

(지평지성 소식)

중남미 칼럼, '¡Hola! 중남미' 신설

지평지성은 지속적인 경제 성장을 구가하며 세계 경제의 중심으로 떠오르고 있는 브라질 등 중남미 지역의 정보를 고객 여러분께 전달하고자 뉴스레터 2011년 2월호부터 '¡Hola! 중남미'를 신설하여 운영합니다.

지평지성은 현재 중남미의 지역적 특성에 기반하여 고객에게 보다 효율적인 서비스를 제공하기 위하여 M&A, 금융 및 해외 투자 관련 전문가들로 중남미팀을 구성하여 업무를 수행하고 있으며, 브라질 현지의 컨설팅업체와 연계하여 브라질 현지 투자 네트워크를 구성하였고, 중남미 지역에 네트워크를 보유한 다수의 브라질 현지 로펌과 교류를 통해 효율적인 법률서비스를 제공할 수 있는 환경을 구축하였습니다.

특히, 한국 로펌 최초로 교포 2세 출신의 브라질 변호사가 서울 본사에 합류함으로써, 한국 내에서 자체적인 브라질 및 중남미 관련 법률 서비스를 효율적으로 제공하고 있습니다.

※'¡Hola!'는 스페인어로 '안녕!'이라는 뜻(영어의 'Hello!'에 해당)이며 '올라!'로 읽습니다. 스페인어에서는 느낌표(!)를 단어 앞뒤에 표기합니다.

['한경비즈니스' 기고]

- [트렌드] 100조 원대 시장...세계 각국 경쟁 치열 - 정철 변호사 (2010. 12. 1., 782호)
- [브라질] 내수시장 '탄탄'...세금·고용비용 '부담' - 정철 변호사 (2010. 10. 27., 777호)

법무법인 지평지성 뉴스레터

[담당변호사]



양영태 대표변호사



강율리 변호사



정철 변호사



이유경 변호사



강아론 브라질변호사

Jipyong & Jisung

(법률칼럼)

의료인의 업무상 과실로 낙태가 된 경우 처벌이 가능할까



김성수 변호사

2009년 말 경부터 일부 의사를 중심으로 낙태반대 운동이 활발합니다. 모든 생명이 고귀하고 그중에 으뜸이 인간의 생명임은 상식입니다. 나아가 장차 인간이 될 생명체라고 할 수 있는 태아의 생명 역시 고귀하게 보호되어야 하는 것은 당연합니다. 그러나 출생 전 태아의 생명을 출생 후 존재인 인간의 생명과 동일한 정도로 보호할 것인가는 의문입니다. 예를 들어 출산 과정에서 산모의 생명이 위태롭게 된다면 태아의 생명을 포기하고 산모의 생명을 구하는 것이 불가피합니다. 즉 태아의 보호를 어느 정도 할 것인가는 입법정책과 관련이 있습니다. 현행 형법에서도 낙태죄는 살인죄에 비하여 상당히 가볍게 처벌하고 있습니다. 살인죄(250조 1항)는 사형, 무기 또는 5년 이상 징역에 처하는 반면에 낙태죄(270조 2항)는 3년 이하의 징역에 처합니다.

낙태를 유발하는 행위에는 고의행위뿐 아니라 과실행위도 있을 수 있습니다. 그렇다면 의사가 임신부에 대한 진료를 하는 과정에서 과실을 범하여 낙태가 초래된 경우에 의사를 처벌할 수 있을까요? 현행 형법에는 과실치사죄(266조)나 업무상과실치사죄(268조)는 있지만 과실낙태죄나 업무상과실낙태죄는 없습니다. 그렇다면 낙태 자체가 낙태 전 산모의 건강상태에 장애를 초래한 것으로 해석하여 산모를 피해자로 하는 업무상과실치상죄가 성립될 수 있을까요? 결론부터 말하면 불가능합니다. 즉 의료인의 업무상 과실로 낙태가 초래되었다고 하여도 그 의료인을 산모에 대한 과실치상죄로 처벌할 수는 없기 때문입니다. 물론 민사소송을 제기하여 민사상 손해배상 책임을 부담하게 할 수는 있습니다.

법무법인 지평지성 뉴스레터

실제 사건에서 임신 32주인 산모가 한밤중에 대학병원 응급실로 찾아와 복통을 호소하였습니다. 산부인과 의사는 소화기 장애로 진단한 내과의사 말만 생각하고 환자를 지속적으로 관찰하지도 않고 태아감시장치나 초음파검사도 실시하지 않았습니다. 산모는 결국 태반조기 박리로 인한 낙태를 하게 되었습니다.

대법원은 위 사건에서 현행법상 이들을 처벌할 수 없다는 뜻을 분명히 하였습니다. 이에 따라 피고인들에게 산모에 대한 업무상과실 치상죄를 인정한 하급심 판결은 파기되었습니다. 대법원의 판단 근거는 다음과 같습니다(대법원 2009.7.9. 선고 2009도1025 판결).

첫째, 현행 형법은 사람에 대한 상해 및 과실치상의 죄에 관한 규정과는 별도로 태아를 독립된 행위객체로 하는 낙태죄 관련 규정을 두고 있다. 임신부의 자기낙태행위 및 제3자의 강제낙태행위, 낙태로 인하여 임신부에게 상해 또는 사망에 이르게 한 행위 등에 대하여는 각각 상해죄와 별도로 처벌하도록 하고 있다. 즉 사람에 대한 상해와 낙태는 엄격하게 구별된다.

둘째, 과실낙태행위 및 낙태미수행위에 대하여 따로 처벌규정을 두고 있지 않다. 형법의 대원칙 중 하나는 범죄와 형벌은 법률로 명시되어 있어야만 적용될 수 있다는 죄형법정주의이다. 그러므로 법률에 규정되어 있지 않은 범죄를 비슷한 내용의 규정에서 유추하여 해석하는 것은 허용될 수 없다(유추해석금지).

