

병합형태의 착오*

The Error in the Type of Consolidation

박 재 완**
Park, Jae-Wan

목 차

- | | |
|------------------------------------|-----------------------|
| I. 들어가면서 | IV. 부진정예비적 병합의 허용 여부 |
| II. 병합형태의 착오의 의의, 논점, 처리방법
의 개관 | V. 병합형태의 착오의 일반적 처리방법 |
| III. 대상판결의 사안, 의미 등 | VI. 마치면서 |

이 글은 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결에 대한 평석이다. 위 판결에서 대법원은 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 원고의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 원고의 주위적 청구와 예비적 청구는 그 명칭에도 불구하고 실질적으로는 선택적 병합 관계에 있으므로 법원은 선택적 병합으로 심판하여야 한다고 판시하였다.

위 판결은 우선 택일적 관계에 있는 청구들에 대하여 예비적 병합을 하는 것이 허용되는지, 즉 부진정예비적 병합이 허용되는지 여부에 관하여 부정적인 입장을 취한 것으로 평가받고 있다. 이 논점에 관하여 긍정설, 부정설, 제한적 긍정설이 나뉘어져 있고, 대법원의 입장도 엇갈리고 있다. 부진정예비적 병합의 경우에는 당사자의 의사대로 심판하여도 처분권주의나 소송경제 등의 측면에서 별다른 문제가 발생하지 않는 점, 제한적 긍정설이 요구하는 ‘합리적 필요성이 있는 경우’는 너무 모호한 개념으로 심판의 초기부터 정립되어야 할 병합형태의 선택의 기준으로 삼기에는 부적절한 점 등을 고려할 때 긍정설이 타당하다.

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..56.79>

투고일: 2023. 10. 31. / 심사완료일: 2023. 12. 22. / 게재확정일: 2023. 12. 26.

* 이 논문은 한양대학교 일반연구비 지원으로 연구되었음(HY-202100000003494).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수, LL.M.
Professor, Hanyang University School of Law

병합형태의 착오는 병합형태에 관한 원고의 의사와 청구들의 성질이 부합하지 않는 것을 의미하는데, 병합형태의 착오가 발생한 경우 법원의 심판방법에 대한 견해로는 원고의 의사에 따른다는 의사설, 청구들의 성질에 따른다는 성질설, 병합요건흡결로 보고 분리심판하여야 한다는 분리심판설, 청구취지 불특정 등의 이유로 소를 각하하여야 한다는 각하설 등이 있다. 위 판결은 성질설을 취한 것으로 평가할 수 있다. 의사설, 성질설, 분리심판설 등에는 모두 문제점이 있으므로 각하설이 타당하다. 다만, 각하설을 취하는 경우에도 일정한 경우에는 의사설을 취하는 예외가 인정될 수 있는데, 부진정예비적 병합은 예외가 인정되어야 하는 대표적인 경우이다.

[주제어] 객관적 병합, 병합형태, 단순병합, 선택적 병합, 예비적 병합, 부진정예비적 병합

I. 들어가면서

이 글은 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결(이하 ‘대상판결’이라고 한다)의 판시를 계기로 삼아 병합형태의 착오의 처리방법을 모색해본 글이다. 병합형태의 착오는, 아래에서 자세히 보지만, 병합된 청구들에 대하여 당사자가 구하는 심판의 방식 내지 조건(당사자는 주로 원고이므로 이하 필요한 경우 ‘원고의 의사’라고만 한다)과 병합된 청구들 상호간의 관계의 객관적 성질(이하 필요한 경우 ‘청구들의 성질’이라고만 한다)이 부합하지 않는 것을 의미한다.

병합형태의 착오의 처리방법에 관하여는 일반적으로 전체 병합형태의 착오를 전제로 통일적인 처리방법이 논의되기보다는 몇몇 사안을 전제로 원고가 통상 이용되는 병합형태가 아닌 다른 병합형태를 선택하는 것이 허용되는가라는 식으로 개별적으로 논의된다. 개별적으로 논의되는 대표적인 경우가 대상판결에서 문제된 부진정예비적 병합¹⁾ 즉, 택일적 청구들에 대하여 예비적 병합이 이루어진 경우이다.

대상판결은 원고가 택일적 관계에 있는 청구들, 즉 청구권경합 관계에 있는 청구들에 대하여 예비적 병합을 한 경우 법원은 선택적 병합으로 심판하여야 한다고 판시하였다.

아래에서 대상판결의 판시를 개별적인 접근방법 즉, 부진정예비적 병합이 허용되

1) 부진정예비적 병합이란 용어가 독립적 청구들에 대하여 예비적 병합을 한 경우(대표적인 예가 어떤 이행청구에 대상청구가 병합된 경우이다)에 사용되기도 하지만, 이 글에서 부진정예비적 병합은 택일적 청구들에 대하여 예비적 병합을 한 경우만을 의미하는 것으로 한정한다.

는가의 차원에서 검토한 다음(IV.), 일반적인 접근방법 즉, 병합형태의 착오가 발생한 경우 일반적으로 어떻게 처리하여야 하는가의 차원에서 검토해 본다(V.). 이를 위하여 사전준비로 병합형태의 착오의 의의, 논점 등(II.)과 대상판결의 사안, 의미 등(III.)을 살펴본다.

결론을 미리 적으면, 대상판결이 부진정예비적 병합을 허용하지 않은 것은 타당하지 않고, 그 근거로서 취한, 병합형태의 착오가 발생한 경우 법원은 청구들의 성질에 따라 심판하여야 한다는 입장도 타당하지 않은 것으로 생각된다. 또한 병합형태의 착오가 발생한 경우 법원은 원칙적으로 청구취지 불특정 등을 이유로 소 전체를 각하하여야 하지만, 처분권주의나 소송경제 등에 비추어 문제가 없는 경우에는 원고의 의사에 따라 심판하는 예외를 인정할 수 있는데, 부진정예비적 병합은 이러한 예외에 해당된다고 생각된다.

II. 병합형태의 착오의 의의, 논점, 처리방법의 개관

1. 청구병합의 유형

청구병합은 병합된 청구들에 대한 심판방식(내지 조건)에 따라 단순병합, 선택적 병합, 예비적 병합으로 나뉜다. 원고의 의사에 따라 표현해 보면, 단순병합은 ❶ 병합된 각 청구에 대하여 무조건적으로 즉, 다른 청구들의 인용, 배척(기각 혹은 각하) 여부와 무관하게 심판해 줄 것을 요구하는 병합형태이고, 선택적 병합은 ❷ 병합된 청구 중 어느 하나가 인용되는 것을 해제조건으로 하여 다른 청구에 대하여 심판을 구하는 병합형태이고, 예비적 병합은 ❸ 병합된 청구에 순위를 붙여서 주위적(선순위) 청구가 인용되는 것을 해제조건으로 하여 예비적(후순위) 청구의 심판을 구하는 병합형태를 말한다.

소송행위에는 조건을 붙일 수 없는 것이 원칙이다. 선택적 병합이나 예비적 병합에는 병합청구의 심판에 조건이 붙어 있는 것이지만, 이러한 조건은 소송내적인 조건인 점과 소송경제 등을 고려하여 예외적으로서 유효성이 인정되는 것이다.²⁾

청구병합의 유형을 위와 같이 원고의 의사가 아니라, 원고의 의사에 대응한 법원의

2) 강현중, 민사소송법 제5판, 박영사, 2002, 282, 357쪽.

