

**사법보좌관의 처분에 대한 단독판사 등의 '인가' 및
그 '고지'의 방식과 절차에 관한 실무상 쟁점**

[대법원 2021. 9. 9.자 2021마167 결정과
대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정을 중심으로]

부산지방법원 판사 강현준

[논문요지]

대법원 2021. 9. 9.자 2021마167 결정은, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호가 정하는 사법보좌관에 대한 단독판사 등의 '인가'는 '결정'으로 하여야 하고, 그 인가결정은 이의신청인에게 반드시 고지하여야 한다는 것을 명백히 하였다. 이러한 대법원의 입장은 위 인가처분의 법적 성격과 관련 규정에 부합하고 인가처분의 고지 및 이후 항고심 절차진행의 투명성 측면에서도 바람직하므로, 긍정적으로 평가할 수 있다. 이에 따르면 항고법원은 제1심법원의 인가처분이 결정의 형식을 갖추지 못한 경우 사건을 제1심법원으로 이송하여 적법한 절차를 거치도록 하여야 한다.

위 대법원 결정 이후 사법보좌관의 처분에 대한 인가의 방식에 관한 실무상 혼선은 대부분 해소되었으나, 제1심법원이 결정의 형식으로 사법보좌관의 처분을 인가하였음에도 그 고지절차를 밟지 않고 사건기록을 항고법원으로 송부하는 사례들은 여전히 발견된다. 이러한 경우에도 위 2021마167 결정의 결론과 마찬가지로 항고법원이 사건을 제1심법원으로 이송하여야 하는지 문제되나, 이의신청인에게 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정의 고지가 가지는 의미가 크지 않고, 사건을 제1심법원으로 이송하는 경우 절차의 신속성만 저해되어 오히려 이의신청인의 이익 보호에도 충실하지 못한 결과가 생기므로, 항고법원은 사건을 이송할 필요 없이 스스로 제1심법원의 인가결정을 고지한 후에 본안에 관한 판단으로 나아가면 된다고 생각한다. 관련 규정의 해석상 위와 같은 항고법원의 고지 권한을 충분히 인정할 수 있고, 결정 또는 명령의 고지 전 항고가 적법하다는 것으로 견해를 변경한 대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정 역시 항고법원이 제1심결정을 고지할 권한이 있음을 전제로 하고 있다.

가장 중요한 것은 2021마167 결정의 취지에 따른 명확한 실무지침이 자리잡아 제1심법원이 사법보좌관의 처분에 대한 인가처분과 그 고지를 적법한 절차에 따라 처리하는 것이다. 하지만 그렇게 되더라도 제1심법원의 인가결정 송달이 위법함이 항고심 단계에 와서야 밝혀지는 경우가 충분히 생길 수 있고, 이때에도 앞서 본 논의를 그대로 적용할 수 있다. 한편 현재 재판사무시스템에서는 항고법원 소속 법원 사무관 등에게 제1심결정 고지를 위해 필요한 권한이 부여되어 있지 않아 큰 불편이 있으므로 그에 관한 보완도 필요하다.

[주제어]

사법보좌관의 처분에 대한 인가, 인가결정의 고지, 항고법원의 고지, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5-2호, 민사소송법 제221조 제1항

사법보좌관의 처분에 대한 단독판사 등의 '인가' 및 그 '고지'의

방식과 절차에 관한 실무상 쟁점

[대법원 2021. 9. 9.자 2021마167 결정과

대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정을 중심으로]

부산지방법원 판사 강현준

대상결정 : 대법원 2021. 9. 9.자 2021마167 결정

[사안의 개요와 소송의 경과]

A는 2014. 2. 26. 전주시 완산구 소재 아파트 1개 호실(이하 '이 사건 부동산')을 53,000,000원에 매수하고, 2014. 3. 27. 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마치는 한편 같은 날 채권최고액 34,800,000원, 채무자 A, 근저당권자 B로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다. 이후 A는 2017. 1. 5. 이 사건 부동산을 C에게 매도하고, 2017. 1. 25. C 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

B는 2019. 2. 1. 위 근저당권에 기하여 이 사건 부동산에 관한 임의경매절차 개시를 신청하였고(전주지방법원 2019타경1393, 청구원금 15,414,195원), 위 법원은 2019. 2. 7. 경매개시결정을 하였다.

위 경매절차에서 감정인은 이 사건 부동산의 감정가를 54,000,000원으로 산정하였다. 이에 따라 위 법원은 최저매각가격을 1회 매각기일 54,000,000원, 2회 매각기일 37,800,000원, 3회 매각기일 26,460,000원, 4회 매각기일 18,522,000원으로 각 정하였다.

이 사건 부동산은 1회 내지 3회 매각기일에서 유찰되었고, 2020. 12. 7. 4회 매각기일에서 D가 매각대금 35,480,000원에 최고가매수인신고인이 되었다. 위 법원소속 사법보좌관은 2020. 12. 14. 이 사건 부동산에 대하여 D에게 매각을 허가하는 결정(이하 '이 사건 매각허가결정')을 하였다.

A는 2020. 12. 21. 이 사건 부동산의 감정가가 시세보다 현저하게 낮은 가격으로

책정되어 부당하므로 이 사건 매각허가결정은 취소되어야 한다고 주장하면서 이의 신청하는 취지로 '즉시항고장'을 제출하였다.¹⁾

위 법원은 A가 제출한 즉시항고장 우측 상단의 '판사'란에 판사가 날인을 하고²⁾ 곧바로 항고법원에 기록을 송부하였다.

항고법원은 2021. 3. 11. '감정인의 감정평가 방법이나 내용에 위법사유가 없고 이 사건 부동산의 감정평가액이 감정평가의 일반적 기준에 현저하게 반한다거나 사회통념상 현저하게 부당하다고 볼 만한 자료가 없다'는 이유로 A의 항고를 기각하는 결정을 하였다(전주지방법원 2020라601). 한편 위 결정에는 제1심결정이 '전주지방법원 2020. 12. 14.자 2019타경1393 결정'으로 표시되어 있다.

A는 2021. 4. 28. 위 결정에 불복하여 재항고하였다.

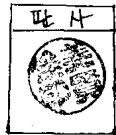
[대상결정의 요지]

사법보좌관의 처분 및 그에 대한 이의신청 절차에 관하여 정하고 있는 법원조직법, 사법보좌관규칙의 내용을 종합하면, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 단독판사 등의 '인가'는 사법보좌관이 한 처분의 적정성을 확인하는 단독판사 등의 판단행위로서 재판의 한 형식인 '결정'으로 하여야 하고, 절차진행의 투명성을 위해 그 인가결정은 이의신청인에게 반드시 고지하여야 한다.

그런데 이 사건의 경우, 재항고인이 2020. 12. 21. 사법보좌관의 이 사건 매각허가결정에 대하여 이의신청하는 취지로 즉시항고장을 제출하자, 사법보좌관의 소속 법원(제1심법원)은 그 즉시항고장의 우측 상단에 판사의 날인만 하였을 뿐 사법보

1) 아래에서 보는 바와 같이 사법보좌관의 매각허가결정에 대한 불복절차는 '즉시항고'가 아닌 '이의신청'이다. 당사자가 사법보좌관의 처분에 대하여 이의신청서를 제출하지 않고 즉시항고장을 제출한 경우에는 실무상 즉시항고장 자체를 사법보좌관의 처분에 대한 이의신청서를 제출한 것으로 보아 처리하고 있다[법원실무제요 민사집행 Ⅱ, 사법연수원(2020), 360면].

2) 실제 사안에서 판사의 날인 형태를 재현하면 아래와 같다.

부동산매각 허가결정에 대한 즉시 항고장		
항고인 (이 름) ○○○ (주 소) 전주시 완산구 (이하 생략)		

좌관규칙 제4조 제6항 제5호가 정한 단독판사 등의 인가결정 절차 등을 제대로 거치지 않은 채 곧바로 항고법원인 원심법원에 이 사건 기록을 송부하였다.

사정이 위와 같다면, 즉시항고장의 우측 상단에 아무런 문언의 기재 없이 행하여진 판사의 날인만으로는 사법보좌관이 한 처분에 대한 단독판사 등의 판단행위로서 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 '인가'결정이 있었다고 보기 어렵다. 원심으로서는 이 사건 기록을 다시 사법보좌관의 소속법원에 이송하여 적법한 절차를 거치도록 하였어야 할 것(대법원 2008. 9. 25.자 2008마922 결정 참조)임에도 이를 간과한 채 제1심결정이 적법하게 이루어진 것으로 단정하고 이 사건 2020. 12. 14. 자 사법보좌관의 처분(매각허가결정)을 제1심결정으로 표시하여 재항고인의 즉시항고를 기각하였다. 이러한 원심결정에는 사법보좌관 처분의 이의신청절차에 관한 법규를 위반한 잘못이 있다. 이 점에서 원심결정은 유지될 수 없다.

그러므로 원심결정을 파기하되, 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 재판하기로 하는바, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 제1심법원으로 이송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

[연구]

I. 서론

2005. 3. 24. 개정된 법원조직법 제54조는 법관의 사무 중 소송·집행 절차상 업무 중 일부를 사법보좌관으로 하여금 수행하도록 하는 현행 사법보좌관제도를 도입하였다. 이로써 종래 주로 '조사업무'에 한정되어 있던 사법보좌관의 업무가 법관이 담당하는 사무 중 일부로까지 크게 확대되었다. 이는 법관의 사무 중 실질적 쟁송에 해당하지 아니하는 부수적인 업무와 공증적 성격의 사법업무 등에 대하여는 상당한 경력과 능력을 갖춘 사법보좌관이 처리하도록 함으로써 사법 인력을 보다 효율적으로 활용하기 위함이다.

