

사법정의와

2010-2014 여성인권판례비평

편저 : 민변 여성인권위원회

여성Ⅲ



MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

발간사	김수정	004
1 사실혼의 보호범위 확대	이보람	007
2 퇴직금·퇴직연금에 대한 재산분할청구	성춘일	023
3 자녀의 복지를 기준으로 한 친권자 및 양육자 지정	조아라	043
4 낙태죄 처벌조항 합헌 결정 - 형법 제270조 제1항 위헌소원	신윤경	061
5 성전환자의 성별 정정 허가요건 중 외부성기 형성의 요부	천지선	075
6 남성병역의무 합헌 결정 - 병역법 제3조 1항 등 위헌 확인	이한본	099
7 동일가치노동 동일임금 원칙의 실무상 적용	천지선	115
8 KTX 여승무원의 철도공사 근로자지위 인정	김주혜	145
9 성희롱 발생과 이후 조치에 대한 사용자의 민사상 책임	이종희	165
10 모성보호 및 알가정 양립에 대한 우리 법원의 태도	위은진	189
11 부부간에도 강간이 인정되는가	김영주	203
12 성전환자에 대한 강간죄 인정	장서연	217
13 주요 판결을 통해서 본 성매매방지법의 작동현황과 대안 모색	원민경	231

발간사

세 번째 책을 펴내며

‘사법정의와 여성’ 세 번째 책이 나왔습니다. 2006년 ‘법은 과연 여성에게 평등한가’라는 질문에서 시작한 일이 어느덧 세 번째가 되었습니다.

이정희 전 위원장은 이 책이 ‘여성에 대한 폭력과 차별에 대하여, 법정에서 평등과 정의를 확인하고자 소송의 당사자가 되는 쉽지 않은 결단을 거쳐, 상대방의 공격에 또 한 번 상처받으면서도, 여러 해에 걸쳐 증거를 찾고, 증인들을 찾아다니고 불러내며, 법원이 어떤 태도를 보일지 가슴을 졸이는 길고 고통스러운 기다림의 시간을 가진, 바로 그 사람들이 얻어낸 열매가 무엇인지 그것이 어떤 의미를 갖는지 밝혀두는’ 책이며, ‘법원의 판단의 잘못을 지적하며, 법률가 대부분이 당연히 받아들여 온 형식 논리를 뛰어넘으려는 새로운 노력을 기울이지 않으면 안 된다는 주장을 제시’하는 책이라고 밝혔으며, 김진 전 위원장은 ‘굳게 닫힌 법원이라는 동굴에 큰 메아리를 만들고 구멍을 내고 빛을 내어준 험하지만 아름다운 길을 열어 준 여성들의 목소리, 우리 법이 어때야 할 지 열린 마음으로 고민했던 판사들의 수줍은 인사, 그리고 게서 희망을 찾고 힘을 얻으면서 함께 하고픈 민변 여성인권위원회 식구들의 두 번째 연서’라고 밝혔습니다.

굳이 하나를 덧붙이자면 이 책은 양성평등 실현을 위해 노력해온 변호사로서 우리의 어떤 다짐을 기록한 책입니다. 우리가 분석한 판례 중 상당수의 사건은 우리가 직접 대리인으로 참여하여 어쩌면 당사자보다 더 많은 시간을 고민하고 가슴 졸이는 시간을 보낸 결과물들이기도 합니다. 대리인에 불과하지만, 당사자에 대한 깊은 공감으로 때론 당사자와 자신을 동일시하는 혼란을 겪으며, 감히 당사자보다 더한 분노에 휩싸이기도 하며 얻어낸 성공과 실패의 결과물들입니다. 성공한 판결의 기쁨보다, 실패의 아픔이 심장에 박혀 곱씹고 곱씹어 재기의 발판으로 삼고자 하는 우리의 다짐입니다.

세 번째 책에는 2010년부터 2014년까지 나온 판례 중 13개의 판례를 분석하고 평가한 글이 담겨 있습니다. 너무도 중요한 판례가 많아 선정하는데 큰 어려움을 겪었지만 김태선, 손난주 변호사님의 해안으로 판례를 선정할 수 있었습니다. 선정된 판례를 보면 지난 몇 년간 양성평등이 진전되었다고 평가하기에는 미흡하다는 것을 한눈에 알 수 있습니다. 미흡한 전진을 진단하고, 방향을 제시하고 있는 이 책이 앞으로의 의미 있는 전진에 작은 도움이나마 될 수 있을 것이라 기대합니다.

앞으로도 열심히 하겠다는 결의와 다짐을 담아 바쁜 시간을 쪼개어 원고를 쓰고, 감수와 교정을 보고, 출판 업무까지 담당한 여성위원들과 오지은 간사님께 존경과 감사의 마음을 전합니다. 더불어 항상 물심양면으로 민변 여성인권위원회의 활동을 지지해주고 이 책의 발간을 지원해준 든든한 우리의 지원자 민주사회를 위한 변호사모임에도 감사의 인사를 전합니다. 150년 전 빵(생계를 위해 일할 권리)과 장미(서로 사랑하고 돌보며 살아갈 권리)를 외치던 여성노동자들의 구호가 더욱 절실하게 다가오는 지금, 우리는 서로의 손을 맞잡고, 어깨에 기대어 이 세상을 좋은 곳으로 만들어 나가기 위해 계속 노력할 것입니다. 이 책은 그 길에 놓인 작은 디딤돌입니다.

2014년 12월

김수정

민변 여성인권위원회 위원장

● 사실혼의 보호범위 확대

1

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 이보람

대상판결

대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64161 판결
대법원 2010. 11. 25. 선고 2010두14091 판결 (근친자간 사실혼)
대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두9631 판결 (중혼적 사실혼)
서울가정법원 2013. 3. 26. 선고 2012드합7526 판결

I 들어가며

우리 민법은 일부일처제를 기본으로 한 법률혼주의를 원칙으로 하고 있다.¹⁾ 그러나 혼인신고라는 혼인의 형식적 요건을 갖추지 못하였어도, 당사자간 실질적인 혼인의 의사와 혼인생활의 실체가 있는 경우 사실혼으로 법률혼에 준하는 효력을 인정해주고 있다. 이러한 사실혼은 혼인신고의 절차를 통해 법률혼이 성립될 수 있음에도 불구하고 이를 결여한 경우와 법률상 무효 또는 취소 사유에 해당하여 혼인이 금지되어 있어 애초에 법률혼이 성립될 수 없는 경우로 나뉜다.

앞서 언급한 바와 같이 사실혼의 효력에 관한 현재의 통설과 판례는 준혼주의를 따르고 있는바, 이는 곧 오직 혼인신고를 전제로 하는 효과만이 배제되고 여타의 다른 권리와 의무는 사실혼관계에도 그대로 적용된다는 것을 의미한다.

이 때 문제가 되는 것은 과연 사실혼 중 법률상 혼인이 금지되어 있는 사실혼, 즉 불법적 사실혼에 대해서도 준혼이론을 적용할 수 있는지, 적용이 가능하다면 그 범위는 어느 정도인지이다.

불법적 사실혼에서 주로 문제가 되는 것은 중혼적 사실혼, 근친혼적 사실혼이다. 중혼은 민법 제810조에 따라 금지되어 있으며 같은 법 제816조에 따라 혼인 취소사유에 해당하고, 근친혼은 제809조에 따라 금지되어 있고 경우에 따라 제815조, 제816조에 따라 무효 혹은 취소사유에 해당하느냐, 중혼적 사실혼 및 근친혼적 사실혼의 효력을 어떤 경우에 인정할 수 있는지가 문제된다.

특히 근친혼적 사실혼의 경우, 혼인의 허용범위를 점차적으로 확대함으로

1) 제810조(중혼의 금지) 배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다.

제812조(혼인의 성립) ① 혼인은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다.

써 개인의 혼인의 자유를 넓게 보장할 필요성이 있다는 점을 고려할 때, 민법 개정 과정에서 친족의 범위가 확대됨에 따라 당초 명시적으로 금지되지는 않았던 근친혼, 특히 형부와 처제 간의 혼인이 금지되는 근친혼에 해당하게 된 바 그 효력인정과 관련하여 검토의 필요성이 있다고 하겠다.

본 평석에서 살펴볼 대상판결들은 이와 같은 중혼적 사실혼과 근친혼적 사실혼의 관계에서 배우자의 연금수급권, 재산분할청구권 등의 법적 권한을 인정한 사례들로, 이를 통해 사실혼의 보호범위에 대해 고찰해 보기로 한다.

II 대상판결

1. 중혼적 사실혼 사례

가. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64161 판결²⁾
(이하 ‘대상판결 1.’이라고 함)

1) 사건의 개요

피고 2는 2001년 경 소외인과 혼인신고를 마쳤으나 소외인이 집을 나가 행방불명되자, 피고 1과 2003년부터 동거하며 사실상의 혼인관계를 유지하였다. 피고 1은 2005년 경 이 사건 자동차에 관하여 원고와 부부운전자한정 운전 특별약관부 자동차보험계약을 체결하였고, 이 계약의 특별약관에 의하면 기명피보험자의 배우자는 법률상의 배우자 또는 사실혼관계에 있는 배우자를 말한다고 기재되어 있다.

이후 피고 2가 이 사건 자동차를 운전하다 교통사고를 일으켜, 피고 2는 피보험자인 피고 1과의 사실혼관계를 주장하며 원고에게 보험사고로 처리

2) 관여 대법관 : 이홍훈(재판장), 김영란, 김능환, 민일영(주심).

하여 피해자에게 보험금을 지급해 줄 것을 청구하였다. 그러나 원고는 피고 2가 소외인과 혼인신고가 되어 있음을 이유로 피고들의 사실혼관계를 부인하며 보험사고 처리를 거절하였다.

2) 판결 내용

사실혼은 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고, 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있으면 일단 성립하는 것이고, 비록 우리 법제가 일부일처주의를 채택하여 중혼을 금지하는 규정을 두고 있다 하더라도 이를 위반한 때를 혼인 무효의 사유로 규정하지 않고 단지 혼인 취소의 사유로만 규정하고 있는 까닭에 중혼에 해당하는 혼인이라도 취소되기 전까지는 유효하게 존속하는 것이고, 이는 중혼적 사실혼이라 하여 달리 볼 것이 아니다.

또한 비록 중혼적 사실혼관계일지라도 법률혼인 전 혼인이 사실상 이혼상태에 있다는 등의 특별한 사정이 있다면 법률혼에 준하는 보호를 할 필요가 있을 수 있다.

나. 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두9631 판결³⁾ (이하 ‘대상판결 2.’라고 함)

1) 사건의 개요

군인이었던 망인은 1962년 소외인과 혼인신고를 한 후 1980년부터 원고와 함께 거주하며 두 아들을 출산하고 태권도 도장을 함께 운영해 중혼적 사실혼관계를 유지하였다. 이후 1996년 소외인 사망시까지 망인과 소외인의 법률혼 관계가 유지되었고, 망인 사후에 원고가 국방부장관을 상대로 군인연금법상 유족연금을 청구하였다.

3) 관여 대법관 : 민일영(재판장), 이흥훈(주심), 김능환, 이인복.

2) 판결 내용

군인연금법 제3조 제1항 제4호가 ‘사실상 혼인관계에 있던 자’를 유족연금을 받을 수 있는 배우자에 포함하고 있는 취지는, 사실상 혼인생활을 하여 혼인의 실체는 갖추고 있으면서도 단지 혼인신고가 없기 때문에 법률상 혼인으로 인정되지 아니하는 경우에 그 사실상 배우자를 보호하려는 것이지, 법률혼 관계와 경합하고 있는 사실상의 동거관계를 보호하려는 것은 아니다.

그러나 중혼에 해당하는 혼인이라도 취소되기 전까지는 유효하게 존속하며, 이는 중혼적 사실혼이라 하여 달리 볼 것이 아니며, 따라서 중혼적 사실혼일지라도 군인 또는 군인이었던 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 군인연금법 제3조 제1항 제4호에 규정된 배우자로 보아야 한다.

2. 근친혼적 사실혼

가. 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010두14091 판결⁴⁾

(이하 ‘대상판결 3.’이라고 함)

1) 사건의 개요

1965년 소외 1과 소외 2는 혼인신고를 한 후 2남 1녀의 자녀를 두고 거주하다 1982년부터 소외 1이 국립대학교수로 임용되면서 주말부부로 살던 중 1992년 소외 2가 병으로 사망하였다. 이에 소외 2의 동생이자 당시 42세의 미혼이던 원고가 서울 집에 남아 있던 소외 1의 미혼의 두 아들을

4) 관여 대법관 : 김지형(재판장), 양승태, 전수안, 양창수(주심).

돌보게 되었고, 1993년 4월부터는 위 집에 들어와 조카들과 함께 살기 시작하였다.

이후 1995년 소외 1의 장남이 결혼하면서 위 집에서 살림을 차리게 되자 소외 1은 주소지를 위 집에서 군산으로 옮겼고, 원고도 위 집에서 나와 소외 1의 군산 주소지로 이사하여 그 때부터 동거를 시작하였다. 소외 1과 원고는 부부동반 모임이나 여행 등에 참가하는 등 부부로서 생활을 하였고, 소외 1은 원고에게 배우자용 가족신용카드를 발급해주는 한편 원고의 국민연금 및 건강보험료를 납부하는 등 공동생활을 영위하였다.

소외 1은 2003. 8. 국립대학교에서 퇴직하였고, 그에 따라 퇴직연금을 받아오던 중 2009. 1. 사망하였고, 그 때까지 소외 1과 원고는 혼인신고를 마치지 않았다. 이후 원고는 피고에 대해 유족연금신청을 하였고, 피고는 소외 1이 공무원으로 재직할 당시 시행되던 1990년 민법의 규정상 형부와 처제 사이의 혼인이 무효였으므로, 이에 해당하는 사실혼관계는 구 공무원연금법 제3조 제1항 제2호 (가)목의 사실상 혼인관계로 인정할 수 없다는 이유를 들어 그 신청을 거부하는 이 사건 처분을 하였다.

2) 판결 내용

공무원연금법은 유족연금을 지급받을 수 있는 유족인 배우자에 관하여 공무원 또는 공무원이었던 자의 사망 당시 그에 의하여 부양되고 있던 사람으로서 “재직 당시 사실상 혼인관계에 있던 자”가 이에 포함된다고 규정하고 있다(제3조 제1항 제3호 (가)목 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 구 공무원연금법 제3조 제1항 제2호 (가)목과 같다).

법이 이와 같이 유족연금을 지급받을 수 있는 지위를 “사실상 혼인관계에 있던 자”에게도 인정하는 이유는 유족의 생활안정과 복리향상에 이바지한다는 유족연금제도의 목적에 비추어 유족연금의 수급권자인 배우자는 반드시 민법상의 배우자 개념과 동일할 필요는 없고 오히려 공무원과의 관계에 있어서 사회통념상 부부로서의 공동생활을 현실적으로 영위한 사람

에게 유족연금을 지급하는 것이 유족연금의 사회보장적 성격이나 그 제도의 취지에 부합하기 때문이라고 할 것이다.

한편 공무원연금제도는 정부가 관장하는 공적연금제도이고(법 제2조), 공무원의 의사와 관계없이 강제적으로 징수되는 기여금과 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 재원에 의하여 조달된다는 점(법 제65조, 제66조) 등 공익적 요청을 무시할 수 없는 점을 종합하면, 민법이 정하는 혼인법질서에 본질적으로 반하는 사실혼관계에 있는 사람은 유족연금 수급권자인 배우자에 해당한다고 할 수 없다. 그리고 혼인할 경우 그 혼인이 무효로 되는 근친자 사이의 사실혼관계라면 원칙적으로 혼인법질서에 본질적으로 반하는 사실혼관계라고 추단할 수 있을 것이다.

그러나 비록 민법에 의하여 혼인이 무효로 되는 근친자 사이의 사실혼관계라고 하더라도, 그 근친자 사이의 혼인이 금지된 역사적·사회적 배경, 그 사실혼관계가 형성된 경위, 당사자의 가족과 친인척을 포함한 주변 사회의 수용 여부, 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 요청보다는 유족의 생활안정과 복리향상이라는 유족연금제도의 목적을 우선할 특별한 사정이 있다고 할 것이고, 이와 같은 특별한 사정이 인정되는 경우에는 그 사실혼관계가 혼인무효인 근친자 사이의 관계라는 사정만으로 유족연금의 지급을 거부할 수 없다고 할 것이다.

형부와 처제 사이의 혼인에 관한 구관습법적 태도, 민법의 개정 경과 및 그 내용, 이 사건에서 소외 1과 원고의 사실혼관계의 형성경위, 그 사실혼관계가 가족과 친인척을 포함한 주변 사회에서 받아들여진 점, 약 15년간 공동생활로 부부생활의 안정성과 신뢰성이 형성되었다고 보이는 점 등을 종합하면, 비록 소외 1이 공무원으로 재직할 당시 시행되는 1990년 민법상 형부와 처제 사이의 혼인이 무효였다고 하더라도 소외 1과 원고의 사실혼관계는 그 반윤리성·반공익성이 혼인법질서에 본질적으로 반할 정도라고 할 수는 없다고 할 것이다. 더욱이 앞서본 대로 2005년 민법 부칙 제4

조에 비추어 피고로서는 2005년 민법이 시행된 이후에는 소외 1과 원고의 사실혼관계가 무효사유 있는 사실혼관계에 해당한다는 주장을 할 수도 없다고 할 것이다.

그렇다면 소외 1과 원고 사이의 사실혼관계는 구 공무원연금법 제3조 제1항 제2호 (가)목의 “사실상 혼인관계”에 해당하고, 원고는 같은 법규정에 의한 유족연금 수급권자인 배우자라고 할 것이다. 원심의 판단은 위와 같은 법리에 따른 것으로 정당하여 이를 수긍할 수 있다.

나. 서울가정법원 2013. 3. 26. 선고 2012드합7526 판결⁵⁾
(이하 ‘대상판결 4.’라고 함)

1) 사건의 개요

피고는 원고의 동복이부 언니인 소외인과 1962. 4. 혼인하여 슬하에 3남 1녀를 두었으나, 1975년 경 처제인 원고와 사이에 아들을 낳고 1980. 6. 소외인과 이혼하였다. 피고는 소외인과 이혼한 뒤 약 2년간 원고와 동거하다가 헤어졌으나, 1997년경부터 다시 원고와 동거하면서 사실혼관계를 맺게 되었다(원고는 1990. 10. 경 피고의 주거지로 주민등록을 이전하였음).

피고는 2010. 12. 자신 소유의 포천시 신북면 계류리 소재 임야를 3억 2,000만 원에 매각한 뒤 매각대금 중 2억 2,000만 원 정도는 원고에게 주어관리하게 하였고, 1억 원 정도는 자신이 관리하였다. 원고는 2011. 12. 경 피고에게 5,000만 원을 주면서 이를 갖고 집을 나가라고 하였고, 피고는 원고가 재산을 확보하게 되자 피고를 쫓아내려 한다고 여겨 2011. 12. 이 사건 병합심판으로 재산분할 청구를 하였다.

원고와 피고 사이 부부싸움이 심해지자, 원고는 2012. 1. 경 집을 나갔고, 판결시까지 약 1년 2개월간 별거하고 있었다.⁶⁾

5) [관여 법관 : 이태수(재판장), 임종효, 김혜진]

2) 판결 내용

민법이 정하는 혼인법질서에 본질적으로 반하는 사실혼관계에 있는 사람은 위자료청구권이나 재산분할청구권 등 법률혼에 준하는 권리가 인정될 수 없다. 그리고 혼인할 경우 그 혼인이 무효로 되는 근친자 사이의 사실혼관계라면 원칙적으로 혼인법질서에 본질적으로 반하는 사실혼관계라고 추단할 수 있다.

그러나 비록 민법에 의하여 혼인이 무효로 되는 근친자 사이의 사실혼관계라고 하더라도, 그 근친자 사이의 혼인이 금지된 역사작사회적 배경, 그 사실혼관계가 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 낮은 특별한 사정이 인정되는 경우에는 그 사실혼관계가 혼인무효인 근친자 사이의 관계라는 사정만으로 법률혼에 준하는 보호가 배제될 수 없다.

원고와 피고가 사실혼관계를 시작하던 1997년 무렵에 시행되던 민법 제 815조 제3호(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되어 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것)에 따라 형부와 처제 사이의 혼인은 무효였다. 그러나 형부와 처제 사이의 혼인에 관한 구관습법의 태도, 민법의 개정 경과 및 그 내용, 원고와 피고 사이의 사실혼관계의 형성경위, 원고와 피고 사이의 사실혼관계가 약 14년간의 공동생활로 부부생활의 안정성과 신뢰성이 형성되었다고 보이는 점 등을 종합하면, 비록 2005년 개정되기 전의 민법상 형부와 처제 사이의 혼인이 무효이었다고 하더라도 위 사실혼관계는 그 반윤리성·반공익성이 혼인법질서에 본질적으로 반할 정도라고 할 수 없다.

더구나 2005년 개정된 민법 제815조 제3호, 제816조 제1호, 제809조 제2

6) 본소는 원고의 피고에 대한 위자료 청구(기각)

항에 따라 형부와 처제 사이의 혼인은 취소사유에 불과한 것으로 개정되었고, 제4조에서 혼인의 무효·취소에 관한 경과조치가 마련된바, 각 규정은 사실혼관계에도 그대로 적용되어, 2005년 개정된 민법 시행 이후에는 1990년 개정된 민법이 시행되던 당시의 형부와 처제 사이의 사실혼관계에 대하여 이를 무효사유 있는 사실혼관계라고 주장할 수 없게 된다.

따라서 원고와 피고의 사실혼관계가 혼인법질서에 본질적으로 반하는 것으로서 법률혼에 준하는 보호가 허용될 수 없다는 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

Ⅲ 대상 판결들에 대한 검토

1. 중혼적 사실혼의 경우

민법은 제810조 “배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다”고 하여 중혼을 금지하고 있으며, 제816조 제1호에서 이를 혼인의 취소사유로 규정하고 있다.

일부일처제를 원칙으로 하는 우리의 혼인법질서 하에서 중혼은 원칙적으로 인정될 수 없으며, 적법하게 성립된 법률혼 배우자가 존재함에도 불구하고 성립된 중혼적 사실혼 역시 마찬가지라고 할 수 있다. 그러나 중혼적 사실혼에 해당한다 하더라도 혼인의 실질을 갖추고 일정 기간 부부로 생활해 온 당사자들에 대해, 이를 인정할 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 일정 부분 당사자의 권리를 보호해 주어야 할 필요성이 인정된다.

대법원은 대상판결 1과 2에서 먼저, 중혼에 대해 우리 민법이 혼인 무효 사유가 아닌 취소 사유로만 규정하고 있어 중혼관계가 취소되기 전까지는 유효하게 존속하므로, 중혼적 사실혼에 대해서도 같은 논리를 적용할 수 있다고 실시하면서, 대상판결 1에서는 ‘법률혼인 전 혼인이 사실상 이혼상태에 있는 경우’를, 대상판결 2에서 ‘법률혼인 전 혼인의 배우자가 사망함

으로써 전 혼인이 해소됨과 동시에 중혼적 사실혼이 통상적인 사실혼이 된 경우를 중혼적 사실혼관계를 인정할 만한 특별한 사유에 해당한다고 판단하였다.

종래 판례는 중혼적 사실혼에 대해서는 법률혼에 준하는 보호를 할 수 없다는 태도를 취해 왔고, 예외적으로 법률혼이 사실상 이혼상태에 있는 경우에 한해 보호받을 수 있다고 보았고, ‘법률혼이 사실상 이혼상태에 있는 경우’에 대해서도 엄격한 해석론을 전개하였다. 따라서 대상판결 1에서와 같은 상황인 부부의 일방이 집을 나가 장기간 돌아오고 있지 않은 상태에서 형성된 사실혼의 사례(대법원 1996. 9. 20. 선고 96므530 판결)에서 법률혼이 사실상 이혼상태에 있다고 인정하지 않았다. 그러나 대상판결 1에서는 사실상 이혼상태를 넓게 해석하여 이를 인정하였고, 결과적으로 중혼적 사실혼이 보호받을 수 있는 범위를 확대하였다.⁷⁾

이처럼 원칙적으로 중혼적 사실혼의 법적 효력을 부정하되 특별한 사유가 있는 경우 예외적으로 보호를 인정해주는 법원의 태도는 개별적 사안에서 당해 관계가 가지는 혼인법질서에 반하는 불법성이 약하거나 해소되었다고 인정될 수 있는 경우에도 중혼금지원칙을 일률적으로 적용함으로써 실질적으로 혼인관계를 유지하여 온 당사자가 적절한 법적 보호를 받지 못해 경제적 곤궁 등의 상황에 처하는 것을 방지할 수 있다는 점에서 바람직하다고 할 수 있다.

2. 근친혼적 사실혼의 경우

민법은 친족의 범위, 혼인의 무효·취소 사유에 대해 여러 차례에 걸쳐 개정되어 왔는데, 대상판결 3과 4에서 나타나고 있는 바와 같이 특히 형부와 처제와의 근친혼적 사실혼의 효력을 인정할 수 있는지에 대해 견해의

7) 김상용, 「2000년대 민사판례의 경향과 흐름(가족법) - 가족법 판례에 대한 정리 ‘친족편」, 『민사판례연구』 제33권 하호, 2011.

대립이 있어왔다.

당초 제정 민법에서는 친족의 범위에 8촌 이내의 부계혈족, 처의 부모 등이 규정되어 있었는데, 대법원은 대상판결 3에서 구관습법상 형부와 처제 간의 혼인이 금지되는 것이 아니었으며, 제정 민법 하에서도 이와 같은 혼인이 무효사유인지 취소사유인지에 대해 견해의 대립이 있었고, 유력한 학설은 오히려 그 혼인이 애초에 금지되지 아니한다는 것이었다고 하고 있다.

