

심포지엄 자료집

---

# 대법원 구성의 다양화와 젠더판례

---

**일 시 | 2012년 6월 15일 (금) 15:00-17:00**

**장 소 | 민주화운동기념사업회 교육장**

**주 최 |**





# PROGRAM

## ! 인사 말 ! 15:00 ~ 15:10

이유정 (민주사회를 위한 변호사모임 부회장)  
진선미 (민주통합당 국회의원)

## ! 발 제 ! 15:10 ~ 15:40

### 사회

이지선 (변호사)

### 발제 - 대법원 구성의 다양화와 젠더관례

오지원 (변호사, 한국성폭력상담소 법정책자문위원)

## ! 토 론 ! 15:40 ~ 16:30

젠더 일반	차선자 (전남대학교 교수)
노동 부문	구미영 (인하대학교 강사)
성폭력 부문	백미순 (한국성폭력상담소 소장)

## ! 자유 토론 ! 16:30 ~ 17:00



## 대법원 구성의 다양화와 젠더판례

오지원 (변호사)

### 1. 왜 대법원 구성의 다양화인가 - 선거보다 중요한 대법원 구성

법적인 사건에 휘말린 사람은 누구나 힘들다. 특히 재력이 없고 사회 경험이 부족한 약자들일수록 그저 공적 기관과 그 판단이 억울한 자신의 사연을 들어주고 보호해 주겠거니 막연히 신뢰했다가 공적 기관은 자신의 말을 심사하는 기관이지 자신의 편이 아니라는 사실을 알고는 매우 절망감을 느낀다. 나는 법조인으로 활동하면서 자신들의 삶에서 가장 힘든 시기를 겪고 있는 많은 여성들의 고민과 절망감을 마주했다.

“제가 강간을 당했는데 노래방 도우미를 잠깐 했다고 수사기관에서도 법원에서도 화간이라는 피고인 주장을 더 믿어주었어요. 도망가다 잡히면 더 때릴 것 같아서 꿈쩍을 못한 건데 왜 도망갈 수 있었는데 안 갖냐는 질문만 반복했어요.”,

“우리 딸이 고등학생인데 술에 취해서 강간을 당했대요, 그런데 아무에게도 말하지 않고 숨기다 임신이 된 걸 뒤늦게 알았어요. 부모에게 도저히 말도 못하고 몰래 낙태를 하려고 했지만 그것도 불법이라고 해서 못 하고, 아이 혼자 힘들게 고민하다 거의 만삭이 되어서야 저한테 얘기

를 했어요, 어떡해야 하나요”,

“아버지가 엄마와 저희들에게 수십 년을 심하게 폭력을 행사했어요, 어머니는 그 날도 칼에 찔릴 뻔한 상황에서 너무 무서워 반격하다 아빠를 죽였는데 우리 엄마 같은 사람에게도 정당방위는 안 되는 건가요”

“미혼모로 아이를 낳았는데 남자는 양육비도 주지 않으려고 하고 모른 척해요, 모든 책임을 저 혼자 져야 하나요”

사람들은 법적 고민이 생겼을 때 법을 통해 자신의 문제를 해결하고자 하고 종국적으로는 판결을 통해 문제를 해결하게 되고, 그 과정에서 자기 사건을 맡은 판사가 어떤 성향의 사람인지에 대해 많은 관심을 기울인다.

그러나 그 하급심 판사들의 판단에 거의 절대적인 영향을 미치는 것이 대법원 판례이고, 따라서 그 판례를 결정하는 대법관들의 경험과 관점, 성향 등이 결국 자신의 사건에 직접적인 영향을 미칠 수 있다는 점에 대해서는 잘 알지 못한다.

그렇기에 사람들은 그저 바쁜 하루하루의 일상을 열심히 살아가며 시민단체나 학계에서 주장하는 “대법원 구성의 다양화 논의”는 자신의 삶과 별 관계가 없는 문제쯤으로 생각하고 흘려버린다.

많은 사람들이 입법부나 행정부를 구성하는 각종 선거에 대해서는 밤을 새워가면서 관심을 보이지만, 어찌 보면 그보다 자신들의 실생활에 훨씬 더 막강한 영향을 미치는 대법원 구성에 있어서는 별다른 관심을 보이지 않고, 대법관 인선절차에 있어서도 정보나 모든 면에서 국민들은 소외되어 있다. 그러나 입법부가 일반적인 법률을 제정하는 추상적인 권력이라면, 사법부는 그 법률을 국민들이 인생에서 겪을 수 있는 바로 그 어떤 사건에 해석, 적용하여 직접적인 영향을 주는 ‘구체적’인 권력이고 대법원은 그 최고 정점에 있어 대법원장과 대법관의 인선절차에 국민들의

의사가 제대로 반영되어야 하는 것은 당연하다.

이러한 당위성 뿐만 아니라 재판과 판결의 실질적인 모습을 봐도 대법원 구성에 국민들의 의사가 반영되어야 하는 이유는 존재한다. 재판과 판결은 본질적으로 “소통”과 소통을 통한 “판단”이다. 판사는 쌍방의 대립되는 주장 속에서 누구 말이 진실에 가까운지, 어떤 가치를 앞서 보호해야 하는지 매순간 판단한다. 누구 말이 진실인지 사실관계를 확정하는 과정에서도 단순히 증거에 기해 명쾌하게 판단이 이뤄지는 경우는 거의 없고, 여러 간접정황들을 종합할 때 누구의 말이 믿을 만한가 하는 ‘판단’이 개입되게 되고, 그 판단에 있어 판사의 경험, 가치관 등이 작용하게 된다. 그런데 그 무수한 판단의 순간에 판사가 많은 영향을 받는 것이 대법원 판례이다.

특히 우리의 경우 법조인 양성 과정에서 법철학이나 법사회학, 심리학 등의 전반적인 교육을 통해 사실심리와 판단 과정에서 생길 수 있는 본질적인 고민들(예를 들면 약자 보호와 법관의 중립성은 충돌하는 것인가, 인간의 기억력 한계와 진술의 신빙성 판단을 어떻게 바라볼 것인가, 진술의 일관성이란 어디까지를 의미하는가 등)에 대해 깊이 생각하고 기존 판례들을 놓고 서로 의견을 교환할 수 있게 하는 등 고유하고 깊이 있는 리걸 마인드가 형성될 수 있는 기회를 많이 주지 않는다.

대신 이미 형성되어 있는 대법원 판례와 실무 관행을 익히게 하고 그것을 제대로 따라하는지 여부를 시험과 경쟁을 통해 평가하기 때문에 그렇게 판사가 된 사람들은 당연히 대법원 판례를 거의 절대적으로 중시하게 된다. 또한 그러한 경쟁을 통해 판사가 되고 난 뒤에도 판사에게 요구되는 중립성과 공정성 때문에 사회경험을 할 수 있는 기회는 제한적인 데다 업무량도 과중하여, 누구보다 넓은 식견을 가져야 할 판사들이 다양한 경험을 하고 다각도로 고민하고 연구할 시간은 절대적으로 부족하다. 그런 현실에서 대법원 판례는 판사가 개별 사건에 있어서 의존할 수 밖에 없는 가장 중요한 잣대가 되고, 결국 그 대법원 판례를 결정하는 대법관

들이 누구인가 하는 문제는 개별 사건, 개인들에게 ‘담당판사가 누구인가’ 하는 문제 이상으로 ‘직접적인 의미’를 가지게 된다.

나아가 이러한 의미 이외에도 대법원은 정치적, 정책적, 사회적, 역사적 의의를 가지는 다양한 사안들에서 일응의 판단기준과 어떤 가치가 우선하는지 일정한 방향성을 보여줌으로써 많은 국민들의 사고방식과 인식에도 영향을 미친다.<sup>1)</sup>

위와 같은 이유들이 우리가 선거에 보이는 관심 이상으로 대법원 구성에 관심을 두어야 하는 이유이며, 대법원 구성에 다양한 국민들의 의견을 반영할 수 있도록 여러 제도적 장치들을 마련해야 하는 이유이다.

## 2. 대법원 구성에 있어서의 다양화 시도

재판과 판결은 ‘정의’를 실현해야 한다고들 말한다. 문제는 우리가 추구하는 정의라는 것이 그것을 주장하는 사람들의 각각의 지위, 이해관계, 성별, 상황 등에 따라 다르다는 점이다. 다양한 사람들이 공존해서 살아가야 하는 사회 안에서 각자 추구하는 정의가 다르고, 각각의 정의를 각자의 방식으로 추구하는 것은 당연한 모습이다. 하지만 재판과 판결에서는 충돌하는 가치 속에서 어떤 정의를 우선할 것인지 공적인 판단이 내려져야 한다. 다만 그에 대해서도 다양한 판단이 있을 수 밖에 없기에 우리는 사법판단에 있어 3심제를 두고, 중요사안의 경우 합의체에 의한 판단을 받도록 하고 있다.

한편 사법부는 정책결정에 있어 다수나 힘 있는 세력의 의사대로 관철되기 쉬운 입법부나 행정부와는 다르다. 사법부는 구체적인 사건의 해

---

1) 왜 공정한 여성대법관, 헌법재판관의 임용이 요청되는가, 2011. 6. 28. 양현아 교수, 바람직한 대법관 및 헌법재판관 구성기준과 인선절차



결, 충돌하는 가치의 조화로운 해석을 통한 사회구성원들의 공존, 개인들의 권리구제, 소수자 보호 등을 임무로 하고, 그렇기 때문에 법원은 '일반성'을 띠 수밖에 없는 입법부나 행정부의 의사결정을 견제하는 역할을 수행해야 한다.

그렇기 때문에 다양한 의견, 서로 다른 가치의 조화를 전제로 한 제도적 장치인 합의체는 사회적 약자나 소수자의 입장이 반영되도록 구성되지 않으면 의미가 없다.

그런 관점에서 보자면 최고법원인 대법원 구성에 있어 합의체를 형성할 대법관 후보자들이 늘상 비슷비슷한 모습으로 우리에게 다가왔던 것은 사법부의 존재이유와도 거리가 있는 것이었다.

2005년 가을 이전까지 임명동의 요청서의 인물총평을 보면 누가 누구인지 알 수 없을 정도로 “해박한 법률지식, 탁월한 재판능력, 투철한 국가관과 엄격한 자기관리, 원만한 인품과 법조계의 높은 신망 등 감안하여 대법관에 적임자”라고 묘사되었다.<sup>2)</sup> 물론 위 능력들은 법관으로서 당연한 덕목이지만, 위 능력들은 다수나 강자가 이해하지 못하는 소수자나 약자의 경험들을 세심하게 이해하고 배려해서 자신의 판단에 녹아내려 하는 의지나 능력과는 다른 것이었다. 그리고 무엇보다 국민들 입장에서는 유사한 경험과 경력, 성향을 가진 대법관들은 비슷비슷한 생각을 가지고 판단에 임하게 될 것이라는 우려를 하지 않을 수 없는데, 그러한 일률적인 후보자들의 모습은 다양한 의견이 개진되고 소통되어야 하는 사법판단 및 합의체의 존재이유와도 거리가 있는 것이었다(실제 아래에서 보듯 2005년 이전의 전원합의체 판결수는 그 이후보다 30건 이상 적었다).

그런데 2004년에서 2006년에 걸쳐 우리 대법원과 헌법재판소 재판관 인선에는 시민들의 요구가 반영되어 어느 정도 변화가 있었다. 헌법재판

---

2) 김영란 대법관의 주요 판결에 대한 평가와 이 시대 우리가 바라는 대법관, 2010. 7. 임지봉 교수, 김영란 대법관 퇴임과 후임 대법관 제청에 즈음한 공개토론회 자료집

관으로 여성 최초로 전효숙 재판관이 임명되었고, 대법원에도 김영란, 박시환, 이흥훈, 전수안, 김지형 등 기존의 기수와 서열 중심의 인선방식을 뛰어넘는 인선이 이뤄졌다. 이것은 그 동안 서열, 기수 중심의 대법관 임명방식에서 어느 정도 탈피한 것이었고, 특히 위 5명 대법관의 경우는 사법개혁과 인권옹호에 뛰어났던 법조인이나 노동, 여성 등 사회의 다양성을 반영할 수 있는 분야에 관계된 법조인들이 추천된 경우였다.<sup>3)</sup>

그리고 실제 한 조사에 따르면 이용훈 대법원장이 재임한 2005. 9.부터 2011. 9.까지 전원합의체 판결은 95건이고 이에 포함된 세부쟁점은 모두 234건이었으며 이용훈 전 대법원장 재임 중 대법원 전원합의체 사건의 수는 전임자인 최종영 대법원장 재임 당시 63건보다 대폭 늘었으며 세부쟁점 또한 최 전 대법원장 다시 124건에 비해 거의 2배 가까이(89%) 증가하였다. 또한 전원합의체 판결을 분석해 보면 대법관들이 세부 쟁점에 대해 최 전 대법원장 재임 당시 세부 쟁점 124건 중 38건(30.6%)에서만 의견이 같았던 것과 달리 이 전 대법원장 재임 중에는 세부 쟁점 234건 중 81건(34.6%)에서 대법관들의 의견이 첨예하게 갈리며 다양한 입장을 놓고 치열한 토론이 이뤄진 것으로 나타났다. 특히 국가보안법 관련 형사사건, 노동쟁의행위나 사회적 약자, 소수자 인권 관련사건 등 성향이 드러나는 주요 사건의 판결에서 대법관들 사이에 의견을 달리하는 경향이 상대적으로 강했으며 이는 지난 참여정부와 이용훈 전 대법원장 재임 중 강하게 추진된 사법개혁과 함께 대법원 구성의 다양화가 이뤄진 성과로 평가되었다.<sup>4)</sup>

이와 관련하여 민변 여성인권위원회에서는 같은 시기 젠더 관련 판결의 흐름에 있어서도 유의미한 변화가 있었는지 알아보기 위하여 2004년 이후 대법원 판결례들을 검토하였고, 아래와 같이 의미 있는 판결례들을 선별하여 각 판결이 가지는 의미를 분석해 보았다.

3) 바람직한 대법관 및 헌법재판관의 인선기준, 2011. 6. 임지봉 교수, 바람직한 대법관 및 헌법재판관 구성기준과 인선절차 토론회 자료집

4) 신임 대법관 후보 추천기준에 대한 의견, 2011. 10. 16., 참여연대 보고서, 참여연대 사법감시센터(소장 : 하태훈 고려대 교수)

분석건수가 많지 않아 체계적, 통계적인 연구에까지는 이르지 못했지만 이번 작업을 통해 우리 사회가 원하는 대법관의 자질과 덕목을 되짚어보고, 나아가 대법관 임명절차에 국민들의 실질적인 의사가 반영되도록 하기 위해서는 어떤 제도적 장치들을 마련해야 하는지, 특히 여성, 아동 등 약자들의 목소리가 대법원에 반영되도록 하기 위한 구체적인 방안은 무엇인지 등을 고민하는 기회로 이어지기를 바란다.