한편, 현행 사법보좌관제도는 사법보좌관의 처분에 대해서는 민사소송법과 민사집행법에 따른 통상적인 불복절차 이전 단계에서 '법관에게 이의신청'을 할 수 있도록 하였다. 이에 따라 사법보좌관의 처분과 그에 대한 불복절차는 제1-1심(사법보

좌관), 제1-2심(판사), 항고심, 재항고심의 '변형된 4심제' 구조를 가지게 되었다.³⁾ 이처럼 사법보좌관의 처분에 대하여 통상적인 불복절차와 구분되는 별도의 이의신청 제도를 도입한 것은, 법관이 담당하던 '판단행위' 중 일부를 법관이 아닌 사법보좌관이 처리하는 점을 고려하여, 헌법 제27조 제1항, 제101조 제1항이 정하는 '법관에 의한 재판을 받을 권리'를 제1심에서부터 실질적으로 보장하기 위함이다.

사법보좌관의 처분에 대한 불복절차는 당초 해당 처분을 판사가 하였을 경우 개별 법률이 정하고 있는 불복절차의 내용에 따라 크게 두 가지 유형으로 구분된다. 즉, ① 개별 법률이 예정하고 있는 불복방법이 '이의신청'이고 그 이의신청에 대하여 같은 심급의 판사가 다시 심사하도록 규정하고 있는 유형(사법보좌관규칙 제3조⁴⁾)과 ② 개별 법률이 예정하고 있는 불복방법이 '항고, 즉시항고 또는 특별항고'이고 그에 따라 항고심 등의 절차가 계속되도록 규정하고 있는 유형(사법보좌관규칙 제4조)이 그것이다.

그 중 ① 유형의 경우의 '이의신청' 절차는 같은 심급의 판사의 심사가 예정되어 있어 해당 처분을 판사가 한 경우와 원칙적으로 다를 것이 없으므로 법원조직법 제54조 제3항이 예정하고 있는 별도의 '이의신청'에는 해당되지 않는다. 예컨대, 채권자가 지급명령을 신청하자 사법보좌관이 민사소송법 제462조에 따라 지급명령을 하였고 이에 대하여 채무자가 민사소송법 제469조 제2항에 따라 적법한 이의신청을 하였다면, 민사소송법 제472조 제2항에 따라 채권자가 지급명령을 신청한 때에 이의신청된 청구목적의 값에 관하여 소가 제기된 것으로 보게 되어 이때부터는 판사가 제1심절차를 그대로 진행하게 되므로, 특별히 문제될 것이 없다.

반면, ② 유형의 경우의 '이의신청' 절차는 헌법상 '법관에 의한 재판을 받을 권리'와 밀접한 관련이 있다. 예컨대 대상결정의 사안과 같이 사법보좌관이 민사집행법 제126조에 따라 매각허가결정을 하였고 이해관계인이 이를 다투고자 하는 경우, 이를 판사가 매각허가결정을 한 경우와 같게 보아 바로 민사집행법 제129조 제1항에 따라 즉시항고를 제기하도록 한다면 이해관계인은 제1심에서는 법관에 의한 재판을 받지 못한 결과가 된다. 이를 방지하고 제1심 내에서 법관에 의한 재심사가

3) 법원실무제요 민사집행 II, 사법연수원(2020), 78-81면; 홍승면, 판례공보스터디 민사판례해설, III-상(2021. 7. 1.자 공보 ~ 2021. 12. 15.자 공보), 서울고등법원 판례공보스터디(2022), 382-383면 참조

4) 민사소송법 제462조에 따른 지급명령에 대한 이의신청(제1호), 소액사건심판법 제5조의3에 따른 이행권고결정에 대한 이의신청(제1호의2), 집행법원의 집행절차에 관한 재판으로서 즉시항고를 할 수 없는 것에 대하여 민사집행법 제16조 제1항에 따른 이의신청(제2호), 주택임대차보호법 제3조의3 및 상가건물 임대차보호법 제6조에 따른 임차권등기명령에 대한 이의신청·취소신청(제3호), 민사집행법 제149조 및 같은 규정이 준용되는 절차에서 작성한 배당표에 대한 이의(제4호)

이루어지도록 하기 위하여 현행 사법보좌관제도가 즉시항고 이전에 별도의 '이의신청' 절차를 마련하고 있는 것이다. 결국 이러한 ② 유형이 법원조직법 제54조 제3항이 예정하고 있는 '법관에게 이의신청'하는 경우에 해당하고 이 경우 이의신청 절차는 일종의 속심으로 볼 수 있다.

그런데 ② 유형에 있어서 당사자가 사법보좌관의 처분에 이의신청을 하였고 판사가 사법보좌관의 처분을 정당하다고 보아 이를 '인가'하는 경우에, 제1심법원에서 잘못된 방식으로 '인가'처분을 하거나 이를 이의신청인에게 '고지'하는 절차를 누락하는 경우가 실무상 종종 발견된다. 이하에서는 먼저 대상결정의 결론을 중심으로 '사법보좌관의 처분에 대하여 법원이 하는 인가처분의 방식'에 관하여 검토하고(Ⅱ), 다음으로는 대상결정에서 직접 문제된 쟁점은 아니나 '사법보좌관의 처분에 대한 인가결정은 있었으나 그 고지가 이루어지지 않은 경우 항고법원의 처리 방법'에 관하여 검토(Ⅲ)하도록 한다.

해당 논의 내용과 관련된 법령의 내용을 추려보면 다음과 같다.

■ 법원조직법

제54조(사법보좌관)

- ① 대법원과 각급 법원에 사법보좌관을 둘 수 있다.
- ② 사법보좌관은 다음 각 호의 업무 중 대법원규칙으로 정하는 업무를 할 수 있다.
 2. 「민사집행법」(같은 법이 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 집행문 부여명령절차, 채무불이행자명부 등재절차, 재산조회절차, 부동산에 대한 강제경매절차, 자동차·건설기계에 대한 강제경매절차, 동산에 대한 강제경매절차, 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행절차, 담보권 실행 등을 위한 경매절차, 제소명령절차, 가압류·가처분의 집행취소신청절차에서의 법원의 사무
- ③ 사법보좌관은 법관의 감독을 받아 업무를 수행하며, 사법보좌관의 처분에 대해서는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 법관에게 이의신청을 할 수 있다.

■ 사법보좌관규칙

제2조(업무범위)

- ① 「법원조직법」 제54조 제2항 각호의 업무 가운데 사법보좌관이 행할 수 있는 업무는 다음 각 호와 같다.
 7. 「민사집행법」 제78조 내지 제162조의 규정에 따른 부동산에 대한 강제경매절차 및 동법 제187조의 규정에 따른 자동차·건설기계·소형선박에 대한 강제경매절차에서의 법원의 사무. 다만, 다음 각목에 해당하는 사무를 제외한다.
 - 가. 「민사집행법」 제86조의 규정에 따른 경매개시결정에 대한 이의신청에 대한 재판
 - 나. 삭제 <2020.5.1.>
 11. 「민사집행법」 제264조 내지 제268조의 규정에 따른 부동산을 목적으로 하는 담보

권의 실행을 위한 경매절차 및 동법 제270조의 규정에 따른 자동차·건설기계·소형선박을 목적으로 하는 담보권의 실행을 위한 경매절차에서의 법원의 사무. 다만, 제7호 가목의 「민사집행법」 규정이 준용되는 사무를 제외한다.

제4조(즉시항고 등의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청)

- ① 제2조 제1항의 규정에 따른 사법보좌관의 처분중 단독판사 또는 합의부(다음부터 "단독판사등"이라 한다)가 처리하는 경우 항고·즉시항고 또는 특별항고의 대상이 되는 처분에 대하여는 제2항 내지 제10항에서 규정하는 절차에 따라 이의신청을 할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따른 이의신청은 이의신청대상이 되는 처분의 표시와 그 처분에 대한 이의신청 취지를 밝히는 방법으로 사법보좌관에게 하여야 한다. 다만, 제2조 제1항 각 호의 해당법률(이하 이 조에서 "해당법률"이라 한다)에서 이의신청 방법을 서면으로 한정할 때에는 이들 사항을 적은 서면을 사법보좌관에게 제출하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 처분 중 단독판사등이 처리하는 경우 즉시항고 또는 특별항고의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청은 그 처분을 고지 받은 날부터 7일 이내에 하여야 하고, 「가사소송법」 제43조에 따른 즉시항고의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청은 그 처분을 고지 받은 날부터 14일 이내에 하여야 한다. 이 경우 그 기간은 불변기간으로 한다.
- ⑤ 사법보좌관은 제2항의 규정에 따라 이의신청을 받은 때에는 이의신청사건을 지체없이 소속법원의 단독판사등에게 송부하여야 한다.
- ⑥ 제5항의 규정에 따라 이의신청사건을 송부받은 단독판사등은 다음 각 호의 규정에 따라 이를 처리하여야 한다. 이 경우 판사는 해당법률에 규정된 절차에 따라 사법보좌관의 처분의 집행을 정지하거나 그 밖의 필요한 처분을 할 수 있다.
5. 사법보좌관의 처분중 단독판사등이 처리하는 경우 항고 또는 즉시항고의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청이 이유없다고 인정되는 때에는 사법보좌관의 처분을 인가하고 이의신청사건을 항고법원에 송부할 것. 이 경우 이의신청은 해당법률에 의한 항고 또는 즉시항고로 본다.
- 5-2. 제5호의 인가결정은 이의신청인에게 고지한다.
6. 제5호의 경우 이의신청에 「민사소송 등 인지법」에서 정하는 인지나 「가사소송법」에서 정하는 수수료가 납부되지 아니한 때에는 상당한 기간을 정하여 이의신청인에게 보정을 명하고 이의신청인이 보정하지 아니한 때에는 이의신청을 각하할 것
- ⑦ 제6항 제2호·제3호 및 제6호의 규정에 따른 재판에 대하여는 해당법률에서 정한 절차에 따라 불복할 수 있다.
- ⑧ 제6항 제4호의 각하결정과 제6항 제5호의 인가결정에 대하여는 불복할 수 없다.
- ⑨ 제6항 제5호의 규정에 따라 이의신청사건을 송부받은 항고법원은 단독판사등이 한 인가처분에 대한 항고 또는 즉시항고로 보아 재판절차를 진행한다.
- ⑩ 이의신청의 요건 및 절차 등에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 한 해당법률에서 정하고 있는 불복절차에 관한 규정을 준용한다.

