

## 별소에서의 잔부청구·선택적 청구와 중복제소 금지

- 대법원 2007.11.30. 선고 2005다55282 판결, 2005다57639 판결 -

조 상 희\*

### 목 차

- I. 머리말
- II. 대상판례와 문제제기
- III. 중복제소금지 요건
- IV. 잔부청구와 중복제소 금지에 관한 주요 판례
- V. 잔부청구·선택적 청구와 중복제소
- VI. 맺는말

## I. 머리말

1997년 12월 IMF 구제금융의 영향으로 인한 부실금융기관<sup>1)</sup>의 정리가 시작

\* 건국대학교 법학전문대학원 교수

1) 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제2조 제3호 "부실금융기관"이라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 금융기관을 말한다.

- 가. 경영상태를 실시한 결과 부채가 자산을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관으로서 금융위원회 또는 「예금자보호법」 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 결정한 금융기관. 이 경우 부채와 자산의 평가 및 산정은 금융위원회가 미리 정하는 기준에 의한다.
- 나. 「예금자보호법」 제2조제4호의 규정에 의한 예금 등 채권의 지급 또는 다른 금융기관으로 부터의 차입금의 상황이 정지상태에 있는 금융기관
- 다. 외부로부터의 자금지원 또는 별도의 차입(정상적인 금융거래에서 발생하는 차입을 제외한다)이 없이는 예금 등 채권의 지급이나 차입금의 상황이 어렵다고 금융위원회 또는 예금

되면서, 그 이후 부실의 원인을 당시 금융기관의 경영진, 즉 임원들의 회사법상 혹은 금융관련법상의 주의의무 해태 내지는 위배에서 찾고자 하는 대대적인 수색작업이 있었다<sup>2)</sup>. 공적자금이 투입된 금융기관들이 습관적으로 해오던 여러 가지 금융관행이 위법한 것으로 지적되면서 파산관재인(예금보험공사 포함)들로부터 당시 또는 그 이전의 금융기관의 임원들이 많은 소송을 당하였다.<sup>3)</sup>

그런데 이 때 소송을 제기한 파산관재인이나 예금보험공사는 임원들을 상대로 한 사해행위취소소송과 불법행위로 인한 손해배상청구소송을 같이 제기하였는데, 이 두 소송 사이에 중복소송문제가 대두되었다. 즉, 사해행위취소 소송의 시급성과 개인성에 맞춘 청구원인과 나중에 제기된 손해배상청구소송의 공동소송 형태와 복잡다단한 청구원인이 중복되었고, 게다가 일부·선택적 청구라는 명목으로 두 소송이 정리되지 않고 대법원까지 가서 그대로 확정되는 경우도 있었다. 이에 이러한 소송을 사례로 일부·선택적 청구와 중복제소 금지에 관해서 살펴보고자 한다.

## II. 대상 판례와 문제 제기

H생명보험(주)는 1989년 설립되어서 대기업그룹의 계열회사로 편입되었다가 1997년 구제금융 위기의 여파로 인하여 대주주들로부터의 증자가 제대로 이루어지지 않아서 부실금융기관으로 지정되었고, 그 후 계속하여 자본증가가 어려

자보호법 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 인정한 금융기관

이렇게 부실금융기관으로 지정되면 임원의 직무집행 정지, 영업인가 취소, 감사 등의 행정처분을 명령을 받을 수 있다.

- 2) 당시 외환위기의 원인을 무책임하고 방만한 경영을 한 부실금융기관에 있었다고 보고, 이 퇴출 부실금융기관의 임직원들을 위기의 주범으로 몰아가기 위한 희생양으로 삼는 마녀사냥이 있었다고 해도 과언이 아니었다.
- 3) 예금보험공사가 소송을 통해 금융기관 부실에 책임이 있는 개인들로부터 회수한 돈이 4천억원을 넘어섰다. 그러나 소송에서 이기고도 받아 내지 못한 돈이 7천억원대에 이른다. 예보는 4월말 현재 금융기관 부실에 대한 책임을 묻는 소송에서 승소해 부실책임자한테서 회수한 돈이 4066억원에 이른다고 18일 밝혔다. 이는 지난해 말에 건취 172억원 늘어난 것으로, 4천억원선을 처음 넘어섰다. 앞서 예보는 495개 금융기관과 849개 부실채무기업을 조사해 부실관련자 및 보증인 1만 586명에 대해 2조844억원의 손해배상청구 소송을 제기한 바 있다. 지난해 말에 건취 부실관련자와 소송액은 각각 1113명, 1618억원 늘어난 것이다. 승소 금액 1조1467억원 가운데 회수 금액이 차지하는 비율은 아직 35.5%에 지나지 않는다(한겨레신문 2008. 6. 18).

