

## 관할위반을 이유로 한 이송결정과 이에 대한 즉시항고 및 재항고\*

- 대법원 2018. 1. 19.자 2017마1332 결정을 중심으로 -

한양대학교 법학전문대학원 교수 韓忠洙

### ■ 논문요약 ■

대법원은 당사자에게 관할위반에 따른 이송신청권(법 제34조 제1항)이 없다는 것을 근거로 법 제39조가 규정하는 이송결정과 이송신청기각결정을 제한적으로 해석하고 있다. 특히 이 사건 결정은 제1심 법원의 관할위반에 따른 이송결정을 항고법원이 취소하는 경우조차 이송신청기각결정에 해당하는 것으로 파악해서 더 이상의 불복을 불허하는 모순을 범하고 있어 더욱더욱 문제가 된다. 우선, 법 제34조 제1항의 규정 내용과 연혁 그리고 비교법적인 검토를 통해볼 때 관할위반에 따른 이송신청권은 당사자에게 부여되지 않은 것으로 판단된다. 따라서 법원은 당사자의 관할위반에 따른 이송신청에 대해 그 이유가 없다고 판단되면 명시적인 별도의 재판할 필요는 없으며 관할위반을 이유로 하는 본안전 항변에 대한 판단의 형식으로 판결 이유 등에서 실시해 주는 것으로 족하다. 그러나 법원이 관할위반을 이유로 한 당사자의 이송신청에 대해 결정의 형태로 기각한다면 실질적으로는 중간적인 재판의 성격이지만 형식적으로는 결정에 의한 절차이므로 이에 대한 불복절차를 밝아주는 것으로 충분하다. 당사자에게 이송신청권은 없지만 법원의 명시적인 재판을 통해 적법한 관할권을 가진 법원을 찾아가는 것을 막을 이유는 없을 것이다. 한편, 법원이 직권으로 이송결정을 하게 된다면 법 제39조에 따라 당사자는 즉시항고를 할 수 있으며 나아가 항고법원이 동 이송결정을 취소하더라도

\* 본 연구는 한양대학교 교내일반연구사업(과제번호 201700000003098)에 따른 결과 물임을 밝혀둔다.

이는 이송신청을 기각한 결정이 아니라 항고법원의 취소결정에 해당하므로 재항고가 있게 되면 이에 대한 당부를 판단하면 충분하다. 따라서 이 사건 결정은 법 제39조를 오해하여 이송결정에 대한 당사자의 정당한 재항고권을 침해하고 있다.

**[주제어]** 관할위반에 따른 이송신청, 이송결정과 이송신청기각결정, 즉시항고 transfer order, violation of jurisdiction, immediate miscellaneous appeal and re-appeal

■ 목 차 ■

<p>I. 결정의 개요</p> <p>1. 사건의 개요</p> <p>2. 이 사건 대법원 결정의 요지와 의미</p> <p>II. 판례 해설과 평석</p>	<p>1. 관할위반에 따른 이송절차의 특수성</p> <p>2. 관할위반에 따른 이송신청권 유무</p> <p>3. 이송신청권 없는 자의 불복과 문제점</p> <p>4. 결론</p>
--	---

\* 논문접수: 2018. 10. 3. \* 심사개시: 2018. 10. 10. \* 게재확정: 2018. 10. 25.

## I. 결정의 개요

■ 결정요지 ■

수소법원의 재판관할권 유무는 법원의 직권조사사항으로서 법원이 그 관할에 속하지 아니함을 인정할 때에는 민사소송법 제34조 제1항에 의하여 직권으로 이송결정을 하는 것이고, 소송당사자에게 관할위반을 이유로 하는 이송신청권이 있는 것은 아니다. 따라서 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없다. 한편 법원이 당사자의 신청에 따른 직권발동으로 이송결정을 한 경우에는 즉시항고가 허용되지만(민사소송법 제39조), 위와 같이 당사자에게 이송신청권이 인정되지 않는 이상 항고심에서 당초의 이송결정이 취소되었다 하더라도 이에 대한 신청인의 재항고는 허용되지 않는다.

제1심결정 수원지방법원 안양지원 2017. 6. 14. 2017가소4517 결정  
항고심결정 수원지방법원 2017. 9. 14. 2017라715 결정

## 1. 사건의 개요

(1) 경기도 안양에 주소지를 두고 있는 채권자 A회사는 경남 창원 소재 모텔을 경영하는 소외인과 TV 서비스계약을 체결하였는데 이는 A회사가 소외인에게 영상을 제공함은 물론 수신 대여장비 등을 빌려준 후 이용료를 지급받기로 한 계약이다. 한편, 동 계약 제12조는 “이 사건 계약과 관련하여 발생한 일체의 분쟁에 대해서는 소외인의 관할법원을 통해서 해결한다.”라고 정하고 있다. 채무자 B는 2016. 8.경 소외인으로부터 이 사건 모텔 건물 및 부속 시설 등 일체를 인수받았는데, 채권자 A는 2017. 1.경부터 채무자 B에 대하여 수차례 무단사용료 납부 및 수신장비의 반환 등을 요구하였으나 채무자 B가 이를 거절하였다. 이에 채권자 A는 채무자 B를 상대로 대여한 장비의 반환과 미납한 수신요금의 반환을 구하는 소를 수원지방법원 안양지원(이하 ‘안양지원’이라 한다)에 제기하였다.

