

제1장 청구취지 총설

1. 의 의

청구(소송상의)란 원고가 피고와의 관계에 있어서 소로써 그 존부에 관하여 법원의 심판을 구하는 일정한 법률적 주장을 의미한다. 청구는 원칙적으로 그 존부를 판단할 수 있는 일정한 권리 또는 법률관계의 주장이어야 하며, 그 청구의 내용이 되는 권리관계를 소송물¹⁾이라 한다. 원고는 그 청구를 청구의 취지 및 청구의 원인에 의하여 특정하여야 한다.²⁾ 청구의 취지란 원고가 소장에 있어서 일정한 권리 또는 법률관계의 존부에 관하여 어떠한 내용과 범위의 판결을 구하는 것인가를 명백히 표시하는 소의 결론에 해당하는 부분이다. 청구의 취지는 소송물의 동일성을 가리는 기준으로서 당사자 처분권주의(민사소송법 제203조)에 의하여 법원은 그 범위³⁾에 구속되어 재판하여야 하기 때문에 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그 밖에도 청구취지는 소송목적의 값의 산정, 사물관할, 상소의 이익 유무, 소송비용의 부담비율, 시효중단의 범위 등을 정함에 있어 표준이 된다.⁴⁾

1) 민사소송에서 소송물이라 함은 일반적으로 소송의 객체가 되는 심판의 대상으로서 실체법상 권리나 법률관계를 의미하는 것으로, 이는 우리의 판례가 일관하여 유지하여 온 견해이기도 하다(대법원 1972. 10. 10. 선고 72다1430 판결, 대법원 1980. 4. 22. 선고 80다164 판결, 대법원 1981. 12. 22. 선고 80다1548 판결, 대법원 1986. 8. 19. 선고 84다카1792 판결, 대법원 1987. 3. 10. 선고 84다카2132 판결 등 참조).(대법원 1995. 4. 25. 선고 94다17956 전원합의체 판결)

2) 민사소송에서 당사자가 소송물로 하는 권리 또는 법률관계는 특정되어야 하고, 소송물이 특정되지 아니한 때에는 법원이 심리·판단할 대상과 재판의 효력범위가 특정되지 않게 되므로, 소송물이 특정되었는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 속한다.(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다28946 판결 참조)

3) 민사소송절차에서 심판의 대상은 원고의 의사에 의하여 특정되고 한정되므로, 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청 범위 내에서만 판단하여야 한다.(민사소송법 제203조, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다24163 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고, 2011다61646 판결 등 참조)

4) 법원행정처, 법원실무제요, 민사소송Ⅱ, p12.

청구의 취지는 청구의 원인과 함께 소장의 필요적 기재사항이며(민사소송법 제249조 제1항),⁵⁾ 원고의 청구를 전부 인용하는 판결에서 주된 주문에 대응되는 것이 통례이다. 이행의 소에서는 예컨대 금전의 지급을 구하는 경우 ‘피고는 원고에게 1,000,000원을 지급하라’, 확인의 소에서는 ‘별지 목록 기재 부동산이 원고의 소유임을 확인한다’, 형성의 소에서는 ‘원고와 피고는 이혼한다’와 같은 형식으로 표현된다. 한편 예비적 청구취지의 표시를 청구취지란 제목 아래 별도로 표시하지 않고 준비서면에 표시하였다 하여 청구취지를 표시하지 않은 것이라고 할 수 없다.⁶⁾

2. 기재방식

가. 명확성·확정성·간결성⁷⁾

첫째, 청구취지를 기재함에 있어서는 청구가 인용되는 경우 이를 판결의 주문으로 그대로 옮겨 적을 수 있을 만큼 정확하여야 한다. 소송의 유형은 청구취지에 따라 정하여지는 것이므로 청구의 형태와 범위를 명확히 하여 확정할 수 있도록 구체적으로 특정하여야 한다.⁸⁾ 금액인 경우에는 그 금액을 명시하여야 하고,⁹⁾ 물건의 경우에는 그 물건이 특정되도록 구체적으로

5) 소장심사의 대상이 되는 것은 소장에 필요적 기재 사항, 즉 청구취지 및 원인 등이 빠짐없이 기재되어 있는지의 여부에 있고, 소장에 일응 청구의 특징이 가능한 정도로 청구취지 및 원인이 기재되어 있다면 비록 그것이 불명확하여 파악하기 어렵다 하더라도 그 후는 석명권 행사의 문제로서 소장심사의 대상이 되지 않는다고 할 것이고, 석명권 행사에 의하여도 원고의 주장이 명확하게 되지 않는 경우에는 비로소 원고의 청구를 기각할 수 있을 뿐이다.(대법원 2004. 11. 24.자 2004무54 결정 참조)

6) 대법원 1965. 4. 27. 선고 65다319 판결 참조

7) 법원행정처, 법원실무재요, 민사소송Ⅱ, p12.

8) 민사소송에 있어서 청구의 취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 한다.(대법원 2008. 10. 9. 선고 2007다5069 판결, 대법원 2009. 11. 12. 선고 2007다53785 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다101104 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결 등 참조)

9) 채권자가 동일한 채무자에 대하여 수개의 손해배상채권을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상채권들이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개의 채권인 이상 이는 별개의 소송물에 해당하고, 그 손해배상채권들은 각각 소멸시효의 기산일이나 채무자가 주장할 수 있는 항변들이 다를 수도 있으므로, 이를 소로써 구하는 채권자로서는 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하며, 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하고, 이러한 법리는 채권자가 수개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지이다.(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007다5069 판결, 대법원 2009. 11. 12. 선고 2007다53785 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다101104 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결 등 참조)

표시하여야 하며, 법률관계인 경우에는 그 동일성을 인식할 정도로 특정하여야 한다.¹⁰⁾ 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항이라고 할 것이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이의 여부에 불구하고 직권으로 그 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.¹¹⁾¹²⁾ 이 경우 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 청구취지가 특정되지 아니한 것을 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는데도 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다.¹³⁾ 또 청구취지 자체가 법률적으로 부당하거나 그 청구원인과 서로 맞지 아니함이 명백한 경우, 법원으로서 원고가 소로써 달성하려는 진정한 목적이 무엇인가를 설명하여 청구취지를 바로잡아야 한다.¹⁴⁾¹⁵⁾