위지사 2001.10. 서울지방법원으로부터 파산선고를 받았다. 파산관재인은 회사의 부실원인을 1990년대 중반부터 보험회사가 계열회사와 자금거래 및 주식거래를 하면서 입은 손해, 보험영업의 사업비 부당조성 지출, 부실기업에 대한 대출과 미회수로 인한 손해 등이라고 지적하면서 그 기간 동안 재직하였던 임원들 전부에 대하여 손해배상 청구 소송을 제기하였다. 특히 A에 대해서는 2002년 A가 소유한 부동산의 소유권이전에 대한 사해행위취소 및 손해배상 청구소송(제1소송)을 제기하였고, 다시 A를 비롯한 다른 14명의 임원들에 복잡한 청구원인에 의한 손해배상청구 소송을 2개월 후에 제기하였다(제2소송).

소송도중 A가 소유권이전등기를 말소하면서 제1소송은 손해배상청구만 남게 되었는데, 제1소송의 청구금액은 4억7,000만원이고, 청구원인은 ① H석유화학과의 양도성예금증서 거래를 통한 부당자금지원으로 인한 손해, ② 보험계약 관련 사업비의 부당 조성·지출(단체보험체결에 보험모집인 수당 계상 사업비 조성), ③ 주가상승조작을 위한 H건설의 주식 매입·처분으로 인한 손해를 들었다. 한편 제2소송의 청구금액은 15억원이고, 청구원인은 ① H석유화학과의 양도성예금증서 거래를 통한 부당자금지원으로 인한 손해, ② 보험계약 관련 사업비의 부당 조성·지출(단체보험체결에 보험모집인 수당 계상 사업비 조성), ③ 주가상승조작을 위한 H건설의 주식 매입·처분으로 인한 손해 ④ H중공업에 대한 양도성예금증서 거래를 통한 부당자금지원으로 인한 손해 등을 들고 있었다. 그리고 파산관재인은 제1소송은 소송도중에 일부·선택적 청구임을 명시하였고, 제2소송도 인지금액의 과다 등을 이유로 전 손해 78억여원 중 일부·선택적으로 청구한다고 밝혔고, 소송도중 청구원인 ④는 철회하였다.

대법원을 거친 최종 결론은 A에 대한 제1소송에서 청구원인 ①만을 인정하여 금 2,000만원의 배상판결이, 제2소송에서도 청구원인 ①만을 인정하여 금 3,000만원의 배상판결이 되었다.<sup>4)</sup>

문제는 동일한 청구원인에 대한 제1소송도 일부청구·선택적 청구이고, 제2소송도 잔부청구·선택적 청구인 경우에 중복제소에 해당되지 않는가 하는 점이다. 더구나 청구원인 ①에 속하는 4건의 부당거래와 관련하여 당시 A보다 더 높은 지위에 있었고 관련 금액도 훨씬 큰 임원은 당시 A가 받은 5,000만원의

4) 대법원 2007.11.30. 선고 2005다55282 판결; 대법원 2007.11.30. 선고 2005다57639 판결.

배상금액보다도 적은 금 3,000만원의 배상판결만 받았다(물론 다른 위법행위가 더 많아서 합계 판결 금액은 훨씬 컸지만 법원은 이 문제에 대하여 간단히 일부청구임을 명시하였고 잔부청구가 청구취지 확장이 아닌 별소의 형태라고 하더라도 소권의 남용으로 볼 수 없다고 하였고, 별소로 나뉜 판결로 인한 배상금액의 형평성의 결여는 과실비용에 대한 사실심의 전권이라고 간단히 배척해 버렸다. 여기서 이러한 일부청구·선택적 청구와 잔부청구·선택적 청구 사이의 중복제소 금지를 살펴보고자 한다.

### III. 중복제소금지 요건

민사소송법 제259조는 “법원에 계속되어 있는 사건에 대하여는 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다”고 규정하고 있다. 이것을 중복제소 금지라고 한다. 동일 사건에 대하여 다시 제소를 한다는 것은 소송제도의 남용으로써 법원이나 당사자 사이에 시간·노력·비용을 이중으로 낭비시키는 것이어서 소송경제상 바람직하지 않을 뿐만 아니라 판결이 서로 모순·저촉되는 결과를 빚을 염려가 있어서 금지된다고 한다.<sup>5) 6)</sup>

우선 중복제소에 해당하려면 후소가 전소와 동일 사건이어야 한다. 그리고 이 동일사건의 의미에 관해 종래 다수설과 판례는 당사자가 동일하여야 하고, 청구(소송물)가 동일하여야 한다고 해석한다.<sup>7)</sup> 그런데 이에 대하여 소송물의 동일성 만으로는 그 범위가 너무 좁으므로 당사자에게 동일 절차 내에서의 심리의 기회가 보장되는 한 사건의 동일성은 소송물이 동일한 경우뿐만 아니라, 소송물의 내용을 이루는 권리·법률관계가 동일한 경우까지 확대시켜서 청구의 기초가 동일한 경우와 후소의 주요 쟁점이 전소의 그것과 공통한 경우까지도

5) 김상원의 3편, 「주석 민사소송법(IV)」, 한국사법행정학회, 2004, 279면.

6) 미국 민사소송법상으로도 동일한 청구원인에 기한 청구의 분할(splitting of claims)에 대하여 피고에 대하여 방소항변을 인정하고 있다(Some states permit a special demurrer on the ground that "there is another action pending between the same parties for the same cause." [California Civil Procedure Code §430.10(c)]; Richard L. Marcus & Thomas D. Rowe, Jr., *Civil Procedure*, (Thomson /West, 2008), pp174-175; Deering's California Practice Code Part 2, (Bancroft-Whitney Company), p158.

