

순위를 붙인 단순병합 허용여부*

- 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결을 소재로 -

곽 승 구**

〈국문초록〉

청구가 병합된 경우 그 병합의 모습에 따라 일부판결 가능성 등 많은 부분에서 법리적 차이가 존재한다. 따라서 병합의 모습 구별이 매우 중요한데, 소송실무에서는 청구 사이의 관련성이나 양립가능성 여부를 불문하고 원고가 심판순서를 붙이는 경우가 많다. 이러한 경우 우리 법원은 선택적 병합 관계에 있는 청구에 순위를 붙인 사례에서는 이른바 부진정 예비적 병합이라고 부르며 예비적 병합과 같은 법리를 적용해왔으나, 병합의 모습 중 많은 부분을 차지하고 있는 단순병합 사례에서는 원고가 심판 순위를 붙였다 하더라도 예비적 병합의 법리를 적용하지 않고 단순병합의 법리를 적용하여 왔다.

그런데 최근 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결은 단순병합 사례에서도 부진정 예비적 병합이 가능하다는 취지의 판시를 하였다. 실무상 세 개 청구의 단순병합관계로 보는 손해항목에 대하여, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 경우에도 이른바 부진정 예비적 병합이 허용된다고 판시하여, 단순병합관계에 있는 청구에 순위를 붙인 경우에도 예비적 병합의 법리를 적용할 수 있는 것으로 해석가능하기 때문이다. 위 판결은 단순병합관계에 있더라도 청구 사이의 관련성을 파악하여 그 중 논리적 관련성이 짙은 경우에는 원고의 의사를 고려하여 부진정 예비적 병합의 법리를 적용할 수도 있다는 논의의 포문을 열었다는 점에 의의가 있다 할 것이다.

주제어 : 소송물, 청구의 병합, 단순병합, 양립 가능, 부진정 예비적 병합

• 투고일 : 2023.07.06. / 심사일 : 2023.07.14. / 게재확정일 : 2023.07.24.

* 이 논문은 2023년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음. 소중한 의견을 주신 익명의 심사위원님들께 감사의 말씀을 드립니다.

** 전북대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사, 변호사

I. 서론

원고가 하나의 소송절차에서 여러 개의 청구(소송물)를 병합한 경우, 그 병합의 모습에 따라 소가 산정, 변론의 분리 및 일부판결 가능성, 판단의 누락과 그에 대한 구제방법, 일부불복의 경우 상소심의 심판범위 등 많은 부분에서 법리적 차이가 존재한다. 따라서 청구가 병합된 경우 병합의 모습(태양) 구별이 매우 중요하다. 그런데 소송실무에서는 청구 사이의 관련성 유무 및 양립(불)가능성 여부를 불문하고, 원고가 가장 원하는 청구를 먼저 판단해달라고 하며 심판순서를 붙이는 경우가 흔히 있다. 이는 본인소송의 비율이 여전히 높은 소송현실¹⁾에 기인하는 것이기도 하다. 이 경우 병합의 모습을 판단함에 있어서 법원이 원고의 의사를 따를 것인지, 아니면 청구의 성질에 따라 객관적으로 판단해야 할 것인지 문제가 되는 것이다. 우리 법원은 양립가능한 청구, 즉 선택적 병합 관계에 있는 청구에 순위를 붙인 사례에서는 원고의 의사를 따르거나, 또는 그와 동시에 그 순위를 붙일 합리적 필요성을 판단하여 그것이 인정되는 경우에는 이른바 부진정 예비적 병합이라고 부르며 예비적 병합과 같은 법리를 적용해왔다. 그러나 병합의 모습 중 많은 부분을 차지하고 있는 단순병합 사례에서는 원고가 심판 순위를 붙였다 하더라도 예비적 병합의 법리를 적용하지 않고 본래의 모습, 즉 단순병합의 법리를 적용하여 왔다.

그런데 최근 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결(이하 ‘대상판결’이라고 함)은 단순병합 사례에서도 부진정 예비적 병합이 가능하다는 취지의 판시를 하여 주목되고 있다. 우리 판례가 불법행위로 인한 손해배상청구의 손해항목을 소송물로 보고 이른바 손해3분설을 취하여 세 개 청구의 단순병합관계로 파악하여 왔는데, 대상판결은 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 경우에도 이른바 부진정 예비적 병합이 허용된다고 판시하여, 단순병합관계에 있는 청구에 순위를 붙인 경우에도 예비적 병합의 법리를 적용할 수 있는 것으로 해석가능하기 때문이다. 대상판결은 단순병합관계에 있더라도 그 병합의 모습, 즉 청구 사이에 다양한 관련성이 있을 수 있고, 그 중 논리적 관련성이 짙은 경우에는 원고의 의사를 고려하여 부진정 예비적 병합의 법리를 적용할 수도 있다는 논의의 포문을 열었다는 점에 의의가 있다고 하겠다. 이에 본고에서는 먼저 대상판결의 개요를 보고(아래 II. 부분), 부진정 예비적 병합

1) 법원행정처, 「사법연감」, 2021, 610면.

허용여부에 대한 기존 논의, 순위를 붙인 단순병합 허용여부에 관한 판례의 동향을 차례로 살펴본 후(아래 III. 부분), 결론에 갈음하여 대상판결의 타당성에 대해 검토하고자 한다(아래 IV. 부분).

II. 대상판결의 개요

1. 사실관계

乙은 충남 아산시 소재 B오피스텔의 관리단이고, 甲은 2005. 5. 10.경 강제경매절차를 통해 위 B오피스텔 중 15개 호실의 소유권을 취득한 구분소유자이다. B오피스텔의 비상대책위원회는 건물 관리를 위해 광범위한 보수공사를 진행하였는데, 2012. 8. 25.경 공사가 완료되었다. 乙은 2013. 5.경 甲을 비롯한 위 오피스텔의 구분소유자들을 상대로 위 공사대금의 분담금 지급을 구하는 소를 제기하였고, 乙의 청구를 일부인용하는 판결이 2019. 2. 14. 확정되었다.²⁾

한편 乙은 카드키 소지자만 엘리베이터를 이용할 수 있도록 위 오피스텔 엘리베이터에 카드리더기를 설치하고, 구분소유자들에게 2013. 6. 25. 15:00부터는 카드키가 없으면 엘리베이터를 이용할 수 없으므로, 위 공사대금 분담금을 완납하지 않은 구분소유자는 카드키를 배부받을 때 필히 분담금을 완납할 것을 알렸다. 그런데 甲은 乙과 위 분담금 소송 계속 중인 2013. 11. 12.부터 2019. 2. 8.까지 乙 측에, 구분소유자의 전유부분 출입을 막는 불법행위를 중단할 것 및 엘리베이터 카드키를 교부해줄 것 등을 내용증명을 통해 요구했다. 그리고 甲은 2019. 3. 6. 乙을 상대로, 乙이 甲에게 카드키를 교부하지 않아 이 사건 오피스텔 D호를 제외한 나머지 14개 호실을 임대 및 사용할 수 없었고, D호는 乙이 무단으로 점거하였으므로, 위와 같은 乙의 사용방해의 불법행위로 인한 손해배상청구의 소를 제기하였다. 乙은 甲에게 각 호실에 대한 카드키 14개를 교부하지 않다가 2019. 10. 22. 카드키 5개를, 2020. 2. 7. 카드키 2개를, 2020.

2) 이 분담금 소송의 제1심 법원은 乙의 관리인으로 S를 선임한 2012. 10. 6.자 결의가 무효이므로 S가 乙의 대표자로서 제기한 소는 부적법하다고 하여 2015. 7. 10. 각하판결을 선고하였는데(수원지방법원 2013가합9300 판결), 항소심 계속 중인 2016. 9. 10. 관리단집회를 새로 개최하여 S를 乙의 관리인으로 선임하고 종전에 S가 한 소송행위를 추인하자, 항소심 법원은 위 소의 적법성을 인정하고 乙의 항소를 일부 인용하는 판결을 선고한 것이다(서울고등법원 2015나2053962 판결).

7. 31. 카드키 7개를 각 교부하였다.

2. 소송경과 및 법원의 판단

1) 제1심(서울중앙지방법원 2019. 9. 20. 선고 2019가단9390 판결)

제1심은 乙이 구분소유자 또는 임차인이 입주 내지 입주청소 등을 할 때 전자카드를 교부하고 있고, 전자카드가 없더라도 계단을 통해 각 호실에 출입할 수 있으며, 乙이 전자카드를 교부하지 않은 것은 甲이 공용부분 분담금 및 관리비를 납부하지 않은 채 입수도 하지 않은 상태인 것에 기인하였으므로, 乙이 甲의 사용을 방해했다고 보기 어렵고 또한 D호를 乙이 점유·사용하였다고 보기 어렵다고 하여 甲의 청구를 기각하였다. 이 판결에 대해 甲이 항소하였다.

