



# 2023 법무사 민사소송법 해설

by 김춘환

## 강사 소개

부산대학교 법과대학 사법학과 졸업

부산대학교 일반대학원 법학과 석사과정(민사법 전공) 수료

중앙대학교 일반대학원 법학과 박사과정(Ph.D. 민사법 전공) 수료

前 月刊 考試界 기획위원

前 평생교육진흥원 학점은행 교강사(민법, 민사소송법)

前 중앙대학교 법학전문대학원 민사소송법 특강 강사, 광운대학교 법과대학, 성신여대 특강 강사

現 한국법제연구원 법령번역센터 전문가과정 강사(민법, 민소법)

現 차세대콘텐츠재산학회 이사(회장 이규호 중앙대학교 법학전문대학원 교수)

現 중앙법학회 이사

現 월비스 나무경영아카데미 민법 전임교수

現 월비스 한림법학원 공인노무사 민법, 민사소송법 전임교수

現 (주)변리사스쿨 변리사 민법, 민사소송법 전임교수

現 단국대학교 법과대학, 인천대학교 법학과 특강 강사

現 공단기 법원직 민사소송법 대표강사



# 2023 법무사 민사소송법 문제 및 해설

by 김춘환

## 【문 1】

[기본적 사실관계]

丙은 2022. 1. 1. 丁에게 1억 원을 변제기를 2022. 12. 31.까지로 정하여 대여하는 계약을 체결하면서, “대여금청구소송은 丁의 보통재판적 소재지 법원인 서울중앙지방법원의 관할로 한다”라고 계약서상 약정하였다(이하 “이 사건 계약”이라 한다).

위 기본적 사실관계를 토대로 아래 각 문항에 답하시오(아래 각 문항은 특별한 언급이 없는 한 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판례에 따름).

1. 丙은 2023. 1. 10. 자신의 보통재판적 소재지 법원인 서울남부지방법원에 丁을 상대로 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 丁은 이 사건 계약상 서울중앙지방법원에 전속적 관할 합의가 있다고 주장하면서 이송을 신청하였다. 丁의 주장이 타당한지 여부를 논하시오. (10점)

### I. 결론

丁의 주장은 타당하다.

### II. 이유

#### 1. 문제점

합의관할이란 법정관할과 다른 관할을 정하는 당사자 간의 합의에 의하여 정하여지는 관할로서 임의관할의 일종이다(제29조). 丁의 주장이 타당한지와 관련하여 먼저 丙과 丁의 합의가 제29조 합의관할의 요건을 충족하는지가 문제 되며, 충족된다면 ‘전속적’ 합의관할에 해당하는지가 문제가 된다.

#### 2. 합의관할에 해당하는지 여부

합의관할에 해당하려면 ① 소송능력이 있는 당사자의 간의 합의일 것 ② 제1심 관할법원의 임의관할에 관하여 할 것 ③ 일정한 법률관계에 기인한 소에 관한 합의일 것 ④ 서면에 의한 합의일 것 ⑤ 합의의 시기는 소제기 전후를 불문하고 ⑥ 관할법원이 특정되었을 것을 요한다. 사안에서는 ① 丙과 丁의 합의가 있고 ② 제1심 관할법원에 대한 것이고 ③ 대여금청구소송이라는 일정한 법률관계에 기인한 소에 관한 합의이고 ④ 계약서라는 서면에 의한 합의이고 ⑤ 소제기 전에 합의가 되었고 ⑥ 서울중앙지방법원이라는 관할법원이 특정되었으므로, 합의관할의 요건을 충족한다.

#### 3. 부가적 합의와 전속적 합의



## (1) 의의

법정관할 외에 1개 또는 수개의 법원을 부가하는 부가적 합의와 특정의 법원에만 관할권을 인정하고 그 밖의 법원의 관할을 배제하는 전속적 합의 두 가지가 있다.

## (2) 구별기준

양자는 현저한 손해를 이유로 재량이송이 가능한가 여부에서 차이가 있다. 당사자의 합의가 어떤 것인지는 당사자의 의사에 따를 것이지만 의사가 불분명한 경우에 문제가 된다. 원칙적으로는 석명을 하여야 하지만(제136조), 그에 따르지 않을 경우에 어떻게 볼 것인가가 문제 된다.