7) 이시운, 「신민사소송법」 제5판, 박영사, 2009, 251-252면.

인정하여야 한다고 하는 견해도 있다.<sup>8)</sup> 한편, 법 규정상 ‘사건’이라고 되어 있으므로 문언에 충실하여 소송물의 동일성이 아니라 사건의 동일성으로 해석되어야 한다는 견해도 있다.<sup>9)</sup> 그렇게 되면 소송물의 동일성 개념보다는 사건의 동일성의 개념이 범위가 더 넓어져서 심리의 중복과 판결의 중복을 방지하는 효과를 더 많이 가져 올 수 있다는 것이다.

판례는 사해행위취소소송과 채권자대위소송에서 중복제소에 관한 판단을 보여주고 있는데 다음과 같다. 먼저 사해행위취소소송에서 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우 이들 소가 중복제소에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다고 한다.<sup>10)</sup>

다음으로 채권자대위소송에서는 채권자대위소송의 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 법원에 출소한 경우 두 개 소송의 소송물이 같다면 나중에 계속된 소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소가 된다. 이 때 전소와 후소의 판별기준은 소송계속의 발생 시기, 즉 소장이 피고에게 송달된 시점의 선후에 의할 것이며, 비록 소제기에 앞서 가압류, 가처분 등의 보전절차가 선행되어 있다 하더라도 이를 기준으로 가릴 것은 아니다.<sup>11)</sup> 그리고 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로

8) 김홍규, 「민사소송법」 제4판, 삼영사, 1998, 468면; 문일봉, “일부청구와 중복제소금지”, 대한변호사협회, 『인권과 정의』 제242호, 1996. 10, 112면에서 재인용.

9) 김상수, “중복된 소제기의 금지에 관한 연구”, 대한변호사협회, 『인권과 정의』, 제372호, 2007. 8, 113-116면. 김상수 교수는 법 조문상 ‘소송물’이라는 말이 없으므로, ‘사건’을 기준으로 삼아야 하고, 통일적 소송물론(중복제소금지, 소의 병합, 소의 변경, 기관력의 객관적 범위에서의 동일한 기준의 적용)보다는 소송절차의 중복이라는 견지에서 중복제소 금지의 영역을 확대해야 한다고 주장한다.

10) 대법원 2008. 4.24. 선고 2007다84352 판결.

11) 대법원 1994.11.25. 선고 94다12517,94다12524 판결.

제기한 채권자대위소송이 법원에 계속 중 채무자와 제3채무자 사이에 채권자 대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우, 양 소송은 동일소송이므로 후소는 중복제소금지원칙에 위배되어 제기된 부적법한 소송이라 할 것이며, 이 경우 전소, 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기의 선후에 의할 것이라고 한다.<sup>12)</sup> 이때 소의 추가적 변경이 있다면 추가된 소의 소송계속의 효력은 그 서면을 상대방에게 송달하거나 변론기일에 이를 교부한 때에 생기므로, 전소의 추가적 변경이 송달되기 전에 제소된 소송은 전소의 후소라고 볼 수 없다고 한다.

한편, 판례는 소가 중복제소에 해당하지 아니한다는 것은 소극적 소송요건으로서 법원의 직권조사 사항으로 보고 있다.<sup>13)</sup>

#### IV. 잔부청구와 중복제소 금지에 관한 주요 판례

일부청구의 소송 계속 중에 잔부에 대하여 별소(후소)를 제기하는 것이 중복제소에 해당되는가에 대하여 학설과 판례는 다음과 같다.

우선 중복제소로 보는 견해는 일부청구인 전소에서 청구를 확장하는 방법으로 하여야지 별소로 제기할 수 없다는 것이다.<sup>14)</sup> 그리고 전소인 일부청구가 일부청구임을 명시한 경우에는<sup>15)</sup> 후소가 중복제소가 아니나 이를 표시하지 않는

12) 대법원 1992.5.22. 선고 91다41187 판결.

13) 소가 중복제소에 해당하지 아니한다는 것은 소극적 소송요건으로서 법원의 직권조사 사항이므로 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미 밖에 없어 위 주장에 대하여 판단하지 아니하였다 하더라도 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 있는 흠이 될 수 없다(대법원 1990.4.27. 선고 88다카25274,25281(참가) 판결).

14) 송상현 박익환, 「민사소송법」 신정5판, 박영사, 2009, 284면.

