

임시의 지위를 정하는 가처분과 신속한 재판을 받을 권리

최 광 선*

목차

I. 들어가는 글	IV. 외국법과의 비교 및 대안의
II. 신속한 재판을 받을 권리	제시
III. 임시의 지위를 정하는 가처분에	V. 결론
대한 법적 규율	

I 국문초록 I

임시의 지위를 정하기 위한 가처분은, 구체적 내용에 있어서 매우 미흡한 현재의 가처분절차에 관한 민사집행법령과, 피보전권리의 종류나 그 내용에 따른 각종 가처분의 요건에 관한 상세하고 확립된 판례나 이론의 뒷받침 없이 구체적 실체가 모호한 불확정 개념인 ‘피보전권리’와 ‘보전의 필요성’이라는 두 요소에만 기대어 운용되고 있다. 이 두 가지 요소를 보다 명확히 하려는 입법과 실무례의 축적이 중요하다고 생각한다. 나아가 임시의 지위를 정하는 가처분이 가압류나 다툼의 대상이 되는 가처분과 다른 점이 있음에도 불구하고 보전처분이라는 같은 틀에 묶여 있는데, 이는 임시의 지위를 정하는 가처분의 성질을 제대로 반영하지 못하는 측면이 있다. 향후에는 별도의 절차 장에서 임시의 지위를 정하는 가처분을 다루는 방식

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사, 변호사

논문접수일 : 2021. 1. 12., 심사개시일 : 2021. 1. 29., 게재확정일 : 2021. 2. 15.

도 고려해 볼만하다. 아울러 가처분 제도의 실질적인 정착을 위하여 가처분 위반 시의 제재가 보다 실효성 있게 정비되어야 한다고 본다.

제도가 정비되더라도 가장 중요한 점은 누구나 신속한 재판을 받을 수 있어야 한다는 점이다. ‘지연된 재판은 정의가 아니다.’라는 격언이 있듯이 공정한 재판 못지않게 신속한 재판도 중요하다. 신속한 재판이 무턱대고 빠른 재판을 의미하지 않는데 이는 효율적인 재판의 진행이라는 틀 안에서 신속한 재판의 원칙이 기능하기 때문이다. 이 글에서는 보전처분 중에서 임시의 지위를 정하는 가처분에 대하여 살펴보았다. 가처분의 특성상 신속성이 강조됨은 당연하나 임시의 지위를 정하는 가처분의 특성상 재판 못지않은 적정하고 신중한 진행이 중요하기 때문에 신속성만을 앞세우기는 어렵다. 그렇다면 임시의 지위를 정하는 가처분의 절차 진행에 있어서 특별히 신속한 결정이 필요한 경우에는 입법 상의 근거를 마련하는 것이 타당하다. 현재의 민사집행법 조항으로도 임시의 지위를 정하는 가처분에서 선결적인 사항을 미리 판단하는 것이 가능하다고 할 수 있으나 이를 뒷받침할 수 있는 실효성 있는 제재가 없기 때문이다. 한정적인 사법자원에도 불구하고 법원과 국민들이 합리적인 진행을 위하여 협력한 결과 OECD 국가 내에서도 손꼽히는 재판의 효율성을 이루어 냈다. 이제는 이를 더 세심하게 관리하고 뒷받침할 수 있는 제도적 보완에 더욱 심혈을 기울이는 것이 바람직하다. 인권은 쟁송을 통하여 보장되는 경우가 많고 적시에 보장되는 것이 중요하기 때문에 신속한 재판을 구현할 수 있는 장치를 지속적으로 고민할 필요가 있다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 제도의 속성상 당사자 간의 공격방어 절차를 보장하는 것이 중요하므로 재판에 준하는 절차로 운영되 긴급한 필요가 있는 경우 잠정적 제한명령을 통하여 일시적·잠정적인 수준의 가처분 제도를 운영시키는 것을 고려해 볼직하다.

주제어 : 임시의 지위를 정하는 가처분, 잠정적 제한명령, 전직금지가처분, 직무집행 정지가처분, 신속한 재판을 받을 권리

I. 서론

임시의 지위를 정하는 가처분은 민사집행법상 협의의 보전처분의 한 태양으로서 그 동안 그 지위나 체계에 관한 별다른 의문 없이도 나름대로 그 기능을 수행하여 왔다. 한때 보전소송, 특히 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안화에 관하여 비교적 활발한 논의가 있었던 적도 있으나, 대체적으로 전체로서의 보전처분의 모습은 본안소송에서의 청구권을 ‘보전(保全)’하기 위한 처분으로서 그 기능을 발휘하였다고 할 수 있다.

최근 들어 임시의 지위를 정하는 가처분은 물론이고 가압류나 다툼의 대상에 관한 가처분조차 본안소송에서의 청구권을 보전한다는 의미 이외에 보전처분 그 자체로서 채무자를 압박하기 위한 수단으로 사용되고 있고, 특히 임시의 지위를 정하는 가처분에서도 나타난 이와 같은 현상으로 말미암아 그 절차에 있어서의 신속, 공정성과 결론에 있어서의 적정성 확보는 단지 구체적인 분쟁해결의 의미를 넘어 부지불식간에 사법의 신뢰성에 상당한 영향을 끼칠 정도의 중요성을 가지게 되었다.

또한 국민들의 권리의식이 급속도로 향상되면서 금전배상으로는 적절치 아니한 새로운 유형의 분쟁들이 생겨나고 있는데, 이러한 유형의 사건들은 본안소송에 의하여 구제받은 선례를 찾기 어렵고, 그 분쟁의 성격으로 말미암아 상당한 시일을 요하는 본안소송으로서는 적절한 권리구제도 어려운 경우가 많아 대부분의 경우 임시의 지위를 정하는 가처분을 신청하고 있는 실정이다. 임시의 지위를 정하는 가처분신청이 빠른 속도로 증가하는 추세에 있고, 과거의 관점에서 보면 기발하다고까지 여겨질 정도의 유형의 사건이 신청되고 있는 바,¹⁾ 법원이 국민의 권리구제의 선봉에서 신속하게 침해

된 권리를 구제하고 손해를 예방하는 것도 중요하다고 할 것이다. 이러한 가처분에서는 더욱 국민들에게 신속한 재판을 받도록 해 줄 필요가 있다. 긴급한 사안일수록 공정한 재판 못지않게 신속한 권리구제도 중요하기 때문이다. 그런데 임시의 지위를 정하는 가처분은 사실상 본안 재판의 역할을 수행하는 경우가 많아 무조건적으로 신속성을 추구하게 된다면 적절한 재판이라는 재판의 본질을 침해할 수도 있게 된다.

이 글에서는 임시의 지위를 정하는 가처분의 전반에 대하여 개략적으로 살펴보도록 한다. 먼저 임시의 지위를 정하는 가처분의 법적 성질과 비교법적 연혁을 살펴보기로 한다. 이후 가처분의 심리에 있어서 절차적인 측면을 살펴보기로 하며 가처분 판단의 실체적 요소인 피보전권리와 보전의 필요성은 별도로 검토한다. 마지막으로 지금까지 민사집행법상의 보전처분의 한 종류로서 논의되고 있는 임시의 지위를 정하는 가처분에 관하여 대안적 요건이나 절차를 모색해 보고자 한다. 임시의 지위를 정하는 가처분이 신속한 재판을 받을 권리를 침해하지 않도록 하는 방법이 무엇인지에 관한 대안에 대하여 검토한다.

Ⅱ. 신속한 재판을 받을 권리

1. 개념의 정리

대한민국 헌법 제27조는 신속한 재판을 받을 권리를 규정하고 있

-
- 1) 소유자인 임대인이 임대목적물인 주택을 매도하려고 하는데 거주 중인 임차인이 매수의사를 표시하고 있는 매수예정자에게 집을 보여주는 것을 거절한다는 이유로 방해금지가처분을 신청한 사례 등

다. 제27조 제3항에 따르면 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있으므로 민사재판이든 형사재판이든 재판의 형식을 갖춘 경우에는 신속한 재판을 받을 권리를 헌법적으로 보장하고 있다고 볼 수 있다. 이는 일본 헌법이 형사재판에서만 신속한 재판을 보장하고 있는 점에 비추어 보면 진일보한 입법이라고 평가할 수 있겠다. 나아가 미국 연방수정헌법 제6조에서도 형사절차에서 신속한 공개재판을 받을 권리를 가진다고 하고 있어 일본과 마찬가지로 민사에 대하여는 특별한 언급이 없다. 유럽인권협약(European Convention on Human Right) 제6조 제1항에서는 민사상의 권리 및 의무 또는 형사처벌에 대하여는 합리적인 기간 내에 심리를 받을 권리를 가진다고 규정하고 있다.

우리나라 헌법재판소도 신속한 재판을 받을 권리에 관하여 언급하고 있다. 헌법재판소 2007. 3. 29. 자 2004헌바93결정에서 “신속한 재판을 받을 권리의 ‘신속’의 개념에는 분쟁해결의 시간적 단축과 아울러 효율적인 절차의 운영이라는 요소도 포함되며, 특히 부동산 강제집행절차는 청구권의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차이므로 판결절차에 있어서보다 신속성의 요청은 더욱 강하게 요구된다.²⁾ 또한, 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다.³⁾”라고 판시하였다.

위 헌법재판소 판례를 보면 세 가지 사항을 알 수 있다. 첫째, 신속의 개념을 명확히 하였다는 점이다. ‘신속’이라는 개념은 단순히 시간적으로 빨리 진행하라는 의미는 아니며 효율적인 절차의 운영을 촉진하기 위한 요소도 겸한다는 것이다. 다시 말해 공정한 절차

2) 동일 헌법재판소 2005. 3. 31. 자 2003헌바92 결정.

3) 동일 헌법재판소 1999. 9. 16. 자 98헌마75 결정.

