

상소의 이익 유무의 판단 기준에 관한 연구

A Study on the Criteria for Determining the Existence of the Benefit of Appeal

석 현 수*
Seok, Hyunsoo

목 차

- | | |
|--------------------------------|-----------------------|
| I. 서론 | III. 각 학설의 타당성에 대한 검토 |
| II. 상소의 이익의 유무를 판단하는 기준에 관한 학설 | IV. 결론 |

상소의 이익의 유무를 판단하는 기준에 관한 학설에는 예외를 인정하는 형식적 불복설, 구 실질적 불복설, 신 실질적 불복설, 절충설 등이 있다. 통설과 판례는 예외를 인정하는 형식적 불복설을 따르고 있고, 구 실질적 불복설을 따르는 학자는 찾기 힘든 상황이다.

그러나 필자는 구 실질적 불복설이 타당하다고 생각한다. 그 이유는 다음 ①, ②와 같다.

① 구 실질적 불복설의 가장 중요한 특징은 제1심에서 승소한 당사자의 청구변경(청구취지의 확장 포함)과 반소제기를 위한 항소의 이익을 전면적으로 인정하는 것이다. 이처럼 항소의 이익이 인정되는 범위를 확장하는 것은 분쟁의 일회적 해결을 통하여 신속한 재판과 소송경제, 법원의 업무 경감 등을 달성함으로써 승소 당사자와 상대방, 법원 모두에게 유리한 결과를 가져온다.

② 구 실질적 불복설은 그 판단 기준이 간단명료하여 상소의 이익 유무를 쉽게 판단할 수 있게 해 주고, 소각하판결에 대한 피고의 상소의 이익이 인정되어야 하는 이유에 대하여 단순하면서도 논리적인 답을 제시한다.

통설과 판례는 묵시적 일부청구를 인용한 제1심판결에 대한 원고의 상소의 이익을 인정함으로써 구 실질적 불복설과의 차이를 결과 면에서 현저히 감소시켰다. 향후 학계와 실무계에서 구 실질적 불복설이 받아들여져 승소 당사자의 청구변경과 반소를 위한 상소가 전면적으

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2026..63.63>

투고일: 2026. 2. 23. / 심사완료일: 2026. 4. 8. / 게재확정일: 2026. 4. 13.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

Professor, Law School, Konkuk University, Lawyer

로 허용됨으로써 소송주체 모두의 이익이 향상되기를 기대한다.

[주제어] 상소의 이익, 상소의 정당화, 항소, 형식적 불복설, 실질적 불복설, 96다12276 판결

I. 서론

어떤 소가 제기되었을 때, 청구의 당부에 관한 판결이 허용된다면 그로 인하여 원고가 이익을 얻게 될 뿐만 아니라,¹⁾ 이러한 이익이 그 실현을 위한 소송 제도의 이용을 정당화될 수 있는 정도의 자격(가치)을 가진 경우,²⁾ 위 이익을 당해 소에 관한 ‘소의 이익(권리보호요건)’³⁾이라고 한다.⁴⁾ 소의 이익은 소가 적법하기 위한 요건, 즉 소송요건 중 하나이다. 소의 이익을 요구함에 의하여 법원은 본안판결을 필요로 하는 사건에 노력을 집중시킬 수 있고 피고는 불필요한 소송에 대응해야 하는 불이익을 피할 수 있다.⁵⁾ 이처럼 소의 이익은 국가와 피고의 이익을 보호하기 위해 본안판결을 받을 필요가 없는 사건을 걸러내는 기능을 하는 개념이다.⁶⁾

소의 이익에 관한 위의 내용은 상소의 이익에도 유사하게 적용된다.⁷⁾ 어떤 상소가

-
- 1) 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결은 본안판결을 받는다는 것이 원고에게 유리하다는 점에 비추어 소송요건에 대한 증명책임은 원고에게 있다고 한다.
 - 2) 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제10판, 법문사, 2023, 428쪽은 ‘당사자가 민사소송 제도를 이용하기 위해서는 이를 이용할 만한 정당한 이익 또는 필요성이 있어야 한다’는 것은 민사소송 제도에 필연적으로 내재하는 요청이라고 한다.
 - 3) 모든 소에 일반적으로 적용되는 소의 이익을 권리보호자격이라고 하고 소송의 종류에 따라 개별적으로 적용되는 소의 이익을 권리보호이익(권리보호필요)이라고 한다(이시운, 신민사소송법 제17판, 박영사, 2024, 238쪽).
 - 4) 예를 들어 장래이행의 소에서 미리 청구할 필요가 없는 경우라도, 원고의 입장에서 본안판결이 허용되는 것이 소각하보다 더 이익이다. 하지만 이러한 이익은 원고가 장래이행의 소라는 제도를 이용하는 것을 정당화할 정도에 이르지 않기 때문에 소의 이익이 인정되지 않는다(민사소송법 제251조).
 - 5) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 428쪽.
 - 6) 정동윤/유병현/김경욱, 위의 책, 428쪽; 이연주, “민사소송법상의 신의칙과 권리보호요건과의 관계에 관한 소고”, 경기법학논총 제6호, 경기대학교 법학연구소, 2008, 58쪽은 소의 이익은 국가적·공익적 견지에서는 무익한 소송을 통제하는 원리이고, 당사자의 견지에서는 소송 제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말하는 것이라고 한다.
 - 7) 상소의 이익에 대하여, 송상현/박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014, 720쪽은 “소의 이익, 즉 권리보호의 이익에 대응하는 개념”이라고 하고, 김홍엽, 민사소송법 제12판, 박영사, 2024, 1191쪽은 소의 이익의 특수한 형태라고 하며, 이시운, 앞의 책, 888쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 896쪽; 고준성, “민사소송법상 직접주의의 위반과 전부승소자의 상소이익 - 일본의 판례 및 학설을 중심으로

제기되었을 때, 불복의 당부에 관한 판결⁸⁾이 허용된다면 그로 인하여 상소인이 이익을 얻게 될 뿐만 아니라, 이러한 이익이 그 실현을 위한 상소 제도의 이용을 정당화할 수 있는 정도의 자격(가치)을 가진 경우, 위와 같은 이익을 당해 상소에 관한 ‘상소의 이익’이라고 한다.⁹⁾ 상소의 이익은 상소가 적법하기 위한 요건, 즉 상소요건 중 하나이다.¹⁰⁾ 상소의 이익을 요구함에 의하여 상소심법원은 불복의 당부에 관한 판결을 필요로 하는 사건에 노력을 집중시킬 수 있고¹¹⁾ 피상소인은 불필요한 상소에 대응해야 하는 불이익을 피할 수 있다. 이처럼 상소의 이익은 국가와 피상소인의 이익을 보호하기 위해 불복의 당부에 관한 판결을 받을 필요가 없는 사건을 걸러내는 기능을 하는 개념이다.

상소의 이익을 ‘불복의 이익’이라고 부르기도 한다.¹²⁾ 그리고 항소에서는 항소의

- 로 -”, 법학논총 제42권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2025, 121쪽은 권리보호이익의 특수한 형태라고 한다. 편집대표 민일영, 주석 민사소송법 3 제9판, 한국사법행정학회, 2023, 22쪽(이재신 집필 부분); 김현철, “항소심에서의 청구의 변경과 항소의 이익”, 법학논총 제48권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2024, 247쪽은 당사자가 원심재판에 불복이 있다고 무제한으로 상소를 제기할 수 있는 것은 아니고, 상소도 국가제도의 이용이므로 소를 제기하는 경우에 소의 이익이 요구되는 것처럼 상소에 있어서도 원심재판에 대한 상소의 이익이 필요하다고 한다. 高田裕成/三木浩一/山本克己/山本和彦 編輯, 注釈民事訴訟法 第5卷, 有斐閣, 2015, 34頁(松村和徳 執筆 部分)은 소제기에 있어서 소의 이익이 요구되는 것과 마찬가지로 항소제기에 있어서도 제1심판결이 선고되었음에도 심급을 바꾸어 소송을 계속할 필요성 및 그것을 정당화할 수 있는 이유가 있어야 하는데, 이것이 항소의 이익이라고 한다.
- 8) 상소가 이유 있는지를 판단하는 판결(상소를 인용하거나 기각하는 판결). 이러한 판결에는 피고의 상소를 받아들여 원심판결을 취소하고 소를 각하하는 판결도 포함된다. 소송요건과 상소요건은 서로 별개이므로 소송요건의 구비 여부가 상소심의 본안이 될 수 있다(박재완, 민사소송법 강의 제5판, 박영사, 2024, 499쪽).
- 9) 상소이익의 정의로, 하급심 재판에 대하여 상소를 제기함으로써 그 불복의 당부에 관하여 상소심의 재판을 구할 필요를 상소인의 이익으로 본 것(송상현/박익환, 앞의 책, 720쪽), 당사자가 원심재판에 불복하여 상소를 제기하였을 때 그 불복의 당부에 관하여 상소심의 재판을 구할 수 있는 지위(강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023, 958쪽), 원심재판에 대하여 불복하는 이익(김홍규/강태원, 민사소송법 제5판, 삼영사, 2020, 874쪽) 등이 제시된다.
- 10) 상소요건에는 ① 원재판이 불복신청을 할 수 있는 성질의 재판일 것(대상적격), ② 상소제기의 방식이 적법할 것, ③ 상소기간을 준수하였을 것, ④ 상소의 이익이 있을 것, ⑤ 상소권의 포기 및 불상소의 합의가 없을 것 등이 있다(김동현, “상소의 요건으로서 불복의 이익의 판단”, 법학연구 제62집, 전북대학교 법학연구소, 2020, 255쪽; 김현철, 앞의 논문, 247쪽).
- 11) 전병서, 강의 민사소송법 제4판, 박영사, 2023, 675쪽은 “법원의 한정된 물적·인적 자원을 유효하게 활용하기 위해서는 원재판에 대한 불복의 당부에 대하여 심판할 이익이 당사자에게 있는 경우에만 한정하여 심판할 필요가 있다. 이를 상소의 이익이라고 한다.”라고 한다.
- 12) 김홍엽, 앞의 책, 1191쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 896쪽; 강현중, 앞의 책, 958쪽. 한편 越山和広, “不服の利益(上訴の利益) 論について”, 香川法學 第32卷 第3・4号, 香川大学法学会, 2013, 84頁은 상소의 이익을 ‘불복’이라고 하고 상소를 ‘불복신청’이라고 한다. 김동현, 앞의 논문, 255쪽은 불복의 이익은 권리보호필요의 특별한 표현이므로 불복의 이익이 있으

