

2021년 58회 민사소송법 사례문제 예상답안

작성자: 최영덕

【문제-1】 (30점)

甲은 A에 대하여 2018. 4. 26.부터 현재까지 36억 원의 채권을 가지고 있고, A는 피고 1에 대하여 50억 원, 피고 2에 대하여 20억 원, 피고 3에 대하여 12억 원, 피고 4에 대하여 12억 원의 각 채권을 가지고 있다고 주장하면서 “甲에게 피고1은 11억 원, 피고 2는 4억 원, 피고 3, 피고 4는 각 2억 원을 지급할 것”을 청구하는 채권자대위소송을 제기하였다. 이 소송의 계속 중에 乙은 A에 대하여 18억 원의 채권을 가지고 있고, A는 피고들에 대하여 위와 같은 채권을 가지고 있다고 주장하면서 “乙에게 피고 1은 9억 원, 피고 2는 4억 원, 피고 3은 2억 원, 피고 4는 2억 원을 각 지급할 것”을 청구하는 내용으로 甲이 진행하는 소송에 참가하고자 한다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲의 피고 1 내지 4에 대한 각 소송이 적법하기 위해서는 어떠한 요건이 필요한지를 설명하시오. (10점)

(2) 甲과의 관계에서 乙이 위 소송에 참가하는 형태에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 설문 (1)

1. 문제의 소재

채권자대위소송의 법적 성질과 그에 따른 적법요건이 우선 문제되고 각각의 제3채무자에 대한 소송은 별개의 주관적 공동소송이므로 공동소송의 유형에 따른 직권조사사상으로서 적법요건인 소송요건을 살펴본다.

2. 채권자대위소송과 당사자적격

(1) 채권자대위소송의 법적 성질

통설과 판례는 채권자대위소송은 채권자가 제3자의 소송을 담당할 수 있는 병행형 법정소송담당으로 본다. 이에 대하여 반대견해로 독립한 고유권설의 입장을 가진 견해가 있다. 독립적인 고유한 대위권설에 의하는 경우 채권자는 자기의 권리를 행사하게 되므로 별도의 적격요건을 살필 필요가 없고 별개의 자기의 청구권으로 보게 된다.

(2) 당사자적격으로서 피보전채권의 흡결

법정소송담당설에 의하는 경우 피보전채권의 존재, 채무자의 무자력, 채무자의 권리불행사 등이 존재하여야 하며, 이는 당사자적격의 문제이므로 소송요건으로서 이것의 흡결은 부적법각하되어야 한다. 채무자에 대한 요건이므로 개별적 제3채무자에 대하여 동일한 기준이 적용된다.

(3) 사안의 경우

판례에 법정소송담당설의 경우 채권자는 당사자적격을 가진 채무자의 권리를 대위하는 것이므로 甲은 채권자이므로 각각의 피고에 대하여 원고로서의 적법한 요건을 가지고 있다.

3. 다수의 피고에 대한 공동소송의 적법성

(1) 공동소송의 유형과 요건

합일확정의 원칙에 따라 통상의 공동소송과 필수적 공동소송으로 구분된다. 채권자대위소송은 채무자와의 관계에서는 합일확정의 유사필수적 공동소송이지만, 채권자가 여럿의 피고를 상대로 한 경우이므로 필수적 공동소송으로서 적법요건은 검토가 필요없다.

(2) 제3 채무자 간의 관계

피고인 제3 채무자는 공동소송인 간의 독립의 원칙이 적용되는 통상의 공동소송이다. 법정소송담당설이나 고유한 대위권설의 입장이나 어느 견해에 의하여도 채무자의 제3자의 관계는 합일확정의 원칙이 필요없다. 개별적인 적법요건을 제외하면 다수의 채무자를 상대로 한 채권자대위소송은 통상의 공동소송으로 적법하다.

(3) 직권조사사항과 관련재판적

주관적 병합은 개관적 병합을 포함하므로 제3채무자에 대한 소송물은 별개이므로 객관적 병합의 요건도 특별히 문제되지 아니한다. 따라서 제253조의 요건을 충족한다고 볼 것이다. 다만 관련재판적은 제65조 전문과 후문을 구분하는 이유가 되므로 후문에 해당하는 경우 고유한 대위권설에 의하는 경우 관련재판적을 적용할 수 없는 경우도 있으나 법정소송담당설에 의하는 경우 제65조 전단에 해당하여 관할의 창설이 인정된다고 할 것이다.

4. 결론

법정소송담당설에 의하는 경우 당사자적격은 적법요건이나 각각의 피고에 대하여 채권자대위소송은 제3자소송담당으로 적법하고 통상의 공동소송으로 개별적 판단하여 적법하다고 볼 것이다. 다만 다수의 피고에 대하여 관련재판적에 의한 관할창설은 인정된다.

II. 설문 (2)1)

1. 문제의 소재

채권자와 다른 채권자의 관계에서 채권자대위소송의 성질에 따라 제3 채권자가 기판력을 받는지, 한편 명시적 일부청구를 하였으므로 甲의 채권자대위소송의 소송물과 제3채권자의 소송의 소송물을 다르게 보아야 하는지 이에 따라 결과적으로 소송참가가 같은 절차 내에서 심리되므로 제83조의 합일확정의 소송참가의 요건과 중복제소에 관한 규정을 적용하지 않는 적법한 공동소송참가인지 문제된다.

2. 채권자대위소송에서 기판력

(1) 단순보조참가와 구분

제3 채권자의 대위소송이 동일한 기판력을 받는 소송인지에 따라 단순보조참가와 공동소송적 보조참가와 구분이 된다. 사안의 경우 참가적 효력이 아니라 기판력이 문제된다.

