

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2020다248124 지역권설정  
원고, 피상고인 원고  
소송대리인 법무법인 한마루  
담당변호사 김윤식 외 4인  
피고, 상고인 피고  
소송대리인 법무법인(유한) 민  
담당변호사 김경태 외 3인  
원 심 판 결 대전지방법원 2020. 6. 30. 선고 2019나102169 판결  
판 결 선 고 2021. 7. 22.

## 주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

## 이 유

### 1. 사건 개요

가. 원고는 제1심에서 이 사건 토지 중 원심 판시 '나' 부분에 관한 통행권 확인과 통행방해 금지를 청구하였으나, 원심에서 교환적으로 청구를 변경하면서 이 사건 토지

중 원심 판시 '라' 부분에 관한 소유권이전등기의 말소, 사용방해 금지 및 간접강제를 청구하였다.

나. 원심은 원고가 교환적으로 변경한 청구를 모두 인용하면서 그중 사용방해금지 및 간접강제 청구에 대하여 "피고는 이 사건 토지 중 '라' 부분에 대한 원고의 사용을 방해해서는 아니 되고, 피고가 이를 위반할 경우 원고에게 위반일 1일당 10만 원씩의 배상금을 지급하라."는 판결을 선고하였다.

2. 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)에 관한 판단

원심은 원고가 피고의 남편인 소외인에게 이 사건 토지 중 '라' 부분을 제외한 나머지 부분만 매도하면서 '라' 부분은 소외인에게 명의신탁하기로 하였고, 다만 이 사건 토지 전체에 관하여 소외인 앞으로 소유권이전등기를 하려고 이 사건 2차 매매계약서를 작성하였을 뿐이라고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 법률행위 해석, 명의신탁약정 등에 관하여 법리를 오해하거나 자유심증주의 위반, 심리미진, 판단누락, 변론주의 위반 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지 여부에 관한 직권 판단

가. 대법원은 부작위채무에 관하여 판결절차의 변론종결 당시에 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는 판결절차에서도 채무불이행에 대한 간접강제를 할 수 있다고 하였다(대법

원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결 등 참조).

또한 대법원은 부대체적 작위채무에 관하여서도 판결절차의 변론종결 당시에 보아 집행권원이 성립하더라도 채무자가 부대체적 작위채무를 임의로 이행할 가능성이 없음이 명백하고, 판결절차에서 채무자에게 간접강제결정의 당부에 관하여 충분히 변론할 기회가 부여되었으며, 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는 판결절차에서도 채무불이행에 대한 간접강제를 할 수 있다고 하였다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다50367 판결 참조).

나. 위와 같은 현재의 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 민사상 이행소송의 판결 주문은 처분권주의 원칙(민사소송법 제203조)에 따라 당사자가 신청한 사항에 대하여 하되, 집행 가능할 정도로 특정할 수 있다면 분쟁을 해결하는 데 가장 적합한 형태를 취하는 것이 타당하다. 민법 제389조 제1항은 "채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고, 제3항은 "그 채무가 부작위를 목적으로 한 경우에 채무자가 이에 위반한 때에는 채무자의 비용으로써 그 위반한 것을 제각하고 장래에 대한 적당한 처분을 법원에 청구할 수 있다."라고 규정하고 있다. 민법 제389조 제1항 본문은 채권자가 채무의 강제이행을 법원에 청구할 수 있다는 일반적인 원칙을 규정하고, 민법 제389조 제3항은 강제이행의 구체적인 방법으로서 부작위채무의 경우에는 채권자가 법원에 '장래에 대한 적당한 처분'을 해달라고 청구할 수 있다고 규정한 것이다.

이러한 강제이행의 구체적인 절차에 관해서는 민사집행법에서 규정하고 있다. 민사집행법 제24조는 "강제집행은 확정된 종국판결이나 가집행의 선고가 있는 종국판결에 기초하여 한다."라고 규정함으로써 강제집행은 원칙적으로 집행권원(확정판결 또는 가집행의 선고가 있는 종국판결)이 성립되어 있을 것을 전제로 한다. 그러나 본안판결에서 동시에 민사집행법 제261조 제1항의 간접강제에 관한 판결을 할 수 있는지 여부에 관하여 이를 명시적으로 금지하는 법 규정은 없다. 민사집행법 제24조는 집행권원이 성립된 후에 강제집행을 할 수 있다는 것을 정할 뿐이고 본안판결에서는 간접강제에 관한 판결을 할 수 없다고 선언한 규정이 아니다.

위에서 보았듯이 판결절차에서 부작위채무의 불이행에 대한 간접강제를 명할 수 있다는 대법원 판결이 나온 이후 개별 법률에서 일정한 사안에서 이를 명시적으로 긍정한 입법을 하기도 하였다. 먼저 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」(이하 '언론중재법'이라 한다) 제26조 제3항은 판결절차에 따라 재판하는 정정보도청구의 소와 동시에 그 인용을 조건으로 민사집행법 제261조 제1항에 따른 간접강제신청을 병합하여 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 다음으로 「장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 '장애인차별금지법'이라 한다) 제48조 제3항 역시 판결절차에 따라 재판하는 장애인차별에 관한 구제조치청구의 소에서 법원은 민사집행법 제261조를 준용하여 차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에 그 이행기간을 밝히고, 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하는 내용의 간접강제를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정들은 정정보도나 장애인차별의 특성을 감안하여 본안판결에서 간접강제를 명할 수 있도록 명시한 것으로서 이러한 규정이 있는 경우에 한하여 본안판결에서 간접강제를 명할 수

있다고 보아야 할 이유는 없다. 그 밖의 영역에서도 본안판결을 선고하면서 간접강제를 명하는 것이 신속한 분쟁해결에 유효적절한 방법이 될 수 있다.

요컨대, 입법자는 채권에 대한 강제이행의 원칙과 집행권원에 기초한 강제집행의 원칙을 규정하였을 뿐 판결절차에서는 어떠한 경우에도 간접강제를 명할 수 없도록 법률을 제정하였다고 볼 수 없다.

2) 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있도록 한 이유는 부작위채무와 부대체적 작위채무(이하 '부작위채무 등'이라 한다)를 이행하지 않는 경우에 집행의 실효성을 확보하고 집행공백을 막으려는 데 있다.

본안판결에서 간접강제를 명할 수 있는가라는 문제를 해결하기 위해서는 먼저 채권자가 채권의 강제적 실현을 법원에 청구할 수 있다는 민법 제389조 제1항의 입법 목적을 고려할 필요가 있다. 자연채무와 같이 예외적인 경우를 제외하고, 입법자는 채권의 강제적 실현이 불가능한 영역을 남겨두고 있지 않다. 민법 제389조 제3항에서 부작위채무의 경우 채권자가 법원에 '장래에 대한 적당한 처분'을 해달라고 청구할 수 있다고 규정한 것도 부작위채무의 강제적 실현에 적합한 구체적인 강제이행 방법을 폭넓게 인정하려는 취지라고 이해할 수 있다.

민사집행법 제261조 제1항의 간접강제는 채무자에게 부작위채무 등의 불이행에 대하여 손해배상의 제재를 예고하는 방법으로 심리적 압박을 가함으로써 채무자 스스로 채무의 내용을 실현하도록 유도하는 집행방법이다. 그런데 집행권원의 성립과 별개 절차로 이루어지는 간접강제결정 사이의 시간적 간격이 있는 동안에 채무자가 부작위채무 등을 위반할 경우 손해배상이나 위반 결과의 제거 등 사후적 구제수단만으로는 채권자에게 충분한 손해전보가 이루어지지 않아 실질적으로는 집행제도의 공백을 초래할

우려가 있다.

이와 같은 집행공백 상태를 막기 위하여 채무자가 부작위채무를 단기간 내에 위반할 개연성이 크거나 부대체적 작위채무를 임의로 이행할 가능성이 없음이 명백한 경우에는 판결의 실효성 제고를 위하여 판결절차에서도 간접강제를 명할 수 있다고 보아야 한다. 부작위채무 등은 채무자가 스스로 이행하지 않으면 강제적으로 채무의 이행을 실현할 방법이 없는데, 집행공백 상태가 존재한다면 결국 부작위채무 등의 강제적 실현은 불가능하게 된다. 만약 어떠한 경우에도 판결절차에서는 간접강제를 명할 수 없다고 한다면 부작위채무 등을 명한 판결의 실효성은 크게 떨어질 것이다.

가처분절차만으로 위와 같은 집행공백의 위험을 충분히 해소할 수 없다. 가령 채무자가 종국판결 이전에는 부작위채무 등을 이행할 듯한 태도를 보였기 때문에 가처분결정을 통한 보전의 필요성이 인정되지 않았으나, 종국판결 이후에는 부작위채무 등을 이행하지 않으려는 태도를 보일 가능성을 배제할 수 없다.

3) 판결절차에서 간접강제를 명하더라도 채무자에게 크게 불리하다고 볼 수 없다.

원래 집행권원 성립 후 별도로 간접강제신청을 하는 경우에는 변론 없이 간접강제결정을 할 수 있으나 그 결정 전에 채무자를 심문하여야 한다(민사집행법 제262조). 이는 간접강제결정 전에 채무자에게 의견진술의 기회를 보장하기 위한 것이다.

그런데 판결절차에서 간접강제를 명한다고 하여도 채무자가 간접강제에 관하여 의견을 진술할 수 있는 기회는 보장되어 있다. 판결절차에서도 채권자인 원고가 간접강제를 청구해야만 법원이 간접강제를 명할 수 있으므로, 변론 과정에서 채무자인 피고가 간접강제에 관하여 충분히 의견을 진술할 수 있기 때문이다. 반드시 심문절차가 아니더라도 판결절차에서 채무자에게 간접강제에 관한 의견진술 기회가 보장되어 있으면

민사집행법 제262조의 입법취지는 충분히 달성된다.

4) 판례가 제시하는 요건에 따라 판결절차에서 간접강제를 명하는 것은 분쟁의 종국적인 해결에도 이바지한다.