이익, 상고에서는 상고의 이익이라고 부른다(상소의 이익에는 항고의 이익도 포함되지만, 이는 별도의 논문에서 다루고자 한다).

위에서 본 바와 같이 특정한 상소에 관한 상소의 이익이 존재하기 위해서는 불복의 당부에 관한 판결의 허용으로 인해 상소인이 얻는 이익과, 그 실현을 위해 상소 제도를 이용할 정당성이 있어야 한다.

그런데 불복의 당부에 관한 판결이 허용됨으로 인하여 상소인이 ‘이익’을 얻게 된다는 것은, 위와 같은 판결이 허용되지 않아 원심판결이 그대로 확정되는 경우 상소인이 ‘불이익’을 받게 된다는 것을 의미한다. 그리고 위 이익이 실현된다는 것은 위 불이익이 제거될 가능성이 있다는 것을 의미한다. 따라서 ‘위 이익의 실현을 위해 상소 제도를 이용할 정당성이 있다’는 것은 ‘위 불이익을 제거하기 위해 상소 제도를 이용할 정당성이 있다’는 것을 의미한다.

그러므로 특정한 상소에 관한 상소의 이익이 존재하기 위해서는 원심판결에 상소 제도의 이용을 정당화할 정도의 불이익(이하 ‘상소를 정당화하는 불이익’이라고 한다)이 존재해야 하고,¹³⁾ 해당 상소가 위 불이익의 제거를 추구하는 것이어야 한다.¹⁴⁾ 달리 말하자면, 원심판결에 상소를 정당화하는 불이익이 있는 경우, 당사자는 위 불이익의 제거를 위한 상소를 제기할 수 있다.

그런데 원심판결의 불이익은 비교를 통해 도출되는 상대적인 개념이다. ‘원심판결이 상소인에게 불리하다’는 말에는 ‘원심판결은 X 측면에서 Y보다 상소인에게 더 불리하다’는 의미가 내포되어 있다(여기에서 X는 비교의 기준, Y는 비교의 대상이다). 따라서 비교의 대상과 기준이 정해지기 전에는 원심판결이 상소인에게 불리한

면 원칙적으로 추가적인 권리보호필요를 검토할 필요가 없다고 한다. 하지만 상소요건인 불복의 이익이 존재해도 소송요건인 권리보호필요가 존재하지 않는 경우는 매우 많다(예를 들어, 확인의 소에서 확인의 이익이 없거나 장래이행의 소에서 미리 청구할 필요가 없어 소각하판결이 선고된 경우, 원고에게 불복의 이익은 있지만 권리보호이익은 없다). 따라서 불복의 이익이 있다고 하여 원칙적으로 권리보호필요를 검토할 필요가 없다고 보기는 어렵다.

- 13) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 896쪽은 상소인이 원심재판에 의하여 불이익을 입고 있는 것이 곧 불복의 이익을 갖는 것이라고 한다. 김동현, 앞의 논문, 255쪽은 상소의 목적은 재판에 의하여 생성된 불이익을 제거하는 것이고 따라서 당사자는 취소를 구하는 재판에 의하여 불이익을 받는 경우에만 재판을 그에게 유리하게 변경할 정당한 이익을 가진다고 한다. 秋山幹男/伊藤眞/加藤新太郎/高田裕成/福田剛久/山本和彦, *コメンタール 民事訴訟法 VI 第3卷*, 日本評論社, 2014, 23頁은 제1심판결에 대하여 불복신청을 할 수 있는 것은 그 재판이 항소인에게 불이익한 경우에 한한다고 한다.
- 14) 김동현, 앞의 논문, 264쪽; 越山和広, 前掲論文, 86頁은 상소는 판결에 불이익이 존재하는 것 이외에 그 불이익의 제거를 추구하는 경우에만 적법하다고 한다.

것인지를 판단할 수 없다.

그렇다면 어떠한 비교의 기준과 대상을 통하여 도출된 불이익이 상소를 정당화하는 불이익에 해당하는가?

먼저 비교의 기준에 관하여 보면, 기판력은 민사소송의 핵심적이고 궁극적인 목적이 라는 점, 상소 제도 본연의 목적이 당사자에게 원심판결보다 기판력 측면에서 유리한 판결을 선고받을 기회를 부여하는 것이라는 점을 고려할 때, 어떠한 불이익이 상소를 정당화하기 위해서는 그 불이익이 기판력을 비교 기준으로 하여 인정된 것이어야 한다. 따라서 ‘기판력 측면에서의 불이익’은 상소의 이익이 인정되기 위한 필요조건이 된다. 그리고 원칙적으로 기판력은 판결주문에서의 판단에 대해서만 발생하므로, 기판력이 기준이 된다는 것은 판결주문이 원칙적 기준이 된다는 것을 의미한다.¹⁵⁾

그렇다면 상소를 정당화하는 불이익의 존재 여부를 판단하기 위한 비교의 대상은 무엇이어야 하는가? 이 질문에 대한 해답을 찾는 것, 즉 ‘원심판결이 기판력의 측면에서 Y보다 불리하면 그 불이익을 제거하기 위하여 상소 제도를 이용하는 것이 정당하다’라고 할 때, Y에 해당하는 것이 무엇인지를 모색하는 것이 본 논문의 핵심적인 내용이다(이하 상소를 정당화하는 불이익의 존재 여부를 판단하기에 적합한 비교 대상을 ‘합당한 비교 대상’이라고 한다).

위와 같은 비교의 기준과 대상이 갖는 의미를 명확히 하기 위하여 아래의 예를 들어 보고자 한다.

甲이 ‘자신이 乙에게 10억 원을 대여했다’고 주장하면서 乙을 상대로 10억 원의 반환을 구하는 소를 제기하였다. 제1심에서 乙은 대여 사실의 부존재를 이유로 청구를 기각하는 판결(이하 ‘A 판결’이라고 한다)을 구하였지만, 법원은 대여 사실을 인정하면서 변제기 미도래를 이유로 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 이에 乙은 항소하여 A 판결을 구하는 한편 甲의 청구와 관련성이 있는 부당이득금 5억 원의 지급을 구하는 반소를 제기하였다(이하 ‘사례 1’이라고 한다).

사례 1에서 乙이 제1심에서 구하는 판결¹⁶⁾은 A 판결이고, 항소심에서 구하는 판

15) 편집대표 민일영, 앞의 책, 28쪽(이재신 집필 부분); 高田裕成/三木浩一/山本克己/山本和彦 編輯, 前掲書, 15頁(春日偉知郎 執筆 部分).

16) 본 논문에서 ‘당사자가 구하는 판결’이라는 표현은 당사자의 신청과 주장을 모두 포함하는 의미로 사용하였다. 사례 1의 제1심에서 甲이 구하는 판결은 대여금 10억 원의 지급 신청(청구취지)과 대여 사실의 존재에 대한 주장(청구원인)을 받아들이는 판결이고, 乙이 구하는 판결은 청구기각 신청과 대여 사실의 부존재에 대한 주장을 받아들이는 판결이다.

