

3. 채권총칙

가. 채무불이행책임

‘채무불이행에 기초한 손해배상청구’의 청구원인 요건사실은 ① ‘원·피고 간 계약의 체결’(채권·채무의 발생), ② ‘피고의 채무불이행’(이행지체, 이행불능, 불완전이행 등), ③ ‘②에 따른(인과관계) 원고의 손해 발생과 범위’이고, ‘손해배상액 예정액 청구’의 경우에는 위 ③ 요건이 ‘손해배상액 예정 약정’으로 대체된다. ‘피고 귀책사유의 부존재’는 항변사유이다.

1) 손해배상청구 관련 소송물과 청구의 병합

가) 채무불이행과 불법행위에 각각 기초한 손해배상청구권

판례는 구소송물 이론에 따라, 두 개의 소송물이 동일한 사실관계를 토대로 하는 경우에도 청구원인이 서로 다르다면 별개의 소송물로 보므로, 채무불이행에 기한 손해배상청구와 불법행위에 기한 손해배상청구는 별개의 소송물¹⁸⁹⁷⁾이고, 계약 위반으로

인한 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 바로 불법행위가 성립하는 것은 아니다¹⁸⁹⁸⁾(양자 간에는 '처분권주의'가 적용되나,¹⁸⁹⁹⁾ 당사자가 손해배상청구의 법률적 근거를 명시하지 않은 경우 법원은 '법적관점지적의무'를 부담하고,¹⁹⁰⁰⁾ 원칙적으로 '계약상의 면책약관'이 불법행위책임에는 적용되지 않는다¹⁹⁰¹⁾).

채무불이행으로 인한 손해배상책임과 하자담보책임,¹⁹⁰²⁾ 부당이득반환청구권과 불법

1897) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결: “채무불이행책임과 불법행위책임은 각각 요건과 효과를 달리 하는 별개의 법률관계에서 발생하는 것이므로 하나의 행위가 계약상 채무불이행의 요건을 충족함과 동시에 불법행위의 요건도 충족하는 경우에는 두 개의 손해배상청구권이 경합하여 발생하고, 권리자는 위 두 개의 손해배상청구권 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있다. 다만, 동일한 사실관계에서 발생한 손해의 배상을 목적으로 하는 경우에도 채무불이행을 원인으로 하는 배상청구와 불법행위를 원인으로 한 배상청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송물이므로, 법원은 원고가 행사하는 청구권에 관하여 다른 청구권과는 별개로 그 성립요건과 법률효과의 인정 여부를 판단하여야 한다.” ◀ ❶ 사용자의 보호의무 또는 안전배려의무 위반으로 피용자가 손해를 입은 경우, 사용자는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 지고(여기에는 불법행위책임에 관한 3년의 단기 소멸시효 규정이 적용되지 않는다), 이와 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담한다(2011다60247). ❷ 진료계약상 주의의무 위반으로 환자의 생명이나 신체에 불이익한 결과를 초래한 경우 채무불이행책임과 불법행위책임이 성립한다(2016다244491). ❸ 운송계약상의 채무불이행책임과 불법행위로 인한 손해배상책임도 서로 경합하여 병존한다(82다카1533).

1898) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결: 피고에게 불법행위에 따른 손해배상책임을 구하는 원고의 청구를 인용하면서, 부동산중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계는 민법상의 위임관계와 같으므로 중개업자는 중개의뢰의 취지에 따라 선량한 관리자의 주의로 의뢰받은 중개업무를 처리하여야 할 의무가 있는데 중개업자인 피고가 이를 위반하였음을 이유로 피고의 불법행위책임을 인정한 원심판결은, 불법행위책임을 성립요건에 대하여 별도로 판단하지 않은 채 채무불이행을 이유로 곧바로 불법행위책임을 인정한 것이나 마찬가지로 여겨서 이유불비 또는 이유모순의 잘못이 있다고 보아 파기환송한 사례.

1899) ❶ 원고가 변론종결 당시까지 피고가 아파트건물과 물탱크 등의 신축을 통하여 원고 아파트에 대한 일조를 차단한 것에 관하여 불법행위책임을 부담한다고 주장하면서 그로 인한 손해배상을 청구하였을 뿐이고, 이와는 별도로 피고가 원고 소유 아파트에 관한 분양계약을 위반하였음을 이유로 한 손해배상을 청구하지는 않았음에도, 일조방해를 이유로 한 불법행위 손해배상청구를 배척한 다음, 분양계약 위반을 원인으로 하여 피고에게 손해배상 지급을 명하는 판결을 선고하였다면, 이는 당사자가 신중하지 아니한 사항을 판결한 것이므로 민사소송법 제230조(처분권주의)에 위배된다(2005다9760,9777). ❷ 선행판결에 따른 부작위의무 위반 또는 약정위반을 청구원인으로 하는 금지 및 손해배상청구와 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해를 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구는 요건과 증명책임을 달리하는 전혀 별개의 소송물이므로, 영업비밀성에 관한 공방을 하였다 하더라도 전자의 청구에 후자의 청구가 포함되어 있다고 보기 어려움에도 후자의 청구를 선택적으로 추가하였다고 선택하여 이를 인용하는 것은 처분권주의에 위반된다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2015다49422 판결).