### 3. 의미 있는 젠더 판례들

#### 가. 개괄

시민사회는 김영란 대법관이 대법관에 임명되던 2004년을 포함해 오래 전부터 바람직한 대법원장 및 대법관의 인선기준을 많은 시민사회단체들간의 치열한 논의를 거쳐 제시해왔다. 그 대표적인 예가 2006. 7.까지 임명된 5인의 대법관들에 대해 시민사회가 제시한 바람직한 대법관 인선기준인데, 그 내용은 “① 성향의 다양화와 성향상의 균형을 갖춘 대법원, ② 국민의 기본권 보호 및 사회적 소수자, 약자 보호에 충실한 대법관, ③ 사법부 변화를 이끌 수 있는 개방적인 태도와 합리적 식견을 갖춘 대법관, ④ 법관 내부 서열에 따른 임명제청 관행을 뛰어넘는 신선한 대법관 인선”이었다<sup>5)</sup>.

김영란, 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안, 김황식 대법관 등은 위와 같은 기준에 어느 정도 부합하는 대법관으로 평가받아 왔고, 실제 판례 분석 결과 대법관 구성의 다양화 논의 이후 젠더 영역에서도 의미 있는 판결들을 다수 발견할 수 있었다.

---

5) 바람직한 대법관 및 헌법재판관의 인선기준, 2011. 6. 28. 임지봉 교수, 바람직한 대법관, 헌법재판관 구성기준과 인선절차 토론회 자료집

젠더 분야는 약자들의 언어와 경험 등에 대한 섬세한 감수성과 공감 능력을 가지지 않고서는 그들의 주장과 행동을 제대로 이해하지 못하고 쉽게 “비합리적”이라고 재단해 버리기 쉬운 영역이고, 과거 대법원 판례는 “합리적인 인간”만을 기준으로 하여 그러한 태도를 보여왔다.

일례로 필자가 앞에서 든 첫 번째 내용(강간사건)과 관련하여 보면, 종래 우리의 대법원 판결은 일본 판례 등과 비교해 보아도 피해 여성의 입장을 너무나 비현실적인 기준에 의해 재단하고 있었다.<sup>6)</sup> 즉, 강간사건에서 폭행, 협박의 정도를 “피해자의 현저한 반항이 현저히 불가능한 정도”로 보고, “피해자가 사력을 다해 저항했는지 여부”를 기준으로 판단하면서 강간 전후에 도망갈 수 있는 정황이 있었는데 도망가지 않았는지, 구조 요청을 실제 했는지 여부 등을 기준으로 그러한 판단을 해 왔다.

하지만 이러한 태도는 약자인 여성이나 아동에게, 반항이 현저히 곤란한 상황에서 사력을 다해 반항할 것을 요구하여 사실상 피해자에게 죽을 것을 각오하고 반항할 것을 요구하는 셈이 되었고, 그 요건을 충족했을 때만 보호할 가치가 있다고 보는 데서 큰 문제가 있었다.

또 무엇보다 많은 여성, 아동, 장애인의 경우 자신보다 힘이 센 남성의 사소한 위협에도 심리적으로 위축되어 적극적인 반항을 하지 못하는데 법정에서 그러한 심리상태를 이해하지 못해 피해자 보호에 흠결을 보였다.

또한 게다가 그러한 판단이 실제 성폭력 피해여성들 중 사력을 다해 반항하거나 용기 있게 도망하는 경우가 얼마나 되는지, 그에 비해 바로 겁을 먹고 반항을 포기해 버리는 경우가 얼마나 되는지 통계자료나 면접

---

6) 간접증거에 의한 사실의 인정, 2006, 조원철, 간접증거에 의한 사실의 인정, 재판자료 . 제110집 : 사실인정 방법론의 정립[형사재판] 27-206

조사 등 객관적인 자료에 근거해서 이뤄진 것이 아니라 법관들이 “합리적, 객관적인 인간이라면 그럴 것이다”라고 추상적으로 막연히 판단한 것으로 실제 성폭력을 겪어본 여성들 입장에서는 도저히 받아들이기 힘든 태도였고, 그러한 태도는 가해남성들로 하여금 더욱 성폭력을 쉽게 정당화하도록 만들었다. 또한 법관들이 소위 직업 여성에 대해서는 일반 여성들에 비해서도 편견을 가지고 그 진술의 신빙성을 쉽게 인정하지 않고 합의에 의한 성관계라는 예단을 가지는 것이 아닌가 하는 지적까지 있어왔다.

그런데 이후 2005년 김영란 대법관은 ‘노래방 도우미’가 피해자인 사건에서 종래 판례 흐름에 따라 무죄를 선고한 원심을 기하고 “강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행, 협박이 있었는지 여부는 성교 당시 하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단해야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 행 현장을 어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정해서는 안 된다.”고 판시하였다.

---

7) 위 대법원 판례의 구체적인 판시 내용은 아래와 같다. “피해자는 이른바 노래방 도우미로서, 피고인 운영의 노래방에 와서 피고인 및 그 일행들의 유흥을 돕는 일을 하다가 피고인의 일행들이 먼저 귀가한 후 1시간 더 연장하자는 피고인의 요청에 따라 피고인과 단둘이 노래방에 있던 중, 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 ‘사람 살려’라고 소리를 지르는 등 반항하였음에도, 피고인이 피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압하고는 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다”고 일관되게 진술하고 있는바, 위와 같은 피해자의 진술은 피고인이 강간범의를 확정적으로 드러내기 이전에 피해자가 노래방에서 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구체적인 경위를 기억하지 못한다는 것만으로 쉽사리 배척할 수 있는 내용이 아닐 뿐만 아니라, 참고인들은 “이 사건 후 노래방에 갔더니 피해자가 울면서 옷을 입고 있었고, 그 후 피고인은 ‘술 한 잔 먹고 실수를 하였다, 미안하다’고 하면서 피해자에게 그녀가 요구하는 금액의 일부를 지급할 의사를 표시하기도 하였다”고 진술하여 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하고 있다. 그렇다면 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 신빙성이 있고, 그에 의하여 인정되는 사실을 위의 법리에 비추어 살펴보면 피해자가 당시 피고인과 단둘이 노래방 안에 있었던 점을 고려할 때 피고인의 폭행으로 인하여 피해자는 항거하기 현저히 곤란한 상태에 이르렀던 것으로 봄이 상당하다. 또한, 비록 피해자의 외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로는 강간행위 이외의 원인에 의하여서도 생길 수 있는 것이기는 하지만,

위 판례는 전원합의체 판결은 아니었지만 강간죄의 폭행, 협박을 지나치게 좁게 해석하면서 오히려 피해여성의 성행, 태도 등을 문제 삼았던 일부 하급심 판례에 제동을 걸었고, 이후 하급심 판결에서 피고인이 폭행, 협박의 정도를 문제 삼아 무죄를 주장하는 경우 그 주장을 배척할 때 자주 인용되고 있다.<sup>8)</sup>

물론 위 판례 하나로 폭행, 협박의 판단기준이 바뀌었다고 평가하기는 어렵지만, 적어도 위 판례가 사회구성원들의 변화된 인식을 반영하여 폭행, 협박 유무를 해석함에 있어 “정조개념”이 아니라 강간죄의 보호법익인 “성적 자기결정권”에 충실하게 해석하도록 함으로써, 변화된 사회인식과 약자들의 입장을 받아들이려는 하급심 판결들과 법집행기관의 태도에 정당성을 부여하고 탄탄한 근거를 마련해 준 것은 분명하다.

또 하나의 대표적인 사례로, 소수의견이었으나 2011. 9. 2. 선고 2009스117 결정에서 박시환, 김지형, 전수안, 양창수, 이인복 대법관의 판시는 소수자 권리 보호나 다윈주의에 여전히 소극적인 우리 사회에 긍정적인 자극이 될 것으로 보인다. 위 사건에서 다수의견은 “성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년인 자녀가 있는 경우 가족관계 등록부에 기재된 성별을 정정하여 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수 없다.”고 하면서 과거 혼인을 한 적이 있고 미성년자녀를 둔 성전환자가 가족관계등록부의 성별을 정정하여 줄 것을 신청한 사안에서 성별정정을 불허하였다.

---

피해자의 진술에 의하면 이 사건 발생 후 너무 아 서 잠을 자지 못하여 이 사건 당일 바로 치료를 받은 결과 외음부찰과상 등으로 진단되었다는 것이고, 다른 원인에 의하여 발생한 것이라고 의심할 만한 자료도 없는 이상, 피해자의 외음부찰과상 등은 이 사건 행으로 인하여 입은 것이라고 할 것이다.”

8) 필자가 성폭력 피해자 무료법률구조사업에 참여하면서 피고인이 다투는 사건에서 가장 많이 인용하는 판례도 위 판례이다. 위와 같은 판례가 있고 없고는 기존의 인식과 다른 새로운 주장과 판단을 하고자 하는 이들에게는 엄청난 차이가 있다.

그러나 양창수, 이인복 대법관은 '법의 역할은 무엇보다 사람의 자유와 권리를 보호하는데 있으며 사회적 인식이나 통념 등을 이유로 사회 내 소수자인 성전환자의 성별정정을 제약하는 데에는 극히 신중한 태도를 가질 필요가 있고, 성전환자의 성별정정은 우리 사회 주류로부터 오히려 지지, 동의될 수 없는 것을 아마도 그들의 뜻에 반하여 성전환자에게도 이 사회의 인간으로서 누릴 수 있는 행복 추구를 가능하게 하기 위한 기반으로서 시인하는 것이고.....윤리적 또는 종교적 신념 등에 기반한 사회적 통념 또는 인식을 앞세워서 성전환자의 성별정정이 가지는 법적 의미는 현저히 퇴색될 수 밖에 없다....어떤 소극적 요건을 절대적 기준으로 설정함으로써 경우에 따라 성전환자의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권의 본질적 부분이 침해되는 결과에 이를 수 있음에도 이를 감수하면서까지 법적 안정성을 추구하는 것은 정당하다고 할 수 없다.'고 판시하였다.

또한 박시환, 김지형, 전수안 대법관은 미성년자녀를 두고 있거나 혹은 혼인 중에 있는 사람인 경우에도 이를 성별정정의 소극요건으로 보는 다수 의견 전부에 대해 반대의견을 제시하면서 '다수의견의 견해는 성별정정을 통해 인간으로서 최소한의 기본적인 권리를 보호받고자 하는 성전환자들에게 사회 구성원 다수의 인식에 비취 관용하고 수용할 만한 경우에만 성별정정을 허용하겠다는 것과 다르지 않으며, 우리 사회 구성원 다수가 성적 소수자를 충분히 이해하거나 포용하는 입장으로 돌아서지 않는 한, 성전환자로 하여금 법률적으로 성전환 전의 다른 성으로 살아가도록 강요하는 것에 지나지 않는다고 보아 미성년자녀를 두고 있다는 이유만으로 성별정정을 불허하는 것은 타당하지 않다'고 판시하였다.

위와 같은 소수의견의 판시는 결론을 떠나 우리 사회에서 성전환자에 대한 정서적 거부감의 존재에도 불구하고 다양한 합리적인 의견이 있을 수 있음을 보여주었다. 그리고 법적 안정성이나 사회질서, 정서적 거부감 등을 이유로 소수자의 행복추구권의 본질적인 부분이 침해되는 결과가 되어서는 안 된다는 점을 명시한 점에서 의미가 크다.

위 판례들 이외에도 2005년경 대법원 구성의 다양화 논의 이후 대법원에서도 사회 내 다양한 가치관을 받아들이고 여성, 아동, 소수자의 권리를 보호하는 판결들이 많이 선고되었는바, 아래에서는 위 대법관들에 한정하지 않고 2004년 이후 노동, 가족, 성폭력과 성매매 등의 분류로 나누어 구체적인 판결례들을 살펴본다.

## 나. 차별 분야

### 1) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2006두3476 (부당해고구제재심판정취소)<sup>9)</sup>

위 판례는 “사용자가 직제개편을 하면서 여성근로자로 구성된 특정 직군을 개설하여 다른 직군 간 이동과 특정 직군 내 직급승진을 허용하지 않았고, 이후 다시 직제개편을 하면서 특정 직군을 폐지하고 여성근로자에게 승진의 기회를 부여하였으나 종전의 승진에서의 불이익을 제거하지 아니한 경우, 여성근로자에게 하위직급의 조기정년 규정을 적용하는 것은 남녀고용평등법 제2조 제1항에서 정한 ‘차별’에 해당한다.”고 판단한 원심을 재확인하였다.

한국전기공사협회의 직제개편조치가 특정 직급의 근로자들에게만 불리한 내용으로 이루어져 있다는 사실을 인정한 후, 해당 직급이 모두 여성근로자들로만 구성되어 있는 점에 비추어 보아 문제의 직제개편조치가 합리적 이유 없이 이들에 대하여 불리하게 승진을 제한하는 성차별적 대우를 한 것이라고 판단한 사례이다. 성차별의 정의가 합리적인 이유 없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다는 점에 비추어 볼 때 특정 성별로만 구성된 직군에 대하여 합리적인 이유 없이 불리한 대우를 하는 것은 성차별에 해당한다는 원칙에 충실하게 판단했다.

---

9) 대법관 안대희(재판장), 김영란, 김황식(주심), 이홍훈.



2) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008두7854 (인권교육수강등권고결정취소)<sup>10)</sup>

국가인권위원회법상의 성희롱 행위가 성립하기 위해서는 그 행위가 평등원칙에 어긋나 성희롱 대상자를 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하고 있는지의 여부 또한 검토해야 하는가의 문제에 대하여 그렇지 않다고 한 사례이다.

국가인권위원회법에서 성희롱을 성차별의 한 형태로 하여 성차별에 대한 규정의 하위에 편제한 때문에, 해당 법조항에서 규정하는 성희롱이 성립하기 위하여 해당 행위에 성차별적 요소가 내재되어 있어야 하는지의 여부가 쟁점의 하나가 되었던 사건이다. 하급심에서는 1·2심 모두 평등권에 대한 침해 즉 성차별적 요소가 필요하다는 요지로 판결하였으나, 이는 문제의 편제방식이 성희롱 행위의 배경에 성차별적 인식이 자리하고 있다는 데서 비롯되었다는 점을 오해한 판결이어서 그러한 잘못된 해석이 대법원에서 바로잡혔다는 데 의의가 있다.

다만 피해자에 대하여 ‘유부남과 같이 모텔에 들어가는 것을 본 사람이 있다’고 되풀이하여 공연히 발언한 사실이 성희롱에 해당하지 않는다고 판단하였다는 점은 문제의 언사에 피해자의 성생활에 대한 공공연한 언급이 들어있다는 점에서 성희롱에 대한 일반의 인식에 비추어 선뜻 받아들이기 어렵다.

#### 다. 성희롱

1) 대법원 2006.12.21. 선고 2005두13414 <sup>11)</sup>

남녀차별금지법상 성희롱의 성립요건인 ‘지위를 이용하거나 업무 등

---

10) 대법관 고현철(재판장), 김지형, 전수안(주심), 차한성.

11) 대법관 전수안(재판장), 고현철, 양승태(주심), 김지형

과 관련하여'는 업무수행의 기회나 업무수행에 편승하여 성적 언동이 이루어진 경우뿐 아니라 권한을 남용하거나 업무수행을 병자하여 성적 언동을 한 경우도 이에 포함된다고 보아, 현직 도지사가 관내 여성 직능단체장을 면담하면서 가슴을 만지는 등의 행위를 한 것이 남녀차별금지법의 성희롱에 해당한다고 본 사례이다.