2) 항소심(서울중앙지방법원 2020. 10. 30. 선고 2019나59129 판결)

甲은 항소심 계속 중 2020. 3. 5.자 준비서면 등을 통해 정신적 손해배상청구를 추가하였다. 즉 제1심에서 구한 재산상의 손해배상청구를 주위적 청구로 하고, 이것이 인정되지 않을 경우를 대비하여 위자료 청구를 예비적 청구로 추가한 것이다. 아울러 2020. 8. 25.자 준비서면을 통해 5개 호실에 대해 추가된 기간 동안의 사용방해 행위에 대한 임료 상당의 손해배상을 구하며 손해 범위를 확장하였다(다만 손해 범위 확장 후에도 일부청구임을 밝히면서 청구취지 확장은 하지 않았음). 이에 대해 항소심은 제1심과 동일·유사한 이유를 들어 주위적 청구를 배척하고(이 과정에서 확장된 손해 부분에 대한 판단은 하지 않았음), 또한 甲이 제출한 증거 및 주장하는 사정만으로는 乙의 전자카드 미교부 등으로 인해 甲에게 위자료를 지급할 만한 정신적 고통이 발생되었다고 보기 어렵다고 하여 예비적 청구를 배척하는 이유를 기재하면서도, 항소심에서 추가된 예비적 청구에 대해 청구기각의 주문을 표시하지 않고, 단순히 甲의 항소를 기각한다는 주문만 표시하였다. 이에 대해 甲이 상고하였다.

3) 상고심(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결)

甲은 원심이 항소심에서 추가된 정신적 손해배상청구에 대해 기존 재산상의 청구와 함께 항소기각판결을 함으로써 예비적 청구에 대한 판단을 누락한 위법이 있고(상고이유 제4점), 또한 재산상 청구에 대해서도 손해의 범위를 확장하였음에도 원심이 아무런 판단을 하지 않은 위법이 있다(상고이유 제5점)는 주장을 하였다.³⁾ 대법원은 위 상고이유를 받아들였다. 그 중 본고의 논의대상

인 상고이유 제4점에 대하여, “항소심에 이르러 새로운 청구가 추가된 경우 항소심은 추가된 청구에 대해서는 실질상 제1심으로서 재판하여야 한다. 제1심이 기존의 청구를 기각한 데 대하여 원고가 항소하였고 항소심이 기존의 청구와 항소심에서 추가된 청구를 모두 배척할 경우 단순히 “원고의 항소를 기각한다.”라는 주문 표시만 해서는 안 되고, 이와 함께 항소심에서 추가된 청구에 대하여 “원고의 청구를 기각한다.”라는 주문 표시를 해야 한다.”고 하고, “청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다. 그러나 논리적으로 양립할 수 있는 수 개의 청구라고 하더라도, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것과 같이 수 개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는, 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리하는 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용된다.”고 하며, “예비적 병합의 경우에는 수 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 그런데도 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다. 이러한 법리는 부진정 예비적 병합의 경우에도 달리 볼 이유가 없다.”는 법리를 언급하여, 그럼에도 원심이 항소심에서 추가된 예비적 청구에 대한 청구기각판결을 하지 않은 채 단순히 甲의 항소를 모두 기각하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 예비적 병합에 대한 법리를 오해하거나 판단을 누락한 위법이 있다고 하며 원심판결을 파기·환송하였다.

4) 파기환송 후의 재판경과

파기환송 후의 항소심(서울중앙지방법원 2022. 4. 15. 선고 2021나26214 판결)은 乙이 D호를 배타적으로 점유·사용하였다고 보기 어렵고, 乙이 2019.

3) 본고의 논의대상과 관련된 상고이유 제4점 및 제5점에 대해서만 언급하기로 한다.

10. 22. 전까지 甲에게 카드키를 교부하지 않은 행위는 사회통념상 허용될 수 있는 상당성이 있어 불법행위를 구성하지 않으나, 2019. 10. 22. 5개의 카드키만 교부하고 나머지 카드키의 교부를 2020. 2. 7. 또는 2020. 7. 31.까지 지연한 행위는 불법행위를 구성하는데, 이것으로 각 호실의 임대가 지연되어 甲에게 차임 상당의 손해가 발생하였다고 인정하기 부족하나, 이로 인하여 甲이 이 사건 각 호실에 대한 원활하고도 정당한 접근을 방해받는 정신적 고통을 당하였다고 인정할 수 있다고 하여, 정신적 손해로서 2,500,000원 및 지연손해금의 지급을 명하고, 甲의 주위적 청구 및 나머지 예비적 청구를 모두 기각하였다. 이에 대해 더 이상의 불복이 없어 2022. 5.경 위 판결이 확정되었다.

III. 대상판결의 검토

1. 문제점

대상판결은, 원심(항소심)에서 추가된 정신적 손해배상청구에 대하여 원심이 판결이유에서 배척한다고 하면서도 주문에서는 단순히 항소를 기각한다고만 하였을 뿐 정신적 손해배상청구를 기각하는 판결을 선고하지 아니 하여 그에 대한 판단을 누락하였다고 보는 경우, 이 판결에 대한 불복이 제기되면 원심의 판단에서 누락된 정신적 손해배상청구 부분이 원심에 남아 추가판결의 대상이 되는 것이 아니라, 상소심에 이심되어 상소심의 심판대상이 된다는 것을 전제로 하고 있다. 즉 甲이 심판순위를 붙인 양 청구에 대해 원심이 진정 예비적 병합⁴⁾과 동일한 법리를 적용한 것이다. 대상판결은 이른바 부진정 예비적 병합⁵⁾의 경우도 진정 예비적 병합과 같은 법리를 적용할 수 있다는 것을 넘어서

4) 용어 사용에 있어서 이른바 부진정 예비적 병합과의 구별을 위해 양립불가능한 청구에 순위를 붙인 것을 지칭함에 있어서는 ‘진정 예비적 병합’이라 칭하겠다.

5) 우리 판례는 “성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적, 예비적 청구 병합의 형태로 제소함에 의하여 그 소송심판의 순위와 범위를 한정하여 청구하는 이른바, 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용되는 것이다.”고 판시하여(대법원 2002. 9. 4. 선고 98다 17145 판결), 이른바 순위를 붙인 선택적 병합 사례에서 부진정 예비적 병합이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 독일에서는 주위적 청구의 인용을 해제조건으로(즉 주위적 청구의 기각·각하를 대비하여) 양립 불가능한 예비적 청구에 대해 심판을 바라는 소위 진정 예비적 병합과 대비하여, 주위적 청구의 기각·각하를 해제조건으로(즉 주위적 청구의 인용을 대비하여) 나머지 청구에 대해 심판을 구하는 형태를 ‘부진정 예비적 병합’이라고 부른다. 이처럼 부진정 예비적 병합이라는 명칭 사용에 있어서 혼동이 있다는 문제의 제기는

서, 재산적 손해배상청구와 정신적 손해배상청구와 같이 단순병합 관계에 해당하는 것도 원고가 순위를 붙인 경우 부진정 예비적 병합으로 보아 진정 예비적 병합과 동일한 법리를 적용할 수 있다고 본 데 기존 판례에서 한걸음 더 나아가간 특색이 있다. 이 판결의 타당성을 검토하기 위해서는 먼저 부진정 예비적 병합 허용여부에 대한 기존 논의를 살펴봄과 아울러, 순위를 붙인 단순병합 허용여부, 즉 단순병합에 순위를 붙인 경우에도 이를 부진정 예비적 병합 관계로 볼 수 있는지 여부에 대한 기존 판례의 동향을 살펴볼 필요가 있다.

2. 부진정 예비적 병합 허용여부에 대한 기존 논의

우리 판례가 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구에 순위를 붙인 경우를 이른바 부진정 예비적 병합이라 칭하였고,⁶⁾ 청구들 사이에 아무런 관련성이 없어 단순병합으로 구해야 할 수개의 청구를 주위적 및 예비적 청구로 병합하여 구하는 것을 불허하였으므로,⁷⁾ 이른바 부진정 예비적 병합 허용여부에 대한 논의도 선택적 병합 관계에 있는 청구들에 순위를 붙인 경우를 중심으로 이루어져왔다. 부진정 예비적 병합을 아예 순위를 붙인 선택적 병합으로 칭하는 문헌도 있다.⁸⁾ 이하 선택적 병합 관계, 즉 상호 관련성이 있고 양립가능한 청구들에 순위를 붙인 경우 이에 대하여 예비적 병합과 동일한 법리를 적용할 수 있는가에 대한 기존 견해의 대립과 판례의 동향을 살핀다.

1) 견해의 대립

이에 대하여 ① 병합청구의 성질을 기준으로 병합의 모습을 구별하여야 하지 당사자의 의사에 의할 수는 없다는 점을 전제로,⁹⁾ 선택적 병합 관계에 있

김동현, “부진정예비적 병합의 개념과 심판방법”, 『안암법학』 제54호, 안암법학회, 2017, 278면 참조. 그 개념 정리에 대한 상세는 박승구/범경철, “양립 가능한 청구의 예비적 병합 허용여부”, 『법학논집』 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020, 115-118면 참조. 본고에서는 부진정 예비적 병합이라는 용어를 독일의 개념이 아닌 우리 판례가 칭하는 뜻으로 사용하기로 한다.

6) 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결.

7) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다207679, 207686, 207693 판결.