결17)은 A 판결에 반소청구의 인용을 더한 것(이하 ‘B 판결’이라고 한다)이다.

제1심판결은 그 주문이 A 판결의 주문과 일치하기 때문에 기판력 측면에서 A 판결보다 乙에게 불리하지 않다.¹⁸⁾ 따라서 만일 A 판결이 합당한 비교 대상이라면, 乙의 항소의 이익은 인정되지 않으므로 乙의 항소는 부적법하다. A 판결이 없었던 상태, 즉 아무런 기판력이 발생하지 않은 상태를 합당한 비교 대상으로 보더라도, 제1심판결은 이 상태보다 기판력 측면에서 불리하지 않으므로 乙의 항소의 이익은 역시 인정되지 않는다.

A 판결을 비교 대상으로 하더라도, 판결의 주문이 아닌 이유를 비교의 기준으로 하면 제1심판결은 乙에게 불리하다고 볼 수 있다. 민사재판에 있어서 관련된 다른 민사사건의 확정판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되기 때문이다(확정판결의 증명효).¹⁹⁾ 사례 1에서 제1심판결이 그대로 확정되면 대여 사실의 존재에 대한 강한 증명력이 인정되므로, 변제기 도래 이후에 甲이 다시 乙을 상대로 동일한 대여금 청구를 하면서²⁰⁾ 위 확정판결을 증거로 제출하는 경우,²¹⁾ 대여 사실이 인정되어 乙이 패소할 가능성이 높다.²²⁾ 하지만 이러한 불이익은 기판력을 기준으로 한 것이 아니기 때문에 이를 근거로 乙의 항소이익을 인정할 수는 없다.

만일 B 판결을 합당한 비교 대상으로 본다면, 제1심에게 전부 승소한 乙에게 반소 제기를 위한 항소의 이익이 인정되므로 乙의 항소는 적법하다. 제1심판결은 기판력 측면에서 B 판결보다 乙에게 불이익하기 때문이다.²³⁾ 다만 이 경우에도 반소제기가 아닌 판결이유 변경만을 위한 항소는 허용되지 않는다. 이러한 항소는 위 불이익을 제거하기 위한 것이 아니기 때문이다.

- 17) 본 논문에서 ‘상소심에서 구하는 판결’이라는 표현은 원심에서부터 계속 구하고 있는 판결과 상소심에서 새로이 구하는 판결을 모두 포함하는 의미로 사용되었다.
- 18) 제1심판결이 그대로 확정되었을 때 발생하는 기판력이 A 판결이 확정되었을 때 발생하는 기판력보다 乙에게 불리하지 않다는 의미이다. 위 각 기판력의 객관적 범위는 모두 ‘甲의 乙에 대한 대여금 10억 원 반환청구권의 부존재’이다.
- 19) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다55472 판결.
- 20) 이러한 청구는 변제기 도래라는 전소 표준시 후의 새로운 사유의 주장으로 인해 위 제1심판결의 기판력에 저촉되지 않는다.
- 21) 대법원 1980. 9. 9. 선고 79다1281 전원합의체 판결은 판결서에서의 사실 판단을 그 사실을 증명하기 위하여 이용할 수 있고, 이러한 이용의 한도 내에서는 판결서는 보고문서라고 판시하였다.
- 22) A 판결이 확정되면 오히려 대여 사실의 부존재에 대한 증명력이 발생한다.
- 23) B 판결의 기판력의 객관적 범위는 ‘甲의 乙에 대한 대여금 10억 원 반환청구권의 부존재’뿐만 아니라 ‘乙의 甲에 대한 부당이득 5억 원 반환청구권의 존재’에도 미친다.

II. 상소의 이익의 유무를 판단하는 기준에 관한 학설

1. 구 실질적(실체적) 불복설

당사자가 상급심에서 원심판결보다 실질(실체)적으로 유리한 판결을 구할 가능성이 있으면 상소의 이익을 인정하는 학설이다.²⁴⁾ 현재 위 학설을 취하는 학자는 찾아보기 어렵다.²⁵⁾

위 학설은 상소심에서 당사자가 구하는 판결을 합당한 비교 대상으로 하는 견해라고 볼 수 있다.²⁶⁾ 상소의 이익 유무의 판단 기준에 관한 학설 중에서 가장 넓게 상소의 이익을 인정하고, 특히 제1심에서 승소한 당사자의 청구의 변경(청구취지의 확장을 포함하는 의미이고, 이하 같다)²⁷⁾이나 반소의 제기(이하 청구의 변경과 반소를 합하여 ‘청구변경 등’이라고 한다)를 위한 항소²⁸⁾를 전면적으로 허용하는 점에 그 특징이 있다.²⁹⁾

-
- 24) 이 학설을 ‘실질적(실체적) 불복설’이라고 부르는 문헌이 다수이지만(김홍엽, 앞의 책, 1192쪽 등), 본 논문에서는 아래의 ‘신 실질적(실체적) 불복설’과 명확히 구별하기 위해 ‘구 실질적(실체적) 불복설’이라는 명칭을 사용하였다. 越山和広, 前掲論文, 87頁에서도 이러한 명칭을 사용한다.
- 25) 고준성, 앞의 논문, 123쪽 참조. 과거에는 구 실질적 불복설에 대한 근거로 항소심은 속심의 구조를 취하고 있어 당사자가 항소심에서 새로운 공격방어방법을 제출할 수 있고 신청의 확장도 할 수 있기 때문에 항소의 적법 여부는 항소심의 변론종결 시를 기준으로 판단되어야 한다는 점이 제시되었다. 편집대표 민일영, 앞의 책, 24쪽(이재신 집필 부분); 송상현/박익환, 앞의 책, 721쪽; 고준성, 앞의 논문, 122쪽; 이흥권, “승소판결에 대한 불복과 상소의 이익”, 대법원판례해설 제17호, 법원행정처, 1993, 204쪽 참조.
- 26) 박재완, 앞의 책, 506쪽; 김동현, 앞의 논문, 258쪽은 구 실질적 불복설에서 항소의 이익을 판단하는 기준시는 항소심 변론종결 시라고 한다.
- 27) 소송물의 변동을 수반하지 않는 청구취지 확장을 청구의 변경으로 볼 것인지에 관해 견해의 대립이 있으나, 피고의 방어권 보장을 위하여 청구의 추가적 변경으로 취급하는 것이 타당하다고 생각한다(김홍엽, 앞의 책, 984쪽). 청구취지의 확장에는 질적 확장(상환이행청구에서 단순이행청구로 변경하는 경우 등)과 양적 확장(금전청구에서 청구금액을 확장하는 경우 등)이 있다. 손한기/정영수, 민사소송법 제5판, 홍문사, 2025, 475쪽은 청구취지의 확장은 질적인 것이나 양적인 것이나 모두 청구변경으로 보는 것이 통설이라고 한다.
- 28) 상고심에서는 사실에 관한 주장을 전제로 하는 청구취지 및 청구원인의 변경은 허용되지 않는다(대법원 1997. 12. 12. 선고 97누12235 판결). 반소 역시 상고심에서는 제기할 수 없다(민사소송법 제269조 제1항).
- 29) 예를 들어, 매매를 원인으로 하여 X 토지에 관한 소유권이전등기를 청구하는 소송의 제1심에서 청구인용판결이 선고된 후 원고가 항소하여 위 청구에 X 토지 인도청구를 추가하는 것으로 청구를 변경한 경우, 제1심판결이 확정되었을 때 발생하는 기판력(이전등기청구권의 존재)이 원고가 항소

위 학설은, 원심에서 소구채권의 발생을 인정하면서도 상계항변을 받아들여 청구를 기각하는 판결이 선고된 후 피고가 상소하여 상계 이외의 사유(소구채권의 불발생, 변제 등)로 청구를 기각하는 판결을 구하는 경우(이하 ‘사례 2’라고 한다)에도 - 청구변경 등을 위한 상소는 아니지만 - 승소 당사자인 피고의 상소의 이익을 인정한다. 원심판결은 피고가 상소심에서 구하는 판결에 비하여 기판력 측면에서 피고에게 불리하기 때문이다.³⁰⁾

2. 신 실질적(실체적) 불복설

원심판결이 취소되지 않고 확정된다면 그 효력(기판력뿐만 아니라 집행력, 부수적 효력 등 판결의 모든 효력을 의미한다³¹⁾)에 의해 당사자의 법률상 지위가 판결 전의 상태보다 불리해지는 경우, 상소의 이익을 인정하는 학설이다.³²⁾³³⁾ 위 학설은 원심판결이 있기 전의 상태를 합당한 비교 대상으로 하는 견해라고 볼 수 있다.