성희롱이 구체적인 상하 업무 조직과 지위나 직무상 불이익을 부여할 수 있는 관계 하에서만 이루어지는 것이 아니라는 관점에서 포괄적 업무관련성을 인정함으로써 성희롱의 성립에 대한 유연한 접근을 한 점에서의 의미가 있다.

## 2) 대법원 2008.7.10. 선고 2007두22498 12)

자신의 지휘·감독을 받는 여직원 중 8명을 상대로 14회에 걸쳐 반복적으로 성희롱을 하였음을 이유로 징계해고된 원고가 해고의 부당성을 다툰 사례로, 대법원은 "객관적으로 상대방과 같은 지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우 사업주가 사용자책임으로서 피해근로자에 대해 손해배상책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해근로자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있으므로, 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계해고 분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 아니된다."는 등의 이유로, 징계권의 남용을 인정한 2심 판결을 기환송하였다.

위 사건은 성희롱을 이유로 하는 징계해고가 근로기준법상 정당한 해고가 되기 위한 기준과 그 정도는 무엇인가에 대하여 다툰 사안으로, 1

---

12) 대법관 김영란(재판장), 이홍훈, 안대희(주심)

심은 해고의 정당성을 인정하였으나(서울행정법원 2006. 3. 24. 선고 2005 구합13872 판결), 2심에서는 징계권이 남용되었다고 보아 부당해고라 판단하였고(서울고등법원 2007.10.10. 선고 2006누 9285 판결), 대법원은 해고의 정당성을 인정하는 취지로 다시 2심 판결을 기환송하는 등 법원 내에서도 결론이 엇갈린 사례이다.

특히 2심 법원은 원고가 함께 근무하는 여직원들에게 성적 수치심을 유발할 수 있는 이야기나 행동을 하고 상식을 어났다고 보일 정도의 지나친 관심을 표현하여 심적 고통을 유발시킨 사실을 인정하면서도, 일부 여직원은 그 행동을 격려의 의미로 받아들일 정도로 그 정도가 중하지 아니하거나, 그 행동 자체가 왜곡된 직장문화 등에 의하여 형성된 잘못된 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어진 것으로 볼 때, “징계사유와 징계 분으로서의 해고 사이에 사회통념상 상당하다고 인정되는 균형이 존재한다고”는 볼 수 없어 징계권을 남용하였다고 판단하였다.

그러나 이에 대하여 대법원은 피해자들이 거부 의사를 밝히거나 문제를 제기할 경우 입게 될 불이익으로 인하여 성희롱을 감내할 가능성이 크고, 이러한 행위에 대하여 엄격하게 대 하지 아니할 경우 피해자들이 2차 피해를 입게 될 가능성 등을 고려하여, 반복적 성희롱 행위에 대하여 내린 징계로서의 해고 분의 징계권 남용 여부 판단을 엄격히 하여야 한다는 기준을 제시하였고, 이러한 대법원의 판결은 성희롱 행위자에 대한 징계의 종류와 그 위를 결정함에 있어서는 직장 내의 지위와 권력 상 상하관계에 따른 특수성, 2차 피해 가능성 등을 고려하여야 한다는 점을 명확히 함으로써 성희롱 피해자 보호의 관점에서 진일보한 판결로 평가된다.<sup>13)</sup>

---

13) 그러나 법원이 여전히 피해자인 여성이 특수한 상황과 관계 하에서 느낄 수 있는 고통을 충분히 고려하지 못하고 있다는 비판이 있다. 성희롱 가해자의 징계 해고의 정당성이 문제된 위 2006누9285 판결에서, 법원은 직원의 성적 수치심을 야기할만한 행동을 인정하면서도 "직원에 대한 애정을 표시하여 직장 내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것으로 보인다"거나 우수 실적 달성에 충분하여 "술에 취하여 우발적으로" 저지른 행동으로서 동기에 참작할 만한 면이 보인다고 판시하는 등 성희롱 문제에 대한 사회적 편견과 선입견으로부터 자유롭지

## 라. 민사, 가족법 분야

1) 2006. 6. 22. 선고 2004스42 전원합의체 결정, 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정

이 사건에서 신청인은 여성의 생식기와 외관을 가지고 태어나 호적상 여성으로 등재되었으나, 성장기부터 남성적 기질과 외관을 뚜렷이 보이고 남자 옷을 입어야 마음이 편해지는 등 일상생활에서 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감으로 혼란을 겪어 오다가 41세 때에 성전환증의 진단 하에 유방, 자궁 및 질제거술과 음낭성형 및 인공고환 삽입술을 받아 남성성기 및 음낭을 갖게 되었고 이후 남성호르몬을 투여받음으로써 남성의 신체와 외관을 갖추게 되었다. 신청인은 호적상의 성별이 여성으로 되어 있는 것을 남성으로 정정해줄 것을 호적정정신청의 방식으로 요청하였고 본 결정은 이에 대해 호적정정의 방식으로 성별을 정정할 수 있음을 선언한 것이다<sup>14)</sup>.

---

못한 태도를 보였다. 또한 대법원은 초등학교 교사들의 회식 자리에서 교감이 여자교사들에 대하여 교장에게 술을 따라 줄 것을 두 차례 권한 언행과 관련하여 그 경위나 정황, 발언자의 의도 등에 비추어 객관적으로나 일반적으로 여자교사들로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동에 해당하지 아니하므로 그 여자교사들이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다는 이유만으로 성희롱이 성립될 수는 없다고 판단하였는데(대법원 2007.6.14. 선고 2005두6461 성희롱결정 분취소), 위 판결과 관련하여서는 회식 등 근무시간 이외의 장소에서 성희롱 행위가 빈발하고 있다는 점(민주노총 조합원 중심으로 전국 여성 근로자를 대상으로 2011.2.12.~6.8.까지 시행된 여성 근로자 직장내 성희롱 실태조사 결과에 따르면, 직장내 성희롱은 근무시간 보다 근무시간 외에 더 많이 발생하는 경향이 있고, 근무시간 중 성희롱을 경험하였다는 응답은 47.9%이나, 근무시간 외이지만 회식, 접대, 야유회 등 근무와 관련된 자리가 59.5%로 가장 많은 점(한국법제연구원 2011.9. 성희롱 관련 법제에 대한 입법평가, 박선영 외 4인, 82쪽 이하에서 재인용), 학교 조직 내에서의 관리자와 일반 교사 사이의 지위상의 특수성 등이 충분히 고려되지 않았다는 점 등에서 성희롱 성립 여부를 판단함에 있어 가장 중요한 기준인 '피해자 관점'이 충분히 고려되지 않았다는 비판이 있다. 성희롱에 관한 규제 및 대응책의 법제화는 성희롱 문제에 대한 사회적 성숙도를 반영한 결과물이라기보다는 사회 문화적으로 적극적 변화를 끌어내고자 하는 견인책으로서의 의미를 가져 왔고, 따라서 성희롱 문제는 법제화 못지않게 그 해석과 적용에 있어 법원의 적극적이고 선도적인 역할이 중요할 수밖에 없다.

14) 현행 '가족관계의 등록 등에 관한 법률'은 2008. 1. 1. 시행되었으며, 이 사건 결정이 난 2006년에는 아직 호적법이 시행 중이었다.

본 결정에서 호적정정의 방식으로 성별정정을 허용한 다수의견(대법관 이용훈, 강석욱, 이강국, 고현철, 김영란, 양승태, 박시환, 김지형(주심))의 근거는 다음과 같다. '사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가되었으나, 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다'고 하면서, '이와 같은 성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것'라고 판단하였다. 이를 전제로 하여, '구체적인 사안을 심리한 결과 성전환자에 해당함이 명백하다고 증명되는 경우에는 호적법 제120조의 절차에 따라 그 전환된 성과 호적의 성별란 기재를 일치시킴으로써 호적기재가 진정한 신분관계를 반영할 수 있도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 합치되는 합리적인 해석'이라고 하면서, '성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 호적정정에 관한 호적법 제120조의 절차에 따라 호적의 성별란 기재의 성을 전환된 성에 부합하도록 수정할 수 있도록 허용함이 상당하다'고 판단하였다.

이에 반해 대법관 손지열, 박재윤은 반대의견을 제시하였는데, '성전환자의 경우는 선천적으로 불완전한 성적 특징을 가진 자에 대하여 착오나 출생신고 당시 오인으로 인하여 호적에 잘못된 성별로 기재한 경우와 달리, 음부터 잘못 기재된 호적을 출생시에 소급하여 정정하기 위한 호적법 제120조가 그대로 적용될 수 없고, 다수의견의 견해는 호적법 제120조에 대한 문리해석이나 입법 취지 등과는 관계없이, 객관적으로 명백한 호적법 제120조의 규정내용에 일부 내용을 추가·제거 또는 변경하는 것과 동일한 효과를 가져 오는 것으로서 정당한 유추해석의 한계를 어는 것'이라고 판단하였다. 그 결과 '성의 변경의 요건이나 절차 등에 관한 근거 법률이 전혀 없는 상태에서 단순히 호적정정절차를 통하여 성의 변경을 허용한다는 것은 신분관계를 공시하는 기능만이 부여된 호적제도 본래의 목적과 기능을 크게 어는 것이므로, 현 단계에서 법원으로서 이 사건과 같은 사안에서 당사자의 성을 적절한 기준에 따라서 변경할 수 있는 법적·제도적인 보완이 절실하다는 점을 충분히 지적하면서, 현행

호적법 제120조의 호적정정의 방법으로는 이 문제를 해결할 수 없다는 점을 선언하고, 국민의 대의기관인 국회가 사회적 여론을 수렴하여 구체적인 요건과 절차, 효과 등을 담은 입법조치를 하기를 강력히 촉구함으로써 당사자들에게 근본적이고 효과적인 구제가 가능한 여건을 조성하는 데에 일조하는 것이 더욱 중요하다'고 보아, '성전환자에 대하여 호적법 제120조의 호적정정절차에 따라 호적상 성별란을 정정하는 것은 허용될 수 없다'는 의견을 제시하였다.

이러한 반대의견에 대하여 김지형 대법관은 다음과 같은 내용으로 다수의견에 대한 보충의견을 내었다. '법원이 재판규 으로서 그 법률규정을 해석·적용함에 있어서는 마땅히 헌법합치적인 해석에 따라야 한다. 어떤 법률규정에 대하여 합헌적인 법률해석의 가능성이 열려 있음에도 불구하고, 법원이 그러한 해석을 단념하여 버린다면 합헌적 법률이 제정될 때까지는 위헌적인 법률공백 상태가 계속되는 것을 그대로 방치하는 셈이 되고 이는 법원에게 주어진 사법권 행사의 권한과 사명을 동시에 저버리는 결과를 낳게 된다. 그러므로 합헌적 법률해석을 무조건 유추해석 또는 확장해석이라는 이름으로 경계할 것은 아니고 법규의 문언적 의미가 갖는 내포와 외연을 모두 고려하여 헌법질서의 테두리 안에서 이루어질 수 있는 합리적인 해석방법이라면 이를 받아들이는 것이 온당하다'고 보면서, '합헌적 법률해석이라는 법리에 비추어 볼 때 성전환자에게 출생 당시 확인되어 신고된 성이 출생 후 그 개인의 성적 귀속감의 발현에 따른 일련의 과정을 거쳐 최종적으로 사회통념상 확인된 성과 부합하지 않는다고 인정할 수 있다면 그와 같이 확인된 성에 맞추어 성별을 바꾸는 것은 호적법 제120조가 말하는 '정정'의 개념에 포함된다고 풀이하는 것이 옳다'고 보았다.

이 결정은 다수의견이나 반대의견 모두 성전환자에 대한 성별정정의 필요성 자체는 인정하는 반면, 별도의 입법을 통하지 않고 호적정정을 통해 성별정정을 할 수 있도록 할 것인가 여부에서 견해가 대립된 것이었다. 이점에서 다수의견 및 김지형 대법관의 보충의견은 사법 적극주의적

관점에서 헌법합치적 법률해석을 통해 성전환자와 같은 성소수자와 같은 소수자의 행복추구권 등 기본적 권리를 보장할 수 있도록 하였다는 점에서, 소수자의 권리 보호에 기여한 판례로 평가된다.

한편, 2011. 9. 2. 선고 2009스117 결정에서는 위 결정과는 다른 결론에 이르렀는데, 다수의견(대법관 이용훈, 안대희, 차한성, 신영철, 민일영, 이상훈, 박병대)은 ‘성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년인 자녀가 있는 경우에는 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여, 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수는 없다’고 하면서 과거 혼인을 한 적이 있고 미성년 자녀를 둔 성전환자가 가족관계등록부의 성별을 정정하여 줄 것을 신청한 사안에서 성별정정을 불허하였다<sup>15)</sup>. 다만 본 결정에서 5명의 대법관이 다수의견에 반대하는 의견을 개진하였다.

이중 양창수, 이인복 대법관은, ‘법의 역할은 무엇보다도 사람의 자유와 권리를 보호하는 데 있으며, 사회적 인식이나 통념 등을 이유로 사회 내의 소수자인 성전환자의 성별정정을 제약하는 데에는 극히 신중한 태도를 가질 필요가 있고, ‘성전환자의 성별정정은 우리 사회의 주류로부터 오히려 지지·동의될 수 없는 것을 아마도 그들의 뜻에 반하여 성전환자에게도 이 사회의 인간으로서 누릴 수 있는 행복의 추구를 가능하게 하기 위한 기반으로서 시인하는 것’이라고 하면서, ‘윤리적 또는 종교적 신념 등에 기반한 사회적 통념 또는 인식을 앞세워서는 성전환자의 성별정정이 가지는 법적 의미는 현저히 퇴색될 수밖에 없다’고 판단하였다. 이를 기초로 하여 ‘어떠한 소극적 요건을 절대적 기준으로 설정함으로써 경우에 따라 성전환자의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권의 본질적 부분이 침해되는 결과에 이를 수 있음에도 이를 감수하면서까지 법적 안정성을 추구하는 것은 정당하다고 할 수 없다’고 하면서, ‘성전환자의 미성년 자녀가 부 또는 모의 성전환으로 가혹한 사회적 차별과 편견을 받게 되는

---

15) 다만, 다수의견은 현재 혼인 중인 경우와 달리 과거의 혼인경력에 성별정정 불허사유가 되지는 않는다고 판단하였다.

상황이 우려되는 경우에는 법원이 성별정정 허가 여부를 재판하면서 이러한 사정을 하나의 중요한 요소로 고려하면 충분하고 미성년자인 자녀가 있다는 사정을 당연히 성별정정을 허용하지 않는 절대적인 소극적 요건을 설정할 것은 아니'라고 판단하였다. 다만 양창수, 이인복 대법관은 미성년 자녀가 있는 경우와는 다르게 혼인 중에 있는 사람의 경우에는 직접적으로 동성혼을 인정하는 것이 되어 혼인제도의 근간을 흔들게 된다는 이유로 성별정정을 불허하여야 한다고 하였다.