1900) 손해배상청구의 법률적 근거는 이를 계약책임으로 구성하느냐 불법행위책임으로 구성하느냐에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 정반대로 달라져 소송의 승패가 달라질 수도 있는 중대한 법률적 사항에 해당하므로, 당사자가 이를 명시하지 않은 경우 설명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 부여함으로써 당사자로 하여금 그 주장을 법률적으로 명쾌하게 정리할 기회를 주어야 한다(2009다42765).

1901) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결: “동일한 법률행위에 따른 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합할 경우 권리자는 그 중 어느 하나의 손해배상청구권을 행사할 수 있는데 그 경우 당사자 사이에 계약상의 면책약관을 명시적이거나 묵시적으로 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구에게까지 적용하기로 하는 약정이 없는 이상 불법행위책임에는 적용되지 않는다” ⇨ ‘고의 또는 중대한 과실로 인하여 상대방 또는 수익자에게 손해를 입힌 때’에 그 손해를 배상해야 한다는 위탁판매계약 조항이 불법행위책임에까지 확대하여 적용된다고 해석하기는 어렵다고 한 예.

1902) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결: “도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다. 목적물의 하자를 보수하기 위한 비용은 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 해당한다. 따라서 도급인은 하자보수비용을 민법 제667조 제2항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다. 하자보수를 갈음하는 손해배상에 관해서는 민법 제667조 제2항에 따른 하자담보책임만이 성립하고 민법 제390조에 따른 채무불이행책임이 성립하지 않는다

행위로 인한 손해배상청구권,¹⁹⁰³⁾ 사용자의 복직의무 불이행에 따른 손해배상청구권과 근로계약에 기한 임금청구권¹⁹⁰⁴⁾도 서로 별개의 소송물이다.

나) 법조경합과 청구권경합, 선택적 병합과 예비적 병합

손해배상청구권에 관한 '법조경합'의 경우, 1개의 청구권과 소송물이 존재하고, 당사자가 주장하지 않더라도 법원은 민법에 우선하여 특별법 규정을 적용하여야 하지만, 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없는 경우에는 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사하여야 한다.¹⁹⁰⁵⁾

고 불 이유가 없다. 원심은 이 사건 근로계약이 도급계약에 해당하는데, 계약특수조건에서 정한 하자보수 보증기간이 지났다고 하더라도 원고가 피고에게 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 주장할 수 있다고 판단하였다. 원심 판단은 ... 정당하다.”(즉, 하자담보책임의 제척기간이 도과하더라도 채무불이행책임을 물을 수 있다) ▶ 민법 제669조 본문(완성된 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 하자담보책임에 관한 규정이 적용되지 않는다)은 민법 제390조에 따른 채무불이행책임에는 적용되지 않는다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결). [동일 취지] 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 결합적으로 인정된다(대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결). 매도인의 하자담보책임에 관하여는 '상법-상행위-상인 간 매매의 하자담보책임' 부분 참조.

1903) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결: “부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재하고 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한되었다고 하여 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다.” ▶ 사기 취소로 인한 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권도 경합하여 병존하고 채권자는 선택하여 행사할 수 있다(92다56087).

1904) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385 판결: “사용자가 복직의무를 이행하지 아니한 것이 채무불이행 또는 불법행위를 구성하는 경우, 근로자가 사용자의 복직의무 불이행과 관계없이 근로계약에 기한 임금청구권을 가진다고 할지라도, 위와 같은 사용자의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권은 실체법상 근로계약에 기한 임금청구권과 별개의 청구권으로 존재하고 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 근로자로서는 근로계약에 기한 임금채권을 가지고 있다 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 근로자가 먼저 해고무효 확인과 함께 해고가 무효일 경우 근로계약에 기한 임금을 청구하는 소를 제기하여 임금의 지급을 명하는 확정판결을 받았다고 하더라도 그 승소액을 넘는 금액에 대하여 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다.”

1905) 판례는 ① 자동차손해배상보장법상의 손해배상책임과 민법상 손해배상책임(자동차손해배상보장법 제3조는 불법행위에 관한 민법 규정의 특별 규정)이므로 자동차 사고로 인하여 손해를 입은 자가 자동차손해배상보장법에 의하여 손해배상을 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 민법에 우선하여 자동차손해배상보장법을 적용하여야 한다(95다29390), ② 국가배상법상 손해배상책임과 민법상 사용자책임(공무원이 직무수행 중 고의·과실로 타인에게 손해를 가한 경우 특별법인 국가배상법이 적용되고 민법상 사용자책임 규정은 그 적용이 배제된다(06다19833)), ③ 환경정책기본법상 손해배상책임과 민법상 손해배상책임(환경정책기본법 제44조(구법 제31조)는 불법행위에 관한 민법 규정의 특별 규정)이므로(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026 판결), 환경오염으로 인하여 손해를 입은 자가 동법에 의하여 손해배상을 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 민법에 우선하여 동법을 적용하여야 하지만, 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없는 경우에는 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사하여야 한다(2006다50338), ④ 제조물 책임법상의 손해배상책임과 민법상 손해배상책임(제조물 책임법은 불법행위에 관한 민법의 특별법)이므로, 제조물의 결함으로 손해를 입은 자가 제조물 책임법에 의하여

두 청구 모두가 동일한 목적 달성을 위한 것으로서 어느 하나의 채권이 변제로 소멸한다면 나머지 채권도 그 목적 달성을 이유로 동시에 소멸하는 관계 즉, ‘청구권경합’의 관계¹⁹⁰⁶⁾에 있는 경우, ‘처분권주의’에 따라 원고가 심판을 구하는 청구권과 별개의 청구권에 대한 판단을 해서는 아니 되고,¹⁹⁰⁷⁾ 양자를 청구하는 경우 ‘선택적 병합’¹⁹⁰⁸⁾에 해당한다.