위 학설에 따르면 승소한 당사자의 청구변경 등을 위한 항소가 전면적으로 허용되지는 않지만, 제1심에서 묵시적 일부청구³⁴⁾가 인용된 후 원고가 항소하여 잔부로 청구를 확장하는 신청을 한 경우(이하 ‘사례 3’이라고 한다)에는 상소의 이익이 인정된다.³⁵⁾ 제1심판결이 확정되면 그 기판력으로 인해 원고가 잔부에 대한 별소 청구를

심에서 구하는 판결이 확정되었을 때 발생하는 기판력(이전등기청구권 및 인도청구권의 존재)보다 원고에게 불이익하고, 원고의 항소는 위 불이익의 제거를 추구하는 것으로서 항소의 이익이 있어 적법하다.

30) 원심판결이 확정되면 소구채권과 자동채권의 부존재에 기판력이 발생하지만(민사소송법 제216조 제2항), 피고가 상소심에서 구하는 판결이 확정되면 소구채권의 부존재에만 기판력이 발생한다.

31) 이시윤, 앞의 책, 889쪽; 전병서, 앞의 책, 675쪽; 김현철, 앞의 논문, 248쪽 참조.

32) 구 실질적 불복설은 현재 극복되었고 주장하는 학자도 없다는 이유를 들어 신 실질적 불복설을 ‘실질적 불복설’이라고 부르는 문헌도 있다(김동현, 앞의 논문, 257쪽).

33) 高田裕成/三木浩一/山本克己/山本和彦 編輯, 前掲書, 15頁(春日偉知郎 執筆 部分)은 원심판결의 효력으로 인해 당사자가 주장이나 청구를 할 수 없게 되어 구제를 받을 수 없는 경우에 상소의 이익을 인정하는 것이 신 실질적 불복설이라고 한다.

34) 일부청구를 하면서 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 않는 것을 의미한다. 금전이나 대체물 등과 같이 수량적으로 가분인 급부를 목적으로 하는 채권(가분채권)의 일부만을 소송상 청구하는 것을 일부청구라고 하는데, 이는 그 채권 전체를 하나의 소송물로 하는 청구도 가능한 경우로서(원종배, “일부청구의 소송물 특정과 시효중단 문제 - 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결과 관련하여 -”, 영남법학 제53권, 영남대학교 법학연구소, 2021, 168쪽), 서로 다른 여러 채권들 중의 일부에 대하여 청구를 하는 것과는 구별된다.

35) 사례 3의 경우, 청구변경 등을 위한 상소의 이익을 전면적으로 인정하는 실질적 불복설에 의하더라

할 수 없게 되어³⁶⁾ 원고의 지위가 그 전보다 불리해지기 때문이다. 또한 사례 2의 경우에도 상소의 이익이 인정된다. 원심판결이 확정되면 자동채권의 부존재에 대해 기판력이 발생하여 피고가 자동채권을 소구채권으로 하는 별소를 제기할 수 없게 되기 때문이다.³⁷⁾

신 실질적 불복설은 아래에서 보는 협의의 형식적 불복설이 가지는 한계, 즉 사례 2와 사례 3 등에서 상소의 이익이 인정되지 않는다는 점을 극복하기 위하여 주장된 학설이다.³⁸⁾

3. 형식적 불복설

법률 문헌에서 형식적 불복설이라는 용어는 두 가지 의미로 사용된다. 첫 번째는 ‘원심에서의 당사자의 신청과 판결주문을 형식적으로 비교하여 판결주문이 불리한 경우에만 상소의 이익을 인정하는 학설’이라는 의미이고(이하 이러한 의미의 형식적 불복설을 ‘협의의 형식적 불복설’이라고 한다), 두 번째는 ‘협의의 형식적 불복설을 원칙으로 하되, 이에 대한 예외를 인정하는 학설’이라는 의미이다(이하 이러한 의미의 형식적 불복설을 ‘광의의 형식적 불복설’이라고 한다).

협의의 형식적 불복설은 상소인이 원심에서 한 신청을 합당한 비교 대상으로 하는 견해로 볼 수 있다.³⁹⁾ 위 학설에 따르면 승소판결에 대한 상소는 허용되지 않는다.

통설은 협의의 형식적 불복설을 원칙으로 하면서, 사례 2와 사례 3의 경우에는 예외적으로 상소의 이익이 인정된다고 한다.⁴⁰⁾

판례도 통설과 같은 입장이다. 대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결은 “상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로

도 상소의 이익이 인정된다.

36) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카1416 판결은 한 개의 채권의 일부에 대해서만 판결을 구한다는 뜻을 명시하여 소송을 제기한 명시적 일부청구의 경우, 소송물은 일부뿐이므로 위 청구에 대한 확정판결의 기판력은 잔부 청구에 미치지 않는다고 판시하였다.

37) 김동현, 앞의 논문, 257쪽 참조.

38) 고준성, 앞의 논문, 123쪽 참조.

39) 박재완, 앞의 책, 506쪽은 형식적 불복설에서 상소의 이익을 판단하는 기준시는 항소제기 시라고 한다.

40) 김홍엽, 앞의 책, 1193쪽; 김동현, 앞의 논문, 259쪽; 양병희, “일부청구의 적법성에 관한 연구”, 일감 법학 제5권, 건국대학교 법학연구소, 2000, 32쪽; 정세진, “일부청구에 관한 고찰”, 영산법률논총 제7권 제2호, 영산대학교 법률연구소, 2010, 87쪽.

승소판결에 대한 불복상소는 허용할 수 없고, 재판이 상소인에게 불이익한 것인지의 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단하여야 하는 것이어서, 청구가 인용된 바 있다면 비록 그 판결이유에 불만이 있더라도 그에 대하여는 상소의 이익이 없다.”라고 판시하였다. 그리고 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다12276 판결은 묵시적 일부청구의 경우, 확정판결의 기판력은 잔부에까지 미쳐 제1심에서 승소한 원고는 잔부에 대한 청구확장을 위한 항소가 허용되지 않는다면 잔부를 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 되므로, 예외적으로 승소판결에 대해서도 잔부에 관한 청구확장을 위한 항소의 이익을 인정해야 한다고 판시하였으며,⁴¹⁾ 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다34666 판결은 원고의 청구원인을 모두 인정한 다음 피고의 상계항변을 받아들여 상계 후 잔존하는 원고의 나머지 청구만을 인용한 항소심판결에 대하여 피고가 상계항변이 받아들여진 부분에 관하여도 상고를 제기할 수 있다고 판시하였다.

통설과 판례가 사례 2 및 사례 3에 대한 예외를 인정하는 것은, 형식적 불복설이라는 용어를 협의로 사용하면 형식적 불복설을 적용하지 않는 것이 되고,⁴²⁾ 위 용어를 광의로 사용하면 형식적 불복설(형식적 불복설의 내용 중 일부를 구성하는 예외)을 적용하는 것이 된다.⁴³⁾

형식적 불복설이라는 용어를 협의로 사용하면서 ‘원칙적으로는 형식적 불복설이 타당하지만 형식적 불복설이 적용되지 않아야 하는 예외적인 경우도 있다’고 주장하는 견해는 용어 사용의 차이점을 제외하면 광의의 형식적 불복설과 동일한 견해이다. 따라서 이하에서는 위와 같은 견해도 광의의 형식적 불복설이라고 부르기로 한다.

광의의 형식적 불복설은 상소의 이익 유무를 판단하는 기준이 원칙과 예외로 나누

41) 위 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다12276 판결이 명시적 일부청구에서 승소한 자가 잔부로 청구를 확장하기 위하여 한 항소는 항소이익이 없어 부적법하다고 판시한 것은 아니라는 견해가 있다(임병석, “항소심에서의 심판대상과 그 변경의 한계 - 단순병합을 중심으로 -”, 법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 184쪽). 그러나 위 판결이 묵시적 일부청구의 경우에는 “예외적으로” 승소판결에 대해서도 항소의 이익을 인정함이 상당하다고 판시한 점에 비추어 보면, 위 판결은 명시적 일부청구에서 승소한 자가 잔부로 청구를 확장하기 위하여 한 항소는 항소이익이 없다는 입장이라고 생각한다(석현수, “단순병합청구에서 원고만이 항소한 경우 제1심에서 인용된 청구의 변경 가부”, 법학논총 제40권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2020, 11쪽). 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결도 가분채권의 묵시적인 일부청구라고 볼 수 없는 경우, 승소한 원고에게 청구를 확장하기 위한 항소의 이익이 인정되지 않는다고 하였다.

42) 김홍엽, 앞의 책, 1192쪽; 이시운, 앞의 책, 889쪽; 김동현, 앞의 논문, 259, 267쪽은 원칙적으로는 협의의 형식적 불복설에 찬성하면서 사례 2, 사례 3과 같이 위 학설을 적용하면 부당한 결과가 발생하는 경우에는 신 실질적 불복설을 적용해야 한다고 본다.

43) 김홍규/강태원, 앞의 책, 874, 876쪽; 박재완, 앞의 책, 506쪽.

