

항소심에서의 심판대상과 심판방법 — 청구의 선택적·예비적 병합을 중심으로 —

임 병 석*

목차

I. 들어가며	III. 항소심에서의 심판대상과
II. 항소심에서의 심판대상과	심판방법-심판대상 변경
심판방법-기본	VI. 맺음말

I 국문초록

당사자의 사적 분쟁을 공적으로 해결하는 절차가 민사소송 절차이고, 민사소송 절차는 분쟁의 공정한 해결을 위하여 여러 심리원칙을 제시하고 있다. 그 중 가장 핵심적 원칙으로 처분권주의와 변론주의를 꼽을 수 있는바, 특히 처분권주의는 절차의 개시부터 종결에 이르기까지 민사소송 절차를 관통하는 대원칙이다. 항소심에서의 심판대상을 확정하는 데에도 처분권주의를 벗어날 수는 없다. 여기에 당사자의 항소권을 보장하기 위한 불이익변경금지 원칙도 적용된다. 그런데 항소심에서의 심판대상을 확정하고 이를 심판하는 데에는 크게 두 가지 문제가 있다. 첫째는, 소의 객관적 병합형태 중 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있어 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 선택적·예비적 병합 청구인바, 지배적인 견해와 대법원은 선택적·예비적 병합형태에서는 변론의 분리나 일부

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

논문접수일 : 2020. 7. 30., 심사개시일: 2020. 8. 3., 게재확정일 : 2020. 8. 18.
이 글의 미진한 점에 관하여 도움을 주신 익명의 심사위원들께 깊이 감사드립니다.

판결이 허용되지 않는다고 하면서도 일정한 경우, 가령 주위적 청구 기각·예비적 청구 인용의 제1심 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 두 청구 모두 항소심으로 이심은 되나 그 심판대상은 오로지 항소로 불복한 예비적 청구만으로 한정함으로써 이심대상과 심판대상을 분리시킨다. 필자는 민사소송에서 처분권주의와 불이익변경금지 원칙도 매우 중요하지만 사건의 공정한 해결을 위해서는 일정 범위에서 위 원칙이 물러날 필요가 있고, 그 대표적인 예가 선택적·예비적 병합형태에서 원칙적으로 이심대상과 심판대상을 일치시켜 판단하는 것임을 확인하였다. 둘째는, 항소심의 심판대상을 변경시키는 절차 중 항소취지의 확장과 부대항소는, 항소기간의 제한을 받지 않는다가나 또는 항소취지 확장이나 부대항소의 전제가 된, 원래의 청구들에 관한 항소취하나 항소각하에 의하여 항소심 소송계속이 소급적으로 소멸하면, 이들 제도에 의하여 심판대상에 편입된 청구도 별도의 심판을 받지 않는다는 점(제404조) 등에서는 공통되나, 전자는 항소이익을 요건으로 함에 반하여 후자는 이를 요건으로 하지 않는 점 등에서는 서로 다르다는 것도 확인하였다. 특히 이들 제도가 가지는 본질적인 한계 가령, 제1심에서의 소의 종류나 병합형태, 심판순서 등의 변경은 소송중의 소에 해당하는 청구의 변경이나 반소 등의 제도 등을 통하지 않는 한 허용되지 않는다는 점도 확인할 수 있었다.

주제어 : 선택적 병합, 예비적 병합, 처분권주의, 항소취지의 확장, 부대항소

I. 들어가며

소송에는 소송절차가 개시될 때부터 종료될 때까지 하나의 소송절차에서 1인의 원고가 1인의 피고를 상대로 1개의 청구에 대한 재판을 받는 단일의 소가 있고, 단일의 소가 합쳐진 형태인 병합의 소가 있는바,¹⁾ 병합의 소에는 다시 하나의 소송절차에서 동시에 또는

때를 달리하여 동일한 당사자 사이에 2개 이상의 청구에 대한 재판을 받는 소(소의 객관적 병합)와 하나의 소송절차에서 동시에 또는 때를 달리하여 3인 이상이 절차에 관여하거나 재판을 받는 소(소의 주관적 병합)가²⁾ 있다. 그리고 소의 객관적 병합에는 2개 이상의 청구가 처음부터 병합되어 재판을 받는 형태인 ‘고유의 객관적 병합’ 또는 ‘원시적·객관적 병합’(‘단순병합’, ‘선택적 병합’, ‘예비적 병합’ 등)과 2개 이상의 청구가 절차 진행 중에 병합되어 재판을 받는 형태인 ‘소송중의 소’ 또는 ‘후발적·객관적 병합’(‘청구의 변경’, ‘중간 확인의 소’, ‘반소’ 등)이 있다.³⁾

한편, 사법상 실체법적 측면은 개인이 자신의 자유로운 의사에 의하여 사법상의 법률관계를 형성할 수 있다는 사적자치의 원칙이 지배하고,⁴⁾ 절차법적 측면은 절차의 개시(민사소송법 제248조⁵⁾), 심판의 대상(제203조), 절차의 종결(제220조, 제266조) 등을 당사자의 처분에 맡기는 처분권주의가 지배한다.⁶⁾ 다시 말하면, 당사자는 원칙적으로 소의 제기(신청)로써 절차를 개시할 수 있고,⁷⁾ 소의 취

1) 법원실무제요 민사소송Ⅲ, 박영사(2017), 690면 ; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 699면.

2) 법원실무제요 민사소송Ⅲ, 박영사(2017), 690면 ; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 734면.

3) 법원실무제요 민사소송Ⅲ, 박영사(2017), 690면 ; 물론, 후발적·객관적 병합에 의하여 그 병합의 형태가 단순병합이나 선택적 병합 또는 예비적 병합이 될 수 있다.

4) 김준호, 민법강의 제26판, 법문사(2020), 21면.

5) 이하 범명이 없으면 “민사소송법”을 말한다.

6) 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 411면.

7) 이것은 직권탐지주의가 지배하는 절차에서도 마찬가지이다. 한편, 예외적으로 당사자의 신청이 없어도 법원은 직권으로 ① 소송비용 부담(제104조, 제107조 제1항), ② 소송비용의 담보제공(제117조 제2항), ③ 가집행선고(제213조 제1항), ④ 판결의 경정(제211조 제1항), ⑤ 추가재판(제212조 제1항), ⑥ 소송구조(제128조 제1항), ⑦ 배상명령(소송촉진등에관한특례법 제25조) 등의 재판을 할 수 있다. 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 412면.

하(제266조), 청구의 포기·인낙·화해(제220조), 상소의 취하(제393조, 제425조), 상소권의 포기(제394조, 제425조), 불상소합의⁸⁾ 등으로써 절차를 종결시킬 수 있다. 나아가 심판대상은 당사자의 의사에 의하여 특정되고 한정되므로, 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 그 범위 내에서만 판단할 수 있고, 판단하여야 한다.⁹⁾ 따라서 법원은 원칙적으로 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판단하지 못하고(제203조 ; 법원은 이행의 소·확인의 소·형성의 소 등 당사자가 특정한 소의 종류나 예비적 병합·예비적 반소·예비적 공동소송·예비적 부대항소 등 당사자가 정한 권리구제의 순서에도 구속된다),¹⁰⁾ 상소법원도 원칙적으로 제1심 판결 또는 항소심 판결을 불복신청의 한도 안에서만 바꿀 수 있다(제415조, 제425조).¹¹⁾

8) ‘불항소의 합의’는 상고할 권리를 유보하되 항소만 하지 않기로 하는 합의로서, 비약상고의 합의를 말하고(제390조 제1항 단서), ‘불상소의 합의’는 상소를 하지 않기로 하는 소송상의 합의로서, 특정 사건의 심급을 제1심에 한정하여 그것으로 끝내기로 하는 당사자의 합의를 말한다(김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1178면).

9) 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 412-413면 ; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2015다205536 판결.

10) 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 413면 ; 대법원은 “재판상 이혼의 경우에 당사자의 청구가 없다 하더라도 법원은 직권으로 미성년자인 자녀에 대한 친권자 및 양육자를 정하여야 하며, 따라서 법원이 이혼 판결을 선고하면서 미성년자인 자녀에 대한 친권자 및 양육자를 정하지 아니하였다면 재판의 누락이 있다고 해석함이 타당하다. 다만 재판을 누락한 경우에 그 부분 소송은 원심에 계속 중이라고 보아야 하므로, 민사소송법 제212조에 따라 원심이 계속하여 재판하여야 하고, 적법한 상고의 대상이 되지 아니하여 그 부분에 대한 상고는 부적법하다.”라고 밝혀(대법원 2015. 6. 23. 선고 2013므2397 판결 ; 밑줄은 필자가 부기한 것이다. 이하 같다), 법원은 당사자의 신청이 없어도 이혼 판결을 선고할 때 미성년 자녀에 대한 친권자 및 양육자를 정하여야 하고, 이를 정하지 않았다면 재판의 누락에 해당한다고 판시하였다.

11) 민사소송법이 처분권주의를 규정한 제203조와는 별도로 제415조를 둔 이유에 대하여, 신청구속의 원칙(상소심의 심판범위가 상소인이 불복신청한 한도로 제한된다)과 불이익변경금지 원칙(상소심은 상소인이 신청한 불복의 한도를 넘어서 하급심의 판결을 불이익 또는 이익으로 변경할 수 없다)을 선언한 것이라고

이와 같은 처분권주의는 사적자치의 원칙이 절차법(소송법)적 측면에서 발현된 형태로서 변론주의와 함께 당사자주의라고 불린다.¹²⁾

그러면 원칙적으로 당사자 의사에 의하여 정해지는 심판대상은 구체적으로 어떻게 특정되고 한정되며 그 구체적인 심판방법은 또 어떠한가. 항소심에서의 심판대상과 그 심판방법은 제1심에서의 심판대상이나 그 심판방법과는 어떠한 차이가 있는가. 이에 대하여는 우선 소송물이론 중 어느 이론을 따를 것인가의 문제가 먼저 해결되어야 하겠지만, 지면 관계상 이 글에서는 구소송물이론을 따르기로 한다. 이하에서는 구소송물이론을 전제로 항소심에서의 심판대상과 그 심판방법 그리고 심판대상이 변경된 경우의 심판방법에 대하여 순차로 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 항소심에서의 심판대상과 심판방법-기본

앞서 본 바와 같이, 소의 객관적 병합 형태에는 원시적·객관적 병합과 후발적·객관적 병합이 있는바, 아래에서는 제1심에서의 원시적·객관적 병합 특히 선택적·예비적 병합을 중심으로 항소심에서의 심판대상과 그 심판방법에 대하여 구체적으로 살펴보고, 항소심에서의 심판대상 변경과 그 심판방법에 대하여는 항목을 바꾸어 살펴보기로 한다.

보는 견해도 있다(황경남, “상소심의 심판범위와 불이익변경금지원칙과의 관계”, 민사재판의 제문제 제11권, 한국사법행정학회(2002), 1092-1093면).

12) 처분권주의는 소송물에 대한 처분의 자유를 의미하는 반면, 변론주의는 소송자료(사실자료, 증거자료)에 대한 수집·제출의 자유를 의미한다(김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 412면).

1. 제1심에서의 소의 객관적 병합

우선 처음부터 또는 절차진행 중에 청구가 객관적으로 병합된 경우, 병합요건과 소송요건은 직권조사사항으로서, 병합요건에 흠이 있으면 원칙적으로 변론을 분리하여 별도의 소로 심판하여야 하고 (다만, 병합된 청구 중 어느 하나가 다른 법원의 전속관할에 속하는 때에는 결정으로 이송하여야 한다 ; 제34조 제1항), 소송요건에 흠이 있으면 그 소를 판결로써 각하하여야 한다(제219조).¹³⁾ 이어서 병합요건과 소송요건이 모두 구비된 청구는 같은 절차에서 심판되므로, 변론·증거조사·판결 등의 절차는 같은 기일에 공통으로 진행하고, 여기서 획득된 사실자료와 증거자료는 모든 청구에 대한 판단자료가 된다. 다만 변론의 제한은 병합의 형태와 관계없이 허용되나, 변론의 분리와 일부판결은 단순병합에 한하여 허용되고, 선택적·예비적 병합에서는 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는다.¹⁴⁾

13) 법원실무제요 민사소송Ⅱ], 박영사(2017), 699면.