15) 일부청구임을 표시하는 방법에 관하여는 종전 소송에서 명시적으로 나타내어야 한다. 일정기간 수 회에 걸쳐 계속된 외상매매의 대금 중 특정 가능한 일부 개별적 매매대금액이 아닌 그 총액의 수량적 일부금액을 청구한 경우에 전체 거래 대금 중의 일부청구임을 밝히지 않았다면 후소는 중복소송으로 본다. “원고는 피고에 대하여 1980. 10. 7.부터 1981. 2. 27.까지 사이에 수 회에 걸쳐 판매한 의약품대금 도합 3,093,778원의 채권이 있는데, 이 중 1,500,000원에 대하여는 서울민사지방법원 81가단2504호로 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 받고 그 판결이 확정되었으며, 이 사건 소 청구는 그 대금 잔액인 1,593,778원의 이행청구임을 알 수가 있다. 그런데 위 확정판결을 받은 전소에서 원고는 1980. 10. 7.부터 1981. 2. 27.까지 사이에 판매한 의약품 대금이 모두 1,500,000원 이라고 주장하여 그 이행을 청구하고 있고, 이 금액이 같은 기간의 의약품 대금 총액 3,093,778원의 일부임을 명시하지 아니하였음이 인정되므로, 결국 전소에서의 위 청구

경우는 후소가 중복제소라고 보는 것인데, 현재 다수설이고 판례도 따르고 있는 것으로 보인다. 16) 17)

잔부청구와 중복제소와 관련된 특징적 판례는 다음과 같이 정리될 수 있다.<sup>18)</sup>

는 같은 기간에 발생한 의약품대금 채권전부를 소송물로 한 것이라고 보아야 할 것이니 위 의약품 대금의 잔액청구인 이 사건 소청구는 전소의 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수밖에 없다(대법원 1982. 5. 25. 선고 82다카7 판결)."

그러나 판례는 전체 청구액을 특정한 후에 일부청구를 한다고 할 정도까지 명시할 필요는 없다고 한다. "불법행위의 피해자가 일부청구임을 명시하여 그 손해의 일부만을 청구하는 경우 일부청구임을 명시하는 방법으로는 반드시 전체 손해액을 특정하여 그 중 일부만을 청구하고 나머지 손해액에 대한 청구를 유보하는 취지임을 밝혀야 할 필요는 없고, 일부 청구하는 손해의 범위를 잔부청구와 구별하여 그 심리의 범위를 특정할 수 있는 정도의 표시를 하여 전체 손해의 일부로서 우선 청구하고 있는 것임을 밝히는 것으로 족하다(대법원 1989. 6. 27. 선고 87다카2478 판결)." 그리고 일부청구임을 표시하는 방법으로 종전 소송이 특정시점까지의 청구이고, 현재 소송에서 그 특정시점 이후의 청구라면 명시되었다고 한다. "이 사건 사고로 인한 적극적 손해인 치료비중 사고일로부터 1982. 11. 13.까지의 치료비만을 특정하여 청구하고 그 다음날 이 후부터의 치료비는 별도 소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보한 손해배상 청구소송(1심 대전지방법원 천안지원 80가합144, 2심 서울고등법원 80나1199, 대법원 83다144 각 판결)을 제기하여 일부 승소판결을 받고 그 판결이 확정되었고, 본건 소송은 위 소송에서 유보되었던 1982. 11. 14. 이후의 치료비와 위 치료를 받은 후의 성형수술비 청구임이 분명하므로, 위 전 소송에서 한 판결의 기판력은 본건 청구에는 미치지 아니한다 할 것이고, 위 전 소송이 법률심인 대법원에 계속 중에 본건 소송이 제기되었다 하더라도 중복제소에 해당되지 아니한다(대법원 1985. 4. 9. 선고 84다552 판결)."

- 16) 한편, 일부청구가 사실심에 계속 중이고 잔부를 청구취지의 확장으로 할 수 있는 경우임에도 별소를 제기하는 것은 소권의 남용이고, 같은 법원의 별개의 재판부에 소송계속되어 있으면 이 부로, 동일 심급의 별개의 법원에 소송계속되어 있으면 이송으로, 동일 재판부에 소송계속되어 있으면 변론의 병합으로 처리하여야 하고 그것이 잘 안 된다면 후소를 각하하여야 한다는 견해도 있다(문일봉, 전제 논문, 113면).
- 17) 한 승, "일부청구에 관한 판례이론의 적용", 민사판례연구회, 『민사판례연구』 23집, 2001. 2, 465-466면. 판례가 명시설을 취하고 있는 근거를 한 승 부장판사는 다음과 같이 설명한다. "대체로 일부청구라고 명시하면 피고는 잔부청구가 남아 있다는 것을 사전에 알 수 있기 때문에 잔부청구에 다툼이 있으면 당해 소송에서 미리 잔부채무 부존재확인 of 반소를 제기하여 재소에 다시 응소하여야 하는 번거로움을 피할 수 있는데 반하여, 일부라고 명시하지 않으면 피고로서는 원고의 청구취지가 전부이고 나머지 부분에 대하여 재소를 하지 않을 것이라는 기대를 갖게 마련이어서 별도로 채무부존재 확인 of 반소제기라는 대항수단을 생각하지 않게 될 것이므로, 피고의 이러한 합리적 기대를 소송절차에서 존중해 줄 필요가 있다는 배경이 아닌가 짐작한다."
- 18) 구체적인 사건 내용과 연결해서 파악이 되도록 사실관계를 최소한도에서 요약 반영하였기 때문에 공식적인 판결 요지와는 다르다.