■ 민사집행법

제128조(매각허가결정)

- ① 매각허가결정에는 매각한 부동산, 매수인과 매각가격을 적고 특별한 매각조건으로 매각한 때에는 그 조건을 적어야 한다.
- ② 제1항의 결정은 선고하는 외에 대법원규칙이 정하는 바에 따라 공고하여야 한다.
- 제129조(이해관계인 등의 즉시항고)**
- ① 이해관계인은 매각허가여부의 결정에 따라 손해를 볼 경우에만 그 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다.

II. 사법보좌관의 처분에 대한 인가처분의 방식

1. 쟁점

대상결정의 사안에서 문제가 된 사법보좌관의 매각허가결정에 대한 이의신청은 당초 민사집행법 제129조가 매각허가결정에 대한 불복방법을 '즉시항고'로 정하고 있으므로, 앞서 본 사법보좌관의 처분에 대한 불복절차 유형 중 ② 유형에 해당한다. 그런데 법원조직법 제54조 제3항의 위임에 따라 이의신청 절차에 관하여 규정하고 있는 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호는 '이의신청이 이유없다고 인정되는 때에는 사법보좌관의 처분을 인가하고 이의신청사건을 항고법원에 송부할 것'이라고 정하고 있으나, 위와 같은 판사의 인가처분이 어떠한 방식으로 이루어져야 하는지에 관하여는 명시하고 있지 않아 문제된다.

2. 견해의 대립

가. 제1설⁵⁾

사법보좌관규칙에 대한 인가의 방식에 관하여는 정해진 바가 없으므로 간단하게 이의신청서에 인가 취지의 고무인을 찍고 거기에 판사가 날인하거나 독립한 결정서를 작성하는 등의 적절한 방식으로 처리하면 된다.⁶⁾ 다만 인가를 결정서에 의하여 하는 경우라도 그 결정은 당해 심급의 판사가 당사자의 이의신청이 이유없다고 인정하여 사법보좌관의 처분을 일단 유지시키고자 하는 것으로서 법원 내부적 절차를 명확히 하기 위한 것일 뿐 이의신청 자체에 대하여 하는 종국적인 판단이

5) 황병하, “사법보좌관의 처분에 대한 불복과 이의신청”, 민사집행소송 재판실무연구, 한국사법행정학회(2008), 727면. 다만, 2014. 9. 1. 대법원규칙 제2552호로 사법보좌관규칙이 개정되면서 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정을 이의신청인에게 고지하도록 함(제4조 제6항 제5-2호 신설)으로써, 인가의 고지에 관한 서술 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

6) 법원실무제요 민사집행 II(각주 1), 362면 역시 사법보좌관의 매각허가여부 결정에 대한 이의신청의 처리에 관하여 해당 부분과 동일하게 서술하고 있는바, 제1설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

아니므로(그 판단은 상급심이 하게 된다), 이를 이의신청인 등에게 고지할 것은 아니다.

나. 제2설⁷⁾

이의신청서에 아무런 문언의 기재 없이('인가' 취지의 문구 없이) 판사의 날인만 하는 경우 위 날인을 사법보좌관의 처분에 대한 인가라고 볼 수는 없다. 따라서 인가처분은 판사가 통상적인 결정서 작성 규정에 따라 독립한 결정서를 작성하고 이를 고지하는 방식으로 하여야 한다.

3. 대상결정의 입장 : 제2설 채택

가. 대상결정은 ① 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 단독판사 등의 '인가'는 사법보좌관이 한 처분의 적정성을 확인하는 단독판사 등의 판단행위로서 재판의 한 형식인 '결정'으로 하여야 하고, ② 절차진행의 투명성을 위해 그 인가결정은 이의신청인에게 반드시 '고지'하여야 한다는 일반론을 실시함으로써 제2설을 취하고 있음을 명백히 하였다.

대상결정 사안의 경우, 제1심법원은 사법보좌관의 처분(매각허가결정)에 대한 즉시항고장[앞서 각주 1)에서 본 바와 같이 실무상 이를 '이의신청서'로 보고 처리한다]의 우측 상단에 판사의 날인만 하고 항고법원인 원심법원에 기록을 송부하였으므로, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 '인가' 결정이 있다고 볼 수 없다.

나. 또한 대상결정은, 사법보좌관 규칙 제4조 제9항이 '이의신청사건을 송부받은 항고법원은 단독판사 등이 한 인가처분에 대한 항고 또는 즉시항고로 보아 재판절차를 진행한다'고 정하고 있음에도 ③ 원심결정이 사법보좌관의 처분(매각허가결정)을 제1심결정으로 표시한 오류가 있다는 점 역시 지적하였다.

4. 검토

아래와 같은 이유에서 사법보좌관의 처분에 대한 인가처분을 통상적인 결정서 작성 규정에 따라 독립한 결정서를 작성하는 방식으로 처리하는 것이 위 인가처분의

7) 제2설을 취하고 있는 문헌은 따로 보이지 않고, 대상결정 이전에 제2설에 따른 하급심 결정례로는 의정부지방법원 2018. 8. 10.자 2017라1997 결정, 수원지방법원 2010. 10. 15.자 2010라955 결정 등이 있다.

법적 성격과 관련 규정에 부합하고, 인가처분의 고지 및 이후 항고심 절차진행의 투명성을 위하여서도 바람직하다. 따라서 대상결정이 앞서 본 제2설의 입장을 취하여 제1심법원의 '인가' 결정이 없는 것으로 보아 원심결정을 파기하고 사건을 제1심법원으로 이송한 것은 타당하다.

가. 일반적으로 당사자의 신청서에 아무런 문언의 기재 없이 판사의 날인만 하는 예로는 소취하서 등에 날인하는 경우가 있는데, 이는 판사가 그 문서가 법원에 접수되었음을 확인하는 정도의 의미만 지니는 것에 불과하다.⁸⁾ 대상결정의 사안과 같이 법원이 이의신청서(이의신청인이 제출한 형식은 즉시항고장)의 우측 상단에 아무런 문언의 기재 없이 판사의 날인만 하는 경우, 설령 해당 판사가 사법보좌관의 처분을 인가하는 의사를 가지고 날인한 것이라고 하더라도 그 날인 자체에 사법보좌관의 처분에 대한 어떤 가부의 판단이 내재되어 있다고 볼 수 없다. 즉 위와 같은 방식의 인가처분은 단지 절차상 위법에서 그치는 것이 아니라, 제1심결정이 부존재하는 것으로 볼 수 있다.

나. 비록 사법보좌관 규칙 제4조 제6항 제5호가 사법보좌관의 처분에 대한 인가처분의 방식을 명시적으로 정하고 있지는 않으나, 위 '인가'는 사법보좌관의 처분의 적정성을 확인하는 판사의 '판단행위'로서 재판에 해당하고, 당사자 대립적 구조가 아닌 점('판결'과의 차이점), 재판장·수명법관·수탁판사 등 '법관'이 아닌 단독판사 또는 합의부인 '법원'의 재판인 점('명령'과의 차이점) 등을 고려하면 재판의 형식 중에서도 '결정'에 해당하는 것으로 보아야 한다. 사법보좌관규칙이 2014. 9. 1. 대법원규칙 제2552호로 개정되면서 신설된 제4조 제6항 제5-2호가 "제5호의 '인가결정'은 이의신청인에게 고지한다"고 정하고 있는 것도 위 '인가'는 '결정'의 형식으로 이루어져야 함을 전제로 하고 있는 것으로 볼 수 있다.

다. 인가의 형식을 '결정'으로 보는 이상 인가는 독립한 결정문으로 작성되어야 하고 그 결정문에는 필수적인 기재사항(당사자와 법정대리인, 주문, 법원 등)과 함께 반드시 판사의 '기명날인'이 있어야 한다.⁹⁾ 그런데 대상결정의 사안에서는 위와

8) 법원실무제요 민사소송 Ⅲ, 법원행정처(2017), 1604-1605면 참조

9) ■ 민사소송법

제208조(판결서의 기재사항 등)

① 판결서에는 다음 각호의 사항을 적고, 판결한 법관이 서명날인하여야 한다.