(2) 채무자 B는 채권자 A와 소외인간의 관할합의를 근거로 합의된 법원인 창원지방법원 마산지원(이하 ‘마산지원’이라 한다)으로의 이송을 신청하였는데 제1심 법원인 안양지원은 이 사건 소가 안양지원의 관할에 속하지 아니하고 마산지원에 관할이 인정된다는 이유로 민사소송법(이하 ‘법’이라 한다) 제34조 제1항에 의하여 이 사건 소를 마산지원으로 이송하는 결정을 하였다. 채권자 A와 소외인간의 관할합의의 효력이 채무자 B에게도 미치는 것으로 판단한 것이다.

(3) 채권자 A는 제1심 법원의 위 이송결정에 대해 즉시항고를 제기하였는데 이 사건 본안의 소는 채무자 B가 소외인으로부터 이 사건 모텔을 인수하면서 채권자 A의 동의 없이 수신장비 등까지 소외인으로부터 인수받아 무단으로 점유·사용하고 있음을 이유로 한 부당이득반환청구의 성격을 갖고 있다는 점을 강조하였다. 따라서 비록 이 사건 계약에서 소외인의 주소지 관할법원인 마산지원을 통해 분쟁을 해결하기로 하는 취지의 관할합의가 있었다고 하더라도 위 관할합의는 이 사건 소에 적용될 여지가 없고, 나아가 법 제8조에 의하여 채권자 A의 주소지인 안양지원에도 관할이 인정되므로 이 사건 본안의 소가 안양지원의 관할에 속하지 아니한다고 본 제1심 결정은 위법하다고 주장하였다. 항고심 법원인 수원지방법원은 이러한 즉시항고를 받아들여 제1심 법원인 안양지원의 이송결정을 취소하였고 제1심 결정을 취소한 항고심법원의 위 결정에 대해 채무자 B는 재항고를 제기하였다.

## 2. 이 사건 대법원 결정의 요지와 의미

### 가. 요 지

대법원은 이 사건 결정에서 1993. 12. 6. 93마524 전원합의체 결정(이하 '93마524결정'이라 한다)을 거시하면서 채무자 B의 이송신청권이 없음을 재확인하고 있다. 나아가 법원이 당사자의 신청에 따른 직권발동으로 이송결정을 한 경우에는 즉시항고가 허용되지만(법 제39조), 당사자에게 이송신청권이 인정되지 않는 이상 항고심에서 당초의 이송결정이 취소되었다 하더라도 이에 대한 신청인의 재항고는 허용되지 않으므로 각하되어야 한다고 판시하였다.

## 나. 의 미

이 사건 결정과 93마524결정은 유사하지만 후자가 제1심 법원의 이송신청 기각결정에 대한 즉시항고가 대상인 반면 전자인 이 사건 결정은 제1심 법원의 이송결정이 대상이 된 것이라는 점에서 뚜렷한 차별점이 있다. 대법원은 이 사건 결정에서 1차적으로 이송결정에 대한 즉시항고는 적법한 것으로 보았으나 제1심 법원의 이송결정을 취소하는 항고법원의 결정에 대한 재항고는 부적법한 것으로 보았다. 대법원이 항고법원의 취소결정을 법 제39조가 규정하는 이송신청에 대한 기각결정으로 취급한 것인지 여부는 판시이유에 나타나 있지 않아 분명치 않다. 종래 학설상으로는 법 제39조가 규정하는 (관할위반을 이유로 한) 이송결정에 대해서는 즉시항고가 허용되는 것으로 보는 것이 일반적이었고 이 사건 결정 역시 일차적으로는 동일한 입장을 취하고 있다. 하지만 이 사건 결정은 제1심 법원의 이송결정에 대해 항고법원이 취소하는 결정을 한 경우에는 당사자의 이송신청권이 인정되지 않는다는 이유로 더 이상 재항고는 불가능한 것으로 제한하고 있어 그 논거와 타당성에 대해 검토할 필요가 있다.

