

2013년 정책연구용역

가처분의 실효성 보완 방안에 관한 연구

경북대학교 산학협력단

법 원 행 정 처

가처분의 실효성 보완 방안에 관한 연구

보고서를 제출합니다.

2014년 9월

경북대학교 산학협력단

김 연 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

오재창 (법무법인 해마루 변호사)

오정후 (서울대학교 법학전문대학원 교수)

목 차

제1장 연구의 목적 및 방법	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 내용과 방법	4
제2장 가처분의 실효성	6
제1절 가처분의 효력과 실효성	6
I. 법의 효력과 가처분의 효력	6
II. 가처분 재판의 효력	7
III. 가처분 집행의 효력과 위반시 구제방법	12
IV. 가처분의 효력과 실효성	33
제2절 현행법상의 가처분 실효성 관련 문제의 검토	34
I. 가처분의 실효성 확보 방법	34
II. 강제집행에 의한 방법	35
III. 기타의 실효성 관련 문제	42
제3장 부작위를 명하는 가처분과 간접강제	52
제1절 간접강제의 적용범위	52
I. 간접강제의 집행방법	52
II. 간접강제에 대한 입법론	62
제2절 가처분명령에 대한 간접강제	66
I. 가처분 명령과 간접강제	66

II. 가치분 결정시 간접강제 가능 여부	66
III. 후 사정변경이 있는 때의 간접강제결정 내지 배상금 문제 ..	73
제4장 제외국의 가치분 실효성 보완 법제	82
제1절 논의의 전개	82
제2절 미국의 법원 모욕(Contempt of Court) 법제	83
I. 미국 법원모욕 법제 연구의 필요성	83
II. 미국 법원모욕 법제의 역사와 기능 및 발전과정	86
III. 미국 법원모욕 법제의 내용	91
IV. 미국 법원모욕 제재의 절차	110
V. 미국 법원모욕 제도의 도입필요성 검토	114
제3절 미국법상 예비적 유지명령 및 임시 제지명령	122
I. 문제점과 임시 제지명령 도입의 필요성	122
II. 예비적 유지명령(Preliminary Injunction) 및 임시 제지명령 (Temporary Restraining Order)	127
III. 예비적 유지명령 및 임시 제지명령에 관한 주요 판례들	143
IV. 임시 제지명령(TRO)의 국내 도입 가능성 검토	155
제4절 독일의 가치분 실효성 확보 제도	162
I. 연구의 범위	162
II. 독일 민사소송법의 간접강제 제도	164
III. 독일의 간접강제 제도와 우리 민사집행법의 간접강제 제도 비교 ..	231
제5절 일본의 가치분 실효성 관련 법제	247

I. 일본의 간접강제 제도	247
II. 일본의 가처분에 관한 간접강제 제도	277
III. 일본 간접강제 제도의 시사점	278
제5장 가처분의 실효성 확보를 위한 제도 개선	283
제1절 가처분의 개선을 통한 실효성 보완	283
I. 가처분 제도의 개선	283
II. 간접강제 제도의 개선을 통한 가처분 실효성 보완방안	292
제2절 보전소송제도의 개선	299
I. 실효성 확보를 위한 보전제도 개선의 필요	299
II. 보전제도의 문제점과 개선방향의 정립	299
III. 보전절차의 재정립	302
제6장 결론	307
[참고문헌]	316

<연구요약문>

가처분의 실효성 보완 방안에 관한 연구

I. 가처분의 실효성 문제의 발생

얼마 전 발생한 전직 국회의원의 가처분 위반 사건은 간접강제에 의하여 해당 국회의원 본인이 거액의 재산적 손실을 입었다는 결과에도 불구하고 가처분의 실효성 문제에 엄청난 문제를 야기하였다고 할 수 있다. 물론 이 시점에서 갑자기 가처분의 실효성에 문제가 생긴 것은 아니지만, 일찍이 가처분의 내면에 존재하고 있던 실효성의 문제가 이 사건을 계기로 분출되었다고 할 수 있다는 것이다. 가처분을 위반한 것에 대해 법원이 가지고 있는 제재방안이 한계를 가지고 있다는 점에서 가처분 제도에 관한 의문이 대두되었을 뿐 아니라, 국민의 사법신뢰에 대한 의문, 즉 법원의 재판 전반에 걸쳐 의문이 생길 수도 있다는 점에서 커다란 문제라는 인식이 전반적으로 확산되어 가처분의 실효성을 보완하기 위한 방안이 필요하게 되었다.

II. 연구의 전개

본 연구는 가처분의 실효성을 보완하기 위한 방안을 탐구하는 것을 그 내용으로 한다. 가처분의 실효성은 곧 가처분의 효력이 실제 법률관계에 작용하도록 하는 힘을 말하는 것이라고 할 수 있는데, 종래 가처분의 실효성에 관한 제도라고 하면 가처분의 집행에 관한 것을 중심으로 말할 수밖에 없는 실정이었고, 그 외의 수단은 전무하였다고 할 수 있다.

때문에 가처분의 내용과 성질에 따라, 직접강제나 대체집행이 가능한 경우에는 그래도 법원이 강제력을 동원하여 집행을 실시하는 것이므로 가처분 명령에 대해 위반한다는 것을 상정하기 어렵지만, 부작위나 수인을 명하는 가처분의 경우에는 간접강제에 의한 집행만이 가능하였으므로 가처분의 이행에 의한 불이익보다는

불이행시의 이익이 더 크다고 생각하는 의무자로서는 가처분의 위반을 생각할 수도 있는 실정이었다고 할 수 있고, 앞에서 본 국회의원의 가처분 위반사건도 이와 같은 맥락에서 생각할 수 있다.

이 연구는 이러한 관점에서 현행법상의 간접강제로서는 가처분의 실효성을 제대로 확보하기 어렵기 때문에 적극적으로 독일법상의 이행강제금 제도나 미국법상의 법원모욕의 방법을 도입하는 것을 주요한 내용으로 하고, 이에 더하여 일본에서 최근 행해진 간접강제제도의 개선을 참조하여 우리 법제에 적용할 수 있는가 하는 점을 염두에 두면서 진행하였다. 독일과 미국법상의 제도는 우리 법제에 완전히 새로운 제도라고는 할 수 없고, 이미 여러 법률이 부분적으로 내지 간접적으로라도 도입을 하여 시행하고 있는 부분도 있기 때문에, 적극적으로 가처분의 실효성 보안을 위한 제도로 도입이 가능하고, 일본법제의 개선부분도 어느 정도는 우리 법제에 적용할 수 있는 부분이 있다고 생각한다.

다만 독일법제도 이미 우리와 상당한 괴리를 가지고 있고, 아예 법계가 다른 미국법제는 더 말할 나위도 없으나 그 과정에서 우리나라에 효율적으로 정착을 시키기 위해서는 많은 연구 검토가 필요할 것이다.

III. 연구의 결론

결국 가처분의 실효성 확보의 문제는 의무자에 대해서는 가처분으로 인해 입는 손실을 감수하게 하여야 하는데, 이는 그 위반으로 얻는 이익을 얻지 못하게 하거나 그보다 큰 손실을 입게 하여야 한다. 이러한 점에서 독일의 배상금제도나 인신구금을 통한 강제수단 내지 미국의 법원모욕의 도입을 통한 민형사법적 제재수단의 도입이 검토되어야 한다는 것이다. 이와 함께 일본법상의 간접강제 제도의 개선도 참고할 만한 부분이 있다.

이와 아울러, 만약 이러한 방법으로도 실효성을 확보하기 어려운 부분이 있다면 가처분 제도를 근본적으로 개혁하여 새로운 제도로 구축함으로써 실효성을 확보하는 것도 검토할 수 있을 것이고, 이러한 관점에서 영미법상의 임시제지명령(TRO)의 도입을 통한 가처분 제도의 단계적 구조로의 개편이나, 보전소송법으로의 개편을 통한 보전제도의 획기적 전환을 생각해볼 수 있을 것이다.

(이 페이지는 백지임)

제1장 연구의 목적 및 방법

제1절 연구의 목적

민사집행법상 가처분은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 이중 다툼의 대상에 관한 가처분은 특정한 물건에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 그 특정한 물건을 대상으로 하는 잠정적 처분을 말하는 것이고, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 행해지는 잠정적 처분이다(민사집행법 제300조. 이하 이 연구에서 민사집행법은 조문만 보임). 이들 가처분은 본안재판 이전에 법원의 결정을 얻어 집행함으로써 잠정적으로 강제집행 내지 권리를 보전하기 위한 신속한 권리구제수단으로 작용하게 된다.

그런데 가처분이 실효성을 가지지 못하게 되면 가처분을 통해서 얻으려고 하는 목적을 달성할 수 없게 되기 때문에, 가처분의 실효성을 확보하는 것은 가처분의 본래 목적을 달성할 수 있느냐와 직결되는 문제로 된다.

최근 가처분의 실효성 문제가 대두된 사건의 예로 들 수 있는 것 중의 하나가 전국교직원노동조합(이하 전교조) 가처분 사건이다. 이 사건은 전교조의 조합원 명단을 행정부로부터 넘겨받은 조전혁 당시 국회의원에 대하여 전교조 측에서 조합원명단을 인터넷에 공시하거나 언론 등에 공개하지 말 것을 구하는 공개금지가처분을 서울남부지방법원에 신청하여 동 법원이 공개금지를 명하는 결정¹⁾을 하였음에도 불구하고 조 전의원이 21만 7천명에 달하는 전교조 조합원 명

1) 서울남부지법 2010. 4. 15. 자 2010카합211 결정 공개금지가처분.

가처분의 실효성 보완 방안

단을 자신의 인터넷 홈페이지에 게시하여 공개한 사건이다.

전교조 측에서는 조전혁 당시 의원을 상대로 가처분 결정상의 부작위의무 위반을 이유로 간접강제신청을 하여 가처분상의 의무불이행시 1일당 3,000만 원의 배상을 명하는 결정²⁾을 하였는데, 조 전 의원은 가처분과 간접강제 결정에도 불구하고 상당기간 동안 명단을 내리지 않았다.

위 가처분에 대한 이의신청이 있었으나 법원은 가처분을 인가하였고, 서울고등법원도 즉시항고에 대해 일부 변경을 하였으나 원 가처분을 유지하였으며, 최종적으로 대법원에서 재항고가 기각되었다.³⁾ 이후 전교조는 위 의원 등을 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 이 중 하나의 소에 대해 거액의 손해배상을 명하는 판결이 선고되었는데, 이는 대법원에서 확정되었다.⁴⁾

이 사건은 법원이 명한 가처분을 명시적으로 위반한 경우에도 가처분에 따르도록 하는 방법이 별로 없고, 그 위반에 대해 법이 규정하고 있는 제재를 하는 것이 그다지 실효성이 없다는 문제점을 여실히 드러냈다고 할 수 있다.

이 사건의 문제점은 명시적으로 가처분 결정을 하였음에도 이에 위반하였다는 것에서 생기는 것이지만, 이에 더하여 그 후 가처분을 받아들여 홈페이지에서 내렸다고 하더라도 인터넷의 속성상 한 번 공개된 명단은 다른 사람이 보관할 수 있고, 이러한 점에서 충분히 남용의 우려가 있다는 점에서 신청인의 권리를 보호하는 것이 쉽지 않다는 점에서 더 큰 우려를 자아냈던 것이다.

가처분의 의무자에 의한 이러한 직접적 가처분의 위반 사안 외에

2) 서울남부지법 2010. 4. 27. 자 2010타기1011 결정. 이후 서울고등법원은 배상금을 2,000만 원으로 변경함.

3) 대법원 2011. 5. 24. 자 2011마319 결정.

4) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다49933 판결.

도 가처분의 실효성을 의심케 하는 경우를 생각해볼 수 있는데, 이 중 특히 부작위 의무 명령 위반에 대한 제3자들에 의한 위반행위 문제도 심각하다고 할 수 있다. 위 사건에서도 여러 명의 국회의원과 지방의회 의원이 조전혁 의원에 동조하여 자신의 홈페이지에 명단을 게시하였는데, 이들은 직접적으로 위 가처분의 의무자는 아니므로 이들의 행위에 대해 가처분의 위반에 대해 직접적으로 책임을 묻기는 어려울 것으로 보인다. 그러나 법원이 위 게시 행위가 위법한 것으로 판단하였기 때문에 이에 대한 손해배상 청구가 가능할 것이고, 실제 손해배상을 청구하는 소송도 제기되었다.⁵⁾

이들은 스스로 법원의 가처분 결정의 존재나 그 행위의 위법성을 인식하고 정면으로 위법행위를 하였다는 점에서 가처분 의무자의 가처분 위반행위와 거의 같은 정도의 문제점을 가지고 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이들에 대해 손해배상을 비롯한 사후적 구제를 제외하면 실제 법적 보호는 상당히 곤란하다고 할 수밖에 없는 실정이다.

위와 같은 사안 외에도 예컨대, 특허권침해 제품의 생산·판매금지 가처분, 명예훼손 등 인격권 침해 성격의 집회·시위 금지 가처분, 영업비밀 침해금지 가처분 등에서도 가처분의 실효성이 많이 문제되어 있는데, 이에 따라 금지대상 행위를 어느 정도로 특정하여야 하는지, 어떤 행위를 가처분에 반하는 행위로 볼 것인지 등은 실무상 어려운 문제로 남아 있고 이에 따라 가처분의 잠탈도 우려되고 있는 실정이다.

위와 같이 법원의 가처분 명령을 위반하는 이유를 간단히 생각해 보면, 가처분을 위반함으로써 얻게 되는 금전적, 사회적, 정치적 이익이 상대적으로 가처분 명령을 준수하는 것보다 크다고 여기는 당

5) 1심 판결: 서울중앙지방법원 2013. 9. 4. 선고 2011가합124405 판결.

사자들은 위와 같은 가처분을 위반하는 경우가 실제로 많이 존재한다고 할 수 있다. 문제는 부작위를 명하는 가처분은 피신청인이 위반했을 경우 현저하고 급박한 손해가 있을 것을 전제로 하여 발령요건을 엄격히 심사하여 내려지는데, 오히려 그 위반에 대하여 즉시 시행할 제재방법이 사실상 존재하지 않는다는 점이다. 즉 가처분 결정은 신중하게 내리지만 그 위반을 실효적으로 억제할 만한 대책이 없다는 것이다.

이러한 가처분의 위반 문제는 결국 재판의 실효성을 침해하고 법적 판단의 의미를 심각히 훼손하는 것이므로 이에 대한 대응이 필요하다고 할 것이다. 이 연구는 이러한 관점에서 가처분이 실효성을 확보하기 위한 방안을 강구하는 것을 그 목적으로 한다.

제2절 연구의 내용과 방법

이 연구는 위와 같은 목적을 달성하기 위하여 우리 법제상 가처분 결정, 특히 부대체적 작위의무와 부작위의무를 명하는 가처분 결정의 효력을 분석함으로써 이에 대한 대책을 강구하기 위한 발판을 마련하고자 한다. 그 방법으로서 보전처분, 특히 그 중에서도 가처분의 실효성 관련 문제에 대한 분석을 통하여 그 실효성을 확보하기 위한 방안을 도출하려고 하는 것이므로 현행 민사집행법을 비롯한 보전법제에 대한 분석과 문헌연구와 분석 및 국내의 심리절차와 외국 법제 내지 실무를 실질적으로 검토하여 결론을 도출하게 된다.

그 내용으로서 먼저 가처분 결정이 실효성을 충분히 가지지 못하는 경우를 조사한다. 이를 통하여 가처분이 실효성을 확보하지 못하는 이유를 분석한다. 가처분의 실효성이 확보되지 못하는 이유는 법제적인 이유일 수도 있고, 심리나 결정 내지 그 집행과정에서 생기

는 문제일 수도 있다. 또한 가처분 제도에 대한 사회적인 이유에서 실효성 문제가 생길 수도 있다고 본다. 이를 통하여 법제를 개선하여야 할지, 아니면 심리과정이나 재판, 집행과정을 개선하여야 할지의 문제를 검토하게 된다. 아울러 사회적인 부분에서 개선하여야 할 부분이 있다면 그 부분에 대해서는 어떠한 대책이 있는지 강구해 보기로 한다.

위와 같은 조사는 가처분이 실효성을 확보하지 못한 이유를 규명함으로써 대책을 마련하는 바탕이 될 것이다. 입법을 하여야 한다면 그 내용과 방법이 문제가 될 것이고, 주문례를 비롯하여 실무적 개선이 필요하다고 하는 경우에도 어떤 방법으로 하여야 할지 문제된다. 이러한 경우에는 외국의 유사사례와 대책을 살펴보는 것이 큰 도움이 된다.

제2장 가치분의 실효성

제1절 가치분의 효력과 실효성

I. 법의 효력과 가치분의 효력

가치분의 실효성을 말하기 위해서는 먼저 가치분의 효력에 대해 살펴볼 필요가 있다. 실효성이라고 하는 말은 ‘실제 효과를 나타내는 성질’이라고 하는 사전적 의미를 가지고 있으므로, 가치분의 실효성을 생각하기 위해서는 먼저 가치분의 효력이 어떠한지 알아야 할 것이기 때문이다.

모든 법은 효력을 가지고 있어야 한다. 효력이 없는 법은 법으로서의 의의를 가지지 못한다. 법에 효력이 없다면 누가 그 법을 위반하더라도 제재를 받지 않을 것이므로 아무도 법을 지키지 않을 것이다. 도덕과 같은 규범과는 달리, 법은 타의적 규범이기 때문이다. 그렇다면 효력을 가지지 못한 법은 있으나 마나 한 존재가 될 수밖에 없을 것이다. 법의 효력은 대개 법을 위반할 경우에 나타나고, 일반적이든 개별적이든 법위반 시에 적용될 제재규범이 법의 효력을 담보하게 된다. 물론 제재규범을 가지지 않는 불완전규범이 없는 것은 아니나, 그러한 법은 선언적 성격을 가지는 것으로 볼 수 있기 때문에 별개로 생각하게 된다. 한편 제재규범이 있더라도 실제 법을 운용하는 기관이나 사람이 그 규범을 적용하여 위반자에게 제재를 하지 않는다면 그 법의 효력은 없는 것과 마찬가지로 되고, 실효성이 없다고 하게 된다.

이러한 것은 재판의 경우에도 대체로 마찬가지이기 때문에 재판에

는 기판력이나 집행력, 형성력 등 효력을 가지도록 하여 재판을 통해 이루고자 하는 목적을 달성할 수 있도록 하고 있다. 가처분도 재판의 일종으로서 가처분의 목적을 달성하려면 당연히 그 효력을 가져야 하는 것이다.

다만 가처분은 그 성질상 종국성에 차이가 있고, 또 현행법상 결정의 방법으로 행해지기 때문에 판결의 경우와는 어느 정도 차이가 있다. 또 가처분의 경우 재판의 효력과 가처분의 집행에 의한 효력에도 미세한 차이가 있다고 할 수 있다.

II. 가처분 재판의 효력

1. 잠정적 효력

가처분은 그 잠정성으로 인하여 피보전권리에 대해 종국적으로 판단하지 않는 잠정적인 것에 그친다. 따라서 가처분 명령에서 피보전권리의 존재를 인정하여도 그 존재가 종국적으로 인정되는 것은 아니고, 최종적인 판단은 어디까지나 본안재판에서 판가름되는 것이다.

2. 재판효의 발생과 소멸

가처분재판은 결정으로 행해지기 때문에 본질적으로 본다면 확정이라는 것은 사실상의 문제에 그치고, 당사자에게 고지되면 바로 효력이 생기는 것이다. 특히 보전신청을 받아들인 결정은 채무자에게 송달되면 바로 효력이 생긴다. 그러나 통상 채무자에게 고지하기 전에 집행이 이루어지기 때문에(제292조 3항), 이때에는 채무자가 집

가처분의 실효성 보완 방안

행으로 결정의 존재를 알았다고 할 것이므로 집행에 착수한 때에 효력이 발생한다고 한다.⁶⁾

가처분명령의 효력이 생긴 후에는 이 결정이 취소되기 전까지는 효력이 유지된다. 따라서 절차상의 하자가 있다고 하여 효력이 없다고 할 수 없으며,⁷⁾ 본안판결이 취소되거나 심지어 채무자가 피보전권리로 된 의무를 이행하였다고 하더라도 법원이 가처분을 취소할 때까지는 보전의 효력이 당연히 소멸하지는 않는다.⁸⁾ 예컨대 가처분으로 인한 등기가 불법으로 말소되었다고 해서 가처분의 효력이 없어지는 것이 아니다.⁹⁾

3. 재판효의 범위

(1) 재판효의 주관적 범위

가처분의 효력을 받는 것은 당연히 결정서를 비롯한 절차상 채권자와 채무자로 표시된 자이다. 채권자는 적극적 당사자로서 보전재판이 받아들여졌을 경우 재판의 내용에 따른 이익을 향유하고, 채무자는 채권자의 이익향수를 인용하여야 하는 것은 당연하다. 그리고 가처분의 목적이 채권인 경우와 같이 제3자가 의무자로 지정되어 있는 경우에는 그 자도 가처분재판의 구속력을 받는다.

이때 보전재판의 효력을 받는 당사자 등의 지위는 가처분의 이전이라는 방법으로 이전될 수는 없으나, 상속이나 포괄적 유증 등 포

6) 김상원 외 편, 주석 민사집행법(VI), 한국사법행정학회, 2004, 181면(이하 이 책은 단순히 '주석(IV)'로만 인용함).

7) 김상원/정지형, 가압류가처분, 한국사법행정학회, 1978, 192면; 한종렬, 민사소송법(하), 대학출판사, 1995, 328면.

8) 김상원/정지형, 187면; 한종렬, 328면.

9) 서울고법 1972. 5. 3. 선고 71나2758 판결.

팔승계의 경우에는 승계인에게 가처분 당사자의 지위가 이전되는 것으로 볼 여지가 있고, 피보전권리가 가처분명령 후 양도되는 때에는 가처분의 효력도 이전되는 것으로 보아야 할 경우가 있다.

여기서 한 가지 문제로 될 수 있는 것은 특히 가처분의 경우에 명시적으로 채무자로 지정되지는 않았으나 의무자와 같은 지위에 있어서 의무자 대신에 가처분의 내용을 위반하는 행위 등을 하는 경우에 이를 기존의 가처분으로 구속할 수 있는가 하는 것이다. 아직 어떠한 결론이 내려지지는 않았지만, 당연히 구속력을 인정하기는 어려울 것으로 본다.¹⁰⁾ 상세한 것은 후술한다.

(2) 재판효의 객관적 범위

가처분은 당연히 당해 사건의 소송물의 범위 내에서 효력을 가지게 되므로 가처분을 유용(流用)하는 것은 당연히 허용되지 않는다. 한편 가처분의 결정은 주문(主文)으로 명하는 것에 한하여 효력이 생기게 되고, 가처분에 목적물이 정해져 있는 경우에는 그 목적물에 한하여 가처분의 효력이 발생하는 것이 원칙이다.

4. 재판효의 내용

(1) 기속력

가처분재판은 결정으로 하기 때문에 기속력이 생기지 않는다.¹¹⁾ 따라서 법원은 이의나 즉시항고가 제기된 경우, 그 불복의 내용이

10) 다만 본안재판이 대세효를 가지는 회사법상의 가처분에 대해서는 이설이 있으므로 이는 가처분의 제3자효를 확장하는 문제와 더불어 살펴보기로 한다.

11) 이석선, 보전소송 (상), 일신사, 1981, 208면.

가처분의 실효성 보완 방안

타당하다고 인정하면 스스로 결정의 내용을 고칠 수 있다. 다만 일본 민사보전법 제41조 제2항은 보전재판을 한 법원은 보전항고가 제기된 경우에 보전항고의 이유가 있는지의 여부를 판단하지 말고 사건을 항고법원에 송부하여야 한다고 규정하여, 원법원이 결정에 대해 수정할 수 없다는 취지로 규정하고 있기 때문에 일본에서는 보전결정에도 약하기는 하나 기속력이 있다고 한다.¹²⁾

또한 법원은 결정의 내용에 중요한 잘못이 있음이 발견된 때에는 다시 결정을 하지 않더라도 재판의 경정에 준하여 스스로 그 내용을 바로잡을 수 있다고 본다. 이때 굳이 계산상의 착오나 기재의 잘못¹³⁾에 그치지 않고 판단상의 잘못에 대해서도 바로잡을 수 있다. 다만 이렇게 경정을 한 때에는 새로운 재판을 고지한 때로부터 그 효력이 발생하는 것으로 보아야 할 것이다.

(2) 확정지 문제

본래 결정에 의한 재판은 고지 즉시 효력이 생기는 것이므로 따로 확정이라는 개념을 생각할 필요가 없다. 오히려 가처분 명령은 이보다 결정의 효력이 언제 발생하는가가 더 중요한데, 통상 채무자나 제3채무자 등에게 송달되었을 때 효력이 생기고, 형식적 확정력을 생각할 필요 없이 바로 집행할 수 있는 것이다. 더군다나 보전명령에 대해서는 집행 후에도 이의나 취소신청을 하는 것이 인정되어 있으므로 확정지 문제를 다룰 이유는 없는 것이다. 그러나 즉시항고를 할 수 있는 재판에 대해 항고기간이 도과하였거나 재항고의 재판과 같이 더 이상 불복이 불가능한 재판에 대해서는 불복이 불가능하므

12) 原井龍一郎·河合伸一, 新訂版 實務民事保全法, 商事法務, 2002, 185면.

13) 채권압류 및 전부명령에 관하여 경정결정을 할 수 있다는 취지의 판례로, 대법원 1998. 2. 13. 선고 95다15667 판결.

로 사실상 확정되었다고 보아도 무방할 것이다.¹⁴⁾

(3) 기판력의 발생 여부

보전명령을 판결로 할 때에도 기판력이 생기는가에 대한 논의가 있었으나, 결정으로 보전재판을 하게 된 현재에 있어서는 더구나 가처분 명령에 대해 기판력을 논의할 실익은 없다고 할 수 있다. 따라서 보전신청이 기각되어도 소명을 보완하여 다시 신청을 할 수 있는 것이다.¹⁵⁾ 그런데 이에 대해서는 법률관계의 안정의 필요에서 보전재판은 피보전권리와 보전의 필요가 동일한 사건 사이에 있어서는 앞의 사건과 모순되는 재판을 할 수 없다는 의미의 구속력이 작용한다는 입장이 있다.¹⁶⁾ 이에 의하면 동일한 사실관계에 기하여 동일한 권리를 위한 같은 보전처분을 구하는 것은 허용되지 않는다고 하면서, 종업원 지위보전의 가처분명령이 발령되고 나서 임금의 지급을 명하는 가처분 신청이 있는 경우에 앞의 가처분 명령의 구속력이 뒤의 가처분 신청에 미친다고 한다. 그러나 이러한 효력이 발생한다고 하더라도, 그 범위는 어디까지나 기존 사건의 당사자와 소송물의 효력이 미치는 범위 내에 한정된다고 하여야 한다. 예컨대 다른 사람은 이와 무관하게 다시 동일한 내용의 가처분을 신청할 수 있는 것이지만¹⁷⁾ 기판력이 없다고 하면 이는 당연한 귀결로 된다.

14) 김연, 민사보전법, 법문사, 2010, 131면.

15) 대법원 1960. 7. 21. 자, 4293민抗137 결정; 대법원 1977. 12. 27. 선고 77다 1698 판결; 대법원 2008. 10. 27. 자 2007마944 결정.

16) 김상원/정지형, 188면; 김홍엽, 민사집행법 제2판, 박영사, 2013, 456면; 이시윤, 신민사집행법 제8판, 박영사, 2014, 651면. 이시윤 변호사는 이를 한정적 기판력이라고 부르면서, 배척된 가처분 결정 후 채권자가 소명자료를 갱신 보완한 경우와 인용된 가처분에 대해 집행기간을 넘긴 경우에는 재신청을 허용하여야 한다고 한다.

17) 서울중앙지법 2010. 6. 9. 자, 2010카합86 결정.

가처분의 실효성 보완 방안

그리고 보전명령은 기판력이 없기 때문에 가처분명령상의 판단은 본안사건에는 아무런 영향이 없다.

(4) 집행력

보전재판은 사실상 집행을 위한 재판이므로 집행력이 생기는 것은 당연한 것이다. 따라서 보전결정은 집행권원으로서의 효력을 가지게 되며, 이는 채무자에게 송달되기 전에 발생한다(제292조 3항).¹⁸⁾ 물론 확정이라는 문제도 집행과는 무관하다. 그러나 이러한 집행력은 채권자에게 재판을 고지한 때로부터 2주가 경과하면 소멸한다(제292조 2항). 그러나 가처분 중에는 집행의 필요가 없거나, 집행할 수 없는 것도 있으므로 이러한 가처분명령은 집행력이 생긴다고 할 필요가 없다.

III. 가처분 집행의 효력과 위반시 구제방법

1. 가처분의 집행으로 인한 효력

가처분명령은 재판 자체로는 가처분의 목적을 달성할 수 없는 것이 보통이다. 가처분 본래의 효력은 집행을 하여야 비로소 생기는 것이고, 이는 가압류의 경우와 같다. 따라서 가처분명령이 있다고 하더라도 집행 전에 목적물이 처분되어버리면 가처분의 집행이 불능으로 될 수도 있다. 그러나 가처분의 집행이 완료되면 채무자뿐 아니라 제3자에 대해서도 효력이 생기는 경우도 있다. 예컨대 처분금지 가처분이 된 물건을 취득한 제3자가 가처분채권자에게 대항하지 못

18) 권창영, 민사보전법 제2판, 유로, 2012, 528면.

하는 것과 같다. 마찬가지로 적법하게 집행된 가처분은 그 승계인에 게도 효력이 생긴다. 이러한 효력은 예컨대 가처분의 집행으로 인한 등기가 불법으로 말소되더라도 소멸하지 않는다.¹⁹⁾

가처분 채권자가 실제 가처분으로 인한 효력을 주장할 수 있는 것은 가처분 명령 시나 집행 시가 아니라, 가처분 채권자가 채무자에 대한 본안소송에서 승소판결을 받아 확정된 때이다(本案勝訴說).²⁰⁾ 이때 그 범위는 피보전권리의 한도이다(被保全權利 限度說).²¹⁾

가처분의 구체적 효력은 가처분의 종류와 집행의 방법에 따라 다르므로 이하에서는 현행법상 가처분의 집행에 관한 효력과 가처분에 위반한 처분 등에 대해 가처분채권자가 어떠한 방법으로 구제를 받을 수 있는지를 살펴보기로 한다.

2. 다툼의 대상에 관한 가처분

(1) 부동산 처분금지가처분

가. 집행의 효력

부동산 처분금지가처분의 집행은 가처분법원이 집행법원이 되어 등기부에 처분금지의 사실을 기입하는 방법으로 한다.

처분금지가처분을 하게 되면 권리자는 그 내용대로 처분을 금지당하는 이른바 처분금지효가 생기게 된다. 그런데, 처분금지효는 재판의 효력인가 아니면 집행의 효력인가에 관하여 의견대립이 있다. 통설과 판례는 처분금지효는 집행의 결과로 생기는 효력이고, 따라서

19) 서울고법 1972. 5. 3. 선고 71나2758 판결.

20) 이석선(下), 153면; 대법원 1972. 10. 31. 선고 72다1271, 1272 판결.

21) 한종렬, 386면; 주식(VI), 358면; 대법원 1966. 5. 17. 선고 66다586 판결; 대법원 1984. 4. 16. 자 84마7 결정.

가처분의 실효성 보완 방안

가처분명령의 등기 전에 채무자가 가처분명령의 내용에 위반하여 처분행위를 하고 그에 기하여 제3자 명의로 소유권이전등기를 필하였다면 그 등기는 완전히 유효하고, 이 때 가처분명령은 집행이 불능으로 된다고 본다.²²⁾ 이에 비하여 소수설은 가처분에 의한 등기를 집행이 아니라, 공시처분에 불과한 것으로 보기 때문에 처분금지효가 가처분명령 자체의 효력으로서 발생하는 것이라 한다.²³⁾ 실제로 가처분에 의한 등기나 집행관 보관 등의 처분을 본래적인 의미의 집행이라고 부르기에는 다소 어색한 부분이 있는 것은 사실이지만, 조금만 그 개념을 융통성 있게 받아들인다면 이를 집행이라고 하기가 불가능한 것은 아니다. 이런 관점에서 이들을 집행이라고 할 수 있다면 재판의 효력이 발생하는 것이 집행이라고 한다고 해서 잘못이라고 할 수 없을 것이다. 결국 채무자건 제3자건 집행 이전에는 그 내용을 알 수 없으므로 그들에게 재판의 내용을 강행하는 것은 불가능하기 때문이다.²⁴⁾

그 연장선에서 가처분 등기 전에 가등기가 되었으나, 가등기에 기한 본등기는 가처분등기 후라면 가처분으로 본등기의 무효를 주장할 수 있을 것인지 의문이 있을 수 있으나, 이때에는 가등기가 가처분에 우선하므로 그 본등기는 유효한 등기로 인정되는 것이다.

나. 가처분 위반에 대한 구제방법

따라서 처분금지가처분의 등기, 즉 집행 후에는 채무자가 가처분

22) 대법원 1963. 4. 4. 선고 63다44 판결; 대법원 1997. 7. 11 선고, 97다15012 판결. 이석선(上), 430면; 주식(VI), 352면; 법원실무제요, 민사집행[IV], 법원행정처, 2003, 241면(이하 이 책은 다만 '실무제요[IV]'로 인용함).

23) 권성, 처분금지가처분의 효력과 가처분집행과의 관계, 대한변호사협회지, 1991. 10, 114면.

24) 김연, 286면.

에 위반하여 제3자에게 목적 재산을 양도하거나 담보권을 설정하는 등 처분행위를 한 경우에는 채권자가 그 처분행위의 효력을 부정하여 무효로 할 수 있다. 그러나 이러한 제한은 가처분 채권자의 권리를 보호하기 위한 범위 내에서 효력이 생기는 것이므로, 실제 가처분 등기 이후에라도 채무자가 부동산을 양도하기 위한 계약을 하거나, 이전등기를 하는 것을 금지하는 것은 아니다. 이러한 처분행위나 등기는 그 자체로는 유효하다(상대적 효력).²⁵⁾ 다만 가처분 채권자가 본안소송에서 승소확정판결을 받는 등 채권자의 권리의 존재가 확정된 때에는 가처분에 위반한 처분행위의 효력을 부정할 수 있게 된다.²⁶⁾ 따라서 가처분 등기가 되어 있는 동안에는 채무자가 가처분에 위반되더라도 목적물을 양도하여 등기를 할 수 있고, 그에 따라 양수인은 임대를 하여 차임을 청구하는 등 권리를 행사하거나, 심지어 제3자이의의 소를 제기하는 것도 가능하다. 마찬가지로 제3취득자의 채권자가 강제집행을 하는 것도 불가능하다고 할 이유가 없다.²⁷⁾ 이러한 것은 가처분채권자가 본안승소판결을 얻어 본집행을 하게 되면 모두 부인되겠지만, 이후 가처분이 적법하게 말소된 경우에는 확정적으로 유효하게 되어 가처분권리자에 대해서도 대항할 수 있는 것이다.²⁸⁾ 이와는 별도로 채무자는 목적 재산의 권리자로서의

25) 통설이다. 김상원/정지형, 332면; 김연, 287면; 이석선(上), 430면; 이시윤, 655면. 판례도 같다. 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다20163 판결; 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754·13761 판결.

26) 부동산처분금지처분 등기가 유효하게 기입된 이후에도 가처분채권자의 지위만으로는 가처분 이후에 경료된 처분등기의 말소청구권은 없고, 나중에 가처분채권자가 본안 승소판결에 의한 등기의 기재를 청구할 수 있게 되면서 가처분등기 후에 경료된 가처분 내용에 위반된 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐이다. 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다53768 판결. 이 판례를 유추하여 등기공무원이 등기를 직권말소할 수 있다는 입장은, 방순원/김광년, 민사소송법(하) 제2전정판, 한국사법행정학회, 1993, 548면.

27) 채무자는 이러한 행위를 하였다고 하여 채권자에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지 않는다. 대법원 1964. 12. 22. 선고 64다807 판결.

가처분의 실효성 보완 방안

지위에는 변함이 없으므로 가처분으로 금지되지 않는 임대차나 기타의 사용수익을 하는 데에는 지장이 없다.

이러한 제한의 범위를 살펴보면, 먼저 주관적 측면에서 가처분의 본질이 권리를 이전하는 것이 아니라 잠정적으로 채권자의 이익을 위하여 권리를 보전하는 것이므로 가처분 채권자에 대항할 수 없음에 그치는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 가처분 채무자와 그 상대방 내지 제3자 사이에서는 가처분 위반의 처분행위라도 무효로 불필요는 없다. 이와 관련하여 甲, 乙, 丙으로 부동산이 순차 매도된 경우에 丙이 乙에 대해 가지고 있는 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 乙을 대위하여 乙이 甲에 대해 가지고 있는 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 처분금지가처분을 한 경우, 그 가처분 등기 후 甲이 乙에게 소유권이전등기를 하여준 것이 가처분에 위반하는가에 대해 판례는 이때의 甲의 등기는 가처분에 위반되지 않는다고 하고 있다.²⁹⁾ 그런데 이 설례에서 甲으로부터 乙이 등기를 이전받은 후, 丙이 아니라 丁에게 등기를 이전하여 버린다면 문제이다. 왜냐하면 乙이 丁에게 한 이전등기는 가처분에 위반하는 것이 아니기 때문이다.³⁰⁾ 이때 丙은 乙을 상대로 직접 처분금지가처분을 하면 좋겠지만 이는 등기할 방법이 없다. 마찬가지로 부동산의 전득자가 양수인 겸 전매인을 채무자, 양도인을 제3채무자로 하여 “채무자는 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권 기타 분양계약상의 권리를 양도하는 등 일체의 처분행위와 권리의 행사를 하여서는 안 된다. 제3채무자는 채무자에게 소유권이전등기를 하여서는 안 된다.”는 취지로 부

28) 대법원 1968. 9. 30. 선고 68다1117 판결.

29) 대법원 1972. 12. 12. 선고 72다1860·1861 판결. 이 판결은 위의 등기가 가처분에 위반된다고 한 대법원 1956. 7. 28. 선고 4289민상201 판결을 사실상 변경한 것이다.

30) 대법원 1989. 4. 11. 선고 87다카3155 판결.

작위를 명하는 가처분을 하였더라도 그와 같은 내용의 가처분이 등기될 수 없으므로 그 효력이 제3자에게 미친다고 보기는 어려운 것이다. 따라서 제3자가 채무자와 제3채무자를 상대로 순차로 소유권이전등기절차를 이행하라는 소송을 제기하여 승소확정판결을 받고 이 판결에 기하여 제3채무자로부터 채무자에게, 다시 채무자로부터 자기 앞으로 경료한 각 소유권이전등기는 유효하고 이 가처분에 의하여 그 효력이 좌우되지는 않는다³¹⁾고 할 수밖에 없다.

한편 객관적으로는 피보전권리의 한도 내에서 가처분 위반행위의 효력을 부정할 수 있는 효력이 생긴다. 예컨대 저당권이나 임차권설정등기청구권을 피보전권리로 한 처분금지 가처분 뒤에 행해진 소유권이전은 무효로 되는 것이 아니라, 양수인이 저당권이나 임차권의 존재를 부정하지 못하는 제한을 받은 채로 소유권을 취득하게 되는 것이며, 건물철거 및 토지인도청구권 보전을 위한 건물의 처분금지 가처분 후에 건물의 소유권을 취득한 제3자는 소유권을 부인당하는 것이 아니라, 건물철거와 토지인도청구권의 실현을 감수하여야 한다는 것이다.³²⁾

이러한 효력은 처분금지가처분을 집행함으로써 대외적으로 공시한 결과 생기는 효력이므로, 이러한 공시가 불가능한 건축주명의변경금지가처분과 같은 것은 채무자에게 결정을 송달하였다 하더라도 제3자가 채무자로부터 권리를 양수하여 소유권보존등기를 하였다면 가처분을 내세워 그 권리취득의 효력을 부인할 수 없다.³³⁾

31) 대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카6488 판결.

32) 실무제요[IV], 243면.

33) 채권자 보호를 위한 입법적 해결이 요망된다는 의견으로, 김광년, 민사보전처분에 관한 몇 가지 생각, 민사집행법연구 제1권, 2005, 262면; 이시윤, 647-648면.

가처분의 실효성 보완 방안

(2) 선박 등에 대한 처분금지가처분 집행

부동산 이외에 선박·항공기·자동차·건설기계 등은 입질(入質)이 금지되어 있으므로(상법 제789조, 자동차 등 특정동산 저당법 제9조), 가처분으로 질권 설정을 금지할 필요가 없다. 그러나 선박은 임대차 등기에 관한 규정이 있으므로(상법 제849조), 임차권의 설정은 금지하여야 한다. 선박 등에 대한 처분금지가처분을 한 때에는 소관관청에 가처분의 기입등기 또는 등록을 촉탁하여 집행한다. 그 절차는 부동산의 경우와 같다. 전화가입권이나 어업권, 각종의 재단에 관한 처분금지도 이에 준한다. 이때 가처분의 집행으로 인한 효력은 등기나 등록에 의하여 발생하는 것이므로 일반원칙에 따라 이해하면 된다.

(3) 채권 등에 대한 처분금지가처분

채권이 허위표시에 의해 성립된 경우, 제3자가 선의취득을 하는 것을 방지하고자 할 때, 또는 채권양도에 다툼이 있어 양수한 채권을 보전하기 위하여 원래의 채권자가 채권을 추심하는 것을 금지하고자 할 때에는 채권의 추심 및 처분금지가처분을 하게 되는데, 이때 가처분의 집행은 발령법원이 집행법원으로서 하며 따로 집행신청을 할 필요도 없다. 다만 이 때 집행방법은 채무자에 대해 통지함으로써 집행을 완료하고 따로 공시방법도 없다. 제3채무자가 있는 경우에는 그에게 가처분을 받게 하기 위하여 가처분명령정본을 송달하여야 원하는 목적을 달성할 수 있게 된다.

미등기건물의 분양을 받은 자가 이를 매도한 경우에 그 양수인이 수분양자 명의변경금지 가처분을 신청한 때에는 당초의 분양계약이 전매를 허용하는 것인가에 따라 차이는 있으나, 통상의 경우에는 분

양자의 동의나 승낙을 얻으면 가처분이 허용된다. 이러한 것은 공시 방법이 없지만 일반적으로 허용되어 있고, 또 분양대장상의 명의변경금지 가처분과 병행하여 이루어지는 경우도 많다. 한편 분양계약상의 권리를 양도하지 않고 미등기건물을 전매한 경우에는 양수인이 양도인인 수분양자를 채무자로 하여 소유권이전등기청구권의 처분을 금지하는 가처분을 할 수도 있다. 그러나 이때 분양자를 제3채무자로 하여 이전등기청구권의 이행을 금지하는 신청을 하는 경우도 있으나, 우리나라의 실무는 가처분채권자에게 이를 구할 이익이나 권리가 없다는 이유로 이를 부정하고 있다.³⁴⁾

이러한 가처분은 채무자나 제3채무자에 대해 통지하는 방법으로 집행은 하게 되는데, 이 가처분에 의하여 의무자는 처분을 금지당하게 되나, 공시할 수 없으므로 그 효력도 가처분 권리자와 의무자 사이의 상대적인 것에 지나지 않게 된다. 따라서 의무자가 가처분에 위반하는 행위를 하더라도 후에 가처분 채권자가 본안판결을 얻어 이를 부인할 수 있게 된다.

(4) 유가증권에 대한 처분금지 가처분

그리고 주식의 처분금지 가처분은 채무자의 주식에 대한 점유를 풀고 채권자가 위임하는 집행관이 주식을 점유함으로써 집행한다.³⁵⁾ 주식을 집행관이 보관하게 되면 처분이 불가능하게 되므로 별도로 처분금지를 명할 필요는 없다. 주주는 주식을 집행관에게 보관하였다고 하여 주주로서의 권리의무를 행사하는데 지장이 없다. 이때 처분금지를 위하여 회사에 주주명부의 명의개서를 금지할 수 있는가의 문제가 있으나, 실무는 부정적으로 보고 있다.³⁶⁾ 왜냐하면 주식의

34) 실무제요[IV], 208면.

35) 광주고법 1975. 2. 28. 선고 74나178 판결.

가처분의 실효성 보완 방안

이전은 주식의 양도로써 하고, 주주명부의 명의개서는 주권행사를 위한 대항요건에 지나지 않기 때문이다.

이 가처분에 의한 처분금지효는 집행관이 해당 유가증권을 점유함으로써 실질적으로 보장되기 때문에 위반의 가능성이 적다.

(5) 지적재산권에 대한 처분금지가처분

지적재산권에 대한 처분금지가처분의 집행은 발령법원이 집행법원이 되므로 별도의 집행신청 없이도 발령 즉시 특허청장이나 문화체육관광부 장관에게 가처분기입등록을 촉탁하여야 한다. 이 가처분의 효력은 해당 관청에 등록함으로써 생기는 것이므로 가처분을 등기한 경우에 준하여 생각할 수 있다.

(7) 허가권 등의 양도금지가처분

식품위생법(제39조), 여객자동차운수사업법(제14조), 공유수면매립법(제23조) 등에 의하여 영업허가나 면허를 받은 자가 타인에게 이를 양도할 수 있는 경우에는 양수인이 양도인을 상대로 명의변경 절차 이행청구권을 피보전권리로 하는 양도금지가처분을 할 수 있다. 종래 그 양도·양수에 공시방법이 없이 신고만이 규정되어 있어서 가처분을 허용하지 않았으나 양수인이 가처분명령을 소관 행정청에 제출하면 행정청이 양도인으로부터 제3자에 대한 명의변경을 거절하여 실질적으로 가처분의 목적을 달성할 수 있기 때문이다. 이때 소관 행정청을 제3채무자로 하여 양도금지를 명하는 것도 아니고, 소관 행정청에 송달을 하지도 않는다. 따라서 채권자가 결정문을 행정청에 제출하면 사실상의 집행이 이루어지는 셈이다. 다만 이 가처

36) 실무제요[IV], 358면.

분에 위반하여 양도 등이 이루어진 경우에는 등기나 등록이 되어 있는 경우에 준하여 보편 될 것이다.

(7) 부동산 점유이전금지 가처분

가. 가처분의 효력

부동산 점유이전금지 가처분의 집행은 채무자의 목적물 사용을 당연히 허용하는 것이 기본적이고,³⁷⁾ 등기를 하지 않으므로 집행관이 한다. 채권자가 집행관에게 집행을 신청하면 집행관은 목적물이 집행관의 보관 하에 있음을 밝히는 내용의 공시물을 적당한 곳에 붙이고, 채무자에게 그 내용을 고지함으로써 집행을 실시한다.³⁸⁾ 이때 집행관의 집행착수에 의하여 가처분의 효력이 발생하는 것은 당연하나, 공시물의 게시가 집행의 효력발생 내지 존속의 요건이라고 할 수는 없고, 또 제3자에 대한 대항요건도 아니다. 다만 가처분에 위반하여 점유가 이전되었을 때에도 가처분채무자는 가처분채권자에 대하여 여전히 그 목적물에 관하여 점유자의 지위에 있는 것으로 취급된다. 따라서 채무자가 가처분 후에 현상을 변경하여도 이를 주장할 수 없으므로, 본안소송 등에서 현상변경을 이유로 명도를 거절하거나 유치권 등의 주장을 할 수 없다. 그러나 가처분의 집행에 의하여 소유자에 의한 목적물의 처분이 금지되거나 제한되는 것은 아니므로 집행관이 한 공시는 제3자에 대해서는 경고의 의미를 가지는 정도에 불과하다.³⁹⁾

37) 이시윤, 645면.

38) 이러한 집행방법에 대해서는 현실적으로 채무자의 점유를 빼앗아 다시 채무자에게 되돌리는 과정을 생략한 것에 불과하다는 견해와 점유이전의 사실행위를 처음부터 예정하지 아니한 것으로 공권력에 의한 목적물의 지배관계 설정의 선언이라는 견해가 대립되어 있다. 앞의 견해에 의하면 간접점유자에 대해서는 이러한 집행을 할 수는 없게 된다. 이시윤, 645-646면.

나. 가처분 위반의 점유이전에 대한 구제방법

i) 한편 집행관이 점유를 취득하고 채무자가 사용하는 방법으로 집행한 점유이전금지 가처분의 경우에, 이러한 가처분 집행의 취지에 반하여 채무자가 점유를 이전하였다면 어떠한 방법으로 원상회복을 시킬 수 있는가에 대해 견해의 대립이 있다. 즉 주관적 현상변경에 있어서 제3자의 점유를 배제하는 방법에 관한 문제이다. 학설로서는 여러 가지가 복잡하게 대립하고 있다. 먼저 ① 집행관의 점유는 공법상의 점유이므로 바로 집행관이 원상회복 조치를 취할 수 있다는 점검집행설(點檢執行說)⁴⁰⁾이 있으나, 제3자에 대한 권원 없이 바로 집행할 수 있는가 의문이고, 또 지나치게 집행관의 권한을 확대한다는 비판이 있다. 다음 ② 가처분에 반한 점유의 이전은 가처분 채권자에 대한 관계에서만 무효로 되므로 점유의 양수인에 대해 직접 가처분으로써 퇴거를 강제할 수는 없고, 그가 변론종결 후의 승계인의 지위에 있다는 점에 입각하여 승계집행문을 부여받아 집행을 할 것이라는 승계집행문설(承繼執行文說)⁴¹⁾이 있는데, 이는 승계인의 범위가 문제될 수 있고 특히 목적물을 무단점유한 자에 대해서는 승계집행문을 받기 어려울 것이라는 비판이 있다. 한편 ③ 이때 제3자에 대해 대체집행의 규정을 준용하여 법원의 수권결정을 얻어 원상회복을 할 것이라는 대체집행설(代替執行說)⁴²⁾이 있는데, 이는 그 제3자가 가처분에 대해 몰랐다고 하더라도 악의의 점유자로 추정

39) 실무제요[IV], 255면.

40) 한종렬, 379면.

41) 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다59118 판결; 이석선(下), 127면; 김홍엽, 457면; 김상원, 민사소송의 이론·실무, 육법사, 1977, 227면.

42) 박두환, 민사집행법, 법률서원, 2002, 755면; 이시윤, 654면(악의의 점유자로 추정한다고 한다); 김홍엽, 457면; 주식(VI), 364면; 실무제요[IV], 260면.

할 수 있다는 것이다. 그러나 일본 민사보전법(제62조)와 같은 명문 규정이 없이도 그와 같은 추정을 할 수 있는지 의문이며, 그렇다면 제3자인 점유자에 대해 대체집행의 수권결정을 하기 위한 권원이 있는지 여부가 문제된다. 마지막으로 ④ 당해 가처분으로서는 양수인에 대해 가처분의 효력을 적용할 수 없으므로 다시 가처분을 하여야 한다는 신가처분설(新假處分說)⁴³⁾이 있는데, 이는 결국 당해 가처분으로서는 해결책이 없다는 입장이다. 이러한 견해는 어느 것도 완전한 해결책이라 할 수 없으므로 현재로서는 기존의 가처분으로 해결할 수 없다는 것이 가장 솔직하다고 할 수 있으나, 입법적 해결이 필요하다. 일본 민사보전법은 점유이전금지의 가처분 명령의 집행 후에 점유를 개시한 자에 대해 그 집행이 있었다는 것을 안 것으로 추정하고, 그에 대해서도 가처분의 효력이 미치는 것으로 하고 있으며(동법 제62조), 더 나아가 채무자를 특정하지 않고 발령하는 점유이전금지 가처분명령을 신설하여(제25조의2) 가처분에 대한 집행방해에 강력히 대처하고 있다.

ii) 한편 채무자가 목적물의 동일성을 침해할 정도로 현상의 변경을 한 경우, 즉 객관적 현상변경에 대해서는 어떠한 방법으로 원상회복을 시킬 것인지도 문제된다. 이에 관해서도 위와 마찬가지로 학설이 대립하고 있다. 먼저 ① 집행관이 이러한 현상변경을 발견하였을 경우에는 즉시 원상회복조치를 하거나 일단 허용하였던 채무자의 점유를 배제시키는 등의 조치를 할 수 있다는 점검집행설(點檢執行說)⁴⁴⁾이 있는데, 집행관이 원상회복을 발견하면 경고나 주의를 통해 시정을 요구할 수는 있겠지만, 가처분 명령에 의해 집행관이 원상회복을 할 권한까지 가지게 된 것은 아니라는 비판이 있다. 다음으로

43) 김연, 297면; 윤경, 보전처분의 실무(상), 법률정보센터, 1999, 59면.

44) 한종렬, 388-389면.

가처분의 실효성 보완 방안

② 채무자가 점유이전금지가처분에 의한 부작위명령을 위반하였다면 대체집행의 규정을 준용하여 수권결정을 얻어 원상회복을 할 것이라는 대체집행설(代替執行說)⁴⁵⁾이 있다. 그리고 마지막으로 ③ 기존의 가처분으로는 해결할 수 없으므로 원상회복을 명하는 새로운 가처분을 할 것이라는 신가처분설(新假處分說)⁴⁶⁾이 있다. 주관적 현상변경의 경우와는 달리 객관적 현상변경은 채무자를 상대로 하여 대체집행을 함에 문제가 없으므로 대체집행설이 타당하다고 하겠다.

(8) 선박 등의 점유이전금지가처분

선박·항공기·자동차·건설기계 등은 속성상 이동이 자유로운 것이므로, 이들에 대한 점유이전금지 가처분에서는 채무자에게 보관 또는 사용을 하게 할 것인가가 면밀히 검토되어야 한다. 자동차나 건설기계의 집행은 채무자에게 보관시키는 경우는 거의 없고, 집행관에게 보관케 하거나 채권자가 사용하지 않을 것을 조건으로 채권자에게 보관하게 한다. 선박·항공기 등은 일정한 장소에 유치하고 현상을 변경하지 않을 것을 조건으로 채무자에게 보관을 하게 하기도 한다.

집행관이나 채권자가 보관하는 경우 가처분이 침해될 가능성은 적으나, 채무자가 보관하는 경우에는 가처분이 침해될 위험이 있으므로 그러한 위험이 없는 경우에만 집행방법으로서 인정된다.

(9) 유체동산에 대한 점유이전금지가처분

점유이전금지가처분은 유체동산에 있어서는 가장 중요한 가처분으

45) 김연, 298면; 박두환, 755면; 이시윤, 652면; 주식(VI), 366면; 실무제요[IV], 257면.

46) 김상수, 민사집행법 제3판, 법우사, 2012, 434면.

로 보아야 하는데, 그것은 유체동산의 특성상 처분금지를 하더라도 목적물이 처분된 경우에는 이를 양수한 제3자는 선의취득에 의하여 권리를 취득할 수 있으므로, 점유이전을 구하는 것이 가장 실효적인 권리보전수단이라 할 수 있기 때문이다. 따라서 처분금지를 구하는 경우에도 점유이전금지도 함께 구하여야 가처분의 목적을 달성할 수 있는 경우가 많다.

가처분의 집행은 상황에 따라 집행관이 보관하거나 채무자 또는 채권자가 보관하는 방법을 취하나, 채무자가 보관하는 경우에는 집행관은 언제라도 보관방법을 변경할 수 있다. 다만 집행관이 직접 점유하거나 채권자가 보관하도록 하는 경우에는 채무자에게 돌이킬 수 없는 손해가 생길 수 있으므로 이러한 경우에는 신중히 심리하여야 한다. 이 때, 집행된 동산을 현금화할 수 있는가(제296조 5항 단서의 준용)가 문제되는데, 원칙적으로 가처분은 특정물 또는 권리를 대상으로 하므로 매각할 수 없으나, 채권자가 금전보상으로 만족할 수 있고, 채무자가 멸실이나 훼손을 이유로 매각을 신청한 때에는 굳이 반대할 이유는 없을 것이다.⁴⁷⁾

역시 이 경우에도 가처분의 효력이나 가처분에 대한 침해 구제는 일반적인 범위 내에서 이해할 수 있다.

3. 임시의 지위를 정하기 위한 가처분

(1) 부작위를 명하는 가처분

공사금지가처분과 같이 특정행위를 하지 말 것을 명하는 가처분은 채무자에게 부작위의무를 지우는데 그치기 때문에 가처분 자체에 대

47) 동지: 김연, 299면; 방순원/김광년, 547면; 한종렬, 373면; 실무제요[IV], 291면.

가처분의 실효성 보완 방안

해서는 원칙적으로 집행의 필요가 없다. 따라서 가처분의 내용을 채무자에게 고지하면 가처분의 효력이 발생하게 된다. 따라서 채무자가 그 가처분명령에 위반한 행위를 하여야만 부작위상태를 유지하기 위하여 강제집행을 고려하게 되기 때문에,⁴⁸⁾ 원칙적으로 가처분의 집행기간 제한은 이 경우에는 적용이 없다. 일회성의 의무위반이 있으면 원상회복 내지 손해배상을 통하여 구제를 받을 수 있으나, 반복적·계속적 부작위를 명하는 가처분에서 채무자가 의무를 위반한 때에는 대체집행이나 간접강제에 의하여 의무의 이행을 강제할 수 있다. 대체집행은 채무자의 위반행위가 어떠한 결과를 남기는 경우에 채권자가 가처분법원으로부터 수권결정을 받아 그 결과로 생긴 건축물 등을 제거할 때 이용하고, 간접강제는 결과를 남기지 않는 의무위반의 경우에 주로 이용하게 된다.

다만 채무자가 가처분 위반행위를 하였음을 알고서도 오랫동안 방치하게 되면 채무자는 채권자에게 집행의 의사가 없는 것으로 생각할 수 있고, 이러한 믿음은 보호되어야 할 것이므로(금반언, estoppel) 채권자가 이런 경우에 갑자기 간접강제나 대체집행을 하였다면 채무자는 사정변경 등에 의한 가처분의 취소를 신청하거나, 수권명령절차에서 이러한 사실을 주장하여 보호를 받을 수 있을 것이다.⁴⁹⁾

(2) 수인의무를 명하는 가처분

수인의무를 명하는 가처분의 본질은 채무자에게 부작위를 명하는 것이므로 가처분 자체의 집행은 필요치 않고 채무자에게 가처분의

48) 대법원 1982. 7. 16. 자 82마카50 결정. 동지: 대법원 2001. 1. 29. 자 99마 6107 결정.

49) 실무제요[IV], 272면.

내용을 고지하는 것으로 충분하다. 다만 가처분 명령 후에 채무자가 실력으로 가처분에 위반하여 방해행위를 한 때에는 원상회복 내지 방해의 배제를 내용으로 하는 집행명령을 얻어 집행관의 입회하에 그 방해행위를 배제할 수 있다.⁵⁰⁾

(3) 방해물배제의 가처분

소유권과 기타의 사용·수익권에 기하여 기존의 방해를 제거하기 위하여 채무자에게 대체적인 작위의무를 명하는 가처분이다. 채무자의 작위의무 중에서 대체적인 것이 아닌 일신전속적 작위의무에 대해서는 이 가처분을 할 수 없고, 이미 현실화되어 있는 방해물을 제거하기 위한 것이다. 이는 단행가처분의 일종이므로, 변론이나 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열어서 심리하여야 한다(제304조).

이 가처분도 그 자체의 집행은 필요로 하지 않으나, 의무불이행에 대하여 대체집행을 할 수 있다. 채권자가 가처분 신청 시에 대체집행의 신청을 하였다면, 가처분과 동시에 집행을 명령할 수 있고 이때에는 의무위반이 있으면 집행을 할 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 의무위반을 기다려 대체집행의 신청을 하게 된다.

(4) 인도 등 단행가처분

물건의 인도를 명하는 단행가처분이 집행되면 실제 인도가 이루어지게 되므로 외관상 권리가 실현된 것과 같은 상태로 되나, 이 인도는 어디까지나 잠정적인 것에 불과하므로 최종적인 인도 여부는 본안소송의 승패에 따라 결정된다. 따라서 단행가처분에 의해 목적물의 점유가 채권자에게 이미 이전되었더라도 본안소송의 판단은 아직

50) 실무제요[IV], 273-274면.

가처분의 실효성 보완 방안

그 점유가 채무자에게 있는 것으로 보고 판단하여야 한다.⁵¹⁾

이 가처분은 집행권원으로서 집행의 대상이므로 채무자가 이에 위반하는 상태를 생각하기가 쉽지 않다.

(5) 금전지급 단행가처분

금전지급을 명하는 가처분은 채무자에게 송달하여 의무를 이행하게 하는 것은 일반적인 이행판결과 같으나, 명령을 받은 기간 내에 그 의무를 이행하지 않으면 금전채권집행의 방법으로 집행한다. 다만 이때에는 2주의 집행제한이 적용되므로, 정기금 지급의 경우 매 기한마다 2주 내에 집행에 착수하지 않으면 초과된 부분을 집행하지 못한다.

다만 금전의 가지급을 명하는 가처분이 집행된 경우에, 본안에서 다시 지급을 명하는 재판을 하게 되면 2중 집행의 우려가 있으나, 사실은 가처분의 집행에 의해 이미 채권은 만족된 상태이므로 다시 집행을 하게 되면 채무자는 집행의 정지(제49조)를 구하거나 청구이의의 소를 제기하여 구제받을 수 있다.

역시 이 가처분에 대해서도 채무자가 가처분에 위반하는 경우는 별로 없다.

(6) 유체동산의 사용금지가처분

유체동산의 인도청구권을 보전하기 위한 경우에는 통상 점유이전 금지가처분을 신청하면 충분하지만 점유이전금지로서는 불충분할 것으로 여겨지는 사유가 있으면 사용금지의 가처분을 신청할 수 있는데, 이 가처분의 집행방법은 집행관이 채무자로부터 유체동산의 점

51) 대법원 1996. 12. 23. 선고 95다25770 판결 참조.

유를 취득하여 사용하지 못하게 하는 방법으로 집행하게 된다.

채무자가 이 가처분에 위반하여 목적물을 무단으로 사용하게 되면 집행방법을 바꾸는 것은 물론, 손해배상 등도 가능할 것이다.

(7) 가등기에 관한 가처분

민사집행법상의 가등기에 관한 가처분은 부동산등기법상의 소위 가등기가처분과는 구별되는 것이다. 후자의 가처분은 가등기의무자의 협력을 얻지 못하여 가등기신청을 할 수 없는 가등기권리자가 법원에 가등기원인을 소명하여 가등기신청을 하고, 그에 기하여 발령된 가처분명령을 침부하여 단독으로 가등기신청을 하는 것을 의미하는 것으로서 가등기권리자와 의무자 사이에 분쟁이 없어도 할 수 있는 등 비송사건의 특질을 가지고 있다. 이에 비하여 전자의 가처분은 이미 가등기가 종료된 권리에 관한 가처분을 말하는 것이다. 즉 가등기가 무효이거나 매매의 예약이 해제된 경우 그 가등기에 대한 말소등기청구권을 피보전권리로 하여 가등기된 권리의 행사를 금하는 것이다. 이때 가등기의 말소청구소송 중 내지 승소판결의 집행전에 본등기를 하는 것을 막기 위하여 가등기상의 권리행사를 금하는 가처분과, 가등기된 권리를 타에 이전하는 것을 금하는 가처분의 두 가지를 생각할 수 있는데, 전자는 판례에 의하여 부정되어 있으나⁵²⁾ 후자의 가처분은 판례가 가등기상의 이전등기를 가등기에 대한 부가등기의 형식으로 하는 것을 인정하고 있기 때문에⁵³⁾ 이를 할 수 있고, 부동산처분금지 가처분과 같은 방법으로 등기된다. 이때 만약 처분금지의 가처분 등기가 된 후에 가등기에 기한 본등기가 된 경우에는 본안소송 중에 본등기 말소청구를 하여 말소를 하면 되

52) 대법원 1978. 10. 14. 자 78마282 결정 참조.

53) 대법원 전원합의체 1998. 11. 19. 선고 98다24105 판결.

가처분의 실효성 보완 방안

졌지만, 채무자가 본등기의 말소의무를 지지 않는 경우에도 어차피 그 본등기의 권리자는 가처분채권자에 대항할 수 없으므로 가처분권리자의 권리는 보전된다.

(8) 직무집행정지 등 가처분

직무집행정지 내지 직무대행자를 선임하는 가처분은 가처분 채권자와 채무자에게 송달하는데, 소속법인 등 단체는 당사자가 아니므로 송달하지 않는다. 또한 법인의 대표자 그 밖의 임원으로 등기된 사람에 대해 직무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임한 때 등에는 특히 그 사항이 등기할 것이 아닌 때를 제외하고는 이를 등기하여야 한다(민법 제52조의2, 상법 제183조의2, 제265조). 이러한 등기는 가처분 법원의 법원사무관 등이 촉탁하여 집행한다. 가처분이 등기할 사항인 때에는 이 등기는 본래의 집행이라기보다는 넓은 의미의 집행이라고 할 것인데,⁵⁴⁾ 이러한 의미에서 제3자에 대한 대항요건인 동시에 가처분의 집행방법으로서의 효력을 가지게 된다. 그런데 실제 채권자와 채무자 사이에는 등기 이전에 재판의 고지와 송달에 의하여 가처분의 효력이 생기는 것으로 보아야 하고, 다만 제3자에 대한 효력은 등기 시에 생기는 것으로 보아야 할 것이다(민법 제54조 1항, 상법 제37조).⁵⁵⁾ 다만 법인 아닌 사단이나 재단의 대표자에 대해서도 여기서 설명하는 민법 내지 민사집행법의 규정을 유추하여 직무집행정지 가처분과 대행자선임의 내용을 등기할 수 있는가 하는

54) 김연, 316면; 이시윤, 648면. 이러한 점에서 앞에서 본 처분금지 가처분의 집행으로서의 등기와는 차이가 있다.

55) 다만 이 때 등기에 대항하지 못하는 제3자의 범위는 법에 따라 조금씩 다른데, 민법의 경우에는 등기 이후 모든 제3자에게 대항할 수 있으나(제54조 1항), 상법의 경우에는 등기를 하더라도 선의의 제3자에게는 대항할 수 없고(제37조 1항), 또 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 알 지 못한 때에는 역시 대항하지 못한다(같은 조 2항).

문제가 있다. 이에 대해 실무는 긍정적으로 보고 있는 듯하나,⁵⁶⁾ 부정적으로 보아야 할 것이 아닌가 한다. 법인 아닌 사단 등은 그 단체에 관한 등기가 없기 때문에 단체 자체에 대한 등기를 하기 전에는 대표자에 대한 등기도 불가능한 것이 아닌가 하는 점 때문이다.⁵⁷⁾

가처분의 효력은 통상적으로 가처분 채권자와 채무자 사이에서만 미치는 것이 통례이나, 주식회사 이사 등의 선임결의 취소청구, 무효 및 부존재 확인의 소를 본안으로 하는 가처분은 본안소송의 대체적 효력(상법 제190조, 제376조, 제380조)이 준용되어, 이사만이 채무자로 되었다 하더라도 회사에도 가처분의 효력이 미치며, 그 효력은 가처분이 취소될 때까지 지속한다.⁵⁸⁾ 이와 같은 제3자에 대한 효력은 가처분 등기에 의한 효력이므로 등기하지 않으면 선의의 제3자에 대해 대항하지 못하지만, 악의의 제3자에 대해서는 대항할 수 있다(상법 제37조 1항). 또한 주식회사의 대표이사 및 이사에 대한 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 법원의 가처분결정은 그 결정 이전에 직무집행이 정지된 주식회사 대표이사의 퇴임등기와 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 취임하는 등기가 경료되어도 직무집행이 정지된 이사에 대하여는 여전히 효력이 있으므로 가처분결정에 의하여 선임된 대표이사 및 이사 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하고, 반면에 가처분결정 이전에 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 선임되었다고 할지라도 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표이사로서의 권한을 가지지 못한다는 것이 판례이다.⁵⁹⁾

가처분에 의하여 직무집행이 정지된 이사 등은 일체의 직무집행이

56) 실무제요[IV], 328면.

57) 동지: 김연, 316면.

58) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다5638 판결.

59) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다39551 판결.

가처분의 실효성 보완 방안

배제되고, 대행자가 회사의 상무의 범위 내에서 직무를 수행하게 된다. 이는 민사집행법에는 규정이 없으나, 상법상 이사 등의 해임과 관련하여 가처분으로 직무대행자를 선임한 경우 법원의 허가를 얻거나 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 회사의 상무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다는 규정(동법 제408조 1항)을 준용한 것이다. 다만 판례는 대행자의 업무가 상무를 벗어난 경우에 대해서 입장이 흔들리고 있다.⁶⁰⁾

(9) 노동가처분

노동가처분은 실제 가처분만으로 분쟁이 종료하는 경우가 많아서 이러한 때에는 집행이 필요하지 않다. 가처분이 금지하는 행위를 하는 자체가 위법하기 때문이다. 노동가처분 중 직접강제가 가능한 것은 임금지급가처분과 방해배제를 위한 시설과 물건을 집행관에게 보관하는 가처분 정도이고, 그 외에는 위반이 있을 때 간접강제를 할 수밖에 없을 것이다.

(10) 지적재산권의 침해금지가처분

지적재산권의 침해금지가처분은 통상의 경우 채무자에게 가처분결정을 송달하면 되고, 집행관에게 보관하는 가처분의 집행은 집행관에게 위임하여 집행한다. 집행관이 집행하는 부분은 동산의 점유이전금지가처분의 집행방법에 준하여 점유를 취득하게 된다.

가처분명령 이후에도 계속하여 채무자가 침해행위를 계속하는 경

60) 대법원 1982. 12. 28. 선고 81다카1168 판결(종정 직무대행자의 직무권한의 범위는 피대행자의 그것과 동일하다); 대법원 1995. 4. 14. 선고 94다12371 판결(학교법인의 이사직무대행자는 학교법인의 통상업무에 속하는 사무만을 행할 수 있다).

우에는 간접강제를 할 수도 있고, 대체집행의 방법으로 명령에 위반하여 생산된 물건 등을 수거할 수 있다. 이때에는 추가로 수권명령을 얻어야 한다.

IV. 가처분의 효력과 실효성

위에서 본 가처분의 효력은 법제상 가처분명령 또는 이것이 집행되었을 때 생기는 효력을 의미하는 것이지만 이 효력이 반드시 가처분 당사자들에게 실질적으로 미친다고 하는 것은 아니다. 따라서 가처분의 이러한 효력이 제대로 발현되기 위해서는 이와 별도로 실효성을 가져야 한다. 달리 말하면 실효성이 없는 재판은 그 효력을 발휘할 수 없다는 의미가 되므로 실효성이 없는 가처분은 그 결정이나 집행에도 불구하고 가처분의 목적을 달성할 수 없게 된다는 것이다. 정리하면 가처분이 실효성을 가지지 못한다면 가처분에도 불구하고 가처분에 의하여 이루려고 하는 집행의 보전이나 권리의 보전이 이루어지지 못한다는 것을 의미한다. 따라서 실효성을 가지지 못하는 가처분은 그 존재의의가 없다고 할 수밖에 없고, 법원은 가처분 결정을 할 의미를 가지지 못할 뿐 아니라, 가처분을 신청하는 당사자는 가처분으로 얻는 이익을 누릴 수 없게 되는 것이다.

어떠한 재판이 실효성을 가지기 위해서는 그 재판이 가진 효력을 발휘할 수 있도록 하는 장치가 만들어지고, 그 장치가 유효하게 작동하여야 할 것이다. 또한 이와 함께 해당 재판이 적정성을 확보하여야 한다.⁶¹⁾ 그러나 우리 가처분 재판에서 후자와 같은 재판의 적정성 내지 타당성의 문제는 제기되고 있지 않고, 이 문제는 이 연구

61) 이중엽, 憲法裁判所의 變形決定의 問題와 實效性 確保方案, 사회과학논총 Vol.19, 명지대학교 사회과학연구소, 2003, 118면 이하 참조.

의 범위를 벗어나는 것이므로 여기서는 가처분의 실효성을 확보하기 위한 제도적 장치와 그 작동에 대해서만 살펴보기로 한다.

제2절 현행법상의 가처분 실효성 관련 문제의 검토

I. 가처분의 실효성 확보 방법

가처분의 실효성은 그 효력이 실제 발현되는 것을 의미하는 것이므로, 궁극적으로 가처분 의무자가 가처분을 위반하는 경우에 대비하는 방안이 확실하게 마련되어 있다면 가처분은 실효성을 보장받고 있다고 할 수 있다. 그런데 우리 민사집행법이 규정하는 가처분은 다툼의 대상에 관한 가처분과 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 두 가지이지만, 실제 이들은 많은 다양한 모습을 가지고 있기 때문에 일률적으로 실효성을 위한 방안이 어떠한 모습을 가지고 있는지 말하기가 쉽지 않다.

이 중 다툼의 대상에 관한 가처분의 경우, 가압류와 마찬가지로 강제집행을 보전하기 위한 목적을 가지므로 이는 강제집행 중에서도 직접강제가 가능한 것이 보통이다. 직접강제방법은 법제도적으로 가처분의 효력을 보장하는 방법 중 가장 기본적인 것이라고 할 수 있다. 가처분을 집행권원으로 하여 강제집행을 하면 바로 가처분의 내용대로 실현되는 것이므로 이 경우에는 원칙적으로 가처분의 위반이 어렵거나 불가능하게 된다. 따라서 직접강제가 가능한 가처분에 대해서는 실효성의 문제는 거의 생기지 않는다.

그러나 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 중에는 직접강제에 의하여 가처분을 집행할 수 없거나 집행을 하더라도 집행에 의해 가처분의 궁극적인 목적을 실현하지 못하고 채무자 내지 의무자에게 가

처분에 따른 의무를 준수하도록 할 수밖에 없는 경우가 있고, 이들은 채무자 내지 의무자가 그 의무를 준수하지 않는 경우에 대비하여야 한다. 이때 대체적 작위의무의 불이행이 생긴 경우에는 대체집행을 할 수 있을 것이다. 그러나 문제는 대체로 비대체적 작위의무에 관한 가처분 내지 부작위의무에 관한 가처분에서 많이 나타난다. 이들 경우에는 직접강제나 대체집행을 할 수 없는 것이 보통일 것이므로, 현행법상 결국 간접강제만 할 수 있다고 한다.

우리 법제는 독일법에서 인정하고 있는 이행강제금·과태료 제도 및 신체구금제도를 인정하고 있지 않고, 또 미국 법원에서 인정되는 것과 같은 법원모욕이 인정되고 있지 않으므로 가처분의 실효성 보장에는 한계가 있을 수밖에 없다. 물론 가사소송법상 이행명령 위반에 과태료·감치명령제도가 인정되고 있고, 또 민사집행법상 감치제도가 도입되어 있어서 일정 범위 내에서는 법원의 재판의 실효성을 보완하고 있으나, 가처분의 실효성을 확보하는 데까지 이르지 못하고 있다.

이하에서는 현행법상 인정되고 있는 우리나라의 가처분 실효성 확보방법에 대해 살펴보고, 이를 토대로 해서 그 보완방안에 대해 살펴보기로 하겠다.

II. 강제집행에 의한 방법

1. 집행방법의 선택

우리 민법과 민사집행법상 집행방법으로는 직접강제와 간접강제 그리고 대체집행의 3가지 방법이 인정되어 있다. 본래 강제집행에 의하여 실현하여야 할 채무는 크게 ‘주는 채무’와 ‘하는 채무’로 나누

가처분의 실효성 보완 방안

어지는데, 여기서 ‘주는 채무’란 금전지급채무나 동산, 부동산, 선박 등 물건을 인도하는 채무와 같이 직접강제에 의하여 그 목적이 달성될 수 있는 채무를 말하며, ‘하는 채무’란 금전의 지급 및 동산, 부동산, 선박 등 물건의 인도 이외의 채무자의 작위 또는 부작위를 목적으로 하는 채무로서 직접강제에 의하여 그 목적이 달성될 수 없는 채무를 말한다.

이와 같은 채무의 집행방법에 관해서는 일본 민법 제정과정에서 야기된 프랑스법과 독일법의 혼란상이 우리 법제에도 그대로 남아 있다. 우리 민법과 민사소송법 및 민사집행절차는 종래 일본법을 계수하였는데, 그 이후에도 이 문제를 해결하지 못했기 때문이다. 즉 제정 초기 일본 민법은 프랑스법에서, 절차법인 강제집행법은 독일법에서 크게 영향을 받음으로써, ‘하는 채무’의 집행에 관한 규정이 민법과 민사소송법에 나누어 규정되고 양자의 통일이 이루어지지 아니하였기 때문에, 어떠한 채무에 대해 어떠한 집행방법을 실시하여야 하는가 하는 문제가 있었는데, 종래의 우리 집행절차에도 같은 문제점이 나타났던 것이다.⁶²⁾

본래 강제집행절차는 당시 법체계로 볼 때 민사소송법에 규정하는 것이 적절한 일이었음에도 불구하고 민법과 민사소송법에 나누어 규정되어 있었는데, 민사소송법의 규정은 민법의 규정을 보완하는 내용으로 해석되어 있었다. 즉 민법 제389조에는 간접강제에 관하여 아무런 규정도 없고, 구 민사소송법 제693조에서 간접강제를 규정하고 있었는데, 민법 제389조 1항의 강제이행이라는 용어와 구 민사소송법 제693조의 강제이행이라는 용어는 의미내용이 일치하지 아니하여 그 해석을 두고 논란이 있었다.

당시의 통설의 해석에 따르면 민법 제389조 1항의 강제이행인 직

62) 주석(VI), 35면.

접강제가 허용되는 경우(주는 채무)에는 대체집행이나 간접강제는 허용되지 아니하고, 대체적 작위채무의 경우에는 대체집행만이 허용되며 간접강제는 허용되지 아니하고, 간접강제는 직접강제나 대체집행이 불가능한 작위채무 또는 부작위채무의 경우에만 허용된다고 해석하였는데,⁶³⁾ 현행 민사집행법 제261조는 이러한 통설적 견해를 받아들여 구 민사소송법 제693조 소정의 강제이행을 간접강제라는 표현으로 바꿈으로써 위와 같은 해석론상의 의문을 입법적으로 해결하였다.

그러나 이러한 해결은 강제집행방법을 정리한 것에 불과한 것으로서 종래 프랑스법과 독일법 사이에서 존재하는 근본적인 문제는 해결하지 못한 채 오늘에 이르고 있다.

2. 여러 가지의 집행방법

위와 같은 해석론에 따라 현행법상 가처분에 대해 실시할 수 있는 강제집행 방법은 다음과 같다.⁶⁴⁾

(1) 직접강제

가처분의 집행방법으로서의 직접강제는 직접 집행기관이 권리의 내용을 실현하는 방법으로 집행하는 것이다(민 제389조 1항). 이때 집행을 위하여 채무자의 협조를 얻지는 않지만, 이 방법은 실효성이

63) 상세한 해석의 근거는, 박윤직, 채권총론 전정판, 박영사, 1976, 160면.

64) 간접강제나 대체집행을 위한 수권결정을 가처분 재판에 부수하는 명령(직무집행 정지 가처분에 부수하는 직무대행자 선임결정과 같은)이라고 하는 입장이 있다. 권창영, 484면. 간접강제나 대체집행의 수권결정은 가처분의 집행을 위한 절차로서 가처분에 부수하는 것이 아니다.

가처분의 실효성 보완 방안

크고 채무자의 의사를 부당하게 침해하지 않으므로 민사집행법상 대표적 집행방법이라고 할 수 있다. 따라서 가처분의 집행방법으로서도 전형적인 것이라고 할 수 있다. 다만 직접강제는 소위 ‘주는 채무’에만 사용할 수 있어서, 이외의 가처분에 대해서는 사용할 수 없다는 한계가 있다.⁶⁵⁾

가처분의 실효성 보장이라는 측면에서 보면 직접강제는 충분히 그 기능을 다하고 있다고 할 수 있다. 따라서 가처분의 실효성 보장방안으로서의 직접강제는 본질적인 연구 부분은 아니기 때문에 다른 제도와의 균형을 도모하는 범위 내에서 간략히 살펴본다.

가처분명령은 집행권원이 되기 때문에 가압류와 함께 강제집행을 할 수 있게 되어 있고(제291조, 제301조), 그 내용은 앞에서 살펴본 바와 같다. 이때의 가처분집행절차는 가압류의 집행절차를 준용하고 있는데(제301조), 가압류의 집행절차는 원칙적으로 강제집행에 관한 규정을 준용하게 되어 있으므로(제291조), 가처분의 집행절차는 강제집행절차와 대동소이한 모습으로 행해진다.⁶⁶⁾

그런데 이와 같이 보전집행에서 강제집행절차를 준용한다는 것은 보전집행의 방법이 강제집행방법의 한계를 벗어나지 못한다는 점으로도 작용한다. 즉 강제집행으로도 허용되지 않는 방법으로 보전집행을 할 수는 없다는 것이다.⁶⁷⁾

(2) 대체집행

원칙적으로 대체집행은 대체적 작위의무에 대한 집행방법이다. 의

65) 주는 채무 중 금전채권에 관한 것은 가압류의 대상이므로, 이는 가처분과 무관한 것이 원칙이나, 금전지급 단행가처분과 같은 경우에는 가처분이 행해진다.

66) 물론 여기에는 민사집행법 제292조 이하에서 정하는 것과 같은 예외가 있다(제291조 단서, 제301조 단서).

67) 주식(VI), 260면.

무의 내용이 특정인에 의해 행해지는 것을 요구하지 않으므로 누가 그 의무의 내용을 실현하더라도 법적·경제적 효과가 동일하다면 굳이 의무자에게 의무를 이행하라고 할 필요 없이, 불이행이 있으면 다른 사람을 통해서 의무의 내용을 실현시키고 의무자에 대해서는 그 비용을 추징하는 방법을 사용한다(제260조).

이와 같이 대체집행은 부대체적 작위의무에 대한 집행방법이지만, 부작위의무의 위반 후에 그 결과를 제거하기 위하여 대체집행을 이용할 수 있다.⁶⁸⁾ 즉 부작위의무 위반으로 생긴 결과에 대해서는 의무자가 이를 제거할 의무가 생기므로 이는 대체적 작위의무에 해당하기 때문이다. 따라서 의무자가 부작위를 명하는 가처분에 위반한 행위를 하였을 경우, 그 의무의 성질에 따라 법원은 대체집행의 방법으로 의무위반으로 인한 결과를 제거하기 위하여 가처분을 집행할 수 있다.

판례는 “부작위를 명하는 가처분은 그 가처분재판이 채무자에게 선고 또는 송달됨으로써 그 효력이 발생하고 채무자가 그 명령위반 행위를 한 때에 비로소 대체집행 또는 간접강제의 방법에 의하여 부작위 상태를 실현시킬 필요가 생기는 것”⁶⁹⁾이라고 하여 필요시 대체집행을 할 수 있는 것으로 판시하고 있다.

이렇게 보면 대체집행의 대상은 대체적 작위의무에 대해 의무자가 의무 이행을 하지 않는 경우와 부작위 의무의 위반이 있는 경우에 이를 원상회복하는 경우 등으로 볼 수 있을 것이다.⁷⁰⁾

68) 이시윤, 475-476면.

69) 대법원 1982. 7. 16. 자 82마카50 결정. 이에 따라 위 가처분에는 집행기간에 관한 민사소송법 제708조 제2항이 준용되지 않으나, 다만 위 가처분에서 그 취지를 공시할 것을 아울러 명한 경우에는 이 명령부분은 즉시 집행이 가능하므로 이 부분의 집행에 관해서는 위 집행기간의 규정이 준용되며, 그 가처분 재판이 변론을 거쳐 선고된 경우에는 선고 뒤에 재판서가 송달되었다 하여도 위 집행기간은 선고일로부터 기산하여야 한다.