(2) 기판력이 작용과 소송참가

제3자소송담당자가 소송수행한 판결의 효력은 권리귀속주체인 채무자는 물론(민사소송법 제218조 제3항), 다른 대위채권자에게도 미친다. 이 경우 판례는 채무자는 대위소송사실을

1) 판례: 2011다108085, 2013다30301 등, 실전gs 2회 1문.

아는 경우에 미치는데 반하여 다른 대위채권자는 대위소송 사실을 알았는지의 여부를 묻지 않고 기판력이 미친다고 판단한다.

(3) 사안의 경우

채권자 간에 있는 甲과 乙은 채무자가 기판력을 받으면 제3채권자도 판결의 효력으로 기판력을 받으므로 대위소송에 공동소송참가나 공동소송적 보조참가를 할 수 있는 인적 요건을 충족한다.

3. 제3 채권자의 공동소송참가 여부

(1) 당사자적격과 공동소송참가

법정소송담당으로 보는 경우 여러 채권자가 대위소송을 제기하더라도 집행권원은 단 하나만이 존재하므로 여러 채권자는 동일한 당사자로 취급된다. 이는 동일한 당사자적격으로서 취급된다. 따라서 채권자간에는 동일한 당사자로 취급되므로 공동소송참가 인정되는 여부에 이에 따라 적법여부가 문제된다.

(2) 공동소송참가와 중복제소

1) 당사자의 동일성

공동소송적보조참가와 다르게 공동소송참가신청은 신소제기의 실질을 가지게 된다. 채권자 대위소송에서 채권자와 제3채권자는 당사자로서 소를 제기하는 것이므로 보조참가와 다르게 자기의 권리를 청구하는 것으로 신소제기이다.

2) 판결의 모순저촉과 적법 여부

소송참가를 한 경우에는 별소를 제기하는 경우와 달리 판결의 결의 모순저촉의 가능성이 없기 때문에 합일확정에 문제가 없으므로 중복제소금지의 규정을 적용받지 않는다.²⁾ 결국 다른 채권자는 공동소송참가를 할 수 있다. 이 경우 동일한 소송에서 합일확정하는 경우 판결의 모순저촉의 우려가 공동소송참가신청은 중복제소에 해당하지 않는다.

(3) 소결

甲의 채권자대위소송에서 다른 채권자인 乙의 소송참가는 공동소송참가로서 실질적인 동일한 당사자로서 신소제기에 해당한다. 소송물이 동일하다면 중복제소의 문제가 있으나 하나의 판결이 인정되므로 합일확정되는 필수적 공동소송과 같이 모순저촉의 우려가 없으므로 적법한 공동소송참가이다.

4. 공동소송참가에서 소송물의 동일성

(1) 문제점

채권자의 소송물과 제3 채권자의 소송물이 동일할 경우에는 공동소송참가로 인정되며 중복제소에 따른 신소제기에 따른 모순저촉의 적법여부가 문제되지 아니한다. 즉 소송물이 동일한가의 여부가 판단되어야 한다.

(2) 소송물의 동일성 여부

소송물 동일 여부는 채권자들이 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정된다. 채권자는 명시적으로 일부청구를 하였으므로 그 소송물은 액수와 제3채권자는 별개의 청구를 하였기 때문에 소송물이 동일하지 않다. 그러나 판례는³⁾ 원고가 일부청구임을 명시하여 피

2) 대법원 2015.7.23. 선고 2013다30301·30325 판결:

대위채권의 일부만을 청구한 경우 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 않는다면 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하다고 한다.

5. 결론

甲과의 관계에서 乙은 대위소송판결의 기판력을 받는 당사자적격자이므로 공동소송참가를 할 수 있다. 乙의 공동소송참가신청은 신소제기의 실질을 가지며, 제3채무자에 대한 관계에서는 실질적으로 동일당사자이며, 일부청구의 소송물은 동일하다고 본다. 그러나 소송참가의 경우에는 같은 절차 내에서 심리되므로 중복제소금지 규정이 적용되지 아니한다. 공동소송참가로서 적법하게 인정된다.

-
- 3) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301,30325 판결: 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적의 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 참가신청은 적법하다. 이때 양 청구의 소송물이 동일한지는 채권자들이 각기 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구하였더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구가 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다. 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적의 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로 보아야 한다.

【문제-2】 (20점)

피고 회사 소속 시내버스에 의하여 교통사고를 당한 甲이 손해배상청구를 한 것에 대하여, 제1심 법원(A)은 일부 인용하는 판결을 선고하였다. 위 제1심 판결에 대하여 피고가 항소하자 甲은 항소기간이 경과한 후에 부대항소를 제기하면서 아울러 청구를 확장하였는데, 환송전 항소심법원(B)은 원고에게 추가적으로 손해배상금을 인정하여 일시금 및 정기금의 지급을 명하는 판결을 선고하였다. 환송전 항소심법원(B)의 판결에 대하여 甲만 상고하였는데, 대법원은 甲의 상고를 일부 받아들여 환송전 항소심법원(B)의 판결 중 정기금채무로 지급할 것을 명한 부분을 파기환송하는 한편, 甲의 나머지 상고를 기각하였다. 이 사건이 환송 후 항소심법원(C)에 계속 중 피고는 항소취하서를 제출하였다.

(1) 파기환송 후 피고의 항소취하에 대한 효력을 설명하시오. (10점)

(2) 피고의 항소취하가 있었음에도 이를 간과하고 내려진 항소심의 판결에 대하여 상고한 경우 대법원은 어떻게 판단을 하여야 하는지를 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1)4)

1. 문제의 소재

상고기각판결의 효력에 다른 파기환송심의 항소심의 심판대상의 범위는 무엇이며, 파기환송된 경우 항소심에서 항소인이 다시 항소취하를 할 수 있을 것인지 쟁점이다.