## 4. 전속적 합의관할에 해당하는지 여부

## (1) 判例

判例는 “당사자들이 법정 관할법원에 속하는 여러 관할법원 중 어느 하나를 관할법원으로 하기로 약정한 경우, 그와 같은 약정은 그 약정이 이루어진 국가 내에서 재판이 이루어질 경우를 예상하여 그 국가 내에서의 “전속적 관할법원을 정하는 취지의 합의”라고 해석된다(대판 2008.03.13. 2006다68209).”고 하여 통설의 입장에 있다(유병현).

## (2) 사안의 경우

丙과 丁은 丁의 보통재판적 소재지 법원인 서울중앙지방법원으로 관할합의를 하였으므로, 경합하는 법정관할법원 중 피고의 주소지를 관할하는 법원을 정한 것이 되어 전속적 합의를 한 것으로 보아야 한다(제2조, 제29조).

## 5. 丁 주장의 타당성

따라서 丁이 이 사건 계약상 서울중앙지방법원에 전속적 관할합의가 있다고 주장한 것은 타당하다.

2. 만약 丙이 대여금채권을 戊에게 양도하였고(채권양도의 효력에는 다툼이 없다), 戊가 丁을 상대로 양수금청구의 소를 제기하면서 戊의 보통재판적 소재지인 서울북부지방법원에 소를 제기하였다면, 이 경우 위 1문항의 결론이 달라지는지 및 그 이유를 논하시오. (10점)

## I. 결론

결론이 달라지지는 않는다.

## II. 이유

## 1. 문제점

관할의 합의가 일반승계인에게 미치는 것은 의문이 없으나, 특정승계인에게도 미치는지가 문제된다.

## 2. 소송물성질과의 관계



소송물을 이루는 권리관계가 채권인 경우에는 양수인도 변경된 내용의 권리를 양수받았다고 볼 수 있기 때문에 그 효력이 미친다고 할 것이나(민법 제451조 2항), 그 내용이 물건인 경우에는 물건법정주의(민법 제185조)와 등기부상 합의된 바를 공시할 수 없음을 고려할 때 합의에 구속된다고 할 수 없다(대결 1994.05.26. 94마536). 따라서 근저당권설정자와 근저당권자 사이의 관할합의의 효력이 근저당권설정자로부터 부동산을 양수한 자에게 미치는지 않는다<sup>1)</sup>.

### 3. 사안의 경우

지명채권양도의 대항요건 때문에 채무자 丁은 양도인 丙에 대한 사유로서 양수인 戊에게 대항할 수 있다(민법 제451조 2항). 따라서 丙과 丁은 서울중앙지방법원에 전속적 합의를 한 것이고, 이는 양수인 戊에게 승계가 된다. 그러므로 戊가 보통재판적 소재지인 서울북부지방법원에 소를 제기한 것은 부적법하여, 여전히 丁의 주장은 타당하므로, 결론이 달라지지 않는다.

1) 관할의 합의의 효력은 부동산에 관한 물권의 특정승계인에게는 미치지 않는다고 새겨야 할 것인바, 부동산 양수인이 근저당권 부담부의 소유권을 취득한 특정승계인에 불과하다면(근저당권 부담부의 부동산의 취득자가 그 근저당권의 채무자 또는 근저당권설정자의 지위를 당연히 승계한다고 볼 수는 없다), 근저당권설정자와 근저당권자 사이에 이루어진 관할합의의 효력은 부동산 양수인에게 미치지 않는다(대결 1994. 5. 26. 자 94마536).



## 【문 2】

## [기본적 사실관계]

2019. 4. 1. 甲은 길을 걷다 乙이 운전하는 차량에 의해 교통사고를 당하였다(이하 “이 사건 사고”라 한다). 이 사건 사고 당일 甲은 이 사건 사고로 인한 손해 및 가해자를 알았으며 이 점에 대하여는 甲과 乙 사이에 다툼이 없다. 2020. 4. 1. 甲은 乙을 상대로 전체 치료비 중 일부인 700만 원을 청구금액으로 하여 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였다(지연 손해금은 고려하지 아니함).