(3) 간접강제

간접강제는 채무자가 스스로 채무를 이행하지 않을 경우의 강제집행방법 중의 하나로서 법원은 채권자의 신청에 의하여 상당한 기일을 정하고 그 기간 내에 채무자가 채무를 이행하지 않을 때에는 그 지연기간에 따른 일정한 배상을 명하거나 즉시 손해의 배상을 명하겠다는 등 채무자에 대하여 불이익을 예고하거나 부과함으로써 채무이행을 간접적으로 강제하는 것이다. 우리 법제상 이러한 방법은 채무자의 의사에 반하여 의무이행을 강제하여 그 인격에 간섭하는 일이 많으므로 법적으로 이러한 집행이 허용하는 경우에 한정된다. 따라서 작위·부작위에 관하여 직접강제나 대체집행을 할 수 없는 비대체적 의무와 부작위의무에 대해서만 간접강제가 가능하다. 이를 간접강제의 보충성이라 한다.⁷⁰⁾ 다만 비대체적 작위의무 중에서도 작가에게 창작을 시키는 것과 같이 채무자의 자유의사에 반하여 강제할 경우 채무의 내용에 적합한 이행이 될 수 없는 것은 간접강제를 할 수 없다.

그런데 우리나라의 간접강제제도에는 치명적인 약점이 있다. 간접강제제도도 강제집행의 일종이므로 채권자가 집행권원을 얻은 때에는 바로 집행할 수 있어야 한다. 그런데 우리나라에서는 비대체적 작위의무의 위반이나 부작위 내지 수인의무의 위반에 대해서 간접강제를 할 수 있는 것으로 되어 있으나, 여기에는 문제점이 있다는 것이다. 즉 비대체적 작위의무 위반의 경우에는 직접강제나 대체집행이 불가능하므로 그 의무위반이 있으면 극히 예외적인 경우를 제외하고는 간접강제를 통하여 의무이행을 하게 할 수 있고, 이는 문제

70) 의무자가 수인의무를 위반한 경우에도 같다. 이시윤, 476면.

71) 이시윤, 479면.

가 없다. 이때에는 집행권원이 작성된 후 바로 수권명령을 얻어 간접강제결정을 신청할 수 있으므로 바로 집행절차가 개시될 수 있다는 것이다. 특정한 채무자에 대해 그가 하여야 할 일이 특정되어 있으므로, 그 사람이 조속히 그 행위를 하도록 간접적인 방법으로 강제하면 되기 때문이다.

그러나 부작위의무나 수인의무의 경우에는 얘기가 다르다. 집행권원이 작성될 때에는 부작위 의무 등의 위반이 있는 것이 아니므로, 바로 강제집행을 할 수는 없고 결국 의무위반이 있을 때에 비로소 수권명령을 얻어 강제집행을 하게 된다. 즉 간접강제에 의해 채무자를 압박하는 것은 작위의무의 경우 의무를 이행하지 않았으므로 그 이행을 촉구한다는 의미에서 집행이 자연스럽지만, 부작위나 수인의무의 경우에는 아직 채무자가 의무를 위반하지도 않았음에도 불구하고 집행에 착수하기는 어렵다는 것이다. 만약 이것이 가능하다면 채무자가 의무를 위반하지 못하게 하는 심리적 부담을 줄 수는 있겠지만, 의무위반이 없는데 미리 집행에 착수하여 경제적인 부담을 지우는 것은 아무래도 납득하기 어려운 점이 있다. 이때에는 차라리 의무위반에 대해 제재를 가하는 것이 자연스러운 것이다.⁷²⁾ 이때의 제재는 독일식의 벌금형(型)일 수도 있을 것이고, 프랑스식의 배상형(型)⁷³⁾일 수도 있을 것이다.

부작위를 명하는 가처분에 대한 간접강제는 항목을 따로 하여 좀 더 상세히 살펴보겠다.

72) 독일의 간접강제 제도나 질서강제금 등의 제도는 이러한 구조 아래 있다.

73) 프랑스 법상의 *astreinte*는 채권자에 대한 손해배상금의 성질을 가지고 있다.

III. 기타의 실효성 관련 문제

1. 통상의 집행방법에 의하지 않는 가처분의 집행

가처분의 집행방법은 그 가처분 방법만큼이나 다양할 수밖에 없다. 앞에서 본 바와 같은 강제집행이 가능한 가처분은 그와 같은 방법에 의하여 가처분의 효력을 확보할 수 있을 것이지만, 그렇지 않은 경우도 생각할 수 있기 때문에 특히 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 집행방법 중 특히 고려하여야 할 몇 가지 사항에 대해 간략히 살펴보기로 한다.

(1) 부작위를 명하는 가처분의 집행

먼저 부작위를 명하는 가처분의 집행방법이 문제로 될 수 있다. 공사금지가처분과 같은 것은 부작위의무를 지우는 데 그치기 때문에 원칙적으로 집행의 필요가 없다. 따라서 가처분의 내용을 채무자에게 고지하면 가처분의 효력이 발생하게 된다. 따라서 원칙적으로 가처분의 집행기간 제한은 이 경우에는 적용이 없다.⁷⁴⁾ 왜냐하면 채무자가 그 가처분명령에 위반한 행위를 하여야만 부작위상태를 유지하기 위하여 강제집행을 고려하게 되기 때문이다.⁷⁵⁾ 일회성의 의무위반은 원상회복 내지 손해배상의 문제로 귀착되는 경우도 많으나, 반복적·계속적 부작위를 명하는 가처분에서 채무자가 의무를 위반한 때에는 대체집행이나 간접강제에 의하여 의무의 이행을 강제할 수

74) 이에 비하여 위반행위가 있을 때부터 2주간 내에 집행신청이 있어야 한다는 견해로는, 이시윤, 643면.

75) 대법원 1982. 7. 16. 자 82마카50 결정. 동지: 대법원 2001. 1. 29. 자 99마 6107 결정.

있음은 앞에서 본 바와 같다.

(2) 수인의무를 명하는 가처분의 집행

마찬가지로 수인의무를 명하는 가처분의 집행방법도 문제될 수 있는데, 이 가처분의 본질은 채무자에게 부작위를 명하는 것이므로 집행은 필요치 않고 채무자에게 가처분의 내용을 고지하는 것으로 충분하다. 다만 가처분 명령 후에 채무자가 실력으로 가처분에 위반하여 방해행위를 한 때에는 원상회복 내지 방해의 배제를 내용으로 하는 집행명령을 얻어 집행관의 입회하에 그 방해행위를 배제할 수 있다.⁷⁶⁾

(3) 직무집행정지 및 대행자 선임 가처분의 집행

가처분의 집행 방법과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 실제 직무집행정지 내지 직무대행자를 선임하는 가처분이 아닐까 한다. 이 가처분은 가처분 채권자와 채무자에게 송달하는데, 소속법인 등 단체는 당사자가 아니므로 송달하지 않는다. 또한 법인의 대표자 그 밖의 임원으로 등기된 사람에 대해 직무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임한 때 등에는 특히 그 사항이 등기할 것이 아닌 때를 제외하고는 이를 등기하여야 한다(민법 제52조의2, 상법 제183조의2, 제265조). 가처분이 등기할 사항인 때에는 이 등기는 본래의 집행이라고 하기보다는, 넓은 의미의 집행이라고 할 것이라는 점은 앞에서 본 바와 같다. 다만 이 때 등기에 대항하지 못하는 제3자의 범위는 법에 따라 조금씩 다른데, 민법의 경우에는 등기 이후 모든 제3자에게 대항할 수 있으나(제54조 1항), 상법의 경우에는 등기를 하더라도

76) 실무제요[IV], 273-274면.

가처분의 실효성 보완 방안

도 선의의 제3자에게는 대항할 수 없고(제37조 1항), 또 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 알지 못한 때에는 역시 대항하지 못한다(같은 조 2항). 법인 아닌 사단이나 재단의 대표자에 대해서도 여기서 설명하는 민법 내지 민사집행법의 규정을 유추하여 직무집행정지 가처분과 대항자선임의 내용을 등기할 수 있는가 하는 문제가 있으나, 부정적으로 보아야 함은 앞에서 본 바와 같다.

즉 위와 같이 가처분을 송달함으로써 집행할 수밖에 없는 경우에 송달을 받을 자가 송달 받기를 회피하는 경우는 문제이다. 가처분의 송달이 안 된다면 가처분의 효력이 생긴다고 할 수 없는 경우도 있기 때문에, 채무자 등으로서의 가처분 결정의 송달을 회피할 수 있다는 것이다. 예컨대 주주총회 개최금지 가처분이 인용되어 송달하였는데, 채무자가 총회개최를 강행하기 위하여 송달을 회피하는 경우도 있다고 한다.

이러한 경우, 통상 보충송달이나 유치송달이 가능한 경우라면 문제가 안 될 수도 있겠지만, 폐문부재의 경우라면 문제 될 수 있다. 따라서 이러한 경우, 피신청인에게 가처분을 송달하기 전에 결정을 집행할 수 있는지 논의의 필요가 있다.

2. 가처분에 위반된 법률행위의 효력

(1) 가처분에 위반된 법률행위의 문제점

가처분에 위반된 행위를 방치한다면 가처분의 실효성은 치명적 타격을 받게 된다. 가처분은 잠정적 재판이므로 후에 본안소송에서 그 결과가 바뀔 수도 있는 것이기 때문에, 가처분에 위반하더라도 이에 대한 제재가 가해지지 않는다면 아무도 가처분명령을 존중하지 않게

될 것이다. 가처분에 위반된 행위를 하는 경우 위반행위를 물리적으로 제거할 수 있다면 가처분에 위반된 행위를 하여도 의미가 없게 될 것이므로 위반된 행위가 법률행위인 경우 그 효력은 무효로 되는지, 가처분이 이의 등의 절차에서 사후에 취소되는 경우 애초 가처분에 위반한 행위의 효력은 되살아나는지 살펴볼 필요가 있다.

(2) 가처분에 위반된 행위와 잠정적 무효의 문제

예를 들어 주주총회개최금지 가처분신청이 인용되었음에도 불구하고 주주총회가 강행되었을 경우 당해 주주총회 결의가 당연무효인지, 아니면 본안소송 기간 동안만 잠정적으로만 무효로 간주되어 만약 본안소송에서 가처분에 반대되는 결과가 나오면 그때부터 다시 효력을 인정받을 수 있는지 문제되고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

가처분결정을 위반하였을 때 본안판결 확정과 상관없이 그 자체로서 효력을 인정하지 않을 수 있다면 실효성 확보를 위하여 가장 바람직할 것이다. 앞에서 본 대법원 판례는 “법원의 직무집행정지 가처분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지 기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 가처분신청의 취하에 의하여 보전집행이 취소되었다 하더라도 집행의 효력은 장래를 향하여 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니라 할 것이므로, 가처분신청이 취하되었다 하여 무효인 계약이 유효하게 되지는 않는다.”⁷⁷⁾고 하고 있어서 가처분이 후에 취하 등으로 소멸된다고 하더라도 가처분에 위반된 법률행위의 효력은 절대적으로 무효라는 취지로 판시하고 있다. 이와 같은 취지는 비단 사법상의 효력에 그치는 것이 아니라, 그 효력에 근거한 다른 법률관계에서도 그대로

77) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008다4537 판결.

가처분의 실효성 보완 방안

반영되고 있다. 즉 관례에 의하면, “법원의 직무집행정지 가처분결정에 의하여 그 직무집행이 정지된 자가 법원의 결정에 반하여 직무를 수행함으로써 업무를 계속 행하는 경우, 그 업무는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당하지 않는다.”⁷⁸⁾

(3) 본안판결 이후의 가처분 위반행위의 효력

마찬가지로 가처분에 의하여 직무집행이 정지된 대표이사가 가처분결정에도 불구하고 인사명령 등 법률행위를 하였을 경우 나중에 본안소송에서 기존 대표이사가 승소하였을 때 당해 법률행위의 효력을 인정할 수 있는 것인지, 아니면 당해 인사명령 등이 가처분결정에 위반하여 이루어진 이상 그 자체로 무효이고 본안판결 이후 새로 법률행위를 하여야 하는지 문제된다. 앞의 대법원 관례의 취지를 유추하여 본다면 이때에도 가처분에 위반된 법률행위의 효력은 일응 무효로 볼 수 있다고 생각된다. 그러나 앞의 사례는 단순히 가처분이 취하되어 이와 다른 본안판단의 내용이 문제되지 않은 경우임에 비하여, 후자의 경우는 가처분과 배치되는 본안판결이 확정된 경우이므로 단순하게 생각할 수 있는 것은 아니다. 즉 후자의 경우에는 가처분에 위반된 법률행위에 하자가 있다는 점도 고려되어야 하겠지만, 한편으로 가처분이 본안판결에 배치되는 결과로 됨으로써 결과적으로 이에 위반된 행위가 정당성을 얻었다는 것을 무시할 수 없기 때문이다. 즉 가처분에 의하여 직무가 정지된 대표이사의 행위는 가처분에 비추어 보면 위법한 것은 분명하나, 본안판결로 이 대표이사의 자격이 인정되었으므로 결국은 정당한 대표이사가 한 법률행위로 된다는 점에서 어려운 문제가 발생하는 것이다.

78) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001도5592 판결.

따라서 이러한 경우에는 본안판결의 확정 이전과 이후를 구별하여, 본안판결의 확정 이전에는 가처분에 위반된 법률행위는 그 자체로 무효로 하여야 할 것이나, 가처분과 반대 취지의 본안판결이 확정된 경우에는 해당 법률행위의 효력을 긍정하여야 할 것이 아닌가 생각된다.

3. 형사법적 제재

가처분의 실효성 확보를 위한 방안 중에서 가장 강력한 것 중의 하나가 형사법적 제재방법을 동원하는 것이라고 할 수 있다. 특히 임시지위가처분 명령의 실효성 확보를 위하여 형사법상 공무상비밀표시무효에 의한 처벌에 관하여 살펴보아야 한다.

(1) 공무상비밀표시무효의 의의

가처분의 집행 후 가처분 의무자 등이 가처분의 집행을 침해하는 경우 공무상비밀표시무효죄 등의 형법적 문제가 생길 수 있다. 공무상표시무효죄는 공무원이 그 직무에 관하여 실시한 봉인 또는 압류 기타 강제처분의 표시를 손상 또는 은닉하거나 기타 방법으로 그 효용을 해하거나 또는 공무원이 그 직무에 관하여 비밀로 한 봉함 기타의 문서나 도화를 개피(開披)하는 죄를 말하는데, 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다(형법 제140조 제1항). 본죄의 보호법익은 공무원에 의해 실현되는 국가 또는 공공단체의 기능으로서의 공무이며, 특히 공무상비밀표시무효죄는 법정/국회의장모욕죄(제138조)와 함께 구체적으로 공무 중 특히 사법작용을 보호법익으로 삼고 있다.⁷⁹⁾ 일반적으로 가처분에 대한 유형적 표시는 이

가처분의 실효성 보완 방안

죄에 의하여 보호되는 것으로 보인다.⁸⁰⁾

(2) 위반행위

여기서 ‘봉인’이란 물건에 대한 임의처분을 금지하기 위하여 그 물건에 실시된 금지의사의 상징이라고 인정될 수 있는 봉합 기타의 설비를 말한다. 당해 공무원의 인장이 찍혀 있어야 하는 것은 아니고 물건명·연월일·집행관의 성명 및 소속법원 등을 기입한 지편을 감아두는 것도 봉인을 실시한 것이라고 할 수 있다. ‘봉인 · 압류 · 기타의 강제처분의 표시’는 적법한 것이라야 하는가에 관하여는 반대설이 있으나 적극설이 통설이다. 다만 판례는 가처분에 의한 피담보권리의 적법요건의 존부를 막론하고 그 결정의 집행으로서 집달리가 실시한 고시의 효력 자체를 해치는 행위를 함으로써 공무원상의 표시무효죄가 성립한다고 한다.⁸¹⁾

(3) 행위자

공무상비밀표시무효죄로 처벌받을 수 있는 자에 대해서는 먼저 강제처분으로서 가처분이 외형적 공시방법이 있는 경우, 그 외형적 표시를 ‘손상’ 또는 ‘은닉’하는 때에는 누구라도 이 죄의 주체가 될 수 있는 반면, ‘기타의 방법으로 효력을 해하는 행위’는 가처분 결정주문에 표시된 수명자만이 주체가 된다고 구분해서 이해해야 한다는

79) 이상현, 미국법상 법원모욕죄와 우리 형법 제140조의 비교법적 분석 -부작위 의무를 명하는 가처분 위반을 중심으로-, 비교형사법연구 Vol.11 No.2, 한국비교형사법학회지, 2009, 295면.

80) 이외에 강제집행으로 명도 또는 인도된 부동산에 침입하거나 기타 방법으로 강제집행의 효용을 해한 자에 대해서는 부동산 강제집행 효용 침해죄로 처벌된다(형법 제140조의2).

81) 대법원 1971. 3. 23. 선고 70도2688 판결.

주장이 법원의 강제처분 전반에 대해 구체적인 사안에 따라 국가 사법작용의 효력이라는 법익보호를 효과적으로 달성할 수 있다는 점에서 더 설득력이 있다고 한다.⁸²⁾

대법원은 “가처분결정은 그 재판의 대상인 피신청인에게 효력이 미치는 것으로 제3자는, 그가 피신청인의 배우자나 피신청인과 계약 관계에 있는 자이더라도, 그 가처분결정의 표시-예를 들면, 고시판, 풋말 등-를 무시하고 가처분에 반하는 내용의 행위를 한 경우, 공무상표시등무효죄에 해당하지 않는다.”는 취지의 판결을 내고 있어서,⁸³⁾ 가처분 위반 행위에 대해서는 본 죄를 일종의 신분범으로 해석하고 있는 것으로 파악된다. 나아가 수명자와의 의사연락에 기해 가처분을 위반한 자는 가담 정도에 따라 공동정범 또는 공범으로 처벌될 수 있을 것이다.

(4) 보호대상인 가처분

형사법계의 판단에 의하면 현재 판례는 이 죄의 보호 대상인 가처분의 범위를 축소하고 있다고 한다. 즉 판례는 부작위의무를 명하는 가처분과 구분하여, 작위의무를 명하는 가처분은 본 죄의 대상인 ‘강제처분의 표시’에서 제외하고 있다는 것이다. 구체적으로 하급심의 것이지만 “작위의무를 명하는 가처분은 그 내용을 채무자에게 고지하는 것만으로는 그 결정의 효력이 발생할 뿐 그 집행이 이루어지는 것은 아니며 채권자는 대체집행의 신청을 하여 대체집행의 권원을

82) 이상현, 앞의 논문, 299면.

83) 대법원 1979. 2. 13. 선고 77도1455 판결(출입금지가처분결정의 피신청인인 채무자의 처가 이결정을 위반하였다도 공모했다는 사실의 인정이 없는 한 공무상비밀표시 무효죄에 해당하지 않는다.); 대법원 1976. 11. 27. 선고 74도1896 판결(공사정지가처분 판결의 피신청인인 채무자로부터 공사수급을 받은 피고인이 건축허가명의를 자신으로 이전한 후 공사를 계속한 때 공무상표시무효죄에 해당한다고 할 수 없다.).

가처분의 실효성 보완 방안

수여받은 후 그 집행은 하도록 하여야 하는 것으로 작위의무를 고지하는 내용의 집행관의 고시문은 가처분결정의 내용을 고지하는 보조적 수단에 불과하여 강제처분의 표시라고 할 수 없다”고 판시한 것⁸⁴⁾이 그 예이다. 이러한 판시에 따를 때에는 작위의무를 명하는 가처분은 강제할 수 없게 되며 그 가처분의 고시문 조차도 ‘강제처분의 표시’에 해당하지 않게 된다. 또한 부대체적 작위의무를 명하는 가처분은 간접강제를 통해서 일반적으로 해결되는 것으로 되어, 결국 형법 제140조 1항의 ‘강제처분의 표시’는 부작위의무를 명하는 가처분에 한정되게 된다.

한편 판례는 부작위의무를 명하는 가처분에서 그 적용범위를 더 제한하여 “집행관이 피신청인에 대하여 부작위를 명하는 가처분이 발령되었음을 고시하는 데 그치고 나아가 봉인 또는 물건을 자기의 점유로 옮기는 등의 구체적 집행행위를 하지 아니하였다면 공무상표시의 효용을 행하는 행위에 해당한다고 볼 수 없다”⁸⁵⁾고 판시하였다. 단순히 피신청인의 부작위를 명하는 가처분의 고시만 있는 경우에는 피신청인이 가처분의 취지를 위반하는 행위를 하여도 본죄가 성립하지 않음을 천명한 것이다.

그러나, 가처분 사건의 증대, 다양화, 실질적 본안화의 경향에 따라 가처분 결정의 고시가 그 자체로 법적 중요성을 가지고 있는 경우도 많으며, 봉인 또는 압류와 달리 점유의 이전이라는 구체적 집행행위가 뒤따르지 않는 예들도 상당수 존재하기 때문에 위와 같은 제한적 해석으로 사법 작용의 효력 유지와 확보라는 법익 보호 목적을 얼마나 달성할 수 있을지 매우 의심스럽다. 피신청인에게 명확한

84) 대구지법 2008. 9. 19. 선고 2008노1957판결(“출입문을 폐쇄하여야 한다.”는 공용부분변경금지가처분의 고시를 위반하여 약국의 손님들로 하여금 통행하게 한 행위에 대해 공무상표시무효죄의 성립을 부정하였다).

85) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006도1819 판결.

내용의 부작위의무를 부과하는 고시가 적법하게 송달된 이상 죄형법정주의 원칙의 위반 여지가 없어, 그 고시 위반 시에 법익침해의 결과 불법 및 행위불법의 존재를 근거로 본 죄의 성립을 인정하는 것이 더 설득력이 있다는 의견이 있다.⁸⁶⁾

이러한 법원의 태도는 궁극적으로 현재의 형사체계로는 가처분의 실효성을 확보하는데 한계가 있음을 나타내는 것으로 볼 때, 후술하는 바와 같이 법정모욕죄와 같은 근본적 제도의 도입이 필요한 것이 아닌가 생각되는 것이다.

4. 감치나 과태료 처분 등

여기서 간접강제가 가능한 사안 중에서도 특히 필요한 일부에 관하여 형사처벌 외에 감치나 과태료 등으로 제제가 가능할지 문제될 수 있으나, 구체적인 규정이 없다면 현행법하에서는 죄형법정주의와 관련하여 볼 때 긍정하기가 쉽지 않을 것이다.

이 부분에 대해서도 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

86) 이상현, 앞의 논문, 301면.

제3장 부작위를 명하는 가치분과 간접강제

제1절 간접강제의 적용범위

I. 간접강제의 집행방법

1. 간접강제의 보충성

앞에서 살펴본 바와 같이 간접강제는 채무불이행에 대하여 채무자에게 손해배상, 벌금 또는 구금 등의 제재를 예고하여 심리적 압박을 가함으로써 채무자로 하여금 그 채무를 이행하도록 강제하는 방법인데, 이 방법은 그 성질 자체로서는 어떠한 채무에 대해서도 적용이 가능하다고 할 수 있다. 그러나 이 방법은 채무자의 자유의사를 구속하여 채무자로 하여금 채무를 이행하지 않을 수 없도록 강제한다는 점에서 문제점이 있기 때문에 다른 강제집행의 수단이 없는 경우에 이용할 수 있는 최후의 방법으로만 인정되는 점은 앞에서 본 바와 같다.⁸⁷⁾

이에 따라 실제에 있어서 간접강제에 의한 강제집행의 대상이 되는 것은 부대체적 작위채무와 부작위채무의 두 가지뿐이다. 이때 집행권원에 표시된 채무가 작위채무와 부작위채무 중 어느 것에 속하는 것인지는 원칙적으로 집행권원의 해석에 의하여 결정한다.

다만 우리와 마찬가지로 체계를 가지고 있는 일본에서는 이와 같은 보충성을 폐지하여 권리자의 보호를 위한 전기를 마련하였다. 이에 대해서는 후술한다.

⁸⁷⁾ 주석(V), 128면.

2. 부대체적 작위의무에 대한 간접강제

(1) 부대체적 작위의무

부대체적 작위채무는 채무자의 작위에 의하여만 목적이 달성되는 작위채무, 즉 채무자의 일신에 전속하는 행위를 목적으로 하는 채무를 대상으로 하는 것이다. 이는 다른 사람에 의한 이행은 불가능하므로 대체집행을 할 수는 없으므로 강제집행이 가능한 경우에 한하여 민사집행법 제261조에 따른 간접강제만 허용된다. 거꾸로 말하면 부대체적 작위채무에 대한 강제집행으로는 간접강제만 허용되어 있다고 해도 좋을 것이다. 그러나 부대체적 작위채무 중에서도 채무의 성질상 강제집행을 할 수 없는 것, 즉 채무자의 자유의사를 강제하여서는 채무의 본래 목적에 적합한 이행을 기대하기 어렵거나 인격 존중의 견지에서 강제하기 어려운 채무 또는 채무자가 그 의사만으로는 할 수 없는 부대체적 작위를 목적으로 하는 채무에 대하여는 간접강제가 허용되지 아니한다(제261조 참조).

간접강제의 대상이 되는 부대체적 작위채무의 중요한 예는 보통 다음과 같이 제시되고 있다.⁸⁸⁾

먼저 ‘주는 채무’ 가운데 직접강제가 불가능한 경우로는, 비유체물인 에너지 등의 공급채무, 의사능력 있는 사람의 인도를 목적으로 하는 채무, 수확물의 매각대금의 인도와 같이 특정되지 않은 금전의 지급 또는 수량이 특정되지 않은 물건의 인도 또는 명도를 목적으로 하는 채무, 채무자가 점유하고 있지 않은 물건의 인도를 목적으로 하는 채무, 수도를 설치하여 물을 공급하는 것과 같이 인도에 관하

88) 실무제요[III], 582면; 주석(V), 129면 참조.

가처분의 실효성 보완 방안

여 특별한 장치나 기술을 요하는 채무, 제조·가공한 후 그 제품이나 가공물을 인도하는 채무, 일정 기간 채권자 명의로 일정한 액수의 금전을 은행에 예금할 채무 등이 있다.

다음으로 ‘하는 채무’ 가운데 대체집행이 불가능한 것도 이에 속하는데, 채무자 본인이 그 책임으로 행할 것이 요구되는 채무(예: 재산관리의 정산을 할 채무, 재산목록이나 대차대조표를 작성할 채무, 제조 등과 같은 소송행위를 할 채무 등), 사실상 채무자 또는 그 대리인이 아니면 할 수 없는 채무(예: 채무자만이 게시장소의 일부 또는 전부를 알고 있는 포스터 등을 제거할 채무 등), 채무자 자신이 하지 않으면 효과가 생기지 않는 채무(예: 어음 등에 서명하여야 할 채무, 변제수령을 하여야 할 채무 등)이 그 예에 속한다.

이외에 구 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조, 제18조, 제19조에 정해진 반론보도나 정정보도청구권의 강제집행도 간접강제를 할 수 있다.⁸⁹⁾

(2) 부대체적 작위의무에 대한 간접강제절차

가. 간접강제 결정

간접강제를 신청할 수 있는 채권에 대해 집행권원이 있는 채권자는 채무자가 의무를 이행하지 않으면 제1심 수소법원에 간접강제를 신청할 수 있고, 법원이 심리를 거쳐 간접강제 신청이 이유 있다고 판단한 때에는 신청을 받아들이는 결정, 즉 예고결정을 하게 된다. 그 내용은 상당한 이행기간을 정하여 채무자가 그 기간 내에 의무를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 금액의 배상

89) 반론보도 청구권에 관해 간접강제가 인정된 예: 대법원 2000. 3. 24. 선고 99다 63138 판결.

을 지급할 것 또는 즉시 일정한 금액을 일시에 배상할 것을 명하는 것이다(제261조). 기간에 따라 배상금의 액수를 정하게 되면 이행이 늦어지는 기간에 따라서는 배상금이 과다하게 될 수도 있고, 일시금으로 하게 되면 채무자에게 신속한 이행을 하게 하는 동기부여가 적게 될 가능성이 있으므로 이러한 부분을 고려하여 선택한다. 불이행의 모습이 반복적 내지 계속적이면 기간에 따라 배상금을 정하는 것이 좋고 일회적인 채무불이행 사건이면 일시금으로 하는 것이 좋다고 한다.⁹⁰⁾

간접강제를 명하는 주문은 대개 다음과 같이 한다.⁹¹⁾ 이 주문은 기간에 따라 배상금을 정하는 예를 보인 것이다.

채무자는 이 결정을 고지 받은 날로부터 10일 이내에 별지 목록 기재의 어음을 발행하라.

만약 채무자가 위 기간 내에 위 채무를 이행하지 아니할 때에는 채권자에게 위 기간이 만료된 다음날부터 그 이행완료시까지 1일 금 10만원의 비율에 의한 금원을 지급하라.

법원은 이 결정을 한 후 사정의 변경이 있는 때에는 채권자나 채무자의 신청에 따라 그 결정 내용을 바꿀 수 있다(민집규 제191조).

나. 배상금의 성질과 추심

채무자가 간접강제 결정을 고지 받고도 채무를 이행하지 아니하면 간접강제 결정을 집행권원으로 하여 금전집행의 방법에 따라 배상금을 추심한다. 이때 배상금은 채무자로부터 추심된 후 벌금과 같이 국고로 들어가는 것은 아니고,⁹²⁾ 채권자에게 지급하여 채무자의 작

90) 新基本法コンメンタル, 民事執行法, 2014, 431면(大濱しのぶ).

91) 법원실무제요[III], 588면.

92) 독일의 이행강제금(Zwangsgeld)이나 질서강제금(Ordnungsgeld)은 국고로 귀속되

가처분의 실효성 보완 방안

위채무 불이행으로 인한 손해배상액의 전보에 충당된다. 따라서 배상금이 손해배상에 미치지 못할 때에는 추가적으로 손해배상청구를 할 수 있음은 당연하나,⁹³⁾ 이때 만약 채무자로부터 추심한 액수가 채권자의 실제 손해액을 초과하는 경우 채무자에게 반환하여야 하지 않는가 하는 문제가 있다.

이는 배상금의 성질을 어떻게 보느냐에 밀접하게 관련되어 있는데, 대략적으로 우리나라의 논의에서는 권리자의 손해를 배상하기 위한 것이라고 보는 손해배상설(損害賠償說) 내지 실손해전보설(實損害填補說)⁹⁴⁾과 채무자의 의무위반 내지는 채무지체 그 자체에 대한 법정위약금 내지는 제재금으로 보는 법정위약금설(法定違約金說) 내지 지체배상설(遲滯賠償說)⁹⁵⁾이 대립하고 있다. 전설은 배상금이 채권자에게 손해배상을 위하여 지급되는 것을 중시하고 있고, 후자는 배상금이 의무위반에 대한 제재기능을 한다는 점을 중시한다.

관례는 “간접강제란 채무불이행에 대한 제재를 고지함으로써 그 제재를 면하기 위하여 채무를 이행하도록 동기를 부여하는 것을 목적으로 하는 집행방법이고, 간접강제결정은 가처분결정의 집행방법에 불과하므로, 채권자가 채무자의 의무위반행위로 인하여 간접강제결정에서 정한 배상금채권을 취득하고, 나아가 그 배상금채권의 강제집행절차에 나아갔다 하더라도, 그러한 사정만으로 피보전권리가 점포에 대한 점유권에 기한 방해배제청구권 내지는 방해예방청구권인 가처분신청에 있어서 보전의 필요성이 존재한다거나, 가처분결정이 계속 유지되어야 한다고 볼 수는 없으며, 간접강제결정 효력의

기 때문에 우리 제도와는 차이가 있다. 주식(V), 144면(주 64) 참조.

93) 일본 민사집행법 제172조 제4항은 명문으로 이를 규정한다.

94) 실무제요(III), 590-591면. 김상원 외 3인, 주식 강제집행법(IV), 1993, 172-173면 등 종래의 일반적 견해라고 할 수 있다.

95) 권창영, 489면.

계속존속여부는 보전의 필요성 여부를 판단함에 있어 참작하여야 할 사유가 되지 아니한다.”⁹⁶⁾고 실시하고 있는데, 실제 어느 입장을 취하고 있는지 분명하지 아니하다.

대체로 배상금을 손해배상금으로 본다면 그 한도는 채권자가 입은 손해액으로 될 것이고 배상금을 추심할 수 있느냐의 여부는 채권자가 손해를 입었는가의 여부가 기준이 될 것이다. 대체로 의무자가 의무를 이행하면 손해가 발생하지 않으므로 이미 발생한 배상금을 추심할 수는 없다고 본다. 그러나 배상금을 법정위약금으로 본다면 손해의 한도는 법원이 배상금을 정할 때 참고로 할 수는 있다고 하더라도 추심의 기준이 될 수는 없을 것이다. 또한 후에 의무자가 의무를 이행하더라도 이미 발생한 배상금은 추심하여야 제재의 의미가 지켜진다고 본다.

생각건대 손해를 초과하는 배상금의 추심은 우리 민법상 배상은 손해를 한도로 한다는 원칙에 어긋나기 때문에 원칙적으로 반환하여야 하는 것이 아닌가 생각되지만, 한편 간접강제는 배상금의 징수를 통하여 이행을 확보하는 제도인데, 이를 채무자에게 반환하게 하는 것은 그 효력을 감소시키는 문제가 있으므로 반환할 필요가 없다는 견해도 유력하다.⁹⁷⁾

3. 부작위채무에 대한 간접강제 절차

(1) 부작위채무

부작위채무는 채무자에게 특정한 행위를 하지 말라는 내용의 채무

96) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다36331 판결

97) 주석(V), 149면 참조.

가처분의 실효성 보완 방안

이므로 성질상 채무자에 의하여만 이행될 수 있고, 또한 채무자가 금지된 행위를 행하지 아니하는 한 채무는 이행되고 있는 것이므로 위반행위가 없는 상태에서는 강제집행이란 있을 수 없다고 하는 것이 원칙이다. 따라서 통상 채무자가 부작위채무에 위반하여 금지된 행위를 한 때에 비로소 강제집행의 문제가 생긴다고 한다. 이러한 부작위채무의 집행은 민사집행법 제261조에 따른 간접강제의 방법에 의함이 원칙이나, 다만 부작위채무 가운데 채무자의 비용으로써 그 위반한 것을 제각하고 장래에 대한 적당한 처분을 법원에 구할 수 있는(민법 제389조 3항) 경우에는 민사집행법 제260조에 따른 대체집행을 할 수 있다.

간접강제의 대상이 되는 부작위 채무에 대해서는 다음과 같은 논의가 있다.

먼저 1회적 부작위채무는 채무자가 의무를 위반하여 강제집행 개시의 요건을 구비함과 동시에 실제법상 소멸하여 버리므로 강제집행의 여지가 없다⁹⁸⁾는 것이 종래의 일반적 주장이다. 다만 이러한 경우에는 오히려 사전적으로 간접강제의 필요성이 있는 것이 아닌가 하는 주장이 제기되고 있음은 후술하는 바와 같다. 앞으로 위반행위를 할 위험성이 있다고 판단되는 경우에는 간접강제를 통하여 의무를 이행하도록 할 것이라는 입장이다.⁹⁹⁾

계속적 부작위채무와 반복적 부작위채무에 관하여는 일반적으로 간접강제의 필요성이 인정된다고 할 수 있다. 다만 위반 결과의 제각(除却)과 장래에 대한 적당한 처분을 위해서는 대체집행을 할 수 있으므로, 대체집행 만으로서는 채무의 목적을 실현할 수 있는 경우에 간접강제를 할 수 있다고 하여야 할 것이다. 통상 간접강제가 허

98) 실무제요(III), 583면; 주식(V), 130면.

99) 이시윤, 481면 참조.

용되는 채무는 다음과 같은 것이 예로 될 수 있다.¹⁰⁰⁾

즉 부작위의무 위반의 결과가 물리적으로 존재하기는 하지만 위반 결과의 제각이라는 방법으로는 위반상태를 배제할 수 없는 경우인데, 예컨대 소음발생금지채무에 위반하여 조업을 계속하는 경우, 배수유출피지의무(민 제217조)에 위반하여 배수의 유출을 방치하는 경우에 있어서 어떠한 예방처분을 하여야 하는지가 명확하지 않는 때가 이에 속한다고 할 수 있다.

또 부작위의무의 위반이 존재하지만 물적 위반상태를 남기지 않는 경우도 문제가 되는데, 예컨대 일조방해금지채무에 위반하여 일조를 방해하는 경우에도 대체집행을 할 수 없는 것은 아니지만, 그 위반행위가 매일 반복되는 경우에는 간접강제가 허용되어야 할 것이다.

궁극적으로 부작위채무 중 그 위반행위의 중지 또는 장래의 위반행위의 방지를 위하여 대체집행을 할 수 없는 경우에는 간접강제에 의하여 집행할 수 있는 것으로 보는 것이 타당하다.

(2) 부작위채무에 대한 간접강제 절차

가. 간접강제 결정

부작위채무에 대한 간접강제를 위반행위가 있기 전에 예방적으로 신청할 수 있는지 문제가 있다. 채무자가 현실적으로 위반행위를 한 것은 아니나, 위반의 우려가 강하다거나 위반을 하게 되면 실제 채권자의 권리가 무의미해지는 경우에 대비해 미리 간접강제를 통해 위반을 방지할 수 있는가 하는 문제이다. 이 문제는 간접강제를 하기 위하여는 채무자의 위반행위가 있어야 하는지, 이를 신청채권자가 입증하여야 하는지, 즉 위반행위가 있어야만 간접강제가 가능한

100) 실무제요(III), 584면; 주석(V), 131면.

가처분의 실효성 보완 방안

지 하는 문제와 연결되어 논의된다.¹⁰¹⁾

종래 일본이나 독일의 통설은 위반행위필요설(違反行爲必要說)에 따르고 있었다.¹⁰²⁾ 이에 의하면 부작위채무는 집행권원이 성립하더라도 채무자의 위반행위가 없는 한 불이행은 문제되지 않으므로, 사전의 위반예방은 부작위집행으로서 인정될 수 없고, 다만 실제법상 예방적 작위를 구하는 권리가 인정되는 경우(민 제206조 등) 그에 기하여 방해예방청구를 하든지, 다툼의 대상에 관한 가처분(제300조 1항) 또는 임시의 지위를 정하는 가처분(제300조 2항)에 의하여 위반행위를 예방할 수밖에 없다고 한다.¹⁰³⁾ 이 입장은 위반행위를 간접강제 신청의 요건으로서 신청자가 입증하여야 한다고 보기 때문에 위반사실설이라고도 한다.

이에 비하여 위반행위불요설(違反行爲不要說)은 특히 위반행위를 남기지 않은 1회적 부작위채무의 경우에는 위반행위가 있으면 바로 청구권이 소멸하게 되므로 전혀 집행방법이 없게 되고, 위반이 있으면 회복하기 어려운 손해가 생기게 되는 경우에도 위반행위가 있을 때까지 집행할 수 없다고 하는 것은 불합리하다는 이유로 위반행위가 없어도 간접강제를 할 수 있다는 견해로 현재의 다수설이다.¹⁰⁴⁾ 다만 이 입장은 위반행위의 존재를 요건으로 하지 않지만, 위반행위가 행해질 고도의 개연성이나 위험이 중대하고 명백하면 간접강제

101) 종래 일본에서는 위반행위필요설이 통설이었다. 실무제요[IV], 594면. 그러나 현재에는 위반행위의 존재를 요구하지 않는, 즉 사전강제가 가능하다고 해석하는 것이 일본의 다수설이라고 한다. 深沢利一 外, [補正版]民事執行の実務(下), 新日本法規, 2007, 858면. 일본의 실무도 같다. 예컨대 東京高決 平成3(1991), 5. 29. 判時1397, 24.

102) 注解強制執行法(4), 第一法規, 1978, 175면(山本卓) 참조.

103) 박해성, 작위·부작위 채권의 강제집행, 재판자료 36, 646면; 남기정, 실무강제 집행법 (7), 469면.

104) 竹下守夫, 不作爲を命ずる假處分, 保全處分の體系 下卷, 吉川大二郎博士還曆記念, 法律文化社, 1979, 605-606면.

를 신청할 수 있다고 하는 개연성설¹⁰⁵⁾과 위반행위의 우려나 개연성은 필요하지 않다는 입장¹⁰⁶⁾으로 구별된다.

판례는 위반행위불요설 중 개연성설을 취하고 있는데, 즉 “부작위 채무를 명하는 판결의 실효성 있는 집행을 보장하기 위하여는, 부작위 채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시에서 보아 채무명이가 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 그 판결절차에서 구 민사소송법 제693조에 의하여 명할 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는, 그 부작위 채무에 관한 판결절차에서도 위 법조에 의하여 장차 채무자가 그 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 할 것을 명할 수 있다.”¹⁰⁷⁾고 한다.

부작위 채무에 대한 간접강제의 주문례는 다음과 같다.¹⁰⁸⁾

채무자는 간접강제결정이 송달된 날부터 채권자가 그 소유 건물의 수리를 위하여 채무자 소유의 별지 목록 기재 토지에 출입하는 것을 방해하여서는 아니 된다.

채무자가 위 의무를 위반할 때에는 그 위반이 있을 때마다 1회에 금 10만원을 지급하라.

나. 간접강제결정의 집행

간접강제결정을 집행권원으로 하여 강제집행을 하기 위해서는 집행문을 받아야 한다. 다만, 집행문을 받기 위하여 채권자가 채무자의 부작위의무 위반사실을 증명하여야 하는지에 관하여 간접강제 결정

105) 이시윤, 482면; 김홍엽, 454면.

106) 강용현, 비방광고를 한 자에 대하여 사전에 광고금지를 명하는 판결 및 그 판결절차에서 명하는 간접강제, 판례해설 (25), 1996, 79면; 竹下守夫, 앞의 논문, 606면. 최근의 일본판례도 같다. 日本 最高裁判所 平成 17(2005). 12. 9. 判決.

107) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결.

108) 주식(V), 151면.

의 요건과 마찬가지로 논의가 있다.

위반행위의 존재를 간접강제 결정의 요건으로 보는 위반행위필요설에 따를 때에는 채무자의 부작위의무 위반사실은 간접강제결정을 발하기 위한 요건이므로 집행문을 내어주는 단계에서는 채권자가 위반행위를 입증할 필요 없다고 함에 비하여, 위반행위불요설에 따를 때에는 위반행위가 있을 것이 조건의 성취에 해당하므로 민사집행법 제30조 2항에 의하여 채권자가 그 조건의 성취를 입증하여야 집행문을 받을 수 있다고 하게 된다.¹⁰⁹⁾ 본안판결로 포함된 간접강제명령을 하는 경우에도 같다.

II. 간접강제에 대한 입법론

여기서는 간접강제 기능 확장론으로서 간접강제 대상 채무의 확대론과 간접강제에 벌금제나 신체구금제도 도입론에 대해 알아보기로 한다.

1. 간접강제 대상 채무의 확대론

강제집행의 신속과 효율을 위하여 간접강제의 보충성 원칙을 포기하고, 물건의 인도채무나 대체적 작위채무에도 간접강제를 허용하여야 한다는 주장이다. 이 주장은 특히 간접강제의 대상으로 되는 채무의 확대와 아울러, 본안소송과 간접강제의 연계까지 주장하고 있다.

“간접강제는 근대법에서 강조되는 「인간의 존엄과 가치」의 존중

109) 김홍엽, 454면; 강용현, 위의 논문, 90면; 주석(V), 178면.

사상 때문에 다른 강제수단이 없는 경우에 쓸 최후의 수단이라는 점에서 보충적 집행방법이며, 다른 강제집행이 허용되는 경우에는 간접강제가 허용되지 아니한다. 그러나 이러한 간접강제의 보충성(補充性)에 대하여는 그 합리성에 회의적 시각이 없지 않고 오히려 강제집행의 신속과 효율만 저해한다는 비판이 있어 왔다. 그리하여 일본 2003년 개정법은 물건의 인도채무나 대체적 작위의무·부작위의무에 대하여도 간접강제에 의할 수 있도록 하였다. 비단 이에 그칠 것이 아니라 지적소유권에 기한 중지청구나 공해·생활방해에 대한 중지청구 등 비금전청구, 소액사건 그리고 부양료채권(2004년 개정 법률에서 채택) 등에 대하여까지 그 적용범위를 확대시켜야 한다는 논의가 일본에서 활발하다.

우리 법제에서도 행정청이 거부처분취소의 판결을 받고 그 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심 수소법원은 간접강제에 의하도록 하였고(행소 제34조),¹¹⁰⁾ 정정·반론보도청구나 추후보도청구의 소에서 그 인용을 조건으로 간접강제신청을 병합하여 제기할 수 있도록 하는 등(「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제26조 3항) 간접강제제도를 확대시키고 있다. 우리 판례에서도 부작위채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시로 보아 집행권원이 성립하더라도 채무자가 단기간 내에 위반할 개연성이 있고 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는, 그 부작위채무에 관한 판결절차에서도 장차 그 채무자가 그 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 할 것을 명할 수 있다고 하였다. 부작위채무에 대한 판결을 받

110) 1984년 전문개정된 행정소송법(1984.12.15. 법률 제3754호)에 의하여 신설된 간접강제제도의 입법취지는 다음과 같다. “거부처분취소판결이 확정된 경우 행정청이 판결의 취지에 따라 처분을 할 의무를 지게 되는데, 그 의무의 이행을 확실히 담보하기 위하여 행정청이 일정한 기간 내에 그 의무를 이행하지 아니하는 경우 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있도록 하는 간접강제규정을 신설함.”

고서 그 뒤 수소법원에 또 찾아가 간접강제결정을 받는 것이 아니라 두 가지를 하나의 절차에서 one stop으로 병합 해결하는 것이므로 소송경제에 결정적인 도움을 줄 참신한 발상이다. 이와 같은 본안소송과 간접강제의 병합제도는 앞으로 크게 활성화되었으면 하는 바람이다.”¹¹¹⁾

2. 간접강제에 벌금제도나 신체구금제도 도입론

(1) 실효성 있는 제재방법의 도입 주장

현행 간접강제가 미온적일 뿐만 아니라 실효성의 점에 있어서도 완전하지 못하므로, 입법론으로 독일의 민사소송법에 있어서와 같이 간접강제의 내용으로 벌금제도나 신체적 구속제도의 채용을 고려해 볼 여지가 있다는 주장이 있다.¹¹²⁾ 이와 함께 영미법계처럼 법정모욕죄의 도입이 필요하다는 의견도 있다.¹¹³⁾

이러한 문제점은 첫째, 간접강제 명령의 배상금에 상한과 하한이 없어 천차만별로 되어 있다는 점, 둘째, 배상금이 간접강제수단으로서 아무런 실효성이 없는 경우에 대비책이 없다는 점에서 나타난다고 한다.¹¹⁴⁾ 채무자가 무자력이거나 금전적 배상에 구애되지 않을 정도로 부자이거나 금전배상보다 큰 목적을 가지고 간접강제에 위반할 때 이러한 문제가 나타난다고 할 수 있다.

111) 이시윤, 479면. 특히 본안소송과 간접강제의 병합에 관해서는 TRO의 도입방안과 관련하여 후술한다.

112) 김수경, 부작위를 명하는 가처분, 재판자료 제46집 보전처분에 관한 제문제[하], 법원도서관, 1989, 30면.

113) 이시윤, 485면.

114) 이시윤, 485면.

(2) 가사소송법상의 이행명령과 제재방법

이와 관련하여 가사소송법상 이행명령 위반에 대한 제재로서 과태료와 감치 명령이 규정되어 있는 점이 참고가 될 수 있다.¹¹⁵⁾

가사사건에 관한 판결·심판·조정조서 또는 조정에 갈음하는 결정에 의하여 금전의 지급 등 재산상의 의무, 유아의 인도 의무 또는 자와의 면접교섭허용의무를 이행하여야 할 자가 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당사자의 신청에 의하여 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있는데(가사소송법 제64조 1항. 이하 가소), 이를 이행명령이라 한다. 당사자 또는 관계인이 정당한 이유 없이 이행명령에 위반한 때에는 과태료에 처할 수 있으며(가소 제67조 1항), 일정한 경우에는 감치에 처할 수도 있다(가소 제68조). 이행명령은 재산상의 의무 등의 일정한 가사채무를 과태료·감치 등 간접강제의 수단을 통하여 실현함을 목적으로 하고 있다. 결국, 가사소송상 금전의 지급, 물건의 인도 등에 관하여는 민사집행법의 절차에 의한 강제집행 외에 이행명령이라는 권리실현의 방법이 존재한다.

가사채무의 이행에 대해 원칙적인 민사집행절차 외에 이행명령과 같은 특별한 제도가 필요한 이유에 대해서는 다음과 같이 설명되고 있다. 첫째, 가사채무는 다른 민사채무와 비교하여 일반적으로 소액의 채무이고, 또 소액으로 분할하여 지급하거나 정기급으로 하고 있는 경우가 많아서 강제집행을 하더라도 비용이 지나치게 들어가게 되어 실질적이지 못하다. 둘째, 가사사건의 권리자로서 지급청구를

115) 김용욱·김연, 가사소송법, 고시연구소, 1995, 361면 이하; 김연, 家事訴訟上 履行命令制度에 관한 研究, 慶星法學 제14집 제2호, 2005. 12, 경성대학교 법학연구소, 4면 이하; 전보성, 가사소송과 이행확보제도, 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 481면 참조.

할 수 있는 자는 경제적으로 약자인 경우가 많고, 자력이나 법률지식이 부족하여 강제집행절차를 밟는 것이 곤란한 경우가 많다. 셋째, 가사사건의 당사자 사이에는 가족 내지 친족관계가 있거나 있었기 때문에 강력한 권리실현방법을 취하기가 곤란한 경우가 많다.¹¹⁶⁾

제2절 가처분명령에 대한 간접강제

I. 가처분 명령과 간접강제

당연한 것이지만 비대체적 작위의무를 명하는 가처분이나 부작위의무를 명하는 가처분에 대해 의무자의 위반행위에 대해서는 간접강제의 방법으로 집행을 할 수 있다. 이때의 간접강제방법은 확정판결을 집행권원으로 하는 경우와 크게 다르지 않다.

다만 가처분은 본안판결과 달리 잠정성과 부수성을 가지고 있기 때문에 몇 가지 따로 살펴보아야 할 문제가 있다.

II. 가처분 결정시 간접강제 가능 여부

1. 가처분과 간접강제 동시 결정의 가능성

(1) 가처분과 동시에 하는 간접강제 명령의 가능성

간접강제는 그 수단이 비교적 강력한 것으로 인정되고 있고, 또한 부작용으로서 의무자의 인격권을 침해할 가능성에 대한 우려가 제기되어 있는 실정이기 때문에, 가처분 결정시에 간접강제를 할 수 있

116) 齋藤秀夫 外編, 注解 家事審判法, 改訂版, 青林書員, 1992, 663면.

는지에 대한 논의가 있고, 이 점은 본안의 경우와 마찬가지로 할 수 있다. 그러나 특히 가처분의 경우에는 잠정성이나 부수성으로 인해 후에 가처분 결정이 취소될 수 있으므로 그 논의의 의의가 크다고 할 수 있다.

이에 대한 학설로서는 적극설과 소극설이 대립하고 있는데, 소극설은 이를 허용하게 되면 수권결정에 관하여 채무자의 필요적 심문을 규정한 민사집행법 제262조 단서 규정을 위반하게 되고 곧바로 집행관에게 집행권원의 집행처분을 위임하는 것이 되므로 허용되어서는 안 된다고 한다.¹¹⁷⁾ 이에 비하여 적극설은 부작위를 명하는 가처분의 경우 이러한 내용을 주문에 표시하지 않으면 가처분이 의미 없게 되는 경우가 있고, 가처분결정에서 이미 그와 같은 취지의 집행이 행해진다는 것이 예고되었기 때문에 또다시 심문을 할 필요가 없다고 한다.¹¹⁸⁾ 두 학설의 차이는 가처분 결정시에 간접강제를 할 수 있는가 하는 문제뿐 아니라, 후에 채무자의 심문을 거쳐 수권결정을 하는 문제 및 그 이후의 집행문 부여의 문제 내지 불복방법과 연결되어 있다.

(2) 부작위를 명하는 가처분의 경우

부작위의무나 수인의무의 이행을 구하는 집행권원을 집행하는 경우는 작위의무를 대상으로 하는 것과 상황이 다르다. 작위의무에 대한 간접강제는 집행이 개시되면 가능한 한 빨리 의무가 이행되는 것이 좋으므로 빨리 의무를 이행하도록 경제적, 심리적 압력을 가하는 것이다. 그런데 부작위의무는 반대로 ‘하면 안 된다’, ‘하지 말라’는

117) 이석선(하), 215면.

118) 권창영, 502면; 김수경, 앞의 논문, 22면; 장성원, 부작위를 명하는 가처분, 법조 49권3호(522호), 2000, 118면.

가처분의 실효성 보완 방안

것이므로, 의무위반행위를 막는 것이다. 의무위반행위를 하지 못하도록 미리 경제적 압박을 할 수 없다. 그래서 위반행위가 발생하면 사후적으로 제재를 가한다고 ‘예고’하는 수밖에 없는데, 이는 심리적인 압박은 될 것이다. 수인의무의 경우에도 의무자의 입장에서 싫은 일이 있더라도 참고 그것을 막지 말라는 것이므로 부작위의무와 비슷하다. 이때에도 의무자가 수인하여야 할 행위를 막는다든지 하는 행위를 하면 사후적으로 제재를 가한다고 예고하여 심리적인 압박을 하는 방법밖에 없다. 그런데 민사집행법에는 부작위의무나 수인의무를 명하는 집행권원에 대하여 따로 집행방법이 정하여져 있지 않다. 결국 비대체적 작위의무를 명하는 집행권원을 집행하는 방법으로 집행할 수밖에 없게 되어 있는데, 그에 따르게 되면 집행권원이 작성되자마자 집행을 신청하여도 된다고 할 수 있지 않느냐 하는 의문이 있다.

그럼에도 불구하고 작위의무와 부작위, 수인의무의 차이를 고려할 때 다음과 같이 생각해볼 수 있을 것이다. 부작위의무와 수인의무를 명하는 집행권원의 간접강제는 위반행위가 있는 후의 사후적 제재일 수밖에 없다는 것이 원칙이다. 벌칙의 성격이거나 위반행위로 인하여 채권자에게 생긴 손해의 배상이라는 성격이 되는 것이다.

의무위반행위가 있는 후에 비로소 간접강제결정을 하게 되면 의무자에게 위반행위를 하지 말라는 압박의 효과는 없다. 다만 집행권원 작성 후에 “위반행위가 있으면 간접강제결정으로 제재하겠다.”는 것을 예고하는 것으로 달성할 수 있을 것이다. 이는 집행권원 작성시에 함께 할 수도 있다.

의무위반행위가 있는 다음에 간접강제결정을 하도록 하면 간접강제의 집행기관인 제1심 수소법원이 의무위반여부에 대하여 판단하게 된다. 제1심 수소법원은 우선 판사로 구성되고 본안과 집행권원에

대하여 잘 알고 있는 기관이므로, 누구의 어떤 행위가 집행권원에 금지된 행위에 해당되는지 판단하는 데 적합하다. 간접강제결정을 하기 전에 반드시 채무자를 심문하여야 한다는 점에서도 법논리적으로는 적절한 것으로 생각되는 점이 없는 것은 아니다.

(3) 동시결정 가능성에 대한 검토

그런데 주지하는 바와 같이 현재 대다수의 학설과 실무는 가처분과 동시에 간접강제를 하는 것에 대해 전향적인 입장을 보이고 있다. 이에 따라 가처분의 위반의 개연성이 필요하다는 입장에서부터 우려만 있어도 된다는 입장, 더 나아가서 필요하다면 얼마든지 가처분 발령 시에 간접강제를 할 수 있다는 입장도 있다.

이러한 예외 하나로 생각할 수 있는 것으로서 인격권침해를 이유로 한 표현행위의 금지를 명하는 가처분을 생각할 수 있는데, 이러한 것은 의무위반의 결과가 남지 않는 경우가 많으므로 실무상 간접강제명령을 가처분과 함께 내는 경우가 많다. 이처럼 간접강제를 가처분에 병기하는 경우에는 특정한 시점에 부작위를 명하는 1회적 부작위채무에 대하여도 간접강제를 명하는 것이 가능하다고 할 것이다.¹¹⁹⁾

판례는 “부대체적 작위채무의 가처분결정과 함께 그 의무위반에 대한 간접강제결정이 동시에 이루어진 경우에는 간접강제결정 자체가 독립된 집행권원이 되고 간접강제결정에 기초하여 배상금을 현실적으로 집행하는 절차는 간접강제절차와 독립된 별개의 금전채권에 기초한 집행절차이므로, 그 간접강제결정에 기한 강제집행을 반드시 가처분결정이 송달된 날로부터 2주 이내에 할 필요는 없다. 다만,

119) 성장호, 인격권에 기초한 출판 등 표현행위의 금지가처분, 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 443면.

가처분의 실효성 보완 방안

그 집행을 위해서는 당해 간접강제결정의 정본에 집행문을 받아야 한다.”¹²⁰⁾고 하여, 가처분 결정과 동시에 간접강제를 할 수 있는 것으로 보고 있고, 이는 우리나라 실무의 일반적 태도와 일치하는 것으로 보인다.

여기에서 한 걸음 더 나아가서 생각한다면, 제도에 대한 상세한 논의의 필요는 있을 것이나, 가처분의 실효성 보장을 위하여 부작위의무에 대한 가처분 신청 시 간접강제를 의무적으로 신청하게 하는 방안도 검토할 수 있을 것이다.

2. 가처분과 동시에 간접강제 결정을 할 경우의 문제

(1) 절차적 문제점

다만 가처분과 동시에 간접강제를 한다면, 간접강제의 수권명령이 적법하기 위하여 향후 가처분과 간접강제의 동시결정 시 가처분의 실효성 확보 차원에서 채무자의 위반행위에 대한 소명의 정도 등에 대한 재검토가 필요하게 된다.

우리나라의 하급심 실무는 가처분절차에서 심문기일을 열었다면 간접강제결정을 함께 하는 것은 가능하나, 그 자체로 집행할 수는 없고 피신청인의 부작위의무위반을 소명하여 집행문을 따로 부여받아야 한다는 입장을 취하고 있는 것으로 알려져 있다.¹²¹⁾ 가처분 결정을 채무자에 대한 심문을 거쳐 하였으므로 이 심문절차에서 간접강제를 위한 채무자 심문요건을 충족하였다고 보는 것이다. 다만, 부

120) 대법원 2008. 12. 24. 자 2008마1608 결정.

121) 유아람, 간접강제의 법리와 실무상 문제, 민사집행법연구 7권, 2011, 219면; 김연학, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 심리에 관한 몇 가지 모색적 시도, 민사집행법연구 제4권, 2008, 191면.

작위채무의 간접강제를 신청함에 있어서 채권자가 채무자의 위반행위까지 입증할 필요는 없으나 채무자가 단기간 내에 그 부작위채무를 위반할 개연성 정도는 입증 또는 소명하여야 하는 것으로 처리하는 예가 많다고 한다. 다시 말하면 채무자가 심리절차에서 가처분결정이 있더라도 따르지 않겠다고 진술하는 경우에는 당연히 가처분과 간접강제결정을 함께 할 수 있을 것이고, 그렇지 않더라도 기록에 나타난 여러 사정을 고려하여 채무자가 가처분결정을 위반할 상당한 가능성이 인정되고, 채무자의 위반으로 인하여 채권자에게 돌이키기 어려운 손해가 발생할 위험이 있는 사안에서는 가처분과 함께 간접강제결정을 할 수 있다는 것이다.¹²²⁾

이때 작위의무를 불이행한 사실은 채권자가 적극적으로 입증할 사실이 아니므로 법원도 이를 심리할 필요가 없고, 작위의무를 이행하였다고 주장하는 채무자가 그 이행을 입증하여 청구이의 등의 방법에 의하여 다투어야 한다.¹²³⁾

(2) 미리 제재를 정함으로써 생기는 문제

또 부작위를 명한 가처분에 대한 의무위반행위도 없었는데 그것에 대한 제재를 미리 정하게 된다는 것도 문제된다. 이렇게 되면 나중에 의무자가 실제로 의무위반행위를 하였을 때 그것이 간접강제결정에 금지된 행위에 해당되는지 아닌지 다툼이 생길 수 있다. 이러한 다툼이 생길 수 있다는 사실을 전제로 하고 간접강제 결정을 할 때 간접강제결정에 금지되는 행위를 어떻게 서술할지 어려운 문제가 생기는 것이다.

이때 금지되는 행위를 일반적인 표현을 사용하여 포괄적으로 서술

122) 유아람, 위의 논문, 219면.

123) 실무제요[III], 587면.

가처분의 실효성 보완 방안

하면 나중에 발생할 수 있는 위반행위를 모두 포함시킬 수 있다는 장점은 있으나, 재판주문의 문언이 특정되지 않으면 재판이 무효로 된다는 문제점이 있다. 주문이 특정되지 않으면 재판은 집행불능이 되고, 그런 재판은 무효라고 하여야 하기 때문이다. 또 설사 무효까지는 아니라고 하더라도, 어떤 행위가 간접강제결정에 금지된 행위인지 아닌지에 대하여 다툼이 있으면 집행이 지연된다. 신속과 효율을 최우선 가치로 하는 집행절차에서 그런 다툼이 생겨서 집행이 지연될 수 있다는 것은 절차 전체의 존재 이유와 목적에 반한다.

(3) 집행과 관련한 문제

또 한편 의무위반행위가 있기 전에 간접강제결정을 먼저 하면 조건부집행권원이 되는데, 채권자는 채무자의 의무위반행위가 있으면 조건성취집행문을 받아 집행을 신청하게 된다. 그런데 어떤 행위가 의무위반행위에 해당되는지 아닌지 다툼이 있으면 조건성취집행문을 주는 단계에서 심사하기 곤란하다. 집행문을 주는 기관은 법원사무관 등이고, 조건성취집행문을 사법보좌관의 판단을 거쳐 주게 되는데, 사법보좌관은 그런 판단을 할 수 있는가 하는 데 의문이 있을 수 있다. 절차적으로도 채권자는 위반행위가 있었음을 서류로 증명하여야 하고, 채무자에게 의견진술의 기회가 보장되지 않는다. 우리 법상 사법보좌관이 채무자를 심문할 수 있는 것으로만 규정되어 있기 때문이다(제32조).

3. 동시 결정시의 불복방법

가처분 결정 이후에 간접강제 결정이 내려졌다면 이 결정에 대해

서는 당연히 즉시항고의 방법으로 불복할 수 있을 것이다. 그런데 가처분과 함께 간접강제 결정이 있었다면 간접강제에 대해 이의나 취소의 방법으로 불복할 수 있을지의 문제가 있다.

이에 대해서는 간접강제 결정을 부수적 재판으로 보아 긍정하는 입장도 있으나,¹²⁴⁾ 간접강제 결정은 가처분의 집행방법으로 하는 독립적 재판이므로 동시에 재판을 하였다고 하더라도 당사자가 가처분이 아니라 간접강제에 대해 불복한 경우에는 사건을 항고법원에서 재판하게 하여야 할 것이다.¹²⁵⁾

III. 후 사정변경이 있는 때의 간접강제결정 내지 배상금 문제

1. 가처분의 취소와 간접강제 결정 내지 배상금 문제

(1) 간접강제결정에 대한 즉시항고

가처분 결정에 대한 불복방법은 이의나 취소신청이라 하겠지만, 간접강제 결정에 대해서는 즉시항고를 제기하여야 한다.¹²⁶⁾ 이때 즉시항고가 인용되어 간접강제결정이 취소되거나 그 금액이 감축되면 그때까지 축적된 배상금은 항고심결정에 따라 재조정되어야 한다. 항고재판의 소급효가 인정되기 때문이다.

124) 권창영, 508면.

125) 김연학, 보전처분에 관한 이의절차의 문제점, 재판실무연구(3) 보전소송, 2008, 214-215면.

126) 따라서 가처분결정이 잘못되었다는 주장은 가처분에 대한 이의, 취소 사유가 될 수 있을 뿐, 간접강제결정에 대한 즉시항고 사유가 될 수는 없고, 가처분결정과 무관하게 채무자가 의무위반을 한 적이 없고 그럴 우려도 없기 때문에 간접강제결정은 부당하다거나, 의무의 내용, 채무자의 자력 등에 비추어 원심이 명한 배상액이 과도하다는 주장 등이 간접강제결정에 대한 독자적인 항고사유가 된다.

(2) 가처분결정이 잘못되었음을 이유로 한 취소

간접강제결정의 근거가 되는 가처분결정이 가처분의의, 취소 또는 항고심에서 취소되는 경우에 간접강제결정 또는 이로 인하여 그 동안 축적된 배상금의 운명은 어떻게 되는가. 간접강제결정은 결국 집행권원인 가처분결정을 집행하기 위한 수단으로서 가처분결정에 종속적인 성격을 가지므로, 일반적으로는 가처분결정이 취소됨에 따라 간접강제결정도 그 존립근거를 상실한 것으로 보아야 할 것이지만, 간접강제결정은 가처분결정과 별도의 절차로 이루어진 결정이므로¹²⁷⁾ 가처분취소로 당연히 간접강제결정이 무효가 된다고 볼 수는 없다. 간접강제의 대상인 부대체적 작위의무 또는 부작위의무를 명하는 본래의 집행권원 자체가 취소되면, 채무자는 그 취소 결정을 집행법원인 1심 수소법원에 제출하여 그로 하여금 간접강제결정을 취소하게 하여야 한다.¹²⁸⁾

이때 배상금이 어떻게 되는지 문제될 수 있는데, 우선 가처분결정이 이의, 취소 또는 항고심에서 원래부터 가처분 요건이 충족되지 않았음에도 잘못 가처분이 발령되었다는 이유로 취소되는 경우, 양론이 있을 수 있다.

먼저 가처분결정이 발령되었으면 채무자로서는 일단 가처분결정을 존중하여 그 결정으로 부과된 의무를 이행한 상태에서 불복절차를 진행하여야 하고 스스로의 판단으로 법원 결정을 무시하는 것은 허용될 수 없고, 만약 이를 허용한다면 가처분의 의미가 상당부분 퇴색하게 된다는 이유에서 간접강제결정 위반으로 이미 발생한 배상금은 소멸하지 않는다는 견해가 있을 수 있다. 이에 반하여 가처분은

127) 김승표, 가처분에 있어서의 보전의 필요성과 간접강제, 대법원판례해설 47호, 2004, 370면.

128) 유아람, 앞의 논문, 220면.

잠정적인 재판에 그치는 것이므로 본안재판에 의하여 가처분이 취소된 이상, 그 가처분은 정당성을 상실하였으므로 설사 의무자에게 위반행위가 있었다고 하더라도 그 의무위반은 결과적으로 정당한 법률관계에 기반을 둔 것으로 볼 수밖에 없다는 입장이 있다.¹²⁹⁾ 이때 배상금을 권리자에게 준다면 부당이득이 될 것이므로 궁극적으로 의무자는 배상금을 지급하지 않아도 된다는 것이다.

(3) 사후적인 사유에 의한 가처분결정의 취소

가처분결정 후 피보전권리나 보전의 필요성이 소멸하여 가처분이 의나 취소신청 등으로 기존 가처분결정이 취소된 경우, 기존의 가처분결정에 기한 간접강제결정으로 쌓여 있는 배상금도 가처분결정 취소에 따라 위 배상금이 소멸하게 되는지 의문이 있을 수 있다. 그러나 이 경우는 가처분 자체의 정당성 상실로 간접강제까지 결과적으로 소멸하는 것은 아니기 때문에 가처분이 취소되기 전에 발생한 배상금은 소멸되지 않는 것으로 보아야 한다.¹³⁰⁾ 이 경우에 발생한 배상금은 정당한 가처분결정 및 간접강제결정에 그 법률적 원인을 두고 있으므로, 채권자가 이미 가처분취소 전에 배상금 추심을 완료하였더라도 이를 부당이득이라고 할 수 없기 때문이다. 따라서 배상금 추심이 완료되지 않은 상태에서 가처분결정이 취소되었다고 하더라도 기존의 배상금은 집행하여야 한다.

다만 이와 같이 볼 경우, 가처분결정의 취소 사유에 따라 이미 발생한 배상금의 운명이 달라진다고 해석하면, 법원으로서도 가처분취소결정 이유에 가능한 그 취소 사유가 이 중 어디에 해당하는지 판단할 수 있을 정도로 구체적인 내용을 적시하는 것이 바람직하고,

129) 유아람, 앞의 논문, 221면.

130) 동지: 김승표, 앞의 논문, 371면; 유아람, 앞의 논문, 222면.

그 후 가처분의 취소로 인한 간접강제결정 취소 사건을 담당하는 법원에서 가처분취소 경위에 비추어 과연 이미 발생한 배상금까지 소급적으로 그 효력을 소멸시키는 것이 우리 민사집행법이 정한 간접강제 제도의 취지에 부합하는지 여부를 신중하게 살펴 판단하여야 할 것이다.¹³¹⁾

2. 가처분이 취소되지 않은 채 사정변경이 있는 경우

(1) 본안소송 결과에 따른 간접강제결정 또는 배상금의 운명

가처분결정이 취소되지 않았다고 하더라도 본안소송에서 가처분결정의 근거가 된 피보전권리를 부정하는 판결이 선고되어 확정된 경우에 간접강제결정 또는 이에 따른 배상금의 효력은 어떻게 되는지 문제된다.

이 경우, 배상금을 유지하는 것이 옳은지 아니면 소멸시키는 것이 옳은지 몇 가지 기준을 통해서 살펴볼 필요가 있다. 먼저 우리 법상 배상금의 성질이 권리자에 대한 손해배상의 성격을 가지고 있는지 아니면 법정위약금인지의 여부를 고려하여야 하고, 둘째, 가처분 등 간접강제의 원인이 된 집행권원이나 권리자가 의무자에 대해 가지고 있는 권리의 성격 등을 고려하여야 한다.

이에 따라 가처분이 본안판결에 의해 결론적으로 부정되었다고 할 때 배상금을 존속시키는 것이 적절할지 아니면 소멸시키는 것이 적절할지를 판단하여야 할 것으로 생각한다. 만약 앞에서 본 바와 같이 피보전권리나 보전의 필요가 사후적으로 소멸하였다면 배상금을 그대로 집행할 필요가 있는 경우도 있을 것이나, 애초에 가처분 결

131) 유아람, 위의 논문, 224면.

정이 피보전권리나 보전의 필요를 오해하여 발령된 것이라면 배상금을 유지시키기 어려울 수도 있을 것이다.

한편 약식절차로서의 가처분의 특성을 고려하거나, 당사자가 후일 본안소송에서 본격적으로 다투겠다는 의지를 가지고 가처분을 의도적으로 위반한 경우 이를 방관하는 것이 적절한가 하는 의문도 있을 수 있다. 본래 보전절차는 잠정적으로 집행이나 권리의 보전을 위하여 신속하게 진행되는 절차이므로 반드시 적정성이 보장되어 있는 것은 아니다. 이는 가처분재판이 본안재판과 다른 결과일 수도 있다는 의미이고, 이러한 점에서 본안재판과 다른 가처분도 존중되어야 할 필요가 있다는 것이다. 물론 가처분이 본안판결과 달라 궁극적으로 권리자에게 손해를 입혔다면 손해배상이나 원상회복 등은 당연히 필요하다고 할 수 있으나, 본안과 다른 가처분에 의한 법적 효력을 소급적으로 부인하는 것은 가처분의 실효성을 반감한다는 것으로 되기 때문이다. 그 경우에는 당사자들은 가처분을 위반할 유혹을 더 많이 느낄 것이고, 결국 가처분은 상당부분 무의미한 것으로 전락할 수도 있다는 것이다. 또한 가처분결정 자체가 취소되지 않은 이상 본안소송에서 가처분결정과 다른 결과가 나왔다고 하더라도 가처분 결정에 근거한 배상금이 법률상 원인이 없는 부당이득으로 취급될 이유는 없다는 견해도 있을 수 있다.

그러나 간접강제결정에서 정한 배상금이 기본적으로는 채권자에 대한 손해배상금의 성질을 가지고 있다고 본다면 본안소송에서 피보전권리가 원래부터 존재하지 않았던 것으로 확정되는 경우에는 채무자의 의무위반으로 인한 채권자의 손해라는 개념도 상정하기 어려워지므로, 원칙적으로 배상금도 소멸하는 것으로 해석할 수 있을 것이다.¹³²⁾ 채무자가 법원의 결정을 무시하는 등으로 법치주의를 일부

132) 유아람, 앞의 논문, 224-225면.

가처분의 실효성 보완 방안

훼손하였다는 측면이 있다고 하더라도, 현재의 법제도에서 아무런 권리가 없는 채권자에게 부당한 이득을 취하게 할 수 없기 때문이다. 그러나 반대로 배상금을 법정위약금으로 보는 경우에는 가처분 자체의 정당성이 부정되는 경우가 아니면 배상금이 소멸하지 않는다고 볼 수도 있을 것이다.

입법론적으로는 채무자가 가처분결정 위반행위로 인한 배상금의 전부 또는 일부를 국가에 납부하도록 하고 이는 본안판결에서 피보전권리가 없다는 결론이 나오더라도 반환될 수 없는 것으로 간접강제 제도를 정비하는 것을 검토할 필요가 있다는 것이고, 이러한 것은 후술하는 강제이행금의 도입을 검토하면서 다시 살펴볼 것이다.

(2) 채무자의 자발적 이행후의 배상금 문제

가. 채무자의 자발적 의무 이행

채무자가 가처분과 간접강제를 위반하다가 자발적으로 이행한 경우 이미 발생한 배상금의 추심이 가능한지 문제될 수 있다.

이에 관하여도 긍정설과 부정설이 대립하고 있는데, 추심긍정설은 이미 발생한 배상금 지급의무를 면한다고 보기 어려우므로 채무자의 이행 후에도 적법하게 추심할 수 있다고 하는데, 이 입장은 배상금의 성질을 법정위약금이라고 보는 입장에 기반을 두고 있다. 이에 의하면 이미 발생한 배상금 지급의무를 면하게 된다면 심리강제로서의 기능이 약화된다는 것이다.¹³³⁾ 이에 반대하는 추심부정설은 배상금의 추심은 과거의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니라 작위채무의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과하므로 지연이행에 대한

133) 박해식, 행정소송법상의 간접강제결정에 기한 배상금의 성질, 행정판례연구 9집, 2004. 6, 292면.

손해배상책임은 별론으로 하더라도 일단 작위채무의 이행이 있으면 심리적 강제를 피할 목적이 상실되므로 채권자는 더 이상 배상금을 추심할 수 없다고 한다. 이 입장은 배상금의 성질을 손해배상금으로 보는 입장에 기반을 두고 있다.

채무자가 스스로 가처분에 의하여 보전된 채무를 이행하였다면 이의 등에 의하여 가처분이 취소되는 것이 원칙이고, 그 취지가 기재된 집행취소문서를 제출한 이상 법원은 이미 발령된 간접강제결정을 취소하여야 할 것이며, 이렇게 되면 추가적 배상금을 추심하여 심리적 강제를 피할 목적도 상실된다고 보아야 할 것이다.

나. 행정소송상의 판례와 논의

대법원 판례 중에는 “행정소송법 제34조 소정의 간접강제결정에 기한 배상금은 거부처분취소판결이 확정된 경우 그 처분을 행한 행정청으로 하여금 확정판결의 취지에 따른 재처분의무의 이행을 확실히 담보하기 위한 것으로서, 확정판결의 취지에 따른 재처분의무내용의 불확정성과 그에 따른 재처분에의 해당 여부에 관한 쟁송으로 인하여 간접강제결정에서 정한 재처분의무의 기한 경과에 따른 배상금이 증가될 가능성이 자칫 행정청으로 하여금 인용처분을 강제하여 행정청의 재량권을 박탈하는 결과를 초래할 위험성이 있는 점 등을 감안하면, 이는 확정판결의 취지에 따른 재처분의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니고 재처분의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과한 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 간접강제결정에서 정한 의무이행기한이 경과한 후에라도 확정판결의 취지에 따른 재처분의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 처분상대방이 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허

가처분의 실효성 보완 방안

용되지 않는다”¹³⁴⁾고 한 것이 있다. 이 판례는 행정소송법상의 간접강제에 관한 것으로서 민사집행에도 같은 법리를 적용할 수 있는지의 문제에 대해서는 다소 검토가 필요하다.

먼저, 민사집행의 경우에는 간접강제의 요건인 채무자의 작위채무와 그 내용은 확정된 것인 반면, 행정소송의 경우에 간접강제의 요건이 행정청의 작위의무는 확정된 것이지만 그 내용은 확정된 것이라고 할 수 없다는 점이 있다. 즉 행정청은 확정판결의 취지에 따른 새로운 처분을 하면 되는 것으로서 행정청은 새로운 사유를 내세워 거듭 거부처분까지 할 수 있으므로 그만큼 간접강제의 실효성은 보장되지 않으면 안 된다는 것이다. 이와 같이 행정청의 새로운 처분의 이행에는 행정청에게 넓은 재량이 부여되어 있는 것이기 때문에 만약 이미 발생한 손해금이 새로운 처분으로 소멸한다고 해석하게 된다면 행정청은 새로운 처분을 하지 않다가 신청인이 추심단계에 이르면 새로운 처분을 함으로써 간접강제를 사실상 무력화시킬 수 있다는 점이다.¹³⁵⁾

즉 민사집행에 있어서는 작위채무는 시간의 경과에 의하여 이행불능이 될 경우가 많겠지만, 행정소송에 있어서 작위채무인 새로운 처분의무는 이행불능이라는 관념이 들어갈 자리가 거의 없다는 점이다. 이것은 민사집행법에서의 간접강제는 이행불능일 때까지만 가능하겠지만, 행정소송법에서의 간접강제는 작위채무인 새로운 처분이 있을 때까지는 언제까지나 신청이 가능하다는 점에 차이가 있다. 따라서 행정소송법에 있어서는 간접강제가 실질적인 의미를 갖지 않으면 안 된다.

또한 민사집행에 있어서는 채권채무관계로서 작위채무불이행으로

134) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2002두2444 판결.

135) 박해식, 앞의 논문, 293-294면.

인한 손해액을 산정하는 것이 법률상 불가능한 것은 아니라고 할 것이지만, 행정소송에 있어서는 채권채무관계라는 대립되는 관계가 아니라 신청인의 신청에 대한 행정청의 새로운 처분불이행으로 인한 손해액을 산정하는 것이 법률상으로도 불가능한 것으로 보이므로 간접강제결정에서 정한 배상금으로 새로운 처분의 이행을 담보하지 못한다면 행정청의 새로운 처분불이행에 대한 통제는 사실상 불가능한 것으로 보아야 한다.

궁극적으로 판례의 취지는 위와 같은 이유에 의해 행정청의 작위 채무지체를 간접강제에 있어서의 손해금에 대한 실체적인 사유로 보지 않게 된다면 비록 행정청에 대하여 간접강제에 기한 손해금을 추심하여도 행정청의 작위채무의 이행이 있으면 상대방으로서는 손해금을 보유할 근거가 없으므로 부당이득으로 반환하여야 한다는 결과가 된다는 것이다.¹³⁶⁾

결국 위 판례는 행정소송상의 간접강제와 민사집행법상의 간접강제의 차이를 고려할 때 그대로 받아들이기는 어려운 것임을 알 수 있다.

136) 박해식, 위의 논문, 294면.

제4장 제외국의 가치분 실효성 보완 법제

제1절 논의의 전개

우리나라의 가치분 실효성은 제한적으로만 제도가 마련되어 있다고 할 수 있다. 가치분 제도가 도입되면서 제외국의 법제를 잘 알지 못하는 상태에서 우리 나름대로의 법제를 구축하였기 때문에 현재의 시각으로 보면 부실한 측면을 상당히 가지고 있다고 할 수 있으면서도, 그 이후에 산업화와 더불어 사회의 발전에 의한 사회구조의 변화를 따라가지 못하였던 것이다.

이러한 점에서 가치분과 간접강제 등 우리 제도의 모범이 되는 독일의 법제로서 간접강제제도와 그 강제수단으로서의 강제금 제도 등을 비롯한 몇 가지 제도를 살펴보고, 이와 함께 미국의 법제를 살펴봄으로써 우리 제도 개선에 대한 시사점을 얻으려 한다. 이에 더하여 최근 간접강제제도를 개선한 일본의 제도도 살펴볼 것이다. 특히 미국의 법제는 우리 법제와 법체계가 다른 영미법계이기 때문에 법원모욕제도와 아울러 임시 제지명령(TRO) 제도¹³⁷⁾를 일별하여 우리 법제에의 도입가능성을 모색할 것이다.

논의방법으로서는 가급적 여기서 독일과 미국, 일본의 법제를 폭

137) 유지명령은 명령의 내용에 따라 금지적 유지명령과 명령적 유지명령으로 나뉘고, 명령이 유효하게 지속되는 기간에 따라 임시적 유지명령(temporary injunction)과 종국적 유지명령(permanent injunction)으로 나뉜다. 여기에서 임시적 유지명령은 임시적 제지명령(temporary restraining order)과 예비적 유지명령(preliminary injunction)으로 나누어 볼 수 있다(김연학, 앞의 논문 156면 참조). 임시적 유지명령(temporary injunction)은 예비적 유지명령과 임시 제지명령(temporary restraining order)로도 분류하는데, Temporary Restraining Order를 제4장 제3절 II. 1. 정의(각주 205)에서 설명하는 바와 같은 이유에서 이를 임시 제지명령으로 부르기로 한다.

넓게 살펴볼 것이기 때문에 다른 장에서 우리가 논의하고 있는 몇 가지 제도와 중복하는 부분도 없지 않으나, 체계적으로 한 자리에서 한 나라의 법제를 살펴보는 것도 효율성이 있다고 생각하여, 국가별로 나누어 살펴보기로 한다.

제2절 법원 모욕¹³⁸⁾(Contempt of Court) 법제

I. 미국 법원모욕 법제 연구의 필요성

1. 미국 법원모욕 법제 연구의 배경 또는 경위

오래 전부터 가처분의 집행법상 어려움을 극복하고 이를 실효성 있는 제도로 만들기 위한 대안적 제도로서, 오래 전부터 미국의 유지명령(Injunction) 제도에 관한 연구¹³⁹⁾가 있었고 그 과정에서 미국의 유지명령을 집행하는 방법으로서 미국의 법원모욕(Contempt of Court) 법제에 관한 소개가 있었다. 한편 미국의 법원모욕 법제에 관하여는 위와 같은 현행법상 가처분 집행의 실효성과 관련된 소개의 차원을 범위를 넘어 미국의 실무처럼 법원의 가처분 명령 등을

138) 미국의 “Contempt of Court”를 “법정모독(죄)” 또는 “법원모욕(죄)” 등 다양하게 번역한 사례, 논문들이 있는데, 후술하는 바와 같이 미국의 “Contempt of Court”가 단지 법정내의 비행만을 제재하는 것이 아니라 법원의 명령 등에 관한 위반에 대한 제재를 포함하고 있을 뿐만 아니라 구금, 벌금 등 형사처벌뿐만 아니라 금전 배상을 명하고 있어 이를 법정모독(죄)으로 번역하는 것보다는 법원모욕(죄)가 본래 포괄 내용에 부합하고 민사적 금전 배상을 포함하고 있어 이하에서 민사, 형사를 포괄한 의미로 표현할 때는 “법원 모욕”이라고 표현하기로 한다. 다만 민사, 형사를 구별하여 표현할 때에는 이를 구별하기 위하여 이하에서 “민사 모욕(책임)”, “형사 모욕죄”로 표현하기로 한다.