손해배상을 주장하지 않고 민법상 불법행위책임을 주장하였더라도 법원은 민법에 우선하여 제조물 책임법을 적용하여야 하고, 제조물 책임법의 요건이 갖추어지지 않았지만 민법상 불법행위책임 요건을 갖추었다면 민법상 불법행위책임을 인정할 수도 있다. 제조물 책임법 적용 여부에 따라 소송의 승패가 달라질 수도 있는 중대한 법률적 사항이므로, 쌍방에게 의견 진술 기회를 부여하면서 심리·판단할 필요가 있다(대법원 2023. 5. 18. 선고 2022다230677 판결) 등 몇 가지 경우를 제외하고는 규범충돌이 있는 경우 법조경합으로 보지 않고 대체로 청구권경합을 인정한다. 예컨대, 감사인의 부실감사로 인한 구 증권거래법상의 손해배상책임과 민법상의 불법행위책임은 청구권 경합의 관계에 있다(97다26555)고 보는데, 두 개의 청구권의 병존을 인정하여 권리자로 하여금 그 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있게 하는 것이 피해자인 권리자를 두텁게 보호하는 길이라는 실제적인 이유가 청구권경합설을 취하는 주된 이유이다(대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결).

1906) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결; “계약 당사자 사이에서 일방 당사자의 잘못으로 인해 상대방 당사자가 계약을 취소하거나 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 경우 계약 취소로 인한 부당이득반환 청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 동일한 경제적 금부를 목적으로 경합하여 병존하게 되고, 특별한 사정이 없는 한 어느 하나의 청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 다른 나머지 청구권도 소멸하는 관계에 있다. 따라서 채무자가 부당이득반환채무를 변제하였다면 그와 경합관계에 있는 손해배상채무도 소멸한다.”

1907) 한편, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다81285 판결 등은, “어느 하나의 청구를 한 것만으로는 다른 채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수는 없으므로, 다른 채권에 대한 소멸시효 중단의 효력은 없다.”고 하나, 이는 시효중단사유로서의 ‘채판상 청구’의 범위에 관하여 권리행사설의 입장을 취하는 이상 그 타당성에 의문이 있음은 앞서 ‘소멸시효’ 기술 부분에서 본 바와 같다.

1908) 청구의 선택적 병합은, ① ① 양립할 수 있는 여러 개의 청구권에 기초해서 같은 내용의 이행을 구하거나 ② 양립할 수 있는 여러 개의 형성권에 기하여 같은 형성적 효과를 구하는 경우에, 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 여러 개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태이다. 이와 같은 선택적 병합의 경우에는 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에서 불가분적으로 결합되어 있기 때문에, 선택적 청구 중 하나만을 기각하고 다른 선택적 청구에 대하여 아무런 판단을 하지 않는 것은 위법하다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016다229478 판결). ② 수개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그 중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 때에는 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구까지도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판 범위가 되므로, 항소심이 원고의 청구를 인용할 경우에는 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 어느 하나를 임의로 선택하여 심판할 수 있으나, 원고의 청구를 모두 기각할 경우에는 원고의 선택적 청구 진부에 대하여 판단하여야 한다(2009다12580). ③ 원고가 제1심에서 선택적으로 구한 두 개의 청구 중 1개의 청구(불법행위 손해배상청구)가 인용되고 피고가 항소한 후, 원고가 항소심에서 병합의 형태를 변경하여 제1심에서 심판되지 않은 청구(부당이득반환청구)를 주위적 청구로, 제1심에서 인용된 위 청구를 예비적 청구로 구함에 따라 항소심이 주위적 청구 부분을 먼저 심리하여 그 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는, 비록 결론이 제1심판결의 주문과 동일하더라도 피고의 항소를 기각하여서는 아니 되고 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2018다229625 판결). ④ 제1심에서 원고의 청구가 기각되어 원고가 항소한 다음 항소심에서 청구를 선택적으로 병합한 경우 법원은 병합된 수 개의 청구 중 어느 하나의 청구를 선택하여 심판할 수 있고, 어느 한 개의 청구를 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정될 경우에는 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 취소하고 이유 있다고 인정되는 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결). ⑤ 선택적으로 병합된 수개의 청구(불법점유에 따른 부당이득반환청구와 손해배상청구, 채무불이행으로 인한 손해배상청구와 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 따른 손해배상청구)를 모두 기각하거나 소를 각하한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 어느 하나의 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 한다(대법원 1993. 12. 21. 선고 92다46226 전원합의체 판결, 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다262905 판결). 이는 선택적 병합관계에 있는 청구를 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구한다는 취지에서 예비적으로 병합한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다247145 판결).