**(1) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다10424 판결 【대여금】**

종전 소송 : 피고가 원고를 상대로 손해배상청구. 원고의 피고에 대한 대여금 채권 상계후 잔액만 청구

현재 소송 : 원고가 피고를 상대로 대여금 청구

불법행위의 피해자가 일부청구임을 명시하여 그 손해의 일부만을 청구한 경우 그 일부청구에 대한 판결의 기판력은 청구의 인용 여부에 관계없이 청구의 범위에 한하여 미치는 것이고, 잔액 부분 청구에는 미치지 아니하는 것이다. 피고가 현재 소송에서 대여금 채권이 상계되어 소멸되었다고 주장하였다. 종전 소송의 소송물은 위 손해배상채권의 전액에서 피고가 스스로 공제한 부분을 제외한 잔액 부분으로서 그 판결의 기판력은 위 잔액 부분의 존부에만 미치고, 위와 같이 공제한 부분에 대하여는 미치지 아니하므로 현재 소송에서의 피고의 상계 주장이 종전 소송 판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다.

**(2) 대법원 1997.4.25. 선고 97다5565 판결<sup>19)</sup>**

종전 소송 : 원고가 미지급 퇴직금 지급 청구

1977.4.1.부터 근무하였다고 주장함. 퇴직금의 일부청구 명시 하지 않음

원고 일부 승소판결 확정

현재 소송 : 원고가 1972.2.12.부터 재직하였음을 이유로 차액 상당 퇴직금 청구

가분채권의 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그 일부를 유보하고 나머지만을 청구한다는 취지를 명시하지 아니한 이상 그 확정판결의 기판력은 청구하고 남은 잔부청구에까지 미치는 것이므로, 그 나머지 부분을 별도로 다시 청구할 수는 없는 것이고, 계속적인 근로관계를 전제로 하여 퇴직하는 근로자에게 일시금으로서 지급되는 퇴직금은 하나의 소송물이다. 원고가 전소송에서

19) 한 승, 전계 논문, 466-475면. 공보에 게재되지 않은 판결이다.

퇴직금의 발생원인과 그 발생기초가 되는 재직기간을 특정하여 명시하였다는 것만으로는 퇴직금의 일부청구를 유보하고 나머지만을 청구한다는 취지를 명시한 것으로 볼 수 없고, 결국 현재 소송은 종전 소송의 확정판결이 가진 기판력에 저촉되는 것으로 부적법하여 허용될 수 없다.

**(3) 대법원 1996.3.8. 선고 95다46319 판결【손해배상(기)】**

종전 소송 : 원고가 피고들에 대하여 피고들의 사건 부동산에 대한 위법, 부당한 가치분 집행으로 인한 손해배상 상당에 해당하는 약정금 청구

현재 소송 : 원고가 피고들에 대하여 피고들의 사건 부동산에 대한 위법, 부당한 가치분 집행으로 인한 손해배상 청구 (종전 소송이 일부청구임을 주장)

종전 소송과 현재 소송은 모두 원고가 피고들의 이 사건 부동산에 대한 위법, 부당한 가치분집행으로 말미암아 손해를 입었음을 원인으로 하여 그에 따른 재산상 손해배상을 구하는 것으로 그 발생원인과 청구의 목적이 같아 동일한 소송이라 할 것이고, 현재 소송이 위 종전 소송의 계속 중에 제기되었음이 역수상 명백하므로 이 사건 소송은 중복제소에 해당하여 부적법하다.

한편, 원고는 위 종전 소송이 위법, 부당한 가치분 집행으로 인한 손해 중 일부만을 청구하는 것으로 그 취지를 분명히 하고 있음을 전제로 현재 소송이 그 나머지 잔부를 청구하는 것이므로 중복제소에 해당하지 아니한다고 주장하나, 위 종전 소송에서 위법, 부당한 가치분 집행으로 입은 나머지 손해배상청구를 유보한다는 취지를 명시함이 없이 판시 약정금 상당의 손해배상을 구하고 있음을 알 수 있어 위 종전 소송에서의 청구가 일부청구임을 전제로 하는 위 상고이유의 주장은 이유 없다.

그리고 가사 원고 주장과 같이 위 종전 소송에서의 청구가 일부청구라 하여도 현재 소송이 위 종전 소송의 사실심에 계속 중에 제기되었음이 기록상 명백한 이상, 원고는 위 종전 소송에서 청구취지의 확장으로 용이하게 현재 소송의

청구를 할 수 있었는데도 별도로 잔부청구인 이 사건 청구를 하는 것은 소권남용에 해당되어 부적법한 것으로 각하를 면하지 못할 것이다.<sup>20)</sup>

#### (4) 대법원 1993.6.25. 선고 92다33008 판결 【소유권이전등기】

종전 소송 : 원고들이 명의신탁해지를 원인으로 한 공유지분 이전등기 청구 (자신들의 지분 전체를 청구한다고 하였으나, 실제로는 일부지분만 청구)

(판결 : 원고들의 공유지분은 청구지분보다도 많다는 사실이 인정되었으나 원고 청구 범위 전부 승소판결, 확정)