심판방식에 따라 표현해 보면, 법원의 심판방식은 원고가 구하는 심판방식을 따르는 것이 원칙이므로, 원고가 단순병합을 한 경우 법원은 ❶-1 병합된 모든 청구에 대하여 무조건적으로 심판하여야 하고(이하 필요한 경우 이를 ‘단순병합으로 심판’하는 것이라고 한다), 원고가 선택적 병합을 한 경우 법원은 ❷-1 병합된 청구 중 어느 하나가 인용되는 때에는 그 청구만 판단하여 인용하고, 모든 청구가 이유 없는 때에는 모든 청구를 판단하여 기각하여야 하고(이하 필요한 경우 이를 ‘선택적 병합으로 심판’하는 것이라고 한다), 원고가 예비적 병합을 한 경우 법원은 ❸-1 주위적 청구가 인용되는 경우에는 주위적 청구만 판단하여 인용하고, 주위적 청구가 이유 없고, 예비적 청구가 인용되는 경우에는 주위적 청구를 기각하고, 예비적 청구를 인용하고, 주위적 청구도 예비적 청구도 이유 없는 경우에는 두 청구를 모두 기각하여야 한다(이하 필요한 경우 이를 ‘예비적 병합으로 심판’하는 것이라고 한다).

병합형태의 개념을 정의할 때 원고의 의사만을 담는 경우도 있지만, 법원의 심판방식을 담는 경우도 있고, 청구들의 성질을 담는 경우도 있다.

2. 병합형태의 착오의 의의

일반적으로 병합된 청구들이, 단순병합의 경우 ❶ 독립적인 관계에 있는 것을, 선택적 병합의 경우 ❷ 택일적인 관계에 있는 것을, 예비적 병합의 경우 ❸ 배타적인 관계에 있는 것을 각 전제로 한다.

따라서 통상 청구들이 ❶ 독립적인 관계에 있는 경우 청구들에 대하여 원고는 ❶ 단순병합을 하고, 법원은 ❶-1 단순병합으로 심판하고, ❷ 택일적인 관계에 있는 경우, 원고는 청구들에 대하여 ❷ 선택적 병합을 하고, 법원은 ❷-1 선택적 병합으로 심판하고, ❸ 택일적인 관계에 있는 경우, 원고는 청구들에 대하여 ❸ 예비적 병합을 하고, 법원은 ❸-1 예비적 병합으로 심판한다.

병합형태의 착오는 원고가 병합형태를 잘못 잡은 것을 말하는데, 이는 엄밀하게 표현하면, 심판방식에 대한 원고의 의사와 병합형태별로 일반적으로 전제되는 청구들의 성질이 부합하지 않는 것을 의미한다.

즉, 청구들의 성질이 ❶인데 ❷, ❸의 방식으로 심판을 구한 즉, 독립적인 관계에 있는 청구들에 대하여 원고가 선택적 병합을 하거나 예비적 병합을 한 경우, 청구들의 성질이 ❷인데 ❶, ❸의 방식으로 심판을 구한 즉, 택일적인 관계에 있는 청구들에

대하여 원고가 단순병합을 하거나 예비적 병합을 한 경우, 청구들의 성질이 ③인데, 원고가 ❶, ❷의 방식으로 심판을 구한 즉, 배타적인 관계에 있는 청구들에 대하여 단순병합을 하거나 선택적 병합을 한 경우를 말한다.

3. 병합형태의 착오의 논점과 처리방법의 개관

3.1 논점

병합형태의 착오의 처리방법은 법원이 병합형태의 착오를 인지한 경우와 인지하지 못한 경우를 구분하여 생각해볼 필요가 있다. 법원이 병합형태의 착오를 인지한 경우에는 법원은 병합형태를 통상 전제되는 것으로 바로 잡으라는 청구취지의 보정을 명하게 될 것인데, 원고가 응하는 경우에는 아무런 문제가 없다. 병합형태의 착오가 있는 경우 보정을 명하면 된다는 것은 타당하지만, 이는 이론적으로 궁극적인 해결책이 아니다.

실제 풀어야 할 문제는 원고가 보정에 불응하는 경우 법원이 병합형태의 착오가 발생한 상태에서, 즉, 청구취지를 그대로 둔 상태에서 어떻게 병합청구에 대하여 심판하여야 하는가이다. 이것이 병합형태의 착오에 관한 가장 근본적인 논점이다.

나아가 법원이 병합형태의 착오를 인지하지 못한 경우에는 법원은 원고의 의사에 따라 병합청구에 대하여 판결할 것인데, 이러한 판결이 적법한 것인지? 만약 부적법하다면 어떻게 바로잡을 것이지? 또 상소가 제기되면 이심의 범위는 어떻게 되는 것인지? 항소심의 심판범위는 어떻게 되는지가 연이어 문제된다.

이러한 논점들은 서로 밀접하게 관련되어 있다. 이 글은 근본적인 논점인 첫 번째의 논점을 다룬다. 나머지 논점들은 차후의 연구로 미룬다.

3.2 처리방법의 개관

병합형태의 착오를 처리하는 방법은 결국 병합형태의 착오가 발생하고, 원고가 법원의 보정명령에 불응하는 경우 법원이 병합청구들을 심판하는 방법을 의미한다.

앞서 말한 바와 같이 이에 관하여는 병합형태의 착오가 발생한 일반적인 경우를 놓고 논의하기보다는 개별적인 사안별로 논의하여 왔다. 그 대표적인 예가 대상판결

이 논의하고 있는 부진정예비적 병합이 허용되는지 여부이다.

판례와 학설의 구체적인 소개는 뒤로 미루고, 일단, 개별적 사안별 논의 등을 참조하여 병합형태의 착오 일반에 대한 처리방법을 상정하여 본다. 우선 이는 크게 법원이 병합청구를 심판할 때 청구들의 성질을 고려할 필요가 없다는 입장과 있다는 입장으로 나눌 수 있다.

청구들의 성질을 고려할 필요가 없다는 입장(이하 ‘의사설’이라고 한다)에 서면, 법원은 원고의 의사에 따라 심판하여야 한다. 이에 따르면 청구들의 성질이 ①, ②, ③인지 여하를 고려하지 않고, 원고의 의사가 ①이면 법원은 ①-1로 심판하고, 원고의 의사가 ②면 법원은 ②-1로 심판하고, 원고의 의사가 ③이면 법원은 ③-1로 심판하게 된다.

이와 달리 청구들의 성질을 고려하여야 한다는 입장에 서게 되면 원고가 선택한 병합형태는 원칙적으로 부적법하여 허용되지 않는다. 그런데 원고가 선택한 병합형태는 허용되지 않는다고 하는 것만으로는 문제가 완전히 해결되지 않는다. 원고가 법원의 보정명령에 응하지 않은 경우에 법원이 병합청구들을 어떻게 심판하여야 하는지까지 논의되어야 한다.

이러한 법원의 심판방식에 관하여는 원고의 의사는 무시하고 청구들의 성질에 따라 심판하여야 한다는 입장(이하 이를 ‘성질설’이라고 한다)이 있을 수 있다. 이에 따르면 원고의 의사가 ①, ②, ③인지 여하를 무시하고, 청구들의 성질이 ①이면 법원은 ①-1로 심판하고, 청구들의 성질이 ②면 법원은 ②-1로 심판하고, 청구들의 성질이 ③이면 법원은 ③-1로 심판하게 된다. 이외에도 모든 청구들을 분리심판하여야 한다는 입장(이하 이를 ‘분리심판설’이라고 한다), 청구취지 불특정 등을 이유로 소를 각하하여야 한다는 입장(이하 이를 ‘각하설’이라고 한다)이 있을 수 있다.

한편 위 성질설, 분리심판설, 각하설 중 어느 하나를 취하면서도 개별적인 사안의 특수성을 감안하여 원고의 의사에 따라 심판할 수 있는 예외를 인정할 수 있을 것이다.