산모 측은 형사고소와 별도로 손해배상을 구하는 민사소송도 제기하였습니다. 대법원 판결이 선고된 이후 진행된 민사소송에서는 재판부의 조정권고를 받아들여 사건은 원만하게 마무리되었습니다. 검사와 하급심은 피고인들의 과실로 피해자로 하여금 뱃속에 있던 32주 상태의 태아가 태반조기박리로 사망하게 하는 상해를 입게 하였다고 판단하였습니다. 그러나 현행형법의 해석상 낙태 그 자체만으로는 산모에 대한 상해라고 할 수는 없습니다. 다만 의사의 과실로 인해서 발생한 낙태과정에서 산모에게 과다출혈 등이 원인이 되어 별도의 질병이나 상해가 발생하는 경우에는 산모에 대한 업무상과실치상죄가 될 수 있을 것입니다.

Jipyong & Jisung

(열려라 중국)

비슷하지만 다른, 중국의 사법제도



박영주 변호사

'사이비(似而非)'라는 말은 가장 심한 욕설 중 하나입니다. '진짜가 아닌 가짜', '질 나쁜 거짓말쟁이', '천하의 사기꾼'들에게 붙여주는 호칭으로 쓰이고 있으니 말입니다. 하지만 이 말의 본뜻은 그렇게 나쁜 뜻은 아니라고 합니다. '비슷해 보이지만 실제로는 같지 않은 것', '외양은 비슷해 보이지만, 속내는 서로 다른 두 사물의 차이'를 지칭하는 것이었다고 합니다. '사사이비(似是而非)'라고도 한하는데 이를 보면 본래의 뜻을 좀더 명확하게 알 수 있습니다.

중국의 사법제도를 비롯한 여러 문물들은 너무 오래 서로 영향을 주고받았고, 또 너무 가까워서 더 친숙하게 느껴지는 것이 사실입니다. 하지만 우리와 같은 용어로 쓰여 있는 법 규정의 뜻이 전혀 다른 것을 보면, 어쩌면 '사이비(似而非)'라는 표현이야말로 외양이 비슷해도 실제로는 우리의 제도와 문물과는 전혀 다른 중국의 제도, 문물과의 관계를 제일 잘 표현하는 것이 아닐까 생각합니다. 그래서 우리 것과 같아 보이지만 실제로는 다른 중국 사법제도의 몇 가지를 살펴보도록 하겠습니다.

1. 양심중심제(兩審終審制)

'삼세판'. 가위, 바위, 보도 세 번은 해야 하고, 천하장사 씨름도 '3판 양승'으로 승부를 결정하는 우리에게 3번 재판을 받을 수 있는 '3심제(3審制)'는 어쩌면 당연한 것입니다. 선진국 또는 후진국 구별 없이 대부분의 국가들은 3심제를 채택하고 있습니다. 하지만 중국은 '2심제(兩審終審制)'를 채택하고 있습니다(법원조직법 제12조 人民法院審判案件, 實行兩審終審制).

법무법인 지평지성 뉴스레터

즉, 민사사건도 제2심이 중심적 판결이고(민사소송법 제158조), 형사사건도 제2심이 마지막 재판입니다(형사소송법 제197조).

어떤 소송이든 2번 재판을 하였으면, 당사자는 더 이상 '상소(上訴)'할 수 없습니다. 최하급 인민법원으로 현, 자치현, 시, 대도시의 구 등 전국에 약 3,000여 곳에 설치된 기층(基层)인 민법원의 1심 판결에 대하여는 중급인민법원의 제2심 판결이, 중급인민법원이 제1심으로 판결한 사건에 대하여는 고급인민법원의 2심 판결이 마지막이고, 최종적인 판결이 됩니다. 따라서 제1심에서 원고가 승소한 사건에 대해 제2심 법원에서 판결을 번복하여 청구를 기각한 경우에도, 더 이상 다툴 수 없습니다.

그 결과 대부분의 형사, 민사사건은 고급인민법원의 판결로 종결됩니다. 고급인민법원은 각 성(省), 자치구, 직할시에 1개씩 전국적으로 31개가 설치되어 있는데, 고급인민법원은 성, 자치구, 직할시 전체에 의의를 갖는 중대 형사사건이나 관할 구역 내 영향이 큰 중요 민사사건, 경제사건만을 1심으로 판결하므로 우리나라의 대법원에 해당하는 최고인민법원에 상소할 수 있는 사건은 극히 제한되어 있습니다.

중국이 다른 나라들과는 달리 2심제를 선택한 이유에 대해 학자들은 신중국 건국 이후 수십 년간의 경험에 비추어 2심제가 사건을 신속하고 정확하게 처리하는 데 유리하고, 광대한 면적의 국토와 교통불편에 따른 효율성을 고려한 것이라고 설명합니다. 연방제를 채택하여 각 주마다 3심제의 사법제도를 채택하고 있는 미국과 달리 단일제(單一制) 국가체제를 고수하고 있는 중국의 입장에서는 어쩌면 불가피한 선택일 수도 있다는 생각입니다. 13억이 훨씬 넘는 사람들 사이에서 발생하는 소송사건들을 모두 최고인민법원에 상소하여 제3심으로 결판내야 한다면 이를 감당할 수 없을 것이기 때문입니다.

2. 재판감독절차(审判监督程序)

2심제와 관련하여 중국만의 독특한 제도인 '재판감독절차(审判监督程序)'를 살펴볼 필요가 있습니다. 재판감독절차란 '이미 확정된 판결 및 결정에 오류가 있는 것이 확실한 경우 각 인민법원에 설치된 재판위원회의 결정 또는 상급 인민법원이나 인민검찰원의 요구에 의해서 재판하도록 하는 제도'를 말합니다(민사소송법 제178조, 형사소송법 제204조). 이에 따

라 각급 인민법원에 설치된 재판위원회나 상급 인민검찰원이 이미 확정된 판결에 오류가 있다는 이유로 다시 재판할 것을 요구하면, 다른 재심사유가 없어도 재판절차에 따라 다시 재판하여 판결을 번복할 수 있습니다. 예컨대, 고급인민법원은 관할 내 중급인민법원의 판결에 확실한 오류가 있다는 것을 발견하면, 이미 판결이 확정되었다고 하더라도 다시 재판절차에 따라 스스로 심리하거나 해당 하급 인민법원에 대하여 재심할 것을 명할 수 있습니다. 이런 점을 고려하면, 중국은 비록 2심제를 채택하고 있지만 언제든지 판결 결과를 번복하여 구제 받을 수 있기 때문에 실질적으로는 판결이 영구히 확정되지 않는 셈입니다.

