美國民事訴訟에 있어서 旣判力에 관한 硏究

金　　柱　　祥*

〈차　례〉

1. 序　論
2. 吸收와 阻止의 法則
3. 附隨的 攻擊
4. 附隨的 禁反言
5. 旣判力의 主觀的 範圍
6. 結　語

1. 序　論

法院의 判決이 安定性과 確實性을 갖는 것은 대단히 중요하다. 旣判力의 原理는 裁判에 대한 信賴를 주고 當事者에 대한 繼續的인 負擔과 희생의 終止符를 찍고 矛盾되는 判決의 可性性을 除去하는 역할을 한다.

終局判決의 必要性은 大陸法系國家에서는 물론 英美法系國家에서도 承認되고 있다. 大陸法系國家에서의 旣判力의 適用은 一般的으로 로마法의 原理로 부터 由來한다. 그리하여 前訴와 後訴 間에 請求의 法律的 基礎와 訴求되는 救濟가 同一할 때에는 後訴가 禁止된다.[1] 위와 같은 同一性이 없을 때에는 後述하는 바와 같이 英美法系國家에서 인정되는 禁反言原理에 該當하는 原理가 大陸法系國家에서는 인정되지 않았다.[2] 그러나 大陸法系國家에서 禁反言原理가 인정되지 않았지만 特殊한 爭點에 대한 裁定에 終局的 效力을 부여하기 위한 節次는 마련되어 있어 어느 當事者던지 特殊한 爭點을 提起하면 法院은 判決에서 그 점에 대한 裁定을 한다.[3] 美國에서의 旣判力의 法理는 法律의 각 領域에서 중요한 地位를 차지하고 있고, 吸收와 阻止의 法則은 前訴와 後訴사이에 訴訟原因이 同一할 때 同一한 當事者사이에 旣判力의 效果를 다루는 것이고, 附隨的 禁反言의 法理는 前訴에서 이미 決定된 爭點을 포함하는 後訴의 相違한 訴

* 서울高等法院 判事

1) Comment, 2 La.L. Rev. 347, 353—365 (1940).

2) Millar, The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law, 39 Mich. L. Rev. 1, 8—9 (1940).

3) Schopflocher, Civil Procedure: A Comparative Study of Some Principal Features under German and American Law [1940] Wis. L. Rev. 234, 258—59 民事訴訟法 第186條 中間判決制度 참조.

訟原因에 대한 前訴의 旣判力의 效果를 다루는 것이다.[4]

2. 吸收와 阻止의 法則

A. 槪　念

"吸收"(merger)라는 用語는 前訴에서 原告勝訴判決의 效果를 설명하기 위하여 使用되는 것으로,[5] 原告勝訴의 前訴判決은 前訴의 主題가 되었던 모든 請求와 訴訟原因을 滅却시킨다. 그리하여 그 이후에는 前訴請求와 訴訟原因에 관한 原告의 權利는 判決의 執行節次에만 局限되어 原告는 그 이상 더 本來의 訴訟原因을 基礎로 하여 提訴할 수 없게 되고, 訴訟原因의 一部가 前訴에서 누락되었다고 하더라도 누락된 訴訟原因을 基礎로하여 原告가 提訴할 수 없게 된다. 이것은 原告의 請求와 訴訟原因이 前訴判決에 吸收되어 다시 擧論할 수 없게된 까닭이다.

"阻止"(bar)라는 用語는 前訴에서 被告勝訴의 本案終局判決의 效果를 설명하기 위하여 使用되는 것으로,[6] 被告勝訴의 前訴判決은 前訴의 主題가 되었던 모든 請求와 訴訟原因을 滅却시킨다. 그리하여 前訴에서 事實上 提起되지 않았던 請求의 一部에 관해서도 滅却의 效果가 발생하여 原告는 再訴提起의 權利를 喪失한다.[7]

吸收와 阻止의 法則은 때로는 訴訟原因分割禁止의 法則(Rule against splitting a cause of action)이라고 불리워진다.[8]

B. 訴訟原因의 範圍

1. 訴訟原因一般

吸收(merger)와 阻止(bar)의 法則에 의하여 提起되는 중요한 문제는 어느 範圍까지 前訴

4) Scott, Collateral Estoppel by Judgment, 56 Harv L. Rev. 1.2.3 (1942), Developments in the Law-Res-Judicata, 65 Harv. L. Rev 818, 820 (1952).

5) Restatement of Judgments §45 (a) Comment a.

6) Ibid. §45 (b) and comment b, §48 and Comments thereto.

7) Cromwell v. County of Sac. 94 U.S. 351, 352, 353, 24 L. Ed 195(1876). Restatement of Judgments §68, Comment a.

8) James, Civil Procedure §11. 9. 550(1965) 訴訟原因分割禁止의 法則은 同一한 訴訟原因 또는 請求에 속하는 事項은 그 一部를 分割하여 다른 訴訟에서 請求할 수 없다는 法則이다. 즉 하나의 訴訟原因에 관하여 다른 訴訟이 提起된 경우에 第一의 訴訟이 係屬하고 있는 것은 다른 訴訟의 妨訴抗辯이 되고 어느 하나에 관하여 終局判決이 있으면 旣判力 (吸收와 阻止의 法則)이 생겨 다른 訴訟을 排斥한다. 그리하여 Sutcliffe Storage & Warehouse Co. Inv. v. United States 事件 〈162 F. 2d 849 (1947)〉에서 原告는 美合衆國을 相對로 이미 支給期가 到來한 賃料를 4分하여 4回에 걸쳐 마사츄세츠州에 있는 聯邦法院에 提訴하였던 바, 被告의 訴訟係屬의 抗辯을 받아들여 聯邦法院은 後의 3個의 訴를 却下하였고 原告가 抗訴하자 聯邦巡廻抗訴法院은 賃料와 같은 分割拂의 金錢債權의 請求는 訴提起時에 辨濟期에 있는 모든 金額을 포함시켜야 한다는 것이 古來부터 確立된 法原則이라고 하여 原告의 抗訴를 棄却하였다.

이와같이 美國法에서는 金錢債權의 分割請求禁止의 法則이 確立되었지만 全額을 一擧에 請求하는 것이 오히려 곤란하거나 分割請求를 認定하여도 不必要한 訴訟의 反復이 아니라는 具體的事情이 存在할 때에는 例外가 認定되고 있다. White v. Adler, 289 N.Y. 34, 43 N.E. 2d 798 (1942).

의 請求와 訴訟原因이 吸收되어 後訴가 禁止되는가 하는 문제로서, 다시 말하면 訴訟原因의 同一性에 관한 문제이다. 그러나 어느 경우에 前訴와 後訴가 同一하다고 볼 것인가에 관해서는 學說의 一致를 보지 못하고 있다. 實體法과 節次法의 同一한 原理가 兩 訴訟에 適用될 수 있는가 여부를 標準으로 한다는 說, 兩 訴訟에서 同一한 權利가 同一한 不法行爲에 의하여 侵害되었다고 主張될 때에는 兩 訴訟이 同一하다고 보는 說, 後訴에서 訴求되는 判決이 前訴에서 確定된 權利를 侵害하는가 여부를 가지고 前訴와 後訴의 同一性 여부를 判斷하여야 한다는 說, 同一한 證據가 兩 訴訟을 뒷받침할 때에는 前訴와 後訴가 同一하다고 하는 說, 主要事實이 兩 訴訟에서 同一하면 兩 訴訟이 同一하다고 하는 說 등이 對立하고 있다.[9]

그러나 어느 說이나 訴訟原因制度의 意義나 訴訟原因制度의 政策的 考慮(policy consideration)을 만족스럽게 설명하지 못하고 있고 問題解決에 完全히 도움이 되지 못하고 있다. 이러한 一般的 定義에 不滿을 품은 學者들 중에는 특히 訴訟原因制度의 實用性에 着眼할 것을 主張하고,[10] Cleary 敎授는 訴訟原因이라는 用語自體를 지주하여 訴訟原因을 定義하려는 努力은 포기되어야 한다고 力說하면서, 訴訟原因分割禁止法則에 違反한 後訴는 却下할 것이 아니라 訴訟原因分割禁止法則에 違反한 後訴를 인정하고, 그 대신에 被告의 應訴로 생기는 被告의 訴訟費用과 被告의 辯護士費用을 原告에게 負擔시켜야 한다고 主張하고 있다.[11]

이러한 Cleary 敎授의 見解는 現在의 訴訟原因制度의 嚴格한 原則으로 말미암은 變則的 結果를 回避하고, 잘못하여 前訴로부터 請求의 一部를 누락하였다고 하여 다시 訴訟을 提起하지 못하게 하는 것은 너무나 가혹하다는 데 있는 것은 말할 필요도 없다. 그러나 다른 한편 訴訟이 일단 끝났는데도 끊임없이 再訴하는 것을 許容하면 判決의 安定性을 期할 수 없게 된다는 점도 考慮하지 않으면 안되고, 訴訟原因을 分割하는 것을 許容하면 不當한 결과로 이끌 可能性이 많다. 例를 들면 同一한 事故로 말미암아 小額의 財物被害와 多額의 身體傷害를 입은 사람이 訴訟原因을 分割하여 小額裁判所에 財物被害에 대한 損害賠償을 請求하여 簡易한 節次로서 被告에게 責任이 있다는 判斷과 함께 勝訴判決을 얻은 다음 地方裁判所에 多額의 身體傷害로 인한 損害賠償請求訴訟을 提起하면 被告는 자기에게 責任이 없다는 抗辯을 할 수 없게 되는 不當한 결과가 생기는 수가 있다. 왜냐하면 被告는 前訴에서 請求額이 적기 때문에 小額裁判所에서 별로 責任의 爭點을 다투지 않은 채 내버려둔 결과, 被告에게 故意나 過失이 있다는 前提에 被告敗訴判決이 내려진 후에는 地方裁判所에서 故意나 過失이 없다는 抗辯

9) Development in the Law-Res Judicata 65 Harv. L. Rev. 818, 824—5(1952) Comment, Res Judicata in California, 40 Calif. L. Rev. 412, 415 에서는 訴訟原因의 定義는 몇개의 중요한 理論 즉 첫째는 基礎的 權利論(the primary right theory), 둘째는 事實的 試驗論(the factual test theory), 셋째는 法院의 裁量論(the discretion of the court theory)에 基礎를 두고 있다고 說明한다.

10) Von Moschzisher, Res Judicata, 38 Yale L.J. 299, 313—14(1929).

11) Cleary, Res Judicata Re-examined, 57 Yale L.J. 339, 350(1948).

은 禁反言의 原理에 의하여 提出할 수 없기 때문이다. 이와 같이 訴訟原因을 分割시키는 것은 訴訟技術에 의한 不當한 結果를 가져오는 것을 看過해서는 아니되고 訴訟原因分割禁止法則을 固守함으로써 생기는 가혹한 結果에 대해서는 必要한 때에 限하여 隔通性 있는 例外를 認定할 수 밖에 없다.[12]

2. 不法行爲事件

不法行爲事件에서 가장 빈번히 提起되는 문제는 被告의 行爲가 單一한 不法行爲를 構成하지만 그것이 原告에게 여러 形態의 損害를 惹起시키는 경우이다. 가장 흔한 例는 自動車 事故로서 被告의 過失이 原告에게 身體傷害를 줌과 同時에 自動車破損이라는 財物에 대한 損害를 주는 것과 같다. 이러한 被告의 不法行爲가 原告에게 一個의 訴訟原因만 주는가, 複數의 訴訟原因을 주는가 하는 문제에 관해서는 州에 따라 判例가 엇갈리고 있지만, 大多數의 州에서는 身體傷害로 인한 損害와 自動車破損으로 인한 損害는 一個의 訴訟原因을 構成한다. 1940年代에 오하이오州[13]와 버지니아州[14]는 위와같은 경우에 二個의 訴訟原因을 構成한다고 하였지만, 오하이오州는 그 후 態度를 바꾸어 單一訴訟原因을 構成한다는 多數州의 見解에 따르고 있다.[15]

單一한 事故로 말미암아 原告가 被害를 입었을 뿐만 아니라 그의 家族이 死亡하거나 被害를 입은 경우에 原告가 갖는 請求에 관해서도 그것이 單一訴訟原因을 이루는가 複數訴訟原因을 構成하는가에 관해서 判例는 一致하지 않지만, 많은 州에서는 家族의 死亡으로 인한 原告

---

12) James, Civil Procedure §11. 10 556—7(1965)는 審判의 便宜와 安定性의 考慮가 訴訟原因分割禁止의 法則을 뒷받침한다고 한다.
大部分의 州에서는 財物被害와 身體傷害로 인한 各 損害는 하나의 訴訟原因을 이룬다. United States v. California & Oregon Land Co. 192 U.S. 355 (1904) 事件에서 Holmes 判事는 美國判例의 全體的 傾向은 原告에 對해서 全訴訟原因 및 全事件을 一擧에 審判하는 것을 要求하며 原告는 自己의 請求를 分割할 수 없고, 하물며 救濟의 理由로 하는 것을 分斷할 수 없다고 判示하고 있다.

13) Vasu v. Kohler's, Inc., 145 Ohio St. 321, 61N.E. 2d 707(1945).

14) Carter v. Hinkle 189 Va. 1, 52 S.E. 2d135(1949).

15) Rush v. City of Maple Heights 167 Ohio St. 221, 147 N.E. 2d 599(1958). California 州에서도 New York州나 Virginia州에서와 같이 不法行爲에 의하여 財物被害와 人身傷害를 입은 경우에 損害賠償이 別個의 訴訟原因을 이룬다고 解釋하여 왔다(Todhunter v. Smith 219 Cal. 690, 28 P.2d 916, 1934). 그런데 最近에 California 州最高法院은 극히 중요한 判決을 하였다. 事案은 다음과 같다. 原告는 被告로 부터 自動車를 買受함에 있어서 自動車의 결함으로 事故가 생겨 原告가 損害를 본 때에는 被告가 賠償하기로 明示的인 約定을 하였다. 原告가 買受한 車를 運轉하고 가던 중 原告의 아무런 잘못도 없이 車가 갑자기 故障을 일으켜 路線을 벗어나 障碍物에 부딪쳐 原告도 負傷을 입고 車도 破壞되었다. 原告는 明示的인 瑕疵擔保違反을 理由로 하여 身體傷害로 인한 損害賠償을 請求하여 勝訴하자, 다시 自動車破損에 대한 損害賠償을 請求하였다. 그러나 California 最高法院은 兩訴訟의 訴訟原因이 明示的인 瑕疵擔保違反인 이상 後訴에서 自動車破損으로 인한 損害賠償을 分離하여 請求할 수 없고, 一個訴訟에서 請求했어야 할 것이라고 判示하여 後訴를 排斥하였다(Holmes v. Bricker 70 C. 2d 786, 76 Cal. Rptr. 431, 1969). 이러한 최근의 判例에 비추어 보아서 不法行爲에 의하여 財物被害와 身體傷害를 입은 경우에 別個의 訴訟原因을 이룬다는 傳統的인 立場을 California 州最高法院이 앞으로도 固守할런지는 未解決의 문제라 할 것이다.

의 損害賠償請求는 別個의 訴訟原因을 이룬다고 判示하고 있다.[16]

同一한 不法行爲로 말미암아 여러 사람에게 損害가 난 경우에는 當事者別로 訴訟原因이 發生하고 前訴에서 當事者가 아닌 사람은 吸收와 阻止의 法則의 適用을 받지 않는다.[17]

被告가 自己土地의 狀態를 維持하고 繼續的으로 使用함으로서 隣接한 原告의 土地에 侵害를 주는 경우에 특별한 問題가 일어나는 수가 있다. 原告의 土地에 대한 過去의 모든 損害는 一個訴訟에서 救濟를 받아야 한다는 것이 確立된 判例이지만, 문제는 原告가 장래 豫想되는 損害를 請求할 수 있는가 여부와 請求할 수 있다면 不法妨害로 부터 惹起되는 過去와 將來의 損害를 一個訴訟에서만 請求하여야 하는가이다. 大部分의 州에서는 永久不法妨害와 臨時不法妨害를 區別하여 不法妨害가 永久的일 때에는 原告는 單一訴訟만이 許容되어 一個訴訟에서 過去와 將來의 全損害를 請求하여야 하며, 따라서 訴訟原因의 分離가 許容되지 않는 反面에 不法妨害가 臨時的일 때에는 原告는 過去의 損害에 대해서만 賠償을 請求할 수 있고 萬一 不法妨害가 繼續하여 損害를 惹起하면 후에 新訴訟을 提起할 수 있다.[18]

永久不法妨害에서는 不法妨害開始時부터 單一訴訟原因에 관한 時效가 進行하고,[19] 臨時不法妨害에서는 日別로 時效가 進行한다.[20]

3. 契約事件

原告는 一般的으로 單一訴訟原因에서 提訴以前에 發生했던 모든 契約違反을 主張해야 한다. 原告가 그렇게 하지 않으면 被告가 異議權을 포기하지 않는 한, 前訴의 判決은 前訴以前에 發生했던 契約違反事項을 理由로 하는 後訴를 禁止시킨다. 訴訟原因分割禁止의 法則이 대개 被告를 保護하는 目的을 가지고 있기 때문에, 被告는 이 惠澤을 포기할 수 있고 被告가 무효에 異議를 하지 아니하면 異議權을 喪失한다는 見解가 一般的으로 支持되고 있다.