현재 소송 : 원고들이 정당한 이전등기청구권이 있다고 인정된 미청구 지분 부분에 대하여 이전등기 추가청구

원고들이 제기한 종전 소송에서의 청구와 이 사건 청구는 모두 1983. 5. 2.자 명의신탁해지의 약정을 원인으로 한 공유지분이전등기청구로서 전체로서 소구 가능한 1개의 가분채권을 분할하여 별도로 행사하는 경우에 해당한다 할 것이어서, 종전 소송의 청구가 결과적으로 불 때 일부청구에 지나지 않는 것임에도 불구하고, 원고들은 그 소송에서 각기 위 약정에 의하여 생긴 채권의 전부에 관하여 소구하고 있을 따름이지 각 그 청구의 일부를 유보하고 나머지만을 청구한다는 취지를 명시적으로 밝히지도 아니하였다. 그렇다면 종전 소송의 확정판결의 기판력은 그 채권의 전부에 미친다고 볼 것이고, 따라서 원고들이 이 사건 소송에 의하여 비로소 종전 소송의 청구가 소송물의 일부에 한정된 것이라는 주장을 내세워 그 청구대상에서 제외된 잔부청구를 하는 것은 모두 종전 소송의 확정판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 부적법하여 허용될 수 없다 할 것이다.

그리고 가사 원고들이 종전 소송의 사실심 변론종결 당시까지 위 약정에 따

20) 김인호, 「민사소송법-사례와 판례, 통계와 분석」, 박영사, 2009, 28면. 종전 소송에서 청구취지의 확장으로 용이하게 후소 내용의 청구를 할 수 있음에도 이를 하지 않았다는 것을 소권의 남용으로 본 이 판결은 예외적인 것이다.

라 피고에 대하여 소유권이전을 소구할 수 있는 공유지분의 범위를 정확히 알 수 없어 결과적으로 종전 소송에서 일부 공유지분에 관한 청구를 하지 못하게 된 것이라고 하더라도, 이를 일부청구임을 명시한 경우와 마찬가지로 취급하여 종전 소송의 확정판결의 기판력이 이 사건 잔부청구에 미치지 않는다고 볼 수 없다.

**(5) 대법원 1988.10.11. 선고 87다카1416 판결 【치료비】**

종전 소송 : 우측 중골골수염 치료비에 대한 변론종결 근접시점까지 청구  
 현재 소송 : 우측 중골골수염 치료비에 대한 종전 소송의 변론종결 이후의 청구

원고가 종전 소송의 항소심 변론종결 당시에도 입원치료를 받고 있었고 그 당시에도 우측 중골골수염의 증세가 있었던 사실이 인정되고, 후유장애의 정도가 그 치료의 필요성, 기간 등이 변론종결 당시 예상할 수 없었던 경우가 아니라면 변론종결 소송상의 의사표시를 명시적인 일부청구라고 볼 수 없고, 원고가 우측 중골골수염의 치료를 위하여 전소의 변론종결 이후의 계속 치료비를 구한다는 이 사건 청구는 전소의 소송물과 다른 청구라고 볼 수 없다.

**(6) 대법원 1980.9.9. 선고 80다60 판결 【손해배상】**

종전 소송 : 노동능력상실을 15%에 기한 일실수입손해 및 위자료 청구  
 (부대항소 실효)  
 현재 소송 : 노동능력상실을 25% 혹은 27%에 기한 일실수입손해 청구

원고는 이 사건과 동일한 피고의 불법행위에 의하여 원고가 종사하고 있던 중성세제기능공으로서의 노동능력이 15% 상실되었음을 이유로 하여 서울지방법원 성동지원 77가합883호로 기대수입상실의 소극적 재산상 손해금과 위자료 청구소송을 제기하여 1978. 5.4. 같은 법원에서 원고 일부승소의 판결을 선고받고 피고의 항소에 따라 부대항소를 제기하였으나 피고의 항소취하에 의하여 위

부대항소가 효력을 잃게 되어 위 1심 법원의 원고 일부승소 판결이 확정되었는데, 원고는 다시 이 사건에서 전소송과 동일한 피고의 불법행위에 터잡아 원고의 위 기능공으로서의 노동능력이 25% 정도 상실되어 그 직에 종사할 수 없게 되었다거나 또는 27% 정도 상실되었음을 내세워 기대수입상실에 따른 손해금의 추가청구를 하고 있는바, 원고가 전소송에서 소극적 재산상 손해금의 일부의 청구를 유보명시하거나, 그 외의 일부만을 청구하였다고 볼 자료 없고 또 원고가 이건에서 주장하고 있는 확대된 소극적 재산상 손해가 전소송 사실심 변론종결 후에 발생한 새로운 사실임을 인정할만한 자료도 없어 결국 원고의 이 사건 청구는 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다.