## II. 판례 해설과 평석

### 1. 관할위반에 따른 이송절차의 특수성

법원의 이송결정과 이송신청기각결정에 대해서는 즉시항고가 가능하다(법 제39조). 이송은 관할위반(법 제34조 제1항), 재량에 따른 이송(법 제34조 제2항, 제3항) 외에 손해나 지연을 피하기 위한 이송(법 제35조), 지식재산권 등에 관한 소송의 이송(법 제36조), 반소에

의한 이송(법 제269조) 등이 인정된다. 그런데 관할위반에 따른 이송을 규정하는 법 제34조 제1항은 다른 이송절차와 달리 ‘당사자의 신청’에 따른 결정으로 이송할 수 있다는 명시적인 문구가 없어 이송신청권 인정 여부가 오래 전부터 논의되어 왔으며 이로 인해 이송을 둘러싼 불복절차에 대해서도 견해가 대립되어 왔다. 특히 관할위반에 따른 이송신청권 유무에 대한 논의도 필요하지만 당사자에게 이송신청권이 없는 것을 전제하더라도 법원의 이송재판에 대한 불복절차 자체에 대해서도 다시금 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 법 제39조에서는 당사자의 이송신청권 유무에 대한 언급 없이 단지 이송결정과 이송신청 기각결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다고만 규정하고 있어 불복을 함에 있어 이송신청권의 존재가 반드시 필요한 것인가 여부가 문제될 수 있기 때문이다. 논의의 편의를 위해 이송신청기각 결정과 이송결정으로 나누어 살펴보고자 한다.

#### 가. 이송신청기각결정을 둘러싼 문제

93마524 결정의 다수의견에서 대법원은 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없는 것이므로 법원은 이 이송신청에 대하여는 답변을 위한 재판을 할 필요가 없다고 판시하였다. 아울러 법원이 이 이송신청을 거부하는 재판을 하였다고 하여도 즉시항고가 허용될 수 없으므로 항고심에서는 이를 각하하여야 한다고 실시하였다. 나아가 항고심이 항고이유의 당부에 관한 판단을 하여 기각하는 결정을 하였다고 하여도 이 항고기각결정은 항고인에게 불이익을 주는 것이 아니므로 이 항고법원 결정에 대하여 재항고를 할 아무런 이익이 없는 것이어서 이에 대한 재항고 역시 부적법한 것이라고 판시하였다. 관

할위반의 항변을 통한 이송신청이 부당한 경우 법원은 재판을 통해 답변을 하지 않아야 하지만 재판을 통해 답변을 한 경우에도 항고심 법원이 이를 각하하여야 하고 또다시 항고법원이 이를 각하하지 않고 심리판단 과정을 거쳐 기각결정을 하더라도 재항고 자체가 부적법하다고 본 것이다. 당사자에게는 관할위반에 따른 이송신청권이 없으므로 법원이 이송신청에 대한 답변을 위한 재판을 계속하더라도 당사자의 불복은 허용될 수 없어 부적법하다는 논지였다.

#### 나. 이송결정을 둘러싼 문제와 이 사건 결정

이 사건 결정은 93마524결정의 다수의견과 마찬가지로 당사자에게 관할위반에 따른 이송신청권이 없다는 기본 전제에서 출발한다. 그러나 이 사건 결정에서는 93마524결정과 달리 제1심 법원이 이송결정을 하였다는 점에서 차이가 있다. 따라서 법 제39조에 따라 일단 당사자(이송신청을 한 당사자의 상대방)의 즉시항고 자체는 적법하다고 보고 있다. 그런데 항고법원이 제1심 법원의 이송결정을 취소하는 결정을 하게 되자 최초 제1심에서 이송신청을 하였던 당사자가 이에 불복하여 재항고를 하게 된 상황에서 대법원은 당사자에게 이송신청권이 인정되지 않는 이상 항고심에서 당초의 이송결정이 취소되었다 하더라도 이에 대한 재항고는 허용되지 않는다는 결론에 이르고 있다.

#### 다. 문제 제기

(1) 결국, 모든 문제의 시작은 당사자가 관할위반에 따른 이송신청권을 갖고 있지 않다는 판례 해석에서 비롯된다. 법 제34조 제1항과 당사자의 신청권을 명시적으로 규정하고 있는 법 제34조 제2항과 3항, 그리고 제35조, 제36조 등을 비교해보면 차이는 분명하게 드러나

게 된다. 그럼에도 불구하고 학설 중에는 이송신청권의 존부에 대해 이견을 제시하는 견해가 적지 않다.

(2) 나아가 판례의 견해와 같이 당사자에게 관할위반에 따른 이송신청권이 인정되지 않는다는 것을 전제하더라도 현실적으로 선고된 법원의 재판에 대한 불복절차의 측면에서 과연 이송신청권 유무에 따라 즉시항고, 재항고 등이 부적법한 것으로 취급되어야 하는 것인지는 매우 의문이다. 아래에서는 우선, 이송신청권 유무에 대해 살펴보고 이 사건 대법원 결정의 당부를 판단해 보고자 한다.