(아래 각 사안은 서로 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원 전원합의체 판결의 다수의견에 따름)

## 1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 소제기 당시 이 사건 사고로 인한 치료비 중 사고일로부터 2019. 12. 31.까지의 치료비인 700만 원만을 특정하여 우선 청구하고 그 다음날 이후부터의 치료비는 별도 소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보하였고, 2021. 4. 1. 현재 이 소송은 상고심에 계속 중이다. 2021. 4. 1. 甲은 乙을 상대로 2020. 1. 1. 이후의 치료비 1천300만 원을 별도로 청구하는 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였다. 甲의 2021. 4. 1. 소제기가 적법한지 여부에 대한 결론을 기재하고 그 이유를 설명하시오. (10점)

## I. 결론

甲의 2021. 4. 1. 소제기는 적법하다(제259조).

## II. 이유

## 1. 문제점 - 일부청구와 중복소송(제259조)

중복소제기의 금지는 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다는 것을 이른다(제259조). 이의 요건으로는 ① 당사자동일 ② 사건(소송물)의 동일 ③ 전소 계속 중의 후소제기가 있다. 사안에서는 ① 갑과 을로 당사자가 동일하며 ③ 전소가 상고심에 소송계속 중 후소가 제기가 되었으므로, 이의 요건은 충족한다. 문제는 2019. 12. 31.까지의 치료비인 700만 원만을 청구한 것은 일부청구이고, 이 경우 잔부청구인 2020. 1. 1. 이후의 치료비 1천300만 원과의 관계가 소송물이 동일한 것인지가 문제가 된다.

## 2. 일부청구의 소송물과 중복된 소제기의 금지

학설은 ① 일부청구임을 명시한 바 없어도 잔부와 관계에서 청구한 일부분만 소송물이 된다는 일부 청구긍정설, ② 이행기의 차이나 담보권이 설정여부 등으로 특정되어 있지 않는 한 전부청구가 소송물이 되는 것이며 일부청구는 단지 인용한도액을 확정된 것에 그친다는 일부 청구 부정설, ③ 원고가 일부청구임을 명시한 것이라면 그 일부만 소송물이 되지만 명시하지 않은 경우에는 전부의 청구가 소송물이 된다는 명시적 일부청구설(절충설)이 있다. 判例는 “전 소송에서 불법행위를 원인으로 치료비청구를 하면서 일부만을 특정하여 청구하고 그 이외



의 부분은 별도소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보한 때에는 그 전소송의 소송물은 그 청구한 일부의 치료비에 한정되는 것이고 전 소송에서 한 판결의 기판력은 유보한 나머지 부분의 치료비에까지는 미치지 아니한다 할 것이므로 전 소송의 계속 중에 동일한 불법행위를 원인으로 유보한 나머지 치료비청구를 별도소송으로 제기하였다 하더라도 중복제소에 해당하지 아니한다(대판 1985.04.09. 84다552).”고 하여 중복소송에서도 명시적 일부청구설의 입장이다.

### 3. 사안의 경우

甲은 소제기 당시 이 사건 사고로 인한 치료비 중 사고일로부터 2019. 12. 31.까지의 치료비인 700만 원만을 특정하여 우선 청구하고 그 다음날 이후부터의 치료비는 별도 소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보하였으므로, 전소의 소송물은 700만원에 한정된다. 따라서 나머지 치료비 청구인 2020. 1. 1. 이후의 치료비 1천300만 원을 별도로 청구하는 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기한 것은 소송물이 동일하지 아니하므로 적법하다.

## 2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 이 사건 사고로 인한 치료비를 손해배상으로 구하는 소장을 제출하면서 앞으로 시행될 법원의 신체감정결과에 따라 청구금액을 확장할 뜻을 명백히 표시하고 치료비 700만 원을 청구하였다가 2022. 5. 1. 기존의 청구금액 700만 원에 1천300만 원을 더하여 총 청구금액을 2천만 원으로 확장하였다. 乙은 민법 제766조가 불법행위로 인한 손해배상 청구권은 피해자가 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다고 규정하므로 확장된 부분의 손해배상 청구권은 이 사건 사고일로부터 3년이 지나 소멸시효가 완성되었다고 항변한다. 乙의 항변이 타당한지 여부에 대한 결론을 기재하고 그 이유를 설명하시오. (10점)

### I. 결론

乙은 항변은 타당하지 못하다(민법 제168조 1호, 제248조 1항, 제265조).