### (7) 대법원 1976.10.12. 선고 76다1313 판결 【손해배상】

종전 소송 : 갱내사고로 인한 일실노임과 일실상여금 청구

현재 소송 : 갱내사고로 인한 일실퇴직금 청구

불법행위로 말미암아 신체의 상해를 입었기 때문에 가해자에게 대하여 손해배상을 청구할 경우에 있어서는 그 소송물인 손해는 통상의 치료비 따위와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에 따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신상 손해(위자료)의 세 가지로 나누어진다고 볼 수 있다. 그리고 일실수익 상실로 인한 소극적 재산상 손해로서는 예를 들면 일실노임, 일실상여금 또는 후급적노임의 성질을 띤 일실퇴직금 따위가 모두 여기에 포함된다. 원고는 피고를 상대로 하여 이 사건 갱내사고로 다친 손해 중 전소에서 이미 소극적 재산상 손해로서 일실노임과 일실상여금을 청구하고 있는 사실이 분명한데, 이것과는 별도로 이 사건 소송에서 소극적 재산상 손해의 한 가닥인 일실퇴직금을 청구하지는 못한다 할 것이다. 왜냐하면 위의 전소와 이 사건 소송의 청구는 소극적 재산상손해라는 동일소송물이기 때문이다. 원고는 일실퇴직금은 일실임금과는 달리 사고발생과 동시에 그 손해가 발생하는 것이 아니라 퇴직함으로써 비로소 그 손해가 발생하기 때문에 일실임금을 청구할 때 함께 청구하지 못하는 것이고 이러한 사건을 수입받은 대리인은 수입당시를 기준으

로 하여 손해를 청구하기 때문에 동시청구가 불가능한 것이라고 주장하나, 이 사건에서 전소의 사실심 변론종결 당시 (1975.12.10.)까지는 이미 원고가 퇴직 하여서(1974.8.23.) 능히 전소에서 퇴직금청구를 확장할 수 있었던 사실이 엿보이므로, 이 논지도 이유 없다.

## V. 잔부청구·선택적 청구와 중복제소

위에서 살펴본 일부청구와 중복제소 금지의 판례 가운데서 선택적 청구와 직접적으로 관련된 사례는 없다. 그래서 일단 선택적 청구의 문제는 별도로 논하지 않기로 하고 위 사례를 직접적으로 언급해 보고자 한다.

문제제기된 사례는 제1소송의 청구원인 세 가지가 선택적이며, 청구취지가 각각의 청구원인별 피해금액의 일부청구의 합계 범위 내에서의 일부청구이고, 제2소송의 경우도 마찬가지로 청구원인 세 가지가 선택적이며, 청구취지가 각각의 청구원인별 피해금액의 잔부청구의 합계 범위 내라는 것이다. 즉, 청구원인 별로 보면 ① H석유화학과의 양도성예금증서 거래를 통한 부당자금지원으로 인한 손해의 전체 액수가 6억 4,600만원 (그중 원고 관련 2건 거래 1억7,100만원), ② 보험계약 관련 사업비의 부당 조성·지출 (단체보험체결에 보험모집인수당 계산 사업비 조성)로 인한 손해의 액수 4억 9,000만원 (그중 원고 분담 2억 4,500만원), ③ 주가상승조작을 위한 H건설의 주식 매입·처분으로 인한 손해의 액수 76억 3,100만원 등인데, 각 청구원인 별로 선택적으로 일부 청구를 해서 제1소송은 4억 7,000만원, 제2소송은 15억원을 청구한다는 것이다.

여기서 제2소송이 제1소송의 잔부청구이나 중복제소에 해당되지 않는가 하는 문제에 대해서는 위에서 본 바와 같이 불법행위의 청구원인 별로 나누어 살펴볼 필요가 있음에도<sup>21)</sup>, 법원은 제1소송에서 일부청구임을 명백히 한 이상 제2소송이 중복제소에 해당되지 않는다고 하고 있는 바, 이것은 잘못된 것이다.

우선 제1소송의 ①번 청구원인은 원고의 책임영역에 해당하는 2건의 거래의 손해에 대한 청구금액 1억 7,100만원이 전체 청구금액 4억 7,000만원의 범위 내

21) 불법행위의 청구원인 별로, 또 손해의 종류 별로 소송물이 별개로 성립된다는 것이 현재의 판례이다. 이시윤, 전게서, 216-217면.

에 들어가므로, 제2소송의 ①번 청구원인은 독립적인 잔부청구가 될 수 없고 중복제소라고 볼 수밖에 없다. 명시적으로 일부를 청구한다고는 하지만 그 일부의 범위 내에 불법행위의 청구원인 하나가 모두 포섭되어 버리므로 제2소송에서 동일한 청구원인에 대하여 잔부청구를 허용할 수 있다는 논리가 성립될 수 없기 때문이다.

그리고 제1소송의 ②번 청구원인 역시 원고와 다른 임원의 공동분담 부분을 고려한다면<sup>22)</sup> 청구금액이 전체 청구금액의 범위 내에 들어간다. 그리고 ①번 청구원인과 ②번 청구원인의 합계액조차도 전체 청구금액의 범위 내에 있다. 그러므로 마찬가지로 제2소송에서의 ②번 청구원인도 이미 청구취지의 금액 속에 포섭되어 있어서 잔부청구가 될 수 없고 중복제소에 해당된다고 본다.