부작위채무 등을 명하는 판결은 다른 채무를 명하는 판결과 달리 그 주문만으로는 채무불이행에 따른 채무자의 경제적 효과나 불이익을 예상하기 어렵다. 부작위채무 등의 내용은 금전채무와 달리 채무자가 어떠한 금액을 지급하여야 하는 것이 아니고, 가액 산정이 용이하지 않은 특정 행위를 채무의 대상으로 하는 경우가 많기 때문이다.

그런데 판례가 제시하는 요건에 따라 판결절차에서 간접강제를 한다면 채무자에 대하여 부작위채무 등의 위반으로 인해 채무자가 입을 경제적 불이익에 관하여 충분한 예측가능성을 부여할 수 있다. 채무자는 판결에서 명한 부작위채무 등을 이행하지 않음으로써 경제적 이익을 얻는 것보다 간접강제에서 명한 손해배상을 하는 것이 더 불리하다고 판단한다면 그 집행권원에서 명한 부작위채무 등을 스스로 이행하려고 할 것이다. 이로써 별도의 가치분절차나 집행절차를 거치지 않더라도 분쟁이 종국적으로 해결될 수 있다.

집행권원 외에 별도의 가치분절차나 집행절차가 있어야만 한다면 이는 필연적으로 소송비용의 증가로 이어진다. 별도의 가치분절차나 집행절차 없이 분쟁이 종국적으로 해결되는 것은 채권자뿐만 아니라 최종적으로 소송비용을 부담해야 하는 채무자에게도 바람직한 결과이다.

다. 원심이 원고의 간접강제 청구를 인용하여 간접강제를 명한 것은 위에서 본 법리에 따른 것으로서 정당하다.

#### 4. 결론

피고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지 여부에 관하여 대법관 이기택, 대법관 안철상, 대법관 이흥구의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였으며, 다수의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견과 대법관 김선수의 보충의견이 있다.

5. 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지 여부에 관한 대법관 이기택, 대법관 안철상, 대법관 이흥구의 반대의견

가. 다수의견은 판결절차에서 채무자에게 부작위채무 등의 이행을 명하면서 동시에 그 불이행에 대하여 민사집행법 제261조 제1항에 따라 배상을 하도록 하는 간접강제를 명할 수 있다는 기존 대법원 판례가 유지되어야 한다고 한다.

그러나 현행 법체계는 판결절차와 강제집행절차를 준별하고 있는 점, 판결절차에서 명하는 간접강제는 민사집행법이 예정한 간접강제와는 전혀 다르고 법률에 근거가 없는 점, 다수의견이 우려하는 집행공백의 문제는 가처분절차를 통해 해결되어야 마땅한 점, 부작위채무 등을 다른 종류의 채무와 차별 취급하는 것은 부당한 점 등을 고려하면 판결절차에서 간접강제를 명할 수는 없다고 보아야 한다. 그 상세한 이유는 아래와 같다.

나. 현행 법체계는 판결절차와 강제집행절차를 준별하고 있으므로, 그러한 준별의 예외를 인정하는 법 규정이 없는 한 판결절차에서 강제집행방법의 하나인 간접강제를 명할 수는 없다고 봄이 타당하다.

1) 현행 법체계상 판결절차와 강제집행절차는 엄격하게 분리되어 있다. 판결절차는 재판에 의하여 권리 또는 법률관계의 존부를 확정하는 절차이다. 반면 강제집행절차는

판결절차에 의해 확정된 사법(私法)상 의무가 임의로 이행되지 않는 경우에 채권자의 신청으로 국가의 강제력에 의하여 사법(私法)상 권리를 실현하는 절차이다. 판결절차와 강제집행절차는 서로 다른 별개의 독립된 절차이고, 강제집행절차가 판결절차에 필연적으로 부수되는 것도 아니며, 판결절차와 강제집행절차는 그 목적을 달리한다. 판결절차를 규율하는 법과 강제집행절차를 규율하는 법도 서로 다르다.

2) 판결절차와 엄격히 구별되는 강제집행절차를 별도로 마련한 것은 다음과 같이 집행당사자의 이익은 물론 공공의 이익을 보장하기 위한 것이므로, 예외를 허용하는 법규정이 없는 한 그 강제집행절차는 반드시 준수되어야 한다.

우선 집행당사자의 이익이라는 관점에서 볼 때, 민사집행법이 정한 강제집행절차는 채권자의 권리를 강제로 실현하도록 함과 동시에 채무자가 부당한 피해나 불이익을 입지 않도록 채무자를 보호하려는 목적에서 마련된 것이다. 채무자는 간접강제 심문절차에서 의견을 진술할 수 있고, 간접강제 재판에 관한 심급의 이익도 가진다. 그런데 판결절차에서 간접강제를 명하게 되면 채무자에 대한 심문절차는 생략되고, 채무자의 간접강제 재판에 관한 심급의 이익은 박탈된다. 특히 이 사건과 같이 항소심에서 간접강제 청구가 추가되어 항소심 본안판결에서 간접강제를 명한 경우라면 채무자는 간접강제의 제1심 재판에 관한 심급의 이익을 상실한다.

또한 공공의 이익이라는 관점에서 볼 때, 민사집행법이 정한 강제집행절차는 적정한 법질서를 유지함과 동시에 재판의 오류를 방지하는 목적에서 마련된 것이다. 판결절차와 강제집행절차는 그 판단 주체, 심리 내용, 불복 방법 등에서 엄연히 다르다. 이는 판결절차에서 권리 또는 법률관계의 존부가 확정되었더라도, 권리의 강제적 실현을 위해서는 별도로 강제집행의 요건과 범위 등에 대해 판단할 수 있는 절차를 거치도록 함

으로써 채무자에 대한 재산권의 제한이 필요 최소한으로 이루어지도록 하는 데 그 취지가 있다. 이는 헌법상 적법절차의 원칙 및 헌법 제37조 제2항에 따라 국민의 기본권을 제한할 때 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지원칙의 발현이기도 하다. 그런데 판결절차에서 간접강제를 명하게 되면, 간접강제의 전속관할에 위반되고, 간접강제에 관한 불복은 상소 절차에 의해야 하는 등 민사집행법에서 정한 절차가 상당 부분 무시된다.

3) 강제집행은 국가가 강제력을 행사함으로써 사법상 청구권의 실현을 도모하는 절차로서 법원의 다른 사법(司法)절차와 마찬가지로 법률에 그 근거를 두어야 한다. 그러나 법률이 법관에게 명확한 지침을 줄 수 없는 경우 법관은 문언적, 체계적, 목적론적, 헌법합치적 해석 등을 통해 구체적인 법적 분쟁을 해결하게 된다.

민법, 민사소송법, 민사집행법에서는 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 규정이 없다. 현행 법체계상 판결절차와 강제집행절차가 준별된다는 점은 앞서 본 바와 같다. 더군다나 간접강제 배상금은 채무불이행에 대한 법정 제재금이라는 성격과 함께 채무자로 하여금 채무의 이행기간 이내에 이행을 하도록 하는 심리적 강제수단이라는 성격이 있고, 이러한 강제수단은 채무자의 재산권만을 제한하는 것이 아니라 헌법 제19조의 양심의 자유 및 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 행동자유권을 제한하는 측면이 있음을 부정할 수 없다. 따라서 명확한 법률 규정이 없는 이상, 기본권의 대사인적 효력에 따라 양 당사자의 기본권을 법률 해석의 지침으로 삼아야 할 법원이 아직 그 존부가 확정되지도 않은 채권자의 재산권을 보장하기 위하여 채무자의 재산권뿐만 아니라 양심의 자유나 일반적 행동자유권을 제한하는 결정을 할 수 있다고 해석할 수는 없다. 이와 같은 해석은 당사자의 권리를 대등하게 보장하여야 하는 민사재판에 있어 자칫 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로 비춰질 수도 있다.

이러한 이유로 해석이 아닌 입법자의 결단을 통해서만 간접강제명령을 판결절차에서 할 수 있다고 보아야 한다. 언론중재법 제26조 제3항과 장애인차별금지법 제48조 제3항은 법률이 예외적으로 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 규정한 것이다. 이와 달리 명확한 법 규정이 없는데도 해석론에 의하여 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 본다면, 위와 같은 법 규정은 오히려 불필요한 것이다. 위 법 규정은 특별법의 내용에 불과하므로, 이를 민사집행에 관한 일반법의 영역에서 해석 기준으로 삼거나 일반 법질서의 내용으로 편입시킬 수는 없다. 민법의 특별법인 주택임대차보호법의 내용을 가지고 민법의 임대차에 관한 일반 규율을 수정할 수 없는 것과 마찬가지로이다. 따라서 위 특별법 규정은 현행 법체계에서는 명시적인 법 규정이 없는 한 판결절차에서는 간접강제를 명할 수 없다는 방증이라고 보아야 한다.

민법 제389조 제3항은 부작위채무에 관하여 채권자가 법원에 '장래에 대한 적당한 처분'을 해달라고 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 만일 판결절차에서 하는 간접강제명령의 근거가 민법 제389조 제3항이라면, 현재 판례가 판결절차에서 간접강제를 명하기 위하여 '부작위채무 등을 위반할 가능성이 크고 적정한 배상액을 산정할 수 있어야 한다'는 등의 요건을 부가하는 것은 부자연스럽다.

독일, 프랑스, 일본, 스위스의 법제를 자세히 살펴보면, 어느 법제에서도 법률에 근거를 두지 않은 채 판결절차에서 별도의 집행권원이 되는 간접강제명령을 할 수 있다는 식의 법 제도를 두거나 실무를 운영하고 있지 않다.

4) 가처분결정에서 간접강제명령을 할 수 있는지 여부는 판결절차에서 간접강제명령을 할 수 있는지 여부와 대비하기에 적절하지 않다. 법체계상으로도 판결절차와는 달리 민사집행법이라는 하나의 법률에서 보전절차와 그 집행절차를 함께 규율하고 있고,

민사집행법 제305조 제1항은 가처분의 방법에 관하여 "법원은 신청목적을 이루는 데 필요한 처분을 직권으로 정한다."라고 규정하고 있으나 판결절차에는 이에 대응하는 법 규정이 없으며, 가처분집행은 가처분결정을 채무자에게 송달하기 전에도 할 수 있는 등(민사집행법 제301조, 제292조 제3항) 가처분절차에는 판결절차와 달리 특수한 점이 있기 때문이다. 일본의 경우를 살펴보다도, 가처분결정에서 간접강제명령을 하는 것은 허용하나 판결절차에서는 간접강제명령을 허용하지 않는 것으로 보인다.