특히 우리나라의 검찰에 해당하는 인민검찰원에 법률감독권한을 부여하여, 최고인민검찰원은 각급 인민법원에 대하여, 상급 인민검찰원은 하급 인민법원에 대하여 형사사건은 물론이고 민사사건에 대하여도 다시 재판할 것을 요구할 권한을 부여하고 있는데(민사소송법 제 187조; 이를 '재심항소(再審抗訴)'라고 합니다), 이는 우리나라의 법원과 검찰의 관계를 고려할 때 매우 특이한 점입니다.

이와 같은 재판감독절차에 대하여 '잘못이 있으면 반드시 고친다'는 중국 소송제도의 원칙에 터 잡은 것이라 설명하기도 하지만, 연혁적으로는 중국 법관들의 특수한 사정을 고려한 것이 아닌가 생각합니다. 중국의 법관은 2002년 통일사법고시가 실시되기 전까지는 변호사 자격을 요건으로 하지 않았고, 각 성, 자치구, 직할시의 인민대표회의 상무위원회에서 법원장의 추천을 받아 임명하기 때문에 그 출신이 매우 다양했습니다. 법관에 대한 처우도 각 지방의 재정사정에 따라 다릅니다. 그 결과 과거 중국의 법관들 가운데 많은 사람들은 법학교육을 받지 않았거나 심지어 고등학교 이상의 교육을 받지 못한 사람들도 있었고, 1990년대 중반까지는 퇴역군인이나 당 관료 출신 법관들이 가장 많았다고 합니다. 이런 이유로 재판절차 진행의 수준이나 판결 내용에 대하여 여러 가지 문제점이 지적되기도 했습니다. 이런 사정으로 비록 판결이 확정되었다고 하더라도 사후에 판결의 적법 여부를 심사, 감독하여 이를 바로잡을 필요가 컸고, 나아가 사회주의원칙에 위배되거나 국가정책에 반하는 판결에 대하여는 국가에서 간섭할 필요도 있었던 것 같습니다.

이러한 재판감독절차가 종래 중국의 현실에 비추어 불가피한 것이었다고 하더라도 사법부의 독립과 공정한 재판을 가로막는 요인이 되고 있는 것도 사실입니다. 특히 2002년 통일사법고시 실시 이후 일정 수준 이상의 법학교육을 받고 자격을 갖춘 변호사와 법관이 크게 증가

하고 있는 점을 고려하면, 이러한 재판감독절차에 따른 판결 정정의 필요성은 점차 줄어들고 있지 않나 생각합니다.

3. 다양한 명칭의 법령들

우리나라에서는, 재판의 전제가 되는 법률(法律)은 모두 국회에서 제정합니다. 법률에 정한 것을 보다 구체화하거나 집행할 필요가 있는 경우에는 행정부에서 시행령(대통령령)과 시행규칙(각 부의 부령)을 정하고 있습니다.

중국은 이와 유사하지만, 훨씬 복잡한 법체계를 가지고 있습니다. 우선 '법(法)' 사이에도 '기본법률'과 '기타법률'로 구별하여 그 효력에 차이가 있습니다. 형법, 민법통칙, 계약법(合同法), 상속법 등과 같은 중요 법률은 우리나라의 국회에 해당하는 전국인민대표회의에서 제정하고 개정하는데, 이를 '기본법률'이라고 하고, 기본법률 이외의 것으로 전국인민대표회의 상무위원회가 제정하고 개정하는 법은 '기타법률'이라 구별하고 있습니다. '기타법률'에는 회사법, 노동법, 특허법, 상표법 등이 있습니다. 상무위원회에서 정한 '기타법률' 중에는 '법(法)'이라 칭하지 않고 각종 '規定', '決定', '條例' 등의 명칭을 가진 것들도 있지만, 그 효력은 기타법률과 동일합니다.

우리나라의 행정부에 해당하는 국무원에서 정한 규정(規定), 결정(決定), 조례(條例), 판법(辦法), 잠행조례(暫行條例), 통지(通知), 해석(解釋) 등(이를 '행정법규'라 합니다)이나, 각 성(省), 자치구, 직할시의 지방국가기관에서 정한 규정(規定)이나 결정(決定), 조례(條例) 등(이들을 '지방성 법규'라 합니다)도 재판의 전제가 되는 규범들입니다. 또 국무원에 속한 각 부, 각 위원회에서 정한 실시세칙(實施細則), 잠행규정(暫行規定), 통지(通知), 설명(說明), 의견(意見) 등(이들 규범을 '部門規章'이라 합니다)도 구속력이 있는 법령에 속합니다.

이들 각 규범들은 헌법 → 기본법률 → 기타법률 → 국무원 행정법규 → 지방성 법규/부문 규장의 순으로 효력을 가지게 됩니다. 만일 일반법과 특별법이 충돌하여 적용법률을 확정할 수 없는 경우에는 전국인민대표회의 상무위원회에서 적용할 법률을 결정합니다.

이처럼 각종 규범들의 명칭이 통일되어 있지 않고 매우 다양하고 심지어 설명(說明), 의견(意見) 같이 법령으로 보이지 않는 명칭을 가진 것들도 엄연히 국가의 법령으로서의 효력을 가진 것이라는 점은 주의해야 합니다.

