

상소의 이익과 부대상소*

이 정 환
법학박사

< 목 차 >

- I. 서설
- II. 상소의 이익과 관련된 학설과 판례
- III. 부대상소
- IV. 결어

【국문초록】

민사소송상 상소라 함은 당사자, 기타의 소송관계인이 하급법원이 자기에게 불이익하게 내린 미확정의 재판에 대하여 상급법원에 그 시정을 구하는 불복신청의 방법이다. 소의 경우와 마찬가지로 상소의 경우에도 적법요건이 구비되어 있는 경우에 한하여 그 이유유무를 심리하게 되는데 이러한 상소의 적법요건을 상소요건이라고 한다.

이러한 상소요건 중의 하나인 상소의 이익은 상소인이 원재판에 의하여 불이익을 입고 있어야 한다. 상소의 이익은 소송요건인 소의 이익과 동일하게 상소인의 불복신청을 선별함으로써 피상소인과 법원의 부담을 일정정도 억제하는 기능을 한다.

그러므로 법원은 상소의 이익이 있는 상소에 대해서만 본안의 재판을 할 것

* 투고일 : 2012.06.08, 심사완료일 : 2012.06.21, 게재확정일 : 2012.06.24

이고, 그 이익이 없는 상소는 배척하여야 하며, 상소이익의 존재에 그 흠이 있는 상소는 부적법한 상소로서 각하되는 것이다.

이러한 상소의 이익에 대하여 민사소송법은 명문의 규정이 없이 흠결하고 있지만, 상소제도의 목적과 상소심의 구체적인 존재방향을 결정하는 중요한 개념으로서 기능한다. 그리하여 상소인이 어떠한 경우에 상소의 이익이 존재한다고 할 것인가, 그 존부를 판정하는 기준을 어디에서 구할 것인가 하는 점은 문제점으로 지적된다. 즉, 상소의 이익은 권리보호의 이익의 특수한 형태로서 무익한 상소권행사를 견제하자는 것이다. 그 구체적인 내용에 관하여는 학설의 변경과 대립이 있다.

이에 반하여 어느 당사자가 상소기간 내에 상소를 제기하지 아니하여 도과되었거나 상소권의 포기에 의해 상소권을 상실한 피상소인이 상소심 계속후에 심판의 대상을 확장하고, 원재판을 자기에게 유리하게 변경할 것을 구하는 불복신청을 할 수 있는데 이러한 불복신청을 부대상소라고 한다.

상소인은 스스로 불복신청에 의해 상소심의 심판대상을 한정할 수 있으므로 원재판보다 불이익한 재판을 받을 위험이 없고, 공격방법으로 불복의 범위를 변경할 수 있다. 이에 반하여 피상소인이 심판대상의 변경권을 갖지 못한다고 하면 방어에 최대한 성공하여도 원재판유지에 그치게 되고, 상소제기에 관하여 피상소인이 예측을 잘못된 것을 고려하여도, 상소인에 비하여 절차적 지위가 현저하게 약화된다. 그리하여 상소심에서 당사자간의 평등을 도모하고, 소송경제를 도모하기 위하여 피상소인에 대하여도 변론의 종결에 이르기까지 불복의 신청을 할 수 있도록 부대상소제도가 만들어진 것이다.

이러한 제도가 피상소인에게 마련됨으로서 양당사자가 상대방을 의심하여 상소를 제기할 염려가 적어져 상소심의 부담경감에 기여하고, 상소심이 원판결을 불이익하게 변경하는 것이 적당한 경우에 심판대상변경의 석명도 용이하게 된다. 그러나 부대상소의 성질론에 관하여는 다툼이 있다.

이에 본고에서는 어떠한 경우에 상소의 이익이 존재하는가의 문제와 상소의 이익의 존부판정에 관한 문제를 학설과 판례를 중심으로 살펴본다. 또한 공평의 원칙에 입각한 피상소인의 불복신청방법인 부대상소의 성질을 살펴봄으로서 부대상소에서도 상소의 이익이 요구되는가의 문제를 검토하고자 한다.

I. 서 설

1. 민사소송상 상소(Rechtsmittel)라 함은 당사자, 기타의 소송관계인이 하급법원이 자기에게 불이익하게 내린 미확정의 재판에 대하여 상급법원에 그 시정(취소 또는 변경)을 구하는 불복신청의 방법이다.¹⁾ 그러므로 모든 재판에 대한 불복신청 방법이 상소에 해당하는 것이 아니고, 민사소송법의 상소에는 항소(Berufung), 상고(Revision) 그리고 항고(Beschwerde)의 세 가지 종류만이 인정된다.²⁾ 또한 소의 경우와 마찬가지로 상소의 경우에도 적법요건(Zulässigkeit)이 구비되어 있는 경우에 한하여 그 이유유무를 심리하게 되는데 이러한 상소의 적법요건을 상소요건이라고 한다.

상소요건은 각종의 상소에 따라 특수한 것도 있으나 어느 종류의 상소에도 해당되는 일반적인 요건도 있다. 적극적으로 존재하여야 할 요건으로서 원재판이 불복신청을 할 수 있는 재판 곧 상소의 적격대상이 있을 것, 상소기간을 준수할 것, 상소제기의 방식에 합치될 것, 상소인이 상소적격자일 것, 상소의 이익이 있을 것 등이다.³⁾ 또한 그 부존재를 필요로 하는 소극적 요건으로서는 불상소의 합의 또는 상소권의 포기가 없어야 한다.⁴⁾

2. 이러한 상소요건 중의 하나인 상소의 이익은 상소인이 원재판에 의하여 불이익(불복의 이익)을 입고 있어야 한다. 상소의 이익은 소송요건인 소의 이익과 동일하게 상소인의 불복신청을 선별함으로써 피상소인과 법원의 부담을 일정정도 억제하는 기능을 한다.⁵⁾

그러므로 법원은 상소의 이익이 있는 상소에 대해서만 본안의 재판을 할 것이

1) 방순원, 民事訴訟法(上), 韓國司法行政學會, 1989, 628면 ; 송상현·박익환, 民事소송법, 박영사, 2008, 693면 ; Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1972, S. 200ff ; 대법원 1992.3.27. 선고, 91다40696 판결.

2) 이정환, 상소제도의 목적, 법학연구, 연세대학교법학연구원, 2012.3, 133~155면.

3) 이 중 전자의 세 가지를 형식적 요건이라고 하고(상소의 적격대상에 대하여는 민사소송법 제390조, 제422조, 제439조, 상소기간에 대하여는 민사소송법 제396조, 제444조, 상소제기의 방식에 대하여는 제397조, 제427조에서 규정하고 있다), 후자의 두 가지를 실질적 요건이라고 한다.

4) 金祥源·李時潤·朴禹東·李在性, 註釋新民事訴訟法VI, 韓國司法行政學會, 2004, 42~43면.

5) 정동윤·유병현, 民事소송법, 법문사, 2010, 762면 ; 高橋宏志, 重点講義民事訴訟法(下), 有斐閣, 2006, 458頁.

