanz. Nur mit Kenntnis der Bedeutung des Streitgegenstandsbegriffs lassen sich also wichtige Fragestellungen des Zivilprozessrechts verstehen. Er ist zwar von wesentlicher Bedeutung für das Zivilprozessrecht, gleichwohl aber nicht gesetzlich geregelt. Aufgrund dieser Bedeutung einerseits und der fehlenden gesetzlichen Regelung sowie aufgrund eines uneinheitlichen Sprachgebrauchs andererseits gehört ein allgemeines und umfassendes Verständnis des Streitgegenstandsbegriffs wohl zu den umstrittensten Fragen des Zivilprozessrechts.

In Lehre wird die Ansicht überwiegend vertreten, dass Streitgegenstand eines Zivilprozesses nicht mit dem materiell-rechtlichen Anspruch bzw. Rechtsverhältnis identisch ist. Dabei gilt ein eigenständiger prozessualer Streitgegenstandsbegriff. Doch der Oberste Gerichtshof in Südkorea folgt noch dem materiell-rechtlichen Streitgegenstandsbegriff. Außerdem sind auch verschiedene Konstruktionen des Streitgegenstandsbegriffs erschienen. In diesem Zusammenhang betrachtet die vorliegende Arbeit die Frage, wie der Streitgegenstandsbegriff im Zivilprozess zu verstehen ist, und versucht, über das Verhältnis zwischen dem materiellen und dem prozessualen Recht nachzudenken.



▶ **Seongbum Lee**

Streitgegenstand, Anspruchsbegriff,
eingliedriger Streitgegenstandsbegriff,
zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff,
materiell–rechtlicher Streitgegenstandsbegriff.