실생활에서 중요한 의미를 가지는 것은 각 성이나 자치구, 직할시에서 제정하는 지방성법규입니다. 광활한 국토만큼이나 생활환경이 다른 중국에서는 동일한 법률에서 정하고 있는 내용에 대해서도 각 성(省), 자치구의 사정에 따라 서로 다른 내용으로 구체적인 내용을 규율할 수 있기 때문입니다. 나아가 하급 인민법원의 '지방보호주의' 경향을 고려하면, 해당 지역의 지방성법규는 물론이고 해당 지역 인민법원의 판결성향에 대하여도 세밀한 검토가 필수적입니다.

4. 상소/항소, 판결/재정/결정, 自訴

마지막으로 우리와 같은 한자(단어)를 사용하지만, 그 뜻은 다른 중국 사법용어들 몇 가지를 살펴보도록 하겠습니다. 우리의 경우, 하급심의 판결에 대하여 불복하여 상급심에 다시 재판할 것을 청구하는 것을 상소(上訴)라고 하고, 그 중 1심에 불복하여 2심 재판을 청구하는 것을 항소(抗訴), 다시 2심에 불복하여 대법원에 3심을 청구하는 것을 상고(上告)라고 구별하고 있습니다. 하지만 2심제를 채택하고 있는 중국의 경우 대법원에 3심을 청구하는 상고(上告)라는 용어는 없습니다.

또한 중국의 민사소송법이나 형사소송법에서는 상소(上訴)와 항소(抗訴)를 엄격하게 구별하고 있습니다. 중국 소송법상 상소(上訴)는 형사사건의 피고인이나 자소인(自訴人), 그 법정대리인, 또는 민사사건의 당사자가 아직 확정되지 아니한 인민법원의 제1심 판결이나 재정에 불복하여 상급 인민법원에 2심을 제기하는 것을 말합니다. 반면, 항소(抗訴)는 각급 인민검찰원이 아직 법률적 효력이 발생하지 아니한 제1심 판결이나 재정에 대하여 상급 인민법원에 2심을 제기하거나(이를 '일반항소'라고 합니다). 또 이미 확정된 판결이나 재정에 명백한 오류가 있는 경우, 인민검찰원이 재심판을 요청하는 것을 말합니다(위에서 설명한 바와 같이 이를 '재심항소'라고 합니다).

한편, 중국 법원에서 내리는 판단도 여러 가지 형식이 있습니다. 먼저 인민법원이 사건에 대하여 내리는 최종적인 판단을 판결(判決)이라고 하는데 이는 우리나라와 같습니다. 이에 대

법무법인 지평지성 뉴스레터

해 불복하는 경우, 당사자는 15일 이내에 상소(上訴)할 수 있습니다. 재정(裁定)은 인민법원이 심리과정 중에 발생하는 절차상 문제를 해결하기 위한 것으로, 소송기간에만 유효하며 소송이 종결되면 재정은 그 효력을 상실합니다. 재정에 불복하는 경우에는 10일 이내에 상소할 수 있습니다. 이와 달리 결정(決定)은 인민법원이 소송의 원활한 진행을 위하여, 소송상 발생하는 특정절차에 대하여 내리는 판단으로, 당사자 또는 외부인이 이에 불복하여 상소할 수 없고, 다만 결정을 내린 법원에 대해 다시 결정해 줄 것을 신청할 수 있을 뿐입니다.

한편, 형사절차상 특유한 중국의 제도로는 자소(自訴)제도가 있습니다. 자소(自訴)는 검찰이 형사사건에 대하여 제기하는 공소(公訴)에 대응하는 개념으로, 피해자나 그 법정대리인, 근친족이 피고인의 형사책임을 추궁하기 위하여 직접 형사소송을 제기하는 것을 말합니다. 중국 형사소송법은 수사기관이 수사하지 아니하거나 검찰이 기소하지 아니한 때라도 범죄사실을 증명할 수 있는 증거가 있는 때에는 스스로 인민법원에 형사사건을 기소할 수 있습니다(형사소송법 제170조). 이 경우公安기관이나 인민검찰원은 그 사건에 관한 자료 등을 인민법원에 제출하여야 합니다. 자소(自訴)제도는 우리나라에서는 인정되지 않는 중국의 독특한 제도입니다. [\[Jipyong & Jisung\]](#)

(한경비즈니스 기고문)

지평지성 글로벌 비즈니스 센터 (한경비즈니스 국제면 기고문)

법무법인 지평지성 '글로벌 비즈니스 센터'는 2010년 9월부터 경제주간지 '한경비즈니스' 국제(Global) 면에 정기적으로 브라질, 중국, 러시아, 베트남, 캄보디아, 라오스, 일본 등 한국기업 및 자본의 진출이 활발한 해외 각국의 주목할 만한 동향을 기고하고 있습니다. 기고되는 내용은 월간 지평지성 뉴스레터에 모아서 전달해 드리고 있습니다.

[이 달의 기고]

한경BUSINESS

No. 790 | 2011. 1. 26.



정철 변호사

cjeong@

jipyong.com

[Global 트렌드]

브라질 자원 에너지 확보 전쟁

세계 기업 각축...한국 기업 보기 힘들어

브라질은 오일 & 가스 저널(Oil & Gas Journal)이 발표한 2010년 세계 원유 확인 매장량 순위에서 128억 배럴로 전체 15위를 차지했다. 하지만 2007년 후반부터 발견된 투피(Tupi)·주피터(Jupiter)·카리오카(Carioca) 지역의 심해저 유전 매장량이 확인되면 브라질의 매장량은 세계 10위 이내에 들 것으로 예상된다. 브라질 국영 석유 회사인 페트로브라스(Petrobras)는 향후 심해저 유전 개발을 위한 자금을 마련하기 위해 2010년 9월 뉴욕거래소와 상파울루거래소에서 동시에 약 680억 달러를 증자하기도 했다...