## 2. 관할위반에 따른 이송신청권 유무

### 가. 법 제34조 제1항의 문구에 따른 해석

#### (1) 판례와 실무

대법원은 소송의 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 이송한다라는 법 제34조 제1항의 문구에 기초하여 관할위반을 이유로 한 이송신청권을 인정하고 있지 않으며 따라서 이러한 이송신청에 대한 답변을 위한 별도의 재판이 필요하지 않다는 견해를 오래 전부터 피력해 왔다.<sup>1)</sup> 설사 법원이 이러한 이송신청권 없는 이송신청에 대해 명시적인 재판을 통해 이송신청을 기각하거나 각하하더라도 이에 대한 불복은 불가능하며<sup>2)</sup> 특별항고도 할 수 없다<sup>3)</sup>는 것이 판례의 확고한 입장이다.

1) 大決 1970. 1. 21. 69마1191; 김상준, 「주석민소 §34」, 260면.

2) 大決(全) 1993. 12. 6. 93마524.

3) 大決 1985. 4. 30 84ㄱ24; 大決 1996. 1. 12. 95ㄱ59.



## (2) 학계의 동향

### (가) 이송신청권 긍정설

법 제39조에 따라 이송결정과 이송신청기각결정에 대한 즉시항고를 논함에 있어 기각결정에 대한 당사자의 이송신청권을 인정하지 않는 실무의 입장에 대해 의문을 제기하면서 관할권 있는 법원에서 재판을 받을 피고의 이익 보호 필요성, 상급심에서는 관할위반의 항변을 할 수 없는 점(법 제411조), 관할위반이 아닌 다른 원인에 의한 이송에 있어서는 이송신청권이 인정되는 것과의 균형을 고려하여야 한다는 점 등을 고려할 때 당사자에게 이송신청권을 인정해 주는 것이 타당하다는 견해이다.<sup>4)</sup>

### (나) 이송신청권 부정설

관할위반의 항변을 하는 것 자체로서 당사자에 대한 보호는 충분하고 이에 대한 불복신청권을 부여하는 경우에 빚어지는 재판지연의 불이익을 고려한다면 관할위반에 따른 이송신청권을 인정하지 않는 것이 타당하다는 입장이다.<sup>5)</sup> 아울러 이송신청권을 인정하지 않음에 따라 관할권 없는 법원에서 재판을 받는 상황을 고칠 기회가 없을 수 있으나 이송결정이 잘못되어 관할권없는 법원에 이송을 하더라도 수이송법원은 이송결정에 기속될 수 밖에 없다는 법리(법 제38조)에 비추어 감수할 수밖에 없다고 한다.<sup>6)</sup>

4) 이시윤, 「신민사소송법(12판)」, 126면. 이러한 입장을 지지하는 견해들이 적지 않다. 김홍규/강태원, 「민사소송법(2판)」, 124~125면; 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법(6판)」, 168면; 김학기, 「민사소송법」, (2015), 72면; 정영환, 「민사소송법」, 185면. 박재완, 「민사소송법」, 42면은 관례의 해석이 조문상으로는 타당하지만 이송신청권을 부인하는 것은 지나치게 엄격한 입장이라고 지적한다.

5) 송상현/박익환, 「민사소송법(신정 7판)」, (2014), 115면; 호문혁, 「민사소송법(12판)」, 200~201면; 김용진, 「Advocate 민사소송법」, (2016), 88면.

## 나. 비교법적인 고찰

### (1) 독일의 상황

독일에서도 관할 위반에 따른 이송은 다소 가볍게 취급되고 있다. 우선, 피고의 관할위반의 주장이 없으면 관할권없는 제1심 법원에도 변론관할이 발생하는 점은 우리와 다르지 않다(Zivil Prozess Ordnung §39, 이하 ZPO라 한다). 관할위반의 신청이나 주장은 법원사무과 서기관의 면전에서 하는 것이 가능한데(ZPO 281②) 이 경우에는 변호사 강제주의가 적용되지 않음으로써 당사자 본인이 스스로 할 수 있다(ZPO §78③). 아울러 이송은 결정에 의하므로 기본적으로 변론 없이도 가능한데(ZPO §128④) 법원의 결정에 대해서는 불복이 허용되지 않으며 수이송법원을 기속한다(ZPO §281②). 더구나 그러한 이송결정이 명백히 잘못된 경우에도 그 효력은 부인되지 않는다.<sup>7)</sup> 다만, 예외적으로 결정절차에 법적청문이 보장되지 않았거나,<sup>8)</sup> 혹은 이송결정의 법적 근거가 전혀 없고 나아가 법원의 판단을 더 이상 따를 수 없을 정도로 이송결정이 자의적인 판단에 근거한 것이라면<sup>9)</sup> 구속력은 발생하지 않게 되어 이송결정은 취소가능하다.<sup>10)</sup>

### (2) 일본의 상황

① 일본은 원래 독일과 마찬가지로 이송과 관련된 불복을 허용하지 않았다. 그러나 1926년 민사소송법 개정을 통해 이송결정에 대해서만 불복을 허용하는 취지의 개정을 하였다. 이송결정은 당사자의

6) 호문혁, 위의 책, 201면; 김홍엽, 「민사소송법(7판)」, 99면.

7) BGHZ 102, 338,340f; BGH NJW 2006, 383.