고, 그 이익이 없는 상소는 배척하여야 하며, 상소이익의 존재에 그 흠이 있는 상소는 부적법한 상소로서 각하되는 것이다.⁶⁾

이러한 상소의 이익에 대하여 민사소송법은 명문의 규정이 없이 흠결하고 있지만, 상소제도의 목적⁷⁾과 상소심의 구체적인 존재방향을 결정하는 중요한 개념으로서 기능한다. 그리하여 상소인이 어떠한 경우에 상소의 이익이 존재한다고 할 것인가, 그 존부를 판정하는 기준을 어디에서 구할 것인가 하는 점은 문제점으로 지적된다. 즉, 상소의 이익은 권리보호의 이익의 특수한 형태로서 무익한 상소권 행사를 견제하는 것이다. 그 구체적인 내용에 관하여는 학설의 변경과 대립이 있다.

3. 이에 반하여 어느 당사자가 상소기간 내에 상소를 제기하지 아니하여 도과되었거나 상소권의 포기⁸⁾에 의해 상소권을 상실한 피상소인이 상소심 계속후에 심판의 대상을 확장하고, 원재판을 자기에게 유리하게 변경할 것을 구하는 불복신청을 할 수 있는데 이러한 불복신청을 부대상소라고 한다(민사소송법 제403조~405조).⁸⁾

상소인은 스스로 불복신청에 의해 상소심의 심판대상을 한정할 수 있으므로 원재판보다 불이익한 재판을 받을 위험이 없고, 공격방법으로 불복의 범위를 변경할 수 있다. 이에 반하여 피상소인이 심판대상의 변경권을 갖지 못한다고 하면 방어에 최대한 성공하여도 원재판유지에 그치게 되고, 상소제기에 관하여 피상소인이 예측을 잘못된 것을 고려하여도, 상소인에 비하여 절차적 지위가 현저하게

6) 권리보호청구권설은 권리보호의 이익을 소송요건과 구별하여 실체법상의 소송요건의 존재와 나란히 권리보호요건 가운데 포함시킴으로써 권리보호의 이익이 없는 경우의 판결도 본안판결에 의할 것이라고 파악하여 권리보호요건에 흠이 있을 때에는 청구기각판결을 할 것이고, 소각하판결은 안 되는 것으로 보았다(호문혁, 민사소송법, 법문사, 2006, 85면; 三ヶ月章, 民事訴訟法, 弘文堂, 1992, 440면). 하지만 우리나라의 다수설인 본안판결청구권설은 권리보호의 이익을 본안판결을 하는 전제조건이라는 점에서 다른 절차적인 소송요건과 동질적인 것으로 본다. 그리하여 상소의 이익이 부정될 때에는 그 상소는 부적법한 것으로서 각하되는 것이다(김용욱, 민사소송법, 학연사, 1988, 145면; 김홍규·강태원, 民事訴訟法, 삼영사, 2008, 239면; 방순원, 앞의 책, 297면; 송상현·박익환, 앞의 책, 207면; 이영섭, 新民事訴訟法(上), 박영사, 1980, 29면; 대판 2003. 7. 11, 99다24218; 兼子一, 新修民事訴訟法體系, 酒井書店, 1965, 404頁; 菊井維大·村松俊夫, 全訂民事訴訟法(Ⅱ), 日本評論社, 1987, 416頁). 본고에서도 본안판결청구권설에 따라 해석하였고, 이러한 결론은 후술할 상소의 이익의 해석과도 밀접한 연관이 있다.

7) 이에 관한 자세한 내용은 이정환, 앞의 논문, 133~155면 참조.

8) 兼子一, 앞의 책, 1965, 446頁; 齊藤秀夫, 民事訴訟法概論(新版), 有斐閣, 1982, 556頁.

약화된다. 그리하여 상소심에서 당사자간의 평등을 도모하고, 소송경제를 도모하기 위하여⁹⁾ 피상소인에 대하여도 변론의 종결에 이르기까지 불복의 신청을 할 수 있도록 부대상소제도가 만들어진 것이다.

이러한 제도가 피상소인에게 마련됨으로서 양당사자가 상대방을 의심하여 상소를 제기할 염려가 적어져 상소심의 부담경감에 기여하고, 상소심이 원판결을 불이익하게 변경하는 것이 적당한 경우에 심판대상변경의 석명도 용이하게 된다. 그러나 부대상소의 성질론에 관하여는 다툼이 있다.¹⁰⁾

4. 이에 본고에서는 어떠한 경우에 상소의 이익이 존재하는가의 문제와 상소의 이익의 존부판정에 관한 문제를 학설과 판례를 중심으로 살펴본다. 또한 공평의 원칙에 입각한 피상소인의 불복신청방법인 부대상소의 성질을 살펴봄으로서 부대상소에서도 상소의 이익이 요구되는가의 문제를 검토하고자 한다.

II. 상소의 이익에 관한 학설과 판례

1. 구실체적 불복설

1) 내용

9) 대법원 2003.9.26. 선고, 2001다68914 판결에서 “부대항소란 피항소인의 항소권이 소멸하여 독립하여 항소를 할 수 없게 된 후에도 상대방이 제기한 항소의 존재를 전제로 이에 부대하여 원판결을 자기에 유리하게 변경을 구하는 제도로서, 피항소인이 부대항소를 할 수 있는 범위는 항소인이 주된 항소에 의하여 불복을 제기한 범위에 의하여 제한을 받지 아니한다. 또한 원고의 청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고, 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니하였다고 하더라도 제1심에서 전부 승소한 원고가 항소심 계속중 부대항소로서 청구취지를 확장할 수 있는 것이므로, 항소심이 원고의 부대항소를 받아들여 제1심판결의 인용금액을 초과하여 원고 청구를 인용하였더라도 거기에 불이익변경금지의 원칙이나 항소심의 심판범위에 관한 법리오해의 위법이 없다”고 하여 피항소인이 부대항소에 의해 항소인이 불복하지 않은 부분뿐만 아니라 제1심 판결사항이 아니었던 것까지도 그 심판범위에 포함시켜 소송경제를 도모하고 있다.

10) 다만, 종국판결에 대한 상소에는 항소와 상고가 있지만, 후자에 관하여는 상고이유에 대한 규율이 있기 때문에 상소의 이익이 독립하여 문제되는 것은 거의 없다. 부대상소에 관하여도 같기 때문에 본고에서는 주로 부대항소를 중심으로 살펴기로 한다.

이 견해(구실체적 불복설-materielle Beschwer)는 상급심에서 더 다투어짐에 의해 원판결보다도 실체적으로(실체법상) 보다 유리한 판결을 얻을 가능성이 있는 경우에 언제나 상소의 이익을 인정하는 견해로서 불복의 의미도 실체법적인 관점에서 이해한다. 특히, 항소심은 속심으로서 항소심에서 당사자는 새로운 공격·방어의 방법을 제출할 수 있으며, 신청의 확장도 허용되고 있고, 따라서 항소의 적부·이유의 존부도 항소심의 최종변론종결시를 기준으로 판단되는 것이며 이 시점에서 항소인이 유리한 판단을 요구할 수 있다면 거기에 상소의 이익이 있다는 것이다.

우리나라에서는 이 견해를 지지하는 학자가 없다. 하지만 과거 일본의 학설¹¹⁾은 독일 학설¹²⁾의 영향으로 이 견해를 지지하였으나, 이 견해의 기준에서는 원심에서 전부승소한 당사자까지 다시 유리한 판결을 위하여(즉, 청구를 확장하기 위해) 상소할 수 있는 등 일반적으로 모든 상소가 허용되게 된다.