14) 법원실무제요 민사소송Ⅱ], 박영사(2017), 699-700면 ; 지배적인 견해이다. 대법원도 선택적 병합 사건에서 “청구의 선택적 병합이란 양립할 수 있는 여러 개의 청구권에 기초하여 동일한 취지의 청구를 하거나 양립할 수 있는 여러 개의 형성권에 기초하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 여러 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태이다. 선택적 병합의 경우에는 여러 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부판결은 선택적 병합의 성질에 반하여 법률상 허용되지 않는다. 그러므로 선택적 병합관계에 있는 청구 중 하나를 인용하는 경우에는 다른 청구를 판단할 필요가 없으나, 선택적 청구 중 하나만을 기각하고 다른 청구에 대하여 아무런 판단을 하지 않는 것은 위법하다.”고 판시하였고(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다252840 판결), 예비적 병합 사건에서 “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 아니하며, 그럼에도 불구하고 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누

2. 이심의 범위

제1심 판결에 대하여¹⁵⁾ 적법한 항소가 제기되면,¹⁶⁾ 항소기간이 경과하여도 사건 전체에 대하여 판결이 확정되지 않고(확정차단효 ; 498조),¹⁷⁾ 사건 전체가 제1심 법원을 떠나 항소법원으로 이전하여 소송계속이 있게 되는바(이심효),¹⁸⁾ 이심효가 발생하는 부분은 원

락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다.”라고 판시함으로써(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결) 같은 태도를 취하고 있다.

- 15) 항소는 제1심 판결의 취소·변경을 구하기 위한 신청으로서, 그 대상은 원칙적으로 ‘제1심 법원의 종국판결’이다(제390조). 다만, 판결로써 재판할 수 없는 사항에 대하여 판결로써 재판한 경우 항소로써 불복을 신청할 수 있고(선택설 ; 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 57면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1175면), 제권판결과 같이 처음부터 아예 상소할 수 없거나(제490조) 소송비용 및 가집행에 관한 재판과 같이 독립하여 상소할 수 없는 경우(제391조, 제425조) 또는 특허법원의 종국판결과 같이 상고만 허용되는 경우도 있다(특허법 제186조 제8항).
- 16) 부적법한 항소는 각하 대상인바, 항소의 요건으로는 ① 항소제기가 적시이고(제397조), ② 항소기간을 준수하여야 하며(제396조), ③ 항소대상인 재판이 제1심 법원이 선고한 종국판결이거나 종국판결 이전의 재판이어야 하고(제390조 제1항 본문, 제392조 본문), ④ 항소이익이 있을 것 등을 내용으로 하는 적극적 요건과 ① 불항소합의가 없어야 하고(제390조 제1항 단서), ② 항소권 포기가 없을 것(제394조, 제395조) 등을 내용으로 하는 소극적 요건이 있다(편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 51면).
- 17) 항소가 취하되거나, 항소가 부적법하여 항소장이 각하되거나 항소가 각하되면, 항소기간 만료시에 소급하여 확정차단효는 소멸한다(편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 32면, 51-52면. ; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 855면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1183면).
- 18) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 79면 ; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 855면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1183면 ; 소송계속의 효과도 심판대상이 아닌 이심효가 미치는 범위를 기준으로 발생한다. 가령 甲의 乙을 상대로 한, 1억 원의 대여금 청구(A 청구) 및 X 토지에 관한 소유권이전등기 청구(B 청구) 사건에서, 제1심 법원이 A 청구 부분만을 인용하고 B 청구 부분은 기각하였고, 이에 대하여 甲만이 B 청구 부분에 대하여 항소한 경우(乙은 항소나 부대항소를 하지 않았다), 甲이

칙적으로 제1심 법원에서 재판한 부분에 한하고, 만일 제1심 법원에서 재판이 일부 누락되었다면 그 누락된 부분은 여전히 제1심 법원에 소송계속이 있게 된다. 가령 가분적 단일청구 또는 단순병합 청구 등과 같이 일부판결이 가능한 사건에 대하여 일부판결이 선고되거나 또는 재판이 누락된 경우, 판결이 선고되지 않은 나머지 청구 부분 또는 재판이 누락된 청구 부분은 여전히 제1심 법원에 소송계속이 있게 되고(제212조 1항), 따라서 일부판결이 가능한 사건에서 일부판결이 선고되거나 또는 재판이 누락된 제1심 판결에 대하여 항소가 제기되어도, 판결이 선고되지 않은 나머지 청구 부분 또는 재판이 누락된 청구 부분에 대하여는 이심효가 발생하지 않는다.¹⁹⁾

한편, 항소 제기에 의한 확정차단효와 이심효는 원칙적으로 항소인의 불복신청의 범위와 관계없이 제1심 판결에서 판단된 사항 전부에 대하여 불가분적으로 발생하는바,²⁰⁾ 이를 ‘항소불가분원칙’이라 한다.²¹⁾ 이 원칙은 나중에 항소심 변론종결시까지라면 언제든

전부승소한 A 청구 부분에 대하여도 甲의 항소 제기에 의한 확정차단효와 이심효가 미치는바, 위 A 청구 부분의 확정시기에 대하여는 견해의 대립이 있으나, 어느 견해를 취하든 관계없이, 항소심의 심판대상인 B 청구 부분에 대한 판결이 선고됨을 전제로(항소각하 판결 제외), 그 변론 종결시(변론종결시설) 또는 그 판결 선고시(판결선고시설)에 위 A 청구 부분에 대한 제1심 판결이 확정됨에는 변함이 없고, 판결이 확정되면 소송이 종료되며, 소송이 종료되면 그제서야 소송계속이 소멸하므로, 결국 항소심의 심판대상인 B 청구 부분에 대한 판결의 변론종결시 또는 그 선고시까지지는 위 A 청구 부분에 관한 소송계속은 여전히 유지된다고 보아야 한다. 대법원은 판결선고시설을 따랐다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다221867 판결 등).

19) 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 856면; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1183면

20) 사건이 확정되었으면 이심될 수 없고, 이심되었다는 것은 확정이 차단되었다는 것이므로, 항소 제기에 의한 확정차단효 및 이심효의 범위는 원칙적으로 일정한 대편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 109면.

21) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 79면; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 856-857면; 김홍엽, 민사소송법 제

지, 항소인은 (패소하였으나 불복하지 아니한 부분에 대하여) 항소 취지의 확장을 통하여, 그리고 피항소인은 부대항소를 통하여, 항소심의 심판대상을 변경(확장)할 수 있도록 하기 위하여 인정된 소송법상의 원칙이다.²²⁾ 사건이 항소심으로 이심된다고 하여 언제나 항소심의 심판대상이 되는 것은 아니지만, 적어도 항소심으로 이심된 사건이어야만 뒤에 항소인의 항소취지 확장 또는 피항소인의 부대항소를 통하여 비로소 항소심의 심판대상이 될 수 있는 것이다.

3. 항소심에서의 심판대상 : 불복신청의 범위

항소심의 심판대상은 적법한 변경절차(가령 항소취지의 변경 신청이나 부대항소·소송 중의 소 제기 등)를 거쳐 심판대상이 확장되거나 감축되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 제1심 판결 중 항소인이 항소를 통하여 불복신청한 범위로 한정된다(제407조, 제415조). 원래 민사소송에서는 당사자가 신청하지 않은 사항에 대하여는 심판할 수 없음이 원칙이고(제203조; 처분권주의), 이는 항소심에 있어서도 마찬가지이기 때문이다.²³⁾ 이와 같은 이유로, 항소심에서의 이심의 범위와 심판대상은 일치하지 않을 수 있다.²⁴⁾

9판, 박영사(2020), 1184면; 다만, 예외적으로 청구의 일부에 대하여 불상소합의나 당사자 쌍방에 의한 상소권·부대상소권의 포기가 있는 경우에는 그 부분만이 가분적으로 확정된대편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 35면. 한편, 이 글의 쟁점이 항소심의 심판대상이므로 특별한 언급이 없는 한 상소불가분원칙의 일부분인 항소불가분원칙을 중심으로 논한다.

22) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 80면; 법원실무제요(III), 법원행정처(2014), 289면, 290면.

23) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 196면.

24) 이시운, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 857-858면; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1054면; 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다9048 판결; 필자는 아래에서 보는 바와 같이, 적어도 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분

한편, 항소법원은 불복신청의 범위를 넘어서 항소인에게 제1심 판결보다 더 유리한 재판을 할 수 없고(이익변경 금지), 상대방의 항소 또는 부대항소가 없는 한, 불복신청한 항소인에게 제1심 판결보다 더 불리한 재판을 할 수 없다(불이익변경 금지).²⁵⁾ 이와 같이 항소법원은 항소인의 불복신청의 범위 내에서 제1심 판결의 당부를 판단하고, 그 결과 항소인에게 가장 불리한 경우는 항소인의 불복신청이 배척되어 제1심 판결이 그대로 유지되는 때이므로, 항소인 으로서는 항소 결과가 아무리 불리해도 제1심 판결보다 더 불리한 판결을 받지는 않게 된다(따라서 불이익변경금지의 원칙은 당사자의 항소권을 보장하는 기능을 한다).²⁶⁾ 여기서 불이익 변경인지 여부는 원칙적으로 기판력이 미치는 범위를 기준으로 판단하되, 다만, 가령 원고만이 항소한 사건에서 피고가 항소심에서 상계항변을 하고 법원이 이러한 상계항변을 인정할 때에는 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다(제415조 단서).²⁷⁾

4. 항소심에서의 심판대상과 심판방법-제1심에서의 소의 객관적 병합 형태

앞서 본 바와 같이, 변론의 분리와 일부판결은 소의 객관적 병합 형태 중 단순병합에 한하여 허용되고, 선택적·예비적 병합에서는

적으로 결합되어 있어 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 선택적·예비적 병합관계에 있는 각 청구에 관한 한 원칙적으로 이심의 범위와 심판대상은 일치시켜 판단하여야 한다고 본다.

25) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 196면 ; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 884-887면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1071면.

26) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 196면.

27) 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1072면.

여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있어 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는다. 따라서 아래에서는 변론의 분리나 일부판결이 허용되는 단순병합 관계에 있는 청구는 미루고, 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 선택적·예비적 병합 관계에 있는 각 청구에 대하여 항소가 제기된 경우에 항소심에서의 각 심판대상에 대하여 살펴보고자 한다.

가. 선택적 병합

[기본사례 1] 甲은 乙을 상대로 동일한 사실관계를 기초로 채무불이행을 원인으로 한 1억 원의 손해배상 청구(A 청구)와 불법행위를 원인으로 한 1억 원의 손해배상 청구(B 청구)를 병합하여 소를 제기하였다.

1) A 청구와 B 청구를 모두 기각한 제1심 판결에 대하여 甲이 항소를 제기한 경우

우선 甲이 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기한 경우, 항소취지는 “원판결을 취소한다. 피고는 원고에게 1억 원을 지급하라.”와 같을 것이다.

가) 이때 항소이유 등을 통하여, 항소를 제기한 甲의 합리적인 의사가 A 청구 기각 판결에 대하여는 불복하지만 B 청구 기각 판결에 대하여는 불복의사 없음이 명백한 경우, 이러한 甲의 의사는 처분권주의 원칙상 B 청구에 대한 항소권의 포기로 이해하여야 할 것이다. 따라서 불복의사 없음이 명백한 B 청구에 대하여는 甲의 항소권 포기로 보아 이때 B 청구에 대한 판결이 분리확정되고,²⁸⁾ 불복

28) 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합된 선택적 병합의 특성

한 A 청구만이 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 된다고 보아야 한다.²⁹⁾

상 선택적 병합관계에 있는 각 청구에 대하여 변론의 분리나 일부판결은 허용되지 않으나, 다른 청구와 마찬가지로 항소이익이 있는 자는 선택적 병합관계에 있는 각 청구의 전부 또는 일부에 대해서도 항소권을 포기할 수 있고, 항소권을 포기하면 그 부분만이 확정된다. 이와 같은 법리는 예비적 병합관계에 있는 각 청구에 대하여도 마찬가지로 적용된다. 나아가 항소를 제기한 후의 항소권포기는 항소취하의 효력도 있다(제395조 제3항).