8) BGH NWJ-RR 1990, 1282.

9) BGH NJW-RR 2006, 847~848.

10) Jauernig/ Hess, Zivilprozessrecht(30 Aufl., 2011), §12 III. Rn. 6.

이해관계에 중대한 영향을 미친다는 이유에서 비롯된 것이다.<sup>11)</sup> 그 후 1948년 민사소송법 개정을 통해 이송신청을 각하한 결정에 대해서도 불복을 허용하는 규정을 두게 되었다.<sup>12)</sup> 당사자의 신청을 신중하게 취급해서 당사자의 이익보호를 보다 두텁게 하기 위한 취지였음이 당시의 개정이유서에 담겨 있다고 한다.<sup>13)</sup>

② 현재 우리 민사소송법 제34조 제1항의 문구는 1996년 개정 전 일본 민사소송법 제30조 제1항과 동일하다. 일본 역시 재량이송이나 손해나 지연을 피하기 위한 이송(개정 전 일본 민사소송법 31조)의 경우는 당사자의 신청에 의한 이송을 규정한 반면 관할위반의 경우에는 신청에 의한 이송을 규정하지 않아 다수의 판례와 학설은 당사자의 이송신청권을 인정하지 않았고 따라서 이송신청을 각하한 결정에 대해서는 즉시항고를 허용하지 않았다.<sup>14)</sup> 그러나 즉시항고가 가능하다고 판시한 판례도 없지는 않았는데 관할위반을 이유로 한 이송신청에 대한 재판에 잘못이 있는 한 그 시정을 위해 불복이 허용되어야 한다는 입장이었다.<sup>15)</sup>

③ 일본에서는 시간이 흐름에 따라 항소심에서는 임의관할 위반을

11) 中森 宏, 註釋民事訴訟法(1), 301面.

12) 中森 宏, 前掲書, 301~302面 참조.

13) 中森 宏, 前掲書, 302面.

14) 花村治郎, 註釋民事訴訟法(1), 282~283面 참조. 관할위반을 이유로 한 이송결정에 대해서는 이러한 이송신청권 유무를 통해 즉시항고가 가능한지 여부가 논의되지는 않았다. 당사자의 신청 유무에 불구하고 이송결정은 법원의 직권에 기한 것으로 취급될 수 있기 때문일 것이다.

15) 東京高等裁判所 昭和41.2.1. 決定 昭和40年(ヲ) 第522号(下級裁判所民事裁判例集17卷1·2号59頁).

주장할 수 없다는 점을 근거로 관할위반을 이유로 하는 이송신청권을 인정해서 이송신청을 각하한 결정에 대해 즉시항고가 허용되어야 한다는 견해가 유력해 지게 되었다고 한다.<sup>16)</sup> 일본에서는 이러한 학설과 판례의 대립을 민사소송법 개정을 통해 해결하였다. 즉, 1996년 민사소송법 개정을 통해 관할위반을 이유로 한 당사자의 신청에 의해서도 이송이 가능하게 된 것이다(현재 일본 민사소송법 제16조 제1항).<sup>17)</sup> 이로써 학설과 판례의 대립은 일단락된 것으로 보인다.<sup>18)</sup>

## 다. 결 어

법 제34조 제1항의 문구와 당사자의 신청권을 규정하고 있는 같은 조 제2항, 제3항 그리고 제35조, 제36조 제1항 등의 내용을 비교해보면 양자에 차별성을 두고자 했던 입법자의 의도를 쉽게 파악할 수 있게 된다. 또한 이송을 둘러싼 재판에 대해서는 원칙적으로 불복을 허용하지 않고자 했던 독일의 예를 보더라도 관할위반에 따른 이송과 관련해서 불복을 허용하고자 한 것은 아닌 것으로 파악된다. 따라서 이 문제는 일본과 같이 민사소송법 개정을 통해 문제를 해결하는 것이 가장 바람직하고 간명하다.<sup>19)</sup> 다만, 현재로서는 관할위반에 따른 이송신청권이 당사자에게 인정되지 않는다 하더라도 이 사건 결정과 같은 결론에 이르는 것은 어느 모로 보나 타당하지 않다는데 문제의 본질이 있다. 이하에서는 관할위반에 따른 이송신청권이 당사

16) 伊藤 眞, 「民事訴訟法(4版 補訂版), 2014」, 96~97面; 花村治郎/註釋民事訴訟法(1), 284面.

17) “법원은 소송의 전부 혹은 일부가 그 관할에 속하지 않는다고 인정한 때에는 신청 또는 직권으로 이것을 관할법원에 이송한다.”

18) 高田裕成/條解民事訴訟法(2版, 2011), 133面.

19) 한충수, 「민사소송법(2판)」, (2018), 87면도 이러한 취지에서 입법적인 해결을 제안하였다(정영환, 앞의 책, 185면도 입법론적인 해결을 제시하고 있다).

자에게 없음을 전제로 논의를 전개하고자 한다.