반면, 박시환, 김지형, 전수안 대법관은 미성년자녀를 두고 있거나 혹은 혼인 중에 있는 사람인 경우에도 이를 성별정정의 소극요건으로 보는 다수의견 전부에 대해 반대 의견을 제시하였다. 박시환, 김지형, 전수안 대법관은, 다수의견이 '그 성전환자가 다른 사람들과의 신분관계에 변동을 초래하거나 사회에 부적정한 영향을 미치지 않을 것'을 소극적 요건으로 설정한 것이라고 하면서, '다수 의견의 견해는, 성별정정을 통해 인간으로서의 최소한의 기본적 권리를 보호받고자 하는 성전환자들에게, 사회 구성원 다수의 인식에 비추어 관용하고 수용할 만한 경우에만 성별정정을 허용하겠다는 것과 다르지 않으며, 우리 사회 구성원의 다수가 성적 소수자를 충분히 이해하거나 포용하는 입장으로 돌아서지 않는 한, 성전환자로 하여금 법률적으로 성전환 전의 다른 성으로 살아가도록 강요하는 것에 지나지 않는다'고 보아, 미성년 자녀를 두고 있다는 이유만으로 성별정정을 불허하는 것은 타당하지 않는다고 판단하였다. 이와 더불어, '혼인 중에 있다고 하더라도, 성별정정신청 당시 그 혼인관계의 실질적 해소 여부와 그 사유, 혼인관계의 실질적 해소로부터 경과한 기간, 실질적으로 해소된 혼인관계의 부활가능성 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 가족관계등록부상의 성별란 정정이 신분관계에 혼란을 줄 염려가 있는지를 가리고 그에 따라 성별정정 여부를 결정하면 충분하다'고 보아, 혼인 중에 있지 아니할 것을 성별정정의 독자적인 소극요건을 보는 다수의견에 대한 반대의견을 밝혔다.

이 결정에서 다수 의견은 법적 안정성을 훼손하지 않는 위 내에서



만 성별정정이 허용된다고 본 반면, 반대의견을 제시한 양창수, 이인복, 박시환, 김지형, 전수안 대법관은 성전환자의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권의 본질적인 부분이 침해되는 결과를 감수하면서까지 법정 안정성을 추구하여서는 안 된다고 보아 성전환자의 권리보호를 우선한 것으로 평가할 수 있다.

## 2) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009므1458,1465 판결<sup>16)</sup>

별거 이후 부가 양육해온 9세 남짓의 여아에 대한 친권 행사자 및 양육자 지정과 관련하여, 사건본인의 양육과 관련하여 원·피고 중 어느 일방이 더 우월하다고 할 수 없다고 하면서도 어린 여아의 양육에는 어머니가 아버지보다 더 적합하다고 판단하여 현재의 양육 상태를 변경하여 어머니인 원고를 친권 행사자 및 양육자로 지정하도록 한 원심판결을 기한 사건이다. 이 판결에서 대법원은 현재의 양육 상태의 변경을 가하여 친권 행사자 및 양육자를 지정하기 위해서는, '그러한 변경이 현재의 양육 상태를 유지하는 경우보다 사건본인의 건전한 성장과 복지에 더 도움이 된다는 점이 명백하여야 한다'고 하면서 '단지 어린 여아의 양육에는 어머니가 아버지보다 더 적합할 것이라는 일반적 고려만으로는 위와 같은 양육 상태 변경의 정당성을 인정하기에 충분하지 아니하다'고 판단하였다. 이 판결은 양육자 지정 등에 관한 판단을 함에 있어, 젠더에 관한 일반적인 통념이 판단의 기준이 되어서는 안 된다는 것을 확인하고, 통념에 기대지 않은 '자녀의 복리'를 기준으로 하도록 한 것으로 볼 수 있다.

## 3) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두9631 판결<sup>17)</sup>

중혼적 사실혼 관계에 있던 배우자가 유족연금 지급을 청구한 것에 대하여 부지급 분이 나자 유족연금부지급 분을 취소해달라며 소송을 제기한 사건에서, 대법원은 '중혼적 사실혼일지라도 군인 또는 군인이었던

---

16) 대법관 김능환(재판장), 김영란(주심), 이홍훈, 민일영

17) 대법관 민일영(재판장), 이홍훈(주심), 김능환, 이인복

자의 퇴직 후 61세 전에 법률혼인 전 혼인의 배우자가 사망함으로써 전 혼인이 해소됨과 동시에 통상적인 사실혼이 된 경우 등과 같은 특별한 사정이 있다면, 전 혼인의 배우자 사망 후에는 사실상 혼인관계에 있던 자를 균인연금법 제3조 제1항 제4호에 규정된 배우자로 보아야 한다고 판시하였다. 이 판결을 통해 중혼적 사실혼 관계로 시작한 경우에도, 법률혼 배우자가 사망하거나 이혼을 하는 등 법률혼 관계가 종료된 경우 그 시점부터는 사실혼 배우자와 동일하게 보호를 받을 수 있게 되었다.

#### 4) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010두14091 판결<sup>18)</sup>

이 판결에서 대법원은 '민법이 정하는 혼인법 질서에 본질적으로 반하는 사실혼 관계에 있는 사람은 유족연금 수급권자인 배우자에 해당한다고 할 수 없다'고 하면서도, '민법에 의하여 무효로 되는 근친자 사이의 사실혼 관계라고 하더라도, 그 근친자의 혼인이 금지된 역사적·사회적 배경, 그 사실혼 관계가 형성된 경위, 당사자의 가족과 친인척을 포함한 주변 사회의 수용여부, 공동생활의 기간, 자녀의 유무, 부부생활의 안정성과 신뢰성 등을 종합하여 그 반윤리성·반공익성이 혼인법질서 유지 등의 관점에서 현저하게 낮다고 인정되는 경우에는 근친자 사이의 혼인을 금지하는 공익적 요청보다 유족의 생활안정과 복리향상이라는 유족연금제도의 목적을 우선할 특별한 사정이 있다'고 하며, '특별한 사정이 인정되는 경우에는 사실혼 관계가 혼인무효인 근친자 사이의 관계라는 사정만으로 유족연금의 지급을 거부할 수 없다'고 판단하였다.

#### 5) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결

여성의 종중원 자격 인정 여부를 다룬 위 판결에서 다수의견<sup>19)</sup>은, '종원의 자격을 성년 남자로서만 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지

18) 대법관 김지형(재판장), 양승태, 전수안, 양창수(주심)

19) 본 판결은 최중영, 유지담, 배기원, 이규홍, 박재운, 김용담의 별개의견이 있었으나, 결과에 있어 여성인 원고들에게 종회 회원 자격을 인정하여야 한다는 결론은 동일하였다.

않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것'이라고 하면서, '중중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성인 남자만을 중중의 구성원으로 하고 여성은 중중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 중중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 중중 구성원의 자격을 성인 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다'고 판단하였다.

다만 최종영, 유지담, 배기원, 이규홍, 박재운, 김용담 대법관은 별개의견을 통해 '중중의 시조 또는 중시조가 남자임을 고려할 때, 중중에 있어서의 남녀평등의 관철의 위와 한계에 대하여는 보다 신중한 검토가 필요하고, 중중은 다른 나라에서 유래를 찾아보기 어려운 우리나라에 독특한 전통의 산물이므로, 헌법 제9조에 비추어 우리의 전통문화가 현대의 법질서와 조화되면서 계승·발전되도록 노력하여야 할 것'이라고 하면서, 종원의 고유한 의무는 법률적으로 강제되는 것이 아니고 도덕적·윤리적 의무에 불과하므로, 여성을 중중의 종원으로 받아들이지 않는 것으로 인해 여성인 후손의 권리가 실질적으로 침해되는 것은 아니라고 보았다. 이에 따라, '종래의 관습법상 성인 남자는 그 의사와 관계없이 중중 구성원이 된다고 하는 부분은 현재로서는 문제될 것이 없고, 결국 관습법과 전통의 힘에 의하여 종래의 중중관습법 중 아직까지는 용인되는 부분이

있을 수 있다'고 하면서 '새롭게 창설되는 법률관계에 대하여서까지 다수의견이 남녀평등의 원칙을 문자 그대로 관철하려는 것은 너무 기계적이어서 찬성할 수 없다'는 의견을 제시하였다.

이 판결을 통하여 그동안 종중의 활동에서 배제되고 재산의 분배에서도 차별적인 우를 받던 여성인 후손들도 종원으로서의 자격을 인정받을 수 있게 되었고 특히 사법관계에서 헌법원칙인 평등권의 원리를 적용하였다는 점에서 평등권 보장에 기여한 것으로 평가된다. 또한, 관습법이라 할지라도 전통수호라는 명분아래 헌법에 위반되는 성차별이 허용될 수 없다는 점을 다시 확인하였다<sup>20)</sup>.

이 판결 이후 여성인 종중원의 권리를 제한하고자 하는 시도들이 계속되었고 그 중 하나로 종중총회에서 여성인 종중원의 의결권을 제한하거나 종중 소유 부동산에 관한 수용보상금을 남성 종중에게만 분배하는 등의 사례가 있었다. 이러한 사안에 대하여 대법원은 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결을 통해, '종중의 성격과 법적 성질에 비추어 종중이 그 구성원인 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 분을 하는 것은 허용되지 않는다.'고 하면서 '여성의 종중원 자격과 종중총회에서의 의결권을 제한하는 내용으로 종중규약을 개정하고 종중소유 부동산에 관한 수용보상금을 남성 종중원들에게만 대여하기로 한 종중 임시총회 결의를 무효'라는 점을 다시 확인하였다.

다만, 종중 유사단체의 경우는 '사적 임의단체라는 점에서 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 그 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있음이 원칙'이라고 하여 '종중 유사단체의 회칙이나 규약에서 공동선조의 후손 중 남성만으로 그 구성원을 한정하고 있다고 하더라도 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유의 보장 위에 포함된다.'고 보아 이러한 회칙이나 규약이 양성평등 원칙을 정한 헌법 제11조 및 민법 제

---

20) 이미 우리 대법원은, 3003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결을 통하여 관습법의 효력인정요건으로 헌법에 합치할 것을 요구하였다.

103조를 위반하여 무효라고 볼 수는 없다고 판단하였다.

6) 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원 합의체 판결

장남인 원고가 이복형제들을 상대로 아버지의 유골을 돌려달고 청구한 본 사건에서 다수의견은 원고의 청구를 인용한 원심판결이 정당하다고 인정하였다. 이 판결에서 '제사 주재자의 결정방법'과 관련하여 다수의견은, '적장자가 우선적으로 제사를 승계해야 한다는 종래의 관습은, 가족구성원인 상속인들의 자율적인 의사를 무시하는 것이고 적서 간에 차별을 두는 것이어서 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족 제도에 원칙적으로 부합하지 않게 되었고, 이에 대한 우리 사회 구성원들의 법적 확신 역시 상당 부분 약화되었다'고 하면서, '그러한 관습에 터 잡은 종래의 대법원 판결들 역시 더 이상 판례법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다'고 판단하였다. 동시에 '제사 주재자에 관한 종래의 관습 내지 판례법이 그 효력을 유지할 수 없게 된 현재의 상황에서는, 민법의 일반원리와 아울러 제사용 재산의 성격, 제사용 재산의 승계에 관한 민법 제1008조의 3의 입법 목적, 제사가 가지는 역사적·사회적 의미 등을 종합적으로 고려하여 조리에 의해 제사 주재자의 결정방법을 정해야 할 것'이라고 보았다. 그러면서도, 제사 주재자에 관하여 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 '제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동 상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사 주재자가 된다.'고 보아, 장남인 원고에게 제사주재자의 지위가 인정된다고 보았다.

이러한 다수의견에 대하여 박시환, 전수안 대법관 및 김지형, 김영란 대법관은 협의가 이루어지지 않는 경우 망인의 장남 등이 제사 주재자가 된다고 본 다수의견에 대해 반대의견을 제시하였다. 박시환, 전수안 대법관은 반대의견에서, '전래의 가족제도의 어떤 부분이 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 들어

그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다는 것'이고, '협약이 이루어지지 않는 경우 당연히 장남 등이 제사 주재자로 된다는 것은 사실상 음부터 장남 등이 제사 주재자로 되는 것과 별 차이가 없다'고 하면서, '현실적으로 상속인들 사이에서 성별과 나이에 의한 차별이 발생하는 결과를 가져 온다면 이를 불가피하다고만 할 것이 아니라, 변화된 우리 사회 구성원들의 의식과 전체 법질서 등에 맞는 새로운 해석을 통해 합리적인 해결책을 모색함이 바람직'하다고 하였다. 이에 따라 공동 상속인들 사이에 협약이 이루어지지 않는 경우에는 공동 상속인의 다수결에 의해 제사 주재자를 결정하는 것이 가장 적절하다는 의견을 제시하였다.

또한 김지형, 김영란 대법관은 다수의견에 대한 반대의견으로, '다수의견이 전개하는 논리와 결론은, 결국 민법 제1008조의3이 정한 제사용 재산의 승계인으로 되는 제사 주재자의 결정에 있어서 적서(적서)의 구별을 없애고 딸만을 자녀로 둔 가정에서 장녀의 우선적 지위를 인정하는 것 이외에는 전통적인 종법사상과 부계혈족 중심의 가(가)의 관념에 입각한 장자 우선의 원칙을 여전히 지도적 원리로 유지하겠다는 선언과 다르지 않고, 이는 '우리 사회의 친족상속 관련 법적 질서와 인식의 변화상을 도외시한 해석론이어서 현재의 관습과 사회적 정당성에 부합한다고 보기 어렵다'고 하면서, 제사 주재자에 관한 협약이 이루어지지 아니할 경우 '민법 제1008조의3의 문언적 해석과 그 입법 취지에 충실하면서도 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상한다고 하는 가사에 관한 소송의 이념과 앞서 본 다양한 관련 요소를 종합적으로 고려하여 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 결정되어야 한다는 의견을 제시하였다.

본 판결에서 다수의견이 종래의 관습이 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에 부합하지 않게 되었다고 하면서도 장남 혹은 장손자를 우선하는 결론에 이른 것에 대하여, 박시완, 전수안, 김지형, 김영란 대법관은 성별과 연령에 따른 차별적 우를 전제로 한 다수의견은 타당하지 않다는 입장을 명백히 하였다.

## 마. 성매매 분야

### 1) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도2223 판결<sup>21)</sup>

위 판결은 '성매매알선 등 행위의 벌에 관한 법률 제25조의 규정에 의한 추징은 성매매알선 등 행위의 근절을 위하여 그 행위로 인한 부정한 이익을 필요적으로 박탈하려는 데 그 목적이 있으므로, 그 추징의 위는 인이 실제로 취득한 이익에 한정된다고 봄이 상당하고, 다만 인이 성매매알선 등 행위를 하는 과정에서 지출한 세금 등의 비용은 성매매알선의 대가로 취득한 금품을 소비하거나 자신의 행위를 정당화시키기 위한 방법의 하나에 지나지 않으므로 추징액에서 이를 공제할 것은 아니다.' 라고 판시하면서 피고인 등이 성매매업소를 운영하면서 그 장소까지 제공하였던 것이므로, 그 업소건물의 임대료는 이 사건 행에 소요된 필요경비에 해당하고 따라서 이를 추징액에서 공제할 수 없다고 판시하였다.