선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 원고가 붙인 심판의 순서가 아니라 청구의 '객관적 성질'을 기준으로 '직권으로 판단'하여야 하고,¹⁹⁰⁹⁾ 항소심에서의 '심판 범위'도 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 함이 원칙적이지만,¹⁹¹⁰⁾ 수개의 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 청구'의 소가 허용된다는 판례¹⁹¹¹⁾도 혼재하고 있다.¹⁹¹²⁾

1909) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결: 원고가 주위적으로 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구, 예비적으로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 구하였고, 원심도 원고가 붙인 심판의 순위에 따라 판단한 데 대하여, 대법원은, "병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 한다."고 하고, 두 청구는 선택적 병합 관계에 있음을 직권으로 판단한 예.
 ─ [동일 판시] 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020다278873 판결: 원고가 약관이 무효임을 원인으로 하는 '부당 이득반환청구'를 주위적으로, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 불이익제공행위임을 원인으로 하는 '손해배상청구'를 예비적으로 구한 데 대하여, 양 청구는 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로서 원고가 이를 주위적, 예비적으로 청구하였다고 하더라도 실질상 선택적 병합 관계에 있고, 부당이득반환청구에 관한 원고의 상고이유 주장이 이유 있어, 선택적 병합 관계에 있는 손해배상청구에 관한 원고의 상고이유를 판단할 필요가 없고, 이 부분을 함께 파기하여야 한다고 한 예.

1910) 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구(대여금반환청구와 사기 불법행위 손해배상청구)에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심에서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결). 이는 "논리적으로 전적 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다."는 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51495 판결 등과 같은 취지이다(따름판례로 2007다354와 2009다10898이 이어진다).

1911) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결: "청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다. 그러나 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라고 하더라도, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것과 같이 수개의 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. 예비적 병합의 경우에는 수개의 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(98다22253 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 부진정 예비적 병합의 경우에도 달리 볼 이유가 없다." ─ 이는, "논리적으로 전적 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다."는 일반론 하에서 저작재산권 침해로 인한 손해배상청구와 저작인격권 침해로 인한 손해배상청구를 단순병합 관계로 보고, 양자는 논리적으로 관련성이 없어 주위적·예비적으로 병합할 수 없는 청구이므로, 원심이 주위적·예비적으로 병합하는 청구원인변경신청을 받아들였다 하더라도 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없다고 한 2007다354 판결과 구체적 사안의 판단에서 상치되는 것이고, 병합의 형태를 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하는 최근의 주류적 흐름과 배치되는 것이어서 바람직하지 않다.

1912) 종래에 판례(2001다17633, 2002다23598, 98다17145 등)는 '합리적인 필요성'이 있는 경우에는 당사자의 의사에 따른 이른바 '부진정 예비적 청구병합'을 허용해 왔는데, 2005다48888 판결 이후에는 같은 취지의 판시가 보이지 않고, 병합형태의 판단을 당사자의 의사가 아닌 청구의 '객관적 성질'을 기준으로 하는 판시가

예비적 청구는 주위적 청구와 서로 양립할 수 없는 관계에 있어야 하므로, 주위적 청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 주위적 청구를 양적이나 질적으로 일부 감축하여 하는 청구는 주위적 청구에 흡수되는 것일 뿐 소송상의 예비적 청구라고 할 수 없다.¹⁹¹³⁾

다) 손해 구분에 따른 별개의 소송물

인신사고로 인한 손해는 적극적 재산상 손해, 소극적 재산상 손해, 정신적 손해¹⁹¹⁴⁾의 3가지 소송물(각 소송물 내 여러 손해 항목은 공격방법에 불과하다)로 나뉘고(손해3분설),¹⁹¹⁵⁾

계속 이어졌지만, ‘부진정 예비적 청구병합’을 허용하는 2020다292411 판결이 다시금 출현한 후, 최근의 주위적 판례에 부합하는 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020다278873 판결이 있는 반면, ‘예비적 병합의 경우에는 원고가 불인 순위에 따라 심판하여야 한다’는 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결(주위적으로 공유물의 보존행위에 근거하여 피고로 하여금 소외인에게 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 소외인에 대한 공유물분할청구권을 보전하기 위하여 소외인의 피고에 대한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 대위하여 청구한 사안)도 있어, 혼돈상태에 이르고 있다.

cf. 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다23598 판결: “주위적 청구원인과 예비적 청구원인이 양립 가능한 경우에도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 ‘합리적인 필요성’이 있는 경우에는 심판의 순위를 붙여 청구할 수 있다 할 것이고, 이러한 경우 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 것이므로, 주위적 청구가 일부만 인용되는 경우에 나아가서 예비적 청구를 심리할 것인지의 여부는 소송에서의 당사자의 의사 해석에 달린 문제라 할 것이어서, 법원이 주위적 청구원인에 기한 청구의 일부를 기각하고 예비적 청구취지보다 적은 금액만을 인용할 경우에는, 원고에게 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지인지 여부를 설명하여 그 결과에 따라 예비적 청구에 대한 판단 여부를 정하여야 할 것이다.” ⇨ 원고가 주위적으로 채무불이행 내지 불법행위에 기한 손해배상을 구하고, 예비적으로 약정금의 지급을 구한 사안에서, 원심이, 예비적 청구취지 금액보다 적은 주위적 청구를 일부 인용하고 예비적 청구에 대하여 전혀 판단하지 아니한 데 대하여, 대법원은, 위 양 청구는 다른 청구의 인용 가능 여부와 관계없이 인용될 수 있는 것으로서 양립 가능한 청구라 할 것이고, 다만 인정될 수 있는 금액이 수량적으로 달라서 예비적 병합 관계에 놓여 있는 것에 불과하므로, 원심로서는 원고에게 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지인지 여부를 설명하여 그 결과에 따라 위 예비적 청구에 대한 판단 여부를 정하였어야 할 것이라고 한 사례./ 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 소도 허용되는 것이며”