제1소송의 청구원인 ③번은 손해배상청구 금액이 76억여원으로 제1소송의 청구취지 금액을 훨씬 초과하는 것이고, 제2소송의 청구취지 금액도 초과하는 것이어서 잔부청구인 제2소송이 기존 판례인 명시설에 비추어 보면 가능해진다.

따라서 이 사건의 경우에 제2소송에서 청구원인 ①, ②의 잔부청구는 같은 청구원인 하에서의 같은 종류의 손해배상 청구를 구하고 그 금액도 청구 자체로서 일부나 잔부청구가 될 수 없는 것으로써 중복제소에 해당한다고 할 것이므로 인정될 수 없는 것이다.

그런데 제1소송에서 각 청구원인 별로 청구금액과 일부청구의 범위를 특정하지 않고 3개의 청구원인의 손해액의 전부 합계의 일부청구라고 주장했을 경우도 있을 수 있다. 또 제1소송에서 각 청구원인 별로 청구금액을 정할 때 실제 손해액보다 훨씬 더 과장된 금액을 주장하고 그 터무니 없는 금액의 일부청구라고 주장할 경우도 생겨날 수 있다. 이런 경우에는 형식적으로는 잔부청구가 명시된 일부청구의 범위를 벗어나고 주장된 청구금액과의 차액에 충분히 해당될 수 있어서 중복제소가 되지 않을 수 있겠지만, 제2소송의 피고로서는 제1소송에서 각 청구원인 별로 청구금액의 특정을 요구하여 중복제소 여부를 확인하는 수밖에 없을 것이다.<sup>23)</sup>

22) 파산관재인은 피고인 임원들에 대한 청구취지에서는 연대하여 손해배상금을 지급하라고 하면서도, 실제 변론 시에는 각 임원들 사이의 채무연대의 범위가 복잡하고 집행에서의 문제점을 고려하여 연대하여 지급할 것을 명하지 말고 책임분담 비율을 고려한 금액의 지급을 명해 줄 것을 주장하였다.

## VI. 맺는말

동일한 사건의 일부청구와 잔부청구에 있어서 중복제소에 해당하느냐의 여부에 관하여 그것이 공동소송의 형태와 선택적 청구들의 복잡한 모양을 띠고 있을 때 일부청구의 명시 여부만을 기준으로 판단하는 것은 잘못된 것이다. 선택적 청구들의 각각의 청구원인에 대하여 청구취지가 일부청구와 잔부청구를 합한 범위를 초과한다면 당연히 중복제소에 해당한다고 보아야 한다. 한편, 일부청구의 종전 소송이 계속 도중에 잔부청구가 제기되면, 종전 소송에서 청구의 확장 등으로 해결하도록 하여야 하고, 소권남용의 법리를 적극적으로 적용할 필요가 있다고 본다.

[논문투고일 : 2009. 6. 9, 논문심사일 : 2009. 6. 18, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]

**▶ 주제어** 일부청구, 잔부청구, 명시적 일부청구, 묵시적 일부청구, 선택적 청구

- 23) 중복제소가 직권조사사항이라고 하나, 실제 피고가 전 소송의 존재를 주장하지 않으면 법원으로서는 파악하기 곤란하므로, 변론의 진행과정에서 이러한 중복제소의 문제를 해결하자는 견해와 맥락이 같을 것이다.

### ■ 참고문헌 ■

- 김상수, “중복된 소제기의 금지에 관한 연구”, 대한변호사협회, 『인권과 정의』 제372호, 2007. 8.
- 김상원 외 3 편, 주석 민사소송법(IV), 한국사법행정학회, 2004.
- 김홍규, 민사소송법(제4판), 삼영사, 1998 .
- 문일봉, “일부청구와 중복제소금지”, 대한변호사협회, 『인권과 정의』 제242호, 1996. 10.
- 송상현·박익환, 민사소송법(신정5판), 박영사, 2009.
- 이시윤, 신민사소송법(제5판), 박영사, 2009.
- 전병서, 기본강의 민사소송법, 홍문사, 2008.
- 한 승, “일부청구에 관한 판례이론의 적용”, 민사판례연구회, 『민사판례연구』 제23집, 박영사, 2001. 2.
- Richard L. Marcus & Thomas D. Rowe, Jr , Civil Procedure, Thomson /West, 2008
- Deering's California Practice Code Part 2, Bancroft-Whitney Company



Splitting of claims in several joinder of claims

Sanghee Jo

(Professor, Konkuk University Law School)

A pleader cannot split a single claim or cause of action into several different parts and file separate suits on each one. If the plaintiff sues on only part of the cause of action he has against the defendant, he is barred from suing later on the balance. Precedents of Supreme Court and majority opinions show that if the obvious splitting is presented in the first claim, the second suing on the balance could be permitted. But if all claims were being able to be presented in the first suing, the second suing would not be permitted due to the abuse of process.

If the first claims are joinder of claims and splitting some claims, the court must scrutinize the joinder of claims whether the second claims are barred from the doctrine of res judicata. The selected precedent could be considered as not paying sufficient scrutinizing to the claims of multiple parties and claims regarding splitting of the second claims.

▶ Key words    splitting of claims, suing later on the balance,  
obvious splitting, splitting not obvious, joinder of claims