어져 있다는 점에서 예외 없는 원칙을 주장하는 다른 학설들과 차이가 있다.⁴⁴⁾ 광의의 형식적 불복설 중 원칙에 의해 상소의 이익이 인정되는 경우는 대부분 신 실질적 불복설을 따르더라도 상소의 이익이 인정되고, 광의의 형식적 불복설을 따르는 학자들은 예외가 적용되는 사안에서 대체로 신 실질적 불복설과 같은 입장을 취하기 때문에,⁴⁵⁾ 결론 면에서는 광의의 형식적 불복설과 신 실질적 불복설 사이에 별로 차이가 없다.⁴⁶⁾

4. 절충설

원고에 대해서는 협의 또는 광의의 형식적 불복설, 피고에 대해서는 구 실질적 불복설을 따르는 견해이다.⁴⁷⁾

Ⅲ. 각 학설의 타당성에 대한 검토

1. 협의의 형식적 불복설은 원심에서의 신청을 합당한 비교 대상으로 삼음으로써 피고가 원심에서 아무런 신청도 하지 않은 채 항소한 경우에는 비교 대상이 존재하지 않게 되는 문제가 있다. 또한 당사자에 대한 불이익 측면에서 판결주문의 기판력과 이유의 기판력(사례 2의 경우) 사이에 차이가 없음에도, 위 학설은 주문의 기판력만을 비교 기준으로 삼음으로써 상소의 이익이 인정되는 범위를 지나치게 제한한다. 따라

44) 광의의 형식적 불복설을 주장하는 학자들 사이에서 예외의 인정 범위에 관해 견해가 완전히 일치하지는 않는다(岡庭幹司, “控訴の利益についての覚書”, 横浜法學 第33卷 第2号, 横浜法学会, 2025, 442頁 참조).

45) 김홍엽, 앞의 책, 1192쪽; 이시윤, 앞의 책, 889쪽; 고준성, 앞의 논문, 124쪽; 김동현, 앞의 논문, 259, 267쪽.

46) 박재완, 앞의 책, 506쪽은 광의의 형식적 불복설과 신 실질적 불복설은 실제 도출하는 결론은 같으나 전자가 예외로 파악하는 것을 후자는 원칙의 일부로 파악한다고 한다. 김홍규/강태원, 앞의 책, 876쪽은 (광의의) “형식적 불복설과 신 실질적 불복설을 대비해 보면, 그 어느 설을 취하느냐에 따라서 실제상의 불복신청의 범위가 달라지는 것은 아니다. (중략) 형식적 불복설은 예외의 허용이라는 방식으로 신 실질적 불복설과 결론을 같이 하고 있다. 문제는 불복신청의 개념을 예외를 인정하는 형식적 불복설을 취할 것이냐 아니면 예외 없이 하나의 원칙을 내세워서 통일적으로 설명하는 신 실질적 불복설을 취하느냐에 달려 있다.”라고 한다.

47) 김홍엽, 앞의 책, 1192쪽; 김동현, 앞의 논문, 258쪽 참조.

서 위 학설은 타당하지 않다고 생각한다.

절충설은 원고와 피고에 대하여 상소의 이익의 판단 기준을 달리함으로써 당사자 평등주의에 위반되므로 역시 타당하지 않다고 생각한다.⁴⁸⁾

2. 원심판결의 주문이 원심에서의 당사자의 신청보다도 불리한 경우, 그 불이익을 제거하기 위한 상소의 이익이 인정되어야 한다(이 말이 곧 ‘협의 또는 광의의 형식적 불복설이 타당하다’는 의미는 아니다. 구 실질적 불복설에 따르더라도 위 경우에 상소의 이익이 인정된다. 원심판결이 상소심에서 당사자가 구하는 판결보다 불리하기 때문이다). 만일 그렇지 않으면 법원이 당사자의 정당한 신청을 받아들이지 않은 경우, 당사자가 법원의 오판으로 인한 불이익의 제거를 요청하지 못하는 불합리한 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 그런데 신 실질적 불복설의 판단 기준을 일관하면 원심판결의 주문이 원심에서의 당사자의 신청보다 불리하더라도 원심판결이 있기 전보다 당사자의 법적 지위가 불리해지지만 않으면 상소가 허용되지 않는 문제가 있다.

예를 들어, 원심에서 피고가 청구기각 신청을 하였는데 소각하판결이 선고되자 청구기각을 구하는 상소를 제기한 경우, 판결주문이 원심에서의 피고의 신청보다 불리하기 때문에 피고에게 상소의 이익이 인정되어야 한다.⁴⁹⁾ 그런데 신 실질적 불복설을 따르면 위 판결이 확정되어 기판력이 발생하더라도 그전보다 피고의 법적 지위가 불리해지지는 않았으므로⁵⁰⁾ 상소의 이익을 인정하기 어렵다.⁵¹⁾ 신 실질적 불복설

48) 김동현, 앞의 논문, 259쪽. 절충설을 따르면 승소한 원고가 청구를 확장하기 위해서는 피고의 상소를 기다려 부대항소를 해야 하는 반면, 승소한 피고에게는 스스로 상소하여 반소를 제기할 기회가 부여되어 공평하지 않다. 편집대표 민일영, 앞의 책, 25쪽(이재신 집필 부분).

49) 소각하판결에 대해 원고가 상소할 수 있을 뿐만 아니라, 피고가 청구기각의 신청을 한 때에는 본안판결을 받지 못하였다는 점에서 피고에게 불이익하기 때문에 피고도 상소할 수 있다는 것이 통설 및 판례의 입장이다(김기정, “소송판결에 대한 항소”, 민사소송 제9권 제1호, 한국민사소송법학회, 2005, 222쪽; 김동현, 앞의 논문, 271쪽; 대법원 1985. 4. 23. 선고 84후19 판결). 참고로, 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카24021 판결은 소를 각하한 항소심판결에 대하여 원고가 상고이유로 청구를 기각해야 한다고 주장하는 것은 자신에게 불리한 사유를 주장하는 것이므로 받아들일 수 없다고 판시하였다. 또한 대법원 1983. 12. 27. 선고 82누491 판결은 소를 각하한 원심판결에 원고가 상소한 경우, 소는 적법하지만 청구를 기각해야 할 사안이라면 원심판결을 파기하여 청구를 기각하는 것은 원고에게 불이익한 결과가 되므로 원심판결을 유지해야 한다고 판시하였다.

50) 위 판결의 확정으로 인해 발생하는 기판력은 소송요건의 흠결에 미치는데, 이러한 기판력이 존재하는 상태는 위 판결이 선고되기 전의 상태, 즉 아무런 판결 효력이 없는 상태보다 피고에게 불리하지 않다.

51) 岡庭幹司, 前掲論文, 443頁.

에 의하더라도 소각하판결의 기판력이 원고가 흠결된 소송요건을 갖춘 후에 다시 소제기하는 것을 배제할 수 없다는 점에서 피고에게 불이익이 있으므로 상소의 이익이 인정된다는 주장도 있다.⁵²⁾ 그러나 이러한 불이익은 청구기각 판결과 비교한 것이 신 실질적 불복설에서의 합당한 비교 대상, 즉 원심판결이 없었던 상태와의 비교를 통해 도출된 것이 아니므로 위 주장은 타당하지 않다고 생각한다. 반면 협의의 형식적 불복설이나 구 실질적 불복설을 따르면 청구기각 판결이 합당한 비교 대상이 되므로⁵³⁾ 위 경우에 상소를 정당화하는 불이익을 인정할 수 있다. 이처럼 신 실질적 불복설은 협의의 형식적 불복설의 한계를 극복하려는 학설임에도 오히려 협의의 형식적 불복설에 의해 상소의 이익이 인정되는 경우조차 설명하지 못하는 문제를 가지고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 문제가 발생하는 근본적인 원인은 당사자가 소송에서 추구하는 것이 단지 현상 유지에만 국한되지 않음에도 위 학설이 당사자의 신청 또는 당사자가 구하는 판결을 배제하고 판결이 없었던 상태를 비교 대상으로 삼았기 때문이다.

제1심에서 피고가 아무런 신청을 하지 않았는데 소각하판결이 선고된 경우에도, 피고에게 청구기각을 구하기 위한 항소의 이익이 인정되어야 한다고 생각한다. 피고에게 소장 등의 소송서류가 공시송달되는 등의 사유로 인해 피고가 소제기 사실을 몰라서 청구기각 신청을 할 수 없었거나, 피고가 소제기 사실을 알았더라도 청구가 주장 자체로 이유 없어 아무런 대응을 하지 않아도 법원이 청구를 기각할 것이라고 신뢰하여 청구기각 신청을 하지 않았을 수도 있는데, 이러한 피고에게 청구기각 신청을 하지 않았다는 이유만으로 항소할 기회를 박탈하는 것은 타당하지 않기 때문이다.⁵⁵⁾

그런데 피고의 신청이 없는 상태에서 소가 각하된 경우에는, 원심판결이 그것일 없었던 상태보다 피고에게 불리하지 않을 뿐만 아니라 존재하지도 않는 원심의 신청을 비교 대상으로 하여 불이익을 인정하는 것도 불가능하다.⁵⁶⁾ 그 결과 원심판결의 불이익을 인정하기 위해 남은 유일한 방법은 구 실질적 불복설이 주장하는 바와 같이 상소심에서 당사자가 구하는 판결을 비교 대상으로 하는 것이다. 구 실질적 불복설을

52) 김동현, 앞의 논문, 271쪽.