139) 김연학, 전계논문, 191-197면; 유상호, “미국의 ‘인장크션’(Injunction) 제도”, 재판자료 제6집 외국사법연수논집[2], 법원행정처, 1980, 48-55면 참조.

가처분의 실효성 보완 방안

포함한 법원(내지 법정) 자체의 존엄을 보호하는 차원에서 오랜 전부터 논의되어 왔다. 140) 위와 같은 배경 하에서 최근에는 법원 판사들을 중심으로 현행법상 부대체적 작위의무 내지 부작위의무 이행을 명하는 가처분 나아가 임시지위를 명하는 가처분의 집행법상 문제점을 해결하기 위한 논의, 연구 중에 그 대안 중 하나로서 미국 법원 모욕 법제를 도입할 필요가 있다는 제안이 여러 차례 제시되었다. 141) 따라서 현행법상 가처분의 집행과 관련하여 학계, 실무자들이 그 대안으로 도입의 필요성을 제기한 바 있는 법원 모욕 제도에 관한 연구, 설명의 필요성이 있다고 할 것이므로 아래에서는 이에 관하여 소개하고 그 필요성 여부에 관하여 논의하기로 한다.

2. 현행법상 가처분 위반에 대한 집행으로서 '법원모욕' 법제의 도입의 구체적 필요성

현행법상 임시지위가처분명령을 위반하는 자에 대한 제재방법은 민사집행법 제261조에 정한 간접강제밖에 없는 것이 현실이다. 142) 임시지위가처분은 피신청인이 이를 위반할 경우 신청인에게 현저하고 급박한 손해가 있을 것을 전제로 하여 발령되는데, 그 위반에 대하여 별다른 즉각적인 제재 방법이 없음은 매우 불합리한 현상이다.

다음과 같은 사례들이 간접강제에만 의존하는 현행 입법에서 기인

140) 유상호, 전계논문 및 문형식, 앞의 논문 참조.

141) 정영수, 민사소송에서의 법원모욕, 연세대학교 법학연구 18권 2호(2009) 참조.

142) 가처분위반의 경우 형법 140조 소정의 공무상표시무효죄가 성립하나, 수사기관의 조력이 필요하다는 점에서 문제가 있고, 실제로 보전처분 중에서도 임시지위가처분을 위반하였다는 사유로 기소되는 경우는 극히 적을 뿐만 아니라 법원의 가처분결정 위반행위를 이유로 기소된 경우에도 무죄판결이 선고되는 현실이다(대법원 1961. 10. 12. 선고 형상383호 판결, 1976. 7. 27. 선고 74도1896판결, 1979. 2. 13. 선고 77도1455판결 등 참조).

한 불합리한 점으로 지적되고 있다.

가처분의이의절차에서 가처분결정이 취소되었으나, 그 이전에 이미 채무자의 가처분위반행위가 있었던 경우 가처분결정의 집행방법으로 발령된 간접강제결정의 운명에 관하여 여러 가지의 입장이 대립하고 있다.

먼저 간접강제결정은 그 결정 자체가 위법하여 즉시항고 등에 의하여 취소되는 경우에는 발령 당시로 소급하여 효력을 상실하나 그 결정의 집행권원이었던 가처분결정이 보전의 필요성이 사후적으로 소멸한 것을 이유로 취소된 것을 이유로 간접강제결정을 취소하는 경우에는 장래에 향하여 취소할 수 있을 뿐이라는 하급심 판결¹⁴³⁾이 있다. 또 한편 집행법원으로서의 간접강제결정 취소신청을 기각하여야 하고 채무자 측에서 간접강제결정에 대하여 청구이의의 소를 제기하여 그 절차에서 채무자가 의무위반행위를 하였는지 심리하도록 함이 상당하는 견해¹⁴⁴⁾도 있다. 그리고 이의절차에서 가처분결정이 취소되면 그 집행방법으로 이루어진 간접강제결정은 그 집행권원으로서의 효력이 당연히 상실될 수밖에 없다고 할 것이므로 집행법원은 일응 가처분취소결정이 제출되면 간접강제결정 전부를 취소하여야 한다는 견해¹⁴⁵⁾도 보인다.

판례는 가처분결정취소결정정본의 제출에 따른 간접강제결정 취소결정에 대하여 불복이 있는 당사자는 집행에 관한 이의로 다룰 수 있다¹⁴⁶⁾고 한다.

위와 같이 다양한 견해, 판례에도 불구하고 어떤 입장에 따르더라

143) 서울고법 2003. 7. 4. 선고 2003나11921 판결.

144) 김승표, 가처분에 있어서 보전의 필요성과 간접강제, 대법원판례해설 제47호, 법원도서관, 2004, 373면.

145) 김연학, 앞의 논문, 191면.

146) 대법원 2000. 3. 17. 자 99마3754 결정.

가처분의 실효성 보완 방안

도 결과적으로 채무자는 가처분위반행위를 하고도 간접강제결정의 집행을 면탈할 수 있을 것인바, 이는 현행법상 가처분위반행위에 대한 강력한 제재방법을 두지 않고 그 실효성이 의문스러운 간접강제에만 의존하는 입법불비에 기인한 불가피한 결과로 보인다.

나아가 전술한 바와 같이 부작위를 명하는 임시지위가처분의 주문에 위반 시 대체집행, 간접강제를 하기 위한 수권결정을 포함시킬 수 있는가에 관해서조차 소극설과 적극설이 대립하고 있어 결과적으로 부작위를 명하는 임시지위가처분의 집행의 신속성, 사전에 채무자에 대한 의무이행의 압박수단이 결여되는 등 그 집행의 실효성이 떨어지는 단점이 있다고 할 것이다.

II. 미국 법원모욕 법제의 역사와 기능 및 발전과정

1. 법원모욕의 역사

본래 미국의 법원모욕 제도는 영국 보통법에서 유래하였는데, 영국 왕정 하 법원은 왕의 대리인으로서 기능하여 법원의 명령에 대한 불복종은 왕에 대한 불복종으로 간주하여 보통법상의 범죄로 발전되었던 것으로, 그 후 법정모욕제도는 점차 법원 자신에게 부여된 권한으로 변해갔고, 이를 미국이 계수한 것이다. 다시 말하면 미국의 법원모욕 제도는 영국 식민지 시대부터 실행되었고 독립혁명 후인 1789년에 사법체계의 근간을 세운 미국 연방의회의 사법부법률(Judiciary Act of 1789)을 통해 미국 법원도 이를 공식적으로 인정하였다.¹⁴⁷⁾ 그에 따라 미국 법원은 자신의 명령에 대한 의도적 불복

147) 1789년 법률 제17조를 통하여 법원 모욕죄 처벌권한이 명문으로 인정되었다고 한다(이상현, 앞의 논문, 287면 각주 5 참조).

종에 대하여 스스로 처벌할 권한을 가지게 되었는데, 그 처벌로 벌금과 금고형을 두었고 민사책임과 형사책임으로 구별하여 서로 다른 절차에 따라 처벌을 하게 되었다.¹⁴⁸⁾

한편 미국에서는 삼권분립 제도가 강조되면서 법원모욕 제도가 입법부 또는 행정부에 대한 견제와 균형에 필수불가결한 사법부의 권한으로 정착되었고, 민사소송이나 형사소송이 아닌 별개의 절차(sui generis)로 취급되었다.¹⁴⁹⁾

2. 법원모욕 제도의 기능

본래 미국 법원모욕제도는 법원의 재판 등 명령에 대한 원, 피고 등 당사자, 변호사, 법원 직원, 소송에 관여된 공무원 등 소송관계자의 복종을 확보하기 위한 수단으로 사법부의 독립과 사법정의 실현에 필수불가결한 것으로 평가를 받는다. 법원의 재판에 강제력이 없다면 이는 소송관계인에 대한 조언(advice)에 불과하게 되고 따라서 법원은 중재 내지 조정기구에 지나지 않게 된다.¹⁵⁰⁾ 이를 달리 표현하면 당사자가 법원 재판의 유효여부를 스스로 결정하고 자신에게 불리하면 그 결정에 따르지 않을 수 있다면 이러한 결과는 당연히 사법권의 무력화를 초래할 것이므로 법원의 재판 등 명령에는 이에 상응하여 소송관계자의 복종을 확보하는 방법을 제도화하는 것이 필수적이고 이를 제도화한 것이 바로 법정 모욕 제도이다.¹⁵¹⁾

148) 이상현, 앞의 논문 287면.

149) 자세한 것은, 문형식, 한국과 미국의 법정모욕제도, 재판자료(제47집) ; 이재홍, 법정모독죄와 법정소란, 사법논집(제21집); 이천현, 도중진, 권수진, 형법각칙 개정 연구[5] - 국가적·사회적 법익에 관한 죄(1, 사법방해죄) -, 한국형사정책연구원(2007) 등 참조.

150) 문형식, 앞의 논문 503면.

151) *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418, 450(1911, 이하

가처분의 실효성 보완 방안

가처분의 집행과 관련하여 구체적으로 미국법은 대륙법인 독일법을 계수한 우리와 체계와 달라 엄밀히 말하면 임시지위가처분에 해당한다고 할 것이 없으나, 실제로 그와 같은 기능을 하는 제도는 Preliminary Injunction(예비적 유지명령)이라고 할 수 있다. 그런데, 인정크션(Injunction, 유지명령)은 간단히 말해 ‘어떤 행위를 하거나 하지 말 것을 명하는 법원의 명령’¹⁵²⁾으로 정의되고, 단계적으로 그 존속기간에 의하여 Temporary Restraining Order(TRO; 긴급 제지명령), Preliminary Injunction, Permanent Injunction(예비적 유지명령)으로 구분되는데, 모두 그 집행은 법원모욕(Contempt of Court)에 의하고 있다.¹⁵³⁾ 결국 미국에는 우리의 임시지위가처분과 유사한 예비적 유지명령(Preliminary Injunction) 또는 긴급 제지명령(Temporary Restraining Order)의 위반에 대한 효과적인 강제집행 방법으로 법원모욕 절차가 있는 것인바, 결국 법원 모욕 제도, 절차의 존재는 재판의 권위를 높이고 나아가서는 법질서를 확립하는 데에도 큰 기여를 하고 있을 뿐만 아니라 비단 가처분의 집행에서 절대적인 역할을 하고 있다고 할 수 있다.

미국에서 법원 모욕 법제의 존재의 역할 내지 기능에 대하여는 “재판에 관하여 비판, 나아가 법관의 면전이 아닌 곳에서 비난을 할 수는 있되, 그것을 지키지 않을 수는 없다는 것”이라면서 법원모욕을 처벌하는 이유로서, 만일 법원모욕으로 처벌하는 권한이 없다면

“Gompers 판결”이라고 함).

152) “A court order commanding or preventing an action, Black's Law Dictionary(7th ed.), 788.

153) 김연학, 앞의 논문 156면 참조.

유지명령은 명령의 내용에 따라 금지적 유지명령과 명령적 유지명령으로 나뉘고, 명령이 유효하게 지속되는 기간에 따라 임시적 유지명령(temporary injunction) 과 종국적 유지명령(permanent injunction)으로 나뉜다. 여기에서 임시적 유지명령은 임시적 제지명령(temporary restraining order)과 예비적 유지명령(preliminary injunction)으로 나누어 볼 수 있다.

사법권은 하나의 공허한 환상에 불과하다고 보는 견해¹⁵⁴⁾와 위스콘신 법원이 “법원 모욕의 권한이 없는 법원이란 법원이 아닌 토론장일 뿐이다. 이러한 권한은 그 본질상 자의적이며, 집행은 즉각적이어야 한다. 이는 민주주의 하에서 존재할 수 있는 모든 권한 중 가장 독재권에 가깝다고 할 수 있다.”라고 판시한 바¹⁵⁵⁾에서 잘 나타난 바와 같이 사법부 권위와 재판의 명령 구체적으로 가처분결정의 효력, 실효성이 지대한 공헌, 기능을 하고 있다고 해도 과언이 아니다.

특히 아래에서 소개하는 미국의 법원 모욕에 관한 판례들에서 알 수 있는 바와 같이 미국 법원에서 중요한 법원 모욕에 관한 사건들은 노동관계 소송을 통해 그 법리가 발전했고 학교의 인종차별 개선이나 감옥 개혁 등 소송과 관련하여 유지명령(Injunction)과 동의명령(consent degree)의 실효성을 확보하는데 중요한 역할을 하였다고 평가된다.¹⁵⁶⁾

3. 법원의 유지명령의 효력을 보호하기 위한 법원모욕 제도

미국 법원모욕 제재는 구속력 있는 법원 명령에 불복중한 경우 발생하는데, 연방 민사규칙 65(d)에 의하면 “유지명령(Injunction)은 오직 그 행위 당사자, 그 임원, 대리인, 종업원, 직원 그리고 변호사와 실제 그 명령을 개인적 송달 기타 방식으로 수령한 사람과 적극적으로 공모하거나 참여한 사람들에 대하여만 구속력이 있다”고 규

154) John F. Dobbyn, *Injunctions in a Nutshell*, West Group, (1974). 식견이 넓고 온화한 판사에게 맡겨진 법원모욕절차는 경험 많은 외과 의사 손에 쥐어진 메스와 같은 기능을 할 것이다.

155) *State ex rel. Attorney Gen. v. Circuit Court*, 72 N.W. 193, 194-95.

156) Phillip A. Hostak, “International Union, United Mine Workers v. Bagwell : a Paradigm Shift in the Distinction between Civil and Criminal Contempt, 81 *Cornell L.R.* 181, 187(1995), 193.

가처분의 실효성 보완 방안

정한다. 대법원은 위 규칙이 피고인들 당사자뿐만 아니라 피고인과 적극적으로 공조한 이해관계(privity)가 있는 사람들에게도 적용된다고 해석하여 왔다.¹⁵⁷⁾

나아가 오래 전부터 많은 주법원들은 역사적으로 유지명령의 비당사자를 보다 적극적으로 구속하려고 하였고 그들이 유지명령의 통지를 받았던 경우 그 명령 위반을 이유로 모욕죄를 적용하려고 하였다. 예컨대 어떤 장소에서 주류 판매를 금지하는 유지명령은 그 장소에서 주류를 판매한 다른 당사자를 구속한다고 판정하였다.¹⁵⁸⁾ 마찬가지로 소수의 법원들은 일단 법원의 관할권 내에 재산권(res)이 존재하면 그 재산권을 보호하기 위하여 예컨대 그 재산권 내 토지에 대한 침범을 금지시키는 명령을 내린 경우 그 대상 토지를 ‘모든 사람’으로부터 보호한다고 하는 극단적 태도를 취하여 왔다.¹⁵⁹⁾

나아가 유지명령을 그 당사자가 아닌 비당사자에게 적용을 하고 이를 위반한 비당사자를 형사 모욕죄로 처벌한 사례가 특히 인종차별철폐에 관련된 법원의 명령에 관련하여 존재하였다.

즉, 제5 순회항소법원은 학교 인종차별철폐 법령에 관한 명령을 위반한 비당사자를 형사 모욕죄로 처벌한 연방지방법원의 판결을 지지해 왔다. Hall은 학교 출입을 방해하지 말라는 통지를 받은 어떤 사람이라도 구속하는, 비개입 명령을 송달받았으나 법원의 명령에 명백히 도전하는 표시로 고등학교 출입문을 폐쇄하였다는 이유로 체포되었다. 연방지방법원은 그를 형사적 모욕죄 위반으로 처벌하였고 제5 순회항소법원은 연방지방법원이 위와 같은 명령을 유지(Preserve)할 ‘본질적 권한’이 있음을 확인하면서 그 판결 이유에서

157) Regal Knitwear Co. v. NLRB, 324 U.S. 9, 65 S.Ct. 478, 89 L.Ed. 661 (1945).

158) Silvers v. Traverse, 82 Iowa 52, 47 N.W. 888(1891).

159) State v. Porter, 76 Kan. 411, 91 P. 1073(1907).

연방 민사규칙 65(d)이 법원의 보통법상 권한을 제한하기보다는 성문화하는 것으로 기능을 하고 법원이 구속력 있는 판결을 내리는 능력을 보호하기 위한 법원의 본질적 권한을 제한하기 위하여 해석될 수 없다고 그 이유를 밝혔다.¹⁶⁰⁾

그러나 법원의 유지명령의 위반으로 인한 법원모욕 제재에 관한 위와 같은 대물적인 접근의 당연히 법원 권한을 지나치게 확대한 것으로 비판을 받아 왔다. 즉 위와 같이 모든 세상을 구속하는 유지명령은 법률과 기능적으로 구분이 불가능할 것이고 법원으로 하여금 입법부 기능을 찬탈하도록 할 위험이 있다는 것이다.¹⁶¹⁾

위와 같이 본래 미국 법원은 영국으로부터 법원모욕 법제를 도입하면서 영국 법원과 마찬가지로 법원모욕에 관하여 무제한적 재량에 가까운 재량을 행사하려고 하였고 미국 의회가 이를 제한하여 그 타협물로 등장한 것이 1931년 법원 모욕 규정(18. U.S.C. section §410)인 것이다.¹⁶²⁾

Ⅲ. 미국 법원모욕 법제의 내용

1. 법적 근거와 보호법익 및 처벌유형의 예시

(1) 법원모욕에 관한 연방법원 및 주법원의 처벌근거규정

미국 연방법은 연방법 법원 모욕에 관한 18 U.S.C. Chapter 21 section §401-§402 규정에 의하여 법원의 판결, 결정 등을 위반(불

160) United States v. Hall, 472 F. 2d 261, 267(5th. Cir. 1972).

161) Bobbs, Contempt of Court: A Survey, 56 Cornell L. Rev. 183, 249-252(1971).

162) 이상현, 앞의 논문, 287면.

가처분의 실효성 보완 방안

복종 또는 저항)한 경우뿐만 아니라 법정 부근에서의 비행(비위행위: misbehavior)과 공무원의 비행도 모두 법원모욕죄로 처벌하고 있다.

즉, 미국 연방법 법원모욕에 관하여 U.S.C. section. §401 법원의 권한(Power of Court)는 다음과 같이 규정한다.

미국 법원은 자신의 권위를 모욕하는 다음과 같은 행위를 벌금 또는 금고형, 또는 이를 병과하여 처벌한다.

① 사법 집행을 방해하기 위해 법원의 면전(in the presence of court)에서 또는 근처에서의 비행(misbehavior)

② 공무원의 공무집행에서 공무원의 비행

③ 법원의 적법한 영장, 절차, 명령, 판결, 결정에 대한 불복종 또는 저항

또한 아래에서 보는 설명하는 바와 같이 법원모욕에 관하여 형사 모욕죄에 관하여는 연방 형사규칙 42(a), 그리고 민사모욕 책임에 관하여는 연방 민사규칙 65(d) 등이 적용된다.

한편 미국 각 주법원 차원에서 법원모욕 위반으로 형사처벌 내지 민사책임을 지우는 근거는 위 연방법 규정과 유사한 각 주의 관련 법률과 그런 근거 법률이 없는 경우에도 법원의 본질적 권한(inherent power)로부터 당연히 비롯되는 것으로 보고 있다.¹⁶³⁾

(2) 법원모욕 법제의 보호법의

연방대법원은 위 연방법률 규정에 근거하여 법정 절차의 방해뿐만 아니라 그 불복종이 재판에 간섭하는지와 관계없이 사법부의 명령을 무시하는 자들로부터 자신의 권위와 위엄을 보호하는 것이 법원모욕

163) Elaine W. Shoben et al., "Remedies", Thomson west, (2005), 78.

죄를 두게 된 주된 관심이라고 판시¹⁶⁴⁾하였다. 위 판시내용을 비추어 볼 때 미국의 법원모욕 제도의 보호법익은 ‘법원 자체의 존엄(integrity)과 동시에 법원의 판단, 결정 등 정당한 사법권 판단의 존중 또는 집행’이라고 보인다.¹⁶⁵⁾ 특히 미국 법원모욕 제도의 보호법익이 법원 자체의 존엄 내지 권위인 점에 대하여는 아래에서 보는 바와 같이 모욕자의 법원의 명령에 대한 과거 불복종에 대해 법원의 권위를 세우기 위해 의도된 징벌적 제재가 형사적 법원모욕죄로서, 형사적 법원모욕죄에 해당하는 불복종행위는 그 모욕자에 의한 사후복종은 물론 그 위반의 근거가 된 법원의 명령이 나중에 하자있음이 밝혀진 경우에도 치유되지 않은 점¹⁶⁶⁾에 의하여 명백히 알 수 있다.

미국 법원모욕 법제에 관하여는 법원모욕에 관하여 그 위반사례로 규정한 행위 유형이 위와 같이 크게 3가지로 규정되어 있을 뿐 성문 규정으로 그 상세한 유형이나 예가 없음에 반하여 연방법원과 주법원은 오랜 기간 동안 법원모욕과 관련하여 수많은 사건에 관한 판결선고를 통하여 법원모욕에 관한 셀 수도 없는 선례를 만들어 온 관례로 미국 법원모욕 법제에 관하여는 우리 법률 내지 판례에 비하여 체계적이고 분명한 원칙이나 관련 사례 유형을 제시하여 설명하기가 쉽지 않다는 점이다.

따라서 미국 법원모욕 법제에 관한 설명은 주로 미국 연방법원(대법원, 지방법원등을 포함) 내지 주법원(주대법원, 항소법원, 1심 사실심 법원을 포함)의 관련 사건에 관한 판례 등에서 나타난 판단, 결정을 토대로 정립된 원칙을 소개하고 필요한 경우 주요 판례들의

164) Young v. U.S. ex rel. Vuitton et Fils S.A., 481 U.S. 787, 107 S.Ct. 2124, 95 L.Ed.2d 740 (1987).

165) 이상현, 앞의 논문, 289면.

166) U.S. v. Pozsgai, 999 F.2d 719 (3d Cir. 1993). 법원모욕죄는, 모욕자가 자신이 종전에 위반했던 명령에 사후에 복종했는지에 관계없이, 그 모욕행위가 발생했을 때 기수에 이른다. U.S. v. Marguardo, 149 F.3d 36 (1st Cir. 1998).

가처분의 실효성 보완 방안

판단요지, 시사점 등을 요약해서 설명함으로써 그 설명을 대신하고자 한다.

(3) 미국의 법원 모욕 처벌 유형의 예시

미국의 법원모욕 법제의 현황을 개략적으로 파악하기 위하여 지금까지 법원 모욕 위반으로 제재를 받았던 연방 또는 주법원의 사례들을, 미국 법원모욕 법제의 근거규정인 U.S.C. section. §401 중 (2) 공무원의 비행에 관한 규정을 제외하고 각각 (1)과 (3)에 규정된 ‘비행(misbehavior)’과 ‘불복종(disobedience) 내지 저항’을 기준으로 구분하여 아래에서 소개한다.

우선 §401 (1) 규정을 위반하여 처벌받은 “비행”의 유형 행위에는 ㉠ 법정 내에서의 모욕적 언동과 소란 ㉡ 법정 내 폭행과 기타 물리적 파괴행위 ㉢ 소송사건에 제출된 서류에 의한 법원모욕(법정에서의 진술여부는 불문) ㉣ 법원을 비난하는 언론 및 출판 (명백하고 중대한 위협을 준 경우로 한정) ㉤ 변호사의 법정기일에의 지각, 무단불출석 및 무단퇴장 ㉥ 판사 입장 시 기립하지 않는 행위 등이 있고,

§401 (3) 규정을 위반하여 처벌받은 “불복종”의 유형 행위에는 ㉦ 증언거부 ㉧ 문서제출명령의 위반 ㉨ 증인을 재판관할권 지역 외로 떠나게 하는 행위 ㉩ 증인에 대한 매수행위 ㉪ 그 밖의 소송절차 진행에 대한 방해행위 ㉫ 부양료지급을 명한 판결에 대한 불이행, 소유권이전등기를 명한 판결에 대한 이행거부, 침범이 금지된 토지경계에 계속된 침범행위, 상표나 저작권 침해금지 명령의 위반 등 법원의 재판으로서 금전지급 판결 이외의 작위, 부작위를 명하는 재판에 대한 불복종이 있다.¹⁶⁷⁾

2. 미국 법원모욕의 종류와 그 내용

(1) 미국 법원 모욕의 종류에 관한 개요

법원모욕 위반행위는 관점에 따라 다양한 형태로 분류할 수 있으나 크게 형식과 기능에 따라 대체로 2가지 기본적 법원모욕 형태(유형)로 인정하는 것이 형사적 모욕죄와 민사 모욕(책임)이다. 이를 보다 세분하여 형사적 모욕죄는 직접 또는 약식절차(direct or summary)모욕죄와 간접 또는 의제(indirect or constructive) 모욕죄로 분류한다. 민사모욕(책임)도 이를 세분하여 배상형(compensatory) 모욕과 강제형(coercive) 모욕으로 분류한다.

간략하게 설명할 때 형사적 모욕죄의 주된 기능은 법원 명령의 준수시키는 데 있어 국가 또는 공공의 이익을 옹호하는 데 있고, 민사 모욕(책임)의 주된 기능은 법원으로부터 명령을 선고받은 원고에게 혜택을 주는 데 있다. 한편 법원의 명령에 불복종한 피고는 동일한 행위로 인하여 형사적 처벌 및 민사 책임 2가지로 의율될 수 있는 바, 이는 위와 같이 형사적 모욕죄와 민사 모욕책임의 기능이 다르기 때문이다.¹⁶⁷⁾ 예를 들면 만일 피고가 경계를 침범하지 말라는 법원의 명령을 불복종한 경우 동일한 행위에 대하여 피고는 형사적 모욕죄로 처벌될 수 있을 뿐만 아니라 민사 모욕책임으로서 원고에게 피고의 경계침범에 의해 발생한 원고의 손해에 대하여 배상을 하거나 피고가 경계침범을 중지할 때까지 교도소에 감금되거나 벌금을 납부하라고 강제당할 수 있다. 아래는 형사적 모욕죄와 민사 모욕

167) 상세한 내용은 문형식, 앞의 논문 505-506면.

168) Elaine W. Shoben et al., "Remedies", Thomson west (2005), 72면.

(책임)에 대한 유형과 기능을 상세히 설명한다.

(2) 형사적 모욕죄의 내용

가. 형사적 모욕죄의 2가지 유형 및 기능 개관

위와 같이 형사적 모욕죄 범주에는 2가지가 있는데, 모두 법원의 존엄(integrity) 또는 권위를 옹호하는 기능을 한다. 형사적 모욕죄의 첫 번째 유형은 직접 또는 약식절차(direct or summary) 모욕죄인바, 이는 법정 질서를 유지하는 기능을 한다. 즉 직접 또는 약식절차 모욕죄는 판사가 예컨대 변호사, 당사자 또는 참관인에 의해 법정을 혼란스럽게 하는 행위에 대하여 처벌하는 도구로서 기능을 할 뿐만 아니라 법정 절차를 질서정연하게 관장하는 것을 존중하지 않는 위반자의 행위를 약식절차에 의해 처벌함으로써 법원의 권위를 보호하는데 기여한다.¹⁶⁹⁾

형사적 모욕죄의 두 번째 유형은 간접 또는 의제(indirect or constructive) 모욕죄라고 한다. 위와 같이 간접 모욕죄라고 하는 이유는 그 위반행위가 법정 이외에서 발생한 행위를 처벌하기 때문이다. 간접 모욕죄의 목적은 적법한 명령을 불복종하는 경우 이를 법원에 도전하거나 모욕을 주는 행위로 보고 이를 처벌하기 위한 것이다. 위와 같이 형사적 모욕죄의 주된 기능이 법원의 존엄, 권위와 권한에 대한 국가 또는 공공의 이익옹호에 있지만 원고들도 부수적으로 이익을 얻는데, 왜냐하면 간접 모욕죄의 경우 피고로 하여금 원고를 위해 법원이 발령한 명령 위반을 억제하는 작용을 하기 때문이다.¹⁷⁰⁾

169) 전계서, 73면.

170) 전계서, 73면.

나. 직접 또는 약식절차 모욕죄의 내용

미국 법원은 제한된 상황 속에서는 법정에서 적절한 예절을 유지하지 않는 사람을 재량을 행사하여 직접 또는 약식절차 모욕죄로 처벌할 수 있다. 판사들은 일반적으로 위와 같은 형사처벌이 통상적으로 판사, 배심원 그리고 검사가 행사하는 권한을 단 한사람이 통합하여 행사하는 것이기 때문에 그 권한을 행사하는데 주저하게 된다.¹⁷¹⁾ 따라서 위와 같은 직접 또는 약식절차 모욕죄는 일반적으로 법원이 (법정)질서를 제대로 행사하는 것을 심각하게 훼손하는, 매우 “예외적인 상황들”에 한하여 행사되고 있다. 심지어 직접 또는 약식절차 모욕죄를 적용한다는 것은 아래에서 설명하는 바와 같이 일반적으로 형사적 모욕죄를 적용하는 경우 그에 관한 사전통지(notice)와 청문(hearing)이라는 헌법적 보호조항을 제공하여야 한다는 헌법상 규칙으로부터 예외를 인정하는 것이므로, 직접 모욕죄를 적용한 경우 재량권 남용에 대한 심사기준의 적용의 받는다.¹⁷²⁾

연방법원의 직접 모욕죄 처벌 권한은 위와 같이 18 U.S.C. §401에서, “(1) 법원이 목도하는 현장(in its presence) 또는 사법실현을 방해할 정도로 법원에 근접하여(so near thereto as to obstruct the administration of justice) 법원의 권위를 모욕하는 어떤 사람의 비행에 대하여 법원이 재량에 의하여 벌금 또는 구금에 의하여 처벌할 권한”이라고 규정하여, 법원에 관련 권한을 부여하였다.

한편 대법원은 1941년 *Nye v. United States* 사건에서 위 section (1)을 법원의 인근에서 정숙과 질서를 훼방하거나 법원의 업무행위를 실제로 방해하는 비행을 의미한다고 해석했다.

171) 전게서, 76면.

172) 전게서, 77면.

가처분의 실효성 보완 방안

직접 또는 약식절차 모욕죄는 추가로 연방 형사규칙 42(a)의 적용을 받는다. 이에 따르면 연방법원이 약식절차 모욕죄로 처벌하기 위하여 실제로 모욕자의 위반행위가 법원의 면전에서 있어야 하고 재판관을 주재하는 판사가 이를 목격하여야 할 것을 요구한다.

심지어 동 규칙은 판사가 자신이 당시 보고 들은 것을 반드시 확인하여야 한다는, 절차적 보호규정까지 포함하고 있어서 직접 모욕죄로 처벌하고자 하는 판사는 반드시 자신이 개인적으로 그 위반행위를 목격하여야만 한다. 따라서 판사의 인근에서 비위행위가 발생한 것 예컨대 법정 후미에서 소란행위, 불분명한 소리로 저주하는 말을 하였거나 판사가 보지 않고 있는 동안 테이블에 책을 내려치는 것 같은 것으로는 부족하다. 결과적으로 해당 판사는 당시 무슨 일이 발생했는지 확실히 알아야 할 것이 요구되는데, 그것은 판사만이 그 범행의 유일한 증인이기 때문이다.¹⁷³⁾

위와 같이 연방법은 판사가 재판석에 있을 때 법정 문 바로 바깥에서 발생한 소동을 약식절차 모욕죄로 처벌하는 것이 허용되지 않지만 일부 주법원은 그런 경우 그 행위가 법원에 충분히 가까운 것으로 간주해서 약식절차 모욕죄로 처벌하는 권한을 행사하는 것을 허용하기도 한다.¹⁷⁴⁾

다. 간접 또는 의제 모욕죄의 내용

간접 또는 의제(indirect or constructive) 모욕죄는 법원 명령에 대한 존중과 복종을 확보함으로써 법원의 존엄(integrity), 권위를 보호하는 기능을 한다.

간접 모욕죄의 요건들은 (1) 피고에게 작위 또는 부작위를 명령할

173) 1988년 제9순회항소법원, Greenberg 의 모욕사안 참조

174) Elaine W. Shoben et al., 전제서 78면.

수 있는 적법한 관할권을 가진 법원이 발령한 적법한 명령이 있을 것 (2) 피고가 그 명령의 이행에 필요한 특정내용에 관한 통지를 받았을 것 (3) 피고가 그 명령을 준수할 수 있는 능력을 보유하고 있었을 것 (4) 피고가 정당한 항변 없이 고의 또는 악의적으로 그 명령을 불복종할 것들이다.

따라서 예컨대 파산한 피고는 아동부양료 지급일에 지급을 못하였다고 하더라도 형사적 모욕죄로 처벌되지 않을 것이다. 그러나 피고가 악의적으로 합리적인 취업자리를 구하는 것을 거부하고 법원이 명령한 지급을 할 수 있는 능력이 없다고 주장할 수 없다.¹⁷⁵⁾

라. 형사적 모욕죄 처벌에 요구되는 헌법상 보호

위와 같이 법원은 적법한 법원 명령을 복종하지 않는 사람을 서 형사적 법원모욕죄, 즉 형사범죄 위반으로 처벌할 수 있다. 미국 연방 대법원도 1968년 Bloom v. Illinois 사건에서 “형사적 모욕죄는 일반적인 의미에서 범죄”라고 판결을 하였다.¹⁷⁶⁾ 대법원은 나아가 1988년 Hicks v. Feiock 사건에서 “형사적 처벌은 헌법이 그러한 형사적 절차에서 요구하는 보호를 제공받지 못한 개인에 대하여는 부과할 수 없다”고 판시한 바 있다. ¹⁷⁷⁾

위와 같이 대법원에서 요구하는 헌법적 보호에는 자기부죄금지의 원칙(the privilege against self-incrimination), 배심원에게 재판받을 권리, 피고인의 유죄를 위해 합리적 의심이 없는 증거를 요구할 권리, 항변을 제출할 권리, 이중처벌금지의 원칙(double jeopardy), 기소된 범죄에 대한 통지를 받을 권리, 변호인의 조력을

175) 전제서, 74면.

176) 1968년 Bloom v. Illinois 사건.

177) 1988년 Hicks v. Feiock 사건.

가처분의 실효성 보완 방안

받을 권리, 약식절차에 의한 재판을 받을 권리 등이 있다.¹⁷⁸⁾

여기서 유의할 점은 위와 같이 형사적 모욕죄로 기소된 피고인을 위한 헌법적 보호들은 법원의 외부에서 법원의 명령을 불복종한 비행 즉 간접 또는 의제 모욕죄 처벌의 경우에만 적용이 된다는 것이다. 반대로 형사적 모욕죄 중에서 법원의 면전에서 발생한 모욕으로 인한 직접 또는 약식절차 모욕죄 처벌은 해당 판사로부터 즉각적으로 판단(처벌)을 받고 약식절차로 제재를 받게 되어 있으므로 위와 같은 헌법적 보호의 대상이 아니다.¹⁷⁹⁾

마. 형사적 모욕죄 기능 또는 보호법익으로 인한 특례

법원모욕죄의 형사적 성격은 법원 명령이 준수되도록 하는, 국가(또는 공공)의 이익이라는 공적 이익의 보호를 존재근거로 하고 있는데, 이러한 공적 이익(내지 보호법익)이 너무나 지대하여 연방 대법원은 피고인들이 위반하여 형사처벌을 받게 된 명령이 나중에 위헌이라고 밝혀진 경우조차 여전히 모욕죄로 처벌될 수 있다고 판시하였다. 즉, 연방 대법원은 1967년 Walker v City of Birmingham 사건에서 주법원이 선고한 도시 시가지에서 종교적 평등을 위한 시위를 금지하는 명령(대법원이 그 후 동 명령을 지지하지 않았음)을 불복종한 민권운동가들에 대하여 부과된 형사 모욕죄 처벌을 지지하였다. 대법원은 위와 같은 명령에 대한 불복종도 형사적 범죄로 처벌할 수 있다고 판결하면서, 그 이유에서 특히 “형사적 모욕죄를 정당화하는 정책은 정의의 공평한 집행이라는 신념을 반영한 것으로서, 어떤 사람도 그의 지위가 높고 동기가 의롭다고 하더라도 인종, 피부색, 정치 또는 종교와 상관없이 그 자신의 사건에 대하여 스스

178) Elaine W. Shoben et al., 전게서, 74면.

179) 상게서, 75면.

로 판단자가 될 수 없다”고 판시하였다.

유의할 점은 대법원은 위 사건에서 신청인들이 시위해산을 시도하였다가 좌절되거나 해산이 지연이 되었던 상황이 아니었고 특히 주법원의 명령이 유효하다는 외관이 없었거나 명백히 무효가 아니었던 상황이었다는 점에 주목을 하였다. 즉 위 판결 내용에 비추어 볼 때 연방대법원은 형사 모욕죄의 근거가 되는 명령이 나중에 하자가 있더라도 그 명령을 준수할 의무는 오직 그 명령이 유효하다는 외관이 없었거나 명백히 무효인 경우에는 면제될 것임을 암시하였다.

(3) 민사 모욕(책임)의 내용

가. 민사 모욕(책임)의 개관

민사 모욕에도 크게 2가지 유형이 있는데, 그 모두가 원고의 이익을 보호하기 위한 것이고 단지 부수적으로 법원의 권위를 보호하는 기능을 한다. 민사 모욕의 첫 번째 유형으로서 배상형(compensatory) 민사 모욕은 피고가 원고를 위해 발령한 법원의 명령을 위반하여 발생한 원고의 손해를 배상하는 것이다. 민사 모욕의 두 번째 유형으로서 강제형(coercive) 민사 모욕은 피고가 명령 불복종을 중지할 때까지 매일 벌금 지급 또는 감금을 명령함으로써 원고를 위한 피고의 이행을 확보하기 위한 것이다.

나. 배상형 민사모욕의 내용

배상형 민사모욕은 피고가 법원의 명령을 불복종함으로써 발생한 원고의 손해를 원고에게 배상하는 것이다. 배상형 민사모욕은 피고의 불복종으로 특별히 발생한 손해를 원고에게 배상하는 것인데, 그

가처분의 실효성 보완 방안

것은 동일한 행위에 대한 형사적 처벌에 추가하여 허용될 수도 있다. 예를 들면 법원이 피고에게 원고의 업무상 비밀의 사용중지를 명령하였으나 피고가 계속해서 이를 사용하는 경우이다. 따라서 배상형 민사모욕을 통하여 원고는 법원의 명령 이후에 계속된 피고의 사용으로 인해 발생한 손해를 회복할 수 있다.

한편 유지명령이 발령되기 이전에 초래된 손해는 오직 불법행위 책임을 원인으로 한 손해배상으로서 회복이 가능하지만 법원명령이 발령된 후 이를 불복종한 행위로 말미암아 발생한 것으로 인정되는 손실은 배상형 민사모욕으로서 회복이 가능하다.¹⁸⁰⁾

불법행위로 인한 손해배상과 마찬가지로, 민사모욕 제재의 목적은 원고를 그 손해가 발생하지 않았던, 온전한 원래 상태로 회복시키는 것이기 때문에 민사모욕의 경우 원고는 반드시 손해를 특정하여 입증하여야만 한다. 다만 불법행위 손해배상과 달리 민사모욕 제재의 경우 원고가 민사모욕과 관련하여 지출한 변호사 보수와 비용은 손해 회복의 대상이 된다. 그러나 변호사 보수는 모욕죄 관련한 주장, 입증을 위해 필요한 범위에 한정되어야만 하고 피고가 나중에 불복종을 한 명령의 원인청구에 관련된 비용에는 적용되지 않는다.¹⁸¹⁾

다. 강제형 민사모욕의 내용 개관

민사모욕 제재의 주된 기능은 본래 형평법상 명령(예컨대 유지명령)을 수령한 원고에게 혜택을 주기 위한 것이고, 법원의 권위옹호는 파생적 혜택에 불과한 것이다. 그런 맥락에서 강제형 민사모욕은 원고 권리를 위하여 발령된 명령을 피고가 준수하는 것을 보장하기 위한 도구이다. 강제형 민사모욕은 피고가 명령 불복종을 중지할 때

180) Elaine W. Shoben et al., 전게서 79면.

181) 전게서.

까지 매일(또는 증가하는) 벌금 또는 감금을 부여함으로써 피고에게 그 명령의 이행을 강제하기 위한 것이다.

예를 들면 부모 일방이 다른 부모의 면접교섭권 행사를 위촉시키기 위하여 아이의 위치 제공을 거부하면 법원은 그 부모가 그 정보를 제공할 때까지 피고를 감금할 수 있다. 위 피고는 “자신의 주머니에 감옥 키”를 가지고 있다고 비유되는데, 왜냐하면 피고 자신의 석방은 법원의 위 명령을 준수하자마자 이뤄지기 때문이다. 유사한 사례로는 법원이 소송에 관련문서를 제출할 것을 명하였음에도 불구하고 피고가 이를 거부하면 법원은 피고가 그 서류를 제공할 때까지 계속적으로 벌금을 부과함으로써 피고에게 명령을 준수하도록 강제할 수 있다.¹⁸²⁾ 강제형 민사모욕 제재로서 벌금은 대체적으로 원고가 겪고 있는 손해액과는 정부에 귀속(지급)된다.

연방 대법원은 1947년 *United States v. United Mine Workers* 사건에서 일 단위로 부과되는 민사모욕 제재로서 벌금의 크기는 몇 가지 요소에 의하여 결정되어야 할 것이라고 하면서 그 요소로서 계속된 불복종으로 발생할 수 있는 피해의 크기와 성격, 그리고 제재로 인하여 예상되는 효과 등을 예시하였다.

라. 강제형 민사모욕의 자동종료 내지 제한

모욕 제재의 성격이 그 모욕위반자가 해당 명령을 준수함으로써 계속된 제재를 중지시킬 수 있는 능력을 가지고 있지 않는 한 강제형 민사모욕이 아니다. 이에 반하여 법원이 특정한 기간 동안의 감금 또는 고정된 벌금 납부를 하라는 모욕 제재처럼 확정적 형태의 제재를 명령한다면 그것은 강제형 민사모욕이 아니라 형사적 모욕죄

182) Elaine W. Shoben et al., 전거서 80면.

가처분의 실효성 보완 방안

처벌에 해당한다.

나아가 강제형 민사모욕 제재는 피고에게 그 이행을 강제할 수 있는 기간으로 제한된다. 이처럼 강제형 민사모욕 제재를 제한하는 이유는 만일 피고가 그 위반을 더 이상 말소할 수 없다면 그때는 어떤 제재도 피고에게 그 이행을 강제하는 것이 아니기 때문에, 단순히 형사적 모욕제재가 되고 만다. 예컨대 만일 증인이 증인형사처벌면제 제도가 인정되는 법정에서 증언을 거부하여 감금되어 있는 경우 그 재판이 종료되면 그 제재는 반드시 종료되어야 할 것인바, 그 시점에서 증인은 더 이상 증언할 수 없게 되고 따라서 증인이 모욕의 위반상태(증언거부)를 말소시킬 수 없기 때문이다. 또한 강제형 민사모욕에 대한 또 다른 제한은 강제형 제재조치가 더 이상 피고에게 명령을 강제적으로 준수하도록 할 수 없는 상황이 명백하면 이를 계속할 수 없다. 위와 같은 상황에서는 모욕 위반자는 그 제재로부터 해방되어야만 하는데, 왜냐하면 그 법원이 그 행위를 강제할 수 있는 능력이 소진되었기 때문이다. 예컨대 일방 당사자가 이혼소송 중에 재산의 위치를 공개하기보다 감옥에서 수년간 있기로 선택한 경우 법원이 그 강제가 효과가 없음을 확신하는 그 시점에서 그 제재는 종료되어야만 한다.

(4) 형사 모욕죄와 민사 모욕(책임)의 구분

가. 형사 모욕죄와 민사 모욕(책임) 구분의 어려움과 실익

전술한 바와 같이 형사 모욕죄와 민사모욕은 그 형식과 기능의 측면에서 다르다. 그러나 아래에서 설명하는 바와 같이 실제로 그 구분이 유동적인데, 학자들은 통상적 구별기준이 명백한 구별의 기준이 되지 못한다고 반박을 하거나¹⁸³⁾ 아예 구별에 도움이 안 된다고

반론을 하였지만 연방 대법원은 여전히 그 구분 기준이 유효하다고 판단하고 있다.¹⁸⁴⁾ 심지어 법원이 동일한 위반행위를 대상으로 형사 모욕죄와 민사 모욕 제재까지 동시에 부과할 수 있기 때문에 그 구분의 실익과 차이점에 관하여 숙지할 필요할 필요가 있다.

나. 구별기준의 예시

형사 모욕죄와 민사 모욕에 관한 구별 기준에 관하여 이를 절차와 목적¹⁸⁵⁾ 또는 처벌의 목적과 성격¹⁸⁶⁾, 나아가 형식과 기능¹⁸⁷⁾에 따라 구분하여야 한다는 견해들이 있지만 실제 그 접근관점의 차이 또는 표현의 문제일 뿐 그 내용은 대동소이하다. 따라서 아래에서는 위 견해 중 두 가지 제재수단을 가장 상세하게 구분하고 있는, 절차와 목적에 따른 구별기준을 중심으로 형사 모욕죄와 민사 모욕이 어떻게 다른지에 관하여 소개한다.

다. 절차와 목적에 따른 구별을 중심으로 한 두 제재의 차이점¹⁸⁸⁾

A. 목적의 차이

민사 모욕은 궁극적으로 권리자의 권리 실현을 위하여 법원의 명령에 대한 복종을 강제하거나 권리자의 손해를 배상하여 주기 위한 것이나 형사적 모욕죄는 법원의 권위와 공익을 수호하기 위해 모욕자의 비행이나 불복종을 처벌하는 점이 양자의 기본적 차이이다.¹⁸⁹⁾

183) Hostak, 앞의 논문, 200-201면.

184) Dudley, Getting Indirect Contempts, 79 Va. L. Rev. 1025, 1033(1993).

185) 문형식, 앞의 논문 507면.

186) Hostak, 앞의 논문 199면, 이상현, 앞의 논문 290면.

187) Elaine W. Shoben et al., 전게서 72면.

188) 아래 내용은 문형식, 앞의 논문 509-510면의 내용을 요약 정리한 것임을 밝혀 둔다.

189) Gompers 판례, 441면.

B. 장래와 과거에 대한 제재

민사 모욕 중 강제형 모욕의 제재는 법원의 재판 등 명령에 대한 위반자에게 교도소나 명령의 복종 중 양자택일을 강제함으로써 장래에 권리자의 권리 실현이 가능하도록 모욕자를 구금하거나 위반행위에 상응하는 벌금을 부과하는 것으로, 우리 민사소송법 제693조의 간접강제와 유사하나 모욕자를 복종시까지 구금할 수 있다는 점이 현저한 차이이다. 이에 대하여 민사 모욕 중 배상형 모욕제도와 형사 모욕죄는 이미 범한 과거의 행위에 대한 사후적 제재수단이다.

C. 무능력과 악의

당사자나 소송관계인이 법원의 명령을 이행할 수 있음에도 불구하고 이행하지 아니할 때에 비로소 모욕행위에 해당하고 스스로 무능력 상태를 초래한 경우가 아니면 복종할 능력이 없는 경우에는 모욕행위가 아니므로 민사 모욕이나 형사 모욕죄 어느 것에도 해당하지 아니한다.

한편 소송관계인이 법원의 명령을 이행하지 아니하겠다는 악의(wilfulness)는 형사 모욕죄 제재를 위하여 필요한 요건이지만 민사 모욕에서는 악의 여부는 불문하는데, 그 근거는 민사모욕 제재는 권리자의 구제를 위한 것으로 의무불이행자가 어떤 의도로 의무를 이행하지 아니하였는가는 문제가 되지 아니하기 때문이다.¹⁹⁰⁾

D. 제재의 절차

형사 모욕죄는 판사 면전에서 행한 직접 모욕죄를 약식절차에 의하여 처벌하는 경우를 제외하고는 헌법상 요구되는 적법절차의 원칙

190) McComb v. Jacksonvill Paper Co., 336 U.S. 187(1949).

에 따라 절차를 진행한 후 징역 또는 벌금의 제재를 가할 것이 요구되지만 민사 모욕에서는 그 제재수단이 구금이나 벌금으로 동일함에도 위와 같은 헌법상 적법절차의 원칙에 따를 필요가 없다. 그 논거로는 민사 모욕의 경우에는 모욕자는 스스로 법원의 명령에 복종함으로써 언제든지 구금 등 제재상태에서 벗어날 수 있다는 점이지만, 후술하는 바와 같이 연방법원이 1994년 *United Mine Workers v. Bagwell* 사건에서 강제형 민사 모욕 제재의 경우에도 그 해당 사안이 복잡하고 제재가 심각한 때에는 그 복종의 가능여부에 대한 판단이 곤란한 경우 등을 상정하여 헌법적 권리가 부여된다고 판시한 이후로는 민사 모욕 제재의 경우에도 제한된 상황에서는 헌법상 적법절차 원리에 따른 보호가 요구된다고 본다.

E. 제재의 종류

형사 모욕죄와 민사 모욕 중 강제형 모욕은 그 제재방법으로 징역(또는 구금) 또는 벌금을 부과하는 것이지만 강제형 모욕의 경우에는 이론상 그 제재가 모욕자의 복종을 요구하는 형태이면, 구금, 벌금 외에 다른 어떤 방법의 선택도 가능하다.

이에 대하여 민사 모욕 중 배상형 모욕은 모욕자로 하여금 권리자에게 실제 손해액에 상당하는 벌금의 지급을 명할 수 있을 뿐이나, 만일 그 벌금을 지급하지 않는 경우에는 다시 형사 모욕죄나 강제형 모욕으로서 모욕자를 구금할 수 있다.

그리고 이미 다른 형사상 범죄로 구속된 자가 다시 모욕의 제재로서 다시 징역 또는 구금의 선고를 받을 때에는 법정모욕의 제재가 먼저 집행된다.¹⁹¹⁾

191) *United States v. Dien*, 598 F. 2d 743(2d Cir, 1979).

F. 제재의 형태

형사 모욕죄의 징역이나 벌금, 민사 모욕 중 배상형 모욕의 벌금 선고는 확정적인 것으로 그 후 모욕자가 태도를 바꾸어 법원의 명령에 응하여도 이는 아무런 영향이 없고 이미 선고된 징역이나 벌금은 그대로 집행이 된다.

그러나 민사 모욕 중 강제형 모욕의 구금이나 벌금 선고의 효력은 그 후 모욕자가 명령을 준수하면 그때로부터 장래에 향하여 종료하게 된다.

위에서는 형사 모욕죄와 민사 모욕 제재를 절차와 목적에 따른 구별기준에 대해 살펴보았는데, 아래에는 이를 형식과 기능의 구별기준에 의한 차이점을 소개한다.¹⁹²⁾

G. 형식 및 기능에 따른 구분의 의미

형사적 모욕죄와 민사적 모욕 제재를 형식과 기능에 따라 구분하는 실익은 아래와 같이 3가지가 이유가 있다. 첫 번째는 절차적 의미에서의 차이, 두 번째는 법원모욕 제재의 근거가 되는 청구 또는 소송과 관련성의 차이이며 세 번째는 모욕 제재의 지속성(durability)의 차이이다. 물론 판사들은 제재의 형식과 기능의 측면에서만 모욕 제재 종류를 규정하는 것이 아니고 그 실질적 내용을 종합적으로 고려한다. 따라서 항소심 법원은 1심 사실심 법원이 모욕자의 행위의 성격에만 기속되지 않고 그 행위의 실체가 2가지 제재 종류의 인정 기준에 부합하지 않는 경우 그 인정을 뒤집을 수도 있다. 예를 들면 항소법원은 민사적 제재로 인정한 위반행위를 형사적 위반행위로 인정하여 형사적 모욕죄로 처벌할 수도 있다.

192) Elaine W. Shoben et al., 전게서 83-85면 사이 내용을 요약함.

H. 절차적 차이점

모욕죄에 대한 절차적이고 헌법적 보호 사이의 차이점은 일반적인 민사 및 형사소송 사이의 차이점과 일치한다. 형사적 모욕죄는 민사적 모욕에 비하여 다른 절차적이고 보다 철저한 헌법적 보호를 요구한다. 형사 모욕죄는 형사재판의 절차가 사용되지 않은 경우 유지될 수 없다. 따라서 만일 1심 사실심 법원이 형사적 모욕죄 인정에 요구되는 보다 엄격한 요건을 준수하지 못한 경우 항소심은 형사모욕죄 제재를 취소한다.

I. 모욕 제재의 원인이 된 청구 또는 소송과의 관련성

형사적 모욕죄는 일반적 의미에서 범죄로서 피고인이 위반한 명령의 발령근거가 되는 사건과는 분리되고 독립된 범죄이다. 그것이 범죄인만큼 형사적 모욕죄는 즉시 항소가 가능하다. 이에 대비되어 민사 모욕 제재는 그 원인이 되는 사건과 연계되어 있고 그 사건과 동시에 항소되어야만 한다.

J. 모욕 제재의 지속성(durability)의 차이

위와 같이 형사적 모욕죄의 지속여부는 피고가 위반한 명령을 발생시킨 근거가 되는 사례와는 분리되고 독립된 범죄의 근거가 된 사건의 승소여부와는 상관없이 존속한다. 예를 들어 1심 법원이 퇴직한 직원인 피고인에게 종전 고용주로부터 탈취한 고객명단을 사용하지 말 것을 명한 경우 피고인이 그 명령을 위반하여 형사적 모욕죄로 처벌되었는데, 고용주가 항소심에서 고객명단에 보호할 만한 이익을 가지고 있지 않았다고 보아 퇴직한 직원(피고인)이 승소하였다고 가정하더라도 형사 모욕죄 판정은 그것이 형사적 모욕죄이므로 여전히 유효하다.

가처분의 실효성 보완 방안

이에 반하여, 민사적 모욕 제재의 지속여부는 피고가 그 제재의 원인이 된 사건 본안에서 궁극적으로 승소하였는지 여부에 달려있다. 따라서 위 고객명단의 사례에서 만일 법원이 피고에게 고용주에 대하여 명단사용에 대한 보상을 지급하라고 명령을 하였었다면, 그 명령은 고용주가 그 항소심에서 패소한 경우 효력을 상실할 것이다.

다만 동일한 위반행위에 대하여 형사, 민사 모욕제재를 행한 경우 연방대법원은 1947년 *United States v. United Mine Workers* 사건에서 민사 모욕 관련 제재의 원인이 된 청구 또는 소송에서 패소한 경우에도 형사적 모욕죄로 처벌하는 대안적 근거가 있음(즉 형사적 모욕죄는 유효함)을 천명하였다.

IV. 미국 법원모욕 제재의 절차¹⁹³⁾

1. 약식절차와 정식절차

법원모욕에 대한 재판의 절차는 약식절차와 정식절차로 구분되고 이 구분은 형사적 모욕죄와 민사 모욕의 경우에 모두 적용된다. 그러나 전술한 바와 같이 형사적 모욕죄 중 정식 절차에는 일반 형사 피고인에게 인정되는 헌법상 적법절차 원칙이 요구되지만 민사 모욕의 경우에는 그러한 절차가 요구되지 않는다.

(1) 약식절차

판사의 면전이나 법원에 매우 근접한 곳에서 모욕행위가 행하여진 직접 모욕의 경우 약식절차에 의하여 제재가 가해진다. 약식절차는

193) 이하 내용은 문형식, 앞의 논문 518-521면의 내용을 요약, 정리한 것이다.

기소 및 심리나 증거조사 없이 모욕행위가 이루어진 본안 사건을 심리하는 판사가 즉시 모욕행위에 대하여 형사 모욕죄나 민사 모욕 중 강제형 모욕으로 처벌 내지 제재를 가할 수 있다. 즉석에서 처벌할 수 있는 근거는 판사의 면전에서 행해졌으므로 그 증거조사절차를 따로 거칠 필요가 없다는 점과 법정질서의 회복을 위하여 긴급성이 요구되므로 기소절차를 거칠 시간적 여유가 없다는 점에 있다.

(2) 정식절차

모욕행위가 법원의 면전이 아닌 곳에서 이루어진 간접 모욕에 대하여는 그 모욕행위로 피해를 입은 권리자의 신청이나 법원의 직권으로 정식절차에 의해 모욕여부에 대한 심리가 개시된다.

법원은 심리기일을 정하여 모욕행위자에게 법원에 출석하여 모욕행위를 한 정당한 근거를 제시하도록 하는 명령(Show Cause Order)을 송달한다. 위 명령은 구속영장의 집행에 의하여 고지될 수도 있고 피고인이 출석한 법정에서 판사가 구두로 고지하여도 가능하다. 위 명령이 송달된 후 그 심리기일에는 모욕행위자의 출석여부에 관계없이 심리가 진행될 수 있고 증거조사 후에 모욕행위자에 대하여 민사모욕이나 형사적 모욕죄의 부과한다.

2. 재판의 개시와 종료

민사모욕이나 형사적 모욕죄의 제재방법이 모두 구금이나 벌금의 형태로 부과되는 것이 통례이기 때문에 판사가 법정가 법정모욕에 대한 재판의 개시와 선고 당시에 민사모욕과 형사적 모욕죄 중 어느 모욕에 해당하는가를 분명히 하지 않으면 당사자나 법원 모두가 그

가처분의 실효성 보완 방안

절차 및 주문의 형태, 제재의 종료시기 등에 관하여 혼란이 발생한다.¹⁹⁴⁾

따라서 위와 같은 혼란을 방지하기 위하여 권리자는 모욕행위자에 대한 제재의 신청 시에 민사 모욕과 형사적 모욕죄 등 어느 제재를 청구하는가를 명시하여야 하고, 판사도 재판 개시 및 선고당시에 어느 절차를 진행하고 어느 제재를 부과하는 것인가를 명백히 하지 않으면 안 된다. 이와 같이 절차의 종류를 명시한 후 재판진행시에는 특히 형사 모욕죄의 경우 헌법상 적법절차원칙에 따른 모욕행위자의 방어권을 보장하여야 하고, 재판 선고시에는 민사모욕 중 강제형 모욕의 제재는 모욕행위자가 법원의 명령에 따를 경우 그 제재가 즉시 종료될 수 있도록 하여야 한다.

(1) 민사모욕

민사 모욕의 제재는 본안소송의 일부로 취급되므로 제재를 청구하는 자는 모욕자가 불이행한 법원 명령의 실행에 관하여 현존하는 이익을 갖고 있어야 하고, 본안이 기각 또는 화해로 종료된 때에는 민사모욕의 제재도 종료한다.

민사모욕 중 강제형 모욕의 제재는 강제할 대상이 있는 경우에 한하여 효력을 갖는다. 그러므로 모욕자가 법원의 명령에 복종할 능력이 없거나 그 복종이 더 이상 필요 없게 된 경우에는 강제형 모욕의 제재는 종료한다.

민사모욕의 제재여부는 판사의 재량에 속하므로 논리상으로는 모욕자의 사망 시까지도 모욕자를 구금할 수 있으며, 모욕자가 법원의 명령에 응하지 않은 경우라도 판사는 그 재량으로 제재를 변경할 수

194) Johnson v. Stated 491 P.2d 759, 763(Alaska, 1971).

있다.¹⁹⁵⁾

(2) 형사 모욕죄

형사 모욕죄에 대한 재판절차는 일반 형사소송절차와 유사하나, 근본적 차이는 일반 형사소송절차는 검사에 의하여 개시됨에 반하여 형사 법원모욕죄의 경우 법원에 의하여 직권으로 개시될 수 있다는 점이다.

검사도 법원의 요구와 관계없이 독자적으로 형사 모욕행위자를 기소할 수 있으나 일반적으로는 법원이 검사에게 형사 모욕행위자에 대한 기소를 요구하여 검사의 기소로 재판이 진행된다.

형사 모욕죄 중 직접 모욕죄는 판사가 즉석에서 처벌할 수 있으나 간접 모욕죄는 판사가 스스로 기소할 수 없고 위와 같이 검사에게 기소를 요구하는데, 검사가 위 요구에 응하지 않는 때에는 법원은 변호사를 지정하여 그 기소하도록 요구한다. 변호사를 지정하는 경우 반대당사자의 변호사는 공정을 확보하기 위하여 지정할 수 없다.

민사모욕과 달리 형사 모욕죄의 제재절차는 본안 모욕과 별개로 취급되므로 본안소송의 종료여부와 상관없이 진행된다.

형사 모욕죄의 제재의 부과여부도 민사 모욕과 같이 판사의 재량에 속하는 것으로 형사모욕행위자의 그 후 태도변화 및 유사한 모욕행위의 재발방지를 위한 일반예방효과 등을 고려하여 모욕행위자에 대한 기소를 기각할 수도 있다.¹⁹⁶⁾

195) In re Cueto, 443, F. Supp. 857(S.D.N.Y. 1978).

196) United States v. Barnett 346 F. 2d 99, 100(5th. Cir. 1965).

V. 미국 법원모욕 제도의 도입필요성 검토

1. 현행 우리 가처분 집행과 관련된 미국 법원 모욕제도의 운영실태

전술한 바와 같이 미국은 우리 가처분 명령과 같은 유지명령(Injunction)의 집행을 오로지 법원모욕 제재에 의하고 있다고 해도 과언이 아니다. 즉 법원은 법원이 발한 유지명령의 위반행위는 그 근거법률인 18 U.S.C. §401 section (3) 소정의 법원의 적법한 영장, 절차, 명령, 판결, 결정에 대한 불복종 또는 저항행위에 해당한다고 보아 형사 모욕죄 또는 민사 모욕 제재(혹은 위 두 가지 제재를 병과함)를 가하고 있다. 전술한 바와 같이 미국 법원이 위와 같은 유지명령 위반으로 형사 모욕죄 처벌을 하는 경우 일반 형사절차와 동일한 헌법상 보호원칙을 충족시킬 것을 요구할 만큼, 유지명령 위반에 대하여는 형사처벌이라는 강력한 억지수단이 마련되어 있는 셈이다.

심지어 미국 법원 모욕 제도는 1831년 연방법으로 근거법을 제정한 후 거의 200년 동안 집행하여 오면서 법원은 단지 1개 사건에 대한 유지명령의 집행차원을 넘어서 특히 인종차별철폐 법령에 따른 흑인학생의 주립대학입학 명령을 거부한 주지사를 상대로 매일 1만 달러의 형사벌금의 제재를 가하고¹⁹⁷⁾ 파업금지 명령을 위반한 대규모 조합원을 둔 노동조합을 상대로 그 위반 횟수마다 2만 달러, 10만 달러 등 상당히 거액의 벌금을 부과함¹⁹⁸⁾으로써 궁극적으로 법원의 명령을 관철시켜 온 오랜 전통과 관례가 확립되었기 때문에 유

197) 상세한 내용은 문형식, 앞의 논문 526-527면 걸어 부분의 사례 소개 참조.

198) 상세한 내용은 International Union, United Mine Workers v. Bagwell(1994) 사건 참조.

지명령을 포함한 법원의 권위에 대하여는 쉽게 도전할 수 없는 분위기이다.

특히 유지명령 위반을 이유로 형사 모욕죄로 처벌을 받는 경우 그 형사모욕죄의 처벌은 그 모욕죄 제재의 원인이 된 유지명령 효력의 유무를 떠나, 그 자체로 형사범죄로 처벌되는 법제이기 때문에 간단히 말해서 미국은 현행 우리 가치분의 집행의 실효성이 문제가 되는 상황이 전혀 아니다. 오히려 전술한 바와 같이 미국의 법원모욕 법제의 초점은 기본적으로 법원의 명령, 재판을 포함한 법원 권위 자체를 철저히 존중하고 이에 따라 법원이 엄청난 재량을 행사하는 것을 당연히 여기는 전제하에서 그것이 국민의 기본권 침해에 이르는 일이 없도록 헌법적 보호에 치중하는 현실인 것이다.¹⁹⁹⁾

2. 현행 가치분 집행의 문제점과 관련한 미국 법원모욕 제도의 도입가능성

(1) 부작위의무나 수인의무 이행에 관한 현행 집행제도 자체의 문제점들

가. 부작위의무 등 이행에 관한 현행 집행법 체제상 문제점

현행 민사집행법 제261조는 대체할 수 없는 작위의 이행을 명하는 집행권원을 전제로 한 것으로, 부작위나 수인을 명하는 집행권원

199) 오히려 법원 모욕 제재의 범위가 지나치게 광범위한 점 및 판사의 권한이 광범위한 점에 대하여 미국 내에도 비판하는 목소리가 있다. 예를 들어 뉴저지의 한 법원에서는 피고인측 변호인이 법정에서 얼굴을 찌푸렸다는 이유로 심리가 끝난 후 법원 모욕죄로 체포되어 구금된 사건이 있었다. 비록 상고 끝에 징역형은 면할 수 있었지만, 뉴저지주 대법원은 해당 행위가 법원 모욕에 해당한다고 확인하였다 (Louis S. Raveson, *Advocacy and Contempt—Part Two: Charting the Boundaries of Contempt: Ensuring Adequate Breathing Room for Advocacy*, 65 *Washington Law Review* 743, 744).

가처분의 실효성 보완 방안

의 집행에는 내용상 적합하지 않다. 부작위를 명하는 집행권원을 비대체적 작위를 명하는 집행권원의 집행 방식에 억지로 끼워 맞추다 보니 여러 가지 문제가 발생하는 것이다.

비대체적 작위의무의 이행을 구하는 집행권원을 간접강제로 집행할 때에는 집행권원이 작성된 뒤에 바로 간접강제결정을 신청할 수 있는 것이다. 바꾸어 말하면, 바로 집행절차가 개시될 수 있다. 채무자가 하여야 할 일이 특정되어 있고, 또 누가 하여야 하는지도 특정되어 있으므로, 그 사람이 빠른 시일 안에 그 행위를 하도록 압박을 가하는 방법으로 강제하면 되기 때문이다.

그런데 부작위의무나 수인의무의 이행을 구하는 집행권원을 집행하는 경우는 상황이 다르다. 작위의무의 경우는 집행이 개시되면 가능한 한 빨리 의무가 이행되는 것이 좋으므로 빨리 의무를 이행하도록 경제적, 심리적 압박을 가하는 것임에 반하여 부작위의무는 반대로 ‘하면 안 된다’, ‘하지 말라’는 것이므로, 의무위반행위를 막는 것이다. 따라서 부작위의무의 이행은 의무위반행위를 하지 못하도록 미리, 사전에 경제적, 심리적 압박을 함으로써 실행할 수 없다. 수인의무의 경우에도 채무자의 입장에서 싫은 일이 있더라도 참고 그것을 막지 말라는 것이므로 부작위의무와 비슷한 상황이다. 이때에도 채무자가 수인하여야 할 행위를 막는다든지 하는 행위를 하면 사후적으로 제재를 가한다고 사전에 채무자에게 ‘예고’함으로써 심리적인 압박을 하는 방법밖에 없다.

그러나 현행 집행법상 부작위의무와 수인의무를 명하는 가처분명령의 집행은 간접강제에 의하고 있는데, 이는 마치 채무자의 위반행위를 전제로 한 사후적 제재, 구체적으로는 채무자의 위반행위로 인한 사후 벌칙의 성격 또는 그로 인해 발생한 채권자의 손해에 대한 사후 배상이라는 성격뿐이 없다.

나. 부작위의무 등에 관한 집행권원 주문 작성의 어려움

그런데 민사집행법에는 부작위의무나 수인의무를 명하는 집행권원에 대하여 따로 집행방법이 정하여져 있지 않아서 비대체적 작위의무를 명하는 집행권원을 집행하는 방법으로 집행하려니 집행권원이 작성되자마자 집행을 신청하여도 된다는 문제가 있다. 즉 의무위반 행위도 없었는데 그것에 대한 제재를 미리 정하게 된다. 그러니 나중에 의무자가 실제로 의무위반행위를 하였을 때 그것이 집행권원에 금지된 행위에 해당되는지 아닌지 다툼이 생길 수 있다. 그런 다툼이 생길 수 있다는 사실을 전제로 하고 재판을 하는 법원의 입장에서 보면, 집행권원에 금지되는 행위를 어떻게 서술할지 고민스러울 수밖에 없다.

금지되는 행위를 일반적인 표현을 사용하여 포괄적으로 서술하면 나중에 발생할 수 있는 위반행위를 모두 포함시킬 수 있다는 장점은 있으나, 재판주문의 문언이 특정되지 않으면 재판이 무효라는 문제점이 있다. 주문이 특정되지 않으면 재판은 집행불능이고, 그런 재판은 무효이다. 또 설사 무효까지는 아니라고 본다 하더라도, 어떤 행위가 집행권원에 금지된 행위인지 아닌지에 대하여 다툼이 있으면 집행이 지연된다. 신속과 효율을 최우선 가치로 하는 집행절차에서 그런 다툼이 생겨서 집행이 지연될 수 있다는 것은 절차 전체의 존재 이유와 목적에 반하는 것이다.

또 채무자 외에 채무자의 이행보조자 등이 의무위반행위를 하였을 때 간접강제결정에 따라 간접강제금의 강제집행을 할 수 있는지 여부도 다투어질 수 있다.

다. 임시지위가처분명령을 위반한 경우에 관한 문제점

전술한 바와 같이 현행법상 임시지위가처분 명령을 위반한 자에 대한 제재방법은 간접강제방법밖에 없어 피신청인이 임시지위가처분을 위반할 경우 별다른 즉각적인 제재 방법이 없어 많은 문제점이 발생한다.

(2) 미국의 법원 모욕 제도의 도입 필요

가. 부작위의무의 이행본질의 적합한 사전적 압박수단으로서 법원모욕 제도

위와 같이 현행 부작위의무 내지 수인의무의 이행은 그 의무이행의 본질상 그 의무이행을 가장 효과적으로 확보하는 방법은 사전에 채무자로 하여금 그 이행을 할 수밖에 없도록 하는 것이 최선의 방법이라고 할 것이다. 그런데, 위와 같이 미국의 법원 모욕제도는 특히 형사 모욕죄의 경우 우리 가처분결정과 같은 유지명령을 발령하는 법원 자체의 권위에 근거하여 명령의 수범자(가처분결정에서 채무자나 피신청자)로 하여금 만일 그 명령을 위반하는 경우 이에 대한 형사적 처벌을 예고함으로써 사전적으로 그 의무불이행을 억지하는 매우 효과적인 수단이다. 따라서 현행 부작위의무 내지 수인의무의 채무자에 대하여 그 이행본질에 맞는 사전적 압박수단이 없는 현행 집행법 체제에는 위와 같은 사전적 압박수단으로서 미국의 법원모욕 제도 도입의 필요성이 크다고 할 것이다. 또한 미국의 법원모욕 제도가 사전에 채무자의 의무이행을 제대로 확보할 수 있다는 점에서, 그것이 현행 부작위의무이행의 집행방법으로 도입되는 경우 원천적으로 그 의무위반을 억지할 수 있으므로 현행 부작위의무이행

의 간접강제결정 당시 그 의무위반자의 특정 내지 의무위반행위 유형을 모르면서 이를 기재하여야 하는 단점을 근원적으로 해결할 수 있을 것으로 보인다.

나. 제3자에 대한 효과를 인정하기 위한 대안으로서 법원모욕 제도

특히 미국이 유지명령을 위반한 사람을 법원모욕죄로 처벌할 때 유지명령의 효력을 연방민사 규칙 65(d)에 의거 명령을 수령한 당사자뿐만 아니라 실제 그 통지(actual notice)를 받아 알고 있음에도 적극적으로 관여한 그 밖의 이해관계 있는 제3자에게도 적용하고 있는 점에 비추어 볼 때 미국의 법원모욕 제도를 도입하는 경우 이를 채무자 외에 채무자의 이행보조자 등이 의무위반행위에 적용하는 것으로 활용할 수 있으리라 보인다.

다. 임시지위가처분 위반에 대한 효과적 집행방법으로서 법원모욕

현행법상 임시지위가처분명령을 위반하게 되면 달리 신청인에게 돌이킬 수 없는 손해가 이미 발생하는 경우가 많기 때문에 본질적으로는 미국의 임시 제지명령(TRO) 내지 예비적 유지명령(Preliminary Order)처럼 명령발령 즉시 임시지위가처분명령의 대상이 되는 법률관계의 현상을 유지시켜 놓지 않으면 안 되는데, 현행법은 그저 간접강제만을 그 이행방법으로 하고 있어 현행 임시지위가처분 집행에 관한 입법적, 제도적 한계로 인하여 그 효과적 집행이 어렵다. 사정이 위와 같다면 미국의 긴급 제지명령 내지 예비적 유지명령을 도입하는 것이 가장 최선이지만 그렇지 않은 경우 사전에 미국의 예처럼 법원모욕 제재를 도입하여 사전에 임시지위가처분명령을 수령하는 피신청인으로 하여금 다툼이 되는 법률관계를 변경

가처분의 실효성 보완 방안

하지 못하도록 하는 것이 차선책이라고 할 것이다.

민사집행법 제68조는 채무자가 정당한 사유 없이 재산명시기일에 불출석하거나 재산목록 제출을 거부하는 등의 경우에 채무자를 20일 이내의 감치에 처하도록 하는 규정을 두고 있는데, 법원의 결정에 직접적으로 도전하는 행위로서 상대적으로 가벌성이 더 높은 임시지위가처분 위반행위에 대하여 아무런 제재조치도 두고 있지 아니함은 의문이다.

라. 채무자가 가처분의절차에서 가처분결정이 취소되기 전에 위반행위를 한 경우에 대한 대책으로서 법원모욕 제도

전술한 바와 같이 가처분의절차에서 가처분결정이 취소되었으나 그 이전에 이미 채무자의 가처분위반행위가 있었던 경우 가처분결정의 집행방법으로 발령된 간접강제결정의 운명에 관하여 여러 견해와 실무예가 있지만 결국 이는 간접강제에만 의존하는 현행 제도 자체의 하자에 기인하는 바, 결국 가처분결정의 유효 여부를 떠나 가처분결정 자체의 집행력을 확보하기 위하여, 법원모욕 제재의 원인이 된 법원 명령의 유효여부와 상관없이 그 명령 위반 자체에 대하여 제재를 가할 수 있는 법원모욕 제도를 도입함으로써 위와 같은 문제를 해결할 수 있다고 할 것이다.

마. 간접강제금으로 부작위의무의 집행을 확보하지 못하는 현행 집행법을 보완하는 제도로써 미국의 법원모욕 제재

현행 부작위의무 이행에 관한 간접강제결정은 때때로 채무자에게 그 간접강제금이 그 이행을 실행할 만한 액수가 아니거나 다른 정치적 고려나 집단적 분쟁 등 이해관계가 심대하여 적절한 이행수단이

되지 못한 경우가 있다. 현재 간접강제결정시 금액은 전술한 바와 같이 기껏해야 채권자의 손해배상 즉 사후배상에 불과하기 때문에 위와 같은 문제점이 발생한다. 미국의 법원모욕 제도는 그 명령을 발한 법원의 권위 내지 사법권 보호라는 공공의 이익을 대변하는 기능을 전제로 하고 있어 단순히 원고의 배상금도 있지만 피고의 이행을 강제하는 강제력이 형사 모욕죄는 물론 민사 강제형 모욕 제재를 두고 있으므로 법원모욕 제도를 도입하는 경우 간접강제금이 채무자의 이행을 강제하지 못하는 문제점을 해결하는 도구가 될 수 있을 것이다.

3. 미국 법원모욕 제도의 도입하는 경우 문제점

(1) 미국 법원모욕 제도의 입법 필요성

미국의 법원 모욕 제도에 관하여 연방법, 주법 차원의 근거(법률) 규정이 있고 그렇지 않은 경우에도 법원의 권위, 사법부 권한을 유지하기 위한 고유의 권한(inherent power)가 있음을 근거로 법원모욕 제도를 시행하고 있음을 전술한 바와 같다. 법원모욕 제도에 관하여 이처럼 성문법 규정이 없는 경우에도 ICTY(국제유고전범재판소)도 역시 사법운동을 침해하는 행위를 처벌하는 것은 재판소 고유한 권한이라는 것을 전제로 하고 있고²⁰⁰⁾, ICC(국제형사재판소) 로마규정에도 법원모욕죄를 명문으로 두고 이를 상업운동을 침해하는 범죄로 표시하고 있는바, 반드시 법원모욕 제도를 도입하기 위하여 이를 입법화 작업이 필요한 것이 아니라고 할 것이다.

그러나 전술한 바와 같이 가처분 집행 후 가처분 의무자 등이 가

200) 권오곤, ICTY 기고문, 법률신문(2007. 12. 24자).

가처분의 실효성 보완 방안

처분 집행을 침해하는 경우 공무상비밀표시무효죄로 처벌받을 수 있는지에 관하여 대법원이 그 죄에 해당하지 않는다고 판시하였고 형법 제140조 1항의 “강제처분의 표시”에 부작위의무를 명하는 가처분만을 그 대상으로 하는 것이 다수설인데, 그나마 대법원은 부작위의무를 명하는 가처분의 고시만 있는 경우 피신청인이 가처분의 취지를 위반하는 행위를 하여도 위 법률 위반이 아니라고 판단하였다.

결국 대법원이 가처분명령의 위 형법 조항에 관련된 해석 또는 이를 위반한 채무자에 관한 형사처벌에 관하여 소극적인 태도로 비추어 볼 때 미국의 법원모욕 제도를 단지 해석상으로 인정하여 이를 현행법으로 실행하려는 것은 현실적으로 무리라고 할 것이다.

(2) 형사 모욕죄 적용 시 죄형법정주의 위반의 문제

미국의 법원모욕 제도 중 특히 형사모욕죄를 국내 입법 없이 도입하는 경우 그리고 이를 토대로 구금 또는 벌금을 부과하는 경우 헌법, 형법상 기본원칙이 죄형법정주의 위반을 초래하기 때문에 더욱더 한국 국회의 입법으로 명문화하여 형사처벌 조항을 마련하여야 할 것으로 할 것이다.

제3절 미국법상 예비적 유지명령 및 임시 제지명령

I. 문제점과 임시 제지명령 도입의 필요성

1. 현행 임시지위 가처분 제도의 문제점

민사집행법 제300조는 다툼의 대상에 대한 가처분과 임시지위가

처분에 대하여 규정하고 있다. 먼저 다툼이 대상에 대한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란한 염려가 있는 경우에 하는 것이고(제1항), 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있는 경우에 하는 것이다(제2항).

한편 임시지위가처분의 재판에는 변론기일 또는 피신청인이 참석할 수 있는 심문기일을 개최하는 것을 원칙으로 하지만 그 변론기일이나 피신청인이 참석할 수 있는 심문기일을 개최하여 심리하면 그 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 변론기일 및 피신청인이 참석할 수 있는 심문기일을 개최하지 않고 가처분의 재판을 할 수 있는 예외가 인정된다(제304조).

그런데, 임시의 지위를 정하는 가처분절차의 계속 중에 그 권리관계에 대한 현상동결을 시키는 제도가 없기 때문에 현행 임시의 지위를 정하는 가처분 제도의 실효성이 문제된다.

다시 말하면 가처분결정은 신속성을 생명으로 하는데 정작 임시지위가처분의 심사가 진행 중일 때에 피신청인이 그 다툼이 된 법률관계를 변경하는 행위를 하는 경우 신청인의 피해는 가처분 여부가 결정되기도 전에 이미 돌이킬 수 없게 될 수도 있으며, 이는 우리나라 가처분제도의 문제점이자 미국법상 임시 제지명령 도입 주장의 근거가 되고 있다.²⁰¹⁾

현행 임시지위가처분 제도의 문제점은 전술한 바와 같이 그 집행에 있어 가처분 결정 이후 그 위반행위에 대한 제재의 문제점과 그

201) 이효제, 앞의 논문 575-576면; 김연학, 전개 모색적 시도; 이규호, 임시의 지위를 정하는 가처분과 관련하여 잠정명령 제도의 도입에 관한 연구, 민사소송법 제17권 2호(2013. 11.)

가처분의 실효성 보완 방안

가처분결정 이전에 다툼이 대상이 된 법률관계의 변경으로 인한 문제점으로 대별되는데, 그중 가처분결정을 위반한 경우 유일한 집행방법으로서 간접강제가 현실적으로 그 위반에 대한 제재로서는 효력이 없다는 문제점에 대하여는 미국법상 법원모욕 제재의 통하여 이를 보완할 필요가 있음은 앞에서 본 바와 같다.

따라서 현행 임시지위가처분 제도의 문제점은 본질적으로 그 가처분결정을 발령하면서 그 위반에 대한 사전 억제책으로써 법원모욕 제도를 통하여 보완이 가능하지만 그럼에도 불구하고 그 가처분결정이 발령되기 이전에, 피신청인이 그 가처분심리 절차 중 다툼이 되는 법률관계를 변경함으로써 신청인에게 발생할 수 있는 피해에 대하여는 법원모욕 제도로써 보완할 수 없기 때문에 미국법상 임시 제지명령 제도에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

다만 현행 임시지위가처분 제도의 문제점과 미국 임시 제지명령은 물론 예비적 유지명령 제도 소개 및 임시 제지명령 도입의 필요성과 도입할 경우 그 규정내용까지도 최근 법원, 법무부, 관련 학자들에 의하여 상세히 소개되고 관련 논의가 있었기 때문에²⁰²⁾ 아래에서는 임시 제지명령 제도에 관하여는 중복되는 이론 또는 절차에 대한 소개보다는 그 제도가 도입되었을 경우를 상정하여 현행 임시지위가처분 제도에서 실제로 문제가 된 사례들과 이에 관련하여 미국에서 임시 제지명령이 발령된 사례들 중심으로 소개를 하면서 그 시사점 및 그 도입 시 유의할 점 등을 설명하기로 한다.

2. 임시 제지명령 도입이 필요한 임시지위가처분 사례

202) 이규호, 앞의 논문.

미국법상 임시 제지명령을 도입하면 임시지위가처분 제도의 실효성을 확보할 수 있는 사례로 공사금지가처분 사건²⁰³⁾이 있다. 이 사건에서 신청인은 일조권 침해를 이유로 공사금지가처분을 구하였는데, 법원은 신청인의 청구를 받아들여 신청인들이 담보를 제공하는 것을 조건으로 피신청인이 2층을 초과하여 건축하여서는 아니 된다는 가처분 결정을 하였다.

그런데 피신청인들은 위 가처분 사건이 심리 중인 기간 동안 가처분의 결정일 이전에 신축 건물의 4층까지 골조공사를 마치고 가처분 결정 이전에 골조공사를 완료했다는 이유로 보전의 필요성이 없다고 주장하였으나 법원은 “내부공사와 외벽공사가 아직 남아 있는 것으로 보이는 점, 신청인은 이 사건 가처분결정의 피보전권리인 일조권 침해에 기한 방해제거청구로서 이 사건 신축건물 중 신청인의 일조권을 침해하는 부분의 철거를 구할 수도 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 가처분은 보전의 필요성이 충분히 인정된다”고 하여 가처분 결정을 인가하였다.

그러나 본안판결²⁰⁴⁾에서는 건물 등의 소유자 내지 실질적 처분권자가 피해자에 대하여 건물 등의 전부 또는 일부에 대한 철거의무를 부담하는 경우가 있는 경우는 건축행위에 의한 일조방해가 사회통념상 용인되는 수인한도를 넘는 경우 지극히 예외적으로 인정될 뿐, 원칙적으로는 손해배상만을 청구할 수 있다고 하여, 건축주가 건축관계 법령을 현저히 위반하거나 건축허가 내용과는 달리 임의로 무단증축을 함으로써 일조방해의 결과가 발생하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 일조방해 내지 침해를 이유로 한 건물철거 청구는 허용될 수 없다고 하며 이 사건의 경우 이와 같은 특별한 사정이나 철

203) 서울중앙지법 2010. 8. 5. 선고 2010카합1652 결정.