이후 여러 차례의 개정이 이루어지는 과정에서 1990. 1. 법률 제4199호로 개정된 민법이 인척의 범위를 ‘처의 부모’에서 ‘4촌 이내’로 확대하면서 형부와 처제 사이의 혼인이 무효사유로 규정됨에 따라 원래 해석론으로만 논의되던 형부와 처제 사이의 혼인의 효력이 법률규정에 의해 명시적으로 금지되었다. 이후 2005. 3. 법률 제7427호로 민법이 다시 개정되면서 이와 같은 혼인은 취소 사유로 변경되었고, 부칙 제4조의 경과규정에 의해 그 혼인의 무효를 주장하지 못하게 되었다.

유족연금금지청구권의 존재 여부가 쟁점이 된 대상판결 3과 재산분할청구권의 존재 여부가 쟁점이 된 대상판결 4에서 법원은 위와 같은 민법의 개정과정에 따른 형부와 처제 간 혼인의 효력인정 여부의 변화에 대해 위와 같이 이야기하면서, 무효사유인 근친자 사이의 사실혼관계인 경우 원칙적으로 혼인법질서에 반하는 사실혼관계라고 추단할 수 있으나 특별한 사정이 인정되는 경우에는 그 사실혼관계가 혼인무효인 근친자 사이의 관계라는 사정만으로 법적 보호를 거부할 수 없다며 각 사안에서 연금수급권과 재산분할청구권을 인정하고 있다.

법원은 그 특별한 사정을 판단함에 있어 그 근친자 사이의 혼인이 금지된 역사적·사회적 배경, 그 사실혼 관계가 형성된 경위, 당사자의 가족과 친인척을 포함한 주변 사회의 수용 여부, 공동생활의 기간, 자녀의 유무, 부부생활의 안정성과 신뢰성 등을 종합하여 고려해야 한다고 하면서, 그 결과 그 근친혼적 사실혼의 반윤리상반공익성이 혼인법질서 유지 등의 관점에서 현저하게 낮다고 인정되는 경우에는 이를 보호해주어야 한다고 판단

하였다.

이처럼 개별적 사안에서의 보호필요성을 고려하여 근친혼적 사실혼의 유효성을 인정해주는 법원의 태도는 타당하다고 판단되나, 혼인무효사유에 해당하는 사실혼의 경우 혼인법질서에 본질적으로 반한다고 추단하는 대법원의 판단에 따르면 당사자들이 그것이 혼인법질서에 반하지 않음을 스스로 입증해야 하는바, 이는 입법상 과오의 교정의무를 사인에게 부과하는 것으로서 근친혼적 사실혼은 그 자체만으로 제3자에게 피해를 미치는 바가 없다는 점, 직계친족 내지 형제자매간의 혼인 외의 근친혼은 이를 금지함으로써 달성할 만한 공익도 명백하지 않다는 점 등에 비추어 볼 때 타당하지 않다는 비판이 있다.⁸⁾

이 견해에 따르면 향후 불법적인 근친혼적 사실혼관계가 선량한 풍속에 반하여 보호받을 수 없는지 여부를 판단함에 있어 제1차적인 고려요소는 당사자의 혼인의 자유를 제한할 만한 헌법적 정당성이 존재하는지 여부가 되어야 한다고 하는 바, 향후 근친혼의 허용범위 확대에 대한 입법적 개선 방안과 함께 논의해 볼 필요성이 있다고 판단된다.

IV 마치며

현재 불법적 사실혼에 해당하는 중혼적 사실혼과 근친혼적 사실혼의 효력 여부에 대한 판례는 많지 않은 상황이다. 그러나 앞서 살펴본 대상판결들에서 대법원은 불법적 사실혼에 대해 원칙적으로 효력을 인정할 수 없다고 하면서도, 구체적·개별적 상황에 따라 그 효력을 인정해야 할 특별한 사정에 대해 판단하여 각 사안에서의 구체적 타당성을 기하고 있다.

혼인이 적법하게 성립하는 범위를 법률로 설정하여 이에 벗어나는 혼인에

8) 현소혜, 「근친혼적 사실혼 관계의 보호」, 『민사판례연구』 제34권, 2012., 610~611쪽.

대해서는 무효 혹은 취소되도록 규정하고 있는 것은, 그 사회가 적법한 혼인으로 인정할 수 있는 범위에 대한 합의를 통해 일정한 사회적 질서를 형성하겠다는 것을 의미한다. 따라서 이에 어긋나는 혼인에 대해 법적 보호를 인정한다는 것은 한편으로는 적법한 혼인을 한 당사자를 오히려 불리하게 대우하거나 우리 사회의 확립된 혼인법질서에 혼란을 초래하게 될 위험성을 내포하고 있는 것이기도 하다.

이에 당초 대법원은 법률혼에 준하여 보호받을 수 있는 사실혼관계 이외에 불법적 사실혼관계의 보호에 대해 쉽게 인정하지 않았다. 그러나 불법적인 사실혼 관계라 하더라도 경우에 따라서는 그 불법의 정도가 약하고 해당 혼인 관계를 보호하여야 할 필요성이 크다고 인정되는 경우가 존재하는데, 이러한 경우에도 그 혼인에 대해 일률적으로 법적 보호를 전면 부인한다면 사회적 질서의 유지를 위하여 보호의 필요성이 있는 개인을 구제해주지 못하는 부당한 결과를 가져오게 된다.

특히 근친혼의 허용범위와 관련하여 우리나라의 현재의 관련 규정이 지나치게 제한범위가 넓어 타국과 비교해 보았을 때에도 개인의 혼인의 자유가 지나치게 침해된다는 비판이 있으나 아직 관련 민법 규정의 개정이 이루어지지 않고 있는 상황에서, 법원이 구체적·개별적 상황과 보호필요성 등을 고려하여 그 혼인에 대한 법적 보호를 인정해줌으로써 사실혼의 보호범위를 점차 확대해주고 있는 것에 대해 긍정적으로 평가할 수 있겠다.

다만, 이와 같은 법원의 태도에도 불구하고 그 보호를 인정받지 못하는 사실혼관계의 당사자들도 개별적·구체적 상황에 따라 법적 보호를 받을 수 있도록, 불법적 사실혼관계의 보호를 인정할 만한 특별한 사유의 판단, 즉 당사자들의 상황, 배경, 개별 사안에서 문제되는 권리의 본질적 목적 등을 고려함에 있어 더욱 적극적이고 세심한 법원의 노력이 필요하다고 할 것이다.

● 퇴직금 · 퇴직연금에 대한 재산분할청구

2

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 성춘일

대상판결

대상판결 1 : 대법원 2014. 7. 16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결¹⁾

대상판결 2 : 대법원 2014. 7. 16. 선고 2013므2250 전원합의체 판결²⁾

원심판결 : 수원지법 2012. 6. 12. 선고 2011르2529 판결(대상판결 1)

대전고법 2013. 5. 9. 선고 2012르231 판결(대상판결 2)

1) 관여대법관 : 양승태(재판장), 양창수(주심), 신영철, 민일영, 이인복, 이상훈, 김용덕, 박보영, 고영한, 김창석, 김신, 김소영, 조희대.

2) 관여대법관 : 양승태(재판장), 양창수, 신영철, 민일영(주심), 이인복, 이상훈, 김용덕, 박보영, 고영한, 김창석, 김신, 김소영, 조희대.

I 들어가며

혼인은 사회의 기초를 이루는 가족을 형성하는 제도이면서 혼인 당사자 간에 동거·부양·협조·정조의무와 재산관계를 발생시키는 법률행위이다. 우리 민법은 부부의 재산관계에 대하여 혼인 성립 전 당사자 간 약정을 체결한 경우³⁾ 외에는 혼인 전부터 소유하고 있는 고유재산과 혼인 후 자기 명의로 취득한 특유재산으로 하는 별산제(830조⁴⁾ 이하)를 따르도록 규정하고 있다.

그런데 우리사회의 관행상 대개 부부의 재산은 경제활동을 주로 담당하는 남편 명의로 표시되어 아내의 협력에 의해 취득한 경우에도 남편의 특유재산으로 표시되었다. 이 때문에 남편의 특유재산에 가사노동, 양육, 기타 무형의 협력을 제공한 많은 기혼여성들은 이혼 시 남편의 재산 형성에 대해 자기의 기여를 주장하는 대신 남편의 관대한 재산 분배를 기대하거나 남편의 유책성에 근거한 위자료 청구 외에는 재산에 대해 권리를 주장할 수 없었다⁵⁾.

3) 제829조 (부부재산의 약정과 그 변경)

- ① 부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 따로 약정을 하지 아니한 때에는 그 재산 관계는 본관중 다음 각조에 정하는 바에 의한다.
- ② 부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 약정한 때에는 혼인중 이를 변경하지 못한다. 그러나 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 변경할 수 있다.
- ③ 전항의 약정에 의하여 부부의 일방이 다른 일방의 재산을 관리하는 경우에 부적당한 관리로 인하여 그 재산을 위태하게 한 때에는 다른 일방은 자기가 관리할 것을 법원에 청구할 수 있고 그 재산이 부부의 공유인 때에는 그 분할을 청구할 수 있다.
- ④ 부부가 그 재산에 관하여 따로 약정을 한 때에는 혼인성립까지에 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.
- ⑤ 제2항, 제3항의 규정이나 약정에 의하여 관리자를 변경하거나 공유재산을 분할하였을 때에는 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.

4) 제830조 (특유재산과 귀속불명재산)

- ① 부부의 일방이 혼인전부터 가진 고유재산과 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다.
- ② 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다.

[개정 1977.12.31]

제831조 (특유재산의 관리등)

부부는 그 특유재산을 각자관리, 사용, 수익한다.

따라서 혼인에 있어 남녀평등을 구현하고 아내의 생산 노동 및 가사노동의 경제적 가치를 법적으로 인정받는 것은 물론 이혼의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 이혼 시 여성이 혼인 중 재산의 형성에 기여한 대가를 정당하게 반환받을 수 있도록 재산분할청구권을 도입해야 한다는 주장이 끊임없이 제기되었다. 그리하여 마침내 1991. 1. 1.부터 이혼과 혼인 취소 시 재산분할을 청구할 수 있게 되었다(민법중개정법률 제4199호 1990. 1. 13. 공포, 가사소송법 제4300호, 1990. 12. 31. 공포)⁵⁾.

그러나 민법 제839조의2는 분할의 기준, 대상재산, 분할비율 등에 대하여 구체적 기준을 제시하지 않고 추상적으로 규정되어 있어서 재산분할청구가 시행된 지 24년이 흘렀음에도 여전히 실질적이고 합리적인 재산분배가 이루어지지 못하고 있는 것이 현실이다.

II 사건의 개요 및 원심판결

1. 사건의 개요

가. 대상판결 1

사립학교 교원인 원고 A는 연구원으로 근무하는 피고 B를 만나 1997년 혼인을 하여 두 명의 자녀를 낳았고 14년 동안 맞벌이를 했다. 두 사람은 결혼 기간 중 직장, 시댁 등의 문제로 자주 다투었고 그 과정에서 피고 B는 아내인 원고 A에게 수차례 폭행을 가하기도 했다.

뿐만 아니라 B는 A 몰래 부동산 중개업자인 E와 가깝게 지내는 것을 물론 수차례 여행까지 다녀왔다. A는 B와 E가 부적절한 관계를 알게 되었고 2010년 10월, B를 상대로 이혼 소송을 제기하였다.

5) 장현정, 「재산분할청구제도에 대한 여성학적 연구」, 이화여대 석사논문, 1997, 25~26쪽.

6) 장현정, 앞의 논문, 26쪽.

당시 A의 월수입은 280만 원, B의 월수입은 460만 원 정도였고 사립학교 교직원이었다. A가 받을 퇴직급여 및 퇴직수당은 1억1,094만여 원, B가 받을 퇴직금은 3,960만여 원이었다. B는 재판 과정에서 자신보다 상대적으로 높은 A의 퇴직급여와 퇴직수당을 감안하여 퇴직급여 등을 재산분할 대상에 포함시켜야 한다고 주장했다.

나. 대상판결 2

가정주부인 C와 경찰공무원이었던 D는 1993년 혼인생활을 하다가 2008년 별거를 하였다. 그리고 2011년 C는 D에게 이혼 소송을 제기하였다. C는 15년 동안 가사를 주로 분담하는 외에 별다른 소득이 없었고 D는 2006년 6월 정년퇴직을 하고 매달 200만 원의 공무원 연금을 받고 있었다.

C는 소송과정에서 위자료 외에 D가 매달 받고 있는 공무원 연금이 재산분할 대상이라고 주장하며 재산분할을 청구하였다.

2. 원심판결

가. 대상판결 1(대전고법 2013. 5. 9. 선고 2012르231 판결)

1심과 2심은 원고와 피고의 퇴직급여, 퇴직수당 등을 포함시켜 재산분할을 해야 한다는 피고의 주장에 대하여 “장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 장래 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정은 민법 제839조의2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 '기타 사정'으로 참작되면 족하다(대법원 1998. 6. 12. 선고 98므213 판결)”는 기존 판례 입장을 반영하여 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

나. 대상판결 2(수원지법 2012. 6. 12. 선고 2011르2529 판결)

원심은 원고가 1993년 피고와 혼인하여 약 15년간 혼인생활을 하면서 가

사를 전담하였고, 피고가 2006년 경찰공무원에서 퇴직하여 그때로부터 퇴직연금을 수령하여 현재 매월 2,128,600원의 퇴직연금을 받고 있는 사실 등을 고려하여 피고의 퇴직연금수급권을 재산분할의 대상이 된다고 하였다. 또한 “공무원 퇴직연금에는 사회보장적 급여로서의 성격 외에 임금의 후불적 성격이 불가분적으로 혼재되어 있으므로 혼인기간 중의 근무에 대하여 상대방 배우자의 협력이 인정되는 이상 공무원 퇴직연금수급권 중 적어도 그 기간에 해당하는 부분은 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 재산으로 볼 수 있다”며 피고는 원고에게 판결 확정일 다음날부터 피고가 사망하기 전날까지 피고가 매월 지급받는 공무원연금액 중 30% 상당의 금액을 매월 말일에 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

3. 대법원 전원합의체 판결

가. 대상판결 1

대법원은 재산분할의 대상과 관련하여 “민법 제839조의2에 규정된 재산분할제도는 혼인 중에 부부 쌍방이 협력하여 이룩한 재산을 이혼 시에 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 제도이므로, 그 재산이 누구 명의로 되어 있는지 또는 그 관리를 누가 하고 있는지를 묻지 않고 분할의 대상이 된다”며 재산분할의 취지가 혼인 기간 중 형성된 재산을 청산하는 제도인 점, 혼인 생활이 애정이 기초하여 형성되는 것은 물론 우리나라의 정서상 부부의 재산이 형성 과정에서의 실질적 기여와는 무관하게 일방에게 명의신탁이 되는 경우가 많은 점을 고려하여 재산의 명의자인지, 관리자인지 여부를 불문하고 부부 쌍방이 협력하여 형성한 것은 모두 재산분할 대상이 된다는 기존 판례의 태도를 재확인하였다.

한편 기존 판례는 퇴직금에 대하여 “퇴직급여는 사회보장적 급여로서의 성격 외에 임금의 후불적 성격과 성실한 근무에 대한 공로보상적 성격도 지닌다”고 하면서도 “퇴직일과 수령할 퇴직금이 확정되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그가 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그

장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수는 없고, 분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 기타 사정으로 참작하면 충분하다”는 입장을 견지해서 사실상 퇴직금은 재산분할 대상에서 제외되어 왔다.

대상판결은 기존 판례가 퇴직 전 퇴직금을 재산분할 대상에서 제외했던 이유에 대해 “이혼 당시 아직 퇴직하지 아니한 채 직장에 근무하고 있는 경우에는 퇴직 시점을 알 수 없어 장래 수령할 퇴직금을 산정하기 어렵고, 회사의 파산, 징계해고, 형의 선고 등 사정변경으로 인하여 실제 퇴직금의 전부 또는 일부를 수령하지 못하게 될 가능성도 배제할 수 없다” 등의 사유를 제시하였다.

그러나 퇴직급여채권을 재산분할의 대상에서 제외하고 단지 장래의 그 수령가능성을 재산분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 기타 사정으로부터 참작하는 것은 혼인 중 형성한 부부의 재산관계를 이혼 시 청산·분배하는 것을 목적으로 하는 재산분할제도의 취지에 맞지 않을 뿐만 아니라 당사자 사이의 실질적 공평에도 반하므로 퇴직금을 재산분할 대상에 포함시켜야 한다며 기존 판례의 입장을 변경하였다.

대상판결은 “이혼 전에 퇴직한 경우와 비교하여 보면 현저한 차이가 발생하여, 혼인생활의 파탄에도 불구하고 퇴직급여를 수령할 때까지 이혼시기를 미루도록 사실상 강제하는 결과를 초래할 수 있으며 퇴직급여채권을 기타 사정으로부터 참작할 경우에는 실제 어느 정도로 참작할지 그 기준이 명확하지 않고, 분할할 다른 재산이 없는 경우에는 아예 재산분할을 할 수 없고 재산분할의 대상으로 인정되고 있는 다른 재산도 정도의 차이가 있을 뿐 장래 그 경제적 가치가 변동할 수 있고, 특히 채권은 기본적으로 장래 이행되지 않을 가능성이 내포되어 있다” 며 불확실성이나 변동가능성을 이유로 퇴직급여채권을 재산분할의 대상에서 완전히 제외할 경우 오히려 불공평한 결과를 초래할 가능성이 크다고 보았다.

또한 “근로자는 퇴직하기 전에도 퇴직금을 미리 정산하여 지급받을 수 있고, 퇴직한 때로부터 14일 이내에 지급받을 수 있다는 점에서 이행기의 정

함이 없는 일반 채권과 실질적으로 큰 차이가 없고, 퇴직급여의 우선변제 규정과 퇴직급여지급의무를 위반한 사용자의 형사처벌 규정을 고려하면 오히려 일반 채권보다 이행가능성이 크다”는 점을 근거로 들었다.

다만, 대상판결은 사실심 변론종결 시를 기준으로 그 시점에서 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 퇴직급여 상당액의 채권이 재산분할 대상이 된다고 하여, 퇴직금 전체가 아닌 이혼 소송 당시까지의 퇴직금으로 범위를 한정하였다.

위와 같은 취지로 대상판결은 “피고가 예상퇴직급여액을 기준으로 퇴직급여채권을 분할하여 달라고 요구하고 있는 바, 이혼 확정 전의 사실심 변론종결 시를 기준으로 그 시점에서 퇴직할 경우 받을 수 있는 예상퇴직급여 상당액을 각자의 적극재산에 포함시켜 다른 재산과 함께 일괄하여 청산하거나 이에 준하는 적절하고 합리적인 방법으로 재산분할을 할 수 있음에도 원심판결이 원고와 피고의 퇴직급여채권을 재산분할의 대상에서 제외한 것은 재산분할의 대상에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.”며 원심판결 중 재산분할 청구 부분을 파기하고 이 부분을 환송하였다.

나. 대상판결 2

대상판결은 “공무원 퇴직연금에는 사회보장적 급여로서의 성격 외에 임금의 후불적 성격이 불가분적으로 혼재되어 있으므로(대법원 1995. 9. 29. 선고 95누7529 판결 등 참조)혼인기간 중의 근무에 대하여 상대방 배우자의 협력이 인정되는 이상 공무원 퇴직연금수급권 중 적어도 그 기간에 해당하는 부분은 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 재산으로 볼 수 있고” 공무원 퇴직연금수급권을 재산분할의 대상에서 제외하게 되면 “①일시금의 형태로 수령한 경우와 비교하여 현저히 불공평한 결과가 초래되고, ②국민연금법 제64조가 혼인기간이 5년 이상인 경우 이혼한 배우자의 노령연금액 중 혼인기간에 해당하는 연금액의 절반을 지급받을 수 있도록 규정하고 있는 것과도 균형이 맞지 아니하므로, 혼인 중에 취득한 부부의 공동재산을 공평하게 청산·분배하기 위한 재산분할제도의 취지에 반하게 된다.”고 하면

서 수급권자의 여명을 확정할 수 없으므로 퇴직연금 수급권 자체를 재산 분할의 대상으로 할 수 없다고 한 기존의 판례의 취지를 변경하였다.

그리고 연금수급권자인 배우자가 매월 수령할 퇴직연금액 중 일정 비율에 해당하는 금액을 상대방 배우자에게 정기적으로 지급하는 방식의 재산분 할도 가능하고 이러한 경우 재산분할에 의하여 연금수급권자인 배우자로 부터 정기금채권을 취득할 수 있다고 하였다.

원심판결 또한 퇴직연금 수급권 자체를 재산분할의 대상에 포함시켰으나 재산분할 비율에 관해서 대상판결은 원심판결과 견해를 달리하였다.

대상판결은 “재산분할비율은 모든 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산 에 대하여 상대방 배우자로부터 분할받을 수 있는 비율을 일컫는 것이므로, 법원이 합리적인 근거 없이 분할대상 재산들을 개별적으로 구분하여 분할비 율을 달리 정하는 것은 허용될 수 없다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001므718 판결 등 참조)”는 재산분할 비율에 대한 기존 태도를 재확인 하였다.

그러나 공무원 퇴직연금수급권은 “공무원 퇴직연금수급권은 연금수급권자 인 배우자의 여명을 알 수 없어 가액을 특정할 수 없는 등의 특성이 있으 므로, 재산분할에서 고려되는 제반 사정에 비추어 공무원 퇴직연금수급권 에 대한 기여도와 다른 일반재산에 대한 기여도를 종합적으로 고려하여 전체 재산에 대한 하나의 분할비율을 정하는 것이 형평에 부합하지 아니 하는 경우도 있을 수 있다. 그러한 경우에는 다른 일반재산을 구분하여 공 무원 퇴직연금의 분할비율을 전체 재직기간 중 실질적 혼인기간이 차지하 는 비율, 당사자의 직업 및 업무내용, 가사 내지 육아 부담의 분배 등 상 대방 배우자가 실제로 협력 내지 기여한 정도 기타 제반 사정을 종합적으 로 고려하여 개별적으로 정하여야 한다.”며 재산의 성질에 따라 개별적으 로 분할 비율을 정할 수 있다고 하였다.

원심은 공무원 퇴직연금수급권과 다른 일반재산을 구분하지 아니한 채 전 체 재산에 대하여, 재산형성의 경위, 원고와 피고의 실질적인 혼인생활의

기간이 약 15년 이상인 점, 재산분할의 대상이 되는 재산 중 이 사건 아파트는 피고가 원고와 혼인하기 전에 취득한 재산이고, 그 외 대부분의 재산은 피고의 급여로 형성된 점, 피고가 주식투자를 통하여 상당한 수익을 거둔 점, 반면에 원고는 별다른 재산이 없고, 대부분의 혼인생활 동안 가정주부로 지낸 원고에 대한 부양적 요소를 고려할 필요가 있는 점 등 변론에 나타난 모든 사정을 종합하면, 재산분할비율은 원고 30%, 피고 70%로 정하였고 공무원 퇴직연금에 대하여는 피고가 사망할 때까지 매월 수령하는 퇴직연금액 중 마찬가지로 30%의 비율에 의한 돈을 매월 말일에 원고에게 지급하라고 판단하였다.

그러나 대상판결은 “피고의 공무원 연금수급의 기초가 되는 재직기간이 모두 29년인데 그 중 원고와의 혼인기간이 13년이어서 그 혼인기간이 피고의 전체 재직기간의 40% 정도에 그침에도 퇴직연금의 30%를 원고에게 귀속시키는 것은 실질적 혼인기간의 고려라는 점에서만 보면 그 혼인기간에 해당하는 퇴직연금의 대부분을 원고에게 돌리는 것과 같은 결과를 가져오므로 공무원 퇴직연금수급권은 개별적으로 분할비율을 정하는 것이 보다 합리적이 아닌지를 검토했어야 함에도 원심이 공무원 퇴직연금수급권과 다른 일반재산을 구분하지 아니하고 일괄하여 분할비율을 정한 것은 필요한 심리를 다하지 아니하거나 재산분할비율의 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”며 원심판결 중 재산분할 청구 부분을 파기하고 이 부분 사건을 원심법원으로 환송하였다.

III 쟁점

1. 재산분할의 대상의 범위, 분할 방법 및 분할비율

가. 839조의2 규정 방식과 해석

재산분할은 전술한 바와 같이 명의자 중심의 별산제를 취하고 있는 우리

의 민법 체계에서 혼인 취소, 이혼 시 부부의 재산이 실질 관계에 부합하는 분할이 이루어질 수 있도록 마련된 제도이다. 그럼에도 불구하고 839조의2는 재산분할에 관하여 대상, 분할 방법, 비율 산정 기준 등을 구체적으로 규정하지 아니하고 추상적으로 규정해 놓았다. 이로 인해 실질상 재산분할은 법관의 재량에 의해 전적으로 좌우되고 있으며 재산분할의 과오가 판례를 통해서만 수정되고 있어 법의 예측 가능성을 떨어뜨리고 결과적으로 법적 불안정을 초래하는 문제가 계속되고 있다⁷⁾.

나. 재산분할의 대상

1) 대상판결 이전

전술한 바와 같이 재산분할 대상의 범위에 대해서 우리 민법에는 추상적으로 규정되어 있었기 때문에 대부분 판례에 의존해 왔다. 특히 퇴직금은 “혼인 중에 제공한 근로에 대한 대가가 유예된 것이므로 부부의 혼인 중 재산의 일부가 되며, 부부 중 일방이 직장에서 일하다가 이혼 당시에 이미 퇴직금 등의 금원을 수령하여 소지하고 있는 경우에는 이를 청산의 대상으로 삼을 수 있다고 할 것이다(대법원 1995.03.28. 선고 94므1584 판결)”고 하여 재산분할 대상이 될 수 있다고 하면서도 “장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수는 없고(대법원 1995.05.23. 선고 94므1713 판결).”고 하여 이미 발생한 퇴직급여만 재산분할 대상에 포함시켜왔다. 뿐만 아니라 정기적으로 지급되는 퇴직연금의 경우는 “향후 수령할 퇴직연금은 원고의 여명을 확정할 수 없으므로 이를 바로 분할대상 재산에 포함시킬 수는 없다(대법원 1997.03.14. 선고 96므1533 판결)”고 하여 이혼 당시 수령 여부를 불문하고 제외되었다.