2) 비판

이 견해를 따른다면 신청이나 반대신청이 전부인용되었을 경우에도 일반적으로 불복신청을 인정하는 것은 불복신청이라는 용어의 의미상으로도 맞지 않고, 실제적 불복의 의미가 무엇인지 애매하여 그 명확성도 결여된다고 한다.¹³⁾ 즉, 만약 유리한 판결을 얻을 가능성만으로도 상소의 이익이 인정된다면 어떤 경우에도 상소가 가능하여 결국 「상소의 이익」이라는 개념 자체가 불필요하다는 결론에 이른다고 비판된다.¹⁴⁾ 그리하여 상소를 인정하는 범위가 넓어지고, 상대방이나 법원이 상소심에서 다시 한 번 당해 분쟁에 휘말려야 하는 것을 정당화할 수 없다고

11) 加藤正治, 民事訴訟法判例批評集(1), 有斐閣, 1926, 413頁.

12) J.W.Planck, Lehrbuch des deutschen CRP, 1896, S. 443(항소권을 형식적 항소권과 실제적 항소권으로 나누어 후자는 전자를 전제로 하여 성립하는 본안에 관한 권리이며 불복의 주장은 전자의 성립에는 관계없고 실제적 항소권에만 관계하는 것이다. 따라서 항소법원은 항소인이 불복을 주장하지 아니하였다는 것, 제1심에서 완전히 신청대로 재판이 되었다는 것 등을 이유로 하여 항소를 부적법 각하할 수 없다. 불복의 주장이 없다는 것은 부적법각하의 이유가 아니라 이유없다 하여 항소기각을 이끄는데 지나지 아니한다고 한다(金祥源 外, 앞의 책, 52면 主35 참조).

13) 김홍규·강태원, 앞의 책, 796면; 小室直人, 上訴要件の一考察, 上訴制度の研究, 有斐閣, 1961, 25頁.

14) 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004, 727면; 上野泰男, 民事訴訟法判例百選(Ⅱ), 有斐閣, 1993, 295頁.

한다. 또한 항소심이 복심구조가 될 염려가 있어 상소의 이익을 요구하는 의의가 상실된다고 비판된다.¹⁵⁾

2. 형식적 불복설

1) 내용

(1) 원칙

1) 이 견해(형식적 불복설-formelle Beschwer)¹⁶⁾에서는 상소이익의 유무를 원심의 신청(청구)과 이것에 대한 원판결을 형식적으로 비교하여 원판결이 신청보다 불리한 경우에만 상소의 이익을 인정한다는 것이다.¹⁷⁾

이 견해에서는 불복의 존부에 대한 판단의 기준을 원고·피고를 묻지 않고 원칙적으로 원판결에 있어서의 당사자의 신청과 기판력이 미치는 원판결의 주문이 받아들여 준 것과의 질적 또는 양적 차이에 두는 것이다. 따라서 재판과 당사자의 신청이 일치하는 경우 곧 원고가 전부승소한 경우에는 원고에게 불복은 없는 셈이 되며 피고에게는 거꾸로 불복이 존재하게 된다는 것이다.¹⁸⁾

전부승소의 당사자는 원심에서 자신이 설정한 목적을 달성했다고 할 수 있고, 그것을 초과하여 상소를 제기하는 것은 자기책임에 반하고,¹⁹⁾ 또한 상소심의 부담경감 등의 제도적 이익을 해하기 때문에²⁰⁾ 상소가 허용되지 않는다고 한다.

따라서 이 견해에 의하면 전부인용판결을 받은 원고나 전부기각판결을 받은 피고에게는 상소의 이익은 없고, 보다 유리한 판결이유를 구하여 상소할 이익도 없

15) 이시윤, *신민사소송법*, 박영사, 2010, 744면.

16) 김용욱, 앞의 책, 437~438면 ; 김홍규·강태원, 앞의 책, 797면 ; 송상현·박익환, 앞의 책, 723면 ; 정동운·유병현, 앞의 책, 763면 ; 한종열, *민사소송법(상)*, 경북대학교출판부, 1993, 710면. 일본의 경우 兼子一, 앞의 책, 440頁 ; 三月月章, 앞의 책, 525면 ; 上田徹一郎, *民事訴訟法*, 法學書院, 1997, 554頁 ; 新堂幸司, *民事訴訟法*, 弘文堂, 2008, 840頁 ; 中野貞一郎·松浦馨·鈴木正裕, *民事訴訟法講義*, 有斐閣, 1995, 646頁.

17) 강현중, 위의 책, 728면 ; 정영환, *신민사소송법*, 세창출판사, 2009, 1083면에서는 형식적 불복설이 정당하다고 하면서도 형식적 불복설의 결점은 예외적으로 실질적 불복설에 의하여 보충하여야 한다고 하며, 이 견해를 융합설이라 칭하고 있다.

18) 金祥源 外, 앞의 책, 51면.

19) 伊藤眞, *民事訴訟法*, 有斐閣, 1998, 215頁.

20) 小室直人, 앞의 논문, 3頁 以下.

다.²¹⁾ 그러므로 원고가 청구를 확장하기 위하여 항소를 제기하는 것도 허용되지 아니한다고 한다. 또한 쟁점효가 인정되는 경우에도 이것을 상소의 이익의 기초로 할 것은 아니라고 한다.²²⁾

2) 이 견해에 따르면 일부인용의 경우에는 원·피고 양자에 상소의 이익이 있다고 할 수 있을 것이다. 즉, 원고가 스스로 상환이행의 판결을 구하여 소를 제기한 때에는 상환이행의 판결을 받는 것만으로는 원고에게 불이익하다고 할 수는 없지만 상환이행으로서 인정된 것이 원고가 신청한 것보다 클 때에는 불이익하므로 원고가 상소할 수 있고 피고는 반대이행의 액에 불구하고 불이익을 받고 있어 이에 상소할 수 있는 것이다.²³⁾

예비적 병합청구에서 주위적 청구가 기각되고 예비적 청구가 인정된 경우에 원고는 주위적 청구의 인용을 구하는 항소를 할 수 있고, 피고로서는 예비적 청구가 인용된데 대하여 각기 상소의 이익이 있다. 그 주문에서 주된 청구를 기각한다는 표시가 없더라도 이치는 같으며 주된 청구에 관하여 판단하지 아니하고, 바로 예비적 청구에 관하여 판단하였다면 이 판결은 민사소송법 제203조(처분권주의)에 위반되어 그 점에서 원고에게 불이익한 판결이라 할 수 있다.²⁴⁾

소의 전부 또는 일부에 대하여 소송요건의 흠결을 이유로 부적법하다하여 각하하는 판결이 있는 때에는 원고에게 불이익하므로 원고에게 상의 이익이 있음은 물론이지만, 청구기각을 구한 피고도 실체적 판단에 기판력을 얻기 위해 본안판

21) 대판 1983. 10. 25, 83다515.

22) 新堂幸司, 위의 책, 840頁.

23) 그러나 대법원 1975.11.11. 선고, 74다1661 판결에서는 “원고주장과 같이 적법하게 매매계약을 해제하려면 매매목적물을 피고에게 반환하고 해제하여야 할 것이라고 진술” 한 것은 동시이행의 항변으로 볼 수 없음에도 원심이 피고가 항변한 것으로 인정한 것은 잘못된 일이라 하겠으나 그 항변을 아니한 피고에게 차량과 상환으로 청구를 인용한 원심처사는 피고에게 이익이 되는 것이므로 이에 불복할 수 없는 것이라고 하였다.

