

8. 제권판결에 대한 불복의 소

가. 개 설

제권판결은 공시최고절차의 마지막단계로서 신청 대상이 된 권리의 무효, 즉 실권의 효력을 발생시키는 형성적 재판인바, 제권판결에 대한 불복의 소는 제권판결의 절차 또는 내용에 일정한 중대하자가 있을 때에 이해관계인이 신청인에 대하여 소의 형식으로 하는 불복신청이다. 제권판결에 대하여 상소는 이를 용인하지 않으나(민사소송법 제490조 제1항) 부당한 하자를 가진 제권판결을 존치함은 허용될 바 아니므로 법은 제권판결을 확정시킴과 동시에 불복있는 자는 소를 제기하여 제권판결의 실효를 청구할 수 있는 것으로 하였다(동조 제2항).

제권판결에 대한 불복의 소의 성질은 제권판결의 효력을 배제하는 판결을 구하는 형성의 소이며,⁴⁵²⁾ 제권판결에 대한 유일한 불복신청의 방법이다. 이는 민사소송법 제490조 제2항에 열거된 사유가 있는 경우에 한하여 허용되며, 이러한 각 사유에 해당하는 사실을 청구원인으로 하여 소를 제기하지 않으면 안 되고 그렇지 아니하면 부적법한 소로서 각하를 면할 수 없다. 불복의 소는 반드시 서면에 의하여야 하며, 소장의 필요적 기재사항을 명기하여야 한다. 법원은 불복신청이 이유가 있을 때에는 제권판결을 취소하는 판결을 한다.

452) 대법원 1989. 6. 13. 선고 88다카7962 판결

나. 청구취지 기재례

❖ 제권판결에 대한 불복의 소(민소법 제490조제2항 제2, 3호, 4호, 5호, 7호, 8호의 경우)

1. ○○지방법원이 2006카공1277호 공시최고신청사건에 관하여 2006. 8. 12.에 별지 목록 기재의 수표에 대하여 선고한 제권판결을 취소한다.
2. 위 수표에 대한 공시최고신청을 각하한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.

○○지방법원 ○○지원이 2006카공2731 공시최고신청사건에 관하여 2006. 11. 11.에 선고한 별지 목록 기재 약속어음에 대한 제권판결을 취소하고, 위 약속어음에 대한 공시최고 신청을 각하한다.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 공시최고신청인이 비공식적인 경로를 통하여 소지인을 알면서 제권판결을 받은 것이 제권판결의 불복사유가 되는지 여부

공시최고신청인이 비공식적 경로를 통하여 소지인임을 주장하는 자로부터 연락을 받고 나서도 공시최고신청을 하여 제권판결을 받은 경우에는 민사소송법 제461조 제2항 제7호의 '사위 또는 부정한 방법으로 제권판결을 받은 때'에 해당되지 않는다.(대법원 1996.8.23. 선고 96다23900 판결)

[참조판례] 민사소송법 제461조 제2항 제5호 소정의 '권리의 신고나 청구 있음에도 불구하고 법률에 위반한 판결을 한 때'의 의미

민사소송법 제461조 제2항 제5호 소정의 '권리의 신고나 청구있음에도 불구하고 법률에 위반한 판결을 한 때'라 함은 공시최고절차에 의하여 제권될 염려 있는 권리나 청구의 존재를 당해 공시최고법원에 신고한 경우만을 가리키는 것이므로 공시최고법원이 아닌 다른 법원에 그 약속어음금 청구소송을 제기한 것만으로는 청구 또는 권리의 신고가 있었다고 할 수 없다.(대법원 1981.3.10. 선고 80다1665 판결)

❖ 제권판결에 대한 불복의 소

○○지방법원 ○○지원이 2006. 12. 4. 선고한 2006카공1755호 제권판결 중 별지 목록 기재 가계수표에 대한 부분을 취소한다.

피고의 같은 수표에 대한 제권판결 신청은 이를 각하한다.