1. 당사자와 법정대리인
2. 주문
3. 청구의 취지 및 상소의 취지
4. 이유
5. 변론을 종결한 날짜. 다만, 변론 없이 판결하는 경우에는 판결을 선고하는 날짜

같은 필수적인 기재사항은 물론 판사의 '기명' 역시 누락되어 있다. 설령 대상결정의 사안에서와는 달리 판사가 이의신청서의 우측 상단에 '인가함'이라고 수기로 기재하고 그 아래 날인을 하였다고 하더라도, 위와 같은 필수적인 기재사항과 판사의 '기명날인'이 있는 독립한 결정문으로 작성되지 않았다는 점에서 위법한 것은 마찬가지이다.¹⁰⁾

라. 앞서 본 바와 같이 판사의 인가처분은 이의신청인에게 고지하여야 하고, 고지의 방법은 구체적인 사정에 따라 상당한 방식을 취하면 된다(민사소송법 제221조 제1항). 판사의 인가처분이 독립한 결정문의 형식이라면 통상적인 방법인 송달로써 고지하면 될 것이지만, 법원이 이의신청서에 판사의 날인만 하는 경우라면 이의신청서상 판사의 날인 부분만을 이의신청인에게 송달하는 것은 이의신청인에게 그 의미를 전달하기 어려울 것이므로 적절한 고지 방법으로 보기는 어렵다. 그렇다면 법원이 이의신청인에게 별도의 구두 안내를 해야 할 수밖에 없을 것인데, 그러한 방법에도 어려움이 있다.

마. 사법보좌관의 처분에 대한 이의신청사건에서 판사가 이를 인가하는 경우 이의신청사건은 '사법보좌관의 처분'이 아닌 '판사의 인가처분'에 대한 항고 또는 즉시항고로 보아 재판절차를 진행하여야 한다(사법보좌관규칙 제4조 제9항). 그런데 법원이 이의신청서에 판사의 날인만 하는 경우 해당 인가처분이 언제 이루어졌는지 여부를 특정할 수 있는 방법이 없으므로, 항고심 결정서에서도 불복 및 판단의 대상이 되는 제1심결정을 특정하여 표시할 수 없다. 대상결정의 사안에서도 사법보좌관의 매각허가결정은 2020. 12. 14. 있었고 이에 대하여 A가 2020. 12. 21. 이의신청을 하였으므로, 법원의 인가결정은 위 이의신청일인 2020. 12. 21.부터 사건기록이 항고법원에 송부된 날 사이의 어느 시점엔가 있었을 것이다. 그럼에도 원심결정이 제1심결정을 사법보좌관의 처분일로 특정하여 '전주지방법원 2020. 12. 14.자 2019타경1393 결정'으로 잘못 표시한 것도 사법보좌관의 처분일 외에는 제1심결정의 일자를 특정할 방법이 없었기 때문이었던 것으로 볼 여지가 있다.

III. 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정은 있었으나 그 고지가 이루어지지 않

6. 법원

제224조(판결규정의 준용)

- ① 성질에 어긋나지 아니하는 한, 결정과 명령에는 판결에 관한 규정을 준용한다. 다만, 법관의 서명은 기명으로 갈음할 수 있고, 이유를 적는 것을 생략할 수 있다.

10) 같은 취지의 하급심 결정례로 대구지방법원 2022. 1. 17.자 2022라2 결정이 있다.

은 경우 항고법원의 처리 방법

1. 쟁점

사법보좌관의 처분에 대한 인가처분의 방식에 관한 종래의 실무상 혼선은 대상결정이 나온 이후 해소되었고, 실제로 대부분의 실무는 인가처분을 독립한 결정서를 작성하는 방식으로 적절하게 처리하고 있는 것으로 보인다. 그런데 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호가 "(사법보좌관의)처분에 대한 이의신청이 이유없다고 인정되는 때에는 사법보좌관의 처분을 인가하고 이의신청사건을 항고법원에 송부할 것"이라고 정하고 있어 마치 인가결정과 동시에 이의신청사건을 항고법원에 송부하여야 하는 것처럼 읽힐 여지가 있는 탓인지, 제1심법원이 '결정'의 형식으로 인가처분을 하였음에도 인가결정을 이의신청인에게 전혀 송달하지 않거나, 인가결정을 송달하였으나 폐문부재 등으로 송달이 완료되지 않는 등 고지 절차가 이루어지지 않았음에도 사건기록을 항고심으로 송부하는 사례가 종종 발견된다. 아래에서 보는 것과 같이 결정은 당사자에게 고지됨으로써 효력이 발생하는 것이고, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5-2호도 "인가결정은 이의신청인에게 고지한다"라고 규정하고 있으므로, 제1심법원이 인가결정의 고지 절차를 밟지 않은 채 사건기록을 항고법원으로 송부한 것이 위법함은 분명하다. 다만 이러한 경우 항고법원이 이러한 위법을 발견하였을 때 사건을 어떻게 처리해야 하는지 문제된다.

2. 상정할 수 있는 견해들

가. 제1설¹¹⁾

사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5-2호는 인가결정을 이의신청인에게 고지하도록 정하고 있는데 제1심법원이 그러한 고지절차를 거치지 않았다고 한다면 이는 절차적으로 위법하고, 이는 항고법원에서 치유될 수 없다. 따라서 항고법원은 적법한 절차를 다시 거치도록 하기 위하여 해당 사건을 제1심법원으로 이송하여야 한다.

나. 제2설¹²⁾

11) 청주지방법원 2022. 1. 13.자 2021라50226 결정, 청주지방법원 2022. 1. 13.자 2021라50211 결정, 부산지방법원 2022. 5. 6.자 2020라257 결정 등 다수의 하급심 결정례가 같은 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

12) '판결문 검색시스템'에서는 같은 입장을 취하고 있는 하급심 결정례를 찾아볼 수는 없다. 다만 같은

제1심법원이 인가결정의 고지절차를 거치지 않은 위법이 있다고 하더라도, 이러한 절차상 위법은 항고법원에서 치유될 수 있다. 따라서 항고법원은 스스로 제1심결정을 이의신청인에게 송달하는 등 고지절차를 거친 뒤 본안에 관한 판단으로 나아가면 족하고, 해당 사건을 제1심법원으로 이송할 것은 아니다.

3. 검토

가. 들어가며

앞서 본 바와 같이 대상결정은 '절차진행의 투명성을 위해 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정은 이의신청인에게 반드시 고지하여야 한다'라는 일반론을 실시하였다. 제1설의 입장을 취하고 있는 것으로 보이는 하급심 결정례들은 대상결정을 인용하면서 위 일반론에서 '제1심법원으로 이송'이라는 결론을 바로 도출하고 있는데, 대상결정의 사안과 달리 제1심법원이 '결정'의 형식으로 인가처분을 한 경우에도 대상결정의 결론이 그대로 적용되어야 하는지 의문('과연 인가결정의 고지를 반드시 제1심법원이 해야 하는가')이 있다. 즉, 제1심법원이 인가결정을 고지하지 않은 절차상 위법이 항고법원에 의하여 치유될 수 있다면 항고법원이 사건을 제1심법원으로 이송하는 것은 오히려 부적절하다고 볼 여지가 있다. 이하에서는 참조할 만한 대법원 전원합의체 결정이 있어 이를 소개하고, 이를 바탕으로 해당 쟁점에 관하여 검토하도록 한다.

나. 대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정(이하 '참조결정')

1) 참조결정의 요지¹³⁾

입장을 취하는 경우 당사자가 고지 절차 누락의 위법을 주장하지 않는 이상 항고법원은 사건을 제1심법원으로 이송하지 않고 본안에 관하여 판단하면서 고지 절차 누락에 관하여는 별다른 판단을 기재하지는 않게 될 것이므로, 같은 입장을 취한 실무례가 없다고 단정할 수는 없다.

- 13) 해당 결정은 '결정의 고지 전 제기된 항고가 적법한지' 여부에 관한 것이다. 여기에는 다수의견 외에도 반대의견과 보충의견이 있었다. 그 중 '고지되지 아니하여 아직 효력이 발생하지 않은 결정에 대하여는 항고권이 발생하지 않고 항고권 발생 전에 한 항고는 부적법한 것으로 각하하여야 한다'는 반대의견(해당 전원합의체 결정으로 변경되기 전 기존 대법원의 견해와 동일)의 근거를 간략히 정리하면 다음과 같다. ① 판결의 경우에는 민사소송법 제396조 제1항이 판결 송달 전에도 항소를 할 수 있도록 하고 있는 것과 달리 즉시항고에 관하여는 재판 고지 전의 즉시항고를 허용하는 규정이 없고, 민사소송법 제226조 제1항 단서와 같은 특별한 규정이 없는 한 아직 고지되기 전이어서 효력이 발생하지도 않은 결정과 명령을 다투어 즉시항고를 제기할 수 있다고 해석할 여지 자체가 없다. ② 상소 기간에 관한 규정은 민사소송제도를 안정적으로 운용하기 위한 제도의 근간에 해당하는 부분으로, 가능한 한 문언에 따라 확립적으로 해석해야 할 필요가 있다. 앞에서 본 바와 같이 민사소송법 및 민사집행법의 해당 규정의 문언이 분명한 의미로 읽히는 이상 이와 다른 해석을 하는 것은 법률해석의 한계를 벗어나는 일이다. ③ 효력이 없는 재판에 대하여 불복을 허용해야 할 논리적 근거는 있을 수 없고, 곧 재판이 고지되어 효력이 발생할 것이라는 점은 그야말로 비법률적인 사실 추측에 불과한 것으

판결과 달리 선고가 필요하지 않은 결정이나 명령(이하 '결정'이라고만 한다)과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야 하고, 일단 성립한 결정은 그 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 결정법원이라도 이를 취소·변경할 수 없다. 또한 결정법원은 즉시항고가 제기되었는지 여부와 관계없이 일단 성립한 결정을 당사자에게 고지하여야 하고 그 고지는 상당한 방법으로 가능하며(민사소송법 제221조 제1항), 재판 기록이 항고심으로 송부된 이후에는 항고심에서의 고지도 가능하므로 결정의 고지에 의한 효력 발생이 당연히 예정되어 있다.