24) 한편, 대법원 1995.1.24. 선고, 94다29065 판결에서는 “제1심에서 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용한 판결에 대하여 피고만이 항소한 때에는 이심(移審)의 효력은 사건 전체에 미치지라도 원고로부터 부대항소가 없는 한, 항소심의 심판대상으로 되는 것은 예비적 청구에 국한되는 것임에도 불구하고, 원심은 심판의 대상으로 되지 않은 주위적 청구에 대하여도 제1심과 마찬가지로 원고의 청구를 기각하는 판결을 하였으나, 원심이 위와 같은 무의미한 판결을 하였다고 하여 원고가 그에 대하여 상고함으로써 주위적 청구부분이 상고심의 심판대상으로 되는 것은 아니므로, 원고의 주위적 청구부분에 관한 상고는 심판의 대상이 되지 않은 부분에 대한 상고로서 불복의 이익이 없어 부적법하다”고 하였다.

결을 구하며 상소를 할 수 있을 것이다.²⁵⁾

판례²⁶⁾는 예부터 이 기준을 채용하였고, 우리나라 및 일본학설의 다수도 상소의 이익이라는 시작의 문제를 형식적으로 명확한 기준에서 판단할 수 있고, 항소심의 복잡화를 방지할 수 있다는 장점으로 인하여 이 견해를 지지하고 있다.

2) 예외

이 견해에서는 이 기준을 형식적으로 적용하면 상소의 이익이 없는 경우에도 원판결의 확정에 의해 별소가 방해되는 경우에는 상소인의 실체권을 보호하기 위해 다음과 같은 예외를 인정한다.²⁷⁾

원심판결의 확정으로 인한 기판력에 의하여 별소의 제기가 차단됨으로써 원심판결보다 유리한 신청을 할 기회를 상실할 우려가 있는 경우에는 신청의 확장 또는 반소제기를 위한 상소의 이익을 인정한다. ① 원심에서 잔부를 유보하지 않은 묵시적 일부청구를 하여 전부인용판결을 받은 원고는 잔부청구의 확장을 목적으로 하는 상소의 이익을 갖는다.²⁸⁾ ② 이혼청구의 기각판결을 받은 피고가 자기의

25) 대법원 1985.4.23. 선고, 84후19 판결에서는 “심판청구가 부적법함을 이유로 각하한 항고심판소의 심결은 심판청구인의 청구가 이유 없다하여 그 청구불성립의 본안심결을 구하고 있는 피심판청구인에게는 불이익한 심결이라고 할 것이므로 피심판청구인은 이에 대하여 상고를 제기할 이익이 있다”고 하였다. 그런데 대법원 1990.12.17. 선고, 90다카24021 판결은 “소를 부적법한 것으로 각하한 항소심판결에 대하여 원고가 상고이유로 소를 각하할 것이 아니라 청구를 기각하여야 한다고 주장하는 것은 자신에게 오히려 불리한 사유를 주장하는 것이므로 받아들일 것이 못된다”고 하였다. 그러나 실질적으로 소의 이익이 없다고 판단하면서 주문에서 청구기각의 판결을 한 때에도 피고는 본안청구의 당부의 판단을 구하기 위하여 항소할 이익이 있다(日最判 1965. 3. 19. 民集19-2, 484). 金祥源 外, 앞의 책, 57~58면 참조.

26) 형식적 불복설을 취하며 상소의 이익이 없는 상소를 받아들인 원심의 위법을 지적한 판례로 대법원 1998.11.10. 선고, 98두11915 판결은 “상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소·변경을 구하기 위한 것이므로 승소판결에 대한 불복상소는 허용할 수 없고, 재판이 상소인에게 불이익할 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 상소제기 당시를 기준으로 하여 판단하여야 하며, 상소인의 청구가 전부 인용되었다면 그 판결이유에 불만이 있더라도 상소의 이익은 없다고 할 것이다”고 하였다. 또한 대법원 2002.6.14. 선고, 99다61378 판결, 대법원 2003.7.22. 선고, 2001다76298 판결에서는 “상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 자기에게 유리하게 취소, 변경을 구하는 것이므로 전부승소 판결에 대한 상고는 상고를 제기할 대상이나 이익이 전혀 없으므로 허용될 수 없다”고 하였다. 같은 취지의 판례로는 대법원 1987. 4. 14. 선고, 86누233 판결; 대법원 1994.11.4. 선고, 94다21207 판결; 대법원 1995.9.5. 선고, 95다17908 판결; 대법원 1999.12.21. 선고, 98다29797 판결 등 다수가 있다.

27) 高橋宏志, 앞의 책, 460頁 以下.

이혼청구에 대한 반소의 제기를 위한 상소의 경우, 또는 청구이의의 소(민사집행법 제44조 제3항)처럼 별소가 금지되는 경우에 별도의 청구는 그 소송내에서 제기하지 아니하면 별소를 제기할 수 없으므로 원심의 전부승소자에게도 다른 청구를 하기 위하여 상소를 인정한다. ③ 기판력은 원칙적으로 판결의 주문에만 미치고 판결이유 중의 판단에는 미치지 않기 때문에 승소당사자는 판결이유 중의 판단에 불만이 있더라도 상소의 이익이 없다.²⁹⁾ 그러나 상계의 예비적 항변에 의해 전부기각판결을 받은 피고는 판결이유 중의 판단에 기판력이 발생할 것을 피하기 위하여 상계 이외의 이유에 의한 기각을 구하며 상소할 수 있다.³⁰⁾ ④ 항소인은 원판결의 취소·환송을 명하는 항소심판결의 이유를 다투기 위해 상고할 이익을 갖는다.³¹⁾

28) 대법원 1994.6.28. 선고, 94다3063 판결 ; 대법원 1997.10.24. 선고, 96다12276 판결(가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에까지 미치는 것이어서 별소로써 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없으므로, 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다면 나머지 부분을 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 되고, 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다). 이 판결을 해결하고 있는 자료로는 전병식, 「전부승소자의 항소의 이익과 항소심에서의 청구취지의 확장」, 『대법원판례해설』 (21호), 법원도서관, 1994, 306면 이하.

29) 대법원 1993.6.25. 선고, 92다33008 판결 ; 대법원 1994.11.4. 선고, 94다21207 판결 ; 대법원 1994.11.22. 선고, 94다16458 판결 ; 대법원 1995.12.26. 선고, 95누10587 판결(상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여서만 제기할 수 있는 것이고, 재판이 상소인에게 불이익한 것인지의 여부는 재판의 주문을 표준으로 하여 상소제기 당시를 기준으로 판단되어야 할 것이다) ; 대법원 2004.7.9. 선고, 2003므2251, 2268 판결(상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 자기에게 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이고, 재판이 상소인에게 불이익한 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단하여야 하는 것이어서 재판의 주문상 청구의 인용부분에 대하여 불만이 없다면 비록 그 판결이유에 불만이 있더라도 그에 대하여는 상소의 이익이 없다) 등.

30) 대법원 2002.9.6. 선고, 2002다34666 판결(원심은 원고의 청구원인사실을 모두 인정한 다음 피고의 상계항변을 받아들여 상계 후 잔존하는 원고의 나머지 청구부분만을 일부 인용하였는데, 이 경우 피고들로서는 원심판결 이유 중 원고의 소구채권을 인정하는 전체에서 피고의 상계항변이 받아들여진 부분에 관하여도 상고를 제기할 수 있고, 상고심에서 원고의 소구채권 자체가 인정되지 아니하는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, 결국 원심판결은 그 전부에 대하여 파기를 면치 못한다).