- 29) 대법원은 “청구의 선택적 병합이란 양립할 수 있는 수개의 경합적 청구권에 기하여 동일 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 수개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태로서(중략), 이와 같은 선택적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부판결은 선택적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다고 할 것이다. 따라서 제1심 법원이 원고의 이 사건 선택적 청구 중 위 1993. 8. 25.자 증여해제를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대하여만 판단하여 이를 배척하고 위 1986. 2. 26.자 양도합의를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니한 조치는 위법한 것이고, 원고가 이와 같이 위법한 제1심 판결에 대하여 항소한 이상 원고의 이 사건 선택적 청구 전부가 항소심인 원심으로 이심되었다고 할 것이므로, 원심이 원고의 이 사건 선택적 청구 중 위 1986. 2. 26.자 양도합의를 원인으로 한 소유권이전등기청구는 재판의 탈루로서 제1심 법원에 그대로 계속되어 있다고 판단한 것은 청구의 선택적 병합에 관한 법리를 오해한 것이라고 하겠다. 그러나 기록을 살펴보면, 원고는 제1심 판결에 불복하여 항소장을 제출하면서 그 항소취지로 위 1993. 8. 25.자 증여해제를 원인으로 한 소유권이전등기청구만을 구하였고 원심의 변론종결에 이르기까지 위 1986. 2. 26.자 양도합의를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여 제1심 판결의 변경을 구하는 아무런 준비서면의 제출이나 구두진술도 하지 않았음을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면 제1심 판결에 대한 원고의 불복 범위는 위 1993. 8. 25.자 증여해제를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관한 부분에 한정되어 있다고 봄이 상당하고, 따라서 위 1986. 2. 26.자 양도합의를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관한 부분은 원심에서의 심판의 범위에 포함되지 않는다고 할 것이다.”고 밝혀(대법원 1998. 7. 24 선고 96다99 판결), 선택적 병합관계에 있는 청구 중 어느 한 청구에 대하여만 불복하여 항소를 제기한 경우에 나머지 청구도 항소심으로 이심은 되지만 그 심판대상에는 포함되지 않는다는 취지로 판시하였는바, 위 사건에서 “1986. 2. 26.자 양도합의를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관한 부분(‘양도합의 청구 부분’)에 대하여 원고의 불복의사 없음이 명백한 경우라면,

나) 한편, 항소를 제기한 甲의 합리적인 의사가 A 청구 및 B 청구 각 기각의 제1심 판결 중, 적어도 어느 한 청구에 관한 판결에 대한 불복의사 없음이 명백하지 않은 경우(가령 A 청구 및 B 청구 기각 판결에 대한 불복임이 명백하거나 또는 A 청구 기각 판결에 대한 불복임은 명백하지만 B 청구 기각 판결에 대한 불복임은 명백하지 않은 경우), 패소한 甲으로서는 두 청구 모두에 대하여 항소이익이 있을 뿐만 아니라 병합된 두 청구가 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 선택적 병합의 관계에 있는 점 등을 고려하면, 두 청구 모두에 대한 불복의사가 있다고 보아야 한다.³⁰⁾ 따라서 두 청구가 모두 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 된다. 이에 대하여 (1) 항소법원이 甲의 항소가 이유 없다고 판단하여 항소기각 판결을 선고하고 이에 대하여 甲이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면, 상고심 판결과 함께 항소심 판결 및 제1심 판결은 모두 확정되어 소송은 종료

앞서 본 바와 같은 이유로, ‘양도합의 청구 부분’에 대하여는 항소권을 포기한 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 ‘양도합의 청구 부분’에 대한 원고의 불복이 원고에게 특별히 불리하거나 부담을 가중시키는 것도 아니므로, ‘양도합의 청구 부분’에 대한 원고의 불복의사 없음이 명백한 경우란, 가령 ‘양도합의 청구 부분’에 대하여는 더 이상 다투지 않기로 하는 당사자의 합의가 있다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 극히 예외적으로 인정하여야 할 것이다. ; 한편, 위 대법원 판결에 대하여는, 선택적으로 병합된 청구 전부를 항소심의 심판대상으로 파악한 것으로 보는 견해도 있으나 권혁재, “선택적 병합청구에 있어서의 일부승소판결”, 법조 제65권 제7호, 법조협회(2016), 576면, 동의하기 어렵다.

- 30) 이에 대하여는 항소취지 ‘특정’ 문제 즉, 항소심 변론종결시까지 법원의 석명을 통하여 해결되어야 할 문제로 보는 견해가 있을 수 있다. 절차의 안정을 위해서라도 당사자의 의사가 명백하지 않은 경우 법원이 석명을 통하여 이를 확정하여야 함은 당연하나, 그럼에도 불구하고 여전히 당사자의 의사가 명백하지 않다면 재판을 거부할 수는 없는 것이고, 따라서 이때에는 두 청구에 대한 불복의사가 있는 것으로 보아 절차를 진행함이 타당하다.

된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (2) 그리고 항소법원이 甲의 항소가 이유 있다고 판단하여 제1심 판결을 취소한 다음, 가령 A 청구를 인용하고, 이에 대하여 乙이 상고하면,³¹⁾ 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고³²⁾ 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.

2) A 청구를 인용한 제1심 판결에 대하여 乙이 항소를 제기한 경우

31) 상고하는 乙의 합리적인 의사가, 가령 A 청구 인용 판결에 대하여는 불복하지만, 선택적 병합의 특성상 해제조건이 성취되어 심판대상에서 제외된 B 청구에 대하여는 불복의사 없음이 명백하더라도, 甲으로서 A 청구 인용이건 B 청구 인용이건 결과적으로 어느 한 청구에 대한 인용판결만 받으면 그 목적은 달성되는 것이나, 乙로서는 가능하다면 B 청구를 상고심의 심판대상에서 제외하여 그 패소위험을 줄이고자 할 것이고, 엄밀하게 말하면 B 청구에 대하여는 해제조건이 성취됨으로써 법원의 판단이 있었다고 볼 수 없으므로, B 청구를 상고심의 심판대상에서 제외하고자 하는 乙의 의사를 甲의 의사에 앞세울 필요는 없다고 본다. 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합된 선택적 병합의 특성상 두 청구에 대하여 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 이러한 경우에는 적극적 당사자인 원고 甲이 항소를 제기한 경우와는 달리, 소극적 당사자인 피고 乙(물론 상고심에 있어서 乙은 상고인으로서 적극적 당사자이다)의 상고에 의한 상고법원은 B 청구도 심판대상으로 삼아 판단하여야 한다.

32) 상고심 판단결과 두 청구 모두 이유 없는 경우는 물론 A 청구는 이유 없으나 B 청구는 이유 있는 경우라도 상고심은 상고를 인용하여야 한다.

우선 乙이 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기한 경우, 항소취지는 “원판결을 취소한다. 원고의 청구를 모두³³⁾ 기각한다.”와 같을 것이다. 그런데 가령 A 청구 인용 판결에 대하여는 불복하지만, 선택적 병합의 특성상 해제조건이 성취되어 심판대상에서 제외된 B 청구에 대하여는 불복의사 없음이 명백한 경우에도, A 청구 인용의 제1심 판결에 대하여 불복하여 항소를 제기한 乙의 합리적인 의사는 어느 청구가 되었든 궁극적으로 甲의 청구를 기각시키는데 있고, 乙로서는 B 청구를 항소심의 심판대상에서 제외하여 그 패소위험을 줄이고자 할 것이 틀림없음에 반하여, 선택적 병합의 특성상 A 청구의 인용으로 甲은 이에 대한 항소이익이 없으나, 항소법원이 A 청구가 이유 없다고 판단할 때에는 B 청구라도 인용받기를 바라는 것이 甲의 합리적인 의사일 것이므로, 乙의 항소제기에 의한 항소심의 심판대상을 정함에 있어 乙의 의사를 甲의 의사에 앞세울 필요는 없다고 본다. 오히려 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 선택적 병합의 형태로 소를 제기한 甲의 합리적 의사를 고려하면 乙의 의사를 앞세워서 안된다고 보아야 한다.³⁴⁾ 따라서 항소를 제기한 乙의 의사가 B 청구에 대한 불복의사 없음이 명백하더라도, 이와 관계없이 乙의 항소제기에 의하여 B 청구도 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 된다고 보아야 한다.³⁵⁾

33) 항소취지에 “모두”가 기재된 경우에는 두 청구 모두에 대한 불복임이 명백하지만, “모두”가 기재되어 있지 않은 경우에는 그 의사가 명백하다고 할 수 없다. 그러나 乙의 불복의사가 명백하지 않은 경우에도 아래에서 보는 바와 같이 두 청구 모두 항소심으로 이심되고 심판대상이 된다고 보아야 한다.

34) 패소한 피고가 제기한 항소심의 심판대상을 정함에 있어, 피고가 신청한 불복의 범위도 중요하지만 먼저 소를 제기한 원고의 처분권주의도 고려하여야 할 것이다

35) 대법원은 “수개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그 중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 때에는 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구까지도 항소심에 이심되어 항소심의 심판 범위가 되므로,

이에 대하여 (1) 항소법원이 乙의 항소가 이유 없다고 판단하여 항소기각 판결을 선고하고 이에 대하여 乙이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다.³⁶⁾ 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면, 상고심 판결과 함께 항소심 판결 및 제1심 판결은 모두 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (2) 그리고 항소법원이 A 청구는 이유 없으나 B 청구는 이유 있다고 판단하여 항소법원의 결론과 제1심 판결의 주문이 동일한 경우에, 항소법원은 乙의 항소를 기각해서는 안되고, 제1심 판결을 취소한 다음 B 청구 인용 판결을 선고하여야 한다.³⁷⁾ 이에 대하여 乙

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 전부에 대하여 판단하여야 한다.”고(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결), 나아가 “수개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그 중 어느 한 개의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우는 물론, 원고의 청구를 인용한 판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 항소심에 이심된 후 청구가 선택적으로 병합된 경우에 있어서도 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 원심이 한 것처럼 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있다고 할 것이나, 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정되고 그 결론이 제1심 판결의 주문과 동일한 경우에도 피고의 항소를 기각하여서는 안 되며 제1심 판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다.”고(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다7587,7594 판결) 각 판시하였다.

36) 항소심의 경우에서 본 바와 같은 이유로, 상고법원은 乙의 의사와 관계없이 B 청구도 심판대상으로 삼아 판단하여야 한다.

37) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다7587,7594 판결 ; 이에 대하여는 제1심 판결과 항소심 판결이 모두 甲의 청구를 인용함에 차이가 없음을 이유로 항소기각 판결을 선고하여야 한다는 견해도 있다(정동윤·유병현·김경옥, 민사소송법 제7판,

이 상고하면,³⁸⁾ 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (3) 또한 항소법원이 A 청구와 B 청구 모두 이유 없어 乙의 항소가 이유 있다고 판단한 경우에, 항소법원은 제1심 판결을 취소한 다음 甲의 청구를 모두 기각하는 판결을 선고하여야 한다. 이에 대하여 甲이 상고하면,³⁹⁾ 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.

나. 예비적 병합

[기본사례 2] 매수인 甲은 매도인 乙을 상대로, 주위적으로 매매계약

법문사(2019), 967면.

38) 항소심의 경우에서 본 바와 같은 이유로, 상고법원은 乙의 의사와 관계없이 B 청구도 심판대상으로 삼아 판단하여야 한다.

39) 항소심의 경우에서 본 바와 같은 이유로, 甲의 합리적 의사가 그 상고에 의한 불복 대상에서 A 청구를 제외함이 명백한 경우에는 A 청구에 대한 상고권 포기 의사로 보아야 한다.