일단 결정이 성립하면 당사자가 법원으로부터 결정서를 송달받는 등의 방법으로 결정을 직접 고지받지 못한 경우라도 결정을 고지받은 다른 당사자로부터 전해 듣거나 기타 방법에 의하여 결론을 아는 것이 가능하여 본인에 대해 결정이 고지되기 전에 불복 여부를 결정할 수 있다. 그럼에도 이미 성립한 결정에 불복하여 제기한 즉시항고가 항고인에 대한 결정의 고지 전에 이루어졌다는 이유만으로 부적법하다고 한다면, 항고인에게 결정의 고지 후에 동일한 즉시항고를 다시 제기하도록 하는 부담을 지우는 것이 될 뿐만 아니라 이미 즉시항고를 한 당사자는 그 후 법원으로부터 결정서를 송달받아도 다시 항고할 필요가 없다고 생각하는 것이 통상의 경우이므로 다시 즉시항고를 제기하여야 한다는 것을 알게 되는 시점에서는 이미 즉시항고기간이 경과하여 회복할 수 없는 불이익을 입게 된다.

이와 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 이미 성립한 결정에 대하여는 그 결정이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 그 결정에 불복하여 항고할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

2) 참조결정의 의의

가) 문제점

민사소송법은 재판의 종류로 판결과 결정·명령을 정하고 그 효력발생, 불복기간 등에 관하여 아래와 같이 서로 다르게 규정하고 있다. 이에 따르면 판결은 재판장이 판결원본에 따라 주문을 읽어 선고함으로써 효력이 생기는 것이므로 따로 '성립 시점'이라는 개념을 상정할 필요가 없으나, 결정·명령은 상당한 방법으로 고

로서, 법적 안정성을 위하여 확실성이 요구되는 민사소송법 규정의 해석에서 그와 같은 사정이 고려되어야 하는 성질의 것이라고 보아서는 안 된다.

지함으로써 효력이 생기는 것이므로 그 원본이 완성되어 법원사무관에게 교부되고 사건의 종국결과가 입력된 후부터 당사자에게 고지되기까지 상당한 시간이 걸리는 경우가 많고, 다수 당사자가 있는 경우 당사자별로 고지가 이루어짐으로써 효력이 발생하는 시점이 달라지게 되어, '성립 시점'이라는 개념이 필요한 것이 아닌지 문제되었다.

판 결	결 정 · 명 령
제205조(판결의 효력발생) 판결은 <u>선고로 효력이 생긴다.</u> 제206조(선고의 방식) 판결은 재판장이 판결원본에 따라 주문을 읽어 선고하며, 필요한 때에는 이유를 간략히 설명할 수 있다. 제396조(항소기간) ① 항소는 판결서가 송달된 날부터 2주 <u>이내에</u> 하여야 한다. 다만, 판결서 송달전에도 할 수 있다. ② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.	제221조(결정·명령의 고지) ① 결정과 명령은 상당한 방법으로 <u>고지하면 효력을 가진다.</u> ② 법원사무관 등은 고지의 방법·장소와 날짜를 재판의 원본에 덧붙여 적고 날인하여야 한다. 제443조(항소 및 상고의 절차규정준용) ① 항고법원의 소송절차에는 제1장의 규정을 준용한다. 제444조(즉시항고) ① <u>즉시항고는 재판이 고지된 날부터 1주 이내에</u> 하여야 한다. ② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

나) 결정·명령의 성립시기

이에 관하여 대법원은, "판결과 같이 선고가 필요하지 않은 결정이나 명령과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야" 한다는 일관된 입장을 취하고 있다. 이에 따라 대법원은 ① 인지미보정을 이유로 한 항소장각하명령이 작성 및 법원사무관에게 교부된 후 그 고지 전에 인지보정을 하더라도 재도의 고안에 의하여 그 명령을 취소할 수는 없고(대법원 1969. 12. 8.자 69마703 결정, 대법원 2013. 7. 31.자 2013마670 결정), ② 항고결정정본이 작성 및 법원사무관에게 교부된 이후 그 고지 전에 항고취하를 하더라도 그 취하의 효력이 없다(대법원 1974. 3. 30.자 73마894 결정)고 보았다. 즉, 결정·명령은 그 원본이 작성되어 법원사무관등에게 교부되면 성립하게 되고, 그 뒤로는 법원이 스스로 그 결정·명령을 취소, 변경할 수 없는 구속력이 발생하며, 당사자도 취하 등으로 이를 번복할 수 없다.

다) 결정·명령 성립 후 고지 전 항고 적법 여부

결정·명령이 성립하기도 전에 제기된 항고가 부적법하고 이 하자는 치유될 수 없다는 점은 이론이 없었으나(통설, 판례, 이는 결정·명령의 내용을 검토한 후에만 항고할 수 있도록 하여 남항고를 방지하기 위한 측면에서 이해할 수 있다), 결정·명령이 성립하기는 하였으나 고지으로써 효력이 발생하기 전에 제기된 항고가 적법한지 여부가 문제가 되었다.

이에 관하여 대법원은 기존에는 "결정은 상당한 방법에 의하여 고지함으로써 효력을 발생한다 할 것이며 아직 효력이 발생하지 아니한 결정에 대하여는 항고권도 발생하지 아니한다 할 것이니 항고권 발생 전에 한 항고는 부적법한 것으로서 각하를 면치 못한다"는 입장이었다(대법원 1983. 3. 29.자 83스5 결정 등).

그러나 참조결정은 "이미 성립한 결정에 대하여는 그 결정이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 그 결정에 불복하여 항고할 수 있다"고 판시하여 기존의 입장을 변경하였다. 이는 결정·명령이 성립한 후에는 판결과 마찬가지로 법원이 스스로 이를 취소, 변경할 수 없는 구속력이 생기게 되는데, 당사자는 결정·명령을 고지 받지 못한 상태에서도 ① 다른 당사자에게 고지된 결정·명령을 확인한 경우, ② 대법원 인터넷사이트에서 사건검색결과를 확인한 경우, ③ 법원에 문의하여 확인하는 경우 등과 같이 자신의 종국적인 승패를 확인할 수 있고, 그에 따라 항고를 제기한 것을 결정·명령의 내용을 미리 예측하여 경솔하게 남항고하는 경우와 같게 볼 수 없다는 점을 고려한 것으로 볼 수 있다. 특히 당사자가 결정·명령을 고지받기 전에 한 항고가 부적법하다고 하면, 당사자가 항고 이후 결정·명령을 고지받았음에도 자신이 제기한 항고가 적법한 것으로 믿고 즉시항고기간 내에 다시 항고를 제기하지 않는 경우에는 당사자에게 회복할 수 없는 불의타가 될 수 있고, 이러한 법률의 부지는 민사소송법 제173조가 정하는 추후보완 사유로서 '당사자가 책임질 수 없는 사유'에 해당한다고 단정하기도 어렵다. 이처럼 참조결정은 당사자가 법원의 고지 없이도 결정·명령의 내용을 확인할 수 있는 다양한 방법이 있다는 현실과 항고절차에서의 당사자의 이익을 적극적으로 고려한 것으로서 긍정적으로 평가할 수 있다.

다. 제2설의 타당성

1) 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정의 '고지'가 가지는 제한된 의미

대법원이 참조결정에 따라 기존의 견해를 변경하여 결정·명령의 고지 이전

에 제기된 항고도 적법한 것으로 보게 되면서, 결정·명령에 대한 항고절차에 있어 결정·명령의 고지가 가지는 의미가 대폭 축소되었다. 그런데 참조결정을 떠나서 보더라도, 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정의 경우에는 그 고지가 가지는 의미가 원래부터 매우 제한적이다.

즉, 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정이 있으면, 이의신청인은 인가결정 자체에 대하여는 별도로 불복할 수 없고(사법보좌관규칙 제4조 제8항), 인가결정을 한 단독판사 등은 이의신청사건을 항고법원으로 송부하고 항고법원은 이를 위 인가결정에 대한 항고 또는 즉시항고로 보아 재판절차를 진행하게 되므로(사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호, 제9항), 이의신청인으로서 인가결정을 고지 받더라도 인가결정에 대한 불복 여부를 따로 판단할 필요가 없고 인가결정 고지일이 즉시항고기간의 기산점이 될 여지도 없다. 더군다나 실무상 인가결정은 그 이유에서 이의신청인의 주장에 대한 구체적 판단을 기재하지 않고 "이 사건 이의신청은 이유 없으므로 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따라 사법보좌관의 처분을 인가한다"는 형식적 판단 내용만 기재하는 경우가 대부분인 것으로 보인다. 결국 이 경우 인가결정의 고지는 이의신청인에게 '사법보좌관의 처분에 대한 법원의 인가결정이 있었고 기존의 이의신청에 따라 항고심 절차가 진행될 것'이라는 사실을 알려주는 것 이상의 의미를 가지지는 못한다.