8) 법원행정처, 『법원실무제요 민사소송(Ⅱ)』, 2017, 696면.

9) 민일영 편집대표, 『주식 민사소송법(Ⅳ)(제8판)』, 한국사법행정학회, 2018, 182면은 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 청구의 성질에 의해야 하지 당사자가 예비적으로 구하고자 하는 의사를 기준으로 해서는 아니 된다고 한다. 그리고 손한기, “소의 객관적 병합에 관한 연구”, 『법조』 제46권 제10호, 법조협회, 1997, 113면에 의하면 예비적 병합 여부에 대한 일차적 판단은 당사자의 의사를 따라서는 곤란하고 병합되는 청구의 성질을 표준

는 청구에 대하여 당사자가 심판의 순서를 붙였다 하더라도 법원은 이에 따르지 않고 선택적 병합의 법리에 의해야 한다는 견해가 있다. 부진정 예비적 병합을 부정하는 견해로서 병합청구 성질설이라고 부르기도 한다. 다음으로 ② 우리 민사소송법이 처분권주의를 기초로 하고 있다는 점을 전제로, 선택적 병합 관계에 있더라도 당사자가 순서를 붙였다면 법원은 그 순서에 구속되어야 한다는 견해가 있다. 순서를 부여했다는 것은 원고가 승소판결의 결과뿐만 아니라 그 이유에도 중점을 두고 있다는 점, 이 경우 법원이 원고가 부여한 순서에 따른다 하더라도 특별히 피고에게 불리한 것이 없다는 점 등을 이유로 한다.¹⁰⁾ 부진정 예비적 병합을 긍정하는 견해로, 당사자 의사설이라고 부르기도 한다. 마지막으로 ③ 양립 가능한 청구라 하더라도 당사자가 심판의 순서를 붙여 청구할 합리적 필요성이 있다면 법원이 이에 따라야 한다는 견해가 있다.¹¹⁾ 제한적 긍정설 내지 일종의 절충설로서 이른바 합리적 필요성설로 부르기도 한다.

2) 판례의 동향

우리 판례는 양립 가능한 청구에 원고가 심판순서를 붙인 사례에서 대체로 부진정 예비적 허용여부에 대해 긍정적인 입장을 취해왔다. 즉 초창기에는 긍정설을 취하다가, 2002년경부터는 “당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성”이라는 표현을 사용하여 제한적 긍정설을 취하기도 하였다. 그러다가 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결에서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 청구에 대해 원고가 주위적·예비적으로 순서를 붙여 청구하였음

으로 해야 한다는 것을 통설로 소개하고 있다.

- 10) 강현중, “청구의 예비적 병합과 선택적 병합의 관계”, 『법조』 제32권 제8호, 법조협회, 1983, 5면에 의하면 원칙적으로 부정설이 타당하나, 만약 원고가 희망하는 심판 순서가 무시될 경우를 염려하여 별소제기 또는 단순병합에 의한 방법을 취할 수도 있으므로, 피고에게 특별히 불이익을 주는 경우가 아니라면 법원은 원고 주장의 심판순서를 존중하는 것이 바람직하다고 하고 있다. 호문혁, 『민사소송법(제14판)』, 법문사, 2020, 856면은 양립 불가능을 예비적 병합의 요건으로 보지 않으므로, 부진정 예비적 병합을 긍정할 수 있게 된다.
- 11) 김홍업, 『민사소송법(제11판)』, 박영사, 2023, 989면; 한충수, 『민사소송법(제3판)』, 박영사, 2021, 678면. 그리고 전병서, “청구의 양립과 예비적 병합-대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결을 소재로-”, 『인권과 정의』 제445권, 대한변호사협회, 2014, 126면에 의하면, 양립 가능한 청구에 대한 예비적 병합을 부정하는 것은 경직된 사고라고 하면서, 양립 가능한 수개의 청구 중 예컨대 불법행위로 인한 손해배상채권만 상계 제한에 걸린다거나 또는 과실상계로 일부만 인용된다든지 하는 경우에 원고가 청구에 순위를 붙여 청구할 합리적 필요성이 인정될 수 있으므로, 이러한 경우는 법원이 당사자의 의사에 따라야 한다고 한다.

에도 예비적 병합의 법리 적용을 불허하여, 부정설을 취하였다. 다만 2014년에 선고된 위 판결이 전원합의체 판결이 아닌 까닭에 위 판결선고 이후로부터 현재까지 사실관계에 따라 부진정 예비적 병합을 긍정하는 판례와 부정하는 판례가 혼재해있다. 하급심을 제외한 대법원 판례의 동향을 아래에서 차례로 검토한다.

(1) 긍정설을 취한 판례

먼저 대법원 1959. 10. 15. 선고 4291민상793 판결은, 원고가 주위적으로 수표금청구, 예비적으로 이득상환청구와 대금청구를 한 것인데, 원심¹²⁾은 주위적 청구에 대해 판단하지 않고 예비적 청구 중 대금청구에 대해서만 판단하였으나, 대법원은 원심이 주위적 청구에 대해서는 아무런 판단을 하지 않고 예비적 청구 중 가장 마지막 순서로 청구한 대금청구에 대해서만 판단한 것은 예비적 병합의 법리를 오해한 것으로 보았다. 각 청구들 사이의 양립가능 여부가 문제 되는데, 수표금청구와 이득상환청구는 적법한 지급제시가 있었는지와 관련하여 요건상 차이가 있으나 어느 한 청구가 변제 등으로 소멸하면 그와 동시에 다른 청구도 목적을 달성하여 소멸하는 관계로 보이므로 선택적 병합 관계로 봄이 타당하고, 수표금청구와 원인관계에 따른 청구의 경우 실무는 예비적 병합 관계로 처리하는 경향이지만, 이는 청구권이 경합하는 관계로서 선택적 병합 관계로 봄이 타당하다 할 것이다.¹³⁾ 결국 위 판례는 양립 가능한 청구에 순위를 붙인 것으로서 부진정 예비적 병합에 대해 긍정설을 취한 판시로 해석할 수 있다.¹⁴⁾

다음으로 대법원 1966. 7. 26. 선고 66다933 판결은, 원고가 주위적으로 특정 일자의 주주총회 결의의 부존재확인을 구하고, 예비적으로 주주권의 존재확인을 구한 것인데, 원심¹⁵⁾은 양 청구가 양립불가능하지 않으므로 위 예비적 병합은 요건을 결하였다고 보았으나, 대법원은 위 청구는 강학상 선택적 청구에 속하는 것으로서 원고가 주주총회결의 부존재확인청구를 먼저 심리하고 그것이 이유 없을 때 주주권의 존재확인청구를 심리해달라는 취지로 보아야 할 것이라고 하여, 주주총회 결의의 부존재확인청구를 받아들이지 않았음에도 주주

12) 대구고등법원 1958. 9. 12. 선고 58민공301 판결.

13) 이시윤, 「신민사소송법(제15판)」, 박영사, 2021, 705면; 이기택, “선택적 병합과 예비적 병합의 구별”, 법률신문(2014. 11. 24.); 문일봉, “선택적 병합과 청구권경합”, 「법조」 제48권 제3호, 법조협회, 1999, 139면.

14) 전병서, 전개논문, 123면.

15) 서울고등법원 1966. 4. 13. 선고 65나690 판결.

권확인청구에 대해 아무런 판단을 하지 않고 소각하판결을 한 원심판결을 파기하였다.

그 후 부진정 예비적 병합이라는 표현을 정면으로 사용한 것이 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결이다. 이는 원고가 선택적 관계로서 동시에 양립가능한 전부금청구와 채무인수금청구에 관하여, 주위적으로 전부금의 지급을 구하고 예비적으로 채무인수금의 지급을 구하였는데, 항소심에서 주위적 청구 중 일부만을 인용하면서도 예비적 청구에 대해서는 판단하지 않았고, 이러한 항소심 판결에 대해 원고는 일부 금액에 한정하여 상고함으로써 그 수액을 넘는 주위적 및 예비적 청구 부분을 확정시킨 후, 후소로 예비적 청구의 일부분과 같은 내용의 지급을 구한 사안이다. 후소의 상고심은 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적, 예비적 청구 병합의 형태로 청구하는 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용되고, 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지로 불가분적으로 결합시켜 제소할 수도 있는 것이라고 판시하였다.

그리고 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005다48888 판결은, 건설회사인 원고가 토지구획정리조합의 환지처분에 의한 과도지 소유자들을 상대로, 주위적으로 위 조합을 대위하여 청산금의 지급을 구하고, 예비적으로 위 조합이 피고들에게 경비부과정수권을 불행사하여 그만큼 피고들이 부당이득을 얻었다고 주장하며 부당이득반환청구를 한 사안인데,¹⁶⁾ 위 양 청구는 논리적으로 양립가능하나 단순히 그 판단의 순서를 정하는 의미가 있다고 하여, 부진정 예비적 병합의 성립을 긍정하였다.¹⁷⁾

대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다35675 판결은,¹⁸⁾ 진실·화해를 위한 과거사정리위원회가 과거 유신정권의 D신문사에 대한 언론탄압정책에 대해 인권침해 행위라는 진실규명결정을 하자, 위 신문사 소속 언론인 또는 이들의 상속인들이 대한민국을 상대로 주위적으로 불법행위로 인한 손해배상청구를, 제1예비적으로 과거사정리기본법 상 손해배상청구를, 제2예비적으로 대한민국의 신뢰 침해를 원인으로 한 위자료청구를 한 사안이다. 원심¹⁹⁾은 모두 기각하는 판결을 선고하였으나, 대법원은 경우를 나누어, 생활지원금 등을 수령한 원고들의 청

16) 청구의 병합과 관련된 쟁점만 추출하여 요약한 것이다.