1913) 대법원 2017. 2. 21. 선고 2016다225353 판결. 주위적으로 무조건적인 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 금전 지급과 상환으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 경우, 그 예비적 청구는 주위적 청구를 질적으로 일부 감축하여 하는 청구에 지나지 아니할 뿐, 그 목적물과 청구원인은 주위적 청구와 완전히 동일하므로 소송상의 예비적 청구라고는 볼 수 없다(98다61463).

1914) 불법행위로 사람의 생명을 침해한 경우에 생명을 침해당한 피해자 본인의 정신적 고통에 대한 위자료청구와 피해자의 직계비속 등의 정신적 고통에 대한 위자료청구는 각각 별개의 소송물이다(2008다1576).

1915) ① 불법행위로 신체 상해를 입었음을 이유로 가해자에게 손해배상을 청구할 경우에, 그 소송물은 통상의 치료비와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에 따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신적 손해(위자료)의 3가지로 나뉜다(2009다99105). ② 생명·신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상사무의 존부나 범위에 관하여 항쟁할 이 타당한지 여부는 각 손해마다 따로 판단하여야 한다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2022다200768 판결). ③ 독립된 하나의 소송물인 손해(적극적 손해)의 내용이 여러 개의 손해항목(기왕치료비, 향후치료비, 개호비, 보조구비용)으로 나누어져 있는 경우 각 항목은 청구를 이유 있게 하는 공격방법에 불과하다(94다20730). ⇨ 이상은, 사용자의 채무불이행으로 인한 피용자의 인신사고 손해의 경우에도 동일하다.

각 소송물별로 처분권주의가 적용되는데(식물인간 등의 예외적인 경우에 일시금 지급 청구에 대하여 법원이 재량에 따라 정기금 지급을 명하는 것은 처분권주의 위배가 아니다¹⁹¹⁶⁾, 비재산적 손해¹⁹¹⁷⁾의 배상청구는 독립된 하나의 소송물로서 소송상 일체로 취급된다.¹⁹¹⁸⁾

금전채무불이행의 경우에 발생하는 원본채권과 그 지연손해금채권 및 확정 지연손해금에 대한 지연손해금채권은 각각 별개의 소송물이고,¹⁹¹⁹⁾ 이자채권과 지연손해금채권도 서로 별개의 소송물이다. 민법 제548조 제2항 등의 법정이자청구권과 이행지체로 인한 지연손해금청구권은 별개의 청구권으로서 청구권결합의 관계에 있다.¹⁹²⁰⁾

동일 채무자에 대하여 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 수개의 손해배상채권은 별개의 소송물이고, 채권자는 손해배상채권별로(손해 3분설에 따른 3가지 소송물의 각 손해 간에도 마찬가지로) 청구금액을 특정하여(법원도 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 한다) 단순병합으로 청구하여야 하며(선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다¹⁹²¹⁾), 이는 모두 직권조사사항에 해당하고, 청구취지가 특정되지 않으면 그 소는

1916) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2016다11257 판결: “불법행위의 피해자가 후유장애로 장래에 계속적으로 치료비나 간호비 등을 지출하여야 하는 경우에 정기금 지급과 일시금 지급 중 어느 방식으로 손해배상을 청구할 것인지는 원칙적으로 피해자 자신이 선택할 수 있다. 다만 식물인간 등의 경우와 같이 그 후유장애의 계속기간이나 잔존여명이 단축된 정도 등을 확정하기 곤란하여 일시금 지급방식에 의한 손해배상이 사회정의와 형평의 이념에 비추어 현저하게 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다고 인정될 때에는 피해자가 일시금 지급을 청구하였더라도 법원이 재량에 따라 정기금 지급을 명하는 판결을 할 수 있다. 특히 전문적인 감정 등을 거쳐 예측된 여명기간을 기준으로 소송 등을 통하여 손해배상이 이루어진 다음 피해자가 예측된 여명기간을 지나서 생존하여 추가 손해가 발생한 경우에는 새로운 여명기간의 예측에 대한 불확실성이 더욱 커지므로, 이러한 경우 법원으로서서는 손해배상을 일시금 지급방식으로 정하는 데 더욱 신중을 기할 필요가 있다.” ● 피해자가 확실히 생존하고 있으리라고 인정되는 기간 동안의 일실수입은 중간이자를 공제한 일시금으로, ① 그 기간 이후 가동연한까지의 일실수입은 생계비를 공제한 금액에서 중간이자를 공제한 일시금으로, ② 그 기간 이후 가동연한까지의 일실수입 중 생계비 상당의 손해는 피해자의 생존을 조건으로 매월 정기금으로 배상할 것을 명할 수도 있다(2001다72678).