둘째, 청구취지에서 요구하는 판결의 내용은 확정적이어야 한다.¹⁶⁾ 따라서 조건부 또는

-
- 10) 급부의 소의 원고의 청구취지는 집행함에 있어서 의문이 없을 정도로 명확히 특정하여야 할 것이나 확인의 소의 원고의 청구취지는 법률관계의 동일성을 인식할 수 있는 정도의 특정으로서 족하다. (대법원 1960. 6. 9. 선고 4292민상446 판결 참조)
 - 11) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007다5069 판결, 대법원 2009. 11. 12. 선고 2007다53785 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다101104 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결 등 참조
 - 12) 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우 법원은 피고의 이의 여부에 불구하고 직권으로 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 하나, 형식적으로는 청구취지 보정의 기회가 주어지지 아니하였어도 실질적으로는 이러한 기회가 주어졌다고 볼 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 보정명령 없이 소를 각하하더라도 이를 위법하다 할 수 없다. (대법원 2011. 9. 8. 선고 2011다17090 판결 참조)
 - 13) 민사소송에서 청구의 취지는 내용 및 범위를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항이므로, 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 보정을 명하고 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다. 이 경우 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 청구취지가 특정되지 아니한 것을 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는데도 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다. (대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결)
 - 14) 대법원 2001. 11. 13. 선고 99두2017 판결
 - 15) 미등기 무허가건물을 매수점유하는 자가 제3자를 상대로 건물이 자기 소유임의 확인을 구한다는 청구취지가 소유권에 준하는 사용·수익·처분의 권리가 있음의 확인을 구한다는 취지라고 보인다면 법원으로서 석명권을 행사하여 청구취지를 바로잡게 한 후 주장하는 내용의 권리의 존부를 판단하여야 한다. (대법원 1992. 11. 10. 선고 92다32258 판결 참조)
 - 16) 소장에 필요적으로 기재하여야 할 청구취지는 확정적으로 표시하여야 하고 소제기가 적시하지 아니한 때에는 법원은 그 흠결을 그대로 둔 채로는 본안 판결을 할 수 없다. (대법원 1962. 10. 11. 선고 62다422 판결 참조)

기한부로 판결을 구하는 것은 절차의 안정을 해하므로 허용되지 않는 것이 원칙이다. 다만, 당해 소송절차에서 밝혀진 사실을 조건으로 하여 청구취지를 기재하는 예비적 청구나 예비적 반소는 소송절차의 안정을 해할 염려가 없기 때문에 허용되며, 2002년 개정된 민사소송법은 일정한 요건하에 예비적 공동소송(제70조)도 허용하고 있다.¹⁷⁾ 심판청구 자체에 조건을 다는 것이 아니라, 상환이행 또는 선이행을 구하는 소와 같이 권리의 내용이 조건부인 것을 토대로 심판을 구하는 것이 허용됨은 물론이다.

셋째, 청구취지는 원고가 소로서 달성하고자 하는 목적만을 간결하게 기재하여야 한다. 한편 내용이 복잡하거나 다수의 목적물을 표시하여야 할 사건에서는 별지 또는 별표를 작성하여 그것을 청구취지에서 인용하는 방법을 활용한다. 별지 또는 별표는 청구취지의 일부가 되므로 오기나 탈루가 없도록 정확하게 기재하여야 한다. 특히 소송물이 부동산인 경우에는 청구취지의 특징에 관하여 주의를 할 필요가 있다. 청구취지에서 소송물인 부동산의 표시가 잘못 기재되고 그것이 그대로 판결로서 선고되면 그 판결에 의한 강제집행은 불가능하거나 어렵게 되기 때문이다. 토지의 일부 또는 건물의 일부 등에 대한 인도, 철거 등의 소에서는 청구취지를 특정하기 위하여 별지로서 도면을 첨부하여야 하며, 그 도면에는 축척, 방위, 거리, 구조까지 표시하여야 한다.¹⁸⁾ 그리고 소의 제기단계에서 청구취지를 특정하기 위한 정확한 도면첨부가 어려울 때에는 대강의 약도를 첨부한 다음 변론 과정에서 검증, 감정신청을 하고, 그 결과에 맞추어 소장의 청구취지를 정정하는 방법으로 특정하기도 한다.

17) 민사소송법 제70조에 정한 예비적·선택적 공동소송의 요건: 민사소송법 제70조제1항에 있어서 '법률상 양립할 수 없다'는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한 쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미하며, 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함하는 것으로 봄이 상당하다. (대법원 2007. 6. 26.자 2007마515 결정)

18) 소송에 있어 목적물을 명확하게 특정하여야 하며 토지를 특정함에는 계쟁목적물 또는 그 부근에 있는 축대의 일각, 건물의 초석의 일각 거목, 기석, 경계표등 움직일 수 없는 부동산점을 기점으로 하고, 방위를 표시함에는 각도를, 점과 점의 사이는 거리를 각각 표시할 것이며, 그렇지 않을 경우에는 정확한 축척도를 사용하는 등 목적물을 특정함에 정확을 기하여야 할 것이다.(대법원 1965. 10. 19. 선고 65다1631 판결, 대법원 1965. 7. 20. 선고 65다1003 판결 등 참조)

나. 소송비용 부담에 관한 재판신청 기재 여부

(1) 소송비용 재판의 의미

민사소송에서 소송비용의 재판은 서로 대립하는 민사소송의 당사자가 그 소송수행에 필요한 한도 내에서 지출한 비용을 상대방, 당사자 또는 그 소송에 관여한 제3자로부터 상환받을 수 있도록 그 사건을 완결하는 재판에서 직권으로 그 부담자 또는 부담비율을 정하는 것이다.¹⁹⁾

(2) 당사자의 신청권 유무

그런데 보통 소장에 청구취지를 기재함에 있어서 원고가 구하는 판결의 종류와 내용 외에 ‘소송비용은 피고가 부담한다.’라는 소송비용 부담에 관한 재판을 구하는 것이 대부분이고, 실무상의 관행으로 이를 청구취지의 일부로써 기재하고 있다.