2. 파기환송판결의 항소취하의 효력

(1) 부대항소와 소의 추가적 청구변경

부대항소는 항소이익이나 불변금이 배제되며 청구변경이 가능하며 적법하다. 손해배상청구 소송에서 청구취지의 확장은 소의 객관적 추가적 단순병합에 해당한다. 환송심전 법원(B)은 피고가 항소한 원심판결과 원고가 추가한 손해배상청구소송의 단순병합에 대하여 분리심판되어야 한다.

(2) 상고기각한 부분의 환송후 항소심 계속여부

1) 문제점

항소심에서 병합된 청구의 경우 상고심 법원은 상고인이 불복한청구에 대하여만 심판한다. 따라서 상고기각한 청구의 확정시기가 문제된다.

2) 상고기각과 파기환송심범위

환송후 환송심의 심판대상의 청구는 원판결중 파기되어 환송된 부분이다. 상고가 이유없다고 기각된 부분은 환송심 항소법원의 심판대상이 되지 아니하여 항소심 소송계속이 없이 상고기각시 확정된다.

(3) 사안의 경우

甲이 상고한 부분에 대하여 파기환송한 부분은 항소심계속중에 있으나 상고기각판결한 부분은 그대로 확정되어 더이상 파기환송심의 항소심의 대상이 아니다.

3. 파기환송심에서 항소취하의 가부

(1) 문제점

4) 실전 B형 6회 1문

적법하게 계속된 항소심의 판결에 대하여 상고심이 파기환송한 경우 항소를 취하할 수 있는지 문제된다. 항소심의 종국판결선고전까지(제393조) 원칙적으로 항소취하를 할 수 있으므로 항소심판결선고시 이후에는 다시 항소취하를 할 수 없기 때문이다.

(2) 견해의 대립

1) 학설

학설은 상고심의 파기환송의 기속력과 자의적 항소심 종국판결의 농락 등의 이유로 이를 부정하는 입장과 파기환송은 항소심의 종국판결의 효력을 상실시키므로 항소취하가 가능하다고 보는 긍정설이 있다.

2) 판례

판례는⁵⁾ 긍정설의 입장과 같이한다. 파기환송심은 환송전의 항소심의 속행에 불과하고, 부대항소인의 불이익이 있는 경우에도 항소인의 선택에 의하여 항소를 취하할 수 있다고 할 것이다.

(3) 검토 및 사안에 적용

항소인인 피고는 파기환송심에서 제1심판결을 유지하고자 항소를 취하할 수 있다. 그러나 항소심대상되지 아니한 추가판결과 정기금채무판결을 제외한 부분은 항소취하의 대상이 아니다.

4. 결론

항소심에서 적법하게 청구변경된 부분에 대하여 원고가 상고한 경우 상고심의 상고기각된 부분은 판결의 확정으로 환송판결의 항소심의 대상이 되지 아니하고, 한편 파기환송된 된 경우에 동일한 항소심으로 인정되므로 항소인인 피고는 파기된 부분에 대하여만 항소취하의 효력이 있다.

II. 설문 (2)

1. 문제의 소재

항소취하의 효력에 따라 이를 간과한 상고가 효력이 있는지 소송계속의 효력이 없는 경우에 대한 상고법원의 판단은 무엇인지 문제된다

2. 항소취하와의 효력과 소송계속

5) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다51543 판결: 가. 환송판결이 환송전 원심판결 중 정기금채무로 지급할 것을 명한 부분만 파기환송하고 나머지 상고를 기각한 것이라면, 청구 중 환송전 원심판결에서 정기금채무로 지급할 것을 명한 이외의 부분 즉 일시금지급을 명한 부분(기왕치료비, 기왕개호비 및 위자료 청구부분)은 위 환송판결의 선고로써 확정되었고, 정기금채무로 지급할 것을 명한 부분(향후치료비 및 향후개호비 청구부분)만이 환송되었다 할 것이다. 나. 항소는 항소심의 종국판결이 있기 전에 취하할 수 있는 것으로서(민사소송법 제363조 제1항), 일단 항소심의 종국판결이 있는 후라도 그 종국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에 환송된 경우에는 먼저 있던 종국판결은 그 효력을 잃고 그 종국판결이 없었던 것과 같은 상태로 돌아가게 되므로 새로운 종국판결이 있기까지는 항소인은 피항소인이 부대항소를 제기하였는지 여부에 관계 없이 항소를 취하할 수 있고, 그 때문에 피항소인이 부대항소의 이익을 잃게 되어도 이는 그 이익이 본래 상대방의 항소에 의존한 은혜적인 것으로 주된 항소의 취하에 따라 소멸되는 것이어서 어쩔 수 없다 할 것이므로, 이미 부대항소가 제기되어 있다 하더라도 주된 항소의 취하는 그대로 유효하다. 다. ‘가’항 및 ‘나’항의 이유로 소송종료선언을 한 사례

(1) 항소취하의 효력

항소취하가 인정되면 항소심만이 소급적으로 소멸한다.(제393조) 이때 제1심판결은 확정되고 항소기간 경과후에 항소를 취하하면 항소기간 만료시 제1심판결이 확정된다.

(2) 항소취하와 소취하의 구별

항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기과 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기과 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소취하가 있는 경우에는 소취하가 소급적 소의 소멸을 가져오는 것과 달리 항소심의 계속중인 제1심판결이 확정되는 효력이 있다.

(3) 소결

소취하와 달리 항소의 취하는 제1심판결의 효력을 가져오며, 파기환송된 환송심의 경우라도 환송전의 항소심에 불과하기 때문에 항소취하는 경우 파기환송된 부분에 대하여 항소취하하여 판결이 확정될 수 있다.