다만 이의신청인으로서 인가결정을 고지 받게 되면 항고법원에 대하여 인가결정의 부당성에 관한 자신의 주장을 기재한 서면을 제출하는 것을 고려할 기회를 갖게 될 것이므로, 이러한 점에서는 인가결정의 고지가 의미를 가질 수 있다. 그런데 대상결정의 사안과 같이 민사집행법 제15조에 따라 '항고이유서 제출강제주의'가 적용되는 '집행절차에 관한 집행법원의 재판'에 대한 즉시항고에 있어서는 위와 같은 의미마저 제한될 수밖에 없다. 즉, 민사집행법 제15조에 따르면 '집행절차에 관한 집행법원의 재판에 대한 즉시항고'의 경우에는, 항고장에 항고이유를 적지 아니한 때에는 항고인은 항고장을 제출한 날부터 10일 이내에 항고이유서를 원심법원에 제출하여야 하고(제3항), 항고이유서를 제출하지 않은 때에는 원심법원이 즉시항고를 각하하며(제5항), 항고법원은 원칙적으로 항고장 또는 항고이유서에 적힌 이유에 대하여서만 조사하게 된다(제7항). 나아가 위와 같은 '항고이유서 제출강제주의'는 2014. 9. 1. 개정된 사법보좌관규칙 제4조 제10항("이의신청의 요건 및 절차 등에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 한 해당법률에서 정하고 있는 불복절차에

관한 규정을 준용한다") 등에 따라 '집행절차에 관한 집행법원의 재판'에 관한 사법보좌관의 처분에 대한 이의신청의 경우에도 그대로 적용되게 되었다. 따라서 이러한 경우 항고법원은 원칙적으로 이의신청인이 최초 사법보좌관에게 제출한 이의신청서 또는 그로부터 10일 이내에 제출한 이의신청이유서에 적힌 이유에 대하여서만 조사할 수 있을 뿐이므로, 이의신청인이 인가결정을 고지 받은 이후에 서면을 제출하더라도 거기에 기재된 주장은 원심재판에 영향을 미칠 수 있는 법령위반 또는 사실오인이 있는지에 대한 직권조사를 촉구하는 것에 불과하다. 그리고 이러한 결과는 제1설에 따라 항고법원이 사건을 제1심법원으로 이송한 뒤 제1심법원이 이의신청인에게 인가결정을 고지한 경우라고 하더라도 마찬가지이므로, 위 인가결정의 고지에 따라 이의신청이유서 제출기간이 늘어나는 것도 아니다.

2) 항고법원에서의 인가결정 고지 가능성

아무리 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정의 고지가 가지는 의미가 제한적이라고 하더라도, 제1심법원의 인가결정이 이의신청인에게 고지 되지 않은 상태에서 항고법원이 어떠한 결정을 내릴 수는 없다. 고지가 이루어지지 않은 이상 불복의 대상이 되는 인가결정의 효력이 발생하지 않았기 때문이다. 따라서 항고법원은 제1심법원의 인가결정을 이의신청인에게 고지하는 절차를 밟아야 하는 것은 분명하다.

현실적인 관점에서, 제1심법원 법원사무관은 사건 기록을 보관하고 있지 않기 때문에 인가결정을 송달하는 것이 불가능하고, 항고법원 법원사무관이 제1심법원의 인가결정 정본을 작성하여 송달할 수 있음은 분명하다. 다만 항고법원이 제1심법원의 인가결정을 고지할 권한이 있는지 여부가 문제될 수는 있으나, 앞서 본 바와 같이 민사소송법 제206조가 판결의 선고로 '재판장'이 하는 것으로 정하고 있는 것과 달리 민사소송법 제221조 제1항은 "결정과 명령은 상당한 방법으로 고지하면 효력을 가진다"라고 규정하고 있을 뿐 그 고지의 주체를 한정하고 있지 않으므로, 제1심법원의 인가결정을 반드시 제1심법원이 고지하여야 하는 것으로 해석할 필요는 없다. 오히려 인가결정의 고지 행위는 이미 성립되어 구속력이 생긴 결정을 단순히 고지하는 것에 불과하고 그로써 제1심법원의 인가결정의 효력을 발생시켜 항고심에서의 절차가 적법하게 계속될 수 있도록 하는 조치이므로, 신속한 항고심 절차의 진행과 이를 통한 당사자의 이익 보호를 위하여 항고법원의 위와 같은 권한

을 적극적으로 인정하는 것이 타당하다. 참조결정 역시 고지되지 아니한 결정에 대한 항고가 가능한 것으로 볼 수 있는 근거 중 하나로 "결정법원은 즉시항고가 제기되었는지 여부와 관계없이 일단 성립한 결정을 당사자에게 고지하여야 하고 그 고지는 상당한 방법으로 가능하며, 재판기록이 항고심으로 송부된 이후에는 항고심에서의 고지도 가능하므로 결정의 고지에 의한 효력 발생이 당연히 예정되어 있다"는 점도 들고 있는바, 항고법원이 제1심법원의 결정을 고지할 권한이 있음을 전제로 하고 있는 것으로 보인다.

3) 소결론

이처럼 사법보좌관의 처분에 대한 인가결정의 고지는 이의신청인에 대한 절차보장 관점에서 매우 제한적인 의미만을 가지므로, 위 고지가 이루어지지 않은 절차상 위법을 아주 중대한 것으로 보기는 어렵다. 또한 참조결정을 통하여 대법원도 인정하고 있는 바와 같이 항고법원은 스스로 제1심법원의 결정을 송달하는 등의 방법으로 이를 고지할 권한이 있다. 그렇다면 단지 인가결정의 고지 절차를 누락한 절차상 위법만을 바로잡기 위하여 항고법원이 사건을 제1심법원으로 이송하여 제1심법원으로 하여금 고지 절차를 밟게 한 뒤 다시 사건기록을 송부받아 절차를 진행하는 것은 소송경제의 관점에서 매우 부적절하다. 특히나 대상결정의 사안과 같이 집행절차에서 사법보좌관의 처분이 다투어지는 경우라면, 집행절차에서의 생명이라고 할 수 있는 신속성을 확보할 필요성이 더욱 크고, 이는 집행절차에 관여된 수많은 이해관계인은 물론 이의신청인의 이익 보호 관점에서도 마찬가지이다.

따라서 제2설에 따라, 항고법원은 스스로 제1심결정을 이의신청인에게 송달한 뒤 본안에 관한 판단으로 나아가면 족하고, 해당 사건을 제1심법원으로 이송할 것은 아니라고 생각한다. 즉, 사법보좌관의 처분에 대한 인가'결정' 자체가 없었던 사안에 관한 대상결정의 결론을 인가결정은 있었으나 그 '고지'만 이루어지지 않은 경우에만 확대하여 적용할 것은 아니다.

IV. 결론

대상결정은 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호가 정하는 사법보좌관에 대한 단독판사 등의 '인가'는 '결정'으로 하여야 하고, 절차진행의 투명성을 위해 그 인가결정은 이의신청인에게 반드시 고지하여야 한다는 것을 명백히 하였다는 점에 그 의의

가 있다. 이에 따라 항고법원은 제1심법원의 인가처분이 '결정'의 형식을 갖추지 못한 경우라면 이를 제1심법원으로 이송하여 적법한 절차를 거치도록 하여야 할 것이나, (사건에 따르면) 제1심법원이 인가'결정'을 하였으나 이를 고지하지 않은 채로 사건기록을 송부한 경우라면 이를 제1심법원으로 이송할 필요는 없고 스스로 인가결정을 고지한 후에 본안에 관한 판단으로 나아가면 된다.

종래의 일부 부적절한 업무처리 방식은 앞으로 대상결정의 취지에 따른 명확한 실무지침이 자리잡게 되면 대부분 해소될 수 있을 것으로 보인다. 그러나 이후로도 제1심법원이 인가결정을 송달 완료한 후 항고법원으로 기록을 송부하였으나 당사자가 항고심에서 위 송달이 위법함을 주장하고 그러한 주장이 이유있는 것으로 밝혀지는 경우는 얼마든지 발생할 수 있다. 이러한 경우에도 항고법원은 인가결정의 고지 절차만 누락된 경우와 마찬가지로의 방법으로 처리하면 될 것이다.

한편 참조결정이 내려진 이후로도 항고법원의 법원사무관 등이 사용하는 '재판사무시스템'이 개선되지 않아, '(SD102) 판결등송달' 프로그램에서 제1심법원의 결정을 송달물로 선택할 수 없고(위 프로그램 사용시 '주소안내문', '위변조방지바코드 출력' 등을 함께 할 수 있다), '(JP103)재판서 조회 및 출력' 프로그램에서 제1심법원의 결정문의 정본이나 등본을 출력할 수도 없어서, 실제로 항고법원이 제1심법원의 결정을 송달하려면 현실적으로 큰 불편함이 있는 상황이다. 참조결정의 취지를 잘 살릴 수 있도록 항고법원의 송달, 재판서 조회 및 출력 권한을 추가하는 등 재판사무시스템상의 보완도 꼭 이루어져야 할 것으로 보인다.