III. 대상판결의 사안, 의미 등

1. 사안과 판시사항

1.1 원심판결까지의 경과

원고는 피고에게 1억 원 및 그 지연손해금의 지급을 구하면서 주위적 청구원인으로 위 1억 원 상당을 대여하였다고 주장하고(대여금청구), 예비적 청구원인으로 피고에게 기망 당하여 위 1억 원 상당을 지급하게 되었다고 주장하였다(불법행위(사기)에 기한 손해배상청구).

1심법원은 주위적 청구인 대여금청구를 기각하고, 예비적 청구인 불법행위(사기)에 기한 손해배상청구를 인용하였다. 피고가 항소하였다.

항소심법원은 피고의 항소제기에 의한 이심의 효력은 사건 전체에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되었지만, 항소심의 심판범위는 피고가 불복신청한 범위, 즉 예비적 청구를 인용한 제1심판결의 당부에 한정되는 것이므로, 원고의 부대항소가 없는 이상, 심판대상은 예비적 청구 부분에 한정된다고 한 다음, 원고가 제출한 증거만으로는 피고의 불법행위(사기)를 인정하기에 부족하다는 이유로 피고의 항소를 받아들여 예비적 청구를 기각하였다.

원고가 상고하였다.

1.2 판시사항

대법원은 “병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 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, 항소심으로서 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다”는 법리를 설시한 다음, “이 사건 주위적 청구와 예비적 청구는 그 명칭에도 불구하고 실질적으로는 선택적 병합 관계에 있다

할 것이므로,³⁾ 원심으로서의 피고가 항소의 대상으로 삼은 이 사건 예비적 청구만을 심판대상으로 삼을 것이 아니라 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하였어야 하는바, 그럼에도 불구하고 원심이 위와 같이 이 사건 예비적 청구 부분만을 심판대상으로 삼아 청구를 기각한 것은 항소심의 심판대상에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 것이다”라고 판단하여 원심판결을 파기하고, 사건을 환송하였다.

2. 대상판결의 의미

대상판결의 판시의 핵심은 위 밑줄 친 부분이다. 이 부분 표현방법은 오래전부터 이용되어 온 것으로서 법원의 심판방식에 중점을 둔 것이고, 학설들도 이러한 표현을 주로 사용한다. 이러한 표현방법에는 원고가 요구하는 병합형태가, 그것이 허용되는지 여부를 떠나, 법원이 심판방식으로 취하여야 할 병합형태와 다를 수 있는 점이 잘 표현되지 않는다는 점에서 아쉬움이 있다.

대상판결의 사안은 원고가 택일적 청구들에 대하여 예비적 병합을 한 경우인바, 이에 대하여 부진정예비적 병합이 허용되는지라는 논점으로 논의되어 왔다. 대상판결은 이 점에 대하여는 아무런 언급이 없지만, 대상판결은 부진정예비적 병합이 아예 허용되지 않는다고 본 것이거나, 혹은 이 사안에서는 합리적 필요성이 없어 예비적 병합이 허용되지 않는다고 본 것이다. 아래 IV.에서 이 점의 당부를 검토한다.

또한 대상판결은 병합형태의 착오의 처리방법으로 상정해 본 여러 입장 중 성질설을 취한 것이다. 대상판결이 취한 성질설이 병합형태의 착오를 처리할 일반적인 해결책이 될 수 있는지는 아래 V.에서 검토한다.

3) 대상판결은 병합된 청구들의 관계가 택일적인 것으로 본 것이다. 이견이 있기는 하나(법률신문, 이기택, “선택적 병합과 예비적 병합의 구별(판례평석: 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결)”, 2014. 11. 24, <<https://www.lawtimes.co.kr/news/105132>>, 검색일: 2023. 10. 25.), 이 글에서는 대상판결의 입장이 타당한 것을 전제로 논의를 전개한다.

IV. 부진정예비적 병합의 허용 여부

1. 학설과 판례

부진정예비적 병합이 허용되는지 여부에 관하여는 허용된다는 견해(이하 ‘긍정설’이라고 한다),⁴⁾ 합리적 필요성이 있는 경우 허용된다는 견해(이하 ‘제한적 긍정설’이라고 한다)⁵⁾ 및 허용되지 않는다는 견해(이하 ‘부정설’이라고 한다)⁶⁾가 대립하고 있다.

판례는 현재 엇갈리고 있다. 긍정설을 취한 것으로는 대법원 1959. 10. 15. 선고 4291민상793 판결, 대법원 1966. 7. 26. 선고 66다933 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결 등이 있고, 제한적 긍정설을 취한 것으로는 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다23598 판결, 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005다48888 판결, 대법원 2021. 4. 15. 선고 2020다293438 판결 등이 있다.

반면 대상판결은 앞서 언급한 바와 같이 부진정예비적 병합이 허용되는지 여부에 대하여 아무런 언급이 없어 부진정예비적 병합을 아예 인정하지 않거나 그 사안에서 합리적 필요성이 인정되지 않는다고 본 것이다. 대개 대상판결은 전자의 입장이라고 보는 듯하다.⁷⁾

판례는 오랫동안 부진정예비적 병합이 허용되는 것으로 즉 긍정설 또는 제한적

4) 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 809-810쪽; 문일봉, “선택적 병합과 청구권경합”, 법조 제48권 제3호, 법조협회, 1999, 112쪽 이하, 145쪽; 강현중, 앞의 책, 359쪽. 병합형태의 착오에 관한 탁월한 선행 연구인 문일봉은 부진정예비적 병합이 허용되어야 하는 근거로 어떤 급부에 대하여 인용판결을 받을 것인가에 관하여 원고의 의사를 존중하여야 하는 점, 근본적으로는 선택적 병합의 이용이 자제되어야 한다는 점을 제시하고 있다.

5) 광승구/범경철, “양립 가능한 청구의 예비적 병합 허용여부”, 법학논집 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020, 113쪽 이하, 129쪽; 김동현, “부진정예비적 병합의 개념과 심판방법”, 안암법학 제54호, 안암법학회, 2017, 277쪽 이하, 302쪽; 김홍엽, 민사소송법 제10판, 박영사, 2021, 989쪽.

6) 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023, 705-706쪽.

7) 이시윤, 앞의 논문, 706쪽; 범경철/광승구, 앞의 논문, 124쪽; 전병서, “청구의 양립과 예비적 병합”, 인권과 정의 제445호, 대한변호사협회, 2014, 116쪽 이하, 126쪽.

8) 일본의 학설과 판례에 관하여는 編集代表 新堂幸司/鈴木正裕/竹下守夫/福永有利, 注釈民事訴訟法 5, 有斐閣, 1998, 160-163頁 참조. 한편, 택일적 청구에 대하여 예비적 병합을 한 사안에 대하여 예비적 청구 부분의 소를 각하하여야 한다는 입장을 취한 것으로는 大阪地方裁判所 昭和 33. 5. 27. 判決(점유권에 기한 주위적 청구에 대하여 출소기간 도과를 이유로 소를 각하하고, 소유권에 기한 예비적 청구에 대하여 병합이 허용되지 않는다는 이유로 소를 각하하였다)이 있다.

긍정설을 취하여 왔고, 실무 역시 이러한 판례에 따라 운영되어 왔다. 그러나 대상판결이 선고됨으로써 대법원의 입장이 부정설로 사실상 변경된 것이 아닐까 하는 추측도 있었으나 이후에 선고된 위 대법원 2021. 4. 15. 선고 2020다293438 판결이 제한적 긍정설을 취하였으므로, 대법원의 입장이 정리된 것이 아님을 알 수 있다.