의 보장이나 적정한 판단을 도외시 하고 무조건 절차를 빨리 진행하라는 의미는 아니며 절차의 운영을 효율적으로 하여 적시에 정의를 실현하라는 의미로 해석된다. ‘자연된 정의는 정의가 아니다’라는 법언은 절차의 운영이 지나치게 지연되어 적정한 결론이 도출되지더라도 실효성이 없어지는 것을 경계하는 의미인 것이다.⁴⁾ 둘째, 판결 절차를 비롯하여 강제집행단계에서의 결정 절차에도 당연히 적용된다는 의미이다. 재판이라는 개념은 재판기관의 판단 또는 의사표시로서 소송법상 일정한 효과가 발생하는 법원의 소송행위를 일컫는다.⁵⁾ 따라서 신속한 재판을 받을 권리는 판결은 물론 강제집행절차 뿐만 아니라 보전처분절차에도 적용되며 판결이나 결정 절차 내에서 각종 소송지휘권에 대한 판단에도 적용될 수 있다고 보인다. 위에 언급한 헌법재판소 결정레도 부동산 강제집행절차에서 잉여이익이 없는 경우의 경매취소를 구하는 조항이 위헌이 아님을 판단하면서 신속한 재판에 대한 개념을 판단한 것이다. 셋째, 신속한 재판을 받을 권리는 입법의 뒷받침이 필요하다는 점을 명확히 하였다는 점이다. 신속한 재판이라는 용어는 매우 추상적이므로 이것만으로는 구체적 사건에서 직접적인 적용이 어렵다. 민사소송법 및 민사집행분야의 조항을 보면 다수의 조항을 통하여 신속한 재판을 도모하고 있다.⁶⁾

한편 헌법재판소 1999. 9. 16. 자 98헌마92 결정에서 ‘신속한 재판을 위해서 적정한 판결 선고기일을 정하는 것은 법률상 쟁점의 난이도, 개별사건의 특수상황, 접수된 사건량 등 여러 가지 요소를 복

4) 정영환, 민사소송법(개정신판), 법문사, 2019, 56면.

5) 이시윤, 신민사소송법(개정14판), 박영사, 606-607면.

6) 자세한 내용은 이시윤, 신민사집행법(제8개정판), 박영사, 2020, 27-28면 ; 이시윤, 전게서(신민사소송법), 27-28면.

합적으로 고려하여 결정하여야 할 사항인데...(중략)... 그리하여 소 제기 5개월 내의 중국판결 선고기간을 정한 구 민사소송법 제184조에 의하여 그 기간 내에 판결을 선고하도록 노력하여야 하겠지만, 이 기간 내에 반드시 판결을 선고해야 할 헌법상 법률상의 작위의 무가 발생한다고 볼 수 없다'고 판시하였다. 그러나 이는 신속한 재판을 요하는 권리를 형해화시키는 처사라고 생각한다. 헌법과 법률에서 신속한 재판을 요청하고 있고 합리적인 기간을 정하고 있음에도 이를 훈시규정 취급한다는 것은 실제의 입법목적은 사실상 무력화시키기 때문이다. 이렇듯 재판의 처리기간 규정을 단순히 선언적 규정으로 할 것이 아니라 합리적인 대안을 제시함으로써 실질적으로 기능할 수 있는 대안을 마련함이 타당하다.⁷⁾ 실제로 법에서 정한 기간 내에 처리하기 어려운 사건들이 있다면 처리기간의 예외 규정을 두어서도 해결가능한 것이다.

2. 신속한 재판에 관한 실무 경향과 임시의 지위를 정하는 가처분

특히 보전처분 영역에서도 신속한 재판이 필요하다는 점에는 특별한 이견이 없다. 현재 사법연감의 통계를 보면 민사소송에서 본안 사건에 대한 처리기간별 건수 표는 심급별로 비교적 자세히 나와 있다.⁸⁾ 이를 바탕으로 평균처리 일수 통계를 구성하면 다음과 같다.

7) 同旨 이시윤, “민사절차상의 재판을 받을 권리”, 『헌법논총』 제21집, 헌법재판소, 2010, 63-64면. 여기서는 신속한 처리의무를 국가의 기본권확인과 보장의무에 속한다고 본다.

8) <https://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.do?seqnum=5&gubun=719> 2020.12.26. 최종방문

2019년	사건 합계(건)	평균처리기간(일)
민사본안 제1심 전체	판결 567,117 + 기타 361,006	160.2
민사본안 제1심 합의	판결 30,847 + 기타 16,567	298.3
민사본안 제1심 단독	판결 124,262 + 기타 83,921	211.1
민사본안 제1심 소액	판결 412,008 + 기타 260,518	134.8
민사본안 항소심	판결 39,112 + 기타 19,977	245.4
민사본안 상고심	판결 12,979 + 기타 2,288	181.6

민사본안사건에서 전자소송의 경우는 별도의 통계를 구성하고 있다.

2019년	사건 합계(건, 전자소송)	평균처리기간(일)
민사본안 제1심 전체	판결 474,434 + 기타 266,593	166.0
민사본안 제1심 합의	판결 22,968 + 기타 14,539	319.8
민사본안 제1심 단독	판결 103,302 + 기타 70,668	220.9
민사본안 제1심 소액	판결 348,164 + 기타 181,386	137.1
민사본안 항소심	판결 29,793 + 기타 15,336	255.0
민사본안 상고심	판결 10,201 + 기타 559	142.9

반면 민사재판에 관한 유럽인권재판소의 기준은 다음과 같다.⁹⁾ 신속성을 요하는 케이스는 2년 이상, 복잡한 사건의 케이스는 8년 이상이면 합리적인 기간 위반이라고 본다. 나아가 민사사건에서 합리적인 기간을 위반하지 않는 기준으로는 일반 사건의 경우 1심은

9) Jon T. Johnsen, "The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) Reforming European Justice Systems - 'Mission Impossible?'," International Journal for Court Administration, Vol. 4, No. 3, 2012. University of Oslo - Department of Public and International Law, p.12.

1년 10개월, 항소심은 8개월, 상고심은 1년 9개월을 들고 있으며, 노동사건과 같이 신속성을 요하는 사건은 1심은 1년 7개월, 항소심은 1년 9개월, 상고심은 1년 9개월을 들고 있다. 이를 보면 우리나라의 재판기간은 유럽인권재판소의 기준을 충족하고 있는 것으로 보여 신속한 재판을 받을 권리의 측면에서 합리적이라고 할 수 있다.

아쉽게도 우리나라의 통계는 민사본안 사건의 처리기간에 관하여는 잘 정리되어 있으나 민사신청 사건, 특히 가압류·가처분 사건은 접수 건수만을 통계로 정리하고 있을 뿐 처리기간에 관하여 별도의 통계를 가지고 있지는 않다. 이를 본다면 가압류 사건 일반과 다툼의 대상이 되는 가처분의 경우에는 비교적 신속하게 처리하고 있어 특별히 처리기간이 문제되지 아니하였을 수도 있다. 그나마 비교적 최근의 선행연구¹⁰⁾에서 유의미한 통계를 찾을 수 있었다. 다만 이 통계의 경우도 임시의 지위를 정하는 가처분을 따로 떼어낸 통계는 아니고 가처분 신청사건을 전부 합친 통계이다. 즉 2010년 민사신청합의 사건은 평균처리 일수가 39.9일(16,235건), 2011년 민사신청합의 사건의 평균처리 일수가 40.9일(15,821건), 2012년 민사신청합의 사건의 평균처리 일수가 45.1일(15,140건)이다. 이를 보면 대한민국 법원은 민사본안과 마찬가지로 비교적 가처분사건도 신속하게 처리하고 있음을 알 수 있다.

이 논문에서는 임시의 지위를 정하는 가처분을 전제로 하고 있다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 다툼의 대상이 되는 가처분보다 처리기간이 훨씬 길다고 할 수 있으므로 가처분 결과가 나오기 이전에 잠정적인 결론을 도출하는 제도의 도입 필요성은 더욱 크다고 할 수 있다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 일반적인 가압류와

10) 이규호, “임시의 지위를 정하는 가처분과 관련하여 잠정명령 제도의 도입에 관한 연구”, 『민사소송』 제17권 2호, 한국민사소송법학회, 2013, 419면.

가처분과는 다른 형식과 실질을 가진다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 본안판결의 내용에 따른 강제집행을 위하여 존재하는 처분이 아니라 새로운 지위나 법률관계를 형성한다는 점에 주목하여 볼 때 본안소송과 매우 유사한 성질을 가진다.¹¹⁾ 비록 임시의 지위를 정하는 가처분은 결정의 형식으로 내려지는 재판이라고 하더라도 법관의 심증의 정도가 증명이 아닌 소명이라는 점을 제외하고는 공격방어가 있고 나서 법관의 판단이 이루어지기 때문이다. 그렇기 때문에 임시의 지위를 정하는 가처분은 일반적인 가압류 및 가처분과는 달리 신속성의 요청이 후퇴할 여지가 있게 된다. 이에 이러한 가처분에 있어서 신속한 재판을 받을 권리의 요청을 조화시키는 것은 당사자의 실질적인 권리구제에도 크게 도움이 된다.

3. 민사집행의 이상과의 관계

민사집행법에는 민사소송법 제1조와 같은 규정은 없다. 민사소송법 제1조 제1항에는 법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다는 규정이 있음에도 민사집행법에는 명문의 규정이 없다. 반면 민사집행법 제23조 제1항에는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사집행 및 보전처분의 절차에 관하여는 민사소송법의 규정을 준용하도록 되어 있다. 따라서 민사집행법에 명문의 규정이 없더라도 민사집행법 제23조 제1항을 통하여 민사소송법 제1조 제1항을 준용할 수 있으므로 민사집행의 영역 특히 보전처분에 있어서도 법원은 신속한 재판을 할 의무를 부담한다.¹²⁾ 이를 보면 신속한 재판을 받을 권리는 헌법상 기본권의 일종

11) 황태윤, “임시지위가처분소송의 본질과 개선방안에 대한 모색”, 『법학연구』 제43권, 전북대학교 법학연구소, 2015, 473면.

12) 정영환, “민사집행법의 이상에 관한 소고”, 『민사집행법연구』 제3호, 한국민사

으로 볼 수 있으며 이에 호응하여 민사소송법 및 민사집행법에 의거하여 법원 역시 신속한 재판을 진행하여야 할 의무를 부담한다고 할 수 있다.