성매매알선업자의 죄 수익은 곧 성매매 여성들이 성매매를 하여 업주가 얻은 수익을 뜻하는 것인바 위 판결은 이에 대한 몰수 추징의 선고로 수사과정에서 수사기관들이 성매매 여성들의 피해금액을 적극적으로 수사해줄 필요성이 있음을 보여준 것이고, 최대 8조원에 육박하는 성매매 시장에서 성매매로 얻은 수익은 모두 몰수하도록 하여 성매매 알선업으로 이윤을 얻을 수 없도록 하겠다는 의지를 나타냈다고 평가된다.

### 2) 대법원 2004. 9.23. 선고 2003다49009 판결<sup>22)</sup>

위 판례는 군산 대명동 성매매업소 화재사건에 관한 것으로 윤락녀들이 윤락업소에 감금된 채로 윤락을 강요받으면서 생활하고 있음을 쉽게

21) 대법관 김능환(재판장), 김영란(주심), 이홍훈, 차한성

22) 대법관 박시환(재판장), 김능환(주심), 양승태, 박일환

알 수 있는 상황이었음에도, 경찰관이 이러한 감금 및 윤락강요행위를 제지하거나 윤락업주들을 체포·수사하는 등 필요한 조치를 취하지 아니하고 오히려 업주들로부터 뇌물을 수수하며 그와 같은 행위를 방치한 것은 경찰관의 직무상 의무에 위반하여 위법하므로 국가는 이로 인한 정신적 고통에 대하여 위자료를 지급할 의무가 있다고 판시하여 국가의 배상책임을 인정하였고<sup>23)</sup>, 이어 비슷한 사건이었던 군산시 개복동 성매매업소 화재사건에서 대법원 2008. 4.10. 선고 2005다48994 판결은 유흥주점에 감금된 채 윤락을 강요받으며 생활하던 여종업원들이 유흥주점에 화재가 났을 때 피신하지 못하고 유독가스에 질식사 사망한 사안에서, 소방공무원이 위 유흥주점에 대하여 화재 발생 전 실시한 소방점검 등에서 구 소방법상 방염 규정 위반에 대한 시정조치 및 화재 발생 시 대피에 장애가 되는 잠금장치의 제거 등 시정조치를 명하지 않은 직무상 의무 위반은 현저히 불합리한 경우에 해당하여 위법하고, 이러한 직무상 의무 위반과 위 사망의 결과 사이에 상당인과관계가 존재한다고 하여 지방자치단체의 국가배상 책임을 인정하는 판시를 하였다.

위 판결을 통해 대법원은 인권의 사각지대에서 완전히 방치된 채 성매매 업소에 감금되어 성매매를 강요당하고 착취당하는 성매매 여성들에 대해 국가가 적극적으로 개입하여야 할 의무가 있음을 명시하였고 이를 게을리 한 국가와 지방자치단체의 책임을 명백히 하였다.

### 3) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005도8130<sup>24)</sup>

위 판결은 성매매 등 근절과 성매매피해자 인권보호라는 성매매알선 등 행위의 별에 관한 법률의 입법취지와 성교행위와 유사성교행위를 아무런 구별 없이 취급하고 있는 같은 법 제2조 제1항 제1호의 규정 등을 고려하면, 위 법률 제2조 제1항 제1호 (나)목의 유사성교행위는 구강, 항

23) 대법관 김영란(재판장), 이용우(주심), 윤재식, 이규홍

24) 대법관 김영란(재판장), 이홍훈(주심), 김황식, 안대희



문 등 신체 내부로의 삽입행위 내지 적어도 성교와 유사한 것으로 볼 수 있는 정도의 성적 만족을 얻기 위한 신체접촉행위를 말하고 어떤 행위가 성교와 유사한 것으로 볼 수 있는 정도의 성적 만족을 얻기 위한 신체접촉행위에 해당하는지 여부는 당해 행위가 이뤄진 장소, 행위자들의 차림새, 신체 접촉 부위와 정도 및 행위의 구체적인 내용 등을 종합적으로 평가하여 규 적으로 판단해야 한다고 하면서 마사지업소의 여종업원이 침대가 설치된 밀실에서 짧은 치마와 반소매 티를 입고 남자 손님의 온몸을 주물러 성적인 흥분을 일으킨 뒤 손님의 옷을 모두 기고 로션을 바른 손으로 성기를 감싸쥐고 성교행위를 하듯이 왕복운동을 하여 성적 만족감에 도달한 손님으로 하여금 사정하게 한 행위가 유사성교행위에 해당한다고 판단하였다. 이는 손을 이용한 피고인의 이 사건 행위는 도덕적 비난 가능성은 있을지언정 법이 정하고 있는 유사성교행위에는 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결을 기하고 규 적 법해석을 통해 변태적 성매매에 대한 별의지를 보여주었다.

## 바. 성폭력 분야

### 1) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결<sup>25)</sup>

위 판례는 노래방 도우미가 강간 피해자인 사건에서, 강간죄가 성립하기 위한 폭행, 협박이 있었는지 여부의 판단 기준으로 강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행, 협박이 있었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단해야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 행 현장을 어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다해 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정해서는 안 된다고 판시

<sup>25)</sup> 대법관 강신욱(재판장), 윤재식, 고현철, 김영란(주심)

하였다.

앞서 살펴본 바와 같이 종래 우리 법원은 강간죄의 폭행, 협박이 있었는지 여부를 해석함에 있어 행위 당시 객관적으로 보아, 피해자로 하여금 반항을 곤란하게 할 정도의 상황이 존재했는지 여부(즉 폭행, 협박의 구체적인 내용, 가해자와 피해자의 체격조건 차이, 나이 차이, 반항을 곤란하게 하는 상황이나 심리적인 상태 등)를 기준으로 하지 않고, 행위 전후로 피해자가 실제 도망하거나 반항을 다했는지, 그러할 만한 기회가 있었는지 여부를 주된 기준으로 그러한 사정을 판단하고 있었는데 위 판례는 그러한 판단기준에 문제가 있음을 전제로 “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 행 현장을 어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다해 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정해서는 안 된다”고 명시적으로 판단하였다.

2) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결<sup>26)</sup>

위 판결은 성전환자의 호적 정정을 인정한 판결(대법원 전원합의체 2006. 6. 22. 선고 2004스42 판결)을 인용하면서 이 사건 피해자가 성전환증을 확진받고 호르몬 요법 등의 치료과정을 거쳐 성전환수술을 시행한 점, 과거 10여 년 간 피해자의 사정을 아는 남성과 동거하며 지속적으로 성관계를 영위함에 아무 문제가 없었고 성적 만족도 또한 이상이 없었던 사실, 여성 무용수로서 30년간 국내외적 활동을 해 온 사실, 현재 여성으로서의 성정체성이 확고하고 남성으로 재전환 될 가능성이 현저히 낮은 점 등을 종합해 볼 때 개인 및 사회생활에서 여성으로 인식되어 결국 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

이는 기존 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결에서 성전환 수술을 한 여

---

26) 대법관 박시환(재판장) 신영철(주심), 안대희

성의 경우 생식능력이 없는 점과 사회 일반인들의 평가와 태도 등을 고려할 때 사회통념상 여자로 볼 수 없다고 한 사례와 대비되는 판례로서, 강간죄의 객체를 법률상 여성에 한정하는 점에서는 기존의 판결과 달라진 점이 없으나, 기존 판결이 성의 결정에서 성 염색체와 사회 일반의 평가와 태도를 우선적으로 고려하는 태도를 보였던 것과 달리 피해여성의 '여성으로서의 성 정체성'과 정신적 요소, 사회적 요소 등을 우선 고려하여 다수의 정서적 거부감보다 소수자의 고유한 정체성을 존중할 필요가 있음을 밝힌 점에서 의의가 크다. 다만 성전환자가 사회통념상 여성으로 받아들여져야 한다는 장벽은 여전히 남아 있는데 강간죄의 객체를 여성에 한정해야 하는지 재고가 필요하다.

### 3) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2005도2994 판결<sup>27)</sup>

위 판결은 구 성폭력 죄의 벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제8조의 항거불능 요건을 신체장애 또는 정신상의 장애 그 자체로 항거불능의 상태에 있는 경우 뿐만 아니라 신체장애 또는 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하는 것으로 보아야 할 것이고, 그 중 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 항거불능인 상태에 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 피해자의 정신상의 장애 정도 뿐만 아니라 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변의 상황 내지 정황, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 인식과 반응의 내용 등을 종합적으로 검토해야 할 것이라고 판시하여 기존 판결에서 항거불능 개념과 그 원인이 되는 정신장애를 협소하게 해석하던 태도를 완화하였다.

기존 판례는 항거불능을 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보면서 이를 구체적으로 적용함에 있어 피해자가 성 경험 및 성에 대한 지식이 있으면 이를 성적 자기결정 능력 및 성적 방어 실행 능력이 있는 것으로 보아 항거불능 상

---

27) 대법관 박시환(재판장), 박일환, 김능환(주심)

태를 부정하거나, 피해자가 일반 학교에 다닌 것으로 피해자에게 일정한 지적능력이 있다고 판단한다든지, 피해자가 거부 의사를 표현한 경우 성적 자기결정능력을 인정한다든지 하여 항거불능의 의미를 거부 의사조차 제대로 표현할 수 없는 경우로 매우 제한적으로 해석하여 사실상 장애 정도에 따라 판결이 엇갈리는 경향을 보였다. 그리하여 판례의 태도로 인하여 항거불능이라는 요건이 장애인 성폭력 가해자 외에 큰 걸림돌로 여겨졌었다. 그런데 대법원이 위와 같이 항거불능이라는 요건을 사회적, 환경적, 맥락적 요소들을 고려하여 판단할 수 있도록 함으로써 이 판시 태도를 따라 ‘항거불능’ 요건을 다투는 가해자에게 유죄를 인정하는 판례들도 다수 등장하였다.<sup>28)</sup>

4) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도10050 판결<sup>29)</sup>

이 판례는 강제추행행위를 유형력의 행사에 한정, 엄격하게 보지 않고 골프장 여종업원들이 거부 의사를 밝혔음에도 골프장 사장과의 친분관계를 내세워 함께 술을 마시지 않을 경우 신분상의 불이익을 가할 것 엄 협박하여 이른바 러브샷의 방법으로 술을 마시게 한 사안에서 강제추행죄를 인정한 사례이다.

5) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도4451, 2011전도76 판결<sup>30)</sup>

위 판례에서는, “피해자는 11세 남짓한 초등학교 6학년생으로서 피해 입은 사실을 이해하고 고소에 따른 사회생활상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력이 있었던 것으로 보이고, 고소능력 있는 피해자 본인이 고소를 하였다고 보아야 하며, 피고인 제출의 합의서에 피해자 성명이 기재되어 있으나 피해자의 날인은 없고, 피해자의 법정대리인인

28) 그러나 국회가 지난 해 10월 그 동안 해석논란이 있던 항거불능 요건을 삭제하고 형법상 준강간죄를 인용하는 방식으로 오히려 요건을 강화하는 입법을 하여 개악이라는 비판을 거세게 받았다.

29) 대법관 안대희(재판장), 김영란, 김황식(주심), 이홍훈

30) 대법관 이상훈(재판장), 김지형, 전수안(주심), 양창수

부의 무인 및 인감증명서가 첨부되어 있을 뿐이어서 피해자 본인의 고소 취소의 의사표시가 여기에 당연히 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 설령 피해자 법정대리인의 고소는 취소되었다고 하더라도 본인의 고소가 취소되지 아니한 이상 친고죄의 공소제기 요건은 여전히 충족된다.”고 판시하였다.

친고죄인 성폭력 사건에 있어 미성년자인 자녀가 별을 원하더라도 부모가 미성년자인 자녀의 의사를 확인하지 않거나 또는 그 의사에 반하여 합의에 응하는 경우가 발생하는데, 위 판례는 그러한 경우 피해자인 미성년자 본인의 의사를 존중하는 판단을 한 것으로 보인다. 다만 위 판례를 언제나 법정대리인의 별불원의사에는 피해자 본인의 의사가 포함되지 않는 것으로 일반화하기는 어렵다.<sup>31)</sup>

31) 대법원 2010.5.13. 선고 2009도5658 판결(주심 김영란)에서는 “반의사불벌죄에 있어서 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하였다고 인정하기 위해서는 피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하는바( 대법원 2001. 6. 15. 선고 2001도1809 판결 참조), 피해자가 나이 어린 미성년자인 경우 그 법정대리인이 피고인 등에 대하여 밝힌 처벌불원의 의사표시에 피해자 본인의 의사가 포함되어 있는지는 대상 사건의 유형 및 내용, 피해자의 나이, 합의의 실질적인 주체 및 내용, 합의 전후의 정황, 법정대리인 및 피해자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.”라고 하면서 “이 사건은 13세인 중학교 1학년 여자 청소년을 대상으로 한 청소년 대상 성범죄로서 같은 법 제16조에 의하여 피해자의 명시한 의사에 반하여 처벌할 수 없는 점, 비록 피고인에 대하여 처벌을 원하지 않는다는 내용으로 제1심법원에 제출된 합의서의 형식이 피해자를 대리하여 그 법정대리인인 부 공소외인이 작성명의인으로 되어 있기는 하나 그 내용은 피해자 본인이 피고인의 처벌을 원하지 않는다는 것인 점, 한편 피해자는 수사기관 및 법원에 위 공소외인과 함께 출석하여 위 공소외인이 지켜보는 가운데 진술하는 등 이 사건 수사 및 재판 과정에서 법정대리인인 부의 실질적인 보호를 받은 것으로 보이는 점, 달리 그러한 합의가 피해자의 의사에 반하는 것이었다거나 피해자에게 불이익한 것이라는 등의 사정을 찾아볼 수 없고, 피해자가 그러한 합의에 대하여 어떠한 이의도 제기하지 않고 있는 사정 등을 종합하여 보면, 위와 같은 피고인에 대한 처벌불원의 의사표시에는 피해자 본인의 의사가 포함되어 있다고 볼 수 있다.”고 하였다.

또한 대법원 2010.11.11. 선고 2010도11550,2010전도83 판결의 경우 미성년자인 피해자가 직접 처벌불원 의사를 표시할 당시 고등학교 2학년에 재학 중이고 만 17세에 거의 도달한 청소년으로 기록에 나타난 그의 지능, 지적 수준, 발달 성숙도 및 사회 적응력에 비추어 볼 때 위 합의의 목적 및 취지를 충분히 이해할 수 있었다고 보이는 점 등을 종합하면, 피해자는 합의를 통하여 피고인에 대한 처벌 희망의 의사표시 철회를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였고, 그 후 피해자가 다시 피고인의 처벌을 원하는 취지의 진술을 하였다고 하더라도 반의사불벌죄에 있어서 처벌 불원의 의사를 표시한 이후에는 다시 처벌을 희망하는 의사를 표시할 수 없는 것이므로, 위 공소사실에 대한 공소는 결국 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 할 것이다. 결국 형사소송법상의 소송능력이 있는 미성년의 피해자를 대리하여 법정대리인인 부모가 처벌 불원의 의사결정 자체를 할 수 있다는 원심의 판시는 적절하지 아니

6) 대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도6058 전원합의체 판결

이 사안에서는 별희망 의사표시를 철회할 당시 14세 10개월의 미성년자인 피해자가 법정대리인의 동의 없이 단독으로 의사표시를 하였다. 이에 대해 다수의견은 “반의사불벌죄에 있어서 피해자의 피고인 또는 피의자에 대한 별을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 별을 희망하는 의사표시의 철회는, 위와 같은 형사소송절차에 있어서의 소송능력에 관한 일반원칙에 따라, 의사능력이 있는 피해자가 단독으로 이를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 한다거나 법정대리인에 의해 대리되어야만 한다고 볼 것은 아니다. 나아가 청소년의 성보호에 관한 법률이 형사소송법과 다른 특별한 규정을 두고 있지 않는 한, 위와 같은 반의사불벌죄에 관한 해석론은 청소년의 성보호에 관한 법률의 경우에도 그대로 적용되어야 한다. 그러므로 청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄라고 하더라도, 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 별을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 별희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다.”라고 판시하였다.