2. 검토

부진정예비적 병합의 허용성은 주로 예비적 병합의 요건으로 양립불가능성이 반드시 요구되는지와 관련되어 논의된다. 부정설은 반드시 양립불가능성이 충족되어야 한다고 보는 반면, 긍정설은 양립불가능성이 없어도 예비적 병합이 가능하다고 보고, 제한적 긍정설은 합리적 필요성이 있는 경우에는 양립불가능성이 충족되지 않아도 예비적 병합이 가능하다고 본다. 이러한 긍정설, 제한적 긍정설, 부정설의 대립은 궁극적으로 원고의 의사를 반영할 것인지, 반영한다면 어느 정도로 할 것인지에 대한 입장 차이를 전제로 한다.

다음과 같은 점들을 고려할 때 긍정설이 타당하다고 생각한다.

첫째, 부정설은 당사자의 의사를 전혀 고려하지 않는 입장으로서는 병합형태는 당사자의 의사가 아니라 청구들의 성질에 의하여 결정된다고 하여, 앞서 상정해 본 병합형태의 착오의 처리방법 중 성질설을 근거로 제시하고 있다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 성질설은 병합형태의 착오의 처리방법으로 삼기에는 여러 가지 문제점이 있다.

둘째, 부진정예비적 병합의 경우에는 당사자의 의사대로 심판하여도 처분권주의나 소송경제 등의 측면에서 별다른 문제가 발생하지 않는다.⁹⁾

셋째, 선택적 병합보다는 예비적 병합이 우수하다. 우리나라의 현재 상황상 선택적 병합을 병합형태의 하나로 인정할 수밖에 없다. 하지만, 선택적 병합은 인용할 청구를 법원의 임의의 선택에 맡기는 것인데, 이는 청구의 특정과 관련된 원고와 법원의 역할분담 차원에서 볼 때 처분권주의에 반한다는 것이 독일의 지배적인 견해라고 한다.¹⁰⁾

넷째, 제한적 긍정설이 요구하는 ‘합리적 필요성이 있는 경우’는 너무 모호하고 유동적이어서 심판의 초기부터 정립되어야 할 병합형태(법원의 심판방식)를 정할

9) 문일봉, 앞의 논문, 143-146쪽.

10) 문일봉, 위의 논문, 121쪽.

기준으로 삼기에는 부적절하다. 제한적 긍정설을 취할 때 합리적 필요성을 뒷받침할 사유로 생각할 수 있는 것은 청구의 크기,¹¹⁾ 상계제한, 과실상계, 도산절차의 면책대상 여부의 차이,¹²⁾ 증명책임의 부담의 차이 등 법적인 사유와 원고의 명예나 신용에 미치는 영향이나 실제 확보하여 제출할 수 있는 증거의 차이 등 사실적인 사유¹³⁾로 나누어 볼 수 있지만, 사실적인 사유는 물론 법적인 사유도 소송절차의 초기에는 판단하기 어려운 경우가 종종 있을 것이고 심지어는 소송진행 중에 판단이 바뀌는 경우도 생길 것이다. 합리적 필요성을 사실적인 사유에 근거하여 넓게 인정하는 방법도 생각할 수 있으나, 이렇게 하면 제한적 긍정설과 긍정설의 경계가 모호해진다.

V. 병합형태의 착오의 일반적 처리방법

1. 들어가면서

대상판결의 판시를 병합형태의 착오에 대한 일반적인 처리방법의 차원에서 살펴본다. 대상판결은 의사설, 성질설, 분리심판설, 각하설 중에서 성질설을 취하면서 부진정예비적 병합의 경우에도 예외를 인정하지 않았다. 대상판결이 취한 성질설은 부진정예비적 병합의 사안이 아닌 다른 유형의 병합형태의 착오까지 포함한 병합형태의 착오 일반에 적용될 수 있을까?

아래에서 의사설, 성질설, 분리심판설, 각하설 중 어떤 것이 적절한지 검토해보기로 한다. 결론을 미리 적으면 각하설이 타당하고, 병합형태의 착오가 발생한 경우에는 각하설을 기본으로 하되, 착오의 유형에 따라서 예외를 인정할 수 있을지 여부를 검토해보아야 하는데, 부진정예비적 병합의 경우에는 예외를 인정하는 것이 타당하다.

11) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결.

12) 전병서, 앞의 논문, 127쪽; 광승구/범경철, 앞의 논문, 129쪽.

13) 編集代表 新堂幸司/鈴木正裕/竹下守夫/福永有利, 前掲書, 161-162頁.

2. 여러 입장들에 대한 검토

2.1 전제사항

이하에서 병합형태의 착오의 유형을 ① 택일적 청구들을 단순병합한 경우, ② 배타적 청구들을 단순병합한 경우, ③ 독립적 청구들을 선택적 병합한 경우, ④ 배타적 청구들을 선택적 병합한 경우, ⑤ 독립적 청구들을 예비적 병합한 경우, ⑥ 택일적 청구들을 예비적 병합한 경우로 나눈 다음, 유형별로 각 입장들을 평가해본다.

또 원고가 A 청구(1억 원)와 B 청구(1억 원)를 병합청구하고, 병합형태의 착오를 바로잡으라는 법원의 석명에 응하지 않는 경우를 상정한다.

결론적으로 의사설, 성질설, 분리심판설 모두가 문제점이 있으므로 병합형태의 착오를 처리할 일반적 처리방법으로는 각하설이 타당한 것으로 판단된다.

2.2 의사설

실제로 의사설을 취하는 입장이 있다.¹⁴⁾ 이 견해는 독립적 청구들에 대하여는 단순 병합, 택일적 청구들에 대하여는 선택적 병합, 배타적 청구들에 대하여는 예비적 병합을 선택하는 것은 사실상의 대세에 지나지 않으므로 원고가 청구들의 성질에 구애받지 않고 병합의 형태를 선택할 수 있다고 하고, 이렇게 하는 것이 청구들의 성질이 애매할 때 편리하다고 한다.

그러나, 병합형태의 구분은 원고의 권한 측면에서의 처분권주의뿐만 아니라 원고의 책임이나 원고와 법원의 역할분담 측면에서의 처분권주의, 원고의 편의뿐만 아니라 법원의 심리부담과 피고의 방어권 보장까지 모두 고려한 소송경제, 심급의 이익 등 제반사정을 두루 감안하여 도출된 것이므로 이를 몽둥그려 단순히 사실상의 대세에 불과하다고 보는 것은 부적절하다고 생각된다. 의사설을 취하는 경우 청구들의 성질이 애매한 경우 심판방식을 편하게 정할 수 있기는 하지만, 청구들의 성질이 애매한 경우는 일반적이 아니라 예외적인데, 예외적인 상황에 대한 회피적 대응이 용이하다는 이유로, 이를 병합형태의 착오를 처리할 일반적인 처리방법으로 삼을 수 있는지도 의문이다. 통설, 판례도, 원고가 보정하지 않는 경우 법원이 구체적으로

14) 伊東乾, 民事訴訟法研究, 酒井書店, 1968, 73-75頁.

어떻게 심판하여야 할지에 관하여 차이를 보이기는 하지만, 청구들의 성질을 고려하여야 한다는 입장이다.

결국, 의사설은 지나치게 원고의 이익에 치우친 이론이므로 지지하기 어렵다.¹⁵⁾ 다만, 의사설을 취할 수 없다는 것과 이를 전제로 하여 병합형태의 착오 중 일정한 경우에 의사설에 따른 취급을 예외적으로 인정하는 것은 다르다는 점에 유의할 필요가 있다.

2.3 성질설

2.3.1 유형별 검토

대상판결의 입장은 성질설을 취한 것이다. 그리고 대상판결의 입장을 지지하는 견해들도 마찬가지로이다.¹⁶⁾ 그런데, 성질설은 병합형태의 착오를 처리할 일반적인 기준으로 삼기에는 부적절하다고 생각된다. 왜냐하면, 당사자의 의사를 완전히 무시함으로 말미암아 아래와 같이 여러 문제점들이 발생하기 때문이다.