53) 청구기각판결은 원심에서의 피고의 신청이자 상소심에서 피고가 구하는 판결에 해당한다.

54) 고준성, 앞의 논문, 123쪽.

55) 김기정, 앞의 논문, 222쪽.

56) 고준성, 앞의 논문, 123쪽은 피고가 답변서를 제출하지 않는 등 명시적인 신청을 하지 않은 경우에는 청구기각 신청을 한 것으로 전제하여 상소의 이익 여부를 판단해야 한다고 주장한다. 하지만 피고가 신청을 하지 않았다는 사실로부터 청구기각 신청을 하였다는 전제가 어떻게 도출될 수 있는지 의문이다.

따르면 피고가 제1심에서 청구기각 신청을 하였는지를 고려할 필요도 없이 ‘제1심의 소각하판결이 피고가 항소심에서 구하는 청구기각판결보다 기판력 측면에서 피고에게 불리하므로 피고의 상소의 이익이 인정된다’고 간단하면서도 논리적으로 설명할 수 있다.

3. 광의의 형식적 불복설에 찬성하는 학자들은 그 찬성의 근거로 ‘위 학설은 그 판단 기준이 간단명료하기 때문에 쉽게 상소의 이익의 유무를 판명할 수 있다’는 점을 들면서,⁵⁷⁾ ‘구 실질적 불복설은 그 판단 기준이 불명확하다’고 비판한다.⁵⁸⁾

‘판결주문이 원심에서의 신청보다 불리하면 상소의 이익을 인정한다’는 광의의 형식적 불복설의 원칙적 판단 기준이 간명하다는 점에는 동의한다. 하지만 원칙적 판단 기준의 간명함이 항상 판단 기준 전체의 간명함을 의미하지는 않는다. 위 학설은 원칙이 적용되지 않는 예외적 경우를 다수 인정함으로써 그 전체적인 판단 기준을 원칙적 판단 기준보다 훨씬 더 복잡하고 모호하게 만든다.⁵⁹⁾

광의의 형식적 불복설을 따른다고 가정하더라도 위 학설의 원칙적 판단 기준을 적용하기에는 적합하지 않은 경우로, ① 피고가 원심에서 아무런 신청을 하지 않아 주문과 신청 사이의 비교가 불가능한 경우,⁶⁰⁾ ② 사례 2 및 사례 3의 경우,⁶¹⁾ ③ 청구이유의 소의 제1심에서 기한의 유예를 이유로 변제기 도래 시까지 집행력 배제를 구하는 청구가 인용된 후 원고가 항소하여 채무소멸사유(변제, 면제, 상계 등)를 이유로 집행력의 영구적인 배제를 구하는 청구로 변경하는 신청을 한 경우⁶²⁾(이의이유가 여러 가지인 때에는 동시에 주장해야 하므로,⁶³⁾ 원고의 별소제기가 제한된다) 등이 있다.

57) 전병서, 앞의 책, 675쪽; 高田裕成/三木浩一/山本克己/山本和彦 編輯, 前掲書, 15頁(春日偉知郎 執筆部分); 고준성, 앞의 논문, 122쪽; 김동현, 앞의 논문, 259쪽.

58) 김홍규/강태원, 앞의 책, 876쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 897쪽; 秋山幹男/伊藤眞/加藤新太郎/高田裕成/福田剛久/山本和彦, 前掲書, 25쪽; 고준성, 앞의 논문, 122쪽; 김동현, 앞의 논문, 259쪽.

59) 高田裕成/三木浩一/山本克己/山本和彦 編輯, 前掲書, 36頁(松村和徳 執筆 部分)은 광의의 형식적 불복설이 예외를 인정함으로써 판단 기준의 명확함이라는 위 학설의 장점이 유지되지 않을 수 있다고 한다.

60) 김동현, 앞의 논문, 259, 267쪽은 이러한 경우 신 실질적 불복설이 적용되어야 한다고 본다.

61) 사례 2와 사례 3에서 광의의 형식적 불복설의 원칙적 판단 기준을 적용하여 승소 당사자의 상소의 이익을 부정하면 당사자가 자신이 승소한 판결의 기판력으로 인해 추가적인 권리구제를 받을 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생한다.

62) 김홍규/강태원, 앞의 책, 875쪽; 편집대표 민일영, 앞의 책, 28쪽(이재신 집필 부분); 이시윤, 앞의 책, 890쪽.

광의의 형식적 불복설을 적용하여 상소의 이익 유무에 대한 결론을 도출하기 위해서는, 먼저 위와 같은 예외적 경우에 해당하는지 여부를 판단하는 중간 과정을 거쳐야 한다. 그리고 이러한 중간 과정을 거쳐야 한다는 점에서, 위 학설을 적용하는 것이 다른 학설을 적용하는 것보다 쉬워 보이지 않는다.

위 중간 과정에서 예외가 적용될 경우가 아니라고 판단되면 그때 비로소 광의의 형식적 불복설의 원칙적 판단 방식이 적용될 수 있다. 따라서 예외가 적용되는 사건이 많아질수록 원칙적 판단 기준의 간단함으로 인한 위 학설의 장점은 줄어든다. 그런데 전체 민사소송 사건 중에서 예외가 적용되는 사건이 차지하는 비중은, 사례 3의 경우만 보더라도, 상당히 많다.

사례 3의 제1심에서 승소한 원고에게 청구확장을 위한 항소의 이익이 인정되려면, ① 일부청구일 것, ② 일부청구라는 취지가 명시되지 않을 것이라는 요건이 갖추어져야 한다. 그리고 위 ①의 요건은 다시 가분채권에 대한 이행의 소일 것, 채권의 일부에 대한 청구일 것으로 나누어 볼 수 있다.

금전채권은 가분채권에 해당한다.⁶⁴⁾ 그리고 제1심에서의 청구가 채권 중 일부에 대한 청구였는지 여부는 항소심에서의 원고의 주장에 의해 판단해야 한다. 따라서 금전지급청구 소송의 제1심에서 전부 승소한 원고가 항소심에서 청구금액을 확장하면서 ‘실제 채권액이 청구액을 초과한다(즉, 제1심에서의 청구는 일부청구였다)’라고 주장하기만 하면 - 설령 제1심에서 원고가 채권 전부에 대한 청구라고 진술했더라도 - 항소심법원은 제1심에서의 청구가 일부청구였다고 판단해야 한다.⁶⁵⁾ 따라서 금전지급청구 소송의 제1심에서 전부 승소한 원고는 아무런 제약 없이 위 ①의 요건이 충족되게 할 수 있다.

위 ②의 요건은 제1심에서 채권 일부에 대한 청구라는 취지가 명시된 적이 없거나 일단 명시되었더라도 그 후에 철회된 경우에 충족되는데, 대부분의 금전지급청구 소송은 이러한 경우에 해당할 것이다.⁶⁶⁾

63) 민사집행법 제44조 제3항.

64) 일반적으로 금전채권이라고 하면 일정액의 금전의 지급을 목적으로 하는 금액채권을 의미한다. 수집·소장 등을 위한 금전의 지급을 목적으로 하는 특정금전채권은 금전채권의 한 종류로 언급되기도 하나 이는 엄밀한 의미에서의 금전채권이 아니라 종류채권에 해당하여 금전채권에 특유한 법리의 적용을 받지 않는다(지원림, 민법강의 제22판, 홍문사, 2025, 707쪽).

65) 석현수, “제1심에서 전부 인용된 청구에 대한 항소의 이익 - 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다12276 판결을 중심으로 -”, 법학연구 제34권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2023, 400쪽.

66) 원고가 ‘일단 채권액 중 일부에 대하여만 청구한다’라고 진술했더라도 이후 제1심에서 청구를

따라서 대부분의 금전지급청구 소송에서 원고는 제1심에서 전부 승소하였더라도 청구확장을 위한 항소의 이익을 인정받을 수 있다. 설령 원고가 내심으로 원하는 것이 청구확장이 아닌 다른 소송물로의 청구변경이라고 하더라도 원고는 형식적으로 청구확장 신청을 한 후 다른 소송물로의 청구변경 신청을 하는 방법을 통해 손쉽게 목적을 달성할 수 있다.