PDF e-Link

[글로벌 비즈니스 센터 소개]

- 법무법인 지평지성 글로벌 비즈니스센터 소개 (홈페이지)
- 법무법인 지평지성 글로벌 비즈니스센터 소개 (PDF)

(주목! 이 판례)

부작위를 명하는 가처분 집행기간의 기산점 - 대법원 2010. 12. 30. 선고 2010마985【간접강제】

1. 판결의 취지

부작위를 명하는 가처분에 있어 채무자가 가처분 재판이 고지되기 전부터 가처분 재판에서 명한 부작위에 위반되는 행위를 계속하고 있는 경우에는 그 가처분 결정이 채권자에게 고지된 날부터 2주 이내에 간접강제를 신청하여야 합니다.

2. 사실관계

OO대학교 교수직에서 징계파면된 A는 사립대학교교수지위보전가처분을 신청하였습니다.

법원은 2009. 9. 22. "채무자는 (1) OO대학교 캠퍼스 내 연구실을 사용하지 못하도록 출입 방해하거나 연구실을 폐쇄하는 행위, (2) OO대학교 홈페이지 사이트를 이용할 수 있는 아이디를 부여하지 않거나 삭제하는 행위, (3) 구내 전화번호를 무단으로 변경하거나 전화를 단선하는 행위를 함으로써 채권자가 OO대학교 정교수로서의 업무를 수행하는 것을 방해해서는 아니 된다"는 취지의 이 사건 가처분결정을 발령하였고, 위 가처분은 2009. 9. 24. 채권자 A 및 채무자 B에게 각 고지되었습니다.

그런데 B가 가처분 결정에 반하는 행위를 계속하자, A는 가처분이 고지된 날로부터 2주를 훨씬 넘긴 2010. 3. 11.에 이르러서야 간접강제결정의 발령을 신청하였습니다.

원심은 B가 이 사건 가처분결정이 있기 이전부터 이 사건 가처분결정에서 명한 부작위에 위반되는 행위를 계속해 왔으므로 A로서는 이 사건 가처분 결정을 고지받은 날부터 2주 이내에 간접강제의 신청을 하였어야 하고, 그 기간을 지나서 신청된 이 사건 간접강제신청은 부적법하다는 결정을 하였습니다.

3. 판결의 요지

대법원은 아래와 같은 취지로 원심의 결정을 유지하였습니다.

(1) 가처분 절차에는 가압류 절차에 관한 규정을 준용한다(민사집행법 제301조 본문). 그런데 민사집행법 제292조 제2항은 "가압류에 대한 재판의 집행은 채권자에게 재판이 고지된 날부터 2주를 넘긴 때에는 하지 못한다"고 규정한다. 가압류는 그 재판이 채권자에게 고지되면 즉시 집행할 수 있음을 전제로 하는 것이다. 따라서 부대체적 작위의무의 이행을 명하는 가처분 결정을 받은 채권자가 간접강제의 방법으로 그 가처분 결정에 대한 집행을 함에 있어서도 가압류에 관한 민사집행법 제292조 제2항의 규정이 준용되어 특별한 사정이 없는 한 가처분 결정이 채권자에게 고지된 날부터 2주 이내에 간접강제를 신청하여야 함이 원칙이고, 그 집행기간이 지난 후의 간접강제 신청은 부적법하다.

다만 가처분에서 명하는 부대체적 작위의무가 일정기간 계속되는 경우라면, 채무자가 성실하게 그 작위의무를 이행함으로써 강제집행을 신청할 필요 자체가 없는 동안에는 위 집행기간이 진행하지 않고, 채무자의 태도에 비추어 작위의무의 불이행으로 인하여 간접강제가 필요한 것으로 인정되는 때에 그 시점부터 위 2주의 집행기간이 기산된다고 할 것이다.

(2) 채무자에 대하여 단순한 부작위를 명하는 가처분은 그 가처분 재판이 채무자에게 고지됨으로써 효력이 발생하는 것이지만, 채무자가 그 명령위반의 행위를 한 때에 비로소 간접강제의 방법에 의하여 부작위 상태를 실현시킬 필요가 생기는 것이므로 그 때부터 2주 이내에 간접강제를 신청하여야 함이 원칙이다.

다만 채무자가 가처분 재판이 고지되기 전부터 가처분 재판에서 명한 부작위에 위반되는 행위를 계속하고 있는 경우라면, 그 가처분 결정이 채권자에게 고지된 날부터 2주 이내에 간접강제를 신청하여야 하고, 그 집행기간이 지난 후의 간접강제 신청은 부적법하다고 할 것이다.

4. 판결의 의의

(1) 보전처분의 집행기간 및 기산점

보전처분(가압류, 가처분)에 대한 재판의 집행은 채권자에게 재판을 고지한 날부터 2주 이내에 하여야 합니다(민사집행법 제292조 제2항, 제301조 본문). 오랜 시일이 경과함으로써 여러 가지 사정이 변경되었음에도 불구하고 언제까지라도 집행할 수 있도록 하는 것은 보전처분의 임시적, 잠정적 성격에 반하기 때문입니다.

2주의 집행기간은 집행이 가능한 때부터 진행합니다. 즉시 집행이 가능한 보전처분은 채권자에게 그 재판을 고지한 날부터 진행하지만, 가처분 중에는 재판의 고지와 동시에 즉시 집행에 착수할 수 없는 것이 있습니다. 이때에는 집행기간의 기산점을 별도로 살펴보아야 합니다.

(2) 부대체적 작위의무의 이행을 명하는 가처분

부대체적 작위의무의 이행을 명하는 가처분은 ① 의무이행명령 가처분결정-② 가처분결정상의 의무 불이행의 경우 간접강제결정-③ 간접강제결정의 집행(금전집행)의 순서로 진행됩니다.

실무에서는 보통 ①, ②가 동시에 이루어지는 경우가 많습니다. 가처분 결정 시 간접강제결정이 함께 이루어지는 경우, 간접강제결정에 기초하여 배상금을 현실적으로 집행하는 절차는 간접강제와 독립된 별개의 금전채권에 기초한 집행절차이므로 반드시 가처분결정이 송달된 날로부터 2주 이내에 할 필요는 없습니다. 다만, 그 집행을 위해서는 당해 간접강제결정의 정본에 집행문을 받아야 합니다(2008. 12. 24.자 2008마1608 결정).