4. 單一한 損害賠償에 대한 擇一的基礎

吸支나 阻止의 法則의 문제는 單一한 損害에 대하여 賠償請求의 擇一的 基礎가 있을 때 역시 提起된다. 被告의 行爲가 原告에게 損害를 입혔을 때 原告의 損害賠償請求를 뒷바침하는 法理論이 여러개 있을 수 있다. 被告가 原告에게 原告의 物件을 돌려주지 않기 때문에 原告가 損害賠償을 請求하는 경우에 法的根據는 被告가 過失로 原告의 物件을 喪失시킨 것을 理由로 하는 수도 있고 原告에게 物件을 돌려 줄 契約上의 義務違反을 내세우는 수도 있으며, 原告의 物件을 不法으로 橫領着服한 것을 原因으로 하는 수도 있는 바, 具體的인 事實에 따라서 위 세

16) Southern Ry. v. King, 160 Fed. 332 (5th Cir. 1908), Chamberlain v. Mo-Ark. Coach Lines, 354 Mo. 461, 189 S.W. 2d 538 (1945), Albritton, Res Judicata and the Common Automobile Accident-Problem of Splitting the cause of Action, 12 Ala. L. Rev. 364, 372—374(1960).

17) Restatement of Judgments §93(6).

18) Cf. McCormick, Damages for Anticipated Injury to Land, 37 Harv. L. Rev. 574, 582 (1924).

19) Robertson v. Cincinnati, New Orleans and Texas Pacific Ry. Co, 339 S.W. 2d 6(Tenn, 1960).

20) Note, Nuisances-Permanent Injury-Limitations of Actions, 28 Tenn. L. Rev. 433—35(1961).

가지 請求權이 競合하는 수가 있다.

具體的인 事實이 위 세가지 경우 중 어느 것에 該當하는지 明確하지 않은 경우에 原告는 單一訴訟에서 위 세가지 理論을 擇一的으로 主張하여 損害賠償을 請求하여야 하는가, 그렇지 않으면 하나의 理論만 내세워 損害賠償을 請求하였다가 敗訴한 경우에 다른 理論을 내세워 다시 損害賠償을 請求할 수 있는가에 관해서는 單一訴訟에서 위 세가지 理論을 전부 내세우는 것이 審判의 便宜와 實質的 正義에 符合하고, 裁判을 二重 三重으로 許容한다고 해서 利益이 될 바도 없을 뿐만 아니라, 可能한 法理論를 모두 내세우는데 困難이 없다는 것을 根據로 大部分의 州의 法律과 聯邦判例들은 一個訴訟에서 損害賠償을 뒷바침 하는 모든 理論을 主張하여야 하고, 그렇지 않은 경우에는 原告는 다시 損害賠償을 請求할 수 없다고 하고 있다.[21] 그런데 近來 뉴욕州와 오하이오州에서는 訴訟原因槪念을 지나치게 좁게 解釋하여 前訴에서 擇一的 基礎로서 主張할 수 있었지만, 실제로 主張하지 않은 法理論에 根據한 後訴를 許容한 것은 注目할 만하다.[22]

C. 反　訴

1. 任意反訴

原告의 本訴請求에 被告가 任意로 反訴를 提起할 수 있는 데도 反訴를 提起하지 않은 경우에는 被告의 獨立한 提訴가 禁止되지 않는다. 그러나 일단 反訴를 提起한 경우에는 被告가 本訴를 提起한 경우와 같이 反訴에 대한 判決은 吸收나 阻止의 法則의 適用을 받는다. 被告가 反訴請求를 하지 않고 후에 獨立한 訴를 提起할 수 있으나 反訴로서 積極的 權利救濟를 許容하는 것이 더 간편할 수 있다. 더구나 別個의 訴訟에서는 原告에 대한 訴狀이나 訴訟書類를 被告가 送達하는 것이 不可能하여 提訴할 수 없는 경우에 本訴節次에서 反訴를 提起하면 被告의 權利救濟에 아주 適合하다.[23]

2. 强制反訴

聯邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure) 13과 많은 州의 法律은 本訴가 提起된 경우 그 提訴된 去來나 事件으로 부터 發生하는 被告가 갖는 請求는 被告가 반드시 反訴로서 主張할 것을 規定하고 있다. 被告가 反訴를 提起하지 않은 경우의 裁制에 관해서는 聯邦民事訴訟規則에 規定한 바가 없지만, 被告가 以後 獨立한 訴訟을 提起할 수 없다는 것이 通說이다.[24]

---

21) Williamson v. Columbia Gas & Electric Corp., 186 F. 2d 464 (3d Cir. 1950) cert. denied, 341 U.S. 921(1951) Restatement of Judgments §63.

22) Smith v. Kirkpatrick, 305 N.Y. 66, 111 N.E. 2d 209(1953); Norwood v. McDonald, 142 Ohio St. 299, 52 N.E. 2d 67 (1943).

23) Reasor-Hill Corp. Harrison, 220 Ark. 524, 249 S.W. 2d 994 (1952).

24) Louisell and Hazard, Cases and Materials on Pleading and Procedure 604 (1968).

强制反訴는 被告에게 不當한 결과를 준다는 批判을 받고 있다. 왜냐하면 原告가 選擇하는 시간과 장소에서 訴訟을 提起하면 被告는 自己에게 아무리 不利한 장소에서라도 가서 反訴를 提起해야 되기 때문이다. 이러한 不當性은 聯邦法院에서 보다 州法院 특히 訴訟物價額이 制限된 限定管轄法院에 本訴가 提起된 경우에 甚하다.[25]

强制反訴도 吸收나 阻止의 法則 및 附隨的禁反言과 같이 抗辯이 있을 때 문제가 된다.[26]

D. 對物 및 準對物判決

對物判決은 身分을 創設 혹은 終了시키거나 對世的으로 財産에 대한 利害關係를 判決하고[27] 準對物判決은 對立當事者사이에 財産에 대한 利害關係를 決定하거나 押留나 債權押留로서 財産을 請求에 充當하는 것을 말한다.[28] 對物判決과 準對物判決은 當事者사이에 權利와 義務를 決定하는 對人判決과 區別된다.[29] 유효한 對物判決과 準對物判決을 하기 위하여 法院이 當事者에 대한 人的管轄을 가질 필요가 없지만, 法院은 반드시 財産이나 身分에 대하여 管轄이 있어야 한다. 이것은 財産이 法院의 地域的 管轄內에 있을 것과 法院의 支配下에 있을 것을 要求하는 것이며 身分에 대한 管轄은 當事者의 住所에 依存한다.[30]

財産의 利害關係나 身分에 관한 對物判決은 一般的으로 모든 사람에 대하여 拘束力이 있다. 그러나 對物判決에 대한 附隨攻擊은 判決法院이 財産이나 身分에 대해서 管轄權이 없었을 때에만 許容되고, 後訴判決法院은 禮讓이나 聯邦憲法의 「充分한 信賴와 信用條項」에 의하여 前訴判決法院의 管轄을 調査할 수 있다.

準對物訴訟은 被告의 財産의 押留나 債權押留로서 開始된다.[31] 訴訟이 對人訴訟이고 被告에 대한 人的管轄이 없으면 法院의 管轄은 押留 혹은 債權押留된 財産의 價額에만 限定되고, 押留나 債權押留에 呼訴하여 訴訟에서 勝訴한 原告는 그 押留된 財産이나 債權의 價額의 範圍內에서만 滿足을 얻을 수 있기 때문에, 만일 原告가 債權全額의 滿足을 얻지 못하였으면 後訴에서 殘額을 請求할 수 있으므로 吸收의 法則은 適用될 餘地가 없다.

문제는 被告의 財産이 押留되었을 때 被告는 押留된 財産을 防禦하기 위한 制限된 目的만을 가지고 原告의 金錢請求訴訟의 本案을 다투기 위하여 被告가 出廷할 수 있느냐 하는 것과

25) James, Civil Procedure §11. 16. 572 (1965).
26) Louisell and Hazard, Cases and Materials on Pleading and Procedure 604 (1968).
27) Arndt v. Griggs, 134 U.S. 316, 10 S. ct. 557 (1890), Walker v. City of Hutchison, 352 U.S. 112, 77 S. Ct. 200 (1956).
28) Harris v. Balk, 198 U.S. 215, 25 S. Ct. 625(1905) New York Life Insurance Co. v. Dunlevy, 241 U.S. 518, 36 S. Ct. 613 (1916).
29) Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1877) International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310, 66 S. Ct. 154 (1945).
30) Williams v. North Carolina, 325 U.S. 226 (1945).
31) Seider v. Roth, Court of Appeals 17 N.Y. 2d 111, 216 N.E. 2d 312. (1966).

被告가 그러한 制限된 目的만을 가지고 原告의 前訴의 本案을 다툴 수 있다면 當事者는 前訴判決에서의 請求의 有無에 관한 判斷에 拘束을 받는 가 하는 것이다. 이러한 限定된 目的만을 위한 被告의 制限出席을 許容하지 않는 州의 法院은 金錢請求의 本案을 다투기 위한 出席을 一般出席으로 看做하는 까닭에, 被告가 일단 出席하여 原告의 請求를 다투었으면 前訴判決에서 認定된 事實에 禁反言效果가 부여되어 前訴에서 敗訴한 被告는 殘額을 請求하는 原告의 後訴에서 債權의 不存在를 主張할 수 없게 된다. 그러나 어떤 州의 法院에서는 制限出席 혹은 特別出席을 許容하여 殘額請求의 後訴가 提起되었을 때라도 前訴에서의 債權存在의 事實認定은 附隨的禁反言의 法理의 適用이 排除되므로 被告는 다시 債權不存在의 主張을 할 수 있게 된다.[32]

E. 本案에 대한 終局判決

1. 終局判決

判決에 既判力의 效果가 부여되기 위해서는 判決이 終局的이어야 하고 本案에 관한 것이라야 한다. 中間宣言이나 中間命令에는 一般的으로 既判力이 없다.

美國法에 있어서의 既判力은 確定된 終局判決에만 부여되는것이 아니라, 判決이 確定되지 않았을 때에도 既判力을 인정하는 州가 있음을 잊어서는 아니된다. 抗訴提起의 可能性이나 抗訴係屬중임에도 어떤 州의 法院에서는 一審判決에 既判力을 인정하는 수가 있다.[33]

既判力의 特徵의 다른 하나는 當事者의 援用이 있어야 비로서 法院이 考慮하는 것인데 大陸法에서의 既判力이 職權調査事項인 것과는 顯著한 差異가 있다. 未確定의 前訴判決이 抗訴係屬중이어도 既判力이 부여되는 결과 後訴判決도 前訴判決의 判斷理由에 따르지 않을 수 없다. 그러나 前訴判決이 抗訴審에서 取消되면 後訴判決도 取消될 運命에 있음은 當然하기 때문에 이와같이 爭點이 同一한데 矛盾되는 判決을 생기게 할 危險이 있을 때에는 前訴의 抗訴係屬中에는 後訴를 却下하거나 後訴의 訴訟節次를 中止할 것이라는 意見도 있다.

2. 本案判決

典型的인 本案判決은 雙方當事者의 訴答書面節次와 證據提出을 通하여 完全히 爭點을 審理한 後에 宣告된다. 訴訟判決은 同一한 訴訟原因에 基한 再訴를 禁止하지 않지만 실제로 결정된 문제에 관해서는 訴訟判決도 그 限度에서 既判力이 있다.[34] 法律上이나 事實上의 爭點以外의 점에 관한 判斷, 例를 들면 管轄이 없거나 當事者適格이 없거나 혹은 訴의 主觀的併合이 잘못되었거나 또는 裁判地를 잘못 定했다는 등 理由로 訴却下判決을 하였을 때에는 本案에 관

32) James, Civil Procedure § 11, 25, 588 (1965) California州에서는 被告는 管轄에 대한 異議만을 하기 위하여 特別히 出席할 수 있다. 聯邦法院에서는 被告는 최초에 提出된 書面에서 異議를 提起해야 하고 그렇지 않으면 一般出席으로 看做된다.

33) Goldfarb v. Wright, 135 F. 2d 188 (2d Cir. 1948), Contra; Beyersdorff v. Spillar, 224 S.W. 2d 272 (Tex. Civ. App, 1949).

34) Keidatz v. Albany, 39 Cal. 2d 826, 249 P. 2d 264 (1952).

한 判斷을 한 것이 못된다.[35] 그러나 原告가 聯邦民事訴訟規則이나 法院의 命令에 따르지 않았다는 純粹히 節次的인 理由로 訴却下判決을 한 경우에도 法院이 却下判決에서 달리 宣言한 바가 없다면 本案에 관한 判決로 본다고 規定한 바가 있음을 注意하여야 한다.[36]

a. 妨訴抗辯

被告의 妨訴抗辯에 基한 訴却下判決이 내려진다고 해도 原告의 再訴가 禁止되는것은 아니다. 原告가 缺點을 補正한 後에는 다시 再訴할 수 있기 때문이다. 그러나 訴狀에 訴訟原因을 摘示하지 못하였거나 訴狀自體로 보아 請求를 認容할 수 없다는 理由로 被告의 妨訴抗辯에 基한 原告의 敗訴判決이 내려지면 그 判決은 本案에 관한 判決로서 原告는 再訴할 수 없다. 現代法典과 法院規則下에서는 妨訴抗辯은 점차로 없어지고 訴訟棄却申請으로 代替되고 있다.

b. 訴却下

① 任意的 訴却下

普通法時代에 있어서는 原告는 同一한 訴訟原因에 基한 新訴提起權을 侵害 當함이 없이 陪審의 評決前에 어느 때고 自發的으로 訴訟을 取下하여 訴却下判決을 받을 수 있었다. 그러나 現在 어떤 州의 法院에서는 任意로 訴訟을 取下하여 事件을 終了시키는 原告의 特權을 完全히 排除하지 않으면서도 被告가 重複하여 提訴當함으로써 생기는 苦痛을 덜어주기 위하여 任意的訴取下에 制限을 加하고 있다. 聯邦民事訴訟規則은 原告는 被告의 答辯書送達前 혹은 略式判決 申請前에 取下狀을 提出하거나 訴訟에 出席한 雙方當事者가 署名한 取下狀을 提出하여 訴訟을 取下할 수 있다고 規定한 反面에, 同一한 訴訟의 二次 訴取下는 本案判決이 있었던 것과 같은 效力이 있다고 規定하여 그 以後의 訴訟提起를 法律上 禁止하고 있다.[37]

② 强制的 訴却下

强制的 訴却下는 원래 新訴提起를 禁止하지 않았지만 오늘날 被告의 訴却下申請을 받아들이지 말라는 原告의 申請이 拒否되면 原告의 再訴가 禁止된다고 하는 州가 있다.[38] 州에 따라서는 訴却下의 效果를 判決法院의 裁量에 맡겨 두고 있다. 新訴提起를 侵害하지 않는 訴却下는 보통 原告가 同一한 訴訟原因에 基하여 어느 法院이고 다시 訴訟을 提起할 수 있는 것으로서, 이는 原告의 前訴가 技術的인 理由로 却下終了되었는데 再訴를 禁止시키는 것은 不當하기 때문에 인정된 制度이다.

35) Von Moschzisker, Res Judicata, 38 Yale L.J. 299, 318 (1929), Restatement of Judgments §49, Comment a.

36) 聯邦民事訴訟規則 41 (6)는 다음과 같이 規定하고 있다:
Unless the Court in its order for dismissal otherwise specifies, a dismissal under this subdivision and any dismissal not provided for in this rule, other than a dismissal for lack of jurisdiction, for improper venue, or for failure to join a party under Rule 19, operates as an adjudication upon the merits.

37) 聯邦民事訴訟規則 41(a) 참조.

38) Craver v. Spangh, 227 N.C. 129, 41 S.E. 2d 82 (1947).