따라서 가처분결정에서 간접강제명령을 할 수 있는지 여부는 논외로 한다.

다. 집행권원이 성립한 이후 별도로 간접강제결정을 하는 경우의 절차와 판결절차에서 간접강제를 명하는 경우의 절차를 대비하여 보면, 양자는 전혀 다른 절차임을 알 수 있다.

1) 집행권원이 성립한 이후 별도로 간접강제결정을 한 경우의 절차는 ① 집행권원(확정된 종국판결 또는 가집행의 선고가 있는 종국판결)의 성립, ② 판결정본에 대한 집행문의 부여, ③ 판결송달 등 집행개시요건의 구비, ④ 채권자의 간접강제신청, ⑤ 채무자에 대한 심문 및 간접강제신청에 대한 심리, ⑥ 간접강제결정의 발령이라는 순서대로 진행된다. 이후 채권자는 간접강제결정에 대하여 집행문을 부여받고, 그 집행력 있는 간접강제결정 정본에 기하여 금전집행을 실시하게 된다.

2) 그런데 판결절차에서 간접강제를 명한 경우에는 위 ②~⑤의 절차가 모두 생략된다. 특히 본안판결에 관한 집행문의 부여와 집행개시요건의 구비라는 절차가 생략된 채 간접강제명령이 발령된다. 이에 따라 간접강제에 따른 채권자와 채무자 사이의 법률관계가 별도의 집행절차 없이 미리 확정된다. 채권자는 간접강제명령을 한 본안판결에 바로 집행문을 부여받고, 그 집행력 있는 판결정본에 기하여 금전집행을 실시할 수

있게 된다.

3) 이와 같이 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보게 되면, 채권자가 판결절차에서 간접강제를 청구하였는지 여부와 법원이 그 간접강제 청구를 인용하였는지 여부에 따라 민사집행법이 예정하지 않은 새로운 집행방법으로서의 간접강제절차가 개시된다. 그 결과 강제집행방법으로서 민사집행법이 예정한 원래의 간접강제 외에 민사집행법이 예정하지 않은 별도의 간접강제라는 두 가지 형태의 간접강제절차가 존재하게 된다. 강제집행은 국가가 채무자에 대하여 강제력을 행사하는 것이므로 반드시 법률에 근거를 두어야 하는데, 판결절차에서 명하는 간접강제는 법률에 근거가 없는 강제집행절차에 불과하다. 채권자의 선택과 법원의 재량적 판단에 따라 민사집행법이 예정하지 않은 새로운 형태의 간접강제절차가 개시될 수 있다고 보는 것은 채무자에게 국가의 강제력이 미친다는 점을 고려할 때 부당하다고 하지 않을 수 없다. 또한 법원이 일정한 경우에 민사집행법에서 요구하는 집행문의 부여와 집행개시요건의 구비를 면제할 수 있는 권한이 있다고 해석하는 것은 도저히 받아들일 수 없다. 간접강제는 다른 집행방법과 달리 채무자에게 손해배상의 제재를 예고하여 심리적 압박을 가함으로써 채무자 스스로 채무의 내용을 실현하도록 유도하는 집행방법이라는 특징을 가지고 있기는 하나, 간접강제명령의 발령 자체가 강제집행임은 부인할 수 없으므로, 민사집행법에서 요구하는 요건과 절차가 생략된 채 간접강제명령을 발령할 수는 없다. 이러한 점에 비추어 보더라도, 판결절차에서 간접강제를 명할 수는 없다고 보아야 한다.

라. 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것은 민사소송법과 민사집행법의 구체적인 내용과도 조화되지 않는다.

1) 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 한다면 민사집행법의 여러 절차 규정이

생략되거나 축소되므로 부당하다.

본안판결에 기초하여 강제집행을 하기 위해서는 민사집행법이 정한 바에 따라 다음과 같은 강제집행의 요건이 구비되어야 한다. 즉 확정된 종국판결 또는 가집행의 선고가 있는 종국판결이 성립되어 있어야 하고(민사집행법 제24조), 그 이후 판결정본에 집행문이 부여되어야 한다(민사집행법 제28조 제1항, 제30조 제1항). 또한 집행당사자가 판결이나 집행문에 표시되어 있어야 하고, 판결을 이미 송달하였거나 집행개시와 동시에 송달하여야 하는 등(민사집행법 제39조 제1항)의 집행개시요건이 구비되어야 한다.

간접강제도 집행방법의 하나이므로 본안판결에 기초하여 간접강제를 하기 위해서는 위와 같은 강제집행의 요건이 모두 구비되어 있어야 할 뿐만 아니라 집행권원(확정된 종국판결 또는 가집행의 선고가 있는 종국판결)의 성립 후 채권자가 별도로 간접강제를 신청하여야 하며(민사집행법 제261조 제1항), 간접강제결정 전에 채무자를 심문하여야 한다(민사집행법 제262조).

간접강제는 제1심 법원의 전속관할에 속한다(민사집행법 제261조 제1항, 제21조). 제1심 법원은 간접강제 요건의 구비 여부, 간접강제가 가능한 채무인지 여부 등을 심리하여 간접강제신청의 인용 여부를 결정한다. 제1심 법원이 간접강제신청을 인용할 때에는 간접강제결정의 주문에 채무자가 이행해야 할 의무를 밝히면서 집행권원에서 명한 의무의 내용을 보다 구체화할 수 있고, 채무를 이행해야 할 상당한 기간을 정하며, 그 기간 이내에 이행을 하지 않을 때 채무자가 배상해야 하는 배상금의 액수를 정한다(민사집행법 제261조 제1항 후문). 간접강제신청에 관한 재판에 대하여 채권자와 채무자는 즉시항고로 불복할 수 있다(민사집행법 제261조 제2항).

그런데 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 한다면 민사집행법의 위와 같은 여

러 절차 규정이 생략되거나 축소된다. 그러나 민사집행법의 절차 규정은 강행규정이므로 법원이 임의로 무시할 수 없다.

2) 집행개시요건이 구비되지 않은 채 이루어진 강제집행은 무효라고 한 판례의 취지에 비추어 보더라도, 판결절차에서 간접강제를 명할 수는 없다고 보아야 한다.

판례는 집행문이 필요한데도 집행문의 부여 없이 집행권원에 의해서만 이루어진 강제집행은 무효라는 취지이고(대법원 1978. 6. 27. 선고 78다446 판결 참조), 집행개시요건인 판결정본의 송달이 적법하게 이루어지지 않은 채 진행된 강제집행은 무효라는 취지이다(대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2070 판결 참조). 이러한 판례의 태도는 강제집행절차를 준수하는 것이 매우 중요하다는 점을 보여준다. 그런데 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 것은 집행문이 부여되지도 않았고 판결의 송달이라는 집행개시요건이 구비되지 않았는데도 강제집행을 할 수 있다는 것이므로, 위와 같은 판례와 부합하지 않는다.

3) 본안청구의 소와 간접강제신청은 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우가 아니므로 양자를 병합할 수도 없다.

민사소송법 제253조는 소의 객관적 병합 요건에 관하여 "여러 개의 청구는 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우에만 하나의 소로 제기할 수 있다."라고 규정하고 있다. 본안청구의 소는 판결절차에 따르지만 간접강제는 강제집행절차에 따르는 것이므로 양자를 병합하여 하나의 소로 제기할 수는 없다. 판례는 통상의 민사사건과 가처분에 대한 이의사건은 다른 종류의 소송절차에 따르는 것이므로 변론을 병합할 수 없다고 하였다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다23225, 23232 판결 참조). 이러한 판례의 취지에 비추어 보더라도, 본안청구의 소와 간접강제신청은 병합할 수 없다고 보아야 한다.

4) 판결절차에서 간접강제를 명하게 되면, 그 간접강제명령에는 집행권원의 성립 후 별도로 간접강제결정을 할 경우에 적용되는 민사집행법령과 판례 법리를 적용할 수 없어 불합리가 발생한다.

민사집행규칙 제191조 제1항에 의하면, 간접강제결정을 한 제1심 법원은 사정의 변경이 있는 때에는 채권자 또는 채무자의 신청에 따라 간접강제결정의 내용을 변경할 수 있다. 그런데 본안판결에서 간접강제명령을 하였다면 위 조항에 따라 간접강제명령의 내용을 변경할 수 있다고 해석하기 곤란하다. 본안판결의 간접강제명령은 '판결'의 일부이지 이를 '결정'이라고 보기 어렵고, 판결의 내용을 향후 결정으로 변경할 수 있다고 보기도 어렵기 때문이다. 그렇다면 간접강제를 명한 본안판결이 확정된 후 사정의 변경으로 인해 그 간접강제 배상금이 과다하게 정해졌다고 판단되는 경우에도 채무자에게는 그 배상금을 바로잡을 수단이 없게 되는 불합리가 발생한다.

또한 판례는 가집행의 선고가 있는 종국판결에 기하여 간접강제결정이 이루어진 이후 그 종국판결에 대하여 강제집행정지결정이 내려지면 그 간접강제결정은 취소되어야 한다는 취지이다(대법원 1997. 1. 16.자 96마774 결정 참조). 그런데 가집행의 선고가 있는 종국판결에서 간접강제를 명하였다면 그 이후 그 종국판결에 대하여 강제집행정지결정이 내려졌다고 하더라도 간접강제명령 부분이 취소된다고 보기 어렵다. 판결 중 일부가 강제집행정지결정에 의하여 취소된다고 해석하기 어렵기 때문이다. 그렇다면 가집행의 선고가 있는 종국판결에서 간접강제를 명한 경우에 채무자로서는 그 종국판결에 대하여 강제집행정지결정을 받았다고 해도 간접강제명령에 기초한 압류 상태를 제거할 수 없는 불합리가 발생한다.

이러한 불합리는 모두 판결절차와 강제집행절차를 준별하고 있는 현행 법체계 아래에

서 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 무리하게 해석하기 때문에 발생하는 것이다.