앞서 본 병합형태의 착오의 유형 중 문제가 있는 것이 분명한 ㉠ 내지 ㉢를 먼저, ㉢, ㉠, ㉡, ㉠의 순서로 살펴본다.

㉢의 경우 즉 원고가 독립적 청구들에 대하여 선택적 병합을 한 경우, 성질설에 따르면, 법원은 A, B 두 청구를 단순병합으로 심판하여야 한다. 이 경우 원고는 청구 취지에서 1억 원을 구하고 있을 뿐인데, 법원이 2억 원을 지급하라는 판결을 선고하여야 할 수도 있다. 이는 처분권주의를 위반한 것이다. 본질적인 문제는 아니라고 볼 수도 있지만, 소가 흡수의 원칙 대신 합산의 원칙이 적용됨으로 인하여 인지의 추가납부가 필요한 경우에는, 병합형태의 보정에 불응한 원고는 인지의 추가납부도 불응할 것이므로,¹⁷⁾ 법원은 소 전부를 각하¹⁸⁾하거나, 두 청구 중 하나에 관련된 소를 각하하

15) 문일봉, 앞의 논문, 124, 128-129쪽에 의하면, 배타적 청구들에 대하여 선택적 병합을 하면 주장 자체가 서로 모순되고, 자백간주가 서로 충돌하는 경우 등의 문제가 있다고 하고, 독립적 청구들에 대하여 선택적 병합을 하면 합리적 이유 없이 청구를 불특정하게 하고, 심급의 이익과 관련한 문제가 발생한다고 한다.

16) 이시윤, 앞의 책, 706쪽; 정동운/유병현/김경옥, 민사소송법 제9판, 법문사, 2022, 997-998쪽; 이기택, 앞의 신문기사(판례평석).

17) 만약 인지의 추가납부에 응한다면 결국 원고가 단순병합으로의 병합형태의 변경에 응한 것으로 봐야 할 것이다.

18) 소각하판결과 소장각하명령을 포함한다.

여야 할 것이다. 후자의 경우 각하될 소의 선택을 법원이 한다면 이 역시 원고와 법원의 역할분담의 차원에서의 처분권주의에 반한다고 볼 수 있다.

④의 경우 즉, 원고가 배타적 청구들에 대하여 선택적 병합을 한 경우, 성질설에 따르면 법원은 A, B 두 청구를 예비적 병합으로 심판하여야 하는데, 원고가 주위적 청구 및 예비적 청구가 어느 것인지를 정해주지 않았으므로, 결국 법원이 이를 정하여야 할 것이다. 그런데 이러한 판단은 원고가 하는 것이 적절하고, 이를 법원이 하는 것은 부적절하다. 이 역시 원고와 법원의 역할분담의 차원에서의 처분권주의를 위반한 것이고, 청구취지가 불특정한 경우라고 평가할 수 있을 것이다.

⑤의 경우 즉, 원고가 독립적 청구에 대하여 예비적 병합을 한 경우, 성질설에 따르면 법원은 A, B 두 청구를 단순병합으로 심판하여야 한다. 이 경우는 위 ㉔와 마찬가지로 문제가 발생한다.

⑥의 경우 즉, 원고가 배타적 청구들에 대하여 단순병합을 한 경우, 성질설에 따르면 법원은 A, B 두 청구를 예비적 병합으로 심판하여야 하는데, 결국 위 ㉔와 마찬가지로 문제가 생긴다. 원고가 2억 원의 지급을 구하고 있음에도 주위적 청구 1억 원만을 인용하고 예비적 청구에 대하여는 주문에서 아무런 판단을 하지 않는 경우도 생긴다.

나머지 ㉔와 ㉕도 성질설에 따라 처리하는 것이 적절하지 않다. 즉, ㉔의 경우 즉, 택일적 청구들에 대하여 원고가 단순병합한 경우, 원고가 2억 원의 지급을 구하고 있음에도 어느 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구에 대하여는 주문에서 아무런 판단을 하지 않는 경우가 생긴다. 다만 ㉔의 경우는 ㉕와 달리 원고가 아닌 법원이 심판순위를 정하여야 하는 문제점은 없으므로 ㉕와 비교할 때에는 문제가 적다고 할 수 있다. 그러나 원고의 의사가 없는 상황에서 인용할 청구를 법원이 임의로 선택하는 것 자체가 처분권주의에 반한다고 볼 여지도 있다.

㉕의 경우는 앞서 개별적인 차원에서 논의한 바와 같이 성질설을 취하더라도 예외를 인정하여야 하는 경우이다. 앞서 본 바와 같은 선택적 병합에 대한 비판을 고려할 때 택일적 청구라도 법원이 아니라 원고가 심판순서를 정해주는 것이 오히려 바람직하다고 볼 수도 있다.

위와 같이 성질설의 경우 병합형태의 착오가 발생한 대부분의 경우에 문제가 발생하므로 이를 병합형태의 착오의 일반적 처리방법으로 채택하기 어렵다.

2.3.2 유의할 판례들

상소와 관련된 아래 대법원 판결들의 판시에 대하여는 유의할 점이 있다.

대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51495 판결은 “논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것이고, 따라서 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 ㉠ 제1심법원이 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 할 것인바, ㉡ 법원이 이러한 조치를 취함이 없이 본안판결을 하면서 그 중 하나의 청구에 대하여만 심리·판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리·판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하였다 하더라도 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 또는 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이므로, 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리·판단하여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐, 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다”라고 판시하였고, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다354 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다10898 판결도 같은 취지의 판시를 하였다.

위 판결들이 성질설을 취한 것으로 볼 여지가 있고, 그 선고시기에 비추어 볼 때 대상판결에도 영향을 미쳤을 것으로 추측된다.

그러나 위 판결들이 성질설을 취하였다면 ㉠와 같이 보정을 명할 필요성을 언급하기보다는 법원의 심판방법은 성질설에 의하여 결정된다는 식으로 판시하였을 것이다. 적어도 성질설에 따른 판시를 생략하지는 않았을 것이다. ㉠ 부분은 오히려 1심법원이 본안에 대하여 심판하기 위하여는 보정이 꼭 필요하다는 취지로 읽을 수도 있는데, 이렇게 보는 경우 위 판결들은 성질설과 배치되는 것이다.¹⁹⁾

위 판결들의 쟁점은 법원이 병합형태의 착오를 간과하여 일부 청구에 대한 판단을 아예 누락한 경우 상소제기의 효과가 누락된 청구에 미치는지 여부인데, ㉡ 부분은 이를 해결하기 위하여, 그리고 이 부분에 한정하여 성질설을 취한 것으로 볼 수도 있다. 이 글에서는 위 쟁점은 병합형태의 착오의 여러 논점 중 근본적인 논점이 아니라 상소와 관련된 논점이라는 점, 위 판결들이 성질설을 취한 것으로 보더라도 근본적인 논점의 차원에서 성질설이 문제가 있다는 위의 분석에 영향을 미치지 않는 점을 일응 언급해 두고 위 판결들에 대한 더 상세한 분석은 차후의 연구로 미룬다.

19) 박재완, 민사소송법강의 제4판, 박영사, 2021, 582쪽 각주 1053.

2.4 분리심판설

2.4.1 들어가면서

개별적으로 병합형태의 착오를 다루면서 일정한 경우 분리심판설을 취하는 견해도 있다.²⁰⁾ 병합형태의 착오와 관련하여 분리심판설이 등장하는 것은 일반적인 병합요건이 흠결된 경우 분리심판설이 통설이기 때문이다. 병합형태의 착오의 처리방법으로서의 분리심판설의 당부를 음미하기 위하여는 청구병합의 일반적인 요건과 그 흠결의 효과로서의 분리심판설의 내용을 살펴본 다음, 병합형태의 착오가 발생한 경우에도 일반적인 청구병합의 요건이 흠결된 경우와 마찬가지로 보아야 하는지를 검토해볼 필요가 있다. 결론적으로 분리심판설은 타당한 해결책이 아니라고 생각된다.