그러나 현실은 어떠한가? 임시의 지위를 정하는 가처분은 다른 보전처분과는 다른 특성을 가지기 때문에 비교적 시간이 많이 소요된다. 예를 들어 전직금지가처분 사건을 들 수 있다. 회계법인의 사원(파트너)급이 근로계약을 체결할 때 일정기간 경쟁업체나 고객사, 협력사 등으로 이직하지 못하도록 하는 약정을 두는 경우가 많다. 이는 업무상 비밀을 유지하게 하고 비밀누설로 인한 손해를 방지하기 위함이다. 문제는 업계의 특성상 이직이 잦고 경쟁사의 스카우트가 치열하기 때문에 이 조항을 지키지 못하는 경우가 종종 있게 된다. 이때 전직금지 가처분이 많이 사용된다. 적게는 2개월 길게는 1년 정도까지 전직금지가처분을 두고 다툼이 생긴다.¹³⁾ 또 다른 사례로 주주총회 결의무효확인을 구하면서 그 주주총회에서 (대표)이사 선임을 다투려는 목적으로 (대표)이사의 직무집행정지 가처분을 구하는 경우도 있다. 사실 정확한 판단을 위하여 몇 개월간 심리를 하는 것을 두고 신속한 재판을 받을 권리를 침해했다고 보기는 어렵다. 여기서 문제 삼고자 하는 부분은 몇 개월간의 심리가 있을 때 그 중간에 손해를 기칠 우려가 있는 경우(예를 들어 이사의 배임행위가 있는 경우 등)에 이를 막을 수 있는 수단이 필요한지 여부이다.

집행법학회, 2007, 21면.

13) 5개월이 넘게 걸린 사건은 서울중앙지방법원 2019. 5. 23. 자 2018카합21959 결정, 3개월이 조금 넘게 걸린 사건은 서울중앙지방법원 2017. 5. 1. 자 2017카합 80140 결정, 1개월이 조금 넘게 걸린 사건은 서울중앙지방법원 2018. 6. 27. 자 2018카합20749 결정 등이 있다.

Ⅲ. 임시의 지위를 정하는 가처분에 대한 법적 규율

1. 서설

임시의 지위를 정하기 위한 가처분이라고 함은 다툼이 있는 권리 관계 특히 계속하는 권리관계에 대하여 본안판결의 확정시까지 기다리면 채권자가 입게 될 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 또는 그 밖의 필요한 이유가 있는 경우에 인정하는 가처분이다(민사집행법 제300조 제2항). 조문의 구조를 볼 때 임시의 지위를 정하기 위한 가처분이 인정되기 위해서는 피보전권리가 존재해야 하고 보전의 필요성이 있어야 한다고 봄이 일반적이다. 즉 다툼이 있는 권리 관계를 채권자 입장에서 피보전권리로 보게 되고, 본안판결에 앞서 미리 지위를 정해 두지 아니하면 채권자에게 현저한 손해 또는 급박한 위험을 회피하기 위한 개념을 보전의 필요성으로 본다. 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 보전처분의 일종으로서 본안판결 전에 행하는 잠정적·임시적인 조치로서 채권자가 급격한 현상의 변화로 인하여 현저한 손해나 급박한 위험을 피하기 위하여 인정된다. 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 장래의 집행보전보다는 다툼이 있는 권리관계의 현상유지에 초점이 맞추어져 있다.¹⁴⁾

14) 정영환, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 법적 규율”, 「안암법학」 제37권, 안암법학회, 2012, 533면. 임시의 지위를 정하는 가처분 중에서는 본안판결로 얻고자 하는 내용과 실질적으로 동일한 내용의 권리 또는 법률관계를 형성하는 것이 있는데 이를 단행적 가처분 또는 만족적 가처분이라고 한다. 예를 들어 건물인도청구권을 주장하는 자에게 건물점유자의 지위를 주는 것이라든가 해고의 무효를 주장하는 자에게 임금의 계속 지급을 명하는 가처분을 들 수 있다.

2. 임시의 지위를 정하는 가처분의 요건인 피보전권리와 보전의 필요성의 관계

가. 소송물

보통 피보전권리와 보전의 필요성의 관계는 보전소송에 있어서의 소송물을 어떻게 볼 것인가의 문제라고 하는바, 보전소송에서의 소송물을 어떻게 보느냐에 따라 피보전권리와 보전의 필요성의 관계 설정에 영향이 있을 수 있다. 그러나 이는 피보전권리와 보전의 필요성 각각의 지위 설정에 따른 당연한 논리적 귀결이고, 피보전권리와 보전의 필요성의 관계에 관한 논의가 그것만으로 충분히 해결된다고 보기 어렵다. 소송물에 관한 견해로서 피보전권리만이 보전소송의 소송물이며 보전의 필요성은 보전소송에서의 권리보호요건에 그친다고 하는 견해가 있고, 두 요건이 함께 보전소송에서의 소송물을 구성한다고 하는 견해가 있다.¹⁵⁾

보전의 필요성을 단지 소송요건으로 보는 견해에 따르면 법원은 먼저 직권으로 보전의 필요성 유무를 조사하여 보전의 필요성이 인정되는 경우에는 실체적 요건인 피보전권리의 존부를 심리하나, 보전의 필요성이 인정되지 않는 경우에는 피보전권리의 존부에 관하여 심리할 필요도 없이 가처분신청을 각하하여야 한다고 본다. 반면 보전의 필요성을 피보전권리와 함께 보전소송의 소송물을 구성하는 실체적 요건이라고 보는 견해에 따르면, 순서에 관계없이 피보전권리와 보전의 필요성을 심리하면 되고 이에는 모두 변론주의가 적용되며 보전의 필요성이 부정되는 때에는 가처분신청을 기각하면 된다고 본다.

보전의 필요성에 관한 판단은 논리상 피보전권리의 종류와 내용

15) 학설의 대립에 관한 소개로는 이시윤, 전게서(신민사집행법), 678면.

을 밝힌 후에 이를 전제로 하여서나 가능한 것이고, 민사집행법도 보전의 필요성을 피보전권리와 나란히 또는 같은 조문에서 규정하고 있어(민사집행법 제277조, 제300조 제1항, 제2항) 채권자가 보전의 필요성을 피보전권리와 함께 반드시 주장·증명하는 것을 예상하고 있다고 할 수 있으며, 보전의 필요성에 관하여도 소명에 갈음하는 담보가 인정되는 점(민사집행법 제301조, 제280조 제2항) 등을 종합하면 피보전권리와 보전의 필요성이 소송물을 구성한다는 견해가 타당하다.¹⁶⁾

나. 심리의 순서와 방법

(1) 심리의 순서

민사집행법에는 위 두 요건의 심리의 순서에 관하여 규정되어 있는 바가 없지만, 먼저 피보전권리의 존부를 심리한 후에 보전의 필요성 유무를 심리하는 것이 논리적이고 실무상으로도 통상 그와 같은 순서에 의한다. 그런데 보전의 필요성이 존재하지 않는 것이 명백한데 새삼스럽게 피보전권리에 관한 심리를 요구하는 것은 소송경제에 반하므로 보전의 필요성이 없음이 명백한 경우 등 사정에 따라서는 보전의 필요성에 대하여 심리를 먼저 하여 그 필요성이 없다는 이유로 신청을 기각할 수 있다는 견해¹⁷⁾가 있다. 구체적인 예로써 피보전권리의 존부 판단이 용이하지 않으나 보전의 필요성이 없음이 명백한 때에는 피보전권리에 관한 판단을 생략한 채 가처분신청을 기각하는 것이 타당한 경우도 있다고 하면서 특히 단행가처분에 있어서 그러하다고 한다.¹⁸⁾

16) 법원행정처, 민사집행실무제요 제4권, 2003, 29면.

17) 이시윤, 전계서(신민사집행법), 662면.

18) 이동명, 임시의 지위를 정하는 가처분에 있어서 보전의 필요성, 재판자료 제45

그러나 위와 같은 견해에 따른다면 법원이 피보전권리에 관한 잘못된 판단의 위험을 피하기 위하여 비교적 판단이 용이한 보전의 필요성에 관한 판단으로 도피할 수 있고, 심지어 보전의 필요성에 관한 판단도 왜곡될 우려가 있다. 더욱이 피보전권리의 종류나 그 권리의 구체적인 내용의 차이에 의하여 보전의 필요성의 인정 기준이 현저하게 달라지는 경우도 있고, 경우에 따라서는 피보전권리의 존재만으로 당연히 보전의 필요성이 있다고 추정되는 사건도 있을 수 있다. 또한 뒤에서 보는 바와 같이 피보전권리와 보전의 필요성의 심리 순서가 어떠한지를 불문하고 그것이 단계적 판단이어서는 안 되고 종합적 판단이어야 한다는 점 등을 고려하면 아주 예외적인 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 피보전권리에 관한 심리를 생략해서는 안 된다고 생각한다.

(2) 심리의 방법

일반적으로 피보전권리와 보전의 필요성은 서로 별개의 독립된 요건이기 때문에 그 심리에 있어서도 상호 관계 없이 독립적으로 심리되어야 한다.¹⁹⁾ 피보전권리가 소명되면 보전의 필요성이 있는 것으로 사실상 추정하여 가처분을 발령함으로써 민사집행법이 정하고 있는 보전의 필요성이라는 요건을 사실상 사문화시켜서는 안 된다는 지적²⁰⁾도 그와 논리적 맥락을 같이 하고 있다.

피보전권리와 보전의 필요성 각각의 요건 자체는 별개로 심리하여야 함은 물론이나, 적어도 임시의 지위를 정하는 가처분에 있어서는 위와 같이 하나의 요건이 소명되었다고 하여 다른 요건이 갖

집 보전소송에 관한 제문제(상), 1989, 104면.

19) 법원행정처, 전게서, 30면.

20) 이법균, “보전처분에 있어서 피보전권리와 보전의 필요성을 독립적으로 심리하여야 하는지 여부 등”, 『대법원판례해설』 제57호, 법원도서관, 2006, 553면.

추어졌다고 추정하는 실무관행이 있는지는 의문이며, 별개로 심리하여야 한다는 의미가 상호 간에 아무런 영향을 미치지 않는다는 의미는 아니라고 생각한다. 논리적으로 보전의 필요성 유무를 심리하기 위해서는 피보전권리가 무엇인지가 전제되어야 하므로 채권자가 주장하는 피보전권리의 종류와 내용이 무엇인지는 먼저 심리하여야 한다.

피보전권리와 보전의 필요성은 두 개의 별개의 요소이므로 가치분의 인용 여부를 결정함에 있어서 두 요소를 비교·종합할 필요가 없다고 할 것이나, 피보전권리와 보전의 필요성에 관한 각각의 심리를 마친 경우에는 그 심리의 결과를 동시에 놓고 가치분의 인용 여부를 종합적으로 판단하여야 한다고 생각한다. 피보전권리와 보전의 필요성은 별개의 개념이 아니라 가치분발령 여부를 결정하기 위한 일련의 요건에 있어서 양극단에 있을 뿐이기 때문이다. 따라서 피보전권리의 존재가 명백하게 증명되면 보전의 필요성에 대한 증명의 정도는 다소 낮더라도 가치분이 인용되는 경우가 있을 수 있고, 그 반대로 피보전권리의 존재에 관한 소명 정도가 낮더라도 보전의 필요성이 극단적으로 높으면 가치분이 인용될 수 있다는 결론에 이른다.