반면 김영란 대법관은 반대의견을 통해 “미성년자인 피고인이나 피의자에 대하여는 그 의사능력이 불완전하다는 입법적·현실적 평가가 전제되어 있는바, 이는 피해자 등 제3자가 소송행위를 하는 데에 대하여도 마찬가지라고 보아야 한다. 그런데 청소년대상 성폭력 죄의 피해자는 정도의 차이는 있으나 지능, 지적 수준, 발달성숙도나 사회적응력이 성인의 그것에 미치지 못할 것이고, 이에 따라 자신에게 가해진 행의 의미, 피해를 당한 정황, 별을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 별희망 의사표

---

하나, 위 공소사실에 대한 공소제기 후 제1심판결 선고 전에 피해자의 피고인에 대한 처벌 희망의 의사표시가 유효하게 철회되었다고 보아 위 공소사실에 대한 공소를 기각한 결론은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같은 처벌 불원 의사표시의 효력에 관한 법리 오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 하였다.

시의 철회가 가지는 의미·내용·효과에 대한 이해 및 인식 능력 또한 마찬가지로 부족하다고 보아야 한다. 따라서 청소년 대상 성폭력 죄의 피해 청소년이 피고인 또는 피의자에 대하여 별을 원하지 않는다는 의사표시를 하거나 별희망 의사표시를 철회하는 데에 대하여는 그 의사능력의 불완전성이 보완될 수 있도록 하여야 한다. 청소년의 성보호에 관한 법률에서의 반의사불벌죄는 피해자의 고소 없이도 수사가 개시되도록 하여 별의 실효성을 제고함으로써 청소년을 보다 두텁게 보호하려는 데에 그 취지가 있을 뿐, 별의 유무를 오로지 청소년인 피해자 본인의 의사에만 맡기고 친권자 등 법정대리인의 후견적 역할을 배제하려고 하는 데에 그 취지가 있는 것은 아니다. 형사소송법 등에서 친고죄와 달리 반의사불벌죄에 대하여는 법정대리인이 관여할 수 있는 규정을 명시적으로 두고 있지 않다는 이유만으로 일률적으로 피해 청소년이 그와 같이 중요한 의미를 갖는 소송행위를 단독으로 결정하도록 내버려두는 것은 헌법이 요구하는 국가의 책무인 청소년에 대한 보호를 방기하는 결과로 될 것이다. 피해 청소년의 그와 같은 소송행위에 대하여 법정대리인이 관여한다는 의미는 불완전한 피해 청소년의 소송 능력을 완성할 수 있도록 한다는 것일 뿐, 법정대리인에게 피고인 또는 피의자에 대한 형사 별 여부를 결정할 새로운 권한을 부여한다거나 소극적 소송조건의 요건을 강화함으로써 피고인 또는 피의자에 대한 가벌성의 위를 넓히는 것도 아니므로, 이를 두고 죄형법정주의의 생원칙인 유추해석금지의 원칙에 어긋나는 법률 해석이라 할 것은 아니다.”라고 판시하였다.<sup>32)</sup>

위 다수의견은 소송능력에 관한 일반적인 법리를 성폭력 피해자인 미성년자들에게도 그대로 적용한 것인데 미성년자들의 독자적인 결정권이 나 자율성을 인정해 준 점에서는 의의가 있으나 과연 현실적으로 타당한 판단인지는 의문이 든다.

32) 2010. 4. 15.자 아동청소년 성보호에 관한 법률 개정으로 아동청소년 대상 성폭력범죄의 경우 대부분 친고죄도 반의사불벌죄도 아니게 되었으나, 위 법률 개정은 소급효를 가지고 있지 않으므로 2010. 4. 15. 이전의 범행에 대해서는 여전히 각각의 행위시점에 따라 친고죄, 반의사불벌죄 조항이 적용된다.

별불원 의사표시에 있어 가장 중요한 것은 앞서 본 대법원 판례들에서 판시하는 바와 같이 “피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되었는가” 하는 점이다. 즉 수사기관이나 법원에서 “피해자의 진실한 의사”가 표현되었는지 여부가 무엇보다 중요하다. 특히 성폭력 피해자들의 가해자에 대한 두려움, 미성년자들의 의사결정의 미숙함과 법에 대한 무지함 등을 고려하면 의사표현 당시 피해자의 진실한 의사가 무엇이었고, 그것이 제대로 드러날 만한 상황이었나 하는 점이 중요한데 다수의견과 같은 논리는 그러한 구체적인 상황에 대한 고려를 할 여지 없이 무조건 소송능력이 있는 미성년자는 별불원 능력도 있는 것이라고 하고 있어 현실에 맞지 않고, 위험한 측면도 있다.

즉 여전히 미성년자들이 단독으로 의사표현을 하기에는 미성년자들에 대한 이해나 전문성, 배려가 부족한 우리의 수사나 재판 관행을 고려할 때<sup>33)</sup> 별불원 의사의 표현 당시 종합적인 상황과 맥락의 고려 여지 없이 소송능력 있는 미성년자의 경우 별불원 의사 역시 단독으로 표시할 수 있다고 판단한 다수의견은 동의하기 힘들고, 반대의견은 그러한 현실을 반영하려는 노력으로 이해된다.

---

33) 실제 성폭력 피해를 당한 미성년자들에 대한 조사나 재판과정에서 보면, 미성년자의 나이나 피해 정도와 상관없이(고등학생이라 하더라도, 사소한 추행 피해자라 하더라도) 가해자에 대해 성인남성들이 쉽게 납득하지 못할 정도로 겁을 먹고 보복의 두려움 등을 느끼는 경우가 있다. 또한 사회경험이 부족한 성인여성들도 그러한데 미성년자들은 더더욱 형벌의 정도에 대해 잘 알지 못한다. 그런데 수사기관이나 법원에서 별다른 구체적인 설명도 없이 형식적으로 “벌을 원하나요?”라는 질문을 하고 시간이 없다는 듯 즉답을 요구할 경우 피해자들은 어느 정도 별받게 되는지도 궁금하고, 그 정도에 따라 의사를 달리하고 싶는데 공적인 자리에서 그러한 질문을 제대로 못하고 어영부영하다가 애매한 답변을 하는 경우도 많은데 과연 그러한 의사표현을 “진실한 별불원 의사가 표현되었다고” 볼 수 있는지 의문이다.



#### 4. 나가며 - 몇 가지 제언

필자는 법의 해석이라는 문제를 다루면서 자주 스스로에게 묻곤 한다. 법의 해석은 무엇을 목적으로 하고 어떤 방향이어야 하는가. 이 질문은 우리 사회가 어떤 모습이어야 하는가 라는 질문과 상통한다. 우리가 원하는 사회는 약자든, 강자든, 나이가 많은 적든 최대한 많은 사람들이 행복을 추구하며 자유롭게 살 수 있는 사회, 상호 배려하고 공존하는 사회다. 이상적인 목표이지만 우리는 사회구성원들으로써 그 목표를 향해 지속적으로 노력해 가야 한다. 법의 해석 역시 마찬가지다. 법률에는 언제나 해석의 여지가 있는데 여러 해석론들 중에서 우리는 다양한 사회 구성원들의 각각의 입장을 이해하고 '공존'을 위해, '사람'이 중심이 되고 존중받는 사회를 위해 약자의 기본권을 배려하는 해석론을 선택해야 한다. 그리고 사회 구성원들의 변화되어 가는 인식과 괴리됨이 없이 현실에 부합하는 해석론을 선택해야 하고, 그럼으로써 법이 우리 안에서 살아숨쉴 수 있게 하여 진정한 의미의 법치주의를 실현해야 한다.

대법원 구성의 다양화는 그러한 길을 좀 더 잘 가기 위한 하나의 노력이다. 위 판례들에서 확인한 바와 같이 반드시 진보적인 성향을 가진 대법관들만 의미있는 판결을 한 것은 아니다. 정치적 성향이 보수적이든, 진보적이든 그것은 부차적인 문제라 생각한다. 대법원 구성의 다양화 논의는 판결에 다양한 국민들의 인식과 의사를 조화롭게 반영하고자 하는 태도, 공존과 배려, 소수자 보호 등 우리 사회와 사법부가 추구해야 할 가치들을 실현할 수 있는 능력과 의지가 핵심이 되어야 하고, 그러한 능력과 의지를 국민들이 판단할 수 있게 하고, 그 의사가 대법원 구성에 반영되도록 하기 위한 실질적인 조치들을 마련하는 것이 필요하다.

구체적으로는 학계에서 법원학 분야의 연구(판사의 성별, 성향이나 구성이 판결에 미치는 영향, 판결이 사회나 국민인식에 미치는 영향 등을 연구, 분석하는 학문), 특히 장기적, 체계적인 연구가 좀 더 활발하게 진행되어야 하고, 그러한 연구에 검찰, 사법부 등은 괜한 비판만 산다는 관

점에서 바라볼 것이 아니라 국민 신뢰를 쌓기 위한 장기적인 관점에서 적극적으로 협조하는 시스템을 마련해야 한다. 또 각 후보자들이 선고한 판결내용, 검사로서 분 내용, 변호사로서 활동할 때의 자문, 송무 수행 내용이나 공익 활동의 내용과 정도 등 각종 구체적인 정보들이 국민들에게 오픈되어야 한다. 또한 대법관 구성에 있어 나눠먹기하듯 출신 학교별, 출신지별 안배에만 신경 쓸 것이 아니라 실질적으로 다양한 국민들의 입장을 반영할 수 있는 성별, 성향별 안배가 필요하다. 특히 현재 여성대법관은 2명에 불과하며, 다음달 전수안 대법관이 퇴임하면 여성대법관은 단 1명인데, 이는 인구대비나 법원에서의 여성 판사 수 비율에 전혀 못 미치는 비율로 여성대법관의 충원이 필요하다.

## 대법원 구성의 다양화와 젠더판례 - 젠더 일반

차선자 (전남대학교 교수)

장문의 발제문을 통하여 여성인권에 관한 다양한 판례를 소개하고 분석해 주신 발제자의 노고에 감사드립니다. 이 발제문을 계기로 그동안 제가 소홀히 하였던 관심을 두었어야 할 다양하고 소중한 판례를 다시 살펴볼 기회를 제공해 준 점을 감사드립니다.

오늘 이 발제문에 대한 제 토론의 과제는 젠더 일반에 관한 것으로 알고 있습니다. 노동 및 성폭력 분야의 토론자 분들이 그에 대한 세심한 논의를 해 주실 것으로 생각되므로 저는 젠더라고 하는 성별이 가지는 의미가 법에서 어떻게 구현되어야 하는지 당위적인 논의와 이를 구현하기 위한 방법론적인 고민에 대한 의문을 함께 논의하고자 합니다.

### 1. 집단 VS. 개인의 인권

대법원의 다수의견은 혼인 중에 있거나 미성년인 자녀가 있는 성전환자가 가족관계 등록부에 기재된 성별에 대한 정정을 요청한 사건에서 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수 없다는 이유로 성별정정을 불허하였으나, 이에

대하여 소수의견은 성전환자의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권의 본질적 부분이 침해되는 결과에 이를 수 있음에도 이를 감수하면서까지 법적 안정성을 추구하는 것은 정당하다고 할 수 없다.”고 판시하였습니다.

이 판결의 다수의견은 성별정정을 불허하였으나 소수의견은 매우 중요한 대립점을 부각시켰다고 할 것입니다. 특히 법적 안정성을 추구함에도 그 한계는 인간의 존엄성이나 행복추구권의 본질적인 부분이 침해될 수 없다는 부분은 향후 매우 중요한 지적이라고 생각합니다. 특히 이 판결의 소수의견에서 주목할 점은 다수의 의견이 혼인관계와 미성년 자녀가 있는 성전환자를 주목하고 있다면 소수의견은 성전환자 개인의 존엄성을 주목하고 있다는 점입니다.

즉 사회 구성원의 기본권을 추구할 때 그 수혜자 되는 개인의 의미를 어떻게 전제하는 것이 정당한 기본권 추구 방식인지에 대한 논의는 매우 필연적인 것으로 생각합니다. 특히 여성인권을 논의할 때 여성의 개인성을 부각시켜야 하는 것인지 또는 집단으로서 여성의 의미를 강조하여야 하는지는 여전히 이중적이고 통일되지 못한 의미로 사용되고 있다고 판단됩니다.

예를 들어 여성 집단을 대상으로 하는 획일적인 모성보호 방식은 사실상 노동시장에서 여성의 지위를 약화시키는 불합리한 점을 가지고 있으며 도리어 여성에 대한 노동차별을 정당화 시키는 논거로 사용될 수 있을 것입니다. 이 경우 여성인권을 보장하는 방법으로 우리는 집단으로서의 여성이 아니라 개인으로서의 여성에 대한 권리 보장을 주장하는 필요성이 있습니다.

그러나 적극적 조치와 같이 노동 영역에서 여성에 대한 평등권 보장을 위한 주장을 펼칠 경우 그 논리적 근거는 사실상 집단으로서의 여성을 전제하고 정당성을 주장하였기 때문입니다. 개인적으로 토론자는 이 양자의 논리를 섞어서 혼용하는 것은 논리적 논쟁의 규칙을 깨는 것으로 생각합니다. 이에 대한 필자의 견해는 어떤지 듣고 싶습니다.

또한 동시에 이 논리를 보호법익의 차원에 접목시켰을 때 이 사건에서 보호법익으로 논의되는 인간으로서의 존엄과 가치 행복추구권이라고 하는 기본권과 일반 법률 단계의 보호법익으로 평가되는 법익이 항상 동일한 기준의 법익수혜자를 필요로 하는 것일지 의문입니다. 왜냐하면 기본권은 인간이 포기할 수 없는 가장 기본적인 인권의 내용을 규정하고 있는 것으로 이해하고 때문에 어떤 경우에도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다면, 이는 개인의 존립 자체를 불가능하게 할 정도의 위급한 상황이 아니라면 절대적 침해금지가 적용되어야 할 것이고 결국 이 때 기본권의 귀속 주체인 개인은 공동체 관계 속에서 규정되는 개인이라기보다는 공동체 귀속 이전의 원자론적 개인을 전제로 보호법익을 귀속시킨다는 의미로 해석되어야 하지 않을까 합니다. 그렇다면 여성인권을 주장하는데 있어서도 개개 여성이 주체가 되어야 할 것입니다. 이 점에 대한 발제자의 생각은 어떠신지요 ?