마. 부작위채무 등에 관하여 집행권원의 성립과 간접강제결정 사이의 시간적 간격으로 인한 집행공백이 있다고 볼 수 없고, 부작위채무 등의 이행을 명하는 판결의 실효성 문제는 가처분절차로 충분히 해소할 수 있다.

1) 다수의견은 집행권원(확정된 종국판결 또는 가집행의 선고가 있는 종국판결)의 성립과 간접강제결정 사이의 시간적 간격을 집행공백 기간으로 보고 있다. 그 기간에 채무자가 부작위채무 등을 이행하지 않을 우려가 있고, 판결절차에서 간접강제를 명하지 않으면 그 집행공백 상태를 막을 수 없다고 한다.

그러나 다수의견에 따르더라도, 집행권원이 성립하기 이전에 채무자가 부작위채무 등을 이행하지 않을 우려는 해소할 수 없다. 집행권원의 성립에 걸리는 통상의 기간, 즉 가집행의 선고가 있는 종국판결을 하는 데 걸리는 기간이나 종국판결이 확정되는데 걸리는 기간과 비교하여 볼 때, 다수의견이 말하는 집행공백 기간은 극히 짧은 기간에 불과하다. 그러한 짧은 기간에 대비하기 위하여 판결절차와 강제집행절차의 경계를 허물어야 할 필요성은 없다.

또한 집행권원의 성립 이후 강제집행이 이루어지기 전에 채무자의 행위로 인하여 집행의 실효성이 없어질 위험은 부작위채무 등에 대한 간접강제의 경우에만 존재하는 것은 아니다. 가령 금전채무의 이행을 명하는 집행권원이 성립한 이후 그 강제집행 전에 채무자가 자신의 책임재산을 처분해 버리면 그 처분행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 있는 경우가 아닌 한 채권자가 집행할 방법이 사실상 사라진다. 또한 부동산의 인도 또는 철거를 명하는 확정판결이 성립한 이후 그 강제집행 전에 채무자가 해당

부동산을 제3자에게 처분해 버리면 채권자가 제3자에 대하여 승계집행문을 부여받을 수 있는 경우가 아닌 한 그 집행권원으로 집행할 수 없게 된다.

이러한 우려 또는 위협에 대비하는 방법으로 민사집행법이 예정한 것은 바로 보전처분이다. 채권자는 채무자의 책임재산을 가압류하거나 해당 목적물 또는 법적 지위에 관하여 가처분을 해 둠으로써 실효성 있는 집행을 보전할 수 있다. 즉 채권자는 판결을 받기 전에 채무자의 일반재산이나 다툼의 대상에 관하여 현상을 동결시켜 두거나 임시로 잠정적인 법률관계를 만들어 두는 조치를 취함으로써 나중에 판결을 얻었을 때 그 판결에 기초한 강제집행의 실효성을 확보할 수 있다.

이러한 보전처분의 필요성은 부작위채무 등의 경우에도 다르지 않다. 채권자는 부작위채무 등을 명하는 집행권원에 기초하여 간접강제를 하기 이전에 가처분절차를 통해 미리 채무자의 채무불이행으로 인한 손해 발생 위험에 대비할 수 있다. 이로써 채권자는 다수의견이 우려하는 집행공백 기간에 대하여 충분히 대비할 수 있다.

이와 같이 현행 민사집행법은 강제집행의 실효성을 확보하기 위해 보전처분 제도를 마련하고 있으므로, 강제집행에 관한 현재의 법 상황에 다수의견이 말하는 집행공백을 막기 위하여 목적론적 해석이나 법형성이 필요한 정도의 흠결이 있다고 볼 수 없다.

2) 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 것은 합리적 이유 없이 부작위채무 등에 관한 채권자를 다른 채권자보다 우대하는 한편 부작위채무 등을 부담하는 채무자를 다른 종류의 채무를 부담하는 채무자보다 차별하는 것이므로 부당하다.

집행권원의 성립과 간접강제결정 사이에 시간적 간격이 있어 집행의 공백이 있다는 것은 금전의 지급이나 대체적 작위채무의 이행을 요구할 수 있는 채권자의 경우에도 마찬가지이다. 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다면, 판결절차에서 압류 결정이나

대체집행에 따른 수권결정을 명할 수 있다고 보아야 합리적이다. 반면 판결절차에서 압류 결정이나 대체집행에 따른 수권결정을 명할 수 없다면, 판결절차에서 간접강제도 명할 수 없다고 보아야 합리적이다. 부작위채무 등이 아닌 다른 종류의 채무의 경우에도 채무자가 임의로 이행하지 않으면 채무의 내용이 강제적으로 실현되어야 한다는 점은 동일하기 때문이다. 오로지 부작위채무 등에 관한 채권자의 경우에만 민사집행법에 따른 절차를 거치지 않고 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 볼 합리적인 이유가 없다. 강제집행을 할 수 있는 동일한 상황인데도 합리적 이유 없이 부작위채무 등에 관한 채권자만 다른 종류의 채권을 가진 채권자들보다 우대하는 것은 결과적으로 부작위채무 등을 부담하는 채무자를 다른 종류의 채무를 부담하는 채무자보다 부당하게 차별하는 것이므로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에도 반한다.

설령 부작위채무 등에 관한 채권자를 다른 채권자와 달리 취급해야 한다고 하더라도, 부작위채무 등에 관한 채권자가 집행권원의 성립 후 별도로 간접강제를 신청할 경우에는 왜 다시 민사집행법이 정한 절차를 거쳐야 하는지 의문이다. 판결절차에서 간접강제를 청구한 채권자와 집행권원의 성립 후 별도로 간접강제를 신청한 채권자를 차별 취급해야 할 필요성은 없기 때문이다. 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보면, 판결절차에서 간접강제를 청구한 채권자는 집행문의 부여나 판결의 송달과 같은 집행개시요건을 구비하지 않아도 되지만, 집행권원의 성립 후 별도로 간접강제를 신청한 채권자는 그러한 요건을 모두 구비해야 하므로, 양자를 차별적으로 대우하는 것이다. 이러한 점에서도 다수의견에 동의하기 어렵다.

3) 판결절차에서 간접강제를 명하는 것은 신속한 집행이라는 측면에서 볼 때 결과적으로는 부작위채무 등에 관한 채권자에게 실효적인 조치도 아니다.

본안판결에서 명한 간접강제가 집행력을 가지려면 본안판결에 가집행의 선고가 있거나 본안판결이 확정되는 등으로 집행권원이 성립해야 한다.

그런데 판결절차에서 부작위채무 등의 이행을 구하는 청구 외에 간접강제 청구라는 별도의 소송물이 추가되면 그만큼 심리에 필요한 기간도 늘어난다. 이에 따라 집행권원이 성립하는 데 소요되는 기간도 늘어난다. 결과적으로 채권자가 판결절차에서 명한 간접강제에 기초하여 별도의 집행을 하려면 집행권원의 성립 후 별도로 간접강제결정을 하는 경우보다 시간이 더 소요될 가능성이 크다.

또한 채무자가 본안판결 중 부작위채무 등의 이행을 명한 부분에 대해서는 이의가 없으나, 간접강제를 명한 부분만 다투기 위해 본안판결에 대하여 상소를 제기한다면 본안판결에서 명한 간접강제의 집행은 오히려 지연될 수 있다. 가집행의 선고가 있는 종국판결에 대하여 상소를 하면서 그 종국판결에 기한 강제집행의 정지를 신청할 경우 실무상 그 집행정지신청을 인용하는 경우가 많다는 점을 고려할 때, 본안판결에서 가집행의 선고가 있다는 것만으로 채권자가 간접강제를 신속하게 집행할 수 있다고 보기 어렵다. 집행권원의 성립 후 별도로 간접강제결정이 있는 경우에는 채무자가 간접강제 결정에 대하여 즉시항고를 할 수는 있으나 거기에 집행정지의 효력은 없는 점(민사집행법 제15조 제6항)과 비교하면, 판결절차에서 명한 간접강제의 집행은 상당히 지연될 수 있다.

요컨대 비교적 짧은 기간인 집행공백의 문제를 해결하기 위하여 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것은 결과적으로 간접강제에 기한 금전집행 단계에 이르기까지의 기간이 장기화되는 문제 때문에 궁극적으로 채권자에게 실효적인 조치라고 볼 수 없다.

4) 판결절차에서 간접강제를 명하는 것은 채무자를 지나치게 불리하게 대우하는 것이다.

앞서 본 바와 같이, 판결절차에서 간접강제를 명하게 되면 민사집행법 제262조에 따라 간접강제결정 전에 채무자를 심문하여야 하는 절차가 생략된다. 또한 집행권원의 성립 후 간접강제결정을 하는 경우에는 채무자가 그 간접강제결정 직전까지의 상황에 대하여 의견을 진술하고 자료를 제출할 수 있었으나, 판결절차에서 간접강제를 명해 버린다면 채무자가 의견을 제출하고 자료를 제출할 수 있는 기한이 본안판결의 변론종결 당시로 앞당겨진다. 이에 따라 채무자가 절차 보장을 받을 기회가 줄어든다.

이에 대하여 다수의견은 판결절차의 변론과정에서 채무자가 간접강제에 관하여 의견을 진술할 수 있으므로 채무자에게 크게 불리할 것이 없다고 한다. 그러나 집행권원의 성립 후 강제집행절차에서 채무자가 간접강제에 관하여 의견을 진술하는 경우와 집행권원이 성립하지도 않은 상태에서 채무자가 예비적으로 간접강제에 관하여 의견을 진술하는 경우를 동일시할 수 없다. 채무자가 판결절차에서 부작위채무 등의 존부를 적극 다투는 것은 향후 집행권원이 성립하더라도 채무자가 부작위채무 등을 불이행할 개연성이 높다고 보아 간접강제의 필요성을 인정하는 근거로 사용될 가능성이 높기 때문이다. 이는 판결절차에서 채무자의 정당한 공격방어방법의 행사가 간접강제에 있어서는 채무자에게 부정적으로 평가될 수 있는 것으로서 판결절차와 강제집행절차를 엄격히 준별하는 취지에 반한다.