### II. 이유

#### 1. 청구와 시효중단의 본질(민법 제168조 1호, 제248조 1항, 제265조)

시효중단의 대상은 그 주장하는 권리관계인 소송물인 것이 원칙인데 소송에서 주장하는 공격방어방법도 이에 해당하는가이다. ① 학설의 전통적인 견해는 소제기에 의해 행사하는 시효의 대상은 소송물인 권리관계이지 공격방어방법은 이에 해당하지 않는다(권리확정설)고 하지만, ② 현재 통설의 입장은 소송에서 주장된 공격방어방법으로서의 권리관계라 할지라도 그것이 청구를 인용하거나 배척하기 위한 전제로서 주장되고 받아들여졌을 때에는 이들 관계에 대해서도 시효중단효를 인정해야 한다고 한다(권리행사설). 다만 사안의 경우는 일부청구가 소송물이므로, 700만원이 시효중단되는 것은 당연하나 나머지 1천300만원이 시



효가 중단되는지가 문제가 된다.

## 2. 일부청구와 시효중단

判例는 과거에는 명시여부를 불문하고 시효중단의 효력은 청구한 일부에만 미친다고 하다가(대판 1970.04.14. 69다597, 대판 1975.02.25. 74다1557 등), ① “한 개의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니한다.”고 하면서도, ② “비록 그중 일부만을 청구한 경우에도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 청구액을 소송물인 채권의 전부로 보아야 하고, 이러한 경우에는 그 채권의 동일성의 범위 내에서 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다고 해석함이 상당하다(대판 1992.04.10. 91다43695).”고 한다. 그리고 “청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구한 경우에도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석되는 경우에는 그 동일성의 범위 내에서 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생하고, 이러한 법리는 특정 불법행위로 인한 손해배상채권에 대한 지연손해금청구의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2001.09.28. 99다72521).”고 한다.

## 3. 사안의 경우

甲은 앞으로 시행될 법원의 신체감정결과에 따라 청구금액을 확장할 뜻을 명백히 표시하고 치료비 700만 원을 청구하였다가 2022. 5. 1. 기존의 청구금액 700만 원에 1천300만 원을 더하여 총 청구금액을 2천만 원으로 확장하였으므로, 이는 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석되어, 그 청구액을 소송물인 채권의 전부인 2천만 원으로 보아야 하고, 그 채권의 동일성의 범위 내에서 그 2천만 원 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다고 보아야 한다. 따라서 乙은 항변은 타당하지 못하다.

## 3. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 이 사건 사고로 인한 손해배상을 구하는 소장을 제출하면서 앞으로 시행될 법원의 신체감정결과에 따라 청구금액을 확장할 뜻을 명백히 표시하고 치료비 700만 원을 청구하였다가 소송이 종료될 때까지 청구금액을 확장하지 아니하였고, 법원은 2022. 4. 1. ‘피고는 원고에게 700만 원을 지급하라’는 甲의 청구를 전부인용하는 취지의 판결을 선고하였다. 위 판결은 2022. 5. 1. 확정되었다. 그 후 甲은 2022. 6. 1. 나머지 금액 1천300만 원을 지급하라는 후소를 제기하였는데, 후소에서 乙은 甲의 1천300만 원 채권은 사고일로부터 3년이 지나 이미 소멸시효가 완성되었다고 항변한다. 乙의 항변이 타당한지 여부에 대한 결론을 기재하고 그 이유를 설명하시오. (10점)

### I. 결론

乙의 항변은 타당하지 못하다(민법 제174조).



## II. 이유

1. 전소에서 부당이득금 중 일부만을 청구한 다음 후소에서 나머지를 청구하는 사건 하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하나, 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 해석되므로, 이러한 경우에는 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생한다. 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우에는 소송의 경과에 비추어 볼 때 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 볼 수 없으므로, 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니한다. 그러나 이와 같은 경우에도 소를 제기하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시한 채권자로서는 장래에 나머지 부분을 청구할 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 소송이 계속 중인 동안에는 나머지 부분에 대하여 권리를 행사하겠다는 의사가 표명되어 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되고 있는 것으로 보아야 하고, 채권자는 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다. 한편 대법원은, 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통해 이루어지는 소송고지로 인한 최고에 대하여는 당해 소송이 계속 중인 동안 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에 정한 조치를 취함으로써 소멸시효를 중단시킬 수 있다는 점을 밝혀 왔다<sup>2)</sup>(대판 2020.02.06. 2019다223723).