이 무효임을 이유로 이미 지급한 1억 원의 매매대금 반환 청구(A 청구)를, 예비적으로 매매계약이 유효함을 이유로 매매목적물인 X 토지의 인도 청구(B 청구)를 병합하여 소를 제기하였다.

1) A 청구와 B 청구를 모두 기각한 제1심 판결에 대하여 甲이 항소를 제기한 경우

우선 甲이 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기한 경우, 항소취지는 “원판결을 취소한다. 피고는 원고에게 주위적으로 1억 원을 지급하고, 예비적으로 X 토지를 인도하라.”와 같을 것이다.

가) 항소취지가 위와 같은 경우에는 별 문제가 없으나, 항소취지에서 A 청구 또는 B 청구가 제외된 경우에는 甲의 합리적 의사를 먼저 확정하여야 하는바, 패소한 甲으로서 두 청구 모두에 대하여 항소이익이 있을 뿐만 아니라 병합된 두 청구가 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 관계에 있는 점 등을 고려하면, 원칙적으로 두 청구 모두에 대한 불복의사가 있었다고 보아야 할 것이다. 따라서 항소취지에서 A 청구 또는 B 청구가 제외된 경우에도, 그 제외된 청구에 대한 심판을 받지 않겠다는 의사가 명백한 특별한 사정이 없는 한,⁴⁰⁾ 두 청구를 병합하여 소를 제기한 甲의 의사를 존중하여 두 청구 모두에 대하여 불복하여 항소를 제기한 것으로 보되, 다만 제외된 청구에 대한 심판을 받지 않겠다는 의사가 명백한 경우에는 그 제외된 청구에 대하여 항소권을 포기한 것으로 이해하여야 할 것이다.⁴¹⁾ 가령 불복의사 없음이 명백한 B

40) 특별한 사정은 당사자의 합의 등 앞서 본 바와 같다.

41) 그 이유는 선택적 병합에서 본 바와 같다.

청구에 대하여는 甲의 항소권 포기로 보아 이때 당해 판결이 분리 확정되고, 불복한 A 청구만이 항소심으로 이심되고 항소심의 심판 대상이 된다.

나) 항소취지가 위와 같은 경우 두 청구가 모두 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 된다.⁴²⁾ 이에 대하여 (1) 항소법원이 두 청구가 모두 이유 없음을 이유로 甲의 항소가 이유 없다고 판단하여 항소기각 판결을 선고하고 이에 대하여 甲이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다.⁴³⁾ 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면, 상고심 판결과 함께 항소심 판결 및 제1심 판결은 모두 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.⁴⁴⁾ (2-1) 그리고 항소법원이 甲의 항소가 이유 있다고 판단하

42) 주위적 청구 기각·예비적 청구 인용의 제1심 판결에 대하여 원고만이 항소를 제기한 경우, 예비적 청구는 항소심의 심판대상에서 제외된다고 보는 지배적인 견해에 의하면, 주위적 청구 및 예비적 청구 기각의 제1심 판결에 대하여 원고만이 항소를 제기한 경우에도 예비적 청구는 항소심의 심판대상에서 제외된다고 보는 것이 일관된 결론이라고 생각한다. 그러나 이러한 결론이 부당함은 두 말할 나위가 없다.

43) 김인호, “각 심급에서의 이심의 범위, 심판대상 및 청구의 확정시기”, 법조 통권 553호, 법조협회(2002), 123면.

44) 이에 대하여 “상고심이 주위적 청구(A1 청구)에 대하여는 상고기각을, 예비적 청구(A2청구)에 대하여는 상고인용하여 파기환송하면 주위적 청구는 분리확정되고, 예비적 청구(A2청구)만이 환송후 원심에 이심되어 심판대상이 된다”는 견해도 있으나 김인호, “각 심급에서의 이심의 범위, 심판대상 및 청구의 확정시기”, 법조 통권553호, 법조협회(2002), 123면, 위와 같은 견해는, 우선 원칙적으로 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성에 반하므로 동의하기 어렵다.

여 제1심 판결을 취소한 다음 A 청구를 인용한 경우, 이에 대하여 乙이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판 대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.⁴⁵⁾ (2-2) 또한 항소법원이 甲의 항소가 이유 있다고 판단하여 제1심 판결을 취소한 다음 A 청구를 기각하고 B 청구를 인용한 경우, 이에 대하여 甲만이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다.⁴⁶⁾ 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (2-3) 아울러 항소법원이 甲의 항소가 이유 있다고 판단하여 제1심 판결을 취소한 다음 A 청구를 기각하고

45) 김인호, “각 심급에서의 이심의 범위, 심판대상 및 청구의 확정시기”, 법조 통권 553호, 법조협회(2002), 125면 ; B 청구가 상고심의 심판대상에 포함되므로 상고심이나 또는 파기환송심에서 두 청구 모두 기각판결을 선고받을 수 있다. 결과만 놓고 보면 불이익변경금지 원칙에 반하는 듯 보이나, 이것은 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성상 부득이한 결과이다.

46) 이 경우에 지배적인 견해와 대법원은 두 청구 모두 상고심으로 이심되지만, 불이익변경금지원칙을 이유로, 상고에 의한 불복대상인 A 청구만이 상고심의 심판대상이 되고, 상고심 판결과 동시에 B 청구는 확정되어 소송이 종료된다고 한다. 그러나 위와 같은 견해는 우선 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성에 반하므로 동의하기 어렵다.

B 청구를 인용한 경우, 이에 대하여 乙만이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다.⁴⁷⁾ 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.

2) A 청구를 기각하고 B 청구를 인용한 제1심 판결에 대하여

가) 甲만이 항소를 제기한 경우

우선 甲만이 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기한 경우, 항소취지는 “원판결을 취소한다. 피고는 원고에게 주위적으로 1억 원을 지급하고, 예비적으로 X 토지를 인도하라.”와 같을 것이다.⁴⁸⁾ 한편, 항소취지가 위와 같은 경우, 甲로서는 기각당한 A 청구에 대하여 항소이익이 있을 뿐만 아니라 병합된 두 청구가 변론의 분리나 일

47) 이 경우에 지배적인 견해와 대법원은 두 청구 모두 상고심으로 이심되지만, 불이익변경금지원칙을 이유로, 상고에 의한 불복대상인 B 청구만이 상고심의 심판대상이 되고, 상고심 판결과 동시에 A 청구는 확정되어 소송이 종료된다고 한다. 그러나 위와 같은 견해는 우선 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성에 반하므로 동의하기 어렵다.

48) 항소취지를 “원판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 1억 원을 지급하라”와 같이 기재할 수도 있으나, 위와 같은 항소취지 기재는 항소에 의한 불복 대상을 A 청구에 한정한다는 뜻으로 읽힐 수도 있다. 그러나 항소를 제기하는 甲의 의사가, 인용된 B 청구는 제외하고 기각된 A 청구만을 항소심의 심판대상으로 삼고자 하였더라도, A 청구 기각 판결에 대하여 불복하는 이상 항소심에서 A 청구가 인용되는 경우에도 이와 양립할 수 없는 B 청구 인용 판결의 효력을 유지하려는 의사라면, 법은 이에 협력할 수 없는 것이다. 따라서 항소취지가 위와 같더라도 항소심의 심판대상은 두 청구 모두라고 보아야 한다.

부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 관계에 있는 점 등을 고려하면, 두 청구가 모두 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 된다고 보아야 한다.⁴⁹⁾ 이에 대하여 (1-1) 항소법원이 A 청구는 이유 없고 B 청구는 이유 있음을 이유로 甲의 항소가 이유 없다고 판단하여 항소기각 판결을 선고한 경우, 이에 대하여 甲만이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다.⁵⁰⁾ 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결 및 제1심 판결은 모두 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (1-2) 그리고 항소법원이 A 청구는 이유 없고 B 청구는 이유 있음을 이유로 甲의 항소가 이유 없다고 판단하여 항소기각 판결을 선고한 경우, 이에 대하여 乙만이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다.⁵¹⁾ 이

49) 김상영, “예비적 병합과 항소심의 심판범위”, 법학연구 제57권 제1호, 부산대학교 법학연구소(2016), 13면; 김인호, “각 심급에서의 이심의 범위, 심판대상 및 청구의 확정시기”, 법조 통권553호, 법조협회(2002), 120면; 이에 대하여는, 예비적 청구를 항소심의 심판대상에서 제외하는 견해도 있는바, 이 견해에 의하면, 항소취지는 “원판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 1억 원을 지급하라”와 같을 것이다.

50) 이 경우에 지배적인 견해와 대법원은 두 청구 모두 상고심으로 이심되지만, 불이익변경금지 원칙을 이유로, 상고에 의한 불복대상인 A 청구만이 상고심의 심판대상이 되고, 상고심 판결과 동시에 B 청구는 확정되어 소송이 종료된다고 한다. 그러나 위와 같은 견해는 우선 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성에 반하므로 동의하기 어렵다.

51) 이 경우에 지배적인 견해와 대법원은 두 청구 모두 상고심으로 이심되지만, 불이익변경금지 원칙을 이유로, 상고에 의한 불복대상인 B 청구만이 상고심의 심판대상이 되고, 상고심 판결과 동시에 A 청구는 확정되어 소송이 종료된다고 한

때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결 및 제1심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (2) 또한 항소법원이 A 청구가 이유 있어 甲의 항소가 이유 있다고 판단하여 제1심 판결을 취소한 다음 A 청구를 인용한 경우, 이에 대하여 乙이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.⁵²⁾ (3) 아울러 항소법원이 두 청구가 모두 이유 없다고 판단한 경우, 항소법원은 제1심 판결을 취소하고 두 청구를 모두 기각하는 판결을 선고하고⁵³⁾ 이에 대하여 甲이 상고하면, 두

다. 그러나 위와 같은 견해는 우선 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성에 반하므로 동의하기 어렵다.

- 52) B 청구가 상고심의 심판대상에 포함되므로 상고심이나 또는 파기환송심에서 두 청구 모두 기각판결을 선고받을 수 있다. 결과만 놓고 보면 불이익변경금지 원칙에 반하는 듯 보이나, 이것은 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성상 부득이한 결과이다.
- 53) B 청구도 항소심의 심판대상에 포함되므로 항소심에서 두 청구 모두 기각판결을 선고받을 수 있다. 결과만 놓고 보면 불이익변경금지 원칙에 반하는 듯 보이나, 이것은 변론의 분리와 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성상 부득이한 결과이다. ; 이에 대하여는, 불이익변경금지의 원칙에 의하여 항소기각의 판결을 선고하여야 한다고 보는 지배적인 견해와 “예비적 병합청구의 부종적

청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면, 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 모두 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.⁵⁴⁾

나) 乙만이 항소를 제기한 경우

우선 乙이 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기한 경우, 항소취지는 “원판결 중 피고 패소 부분을 취소한다. 피고 패소 부분에 관한 원고의 청구를 기각한다.”와 같을 것이다. 이때 항소를 제기하는 乙의 합리적인 의사는 A 청구 기각의 제1심 판결은 그대로 놓아둔 채 B 청구 인용의 제1심 판결에 대하여만 불복하여 그 기각 판결을 받고자 하는 의사를 명시적으로 밝힌 점은 부인할 수가 없다. 하지만 그럼에도 불구하고 앞서 본 바와 같은 이유로, 위와 같은 乙의 의사를 고려할 필요가 없고, 고려해서도 안된다고 본다. 따라서 乙의 항소제기로 두 청구 모두 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 된다고 보아야 한다.⁵⁵⁾ 이에 대하여 (1) 항소법원이 乙의 항소가 이

일체성” 개념과 “불이익변경금지의 원칙에 관한 정책설” 관점에서 항소기각의 판결을 선고하여야 한다고 보는 견해도 있다(김상영, “예비적 병합과 항소심의 심판범위”, 법학연구 제57권 제1호, 부산대학교 법학연구소(2016), 13면).