그런데 소액사건을 제외하더라도 민사소송 사건 중에서 금전지급청구 사건이 차지하는 비율은 50%를 훨씬 넘으므로⁶⁷⁾(소액사건까지 포함하면 위 비율은 더 높을 것이다) 제1심에서 청구가 인용된 사건 중에서 광의의 형식적 불복설의 원칙적 판단 기준이 적용되지 않는 사건의 비율 역시 50%를 넘을 것이다.

구 실질적 불복설에서 상소의 이익이 인정되기 위한 기준은 ‘원심판결이 그대로 확정될 때 발생하는 기판력이 상소심에서 상소인이 구하는 판결이 확정될 때 발생하는 기판력보다 상소인에게 불이익하다’는 것이다. 이러한 기준을 구성하는 요소인 원심판결이 그대로 확정될 때 발생하는 기판력, 상소심에서 상소인이 구하는 판결이 확정될 때 발생하는 기판력, 양자 사이의 이익 비교 중 어느 것에도 불명확한 내용이 없다. 따라서 위 학설의 판단 기준이 불명확하다는 비판은 타당하지 않다고 생각한다.

오히려 구 실질적 불복설은 승소 당사자의 청구변경 등을 위한 상소의 이익을 전면적으로 허용하기 때문에 위와 같은 상소 중에서 상소의 이익이 인정되는 것과 그렇지 않은 것을 구분해야 하는 다른 학설들에 비하여 판단이 더 쉽다. 또한 원심판결과의 비교 기준을 기판력으로 한정하기 때문에 위 비교 기준을 기판력뿐만 아니라 집행력, 부수적 효력까지 포함한 판결의 모든 효력으로 하는 신 실질적 불복설보다 그 판단 기준이 더 간명하다.

4. 실질적 불복설에 대한 다른 비판은 상소의 이익의 인정 범위가 지나치게 넓다는 것이다.⁶⁸⁾ 하지만 이러한 비판 역시 타당하지 않고, 오히려 실질적 불복설을 취하여

확장하면서 확장된 청구가 채권액 전부라는 취지의 진술을 하면 일부청구에 대한 명시는 철회되었다고 보아야 할 것이다.

67) 법원행정처, 사법연감, 2024, 727쪽에 의하면 2023년에 접수된 민사본안사건(소액사건 제외) 종류별 건수는 다음과 같다. 손해배상 12.9%, 매매대금 4.2%, 대여금 8%, 구상금 3.7%, 부당이득금 3.4%, 공사대금 3.1%, 양수금 2.5%, 임대차보증금 2.5%, 약정금 2.2%, 임금 1.7%, 보증채무금 0.3%, 신용카드이용대금 0.3%, 어음·수표금 0.1%, 채무부존재확인 1.9%, 배당이의 0.6%, 제3자이의·청구이의 3.3%, 사해행위취소 2.2%, 건물인도·철거 10.9%, 부동산 소유권 4%, (근)저당권설정·말소 0.9%, 기타 31.3%.

다른 학설보다 상소의 이익을 넓게 인정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

제1심에서 승소한 당사자가 청구변경 등을 원하는 경우, 이를 위한 항소가 허용되지 않는다면, 위 당사자는 새로운 청구에 대한 별소를 제기하여 제1심부터 재판을 시작해야 한다. 반면 위와 같은 항소가 허용된다면 새로운 청구에 대한 재판은 항소심부터 시작하게 된다.

이처럼 구 실질적 불복설을 취하여 승소 당사자의 청구변경 등을 위한 항소를 허용하는 것은 분쟁의 일회적 해결을 통하여 신속한 재판과 소송경제, 법원의 업무경감 등을 달성할 수 있다는 점에서 승소 당사자와 상대방, 법원 모두에게 유리하다.

또한 상대방에게는 불복 기회의 확장이라는 측면에서도 승소 당사자의 상소가 별소보다 더 유리하다. 상대방의 상소기간이 경과한 경우, 승소 당사자가 상소를 제기해야만 상대방이 부대상소를 할 수 있기 때문이다.⁶⁹⁾

이와 관련하여 ‘구 실질적 불복설을 따르면 상대방의 부대상소로 인해 법원의 업무가 늘어나게 된다’는 비판을 생각해 볼 수 있다. 하지만 승소 당사자가 청구변경 등을 위한 상소를 하는 사건들 전체를 놓고 볼 때, 부대상소로 인한 법원의 업무증가량은 분쟁의 일회적 해결로 인한 업무 감소량에 비해 적을 것이라고 생각한다. 원심에서 패소하였음에도 상소기간 중에 상소를 제기하지 않은 상대방이 승소 당사자가 청구변경 등을 위한 상소를 제기하였다는 이유만으로 부대상소를 제기할 확률은, 상소가 허용되지 않을 경우 승소 당사자가 별소를 제기할 확률에 비하여 낮을 것이기 때문이다.

상대방의 이익과 관련하여 ‘승소 당사자의 청구변경 등을 위한 항소가 허용되면 상대방이 심급이익을 박탈당하게 된다’는 비판도 생각해 볼 수 있다.⁷⁰⁾ 그런데 이러한 심급이익 박탈로 인한 불이익은 청구변경에 청구 기초의 동일성을 요구하고 반소에 본소의 청구 또는 방어의 방법과의 관련성을 요구하는 것⁷¹⁾에 의해 상당히 감소될 수 있다. 또한 민사소송법은 항소심에서의 청구변경 등을 허용함으로써 청구변경

68) 김홍규/강태원, 앞의 책, 876쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 897쪽; 김동현, 앞의 논문, 259쪽.

69) 승소 당사자에게 상소의 이익이 인정되지 않는다면 상대방의 상소기간 도과 시에 원심판결은 확정되므로, 재심사유 등의 특별한 사정이 없는 한, 상대방은 원심판결에 대한 불복을 할 수 없다.

70) 승소 당사자의 경우에는 스스로 심급이익을 포기하고 항소심에서부터 새로운 청구를 시작하기로 선택하였으므로, 심급이익의 박탈이 문제 되지 않는다.

71) 민사소송법 제262조 제1항, 제269조 제1항.

등의 자유를 심급이익보다 우선하고 있다.

상대방의 이익과 관련하여 ‘제1심에서 패소판결을 선고받은 상대방으로서는 자신이 항소하지 않는 한 소송이 그대로 종료될 것이라고 예상하였을 것인데, 승소 당사자의 항소를 허용하면 상대방의 위와 같은 예상에 반하게 되어 부당하다’는 비판이 제기될 가능성도 있다. 그런데 승소 당사자의 항소 가능 여부는 이에 대한 명문규정이 없으므로 판례에 의해 결정되고 그 결과 소송 종료 여부에 대한 상대방의 예상도 판례에 의해 형성된다. 따라서 상대방의 예상에 반한다는 이유로 구 실질적 불복설을 비판하는 것은 ‘현재의 판례가 위 학설을 따르지 않기 때문에 위 학설은 부당하다’는 것으로서 받아들이기 어렵다.

5. 구 실질적 불복설을 취하면, 당사자는 원심 패소 부분의 취소·변경과는 상관없이 오직 청구변경 등만을 위한 항소⁷²⁾를 할 수도 있다. 그렇다면 이러한 항소는 상소 제도의 정당한 이용에 해당하지 않는 것인가?

제1심에서 일부라도 패소한 당사자는 - 그 패소 부분의 대소와 상관없이 - 상소한 후 청구변경 등을 할 수 있다(이는 상소이익에 관한 어느 학설을 따르더라도 마찬가지이다). 그리고 민사소송법상 청구변경 등의 요건을 갖추기만 하면 청구변경 등의 범위에는 제한이 없다.⁷³⁾ 이처럼 제1심에서의 청구 중 극히 작은 부분에서 패소한 당사자에게도 무제한의 청구변경 등이 보장되어야 한다면, 제1심에서 전부 승소한 당사자가 청구변경 등을 통해 얻는 이익이 항소 제도의 이용을 정당화할 수 있을 정도의 자격(가치)을 갖추지 못하였다고 보기는 어렵다고 생각한다.

더욱이 민사소송법은 항소가 패소 부분에 대한 심판과 무관하게 청구변경 등을 위한 수단으로 이용되는 것을 허용하고 있다. 원고가 제1심에서 A 청구를 하다가 청구기각판결을 선고받은 경우, 어느 학설을 따르더라도 원고는 패소 부분의 취소·변경(제1심판결의 취소 및 A 청구의 인용)을 구하는 항소를 할 수 있다. 그런데 원고가 항소심에서 B 청구로 교환적 변경을 하면 A 청구는 취하로 인해 소멸하고,⁷⁴⁾

72) 원심에서 패소 부분이 없는 당사자의 항소와, 패소 부분이 있더라도 그 취소·변경을 구하지 않는 항소가 이에 해당한다.