17) 전병서, 전제논문, 125면.

18) 이 판결에 대한 보다 상세한 평석은 박승구/범정철, 전제논문, 125~127면 참조.

19) 서울고등법원 2012. 3. 23. 선고 2011나18279 판결.

구는 권리보호이익 흠결이 있고, 진실규명결정을 받은 원고들의 청구는 이에 대한 피고의 시효완성 주장이 권리남용에 해당한다고 하여 인용 가능하다는 취지, 그리고 나머지 원고들의 청구를 모두 받아들이지 않는다고 하며, 그 파기의 범위에 관하여 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소 허용가능성을 긍정하며,²⁰⁾ 생활지원금을 수령한 원고들 및 진실규명결정을 받은 원고들의 주위적 청구를 파기하는 이상 이 부분과 예비적으로 병합된 제1, 2예비적 청구 부분도 함께 파기의 대상이 된다고 하였다.

그리고 위 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다35675 판결을 인용한 판례들은 대상판결이 선고된 이후에도 이어지고 있다. 먼저 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다268061 판결은, 원고가 주위적으로 저작권 침해를 원인으로 한 금지청구 및 손해배상청구를 하고, 예비적으로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 하였는데, 원심²¹⁾은 위 청구들을 모두 받아들이지 않았으나, 대법원은 저작권 침해 부분에 대해서는 원심과 결론을 같이 하였으나, 불법행위 부분에 대해서는 원심의 판단에 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다고 하여 파기의 대상이 된다고 하며, 위 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다35675 판결을 인용하여 불법행위를 이유로 한 손해배상청구 부분을 파기하는 이상, 이 부분과 성질상 선택적 관계에 있는 저작권 침해를 이유로 한 손해배상청구 부분도 함께 파기의 대상이 된다고 하였다.

위 법리는 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다247145 판결에도 이어져오는데, A교통공사가 수요기관으로서 조달청에 요청하여, 조달청은 2008. 12. 10. 부산지하철 1호선 연장(다대선) 터키공사 중 제1 내지 4공구의 설계·시공 일괄입

20) 이 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다35675 판결은 파기의 범위를 논하면서 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결 등을 인용하며 부진정 예비적 병합이 허용된다는 설시를 명백히 하고 있다. 다만 주위적 손해배상청구 부분을 파기하는 이상 이 부분과 예비적으로 병합된 이 사건 제1, 2예비적 손해배상청구 부분도 함께 파기의 대상이 된다고 하고 있는데, 사실 이 부분은 예비적 병합의 법리라기 보다는 선택적 병합의 법리에 해당한다. 원심으로서 심판의 순서에 구애받지 않고 어느 청구라도 심리하여 이를 인용할 수 있기 때문에 대법원이 어느 한 청구에 관한 원판결을 파기하는 이상 나머지 청구에 관한 판결까지 파기하는 것이기 때문이다. 아래 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다268061 판결 및 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다247145 판결이 인용하고 있는 판례도 선택적 병합에 관하여 실시한 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결 등이다. 그렇다면 부진정 예비적 병합이 허용되는 것이기는 하지만 양 청구는 양립 가능하여 여전히 선택적 병합의 성질을 보유하고 있기 때문에, 예비적 병합의 성질과 모순되지 않는 범위 내에서는 선택적 병합의 법리를 적용할 수 있다고 선해할 수 있을 것이다. 아래 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다268061 판결 및 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다247145 판결도 이러한 취지로 선해하여 부진정 예비적 병합 허용여부에 관한 긍정설의 입장에서 소개하고자 한다.

21) 서울고등법원 2019. 8. 29. 선고 2019나2007790 판결.

찰을 공고하자, 건설회사 등 피고들이 수급체를 구성하여 낙찰반기로 하고 각 피고들은 형식적으로 입찰에 참가하였다 탈락하자 원고가 입찰공고에 따라 각 피고들에게 설계비의 일부를 보상하였다. 추후 공정거래위원회로부터 위 입찰 참가 합의가 부당한 공동행위에 해당한다는 결정이 내려지자, 원고는 피고들이 받은 설계보상비 해당금액의 반환을 연대하여 지급할 것을 구하면서, 주위적으로 약정에 의한 반환청구와 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상청구, 공동불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구를 하고, 예비적으로 부당이득반환청구를 하였다. 원심²²⁾은 원고의 청구를 모두 받아들이지 않았지만, 대법원은 위 청구 중 공동불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 인정하고 이 부분이 파기의 대상이 된다고 하며, 위 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다35675 판결을 인용하여 공동불법행위를 이유로 한 손해배상청구 부분을 파기하는 이상, 이 부분과 성질상 선택적 관계에 있는 나머지 청구 부분도 함께 파기의 대상이 된다고 하였다.

(2) 제한적 긍정설을 취한 판례

제한적 긍정설은 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성을 추가로 요하는 점에서 긍정설과 차이를 둔다. 먼저 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결은, X부동산에 관한 이주자택지 공급계약의 청약권을 소외 甲과 준공유하고 있는 원고가 한국토지개발공사를 상대로 주위적으로 원고 및 甲의 지분 전체에 관한 청약의 의사표시에 대한 승낙의 의사표시 및 매매대금과 상환으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 원고의 지분에 관해서 만이라도 같은 내용의 청구를 한 사안이다. 원심²³⁾은 준공유하고 있는 청약권에 관한 그 청약의 의사표시는 모든 권리자가 공동으로 할 수 있을 뿐 원고 단독으로 할 수 없음에도 과반수 지분권자인 원고가 보존행위 또는 관리행위로서 단독으로 할 수 있음을 전제로 한 주위적 청구를 기각하였고, 예비적 청구에 대해서는 그것이 주위적 청구에 대한 수량적 일부 감축에 불과하다고 하여 따로 판단을 하지 않았다. 그러나 대법원은 주위적 청구에 대한 원고의 상고를 기각하였으나, 예비적 청구에 대해서는 주위적 청구와 실제법상 근거조문이 다르므로,²⁴⁾ 예비적 청구가 주위적 청구의 수량적 일부에 불과한 것이 아니라 별개의 청구에 해당하고, 또 양 청구의 크기에 있어서 차이가 있으므로

22) 서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016나2086013 판결.

23) 대전지방법원 2001. 1. 26. 선고 2000나7576 판결.

24) 주위적 청구는 민법 제265조, 예비적 청구는 민법 제263조를 근거로 하는 것으로 보았다.

원고로서는 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 하여, 이와 달리 판단한 원심의 예비적 청구에 대한 부분을 파기·환송하였다.

다음으로 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다23598 판결은, 원고 발행의 선하증권 또는 원고의 화물인도지시서가 없었음에도 창고업자가 화물을 제3자에게 인도하자, 선하증권의 소지인이 원고를 상대로 손해배상청구를 하였고, 원고가 선하증권의 소지인에게 소송합의금을 몰어주고 변호사비용을 지출한 후, 위 창고업자를 상대로 주위적으로 채무불이행 내지 불법행위로 인한 손해배상을 구하고, 예비적으로 위 창고업자가 위 소송합의금의 절반을 몰어주기로 약정하였음을 들어 약정금의 지급을 구한 사안이다.²⁵⁾ 원심²⁶⁾은 주위적 청구를 일부 인용하면서도 예비적 청구에 대해서는 아무런 판단을 하지 않았는데, 대법원은 위 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결의 법리를 인용하면서, 원심으로서는 주위적 청구가 일부만 인용되는 경우 원고에게 나머지 범위 내에서 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지인지 여부를 석명하여 그 판단여부를 결정하였어야 함에도 원심이 이를 해태하였으므로, 부진정 예비적 병합에 관한 법리오해의 위법이 있다고 하였다.

그리고 대상판결(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결)도 제한적 긍정설을 취한 것으로 평가할 수 있다.

(3) 부정설을 취한 판례

우리 판례는 그동안 양립 가능한 청구에 심판순서를 부여한 원고의 처분권을 중시하여 이른바 부진정 예비적 병합의 성립을 긍정하여 오다가, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결에 이르러 병합의 모습 및 항소심의 심판 범위 판단에 있어서 당사자의 의사를 배제하였고, 그 후 여러 사례에서 위 판시를 인용하고 있다. 즉 부진정 예비적 병합 허용여부에 관하여 부정설을 취한 판례의 효시라 할 수 있는 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결은, 원고가 피고에게 1억 원을 빌려주었다고 주장하며 대여금반환청구를 하였다가 제1심 소송계속 중 위 청구를 주위적 청구로, 불법행위로 인한 손해배상청구를 예비적 청구로 병합한 사안이다.²⁷⁾ 이 사건의 제1심²⁸⁾은 원고의 대여사실을 인

25) 부진정 예비적 병합과 관련된 부분만 축약하여 정리하였다.