3. 소송계속을 간관한 판결의 조치

(1) 파기환송심의 대상과 항소취하의 대상

민사소송법 제436조에 따라 파기환송된 경우 환송심의 심판대상은 파기된 부분이다. 이 부분에 대하여 항소심 계속중에 있고 항소취하의 대상이 된다. 한편 상고심 기각된 부분은 항소심의 심판대상이 되지 아니하고 확정된다.

(2) 확정된 판결에 대한 재상고법원의 심판형식

파기환송 후 이미 확정된 청구인 법원도 심판대상이 될 수 없으며 따라서 소송의 계속도 없다고 할 것이다. 항소취하에 의하여 확정된 경우도 마찬가지이다. 상고의 대상이 될 수 없고 그 효력이 없다. 소송계속없는 사안에 대한 판단은 무효이며 확정여부를 떠나 소계속이 없음을 선언하는 판결을 하여야 한다.(제437조),

(3) 사안의 경우

항소취하의 효력은 항소심 이전의 판결의 확정을 가져온다. 사안의 경우 파기환송대상이 된 부분에 대하여 항소취하의 효력이 있으며 상고기각된 부분도 이미 확정된 상태이다. 소송계속이 없는 경우 법원은 소송종료선언하여야 한다.

4. 결론

병합된 두 개의 청구 모두 소송계속이 존재하지 아니하므로 재상고법원인 대법원은 이에 대한 판단이 필요하지 아니하다. 확정된 판결에 대하여 환송후 재상고하더라도 효력이 없으므로 재상고법원은 모든 청구에 대하여 소송종료선언을 하여야 한다.

【문제-3】 (30점)

甲은 乙에게 3억 원을 빌려주었으나 약속한 변제기가 지났음에도 이를 돌려받지 못하고 있다. 이에 甲은 채무자 乙과 연대보증인 丙을 상대로 3억 원의 지급을 구하는 소(전소)를 제기하였다. 제1심 법원은 이 사건 소장부분을 乙에 대해서는 그 주소지로 송달하였고, 丙에 대해서는 공시송달의 방법으로 송달하였다. 제1심 법원은 2009. 5. 4. 甲의 乙과 丙에 대한 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였고, 그 판결정본은 모두 공시송달의 방법으로 乙과 丙에게 송달된 후 그대로 확정되었다. 위 전소확정판결에도 불구하고 乙과 丙에게 집행할 재산이 전혀 없어 채권의 만족을 얻지 못한 甲은 2019. 4. 15. 소멸시효중단을 위하여 乙과 丙을 상대로 위 3억 원의 지급을 구하는 소(후소)를 제기하였다. 법원은 소장 부분과 변론기일통지서를 모두 공시송달의 방법으로 송달하여 변론을 진행한 후 2019. 10.11. 원고의 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였으며, 그 판결정본도 공시송달의 방법으로 피고들에게 송달되어 그대로 확정되었다. 乙과 丙은 위 후소의 소송계속 사실을 알지 못하였으나 2020. 11. 1. 위 후소판결에 기한 강제경매개시결정이 송달됨으로 인해 비로소 위 후소 제1심판결의 선고와 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다. 이에 2020. 11. 6. 乙과 丙은 위 후소 제1심 판결에 대한 추후보완 항소를 제기하였다. 후소의 항소심 계속 중 2021. 7. 1. 甲은 위 전소 제1심 판결문의 사본을 첨부하여 준비서면을 제출하였고, 乙과 丙은 이러한 자료들을 송달받고 2021. 7. 5. 대법원 사건검색 시스템을 통한 검색을 통하여 전소 제1심 재판의 존재를 알게 되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲의 후소제기의 적법성에 관해 설명하고, 만약 위 후소의 항소심에서 피고들이 전소 변론종결 전에 乙이 이미 채무를 변제하였다는 사실을 주장하고 이에 부합하는 증거를 제출한다면, 법원은 이러한 피고들의 주장을 받아들여 재판할 수 있는지에 관해 설명하시오. (10점)

(2) 전소에서 확정된 권리관계를 다투기 위해 乙은 2021. 7. 13., 丙은 같은 달 29. 각각 전소 제1심 판결에 대한 추후보완 항소를 제기하였다. 이러한 추후보완 항소의 적법성에 관해 설명하시오. (20점)

I. 설문 (1)6)

1. 문제의 소개

시효완성 이후 소제기가 부적법한 여부는 재소의 이익이 있는지 이에 대한 검토가 필요하며, 후소 법원이 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 요건에서 기판력의 저촉되는 부분에 대하여 다시 심리할 수 있는지 여부가 문제된다.

2. 확정판결의 재소의 적부

(1) 기판력에 저촉과 소의 적법

확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 그 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 그 후소는 권리보호의 이익이 없어 원칙적으로 부적법하다.

(2) 예외적 시효중단을 위한 재소의 이익?

6) 실전A형 3회, 문2

7) 대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결: 시효중단을 위한 재소의 이익을 인정하면서 후소 법원이 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 필요가 없다. 대법원은 종래 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 재소(재소)는 소의 이익이 있다는 법리를 유지하여 왔다. 이러한 법리는 현재에도 여전히 타당하다. 다른 시효중단사유인 압류·가압류나 승인 등의 경우 이를 1회로 제한하고 있지 않음에도 유독 재판상 청구의 경우만 1회로 제한되어야 한다고 보아야 할 합리적인 근거가 없

견해를 달리하는 소수의 의견이 존재하지만, 다수의 판례의 견해는 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 소는 소의 이익이 있다고 본다.

(3) 소결

시효중단의 효력이 확정판결의 재소의 금지보다 더 보호할 가치가 있으므로 예외적으로 권리보호이익을 보호하여 소가 적법하다고 할 것으로 본다.

3. 시효완성된 확정판결의 본안판단여부

(1) 문제점

재소의 이익이 인정된 경우 청구의 대상은 확정판결이 되므로 재소에서 주장된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건에 대하여 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리하여야 하는지 기판결의 저촉이 인정되는지 문제된다.