[참조판례] 지급제시기간을 경과한 수표에 대하여 제권판결을 할 수 있는지 여부

수표법 제29조 제1항에 의하면 수표는 발행일로부터 10일 이내에 지급제시를 하여야 하고 지급제시기간이 경과하면 수표의 소지인은 수표상의 권리를 상실하도록 되어 있으며, 이 경우 그 수표의 정당한 소지인은 이득상환청구권을 취득하게 되나 이득상환청구권은 지명채권으로서 그 양도방법 역시 지명채권의 양도방법에 의하여야 하므로 지급제시기간을 경과한 수표는 상법 제65조가 예상

하는 유가증권이 아니라 할 것이어서 제권판결의 대상이 될 수 없다.(서울동부 1997.10.29. 선고 97가단12045 판결)

[참조판례] 증서의 전 소지인이 그 증서의 현소지인을 알면서도 그 소재를 모르는 것처럼 법원을 기망하여 제권판결을 받은 경우, 증서의 정당한 소지인이 제권판결불복의 소에서 패소하였는지 여부를 불문하고 전 소지인은 정당한 소지인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는지 여부 증서의 전 소지인이 자기의 의사에 기하지 아니하고 증서의 소지를 상실하였다고 하더라도 그 후 그 증서를 특정인이 소지하고 있음이 판명된 경우에는 전 소지인은 현 소지인에 대하여 그 반환을 청구하여야 하고, 이에 대한 공시최고는 허용되지 아니한다 할 것이며, 전 소지인이 그 증서의 소지인을 알면서도 그 소재를 모르는 것처럼 공시최고 기일에 출석하여 그 신청의 원인과 제권판결을 구하는 취지를 진술하여 공시최고 법원을 기망하고, 이에 속은 공시최고 법원으로부터 제권판결을 받았다면, 그 제권판결의 소극적 효과로서 그 증서는 무효가 되어 그 정당한 소지인은 증서상의 권리를 행사할 수 없게 되고 적법한 소지인임을 전제로 한 이득상환청구권도 발생하지 아니하게 된 손해를 입었다고 할 것이므로, 전 소지인은 그 증서의 정당한 소지인에게 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있는 것이고, 정당한 소지인이 제권판결을 받은 전 소지인을 상대로 한 제권판결불복의 소에서 패소하였다고 하여 달리 볼 것이 아니며, 또한, 전 소지인이 그 공시최고 과정에서 정당한 소지인에게 자기가 공시최고 절차를 밟고 있다는 사실과 그 사건번호를 알려주었다고 하더라도, 제권판결을 받아냄으로써 정당한 소지인의 증서상의 권리를 침해한 이상, 그러한 사정은 과실상계의 사유가 될 뿐 불법행위의 성립 여부를 좌우할 사정이 되지 않는 것이다.(대법원 1999. 5. 14. 선고 99다6463 판결)

☐ 제권판결에 대한 불복의 소

1. ○○지방법원이 2009카공15512호 공시최고신청사건에 관하여 2009. 11. 18. 별지 목록 기재 약속어음에 대하여 선고한 제권판결을 취소한다.
2. 위 약속어음에 대한 공시최고신청을 각하한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.

[별 지]

약속어음의 표시

어음번호 자02566523
 액 면 금5,000,000원
 지급기일 2009. 12. 30.
 수 취 인 ○○토건 주식회사
 발 행 일 2009. 8. 1.
 발행지 및 지급지 각 ○○시
 발 행 인 장○○
 지급장소 주식회사 ○○은행 ○○지점

[참조판례] 약속어음의 전소지인이 그 약속어음의 현소지인을 알면서도 그 소재를 모르는 것처럼

법원을 기망하여 제권판결을 받았다면, 불법행위책임이 있는지 여부
 약속어음의 전소지인이 자기의 의사에 기하지 아니하고 그 약속어음의 소지를 상실하였다고 하더라도 그 후 그 약속어음을 특정인이 소지하고 있음이 판명된 경우에는 전소지인은 현소지인에 대하여 그 반환을 청구하여야 하고, 이에 대한 공시최고는 허용되지 아니하고, 전소지인이 그 약속어음의 소지인을 알면서도 그 소재를 모르는 것처럼 공시최고기일에 출석하여 그 신청의 원인과 제권판결을 구하는 취지를 진술하여 공시최고법원을 기망하고, 이에 속은 공시최고법원으로부터 제권판결을 얻었다면, 그 제권판결의 소극적 효과로서 그 약속어음은 무효가 되어 그 정당한 소지인은 그 약속어음상의 권리를 행사할 수 없게 되고 적법한 소지인임을 전제로 한 이득상환청구권도 발생하지 않게 된 손해를 입었다고 할 것이므로 전소지인은 그 약속어음의 정당한 소지인에게 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.(대법원 1995.2.3. 선고 93다52334 판결)