26) 부산지방법원 2002. 3. 22. 선고 2001나12840 판결.

27) 부진정 예비적 병합과 관련하여 사실관계를 대폭 축약한다. 이 판결에 대한 보다 상세한 평석은 곽승구/법경철, 전제논문, 121~125면 참조.

28) 서울북부지방법원 2012. 10. 12. 선고 2012가합3221 판결.

정할 수 없다고 하여 주위적 청구를 기각하였고, 금전을 지급받는 과정에서 피고의 행위에 불법행위성이 인정된다고 하여 예비적 청구를 인용하였다. 이 판결에 대해 피고만 항소하였는데, 항소심²⁹⁾은 주위적 청구 기각, 예비적 청구 인용의 제1심 판결에 대하여 피고만 항소하였을 뿐 원고는 항소 또는 부대항소를 하지 않은 경우의 항소심의 심판범위는 피고가 불복한 범위, 즉 예비적 청구를 인용한 제1심판결의 당부에 한정된다고 하며, 원고의 예비적 청구에 대해서만 판단하고 불법행위를 인정하지 않아 이를 기각하였다. 그러자 원고가 상고하였고, 상고심은 “병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서의 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.”고 판시하여, 항소심 판결을 파기·환송하였다.

대법원 2017. 6. 15. 선고 2015다30244, 30251 판결은, 이 사건 토지 위에 연립주택을 짓는 과정에서 토지의 소유자(피고)와 토지의 매수인(원고) 사이에 분쟁이 발생하여 원고가 피고에게 금원지급의무를 부담하는 것으로 종전 소송이 확정되었고, 그 후 원고가 피고로부터 일정한 돈을 차용하는 것을 내용으로 하는 공정증서가 작성되었으며, 피고가 이 공정증서에 기해 강제집행을 개시하자, 원고가 피고와의 사이에 2009. 8. 25. A부동산을 피고에게 넘겨주는 대신 종전 소송 판결 및 위 공정증서에 기한 채권은 모두 소멸하는 것으로 약속했다고 주장하며, 피고를 상대로 주위적으로 종전 소송 판결 및 위 공정증서에 기초한 강제집행의 불허를 구하고, 예비적으로 A부동산의 시가에서 위 2009. 8. 25.자 합의에 따른 채무 정산금을 공제한 잔액 채권 중 일부인 5천만 원의 지급을 구한 사안이다.³⁰⁾ 원심³¹⁾은 주위적 청구 중 종전 소송 판결에 기한 집행 중 33,951,515원을 초과하는 부분에 한하여 불허를 인정하고, 나머지 주위적 청구는 기각하였으며, 예비적 청구에 대해서도 주위적 청구와 양립 불가능한 것으로 보이지 않는다고 하여 이를 판단하여 기각하였다. 이에 대하여 대법원은 주위적 청구 중 종전 소송 판결에 기초한 강제집행 불허청구 부분을 인용

29) 서울고등법원 2013. 11. 8. 선고 2012나89995 판결.

30) 본고의 대상인 부진정 예비적 병합과 관련된 부분만으로 대폭 축약하였다.

31) 서울고등법원 2015. 4. 14. 선고 2014나28437, 28444 판결.

하고 그 외의 상고를 모두 기각하였으며, 그 파기의 범위에 관하여 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결을 인용하며 예비적 청구 부분은 주위적 청구에 단순병합된 것이므로 그 경우 상고가 이유 있는 원심판결 중 종전 소송판결에 기한 강제집행불허청구 부분만 파기되어야 한다고 하며 이 부분을 환송하였다.

대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결은, 甲금고가 乙은행을 상대로 손해배상청구를 하며 주위적으로는 채무불이행, 예비적으로 불법행위를 원인으로 하였는데, 원심³²⁾은 주위적 청구 중 일부를 인용하였고 예비적 청구에 대해서는 따로 판단하지 않았다. 그런데 대법원은 위 피고 패소 부분을 파기·환송하면서, 원고가 붙인 심판의 순위에 따라 판단한 원심에 대해, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결을 인용하며 “위 두 청구는 그 청구 모두가 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로서 어느 하나의 채권이 변제로 소멸한다면 나머지 채권도 그 목적 달성을 이유로 동시에 소멸하는 관계에 있으므로 선택적 병합 관계에 있음을 지적하여 둔다.”고 하였다.

대법원 2021. 6. 24. 선고 2016두61877 판결은, 국민임대주택 사업지구 사업시행자인 원고가 단지조성사업을 준공하자, 해당 지역 지방자치단체장은 2010. 4. 2. 및 2011. 4. 11. 각 시설분담금을 부과하고, 2013. 4. 17. 원인자부담금을 부과하는 처분을 하였고, 이에 원고는 주위적으로 이중부과임을 들어 위 처분 중 시설분담금의 합계액을 공제한 부분을 초과하는 금액에 해당하는 부분의 무효확인을 구하고, 예비적으로 지방자치법 제138조에 위배됨을 들어 위 2011. 4. 11.자 시설분담금 부과처분의 무효확인을 구하였는데, 제1심³³⁾은 원고가 붙인 순서에 따라 판단하여 주위적 청구기각, 예비적 청구인용 판결을 하였고, 이에 대해 피고만이 항소하자 항소심³⁴⁾은 위 순위에 따라 위 청구들을 모두 심리하여 피고 패소 부분을 취소하고 원고의 예비적 청구를 기각하였으며, 대법원은 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결을 인용하며, 위 주위적 청구와 예비적 청구는 그 명칭에도 불구하고 서로 양립할 수 없는 관계에 있지 않고 두 청구가 모두 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로 실질적으로는 선택적 병합 관계에 있으므로, 원고의 청구를 모두 기각한 원심에 대하여 원고가 상고한 이상 모든 청구가 상고심으로 이심된다고 하며, 위 시설분담금에 해당하는 부분의 이중부과를 인정하여 원심판결을 파기·환송하되, 다만 불이익변

32) 서울고등법원 2013. 2. 8. 선고 2011나93683 판결.

33) 청주지방법원 2015. 11. 12. 선고 2015구합11498 판결.

34) 대전고등법원(청주) 2016. 11. 9. 선고 2015누11524 판결.

경금지의 원칙에 따라 위 처분 중 위 2011. 4. 11.자 시설분담금을 공제한 금액을 초과하는 부분에 한정된다고 하였다.

대법원 2022. 5. 12. 선고 2020다278873 판결은, 원고가 주위적으로 약관의 규제에 관한 법률 제6조, 민법 제104조에 의한 법률행위 무효를 들어 부당이득 반환을 구하고, 예비적으로 불법행위로 인한 손해배상청구를 한 사안인데,³⁵⁾ 원심³⁶⁾은 주위적 청구와 예비적 청구를 모두 받아들이지 않았으나, 대법원은 주위적 청구에 관한 원고의 상고이유 주장을 받아들이고, 예비적 청구에 대해서는 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단해야 하는데, 이 사건 부당이득반환 청구 및 손해배상청구 부분은 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로서 원고의 이를 주위적, 예비적으로 청구하였다고 하더라도 성질상 선택적 병합 관계에 있으므로, 위 부당이득반환청구에 관한 원고의 상고이유 주장을 받아들여 이를 파기하는 이상 이와 선택적 병합 관계에 있는 손해배상청구 부분에 관한 원고의 상고이유를 판단할 필요가 없고, 이 부분을 함께 파기하여야 한다고 하였다.

3) 검토

우리 민사소송이 기본적으로 당사자주의를 취하고 있다는 측면에서 형사소송과 크게 다르고, 그 정도에 있어서 차이는 있지만 행정소송, 가사소송과도 다르다. 행정소송, 가사소송이 민사소송법을 상당부분 준용하고 있음에도 말이다. 이는 민사소송이 사법(私法) 관계를 다루고 있고, 이러한 사법질서에는 기본적으로 사적자치의 원칙이 적용되는 것에 기인한다. 다만 절차법인 민사소송법의 특성상 사적자치가 무한적으로 인정될 수는 없는바, 부진정 예비적 병합의 허용여부는 심판의 대상과 범위를 정하는 영역에 사적자치를 얼마나 허용할 수 있는가와 관련되어 문제되는 것이다. 이는 두 가지 측면으로 나누어 검토할 수 있는데, 우선 병합의 모습을 판단함에 있어서는 당사자의 의사를 배제하고 병합청구의 성질을 기준으로 정해도 될 것이다. 이에 따라 복수의 청구가 서로 논리적 관련성이 있고 실체법상 청구권 또는 형성권이 경합하는 관계, 즉 어느 한 청구가 변제 등으로 소멸하면 다른 청구 역시 중첩되는 범위 내에서 소멸하는 관계라면 선택적 병합으로, 만약 소멸하는 관계가 아니고 양 청구가 모순 관계라면 예비적 병합으로, 그 외의 경우는 단순병합으로 그 병합의 모습을 파악할 수 있을 것이다. 다음으로 복수의 청구가 서로 논리적 관련성이 있

35) 청구의 병합과 관련된 부분만 축약하여 정리한 것이다.