①, ②가 동시에 이루어지지 않는 경우, 간접강제의 방법으로 가처분 결정을 집행하기 위해서는 가처분 결정이 송달되거나 고지된 날로부터 2주 안에 간접강제 신청을 해야 한다는 것이 판례의 태도입니다. 다만 채무자가 성실하게 그 작위의무를 이행함으로써 강제집행을 신청할 필요 자체가 없는 동안에는 위 집행기간이 진행하지 않고, 채무자의 태도에 비추어 작위의무의 불이행으로 인하여 간접강제가 필요한 것으로 인정되는 때에 그

법무법인 지평지성 뉴스레터

시점부터 위 2주의 집행기간이 기산됩니다(대법원 2001.1.29. 자 99마6107결정, 대법원 2008.12.24. 자 2008마1608 결정). 이번 대법원 판결은 부대체적 작위채무에 관한 가처분 결정에 따른 집행기간에 관한 기존의 판례를 재확인하였습니다.

(3) 부작위를 명하는 가처분

한편 부작위를 명하는 가처분에 대해서도 집행기간을 적용할 것인지에 대하여, 대법원 1982.7.16. 자 82마카50 결정은 "채무자에 대하여 단순한 부작위를 명하는 가처분은 그 가처분 재판이 채무자에게 선고 또는 송달됨으로써 부작위를 명한 가처분의 효력이 발생하고 채무자가 그 명령위반의 행위를 한 때에 비로소 대체집행 또는 간접강제의 방법에 의하여 부작위 상태를 실현시킬 필요가 생기는 것이므로 이러한 가처분에는 집행기간에 관한 규정은 준용되지 않는다"고 판시한 바 있습니다. 위 결정의 해석과 관련하여 부작위를 명하는 가처분에 대한 간접강제 방식의 집행 역시 집행기간의 적용을 받지 않는 것인지에 대하여 하급심 판결은 통일되지 아니한 상태였습니다.

대상 판결에 따르면, ① 집행을 따로 요하지 않는 단순히 부작위를 명하는 가처분의 경우에는 원칙적으로 집행기간의 문제가 생기지 않습니다. ② 채무자가 명령위반행위를 하면 채권자는 그 제거 또는 방지를 구할 수 있으므로, 그 명령위반 행위시로부터 그 제거나 방지를 위한 신청의 집행기간이 개시됩니다. ③ 그런데 채무자가 가처분 재판이 고지되기 전부터 가처분 재판에서 명한 부작위에 위반되는 행위를 계속하고 있는 경우라면, 그 가처분 결정이 채권자에게 고지된 날부터 집행기간이 개시됩니다. 즉 재판의 고지를 받은 날부터 2주 이내에 간접강제를 신청하여야 하고, 그 이후에 있는 간접강제 신청은 부적법하게 됩니다.

대상판결은 부작위를 명하는 가처분의 집행기간의 기산점을 명확하게 하였다라는 점에 의의가 있습니다.

5. 다운로드 : [대법원 2010. 12. 30. 선고 2010마985 간접강제](#)

Jipyong & Jisung

법무법인 지평지성 뉴스레터

(최신 법령)

1. 제품안전관리에 대한 종합계획수립의 근거규정 마련

: 「제품안전기본법 시행령」제정(대통령령 제22651호, 2011. 2. 5. 시행)

1. 주택임대차보호법에 따라 읍사무소, 면사무소, 동주민센터 또는 시·군·구의 출장소에서 행하는 임대차계약증서상의 확정일자 부여 사무절차의 통일을 기하기 위하여, 이에 관한 처리규정을 마련하였습니다.
2. 중앙행정기관의 장은 안전성 조사를 할 때 필요할 경우 한국제품안전협회 등에 시험·검사 등을 의뢰할 수 있고, 안전성조사 결과 위해성이 확인된 경우에는 해당 사업자 및 해당제품을 인증한 안전인증기관에 그 사실을 지체없이 알리도록 하였습니다(제4조).
3. 중앙행정기관의 장이 수거 등을 명할 수 있는 "중대한 결함"을, 제품의 안전성이 결여되어 사망 또는 전치 4주 이상의 치료가 필요한 부상 등을 야기하였거나 야기할 우려가 있는 결함 및 화재를 야기한 결함으로 정하였습니다(제10조).
4. 중앙행정기관의 장은 수거 등을 권고할 경우에는 권고사유 등이 포함된 서면으로 하여야 하며, 제품 수거 등의 권고를 받은 사업자는 10일 이내에 중앙행정기관의 장에게 권고의 수락여부를 통지하도록 하였습니다(제6조).
5. 다운로드 : [「제품안전기본법 시행령」제정\(대통령령 제22651호, 2011. 2. 5. 시행\)](#)

2. 보험설계사에 대한 불공정행위의 구체화 등

: 「보험업법 시행령」일부개정(대통령령 제22637호, 2011. 1. 24. 시행)

1. 보험회사, 보험대리점 및 보험중개사로 하여금 소속 보험설계사에게 등록된 날로부터 2년이 지날 때마다 2년이 된 날부터 6개월 이내에 윤리교육, 보험관련법령, 보험상품

법무법인 지평지성 뉴스레터

등에 대하여 교육을 하도록 하였습니다(제29조의2 및 별표4). 이로써 보험상품의 불완전판매와 관련된 소비자불만이 감소될 수 있을 것으로 기대됩니다.

