대 법 원

결 정

사 건	2009마1073 권리행사최고및담보취소
재 항 고 인	재항고인
	소송대리인 법무법인 한서
	담당변호사 신기남 외 1인
원 심 결 정	서울고등법원 2009. 6. 1.자 2009라320 결정

주 문

재항고를 기각한다.

이 유

재항고이유를 판단한다.

1. 소송상의 담보에 관한 민사소송법 제125조에 의하면, 소송이 완결된 뒤 담보제공자의 신청이 있으면 법원은 담보권리자에게 일정한 기간 내에 그 권리를 행사하도록 최고하고, 담보권리자가 그 권리행사를 하지 아니하는 때에는 담보취소에 대하여 동의한 것으로 보아(제3항), 기존의 담보를 취소하는 결정을 하여야 하며(제2항, 제1항), 이 규정은 민사집행법 제19조 제3항에 의하여 가압류 등 보전처분을 위한 담보의 경우에도 준용된다.

위 법조에서 말하는 권리행사최고를 할 수 있는 시기인 "소송이 완결된 뒤"라 함은 일반적으로 담보권리자가 그 권리를 행사할 수 있게 된 시기, 즉 담보의 피담보채권인 손해배상청구권 등의 존재와 범위가 객관적으로 확정되어 담보권리자의 권리행사를 기대할 수 있을 정도로 그 권리의 행사나 금액의 산정에 특별한 장애가 없는 상태가 된 때를 의미한다.

그런데 보전처분을 위하여 제공된 담보는 위법·부당한 보전처분 및 그 집행으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대한 배상책임을 담보하기 위한 것이므로, 보전처분이 그에 대한 이의신청 등을 통하여 취소 확정되고 그 집행마저 해제되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 손해배상청구권의 존부와 범위가 일응 확정되었다고 볼 수 있다.

그러나 일반적으로 보전처분은 본안소송을 전제로 하여 잠정적으로 그리고 피보전권리 및 보전의 필요성 요건에 대한 소명(疎明)만에 의하여 비교적 간이·신속하게 발령되고, 보전처분에 대한 이의·취소신청에 의한 불복절차도 그 심리방법은 소명에 의하는 점에서 기본적으로 동일하므로 그 불복절차에서 보전처분이 취소되었다고 하더라도 이를 본안사건에서 피보전권리의 존부 및 범위에 관하여 판결한 경우와 동일하게 취급할 수 없다. 따라서 본안사건에서 보전처분에 관한 불복사건에서의 피보전권리의 존부 및 범위에 관한 판단과 다른 판단을 할 수도 있고, 그러한 본안사건의 판단결과가 위법·부당한 보전처분 및 그 집행으로 인한 손해배상책임의 존부와 범위를 심리하는 법원의 판단에 현실적으로 영향을 미칠 수 있다.

그렇다면 본안소송이 아직 제기되지 않은 경우라면 몰라도 이미 본안소송이 제기되어 계속중인 경우까지, 본안사건이 확정되기도 전에 채무자에게 소송의 방법에 의하여야 하는 권리행사 여부를 결정하도록 기대하거나 그러한 권리행사가 없다는 이유로 담

보취소에 동의한 것으로 의제하는 것은 담보권리자인 채무자에게 과중한 절차적 부담을 부과하는 것으로 온당하지 아니하다.

그러므로 보전처분에 관한 본안소송이 이미 제기되어 계속중인 경우에는, 비록 보전처분이 그에 대한 이의신청 등을 통하여 취소 확정되고 그 집행이 해제되었다고 하더라도 그것만으로 위에서 말하는 "소송이 완결된 뒤"라고 볼 수 없고, 계속중인 본안사건까지 확정되어야만 소송의 완결로 인정할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.

종전에 이와 달리, 채권가압류결정에 대한 이의의 소가 완결된 이상 그에 관한 본안소송이 완결되지 않았다 하더라도 소송완결의 경우에 해당한다고 판시한 대법원 1970. 2. 21.자 69마970,971 결정은, 이 결정의 견해와 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

2. 원심결정 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 가압류에 관한 본안소송이 계속중이라는 이유로 소송완결을 인정하지 아니하고 이 사건 권리행사최고 및 담보취소신청을 모두 배척한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 재항고이유로 주장하는 바와 같은 보전처분의 담보취소요건으로서의 소송완결에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 그러므로 재항고를 기각하기로 하여 관여 법관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2010. 5. 20.

재판장 대법원장 이용훈

대법관 김영란

대법관 양승태

대법관 박시환

대법관 김지형

대법관 이홍훈

대법관 김능환

대법관 전수안

주 심 대법관 안대희

대법관 차한성

대법관 양창수

대법관 신영철

대법관　　민일영