1917) 민법 제751조 제1항의 ‘재산 이외의 손해’는 정신상의 고통만을 의미하는 것이 아니라 그 외에 수량적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해도 포함된다. 예컨대, 사용자 노동조합의 조직 또는 운영에 지배·개입하는 행위가 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 부당노동행위로 인정되는 경우, 사용자가 이로 인한 노동조합의 비재산적 손해에 대하여 위자료 배상책임を負担하고(2017다51603), 법인의 명예나 신용을 훼손함에 따른 무형의 손해에 대하여도 배상책임이 인정된다(2006다53146).

1918) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2017다51603 판결.

1919) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다268760 판결. 따라서 불이익변경에 해당하는지 여부는 원금과 지연손해금 부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결).

1920) 납세자가 조세환급금에 대하여 이행청구를 한 후에는 법정이자율의 성질을 가지는 환급가산금청구권 및 이행지체로 인한 지연손해금청구권이 경합적으로 발생하고, 납세자는 자신의 선택에 좇아 그 중 하나의 청구권을 행사할 수 있다는 2009다11808 참조.

1921) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51495 판결: “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

부적법하여 각하된다.¹⁹²²⁾

라) 일부 청구

원고가 가분채권의 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 ‘일부 청구’임을

행태가 적법한 선택적 또는 예비적 병합 관제로 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.” [동일 판시] 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결; 원고가 ① 사모사채 인수 관련 손해배상청구 28억여 원, ② A회사 신용대출과 관련 손해배상청구 20억여 원, ③ B회사 신용대출 관련 손해배상청구 27억여 원, ④ 유가증권 매매 관련 손해배상청구 13억 원, ⑤ 입차업무 관련 손해배상청구 7억여 원을 선택적 청구로 병합하여 총 손해액 중 2억 원 및 이에 대한 지연손해금을 청구하였는데, 1심은 ① 청구만을 심리·판단하여 원고가 구하는 일부 청구금액을 인용하고, 나머지 청구에 대하여는 원고가 어느 하나의 청구원인에서라도 청구금액이 전부 인용된다면 추가적인 판단을 원하지 않고 있다는 이유로 그 판단을 생각하는 내용의 본안판결을 하였으며, 이에 대해 피고가 항소를 제기한 사안에서, ‘위 각 청구원인은 상호 논리적 관련성이 없어 선택적으로 병합할 수 없는 성질의 청구임에도 1심이 잘못된 청구병합관계를 보정하는 조치를 취함이 없이 하나의 청구원인에 대하여만 심리·판단을 하고 나머지 청구에 대하여는 판단을 한 바 없으므로, 이러한 경우 제1심이 심리·판단한 ① 청구만이 항소심으로 이심되어 항소심의 심판범위가 된다.’고 하고, ‘원심이 같은 취지에서 ② 내지 ⑤ 청구를 심판대상으로 삼지 않은 것은 정당하다.’고 한 예. ● [다름판례] 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수 개의 청구(권리금 상당 손해배상청구와 임대차보증금 상당 손해배상청구)를 주위적·예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다(2009다10898). 저작재산권 침해로 인한 손해배상청구와 저작인격권 침해로 인한 손해배상청구 역시 논리적으로 관련성이 없어 주위적·예비적으로 병합할 수 없다(2007다354). ‘현재의 급부청구와 장래의 전보배상청구의 단순병합 청구를 주위적·예비적으로 병합한 경우에 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다.’는 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결도 같은 맥락으로 볼 수 있다.

1922) ○ 대법원 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결: “채권자가 동일한 채무자에 대하여 수 개의 손해배상채권을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상채권들이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개 채권인 이상 이는 별개 소송물에 해당하고, 그 손해배상채권들은 각각 소멸시효 기산일이나 채무자가 주장할 수 있는 항변이 다를 수도 있으므로, 이를 소송으로 청구하는 채권자로서는 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하고, 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하며, 이러한 법리는 채권자가 수 개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지이다. 또한 민사소송에 있어서 청구취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고, 이의 특정 여부는 직권조사사항이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이의 여부와 관계없이 직권으로 그 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.” [동일 판시] ❶ 원고가 회사의 이사·감사인 피고들을 상대로 수회의 법령 위반, 임무태만행위로 입은 손해의 배상을 청구한 사안에서, ‘① 분식결산으로 인한 손해배상청구 부분, ② 다른 회사에 대한 부당지원으로 인한 손해배상청구 부분, ③ 자기주식취득 등으로 인한 손해배상청구 부분은 수개의 손해배상채권의 총 합계액 중에서 일부를 청구하고 있어서 각 손해배상채권별로 청구금액이 특정되었다고 볼 수 없다’고 하고, ‘원심은 석명권을 적절히 행사하여 피고들에 대한 각 손해배상채권별로 청구금액을 구체적으로 특정하도록 보정을 명하고 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하였어야 함에도 불구하고, 원고가 청구하는 대로 각 손해배상채권별로 인용금액을 특정하지 아니하고 포괄적으로 인용금액을 정한 것은, 청구취지 특정에 관한 법리를 오해한 나머지 석명권을 행사하지 아니한 위법이 있고, 청구취지의 불특정은 본안판결을 불가능하게 하는 사유이므로 법원이 직권으로 조사하여야 할 사항에 해당한다.’라고 판시하여 직권으로 파기환송한 예(2008다14633). ❷ 원고가 피고의 이사로서의 법령위반행위로 3회에 걸쳐 총 손해를 입었다고 주장하면서 총 손해 중 명시적 일부청구로서 10억 원의 배상을 청구한 사안에서, 원심이, 각 채권별로 전체 손해액을 특정한 다음 원고가 일부청구로서 구하는 10억 원의 손해배상금액에 대하여 각 손해배상채권에 따른 개별적인 인용금액을 구분하지 아니한 채, 포괄적으로 10억 원의 손해배상금액을 인정해 대 대하여, 대법원은, “원심 변론종결 당시, 원고가 구하는 10억 원의 손해배상채권이 어느 채권에 대한 청구인지 불분명하여 그 청구가 특정되었다고 볼 수 없는바, 원심으로서서는 석명권을 적절히 행사하여 원고가 구하는 이 사건 일부청구에 관한 명확히 불완전·불명료한 점을 지적하여 이를 정정·보충하도록 보정을 명함으로써 이 사건 소송상의 청구를 명확히 특정한 다음, 나아가 원고 주장의 당부를 심리·판단하였어야 할 것이다.”라고 판시하여 파기환송한 예(2007다25865).