73) 예를 들어, 제1심에서 10억 원의 청구 중 단 1만 원만 기각되어도 원고는 패소 부분에 대한 항소를 하여 청구금액을 100억 원으로 확장할 수 있다.

74) 청구의 교환적 변경은 신청구의 추가적 병합과 구청구의 취하가 결합된 것이다. 이는 통설과 판례(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2600 판결)의 입장이다.

항소심의 심판대상은 A 청구에서 B 청구로 변경된다.⁷⁵⁾ 이 단계에 이르면 원고의 항소는 패소 부분의 취소·변경을 위한 역할을 상실하고⁷⁶⁾ 오로지 B 청구를 위한 수단으로 기능하게 된다. 이처럼 A 청구가 항소심의 심판대상에서 완전히 제외된 상황에서도 B 청구에 대한 심판을 구하는 것에 아무런 문제가 없다는 점을 고려하면, 제1심에서 승소한 당사자가 새로운 청구를 위한 수단으로 항소를 이용하는 것도 부당하지 않다고 생각한다.

IV. 결론

지금까지 검토한 바와 같이, 구 실질적 불복설을 취하여 승소 당사자의 청구변경 등을 위한 항소를 허용하는 것은 분쟁의 일회적 해결을 통하여 신속한 재판과 소송경제, 법원의 업무 경감 등을 달성함으로써 승소 당사자와 상대방, 법원 모두에게 유리한 결과를 가져온다.

또한 위 학설은 그 판단 기준이 간명하여 상소의 이익 유무를 쉽게 판단할 수 있게 해 주고, 청구기각판결에 대한 피고의 상소의 이익이 인정되어야 하는 이유에 대해서 단순하면서도 논리적인 답을 제시한다.

민사소송법상 제1심에서의 청구 중 극히 작은 부분에서 패소한 당사자에게도 무제한의 청구변경 등이 보장되고, 항소심에서도 청구의 교환적 변경이 허용된다는 점에 비추어 보면, 당사자가 원심 패소 부분의 취소·변경과 상관없이 청구변경 등만을 위해 항소하는 것을 금지할 이유를 찾기 어렵다.

따라서 구 실질적 불복설을 따르는 것이 타당하다고 생각한다.

구 실질적 불복설은 상소의 이익을 요하지 않는 학설이라는 주장도 있다.⁷⁷⁾ 그러나 구 실질적 불복설도 상소가 적법하기 위해서는 상소의 이익이 있어야 한다고 본다. 당사자가 원심에서 승소한 부분에 대하여 판결이유를 변경하기 위한 상소를 제기한 경우에는 구 실질적 불복설을 따르더라도 원칙적으로 상소의 이익이 인정되지 않아서 상소는 위법하게 된다.

75) 항소심은 사실상 제1심으로서 B 청구를 심판하게 된다(대법원 1995. 1. 24. 선고 93다25875 판결).

76) 제1심판결은 소의 교환적 변경에 의한 소취하로 실효된다(대법원 1995. 1. 24. 선고 93다25875 판결).

77) 편집대표 민일영, 앞의 책, 25쪽(이재신 집필 부분); 김동현, 위의 논문, 258쪽.

통설과 판례는 원칙적으로는 승소 당사자의 상소의 이익을 부정하면서도 상당히 넓은 범위의 예외를 인정한다. 특히 통설과 판례가 묵시적 일부청구(사례 3)에서 승소한 원고에게 청구확장을 위한 항소의 이익을 인정함으로써 구 실질적 불복설과의 차이는 적어도 결과 면에서는 현저히 줄어들었다고 할 수 있다.

향후 학계와 실무계에서 구 실질적 불복설이 받아들여져 승소 당사자의 청구변경 등을 위한 항소가 전면적으로 허용되고, 그로 인하여 소송주체 모두의 이익이 향상되기를 기대한다.

참고문헌

1. 단행본

- 강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023.
- 김홍규/강태원, 민사소송법 제5판, 삼영사, 2020.
- 김홍엽, 민사소송법 제12판, 박영사, 2024.
- 편집대표 민일영, 주식 민사소송법 3 제9판, 한국사법행정학회, 2023.
- 박재완, 민사소송법 강의 제5판, 박영사, 2024.
- 손한기/정영수, 민사소송법 제5판, 홍문사, 2025.
- 송상현/박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014.
- 이시윤, 신민사소송법 제17판, 박영사, 2024.
- 전병서, 강의 민사소송법 제4판, 박영사, 2023.
- 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제10판, 법문사, 2023.
- 지원림, 민법강의 제22판, 홍문사, 2025.
- 秋山幹男/伊藤眞/加藤新太郎/高田裕成/福田剛久/山本和彦, コメントール 民事訴訟法 VI 第3卷, 日本評論社, 2014.
- 高田裕成/三木浩一/山本克己/山本和彦 編輯, 注釈民事訴訟法 第5卷, 有斐閣, 2015.

2. 학술지

- 고준성, “민사소송법상 직접주의의 위반과 전부승소자의 상소이익 - 일본의 판례 및 학설을 중심으로 -”, 법학논총 제42권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2025, 113-144쪽.
- 김기정, “소송판결에 대한 항소”, 민사소송 제9권 제1호, 한국민사소송법학회, 2005, 219-236쪽.
- 김동현, “상소의 요건으로서 불복의 이익의 판단”, 법학연구 제62집, 전북대학교 법학연구소, 2020, 253-275쪽.
- 김현철, “항소심에서의 청구의 변경과 항소의 이익”, 법학논총 제48권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2024, 241-268쪽.
- 석현수, “단순병합청구에서 원고만이 항소한 경우 제1심에서 인용된 청구의 변경 가부”, 법학논총 제40권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2020, 77-95쪽.

- _____, “제1심에서 전부 인용된 청구에 대한 항소의 이익 - 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다12276 판결을 중심으로 -”, 법학연구 제34권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2023, 389-413쪽.
- 양병희, “일부청구의 적법성에 관한 연구”, 일감법학 제5권, 건국대학교 법학연구소, 2000, 23-37쪽.
- 원종배, “일부청구의 소송물 특정과 시효중단 문제 - 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다 223723 판결과 관련하여 -”, 영남법학 제53권, 영남대학교 법학연구소, 2021, 163-191쪽.
- 이연주, “민사소송법상의 신의칙과 권리보호요건과의 관계에 관한 소고”, 경기법학논총 제6호, 경기대학교 법학연구소, 2008, 51-63쪽.
- 이흥권, “승소판결에 대한 불복과 상소의 이익”, 대법원판례해설 제17호, 법원행정처, 1993, 199-210쪽.
- 임병석, “항소심에서의 심판대상과 그 변경의 한계 - 단순병합을 중심으로 -”, 법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 163-194쪽.
- 정세진, “일부청구에 관한 고찰”, 영산법률논총 제7권 제2호, 영산대학교 법률연구소, 2010, 79-114쪽.
- 岡庭幹司, “控訴の利益についての覚書”, 横浜法學 第33卷 第2号, 横浜法学会, 2025, 435-456頁.
- 越山和広, “不服の利益(上訴の利益) 論について”, 香川法學 第32卷 第3・4号, 香川大学法学会, 2013, 407-436頁.

[Abstract]

A Study on the Criteria for Determining the Existence of the Benefit of Appeal

Seok, Hyunsoo*

There are several academic theories regarding the criteria for determining the existence of the benefit of appeal, including the theory of formal appeal (with exception), the old theory of substantive appeal, the new theory of substantive appeal, and the compromise theory. The prevailing view and precedents follow the theory of formal appeal, while few scholars follow the old theory of substantive appeal.

However, I believe the old theory of substantive appeal is valid. The reasons are as ①, ② below.

① The most important feature of the old theory of substantive appeal is that it fully recognizes the benefit of appeal for the party who won the original trial to amend (expand) their claim and file a counterclaim. This expansion of the scope of the benefit of appeal facilitates a one-time resolution of disputes, resulting in expedited trials, reduced litigation costs, and reduced court workload. This benefits the winning party, the opposing party, and the court.

② The criteria presented by the old theory of substantive appeal are simple and clear. Therefore, following this criteria allows us to easily determine the existence of a benefit of appeal. Furthermore, the old theory of substantive appeal offers the simple and logical answer to the question of why a defendant should be granted the right to appeal a dismissal.

The prevailing view and precedents have significantly reduced the difference in results from the old theory of substantive appeal by recognizing the plaintiff's right to appeal against a first-instance judgment that granted an implied partial claim.

I hope that the old theory of substantive appeal will be accepted in both academia

* Professor, Law School, Konkuk University, Lawyer

and practice, and that the prevailing party will be fully permitted to appeal to amend (expand) claims and file counterclaims, thereby improving the interests of all litigants.

[Key Words] Benefit of appeal, Justification of appeal, Appeal, Theory of formal appeal, Theory of Substantive appeal, Supreme Court case 96DA12276