게다가 판결절차에서 간접강제절차가 함께 진행된다면 채무자로서는 방어의 범위가 넓어져 절차 진행에 많은 부담을 가질 수밖에 없다. 그러한 절차 부담의 가중은 채무자뿐만 아니라 채권자의 경우에도 마찬가지로 지적이 있을 수 있으나, 이는 채권자

가 판결절차에서 간접강제를 청구하였기 때문에 발생하는 상황이다. 채권자가 그 절차 부담에서 벗어나려면 간접강제를 청구하지 않으면 되나, 채무자에게는 그러한 선택권이 없다.

바. 이상에서 논의한 바와 같이, ① 판결절차와 강제집행절차의 준별이라는 측면에서 볼 때, 민사집행법에서 정한 절차 규정이 강행규정이라는 점, 강제집행은 국가가 채무자에 대하여 강제력을 행사하는 것이므로 반드시 법률에 근거가 있어야 하는 점, 판결절차에서 간접강제를 명할 경우 생략되는 절차의 내용을 고려하면 판결절차에서 명하는 간접강제는 민사집행법이 예정한 간접강제와는 전혀 다른 절차인 점, ② 집행의 실효성 확보라는 측면에서 볼 때, 집행권원의 성립과 간접강제결정 사이의 시간적 간격은 집행권원의 성립에 소요되는 기간과 비교할 때 극히 짧은 기간인 점, 다수의견이 우려하는 집행공백 기간의 문제는 가처분절차를 통해 충분히 대비할 수 있는 점, ③ 당사자의 이익형량이라는 관점에서 볼 때, 부작위채무 등과 그와 다른 종류의 채무를 차별 취급하는 것은 부당한 점, 판결절차에서 간접강제를 명한다고 해도 결과적으로 채권자에게 실효적인 조치도 아니고 채무자에게 매우 불리한 조치인 점 등을 종합하여 보면, 판결절차에서 간접강제를 명할 수는 없다고 보아야 한다.

이와 달리 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 취지의 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다50367 판결, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결을 비롯하여 같은 취지의 판결 등은 모두 변경되어야 한다.

사. 이 사건에 관하여 본다.

원심이 피고에 대하여 이 사건 토지 중 원심 판시 '라' 부분에 대한 원고의 사용방해

금지를 명함과 동시에 피고가 이를 위반할 경우 원고에게 위반일 1일당 10만 원씩의 배상금을 지급하라는 내용의 간접강제명령을 한 것은 간접강제에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 원심판결 중 간접강제명령 부분은 파기되어야 하고, 이 부분은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로, 이 사건 소 중 간접강제 청구 부분을 각하하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

## 6. 다수의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견

다수의견과 반대의견의 차이는 본안판결에서 간접강제를 명할 수 있는 법적 근거의 존부에 있다. 이를 긍정하는 규정도 없지만 부정하는 규정도 없다는 데서 출발하여 목적론적 해석을 통하여 채무자가 부작위채무 등을 이행하지 않을 위험이 큰 경우에는 판결절차에서도 간접강제를 명할 수 있다는 것이 다수의견이다. 그 논거를 세 가지 측면에서 보충하고자 한다.

가. 민사에 관한 판결절차와 집행절차는 항상 분리되어야 하는가?

1) 광의의 소송절차는 권리와 의무를 확정하는 협의의 소송절차인 판결절차와 권리를 강제로 실현할 수 있도록 하는 집행절차를 포괄하는 것으로서, 정당한 권리자의 권리 실현을 목적으로 한다. 판결절차와 집행절차는 그 목적, 절차와 담당기관이 달라 분리되어 있으나, 그 분리가 선형적이거나 본질적인 것은 아니다.

판결절차는 권리 또는 법률관계의 관념적 형성을 목적으로 한 절차로서 소송당사자가 대등한 지위에 있고 이에 따라 공평·신중한 심리절차가 요청된다. 이에 반하여 집행절차는 강제력에 의해 권리 또는 법률관계의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차로서 채권자가 우월적 지위에 있고 이에 따라 절차의 신속·정확한 진행과 채권자의 이익

보호가 요청된다. 두 절차는 위와 같이 목적이 다르고 소송절차상 필요성 때문에 분리되어 있지만, 그러한 분리 자체가 목적이 될 수는 없다. 이를 분리함으로써 국민의 권리구제에 공백이 생기는 경우에 그 절차를 결합시킴으로써 그 공백을 메울 수 있다면 그것이 소송절차의 이념이나 목적에 부합한다.

2) 민법 제389조는 강제이행에 관한 내용을 정한 실체법 규정으로서 판결절차와 집행절차의 분리를 예정하고 있지 않다. 민법 제389조 제2항은 "채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있다."라고 정하고 있다. 채권자는 이를 근거로 하여 채무자를 상대로 의사의 진술을 명하는 소를 제기할 수 있다. 의사의 진술을 명하는 판결이 확정되면 그 판결로 의사를 진술한 것으로 간주된다(민사집행법 제263조 제1항). 채권자는 의사의 진술을 명하는 본안의 소를 제기하여 확정판결을 받으면 그것으로 목적이 달성되고 의사의 진술을 강제하기 위한 별도의 집행절차는 필요하지 않다. 민법 제389조 제3항은 부작위를 목적으로 하는 채무의 경우 대체집행이라는 구체적인 집행방법을 정하고 있는데, 이것은 집행절차를 통하여 실현된다. 민법 제389조에서 정하고 있는 강제이행은 채무의 종류에 따라 집행방법이 달라지는데, 그 방법이 무엇인지에 따라 의사의 진술을 명하는 판결과 같이 판결절차만으로 실현되는 경우도 있고 대체집행과 같이 집행절차에서 실현되는 경우도 있다. 한편 민사집행법에서 규정하고 있는 집행문부여의 소(제33조), 집행문부여에 대한이의 소(제45조), 청구이의의 소(제44조), 제3자이의의 소(제48조) 또는 배당이의의 소(제154조)는 집행절차에 관한 것인데도 그 중요성을 고려하여 판결절차로 진행하도록 하고 있다.

민사소송법과 민사집행법이 각각 별도의 법률로 제정되어 있으나, 이것이 판결절차

와 집행절차가 항상 엄격하게 분리되어야 한다는 뜻은 아니다. 2002. 1. 26. 민사소송법이 법률 제6626호로 전부 개정되고 민사집행법이 법률 제6627호로 제정되어 각각 2002. 7. 1. 시행되기 전에는 민사소송법에서 판결절차와 집행절차를 함께 규정하고 있었다.

3) 민사소송법은 판결절차와 집행절차를 엄격하게 분리하였을 경우 당사자의 권리가 부당하게 침해되는 상황이 발생하지 않도록 수소법원으로 하여금 판결절차에서도 집행절차에 관여할 수 있도록 하는 경우가 있다. 그 대표적인 것이 민사소송법 제500조, 제501조에서 정한 집행정지 제도이다. 즉, 재심을 제기하거나 상소의 추후보완신청을 한 경우(제500조), 가집행의 선고가 붙은 판결에 상소를 한 경우 또는 정기금의 지급을 명한 확정판결에 대하여 정기금 변경의 소를 제기한 경우(제501조)에 그 불복 사유가 법률상 정당한 이유가 있다고 인정되고 사실에 대한 소명이 있는 때에는 수소법원은 판결절차에서 강제집행을 일시 정지하도록 명할 수 있고, 담보를 제공하게 하고 강제집행을 실시하도록 명하거나 실시한 강제처분을 취소하도록 명할 수 있다. 이는 일정한 경우 판결절차가 완료되기 전에 집행이 종료되어 버리는 것을 방지하여 당사자의 권리가 부당하게 침해되지 않도록 함으로써 판결에 따른 권리구제가 실효적으로 보장될 수 있도록 수소법원이 집행절차에 일정한 관여를 하는 것이다.

판결절차에서 간접강제명령을 할 수 있도록 하는 것 역시 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 판결절차에서 하는 간접강제명령은 정당한 채권자의 권리가 부당하게 침해되지 않고 실효적으로 보장되도록 하기 위하여 필요한 한도에서는 허용될 수 있다고 보아야 한다.

이러한 법리는 개별 법률에서 명문화되기도 하였다. 즉, 언론중재법 제26조 제3항과

장애인차별금지법 제48조 제3항은 판결절차에서 정정보도 또는 장애인차별의 중지나 장애인차별 시정을 위한 구제조치를 명하면서 간접강제명령을 함께 발령할 수 있도록 하고 있다. 이것은 판결절차와 집행절차를 엄격하게 분리해서 운영할 경우 채권자가 제대로 권리구제를 받지 못하는 결과를 가져올 수 있어 이러한 채권자의 권리를 제도적으로 보장하려는 데 그 입법 취지가 있다. 판결절차에서 부작위채무 등의 이행을 명하면서 이와 함께 간접강제명령을 하지 않으면 채권자가 사실상 권리구제를 받지 못하게 되는 경우는 위와 같이 특별법에서 정한 사안 외에도 얼마든지 있을 수 있다. 이러한 경우 법원은 채권자의 권리를 실효적으로 보장하기 위하여 필요하다고 판단하면 판결절차에서 간접강제명령을 함께 할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 특별법 규정이 정정보도 또는 장애인차별의 중지나 시정에 한하여 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있도록 하고, 그 밖의 사안에 대해서는 이를 금지하려는 취지라고 볼 수는 없다.

가처분절차에서 소송절차와 집행절차의 관계도 이와 유사한 측면이 있다. 가처분절차에서 보전소송절차와 보전집행절차가 구별되어 있으므로 가처분결정이 성립한 다음 이를 집행권원으로 하여 가처분집행을 하는 것이 원칙이다. 그러나 대법원은 가처분결정에서 동시에 간접강제명령을 할 수도 있다는 전제에서 있다(대법원 2008. 12. 24.자 2008마1608 결정, 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012다26398 판결 등 참조). 이는 현행 법체계가 보전소송절차와 보전집행절차를 구별하고 있는데도 가처분채권자의 권리를 보호하기 위하여 그 예외를 인정한 것으로 볼 수 있다. 반대의견과 같이 판결절차에서는 간접강제명령을 할 수 없다고 하려면 가처분결정에서 동시에 간접강제명령을 하는 것도 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 가처분절차가 집행절차에 관한 것이라고 해서 보전소송절차에서는 이 문제에 관한 결론을 판결절차의 경우와 달리 보아야 할

이유는 없다. 집행권원의 성립과 동시에 간접강제명령을 할 수 있다는 점에서는 가처분절차와 판결절차를 구별해야 할 필연적인 이유는 없다.