54) 이에 대하여 “상고심이 주위적 청구(A1 청구)에 대하여는 상고기각을, 예비적 청구(A2청구)에 대하여는 상고인용하여 파기환송하면 주위적 청구는 분리확정되고, 예비적 청구(A2청구)만이 환송후 원심에 이심되어 심판대상이 된다”는 견해도 있으나(김인호, “각 심급에서의 이심의 범위, 심판대상 및 청구의 확정시기”, 법조 통권553호, 법조협회(2002), 123면, 위와 같은 견해는 우선 원칙적으로 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성에 반하므로 동의하기 어렵다.

유 없다고 판단하여 항소기각 판결을 선고하고 이에 대하여 乙이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면, 상고심 판결과 함께 항소심 판결 및 제1심 판결은 모두 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (2) 그리고 항소법원이 두 청구 모두 이유 없어 乙의 항소가 이유 있다고 판단한 경우에, 항소법원은 제1심 판결을 취소한 다음 두 청구를 모두 기각하는 판결을 선고하여야 한다. 이에 대하여 甲이 상고하면,⁵⁶⁾ 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (3) 또한 항소법원이 A 청구는 이유 있으나 B 청구는 이유 없다고 판단한 경우에, 항소법원은 제1심 판결을 취소한 다음 A 청구 인용의 판결을 선고하여야 한다.⁵⁷⁾ (3-1) 이에 대

55) 이기택, “선택적 병합과 예비적 병합의 구별”, 법률신문 제4273호(2014) ; 이에 대하여 지배적인 견해와 대법원은 두 청구 모두 항소심으로 이심되나 심판대상은 불복대상인 B 청구(예비적 청구)에 한정시킨다.

56) 이때 앞서 본 바와 같은 이유로, 甲의 합리적인 의사가 그 상고에 의한 불복 대상에서 A 청구를 제외함이 명백한 경우에는 A 청구에 대한 상고권을 포기한 것으로 보아야 한다.

하여 乙이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (3-2) 이에 대하여 甲이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.

3) A 청구를 인용한 제1심 판결에 대하여 乙이 항소를 제기한 경우

우선 乙이 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기한 경우, 항소취지는 “원판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.”와 같을 것이다. 따라서 앞서 본 바와 같은 이유로, 두 청구 모두 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 된다. 이에 대하여 (1) 항소법원이 乙의 항소가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하고 이에 대하여

57) A 청구도 항소심의 심판대상에 포함되므로 항소심에서 A 청구 인용 판결을 선고받을 수 있다. 결과만 놓고 보면 불이익변경금지 원칙에 반하는 듯 보이나, 이것은 변론의 분리과 일부판결이 허용되지 않는 예비적 병합의 특성상 부득이한 결과이다.

乙이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면, 상고심 판결과 함께 항소심 판결 및 제1심 판결은 모두 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (2) 그리고 항소법원이 A 청구는 이유 없으나 B 청구는 이유 있어 乙의 항소가 이유 있다고 판단한 경우에, 항소법원은 제1심 판결을 취소한 다음 A 청구 기각 및 B 청구 인용의 판결을 선고하여야 한다. 이에 대하여 (2-1) 乙이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 乙의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 乙의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (2-2) 그리고 甲이 상고하면, 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다. (3) 또한 항소법원이 두 청구 모두 이유 없어 乙의 항소가 이유

있다고 판단한 경우에, 항소법원은 제1심 판결을 취소한 다음 두 청구를 모두 기각하는 판결을 선고하여야 한다. 이에 대하여 甲이 상고하면,⁵⁸⁾ 두 청구 모두 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 된다. 이 때 상고법원이 甲의 상고가 이유 없다고 판단하여 상고기각 판결을 선고하면 상고심 판결과 함께 항소심 판결은 확정되어 소송은 종료된다. 반면 상고법원이 甲의 상고가 이유 있다고 판단하여, 상고를 인용하여 파기자판하면 상고심 판결은 확정되어 소송은 종료되고, 상고를 인용하여 파기환송하면 두 청구 모두 파기환송 후 항소심으로 이심되고 파기환송 후 항소심의 심판대상이 된다.

Ⅲ. 항소심에서의 심판대상과 심판방법-심판대상 변경

앞서 본 바와 같이, 항소심의 심판대상은 적법한 절차를 거쳐 변경되지 않는 한, 원칙적으로 제1심 판결 중 항소인이 항소를 통하여 불복신청한 범위로 한정된다. 그러면 항소심의 심판대상을 변경하는 제도에는 무엇이 있을까. 그리고 각 제도에 따라 변경된 심판대상에 대하여 항소법원은 어떻게 심판하여야 할까. 항소심에서의 심판대상 변경제도에는 항소심 절차에 특유한 항소취지의 변경과 부대항소, 그리고 제1심 절차와 함께 항소심 절차에서도 공통적으로 인정되는 청구의 변경·반소·중간확인의 소와 같은 소송 중의 소제도 등이 있는바, 아래에서는 항소취지의 변경과 부대항소 그리고 청구의 변경을 중심으로 살펴보겠다.

58) 이때 앞서 본 바와 같은 이유로, 甲의 합리적인 의사가 그 상고에 의한 불복 대상에서 A 청구를 제외함이 명백한 경우에는 A 청구에 대한 상고권을 포기한 것으로 보아야 한다.

1. 항소취지의 변경과 부대항소

항소불가분원칙에 의하여 이심의 효력은 항소인이 불복신청한 범위에 그치지 않고 제1심 판결에서 판단된 사항 전부에 미치므로, 항소인은 항소취지의 변경(확장·감축⁵⁹⁾) 제도를 통하여, 그리고 피항소인은 부대항소 제도를 통하여,⁶⁰⁾ 그 불복신청의 범위를 변경함으로써 항소심의 심판대상을 바꿀 수 있다.⁶¹⁾ 그리고 이들은 모두 항소기간의 제한을 받지 않으므로,⁶²⁾ 항소심 변론종결시까지라면

59) 항소불가분원칙에 의하여 일반적으로 항소의 일부취하는 허용되지 않는다고 한다. 그러나 항소의 일부취하에는 항소제기에 의한 이심효를 소멸시키는 항소취하로서의 효력은 인정되지 않으나, 항소심에서의 심판대상을 감축하여 이를 변경시키는 효력은 인정된다. 대법원도 “항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그 중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두 진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 자체의 효력에 아무런 영향이 없다.”고 판시하였다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결). 다만, 항소심에서 일부판결이 있을 후 그 잔존부분에 관한 항소는 이를 전부 취하할 수 있다(편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 78면. ; 항소취지의 감축과 항소의 일부취하의 차이점에 대하여는, 임병석, “항소심에서의 심판대상과 그 변경의 한계”, 법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소(2016), 172면 이하 참조

60) 부대항소인은 일방적 의사표시에 의하여 부대항소를 취하할 수 있으므로(김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1197면), 이로써 항소심의 심판대상을 감축하여 이를 변경시킬 수 있다. 다만, 부대항소에 의하여 청구취지가 확장되거나 반소가 제기된 경우에, 부대항소의 취하는 동시에 이들 청구(소)에 대한 취하를 의미하므로, 확장된 청구 또는 반소의 취하에 상대방의 동의를 필요로 한다면(제408조, 제266조 제2항, 제271조) 부대항소의 취하에도 상대방의 동의를 얻어야 한다고 본대(편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 138면).

61) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 64면 ; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 858면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1054면

62) 지배적인 견해와 대법원은 항소취지 확장기간을 제한하지 않고 변론 종결시까지

언제든지, 항소인은 (항소이익은 있으나) 아직 항소하지 아니한 부분에 대하여 항소취지를 확장할 수 있고,⁶³⁾ 피항소인은 부대항소를 제기할 수 있다. 그런데 항소취지의 변경이나 부대항소에 의하여 항소심의 심판대상을 변경하는 데에는 아래에서 보는 바와 같이 일정한 한계가 있다.

2. 항소취지의 변경(확장)과 그 한계 : 항소이익과 제1심에서의 소송물 등 소송형태

가. 항소취지를 변경하기 위해서 항소이익이 필요한가에 대하여는 견해가 나뉠 수 있다. 먼저, 지배적인 견해와 대법원은 부대항소

지 항소취지를 확장할 수 있는 것으로 보고 있으나, 이에 대하여 전혀 의문이 없는 것은 아니다. 제403조는 부대항소에 대하여 “피항소인은 항소권이 소멸된 뒤에도 변론이 종결될 때까지 부대항소(附帶抗訴)를 할 수 있다.”고 규정함으로써, 피항소인은 변론 종결시까지라면 언제든지 부대항소를 제기할 수 있음이 명시되어 있는 반면, 항소취지의 확장에 대하여는 법에 이에 관한 아무런 규정이 없고, 오히려 항소기간에 대하여 제396조가 “항소는 판결서가 송달된 날부터 2주 이내에 하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 항소인은 변론 종결시까지 항소취지를 확장할 수 있다는 지배적인 견해 및 대법원의 판시 취지에 의하면, 항소인은 패소한 제1심 판결의 극히 일부분에 대하여만 항소기간을 준수하여 항소한 뒤 나중에 항소취지의 확장 제도를 통하여 얼마든지 나머지 부분에 대하여도 항소심의 심판대상으로 삼을 수 있어 실질적으로 항소기간의 제한을 잠탈할 염려가 있다. 항소취지 확장 제도와 부대항소 제도가 항소인과 피항소인의 무기대 등을 실현하기 위한 제도인 점을 감안하더라도, 항소취지를 확장할 수 있는 기간에 아무런 제한이 없으므로 항소취지 확장 제도의 남용을 방지하기 위해서라도 항소취지 확장을 위해서는 부대항소와 달리 아래에서 보는 바와 같이, ‘항소이익’이 필요하다고 보아야 한다.

- 63) 지배적인 견해 및 대법원의 판시취지에 의하면, 청구의 변경 중 교환적 변경을 신소 제기 및 구소 취하로 보므로(결합설), 항소심에서의 교환적 변경은 구소에 대하여 재소금지의 효력이 미치게 되지만, 항소취지의 감축은 항소심의 이심 대상에는 전혀 영향을 미치지 않고 단지 항소심의 심판대상을 제외시키는데 불과하므로, 항소취지를 감축했다 하더라도 항소심 변론종결시까지의 항소취지 확장을 통하여 감축했던 청구 부분을 다시 항소심의 심판대상으로 삼을 수 있다.

는 항소가 아니라고 보므로(‘비항소설’), 이를 제기하기 위한 별도의 항소이익을 요구하지는 않게 된다. 그런데 부대항소 제도와 항소취지 변경(확장) 제도가 피항소인과 항소인의 무기대등을 실현하기 위한 제도인 점에서, 부대항소를 제기하기 위하여 별도의 항소이익을 요구하지 않는다면 항소취지의 확장을 위해서도 이를 요구하지 않는다고 보는 것이 공평하다고 볼 수도 있다. 그러나 항소취지의 변경, 특히 항소취지의 확장 제도에 대하여 보면,⁶⁴⁾ 항소기간을 넘긴 항소라면 항소이익의 존·부와 관계없이 항소각하(또는 항소장각하) 대상이고, 항소기간 내의 항소라 하더라도 항소이익이 없으면 역시 항소각하 대상이므로,⁶⁵⁾ 결국 항소이익이 없어 항소각하를 면할 수 없는 청구 부분이라면, 항소취지의 확장을 통하여 일단 항소심의 심판대상으로 삼은 뒤 다시 항소이익 없음을 이유로 항소각하할 필요는 없다고 본다. 따라서 항소취지 확장을 통하여 항소심의 심판대상으로 삼을 수 있는 청구 부분은 적어도 항소이익이 인정되어야 한다.⁶⁶⁾ 가령 甲이 乙을 상대로 1억 원의 대여금 청구(A 청구)와 7,000만 원의 손해배상 청구(B 청구)를 (단순)병합하여 소를 제기하였으나 모두 기각 판결을 받은 뒤, 甲이 항소기간 내에 A 청구 부분에 대하여만 항소를 제기한 후 항소기간을 넘긴 뒤 B 청구 부분에 대하여 항소취지를 확장하였다면(乙은 항소나 부대항소를 제기하지 않았다), 항소법원은 항소에 의한 불복대상인 A 청구는 물론 항소취지의 확장대상인 B 청구에 대하여도 이를 심판대상으로

64) 항소취지의 감축은 이미 편입된 항소심의 심판대상에서 일정 청구 부분을 제외시키는 제도이므로, 이에 대하여는 항소이익을 논할 이유가 없다.