新訴提起를 排除하는 訴却下는 보통 本案判決과 같은 뜻으로서 聯邦民事訴訟規則을 포함하여 많은 州에서 同一한 訴訟原因에 基한 거듭訴訟을 禁止하고 있다.

原告가 立證을 다 한 후에 第1審法院이 새로운 裁判을 한들 原告를 勝訴시켜줄 수 없다고 認定하면 被告의 新訴提起를 排除하는 訴訟却下申請을 받아들여 訴訟을 却下한다. 普通法時代에 있어서 原告가 再訴를 할 수 있었던 것과 크게 다르다.[39]

c. 缺席判決

缺席判決은 事實存否에 대한 立證을 거치지 않고 宣告되는 終局判決로서 吸收와 阻止의 法則이 부여되는 判決임은 두 말할 것도 없다. 缺席判決은 聯邦民事訴訟規則의 定하는 通知와 審判에 參加할 기회를 剝奪하면 附隨的 攻擊을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 相違한 訴訟原因에 基한 別個의 訴訟에서 爭點을 다시 다툴 수 있다. 왜냐하면 缺席判決에서는 被告의 缺席으로 爭點을 다투지 않았기 때문에 缺席判決에서의 原告의 主張에 附隨的 禁反言을 인정할 수 없기 때문이다.

3. 附隨的 攻擊(Collateral Attack)

A. 附隨的 攻擊의 意味

判決에 대한 攻擊은 判決에 不服하는 사람이 上訴提起 등 節次에 의하여 判決의 誤謬를 指摘하여 是正하여 줄 것을 要請함으로써 行하여지는 것이 보통이다. 이것을 判決에 대한 直接攻擊(direct attack)이라고 한다. 다시 말하면 直接攻擊은 判決에 대한 攻擊(取消變更)을 唯一한 목적으로 하는 節次에서 그 判決이 된 節次의 連續으로 이루어지는 攻擊方法이다. 이에 대하여 附隨攻擊은 相違한 訴訟에서 當事者가 請求나 防禦의 基礎로서 援用하거나 혹은 後訴에서 일어나는 爭點에 대한 禁反言의 基礎로서 援用하는 前訴判決의 效果를 廻避하기 위하여 附隨的으로 前訴判決을 攻擊하여 그 效力을 다투는 것이다. 大陸法에서는 判決에 대한 附隨攻擊이 있을 수 없지만 英美法에서는 一定한 事由가 있을 때에는 上訴提起 등에 의함이 없이 判決을 附隨的으로 攻擊할 수 있다.

判決은 根本的 正當性과 法院의 活動에 대한 管轄制限을 遵守할 때에만 最終性이 부여되어 附隨攻擊을 받지 않는다. 附隨攻擊은 後訴節次에 附隨的으로 일어난다. 判決에 대한 附隨攻擊은 權限이 없는 法院은 法律關係에 影響을 줄 수 있는 判決을 할 수 없다는 理論下에 管轄權이 없는 法院에서 한 判決을 無效로 한다. 上述한 바와 같이 直接攻擊은 原訴訟節次에서 上訴나 다른 法律上의 救濟手段으로 判決을 取消시키는 것으로서 大陸法系國家에서의 判決에 대한

39) 聯邦民事訴訟規則 41(a).

唯一한 攻擊方法이다.[40] 또한 衡平的 救濟節次는 獨立한 訴訟의 基礎가 되거나 現代法原則下에서는 後訴에서 防禦의 基礎가 될 수 있는 것인 바, 이것은 不當하게 獲得된 判決의 효과로부터 當事者를 벗어나게 하는 保護的인 救濟節次이다. 法律救濟와 衡平救濟가 결합되고 있는 오늘날에서는 이러한 衡平救濟節次는 判決을 宣告한 法院에서 開始될 수 있지만 當事者에 대한 管轄이 있다면 聯邦法院이건 州法院이건 어느 法院에도 提起할 수 있다.[41]

B. 無效判決에 대한 攻擊時期와 攻擊方法

人的管轄이나 物的管轄이 없는 法院이나 또는 特殊救濟를 許容할 수 없는데도 法院이 그것을 許容하였다면 그것은 附隨攻擊을 받는다. 때로는 欺罔에 의하여 얻어진 判決도 附隨攻擊을 받는 수가 있다.

1. 人的管轄

人的管轄의 缺如를 理由로 하는 判決에 대한 無效攻擊은 攻擊者가 判決法院의 訴訟節次에 出席하지 아니 하였을 때에 限한다. 人的管轄이 없는 法院에 出席하여서도 管轄에 대한 異議를 하지 아니한 사람은 管轄違反에 대한 異議權을 抛棄한 것으로 되어 後에 그러한 判決에 附隨攻擊을 할 수 없다.[42] 聯邦大審院은 나아가서 Baldwin v. Iowa State Traveling Men's Association 事件에서 被告가 出席하여 管轄이 없다고 抗辯하였는 바, 法院이 被告에 대한 管轄이 있다고 裁定하였으면 가사 그 裁定이 잘못된 것이라고 하더라도 直接 抗訴에 의하여 是正을 求하지 않은 이상 그 후에는 거기에 附隨攻擊을 할 수 없다고 判示하였다.[43]

2. 物的 管轄

美國法에서의 物的 管轄은 세가지 槪念을 포함한다. 첫째는 州가 對物訴訟이나 準對物訴訟에서 物件이나 身分에 管轄이 없는 경우이고, 둘째는 州가 物的管轄을 가지고 있지만 判決이 그러한 訴訟을 다룰 수 없는 州內의 法院에서 宣告된 경우이고, 셋째는 當事者가 訴答書面節次나 다른 方法으로 爭點으로 提起하지 않은 事項을 法院이 判決한 경우이다.

위와같은 物的管轄이 缺如된 것이 明白하면 그 判決은 모든 種類의 附隨攻擊을 받게되고 當事者들의 同意로서 物的管轄이 없는 法院에 管轄權을 부여할 수 없다.[44] 그러나 聯邦大審院

40) Moore and Rogers, Federal Relief from Civil Judgments, 55 Yale L.J. 623, 639 et seq. (1946). 附隨攻擊의 例를 들면 執行判決을 위한 訴訟에서 被告가 基本되는 判決의 無效를 抗辯으로 提出하거나 本來의 訴訟原因에 基한 訴에 있어서 被告가 吸收 혹은 阻止의 法則을 主張하여 前判決을 提出한 것에 대해서 原告가 前判決의 無效를 主張하고, 또는 敗訴者가 自己의 財產이 判決의 執行에 의하여 第三者에게 賣却된 후에 第三取得者에 대해서 判決의 無效를 主張하여 買受財產의 返還을 求하는 訴訟을 提起하는 경우 등이다.

41) James, Civil Procedure § 11.5. 533 (1965).

42) Restatement of Judgments § 19.

43) 238 U.S. 522, 51 S. Ct. 517, 75L. Ed. 1244(1931).

44) Restatement of Conflict of Laws § 81, Comment g.

은 Darfee v. Duke 事件에서 物的管轄의 有無에 관하여 當事者間에 다툼이 있어서 그 爭點에 관하여 判斷을 하였으면 그러한 判決은 旣判力이 있어 그 判斷이 잘못되었다고 해도 후에 다시 前判決이 管轄이 없는 法院에서 宣告된 것이라고 主張하여 前判決을 附隨攻擊할 수 없다고 判示하였다.[45] 더 나아가서 聯邦大審院은 Chicat County Drainage District v. Baxter State Bank 事件에서 管轄爭點의 明示的인 다툼이 필요없다고 하여 法院이 當事者에 대하여 人的管轄을 가졌던 이상 當事者가 物的管轄이 없다고 抗辯을 하지 아니 하였다고 하더라도 그 判決을 附隨攻擊할 수 없다고 하였다.[46] 그러나 Stoll 事件에서 위와같은 原則의 適用에는 限界가 에 있음직 하다는 것이 承認된 후[47] Kalb v. Feuerstein 事件에서 旣判力의 適用에 맞서는 아주 强力한 政策的 考慮가 있다면 判決에 附隨攻擊을 할 수 있다고 判示하였다. 그리하여 國會는 1930年代 不景氣중 農地에 대한 抵當權實行을 禁止시키는 法律을 制定하였는 바, 이 法律의 목적하는 바가 대단히 중요하고 절대적이기 때문에 이 法律의 適用問題가 州法院의 抵當權訴訟에서 다투어졌다고 하더라도 이 法律에 違反하여 宣告된 州法院의 抵當權實行判決은 附隨攻擊에서 無效라고 聯邦大審院은 宣言하였다.[48]

4. 附隨的 禁反言 (Collateral estoppel)

A. 附隨的 禁反言一般

附隨的 禁反言은 歷史的으로 吸收와 阻止의 觀念보다 일찌기 발달된 것으로서 普通法法院이 終局判決에 吸收와 阻止의 法則이 있다고 判決하기 훨씬 이전부터 爭點이 결정되었으면 當事者는 그 決定을 證明하는 記錄의 眞實性(the verity of the record)을 다시 다투는 것이 許容되지 않았다.[49] 當事者사이에 有效한 判決이 宣告된 이상 當事者사이에 相違한 請求나 訴訟原因을 基礎로 하여 後訴가 提起된다고 하더라도 그 判決은 後訴에 影響을 줄 수 있다.[50]

Restatement, Judgment §68(1)은 "判決에 必須的인 事實問題가 실제로 다투어지고 有效

45) 375 U.S. 106, 84 Sup. Cf. 242, 11 L.Ed. 2d 186(1963)

46) 308 U.S. 371, 60 Sup. Ct. 317, 84 L. Ed. 329(1940)

47) Stoll v. Gottlieb, 305 U.S. 165, 59 S. Ct. 134, 83 L.Ed 104 (1938). Stoll 事件에서 法院은 身分問題와 不動產權利문제에는 附隨攻擊이 반드시 制限되는 것은 아니라고 하였다. 그러나 離婚判決에서는 管轄이 다투어지지 않았다고 하더라도 當事者가 出席하였으면 管轄權에 관한 문제로 當事者가 離婚判決을 攻擊할 수 없다고 判示하였다. Sherrer v. Sherrer, 334 U.S. 343, 68 S. Ct. 1087, P2L.Ed. 1429 (1948).

48) Kalb v. Feuerstein, 308 U.S. 433, 60 S. Ct. 343. 84 L. Ed. 370(1940) 附隨攻擊에 덧붙여 말할 것은 前判決이 同一한 州에서 내려진 경우이다. 이런 경우에는 附隨攻擊은 原則으로 管轄權에 관한 하자가 記錄에 나타난 경우에 限한다. 즉 記錄以外의 證據(extrinsic evidence)에 의한 證明이 許容되지 않는다.

49) Louisell and Hazard, Cases and Materials on Pleading and Procedure 600 (1968). Millar, The Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata, 35 Ill. L. Rev. 41 (1940).

50) Ehrenzweig, Conflict of Laws §65 (1962).

한 終局判決에 의하여 결정되었을 때에는 그 결정은 當事者 사이에 相違한 訴訟原因에 基한 後訴에 最終的인(conclusive) 것이다"라고 規定하고 있다. 吸收와 阻止의 法則인 嚴格한 既判力의 範圍가 訴訟原因이 同一한 限 다투어진 事項만이 아니라 다투어질 수 있었던 事項(might have been litigated)에 미침에 反하여 附隨的 禁反言은 다투어져 결정된 事項에 限하여 미치고, 前訴에서 다투어지고 결정되었어야 할 것이지만 실제로 다투어지지도 않고 결정되지 않았던 事項에 대해서는 前訴判決은 後訴에 最終的인 것이 아니다.[51]

이와같이 美國法에서는 事實關係에 既判力의 一面인 附隨的 禁反言이 부여되기 때문에 主張을 잘못하고 不當한 推論을 하는 등 事情으로 이끌어낸 不當한 事實認定에 附隨的 禁反言의 효과를 줄 수 밖에 없는 結論이 되고, 이러한 경우에는 正義에 反하니 前訴決定에 攻擊을 할 수 있게 함으로써 附隨的 禁反言을 制限하려고 하고 있다.[52]

附隨的禁反言이 本來의 訴訟當事者 사이에서 문제가 될 때 禁反言의 利益을 主張하는 사람은 後訴에서 爭點이 되고 있는 事實이 前訴에서 當事者에 의하여 다투어지고 法院에 의하여 결정되었으며 그 決定이 判決에 必須的이라는 점을 證明해야 한다. 이러한 條件이 充足될 때 附隨的 禁反言은 前訴의 當事者가 아니었던 사람에 대해서도 효과를 미치는 수가 있다. 이 점에 관해서는 既判力의 主觀的 範圍에 관한 項目에서 說明하기로 한다.

B. 附隨的 禁反言의 適用의 前提條件

1. 當事者間에 어느 事項에 관하여 다툼이 있었을 것

當事者들은 訴訟에서 모든 請求를 다투지 않는 수가 있고 主張이나 抗辯에 重要한 事項을 提出하지 않는 수도 있다. 當事者가 前訴에서 그러한 점을 누락해 버리면 後訴에서 다시 그 점을 提出할 수 없게 된다. 이러한 範圍內에서 當事者는 前訴訟의 訴訟原因을 다투어야할 處地에 있다. 前訴에서 爭點이 실제로 다투어져야 한다는 要件은 當事者사이에 後訴에서 그 爭點이 다시 提起될 때 그러한 爭點에 附隨的禁反言을 適用하기 위하여 必須的인 것으로 承認되고 있다. 따라서 訴狀 등에서 主張하지 않은 事項은 물론 相對方의 主張을 否認하지 않고 또는 많은 主張중 하나만을 否認하는 경우와 같이 自認이 있어도 이 점에는 附隨的禁反言의 효과가 생기지 않는다.[53]

缺席判決(Judgment by default)이나 和解判決(Consent judgment)에는 判例가 반드시 一貫한 것은 아니지만 前述한 바와 같이 爭點이 다투어진 것이 아니기 때문에 相違한 訴訟 原因

51) Restatement, Judgments §68(2).

52) 附隨的禁反言을 뒷받침하는 政策的 理由는 吸收나 阻止의 法則을 뒷받침하는 政策的 理由와 같다. 즉 同一한 事項에 관하여 訴訟의 反覆을 禁止하고 訴訟經濟를 圖謀하자는 것이다. Cleary, Res Judicata Re-examined, 57 Yale L. J. 339, 344 (1948).

53) Jacobson v. Miller, 41 Mich. 90, 1. N.W. 1013 (1879).

을 基礎로 하는 後訴에서 附隨的 禁反言의 효과를 否定하는 것이 一般的이다(Restatement. Judgment §68f). 聯邦大審院의 Field判事는 Cromwell v. County of Sac事件에서 被告가 請求價額의 小額, 必要한 證據蒐集의 困難性, 訴訟費用과 被告에 特有한 事情 등으로 말미암아 前訴에 出席하지 않았던 관계로 敗訴判決을 받았을지라도 다른 請求에 基한 後訴에서 禁反言의 效果를 받지 않는다고 判示하여 缺席判決에는 附隨的 禁反言의 原則이 適用될 수 없음을 明白히 하였다.[54] 이와같이 被告는 費用이 들고 場所 등 관계로 不便한 訴訟에 出席하여 防禦하기 보다는 附隨的 禁反言의 效果가 부여되지 않는 被告敗訴의 缺席判決을 받는 편이 後訴對備에 有利한 경우가 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 附隨的禁反言은 다투어져 決定된 事項에 限하여 認定되는 것이나 여기에 疑問을 품는 見解도 있다. 즉 日常의 附隨的 禁反言事件은 여러개의 訴訟을 일으키는 自動車事故, 繼續的 割賦契約에 基한 請求, 週期的인 賃料나 利子請求와 같은 同一한 去來에서 일어나는 訴訟原因에 관한 것이 大部分인데, 그러한 事件에 관해서는 訴訟이 처음에 提起되었을 때 將來 다시 訴訟이 提起될 것이 明白하고 後訴에서 責任에 影響을 주는 爭點은 恒常 前訴의 그것과 同一하다. 그러기 때문에 缺席判決이나 特別出席(Special appearance)에 의한 判決을 除外하고는 前訴判決은 실제로 다투어진 爭點에 대해서 뿐만 아니라 前訴에서 다투어졌어야 할 爭點에 관해서도 最終的인 것이라야 한다는 論議가 바로 그것이다.[55] 不必要한 訴訟을 防止하기 위하여 當事者가 一般出席(General appearance)을 한 이상 그는 後訴에서 提出하기 보다는 그 訴訟에서 그에게 有利한 모든 爭點을 提出하여야 하고 이러한 立場을 取하면 장래 訴訟이 反覆되는 일이 많이 줄어들 것이다. 왜냐하면 後訴를 제획하고 있던 當事者가 前訴에서 敗訴하면 新訴提起의 여유가 없을 것이고 그가 前訴에서 勝訴하면 反對當事者는 法廷밖에서 和解를 하여 訴訟을 終了시키려고 하기 때문이다. 다만 事情變更(Change in circumstances)이 있거나 새로운 證據가 발견된 때에만 다투어지지 않은 爭點의 再起가 許容되어야 한다. 訴訟當事者는 爭點을 提起치 않은 辯護士의 잘못 때문에 영향을 받아서는 아니 된다고 하지만 이 문제만이 辯護士의 다른 잘못과 區別되어 取扱될 理由는 없다고 한다.