### 3. 이송신청권 없는 자의 불복과 문제점

#### 가. 이송신청기각결정에 대한 불복

(1) 당사자에게 관할위반에 따른 이송신청권이 없다는 전제에서는 이에 따른 이송신청에 대해서는 법원이 재판을 통해 답을 할 필요나 이유가 없다. 당사자의 이송신청은 법원의 직권발동을 촉구하는 의미 이상의 것이 없기 때문이다. 그런데 법원이 이러한 이송신청에 대해서 재판을 통해 기각 혹은 각하결정을 한 경우 당사자는 동 재판에 대해 법 제39조에 따라 즉시항고를 제기하는 것이 일반적일 것이다. 그런데 93마524결정의 다수의견에서는 이송신청을 거부하는 재판에 대한 즉시항고가 허용될 수 없어 이를 각하하여야 한다고 판시할 뿐 아니라 항고법원이 이를 각하하지 않고 항고이유의 당부에 관한 판단을 해서 기각하는 결정을 하더라도 동 항고기각결정은 항고인에게 불이익을 주는 것이 아니어서 재항고이익이 없고 따라서 동 재항고 역시 부적법하다고 한다.

(2) 93마524결정의 반대의견은 당사자에게 법률상 관할위반을 이유로 하는 이송신청권이 있고 없고 떠나서 법원이 일단 이송신청을 기각하는 재판을 하였으면 적어도 그에 대한 불복은 허용되어야 한다고 설시하고 있다.<sup>20)</sup> 이송신청을 배척하는 법원의 판단이 옳지 않음

20) 이러한 반대견해를 지지하는 입장으로는 김상수, “바람직한 민사소송의 운영과 법원의 재량권의 한계”, 법과 사회(제30호), (2006. 6.), 260면 참조. 반대의견을 높이 평가하면서도 결국은 다수의견을 따르는 평석도 있다. 황병하, “관할위반을 이유로 한 소송이송신청을 기각한 결정에 대한 불복”, 국민과 사법, 윤관대법원

때에는 불복을 허용하여 시정할 기회를 주는 것이 공평한 처사이고, 그렇지 아니하면 이송신청기각결정이 잘못되었다라도 감수하라는 결과에 이르게 되어 부당하기 때문이라고 한다. 나아가 관할위반을 이유로 하는 이송신청을 기각하는 결정이 당연무효의 결정이라고 할 수 없고 아울러 이송신청에 대한 각하결정에는 직권발동을 촉구하는 신청을 배척한 재판도 포함된다고 해석할 수 있음을 설파하고 있다. 따라서 다수의견이 이러한 재판에 대한 항고를 허용할 수 없고 재항고를 할 아무런 이익이 없다고 한 것은 너무 좁은 해석이라고 비판하면서 이송을 신청하는 자는 적법한 관할권이 있는 법원에서 재판을 받아야 하는 보호법익을 갖고 있다고 주장한다.

(3) 법 제34조 제1항의 법문에 따라 이송신청권이 당사자에게 인정되지 않는다고 하여 관할권없는 법원에서 재판을 해도 좋다는 의미는 아닐 것이다. 법관은 법률 전문가로서 법이 정하는 토지관할이나 사물관할 등에 대하여 정통할 뿐 아니라 관할문제는 다른 법률문제와 달리 상대적으로 판단이 어렵지 않다. 따라서 당사자가 법원의 직권발동을 촉구하는 수준의 관할위반의 항변을 하면 굳이 정식의 재판을 하지 않더라도 문제가 잘 해결될 것이라는 믿음, 그리고 불복에 따른 절차지연을 방지하자는 차원에서 굳이 이송신청권을 인정하지 않았다고 판단된다. 그런데 굳이 답변을 하지 않아도 되는 관할위반 주장에 대해 제1심 법원이 이를 기각하거나 각하하는 재판을 정식으로 하였다면 이는 이송신청권 유무를 떠나 법원이 재판을 통해 답을 주어야 한다는 법원의 판단이 개입된 것으로 보아야 한다. 제1심 법원이나 항고법원이 하지 않아도 되는 이송신청기각결정을 하였다면

---

장 퇴임기념(1999), 638면 참조.

동 결정에 대한 불복절차에 따른 판단 역시 예정하는 것으로 해석함이 타당하다. 법원이 소송진행 도중에 독립된 공격 또는 방어방법이나 그 밖의 중간의 다툼에 대하여 필요한 때에는 중간판결(법 201조)을 할 수 있는 것과 마찬가지로 법원은 관할위반 주장에 대해 법원의 명시적인 판단이 필요하다고 판단한 경우에는 이송신청을 정식으로 각하 또는 기각결정을 함으로써 법이 정한 불복절차를 통한 구제를 도모할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(4) 결국, 93마524결정은 법 제39조가 규정하는 이송신청기각결정을 “이송신청권이 있는 당사자의 이송신청에 대한 이송신청기각결정”으로 제한해서 해석하고 있는데 이러한 해석의 법적 근거는 없으며 오히려 제1심 법원 및 항고법원의 합리적인 판단(중간판단을 통해 정상적인 불복절차를 허용함으로써 당사자의 권리구제를 도모하고자 하는 취지)을 훼손하고 있다고 판단된다.