그러나 민사소송법은 “소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.”고 규정(제98조)하여 승소당사자가 지출한 소송비용의 상환을 패소당사자에게 청구할 수 있도록 하고, 개개 사건에서 소송비용의 부담자와 그 부담분에 대해서는 법원이 사건을 완결하는 재판에서 직권으로 그 심급의 소송비용 전부에 대하여 재판하도록 하며(제104조), 구체적인 소송비용액의 확정은 비용부담의 재판이 확정되거나 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에 당사자의 소송비용액확정결정신청에 의하여 제1심법원이 결정으로 정하도록 하여(제110조) 소송비용부담의 원칙과 그 상환절차에 관하여 규정하고 있다. 따라서 당사자에게는 소송비용 부담의 재판을 구할 신청권이 없고, 당사자가 이러한 신청을 하더라도 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없다.

다. 가집행선고 재판신청 기재 여부

(1) 의의 및 취지

가집행의 선고라 함은 확정되지 아니한 중급판결에 집행력을 부여하는 형성적 재판이다. 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실행을 하게 함으로써 국민의 재산권과 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 제도이다.²⁰⁾

“원래 판결은 상소로서 다룰 수 없게 되어 확정된 때에 한하여 강제집행을 할 수 있음이 원칙이나, 판결의 확정이 있는 연후에 한하여 강제집행을 허용한다면 민사소송에서 패소한

19) 대법원 1985. 7. 9. 선고 84카55 판결, 대법원 2010. 5. 25.자 2010마181 결정 등 참조

20) 현재 1989. 1. 25. 88헌가7, 대법원 2000. 3. 13.자 99그90 결정 등 참조

당사자는 판결의 확정을 방해하기 위하여 상소권을 남용할 우려가 있고, 반면 승소한 당사자는 승소하였음에도 불구하고 곧바로 집행할 수가 없기 때문에 권리만족이 지연되기 쉬운 폐단이 있는 것이다. 그러므로 패소한 당사자가 상소에 의하여 잘못된 원판결을 시정받을 수 있는 이익과 승소한 당사자의 조기집행에 의한 이익과를 상호 조정하고 이들을 공평하게 보호하기 위하여 민사소송법은 한편으로는 미확정의 판결에 대하여 가집행선고를 붙일 수 있게 하여 그 집행력을 인정함으로써 승소한 당사자를 보호하고, 다른 한편으로는 패소한 당사자가 상소한 때에는 그가 가집행선고 있는 판결에 의한 집행을 정지받을 수 있도록 함으로써, 패소한 당사자도 보호하는 제도를 마련해 놓고 있는 것이다.”²¹⁾

(2) 가집행선고의 요건

가집행의 선고를 붙일 수 있는 판결은 재산권의 청구에 관한 판결에 한한다. 따라서 신분권 기타 비재산권의 청구에 관한 판결에는 가집행의 선고를 붙일 수 없다. 그러나 재산권의 청구에 관한 판결이라도 의사의 진술을 명하는 판결(예, 등기절차의 이행을 명하는 판결)에는 가집행의 선고를 할 수 없다. 가집행의 선고를 붙일 수 있는 판결은 종국판결²²⁾에 한한다. 따라서 중간판결²³⁾에는 가집행의 선고를 붙일 수 없다. 가집행의 선고는 실무상 원칙적으로는 협의의 집행력²⁴⁾을 낳는 이행판결에 붙인다. 확인판결은 집행력의 문제가 발생할 여지가 없으므로 원천적으로 가집행의 선고를 할 수 없고, 형성판결도 법률에 특별한 규정이 있거나 또는 그 성질상 허용되는 경우 이외에는 가집행의 선고를 할 수 없다. 구체적으로, ① 민법 제837조에 따른 이혼 당사자 사이의 양육비 청구사건,²⁵⁾²⁶⁾ ② 공법상 당사자소송²⁷⁾에서 재산권의

21) 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8 참조

22) 원래 종국판결이라 함은 소 또는 상소에 의하여 계속 중인 사건의 전부 또는 일부에 대하여 심판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결이라고 이해하여야 할 것이다.(대법원 1995. 2. 14. 선고 93제다 27, 34 판결)

23) 중간판결이라고 함은 그 심급에 있어서 사건의 전부 또는 일부를 완결하는 재판인 종국판결을 하기에 앞서 그 종국판결의 전제가 되는 개개의 쟁점을 미리 정리·판단하여 종국판결을 준비하는 재판이라고 할 것이다.(대법원 1994. 12. 27. 선고 94다38366 판결)

24) 협의(또는 좁은 의미)의 집행력이라 함은 이행판결의 내용인 의행의무를 강제집행절차에 의하여 실현할 수 있는 효력을 의미한다.

25) 민법 제837조에 따른 이혼 당사자 사이의 양육비 청구사건은 마류 가사비송사건으로서 즉시항고의 대상에 해당하고, 가집행선고의 대상이 된다.(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012므1656 판결)

26) 이혼 당사자 간의 자의 양육비에 관한 쟁송은 가사소송법 제2조 제1항 나목 (2) 마류 3호의 가사비송사건으로서 즉시항고의 대상이 되고, 가집행선고의 대상이 된다.(대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정)

27) 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송(행정소송법 제3조 제2호)을 말한다.

청구를 인용하는 판결²⁸⁾²⁹⁾에는 가집행의 선고를 할 수 있다. 그러나 ① 재산권에 관한 의사의 진술을 명하는 판결(예컨대 ‘등기절차의 이행을 명하는 판결’), ② 즉시 집행력이 발생하는 결정·명령(민사집행법 제56조 제1호), ③ 선고와 동시에 확정되는 상고심판결, ④ 실제법상의 권리변동을 일으키는 형성판결(예컨대 공유물분할판결, 사해행위취소판결),³⁰⁾ ⑤ 행정처분의 취소(또는 변경)판결, ⑥ 사해행위취소소송과 병합된 가액배상 청구를 인용하는 경우,³¹⁾ ⑦ 이혼소송과 병합하여 재산분할 청구를 한 소송에서 이혼과 동시에 재산분할을 명하는 경우,³²⁾ ⑧ 민법 제839조의2에 따라 재산분할의 방법으로 금전의 지급을 명하는 부분³³⁾ 등의 판결에 관하여는 성질상 가집행의 선고가 허용되지 않는다.