이처럼 우리의 재산분할 제도는 당사자의 사정을 고려한 판례의 재량에 따라 재산분할 대상의 범위가 달라지는 문제점이 있었다.

7) 김주수, 앞의 책, 237쪽

이는 사회활동 대신 가사를 주로 전담하는 여성들에게 대단히 불리하게 작용하였다. 전업주부 여성의 경우 가사노동의 기여도가 낮게 평가될 뿐만 아니라 배우자의 퇴직금이 재산분할대상에서 제외됨으로써 이혼 후 대부분 경제적 독립을 이루기 어려웠다. 이 때문에 혼인관계가 이미 파탄난 경우에도 전업주부 여성은 경제적 어려움 때문에 억지로 혼인생활을 유지하였고 사실상 여성의 혼인의 자유를 제한해 왔다.

2) 외국의 사례

외국의 경우 재산분할 대상과 관련하여 눈길을 끄는 것은 혼인주택의 처리 문제와 가치의 평가가 불분명한 재산을 재산분할의 대상에 포함시키는지 여부이다.

혼인주택은 이혼하는 부부에게 있어 유일한 재산이거나 가장 중요한 가치를 지닌 재산인 경우가 대부분이다. 게다가 부부 공동체의 거주 공간으로서의 의미도 매우 크기 때문에 혼인주택의 소유자가 아닌 배우자는 새로운 생활 공간을 마련해야 한다는 점에서 큰 부담으로 작용한다.

프랑스의 경우 혼인주택이 일방 배우자의 소유라도 ①자녀에 대한 친권이 소유권 없는 배우자에게 맡겨진 경우 ②혼인의 장기파탄을 원인으로 주택의 소유자인 배우자가 제기한 이혼소송이 인용된 경우에는 법관의 결정에 의해 소유자가 다른 쪽 배우자에게 혼인주택을 임대한 것으로 할 수 있다. 다만 임대 기간은 ①의 경우는 자녀가 성년이 될 때까지, ②의 경우는 9년을 초과하지 못하지만 판결로 연장 가능하며 다른 쪽 배우자가 재혼하면 임대차는 종료한다⁸⁾.

과거에는 부부의 재산이 부동산, 동산과 같은 유형적 재산이 대부분이었으나 현대에는 각종 전문자격이나 저작권과 같은 비유형적 재산의 형태가 점차 늘어나고 있다. 이러한 비유형적 재산의 경우 재산적 가치의 평가시점, 객관적 평가방법에 어려움이 존재하는 것이 사실이다.

8) 이화숙, 『비교 부부재산관계법』, 세창출판사, 2000., 169쪽.

미국은 이혼 시 분배되는 재산분할의 대상에 전문적 지위와 자격증, 퇴직연금, 군임연금 등의 인적재산도 포함시키고 있다. 이러한 인적재산을 New Property라고 하는데 1985년 뉴욕고등법원이 부(夫)의 의사자격증이 혼인 재산에 포함되므로 형평하게 분배하라고 한 이래로 다른 주에서도 전문직업과 관련된 자격증, 사업수취계정, 추정가치 및 영업권과 같은 권리까지 확대되고 있는 추세이다. 특히 전문직업 자격증을 재산분할 대상으로 인정하지 않는 메릴랜드 주 같은 경우는 부부 한쪽이 전문 기술을 취득함에 있어 나머지 배우자의 금전적 기여가 있는 경우에는 이혼수당(alimony)을 정할 때 고려하도록 하고 있는⁹⁾ 등 비유형적 재산을 혼인재산으로 인정하는데 적극적인 태도를 취하고 있다.

3) 대상판결 의미와 한계

(가) 대상판결의 의미

대상판결은 먼저 퇴직급여가 재산분할 대상에 포함된다는 점을 명확히 함으로써 추상적으로 규정된 민법 839조의2 제2항의 재산분할 대상의 범위를 확장했다는 것에서 그 의의를 찾을 수 있다.

과거에는 부부의 재산관계 중 부동산이나 예금과 같은 유형적 재산이 큰 비중을 차지했다. 그러나 현재는 부부 재산관계에서 무형적 재산의 가치가 점차 늘고 있다. 퇴직금, 연금, 지적재산권뿐만 아니라 배우자가 혼인 기간 중 협력에 의하여 전문자격을 취득하는 경우 그로 인하여 증가될 부부의 잠재적 재산의 가치는 훨씬 크다고 할 것이다. 그러므로 대상판결의 변화된 태도는 무형적 재산이라도 재산분할의 요건을 갖춘 경우 대상에 포함시켰다는 점에서 대상판결은 바람직한 변화라 할 것이다.

(나) 대상판결의 한계

대상판결에 의한 판례 변화에도 불구하고 우리 민법 839조의2 제2항의 재

9) 이회숙, 위의 책, 237쪽.

산분할 규정은 여전히 추상적이고 애매하다. 프랑스의 경우와 같이 포괄적¹⁰⁾으로 규정하더라도 혼인주택과 같이 중요한 재산의 예외적 분할방식을 규정해 놓는 것도 재산분할의 기준을 명확히 하는 방법이 될 것이다.

또한 전술한 바와 같이 무형적 재산의 가치가 점차 중요해지는 현대사회의 특성을 고려하여 미국과 같이 무형적 재산권을 재산분할 대상에 적극 포함시킬 뿐만 아니라 무형적 재산권의 재산적 가치 산정의 방식에 대한 연구도 활발히 이루어져 재산분할이 실질적으로 이루어지도록 노력해야 할 것이다.

다. 재산분할의 방법 및 분할 비율

1) 대상판결 이전

대상판결 이전에는 “민법 제839조의2 제2항의 취지에 비추어 볼 때, 재산분할비율은 개별재산에 대한 기여도를 일컫는 것이 아니라, 기여도 기타 모든 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산에 대하여 상대방 배우자로부터 분할 받을 수 있는 비율을 일컫는 것이라고 봄이 상당하고, 또한, 부부 일방이 혼인 중 제3자에게 채무를 부담한 경우에 그 채무 중에서 공동재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무는 청산의 대상이 되는 것이므로, 부부 일방이 위와 같이 청산의 대상이 되는 채무를 부담하고 있어 총 재산가액에서 위 채무액을 공제하면 남는 금액이 없는 경우에는 상대방의 재산분할 청구는 받아들여질 수 없는 것이다(대법원 1997. 9. 26. 선고 97므933 판결 참조). 따라서 법원이 합리적인 근거 없이 적극재산과 소극재산을 구별하여 분담비율을 달리 정한다거나, 분할대상 재산들을 개별적으로 구분하여 분할비율을 달리 정함으로써 분할할 적극재산의 가액을 임의로 조정하는 것은 허용될 수 없다고 할 것이다(대법원 2002.09.04. 선고 2001므718 판결).”라고 하여 재산분할 비율은 재산을 개별적으로 구분하여 분할비율을 달리 정할 수 없다고 하였다.

10) 프랑스는 부부 각자의 고유재산을 제외한 부부공동재산에 대한 부부 각자의 채권과 채무를 정리한 나머지를 1/2로 나누고 이혼 후 배우자 사이의 상대적 생활수준의 격차를 줄이기 위해 보상금지급 청구를 인정하고 있음

2) 외국의 사례

재산분할 비율을 산정함에 있어 프랑스나 독일은 비교적 명확한 기준을 가지고 있는 반면 영국은 우리나라처럼 법관의 재량에 의존하고 있다.

프랑스는 부부 각자의 고유재산을 제외하고 부부공동재산에 대하여 상환 의무가 있거나 상환받을 권리가 있는 경우 이를 먼저 계산하고 그 남은 재산에 대하여 1/2씩 분배하는 것을 원칙으로 한다. 1976년 개정 이혼법에서는 이외에 이혼 후 각 배우자간의 생활수준의 격차가 발생하는 것을 해소하기 위해 경제적 능력이 낮은 배우자가 경제적 능력이 높은 배우자에게 보상금을 지급하도록 하는 제도를 두면서 보상의무 수준에 따라 공동재산의 분배 비율을 조정하고 있다¹¹⁾.

독일은 각 배우자가 혼인 당시 가지고 있던 당초재산과 혼인 종료시 가지고 있던 종말재산을 화폐가치로 환산한 다음 그 차액(부가이익)을 비교하여 상대적으로 많은 부가이익을 얻은 배우자가 적은 이익을 얻은 배우자에게, 상대 배우자의 부가이익을 초과한 액수의 1/2을 지급하도록 하고 있다¹²⁾.

	부(夫)		처(妻)	
	재산	채무	재산	채무
혼인 시 (당초재산)	100만원	20만원	50만원	
혼인 해소시 (종말재산)	300만원	50만원	150만원	50만원
부가이익	170만원(250만원-80만원)		50만원(100만원-50만원)	

독일의 부가이익청산제도에 따르면 위 표의 부(夫)의 경우 당초재산은 80만원(100만원-20만원)이고 종말재산은 250만원(300만원-50만원)으로서 당초재산으로부터 종말재산이 증가한 부가이익은 170만원이 된다. 처(妻)의 경우는 당초재산은 50만원이고 종말재산은 100만원(150만원-50만원)

11) 이화숙, 앞의 책, 167쪽.

12) 이화숙, 앞의 책, 225쪽.

이며 부가이익은 50만원이 된다. 이때 부(夫)의 부가이익이 처(妻)의 부가 이익보다 120만원(170만원-50만원)이 더 증가하였으므로 부(夫)는 60만원 (120만원÷2)을 처(妻)에게 지급해야 하는 것이다.

우리나라처럼 별산제를 취하고 있는 영국은 각자 고유재산을 제외하고 혼인생활 중 함께 사용해온 재산을 공동재산으로 보아 분할 대상으로 삼아 왔다. 그러므로 우리와 동일하게 혼합된 재산을 명의만을 기준으로 재산분할을 하게 되면 혼인생활의 특수성을 반영하지 못해 불합리한 결과를 초래하게 되므로 혼인 해소시 별산제와 현실의 괴리를 어떻게 반영하여 적절한 재산분할을 할지를 두고 많은 고민을 해 왔다. 영국은 법에서 재산권과 부양권을 엄격히 구분하고 있는데 혼인 해소시 법관이 재량으로 재산분할과 부양권을 상호보완하여 활용하도록 하였다. 다만 법관에 재량에 의하더라도 영국은 재산분할은 재산의 1/3에서, 부양료는 부부소득의 1/3에서 출발하여 재분배를 한다는 원칙을 판례를 통해 확고히 정립했다. 따라서 당사자의 사정에 따라 차이는 있으나 적어도 혼인 중 소득활동이 없는 처(妻)라도 부(夫) 명의의 재산의 1/3을 분할받을 수 있고, 부양료로서 부(夫) 소득의 1/3을 지급받을 수 있다¹³⁾.

3) 대상판결 의미와 한계

(가) 대상판결의 의미

재산분할을 하는 과정에서 재산의 각각의 특성상 모두 요소를 고려하여 일괄적으로 재산분할 비율을 정하고 그와 같은 비율은 동일하게 적용하는 것은 무리가 있다. 과거에는 재산분할 대상에는 부동산, 동산과 같은 유형의 자산이 많아 재산분할 당시의 감정가를 기준으로 부부 공동생활을 위한 부담하게 된 제3자에 대한 채무를 공제한 나머지를 기준으로 종합적인 재산분할 비율이 가능하였을지 모르나 위에서 언급한 바와 같이 부부가 형성하는 재산의 형태나 소유 형식이 지적재산권, 증권, 전문자격, 보험,

13) 이화숙, 앞의 책, 180쪽.

연금수급권 등 다양해지고 있으므로 과거와 같은 종합적인 분할 방식과 분할 비율의 적용은 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 대상판결이 합리적인 경우에는 재산에 따라 개별적으로 분할 비율을 고려할 수 있다고 판례를 변경한 것은 매우 의미가 있다.

(나) 대상판결의 한계

대상판결은 원심이 공무원 퇴직연금에 대해 다른 재산과 동일한 재산분할 비율을 적용한 것은 문제가 있다고 지적하면서 개별적으로 고려한 분할 비율을 적용해야 한다는 취지의 판결을 하였다.

그런데 퇴직연금의 분할 비율을 산정하는 대법원의 설명을 보면 연금 수급을 위한 재직기간과 혼인기간을 비교한 후, 다시 그 혼인기간 동안의 기여도를 반영하여 퇴직연금의 재산분할 비율을 정하도록 하고 있다. 즉, 대상판결에 의하면 혼인기간이 상대방 배우자의 재직 기간의 약 40% 정도이고 재산분할 비율에 고려된 배우자의 기여도를 위 40%에 적용하면 원심이 적용한 재산분할비율인 30%보다 낮아져야 한다는 것이다.

물론 연금 수급의 기초가 되는 재직기간보다 혼인기간이 짧으므로 일용 타당해 보이기도 하지만, 혼인기간 동안 여성의 내조에 힘입어 승진 등 상대방의 사회적 지위가 상승하는 등을 감안하면 혼인기간 내로만 한정하는 것은 부당한 측면도 있다. 또한 기여도를 산정할 때 경제소득을 가장 중요하게 고려하면서도 여성의 가사노동과 양육을 저평가¹⁴⁾하는 것은 물론 여성의 경우 혼인생활의 유지, 미성년 자녀의 양육을 위해 경제활동을 포기

14) 박복순, 「여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 입법과제(II)」, 『젠더리뷰』 제 31권, 2013., 171쪽.

전업주부인 여성이 이혼하는 경우 1998년 판결에서 여성의 재산분할 비율 중 21~40%를 인정받은 경우가 전체 판결 중 69.2%, 2013 판결에서는 여성의 재산분할 비율 중 21~40%를 인정받은 경우가 44.2%로 가장 많은 비중을 차지하였으나, 부업을 가진 여성의 경우에는 1998년 판결에서 여성의 재산분할 비율 중 21~40%를 인정받은 경우는 55.6%로 전업주부보다는 재산분할에서 조금 높은 경향을 보이고 2013년 판결에서는 여성의 재산분할 비율 중 50%를 인정받은 경우가 51.6%로 가장 높은 비중을 차지하여 전업주부의 경우에는 재산분할 비율이 높지 않음.

하거나 가정생활과의 양립을 위해 혼인 전 다녔던 직장보다 사회·경제적 대우가 낮은 직업 활동을 선택하는 경우가 많음¹⁵⁾에도 이와 같은 혼인으로 인해 여성이 포기하는 기회비용은 전혀 고려하지 아니한 현재의 기여도를 연금의 재산분할 비율에 그대로 적용하는 것 역시 문제가 있다.

또한 재산분할은 부부재산의 청산의 의미도 있으나 부양적 성격도 함께 가지고 있다는 것이 통설이다. 더구나 퇴직 연금은 후불 임금의 성격뿐만 아니라 사회보장적 급여로서 성격을 지니고 있기 때문에 대상판결과 같이 청산 대상의 의미만을 파악하여 재산분할 비율만을 엄격히 적용하는 것은 부당하다. 국민연금법 제64조에는 혼인기간이 5년 이상인 경우 이혼한 배우자의 노령연금액 중 혼인기간에 해당하는 연금액의 절반을 지급받을 수 있도록 규정하고 있는 것도 이러한 사회보장적 급여를 고려한 것이다.

그러므로 대법원이 퇴직연금에 대하여 개별적 재산분할 비율을 적용하도록 하면서도 혼인기간과 기여도만을 고려하여 산정하도록 한 것은 재산분할의 적절한 비율 산정의 방식이라고 볼 수 없다.

IV 결론

과거에 비해 이혼율이 급등하고 있다. 이러한 현상을 보면 과거보다 혼인 생활을 유지할 지에 대한 선택의 자유가 확대된 것처럼 보인다. 이혼 후 경제적 자립이 어려워 이혼을 포기했던 시절에 비해 여성의 사회적 진출과 경제적 지위가 조금씩 확대되면서 나아진 결과이다.

아직도 우리 판례들을 보면 가사를 전담한 여성의 경우에는 2013년 현재에도 재산분할 시 대부분 40%이하의 비율로 재산을 분할 받고 있다¹⁶⁾.

15) 김용원, 「판례에 나타난 부부재산 분할제도의 운용실태 분석」, 『가족법연구』 제23권 2호, 2009.

16) 박복순, 앞의 논문, 171쪽.

1998년 당시 40%이하의 비율로 재산분할을 받는 여성이 대부분이었고 다만 69.2%에서 44.2%로 전체 판례에서 차지하는 비율만 낮아졌을 뿐이다.

재산분할 대상을 확대하고 재산에 따른 개별적 재산분할 비율을 적용한다는 이번 판례들은 변화하는 시대상을 반영하고 실질에 맞는 재산분할을 하기 위한 시도라는 점에서 분명 의의가 있다 할 것이다.

그러나 법관의 재량에 의존하는 현재의 재산분할 규정이 근본적으로 개선되지 않는 한 편견에 따른 불공정한 재산분할은 여전히 존재할 수밖에 없을 것이다.

그러므로 프랑스처럼 우리 민법에 재산분할 대상 중 일부를 명시하거나 독일의 경우와 같이 일반적인 분할 비율을 명시한 다음 여러 참작 기준을 고려하여 조절하는 등 분할 방법, 분할 비율, 참작 기준 등을 구체적으로 마련해야 할 것이다.

- 자녀의 복지를 기준으로 한 친권자 및 양육자 지정

3

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 조아라

대상판결

대법원 2008. 5. 8. 선고 2008므380 판결¹⁾

대법원 2010. 5. 13. 선고 2009므1458, 1465 판결²⁾

1) 관여 대법관 : 대법관 박시환(재판장), 김능환(주심), 양승태, 박일환.

2) 관여 대법관 : 대법관 김능환(재판장), 김영란(주심), 이홍훈, 민일영.

I 들어가며

현행민법 제912조 제1항은 ‘친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다.’고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 ‘가정법원이 친권자를 지정함에 있어서는 자(子)의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다. 이를 위하여 가정법원은 관련 분야의 전문가나 사회복지기관으로부터 자문을 받을 수 있다.’고 규정하고 있다.

위 조문은 친권 행사 및 친권자 지정에 있어서 ‘자녀의 복리 원칙’을 선언하고 있는 조문이다. ‘자녀의 복리 원칙’이란 법원이 자녀의 양육 또는 자녀의 재산의 관리나 그 재산으로부터의 소득의 활용에 관한 문제를 결정할 때 자녀의 복리를 최상으로 고려하여야 한다는 것이다³⁾. 그러나 우리 민법의 규정은 보다시피 단 한 조문에 불과하고 또한 2005년에 비로소 우리민법에 반영된 것이다. 결국 ‘자녀의 복리 원칙’이 무엇인지, 친권자 및 양육자 지정에 있어서 법원이 이를 어떠한 기준으로 판단할 것인지는 이론과 판례를 통하여 정립될 수밖에 없다.

이 글에서는 우리 민법이 ‘친권’에 대하여 어떻게 규정하여 왔는지를 살펴 보면서 이를 구체화한 판결을 검토하여 ‘자녀의 복리 원칙’의 의미와 구체적인 판단기준을 살펴본다.

II 우리민법에 반영된 친권의 의미

1. 친권의 개념

친권(親權)이란 부모가 미성년인 자식에 대하여 보호·감독을 내용으로 하는 신분상·재산상의 권리와 의무를 통틀어 이르는 말이며, 양육(養育)이란

3) 김유미, 「자녀복리의 관점에서 본 한국 친권법」, 서울대학교 박사논문, 1995, 41쪽.

아이를 보살피서 자라게 함을 말한다.⁴⁾ 친권은 자의 양육과 재산에 관한 사항을 포괄⁵⁾하므로 양육권은 친권의 한 부분이라고 볼 수 있다.

우리민법 시행 이래 친권은 계속 제4편 친족 제4장 부모와 자 부분에 규정되어 왔다. 민법의 개정 과정을 보면 우리 사회에서 친권의 의미가 어떻게 변화하여 왔는지 잘 드러난다.

2. 친권에 대한 민법 규정

가. 1960년 제정민법⁶⁾

1960년 제정민법에 의하면 친권은 부(父)의 자(子)에 대한 지배권을 의미한다. 가부장제 가족제도 하에서 자녀는 가장인 아버지의 권위에 절대 복종해야만 하는 대상에 지나지 않았으며, 가족 내에서 하나의 독립된 인격체로서 인정되지 않았다.⁷⁾ 친권은 오로지 부에게 귀속되었으며, 부가 없거나 친권을 행사할 수 없는 경우에만 모(母)가 친권자가 될 수 있었다. 또한 부모가 이혼한 경우 모는 전(前)혼인 중 출생한 자의 친권자가 될 수 없었다.

나. 1977년 개정민법⁸⁾

1977년 개정민법은 친권의 부모 공동행사를 규정한다. 그러나 부모의 의견이 일치하지 않는 경우에는 부가 행사하는 것을 원칙으로 한다고 하여 부의 지배권이 우선시되었고, 이는 이혼 시 여전히 모는 친권자가 될 수 없었다는 점에서도 잘 드러난다.

4) 국립국어원 표준대국어사전 <http://stdweb2.korean.go.kr>

5) 김주수/김상용, 『친족·상속법』, 법문사, 2014., 406쪽.

6) 법률 제471호, 1958.2.22, 제정.

7) 위의 책, 389쪽.

8) 법률 제3051호, 1977.12.31, 일부개정.

다. 1990년 개정민법⁹⁾

이러한 민법의 친권 규정은 1990년 개정민법에 이르러 획기적인 변화를 이룬다. 부모의 의견이 일치하지 않는 경우 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하게 하도록 한 것은 물론, 부모가 이혼한 경우 협의 내지 가정법원의 결정에 의하여 친권자를 정하도록 함으로써 모(어머니)도 친권자가 될 수 있도록 한 것이다. 이러한 개정을 통하여 적어도 법문 상으로는 자에 대한 관계에서 부모 간의 성(性)평등이 실현되었다고 볼 수 있다¹⁰⁾.

라. 2005년 개정민법¹¹⁾

친권이 부모의 의무라는 점은 2005년 개정민법에 이르러서야 비로소 법문에 반영된다. 2005년 개정민법은 ‘복종’이라는 단어를 삭제하고 ‘부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. 양자의 경우에는 양부모(養父母)가 친권자가 된다.’¹²⁾라고만 규정한다. 또한 제912조에 ‘친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다.’고 규정함으로써 친권 행사에 있어서 ‘자녀의 복리 원칙’을 명문으로 규정하였다. 이로써 드디어 부모와 자의 관계가 지배와 복종에서 벗어났으며, 친권법이 미성년인 자의 인권을 존중하는 방식으로 변화하였다고 볼 수 있다¹³⁾.

9) 법률 제4199호, 1990.1.13, 일부개정.

10) 1990년 개정으로 친권이 아버지의 자녀에 대한 지배권이 아니라 자녀의 보호와 교양을 위한 부모 모두의 의무인 동시에 권리라는 사고가 자리 잡는 계기가 되었다는 평가가 있다(김주수/김상용, 앞의 책, 제389쪽). 그러나 아직까지도 친권은 자녀에 대한 의무보다는 권리라는 측면이 훨씬 강하였고, 이는 ‘미성년인 자는 부모의 친권에 복종한다’는 문구에서 잘 드러난다. 1990년 개정민법(법률 제4199호) 제909조 제1항.

11) 법률 제7427호, 2005.3.31, 일부개정.

12) 2005년 개정민법(법률 제8720호) 제909조 제1항. 1977년 개정민법에서도 ‘복종’이라는 단어가 삭제된 바 있으나 1990년 개정민법에 다시 들어왔다가 2005년 개정민법에서 다시 삭제되었다.

13) 국제연합 『아동의 권리에 관한 협약(The Convention on the Rights of the Child)』 제3조 “1. 공공·민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 입법기관 등은 아동과 관련된 활동을 함에 있어 아동에게 최상의 이익이 무엇인지 가장 먼저 고려해야 한다. 2. 당사국은 아동의 부모, 후견인 및 기타 아동에 대해 법적 책임이 있는 자의 권리와 의무를 고려해 아동복지에 필요한 보호와 배려를 보장하고, 이를 위해 입법적, 행정적으로 모든 적절한 조치를 취해야 한다.”

마. 2011년 개정민법¹⁴⁾ 및 현행민법

친권자와 양육자 지정이 문제가 되는 때는 역시 이혼, 특히 재판상 이혼의 경우이다. 자녀의 복리는 부모가 친권을 행사하는 경우뿐만 아니라, 법원이 친권자를 지정할 때에도 존중해야 할 가장 중요한 원칙이므로, 2011년 개정민법에서는 제2항을 신설하여 “가정법원이 친권자를 지정함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다. 이를 위하여 가정법원은 관련 분야의 전문가나 사회복지기관으로부터 자문을 받을 수 있다”는 규정을 추가하였다¹⁵⁾.

3. 소결

결국 우리민법에 반영된 친권의 의미는 ‘부의 자녀에 대한 지배권’ 또는 ‘부모의 자녀에 대한 지배권’에서 ‘자녀의 보호와 교양을 위한 부모 모두의 의무인 동시에 권리’ 그리고 ‘미성년자의 인권보장을 위한 부모의 의무이자 권리’로 변천되어 왔고 지금도 변천해가는 중이라고 할 것이다.

III 대상판결

1. 대상판결 1 : 2008므380 판결

가. 사건의 개요

- 1) 원고와 피고는 1991년 무렵부터 동거를 시작하여 1998. 12. 28. 혼인신고를 마친 부부이다.
- 2) 원고와 피고는 혼인 후 아이를 출산하지 못하다가 그 원인이 원고의

14) 법률 제10429호, 2011.3.7., 일부개정.

15) 김주수/김상용, 앞의 책, 407쪽.

무정자증에 있는 것으로 밝혀지자 2001년경 피고가 제3자의 정자를 인공수정 받아 쌍생아인 사건본인들을 출산하였다.