204) 서울중앙지법 2011. 1. 19. 선고 2010카합95043 건축공사금지 판결.

가처분의 실효성 보완 방안

거가 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 증거가 없으므로 원고의 철거청구는 받아들일 수 없다고 판단하였다. 재판부는 또한 피고들이 이 사건 가처분결정을 한 재판부를 기망하여 가처분결정 이전에 골조공사를 완료하였다고 주장하나 그러한 사정만으로는 일조방해로 인한 철거의무를 부담하게 되는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 원고의 철거청구를 기각하였다.

즉, 위 가처분절차 심리 중 피신청인은 가처분 결정이 내려질 때까지의 시간적 간격을 악용하였음에도 불구하고 본안소송 단계에서 철거의무 인정의 높은 법적 기준이 적용됨에 따라 결과적으로 법의 보호를 받았다고 할 수 있다. 만약 미국법상 임시 제지명령과 같이 가처분 결정 시점까지 신청인의 가처분신청 즉시 그 현상을 유지하는 제도가 존재하였다면, 나아가 당시 법원의 가처분결정이 미국의 법원 모욕제도와 같은 심리적 억제수단이 있었다면 위와 같은 결과는 피할 수 있었을 것이다.

위와 같이 임시지위가처분의 피신청인 자신의 기망적인 행위가 결과적으로 법으로 보호를 받고 신청인이 회복할 수 없는 피해를 보게 되는 부당한 결과를 막기 위해서는 임시 제지명령과 같은 제도 도입의 필요성이 절실하다고 할 것이다.

3. 임시 제지명령 도입이 필요한 기타 사례, 관련현황

가처분결정 이전에 현상을 동결하는 등 임시 제지명령이 필요한 사례로는 ① 명예훼손 내용이 담긴 표현물에 대한 배포 금지 가처분(심문기일 지정 전 미리 배포될 가능성 높은 경우), ② 일조 침해 금지를 이유로한 공사금지가처분(심문기일 진행 중 주말, 야간 공사

등으로 공사 완료한 경우), ③ 지식재산권에 기한 침해금지 가처분 (심문기일 지정 전 대상물건 처분의 가능성이 농후한 경우), ④ 단체의 대표에 대한 직무집행정지 가처분(대표자가 단체에 손해를 끼칠 우려가 있는 행위를 예정하고 있는 경우), ⑤ 독립적 은행보증이 있어서 보증금지급금지 가처분, 신용장 대금지급금지 가처분, ⑥ 총회개최금지가처분 (일정 기간 경과시 가처분 결정이 무의미한 경우) 등을 들 수 있다.

위와 같은 사례들에 대하여 미국의 임시 제지명령과 유사한 기한부 명령제도를 도입한다면 일시적인 제지명령의 유효기간 동안 권리관계를 동결하여 놓고 일정한 심리기간을 확보할 수 있으므로 법원은 신청인과 피신청인의 절차적 권리를 보장함과 동시에 보다 충실한 심리를 도모할 수 있을 것이다.

II. 예비적 유지명령(Preliminary Injunction) 및 임시 제지명령 (Temporary Restraining Order)

1. 정의

예비적 유지명령²⁰⁵⁾ 및 임시 제지명령은 임시적 유지명령

205) 영미법상의 injunction에 대해서는 유지명령, 금지명령, 인정크션 등 여러 가지의 번역이 있으나 Preliminary Injunction을 예비적 유지명령으로 부르는 것이 일반적임에 반하여 Temporary Restraining Order(TRO)에 대하여는 잠정명령, 잠정유지명령, 잠정제기명령 등 여러 명칭이 있다. Temporary Restraining Order(TRO)가 14일 정도 극히 짧은 기간 동안에만 효력이 있다는 점에서 “잠정”이라는 부정기적 기간의 의미보다는 “임시”라는 용어가 더 적절해 보이고 특히 “잠정명령”이라는 명칭은 민사집행법 제46조의 “잠정처분”을 연상케 하며, 임시 “유지”명령으로 부르는 경우 Preliminary Injunction와 Temporary Restraining Order를 포함하는 임시적 유지명령(Temporary Injunction)과 혼동할 여지가 있어 이를 “임시 제지명령”이라고 부르기로 한다.

가처분의 실효성 보완 방안

(temporary injunction)의 주요한 형태이다. 임시적 유지명령(temporary injunction)은 소송의 경쟁물에 관한 원고 이익에 손해를 초래하거나 판결을 비효과적으로 만드는 행위를 하는 것을 금지하도록 명령하는 것이다. 예를 들면 법원은 피고가 채권자들을 기망할 의도로 재산을 이동시키거나 처분하지 못하도록 금지하도록 유지명령을 발할 수 있다.²⁰⁶⁾

먼저 예비적 유지명령은 본안판결을 하기 전에 원고에게 회복 불가능한 피해를 방지하고자 발령하는 임시적인 구제조치를 말하고, 이에 반하여 임시 제지명령은 예비적 유지명령 또는 금지명령을 위한 심리를 하기 전에 발령하는 긴급한 구제조치를 말한다.

예비적 유지명령과 임시 제지명령의 차이는 크게 지속시간과 절차를 들 수 있다. 임시 제지명령은 예비적 유지명령 발령 여부를 결정하는 심사를 기다릴 수 없을 정도로 위급한 긴급 상황을 위한 이례적인 구제수단으로서, 발령된 명령의 효력은 일반적으로 예비적 유지명령의 발령을 위한 심문절차가 진행될 때까지 14일 정도의 짧은 기간에 국한된다. 또한 그 발령 과정 역시 형식에 구애받지 아니하고 긴급한 상황인지, 그리고 즉각적인 구제조치가 필요한지 여부에 한정하여 제한적인 시간 내에 판단한다.²⁰⁷⁾

이에 반하여 예비적 유지명령은 본안판결에 이르기까지 장기간에 걸쳐 효력을 유지하며, 임시제지명령에 비해 심문과 증명 등 절차와 형식을 정식으로 구비한다. 물론 예비적 유지명령은 임시 제지명령과 비교해서 그럴 뿐 본안판결 선고까지의 임시적인 구제수단이므로 본안사건의 심리절차나 증거법칙이 그대로 적용되는 것은 아니며,

206) William Murray Tabb et al., Remedies in a Nutshell 3rd ed. (Thomson/West 2005), p. 61

207) 이효제, 앞의 논문, 574면.

완화된 요건에 따라 신속한 심리절차 및 발령 절차를 따른다.²⁰⁸⁾ 또한 임시 제지명령에 대한 재판에 대하여는 불복할 권리가 인정되지 않지만 예비적 유지명령의 인용명령 또는 기각명령에 대하여는 미국 연방법전 제28편 제1292조(a)(1)에 따라 불복할 수 있다.²⁰⁹⁾

2. 임시 제지명령 등에 관한 미국연방규칙

미국법상 예비적 유지명령과 임시 제지명령을 규정하고 있는 연방 민사소송규칙 제65조는 다음과 같이 규정하고 있다.

(a) 예비적 유지명령(가처분)

(1) 통지

상대방 당사자에 대한 통지 없이는 가처분을 선고할 수 없다.

(2) 본안심리와 병합

가처분신청의 심리를 개시하기 이전에 또는 개시당시에 법원은 본안심리를 앞당겨 신청의 심리와 병합하도록 명할 수 있다. 이 병합이 명하여지지 아니한 경우라 하더라도, 가처분신청에 기하여 제출된 증거로서 본안심리에서 증거능력이 인정될 가능성이 있는 것이면 이를 사실심리기록(the record on the trial)의 일부로 하며 이는 사실심리에서 반복할 필요가 없다. 이 규정은 당사자들에게 그들이 배심재판에서 가질 수 있는 권리를 유보한 것으로 해석하여 적용한다.

(b) 임시 제지명령

208) 이효제, 위 논문, 574-575면.

209) Kirstin Stoll-DeBell, Nancy L. Dempsey, and Bradford E. Dempsey, Injunctive Relief 3(2009), 150면.

가처분의 실효성 보완 방안

(1) 상대방에 대한 통지 없이 발령하는 경우

법원은 (가) 선서진술서 또는 인증된 소장에 기재된 구체적인 사실로 미루어 보아 상대방당사자를 심문하기도 전에 해당 신청인에게 급박하고도 회복할 수 없는 피해, 손실 또는 손해를 초래할 것이 분명하고 (나) 신청인의 변호사가 통지하기 위한 노력을 기울였다면 이를 그리고 통지를 요구하여서는 아니 된다는 그의 주장을 뒷받침하는 사유를 문서로 법원에 입증하는 때에 한하여 상대방 당사자나 그의 변호사에 대한 서면 또는 구두의 통지 없이 임시 제지명령을 발령할 수 있다.

(2) 내용 및 유효기간

통지 없이 내려진 모든 임시 제지명령은 선고일자 및 시간을 배서하고, 즉시 법원서기실에 제출하여 기록에 등록하고, 피해, 상황이 회복 불가능한 사유 및 통지 없이 명령을 선고한 사유를 명기하며 등록 후 14일 이내의 범위에서 법원이 정하는 기간에 종료한다. 다만 법원이 정하는 기간 내에 사유의 소명이 있을 때에는 같은 기간 동안 명령을 연장할 수 있고 또 명령을 받은 당사자가 소정기간을 초과하여 명령을 연장할 수 있다고 동의하는 때에는 그에 따른다. 연장사유는 기록에 등록한다.

(3) 임시 제지명령 심문기일의 조기화

임시 제지명령이 통지 없이 선고된 경우, 가처분신청은 가능한 가장 빠른 시기에 심리할 수 있도록 하고, 같은 성격의 선행 사안을 제외하고는 모든 사안 중 최선 순위에 둔다. 이 신청에 대한 심리가 개시되면 임시 제지명령을 얻은 당사자는 가처분을 신청하고 법원은 그가 이를 행하지 아니할 경우 임시 제지명령을 취소한다.

(4) 취소신청

상대방당사자는 통지 없는 임시 제지명령을 얻은 당사자에게 2

일간의 통지를 한 후 또는 법원이 정하는 더 짧은 기간의 통지를 한 후, 법원에 출석하여 임시 제지명령의 취소 또는 변경을 신청할 수 있고, 이 때 법원은 심리를 열어 공정하게 그리고 신속히 이 신청에 대한 결정을 내려야 한다.

(c) 담보제공

임시 제지명령 또는 예비적 유지명령은 이를 당한 당사자가 입을지도 모르는 비용과 손실을 전보하기 위하여 법원이 적당한 액수의 범위 내에서 정하는 담보를 신청인이 제공한 후에 선고한다. 미국, 연방공무원 또는 행정기관에 대하여는 이러한 담보를 요구하지 아니한다.

(d) 금지명령 또는 임시 제지명령의 내용 및 범위

(1) 내용

금지명령 또는 모든 임시 제지명령은 (A) 그 사유를 적고, (B) 기간을 특정하고, (C) 금지조치의 내역을 소장 기타 문서에 지체 없이 상당한 정도로 밝혀야 한다.

(2) 구속되는 당사자

금지처분 및 임시 제지명령은 조치당사자, 그 임원, 대리인, 이행보조자, 피용자 및 소송대리인에게만 그리고 교부송달 등에 의하여 명령의 통지를 현실적으로 받아 이들에게 능동적으로 협력하거나 참가하는 자들에게만 구속력을 갖는다.

(e) 개정되는 않는 다른 법

이 규칙은 (1) 사용자 및 피용자에게 영향을 미치는 소송상의 임시 제지명령 및 예비적 유지명령을 규율하는 미연방의 제정법을, (2) 경합권리자확정의 소나 이러한 성격을 지닌 소송상의 가처분명령을 규율하는 미국연방법전 제28편 제2361조의 규정을, 또는 (3) 연방법에 의하여 3명의 판사를 구성된 지방법원이 심판할 것이 요구

되는 소송을 규율하는 연방법전 제28편 제2284조를 개정하지 아니한다.

3. 임시 제지명령 제도의 개관 또는 개략적 절차

연방법원의 임시 제지명령에 관하여는 위와 같이 연방민사소송규칙 제65조 (b)가 규율하고 있고 각 주(State)에서는 별도의 규정들이에 관한 절차를 규율하고 있는데, 아래에서는 가장 기본이 되는 위 연방민사소송규칙에 근거하여 임시 제지명령의 일반적 절차에 대하여 살펴본다.

연방법원은 피신청인에 대하여 사전 심문의 기회를 부여하지 아니한 채 긴급한 임시 제지명령을 발령할 수 있다. 그러나 연방민사소송규칙 제65조 (b)는 (가) 선서진술서 등의 특정 사실로부터 상대방 또는 그 소송대리인에 대한 반대 심문을 하기 전에 신청인에게 급박하고도 회복할 수 없는 피해 내지 손해가 발생할 것임을 분명히 나타나야 하고, (나) 상대방에 대한 통지를 실시하기 위하여 노력을 다하였다는 것과 통지가 요구되지 아니하는 사유를 신청인의 대리인이 법원에 서면으로 보증한 경우에 한하여, 사전 통지 내지 심문절차 없이, 임시 제지명령을 허용하고 있다.

그러나 위와 같이 발령된 임시 제지명령의 효력은, 신청인이 기간이 연장되어야 하는 이유에 대하여 정당한 사유를 제시하거나 상대방이 동의하지 않는 한, 14일을 초과할 수 없다. 이러한 짧은 유효기간이 예비적 유지명령과 구별되는 중요한 요소 중 하나임은 위에서 언급한 바와 같다.

나아가 사전 통지 또는 심문 없이 발령된 임시 제지명령의 경우,

신청인의 예비적 유지명령 신청에 관한 심문이 최대한 빠른 시일 내에 정해져야 하고, 그 심문절차는, 심문이 이루어지지 아니한 그보다 이전의 임시제지 명령 신청을 제외하고는, 다른 모든 사건에 우선하여 이루어져야 한다. 만일 임시 제지명령을 발령받은 신청인이 예비적 유지명령을 신청하지 아니한 경우, 법원은 임시 제지명령을 취소하여야 한다. 또한 임시 제지명령을 받은 피신청인은 신청인에게 2일 전 통지를 한 후 법원에 출석하여 취소신청을 할 수 있다.

아래에서는 임시 제지명령을 발령하기 위한 실체적, 절차적 요건에 관하여 살펴본다.

4. 실체적 요건

미국은 보통법 (Common Law), 즉 각급 법원을 통해 발전해온 판례법을 통하여 예비적 유지명령과 임시 제지명령을 포함하는 임시적 유지명령(temporary injunction)의 실체적 요건을 발전시켜 왔다. 연방 민사소송규칙 제65조는 임시적 유지명령(temporary injunction)의 절차적 요건만을 규정하고 있으나, 그 실체적 부분에서는 보통법의 요건을 차용한다는 것이 연방법원의 판례이다.²¹⁰⁾

신청인은 본안재판에 앞서 예비적 유지명령이나 임시 제지명령 등의 임시적 유지명령으로써 현상을 유지하여야 (maintenance of the status quo) 회복할 수 없는 손해를 방지할 수 있다는 증명을 하여야 한다. 이러한 임시적 유지명령(temporary injunction)의 필요성을 심사함에 있어 보통법에서 발전시켜온 요건은 크게 다음의 네 가지이며, 이는 모두 신청인이 입증책임을 진다.²¹¹⁾

210) Elaine W. Shoben et al., Remedies: Cases and Problems (Foundation Press 2007), 202-203면.

가처분의 실효성 보완 방안

(1) 신청인이 본안에서 승소할 실질적인 개연성 (Substantial Likelihood of Success on the Merits)

신청인의 본안재판 승소가능성은 임시적 유지명령의 시작점인데, 그 승소가능성은 확률일 뿐이며 본안 판결의 결과와는 다를 수 있다. 즉, 신청인이 임시적 유지명령을 발령받았다고 하더라도 본안심리를 거친 본안판결에서는 신청인이 패소할 수도 있다. 그러나 이러한 승소가능성은 당사자들이 사건 합의를 할 때 지대한 영향을 미치기 때문에, 사실상 예비적 유지명령 단계에서 많은 사건이 사실상 결론이 난다는 비판이 제기되고 있어 승소가능성에 대한 대안을 모색하는 움직임도 있다.²¹²⁾ 예를 들어 일부 연방 순회 항소법원의 심사기준은 4가지 실체적 요건을 모두 동등한 정도로 요구하는 대신 일종의 차등제(sliding scale test)를 도입하여 회복할 수 없는 손해 및 신청인의 손해가 피신청인의 손해를 상회하는 정도(아래 2, 3 요건임)에 비해 클수록 승소가능성은 덜 요구하기도 한다.²¹³⁾

(2) 임시적 유지명령 발령 없이 신청인이 입을 회복할 수 없는 손해 (Irreparable Injury)

회복할 수 없는 손해란 회복하거나 가상적이지 않고 실질적이며 촉박한 피해이며, 금전적으로 충분히 배상할 수 없는 것을 말한다.

211) Shoben, 전게서, 206면.

212) Shoben, 전게서, 206면. 미국은 사건이 합의로 종결되는 비율이 상대적으로 높은 관계로 임시적 유지명령, 그 중에서도 특히 예비적 유지명령 단계의 영향이 더욱 클 수 있다. 예를 들어 한 미국 연구에서는 민사사건의 합의율을 57.8%~71.6%로 계산하였다. Theodore Eisenberg and Charlotte Lanvers, What is the Settlement Rate and Why Should We Care?, Journal of Empirical Legal Studies Vol. 6(1), 111-146 면 참조.

213) Shoben, 전게서, 216면.

즉, 회복할 수 없는 손해가 발생하려면 손해의 발생이 임박해야 하며, 해당 손해를 본안심리에서 계량화하기가 곤란하여야 한다.²¹⁴⁾ 금전적으로 배상할 수 있는 경제적인 손해를 넘어 돈으로 환산하기 어려운 사업의 존망 자체, 사업 기회, 명성 등을 포괄하는 손해만이 회복할 수 없는 손해로 인정받는다.²¹⁵⁾

회복할 수 없는 손해의 예로는 사업 자체의 폐쇄,²¹⁶⁾ 유일무이한 제품공급의 중지로 인한 고객 상실,²¹⁷⁾ 명성 및 거래관계에 대한 계산할 수 없는 손실²¹⁸⁾ 등이 인정된 바 있다. 이에 반하여 입증 가능한 금전적 손실, 예를 들어 분쟁의 대상이 되는 제품을 공급하지 못함으로써 얻지 못하는 이윤은 회복할 수 없는 손해로 인정받지 못하였다.²¹⁹⁾

손해가 단순히 추측적인 것에 그친다는 이유로 회복할 수 없는 손해가 인정되지 않고 임시적 유지명령 신청이 기각된 예로는 2000년 미국 대통령 선거 당시 조지 부시 및 딕 체니 선거캠프에서 플로리다주 재검표를 금지하는 유지명령을 구한 *Siegel v. LePore*, 234 F.3d 1163 (11th Cir. 2000) 사건을 들 수 있다. 법원은 본 사건에서 재검표를 할 경우 부시 선거캠프에서 회복 불가능한 손해를 입으리라는 주장은 단순 추측에 불과하다고 하여 검표를 금지하는 임시적 유지명령을 발령하지 않았다.²²⁰⁾

214) *Tom Doherty Associates, Inc. v. Saban Entertainment, Inc.*, 60 F.3d 27 (2d Cir. 1995).

215) 위 *Tom Doherty Associates* 사건, *Frank's GMC Truck Center, Inc. v. General Motors Corp.*, 847 F.2d 100 (3d Cir. 1988).

216) *Semmes Motors, Inc. v. Ford Motor Co.*, 429 F.2d 1197 (2d Cir. 1970).

217) *Reuters Ltd. v. United Press Int'l, Inc.*, 903 F.2d 904 (2d Cir. 1990).

218) *Interphoto Corp. v. Minolta Corp.*, 417 F.2d 621 (2d Cir. 1969).

219) *Jack Kahn Music Co. v. Baldwin Piano & Organ Co.*, 604 F.2d 755 (2d Cir. 1979).

220) 플로리다주 재검표 문제는 결국 미국연방대법원의 *Bush v. Gore* 사건에서 부시 선거캠프의 승리로 귀결되었다.

가처분의 실효성 보완 방안

회복할 수 없는 손해의 여부는 신청 당시의 상황에 따라 다를 수 있다. 예를 들어 일반적으로 부동산에 변형을 가하는 것은 회복할 수 없는 손해로 인정되지만, 인디언 부족인 원고가 Narragansett Indian Tribe v. Guilbert, 934 F.2d 4 (1st Cir. 1991) 사건에서 집터에 대한 분쟁 때문에 불안심리 중 피고의 공사 중단을 구하는 예비적 유지명령을 신청하였으나 법원은 이미 제소 당시 공사 준비가 상당 부분 진행된 점을 들어 회복 불가능한 피해의 부재를 이유로 신청을 기각하였다. 즉, 이미 나무와 덩굴을 제거하였으며 기초도 판상상태였고, 오수 정화시설 설치를 위해 주변 지대를 굴착하는 등 토지가 이미 변형된 상황에서는 공사가 더 진행된다고 해서 새로운 회복 불가능한 손해가 발생할 가능성은 희박하다는 것이었다.

일부 드문 경우에는 금전적 구제를 기다릴 수 없는 상황도 회복 불가능한 손해 요건을 충족할 수 있다. 원고는 DiDomenico v. Employers Co-op. Ind. Trust, 676 F.Supp. 903 사건에서는 자신의 간(肝) 이식 수술에 피고보험사와 체결한 보험계약이 적용되어 보험금 수령을 할 수 있음을 주장하였다. 법원은 원고가 피고로부터 보험금을 수령하지 못하면 이식수술을 받을 수 없었고, 몇 년이 걸릴 수 있는 불안판결을 기다리면 건강 혹은 생명에 회복 불가능한 피해를 입을 가능성을 충분히 입증하였다고 판정하였다.

(3) 신청인의 손해가 피신청인의 손해보다 클 것 (Balancing of Hardships)

신청인이 임시적 유지명령을 발령받으려면 임시적 유지명령을 발령받지 못했을 경우 신청인이 입는 손해가 임시적 유지명령을 발령하여 피신청인이 입는 손해보다 커야 한다. 의사인 원고는 Cassim v. Bowen, 824 F.2d 791 (9th Cir. 1987) 사건에서 불필요한 수술

로 환자의 생명을 위협하게 하였다는 의혹을 받아 노인 의료보험 (Medicare) 참여자격 박탈 및 이 사실의 지역 신문 광고 여부를 두고 분쟁을 하였다. 원고는 이 사건에서 해당 조치가 취해질 경우 의사로서 자신의 명성 및 사업에 회복할 수 없는 손해를 입을 것이라고 주장하며 해당 조치를 금지하는 예비적 유지명령을 구하였다. 법원은 위 사건에서 예비적 유지명령을 발령하여 신청인이 입을 수 있는 사업상, 명성상 손해가 해당 예비적 유지명령을 발령하지 않아 환자들이 모른 채 의사에게 진료를 받아 입을 수 있는 생명 및 신체 의 위험에 비하면 현저하게 크지 않다고 결정하여 예비적 유지명령을 발령하지 않았다.

또한 후천성 면역결핍증 (AIDS)에 감염된 교사가 Chalk v. U.S. District Court, 840 F.2d 701 (9th Cir. 1988) 사건에서 자신이 위병에 감염되었다는 이유로 학교가 자신을 학교에서 행정직으로 전환시킨 조치에 불복하여 소송을 제기한 후 학교에서 교직의 유지를 내용으로 하는 예비적 유지명령을 신청하였다. 법원은 교사가 학생을 감염시킬 가능성이 매우 적다는 점에서 신청인의 손해가 피신청인의 손해를 상회한다고 결정하였고, 따라서 예비적 유지명령을 발령하였다. 또한 법원은 임시적 유지명령 발령의 대체적인 심사기준, 즉 회복할 수 없는 손해의 정도 (제2요건) 및 신청인의 손해가 피신청인의 손해를 상회하는 정도 (제3요건)에 비해 큰 관계로 승소의 개연성 (제1요건)을 인정하였다. 이는 각 요건을 개별적으로 보는 대신 요건 간에 상호 유기적인 함수관계를 인정한 결과라고 할 수 있다.²²¹⁾

(4) 공익을 해치지 않을 것 (Public Interest)

²²¹⁾ Shoben, 전제서, 223면.

가처분의 실효성 보완 방안

예비적 유지명령 심사기준에서 공익 요건은 종종 모호할 수 있다. 양 당사자 모두가 공익을 근거로 주장을 개진할 수 있기 때문이다. 예를 들어 국무부장관은 *Adams v. Vance*, 570 F.2d 950 (D.C.Cir. 1978) 사건에서 북극수염고래 포경을 금지하는 국제포경위원회의 조치에 대하여 기한을 나흘 남긴 채로 이의를 제기하지 않기로 하였다. 하급심 법원은 해당 결정에 불복한 에스키모 부족이 제기한 소송 및 이의제기를 구하는 임시 금지명령 신청에 대하여 국제포경위원회에 제기한 이의는 언제든 철회할 수 있는 반면 북극수염고래 포경은 에스키모 부족의 생존 및 전통이 직접 관여된 문제인 점을 들어 임시 금지명령을 발령하였다. 그러나 휴일에 열린 특별 심리에서 항소심 법원은 하급심 결정은 국무부장관의 외교적 권한을 침해하였으며 1973년 이래 어느 국가도 국제포경위원회에 이의를 제기한 적이 없는 점을 들어 임시 금지명령 발령을 취소하였다.

또한 법원은 *Ride the Ducks of Philadelphia, LLC v. Duck Boat Tours, Inc.*, 138 Fed. Appx. 431 (3d cir. 2005) 사건에서 계약 및 재산권 존중 역시 중대한 공익으로 인정하여 원고 및 제3자의 계약 및 재산권을 침해하려는 피고 (피신청인)의 행위를 금지하는 원고의 예비적 유지명령 신청을 인용하였다.

5. 절차적 요건

연방 민사소송규칙 제65조는 예비적 유지명령과 임시 금지명령을 포함하는 임시적 유지명령(temporary injunction)임시적 유지명령(temporary injunction)의 구체적인 절차적 요건을 규정하고 있으며, 이러한 요건은 엄격하게 해석되어 왔다. 임시적 유지명령 중 예비적

유지명령과 임시 제지명령의 차이 중 가장 주목할 만한 것은 시간적 제한과 고지요건의 차이이다.²²²⁾

임시 제지명령은 피신청인 참석 없이도 발령할 수 있으나, 피신청인에게 통지하고 방어할 기회를 줄 경우 즉각적이며 회복할 수 없는 손해가 발생하리라는 구체적인 증거가 필요하다. 임시 제지명령은 14일의 기간 동안 유효하며, 연장 사유를 증명할 경우 14일 이내의 기간 동안 한 번 연장할 수 있다.

양 당사자의 참석 없이 임시 제지명령을 발령할 수 있는 요건을 알 수 있는 사례로서 *Carroll v. President and Commissioners of Princess Anne*, 393 U.S. 175 (1968) 사건이 있다. 해당 사건에서 상소를 제기한 Carroll 등은 백인 우월주의 단체의 회원으로서, 1966년 8월 6일 메릴랜드 주의 Princess Anne이라는 지역에서 인종감정을 자극하는 집회를 연 후 다음날인 8월 7일에도 집회를 하겠다고 선언하였다. 이에 Princess Anne 등의 자치단체 관계자들은 다음날인 8월 7일 해당 집단의 시위를 금지하는 임시 제지명령을 발령받았다. 항소심 법원은 해당 임시 제지명령을 절차미비를 이유로 파기하였는데, 그 이유는 발령법원이 피신청인에게 통지나 심지어는 비공식적으로 연락하려는 노력조차 하지 않고 신청인만 참석한 상태로 명령을 발령하였기 때문이다. 비록 신청인만이 참석하였더라도 임시 제지명령을 발령할 수 있는 상황이 없지는 않지만, 피신청인에게 통지를 하여 방어할 기회를 부여하기가 불가능했다는 증명 없이는 적법절차 침해라고 하였다.

이에 비하여 예비적 유지명령은 심리일정의 우선순위를 배정받으며, 신청인과 피신청인 모두 증거를 제시할 충분한 기회가 주어져야 한다. 발령된 예비적 유지명령은 본안판결이 선고될 때까지 효과를

222) Shoben, 전제서, 224면.

가처분의 실효성 보완 방안

유지한다. 항소심 법원은 *Fengler v. Numismatic Americana Inc.*, 832 F.2d 745 (2d Cir. 1987)에서 그 하급심이 증거심리 및 심사 없이 발령한 예비적 유지명령을 파기하고 증거심리를 하라는 지시와 함께 파기환송하였다. 마찬가지로 제3 순회 항소법원은 *Sims v. Greene*, 161 F.2d 87 (3d Cir. 1947) 사건에서 연방 민사소송규칙 제65조 제(b)항에서 규정하는 심리의 미비를 들어 예비적 유지명령을 파기하였다. 즉, 진술서 및 주장의 모순이 있을 경우 법원은 증인을 소환하여 심문함으로써 그 모순을 해결하여야 할 의무가 있으며, 이러한 의무를 다하지 않을 경우 피신청인의 방어권을 침해한다는 것이다.

6. 임시 유지명령의 담보

미국 연방민사규칙 제65조 제(c)항은 임시 제지명령이나 예비적 유지명령 발령 전에 신청인이 담보를 제공하도록 규정하고 있다. 보증금의 액수는 법원의 재량에 따르지만, 피신청인은 증액을 요청할 수 있다. 전술한 바와 같이 원고는 결과가 불확실한 상황에서 확률 내지 가능성에 따라 피고의 행동을 제약하게 되므로 보증금은 피신청인에 대한 형평을 확보하고 신청인의 임시적 유지명령 신청을 남발하는 것을 방지하는 효과가 있다. 원고가 본안재판에서 승소하지 못할 경우 피고는 임시 제지명령 혹은 예비적 유지명령으로 인하여 발생한, 금전으로 환원 가능한 손실을 보전받을 수 있으며, 입증책임은 피고가 진다. 이는 미국법에서 각 당사자가 각자 소송비용을 부담한다는 원칙의 예외이지만, 일반적으로 변호사 선임비용은 포함하지 않는다. 보증금은 또한 오심의 가능성 때문에 예비적 유지명령과

같은 신속한 판단을 주저하는 법원의 망설임을 줄여주는 효과도 있다. 피고의 손실 보전은 일반적으로 보증금의 액수로 제한되며, 보전 액수 제한이 없는 “개방형” 보증금도 있다.²²³⁾

Coyne-Delany Co. v. Capital Development Board, 717 F.2d 385 (7th Cir. 1983)은 임시적 유지명령 신청인의 보증금의 액수가 문제된 사건이다. 본 사건에서는 일리노이주 수도개발위원회(이하 위원회)는 주 교도소의 배관시설을 교체하면서 밸브 사업자로 원고를 선정하였다. 그러나 설치한 밸브가 오작동하고 교체설치한 밸브도 하자가 있어 위원회는 다른 사업자 선정을 위해 입찰공고를 내기로 했다. 다른 사업자의 입찰이 있었으나, 견적을 개봉하기 이틀 전 원고가 소송을 제기하고 입찰 진행을 금지하는 임시 제지명령을 신청하였다. 피신청인인 위원회는 신청인이 5만 달러의 담보를 제공할 것을 요청했으나 판사는 임시 제지명령이 1주일 후의 예비적 유지명령 심리까지만 효력을 유지할 것인 만큼 5천 달러의 담보 제공만을 명령하였다. 그러나 예비적 유지명령 심리에서 판사는 예비적 유지명령을 발령하였으나 보증금은 증액하지 않았다.

이후 원고가 소송을 제기한 근거가 된 법이 무효가 되어 원고가 패소했으나, 예비적 유지명령으로 인한 입찰 지연 때문에 위원회는 본래보다 5만 6천 달러 높은 입찰액을 지불하고 사업자를 선정하게 되었다. 이 사건에서는 신청인인 원고가 예비적 유지명령으로 인해 피고에게 발생한 비용 전보 및 손해배상을 할 의무가 있는지 여부, 그리고 전보를 하여야 한다면 그 액수가 담보 보증금을 초과하는지 여부가 쟁점이 되었다. 애초에 예비적 유지명령을 발령하였으며 보증금 증액을 거부하였던 원심 판사는 소송 제기가 당시에는 이유 있었으므로 비용 및 손해 모두 전보할 필요가 없다고 판결하였다. 항

223) Shoben, 전제서, 235면.

가처분의 실효성 보완 방안

소심은 비용 전보는 인정하였으나, 그 한도는 보증금을 초과하지 않는다고 판결하였다. 미국법에서는 각 당사자가 자신의 소송비용을 개별 부담하는 것이 원칙이며, 임시적 유지명령 발령으로 인한 손해에 대한 신청인의 책임은 발령 당시 제공한 담보가 그 한도이기 때문이다. 이 경우 예비적 유지명령을 발령한 판사가 명령한 담보액이 소액인 점이 문제가 되었는데, 법원은 이에 대한 구제는 피신청인이 즉시항고를 제기하는 것이지 원고에게 보증금의 한도를 넘는 책임을 지우는 것이 아니라고 판시하였다.

제65조 제(c)항은 담보의 제공을 의무화하는 문구를 사용하고 있으나, 담보제공 명령 여부는 제1심의 재량이라는 것이 많은 연방 항소 순회법원의 판례이다. 예를 들어 신청인이 비영리 단체이기에 거액의 담보 제공을 요구할 경우 아예 재판권 자체가 박탈되는 결과가 되는 경우나, 신청인에게 자산이 충분하여 피신청인의 손실을 충분히 전보할 수 있는 경우가 그 예이다.²²⁴⁾

1심 법원이 신청인에게 담보제공을 명하지 않을 경우의 효과에 대하여 *Coquina Oil Corp. v. Transwestern Pipeline Co.*, 825 F.2d 1461 (10th Cir. 1987) 사건에서 제10 연방 항소 순회법원은 하급심 법원에서 담보제공을 명하지 않은 결과 예비적 유지명령이 집행 불가능하게 되었으며 해당 항소법원의 관할을 박탈한다고 판결하였다. 1심 법원에서 담보제공을 고려하고 면제하는 것은 법원의 재량이나, 최소한 필요 여부를 심사하여 결정을 내려야 한다는 것이다.

224) Shoben, 전제서, 240-1면.

III. 유지명령 및 임시 제지명령에 관한 주요 판례들

1. Ride the Ducks of Philadelphia, LLC v. Duck Boat Tours, Inc.²²⁵⁾

(1) 개요

Ride the Ducks (RTD)는 미주리주 기업으로서, 펜실베이니아주 필라델피아에서 “오리 보트”라는 수륙양용 버스를 운용하여 관광사업을 영위하고 있었다. 오리 보트는 필라델피아 거리를 주행한 후 벤자민 프랭클린 다리 근처에 설치된 경사로를 통하여 델라웨어 강에 진입, 운항하여 승객들에게 수상 투어를 제공하였다. RTD사는 Penn’s Landing Corporation (PLC)와 10년 기간의 사용권 계약을 체결하여 본 사건 입수 경사로를 설치하였다. PLC는 비영리 펜실베이니아주 법인으로서, 필라델피아시에 권한을 위임받아 델라웨어 강에 면한 부동산 재개발 계약을 담당하고 있었다.

사용권 계약의 관련 부분은 다음과 같다.

“독점성: RTD사가 본 계약상 채무불이행 상태에 있지 않은 한 본 계약의 계약기간 동안 PLC사는 계약 구역에서 RTD사와 실질적으로 유사한 수륙양행 관광버스 사업 계약을 다른 사업자와 체결하지 않는다. 또한 RTD는 당사의 사업 일환으로서 축조한 경사로를 독점적으로 사용할 권리가 있다.”

225) 188 Fed.Appx. 431 (3d Cir. 2005).

가처분의 실효성 보완 방안

RTD사는 경사로 건축에 약 58만 5천 달러를 투자하였으며, 경사로 사용권 수수료로 매년 5만 달러에 더하여 총수입의 일정 비율을 PLC에 지급하였다.

그런데 RTD의 이러한 사용권 계약 및 사업은 해당 계약을 무시하는 경쟁자의 출현으로 위협을 받게 되었다. 펜실베이니아 법인인 Super Ducks (SD)는 RTD와 마찬가지로 오리 보트를 다수 보유하고 있지만, 델라웨어 강변의 개발권을 보유한 PLC와 계약을 체결한 RTD와는 달리 SD사는 델라웨어 강변의 사용권 계약을 체결한 적이 없었다. 그리하여 SD사는 필라델피아의 수륙양행 관광사업 시장에서 경쟁하고자 RTD의 경사로 사용권 공유를 두고 RTD와 협상을 시도하였다. RTD는 경사로 사용권 공유를 거절하였다. 그러자 SD 대표이사는 RTD나 PLC의 허락 여부에 상관없이 SD사는 RTD사의 경사로를 2004년 6월 26일 사용 시작할 예정이라고 통보하였다.

2004년 6월 25일 RTD사는 SD의 경사로 사용을 금지하는 예비적 유지명령 및 임시 제지명령을 신청하였다. RTD는 SD가 하려는 경사로 무허가 사용은 무단 침입 및 PLC와 RTD의 사용권 계약, 특히 독점 사용권 조항을 방해하는 위법행위라고 주장하였다. 1심 연방 지방법원은 예비적 유지명령 발령 여부를 결정하는 심리에 앞서 임시 제지명령을 발령하였다. 이후 2004년 7월 1일 법원은 예비적 유지명령 심리를 열어 7월 22일 RTD의 신청대로 사용권 계약을 불법으로 방해하는 SD사의 경사로 사용행위를 금지하였다. SD사는 해당 예비적 유지명령 결정에 즉시항고하여 상급심인 제3 연방 항소순회 법원에 예비적 유지명령 과기를 구하였다. 항소순회법원은 지방법원의 예비적 유지명령 발령에 불법이 없다고 보고 명령을 유지하였다.

(2) 결정 이유

제3 항소순회법원은 예비적 유지명령을 내리면서 4가지 실체적 요건을 차례대로 고려하였다. 그 요건은 다음과 같다.

첫째, 신청인이 본안판결에서 승소할 가능성.

둘째, 예비적 유지명령이 발령되지 않을 경우 신청인이 회복할 수 없는 손해를 입을지 여부, 및 그 손해의 정도.

셋째, 예비적 유지명령이 발령될 경우 피신청인이 회복할 수 없는 손해를 입을지 여부, 및 그 손해의 정도.

넷째, 예비적 유지명령이 공익과 충돌하는지 여부.

위 항소법원은 이들 요건이 모두 신청인 RTD사에게 유리하게 작용한다고 판단하였다. 첫 번째 요건을 살펴보면 피신청인 SD사는 신청인 RTD사가 경사로의 독점사용권 계약을 체결한 사실을 알고 있었으며, 경사로 사용을 시도함으로써 RTD사의 독점권을 박탈하려는 의도가 있었다. 비록 소 제기 및 예비적 유지명령 발령으로 그 의도를 실행에 옮기지는 못하였지만, 예비적 유지명령의 목적은 이러한 손해를 방지하는 데 있는 만큼 예비적 유지명령 발령에는 RTD사가 “현존하는 실제적인 위협”을 증명하는 것으로 충분했다. 이와 같은 이유로 신청인 RTD사는 SD사의 불법적 계약방해 및 무단 침해 여부를 판단하는 본안 절차에서 승소할 가능성이 충분하였다.

두 번째 요건에서도 마찬가지로 법원은 RTD사가 회복할 수 없는 손해를 증명하였다고 보았다. 본 사건 경사로는 RTD사가 직접 축조하고 독점적 사용권의 대가를 지불하여 왔는데, 사업에 필수적인 전용 시설을 경쟁자와 공유하여야 한다면 RTD는 필라델피아 수륙양행 관광산업의 시장점유율에 손실을 입고 회복 불가능한 손해를 입을

가처분의 실효성 보완 방안

것이기 때문이다.

세 번째 요건을 다투면서 SD는 자사가 관광사업 운용을 위하여 최신식 수륙양행 버스를 구입하느라 많은 비용을 들였으며 경사로를 통하여 델라웨어 강에 진입하지 못하면 필라델피아 시장에서 경쟁이 불가능하므로 예비적 유지명령이 발령되어 경사로 사용이 금지될 경우 SD사는 회복 불가능한 손해를 입을 것이라고 주장하였다. 그러나 법원은 이는 SD사가 스스로 초래한 손해이므로 인정하지 않았다.

네 번째, 법원은 공익 요건 역시 RTD사에 유리하다고 보았다. 계약상 권리 및 재산권 보전은 중대한 공익에 속하기 때문이다.

(3) 시사점

본 사건은 예비적 유지명령과 임시 제지명령을 포함하는 임시적 유지명령(temporary injunction)을 발령할 때 요구되는 4가지 실체적 요건의 적용례로서 그 가치가 있다. 이 사건의 경우 특히 명백한 계약상·재산상 권리의 침해가 첫 번째 요건인 신청인의 본안판결에서의 승소가능성을 높였으며, 두 번째 요건인 신청인의 회복 불가능한 손해 증명을 강화했다. 또한 예비적 유지명령 발부로 인한 피신청인의 손해가 크더라도 해당 손해가 이 사건처럼 피신청인이 신청인의 권리를 침해하려고 한 점에서 유발되었다면 세 번째 요건 즉 피신청인의 회복 불가능한 손해가 현저히 크지 않을 것이라는 요건을 판단함에 있어서 피신청인의 손해는 그 비중이 적거나 아예 무시되는 점을 확인할 수 있다. 마지막으로 네 번째 요건, 즉 임시적 유지명령 발령이 공익에 어긋나지 않을 것이라는 요건 역시 권리의 침해라는 상황에 지배받는다. 계약상·재산상 권리의 공익성이 인정되기 때문이다.

위와 같이 피신청인이 신청인의 권리를 침해하는 상황이 명백할수록 법원이 임시적 유지명령을 발령하기 쉬워지는 점은 신청인의 긴급한 손해를 방지하고 그 권리를 보호한다는 임시적 유지명령의 목적과 부합한다고 할 수 있다.

마지막으로 이 사건에서 주목할 점은 임시 제지명령이 원고의 권리보호에 관한 역할이다. 사실관계에서 피고 SD사가 경사로를 사용 시작 일자로 통보한 날짜는 2004년 6월 26일이었고, 원고 RTD사가 소송을 제기한 것은 사용 시작 일자 바로 전날인 2004년 6월 25일이었다. 만약 본안판결에 앞선 원고의 권리 보전을 예비적 유지명령에만 맡겼더라면 2004년 7월 22일의 예비적 유지명령 심사시까지 피고에 의한 원고의 권리침해를 막을 방법은 원고의 자력구제밖에 없었을 것이다. 그러나 1심 법원은 임시 제지명령이라는 구제수단이 있었기에 원고가 소를 제기한 6월 25일 바로 당일에 임시 제지명령을 발령하여 다음날로 예정되어 있었던 피고의 무단침입 및 계약 방해를 저지할 수 있었다.²²⁶⁾ 그러나 미국의 예비적 유지명령은 우리나라의 임시의 지위를 정하기 위한 가처분과 유사하지만 임시 제지명령과 같은 제도는 우리나라에 없다.²²⁷⁾ 따라서 임시 제지명령과 같이 예비적 유지명령에 관한 결정이 내려질 때까지 현상을 유지하거나 침해를 제거하는 제도를 도입하면 Ride the Ducks 사건과 같이 촌각을 다투는 급박한 상황에서 신청인의 회복 불가능한 손해를 방지할 수 있을 것이다.

226) 2004 WL 5040683 (C.A.3) (Appellate Brief) United States Court of Appeals, Third Circuit. RIDE THE DUCKS OF PHILADELPHIA, LLC, v. DUCK BOAT TOURS, INC., Appellant. p. 2

227) 이효제, 앞의 논문, 575-576면.

2. Tom Doherty Associates, Inc. v. Saban Entertainment, Inc.²²⁸⁾

(1) 개요

Saban Entertainment, Inc. (Saban)은 아동용 영상 프로그램을 제작·배포하는 회사로서, 자사의 창작 인물과 이야기를 아동서적으로 출간하고자 Tom Doherty Associates, Inc. (TOR)를 비롯한 여러 출판사에 접근했다. TOR는 아동서적 시장에서는 점유율이 적은 사업자이지만 이 시장에 적극 진출할 기회를 엿보고 있었고, Saban과 제휴하여 아동서적 시장에서 주요 사업자가 되고자 했다. 마찬가지로 Saban도 어느 정도 성공한 중견 아동용 영상 사업자로 TOR와의 제휴관계를 통해 확장을 도모하였다.

그러나 양사의 일치되었던 이해관계는 예상치 못한 상황 때문에 균열이 발생하였다. 예기치 못한 상황이란 Saban의 토요일 오전 TV 프로그램인 Mighty Morphin Power Rangers (이하 파워레인저)의 대성공이었다. 평범한 10대 소년소녀가 변신하여 외계인을 물리친다는 내용의 파워레인저는 Saban이 TOR와 출판 계약을 체결한 후 어린이 시청자에게 예상치 못한 대인기를 끌면서 Saban은 더 이상 TOR와의 협력관계의 필요가 없어졌다. 이전에는 양사 모두에게 이익이었던 출판 계약이 지금의 Saban에게는 오히려 짐이 되었다. 출판사를 비롯해 아동 시장의 각계 사업자가 훨씬 유리한 조건으로 파워레인저 지적재산권 사용권 계약을 체결하고자 하였기 때문이다.

이후 Saban은 다른 출판사와 파워레인저 관련 출판계약을 체결하

²²⁸⁾ 60 F. 3d 27 (2d Cir. 1995).

였다. 이에 TOR는 계약 위반을 이유로 제소하고 또한 Saban이 계약대로 TOR에게 파워레인저 책의 출판권을 부여하는 내용의 예비적 유지명령을 신청하였다. TOR의 주장은 파워레인저가 대체할 수 없는 특수한 상품으로서 TOR가 아동 출판시장에서 점유율을 확보할 수 있는 기회이기에, Saban이 계약대로 파워레인저 책의 출판권을 라이선스하지 않을 경우 TOR는 회복 불가능한 손해를 입을 것이라는 내용이었다.

이에 대하여 Saban은 미래의 영업권 (Goodwill) 상실은 유지명령에 의한 구제를 요구하는 회복 불가능한 손해가 아니라고 반박하였다.

1심 법원은 TOR의 신청을 받아들여 예비적 유지명령을 발령하였고, Saban은 제2 연방항소순회법원에 즉시항고를 하였다. 항소법원은 하급심의 예비적 유지명령 발령 결정을 유지하였다.

(2) 결정 이유

법원은 회복할 수 없는 손해를 가리켜 “회박하거나 가설적인 손해가 아닌 실제적이고 임박한 손해로서, 금전으로 충분히 배상할 수 없는 것”을 말한다고 하였다. 한편 사업체 자체의 존망이 위태로워지거나 비교적 대체할 수 없는 제품의 상실 역시 회복할 수 없는 손해라는 선례 판례가 있었다. 반면에 명성이나 영업권에 손실 없이 단순한 이윤 손실 등 증명 가능한 금전적 손해는 회복할 수 없는 손해로 인정하지 않았다. 미국법상 유지명령은 금전배상에 의한 구제가 불충분하거나 불가능한 손해를 위한 보충적인 구제수단이다. 또한 증거의 충분한 심사에 기한 본안판결이 내려지기 전에 시간적인 제약 및 급박한 손해방지의 필요상 어쩔 수 없이 불완전한 증거 및

가처분의 실효성 보완 방안

심리 후에 내릴 수밖에 없는 임시 제지명령 및 예비적 유지명령은 나중에 원고가 패소할 가능성도 있는 사안에서 피신청인의 행위를 제약하고 경우에 따라 손해를 입히는 만큼 금전으로 배상할 수 있는 손해에 대해서는 임시적 유지명령의 요건인 회복할 수 없는 손해를 인정하지 않았다. 즉, 회복할 수 없는 손해란 ‘금전으로써’ 회복할 수 없는 손해라고 이해해야 하는 것이다.

따라서 예비적 유지명령의 요건인 회복할 수 없는 손해는 실제적인 위협이 되며 임박한 것으로서 법정 심리에서 계량화하기 극히 어려운 손해를 말한다. 상품의 경우 해당 상품에 대한 접근이 원고의 사업 존망에 필수적이거나, 단순히 해당 상품의 판매를 넘어 (판매액은 금전으로 배상이 가능하므로) 원고의 사업 기회를 확장하는 상품이라면 그 상품에 대한 권리 상실로 인한 손해는 단순한 판매이윤 상실보다 계량화하기가 훨씬 곤란하다.

금전적 계량화의 곤란성을 심사기준으로 채택하는 이유는 원고에게 불공평한 결과를 피하기 위해서이다. 금전 배상이 가능하다는 근거로 유지명령을 통한 구제를 거절한 후 막상 본안재판의 금전 배상 단계에서는 금전으로 계량화할 수 없는 손해라는 이유로 금전 배상 주문을 내리기를 거절할 경우 원고는 분명히 손해는 입었는데 어떠한 구제도 받지 못하게 되어 불합리하기 때문이다.

법원은 본 사건의 TOR는 일반적인 사실관계에 부합하지 않는다는 점은 인정하였다. 기존의 판매량이 영향을 받지 않을 뿐만 아니라 파워레인저 책을 출판하지 못한다고 해서 회사의 존망이 위태롭지도 않기 때문이다. 그러나 파워레인저 출판 사용권을 취득하지 못하면 TOR는 주요 아동 출판사로 등극할 수 있는 기회를 잃어버리기에, 법원은 영업 상실에 대한 기존의 판례를 미래의 영업 기회 사건이 문제가 되는 본 사건에도 적용할 수 있다고 보았다. 파워레인저 책

출판권이 아동출판사업자로서 TOR의 미래에 어떠한 영향을 미칠지는 쉽게 계산할 수 없으며, 그 기회는 완전히 특유한 것으로서 대체성이 없으며, 해당 영업기회가 현실화되지 못하는 한 손해액수는 특정하기 어렵다. 따라서 항소심 법원은 본 사건 사실관계가 신청인의 회복 불가능한 손해 요건을 충족하며 1심 법원의 예비적 유지명령 발령에는 재량 남용이나 위법이 없다고 판결하였다.

다만 항소심 법원은 미래의 영업권 상실을 회복할 수 없는 손해로 보는 법리의 지나친 확장을 경계하여 신청인에게 미래 영업권의 대상이며 현재 신청인이 취급하지 않는 상품이 진정 대체할 수 없는 기회임을 신청인이 명백하게 증명(clear showing)하여야 한다는 비교적 무거운 입증책임을 지웠다. 아울러 해당 TOR 사건에서처럼 신청인이 그러한 명백한 증명을 할 수 있는 경우는 흔하지 않으리라는 예측도 덧붙였다.

(3) 시사점

본 사건 예비적 유지명령에서 특기할 점은 원고가 신청한 명령의 내용이 일반적인 경우처럼 현상을 유지하는 것이 아닌 현상 변경을 내용으로 하고 있었다는 점이다. 기존에 원고가 취급하던 상품이나 보유한 권리의 박탈을 방지하는 것이 아니라 기존에 원고에게 없었던 새로운 상품 및 권리의 부여를 명령했다는 점에서 본 TOR 사건은 미국법상 회복 불가능한 손해의 한계 내지 외적 경계를 표현하고 있다고 하겠다. 실제로 본 사건 결정을 내린 제2 항소순회법원 자신도 예비적 유지명령의 남용을 염려하여 본 결정의 선례로서의 적용 범위를 축소하려는 노력을 하였다. 이는 미국법상 예비적 유지명령이 제한적인 상황에서는 과거의 지위 유지뿐만 아니라 미래의 지위

변경 역시 주문 내용이 될 수 있다는 점에서 흥미로운 사건이다.

3. Chalk v. U.S. District Court²²⁹⁾

(1) 개요

Vincent L. Chalk (Chalk)는 캘리포니아에서 농아 학생 교사 자격증이 있는 교사로서, 1987년 2월 후천성 면역결핍증 (AIDS) 진단을 받았다. 이에 교육부는 Chalk를 행정직으로 이전하고 교단에서는 것을 금지하였다. Chalk는 본 조치에 불응하여 장애인 차별금지법에 의거하여 연방 지방법원에 소송을 제기하였다. Chalk는 또한 즉각적인 교직 복귀를 내용으로 하는 예비적 유지명령을 신청하였다. 지방법원이 예비적 유지명령 발령을 거부하자 Chalk는 이에 불응하여 제9 항소순환법원에 즉시항고를 하였고 항소심 법원은 1심 지방법원의 유지명령 기각을 파기하였다.

(2) 결정 이유

항소심 법원은 예비적 유지명령 발령의 4가지 실체적 요건, 즉 본안에서의 승소가능성, 신청인의 회복할 수 없는 손해, 피신청인의 회복할 수 없는 손해와의 형량, 그리고 공익과의 정합성을 심사하면서 각 요건에 대해 다음과 같이 판단하였다.

우선 항소심 법원은 Chalk의 후천성면역결핍증 감염이 그의 교사 자격에 영향이 없는 점을 들어 본안에서 승소가능성이 높다고 보았다.²³⁰⁾ 장애인 차별금지법이 감염성 질병 환자에게도 적용되는 점,

229) 840 F.2d 701.

230) Chalk가 소를 제기한 근거규정인 29 U.S.C. Section 794는 ‘다른 면에서는 자격

성적 접촉이나 피 또는 상처에 직접 접촉이 아닌 일반적인 교습 상황에서 병이 감염될 확률은 극히 낮은 점, 같은 법을 근거로 소를 제기하여 B형 간염 환자가 승소한 바 있는데, 후천성면역결핍증은 B형 간염과 감염 경로가 비슷하며 오히려 전염성은 더 낮은 점, 감염 경로에 대한 전문가들의 일치된 연구결과 등을 들어 동 법원은 Chalk가 교사로서 교직에 종사할 자격을 갖추었으며 따라서 그러한 그를 교실에서 배제하는 조치에 불복한 소송은 승소할 확률이 높다고 보았다.

둘째, 항소심 법원은 1심 법원과 달리 회복할 수 없는 손해 요건도 인정하였다. 1심 법원은 신청인이 제안받은 행정직이 이전에 신청인이 몸담은 교직과 보수가 비슷한 점을 들어 손해를 인정하지 않았으나, 항소심 법원은 신청인이 자신의 전문적 지식과 경험을 떠나 학생을 지도할 기회가 전혀 없는 행정직에 종사함으로써 입는 심리적인 피해와 직업적 만족도의 저하에 주목했다. 오히려 소득의 감소는 금전배상으로써 구제할 수 있지만(위 Tom Doherty and Associates, Inc. 사건 참조), 항소심 법원은 이러한 심적 피해는 계량화하기 곤란하다는 것이 종전 판례의 입장을 따랐다. 항소심 법원은 특히 불치의 병에 걸린 데다 건강하게 활동할 수 있는 햇수에 절대적인 제한이 있는 후천성면역결핍증 환자의 경우 단지 몇 개월의 지연도 회복할 수 없는 손해일 수 있다고 판단하였다.

셋째, 항소심 법원은 신청인과 피신청인의 손해를 형량하면서 전

을 갖춘 장애 있는 자 (otherwise qualified individual with handicaps)'에 대한 배제와 차별을 금지하고 있었으므로 위험한 감염성 질병에 걸린 신청인이 교사로서의 자격을 갖추었는지가 쟁점이 되었고, 그 중에서도 논의의 초점은 교실에서 학생들에게 감염될 가능성에 맞춰졌다. (원문 관련부분: No otherwise qualified individual with handicaps ... shall, solely by reason of his handicap, be excluded from the participation in ... or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance ...)

가처분의 실효성 보완 방안

자가 압도적으로 중하다고 하였다. 예비적 유지명령을 발령할 경우 피신청인이 입을 손해는 감염 가능성의 희박성에 비추어보면 ‘과학적으로 알려지지 않은 감염경로가 있을지도 모른다.’는 순전히 추측과 가설에 근거한 것인 반면, 신청인의 손해는 급박하고 실제적이라는 것이 항소심 법원의 판단이었다.

넷째, 피고는 공익 요건에 있어서 원고가 교단에 서서 유발할 두려움과 불안이 원고의 손해보다 크다고 주장하였으나, 항소심 법원은 단순한 두려움에 근거하여 공익을 판단하는 것은 장애인 차별금지법의 목적 자체를 실현 불가능하게 한다고 지적했다. 해당 법의 목적은 바로 근거 없는 불안과 차별에 맞서 장애인의 평등권을 수호하는 데 있기 때문이다. 실제적인 감염의 위험은 원고의 직업적 자격에 영향을 미쳐 첫째 요건인 승소가능성뿐만 아니라 셋째, 넷째 요건에도 원고에게 불리하게 작용할 수 있지만, 근거 없는 감염의 공포는 공익적인 고려사항이 되지 못한다고 판단하였다.

(3) 시사점

본 사건은 예비적 유지명령 발령의 실제적 요건이 차별 및 인권 사건에서 어떻게 적용될 수 있는지 시사해준다. 특히 부당한 대우를 다루는 많은 차별 사건이 단순한 소득 상실만으로 계산할 수 있는 금전적 손실뿐 아니라 금전으로 계산하기 어려운 정신적·사회적 손해가 문제되는 만큼 위에서 다룬 Tom Doherty and Associates 사건과 더불어 본 Chalk 사건은 이렇게 손해배상으로 구제하기 어려운 사건 취급에 시사점을 던져주며, 이것이야말로 회복 불가능한 손해를 사전에 예방하는 가처분 제도와 유지명령 제도가 빛을 발하는 분야이기도 하다.

IV. 임시 제지명령(TRO)의 국내 도입 가능성 검토

1. 임시 제지명령 도입 시 그 장점 및 예상되는 단점

위에서 미국법상 임시적 유지명령(temporary injunction), 즉 임시 제지명령과 예비적 유지명령의 실체적·절차적 요건을 살펴보고 특히 그 실체적 요건을 중심으로 주요 판례를 분석하였다. 아래에서는 현행 임시지위가처분 제도의 실효성 향상을 위하여 미국법상 임시 제지명령을 도입하는 경우 장·단점 및 이에 따라 유의할 내용에 관하여 설명하도록 한다.

미국법상 임시 제지명령의 도입필요성이 제기된 이유는 위에서 본 바와 같이 현행 임시지위가처분 제도의 경우 그 가처분 심사가 진행 중일 때에 피신청인이 그 다툼이 된 법률관계를 변경하는 행위를 하는 경우 신청인의 피해는 가처분 여부가 결정되기도 전에 이미 돌이킬 수 없게 되기 때문이다. 특히 임시지위가처분에 대한 집행은 가처분결정에 대한 간접강제 방법이 유일한 집행수단인데, 간접강제는 가처분이 발령된 후 피신청인이 이를 위반한 경우에 대한 제재방법 일 뿐 가처분명령이 발령되기도 이전에 피신청인이 분쟁 현상을 변경한 경우에는 아예 그 대책이 없다는 점이 현행 임시지위가처분 제도의 문제점이다. 따라서 미국법상 임시 제지명령은 가처분결정이 발령되기 이전까지 그 분쟁대상이 된 법률관계를 유지 내지 변경하지 못하도록 하는 제도이기 때문에 임시지위가처분 제도의 문제점을 보완할 수 있는 제도임이 분명하다. 결국 미국법상 임시 제지명령은 현행 임시지위가처분 제도에는 없는, 신청인 보호에 장점이 있음이 분명하다고 할 것이다.

또한 현행 미국법상 임시 제지명령을 도입하는 경우 법원은 비록

가처분의 실효성 보완 방안

신청인의 일방적 주장과 증거에 의거하여 그 결정을 하여 다툼이 있는 법률관계를 유지시킴으로써, 그 명령이 없었을 경우 신청인이 입을 수도 있는 손해를 방지시킬 수 있고 그런 상태에서 원칙적으로 14일 이내에 가처분 신청에 대한 심문기일을 열고 가처분결정을 하게 되는 바, 임시 제지명령이 도입되면, 현행 임시지위가처분 결정 시 피신청인이 현상을 변경할 우려가 있다는 신청인의 허위 내지 부당한 주장, 입증만을 근거로(피신청인에 대한 심문 없이) 곧바로 부당한 가처분결정을 내리게 되는, 가처분결정의 오판의 가능성을 줄일 수 있는 장점이 있다.

또한 현행 가처분제도는 그 명령이 발령된 후 피신청인의 이의·취소신청이 있어야 다시 심문기일이 열리고 그에 따라 이의·취소결정을 하게 되는데, 임시 제지명령이 도입되면 그 명령을 발령하면서 원칙적으로 빠른 시일 내에 바로 가처분에 대한 심문이 이루어지기 때문에 피신청인의 입장에서도 현재 가처분제도의 실무보다 더욱 짧은 기간 내에 가처분 심리를 받을 수 있어 조속한 권리구제가 보장되는 장점이 있다.

이에 대하여 임시 제지명령의 핵심 내지 장점은 신청인의 일방적 주장·증거에 의하여 법원이 결정을 내린다는 점이지만 그것이 피신청인에 대한 심문 없이 이뤄지는 것이기 때문에 때로는 부당한 임시 제지명령이 발령되는 경우 피신청인에게 손해가 발생하는 등 피신청인의 보호에 소홀할 수 있는 단점이 있다는 우려가 제기된다.

나아가 법원이 신청인과 피신청인 사이의 다툼이 있는 법률관계에 대하여 그 당부를 제대로 결정할 수 있는 시간을 확보하지도 않고 신중한 심리도 없이 신청인의 주장에만 의존하여 그 법률관계를 유지시키는 명령을 발령하는 권한을 보유하는 것은 기본적으로 법원에 게 지나친 재량을 부여하는 것이라는 우려가 제기되기도 한다.

2. 임시 제지명령 도입 시 예상되는 단점에 대한 반론

위와 같이 미국법상 임시 제지명령이 도입될 경우 장·단점 특히 단점에 대하여 검토를 한 후 이를 바탕으로 아래에서는 임시 제지명령을 도입하는 경우 보완할 점 내지 유의할 점에 관하여 설명한다.

먼저 임시 제지명령이 피신청인의 보호에 소홀할 수 있다는 단점에 대하여는 우선 위에서 살펴본 임시 제지명령의 기본절차 내지 핵심내용에 비추어 보더라도 근거가 없다고 할 것이다.

즉, 임시 제지명령은 피신청인에게 사전 심문의 기회를 부여하지 아니한 채 긴급하게 발령되는 것이지만 신청인은 선서진술서 등 증거를 통하여 상대방에 대한 반대 심문을 하기 전에 신청인에게 급박하고도 회복할 수 없는 피해 내지 손해가 발생할 것임과 상대방에 대한 통지를 실시하기 위하여 노력을 다하였다는 것 등을 분명히 입증한 경우에 한하여 허용된다. 그러나 위와 같이 발령된 임시 제지명령의 효력은, 신청인이 기간이 연장되어야 하는 이유에 대하여 정당한 사유를 제시하거나 상대방이 동의하지 않는 한, 14일을 초과할 수 없다. 나아가 사전 통지 또는 심문 없이 발령된 임시 제지명령의 경우, 신청인의 예비적 유지명령 신청에 관한 심문이 최대한 빠른 시일 내에 정해져야 하며, 만일 임시 제지명령을 발령받은 신청인이 예비적 유지명령을 신청하지 아니한 경우, 법원은 임시 제지명령을 취소하여야 한다. 또한 임시 제지명령을 받은 피신청인은 신청인에게 2일 전 통지를 한 후 법원에 출석하여 취소신청을 할 수 있다.

위와 같이 미국법상 임시 제지명령의 기본 내용, 절차는 예비적 유지명령을 발령 내지 그 결정을 위해 피신청인을 심문할 때까지 14일 정도 짧은 기간 동안 현상을 유지하기 위한 것이어서 그 명령

가처분의 실효성 보완 방안

을 발령할 때부터 피신청인을 심문하지 않아야 하는 사유 등을 신청인이 제대로 입증하여야 하고 임시 제지명령이 발령되었더라도 그 짧은 기간 동안 신청인이 예비적 유지명령을 신청하지 않으면 그 효력이 자동으로 폐기되며, 혹시라도 부당한 임시 제지명령의 발령을 막기 위하여 신청인에게 명령 신청 시 부당한 명령으로 피신청인이 입을 수 있는 피해상당액을 담보로 제공하도록 하고 있는 것이다.

따라서 적어도 위와 같은 미국법상 임시 제지명령의 핵심 내용, 절차가 그대로 국내에 도입된다면 그 발령요건(신청인의 입증 및 담보제공부담), 자동폐기절차, 짧은 기간 후 심리기일 개최 등과 같은 피신청인의 보호를 위한 절차와 내용에 비추어 볼 때 피신청인에게 손해가 발생할 가능성이 거의 없어 보이고 가사 손해가 발생한다고 하더라도 미미하거나 신청인이 제공한 담보를 통하여 전보 받을 수 있을 것으로 보이기 때문에 임시 제지명령 도입 시 피신청인의 보호에 소홀하다는 단점은 근거가 없다고 할 것이다.

오히려 미국법상 임시 제지명령이 발령되기 위해서는 위와 같이 신청인이 원칙적으로 피신청인에 대한 통지와 피신청인에 대한 심문을 거치도록 하고 있고 예외적으로 위 절차 없이 명령을 받아야 하는 경우는 급박한 필요에 대한 입증, 담보제공을 하여야 하며, 이를 충족하여 명령이 발령된 경우도 곧바로 피신청인에 대한 심문이 이뤄지도록 하는 등 부당한 명령으로 인한 피신청인의 피해를 방지하도록 하는 여러 절차, 내용이 완비되어 있어 피신청인에 대한 절차적 보호조치가 잘 마련되어 있다고 할 것이다.

심지어 현행 임시지위 가처분의 실무는 법원이 필요한 경우 피신청인에 대한 심문 없이 가처분결정을 하는 경우가 있어 피신청인에 대한 절차적 보호에 충실하지 못할 가능성이 있는 바, 미국법상 임시 제지명령이 도입되는 경우 오히려 법원이 줄속으로 가처분결정을

하지 않고 피신청인도 절차적 보호를 받을 수 있는 장점도 있다고 할 것이다.

위와 같이 임시 제지명령이 도입된다고 하더라도 피신청인의 보호에 소홀함이 없는 것이 사실인 이상 법원이 임시 제지명령을 발령할 권한을 가지는 것은 현행 임시지위가처분 제도가 그 가처분명령을 발령할 때까지 현상을 동결하지 못하여 피해를 입을 수 있는 신청인을 구제할 수 없는 문제점이 있어 결국 신청인의 권리구제에 필요한 것인 바, 이를 법원에 지나친 재량을 부여하는 것으로 평가하는 것은 근거가 없다고 할 것이다.

3. 임시 제지명령 제도 도입 시 유의할 점 및 결론

현행 임시지위가처분 심리 시 법원은 그 결정 시까지 피신청인의 현상변경으로 인한 신청인의 피해를 막기 위하여 조기 심문기일 개최 등 다양한 실무적 노력을 하고 있지만, 그러한 노력만으로 해결하기 어려운 경우도 있고 반대로 이런 실무적 노력이 지나쳐 가처분명령을 사실상 임시 제지명령처럼 증거심사를 거치지 않은 채 발령하는 문제가 발생할 수도 있다.²³¹⁾ 따라서 위에서 살펴본 바와 같이 미국법상 임시 제지명령 제도는 임시지위가처분 심리 시 신청인에게 급박한 사정이 있는 경우 현상을 유지하도록 하면서도 피신청인에게 부당한 손해가 발생하지 않도록 여러 단계에 거쳐 피신청인을 보호하는 절차, 내용이 잘 구비되어 있으므로 이 시점에서는 그 제도를 도입하는 것을 원칙으로 하되, 우리 법제와의 차이점 등으로 인하여

231) 이효제, 앞의 논문, 576-577면, 민사집행법 제300조 제2항과 같은 가처분 발령 요건을 요구하고 담보제공을 조건으로 하면 간략한 심사라도 지나친 남발은 억제하는 효과가 있을 것이다.

가처분의 실효성 보완 방안

발생할 수 있는 문제점을 보완하는 방법에 비중을 두어야 할 시기고 할 것이다.

따라서 아래에서는 임시 제지명령 제도를 도입하는 경우 미국법상 현행 임시 제지명령 제도를 바탕으로 예상되는 문제점을 중심으로 보완 내지 유의할 점을 살펴본다. 우선 임시 제지명령이 도입되는 경우 신청인이 짧은 기간이라도 권리관계를 현상대로 유지하기 위해 제도를 남용할 수 있는 경우도 있을 수 있고, 피신청인이 정당한 권리행사가 지연됨으로써 신청인으로부터 담보제공 명령 등의 보완조치를 받아 두었더라도 그 손해를 전보 받을 수 없게 될 소지가 있다.

따라서 임시 제지명령을 도입하는 경우에도 원칙적으로 피신청인에 대한 통지, 심문을 거치도록 하되, 신청인이 그 절차 없이 명령이 발령되어야 함을 입증하는 급박한 경우에는 통지, 심문 없이 명령을 발령하는 절차를 두어야 하고 특히 급박한 경우 이에 관한 신청인의 주장·입증에 관한 진실성을 담보하는 제도적 장치(예컨대 신청인이 공정증서 또는 사서인증서를 제출하면서 진실임을 확인하고 나중에 진실이 아님이 밝혀진 경우 제출한 담보가 피신청인의 추가 입증 없이도 손해배상의 담보로 충당되도록 하는 것²³²)를 두어야 할 것이다.

또한 피신청인에 대한 통지, 심문 없이 임시 제지명령이 발령되는 경우 짧은 기간(예컨대 미국법상 14일) 동안 그 효력이 유지되며, 신청인이 그 기간까지 가처분신청을 하지 않는 경우 곧바로 그 효력이 폐지되며(다만 신청인이 상당한 이유가 있음을 밝히거나 피신청

232) 미국법상 선서진술서에는 거짓진술에 관하여 위증죄로 처벌받겠다고 기재되어 있고 실제로 연방법상 일반 위증은 중범죄로서 최대 5년까지 징역형에 처해 질 수 있다.

인의 동의가 있는 경우 효력기간이 연장되도록 함), 임시 제지명령 결정을 수령한 피신청인이 이의를 신청하는 경우 심문기일을 개최하여야 할 것이다.

신청인이 명령을 신청할 때 기본적으로 부당한 명령이 발령되어 피신청인이 입을 수 있는 손해를 담보할 수 있는 담보액을 법원에 제출하도록 하되, 신청인이 공무원 또는 행정기관이거나 특별한 사정을 소명하는 경우 법원이 담보 제공을 면제하거나 감액하는 재량을 갖도록 한다.

마지막으로 임시 제지명령을 발령하는 경우 그 자체에 대한 현재 가처분제도상 집행방법은 간접강제 결정뿐이고 특히 임시 제지명령의 본질 내지 속성상 급박한 사정 하에 이루어지며 그 효력이 단기간이어서 반드시 이행될 필요가 있는 점 등을 고려하여 원칙적으로 임시 제지명령과 간접강제 결정을 동시에 발령하여야 할 것이다. 그러나 본질적으로는 미국법과 마찬가지로 임시 제지명령에 대한 위반도 법원 모욕제도를 통한 사전 억제수단에 의해야 할 것이다.

결론적으로 임시 제지명령을 도입하는 경우 사안에 따라 신속한 결정이 요구되는 경우에는 심지어 신청인의 일방 신청에 의하여(피신청인에 대한 통지, 심문 없이) 발령이 가능한 임시 제지명령을 내리고 예비적 명령을 선고하며, 그렇지 않은 경우 정식 심문을 거쳐 가처분 명령을 내리는 등 사건의 내용과 가처분 양 당사자의 이익교량 등을 고려하여 적절한 구제책을 마련될 수 있을 것으로 보인다.

적어도 현행 임시지위가처분제도처럼 아예 신청인에게 피해가 발생하는 것을 구제할 수 없음은 제도적 하자라고 할 것인바, 위와 같은 신청인을 구제할 수 있는 미국의 임시 제지명령 제도 자체가 없는 것은 큰 문제라고 할 것이다. 따라서 위와 같은 상황에 대비하고 신청인을 효과적으로 구제하면서도 피신청인에 대한 절차에도 소홀

하지 않는 미국의 임시 제지명령 제도의 도입이 필요하다고 본다.

제4절 독일의 가처분 실효성 확보 제도

I. 연구의 범위

가처분의 실효성을 높이는 방안을 마련하기 위하여 독일의 제도를 소개하는 것이 이 연구의 목적인데, 다툼의 대상에 관한 가처분의 실효성은 그다지 문제가 되지 않는다. 임시의 지위를 정하는 가처분의 경우에도 이사의 직무집행정지가처분이나 직무대행자선임가처분 처럼 형성적 가처분은 집행의 문제가 생기지 않으므로 역시 실효성의 문제가 없다. 임시의 지위를 정하는 가처분이 금전의 지급 등을 명하는 경우, 예를 들어 양육비를 임시로 지급할 것을 명하는 경우에도 금전집행의 방법에 따르므로 실효성의 문제가 특별히 발생하지 않는다. 물건을 임시로 인도할 것을 명하는 가처분도 마찬가지로 특정물의 인도청구권의 집행에 따라 집행되고 실효성의 문제도 거의 생각할 수 없다. 집행방법이 대체집행인 경우에도 특별히 실효성의 문제를 생각할 수 없다. 굳이 말하자면 채무자에게서 대체집행의 비용을 현실적으로 받아내지 못하는 경우가 있겠으나, 이것은 민사집행법의 제도를 바꾼다고 하여 해결되는 것이 아니다. 그렇다면 남는 것은 집행방법이 간접강제인 가처분뿐이다. 바꾸어 말하면 가처분의 실효성을 높이기 위한 제도 연구의 대상은 간접강제뿐인 것이다.

가처분의 실효성과 관련하여 문제가 되는 것 가운데 하나이자 가장 심각한 문제인 것이 바로 ‘가처분 주문이 특정되지 않아서 생기

는 문제'이다. 가처분의 주문이 특정되지 않는 문제, 보다 근본적으로 판결을 포함한 집행권원의 주문이 특정되지 않는 문제는 대체로 부작위를 명하는 집행권원의 경우에 나타난다. 이 점에서도 가처분의 실효성을 높이기 위하여 연구하여야 할 것이 간접강제 제도라는 것을 알 수 있다.

그런데 간접강제 제도는 가처분의 집행, 곧 보전집행에만 적용되는 것이 아니고, 판결, 지급명령, 판결과 같은 효력이 있는 조서, 집행증서 등의 집행권원의 강제집행, 곧 본집행에도 관련된다. 보다 정확히 말하면, 강제집행제도는 본집행을 위하여 만들어진 것인데 보전집행에 준용되는 것이다.²³³⁾ 보전집행에 강제집행의 제도가 준용되는 것은 간접강제의 경우만이 아니고 금전채권의 집행이나 특정물의 인도집행, 대체집행 등 다른 집행의 경우에도 마찬가지이다.

가압류집행이나 처분금지가처분 등 다툼의 대상이 되는 가처분의 집행의 경우에는 압류 단계만 실행하고 현금화와 만족의 단계를 실행하지 않는다는 점에서 본집행과 차이가 나지만, 오히려 간접강제로 집행하는 가처분의 경우는 본집행과 차이가 없다.²³⁴⁾ 따라서 간접강제 제도의 연구는 가처분의 집행만이 아니고 판결 등의 집행권원에 터 잡은 본집행의 실효성을 높이기 위한 것이라 할 수 있겠다. 아래에서는 특별히 가처분의 집행에 한정하지 않고 독일의 간접강제 제도를 소개한다. 간접강제 제도가 본집행에 관하여 규정된 것이다 보니 아무래도 독일의 문헌도 본집행에 관하여 제도를 서술한다. 이 글에서도 서술의 편의상 본집행의 경우를 기준으로 적는다.

233) 독일 민사소송법 제928조, 제936조. 우리 민사집행법 역시 보전처분의 집행에 강제집행의 규정을 준용한다(제291조, 제301조).

234) 금전의 지급이나 물건의 인도를 명하는 단행적 가처분의 집행도 본집행과 차이가 없다. 그런 점에서 임시의 지위를 정하는 가처분의 집행은 본집행과 차이가 없다고 할 수도 있겠다.

아래에서는 우선 독일의 간접강제 제도를 소개하고, 이어서 우리나라 민사집행법의 간접강제 제도와 비교한 후 개선안을 제시한다.

II. 독일 민사소송법의 간접강제 제도

독일 민사소송법 제8편 강제집행편과 우리 민사집행법을 비교할 때 확연하게 다른 점은, 부작위 또는 수인을 명하는 집행권원의 집행을 작위를 명하는 집행권원의 집행과 구별하여 각각 간접강제 규정을 두었다는 것이다. 주지하다시피 우리 민사집행법은 간접강제에 대하여 조문 하나만을 두었고(제261조), 이 조문의 내용은 작위를 명하는 집행권원의 집행에 맞추어져 있다. 부작위를 명하는 집행권원의 강제집행은 사실 제261조의 문언에는 맞지 않으나, 어쩔 수 없이 이에 따라 이루어진다.

그 밖에 간접강제의 방법으로 감치를 규정한 점도 우리 민사집행법과 독일 민사소송법 제8편의 두드러진 차이이다. 마지막으로 민사집행법 제261조와 유사한 독일 민사소송법 제888조 작위를 명하는 집행권원의 강제집행도 강제금의 성격이 우리나라와 경우와 다르다.

1. 작위를 명하는 집행권원을 집행하기 위한 간접강제

(1) 독일 민사소송법의 규정

제888조

① 제3자가 어떤 행위를 대신할 수 없고 그 행위가 전적으로 채무자의 의사에 달려 있는 때에는 제1심 수소법원은 신청에 따라 채무

자에게 강제금과 강제금을 징수할 수 없는 경우의 강제감치를 정하거나 강제감치에 처하여 그 행위를 하도록 하는 재판을 한다. 개별 강제금은 25,000유로를 넘을 수 없다. 강제감치에는 제2장의 감치에 관한 조문이 준용된다.

② 강제방법은 예고하지 아니한다.

③ 위 각 조문은 고용계약에 터 잡은 의무의 이행을 명하는 경우에는 적용하지 아니한다.²³⁵⁾

235) 원문은 다음과 같다.

§ 888 Nicht vertretbare Handlungen

- (1) Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von 25 000 Euro nicht übersteigen. Für die Zwangshaft gelten die Vorschriften des Zweiten Abschnitts über die Haft entsprechend.
- (2) Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt.
- (3) Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.

이 조문을 읽을 때 유의할 점이 몇 가지 있다. 첫째, Haft를 감치라고 번역하였다. 이를 구류[주석 민사집행법/황진구, 제3판, 한국사법행정학회 2012, (VI), 127면]나 구금[김형석, 강제이행, 서울대학교 법학, 제46권 제4호, 259면]이라고 번역한 예가 있는데, 구류는 형법의 용어로 형벌의 일종이라는 점에서 적절하지 않다고 생각한다. 뒤에 서술하겠지만 Zwangshaft는 형벌이 아니다. 그리고 설사 제재의 성격이 있다고 하더라도(Ordnungshaft) 민사집행을 위한 조치에 형벌의 이름을 붙인다는 것도 적절하지 않다고 본다. 구금도 비슷한 이유로 적절하지 않다고 생각된다. 감치라는 용어를 선택한 것은, 우리 민사소송법 제311조 불출석 증인에 대한 제재인 Haft, 민사집행법 제68조 재산명시기일에 불출석하거나 재산목록의 제출이나 선서를 거부한 채무자에 대한 Haft를 감치라고 하기 때문이다(제311조). 둘째, 제1항 제1문에 durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft라고 되어 있어 같은 말을 반복한 것이 아닌가 하고 생각할 수 있다. 그런데 여기서 앞의 durch Zwangshaft는 그 앞 부분의 Zwangsgeld에 이어지는 부분이고, 뒤의 durch Zwangshaft는 앞의 Zwangsgeld와 Zwangshaft 전체에 대비되는 것으로서 양자택일 관계에 놓인 것이다. 바꾸어 말하면, 제1항 제1문은 제1심 수소법원에 간접강제의 방법으로 ‘durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann’과 ‘durch Zwangshaft’이라는 두 가지 가능성을 주는 것이다. 앞의 가능성의 ‘Zwangshaft’는 Zwangsgeld를 부과하면서 그것을 받아내지 못할 경우를 대비하여

(2) 제888조의 입법 목적

제888조는 채무자만이 할 수 있는 행위를 목적으로 하는 청구권을 직접 실현하기 위한 제도를 규정한다. 이 제도 덕분에 대체할 수 없는 작위를 목적으로 하는 채권을 가진 사람은 채권의 원래 내용인 급부를 강제적으로 실현시킬 방법을 가지게 된다. 독일의 강제집행법은 사람의 신체에 직접 강제를 가할 수 없다는 사상을 기초로 하므로, 채무자가 작위의무를 이행하겠다는 결심을 하도록 하기 위하여서는 채무자에게 특정한 법적 불이익을 가하겠다고 협박하고 경우에 따라 실제로 불이익을 가하는 방법을 사용할 수밖에 없다. 강제집행방법이 채무자의 의사에 강제를 가하는 방법이므로, 작위의무의 이행이 전적으로 채무자의 의사에 달려있는 경우 외에는 강제로 집행할 수 없다.²³⁶⁾

(3) 간접강제의 요건

대체할 수 없는 작위의 강제집행은 제888조의 요건이 갖추어졌을 때에만 할 수 있다. 그렇지 않으면 채권자는 제893조²³⁷⁾에 따라

대체방법인 Zwangshaft를 한꺼번에 정하여 두는 것이다(그래서 독일 문헌에서는 이 Zwangshaft를 Ersatzhaft라고 부르기도 한다). 뒤의 가능성은 채무자를 처음부터 강제감치에 처하는 것이다. 곧 강제금에 대한 보충적인 성격의 강제감치가 아니고 강제감치 자체가 간접강제의 수단인 경우이다. 셋째, 제1항 제3문의 ‘제2장’은 최근 개정된 독일 민사소송법 제8편 강제집행 제2장을 뜻한다. 이전에는 ‘제4장’이었는데, 최근 개정에서 독일 민사소송법 제8편 강제집행 제4장이 전체 삭제되었다. 독일 민사소송법 주요 주석서, 주요 교과서가 대개 이 개정 전에 출간되어서 아직 이전의 제4장을 기준으로 서술한 것이 많다. 넷째, 제2항의 ‘예고’는 우리 민사집행법에는 없는 것으로, 뒤에 나올 부작위 또는 수인을 명하는 집행권원의 간접강제와 관련하여 이해하여야 한다.

236) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Gruber, 3. Aufl., München 2007, Bd. 2, § 888 Rn. 1; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2010, § 71 Rn. 2.

(이행)이익을 청구하는 소를 제기할 수 있을 뿐이다. 곧 원래의 급부 내용 대신 금전의 지급을 청구할 수밖에 없다.²³⁸⁾

가. 대체할 수 없는 작위를 목적으로 하는 집행권원일 것

① 채무자의 의무는 대체할 수 없는 작위를 목적으로 하는 것이어야 한다. 즉 제3자가 대신할 수 없는 것이어야 한다. 어떤 행위가 대체할 수 있는 것인지 여부는 그 행위가 채권자에게 가지는 법적, 경제적 중요성을 기준으로 삼아 판단하는데, 채무자 자신이 행위를 한다는 것이 중요한 경우이다.²³⁹⁾ 제3자가 그 행위를 하는 것이 사실적 또는 법적 이유로 불가능할 수도 있고 그저 경제적인 이유로 제3자의 행위와 채무자 자신의 행위의 가치가 같지 않을 수도 있다.