65) 항소기간 내의 항소에 대하여는 굳이 ‘항소취지의 확장’ 제도를 인정할 필요도 없다.

66) 임병석, “항소심에서의 심판대상과 그 변경의 한계”, 법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소(2016), 173-174면

삼아 판단하여야 한다. 제1심에서 B 청구 기각 판결을 받은 甲은 B 청구에 대하여는 항소이익이 있고, 다만 항소기간을 넘겼기 때문에 B 청구에 대하여는 (독립한) 항소를 제기할 수 없지만,⁶⁷⁾ 항소취지의 확장 제도를 통하여 마치 항소기간 내에 이에 대한 적법한 항소가 제기된 것과 다를 바 없이 항소심의 심판대상으로 삼을 수 있는 것이다. 그러면 위와 같은 경우에 항소와 항소취지의 확장은 결과적으로 아무런 차이가 없게 되므로, 항소기간에 의하여 제한을 받는 항소 제도가 항소취지 확장 제도에 의하여 무력화되는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 타당한 의문이다. 그런데 항소취지 확장제도와 항소 제도는 엄연히 다르다. 항소는 제1심 판결에 불복하여 상급법원에 그 취소·변경을 구하는 신청으로서, 이에 의하여 사건이 항소심으로 이심되는 효력이 발생함에 반하여, 항소취지의 확장은 항소에 의하여 사건이 이미 항소심으로 이심은 되었으나 아직 항소심의 심판대상이 되지 않은 청구 중 항소이익이 있는 청구를 항소심의 심판대상으로 편입시키는 신청이다. 다시 말하면, 항소취지의 확장은 항소의 효력 발생을 그 전제로 하는 것이다. 따라서 항소가 부적법하여 항소각하되거나 항소인의 항소취하로 항소의 효력이 소멸한다면,⁶⁸⁾ 항소 제기에 의한 이심효(소송계속의 효

67) A 청구에 대한 항소로 B 청구에 대하여도 확정차단 및 이심효가 발생하였으나, B 청구에 대하여는 이미 항소기간을 넘겼으므로 만약 항소를 제기한다고 하여도 각하 대상이다.

68) 부적법한 항소라도 항소법원은 ‘항소각하’ 판결을 하여야 한다는 점, 다시 말하면 항소법원의 심판권한 및 심판의무가 발생한다는 점에서 항소의 효력이 전혀 없는 것은 아니지만, 항소의 본질적 효력에 해당하는 확정차단효와 이심효가 발생할 수 없다는 점에서 항소의 효력은 발생하지 않는다고 보아야 한다. 가령 항소기간을 넘긴 항소가 제기되었다면, 항소가 제기되었고 하여 여기에 소송계속의 효력을 인정할 수 없는 것이다. 민법 제170조 제1항은 재판상의 청구에 부수적 효력으로서 시효중단효가 있음을 전제로 다만 그 소가 ‘각하’되거나 ‘취하’된 경우에는 시효중단효를 인정하지 않는다.

력)도 발생한 사실이 없게 되거나 발생하였더라도 소급적으로 소멸하게 되므로, 항소취지의 확장에 따른 효력도 더 이상 존속할 수 없게 되는 것이다(부대항소에 관한 제404조 본문 유추적용). 따라서 위 사례에서 A 청구에 대한 항소도 그 기간을 넘겨 제기되었다면, 항소법원은 A 청구에 대한 항소를 각하하면 되고, B 청구에 대하여는 항소취지 확장에 따른 심판대상으로의 편입 효력도 소급적으로 소멸하므로 별도의 심판을 할 필요가 없게 되는 것이다. 이와 같은 법리는 청구가 병합된 경우만이 아니라 단일의 청구에도 그대로 적용된다. 가령 甲의 乙에 대한 1억 원의 대여금 청구의 소에서 3,000만 원 일부 인용의 판결이 선고되었는데, 甲이 항소기간 내에 일부 기각된 7,000만 원 청구 부분 중 2,000만 원 청구 부분에 대하여만 항소하였고, 항소기간을 넘긴 뒤에 나머지 5,000만 원 청구 부분의 전부 또는 일부에 대하여 항소취지를 확장하였다면(乙은 항소나 부대항소를 제기하지 않았다), 이러한 경우에도 마찬가지로의 법리가 적용되는 것이다.⁶⁹⁾

69) 甲은 일부 기각된 7,000만 원 청구 부분에 대하여는 항소이익이 있고, 항소기간 내에 그 중 2,000만 원 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였으므로, 항소에 의한 불복신청 대상인 2,000만 원 청구 부분은 물론 항소에 의한 불복신청 대상에서 제외된 5,000만 원 청구 부분과 인용된 3,000만 원 청구 부분도 함께 항소심으로 이심은 되지만, 항소심의 심판대상은 항소에 의한 불복신청 대상인 2,000만 원 청구 부분만이다. 그 후 항소기간을 넘긴 뒤 일부 기각된 7,000만 원 청구 중 항소에 의한 불복신청 대상인 2,000만 원을 제외한 나머지 5,000만 원 부분에 대하여 항소취지 확장신청을 하였다면, 그제서야 비로소 이 부분 또한 항소심의 심판대상으로 편입된다. 그런데 애초 제기한 2,000만 원 청구 부분에 대한 항소도 항소기간을 넘긴 것이라면, 항소법원은 이 부분에 대한 항소각하 판결을 선고하면 그만이고, 이때 항소취지의 확장대상인 5,000만 원 청구 부분은, 2,000만 원 청구 부분에 대한 부적법한 항소제기로 이심효(소송계속의 효력)도 발생한 사실이 없어 그 존립기반을 상실하였으므로 별도의 심판을 할 필요가 없다. 다만, 판결의 확정시기에 대하여는 별도의 검토를 요한다. 결론만 말하자면, 항소법원의 항소각하 판결은 일반 항소심 판결의 확정시기(가령 상고기간 만료시, 상고기각판결 선고시 또는 상고기각판결정본 송달시 등)에 확정되고, 제1심 판

나. 또한 항소취지 확장의 한계로서 제1심에서의 소송물 등 소송 형태에 관한 문제가 있다. 가령 甲이 乙을 상대로 동일한 사실관계에 기초하여, 주위적으로 채무불이행을 원인으로 한 1억 원의 손해배상 청구(A 청구)를, 예비적으로 불법행위를 원인으로 한 7,000만 원의 손해배상 청구(B 청구)를 병합하여 소를 제기하였으나 모두가 기각 판결을 선고받은 뒤, 甲만이 항소기간 내에 A 청구 부분에 대하여만 항소를 제기한 후, 항소기간을 넘긴 뒤 B 청구 부분에 대하여 항소취지를 확장한 경우에(乙은 항소나 부대항소를 제기하지 않았다), 이들의 병합 형태는 어떠한지가 대표적인 문제이다. 우선 항소취지를 확장한 당사자의 의사와 청구의 객관적 성질에 따라 그 병합 형태를 확정하여야 할 것이지만, 특별한 사정이 없는 한, 항소취지를 확장한 당사자는 물론 상대방에 대한 불의타를 방지하기 위해 하더라도 제1심에서의 병합 형태가 우선적으로 존중되어야 할 것이다.⁷⁰⁾ 위 사례의 제1심에서의 병합 형태에 대하여 보면, 항소에 의한 불복신청 대상인 A 청구와 항소취지의 확장 대상인 B 청구는 선택적 병합 관계에 있었고, 甲이 주위적 및 예비적으로 심판의 순위를 붙여 청구하였는바, 대법원의 판시 취지에 따르면 A 청구와 B 청구는 심판의 순위를 붙여 청구할 합리적 필요성도 인정되므로,⁷¹⁾

결은 항소기간 만료시에 확정된다“부적법한 상소가 제기된 경우에는 그 부적법한 상소를 각하하는 재판이 확정되면 상소기간이 지난 때에 소급하여 확정된다”(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다25781 판결). 항소취지의 확장대상으로서 항소각하 판결에 의하여 별도의 심판을 받지 아니한 부분도 마찬가지이다.

70) 제1심에서의 병합 형태를 존중해야 하는 이유는, 항소취지의 확장은 항소이익이 있었으나 항소기간 내에 항소하지 않아서 항소심의 심판대상에서 제외된 청구 부분을 항소심의 심판대상으로 편입시키기 위한 제도일 뿐 이를 통하여 청구를 변경할 수 있는 것은 아니므로, 만약 제1심에서의 병합 형태를 변경하는 항소취지 확장신청을 하였다면 이것은 항소취지 확장신청과 청구의 변경신청이 동시에 이루어진 것으로 보아 각 요건을 검토하여야 한다.

71) 대법원은, “청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구에

대법원이 인정하는 부진정 예비적 병합 사례에 해당할 것이다. 그

관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이라 할 것이지만, 논리적으로 양립할 수 있는 수 개의 청구라 하더라도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있는 경우에는 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이 유가 없으면, 다음 청구를 심리하여야 할 것임을 전제로, “이 사건에서 원고가 제1순위로 심판을 구한 청구는, 원고가 이 사건 부동산에 관한 이주자택지 공급 계약청약권의 준공유자의 한 사람으로서 보존행위 내지 관리행위로 청약권 전부에 관하여 청약의 의사표시를 하였음을 전제로 이 사건 부동산에 관하여 매매대금의 지급과 상환으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구한다는 것이고, 제2순위로 심판을 구한 청구는 자신의 지분권만에 관하여 지분의 처분행위로서 청약의 의사표시를 하였음을 전제로 이 사건 부동산 중 182분의 156지분에 관하여 매매대금의 지급과 상환으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구한다는 것으로서, 양 청구는 그 청구의 크기에 있어 차이가 있어 원고로서는 위와 같이 순서를 붙여서 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되므로 원심으로서는 제1순위 청구가 이유 없을 경우 제2순위 청구에 관하여 결론이 어떠하던 간에 그 당부를 판단하였어야 할 것이다.”라는 판결과(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결) “...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...”라는 판결을 통하여(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다23598 판결), ‘인정될 수 있는 부분이 지분이나 금액 등 수량적으로 다른 경우’에 부진정 예비적 병합 형태를 인정하기 위한 ‘심판순위를 붙여 청구할 합리적 필요성’을 인정하였다. 또한, “병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서의 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.”는 대법원의 판결(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결)에 대하여, 대법원이 인정해 온 부진정 예비적 병합 형태를 이른바 “순위를 붙인 선택적 병합”형태로 전제한 뒤, 당사자의 의사를 배제하고 병합청구의 성질에 따라 이를 선택적 병합형태를 파악하였다는 견해가 있으나(곽승구·범경철, “양립 가능한 청구의 예비적 병합 허용 여부”, 법학논집 제24권 제3호, 이화여자대학교(2020), 115면, 117면, 이는 심판의 순위를 붙여 청구할 합리적 필요성이 인정되지 아니하여 부진정 예비적 병합에 해당하지 아니하는 경우로 파악하여야 한다(김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 969면).