판례는 ‘임시의 지위를 정하는 가치분을 필요로 하는지의 여부는 당해가치분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송에 있어서의 장래의 승패의 예상, 기타의 제반 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 할 것’이라고 판시하고 있는데,²¹⁾ 여기서 말하는 ‘본안소송에 있어서의 장래의 승패의 예상’이 본안소송에서의 승소가능성을 말한다고 할 수 있다.

21) 대법원 1997. 10. 14. 자 97마1473 결정.

다. 심리 단계에서의 특징

임시의 지위를 정하기 위한 가처분사건에서 심리의 요체는 신속성과 재판의 적정성을 모두 만족시켜야 한다는 점에 있다. 직무집행정지가처분은 분쟁의 성격이 복잡하고 가처분이 발령되었을 때 채무자에게 미치는 영향이 매우 크며 당사자들 사이에서 분쟁이 지속되다가 신청된다는 점에서 변론이나 심문을 거치면 가처분의 목적을 달성할 수 없게 되는 경우가 거의 없으므로, 채권자가 제출한 서면과 소명자료만으로 심리하는 경우 채무자의 이익을 침해할 여지가 있다.²²⁾ 한편, 가처분 기각결정에 대하여는 항고에 의하여 불복할 수 있지만, 인용결정에 대하여는 채무자가 민사집행법 제283조, 제301조에 의하여 보전처분을 발한 법원에 이의를 신청할 수 있을 뿐이고, 인용결정이 항고법원에 의하여 행하여진 경우라 하더라도 민사소송법 제442조에 의한 재항고나 같은 법 제444조의 즉시항고로 다룰 수 없다.²³⁾ 이는 가처분결정이 소명에 의한 신속한 판단이므로, 당해 가처분결정을 발령한 법원이 부당한 인용결정을 신속하게 정정하도록 하는 것이 채무자의 권리구제에 용이하다는 점을 전제로 한 것이다. 그러나 심문절차를 거쳐 발령된 가처분 결정의 경우 다시 같은 법원에서 이의사건을 처리하도록 해야 할 필요성이 있는지 의문이다. 입법론으로는 채무자의 신속한 권리구제를 위해서 이의절차를 거칠 것인지에 관하여 채무자에게 선택권을 부여하는 방안을 검토해야 한다고 본다.²⁴⁾

22) 김홍엽, 민사집행법(제5판), 박영사, 2018, 478면.

23) 대법원 1999. 4. 20.자 99마865 결정 ; 대법원 2005. 9. 15.자 2005마726 결정 ; 대법원 2008. 12. 22.자 2008마1752 결정.

24) 만족적 형성을 내용으로 하는 직무집행정지가처분에서는 문제되지 아니하나, 업무방해금지가처분에 해당하는 직무집행정지가처분에서는 채무자에게 부작위를 명하는 가처분결정을 발령하면서, 의무위반에 대하여 간접강제명령을 함께

무엇보다도 직무집행정지가처분을 비롯한 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 심리절차 가운데 본안소송과 가장 큰 차이를 보이는 부분은 피보전권리 및 보전의 필요성에 관한 사실인정²⁵⁾의 수준이 증명이 아닌 소명에 의하게 된다는 점이다.²⁶⁾ 소명이란 소송당사자가 주장사실에 대하여 즉시성 있는 증거방법을 통해 그 사실이 일응 확실하리라는 추측을 할 수 있도록 할 정도로 증명하는 것을 말한다.²⁷⁾ 소명이 증명보다 더 낮은 수준의 증명을 요하는 것인지에 관한 명백한 규정은 없으나, 민사집행법은 가처분이 잠정적으로 권리의무의 존부를 인정하는 것이어서 증명보다는 낮은 정도의 증명으로 족하지만, 즉시성 있는 증거방법에 의해야 한다는 취지로 규정한 것으로 해석되고 있고,²⁸⁾ 실무상 채권자는 이러한 증거방법의 제한으로 인하여 자신의 주장을 밝히는 데 상당한 어려움을 겪기도 한다.

다만, 대법원은 출입금지가처분과 같은 만족적 가처분에 대하여

발령하는 예도 있다. 그런데 이 때 간접강제명령은 가처분결정의 집행방법에 관한 것일 뿐 가처분결정 자체에 해당하지는 아니 하므로, 그 불복방법은 이의신청이 아니라 민사집행법 제261조 제2항에서 정하는 즉시항고임을 유의해야 한다. 한편, 가처분이의제도에 관한 상세한 논의는 김연하, “보전처분에 관한 이의절차의 문제점,” 「재판실무연구」(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 181면 참조.

- 25) 피보전권리와 보전의 필요성에 관한 심리의 선후 등이 문제될 수 있으나, 성질상 피보전권리의 존부를 먼저 심리하되, 보전의 필요성이 없음이 명백한 경우 소송경제에 비추어 피보전권리를 심리에 나아가지 아니 하더라도 무방한 것으로 보는 것이 이론상으로 타당하고(이동명, 전제논문, 54면.), 실무도 이와 같다고 보인다.
- 26) 민사집행법 제279조 제2항, 제301조. 보전소송에서의 소명에 관한 구체적인 논의는 서승렬, “보전소송에 있어서의 소명,” 「재판실무연구」(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 138면.
- 27) 호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사, 2020, 494면.
- 28) 주석 신민사소송법V, 김상원·박우동·이시윤·이계성, 한국사법행정학회, 2004, 190면.

보전의 필요성에 관하여 고도의 소명을 요구한 바 있고,²⁹⁾ 보전의 필요성은 물론 피보전권리에 관하여도 고도의 소명이 필요하다는 견해가 제기되어 왔다.³⁰⁾ 실무에서도 보전처분의 종류, 내용, 채무자가 입을 가능성이 있는 손해의 정도 등에 따라 증명에 가까운 고도의 소명을 요구하는 경우가 많은데, 대표적인 예시가 직무집행정지가처분이다. 주식회사의 주주가 주주총회결의 취소의 소를 제기하기 전에 동일한 사유로 그 주주총회의 결의로서 대표이사에 선임된 자를 상대로 대표이사직무집행 정지가처분을 행사한 사례를 들 수 있다. 직무집행정지가처분은 만족적 가처분 가운데에서도 만족적 형성을 내용으로 하는 가처분이므로, 피보전권리 및 보전의 필요성 모두에 대하여 고도의 소명이 필요하다고 보는 것이 타당하다.

3. 임시의 지위를 정하는 가처분 결정을 위반한 행위의 효력 및 가처분 결정 위반시 제재수단

가. 임시의 지위를 정하는 가처분 결정에 위반한 행위의 효력

임시의 지위를 정하기 위한 가처분 결정을 위반한 효력은 일률적으로 판단하기 어렵다고 한다.³¹⁾ 그 중 직무집행정지 및 직무대행

29) 대법원 2001. 12. 28.자 2001마6250 결정.

30) 강용현, “만족적 가처분,” 보전소송에 관한 제 문제(하), 『재판자료』 제46집, 법원행정처, 1989, 106면.

31) 이인수, “직무집행정지가처분의 효력,” 『민사판례연구』 37권, 민사판례연구회, 박영사, 2015.2, 1013-1014면에서는 관련 판례를 소개하고 있다 ; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다3920 판결은 의결권행사금지가처분 신청사건에서 의결권행사금지를 내용으로 하는 강제조정결정이 확정되었는데 가처분채무자가 이를 위반하여 의결권을 행사함으로써 이루어진 주주총회 결의부존재 확인을 구하는 사건에서 ‘가처분의 본안소송에서 가처분의 피보전권리가 없음이 확정됨으로써 그 가처분이 실질적으로 무효임이 밝혀진 이상 이 사건 주식에 의한 의결권 행사는 결국 가처분의 피보전권리를 침해한 것이 아니어서 유효’라고 판시한

자선임가처분 결정에 관한 판례를 본다. 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008다4537 판결은 “법원의 직무집행정지 가처분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 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”라고 판시하였다. 결국 직무집행이 정지된 대표자가 한 행위는 절대적 무효가 되고 직무대행자가 권한범위 내에서 한 행위가 유효하다는 결론에 이른다. 이 판례는 직무집행정지가처분 결정이 형성적 대세적 효력을 가지는 점을 고려해 보았을 때 법적안정성과 거래안전을 위한 법리해석으로서 타당하다고 생각한다.³²⁾ 그러나 절대적 무효라고 하더라도 이를 위반한 자에 대한 제재수단이 실효적인지에 대한 검토를 할 필요가 있다.

나. 임시의 지위를 정하는 가처분 결정에 대한 위반시 제재수단

현행법상 임시의 지위를 정하는 가처분명령을 위반하는 자에 대한 제재방법은 민사집행법 제261조에 정한 간접강제밖에 없다.³³⁾ 임시의 지위를 정하는 가처분은 채무자가 이를 위반할 경우 채권자

바 있다. 반면 2010 4. 29. 선고 2008다65860 판결에서 신주발행금지가처분결정이 내려졌음에도 이에 위반하여 발행된 신주에 대하여 신주발행무효의 소가 제기된 사안에서, 원고가 가처분명령을 위반한 신주발행이므로 무효라고 주장하였음에도 판례는 이에 관한 직접적인 판단은 하지 아니하고 다른 이유를 들어 신주발행을 무효라고 판단하였다.

32) 동일 이인수, 전제논문, 1017면.

33) 가처분위반의 경우 형법 제140조 소정의 공무상표시무효죄가 성립하나, 수사기관의 조력이 필요하다는 점에서 문제가 있고, 실제로 보전처분 중에서도 임시지위가처분을 위반하였다는 사유로 기소되는 경우는 극히 드물다. 대체집행이 가능한 몇몇의 경우도 있겠으나 이 글의 범위 밖이므로 논외로 한다.

에게 현저하고 급박한 손해가 있을 것을 전제로 하여 발령되는데 그 위반에 대하여 별다른 즉각적인 제재 방법이 없어서 불합리하다. 다만, 실질적인 제재조치로서 법원은 가처분위반의 결과물의 제거를 구하는 임시의 지위를 정하는 가처분신청에 관하여는 대개 별다른 심리 없이 이를 받아들이고 있다. 예컨대, 공사금지가처분에 정면으로 위반하여 공사를 속행한 경우 채권자가 철거단행가처분을 구하면 인용하고 있고, 주주총회개최금지가처분에 위반한 주주총회에서 선임된 이사에 대한 직무집행정지가처분은 바로 인용하여 직무대행자를 선임하고 있다.