[참조판례] ① 제권판결이 선고된 약속어음의 실질적 권리자의 권리행사방법

약속어음에 관하여 제권판결이 선고되면 제권판결의 소극적 효력으로서 그 약속어음은 약속어음으로서의 효력을 상실하게 되어 약속어음의 정당한 소지인이라고 할지라도 그 약속어음상의 권리를 행사할 수 없게 되는 것이므로, 일단 제권판결이 선고된 이상 약속어음상의 실질적 권리자라고 하더라도 제권판결의 효력을 소멸시키기 위하여 제권판결에 대한 불복의 소를 제기하여 취소판결을 받지 아니하는 한 그 약속어음상의 권리를 주장 할 수 없다.

② 약속어음의 발행인의 신청에 의하여 제권판결이 선고된 경우에도 어음의 효력이 상실되는지 여부

제권판결의 소극적 효력으로서 그 어음이 어음으로서의 효력을 상실하여 무효로 되는 이치가, 공시최고의 신청인이 발행인인 경우와 발행인이 아닌 소지인(어음상의 권리자)인 경우에 따라 구별되어 해석되어야 할 만한 아무런 합리적인 근거가 없으며, 도리어 약속어음의 발행인이 그 어음상의 채무를 면하기 위하여 어음의 도난, 분실 등을 이유로 공시최고의 신청을 할 수 있다고 해석하여야 할 것이므로, 어음발행인의 신청에 의하여 제권판결이 선고된 경우에도 그 소극적 효력에 의해 그 어음이 효력을 상실하게 됨은 마찬가지이다.(대법원 1990.4.27. 선고 89다카16215 판결)

⊗ 제권판결에 대한 불복의 소(예비적병합)

(주위적 청구취지)

원고에 대하여,

피고 전○섭은 별지 제1목록 기재증권(약속어음) 1매에 대하여 2009. 3. 18. ○○지방법원 88카60982호 위 증권의 무효를 선고한 제권판결을, 피고 진○철은 별지 제2목록 기재 증권(약속어음) 1매에 대하여 2009. 3. 18. ○○지방법원 88카60985호 위 증권의 무효를 선고한 제권판결을 각 취소한다.

소송비용은 피고들이 부담한다.

(예비적 청구취지)

피고는 원고에게 15,767,700원 및 이에 대한 2015. 6. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[참조판례] 어음을 편취당하였음에도 불구하고 이를 분실한 것처럼 허위로 공시최고의 신청을 하여 법원으로부터 제권판결을 받은 자의 어음소지인에 대한 손해배상책임 및 손해액 약속어음을 편취당한 값이 마치 이를 분실한 것처럼 허위로 공시최고의 신청을 하여 이에 속은 법원으로부터 선고와 동시에 형식적 확정력이 생기는 제권판결을 받았다면 값은 위 약속어음의 소지인인 을이 제권판결의 소극적 효과로서 위 어음상의 권리를 행사할 수 없게 되었을 뿐 아니라 적법한 약속어음소지인임을 전제로 한 이득상환청구권까지 상실하게 됨으로써 입게 된 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이고 이 경우 그 손해액은 특별한 사정이 없는 한 을이 위 약속어음의 지급기일에 지급받을 수 있었을 액면금 상당액이다.(1990.6.14. 89가합18042)

㉔ 제권판결에 대한 불복의 소

(주위적 청구취지)

○○지방법원이 2014카공2612호 공시최고신청사건에 관하여 2015. 2. 27. 별지 목록 기재 각 주택채권에 대하여 선고한 제권판결을 취소하고, 위 각 주택채권에 대한 제권판결신청을 각하한다.