237) 채권자는 대체집행과 간접강제로 작위 또는 부작위채무의 원래 내용을 강제로 실현시킬 수도 있지만, 채권자가 의무의 이행 대신 이행이익, 곧 손해배상을 청구할 권리도 있다. 제893조는 채무자의 행위를 강제하는 집행 제도가 있어도 채권자가 강제집행 대신 손해배상을 청구할 수도 있음을 명시한다. 내용은 다음과 같다.

제893조 이행이익의 지급을 구하는 소

(1) 채권자가 이행이익의 지급을 청구할 권리는 이 장의 조문에 영향을 받지 아니한다.

(2) 채권자는 제1심 수소법원에 이행이익의 지급을 구하는 소를 제기할 수 있다. 원문은 다음과 같다.

§ 893 Klage auf Leistung des Interesses

(1) Durch die Vorschriften dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesses zu verlangen.

(2) Den Anspruch auf Leistung des Interesses hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen.

238) Stein/Jonas/Brehm, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Bd. 8, Tübingen 2004, § 888 Rn. 1.

239) 반대로 대체집행은 채권자에게 있어 채무자 자신이 행위를 하든, 다른 사람이 하든 행위의 가치에 영향이 없는 경우의 집행방법이다. MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 887 Rn. 9; Schneider, Egon, Probleme der Handlungsvollstreckung nach § 887 ZPO, MDR 1975, S. 279. 그러나 여러 가지 다양한 방법으로 채무자가 이루어야 할 결과를 가져올 수 있고 이런 면에서 채무자에게 자유가 있다는 것은 그 행위를 제3자가 대신할 수 있다는 뜻은 아니다. 대체집행의 비용이 채무자 스스로가 의무를 이행할 때보다 높다고 하더라도 대체집행할 수 있다.

가처분의 실효성 보완 방안

어쨌든 이러한 경우에 집행권원상의 작위의무를 제3자가 대신 이행할 수 없다.

② 제888조가 적용되는 경우로 채무자의 특별한 지식이 문제가 되는 경우가 있다. 이에 속하는 것으로 회계장부의 작성의무²⁴⁰⁾, 증명서의 발급²⁴¹⁾, 고용관계서류의 작성²⁴²⁾, 가게의 운영²⁴³⁾, 법률행위를 공동으로 하여야 할 때 협력할 의무²⁴⁴⁾ 등이 있다. 그 밖에도 채무자만이 할 수 있는 행위에는 채권자를 채무자의 사업장에서 (계속) 근로하게 할 의무²⁴⁵⁾, 언론법이나 가처분에 따른 반론보도²⁴⁶⁾, 제3자를 피고로 하여 특정한 소를 제기할 의무²⁴⁷⁾ 등 매우 다양한

240) BGHZ 49, 11, 15; OLG Celle NJW-RR 2005, 1374; MDR 1998, 923; OLG Köln InVo 2005, 424; MDR 2002, 294; OLG Frankfurt InVo 2003, 445; NJW-RR 1992, 171; OLG Thüringen InVo 2002, 66; OLG Hamm NJW 2001, 1870; OLG Köln BauR 2001, 1788; OLG Bremen JZ 2000, 314 등.

241) BAG NJW 2005, 460; LAG Düsseldorf MDR 2004, 651; Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005, § 887 Rn. 17; Schuschke/Walker, Zwangsvollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2001, § 887 Rn. 7.

242) 독일에서 Arbeitspapiere는 근로자가 고용되면 사용자에게 제출하여야 하는 서류 전체를 가리키는 용어이다. 처음 고용되었을 때 제출하지만, 기재사항에 변화가 있으면 다시 제출하여야 한다. 그런데 Arbeitspapieresms 근로자가 퇴직할 때 사용자가 발급하는 증명서를 가리키기도 한다. LAG Thüringen BB 2001, 943; LAG Düsseldorf MDR 1990, 1044; Müller, Die Eintragung des Arbeitgebers in die Arbeitspapiere und ihre Berichtigung, DB 1973, S. 572; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 67. Aufl., München 2009, § 887 Rn. 42.

243) OLG Düsseldorf GuT 2004, 17; InVo 1997, 245; OLG Hamburg WoM 2003, 641; OLGR Celle 2002, 257; OLG Hamm NJW 1973, 1135.

244) 사실행위(그 자체로는 대체할 수 있는 행위이지만)가 제3자의 협력에 좌우될 때에 대하여 BayObLG NJW-RR 1989, 462.

245) LAG München BB 1994, 1083; LAG Berlin NZA 1986, 36. 집행권원의 주문이 '똑같은 조건 아래에서'라고 하더라도 적어도 사실관계나 판결이유에 본질적인 근로조건을 표시하여야 한다(해석). LAG Schleswig-Holstein NZA 1987, 323. 반대의견은 그런 주문은 불특정이라고 한다. LAG Rheinland-Pfalz NZA 1986, 196; LAG Hamm NZA 1990, 327.

246) OLG Köln OLGZ 1969, 378 f = NJW 1969, 755.

247) 예컨대 혼인생활을 방해하는 사람에 대하여 부동산 명도의 소를 제기하는 경우.

사례가 있다.²⁴⁸⁾

작위를 할 장소가 어디든지 상관없다. 채무자의 주소가 외국에 있어도, 외국에서 작위를 하도록 명하는 집행권원이라도 제888조에 따라 강제집행할 수 있다. 이 강제집행은 외국의 주권을 침해하는 것이 아니다. 강제력은 국내의 국가권력의 한계 안에서 채무자에 대하여 행사되는 것이기 때문이다.²⁴⁹⁾

③ 제890조에 따라 강제집행되는 경우와의 구별 문제 - 집행권원상의 채무자의 의무가 제890조의 의미의 부작위에 대한 것인지, 대체할 수 없는 작위에 대한 것인지 판단하기 어려운 경우가 있다. 이것을 구별하기 위한 기준은 집행권원의 주문이 긍정적이거나 부정적인 표현을 사용하였다는 것이 아니고 집행권원을 해석하여 그 사건에서 부작위명령 또는 작위명령이 내려졌는지 알아내는 것이다.²⁵⁰⁾ 집행권원에 부작위명령과 작위명령이 모두 포함되어 있으면 의무의 중점이 어디에 있는지가 중요하다.²⁵¹⁾ 방해배제청구권²⁵²⁾도 개별

248) 본문에 적은 것 외의 다양한 예는 Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 5 참조.

249) OLGR Hamburg 2005, 666; OLG Köln IPRax 2003, 446; OLG Köln FamRZ 2002, 895.

250) OLGR Saarbrücken 2004, 640; NJW-RR 2001, 163; OLG Zweibrücken ZMR 2004, 268.

251) BayObLG NZM 1999, 769(차고 진입로에 채무자나 채무자의 방문객이 주차하지 말아야 할 의무); OLG Köln OLGZ 1994, 599.

252) 독일 민법 제1004조 제1항.

소유권이 점유의 박탈이나 반환하지 않는 것 이외의 방법으로 침해되면 소유자는 방해자에게 방해의 배제를 청구할 수 있다. 방해가 더 있을 것이라고 우려될 때 소유자는 부작위를 구하는 소를 제기할 수 있다.

원문은 다음과 같다.

§ 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

가처분의 실효성 보완 방안

경우에 방해물 작위로만 제거할 수 있는 경우에는 제887조에 따른 대체집행이나 제888조에 따른 간접강제로 집행할 수 있다.²⁵³⁾

반면 채무자 스스로가 방해를 중단하고 동시에 다른 사람이 방해행위를 하는 것도 막을 것을 명하는 집행권원은 모두 제890조에 따라 강제집행된다. 예컨대 특정한 지역을 자동차로 운행하지 않을 의무는 제3자가 자동차로 그 지역을 운행하는 것을 막을 의무도 포함된다. 소유자가 그것을 하지 않으면 제890조에 따라 질서금이나 질서감치를 명할 수 있다.²⁵⁴⁾

④ 제894조²⁵⁵⁾에 따라 강제집행되는 경우와의 구별 - 제894조가 적용되는 영역에서는 오로지 이 조문에 따라서만 강제집행된다. 일반적으로 부동산의 소유권 이전이나 부동산등기법상의 다른 등기를 위한 의사표시가 필요한 경우에는 이 조문이 배타적으로 적용된다.

집행권원의 주문이 내용이 확실하게 정하여진 의사표시를 대상으로 할 때에만 제894조에 따라 강제집행된다. 의사표시의 내용이 특정되지 않으면 제888조에 따라서도 집행할 수 없다.²⁵⁶⁾ 채무자가 법원에 허가된 변호사에게 소송대리권을 수여할 것에 대한 청구권은 제888조에 따라(대체할 수 없는 작위이기 때문에 제887조에 따라

253) OLGR Saarbrücken 2004, 640; OLG Bamberg NJW-RR 2000, 358.

254) BGH NJW-RR 2003, 1235.

255) 제894조 의사표시의 의제

채무자에게 의사표시를 할 것을 명하는 판결은 확정되면 의사표시를 한 것으로 본다. 의사표시에 대한 반대급부가 있으면 제726조와 제730조에 따라 집행문을 받으면 이 효과가 생긴다.

§ 894 Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Vorschriften der §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist.

256) OLG Karlsruhe Rpfleger 2005, 95는 반대(외국의 등기부에 공동소유자로 등기하는 데 “필요한 의사표시”를 할 것을 명한 경우).

대체집행할 수 없다) 집행된다.²⁵⁷⁾ 의사표시를 할 의무가 아니고 공증할 의무도 제888조에 따라 강제집행된다.²⁵⁸⁾

다수설에 따르면 다른 행위 —예컨대 어음이나 증서에 서명하는 것— 와 결합된 의사표시를 제3자에게 대리시킬 수 있는 경우에도 제888조에 따라 강제집행할 수 있고,²⁵⁹⁾ 사원의 투표권 행사도 그러하다.

의사를 진술할 의무가 소송상 화해에 포함되어 있으면 제894조에 따라 강제집행할 수 없다. 이것은 제887조에 따라 대체집행할 수도 없고 제888조에 따라 강제집행된다.²⁶⁰⁾ 그 밖에 — 제888조에 따라 강제집행할 수 있지만 — 소송상 화해에 터 잡아 의사의 진술을 할 것을 구하는 소를 제기할 수도 있다.²⁶¹⁾

⑤ 통설에 따르면 (명예훼손적인) 사실주장의 철회도 제888조에 따라 강제집행된다.²⁶²⁾ 이전의 주장을 철회하는 것은 다른 사람이

257) BGH NJW 1995, 463(예전에는 독일에서 변호사들이 특정 법원에서 소송을 수행할 수 있다는 허가를 받아야 하였다. 한 변호사가 LG, OLG, BGH 등 여러 급의 법원에 허가를 받는 수도 있었다. 지금은 LG, OLG에 대한 허가제도가 폐지되었다). 그런데 Peters, *Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen*, AcP 156(1957), S. 311 ff는 사원총회에서 투표권을 행사하는 경우에 대체집행할 수 있다고 한다.

258) BayObLG NJW-RR, 1997, 1015.

259) RGZ 156, 164, 170.

260) BGH NJW 1986, 2704; OLG Hamm NJW 1956, 918; MDR 1965, 584; OLG Köln NJW 1959, 634; MDR 1975, 586. OLG Bamberg MDR 1983, 499; LG Koblenz DGVZ 1986, 43; Schuschke/Walker, a.a.O., § 888 Rn. 4. Thomas/Putzo, *Zivilprozessordnung*, 33. Aufl., München 2012, § 894 Rn. 3; Jauernig/Hesse, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 23. Aufl., München 2010, § 28 Rn. 2.

261) BGHZ 98, 127 = NJW 1986, 2704.

262) BGHZ 37, 187, 189; OLG Celle InVo 2002, 301; OLG Frankfurt MDR 1998, 986; OLG Köln, MDR 1992, 184; OLG Zweibrücken, NJW 1991, 304; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 887 Rn. 40; Musielak, a.a.O., § 894 Rn. 5; Schuschke/Walker, a.a.O., § 887 Rn. 2; Thomas/Putzo, a.a.O., § 894 Rn. 5; Brox/Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 7. Aufl., Köln 2003, Rn. 1077.

가처분의 실효성 보완 방안

대신 할 수 없으므로 대체할 수 없는 작위이다. 철회는 이전의 주장과 거리를 둔다는 것을 명백히 표현하여야 하므로,²⁶³⁾ 채권자는 판결의 공표(제887조에 따라 대체집행할 수 있는) 외에 간접강제도 이용할 수 있다.²⁶⁴⁾ 제894를 준용하자는 견해도 있는데,²⁶⁵⁾ 이에 반대하는 견해는 제894조의 의사의 진술의 의제로는 채권자의 이익을 충분히 보호하지 못한다고 한다.²⁶⁶⁾ 집행력 있는 철회판결 대신 제256조²⁶⁷⁾에 따른 확인판결을 받고 채권자가 공표하기로 하는 방

263) Ritter, Falco L, Zum Widerruf einer Tatsachenbehauptung, ZJP 84, S. 163.

264) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 5. 그러나 Ritter, a.a.O., S. 170 ff.는 반대.

265) OLG Frankfurt JZ 1974, 62; OLG Karlsruhe OLGZ 1985, 125; OLG Hamm NJW-RR 1992, 634 = OLGZ 1992, 64; Helle, Ernst, Das Urteil auf Widerruf einer verletzenden Behauptung und seine Vollstreckung, NJW 1963, S. 129; Röttemann, Wilhelm, Persönlichkeitsrechte, insbesondere der Widerruf ehrenrühriger Behauptungen, NJW 1971, S. 1636; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 41.4.

266) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 10; Ritter, a.a.O., S. 173 f.

267) 독일 민사소송법에는 확인의 소에 대한 조문이 있다. 독일 민사소송법이 제정된 19세기 말에는 확인의 소라는 형태가 허용된다는 것을 명문으로 규정할 필요가 있었으나 우리 민사소송법은 확인의 소가 당연히 인정되는 것이라고 생각하여 별도의 조문을 두지 않았다. 증서진부확인 소는 사실의 확인을 위한 소이기 때문에 명문의 규정이 없으면 부적법하다. 그래서 우리 민사소송법은 제250조에 증서의 진부의 확인을 구하는 소만을 규정하였다.

제256조 확인의 소

(1) 법률관계나 증서의 진부가 법원의 판결로 즉시 확정되는 데에 원고가 법률상의 이익을 가지면 법률관계의 성립 또는 불성립, 증서의 승인이나 그 부진정의 확인의 구하는 소를 제기할 수 있다.

(2) 소송 도중에 법률분쟁의 재판 전부 또는 일부를 좌우할 법률관계의 존재 또는 부존재에 대하여 다툼이 생기면 판결을 선고하는 구술변론의 종결시까지 원고는 청구취지의 확장으로, 피고는 반소의 제기로 그 법률관계의 확인을 구할 수 있다.

§ 256 Feststellungsklage

(1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

법도 현행법상 불가능하다.²⁶⁸⁾

⑥ 채무자가 의무를 이행하였다는 항변은 제888조에 따른 절차에서 심사한다. 의무가 이행되었다는 것에 대하여 다툼이 없으면 제888조에 따른 강제집행의 요건이 갖추어지지 않은 것이다. BGH는 채권자가 의무의 이행 자체를 다투거나 채무의 내용에 따른 이행이 아니라고 주장할 때 제888조에 따른 절차에서 이 항변을 심리하여야 한다고 한다.²⁶⁹⁾ 이에 반대하는 견해는 이행이 실체법적인 항변으로서 제767조²⁷⁰⁾에 따른 청구이의의 소의 대상이라고 한다. BGH

(2) Bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

268) Leipold, Dieter, Wirksamer Ehrenschatz durch gerichtliche Feststellung von Tatsachen, ZJP 84, S. 150; BGHZ 68, 331, 336.

269) BGHZ 161, 67 = NJW 2005, 367. 이 판례는 대체집행에 관한 것이다. 그러나 이 원칙은 간접강제의 경우에도 적용된다. MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 11

270) 제767조 청구이의의 소

(1) 채무자는 판결로 확정된 청구권 자체에 관한 항변을 제1심 수소법원에 소로써 주장하여야 한다.

(2) 청구이의의 소는 이 법률의 규정에 따라 마지막으로 주장될 수 있었을 구술변론의 종결 후에 생긴 것으로서 이의(결석판결에 대한 이의. 우리 민사소송법에는 없다)로써 주장할 수 없는 사유에 터 잡은 것일 때에만 적법하다.

(3) 채무자가 소를 제기한 시점에 주장할 수 있는 모든 항변을 동시에 주장하여야 한다.

원문은 다음과 같다.

§ 767 Vollstreckungsabwehrklage

(1) Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen.

(2) Sie sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

가처분의 실효성 보완 방안

가 이행의 항변을 제888조 제1항의 절차뿐만 아니라 청구이의의 소로써도 주장할 수 있도록 하였기 때문에 소송경제에 반하는 이중심리가 이루어질 수도 있고 집행채권자와 채무자의 관계에서 위험이 부당하게 이전된다고 한다.²⁷¹⁾ BGH는 작위가 아직 행하여지지 않았다는 것이 간접강제결정의 사실상의 요건이라고 하고, 채무가 이행되지 않았다는 것의 주장책임과 입증책임을 채권자가 진다고 한다. 그러나 반대설은 청구이의의 소에서는 채무자가 주장책임과 입증책임을 지는 것과 모순된다는 점을 지적하고, 또 증거조사 후에도 이행 여부가 진위불명이면 실체법의 원칙에 따라 채무자가 입증책임을 져야 한다는 것을 강조한다.

어쨌든 채무자는 —간접강제결정이 신청되었는지, 이미 선고되었는지 또는 신청이 기각되었는지와 관계없이— 실체법적인 이행의 항변을 제767조에 따라 문제 삼을 수 있다.²⁷²⁾ 이행의 항변을 이미 제888조에 따른 절차에서 하더라도 청구이의의 소의 권리보호이익이 없어지지 않는다.²⁷³⁾

반대로 채권자가 (불)이행의 문제를 재심사하도록 할 수 있는냐의 문제가 있다. 원칙적으로 제888조에 따른 결정은 기판력이 있다. 똑같은 신청을 다시 하는 것은 상황이 바뀌었을 때에만 적법하다.²⁷⁴⁾ 결국 강제집행신청이 채무자가 의무를 이행하였기 때문에 기각되면 채권자가 집행을 다시 신청하여 성공할 가능성이 없다. 제888조 제1

(3) Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war.

271) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 887 Rn. 17.

272) BGH NJW 1993, 1394, 1395 f; NJW 1995, 3189, 3190.

273) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 887 Rn. 19. 이에 대하여 Kannowski/Distler, Der Erfüllungseinwand im Vollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO, NJW 2005, 867 f는 의문을 제기한다.

274) OLG Zweibrücken InVo 1997, 20.

항의 사실적인 요건 —“의무가 이행되지 않았을 것”— 에 대하여 기판력 있는 재판이 있기 때문이다.²⁷⁵⁾

정보제공의무에서 채무자의 정보가 집행권원상의 의무를 만족시키는지, 따라서 채무자에 대하여 강제방법을 이용할 수 없는지의 문제를 판단하는 데 있어 원칙적으로 정보가 옳고 포괄적인지 여부는 관계없다. 그러나 정보에 흠이 있음을 명백히 알 수 있고 이미 채무자의 진술에서 이미 채권자에게 준 정보가 전부가 아니라는 것이 드러나는 경우에는 그렇지 않다.²⁷⁶⁾

⑦ 불능의 항변 - 제888조는 전적으로 채무자의 의사에 달린, 대체적 작위를 강제집행하는 것이다. 따라서 채무자가 대체할 수 없는 행위를 하는 것이 지속적으로 객관적 또는 주관적으로 불가능하면 (불가능하게 되었으면) 제888조에 따라 강제집행할 수 없다.²⁷⁷⁾ 채무자는 불능을 제767조에 따른 청구이의의 소뿐만 아니라 제888조에 따른 절차에서도 주장할 수 있다. 다수설에 따르면 채권자는 우선 작위의 가능성을 (통틀어서) 주장하여야 한다. 이를 다투는 채무

275) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 887 Rn. 20. Schuschke, Winfried, Beweisführungslast und Beweislastprobleme im Zuge der Geltendmachung des Erfüllungseinwandes im Vollstreckungsverfahren nach §§ 887, 888 ZPO, InVo 2006, S. 398은 집행절차에서 실체법에 따른 변제를 기판력 있게 확정할 수 없다는 이유로 반대한다. 그러나 이 주장은 옳지 않다. 기판력은 ‘변제’에 대하여서가 아니고, ‘어떤 사실관계에 터 잡아 집행권원에 따른 간접강제를 명하여 달라는 신청’에 대하여 생긴다. 간접강제 신청이 기각된 뒤에 채권자가 같은 사실관계에 터 잡아 다시 같은 신청을 하면 기판력에 저촉된다. 다른 신청(청구이의의 소 등)의 근거로 변제사실이 주장된다 하여도 그 ‘사실’ 자체에 기판력이 인정되는 것은 아니다. 기판력이 인정되는 대상은 ‘신청 = 절차의 심판대상(판결절차에서는 소송물)’이기 때문이다.

276) OLG Koblenz FamRZ 2005, 394; OLG Hamburg NJW-RR 2002, 1291; OLG Oldenburg FamRZ 1992, 1104 f. 그 밖에 이런 경우에는 실체법상 정보의 보충에 대한 청구권이 있다.

277) OLG Jena InVo 2003, 85; LAG Köln NZA-RR 2002, 214(취로청구권에서 일 자리가 없어진 경우); OLG Celle MDR 1998, 923; OLG Hamm FamRZ 1997, 1094; LAG Köln NJW-RR 1996, 108 f; OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 171 f;

가처분의 실효성 보완 방안

자는 왜 작위를 하는 것이 불가능한지를 구체적으로 주장하여야 한다.²⁷⁸⁾ 이 한도에서 주장책임과 입증책임은 채무자가 진다. 증거조사 후에도 이행불능이 진위불명이면 —불능의 항변을 채무자가 증명하게 하는 실체법의 원칙에 따라— 제888조에 따른 절차에서 채무자가 입증책임을 진다.²⁷⁹⁾

일시적인 불능의 경우에도 작위는 채무자의 의사에 전적으로 달려 있다고 할 수 없다. 그래서 제888조 제1항에 따른 강제집행은 잠정적으로 부적법하다. 채무자는 의무를 이행하는 데 필요한 비용을 지출할 수 없기 때문에 현재 이무를 이행할 수 없다고 주장할 수도 있다. 이 경우에 채무자가 자력이 없고 금전을 —대출을 통하여— 마련할 수도 없으며 채권자가 비용을 선급하여 주지도 않는다면 작위는 전적으로 채무자의 의사에 달려 있는 것이 아니다.²⁸⁰⁾

제888조 제1항에 따라 집행할 수 없는 경우 가운데 채무자의 작위가 제3자의 협력에 달려 있는 때가 특히 중요하다.²⁸¹⁾ 제3자(들)의 협력을 얻을 수 없다는 것이 처음부터 확실하면 제888조 제1항에 따라 강제집행할 수 없다.²⁸²⁾ 반대로 제3자의 협력을 얻을 수 있다는 것이 보장되면 —제3자의 법적 의무는 없을 수도 있다— 강제조치를 적용할 수 있다.²⁸³⁾ 협력을 얻을 수 있을지 불확실하면 채무자는 제3자의 협력을 얻어내기 위하여 그가 이용할 수 있는 사실적,

278) LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2004, 408; OLG Köln MDR 2003, 114; LAG Köln NZA-RR 2002, 214; OLG Celle MDR 1998, 923; OLG Hamm FamRZ 1997, 1094; OLGR Düsseldorf 2000, 112.

279) LAG Schleswig-Holstein LZA-RR 2004, 408; OLG Köln InVo 1996 107. 채권자가 입증책임을 진다는 견해는 OLG Hamm NJW-RR 1988, 1087; FamRZ 1997, 1094; OLG Köln MDR 2003, 114; OLGR Düsseldorf 2000, 112.

280) OLG Hamm JMBINRW 1957, 200; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1078.

281) OLGR Schleswig 2005, 11; Grunsky, JuS 1973, 553

282) OLGR Köln 1994, 26; Grunsky JuS 1973, 553; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1078; Jauernig/Hesse, a.a.O., § 27 Rn. 15.

283) Musielak, a.a.O., § 888 Rn. 6; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 15.

법적 방법을 모두 사용하여야 한다.²⁸⁴⁾ 정보를 제공하는 데 필요한 정보를 채무자 자신이 아니고 제3자가 가지고 있으면 채무자는 제3자에게서 필요한 지식을 얻기 위하여 할 수 있는 것을 모두 다 하여야 한다.²⁸⁵⁾ 경우에 따라 채무자는 제3자의 협력을 강제하기 위하여 소를 제기하여야 할 수도 있다.²⁸⁶⁾

이 경우의 주장책임과 입증책임은 다투어진다. 통설에 따르면 채무자가 아니고 채권자가 주장책임과 입증책임을 진다. 그렇게 하지 않으면 채무자의 위험이 너무 커지기 때문이다.²⁸⁷⁾ 반대설은 제3자의 협력이 필요한 경우는 불능에 속하므로 주장책임과 입증책임은 채무자가 진다고 한다.²⁸⁸⁾

나. 일반적인 집행요건

제888조에 따라 강제집행하려면 일반적인 집행요건, 곧 집행권원, 집행문, 송달이라는 요건이 갖추어져야 한다.²⁸⁹⁾ 나아가 채무자에게 대체할 수 없는 작위를 강제금이나 강제감치를 통하여 강제하라는 채권자의 신청이 있어야 한다. 강제조치를 자세하게 적을 필요는 없

284) BGH NJW 1974, 2317; OLG Hamburg ZMR 2003, 863; OLG Köln NZM 2000, 1018; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 1436; OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 1767; OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 567 등.

285) OLG Köln InVo 2005, 424; OLG Frankfurt NJW-RR 97, 567; OLG Köln NJW-RR 1992, 633; BayObLG NJW 75, 740 f.

286) OLG Hamburg ZMR 2003, 863; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 1436; OLG Naumburg InVo 2003, 204; OLG Düsseldorf NZM 2002, 711.

287) Grunsky, JuS 1973, 557; Schuschke/Walker, a.a.O., § 888 Rn. 19.

288) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 16. 채무자의 입증책임에 관하여는 OLG Stuttgart JZ 2005, 277. 주장책임에 관하여 KG NZM 2002, 671; OLG Celle MDR 1998, 923; OLG Brandenburg FamRZ 1998, 178; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 888 Rn. 5.

289) LAG Rhinland-Pfalz MDR 2005, 1059 = NZA-RR 2005, 550(계속근로청구권); OLG Brandenburg FamRZ 2004, 820; OLGR Zweibrücken 2004, 324; OLGR Saarbrücken 2001, 498; LAG Düsseldorf MDR 2003, 1380.

가처분의 실효성 보완 방안

다.²⁹⁰⁾ 그러나 채권자가 제888조에 따른 집행조치를 신청한다는 것은 알 수 있어야 한다.²⁹¹⁾

법원은 제308조²⁹²⁾의 범위 안에서 채권자의 신청에 구속된다.²⁹³⁾ 그러나 채권자가 강제조치와 강제의 정도를 신청에 표시하는 경우 대개는 구속력 없는 제안일 뿐이다.²⁹⁴⁾ 채권자가 제890조에 따라 집행을 신청한 것이 잘못일 때 제888조에 따른 신청으로 바꾸어 받아들일 수 있다.²⁹⁵⁾ 상환이행의 경우에는 제726조 제2항²⁹⁶⁾과 제765조 제1항²⁹⁷⁾을 유추적용한다.²⁹⁸⁾

290) OLG Köln MDR 1982, 589.

291) OLG Köln MDR 1982, 589; OLG Hamm JurBüro 1983, 1726.

292) 처분권주의의 조문이다.

제308조 당사자의 신청에 의한 구속

(1) 법원은 당사자의 신청하지 아니한 사항에 대하여 재판할 수 없다. 특히 과실과 이자, 부채채권의 경우에도 그러하다.

(2) 법원은 소송비용을 부담할 의무에 대하여서는 당사자의 신청 없이도 재판하여야 한다.

§ 308 Bindung an die Parteianträge

(1) Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

(2) Über die Verpflichtung, die Prozesskosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.

293) Schuschke/Walker, a.a.O., § 888 Rn. 23.

294) OLG München NJW-RR 1992, 704; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 888 Rn. 9.

295) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 18; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 35.

296) 제726조 조건성취집행문

(2) 강제집행이 채권자가 채무자에게 상환으로 이행할 급부에 달려 있을 때에는 채무자가 변제를 받았거나 채권자지체에 빠졌다는 사실의 증명은 채무자의 의무가 의사표시를 하는 것일 때에만 필요하다.

§ 726 Vollstreckbare Ausfertigung bei bedingten Leistungen

(2) Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so ist der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, nur dann erforderlich, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht.

다. 제888조 제3항에 따른 적용 배제

제888조 제3항에 따라 예외적인 경우에는 대체할 수 없는 작위의 무의 강제집행이 배제된다. 그러나 혼인을 할 의무에 대한 집행권원은 이미 독일 민법 제1297조 제1항²⁹⁹⁾ 때문에 외국판결의 경우에도 생각할 수 있다. 그런데 그것은 제328조 제1항 제4호³⁰⁰⁾와 제723

297) 제756조 상환이행의무의 강제집행

- (1) 강제집행이 채권자가 채무자에게 상환으로 이행할 급부에 달려 있으면 채무자가 변제를 받았거나 채권자지체에 빠졌다는 사실이 공문서나 공증된 문서로 증명되고 이 증서가 이미 송달되거나 동시에 송달되지 아니하는 한 채권자가 채무자에게 채권자지체의 효과를 발생시킬 수 있을 방식으로 변제의 제공을 하지 않으면 집행관은 집행을 개시할 수 없다.

§ 756 Zwangsvollstreckung bei Leistung Zug um Zug

- (1) Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so darf der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nicht beginnen, bevor er dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hat, sofern nicht der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

298) MünchKomm/Gruber, a.a.O.

299) 제1297조 소구가능성, 형벌약속의 무효

- (1) 약혼의 강제이행을 구하는 소는 제기할 수 없다.

§ 1297 Unklagbarkeit, Nichtigkeit eines Strafversprechens

- (1) Aus einem Verlöbnis kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden.

300) 제328조 외국판결의 승인

- (1) 외국판결은 다음 각호에 해당하면 승인하지 아니한다:

4. 외국판결을 승인하면 독일 법의 본질적 원칙에 명백히 반하는 결과가 될 때, 특히 승인이 기본권을 침해할 때;

§ 328 Anerkennung ausländischer Urteile

- (1) Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen:

4. wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist;

가처분의 실효성 보완 방안

조³⁰¹⁾ 때문에 강제집행에 이르지 못할 것이다.

혼인생활을 형성할 의무의 경우에 강제집행을 배제하는 것은 실제로 의미가 있다. 그러나 혼인의 ‘공간적-사물적 영역’에 대한 침해를 제거할 청구권이 인정되는 경우³⁰²⁾에는 제888조에 따라 강제집행할 수 있다. 예컨대 집에서 혼인생활을 방해하는 사람을 내보내기 위하여 강제집행할 수 있다.³⁰³⁾

나아가 제888조 제3항에 따라 고용계약에 따른 노무를 제공할 의무는 강제집행할 수 없다. 그러나 이것은 제888조 제1항의 대체할 수 없는 노무의 경우에 그러하다. 대체할 수 있는 노무제공의무는 제887조에 따라 대체집행할 수 있다. 이것은 노동법의 영역에서 실제로 매우 중요하다. 제3항의 의미의 고용계약은 사무의 처리(독일 민법 제675조)를 내용으로 하는 한 독일 민법 제611조가 적용되는 모든 계약이다. 그러나 독일 민법 제631조의 도급계약은 포함되지 않는다.³⁰⁴⁾ 독일 민법 제662조의 위임의 경우에는 대체할 수 없는 노무라면 제3항이 적용된다. 계약의 유상성은 강제집행을 배제하는

301) 제723조 집행판결

- (1) 집행판결은 재판의 당부를 심리하지 아니하고 선고한다.
- (2) 집행판결은 외국법원의 판결이 이 법원에 적용되는 법에 따라 확정된 후에 비로소 선고할 수 있다. 외국판결을 제328조에 따라 승인할 수 없으면 집행판결을 선고하지 아니한다.

§ 723 Vollstreckungsurteil

- (1) Das Vollstreckungsurteil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen.
- (2) Das Vollstreckungsurteil ist erst zu erlassen, wenn das Urteil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Recht die Rechtskraft erlangt hat. Es ist nicht zu erlassen, wenn die Anerkennung des Urteils nach § 328 ausgeschlossen ist.

302) BGHZ 6, 360 = NJW 1952, 975.

303) BGHZ 6, 360, 368; OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 139; OLG Celle NJW 1980, 711, 713; Musielak, a.a.O., § 888 Rn. 3; Schuschke/Walker, a.a.O., § 888 Rn. 45.

304) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 39 ff.

데 영향이 없기 때문이다.³⁰⁵⁾ 고도로 개인적인 —예술적, 학문적— 급부의무는 제888조에 따라 강제집행할 수 없다.³⁰⁶⁾

다수설에 따르면 강제집행이 일반적 인격권을 침해할 경우에도 제888조 제3항이 준용될 수 있다. 예컨대 종교행위에 참여할 의무³⁰⁷⁾, 독일 민법 제2302조³⁰⁸⁾에 반하여 상속계약을 체결할 의무³⁰⁹⁾가 있다. 그러나 강제집행이 채권자의 인격권을 실현하는 것이고 채권자와 채무자의 이익의 이익형량이 이미 판결절차의 차원에서 이루어진 경우에는 제888조 제3항을 적용할 수 없다. 이에 따라 자가 모에게 부의 이름을 알려달라고 하는 청구권이나 부일 가능성이 있는 남자의 이름을 알려달라고 하는 청구권은 제888조 제1항에 따라 강제집행될 수 있다.³¹⁰⁾ 이러한 집행에는 제888조 제3항이 유추적용되지도 않고 —채권자의 이익을 높이 평가하여야 한다는 점에서— 모의 일반적 인격을 위헌적으로 침해하는 것이라 볼 수 없다.³¹¹⁾

305) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 71 Rn. 21 f.

306) RG JW 1893, 428; OLG Frankfurt OLG Rspr. 29, 251. 근거는 서로 다르다.

307) OLG Köln MDR 1973, 768. 독일 기본법 제4조를 근거로 든다.

308) 제2302조 무제한의 유언의 자유

사망을 원인으로 어떤 처분을 하거나 하지 아니할 의무, 취소하거나 하지 아니할 의무를 내용으로 하는 계약을 효력이 없다.

§ 2302 Unbeschränkbare Testierfreiheit

Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig.

309) OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 117.

310) OLG Hamm NJW 2001, 1870; OLG Bremen NJW 2000, 963. 반대 견해로는 LG Münster NJW 1999, 3787; LG Bremen Streit 1999, 134.

311) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 22.

가처분의 실효성 보완 방안

(4) 강제집행

가. 관할

제888조 제1항에 따른 절차는 제1심 수소법원이 관할한다.

나. 절차

간접강제결정은 채무자를 심문한 후에 결정으로 한다(제891조³¹²⁾). 구술변론은 제887조부터 제890조까지의 재판에서 임의적이다. 구술변론을 열었더라도 재판은 결정으로 한다.³¹³⁾ 기일출석통지는 제214조³¹⁴⁾에 따른다. 양 당사자에게 제78조³¹⁵⁾에 따라 변호사

312) 제891조 절차; 채무자의 심문; 비용의 재판

제887조부터 제890조에 따른 재판은 결정으로 한다. 재판 전에는 채무자를 심문하여야 한다. 비용재판에는 제91조부터 제93조, 제95조부터 제100조, 제106조, 제107조가 준용된다.

원문은 다음과 같다.

§ 891 Verfahren; Anhörung des Schuldners; Kostenentscheidung

Die nach den §§ 887 bis 890 zu erlassenden Entscheidungen ergehen durch Beschluss. Vor der Entscheidung ist der Schuldner zu hören. Für die Kostenentscheidung gelten die §§ 91 bis 93, 95 bis 100, 106, 107 entsprechend.

313) BVerfG NJW 1982, 1635; BayObLGE 83, 18.

314) 제214조 기일 출석요구

기일출석요구는 직권으로 한다.

§ 214 Ladung zum Termin

Die Ladung zu einem Termin wird von Amts wegen veranlasst.

315) 제78조 변호사소송

(1) 지방법원과 고등법원에서 당사자는 변호사의 대리를 받아야 한다. 법원조직법시행법 제8조에 따라 주에 주의 최고법원이 설치되어 있으면 당사자는 이 법원에서 변호사의 대리를 받아야 한다. 연방통상사건대법원에서는 이 법원에 허가된 변호사의 대리를 받아야 한다.

§ 78 Anwaltsprozess

(1) Vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten müssen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Ist in einem Land auf Grund des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz ein oberstes Landesgericht errichtet, so müssen sich die Parteien vor diesem ebenfalls

강제가 적용된다. 증거조사를 하게 된다면 제335조 이하가 적용된다.

제891조 제2문에 따라 재판 전에 채무자를 반드시 심문하여야 한다. 제891조 제2문은 독일 기본법 제103조 제1항³¹⁶⁾의 헌법적 명령을 구체적으로 실현한 것이다. 심문은 서면으로 할 수도 있고 조서에 기록할 수도 있고 구술변론에서 할 수도 있는데, 채무자가 자기 입장을 밝힐 기회를 가진다는 것이 중요하다. 채무자의 소송대리인을 심문하는 것으로도 족하다.³¹⁷⁾ 그러나 변호사가 있더라도 채무자 본인의 진술을 고려하여야 한다. 단순한 심문은 변호사강제의 적용 대상이 아니기 때문이다.

다. 강제조치

채무자가 대체할 수 없는 작위의무를 이행하도록 하는 강제방법은 강제금과 강제감치이다. 이것은 채무자가 이미 한 의무위반에 대한 형벌이 아니고 채무자의 의사를 강제로 굽히기 위한 압박수단이다.³¹⁸⁾ 그러므로 통설에 따르면 채무자의 귀책사유는 문제가 되지 않는다.³¹⁹⁾

durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Vor dem Bundesgerichtshof müssen sich die Parteien durch einen bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

316) 독일 기본법 제103조

(1) 모든 사람은 법원 앞에서 법적심문청구권이 있다.

Art. 103

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

317) OLG Düsseldorf MDR 1958, 42.

318) Brehm, NJW 1975, 249; Göhler, Erich, Das Einführungsgesetz zum Strafbuch, NJW 1974, S. 825; OLG Hamm NJW-RR 1987, 766; 1988, 1088; OLG Frankfurt MDR 1990, 452; OLG Zweibrücken InVo 1998, 331.

319) OLG Köln VersR 1997, 723, OLG Hamm NJW-RR 1987, 765, 766; 1988, 1087 f; OLG Frankfurt NJW 1953, 1029; OLG Köln MDR 1982, 589; Lücke,

가처분의 실효성 보완 방안

법인에 대한 집행권원의 강제집행에서는 통설에 따르면 강제금을 법인에게 부과하고 법인의 기관에게 부과하지 않는다.³²⁰⁾ 그렇지 않으면 법인과 기관의 분리가 강제집행의 차원에서는 실질적으로 없어질 것이기 때문이다. 반면 강제감치는 성질상 기관에게(만) 명할 수 있다. 통설은 채무자가 소송무능력자인 경우에도 마찬가지라고 한다. 채무자의 재산이 작위의무의 이행을 보장하여야 하므로 강제금은 채무자 자신에게 부과하여야 한다.³²¹⁾ 통설에 따르면 법정대리인에게 강제금을 부과할 수 없다.³²²⁾ 통설은 강제감치는 법정대리인에 대하여 명한다고 한다. 이 경우에는 직접적으로 의사를 곱혀야 하는데, 채무자가 그것을 견도록 할 수 없기 때문이라는 것이다.³²³⁾ 반대 견해를 여기서도 집행의 차원에서 채무자의 책임과 법정대리인의 책임을 혼동하거나 함께 취급하여서는 안 된다는 것을 강조한다. 그에 따르면 강제금뿐만 아니라 —채무자의 인식능력을 전제로³²⁴⁾— 강제감치도 채무자에게 명할 수 있다. 정보제공의무의 경우처럼 채무자 자신의 의사만 곱힐 대상이 되는 경우도 많다. 이 때 법정대리인에 대하여 강제감치를 명하는 것은 적절하지 않을 것이다. 법정대리인

Gerhard, JZ 1959, S. 369.

320) OLG Dresden FamRZ 2000, 298; Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.18; Jauernig/Hesse, a.a.O., § 27 Rn. 21; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 71 II 2. 기관에 대하여 강제금을 부과할 수 있다는 견해로 Schuschke/Walker, a.a.O., § 888 Rn 34; Stein/Jonas/Brehme, § 888 Rn. 43; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1088.

321) OLGR Zweibrücken 2003, 347; OLG Koblenz FamRZ 2003, 1486; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 43; Thomas/Putzo, a.a.O., § 888 Rn. 16.

322) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 888 Rn. 18; Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.18. Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 43은 다른 의견인데, 누구의 의사를 곱히는지가 기준이라고 하고 당사자와 법정대리인에 대하여 중첩적으로 강제금을 부과할 수 있다고 한다. Schuschke/Walker, a.a.O., § 888 Rn. 33; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1088은 채무자의 인식능력도 고려한다.

323) OLGR zweibrücken 2003, 347; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 888 Rn. 18; Thomas/Putzo, a.a.O., § 888 Rn. 16.

324) Schuschke/Walker, a.a.O., § 888 Rn. 33.

에게 강제조치를 가하려면 대리인에 대한 집행권원이 있어야 한다.³²⁵⁾

법원은 제308조의 범위 안에서 강제금과 강제감치 가운데에서 어떤 강제조치를 명할지 선택할 수 있다. 그러나 두 가지 조치를 병렬적으로 명할 수는 없다. 비례원칙에 따라 강제감치는 채무자의 의사를 굽히기 위하여 강제금만으로는 충분하지 않다고 생각될 때에만 명할 수 있다.³²⁶⁾ 먼저 —일반적으로 그렇듯이— 강제금을 부과하면 강제금을 징수하지 못하는 경우를 대비하여 강제감치를 대체적으로 명할 수 있다. 징수불가능성은 채무자의 주소가 외국에 있고 국내에는 강제집행의 대상이 되는 재산이 없을 때 인정될 수 있다. 외국에서 채무자의 재산에 대하여 집행을 시도하였으나 성과가 없었을 것은 필요하지 않다.³²⁷⁾

두 번째 강제조치는 처음 부과한 조치를 집행한 뒤에야 비로소 다시 부과할 수 있다.³²⁸⁾ 강제조치를 명하는 것은 그것이 최종적으로 집행된다는 것은 아니다. 그러므로 채무자는 —강제조치가 의사를 굽히는 방법이라는 것에 맞게— 의무를 이행함으로써 집행을 피할 수 있다.³²⁹⁾

① 강제금은 최소 5유로(형법시행법 제6조 제1항 제1문³³⁰⁾), 최

325) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 26; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 43.

326) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 23; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1087.

327) OLG Köln FamRZ 2002, 895.

328) KG NJW 1963, 2081; OLG Hamm DGVZ 1977, 41; OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 1272; OLG Brandenburg FamRZ 1998, 180.

329) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 71 Rn. 38.

330) 제6조 질서제재조치와 강제조치의 최소한도와 최대한도

(1) 연방법이 최소한도와 최대한도 없이 질서금과 강제금을 정한 때에는 최소한도는 5유로, 최대한도는 1000유로이다. 주법이 질서금을 정한 때에도 같다.

Art. 6 Mindest- und Höchstmaß von Ordnungs- und Zwangsmitteln

(1) Droht das Bundesgesetz Ordnungsgeld oder Zwangsgeld an, ohne dessen

가처분의 실효성 보완 방안

대 25,000 유로 사이의 금액으로 정한다. 그러나 액수를 특정하여야 한다. 강제금의 액수를 정하는 데에는 채권자의 이행이익이 아니고 채무자가 의무를 이행하지 않으려는 의사를 굽히는 데 어느 정도의 액수를 정하여야 하는지가 중요하다.³³¹⁾ 나아가 강제금을 징수할 수 없는 경우를 대비하여 강제금의 액수에 비례하는 대체감치를 명한다. 이 명령은 필요하면 형법시행법 제8조³³²⁾에 따라 나중에 할 수도 있다.

② 강제감치의 최소한도는 1일(형법시행법 제6조 제2항 제1문³³³⁾), 최대한도는 6월이다. 감치기간을 특정할 수도 있으나 특정하지 않아도 된다.³³⁴⁾ 감치기간을 정하지 않은 경우에 작위의무를

Mindest- oder Höchstmaß zu bestimmen, so beträgt das Mindestmaß fünf, das Höchstmaß tausend Euro. Droht das Landesgesetz Ordnungsgeld an, so gilt Satz 1 entsprechend.

331) OLG Hamburg 2005, 560 f. OLG Karlsruhe MDR 2000, 229는 이행이익을 고려하였다.

332) 형법시행법 제8조 질서감치에 대한 사후적 재판

(1) 질서금을 징수할 수 없고 이러한 경우를 대비한 질서감치를 정하지 아니한 때에는 법원이 사후적으로 질서금을 질서감치로 변경한다. 법원은 관계인을 심문한 후에 결정으로 재판한다.

(2) 징수할 수 없는 질서금의 대체로 정하여진 질서감치가 관계인에게 지나치게 가혹할 때에는 법원은 질서감치를 집행하지 아니하도록 명한다.

Art. 8 Nachträgliche Entscheidungen über die Ordnungshaft

(1) Kann das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden und ist die Festsetzung der für diesen Fall vorgesehenen Ordnungshaft unterblieben, so wandelt das Gericht das Ordnungsgeld nachträglich in Ordnungshaft um. Das Gericht entscheidet nach Anhörung der Beteiligten durch Beschluß.

(2) Das Gericht ordnet an, daß die Vollstreckung der Ordnungshaft, die an Stelle eines uneinbringlichen Ordnungsgeldes festgesetzt worden ist, unterbleibt, wenn die Vollstreckung für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre.

333) (2) 법률에 질서감치의 최소한도나 최대한도가 정하여지지 않은 때에는 최소한도는 하루, 최대한도는 6주이다. 이 경우에 질서감치는 일수로 계산한다.

(2) Droht das Gesetz Ordnungshaft an, ohne das Mindest- oder Höchstmaß zu bestimmen, so beträgt das Mindestmaß einen Tag, das Höchstmaß sechs Wochen. Die Ordnungshaft wird in diesem Fall nach Tagen bemessen.

334) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 29는 '결정에 예외적으로 감치기간을 정

이행할 때까지 감치가 계속되는데, 최대 6월을 넘지 못한다.

라. 간접강제결정의 집행

부과된 강제조치의 집행은 간접강제결정의 집행력 있는 정본이 송달되면 그것에 터 잡아 이루어진다.³³⁵⁾ 강제금은 법원이 직권으로 사법징수법(Justizbeitreibungsordnung. 보통 JBeitrO라고 줄여 쓴다.)에 따라 징수하지 않고,³³⁶⁾ 채권자의 신청에 따라 금전채권의 집행방식에 따른다.³³⁷⁾ 그러나 강제금은 국고에 귀속된다.³³⁸⁾

강제감치도 마찬가지로 채권자의 신청³³⁹⁾에 따라 제888조 제1항 제3문을 통하여 제802g조 이하³⁴⁰⁾에 따라 집행된다.³⁴¹⁾ 채권자의

하지 않은 한'이라고 한다. 반대 의견 OLG Naumburg EzFamR aktuell 2002, 42.
335) RGZ 53, 181; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 27; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 71 Rn. 40. 반면 LG Kiel DGVZ 1983, 156과 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 888 Rn. 18은 집행문이 필요 없다고 한다.

336) OLG München NJW 1983, 947; LG Koblenz MDR 1983, 851; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 888 Rn. 19.

337) RGZ 53, 181 ff; BGH NJW 1983, 1859; OLG Stuttgart FamRZ 1997, 1495; OLGR Brandenburg 1995, 213; Brehm, NJW 1975, 249, 250; Musielak, a.a.O., § 888 Rn. 15; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 26 ff; Thomas/Putzo, a.a.O., § 888 Rn. 15.

338) OLGR Brandenburg 1995, 213.

339) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 29.

340) 제802g조 이하의 조문은 재산명시절차에 관한 것이다.

제802g조 강제감치(Erzwingungshaft, Zwangshaft와 다른 용어인데 우리말로 다른 번역어를 찾기 어려워 잠정적으로 '강제감치'라고 하였다.)

(1) 채권자의 신청에 따라 법원은 재산명시기일에 정당한 사유 없이 불출석하거나 제802c조에 따른 재산목록을 제출을 이유 없이 거부한 채무자에게 재산목록제출을 강제하기 위하여 감치명령을 한다. 감치의 집행 전에 감치명령을 송달할 필요는 없다.

(2) 채무자의 감치는 집행관이 실시한다. 그 때 채무자에게 감치명령의 인증등본을 교부하여야 한다.

제802h조 감치집행의 부적법성

(1) 감치명령을 한 후 2년이 지나면 감치명령의 집행은 부적법하다.

(2) 감치의 집행으로 채무자의 건강이 급박하고 현저한 위험에 처할 우려가 있으면

가처분의 실효성 보완 방안

그러한 상태가 계속되는 한 감치를 집행하지 아니한다.

제802i조 감치된 채무자의 재산명시

- (1) 감치된 채무자는 감치장소의 간이법원(Amtsgericht)의 집행관에게 언제든지 재산명시절차를 진행하여 줄 것을 요구할 수 있다. 채무자의 요구는 즉시 허가하여야 한다. 제802f조 제5항을 준용한다. 채권자가 재산명시에 참여하는 것이 절차를 지연시킬 우려가 없고 채권자가 신청하면 그가 참여하도록 한다.
- (2) 재산명시 후 감치된 채무자를 석방한다. 제802f조 제5항과 제6항을 준용한다.
- (3) 채무자가 필요한 자료가 없어서 재산명시를 충분히 하지 못하면 집행관은 새 기일을 지정하고 감치명령의 집행을 그 기일까지 정지한다. 제802f조를 준용한다; 지급기간을 정할 필요는 없다.

제802j조 감치의 기간; 새로운 감치

- (1) 감치기간은 6월을 넘을 수 없다. 6월이 경과한 후에 직권으로 채무자를 석방한다.
- (2) 채무자의 관여 없이 채권자의 신청으로 채무자를 석방하면 같은 채권자의 신청으로 다시 채무자를 감치할 수 없다.
- (3) 재산명시를 거부하여 6월의 감치가 집행된 채무자는 그 이후 2년 동안 다른 채권자의 신청이 있더라도 제802d조의 요건이 갖추어졌을 때에만 감치를 통하여 재산명시를 강제할 수 있다.

§ 802g Erzwingungshaft

- (1) Auf Antrag des Gläubigers erlässt das Gericht gegen den Schuldner, der dem Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft unentschuldigt fernbleibt oder die Abgabe der Vermögensauskunft gemäß § 802c ohne Grund verweigert, zur Erzwingung der Abgabe einen Haftbefehl. In dem Haftbefehl sind der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen. Einer Zustellung des Haftbefehls vor seiner Vollziehung bedarf es nicht.
- (2) Die Verhaftung des Schuldners erfolgt durch einen Gerichtsvollzieher. Dem Schuldner ist der Haftbefehl bei der Verhaftung in beglaubigter Abschrift zu übergeben.

§ 802h Unzulässigkeit der Haftvollstreckung

- (1) Die Vollziehung des Haftbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tag, an dem der Haftbefehl erlassen wurde, zwei Jahre vergangen sind.
- (2) Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt würde, darf, solange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden.

§ 802i Vermögensauskunft des verhafteten Schuldners

- (1) Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Gerichtsvollzieher des Amtsgerichts des Haftortes verlangen, ihm die Vermögensauskunft abzunehmen. Dem Verlangen ist unverzüglich stattzugeben; § 802f Abs. 5 gilt entsprechend. Dem Gläubiger wird die Teilnahme ermöglicht, wenn er dies beantragt hat und seine Teilnahme nicht zu einer Verzögerung der Abnahme führt.

신청에 따라 법원이 감치명령을 하고, 집행관이 감치를 실행한다. 대체적인 감치를 실행할 때에는 강제금을 징수할 수 없다는 것을 법원이 심사한다. 집행관을 그것을 심사할 수 없다.³⁴²⁾ 채무자를 감치할 때 그에게 감치명령의 인증등본을 준다. 감치명령을 한 후 2년이 지나면 감치의 집행은 부적법하다. 감치된 채무자가 작위의무를 이행하면 채무자를 석방한다. 사면은 할 수 없다. 사면은 집행권원의 집행력을 배제하는 것과 마찬가지로 될 것이기 때문이다.³⁴³⁾

강제감치의 집행은 상황에 따라 —예컨대 작위의무의 이행가능성이 높아진다면— 정지되거나 연기될 수 있다.³⁴⁴⁾ 의무가 이행되었다는 것에 다툼이 없는 경우에는 강제금의 강제집행을 즉시 정지하거나³⁴⁵⁾ 채무자를 강제감치에서 즉시 풀어주어야 한다.³⁴⁶⁾ 의무이행

(2) Nach Abgabe der Vermögensauskunft wird der Schuldner aus der Haft entlassen. § 802f Abs. 5 und 6 gilt entsprechend.

(3) Kann der Schuldner vollständige Angaben nicht machen, weil er die erforderlichen Unterlagen nicht bei sich hat, so kann der Gerichtsvollzieher einen neuen Termin bestimmen und die Vollziehung des Haftbefehls bis zu diesem Termin aussetzen. § 802f gilt entsprechend; der Setzung einer Zahlungsfrist bedarf es nicht.

§ 802j Dauer der Haft; erneute Haft

(1) Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Nach Ablauf der sechs Monate wird der Schuldner von Amts wegen aus der Haft entlassen.

(2) Gegen den Schuldner, der ohne sein Zutun auf Antrag des Gläubigers aus der Haft entlassen ist, findet auf Antrag desselben Gläubigers eine Erneuerung der Haft nicht statt.

(3) Ein Schuldner, gegen den wegen Verweigerung der Abgabe der Vermögensauskunft eine Haft von sechs Monaten vollstreckt ist, kann innerhalb der folgenden zwei Jahre auch auf Antrag eines anderen Gläubigers nur unter den Voraussetzungen des § 802d von neuem zur Abgabe einer solchen Vermögensauskunft durch Haft angehalten werden.

341) LG Kiel DGVZ 1983, 155; AG Krefeld MDR 1977, 322. 대체감치의 집행의 요건에 대하여서는 OLG Düsseldorf JurBüro 1989, 277.

342) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 29.

343) Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.19.

344) OLGR Nürnberg 2001, 329.

가처분의 실효성 보완 방안

이 다투어지는 경우에는 채무자는 제767조에 따른 청구이의의 소를 제기하는 수밖에 없다.³⁴⁷⁾ 나중에 작위의무를 이행하였다는 이유로 강제금결정을 취소하라는 신청은 부적법하다.³⁴⁸⁾

작위의무가 이행되었는데도 강제집행이 이루어졌거나 집행권원이 나중에 취소/파기되었다면 이미 징수한 강제금은 국고에서 채무자에게 반환되어야 한다.³⁴⁹⁾ 이 때 제1심 수소법원은 제776조³⁵⁰⁾를 준용하여 반환명령을 할 수 있다.³⁵¹⁾ 제717조 제2항³⁵²⁾의 경우에는

345) OLG Köln InVo 2001, 306; OLG Hamm NJW-RR 1988, 1088; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 888 Rn. 18; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 30 ff.

346) OLGR Nürnberg 2001, 329.

347) OLG Karlsruhe FamRZ 2006, 284; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 384; OLG Frankfurt Rpfleger 1981, 152; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 32; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 31. OLG Köln InVo 2001, 306은 이 문제에 대하여 입장을 밝히지 않았다.

348) OLG Karlsruhe FamRZ 2006, 284; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 384.

349) BAG NJW 1990, 2580; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 384; OLG Zweibrücken InVo 2000, 287; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 888 Rn. 20; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 33; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 32. 반대의견은 KG JW 1922 1047.

350) 제776조 집행조치의 취소

제775조(집행의 정지 또는 제한) 제1호와 제3호의 경우에는 동시에 이미 이루어진 집행조치를 취소하여야 한다. 제4호와 제5호의 경우에는 일시적으로 이런 조치를 유지한다; 제2호의 경우에도 지금까지의 집행행위의 취소가 명하여지지 않는 한 마찬가지이다.

원문은 다음과 같다.

§ 776 Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen

In den Fällen des § 775 Nr. 1, 3 sind zugleich die bereits getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben. In den Fällen der Nummern 4, 5 bleiben diese Maßnahmen einstweilen bestehen; dasselbe gilt in den Fällen der Nummer 2, sofern nicht durch die Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlungen angeordnet ist.

351) OLG Zweibrücken, InVo 2000, 287; OLG Frankfurt JurBüro 1991, 1554, 1555; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 32. 반대의견은 Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 33.

352) 제717조 취소/파기되거나 변경된 판결의 효력

(2) 가집행선고가 있는 판결이 취소/파기되거나 변경되면 채무자가 강제집행으로 입은 손해 또는 강제집행을 면하기 위하여 급부한 것 때문에 발생한 손해를 채권

채권자에 대하여 손해배상청구권이 있다.³⁵³⁾ 강제금이 징수된 후에 채무자가 작위의무를 이행하면 강제금은 반환되지 않는다.³⁵⁴⁾

마. 간접강제결정의 기판력

강제금 신청의 기각결정이 확정된 뒤에 채권자가 같은 사실관계에 터 잡아 다시 신청을 하면 이것은 앞선 결정의 기판력에 저촉된다.³⁵⁵⁾ 채무자가 작위의무를 이행하지 않아서 강제조치를 여러 번 반복하여 명하는 것은 이것과 구별하여야 한다.³⁵⁶⁾

바. 상소

채무자는 강제조치를 명하는 결정에 대하여 제793조³⁵⁷⁾에 따라

자가 배상하여야 한다. 채무자는 계속 중인 소송에서 손해배상청구권을 주장할 수 있다; 이 때 지급이나 급부시에 손해배상청구에 대하여 소송계속이 발생할 것으로 본다.

원문은 다음과 같다.

§ 717 Wirkungen eines aufhebenden oder abändernden Urteils

(2) Wird ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert, so ist der Kläger zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Der Beklagte kann den Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreit geltend machen; wird der Anspruch geltend gemacht, so ist er als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen.

353) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 33; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 32.

354) OLG Zweibrücken InVo 2000, 287.

355) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 33; OLGR Celle 2000, 59(정보제공청구권에 대한 사건).

356) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 33.

357) 제793조 즉시항고

강제집행절차에서 구술변론 없이 할 수 있는 재판에는 즉시항고할 수 있다.

§ 793 Sofortige Beschwerde

Gegen Entscheidungen, die im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche

가처분의 실효성 보완 방안

즉시항고할 수 있고, 채권자는 강제조치 신청을 기각 또는 각하하는 결정에 대하여 즉시항고할 수 있다. 간접강제결정의 집행에 대하여서는 각 강제집행조치에 대한 구제방법을 이용할 수 있다.³⁵⁸⁾

사. 비용

법원비용은 15유로의 고정액수이다. 한 심급 안에서 같은 청구권과 같은 소송물에 대하여 여러 번 간접강제절차가 있으면 여러 절차를 하나로 본다. 법원비용법 제12조 제6항³⁵⁹⁾에 따라 예납의무가 있다.³⁶⁰⁾ 나아가 간접강제결정을 집행하는 개별 집행조치의 비용이 발생할 수 있다. 강제감치의 비용은 법원비용법 비용목록 9010의 실비항목에 따른다. 변호사보수에서 강제집행의 실시는 별도의 사건이고, 따로 집행비용이 된다. 이때 강제조치를 명하는 결정의 집행을 포함하여 전체 절차가 하나의 사건이다.³⁶¹⁾ 집행관은 강제감치나 대체감치의 실시에 관하여 30유로의 고정보수를 받는다(법원비용법

Verhandlung ergehen können, findet sofortige Beschwerde statt.

358) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 34.

359) (6) 집행문을 다시 달라는 신청(민사소송법 제733조)과 민사소송법 제829조 제1항, 제835조, 제839조, 제846조부터 제848조, 제857조, 제886조부터 제888조 또는 제890조에 따른 법원의 집행행위에 대한 신청은 절차비용과 송달을 위한 실비를 납부한 후에 재판한다. 민사소송법 제829a조에 따라 법원의 집행행위를 전자적으로 신청한 때에는 그러하지 아니하다.

(6) Über Anträge auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (§ 733 der Zivilprozessordnung) und über Anträge auf gerichtliche Handlungen der Zwangsvollstreckung gemäß § 829 Absatz 1, §§ 835, 839, 846 bis 848, 857, 858, 886 bis 888 oder § 890 der Zivilprozessordnung soll erst nach Zahlung der Gebühr für das Verfahren und der Auslagen für die Zustellung entschieden werden. Dies gilt nicht bei elektronischen Anträgen auf gerichtliche Handlungen der Zwangsvollstreckung gemäß § 829a der Zivilprozessordnung.

360) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 35.

361) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 35; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 888 Rn. 46.

비용목록 270).

아. 강제집행의 소멸시효

채권자의 청구권이 시효로 소멸하지 않는 한 강제집행의 소멸시효는 문제가 되지 않는다. 주지하다시피 채권자의 청구권이 시효로 소멸하였다는 것은 제767조에 따른 청구이의의 소로써 주장할 사유이다. 강제집행이 시효의 적용을 받지 않는다는 것은 부작위를 명하는 집행권원의 강제집행과 다른 점이다.

2. 부작위 또는 수인을 명하는 집행권원의 집행방법인 간접강제

(1) 독일 민사소송법의 규정

제890조

① 채무자가 어떤 행위를 하지 아니할 의무 또는 어떤 작위를 수인할 의무를 위반하면 제1심 수소법원은 신청에 따라 채무자에게 위반행위 각각에 대하여 질서금과 이를 징수할 수 없는 경우의 질서감치를 정하거나 6월 이하의 질서감치에 처하는 재판을 한다. 각각의 질서금은 250,000유로를 넘지 못하고, 질서감치는 합하여 2년을 넘지 못한다.

② 의무를 명하는 판결에 위 재판이 포함되지 아니한 때에는 이 재판 전에 제1심 수소법원이 신청에 따라 (간접강제의) 예고결정을 하여야 한다.

③ 채권자의 신청에 따라 채무자에게 기간을 정하여 추가적으로 발생할 위반행위로 인하여 발생할 손해에 대한 담보를 제공하도록

할 수 있다.³⁶²⁾

(2) 입법목적

제890조의 입법목적은 우선 대체할 수 없는 작위를 명하는 집행권원의 집행에서와 마찬가지로 채권자가 채무의 본래 내용을 강제집행할 수 있도록 하는 것이다. 이 제도가 있기 때문에 채권자는 대체적으로 금전집행을 하는 방법뿐만 아니라 채무의 본래 내용 자체를 강제로 실현시킬 수 있다. 이를 위하여 채무자의 의사에 강제를 가할 필요가 있다. 대체할 수 없는 작위를 명하는 집행권원의 강제집행에서와 달리 부작위는 경우에는 채무자가 의무를 위반한 활동을 한 뒤에야 비로소 실제 강제집행조치를 한다.³⁶³⁾

362) 원문은 다음과 같다.

§ 890 Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen

- (1) Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250.000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen.
- (2) Der Verurteilung muss eine entsprechende Androhung vorausgehen, die, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges erlassen wird.
- (3) Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.

이 조문의 제1항 제1문에도 제888조 제1항과 마찬가지로 ‘zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft’라는 부분이 있다. 여기서도 역시 앞의 Ordnungshaft는 그 앞의 Ordnungsgeld의 대체적 방법이므로 그것과 연결하여 읽어야 하고, 뒤의 Ordnungshaft는 독자적인 간접강제방법이다. 이 조문도 제1심 수소법원에 두 가지의 간접강제 가능성을 준다. 첫 번째 가능성은 ‘Ordnungsgeld와 이를 징수할 수 없는 경우를 대비한 Ordnungshaft’를 한꺼번에 정하는 것이고, 두 번째 가능성은 처음부터 채무자를 ‘6월 이하의 Ordnungshaft’에 처하는 것이다.

제890조에 따른 질서제재조치³⁶⁴⁾의 법적 성격은 오래 전부터 다투어졌는데, 이 논쟁에서 특정 문제를 해결하기 위한 논거로 사용되는 경우가 많았다. 그러나 이제는 질서제재조치의 법적 성격이 어떠한가에 사실상 그것만으로 구체적인 사건에서 논증을 할 수는 없다.³⁶⁵⁾ 제890조에 언급된 질서제재조치가 형벌적 성격 또는 형벌과 유사한 성격(제재적 성격)인지(그럴 뿐인지) 아니면 채무자의 의사를 굽히기 위한 압박수단의 성격(예방적 성격)인지(그런 성격도 가지고 있는지) 다투어진다. 질서제재조치의 법적 성격을 판단하려면 부작위의무나 수인의무를 위반한 행위가 이미 행하여진 후에 질서제재조치를 명한다는 점에서 출발하여야 한다. 이 점에서 질서제재조치는 우선 제재적 성격을 가진다.³⁶⁶⁾ 그러나 앞으로 또 발생할 수 있는 위반행위와 관련하여 보면, 부작위나 수인의무에 대한 위반행위가 단 한 번만 있을 수 있는 것이 아니고 반복될 수 있는 경우에는 질서제재조치에 예방적 성격도 있다고 할 수 있다. 또 제890조

363) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 1.

364) Ordnungsgeld를 행정법학에서는 과태료로 번역한다. 사법학에서도 과태료라고 하는 경우가 많다. 그런데 Ordnungsgeld와 Ordnungshaft가 나란히 나오는 조문을 번역하면서 ‘과태료’라는 표현을 쓰자니 이에 맞추어 Ordnungshaft를 ‘과태감치’라고 하면 어색하다는 문제가 있다. 그래서 이 글에서는 일단 ‘질서금’과 ‘질서감치’라고 하였다. Ordnungsgeld와 Ordnungshaft를 합하여 독일 문헌에서 Ordnungsmittel이라고 하곤 하는데, 질서금과 질서감치라는 번역어는 써도 되겠지만 Ordnungsmittel을 ‘질서조치’, ‘질서방법’(독일 민사소송법학의 Mittel은 우리 민사소송법학에서 방법으로 번역되는 경우가 많다. 중요한 예로 Angriffs- und Verteidigungsmittel = 공격방어방법, Beweismittel = 증거방법이 있다)’이라고 번역하면 매우 이상하다. 그래서 이 글에서는 어쩔 수 없이 ‘질서제재조치’라고 번역하기로 하였다. ‘제재’라는 표현을 넣은 것은 본문에서 보듯이 이 조치가 제재적 성격이기 때문이다.

365) Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.27; Jauernig/Hesse, a.a.O., § 27 Rn. 30 f.

366) BVerfG§ 58, 159, 162 f; BGHZ 146, 318, 323 = NJW 2001, 2622; Schilken, Eberhard, ZJP 102, 503, 505 f; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 3; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 26 f.; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 2.

가처분의 실효성 보완 방안

제2항의 예고는 일반적으로 예방적 목적을 가진다.³⁶⁷⁾

(3) 요건

가. 부작위나 수인을 명하는 집행권원

① 제890조의 적용 대상은 채무자가 특정한 행위를 하지 아니할 의무나 채권자 또는 제3자의 행위를 수인할 의무가 있는 경우이다. 부작위나 수인의무를 포함한 것이면 어떤 집행권원이든지 적용 대상이 되므로, 확정판결이나 가집행선고가 있는 판결뿐만 아니라 가처분(부작위가처분, 수인가처분), 구분소유권과 영구적 거주권에 관한 법률(Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht)에 따른 결정이나 소송상 화해도 해당된다.³⁶⁸⁾

② 부작위란 적극적으로 행동을 하지 않는 행태 전체를 가리키는 것으로, ‘행동하지 않아서’ 특정한 인과과정에 영향을 미치지 않는 것이다.³⁶⁹⁾ 부작위의무는 독일 민법 제194조³⁷⁰⁾의 의미의 청구권의 목적이 될 수 있는 의무 전체이다. 제890조의 적용 영역으로 특히 물건의 소유자나 점유자가 다른 사람의 법적 영역을 교란하는 침해

367) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 2.

368) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 7; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 4; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 3.

369) Brehm, Wolfgang, Die Vollstreckung der Beseitigungspflicht auch § 890 (zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des Unterlassungsanspruchs vom Beseitigungsanspruch), ZJP 89, 178; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 4.

370) 제194조 시효소멸의 대상

(1) 다른 사람에게서 작위나 부작위를 청구할 수 있는 권리(청구권)는 시효소멸의 대상이 된다.

§ 194 Gegenstand der Verjährung

(1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

행위를 하지 않아야 할 의무, 저작권법과 부정경쟁방지법의 부작위의 의무, 경업금지의무, 부당한 보통거래약관을 사용하지 않아야 할 의무 등을 들 수 있다. 또 제3자에 대하여 사실주장을 하지 말아야 할 의무³⁷¹⁾나 신문광고를 하지 아니할 의무³⁷²⁾도 제890조의 적용 대상이다.

③ 수인은 부작위의 일종으로 역시 소극적인 행태인데, 다른 사람이 채무자의 영향 영역 안에서 하는 특정 행위에 관련된 것이다.³⁷³⁾ 수인의무의 내용도 민법에 따라 정하여진다. 예로 물건의 소유자나 점유자가 상권이나 다른 계약상, 법률상 청구권에 터 잡아 자신의 물건에 영향을 미치는 것을 수인하여야 할 의무, 임대차계약에 터 잡아 집을 구경시켜야 할 의무를 들 수 있다.³⁷⁴⁾

④ 작위의무와의 구별문제 - 집행권원의 내용이 부작위명령인지, 작위명령인지, 그에 따라 제887조나 제888조에 따라 강제집행하여야 할지, 제890조에 따라 강제집행하여야 할지 판단하기 어려운 경우가 많다. 집행권원의 내용이 제890조의 의미의 부작위의무인지는 해석을 통하여 밝힌다.³⁷⁵⁾ 해석의 출발점이 집행권원의 주문이기는 하지만, 최종적으로는 주문에 적극적 또는 소극적 표현이 사용되었는지가 아니고 집행권원 전체를 종합적으로 해석하는 것이 중요하다.³⁷⁶⁾ 집행권원 해석의 일반적 원칙에 따르면 의심이 있을 때 사실관계와 판결이유를 참작하여 해석할 수 있다. 집행권원이 부작위와

371) OLG Frankfurt OLGZ 1985, 380.

372) OLG Köln NJW-RR 1986, 1191.

373) OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1223(보수와 개선작업의 수인); OLG Köln OLGZ 1988, 338.

374) OLG Dresden SeuffA 68 Nr. 36.

375) RGZ 15, 343; OLG Nürnberg GRUR 1965, 563; OLG Düsseldorf InVo 1997, 245; OLG Stuttgart OLGZ 1990, 354.

376) OLGR Saarbrücken 2004, 640; NJW-RR 2001, 163, OLG Zweibrücken ZMR 2004, 268.

가처분의 실효성 보완 방안

작위 모두를 포함하고 있으면 의무의 중점이 어디 있는지가 기준이 된다.³⁷⁷⁾ 채무자 자신이 부작위의무를 지고 그와 관련하여 다른 사람이 침해행위를 하는 것도 적극적으로 막아야 한다는 집행권원은 모두 제890조에 따라 집행한다. 부작위의무가 작위의무의 종속적 부분일 뿐일 때에는 —예컨대 노무의무와 그에 따라 다른 사용자에게 노무를 제공하지 아니할 의무— 제890조에 따라 강제집행할 수 없다. 그러한 경우에는 제890조에 따라 집행하는 것이 제888조 제3항의 집행금지를 우회하는 것이 되기도 할 것이다.³⁷⁸⁾

침해의 원천이 이미 존재하고³⁷⁹⁾ 그로부터 또 침해가 생기거나 생길 우려가 있다고 생각되는 경우에는 침해행위를 하지 말아야 할 의무에서 부작위의무의 강제집행과 작위의무의 강제집행의 접점이 있을 수 있다. 이러한 경우에 기존 상황을 유지하는 것은 집행권원의 부작위명령을 위반하는 것이다. 한편 이때 채권자의 방해배제청구권이 인정될 수 있고, 이에 대하여 작위를 명하는 집행권원을 받

377) BayObLG NZM 1999, 769; OLG Köln OLGZ 1994, 599.

378) OLGR Saarbrücken 2004, 640; NJR-RR 2001, 163; OLG Zweibrücken ZMR 2004, 268; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 6; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 6. 반대의견은 Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 6. 이 견해의 논거는 다음과 같다: 여러 가지 집행의 종류는 그 자체를 위하여 존재하는 것이 아니고 채권자의 만족을 위한 것이다. 집행의 종류 규정의 바탕을 이루는 원칙은 채권자를 만족시키는 데 필요한 만큼만 채무자에게 강제를 가한다는 것이다. 만약 제888조에 따른 작위의무의 강제집행이 채무자에게 제한을 덜 가한다면 채권자에게 선택권을 주는 것도 이 원칙을 위반하는 것이 아니다. 채권자에게 다시 소를 제기하여 새로운 집행권원을 받도록 할 수도 없다. 왜냐 하면 채무자의 의무는 이미 기판력 있는 판결로 선언되었기 때문이다. 그런데 Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 6은 똑같이 ‘여러 가지 집행의 종류는 그 자체를 위하여 만들어진 것이 아니다’라고 하면서도, 집행의 종류는 판결 절차에서 당사자가 한 청구와 판결에 따라야 하므로 자의적으로 혼합하여 이용할 수 없다고 한다.

379) BGH GRUR 1977, 614, 616(침해적인 건물 파사드의 제거); OLG Hamburg MDR 1973, 415; OLG München BB 1973, 217(간판의 제거); OLG Hamm OLGZ 1974, 62(오염물질 배출시설의 제거).

을 수 있다.³⁸⁰⁾ 집행권원이 부작위를 명한 것인지 아닌지 알기 어려운 경우도 집행권원 해석의 대상이 되는데, 이때 채무자의 이행의무가 본질적으로 어떤 것인지 밝히는 것이 중요하다.³⁸¹⁾ 집행권원이 부작위를 명하는 것이면 제890조에 따른 강제집행과 병행하여,³⁸²⁾ 심지어 그것을 대신하여³⁸³⁾ 제887조나 제888조에 따라 집행할 수 없다. 이때에는 제890조만 적용할 수 있고, 집행권원상의 청구권의 범위에서 부작위집행을 하여야 한다.³⁸⁴⁾ 부작위의무가 채무자의 특정 조치에 의하여서만 이행될 수 있는 경우에도 마찬가지이다.³⁸⁵⁾ 채권자가 별도로 방해배제를 명하는 집행권원을 받을 수는 있다.³⁸⁶⁾

③ 양도금지를 명하는 ‘가처분’의 경우에는 제890조에 따라 강제 집행할 수 없다. 양도금지를 명하는 가처분이 있음에도 불구하고 이루어진 양도는 독일 민법 제135조,³⁸⁷⁾ 제136조³⁸⁸⁾에 따라 효력이

380) BGHZ 121, 242 = NJW 1993, 2873.

381) BGHZ 120, 73, 76 f = NJW 1993, 1076.

382) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 7; Brehm, ZZP 89, S. 278, 286 ff; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 6; Thomas/Putzo, a.a.O., § 890 Rn. 4.

383) OLG Hamm OLGZ 1974, 62; OLG München WRP 1972, 212 u. 540.

384) BGHZ 120, 73, 76 f = NJW 1993, 1076, OLG Köln MDR 1995, 95; Jauernig, NJW 1973, 1671, 1672 f; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 1; Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40, 21; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 6; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 7.

385) Stein/Jonas/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 6.

386) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 I.

387) 제135조 법률상의 양도금지

(1) 어떤 대상에 대한 처분이 특정인을 보호하기 위한 법률상의 양도금지를 위반한 때 그 처분은 그 사람에게 대하여서만 효력이 없다. 법률행위로 이루어지는 처분뿐만 아니라 강제집행 또는 가압류의 집행으로 인한 처분도 마찬가지이다.

(2) 무권리자에게서 권리를 취득한 사람을 위한 조문이 준용된다.

§ 135 Gesetzliches Veräußerungsverbot

(1) Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung

가처분의 실효성 보완 방안

없다. 그밖에도 제135조와 제136조에 따라서 법률효과가 발생하지 않는다는 점, 곧 위반행위가 완성되지 않는다는 점에서도 제890조에 따라 강제집행할 여지가 없다. 무권리자의 취득에 관한 규정에 따른 취득(제135조 제2항)의 경우에만 침해를 고려할 수 있다. 그러나 양도금지의 경우에 금지가 처분의 제한을 명할 뿐인지, 진정한 부작위의무를 뜻하는지 해석하여야 한다. 만약 어떤 목적물에 대하여 처분을 하지 아니할, 독자적인 의무가 있다면 독일 민법 제135조, 제136조가 적용되지 않고 독일 민사소송법 제890조에 따라 집행할 수 있다. 만약 그런 경우에 독일 민법 제135조, 제136조를 적용한다면 당사자가 합의한 것, 합의할 수 있었던 것을 넘어서는 판결의 효력을 인정하는 결과가 될 것이다(독일 민법 제137조 제1문).³⁸⁹⁾

나. 채무자의 귀책사유 있는 위반행위

① 제890조에 따른 강제집행은 채무자가 부작위나 수인의무를 자신의 귀책사유로 위반하였을 것을 요건으로 한다. 위반행위란 부작위나 수인명령과 모순되는 행태를 뜻한다. 이때 먼저 개별 사건에서 부작위나 수인명령의 내용이 어떠한지 집행권원의 해석을 통하여 확정하여야 한다. 이 해석은 집행권원 해석의 일반적 원칙에 따라 사

oder der Arrestvollziehung erfolgt.

(2) Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

388) 제136조 관청의 양도금지

법원이나 행정청이 관할범위 안에서 명한 양도금지는 제135조의 법률상 양도금지와 같다.

§ 136 Behördliches Veräußerungsverbot

Ein Veräußerungsverbot, das von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbot der in § 135 bezeichneten Art gleich.

389) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 9.

실관계와 판결이유를 참작하여 한다.³⁹⁰⁾ 예컨대 집행권원에서 명시적으로 어떤 지역에서 자동차를 운행하지 말 것을 명하였다면 그것은 다른 사람이 그 지역에서 자동차를 운행하는 것을 막을 의무도 포함한다.³⁹¹⁾ 집 안에서 ‘개를 키우지 말 것’을 명하는 집행권원상의 의무는 다른 사람이 동물을 키우는 비용을 부담하기 때문에 그가 ‘키우는 사람’인 경우도 포괄한다.³⁹²⁾ 부작위채무자가 판결 선고 전에 침해의 원인을 만들어서 나중에 채무자가 아무 것도 하지 않아도 부작위명령이 금지하는 결과가 생겼다면 채무자는 그 결과를 방지하지 위한 조치를 취하여야 한다. 채무자가 집행권원의 송달 후에 금지된 행위를 적극적으로 하지 않았다는 것만으로 집행권원상의 부작위명령을 지켰다고 할 수 없다.³⁹³⁾ 구체적 사건에서 채무자는 계속 금지된 행위를 하는 콘체른이나³⁹⁴⁾ 계약 상대방³⁹⁵⁾에게 영향을 미칠 의무가 있을 수 있다. 이러한 경우에 채무자는 적극적인 행위를 하여야 하지만, 이것이 제890조에 따른 강제집행이라는 점은 변함없다.³⁹⁶⁾

② 제890조를 적용할 때 채무자가 금지된 행위의 종류나 형태를 바꿈으로써 부작위명령을 피해갈 수 없도록 주의하여야 한다. 그렇지 않으면 제890조에 따른 강제집행은 실효성이 없을 것이다. ‘핵심이론(Kerntheorie)’에 따르면 금지의 핵심을 가진 행위는 모두 집행권원상의 부작위명령의 금지범위에 포함된다.³⁹⁷⁾ 문제가 된 행위는

390) BGH GRUR 2000, 228 f; NJW-RR 1994, 872; NJW 1992, 2258; OLGR Frankfurt 1999, 305.

391) BGH NJW-RR 2003, 1235.

392) AG Hannover WoM 2000, 188.

393) OLG Thüringen InVo 2005, 71.

394) KG DB 2005, 1565.

395) LG Hamburg NJW 2003, 1196.

396) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 9.

397) RGZ 147, 27, 31; BGHZ 5, 189, 193; BGH NJW 1996, 724; OLGR

가처분의 실효성 보완 방안

집행법원이 금지한 행위의 특징적인 점을 가져야 한다.³⁹⁸⁾ 이때 변형된 행위도 강제집행의 근거가 된 집행권원을 형성한 판결절차에서 이미 묵시적으로 심사의 대상이 되었다는 것이 요건이다.³⁹⁹⁾ 핵심이론이 위헌이라는 우려는 없다. 이것은 특히 헌법에 의하여 요구되는 집행권원의 특정성과 관련된다.⁴⁰⁰⁾ 핵심이론은 특정한 진술을 하지 않을 의무의 경우에 언론의 자유의 침해도 아니다.⁴⁰¹⁾

③ 귀책사유 있는 위반행위가 있었는지 판단할 때 사실적 또는 법적 상황이 바뀌었다는 것을 고려하여야 한다. 예를 들어 채무자가 농지로 이용되는 이웃 토지까지 자신의 토지를 통과하여 자동차를 운행하는 것을 수인하여야 할 의무가 있었는데 나중에 이웃 토지에 주거용 건물이 지어졌다면 그 건물로 가기 위하여 채무자의 토지를 지나 자동차를 운행하는 것을 수인하여야 하는 것은 아니다.⁴⁰²⁾

④ 특정한 행태가 침해의 ‘핵심’을 가지고 있어서 집행권원에 반하는 침해행위인지는 채권자가 판단하기 어려울 수 있다. 이 때 채권자가 제890조에 따른 강제집행을 신청하면 그는 신청이 기각되어 비용을 부담할 위험을 진다. 그래서 채무자의 (변형된 침해)행위가 집행권원상의 부작위명령의 범위에 들어가는지 매우 불확실한 때 채

Schleswig 2005, 473; OLGR München 2004, 59; OLG Nürnberg GRUR-RR 2004, 71; OLGR Scheswig 2003, 279; OLG München WRP 2002, 266; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 187; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 4. Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 34; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 10. 핵심이론에 반대하는 견해는 Borck, Zum Anspruch auf Unterlassung des Fällens von Tannenbäumen, WRP 1990, S. 812 ff; Schubert, Werner, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZZP 85, S. 29 ff.

398) OLG Köln 2005, 346 f.

399) OLG Köln 2005, 346 f.

400) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 5. 반대 견해는 Schubert, a.a.O., S. 51.

401) BVerfG EuGRZ 1997, 446.

402) BGH NJW-RR 2003, 1235.