가처분이의절차에서 가처분결정이 취소되었으나 그 이전에 이미 채무자의 가처분위반행위가 있었던 경우 가처분결정의 집행방법으로 발령된 간접강제결정의 운명에 관하여 다음과 같이 견해가 대립한다. 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 견해,³⁴⁾ 집행법원으로서의 간접강제결정 취소신청을 기각하여야 하고 채무자 측에서 간접강제결정에 대하여 청구이의의 소를 제기하여 그 절차에서 채무자가 의무위반행위를 하였는지 심리하도록 함이 상당하다는 견해,³⁵⁾ 이의절차에서 가처분결정이 취소되면 그 집행방법으로 이루어진 간접강제결정은 그 집행권원으로서의 효력이 당연히 상실될 수밖에 없다고 할 것이므로 집행법원은 일응 가처분취소결정

34) 서울고등법원 2003. 7. 4. 선고 2003나11921 판결.

35) 김승표, “가처분에 있어서의 보전의 필요성과 간접강제”, 『대법원판례해설』 제 47호, 법원도서관, 2004, 373면.

이 제출되면 간접강제결정 전부를 취소하여 한다는 견해³⁶⁾ 등이 존재한다.

집행법원이 가처분취소결정의 이유를 심사하는 것은 불가능하고, 가처분결정이 효력을 상실하였는데 그 집행방법에 불과한 간접강제결정의 효력을 그대로 유지시킨다는 것도 모순이므로 부득이 마지막 견해를 취할 수밖에 없다고 할 것이다. 가처분결정취소결정정본의 제출에 따른 간접강제결정 취소결정에 대하여 불복이 있는 당사자는 집행에 관한 이익으로 다룰 수 있다고 함이 대법원의 입장이다.³⁷⁾

위 결정만으로 간접강제결정의 유지 여부에 관하여 대법원이 어떤 입장에 서 있는 것인지 쉽게 단정할 수는 없으나 간접강제결정 취소결정 자체가 잘못되었다는 아무런 언급이 없는 점을 보면, 간접강제결정을 전부 취소하여야 한다는 견해를 취하고 있는 것이 아닌가 한다. 이를 기초로 하면 채무자는 가처분위반행위를 하고도 간접강제결정의 집행을 면탈할 수 있게 될 것이나, 가처분위반행위에 대한 보다 강력한 제재방법을 두지 않고 간접강제에만 의존하도록 하는 현행 법체계가 문제라고 생각한다.

4. 소결론

위에서는 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 대한 특성을 간략히 살펴보았다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 피보전권리와 보전의 필요성을 중요한 개념표지로 설정하고 있는데 비교적 광범위한 개념이므로 해석론의 축적이 필요하다고 생각한다. 또한 임시의 지위를 정하는 가처분에서 피보전권리와 보전의 필요성이 비록 소명

36) 견해의 대립에 관하여는 김승표, 전개논문, 371-372면.

37) 대법원 2000. 3. 17. 자 99마3754 결정.

에 의하여 사실인정이 된다고 하나 일반적인 가처분과 같이 본안판결 이후의 강제집행을 염두에 둔 제도가 아니라는 점에서 독자성을 인정할 필요가 있다.

임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 ① 각각의 형태에 따라 심리방법과 판단방법이 다양하다는 점 ② 가처분의 내용이 피보전권리의 형태에 따라 본안판결과 다른 내용으로 이루어지는 경우가 많다는 점 ③ 법원이 신청목적에 이루는데 필요한 처분을 직권으로 정할 수 있다는 점(민사집행법 제305조 제1항) ④ 가처분의 재판은 원칙적으로 변론기일 또는 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열어야 한다는 점 등의 특성을 가지고 있고 이는 소송에 보다 가깝다. 이러한 특성 중 형태에 따라 가압류와 다툼의 대상에 관한 가처분과 달리 심리와 판단에 있어서 본안판결과 다른 내용의 가처분이 이루어질 수 있고 법원이 직권으로 신청목적에 필요한 처분을 할 수 있다는 점 등에 비추어 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에는 비송사건적 요소가 많다는 점을 무시할 수 없다. 그러나 가처분의 재판은 원칙적으로 변론기일 또는 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열도록 한 점을 보면 가압류와 다툼의 대상에 관한 가처분의 경우 보다 심판에 있어서 대심구조를 강화하고 있다. 따라서 가처분의 내용이라는 면에서 보면 비송사건적 요소를 가진 사건들이 많이 있다고 할 것이나 심리와 판단의 면에서는 소송사건이라고 할 것이다. 특히 임시의 지위를 정하기 위한 가처분도 민사집행법 제301조에 따라 가압류절차가 준용된다는 점을 본다면 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 법적 성질을 비송사건적 요소를 가지고 있는 소송사건으로 보는 것이 타당할 것이다.³⁸⁾

38) 소송사건으로 보는 견해는 이시윤, 전게서(신민사집행법), 649면. 비송사건으로 보는 견해는 김홍엽, 전게서, 476면. 특별히 구별의 실익이 없다는 견해는 이동

이렇듯 임시의 지위를 정하는 가처분은 비록 외형상은 보전처분의 성격을 가지고 있으나 실질은 소송사건적 특성을 가지고 있기 때문에 보전처분의 목적 중 하나인 신속성만을 강조하기는 어렵다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 소송절차 이후의 강제집행과는 관계가 적으며 임시의 지위를 정하는 가처분 절차의 결과가 분쟁의 해결에 곧바로 영향을 주기 때문이다. 그렇다고 신속성이라는 요청이 무시될 수도 없다. 아무리 임시의 지위를 정하는 가처분이 소송사건적 성향을 가진다고 해도 적시에 판단이 내려지지 않으면 지연된 정의가 될 수 있기 때문이다. 따라서 임시의 지위를 정하는 가처분이 신속하게 판단될 수 있도록 해석론과 입법론을 정비할 필요가 있다.

Ⅳ. 외국법과의 비교 및 대안의 제시

1. 독일법의 계수

우리나라의 보전처분제도는 독일민사소송법(ZPO)을 일본을 거쳐 계수한 것이지만, 같은 대륙법계라도 입법례는 나라마다 달라 보전처분에 관한 규율을 우리 구 민사소송법이나 독일과 같이 민사소송법의 강제집행편에 포함시킨 유형, 오스트리아와 같이 민사소송법에서 분리하여 민사집행법에 규정한 유형, 일본과 같이 민사집행법에서조차 분리하여 민사보전법으로 단행법화한 유형이 있다. 어떤 체제가 좋은 것인가는 일률적으로 말하기 어려우나 일본과 같이 민사보전법을 따로 제정하는 것이 옳다는 견해가 있다.³⁹⁾ 그런

명, 전계논문, 43면.

39) 김연, “민사보전절차의 법체계적 지위”, 「민사소송」 제7권 제2호, 한국사법행정

데 임시의 지위를 정하는 가처분은 다툼의 대상에 관한 가처분과 그 연원을 달리한다. 다툼의 대상에 관한 가처분은 독일 민사소송법상의 가압류로부터 분화한 것인데 대하여 임시의 지위를 정하는 가처분은 이와 계열을 달리하여 점유약식 소송 또는 독일보통법의 최간략소송과 무조건명령소송(Unbedingter Mandatsprozess)이 결합하여 프랑스의 *référé*의 영향 아래에서 발달한 것이라고 한다.⁴⁰⁾

2. 미국법상의 가처분제도 연구 필요성

가. 예비적 유지명령(Preliminary Injunction)

미국법은 대륙법인 독일법을 계수한 우리와 체계가 달라 엄밀히 말하면 임시의 지위를 정하는 가처분에 해당한다고 할 것이 없으나, 실제로 그와 같은 기능을 하는 제도는 예비적 유지명령(Preliminary Injunction)이라고 할 수 있다. 유지명령(Injunction)은 간단히 말해 ‘어떤 행위를 하거나 하지 말 것을 명하는 법원의 명령’으로, 단계적으로 그 존속기간에 의하여 잠정적 제한명령(Temporary Restraining Order), 예비적 유지명령(Preliminary Injunction), 종국적 유지명령(Permanent Injunction)으로 구분되고, 그 집행은 범정모독절차(Contempt of Court)에 의한다.

예비적 유지명령은 본안에 대한 종국결정이 되기 전까지 유지명령으로 당사자의 회복할 수 없는 손해를 방지하고 본안에 대한 의미 있는 종국판결을 내릴 법원의 권한을 보전하기 위한 것이다.⁴¹⁾

학회, 2003, 462면 이하. ; 김연, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 법체계적 지위”, 법조 제67권 3호, 법조협회, 2018. 여기서는 손해배상, 가처분의 저촉 등을 비롯한 가처분의 유형화도 필요하다고 한다.

40) 이동명, 전제논문, 43면.

41) 제도에 관한 보다 자세한 소개는 최광선, “미국연방민사소송규칙상 잠정적 제한

예비적 유지명령에 대하여는 긴급성, 필요성이 요구되며 연방대법원은 이에 더하여 회복할 수 없는 손해의 발생가능성, 본안에서 승소할 수 있는 실질적 가능성, 손해의 비교형량, 공익에 부정적인 영향을 미치지 않을 것을 요건으로 추가하였다.⁴²⁾

나. 잠정적 제한명령(Temporary Restraining Order)

잠정적 제한명령⁴³⁾은 예비적 유지명령을 위한 심문기일까지 피신청인⁴⁴⁾의 행동을 제한하여 현 상태를 유지하기 위한 임시적 명령으로 그 효력의 존속기간은 원칙적으로 14일 이내이며 연장되면 28일까지 가능하다(FRCP 65(b)). 잠정적 제한명령의 신청인은 상대방 또는 그 대리인에게 언제, 어느 법원에 잠정적 제한명령을 신청했는지, 잠정적 제한명령을 구하는 의도, 심문기일과 시간, 신청취지를 통지해야 한다. 다만, 그 통지의 방법은 전화 등의 간략한 방법을 통지하더라도 상관없다. 피신청인에게 위와 같은 통지를 하기 위해서 노력했다는 것을 증명하는 것은 신청인의 의무이다. 따라서 위와 같은 통지가 없는 경우에 잠정적 제한명령은 피신청인의 소재지를 알 수 없어서 통지가 불가능했다거나 피신청인이 통지를 받고 증거를 인멸하거나 법원의 명령을 위반했던 전력이 있어서 잠정적 제한명령 신청 사실을 통지할 경우에 소송을 무익하게 할 우려가 있는 경우에만 발령된다. 다른 요건을 모두 갖추었더라도 상대방에게 통지하기 위해서 적절한 노력을 하지 않았고 통지 없이 발령하

명령 제도의 도입에 관한 제언”, 「법학논총」 제37권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2017.11, 129면.