28) 행정소송법 제8조 제2항에 의하면 행정소송에도 민사소송법의 규정이 일반적으로 준용되므로 법원으로서의 공법상 당사자소송에서 재산권의 청구를 인용하는 판결을 하는 경우 가집행선고를 할 수 있다.(대법원 2000. 11. 28. 선고 99두3416 판결)

29) 현재 1989. 1. 25. 88헌가7, 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조의 위헌심판

30) 사해행위 취소의 효과는 형성판결인 사해행위 취소소송의 인용판결이 확정되어야 발생하므로 인용판결이 확정되기 전까지는 사해행위 취소의 상대방인 수익자에게 지체 책임을 물을 수 없다.(서울지방법원 1999. 11. 10. 선고 99가합6048 판결 : 확정)

31) 가액배상의 이행의무는 사해행위 취소판결이 확정된 때에 비로소 발생하는 것이고, 판결을 선고할 당시에는 사해행위 취소판결이 확정되지 아니한 상태이므로 성질상 가집행선고를 붙일 수 없어 가집행선고를 하지 아니한다.(대구지방법원 2007. 3. 9. 선고 2006가단81001 판결)

32) 민법상의 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것이므로, 당사자가 이혼이 성립하기 전에 이혼소송과 병합하여 재산분할의 청구를 하고, 법원이 이혼과 동시에 재산분할을 명하는 판결을 하는 경우에도 이혼판결은 확정되지 아니한 상태이므로, 그 시점에서 가집행을 허용할 수는 없다.(대법원 1998. 11. 13. 선고 98므1193 판결)

33) 민법 제839조의2에 따른 재산분할 청구사건은 마류 가사비송사건으로서 즉시항고의 대상에 해당하지는 않지만, 재산분할은 부부가 혼인 중에 취득한 실질적인 공동재산을 청산 분배하는 것을 주된 목적으로 하고, 법원이 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정하는 것이므로, 재산분할로 금전의 지급을 명하는 경우에도 판결 또는 심판이 확정되기 전에는 금전지급의무의 이행기가 도래하지 아니할 뿐만 아니라 금전채권의 발생조차 확정되지 아니한 상태에 있다고 할 것이어서, 재산분할의 방법으로 금전의 지급을 명한 부분은 가집행선고의 대상이 될 수 없다. 그리고 이는 이혼이 먼저 성립한 후에 재산분할로 금전의 지급을 명하는 경우라고 하더라도 마찬가지이다. 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 법적 효과로서 발생하는 것이지만 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 범위 및 내용이 불명확하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다. 따라서 당사자가 이혼 성립 후에 재산분할 등을 청구하고 법원이 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결이나 심판을 하는 경우에도, 이는 장래의 이행을 청구하는 것으로서 분할의무자는 금전지급의무에 관하여 판결이나 심판이 확정된 다음 날부터 이행지체책임을 지고, 그 지연손해금의 이율에 관하여는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문이 정한 이율도 적용되지 아니한다.(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012므1656 판결)

(3) 당사자의 신청권 유무

가집행선고 역시 소송비용의 경우와 마찬가지로 반드시 이를 신청하여야 하는 것이 아니지만, 소장의 청구취지란에 ‘위 제○항은 가집행할 수 있다’ 또는 ‘위 제○항 중 건물명도부분은 가집행할 수 있다’라는 가집행선고의 신청을 하는 것이 대부분이고, 실무상의 관행으로도 이를 청구취지에 포함시켜 기재하고 있다. 그러나 민사소송법 제213조는 “① 재산권의 청구에 관한 판결은 가집행의 선고를 붙이지 아니할 상당한 이유가 없는 한 직권으로 담보를 제공하거나, 제공하지 아니하고 가집행을 할 수 있다는 것을 선고하여야 한다. 다만, 어음금·수표금 청구에 관한 판결에는 담보를 제공하게 하지 아니하고 가집행의 선고를 하여야 한다. ② 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 채권전액을 담보로 제공하고 가집행을 면제받을 수 있다는 것을 선고할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 선고는 판결주문에 적어야 한다.”고 하여 가집행선고의 근거규정을 두고 있다. 따라서 당사자에게는 가집행의 선고를 구할 신청권이 없고, 당사자가 이러한 신청을 하더라도 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없다. 다만, 상급법원이 불복신청이 없는 부분에 대하여 가집행의 선고를 하는 때는 예외적으로 당사자의 신청이 있는 경우에 한한다(민사소송법 제406조, 제435조).

3. 문서작성의 일반사항

가. 문서의 작성

문서는 국어기본법 제3조의 규정에 의한 어문규범에 맞게 한글로 작성하되, 쉽고 간명하게 표현하고, 뜻을 정확하게 전달하기 위하여 필요한 경우에는 괄호 안에 한자 그 밖의 외국어를 넣어 쓸 수 있으며, 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 가로로 쓴다(법원사무관리규칙 제10조 제1항). 문서에 쓰는 숫자는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 아라비아숫자로 한다(같은 규칙 제10조 제2항). 문서에 쓰는 날짜의 표기는 숫자로 하되, 연·월·일의 글자는 생략하고 그 자리에 온점을 찍어 표시하며, 시·분의 표기는 24시각제에 따라 숫자로 하되, 시·분의 글자는 생략하고 그 사이에 쌍점을 찍어 구분한다. 다만, 특별한 사유로 인하여 다른 방법으로 표시할 필요가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(같은 규칙 제10조 제3항).

나. 단위부호

km, kg, % 등 각종 단위부호를 나타낼 때에는 이를 킬로미터, 킬로그램, 퍼센트 등으로 풀어 쓰지 아니하고 부호 그대로 표기함을 원칙으로 한다(판결서 작성방식의 개선을 위한 참고사항, 재판예규 제316호).