권자는 제890조에 따라 강제집행을 신청하는 것 외에 새로운 집행권원 —경우에 따라 첫 번째 집행권원의 내용을 명확히 하거나 확인 하거나 보충하는— 을 받는 길을 선택할 수 있다.⁴⁰³⁾ 첫 번째 집행권원의 범위는 객관적으로 불확실하여야 하고, 채권자의 관점에서만 주관적으로 불확실하여서는 안 된다. 첫 번째 집행권원으로 강제집행을 시도하였으나 실패하였다든가 하는 것은 요건이 아니다. 새로이 집행권원을 신청하는 것은 첫 번째 집행권원의 기판력에 저촉되지 않는다. 두 번째 집행권원은 첫 번째 집행권원의 내용을 확정하는 것일 뿐이거나 확장하는 것으로서 소송물이 다르기 때문이다. 그러나 제890조에 따른 강제집행과 새로운 집행권원의 신청을 중첩적으로 하는 것은 허용되지 않는다. 새로운 집행권원을 신청하는 것은 일반적으로 첫 번째 집행권원에 터 잡아 강제집행을 신청하는 것을 (적어도 잠정적으로) 포기하겠다는 것으로 평가된다.⁴⁰⁴⁾

⑤ 침해행위가 여러 번 있었을 때 형법(독일 형법 제52조⁴⁰⁵⁾, 제

403) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 12.

404) OLG Köln 2002, 302. 반대 견해는 OLG Frankfurt InVo 1997, 278; OLG Düsseldorf WR= 1993, 487, 489.

405) 제52조 하나의 행위

- (1) 하나의 행위로 여러 개의 형법조문 또는 같은 형법조문을 여러 번 침해하면 하나의 형벌만 부과할 수 있다.
- (2) 형법의 여러 조문이 침해되면 형벌은 가장 중한 형벌을 정한 조문에 따라 정하여진다. 형벌은 적용할 수 있는 다른 조문이 허용하는 것보다 가벼워서는 아니 된다.
- (3) 법원은 제41조의 요건이 갖추어졌을 때 자유형 외에 금전형을 별도로 명할 수 있다.
- (4) 적용할 수 있는 조문이 재산형을 허용하면 법원은 종신형 또는 2년 이상 자유형 외에 재산형을 명할 수 있다. 그 밖에 적용할 수 있는 조문이 정하면 부가형이나 부가적 결과나 조치(제11조 제1항 제8호)도 명하여야 하고, 조문이 그것을 허용하면 명할 수 있다.

§ 52 Tateinheit

- (1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.
- (2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz

가처분의 실효성 보완 방안

53조)의 원칙을 원용하여 자연스럽게 보아(natürlich) 침해행위가 하나뿐이라고 볼 수 있는지, 아니면 침해행위가 여러 개라고 보아야 하는지 심사하여야 한다. 더 나아가 형법에서 나온 ‘계속적 관련’이라는 개념을 이용하여 자연스럽게 보았을 때(natürlich) 여러 개인 침해행위를 하나의 침해행위로 묶으려는 판례가 있다.⁴⁰⁶⁾ 반대 견해는 이 ‘계속적 관련’은 형사판례에서도 이제 이용하지 않는 것이고⁴⁰⁷⁾, 형법에서 이 개념을 쓰지 않게 된 근거가 제890조에 따른 강제집행에도 똑같이 작용한다고 한다. 형법에서나 제890조에 따른 강제집행에서나 이미 이루어진 위반행위를 사후적으로 제재하는 것이기 때문이다. 따라서 반대 견해는 계속적 관련을 제890조에 따른 강제집행에서도 인정하지 않는다.⁴⁰⁸⁾ 이 견해에 따라 계속적 관련이라는 개념을 인정하지 않으면, 이미 질서제재조치의 대상이 된 침해행위 이전에 있었던 행위로서 계속적 관련의 일부이지만 나중에야 드러난 행위에 대하여서도 질서제재조치를 명할 수 있다. 이러한 행위를 제재하는 데 대한 권리보호이익은 여전히 존재한다.⁴⁰⁹⁾

bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

(3) Geldstrafe kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 41 neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen.

(4) Läßt eines der anwendbaren Gesetze die Vermögensstrafe zu, so kann das Gericht auf sie neben einer lebenslangen oder einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren gesondert erkennen. Im übrigen muß oder kann auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt.

406) OLGR Hamm 2001, 92; KG MDR 1998, 676; OLG Koblenz InVo 1998, 111; OLGR Schleswig 1997, 312; OLG Celle, NJW-RR 1996, 902 f; OLG Frankfurt NJW 1995, 2567. 반대 입장으로는 OLGR Dresden 2003, 452; OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 723; OLG Oldenburg WRP 1999, 1320; WRP 1996, 169.

407) BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663.

408) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 13.

409) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 13. 한편 Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 41은 반대.

⑥ 침해행위의 미수에 대하여는 질서제재조치를 명할 수 없다. 그러나 실체법적으로 권리침해의 미수의 금지를 구하는 청구권이 있고, 그에 따라 집행권원에 미수에 대한 부작위명령도 포함되어 있다면 다르다.⁴¹⁰⁾ 제3자에게 침해행위를 교사하는 것은 채무자의 위반 행위이다.⁴¹¹⁾

⑦ 주장책임과 입증책임 - 침해행위의 사실적 요건은 채권자가 주장하고 증명하여야 한다. 설사 집행권원이 가처분이나 잠정처분이 라 하더라도 소명만으로는 충분하지 않다.⁴¹²⁾ 개별 사건에서 표현증명으로 침해행위를 증명할 수 있고, 심지어 입증책임의 전환도 고려할 수 있다.⁴¹³⁾

⑧ 침해행위의 시기와 집행권원의 사후적 효력 상실 - 제890조 제2항에서 질서제재조치는 시기적으로 예고 이후에 있었던 침해행위를 대상으로 한다는 것을 알 수 있다.⁴¹⁴⁾ 집행권원이 판결이면 판결 선고 후 집행문 부여 전이나 송달 전에 있었던 침해행위도 원칙적으로 해당된다. 판결로 선고된 가처분의 경우에도 그러하다.⁴¹⁵⁾ 가처분이 선고되지 않았을 때에는 송달 후에 있었던 침해행위만 해당된다.⁴¹⁶⁾

410) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 35; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 14.

411) OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 639.

412) KG Berlin 2004, 579; OLGR Celle 2001, 94; LG Landau NJW-RR 2002, 214. 반대 견해는 OLG Bremen MDR 2003, 233.

413) OLG Frankfurt GRUR 1999, 371.

414) BayObLG InVo 2000, 106; OLG Stuttgart MDR 1962, 995; OLG Hamm NJW 1977, 1205; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 20.

415) 독일 민사소송법 제922조 제1항, 제936조에 따르면 변론을 거친 다음에는 가압류나 가처분신청에 대하여 판결로 재판하고, 변론을 거치지 않았으면 결정으로 재판한다. 우리 민사집행법은 2005년 개정 후 어느 경우에도 가압류와 가처분신청에 대하여는 결정으로 재판하도록 한다.

416) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 16; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 21.

가처분의 실효성 보완 방안

재판이 반드시 확정되어야 하는 것은 아니고, 가집행선고가 있어도 충분하다.⁴¹⁷⁾ 채권자가 담보를 제공하여야 하는 경우에는 담보제공 후의 침해행위만 제재대상이 된다. 채권자가 담보를 제공하기 전에 채무자가 집행권원의 부작위명령에 위반되는 행위를 하더라도 제890조의 의미의 침해행위로 제재할 수 없다.⁴¹⁸⁾ 가처분의 집행력이 담보제공에 달려 있다면 —제936조와 제921조 제2문의 문언 그대로의 뜻에 따라— 위반행위 전에 담보가 제공되어야 한다. 그러나 가처분의 집행만 담보제공에 달려 있다면 금지는 담보제공 없이도 송달 시부터 효력이 있다. 집행의 일시정지의 경우에도 마찬가지이다(제775조 제2호⁴¹⁹⁾). 집행의 일시정지가 제한 없이 이루어지면, 채무자가 담보를 제공하여야 하건 아니건 간에, 일시정지가 효력이 생기자마자 집행권원의 집행력이 정지된다. 그래서 정지기간 동안 이루어진 위반행위는 제재할 수 없다. 그러나 질서제재조치를 부과하거나 이미 내려진 질서제재조치를 집행하지 못하지만 집행권원의 부작위명령은 유지된다는, 즉 집행력이 유지된다는 방식으로 집행의 일시정지를 명할 수도 있고, 이미 행하여진 위반행위를 집행정지에서 배제하는 것도 적법하다. 반면 소송상 화해는 언제나 즉시, 그리

417) OLG Köln JR 1962, 384.

418) BGHZ 131, 233 = NJW 1996, 397; OLGR Frankfurt 2003, 176; OLG Zweibrücken InVo 1998, 332; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 12.

419) 제775조 강제집행의 정지나 제한

강제집행은 다음 각호의 사유가 있을 때 정지하거나 제한한다:

2. 강제집행이나 집행조치의 일시정지를 명하거나 담보의 제공 후에 집행을 속행할 수 있다는 재판의 정본이 제출된 때;

§ 775 Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung

Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken:

2. wenn die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist oder dass die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werden darf;

고 무조건 집행할 수 있다.⁴²⁰⁾

침해행위가 있었을 때 집행권원이 이미 취소/파기되었거나 집행력을 잃었거나 강제집행이 일시정지되었다면, 통설은 침해행위를 제재할 수 없다고 한다. 반면 집행권원이 침해행위 후에 효력을 잃었다면 질서제재조치를 명할 수 있는지 오랫동안 다투어졌다. BGH는 집행권원이 소급적으로 효력을 잃으면 그 전에 있었던 침해행위도 이에 터 잡아 제재할 수 없다고 하였다.⁴²¹⁾ 이에 는 집행권원이 취소/파기되어 소급적으로 소멸하거나⁴²²⁾ 양 당사자의 합의로 제한 없이 본안이 종료하였다고 선언한 경우가 있다.⁴²³⁾

이와 달리 집행권원이 장래를 위하여서만 효력을 잃거나 장래의 특정 시점부터 효력을 잃으면 집행권원의 효력 상실 전에 있었던 침해행위는 질서제재조치의 대상이 된다. 예컨대 집행채권자가 집행권원상의 권리를 특정 시점부터 —경쟁금지가 끝나는 시점부터— 포기하거나⁴²⁴⁾ 소송상 화해가 장래를 위하여서만 체결되거나 채권자가 일방적 의사표시로 장래를 위하여서만 본안이 종료하였다고 선언하는 경우가 있다.⁴²⁵⁾ 집행권원에 기한이 있는 경우에도 마찬가지이다. 침해행위의 시점에 집행권원의 효력이 있었다면 이러한 경우 모두에서 제775조 제1호,⁴²⁶⁾ 제776조⁴²⁷⁾를 축소해석하더라도 질서제재조

420) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 21 f.

421) BGHZ 156, 335 = NJW 2004, 506. 이 판례 전에 OLG Ham WRP 1990, 423 이 있었다. 문헌으로 Fritzsche, Jörg, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Berlin/Heidelberg/New York 2000, S. 667 ff.

422) KG NJW-RR 2004, 68.

423) BGHZ 156, 335 = NJW 2004, 506; OLG Hamm WRP 1990, 423; Fritzsche, a.a.O.

424) OLGR Frankfurt 2005, 598; KG NJW-RR 2004, 68.

425) BGH는 부작위를 명하는 집행권원의 경우 일반적으로 이런 소송행위의 효력이 장래에만 미친다고 한다. BGHZ 156, 335, 346 = NJW 2004, 506.

426) 제775조 강제집행의 정지나 제한

강제집행은 다음 각호의 사유가 있을 때 정지하거나 제한한다:

가처분의 실효성 보완 방안

치를 명하고 집행할 수 있다. 질서제재조치를 명할 때 채권자에게 특별한 권리보호이익이 있어야 하는 것은 아니다.⁴²⁸⁾

집행권원이 소급적으로 효력을 잃었을 때 징수된 질서금을 채무자에게 돌려주어야 하는지는 다투어진다. 질서금도 강제금과 마찬가지로 반환 문제를 생각할 수 있다.⁴²⁹⁾ 채무자는 질서금을 반환받기 위하여 반드시 소를 제기하여야 하는 것은 아니다.⁴³⁰⁾ 집행권원은 채권자에 대한 관계에서만 채무자의 재산에 공권적으로 침입할 근거가

1. 집행대상 판결이나 가집행선고가 취소/파기되거나 강제집행이 부적법하다고 선언하거나 집행의 정지를 명하는 판결의 집행력 있는 정본이 제출되었을 때;

§ 775 Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung

Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken:

1. wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass das zu vollstreckende Urteil oder seine vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder ihre Einstellung angeordnet ist;

427) 제776조 집행조치의 취소

제775조 제1호와 제3호의 경우에는 동시에 이미 이루어진 집행조치를 취소하여야 한다. 제4호와 제5호의 경우에는 조치를 일시적으로 유지한다; 제2호의 경우에도 재판이 이전의 집행행위의 취소를 명하지 아니하는 한 마찬가지이다.

§ 776 Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen

In den Fällen des § 775 Nr. 1, 3 sind zugleich die bereits getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben. In den Fällen der Nummern 4, 5 bleiben diese Maßnahmen einstweilen bestehen; dasselbe gilt in den Fällen der Nummer 2, sofern nicht durch die Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlungen angeordnet ist.

428) OLG Hamm WRP 1990, 423; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 31 u. 52; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 19; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 19.

429) OLG Hamm WRP 2002, 274; WRP 1990, 423; KG InVo 1999, 317; OLG Köln OLGZ 1992, 448, OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 199 f; OLG Karlsruhe MDR 1979, 150; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 48; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1108; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 20; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 20. 반대 견해는 OLG Frankfurt OLGZ 1980, 336, JurBüro 466; OLG Koblenz WRP 1983, 575; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 30. 질서금결정이 먼저 취소되어야 반환할 수 있다는 것으로 BGH NJW-RR 1988, 1530.

430) OLG Hamm WRP 2002, 472.

되는 것이 아니고, 국가에 대한 관계에서도 그러하다. 질서제재조치 결정이 확정된 후에 채권자가 단순히 신청을 취하한 경우는 다르다. 이때에는 결정이 취소되지도 않고 반환결정도 할 수 없다.⁴³¹⁾

⑨ 귀책사유 - 채무자가 부작위의무나 수인의무를 위반하여 침해행위를 한 데에 귀책사유가 있어야 한다. 제890조 제1항은 요건으로 침해행위만을 들지만, 오늘날 거의 이설 없이 귀책사유가 필요하다고 한다.⁴³²⁾ 근거는 제890조에 규정된 질서금과 질서감치가 제재의 성격을 가진다는 것이다. 귀책사유로는 고의와 과실이 문제된다.⁴³³⁾ 귀책사유에 관하여 표현증명이나 심지어 입증책임의 전환을 통하여 채권자의 증명의 부담을 덜 수 있다.⁴³⁴⁾

침해행위를 채무자의 피고용인이나 수임인이 하였더라도 언제나 채무자 자신의 귀책사유가 있어야 한다. 귀책사유는 조직상,⁴³⁵⁾ 담당자 선정, 감독⁴³⁶⁾, 지시⁴³⁷⁾의 잘못에 있을 수 있다. 개인적인 능력이 판단기준이기 때문에 거래의 안전을 위하여 귀책사유를 유형화

431) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 45; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 30.

432) 실질적으로 거의 반대가 없다. BVerfGE 58, 159, 162 = NJW 1981, 2457; BVerfG§ 84, 82 = NJW 1991, 3139. Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 23은 관습법적으로 귀책사유를 요구한다고 한다. 귀책사유를 심사하여야 한다는 데 반대하는 것은 아마도 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 21뿐일 것이다.

433) OLG Frankfurt MDR 1956, 361; OLG Stuttgart MDR 1958, 523.

434) OLGR Scheswig 2001, 235; OLG Köln JurBüro 2001, 155(둘 다 표현증명에 관한 것); OLG Frankfurt GRUR 1999, 371(심지어 침해행위에 대하여서까지 증명 부담을 경감); OLG Zweibrücken OLGZ 1978, 372; GRUR 1986, 839; OLG Frankfurt JurBüro 1978, 132 f; OLG Bremen OLGZ 1979, 368, 370; OLG Köln WRP 1981, 546; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 39; Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.23; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 II 2; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 21.

435) OLGR Schleswig 2005, 473; OLG Köln WRP 2004, 1519; OLG Thüringen WRP 2002 1196; OLGR Schleswig 2001, 235; LG Oldenburg WRP 2001, 1365.

436) OLG Stuttgart VuR 2000, 453.

437) OLG Köln InVo 2001, 385.

가처분의 실효성 보완 방안

한 독일 민법 제278조⁴³⁸⁾나 소송대리인에 관한 민사소송법 제85조 제2항⁴³⁹⁾은 적용되지 않는다. 제890조의 강제집행에서는 거래의 안전이 중요하지 않기 때문이다. 개별 사건에서 채무자가 전문성이 있고 믿을 만하다는 평판이 있는 제3자에게 집행권원의 내용을 전체적으로, 명확하게 알려주고 금지명령을 지키라고 강조하였다면 채무자는 의무를 다하였다고 본다.⁴⁴⁰⁾

과실을 판단할 때 사법의 영역에서 보통 사용되는 객관적 기준을 쓰지 않는다. 이 문제는 민법적 책임이 아니고 공법적 강제집행이기 때문이다.⁴⁴¹⁾ 금지의 착오에 대한 원칙은 적용된다.⁴⁴²⁾ 그러나 집행권원의 해석이 필요하다거나 집행권원의 명령을 의미론적으로 축소하여야 한다는 사정만으로 면책되는 금지의 착오가 있다고 할 수 없

438) BVerfG§ 20, 323, 332; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 23; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 22. 반대 견해는 OLG Celle NJW 1959, 1691; BB 1963, 1235.

제278조 제3자에 대한 채무자의 책임

채무자는 법정대리인과 채무의 변제를 위하여 사용한 사람의 귀책사유를 자신의 귀책사유와 같은 범위에서 책임진다. 제276조 제3항은 적용되지 아니한다.

§ 278 Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.

439) OLG Thüringen InVo 2002, 68.

제205조 소송대리권의 효과

(2) 대리인의 귀책사유는 당사자의 귀책사유로 본다.

§ 85 Wirkung der Prozessvollmacht

(2) Das Verschulden des Bevollmächtigten steht dem Verschulden der Partei gleich.

440) OLG Köln 2003, 366; OLG Stuttgart InVo 1999, 399, OLG Hamburg NJW-RR 1989, 1087.

441) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 23; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 23.

442) BVerfG§ 20, 323; OLG Frankfurt JZ 1969, 605; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 24; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 23.

다. 채무자는 그러한 경우에 집행권원의 내용이 불명확하다면 집행권원 자체를 공격하여야 한다.⁴⁴³⁾ 채무자가 그 행위가 금지에 (더 이상) 포함되지 않는다고 보아 행위를 할 수 있다고 생각한다면 결정절차에서 집행권원을 해석하거나 사후적으로 채권자가 그 행위를 하는 데 동의하였다는 주장에 대하여 재판하여야 한다. 그러나 그 행위가 금지범위에 포함된다면 채권자의 사후적 동의는 청구이의의 소로써 주장할 사유이다(제767조). 청구권의 시효소멸의 경우도 마찬가지인데, 소멸시효는 독일 민법 제197조 제1항 제3호, 제4호⁴⁴⁴⁾에 따라 기판력의 발생 또는 화해의 체결 후 30년이 지나면 완성한다. 그러나 독일 민법 제199조 제5항⁴⁴⁵⁾에 따라 시효기간은 위반행위가 있어야 기산된다. 청구권의 실효의 경우도 그러한데, 이것도 집행과 관련하여 시간의 흐름만으로는 발생하지 않는다. 금지에 물적으로, 시간적으로 영향을 미치지 않는 집행상의 합의는 여기 속하지 않는다. 채무자가 그 행위를 하는 것을 정당화하는 근거가 있다면 (예를 들어 채무자가 금지된 주장을 다른 소송에서 증인으로 출석하여 하는 경우) 간접강제결정을 할 수 없다.⁴⁴⁶⁾

443) KG MDR 2003, 527.

444) 제197조 30년의 시효기간

(1) 다른 규정이 없는 한 다음 각호의 청구권은 30년이 지나면 시효로 소멸한다.

3. 판결로 확정된 청구권,
4. 집행력 있는 화해나 집행증서상의 청구권,

§ 197 Dreißigjährige Verjährungsfrist

(1) In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

3. rechtskräftig festgestellte Ansprüche,
4. Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden,

445) 제119조 일반적인 소멸시효기간과 최대기간

(5) 부작위청구권의 경우는 발생 대신 위반행위를 기준으로 한다.

§ 199 Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen

(5) Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Entstehung die Zuwiderhandlung.

446) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 19.

가처분의 실효성 보완 방안

집행채무자가 부작위를 명하는 집행권원과 관련하여 앞으로 어떤 행태를 취하여야 할지 판결법원의 법관에게 문의하였다면 법관의 조언이 옳지 않았다고 하더라도 일반적으로 그것을 신뢰하였다면 채무자는 면책된다.⁴⁴⁷⁾ 변호사의 조언은 경우에 따라 면책사유가 될 수 있다. 그러나 변호사의 조언이 판결의 내용에 맞지 않음이 명백하거나⁴⁴⁸⁾ 채무자가 정보를 스스로 재검토할 수 있었거나 —예컨대 상인의 영역에서—⁴⁴⁹⁾ 변호사의 조언 자체에서 판결의 내용이 불명확하다는 것을 알 수 있었다면⁴⁵⁰⁾ 그렇지 않다. 판례는 금지의 착오의 다른 경우와 마찬가지로 이 경우에도 엄격한 기준을 적용한다.⁴⁵¹⁾

상소하면 이길 수 있을 줄 알았다는 기대도 면책사유는 아니다. 채무자에게는 집행권원의 명령에 따를지 숙려할 기간도 주어지지 않는다. 그러나 채무자에게 기간은 아니더라도 즉각적이면서도 적법한 변제를 위한 필요한 시간여유, 예컨대 직원들에게 할 지시를 마무리하거나 조치를 해결하기 위한 시간은 인정되어야 한다. 물론 그에 필요한 준비를 채무자에게 책임 있는 사유로 지연시켜서는 안 된다. 채무자가 조치를 취하였으면 대개의 경우 채권자가 그것이 불충분하다고 할지 일단 기다려 보아도 된다. 집행의 절차적 요건을 알고 있는 지는 중요하지 않다.⁴⁵²⁾

⑩ 통설에 따르면 법인의 경우에는 질서금은 법인에 대하여 부과하고, 질서감치는 법인의 기관의 귀책사유가 법인의 귀책사유가 되는 경우⁴⁵³⁾ 그 기관에 대하여 명한다.⁴⁵⁴⁾ 통설은 기관에 대하여 질

447) OLG Thüringen InVo 2005, 71.

448) OLG Stuttgart InVo 2001, 382; OLGR Frankfurt 2001, 122; NJW-RR 1996, 1071.

449) OLG Hamburg NJW-RR 1989, 1087; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1071.

450) OLG Stuttgart InVo 1999, 399.

451) BGH NJW-RR 2000, 758 f.

452) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 25.

서금을 명할 수 없다고 한다.⁴⁵⁵⁾ 그러지 않으면 법인과 기관의 분리가 집행의 차원에서 사실상 유명무실하게 될 수 있기 때문이다. 채무자가 소송무능력자인 경우는 강제조치의 경우와 본질적으로 비슷하다. 통설은 질서금은 채무자 본인에게만 부과할 수 있고 법정대리인에 대하여는 부과할 수 없다고 한다.⁴⁵⁶⁾ 그러나 귀책사유와 관련하여 제890조의 경우에는 제한이 있는데, 채무자가 책임능력이 있어야 한다. 그렇지 않다면 법정대리인을 기준으로 한다.⁴⁵⁷⁾ 반면 통설에 따를 때 질서감치는 채무자가 책임능력이 있더라도 법정대리인에 대하여서만 명할 수 있다.⁴⁵⁸⁾ 물론 법정대리인의 귀책사유가 있어야 한다.⁴⁵⁹⁾ 반대 견해는 소송무능력자인 채무자가 귀책사유 있는 위반 행위를 하였다면 채무자에 대하여 질서감치를 명할 수 있다고 한다.

453) OLGR Karlsruhe 1998, 338; OLG Stuttgart NJR-RR 1989, 637; OLG Nürnberg WRP 1968, 413; 집행권원이 법인과 대표기관 모두에 대한 것이면 부과된 질서금에 대하여 공동채무자로서 책임을 진다(OLG Zweibrücken InVo 1998, 331). 부정경쟁방지법에 따른 부작위가처분이 유한회사만을 채무자로 삼고 업무집행사원 개인에 대하여 부작위를 명하지 않았다면 업무집행사원이 다른 유한회사의 업무도 집행하더라도 다른 유한회사에 대하여 강제집행할 수 없다(OLG Frankfurt InVo 1997, 275).

454) Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.26; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 II 3; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 24.

455) 법인의 기관에 대하여서도 질서금을 명할 수 있다는 견해로 Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 60 u. 62.

456) Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.26; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 18; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 24. 반대 견해는 Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1106; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 59 ff.

457) Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1106; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 59 ff; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 II 3; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 24; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 211.

458) RGZ 43, 405; OLG Braunschweig JZ 1959, 94; OLG Hamm OLG6 1996, 52; Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.26; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 18. 제한적인 견해로 Jauernig/Hesse, a.a.O., § 27 Rn. 34. 채무자의 인식 능력에 따라 나누는 견해로 Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1106; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 59 ff.

459) Thomas/Putzo, a.a.O., § 890 Rn. 36; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 24.

가처분의 실효성 보완 방안

이 견해에 따르면 법정대리인에 대하여서는 귀책사유 있는 위반행위가 법정대리인에게 귀속될 때에만 질서감치를 명할 수 있다.⁴⁶⁰⁾ 위반행위는 소송행위가 아니기 때문에 소송무능력은 질서감치를 명하지 못할 사유가 아니라는 것이다.⁴⁶¹⁾

① 승계인 - 채무자 측에 의무의 승계가 있으면 승계집행문을 받아서 부작위를 명하는 집행권원을 새로운 채무자에 대하여 집행할 수 있다. 그러나 피승계인의 침해행위에 터 잡아 집행할 수는 없다.⁴⁶²⁾ 승계인에 대하여서 새로운 명령을 하거나 아니면 집행권원을 승계집행문, 질서제재조치를 명하는 간접강제결정과 함께 승계인에게 송달하여야 한다. 채권자 측에 권리승계가 있으면 승계집행문을 송달한 후에 질서제재조치를 부과한다.⁴⁶³⁾

다. 질서제재조치의 예고

제890조 제2항에 따라 질서제재조치를 명하기 전에 예고가 이루어져야 한다. 집행권원이 판결절차의 이행판결이거나 단행적가처분(부작위가처분, 수인가처분)이면 예고는 집행권원에 포함될 수 있고, 일반적으로 대개 포함되어 있다. 그러나 소송상 화해는 당사자의 합의일 뿐이고 법관의 조치가 아니기 때문에 그럴 수 없다.⁴⁶⁴⁾ 질서제재조치의 예고는 일반적으로 위반행위 자체에 대하여 이루어지고,

460) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 24.

461) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Fn. 87; Brehm, NJW 1975, 251.

462) OLG Hamm WRP 1985, 573 = MDR 1986, 156.

463) OLG Hamburg MDR 1965, 143.

464) RGZ 40, 413; BGHZ 33, 163; OLG Hamm MDR 1988, 506; KG JurBüro 1983, 781 und NJW-RR 1987, 507; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 7; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 13; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 1. 반대 견해로는 Hasse, Fritz, Strafandrohung im Prozessvergleich, NJW 1969, S. 23 등.

위반행위의 미수는 포함되지 않는다.

집행권원에 예고가 포함되어 있지 않으면 제890조 제2항에 따라 채권자의 신청으로 제1심 수소법원이 별도로 예고를 한다. 제1심 수소법원은 제891조에 따라 채무자를 심문한 후에 결정으로 재판한다.

법인의 경우에는 적어도 그 대표자에게도 한다.⁴⁶⁵⁾ 채권자의 신청에는 제78조에 따라 변호사강제가 적용된다. 침해행위도,⁴⁶⁶⁾ 특별한 권리보호이익도⁴⁶⁷⁾ 예고의 요건이 아니다. 채권자를 위하여 법률상의 요건이 갖추어졌으면 권리보호이익이 있다고 가정한다. 종종 권리보호이익이라는 이름 아래 강제집행이 계약으로 제한되었는지, 청구권이 실효하였는지, 위반행위가 앞으로 반복될 위험이 있는지, 위반행위가 앞으로 있을 수 있기는 한지 심사하는데, 그것은 옳지 않다. 이런 것은 청구권의 존재에 관한 것이다. 또한 판결이나 소송상 화해에 터 잡은 예고결정에 있어서 채무자가 아직 위반행위를 하지 않았거나 계약벌을 합의하였다거나 금지명령을 따르기 위하여 조치(채무자가 다시 취소할 수 있는)를 취하였다는 이유로 권리보호이익을 부정하여서는 안 된다. 채무자가 그 때까지 집행권원의 금지명령에 맞게 행동하였거나 계약벌을 약속하거나 제안하였다고 하여 채권자에게 판결절차의 비용 또는 별도의 예고결정의 비용을 부담시킬 수 있는지는 그것과 엄밀하게 구별하여야 한다.⁴⁶⁸⁾

예고결정은 질서제재조치의 종류나 액수/기간을 포함하지 않아도 되지만, 조치의 상한은 표시하여야 —예컨대 법률상의 범위를 정확

465) BGH NJW 1992, 749 f.

466) RGZ 40, 413; OLG Frankfurt InVo 2001, 385; BayobLG InVo 1999, 322; OLG Hamm MDR 1988, 506; OLG Bremen NJW 1971, 58; OLG Celle JurBüro 1989, 1752.

467) OLG Frankfurt InVo 2001, 385; OLG Zweibrücken MDR 1990, 258 = OLGZ 1990, 213; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 26.

468) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 14.

가처분의 실효성 보완 방안

히 표시하는 것— 한다.⁴⁶⁹⁾ 법률의 범위를 넘어선 질서제재조치를 예고하는 것도 효력이 있다. 그렇게 하여도 예고의 목적을 달성할 수 있고 채무자가 질서제재조치의 예고를 과소평가할 위험이 없기 때문이다.⁴⁷⁰⁾ 판결이나 별도의 결정으로 한 번 예고하였으면 위반행위가 있을 때 여러 번 간접강제결정을 할 수 있다. 그러나 상황 변화로 처음 예고하였던 제재의 종류를 바꾸거나 한도를 높이는 경우에는 다시 예고를 하여야 한다. 질서금과 질서감치를 중첩적으로 예고하는 것은 제890조의 문언에 반한다. 이 조문은 질서금과 질서감치 사이에서 택일하는 것을 전제로 하기 때문이다. 그러나 그런 예고도 법적 범위를 넘은 예고와 경우와 같은 이유로 질서제재조치를 명할 근거로서 효력이 있다.⁴⁷¹⁾

나중에 질서제재조치를 명할 때 예고결정에 표시된 상한을 넘어서는 안 된다.⁴⁷²⁾ 예고결정을 별도로 하는 경우에는 이것으로써 강제집행이 개시된다.⁴⁷³⁾ 따라서 집행문과 송달은 예고결정의 요건이다.⁴⁷⁴⁾

469) BGH NJW 1005, 3177; OLG Köln BB 1979, 1173; OLG Düsseldorf MDR 1977, 412; OLG Hamm NJW 1980, 1289; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 15; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 27.

470) BGHZ 156, 335, 341 = NJW 2004, 506; OLG Hamm GRUR 1983, 606, 607; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 15; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 27.

471) BGHZ 156, 335, 341 = NJW 2004, 506.

472) KG OLGRspr. 16, 317; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 15; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 28.

473) RGZ 42, 419, 421; BGH NJW 1979, 217; BayObLG InVo 1996 216; OLG München GRUR 1990, 677 f; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 10; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 28.

474) BGH NJW 1979, 217.

라. 일반적인 집행 요건

일반적인 집행 요건은 늦어도 질서제재조치를 명하는 결정을 할 때까지는 갖추어져야 한다. 부작위명령은 판결절차의 원칙에 따라 집행권원에 특정되고 일의적으로 표시되어야 한다.⁴⁷⁵⁾ 법률조문이 이미 모든 사람이 의무의 내용을 명확하게 이해할 수 있도록 표현된 경우를 제외하고는 집행권원에 법률의 표현을 그냥 쓰는 것으로는 부족하다.⁴⁷⁶⁾ 이때에도 사실관계와 판결이유를 참작하여 집행권원을 해석할 수 있다.⁴⁷⁷⁾ 채무자의 주소가 외국에 있을 때 집행권원에 대하여 외국법원이 집행판결을 하기 전에도 질서금을 부과할 수 있다.⁴⁷⁸⁾

채무자에 대하여 질서제재조치를 명하는 간접강제결정절차는 채권자의 신청으로 개시되는데, 이 신청에는 제78조에 따라 변호사강제가 적용된다.⁴⁷⁹⁾ 신청에는 특정한 질서제재조치나 그 액수/기간을 표시할 필요는 없다. 경우에 따라 필요하면 신청도 해석할 수 있고, —채무자가 잘못하여 제888조에 따른 강제집행을 신청한 때에는— 제890조에 따른 신청으로 바꾸어 받아들일 수 있다.⁴⁸⁰⁾

채권자에게 특별한 권리보호이익은 필요 없다. 집행력 있는 집행권원이 있다는 것에서 권리보호이익이 이미 인정되기 때문이다.⁴⁸¹⁾

475) BAG AP zu BetrVG 1972 § 23 Nr. 41; OLG Köln NJW-RR 2003, 371.

476) BGHZ 130, 205 = NJW 1995, 3177; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 10; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 29.

477) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 5.

478) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 29. 본문에는 ‘집행판결’이라고 썼는데, 독일 법에는 결정으로 국내에서 집행력이 있음을 선언하는 제도도 있다.

479) OLG KoblenzWRP 1989, 331; OLG Hamm MDR 1985, 242; NJW 1970, 903; OLG München MDR 1984, 592; OLG Frankfurt Rpfleger 1979, 148; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 891 Rn. 1; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 30.

480) BayObLG NZM 1999, 769; OLG Frankfurt InVo 1997, 248.

481) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 31; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890

가처분의 실효성 보완 방안

부작위의무의 위반이 단 한 번만 일어날 수 있거나 특정 기간 안에만 일어날 수 있고 반복의 위험이 없다고 하더라도 질서제재조치의 신청은 적법하다.⁴⁸²⁾ 그러나 예외적으로 질서제재조치의 신청이 권리남용일 수 있다.⁴⁸³⁾ 부작위나 수인의무를 위반한 경우를 대비하여 당사자가 계약벌을 합의하였다고 하더라도 제890조의 강제집행 신청은 적법하다. 사법적인 제재와 집행법에 따른 제재는 병존할 수 있기 때문이다.⁴⁸⁴⁾ 그러한 경우에도 제890조의 강제집행을 신청하는 것은 권리보호이익이 있다. 그러나 계약벌에 대하여서도 집행권이 있다면 강제집행법의 제재를 경감할 수는 있다.⁴⁸⁵⁾ 소송상 화해에 포함된 계약벌이 제890조를 배제하는 의미라면 그렇지 않다.⁴⁸⁶⁾ 그러나 그렇게 이해하려면 구체적인 단서가 있어야 한다.⁴⁸⁷⁾ 사전에 강제집행을 포기하였다면 신청은 이유 없으므로 기각한다.⁴⁸⁸⁾

Rn. 52. 반대 견해는 Schuschke/Walker, a.a.O., § 890 Rn. 19.

482) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 31, 52; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 31.

483) LG Essen MDR 1982, 587.

484) BGHZ 138, 67 = NJW 1998, 1138 = ZZZ 111, 213; OLGR Frankfurt 2003, 379; OLGR Köln 2000, 412; MDR 1968, 592; OLG München InVo 1997, 250; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 648; 1988, 1216; OLG Nürnberg MDR 1983, 759; OLG Saarbrücken NJW 1980, 461; OLG Köln NJW-RR 1986, 1191; OLG Hamm MDR 1967, 223; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 53; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 Rn. 21; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 31. 중첩적으로 제재할 수 없고 선택하여야 한다는 견해에 OLG Köln NJW 1969, 756; OLG Hamm GRUR 1985, 82; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 32. 구체적인 사건에 따라 처리하려는 의견에 Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.21.

485) BGHZ 138, 67, 70 f = NJW 1998, 1138; Brehm, Wolfgang, Das europäische internationale Insolvenzrecht, ZZZ 111, 275, 276 f.

486) OLG Hamm MDR 1984, 242; BGHZ 138, 67, 70 f = NJW 1998, 1138; OLG Karlsruhe InVo 2002, 384(이유에서 반복의 위험이 없기 때문이라고 한다).

487) BGHZ 138, 67, 71 = NJW 1998, 1138. OLG Hamm 1985, 242에서는 계약벌이 특히 높은 경우 제890조에 따른 강제집행을 배제한다고 이해할 수 있다고 한다.

(4) 집행

가. 관할

제890조 제1항에 따라 제1심 수소법원이 예고뿐만 아니라 질서제 재조치를 명하는 방법으로 강제집행하는 절차를 관할한다. 제1심 수소법원은 가정법원일 수도 있고⁴⁸⁹⁾ 노동법원,⁴⁹⁰⁾ 구분소유권사건의 법원⁴⁹¹⁾일 수도 있다. 법원이 판결절차에서 관할을 잘못 인정하였다 라도 상관없다.⁴⁹²⁾ 판결절차에서 합의부가 재판하였다면 단독판사가 집행절차를 관할할 수 없다.⁴⁹³⁾ 가처분이나 잠정처분의 경우, 그런 조치를 물건이 있는 곳의 간이법원(단독판사)이나 항소법원이 하였더라도, 언제나 본안의 제1심 수소법원이 간접강제결정절차를 관할한다.⁴⁹⁴⁾ 직무관할상 사법보좌관이 담당기관이 되는 일은 없다. 중재판정, 외국판결, 변호사화해의 경우 집행력이 있음을 선언한 법원이 관할법원이다. 집행증서의 경우는 공증인이 있는 곳의 법원이 관할법원이다.⁴⁹⁵⁾

488) OLGR Köln 2002, 302.

489) OLG Frankfurt FamRZ 1987, 1292, 1293; OLG Hamburg FamRZ 1983, 1252; OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 577. 독일의 가정법원은 간이법원이다.

490) LAG Hamm DB 1973, 1951; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 31, 59; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 877 Rn. 25..

491) BayObLG Rpfleger 1979, 67; MDR 1988, 498; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 163.

492) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 31; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 877 Rn. 25.. 반대 의견은 OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 577.

493) OLGR Celle 2004, 619; OLG München MDR 1983, 599; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1724; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 877 Rn. 25..

494) RG JW 1897, 632; OLG Braunschweig NdsRpfl. 1950, 86; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 877 Rn. 25..

495) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 877 Rn. 25.

나. 절차

채권자는 일반적인 집행 요건과 제890조 제2항의 의미의 예고의 존재, 채무자가 부작위나 수인의무를 위반하는 행위를 하였다는 것, 그리고 귀책사유의 존재를 증명하여야 한다. 소명만으로는 충분하지 않다.⁴⁹⁶⁾ 신청에 대한 재판은 이유를 붙인 결정으로 한다.⁴⁹⁷⁾

다. 질서제재조치

① 질서금과 질서감치의 관계 - 제890조 제1항은 질서제재조치로 질서금과 질서감치를 정한다. 법원은 예고의 한계 안에서 이 두 가지 가운데 선택할 수 있다. 질서감치는 질서금만을 부과하는 것이 충분하지 않다고 생각될 때에만 주된 조치로 명하여질 수 있다.⁴⁹⁸⁾ 어쨌든 질서금과 질서감치를 같은 자격으로 병렬적으로 명할 수 없다. 그러나 질서금을 명할 때 제890조 제1항 제1문에 따라 —질서금을 징수할 수 없는 경우를 대비하여— 대체적으로 직권으로⁴⁹⁹⁾ 대체적인 질서감치를 명한다. 대체적인 감치 없이 질서금만을 명하였다면 나중에 대체감치를 명할 수 있다.⁵⁰⁰⁾

② 질서금 - 질서금은 최소 5유로(형법시행법 제6조 제1항 제1문), 최대 25,000 유로 사이에서 특정한 금액으로 정한다. 위반행위가 반복되면 질서금을 여러 번 부과할 수 있다. 대체적으로 명하는 질서감치의 상한은 6월이다.⁵⁰¹⁾ 제890조 제1항 제1문 끝 부분의 기

496) KG OLGRspr. 39, 86, 87; LG Bad Kreuznach MDR 1967, 500.

497) OLG Frankfurt NJW 1969, 58.

498) Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.25; Brox/Walker, a.a.O., Rn. 1105; Jauernig/Hesse, a.a.O., § 27 Rn. 33; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § 73 II 3; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 34.

499) BGH NJW-RR 1992, 1453.

500) OLG Hamm MDR 1992, 411.

501) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 40 ff; MünchKomm/Gruber, a.a.O., §

간 상한은 이 조문의 질서감치 전체에 대하여 적용되기 때문이다. 대체적 질서감치를 명하지 않았는데 질서금이 징수될 수 없으면 사후적으로 질서금을 질서감치로 바꿀 수 있다.⁵⁰²⁾

질서금의 액수는 침해행위의 종류, 범위, 지속기간, 귀책사유의 정도, 침해행위에서 침해자가 얻는 이익, 피해자가 이미 있었던 침해행위와 앞으로 있을 수 있는 침해행위에서 받을 수 있는 위험을 기준으로 정한다.⁵⁰³⁾ 기준은 개별 사건마다 다르다. 질서금의 액수는 원래 판결절차의 소송물가액의 일부라는 식으로 도식적으로 정하여져서는 안 된다.⁵⁰⁴⁾ 질서금의 액수는 채무자가 위반행위를 하는 것이 이익이 되지 않을 정도이어야 한다.⁵⁰⁵⁾ 여러 번의 위반행위에 대하여 하나의 질서제재조치를 명할 수 있다.⁵⁰⁶⁾

③ 질서감치 - 질서감치는 특정인을 지정하여 명하는데,⁵⁰⁷⁾ 최소한은 하루이고(형법시행법 제6조 제2항) 최대한은 6월이다. 질서감치의 총합이 6년을 넘어서는 안 된다. 위반행위가 반복되면 상한까지 다시 질서감치를 명할 수 있다. 질서감치는 법정대리인에 대하여 명하므로, 유한회사⁵⁰⁸⁾와 합자회사⁵⁰⁹⁾의 경우에는 업무집행사원에

890 Rn. 35.

502) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 43; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 35. 반대 견해는 Schuschke/Walker, a.a.O., § 890 Rn. 38.

503) BGHZ 156, 335, 349 = NJW 2004, 506; BGH NJW 1994, 45; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2003, 127 f; LG Hannover WRP 2001, 1458; OLG Köln JurBüro 2001, 155; InVo 1000, 300; OLG Dresden WRP 1999, 1204.

504) BGH NJW 1994, 45, 46; OLG Zweibrücken InVo 2004, 115; OLG Dresden WRP 1999, 1204.

505) BGHZ 156, 335, 349 = NJW 2004, 506; BGH NJW 1994, 45, 46; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2003, 127 f.

506) BGHZ 33, 163, 167(그러나 이 판례는 계속적인 관련이라는 개념이 인정될 때의 것이라는 점을 주의하여야 한다); OLG Zweibrücken OLGZ 1989, 360.

507) KG InVo 1997, 220.

508) OLG Nürnberg MDR 2003, 293.

509) OLG Koblenz NZG 2002, 121.

가처분의 실효성 보완 방안

대하여 명한다. 업무집행사원이 간접강제결정 후 유한회사에서 탈퇴 하더라도 마찬가지이다.⁵¹⁰⁾ 사실상의 업무집행자에 대하여 질서감치를 명할 수 없다. 감치는 정관에 따른 업무집행자에 대하여 명한다.⁵¹¹⁾

라. 집행

질서금의 집행은 직권으로 사법징수법 제1조 제1항 제3호에 따라 이루어진다. 제1심 수소법원의 재판장이 사법보좌관에게 집행을 촉탁한다. 질서금은 국고에 귀속된다.

질서금에 대하여 납부기간을 정할 수 있고 분할납부를 허용할 수 있다(형법시행법 제7조⁵¹²⁾). 통설은 질서감치의 집행은 형벌처럼 국고부담으로 이루어진다고 한다.⁵¹³⁾ 반대 견해는 채권자의 부담으로 제802g조 이하에 따라 이루어진다고 한다. 질서감치가 제재의 성격을 가지고 있기는 하지만 사권을 강제집행하기 위한 제도이기 때문이라고 한다.⁵¹⁴⁾ 질서감치는 형벌이 아니고 채권자의 사법상 청구권

510) OLG Nürnberg MDR 2003, 293.

511) OLG Thüringen InVo 2002, 121.

512) 제7조 질서금의 납부 완화

(1) 관계인이 경제사정상 질서금을 즉시 납부할 수 없는 때에는 납부기간을 정하거나 질서금을 분할납부하도록 한다. 이 때 관계인이 할부금을 연체하면 분할납부의 혜택이 없어지도록 명할 수 있다.

Art. 7 Zahlungserleichterungen bei Ordnungsgeld

(1) Ist dem Betroffenen nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zuzumuten, das Ordnungsgeld sofort zu zahlen, so wird ihm eine Zahlungsfrist bewilligt oder gestattet, das Ordnungsgeld in bestimmten Teilbeträgen zu zahlen. Dabei kann angeordnet werden, daß die Vergünstigung, das Ordnungsgeld in bestimmten Teilbeträgen zu zahlen, entfällt, wenn der Betroffene einen Teilbetrag nicht rechtzeitig zahlt.

513) OLG München OLGRspr. 40, 415; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 45; Baur/Stürner/Bruns, a.a.O., Rn. 40.29.

514) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 38.

을 실현하기 위한 것이기 때문에 사면을 할 수 없다.⁵¹⁵⁾ 간접강제결정이 확정되기 전에 채권자가 신청을 취하하면 제890조에 따라 집행할 수 없다.⁵¹⁶⁾ 그러나 간접강제결정이 확정된 후에 취하하면 강제집행할 수 있다.

집행의 소멸시효에는 형법시행법 제9조⁵¹⁷⁾가 적용된다.⁵¹⁸⁾ 이것은 청구권의 소멸시효와 다르다. 형법시행법 제9조 제1항에 정하여진 시효기간의 진행은 제890조가 적용되는 영역에서는 질서제재조치를 명하는 것 —간접강제결정이 확정되지 않았더라도— 으로 끝난

515) Brehm NJW 1975, 249, 250.

516) OLG Hamm NJW 1977, 1203. OLG Köln OLGZ 1989, 475.

517) 제9조 질서제재조치의 집행소멸시효

(1) 집행소멸시효가 완성하면 질서금과 질서감치를 명할 수 없다. 시효기간은 법률이 달리 정하지 아니하는 한 2년이다. 시효기간은 행위가 종료하면 진행한다. 법률에 따라 질서금을 정하는 절차가 개시되거나 속행될 수 없는 동안 시효기간의 진행은 정지된다.

(2) 집행소멸시효가 완성하면 질서금과 질서감치를 집행할 수 없다. 시효기간은 2년이다. 질서제재조치의 집행력이 생기면 시효기간이 진행한다. 시효기간의 진행은 다음 각호의 사유가 있는 동안 정지한다.

1. 법률에 따라 집행이 개시되거나 속행될 수 없을 때
2. 집행이 정지되었을 때
3. 질서금 납부가 완화되었을 때

Art. 9 Verjährung von Ordnungsmitteln

(1) Die Verjährung schließt die Festsetzung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft aus. Die Verjährungsfrist beträgt, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, zwei Jahre. Die Verjährung beginnt, sobald die Handlung beendet ist. Die Verjährung ruht, solange nach dem Gesetz das Verfahren zur Festsetzung des Ordnungsgeldes nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann.

(2) Die Verjährung schließt auch die Vollstreckung des Ordnungsgeldes und der Ordnungshaft aus. Die Verjährungsfrist beträgt zwei Jahre. Die Verjährung beginnt, sobald das Ordnungsmittel vollstreckbar ist. Die Verjährung ruht, solange

1. nach dem Gesetz die Vollstreckung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann,
2. die Vollstreckung ausgesetzt ist oder
3. eine Zahlungserleichterung bewilligt ist.

518) BGHZ 161, 60 = NJW 2005, 509.

가처분의 실효성 보완 방안

다. 그러면 그 후의 집행절차 또는 상소절차에서 다시 시효가 진행하지 않는다.⁵¹⁹⁾ 집행의 소멸시효가 완성되면 일반적으로 취소신청을 하는 것은 권리보호이익이 없다.⁵²⁰⁾

마. 담보제공명령

제890조 제3항은 채무자가 앞으로 위반행위를 하여 채권자에게 발생할 수 있는 손해를 위하여 담보를 제공하게 할 가능성을 규정한다. 요건은 채권자의 담보제공신청, 채무자의 위반행위가 이미 있었을 것,⁵²¹⁾ 질서제재조치의 예고이다. 질서제재조치를 이미 명하였거나 동시에 명할 필요는 없다.⁵²²⁾ 신청에 담보의 액수를 표시할 필요는 없다. 담보를 제공하도록 할 것인지, 그리고 그 경우 종류와 액수는 법원이 재량으로 정한다.⁵²³⁾ 담보는 장래에 있을 수 있는 위반행위로 발생할 수 있는 손해의 배상을 보장할 정도이어야 한다.⁵²⁴⁾ 담보는 기간을 특정하여 제공하게 하는데, 기간은 침해행위가 반복될 위험이 있는 기간을 예측하여 정한다.⁵²⁵⁾ 법원은 임의적 구술변론 또는 채무자의 심문 후에 결정으로 재판한다. 담보의 반환은 제109조⁵²⁶⁾에 따라 행한다.

519) BGHZ 161, 60 = NJW 2005, 509.

520) LG Mainz WRP 2002, 1472.

521) KG JW 1923, 998.

522) OLG Hamburg OLGRspr. 31, 133; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 267; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 890 Rn. 57; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 41.

523) OLG München InVo 2000, 25.

524) OLG Zweibrücken InVo 1999, 254.

525) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 890 Rn. 41.

526) 제109조 담보의 반환

- (1) 담보제공의 원인이 없어지면 신청에 따라 담보제공을 명하거나 허용한 법원은 기간을 정하여 담보제공을 받은 당사자가 담보반환에 동의하거나 소를 제기하였다는 사실을 증명하게 한다.

바. 상소

질서제재조치를 별도로 예고하였다면 그에 대하여 제793조에 따라 즉시항고할 수 있다. 별도로 예고결정을 하지 않았으면 예고를 포함한 집행권원과 함께 불복할 수 있다. 질서제재조치를 명한 후에는 이 즉시항고는 대상이 없어서 부적법하다. 판결에 예고를 포함시켜 달라는 신청을 간과한 경우에는 제890조 제2항 때문에 상소를 할 수도 없고 제321조⁵²⁷⁾에 따라 보충을 신청할 수도 없다.

(2) 소 제기가 증명되지 않으면 기간이 만료한 후에 법원은 신청에 따라 담보의 반환을 명한다; 담보가 보증으로 제공되었으면 법원은 보증의 소멸을 명한다. 이 명령은 확정되어야 효력이 있다.

(3) 담보반환의 신청과 동의는 법원사무관 등 앞에서 구술로 진술하고 조서로 작성할 수 있다. 재판은 결정으로 한다.

(4) 제1항의 신청을 기각 또는 각하하는 결정에 대하여는 신청인이, 제2항의 재판에는 양 당사자가 즉시항고할 수 있다.

§ 109 Rückgabe der Sicherheit

(1) Ist die Veranlassung für eine Sicherheitsleistung weggefallen, so hat auf Antrag das Gericht, das die Bestellung der Sicherheit angeordnet oder zugelassen hat, eine Frist zu bestimmen, binnen der ihm die Partei, zu deren Gunsten die Sicherheit geleistet ist, die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit zu erklären oder die Erhebung der Klage wegen ihrer Ansprüche nachzuweisen hat.

(2) Nach Ablauf der Frist hat das Gericht auf Antrag die Rückgabe der Sicherheit anzuordnen, wenn nicht inzwischen die Erhebung der Klage nachgewiesen ist; ist die Sicherheit durch eine Bürgschaft bewirkt worden, so ordnet das Gericht das Erlöschen der Bürgschaft an. Die Anordnung wird erst mit der Rechtskraft wirksam.

(3) Die Anträge und die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit können vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden. Die Entscheidungen ergehen durch Beschluss.

(4) Gegen den Beschluss, durch den der im Absatz 1 vorgesehene Antrag abgelehnt wird, steht dem Antragsteller, gegen die im Absatz 2 bezeichnete Entscheidung steht beiden Teilen die sofortige Beschwerde zu.

527) 제321조 판결의 보충

(1) 처음에 확정되었거나 나중에 정정된 사실관계에 따라 한 당사자가 주장한 주된 청구권 또는 부채채권 또는 비용의 재판이 재판에서 전부 또는 일부 간과되었으

가처분의 실효성 보완 방안

간접강제결정의 신청에 대한 재판(인용이든, 기각/각하이든)에도 즉시항고할 수 있다. 질서제재조치의 액수/기간에 대하여서도 즉시항고할 수 있다.⁵²⁸⁾ 강제집행의 종류와 실시방식에 대하여서는 제766조⁵²⁹⁾에 따라 집행에 관한 이의를 할 수 있다.⁵³⁰⁾

면 신청에 따라 판결을 사후적인 재판으로 보충한다.

- (2) 사후적 재판은 판결 송달 후 2주 안에 서면으로 신청하여야 한다.
- (3) 신청에 따라 구술변론기일을 정한다. 신청인의 상대방에게 신청서와 함께 기일 출석통지서를 송달한다.
- (4) 구술변론은 재판되지 아니한 부분에 대하여서만 한다.

§ 321 Ergänzung des Urteils

- (1) Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Tatbestand von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder teilweise übergegangen ist, so ist auf Antrag das Urteil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.
- (2) Die nachträgliche Entscheidung muss binnen einer zweiwöchigen Frist, die mit der Zustellung des Urteils beginnt, durch Einreichung eines Schriftsatzes beantragt werden.
- (3) Auf den Antrag ist ein Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen. Dem Gegner des Antragstellers ist mit der Ladung zu diesem Termin der den Antrag enthaltende Schriftsatz zuzustellen.
- (4) Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Teil des Rechtsstreits zum Gegenstand.

528) OLG Karlsruhe NJW 1957, 917; OLG Hamm GRUR 1983, 607 und NJW-RR 1988, 960(예고결정에 대하여); OLG München MDR 1984, 592.

529) 제766조 강제집행의 종류와 방식에 대한 이의

- (1) 강제집행의 종류와 방식 또는 집행관의 절차에 대한 신청, 항변, 이의에 대하여는 집행법원이 재판한다. 법원은 제732조 제2항의 명령을 할 수 있다.
- (2) 집행관이 집행신청을 받거나 신청에 따른 집행행위를 하는 것을 거부하는 경우 또는 집행관 절차에서 발생한 비용에 대하여 이의가 제기된 경우에도 집행법원이 재판한다.

§ 766 Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung

- (1) Über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher bei ihr zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Es ist befugt, die im § 732 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.
- (2) Dem Vollstreckungsgericht steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrag gemäß auszuführen, oder wenn wegen der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten

사. 비용

법원비용은 15유로의 고정액수이다. 한 심급 안에서 같은 청구권과 같은 소송물에 대하여 여러 번 간접강제절차가 있으면 여러 절차를 하나로 본다. 법원비용법 제12조 제4항에 따라 예납의무가 있다.⁵³¹⁾ 나아가 간접강제결정을 집행하는 개별 집행조치의 비용이 발생할 수 있다. 질서감치의 비용은 법원비용법 비용목록 9010의 실비항목에 따른다.

변호사보수에서 질서금을 명하는 결정절차는 각각 별도의 사건이다. 질서금의 예고는 별도절차가 아니고 제1심의 절차비용이나 강제집행의 업무를 위한 절차의 비용과 함께 받는다. 제890조 제3항에 따라 담보를 제공하라는 결정도 별도의 절차이다. 그 밖에 제892조에 따라 채무자의 저항을 배제할 때 집행관비용이 발생할 수 있다. 이 비용은 법원비용법 비용목록 250에 따라 40유로이고, 사법보좌관이 질서감치를 실행하기 위하여 채무자를 체포하게 하면 법원비용법 비용목록 270에 따라 30유로의 비용이 발생한다.

3. 채무자의 저항 제거

독일 민사소송법에는 작위 또는 수인의무의 집행 과정에서 채무자가 집행에 대하여 저항하면 그것을 배제하기 위한 제도가 있다. 참고로 이 제도를 소개한다.

Erinnerungen erhoben werden.

530) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 890 Rn. 41.

531) MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 888 Rn. 35.

가처분의 실효성 보완 방안

(1) 독일 민사소송법의 조문

제892조

채무자가 제887조와 제890조에 따라 수인하여야 하는 행위에 대하여 저항하면 채권자는 저항을 제거하기 위하여 집행관의 조력을 받을 수 있고, 집행관은 제758조 제1항과 제759조에 따라 절차를 진행하여야 한다.⁵³²⁾

(2) 입법목적

채무자의 의사에 반하여 채무의 본래 내용을 실현시키는 강제집행에서 채무자의 저항을 극복하여야 하는 문제까지 있을 때 강제집행의 실효성을 보장하기 위한 조문이다. 채무자가 저항하는 경우 독일 민법 제229조⁵³³⁾의 한계 안에서만 자력구제를 할 수 있다. 그 밖의 경우에 채권자는 집행관의 도움을 받아야 한다.

532) 원문은 다음과 같다.

§ 892 Widerstand des Schuldners

Leistet der Schuldner Widerstand gegen die Vornahme einer Handlung, die er nach den Vorschriften der §§ 887, 890 zu dulden hat, so kann der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, der nach den Vorschriften des § 758 Abs. 3 und des § 759 zu verfahren hat.

533) 제229조 자력구제

자력구제의 목적으로 물건의 점유를 빼앗거나 파괴하거나 손상시키거나 도주의 우려가 있는 채무자를 억류하거나 채무자가 수인하여야 할 행위에 대하여 저항하는 것을 제거하는 것은 적시에 공권력의 도움을 얻을 수 없고 즉시 행동하지 아니하면 청구권을 실현할 수 없거나 현저히 곤란하여질 때에만 위법하지 않다.

§ 229 Selbsthilfe

Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.

(3) 요건

제892조는 제887조에 따른 대체집행과 제890조에 따른 수인의 강제집행에 적용된다. 제887조의 경우 채무자는 의무의 대체적 이행을 수인하여야 한다. 제890조에 따른 수인의무에서 제892조는 질서 제재조치를 명하는 것 외에 집행권원상의 청구권을 실현시키는 방법을 하나 더 규정한 것인데, 이것은 일반적으로 질서제재조치보다 효율적이다. 채권자는 두 가지 가능성 가운데 하나를 선택할 수 있다.⁵³⁴⁾

제892조는 채무자가 수인하여야 할 행위를 하는 데에 저항하는 것을 요건으로 한다. 따라서 제887조의 의미의 수권결정이나 제890조의 의미의 수인의 집행권원이 있어야 한다. 나아가 일반적인 집행요건이 갖추어져야 한다. 채무자가 이미 저항하였을 필요도 없고 그것을 증명할 필요도 없다.⁵³⁵⁾ 그러나 적어도 저항이 곧 있을 것이라는 주장은 있어야 한다. 채권자가 예방적으로 행동하는 것도 가능하다.⁵³⁶⁾ 그러나 제거란 항상 저항을 전제로 하므로 채권자는 제788조⁵³⁷⁾의 의미에서 불필요한 비용을 발생시켜서 비용을 부담하게 될

534) OLG Köln NJW-RR 1988, 832; LG Mainz DGVZ 2002, 138; LG Berlin DGVZ 1991, 155; LG Braunschweig DGVZ 1988, 140; LG Karlsruhe DGVZ 1984, 12; AG Peine DGVZ 1999, 140; AG Wiesbaden DGVZ 1988, 45; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 892 Rn. 3; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 892 Rn. 2; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 892 Rn. 3. 반대 견해로 제890조가 우선 적용된다는 것에 AG Berlin-Wedding DGVZ 1987, 63.

535) AG Münster DGVZ 1979, 28 f.

536) LG Braunschweig DGVZ 1988, 140.

537) 제788조 강제집행의 비용

- (1) 강제집행의 비용은 필수적인 것이면 채무자가 부담한다; 집행비용은 집행청구권과 함께 징수한다. 판결정본을 만들고 송달하는 비용도 집행비용이다. 여러 명이 공동채무자로서 이행판결을 받은 때에는 집행비용도 공동채무자로서 부담한다;

위험이 있다.⁵³⁸⁾

(4) 집행관의 관여

집행관은 법원의 명령 없이 채권자의 신청에 따라 직접 관여한다. 그러나 집행관은 집행권원의 집행을 위하여 채무자의 저항을 제거하는 것일 뿐이므로 수인의 대상인 행위를 직접 할 수는 없다. 사실상의 저항은 집행관이 제758조 제3항⁵³⁹⁾과 제759조⁵⁴⁰⁾에 따라 제거

제100조 제3항과 제4항이 준용된다.

§ 788 Kosten der Zwangsvollstreckung

(1) Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, soweit sie notwendig waren (§ 91), dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben. Als Kosten der Zwangsvollstreckung gelten auch die Kosten der Ausfertigung und der Zustellung des Urteils. Soweit mehrere Schuldner als Gesamtschuldner verurteilt worden sind, haften sie auch für die Kosten der Zwangsvollstreckung als Gesamtschuldner; § 100 Abs. 3 und 4 gilt entsprechend.

538) LG Braunschweig DGVZ 1988, 140.

539) 제758조 수색; 강력사용

(3) 집행관은 저항이 있을 때 강력을 사용할 수 있고 이 목적으로 경찰의 원조를 요청할 수 있다.

§ 758 Durchsuchung; Gewaltanwendung

(3) Er ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zweck die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen.

540) 제759조 증인의 참여

집행행위를 할 때 저항이 있거나 채무자의 집에서 할 집행행위시에 채무자나 성인인 가족, 집에서 근무하는 사람이나 동거인이 없으면 집행관은 두 명의 성인 또는 지역 공무원 또는 경찰공무원 1명을 증인으로 참여시켜야 한다.

§759 Zuziehung von Zeugen

Wird bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet oder ist bei einer in der Wohnung des Schuldners vorzunehmenden Vollstreckungshandlung weder der Schuldner noch ein erwachsener Familienangehöriger, eine in der Familie beschäftigte Person oder ein erwachsener ständiger Mitbewohner anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher zwei erwachsene Personen oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

한다. 따라서 집행관은 강력을 사용할 수 있고 경찰의 도움을 받을 수 있다. 그리고 증인이 참여하여야 한다. 집행행위에 대하여는 조서를 작성하여야 한다. 채권자와 채무자는 제766조에 따라 집행에 관한 이의를 할 수 있다. 집행관 비용은 법원비용법 비용목록 250에 따라 40유로이고, 시간이 오래 걸리면 비용목록 500에 따라 추가비용이 발생할 수 있다.⁵⁴¹⁾

III. 독일의 간접강제 제도와 우리 민사집행법의 간접강제 제도 비교

1. 수인을 명하는 집행권원의 집행을 위한 제도의 유무

독일과 우리나라의 간접강제 제도를 비교할 때 아무래도 제일 먼저 눈에 띄는 차이가 바로 독일 민사소송법 강제집행편에 부작위나 수인을 명하는 집행권원의 집행을 위하여 조문을 따로 마련하였다는 것이다. 부작위나 수인을 명하는 집행권원의 강제집행을 위한 제도가 따로 필요한 이유를 생각하여 보자.

대체할 수 없는 작위의무와 부작위 또는 수인의무에서 의무위반의 형태가 다르다. 바꾸어 말하면 강제집행 전에 존재하는 법적 상태가 다르다. 그에 따라서 당연히 강제집행으로써 채무자가 하도록 하여야 할 행위도 다르고, 그것을 강제하는 방식도 다를 수밖에 없다.

① 작위를 명하는 집행권원을 강제집행하는 경우란, 채무자가 하여야 할 행위를 하지 아니하는 상태가 문제가 되어서 강제집행으로

541) Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., § 892 Rn. 1 ff; MünchKomm/Gruber, a.a.O., § 892 Rn. 7 f.

가처분의 실효성 보완 방안

써 채무자가 그 행위를 하도록 강제할 필요가 있는 때이다. 강제집행으로써 채무자가 의무를 이행하도록 하여서 법적으로 존재하여야 할 상황을 이루어내는 것이라 표현할 수도 있겠다. 이때에는 채무자가 하여야 할 행위, 채무자의 의무라는 것이 이미 특정되어 있다. 그리고 채무자가 의무를 위반하여 그 행위를 하지 아니한 상황, 법적으로 바람직하지 아니한 상황이 이미 존재한다. 따라서 집행기관인 제1심 수소법원은 채무자가 그 특정 행위를 하도록 강제금 또는 강제감치의 방법으로 압박을 가하면 된다.

예를 들어 채무자가 인터넷 홈페이지에 배너광고를 게시하기로 하였는데 의무를 이행하지 아니하였다면 집행기관은 일정한 금액의 지급이라는 불이익(독일에서는 강제감치의 방법도 있다)을 가하여는 방법으로 채무자를 압박하여 ‘그 특정 행위’, 곧 의무 내용대로 배너광고를 하도록 하면 된다. 또 다른 예로 채무자가 금고의 비밀번호를 채권자에게 알려 주어야 할 의무가 있는데 알려주지 아니하는 경우에는 집행기관은 채무자가 ‘그 특정 행위’, 곧 채권자에게 비밀번호를 알려주는 행위를 하도록 채무자에게 법적 불이익(금전이나 감치)을 가하는 제도를 활용하면 된다.

② 반면 부작위나 수인을 명하는 집행권원을 강제집행하는 경우에는 채무자가 의무를 위반한 상황이 항상 존재하는 것은 아니다. 채무자의 의무위반행위가 의무를 명하는 판결 선고 또는 가처분의 발령 전에 이미 있었을 수도 있고 아닐 수도 있다. 예를 들어 채무자가 터널 공사를 하지 말아야 할 의무를 지는 경우를 생각하여 보자. 판결 선고 시 또는 가처분의 발령 시에 이미 터널공사가 시작되어 의무 위반 상황이 현존할 수도 있고, 아직 착공을 하기 전일 수도 있다. 채권자는 상황에 따라 터널공사를 중단하기를 원하거나, 채무자가 아예 착공을 하지 못하도록하기를 원할 것이다. 앞의 경우에

는 의무위반상황이 이미 존재하므로 집행권원이 성립한 뒤에 집행이 신청되면 바로 간접강제결정을 하는 것에 별다른 의문이 없을 것이다. 그러나 뒤의 경우에는 채무자의 의무위반행위가 아직 없었기 때문에 실제로 채무자의 의무위반행위가 있는 후에 비로소 간접강제결정을 할 수 있는지, 아니면 채무자의 의무위반행위가 있기 전에도 ‘만약 위반행위를 하면 이렇게 된다’는 것을 미리 정하고 채무자에게 알려 두는 차원에서 간접강제결정을 할 수 있는지의 문제가 생긴다.

③ 이를 달리 표현하면, 부작위를 명하는 집행권원의 강제집행은 이미 존재하는 의무위반을 제거 또는 배제하는 역할을 할 수도 있고, 앞으로 의무위반이 일어나지 않도록 ‘예방’하는 역할을 하기도 한다고 할 수 있다. 간접강제결정은 그것을 강제집행함으로써 채무자에게 질서금을 징수하여 의무를 위반한 채무자를 제재하는 기능을 하기도 하고, 앞으로 의무위반이 있으면 법원이 질서금을 부과한다는 것을 알림으로써 채무자가 의무를 위반하지 아니하도록 하는 예방조치이기도 하다. 독일 민사소송법 제890조는 우선적으로 채무자의 의무위반행위가 있는 후에 제재적 기능을 하지만, 앞으로 또 있을 수도 있는 의무위반행위를 예방하는 기능도 한다.

사실 이 점은 대체할 수 없는 작위를 명하는 집행권원의 강제집행을 위한 간접강제와 부작위를 명하는 집행권원의 강제집행을 위한 간접강제 둘 사이만의 차이가 아니다. 금전의 지급을 명하는 집행권원의 강제집행이나 특정물의 인도를 명하는 집행권원의 강제집행의 경우에도 채무자의 의무위반이라는 상황이 이미 존재하고, 강제집행으로써 ‘마땅히 존재하여야 할 상황’을 이루어낸다. 대체집행의 경우도 마찬가지이다. 이 점에 주목한다면 금전의 지급을 명하는 집행권원, 특정물의 인도를 명하는 집행권원, 작위의무의 이행을 명하는 집행권원의 강제집행에는 공통점이 있고, 부작위를 명하는 집행권원의

강제집행의 경우만 다르다.

④ 또 부작위의무의 위반은 한 번만 일어날 수도 있고, 여러 번 반복하여 일어날 수도 있다. 예를 들어 일요일에 하는 교회 예배를 방해하여서는 아니 된다는 의무의 경우 의무의 위반은 수없이 많이 일어날 수 있다.⁵⁴²⁾ 한편 특정한 음악회에 출연하여서는 아니 된다는 의무를 위반하여 음악회에 출연하여 연주하는 행위는 일회적이다. 위에 적은 문제, 곧 의무위반행위가 있는 후에 비로소 간접강제결정을 할 수 있는가라는 문제는 이것과도 연관된다. 의무위반행위가 일회적인 경우에 의무위반행위가 있는 후에 비로소 간접강제결정을 할 수 있다면, 간접강제는 채무자의 의무위반을 예방하는 기능을 하지 못하기 때문이다. 이때의 질서금은 의무위반을 막지는 못하고 의무를 위반한 채무자에 대한 사후적 제재가 될 뿐이다. 위 예에서 처럼 의무를 위반하여 음악회에 출연하고 연주를 하여 버렸다면 채무자에게 질서금이나 질서감치를 명한다고 하여 채무자가 음악회에 출연하고 연주한 것을 되돌릴 수 없다. 의무를 위반하여 금지된 행위를 한 것에 대하여 손해배상 등 다른 법적효과가 발생하기는 하지만, 이는 부작위의무의 강제집행을 위한 간접강제의 영역을 벗어난 것으로서 다른 집행방법(물론 다른 집행권원이 필요하다)을 쓸 수밖에 없다.

⑤ 이와 관련하여 채무자의 의무위반행위가 있기 전에 간접강제결정을 미리 할 수 있다면 집행권원에 의무위반행위를 얼마나 상세하게 적어야 하는지, 또는 의무위반행위를 표시할 때 특정되지 아니한 표현을 쓸 수 있는지도 문제가 된다. 법원에서 가처분의 실효성에

542) 주차방해를 하여서는 아니 된다는 의무처럼 의무는 계속적인데 의무위반행위는 반복적으로 일어나는 경우도 있고(주석 민사집행법/서기석, 제1판, (5), 한국사법행정학회, 2004, 118면 이하. 이설 있음) 그밖에 경업금지의무처럼 의무위반이 계속적인 경우도 있다.

대하여 고민하게 된 원인 가운데 중요한 것 하나가 바로 이 ‘주문의 불특정’ 또는 주문이 금지하는 행위의 범위가 어디까지인가이다. 예를 들어 일요일에 교회의 예배를 방해하여서는 아니 된다는 의무의 경우에 도대체 어떤 행위까지가 ‘예배를 방해하는 행위’인지 의문이 생길 수 있다. 교회 입구를 막아서 신도들이 교회에 들어가지 못하게 하는 행위는 예배를 방해하는 행위라고 볼 수 있을 것이다. 예배 시간에 시끄러운 음악을 틀거나 자동차 경적을 연속적으로 울려서 예배의 진행을 방해할 수도 있을 것이다. 그런데 몇 데시벨 정도의 소리가 얼마나 오랫동안 계속되면 예배 방해라고 할 것인가? 그밖에도 예배를 방해하는 행위의 종류는 수없이 많을 것이고, 예배 방해인지 아닌지 판단하기 어려운 경우도 그만큼 많을 것이다. 또 다른 예를 보자. 연예인의 전속계약의 효력이 없음을 전제로 채무자가 전속계약에 따른 권리를 행사하지 못하도록 하여 달라는 가처분의 신청취지는 “피신청인은 신청인들의 방송·영화출연, 콘서트 등 공연참가, 음반제작, 각종 연예행사 참가 등 연예활동과 관련하여, 가. 방송사, 음반제작사, 공연기획사, 광고대행사, 광고기획사 등 제3자와의 제반 계약을 교섭하거나 체결하는 행위, 나. 신청인들의 의사에 반하여 신청인들에게 개별적으로 또는 공동으로 연예활동을 요구하는 행위, 다. 방송사, 음반제작사, 공연기획사, 광고대행사, 광고기획사 등 제3자에 대하여 신청인들의 연예활동에 관한 이의를 제기하거나 그 금지를 요청하는 행위, 라. 기타 별지 기재 전속계약이 유효함을 전제로 신청인들의 자유로운 연예활동을 방해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.”⁵⁴³⁾이었다. 이렇게 길게, 상세하게 금지되는 행위를 열거하였는데도 막상 어떤 행위가 금지되는 행위에 해당되는지 판단하기 어려운 경우가 있을 수 있다. 어떤 행위가 ‘자유로운 연예

543) 서울중앙지법 2009. 10. 27. 자 2009카합2869 결정.

가처분의 실효성 보완 방안

활동을 방해하는 행위'인지 아닌지 언제나, 누구나 바로 판단할 수 있을까? 그리고 이 신청취지에는 '등', '제반', '각종', '기타', '일체의' 처럼 특정되지 않은 표현이 여덟 번 쓰였다. 이 '등', '기타'에 해당되는 대상 또는 행위가 어떤 것일까?

⑥ 또 '채무자'의 의무위반행위가 있었는지 판단하기 어려운 경우도 있다. 교과서적인 예로 채무자가 채권자의 토지를 임차하면서 임대차 대상 토지 안에서 자동차를 운행하지 아니하겠다고 약정하였는데 채무자의 노무자가 토지 안에서 자동차를 운행한 경우가 있다. '채무자' 자신은 의무를 위반하지 아니하였지만 채무자의 '노무자'가 의무를 위반하였다면 간접강제결정에 따라 질서금을 강제집행할 수 있을까? 이와 같이 채무자의 의무위반행위가 있기 전에 미리 간접강제결정을 하여 둘 경우에 누구의 어떤 행위가 집행권원의 '채무자의 의무위반행위'에 해당하고, 그래서 질서금이나 질서감치를 집행하여야 할 경우인지 판단하기 어려운 경우가 생긴다.

⑦ 이 '청구(신청)취지와 주문의 불특정'이라는 문제는 부작위의무의 이행을 구하는 소에서는 피할 수 없는 문제이기도 하다. 그러나 '청구(신청)취지가 특정되어야 한다'는 점은 부작위의무의 이행을 구하는 소(가처분)의 소장(신청서)에서도 반드시 갖추어져야 할 요건이다.

우선 부작위의무의 내용과 범위가 원칙적으로 일의적으로 특정되어야 한다. 소송물이 무엇인지 알 수 없을 정도로 신청을 불명확하게 써서는 안 된다. 그러면 피고(피신청인)가 충분히 방어를 할 수 없고, 결국 집행기관이 집행절차에서 피고(피신청인)에게 금지된 것이 무엇인지 판단하여야 한다는 문제가 생기기 때문이다.⁵⁴⁴⁾ 청구취지를

544) BGH NJW 2005, 2005; BGHZ 156, 1; 153, 69(위법하게 제작된 음원매체의 인도); 144, 251(상표로 보호되는 색깔을 '징표'로 하는 금지의 신청은 특정되지

해석하는 데 청구원인뿐만 아니라 준비서면과 구술변론에서의 진술을 참작할 수 있다.⁵⁴⁵⁾ 석명권을 이용하여야 하는데, 법원의 시사의 무가 해석보다 중요하다. 청구(신청)취지를 특정하기 위하여 도면을 사용할 수도 있다.⁵⁴⁶⁾ 청구(신청)취지가 특정되지 않은 예로 ‘위원들이 “미룰 수 없는 행위 외에는” 하여서는 아니 된다’는 것,⁵⁴⁷⁾ ‘수신자의 사전 동의나 적어도 그러한 광고를 하는 데 동의하였다고 볼 만한 사정이 없는 한 신청 없이 전화광고를 하여서는 아니 된다’⁵⁴⁸⁾는 것이 있다. 특히 부정경쟁방지법의 영역에서 ‘법 조문을 그대로 반복하는 신청’은 원칙적으로 허용되지 않는다. 왜냐하면 그것은 법률분쟁을 집행절차로 넘겨버리는 것이기 때문이다. 따라서 소장의 청구취지(가처분신청서의 신청취지)에 피고(채무자)에게 금지된 행위를 서술하는 데 그저 법 조문의 (일반적이고 추상적인) 표현만을 사용하여서는 안 된다.⁵⁴⁹⁾ 소장(가처분신청서)에는 추가적으로 금지된 행태의 특징적인 요소가 구체적으로 표시되어야 한다. 법 조문의 표현을 그대로 사용하는 것은 법률 조문 자체가 구체적으로 표현된 경우에만 적법하다.⁵⁵⁰⁾ 원고(신청인)가 ‘실제로 일어난 행위’ 그대로

않았다); NJW-RR 2001, 684; NJW 2000, 1792; 1999, 3638; NJW-RR 1998, 835; 1992, 1068(“소로써 지적된 경우처럼 독일 법이 적용될 수 있는 주문”이라는 문언은 특정되지 않았다); 1991, 1114(‘이미 출판된 광고와 “유사한” 신문광고를 하여서는 아니 된다’는 부작위 신청); BGH NJW 2001, 3710; WM 1979, 1190(시장가격에 맞는 가격을 요구하지 않는 급부를 하여서는 아니 된다); NJW 1974, 1141; RGZ 123, 307; BAGE 44, 226; BAG BB 2003, 2355; KG NJW-RR 2007, 47; 2005, 1711 등 다수.

545) BGH NJW 1995, 3187.

546) BGH GRUR 2002, 86; NJW-RR 2008, 124. Fritzsche, a.a.O., S. 568.

547) OLG Karlsruhe GmbHR 1998, 645.

548) BGH GRUR 2007, 607.

549) BGH GRUR 2007, 607; NJW 2007, 2636; 2003, 3046(‘유산관계에 대하여 법적으로 조언을 하고 처리하는 활동을 하여서는 아니 된다’는 신청은 특정되지 않았다); NJW 1995, 3187; 192, 1691; KG NJW-RR 2005, 1711; OLG Brandenburg OLG-NL 2004, 185.

550) BGH NJW 2003, 3046; 1995, 3187.

가처분의 실효성 보완 방안

의 금지를 구할 수 있다는 것은 이론의 여지가 없다.⁵⁵¹⁾ 그밖에는 어느 정도로 표시하여야 민사소송법의 ‘특정’ 요건에 맞는지는 추상적, 일반적으로 판단할 수는 없고, 개별 사건의 상황을 고려하여 판단할 수밖에 없다. 해석이 필요한 개념을 소장에 쓰는 것이 무조건 부적법한 것은 아니다.⁵⁵²⁾ ‘오해할 수 없는’, ‘확실히’, ‘적당한’, ‘안 들릴 수 없는’과 ‘안 보일 수 없는’, ‘사적 일상생활의 사진’과 같은 표현에 대하여 객관적인 기준이 없는 상황에서 이러한 표현의 의미에 대하여 양 당사자 사이에 다툼이 있고⁵⁵³⁾ 법률분쟁이 바로 특정 행위가 이런 표현에 해당되는지에 대한 것이라면, 일반적으로 이런 표현을 사용한 청구취지(신청취지)는 특정되지 않은 것이다. 그러나 청구(신청)취지에 사용된 표현의 의미에 대하여 양 당사자 사이에 의문이 없다면 청구(신청)취지는 특정된 것이다.⁵⁵⁴⁾ 당사자 사이에 해석이 필요한 표현의 의미에 대하여 다툼이 있더라도 그 표현을 사용하는 것이 금지의 핵심과 관련이 없고 ‘이론적인 차원의 방론일 뿐이라면’ 청구취지는 특정되었다고 할 수 있다.⁵⁵⁵⁾ 청구(신청)취지에 ‘특히’,⁵⁵⁶⁾ ‘적어도’와 같은 표현을 사용한 문장을 덧붙이거나⁵⁵⁷⁾ ‘이런 일이 일어난다면’⁵⁵⁸⁾ (광고금지 사안의 경우 ‘이와 같은 문구’⁵⁵⁹⁾) 과 같은 표현을 사용하여 특정할 수도 있다. ‘아래의 문구와 같은(Aussagen wie)’이라는 표현은 ‘아래의 문구와 비슷한, 아래의

551) BGHZ 142, 388; BGH NJW-RR 2001, 684.

552) BGH GRUR 2002, 1088, NJW 2000, 2195; NJW-RR 1998, 8354; KG NJW-RR 2007, 47; OLG Thüringen OLG-NL 2002, 177.

553) BGH NJW 2005, 2550; 2002, 376.

554) BGH NJW 2000, 2195; 1991, 1114; NJW-RR 2001, 684.

555) BGH MDR 2004, 584; GRUR 2002, 1088.

556) KG NJW-RR 2005, 1711.

557) BGH GRUR 2002, 86.

558) BGH NJW 2000, 2195.

559) BGH NJW 2001, 3710.

문구 등(Aussagen ähnlich wie)'과 의미가 다르다. 뒤의 것은 부적법하다. 반면 앞의 것은 금지된 행태를 예를 들어 서술하는 부작위 명령이 아니고, 그와 똑같은 행위만이 아니고 핵심이 같은(kerngleiche) 행위도 법원의 금지 대상이라는 것을 알려주는 것으로서 적법하다.⁵⁶⁰⁾ 독일의 통설에 따르면 부작위판결은 '핵심에서' 똑같은 법익을 침해하는 행위 모두를 대상으로 한다.⁵⁶¹⁾ 따라서 부작위명령의 보호범위에는 금지된 형태와 동일한 침해사례뿐만 아니라 개별적으로 차이가 있더라도 문제가 되는 광고의 특징적인 부분이 나타나는, 명령의 핵심에 관련되는 동가치의 행위도 포함된다. 그렇다면 민사소송법의 특정 요건을 완화하여 청구(신청)취지도 구체적인 침해형태를 좁게 표시하는 것을 넘어서 그 특징적인 부분을 알 수 있도록 폭넓게 표현되어야 한다.⁵⁶²⁾ 이렇게 하면 확대된 핵심영역이 판결절차에서 이미 심리되기 때문에 집행절차에서 핵심영역을 심리하지 않아도 되는 장점이 있다. 특히 저작권법과 부정경쟁방지법 영역에서 서로 다른 사실적, 법적 요건에 따라 판단되는, 다양한 행위의 금지가 소로써 청구되면, 개별 행위를 별도의 신청에서 구체적인 침해형태로 표시하여야 한다.⁵⁶³⁾ 그러지 않으면 피고(피신청인)가 방어하는 데 지나치게 제한을 받게 된다. 특정성의 문제는 특히 특허권침해소송에서 기술적인 사실관계를 판단하여야 하는 어려움 때문에 많이 생긴다.

반면 특히 오염물질배출에 관한 법률분쟁 영역의 부작위청구의 소는 그 분야에서 보통 구체화하거나 수치화하기 어렵다는 점 때문에

560) BGH GRUR 2007, 607; NJW 2001, 3710; KG NJW-RR 2005, 1711; Fritzsche, a.a.O., S. 223 ff.

561) BVerfG NJW-RR 2007, 860은 핵심이론이 합헌적이라고 하였다.

562) BGH NJW-RR 2006, 1118; KG NJW-RR 2007, 47.

563) BGHZ 165, 1.