42) 최광선, 전제논문, 129면.

43) 임시제한명령을 쓰는 견해는 다음의 논문을 참조. 장지화, “미국의 임시제한명령(Temporary Restraining Order) 제도와 韓·中양국에서의 도입에 대한 고찰”, 「인권과 정의」 제482호, 대한변호사협회, 2019.

44) 이는 우리나라 보전처분에서 채무자에 해당한다.

는 것을 정당화할 사유가 없다는 이유만으로 기각되는 것이다.⁴⁵⁾ 잠정적 제한명령의 요건은 예비적 유지명령과 비슷한데, 회복할 수 없는 손해의 발생가능성, 본안에서 승소할 수 있는 실질적 가능성, 손해의 비교형량, 공익에 부정적인 영향을 미치지 않을 것, 긴급성 등을 요건으로 한다.⁴⁶⁾

잠정적 제한명령은 표시된 기간의 경과로 자동적으로 효력을 상실한다. 그 기간은 발령일로부터 10일을 넘을 수 없으나, 상당한 사유⁴⁷⁾가 있을 경우에는 최초의 기간과 같은 기간만큼 연장될 수 있고, 쌍방의 동의에 의해서 연장될 수 있다(FRCP(미국연방민사소송 규칙) 65(b)). 만일 법원이 피신청인의 동의도 없이 잠정적 제한명령을 20일이 넘는 기간 동안 유지하였다면 이는 잠정적 제한명령이 아닌 예비적 유지명령으로 취급되어 피신청인은 이에 대하여 항소할 수 있다(28 U.S.Code(미국법전) §1292(a)(1)). 다만, 효력이 없더라도 다른 법원의 명령이 있거나 항소심의 판단이 있을 때까지는 잠정적 제한명령의 내용을 준수하여야 하고 이를 위반하면 법정모독죄 등의 제재가 가해질 수 있다.

통지가 된 경우의 잠정적 제한명령의 존속기간에 관하여 법이 규정하고 있는 것은 없으나, 법원은 일반적으로 통지가 없는 경우와 동일한 시간적 제한이 있는 것으로 본다. 잠정적 제한명령의 주문이 모호하다거나 지나치게 광범위하다거나 부적절하다는 이유로

45) 법무부, 전계보고서, 176면 이하.

46) 최광선, 전계논문, 128면.

47) Richard L. Hasen, 「Remedies」 3rd, Wolters Kluwer, 2012, pp219-220. 연장을 위한 상당한 사유가 있다고 인정되는 경우는 당초 잠정적 제한명령을 발령한 이유가 그대로 존속해야 함은 물론이고, 예비적 유지명령의 심문을 준비하기 위해서 시간이 필요하고, 법원의 재판일정상 빠른 심문기일의 지정이 불가능하고, Discovery절차 등이 10일 이내에 불가능함이 인정되는 등의 경우이다.

변경을 구하거나 취소를 구하는 것도 가능하긴 하나, 일반적으로 예비적 유지명령의 심문기일이 잠정적 제한명령의 발령으로부터 10-20일 이내에 지정되기 때문에 별다른 의미는 없다고 한다.

3. 해석론적 대안의 제시

가. 민사집행법 제304조의 해석론

제304조(임시의 지위를 정하기 위한 가처분) 제300조 제2항의 규정에 의한 가처분의 재판은 변론기일 또는 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열어야 한다. 다만, 그 기일을 열어 심리하면 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

임시의 지위를 정하기 위한 가처분을 위하여 원칙적으로 변론기일 또는 심문기일을 열어야 한다.⁴⁸⁾ 다만 단서 규정으로 예외를 두었다. 기일을 열었을 경우 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있다면 기일을 열지 않고 가처분 결정을 내릴 수 있게 한 것이다. 이때 민사집행법 제304조 단서규정만으로 미국식 잠정적 제한명령을 도입해 볼 수 있을 것인가 의문이다.

일단 제304조 단서는 별도의 심문이 없이 절차가 진행될 수 있다는 점에서 미국식 잠정적 제한명령을 수입하는 수단으로 사용 가능하다. 그러나 미국식 잠정적 제한명령 제도는 효력유지 기간이 명문으로 제한되어 있음에 비하여 제304조 단서는 법원이 재량으로

48) 편집대표 민일영, 주석 민사집행법(VII)(제4판), 한국사법행정학회, 2018, 747면(조용현 집필). 이 조항은 법원이 변론기일이든 심문기일이든 아니면 기일은 없이 하든 자유롭게 재판할 수 있도록 하는 근거를 마련한 것으로 보인다. 실무상으로는 심문기일을 열어 해결하는 경우가 많다고 한다.

정해야 한다는 점에서 차이가 있다. 또한 제304조 단서를 통해서 가처분 또는 미국식 잠정적 제한명령이 발령된다고 하더라도 피보전권리 및 보전의 필요성이 검토되는 것은 차이가 없을 것이지만 신속한 재판을 위하여 고도의 소명의 수준을 실무상 어떻게 운용할지의 문제가 남는다.

미국식 잠정적 제한명령을 현행법상 우리나라의 법체계에 도입할 수 있도록 하는 통로는 민사집행법 제304조 단서라고 볼 수 있다. 그럼에도 민사집행법 제304조 단서는 잠정적 제한명령이 발령되었음에도 상대방이 이를 위반할 경우 특별한 제재수단을 전제로 하고 있지 않다는 문제가 있다. 잠정적 제한명령은 당사자 쌍방의 진술을 토대로 내려지는 것이 아니라 일방의 진술만 가지고 내려지는 경우가 많다. 따라서 미국의 경우에는 선서진술서(affidavit) 등을 통하여 진실성을 담보하고 거짓이 있을 경우 법정모독죄로 의율한다. 반면 우리나라는 아직 그러한 제도적 토대가 마련되지 않은 것이다. 따라서 잠정적 제한명령을 실질로 하는 가처분이 발령되었을 때 이를 준수하지 않은 상대방에 대한 제재수단이 입법론으로 반드시 도입되어야 한다. 미국식 법정모독죄가 당장 도입되기 어렵다면 우선적으로 현행법에 존재하는 과태료나 감치의 도입이 우선적으로 검토될 수 있다. 아울러 간접강제 제도가 보다 폭넓게 기능하고 강력한 효과를 가지도록 제도를 손질할 필요가 있다.

나. 민사집행법 제312조의 해석론

긴급가처분제도와 관련된 민사집행법 제312조의 활용가능성을 검토해 본다.⁴⁹⁾ 민사집행법 제312조(재판장의 권한)는 “급박한 경우

49) 법원행정처, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분제도의 발전방향에 관한 연구”, 서울대학교 산학협력단, 2017, 이 용역보고서에는 다양한 제도개선을 위한 제안

에 재판장은 이 편의 신청에 대한 재판을 할 수 있다.”라고 규정한다.⁵⁰⁾ 이 조항은 잠정적 제한명령과 같은 가치분에 앞선 사전적인 구제절차를 구상한 것이 아니라 해당 사안이 급박한 경우를 의미한 것으로 봄이 일반적이다.⁵¹⁾ 따라서 출판물이나 방송, 인터넷에 의한 명예의 침해가 예상되는 경우 침해의 우려가 급박하게 발생할 수 있어 이를 대비하기 위한 조항으로 볼 수 있는 것이다. 이러한 피해는 한번 입으면 돌릴 수 없는 경우가 많아 긴급성이 인정될 필요성이 높다. 따라서 민사집행법 제304조와 제312조를 해석한다면 임시의 지위를 정하는 가치분의 종국결정을 내리기 전에도 급박한 사정이 인정되는 사안이 있다면 재판장은 기일을 열지 않고서 당사자 일방의 진술에 의하여 중간적인 결정을 내릴 수 있다고 보인다. 민사집행법은 미국식 잠정적 제한명령과 유사한 잠정적 결정을 내릴 수 있는 근거를 이미 상정하고 있다.

4. 입법론적 대안의 제시

가. 서설

임시의 지위를 정하는 가치분은 결정으로 이행되는 재판의 형식을 가지지만 실질은 당사자 사이에 공격방어방법으로 진행됨이 일

이 있다. 그 중 임시의 지위를 정하는 가치분에서 신속한 재판실현을 위한 부분을 추려서 소개한다. 이 용역보고서는 임시의 지위를 정하는 가치분의 개선방향을 크게 심리, 재판, 불복방법으로 나누고 그 안에서 세부적인 쟁점을 다루고 있다. 이 중 심리 부분에서는 긴급가치분제도의 도입, 재판 부분에서는 잠정적 제한명령제도(혹은 임시제지명령제도)의 도입, 간접강제 제도의 개선이 신속한 재판을 위한 부분과 매우 밀접한 관련이 있다고 보인다.

50) 편집대표 민일영, 전게서, 849면(조용현 집필). 보전소송의 관할권은 보전법원이 가지는 것이 원칙인데 제312조를 통하여 급박한 경우 합의부를 대표하는 재판장에게 보전명령을 발령할 권한을 인정한 것으로 본다.

51) 법원행정처, 전계용역보고서, 103면.

반이므로 판결에 준하는 역할을 하는 경우가 대부분이다. 따라서 신중한 결론이 도출될 수 있도록 적정의 기능이 강조되어야 한다. 반면 임시의 지위를 정하는 가처분은 신속성을 요하는 보전처분의 일종이므로 아무리 판결과 유사한 측면이 있다고 하더라도 보전처분의 기본적 성격인 신속성을 충족시켜야 한다. 이 모순되는 요청을 어떻게 충족시켜야 할 것인가? 우선 민사집행법 제304조의 해석부터 시작하여야 한다. 이 조항은 특별한 사정이 없는 한 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 변론기일 또는 심문기일을 열어야 한다고 규정한다. 이는 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 신중한 결론을 위하여 필요한 절차라고 보인다. 따라서 신중한 결론을 내리기 위하여 어느 정도 기간이 소요되는 점을 반드시 부당하다고 할 수는 없다.