이러한 논의는 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009므1458,1465 판결은 별거 이후 부가 양육해온 9세 남짓의 여아에 대한 친권행사자 및 양육자 지정과 관련하여, '단지 어린 여아의 양육에는 어머니가 아버지보다 더 적합할 것이라는 일반적 고려만으로는 위와 같은 양육상태 변경의 정당성을 인정하기에 충분하지 아니하다.'고 판단한 사안에 대해서도 동일하게 적용될 수 있을 것으로 생각합니다.

여성집단 전체를 둘러싼 성별역할론은 사실상 허구적인 경우가 많으며 때문에 좀 더 정의로운 판결은 구체적 타당성을 검토하는 것이라고 판단한 대법원의 입장은 위의 논쟁을 반영하고 있다고 생각합니다.

개인적으로 저는 위의 판결이 매우 진일보한 판결이었다고 생각합니다. 그러나 우리가 이 럼 항상 원자론적 개인을 전제로 구체적 타당성을 추구하는 것이 여성인권을 향상하는 방법이라고 한다면 젠더라는 것이 법에서 어떤 의미가 있을까 합니다. 필요한 것은 젠더분석이 아니라 도리어 법이 전제하고 있는 권리귀속 주체들에 대한 재구성과 그에 따른 법적 안정성 개념의 재정립이 필요한 것은 아닐까 합니다.

## 2. 관습 VS.합리성

대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결은 '여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 판단하였다.

이 판결은 관습법이 우리 법질서에 부합하지 않는 경우 합리성이 결여된다는 것을 명확히 한 판결로 여성에 대한 전통적인 억압이 대부분 관습의 이름으로 정당화되고 있다는 점을 고려하면 여성인권을 향상시키는데 무엇이 과제인지 잘 지적하고 있으며 이는 여성차별철폐협약에서도 지적하고 있는 부분입니다.

그러나 저는 이 문제를 합리성의 논리로 관습법의 성차별적 특징을 효력을 상실시키는 것이 적절한지 의문입니다. 왜냐하면 합리성이란 매우 시대적이고 선호적인 개념으로 이해될 수 있는 여지가 있지만 성평등의 문제는 옳고 그름의 문제 즉 정의의 문제로 귀결되는 것이기 때문입니다. 이에 대하여 발제자의 생각은 어떠신지요 ?

## 3. 사법적극주의 VS. 법관의 다양성

2006. 6. 22. 선고 2004스42 전원합의체 결정, 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정 남성으로 정정해줄 것을 호적정정신청의 방식으로 요청하였고 본 결정은 이에 대해 호적정정의 방식으로 성별을 정정할 수 있음을 선언한 것 판결에서 김지형 대법관은 다수의견에 대한 보충의견으로 '법원이 재판규 으로서 그 법률규정을 해석·적용함에 있어서는 마땅히 헌법합치적인 해석에 따라야 한다.어떤 법률규정에 대하여 합헌적인 법률

해석의 가능성이 열려 있음에도 불구하고, 법원이 그러한 해석을 단념하여 버린다면 합헌적 법률이 제정될 때까지는 위헌적인 법률공백 상태가 계속되는 것을 그대로 방치하는 셈이 되고 이는 법원에게 주어진 사법권 행사의 권한과 사명을 동시에 저버리는 결과를 낳게 된다. 그러므로 합헌적 법률해석을 무조건 유추해석 또는 확장해석이라는 이름으로 경계할 것은 아니고 법규의 문언적 의미가 갖는 내포와 외연을 모두 고려하여 헌법 질서의 테두리 안에서 이루어질 수 있는 합리적인 해석방법이라면 이를 받아들이는 것이 온당하다고 하였습니다.

이 판결의 다수의견 및 김지형 대법관의 보충의견은 사법 적극주의적 관점을 가지고 성소수자와 같은 소수자의 행복추구권 등 기본적 권리를 보장할 수 있도록 하였다는 점에서, 소수자의 권리보호에 기여한 판례로 평가됩니다. 이점은 매우 긍정적이라고 생각합니다.

다만, 소수자의 권리 보호에 사법적극주의라고 하는 법해석학에 대한 입장의 변화를 필요로 한다면 법관구성의 다양성의 논리는 어디에서 그 정당성을 찾을 수 있을까 의문을 제기하지 않을 수 없습니다.

우리가 필요로 하는 것이 진정 법관 구성의 다양성인지 아니면 사법적극주의를 지향하는 법관이 필요한 것 인가요?

#### 4. 이데올로기화된 개인의 의식

성희롱에 관한 대법원 판례 중 초등학교 교사들의 회식 자리에서 교감이 여자교사들에 대하여 교장에게 술을 따라 줄 것을 두 차례 권한 언행을 객관적으로나 일반적으로 여자교사들로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동에 해당하지 아니하므로 성희롱이 성립될 수는 없다고 판단한 판결이 있습니다(대법원 2007.6.14. 선고 2005두6461 성희롱 결정 분취소).

토론자는 이 판결이 성희롱이 주로 회식자리에서 빈번하게 발생한다는

점을 간과하고 있다는 점에 문제가 있지만 그것보다도 '객관적으로나 일반적으로 여자교사들로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동에 해당하지 아니하는 것'으로 판단한 부분의 문제가 매우 심각하다고 생각합니다. 이것은 여교사에게 술을 따르도록 하는 행위는 더 이상 일반적인 여교사에게는 성적굴욕감을 유발하지 않는다고 보았기 때문에 성희롱 성립이 안 된다고 본 것입니다.

여기서 토론자가 관심일 가지는 것은 어떤 행위가 성희롱적인 것으로 비춰지는지의 관점이 객관적 설득력을 가지기 위해서는 그 시대 구성원들의 동의를 필요로 한다는 것입니다. 그러나 정작 이 과정에서 그 시대 구성원들의 사고는 오랜 역사적 관습과 21세기 교육의 결과로 형성된다는 점을 고려할 때, 많은 경우 그 시대의 이데올로기는 개인의 선호와 옳고 그름에 대한 판단을 좌우할 수 있다는 점을 고려해야 할 것입니다. 결국 '일반적 여교사에게 성적굴욕감이 느껴지는지' 여부를 판단의 기준으로 할 때, 주관적인 성적 굴욕감과의 균형을 무엇을 기준으로 할 것인지 명확히 하려는 노력이 필요할 것입니다. 이러한 균형을 위하여 요구되는 기준으로 무엇이 가능할지 발제자분의 생각을 듣고 싶습니다.

감사합니다.



## 대법원 구성의 다양화와 젠더판례

### - 노동 부문

구미영 (인하대학교 강사)

#### 1. 2004년 이후 대법원 여성 노동관련 판례에 대하여

- 전기공사협회사건 판결이 의미 있는 여성 노동 관련 판례라는 사실에 적극 동의합니다. 이 판결의 의의를 설명함에 있어 외관상 중립적인 근로 조건이나 고용기준을 적용하더라도 특정 성에 더 불리한 영향이 발생하면 차별로 본다는 간접차별 개념을 최초로 적용한 사례라는 점을 추가하면 판례의 의의가 더 분명해질 것으로 기대됩니다.<sup>34)</sup>
- 여성의 비정규직 고용 비율이 남성에 비해 더 높다는 점을 고려했을 때 기간제나 간접고용 근로자의 보호와 관련 판례도 지난 대법원에서 여성 노동권 신장에 기여한 것으로 평가할 수 있을 것입니다.

대표적인 사례가 기간제 근로자의 갱신기대권 인정 요건을 완화한 서울시 장애인 콜택시 사건 판례입니다.<sup>35)</sup> 이 사건 이전의 판례에서는 기간제 근로자가 근로계약을 반복적으로 갱신하여 사실상 기간의 정함이 없는 경

34) 최초로 임금차별에 대한 임금차액 청구권을 인정한 콜택 임금차별 사건 판례가 있으나 항소심에 대한 사용자측의 상고가 심리불속행 결정된 사건이기 때문에 대법원의 임금차별 관련 해석론을 보여준다고 보기에는 한계가 있습니다. 대법원 2009.5.14. 선고, 2009도9909 판결.

35) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결.

우, 계약 갱신의 기준, 절차, 공정한 심사의무 등이 법령이나 취업규칙 등에 규정된 경우 해당 근로자에게 공정한 절차에 따라 갱신 여부가 심사될 수 있을 것이라는 정당한 기대권이 인정된다고 하는 입장이었습니다. 이 사건의 경우 두 가지 요건에 해당하지 않았기 때문에 원심판결에서는 기존 판례에 근거하여 갱신기대권을 부인하였습니다. 그러나 상고심에서는 “그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정”될 수 있다고 하여 갱신기대권 인정의 요건을 완화하는 법리를 제시하였습니다. 기간제 근로자의 불안정한 지위를 완화시키는데 일정 정도 기여한 의미 있는 판례입니다.

또한 불법 견시 직접고용된 것으로 간주한다는 예스코 사건 판례도 여성 간접고용 근로자의 노동권 보장에 중요한 의미를 갖는 판례라고 생각됩니다.<sup>36)</sup> 실제로 예스코 사건 판결에 근거하여 객실 메이드 업무를 아웃소싱한 것이 불법 견이므로 ‘기간의 정함이 없는’ 직접고용된 것으로 봐야 한다는 르네상스 호텔 사건 서울고법 판례가 작년에 나온 바 있습니다.

## 2. 대법원의 다양성 논의와 관련하여 제기되는 고민들

대법원을 비롯하여 사법부 구성에서의 다양성 확보 문제는 한국만의 고민은 아닐 것입니다. 격렬한 민권운동으로 인하여 사법부의 다양성에 대한 고민을 오래전부터 해온 미국에서도 여전히 사법부는 “고등교육을 받은 백인 남성(pale and male - white)”로 구성되어 있다는 지적을 받습니다. 사법부 구성의 다양성 문제를 조사한 뉴욕대 로스쿨 브렌난 사법센터

---

36) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결.

에 따르면 주(州)법원 항소심에서 백인 남성의 비율은 다른 집단에 비해 2배에 이른다고 합니다.<sup>37)</sup> 이런 문제를 해결하기 위해 여러 나라에서 사법부 구성의 다양성 관련 논의를 진행함에 있어 쟁점은 '다양성 대 능력(merit)'의 구도로 형성된다고 합니다. 특히 한국 럽 대법원이 사실심으로 기능하여 대법관의 업무 리 양이 막대한 제도에서는 많은 양의 사건을 신속하면서도 정확하게 해결할 수 있도록 '법원 내에서' 훈련된 엘리트가 필요하다는 요구가 높을 수밖에 없습니다. 따라서 한국에서의 대법관 인선 문제는 대법원의 역할에 대한 논의와 함께 진행되어야 한다는 강경선 교수님의 견해에 적극 동의하는 바입니다.<sup>38)</sup>

또한 연방대법원이 위헌법을 심판까지 담당하는 미국과 달리 다수결에 의해 결정되는 입법 내용에 대하여 위헌심사를 할 수 있도록 헌법재판소를 설치한 한국의 차이에 대해서도 고민할 필요가 있습니다. 헌법재판소가 있음에도 대법원 구성의 다양성을 강제할 필요가 있냐는 지적에 대해 어떻게 대응해야 할지 대응논리를 정리할 필요가 있습니다.

한국 사회 내의 소수집단을 대표할 수 있도록 다양성 있는 대법원을 구성해야 한다고 할 때 어떤 집단까지를 고려해서 반영해야 할지 그 위를 확정하는 것도 어려운 문제로 보입니다. 성별, 장애, 인종을 학력, 출신지역, 직업, 문화적 배경, 가치관 등과 같은 다른 속성에 비해 더 우선시해서 대법관 선발시 반영해야 할 이유를 제시하라는 공격을 받을 수 있기 때문입니다.

### 3. 적극적 고용개선조치를 통한 대법원 구성의 다양화

앞에서 언급한 문제점들은 대법원의 구성이 다양화라는 중요한 목적을

---

37) Ciara Torres-Spelliscy, Monique Chase, Emma Greenman, Improving Judicial diversity, Brenna Center for Justice Report, 2010, 1면.

38) 상고제한이라든가 별도의 고등법원을 두는 방식 등을 통해 대법원에 올라가는 판결의 수를 대폭 축소해야 한다는 견해. 강경선, 대법관 헌법재판관 구성기준과 인선절차, 바람직한 대법관 헌법재판관 구성기준과 인선절차에 관한 토론회 토론문, 대법관·헌법재판관 교체 대응 인권시민사회단체 연석회의(준)주최, 2011.6.28.

어떻게 달성할 것인가에 관한 부차적인 과에 불과합니다. 다수결 원칙에 의해 배제되는 소수집단의 목소리를 사법부가 적극적으로 보호해할 책무가 있기 때문입니다. 관련해서 실제로 사법부의 다양화 사업을 시작한 영국의 사례를 간단히 소개하면서 한국에서의 시사점을 찾아볼까 합니다.

여성의 비율이 22.3%이고 유색인종의 비율은 5.1%에 불과한 영국 사법부에 대한 문제제기에 대응하여 영국 법무부는 2011년 사법부 구성의 다양성(Appointments and Diversity: Judiciary for the 21st Century)라는 보고서를 2011년 11월 발표하고 법관선발 제도와 관련한 각계의 자문을 받는 절차를 올해 2월까지 진행하였습니다. 이 보고서에서는 법관 구성의 다양성을 확보하기 위하여 단시간 근무 법관 같이 유연한 근무조건을 허용함으로써 여성 판사가 상급심에서 일할 기회를 늘릴 것을 제안하였습니다. 또한 법관선발위원회(Judicial Appointments Committee)가 영국 평등법(Equality Act 2010)상의 적극적 조치를 활용할 수 있게 할 것을 제안합니다. 평등법 제159조는 연령, 장애, 성전환, 혼인, 시민법상 트너 지위, 임신, 출산, 인종, 종교, 신념, 성적 지향의 측면에서 소수집단에 속하는 자를 채용할 수 있다고 규정합니다. 당해 소수집단 소속 근로자가 당해 사업장에서 상대적으로 적은 비율이라면 이러한 적극적 조치를 취할 수 있습니다. 그러나 다른 후보자에 비하여 능력이나 자격이 떨어지는 자를 단지 소수집단에 속한다는 이유만으로 우대해서는 안 되기 때문에 능력이나 자격을 갖춘 경우에만 합법적으로 적극적 조치를 취할 수 있습니다.<sup>39)</sup> 평등법은 여성 등에 대한 할당제를 강제하지는 않기 때문에 법관선발위원회가 적극적 조치를 도입한다 하더라도 여성 법관의 할당제로 이어질지는 불분명합니다. 할당제는 아닐지라도 법관 선발과 관련된 법률에 다양성을 고려할 것을 명시한다면 법원 내부에서의 변화가 시작되는 추진력이 될 수 있을 것이라고 기대합니다.<sup>40)</sup>

---

39) Ministry of Justice, Appointments and Diversity: Judiciary for the 21st Century, Consultation Paper, 2011.11.21.