가처분의 실효성 보완 방안

법 조문의 표현에 가까운 금지명령을 이용할 수 있다.⁵⁶⁴⁾ 그러한 사안에서는 청구권이 어떤 ‘결과’를 발생시키기 위한 것이기 때문에, 일반적인 경우에 심지어 특정 조치를 요구하는 것이 부적법하다고까지 한다.⁵⁶⁵⁾ 원칙적으로 오염의 제거 방법은 피고(피신청인)가 선택하도록 맡겨야 한다. 개별 사례에서는 상대방이 다른 조치의 가능성을 전혀 주장하지 않으면 특정 조치를 취하도록 명하기도 한다. 토지의 굴착의 부작위청구의 소(독일 민법 제1004조, 제909조)에서도 토지의 안정성이 어느 정도로 유지되어야 하는지 적으면 나머지는 일반적으로 적어도 되는데, 안정성을 충분히 보장하기 위하여 조치를 취하는 것이 피고에게 유보되어 있기 때문이다.⁵⁶⁶⁾

특정 발언을 하지 아니할 것을 구하는 소에서는 피고가 그 발언을 이미 한 적이 있다면 앞으로 그것을 하지 아니할 것을 청구취지에 특정하는 데 문제가 없다. 이 경우에는 바로 ‘이’ 발언을 금지하는 신청을 하여야 한다.⁵⁶⁷⁾ 그와 ‘유사한’ 발언을 하여서는 아니 된다는 신청을 할 수는 없는데, 그러한 판결을 하게 되면 발언이 ‘유사한지’에 대한 판단을 집행절차로 미루게 되기 때문이다.⁵⁶⁸⁾

⑧ 그런데 여기서 생기는 문제가 ‘누구의 어떤 행위가 집행권원에서 금지된 행위인가’ 판단하기 어렵다는 것만은 아니다. 이 판단은 누가 하며, 어떤 절차에 따라서 하도록 하는 것이 바람직할까? 이것은 간접강제결정에 대한 집행문의 문제와 직결된다. 간접강제결정을 하는 것 자체가 강제집행절차이지만, 간접강제결정을 집행하는 것, 곧 질서금을 징수하거나 질서감치를 실시하는 것도 강제집행이다.

564) BGHZ 140, 1; BGHZ 121, 248.

565) BGHZ 121, 248; BGHZ 67, 252; RGZ 36, 178; 37, 174; 40, 182; 60, 120; RG JW 1900, 438; 1901, 849; 1902, 203; 1906, 749.

566) BGHZ 67, 252; 29, 314.

567) BGHZ 142, 388.

568) OLG Hamburg NJW-RR 1994, 290; OLG Koblenz GRUR 1988, 142.

그런데 채무자의 의무위반행위가 있기 전에 미리 간접강제결정을 할 수 있다면(특히 일회적 부작위의무의 경우) 질서금의 징수나 질서감치의 실시라는 강제집행에서 그 간접강제결정은 조건부 집행권원이다. 제1심 수소법원이 간접강제결정을 할 때까지는 의무위반행위가 없었으므로, 채권자는 간접강제결정을 받았다고 하여 바로 강제집행을 신청할 수 없다. 채무자의 의무위반행위가 있었을 때 비로소 질서금을 징수하기 위한 금전집행을 신청하거나 질서감치를 실시할 것을 신청할 수 있다. 그래서 간접강제결정이 조건부 집행권원이라는 것이다.

민사집행법에 따라 조건부 집행권원에는 조건성취집행문을 받는다(제30조 제2항). 조건성취여부는 채권자가 서류로 증명하여야 하고, 집행문은 집행문부여기관인 법원사무관 등이 소속된 법원의 재판장의 명령에 따라 부여된다(동법 제32조 제1항). 그런데 이 업무는 사법보좌관에게 위임되어 있다(사법보좌관규칙 제2조 제1항 제4호). 재판장은 조건성취집행문을 내어 주라는 명령을 하기 전에 채무자를 심문할 수 있다(민사집행법 제32조 제2항).

부작위를 명하는 집행권원의 경우 채무자의 의무위반행위가 있기 전에 미리 간접강제결정을 하였다면 채권자는 조건성취집행문을 신청하면서 채무자가 의무위반행위를 하였다는 것을 서류로 증명하여야 하고, 재판장(사법보좌관)은 채권자가 제출한 서류를 보고 필요하면 채무자를 심문한 뒤에 법원사무관 등에게 집행문을 내어 줄 것을 명하게 된다. 채무자의 의무위반행위가 있었다는 것을 쉽게 판단할 수 있는 경우에는 간접강제결정을 집행하는 데 있어 그다지 문제될 것이 없다. 그런데 위에 든 예에서처럼 어떤 행위가 교회의 예배를 방해하는 정도에 이르렀는지 판단하기 어렵다거나 ‘각종’, ‘기타’ 등에 포함되는 것으로서 금지된 행위인지 판단하기 어려운 경우, 또는 채무자의 노무

가처분의 실효성 보완 방안

자가 금지된 행위를 한 경우에는 조건성취집행문을 위에 적은 절차에 따라 내어 주도록 하는 것이 과연 바람직한지 의문이 생긴다.

⑨ 독일 민사소송법은 이와 같은 여러 문제점 때문에 부작위를 명하는 집행권원에 더 잡은 강제집행을 작위를 명하는 집행권원에 더 잡은 강제집행과 구별하여 별도의 제도를 둔 것이다. 독일 민사소송법 제890조 제1항에 따르면 채무자가 부작위를 명하는 집행권원에서 금지한 행위를 하였을 때 비로소 간접강제결정을 한다. 그런데 간접강제결정 전에 반드시 ‘예고결정’을 하여야 하기 때문에(동조 제2항), 채무자는 의무위반행위가 있으면 질서금이나 질서감치의 제재를 받으리라는 것을 알고 있다. 이 예고는 부작위를 명하는 집행권원에 이미 포함되어 있을 수도 있고, 그렇지 않은 경우 신청에 따라 제1심 수소법원이 따로 결정으로써 한다. 말하자면, 간접강제결정 그 자체는 의무위반행위가 있는 후에 채무자를 제재하는 기능만 하지만 채무자가 의무를 위반하지 않도록 예방하는 역할을 하는 예고결정이 있기 때문에 부작위를 명하는 집행권원에 더 잡은 강제집행의 두 가지 기능을 모두 할 수 있는 것이다. ‘예고결정’이라고 번역하였지만, 독일어의 표현은 ‘Androhung’이다. 채무자가 의무를 위반하면 질서금이나 질서감치를 하겠다고 ‘위협’하는 것이다. 독일 민사소송법의 입법자는 이 제도가 채무자가 의무위반행위를 하였을 때 어떤 결과가 따른다는 것을 그저 ‘미리 알리는(예고)’ 정도의 제도가 아니라, 채무자가 의무위반행위를 하면 사법기관이 가할 제재조치를 눈앞에 들이댐으로써 채무자가 의무위반을 막는 기능을 하는 것임을 확실히 한 것이다.

이렇게 예고결정(Androhung)과 결합된 간접강제결정은 채무자의 의무위반행위가 있는 후에 각 위반행위에 대하여 하므로, 조건부 집행권원이 아니다. 이것은 현재 존재하는 의무위반에 더 잡아 강제집

행을 통하여 어떤 결과를 이루기 위한 집행권원이고, 집행될 내용이 이미 특정되어 있다. 이는 집행권원의 내용(질서금이나 질서감치)을 바로 집행할 수 있는 집행권원이므로 단순집행문을 받을 수 있다. 독일 민사소송법 제890조에 따른 간접강제결정 절차에서는 위에 적은 문제, 누구의 어떤 행위가 집행권원에 금지된 행위에 해당하는지를 집행문 부여 단계에서 판단하지 않는 것이다. 독일에서는 예고결정이 있은 후 채권자가 제1심 수소법원에 간접강제결정을 신청하면 제1심 수소법원이 문제의 행위가 부작위를 명하는 집행권원에서 금지한 행위인지 판단하여 간접강제결정을 한다. 우선 판단 주체가 재판장(또는 사법보좌관)이 아니고 집행기관인 제1심 수소법원인데, 제1심 수소법원이 집행기관이 된다는 것 자체가 간접강제의 특수성을 감안하여 특별히 정한 것이다.⁵⁶⁹⁾ 수소법원과 구별되는 집행법원 —심지어 사법보좌관— 이 아니고 사건에 대하여 가장 잘 알고 있는 제1심 수소법원이 특별히 집행기관이 되도록 한 것이다. 바로 간접강제결정절차에서 ‘판단’의 문제가 있기 때문이다.

주지하다시피 집행절차는 판결절차 등 집행권원의 작성절차와 엄격히 구별되는 것으로(강제집행의 형식주의), 집행기관도 집행권원을 작성하는 기관과 다르다. 실제로 대부분의 강제집행절차에서는 법원, 법관의 판단이 필요하지 않다. 사법기관의 판단작용이 전혀 필요하지 않은 영역에서는 집행관이 강제집행기관이 되고, 판결절차만큼은 아니지만 약간의 판단작용이 필요한 영역의 집행기관은 집행법원이다. 이 영역에서조차도 오늘날 독일 집행법원의 업무 가운데 상

569) Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Aufl., Berlin 1881, Bd. 2, S. 444 f. 간접강제나 대체집행에서는 어떤 집행방법이 적법한지뿐만 아니라 작위나 부작위 대신 다른 것에 대하여 보조적인 집행권원을 만든다는 점에서 법원이 이 집행절차를 관할하여야 한다. 그리고 이 절차가 원래의 판결절차를 계속 이어서 하는 것이라는 점에서 제1심 수소법원이 관할하도록 하는 것이 마땅하다.

당수를 사법보좌관(Rechtspfleger)이 대신한다. 집행절차에서 필요한 판단작용은 고도의 법학교육을 받은 법관이 할 필요까지는 없기 때문이다. 그런데 예외적으로 제1심 수소법원이 집행기관으로 나서는 영역이 대체집행과 간접강제이다. 입법자가 대체집행과 작위를 명하는 집행권원의 간접강제에도 제1심 수소법원이 판단할 문제가 있다고 본 것이지만, 특히 부작위를 명하는 집행권원의 간접강제의 경우에는 법관의 판단작용이 매우 중요할 수 있다. 간접강제절차에서는 채권자가 채무자의 의무위반행위를 서류로 증명하여야 한다는 제한이 없고, 제1심 수소법원은 채무자를 심문하여야 한다(독일 민사소송법 제891조 제2문).⁵⁷⁰⁾

2. 감치제도의 유무

독일 민사소송법과 우리 민사집행법의 간접강제를 비교할 때 또 눈에 띄는 차이가 감치제도이다. 독일의 강제감치와 질서감치도 서로 다른 제도이지만, 우리 민사집행법은 간접강제의 방법으로 감치제도를 아예 두지 않았으니 강제감치와 질서감치의 차이보다⁵⁷¹⁾ 민사상의 청구권을 강제집행하는 방법으로 감치제도를 둘 수 있는지, 그것이 바람직한지 생각하여 보자.

감치는 인적집행의 일종이다. 인적집행은 채무자라는 ‘사람(Person)’을 집행의 대상으로 하는 것이다.⁵⁷²⁾ 인적집행은 예전에는

570) Hahn/Stegemann, a.a.O.에서는 대체집행이나 간접강제절차에서는 판결절차에서 심리되지 않은 사실이 중요한 경우가 많기 때문에 채무자를 반드시 심문하여야 한다고 한다. 그러나 집행권원이 집행절차의 변경할 수 없는 기초가 되므로 구술변론을 반드시 할 필요는 없다고 한다.

571) 강제감치와 질서감치의 차이는 위 II. 독일 제도 소개 부분 참조.

572) 이시윤, 앞의 책, 13면 이하; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., § Rn. Rn. 21 ff. 인적집행의 방법에는 여러 가지가 있었다. 채무자와 그의 친족을 노예로

서양에나 우리나라에나 다 있었고 널리 쓰이던 집행방법이다. 그 당시 인적집행은 작위나 부작위채권만이 아니고 금전채권의 집행을 위하여서도 이루어졌다. 그러나 오늘날은 인권(기본권) 존중의 사상 때문에 인적집행이 거의 사라지고 채무자의 재산에 대한 물적집행이 원칙이 되었다. 우리 민사집행법에는 인적집행의 요소가 재산명시절차의 감치(제68조) 하나뿐이고, 가사소송법에 양육비직접지급절차의 감치(제68조)가 있다. 독일 민사소송법에는 강제감치, 질서감치, 인적가압류(제918조)가 있다.

독일에서도 인적집행은 제한적인 범위 외에는 인정하지 않지만, 간접강제의 방법으로 감치를 규정한 것에 대하여는 의문을 제기하는 사람이 없는 것으로 보인다. 독일 민사소송법의 이유서⁵⁷³⁾는 민사소송법 초안의 작위나 부작위를 명하는 집행권원의 강제집행 제도를 설명하면서, 채권의 내용을 금전으로 바꾸어 청구(청산. Liquidation)하는 것 외에 채권의 본래적 내용을 강제로 실현시키는 집행제도를 들 수 있다는 것만을 강조한다. 작위나 부작위를 명하는 판결을 이익을 청산하는 방식으로만 집행할 수 있다는 원칙은 그러한 판결을 직접 집행하는 강제방법이 발전하기 전의 시대의 것으로서 역사적인 의미가 있을 뿐이라는 것이다. 인적집행의 문제에 관하여서는 그것을 어쩔 수 없는 경우로 한정한다는 것만 행간에서 읽을 수 있다. 금전집행에는 인적집행이 완전히 배제되고, 대체집행에도 인적집행의 요소는 없다. 간접강제의 경우에도 강제금이나 질서금을 명하는 것이 우선적인 강제방법이고, 금전적 강제방법의 성과가 없거나 성과가 없을 것이 분명한 때에만 인적집행인 감치를 할 수 있다.

삼거나 팔기도 하였고, 친족을 인질로 삼아 채무 이행의 압박수단으로 삼기도 하였고, 채무자를 채무감옥에 가두기도 하였다. 채무자를 머슴으로 삼아 노동력으로 채무를 변제하도록 하는 것도 있었다.

573) Hahn/Stegemann, a.a.O., S. 442 f.

그런데 19세기 독일 민사소송법의 입법자도 간접강제의 집행방법에 대하여 ‘형벌’이라는 표현을 썼다. 이유서에는 심지어 금전적 강제방법을 Geldstrafe라고 한다. 독일 보통법이 강제집행의 방법으로 ‘형벌(Strafe)’을 허용하였으니, 19세기 사람들은 강제집행방법에 대하여 형벌이라는 용어를 쓸 수도 있었을 것이다. 그러나 앞 II.의 독일 제도 소개에서 보았듯이 오늘날 강제집행의 방법인 감치는 형벌이라고 보지 않는다. 질서금과 질서감치가 제재의 성격인 것은 사실이지만, 형벌은 아니라고 한다.

3. 금전적 간접강제방법의 성격 차이

독일 민사소송법의 강제금(Zwangsgeld)과 우리 민사집행법의 배상금의 성격도 다르다. 앞 II.에서 보았듯이 독일에서는 강제금이 국고에 귀속된다. 반면 우리나라에서는 민사집행법 제261조 제1항에 따라 ‘일정한 배상’ 또는 ‘손해배상’을 명하고, 이 금액은 채권자에게 지급되는데 채권자의 손해에 충당된다. 채무자로서는 어차피 실체법에 따라 채권자에게 지급하여야 할 손해배상금을 제261조 제1항의 강제집행 제도에 따라 지급하는 것일 뿐이다.⁵⁷⁴⁾ 채무자에게 강제집행으로 인하여 발생하는 추가 부담이 아닌 것이다. 독일에서처럼 강제집행의 효율적 실시를 위하여 채무자에게서 강제금을 따로 징수하고 채권자에게 손해배상은 실체법에 따라 하게 하는 것과 다르다. 이 점에서 우리나라 간접강제 제도는 채무자에 대한 압박의 정도가 독일 법에 비하여 현저히 낮다.⁵⁷⁵⁾

574) 채권자의 실손해액이 ‘배상금’보다 크면 채권자는 그 초과액에 대하여 손해배상을 별도로 청구할 수 있다. 이시윤, *신민사집행법*, 제6판, 박영사, 2013, 483면.

575) 김형석, 앞의 논문, 269면은 이 점을 지적한다.

이것은 우리 민사집행법의 간접강제 제도가 독일이 아니고 프랑스에서 유래한 제도를 일본을 통하여 받아들인 것이기 때문에 나타난 현상이다. 프랑스의 잠정적 강제금(astreinte provisoire)은 청산을 전제로 하는 것이었고, 또 일본에서 서양의 법을 계수하던 시절에 프랑스 학계에서 판례의 강제금 제도에 대한 비판이 높았기 때문이다. 그래서 간접강제의 ‘배상금’은 채무자에 대한 압박수단이면서 동시에 채권자의 전보를 위한 것이었다.⁵⁷⁶⁾

독일에서는 강제금을 채권자의 이행이익 또는 채권자에게 발생한 손해가 아니고 채무자가 의무를 이행하지 않으려는 의사를 굽히는데 어느 정도의 액수를 정하여야 하는지를 기준으로 정하고, 질서금도 원래 소송물가액의 일정 부분으로 정한다든가 할 수 없도록 하는데, 우리나라 간접강제의 ‘배상금’은 채권자에게 발생한 손해와 여전히 관련성이 있다. 물론 ‘배상금’이 채권자에게 발생한 실제 손해액보다 클 수는 있다.⁵⁷⁷⁾

제5절 일본의 가처분 실효성 관련 법제

I. 일본의 간접강제 제도

일본 법제상 간접강제방법은 우리 법제와 대동소이하지만, 다소간 개정을 통하여 차별된 부분이 생겼으므로 그 의미를 알아보는 것은 우리 연구와 관련하여 시사점이 있다고 생각할 수 있다. 여기에서는 그 범위 내에서 일본의 간접강제에 관한 현행법과 그 해석론에 대해

576) 상세한 것은 김형석, 앞의 논문 269면 이하 참조.

577) 간접강제의 ‘배상금’이 실손해액보다 크면 위약금의 성격이기 때문에 차액의 반환을 청구할 수는 없다고 한다. 이시윤, 484면.

간략히 살펴보기로 한다.

1. 일본법상 강제집행방법의 구조

(1) 간접강제의 법체계상 지위

우리 법제상 직접강제, 간접강제 및 대체집행의 혼란상이 일본법⁵⁷⁸⁾(일본 민법 제414조, 일본 민사집행법 제171조, 제172조)⁵⁷⁹⁾에서 유래한 것임은 주지의 사실이다. 즉 일본법은 실체법인 민법은 프랑스법에서, 절차법인 강제집행법은 독일법에서 크게 영향을 받음으로써 ‘하는 채무’의 집행에 관한 규정이 민법과 민사소송법에 나누어 규정되고 양자의 통일이 이루어지지 아니하였는데, 일본법의 이러한 결점이 우리 법에 그대로 이어지고 있음은 앞에서 본 바와 같다.⁵⁸⁰⁾ 이 문제에 관하여 일본의 전통적 입장은 특히 작위·부작위의무의 집행과 관련하여 대체적 작위의무의 집행은 오로지 대체집행에 의할 것으로 하고 부대체적 작위의무의 집행은 오로지 간접강제에 의하는 것으로 하면서, 부작위의무의 집행은 위반의 결과로 생긴 물적 상태의 제거에 대해 대체집행이 허용되는 경우 외에는 간접강제에 의하여야 하는 것으로 하고, 의사표시 의무의 집행에 대해서는 의사표시의 의제에 의할 것으로 해석하여 왔다.⁵⁸¹⁾

즉, 일본의 구민소법⁵⁸²⁾ 제734조(제172조 3항은 동 제735조)과 민사집행법 제정 당시의 제172조는 간접강제의 적용범위를 위와 같

578) 이하 이 절에서 특별히 표시한 것 이외에는 모든 법조문은 일본법을 말한다.

579) 실제로는 아래에서 말하는 구민소법의 규정에서 유래하는 문제라고 하는 것이 더 정확한 표현이다.

580) 주석(VI), 35면.

581) 松本博之, 民事執行保全法, 弘文堂, 2011, 325면.

582) 昭和 54年[1979] 法4호 개정 전의 민사소송법을 말한다.

은 특정채무에 한정하는 보충성의 명문화 취지가 포함되어 있었으나, 그 이후의 신설규정⁵⁸³⁾에 의하여 간접강제의 적용범위가 확장되어, 동법 제172조의 규정이 준용되는 것으로 되었기 때문에(제173조 1항,⁵⁸⁴⁾ 167조의15 제1항, 6항), 오늘날 일본의 간접강제제도는 보충성과 무관한 것으로 되었다. 이에 따라 일본의 법제는 후술하는 바와 같이 우리 법제와는 다소간의 차이가 생기게 되었다.

일본 민사집행법상 간접강제는 심리적 압박을 가하여 채무자 자신에게 이행시키는 것으로, 동법 제172조 1항은 심리적 압박의 방법을 금전의 지급으로 하고 있음은 우리 법제와 크게 차이나는 것은 아니라고 할 수 있으나,⁵⁸⁵⁾ 다만 이 금전을 간접강제금이라 하면서도 채권자의 손해배상에 충당할 것으로 하고 있어서 논란이 되고 있다. 즉 구법은 강제금에 관하여 ‘일정한 배상,’ ‘손해의 배상’을 할 것으로 정하고 있었기 때문에 손해배상으로 볼 수밖에 없었으나, 현행법 제172조 1항은 집행법원이 “채무의 이행을 확보하기 위하여 상당하다고 인정하는 일정액”으로 고쳐 간접강제의 기능강화를 도모하고 있으나,⁵⁸⁶⁾ 이러한 규정상의 문제점을 어떻게 정리할 것인가가 문제되고 있다는 것이다.⁵⁸⁷⁾

583) 平成15年(2003) 法134호, 平成16年(2004) 法152호. 이에 따라 신설된 조문 중 간접강제와 관련한 것은 제173조, 제167조의15, 제167조의16 등 3개 조이다.

584) 이에 따라 일본에서는 물건의 인도청구나 명도청구, 대체적 작위의무의 집행을 위하여 간접강제와 대체집행이 함께 가능하게 되면서 이들 집행방법을 병행적으로 쓸 수 있는가가 새로운 논점으로 대두되어 있다고 한다. 松本博之, 앞의 책, 326면. 이에 관해서는 병행신청을 허용하는 법원도 있고, 또 예비적 방법으로 긍정하는 학설(大濱しのぶ, 間接強制と他の執行方法との併用の許否, 判例タイムズ 1217号, 73면 이하)도 있다고 한다.

585) 독일법과 같은 구금은 인정하지 않고, 프랑스 법을 따랐다.

586) 浦野雄幸, 條解民事執行法, 商事法務研究會, 1985, 751면 등.

587) 이하, 일본의 간접강제에 관한 부분은 山本和彦 外編, 新基本法コンメンタル, 民事執行法, 日本評論社, 2014을 많이 의존하였다.

(2) 간접강제와 다른 집행방법의 併用

간접강제와 다른 집행방법의 선택은 채권자의 의사에 맡겨져 있으나, 이들을 한꺼번에 신청할 수 있는가 하는 병용의 문제가 있다. 무엇보다 채권자가 두 가지의 집행방법 중 어느 한쪽을 신청하여 그 집행이 주효하지 못한 채로 종료한 후에 다른 쪽을 신청한 경우, 이를 인정하여 쌍방의 집행을 단계적으로 실시하는 것은 허용된다고 한다.⁵⁸⁸⁾ 위반결과를 제거하기 위한 대체집행과 부작위 자체의 간접강제를 병용하는 것도 목적을 달리하는 집행방법을 병용하는 것이므로 허용된다.⁵⁸⁹⁾

그런데 간접강제와 다른 집행방법이 동일한 목적을 실현하는 경우에 이들을 병행적으로 허용할 것인가는 문제이다. 예컨대, 대체적 작위채무에 대한 대체집행과 간접강제의 양쪽이 같은 시기에 신청된 경우의 취급 문제이다. 이 경우, ① 어떠한 신청도 긍정하여 두 가지 집행의 병행적 실시(수권결정과 간접강제 결정의 동시적 발령)가 가능하다고 하는 견해⁵⁹⁰⁾와 ② 병행적으로 신청하는 것은 가능하나, 집행법원은 채권자가 정하는 순서에 따라 집행을 실시하고, 앞의 집행이 부주효인지의 여부가 정해지지 않은 사이에는 다른 집행에 착수할 수 없다고 하면서, 채권자가 순서를 정하지 않은 때에는 집행법원이 정하는 순서에 따르나, 원칙적으로 대체집행을 먼저 실시하여야 한다는 견해,⁵⁹¹⁾ 그리고 ③ 원칙적으로는 어느 신청도 각하하여 한다는 입장⁵⁹²⁾이 대립하고 있다. 각하설은 또한 집행법원은 어

588) 대체집행이 불능으로 된 후의 간접강제의 신청을 허용한 것으로 東京地決 平成 11(1999).1.18 判時 1679호 51면.

589) 中野貞一郎, 民事執行法 增補新訂6版, 青林書院, 2010, 815면.

590) 다수설이다. 大濱しのぶ, 間接強制と他の執行方法との併用の許否, 77면 등.

591) 中野貞一郎, 806면.

는 쪽을 선택할 것인가를 석명하여야 한다고 하면서, 병행적 실시가 아니라 예비적 병합의 형태로 하는 것은 가능하고, 또 존속기간의 정함이 있는 간접강제결정과 함께 그 기간 만료시의 부주효의 경우에 채권자에게 작위실시를 허용하는 취지의 수권결정을 함께 구하는 것도 가능하다고 한다. 이 입장은 또 현행의 간접강제 제도 및 운용에는 강제금의 과대화를 방지하는 구조가 없으므로, 위와 같은 병용은 가혹집행으로 될 우려가 크고, 따라서 인정하여서는 안 된다고 한다.⁵⁹³⁾ 또한 간접강제가 선행되어있고 부주효의 경우에는 간접강제를 종료시키는 절차를 취할 것이 아니라, 대체집행을 신청할 수 있고, 수권결정 확정시에 간접강제는 장래에 향하여 효력을 잃는다고 한다.

2. 간접강제금의 성질

(1) 간접강제금의 성질에 관한 논의

일본의 구 민사소송법상의 간접강제조항(제734조)은 우리 구 민사소송법이나 현행의 민사집행법 규정과 거의 같았기 때문에, 그 해석과 관련하여 우리나라와 마찬가지로 실손해전보설과 법정위약금설이 대립하였고, 전자가 통설이었다고 할 수 있다. 그 후 1979년 민사집행법 제정으로 동법 제172조 1항은 “채무의 이행을 확보하기 위하여 상당하다고 인정하는 일정한 금액을 채권자에게 지급할 것을 명할 수 있다.”고 규정하여 간접강제에서 지급을 명하는 금원은 작위채무불이행에 의한 손해배상과 다른 이행강제수단(내지 집행방법)

592) 新基本法コンメンタル民事執行法, 433면 (大濱しのぶ).

593) 新基本法コンメンタル民事執行法, 433면 (大濱しのぶ).

가처분의 실효성 보완 방안

이라는 점을 정면으로 밝혔다.⁵⁹⁴⁾ 이 금원은 우리나라와는 달리 간접강제금이라고 부르는데, 그 성질은 집행법상의 제재금이고 채권자를 위한 위약금이나 손해배상금은 아니다.⁵⁹⁵⁾ 그러면서도 일본 민사집행법은 채권자에게 이를 수수할 권리를 주고 있기 때문에 실제 채무자가 이 금액을 받으면 채무불이행으로 발생한 손해배상에 충당하게 된다.

이러한 양면적 성격의 규정으로 인해 실제 이를 무엇으로 보아야 할 것인가, 다시 말하면 간접강제금과 손해배상과의 관계에 대해 논란이 있다. 먼저 손해배상금설은 강제금을 법정 또는 裁定の 위약금이라 하는데, 실질적으로 손해배상 성격을 중시하는 입장⁵⁹⁶⁾으로 종래의 통설이다. 절충설은 제재와 손해배상의 성질을 함께 가지는 것으로 보는데,⁵⁹⁷⁾ 이는 손해배상금설에 가깝다. 다음으로 제재금설은 손해배상과 다른 제재라고 하는 입장이다. 제재금설은 최근에 유력

594) (間接強制)

第七十二條 作為又は不作為を目的とする債務で前条第一項の強制執行ができないものについての強制執行は、執行裁判所が、債務者に対し、遅延の期間に応じ、又は相当と認める一定の期間内に履行しないときは直ちに、債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命ずる方法により行う。

- 2 事情の変更があつたときは、執行裁判所は、申立てにより、前項の規定による決定を変更することができる。
- 3 執行裁判所は、前二項の規定による決定をする場合には、申立ての相手方を審尋しなければならない。
- 4 第一項の規定により命じられた金銭の支払があつた場合において、債務不履行により生じた損害の額が支払額を超えるときは、債権者は、その超える額について損害賠償の請求をすることを妨げられない。
- 5 第一項の強制執行の申立て又は第二項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。
- 6 前条第二項の規定は、第一項の執行裁判所について準用する。

595) 松本博之, 333면.

596) 浦野雄幸, 전계 條解民事執行法, 752면; 香川保一 監修, 注釋民事執行法 7, 金融財政事情研究會, 1995, 291면 등.

597) 松下淳一, 扶養義務者等に係る金銭債権についての強制執行, 家月 57卷11號, 2005, 16면 등.

해진 것으로 이론적으로는 간접강제를 이행명령 위반에 대한 집행제도라고 하나, 이는 다시 이행명령을 집행권원에서 구하는 입장⁵⁹⁸⁾과 간접강제 결정에서 구하는 입장⁵⁹⁹⁾으로 나뉜다. 후자는 특히 제172조 4항은 강제금이 과대하게 되어 채무자에게 가혹하게 되거나 채권자가 지나친 이득을 얻는 것을 피하기 위한 편의적 조치라고 해석한다.⁶⁰⁰⁾

일본에서 간접강제금에 대한 법원의 입장을 살펴볼 수 있는 것으로 2001년의 일본 최고법원 판례가 있다.⁶⁰¹⁾ 이 판결 자체는 강제금의 성질에는 언급하지 않았으나, 간접강제는 “집행권원에 표시된 채무의 이행을 확보하기 위한 수단인”바, “가처분 명령에서의 보전할 권리가 본안소송의 판결에서 당해 가처분명령의 발령시부터 존재하지 않았던 것이라고 판단되어, 이것이 사정의 변경에 해당하는 것으로서 당해 가처분명령을 취소하는 취지의 결정이 확정된 경우에는 당해 가처분명령에 기한 간접강제결정은 이행을 확보하여야 할 채무가 존재하지 않는에도 발령된 것이었다는 것이 명백하므로” 추심된 강제금은 부당이득에 해당한다고 하고, 채무자의 반환의무를 긍정하였다. 이 판결에 대해서는 강제금 채권을 집행권원상의 청구권으로부터 독립한 것이 아니라, 이에 부수하는 청구권이라고 해석한 것이라고 하는 입장도 있으나,⁶⁰²⁾ 이 점은 명확하지 않다고 하면서 강제금채권이 간접강제결정에 기한 것이라고 하면 간접강제결정의 기초로 되는 집행권원이 취소된다거나 간접강제결정에 포함되어 있는 이행명령의 대상으로 되는 채무가 존재하지 않는 경우에는 간접강제결

598) 山本和彦, 判批, 法學研究(慶應義塾) 83卷5號, 2011, 82면.

599) 中野貞一郎, 811면.

600) 新基本法コンメンタール民事執行法, 429면 (大濱しのぶ).

601) 最判 平成21(2009).4.24 民集 63-4號 765면.

602) 中村心, 民事最判解平成21年度(上), 387면.

가처분의 실효성 보완 방안

정은 본래의 효력을 잃고, 이행명령 위반의 제재인 강제금은 발생하지 않는다고 하는 의견도 있다.⁶⁰³⁾

(2) 의무이행 후의 간접강제금의 추심문제

간접강제 결정 후 의무를 위반한 채무자가 후에 임의로 작위채무를 이행한 경우, 이미 발생한 간접강제금을 추심할 수 있는가의 문제가 있는데, 민사집행법이 제정되기 전에는 견해가 대립되어 있었다. 즉 간접강제절차와 간접강제명령의 집행절차는 별개의 절차이므로 의무를 후에 이행하더라도 이미 발생한 금전지급채무는 면할 수 없다는 소극설과 작위채무의 이행에 의하여 간접강제의 목적도 상실되는 것으로서 추심절차 완료 전에 작위채무를 행하여진 경우에는 이미 기간이 경과한 간접강제에 기한 추심은 허용되지 않는다는 적극설이 대립되고 있었는데 후설이 통설이었다.⁶⁰⁴⁾

적극설은 배상금추심은 과거의 지연에 대한 제재 또는 이것에 의한 손해배상을 목적으로 하는 것이 아니고 추심 후에 있어서 작위채무실행에 있어서의 심리적 강제수단에 지나지 않으며, 따라서 작위채무가 이행되면 그 목적을 상실하기 때문에 채무자가 배상금추심절차를 완료하기 전에 채무자가 작위채무를 이행하는 경우에는 추심절차를 진행할 수 없다고 하고, 더구나 작위채무가 종료하면 그 시점에서 작위채무에 있어서의 강제집행절차가 종료하고 그 일환인 배상금추심이 그 후에도 행하여진다고 하는 것은 모순이라고 하는 것을 논거로 하고 있었다.

민사집행법이 배상금에서 간접강제금으로 개정된 후 다수설은 전자의 견해를 취하고 있는 것으로 보인다.⁶⁰⁵⁾ 이 견해에 의하면,

603) 新基本法コンメンタル民事執行法, 429면 (大濱しのぶ).

604) 鈴木忠一 외, 注解 強制執行法(4), 第一法規, 1978, 169면(山本卓).

① 심리강제방법으로서 질서벌을 이용하고 있는 경우에는 국가가 사인간의 권리관계에 개입할 필요성의 문제로서 사인 간의 분쟁해결 후에 공권력의 행사를 삼가는 것은 합리적이겠지만 그 경우에도 질서벌의 집행은 그 후의 이행을 위한 심리적 강제수단이라고 해석해야 하는 것은 아니고 그 불이행에 의한 과형이 심리적 강제수단으로서 기능하고 있다고 해석해야 한다.

② 심리적 강제수단으로서 금전채무를 부담시키는 경우에 작위의무의 이행을 이유로 이미 지급의무가 발생한 금전의 추심을 금지하는 것으로 해석하게 되면 금전의 법적 성질에 대하여 설명할 수 없게 된다. 즉 추심 전에 작위의무의 이행이 이루어졌기 때문에 채권자에게 귀속하지 않는 금전이 왜 작위의무의 이행 전에 추심되면 채권자에게 귀속되는 것인가를 합리적으로 설명할 수가 없다.

③ 추심이 이행강제수단이고 현실적으로 이행이 이루어진 이상 이미 추심된 금전도 실체법적으로 채권자에게 귀속시키는 근거가 될 수 없고 부당이득이라고 해석해야 할 것인데, 그렇게 해석하면 추심 자체의 심리적 강제기능을 현저하게 약화시키는 것으로 되므로 추심금을 손해배상에 충당되어야 한다고 설명은 할 수 있지만 손해액 정산의 문제와 부당이득의 반환문제가 남는 등 법률관계가 복잡해진다.

④ 추심 전의 작위의무의 이행이 추심을 방해하는 것으로 본다면 금전집행절차에 시일을 요한다고 하는 채권자에게 책임지울 수 없는 사유에 의하여 금전청구권이 부정되는 것으로 된다.

⑤ 간접강제결정에서 정한 기간이 경과된 후에도 이행을 하면 이미 발생한 배상금의 지급을 면한다고 하는 해석은 기간 내에 이행을 하여야 한다는 심리적 강제를 약화시키는 것이고 심리강제가 작위의

605) 香川保一 외, 注釋 (7), 291-292면(富越和厚).

불이행에 의하여 금전채무가 발생한다고 하는 불안을 수단으로 하는 것을 무시하는 것이며, 이미 추심한 금액을 손해배상과 불리한 민사 집행법의 입장에도 반하는 것이다.

3. 간접강제의 적용범위

(1) 간접강제가 적용되는 범위

가. 보충성 원칙의 수정

일본에서도 간접강제의 적용범위와 관련하여 보충성을 인정하는 것이 통설이었다고 할 수 있다. 즉 종래의 통설은 간접강제는 인격 존중의 이념에 반할 우려가 있고, 또한 굳이 멀리 돌아가는(迂遠) 것이므로 다른 방법이 허용되지 않는 경우에 한하여 적용할 수 있다고 하였는데,⁶⁰⁶⁾ 민사집행법 제정 당시 이 견해에 따라 간접강제의 보충성이 명문화되었다. 그러나 그 후 “강행적인 직접강제의 쪽이 의사의 자유를 전제로 하는 간접강제보다도 인격을 존중하는 것으로 된다고 하는 것은 공허한 형식론에 불과하다”는 지적과 함께, 간접강제 쪽이 “운용단계에서 보다 신속하고도 효과적일 수 있다”는 등을 내용으로 하는 보충성 부정설⁶⁰⁷⁾이 유력하게 되었다. 이에 따른 법 개정이 시도된 결과, 기존의 제172조 외에 제173조 및 제167조의15, 제167조의16의 신설에 이르게 되었다.

이 중 제173조는 권리실현의 실효성을 높이는 관점에서 간접강제의 적용범위를 확장하기 위해 2003년 개정법⁶⁰⁸⁾에 의하여 신설된

606) 我妻榮, 新訂債權總論, 岩波書店, 1964, 93면; 兼子一, 強制執行法 增補版, 酒井書店, 1951, 286면 등.

607) 中野貞一郎, 11면.

608) 平成 15年(2003) 法134號. 개정 전의 제173조는 제174조로 이동되었다.

규정이다. 제173조는 물건의 인도채무(제168조 1항, 제169조 1항, 제170조 1항), 대체적 작위채무(제171조 1항, 민 제414조 2항 본문), 부작위채무에 대해 위반결과의 제거, 장래를 위한 적당한 처분을 할 수 있는 경우에(제171조 1항, 민 414조 3항)에 간접강제의 적용을 인정하였다.⁶⁰⁹⁾

이와 함께 부양의무 등에 관련된 금전채권과 정기금채권에 대해 간접강제를 허용하는 규정(제167조의15, 제167조의16)이 신설되었으나 이에 대해서는 따로 살펴보기로 한다.

나. 간접강제의 원칙적 범위

위와 같은 간접강제의 범위의 변천에 따라 현재 일본법상 간접강제는 부대체적 작위채무, 부작위채무(제172조 1항) 외에 물건의 인도채무, 대체적 작위채무나 부양의무 등이 관련된 금전채무에도 적용될 수 있다(제173조 1항, 167조의15 제1항). 부대체적 작위채무의 사례로는 자료의 열람등사,⁶¹⁰⁾ 아파트의 관리조합 법인인 채무자가 발행한 보고서 및 아파트 입구 게시판에의 사죄광고의 게시⁶¹¹⁾ 등이 있다. 또한 면접교섭에 대해 판례는 “日時 또는 頻度, 각회의 면접교섭 시간, 자의 인도방법 등이 구체적으로 정해져 있는 등 양육권이 하여야 할 급부의 특징에 흠결이 없다고 할 수 있는 경우”에

609) 第七十三條 第六十八條第一項、第六十九條第一項、第七十條第一項及び第七十一條第一項に規定する強制執行は、それぞれ第六十八條から第七十一條までの規定により行うほか、債権者の申立てがあるときは、執行裁判所が前条第一項に規定する方法により行う。この場合においては、同条第二項から第五項までの規定を準用する。

2 前項の執行裁判所は、第三十三條第二項各号（第一号の二及び第四号を除く。）に掲げる債務名義の区分に応じ、それぞれ当該債務名義についての執行文付与の訴えの管轄裁判所とする。

610) 東京高決 平成 7(1995).6.26, 判時 1541호, 100면.

611) 東京高判 平成 17(2005).11.30, 判時 1935호, 61면.

가처분의 실효성 보완 방안

는 간접강제를 인정한다.⁶¹²⁾ 이외에 부작위의 예로는 영업금지,⁶¹³⁾ 건축공사방해금지⁶¹⁴⁾ 등이 있다.

다. 소위 추상적 금지판결과 간접강제의 문제

일반적으로 작위·부작위 의무를 집행하기 위한 집행권원은 이에 기하여 강제적으로 실현할 내용이 구체적으로 나타나 있어야 한다. 그렇지 않으면 집행기관이 어떠한 내용을 실현하여야 할지 알 수 없게 되기 때문이다.

그런데 공해나 생활방해의 경우와 같이 피해자인 일반인이 침해발생의 메카니즘을 알지 못하기 때문에 어떠한 내용의 청구를 하여야 할지 확정하기 어려운 경우나, 지적재산권의 침해행위와 같이 다양한 방법으로 침해가 이루어지면서도 금지의 범위가 협소하여 침해자가 쉽게 침해의 태양을 변경하는 경우 등에는 이에 대한 대책이 필요하지 않는가 하는 의문이 있다.

이러한 문제에 대해 일설⁶¹⁵⁾은 재판의 내용을 확장하는 추상적 금지판결이라는 방법을 통하여 해결하려고 한다. 추상적 금지판결은 예컨대, “‘미즈비시 건설 주식회사’ 기타 ‘미즈비시’라는 문자를 포함하는 상호나 표장을 사용하여서는 아니 된다.”라는 판결, “별지목록 기재의 영업비밀을 사용하여 樹脂가공한 용기를 제조·판매하여서는 아니 된다.”라는 판결, “별지물건목록 기재의 서적과 유사한 서적을 출판하여서는 아니 된다.”라는 판결 등과 같이 구체적으로 금지되는 행위를 적시하는 것이 아니라 특정 요소와 관련된 행위를 포괄

612) 最決 平成 25(2013).3.28, 民集 67권 3호, 864면.

613) 最決 平成 17(2005).12.9, 民集 59권 10호, 2889면.

614) 東京高決 平成3(1991).5.29 判時 1397호, 24면.

615) 中野貞一郎, 815면 이하.

적으로 금지하는 것이다.

이 입장은 추상적 금지판결이 강제집행의 집행권원으로 될 수 있는가의 여부는 강제적 실현에 친한 급부청구권의 특정표시의 유무와 관련이 있다고 한다. 어떠한 구체적 사실이 제시되면 추상적 금지청구권이 특정되었다고 할 수 있는가에 대해서는 통일적 입장은 없다고 하면서 다음 두 가지의 요건을 제시한다. 즉 ① 특히 생활방해 금지와 관련하여 일정한 생활관계에 있어서 구체적인 위험 내지 위험발생원과 침해결과와의 특징에 의하여 금지청구권을 특정할 수 있다면 금지의 추상성도 취해야 할 구체적 행위의 선택을 채무자에게 맡기는 것으로서 그 집행은 가능하다고 할 수 있고, 집행권원으로 되는데 문제가 없다. ② 지적재산권 침해의 금지에 대해서도 사회통념상 동일하다고 할 수 있는 일정 범위의 침해행위의 특징에 의하여 금지청구권을 특정하면, 금지의 추상성은 취하여야 할 행위태양의 선정을 채무자에게 맡기는 것으로서 그 강제는 가능하고, 집행권원으로 될 수 있다고 한다.⁶¹⁶⁾

실제 이러한 금지재판이 집행권원이 될 수 있는가에 대해서는 여러 의견이 있으나,⁶¹⁷⁾ 이를 긍정하는 경우, 간접강제도 가능하다고 한다. 다만 이와 별도로 금지재판 후의 위반행위가 물적 결과를 남긴 경우에는 그 제거를 위해 대체집행이나 간접강제를 하는 것은 문제가 없다고 한다.

라. 침해행위 태양의 변경과 간접강제

구체적 작위 내지 부작위 의무를 명하는 재판 후에 채무자가 침해행위의 태양을 변경하여 침해한다면 원칙적으로는 새로운 침해행위

616) 위의 책, 816면.

617) 위의 책, 73면 참조.

가처분의 실효성 보완 방안

에 대해 새로운 집행권원을 받아 집행을 할 수밖에 없을 것이다. 그러나 그 행위태양의 변화가 사소한 것일 때에도 새로운 집행권원을 얻어야 할 것인가의 문제가 있다.

특히 지적재산의 침해행위의 금지를 명하는 집행권원의 성립 후에 채무자가 침해행위의 태양을 조금 변경하여 집행권원의 무력화를 기도하는 경우, 기존의 집행권원에 기해 집행권원의 해석을 통하여 새로운 침해행위에 대한 간접강제결정을 할 수 있다고 하는 것이 일반적 입장으로 보인다.⁶¹⁸⁾

그런데 그 외의 일반적 경우라면 종전의 침해의 태양이 그치게 되면 구 금지청구권은 소멸하고, 새로운 태양의 침해가 개시됨으로써 새로운 금지청구권이 성립한다고 하여야 할 것이지만, 그 변경이 사소하여 사회통념상 동일한 침해행위가 계속되고 있는 것으로 볼 수 있는 경우라면 굳이 새로운 집행권원을 얻어 집행을 하도록 하는 것은 채권자에게 지나친 요구가 될 수 있다. 이에 따라 학설 중에는 신구의 양 청구권이 동일한 급부이익을 목적으로 하고, 채권자에게 신청구권에 대해 새로운 집행권원을 얻도록 하는 것이 당사자간의 형평에 반하고, 오히려 신청구권의 부존재를 주장할 이익을 가진 채무자측에 채소책임을 지우는 것이 타당한 경우에는 집행권원에 표시된 청구권의 전환을 인정하여 새로운 태양의 침해에 대해 강제집행을 할 수 있도록 하는 이른바 전환집행문을 붙인 집행정본에 기하여 강제집행을 할 수 있도록 하자는 의견이 있다.⁶¹⁹⁾

이에 의하면 “물건 A의 제조판매를 하여서는 아니 된다.”는 취지의 금지재판에 기하여, 채무자가 제조판매 대신에 물건 A의 사용대

618) 谷口安平, 民事執行·民事保全·倒産處理(上), 信山社, 2000, 241면 등. 반대: 札幌高決 昭和 49(1974).3.27 判時 744號 66면.

619) 中野貞一郎, 818면.

차를 하는 것을 금지하기 위한 전환집행을 할 수 있게 한다거나, ‘東鯧’ 상호를 사용금지한 판결에 기하여 피고가 이에 대신하여 사용하기 시작한 ‘○○(지명) 東鯧’ 표시의 상호에 대해 전환집행을 하는 등의 예를 제시하고 있으나, 일본에서 이러한 것이 일반적으로 인정되고 있는 것인지에 대해서는 의문이 있다.⁶²⁰⁾

(2) 간접강제의 적용이 부정되는 예외

학설판례는 위의 채무에 해당하더라도 간접강제에 의한 강제집행을 할 수 없는 경우가 있음을 인정하고 있다. 일반적으로 인정되는 예외로 3가지 정도가 있는데, 먼저 ① 채무자의 이행에 외적 장애가 있는 경우 간접강제를 할 수 없다고 하는데, 그 예로는 제3자인 회사로부터 주권의 재발행을 받아 교부할 의무를 든다.⁶²¹⁾ 이와 관련하여, 제3자의 협력을 요하는 채무의 취급이 문제로 되는데, 제3자의 협력을 요하는 것에서 바로 간접강제의 적용을 부정할 것은 아니고, 제3자의 협력조달을 포함하여 강제하는 것이 상당한가 아닌가에 대해 구체적인 사정에 비추어 판단하여야 할 것이라는 의견⁶²²⁾이 유력하다. 다음으로 ② 채무자의 자유의사에 반하여 이행을 강제하라는 것이 현대의 문화관념상 시인할 수 없는 경우에도 간접강제를 할 수 없다고 하며, 그 예로는 부부동거의무가 있다.⁶²³⁾ 마지막으로 ③ 채무자의 자유의사를 압박하여 강제하면 채무의 본지에 따른 급부를 실현하기 어려운 경우와 같은 전통적 이유가 있는 경우에도 간접강제를 할 수 없다고 한다.⁶²⁴⁾

620) 마지막의 사례에 대해 札幌高決 昭和 49(1974).3.27, 判時 744호 66면은 부정하고 있다.

621) 大決 昭和 5(1930).11.5, 新聞 3203호, 7면.

622) 新基本法コンメンタル民事執行法, 430면 (大濱しのぶ).

623) 大決 昭和5(1930).9.30, 民集 9권, 926면.

이외에 비금전채무의 간접강제(제172조 및 제173조)에도 제167조의15 제1항 단서의 유추적용을 인정하여 채무자가 지급능력을 결하였기 때문에 그 금전채권에 관련된 채무를 변제할 수 없는 때 또는 그 채무를 변제함으로써 그 생활이 현저하게 궁박하게 되는 때에는 간접강제를 할 수 없다는 의견이 있다.⁶²⁵⁾

4. 간접강제의 절차

(1) 관할법원

간접강제의 집행기관은 집행법원이고, 이에 는 대체집행에 관한 제171조 2항이 준용된다(제172조 6항). 이에 의하면 집행법원은 집행권원의 구분에 따라 정해지는 것이므로, 확정판결의 경우에는 집행법원, 화해조서 등의 경우에는 화해 등이 성립한 법원(제33조 2항 1호, 6호)이 관할법원이 된다.

간접강제는 채무자에 대해 불이행의 경우에 일정액의 금전을 채무자에게 지급하여야 하는 뜻을 명하는 결정으로 한다(제172조 1항). 이 결정을 간접강제결정, 강제금결정, 지불예고명령이라고도 한다.

(2) 신청과 심리

간접강제의 신청은 간접강제결정을 구하는 신청으로 한다. 채권자는 집행력 있는 집행권원의 정본에 기하여 집행법원에 간접강제를 신청하여야 한다. 간접강제금의 액은 법원이 정하는 것이므로, 채권

624) 兼子一, 289면; 中野貞一郎, 121면 등.

625) 兼子一, 289면; 三ヶ月章, 民事執行法, 弘文堂, 1981, 421면도 이행을 위하여 채무자의 자력에 상응하지 않는 비용을 요하는 경우는 간접강제를 부정한다.

자의 신청에 구속되지 않는다(제172조 1항).

간접강제결정을 함에는 채무자를 심문하여야 한다(3항). 심리의 대상은 일반의 집행요건 즉 집행정본의 존재 여부(제29조 내지 제31조)와 간접강제 특유의 요건으로서 간접강제가 가능한 채무라는 것 등이다. 채무의 불이행이 간접강제의 요건인가에 대해서는 다툼이 있으나, 긍정하기는 쉽지 않다. 다만 ① 부작위 채무의 경우에는 의무 위반 내지 불이행의 우려를 채권자가 입증하여야 한다. 이 우려에는 고도의 개연성이나 급박성은 필요하지 않다.⁶²⁶⁾ 위반의 우려는 간접강제의 신청에 관한 요건으로 많은 경우 간접강제의 남용적 신청을 배제하는 등의 소극적 기능을 한다고 한다.⁶²⁷⁾

② 부대체적 작위의무의 경우, 대체집행의 경우와 마찬가지로 채무자가 이행하였음을 주장한 때에 이를 심리할 수 있는가의 문제가 있다. 이는 본래 청구이의사유로 되어야 할 것이므로, 부정하는 것이 일반적이나,⁶²⁸⁾ 이행을 용이하게 증명할 수 있는 경우에 한하여 긍정하여도 좋다고 해석하는 제한적 긍정설도 유력하다.⁶²⁹⁾

(3) 간접강제결정

가. 주문

간접강제결정의 주문은 통상 다음과 같이 한다.

먼저 부대체적 작위채무의 경우, “1. 채무자는하라. 2. 채무자가 본결정 송달일로부터 ○일 이내에 전항 기재의 채무를 이행하지

626) 전계 最決 平成 17(2005).12.9, 中野貞一郎, 823면 등 근래의 통설이다.

627) 宮坂昌利, 民事最判解平成17年度(下) 947면. 위반의 우려가 문제로 된 예로서 大阪高決 平成24(2012).2.27, 判時 2153호, 38면

628) 香川保一 監修, 注釋民事執行法 7, 290면.

629) 新基本法コンメンタル民事執行法, 430면 (大濱しのぶ).

가처분의 실효성 보완 방안

않는 때에는 채무자는 채권자에 대해 상기기간 경과 다음날부터 이행할 때까지 하루 금 ○만 엔의 비율에 의한 금원을 지급하라.”라고 한다.

다음으로 부작위채무의 경우, “1. 채무자는를 하여서는 아니 된다. 2. 본 결정 송달일 이후 채무자가 전항 기재의 의무에 위반하여....한 때에는 채무자는 채권자에 대해 위반행위를 한 날 1일에 대해 금 ○만 엔의 비율에 의한 금원을 지급하라.”라고 기재한다.⁶³⁰⁾

이와 같이 간접강제결정의 주문에는 급부명령이 명기된다. 통상이 급부명령은 집행권원 채무의 표시와 일치하고, 부작위채무의 위반행위의 태양도 집행권원의 단순한 移記에 그친다. 그러나 집행법원이 집행권원의 내용을 해석하여 간접강제의 대상으로 되는 채무의 내용을 구체적으로 특정하는 것도 허용된다고 해석되고 있다.⁶³¹⁾

나. 강제금

강제금을 명하는 방식에는 ① 지연 기간에 따라 또는 위반할 때마다 일정액의 지불을 명하는 방식과 ② 일시금방식이 있다(제172조 1항 참조). 실례로는 전자의 경우가 압도적으로 많다.⁶³²⁾ 일회적 채무의 불이행이 문제되는 경우라면 일시금 방식이 나올 것이나, 계속적 또는 반복적인 채무불이행이 문제되는 경우라면 전자의 방식이 상당하다. 판례 중에서는 강제금이 누적되어 과다하게 되는 것을 피하기 위하여, 일시금 방식이 낫다고 한 예도 있으나, 이러한 경우에

630) 園部厚, 書式代替執行・間接強制・意思表示擬制の實務 제5판, 民事法研究會, 2011, 202면 이하 참조.

631) 실례로는 東京高決 昭和 63(1988).1.27, 判時 1262호, 105면 등. 大濱しのぶ, 間接強制決定に関する覺書, 小島武司先生古稀祝賀 民事司法の法理と定策(上), 商事法務, 2008, 91면.

632) 후자의 예로는 東京地決 平成 21(2009).8.13. 判時 2055호, 99면. 연회비 징수 금지의 가처분명령 중에서 20억 엔의 강제금을 정하였다.

는 존속기간의 제한을 활용하여야 할 것이라는 의견이 유력하다.⁶³³⁾ 또한 이 판결은 일일 1만 엔의 강제금을 정한 간접강제결정에 대하여 180일을 넘는 부분은 권리의 남용으로 된다고 하여 청구이의의 소를 일부 인용하였는데, 실질적으로는 사후적으로 존속기간을 제한하여 소급적인 감액을 인정하였다고 볼 여지가 있다.⁶³⁴⁾

강제금의 액은 집행법원이 “채무의 이행을 확보하기 위해 상당하다고 인정하는 일정액”으로서(제172조 1항), 구체적인 액수의 결정은 법원의 재량에 맡겨져 있다. 금액 결정의 주요한 고려요소로서는 불이행에 의해 채권자가 받아야 할 불이익, 채무자의 자력, 종전의 이행의 태양(제167조의15 제2항의 유추) 및 채무의 성질이 거론된다.⁶³⁵⁾ 무엇보다 이행확보를 위해서는 불이행에 의해 채무자가 입을 불이익보다 채무자가 얻을 이익의 쪽을 더 고려하여야 하며, 이를 상회하는 강제금을 과할 필요가 있다고 한다. 종전의 이행의 태양에 관해서는 불이행의 기간, 회수뿐만 아니라 불이행의 이유나 이행의 난이도 참작하여 채무자의 악성의 정도를 중시하여야 할 것이다.

다. 기간의 결정

실무상 부작위 채무 이외의 경우에는 간접강제 결정으로 유예기간을 두는 것이 보통이다. 유예기간은 간접강제결정의 고지(송달)시를 기준으로 현실적으로 이행이 가능한 기간과 하여야 할 기간을 말하는 것인데,⁶³⁶⁾ 종래의 준비상황, 준비에 요하는 기간, 이행자체에 요

633) 新基本法コンメンタル民事執行法, 431면 (大濱しのぶ).

634) 園尾隆司, 破産者に対する制裁と破産者名簿調製の歴史, 判タ 1388호, 2013, 16면은 간접강제에 의한 가혹집행이 문제로 되는 상황이 있다고 한다.

635) 大濱しのぶ, 間接強制決定に関する覺書, 小島武司先生古稀, 917면 이하. 전게 東京高決 平成 7(1995).6.26 참조.

636) 香川保一 監修, 注釋民事執行法 7, 289면.

가처분의 실효성 보완 방안

하는 기간 등을 고려하여 정한다. 즉시 이행이 현실적으로 가능하지 않은 경우에는 유예기간을 둘 필요가 있다.⁶³⁷⁾ 또한 간접강제의 존속기간 즉 불이행이 있으면 강제금 지급의무가 발생하는 기간을 제한하는 것도 허용된다.⁶³⁸⁾ 존속기간의 경과 후에 다시 간접강제의 신청을 하는 것도 가능하다.⁶³⁹⁾

(4) 집행항고

간접강제결정이나 그 신청을 각하하는 결정에 대해서는 집행항고를 할 수 있다(제172조 5항). 강제금의 액이 합리적 재량의 범위를 일탈하여 과다하다는 것도 항고이유로 된다.⁶⁴⁰⁾ 이행에 대해서는 항고이유로 되지 않는다고 하는 것이 일반적이거나,⁶⁴¹⁾ 긍정하는 입장도 유력하다.⁶⁴²⁾

간접강제 결정은 확정되지 않더라도 효력이 생긴다.

(5) 변경결정

사정의 변경이 있는 때에는 집행법원은 간접강제결정의 변경을 할 수 있는데, 이를 변경결정이라고 한다(제172조 2항). 사정변경의 전형은 不奏效이고, 변경결정에 의해 장래에 향하여 강제금을 증액할

637) 名古屋地決 昭和 38(1963).2.13, 下民集 14권2호, 206면.

638) 제167조의15에 관한 것이나, 旭川家決 平成 17(2005).9.29, 家月 58권 2호, 172면 등.

639) 中野貞一郎, 769면, 811면, 기간에 관하여 大濱しのぶ, 間接強制決定に関する覺書, 小島武司先生古稀, 921면 이하.

640) 반대: 香川保一 監修, 注釋民事執行法 7, 292면. 과대의 정도가 현저한 경우만 위법하다고 한다. 東京高決 平成 20(2008).7.4, 家月 61권7호, 53면도 현저히 과대한 것으로서 감액한 경우이다.

641) 香川保一 監修, 注釋民事執行法 7, 292면 등.

642) 新基本法コンメンタル民事執行法, 431면 (大濱しのぶ).

수 있다.⁶⁴³⁾ 통설은 변경결정에 의해 과거에 소급하여 강제금을 감액하는 것을 부정하지만,⁶⁴⁴⁾ 가혹집행을 피하기 위하여 긍정하여야 할 것이라는 반대설이 있다.⁶⁴⁵⁾

또한 강제금을 손해배상으로 하였던 구법이래, 확정된 간접강제결정은 기판력을 가진다고 하는 것이 일반적인 해석이었으나,⁶⁴⁶⁾ 강제금을 제재로 해석하면 간접강제결정은 비송적인 재판이므로 기판력을 가지지 않는다고 하는 반대설이 있다.⁶⁴⁷⁾

(6) 강제금의 추심

간접강제결정은 집행권원(일본법에서는 채무명의라고 한다. 제172조 5항, 제22조 3호)로 되므로 채권자는 집행문의 부여를 받아 통상의 금전집행 방법에 의하여 강제금 추심집행을 할 수 있다. 이 집행은 간접강제의 절차는 아니나, 간접강제결정의 정지, 취소, 변경결정, 청구이의의 소는 이 금전집행 종료까지 할 수 있다.⁶⁴⁸⁾

집행문에 대해서는 ① 부대체적 작위채무의 간접강제결정의 경우는 단순집행문에 의한다.⁶⁴⁹⁾ ② 부작위채무의 간접강제결정의 경우는 보충집행문⁶⁵⁰⁾의 부여(제27조 1항)을 받을 필요가 있다.⁶⁵¹⁾ 부

643) 東京高決 平成 7(1995).9.1, 判時 1541호, 100면.

644) 鈴木忠一 外編, 注解民事執行法(5), 第一法規, 1985, 110면; 園尾隆司, 前掲論文, 17면; 小野瀬厚 外, 一問一答平成16年度改正民事訴訟法・非訟事件手続法・民事執行法, 商事法務, 2005, 166면 등.

645) 中野貞一郎, 821면.

646) 新堂幸司, 新民事訴訟法 5판, 弘文堂 2011, 686면.

647) 新基本法コンメンタル民事執行法, 432면 (大濱しのぶ).

648) 浦野雄幸, 502면은 이 금전집행의 종료시를 간접강제의 종료시라 한다.

649) 香川保一 監修, 注釋民事執行法 7, 297면.

650) 일본법상의 조건성취집행문을 보충집행문이라고도 한다(中野貞一郎, 273면). 이는 조건성취집행문의 발령요건인 '조건 성취'는 민법상의 그것과는 다른 개념으로서 집행권원에 표시된 청구권에 대해 '채권자가 증명하여야 할 사실'이 보충적으로 부가된 것으로서 집행력이 공증되었다는 의미라는 데에서 기인한 이름이다. 新基本

대체적 작위의무의 경우에도 보충집행문을 요한다고 하면서 또한 제 174조 3항을 유추하는 견해도 유력하다.⁶⁵²⁾

이때 실제로 지급된 금액보다 손해액이 클 때에는 채권자는 그 초과하는 금액에 대하여 별도로 손해배상액의 청구를 할 수 있는데(제 172조 4항), 다만 실제로 지급된 금액이 채무불이행으로 인한 손해액을 상회하는 때에도 채무자는 채권자에 대하여 그 초과한 액의 반환을 구할 수는 없다고 한다.⁶⁵³⁾

5. 부양의무와 관련된 금전채권에 대한 간접강제

(1) 부양의무와 관련된 금전채권에 대한 간접강제의 필요성

가정법원이 혼인비용이나 부양의무에 관련된 금전의 양육비 등의 지급을 명하였으나 채무자가 이를 이행하지 않은 경우, 채권자는 채무자의 급료채권 등의 계속적 급부채권 등을 압류할 수 있다. 종래 확정기한부의 청구에 대해서는 그 기한의 도래 후에 한하여 강제집행을 개시할 수 있게 되어 있고(제30조 1항), 이들 부양의무에 관련된 확정기한부 정기금채권에 대해서도 장래에 이행기가 도래할 부분에 대해서 미리 압류를 할 수 없었기 때문에 기한이 도래할 때마다 채권자가 신청을 하여야만 하였다. 그러나 이는 특히 채권자에게는 대단히 심각한 부담이 되었기 때문에 일본 민사집행법⁶⁵⁴⁾은 2004년 부양의무 등 일정한 의무에 관련된 정기금채권에 대해서는 장래 확정기한이 도래할 정기금채권부분을 위해서도 채권집행을 개시할 수

法コンメンタール民事執行法, 69면(名津井吉裕).

651) 前掲 最決 平成 17(2005).1.29 등.

652) 中野貞一郎, 812면.

653) 松本博之, 333면.

654) 平成16년(2004) 法152호에 의하여 신설된 것이다.

있게 하였다(제151조의2 제1항). 이에 따라 제167조의15는 권리 실현의 실효성 확보라고 하는 견지에서 부양의무 등에 관련된 금전채권에 대해 채권자의 신청에 의하여 간접강제의 방법에 의한 강제집행을 하는 것을 인정하고 있다.⁶⁵⁵⁾

(2) 간접강제의 보충성과 관련한 논의의 전개

전술한 바와 같이 간접강제는 종래 채무자의 인격존중의 견지에서 직접강제나 대체집행 등 다른 집행방법에 의할 수 없는 경우에 보충적으로 사용하여야 할 것이라고 하였으나, 이러한 보충성의 원칙이 개정법에 의해 부정되어 종래 직접강제의 방법에 의한 강제집행만이 인정되었던 물건의 인도채무(제168조 내지 제170조)나, 대체집행의 방법만이 인정되었던 대체적 작위채무 및 부작위채무(제171조 1항)

655) (扶養義務等に係る金銭債権についての間接強制)

- 第六十七條の十五 第一百五十一條の二第一項各号に掲げる義務に係る金銭債権についての強制執行は、前各款の規定により行うほか、債権者の申立てがあるときは、執行裁判所が第七十二条第一項に規定する方法により行う。ただし、債務者が、支払能力を欠くためにその金銭債権に係る債務を弁済することができないとき、又はその債務を弁済することによつてその生活が著しく窮迫するときは、この限りでない。
- 2 前項の規定により同項に規定する金銭債権について第七十二条第一項に規定する方法により強制執行を行う場合において、債務者が債権者に支払うべき金銭の額を定めるに当たっては、執行裁判所は、債務不履行により債権者が受けるべき不利益並びに債務者の資力及び従前の債務の履行の態様を特に考慮しなければならない。
 - 3 事情の変更があつたときは、執行裁判所は、債務者の申立てにより、その申立てがあつた時（その申立てがあつた後に事情の変更があつたときは、その事情の変更があつた時）までさかのぼつて、第一項の規定による決定を取り消すことができる。
 - 4 前項の申立てがあつたときは、執行裁判所は、その裁判が効力を生ずるまでの間、担保を立てさせ、又は立てさせないで、第一項の規定による決定の執行の停止を命ずることができる。
 - 5 前項の規定による決定に対しては、不服を申し立てることができない。
 - 6 第七十二条第二項から第五項までの規定は第一項の場合について、同条第三項及び第五項の規定は第三項の場合について、第七十三条第二項の規定は第一項の執行裁判所について準用する。

가처분의 실효성 보완 방안

에 대해서도 간접강제의 방법에 의한 강제집행을 할 수 있게 되었다(제173조).

이와 함께 금전채권에 대해 간접강제의 방법에 의한 강제집행을 인정할 것인가 하는 문제에 대해서는 간접강제금의 지급에 의하여 채무자가 한층 더 채무의 이행이 곤란해질 정도로 형편이 어려워질 수 있다거나 악질적인 대금업자에 의한 제도남용의 우려가 제기되었다. 이러한 우려 때문에 금전채권에 대해 일반적으로 간접강제를 인정하는 것은 보류되었으나, 혼인비용이나 양육비 등의 부양의무 등에 관한 금전채권에 한하여 간접강제의 방법에 의한 강제집행을 하는 것을 인정하였다(제167조의15 제1항).⁶⁵⁶⁾ 이는 ① 채권자의 생계유지를 위하여 이들 채권의 실현이 불가결하고, 간접강제의 방법에 의한 강제집행을 인정할 필요성이 높다는 것, ② 채무자의 급료를 압류하는 등의 직접강제 방법에 의한 강제집행은 계속적 급부를 받지 않는 채무자에 대해서는 실효성이 적고, 급료를 압류하면 근무처에 양육비등을 지급하지 않은 것이 알려지게 되어 채무자가 사직 내지 실직하게 되고 말 우려가 있어서 압류를 하는 것이 주저되는 경우가 있으며, ③ 본래 간접강제는 채무자의 자력을 주요한 고려요소로 하여 금액이 정해지는 것이고 자력이 없는 자에 대해 간접강제의 결정 하는 등 남용될 우려가 적다는 것을 고려한 것이다.⁶⁵⁷⁾

(3) 부양의무 등에 관련한 금전채권

제167조의15가 적용되는 부양의무 등에 관련한 금전채권은 구체적으로는 ① 부부간의 협력부조의무(민 제752조), ② 혼인비용분담

656) 平成 16年(2004) 法152호.

657) 小野瀬厚 外, 一問一答, 149면 이하; 新基本法コンメンタール民事執行法, 413면(渡部美由紀).

의무(민 제760조), ③ 자의 감호비용분담의무(민 제766조, 민 제749조 및 제788조에서 준용되는 경우를 포함한다.), ④ 부양의무(민 제877조 내지 제880조)에 관련된 금전채권을 이른다(제167조의15 제1항 본문, 제151조의2 제1항).

(4) 발령절차

가. 신청

다른 강제집행의 신청과 마찬가지로 채권자는 집행력 있는 집행권원의 정본에 기하여 집행법원에 간접강제를 신청하여야 한다. 간접강제금의 액은 법원이 정하는 것이고, 채권자의 신청에 구속되지 않는다(제172조 1항). 그러나 간접강제금의 액을 정하기 위해서는 불이행에 의해 채권자가 입게 될 불이익 및 채무자의 자력과 종전의 이행의 태양을 특히 고려하여야 하므로, 신청시에도 이에 관한 주장과 자료를 첨부하여야 한다(제167조의15 제2항 참조).

발령시에는 채무자를 심문하여야 한다(제167조의15 제6항, 172조 3항).

나. 관할 집행법원

관할법원도 다른 간접강제의 경우와 거의 같다. 즉 관할법원은 집행권원의 종류에 따라 달라지며, 다만 집행증서에 관한 경우가 더 인정되어 있다. 즉 ① 확정판결, 가사심판, 상급법원에 있어서의 화해조서에 기한 경우는 제1심 법원, ② 집행증서에 기한 경우는 채무자의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 또는 간이법원(집행증서에 표시되어 있는 청구권의 가액이 40만 엔을 초과하는가의 여부

가처분의 실효성 보완 방안

에 따라 정한다), ③ 화해조서, 조정조서에 기한 경우에는 화해 또는 조정이 성립한 간이법원, 지방법원 또는 가정법원이다.

(5) 결정

가. 자력요건

부양의무 등에 관련한 금전채권의 간접강제절차에서는 일반적인 간접강제의 요건 외에 채무자의 자력요건이 부가되어 있으므로, 여시거는 중복을 피하여 특히 자력요건에 대해서만 살핀다.

채무자가 지급능력을 없어 그 채무를 변제할 수 없게 된 때 또는 채무를 변제하게 되면 그 생활이 현저히 곤궁하게 될 때에는 간접강제결정을 할 수 없다(제167조의15 제1항 단서). 또 간접강제의 결정을 함에 있어서는 적정한 간접강제의 금액을 정하여야 하고, 채무불이행에 의하여 채권자가 입어야 할 불이익 및 채무자의 자력과 종전의 채무의 이행 태양을 특히 고려하여야 한다(제167조의15 제2항). 이는 일반적인 간접강제의 경우와 구별되는 것이나, 학설에 따라서는 전술한 바와 같이 다른 간접강제에서도 이를 고려할 필요가 있다고 하기도 한다.

채무자의 자력은 부양의무 등에 관련한 금전채권의 액을 정할 때에 주요한 고려요소이고(민 제879조 등), 그 후의 사정변경에 의한 내용 변경이나 취소도 인정되어 있으므로(민 제880조), 집행권원이 존재한다는 것은 법원이 자력을 인정하였다는 의미이므로 기본적으로는 채무자에게는 지불능력이 있다고 할 수 있을 것이다. 그러나 채무자에게 지불할 의사가 있어도 집행권원 성립 후에 실직하는 등 간접강제 시점에 채무자가 자력을 상실하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에도 무조건적으로 간접강제의 방법에 의한 강제집행을

하는 것을 인정하면, 채무자에게 가혹한 결과가 생길 우려가 있으므로 이러한 결과를 피하기 위하여 자력요건이 정해진 것이다.⁶⁵⁸⁾

법상 “지불능력을 결하였기 때문에 그 금전채권에 관련한 채무를 변제할 수 없는 때 또는 그 채무를 변제함으로써 그 생활이 현저히 궁박하게 될 때”라 함은 채무자의 자력이 없기 때문에 금전채무의 변제를 할 수 없는 때, 또는 그 채무를 변제함으로써 채무자가 최저한도의 생활수준도 유지할 수 없게 된 때를 이른다.⁶⁵⁹⁾ 이 판단은 채무자의 자력, 수입 및 지출과 채무의 액을 고려하여 구체적인 사례에 따라 판단되는 것이나, 채무자뿐만 아니라 채무자와 생계를 함께 하는 가족의 수입이나 지출도 함께 고려하여 그 가족의 생활이 현저히 궁박하게 될 경우도 포함하여 판단하여야 한다. 이 요건의 존부에 대한 증명책임은 채무자에게 있다.⁶⁶⁰⁾

나. 간접강제의 결정

간접강제의 결정은 채무자에 대해 ① 채무의 이행의 지연기간에 따라 일정액의 금전의 지급을 명하는 방법, ② 상당하다고 인정하는 일정한 기간 내에 이행하지 않는 경우에 일정액의 금전의 지급을 명하는 방법과 ③ 양자를 병용하는 방법에 의한다(제167조의15 제1항 본문, 172조 1항)고 함은 다른 경우와 마찬가지로이다.

다. 간접강제금

간접강제금의 액은 채무의 이행확보를 위하여 상당하다고 인정되는 액(제172조 1항)이나, 부양의무 등에 관련한 금전채권에 대한 간

658) 新基本法コンメンタル民事執行法, 414면(渡部美由紀).

659) 小野瀬厚 外, 一問一答, 159면.

660) 新基本法コンメンタル民事執行法, 414면(渡部美由紀).

가처분의 실효성 보완 방안

접강제에서는 채무자에게 가혹한 결과를 생기지 않도록 하기 위하여 집행법원은 채무불이행에 의해 채권자가 받아야 할 불이익, 채무자의 자력 및 종전의 채무의 이행의 태양을 특히 고려하여야 하는 것으로 규정되어 있다(제167조의15 제2항). 간접강제금에는 법정이율(민 제419조 1항 본문)에 의한 제한은 없고, 이자제한법 소정의 지연손해금의 액을 초과하는 액수의 간접강제금을 정할 수도 있다. 채권자가 받아야 할 불이익에 대해서는 사실상의 손해도 고려되어 그 정도가 크다면 간접강제금의 액수도 올라가게 된다. 또한 종전의 채무의 이행의 태양은 그때까지의 채무자의 채무의 이행, 불이행의 태양을 고려할 것이고, 거절의 정도가 높다면 강제금액도 높아지는 것이나, 거절의 이유는 고려하지 않는다.⁶⁶¹⁾ 직접강제의 방법에 의한 강제집행과의 병용의 가부에 대해서는 견해가 나뉜다.⁶⁶²⁾

(6) 사정변경에 의한 간접강제결정의 변경·취소

일반적으로 간접강제제도에 있어서는 사정의 변경이 있으면 간접강제의 결정을 변경할 수 있는 것(제172조 2항, 제173조 1항 후단)과 마찬가지로 부양의무 등에 관련된 금전채권에 대해 간접강제를 하는 경우에도 결정의 변경이 가능된다(제167조의15 제6항, 신청권자는 채권자, 채무자 또는 그들의 승계인). 그러나 이에 대해서는 간접강제의 결정 자체를 취소하는 것은 포함되어 있지 않다고 해석된다. 법은 또한 간접강제의 결정 후에 자력을 잃은 채무자에게 가혹한 결과가 생기지 않도록 할 필요성과 채무자의 예측가능성을 고려하여, 채무자의 신청에 의하여 간접강제의 결정 취소신청이 있었던 때까지 소급하여 간접강제의 결정을 취소할 수 있다고 규정하고 있

661) 新基本法コンメンタル民事執行法, 415면(渡部美由紀).

662) 大濱しのぶ, 間接強制と他の執行方法との併用の許否, 73면 참조.

다(제167조의15 제3항). 취소의 신청을 받은 집행법원은 간접강제의 결정 취소의 신청에 대한 재판이 효력을 생기기까지의 사이에 간접강제 결정의 집행정지를 명할 수 있다(제167조의15 제4항).

여기서 취소의 원인으로 되는 사정변경이란 채무자의 지불능력의 감소, 소멸에 한정되는 것이나, 변경의 원인으로 되는 사정변경은 강제금액 결정시의 고려요인이 변동되는 것을 말하는 것이다.⁶⁶³⁾ 또한 간접강제의 결정 후에 채무자에게 그 채무의 일부를 변제할 능력이 없게 된 경우에, 간접강제 결정의 전부를 취소할 것인지, 아니면 일부만 취소할 것인가에 대해서는 해석이 나뉜다.⁶⁶⁴⁾

변경 취소의 결정을 위해서는 상대방의 심문이 필요하고, 결정에 대한 불복신청은 집행항고에 의한다(제167조의15 제6항, 제172조 3항, 5항).

6. 부양의무 등에 관련된 정기금채권의 간접강제

(1) 부양의무 등에 관련된 정기금채권의 간접강제 필요

집행권원에 있어서 청구가 확정기한의 도래에 관련된 경우에는 강제집행은 원칙적으로 그 기한이 도래한 후 개시하여야 한다(제30조 1항). 그러나 양육비 등의 부양의무 등에 관련된 정기금 채권은 그 권리실현이 채권자의 생계유지에 불가결한 것이고, 또 월 수 만 엔 정도의 소액인 경우가 많으므로, 원칙대로 각 정기금 채권의 확정기한 도래시마다 강제집행의 신청을 하여야 한다고 하면 채권자에게 절차부담이 지나치게 과중하게 된다. 여기에 민사집행법이 확정기한

663) 松下淳一, 전계논문, 21면.

664) 松下淳一, 전계논문, 20면.

가처분의 실효성 보완 방안

이 도래하지 않은 것에 대해서도 채권집행을 개시할 수 있는 것으로 한 것(제151조의2)과 마찬가지로,⁶⁶⁵⁾ 제167조의16은 채권자의 절차적 부담을 경감할 필요성에서 집행법원은 부양의무자 등에 관련된 금전채권이 정기금채권인 경우에 그 일부에 불이행이 있는 때에는 기한이 도래하지 않은 부분에 대해서도 최근의 6개월분에 한하여 간접강제의 결정을 할 수 있도록 하는 내용을 규정하고 있다.⁶⁶⁶⁾

(2) 시기의 제약

이에 관한 간접강제금액은 채무의 이행을 확보하기 위하여 상당하다고 인정하는 액이어야 한다(제167조의15 제1항 본문, 제172조 1항). 부양의무 등에 관련된 정기금채권에 대해서는 장래분에 대해서도 일괄하여 강제집행을 개시하는 것을 인정할 필요성이 높으나, 강제금액을 정하기 위하여 고려하여야 할 사정은 시간의 경과에 따라 변화할 가능성이 있으므로 장래분의 정기금에 대해 미리 강제금액을 정하는 것은 용이하지 않다. 여기서 제167조의16은 고려할 사정의 변화가 생길 가능성이 적고 어느 정도 변화의 예측이 가능한 단기간으로 6개월을 정하여, 집행법원은 부양의무 등에 관련된 정기금채권에 대하여 그 일부에 채무불이행이 있는 때에는 6개월 이내에 확정 기한이 도래하는 것에 한하여 간접강제의 방법으로 강제집행을 할 것으로 규정하고 있다.

665) 平成 15년(2003) 법134호.

666) (扶養義務等に係る定期金債権を請求する場合の特例)

第六十七條の十六 債権者が第五十一條の二第一項各号に掲げる義務に係る確定期限の定めのある定期金債権を有する場合において、その一部に不履行があるときは、第三十條第一項の規定にかかわらず、当該定期金債権のうち六月以内に確定期限が到来するものについても、前條第一項に規定する方法による強制執行を開始することができる。

II. 일본의 가처분에 관한 간접강제 제도

1. 가처분에 대한 간접강제

누차 반복하여 살펴본 바와 같이 일본의 간접강제나 가처분법제도 우리 법제와 대동소이하기 때문에 실질적으로 같은 문제점을 안고 있다고 할 수 있다. 즉 이 연구의 주제인 가처분의 실효성 문제도 일본법에서 유래하는 것이라고 할 수 있다.⁶⁶⁷⁾

가처분의 실효성 문제와 관련하여, 역시 일본의 경우에도 그 위반자에 대해 간접강제를 할 수 있으나, 그 대체적인 내용은 우리와 대동소이하나 다소간의 차이가 있음은 전술한 바와 같다.

다만 일본의 가처분 실무상 문제되어 있는 가처분 실효성 관련 문제점을 몇 가지 짚어본다면 다음과 같은 것이 주목된다. 첫째는 가처분의 공시문제인데, 예컨대 건물 철거 및 토지 명도의 의무를 지는 채무자가 현재의 건물을 철거곤란한 형태로 개축하려고 하는 경우에 채권자가 토지명도청구권을 피보전권리로 개축공사금지의 가처분을 신청한 경우에, 이는 장래의 강제집행을 보전하기 위한 것이므로 다툼의 대상에 관한 가처분의 성질을 가지는데, 이때 이러한 부작위를 명하는 가처분에 대해 집행관에게 공시할 것을 명할 수 있는가 하는 것이다. 이에 대해서는 위법설과 적법설이 대립하고 있고, 적법설에 의하면 의무자에 대해 심리강제의 효과가 있기는 하지만 한편으로 의무자에 대해 신용이나 명예를 추락시키는 우려가 있다고 하여, 일본의 실무는 위법설을 취하고 있는 것으로 보인다.⁶⁶⁸⁾

667) 다만 일본에서는 우리나라의 경우와 같이 직접적으로 의무자가 가처분에 위반하는 행위를 하여 사회문제가 된 경우는 없다고 한다. 近畿大 赤西芳文 교수(변호사) 면담 내용.

2. 추상적 금지를 명하는 재판에 의한 강제집행의 문제

이와 함께 부작위를 명하는 가처분을 하면서 채무자의 위반행위가 예상되는 경우에 미리 가처분 결정의 주문 중에 집행명령에 해당하는 내용을 부가하기도 한다고 하는데, 이에 대해 위법설도 있으나 통설과 실무는 적법하다고 하는 입장이다.⁶⁶⁹⁾ 그러나 구체적 내용의 특정 없이 집행관에게 적당한 조치를 취하게 하는 것은 위법하다고 한다.

다만 이와 관련하여 추상적 금지판결에 기한 강제집행의 문제를 살펴볼 필요가 있다.⁶⁷⁰⁾ 이는 가처분에만 한정되는 것은 아니나, 특히 본 연구와 관련되는 부분이 많으므로 그 내용을 살펴보기로 한다.

III. 일본 간접강제 제도의 시사점

1. 일본 간접강제제도의 개선과 실무의 동향

전술한 바와 마찬가지로 일본의 가처분 법제는 2000년대 초 몇 가지의 중요한 개선을 이루었지만, 이러한 법개정은 실무상 큰 의미를 가지는 것으로 보이지는 않는다는 점이다.

일본의 간접강제 제도의 개선은 크게 보충성의 원칙을 폐지하여 그 대상의 범주를 넓힌 것과 소위 배상금을 강제금으로 변경한 것의

668) 東京地裁保全研究會, 民事保全の実務 第3版, キンザイ, 356면.

669) 상계서, 357면.

670) 中野貞一郎,

두 부분으로 볼 수 있는데, 이러한 개정은 이론적인 측면에서는 대단한 변화라고 할 수 있을지 모르나, 실무적으로는 큰 의미가 있는 것은 아니라고 할 수 있다는 것이다.

먼저 보충성의 원칙을 폐지하고 그 대상의 범주를 넓힌 것은 실무상 간접강제를 할 수 있는 사건수가 늘어났다는 것을 의미하는 것이기는 하지만, 이에 관한 통계치는 찾을 수 없다.⁶⁷¹⁾ 결국 이러한 변화가 실무적으로 의미를 가지는 변화를 초래했는지 알 수 없다는 것이고, 궁극적으로 그러한 변화가 있었다면 이에 관한 보고가 있었을 것이나, 그러한 자료를 찾기도 어려웠다는 점에서 위와 같이 생각된다는 것이다.