(2) 변론종결전 사유의 항변여부

1) 변종전 사유 기판력의 저촉

일단 재소를 허용하는 이상 기판력에 관한 일반적 법리, 즉 기판력의 시적 범위에 관한 법리를 적용하여 변종전사유는 차단되어 실권되는 것으로 본다.

2) 청구인용판결 여부

판례는 비록 전소 승소확정판결이 있음에도 확정된 채권의 시효중단을 위한 재소를 예외적으로 허용하는 입장에서 기판력의 저촉이 있는 경우라도 소의 이익이 인정되므로 승소한 자의 소제기로 보지 아니여 소를 각하하지 아니하고 청구인용판결하여야 한다.

(3) 소결

후소의 판결이 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서 기판력에 저촉되는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건의 구비 여부에 관하여 다시 심리할 수 없이 청구인용판결한다.

4. 결론

시효중단을 위한 재소의 이익을 인정할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 후소가 전소 후소는 적법하게 판결하여야 하며 다만 변론종결전의 변제는 기판력에 의하여 차단되어야 한다.

II. 설문 (2)⁸⁾

1. 쟁점의 정리

乙과 丙에 대한 통상의 공동소송에서 공시송달의 유효성과 효력 및 추후보완의 항소가 가능한지, 항소기간이 도과되었는지 문제된다.

2. 공동소송과 심판방법

다. 또한 확정판결에 의한 채무라 하더라도 채무자가 파산이나 회생제도를 통해 이로부터 전부 또는 일부 벗어날 수 있는 이상, 채권자에게는 시효중단을 위한 재소를 허용하는 것이 균형에 맞다.

8) 편취판결에 대한 다양한 문제검토

(1) 乙과 丙에 대한 청구소송의 유형

甲이 공동피고로 乙과 丙에 대해 제기한 연대채무에 대한 소송은 합일확정을 전제로 하는 필수적 공동소송이 아닌 통상공동소송이다. 통상의 공동소송은 공동소송 독립의 원칙이 적용된다.

(2) 개별적 절차와 독립의 원칙

통상의 공동소송에서 공동소송독립의 원칙은 소송자료, 소송진행 및 재판통일이 요구되지 아니하고, 공동소송인독립의 원칙에 따라 심판한다. 그러나 사실관계의 불합리에 대한 수정이론이 주장되고 있으나, 판례는 공동소송인 독립의 원칙을 수정하려는 주장공통 및 증거공통의 이론을 부정한다. 공시송달에 의한 소송의 진행이 경우 독립하여 판단한다.

(3) 사안의 경우

乙과 丙에 대하여 공시송달의 효력과 소송행위의 추완항소 여부는 별개로 판단되어야 한다.

3. 공시송달의 유효여부

(1) 하자있는 공시송달과 유효성

상대방을 알기 어려워 통상의 방법으로 송달을 실시할 수 없어 의사표시의 도달을 위하여 민사소송법 제195조에 의하여 송달을 인정하는 것이 공시송달이다. 요건의 불비가 있는 경우라도 판례는 특별하지 않는 한 공시송달이 민사소송법 제195조에 따라 송달실시 후에 2주가 지나면 송달의 효력이 발생하는 것으로 본다.

(2) 패소자의 구제방법

판례에 의하면 잘못된 하자있는 공시송달의 경우라도 항소기간이 도과된 경우 판결은 형식적으로 확정되어 기판력이 발생한다. 따라서 잘못된 공시송달에 의한 패소한 자는 제173조에 의한 추후보완항소나 재심의 소에 의하여 구제받을 수 있다.

(3) 사안의 경우

乙에 대하여 소제기시 통상의 송달이후에 공시송달을 丙에 대하여 소제기부터 공시송달한 경우 공시송달의 효력의 차이는 없으며, 이와는 별도로 소송행위의 추후보완에 의한 사유가 인정되는지 따라 추완항소가 가능한지 살펴야 한다.

4. 추후보완의 적법성

(1) 문제점

공시송달이 유효한 이상 당사자의 책임 없는 사유로 민사소송법 제173조를 적용할 수 있는지 문제된다. 즉 당사자의 책임질 수 없는 사유로서 확정된 전소판결과 후소의 공시송달에 의한 소송행위추완이 문제된다.

(2) 추후보완항소의 과실 여부

1) 소송진행중 공시송달

소송중에 통상의 송달로 소송서류를 전달할 수 없어 공시송달한 경우 소송계속사실을 알았다고 볼 것이므로 특별한 사정이 없는 한 피고에게 소송진행상황의 조사의 의무가 있어 피고에게 과실이 있다고 볼 것이다.

2) 소제기시에 공시송달의 경우

처음부터 공시송달에 의한 경우 공시송달에 의한 소송계속사실을 알지 못할 것이므로 피고에게 과실이 있다고 할 수 없다.

(3) 추후보완기간의 도과여부

공시송달은 법원게시판이나 인터넷게시판에 게시하는 것이 대부분이므로 어떠한 사유로 판결이 공시송달된 사실을 알게 된 때로부터 기간의 기간의 기산일 진행된 것으로 본다. 따라서 전소의 검색에 의한 7월 5일이 사유가 없어진 날로 볼 것이다.

(4) 사안의 경우

전소에 대하여 乙은 추완의 항소를 제기할 수 없고 후소에 대하여만 처음부터 공시송달의 방법으로 제기되었으므로 추완이 가능하다. 그러나 丙은 전소와 후소에 대하여 추완항소가 가능하지만 모두 기간이 도과되었으므로 부적법하다.