2. 보험회사가 보험설계사에게 해서는 안될 불공정행위의 구체적 내용으로서, 위탁계약서에서 정한 해지요건 이외의 사유로 해지하는 행위, 정당한 사유없이 보험설계사가 요청한 위탁계약 해지를 거부하는 행위 등을 규정하였습니다(제29조의3). 이로써 보험설계사의 권익이 보호되어 건전한 보험모집질서 정착에 기여할 것으로 기대됩니다.
3. 보험회사 또는 보험모집에 종사하는 자가 보험계약의 체결을 권유하는 경우, 일반보험계약자에게 지급한도, 면책사항, 감액지급사항 등 보험금지급제한 조건, 해약환급금에 관한 사항 등 보험계약의 중요사항을 설명하도록 하고, 보험회사는 보험계약의 체결단계, 보험금 청구단계, 보험금 지급단계별로 중요사항을 보험계약자에게 설명하도록 하였습니다(제42조의2).
4. 다운로드 : [「보험업법 시행령」 일부개정\(대통령령 제22637호, 2011. 1. 24. 시행\)](#)

Jipyong & Jisung

법무법인 지평지성 뉴스레터

(업무동향)

한국산업은행과 한국자산관리공사를 대리하여 대우조선해양 M&A 를 위한 이행보증금 반환 청구 소송에서 승소

지평지성은 한국산업은행과 한국자산관리공사를 대리하여 한화그룹이 한국산업은행과 한국자산관리공사를 상대로 물취된 대우조선해양 M&A를 위한 이행보증금 3225억 원을 돌려달라고 제기한 반환 청구 소송에서 전부 승소하였습니다.

서울중앙지법 민사합의31부(황적화 부장판사)는 지난 2월 10일 한화가 산업은행과 자산관리공사를 상대로 낸 이행보증금 반환 청구 소송에서 "한화는 2008년 글로벌 금융위기가 MOU 해제 사유에 해당한다고 주장하는데 당시 경제 사정으로 인수자금 확보에 어려움을 겪었던 사정은 인정되지만 한화측 주장처럼 금융시스템이 마비됐었다거나 대부분의 금융거래가 정지됐었다고 볼 수는 없다"며 "이행 보증금의 물취는 정당하다"고 원고 패소 판결했습니다.

[관련기사]

- 연합뉴스 - 한화 '대우조선 이행보증금' 반환訴 패소 (2011. 2. 10.)
- 한국경제 - 한화 '대우조선 인수 보증금' 3150억 돌려받지 못한다. (2011. 2. 10.)
- 매일경제 - 한화, 대우조선 인수 이행보증금 반환訴 패소 (2011. 2. 10.)

[담당변호사]



강성 대표변호사



홍성준 변호사



김지홍 변호사



이광선 변호사

Jipyong & Jisung

(업무동향)

사회복지서비스변경신청거부처분취소 청구소송 승소

지평지성은 지난 1월 30일, 지체장애 1급 장애인인 A씨를 대리하여 양천구청장을 상대로 낸 사회복지서비스변경신청거부처분취소 청구소송에서 서울행정법원으로부터 원고 승소판결을 받았습니다.

이번 사건은 가족이 돌볼 형편이 안되어 20년간 시설에 들어가 사회로부터 격리되어 살아 온 원고가 시설을 나와 지역사회에서 자립하고자 하면서 제기한 소송으로서, 사회복지사업법에 따라 양천구청에 복지서비스 변경신청을 한 뒤 거부처분이 내려지자 행정소송을 제기한 사안입니다.

서울행정법원 행정1부는 "기초생활수급자가 아니라는 이유로 장애인 탈시설 주거지원 서비스 신청을 거부한 것은 위법하다"며 원고 승소 판결하였습니다.

지평지성은 그간 미국의 '옴스테드 케이스'(주1)와 같은 탈시설 복지향상을 위한 계기를 마련코자 두 건의 소송을 제기했는데, 작년 2월 음성꽃동네 중증장애인 2명이 행정소송을 낸 청주지방법원에서는 패소하였으나 이번 양천구청을 대상으로 한 행정법원에서는 승소하게 되었습니다.

이번 판결로 장애인 탈시설에 대한 권리가 한걸음 발전할 것으로 기대하고 있습니다.

[관련기사]

- 한겨레신문 - [기고] 어느 장애인들의 탈시설 독립선언 / 임성택 (2009. 12. 18.)
- 뉴시스 - 장애인도 기초수급자만 복지서비스? 법원"부당" (2011. 1. 30.)
- 에이블뉴스 - 장애인 - 탈시설 위한 사회복지서비스 변경신청 '정당' (2011. 2. 1.)
- 장애인신문 - 법전 속의 잠자는 '사회복지서비스 신청', 깨어날까?.. (2011. 2. 7.)

법무법인 지평지성 뉴스레터

[담당변호사]



임성택 변호사

(주1) **옵스테드 케이스** : 지난 1999년 미국 연방대법원은 두 정신장애인 여성이 '주치의가 자신을 지역사회 기반의 치료 프로그램에 배치하는 것이 적합하다고 결정했음에도 불구하고 오하이오주(州)가 지역사회가 아닌 정신병원에 격리시켰다'며 소송을 제기한 것에 대해, 미국 장애인법(ADA)을 근거로 '국가는 장애인을 정신병원 등의 시설에 수용하는 것보다는 지역사회 중심의 서비스를 제공할 의무가 있다'는 판결을 내렸습니다.

이로 인해 오하이오주 정부는 장애인이 '가능한 한 통합적인 환경'에서 서비스를 받도록 하는 실행계획을 세우기 시작했고, 시설 중심의 복지서비스에서 지역사회 중심의 정신보건 서비스를 제공하는 방향으로 정책을 전환하게 되었습니다. 옵스테드 케이스는 미국 탈시설 자립생활 운동에 새로운 전환점을 가져다 준 역사적인 판결로 평가되고 있습니다.

Jipyong & Jisung

(업무동향)

CJ O Shopping을 대리하여 베트남 현지 홈쇼핑 회사인 'SCJ TV Shopping Company' 설립 관련 법률자문 제공

지평지성은 CJ오쇼핑을 대리하여 베트남 정부로부터 현지 합자 법인인 'SCJ TV Shopping Company'의 24시간 방송 허가권 취득에 관한 법률자문을 제공하였습니다.