反對로 後訴가 同一한 去來에서 일어난 것도 아니고 合理的으로 豫測할 수 없었던 것일 때에는 전혀 附隨的禁反言의 原理가 適用되어서는 아니된다는 見解도 있다.[56] 前訴에서 爭點이

54) Cromwell v. County of Sac. 94 U.S. 351, 356 (1876).

55) Denio v. City of Huntington Beach, 74 Cal. App. 2d 424 168 P. 2d 875 (4th Dist.) cert. denied, 329 U.S. 773 (1946).

56) The Evergreens v. Nunan, 141 F. 2d 927, (2d Cir.) cert. denied, 323 U.S.720 (1944)은 다음과 같이 判示한다. 前訴에서 결정된 事實의 最終性은 前訴당시 合理的으로 豫測될 수 있는 장래의 紛爭에 適切히 制限되어야 한다고 하여 附隨的 禁反言의 효과를 將來 合理的으로 豫期할 수 있는 訴訟에 限定할려고 하고 있다. 이와 같이 附隨的 禁反言의 효과를 前 訴訟 당시 豫見할 수 있는 訴訟에 局限하려고 하는 것이 一般的인 傾向이다.

중요하지 않을 때에는 敗訴한 사람이 抗訴를 提起하지 않는 수가 있고, 그 당시 後訴도 豫測할 수 없었다면 그러한 경우에 附隨的 禁反言의 原則을 適用하는 것은 너무 가혹하다는 것이다. 그러한 경우에는 附隨的 禁反言의 原則에 의거하여 그릇된 爭點을 維持하고 나아가서 爭點을 다시 다투는 것을 封鎖하는 것은 옳다고 볼 수 없다.[57]

보통 爭點은 主張되어야 하나 訴答書面節次(Pleading)에서 직접 主張하지 않고 立證에 의하여 다투어진 것으로 볼 수 있는 경우도 있다. 當事者가 다투지 않은 事實은 爭點으로 된 것이 아니기 때문에 相異한 請求에 基한 後訴에서 이러한 事實의 存否를 다투는 것을 妨害하지 않는다.

訴答書面節次에서 다투어진 爭點이라고 하더라도 判決前에는 撤回할 수 있고, 原告가 充分한 證據를 提出하지 못하여 不利한 評決指示(directed verdict)를 받았거나 不利한 事實認定을 받았거나 간에 附隨的禁反言의 효과를 받는 것은 물론이고 訴答書面節次 段階에서 訴狀을 訂正하여 爭點을 撤回하였으면 撤回된 爭點에 관하여 附隨的 禁反言의 효과를 받지 않는다.[58]

위에서 본 바와 같이 訴訟이 和解되어 거기에 따라서 和解判決이 내려지면 附隨的禁反言의 효과가 없다는 것이 大多數州의 判例이다. 그러나 和解判決에도 訴答書面節次에서 다투어진 爭點에 관해서는 當事者가 拘束을 받는다는 見解도 있다.[59]

2. 法院이 그 다툼에 관하여 判斷을 하였을 것

附隨的禁反言의 효과가 인정되기 위해서는 當事者가 다투었을 뿐만 아니라 法院에 의하여 결정되었어야 한다.[60] 法院이 二個의 選擇的 根據에서 判決을 한 경우 例를 들면 原告의 損害賠償請求를 原告의 寄與過失과 被告의 無過失을 인정함으로써 排斥한 때에는 各 根據에 대한 事實認定이 拘束力이 있다. 그러나 往往 前訴에서 무엇이 결정되었는 가 하는 점이 後訴에서 흔히 문제가 되는 일이 있다. 事件이 陪審없이 法官에 의하여 직접 判決되었을 때에는 法官은 흔히 判決結果에 이르는 個別的 事實을 인정하기 때문에 窮極的인 判決의 基礎로서 무엇이 判斷되었는가 하는 문제는 어렵지 않다. 그러나 陪審의 一般評決(general verdict)은 隱密하고 分明치 못한 때가 많기 때문에 무엇이 前訴에서 判斷되었는가를 밝히는 것은 쉬운 일 이아니다. 例를 들면 過失로 因한 損害賠償請求事件에서 被告勝訴判決이 宣告되었다고 할 때에 그 判決은 原告의 寄與過失에 의하였거나 被告의 無過失에 基因하였거나 被告의 過失과 損害間에 因果關係가 없음을 理由로 하였거나 그 밖에 이러한 事由의 複合에 根據하였을 것이다. 그 어느 認定事實에 의거하여 被告勝訴判決이 내려졌는가 하는 것이 證據에 의하여 밝혀지지 않으면 附隨的 禁反言의 利益을 主張한들 所用이 없게 될 수 있다. 그러한 不明確性을 해결하

57) Developments in the Law-Res-Judicata, 65 Harv. L. Rev 841—42 (1952).
58) Restatemert, Judgments §68, Comment f.
59) James, Consent Judgment as Collateral estoppel, 108 U. of Pa. L. Rev. 173, 195 (1959).
60) Polasky, Collateral Estoppel-Effect of prior Litigation, 39 Iowa L. Rev. 217, 222 (1954).

기 위하여 前訴判決의 附隨的 禁反言을 主張하는 사람은 前訴記錄과 口述證據를 提出할 수가 있다.[61]

3. 法院의 判斷이 判決의 結果에 必須的일 것

附隨的 禁反言의 適用을 받을 수 있는 爭點은 判決結果에 必須的인 것이라야 한다. 判決結果에 필요치 않은 事實認定은 설사 그것이 표시되었다고 하더라도 附隨的 禁反言의 效果를 받을 수 없다. 흥미있는 마사츄세츠州의 判決을 例로 들어보자. 前訴는 被告의 過失에 의하여 惹起되었다고 하는 身體傷害損害賠償의 請求訴訟인 바 原告에게 寄與過失(contributory negligence)이 있다고 認定되어 原告敗訴의 判決이 내려졌다. 그런데 法院은 이 判決에서 被告에게도 過失이 있음을 明白히 하였다. 그러나 原告에게 寄與過失이 있다고 認定한 이상 被告에게 過失이 있다는 事實認定은 不必要한 것으로 被告에게 過失이 있다는 事實認定은 後訴에서 아무런 拘束力이 없는 것이라고 判示하였다.[62] 그러므로 被告는 後訴에서 자기에게 過失이 없고 原告에게 過失이 있음을 主張하여 자기가 입은 損害에 대하여 賠償을 請求할 수 있고. 前訴의 原告에게 過失(寄與過失)이 있음은 이미 前訴에서 確定된 것이므로 法院은 被告의 損害賠償請求의 後訴에서 前訴의 原告에게 過失없다고 判斷할 수 없다. 그리고 이 後訴에서 被告로 된 前訴의 原告는 後訴의 原告에게 過失이 있다는 前訴判決을 援用할 수 없다. 앞에서 본 바와 같이 前訴의 被告인 後訴의 原告에게 過失이 있다는 前訴의 事實認定은 不必要한 것이기 때문이다.

Little v. Blue Goose Motor Coach Co. 事件은 自動車衝突事件인데 거기에서도 被告에게 過失이 있고 原告에게 寄與過失이 없다는 認定이 原告勝訴判決의 必然的인 前提라고 하고 있다. 그러므로 가사 一般評決에 의한 경우에도 이 점이 다시 後訴에서 문제로 되면 附隨的 禁反言에 의하여 拘束된다.[63]

判決結果에 必須的인 爭點만에 附隨的 禁反言의 效果를 부여하는 理由는 當事者나 法院이나 判決結果에 필요한 爭點만에 注意를 集中하는 것이 보통이고, 判決結果에 필요치 않은 事實認定은 附隨意見(obiter dicta)의 性格을 띠우며 또한 不必要한 事實認定은 上級審의 再審査를 받지 않기 때문이다.

---

61) James, Civil Procedure, §11. 20. 580(1965).

62) Cambria v. Jeffery, 307 Mass. 49, 29 N.E. 2d 555 (1940) Restatement, Judgments §68(0).

63) Little v. Blue Goose Motor Coach Co., 346 Ill. 266, 178 N.E.496 (1931) 自動車와 버스의 충돌사건에서 第一訴訟에서는 버스회사가 버스의 破損으로 因한 損害賠償을 求하여 自動車의 運轉手를 提訴하여 勝訴하였다. 第二訴訟에서는 반대로 自動車運轉手가 버스會社를 상대로 身體傷害의 損害賠償을 求하면서 버스會社의 過失 또는 重過失을 주장한데 대하여, 버스회사는 第一訴訟이 禁反言을 이룬다는 抗辯을 提出하였다. 일리노이州 抗訴法院은 第一訴訟에 있어서 버스會社의 勝訴判決은 必然的으로 충돌로 인한 버스의 損害는 自動車運轉手의 過失에 의한 것을 確定한 것이며, 또한 自動車 運轉手의 過失認定은 必然的으로 버스 會社에 過失이 없다는 것도 포함한다고 하여 自動車運轉手의 損害賠償請求를 排斥하고 일리노이州 最高法院도 上訴를 棄却하였다.

그리하여 消費貸借의 不成立을 인정하고 또 辨濟도 인정하여 請求를 棄却한 때에는 判例나 Restatement는 兩者를 특히 區別할 必要가 없다고 하여 어느 判斷에도 拘束力을 認定한다. 消費貸借 成立을 인정하고 辨濟의 抗辯을 받아들여 請求를 棄却했으면 請求棄却判決의 唯一한 필요한 理由는 辨濟의 判斷이고 消費貸借 不成立의 抗辯을 否定한 判斷은 필요한 前提는 아니다. 그러므로 不成立의 抗辯을 拒否한 判斷에 拘束力이 없다. 그 까닭은 理由 中의 判斷만을 不服으로 하는 勝訴當事者의 上訴가 認定되지 않는 이상, 이 점의 不利한 인정 즉 消費貸借의 成立에 관하여 上級審의 審査를 받을 수 있는 機會를 박탈한 채로 拘束力을 인정하는 것이 되어 不當하기 때문이다. 또한 辨濟만을 인정하여 請求가 棄却된 때에는 判斷이 留保된 債務의 成立에 拘束力이 생기지 않음은 當然하다.

C. 附隨的 禁反言의 適用이 制限되는 事實類型

그러면 실제로 判斷된 모든 事實에 대해서 附隨的禁反言이 適用되어야 하는가에 관해서는 論議가 있다. 실제로 다투어진 모든 補助的인 事項까지 附隨的 禁反言의 原理를 適用하면 不當한 경우가 있을 수 있다. 물론 終局判決에 이르기 위하여 결정되었던 모든 事項에 附隨的 禁反言의 效果가 주어질 것이라고 하는 主張도 있지만 法院은 一般的으로 媒介事實 또는 間接事實에서는 附隨的禁反言의 效果가 부여되지 않고,[64] 오로지 主要事實에만 附隨的 禁反言의 效果가 주어진다고 하고 있다. 聯邦第二巡廻抗訴法院은 The Evergreens v. Nunan事件에서 前訴에서 決定된 事實은 主要事實이건 間接事實이건 間에 後訴에 있어서의 間接事實에는 最終的인 것이 될 수 없고, 後訴에 있어서의 主要事實에만 最終的인 것이라고 判示함으로서 附隨的 禁反言의 法則이 適用될 수 있는 事實類型 사이에 重要한 區別을 하였다.[65] 이 判決은 本來의 訴訟의 危險內("within the risk" of the original action)에 있는 狀況에만 附隨的 禁反言을 사용케 하려는데 根據를 두고있다. Hand 判事는 이 判決에서 이러한 制限은 本來의 訴訟當時에 어느 事實이 後訴에서 重要할 것인가를 當事者로 하여금 豫測케 할 것이라고 論證했고, 특히 附隨的 禁反言이 適用될 수 있는 訴訟原因은 이미 存在하거나 또는 本來의 訴訟과 同一한 去來에서 생길 것이기 때문에 어느 事實이 後訴에서 重要할 것인가를 本來의 訴訟當時에 豫期할 수 있는 것이라고 判示하였다. 이 判決은 나아가서 前訴에서의 不當한 事實認定이 後訴에서 間接事實을 證明하기 위하여 사용될 수 있다면 그 間接事實로부터 그 이상의 不

64) The Duchess of Kingston 事件 (20 How. St. Tr. 355 (1776)은 附從的으로 문제가 되어 인정된 事項에는 附隨的 禁反言의 效果가 미치지 않는다고 判示한 것을 비롯하여 Kings v. Chase, 15 N.H. 9(1844) 에서도 同一한 法則이 宣言되었다. Yates v. United States, 354 U.S. 298, 77 S. ct. 1064, 1087 (1957) 事件에서는 單純히 間接事實에 관한 限 附隨的 禁反言의 原理는 適用될 수 없다고 判示하였다.

65) The Evergreens v. Nunan, 141 F. 2d 927 (2d Cir.), cert. denied, 323 U.S. 720(1944).

當한 事實認定이 可能할 것이기 때문에 前訴에서 인정된 事實이 後訴에서의 間接事實에 最終的인 것이 되지 못할 理由가 있다고 하였다. 이와 같이 The Evergreens 事件은 附隨的 禁反言은 法律上의 權利義務를 생기게 하는 基礎가 되는 事實에만 부여되고 다시 前訴에서의 認定事實이 後訴에서 主要事實인 경우에만 附隨的 禁反言의 효과를 인정하고 있다. 이렇게 해야만 判決의 拘束力을 장래 合理的으로 豫測할 수 있는 訴訟에 限定할 수 있는 것이다. The Evergreens 事件에서 判示된 法則은 隨附的 禁反言을 豫測할 수 있는 장래의 訴訟에 局限하려는 目的을 가진 것으로 그 一般的 採用이 바람직한 것이다[66].

D. 附隨的 禁反言原理의 法律爭點에 대한 適用

附隨的 禁反言은 事實問題만이 아니라 法律問題에 관해서도 인정된다. 다시 말하면 附隨的 禁反言은 同一한 法律爭點이 本來의 訴訟과 同一한 事件으로부터 발생하는 後訴에서 문제될 때 事實에 대해서 矛盾없는 法律適用을 當事者에게 부여한다. 그러나 後訴가 類似한 事實을 포함하지만 事件이 歷史的으로 다를때에는 事實에 대한 法律適用은 附隨的禁反言에 따르지 않는다.[67] 이 後者의 立場은 Commissioner v. Sunnen 事件의 判決에서 설명되고 있다.[68] 이 事件에서 甲은 그가 가지고 있는 特許權의 使用을 許容하는 몇 개의 契約을 맺었다. 各 契約下에서 特許權의 使用을 許容받은 者는 甲에게 特許料를 支拂할 것에 合意하였고, 이러한 契約들 중 하나는 1928年에 맺어졌다. 다른 契約들은 모든 重要한 점에서 1928年에 맺어진 契約과 同一하였는 바, 甲은 이 모든 契約上의 權利義務를 妻인 乙에게 贈與로서 讓渡하였고, 乙은 讓受後 이 모든 契約下에서 받은 特許料에 대한 所得稅를 支拂하였다. 그런데 甲이 위와 같이 讓渡하였음에도 불구하고, 이후에 1928年에 맺어진 契約下에서의 所得이 1929년으로부터 1931년間은 課稅對象이 된다고 提訴當했으나 甲은 1935년에 勝訴하였다.