4) 민사집행법이 원칙적으로 판결절차와 강제집행절차의 분리를 예정하고 있더라도, 위와 같이 의사의 진술을 명하는 판결에서 판결절차를 통해 강제이행을 바로 실현하거나, 판결절차에서도 강제집행의 정지를 명할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 그와 같은 분리 원칙은 모든 경우에 관철되지 않는다. 더구나 민사집행절차는 사법(私法)상 이행 청구권의 실현을 목적으로 하는 수단으로서의 성격을 가지므로, 실체법상 이행 청구권의 강제적 실현이라는 목적이 제대로 구현될 수 있도록 운영되어야 한다. 법원이 반드시 필요하다고 판단되는 경우에는 민사집행에 관한 사항도 판결절차에서 다룰 수 있어야 한다. 법률의 체계를 유지한다는 명목으로 국민의 권리구제를 소홀히 해서는 안 된다.

나. 부작위채무 등의 불이행에 대비한 간접강제명령을 판결절차에서 하는 이유는 무엇인가?

1) 간접강제의 대상이 되는 부작위채무 등은 그 채무 자체를 강제적으로 이행하도록 하는 데 다른 종류의 채무와는 다른 특수성이 있다. 금전채무, 물건의 인도채무나 대체적 작위채무는 채무자가 자발적으로 이행하지 않으면 채무자의 관여 없이 민사집행절차를 통해 채무의 강제적인 실현이 가능하다. 반면 부작위채무 등은 채무자가 자발적으로 이행하지 않으면 그 채무 내용을 강제적으로 실현할 수 없다.

부작위채무 등의 이행을 명하는 집행권원에 따른 강제집행은 다른 종류의 채무 이행을 명하는 집행권원에 따른 강제집행과는 근본적인 차이가 있다. 금전집행, 직접강제나 대체집행은 모두 채무자의 의사와 상관없이 강제적으로 채무 내용을 실현하는 집행방

법이다. 예컨대 금전채무의 이행을 명하는 집행권원이 성립한 경우에 채권자는 채무자의 책임재산을 찾아낼 수 있다면 특별한 사정이 없는 한 집행권원에 기한 집행력을 행사할 수 있다. 장애물에 대한 철거 등 대체적 작위의무를 명하는 집행권원에 따른 대체집행의 경우에도 마찬가지로 채무자의 관여 없이 민사집행을 통해서 채무의 강제적인 실현이 가능하다. 그러나 부작위채무 등의 이행을 명하는 집행권원이 성립한다고 해도, 채무자가 부작위채무 등을 임의로 이행하지 않으면 이를 직접 강제할 수 없고, 간접강제를 통해 채무자의 이행을 유도할 수밖에 없다. 간접강제는 채무자에게 채무불이행에 대하여 손해배상의 제재를 예고하는 방법으로 심리적 압박을 가함으로써 채무자 스스로 채무의 내용을 실현하도록 유도하는 집행방법이다.

위와 같이 금전집행, 직접강제나 대체집행은 모두 그 자체로 채무자의 재산권을 직접적으로 제한하는 반면, 간접강제명령은 그에 기초하여 별도의 금전집행 절차에 나아가지 않는 이상 그 자체로 채무자의 재산권을 직접적으로 제한하지는 않는다.

2) 다수의견에서 보았듯이 부작위채무 등에서는 판결절차에서 간접강제명령을 통하여 집행공백 상태를 막고 판결의 실효성을 높일 필요성이 크다. 법률에서 명확하게 규정하고 있지 않는 경우 입법자가 그러한 집행공백의 위험을 방치하려는 의도였다고 볼 수 없다. 채권자가 채권의 강제적 실현을 법원에 청구할 수 있다는 민법 제389조 제1항의 입법목적을 고려하면, 그러한 집행공백에 대처하여 집행의 실효성을 확보하기 위한 방안을 찾는 것은 법관의 임무에 속한다. 집행공백 상태로 인하여 채권자의 권리와 이익이 침해될 우려가 있는 국면에서는 판결절차와 집행절차의 분리라는 원칙은 물러서야 한다.

3) 간접강제 배상금은 국고로 귀속되는 것이 아니라 채무자의 채무불이행으로 인한

채권자의 손해 전보에 충당된다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다49933 판결 참조). 판결절차에서 부작위채무 등에 대하여 간접강제를 명하는 것은 실질적으로 보면 채무자에게 부작위채무 등의 이행을 명함과 동시에 채무자가 장래에 이를 위반할 경우 채권자에게 발생하는 손해를 배상하도록 명하는 것이다. 장래에 발생한 손해의 배상을 명하는 것은 본안판결을 하는 법원이 변론기일에 당사자들의 주장을 듣고 증거를 조사하여 정하는 것이 바람직하다. 이처럼 간접강제명령은 소송적 요소와 집행적 요소를 함께 갖고 있으므로, 금전집행, 직접강제나 대체집행과 달리 판결절차에서도 가능하다고 보아야 한다. 또한 판결절차에서 간접강제를 명하는 것은 채권자의 권리를 신속하게 실현함과 동시에 소송경제 측면에서도 긍정적인 효과가 있다. 따라서 법원은 판결이 확정되거나 가집행선고부 판결이 성립된 이후에 따로 간접강제의 신청, 필요적 심문을 거쳐 간접강제명령을 발령하게 될 경우 채권자의 정당한 권리를 실효적으로 보장하기 어렵다고 볼 수 있는 예외적인 상황에서는 의무이행을 명하는 판결을 선고하면서 이와 함께 간접강제를 명할 수 있다고 보아야 한다. 다만 이러한 간접강제명령이 있다고 해서 곧바로 채무자의 재산에 대한 집행을 할 수는 없고, 이후 판결이 확정되는 등으로 집행권원이 성립되어야 그 의무위반에 따른 집행문을 부여받아 금전집행을 할 수 있게 된다.

다. 판결절차에서 간접강제를 명하는 것은 법률해석의 한계를 벗어나지 않는 정당한 법해석인가?

1) 성문법 국가에서 법률에 명시적인 근거 없이 권리와 의무를 도출하는 것은 쉽지 않은 문제이다. 그러나 입법자가 예상하지 못한 집행공백 문제로 말미암아 법률 규정만으로는 채권자의 권리를 보호하는 데 부족함이 생긴다면 정당한 법해석을 통하여 그

부족함을 메우는 것이 법원의 역할이다.

2) 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지 여부나 그 요건에 관하여 법률이 명확하게 규정하고 있지 않지만 입법자의 의도나 법률의 목적을 고려하여 이를 긍정할 수 있음은 다수의견에서 본 바와 같다. 이것이 민법과 민사집행법의 문언이나 체계에 반하는 해석이 아닌지 문제된다.

민법 제389조에서 부작위채무 등의 불이행이 있는 경우 강제이행의 방법으로 대체집행을 규정하고 있을 뿐이고 간접강제를 정하고 있지 않으므로, 간접강제명령의 근거가 되는 실체법 규정은 없다. 또한 민사집행법 제24조를 비롯하여 민사집행법의 여러 규정은 집행권원이 성립된 이후에야 강제집행을 할 수 있음을 전제로 한 것이므로, 판결절차에서 집행권원의 성립 없이 간접강제를 명할 수 있다는 해석은 민사집행법의 취지에 반한다는 의견도 있을 수 있다.

그러나 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 해석이 법률의 명시적인 문언에 반한다고 볼 수는 없다. 판결절차와 집행절차를 원칙적으로 분리하여 집행권원의 성립 후 강제집행을 하도록 했다고 하더라도 판결절차에서 간접강제명령을 받고 판결이 확정되자마자 집행하는 것을 막을 이유가 없다.

판결절차와 집행절차가 원칙적으로 분리됨에 따라 각각의 판단기관도 다르므로 소송기술상 두 절차를 이어주는 절차가 당연히 필요하다. 예컨대 집행문은 집행권원에 집행력이 있고 집행당사자가 누구인지 공증하기 위하여 집행권원에 덧붙여 적는 공증문언이다. 이는 판결절차에서 본안법원에 의해 집행권원이 성립해도 그것만으로는 집행기관이 집행권원의 집행력이나 집행당사자를 확정하기 어렵기 때문에 집행문을 통하여 이를 확정시키는 것이다. 이러한 집행문 부여의 절차는 판결절차와 집행절차를 연결해

주는 소송기술적인 조치로서 그 자체가 소송절차의 근본적인 목적이 될 수는 없다. 이러한 소송기술적인 조치를 취해야 한다는 이유로 채권자의 권리 보호라는 목적에 반하는 상황을 방치할 수 없다.

다수의견에서 보았듯이 부작위채무 등의 경우에는 집행권원의 성립과 실제 강제집행 사이의 시간적 간격으로 인한 집행공백을 막아야 할 필요성이 있다. 나아가 판결절차에서부터 채무자가 부작위채무 등을 이행하지 않을 위험이 크고 별도의 간접강제신청과 심문을 거쳐 간접강제명령이 발령될 것을 기다려서는 채권자의 권리 실현에 지장이 초래될 것이 분명한 경우에는 판결절차에서 간접강제를 명하는 것이 채권자의 권리 구제를 위해 필요한 조치임은 물론 분쟁의 종국적 해결을 위한 유연한 해결책이다. 채무자의 절차적 권리와 이익을 실질적으로 보장하면서도 더 적은 비용으로 채권자의 권리를 효과적으로 실현할 수 있다면 이는 입법자의 의도에도 부합한다고 볼 수 있다. 따라서 민법 제389조나 민사집행법 제24조를 비롯하여 여러 법 규정이 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않은 상황에서, 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것은 법률 문언의 가능한 의미 안에서 법률의 공백을 메우는 해석이라고 할 수 있다.