[참고문헌]

[단행본]

법원실무제요 민사소송 Ⅲ, 법원행정처(2017)

법원실무제요 민사집행 Ⅰ, 사법연수원(2020)

법원실무제요 민사집행 Ⅱ, 사법연수원(2020)

[논문 등]

황병하, "사법보좌관의 처분에 대한 불복과 이의신청", 민사집행소송 재판실무연구,
한국사법행정학회(2008)

홍승면, 판례공보스터디 민사판례해설, Ⅲ-상(2021. 7. 1.자 공보 ~ 2021. 12. 15.자
공보), 서울고등법원 판례공보스터디(2022)

[질의와 답변]

[김도균 회원님 질의]

1. 사법보좌관의 처분에 대한 이의가 있는 경우 그 처분이 그 본래의 효력이 당연히 소멸하는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분할 수 있을 것인데, 특히 사법보좌관의 처분 중 쟁송적 성격이 있는 업무는 고유한 사법의 영역으로서 법관에 의한 재판을 받을 권리가 보장되어야 할 본질적인 사법 영역에 해당하므로, 이에 관한 당사자의 이의가 있을 경우 판사의 인가 결정을 득하지 못하는 이상 처분의 효력이 소멸하는 것으로 보아야 헌법합치적 법률해석이 되지 않을까요?

그런 측면에서 본다면, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 단서는 '당사자의 이의가 있더라도, 사법보좌관의 처분은 판사의 집행정지 결정 등이 없으면, 효력이 유지된다'는 취지이므로, 위헌성 논란이 있을 수 있지 않을까요?

2. 발표자께서 인가 결정이 성립되었으나 고지되지 않은 경우 항고심이 이를 고지함으로써 하자가 치유될 수 있다는 의견을 밝히신 것과 관련하여, 앞서 제기한 두 가지 의문에다가, ① 사법보좌관의 처분보다는 판사의 인가 결정 자체가 '판사에 의한 재판'으로서 핵심을 이루는 것이라고 볼 수 있으므로, 당사자는 이를 고지받을 권리가 있는 점, ② 결정은 성립만으로 효력이 발생하는 것이 아니라 고지되어야 효력이 발생하는데, 고지되지 않아 원심 결정의 효력이 발생하지도 않았다면, 원심이 종국되었다고 보기도 어려우므로, 항고심 계속의 전제가 성립하지 않는 점, ③ 항고심 계속의 소송요건이 성립하지 않았음에도 항고심이 스스로 원심의 인가 결정을 송달함으로써 하자를 치유할 수 있다고 본다면, 심급제도의 본질에도 반하고 당사자의 심급의 이익 등 재판받을 권리를 침해하게 되는 점, ④ 무엇보다 그 형식이 판결이든 결정이든 그 재판을 성립시킨 법원이 그 재판을 고지할 권한과 책임을 가짐은 심급을 엄격하게 분리하고 있는 민사소송법상 당연한 결론이라고 할 것이고, 결정을 고지할 법원은 민사소송법 해당 조문의 해석상으로도 결정을 한 당해 법원임이 분명해 보이는데, 이와 달리 항고심이 원심의 고지 권한을 대리할 수 있다고 볼 법적 근거가 존재하지 않는 점(이러한 측면에서 발표자께서 드는 참조 판례에서 방론으로 실시된 '항고심이 원심 결정을 대신 고지할 수 있다' 부분은 법리적으로 무리한 논리로 보입니다. 또한 사법보좌관규칙 제4조 제6항 본문에 의하더라도 각

호(제5호의2 포함)의 규정에 따라 업무를 처리하여야 하는 법원은 '단독판사 등'임이 분명합니다), ⑤ 만일 이러한 논리를 허용한다면 선고 외의 방식으로 고지되는 다른 재판서도 항고심이 원심을 대리하여 고지함으로써 하자가 치유될 수 있다는 결과가 되는데, 이는 당사자의 절차적 권리를 침해하여 심히 부당한 점, ⑥ 그렇다고 구태여 사법보좌관의 처분에 대한 인가 결정만을 달리 보아 항고심이 대리하여 고지할 수 있다고 볼 근거도 없는 점, ⑦ 인가 결정 미고지의 흠결을 보정하기 위해 일정한 절차와 시간이 소요되는 결과로 이의신청인에게 실질적으로 이익이 존재한다면, 원심 법원이 그 절차를 정상적으로 거치는 것에 대하여 이의신청인에게 절차적 이익이 있는 것이고, 이의신청인이 그 이익을 주장하는 것이 부당하다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 이를 박탈할 근거도 없으므로, 단순히 절차 신속성을 위해 편의적으로 위와 같은 절차적 이익을 희생할 수는 없는 점, ⑧ 한편, 발표자께서 드는 참조 판례는 항고인의 이익 내지 절차적 권리를 보호하기 위해 '결정 고지 전의 항고가 가능하다'는 결론을 판시한 것이고, '항고심이 원심 결정을 대신 고지할 수 있다'는 설시는 이를 뒷받침하는 방론으로서 주된 쟁점도 아니었는데(위 방론조차도 의문이 있음은 앞서 본바와 같습니다), 방론으로 설시된 위 내용을 근거로 오히려 항고인의 절차적 이익을 침해하는 방향으로 논리를 구성하는 것은 위 판례의 근본 취지와 배치되는 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 발표자의 의견은 의문이 있어 보이는데, 어떠신지요?

[답변]

1. 현행 사법보좌관규칙 자체에 대해서는 별다른 의문을 품지 않고 발표문을 작성하였는데 당사자의 헌법상 권리에 대해 다시 한 번 고민해보는 좋은 계기가 되었습니다. 개인적인 의견으로는, 부장님께서 지적하신 헌법상 '법관에 의한 재판을 받을 권리'를 보장하기 위하여, 현행 사법보좌관규칙이 당사자의 이의신청이 있는 경우 1심 내에서 판사에 의한 심사절차를 마련하고 있고, 나아가 사법보좌관규칙 제4조 제6항에서 집행을 정지할 수 있도록 하는 근거까지 두고 있는 이상 위헌의 소지가 있다고까지 보기는 어렵지 않나 생각합니다. 결국은 정책적 판단의 문제라고 생각되는데, 사법보좌관의 처분의 효력을 바로 소멸하는 것으로 볼 경우에는 절차의 신속성 측면, 특히 신속성이 강조되는 집행절차에서는 단점이 있다고 생각되고, 사법인력의 효율적 활용을 위하여 마련된 사법보좌관제도 자체가 유명무실하게 될 염려

까지 있다고 생각합니다. 적절한 예시일지는 모르겠지만, 사법보좌관이 작성한 배당표와 관련하여, 2017년 개정 전 구 사법보좌관규칙은 당사자의 이의신청이 있는 경우 배당기일을 중지하고 판사로 하여금 다시 배당표를 작성하여 배당기일을 실시하도록 하였는데 개정된 사법보좌관규칙은 사법보좌관이 작성한 배당표에 대한 불복도 배당표에 대한 이의절차를 그대로 따르도록 하였습니다. 이는 배당 이해관계인의 불편을 해소하고 신속한 절차 진행을 도모하기 위한 것인데, 이처럼 사법보좌관이 한 처분의 효력을 일응 존중하는 방향으로 가는 것이 정책적인 흐름인 것은 아닌가 싶은 생각이 듭니다.

2. 먼저 말씀드리고 싶은 부분은, 항고법원이 이를 고지할 권한이 있다는 결론을 이끌어내는 과정에서 인가결정의 고지가 가지는 의미가 제한적이라는 점을 강조하려다 보니, 그 고지가 마치 불필요한 것이라는 주장을 하는 것으로 오해될 여지가 있었던 것 같습니다. 결정의 고지는 효력발생요건이기도 하고, 당사자의 절차적 이익, 그리고 대상결정이 실시한 바와 같이 절차의 명확성을 위해서도 반드시 이루어져야 하는 것이므로 매우 중요하고, 고지 절차가 이루어지지 않은 것이 위법함은 명백합니다.

다음으로는 참조결정의 '재판기록이 항고심으로 송부된 이후에는 항고심에서의 고지도 가능하므로'라는 설시에 대해서 먼저 말씀드려야 할 것 같습니다. 제 개인적인 생각으로는 해당 설시 부분이 단순히 '방론'이라고 보이지는 않고, 오히려 참조결정의 다수의견이 '결정의 고지 전 항고가 가능하다'라는 결론에 이르는 가장 큰 논리적인 근거 중 하나라고 생각합니다. 오히려 '결정의 고지 전 항고를 하였던 당사자의 보호'는 논리적 근거라기보다는 현실적인 또는 정책적인 필요성의 측면의 문제로 보입니다. 좀더 구체적으로 말씀드리면, 참조 결정은 '결정의 성립 -> 즉시 항고 -> 결정의 고지'가 이루어진 사안인데, 대법원은 이러한 사안만을 염두에 두고 항고가 적법하다고 본 것이 아니라 사건기록이 항고심으로 온 뒤로도 1심결정의 고지가 전혀 이루어지지 않는 사안에서도 항고가 적법하다는 결론을 내린 것으로 해석됩니다. 실제로 항고 이후에라도 결정의 고지가 이루어진 경우에 한하여 항고의 하자가 치유된다는 학설이 있기도 한데, 만약 대법원의 입장이 그러한 견해를 취한 것이라면 참조결정에서 그러한 설시가 있었어야 할 것입니다. 따라서 참조결정의 입장에 따르면, 항고법원이 사건기록을 송부받은 뒤로도 1심법원에 의한 고지가 전

혀 이루어지지 않은 경우에도 항고법원은 이러한 상태에서의 항고가 부적법한 것으로 보아서 안된다는 것이므로, 결국 항고법원으로서의 항고심 결정을 내리기 이전에 직접 1심결정을 고지하는 절차를 밟음으로써 1심결정의 효력을 발생시키는 절차를 거쳐야 할 것입니다.