또한 강제금제도와 관련해서 볼 때, 손해배상이 아니라 강제금으로 법개정을 한 것은 큰 의미를 가지는 것은 아니라고 판단된다. 왜냐하면 강제금은 채권자가 아니라 국고에 귀속될 때 그 의미가 있는 것이고, 그 경우에는 채권자의 사정을 생각하지 않고 채무자의 이행 확보에만 치중하여 강제금을 정하거나 추심할 수 있기 때문이다. 이러한 사정은 전술한 독일의 법제에서 분명히 드러나는 것임에도, 일본법은 그 이름과 상관없이 궁극적으로 채권자의 손해배상에 충당할 수 있는 것으로 함으로써 실질적으로는 손해배상금이라는 평가에서 자유롭지 못하게 된 것이다. 이에 따라 강제금의 산정에 필수적인 요소로서 채권자의 손해가 고려되게 되고, 궁극적으로 손해와 강제금을 고려하여 결정할 수밖에 없는 구조로 되어버렸다는 것이다. 물론 이러한 법개정으로 인하여 손해가 제일의 기준은 아니라고 할 수 있게 되었고, 채무자의 불이행과 관련한 상황이 보다 직접적으로 고

671) 예컨대, 일본 최고재판소의 통계자료 중 법개정 후인 2005년의 민사집행 사건수에 관한 통계를 보더라도 간접강제에 관한 건수는 잡혀있지 않다. <http://www.courts.go.jp/app/files/toukei/299/002299.pdf> 참조.

가처분의 실효성 보완 방안

려되게 되었다는 점을 부인할 수는 없으나, 손해배상과의 관련성을 때버리지 못함으로 인하여 중도반단적인 개선에 불과하게 되었다는 지적을 면할 수는 없게 되었다고 할 수 있다.

어쨌든 현재 발표되어 있는 자료⁶⁷²⁾를 토대로 간접강제 실무에 관한 내용을 좀 더 살펴보자면, 공간된 재판례에서 강제금액이나 기간을 조사한 것에 의하면, 실제 재판상 고려되고 있는 것은 불이행의 상황 즉 불이행의 태도·위반행위의 태양 등과 채무자의 자력, 손해, 채무의 성질 등이다. 여기서 채무자의 자력을 고려하는 것은 특히 가사채무의 경우이다. 그리고 불이행에 의하여 사람의 안전이나 건강을 해칠 우려가 큰 성질이 있는 때에는 강제금을 고액으로 정한다고 한다. 또한 불이행이 계속적인가 반복적인가에 따라서도 다른데, 계속적인 경우에는 비교적 소액으로 되지만, 반복적인 경우에는 고액으로 될 경우가 많다고 한다.⁶⁷³⁾ 구체적인 액수에 대해서는 대체로 1일 또는 1회당 3천 엔에서 100만 엔까지로 정하고 있으나, 1만 엔의 배수로 정하는 경우가 많다고 한다. 이와 같이 강제금은 기간이나 회수에 따라 정하는 것이 보통이나, 드물게는 일시금으로 정하는 경우도 없지 않고, 그 예가 전술한 바 있는 회비징수금지가처분에 대한 간접강제결정에 강제금액을 20억 엔을 정한 재판례⁶⁷⁴⁾가 유명하다.

2. 일본의 간접강제 제도의 가치분 실효성에 대한 의의

앞에서 본 바와 마찬가지로 사실 일본의 간접강제에 관한 법개정

672) 大濱しのぶ, 間接強制決定に関する覺書, 小島武司先生古稀, 890면 이하.

673) 大濱しのぶ, 상계논문, 920면.

674) 東京地決 平成21(2009).8.13, 判時 2055호, 99면.

이 가처분의 실효성을 확보하기 위한 것이었느냐 라는 관점에서 보면 의문이 없지 않다. 학자나 실무자 사이에서도 지적이 나오는 바와 마찬가지로 일본의 실무나 연구자들은 그다지 가처분과 같은 재판의 실효성을 확보하는데 관심을 가지고 있지 않기 때문이다. 이에 따라 실효성 확보를 위하여 강력한 조치를 취하여야 한다는 의견은 전혀 보이지 않는 실정인데, 그 이유에 관하여 일본에서는 가처분 위반의 심각한 사례가 보고된 적이 없고, 또 채무자에 관한 절차보장을 중시하여야 한다는 의견이 강하다는 것 등을 들고 있다.⁶⁷⁵⁾ 이에 따라 실효성 확보수단으로서, 독일과 같은 질서벌이나 구금 등의 외부적 강제수단을 취하는 것 보다는 내재적으로 주문 중에서 해결책을 찾고 있는 것이 아닌가 하는 의견이 있다.⁶⁷⁶⁾

이에 따르면 특히 임시의 지위를 정하는 가처분에 있어서, 본안소송의 대상인 실체권은 다른 잠정적 실체권에 기한 것으로서 피보전 권리의 심리를 경감하여, 기능적인 권리구제를 가능하게 하여야 할 것이고, 출판금지의 가처분에 대해서도 집행관보관·당해부분 삭제의 주문 등을 구제의 필요성에 따라 유연하게 낼 수 있도록 하여야 할 것이라는 최근의 학설⁶⁷⁷⁾에도 이러한 경향이 보인다. 금후 특히 부작위채무와 관련하여 이행되지 않을 가능성이 높은 사안에는 사전에 이를 어떻게 억지할 것인가 하는 문제에 대해 의논의 가능성도 높다고 한다.

현재에는 위에서 얘기한대로 주문에서 추상적이 아니라 구체적인 금지사항을 표기하고, 또 출판금지에 관하여 미리 집행관에게 보관시키며, 당해부분을 삭제하는 것 및 강제금의 액을 손해액뿐만 아니

675) 전술한 赤西芳文 교수의 의견이다.

676) 마찬가지로 위 赤西芳文 교수의 의견이다.

677) 瀬木比呂志, 38면 이하, 158면 이하, 308면 등

라, 불이행을 억지할 수 있을 정도의 액을 고려하는 정도만이 나타나는 실정으로서 그 이상의 내용은 나타나지 않고 있다고 한다.⁶⁷⁸⁾

이에 더하여 한 가지 주목되는 점은 특히 지적재산의 침해행위의 금지를 명하는 집행권원의 성립 후에 채무자가 침해행위의 태양을 조금 변경하여 집행권원의 무력화를 기도하는 경우, 기존의 집행권원에 기해 집행권원의 해석을 통하여 새로운 침해행위에 대한 간접 강제결정을 할 수 있다고 하는 것이 일반적 입장으로 보인다고 하는 점은 앞에서 본 바와 같다. 본래 이러한 해석은 집행법상 인정하기 어려운 것이기는 하나, 이러한 방법을 긍정할 수 있다면 악의의 채무자에 대한 대책으로서 의미가 있다고 할 수 있을 것이다.

678) 전술한 赤西芳文 교수의 의견이다.

제5장 가처분의 실효성 확보를 위한 제도 개선

앞에서 본 제외국의 제도가 현실적으로 도입된다면 가처분의 실효성 문제는 거의 대부분 해결될 것으로 생각한다. 다만 그 전이라도 부분적으로 대책이 필요한 부분이 있고, 또 이행강제금과 범원모욕이 도입되더라도 보완이 필요한 부분이 있을 수 있으므로 여기서는 그 한도 안에서 몇 가지 사항을 검토해 보기로 한다. 따라서 이들 제도적 개선에서 더 나아가 가처분 제도의 근간을 수정하는 문제는 다음 장에서 살펴보게 될 것이다.

제1절 가처분의 개선을 통한 실효성 보완

I. 가처분 제도의 개선

1. 가처분 위반에 대한 직접 제재수단의 도입

부작위의무를 부과하는 가처분이 실효성을 보완해야 한다면 결국은 위반시의 제재방법을 강화하는 것이 가장 급선무일 것으로 생각된다. 간접강제를 통해 제재하는 것은 한편 우회하는 느낌이 있으므로 아예 가처분의 위반에 대해 바로 제재수단을 강구하는 것도 한 가지 방법일 수 있다는 것이다.

여기에 해당하는 것으로서는 가사소송법이 규정하고 있는 과태료나 감치(가소 제66조 내지 제68조), 민사집행법이 규정하고 있는 재산명시와 관련한 제재방법으로서의 감치 등(민집 제68조 제1항)의 방법을 도입하는 것을 생각할 수 있다. 이러한 제재방법은 이미 우

가처분의 실효성 보완 방안

리 법체계에 수용되어 시행되고 있다는 점에서 특정한 가처분에 대해 도입한다고 하더라도 법제적으로 무리가 된다거나 불가능한 것은 아니라고 생각된다.

다만 이러한 제재방법은 모든 가처분에 수용할 수 있을지는 의문이다. 왜냐하면 통상적으로 직접강제나 대체집행이 가능한 경우에는 의무위반이 있더라도 바로 강제집행을 하면 되지, 굳이 제재까지 할 필요가 있을까 하는 의문이 있기 때문이다. 이러한 입장이 우리 법체계와 법조계의 전통적 입장이라고 할 수 있다.

그러나 이러한 문제는 최근 일본이 간접강제에 관하여 개정된 내용을 토대로 볼 때 전향적으로 생각할 여지가 있다고 하겠다. 어차피 당사자의 인격을 침해할 여지가 있는 강제방법을 사용하는 것은 적절하지 않을 것이므로 이러한 것은 제외하고, 강제가 가능한 경우라면 굳이 직접강제의 방법이 능사일까 하는 의문에서 일본의 법제도가 개정되었다는 것을 인식한다면, 또 이제 우리나라에서도 일본과 마찬가지로 그러한 개정이 오히려 당사자가 자신의 의사에 반하여 집행을 당하는 것보다는 타의에 의하더라도 스스로 의무이행을 하는 선택지를 가지게 된다는 의미에서 인격침해의 가능성이 적다는 지적⁶⁷⁹⁾이 있음을 고려한다면, 간접강제와 아울러 과태료나 감치의 방법을 도입하는 것도 고려할 필요가 있다는 것이다.

다만 이러한 방법은 가처분 명령제도에 대한 상당한 수정을 필요로 한다. 물론 그 전에 제도 도입을 위한 보다 면밀한 검토가 필요한 것은 당연한 일이겠으나, 우선 대체적인 기준을 제시해 본다면 다음과 같이 생각해볼 수 있을 것이다.

일단 제재 방법으로서 과태료가 선행되어야 하고, 감치는 그 불이행에 대해 다시금 제재할 필요가 있을 때 가해져야 함은 그 성격상

679) 권창영, 491면.

당연하다. 또한 이러한 제재가 가해지는 가처분의 대상은 부작위 의무를 대상으로 하는 가처분을 중심으로 하되, 요건을 가중하여 비대체적 작위의무나 대체적 작위의무를 대상으로 하는 가처분예로의 확대를 검토한다.

과태료나 감치절차는 이미 도입되어 있는 가사소송법 내지 민사집행법의 절차를 준용할 수 있을 것이다. 이때 가처분을 할 때 제재의 내용을 포함할지 아니면 의무위반을 기다려 제재를 하는 재판을 할지 의문스러울 수 있으나, 간접강제에 대한 배상금의 경우에는 이미 보충성의 원칙이 무너졌다고 할 수 있지만, 제재방법으로서의 과태료나 감치는 위반이 없는데도 부과하는 재판을 하기는 쉽지 않을 것이다.

2. 가처분의무자의 범위 확대 방안

(1) 이행보조자 등에 대한 효력의 확장

가처분 의무자 외에 의무자의 이행보조자 등이 의무위반행위를 하였을 때 간접강제결정에 따라 간접강제금의 강제집행을 할 수 있는 것도 다투어질 수 있으나 현행법상 이를 긍정적으로 보기는 어려울 것이다.

결국 이러한 문제점은 의무위반행위가 있는 후에 간접강제결정을 하면 어떤 사람이, 어떤 행위를 한 것이 부작위를 명하는 집행권원의 뜻에 위반되는지 구체적으로 판단하게 되므로 주문을 상황에 맞게 특정하여 쓸 수 있으므로 자연히 해결되겠지만 이는 근본적인 해결방법이 될 수는 없다.

이에 따라 이행보조자 등 의무자와 특정한 관계에 있는 자를 정하

가처분의 실효성 보완 방안

여 이러한 특정범위 내에 있는 자에 대해서는 가처분의 이행의무와 간접강제에 의한 배상 내지 제재의 효과가 미치도록 할 필요가 있을 것으로 생각된다.

이렇게 하면 간접강제 시 명하는 배상금이 손해배상금의 성격이면 의무위반행위로 채권자에게 실제로 발생한 손해액을 부담시킬 수 있고, 벌칙의 성격이면 의무위반행위의 성질에 따라 강제금으로 제재를 가할 수 있다는 장점도 있게 된다.

(2) 의무자와 동일한 지위에 있는 제3자에 대한 확장 문제

가. 특정범위의 제3자에 의한 가처분 위반의 문제

또 더 나아가서 의무자와 같은 법률적 내지 사실적 바탕을 가지고 있는 자가 가처분의 존재를 알면서 적극적으로 가처분에 의해 금지되어 있는 행위를 하였을 때 이를 어떻게 다루어야 할지, 또는 미리 예방할 수 있다면 어떻게 하여야 할지 문제된다.

임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 문제되는 것 중에 의무자가 아니라 제3자가 가처분에 위반하는 경우도 있고, 이렇게 되면 가처분의 의무위반 없이도 가처분을 무력화하는 것이 가능하기 때문이다. 앞에서 본 바와 같이 특정 국회의원에 대해 특정행위를 금지하는 가처분명령을 하여 집행하였는데, 가처분 결정에 의무자로 명시되지 않은 다른 국회의원들이 가처분에 적시된 행위를 의도적으로 해버림으로써 가처분을 무력화하는 것이 문제되었다.

이러한 것은 통행방해금지나 방해물제거의 가처분 등에도 나타날 수 있다. 특정한 집단 중에 대표로 나서서 통행을 방해하거나 방해물을 설치한 수인을 상대로 하여 가처분을 하였는데, 그 가처분 집행 후 그 집단 내의 다른 자들이 마찬가지로 통행방해 행위 내지 방

해물을 설치하는 경우, 이들에 대해 반복해서 가처분을 하여야 하는 지 의문스럽지 않을 수 없는 것이다.

그렇다고 해서 직접 위법행위를 하지 않은 사람들을 전부 끌어들이어서 가처분을 하는 것도 용이하지는 않을 것이다. 때문에 적절한 범위 내에서 특정 제3자에 대한 가처분의 효력 확보 방안이 필요하다고 하겠다.

나. 일본 법제의 참고

다만 이에 대해 참고가 되는 일본의 입법례가 있다. 즉 부동산점유이전금지 가처분에 위반한 주관적 변경에 대해 우리나라는 규정이 없으나, 일본 민사보전법은 점유이전금지의 가처분 명령의 집행 후에 점유를 개시한 자에 대해 그 집행이 있었다는 것을 안 것으로 추정하고, 그에 대해서도 가처분의 효력이 미치는 것으로 하고 있다(동법 제62조 2항).⁶⁸⁰⁾ 이를 좀 더 자세히 살펴보면, 동법은 점유이전금지 가처분이 집행된 때에는 채권자는 본안의 집행권원에 기하여 계쟁물의 인도 또는 명도의 강제집행을 할 수 있다고 하면서, 그 대상으로 되는 자를 당해 점유이전금지 가처분 명령의 집행이 행해진 것을 알고 당해 계쟁물을 점유한 자와 아울러 당해 점유이전금지 가처분의 집행 후에 그 집행이 행해진 것을 알지 못하고 당해 계쟁물에 대한 채무자의 점유를 승계한 자로 하고 있다(동조 1항 각호).⁶⁸¹⁾ 이때 가처분의 집행 후에 점유를 개시한 자에 대해서는 가처

680) 다만 이때 집행을 위해서는 승계집행문이 필요하게 된다. 丹野達, 民事保全手続の実務, 酒井書店, 1999, 318면.

681) (占有移転禁止の仮処分命令の効力)

第六十二条 占有移転禁止の仮処分命令の執行がされたときは、債権者は、本案の債務名義に基づき、次に掲げる者に対し、係争物の引渡し又は明渡しの強制執行をすることができる。

一 当該占有移転禁止の仮処分命令の執行がされたことを知って当該係争物を占有し

가처분의 실효성 보완 방안

분의 집행을 알았다고 추정함으로써 증명책임을 전환하였는데, 이에 따라 점유이전금지 가처분의 실효성이 상당히 강화된 것으로 볼 수 있게 되었다는 것이다.⁶⁸²⁾

일본 민사보전법은 여기에서 더 나아가 채무자를 특정하지 않고 발령하는 점유이전금지 가처분명령을 신설하여(제25조의2), 가처분에 대한 집행방해에 강력히 대처하고 있다. 즉 부동산에 관한 점유이전금지 가처분을 발령할 경우에 그 집행 전에 채무자를 특정하는 것이 곤란한 특별한 사정이 있는 때에는 법원은 채무자를 특정하지 않고 가처분명령을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 그 대상이 되는 가처분은 채무자에 대하여 계쟁물의 점유이전을 금지하고 계쟁물의 점유를 풀어 집행관에게 인도할 것을 명령하는 경우와, 집행관에게 계쟁물을 보관시키고 또한 채무자에게 계쟁물의 점유이전을 금지하는 가처분을 하면서 집행관이 이 물건을 보관하고 있다는 뜻의 공시를 하게 하는 경우이다(동조 1항 각호).⁶⁸³⁾

た者

二 当該占有移転禁止の仮処分命令の執行後にその執行がされたことを知らないで当該係争物について債務者の占有を承継した者

2 占有移転禁止の仮処分命令の執行後に当該係争物を占有した者は、その執行がされたことを知って占有したものと推定する。

682) 新基本法コンメンタール民事保全法, 日本評論社, 2014, 242면 이하(菱田雄郷).

683) (債務者を特定しないで発する占有移転禁止の仮処分命令)

第二十五条の二 占有移転禁止の仮処分命令(係争物の引渡し又は明渡しの請求権を保全するための仮処分命令のうち、次に掲げる事項を内容とするものをいう。以下この条、第五十四条の二及び第六十二条において同じ。)であって、係争物が不動産であるものについては、その執行前に債務者を特定することを困難とする特別の事情があるときは、裁判所は、債務者を特定しないで、これを発することができる。

一 債務者に対し、係争物の占有の移転を禁止し、及び係争物の占有を解いて執行官に引き渡すべきことを命ずること。

二 執行官に、係争物の保管をさせ、かつ、債務者が係争物の占有の移転を禁止されている旨及び執行官が係争物を保管している旨を公示させること。

2 前項の規定による占有移転禁止の仮処分命令の執行がされたときは、当該執行によって係争物である不動産の占有を解かれた者が、債務者となる。

이 가처분의 신청서에는 당사자의 성명이나 주소에 대신하여 채무자를 특정할 수 없다는 취지를 기재하고, 당사자목록에 ‘채무자 본건 가처분 집행시에 별지물건목록기재의 부동산을 점유하는 자’로 기재하고, 주소는 기입하지 않는 것이 통례라고 한다.⁶⁸⁴⁾

이 가처분은 채무자가 특정되지 않은 채로 발령되므로 채무자에게 송달하지 않고 집행할 수 있는데, 그렇다고 해서 송달을 생략할 수 있는 것은 아니므로 송달 시 또는 송달 후에 특정된 채무자에게 집행관이 결정을 송달하는 방법으로 한다고 한다.⁶⁸⁵⁾

이러한 가처분이 집행되면 당해 집행에 의하여 계쟁물이 된 부동산의 점유를 해제 당한 자가 채무자로 된다(동조 2항). 즉 결정시나 집행 시에는 채무자가 정해지지 않았지만 누군가가 가처분에 위반되는 특정행위를 하면 그 자가 채무자로 된다는 것이다.⁶⁸⁶⁾ 다만 이 가처분명령은 계쟁물인 부동산의 점유를 풀 때에 그 점유자를 특정할 수 없는 경우에는 집행할 수 없다(동법 제54조의2).

실제 이 가처분의 집행은 집행관이 계쟁물인 부동산 현장에서 점유자를 특정하고, 그의 점유를 풀어 가처분 명령을 집행하는 방법으로 행한다(동법 제52조 1항, 일민집 제168조 1항). 집행관은 보전 집행을 할 때 부동산의 점유자를 특정할 필요가 있을 때에는 당해 부동산에 있는 자에 대해 당해 부동산 내지 인접장소에서 질문을 하

3 第一項の規定による占有移転禁止の仮処分命令は、第四十三条第二項の期間内にその執行がされなかったときは、債務者に対して送達することを要しない。この場合において、第四条第二項において準用する民事訴訟法第七十九条第一項の規定による担保の取消しの決定で第十四条第一項の規定により立てさせた担保に係るものは、裁判所が相当と認める方法で申立人に告知することによって、その効力を生ずる。

684) 東京地裁保全研究会, 民事保全の実務, 第3版(上), キンザイ, 2012, 297면; 新基本法コンメンタル民事保全法, 111면(園田稔).

685) 新基本法コンメンタル民事保全法, 112면(園田稔).

686) 新基本法コンメンタル民事保全法, 109면 이하(園田稔).

가처분의 실효성 보완 방안

거나 문서의 제시를 요구할 수 있다(동법 제52조 1항, 일민집 제 168조 2항).

물론 이 제도는 특정한 범주 내의 가처분에 대해 제한적으로만 채무자 없이 가처분을 명령하고 집행하는 것이기는 하지만, 법제도적으로 이러한 방식이 인정될 수 있다면 가처분 명령 시나 집행 시에 채무자를 특정하지 않고 발령 내지 집행한 후 그 의무를 위반한 자에 대해 가처분의 위반에 따른 책임을 지울 수 있다는 것이다.

다만 이러한 경우에는 채무자로 되는 해당 제3자에 대해 절차보장의 필요와 가처분의 공시 등의 문제가 있을 수 있다는 점은 주의적으로 지적해 둔다.

3. 사소한 침해행위태양의 변경과 집행

일본에서도 일반적으로 인정되고 있다고 단언하기는 어려우나, 가처분의 채무자가 가처분명령에 명시된 구체적인 행위태양을 변경하여 침해행위를 하는 경우, 특정한 범위 내에서 기존의 가처분 명령으로 새로운 침해에 대해서도 집행을 할 수 있도록 하자는 의견이 있음은 앞에서 본 바와 같다.

기존의 해석론은 원칙적으로 새로운 가처분명령을 얻어야 할 것으로 보는 것이 일반적으로 보인다.

그런데 가처분에 의해 적시된 종전의 침해행위와 새로운 침해행위의 변경이 사소하고, 그 목적이 거의 동일하다고 할 수 있으며, 또 새로운 침해행위가 종전의 가처분에 의해 보호되는 채권자의 이익을 침해하는 것으로 인정되는 경우에는 기존의 가처분으로 새로운 태양의 침해행위를 금지할 수 있도록 하는 것도 필요할 것으로 생각된다.

다. 이를 위하여 독일법제와 관련하여 설명한 바와 같이 가처분의 주문을 가처분의 대상을 불특정하게 하지 않는 범위 내에서 어느 정도 포괄적인 내용으로 작성하는 것도 방법이 된다고 생각한다.

4. 유관 가처분의 심문절차 간소화 방안

만약 위에서 본 가처분의 효력을 확장하는 방안이 지나치게 급진적이라고 본다면 그 과정에서 과도기적으로 생각할 수 있는 방법이 있다. 그것은 특정 가처분의 심리를 생략하는 방안인데, 그 내용은 다음과 같다.

즉 특정 범주 중의 수인에 대해 특정행위를 금지하는 가처분이 발령되어 집행된 경우에 그 범주 중의 다른 사람이 가처분에 의해 금지된 행위를 하게 되면 심문절차를 생략하거나 극히 형식적으로만 심문을 하고 동일한 내용의 가처분을 하는 방안이다. 임시의 지위를 정하는 가처분에 있어서는 채무자를 심문한 후 가처분명령을 하는 것이 원칙이기 때문에(제304조 본문), 대부분의 경우 채무자를 심문한 후 가처분을 발령하고 있다. 그러나 이때 채무자의 심문을 생략하는 것은 법규정에 의하면 ‘그 기일을 열어 심리하면 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때’에 한정되어 있으나(동조 단서), 이를 좀 더 융통성 있게 해석하거나 아니면 입법적 조치를 거쳐 심문절차를 생략함으로써 신속한 가처분을 할 수 있게 하자는 것이다.

이때 심문을 생략하기 위해서는 주관적 요소 즉 채무자를 제외한 가처분의 요건은 앞의 가처분과 동일하여야 할 것으로 생각한다. 즉 피보전권리와 보전의 필요가 동일하고, 그 가처분의 피보전권리를

가처분의 실효성 보완 방안

가진 채권자가 동일하다면 같은 범주 내에 있는 다른 사람이 가처분에 의해 금지된 행위를 할 때 그러한 부분만 심리하여 신속하게 가처분을 발령함으로써 탈법적 상황을 방지할 수 있을 것이라는 점이다.

II. 간접강제 제도의 개선을 통한 가처분 실효성 보완방안

1. 부작위나 수인의무의 집행을 위한 제도의 도입

우리 민사집행법에 따라 간접강제결정을 채무자의 의무위반행위가 있기 전에 미리 하고 조건성취집행문을 받는 경우와 독일 민사소송법에 따라 간접강제결정을 의무위반행위 후에 하는 경우의 절차를 비교하면 어떤 절차가 더 나은지는 명백하다.

첫째, 누구의 어떤 행위가 집행권원에 선언된 의무를 위반한 것인지 판단하는 주체가 재판장(사법보좌관) : 제1심 수소법원으로 다르며, 둘째, 채무자가 집행권원에서 금지된 행위를 하였다는 것을 채권자가 서류로 증명하는 것 : 간접강제결정절차에서 민사소송법의 모든 증거방법을 이용하여 증명하는 것의 차이가 있고, 셋째, 집행절차에서 채무자의 보호 차원에서 조건성취집행문을 내어 주라는 명령을 하기 전에 재판장(사법보좌관)이 채무자를 심문할 수 있다는 제도와 : 제1심 수소법원이 간접강제결정 절차에서 반드시 채무자를 심문하여야 한다는 제도는 엄연히 다르다. 만약 채권자가 채무자의 의무위반행위를 서류로 증명할 수 없다면 집행문부여의 소를 제기하여야 하는데, 그렇게 되면 절차가 독일 민사소송법의 간접강제결정절차보다 훨씬 복잡하여지고 시간도 오래 걸릴 가능성이 있다.

예고결정을 먼저 하고 채무자의 의무위반행위가 있는 후에 비로소

간접강제결정을 하도록 하는 법제에서는 부작위를 명하는 집행권원의 주문이나 당사자의 신청취지, 청구취지에 ‘등’, ‘각종’, ‘기타’와 같은 표현을 넣어 신청이나 주문의 불특정이라는 문제를 일으킬 우려도 현저히 줄어들 수 있다. 집행권원의 주문에는 예를 들어 ‘주차를 방해하여서는 아니 된다’라고 채무자의 의무를 선언하면 충분하다. 구체적으로 어떤 행위가 주차를 방해하는 행위인지 일일이 열거하는 것은 현실적으로 불가능하기도 하거니와 꼭 그렇게 할 필요도 없다. 그리고 채무자가 만약 주차를 방해하는 행위를 하면 질서금이나 질서감치라는 제재를 가하겠다는 것을 알려둔다(협박한다). 그런 다음 채무자가 실제로 어떤 행위를 하였는데 채권자가 그것이 집행권원의 금지를 위반한 것이라고 생각하면 집행기관인 제1심 수소법원에 간접강제결정을 신청하여 법원이 판단을 받으면 된다. 그것이 집행권원상의 의무를 위반한 행위라면 예고된 대로 질서금이나 질서감치를 명하는 간접강제결정을 할 것이고, 의무위반행위가 아니라면 간접강제신청을 기각할 것이다.

우리나라에서는 오랫동안 채무자의 의무위반행위가 있기 전에 간접강제결정을 미리 할 수 있는지 다투어졌고 그 논쟁에서 일회적 부작위의무의 경우가 중요하게 다루어졌는데,⁶⁸⁷⁾ 이 논쟁은 부작위의무의 특징에 맞는 강제집행 제도가 없었기 때문에 생긴 것이다. 부작위나 수인의무의 성격에 맞는 강제집행 제도가 있으면 그런 논의를 할 필요조차 없다.

687) 황진구, 부작위를 명하는 가처분의 집행, 민사판례연구 [XXXII], 896면 이하 참조.

2. 간접강제의 대상이 되는 채무의 확대

현재 우리 법상 간접강제를 할 수 있는 채무는 비대체적 작위의무와 부작위 의무에 한정되는 것으로 해석되어 있고 이를 보충성의 원칙이라고 함은 앞에서 본 바와 같다. 그런데 오히려 인격권을 부당하게 침해하는 경우라든가 성질상 간접강제가 불가능한 경우를 제외하면 일반적인 채무에 대한 집행에도 간접강제를 하는 것이 옳다는 주장이 있다.

이러한 주장에 따르면 예컨대 건물 명도의 강제집행에 있어서, 집행관이 실력을 행사하여 채무자인 점유자의 점유를 배제하는 직접강제의 방법보다도 간접강제의 방법에 의하여 채무자의 자발적인 퇴거를 촉구하는 편이 오히려 채무자의 인격존중의 이념에 적합한 것이라고도 말할 수 있고, 직접강제의 방법에 의하는 것이 가능한 물건의 인도채무(금전지급을 목적으로 하지 않는 청구권에 대한 강제집행: 일 민집 제168~170조, 우리 민집 제257조 내지 제259조에 해당)나, 대체집행의 방법에 의하는 것이 가능한 대체적 작위의무 및 부작위의 의무(일 민집 제171조, 일 민법 제414조 2항 본문, 3항, 우리 민집 제260조, 우리 민법 제389조 2항, 3항에 상당)에 있어서도 사안에 따라서는 간접강제의 방법이 신속하고 효과적으로 집행의 목적을 달성하는 경우가 있을 수 있다는 것이다.⁶⁸⁸⁾

그래서 일본에서는 2003년 민사집행법을 개정하여⁶⁸⁹⁾ 간접강제의 적용범위를 확대하였는데, 개정법에 의하여 물건의 인도채무나 대체적 작위의무 및 부작위채무에 대해서도 간접강제에 의하는 것이 인정되었다(일 민執 제173조 1항). 이에 따라 채권자는 이들 직접강제

688) 深沢利一 외, 855-856면.

689) 법률 제134호 개정법(平成 16년(2004). 4. 1. 시행)

또는 대체집행이 가능한 채무에 대하여 간접강제의 신청도 할 수 있게 되었고, 채권자는 이들 집행방법 중 어느 것이나 자유롭게 선택할 수 있게 되었다고 한다.

가처분의 경우에도 보충성의 원칙을 고집하여 부대체적 작위의무나 부작위의무의 위반에 대해서만 간접강제를 할 수 있다고 할 것이 아니라, 특정 범위의 작위·부작위 의무에 대해서도 간접강제를 할 수 있도록 한다면 의무자의 의무이행 비율은 증가할 수 있을 것이다.

3. 배상금의 성격에 대한 재검토

(1) 배상금에서 강제금으로

간접강제에서 명하는 배상은 우리 법상 권리자의 권리침해에 대한 배상의 성격을 가지고 있다고 하는 것이므로 가처분을 준수하게 하는 데는 한계가 있을 수밖에 없다. 그러나 한편 배상금을 통해 손해를 전보하는 것보다는 간접강제에 의하여 부작위의무를 준수하도록 하는데 그 목적이 있다고 한다면 가처분의 실효성을 확보하기 위해서는 배상금의 성격을 가처분 위반에 대한 제재의 성격을 부여하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 물론 배상액을 실제의 손해보다는 다액으로 하는 것도 생각해볼 수도 있겠으나, 의무자가 가처분을 위반함으로써 인하여 권리자에게 손해 이상의 배상을 하게 하는 것은 부당이득의 문제를 비롯한 불합리가 생기게 될 것이므로 그 성격에 대한 재검토가 필요하다는 것이다. 일본에서는 이미 이러한 방향으로 간접강제규정(일본 민사집행법 제172조)이 개정되어 있음은 앞에서 본 바와 같다.

가처분의 실효성 보완 방안

우리 민사집행법 제261조 제1항의 ‘배상’은 간접강제의 압박수단 으로서는 매우 약하다. 이 ‘배상금’이 채권자에게 어차피 지급하여야 할 손해배상금에 충당되지 않고 순수하게 이행을 강제하는 의미의 강제금이 된다면⁶⁹⁰⁾ 채무자에게 이행을 압박하는 수단으로서의 효 율성이 훨씬 높아질 것이다.

만약 배상금에 가처분 위반에 대한 제재의 성격을 부여할 수 있다 면 여기에서 더 나아가 간접강제의 내용으로 가사소송법상 이행명령 에 위반에 대한 제재로 도입되어 있는 과태료와 감치제도를 도입하 거나, 임시지위가처분 위반에 대해서는 형사적 법원모욕죄를 도입하 는 것도 생각해볼 수 있을 것이다. 과태료 문제는 배상금을 강제금 으로 바꾸는 것과 같은 의미로 생각될 수 있으므로 중복을 피하기 위하여 재론하지 않는다. 아래에서는 감치와 같은 방법에 대해서만 간략히 살펴보기로 한다.

(2) 감치 등 방법의 도입

간접강제에 예방적 기능을 부여한다면 굳이 금전으로만 위하적 기 능을 하도록 할 필요는 없다고 할 수도 있다. 오히려 금전으로 제어 되지 않는 경우에는 한정된 인신구속의 방법을 사용하는 것이 적절 한 수단이 될 수도 있다는 것이다. 종래 우리나라의 사법체계는 의 무자의 의무위반에 대해 철저하게 스스로의 판단에 맡기다가 강제집 행으로 집행하거나 그렇지 않으면 손해배상을 통해 해결하는 상당히 소극적인 방법에 의존하는 데 그치고 있다. 이러한 방법적 제한은 종래 인신구속을 통한 방법이 권력자에 의하여 빈번히 남용되었다는 역사적 사실에 근거하여, 선진적 제도로 인정되어 온 것도 또한 사

690) 독일 제도처럼 국고에 귀속되게 할 수도 있을 것이다.

실이다.

그러나 최근의 입법동향을 보면 적절한 범위 내에서는 과태료와 감치 같은 방법들도 이용되는 추세에 있고, 그 예가 가사소송법상 특정한 의무 위반시의 과태료나 감치(가사소송법 제66조 내지 제68조) 제도인데, 이 중 특히 감치에 대해서는 수검명령(가소 제29조)을 위반한 경우(가소 제67조 2항)나 양육비에 관하여 담보제공명령(가소 제63조의3 제4항)이나 이행명령(제64조)를 위반한 자가 다음 중 어느 하나에 해당하면 그 의무를 이행할 때까지 30일의 범위 내에서 감치에 처할 수 있다고 규정하고 있다(가소 제68조 1항). 그 대상이 되는 내용을 보면, 1. 금전의 정기적 지급을 명령받은 사람이 정당한 이유 없이 3기(期) 이상 그 의무를 이행하지 아니한 경우, 2. 유아의 인도를 명령받은 사람이 제67조제1항에 따른 제재를 받고도 30일 이내에 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우, 3. 양육비의 일시금 지급명령을 받은 사람이 30일 이내에 정당한 사유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우 등이다(가소 제68조 1항 1-3호).

또한 이미 민사집행법도 재산명시와 관련한 제재방법으로서의 감치를 도입하고 있다. 즉 채무자가 정당한 사유 없이 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 법원은 결정으로 20일 이내의 감치(監置)에 처한다(민집 제68조 1항)고 하면서, 그 대상으로 1. 명시기일 불출석, 2. 재산목록 제출 거부, 3. 선서 거부를 들고 있다. 심지어 채무자가 법인 또는 민사소송법 제52조의 사단이나 재단인 때에는 그 대표자 또는 관리인을 감치에 처하게 함으로써(동조 2항), 단체에 대해서도 제재의 효과를 얻고자 하고 있다.

이러한 점을 고려하면, 특정한 간접강제 위반행위에 대해서도 감치를 도입하지 못할 방법은 없는 것이다. 다만 그 본질적인 내용은

앞에서 강제금이나 인신구속 내지 범원모욕죄 부분에서 상세히 논한 바 있으므로 여기서는 중복하지 않는다.

다만 여기서 한 가지 짚고 넘어가야 할 것은, 만약 우리 민사집행법에 간접강제를 위하여 감치제도를 도입한다면 인적집행을 확대하는 것이 된다. 인적집행을 확대하는 것이 바람직한지는 논란의 대상이 될 수 있는 문제이고, 또 이 글에서 모두 다루기에는 너무 큰 철학적인 문제이므로 더 다루지 않는다. 외국 제도에 있다고 해서 그것만으로 감치제도를 꼭 도입하여야 한다고 주장할 수는 없다. 이것은 다른 나라의 입법례와 실무의 연구, 우리 실무에서의 필요성을 고려하여 신중하게 결정할 일이다.

4. 집행권원의 해석에 관한 재량권 부여 문제

일본에서는 전술한 바와 같이 특히 지적재산의 침해행위의 금지를 명하는 집행권원의 성립 후에 채무자가 침해행위의 태양을 조금 변경하여 집행권원의 무력화를 기도하는 경우, 기존의 집행권원에 기해 집행권원의 해석을 통하여 새로운 침해행위에 대한 간접강제결정을 할 수 있다고 하는 것이 일반적 입장으로 보인다고 하는 점을 설명한 바 있다. 본래 이러한 해석은 집행법상 인정하기 쉽지 않은 부분이 있기는 하나, 이러한 방법을 긍정할 수 있다면 악의의 채무자에 대한 대책으로서 의미가 있다고 할 수 있을 것이다.

제2절 보전소송제도의 개선

I. 실효성 확보를 위한 보전제도 개선의 필요

앞에서 본 가처분 실효성 보완 방안은 그 방법적인 측면에서 해석으로만 가능한 것에서부터 입법조치가 필요한 것까지 다양하게 제시하였으나, 사실 근본적인 대책이 될 수 있는가 하는 점에서는 의문이 없지 않다. 민사절차법적 제한 아래에서는 실효성 확보를 위한 방안을 마련하더라도 또 다른 위반행위가 나올 수 있기 때문에 100% 가처분의 목적을 달성하는 것은 생각하기 어렵다.

이러한 점에서 가처분의 실효성을 보완하는 데 그치는 것이 아니라, 실효성을 확보하기 위해서는 제도의 개선이 필요하다고 생각한다. 이러한 점을 기반으로 하여 비상적 제도라는 가처분제도의 취지에 맞는 개선이 필요하다고 한다면 어떠한 방안이 생각될 수 있을지 몇 가지 살펴보고자 한다.

II. 보전제도의 문제점과 개선방향의 정립

1. 보전제도의 근본적 문제점

우리나라의 보전제도는 대륙법계의 법제로부터 계수한 것이나, 계수 과정에서 일본의 제도가 그대로 도입되면서 상당히 많은 문제점을 내포하고 있는 것으로 생각된다.

가처분의 실효성 보완 방안

(1) 민사집행법의 일부로서의 보전제도의 한계

일반적으로 보전제도라고 하면 민사집행체계의 일부로 보고 있지만, 실제 보전제도는 민사법상의 제도에 한정할 이유가 없다. 오히려 우리 법체계의 경직성을 완화하는 융통성 있는 제도로써 파악한다면 영미법상의 형평법(Equity)에 견주는 것이 더 적절할 것으로 생각된다. 즉 우리 보전제도가 민사집행법의 일부로서 입법되어 있기 때문에 온갖 다른 영역에서 보전제도에 유사한 법제를 제각기 여러 가지 이름으로 입법하고 있는 실정이고,⁶⁹¹⁾ 이러한 이유에서 제도적 통일성이 훼손되고 있음은 물론, 기준과 처리가 각각이어서 불합리한 점이 한 두 가지가 아니다.

(2) 가압류와 가처분의 분류의 부적절성

또한 가압류와 다툼의 대상에 관한 가처분 및 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 분류도 부적절한 것이라고 하지 않을 수 없다. 앞의 두 가지는 강제집행과 관련이 있다고 하지만, 가처분 중의 하나인 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 사실 강제집행을 보전하기 위한 것은 아니다. 오히려 권리나 법률관계를 보전하기 위한 것으로 볼 때 강제집행과의 관련성은 간접적인 것에 그친다고 할 수밖에 없다.

(3) 보전법 규정의 불합리

이러한 문제는 우리 보전체계에 관한 규정의 불합리로도 나타나고 있다. 현실적으로 볼 때 집행보전을 위한 가압류나 임시의 지위를

691) 잠정처분, 가의 처분 등

정하기 위한 가처분은 오히려 제도적으로 간단한 제도라고 할 수 있는데 비하여, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 그 종류도 다양하고 그에 따른 절차와 효과 등도 앞의 두 가지와는 비교를 거부한다. 그런데 법규정을 살펴보면 앞의 두 가지에 대해서는 그나마 상세한 규정을 두고 있으나 후자에 대해서는 극히 간략한 규정을 두고 있는데 그침으로써 주객이 전도된 양상을 보이고 있는 실정이다.

2. 해결방향의 정립

위에서 본 문제들을 해결하기 위해서 제시한 방안들은 어떻게 보면 미봉책에 불과한 것이 사실이라고 할 수 있다. 결국 문제를 해결하는 최종적인 방안은 현재의 보전처분 제도에 대한 재검토를 통해서 보전제도를 근본적으로 개혁하는 것이 필요하다고 본다. 그 과정에서 면밀한 논의를 통하여 보전제도를 정립한다면 문제들은 자연스럽게 해결될 것이다.

간략히 문제해결 방향을 제시한다면, 법제적으로 가처분을 민사집행법에서 규정하는 것이 옳은가 하는 문제에서 출발하여 독립단행법전으로 규율하는 방안을 검토하고, 가압류와 함께 다툼의 대상에 관한 가처분, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 3원적 규율에 대해서도 검토한다. 아울러 규정상 미진한 부분에 대한 부분을 지적하여 입법적 정합성을 도모한다. 여기서는 독일이나 일본의 법제와 함께 미국의 TRO에 대한 검토의 결과도 반영될 수 있을 것이다.

III. 보전절차의 재정립

1. 보전소송법의 제정을 통한 보전절차 개선

(1) 보전소송법의 제정

과거 일본은 민사소송법에 규정되어 있던 집행절차를 소송법으로 부터 분리하면서 보전법까지도 별도 단행법으로 규정하는 조치를 취하였으나, 이러한 개정은 그 방향의 정당성에도 불구하고 중도반단적이었다는 평가를 면할 수 없는 것이다. 왜냐하면 법규정들만 독립 법전으로 규정하면서 몇 개의 조문을 보완한다고 해서 문제가 해결되는 것은 아니기 때문이다. 물론 우리나라와는 달리, 일본의 경우가 연구에서 논의하고 있는 가처분의 위반상황은 그다지 나타나지 않고 있다고는 하지만 결국 일본의 경우에도 이러한 문제가 나타났을 때 해결방안이 없기는 마찬가지라는 것이다.

때문에 민사보전법이 아니라, 아예 보전소송법이라는 이름으로 집행절차는 물론 공·사법 절차에서 두루 시행될 수 있는 잠정적 조치를 취하는 법제를 수립하여야 할 것으로 생각한다.

(2) 가압류 가처분의 재분류

앞에서 본 바와 같이 가압류 가처분의 분류는 적절하지 않으므로 집행보전절차와 권리보전절차로 구분하는 것이 옳을 것이다. 이름은 적절히 붙일 수 있을 것이지만, 제도적으로 구별하여 요건과 절차, 효과 등이 성질과 내용에 따라 적절하게 규정되도록 하여야 한다.

(3) 가압류 가처분 절차의 재정립

가압류 가처분에 대한 재분류가 이루어진다면 이 문제도 자연스럽게 해결되는 것이라 할 수 있으나, 집행보전절차의 경우는 집행절차의 일부로 보아 정리할 수도 있을 것이다. 그러나 권리보전절차의 경우에는 이와 다른 방법으로 규정되어야 한다.

그러면서 보전절차가 본안절차와의 연관성을 강화하여 보전절차에 의한 임시적 조치가 장기화하는 현상을 막아야 할 것이고, 가처분에 위반하는 경우 적절한 제재를 가함으로써 제도의 실효성을 보장하여야 할 것이다.

2. 보전절차와 본안절차의 연계성 확보

(1) 가처분과 본안소송의 관계 정립

결론적으로 볼 때 임시제지명령 제도를 통해 우리가 고려할 수 있는 것은 우리 가처분 제도에서 잠재되어 있는 가처분과 본안소송 간의 관계 문제이다.

가처분도 부수성을 띠고 있는 잠정적 재판이라는 한계를 가지고 있기 때문에 그 효력에는 제한이 있을 수밖에 없고, 이러한 점에서 실효성도 문제가 될 수 있다고 생각한다. 이러한 점에서 임시제지명령을 포함한 가처분과 본안절차의 연계방안은 가처분의 실효성을 높이는 데 일정한 기여를 할 수 있다고 보는 것이다.⁶⁹²⁾

현행법상 가처분은 본안소송과의 관계에서 부수성을 가진 것으로 인정되어 있지만, 사실 그 관계는 상당히 애매한 것이 사실이다. 본

692) 상세한 것은, 김연, 假處分訴訟의 審理構造에 관한 研究, 부산대학교 대학원 박사학위 논문, 1992, 189면 이하.

가처분의 실효성 보완 방안

안법원이 가처분 사건에 대해서 관할권을 가지고 있기는 하지만, 계쟁물의 소재지 등 다른 법원에서 가처분 사건 재판을 하는 경우도 없지 않기 때문에 양자가 따로 노는 경우도 없지 않다. 이 경우에는 가처분의 결론과 본안의 결론이 서로 달라지는 경우도 있고, 또 양자 사이에 절차적으로 어긋나는 결과가 생기기도 한다.

이러한 문제를 해결하기 위하여 위에서 본 임시제지명령을 도입한다면 가처분 신청이 있을 때 심문을 간략히 하거나 거치지 않고 임시적 가처분을 하면서, 이 명령에 대한 심사 내지 본안소송을 제기할 것을 조건부로 하되, 본안이 제기되지 않으면 위의 가처분은 취소되는 것으로 하여야 할 것이다.⁶⁹³⁾

(2) 가처분 집행 후 본안이 확정된 경우의 처리

가처분과 본안소송의 결과가 달라지는 것은 어쩌면 불가피한 것이라고 할 수도 있지만, 당사자의 관점에서 본다면 이해하기 어려운 부분이 있는 것도 또한 사실이다. 가처분이 받아들여져서 집행이 이루어졌는데, 사실관계의 변경이 없음에도 불구하고 본안에 관하여 다른 판단이 행해지는 경우를 당사자에게 제도적으로 불가피한 것이라고 하는 것은 무책임하다.

이와 아울러 가처분 이후에 본안판결이 확정되었다면, 당사자가 어떻게 해야 할지에 대한 제도적 뒷받침을 명확히 설정하는 것이 필요하다. 가처분 집행 이후에 채권자가 승소판결을 얻어 확정되면 가처분 집행을 본집행으로 이전(移行이라고도 함)시켜야 하는데,⁶⁹⁴⁾

693) 이때 주문에 단서로서 “이 가처분결정 이후 30일 이내에 본안소송을 제기하고 소제기 증명원을 가처분법원에 제출하지 아니하면 가처분명령은 당연히 실효되며 심문 없이 가처분취소결정을 할 수 있다.”고 할 수 있을 것이다.

694) 이에 대한 해설은, 김연, 370면 이하.

민사집행법은 이에 대한 명확한 규정을 가지고 있지 않기 때문에 실무관행과 해석론에 의해 이루어지고 있는 형편이다. 마찬가지로 가처분채권자가 패소확정판결을 받은 경우, 채무자는 가처분결정과 집행을 제거하여야 할 것이지만, 이의나 취소신청 내지 집행의 정지취소 등의 과정이 채무자 입장에서는 번거로울 뿐만 아니라 불명확으로 인하여 어려운 점이 많은 것이다. 때문에 예컨대 직무집행정지가 처분의 경우 직무대행자 선임 후 결의무효의 본안승소확정 시 사후조치는 어떻게 되어야 하고, 만일 직무대행자 선임 후 정상적 절차에 따라 별도의 결의에 의해 새롭게 대표자가 선출되면 직무대행자의 처리는 어떻게 되어야 하는지 등에 관한 구체적 기준이 마련된다면 명확하게 처리될 수 있을 것이다.

(3) 가처분의 본안화에 대한 대책

가처분과 본안소송의 연계방안은 가처분의 본안화에 대해서도 대책이 될 수 있다. 채권자가 가처분의 결정을 얻어 집행한 후 본안을 제기하지 않는 경우, 채무자는 제소명령을 통하여 소제기를 하게 하고 그렇지 않은 경우에는 취소신청을 할 수 있다. 그러나 가처분 절차에서 법원이 자신에게 불리한 판단을 한 것으로 후에 다툴 의지를 상실한 채무자가 이러한 구제방법을 사용하지 않는다면 가처분만 존재하는 바람직하지 않은 상황이 오래 계속될 수도 있다는 것이다.

이러한 경우에는 가처분 결정을 하면서 효력이 제한적으로만 유지되고 그 이후에는 단계적으로 본안절차까지 발전적으로 정도를 높여 양자가 분쟁을 해결하도록 하면 이런 바람직하지 않은 결과를 회피할 수 있게 된다는 것이다. 물론 잠정적으로 가처분 결정을 하면서 아예 본안제소를 조건으로 하는 방안도 있을 수 있지만, 근본적인

가처분의 실효성 보완 방안

해결책은 아니기 때문에 가처분과 본안을 연결함으로써 보다 본질적으로 해결하는 것이 낫다고 보는 것이다.

제6장 결론

현행법체계 안에서 가치분의 실효성을 강화하는 것은 여러 모로 한계가 있을 수밖에 없다. 그러한 점에서 앞에서 살펴본 여러 가지 가치분 실효성 보완 방안에 대해 종합적으로 재검토를 하면서 이러한 보완 방안을 어떻게 추진하여야 할 것인지 살펴봄으로써 결론에 대신하고자 한다.

1. 가치분에 대한 간접강제와 관련한 방안

사실 이 연구의 가장 기본적인 주제는 주로 부작위 의무와 관련한 가치분의 실효성 문제라고 해도 과언이 아니다. 이렇게 본다면 간접강제의 효력을 강화하는 것은 곧 가치분의 효력을 강화하는 실효성 보완방안이 될 수 있다.

간접강제는 그 집행방법 내지 효력의 강력함으로 인하여 보충성이라는 제한을 받고 있다. 현재의 실무는 다소간 보충성을 제약하면서 간접강제를 하고 있는 것으로 보이지만, 보다 전향적으로 보충성의 원칙을 재검토할 필요가 있을 것으로 생각한다.

먼저, 현재도 이루어져 있기는 하지만 가치분 결정시에 보다 적극적으로 간접강제명령을 하는 것이 필요하다. 우리나라의 이론이나 실무는 보충성의 원칙을 포기하여야 한다고 하면서도 수권명령의 발령 절차나 요건을 고려하여 상당히 많은 구애(拘礙)를 받고 있다는 느낌을 지울 수 없다. 물론 가치분 명령 위반의 개연성이 있거나 위반이 발생하였을 때에 간접강제 결정을 한다면 간접강제의 남용과 같은 문제는 생기지 않을 수 있을지도 모르지만, 이렇게 법원이 권

가처분의 실효성 보완 방안

리실현에 주저하는 사이에 악의적 의무위반이 빈발하고 있고, 이는 권리자에게 뿐만 아니라, 법원에 대한 사법신뢰에도 흠을 내고 있음이 사실이다.

이러한 점을 반영하면 의무자가 의무위반의 징후를 보이지 않더라도 미리 간접강제 명령을 통하여 의무자가 감히 가처분 결정을 위반하지 못하도록 예방하는 것이 필요하고, 이에 의하여 법원이 가처분을 했음에도 불구하고 다른 이익을 위하여, 또는 구제절차에 시간이 걸릴 것을 예상하여 의무위반을 통한 개별적 이익을 취하면서 제재를 회피하는 시도를 상당부분 막을 수 있을 것이다.

여기에서 좀 더 나아간다면, 간접강제의 대상이 되는 의무를 굳이 부대체적 작위의무나 부작위 의무의 위반에 한정할 것이 아니라, 인격권 등 간접강제를 하면 안 되는 경우만 제외하고, 법원이 필요하다고 인정할 경우에 한하여 작위의무에도 적극적으로 실시를 검토할 필요가 있다. 물론 이러한 문제는 해석론으로 가능할지 아니면 입법이 필요할지 논란이 있을 수는 있겠지만, 어차피 우리 강제집행제도가 민법과 민사집행법에 혼재되어 있고, 또 해석론으로 역지로 꿰어맞춘 감이 없지도 않은 만큼 강제집행 전체를 민사집행법으로 옮겨오면서 체계적으로 재정비를 할 필요도 없지 않다고 하므로 이 부분도 적극적으로 검토할 필요가 있다. 이와 함께 의무자의 범위도 적극적으로 검토하여야 할 것이다.

간접강제의 제도개선은 특히 배상금과 관련된 부분이 적지 않다. 간접강제의 목적이 의무자에게 강제적으로 이행을 시키는 것이라 하더라도, 형식적으로 보면 법원의 재판을 불이행하였다는 점에서 문제된다는 점을 주목하지 않으면 안 된다. 물론 이러한 점은 이행강제금 제도나 법원모욕의 도입으로 대부분 해결될 수 있는 문제이기는 하지만, 그 전에라도 그 성격을 배상금이 아니라 강제금으로 전

환하는 문제를 적극적으로 검토할 필요가 있다. 그 중 일부는 권리자의 손해배상금으로 활용하더라도 성격을 이렇게 전환한다면 고액의 강제금을 부과하더라도 권리자가 입은 실손해금 이상의 배상금의 처리가 문제되는 상황을 회피할 수 있을 것이다.

2. 이행강제 관련 방안

독일의 사법제도는 우리 법제의 모법 내지 모법의 모법이라고 할 수 있기 때문에 상당한 동질성을 가지고 있지만 한편으로 계수과정에서의 오류와 변화 등으로 구체적인 측면에서는 상당한 차이를 가지고 있다.

먼저 우리 민사집행제도 중에서 부작위나 수인을 명하는 집행권원을 위한 집행제도를 도입할 필요가 있다. 우리 법제는 이러한 의무에 대해서는 거의 간접강제의 방법에 의해 의무이행을 강제하고 있는데, 앞에서 본 바와 같이 제도적으로 충분하지 못하기 때문에 이론적으로나 실무적으로 많은 혼란이 야기되어 있는 실정이다. 이러한 점에 비추어볼 때 직접적으로 부작위 의무에 대해 바로 집행을 하는 방안을 강구한다면 무용한 논쟁을 줄일 수 있을 뿐만 아니라, 의무자의 의무이행을 효율적으로 강제할 수 있는 장점이 있다.

이와 함께 채무자의 의무불이행에 대해 강력하게 대응하는 방안을 강구할 필요가 있다. 조금 성격상 차이가 있기는 하지만 적극적으로 감치와 같은 인신구속적 강제제도를 도입하는 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 금전적 배상제도는 특정인에게는 효율적인 강제수단이 될 수 있으나 그렇지 못한 경우도 있다. 이러한 경우에는 가장 효율적인 강제방법을 법원이 선택할 수 있어야만 법원의 가처분 재

판에 대한 실효성을 확보할 수 있게 될 것이다.

이와 아울러 간접강제의 배상금의 성격도 강제금으로의 전환을 심각히 고려해 보아야 한다. 간접강제 시에 배상금을 통해 강제를 하려고 하던 방안은 얼마나 순진한 발상이었는지 많은 사례가 이를 웅변하고 있는 실정이다. 그 중의 일부를 손해배상금으로 이용할 수는 있을 것이나, 강제금으로 하지 않는다면 손해배상 법리에 의하여 지나치게 강제방법으로서 제한을 받게 되는 실정임을 감안할 때 조속히 전환이 검토되어야 한다.

3. 미국법상 법원 모욕제도의 도입방안

법원의 사법작용은 개개인의 법률분쟁, 권리 구제는 물론이고 한 국가가 법률에 의한 지배를 보장하는 법치주의국가의 운영의 초석이라고 할 것이다. 따라서 법원의 재판, 구체적으로 법원의 판결, 결정이 무시되는 사회는 법치사회라고 할 수 없다. 나아가 재판을 법원에 청구하는 사람은 단지 판결만을 원하는 것이 아니라 침해받은 권리를 구제받고자 하는 것이므로 법원은 재판에서 그 의무이행을 요구받은 채무자가 이를 불이행하는 경우 그 이행을 강제하는 것이 법원의 본질적, 기본적 책무인 것이다. 다시 말하면 법원이 재판의 절차는 물론 그 집행 양면에서 법원의 명령에 실효성 내지 강제성을 부여하는 것이 법원의 존재 이유와 직결되는 것이다.

그럼에도 불구하고 현행 부작위의무, 수인의무 또는 임시지위가처분의 집행 등 가처분집행과 관련하여 전 국회의원이 법원의 가처분 명령을 공공연하게 위반하는 등 가처분집행의 실효성에 관하여 심각한 문제점이 드러났고 그 해결을 위하여 법원 판사들을 중심으로 오

랫동안 그 제도개선 내지 외국 법제의 도입여부 등을 심도 있게 논의하여 왔다.⁶⁹⁵⁾

그중 미국의 법원 모욕 제도는 법원의 재판에 권위를 부여하고 법치주의의 실효를 거둘 수 있는 효과적인 제도임을 알 수 있다. 미국의 법원 모욕 제도는 무엇보다도 관련 연방법 규정 제정부터도 거의 200년의 오랜 기간 동안 시행되어 오면서 법원이 발령한 명령의 집행 등 사법권활동에 관한 법원의 권위 자체를 침해하는 행위를 일반 형사범죄와 동일한 형사 모욕죄, 그리고 법원의 명령 이행위반에 대한 배상을 목적으로 하는 배상형 민사모욕책임은 물론 그 이행 시까지 벌금, 구금 등을 부과하여 그 이행을 강제하는 강제형 민사모욕 책임을 제도적으로 실시해 왔다. 무엇보다도 미국의 법원 모욕제도는 그 명령의 수범자를 상대로 사전에 형사처벌로 대변되는 심리적 압박을 통하여 효과적으로 법원의 명령이 준수되도록 함으로써 원고의 권리구제는 물론 법치주의원리를 구현하는 효과적 제도라는데 이견이 없다.

특히 현행 부작위의무, 수인의무 또는 임시지위가처분의 문제점은 본래 위와 같은 의무의 이행의 본질적 집행목적이 아예 그런 의무위반 자체가 발생하지 않도록 하는데 있고 이를 위해서는 사전에 그 채무자로 하여금 위와 같은 의무위반을 하지 못하도록 하는 억지력을 제도적으로 확보하는데 있다고 할 것이다. 사정이 위와 같음에도 현행 집행법은 부대체적 작위의무와 같이 의무위반 후 사후적 피해

695) 1980년 후반 소위 양심범 재판과정에서 법정 소란의 사태를 계기로 1989년 미국의 법정모욕제도에 관한 연구가 시작된 후(문형식, 앞의 논문), 최근에는 가처분의 간접강제 또는 가처분 위반에 대한 제재 도입문제와 관련하여 수년간 판사들을 중심으로 논의가 있어 왔다(2011. 6. 11. 민사집행법 커뮤니티 모임 등 참조). 위 논의에 참석한 판사들, 학자들 대부분은 미국 법정모욕제도를 도입하자는 의견이고 일부 판사만 법정 모욕 제도 도입 대신 감치 등으로 이를 대체하자는 극소수 의견만 있었다.

가처분의 실효성 보완 방안

배상에 적합한 간접강제방식만을 부작위의무, 수인의무의 집행방법으로 허용하고 있을 뿐만 아니라, 임시지위가처분의 경우 채무자가 가처분결정 이전에 단기간에 다툼이 있는 법률관계 현상을 변경, 훼손하는 경우 이를 단기간에 신속하게 방지할 제도가 없다는 치명적 단점이 있다.

결국 위와 같은 현행 집행법상 제도적 입법적 문제점의 핵심은 부작위의무 등의 이행을 확보하기 위한 그에 대한 사전적 의무이행 확보 수단이 없다는 점이라고 할 것이다. 따라서 결국 법원의 명령을 위반하는 경우 법원 권위 자체에 대한 도전으로 간주하여 이를 형사처벌 등 법원모욕 제재를 통하여 사전에 명령 수범자의 의무불이행을 확보하는데 그 핵심기능을 하고 있는 미국의 법원모욕 제도를 도입하는 경우 현행 집행법상 가처분명령의 집행법상 문제점이 대부분 해소될 것으로 보인다. 나아가 미국의 법원모욕 제도가 오랜 기간 동안 연방, 주법원 관례를 통하여 형사처벌의 경우 헌법적 권리보호 원칙을, 민사 모욕책임의 경우에도 사전 통지, 청문 등 채무자(또는 모욕행위자)를 위한 절차적 보호 등이 대부분 강구되어 있어 우리 법제로 도입한 경우에도 커다란 어려움은 없을 것으로 보인다. 그러나 무엇보다도 미국 법원모욕 제도를 현행 우리법의 해석 등을 통하여 도입, 시행하고자 하는 경우에는 형사처벌을 전제로 하고 있는 형사 모욕죄의 존재로 인해 형법상 죄형법치주의 원칙을 충족시키지 못하는 등 여러 문제점이 있어 그에 관한 입법, 법제화가 선행되어야 할 것이다. 나아가 미국의 법원 모욕죄가 법원 자체의 권위를 인정하는 사회적 분위기를 바탕으로 하고 있고 그 적용으로 인한 한국 내 가처분법제는 물론 사법제도 전반에 걸쳐 미치는 효과가 강력한 만큼 법원은 물론 국민들을 상대로 법원모욕 제도의 도입을 위한 홍보 등 사회심리적 정지작업이 요구된다고 할 것이다.

4. 미국법상 임시 제지명령(TRO)의 도입방안

현행 가처분집행과 관련하여 부작위의무, 수인의무 또는 임시지위 가처분의 본질적 문제점으로 그에 대한 사전적 의무이행 확보 수단이 없다는 점에 대하여는 법원모욕 제도도입을 통한 입법적 해결방안을 제시하였다. 그러나 법원모욕 제도를 도입하는 경우에도 현행 가처분집행 제도 하에는 임시지위가처분 가처분명령을 발령할 때까지 현상을 동결하는 제도가 없기 때문에 그 가처분신청인이 가처분결정을 받을 때까지 피신청인이 현상을 변경하여 신청인에게 회복 불가능한 손해를 입게 되는 등 문제점이 있어 이를 보완할 필요가 있다.

미국법상 예비적 유지명령은 본안재판을 하기 이전에 신청인에게 회복 불가능한 피해를 방지하고자 발령하는 임시적 구제조치로서 우리의 가처분제도와 유사하고 임시 제지명령(TRO)은 예비적 유지명령 또는 금지명령을 위한 심리를 하기 위해 그때까지 현상을 유지하기 위하여 발령하는 명령으로서 우리 가처분제도에는 없는 제도이다. 미국법상 임시 제지명령을 도입하는 경우 현행 제도상 가처분신청인에게 회복 불가능한 피해를 방지할 수 있기 때문에 그 도입을 제안한다.

물론 임시 제지명령 도입 시 신청인의 남용가능성 내지 부당한 임시 제지명령으로 인한 피신청인의 손해발생 가능성, 나아가 법원의 지나친 재량권확대 등의 문제점, 우려가 제기된다. 그러나 본래 미국법상 임시 제지명령의 기본 내용, 절차는 예비적 유지명령을 발령 내지 그 결정을 위해 피신청인을 심문할 때까지 14일 정도 짧은 기

가처분의 실효성 보완 방안

간 동안 현상을 유지하기 위한 것이고 임시 제지명령을 발령하면서도 그 짧은 기간 동안 신청인이 예비적 유지명령 절차에 착수하지 않는 경우 그 효력이 자동으로 폐기되며, 혹시라도 부당한 임시 제지명령의 발령을 막기 위하여 신청인에게 명령 신청 시 부당한 명령으로 피신청인이 입을 수 있는 피해상당액을 담보로 제공하도록 하고 있는 것이다. 즉, 임시 제지명령은 신청인이 예비적 유지명령을 받을 때까지 피신청인이 현상을 변경하지 못하도록 함과 동시에 반대로 부당한 명령으로 인한 피신청인의 피해를 방지하도록 하는 등 신청인과 피신청인 양자의 이익교량은 물론 피신청인에 대한 절차적 보호가 강구되어 있다.

이와 대비하여, 현행 임시지위 가처분의 실무 절차는 법원이 필요한 경우 피신청인에 대한 심문 없이 가처분결정을 하는 경우가 있어 피신청인에 대한 절차적 보호에 충실하지 못할 가능성이 있는 바, 미국법상 임시 제지명령이 도입되는 경우 오히려 법원이 졸속으로 가처분결정을 하지 않고 피신청인도 절차적 보호를 받을 수 있는 장점도 있다고 할 것이다.

따라서 미국법상 임시 제지명령을 도입하는 경우에도 위와 같은 신청인과 피신청인 양자에 대한 이익형량과 피신청인에 대한 절차적 보호에 유의한다면 현행 임시지위가처분 제도에서 그 가처분명령을 발령할 때까지 현상을 동결하지 못하여 피해를 입을 수 있는 신청인을 구제할 수 있기 때문에, 다시 말하면 현행 가처분제도에는 부족한, 신청인을 위한 권리구제 제도를 마련한다는 차원에서도 임시 제지명령 제도를 도입할 실익이 크다고 할 것이다.

5. 기타의 가치분 실효성 강화 방안

여러 가지의 방안을 본문에서 제시하였으나, 여기서는 보전제도를 근본적으로 재정립함으로써 가압류와 가치분을 포함한 보전제도가 그 성질과 내용에 맞는 실효성을 갖출 수 있어야 한다는 점을 최종적으로 강조해 두고자 한다.

이상 여러 가지 가치분의 실효성을 보완하기 위한 방안에 대해 검토하였으나, 어느 것도 완전한 방안이라고 할 수 있을지는 의문이 없지 않다. 이 연구를 위해 접촉한 외국의 학자나 실무가들은 이 연구의 계기가 된 국회의원 가치분 위반사건에 대해 상당한 흥미와 관심을 보이면서도 어떻게 법원의 명령을 대놓고 위반하는 일이 있을 수 있는지에 대한 의문을 숨기지 않았다.

적어도 정상적인 상식을 가진 일반 시민이라도 법원의 재판을 어기기가 상당히 어려운 일일 텐데, 국회의원이 국민을 상대로 대놓고 위반행위를 하였다는 것을 납득하지 못하는 눈치였던 것이다. 과연 이러한 문제를 가지고 국가를 망신시킨 것은 아닌지 의심이 될 정도였다면 과민반응이었을지 모르겠지만, 이러한 경험을 통하여 궁극적으로 느낀 것은 결국은 제도적 문제가 아니라 국민의 의지 내지는 풍토의 문제라는 것이었다.

결국은 국민에 대한 계몽과 법교육의 강화가 필요하다는 점으로 표현할 수밖에 없으나, 그에 앞서 법을 위반하는 자에 대한 적절한 처벌을 통하여 일벌백계(一罰百戒)를 하는 수밖에 없지 않는가 생각한다. 굳이 형벌을 통하여 처벌하는 것이 능사는 아니지만, 어떠한 잘못이라도 하게 되면 그에 따른 책임은 져야 한다는 생각이 모든

가처분의 실효성 보완 방안

국민의 마음속에 깊이 자리잡게 된다면 가처분의 실효성도 자연스럽게 보장되는 것이 아닌가 생각된다.

[참고문헌]

<국내서>

- 곽윤직, 채권총론 전정판, 박영사, 1976
권성 외, 가치분의 연구, 박영사, 1994
권창영, 민사보전법 제2판, 유로, 2012
김상수, 민사집행법 제3판, 법우사, 2012
김상원, 민사소송의 이론·실무, 육법사, 1977
김상원 외, 주석 민사집행법 [III, IV], 한국사법행정학회, 2004
김상원·정지형, 가압류·가처분, 한국사법행정학회, 1978
김용욱·김연, 가사소송법, 고시연구사, 1995
김 연, 민사보전법, 법문사, 2010
김홍엽, 민사집행법 제2판, 박영사, 2012
박두환, 민사집행법, 법률서원, 2002
방순원/김광년, 민사소송법(하) 제2전정판, 한국사법행정학회, 1993
윤 경, 보전처분의 실무(상), 법률정보센터, 1999
이석선, 보전소송 (상·하), 일신사, 1981
이시윤, 신민사집행법 제8판, 박영사, 2014
한종렬, 민사소송법(하), 대학출판사, 1995
법원실무제요 민사집행 (IV, V, VI), 법원행정처, 2003
법원행정처, 보전소송에 관한 제문제 (상·하), 재판자료 45 · 46,

가처분의 실효성 보완 방안

1989

보전소송, 사법연수원, 2002

새로운 보전처분 심리방식, 법원행정처, 2003

<국내 논문>

강용현, 비방광고를 한 자에 대하여 사전에 광고금지를 명하는 판결
및 그 판결절차에서 명하는 간접강제, 판례해설 (25), 1996
권 성, 처분금지가처분의 효력과 가처분집행과의 관계, 대한변호사
협회지(1991. 10)

권오곤, ICTY 기고문, 법률신문(2007. 12. 24).

권창영, 민사보전상의 간접강제제도, 사법논집 제50집, 법원도서관
(2010)

권창영, 민사집행법 시행 10년의 회고와 전망: 보전처분, 民事執行法
研究 Vol.10(2014)

김광년, 민사보전처분에 관한 몇 가지 생각, 민사집행법연구 제1권,
2005

김병학, 부동산경매절차에서의 보전처분의 효력, 민사집행법연구 5
권(2009.2.)

김상찬 · 정영진, 부동산 처분금지가처분의 효력에 관한 연구, 法學
研究 37輯, 한국법학회(2010.2)

김수경, 부작위를 명하는 가처분, 재판자료 제46집 보전소송에 관한
제문제(하), 법원도서관(1989)

- 김승표, 가처분에 있어서의 보전의 필요성과 간접강제 대법원판례해설 제47호, 법원도서관(2004)
- 김 연, 家事訴訟上 履行命令制度에 관한 研究, 慶星法學 제14집 제2호, 2005. 12
- 김 연, 假處分訴訟의 審理構造에 관한 研究, 부산대학교 대학원 박사학위 논문, 1992
- 김 연, 假處分の 必要, 崇堂 金起東總長 退任紀念 現代法學의 諸問題(1996.11)
- 김 연, 假處分節次상 法院의 載量, 慶星法學 제12호(2003. 12)
- 김 연, 民事保全節次의 法體系的 地位, 民事訴訟 제7권 제2호(2003. 8)
- 김 연, 保全訴訟의 實態에 관한 研究-釜山地方法院을 중심으로-, 토지법학 제10권(1994. 12)
- 김 연, 보전심리절차의 개선방안, 민사집행법연구 제1권, 한국사법행정학회(2005)
- 김연학, 보전처분에 관한 이의절차의 문제점, 재판실무연구(3) 보전소송(2008)
- 김연학, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 심리에 관한 몇 가지 모색적 시도, 민사집행법연구 4권(2008.2.)
- 김재호, 부당해고구제명령 불이행에 대한 이행강제금 부과, 노동법연구 21호 (2006.12)
- 노혁준, 회사가처분에 관한 연구- 기본구조와 주요가처분의 당사자 및 효력을 중심으로 -, 민사판례연구 32권(2010.2.)

가처분의 실효성 보완 방안

- 문광섭, 환경침해에 대한 유지청구, 재판자료 제94집 (2002.07)
- 문형식, 한국과 미국의 법정모욕제도, 재판자료 제17집 외국사법연
수논집(7) (1989.12)
- 박덕희, 부동산소유권이전등기청구권 처분금지가처분의 효력- 대법
원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결을 중심으로-, 민사
법연구 14집2(2006. 12)
- 박해성, 작위·부작위 채권의 강제집행, 재판자료 36
- 박해식, 행정소송법상의 간접강제결정에 기한 배상금의 성질, 행정판
례연구 9집 (2004. 6)
- 성창호, 인격권에 기초한 출판 등 표현행위의 금지가처분, 재판실무
연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회 (2008)
- 송인권, 실무연구: 직무집행정지가처분의 효력 -선임절차의 하자를
원인으로 하는 경우를 중심으로-, 法曹 Vol.58 No.7, (2009)
- 송인권, 직무집행정지가처분의 효력- 선임절차의 하자를 원인으로
하는 경우를 중심으로 -, 법조, 통권634호 (2009.7)
- 오시영, 代立處分禁止假處分の 효력에 대한 立法論的 研究, 법학논총
16집, 송실대학교 (2006.8)
- 유상호, 미국의 인장크션(Injunction) 제도, 재판자료 제6집 외국사
법연수론집, 법원도서관(1980)
- 유아람, 간접강제의 법리와 실무상 문제, 민사집행법연구 7권, 2011
- 이규호, 임시의 지위를 정하는 가처분과 관련하여 잠정명령 제도의
도입에 관한 연구, 민사소송법 제17권 2호(2013. 11.)
- 이범균, 보전처분에 있어서 피보전권리와 보전의 필요성을 독립적으

- 로 심리하여야 하는지 여부 등, 대법원판례해설 제57호, 법원도서관(2006)
- 이상현, 미국법상 법원모욕죄와 우리 형법 제140조의 비교법적 분석 -부작위 의무를 명하는 가처분 위반을 중심으로-, 비교형사법연구 Vol.11 No.2, 한국비교형사법학회지 (2009)
- 이승영 외, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 효력에 관한 연구, 21세기 민사집행의 현황과 과제 : 金能煥 大法官 華甲記念 민사집행법 실무연구 III, 사법발전재단(2011)
- 이우재, 가처분의 효력과 가압류와의 경합, 보전소송 재판실무연구 (3) 보전소송, 한국사법행정학회(2008)
- 이재홍, 법정모독죄와 법정소란, 사법논집(제21집)
- 이중엽, 憲法裁判所의 變形決定의 問題와 實效性 確保方案, 사회과학논총 Vol.19, 명지대학교 사회과학연구소 (2003)
- 이효제, 미국의 임시적 유지명령의 발령요건에 관한 검토, 재판자료 제119집 외국사법연수논집(29) (2010)
- 장성원, 부작위를 명하는 가처분, 법조 49권 3호(2000.3)
- 장태환, 家事訴訟法上の 保全處分, 경기대학교 論文集 Vol.37 (1995)
- 전보성, 가사소송과 이행확보제도, 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회 (2008)
- 전병서, 민사집행에서의 실효성 확보 연구, 民事執行法研究 Vol.7 (2011)
- 정선주, 부당한 보전처분과 손해배상책임, 민사재판의 제문제(하),

가처분의 실효성 보완 방안

박영사(1995)

정영수, 민사소송에서의 법원모욕, 연세대학교 법학연구 18권 2호
(2008)

정준현, 이행강제금, 법제 343호(1991)

하태헌, 보전처분 집행에서 나타나는 실무상 쟁점에 관한 고찰, 民事
執行法研究 Vol.5 (2009)

韓忠洙, 係爭物에 관한 假處分の 被保全權利 및 目的物 範圍의 擴張
可能性 및 必要性에 대하여, 民事訴訟 vol.2 (1999)

黃進九, 不作爲를 命하는 假處分の 執行, 民事判例研究 32집 假處分
에 관한 諸問題, 博英社(2010. 2)

<일본문헌>

浦野雄幸, 條解民事執行法, 商事法務研究會, 1985

香川保一 監修, 注釋民事執行法 7, 金融財政事情研究會, 1995

兼子一, 強制執行法 增補版, 酒井書店, 1951

吉川大二郎, 增補保全訴訟の基本問題, 有斐閣, 1952

齋藤秀夫 外編, 注解 家事審判法, 改訂版, 青林書員, 1992

新堂幸司, 新民事訴訟法 5판, 弘文堂 2011

瀨木比呂志, 民事保全法, 判例タイムズ社, 2004

園部厚, 書式代替執行 · 間接強制 · 意思表示擬制の實務 제5판, 民事
法研究會, 2011

谷口安平, 民事執行 · 民事保全 · 倒産處理(上), 信山社, 2000

- 鈴木忠一 外編, 注解強制執行法(4), 第一法規, 1978
- 中野貞一郎, 民事執行法 増補新訂6版, 青林書院, 2010
- 中野貞一郎 外, 民事保全講座(1, 2, 3), 法律文化社, 1996
- 野村秀敏, 民事保全法研究, 弘文堂, 2001
- 原井龍一郎・河合伸一, 新訂版 實務民事保全法, 商事法務, 2002
- 深沢利一 外, [補正版]民事執行の実務(上,中,下), 新日本法規, 2007
- 松本博之, 民事執行保全法, 弘文堂, 2011
- 三ヶ月章, 民事執行法, 弘文堂, 1981
- 三宅弘人 外, 民事保全法の理論と實務(上,下), ぎょうせい, 1990
- 山崎潮, 新民事保全法の解説, 金融財政事情研究会, 1990
- 山本和彦 外編, 新基本法コンメンタール, 民事執行法, 日本評論社,
2014
- 我妻榮, 新訂債權總論, 岩波書店, 1964
- 東京地裁保全研究会, 民事保全實務の諸問題, 判例時報社, 1988
- 東京地裁保全研究会, 民事保全の実務, 第3版(上,下), キンザイ, 2012
- 大濱しのぶ, 間接強制決定に関する覺書, 小島武司先生古稀祝賀 民事
司法の法理と定策(上), 商事法務, 2008
- 大濱しのぶ, 間接強制と他の執行方法との併用の許否, 判例タイムズ
1217号
- 小野瀬厚 外, 一問一答平成16年度改正民事訴訟法・非訟事件手続法・
民事執行法, 商事法務, 2005

가처분의 실효성 보완 방안

- 小林秀之, 國際民事保全法の構築に向けて: 國際民事手讀法の谷間,
ジュリスト 第1052號, 有斐閣, 1994
- 竹下守夫, 不作爲を命ずる假處分, 保全處分の體系 下卷, 吉川大二郎
博士還曆記念, 法律文化社, 1979
- 園尾隆司, 破産者に対する制裁と破産者名簿調製の歴史, 判タ 1388
號, 2013
- 野村秀敏, 保全訴證と本案訴訟 : 被保全權利の審理を中心として, 千
倉書房, 1981
- 松浦 聲, 保全訴訟の本案化, (新)實務民事訴訟講座(14):保全訴訟, 日
本評論社, 1982
- 松下淳一, 扶養義務者等に係る金銭債権についての強制執行, 家月 57
卷11號, 2005
- 山本和彦, 判批, 法學研究(慶應義塾) 83卷5號, 2011

<영미문헌>

- Bourdeau, John et al, 「Injunctions」, Corpus Juris Secundum,
West Publishing Co., 2007
- Dobbyn, John F., 「Injunctions in a Nutshell」, West Group,
1974
- Fletcher, William Meade, 「Fletcher Cyclopedic of the Law of
Private Corporations」, West Publishing Co.
- Gallagher, Richard B., 「Injunctions」, American Juisprudence 2d,
West Publishing

- McCarthy, J. Thomas, 「McCarthy on Trademark, and Unfair Competition (Fourth Edition)」, West Publishing Co., 2006
- Norton, Jr., William L., 「Norton Bankruptcy Law and Practice 2d」, West Publishing Co. 1993
- Schwarzer, William W. et al, 「Federal Civil Procedure Before Trial」, California Practice Guide, The Rutter Group, 2005
- Shoben, Elaine W. et al., 「Remedies: Cases and Problems」, Foundation Press, 2007
- Shoben, Elaine W. et al., 「Remedies」, Thomson West, 2005
- Stoll-DeBell, Kirstin et al., 「Injunctive Relief 3」, 2009
- Tabb, William Murray et al., 「Remedies in a Nutshell」 3rd ed. (Thomson/West 2005)
- 「Federal Procedure, Lawyer Edition」 (Chapter 47. Injunctions and Restraining Orders), West Publishing Co.
- Armond, Michelle, "Introducing the Defense of Independent Invention to Motions for Preliminary Injunctions in Patent Infringement Lawsuits", 91 Cal. L. Rev. 117 (2003)
- Bobbs, "Contempt of Court: A Survey", 56 Cornell L. Rev. 183, (1971)
- Dudley, "Getting Indirect Contempts", 79 Va. L. Rev. 1025, (1993)
- Eisenberg, Theodore and Lanvers, Charlotte, "What is the

- Settlement Rate and Why Should We Care?”, *Journal of Empirical Legal Studies* Vol. 6(1)
- Hiaring, Anne, "Proof of Extraordinary Remedies for Copyright Infringement" , 28 *Am. Jur. Proof of Facts* 3d 379
- Hostak, Phillip A., “International Union, United Mine Workers v. Bagwell : a Paradigm Shift in the Distinction between Civil and Criminal Contempt, 81 *Cornell L.R.* 181(1995)
- Raveson, Louis S., “Advocacy and Contempt—Part Two: Charting the Boundaries of Contempt: Ensuring Adequate Breathing Room for Advocacy”, 65 *Washington Law Review* 743
- Shapiro, Steven E., "Preliminary Injunction Motions in Patent Litigation", 33 *IDEA* 323 (1992–1993)
- Wagner, Jr., John F., "Propriety of Preliminary Injunctive Relief in Private Antitrust Actions Involving Dealership Terminations", 79 *A.L.R.Fed.* 44, West Publishing Co.

<독일문헌>

- Baumbach/Lauterbach/Hartmann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 67. Aufl., München 2009
- Baur/Stürner/Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 13. Aufl., Heidelberg 2006
- Brox/Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 7. Aufl., Köln 2003

- Gaul/Schilken/Becker–Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2010
- Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Aufl., Berlin 1881
- Jauernig/Hesse, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl., München 2010
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Gruber, 3. Aufl., München 2007
- Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005
- Schuschke/Walker, Zwangsvollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2001
- Stein/Jonas/Brehm, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Bd. 8, Tübingen 2004
- Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 33. Aufl., München 2012
-
- Borck, Zum Anspruch auf Unterlassung des Fällens von Tannenbäumen, WRP 1990
- Brehm, Wolfgang, Das europäische internationale Insolvenzrecht, ZZP 111
- Brehm, Wolfgang, Die Vollstreckung der Beseitigungspflicht auch § 890 (zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des Unter-

- lassungsanspruchs vom Beseitigungsanspruch), ZZP 89
- Hasse, Fritz, Strafandrohung im Prozessvergleich, NJW 1969
- Helle, Ernst, Das Urteil auf Widerruf einer verletzenden Behauptung und seine Vollstreckung, NJW 1963
- Kannowski/Distler, Der Erfüllungseinwand im Vollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO, NJW 2005
- Leipold, Dieter, Wirksamer Ehrenschatz durch gerichtliche Feststellung von Tatsachen, ZZP 84
- Müller, Die Eintragung des Arbeitgebers in die Arbeitspapiere und ihre Berichtigung, DB 1973
- Peters, Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, AcP 156(1957)
- Ritter, Falco L, Zum Widerruf einer Tatsachenbehauptung, ZZP 84
- Rötelnann, Wilhelm, Persönlichkeitsrechte, insbesondere der Widerruf ehrenrühriger Behauptungen, NJW 1971
- Schneider, Egon, Probleme der Handlungsvollstreckung nach § 887 ZPO, MDR 1975
- Schuschke, Winfried, Beweisführungslast und Beweislastprobleme im Zuge der Geltendmachung des Erfüllungseinwandes im Vollstreckungsverfahren nach §§ 887, 888 ZPO, InVo 2006