31) 반면, 제1심판결에 대하여 불복하지 아니한 당사자는 항소심판결이 제1심판결보다 불리하지 않는 한 상고의 이익이 없다(대법원 1988.11.22. 선고, 87다카414 판결). 예컨대 제1심에서 원고의 피고에 대한 청구가 일부인용되자 패소부분에 대하여 원고만 항소를 제기하고, 피고는 항소나 부대항소를 제기하지 않고 있다가 원고의 항소가 기각되자

2) 비판

이 견해에 대하여는 이들의 예외를 포섭하는 기준의 형식적 명확성이 애매한 것을 부정할 수 없고, 예컨대 각하판결을 구하였지만 기각판결을 받은 피고의 상소의 이익을 상세히 분석할 수 없는 등의 기준도 매우 복잡하다고 비판된다.

또한 가장 근본적으로는 전부 승소자를 상소로부터 배제하는 것은 정당하지만, 신청보다 원판결이 불리한 경우에 왜 상소할 수 있는지를 근거있게 하지 못하고, 피고가 명백하게 청구기각이나 소각하의 판결을 구하지 않은 경우 또는 제3자가 항소의 제기와 동시에 참가신청을 한 경우에는 상소의 이익에 관한 판단이 명확하지 아니하다는 결점이 있다고 지적된다.³²⁾

이 견해에 따른다면 신청과 재판과의 비교에 의하여 형식적 불복이 확정되지 아니한 경우에는 그 재판에 의하여 불이익을 입은 것인가, 그 법률적 지위가 재판 전의 상태보다 나쁜가 하는 실체적 불복이 기준으로 될 수밖에 없다. 불출석 증인에 대한 과태료의 재판(민사소송법 제311조), 증인거부에 대한 재판(민사소송법 제317조)에 대하여 상소하는 것처럼 당사자 이외의 제3자가 상소인이 되는 경우에는 재판과 비교할 신청이 없는 것이 된다.

3. 신실체적 불복설

1) 내용

이 견해³³⁾는 형식적 불복설의 비판을 통하여 상소의 목적은 실체적 불이익의 구제로 돌아갈 것을 강조하고, 상소의 이익은 당해 판결의 확정에 의해 발생한

피고가 상고한 경우, 그 상소는 상소의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2004.7.9. 선고, 2003므2251 판결; 대법원 2006.1.27. 선고, 2005다16591 판결; 대법원 2009.10.29. 선고, 2007다22514 판결).

32) 上野泰男, 上訴の利益, 新實務民事訴訟講座(3), 日本評論社, 1982, 233頁.

33) Brox, Die Beschwerde als Rechtsmittelvoraussetzung, ZfP 81, 379; 上野泰男, 上訴の利益, 新實務民事訴訟講座(3), 日本評論社, 1982, 233頁; 新堂幸司, 앞의 책, 285頁; 栗田陸, 上訴を提起できる者, 講座民事訴訟法(7), 弘文堂, 1985, 55頁. 그러나 유병현·정동윤, 앞의 책, 763면에서는 이 견해를 종래 형식적 불복설이 예외적으로 상소의 이익을 인정하던 경우를 통일적으로 설명하는 것에 지나지 않는다고 한다.

절차적 제한으로 인한 실체적 불이익을 상소에 의해 면하게 하는 이익이라고 규정한다.

이 견해에서는 상소의 이익을 기판력을 포함한 판결의 효력(집행력, 부수효)이 미치는지 여부를 기준으로 할 것이며, 원판결이 그대로 확정되어 기판력 그 밖의 판결의 효력에 있어서 불이익을 입게 되면 상소의 이익을 인정하자고 한다.³⁴⁾ 즉, 제1심에서 자기의 신청이 전부 인용된 당사자는 청구의 변경이나 반소의 제기를 위하여 항소할 수 없으나(이 점에서는 실체적 불복설과 다르다), 기판력 그 밖의 판결효에 의하여 별소를 제기할 수 없는 경우에는 상소의 이익이 인정된다(이 점에서 형식적 불복설과 다르다)고 한다.

이 견해에서는 판결효를 기준으로 상소의 이익의 유무를 판단하는 점에서 구실체적 불복설의 문제점을 극복하고, 나아가 형식적 불복설에서 예외로 열거된 경우를 판결효이론에서 통일적으로 설명할 수 있다고 한다.

2) 비판

이 견해는 상소의 이익을 넓게 잡은 문제점이 있고, 특히 판결효력에 관한 쟁점효이론과 연계된 견해로 결국에는 예외를 인정하는 형식적 불복설로서 새로운 개념이나 학설이라고 할 수는 없다고 비판된다.³⁵⁾

4. 절충설

1) 내용

이 견해에서는 상소의 이익유무를 원고에 대하여는 원칙적으로 형식적 불복설을 따르고, 피고에 대하여는 실체적 불복설에 의하여 판단한다고 한다.³⁶⁾ 피고가 청구기각이든, 소각하든 반드시 그 신청을 하여야만 하는 것은 아니므로 아무런 신청이 없는 경우도 있고, 또 피고가 청구기각신청을 한 경우라 하더라도 그것은 재판의 대상인 본안의 신청이 아니며 소송상 중요한 의미가 없으므로 불복의 유

34) 이시윤, 앞의 책, 744면 ; 홍기문, 민사소송법, 대명출판사, 2005, 690면.

35) 강현중, 앞의 책, 727면 ; 정동운·유병현, 앞의 책, 763면.

36) BGH JZ 1953, 276 ; 1955, 425.

무를 판단하는데 있어 기준이 될 수 없다는 데서 유래된 견해이다.

그러나 청구기각의 신청이 과연 어떠한 성질의 것인가가 문제이나 원고의 본안 청구를 배척하고 그 청구가 이유없다는 본안판결을 구하는 신청이라고 해석할 수 있으므로 이렇게 볼 때에는 상소의 이익유무도 그 신청을 기준으로 하여 판단할 수 있다는 것이다.

그리하여 근래에는 피고에 대하여 경우를 나누어 어떤 신청이 있을 때에는 이를 기준으로 하여 형식적 불복설에 의하고 그 신청이 없는 때에는 실체적 불복설에 의하여 항소의 이익유무를 판단하려고 하는 견해가 있다.³⁷⁾

2) 비판

이 견해에 따르면 전부승소의 원고가 청구를 확장하기 위하여서는 피고의 상소를 기다려 부대상소를 하는 이외에는 길이 없는데 대하여 피고는 전부승소를 하여도 스스로 상소하여 반소를 제기할 기회가 부여되는 등 당사자 평등주의의 원칙을 깨뜨리는 치명적인 흠이 있다고 비판된다.³⁸⁾

5. 절차적 불복설

1) 내용

나아가 이들의 학설을 일반적으로 비판하는 새로운 상소목적론이 주장되고 있다. 상소의 이익을 논할 때에는 상소인의 이익과 법원 및 상소인의 부담을 고려할 필요가 있지만, 이 견해에서는 실체적 권리의 구제를 축으로 상소인과 법원의 관계만을 논하지 않고, 상소인의 절차적 이익을 피상소인의 부담과의 관계에서 정당화되는 경우에 비로소 상소의 이익을 인정해야 한다고 한다.³⁹⁾

종래의 기준은 원심과정의 내실을 반영하지 않아 너무 경직되어 있고, 상소심이 원심에서의 분쟁의 전개에 따른 절차과정이어야 할 것을 무시한 것이라고 비

37) F.Stein/Jonas/Pohle/Grunsky, ZPO, 19. Aufl., Allg. Einl. 1993, V16 Drittes Buchs.