(예비적 청구취지)

피고는 원고에게 15,767,700원 및 이에 대한 2015. 6. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[참조판례] 증권 등의 소지인을 알면서도 그 소재를 모르는 것처럼 공시최고신청을 하고 제권판결을 받은 경우가 민사소송법 제461조 제2항 제7호 소정의 '사위 기타 부정한 방법으로 제권판결을 받은 때'에 해당하는지 여부

증권 또는 증서의 전 소지인이 자기의 의사에 기하지 아니하고 증권 등의 소지를 상실하였다 하더라도 그 후 증권 등을 특정인이 소지하고 있음이 판명된 경우에는 전 소지인은 현 소지인에 대하여 반환을 청구하여야 하고, 이에 대한 공시최고는 허용되지 않는다 할 것이고, 전 소지인이 증권 등의 소지인을 알면서도 소재를 모르는 것처럼 공시최고기일에 출석하여 신청의 원인과 제권판결을 구하는 취지를 진술하여 공시최고법원을 기망하고, 이에 속은 공시최고법원으로부터 제권판결을 받았다면 이는 민사소송법 제461조 제2항 제7호 소정의 '사위 또는 부정한 방법으로 제권판결을 받은 때'에 해당한다(전 소지인이 증권 등을 도난당하여 경찰서에서 조사를 받으면서 절도범으로부터 채권을 취득한 자를 그 날 처음 보았고, 압수된 채권 중 어느 것이 전 소지인의 소유인지도 정확히 모르고 있었으며, 공시최고신청 당시에도 그 날 함께 조사를 받은 자가 증권 전부를 소지하고 있었다는 점도 확실히 모르는 상태에서 공시최고신청을 하여 제권판결을 받은 경우가 민사소송법 제461조 제2항 제7호 소정의 '사위 또는 부정한 방법으로 제권판결을 받은 때'에 해당하지 않는다고 한 사례).(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다16985 판결)

☐ 제권판결에 대한 불복의 소(민소법 제490조 제2항 제6호의 경우)

1. ○○지방법원이 2009카공3251 공시최고신청사건에 관하여 2009. 11. 2. 별지 목록 기재 수표에 대하여 선고한 제권판결을 다음과 같이 변경한다.
2. 별지 목록 기재 수표에 대하여 신청외 김○○(서울 ○○구 ○○동 123-4)이 신고한 권리를 유보하고 위 증서의 무효를 선고한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 증권 등의 전 소지인이 그 증권 등의 현 소지인을 알면서도 그 소재를 모르는 것처럼 공시최고법원을 기망하여 제권판결을 받은 경우, 민사소송법 제490조 제2항 제7호에 정한 '거짓 또는 부정한 방법으로 제권판결을 받은 때'에 해당하는지 여부(적극)

증권 또는 증서의 전 소지인이 자기의 의사에 기하지 아니하고 증권 등의 소지를 상실하였다 하더라도 그 후 증권 등을 특정인이 소지하고 있음이 판명된 경우에는 전 소지인은 현 소지인에 대하여 반환을 청구하여야 하고, 이에 대한 공시최고는 허용되지 않는다 할 것이고, 전 소지인이 증권 등의 소지인을 알면서도 소재를 모르는 것처럼 공시최고기일에 출석하여 신청의 원인과 제권판결을 구하는 취지를 진술하여 공시최고법원을 기망하고, 이에 속은 공시최고법원으로부터 제권판결을 받았다면 이는 민사소송법 제490조 제2항 제7호 소정의 '거짓 또는 부정한 방법으로 제권판결을 받은 때'에 해당한다.(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다4645 판결)

☐ 제권판결에 대한 불복의 소(민소법 제490조 제2항 제1호의 경우)

1. ○○지방법원이 2009카공2479호 공시최고신청사건에서 별지 목록 기재의 증서에 대하여 2009. 9. 22.에 선고한 제권판결을 취소한다.
2. 위 증서에 대한 공시최고신청을 기각한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.