- 3) 원고는 동거 시작 후 얼마 지나지 않아서부터 피고에게 폭행과 욕설을 일삼았으며 피고의 친정 식구들에게도 욕설을 하여 왔고, 원고가 친구와 새벽에 술에 취한 채 칼을 휘두르며 싸우는 바람에 피고가 임신 3개월 만에 유산된 바 있다.
- 4) 피고는 2006. 7.경 원고와 크게 다툰 후 집을 나와 원고와 별거하기 시작하였으며, 사건본인들은 피고가 경제적 능력이 부족하지만 친정언니의 도움을 받아 보호·양육하여 오고 있다.
- 5) 원고는 피고에 대하여 이혼과 위자료를 청구하는 소를 제기하였다.

나. 판결 내용

1) 원심¹⁶⁾

원심은 친권자 및 양육자 지정에 관하여 원고로 하여금 사건본인들을 양육하고 그에 대한 친권을 행사하게 하는 것이 사건본인들의 복리를 위하여 상당하다고 판단하였다.

2) 대법원

이에 대하여 대법원은 원심판결 중 사건본인들에 대한 친권자 및 양육자 지정 청구에 관한 부분과 면접교섭에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 광주지방법원 본원 합의부로 환송하였다.

대법원은 상고이유를 판단하면서 “자의 양육을 포함한 친권은 부모의 권리이자 의무로서 미성년인 자의 복지에 직접적인 영향을 미치므로 부모가 이혼하는 경우에 부모 중 누구를 미성년인 자의 친권을 행사할 자 및 양

16) 광주지방법원 2008. 1. 24. 선고 2007르303 판결.

육자로 지정할 것인가를 정함에 있어서는, 미성년인 자의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, 미성년인 자의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다”고 하여 ‘자녀의 복리 원칙’의 구체적인 판단기준을 적시하였다.

그리고 구체적인 파기환송의 이유로 “사건본인들은 피고가 인공수정을 통하여 출생한 점, 원고와 피고가 별거하기 시작한 이래 피고가 사건본인들을 양육해 오고 있는데 그동안 양육에 특별한 문제가 있었던 것으로는 보이지 아니하는 점, 사건본인들은 현재 6세 남짓의 어린 나이이어서 정서적으로 성숙할 때까지는 어머니인 피고가 양육하는 것이 사건본인들의 건전한 성장과 복지에 도움이 될 것으로 보이는 점, 피고가 사건본인들의 양육에 필요한 경제적 능력을 구비하고 있는지에 의문이 있을 수 있으나 이는 원고와 양육비를 분담함으로써 어느 정도 극복할 수 있다고 볼 것인 점”을 들었다.

특히 대법원은 “사건본인들에 대한 현재의 양육상태에 변경을 가하여 원고를 그 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 정당하기 위하여는, 피고로 하여금 계속하여 양육하게 하는 것은 사건본인들의 건전한 성장과 복지에 도움이 되지 아니하고 오히려 방해가 되고, 원고를 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 사건본인들의 건전한 성장과 복지에 도움이 된다고 볼 수 있어야 할 터인데, 이를 인정할 만한 사정은 기록상 찾아볼 수 없다”고 판시하여 미성년인 자의 현재의 양육상태 변경을 정당화하기 위한 요건에 관하여 설시하였다.

2. 대상판결 2 : 2009므1458, 1465 판결

가. 사건의 개요

- 1) 원고와 피고는 1995. 4. 20. 혼인하여 신고를 마친 법률상 부부로서, 그들 사이에 사건본인을 자식으로 두고 있다.

- 2) 피고는 과거 고등학교를 졸업한 후 집에서 생활하던 중 불안장애증상이 나타나자 1989.경부터 대구정신병원에서 1년 정도 통원치료를 받았으며, 1990. 1. 25. 정신분열증으로 병역면제 처분을 받았다. 원고는 대구정신병원에서 간호조무사로 있으면서 불안장애 증상으로 치료를 받던 피고를 알게 되어 잠시 교제를 하다가 1994.경 피고의 연락으로 다시 만나 교제한 후 피고와 혼인하였다.
- 3) 혼인 후 원고와 피고는 직장생활을 하였으나 각자의 급여가 많지 않았고, 이후 친척들의 도움을 받아 가면서 생활하였으나 형편이 개선될 가능성이 없자 수시로 다투게 되었다.
- 4) 원고와 피고는 2006. 4. 17.경 다시 채무 문제 등으로 심하게 다툰 후 피고가 사건본인과 함께 김천으로 이사를 함에 따라 그때부터 별거를 하게 되었고, 현재 사건본인은 피고가 양육하고 있다.
- 5) 한편, 피고는 2006. 1. 25.경부터 2007. 6. 16.경까지 대구의료원 정신과에서 여러 번에 걸쳐 공황장애로 통원치료를 받았다.

나. 판결 내용

1) 원심¹⁷⁾

원심은 친권자 및 양육자 지정에 관한 피고의 항소를 기각하면서 원고를 친권자 및 양육자로 지정한 제1심¹⁸⁾을 유지하였다.

원심은 그 이유로 “① 이 사건에서는 양육과 관련된 원·피고의 사건본인에 대한 애정과 양육의사, 건강상태, 사건본인과의 친밀도 및 사건본인의 의사 등을 감안할 때 원·피고 중 어느 일방이 더 우월하다고 할 수 없고

17) 대구고등법원 2009.03.27. 선고 2008르152, 169 판결.

18) 대구지방법원 가정지원 2008. 3. 27. 선고 2006드단19988, 2006드단22854 판결.

원·피고에게서 사건본인의 양육에 장애가 될 만한 사정도 찾을 수 없으므로 사건본인의 나이와 성별을 우선적으로 고려할 수밖에 없는데, 사건본인은 현재 9세 남짓된 어린 여아로서 정서적으로 성숙할 때까지 어머니인 원고가 양육하는 것이 사건본인의 건전한 성장과 복지에 도움이 될 것으로 보이는 점, ② 피고가 사건본인의 친권자 및 양육자로 지정되더라도 아버지의 주택에서 거주하면서 사건본인을 양육해야 할 처지에 있고, 소프트웨어를 제작·판매하여 얻는 소득이 고정적이지 않아 아버지에게 경제적으로 의존할 가능성이 있으므로, 경제적 능력에서 식당종업원 등으로 일하면서 급여를 받을 수 있는 원고보다 더 우월하다고 할 수 없는 점, ③ 피고가 2006. 4. 17. 경부터 현재까지 사건본인을 양육하고 있으나 원고도 2006. 12. 19. 제1심 법원으로부터 사전처분을 받아 사건본인을 데려가거나 면접교섭을 하여 왔으므로 현재의 양육 상태를 변경하더라도 사건본인의 정서적 안정이나 성장에 장애가 될 것으로 보이지 않는 점 등”을 들었다.

2) 대법원

이에 대하여 대법원은 원심판결 중 친권행사자 및 양육자 지정 청구와 양육비 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대구고등법원으로 환송하였다.

대법원은 상고이유를 판단하면서 위 대상판결 1이 판시한 ‘자녀의 복리 원칙’의 구체적인 판단기준을 따른다는 점을 명확히 하였다.

그리고 구체적인 파기환송의 이유로 “피고는 원고와의 별거 이후 수년간 사건본인을 양육해 오면서 그 건강한 성장에 필요한 부모의 역할을 다하기 위하여 세심하고 성실하게 사건본인을 보살펴 왔고 그 결과 사건본인의 피고에 대한 정서적 유대관계가 원고의 경우보다 더욱 친밀하게 형성되어 있는 점, 이에 따라 사건본인은 원고와 피고가 헤어질 경우 피고와 같이 살고 싶다는 의사를 분명히 밝히고 있는 점, 피고는 지금처럼 아버지의 집에 살면서 그곳에서 컴퓨터 소프트웨어를 개발하거나 아버지의 농사를 도와 가며 사건본인을 양육할 계획이어서 사건본인을 직접 돌보는 데

별다른 지장이 없을 것으로 보이는 반면, 원고는 레스토랑을 운영하면서 사건본인을 양육할 계획이어서 그 양육의 상당 부분을 제3자에게 의존할 수밖에 없는 형편인 점, 그 밖에 사건본인에 대한 애정과 양육의사, 건강 상태, 경제적 능력에 있어서는 원·피고 간에 사건본인에 대한 양육적합성의 우열을 가릴만한 뚜렷한 차이는 없는 점”을 들었다.

특히 대법원은 “피고로 하여금 사건본인을 계속하여 양육하게 하더라도 사건본인의 건전한 성장과 복지에 방해가 되지 아니하고 오히려 도움이 된다고 할 수 있으므로, 이러한 현재의 양육상태에 변경을 가하여 원고를 사건본인에 대한 친권행사자 및 양육자로 지정하는 것이 정당화되기 위하여는 그러한 변경이 현재의 양육상태를 유지하는 경우보다 사건본인의 건전한 성장과 복지에 더 도움이 된다는 점이 명백하여야 한다. 그런데, 사건본인의 양육에 있어 피고가 그동안 수행해 온 역할, 그에 기하여 형성된 사건본인과 피고의 정서적 친밀도, 그 친밀도가 반영된 사건본인의 의사, 피고의 사건본인에 대한 직접적 양육의 가능성 등 이 사건에 고유한 앞서의 사정들에 비추어, 단지 어린 여아의 양육에는 어머니가 아버지보다 더 적합할 것이라는 일반적 고려만으로는 위와 같은 양육상태 변경의 정당성을 인정하기에 충분하지 아니하다”고 판시함으로써 대상판결 1이 제시한 미성년인 자의 현재의 양육상태 변경을 정당화하기 위한 요건을 사안에 적용하였다.

IV 대상판결의 의미

1. ‘자녀의 복리 원칙’의 구체화

가. 자녀의 복리 판단기준

대상판결 1은 대법원이 2005년 개정을 통하여 민법에 도입된 ‘자녀의 복리 원칙’을 처음으로 구체화한 판결이라는 점에서 그 의의가 있다.

대법원은 위 판결에서 ① 미성년인 자의 성별과 연령, ② 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무, ③ 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, ④ 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, ⑤ 미성년인 자의 의사라는 다섯 가지를 예로 들면서, 위 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다고 밝혔다.

위 대상판결 1이 나온 이후로 친권자 및 양육자 지정에 있어서 대상판결 2를 비롯한 여러 판례¹⁹⁾들이 위 기준을 확인하고 있다. 위 기준들을 대상판결들의 사안에 적용하여 구체적인 판례의 태도를 살펴본다.

나. 구체적 검토

1) 미성년인 자의 성별과 연령

대체로 나이가 어리고 여자아이일수록 모성을 우선하는 것으로 보인다. 대상판결 1 역시 “사건본인들은 현재 6세 남짓의 어린 나이이어서 정서적으로 성숙할 때까지는 어머니인 피고가 양육하는 것이 사건본인들의 건전한 성장과 복지에 도움이 될 것으로 보이는 점”이라고 하여 이를 뒷받침한다. 다만 대상판결 2의 “단지 어린 여아의 양육에는 어머니가 아버지보다 더 적합할 것이라는 일반적 고려만으로는 위와 같은 양육상태 변경의 정당성을 인정하기에 충분하지 아니하다”는 판시에 비추어 볼 때 이는 절대적인 기준은 아니며, 단지 어린 자녀의 양육에는 어머니가 더 적합할 것이라는 일반적 고려만으로 양육자를 결정하는 것은 적절하지 아니하다²⁰⁾고 할 것이다.

2) 부모의 애정과 양육의사 유무

자의 건전한 성장과 복지에 있어서 가장 중요한 기준이라고 할 수 있다.

19) 대법원 2009.4.9. 선고 2008므3105,3112 판결, 대법원 2013.12.26. 선고 2013므33383,33390 판결 등

20) 장준현, 「부모의 이혼에 따른 친권행사자 및 양육자 지정의 판단 기준과 고려요소」, 『대법원판례해설』 제83호, 2010, 686쪽.

다만 친권자 및 양육자 지정이 문제되어 다투는 사건들은 대부분 부모 양 쪽 모두가 자녀에 대한 애정과 적극적인 양육의사를 가진 경우이기 때문에 특별히 이 부분이 문제되는 판결은 많지 않을 것으로 보인다.

3) 양육에 필요한 경제적 능력의 유무

자의 건전한 성장과 복지를 위해서는 일정 수준의 경제적 능력이 필요함은 이론의 여지가 없을 것이다. 그러나 다른 조건들이 충족되지 아니하는 상황에서 오로지 경제적 능력이 있는 쪽을 친권자나 양육자로 지정하여서는 아니 된다. 경제적 능력은 사회보험, 공공부조나 사회복지서비스 등을 통하여도 보완될 수 있으며 또한 양육하지 않는 부모에게 일정한 양육비를 지급하도록 하는 방법으로 해결할 수도 있기 때문이다. 대상판결 1 역시 “피고가 사건본인들의 양육에 필요한 경제적 능력을 구비하고 있는지에 의문이 있을 수 있으나 이는 원고와 양육비를 분담함으로써 어느 정도 극복할 수 있다고 볼 것인 점”이라고 하여 경제적 능력이 부족한 쪽에 친권 및 양육권을 인정할 수 있다는 취지로 판시하고 있다.

4) 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도

이 역시 부모의 애정과 양육의사와 더불어 자의 건전한 성장과 복지에 있어서 가장 중요한 기준이라고 할 수 있다. 다만 이것은 부모 쪽의 현재의 일방적인 의사가 아니라, 그동안의 가족관계에서 형성되어 실재하는 부 또는 모와 자녀 사이의 관계의 문제라고 할 것이다.

5) 미성년인 자의 의사

어떤 측면에서 보면 이것이 자녀의 복리를 판단하는 데 있어 가장 중요한 요소라고 할 수 있다. 미성년인 자가 부모의 소유물이 아니라 독립된 인격체로서 인정받는다라는 점을 가장 잘 드러내는 것이, 바로 친권자와 양육자를 결정하는 데 있어서 미성년인 자의 의사를 고려하는 것이다. 대법원 역시 이러한 점에 주목하여 친권자와 양육자를 결정하는 중요한 요소로 ‘자녀의 의사’를 명시하였다.

다. 소결

결국 친권자와 양육자 지정에 있어서 가장 중요하게 생각하여야 할 것은 당연히 부모의 의사(②), 자녀의 의사(⑤), 그리고 그 사이에 현존하는 관계(④)라고 하여야 하며, 부수적으로 미성년인 자의 성별과 연령(①), 그리고 부모의 경제적 능력(③) 등이 고려되어야 한다.

이러한 점에 비추어볼 때 대상판결 1이 제시한 기준은 우선순위에 따른 설시로 볼 수는 없지만 바람직한 기준을 제시한 것으로 보인다. 또한 대상판결 2 역시 “피고는 원고와의 별거 이후 수년간 사건본인을 양육해 오면서 그 건강한 성장에 필요한 부모의 역할을 다하기 위하여 세심하고 성실하게 사건본인을 보살피 왔고 그 결과 사건본인의 피고에 대한 정서적 유대관계가 원고의 경우보다 더욱 친밀하게 형성되어 있는 점, 이에 따라 사건본인은 원고와 피고가 헤어질 경우 피고와 같이 살고 싶다는 의사를 분명히 밝히고 있는 점”을 중요한 근거로 하여 원심을 파기환송 하였는바, 이러한 기준에 따라 충실하게 판단하고 있는 것으로 보인다.

물론 자녀의 복리를 판단하는 기준이 위의 다섯 가지로 한정될 수 없을 것이므로 당연히 위 다섯 요소는 예시로 볼 것이며, 대상판결들이 판시하고 있는 대로 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 할 것이다.

2. 현재의 양육상태 변경 정당화 요건 실시

가. 현재의 양육상태 변경 정당화 요건

대상판결들은 ‘자녀의 복리 원칙’과 더불어 현재의 양육상태 변경을 정당화하기 위한 요건을 실시하고 있다²¹⁾. 이는 별거 후에 이혼을 하게 되는

21) ‘현재의 양육상태’는 자녀의 복리 원칙에 있어서 그 판단기준이 되기도 한다. 김유미

경우에 의미가 있는 것으로, 위에서 제시한 ‘자녀의 복리 원칙’이 보다 엄격하게 적용되고 있는 것을 볼 수 있다.

대상판결 1은 현재의 양육상태를 변경하는 것을 정당화하기 위해서는 “피고로 하여금 계속하여 양육하게 하는 것은 사건본인들의 건전한 성장과 복지에 도움이 되지 아니하고 오히려 방해가 되고, 원고를 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 사건본인들의 건전한 성장과 복지에 도움이 된다고 볼 수 있어야” 한다고 밝히고 있다. 즉 단순히 어느 일방이 양육하는 것이 자녀의 건전과 성장과 복지에 더 도움이 되느냐 정도로 판단하는 것이 아니라 현재의 양육자가 계속 양육하는 것이 자녀의 복리에 ‘방해’가 될 정도에 이르러야 한다고 보고 있는 것이다.

대상판결 2는 “이러한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고로 하여금 사건본인을 계속하여 양육하게 하더라도 사건본인의 건전한 성장과 복지에 방해가 되지 아니하고 오히려 도움이 된다고 할 수 있”다고 하여 대상판결 1의 판시를 충실히 따르고 있으며, 나아가 “그러한 변경이 현재의 양육상태를 유지하는 경우보다 사건본인의 건전한 성장과 복지에 더 도움이 된다는 점이 명백하여야 한다”고 함으로써 현재 양육자가 아닌 일방이 양육을 할 경우 자녀의 복리에 더 도움이 된다는 점에 대한 ‘명백성’까지도 요구하고 있다.

나. 소결

이를 통해 법원이 친권자 및 양육자 지정에 있어서 현재의 양육상태를 매우 존중하고 있다는 점을 알 수 있다. 미성년의 자녀의 처지에서 볼 때 부모의 이혼이라는 커다란 변화 앞에서 현재의 양육상태마저 변화하게 된다면 그 자체가 자녀의 복리에 반할 수 있다는 점에서 이러한 태도는 일련

(1995)는 자녀의 복리 원칙의 구체적 기준으로 부모로서의 적합성, 현재의 양육상태, 자녀의 유대관계, 자녀의 연령과 성별, 아동의 종교 내지 종교교육, 자녀의 의사, 부모의 경제적 상태 등을 들고 있다(김유미, 앞의 논문, 95쪽 내지 145쪽). 대상판결들 역시 위의 다섯 가지 요건으로 삼고 있지는 않으나 이를 별도로 실시함으로써 매우 중요하게 판단하고 있다.

바람직한 것으로 보인다.

다만 현재의 양육상태가 반드시 더 나은 것이라고 볼 수 없음에도 현상유지의 장점만을 핑계 삼아 법원이 자녀의 복리에 적극적으로 개입할 권한을 스스로 포기하여서는 안 된다. 2005년 이후 법원이 직권으로 친권자를 지정할 수 있도록 개정이 이루어진 배경에는 1990년대 이후 나타난 이혼과 재혼의 증가²²⁾이 있으며, 그로 인해 이혼가족 특히 이혼 후 자녀에 대한 국가지원의 필요성이 늘어²³⁾났기 때문이다. 따라서 법원은 반드시 현재의 양육상태가 자녀의 복리에 부합하는지 적극적으로 파악하려고 노력하여야 할 것이며, 지나치게 엄격한 잣대로 현재의 양육자 변경을 판단하여서는 아니 될 것이다.

V 결어

이상에서 살펴본 바와 같이 친권의 개념은 부의 권리에서 부모의 권리, 그리고 자녀의 복리를 위한 개념으로 점차 변화해 왔다. 그러나 아직도 친권은 혈연에 기반을 둔 개념이며, 자녀의 인권을 위한 개념으로 충분히 발전하지는 못한 것으로 보인다. 예컨대 친권자와 양육자가 분리되는 경우 양육자보다 친권자가 오히려 자녀에 대한 많은 권한을 행사할 수 있으나 이것이 자의 복리에 부합하는 것인지는 생각해 볼 문제이다. 또한 경우에 따라서는 조부모나 제3자가 양육자로 지정되는 것이 자녀의 복리에 더욱 좋을 수도 있다²⁴⁾. 또한, 미성년 자녀의 의사를 반영하는 것이 친권자와 양육자를 결정하는데 있어 매우 중요한 요소라 할 것이므로, 자신의 의사를 적절히 표현하기 어려운 연령의 자녀의 경우에도 나이와 성숙도에 따라 적절히 의사를 표현할 수 있는 제도를 정비하여 미성년 자녀의 의사가 실

22) 양현아, 『한국 가족법 일기』, 창비, 2011., 487쪽.
 23) 양현아, 위의 책, 488쪽.
 24) 양현아, 앞의 책, 491쪽. 저자는 이러한 점에서 자녀의 복리를 실질적인 보살핌의 관계라는 차원에서 바라볼 때 친권이 양육권 개념 속에 포함되는 구조를 만드는 것이 바람직하다고 보고 있다.

질적으로 반영될 수 있도록 하여야 한다.²⁵⁾

결국 ‘자녀의 복리 원칙’은 친권의 행사는 물론 친권자 및 양육자 지정에 있어서 반드시 고려해야 할 원칙일 뿐만 아니라 인권의 관점에서 당연히 실현되어야 하는 원칙이다²⁶⁾. 대법판결들은 이 원칙에 대한 일련의 구체적인 기준을 제시하였다는 점에서 큰 의의가 있다고 하겠다. 아울러 법원의 노력과 더불어 관련 법제도의 뒷받침을 통해 ‘자녀의 복리 원칙’이 진정으로 실현되기를 기대한다.

25) 국제연합 『아동의 권리에 관한 협약(The Convention on the Rights of the Child)』 제12조 “1. 당사국은 자신의 의견을 형성할 능력을 갖춘 아동에게는 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 대해 자유롭게 의견을 표현할 권리를 보장하고, 아동의 나이와 성숙도에 따라 그 의견에 적절한 비중을 부여해야 한다. 2. 이 목적을 위해 당사국은 아동에게 영향을 미치는 사법적·행정적 절차를 시행함에 있어 아동이 직접, 또는 대리인이나 적절한 기관을 통해 의견을 진술할 기회를 국내법 준수의 범위 안에서 갖도록 해야 한다.”

26) 우리나라는 1991년 위 『아동의 권리에 관한 협약(The Convention on the Rights of the Child)』을 비준하였으므로 동 협약의 정신에 맞게 법을 해석하거나 개정할 필요가 있다. 김유미, 앞의 논문, 2쪽.

● **낙태죄 처벌조항 합헌 결정**
- 형법 제270조 제1항 위헌소원

4

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 신윤경

대상판결

대상 결정: 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정¹⁾

1) 관여 재판관 : 이강국(재판장), 김종대, 민형기, 이동훈, 목영준, 송두환, 박한철, 이정미.

I 사건의 개요

1. 사안의 내용

청구인은 조산사로서 2010. 1. 28. 임부로부터 낙태 촉탁을 받고 임신 6주된 태아를 낙태하였다는 이유로 기소되어 재판을 받던 중(부산지방법원 2010고단2425) 처벌의 근거가 되는 형법 제270조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2014. 9. 14. 기각되어 같은 해 10. 17. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 제기하였다.

2. 사안의 쟁점

청구인은 ① 형법 제269조의 자기낙태죄 조항이 위헌이면 대항범 관계에 있는 업무상동의낙태죄(형법 제270조)는 당연히 위헌임을 이유로 형법 제269조가 임부의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 사생활의 자유 등의 기본권을 침해하여 위헌이며, ② 설령 자기낙태죄 조항이 합헌이라 할지라도 업무상 동의낙태죄의 법정형으로 징역형만 규정하고 있는 것은 과잉금지의 원칙에 반한다고 주장하였다.

한편, 모자보건법 제14조(인공임신중절의 허용한계)는 본 사건의 심판대상이 되지 않았다.²⁾ 이하에서는 자기낙태죄의 위헌성 여부에 관한 쟁점에 대하여만 서술하기로 한다.

2) 청구인은 모자보건법 조항에 대하여는 심판을 청구하지 않았고, 헌법재판소가 직권으로 심판의 대상을 확장하지도 않았다.

II 판례의 요지

업무상동의낙태죄와 자기낙태죄는 대항범이고, 임부의 낙태를 처벌하는 것이 위헌이라고 판단되는 경우에는 동일한 목표를 실현하기 위해 임부의 동의를 받아 낙태시술을 한 조산사를 형사 처벌하는 이 사건 법률조항도 당연히 위헌이 되는 관계에 있다는 점에 대하여는 재판관 전원의 의견이 일치하였다.

다만 자기낙태죄의 위헌성에 대하여 재판관 중 4인 합헌의견, 4인 위헌의견으로 헌법재판소법 제23조 제2항의 6인의 정족수에 이르지 못하여 위헌으로 선언되지 못하였다.

구체적으로 4인의 법정의견과³⁾ 4인의 반대의견⁴⁾ 및 반대의견에 대한 보충의견⁵⁾으로 나뉜 바, 각 의견의 요지는 아래와 같다.

1. 결정의 요지

법정의견은 헌법 제10조의 인격관행복추구권에서 파생되는 자기운명결정권에서 낙태의 자유를 도출하고, 자기낙태죄 조항이 임부의 낙태의 자유를 제한하는 것은 사실이나 과잉금지의 원칙을 위배하여 침해하는 것은 아니라는 취지로 판시하였다.

가. 목적의 정당성 및 수단의 적절성

자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임부의 낙태를 형사처벌하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 효과적이고도 적절한 방법이라는 이유로 동 규정의 목적의 정당성 및 수단의 적절성을 인정하였다.

3) 재판관 김중대, 민형기, 박한철, 이정미

4) 재판관 이강국, 이동흡, 목영준, 송두환

5) 재판관 이동흡

나. 피해의 최소성

1) 법정의견은 생명권을 “모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권”임을 전제로 인간으로 형성되어 가는 태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안 된다고 판시하면서 그 근거로 “헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다.”고 하여 명시적으로 Roe v. Wade 판결과 같이 위헌심사기준을 임신기간별로 달리 판단할 수 없음을 선언하였다.