38) 金祥源 外, 앞의 책, 53면 ; L.Rosenberg/K.H.Schwab/P.Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München ; C·H·Beck, 2004, §134 Rdnr. 22.

39) 井上治典, 抗訴の利益, 民事手續論, 有斐閣, 1993, 171頁 ; 井上治典·伊藤眞·佐上善和, 民事訴訟法, 日本評論社, 1984, 321頁.

판한다.

이 견해에 의하면 상소권이나 갱신권의 남용행사여부, 상소심에서의 새로운 공격·방어방법의 제출이 분쟁의 전개에 불가결한 것인지를 상소의 이익판단의 단계에서 개별적으로 행하여야 한다고 한다.

2) 비판

현행 민사소송법상 항소심에서 불복이유서제출의 의무화, 공격·방어방법의 제출기간의 제정, 쟁점정리후의 제출에 관한 설명의무규정 등을 보면 원심의 충실화의 연장선상에서 항소심에서의 쟁점의 조기현재화심리의 집중화가 도모된다.⁴⁰⁾ 이들은 모두 실권 등의 직접적 제재를 동반하지는 않지만, 법원과 상대방당사자에 대한 설명의무를 매개로 하여 개별사건마다 유연하게 규율할 수 있다.

따라서 이 견해와 같이 당사자의 교환과 규율을 상소의 이익론에 흡수하여 고려할 필요는 없다고 비판된다.⁴¹⁾

6. 검토

1) 이상에서는 상소의 요건 중 하나인 상소의 이익이 어떠한 경우에 존재하는가의 문제와 상소의 이익의 존부판정에 관한 문제를 학설과 판례를 중심으로 살펴해보았다.

절충설을 따르고 있는 독일의 경우와는 달리, 우리나라의 다수설과 판례는 형식적 불복설을 따르고 있고, 일본학설의 다수도 이에 따르고 있다.

구실체적 불복설은 유리한 판결을 얻을 가능성만으로도 상소의 이익을 인정함으로써 어떤 경우에도 상소가 가능하여 결국 「상소의 이익」이라는 개념 자체가 불필요하다는 결론에 이르게 되고, 상소를 인정하는 범위가 넓어짐으로써 상대방이나 법원이 상소심에서 다시 한 번 당해 분쟁에 휘말려야 하는 것을 정당화할 수 없다. 그리하여 항소심이 복심구조가 될 염려가 있어 상소의 이익을 요구하는 의의가 상실되므로 바람직하지 못하다.

절충설은 전부승소한 원고가 청구를 확장하기 위해서는 피고의 상소를 기다려

40) 高橋宏志, 앞의 책, 464頁.

41) 上野泰男, 앞의 논문, 233頁.

부대상소를 하는 것 이외에는 길이 없는데 반하여 피고는 전부승소를 하여도 스스로 상소하여 반소를 제기할 기회가 부여되는 등 당사자 평등주의의 원칙을 깨뜨리는 치명적인 흠이 있어 부적절하다.

절차적 불복설은 현행 민사소송법에 의해 원심과정의 절차적 평가에 기한 항소심절차의 간편화(특히, 새로운 공격·방어방법의 제한)로 이들의 각 사건마다 각 절차단계마다의 개별적 규율에 위임되게 할 수 있다. 그러므로 절차적 불복설과 같이 당사자간의 교환의 규율을 상소의 이익론에 흡수하여 고려할 필요는 없다고 할 것이다.

2) 형식적 불복설과 신실체적 불복설을 비교하면 그 어느 설을 취하느냐에 따라서 실체상의 불복신청의 범위가 달라지는 것은 아니다. 다만, 형식적 불복설에서는 원칙적으로는 신청과 재판과의 일치가 인정되는 경우에는 불복신청을 인정하지 아니하지만, 원심판결보다 유리한 신청을 할 수 있는 기회를 잃게 되는 경우에는 불복신청을 인정하는데 대하여, 신실체적 불복설에서는 원심의 재판이 확정되면 후소에 의해 원판결보다 유리한 판결을 받을 수 있는 길이 막혀 치명적인 불이익을 입는 경우에만 불복신청을 인정한다.

결국 형식적 불복설은 예외의 허용이라는 방식으로 신실체적 불복설과 결론을 같이 하고 있다. 문제는 불복신청의 개념을 예외를 인정하는 형식적 불복설을 취할 것인가, 아니면 예외없이 하나의 원칙을 내세워서 통일적으로 설명하는 신실체적 불복설을 취하느냐에 달려있다.

3) 생각건대, 신실체적 불복설은 형식적 불복설과 차이가 없지만, 구실체적 불복설의 문제점을 극복하고 있다. 즉, 전부승소자가 별소가능한 청구확장을 위하여 상소하는 것을 인정하지 않는다. 또한 형식적 불복설의 문제점을 판결효이론에서 통일적으로 설명할 수 있다는 장점이 있다. 형식적 불복설의 예외에서 열거한 ①은 민사소송법 제 216조 제1항의 기판력, ②는 당해규정의 별소금지효, ③은 민사소송법 제216조 제2항의 기판력, ④는 민사소송법 제436조의 기속력에 의해 각각 실체적 불이익이 확장된다는 점에서 이론적으로 가장 우수하다⁴²⁾고 생각된다.

42) 上野泰男, 앞의 논문, 233頁.

Ⅲ. 부대상소

1. 서

부대상소는 새로운 상소절차를 개시하는 것이 아니고, 주된 상소에 종속적인 것으로서 상대방의 상소제기가 있음을 전제로 하여서 하는 불복신청이므로 상소가 취하되든지 부적법한 것으로 각하된 때에는 주된 상소와 운명을 같이하여 그 효력을 잃게 된다(민사소송법 제404조). 이는 부대상소권이 공평의 원칙상 상소권이 소멸한 경우에 부여된 권한이므로 주된 상소가 소멸하면 그것에 터잡아 제기된 부대상소의 효력도 소멸하는 것은 당연한 귀결인 것이다.⁴³⁾

부대상소의 종속성과 관련하여 부대상소가 상소이나, 상소가 아닌 개별의 신청이나에 관하여 견해가 나뉘는데, 학설과 판례가 그 본질을 상소라고 보는 견해인 상소절과 상소가 아니고 일종의 본안에 관한 공격적인 신청(그러나 단순한 공격·방어방법은 아니다)에 불과하다고 보는 견해인 비상소설이 서로 대립된다.⁴⁴⁾

2. 비상소설

이 견해에서 부대상소는 공격적 신청 내지 특수한 구제방법이고 상소가 아니라고 한다. 즉, 피상소인이 상소인의 주된 상소에 의하여 개시된 상소심의 소송 중에서 원판결에 대해서 자기의 불복을 주장하여 그 상소심판의 범위를 자기에게 유리하게 확장하는 하나의 신청이지 결코 상소 그 자체는 아니라고 한다.