36) 수원고등법원 2020. 10. 8. 선고 2019나14550 판결.

고 양립가능한 경우임에도 원고가 그 판단순서를 붙인 경우 이를 부진정 예비적 병합이라고 보아 예비적 병합과 같은 법리를 적용해야 하는가를 판단함에 있어서는 사적자치를 충분히 적용해야 할 것이다. 우리 민사소송법이 처분권주의를 취하고 있고(제203조), 원고가 양립가능함에도 심판순서를 부여했다는 것은 판결의 결과 못지않게 이유를 중시하는 것으로 보아야 하며, 이 경우 원고의 의사를 무시하고 병합청구의 성질에 따라 객관적으로 판단할 경우 원고는 별소를 제기하여 자신의 요구를 관철하려 할 것이며, 자연히 소송불경제 또는 판결의 모순저축을 야기할 수 있고, 예비적 병합의 법리를 적용하더라도 이는 소송내 조건이므로 절차의 불안정을 초래할 위험성이 없다. 이러한 점들을 고려할 때 기본적으로 부진정 예비적 병합을 긍정함이 타당하다 할 것이다. 다만 소송절차를 다루는 영역에 사적자치의 적절한 제한이 필요할 수도 있는바, 원고가 순위를 붙일 필요성과 합리성, 즉 병합청구의 성질과 원고의 의사 사이의 이익형량의 결과물을 요하는 제한적 긍정설이 타당하다 할 것이다. 예컨대 정별적 손해배상청구와 일반 손해배상청구는 동일한 사실관계를 바탕으로 하는 점에서 상호 관련성이 있고 또한 양립 가능하지만, 청구의 크기에 있어서 차이가 크기 때문에 원고가 순위를 붙일 필요성과 합리성을 긍정할 수 있다. 동일한 사고에 따른 손해배상청구의 원인을 채무불이행과 불법행위로 구성하는 경우도 귀책사유의 입증에 있어서 차이가 있으므로 역시 그 필요성과 합리성을 긍정할 수 있다고 본다.

3. 순위를 붙인 단순병합 허용여부

앞서 언급한 부진정 예비적 병합 허용여부에 대한 논의는 선택적 병합 관계에 있는 청구들에 순위를 붙인 경우를 중심으로 이루어져왔는데, 청구들 사이에 아무런 관련성이 없어 단순병합으로 구해야 할 수개의 청구를 주위적 및 예비적 청구로 병합하여 구하는 것이 허용될 수 있는지 문제가 된다. 선택적 병합은 청구들 사이에 상호관련성이 있지만, 단순병합은 상호관련성 유무를 불문한다는 것에 차이점이 있다.

1) 판례의 동향

우리 판례는 기본적으로 논리적으로 관계가 없어 단순병합으로 구해야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하다는 입장이다. 이러한 법리를 따르고 있는 판례로는 우선 대법원 2008. 12.

11. 선고 2005다51471 판결을 들 수 있는데, 원고가 ① 본사 사옥 취득업무와 관련된 손해배상청구, ② Y일보에 대한 신용대출과 관련된 손해배상청구, ③ 개발신탁 등 매매와 관련된 손해배상청구, ④ 부동산 임차업무와 관련된 손해배상청구를 선택적 청구로 병합하여 소를 제기하였는데, 제1심³⁷⁾이 위 ① 청구의 일부를 인용하고 나머지 청구를 모두 기각하자 피고가 항소한 경우, 위 청구들 사이에 상호 논리적 관련성이 없어 선택적으로 병합할 수 없고 단순병합에 해당할 뿐이므로, 항소심의 심판범위는 피고가 불복한 범위에 국한된다고 하였고, 또 원고가 항소심³⁸⁾에서 청구취지를 정리하며 ① 청구에 대한 청구금액을 확장하면서, 만약 위 청구가 배척된다면 나머지 ② 내지 ④ 청구도 심리하여 인용해줄 것을 함께 구하였는데, 이를 ① 청구에 ② 내지 ④ 청구를 예비적 청구로 부가하는 청구원인변경신청으로 보고, 다만 ② 내지 ④ 청구는 위 ① 청구 청구와 상호 논리적 관련성이 없어 예비적으로 병합할 수 없는 청구라고 하여 위와 같은 청구변경을 불허하였다. 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51495 판결도 같다.

다음으로 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결은, 원고가 주위적으로 근저당권설정등기의 회복등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 피고1과 피고2가 공모하여 위 근저당권설정등기를 불법 말소하였음을 이유로 손해배상금의 지급을 구하는 소를 제기하였는데, 제1심³⁹⁾이 위 주위적 청구를 인용하고 예비적 청구를 기각하자 원고가 위 기각된 예비적 청구에 대해 불복하였고, 항소심⁴⁰⁾이 위 청구의 병합을 예비적 병합 관계로 보아 제1심에서 주위적 청구가 인용된 이상 항소의 이익이 없다고 보아 원고의 항소를 각하하였으나, 대법원은 원고의 위 예비적 청구는 주위적 청구인 근저당권설정등기의 회복의무가 이행불능 또는 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 대상청구이므로, 이러한 병합의 형태는 현재의 급부청구와 장래의 급부청구의 단순병합에 속하므로 원심으로서 원고가 불복한 위 예비적 청구 부분에 대해서도 그 당부판단을 하였어야 한다고 하여 이 부분을 파기·환송하였다. 즉 단순병합 관계에 있는 청구에 대해 원고가 심판순서를 붙였어도 이를 예비적 병합관계로 보지 않은 사례이다. 그런데 위 판례 사안은 앞서 본 판례 및 뒤에서 볼 판례 사안들과 비교할 때 청구 사이에 논리적 관련성이 전혀 없는 경우라

37) 서울중앙지방법원 2004. 1. 28. 선고 2002가합39017 판결.

38) 서울고등법원 2005. 7. 15. 선고 2004나17087 판결.

39) 의정부지방법원 고양지원 2009. 12. 4. 선고 2007가합9641, 2009가합5124 판결.

40) 서울고등법원 2011. 2. 24. 선고 2010나21308, 21315 판결.

고 볼 수 없다. 병합된 양 청구는 같은 부동산에 관한 청구, 같은 근저당권에 기인한 청구라는 점에서 공통점이 있다고 볼 수 있기 때문이다.

그리고 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다207679, 207686, 207693 판결은, 원고가 주위적으로는 분양계약이 해제 또는 취소되었음을 원인으로 원고가 지급한 분양대금의 반환을 구하고, 예비적으로는 피고의 허위·과장광고 행위 등으로 인한 불법행위에 따른 손해배상을 구하는 소를 제기하였는데, 항소심⁴¹⁾ 법원이 위 주위적 청구 중 일부에 대해 인용하고 그 밖의 청구는 모두 기각하는 판결을 선고하자 피고만이 피고 패소부분에 대해 상고한 사안에서, 대법원은 위 각 청구는 논리적 관련성이 없어 주위적·예비적으로 병합할 수 없는 성질의 청구라고 보고, 앞서 본 법리에 따르면 이 경우 상고심의 심판범위는 불복한 피고 패소부분에 한정된다고 하였다.

요컨대 지금까지의 판례는 단순병합 관계에 있는 청구에 원고가 심판순서를 붙였다 하더라도 예비적 병합의 법리를 적용하지 않고 단순병합의 법리를 적용하여왔다고 볼 수 있다. 이는 청구 사이에 논리적 관련성이 없는 사례뿐만 아니라 관련성이 있다고 볼 수 있는 이른바 대상청구(代償請求)의 사례에서도 마찬가지였다.

2) 순위를 붙인 단순병합 허용여부

대상판결은 주위적으로 재산상 손해배상을 구하고, 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 구하는 경우에 있어서 당사자가 심판의 순위를 붙일 합리적 필요성을 인정할 수 있는 경우에는 이른바 부진정 예비적 병합이 허용된다고 하였다. 그런데 손해항목, 즉 원고가 불법행위로 인한 손해배상청구를 하면서 적극손해, 소극손해, 위자료를 적시한 경우, 우리 판례는 이를 별개의 소송물로 보고,⁴²⁾ 실무상 세 개 청구의 단순병합으로 처리하고 있다.⁴³⁾ 이에 의할 때 결과적으로 대상판결은 단순병합에 대해서도 부진정 예비적 병합 허용가능성을 긍정한 것으로 볼 수 있다. 그러나 전항에서 청구들 사이에 논리적 관련성이 없어 단순병합으로 구해야 할 청구를 원고가 순위를 붙여 예비적으로 구하는 것을 우리 판례는 허용하지 않는다

41) 서울고등법원 2015. 1. 13. 선고 2014나2001841, 2001858, 2001865 판결.

42) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결.

43) 손한기, 「민사소송법(제3판)」, 홍문사, 2021, 144면; 이시윤, 전개서, 702면; 전원열, 「민사소송법강의(제3판)」, 박영사, 2022, 601면; 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법(제9판)」, 법문사, 2022, 998면.