다. 면적의 단위

면적의 단위는 제곱미터로 한다(측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제68조). 따라서 ‘m’를 ‘평방미터’로 표시할 때는 이를 ‘제곱미터’로 표시하는 것이 법률용어에 부합된다.

라. 도로명주소

도로명주소법 제19조 제1항에 의해 도로명주소가 공법관계상 주소로서 효력을 갖게 됨에 따라 ① 도로명주소 도입에 따른 재판서의 주소와 건물 표기에 관한 업무처리지침(재일 2011-2), ② 도로명주소 도입에 따른 등록기준지란의 기록을 위한 업무처리지침(가족관계등록예규 제331호)에서 주소 및 건물의 표기, 등록기준지란의 기록 등에 관하여 규정하고 있다.

가. 도로명주소를 표기할 경우에는 도로명주소법 시행령 제3조에 의해 “시·도, 시·군·구, 읍·면, 도로명, 건물번호, 상세주소(동·호수), 참고항목(법정동, 공동주택명 등)”을 차례로 기재한다. 다만, 참고항목은 당사자 특징이나 송달에 문제가 없다고 판단될 경우 기재를 생략할 수 있다.

(예시)

시·도	시·군·구	읍·면	도로명	건물번호	상세주소	참고항목
서울	서초구		반포대로	48	108동 501호	(서초동, 삼일아파트)
충남	태안군	남면	적돌길	20		
	통영시		해안로	511		(무전동)

나. 동일 건물의 도로명주소와 지번주소 표기는 (예시 1)과 같은데, 도로명주소와 지번주소를 병기할 경우에는 (예시 2)와 같이 도로명주소를 먼저 기재하고, 괄호 안에 법정동·리, 지번, 공동주택명 등을 차례로 기재한다.

(예시 1)

유 형	도로명주소	지번주소
단독주택	서울 관악구 관악로 6(봉천동)	서울 관악구 봉천동 144-4
	충남 태안군 남면 적돌길 20	충남 태안군 남면 양장리 100
공동주택	서울 서초구 잠원로14길 28, 108동 206호 (잠원동, 삼일아파트)	서울 서초구 잠원동 666 삼일아파트 108동 206호
일반건물	서울 노원구 공릉로 145, 57동 202호(공릉동)	서울 노원구 공릉동 126-28 가야대 학교 57동 202호

(예시 2)

유 형	도로명주소·지번주소 병기
단독주택	서울 관악구 관악로 6(봉천동 144-4)
	충남 태안군 남면 적돌길 20(양장리 100)
공동주택	서울 서초구 잠원로14길 28, 108동 206호(잠원동 666, 삼일아파트)
일반건물	서울 노원구 공릉로 145, 57동 202호(공릉동 126-28)

4. 청구의 병합

가. 단순 병합

(1) 의 의

단순 병합은 원고가 여러 개의 청구를 병렬적으로 병합하여 그 전부에 관하여 심판을 구하는 형태이다. 단순 병합은 함께 한 복수의 청구 하나하나가 법률상 서로 독립의 관계에 놓여 있는 경우를 말한다. 대여금 청구에서 원본의 청구와 이자의 청구, 임대차계약의 종료에 기한 건물인도 청구와 차임 청구, 교통사고에 의한 부상의 치료비청구와 위자료청구를 합하여 소를 제기한 경우 등이 여기에 속한다.

판례는 “채권자가 본래적 급부청구인 부동산소유권 이전등기청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구의 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 허용되고,³⁴⁾ 또 부동산소유권 이전등기청구의 판결확정 후 그 소유권이전등기의무가 집행불능이 된 뒤에 별도로 그 전보배상을 구하는 것도 당연히 허용되며, 이는 부동산소유권이전등기 말소청구권의 경우에도 마찬가지이다.³⁵⁾” 고 판시 하였다.

단순 병합의 요건은 같은 종류의 소송절차에 의하여 심판될 수 있을 것, 수소법원에 공통의 관할권이 있을 것, 각 청구의 사이는 반드시 무관계라고 할 수 없으나 어느 것이든지 언제나 병합된 모든 청구에 대하여 재판할 하지 않으면 아니 된다. 한편 서로 나누어서 재판할 수도 있다.

판례는 “논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순 병합으로 구하여야 할 수개의 청구를

34) 대법원 1975. 7. 22. 선고 75다450 판결

35) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다55411 판결

선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다.³⁶⁾”고 한다.

(2) 청구취지 기재례

피고는 원고에게 별지 목록 기재 건물을 인도하고, 20〇〇. 〇. 〇.부터 건물의 인도일까지 월 10,000,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

※ 건물인도청구와 차임상당의 손해배상(또는 부당이득금반환)청구가 병합된 형태이다.

피고는 원고에게,
가. 별지 목록 기재 건물에 관하여 20〇〇. 〇. 〇. 매매를 원으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고,
나. 가항 기재 건물을 인도하고,
다. 10,000,000원을 지급하라.

※ 건물인도청구와 금전지급의 청구가 병합된 형태이다.

1. 별지 제1목록 기재 부동산이 원고의 소유임을 확인한다.
2. 피고는 원고에게 별지 제2목록 기재 부동산에 관하여 서울북부지방법원 20〇〇. 〇. 〇. 접수 제12345호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

※ 확인청구와 이행청구가 병합된 형태이다.

나. 선택적 병합

(1) 의 미

청구의 선택적 병합은 병합된 여러 개의 청구 중 어느 하나만 인용되면 원고로서는 소송의 목적을 달성할 수 있기 때문에 이를 조건으로 다른 청구에 대해서는 심판을 바라지 않는 병합 형태를 말한다.

판례는 “청구의 선택적 병합은 원고가 양립할 수 있는 수 개의 경합적 청구권에 기하여 동일 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 수 개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수 개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태이므로, 논리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구는 선택적 병합이 허용되지

36) 대법원 2008.12.11. 선고 2005다51495 판결

아니한다.³⁷⁾”고 한다.