#### 나. 이송결정에 대한 불복

법 제39조에 따른 즉시항고가 인정되는 이송결정에는 법 제34조 제1항에 따른 관할위반을 이유로 하는 이송결정도 포함되는 것으로 해석하는 것이 일반적이다.<sup>21)</sup> 관할위반을 이유로 한 이송신청이 있더라도 이는 법원의 직권발동을 촉구하는 의미 외에는 가질 수 없으므로 법원이 관할위반을 이유로 이송결정을 하게 되면 이송신청권 유무와 상관없이 즉시항고의 대상이 될 수 있기 때문이다. 이 사건 결정 역시 동일한 입장으로 보여진다. 그런데 항고법원에서 제1심 법

21) 김상준, 「주석민소 §39」, 271면; 김홍엽, 앞의 책, 105면. 일본의 96년 개정 전 민사소송법 제33조에 대한 해석론 역시 동일한 입장을 나타내고 있다(中森 宏 註釋民事訴訟公法(1), 302面 참조).

원의 이송결정을 취소하자 그 취소결정에 대한 불복 가능성 여부에 대해 이 사건 결정은 매우 독특한 입장을 보여주고 있어 주목된다.

(1) 이 사건 결정의 제1심 법원인 안양지원은 93마524결정의 상황과 달리 직권발동을 촉구하는 의미의 관할위반의 항변을 받아들여 (피고의 관할합의의 존재와 효력 주장에 따라) 사건을 마산지원으로 이송하는 결정을 하였다. 원고는 법 제39조에 따라 이송결정에 대한 즉시항고를 하였는데 항고법원은 이를 받아들여 이송결정을 취소하는 결정을 하였고 이에 관할위반에 따른 이송신청권이 없는 피고가 재항고를 하자 대법원은 당사자에게 이송신청권이 인정되지 않는 이상 항고심에서 당초의 이송결정이 취소되었다 하더라도 이에 대한 신청인의 재항고는 허용되지 않는다면서 재항고를 각하하였다.

(2) 우선, 이 사건 결정은 법 제39조에 따라 관할위반을 이유로 한 이송결정에 대한 즉시항고는 허용된다고 판시하면서도 항고법원이 제1심 법원의 이송결정을 취소함에 따라 피고가 재항고를 하자 이 경우는 이송신청권이 없음을 들어 재항고는 부적법하다고 설시하고 있다. 만일 항고법원이 제1심 법원의 이송결정이 옳다고 하여 항고를 기각한데 대해 원고가 재항고하였다면 대법원은 이송결정이 유지된 상태이므로 법 제39조에 따라 적법하다고 판단했을 가능성이 높다. 결국, 대법원은 이송신청권이 없는 것을 전제로 관할위반에 따른 이송신청이 기각되는 상황에 대해서는 불복을 허용하지 않겠다는 취지로 해석된다. 즉, 제1심 법원에서 내려진 이송결정이 항고법원에서 취소되는 상황은 이송신청기각결정과 동일하므로 이에 대한 불복을 허용하지 않겠다는 의미로 파악되는 것이다. 그러나 법 제39조를 통해 이러한 해석을 도출하는 것은 불가능하다. 법 제39조에 의거해서



법원의 이송결정에 대해 즉시항고가 허용된다는 것은 그에 따른 불복이 법이 정한 절차에 따라 허용된다는 것이지 항고법원의 결정 내용에 따라 재항고 여부가 달라진다는 것이 아니기 때문이다. 항고법원의 이송 취소결정은 이송신청기각결정이 아니라 이송결정에 대한 불복에 대한 항고법원의 재판이므로 이 자체에 대한 불복절차인 재항고이유가 있는지 여부에 대해 판단하는 것으로 족하다.

#### 4. 결론

(1) 이 사건 결정과 93마524결정을 종합하면 대법원은 당사자에게 관할위반에 따른 이송신청권이 없다는 것을 근거로 법 제39조가 규정하는 이송결정과 이송신청기각결정을 제한적으로 해석하고 있다. 특히 이 사건 결정은 제1심 법원의 관할위반에 따른 이송결정을 항고법원이 취소하는 경우조차 이송신청기각결정에 해당하는 것으로 파악해서 더 이상의 불복을 불허하는 모순을 범하고 있어 더욱 문제가 된다.

(2) 우선, 법 제34조 제1항의 규정 내용과 연혁 그리고 비교법적인 검토를 통해볼 때 관할위반에 따른 이송신청권은 당사자에게 부여되지 않은 것으로 판단된다. 따라서 법원은 당사자의 관할위반에 따른 이송신청에 대해 그 이유가 없다고 판단되면 명시적인 별도의 재판을 할 필요는 없으며 관할위반을 이유로 하는 본안전 항변에 대한 판단의 형식으로 판결 이유 등에서 실시해 주는 것으로 족하다.