는 것을 확인하였다. 논리적 관련성 여부를 배제하고 단순병합에 순위를 붙였다는 점에 국한해서 보면 대상판결과 기존 판례가 서로 모순되는 듯하다.⁴⁴⁾

결국 단순병합도 여러 유형이 있다는 점을 먼저 살펴보아야 한다. 앞서 복수의 청구가 상호관련성이 있는 경우 청구권·형성권 경합 또는 양립불가능성 여부에 따라 선택적 병합 또는 예비적 병합으로 구분할 수 있고, 그 외의 경우를 단순병합으로 본다고 하였다. 즉 단순병합은 상호관련성 유무를 불문하므로, 상호관련성의 유무 및 그 정도에 따라 여러 유형으로 구분할 수 있을 것이다. ① 먼저 복수의 청구 사이에 아무런 관련성이 없는 경우이다. 예컨대 甲이 乙을 상대로 2022. 4. 5.자 대여금반환청구와 2022. 8. 9.자 매매대금지급청구를 병합하여 제기하는 경우이다. 이는 甲과 乙이라는 당사자만 동일할 뿐, 객관적 청구 사이에는 아무런 관련이 없다. 甲은 이를 병합하여 한꺼번에 지급을 구할 수도 있으나, 별도로 각 채권의 지급을 구할 수도 있다. 사실상 단순병합의 대부분을 차지하는 유형이다. ② 다음으로 복수의 청구 사이에 서로 관련성이 있는 경우이다. 예컨대 임대인이 임차인을 상대로 건물인도를 구하고 이와 병합하여 건물훼손에 따른 손해배상청구를 하는 경우를 들 수 있다.⁴⁵⁾ 같은 건물에 대한 청구들이라는 점에서 상호관련성이 있다. 또 금전지급청구를 하면서 원금의 지급을 구하고 이에 병합하여 이자(또는 지연손해금)의 지급을 구하는 경우도 생각할 수 있다. 이 역시 이자(또는 지연손해금)는 원금에서 파생된 일종의 과실로 볼 수 있다는 점에서 양 청구 사이에 관련성이 있다.⁴⁶⁾ 불법행위로 인한 손해배상청구를 하면서 손해항목을 적극적 손해, 소극적 손해, 위자료로 하여 구한 경우, 손해3분설을 취하는 우리 판례는 이를 별개의 소송물로 보므로,⁴⁷⁾ 실무상 세 개 청구의 단순병합으로 처리하고 있다. 이 역시 같은 인신 사고에 따른 손해배상청구라는 점에서 청구들 사이에 상호관련성이 있는 경우인데,⁴⁸⁾ 대상판결의 사안이 여기에 해당한다. 또 앞서 언급한 독일의 부진정

44) 또한 대상판결은 이른바 부진정 예비적 병합의 성립 자체를 부정하는 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결과도 모순된다. 심지어 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결에서 원고 주장의 사실관계는 사기를 당해 돈을 빌려주었다는 것으로, 대여금반환청구와 불법행위로 인한 손해배상청구의 병합으로서 하나의 금전지급행위에 대한 법률평가를 달리하는 것에 불과하므로 청구들 사이에 상호관련성이 있다고 볼 수 있는데도 말이다. 물론 앞서 양립 가능한 청구에 대한 부진정 예비적 병합 허용여부에 대한 부정설의 부당함을 지적하였으므로, 부진정 예비적 병합 허용여부에 관한 이들 사이의 모순은 논외로 한다.

45) 정동윤/유병현/김경옥, 전거서, 998면; 정영환, 「신민사소송법(개정판)」, 법문사, 2019, 827면.

46) 민일영 편집대표, 「주식 민사소송법(IV)(제8판)」, 한국사법행정학회, 2018, 178면; 임병석, “소의 객관적 병합요건과 항소심에서의 심판대상 - 청구의 예비적 병합을 중심으로”, 「사법」 통권 제53호, 사법발전재단, 2020, 504면.

47) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결.

예비적 병합 사례, 즉 주위적 청구의 기각·각하를 해제조건으로(주위적 청구의 인용을 대비하여) 나머지 청구에 대해 심판을 구하는 경우도 들 수 있다. 예컨대 주위적으로 매매계약의 무효확인을 구하고 그것이 무효로 확인될 경우를 대비하여 예비적으로 기(既) 인도한 매매목적물의 반환청구를 하는 경우이다.⁴⁹⁾ 동일한 매매계약에 기한 법률관계를 정리한다는 측면에서 청구들 사이에 관련성이 있는 경우이다. 또 대상청구(代償請求), 즉 원고가 어떤 물건의 인도를 구하고, 이와 함께 장차 그 물건의 이행불능 또는 집행불능에 대비하여 그 물건의 가액상당의 금액지급을 구하는 경우를 들 수 있다. 예컨대 백미 100가마의 지급청구 및 집행불능을 대비하여 백미 1가마당 22만 원씩의 금전지급청구를 하는 것이다. 같은 물건의 지급(인도)을 구한다는 점에서 청구들 사이에 관련성이 있다.

이처럼 상호관련성 유무에 따라 단순병합의 유형을 나눌 수 있고, 복수의 청구 사이에 아무런 관련성이 없는 경우, 즉 단순병합의 대다수를 차지하는 유형에서는 가사 원고가 심판순위를 부여한다 하더라도 법원은 여전히 단순병합으로 보고 그 법리에 따라 판단해야 하지만, 청구들 사이에 관련성이 있는 단순병합에서는 원고가 부여한 순위에 따라 판단할 실익이 있다 할 것이다. 예컨대 원금 및 이자(또는 지연손해금)청구 사례, 독일의 부진정 예비적 병합 사례, 대상청구의 사례 등에서는 원고의 심판순위 부여 여부를 불문하고 현실적으로 이자(또는 지연손해금)의 유무보다 원금의 유무를, 기 인도한 매매목적물의 반환의무보다 매매계약의 무효여부를, 백미 1가마당 22만 원씩의 금전지급의무보다 백미 100가마의 지급청구권 존재여부를 각 먼저 판단할 수밖에 없다. 즉 이러한 단순병합 사례에서는 실질적으로 원고가 순위를 부여한 부진정 예비적 병합과 동일한 판단이 이루어지고 있는 것이다. 그렇다면 청구들 사이에 관련성이 있는 만큼 이러한 경우는 단순병합이라 하더라도 부진정 예비적 병합을 허용하고 예비적 병합의 법리를 적용해도 좋다고 할 것이다. 비록 변론의 분리 및 일부판결 가능성에 대한 논의이기는 하나 단순병합이라고 하더라도 쟁점을 공통으로 하는 경우, 즉 소유권확인 및 소유권에 기한 목적물인도청구의 병합과 같이 선결관계에 있는 경우 또는 소유권에 기한 목적물인도청구와 소유권 침해에 따른 손해배상청구의 병합과 같이 기본적 법률관계를 공통으로 하는 경우에는 단순병합관계라고 하더라도 변론의 분리를 삼가야 한다는 논의가 있는데,⁵⁰⁾ 이 역시 순위를 붙인 단순병합 허용여부와 궤를 같이 하는 것이라고

48) 임병석, 전제논문, 504면.

49) 정동윤/유병현/김경욱, 전제서, 1001면; 임병석, 전제논문, 503면.

본다.

IV. 결론 - 대상판결의 타당성

이상의 논의를 바탕으로 청구의 병합 측면에서 대상판결이 타당한지 여부를 검토한다. 먼저 대상판결에서 불법행위로 인한 손해배상청구의 손해항목을 공격방법의 복수가 아닌 청구의 복수로 본 점에 대해 살핀다. 판례 중에는 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 않으므로 이를 실질적으로 파악하여 항소심에서 위자료뿐만 아니라 재산상 손해에 관하여도 청구의 확장이 허용된다고 하여,⁵¹⁾ 상소의 이익과 관련하여 3분설을 완화한 예도 있지만, 기본적으로 주류적 판례는 적극적 손해, 소극적 손해, 위자료를 별개의 소송물로 파악하고 있다.⁵²⁾ 만약 대상판결에서 손해항목을 공격방법으로 보았다면 원고가 항소심에서 정신적 손해배상청구를 추가하였다 하더라도 이는 소송물이 아닌 예비적 주장에 불과하고 법원은 법률적 관점 선택의 자유가 있기 때문에 이것이 인정되지 않는다고 보아 항소를 기각한 원심판결에는 법리오해의 위법이 없게 된다. 그러나 대상판결은 손해항목을 소송물로 보았기 때문에 원고가 항소심에서 예비적 청구를 추가한 것이고, 따라서 이것이 이유없다 하더라도 항소기각이 아닌 청구기각판결을 선고해야 한다. 추가된 청구에 대해서는 항소심이 사실상 1심으로 재판하는 것이기 때문이다. 이를 지적하는 대상판결은 손해배상청구의 손해항목을 소송물로 보는 주류적 판례와 궤를 같이 하는 것으로서 일응 타당하다 할 것이다.