5. 결론

乙과 丙에 대하여 독립의 원칙상 별개로 추완항소 여부를 살펴야 한다. 전소의 공시송달에 의한 확정판결에 대하여 유효성을 인정한다. 다만 7월5일 소송진행사실을 알았다고 하더라도 乙은 추완항소의 책임없는 사유라고 볼 수 없으므로 인정되지 아니하고, 丙은 책임질 수 없는 사유로 인정되지만 기간도과로 추완항소는 부적법하여 인정될 수 없다.

【문제-4】 (20점)

甲은 乙을 상대로 주위적으로는 근저당설정등기의 회복등기절차의 이행을 구하면서, 예비적으로는 위 근저당설정등기의 회복의무가 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 금 3억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

- (1) 위 병합의 형태에 관해 설명하고, 병합 제기된 위 소의 적법성에 관해 설명하시오. (10점)
- (2) 제1심 법원이 주위적 청구를 인용하면서 예비적 청구를 기각하였는데, 甲만이 예비적 청구 부분에 대해 항소를 제기하였다. 항소심의 심리 결과 법원은 주위적 청구와 예비적 청구 모두 이유 없다는 심증을 가지게 되어 두 청구 모두를 기각하는 판결을 선고하였다. 이러한 법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1)

1. 문제의 소재 9)

관련성 있는 단순병합의 예비적 대상청구가 본질이 단순병합인지, 이를 인정하는 경우 이는 대상청구가 장래이행의 소로서 적법한지 문제된다.

2. 대상청구의 병합소송

(1) 집행불능을 대비한 소송의 병합

본래의 목적물의 인도청구가 아닌 집행불능을 대비한 이에 갈음한 금전청구가 병합하는 경우 순위에 따라 판단하여야 하므로 병합유형이 문제된다.

(2) 집행불능에 대한 단순병합의 유형

일정한 물건의 인도를 명하는 판결을 구하고 동시에 이 물건의 인도가 장래에 이행 또는 집행 불능이 될 경우에 대비하여 예비적으로 그 대가에 상당하는 금원의 지급을 명하는 판결을 구하는 경우, 현재이행의 소와 장래이행의 소가 단순병합된 것으로 볼 것이다.

(3) 병합의 형태

당사자가 순위를 붙인 예비적 병합청구라로서 부진정예비적 병합으로 인정하는 견해와 판례가¹⁰⁾ 있으나 사안의 경우 병합의 본질은 이행의 소와 장래이행의 소의 단순병합으로 본다.

3. 병합소송의 적법성

(1) 문제점

원칙적으로 관련성없는 청구를 순위를 붙여 청구하는 것은 처분권주의를 위반한 것으로 부적법하다. 그러나 대상청구의 경우 법원에 판단순서를 구속하는 것이 허용되는지 적법한지 문제되며 또한 장래이행의소가 적법한지 문제된다

(2) 단순병합의 예비적 청구의 적법성 여부

양립가능한 두 개 이상의 청구에 대하여 성질상 관련성 있는 병합의 경우 순위를 붙여 청

9) B형 7회 1문

10) 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결: 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 소가 허용되는지 여부(적극)

구하는 것은 법원의 판단범위를 구속하는 것을 별론하고 견해의 대립이 있으나 부진징예비적 병합으로 인정하는 입장에 의하여도 적법하다고 본다. 판례도 또한 이를 부적법하다고 보지 않는다.

(3) 장래이행의 소의 적법 여부

인도청구가 인용되면 장래이행의 소인 대상청구는 그 소가 적법한 이상 함께 인용하여야 한다. 장래이행의 소는 미리 청구할 필요가 있을 때 소의 이익이 인정된다(제251조). 변론종결뒤 집행불능을 대비하므로 조건성취의 개연성이 크고, 현재이행의 소의 불이행이 존재하므로 미리 청구할 필요가 있다고 볼 것이다. 적법하다.

4. 결론

집행불능에 대한 대상청구는 이행의 소와 장래이행의 소의 단순병합에 해당하며, 적법하게 인정된다. 장래이행의 소는 사안이 경우 소의 이익이 인정되어 적법하다고 볼 것이며 전보배상의 병합청구는 적법하다.

II. 설문 (2)

1. 문제의 소재

항소의 이익이 인정되어 항소가 적법한지, 적법한 항소심에 대하여 이심범위와 심판범위가 문제된다. 구체적으로 2차 청구인 장래이행의 소만이 심판대상이 되는 경우 불이익변경금지원칙상 이에 대하여 법원의 심리가 제한되는지 쟁점이다.

2. 순위를 붙인 단순병합의 항소의 적법성

(1) 문제점

현재이행의소와 장래이행의소는 이른바 부진징예비적 병합에 해당하는 병합이든 단순병합으로 보더라도 항소의 적법상과 항소의 이익을 별도 살펴 법원의 판단의 부당성을 검토한다.

(2) 항소심의 심판범위와 적법성

1) 항소이익

항소의 적법요건으로 소의 이익이 있어야 한다. 병합청구가 단순병합이라면 분리심판되어 항소이익이 인정되어야 하며, 진정예비적 병합의 심판방법으로 심판하더라도 예비적 청구의 기각된 경우 이에 대한 항소는 항소이익이 없다고 할 수 없다.¹¹⁾

11) 대법원 2011.8.18 선고 2011다30666 판결: 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다. 이러한 대상청구를 본래적 급부청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래적 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다. 원고가 피고 1에 대하여 주위적으로 이 사건 근저당권설정등기(이 사건 부동산에 관하여 설정된 채권최고액 4억 5천만원의 피고2 명의의 공동근저당권설정등기)의 회복등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 피고1이 피고2와 공모하여 이 사건 근저당권설정등기를 불법말소하였다는 이유로 손해배상금 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 데 대하여 제1심법원은 주위적 청구를 인용하되, 예비적 청구를 기각하는 판결을 선고한 사실, 원고가 위 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하였으나, 원심법원은 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결이라 할 것이므로 주위적 청구를 인용한 이상 예비적 청구에 나아가

2) 하나의 전부판결에 대한 항소

목적물반환청구와 대상청구는 불가분적으로 결합되어 있으므로 제1심판결이 대상청구에 대해 하나의 전부판결하여야 하므로, 법원은 1차 판결이 인용되는 경우 2차 청구도 인용판결하여야 한다. 즉 예비적 병합과 달리 장래이행의 소에 대하여 반드시 판단하여야 하고 기각당한 부분에 대하여 원고는 甲은 항소로서 불복할 수 있다.