그러므로 부대상소는 전부승소한 당사자가 청구의 확장·변경 또는 반소의 제기를 위하여 부대상소를 할 수 있으며, 일반적으로는 상소의 규정이 준용되지만, 상소제기의 방식이 엄격히 준용되는 것은 아니라고 한다.

부대상소는 상소권소멸 후에 행사할 수 있고, 상소절차를 개시하지 않고, 게다가 상소의 존재에 의존하고 상소의 중요한 기능인 이심효·차단확정효가 없는 특수성을 중시하여 이것을 상소와 본질적으로 상이한 것으로 성질결정하고 연

43) 김경태, 부대상소에 관한 고찰, 사법연구자료, 법원도서관, 1985, 156~157면.

44) 林伸太郎, 上訴の利益と附帶抗訴, 民事訴訟法の争点, 伊藤眞/山本和彦(編), 有斐閣, 2009, 255頁.

역적으로 상소의 이익도 불필요하다고 한다. 현재 우리나라⁴⁵⁾ 및 일본⁴⁶⁾의 통설이다.

현재의 판례⁴⁷⁾도 상소의 이익에 관해 형식적 불복설을 채택하면서 전부승소자의 부대상소에 의한 청구확장을 인정하고, 상소의 이익을 부대상소의 적법요건으로 하고 있지 않다고 한다.

3. 상소설

부대상소는 당사자 일방이 주된 상소를 제기한 경우에 피상소인인 상대방이 그에 부대하여 제기하는 상소로서 실질적으로 상소권을 회복시키는 수단이라고 한다. 그러므로 부대상소는 상소의 일반의 규율에 따라야 한다고 하고, 상소의 이익이 없으면 부적법해지며 전부승소한 당사자가 상소심에서 부대상소에 의해 청구를 확장·변경하거나 또는 반소를 제기하는 것은 허용될 수 없다고 하는 견해이다.⁴⁸⁾

4. 검토

이러한 부대상소는 그의 목적, 기능 및 그의 예외성에 비추어보면 상소할 수 있는 피상소인과 그 외의 자를 구별하여 취급하는 것이 정합적일 것이다.

상소의 이익이 없는 자도 부대상소에 의하지 않고 소의 변경 혹은 반소제기를 상소심에서도 할 수 있으므로 결론적으로는 비상소설과 큰 차이없이 절차적 지위가 보장되고, 게다가 이 비상소설에 의하면 각 사건마다 이들의 허용성을 판단할

45) 강현중, 앞의 책, 737면; 金祥源 外, 앞의 책, 134면; 김홍규·강태원, 앞의 책, 810면; 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2010, 899면; 방순원, 앞의 책, 614면; 송상현·박익환, 앞의 책, 733면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 778면; 이시윤, 앞의 책, 761면; 정영환, 앞의 책, 1105면; 한종열, 749면; 홍기문, 앞의 책, 705면.

46) 兼子一, 條解民事訴訟法, 弘文堂, 1986, 1169頁; 木川統一郎, 民事訴訟法重要問題講義(下), 成文堂, 1993, 635頁; 三ヶ月章, 앞의 책, 528頁; 上田徹一郎, 民事訴訟法, 法學書院, 1997, 559頁; 中野貞一郎·松浦馨·鈴木正裕, 앞의 책, 652頁.

47) 대법원 1967.9.19. 선고, 67다1709 판결; 대법원 1980.7.22. 선고, 80다982 판결; 대법원 1995.6.30. 선고, 94다58621 판결; 대법원 1999.11.26. 선고, 99므1596 판결; 대법원 2003.9.26. 선고, 2001다68914 판결; 日本의 경우 日大審院 1927. 12. 7, 民集 6, 674; 日最高裁 1957. 12. 13, 民集11, 13, 2143; 日最高裁 1967. 6. 1, 判時487, 2.

48) 上野泰男, 附帶上訴の本質, 講座民事訴訟法(7), 弘文堂, 1985, 17頁; 新堂幸司, 앞의 책, 553頁; 日大審院 1909. 6. 24, 民錄15, 614; 日最高裁 1921. 3. 11, 民錄27, 514.

수 있는 장점이 있다.

다만, 확장청구나 반소청구를 부대상소의 형식에 의해 일단 상소심의 심판대상으로 만들 필요가 없는지의 문제가 있지만, 상소심에서도 원칙적으로 소의 변경을 허용하는 우리 법의 구조에 비추어 보면 일부러 부대상소의 형식을 취하여 상소심의 심판대상을 확정할 실질적 의미는 적다. 오히려 신법은 항소심의 구조의 확정과 그 시기를 각 법원의 법정에 위임하고 있다. 따라서 이 점에 관하여도 부대상소에 의한 필연성은 없다고 생각된다. 비상소설이 타당하다.

IV. 결어

1. 하급법원이 자기에 불이익하게 내린 미확정의 재판에 대하여 상급법원에 그 시정을 구하는 불복신청의 방법인 상소는 그 적법요건이 구비된 경우에 한하여 그 이유유무를 심리하게 되는데 실질적 요건 중의 하나가 상소의 이익이다.

이에 반하여 어느 당사자의 상소기간의 도과나 상소권의 포기로 상소권이 상실된 경우 상소심 계속후에 심판의 대상을 확장하고 원재판을 자기에 유리하게 변경할 것을 구하는 불복신청이 부대상소이다.

이에 본고에서는 어떠한 경우에 상소의 이익이 존재하는가의 문제와 상소의 이익의 존부판정의 문제를 검토하였고, 부대상소의 성질론과 부대상소에서도 상소의 이익이 요구되는가의 문제를 학설과 판례를 중심으로 살펴보았다.

2. 상소는 재판의 적정을 확보하여 분쟁을 올바르게 해결함으로써 당사자의 권리를 구제하는 목적과 법령의 해석·적용의 통일을 꾀하는 목적을 가지고 있다. 소의 경우와 마찬가지로 상소의 경우에도 상소의 적법요건(즉, 상소요건)을 구비하여야 하는데 상소요건의 존재여부는 법원이 직권으로 조사한다. 그런데 상소요건 중의 하나인 상소의 이익은 민사소송법에 규정이 없다. 이것은 무익한 상소를 억제하기 위한 것이며 권리보호의 이익의 특수한 형태이다.

상소인이 어떠한 경우에 상소의 이익을 가지느냐의 문제에서 본고에서는 신실체적 불복설이 가장 우수한 이론이라고 판단하였다. 신실체적 불복설이 우리나라 및 일본의 통설·판례인 형식적 불복설과 차이가 없을 수도 있지만 구실체적 불복설의 문제점을 극복하고 형식적 불복설의 문제점을 통일적으로 설명할 수 있는

장점을 가지고 있기 때문이다.

또한 상소심에서 당사자간의 평등과 소송경제를 도모하기 위하여 피상소인에 대하여도 변론의 종결에 이르기까지 불복의 신청을 할 수 있도록 규정하고 있는 부대상소의 본질의 문제에서 본고에서는 비상소설이 타당하다고 하였다. 부대상소는 상소의 이익이 불필요하고, 독립의 상소처럼 이심의 효력이나 확정차단의 효력이 없고, 상소권이 소멸한 후에 제기하는 것이라는 점에 비추어 보아도 그러하기 때문이다.

3. 구민사소송법과 대비하여 신민사소송법에서는 원재판의 충실화의 연장선상에서 개별사건마다 유연하게 규율할 수 있게 하는 노력을 보이고 있다.