다음으로 순위를 붙인 단순병합, 즉 단순병합에 대하여 이른바 부진정 예비적 병합의 허용가능성을 긍정한 점에 대해 본다. 과거 우리 판례는 단순병합판

50) 강현중, 「민사소송법(제7판)」, 박영사, 2018, 762면; 이시윤, 전게서, 707면; 정동윤/유병현/김경욱, 전게서, 1004면; 정영환, 전게서, 833면.

51) 대법원 1994. 6. 28. 선고 94다3063 판결.

52) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결; 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결 등 다수. 이에 대하여 ① 주류적 판례와 입장을 같이 하는 이른바 손해3분설(김홍엽, 전게서, 318면), ② 재산적 손해와 정신적 손해, 이렇게 두 개로 구성되는 것이라는 이른바 손해2분설(호문혁, 전게서 393면), ③ 손해항목은 하나의 비재산적 손해를 평가하기 위한 자료에 지나지 않는다고 보는 손해1개설(강현중, 전게서, 577면; 김홍규/강태원, 「민사소송법(제5판)」, 삼영사, 2020, 732면; 이시윤, 전게서, 257면)이 대립하고 있다.

계에 있는 청구에 대하여 원고가 심판순서를 붙였다 하더라도 원고의 의사를 고려하지 않고 청구의 객관적 성질에 따라 단순병합관계로 보았다.⁵³⁾ 이는 같은 부동산에 관한 같은 근저당권에 관한 청구로서 청구 사이에 논리적 관련성이 있다고 볼 수 있는 이른바 대상청구의 사례에서도 마찬가지였다.⁵⁴⁾ 그러나 단순병합이라고 하여도 병합된 청구 사이의 관련성이 모두 같다고 단정할 수는 없다. 대여금청구 및 매매대금청구와 같이 아무런 관련성이 없는 경우도 있으나, 앞서 보았듯이 원금 및 이자(또는 지연손해금)청구 사례, 독일의 부진정 예비적 병합 사례, 대상청구의 사례 등과 같이 청구 사이에 관련성이 있는 경우도 있다. 변론의 분리를 삼가야 하는 경우, 즉 선결관계에 있는 경우 또는 기본적 법률관계를 공통으로 하는 경우도 마찬가지이다.⁵⁵⁾ 이러한 경우에는 원고가 부여한 순위에 따라 판단할 실익이 있다고 본다. 가사 원고가 심판순위를 부여하지 않았다 하더라도 실무상 현실적으로 이자(또는 지연손해금)의 유무보다 원금의 유무를, 기 인도한 매매목적물의 반환의무보다 매매계약의 무효 여부를, 백미 1가마당 22만 원씩의 금전지급의무보다 백미 100가마의 지급청구권 존재여부를, 목적물인도의무보다 그 선결관계에 있는 소유권 유무를 각 먼저 판단할 수밖에 없고, 따라서 이러한 단순병합 사례에서는 실질적으로 원고가 심판순서를 부여한 부진정 예비적 병합과 동일한 판단이 이루어지고 있는 것이다. 그렇다면 청구들 사이에 관련성이 있는 단순병합 사례에서는 부진정 예비적 병합을 허용하고 예비적 병합의 법리를 적용해도 좋다고 할 것이다. 이러한 측면에서 대상판결이 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것을 예로 들면서 부진정 예비적 병합의 허용가능성을 긍정한 것은 타당하다고 할 것이다.

마지막으로 부진정 예비적 병합의 경우에도 일부판결의 허용여부, 판결에서 누락된 청구에 대한 구제방법에 있어서 진정 예비적 병합과 동일하게 처리한 점에 대해 본다. 이른바 부진정 예비적 병합을 인정한다는 것은 비록 양립가능한 청구 또는 논리적 관련성이 있는 단순병합관계에 있는 청구이기는 하지만 성질이 허용하는 한도 내에서는 예비적 병합의 법리를 적용하여 진정 예비적 병합과 동일하게 본다는 의미이다. 대상판결이 예로 드는 일부판결의 허용여부

53) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결 및 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다207679, 207686, 207693 판결.

54) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결.

55) 이를 ‘관련적 병합’이라고 부르기도 한다(강현중, 전제서, 762면).

는 예비적 병합의 법리를 적용할 수 있는 경우이다. 굳이 예비적 병합의 법리를 적용하지 않더라도, 선결관계나 기본적 법률관계를 공통으로 하는 경우와 같이 쟁점을 공통으로 하는 경우에는 단순병합관계라고 하더라도 변론의 분리를 삼가야 함을 앞서 살펴보았다.⁵⁶⁾ 또한 판결에서 누락된 청구에 대한 구제방법 역시 변론의 분리를 삼가고 관련된 청구 모두를 상소심에서 일체로 다룰 필요가 있다는 점에서 판단누락으로 보아 상소로 구제하여야 할 것이다. 그렇다면 일부판결의 허용여부, 판결에서 누락된 청구에 대한 구제방법에 있어서 부진정 예비적 병합의 사례를 진정 예비적 병합과 동일하게 처리한 점은 타당하다 할 것이다.

결론적으로 대상판결은 소의 객관적 병합 측면에서 타당한 결론을 도출하였다고 본다. 본고가 단순병합에 순위를 붙인 경우에도 예비적 병합의 법리를 적용할 수 있는지에 관한 논의의 촉매제가 되길 기대하며 글을 마친다.

56) 강현중, 전게서, 762면; 이시윤, 전게서, 707면; 정동윤/유병현/김경욱, 전게서, 1004면; 정영환, 전게서, 833면.

[참고문헌]

1. 단행본

- 강현중, 「민사소송법(제7판)」, 박영사, 2018.
 김홍규/강태원, 「민사소송법(제5판)」, 삼영사, 2020.
 김홍엽, 「민사소송법(제11판)」, 박영사, 2023.
 민일영 편집대표, 「주석 민사소송법(IV)(제8판)」, 한국사법행정학회, 2018.
 범경철/광승구, 「민사소송법」, 도서출판 정독, 2022.
 법원행정처, 「사법연감」, 2021.
 손한기, 「민사소송법(제3판)」, 홍문사, 2021.
 이시윤, 「신민사소송법(제15판)」, 박영사, 2021.
 전원열, 「민사소송법강의(제3판)」, 박영사, 2022.
 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법(제9판)」, 법문사, 2022.
 정영환, 「신민사소송법(개정신판)」, 법문사, 2019.
 한충수, 「민사소송법(제3판)」, 박영사, 2021.
 호문혁, 「민사소송법(제14판)」, 법문사, 2020.

2. 논문

- 강현중, “청구의 예비적 병합과 선택적 병합의 관계”, 「법조」 제32권 제8호, 법조협회, 1983.
 광승구/범경철, “양립 가능한 청구의 예비적 병합 허용여부”, 「법학논집」 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020.
 김동현, “부진정예비적 병합의 개념과 심판방법”, 「안암법학」 제54호, 안암법학회, 2017.
 문일봉, “선택적 병합과 청구권경합”, 「법조」 제48권 제3호, 법조협회, 1999.
 손한기, “소의 객관적 병합에 관한 연구”, 「법조」 제46권 제10호, 법조협회, 1997.
 이기택, “선택적 병합과 예비적 병합의 구별”, 법률신문(2014. 11. 24.).
 임병석, “소의 객관적 병합요건과 항소심에서의 심판대상 - 청구의 예비적 병합을 중심으로”, 「사법」 통권 제53호, 사법발전재단, 2020.
 전병서, “청구의 양립과 예비적 병합-대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결을 소재로-”, 「인권과 정의」 제445권, 대한변호사협회, 2014.

[Abstract]

Whether or not to allow simple merger
with an order of judgment*

Kwak, Seung-Koo**

When claims are merged, legal differences exist in many areas depending on the aspect of the merger. It is therefore very important to distinguish the aspects of the merger. However, in litigation practice, there are many cases in which the plaintiff assigns the trial order regardless of the relevance or compatibility between the claims. In this case, our court has applied the same juridical principle as the preliminary merger, calling it the so-called untrue preliminary merger in the case of ordering the claims in the selective merger relationship. However, in the simple merger case, the jurisprudence of preliminary merger was not applied even if the plaintiff assigned an order of judgment.

However, the Supreme Court(sentenced on May 7, 2021, 2020Da292411) ruled that the untrue preliminary merger is possible even in a simple merger case. In other words, the damage item is regarded as a simple merger of three claims in practice. However, it was said that even if the plaintiff circumstantially claims property damages and, if the damages are not acknowledged, preliminary claims for mental damages of the same amount, untrue preliminary merger is allowed. Therefore, it can be interpreted that the legal principle of preliminary merger can be applied even when the order is given to claims in a simple merger relationship. This is significant in that it opened the door to a discussion that even if there is a simple merger relationship, if there is relevance between the claims, the legal principle of untrue preliminary merger may be applied in consideration of the plaintiff's intention.

* This research was supported by "Research Base Construction Fund Support Program" funded by Jeonbuk National University in 2023

** Jeonbuk National University Assistant Professor, Ph.D. in law, Lawyer

Keywords : Litigation, Merger of Claims, Simple Merger, Compatible,
Untrue Preliminary Merger