甲은 다시 二次訴訟에서 1928년에 맺은 契約을 포함한 모든 契約下에서의 所得이 1937년으로부터 1941년間은 課稅對象이 된다고 提訴當하였고, 甲은 旣判力의 抗辯으로 다투었다. 그러나 聯邦大審院은 다른 契約이 1928년에 맺어진 契約과 本質的인 同一性이 있고 다른 契約에서의 爭點이 1928년에 맺어진 契約에서 提起된 爭點과 同一하다고 하더라도 一次訴訟에 포함되지 않은 契約(1928년에 맺어지지 않은 契約)下에서의 所得에 對해서는 嚴格한 旣判力의 原理라든가 附隨的禁反言은 適用되지 않는다고 判決하였다. 所得稅目的을 위해서는 하나의 契約에 관해서 결정된 것은 아무리 類似하고 同一하다고 하더라도 前訴當時에 문제가 되지 않은 다른 契約에 관해서는 最終的인 것이 아니다. 다만 1928년에 맺어진 契約自體下에서 1938년

66) Development in the Law-Res Judicata, 65 Harv. L. Rev. 840—3(1952).
67) Scott, Collateral Estoppel by Judgment, 56 Harv. L. Rev. 1, 10 (1942).
68) Commissioner v. Sunnen 333 U.S. 591 (1948).

에 支拂된 所得에 대해서는 附隨的 禁反言의 原理가 適用된다고 判示하였다. 이 事件에서 聯邦大審院은 抗訴法院사이에 判決의 不一致를 解決하여 처음으로 以前決定은 同一한 事件이 관련되었다고 하더라도 後續하는 課稅年度에는 附隨的 禁反言의 原理가 부여될 수 없다고 判決한 것이다. 이러한 論證은 附隨的 禁反言의 適用이 중요한 政府의 計劃에 干涉하여서는 아니되는 다른 分野에 適用될 수 있을 것 같다.[69]

E. 附隨的 禁反言原理의 複數事實認定에 대한 適用

前訴判決이 하나 以上의 事實認定에 의하여 뒷받침 되거나 事實認定이 明確하지 않거나 하나 혹은 그 以上의 事實認定이 前訴에서 不必要할 때에 附隨的禁反言의 適用上의 문제가 흔히 일어난다. 여러 개의 事實認定이 前訴判決에 必須的일 때에 各 事實에 대한 判斷이 最終的임은 明白하다. 그리하여 自動車事故로 負傷을 입은 原告가 損害賠償을 請求하려면 被告에게 過失이 있고 자기에게 過失이 없음을 證明하여야만 하는 州에서 損害賠償請求訴訟을 提起하여 原告가 勝訴하였다면 現實로 다투어진 두가지의 判斷, 즉 被告에게 過失이 있다는 判斷과 原告에게 過失이 없다는 判斷은 同一한 事故에 기한 被告의 負傷을 原因으로 하는 被告의 損害賠償請求訴訟에서나 原告의 自動車破損에 대한 損害賠償請求訴訟에서 拘束力이 있게 되어 被告는 原告의 過失로 자기가 負傷을 입었다는 主張을 할 수 없게 된다.[70]

그러나 더 어려운 문제는 두가지 事實認定 중 어느 한가지 만으로도 前訴判決을 뒷바침하는 경우에 일어난다. 例를 들면 위 訴訟에서 被告에게는 過失이 없고 原告에게 過失이 있다고 判斷하여 被告가 前訴에서 勝訴한 경우와 같다. 選擇的 事實認定사이에 區別을 둘 根據가 없기 때문에 法院은 一般的으로 위 두가지 事實認定을 最終的인 것이라고 判示하였다.[71] 그러나 抗訴가 提起되어 오직 한가지 爭點에만 依據하여 一審判決이 肯定되었으면 附隨的 禁反言은 오직 그 爭點에만 부여된다. 다시말하면 一審判決은 原告의 過失과 被告의 無過失을 인정하여 原告의 請求를 排斥했으나 抗訴審에서 오직 原告의 過失만 인정하고 被告의 過失여부는 判斷하지 않았을 때에는 原告의 過失判斷部分에만 附隨的 禁反言이 부여되고, 反對로 被告의 過失만 判斷하고 原告의 寄與過失여부를 判斷하지 않았을 때에는 被告에게 過失이 있다는 判斷에만 附隨的 禁反言이 適用된다.

---

69) Sunnen 事件 前에도 附隨的 禁反言의 原理가 稅法領域에서의 法律爭點에는 그 適用이 아주 制限되어야 한다고 빈번히 論議되었다. Griswold, Res Judicata in Federal Tax Cases, 46 Yale L.J. 1320 (1937). Selected Problems in Res Judicata, 32 Ill. L. Rev. 139 (1937). 많은 州에서는 附隨的禁反言은 課稅紛爭에는 適用되지 않는다.

70) 이것은 뉴욕州에서와 같이 身體傷害로 因한 訴訟과 財物被害로 因한 訴訟이 別個로 다루어지는 경우에 타당하다. Reilly v. Sicilian Asphalt Paving Co, 170 N.Y. 40, 62 N.E. 772 (1902).

71) Bank of Am. Nat. Trust & Sav. Ass'n. v. McLaughlin Land & Livestock Co., 40 Cal. App. 2d 620, 105 P.2d 607 (1st Dist. 1940) cert. denied, 313 U.S. 571.

事實認定의 하나가 不必要할 때, 例를 들면 被告에게도 過失이 있고 原告에게도 寄與過失이 있다고 하여 原告의 損害賠上請求를 排斥한 경우 判決이 原告의 寄與過失의 事實認定에 依存한 이상 被告의 過失認定은 중요치 않다는 것은 이미 위에서 밝힌 바와 같은 바,[72] Restatement 도 그러한 不必要한 事實認定에는 拘束力이 없다고 規定하고 있다.[73] 그러나 Scott는 附隨的 禁反言은 事實認定이 不必要해서가 아니라 被告의 過失에 관한 事實認定은 被告가 勝訴를 한 이상 被告가 抗訴를 提起하며 자기에게 過失없음을 다툴 수 없게 되었기 때문에 附隨的禁反言의 適用이 排除된다고 主張한다.[74]

F. 訴의 利益이 없다는 理由로 하는 抗訴却下의 效果

訴의 利益이 없다는 이유로 抗訴를 却下함에 있어서 Gelpi v. Tugwell 事件에서 却下判決은 訴訟原因이 다른 後訴에 있어서 旣判力이 없다고 하였다.[75] 事實存否에 影響을 주지 않는다는 이유로 抗訴審에서 爭點에 관하여 判斷을 하지 아니하고 却下判決을 한 이상, 그것이 後訴에 影響을 미칠 수 없다. 왜냐하면 本案에 관하여 充分히 다툴 기회를 當事者에게 준 바가 없기 때문이다. 그러나 United States v. Munsingwear, Inc. 事件에서 訴의 利益이 없다는 理由로 한 却下判決도 附隨的 禁反言이 있다고 한 判決에 注意를 기울일 필요가 있다.[76] 즉 原告인 美國政府는 被告의 統制價格違反을 이유로 禁止命令을 申請하였으나 一審法院에서 이 申請이 拒否되었으므로 抗訴를 提起하여 抗訴審係屬중 그 물건에 대한 統制價格이 解除되었으므로, 抗訴審은 被告의 統制價格違反여부를 判斷함이 없이 抗訴는 利益이 없다고 却下하였다.[77] 美國政府는 別訴로서 被告를 相對로 三倍額損害賠償(treble damages)을 請求하였는데 前訴一審에서 被告가 規則을 違反하지 아니하였다고 判斷을 받은 것을 根據로 政府의 三倍額損害賠償請求訴訟도 棄却되었다.[78] 聯邦大審院은 이 判決을 支持하면서 被告가 規則을 違反하지 아

72) 위 IV. B. 3) 敍述 참조.

73) Restatement, Judgments §68 Cambria v. Jeffery, 307 Mass. 49, 29N.E. 2d 555 (1940) 21 B.U. L. Rev. 165(1941) James, Civil Procedure §11. 21. 583 (1965). 그러나 다른 한편 만일 原告가 敗訴判決에 抗訴하고 被告가 자기에게 過失이 있다는 不利한 決定을 다툴 機會가 주어진다면 그러한 爭點을 포함하는 장래의 訴訟이 豫期될 수 있는 한 附隨的 禁反言이 適用되어야 한다. 왜냐하면 一審에서의 不當한 事實認定을 是正할 기회가 一審에서 勝訴했던 被告에게 주어졌기 때문이다. 즉 敗訴判決에 대한 原告의 抗訴에 의하여 事件이 항소심에 係屬하고 있으므로 被告는 자기에게 過失이 있다는 一審의 事實認定이 그릇된 것이고 오로지 原告에게만 過失이 있다고 다툴 기회가 있었기 때문에 가사 被告가 그러한 기회를 利用하지 않은 것은 그의 잘못이므로 被告에게 過失이 있다는 一審判斷에 附隨的禁反言의 效果가 주어져야 한다.

74) Scott, Collateral Estoppel by Judgment by, 56 Harv. L. Rev. 1, 16—17(1942).

75) Gelpi v. Tugwell 123 F. 2d 377 (1st Cir. 1941)

76) 340 U.S. 36(1950); 65 Harv. L.Rev. 173; 50 Col.L.Rev. 716 (1950).

77) Fleming v. Munsingwear, Inc. 162 F. 2d 125 (8th Cir. 1947) 이 判決은 더이상 紛爭이 없기 때문에 抗訴가 却下된다고 意見을 開陳하고 있으나, 장래의 訴訟에 대한 却下의 效果에 관해서는 아무런 言及이 없다.

78) United States v. Munsingwear, Inc., 178F. 2d 204 (8th Cir. 1949).

니하였다는 前訴의 一審判斷은 그 判決이 取消되지 아니하였기 때문에 後에 抗訴審에서 抗訴가 訴의 利益이 없다고 却下되었다고 하더라도 一審判決이 그대로 拘束力이 있는 것이며 美國政府가 附隨的 禁反言의 效果를 避避하기를 바랬더라면 抗訴法院에 一審判決의 取消와 事件을 棄却할 것을 指示하면서 一審法院에 還送하여 줄 것을 要求했어야 한다고 判示하였다.[79]

그러나 이 判決에 대하여는 批判이 없는 것이 아니다. 判決取消申請만 하면 그대로 받아 들여진다고 하면 Munsingwear 事件은 判決取消申請을 要求하지 않은 節次上의 잘못만으로 附隨的 禁反言을 適用하는 결과가 되어 가혹하다. 反對로 法院이 本案調査없이 原判決을 取消하는 것을 拒否할 수 있다면 Munsingwear 判決은 抗訴法院이 抗訴가 利益이 없다고 却下할 때마다 自動的으로 一審判決에 附隨的 禁反言效果를 주는 權限을 가지고 있음을 意味하게 되어 과연 이것이 聯邦大審이 意圖한 것일가 疑問이 있는 것이다. 그래서 近來에 컬럼비아區 抗訴法院은 Munsingwear 事件을 抗訴가 利益이 없다고 却下할 때에는 自動的 判決取消申請許容을 要求한 것으로 解釋하였다.[80]

때문에 抗訴法院이 裁量을 가지고 있다면 그것은 實體調査를 한 후에 행사되어야 한다. 抗訴가 利益이 없다고 해도 抗訴를 바바로 却下하지 않고 實體調査를 한 후에 一審判決이 正當하다고 認定하여 一審判決을 取消하지 않했다면 一審判決에 附隨的 禁反言을 부여한들 異議가 있을상 싶지 않다. 그러나 判決取消申請이 허용되면 取消申請當事者는 取消에 反對하여 듯대로 一審判決의 取消를 받지 않은 當事者보다 不利한 地位에 있다. 왜냐하면 判決取消를 받은 사람은 取消申請에는 成功한 셈이지만 附隨的 禁反言의 基礎가 되어 援用할 수 있는 判決이 存在하지 않기 때문이다.

그러므로 却下할 것인가 아닌가의 裁量權을 행사함에 있어서는 本來의 抗訴時에 事實認定이 장래의 訴訟에 문제가 될 것인가 여부를 豫測할 수 있는가 없는가가 支配的인 要素가 되어야 한다. 그러한 訴訟이 豫測되지 않는다면 自動的으로 取消申請을 許容하거나 抗訴가 利益이 없다는 理由로 却下되더라도 判決에 附隨的 禁反言을 주지 않는것이 賢明할 것이다. 反對로 將來의 訴訟이 영향받을 것이 틀림없다면 事件은 訴의 利益이 없는 것이 아니며 利益이 없다고 却下하거나 判決을 取消하기 보다 抗訴가 許容되어야 한다.[81] 聯邦大審院은 장래 잠재적으로 抗訴人에게 判決의 附隨的 禁反言의 효과가 있다고 인정될 때 抗訴를 利益이 없다고 却下한 것이 아니며 抗訴를 正當하다고 인정한 例가 있다.[82] 그리하여 刑事事件에서 有罪判決이후의 追放節次에서 被告人에게 중대한 효과를 미친다는 理由로 刑을 모두 服役한 後

79) 340 U.S. 36, 39 (1950).
80) Acheson v. Droesse D.C. Cir., Jan 10. 1952.
81) Developments in the Law-Res Judicata, 65 Harv. L. Rev. 848 (1952).
82) Fishgold v. Sullivan Drydock and Repair Corp, 328 U.S. 275 (1946). Aeronautical Industrial Dist. Lodge v. Campbell, 337 U.S. 521 (1949).

에도 上訴가 許容되었다.[83]

G. 限定管轄法院의 判決과 附隨的 禁反言原則

小額請求法院(small claims courts)이나 治安法院(justice of the peace courts)과 같이 管轄이 極히 制限된 法院의 判決에도 附隨的 禁反言의 효과가 부여될 것인가에 관해서는 論議가 많다. 이러한 法院은 迅速하고 번거로운 節次없이 運用되고 더구나 法官의 資格이 通常法院의 法官의 資格과 같이 높지 않을 뿐만 아니라 當事者도 그러한 法院에서는 通常法院에서와 같이 번거로운 節次에 따라서 爭訟하기를 꺼리고 簡易한 節次로 訴訟을 끝맺으려고 하는 것이 普通이다. 그리하여 小額請求法院이나 治安法院과 같은 管轄이 극히 制限된 法院의 判決에 대해서는 附隨的 禁反言原則을 否認하여야 한다는 見解도 있는 것이 事實이다.

그러나 Geracy v. Hoover 事件에서 請求金額의 制限이 있는 法院에서 한 判斷도 一般管轄權이 있는 法院에서의 後訴에 拘束力이 있다고 判示되었고,[84] Forman v. Massoni 事件에서는 賃貸料請求訴訟에서 賃貸人에게 過失이 없다는 事實認定은 賃貸人이 지붕을 修繕하지 않았기 때문에 입은 損害에 대하여 賃借人이 一般管轄權이 있는 法院에 提起한 後訴에 있어서 拘束力이 있다고 判示되었다.[85] 그리하여 多額의 身體傷害와 小額의 財物被害를 입은 사람은 小額請求法院에 가벼운 財物損害賠償을 請求하여 被告가 집요하게 다투지 않는 簡易한 節次를 利用하여 被告에게 責任이 있다는 判斷을 받은 다음에 一般管轄權이 있는 通常法院에 多額의 身體傷害損害賠償請求를 하여 容易하게 勝訴判決을 받는 수가 있다. 왜냐하면 被告의 責任은 附隨的 禁反言에 의하여 否認될 수 없기 때문이다. 이러한 事態는 캘리포니아州에서 흔히 있는 일이고,[86] 뉴욕州와 같이 身體傷害로 인한 損害와 財物被害로 因한 損害를 別個의 訴訟原因으로 다루고 있는 州에서도 이러한 訴訟技術이 利用되고 있다. 이러한 바람직하지 않은 결과는 小額請求法院과 같은 管轄이 限定되어 있는 法院의 判決에 附隨的 禁反言의 효과를 否認하는 原則을 세움으로서 避避될 수 밖에 없을 것이다.

5. 旣制力의 主觀的 範圍(Persons affected by Res Judicata)

A. 序　論

여기에서는 누가 本案에 관한 終局對人判決(Final personal judgment)에 의하여 拘束을 받

83) Fishwick v. United States, 329 U.S. 211 (1946).
84) Geracy v. Hoover, 139 F. 2d 25 (D.C. Cir. 1942).
85) Forman v. Massoni, 176 S.W. 2d 366 (Tex. Civ. App. 1943).
86) Nevarov. v. Caldwell, 161 Cal. App. 2d 762—68 (1958)은 버나드法則의 適用을 拒否하여 附隨的 禁反言의 法理의 適用을 制限했다. 그리고 Price v. Attchison, T. & S.F.R.R. 164 Cal App. 2d 400(1958)도 同旨.

는가를 檢討한다. 既判力은 오직 當事者(parties)와 當事者關係에 있는 사람(privies)만에 미친다. 이것이 美國民事訴訟에 있어서 既判力의 主觀的 範圍에 관한 原則이다. 누구도 法院의 審判없이는 權利를 剝奪當하지 않는다는 適法節次(due process of law)의 要求에 의하여 訴訟에 參加하지 않은 第三者는 判決에 拘束되지 않는다.