상소제도도 민사소송제도의 이상으로서 재판의 적정·공평과 신속하고 경제적인 분쟁해결이 요구된다. 그러나 소송제도에 있어서 적정·공평의 요구만을 절대시할 수 없고 신속·경제의 요구도 적절히 조화를 이루고 운용되어야 할 것이므로 상소제한의 필요성에 관한 논의도 있게 된다.

이러한 측면에서 본고에서 다루고 있는 상소의 이익 및 부대상소 등에 대한 정확한 접근과 정립은 필요할 것이다. 그리하여 향후 이에 대한 보다 심도있는 연구가 진행되어야 할 것으로 본다.

주제어 : 상소의 이익, 부대상소, 실체적 불복설, 형식적 불복설, 절차적 불복설, 상소설, 비상소설

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004.
金祥源·李時潤·朴禹東·李在性, 註釋新民事訴訟法VI, 韓國司法行政學會, 2004.
김용욱, 민사소송법, 학연사, 1988.
김홍규·강대원, 民事訴訟法, 삼영사, 2008.
김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2010.
이영섭, 新民事訴訟法(上), 박영사, 1980.
방순원, 民事訴訟法(上), 韓國司法行政學會, 1989.
송상현·박익환, 민사소송법, 박영사, 2008.
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2010.
이영섭, 新民事訴訟法(上), 박영사, 1980.
정동윤·유병현, 민사소송법, 법문사, 2010.
정영환, 신민사소송법, 세창출판사, 2009.
한종열, 민사소송법(상), 경북대학교출판부, 1993.
호문혁, 민사소송법, 법문사, 2006.
홍기문, 민사소송법, 대명출판사, 2005.
김경태, 부대상소에 관한 고찰, 사법연구자료, 법원도서관, 1985.
이정환, 상소제도의 목적, 법학연구, 연세대학교법학연구원, 2012.3.
전병식, 전부승소자의 항소의 이익과 항소심에서의 청구취지의 확장, 대법원판례 해설(21호), 법원도서관, 1994.

2. 외국문헌

- 加藤正治, 民事訴訟法判例批評集(1), 有斐閣, 1926.
兼子一, 新修民事訴訟法體系, 酒井書店, 1965.
兼子一, 條解民事訴訟法, 弘文堂, 1986.
菊井維大/村松俊夫, 全訂民事訴訟法II, 日本評論社, 1987.

- 木川統一郎, 民事訴訟法重要問題講義(下), 成文堂, 1993.
- 三ヶ月章, 民事訴訟法, 弘文堂, 1992.
- 上野泰男, 民事訴訟法判例百選Ⅱ, 有斐閣, 1993.
- 上田徹一郎, 民事訴訟法, 法學書院, 1997.
- 新堂幸司, 民事訴訟法, 弘文堂, 2008.
- 林伸太郎, 上訴の利益と附帶抗訴, 民事訴訟法の争點, 伊藤眞/山本和彦(編), 有斐閣, 2009.
- 伊藤眞, 民事訴訟法, 有斐閣, 1998.
- 井上治典·伊藤眞·佐上善和, 民事訴訟法, 日本評論社, 1984.
- 齊藤秀夫, 民事訴訟法概論(新版), 有斐閣, 1982.
- 中野貞一郎·松浦馨·鈴木正裕, 民事訴訟法講義, 有斐閣, 1995.
- 上野泰男, 附帶上訴の本質, 講座民事訴訟法(7), 弘文堂, 1985.
- 上野泰男, 上訴の利益, 新實務民事訴訟講座(3), 日本評論社, 1982.
- 小室直人, 上訴要件の一考察, 上訴制度の研究, 有斐閣, 1961.
- 栗田陸, 上訴を提起できる者, 講座民事訴訟法(7), 弘文堂, 1985.
- 井上治典, 抗訴の利益, 民事手續論, 有斐閣, 1993.
- Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1972.
- J.W.Planck, Lehrbuch des deutschen CRP, 1896.
- F.Stein/Jonas/Pohle/Grunsky, ZPO, 19. Aufl., Allg. Einl. 1993.
- L.Rosenberg/K.H.Schwab/P.Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München ; C·H·Beck, 2004.

[Abstract]

Redressability Requirement for Appeal Filing and ‘Collateral Appeal’

Lee, Jeung-Hawn

Doctor of laws

Appeal in a civil suit is a motion to challenge against non-final judgment of lower court filed with a higher court by a party or other relevant person who was disadvantaged from such judgment. As the instant of original filing, the higher court grants a motion to appeal in order to review of the case appeal until a person filing such motion satisfies certain requirements. We call those requirements as ‘appeal filing requirements’.

One of ‘appeal filing requirements’ is redressability. This means that the appellant must be disadvantaged from the judgment of lower court so that the appeal court decision favoring appellant can redress him or her. This requirement of redressability functions to ease both the appellee’s burden and the court’s case load to some extent.

Thus, the court must review on merits only for the appealed case satisfying the redressability requirement and deny motions to appeal otherwise so that an appeal not-satisfying that requirement is dismissed as an appeal not-satisfying legal prerequisite.

While the Civil Procedure Act does not expressly prescribe this redressability requirement, that requirement plays an important role with

respect to the purpose of appeal system and the practice of the higher courts taking motions to appeal. Thus, the following matters become important issues: In which instances the court finds that redressability requirement met; Where the court finds the criteria for such decision. In other words, while the requirement of redressability is intended to prevent a frivolous exercise of right to appeal, there have been divergent theories on the details of that requirement.

In other hands, an appellee, who did not file a motion to appeal until the expiration of appeal filing or lost his or her right to appeal by signing a waiver of right of recourse, can file his or her own motion to appeal during appeal proceeding initiated by the other party, appellant. In that motion, the appellee can extend the subject matter of the case at issue and require the court to vacate the original judgment of lower court and to deliver a decision in favor of him or her. We can call this appellee's motion to appeal as a 'collateral appeal.'

It is not likely that the appellee will be more disadvantaged in the appeal than in the lower court. The appellee can also change the subject matters for higher court's review so that he or she can easily dispute with the other party. Otherwise, although the appellee is successful in defending against the appellant's claim, the appellee will not be granted more favorable decision from the higher court. Thus, even considering the appellee's own fault in his or her expectation of appeal, the status of appellee in terms of the exercise of his or her procedural right becomes substantially weak compared with the appellant. This is the backgrounds to the process of 'collateral appeal' where even an appellee can file a motion to challenge until the end of oral argument enhancing the equality between the parties in appeal proceedings.

By allowing an appellee to file a 'collateral appeal,' the number of appeals filed due to distrust between the parties is likely to decrease and thus a

higher court can be relieved its burden of case load. In addition, for the case where the decision of lower court shall be changed in favor of an appellee, it is easy for the appellee to make his or her argument and provide evidence to support that argument. However, there are different views about the nature of 'collateral appeal'

In this paper, I will examine theories and case laws to explore following matters: In which instances the court finds the redressability requirement met; what is the court criteria to decide whether such redressability is satisfied or not. Also, I would like to examine the nature of 'collateral appeal', which is based on the principle of equality, allowing the appellee to challenge against the decision disfavoring him or her in order to find out the question whether the redressability requirement must be also required for a 'collateral appeal.'

Key words : redressability requirement, 'collateral appeal,' theory of substantive challenge, theory of formative challenge, theory of procedural challenge, theory of appeal filing, theory of non-appeal filing