## 2. 최고의 의미

최고는 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 화해를 위한 소환, 임의출석, 압류 또는 가압류, 가처분을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다(제174조). 최고라 함은 권리자가 의무자에게 의무의 이행을 청구하는 의사의 통지이며, 아무런 형식을 필요로 하지 않는 재판 외 행위이다(통설). 최고는 넓게 해석하여야 하므로, 일부의 청구나 일부의 상계가 있는 경우에도 이를 전부에 대한 최고로 보아야 한다(통설).

## 3. 사안의 경우

1천 300만원을 확장하지 아니하였으므로, 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력은 발생하지 아니한다. 그러나 당해 소송이 계속 중인 동안에는 나머지 부분에 대하여 권리를 행사하겠다는 의사가 표명되어 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되고 있는 것으로 보아야 하고, 채권자는 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다. 따라서 당해 소송이 종료된 2022.5.1.부터 6개월 이내인 2022.6.1.에 1천300만원을 지급하라는 후소를 제기하였으므로, 이 부분도 시효가 중단되었다. 따라서 乙의 甲의 1천300만 원 채권은 사고일로부터 3년이 지나 이미 소멸시효가 완성되었다는 항변은 타당하지 못하다.





#### 4. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 이 사건 사고로 인한 손해배상을 구하는 소장을 제출하면서 우선 전체 치료비 중 일부인 700만 원을 청구금액으로 하지만 후에 추가로 치료비 청구를 할 수 있다는 취지를 기재하였다. 법원은 심리 결과 이 사건 사고로 인한 甲의 전체 치료비는 2천만 원인데 甲에게도 스마트폰을 보며 차로와 인도를 왔다갔다 걷는 등 과실이 있고 그 과실비율은 20%임을 인정하였다. 이 경우 법원은 甲의 청구금액 중 얼마를 인용할 수 있는지에 대한 결론을 기재하고 그 이유를 설명하시오. (10점)

#### I. 결론

법원은 甲의 청구금액 700만원을 전부 인용할 수 있다(제203조, 민법 제396조, 제763조).

#### II. 이유

##### 1. 문제점

민법상 과실상계 제도는 채권자가 신의칙상 요구되는 주의를 다하지 아니한 경우 공평의 원칙에 따라 손해배상액을 산정함에 있어서 채권자의 그와 같은 부주의를 참작하게 하려는 것이므로 사회통념상 혹은 신의성실의 원칙상 단순한 부주의라도 그로 말미암아 손해가 발생하거나 확대된 원인을 이루었다면 채권자에게 과실이 있는 것으로 보아 과실상계를 할 수 있다(대판 2000.06.13. 98다35389, 민법 제396조, 제763조). 일부청구한 700만원에서 과실상계를 해야 하는지, 전부인 2천만원에서 과실상계를 해야 하는지 논란이 있다.

##### 2. 학설

학설은 우선 전부청구액을 산정하여 그로부터 과실상계를 하고 난 뒤에 남은 잔액이 일부청구액을 초과한 때에는 일부청구의 한도 내에서 인용할 것이고 그 잔액이 청구액에 미달하면 잔액대로 인용하여야 한다는 외측설, 전부청구액에서 과실상계를 할 것이 아니라 현실적으로 청구한 일부청구액 자체에서 과실상계를 하여야 한다는 안분설, 후일 잔액청구가 행해지는 것을 전제로 하여, 잔부청구부분에 대해 과실상계가 행해지지 않을 가능성이 있으므로, 청구액이 과실상계액을 넘지 않는 한 청구는 인용되지 않는다는 내측설<sup>3)</sup>이 있다.