그러나 이러한 傳統的인 原則 즉 既判力은 오직 當事者와 當事者關係에 있는 사람만에 影響을 준다는 말은 후에 논하는 바와 같이 適當치 않다. 왜냐하면 當事者와 當事者關係에 있지 않은 사람도 判決에 의하여 影響을 받을 수가 있기 때문이다. 一般的으로 既判力法則의 利益을 받을 수 있는 사람은 萬一 判決이 敗訴判決이어도 이 法則에 의하여 拘束을 받는다(相互性의 法則, the rule of mutuality).

訴外人이 判決에 의하여 拘束을 받지 않지만 訴外人으로 하여금 判決을 援用케 許容함으로서 判決의 終局的 效果를 擴大하려는 傾向이 既判力分野에서 顯著하다. 이것이 바로 相互性의 法則으로 부터의 逸脫의 傾向 또는 相互性의 法則에 대한 例外인 것이다.

B. 當事者

一般的으로 當事者로 表示되어 訴訟이 提起된 사람이 既判力의 效果를 받는 것은 疑心이 없다.[87] 그러나 記錄에 當事者로 表示된 사람이 眞實한 利害關係가 있는 當事者가 아닐 때에는 형식을 벗어나서 參加者의 實際的 利害關係를 直視하여 判決의 效果를 결정해야 한다. 사람은 相違한 法的資格으로 행동할 수 있고 한 訴訟에서 하나의 資格으로 行動하는 사람이 다른 訴訟에서 다른 資格으로 행동할 때에는 사람은 같다 하더라도 同一한 當事者로 볼 수 없음은 물론이다. 그리하여 前訴에서 個人資格으로 提訴하고 提訴當하는 사람이 받은 判決은 受託者의 資格으로 提訴하고 提訴當하는 後訴에 拘束力이 없다.[88]

純粹히 名目上의 當事者 즉 그 이름이 記錄에 表示되어 있지만 訴訟을 支配하지도 않고 訴訟에서 金錢上의 利益도 없는 사람은 判決의 拘束을 받지 않는다.[89]

C. 當事者關係에 있는 사람

既判力의 效果는 訴訟當事者와의 當事者關係에 있는 사람에게 미친다는 것이 既判力法則의 一般的인 公式이다. Restatement of Judgments §83, Comment a에 의하면 當事者關係(privity)는 事件의 狀況과 事件의 목적을 위해서 어떤 사람이 吸收·阻止의 法則 혹은 附隨的 禁反言과 같은 既判力의 法則의 利益을 받을 수 있고 拘束을 받는 관계를 말한다. 法院이 흔히 援用하는 定義는 當事者關係는 同一한 財産的 權利에 관한 相互的 혹은 繼續的 關係를 意味

87) Restatement of Judgments §79, Polasky, Collateral Estoppel Effect of Prior Litigation, 39 Iowa L. Rev. 217, 242(1954).

88) Louisell and Hazard, Cases and Materials on Pleading and Procedure 574(1968).

89) Restatement of Judgments §81. James, Civil Procedure 11.24 586 (1965).

하고 同一한 權利를 代表하는 다른 사람과 利害關係를 같이 하는 사람을 포함한다는 것이다.[90] 當事者關係 槪念은 記錄上 當事者가 아닌 사람이 當事者와의 아주 密接한 관계 때문에 判決에 의하여 影響을 받는 狀況을 類型化하는데 有益한 것이다. 이하 當事者關係에 있는 사람을 說明하기로 한다.

1. 訴訟을 支配하는 非當事者(Nonparties who Actually Control the Litigation)

記錄上 當事者로 表示되어 있지 않지만 자신의 利益을 增進하기 위하여 訴訟節次를 支配하는 경우에는 判決은 그 사람을 拘束한다. 그 先例가 Souffront v. La Compagnie des Sucreries de Puerto Rico이다.[91] 이 事件에서 聯邦大審院은 自身의 權利를 確定하거나 保護하기 위하여 다른 사람의 이름으로 訴訟하는 사람이나 자신의 利益을 위하여 訴訟을 돕는 사람은 相對方이 이것을 알 때에는 判決의 拘束을 받고 判決을 利用할 수 있으며 相對方에 대해서 禁反言을 主張할 수 있다고 判決하였다.

訴訟을 支配하는 사람은 그 訴訟에 直接的인 財政上의 利益이나 所有權的 利益을 가져야 한다.[92] 단지 判例를 얻기 위한 利益만으로는 不足하다. 그는 證據를 提出하고 證人을 調査하고 抗訴할 수 있는 權利를 가져야 한다. 證人으로 出席하였거나 "法院의 親友"(Amicus curiae)로서,[93] 訴訟事件摘要書를 提出하였다거나 單純히 辯護를 도왔다는 것만으로는 訴訟을 支配하였다고 볼 수 없다.

求償權者와 求償義務者가 있는 경우에 흥미있는 문제가 일어날 수 있다. 求償權者가 被告로서 提訴當하였을 때 求償義務者인 非當事者에게 訴訟을 引受하거나 防禦에 參加할 기회를 주고 求償義務者인 非當事者가 이에 應하여 訴訟을 引受하거나 被告를 위한 防禦에 參加하였을 때에는 그 非當事者는 被告와의 사이에서 附隨的 禁反言의 法則上 判決에서 결정된 것에 의하여 拘束을 받는다. 이와같이 求償權者는 求償義務者에게 通知할 權利가 있고 求償義務者가 위와 같은 通知를 받았음에도 不拘하고 訴訟을 떠맡지 않고 혹은 求償權者인 被告를 위하여 防禦에 參加하지 않았을 때에도 判決에서 결정된 事項은 被告와 非當事者인 求償義務者사이에서 拘束力이 있다.[94] 拘束力이 있는 事項은 오로지 本來의 原告에 대한 被告의 責任에 관한 것 뿐이고 求償權이 依存할지도 모르는 다른 爭點을 포함하지 않는다. 그리하여 萬一 小賣商人이 콩깡통 속에 있는 異物質에 의하여 惹起된 損害에 대해서 瑕疵擔保違反으로 提訴 當

90) 30 Am. Jur. 957(1940).

91) 217 U.S. 475, 30 S. ct. 608(1910).

92) Bigelow v. Old Dominion Copper Mining & Smelting Co. 225 U.S. 111, 126 (1912).

93) Amicus Curiae는 證據를 提出하거나 다른 方法으로 裁判에 參加할 수 없고 抗訴審審査도 求할 수 없다.

94) Frank v. Jelleff, Inc. v. Pollack Bros. Ltd., 171 F. Supp. 467 (N.D. Ind. 1957). 한 손님이 可燃性 옷이 타서 傷害를 입어 小賣商人을 相對로 損害賠償을 請求하여 勝訴하였다. 小賣商人은 物件의 適合性에 관한 瑕疵擔保義務違反을 根據로 物件製造者를 相對로 求償請求訴訟을 提起하였는데 物件이 適合하지 않다는 前訴에서의 判斷이 그대로 拘束力이 있는 것으로 判決되었다.

한다면 그 小賣商人은 자기에게 콩의 品質을 保證하고 판 供給者에게 訴訟事件을 通知할 수 있고, 供給者가 訴訟에 參加하여 小賣商人을 위하여 防禦를 하던지 아니하던지간에 供給者는 콩속에 異物質이 있다는 것과, 그 異物質이 本來의 原告에게 損害를 발생시켰다는 事實認定에 拘束을 받는다. 그러나 本來의 訴訟에서 小賣商人인 被告에게 責任이 있다는 判斷은 小賣商人에 대한 供給者의 擔保責任의 存否나 그들 간의 관계 또는 서로의 去來에서 일어나는 抗辯에 관해서는 아무 것도 最終的으로 결정하는 것이 아니다. 換言하면 小賣商人과 供給者간에 責任免除나 責任減輕의 特約이 있다면 비록 小賣商人에게 責任이 있다고 判斷되어도 그 判斷이 바로 供給者에게 責任이 있다는 結論을 이끌 수 없다.

위에서 본바와 같이 訴訟을 支配하여 判決을 받은 사람은 相對方이 이 事實을 알 때에만 그 判決을 援用하거나 이에 拘束을 받는 것이다.[95] 이러한 見解下에서는 몰래 어떤 사람이 訴訟節次를 支配하였을 때에 결정된 문제는 그 秘密當事者를 포함한 後訴에서 다시 다툴 수 있다. 秘密當事者를 모르고 訴訟을 進行했던 사람에 대해서 不利하게 附隨的 禁反言의 抗辯을 許容하는 것은 不當하다. 過去의 判例는 相互性의 法則에 依하여 判決 後에야 秘密當事者를 알았던 當事者가 그 判決을 援用하는 것도 禁止시켰다.[96] 그러나 가장 最近의 判例는 이러한 "公開承認法則"으로부터 離脫하여 前訴에서 秘密當事者로서 다투었던 爭點을 다시 그 當事者가 다투는 것을 禁止시켰다.[97] 하지만 秘密當事者가 後訴에서 前判決을 援用하는 것은 아직도 許容되지 않는다.[98]

2. **代表되는 非當事者**(Nonparties who are represented)

a. 受益者

訴訟은 當事者로 되지 않은 사람의 利益을 위하여 代表者로서 受託人의 資格으로 提訴되는 수가 있다. 그러한 경우에는 受益者는 信託關係의 主題가 되었던 利害關係에 관한 判決에 의하여 拘束을 받아 吸收나 阻止의 法則에 의하여 同一한 訴訟原因을 基礎로 하여 提訴할 수 없고, 相違한 訴訟原因을 基礎로 하여 提訴하더라도 附隨的 禁反言의 法則에 의하여 拘束을 받는다.

勞動組合에 대한 敗訴判決은 組合員을 拘束하고,[99] 敎育委員會에 대한 敗訴判決은 敎育委員會가 自身의 利益보다 敎師의 利益을 위하여 활동한다는 理論下에 敎師를 拘束한다고 하였고,[100] 政府機關이 賃料統制法을 施行하기 위하여 賃貸人을 相對로 한 訴訟에서 敗訴하였을 때 그 敗訴判決은 後訴에서 賃借人을 拘束한다고 判示하였다.[101]

95) Souffront v. La Compagnie des Sucreries de Puerto Rico,217 U.S. 475, 30 S.Ct. 608(1910).
96) Rowe v. Kidd, 259 Fed. 127 (6th Cir. 1919).
97) Caterpillar Tractor Co. v. International Harvest Co., 120 F. 2d 82 (3d Cir. 1941).
98) E.W. Bliss Co. v. Cold Metal Process Co., I.F.R.D. 193, 196 (N.D· Ohio 1940).
99) Lyman v. Billy Rose Exposition Spectacles, Inc., 179 Misc. 512, 39 N.Y.S. 2d 752 (Sup. Ct. 1943).
100) Gable v. Raftery, 65 N.Y. S 2d 513 (Sup. Ct. 1945).
101) Morris Inc. Co. v. Moore, 332 Ill. App. 653, 75 N.E. 2d 782 (1947).

b. 任置人과 受置人

動産의 任置人이나 受置人은 任置된 物件에 대한 損傷이나 橫領에 대한 損害에 대하여 不法行爲者인 第三者에 대한 損害賠償請求訴訟에서 진실한 當事者로 看做된다. 그래서 任置人이나 受置人은 누구던지 損害賠償을 請求할 수 있다. 受置人은 全損害를 請求할 수 있고, 그가 받은 判決은 任置人에 의한 損害賠償請求를 禁止시킨다. 任置人은 受置人의 利益侵害에 대한 賠償을 넘는 것은 受置人이 任置人을 위하여 信託的으로 保有한다는 原則에 의하여 保護된다. 受置人이 損害賠償을 請求하여 敗訴하면 그 判決은 任置人을 拘束한다. 任置人은 全損害에 대한 賠償을 請求할 수 있고 그가 받은 判決은 受置人의 請求를 吸收시키거나(勝訴의 경우) 禁止시킨다(敗訴의 경우).[102]

c. 將來利益을 가진 사람

財産上의 將來利益은 現存하지 않거나 그 同一性이 現在 確認될 수 없는 사람이 保有하거나 保有할 수 있다. 그러한 경우에는 그러한 사람을 訴訟當事者로 할 수 없지만 權利의 確定과 財産의 市場性을 維持해야 하기 때문에 憲法의 適法節次要件에 따르는 것을 條件으로 訴訟에 出席할 수 없는 사람의 權利를 終局的으로 判決케 함을 許容하는 수가 있다. 이 實際的 必要性에 對處하기 위하여 將來利益의 保有者는 그가 同一한 利害關係를 가진 사람이나 法院이 任命한 사람에 의한 訴訟에서 適切히 代表될 때 判決의 拘束을 받는다는 法原則이 發展되어 왔다.[103]

d. 團體訴訟

여러 當事者가 損害賠償을 求하거나 潛在的으로 責任이 있을 때 主觀的 併合이 强制的인 수가 있다.[104] 그러나 當事者가 대단히 많을 때 强制的 併合은 실제적이 되지 못하여 團體訴訟方案이 利用된다. 舊聯邦民事訴訟規則은 세가지 團體訴訟 즉 眞正團體訴訟(the true Class action), 混性團體訴訟(the hybrid Class action)과 擬似團體訴訟(the spurious Class action)을 規定했으나,[105] 團體訴訟判決의 旣判力에 관하여는 明定한 바가 없었다. 그러나 오직 하나의 損害賠償이나 單一한 責任賦課가 있을 수 있는 眞正團體訴訟에서는 不出席한 團體構成員도 判決의 拘束을 받는다는 데 法院의 意見이 一致하고 있고,[106] 混性團體訴訟에서는 不出席者는 物件에 대한 利益範圍內에서 判決의 拘束을 받는다.[107] 不出席한 團體構成員을 拘束하거나 그들에게 利益을 준다는 것은 事實上 後訴에서 訴外人을 拘束받게 하거나 前判決을 利用할 수 있게 하

102) Restatement of Judgments §89 and Comment a.
103) James, Civil Procedure §11.28, 592(1965).
104) Fed. R. Civ. P. 23. (a).
105) Old Fed. R. Civ. P. 23(a)(1)(2)(3).
106) Restatement, Judgments §86; Gart v. Cole, 263 F. 2d 244 (2d Cir. 1959) 都市計劃事業을 위하여 收用된 土地를 宗敎系統의 大學에서 使用하는 것을 禁止시키기 위한 前納稅者의 團體訴訟은 本質的으로 同一한 敎濟를 追求하는 後納稅者의 訴訟을 禁止시킨다.
107) Pentland v. Dravo Corp, 152 F. 2d 851, 852 (3d. Cir. 1945).

자는 것이다.

憲法의 適法節次要求로 말미암아 訴外人이 判決에 拘束되는 것은 許容되지 않지만, 多數의 訴訟을 廻避하려는 실제적인 考慮로 말미암아 團體訴訟이 憲法上 인정되게 된 것이다. 그리하여 聯邦大審院은 不出席한 團體構成員도 그들과 利益을 같이하는 사람들에 의하여 適切하게 代表되면 判決의 拘束을 받고 團體內에 利害가 對立되고 한쪽 利害만이 訴訟에 나타난다면 그 判決은 拘束力이 없다.[108]

3. 利害承繼人

財産의 權利者에게 有利하건 不利하건 判決이 宣告되면 그 權利者로 부터 當該財産을 讓受한 사람은 既判力의 法則으로 그 判決에 의하여 拘束을 받는다.

生存중에 宣告된 判決도 勝訴判決이건 敗訴判決이건 死亡者의 個人的 代表者와 相續人들을 拘束한다. 그리하여 同一한 權利에 基한 提訴權은 前判決에 吸收되거나 前判決에 의하여 阻止되고 相違한 權利에 基한 提訴權은 附隨的 禁反言의 法則에 의하여 影響을 받는다.