2) 또한 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 할 경우 현재보다 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 자기낙태죄 조항의 입법목적은 달성할 수 없다는 이유로, 낙태에 대하여 형벌적 제재를 택한 것이 지나치게 과도한 방법도 아니라는 것이 법정의견의 태도이다.

3) 법익의 균형성

법정의견은 자기낙태죄 조항으로 말미암아 임부의 자기결정권이 제한되나 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없어 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 공익과 제한되는 사익 사이에 법익균형성도 충족된다고 보았다.

2. 반대의견의 요지

반대의견은 법정의견과 같은 이유로 자기낙태죄 조항에 대하여 목적의 정당성 및 수단의 적절성을 인정하였으나, 침해의 최소성 및 법익균형성 원칙에 위배된다고 보았다.

가. 침해의 최소성

반대의견은 법정의견과 반대로 생명의 발전과정을 일정한 단계로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 보호가 가능함을 전제로, 태아가 독자적 생존능력을 가지는 임신 24주 이후는 낙태를 원칙적으로 금지하고 임부의 생명 등 특단의 사정이 있는 경우에만 낙태를 허용함이 바람직하고, 임신 중기(13주~24주)에는 낙태로 인한 합병증이나 모성사망률의 위험이 커지므로 국가가 낙태의 절차를 규제하는 등으로 관여할 수 있을 것이나, 임신 초기(1주~12주)에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 필요성이 있으며, 이와 같이 임신기간 여하에 따라 임부의 자기결정권을 고려할 수 있는 가능성 및 필요성이 있음에도 임부의 기본권을 덜 제한하는 다른 수단을 모색하지 아니한 채 임신기간 여하에 상관없이 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하고 있음을 이유로 자기낙태죄 조항이 침해 최소성 원칙을 위반하였다고 보았다.

나. 법익의 균형성

자기낙태죄 조항이 사문화되어 이를 통하여는 태아의 생명보호라는 공익을 달성하기 어려운 반면, 동 조항은 임부의 임신 유지 여부에 대한 자기결정 영역을 전혀 존중하지 아니하므로 임신 초기의 낙태까지 금지하고 처벌하는 자기낙태죄 조항은 법익의 균형성을 갖추지 못한 것으로 보았다.

3. 반대의견에 대한 보충의견

한편, 보충의견은 임신 초기의 낙태를 허용하되, 입법자는 임부가 낙태에 대하여 충분히 숙고한 뒤에 결정을 내릴 수 있도록 상담 등의 사전조치를 강구함과 동시에 의학적으로 안전한 낙태시술이 이루어질 수 있도록 병원이나 의사에 대한 일정한 요건을 두는 등의 입법조치를 취하여야 한다는 점을 지적하였다.

III 문제점

1. 법정의견과 반대의견에 공통되는 문제점

가. 낙태를 임부의 자기결정권 문제로만 보는 것이 타당한지 여부

1) 헌법재판소 2008. 3. 18. 2008헌마218 결정(각하)

헌법재판소는 모자보건법 제14조에 대한 헌법소원을 기본권침해의 개연성이 없거나 자기관련성이 없는 것으로 부적법하다고 하여 각하하면서, 인공임신중절수술의 허용한계를 규정한 위 조문은 태아의 생명권과 부모의 프라이버시권을 규율한 것이라고 밝혔다.

2) 독일 및 미국 판례의 태도

독일 연방재판소는 제1차 낙태판결에서 독일기본법 제1조 제1항(인간존엄의 보호와 존중) 및 제2조 제1항(인격권)에서 도출되는 사생활 영역에서 인격의 자유로운 형성에 대한 부녀의 권리가 낙태와 관련한 기본권이라고 판시하였고(BVerfGE 39, 1, 42-43) 제2차 낙태판결에서는 독일기본법 제1조 제1항의 인간존엄의 보호와 존중에 대한 청구권, 제2조 제1항의 인격권, 동조 제2항의 생명과 신체의 완전성에 대한 권리에서 임부의 기본권을 도출하였다.(BVerfGE 88, 203, 254)

미 연방대법원은 Roe V. Wade 판결에서 수정헌법 제14조의 개인적 자유 중 사생활의 자유는 결혼, 출산, 피임, 가족관계, 양육과 교육을 포함하고, 여기에는 임부가 임신을 종결할 권리 역시 포함된다고 판시하였다.

3) 2010헌바402 결정의 태도

본 결정은 위 2008년 결정이나 독일 연방헌법재판소의 판결, 미국 연방대법원의 판결과는 달리, 임부의 관련되는 기본권이 사생활의 자유라거나 사생활의 자유에서 도출되는 기본권 침해 문제로는 보지 않았다.

이에 대하여는 낙태의 자유가 임신한 여성을 사생활의 자유라는 영역 안에서 고립시키는 결과를 낳으며, 실제로 미 연방대법원이 낙태를 사생활의 자유로 본 결과 낙태수술에 대한 공적 자금지원이 끊겼음을 이유로 사생활의 자유로 포섭하지 않은 것은 타당하나, 낙태의 자유에 대한 헌법적 근거를 헌법 제10조의 자기결정권으로 한정하는 것은 낙태가 허용되지 않는 경우 임부가 겪게 되는 법작사회적 상황을 헌법적으로 포섭하는데 일정한 한계가 있다고 비판하면서, 헌법 제12조(임부의 신체의 완전성), 헌법 제32조 제4항(근로의 권리), 헌법 제36조 제1항(혼인과 가족생활에 대한 권리) 역시 근거규정으로 보아야 한다는 비판이 있다.⁶⁾

나. 낙태를 태아의 생명권과 임부의 자기결정권 충돌문제로 보는 것이 타당한지 여부

법정의견과 반대의견 모두 낙태를 태아의 생명권과 임부의 자기결정권 충돌이라는 구도에서 논의를 전개하고 있는 바, 이러한 도식으로 낙태를 판단하는 것이 과연 타당한지는 의문이다. 이러한 점에서 반대의견이 “국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있는바, 태아에 대한 국가의 보호의무에는 출산을 방해하는 요소를 제거하는 것뿐만 아니라, 여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것까지 포함된다고 보아야 할 것이다. 태아의 생명을 보호한다는 언명은 임부의 신체적 사회적 보호를 포함할 때에야 비로소 실질적인 의미를 가질 수 있기 때문이다.”라고 판시한 것은 주목할 만하다.

다. 태아의 생명권의 법적 성격

법정의견과 반대의견 모두 낙태가 임부의 자기결정권과 태아의 생명권의 충돌, 즉 기본권의 충돌로 보면서도, 법익의 균형성 판단에서는 태아의 생명권을 공익으로 보아 공익과 사익간의 균형 문제로 판단하고 있다.

6) 정철, 「헌법재판소의 낙태결정(2010헌바402)에 대한 헌법적 검토」, 『헌법학연구』 제19권 2호, 2013., 327~332쪽.

미국과는 달리 기본권의 대사인적 효력을 인정하고 있는 우리 법제에서, 굳이 태아의 생명권을 공익으로 치환하여 판단할 필요가 있는지는 의문이다.

2. 법정의견의 문제점

가. 생명의 발달단계에 따라 보호정도나 보호수단을 달리하는 것이 불가능한지 여부

법정의견은 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되고, 인간으로서 형성되어 가는 단계의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 101 참조). 태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안될 것이다. 헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다.”고 판시하고 있다.

즉 법정의견은 생명권은 국가가 제한할 수 없는 권리라는 명제를 전제로, 성장 상태에 따라 다른 정도의 법적 보호를 할 수 없으므로, 독자적 생존 능력 유무를 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수 없다는 결론을 도출하고 있는 것이다.

그러나 이는 다음과 같은 점에서 헌법재판소의 다른 판례 및 현행 법체계와 이어서 추론할 수 있는 입법자의 태도와 충돌한다.

1) 헌법재판소는 이미 생명권도 헌법 제37조 제1항에 따라 제한할 수 있는

권리라고 보아 사형제도를 합헌으로 선언한 바 있다.(헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정) 이미 형성된 생명에 대한 제한을 인정하면서, 형성되는 과정에 있는 생명은 전혀 제한할 수 없다는 것은 모순이다.

- 2) 법정의견은 성장 상태에 따라 다른 정도의 법적 보호를 할 수 없다고 주장한다.

민법은 제3조에서 “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다”고 규정하여 출생 즉시 권리능력을 인정하는 반면, 아직 출생하지 않는 태아의 권리능력은 제한적으로 인정하고 있다.(민법 제762조 등)

형법은 살인죄와 낙태죄를 구별하여 규정하고 있고, 그 법정형 또한 차이를 두고 있으며, 이미 태어난 사람의 생명을 과실로 침해한 경우도 처벌하고 있으나(과실치사죄, 상해치사죄, 폭행치사죄 등), 태아를 과실로 낙태하게 한 경우는 처벌규정을 두고 있지 않으며 이를 임부에 대한 상해도 의율하지 않는 것이 대법원의 태도이다.(대법원 2007.06.29 선고 2005도3832, 2009.07.09 선고 2009도1025 판결⁷⁾)

또한 모자보건법은 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체 질환, 전염성 질환, 강간 또는 준강간(準強姦)에 의하여 임신된 경우, 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우를 인공임신중절수술이 허용되는 경우로 규정하고 있다.

- 7) “현행 형법이 사람에 대한 상해 및 과실치사상의 죄에 관한 규정과는 별도로 태아를 독립된 행위객체로 하는 낙태죄, 부동의 낙태죄, 낙태치상 및 낙태치사의 죄 등에 관한 규정을 두어 포태한 부녀의 자기낙태행위 및 제3자의 부동의 낙태행위, 낙태로 인하여 위 부녀에게 상해 또는 사망에 이르게 한 행위 등에 대하여 처벌하도록 한 점, 과실낙태행위 및 낙태미수행위에 대하여 따로 처벌규정을 두지 아니한 점 등에 비추어보면, 우리 형법은 태아를 임신부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임신부의 태양육, 출산 기능의 침해라는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임신부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석되고, 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임신부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임신부의 생리적 기능이 침해되어 임신부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다(대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결 참조).”

모자보건법의 위 사유들이 살인의 위법성조각사유나 책임조각사유 혹은 처벌조각사유에 해당하지 않음은 명백하다.

즉 이미 우리 법체계는 형성되는 과정에 있는 생명과 형성된 생명에 대한 보호의 정도를 달리하고 있으며, 판례 역시 마찬가지로 태도인 바, 성장 상태에 따라 다른 정도의 법적 보호를 할 수 없다는 법정의견의 주장은 이 점에서도 부당하다.

- 3) 법정의견은 독자적 생존능력 유무를 보호 여부의 기준으로 삼을 수 없다고 주장하고 있다. 그러나 모자보건법 시행령 제15조 제1항은 임신 24주까지만 모자보건법 제14조의 인공임신중절이 가능하다고 규정하고 있다. 법률에는 인공임신중절 허용기간에 대한 근거규정이 없으므로 시행령이 기간 제한을 두는 것이 법률유보 원칙에 위배된다는 점은 별개로, 입법자는 독자적 생존능력 유무⁸⁾를 보호 여부의 기준으로 삼고 있음을 알 수 있다.
- 4) 법정의견은 “인간으로 성장할 가능성”인 태아를 생명권의 주체로서 보호하여야 한다고 주장하고 있다. (“헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다.”) 그러면서도 자궁 착상 이전 단계의 수정란에 대하여는 태아와 동일하게 취급하지 않는 것이 합리적이라고 판단하고 있는 바, “인간으로 성장할 가능성”은 수정란에도 존재한다. 법정의견은 “자궁에 착상할 가능성이 아주 높은 것은 아니”어서 수정란과 태아를 다르게 취급할 수 있다고 하나, “특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 커서”보호하고 “착상가능성이 아주 높은 것은 아니”어서 보호하지 않겠다는 것은 생명권이라는 중대한 기본권의 보호 기준을 우연한 사정 내지 확률로 결정하겠다는 말과 다름없다.⁹⁾

8) 현대의학상 태아가 모체 밖으로 배출되어도 독자적으로 생존할 수 있는 최소 임신기간이 24주라고 한다(본 결정의 반대의견 참조).

9) 또한 “인간으로 성장할 가능성”을 일관하여 생명권의 보호 기준으로 삼는다면, 착상

나. 형벌적 제재의 과도성

법정의견은 낙태를 형벌로 규제하는 지금도 낙태가 성행하므로, 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가한다면 더욱 더 낙태가 만연할 것이므로 피해의 최소성에 위반되지 않는다고 보았다.

그러나 낙태죄 기소건수가 해마다 3~10건 정도이고, 임부의 경우 통상 선 고유예라는 현실(반대의견 참조)에 비추어 보면, 피해의 최소성 원칙 이전에 수단의 적합성이 없는 것은 아닌지, 즉 형사처벌은 낙태죄를 통하여 달성하려는 입법 목적 달성에 전적으로 부적합하다고 평가할 정도가 아닌지 의심스럽다. (법정의견 스스로도 자기낙태죄 조항이 낙태 근절에 큰 기여를 하지 못한다는 점을 인정하는 듯한 설사¹⁰⁾를 하고 있다.)

또한 형벌규정이 폐지되면 지금보다 더 낙태가 만연할 것이라는 실증적 증거는 전혀 제시하지 못하고 있으며, 오히려 기소 건수를 보면 이미 낙태가 이루어질 만큼 이루어지고 있어 형벌규정을 폐지하더라도 딱히 더 늘어나지는 않을 것으로 평가할 수도 있다.

따라서 법정의견은 이 점에서도 막연한 가능성만을 이유로 임부의 기본권을 제한하는 것을 정당화한다는 비판을 면하기 어려울 것이다.

다. 법익의 균형성

법정의견은 태아의 생명권 보호라는 공익과 임부의 자기결정권이라는 사익을 비교형량하여 보면 생명권 보호가 더 중대한 공익이라는 이유로 법익의 균형성을 인정하였다.

이전의 수정란 뿐 아니라 수정되기 이전의 생식세포 역시 “인간으로 성장할 가능성”이 있는 존재로서 보호하여야 한다는 결론이 도출된다. 그렇다면 자위행위도 생식세포의 생명권을 침해하는 행위인가?

10) “비록 자기낙태죄 조항이 낙태 근절에 큰 기여를 하지 못한다고 하더라도 이 조항이 존재함으로써 인한 위축효과 및 이 조항이 없어질 경우 발생할지도 모를 인명경시풍조를 고려하여 보면”

그러나 ① 단순히 생명권 대 자기결정권의 문제로만 보아 단 8줄로 법익의 균형성을 인정한 것은 재판관들에게 낙태를 선택하는 여성들이 처한 상황에 대한 고려 및 침해되는 기본권에 대한 깊은 고려가 없는 것으로 보이고, ② 임신 초기의 낙태까지 일괄하여 금지하는 것은 결국 임신 유지 여부를 결정하는 권한을 전혀 인정하지 않는 것이나 마찬가지로 점을 간과하고 있다.

IV 결론

이와 같이 대상 결정은 태아의 생명권은 무제한으로 보호하여 사실상 임신 유지 여부에 대한 임부의 자기결정권은 전혀 인정하지 않는 것과 마찬가지로이다. 비록 대상결정은 모자보건법상의 인공임신중절까지 위헌으로 판단하지는 않았으나, 모자보건법상의 인공임신중절은 기간 요건 외에도 그 사유가 엄격히 제한되어 있고 나아가 배우자의 동의(사실은 허락)가 있어야 하는 바, 결국 대한민국에서 여성이 독립적으로 자신의 임신 지속 여부를 결정할 권리는 존재하지 않는다.

지금까지 살펴본 법정의견의 오류 및 미비점 외에도, 주목할 만한 것은 이 사건의 청구인이 임부가 아니라 조산사라는 점이다. 즉 임신 지속 여부에 대한 임부의 자기결정권 행사가 헌법적으로 용인되지 않음은 물론, 기본권 침해에 대한 헌법적 구제절차의 행사에서도 정작 당사자 여성(임부)이 배제된 것이다. 2014년 자기낙태죄로 기소된 여성이 항소심에서 자기낙태죄 조항 및 모자보건법상의 배우자 동의규정에 대하여 위헌법률심판을 제청하였으나 법원은 항소 기각과 동시에 위헌법률심판제청신청도 기각하였고, 당사자 여성은 재판이 계속될 경우 받을 심적 중압감을 감당할 수 없어 상고제기 및 헌법소원심판청구를 포기하였다.

● 성전환자의 성별 정정 허가요건 중 외부성기 형성의 요부

5

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 천지선

대상판결

대상결정 : 서울서부지방법원 2013. 11. 19. 선고 2013호파1406 결정¹⁾
참조결정 : 서울서부지방법원 2013. 3. 15. 선고 2012호파4221~4225 결정,
대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정
따름결정 : 울산지방법원 2013호파61** 결정, 인천지방법원 2014호파1681 결정

1) 관여 재판관 : 정영호(재판관).

I 들어가며

2006년, 대법원은 첫 성전환자 성별정정 허가결정을 내렸다. 이 결정은 성전환자의 성별변경에 관한 법률이 없는 상황에서 대법원이 소수자의 인권 보장을 위하여 내린 결정이라는 점에서 매우 획기적인 일이었다. 첫 대법원 판례 이후로 8년 정도가 지난 지금, 성전환자의 성별변경에 관한 법률은 여전히 제정되지 않고 있고, 법원은 가족관계등록예규 제385호인 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침²⁾을 기준으로 가족관계등

2) 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침[가족관계등록예규 제385호, 2013.6.7., 일부개정]

제3조(첨부서류) ① 신청인은 「비송사건절차법」 제9조제1항의 신청서에 다음 각 호의 서면을 첨부하여야 한다.

1. 가족관계등록부의 기본증명서, 가족관계증명서 및 주민등록표등(초)본
 2. 신청인이 성전환증 환자임을 진단한 2명 이상의 정신과 전문의사의 진단서나 감정서
 3. 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환수술 의사의 소견서[성전환수술 의사 명의의 소견서를 첨부할 수 없는 경우에는 그 소견서를 첨부할 수 없는 이유를 소명하고 다른 전문의사 명의의 신체감정서를 제출할 수 있고, 신청인이 외국에서 성전환수술을 받은 경우에는 그 수술결과 신청인이 생물학적인 성과 반대의 성으로 외부성기 등을 갖추게 되었음을 확인한 국내의 성형외과 또는 산부인과 전문의의 진단서(신체감정서, 소견서)를 제출하여야 한다]
 4. 신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서
 5. 신청인의 성장환경진술서 및 2명 이상 인우인의 보증서(성장환경진술서 및 인우보증서에는 (i) 신청인의 유아기, 소년기, 청년기, 성년기 등 각 시기별로 이성관계를 포함한 대인관계와 사회생활에 대한 구체적인 진술과 (ii) 신청인이 성전환수술을 받기 전부터 일정기간 이상 지속적으로 생물학적인 성과는 반대되는 성적 주체성과 자아를 가지고 생활하였으며, 그러한 성적 주체성 내지는 자아의 발로로 성전환수술을 받았고, 신청인이 성전환수술을 받은 이후부터 현재까지 확립된 성적 주체성과 자아에 지극히 만족하면서 사회생활을 하고 있다는 취지의 진술이 기재되어야 한다)
 6. 부모의 동의서
- ② 신청서를 접수하거나 재판에 참여하는 법원사무관 등은 제1항 각 호의 서면이 첨부되었는지 유무를 면밀히 검토하여야 하며, 제1항 각 호의 서면이 첨부되지 아니하였음을 발견한 때에는 신속히 신청인에게 서류의 보완을 위하여 필요한 사항을 지적하고 그 보정을 권고하여야 한다.

제6조(조사사항) 법원은 성별정정허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사한다.

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 19세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부
2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기 의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔

록부상의 성별란의 정정을 허가해주는 방식³⁾으로 법적 성별의 변경을 허용하고 있다. 아래에서는 성전환자의 가족관계등록부 성별 정정신청의 허가요건 중 특히 외부성기 형성의 요부에 관하여 살펴보겠다.

II 사실관계

1. 대상결정 등⁴⁾

신청인은 19** . ** . ** . 대한민국에서 출생하여 가족관계등록부에 여성으로 등재되었다.

신청인은 어릴 적부터 남성적 기질과 외관을 뚜렷이 보이고, 여자들 사이에 있으면 오히려 어색하고 불편해 하였다. 고등학교 졸업 후에는 일자리를 얻었으나 여자인 사실이 알려져 쫓겨날 때도 많았고, 성전환 사실을 이해하는 여성을 만나 교제하여 결혼하였다.

신청인은 성적정체성 장애로 20**년 **월경 여성의 유방형태를 제거하는 유방절제술 및 유두축소술 등을 받았고, 20** . ** . 전자궁적출 및 양측 난소난관 절제수술을 받았으며, 20**년 **월 **병원에서 성전환증 진단을 받았다. 현재 신청인은 여성으로서의 생식 기능을 영구적으로 상실하였

는지 여부

3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었는지 여부
 4. 성전환수술의 결과 신청인이 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재 전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부
 5. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용될 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다 는 등의 특별한 사정이 있는지 여부
- 3) 가족관계의 등록 등에 관한 법률[시행 2014.7.31.] [법률 제1950호, 2013.7.30., 일부개정] 제104조(위법한 가족관계 등록기록의 정정) ① 등록부의 기록이 법률상 허가될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 누락이 있다고 인정한 때에는 이해관계인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있다.
- 4) 대상결정 등이란 외부성기 성형 없이 성별정정을 허가한 대상결정, 참조결정(서울서부지방법원 2012호파4221~4225 결정) 및 따름결정을 의미한다.

고, 폐경상태이며, 정상 남성호르몬 수치를 보이고 있으며, 남성호르몬 주사를 맞아 수염이 나고 목소리도 굵어 걸으려는 남자와 같은 모습을 하고 있다. 또한 신청인은 남성으로서의 성정체성을 확고히 갖고 있다.

그러나 신청인은 음경·음낭·고환 등 남성으로서의 외부성기를 형성하는 수술은 받지 않은 상태이다.

신청인의 가족(들)은 신청인을 남성으로 받아들이고 신청인의 가족관계등록부 성별란의 정정에 동의하고 있다.

2. 참조결정2 : 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정

신청인은 19**, **, **. 대한민국에서 출생하여 가족관계등록부에 남성으로 등재되었다.

신청인은 학창시절부터 여성복을 즐겨 입고, 여성을 동성처럼 여기는 등 여성적 성향을 보이며 심한 성정체성 장애를 겪어 왔다.

신청인은 1992. 10. 21. 혼인을 하였고, 1994. 11. 8. 당시 부인과 사이에 아들이 태어났다. 신청인은 아들을 둔 상태로 이혼하였다.

신청인은 심한 성정체성 장애 때문에 수차례 정신과 치료를 받아오다가 2006. 8. 8. 성전환수술과 유방성형수술을 받아 여성의 외부 성기와 신체 외관을 갖추게 되었고, 그 후 현재까지 계속하여 여성호르몬제를 투약하여 걸으려는 여자와 같은 모습을 하고 있다.

신청인은 2008년 법원에 가족관계등록부를 정정해 달라는 신청을 했으나 1심, 2심 모두 기각되었다.

III 판단의 요지

1. 대상결정

종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 하고, 성전환자의 경우에는 출생시의 성과 현재 법률적으로 평가되는 성이 달라 성에 관한 가족관계등록부의 기재가 현재의 진정한 신분관계를 공시하지 못하게 되므로, 현재 법률적으로 평가되는 성이 가족관계등록부에 반영되어야 한다(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정 참조). 한편 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침(2013. 6. 7. 개정 가족관계등록예규 제385호) 제3조 제1항 제3호는 성전환증 환자인 여성을 남성으로 성별정정을 하기 위하여는 남성의 외부성기와 흡사한 외관을 구비하는 성전환 수술이 필요한 것으로 규정하고 있으나, 법률적으로 FTM⁵⁾의 성을 판단함에 있어, 장기간이 소요되고 위험성도 있으며 비용도 많이 드는 남성외부성기의 성전환수술까지 요구하는 것은 FTM이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것이어서 성별정정을 함에 있어서는 꼭 필요한 요건으로 하기에 적절하지 않다.

위와 같은 법리와 사실관계에 의하면, 신청인은 가족관계등록부상 여성으로 등재되어 있으나 성전환증 환자로서 유방을 절제하고 자궁을 적출하였으며 난소난관 절제수술을 받아 현재 생식능력이 없고 향후에도 회복될 가능성이 없으며 정신적·사회적으로 남성으로서의 역할을 수행하고 있으며

5) Female to Male, 생물학적으로는 여성이나 남성 성별정체성을 지니는 사람.

로, 비록 신청인이 남성 외부 성기와 흡사한 외관을 갖고 있지 않다고 하더라도 가족관계등록부상의 기재와는 달리 법률적으로는 남성으로 평가되고, 따라서 신청인의 가족관계등록부 중 성별란의 기재를 “여”에서 “남”으로 정정하는 것을 허가함이 상당하다.

2. 참조결정2 : 대법원 2009스117

가. 제1심 및 항고심 결정의 요지

제1심은 신청인이 혼인한 적이 있고 미성년자인 아들을 둔 사정을 들어, 신청인의 가족관계등록부상 성별을 남성에서 여성으로 정정하는 것은 신분관계에 중대한 변동을 초래하는 것으로서 적정하지 아니하다는 이유로 신청인의 신청을 기각하였고, 항고심은 제1심을 유지하였다.

나. 대법원 결정의 요지

1) 다수의견

성별정정으로 배우자나 자녀와의 신분관계에 중대한 변경을 초래하거나 사회에 미치는 부정적 영향이 현저한 경우 등 특별한 사정이 있다면, 성별정정을 허용하여서는 아니 된다.