CJ오쇼핑은 작년 3월 17개 채널을 보유한 베트남 최대 케이블TV 사업자 SCTV와 자본금 1천500만달러를 공동 투자해 합자 법인을 설립하는 계약을 맺었으며, 올해 2월 1일에 국내 홈쇼핑 업계 최초로 베트남 정부로부터 정식 홈쇼핑 영업 허가를 받아 올 하반기부터 홈쇼핑 방송 및 영업을 개시할 예정입니다.

[관련기사]

- 연합뉴스 - CJ 오쇼핑, 베트남 홈쇼핑시장 진출 (2011. 2. 9.)
- 매일경제 - CJ 오쇼핑 베트남 시장 진출 (2011. 2. 9.)
- 한국경제 - CJ 오쇼핑, 업계 첫 베트남 진출 (2011. 2. 9.)
- 아시아경제 - CJ 오쇼핑, 베트남 홈쇼핑 시장 본격 진출 (2011. 2. 9.)

[담당변호사]



양영태 대표변호사



김상준 변호사



변희경 변호사

·호치민시티 사무소장

(지평지성 단신)

김도요 변호사, "기후변화협약(UNFCCC)과 교토의정서(Kyoto Protocol) 개정의 법적 쟁점 및 POST KYOTO 대응 방안" 강연



(사진 : 법무법인 지평지성 김도요 변호사)

지평지성 김도요 변호사는 지난 1월 25일 에너지경제연구원에서 UNFCCC 협상 트랙 중 교토의정서 관련 협상을 담당하는 에너지경제연구원 연구원들과 지식경제부 공무원들을 대상으로 "기후변화협약(UNFCCC)과 교토의정서(Kyoto Protocol) 개정의 법적 쟁점 및 POST KYOTO 대응 방안"이라는 주제로 강의를 진행하였습니다. [Jipyong & Jisung]

채희석 변호사, 모스크바 국립 국제관계대학교 예비학부 유학



(사진 : 법무법인 지평지성 채희석 변호사)

지평지성 채희석 변호사는 지난 1월 26일 러시아 유학을 위해 모스크바로 출국하였습니다. 채희석 변호사의 러시아 유학을 통해 향후 지평지성의 러시아·중앙아시아 업무가 더욱 확장될 수 있는 좋은 기회가 될 것입니다. 러시아는 높은 가능성을 가진 나라로 앞으로 국내외적으로 '한국 기업의 對 러시아 투자'나 '러시아 기업의 對 한국 투자'에 대한 업무가 활발히 이뤄질 것으로 기대됩니다. [Jipyong & Jisung]

법무법인 지평지성 뉴스레터

(영입인사)



박재형 변호사

jhpark2@jipyong.com

□ 학력사항

- 덕원고등학교 졸업
- 고려대학교 경제학과 졸업
- 고려대학교 법학대학원 법학과 석사과정 재학중(형법)

□ 경력사항

- 삼성물산 근무
- 제41회 사법시험 합격
- 사법연수원 제31기 수료
- 대구지방법검찰청 특수부 검사
- 창원지방법검찰청 특수부 검사
- 수원지방법검찰청 강력부 검사
- 서울지방법검찰청 특수2부 검사
- 박재형 법률사무소 변호사
- 서울시교육청 법률고문
- 근로복지공단 법률고문
- 현대제철 고문변호사
- KT 고문변호사
- S&T중공업 고문변호사
- 신한은행 고문변호사
- 한림토건, 위다스 등 회사 고문변호사
- 현 법무법인 지평지성 파트너 변호사

□ 인사말

안녕하십니까. 박재형 변호사입니다.

법무법인 지평지성 뉴스레터

저는 사법연수원 31기로, 연수원 수료 후 검사로 입관하여 대구지방검찰청, 창원지방검찰청, 서울중앙지방검찰청에서는 특수부 검사로, 수원지방검찰청에서는 강력부 검사로 각각 근무하면서 주로 정치인과 고위공직자들의 부정부패 수사 및 기업비리 수사를 담당하여 왔습니다.

또한 2009. 8.경 변호사로 개업한 후에도 주로 서울중앙지방검찰청 특수부, 금융조세조사부, 외사부 등 소위 인지부서에서 수사하고 있는 회사자금 횡령 및 비자금 조성 사건, 정치인과 고위공직자가 연루되어 있는 기업비리 사건, 상장기업의 M&A와 관련된 횡령 및 배임 사건, 금융비리 사건 등을 수임하여 많은 성과를 이루었습니다.

최고의 법무법인인 지평지성에 합류하여 최고의 변호사님들과 함께 일할 수 있게 되어 매우 행복합니다.

앞으로도 맡은 사건에 대하여 의뢰인들의 법률수요에 맞춰 최선을 다하는 변호사로서 활동하도록 하겠습니다.

감사합니다.

Jipyong & Jisung

(영입인사)



최흥화 중국변호사

hhcui@jipyong.com

□ 학력사항

- 중국 길림성 용정시고등학교 졸업
- 중국정법대학 졸업
- 서울대학교 법학대학원 석사 수료

□ 경력사항

- 한국철도시설공단 북경대표처 근무
- 중국 변호사 자격시험 합격
- 북경시 중륜변호사사무소 변호사
- 한국 법무법인 원 중국변호사
- 현 법무법인 지평지성 상해사무소 중국법률고문

□ 인사말

안녕하십니까. 최흥화 중국변호사입니다.

저는 한국 서울대학교 법과대학원의 석사과정을 수료하고 이번 해 2월부터 상해지사의 중국법률고문으로 근무하게 되었습니다.

서울대학교에서 2년 간의 유학생생활을 하면서 한국의 문화에 대하여 잘 알게 되었고, 한국 법률전문가들의 법률지식과 경험을 공유할 수 있어서한테 많은 도움이 된 것 같습니다.

이러한 경험을 바탕으로 앞으로 의뢰인에게 중국투자법률에 관하여 정확하고 신속한 법률서비스를 드리도록 하겠습니다.

감사합니다.

Jipyong & Jisung