訴訟이 開始된 후에 財産을 讓受한 사람도 判決에 의하여 拘束을 받는다.[109] 이것을 "訴訟係屬의 法則"이라고 한다. 그러나 動産에 관해서는 그것이 有形財産이건 無形財産이건 訴訟係屬의 法則(the doctrine of Lis pendens)의 適用을 꺼리는 것이 法院의 傳統的인 見解이다.[110]

D. 共同當事者

對立當事者가 아니었던 共同當事者는 一般的으로 그들 사이에서 判決의 拘束을 받지 않는다. 그러나 共同當事者라 하더라도 反訴狀이나 다른 適切한 訴答書面節次로 共同當事者 사이에 形成된 爭點에 관해서는 共同當事者間에 拘束力이 있다.[111]

同一한 事故에서 被害를 입은 第三者가 두 사람을 共同被告로 하여 그들의 各各의 過失에 의하여 不法行爲가 發生하였다고 主張하는 경우에 흥미있는 문제가 일어날 수 있다. 이 경우에 共同被告들은 서로 利害가 對立되고 그들은 證人을 反對訊問할 수 있으며, 事故는 오로지 다른 被告의 過失에 의하여 惹起된 것이라고 證據를 提出한다면 責任問題에 관한 참된 紛爭은 그 共同被告間에 있게된다. 現代民事訴訟法은 事件에 관한 모든 當事者 사이에 모든 紛爭을 하나의 訴訟에서 一擧에 解決하려고 위와 같이 共同被告間에 紛爭이 있을 때에는 그들 間에서도 反訴를 許容하는 方法을 마련하고 있다.[112] 더 나아가서 위와 같은 狀況下에서 不法行爲

108) Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32, 618 S.Ct. 115(1940).
109) Behrens v. Skelly, 173 F. 2d 715 (3d. Cir) cert. denied, 338 U.S. 821 (1949).
110) 34 Am. Jur., Lis pendens §17. 美國民事訴訟法에 있어서 既判力의 遮斷效의 基準時가 언제인가는 반드시 明確하지 않다. 原告에 관해서는 提訴時, 被告에 관해서는 判決時라고 하는 것이 一般이다.
111) Simadejka v. Williams, 360 Pa. 332, 62 A. 2d 17(1948).
Atherley v. MacDonald, Young & Nelson, Inc., 135 Cal. App. 2d 383 (1955).
112) Fed. R. Civ. P. 13.

者로 應訴한 共同被告가 모두 敗訴한 경우에는 그들간에서 將來 求償請求訴訟이 있을 可能性이 있는 것을 생각하면 共同被告間에서의 對立性이 더욱 뚜렷해진다. 그리하여 North Carolina 州法院은 不法行爲訴訟에서 共同被告들은 설사 그들 사이에서 對立訴訟이 없었다고 하더라도 過失의 比率에 관한 事實認定에 拘束되어 후에 그들간에서 求償權을 行使하는 請求訴訟에서 過失의 比率을 달리 認定할 수 없다고 判示하였다.[113]

이와 같이 共同被告間에는 前訴에 反訴訴答과 같은 節次를 밟지 않았다고 해도, 그들간에 정말로 對立되는 利害關係가 있었음이 證明되면 前訴에서 判斷된 것이 共同被告間에서도 拘束力이 있다는 것이 점차로 承認되고 있는 傾向이다.[114]

E. 當事者나 當事者關係에 있지 아니한 사람에 대한 旣判力의 效果

當事者로 表示되어 提訴하거나 提訴되지 않은 사람은 判決의 拘束을 받지 않는다는 것이 一般的인 法則이다. 그 理由는 當事者가 아니었거나 當事者關係에 있지 않았던 사람은 訴訟에 關與할 通知의 缺如로 主張立證을 할 기회가 없었기 때문에, 이러한 사람에게 旣判力의 效果를 미치게 함은 不當하기 때문이다. 그런데 이러한 法則에도 不拘하고 狀況에 따라서는 訴外人이 判決에 의하여 影響을 받는다는 것이 널리 承認되고 있다. 訴外人이 旣判力의 影響을 받는 것은 附隨的 禁反言의 法理의 適用面에서 나타난다.

1. 相互性의 法則(Mutuality Rule)

裁判에 있어서 當事者의 主張을 들어야 한다는 美國憲法의 適法節次要件 때문에 訴訟에 關與하지 않은 訴外人은 訴訟의 結果에 의하여 拘束을 받지 않는다. 訴外人이 判決에 依하여 拘束을 받지 않는다면 그 判決의 利益도 享有할 수 없음은 너무나 當然하다. 이것을 다른말로 하면 敗訴判決에 拘束을 받아야 할 訴外人이 있다면 그 사람은 그 判決이 勝訴判決일 때 勝訴判決을 有利하게 利用할 수 있을 것이다. 이것이 禁反言의 相互性(mutuality of estoppel)이라고 일컬어지는 것이고, 얼마전 까지만 해도 이러한 禁反言의 相互性이 妥當한 것으로 承認되었다.

이러한 禁反言의 相互性이 認定되는 理由로서 몇가지가 있다. 즉 어느 當事者는 具體的인 特別한 訴訟에서 끝까지 집요하게 다투기를 꺼려 敗訴判決을 甘受하는 수가 있는데, 그 訴訟에 關與하지 않은 訴外人에게 그러한 判決을 有利하게 (前訴의 敗訴者에게 不利하게) 援用하게 한다면 이미 敗訴判決을 甘受한 當事者에게 가혹하다.[115] 또한 當事者對立制度(adversary system)는 當事者는 當該訴訟의 相對方과의 관계에서만 權利의 喪失이나 責任의 存在를 가릴

113) Pack v. McCoy, 251 N.C. 590, 112 S.E. 2d 118(1960).
다만 이 判決은 和解判決이다.
114) Note, Collateral Estoppel in New York, 36 N.Y.U.L. Rev. 1158, 1169—70(1961).
115) von Moschzisker: Res Judicata, 38 Yale L.J. 299, 303(1929).

것을 要求하는 이상 當事者는 訴訟의 現實的 相對方이 아니었던 潛在的인 相對方에 대해서는 각 爭點에 관해서 새로이 出廷, 立證할 수 있어야 한다.

더구나 訴訟對立當事者에게만 旣判力이 미치고 旣判力의 拘束을 받지 않는 第三者는 그 判決이 자기에게 有利한 것이라 하더라도 이것을 援用할 수 없다는 旣判力의 相互性의 法則(the rule of mutuality)[116]을 뒷받침하는 또 다른 理由는 美國에 있어서 陪審制度의 理論的인 機能에 관해서 문제가 있기 때문이다. 陪審의 評決은 頻繁히 責任의 有無와 損害를 妥協하는 評決을 하고, 이러한 妥協評決(compromise verdict)이 法律에 필요한 融通性을 주는 것으로 擁護되는 수가 있다. 그러나 妥協評決이 때로는 法律에 融通性을 준다고 辯護될 수도 있지만 不明確한 事實認定이 다른 訴訟에서 利用될 때에는 困難한 문제를 提起한다. 만일 한사람의 原告勝訴의 妥協評決이 다른 原告에 대해서 까지도 被告의 責任을 確定한 것으로 다루어진다면 前訴에서 責任에 관한 適切한 事實認定이 없었는데도 責任所在에 관한 妥協評決을 援用하여, 그 다른 原告들은 쉽사리 全 損害를 賠償받게 되므로 妥協評決로 말미암아 敗訴한 被告에게는 대단히 가혹하다.[117] 이와같이 때때로 「責任」과 「損害」를 不法하게 妥協하는 評決이 있기 때문에, 前訴에서 敗訴한 當事者라도 새로운 相對方과의 관계에서는 새로이 主張, 立證할 수 있어야 한다. 이것이 相互性의 法則을 뒷바침하는 다른 理由이다.

2. 相互性의 法則에 대한 例外(The exception to mutuality rule)

그러나 近來 相互性의 法則을 끝까지 固執하면 訴訟은 終了되어야 한다는 旣判力制度를 뒷바침하는 重要한 目的을 挫折시킨다는 것이 점차로 承認되어 왔다. 相互性의 法則은 善보다 害를 惹起시키는 空虛한 公式이라고 說明하는 學者도 있다.[118] 旣判力의 根據가 되는 基本的인 政策은 社會에 있어서 紛爭을 終結시키는 것이고 判決에 終局性(finality)을 부여하여 끝없는 訴訟으로 부터 個人을 保護하고 訴訟制度의 浪費와 矛盾되는 判決을 排除하여 判決間에 統一性(uniformity)을 維持함으로써 法的安全性을 期할 필요가 있다. 濫訴를 防止하고 判決사이에 矛盾을 廻避하기 위해서는 當事者가 아니었던 사람이 當事者였던 사람에게 前訴의 禁反言의 效果를 主張케 할 必要가 있다. 訴訟當事者는 前訴에서 訴答書面節次를 거쳐 公判節次에서 立證을 하여 爭點에 대한 判斷을 받은 이상, 同一한 事項에 관해서 단지 相對方을 바꾸는 것 만으로 다시 紛爭을 反復하는 것은 衡平에 反하고, 이미 爭點에 관해서 判斷을 받은 當事者에 대해서 前訴判決의 禁反言의 效果를 主張한 들 不當하지 않다. 이것이 바로 相互性

116) Triplett v. Lowell, 297 U.S. 638, 56 S. Ct. 645(1936).
相互性의 法則을 宣言한 判決이다. 特許權侵害訴訟에서 敗訴한 原告는 同一한 特許權에 관하여 다른 被告에 대한 特許權侵害를 主張立證할 수 있고 前訴에서의 敗訴判決이 同一한 特許權에 관한 後訴를 排除하지 않는다고 判示하였다. 그런데 大審院이 最近에 이 判例를 廢棄한 것은 後述하는 바와 같다.

117) Taylor v. Hawkinson, 47 Cal. 2d 893, 306 P.2d 797(1957).

118) Currie, Mutuality of Collateral Estoppel, Limits of the Bernhard doctrine 9 Stan. L. Rev. 281, 322(1957).

의 法則에 대한 例外 또는 相互性의 法則으로 부터 離脫의 根據인 것이다. 이러한 見解는 Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co. 事件에서 採用되었고,[119] 이어서 많은 判例에서 承認되어 왔던 것이다. 다만 特許權侵害訴訟에서는 相互性의 法則으로부터의 離脫의 경향에도 不拘하고 特許의 技術性이라는 特性때문에서 聯邦大審院은 Triplett v. Lowell 事件에서 相互性의 法則을 固守하여 特許權侵害訴訟에서 特許가 無效라고 하여 敗訴한 原告는 다른 被告를 相對로 特許가 有效라고 主張하고 被告가 特許權을 侵害하고 있다는 것을 다시 다툴 수 있다고 判決하였던 것이다. 그러나 聯邦大審院은 昨年에 Triplett v. Lowell 事件의 判例를 廢棄하여 特許權侵害訴訟에서 特許가 無效라고 宣言된 이상, 原告가 提起한 同一한 特許權에 관한 特許權侵害의 後訴에서 다른 被告는 特許無效의 前訴判決의 禁反言의 抗辯을 提出할 수 있다고 有名한 判決을 하였다.[120] 이 判決은 특히 全員一致인 점에 注目할 필요가 있고, 法律의 各 領域에서 相互性의 法則이 退潮하고 있음을 보여주는 것이다.

3. 相互性의 法則에 대한 例外類型

前訴當事者를 포함하는 後訴에서 訴外人이 前訴判決을 援用하는 形式은 아래와 같이 네가지의 類型을 들 수 있다.

a. 前訴訟의 敗訴原告에 대한 判決의 防禦的 利用

이것은 前訴에서 敗訴한 原告는 同一한 爭點을 포함하는 後訴에서 原告로서 勝訴할 수 없다는 것이다. 다시 말하면 前訴에서 主張된 責任의 基礎가 後訴에서 主張할 責任의 基礎와 관계가 있을 때 訴外人이 同一한 原告에게 原告敗訴判決을 방패(shield)로 使用하여 原告를 敗訴시킬 수 있다.

여기에 該當하는 것으로 派生責任法則(Derivative liability rule)과 出廷立證法則("His day in court" rule)이 있다. 派生責任法則에 該當하는 경우로서 두 사람이 對外的으로 各者 原告에게 責任이 있지만 두 사람간에는 內部的으로 한 사람만이 本來 責任이 있어서 다른 사람이 原告에게 賠償이나 支給을 하면 그 사람은 本來責任이 있는 사람에게 求償權을 행사할 수 있는 형태가 바로 그것이다. 어음의 共同發行人을 例로 들면 共同發行人은 어음의 受取人이나 所持人에게 다같이 責任이 있지만 그 중의 한 사람이 다른 사람에게 돈을 融通해 주려고 發行한 것이라면 共同發行人內部間에는 金融의 融通을 받은 사람만이 責任을 지게 마련이다. 그런데 融通해준 發行人이 어음受取人이나 所持人에게 어음金을 支給하면 融通받은 發行人에게 求償을 할 수 있다. 本人과 保證人, 使用者責任의 경우도 마찬가지로 적어도 理論上으로는 本人

119) Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co., 36 Del. 124, 172 Atl. 260(1934).
또한 Riodran v. Ferguson, 147 F. 2d 983, 988(2d Cir. 1945)에서 Clark 裁判官의 反對意見참조.

120) Blonder-Tongue Laboratories, Inc., v. University of Illinois Foundation *et al.* The United States Law Week 39 L.W. 4506, 4517, May 3, 1971.
이 判決은 全員一致의 判決인데 White 判事가 執筆한 것으로 長文의 것이며, 相互性의 法則을 여러 角度에서 攻擊하면서 Tripellet 法則이 廢止되어야 한다는 論據를 밝히고 있다.

또는 被用人이 第一次的 責任이 있으므로, 保證人 또는 使用人이 賠償이나 支給을 하면 本人 또는 被用人에게 求償을 할 수 있다.

이와 같은 派生責任關係(Derivative liability relationship)가 있는 경우에 原告가 前訴에서 被用人에게 提訴하여 敗訴하면 原告가 後訴에서 使用人을 相對로 提訴하더라도 使用人은 原告敗訴의 前訴判決을 防禦로 사용하여 原告의 請求를 排斥할 수 있다. 前訴에서 原告가 被用人에게 責任이 있음을 立證하지 못한 이상, 이제 다시 後訴에서 派生的 責任者인 使用人에게 責任이 있다는 主張은 禁反言의 法則에 의하여 禁止된다고 使用人은 抗辯할 수 있는 것이다. 이것의 理論的 根據는 前訴에서 被用者가 勝訴한 이상 使用者는 被用者에게 求償을 할 수 없어야하고, 萬一 被用者가 前訴에서 勝訴하였음에도 不拘하고 使用者에게 求償權을 인정한다면 不合理하기 짝이 없기 때문이다.

그리고 大部分의 法院은 原告가 傳來的 責任者에게 前訴에서 敗訴한 후 後訴에서 本來의 責任者에게 다시 提訴했을 때에도 敗訴原告에 대해서 前判決을 援用할 수 있다고 判示하고 있다.[121] 그리하여 原告가 먼저 使用人을 相對로 提訴하였지만 被用人에게 過失이 없다는 理由로 敗訴하였을 때 原告가 다시 被用人을 相對로 後訴를 提起했다고 하더라도 被用人은 使用人勝訴의 前訴判決을 提出하여 原告를 다시 敗訴시킬 수 있다.[122]

前訴에서 敗訴한 原告가 同一한 爭點을 포함하는 後訴에서 原告로서 勝訴할 수 없는 다른 경우는 出廷立證法則("His day in Court" rule)이다.[123] 이것은 派生的 責任關係는 없지만 原告가 이미 法廷에 出席하여 爭點을 立證하는 기회를 가졌기 때문에 동일한 爭點을 다시 反復하는 것은 許容되지 않는다는 것이다. 그 典型的인 事件이 바로 Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co. 事件이다.[124] 淸凉飮料製造業者인 Coca-Cola 會社는 商人인 B를 相對로 B가 Coca-Cola 會社병에 Pepsi-Cola 會社製造의 飮料를 넣어 팔았다고 不當競爭으로 損害賠償請求訴訟을 提起했다. 그러나 B가 Coca-Cola 會社병에 Pepsi-Cola 에서 製造한 음료를 넣었다는 立證이 充分하지 못하여 Coca-Cola 會社가 敗訴하였다. Pepsi-Cola 會社는 이보다 앞서 자기 會社가 製造한 Pepsi-Cola 음료를 다른 청량음료 會社의 병에다 넣어 파는 사람을 알려주면 賞金을 주겠다고 廣告를 낸 일이 있었는데, Coca-Cola 會社는 Pepsi-Cola 會社를 상대로 報賞金請求訴訟을 내면서 主張하기를 商人인 B가 Coca-Cola 會社병에다 Pepsi-Cola 음료를 넣어 팔았다고 다투었다. 法院은 Coca-Cola 會社가 商人인 B를 相對로 한 前訴에서 敗訴하여 Coca-Cola 會社병에다 Pepsi-Cola 음료를 넣어 팔았다는 事實이 없었다고 確定된 이상, Pepsi-Cola 會社를 상대로 하여

121) Jones v. Valisi, 111 Vt. 481, 18A. 2d 179(1941).
Bruszewski v. United States, 181 F. 2d 419 (3d Cir. 1950), Cert. denied, 340 U.S. 865, 71 S. Ct. 87 (1950) 이 判決도 禁反言의 相互性의 要件을 排斥한다.