2.4.2 병합요건의 흠결과 분리심판설

우선, 일반적인 병합요건의 흠결이 있는 경우의 처리방법에 관하여 살펴보기로 한다.

청구병합의 요건으로는 절차의 공통, 관할의 공통 및 청구들 사이의 관련성이 있다. 마지막의 청구들 사이의 관련성은 단순병합에서는 요구되지 않고 선택적 병합과 예비적 병합에서만 요구된다고 통상 설명되는데, 이에 대하여는 아래에서 좀 더 자세히 본다.

일반적으로 병합요건이 흠결된 경우에는 변론을 분리하여 각 청구를 별개의 소송 절차로 처리하여야 한다는 분리심판설이 통설의 입장이다.²¹⁾ 분리심판설은, 병합요건을 갖추지 못했다는 것은 병합할 수 없다는 즉, 단일절차로 심판할 수 없다는 것이므로, 소 전부를 부적법한 것으로 취급하여 각하하여야 하는 것은 아니고, 각 청구에 대하여 별소가 제기된 것으로 취급하면 된다는 입장이다.²²⁾

한편, 단순병합의 경우에는 분리심판하여야 하지만, 선택적 병합 및 예비적 병합의

20) 문일봉, 앞의 논문, 137쪽은 배타적 청구들에 대하여 선택적 병합을 한 경우는 병합이 허용되지 않으므로 분리심판하여야 한다고 한다. 다만, 독립적 청구들에 대하여 선택적 병합을 한 경우에는 변론분리까지는 필요 없이 단순병합으로 취급하면 된다고 한다.

21) 이시윤, 앞의 책, 707쪽; 김홍엽, 앞의 책, 991쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 1002쪽; 편집대표 민일영, 주석 민사소송법 2 제8판, 한국사법행정학회, 2018, 188쪽 강영수 집필부분; 新堂幸司, 新民事訴訟法 第3版, 弘文堂, 2004, 685頁; Friedrich Stein/Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* 22. Auflage Band 4 § 260, Mohr Siebeck, 2008, 290, Rn. 27.

22) 鈴木正裕, “訴訟内訴え提起の要件と審理(一)”, 法学教室 No. 41, 有斐閣, 1984, 53頁 이하, 56頁.

경우 여러 개의 청구의 불가분성에 비추어 소 전체를 판결로 각하하여야 한다는 견해가 있다.²³⁾

다만 분리심판설도, 선택적 병합이나 예비적 병합의 경우 일부 청구에 관하여 다른 법원에 전속관할위반이 있다면 병합된 청구 전부를 이송할 수 있다고 한다.²⁴⁾

분리심판설과 각하설이 차이를 보이는 것은 분리심판설은 분리심판할 때 원고의 의사는 전혀 고려할 필요가 없다고 보는 반면, 각하설은 병합요건이 흠결되면 분리심판을 하여야 하지만, 이때에도 원고의 의사를 무시할 수 없는데, 원고의 의사를 고려하면 소가 부적법하게 된다고 보기 때문이다. 따라서 각하설은 분리심판설을 전제로 하는 견해라고 할 수 있다.

2.4.3 통상의 변론분리와 분리심판의 차이

병합요건흠결로 인한 분리심판과 통상의 변론분리는 서로 다르다. 관련재판적의 성립과 소가산정의 합산이나 흡수는 병합요건이 충족됨을 전제로 한 것이다. 따라서 병합요건흠결로 인하여 분리심판하는 경우에는 청구별로 관할의 충족 여부를 검토해야 하고, 인지액도 각 청구별로 산정하여야 하므로, 관할흠결로 인한 이송, 인지의 보충이 필요할 수 있다.²⁵⁾ 반면, 통상의 변론분리는, 병합이 적법하지만, 법원이 편의에 따라 하는 것이므로 이러한 문제가 발생하지 않는다.²⁶⁾

분리심판설을 취하면서 단순병합의 경우에는 변론분리까지 할 필요가 없다는 견해도 있는데, 소송경제를 고려할 때 실제 변론분리를 하지 않아도 무방한 경우도 있을 수 있겠지만, 병합요건이 흠결된 이상, 관할흠결로 인한 이송의 필요성이나 인지의 보충의 필요성까지 부정되어서는 안 될 것이다.

2.4.4 병합형태의 착오와 분리심판설

앞서 본 바와 같이 병합요건의 흠결이 있는 경우 분리심판설이 통설이다. 분리심판설이 타당하다고 전제할 때 병합형태의 착오가 있는 경우에도 분리심판설이 적용되

23) 송상현/박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014, 605쪽; 한종렬, 한국민사소송법 상, 대왕사, 1985, 311쪽.

24) 편집대표 민일영, 앞의 책, 185쪽 강영수 집필부분.

25) 鈴木正裕, 前掲論文, 56頁 注2.

26) 鈴木正裕, 前掲論文, 56頁 注2; Thomas Rauscher/Peter Wax/Joachim Wenzel, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* 3. Auflage Band 1 § 260, C.H.Beck, 2008, p. 1,445, Rn. 48.

어야 하는가? 결론적으로 부정하는 것이 타당하다고 생각된다. 아래에서 근거를 차례로 제시한다.

이 쟁점은 ‘관련성’과 관련된다. 관련성은 절차의 공통에서 요구되는 경우도 있고, 병합형태의 선택에서 요구되는 경우도 있는데, 두 경우의 관련성은 서로 구별되어야 할 것이다. 즉, 행정소송에서 행정사건과 민사사건을 병합하기 위하여는 민사사건이 행정사건의 대상이 된 처분과 관련성이 있는 손해배상, 부당이득반환, 원상회복 등 청구소송일 것이 요구된다(행정소송법 제10조 제2항). 예컨대 원고가 취소소송과 대여금청구소송을 병합하여 행정소송을 제기하면, 위 조문이 요구하는 관련성이 인정되지 않고, 병합요건이 흠결된 것으로서 분리심판하여야 한다. 이러한 관련성은 우리나라 문헌에서는 통상 병합요건 중 ‘절차의 공통’에서 설명된다.²⁷⁾

한편, 우리나라의 문헌들은 병합의 요건 중 절차의 공통, 관할의 공통 외에도 관련성을 별도의 항목으로 거론하면서 단순병합의 경우에는 아무런 관련성이 요구되지 않으나, 선택적 병합과 예비적 병합의 경우에는 관련성이 있는 것이 요구된다고 하는 것이 일반적이다. 이러한 관련성은 통상적인 선택적 병합, 예비적 병합이 전제하고 있는 청구들의 상호관계 즉, 청구들의 택일적 관계 혹은 배타적 관계를 의미하는 것인데, 단순병합의 경우 아무 관련성이 없을 것 즉, 독립적 관계일 것이 요구된다고 볼 수도 있다. 병합형태의 착오는 이러한 관련성이 흠결된 것이라고 할 수 있다.

병합형태에서 요구되는 관련성이 흠결된 경우, 청구들을 분리심판하여야 하는가? 부정하는 것이 타당할 것이다. 즉, 병합형태에서 요구되는 관련성이 흠결된 것은 병합요건, 즉 수개의 청구를 단일절차로 심판하기 위한 요건의 흠결이 아니라고 보아야 할 것이다.

절차공통에서 요구되는 관련성은 병합형태를 불문하고 요구되는 것이고, 이 관련성이 흠결된 경우 원고가 바로잡을 방법도 없다. 절차공통에서 요구되는 관련성이 흠결된 경우 단일절차로 심판하는 것은 애초부터 불가능하며, 원고가 병합형태를 바꾸는 등의 조치를 취하여도 달라지는 것은 없다.