설령 부작위채무 등의 경우에 집행공백을 막고 판결의 실효성을 높이기 위하여 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것이 민사집행법이 예정한 체계에 들어맞지 않는 측면이 있다고 하더라도, 그것은 법률이 구현하고자 하는 입법목적 실현하기 위해 필요한 한도에서 법관이 있어야 한다고 판단하는 법을 다른 법규범을 매개로 만들어 내는 법형성으로서 허용될 수 있다.

3) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결을 통해 판결절차에서 간접강제

를 명할 수 있다는 판례 법리가 형성된 이후에 제정된 언론중재법 등 특별법은 위 판례의 정당성에 새로운 근거를 제공한다.

2005년 제정된 언론중재법 제26조 제3항은 정정보도청구, 반론보도청구, 추후보도청구의 소와 동시에 그 인용을 조건으로 민사집행법 제261조 제1항에 따른 간접강제신청을 병합하여 제기할 수 있다고 정하고 있다. 정정보도청구의 소는 언론중재법 제정 당시에는 반론보도청구, 추후보도청구의 소와 마찬가지로 가처분절차에 의하여 재판하도록 규정되어 있었으나(제26조 제6항), 2009. 2. 6. 법률 제9425호로 개정된 언론중재법에서는 정정보도청구의 소를 가처분절차에 의하여 재판하는 것이 헌법에 위반된다는 헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2005헌마165 등 결정에 따라 정정보도청구의 소를 민사소송법의 소송절차, 즉 판결절차에 의하여 재판하도록 개정되었다. 정정보도는 언론의 보도 내용의 전부 또는 일부가 진실하지 않은 경우 이를 진실에 부합되게 고쳐서 보도하는 것을 말한다(제2조 제16호). 반론보도는 언론의 보도 내용의 진실 여부와 관계없이 그와 대립되는 반박 주장을 보도하는 것을 말한다(제2조 제17호). 추후보도는 언론 등에 의하여 범죄협의를 있거나 형사상의 조치를 받았다고 보도 또는 공표된 자가 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결되었을 때 이 사실을 보도하는 것을 말한다(제17조 제1항). 위와 같은 개정 경위에 비추어 보면, 가처분절차에서 간접강제명령을 발령할 필요성이 있는 것과 마찬가지로 판결절차에서도 간접강제명령을 발령할 필요성이 있는 경우가 있음을 알 수 있다.

나아가 언론중재법 제26조 제3항은 적어도 허위의 사실로 명예나 신용을 훼손하는 경우, 인격권을 침해하거나 그러한 우려가 있는 경우 등에 유추적용될 수 있다. 위 대법원 판결은 비방광고로 인한 인격권 침해에 대한 사전 구제수단으로서 광고 중지청구

를 인용하면서 간접강제를 명할 수 있다고 하였는데, 그러한 사안에서 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 것은 그 후 제정된 언론중재법 제26조 제3항의 유추적용으로도 정당화될 수 있다.

판례 형성 당시와는 달리, 현재의 법상황에서 그 토대가 되었던 판례를 변경해야 한다는 것은 때늦은 감이 있다. 어떠한 경우에 어떠한 범위에서 어떠한 요건에 따라 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지가 문제 될 뿐이고 위 법리를 전면적으로 폐기해야 한다는 주장은 더 이상 설 자리가 없어졌다고 보아야 한다.

이상과 같이 다수의견의 논거를 보충하는 의견을 개진한다.

#### 7. 다수의견에 대한 대법관 김선수의 보충의견

반대의견이 제시하는 몇 가지 논점들에 대하여 필요한 범위에서 검토하고, 다수의견의 논거를 보충한다.

가. 반대의견은 현행 법체계가 판결절차와 강제집행절차를 준별하고 있고, 판결절차에서 간접강제를 하게 되면 간접강제의 전속관할에 위반되므로, 판결절차에서 간접강제를 명할 수 없다고 한다.

소송절차를 판결절차와 강제집행절차로 구분하고 전속관할을 정하는 것은 그 자체가 목적이 아니라 분쟁 해결에 효율적인 소송절차의 마련이라는 목적을 달성하기 위하여 그 수단으로서 제도를 설계한 것이다. 소송절차의 구분과 전속관할의 지정을 절대적인 기준으로 파악하고 이에 따라 판결절차에서 명할 수 있는 내용을 형식적으로 파악하는 것은 본말이 전도된 것이다. 소송절차와 관할의 구분은 분쟁 해결에 효율적인 절차의 마련이라는 목적 달성에 효과적으로 기능할 수 있는 방향으로 유연하게 해석하여야 한다.

고전적 삼권분립론은 권력분립을 국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연을 의미하는

것으로 파악하였으나, 기능적 권력분립론은 권력분립이 그 자체가 목적이 아니라 국민의 자유와 기본권을 최대한 보장한다는 목적을 달성하기 위한 것이므로 권력 상호간 공화와 협조를 통한 권력의 합리화를 지향한다. 헌법재판소는 헌법상 권력분립원칙이란 국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연을 의미하는 것이 아니라 권력 상호간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미하는 것으로 이해하고(헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681 결정 등 참조), 나아가 오늘날 행정입법을 허용하게 된 동기가 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점을 인정하고 있다(헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2015헌바191 결정 등 참조). 권력분립을 국민의 자유와 기본권을 최대한 보장한다는 목적 달성을 위하여 기능적으로 파악하는 것과 마찬가지로, 소송절차와 관할의 구분에 관한 문제도 분쟁 해결에 효율적인 절차의 마련이라는 목적 달성을 위하여 기능적으로 접근할 필요가 있다.

판례는 행정사건의 심리절차는 행정소송법이 정하고 있는 특칙이 적용될 수 있는 점을 제외하면 심리절차 면에서 민사소송 절차와 큰 차이가 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 민사사건을 행정소송 절차로 진행한 것 자체가 위법하다고 볼 수 없다고 한 바 있고(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014두11328 판결 참조), 가사사건뿐만 아니라 민사사건에 대하여도 관할권이 있는 항소심이 가사사건과 민사사건을 함께 심리·판단하였다고 하여 위법이 아니라는 취지로 판단한 바 있다(대법원 1996. 12. 6. 선고 96므479 판결 참조). 이러한 판례의 태도는 분쟁 해결에 효율적인 절차의 마련이라는 목적을 위하여 소송절차와 관할의 구분 문제를 기능적인 관점에서 유연하게 해석한 예이다.

다수의견은 이러한 기능적인 관점에서 부작위채무 등을 이행하지 않는 경우에 집행의 실효성을 확보하고 집행공백을 막기 위하여 현재 판례가 제시하는 요건 아래에서는

판결절차에서도 간접강제를 명할 수 있다고 한 것이다. 이러한 해석이 채무자에게 크게 불리하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 분쟁의 종국적인 해결에도 이바지한다는 것은 다수의견이 지적한 바와 같다. 또한 분쟁의 종국적 해결을 위한 기능적 접근이 집행절차에서 채무자에게 보장된 절차적 권리의 침해를 용인하는 것은 아니며, 판결절차에서 간접강제를 명하는 경우에도 아래에서 보는 바와 같이 채무자의 절차적 권리가 실질적으로 훼손된다고 볼 수 없다.

나. 판결절차에서 간접강제를 명하지 않은 일반적인 경우 부작위채무 등에 대하여 간접강제를 통해 집행하는 절차는 반대의견이 설명한 바와 같이 ① 집행권원의 성립, ② 판결정본에 대한 집행문 부여, ③ 판결 송달 등 집행개시요건 구비, ④ 채권자의 간접강제신청, ⑤ 채무자에 대한 심문 및 간접강제신청에 대한 심리, ⑥ 간접강제결정 발령, ⑦ 간접강제결정에 대한 집행문 부여, ⑧ 집행력 있는 간접강제결정 정본에 기한 금전집행의 순으로 이루어진다.

반대의견은 판결절차에서 간접강제를 명하는 경우에는 집행권원이 성립한 이후 별도로 간접강제결정을 하는 절차 중 "② 판결정본에 대한 집행문의 부여, ③ 판결송달 등 집행개시요건의 구비, ④ 채권자의 간접강제신청, ⑤ 채무자에 대한 심문 및 간접강제신청에 대한 심리"라는 절차가 생략된다고 한다.

그러나 판결절차에서 간접강제를 명하는 경우에도 채권자가 간접강제를 청구해야 하고, 변론 과정에서 채무자가 간접강제에 관한 의견을 진술할 수 있으며, 본안법원이 간접강제 청구에 관하여 심리하므로, 실질적인 관점에서 볼 때 ④, ⑤의 절차가 생략된다고 볼 수 없다. 채무자가 집행권원에서 명한 부작위채무 등을 전혀 이행하지 않는다면, 부작위채무 등에 대한 강제집행은 최종적으로 간접강제에 기한 금전집행을 실시하는

것으로 마무리된다. 판결절차에서 한 간접강제명령에 의하여 금전집행을 실시하려면 간접강제명령을 포함하여 판결정본에 대한 집행문이 부여되어야 하고, 판결송달 등 집행개시요건이 구비되어야 하므로, 그 금전집행 단계에 이르러서는 결국 ②, ③, ⑦의 절차가 준수된다. 즉 판례가 제시하는 요건에 따라 판결절차에서 간접강제를 명할 때 ②, ③의 절차가 형식적으로 생략될 수밖에 없다고 하더라도, 채권자가 간접강제를 통해 종국적으로 얻고자 했던 채무자에 대한 실효적인 제재수단으로서의 배상금에 관한 집행단계에서 집행문 부여, 판결송달 등의 절차가 철저히 지켜지게 된다. 따라서 ②, ③의 형식적인 생략만을 따로 떼어볼 것이 아니라 판결절차에서 명하는 간접강제의 전체적인 집행과정을 일련의 흐름에 따라 살펴보면, 현재의 판례가 민사집행법이 예정한 강제집행과는 전혀 다른 강제집행을 허용하고 있다고 평가할 수 없다.

간접강제는 채무자에게 심리적인 압박을 가함으로써 채무자 스스로 채무의 내용을 실현하도록 유도하는 집행방법임과 동시에 간접강제에 기초하여 배상금을 현실적으로 집행하는 절차에서 별개의 집행권원이 된다. 간접강제만으로 채무자의 재산권을 직접적으로 제한하는 것은 아니고, 간접강제에 기초하여 별도의 금전집행이 개시되어야 채무자의 재산권을 직접적으로 제한한다.