우리 민법은 이성 간의 혼인만을 허용하고 동성 간의 혼인은 허용하지 않고 있다. 그런데 만약 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 이는 상대방 배우자의 신분관계 등 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 현행 민법 규정과 오늘날의 사회통념상 현재 혼인 중에 있는 성전환자는 전환된 성을 법률적으로 그 사람의 성이라고 평가할 수 없고, 그 결과 가족관계등록부의 성별정정도 허용되지 아니한다고 할 것이다. 다만 현재 혼인 중이 아니라면 과거

혼인한 사실이 있다고 하더라도 위와 같은 혼란을 야기하거나 사회에 부정적인 영향을 미칠 우려가 크지 않으므로 성별정정을 불허할 사유가 되지 아니한다.

미성년자인 자녀가 있는 경우에는 친권자의 성을 법률적으로 평가함에 있어서도 미성년자인 자녀의 복리를 우선적으로 고려하지 않으면 안 된다. 그런데 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있음에도 성별정정을 허용한다면 미성년자인 자녀의 입장에서는 법률적인 평가라는 이유로 부가 남성에서 여성으로, 또는 모가 여성에서 남성으로 뒤바뀌는 상황을 일방적으로 감내해야 하므로, 이로 인한 정신적 혼란과 충격에 노출될 수 있음을 쉽게 짐작할 수 있다. 또한 미성년자인 자녀는 취학 등을 위해 가족관계증명서가 요구될 때마다 동성혼의 외관이 현출된 가족관계증명서를 제출할 수밖에 없다. 따라서 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있는 경우에는 성별정정이 허용되지 않는다고 할 것이다.

2) 반대의견(대법관 양창수, 이인복)

성전환은 법원이 가족관계등록부상의 성별란 정정을 허용할 것인지 여부에 대한 재판을 통하여 공적으로 확인된다. ‘성’의 결정은 단순한 사실의 확인이 아니라, ‘성’이라는 법개념의 내용 및 판단 기준에 비추어 어떠한 사람의 성이 어디에 속하는가를 정하는 법적 판단이다. 성전환자의 미성년 자녀가 부 또는 모의 성전환으로 가혹한 사회적 차별과 편견을 받게 되는 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 요건으로 설정할 것은 아니다.

3) 반대의견(대법관 박시환, 김지형, 전수안)

다수의견의 위와 같은 견해는, 미성년자인 자녀가 있는 성전환자의 경우 그 성별정정을 허용할 것인지 여부는 입법정책의 문제에 속하는 것이며,

나아가 이미 부모의 전환된 성에 따라 자연스러운 가족관계가 형성된 경우 등에서는 그 성별정정을 허용하지 않는 것이 오히려 미성년자의 복리에 장애가 될 수 있다는 점에서 동의하기 어렵다. 또한 혼인 중에 있다고 하더라도 사실상 별거를 하고 있거나 이혼 소송 중에 있는 등 성별정정을 허용하더라도 배우자와의 신분관계에 실질적인 변동을 초래할 우려가 크지 않은 경우도 있을 터인데, 성별정정을 필요로 하는 다른 사정은 고려하지 않은 채 혼인 중에 있다는 사정만을 내세워 성별정정을 불가능하게 하는 것은 합리적인 접근방식이라고 볼 수 없다. 또한 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.

3. 소결

법원은 현재 ① 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 ② 반대의 성으로서의 역할을 수행하며 ③ 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, ④ 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬 치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 ⑤ 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 신체를 갖추고, ⑥ 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼고 공고한 성정체성의 인식 아래 ⑦ 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 ⑧ 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로 인식되고 있으며, ⑨ 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고

볼 수 있다면, ⑩ 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 앞서 본 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우 성별정정을 허가하고 있다. 그리고 “다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주”는 경우에 해당하는 소극 요건으로, 혼인 중인 경우와 미성년인 자녀가 있는 경우를 들고 있다.

IV 대상결정의 의의와 한계

1. 대상결정의 의의

가. 외부성기성형 없는 성별정정의 인정

대상결정은 외부성기성형 없는 성별정정을 명시적으로 인정하고 그 구체적인 이유를 실시하였다는 점에서 그 의의를 갖는다. 기존의 대법원 판례와 위 대법원 예규는 외부성기성형을 성별정정의 필수 요건으로 규정하고 있었다. 이 때문에 대상결정 이전에도 참조결정1과 같이 외부성기성형 없는 성별정정을 인정한 사례는 있었지만, 과연 일반적으로 외부성기성형 수술을 받지 않더라도 등록부정정이 가능하다는 것인지, 아니면 신청인처럼 FTM의 경우에 한정하여 인정한다는 것인지 여부에 관하여는 명확하지 않았다. 이에 대하여 대상결정은 성별정정의 허가 요건으로서 외부성기성형을 요구하는 것이 과도하며 불필요하다는 것을 그 이유에서 실시함으로써, 이와 같은 입장이 법원의 일반적인 입장임을 분명히 하였다. 대상결정은 ‘외부성기’ 요건이 ① 의료적인 이유와 경제적인 이유 때문에 성전환자의 성별정정에 있어 가장 큰 장벽으로 작용하고 있고, ② 법적·의료적 필요성이 적은 획일적인 요건이기 때문에, ③ 성전환자의 신체의 완전성에 대한 권리(헌법 제12조 제1항 전문, 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 참조) 및 자기결정권(헌법 제10조)을 과도하게 제한하여 우리 헌법의 기본권 보장 취지에 반한다는 신청인의 주장을 받아들였다. 아래에서

는 ‘외부성기’요건의 문제점을 법적인 측면과 의료적인 측면으로 나누어 구체적으로 살펴보겠다.⁶⁾

나. 법적 필요성의 부재

1) ‘반대의 성에 부합하는 외부성기’ 유무는 성별판단의 핵심적 요소가 아니다.

누군가의 성별을 그 사람이 가지고 있는 외부성기를 보면서 파악할 수 있게 되는 일은 흔치 않다. 오히려 성전환자에 대한 성별 판단에 있어서는 ‘외관’의 측면에서 외부성기보다는 유방 등 신체윤곽, 수염, 근육, 피부, 음성 등의 성별 특징이 사회생활상으로 일상적으로 드러나므로 이러한 성징이 더욱 중요하다. 따라서 법원의 심문, 전문의료인의 진단, 일상생활을 담은 사진, 인우보증 등을 통하여 이러한 신체외관을 확인하면 족하지 전환된 성에 부합하는 외부성기까지를 요구할 필요는 없다고 할 것이다. 성전환자가 아닌 자라 하더라도 선천적인 문제나 후천적인 사고, 생식기 암의 제거 등 의료적인 이유 등으로 인해 외부성기의 결손 내지 훼손, 절제 등이 일어날 수 있는데, 그렇다 하더라도 그 사람의 성별을 확인할 수 없다 하거나 이미 형성된 스스로의 성별정체성에 대한 변화가 일어난다고는 할 수 없다. 이처럼 사람의 확고한 성별 인식과 귀속감은 외부성기와 무관한 것이고, 오히려 성별 판단의 핵심 요소는 스스로 느끼는 성별 인식 및 귀속감과 사회적인 성별 인식이라 할 것이다.

2) 다른 의료적 조치만으로도 성별귀속감 및 종전 성으로의 비가역성을 확인할 수 있다.

성전환자가 생물학적 성별과 다른 성으로 확고하게 귀속감을 가지고 있다는 것을 객관적으로 확인하기 위하여 이미 대법원 예규는 2명 이상의 정

6) 한기람, 「성전환자 성별정정의 ‘외부성기’ 요건-서울서부지방법원의 성전환자 성별정정허가 결정의 취지와 의미」, 『제1회 SOGI 콜로키움 자료집』, 성적지향·성별정체성 법정책연구회, 2013., 5~36쪽.

신과 전문의의 진단을 요구할 뿐만 아니라 신체외관이 반대의 성으로 바뀔 것을 요구함으로써, ‘신체외관’에 있어 기존 성별의 성적 특징을 제거하거나 전환된 성에 부합하는 성적 특징을 새로 형성하도록 하는 호르몬 요법 및 외과적 수술 등 의료적 조치의 과정을 통하여 전환된 성으로서의 모습을 상당히 획득하도록 하고 있다. 이와 같이 외부성기를 형성하는 수술이 없다 하더라도, 이러한 의료적 조치만으로도 성전환자의 법적 성별을 판단하는 데 있어 성전환자가 생물학적 성별과 다른 성별에 대한 확고한 귀속감을 가지고, 사회생활상으로도 반대의 성별로 파악되어 그 성별로서 관계를 형성하고 있으며, 다시 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다는 것을 충분히 확인할 수가 있다.

3) ‘외부성기’ 요구는 성전환자에게 건강상·시간상·비용상 과도한 부담을 부과한다.

2006년 실시한 <성전환자 인권실태조사>(이하 ‘실태조사’)⁷⁾에 따르면 외부성기 성형수술에 든 비용은 1,000만 원 이하가 55%, 1,000만 원에서 1,500만 원 사이가 20%, 1,500만 원에서 2,500만 원 사이가 15%로 나타났다. 2,500만 원을 초과한 경우도 10%에 이르렀으며, 평균적으로 1,390만 원 정도의 비용을 지출한 것으로 나타났다. 특히 재수술을 받아야 하는 경우가 많아 그 비용은 더욱 높은 수준에 이르게 된다. 또한 가슴수술의 비용이 평균 503만 원, 생식능력 제거수술의 비용이 평균 333만 원이라는 것에 비추어보면, 외부성기 수술로 인한 경제적 부담이 가장 크다는 것을 알 수 있다. 또한 우리나라의 경우 성전환자를 위한 의료체계를 마련하지 않고 있다. 위 실태조사에서도 ‘희망하는 성전환자 관련 정책안’으로 응답자의 11.5%가 ‘단일한 의료체계의 확립과 기초의료 가이드라인의 설정’을 꼽고 있다. 이러한 우리나라의 사정을 고려하면, 현실적인 수술비는 경험 이 많고 의료기술이 좋은 해외병원에서 수술을 받기 위해서는 비행기요금과 체류비, 부작용이 나타났을 때 다시 방문해야 하는 비용까지 포함되어야 하고, 그 비용은 더욱 올라간다. 실제로 성전환자들은 부담이 되는 지

7) 성전환자 인권실태조사 기획단, 『성전환자 인권실태조사』, 2006., 118~189쪽.; 한가람, 앞의 글, 12~19쪽.

출항목으로 전체 응답자 중 가장 많은 수인 28.9%가 ‘성전환수술을 위한 수술비용’을 꼽고 있다.

게다가 보통 성별정정 이전의 성전환자는 주민등록상 성별과 외관의 불일치로 취업을 하기가 쉽지 않다. 그래서 대다수의 성전환자의 경우 저임금의 직종에 종사하고 있고, 가족의 도움을 얻기도 쉽지 않다. 이처럼 수술비 마련이 어렵기 때문에 외부성기 수술을 하는 데에 상당한 시간이 걸린다. 설령 성공적으로 외부성기 수술을 받고 성별정정 허가를 받는다고 하여도, 인생의 많은 부분을 ‘주민등록번호 하나’를 바꾸기 위해 포기하여야 하는 셈이다. 이는 성전환자의 정신적인 고통을 가중시키고 개인의 자아실현을 가로막는 결과를 초래하기도 한다(건강상 위험은 ‘의료적 필요성의 부재’ 부분에서 상술).

4) 국제인권 기준에 비추어 과도하다.⁸⁾

(가) 국제인권규약

차별금지와 평등은 〈세계인권선언〉을 비롯하여 〈시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약〉과 〈경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 사회권규약)〉 등 국제인권조약에서 인정하는 인권보장에 대한 기본원칙이자 개인의 권리이며 국가의 의무이다. 성별정체성⁹⁾은 대체로 인권조약에 차별금지사유로서 명문으로 언급되어 있지는 않지만, 예시적·개방적인 차별금지사유의 특성상, 위 조약들은 모든 이에게 적용된다. 경제·사회·문화권 위원회는 일반논평 20호를 통해 “성별정체성도 차별금지사유의 하나로 인정된다. 예를 들어, 트랜스젠더, 트랜스섹슈얼, 인터섹스는 학교

8) 한가람, 앞의 글, 24~26쪽.

9) 성별정체성은 각 개인이 깊이 느끼고 있는 내적이고 개인적인 젠더(gender)의 경험으로, 이 경험은 태어나면서부터 결정된 성과 일치할 수도 그렇지 않을 수도 있으며, 신체에 대한 개인적인 의식(내과적, 외과적 혹은 기타의 방법으로 신체의 외형이나 기능을 변형하는 것도, 자유로이 선택된 것이라면 포함할 수 있다)이나, 의상, 말투, 버릇 등 기타의 젠더 표현을 포함한다(Yogyakarta Principles(2006), Preamble.); 한가람, 앞의 글, 24쪽 재인용.

나 직장에서 괴롭힘을 당하는 등 심각한 인권 침해에 자주 직면한다”라고 하여 성별정체성이 사회권 규약상 보호되는 차별금지사유임을 밝힌 바 있다. 또한 한국은 2011. 6. 17. 제17차 유엔인권이사회에서 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 인권침해에 초점을 둔 최초의 결의안 채택을 찬성하였고, 이 결의안에 따라 유엔인권최고대표가 유엔인권이사회에 제출한 보고서는 성별정정 절차에 대하여 생식능력제거 수술을 받을 것을 요하는 규정이 차별적이므로 문제시된다고 지적하고 있다.

(나) 요그야카르타 원칙

요그야카르타 원칙(Yogyakarta Principles)은 국제법으로서의 지위나 효력은 없으나 국제인권단체와 국제인권법 전문가들이 성적지향과 성별정체성과 관련하여 현존하는 국제인권법에서 도출한 29가지 원칙으로서, 전 유엔인권최고대표, 현직 유엔특별보고관 등의 승인을 받았으며, 전술한 유엔인권최고대표의 보고서에 인용되는 등 국제인권규약에 대한 해석기준으로 그 권위를 인정받고 있다. 요그야카르타 원칙은 ‘법 앞에서 인정받을 권리(제3원칙)’를 설명하며 “법적으로 성별정체성을 인정받기 위한 요건으로서 의료적 시술, 예컨대 성전환 수술이나, 불임, 호르몬 치료 등이 강제되어서는 안 된다. 결혼이나 자녀여부와 같은 상태를 성별정체성에 대한 법적 인정을 막기 위한 근거로 사용해서는 안된다.¹⁰⁾”며 국가의 법적 인정의 의무를 별도로 밝히고 있다.

5) 다른 나라의 인정 요건에 비추어 과도하다.¹¹⁾

(가) 입법례

영국은 2004년 성별인정법을 입법하여 성별정정 요건을 마련하였는데, 외

10) http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf
 국문번역본 출처 : 국제인권센터 ‘통’
<http://www.tongcenter.org/nondiscrim/sogi/yogyakarta>

11) 한가람, 앞의 글, 29~35쪽.

과적·의료적 조치를 전혀 요구하지 않고 의사 또는 심리학자의 진단만을 요구하고 있다. 미국에서는 17개 주와 워싱턴컬럼비아 특별구(D.C.)가 외과적 절차 등으로 수술을 요구하고 있지만 그 완료의 판단은 철저하게 수술을 증명하는 진단서를 작성하는 의사에게 달려있어서 일률적으로 특정한 수술을 요구하지는 않고 있다. 스페인, 포르투갈, 아르헨티나, 브라질, 우루과이는 외과적 수술 및 의료적 조치를 요구하지 않을 뿐만 아니라 법문언상으로 해당 조치가 필요하지 않음을 적극적으로 명시하고 있다. 벨기에, 오스트리아, 스웨덴, 핀란드 등의 국가는 성전환 수술을 요구하지 않으며 다만 벨기에는 치료 등을 통하여 외관의 근사 요건을 충족할 것을 요구한다.

(나) 판례

독일 연방헌법재판소는 “성전환자법 제8조 제1항 제3호와 제4호에서는 이들에게 성기를 변형하고 생식무능력을 초래하는 수술을 하도록 무조건적으로 예외 없이 요구함으로써, 입법자는 해당되는 개인들의 기대에 비추어 불합리한 증거를 과도하게 요구하는 것이다.”고 하여 성적 자기결정권에 대한 권리와 신체적 완전성에 대한 권리의 침해를 이유로 헌법불합치 결정을 내린 바 있다(독일 연방헌법재판소 2011년 1월 11일 선고, 1 BvR 3295/07). 호주 최고 법원과 뉴질랜드 오클랜드 가정법원, 브라질 리우데 자네이루 법원, 오스트리아 행정최고법원 등도 외부성기 형성 없이 성별변경을 인정하고 있다.

6) 소결

이와 같이 성별판단의 핵심적 요소는 ‘외부성기’의 유무가 아니고 성별 인식 및 귀속감고, 다른 의료적 조치를 통한 신체외관의 전환만으로도 반대의 성에 대한 귀속감 및 종전의 성으로의 비가역성을 확인할 수 있다. 이에 비하여 외부성기를 갖추기 위해 성전환자가 부담해야 할 경제적·정신적·육체적·시간적 부담은 지나치게 크다. 대법원 2004스42 전원합의체 결정은 “성별은 염색체나 해부학적 생식기 구조와 같은 생물학적 요소에

의해 결정되는 것이 아”니고 “생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여”야 함을 명시한바 있다. 성별정정을 위해 ‘외부성기’의 성형 수술을 요구하는 것은 과도하게 생물학적인 요소만을 강조하는 것이어서 위 전원합의체 결정의 취지에 반한다고 할 것이다.

다. 의료적 필요성의 부재

1) 성전환과 관련한 의료적 조치의 과정

현재 성전환자에 관한 의료지침으로 세계적으로 통용되고 있는 기준은 여러 전문 의료인의 경험과 연구에 근거하여 합의한 기준으로서 “세계성전환자보건전문가협회(The World Professional Association for Transgender Health)”에서 발간하는 <트랜스섹슈얼, 트랜스젠더, 성별 비순응자의 건강에 대한 표준의료기준>(이하 “표준의료기준”)이다. 위 표준의료기준은 성별위화감에 관한 정신의학적, 심리학적, 의학적, 외과적 관리를 위한 전문가들의 합의사항을 정리한 것이다.¹²⁾ 이와 같은 표준의료기준 등에 따라 성전환자는 일반적으로 다음과 같은 순서로 의료적 조치를 받고 있다.

(가) 호르몬 요법

호르몬 요법으로 목소리, 체모, 근육, 체지방, 유방, 생리, 피부 등이 변화한다.

(나) 외과적 가슴 수술

유방절제수술 또는 유방 확대수술 등을 의미한다. 신체 외관에서 가슴의 윤곽이 성징으로서 잘 드러나기 때문에 호르몬 요법으로 충분하지 않은 경우 외과적 가슴 수술을 먼저 받게 된다.

12) The World Professional Association for Transgender Health(WPATH), WPATH Clarification on Medical Necessity of Treatment, Sex Reassignment, and Insurance Coverage for Transgender and Transsexual People Worldwide, June 17, 2008.; 한가람, 앞의 글, 14~20쪽 재인용.

(다) 그 외 외과적 수술

둔부 등에 대한 지방 흡입수술, 유두축소수술, 안면 여성화 수술, 지방층 전수술, 성대 수술, 갑상연골 제거 수술, 둔부 확대수술, 수염 제거 수술, 모발 수술 등을 의미한다. 이러한 수술을 통해 호르몬 요법으로도 변화되지 않은 성별 특징들을 얻을 수 있어 더욱 사회생활상 전환된 성으로 인식되기가 쉽게 된다.

(라) 외부성기수술

거의 최후의 단계로서 외부성기 수술은 이루어지게 된다. 이러한 외부성기 수술의 과정은 매우 복잡하다. 남성으로 성전환하는 경우에는 보통 자궁적출과 난소절제수술을 1차적으로 받는다. 이후에 질을 제거하는 수술을 거치고, 피부이식 등을 통한 음경성형수술을 받는다. 음경성형을 하면서 보통 요도를 형성하고 음경으로 연장하는 수술을 함께하게 된다. 음경성형수술 이후에 또 음낭 성형수술을 먼저 하고 난 후 또다시 고환 보형을 삽입하는 수술을 받게 된다. 또 음경성형 이후에도 귀두성형은 별도로 이루어지기도 한다. 그밖에도 형성된 음경에 보형물을 넣는 수술이 이루어진다. 이러한 수술은 1회에 가능하지 않고 각 수술을 단계적으로 실시해야 하고, 수술의 위험성과 후유증 때문에 재수술을 받아야 하는 경우도 많다. 여성으로 성전환하는 경우 음경을 절제하고, 고환을 절제한 후, 질과 음핵을 형성하고, 대음순 등 외음부 성형을 하게 된다. 이러한 수술은 남성화수술에 비해서 단계를 적게 밟는 편이지만, 이 역시 수술의 위험성과 후유증은 큰 편이다.

2) 외부성기 수술의 획일적 필요성 부재

외부성기 수술은 의료적으로 반드시 필요한 것은 아니다. 위 표준의료기준 역시 위와 같은 치료방법들이 “선택지”라는 것을 강조하고 있다. 이러한 의료적 조치의 과정에 있어서, 각각 성전환자의 특성에 따라 성역할과 성별 표현의 변화만으로도 성별 위화감¹³⁾이 완화되기도 하고, 호르몬 요법

만으로도 성별 위화감이 감소되고 전환된 성으로서의 생활이 충분히 가능한 경우가 많고, 성별 위화감이 외부성기 수술 없이 가슴수술 등으로 충분히 완화되는 경우가 많아 외부성기 수술을 필요로 하지 않은 성전환자가 많기 때문에, 모든 성전환자가 이러한 외부성기 수술을 하게 되는 것은 아니다. 위 표준의료기준은 외과 수술 일반에 관하여 “외과수술 - 특히 생식기 수술 - 은 성별 위화감에 대한 치료 절차에서 가장 최후의, 그리고 가장 신중히 고려되어야 하는 단계이다. 많은 트랜스섹슈얼, 트랜스젠더, 그리고 성별비순응자들은 외과수술을 거치지 않더라도 자신의 성별 정체성, 성역할, 그리고 성별표현에 편안함을 확보할 수 있다.”고 설명하고 있다.

3) 외부성기 수술의 의료적 위험성

외부성기 수술이 필요한 경우에도 그 수술의 위험성은 대단히 크다. 위 표준의료기준에 따르면 여성으로 성전환하는 사람의 생식기 관련한 외과수술의 경우 질과 음순의 완전 또는 부분 괴사, 방광의 누관 또는 질로 이어지는 장기의 누관, 요도의 협착, 성교를 하기에 너무 작거나 짧은 질 등의 결과가 나올 수 있고, 성불감증이 발생할 수 있다고 한다.

남성으로 성전환하는 생식기 수술들은 과정이 매우 복잡하고 기술적으로도 난이도가 매우 높다. 여러 차례의 단계별 개별적 수술이 필요하고, 추가적인 재수술이 필요한 경우가 많다. 이밖에도 비뇨기의 합병증이 발생할 가능성이 매우 높고, 광범위한 상처자국(이는 신체의 상당한 부분에서 피부를 떼어내게 되는 등의 결과로 발생한다)이 남게 된다. 위 표준의료기준은 이러한 이유 때문에 남성으로 성전환하는 생식기 수술을 하는 경우 자궁절제술과 난소난관절제술 이외에는 다른 수술을 절대로 하지 않는다고 밝히고 있다.

실제로 위 실태조사에서도 성전환과 관련한 수술에서 부작용이 있었는지

13) 성별위화감(gender dysphoria)은 개인의 성별정체성과 출생시에 부여받은 성(그리고 이와 관련된 성역할 및/또는 일차이차 성장)의 불일치로 인한 불편함 또는 고통을 의미한다.; 한가람, 앞의 글, 15쪽 재인용.

의 여부에 대한 질문에 43.6%가 질협착, 가려움증, 부어오름 등의 수술 부작용이 있었다고 응답하였고, 부작용 때문에 여러 번에 걸쳐 재수술을 하기도 한 것으로 나타나고 있다.¹⁴⁾

한편, 외부성기 수술은 수술 자체로 인한 위험뿐만 아니라 의료진의 기술 수준이나 이해도에 따라 위험도가 증가한다. 우리나라 보건복지부는 국내 성전환과 관련한 의료조치의 통계, 의료 가이드라인을 가지고 있지 않다고 밝혔고, 34개 지방의료원들도 성주체성장애성전환증 및 성전환수술 관련 가이드라인이 없다고 하고 있다.¹⁵⁾ 이러한 우리나라의 성전환자에 대한 의료 정책을 고려할 때 외부성기 성형 수술의 잠재적 위험성은 더욱 크다고 할 것이다.

4) 의학계는 법적 성별정정이 성전환수술보다 먼저 필수적으로 있어야 한다고 보고 있다.

위 세계성전환자보건전문가협회는 전환된 성에 부합하는 생식기의 형성은 사회적 성별 인식에 반드시 필요한 과정이 아니고, 개인이 신분증과 다른 중요 기록에 성별을 정정하는 데에 있어 전제 조건이어서는 안 된다고 명시하고 있다. 나아가 위 협회는 신분증과 기타 중요 기록에 성별을 정정하는 것이 새로운 정체성으로 사회적 기능을 하는 데에 중요한 도움을 주는 것으로서 외과수술이 행해지기 전에 필수적으로 있어야 하는 요소라고 하면서, 오히려 법적 성별의 정정이 성전환과 관련한 외과수술보다 먼저 있어야 한다고 강조하고 있다.¹⁶⁾

5) 소결

이처럼 성전환자에 대한 의료적 조치에 있어서 전환된 성에 부합하는 외

14) 성전환자 인권실태조사 기획단, 앞의 책, 136~137쪽; 한가람, 앞의 글, 19쪽 재인용.

15) 남인순 의원실 자료; 한가람, 앞의 글, 20쪽 재인용.

16) WPATH(2008); WPATH, Identity recognition Statement, June 16, 2010; 세계성전환자보건전문가협회(WPATH)가 서울서부지방법원에 제출한 의견서(2012. 12. 28.); 한가람, 앞의 글, 20쪽 재인용

부성기 형성은 의료적으로 모든 성전환자에게 필요한 것이 아니고, 다른 의료적 조치로도 전환된 성에 부합하는 성적 특징들을 갖추고 자신의 성별 정체성에 따라 사회적인 생활을 해 나갈 수 있으며, 오히려 외부성기 수술은 성전환자 개인의 건강에 치명적인 위험이 될 수 있고, 성전환자를 진료하고 치료하는 전문가 집단 역시 성별정정의 요건으로 외부성기 수술을 요구하는 것에 대해서 반대하고 있는바, 성별정정에 있어 외부성기를 요구하는 것은 의학적으로도 그 필요성을 인정하기는 어렵다.