(3) 그러나 법원이 관할위반을 이유로 한 당사자의 이송신청에 대해 결정의 형태로 기각한다면 실질적으로는 중간적인 재판의 성격이

지만 형식적으로는 결정에 의한 절차이므로 이에 대한 불복절차를 허용해야 한다. 당사자에게 이송신청권은 없지만 법원의 명시적인 재판과 이에 대한 불복절차를 통해 적법한 관할권을 가진 법원을 찾아가는 과정은 보장되어야 하기 때문이다.

(4) 한편, 법원이 직권으로 이송결정을 하게 된다면 법 제39조에 따라 당사자는 즉시항고를 할 수 있으며 나아가 항고법원이 동 이송결정을 취소하더라도 이는 이송신청을 기각한 결정이 아니라 단순히 항고법원의 취소결정에 해당하므로 재항고가 있게 되면 이에 대한 당부를 판단해야 한다. 따라서 이 사건 결정은 법 제39조를 오해하여 이송결정에 대한 당사자의 정당한 재항고권을 침해하고 있다.

## abstract

# An immediate miscellaneous appeal and re-appeal for a transfer order due to violation of jurisdiction

choongsoo HAN

Where a court finds that the whole or part of a lawsuit does not fall under its jurisdiction, on its own motion a court shall transfer such lawsuit by its ruling to the competent court(Korean Code of Civil Procedure §34 ①, hereafter called KCCP). And an immediate miscellaneous appeal may be raised against a ruling of a transfer and that of the rejection of a request for transfer(KCCP §39). Whereas a court may, if deemed necessary to avoid any significant damage or delay even where a lawsuit falls under its jurisdiction, transfer the whole or part of such lawsuit to another competent court either ex officio or by its ruling upon request of the concerned parties(KCCP §35). The Korean Supreme Court in this case dismissed the re-appeal filed by the re-appellant based on that re-applicant has no title to apply transfer order on account of violation of jurisdiction. However, it is still sharply divided whether a party could have the right to apply transfer order among academic circles. Also, this case handles the transfer order that could be appealed by KCCP §39 even though the party has no right to apply transfer the case. However, the Korean Supreme Court holds that re-appeal is not legal because appellate court revoked the transfer order of court of the first instance and the Korean Supreme Court thought this means that dismiss the transfer application by the party who has not title to

apply transfer application on account of violation of jurisdiction. This legal interpretation of the Korean Supreme Court is very unreasonable because re-appeal of this case is for the transfer order that was originally appealable according to the KCCP §39. The Korean Supreme Court construed KCCP §39 so narrowly and infringed the right of the party to appeal for the transfer order and rejection of transfer application. The party could appeal and re-appeal for the transfer order or rejection of the transfer application on account of violation of the jurisdiction if the court pronounce the judgment even if the party could not have the right to appeal for the transfer order or rejection of the transfer application on account of violation of the jurisdiction. This interpretation should be reasonable for the protection of the party's appeal right.

## 【참고문헌】

### 〈국내문헌〉

#### 단행본

- 강현중, 「민사소송법(6판)」, 박영사.  
김용진, 「Advocate 민사소송법」, 피앤씨 미디어.  
김학기, 「민사소송법」, 도서출판 오래.  
김홍규/강태원, 「민사소송법(2판)」, 삼영사.  
김홍엽, 「민사소송법(7판)」, 박영사.  
민일영/김능환 집필대표, 「주석민사소송법(7판)」, 한국사법행정학회.  
박재완, 「민사소송법」, 박영사.  
송상현/박익환, 「민사소송법(신정7판)」, 박영사.  
이시윤, 「신민사소송법(12판)」, 박영사.  
전병서, 「민사소송법강의(4판)」, 법문사.  
정동윤/유병현/김경옥, 「민사소송법(6판)」, 법문사.  
정영환, 「민사소송법」, 세창출판사.  
호문혁, 「민사소송법(12판)」, 법문사.  
한충수, 「민사소송법(2판)」, 박영사.

#### 논문

- 김상수, “바람직한 민사소송의 운영과 법원의 재량권의 한계”, 법과 사회(제30호), (2006. 6.).  
황병하, “관할위반을 이유로 한 소송이송신청을 기각한 결정에 대한 불복”, 국민과 사법, 윤관대법원장 퇴임기념(1999).

### 〈외국문헌〉

- Jauernig/ Hess, Zivilprozessrecht (C.H. Beck, 30 Aufl.).

伊藤 眞, 民事訴訟法, (有斐閣, 4版補訂).

兼子 一/ 條解民事訴訟法(有斐閣, 2版, 2011).

新堂幸司/ 小島武司 編輯代表, 註釋民事訴訟法(有斐閣, 1991).