또 다른 판례는 “이와 같은 선택적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부판결은 선택적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 따라서 제1심법원이 원고의 이 사건 선택적 청구 중 위 1993. 8. 25.자 증여해제를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대하여만 판단하여 이를 배척하고 위 1986. 2. 26.자 양도합의를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니한 조치는 위법한 것이고, 원고가 이와 같이 위법한 제1심판결에 대하여 항소한 이상 원고의 이 사건 선택적 청구 전부가 항소심인 원심으로 이심되었다고 할 것이므로, 원심이 원고의 이 사건 선택적 청구 중 위 1986. 2. 26.자 양도합의를 원인으로 한 소유권이전등기청구는 재판의 탈루로서 제1심법원에 그대로 계속되어 있다고 판단한 것은 청구의 선택적 병합에 관한 법리를 오해한 것이라고 하겠다.³⁸⁾”고 판시하였다.

(2) 청구취지 기재례

☐ 약속어음금 청구(선택적 병합)

1. 선택적으로, 피고는 원고에게 30,000,000원 및 이에 대한 2015. 1. 18.부터 이 사건 판결선고일까지는 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 또는 피고는 원고에게 30,000,000원 및 이에 대한 2014. 10. 15.부터 이 사건 판결선고일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

☐ 신용장개설대금반환 청구(외화채권, 선택적 병합)

1. 피고는 원고에게 불화 495,000프랑과 미화 136,500달러 및 그중 위 불화 495,000프랑에 대하여는 2015. 12. 7.부터, 위 미화 136,500달러에 대하여는 2015. 12. 11.부터 각 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
선택적으로, 피고는 원고에게 불화 495,000프랑과 미화 136,500달러 및 위 각 돈에 대한 2015. 8. 7.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

37) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2012두6773 판결

38) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다99 판결

㊦ 소유권이전등기말소 청구(선택적 병합)

원고들에게, 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 피고 김종욱은 ○○지방법원 ○○등기소 2008. 7. 3. 접수 제5242호로 마쳐진 각 소유권이전등기의, 피고 김종덕은 같은 등기소 같은 날 접수 제5241호로 마쳐진 각 지분이전등기 및 같은 등기소 2009. 1. 9. 접수 제78호로 마쳐진 각 지분이전등기의, 피고 봉두원은 같은 등기소 2009. 4. 23. 접수 제4672호로 마쳐진 각 지분이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라. 선택적으로, 피고 김종욱은 원고 진수화에게 경복 ○○군 ○○면 ○○리 산 70-1 임야 4,824㎡에 관하여 2008. 12. 10.자 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

㊦ 가등기에 기한 본등기 청구(선택적 병합, 지분, 대물변제, 약정, 매매예약완결)

선택적으로, 원고에게 피고 안○○은 ○○서울 ○○구 ○○동 630-6 대 747㎡에 관한 740/747지분에 대하여, 피고 임○○은 위 부동산에 관한 7/747지분에 대하여 ○○지방법원 ○○등기소 2000. 7. 14 접수 제34326호로 경료된 가등기에 기하여 2002. 10. 6자 대물변제, 또는 2001. 10. 28자 약정, 또는 2002. 10. 6자 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

다. 주위적 청구와 예비적 병합

(1) 의 의

주위적 청구란 먼저 판결을 구하는 청구취지를 말하고, 청구의 예비적 청구란 양립할 수 없는 여러 개의 청구를 하면서 주위적 청구(제1차 청구)가 기각되거나 그 소가 각하될 경우에 대비하여 예비적 청구(제2차 청구)에 대하여 심판을 구하는 병합형태이다.

주위적 청구와 예비적 청구는 소송물이 다르되 법률상 양립불가능하여야 한다. 예컨대 매수인이 매도인에 대하여 매매의 목적물의 인도를 구하는 경우, 이 매매계약이 무효라는 이유로 인도청구가 기각되는 경우에 대비하여 제2의 청구로서 만일 매매계약이 무효라고 할 때는 이미 대금으로서 지급한 금전을 반환하라는 청구를 병합하는 것이 예비적 병합이다. 법원은 반드시 제1의 청구부터 판단하여야 한다.

(2) 관련 판례

① 청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구에 관하여 주위적 청구의

인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이라 할 것이지만, 논리적으로 양립할 수 있는 수 개의 청구라 하더라도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있는 경우에는 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면, 다음 청구를 심리하여야 한다.³⁹⁾

② 청구의 예비적 병합에 있어서 예비적 청구는 주위적 청구가 인용되는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 법원의 심판순서는 당사자가 청구한 심판의 순서에 구속을 받게 된다.⁴⁰⁾

③ 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 아니한다.⁴¹⁾

④ 소의 주관적·예비적 청구의 병합에 있어서 예비적 당사자, 특히 예비적 피고에 대한 청구의 당부에 관한 판단은 제1차적 피고에 대한 청구의 판단 결과에 따라 결정되므로, 예비적 피고의 소송상의 지위가 현저하게 불안정하고 또 불이익하게 되어 이를 허용할 수 없다고 할 것이므로, 예비적 피고에 대한 청구는 이를 바로 각하하여야 한다.⁴²⁾

⑤ 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, 항소심으로서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.⁴³⁾

⑥ 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 청구를 변경할 수 있고 본래 예비적 청구는 주위적 청구와는 논리적으로 양립할 수 없는 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 하여 심판을 구하는 것이지만, 논리적으로 양립할 수 있는 수 개의 청구라 하더라도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 한다는 취지에서 예비적 청구를 할 수도 있다.⁴⁴⁾

39) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결

40) 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다51204 판결

41) 대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결

42) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다31079 판결

43) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결

44) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005다48888 판결

(3) 예비적 병합 청구취지 기재례

㉠ 계약배상금 청구(예비적 병합, 매매를 원인으로, 상환이행)

(주위적 청구취지)

1. 피고는 원고에게 35,000,000원 및 이에 대한 지급명령 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

(예비적 청구취지)

1. 피고는 원고로부터 78,000,000원을 수령함과 동시에 원고에게 별지목록기재 각 부동산에 관하여 2015. 3. 4 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

라. 예비적·선택적 공동소송

(1) 개 설

예비적·선택적 공동소송이란 수인의 청구나 수인에 대한 청구가 법률상 양립할 수 없는 관계에 있고, 어느 것이 인용될 것인가를 쉽게 판단하기 어려운 경우에 인정되는 공동소송의 특수형태를 말한다. 즉, 심판순서를 붙이는 것이 예비적 공동소송이고 심판순서를 붙이지 아니하고 어느 한 사람에 대한 청구가 택일적으로 인용될 것을 해제조건으로 다른 사람에 대한 심판을 구하는 것이 선택적 공동소송이다(민사소송법 제70조).