○○지방법원이 2009카공8759호 공시최고신청사건에서 별지 목록 기재의 증서에 대하여 2009. 11. 2.에 선고한 제권판결을 취소하고, 위 증서에 대한 공시최고신청을 기각한다.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 약속어음에 관한 제권판결의 효력

약속어음에 관한 제권판결의 효력은 그 판결 이후에 있어서 당해 어음을 무효로 하고 공시최고 신청인에게 어음을 소지함과 동일한 지위를 회복시키는 것에 그치는 것이고 공시최고 신청인이 실질상의 권리자임을 확정하는 것은 아니나, 취득자가 소지하고 있는 약속어음은 제권판결의 소극적 효과로서 약속어음으로서의 효력이 상실되는 것이므로 약속어음의 소지인은 무효로된 어음을 유효한 어음이라고 주장하여 어음금을 청구할 수 없다.(대법원 1994.10.11. 선고 94다18614 판결)

[참조판례] 민사소송법 제461조 제2항 제1호 소정의 '법률상 공시최고 절차를 허하지 아니할 경우인 때'의 의미

민사소송법 제461조 제2항 소정의 제권판결에 대한 불복사유 중 제1호의 법률상 공시최고 절차를 허하지 아니할 경우라 함은 추상적, 일반적으로 공시최고절차를 허용할 근거가 없는 경우를 말하고 구체적, 개별적인 절차안에서 한 사실인정이 잘못된 경우를 말하는 것이 아니므로, 제권판결 신청인이 증권의 소지인이 아니라든가 도난 또는 분실된 증권이 아니라는 것과 같이 공시최고요건에 관한 구체적인 사실인정의 잘못을 주장하는 것은 위 법조 소정의 불복사유에 해당하지 않는다.(대법원 1989.5.23. 선고 88다카16409 판결)

[참조판례] 증서를 횡령 또는 편취당하였음을 이유로 공시최고신청을 하여 제권판결을 받은 경우 민사소송법 제461조 제2항 제1호의 불복사유에 해당하는지 여부

민사소송법 제463조 제1항에서 증서의 무효선언을 위한 공시최고의 대상의 하나로 삼고 있는 도난, 분실된 증서라 함은 증서의 직접점유자의 의사에 기하지 아니하고 그 소지를 상실한 경우를 예시한 것이므로, 증서의 무효선언을 위한 공시최고에 있어서 증서가 횡령 또는 편취 당한 것임이 공시최고신청서 기재에 의하여 명백한 경우에 법원이 공시최고절차를 밟아 제권판결을 하였다면 이는 구체적, 개별적 절차 안에서 법원이 증서가 도난, 분실된 것으로 사실을 오인한 것이 아니라 추상적, 일반적으로 공시최고를 인정할 법률상의 근거가 없는 것으로서 같은 법 제461조 제2항 제1호 소정의 법률상 공시최고절차를 허가하지 아니할 경우에 해당한다.(대법원 1989.7.11. 선고 87다카2445 판결)

[참조판례] 약속어음을 소위 ‘네다바이’ 당한 후 약속어음을 사취 또는 사기 당하였음을 공시최고 신청의 이유로 하여 제권판결을 받은 경우 민사소송법 제461조 제2항 제1호의 불복사유가 되는지 여부

사채업자라고 사칭하는 성명불상자로부터 어음할인이 가능하다는 말을 듣고 이를 믿어 약속어음을 교부하였는데, 위 성명불상자가 이를 받아들자마자 전주에게 가서 현금과 교환하여 오겠다고 밖으로 나간 후 그대로 도망함으로써 소위 약속어음을 ‘네다바이’ 당한 경우, 약속어음에 대한 공시최고 신청을 함에 있어서 그 신청이유로서 위 약속어음을 위와 같이 ‘사취’ 또는 ‘사기’ 당하였다고 기재하여 제권판결을 선고받았다면, 이는 약속어음이 도난, 분실, 또는 멸실된 경우에 해당하지 아니하여 추상적, 일반적으로 공시최고를 인정할 법률상의 근거가 없는 것으로서 민사소송법 제461조 제2항 제1호에 소정의 불복사유인 법률상 공시최고절차를 허가하지 아니할 경우에 해당된다.(대법원 1991.2.26. 선고 90다17620 판결)