그렇다면 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 관한 심리가 진행되는 도중 긴급한 결정이 필요한 경우에는 어떻게 할 것인가? 이 경우에는 입법으로 잠정조치를 취할 수 있도록 구제수단을 마련해 주는 것이 옳다. 현재의 상황으로는 법원은 민사집행법 제304조와 제312조를 이용할 수 있지만 이로 인하여 내려진 잠정적인 결정을 당사자가 준수하지 않을 경우 실질적인 제재수단이 없다는 점이 문제이다. 간접강제 제도를 통하여 가처분 결정에 대한 위반을 구제하는 방법이 있지만 가처분 결정이 내려지지 않은 도중에 간접강제를 활용하기는 쉽지 않다. 간접강제는 보전처분 결정의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서 직접강제를 할 수 없는 경우 사용되는 절차이기 때문이다. 따라서 단체의 대표에 대한 직무집행정지 가처분을 하는 중 대표자가 단체에 손해를 끼칠 우려가 매우 높은 경우 위에서 언급한 잠정적 제한명령의 도입을 검토할 여지가 있다. 잠정적 제한명령 제도가 도입되면 잠정적 제한명령의 위반에 대한 대응수

단으로서 간접강제가 기능할 수 있다.

나. 법정모독죄 내지 이에 상응하는 제재 절차의 도입

위에서 본 바와 같은 우리 사정과 달리 미국에는 예비적 유지명령의 위반에 대한 효과적인 강제집행방법으로서 법정모독(Contempt of Court) [18 U.S.Code(미국법전) §401-402] 절차가 있다. 법정모독죄는 법원의 명령을 위반하는 경우 법원이 구금 등 독자적인 형사적 제재를 내리는 것을 의미한다. 이 절차의 존재는 비단 가처분뿐만 아니라 재판의 권위를 높이고 나아가서는 법질서를 확립하는 데에도 큰 기여를 하고 있다고 한다. 재판에 관하여 비판, 나아가 법관의 면전이 아닌 곳에서 비난을 할 수는 있되, 그것을 지키지 않을 수는 없다는 것이다. 만일 법정모독으로 처벌하는 권한이 없다면 사법권은 하나의 공허한 환상에 불과하다고 보는 견해도 있다.⁵²⁾

형사적 법정모독죄(Criminal Contempt of Court)에 관한 절차는 독립적인 것이므로 형사적 법정모독은 위반행위 당시 그 예비적 유지명령이 일견 유효한 상태에 있었던 이상 그 후에 그에 관한 본안 소송이 기각되거나 취하되어도 처벌됨에는 변함이 없다. 우리나라의 간접강제가 민사집행절차의 일부로서 규정되어 있기 때문에 앞서와 같은 문제가 생기는 것과 매우 대조적이다. 임시의 지위를 정

52) 권오근, “헤이그통신(12) 법원모욕죄”, 법률신문 2007. 12. 24. ‘사법 운영에 방해가 되는 행위를 법원모욕죄로 처벌하는 권한은 재판소가 그에 부여된 국제형사재판권의 행사를 방해받지 아니하고 그 기본적인 사법기능을 다할 수 있기 위하여 본래부터 가지고 있는 당연한 권한(inherent power)이므로 법규상 명문의 규정이 없고, 단지 그 위임에 의하여 재판소의 재판관들이 제정한 소송규칙에서 비로소 규정하고 있을 뿐임에도 불구하고 법원모욕죄를 처벌할 수 있다.’라는 ICTY 상소심판결을 소개하면서 우리나라에도 법원모욕죄를 전반적으로 도입할 필요성이 있음을 주장하고 있다. 여기서의 법원모욕죄는 본문의 법정모독죄에 해당한다.

하는 가처분의 발령에 의하여 일단 분쟁의 현상은 유지되어야 하는데, 가처분발령에도 불구하고 현상변경이 계속되어 본안소송을 의미 없게 만드는 것을 그대로 방치함은 법질서 스스로 자해하는 것이나 다름없다. 민사집행법 제68조는 채무자가 정당한 사유 없이 재산명시기일에 불출석하거나 재산목록 제출을 거부하는 등의 경우에 채무자를 20일 이내의 감치에 처하도록 하는 규정을 이미 두고 있다. 그럼에도 불구하고 법원의 결정에 직접적으로 도전하는 행위로서 상대적으로 위법성이 더 높은 임시 지위가처분 위반행위에 대하여 아무런 제재조치도 두고 있지 아니함은 의문이다. 나아가 허위진술에 대비하여 담보를 제공하는 것은 지금도 가능하지만 잠정적 제한명령이 도입된다면 이에 대한 특칙을 마련하여 담보를 제공하도록 할 필요가 있다.

다. 잠정적 제한명령(Temporary Restraining Order)의 도입

현재 임시의 지위를 정하는 가처분의 심문 및 발령까지 소요되는 시간을 고려하면, 임시의 지위를 정하는 가처분이 정말 급박한 경우에는 제대로 대응치 못하는 문제가 있다. 앞서 임시의 지위를 정하는 가처분의 목적이 현상의 유지라고 하였는데, 잠정적 제한명령 제도를 도입하지 아니하고는 현상을 동결하여 가처분 신청 당시의 부쟁(不爭) 상태, 즉 다툼이 없었던 상태를 확보할 수 없다. 물론 민사집행법 제304조에 의하여 심문기일을 열지 아니하고 가처분을 발령할 수는 있겠으나,⁵³⁾ 신청인의 서면 주장만에 의하여 가처분이의 절차에서 이의하는 것을 제외하고는 불복이 불가능한 가처분을 발령하는 것에 부담이 있다. 뿐만 아니라, 심문 없이는 가처분의 발령

53) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 ; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결 등.

과 함께 간접강제결정을 발령하지 못한다는 견해를 따른다면 그 실효성 내지 집행가능성에도 문제가 생길 수 있으므로 임의의 이행을 기대하는 선언적인 의미의 재판에 그칠 우려가 있다. 따라서 임시의 지위를 정하는 가처분을 발령하기까지 제한적으로 효력을 가지는 잠정적 제한명령 제도의 도입을 적극 고려할 필요가 있다.

라. 구체적으로 도입을 할 수 있는 사례

미국식 잠정적 제한명령의 도입에 관하여 종전에 법무부에서 연구한 바 있으나 민사소송 및 민사집행 분야에 도입하기 위해서는 충분한 검토가 더 필요하다는 데 의견을 모은 바 있다.⁵⁴⁾ 그 이후 민사분야 특히 임시의 지위를 정하는 가처분은 쌍방 대심구조를 취하고 있으므로 일방만의 진술로 법적 효과가 발생하는 미국식 잠정적 제한명령은 곧바로 도입하기 어렵다고 하면서 행정소송의 집행정지에서는 가능하다는 견해가 제시된 바 있다.⁵⁵⁾ 행정소송법상 집행정지 신청의 경우 그중 직무정지와 같은 영역은 긴급하게 발령될 경우 회복할 수 없는 손해가 발생할 수 있는 점을 감안할 때 적어도 법원이 심문기일까지 잠정적으로 집행정지 신청을 인용하여 당사자들이 심문기일을 준비할 수 있도록 하는 유형의 집행정지신청이 실무상 인정되고 있다고 한다. 행정소송은 처분결과가 드러나 있고 행정절차법 등에 의하여 청문의 기회가 보장되는 등 어느 정도 실체관계가 드러나 있기 때문에 법원이 이미 제출된 기록만 가지고도 잠정적 제한명령을 내리는 것이 가능하다는 취지이다.⁵⁶⁾

“Ⅱ. 4. 민사집행제도의 이상과의 관계”에서 살폈듯 전직금지처

54) 법무부 제도개선 TFT 회의록(미간행)

55) 최광선, 전계논문, 143-144면.

56) 최광선, 전계논문, 144면.

분과 직무집행정지가처분의 사례에서 잠정적 제한명령 제도의 실익이 있다. 물론 다른 임시의 지위를 정하는 가처분 사례도 얼마든지 그 사례를 찾을 수 있다. 우선 전직금지가처분 사례에서는 어떤 사원이 전직금지 약정을 위반하여 다른 회사로 이직을 하였는데 영업비밀침해의 우려가 매우 높아 아예 14일 정도 이직 자체를 금지시키는 방안을 잠정적 제한명령을 통하여 실현시켜 볼 수 있다. 잠정적 제한명령의 기간이 지나면 일단 이직 자체는 막을 수 없고 전직금지가처분의 심문기일은 진행될 것이다. 현행 전직금지가처분 제도는 애초에 전직 자체를 막지는 못하고 전직이 정당한지 여부만 판단해 준다는 한계가 있다. 미국의 *Prudential Ins. Co. of America v. Inlay*, United States District Court, N.D. Iowa, Western Division, July 28, 2010. 사건에서 보면 고객 명단을 가지고 이직하려는 자에 대하여 경업금지 명령, 업무상 비밀유지 위반을 이유로 잠정적 제한명령과 예비적 유지명령을 신청하였고 이를 인정한 사례가 있다.⁵⁷⁾ 이를 보면 전직금지 가처분에서도 잠정적 제한명령은 유용하게 사용될 수 있음을 알 수 있다. 예를 들어 전직금지가처분의 결과에 관계없이 단기간 동안 아예 직무수행을 하지 못하도록 하는 방법이 있다. 주주총회 결의와 관련한 이사의 직무집행정지 사건도 잠정적 제한명령을 사용할 수 있는 영역이다. 주주총회 결의 취소 또는 무효를 주장하면서 그 결의에서 선임된 이사 또는 대표이사의 직무집행을 정지해 달라는 가처분을 신청하는데 주주총회 결의와 이사 또는 대표이사 선임이 급박하게 다가와 있다면 잠정적 제한명령을 내려 해당 결의에 참여하지 못하게 하는 방안 등을 고려해 볼 수 있다.

57) 자세한 내용은 최광선, 전제논문, 130-132면.