(3) 항소의 적법성

원심은 대상청구가 장래이행의 소의 요건을 갖추고 있고 또 반환청구권의 존재를 인정하는 이상 청구를 인용하여야 한다. 따라서 甲의 항소는 기각당한 예비적 2차 청구에 대하여 항소이익이 있는 적법한 항소이므로 법원은 본안판단이 가능하다.

3. 항소심의 심판범위와 판단

(1) 항소심의 이심범위과 문제점

단순병합이지만 일부판결이 아니므로 원고가 항소한 경우 제1심판결은 확정되니 아니하고 상소불가분의 원칙에 의하여 전부이심된다. 다만 부대항소가 없으므로 원고가 불복한 부분에 한하여 심판대상이 되는 것인지 아니면 하나의 단일한 판결이므로 전부심판대상이 되어 법원의 심증에 의하여 전부기각할 것인지 문제된다.

(2) 불이익변경금지의 적용여부

1) 심판범위

판례에 의하면¹²⁾ 대상청구는 하나의 단일한 판단으로서 단순병합이라도 청구간에 관련이 있다면 판결의 모순저축을 피하기 위하여 판단누락에 준하여 처리하고 상소에 의하여 구제받아야 한다고 주장한다. 이러한 경우 진정예비적 병합의 심판방법과 같이 패소한 부분에 한하여 항소한 이상 불이익변경금지 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 법원은 당사자가 불복한 부분에 대하여만 심판하여야 한다.

2) 판결의 합일확정과 심판

법원은 비록 예비적 청구가 주위적 청구가 다르다고 하더라도 대상청구의 합일확정의 원칙상 본위적 청구에 따라 판단하여야 한다. 예비적 청구의 기각의 심증과 심리가 있다고 하더라도 장래이행의 소만이 심판대상이므로 본위적 청구에 따라 청구인용되면 조건성취가 인정되므로 2차 청구도 반드시 인용판결하여야 한다.

(3) 소결

상소불가분의 원칙상 전부이심되지만 불이익변경금지원칙이 적용되어 법원의 심증과 관계 없이 한 개의 전부승소판결의 구하는 단순병합의 부진정 예비적병합으로서 예비적 청구도 청구인용판결하여야 한다.

판단할 필요가 없다고 보아 제1심판결에서 원고의 피고 1에 대한 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 원고로서는 피고 1에 대하여 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 이 부분 항소를 각하한 사실을 알 수 있다. 원고의 위 예비적 청구는 주위적 청구인 이 사건 근저당권설정등기의 회복의무가 이행불능 또는 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 대상청구라고 봄이 상당하다고 할 것이므로, 이러한 주위적·예비적 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다. 따라서 원심법원으로서 원고가 항소한 부분인 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 할 것임에도 원고의 이 부분 항소를 각하한 것에는 대상청구 또는 예비적 병합에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

12) 앞의 판결

4. 결론

본래청구의 인용과 대상청구가 기각된 경우 진정예비적 병합과 같이 항소이익이 없다고 할 수 없다. 항소는 적법하며, 전부이심되고 다만 불이익변경금지원칙상 심판범위는 1차청구가 인용되었으므로 심판대상인 2차 청구에 대하여 인용판결하여야 한다. 따라서 항소심법원은 부적법한 항소심판결이다.

【 문제-4 】 (20점)

甲은 乙을 상대로 주위적으로는 근저당설정등기의 회복등기절차의 이행을 구하면서, 예비적으로는 위 근저당설정등기의 회복의무가 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 금 3억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. (다음 각설문은 독립적임)

(1) 위 병합의 형태에 관해 설명하고, 병합 제기된 위 소의 적법성에 관해 설명하시오. (10점)

(2) 제1심 법원이 주위적 청구를 인용하면서 예비적 청구를 기각하였는데, 甲만이 예비적 청구 부분에 대해 항소를 제기하였다. 항소심의 심리 결과 법원은 주위적 청구와 예비적 청구 모두 이유 없다는 심증을 가지게 되어 두 청구 모두를 기각하는 판결을 선고하였다. 이러한 법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

원두커피 매매상 甲은 매수인 乙과 원두커피를 매매계약 체결하였다. 선이행으로 乙에게 생원두커피 1톤을 우선 지급하고 매매대금을 청구했으나 乙이 이를 이행하지 않고 있다.(다음 사안은 각각 별개임)

1. 甲은 계약을 합의해제하고, 원두커피반환을 청구하는 소를 제기하면서, “원두를 즉시 인도하고, 만일 원두의 인도가 (집행)불능일 경우에는 그에 대신하여 1000만 원을 지급하라”는 취지를 함께 청구하였다. 제1심법원은 주위적 청구로서 甲의 원두반환청구는 인용하고 예비적 청구로서 1000만 원의 지급청구는 판단하지 아니하였다. 이에 대하여 甲이 1000만원 지급에 대해 판단하지 않았다고 항소를 제기하였다. 항소심 판결을 설명하시오(10점)

2. 甲은 주위적 청구로 매매가 유효함을 이유로 원두대금 1000만 원의 지급을 구하고, 예비적 청구로서 매매가 무효라면 지급한 생원두를 부당이득으로 반환하라는 청구를 하였다. 제1심법원은 주위적 청구에 대한 판단 없이 예비적 청구 인용 판결을 하였다. 이 판결에 甲이 항소하였다. 항소심에서 乙은 주위적 청구에 대하여 변론기일에 인낙조서가 작성되었다. 항소심 법원의 조치를 설명하시오.(10점)

I. 설문 1.(10점)

1. 문제의 소재

예비적 대상청구병합인지 문제된다. 본위적 청구를 인용할 경우 대상청구를 청구를 인용하여야 하는지 문제이다. 이는 대상청구가 장래이행의 소로서 적법여부를 전제로 한다.