라. 소결

이처럼 성별정정허가에 있어 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’를 요구하는 것은 법작의료적 필요성을 인정하기 어렵고, 오히려 과도한 부담 내지는 신체침해를 요구하는 것으로서 성전환자의 기본권을 침해하며, 국제인권기준 및 다른 비교법적 관점에서 비추어보더라도 이는 과도한 것으로서 부당하다고 할 것이다. 대상결정은 이러한 외부성기 요구로 인해서 상당수 성전환자가 성별정정을 하고 있지 못하는 점, 현재 성전환자 성별변경에 관한 특별법이 없이 실질적으로 대법원 예규에 따라 법원의 판단에 의해 성별정정이 이루어지고 있는 점, 국회의 입법이나 대법원 판례의 변경까지 기다리도록 하는 것은 가혹한 점 등을 고려하여 외부성기 수술 없는 성별정정을 일반적으로 인정하고 ‘외부성기’요구의 과도함을 명시한 결정으로서 그 의의가 크다고 하겠다.

2. 대상결정의 한계

가. 하급심 결정으로서의 한계

참조결정²인 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정은 외부성기 성형 없는 성별정정에 관하여 별도로 판단하지 않고 있다. 신청인은 MTF¹⁷)로서 음경과 고환을 제거하고 질을 만들어 넣는 성전환 수술과 함께 유방 성형수술을 받았고 결정일 현재까지 계속하여 여성호르몬제를 투

약하여 옴으로써 성전환수술을 받은 사람이었는데, 대법원은 외부성기 성형 수술이 완전히 이루어지지 않은 MTF의 경우에도 성별 정정이 가능한지 여부에 관하여는 실시하지 않고 있다.¹⁸⁾ 대법원의 새로운 결정이나 예규 변경은 아직 없고, 대상결정은 하급심 결정으로서의 한계를 가질 수밖에 없다. 대상결정 이전에도 이미 2002. 11. 4. 김홍신 전 국회의원과 2006. 10. 12. 노회찬 전 국회의원이 성별 변경에 관한 특별법을 국회에서 대표발의 한 바가 있고¹⁹⁾, 국가인권위원회에서도 특별법 제정을 권고하였지만 아직 특별법은 제정되지 않고 있다. 성전환자의 성별 정정을 통일적으로 규율하기 위해서 동일한 취지의 대법원 결정의 변경, 예규 개정 및 국회의 조속한 특별법 제정이 요청된다.

나. 다른 성별정정 허가요건에 대한 검토의 필요성

1) 국가인권위원회 결정

국가인권위원회는 2008. 11. 5. 자 06진차525·06진차673병합 결정에서 피진정인인 대법원장에게 “「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」상의 성별정정허가 요건 중 ‘성기수술’, ‘만 20세 이상일 것’, ‘혼인한 사실이 없을 것’, ‘자녀가 없을 것’, ‘반대 성으로서의 삶을 성공적으로 영위할 것’, ‘병역의무를 이행하였거나 면제 받았을 것’, ‘범죄 또는 탈법행위의 의도나 목적이 없을 것’, ‘신분관계에 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것’, ‘부모의 동의를 제출할 것’ 등의 요건에 대해 인권침해 요소가 없도록 개정할 것과 성전환자에 대한 비밀누설 금지 조항을 신설할 것”을 권고하고, 국회의장에게 “성전환자의 성별변경에 대한 요건 및 절차를 규정한 특별법을 제정할 것”을 권고하는 결정을 내렸다.

17) Male to Female, 생물학적으로는 남성이나 여성 성별정체성을 지니는 사람

18) 한현희, 「성전환자 성별정정의 요건에 관한 검토」, 『재희 SOGI 콜로카움 자료집』, 성적지향·성별정체성 법정책연구회, 2013, 46쪽.

19) 두 법안 모두 국회 회기만으로 폐기되었다.; 한현희, 위의 글, 46쪽 재인용.

2) ‘혼인한 사실이 없을 것’, ‘자녀가 없을 것’ 등 여타 요건에 대한 검토

대상결정은 외부성기 수술 요건에 관하여만 성별정정 필수허가 요건이 아님을 명시하였으므로 다른 요건에 관한 법원의 입장은 아직 분명하지 않다. 참조결정인 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정은 ‘혼인한 사실이 없어야 함’ 요건에 관하여, ‘과거에 혼인한 사실이 있다는 점’은 사회에 부정적인 영향을 미칠 우려가 크지 않으므로 성별정정을 불허할 사유는 되지 아니한다고 명시하였고, 반대의견은 ‘미성년자인 자녀의 불이익 및 혼인 여부’도 절대적인 소극요건이 아닌 구체적 형량문제라고 설치하였지만, 다수의견은 여전히 ‘혼인 중’과 ‘미성년자인 자녀가 있는 경우’를 소극 요건으로 명시하고 있고 다른 요건에 대하여는 재검토조차 하고 있지 않다. 성전환자의 기본권 보장에 부합하는 법원의 추가적인 결정이 요구된다 할 것이다. 더 나아가 현재 대법원의 예규가 사실상 국민인 성전환자의 기본권을 제한하고 있는 측면이 있는바, 국회의 조속한 입법이 요구되는 바이다.

3. 소결

성전환자의 가족관계등록부상 성별 정정에 있어서 가장 큰 장벽으로 작용 하였던 외부성기 성형이 없는 성별정정을 인정한 법원의 결정과, 과거에 혼인한 사실이 있다는 점이 성별정정을 불허하는 필수적인 요건이 아니라는 대법원의 결정이 내려졌다. 이 결정들은 기존의 대법원의 결정이나 예규보다 성전환자의 자기결정권(헌법 제10조) 및 평등권(헌법 제11조)을 덜 제한하는 결정이라는 점에서 그 의의가 있다. 하지만 여타의 과도한 성별 정정 허가요건들은 재검토되고 있지 않으며, 이 때문에 실제 성별과 공부상의 성별이 달라서 발생하는 기본권 침해는 여전히 남아있으나, 법원과 국회의 결단이 요청된다.

V 마치며

관련 자료를 정리하고 익히는 마음으로 본고를 작성하였다. 사람의 성별은 누가 어떻게 결정하는가? 확실한 것은 법에 의한 지배를 표방하는 현대국가에서는 가족관계등록부 등 공부 상의 성별란을 정정하는 것이 사실상 사회적 성별을 결정하는 효과가 있다는 것이다. 그렇다면 법원은 공부의 성별 정정 결정을 하기 위해서, 공부 기재에서 가장 중요한 것은 무엇인지, 미성년 자녀에게 부모의 성별전환이 받아들이기 힘들다면 그것이 공부 정정의 문제인지, 더 좋은 공부 발급 형식은 없는지, 공부 기재란 본디 세 금과 균역의 징수를 위해 시작되었는데 현재 공부에 성별을 구분하여 기재하는 실익은 무엇인지, 성평등 사회라면 성별 구분과 공부 기재가 불필요한 것은 아닌지, 혹은 과도한 성별 구분이 오히려 차별과 다른 기본권의 침해를 낳고 있는 것은 아닌지, 대답하기 어려운 질문들에 답하여야 한다. 우리 법원이 최초의 대법원 성별정정 결정의 취지대로 숙고하고 판단하는 모습을 보여주길 기대한다.

남성병역의무 합헌 결정

- 병역법 제3조 1항 등 위헌 확인

6

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 이한본

대상판결

헌법재판소 2010. 11. 25. 자 2006헌마328 결정¹⁾
헌법재판소 2011. 6. 30. 자 2010헌마460 결정
헌법재판소 2014. 2. 27. 자 2011헌마825 결정

1) 관여 재판관 : 이강국(재판장), 이공현, 조대현, 김희옥, 김종대, 민형기, 이동흡, 목영준, 송두환

I 들어가며

국방의 의무는 병역법에 의한 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것이 아니라 병역법, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함²⁾된다. 우리 헌법은 모든 국민에게 국방의 의무를 부과하면서³⁾, 법률에 의해 구체화 된 병역의 의무는 모두 남성에게만 부과를 하고 있다.

2014. 2. 27. 헌법재판소는 남성에게만 병역의무를 부담하게 하는 병역법 제 3조 1항⁴⁾ 등에 대한 위헌확인인 헌법소원 사건에 대하여 다시 기간결정을 하였다. 1999. 12. 23. 군가산점제도에 대하여 위헌 결정을 한 이후로 수차례 남성에게만 병역의무를 부과하는 관련법규에 대한 헌법소원이거나, 입법부작위에 대한 헌법소원이 제기된 바 있었는데, 대부분 각하되었고, 대상판결들은 실질적으로 병역법 제 3조 1항에 대한 판단을 한 결정들이다. 2010헌마460결정, 2011헌마825결정은 실질적으로 2006헌마328 결정과 같은 취지로 판단한 것이어서 2006헌마328 결정의 내용을 중심으로 검토하되, 헌법 절차적인 측면, 지나치게 이론적인 부분들은 생략하고, 양성평등적인 관점에 따라 대상판결에 대한 문제점을 지적하고자 한다.

II 대상판결의 결정요지⁵⁾

이 사건 법률조항은 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있

2) 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2002헌바45.

3) 헌법 제39조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.

4) 대한민국 국민인 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여자는 지원에 의하여 현역에 한하여 복무할 수 있다.

5) 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 기각의견, 기타 재판관 김희옥의 보충의견, 재판관 이공현, 목영준의 위헌의견, 재판관 민형기의 각하의견이 있었으나 요지를 기재하지는 않는다.

다고 보기 어려우며, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정된다는 점에 비추어 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사기준에 따라 판단하여야 한다.

집단으로서의 남자는 집단으로서의 여자에 비하여 보다 전투에 적합한 신체적 능력을 갖추고 있으며, 개인의 신체적 능력에 기초한 전투적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어려운 점, 신체적 능력이 뛰어난 여자의 경우에도 월경이나 임신, 출산 등으로 인한 신체적 특성상 병력자원으로 투입하기에 부담이 큰 점 등에 비추어 남자만을 징병검사의 대상이 되는 병역의무자로 정한 것이 현저히 자의적인 차별취급이라 보기 어렵다. 한편 보충역이나 제2국민역 등은 국가비상사태에 즉시 전력으로 투입될 수 있는 예비적 전력으로서 병력동원이나 근로소집의 대상이 되는바, 평시에 현역으로 복무하지 않는다고 하더라도 병력자원으로서 일정한 신체적 능력이 요구된다고 할 것이므로 보충역 등 복무의무를 여자에게 부과하지 않은 것이 자의적이라 보기도 어렵다. 결국 이 사건 법률조항이 성별을 기준으로 병역의무자의 범위를 정한 것은 자의금지원칙에 위배하여 평등권을 침해하지 않는다.

III 대상판결의 검토

1. 평등권 침해 여부의 심사 기준⁶⁾

가. 자의 금지의 원칙 적용

대상판결은 평등권 위반 여부의 심사 기준을 정하면서, 헌법에서 특별히

6) 평등권 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의한 것인지, 완화된 심사척도에 의한 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정)

양성평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하지 않는다는 점에서 엄격한 심사기준이 아닌 완화된 심사기준을 적용하여 자의 금지의 원칙만을 판단하고 있다.

나. 자의 금지의 원칙 적용에 대한 비판

형식적으로 본다면 병역의무와 관련하여 헌법에서 특별히 양성평등을 요구하고 있지도 않고, 실질적 평등의 관점에서 본다면 여성은 사회 전반적으로 남성에 비하여 차별을 받고 있기 때문에 남성의 평등권의 관점에서 헌법에서 특별히 양성평등을 요구하는 경우가 아니라고 판단한 점에 대해서는 수긍이 가능하다.

그렇지만, 대상판결이 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하지 않는다고 판단한 점은 수긍하기 어렵다. 물론 이 사건은 기본권 제한의 사안이 아니라 “의무의 부과”와 관련된 사안이기 때문에 평등권의 심사기준에 대한 기존의 원칙이 반드시 적용된다고 볼 수 없는 면도 있다.⁷⁾ 그렇지만, 기존의 원칙에 따라 심사 기준을 정한다고 할 때, 남성만 병역의무를 이행함으로써 인하여, 상대적으로 신체의 자유, 거주 이전의 자유, 재산권 등이 복무기간 동안 중대하게 제한되기 때문에 별다른 근거도 없이⁸⁾ 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하지 않는다고 판단한 점은 수긍하기 어렵다.

다만 자의금지의 원칙을 적용하는 것과 비례의 원칙을 적용하는 것은 어

7) 이런 점에서 재판관 조대현, 김중대의 소수의견이 “국방의 의무의 부과에 관한 것으로 그에 대한 심사는 기본권의 과잉제한을 논할 필요가 없고, 기본의무의 부과가 그 목적에 있어 정당한지, 그 부과 내용이 합리적이고 공평한지를 따지는 것으로 족”하다고 판단한 것이 오히려 논리적으로 보인다.

8) 대상판결은 “국방의 의무를 이행함에 있어서 그 의무자의 기본권이 여러 가지 면에서 제약 받을 수 있는 점은 인정되나, 이는 헌법상의 국방의 의무의 규정에 의하여 이미 예정되어 있는 것으로서, 국가나 공익목적 위하여 개인이 특별한 희생을 하는 것이라고 할 수 없으므로 관련기본권에 대한 중대한 제한이 인정된다고 보기는 어렵다”고 간략하게 설명하고 있는데, 보상이 필요한 특별한 희생이 아니냐의 여부와 기본권의 제한 여부는 논의의 전제가 다르다. 오히려 특별한 희생이 아니어서 보상이 이루어지지 않기 때문에 차별적인 의무부과로 인하여 기본권은 중대하게 제한되고 있는 것이다.

차피 판단에 있어서 정도의 차이이고, 대상판결의 태도(이후 자세히 검토 하겠지만 결론에 맞추어 타당하지 않은 이유를 근거로 삼은 태도)에 의할 때, 비례의 원칙을 적용하였다고 가정하여도 결론이 달라지지는 않았을 것으로 보이기 때문에 심사기준의 선택은 중요한 문제로 보이지는 않기 때문에 더 자세한 검토는 생략한다.

2. 남성과 여성의 신체적 능력 차이

가. 대상판결의 가장 핵심적 논리

대상판결이 병역의무자의 범위를 정하는 기준으로서 성별을 선택한 것이 합리적 이유가 있다고 판단한 가장 중요한 논거는 “남자는 여자에 비하여 근력, 순발력 등이 우수하고, 여자는 남자에 비하여 유연성 등이 우수한 것으로 평가되는 등 서로 다른 신체적 능력을 보유하고 있다”는 점이다. 전쟁을 수행하는데 있어서 전투에 적합한 신체적 능력이 필요하고, 현역 외의 보충역이나 제2 국민역 역시 병력자원으로 역할을 하기 때문에 신체적 능력이 필요하다는 것이 이 부분 판단의 요지이다.

나. 신체적 능력을 이유로 한 차별 인정의 위험성

대상판결이 “신체적 능력”을 차별을 합리화하는 근거로 삼은 것은 양성평 등의 영역에서 매우 심각한 문제이고, 합당한 이유가 될 수 없다. 즉, 헌 법재판소가 성별에 의한 차별의 문제에서 신체적 능력을 이유로 한 차별 이 가능하다고 판단했다면, 모든 영역에서 “성별”을 이유로 한 차별을 “신 체적 능력”이라는 말로 바꾸어 차별할 수 있는 위험성이 발생하기 때문이 다. 아마도 대상판결은 병역의무 이행에 위한 훈련 및 전투 영역은 신체적 능력의 필요성이 월등하기 때문에 비교할 만한 다른 영역이 없다고 오해 하였을 수도 있는데, 이를테면 경찰, 경호 등의 영역은 병역의무 이행과 마찬가지로 신체적 능력의 필요성이 높고, 기타 육체적 능력을 필요로 하는 영역은 수없이 많다. 대상판결이 헌법적 판단을 통해 판결 이유에서 위

와 같은 사유를 적시하였기 때문에, 향후 다른 판단 영역에서도 신체적 능력에 따른 차별, 즉 성별에 의한 차별이 가능하다는 판단을 할 수 있다는 위험이 발생하게 되는 것이다.

이는 일단 의무가 부과된 이후에 신체적 능력의 차이에 따라 개별적, 구체적인 부분에서 차이를 두는 것이 아니라 신체적 능력을 이유로 의무 부과 여부를 판단하는 것이기 때문에 차이를 인정하는 문제와는 차원이 다르다. 즉, 대상판결은 의무부과의 영역에서 판단한 것이어서 차원이 다르다고 주장할 수도 있겠지만, 의무부과의 영역에서 평등권의 침해 여부를 판단하고 있기 때문에 권리의 영역에서 신체적 능력을 이유로 권리 자체를 배제하는 논리를 사용한 것과 크게 다르지 않다. 결국, 성별을 이유로 한 차별을 합리화 할 수 있는 논거를 헌법재판소가 사용했다는 점에서 관점의 위험성, 위헌성을 지적하지 않을 수 없는 것이다.

다. 검사체계를 갖추는 것이 어렵다는 판단에 대하여

대상판결은 “개개인의 신체적 능력에 기초한 전투적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어려운 점”을 이유로 적시하고 있다. 이는 현행 병역법에서 1급에서 5급까지 신체급수에 따라 병역의무를 나누고 있다는 점을 고려할 때, 납득할 수 없는 이유이다. 현행법하에서 남성도 징병검사를 거쳐 구체적인 병역처분을 받게 되는데, 1, 2, 3급의 경우 현역, 4급은 공익근무요원(사회복무요원), 5급은 병역면제 처분을 받는다.⁹⁾ 이러한 구분은 물론 주로 예외적으로 현역병으로 입영하기 부적합한 경우를 열거한 기준에 따른 것이지만, 좀 더 구체적인 기준과 정밀한 검사를 통하여 현역병에 적합한지를 판단하는 것이 전혀 불가능한 일이 아니기 때문에 별다른 근거도 없이 “신체적 능력에 기초한 전투적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어렵다”고 전제

9) 다만, 이 신체등급은 육체적 능력, 운동 능력을 기준으로 하는 것이 아니라, 키와 몸무게, 각종 질병의 유무 등으로 나누어져 있고, 4급 또는 5급을 받을 수 있는 질병들을 열거하는 방식이어서 원칙적으로 현역병, 예외적으로 보충역, 제2국민역이 되는 형식이다. 병력 수급 상황에 따라 현재는 3급도 모두 현역병 대상이지만, 1995년 이전에는 2급, 3급의 경우에도 다른 사유들(이른테면 학력)과 결합하여 방위병(보충역)이 되었다.

하는 것이야말로 극히 자의적이라고 할 것이다.

라. 남성 현역병 사이에도 신체적 능력의 차이는 존재함

한편, 현재의 남성 현역병의 경우에도 다양한 병과가 있기 때문에 일률적으로 여성이 남성에게 비해 다소 신체적 능력이 부족하다는 점만 가지고 차별취급의 근거로 삼을 수는 없다. 전투병과와 비전투병과에서 요구하는 신체적 능력의 차이가 큰 점은 물론이고, 전투병과인 경우에도 이를테면 침투작전 등 특수작전을 수행하는 군인과 일상적인 경계작전을 수행하는 군인에게 필요한 신체적 능력은 다를 수밖에 없다. 현재 남성 현역병들도 과학적이거나 구체적인 기준 없이 분류되어 복무하고 있어서 신체적 능력의 차이에 따른 의무를 부과 받고 있지 않다. 오히려 여성도 병역의 대상이 되면 신체적 능력에 따른 역할 부여의 필요성이 높아져서 현재 남성 현역병들이 별다른 기준이나 원칙도 없이 주먹구구식으로 병과를 부여받는 비효율성을 개선할 수 있는 기회가 될 수도 있을 것인데, 이와 같은 개선은 반드시 필요한 개선이며, 검사체제를 개선하여 합리적인 병역분류를 할 수 있는 계기가 될 수 있는 것이다.

3. 월경과 임신·출산, 자녀 양육의 필요성

가. 대상판결의 적시 내용

대상판결은 “신체적 능력이 매우 뛰어난 여자의 경우에도 월경이 있는 매월 1주일 정도의 기간 동안 훈련 및 전투 관련 업무수행에 장애가 있을 수 있고, 특히 가임기 여자는 현재 임신상태가 아니라고 하더라도 언젠가 임신·출산과 출산 후 수유 등 대체 불가능한 부담을 질 개연성이 있는 바, 임신중이거나 출산 후 일정한 기간은 위생 및 자녀양육의 필요성에 비추어 영내생활이나 군사훈련 자체가 불가능하다.”는 점도 이유로 적시하고 있다.

나. 성역할에 관한 고정관념

대상판결이 차별취급의 근거로 든 위와 같은 이유는 과거 헌법재판소도 허용되지 않는다고 판단한 바 있는 “과거 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 즉 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별”¹⁰⁾에 해당한다. 위와 같은 논리에 의하여 여전히 여성에 대한 차별이 사회적으로 합리화되고 있는 현실에서 헌법재판소가 성별을 이유로 한 평등의 원칙을 위반 여부를 판단하는 이유 중의 하나로 적시한 점은 대상판결이 두고두고 비판받아야 할 점이다.

다. 군대에서의 모성보호 포기

대상판결이 위와 같이 과거의 헌법재판소의 판결에 반하는 사유를 적시한 것은 상식적으로는 도저히 납득할 수 없다. 대상판결은 이 사건이 원칙적으로 기본권 제한의 문제라기보다는 의무의 부과와 관련된 것이기 때문에 모성보호라는 측면에서 의무를 면제하여 주기 위한 논거로 위와 같은 이유를 적시하였다고 선해할 수 있는 가능성도 있다.

그렇지만, 대상판결의 이유를 아무리 선해한다고 하더라도, 대상판결의 태도는 군대라는 특수 조직, 군복무와 전투상황에 있어서는 여성의 생리, 임신·출산에 대한 배려를 포기하겠다는 의미로 밖에 보이지 않는다. 의무복무 군인에 비하면 극소수이기는 하지만, 현재도 많은 여성들이 직업군인으로서 복무하고 있으며 전투를 대비하고 있다는 점에서 위와 같은 이유는 의무복무와 관련한 차별취급의 근거가 될 수 없다. 군대 이외의 조직에서 여성의 생리, 임신·출산에 대한 배려가 이루어지는 것처럼 군대에서도 충분히 모성보호는 이루어질 수 있으며, 이루어져야만 한다. 이를테면 이스라엘의 경우에는 여성이 결혼을 했거나 임신을 하게 되면 현역병으로 복무하지 않게 된다.¹¹⁾

10) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가 9. (호주제 헌법불합치 결정)

11) 권인숙, 「징병제의 여성참여 : 이스라엘과 스웨덴의 사례 중심으로」, 『여성연구』, 제74권, 1호, 2008., 183쪽. 다만, 결혼, 임신을 이유로 제대하도록 하는 이스라엘의 사례가

또한, “자녀 양육의 필요성”을 이 부분 이유에 추가한 것 역시 자녀 양육은 여성의 몫이라는 극히 가부장적 관점을 드러낸 것으로 헌법재판소에서 평등의 원칙을 판단하는 이유 중에 하나로 포함되었다는 점만으로도 비판받아 마땅하다.

4. 보충역이나 제2국민역의 문제

가. 신체적 능력 차이 논거와의 모순

대상판결의 이 부분 판단은 우선 내려진 결론에 맞추어 이유를 제시하였다는 비판을 피하기 어렵다.¹²⁾ 또한, 이에 앞서 실시한 이유들, 특히 “신체적 능력의 차이”는 차별취급의 합당한 이유가 될 수 없다는 점은 대상판결의 이 부분 판단을 통해 오히려 명확해 진다. 즉, “전투에 적합한 신체적 능력”을 요구하지 않거나 그 정도가 미약한 보충역이나 제 2국민역의 경우에도 여성을 배제하는 것은 자의적이지 않다고 판단함으로써 앞서 실시한 이유가 타당하지 않음을 판결 이유 자체에서 드러낸 것이다.

나. 차별의 합리성을 설명하지 못하는 이유

대상판결은 “평시의 병력규모는 일정한 수준에서 유지되어야 하고, 현역의 수는 제한될 수밖에 없다. 그러나 혹시라도 발생할 수 있는 국가 비상사태에 대비하여 예비적 전력을 확보하고, 유지할 필요가 있음 역시 부인하기 어렵다. 이에 따라 병역법은 언제든지 국가비상사태에 즉시 전력으로 편입될 수 있는 보충역과 제 2국민역을 두어 전시 등 국가비상사태에 병력동원 내지 근로소집의 대상이 되도록 한 것이다”라고 하고 있는데, 결국 보충역과 제 2국민역도 병력자원으로서의 일정한 신체능력이 요구된다는 취지이다. 그렇지만 대상판결이 실시 한 부분을 따로 떼어 놓고 보면 남성징병제

양성평등의 원칙에 부합하는 것은 아니다. 전역 또는 휴가를 선택할 수 있도록 하여야 한다.

12) 청구인이 이 부분 주장을 하였기 때문에 판단을 하지 않을 수는 없었던 것으로 보인다.

에 대한 근거가 전혀 될 수 없다. 남성과 여성이 함께 병역의무를 지는 경우에도 위와 같은 설명은 전혀 모순되지 않는다. 병력 수급의 문제는 의무복무 군인의 복무기간을 통해서 조절하면 되는 것이고, 여성도 기초적인 군사훈련을 받고 보충역으로 복무하다가 신체적 능력이 중시되지 않는 병과로 전투에 참여할 수도 있고, 제 2국민역으로 근로소집의 대상이 되는 데에는 아무런 장애사유가 없다.