122) Silva v. Brown, 319 Mass. 466, 66 N.E. 2d 349 (1946).

123) Cohen v. Dana, 83 N.Y.S. 2d 414 (Sup. ct. 1948).

124) Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co. 36 Del. 124, 172 Atl. 260 (Super. Ct. 1934).

前訴에서 確定된 事實에 反하는 主張을 할 수 없다고 하여 報賞金請求의 後訴도 排斥되었다. 또 다른 例를 들면 어느 顧客이 食品小賣商人을 상대로 하여 그가 썩은 고기를 팔았고, 그것을 먹어 病이 생겼다고 主張하여 損害賠償을 請求하였는데 原告의 主張이 立證되지 못하여 다시 말하면 原告가 고기를 먹었기 때문에 그의 病이 생긴것이 아니라고 事實認定이 되어 敗訴하였다. 그러자 原告는 그 고기의 製造業者를 다시 被告로 하여 被告가 고기를 잘못 처리하여 썩었고 被告는 그 썩은 고기를 食品業者에게 팔았고 原告는 食品業者로부터 썩은 고기를 사서 먹은 결과 發病했으니 製造業者인 被告는 原告에게 損害賠償責任이 있다고 主張했으나 原告는 다시 敗訴하였다. 敗訴理由는 原告가 食品小賣商人을 相對로 한 前訴에서 그의 發病이 고기를 먹었기 때문에 惹起된 것이라는 立證을 하지 못한 이상, 이제와서 다시 製造業者를 상대로 責任을 물을 수 없다. 前訴에서나 後訴에서 原告의 請求를 뒷바침할 爭點은 同一하고 前訴에서 중요한 證據를 提出했으나 原告의 發病이 고기를 먹은 것과 관련이 없었다고 인정된 이상 이와 反對되는 事實認定을 前提로 하는 後訴는 禁反言의 法則에 違反되는 것이다.[125]

b. 前訴訟의 敗訴被告에 대한 判決의 防禦的利用

이것은 前訴에서 敗訴한 被告는 同一한 爭點을 포함하는 後訴에서 原告로서 勝訴할 수 없다는 것이다.

이리하여 被用人인 S가 自動車 衝突事故로 負傷을 입었는데 그는 事故를 야기시킨 상대방 운전수 T를 상대로 損害賠償을 請求하여 勝訴하였다. T는 운전수 S의 使用人 M을 상대로 同一한 事故로 부터 생긴 損害에 대하여 賠償을 請求하더라도 이미 T가 前訴에서 責任이 있다고 判斷된 이상 다시 이제와서 使用人 M에게 責任이 있다고 主張할 수 없게 된다.[126]

다만 非派生的事件(nonderivative cases)에서 문제가 일어날 수 있다. 車衝突事故로 B가 운전하는 승객 A가 다쳤기 때문에 A는 相對方 車의 운전수 C를 提訴하여 勝訴하였다. 그 후 운전수 C는 운전수 B를 상대로 同一한 事故로 惹起된 負傷에 대하여 損害賠償을 請求하였으나 B는 前訴의 判決을 防禦로 利用할 수 없다고 法院은 判決하였다.[127] 비록 後訴의 原告가 前訴에서 被告로서 다투었다 하더라도 前訴에서는 피고로서 請求額이 적다든가 스스로 訴訟을 일으킨 사람이 아니기 때문에 前訴에서 本案을 充分히 다투지 않고 敗訴를 甘受하였는데도 그대로 前訴의 禁反言을 主張하면 甚히 不當하기 때문이다.

125) Eisel v. Columbia Packing Co., 181 F. Supp. 298 (D. Mass. 1960).

126) 이 說例는 本質的으로 Good Health Dairy Products Corp. v. Emery, 275 N.Y. 14, 9 N.E. 2d 758(1937)의 事實關係와 같다. 車衝突事故에서 운전수 A는 相對方운전수 B와 그의 使用人에게 損害賠償을 請求하여 勝訴하였다. 그후 B와 그의 使用人도 역시 衝突事故로 입은 負傷과 車體破損에 대해서 A와 그의 使用人을 상대로 損害賠償을 請求하였으나, A의 前訴에서의 勝訴判決은 A와 그의 使用人에 대한 後訴에서 防禦가 된다고 하여, B와 그의 使用人의 後訴를 排斥하였다. 즉 B의 過失이 前訴에서 確定되었으므로 B의 無過失을 내세우는 後訴는 許容될 수 없다는 것이다.

127) Clark v. Neufel, 328 Mich. 249, 43 N.W. 2d 839(1950).

c. 前訴訟의 敗訴原告에 대한 判決의 肯定的 利用

이것은 前訴에서 敗訴한 原告는 同一한 爭點을 포함하는 後訴에서 被告로서 勝訴할 수 없다는 것이다.

鐵道건널목에서 汽車와 自動車가 衝突하여 많은 汽車乘客이 負傷을 입었는데 鐵道會社는 自動車運轉手에게 過失이 있다고 하여 損害賠償을 請求하였으나, 오히려 汽車의 機關手가 술을 마셨다는 것이 인정되어 鐵道會社가 敗訴하였다. 그러자 鐵道乘客들은 이 事實認定을 援用하여 鐵道會社를 相對로 損害賠償을 請求한다. 鐵道會社가 일단 한번 提訴하여 爭點에 대한 判斷을 받았으니 訴外人이 前訴判決을 肯定的(攻擊的)으로 使用하건 防禦的으로 사용하건 區別할 필요가 없다면 鐵道會社는 過失에 관한 限 더 이상 다툴 여지가 없게 된다. 그러나 學者에 따라서는 當事者가 後訴에서 前訴陪審의 偶然한 事實認定(fortuitous finding)에 의하여 拘束을 받아야만 할 것인가에 관하여 疑心을 품고 判決의 拘束을 받지 않는 訴外人에게 判決의 利益을 擴大하는 傾向은 限界가 있어야 하며 그렇지 않으면 訴外人을 너무나 有利하게 待遇하는 것이라고 批判하면서 前訴判決을 前訴의 敗訴原告에게 防禦的으로 (as a shield, defensively) 利用하는 것은 無妨하나 前訴의 敗訴原告에게 肯定的으로(as a sword, affirmatively) 利用하는 것은 삼가야 한다는 것이다.[128]

d. 前訴訟의 敗訴被告에 대한 判決의 肯定的 利用

이것은 前訴에서 敗訴한 被告는 同一한 爭點을 포함하는 後訴에서 被告로서 勝訴할 수 없다는 것이다. 다시말하면 被告가 提訴當하여 한 사람의 原告에게 敗訴하였을 때에는 다른 原告는 後訴에서 被告의 責任이 終局的으로 決定되었다고 前判決을 援用主張할 수 있다는 것이다.

B.R. Dewitt, Inc. v. Hall 事件에서 Dewitt의 車운전수 F가 운전하다가 Hall의 車와 衝突하였다. F는 Hall을 상대로 負傷을 입었다고 主張하여 損害賠償을 請求하여 勝訴하였다. 그 후에 Dewitt는 自己 車가 ..되었다고 하여 Hall을 상대로 提訴하면서 責任에 관한 爭點은 前訴에서 이미 결정되었다는 것을 理由로 責任爭點에 관해서 略式判決(Summary judgment on the issue of liability)을 申請하고 法院도 그 점에 관해서 原告인 Dewitt의 申請을 그대로 받아 들였다.[129]

微妙한 문제는 다음과 같은 狀況下에서 일어날 수 있다.

128) Development in the Law-Res Judicata, 85 Harv. L. Rev. 818, 865(1952).

129) B.R. Dewitt, Inc. v. Hall, 19 N.Y. 2d 141, 225 N.E. 2d 195 (1967).
이 判決에서 法院은 强調하기를 本訴의 爭點이 前訴의 그것과 같고 被告가 前訴의 判斷에 拘束을 받지 않을 理由를 提示하지 못하고 있고 前訴에서 겁요하게 防禦方法이 提起되었으며 本訴(後訴)의 原告인 車所有者는 운전수와 技術的으로 當事者關係에 있지 않지만 그 損害를 賠償받을 權利가 前訴의 운전수로부터 傳來하고 있으므로 既判力制度의 政策으로 보거나 判例에 비추어 보거나 前訴判決이 後訴에 確定的이 아니어야 할 理由가 없다고 한다.

鐵道事故에서 많은 승객이 負傷을 입어 一部 승객이 차례로 鐵道會社에 대해서 訟訴을 提起하였으나 모조리 敗訴하였다고 假定하자.[130] 그런데 다른 승객이 提訴하여 勝訴하였을 경우에 남어지 승객이 이 判決을 援用하여 鐵道會社를 敗訴시킬 수 있을가?[131] 이와 같은 特異한 狀況아래에서는 中間에 우연히 어느 승객이 勝訴하였을지라도 남어지 승객이 이 判決을 援用하여서는 아니된다고 한다. 왜냐하면 여러 승객이 前에 모조리 敗訴한 것으로 보아 中間에 어느 승객이 勝訴判決을 받았다 하더라도 그 事實認定이 바르다고 볼 수 없고, 더구나 鐵道會社가 中間에 敗訴한 訴訟에서는 請求額이 적다는 등 理由로 끝까지 抗爭하지 않고 敗訴를 甘受하였는지도 모르기 때문이다.

6. 結　語

大陸法에서나 英美法에서 民事判決의 本質的인 目的은 同一한 問題에 관한 當事者間의 다툼을 禁止하여 審判의 一回性의 要求를 充足하는 데 있다. 그런데 旣判力의 法的構成, 旣判力의 客觀的 範圍와 主觀的 範圍에 관하여는 大陸法과 英美法사이에 큰 差異가 있음은 지금까지 叙述한 바에 의하여 明白하다. 英美法에 있어서 旣判力理論의 難解性은 主로 German 法에 由來하는 記錄禁反言의 原則과, Norman 征服 後 12世紀에 導入된 Rome 法에 由來하는 Res Judicata의 原則이 英美法發達初期에 있어서 統合되고, 그 以後 兩者의 관계가 잘 터득되지 못한 채 特異하게 發展하였기 때문이다.

英美法에 있어서 旣判力은 吸收, 阻止의 法則으로서의 訴權消耗의 觀念과 附隨的 禁反言으로서의 禁反言의 觀念의 二面으로 成立한다.

吸收, 阻止로서 觀念되는 狹義의 旣判力(嚴格한 旣判力)은 同一한 請求 또는 訴訟原因에

130) 相互性의 法則에 대한 例外는 前訴의 當事者였던 사람에게 訴外人이 前訴判決을 防禦的으로 또는 肯定的으로 利用할 수 있다는 意味이다. 前訴의 當事者였던 사람이 訴外人에게 前訴判決을 利用할 수 있다는 意味는 絶對로 아니다. 그러므로 本文에서와 같이 鐵道事故로 승객 A,B,C가 부상을 입어 A가 鐵道會社를 相對로 損害賠償을 請求했으나 鐵道會社에 아무런 잘못이 없다고 認定되어 敗訴하였다고 하더라도, B가 鐵道會社를 相對로 하는 訴訟에서 鐵道會社는 A의 敗訴判決(鐵道會社의 勝訴判決)을 援用할 수 없다. 왜냐하면 B는 前訴에서 訴外人였고 이러한 訴外人이 自己가 關係하지 않은 判決에 의하여 拘束을 받는다면 審判을 받지 않고 權利를 剝奪當하기 때문이다. 그리하여 B는 前訴의 判決에도 不拘하고 獨立하여 主張을 하고 證據를 내세워 鐵道會社에 잘못이 있음을 立證하여 勝訴할 수 있다. 相互性의 法則에 대한 例外를 理解함에 있어서는 이 점을 특히 注意할 必要가 있다.

131) 本文과 類似한 狀況下에서 後의 原告는 中間에 깃들인 判決(前判決과 反對되는 判決)을 援用할 수 없다고 示唆를 한다. Nickerson v. Pep Boys-Manny, Moe & Jack, 247 F. Supp. 221 (u.s.D. Cel., 1965).
California 州에서 相互性의 法則을 否認한 有名한 代表的인 判決은 Bernhard v. Bank of America 19 Cal. 2d 807, 813, 122 p.2d 892, 895 (1942)이고 New York 州에서 역시 相互性의 法則을 制限한 것으로 代表的인 判決은 Cohen v. Dana 83 N.Y.S.2d 414 (1948)와 Israel v. Wood Dolson Co., 1 N.Y.2d 116 (1956)이다.

基한 再訴를 排除하는 拘束力인 바 訴訟原因의 同一性을 「權利」를 基準으로 하여 決定할 것인가 (the primary right theory), 「事實」을 基準으로 할 것인가 (the factual test theory)가 문제가 된다. 前者가 McCaskill이 主張하는 傳統的인 個別化槪念(individualized concept)이고, 後者가 Clark가 主張하는 새로운 實用主義的槪念(pragmatic concept)인 바 20世紀에 들어서서는 判例가 後者로 移行하고 있는 傾向에 있다. 그리고 請求自體가 數量的으로 分割할 수 있는 경우에는 訴訟原因分割禁止의 法則이 適用되어 審判의 一回性이 특히 强調되고 있고, 强制反訴나 必要的 請求併合에 관한 立法은 모두 請求를 一個의 訴訟에서 主張할 것을 强制하고 있는 것이다.

그리고 美國法에 있어서는 事實關係에 旣判力의 一面인 附隨的 禁反言의 效果가 認定되는 점에 大陸法國家의 旣判力制度와 顯著한 差異가 있다. 大陸法國家에서는 旣判力은 訴訟物이 同一한 경우에 限하여 생기고 審判의 對象인 請求自體에만 인정되어 相計와 같은 明文의 規定이 있는 경우를 除外하고는 判決의 理由중의 判斷에는 생기지 않는다. 그러나 美國法에 있어서의 附隨的 禁反言은 訴訟原因이 다른 경우에 認定되고 事實關係에 附隨的 禁反言이 인정되어 判決理由중의 判斷에도 拘束力이 있는 것이다. 이와같이 旣判力의 客觀的範圍에 있어서 大陸法과 英美法사이에 큰 差異가 있을 뿐만 아니라 旣判力의 主觀的範圍에 관해서도 美國民事訴訟에 있어서는 旣判力이 訴訟對立當事者에게만 미친다는 原則이 차차 무너져 一定한 條件下에서 訴外人이 前訴判決을 援用할 수 있음을 學說과 判例가 是認하고 있다. 이것이 바로 相互性의 法則에 대한 例外로서 旣判力이 對立當事者뿐만 아니라 訴外人인 第三者에게 미친다는 것이다. 그리고 美國法에 있어서 旣判力의 效果, 旣判力의 主觀的 客觀的範圍에 관한 것은 制定法의 明文을 기다려서가 아니라 判例法으로 形成發展된 것임을 注意할 必要가 있다 여기에 美國法院의 法創造機能을 엿볼 수 있다.

美國法에 있어서 旣判力의 根據가 되는 基本的인 政策은 社會에 있어서 紛爭을 빨리 終結시키는 것이고 判決에 終局性을 부여하여 濫訴로 부터 當事者, 특히 被告를 保護하고 訴訟制度의 浪費 및 矛盾되는 判決을 排除하여 法的 安全性을 期하자는데 있다. 狹義의 旣判力, 附隨的 禁反言 및 旣判力의 主觀的範圍가 前訴의 當事者를 넘어서 第三者에게 미친다는 相互性의 法則에 대한 例外는 다같이 일단 審判된 事項에 관해서 다시 紛爭을 反復하여 審判하는 것을 禁止함으로서 紛爭에 終止符를 찍자는 것으로서 法的安定性(legal stability)과 訴訟經濟(minimizing litigation) 및 衡平(equity)에 이바지 하자는 것이다.

近來 大陸法國家에서 旣判力의 客觀的範圍를 擴大하여 紛爭을 한번에 解決하려는 理論이나 分割請求否定說 및 判決의 拘束力을 訴訟物의 同一한 範圍에 限하지 않고, 判決理由中의 判斷에도 인정하려는 學說 및 一部判例는 直接 혹은 間接으로 美國制度의 狹義의 旣判力, 訴訟原因分割禁止의 法則 및 附隨的 禁反言原理의 影響을 받고 있는 것이다. 그러므로 美國法

에 있어서의 既判力制度를 理解하는 것은 比較法的 見地에서 意義가 있을 뿐만 아니라, 現在 民事訴訟에서 새로이 提起되고 있는 問題를 探究하는 데도 도움이 된다 할 것이다.