‘명시’한 경우 그 부분은 독립한 소송물이 되나, 그렇지 않은 경우에는 전체가 하나의 소송물이다(명시적 일부청구설).¹⁹²³⁾ 인신사고로 인한 손해배상청구의 전소 변론종결 당시 ‘예견할 수 없었던 새로운 적극적 손해’가 그 후 발생한 경우, 전소에서 그 부분 청구가 ‘유보되어 있지 않았더라도’ 별개의 소송물이 될 수 있다.¹⁹²⁴⁾ 장래 이행기 도래분까지의 정기금의 지급을 명하는 판결이 확정된 경우, 그 소송의 사실심 변론종결 후에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 뚜렷하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 해할 ‘특별한 사정’이 생긴 때에는 전소에서 ‘명시적인 일부청구가 있었던 것과 동일하게 평가’하여 전소판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다.¹⁹²⁵⁾

1923) ◎ 일부 청구에 대한 기판력

① 대법원 2016. 7. 27. 선고 2013다96165 판결: “가분채권의 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 나머지를 유보하고 일부만을 청구한다는 취지를 명시하지 아니한 이상 그 확정판결의 기판력은 청구하고 남은 잔부청구에까지 미치는 것이므로, 그 나머지 부분을 별도로 다시 청구할 수는 없다. 그러나 일부청구임을 명시한 경우에는 그 일부청구에 대한 확정판결의 기판력은 잔부청구에 미치지 아니하는 것이고, 이 경우 일부청구임을 명시하는 방법으로는 반드시 전체 채권액을 특정하여 그중 일부만을 청구하고 나머지에 대한 청구를 유보하는 취지임을 밝혀야 할 필요는 없으며, 일부청구하는 채권의 범위를 잔부청구와 구별하여 그 성질의 범위를 특정할 수 있는 정도의 표시를 하여 전체 채권의 일부로서 우선 청구하고 있는 것임을 밝히는 것으로 충분하다. 그리고 일부청구임을 명시하였는지를 판단함에 있어서는 소장, 준비서면 등의 기재뿐만 아니라 소송의 경과 등도 함께 살펴보아야 한다.” ㉠ 원고들은 선행 소송에서 위자료 청구가 일부청구임을 명시하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 위자료 잔부청구는 선행 소송 확정판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 부적법하여 허용될 수 없다고 한 예. ㉡ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다29557 판결: 甲이 乙을 상대로 제기한 상속회복 청구소송 중 상속재산인 부동산이 수용되어 乙이 수용보상금을 수령하자 甲이 금전지급의 대상청구로 청구를 변경하였고 그 후 甲과 乙 사이에 화해권고결정이 확정되었는데, 甲이 乙이 수령한 보상금 중 甲의 상속분 해당 금원에서 화해권고결정에 따라 받은 금원 등을 공제한 나머지 금원의 지급 등을 구한 사안에서, 甲이 전소에서 청구를 변경하여 구한 금전 청구와 후소에서 구하는 수용보상금 관련 각 청구는 소송물이 동일하고, 위 화해권고결정의 창설적 효력에 의하여 상속재산인 부동산의 수용보상금 중 甲의 상속분에 해당하는 부분에 관한 중전 권리관계는 소멸하고 화해권고결정에 따른 새로운 법률관계가 형성되었으므로, 화해권고결정의 ‘청구의 표시’만에 가분채권인 甲의 금전 청구 중 일부를 유보하는 취지를 명시하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 수용보상금 중 甲의 상속분에 해당하는 부분에 관한 법률관계에 대하여 甲은 확정된 화해권고결정에 반하는 주장을 할 수 없으므로, 甲의 수용보상금 관련 각 청구는 확정된 화해권고결정의 기판력에 저촉된다는 이유로 甲의 청구를 기각한 사례. ㉢ 수회에 걸친 외상매매의 총대금 중 특정 가능한 일부 개별적 매매대금이 아닌 그 총액의 수량적 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 일부 청구임을 명시하지 아니한 경우에는 그 소송물은 그 대금채권 전부라 할 것이므로 그 일부청구에 대한 확정판결의 기판력은 그 대금채권 전부에 미친다(82다카7).