##### 3. 判 例

判例는 “잔액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고, 그 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석하는 것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사라 할 것이고, 이에 따라 원고의 청구를 인

2) ㉠ 선행소송의 소장에 ‘일부청구’라는 제목 하에 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하면서 우선 2,000,000원 및 이에 대한 지연손해금만을 청구하였으나, 선행소송이 종료될 때까지 청구금액을 확장하지 아니한 이상 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니하고, 선행소송이 종료된 때로부터 6월이 지난 이후에야 나머지 부분의 지급을 구하는 이 사건 소송을 제기한 이상 나머지 부분에 대하여는 소멸시효가 완성되었다고 본 원심의 판단을 수긍한 사례



용하였다고 하여도 처분권주의에 위반되는 것은 아니다(대판 1976.06.22. 75다819).”라고 판시하여 일관해서 외측설을 따르고 있다.

#### 4. 일부청구임을 명시한 경우

사안과 같이 일부청구임을 명시한 경우 ① 일부청구라도 채권전부에 대해 심리하는 것이 통상적이고, 당사자는 자신의 과실을 자인하여 일부청구를 하는 경우가 보통이라는 점에서 일응 외측설이 타당하다. 다만 명시적으로 일부청구를 하여 잔부를 유보하여 둔 경우까지 외측설을 관철함은 무리라는 견해가 있다(이시윤, 호문혁). 이에 대해서는 ② 명시적 일부청구라도 과실을 고려하려 일부청구를 하는 경우가 얼마든지 있을 수 있으며, 잔부를 유보하여 둔 경우라도 반드시 청구를 한다는 것을 보장할 수는 없으므로 과실상계 등을 전체적으로 하는 것이 바람직하며, 명시적 일부청구를 하더라도 과실상계를 고려하여 전소에서 청구취지를 확장할 수 있는 점 등을 고려하면 명시적 일부청구의 경우에도 외측설을 취하는 판례의 태도가 타당하다는 견해도 유력하다(김홍엽, 제8판, 406면).

#### 5. 사안의 경우

명시적 일부청구라도 외측설을 따르는 判例에 따라서 전부청구액인 2천만원에서 과실상계를 하면 1천600만원이 된다( $2\text{천만원} \times (1 - 0.2) = 1\text{천}600\text{만원}$ ). 이는 실제 청구액인 700만원을 초과하므로, 700만원 청구의 전액을 인용할 수 있다. 다만 명시적 일부청구이므로 안분설이 타당하다는 견해에 의하면 실제 청구액인 700만원에서 과실상계를 하여야 하므로, 560만원을 인용할 수 있다( $700\text{만원} \times (1 - 0.2) = 560\text{만원}$ ).

#### 5. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 乙을 상대로 전체 치료비 중 일부라는 취지를 밝히지 않고서 700만 원을 청구금액으로 하여 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였고, 2021. 4. 1. 법원은 ‘피고는 원고에게 700만 원을 지급하라’는 甲의 청구를 전부인용하는 취지의 판결을 선고하였다. 판결을 송달받은 甲은 그로부터 2주 이내에 전체 치료비는 2천만 원이라고 주장하며 항소를 제기함과 동시에 청구취지를 기존의 청구금액 700만 원에 1천300만 원을 더하여 총 청구금액 2천만 원의 지급을 구하는 것으로 확장하였다. 甲의 항소가 적법한지 여부에 대한 결론을 기재하고 그 이유를 설명하시오. (10점)

#### I. 결론

甲의 항소는 적법하다.

#### II. 이유

- 3) 본래 내측설은 우리나라에서는 잘 논의되지 않는 이론이다. 이는 이 학설이 주장하는 바와 같이 후소에서 반드시 과실상계를 하지 않게 된다는 보장이 없을 뿐만 아니라, 과실상계의 방법을 제시해 주는 데 공헌하는 학설이 아니기 때문이다. 따라서 논의의 실익이 큰 이론은 아니라고 할 수 있으나, 후소와의 관련성을 미리 고려하여야 한다는 점을 지적하는 것은 의미가 있다고 할 수 있다(민사소송법 교수사례집, 고시계사, 269면).