리고 甲은 제1심에서 B 청구 기각 판결을 선고받았으므로 이에 대한 항소이익 또한 인정된다. 이러한 상태에서 甲이 항소기간을 넘긴 뒤 B 청구에 관한 항소취지를 확장하였으므로, 항소법원은 A 청구와 B 청구를 부진정 예비적 병합의 형태로 심판하여야 할 것이다. 구체적으로는, 항소법원의 심리 결과 A 청구에 대하여는 9,000만 원 청구 부분에 대하여, B 청구에 대하여는 6,000만 원 청구 부분에 대하여 각각 이유 있다고 판단하였다면, 항소법원은 A 청구에 대하여 9,000만 원 청구를 인용하고 1,000만 원 청구를 기각하되, 주위적 청구인 A 청구에 대한 9,000만 원 부분 인용으로 예비적 청구인 B 청구 전부에 대한 해제조건이 성취되었으므로, B 청구에 대하여는 심판할 필요가 없게 되었다. 그런데 甲이 B 청구에 관한 항소취지 변경(확장)신청을 하면서, 병합의 형태를 바꾸거나(가령 A 청구와 B 청구의 병합 형태를 단순병합으로 바꾸거나 부진정 예비적 병합 형태가 아닌 선택적 병합 형태로 바꾼 경우) 또는 심판의 순위를 바꾸었다면(가령 A 청구를 예비적 청구로, B 청구를 주위적 청구로 서로 바꾼 경우), 항소법원은 어떻게 심판하여야 할까. 항소취지 변경(확장)을 인정한 제도의 취지나 이를 방어해야 할 상대방 보호의 필요성, 무엇보다 심판대상 변경을 위한 청구의 변경 등 심판대상 변경 제도를 형해화할 위험성 등을 종합적으로 고려하면, 항소취지의 확장으로는 소의 종류나 순서, 청구의 범위나 병합의 형태 등을 바꿀 수는 없고, 이를 바꾸기 위해서는 다시 청구의 변경 등 심판대상 변경을 위한 별도의 제도를 통하여야 한다고 본다. 다시 말하면 항소취지 확장의 한계는 (항소를 제기한 당사자의 승소부분을 포함하여) 항소를 제기한 당사자의 패소 부분에 관한 제1심 청구의 형태를 항소심에서도 그대로 유지하는 것이다. 따라서 甲이 병합의 형태나 심판 순위를 바꾸어 B 청구에 관한 항소취지 확장

신청을 하였다면, 항소법원은 청구의 변경 의사인지 여부를 석명하여야 할 것이다.

3. 부대항소의⁷²⁾ 한계

가. 한편, 부대항소의 본질에 대하여는 견해의 대립이 있으나, 지배적인 견해와 대법원이 취하는 ‘비항소설’에 따르면,⁷³⁾ 부대항소는 항소가 아니므로 당연히 항소이익을 요구하지 않는다.⁷⁴⁾ 따라서 전부 승소한 피항소인도 부대항소를 통하여 청구를 변경하거나 반소를 제기할 수 있다.⁷⁵⁾ 물론 부대항소를 통하여 청구를 변경하거나

72) 부대항소란, “피항소인이 항소인의 항소에 의하여 개시된 항소심절차에 편승하여 자기에게 유리하게 항소심 심판의 범위를 확장시키는 신청”(이시운, 민사소송법 제14판, 박영사(2020), 871면), “피항소인이 이미 개시된 항소심절차에 편승하여 자기에게 유리하게 항소심의 심판범위를 확장시키는 신청”(김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1193면) 또는 “항소인의 불복주장에 한정되는 심판의 범위를 확장하여 자기에게 유리하게 원판결의 변경을 구하는 피항소인에 의한 불복신청”(편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 126면)을 말한다.

73) 항소설은 ① 부대항소는 원래 항소이익을 가졌지만 항소권을 상실한 피항소인에게 불복신청의 기회를 부여하는 것이 그 목적이고, ② 부대항소도 불복신청이므로 불복의 이익이 필요하다는 점을 주된 논거로 들고 있으나, 부대항소는 항소기각의 단순한 방어적 신청과는 달리 피항소인이 제1심 판결 이상으로 자기에게 유리한 판결을 구하는 공격적 신청이므로, 지배적인 견해인 비항소설이 타당하다. 비항소설에 의하면 전부승소한 피항소인도 부대항소에 의하여 청구를 변경(확장)하거나 반소를 제기할 수 있다(편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 128면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1193면. 대법원도 “원고의 청구가 모두 인용된 제1심 판결에 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 제1심 판결의 인용금액을 초과하여 원고 청구를 인용하였더라도 거기에 불이익변경금지의 원칙이나 항소심의 심판범위에 관한 법리오해의 위법이 없다.”고 판시하였다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다68914 판결).

74) 이 점이 항소이익을 요구하는 항소취지 확장 제도와 다른 점이다.

반소를 제기하려면, 부대항소의 요건은 물론 청구의 변경이나 반소 요건까지도 구비하여야 한다(항소이익을 요구하지 않는 부대항소와 달리 항소이익을 요구하는 항소취지 확장의 경우에는 ‘청구의 변경’이나 ‘반소’ 등과 관련하여 조금 복잡한 문제가 있다).⁷⁶⁾ 그리

75) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 139면 ; 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 871면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 1062면 ; “부대항소란 피항소인의 항소권이 소멸하여 독립하여 항소를 할 수 없게 된 후에도 상대방이 제기한 항소의 존재를 전제로 이에 부대하여 원판결을 자기에게 유리하게 변경을 구하는 제도로서, 피항소인이 부대항소를 할 수 있는 범위는 항소인이 주된 항소에 의하여 불복을 제기한 범위에 의하여 제한을 받지 아니한다고 할 것인바(중략), 이 사건의 경우 원고가 제1보충보험계약에 기한 청구와 제2보충보험계약에 대한 청구를 병합한 구상금 청구의 소를 제기하여 제1심에서 원고의 청구가 모두 인용되었는데, 이에 대하여 피고는 제1보충보험계약에 기한 청구와 제2보충보험계약에 대한 청구 중 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고, 제2보충보험계약에 대한 청구 중 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니하였다고 하더라도 제1심에서 전부 승소한 원고가 항소심 계속중 부대항소로서 제2보충보험계약에 기한 청구취지를 확장할 수 있는 것이므로, 원심이 제2보충보험계약에 기한 원고의 부대항소를 받아들여 1심판결의 인용금액을 초과하여 원고 청구를 인용하였더라도 거기에 불이익변경금지의 원칙이나 항소심의 심판범위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다68914 판결)

76) “민사소송법 제235조 청구의 변경에 관한 규정은 같은 법 제578조의 규정에 의하여 항소심에서 준용되는 바이므로, 청구의 기초에 변경이 없는 한 원고는 항소심에서 청구의 변경을 할 수 있으며, 이러한 경우에 있어서 원고의 불복항소 또는 부대항소를 전제로 하는 것이 아니라고 해석하는 것이 타당하다”(대법원 1965. 1. 26 선고 64다1391 판결)는 대법원 판결도 있으나, “청구취지의 변경이 청구취지를 확장한 것이라고 하더라도 피고들만이 항소한 사건에서 원고는 항소심에서 청구취지를 확장할 수 있고 이는 부대항소를 한 것으로 의제된다”는 판결을 비롯하여(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다18376 판결) 대법원의 주류적 판시 취지는, 제1심에서 전부승소한 원고가 항소심 소송계속 중 그 청구취지를 변경(확장)한 경우에 그것이 항소인인 피고에게 불리하게 되는 한도 내에서는 부대항소를 제기한 취지로 의제한다. 따라서 항소가 취하되거나 부적법하여 각하된 경우에는 부대항소는 그 효력을 상실하므로(제404조 본문), 부대항소를 제기한 취지로 의제되는 청구취지의 변경(확장) 부분도 그 소송계속의 효력이 소급적으로 소멸하고, 따라서 항소법원은 이에 대하여 심판할 수 없고 심판해서도 아니된다. 이것은 앞서 본 바와 같이, 항소인이 청구의 변경(확장)을 통하여 심

고 주된 항소인은 언제든지 주된 항소의 불복신청 범위를 확장함으로써(항소취지의 확장) 심판대상을 확장할 수 있으므로, 부대항소에 대한 부대항소를 제기할 이익도 없다.⁷⁷⁾ 나아가 부대항소의 대상으로 삼을 수 있는 판결은 상대방이 주된 항소에 의하여 불복신청한 종국판결에 한하므로, 주된 항소에 의하여 항소심으로 이심된 청구에 대한 것이 아니면 부대항소를 제기할 수 없다. 가령 본소와 반소가 하나의 판결로써 이루어진 때에는 본소판결에 대하여 주된 항소가 제기되면 반소판결에 대하여 부대항소를 할 수 있으나, 소송의 일부에 대한 종국판결, 즉 일부판결을 할 경우(제200조) 그 일부판결과 나중에 뒤따라올 잔부판결 또는 추가판결은 두 개의 별개 판결이므로, 잔부판결 또는 추가판결에 대하여 항소가 제기되었더라도, 잔부판결 또는 추가판결에 대한 항소에 의하여 이심된 청구가 아닌 청구, 가령 그에 앞서 선고된 일부판결의 대상인 청구에 대하여 부대항소를 제기할 수는 없다.⁷⁸⁾

나. 그런데 제1심에서 패소한 청구 부분에 대하여 항소하지 않은 당사자가 단순히 상대방의 항소에 편승하여 패소한 청구의 전부 또는 일부에 대하여 부대항소를 제기한 경우에도, 제1심에서의 소송물 등 소송형태에 관한 문제는 똑같이 발생하는바, 이 때에도 항소취지의 확장에서 살펴본 위 법리를 그대로 따르더라도 별 문제가 없다. 한편, 부대항소는 항소가 취하되거나 부적법하여 각하된 때

판대상을 확장한 경우에, 별도의 항소이익을 요구하지 않을 뿐만 아니라, 항소가 부적법하여 각하되거나 또는 (사실상 상정하기 어려운 사례이기는 하지만) 항소인이 항소를 취하하면서도 청구의 변경(확장)을 통하여 심판대상에 편입시킨 청구 부분에 대하여 여전히 심판을 받고자 하는 때에는 항소법원은 이를 사실상 제1심 법원으로서 심판할 의무가 있는 점과 대비된다.

77) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 130면.

78) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 129면.

에는 그 효력을 잃는바(제404조 본문), 가령 甲은 乙을 상대로 1억 원의 대여금 청구(A 청구)와 7,000만 원의 손해배상 청구(B 청구)를 병합하여 소를 제기하였고, 이에 대한 A 청구 기각·B 청구 인용의 제1심 판결에 대하여 乙만이 (B 청구 인용 부분에 대하여) 항소를 제기하였으며, 甲은 항소기간을 넘긴 A 청구 기각 부분에 대하여 부대항소를 제기하였으나, 심리 결과 乙의 항소도 그 기간을 넘긴 뒤에 제기되었음이 밝혀졌음을 이유로 항소법원이 乙의 항소를 각하하였다면, 이로써 甲의 부대항소 부분은 소송계속이 소급적으로 소멸하므로, 이에 대하여 별도의 주문을 낼 필요가 없다. 이와 같은 법리는 청구가 병합된 경우만이 아니라 단일의 청구에도 그대로 적용된다. 가령 甲의 乙에 대한 1억 원의 대여금청구의 소에 대하여 3,000만 원 일부 인용의 판결이 선고되었는데, 甲이 항소기간 내에 일부 기각된 7,000만 원 청구 부분 중 2,000만 원 청구 부분에 대하여만 항소를 제기하였고, 항소기간을 넘긴 뒤에 乙이 일부 인용된 3,000만 원 청구 부분에 대하여 부대항소를 제기한 경우에도 마찬가지로 법리가 적용되는 것이다.

4. 항소심에서의 청구변경(반소)의 한계-항소이익과의 관계

항소심에서도 청구변경(반소)의 요건을 구비하면 그 변론종결시까지 상대방의 동의 없이도 청구를 변경(반소 제기)할 수 있다.⁷⁹⁾ 그런데 항소가 적법하려면 항소이익이 있어야 하는바,⁸⁰⁾ 이미 적법

79) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회(2018), 319면 ; 이시운, 신민사소송법 제14판, 박영사(2020), 716면 ; 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사(2020), 873면 ; 대판 1969. 12. 26. 69다406 ; 항소심에서의 반소 제기에 대하여는 심급의 이익을 해하지 않거나 상대방의 동의가 있어야 한다(제412조 제1항). 아래에서 특별한 언급이 없는 한 청구의 변경을 중심으로 논한다.