반면, 절차의 공통과 관할의 공통은 갖추어졌는데, 병합형태에서 요구되는 관련성이 흠결된 경우, 원고가 병합형태를 변경함으로써 이를 바로잡을 수 있고, 각 청구를 개별적으로 보면 원고가 병합형태를 변경하기 전과 후를 불문하고 해당 재판부가 각 청구를 심판하는 것이 가능하다. 이런 상황에서 만약 원고가 선택하는 병합형태에

27) 일본, 독일의 문헌에서는 ‘병합이 금지되지 않을 것’이라는 병합요건에 위치하기도 한다.

따라 단일절차로 진행할 수 있는지 여부가 달라진다면 절차가 불안정해진다. 따라서 병합형태에서 요구되는 관련성은 수개의 청구를 단일절차로 심판할 수 있는 요건으로서의 병합요건과는 무관한 것으로 보는 것이 옳을 것이다.

병합요건 중 하나로 관련성을 설명하면서 객관적 병합이나 예비적 병합의 경우에는 관련성이 필요하거나, 나아가 단순병합의 경우 관련성이 없어야 한다는 식으로 설명하는 것은 위와 같은 점에서 오해를 발생시킬 소지가 있다고 생각된다.

2.4.5 유형별 검토

앞서 본 바와 같이 병합형태의 착오를 분리심판의 사유로 보기는 어렵지만, 가정적으로 병합형태의 착오에 분리심판설을 적용해보면, 원고가 선택적 병합이나 예비적 병합을 한 ㉢ 내지 ㉦ 유형에서는 모두 원고가 1억 원의 지급만을 구하고 있음에도 불구하고 법원이 2억 원을 지급하라는 판결을 선고하는 경우도 발생할 수 있게 된다. 이는 처분권주의 위반이라고 할 수 있다. 이 점에서도 분리심판설은 병합형태의 착오의 일반적인 처리방법으로 삼기에 부적절하다.

또 분리심판하면, 통상적인 변론분리와 달리, 인지부족이 발생하여 법원이 인지보정을 명해야 하는 경우가 발생할 수도 있다. 특히 원고가 선택적 병합이나 예비적 병합을 선택하여 흡수의 원칙이 적용된 인지만을 냈던 경우에 인지 부족이 발생할 가능성이 높다. 예컨대, 원고가 선택적 병합을 한 ㉢, ㉤에서 만약 원고가 인지보정에 응하지 않을 경우 법원은 소 전부를 각하하거나, 어느 청구 부분의 소를 각하하여야 하는데, 후자의 경우 법원이 각하할 부분을 선택하는 것은 적절하지 않다. 원고가 단순병합을 선택한 경우에도 합산의 원칙이 배제됨으로 말미암아 인지 관련 문제가 발생할 수 있다.

한편, 일반적인 병합요건의 흠결이 있을 때 선택적 병합이나 예비적 병합의 경우 청구의 불가분성을 이유로 각하하여야 한다는 견해는 ㉢ 내지 ㉦ 유형에서 소 전체를 각하하여야 한다고 할 것이다.

2.5 각하설

앞서 본 바와 같이 의사설, 성질설, 분리심판설 모두 병합형태의 착오의 일반적인 처리방법이 될 수 없다면 결국은 각하설을 취할 수밖에 없는 것으로 여겨진다. 병합형

태의 착오가 발생한 경우 소를 각하하는 것은 기본적으로 각 병합형태가 통상 전제되는 청구들의 성질에 비추어 가장 효율적인 병합형태임을 전제로 하여, 처분권주의, 소송경제 등 여러 가지 요청을 반영한 것으로서, 그 근거를 가장 축약적으로 표현한다면 청구취지 불특정이라고 할 수 있을 것이다.

다만, 앞서 언급한 바와 같이 각하설을 취하면서도 처분권주의나, 소송경제 등을 고려할 때 별다른 문제점이 없는 경우에는 법원이 원고의 의사에 따라 심판할 수 있는 예외를 인정하여야 하고, 이러한 예외를 인정할 것인지 여부를 판단할 때 기존의 유형별 논의가 참조되어야 할 것이다.

잘못된 단순병합이나 잘못된 선택적 병합의 경우에는 현재로서는 예외를 인정하기 어려울 것이다. 특히 ㉑의 경우 즉, 택일적 청구들에 대한 단순병합이 허용된다는 견해들이 유력하게 제시되고 있으나,²⁸⁾ 이 글에서는 일응 허용되지 않는다는 견해를 지지해 둔다.

잘못된 예비적 병합 중 ㉒의 경우 즉, 부진정예비적 병합의 경우는 이러한 예외에 포함시킬 수 있을 것이다. ㉓의 경우, 즉, 독립적 청구들에 대하여 원고가 예비적 병합을 한 경우에는 예비적 청구 부분의 소만 각하한 일본의 하급심 판례가 있는데,²⁹⁾ 예비적 병합의 경우에는 예비적 청구 부분의 소만 조건부청구로서 부적법하다고 보면 일부각하로서 이러한 처리가 가능하고, 또 이로써 충분하다고 할 수 있을 것이다. 다만, 이 경우에 주위적 청구가 인용된다면 예비적 청구 부분의 소를 각하하는 주문을 낼 필요는 없을 것이다. 유의할 점은 원시적 청구병합과 달리 후발적 청구병합 즉, 청구의 변경에서는 ‘청구기초의 동일성’이 요구되므로, 소송계속 중에 기존 청구에 독립적 청구를 추가하면서 단순병합이 아닌 예비적 병합을 하는 경우 원칙적으로 청구의 변경이 불허된다는 점이다.³⁰⁾

28) 문일봉, 앞의 논문, 147-152쪽. 이 견해는 이중집행의 위험에 대하여는 주문을 선택적 병합과 같은 방식으로 기재하자고 제안한다(150쪽). 다만, 이 견해도 단순병합이 유용하거나 바람직한 것은 아니라고 한다(152쪽). 한편, 택일적 청구에 대한 단순병합을 인정하면서도 한 청구를 인용하면 소의 흠결을 이유로 나머지 청구에 대한 소를 각하하여야 한다는 견해도 있다(강현중, 앞의 책, 361쪽).

29) 福岡高等裁判所 平成 8. 10. 17. 판결(원고의 주위적 청구는 대여금청구, 예비적 청구는 기탁금청구인데, 원고가 각기 별도의 금원수수가 있었던 것을 전제로 위와 같이 청구한 사안에서, 두 청구는 독립적 청구들로서 단순병합하여야 하고 예비적 병합은 허용되지 않는다고 하고, 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구는 각하되어야 한다고 판시).

30) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결.

VI. 마치면서

지금까지 대상판결의 판시를 계기로 부진정예비적 병합의 허용 여부 즉 택일적 청구들에 대하여 예비적 병합을 하는 것이 가능한지 여부와, 부진정예비적 병합만에 한정하지 않고 널리 청구들의 성질과 원고의 의사가 일치하지 않는 경우 법원이 어떻게 심판하여야 하는지 즉, 병합형태의 착오의 일반적 처리방법에 대하여 검토해 보았다. 결론을 최대한 요약하면 대상판결이 부진정예비적 병합을 허용하지 않은 것은 타당하지 않고, 그 근거로서 취한, 병합형태의 착오가 발생한 경우 법원은 청구들의 성질에 따라 심판하여야 한다는 입장도 타당하지 않다는 것이다. 병합형태의 착오의 처리방법으로는 청구들의 성질을 고려할 필요 없이 원고의 의사에 따라 심판하면 된다는 의사설, 원고의 의사는 고려할 필요 없이 청구들의 성질에 따라 심판하면 된다는 성질설, 병합요건이 흠결된 것으로 보고 분리심판하면 된다는 분리심판설, 청구취지 불특정 등을 이유로 소 전체를 각하하여야 한다는 각하설 등이 있는데, 의사설, 성질설, 분리심판설 등에는 모두 문제점이 있으므로 각하설이 타당하다는 결론을 내렸다. 다만, 각하설을 취하는 경우에도 일정한 경우에는 의사설을 취하는 예외가 인정될 수 있는데, 부진정예비적 병합은 그 대표적인 경우라고 할 수 있다.