### 1. 항소의 의의

항소라 함은 지방법원이나 시·군 법원의 단독판사 또는 지방법원 합의부가 한 제1심의 종국판결에 대하여 다시 유리한 판결을 구하기 위하여 그 직근의 상급법원에 하는 불복신청이다(제390조). 불복신청의 이유에 대해서는 제한이 없기 때문에 사실인정의 부당 뿐만 아니라 법령위반도 항소이유로 된다. 상고, 항고와 함께 상소의 한 종류이다.

### 2. 청구취지확장의 법적 성질

청구의 원인에 변경이 없음을 근거로 또는 이행명령의 상한의 변동에 지나지 않음을 이유로 소의 변경이 아니라는 견해(일부청구부인설)도 있으나, 일부청구에서 전부청구로 확장될 때에는 소송물의 변동이 생기므로, 소의 추가적 변경으로 볼 것이다(제262조, 통설, 判例). 따라서 사안 같이 700만원에서 1천300만 원을 더하여 총 청구금액 2천만 원의 지급을 구하는 것으로 확장하는 경우에는 1천300만 원 부분은 소의 추가적 변경에 해당하고 이는 항소심에서 이루어졌으므로, 항소가 되어 항소의 이익이 필요하게 된다.

### 3. 상소의 적법요건 - 상소의 이익(원칙 및 예외)

#### (1) 항소요건

항소요건이라 함은 당사자가 한 항소를 적법한 것으로 보아 법원이 본안심리를 하는데 필요한 조건을 말한다. 항소요건 가운데 어느 하나라도 흠결된 때에는 항소를 부적법각하하여야 한다. 항소요건으로는 ① 불복하는 판결이 항소할 수 있는 판결일 것(항소의 대상적격), ② 항소제기의 방식이 적식이고 항소기간이 준수되었을 것, ③ 항소의 당사자적격이 있을 것, ④ 항소의 이익이 있을 것, ⑤ 항소인이 항소권을 포기하지 않았거나 혹은 당사자간에 불항소의 합의가 없을 것 등이 있다. 특히 사안에서는 항소의 이익이 문제가 된다.

#### (2) 항소(상소)의 이익

상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로 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(대판 2022. 06. 30. 2018두289). 이를 형식적 불복설이라고 한다. 따라서 전부승소한 원고가 청구의 변경 또는 청구취지의 확장을 위하여 상소하거나 전부승소한 피고가 반소를 위하여 상소하는 것도 허용되지 않는다(부대항소는 가능). 그러나 예외적으로 기판력을 받게 되므로 후소가 금지되는 경우에는 청구의 변경 또는 청구취지의 확장을 위하여 상소하는 것이 허용된다. 예를 들어 잔부를 유보하지 않은 묵시적 일부청구의 경우가 이에 해당한다. 뒤에서 별소가 금지되는 청구에 관한 이익의 소에서 전부승소한 원고가 다른 이익사유를 추가하기 위한 경우도 같다(예외를 인정하는 형식적 불복설4).

### 4. 判例 - 묵시적 일부청구의 경우

판례도 “상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소를 허용하지 아니하는 것이 원칙이고, 재판이 항소인에게 불이익한 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단해야 하며, 다만



가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에까지 미치는 것이어서 별도로써 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없는 것이므로, 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다면 나머지 부분을 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 된다 할 것이고, 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다고 할 것이다(대판 1997.10.24. 96다12276; 대판 2010.11.11. 2010두14534).”고 본다.

#### 5. 사안의 경우

甲은 치료비 700만원을 청구하여 이 청구가 전부인용되었으므로, 원칙적으로는 항소의 이익이 없다. 그러나 甲은 乙을 상대로 전체 치료비 중 일부라는 취지를 밝히지 않고서 700만 원을 청구금액으로 하여 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기한 것이므로, 甲의 항소를 각하면 원판결이 확정되어 기판력이 나머지 1천300만원 부분에도 미치게 되어, 나머지 청구를 소구할 기회를 상실하게 된다. 그러므로 이런 경우에는 형식적 불복설의 예외를 인정하여 甲의 항소의 이익을 인정, 甲이 항소하여 항소심에서 청구취지를 확장할 수 있게 해 주어야 한다. 따라서 甲의 항소는 적법하다.

4) 사실 이 부분이 명시적 일부청구설이 비판 받는 부분이다. 만약 일부청구긍정설을 취한다면 이러한 예외를 인정할 필요가 없게 된다(호문혁).