1924) 대법원 2007. 4. 13. 선고 2006다78640 판결: “불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소소송의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우에 그 소송의 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전소소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고 하더라도 이는 전소소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 전소소송의 기판력에 저촉되는 것이 아니다.” ㉠ 식물인간 피해자의 여명이 종전의 예측에 비하여 수년 연장되어 그에 상응한 향후치료, 보조구 및 개호 등이 추가적으로 필요하게 된 것은 전소의 변론종결 당시에는 예견할 수 없었던 새로운 중한 손해로서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 한 사례. ㉡ 불법행위로 인한 인신손해에 대한 손해배상청구소송에서 판결이 확정된 후 피해자가 그 판결에서 손해배상액 산정의 기초로 인정된 기대여명보다 일찍 사망한 경우라도 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결에 기하여 지급받은 손해배상금 중 일부를 법률상 원인 없는 이득이라 하여 반환을 구하는 것은 그 판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다56665 판결; ‘2006다78640 판결 사안과 2009다56665 판결 사안은 소송물의 관점에서 달리 볼 수 있으므로 2006다78640 판결의 논리가 동일하게 적용되어야 하는 것은 아니’라고 판단).

1925) 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다58194 판결: 해고부효를 원인으로 해고 다음날부터 복직 시까지 해고 당시의 평균임금에 상당하는 임금 지급을 구하는 소를 제기하여 전부승소 판결을 선고받아 확정된 후 해고기간 중의

마) 전보배상 청구의 병합

채권자가 본래의 급부 청구(부동산 소유권이전등기 청구, 자동차 소유권이전등록 청구, 백미 등의 동산 인도 청구 등)를 하면서, 변론종결 후의 이행불능이나 집행불능에 대비하여 전보배상(填補賠償)을 병합하여 청구(본래 급부 청구권과 전보배상청구권은 별개의 소송물이다¹⁹²⁶⁾ 하는 것은, 현재의 급부 청구와 장래의 급부 청구와의 '단순병합'으로서 허용되고(변론종결 시에 이미 이행불능으로 본래 급부 청구권이 소멸되어 본래 급부 청구가 배척되는 경우에 대비하여 하는 전보청구는 '예비적 병합' 청구이다), 본래 급부청구의 판결 확정 후 그 의무가 집행불능이 된 뒤에 별소(別訴)로 그 전보배상을 구하는 것도 당연히 허용된다.¹⁹²⁷⁾ 이러한 전보배상 청구를 본래의 급부 청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다(본래 급부 청구가 배척되는 경우에는 전보배상 청구에 대하여 심리할 필요 없이 배척된다).¹⁹²⁸⁾

정기승급 및 임금 인상분에 상당하는 임금 지급을 추가로 청구한 경우, 전소 사실심 변론종결 후 당사자 사이의 형평을 크게 해할 사정이 생겼다고 볼 수 없다고 한 사례.

1926) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결; "소유권이전등기의무의 이행불능을 원인으로 한 전보배상청구권의 존부와 확정된 전소송의 소송물인 지분소유권이전등기청구권의 존부는 그 소송물이 동일하다고 할 수 없을 뿐 아니라, 위 전소송에서의 소송물에 관한 판단인 이행불능을 사유로 하는 지분소유권이전등기의무의 부존재가 이 사건 전보배상청구권의 판단의 선결문제가 되는 것도 아니라는 이유로 위 주장을 배척하였던바, ... 원심의 판단은 정당하고"

1927) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다55411 판결; "채권자가 본래적 급부청구인 부동산소유권 이전등기청구에다가 이에 대신할 전보배상(填補賠償)을 부가하여 대상청구(代償請求)를 병합하여 소구(訴求)한 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, 또 부동산소유권 이전등기청구의 판결확정 후 그 소유권이전등기의무가 집행불능이 된 뒤에 별소로 그 전보배상을 구하는 것도 당연히 허용되며" ㉞ 위 판시에서 보듯이 판례나 재판실무에서 '대상(代償)'이라는 용어를 '전보배상'의 의미로 쓰기도 하는 한편, 채무의 이행불능의 효과로서 전보배상청구권과 별도로 판례가 해석상 인정하는 '대상(代償)청구권'에서의 용례처럼 '본래 급부에 갈음하는 이익', '대체물(代替物)', '대용물(代用物)'의 의미로 쓰기도 하는데, 양자는 구별됨을 유의하여야 한다.

1928) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결; 甲이 乙을 상대로 주위적으로 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행을 구하면서, 예비적으로 乙이 丙과 공모하여 등기를 불법탈소한 데 대한 손해배상금 등의 지급을 구하였는데, 제1심법원이 주위적 청구를 인용하면서 예비적 청구를 기각하였고, 甲이 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하자, 원심법원이 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 甲에게는 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 항소를 각하한 사안에서, 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 함에도 항소를 각하한 원심판결에는 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례.