미국식 제도를 입법론으로 도입해야만 이러한 문제를 해결할 수 있는가? 민사집행법 제304조와 제312조를 동시에 사용해 볼 수 있다는 점은 이미 밝혔다. 행정소송법상 집행정지에 대하여 하급심 법원이 탄력적인 운영을 통하여 잠정적 제한명령과 유사한 일부 집행정지를 허용했던 사례를 상기하면 일반 민사법원도 이러한 운영을 못 하리라는 법은 없다. 절차의 남용을 방지하기 위해서는 법원이 잠정적 제한명령 제도를 운영함에 있어 담보제공을 필수적 요건으로 정할 수도 있을 것이다. 감사절차 등으로 인해 어느 정도 진실성이 담보될 수 있는 행정처분과는 달리 민사소송에서 일방의 진술만으로 잠정적 제한명령을 인정했을 경우 나타날 수 있는 부작용은 입법을 통해서 보다 효과적으로 제거되어야 한다. 허위진술의 문제라든가 오판에 대한 불복의 문제라든가 등에 대한 대응은 법원의 실무만으로는 극복하기 어려운 측면이 있기 때문이다. 나아가 잠정적 제한명령의 실효성 확보를 위해서 결정정본이 피신청인(채무자)에게 송달되기 전이라도 즉시 집행력을 가지도록 하거나 잠정적 제한명령을 취소할 수 있는 절차 등을 명확히 할 필요가 있다.

V. 결론

현재 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은, 구체적 내용에 있어서 매우 미흡한 현재의 가처분절차에 관한 민사집행법령과 피보전 권리의 종류나 그 내용에 따른 각종 가처분의 요건에 관한 상세하고 확립된 판례나 이론의 뒷받침 없이 여전히 구체적 실체가 모호한 불확정 개념으로 널리 인식되어있는 ‘피보전권리’와 ‘보전의 필요성’이라는 요소에만 기대어 운용되고 있다. 이 두 가지 요소를 보

다 명확히 하려는 입법 추진과 실무례의 축적이 중요하다고 생각한다. 나아가 임시의 지위를 정하는 가처분이 가압류나 다툼의 대상이 되는 가처분과 다른 점이 있음에도 불구하고 보전처분이라는 같은 틀에 묶여 있는데, 이는 임시의 지위를 정하는 가처분의 성질을 제대로 반영하지 못하는 측면이 있다. 보전처분의 체계정합성을 추구하기 위해서라도 추후 별도의 절차 장에서 임시의 지위를 정하는 가처분을 다루는 방식도 고려해 볼만하다. 아울러 가처분 제도의 실질적인 정착을 위하여 가처분 위반 시의 제재가 보다 실효성 있게 정비되어야 한다고 본다.

제도가 정비되더라도 가장 중요한 점은 누구나 신속한 재판을 받을 수 있어야 한다는 점이다. ‘지연된 재판은 정의가 아니다.’라는 격언이 있듯이 공정한 재판 못지않게 신속한 재판도 중요하다. 신속한 재판은 무턱대고 빠른 재판을 의미하지 않는다. 신속한 재판은 효율적인 재판의 진행이라는 틀 안에서 기능하기 때문이다. 이 글에서는 보전처분 중에서 임시의 지위를 정하는 가처분에 대하여 살펴보았다. 가처분의 특성상 신속성이 강조됨은 당연하나 임시의 지위를 정하는 가처분의 특성상 재판 못지않은 적정하고 신중한 진행이 중요하기 때문에 신속성만을 앞세우기는 어렵다. 그렇다면 임시의 지위를 정하는 가처분의 절차 진행에 있어서 특별히 신속한 결정이 필요한 경우에는 입법의 근거를 마련하는 것이 타당하다. 현재의 민사집행법 조항으로도 임시의 지위를 정하는 가처분에서 선결적인 사항을 미리 판단하는 것이 일응 가능하다고 할 수 있으나 이를 뒷받침할 수 있는 실효성 있는 제재가 없어 문제이다. 한정적인 사법자원에도 불구하고 법원과 국민들이 합리적인 진행을 위하여 협력한 결과 OECD 국가 내에서도 손꼽히는 재판의 효율성을 이루어 냈다. 이제는 이를 더 세심하게 관리하고 뒷받침할 수 있는

제도적 보완에 심혈을 기울이는 것이 바람직하다. 인권은 쟁송을 통하여 보장되는 경우가 많고 적시에 보장되는 것이 중요하기 때문에 신속한 재판을 구현할 수 있는 장치를 지속적으로 고민해야 한다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 제도의 속성상 당사자 간의 공격방어 절차를 보장하는 것이 중요하므로 재판에 준하는 절차로 운영하되 긴급한 필요가 있는 경우 잠정적 제한명령을 통하여 보다 신속한 재판이 가능한 가처분 제도를 정착시킬 필요가 있다.

참 고 문 헌

- 김홍엽, 민사집행법(제5판), 박영사, 2018.
- 이시운, 신민사집행법(제8개정판), 박영사, 2020.
- 법원행정처, 민사집행실무제요, 제4권, 2003.
- 편집대표 민일영, 주석 민사집행법(VII)(제4판), 한국사법행정학회, 2018.
- 정영환, 민사소송법(개정신판), 법문사, 2019.
- 호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사, 2020.
- 법무부, “권리구제 효율성의 제고를 위한 민사집행 개선방안 연구”, 2012.
- 법원행정처, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분제도의 발전방향에 관한 연구”, 서울대학교 산학협력단, 2017.
- 강용현, “만족적 가처분”, 보전소송에 관한 제 문제(하), 「재판자료」 제46집, 법원행정처, 1989.
- 권오곤, “헤이그통신(12) 법원모욕죄”, 「법률신문」 2007. 12. 24.
- 김승표, “가처분에 있어서의 보전의 필요성과 간접강제”, 「대법원판례해설」 제47호, 법원도서관, 2004.
- 김 연, “민사보전절차의 법체계적 지위”, 「민사소송」 제7권 제2호, 한국사법행정학회, 2003.
- _____, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 법체계적 지위”, 법조 제67권 3호, 법조협회, 2018.
- 김연학, “보전처분에 관한 이의절차의 문제점”, 「재판실무연구」(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008.
- 서승렬, “보전소송에 있어서의 소명”, 「재판실무연구」(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008.
- 송인권, “직무집행정지가처분의 효력 - 선임절차의 하자를 원인으로 하는 경우를 중심으로”, 「법조 통권」 634호, 2009.
- 윤 경, “피보전권리 없이 받은 임시의 지위를 정하는 가처분에 위반행위의 효력”, 「인권과 정의」 제300호, 대한변호사협회, 2001.

- 이규호, “임시의 지위를 정하는 가치분과 관련하여 잠정명령 제도의 도입에 관한 연구”, 「민사소송」 제17권 2호, 한국민사소송법학회, 2013.
- 이동명, “임시의 지위를 정하는 가치분에 있어서 보전의 필요성”, 「재판자료」 제45집 보전소송에 관한 제문제(상), 1989.
- 이범균, “보전처분에 있어서 피보전권리와 보전의 필요성을 독립적으로 심리하여야 하는지 여부 등”, 「대법원판례해설」 제57호, 법원도서관, 2006.
- 이시운, “민사절차상의 재판을 받을 권리”, 「헌법논총」 제21집, 헌법재판소, 2010.
- 이인수, “직무집행정지가처분의 효력”, 「민사판례연구」 37권, 민사판례연구회, 박영사, 2015.2.
- 장지화, “미국의 임시제한명령(Temporary Restraining Order) 제도와 韓·中 양국에서의 도입에 대한 고찰”, 「인권과 정의」 제482호, 대한변호사협회, 2019.
- 정영환, “민사집행법의 이상에 관한 소고”, 「민사집행법연구」 제3호, 한국민사집행법학회, 2007.
- _____, “민사집행법상의 신의칙”, 「안암법학」 제25권, 안암법학회, 2007.
- _____, “임시의 지위를 정하기 위한 가치분의 법적 규율”, 「안암법학」 제37권, 안암법학회, 2012.
- 정응기, “이사직무집행정지가처분의 효력과 제3자 보호”, 「저스티스」 제167호, 한국법학원, 2018.
- 최광선, “미국연방민사소송규칙상 잠정적 제한명령 제도의 도입에 관한 제언”, 「법학논총」 제37권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2017.
- 최동배, “전직금지청구의 정당한 요건 -대법원 2003. 7. 16. 자 2002마4380 결정을 중심으로-”, 「노동법학」 제31호, 한국노동법학회, 2009.
- 한상희, “신속한 재판을 받을 권리 - 유럽인권재판소의 결정례를 중심으로”, 「공법학연구」 제10권 3호, 한국비교공법학회, 2009.
- 황태윤, “임시지위가처분소송의 본질과 개선방안에 대한 모색”, 「법학연구」 제43권, 전북대학교 법학연구소, 2015.

- Jon T. Johnsen, “The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) Reforming European Justice Systems - ‘Mission Impossible?’”, *International Journal for Court Administration*, Vol. 4, No. 3, 2012.
University of Oslo - Department of Public and International Law
- Richard L. Hasen, 『Remedies』 3rd, Wolters Kluwer, 2012.

<Abstract>

Provisional disposition determining temporary status and right to trial within a reasonable time

CHOI, KWANGSUN*

Article 27 Section 3 of the Constitution of Korea stipulate, “All citizens shall have the right to a speedy trial. The accused shall have the right to a public trial without delay in the absence of justifiable reasons to the contrary”. Speedy trial includes all kinds of judicial procedure such as civil, criminal, administrative trial.

In Civil Execution Act, right to trial within a reasonable time is also important. Provisional dispositions may also be effected in order to fix a temporary position against the disputed relation of right. In this case, such provisional dispositions shall be effected specially where intending to avoid a significant damage on a continuing relation of right or to prevent an imminent danger, or where other necessary reasons exist(Article 300). In the judgment on a Provisional disposition determining temporary status, the date of pleadings or the date of examinations joinable by the debtor shall be opened: Provided, That the same shall not apply when there exist any situations under which the purpose of provisional disposition is not attainable, if an examination is effected by opening such dates(Article 304). In imminent cases, the presiding judge may render a decision on the requests under Civil Execution Act(Article 312).

Despite that the Civil Execution Act has several provisions for speedy trials, it is not enough. In imminent cases, we should consider alternatives. It seems that Article 304 of Civil Execution Act is able to have a similar

* Associate Professor, Law School of Chonnam National University

effect with Temporary Restraining Order. But the Civil Execution Act doesn't have no sanctions in case of a decision of Provisional disposition determining temporary status. Procedure of provisional disposition determining temporary status is highly similar to that of civil procedure. A prudent and fair trial is required in procedure of provisional disposition determining temporary status. But to protect a prudent and fair trial, temporary restraining order should be introduced. These are the reasons that supplementary legislation for Civil Execution Act is required.

Key Words : Provisional disposition determining temporary status, Temporary Restraining Order, Injunctive Relief for prohibition of employee's transfer, Preliminary Injunction on execution of duty, Right to trial within a reasonable time