이러한 상황 자체가 사실은 1심 법원이 결정을 고지할 권한과 책임을 다하지 못해 문제가 발생한 상황인데, 당연히 1심 법원의 위와 같은 권한과 책임이 없다는 것은 결코 아니고, 항고심도 그러한 권한과 책임이 있다고 인정하는 것은 가능하다고 생각합니다. 특히 민사소송법 제206조가 '판결은 재판장이 판결원본에 따라 주문을 읽어 선고'한다고 정하고 있는 것과 달리 민사소송법 제221조 제1항은 '결정과 명령은 상당한 방법으로 고지'하는 것으로 정하고 있으므로, 반드시 고지의 주체가 해당 결정을 내린 법원이 되어야 하는 것으로 해석할 필요는 없을 것 같습니다. 항고법원이 이미 성립되어 있는 1심 결정의 내용을 뒤바꿀 수 있는 것은 아니므로 항고법원이 이를 단순히 고지할 수 있다고 하여 심급제도의 본질에 반하는 것은 아니라고 생각합니다.

가장 문제되는 것은 항고인(이의신청인)의 절차적 이익입니다. 그런데 발표문에서도 나름대로 적긴 했었는데, 1심 결정을 1심 법원이 고지하는 것과 항고법원이 고지하는 것 사이에 항고인의 절차적 이익에 과연 큰 차이가 있냐 하는 의문이 있습니다. 정당한 고지절차를 거치는 시간 동안 항고인이 얻게 되는 사실상의 이익을 법이 보장하는 '절차적 이익'이라고 보기는 어려울 것 같고, 그러한 사실상의 이익조차도 장단의 차이가 있을 뿐이지 항고법원이 직접 고지절차를 거치는 데 필요한 기간 동안은 보장될 수 있습니다. 실제 사건을 처리하면서 보더라도, 항고인이 1심의 인가결정을 고지받지 못하였다고 적극적으로 주장하는 경우도 있고, 반대로 그러한 주장을 하지 않고 항고심의 신속한 결정만을 기다리고 있는데도 그러한 하자가 발견되는 경우도 있는데, 두 가지의 경우를 다르게 취급해서는 안된다고 보이고, 항고법원이 신속하게 1심 결정을 고지해주는 것이 당사자의 이익을 보다 보장하는 측면이 큰 것 같습니다.

사실 저조차도 '1심 법원의 결정을 항고법원이 직접 고지할 수 있다'는 결론이 주는 심리적인 거부감이 있는 것이 사실인데, 효력이 발생하지 않은 결정에 대한 항고를 제기할 수 없다는 소수의견을 따르는 것이 아니라고 한다면, 참조결정의 다수의견에 따라서 항고법원의 그러한 권한과 책임을 적극적으로 인정하는 것도 충분히

가능할 것 같습니다.

[엄지아 회원님 질의]

사법보좌관의 처분에 대한 불복절차는 집행 등 관련 사무를 담당하지 않는 경우 낮설기 마련인데, 발표자의 일목요연한 발표 덕분에 해당 절차에 관하여 개괄적인 이해를 하는데 큰 도움이 되었습니다. 단독판사 등의 인가가 결정의 형식으로 이루어지지 않은 경우와 결정의 형식으로 이루어지더라도 고지가 되지 않은 경우를 나누어서 관련된 쟁점을 군더더기 없이 간결하게 소개하고, 해당 쟁점에 대해 발표자의 견해를 구체적인 근거를 들어 논증해가는 과정이 인상 깊었습니다.

질의자 또한 대상결정과 발표자의 입장처럼 단독판사 등의 인가는 독립한 결정서를 작성하여 고지하는 방식으로 이루어져야 하고, 나아가 제1심 법원에서 인가결정이 고지되지 않은 경우 항고법원에서 이를 고지할 수 있다는데 찬성합니다. 특히 민사소송법 제221조 제1항에서는 결정은 '상당한 방법'으로 고지하면 효력을 가진다고만 규정되어 있어 고지 방법에 달리 제한을 두고 있지 않고, 실무에서는 통상 결정서를 송달의 방법으로 고지하고 있으나 실무제요 등에서는 법령에 달리 정함이 없는 한 통상의 우송, 등기우편송부, 교부, 전화통지, 팩스밀리 송부, 전자우편 송부, 구두통지 등의 방법으로 고지를 하는 것도 무방하다고 보고 있습니다. 고지의 방법에 특별히 제한이 없다는 점과 더불어 결정이 고지되기 전에도 항고가 가능하다는 참조결정의 취지까지 고려하면, 고지의 주체와 시기 역시 '항고 후' '항고법원'에서 인가결정을 고지할 수 있는 것으로 확장해석할 수 있는 여지가 있다고 생각합니다.

설령 항고법원에서 인가결정의 미고지를 이유로 사건을 제1심 법원으로 이송하더라도 이송 후 제1심 법원에서는 사법보좌관의 처분에 대하여 새롭게 심리하는 것이 아니라 이의신청인에게 이미 성립되어 있는 인가결정을 고지하기만 한 뒤 바로 다시 기록을 항고심으로 송부할 뿐이고, 이의신청인에게 파기이송으로 인하여 제1심 법원에서 다시 판단을 받을 기회라든가 발표문에서 지적한 바와 같이 추가적인 절차참여 기회를 제공하는 것도 아니기 때문에 제1설을 취할 실익도 없다고 보입니다.

나아가 오히려 항고법원의 파기이송 → 제1심 법원의 인가결정 고지 → 항고심으로의 기록 송부라는 추가적인 절차를 밟는 동안 다소의 시일이 소요되고, 그 과정에서 신속한 항고심의 결정이 필요한 이의신청인의 입장에서는 바라지 않는, 재판

의 지연이라는 결과가 야기될 수도 있습니다.

위와 같은 맥락에서 질의자는 항고법원에서도 제1심 법원의 인가결정을 고지할 수 있다고 봅니다.

1. 한편 발표자께서도 제1심 법원이 인가결정의 고지절차를 밟지 않은 채 사건기록을 항고법원으로 송부한 것은 위법하다고 밝히고 있습니다. 인가결정이 성립하면 제1심 법원의 법원사무관등은 상당한 방법(실무상 주로 송달의 방법)으로 위 인가결정을 고지해야 한다는 점은 분명합니다. 그러나 제1심 법원에서 이의신청인에게 인가결정에 대한 송달을 실시하였으나, 폐문부재 등의 사유로 송달이 완료되지 않은 경우에도 항고심으로 기록을 송부하지 못한다고 보시는 것인지 궁금합니다. 인가결정은 사실상 이의신청인의 입장에서는 '사법보좌관의 처분은 정당하므로, 이의신청인이 기존에 제출한 이의신청에 따라 항고심 재판이 계속될 것'이라는 의미 이상을 지니지 못하는데, 인가결정의 고지가 이루어지지 않는다는 이유로 항고심 절차가 진행되지 않거나 지연된다면 이는 항고심의 판단을 구하는 이의신청인의 의사에 반할 소지가 있기 때문입니다.

2. 만약 제1심 법원 또는 항고법원에서라도 인가결정에 대한 고지를 하고자 하였으나, 고지가 이루어지지 않을 경우(구체적으로 송달불능일 경우) 법원에서는 어떻게 조치해야 하는지(이러한 경우에까지 주소보정명령을 통해 재송달하거나, 집행관송달 실시 후 공시송달 등의 절차를 밟아야 하는지) 궁금합니다.

[답변]

1. 제1심결정이 폐문부재 등으로 송달이 완료되지 않은 경우라면, 제1심법원은 항고법원으로 기록을 송부하지 않아야 한다고 생각됩니다. 제가 발표문에 적은 사건은 어디까지나 1심 결정이 고지되지 않은 상태에서 사건 기록이 항고법원으로 넘어와 버린 상태에서 처리 방안을 말씀드린 것이었고, 단지 절차의 신속성을 위해서 고지가 이루어지지 않은 경우에도 1심 법원이 항고법원에 기록을 송부해서 항고심절차를 진행해야 된다는 것은 아닙니다. 어디까지나 결정의 고지에 관한 일차적인 권한과 책임은 해당 결정을 내린 1심 법원에 있기 때문입니다.

2. 다음으로 인가결정이 송달불능된 때 법원의 조치에 관해서 말씀드리자면, 제가 아직 신청 반단독을 제외하면 재판장을 해본 경험이 없어서 송달에 관하여 잘 아는 것은 아니지만, 인가결정의 고지 역시 원칙적으로 발송송달의 요건을 갖추었다면 발송송달의 방법으로 고지할 수 있을 것이고, 굳이 공시송달 절차로 나아갈 필요도 없을 것이라고 생각합니다. 또한 당사자 대립적 구조가 아니므로 주소보정명령을 할 여지도 없을 것 같습니다.