2002년 민사소송법 개정 전에는 이 형태의 공동소송에 대해 긍정설과 부정설의 대립이 있었으나 개정법에서 그 문제를 해결하였다.

(2) “법률상 양립할 수 없다” 는 의미

민사소송법 제70조 제1항은 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 경우에는 필수적 공동소송에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘법률상 양립할 수 없다’는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에

대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미하며, 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함하는 것으로 봄이 상당하다. 한편 법인 또는 비법인 등 당사자능력이 있는 단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인뿐 아니라 그가 소속된 단체를 공동피고로 하여 소가 제기된 경우에 있어서는, 누가 피고적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있으므로, 이는 민사소송법 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송의 요건인 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.⁴⁵⁾

5. 청구취지(訴)의 변경

가. 서 설

(1) 의 의

청구취지의 변경이란 소송계속 중에 원고가 심판의 대상인 소를 변경하는 것을 말한다(민사소송법 제262조, 제263조). 판례는 청구취지의 변경뿐만 아니라 심판의 대상이나 내용을 바꾸는 경우에도 소의 변경으로 인정하였다.⁴⁶⁾

소변경의 요건은 ① 청구의 기초에 변경이 없을 것,⁴⁷⁾ ② 소송절차를 현저히 지연시키지 않을 것, ③ 청구의 병합요건을 구비할 것 등이다. 청구취지를 보충하거나 정정하는 것은 청구의 변경이 아니다.

원고는 청구의 기초에 변경이 없는 한도 내에서 변론의 종결에 이르기까지 소송절차를 현저히 지연시키지 않는 범위에서 청구의 취지 및 원인을 변경할 수 있다(민사소송법 제262조 1항). 청구취지의 변경은 청구자체를 변경할 것을 요한다. 그러므로 청구를 이유있게 하기 위한

45) 대법원 2007. 6. 26.자 2007마515 결정, 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009다7076 판결

46) 원고가 당초 건물의 명도와 그 명도완료시까지 월 금 75,000원씩의 비율에 의한 금원의 지급을 구하였다가 건물명도를 구하는 부분을 건물의 철거를 구하는 것으로 그 청구취지의 일부를 변경하였다면 당초의 청구취지중 「명도완료시까지」라는 부분도 「철거완료시까지」로 변경되었다고 볼 것이다(대법원 1975.12.23. 선고 75다1771 판결).

47) 청구의 변경은 소송절차를 지연함이 현저한 경우가 아닌 한 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 사실심의 변론종결시까지 할 수 있는 것이고, 동일한 생활사실 또는 동일한 경제적 이익에 관한 분쟁에 있어서 그 해결방법에 차이가 있음에 불과한 청구취지 및 청구원인의 변경은 청구의 기초에 변경이 없다고 할 것이며, 또 새로운 청구의 심리를 위하여 종전의 소송자료를 대부분 이용할 수 있는 경우에는 소송절차를 지연케 함이 현저하다고 할 수 없다(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다 44416 판결).

공격·방어방법의 변경 예컨대 소유권확인청구소송에서 소유권취득원인의 주장을 변경하는 것은 소의 변경이 아니며 당사자의 변경도 마찬가지이다.

소의 변경에는 교환적 변경과 추가적 변경이 있다. 소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의할 것이므로 당사자가 구청구를 취하한다는 명백한 표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심 법원으로서도 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있다.⁴⁸⁾

소 변경 제도를 인정하는 취지는 쌍방의 분쟁의 합리적 해결을 실질적으로 달성시키고 동시에 소송경제에 적합함에 있다 할 것이므로 동일한 생활사실 또는 동일한 경제적 이익에 관한 분쟁에 있어 그 해결방법에 차이가 있음에 불과한 경우에는 청구의 기초에 변경이 없다.⁴⁹⁾

(2) 교환적 변경

교환적 변경이란 구 청구의 취지를 철회하고 새로운 청구취지를 진술한 경우를 말한다. 항소심에 있어서 제1심에서의 청구취지와 청구원인의 진술을 철회하고 새로운 청구취지와 청구원인을 진술한 청구의 변경은 청구의 교환적 변경이라 할 것이다.⁵⁰⁾

(3) 추가적 변경

추가적 변경이란 구 청구를 그대로 두고 다시 신 청구를 추가하는 것을 말한다. 청구의 추가적 변경은 단순 병합, 선택적 병합 또는 예비적 병합의 어느 한 형태로 행하여진다.⁵¹⁾ 따라서 병합요건을 갖추어야 한다.

(4) 청구의 감축

청구취지의 감축은 청구의 변경이 아니고 일부취하로 본다.⁵²⁾ 그러므로 청구의 감축에는 소의 일부 취하(민사소송법 제266조 2항)로 보아 상대방의 동의가 있어야 한다.

판례는 “수량적으로 가분인 동일 청구권에 기한 청구금액의 감축은 소의 일부 취하로 해석되는바,⁵³⁾ 소 취하서 또는 소 일부 취하서가 상대방이 본안에 관한 준비서면을 제출하거나 변론

48) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다41435 판결, 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다10153 판결

49) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다28338 판결

50) 대법원 1969. 5. 27. 선고 68다1798 판결.

51) 법원행정처, 법원실무제요, 민사소송Ⅱ, p117.

52) 대법원 1983. 8. 23. 선고 83다카450 판결.

53) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93누9460 판결, 2004. 7. 9. 선고 2003다46758 판결 등

준비기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에 법원에 제출된 경우에는 민사소송법 제266조 제2항에 의하여 상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 것이지만, 이 경우에 원심은 같은 조 제4항에 따라 그 취해서 등본을 상대방에게 송달한 다음 상대방의 동의 여부에 따라 심판 범위를 확정하여 재판을 하여야 하고, 상대방의 동의 여부가 결정되지 아니한 상태에서 종전의 청구에 대하여 재판을 하여서는 아니 된다고 할 것이다.”고 한다.⁵⁴⁾

나. 청구취지(소)변경신청

소의 변경은 서면으로 하여야 하며, 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다(민사소송법 제262조). 소송계속전 즉, 소장송달 전이면 원고는 자유롭게 청구를 변경할 수 있으며 이는 소의 변경에 해당하지 않는다. 신청권자는 원고이며 직권에 의한 변경은 허용되지 아니한다.

변론종결 뒤에는 소의 변경을 신청할 수 없으며 신청이 있더라도 법원에서 반드시 재개할 의무가 있는 것은 아니지만 재개를 하면 위의 하자는 치유된다.⁵⁵⁾

교환적 변경 또는 추가적 변경인 경우 그 변경의 범위를 밝혀야 한다. 예컨대 추가적 변경일 때는 단순 병합·선택적 병합·예비적 병합 등을, 청구의 감축일 경우에는 일부 취하인지 일부 포기인지를 구체적으로 명시하여야 한다.

소변경신청서의 명칭은 청구취지 및 원인변경신청서, 청구취지변경신청서, 청구취지확장신청서, 소변경신청서 등으로 변경이나 확장되는 부분의 명칭을 표기한다.

항소심에서도 요건을 구비한 경우에는 상대방의 동의 없이 변경신청할 수 있다.⁵⁶⁾ 시효중단이나 법률상의 기간 준수의 효과는 위 서면을 법원에 제출하였을 때 발생한다(민사소송법 제265조). 소의 변경신청이 부적법하면 직권 또는 상대방의 신청에 의하여 소의 변경을 불허한다는 결정을 한다(민사소송법 제263조).

54) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2005다19477 판결

55) 대법원 1982.7.13. 선고 82다카262 판결

56) 대법원 1984.2.14. 선고 83다카514 판결

[사례] 청구취지 및 원인변경신청서(건물철거 및 대지인도사건)

청구취지 및 원인변경신청

사 건 20〇〇가합3214 건물철거 및 대지인도
원 고 김 애 화
피 고 김 관 태 외1

위 사건에 관하여, 원고는 다음과 같이 청구취지 및 청구원인을 변경신청합니다.

변경된 청구취지

1. 원고에 대하여

가. 피고 김관태는 별지 목록 부동산 중 별지 도면 표시 2, 3, 4, 5, 6, 2의 각 점을 순차로 연결하는 (가) 부분 선내 면적 90.7㎡ 같은 도면 표시 3, 7, 8, 4, 3의 각 점을 순차로 연결하는 (나) 부분 선내 면적 126.2㎡ 같은 도면 표시 9, 10, 11, 12, 9의 각 점을 순차로 연결하는 (다) 부분 선내 면적 104㎡의 각 지상의 가설건축물(무허가 철골조 및 천막 루벙쥬)을 각 철거하고, 위 토지(나), (다) 부분 면적 230.2㎡를 인도하고, 20〇〇. 4. 23.부터 토지 인도에 이르기까지 매월 100만 원씩의 지연임대료를 지급하라.

나. 피고 김용건은 위 토지 (가) 부분 면적 90.7㎡를 인도하고, 피고들은 동 토지에서 각 퇴거하라.

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

3. 위 제1항은 가집행할 수 있다.

변경된 청구원인

1. 별지 목록 기재 부동산인 서울 종로구 혜화동 123-4 대 973㎡는 원고와 소외 장무학 동 백선기의 공동 소유 토지입니다.

2. 그런데 피고 김관태는 20〇〇. 4. 23. 이권 토지에 대하여, 임대보증금 2,000만 원 1년 임대료 1,200만 원 합계금 3,200만 원으로 하여 보증금 2,000만 원은 지급기일 20〇〇. 10. 19.로 하여 대진금속(주) 대표이사 김해수 발행의 약속어음을 교부

받았습니다.

아울러 임대료 1,200만 원은 피고 김관태가 20〇〇. 4. 31. 500만 원과 동년 5. 16. 700만 원을 현금으로 원고에게 지불하였으나, 위 약속어음을 지급기일에 제시하였으나 거절되었습니다.

3. 그러므로 피고 김관태는 동년 11. 21. 위 지급거절되었던 보증금 2,000만 원 중에서, 그 일부인 1,000만 원을 지급하면서 그동안 이자로 약정하였던 150만 원을 같이 원고에게 지급하였으며, 아울러 20〇〇. 1. 23. 미불된 보증1,000만 원에 대한 10, 11, 12월분 이자로 60만 원(20만 원 × 3개월)을 수령하였으므로, 미불된 보증금에 대한 이자금은 20〇〇. 1. 30까지는 모두 정산되었으며, 전에 피고 김관태로부터 수령한 1,200만 원은 임대차 기간 20〇〇. 4. 23.부터 20〇〇. 4. 22.까지 1년분 임대료로 정산하여 수령하였으므로, 보증금 1,000만 원은 원고가 보관하고 있습니다.

그리고 피고 김관태는 원고에게 동의도 받지 아니하고 아무런 상의도 없이 이 건 부동산의 일부를 피고 김용건에게 전대차 계약을 체결하여 계약을 위반하고 있습니다. 따라서 원고는 계약기간 만료 1개월 전부터 피고들에게 이 건 부동산을 명도할 것을 요구한 바 있으며, 피고 김관태가 계약기간 만료일인 20〇〇. 4. 23. 전으로 명도하겠다고 약속하였음에도 이에 불응하고 있습니다.

4. 그러므로 원고는 피고 김관태가 설치한 가설 건축물을 철거하고, 피고들로부터 동 토지를 인도받고 계약만료 다음 날인 20〇〇. 4. 23.부터 토지 인도에 이르기까지 매월 임대료 100만 원(1년분 임대료를 1,200만 원으로 약정하였으므로 1,200만 원 ÷ 12=100만 원임)을 지급받기 위하여 청구취지와 같은 판결을 받고자 본 건 청구 취지 변경을 신청합니다.

20〇〇. 7. .

원 고 김 애 화 (인)