80) 대판 2010. 11. 11. 2010두14534.

한 항소가 제기된 후, 항소이익이 없거나 또는 아예 처음부터 항소 이익과 무관한 청구의 경우에도 그 항소심에서 청구의 변경을 허용할 것인가의 문제가 있다. 이와 같은 문제는, 원고가 제1심에서 전부 승소한 후 청구의 변경만을 목적으로 항소할 수 있는가의 문제와는 구별하여야 한다. 지면관계상 결론만 말하자면, 청구의 변경은 그것이 제1심에서 이루어지든 항소심에서 이루어지든 제262조(및 제408조)에서 정한 요건만 충족하면 가능한 것이고, 따라서 항소심에서의 청구변경이라 하더라도 항소취지의 확장과 달리 항소이익을 요구하지 않는다고 보아야 한다. 상대방의 심급의 이익을 침해할 염려가 있다고 주장할 수 있으나, 이것은 청구의 변경을 위하여 요구되는 “청구기초의 동일성”이라는 요건으로 극복될 수 있다.

그러면, 가령 甲이 乙을 상대로 1억 원의 대여금 청구의 소를 제기하여 3,000만 원 인용 판결을 받은 뒤 甲만이 그 패소부분에 대한 항소를 제기하여(乙은 항소나 부대항소를 제기하지 않았다), 항소심 소송계속 중 비로소 위 대여금에 대한 이자 2,000만 원의 청구를 확장(변경)하였는데, 甲이 항소를 취하한 경우, 이자 2,000만 원 청구 부분의 운명은 어떠한가. 우선 甲의 항소제기에 의한 항소심에는 7,000만 원 기각 부분과 함께 3,000만 원 인용 부분도 이심되고, 다만 7,000만 원 부분만 심판대상이었는데, 청구의 확장으로 이제는 이자 2,000만 원의 청구 부분도 항소심의 심판대상이 되었다. 항소심에서의 청구변경이라 하여 별도의 항소이익을 요구하지 않으므로 청구의 변경 요건만 충족하면 항소법원은 이에 대하여 심판하여야 하는 것이다. 그런데, 甲의 항소취하로 이자 2,000만 원 청구의 변경(확장)의 전제가 된 대여금 1억 원 청구의 항소심 소송계속이 소급적으로 소멸하였다. 청구의 변경 요건인 “사실심 계속 중이고 변론종결 전일 것”을 충족할 수 없게 된 것이다. 따라서 청구의

변경 대상인 2,000만 원의 이자 청구 부분은 소급적으로 소송계속 이 소멸하여 항소법원은 이에 대하여 심판할 수 없다. 이것은 청구 의 변경 요건을 충족하지 못해서 항소법원이 심판할 수 없게 된 것이지 항소이익이 없어서 심판할 수 없게 된 것은 아니다.

IV. 맺음말

당사자의 사적 분쟁을 공적으로 해결하는 절차가 민사소송 절차 이고, 민사소송 절차는 분쟁의 공정한 해결을 위하여 여러 심리원칙을 제시하고 있다. 그 중 가장 핵심적 원칙으로 처분권주의와 변론주의를 꼽을 수 있는바, 특히 처분권주의는 절차의 개시부터 심판의 대상, 절차의 종결에 이르기까지 민사소송 절차를 관통하는 대원칙이다. 항소심에서의 심판대상을 특정하거나 그 범위를 확정하는 데에도 처분권주의를 벗어날 수는 없다. 여기에 당사자의 항소권을 보장하기 위한 불이익변경금지 원칙도 적용된다. 그런데 항소심에서의 심판대상을 확정하고 이를 심판하는 데에는 크게 두 가지 문제가 있다. 첫째는, 소의 객관적 병합형태 중 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있어 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는 선택적·예비적 병합 청구인바, 지배적인 견해와 대법원은 선택적·예비적 병합형태에서는 변론의 분리나 일부판결이 허용되지 않는다고 하면서도 일정한 경우, 가령 주위적 청구 기각·예비적 청구 인용의 제1심 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 두 청구 모두 항소심으로 이심은 되나 그 심판대상은 오로지 항소로 불복한 예비적 청구만으로 한정함으로써, 이심대상과 심판대상을 분리시킨다. 필자는 민사소송에서 처분권주의와 불이익

변경금지 원칙도 매우 중요하지만, 사건의 공정한 해결을 위해서는 일정 범위에서 위 원칙이 물러날 필요가 있고, 그 대표적인 예가 선택적·예비적 병합형태에서 원칙적으로 이심대상과 심판대상을 일치시켜 판단하는 것이라고 생각한다. 둘째는, 항소심의 심판대상을 변경시키는 절차 중 항소취지의 확장 제도와 부대항소 제도가 있는바, 항소인과 피항소인에게 각각 인정되는 위 제도가 항소기간의 제한을 받지 않는다거나 또는 항소취지 확장이나 부대항소의 전제가 된, 원래의 청구들에 관한 항소각하나 항소취하에 의하여 항소심 소송계속이 부존재하거나 소급적으로 소멸하면, 이들 제도에 의하여 심판대상에 편입된 청구도 그 존립기반을 상실하여 별도의 심판을 받지 않는다는 점(제404조)⁸¹⁾ 등에서는 공통되나, 전자는 항

81) ‘항소취하’나 ‘항소각하’와 달리 ‘항소기각’의 경우에는 적어도 그 판결 선고시까지 사건이 항소심에 소송계속 중이므로, 항소취지의 확장 또는 청구의 변경(확장)신청에 의하여 확장된 청구는 적법하게 항소심에 계속된 것이고, 따라서 법원은 전자에 대하여는 항소심으로, 후자에 대하여는 제1심으로 심판하여야 한다(다만, 항소취지의 확장신청 후 법원이 종래 항소에 의하여 불복한 부분에 대하여 항소기각 판결을 선고할 경우 항소취지의 확장에 의하여 불복한 부분도 역시 항소이유가 없다면, 이를 나누어 전자에 대하여만 항소기각 판결을 선고하고, 후자에 대하여는 별도의 심판을 하지 않는다는 가정은 실무에 부합하지 않는다. 따라서 종래의 항소 부분에 대하여든 항소취지의 확장 부분에 대하여든 법원이 항소기각 판결을 선고할 때에는 한꺼번에 심판할 것이다). 대법원도 “원고 패소의 제1심 판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가하면 항소심이 종래의 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 경우에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로 판단하여야 한다. (중략) 원고의 청구가 제1심에서 기각된 후 원고가 항소하면서 예비적 청구를 추가한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 원심이 추가된 예비적 청구의 일부를 인용하는 경우에는 제1심 판결 중 인용하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고 그 인용금액의 지급을 명할 것이 아니라, 원고의 항소를 기각하고 새로이 추가된 예비적 청구에 따라 인용금액의 지급을 명하였어야 한다.”고 판시하였다(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다253297 판결). ; 한편, 항소심에서의 소의 교환적 변경의 경우에, 그 법적 성질에 관한 결함설(“신소제기 및 구소취하”)을 취하는 지배적인 견해와 대법원에 의하면, 먼저 소송계속 중인 구소에 신소를 병합하여 제기하고 이어서 구소를 취하하는 형태로 보는바, 교환적 변경의 전제가 된 구소의 취하에도 불

소이익을 요건으로 함에 반하여 후자는 이를 요건으로 하지 않는 점 등에서는 서로 다르다는 것도 확인하였다. 특히 이들 제도가 가지는 본질적인 한계 가령, 제1심에서의 소의 종류나 병합형태, 심판 순서 등의 변경은 소송중의 소에 해당하는 청구의 변경이나 반소 등의 제도 등을 통하지 않는 한 허용되지 않는다는 점도 확인할 수 있었다.

구하고, 이미 신소가 제기되어 소송계속 중인 상태에서 구소취하에 의하여 구소에 관한 소송계속만 소급적으로 소멸한다고 볼 것이므로, 법원은 구소의 취하에도 불구하고 신소에 대하여 제1심으로 판단하여야 한다. 대법원도 “항소심에서 청구의 교환적 변경이 적법하게 이루어지면, 청구의 교환적 변경에 따라 항소심의 심판대상이었던 제1심 판결이 실효되고 항소심의 심판대상은 새로운 청구로 바뀐다. 이러한 경우 항소심은 제1심 판결이 있음을 전제로 한 항소각하 판결을 할 수 없고, 사실상 제1심으로서 새로운 청구의 당부를 판단하여야 한다.”고 판시하였다(대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결).

참 고 문 헌

- 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(VI) 제8판, 한국사법행정학회, 2018.
- 법원실무제요 민사소송[Ⅱ], 박영사, 2017.
- 김준호, 민법강의 제26판, 법문사, 2020.
- 김홍엽, 민사소송법 제9판, 박영사, 2020.
- 이시운, 신민사소송법 제14판, 박영사, 2020
- 정동운·유병현·김경옥, 민사소송법 제7판, 법문사, 2019.
- 곽승구·범경철, “양립 가능한 청구의 예비적 병합 허용 여부”, 법학논집 제 24권 제3호, 이화여자대학교, 2020.
- 권혁재, “선택적 병합청구에 있어서의 일부승소판결”, 법조 제65권 제7호, 법조협회, 2016, 571면.
- 김상영, “예비적 병합과 항소심의 심판범위”, 법학연구 제57권 제1호, 부산 대학교 법학연구소, 2016.
- 김인호, “각 심급에서의 이심의 범위, 심판대상 및 청구의 확정시기”, 법조 통권553호, 법조협회, 2002.
- 황경남, “상소심의 심판범위와 불이익변경금지원칙과의 관계”, 민사재판의 제문제 제11권, 한국사법행정학회, 2002.
- 임병석, “항소심에서의 심판대상과 그 변경의 한계”, 법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 이기택, “선택적 병합과 예비적 병합의 구별”, 법률신문 제4273호, 2014.

<Abstract>

Subjects and Methods for Appellate Review

- With a Focus of Selective/Preliminary Consolidation -

Lim, byungseok*

Civil Procedure is a process through which parties publically resolve their private disputes, and as such, our Civil Procedure Law prescribes many principles to ensure fair resolution of such disputes. Among such principles, the Principle of Disposition based on adversarial system and the Principle of Party Representation are deemed essential. Specifically the Principle of Disposition is a principle to be honored throughout the entire procedure, and when the court conducts an appellate review, it must abide by this principle. Here, we also have the corollary principle of prohibition of judgment disadvantageous to non-prevailing party, in order to protect its right of appeal. However, there are two problems when an appellate court determines the subjects of an appeal and reviews the same.

First, among objective consolidation cases, some are preliminary consolidation cases where separation of representation or partial judgments are not feasible due to the claims are closely interwoven with each other in one case. Here, the Court and the prevailing view state that separation of representation or partial judgment is not permitted in selective or preliminary consolidation. However, they also state that, when only the defendant takes an appeal from the trial decision on the dismissal of supplemental claims or recognition of preliminary claim, only the preliminary claim, from which appeal has been taken, is subject to appellate review, thereby dividing subject for appeal and subject for review. The author of

* Associate Professor, Law School of Chonnam National University.

this paper confirms that, although the principle of adversarial disposition and the principle of prohibition against judgment disadvantageous to the non-prevailing party are important, these principles shall be from time to time qualified to ensure procedural fairness. An example would be joining the subject matters for appellate review in selective or preliminary consolidation cases.

Second, under the procedure to change the subject matter for appeal, enlargement of claims and addition of supplemental claims shall be treated differently. This is because the enlargement needs to satisfy the benefit of appeal requirement, yet the addition does not have to, while they are treated the same under Article 404 in that they are not subject to separate review, when the appeal will have retroactively become moot due to withdrawal of appeal or dismissal of appeal. Their inherent limitation is likewise confirmed in that the amendments to the kinds of claims or the type of consolidation, or the change of order of review are not allowed, unless there has been an amendment of causes of action or counterclaims.

Key Words : Selective Consolidation, Preliminary Consolidation, Principle of Disposition, Extention of the Intent of Appeal, Sub-Appeal