간접강제가 집행방법임과 동시에 집행권원이 되고, 간접강제에 기초하여 별도의 금전집행이 예정되어 있는 점을 고려하면, 판결절차에서 간접강제를 명한다고 하더라도 채무자에게 과도하게 불리하다거나 채무자의 절차상 권리를 박탈한다고 볼 수 없다. 판결절차에서 명한 간접강제에 대하여 집행문이 부여될 때, 그 집행에 조건이 붙어 있는 경우라면 채권자는 조건이 성취되었음을 증명해야 하는데(민사집행법 제30조 제2항), 특히 부작위채무의 경우에는 채무자의 부작위의무 위반이 부작위채무에 대한 간접

강제결정의 집행을 위한 조건에 해당하므로 민사집행법 제30조 제2항에 의하여 채권자가 그 조건의 성취를 증명하여야 집행문을 받을 수 있다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다92916 판결 참조). 재판장은 집행문 부여를 위한 명령에 앞서 서면이나 말로 채무자를 심문할 수 있다(민사집행법 제32조 제2항). 채무자는 간접강제에 집행문이 부여되는 데 위법이 있으면 이의를 신청할 수도 있다(민사집행법 제34조 제2항). 이와 같이 간접강제에 기초하여 별도의 금전집행이 개시되기 전까지 채무자에 대한 절차 보장의 기회는 충분히 마련되어 있다. 따라서 채무자의 집행절차에서의 절차적 권리가 실질적으로 훼손된다고 볼 수 없다.

반대의견은 다수의견이 법관에게 민사집행법에서 요구하는 집행문 부여와 집행개시요건의 구비를 면제할 권한이 있는 것으로 해석하였다고 하나, 다수의견이 그와 같이 해석한 바 없다. 또한 반대의견은 다수의견이 집행문 부여 없이 집행권원에 의해서만 이루어진 강제집행은 무효라는 판례(대법원 1978. 6. 27. 선고 78다446 판결), 판결정본의 송달이 적법하게 이루어지 않은 채 진행된 강제집행은 무효라는 판례(대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2070 판결)와 부합하지 않는다고 하나, 위에서 본 바와 같이 판결절차에서 간접강제를 명한다고 해도 최종적으로 채무자의 재산권을 제한하는 금전집행을 하기 위해서는 집행문을 부여받고 집행개시요건을 구비해야만 하므로 다수의견은 위 판례들과 견해를 같이 한다.

다. 반대의견은 부작위채무 등을 다른 종류의 채무와 달리 취급하는 것에 합리적인 이유가 없으므로 평등원칙에 반한다고 한다.

그러나 부작위채무 등을 다른 종류의 채무와 달리 취급하는 것에는 합리적인 이유가 있다고 보아야 한다. 부작위채무 등이 아닌 다른 종류의 채무는 강제집행절차에서 그

내용을 직접 실현할 수 있으나, 부작위채무 등은 채무자가 스스로 이행하지 않으면 그 내용을 직접 실현할 방법이 없다.

부작위채무 등에 대한 집행방법인 간접강제는 채무자에게 채무불이행에 대하여 손해 배상의 제재를 예고하는 방법으로 심리적 압박을 가함으로써 채무자 스스로 채무의 내용을 실현하도록 유도하는 집행방법이다. 간접강제를 하였음에도 채무자가 부작위채무 등을 이행하지 않으면 간접강제명령에 기초하여 배상금에 관한 금전집행을 하게 된다. 반면 다른 종류의 채무에 대한 집행방법인 금전집행, 직접강제 및 대체집행 등은 모두 채무자의 관여 없이도 강제적으로 채무의 내용을 실현하는 집행방법이다.

간접강제는 다른 집행방법과 비교하여 볼 때 채무자의 재산권을 제한하는 정도가 다르고 별개의 금전집행 절차를 예정하고 있다는 차이가 있으므로, 부작위채무 등을 다른 종류의 채무와 달리 취급하는 것에 합리적인 이유가 있다고 보아야 한다.

라. 반대의견은 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 취지의 현재 판례를 변경해야 한다고 한다.

1) 그러나 현재 판례 법리가 실무에서 오랫동안 유지되어 오면서 특별한 문제없이 분쟁 해결에 이바지해 온 점을 고려하면 현재 시점에서 이를 변경할 필요성은 인정되지 않는다.

대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결을 통해 예외적으로 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 법리가 선언된 이후 판례 법리는 현재까지 실무에서 폭넓게 활용되면서 분쟁 해결에 기여해 왔다. 현재의 판례 법리는 부작위채무 등에 관한 판결의 실효성 있는 집행을 보장하고 분쟁의 종국적 해결에 이바지하는 등 이를 유지할 합리적인 이유가 존재한다. 반대의견은 현재의 판례 법리가 강행규정인 민사집행법

의 여러 규정에 반한다거나 다른 대법원 판결들과 부합하지 않는 불합리가 발생한다고 하나, 실무적으로 현재의 판례 법리에 대한 문제점이 특별히 지적되어 온 바도 없다.

이러한 상황에서 판례를 변경하는 데에는 신중하여야 한다. 판례를 변경해야 할 만큼 현재의 판례 법리에 실무적으로나 이론적으로 큰 문제점이 있다고 볼 수 없다. 판례 법리를 기초로 오랫동안 형성되어 온 실무 지침을 한 순간에 변경하는 것은 법적 안정성 면에서도 바람직하지 않다.

더군다나 다수의견이 지적한 바와 같이 현재의 판례 법리를 일정한 영역에 수용하여 입법(언론중재법과 장애인차별금지법)까지 이루어진 현시점에서 판례를 변경하는 것은 시대를 역행하는 것으로서 부적절하다고 하지 않을 수 없다.

2) 오히려 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다는 현재 판례의 법리는 더욱 발전시켜야 할 필요성이 있다.

그 동안 실무에서 판결 주문이 지나치게 경직되게 정해짐으로써 효과적인 분쟁 해결에 지장을 초래하는 경우도 없지 않았다. 보다 다양한 형태의 주문을 적극적으로 선고함으로써 분쟁의 종국적 해결이라는 법원의 역할을 제고해야 할 필요가 있다.

현재의 판례는 판례가 제시하는 요건 아래에서는 판결 주문에서 간접강제를 명할 수 있다는 것으로서 분쟁의 종국적 해결을 위하여 실무상 주문의 정형적인 한계를 탈피하기 위한 바람직한 시도이자 발전적인 방향이라고 볼 수 있다.

3) 현재의 판례는 사실심 재판을 충실화하기 위한 발전 방향에도 부합한다.

민사소송은 사실심에서 충분한 쟁점정리와 폭넓은 증거조사를 통한 충실한 재판으로 법적 분쟁을 조기에 종국적으로 해결하도록 하는 것이 바람직하다. 사실심 충실화와 관련하여 간접강제 재판을 할 때에는 무엇보다도 실효적이면서도 합리적인 기준으로

간접강제 배상금을 산정하는 것이 중요하다. 간접강제에서 명하는 배상금은 채무자로 하여금 그 이행기간 이내에 이행하도록 하는 심리적 강제수단이라는 성격뿐만 아니라 채무자의 채무불이행에 대한 법정 제재금이라는 성격도 가지는데(대법원 2013. 2. 14. 선고 2012다26398 판결 참조), 간접강제 배상금은 바로 위와 같은 법적 성격을 고려하여 산정하여야 한다.

구체적으로 사실심 법원은 충실한 재판 진행에 의하여 사건의 경위, 당사자의 특성이나 자력, 채무의 성질과 구체적인 내용 및 그 이행의 난이도, 채무자의 태도와 위반행위의 정도, 위반행위로 인해 채무자가 얻을 것으로 예상되는 이익, 위반행위로 인한 채권자의 피해와 그 피해 회복의 곤란성 등을 면밀히 파악하고 이를 종합적으로 고려하여 간접강제 배상금의 액수를 적정하게 산정할 수 있다. 따라서 집행권원이 성립하더라도 채무자가 부작위채무 등을 단기간 내에 불이행할 우려가 크다고 판단될 경우 사실심 법원은 판결절차에서 위와 같은 사정 등을 두루 고려하여 간접강제 배상금의 적정한 액수를 정함으로써 그러한 우려에 시기적절하게 대비할 수 있다. 이러한 결과는 '사실심 재판의 충실화'라는 발전 방향에도 부합한다.

4) 일정한 영역에서는 본안판결을 선고하면서 간접강제를 명하는 것이 신속한 분쟁해결에 유효적절한 방법이 되고 이를 적극적으로 제도화하는 것이 바람직할 수도 있다.

언론중재법 제26조 제3항은 정정보도청구의 소의 경우, 장애인차별금지법 제48조 제3항은 장애인차별에 관한 구제조치청구의 소의 경우 각각 입법자가 명시적으로 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있음을 규정한 예이다. 그 외에도 판결절차에서 간접강제를 명하는 것이 신속한 분쟁해결에 유효적절한 수단이 될 수 있는 영역이 다수 있다. 노동소송의 영역에서는 해고의 무효를 확인하면서 복직명령을 하고 복직명령 불이행에

대해 간접강제를 명할 수 있고, 단체협약의 이행이나 단체교섭의 응낙을 명하면서 그 불이행에 대해 간접강제를 명할 수 있다. 인격권에 근거한 침해금지청구소송에서도 침해금지를 명하면서 그 불이행에 대해 간접강제를 명할 수 있다. 이러한 경우에 법률에 별도의 명시적인 규정이 없더라도 현재의 판례가 제시하는 요건을 갖추었다면 본안판결 주문에서 간접강제를 명할 수 있다고 해석할 수 있으나, 법률에 명시적으로 규정하여 제도화한다면 그 활용을 더욱 촉진할 수 있을 것이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장            대법원장            김명수

주    심            대법관            이기택

                      대법관            김재형

                      대법관            조재연

                      대법관            박정화

                      대법관            안철상

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 노태악

대법관 이흥구

대법관 천대엽