2. 인도청구와 대상청구에 대한 심판 방법

(1) 단순병합 여부

일정한 물건의 인도를 명하는 판결을 구하고 동시에 이 물건의 인도가 장래에 이행 또는 집행 불능이 될 경우에 대비하여 예비적으로 그 대가에 상당하는 금원의 지급을 명하는 판결을 구하는 경우, 현재이행의 소와 장래이행의 소가 단순병합된다.

(2) 관련적 단순병합의 심판방법

단계적 청구 형태의 단순병합에서 제2차적 청구는 주된 청구의 현존을 전제로 하므로, 주된 청구가 이유 있는 때에는 제2차적 청구를 인용하여야 하며, 주된 청구가 이유가 없는 때에는 예비적 청구도 기각하는 판결을 하여 예비적 병합과는 다른 형태의 판결이 필요하다.

(3) 장래이행의 소의 적법 여부

인도청구가 인용되면 장래이행의 소인 대상청구는 그 소가 적법한 이상 함께 인용하여야 한다. 장래이행의 소는 미리 청구할 필요가 있을 때 소의 이익이 인정된다(제251조). 사안의 경우 인도청구가 인용되면 미리 청구할 필요가 인정되므로, 장래이행의 소는 적법하다.

3. 관련적 단순병합에서 판결누락에 대한 구제

(1) 문제점

단순병합된 청구 중 어느 한 청구에 대해 판결을 하지 아니한 경우, 이는 판결누락에 해당하므로 상소가 아닌 추가판결에 의하여 구제받는다. 단순병합이라도 청구 상호간에 관련성이 있는 경우에도 추가판결에 의하여 구제받아야 하는지, 아니면 판단누락에 준하여 상소로 구제받을 수 있는지 문제이다. 한편 항소의 이익도 검토가 필요하다.

(2) 추가판결 여부

추가판결설은 단순병합인 이상 관련성이 있다 하더라도 판결이 누락되어 원심에 소송계속 중에 있으므로 추가판결에 의하여 구제할 것이라고 한다. 이에 반하여 판단누락설은 단순병합이라도 청구간에 관련이 있다면 판결의 모순저축을 피하기 위하여 판단누락에 준하여 처리하여 상소에 의하여 구제받아야 한다고 주장한다. 판례는¹³⁾ 판단누락으로 보아 상소에 의하여 구제할 수 있다는 입장이다.

(3) 항소의 적법에 대한 법원의 판단

1) 항소이익

항소의 적법요건으로 소의 이익이 있어야 한다. 병합청구가 단순병합이라면 항소이익이 인정되지만, 예비적 병합이라면 항소이익이 없어 부적법하다. 목적물반환청구와 대상청구는

13) 대법원 2011.8.18 선고 2011다30666 판결: 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다. 이러한 대상청구를 본래의 급부청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다. 원고가 피고 1에 대하여 주위적으로 이 사건 근저당권설정등기(이 사건 부동산에 관하여 설정된 채권최고액 4억 5천만원의 피고2 명의의 공동근저당권설정등기)의 회복등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 피고1이 피고2와 공모하여 이 사건 근저당권설정등기를 불법말소하였다는 이유로 손해배상금 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 데 대하여 제1심법원은 주위적 청구를 인용하되, 예비적 청구를 기각하는 판결을 선고한 사실, 원고가 위 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하였으나, 원심법원은 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결이라 할 것이므로 주위적 청구를 인용한 이상 예비적 청구에 나아가 판단할 필요가 없다고 보아 제1심판결에서 원고의 피고 1에 대한 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 원고로서는 피고 1에 대하여 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 이 부분 항소를 각하한 사실을 알 수 있다. 원고의 위 예비적 청구는 주위적 청구인 이 사건 근저당권설정등기의 회복의무가 이행불능 또는 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 대상청구라고 볼이 상당하다고 할 것이므로, 이러한 주위적·예비적 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다. 따라서 원심법원으로서 원고가 항소한 부분인 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 할 것임에도 원고의 이 부분 항소를 각하한 것에는 대상청구 또는 예비적 병합에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

불가분적으로 결합되어 있으므로 제1심판결이 대상청구에 대해 심판하지 않았지만 이는 재판누락이 아니라 하자있는 하나의 전부판결이므로, 甲은 항소로서 불복할 수 있다.

2) 법원의 조치

甲의 항소는 항소이익이 있는 적법한 항소이다. 항소심은 대상청구가 장래이행의 소의 요건을 갖추고 있고 또 반환청구권의 존재를 인정하는 이상 청구를 인용하여야 한다.

(4) 사안에의 적용

甲은 누락된 전보배상청구에 대하여 항소를 제기하였으며 이는 단순병합에 해당하지만 주문을 별도로 내야 하는 추가판결이나 잔부판결이 아니라 판단누락에 해당한다고 할 것이다. 따라서 항소법원은 이를 반드시 판단하여야 한다.

4. 결론

1천만 원 지급청구는 장래이행의 소로 적법하며, 예비적 대상청구이므로 항소법원은 이에 대하여 심판할 수 있다. 甲의 인도청구권이 존재하므로 항소심은 예비적 대상청구인 전보배상청구를 인용하는 판결을 한다.