의사설, 성질설, 분리심판설에 비하여 각하설은 결론적으로 병합형태의 선택과 관련하여 판결절차에서 발생하는 사전적, 사후적 부담을 원고, 법원, 피고 사이에서, 특히 원고와 법원 사이에서 원고가 지게 한다. 따라서 각하설을 취하면 원고가 우선 자기가 병합심판을 구하려는 여러 청구들이 어떤 관계에 있는지부터 신중하게 검토하게 될 것이다. 병합형태의 선택도 원고가 궁극적인 책임을 부담하여야 하는 소의 제기에 포함된다는 점에서 이러한 결론은 타당하다고 생각한다.

위와 같은 결론을 내리는 과정에서 검토된 사항 중 다음 몇 가지 점에 특히 유의할 필요가 있다.

첫째, 병합형태의 착오가 발생하면 법원이 이를 바로 잡으라는 석명을 하여야 한다는 해결책이 제시되기도 하는데, 이는 이론적인 해결책이라고 할 수 없다. 이론적으로 해결해야 하는 궁극적인 문제는 원고가 법원의 석명에 응하지 않는 경우 법원이 병합 청구들을 어떻게 심판하여야 하느냐는 문제이기 때문이다.

둘째, 대상판결이 전제하고 있는 성질설의 경우 일견 명쾌한 듯 보이기도 하고, 대상판결이 선고된 이후 실무에도 큰 영향을 미치고 있으나, 병합형태의 착오의 각

유형별로 성질설을 적용해 보면 여러 유형에서 문제점들이 발생하므로 이를 병합형태의 착오를 처리할 일반적 처리방법으로 삼기는 어렵다.

셋째, 일반적으로 병합요건이 흠결된 경우 분리심판설이 통설이고, 병합형태의 착오는 병합요건의 하나인 관련성이 흠결된 것으로 여겨지기도 하지만, 병합형태의 선택에서 요구되는 청구들 사이의 관련성은 절차의 공통에서 요구되는 관련성과는 다른 것이므로, 병합형태의 선택에서 요구되는 청구들 사이의 관련성이 흠결된 것만으로는 병합요건 즉, 단일절차로서 심판할 수 있는 요건이 흠결된 것으로 처리할 수 없다.

넷째, 병합요건의 흠결로 인하여 법원이 분리심판을 하는 것과 병합요건이 갖추어져 있으나 법원이 편의에 따라 하는 변론분리는 서로 다른 것으로서 후자와 달리 전자의 경우에는 관련재판적에 의한 관할의 성립이 부정되거나 인지의 추가납부가 필요하게 될 수 있다.

다섯째, 현재 우리나라의 실무를 고려할 때 선택적 병합을 부정하기 어려우므로 이 글은 선택적 병합의 존재를 전제하고 있다. 만약 병합형태로 단순병합과 예비적 병합만이 인정된다면 병합형태의 착오의 형태가 예비적 병합 대신 단순병합을 한 경우와 단순병합 대신 예비적 병합을 한 경우의 두 경우로 축소되므로 그 처리방법을 논하기도 훨씬 쉬워질 것으로 예상된다. 일본이나 독일의 문헌 중에는 선택적 병합을 인정하지 않는 견해에 입각한 것도 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 강현중, 민사소송법 제5판, 박영사, 2002.
- 김홍엽, 민사소송법 제10판, 박영사, 2021.
- 박재완, 민사소송법강의 제4판, 박영사, 2021.
- 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023.
- 송상현/박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014.
- 편집대표 민일영, 주석 민사소송법 2 제8판, 한국사법행정학회, 2018.
- 한종렬, 한국민사소송법 상, 대왕사, 1985.
- 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016.
- 伊東乾, 民事訴訟法研究, 酒井書店, 1968.
- 新堂幸司, 新民事訴訟法 第3版, 弘文堂, 2004.
- 編集代表 新堂幸司/鈴木正裕/竹下守夫/福永有利, 注釈民事訴訟法 5, 有斐閣, 1998.
- Thomas Rauscher/Peter Wax/Joachim Wenzel, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* 3. Auflage Band 1 § 260, C.H.Beck, 2008.
- Friedrich Stein/Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* 22. Auflage Band 4 § 260, Mohr Siebeck, 2008.

2. 학술지

- 곽승구/범경철, “양립 가능한 청구의 예비적 병합 허용여부”, 법학논집 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020, 113-132쪽.
- 김동현, “부진정예비적 병합의 개념과 심판방법”, 안암법학 제54호, 안암법학회, 2017, 277-308쪽.
- 문일봉, “선택적 병합과 청구권경합”, 법조 제48권 제3호, 법조협회, 1999, 112-152쪽.
- 전병서, “청구의 양립과 예비적 병합”, 인권과 정의 제445호, 대한변호사협회, 2014, 116-129쪽.
- 鈴木正裕, “訴訟内訴え提起の要件と審理(一)”, 法学教室 No. 41, 有斐閣, 1984, 53-59頁.

3. 신문기사

법률신문, 이기택, “선택적 병합과 예비적 병합의 구별(판례평석: 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결)”, 2014. 11. 24, <<https://www.lawtimes.co.kr/news/105132>>, 검색일: 2023. 10. 25.

[Abstract]

The Error in the Type of Consolidation

Park, Jae-Wan *

This paper is an analysis of the Supreme Court's judgment on May 29, 2014(2013DA96868). In this judgment, the Supreme Court stated that whether the type of consolidation is selective or provisional should be determined based on the nature of the relationship between consolidated claims, not the plaintiff's intent; that although the plaintiff chose provisional consolidation, considering the nature of the relationship between the claims in this case, these claims are in a selective relationship; therefore, the court should adjudicate these claims through selective consolidation.

The above ruling is evaluated as taking a negative stance on whether provisional consolidation is permissible for claims that are in a selective relationship. Scholarly opinions on this issue are divided into the affirmative view, the negative view, and the compromise view and the Supreme Court has also issued conflicting rulings on this matter. The affirmative view is worthy of support considering the fact that there are no significant problems when the court adjudicates claims that are in a selective relationship through provisional consolidation and the ambiguity of the "reasonable necessity" required by the compromise view.

The error in the type of consolidation refers to a situation where a discrepancy occurs between the plaintiff's intent regarding the type of consolidation and the nature of the relationship between claims. In cases where there is an error in the type of consolidation, there are different opinions on how the court should adjudicate. These include the view that the court should follow the plaintiff's intent, the view that it should adjudicate according to the nature of the relationship of the claims, the view that it should adjudicate the claims separately for the requirements for consolidation is lacking, and the view that the lawsuit should be dismissed due to reasons such as the overall ambiguity of the plaintiff's claims

* Professor, Hanyang University School of Law

and the violation of party autonomy. The last view is worthy of support. However, even when following the last view, there can be exceptions in certain cases where it may be permissible to follow the plaintiff's intent. The situation that was at issue in the above Supreme Court case, where the plaintiff opted for provisional consolidation for claims in a selective relationship, is a prime example of such exceptions.

[Key Words] Consolidation of Claims, Type of Consolidation, Cumulative Consolidation, Selective Consolidation, Provisional Consolidation, Pseudo-Provisional Consolidation