40) 실제로 브렌난 사법센타가 제시한 가이드라인 중에는 ‘법관 선발 관련 법률에 다양성이 갖는 의미를 명시하라’는 내용이 있다. 이 연구팀이 법관선발위원회의 위원들을 인터뷰한 결과 선발과정에서 다양성이라는 가치가 어느 정도의 비중으로 고려되어야 하는지에 대한 합의가 없다고 느껴서 소극적일 수밖에 없다는 답변이 많았다고 한다. 이는 역으로 다양성을 법관 선발의 기준으로 명시하는 것만으로도 상당한 효과를 볼 수 있음을 의미한다.

## 대법원 구성의 다양화와 젠더판례

### - 성폭력 부문: 성폭력 근절의 견인자, 대법원의 젠더적 관심

백미순 (한국성폭력상담소 소장)

헌법 제103조는 법관이 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다고 규정한다. 그런데, 법관이 초월적 존재가 아닌 이상 법관의 양심에 따른 독립적인 판단이 실은 해당 법관 자신의 정치적, 사회적, 문화적 배경 속에서 형성한 가치와 성향에 근거한다는 점은 두말할 나위가 없다. 이러한 이유로 시민사회에서는 대법원 구성의 다양성을, 여성계에서는 '현 대법관의 성비율을 감안한 여성비율의 확대와 성평등 가치 및 소수자의 인권을 대변할 수 있는 후보 추천'<sup>41)</sup>을 요구한 것이다.

특히 성폭력피해자들이 겪는 수사 및 공판절차에서의 2차 피해는 상당부분 수사관이나 법관이 내면화한 사회적 통념에서 기인하고 이러한 통념은 또한 가해자 벌에 대한 소극적 판결을 초래한다. 대법원의 판례가 하급심의 판결뿐만 아니라 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 준다는 점을 고려할 때, 성폭력 피해의 특수성을 이해하는 대법원의 적극적 판결은 형사사법 절차 내에서의 성폭력에 관한 통념을 극복하는 중요한 계기가 될 것이고 나아가 사회적 변화의 물꼬가 될 것이다.<sup>42)</sup>

41) 한국여성단체 연합의 <대법관후보추천위원회에 보내는 한국여성단체연합의견서> 2012. 5. 31.

42) 지난 5월 개최되었던 참여연대 좌담회, '대법관의 다양화가 우리 삶에 미치는 영향' 중 신인수 전 판사의 다음의 발언은 인간이 얼마나 자신의 경험세계에서 형성된 통념에 근거하여 판단하는

한국성폭력상담소는 2006년 7월부터 2007년 6월까지 1년 동안 '성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동'을 펼쳤다. 이 운동은 하급심 판결에 준거가 되는 대법원 판결이 성폭력 피해의 특수성을 제대로 고려하지 못해 결과적으로 성폭력을 묵인 조장하는 결과를 낳고 있다는 문제의식에서 비롯된 것으로, 변호사 법학자 중심의 학술적인 글뿐만 아니라 성폭력 피해생존자를 비롯한 다양한 목소리를 담은 판례평석 자료집을 전국의 법조인, 경찰 등에게 1년 동안 12차례 송부하는 방식으로 전개되었다.<sup>43)</sup> 대법원 판결이 성폭력을 근절하는 데 걸림돌이 되고 있다는 당시의 문제의식은 뒤집어 생각해보면, 대법원의 변화가 피해자의 권리구제뿐만 아니라 성폭력적 사회를 극복하는 데 큰 도움이 될 것이라는 기대에 다름 아니다. 반성폭력운동진영에서 대법원 구성에 지대한 관심을 가질 수밖에 없는 이유가 여기에 있다.

당시 판례평석에서 중점을 두고 분석했던 주요 쟁점은 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설, 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력, 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간, 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이 성폭력이었다. 이 쟁점 중 강간죄의 최협의설과 관련하여 발제문에서 언급하고 있는 2005도 3071 판결(대법원 2005. 7. 28. 선고)은 강간죄가 성립하는 데 피해자가 저항할 수 없을 정도의 폭행·협박의 '정도'를 요구하던 당시 사법부 분위기를 폭행·협박의 '존재' 여부의 문제로 전환시키는 중요한 판례로서 논의된 바 있다. 당시 이경환 변호사는 최협의설의 근본적인 문제점이 '법원이 상정하는 성폭력의 기본형-성폭력에 직면한 피해자는 당연히 극렬한 저항을 해야 하고 이를 제압하기 위해서는 강력한 강제력이 사용될 수밖에

---

가를 보여준다. “개인적인 경험을 말씀드리면 저는 판사생활을 좀 하다 민주노총법원에 왔는데요. 제가 판사생활 짧게 할 때 이해 못했던 것 중 하나가 ‘왜 법정에 올 때 조끼를 입고 오는지’였는데요. 노동자들은 보통 조끼를 입고 오잖아요. ‘단결투쟁’ 쓰여 있는. “이 사람들 뭐야, 법정을 뭘로 보고... 아웃” 그러면서 메모를 하는데요.(웃음), 그런데 노동자들이 이렇게 입는 것은 자신의 정체성을 표현하는 것의 하나거든요. 여기 계신 변호사나 교수님이 법정이나 강의할 때 양복을 입는 것 필요. 그것 자체를 뼈뺏하게 보고 ‘왜 저렇게 입었지’하는 시각 자체가 잘못되었다는 것을 저는 민주노총법원 오고 느끼게 되었거든요. 아주 사소한 거지만 이런 것들을 편견 없는 시각으로 바라볼 수 있는 것들이 중요하지 않을까 싶습니다.”

43) 한국성폭력상담소, <성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 자료집> 중 취지문, 2007.

에 없다는 가정-을 구성'하는 데 있다고 보았는데, 이로 인하여 '평소 품행이 의심스럽거나 사건 전후의 정황상 전형적인 강간피해자 상에 부합하지 않거나 납득할 만한 충분한 저항이 없는 경우 등에 해당하는 피해자에 대한 의심과 비난을 폭행·협박의 정도 문제로 치환하여 판결에 영향을 미치게 된다고 지적하였다.<sup>44)</sup> 따라서 최협의설의 문제를 극복하기 위해서 '성폭력을 피해자의 관점과 경험에 기반하여 이해하고 그에 조응하는 현실적인 판단기준을 정립하는 등의 근본적인 변화'가 요구되는데, 대법원의 2005도3071판결을 그러한 변화의 단초를 놓은 진일보한 것으로 제시한 것이다.<sup>45)</sup>

장애인 성폭력과 관련하여서는 항거불능에 대한 해석이 주로 문제되어 왔다. 「성폭력 죄의 벌 등에 관한 특례법」 제6조(구 성폭력 죄의 벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제8조)는 장애인의 강간을 규율한 조항으로서 본래 장애인 성폭력 피해 인정을 용이하게 하기 위해 장애가 항거불능의 원인이 될 수 있음을 규정한 것이다. 그러나 실제 사법 현실에서는 신체적, 정신적으로 최중증의 장애에 대하여만 항거불능의 상태를 인정하여 왔기 때문에 수사단계에서는 이 조항을 적용하여 기소하는 데 소극적이었고 어렵사리 기소가 되더라도 피해사건이 법원의 판결 단계에서 무죄가 된 경우가 허다했다. 그러나 이러한 경향은 발제문에서 제시한 2005도2994판결을 선고한 2007년을 기점으로 변화를 보였다. 김정혜에 따르면, '피고인이 내연녀의 딸 13세 정신지체 2급을 5년간 8차례에 걸쳐 강간한 사례에 대해 대법원이 피해자가 두려움을 느낄 만한 요소를 종합적으로 판단하여 피해자가 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 피고인에 대한 저항의사를 실행하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 항거불능인 상

44) “즉 최협의설은 폭행 협박의 정도에 대한 학설이지만 실제로는 최협의설을 통해 검증하는 내용은 피해자라고 주장하는 사람이 전형적인 강간 피해자상에 부합하는지 여부와 강제로 간음을 당하였다는 진술에 대한 신빙성 판단이라고 보아도 무방하며 핀레가 실제로 관심을 가지는 것은 폭행협박의 정도가 아니라 진정한 피해자 여부인 것이다. 피해자가 룸살롱 호스티스이거나(92도 259) 노래방 도우미(2005도3071 판결의 1, 2심)라는 점을 문제삼아 피해자가 진정한 피해자인지 의심하고 피해자의 행실 또는 행동을 비난하면서도 외형적으로는 설령 의사에 반하였다고 하더라도 폭행 협박이 최협의에 이르지 않았다더라고 결론을 내려 화살을 다른 곳으로 돌리는 것이다. 이것이 최협의설이 수행하고 있는 실질적 기능이다. 이경환 변호사)

45) 이경환, ‘법원의 내적 변화를 위한 제안 : 최협의설의 극복을 위하여’, 326쪽~337쪽, <대법원 판례바꾸기 운동 1차 ~12차 자료집 모음>, 2007.

태에 있었다고 원심 기'함으로써 '장애 외의 요소들과 피해자의 장애가 상호작용하여 저항이 곤란한 상태를 유발하고 강화할 수 있'는 가능성을 열게 되었다고 한다.<sup>46)</sup> 이 판결 이후에도 엄격한 해석을 고수하는 입장이 병존하여 극단적으로는 사건이 어느 재판부에 배정되는가에 따라 결과가 크게 달라지는 현상마저 발생하고 있지만<sup>47)</sup> 엄격하게 해석되어 오던 항거 불능유발의 원인이 다소 완화되고 있는 것이 사실이다. 이러한 상황은 동일한 조항을 어떠한 입장에서 판단하느냐에 따라 그 결과가 달라질 수 있음을 분명하게 보여준다.

작년 11월 영화 '도가니'를 계기로 가해자 벌을 강화해야 한다는 여론에 근거해 국회는 이 조항 중 장애를 항거불능의 원인으로 인정하는 문구를 삭제하고 장애여성의 강간 등을 형법상의 강간이나 준강간 등과 동일하게, 즉 폭행, 협박으로 강간 등을 하거나 심신상실이나 항거불능의 상태에서 준강간 등을 하는 경우로 규정하고 형량을 대폭 강화하였다. 이 때문에 입법 의도와는 다르게 오히려 장애의 특수성으로 인하여 저항하지 못하는 피해를 인정받기 더 어렵고 강화된 형량 때문에 사법부가 죄 구성요건을 더 까다롭게 판단할 것이라는 우려가 커졌고, 사법 현장에서 이 조항의 적용과 해석을 어떻게 할 것인지를 많은 관계자들이 주시하고 있는 상황이다. 대법원이 개정목적을 달성할 수 있도록 적극적인 판단기준을 제시하는 선도적 역할을 해야 할 시점이어서 여성계는 특히 이번 대법원의 구성에 주목하지 않을 수 없었다.

성폭력 2차 피해에 대한 국가 손해배상소송 사건을 분석한 이미경<sup>48)</sup>에 의하면, 대법원은 2004년에 발생한 밀양 여중생 집단 성폭력사건에서의 경찰 인권침해(2007다64365, 기자에게 인적사항 누설, 수사경찰이 노래방에서 피해자 인적사항 누설, 경찰의 피해자 비난발언), 신부에 의한 어린이 성폭력 피해에 대한 수사과정에서의 이차피해(2008다63536, 진술녹화 1차분 삭제되어 반복된 조사, 녹화), 조두순 사건의 피해자에 대한 검찰의

46) 김정혜, '장애인준강간죄에서 '항거불능'요건의 해석에 대한 비판적 고찰', 190쪽, 「민주법학」 제45호, 2011.3.

47) 김정혜, 위글, 183쪽

48) 2012년 이화여대 여성학 박사학위 논문 <성폭력 2차 피해를 통해 본 피해자 권리>



인권침해(2009도7948, 진술녹화 4회 진행, 피해자 보호 미비)에 대한 국가 책임을 인정한 바 있다. 대법원 판결이 미흡하기는 하지만 형사사법절차에서의 피해자 보호를 위한 경각심을 일깨우는 기능을 하고 있음을 알 수 있다.

대법원에는 성폭력과 관련하여 과제가 산적해 있다. 위에서 언급했던 장애인에 대한 강간·강제추행에 대한 적극적 해석의 필요 외에도 부부강간에 대한 판례의 확립이 요청되고 있다. 작년 유엔여성차별철폐협약 제7차 국가보고서에 대해 동 협약위원회는 한국정부에 부부강간을 죄화하기 위한 입법적 조치를 취할 것을 권고한 바 있는데, 부부강간에 대한 적극적 인정은 현행법 체계 내에서도 가능하다. 또한 강간 등 성폭력 죄의 판단에서 여성의 성적 자기결정권은 아직도 남성의 성적 요구에 대한 수동적인 동의권 정도에 머물러 있다. 성폭력과 관련된 각각의 판단요소들을 피해 여성의 시각으로 바라보고 여성의 경험을 근거로 하여 맥락을 악화하며 그러한 과정을 통해 성폭력의 판단기준을 더욱 구체화하고 현실화해야만 하는 것이다. 이러한 태도는 곧 성별권력에 의해 남성 중심적이었던 법원의 판단기준을 진정한 의미에서 중립적으로 수정하려는 노력일 것이다.<sup>49)</sup>

나이 57.9세, 이 중 여성은 2명뿐이고, 11명은 고위법관 출신이며, 대법관들의 평균재산은 21억원. 대부분의 현직 대법관들은 같은 학교에서 공부하고, 같은 연수원을 다니고, 평생 법원에서 근무하다가, 50대 중반 즈음에 대법관이 된, 상당한 재력을 가진 남성들의 집단<sup>50)</sup>인 대법관 14명의 평균적 기준에 볼 때, 이번 대법관의 인사가 “대법원을 신뢰하지 않는다.”고 참여연대의 여론조사에 답한 국민의 55.5%, 형사사법절차에서 2차 피해를 당했다고 호소하는 30% 정도의 성폭력피해 고소인, 통념에 근거한 법원의 판결로 인해 가해자에 대한 사법적 단죄를 이루지 못한 수많은 피해자들에게 변화의 기대를 주기에는 한참 모자라 보인다.

홍성수는 이질적인 배경(여성, 비고위법관, 비서울대)을 가진 대법원의

---

49) 이경환, 위 글, 337쪽

50) 홍성수, 한겨레 2012.5.31.자

‘독수리5형제’라고 불렸던 전 대법관들이 설득력 있는 소수의견을 제출함으로써 대법원 판결에 다양한 의견이 반영될 수 있는 초석을 마련하였다고 평가한 바 있다. 그가 제시한 한겨레21의 분석을 보면, 다른 대법관들이 다수의견에 선 경우가 90% 이상이지만 이들이 다수의견에 힘을 보탠 경우는 83~88%라고 한다.<sup>51)</sup> 이 정도의 차이에도 다양한 현실을 반영하는 의미 있는 판결이 다수 나올 수 있었다는 사실이 놀라울 따름이다. 한나 아렌트는 말과 행위는 인간의 복수성에서 나오고, 인간의 복수성은 평등과 차이를 낳는다고 했다. 인간이 여럿이라도 평등하지 않으면 서로를 알거나 이해할 수 없고, 또 서로 간에 차이가 없다면 서로 말과 행위로 설득할 필요도 없다는 것이다. 대법관90% 이상의 다수의견의 연원이자 향후 대법원의 판결에 대한 우려의 지점이다.

---

51) 홍성수, 위 글