다. 대상판결의 소수 위헌의견

대상판결에서 재판관 이공현, 목영준의 위헌의견(2010헌마 460에서는 재판관 목영준의 위헌의견)도 보충역과 제2국민역의 경우는 신체적 능력이 필수적 전제가 된다고 보기는 어렵고, 남성에 대하여 병역의무의 이행에 따르는 기본권 제한을 완화시키거나 손실 및 공헌을 전보하여 주는 제도적 장치도 마련되어 있지는 않다는 이유로 남자에게만 병역의무를 부과한 것은 남성의 평등권을 침해하므로 헌법에 위반된다는 취지로 위헌의견을 제시하였는데, 이를 고려하면, 이 부분 대상판결의 판단 이유야말로 매우 자의적이고 합리성 없는 이유라고 할 것이다.

5. 비교법적 검토에 대하여

대상판결은 “비교법적으로 보아도, 이 사건 법률조항과 같은 입법이 현저히 자의적인 기준에 의한 것이라 볼 수 없다. 징병제가 존재하는 70여 개 나라 가운데 여성에게 병역의무를 부과하는 국가는 이스라엘 등 극히 일부 국가에 한정되어 있으며, 여성에게 병역의무를 부과하는 대표적 국가인 이스라엘의 경우도 남녀의 복무기간 및 병역거부 사유를 다르게 규정하는 한편, 여성의 전투단위 근무는 이례적인 것이 현실이다.”라는 이유를 간략하게 추가하고 있다.

징병제가 존재하는 나라가 70여개라고는 하지만, 한반도의 상황과 유사한 나라는 없기 때문에 비교법적 검토는 큰 의미는 없다고도 볼 수 있다. 한

반도는 남과 북이 당사자가 되지 못한 ‘국제연합군 총사령관을 일방으로 하고 조선민주주의인민공화국 최고사령관 및 중공인민지원군 사령원을 다른 일방으로 하는 한국 군사정전에 관한 협정’(이른바 정전협정)이 체결된 이래, 60년 이상 정전상태 속에서 전쟁이 지속되고 있고, 이와 유사한 상황은 전세계 어디에도 없다.

한편, 그나마 우리나라와 가장 유사하게 일상적 전쟁을 치루고 있는 이스라엘의 경우에 여성의 전투단위 근무에 제한이 있고, 복무기간 및 병역거부 사유를 다르게 규정하기는 하지만, 여성도 의무복무에 종사하고 있다는 점에서 이스라엘에 대한 비교는 오히려 남성징병제의 위헌 논거로 사용되어야만 하는 것이다.

6. 성희롱 등의 우려에 대하여

대상판결은 “현재 남자를 중심으로 짜여져 있는 군조직과 병영의 시설체계 하에서 여자에 대해 전면적인 병역의무를 부과할 경우, 군대 내부에서의 상명하복의 권력관계를 이용한 성희롱 등의 범죄나 남녀 간의 성적 긴장 관계에서 발생하는 기강 해이가 발생할 우려가 없다고 단언하기 어렵다.”는 이유를 가장 마지막에 적시하였다.

이 역시 남성징병제의 근거가 될 수 없고, 대상판결이 성희롱이나 성적 긴장관계를 우려하여 남성과 여성이 아예 함께 머물지 못하도록 해야 한다는 취지의 주장을 하는 점에 대해서는 실소를 금할 수 없다. 헌법재판소가 직접 관여할 분야는 아니기는 하지만, 군대 내에서 성희롱, 성폭력은 강력한 의지와 제도 개선으로 근절해 나가야 할 문제인 것이지, 여성을 군대 가지 못하게 함으로서 해결해야 할 문제는 아닌 것이다. 오히려 현재의 군대는 남성이 지배하고 있는 조직이고, 여성이 사회 전반적으로도 소수이기 때문에(차별을 받고 있기 때문에) 조직 내에서 성희롱이 발생할 가능성이 높은 것이어서 다수의 여성이 여성징병제에 의하여 군대 조직으로 편입되고, 사회 전반적인 차별이 해소될 수 있다면, 성희롱 문제의 해결가능성도 높아진다고 할 것이다.

7. 남성징병제의 진정한 이유

대상판결은 구체적인 설명은 없이 보충적인 이유처럼 “그 밖에 남녀의 동등한 군복무를 전제로 한 시설과 관리체제를 갖추는 것은 역사적으로나 비교법적으로 전례가 없어 추산하기 어려운 경제적 비용이 소요될 수 있고”라고 하여 결국은 가장 핵심적인, 현실적인 이유를 적시하였다.

앞서 살핀 바와 같이 헌법재판소가 병역의무를 남성에게만 부과하는 것이 자의적이지 않다는 이유로 내세운 것은 모두 타당한 헌법적 근거가 될 수 없고, 여성 차별적 시각을 드러내어 이유 자체가 위헌적이다. 대상판결이 구체적인 이유로 자세하게 설명하기에는 부끄럽다고 느꼈거나 독자적인 근거로 삼기에는 부족해 보인다고 판단했겠지만, 결국은 현재 대한민국의 현실에서 대한민국이 남성과 여성이 함께 군 복무를 할 수 있는 시설과 관리체제를 갖추기 위한 능력이 없고, 그와 같은 예산을 마련하기 어렵다는 것이어서 가장 현실적이고 구체적인, 게다가 대부분이 국민들이 수긍할 수 밖에 없는 이유라고 할 것이다.

단순히 예산이 부족하여 양성평등 정책을 시행할 수 없다는 것은 헌법적인 이유가 될 수는 없지만, 병역법은 이미 대한민국 남성들에게 아무런 보상도 없이 거의 무상에 가까운 병역의 의무를 부과하였고, 의무복무 제도 자체를 위헌으로 보지 않는 이상, 효율성의 측면에서 여성징병제를 시행할 예산이 없기 때문에 남성징병제를 실시한다는 것은 헌법적인 이유가 아니라고 할 수도 없다. 거기에 대한민국은 60년 넘게 정전상태에서 북한과 준 전시상황으로 대치하고 있고, 국가보안법이라는 초헌법적인 법률이 합헌으로 인정되어 운용되고 있는 비정상적인 헌법상황인 점에서 결과적으로는 “국가안보를 위해” 비용을 부담하기 어려워서 양성평등한 의무복무는 불가능하다는 논리는 앞에서 제시한 그 어떤 논리들보다 합리적이라고 할 것이다.

IV 나가며 - 결론과 대안

1. 결론

대상판결은 평등권 침해 여부를 판단하는 기준으로 엄격한 심사기준인 비례의 원칙을 적용하지 않고, 완화된 심사기준인 자의 금지의 원칙을 적용하였으나, 오히려 이 사안은 기본권 제한에 관한 사안이 아니라 의무의 부과에 관한 사안으로 보아 의무부과의 합리성 여부를 검토하였어야 했다. 평등권 침해 여부로 사안을 판단하였다면 의무부과에 따른 기본권 제한이 중대함을 이유로 비례의 원칙을 적용하여 판단하는 것이 타당하다.

대상판결에서 적시한 남성징병제의 근거인 신체적 능력의 차이, 여성의 임신·출산·양육 부담은 차별취급에 대한 합리적 근거가 될 수 없고, 특히 보충역과 제2국민역의 경우에도 남성만이 징병되어야 한다는 판단의 경우, 앞서 언급한 신체적 능력의 차이는 근거가 될 수 없다는 점을 드러내 주어 이유 자체에서 모순을 드러내고 있다. 비교법적 검토가 대한민국의 특수상황을 고려하면 타당하지 않기는 하지만, 이스라엘에서 여성 징병제가 실시되고 있다는 점 역시 남성징병제가 합리적인 차별이라고 볼 수 없는 근거이다.

다만, 대한민국이 정전협정 이후로 60년 간 북한과 대립하며 전쟁상황을 이어가고 있는 특수상황에서 모병제를 실시하지 못하는 이유와 마찬가지로 경제적인 문제, 국가안보의 효율성의 문제로 여성징병제를 실시하는 것은 현실적으로 어렵다. 거기에 더해 여성은 여전히 사회적으로 차별받고 있기 때문에 양성평등이 이루어지지 못한 상황에서 여성징병제를 실시하는 것은 의무의 부과에 있어서 합리적이고 공평하다고 볼 수 없다.

대상판결은 결론은 타당하다고 할 수 있지만, 그 이유를 설명함에 있어서 많은 문제점을 포함하고 있기 때문에 비판받아 마땅하다.

2. 입법촉구 결정의 필요성

우리나라 헌법재판소에서는 아직 명백하게 사용한 적이 없는 주문 형태이기는 하지만, 이 경우 병역법 제 3조 1항에 대한 판단 주문은 “입법촉구 결정”이었어야만 할 것이다.¹³⁾

남성징병제에 대해서는 헌법적으로는 완벽하게 평등의 원칙에 합치하는 논리가 없지만, 국가안보상의 필요성이 인정되고, 남성과 여성이 함께 의무복무를 하기 위해서는 많은 예산이 필요하며, 전투의 효율성에 대해서도 의문점을 해소하지 못하고 있고, 절대 다수의 국민들은 남성징병제를 찬성하고 있는 점을 국민의 결단, 국민의 공감대(Konsens, Consensus)로 보면, 남성징병제는 아직은 성별에 의한 차별이라고 볼 수 없어서 아직은 합헌이지만, 입법자에게는 개선 시한이 없는 입법개선을 촉구하는 것이 바람직한 결론이다.

여기에 대상판결과 마찬가지로 현실적인 이유를 추가하면, 남성과 여성이 병역의무 이외의 영역에서는 사회 전반적으로 실질적 평등하지 못하다는 점을 고려하면, 권리의 영역이 아닌 의무 부과 영역에서는 여전히 사회적으로 실질적인 차별을 받고 있는 여성에게는 병역의 의무를 부과하지 않는 점은 정당화 될 수 있다. 대한민국에서 실질적인 양성평등이 실현되었을 때에는 여성에게도 병역의 의무를 부과할 수 있고, 병역의 의무를 부과하여야 할 것이다.

3. 노르웨이의 여성징병제 실시와 여성징병제의 방향

2013. 5. 16. 노르웨이는 여성에게 병역의무를 부과하는 법안을 통과시켰고, 이로써 노르웨이 여성은 2015년부터 남성과 동일하게 1년간 병역의무

13) 우리 헌법재판소의 판례 중에는 2004. 8. 26. 선고 2002가1 사건(양심적 병역거부 사건)에서 합헌 결정을 하면서 입법자에게 입법의 보안을 권고한 사례가 있다.

를 이행해야 한다. 노르웨이는 양성평등의 목적으로 여성 병역 의무를 추진해왔다. 1976년부터 여성의 자원입대를 허용하면서 전체 병력의 약 10%가 여성으로 이뤄져 있으며, 여성의 병역 의무화로 오는 2020년까지 여성 비율이 20%까지 상승할 것으로 전망된다¹⁴⁾고 한다. 주목할 것은 노르웨이의 남녀공동병역의무제의 실시 취지가 성별에 관계없이, 남성과 여성은 권리와 의무를 동등하게 가져야 하며 군대의 우수한 인재 충원이 필요하다는 데 있다는 점과 세계 제일의 남녀평등 국가라는 평가를 받는 여건을 갖춘 후에 이루어졌다는 점이다.¹⁵⁾ 여성징병제는 단순히 군가산점제 폐지에 대한 감정적 보상심리로 논의되어서는 아니 될 것이며, 실질적인 양성평등의 실현 목적으로 더욱 심도 깊게 논의되어야만 할 것이다.

14) 오마이뉴스, 2013. 6. 16., 「노르웨이, 유럽 최초로 여성 병역 의무화」.

15) 여성신문 2014. 8. 26., 김엘림, 「병역의무의 남녀 차등과 성차별」.

● 동일가치노동 동일임금 원칙의 실무상 적용

7

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 천지선

대상판결

대법원 2013. 5. 9. 선고 2010다23821 판결¹⁾
대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다101011 판결²⁾
대법원 2011. 4. 28. 2011다6632 판결³⁾

- 1) [관여 대법관: 이상훈(재판장), 신영철, 김용덕, 김소영(주심)]; 성차별부정 국가인권위원회 2008. 10. 27. 07진차981결정(미지급된 임금 지급 권고), 울산지방법원 2009. 2. 19. 선고 2007가단22834 판결, 부산고등법원 2010. 1. 27. 선고 2009나4947 판결, 대법원 2013.5.9. 선고 2010다23821 판결
- 2) [관여 대법관: 민일영(재판장) 박보영 김신(주심)]; 성차별부정 서울남부지방법원 2008. 7. 2. 선고 2007가단16179 판결, 서울고등법원 2010. 10. 29. 선고 2009 나 41184 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다101011 판결
- 3) [관여 대법관: 이인복(재판장) 이홍훈, 김능환(주심) 민일영]; 성차별인정 서울남부지방법원 2010. 7. 28. 선고 2008가소346192 판결, 서울고등법원 2010. 12. 24. 선고 2010나90298 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011다 6632 판결(소액사건으로 소액사건심판법 제3조상의 상고이유 없어 상고기각으로 확정).

I 들어가며

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 남녀고용평등법) 제 8조(임금)

- ① 사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.
- ② 동일 가치 노동의 기준은 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업 조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정할 때에는 제25조에 따른 노사협의회의 근로자를 대표하는 위원의 의견을 들어야 한다.
- ③ 사업주가 임금차별을 목적으로 설립한 별개의 사업은 동일한 사업으로 본다.

제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」의 평등이념에 따라 고용에서 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하고 모성 보호와 여성 고용을 촉진하여 남녀 고용평등을 실현함과 아울러 근로자의 일과 가정의 양립을 지원함으로써 모든 국민의 삶의 질 향상에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “차별”이란 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우[사업주가 채용조건이나 근로 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우를 포함한다]를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다.

가. 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우

나. 여성 근로자의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하는 경우다. 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 따라 적극적 고용개선조치를 하는 경우 헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.

③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

근로기준법 제6조(균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

동일가치노동 동일임금 조항은 헌법 제11조 및 제32조와 근로기준법 제6조의 구체화 조항으로, 1989. 4. 1. 남녀고용평등법에 규정된 이래로 몇 차례의 개정을 거쳐 2007. 12. 21. 위와 같은 형태로 규정되었다. 하지만 위 조항을 실제로 적용한 판결은 소수이고, 동일가치노동임을 인정한 판결은 극소수이다. 2013년 성차별을 부정한 2건의 대법원의 판결이, 2012년 성차별을 인정한 1건의 지방법원 판결이, 2011년 성차별을 인정한 1건의 대법원 판결이 나왔다. 이 판결들을 중심으로 동일가치노동 동일임금 원칙이 법원의 실무상 어떻게 적용되고 있는지에 관하여 살펴보겠다.

II 대상판결의 개요

1. 대법원 2013. 5. 9. 선고 2010다23821 판결

(이하 주식회사 효성사건, 대상판결1)

가. 사실관계

주식회사 효성의 울산공장은 화학섬유 직물을 생산하고 있는데, 공정은 ①

나일론 칩을 만들어내는 중합공정, ②나일론 칩에서 실을 뽑아내는 방사공정, ③실을 실타래에 감는 권취공정, ④원사 2가닥을 1가닥으로 끄는 연사공정, ⑤원사에서 직물을 짜내는 제직공정으로 구분된다. 울산공장의 근로자수는 총 738명이고 그 중 사무관리직 176명, 전원 남성인 기능직 548명, 전원 여성인 생산직 18명으로 구성되어 있다. 기능직 근로자는 회사 전체 공정에 순환배치 하지만 생산직 근로자는 제직공정, 연사리와인딩 공정 등에 한정하여 순환배치하며 원고들은 모두 제직공정 혹은 연사리와인딩 공정에서 근무를 하고 있다. 직무는 공정별로 차이가 있다. 중합공정의 경우 여름에 상의를 벗은 채 일하는 곳인데 여기는 남성인 기능직 근로자만 배치되었고, 반면 제직공정은 직기를 가동해서 실을 짜는 곳인데 이곳은 남성인 기능직 근로자와 여성인 생산직 근로자가 섞여서 같은 일을 하였다.

전원이 여성인 생산직 근로자는 2005. 12. 21. 기준으로 최저 35호봉 19,100원, 최고 1호봉 29,640원인데 비하여 전원이 남성인 기능직 근로자는 최저 64호봉 24,220원, 최고 1호봉 50,530원이었고, 생산직에게는 승진기회를 주지 않았다. 모집 자격은 동일했지만 남성은 기능직, 여성은 생산직으로 고용하였다.

나. 사건의 경과

- 2006. 7. 11. 원고들은 부산지방노동청 울산지청에 피고회사를 남녀고용평등법위반으로 진정하였으나 울산지청은 2007. 2. 2. 무혐의처분을 내렸다.
- 2007. 4. 30. 원고들은 연사공정과 제직공정에 근무하면서 같은 공정에서 일하는 기능직 남성근로자와 동일가치의 노동을 제공하였음에도 더 적은 임금을 지급받는 차별을 당하였는바, 사업주에게 동일사업 내에서 동일 가치노동을 하는 남녀근로자에게 동일임금을 지급하도록 한 남녀고용평등법 제8조 제1항에 위반한 임금 약정은 무효이므로 회사는 원고들과 근속기간이 동일한 기능직 남성근로자들과의 임금 차액에 해당하는 금원을 원고들에게 지급할 의무가 있다고 주장하며 울산지방법원에 소송을 제기하였다.

- 2007. 10. 23. 울산지역의 12개 노동-여성단체들은 국가인권위원회에 8명의 5급 생산직 여성근로자들을 피해자로 하여 진정하였다.
- 2008. 10. 27. 국가인권위원회는 이 회사의 남녀간의 임금격차는 성차별적인 채용, 배치, 교육훈련에 따라 초래된 것이라 성차별에 해당되고 직무상의 노동가치를 비교해 보아도 동일가치노동 동일임금조항에도 위반된다는 결정을 하고(07진차981결정), 효성에 임금 체계를 개편할 것을 권고하였다. 이 사건은 당시 국가인권위원회에서 ‘올해의 진정’으로 선정되기도 하였다.
- 2009. 1. 29. 울산지방법원은 원고 패소 판결을 선고하였고 원고들은 항소하였다.
- 2010. 1. 27. 부산고등법원은 항소 기각 판결을 선고하였고 원고들은 상고하였다.
- 2013. 5. 9. 대법원은 상고 기각 판결을 선고하였다.

다. 판결의 요지

제1심 법원은 남성기능직과 여성생산직이 동일가치노동을 하지 않았으므로 임금격차는 위법하지 않다고 판단하였다⁴⁾. 그 이유는 비교대상 근로자를 원고들이 근무한 제직공정과 연사공정에 한정하지 아니하고 기능직 근로자 전체를 대상으로 하였기 때문이다. 기능직 남성근로자들은 제직 공정 외에 연사, 방사 등의 공정에도 배치되어 있는데, 남녀평등고용법은 동일가치노동의 비교범위를 동일 사업장을 기준으로 판단하도록 하고 있어서 임금을 비교할 때 같은 공정 근로자들로만 한정할 수는 없으므로 전체 기능직 근로자를 비교대상 근로자로 선정하였다. 그리고 상대적으로 어려운 중합공정 등에는 남성 근로자만 배치되기 때문에 남녀의 노동이 동일한 가치가 아니라고 판결하였다.

제2심 법원⁵⁾과 상고심 법원⁶⁾은 별다른 의견을 제시하지 않은 채 제1심

4) 울산지방법원 2009. 1. 29. 선고 2007가단22834 판결

5) 부산고등법원 2010. 1. 27. 선고 2009나4947 판결

6) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2010다23821 판결

법원 판결을 지지하였다.

2. 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다101011 판결 (이하 티디케이주식회사 사건, 대상판결2)

가. 사실관계

피고 한국티디케이 주식회사는 전자부품을 생산하는 주식회사이고 원고들은 위 회사의 코어 생산 공정에서 일하는 여성근로자들이다. 코어생산 공정은 ①과립 Ferrite 분말 재료 가공, ②성형과 건조, ③소성, ④검사, ⑤포장으로 구성되어 있다.

원고들이 담당하는 코어 적재/정렬 작업은 성형이 완료된 제품의 표면 돌출을 제거한 후 지정된 용기에 지정된 양을 정렬하여 소성 전기로에 넣을 수 있도록 준비하는 것으로 ②성형과 건조작업과 ③소성 작업을 연결해주는 작업이다. 원고들은 크기가 작은 비드코어는 용기에 쏟아 붓고 수평으로 흔들어 주며 크기가 큰 디알코어는 파손우려가 있기 때문에 하나씩 정렬하여서 정렬을 완료한 후 코어를 담은 로트를 운반수레에 적재하여 소성실 전기로 앞으로 운반하였다. 이 작업은 3명의 여성근로자가 담당하는데 입사 후 코어 담는 공정에서 3개월 이상 근무한 근로자에게 작업을 부여한다.

남성근로자들은 ③소성 공정의 전기로 관리 작업을 주로 하는데 이 작업은 코어를 지정된 전기로에 지정된 온도로 소성하여 지정된 특성을 얻게 하는 것이다. 구체적인 공정을 살펴보면, 온도관리설정 등 준비작업, 온도설정, 작업일보 등의 작성, 온도교체 작업, 로(爐)출 후 현품표와의 확인 작업, 특별작업으로 소성 시작(試作)작업이다. 이밖에 정전이나 고장이 나면 필요한 조치 등을 취한다. 이 작업은 입사 후 소성에서 3개월 이상 근무 후 교대 근무한 남성근로자 8명이 하며 소성실은 연중 24시간 4조 3교대로 운영된다.

나. 사건의 경과

- 2007. 2. 22. 원고들은 자신들이 소성실에서 근무하는 남성근로자와 동일가치 노동을 수행하는데도 여성, 비정규직이라는 이유로 회사로부터 적은 임금을 받고 있다고 주장하며 임금차액을 청구하였다.
- 2008. 7. 2. 서울남부지방법원은 원고 패소 판결을 선고하였고 원고들은 항소하였다.
- 2010. 10. 29. 서울고등법원은 항소 기각 판결을 선고하였고 원고들은 상고하였다.
- 2013. 5. 9. 대법원은 상고 기각 판결을 선고하였다.

다. 판결의 요지

이에 대해 1심과 2심 법원은 모두 원고들의 업무가 동일가치노동이 아니라고 판단하였다. 대법원은 별도의 설명 없이 “원심은 전기로 가동 작업을 수행하는 소성부 생산직 남성근로자의 직무 또는 출하업무를 수행하는 포장부 생산직 남성근로자의 직무와 원고의 직무가 동일한 가치의 노동에 해당하는 것으로 평가하기 어렵고, 나아가 원고의 임금수준과 동일한 근속의 생산직 남성근로자의 임금수준을 비교하여 볼 때 원고와 생산직 남성근로자 사이의 임금 격차가 불합리하다고 보기 어렵다고 판단”한 원심이 정당하다고 판결하였다.

3. 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011다6632판결 (이하 주식회사 콜텍사건, 대상판결3)

가. 사실관계

피고 주식회사 콜텍은 악기 및 관련 제품의 제조·판매를 주된 영업으로 하는 회사이고, 원고들은 주식회사 콜텍 대전공장에서 근무하다가 해고된 근로자들이다. 대전공장은 ①성형라인(재단반, 기계반, 제통반, 사상반),

②도장라인(중도반, 연마반, 상도반), ③완성라인(광택반, 조립반, 포장반)으로 생산과정이 이루어져 있다.

대전공장에서 근로자를 신규채용하는 경우 근무부서를 남녀 사이의 구분 없이 생산직으로 포괄적으로 지정하거나 일부 부서 지정을 한 후 현장사정에 따라 다른 공정으로 이동시키기도 하였다. 주식회사 콜텍은 대전공장의 신규 근로자를 채용할 때 특별한 기준이나 자격을 요구하지 않았고 남성근로자의 경우에도 기계를 작동하는 특별한 기술이나 경험을 요구하지 않았기 때문에 여성근로자가 기계 작동을 하는 경우도 있었다. 대전공장의 남녀근로자는 하나의 공장 안에서 연속된 작업공정에 배치되어 협동체로서 함께 근무하였고, 대전공장에서 근로자를 신규채용할 때 객관적이고 합리적인 기준자료 없이 임금을 임의로 책정하였다.

나. 사건의 경과

- 2008. 8. 8. 주식회사 콜텍의 대표이사가 대전지방법원 논산지원에 남녀고용평등법위반 등 사건으로 기소되어 벌금 100만원의 유죄판결을 받았다.⁷⁾ 이후 2008. 10. 10. 대전지방법원에서 항소 기각판결⁸⁾을, 2009. 5. 14. 대법원에서 상고기각판결⁹⁾을 선고 받아 제1심 판결대로 유죄가 확정되었다.
- 2008. 12. 13. 원고들은 서울남부지방법원에 주식회사 콜텍이 원고들에게 원고들과 동일한 가치의 노동을 한 남성근로자들에게 지급한 임금과 동일한 임금을 지급하지 아니하였다고 주장하면서 남성근로자들이 지급 받은 임금과 원고들이 실제로 지급받은 임금과의 차액을 지급하라는 소송을 제기하였다.
- 2010. 7. 28. 서울남부지방법원은 원고들의 청구를 일부 인용하였고¹⁰⁾ 원·피고 쌍방이 서울고등법원에 항소를 하였다.
- 2010. 12. 24. 서울고등법원은 1심 판결보다 원고들의 청구 중 일부를

7) 대전지방법원 논산지원 2008. 8. 8. 선고 2007고단731 판결

8) 대전지방법원 2008. 10. 10. 선고 2008노2053 판결

9) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도9909 판결

10) 서울남부지방법원 2010. 7. 28. 선고 2008가소346192 판결

추가로 인용하고 나머지 청구는 기각하였고¹¹⁾ 주식회사 콜텍이 대법원에 상고를 하였다.

○ 2011. 4. 28. 대법원은 상고 기각 판결을 선고하였다.

다. 판결의 요지

원심은 이 사건 공장의 생산직 남녀근로자의 경우 하나의 공장 안에서의 연속된 작업공정에 매치되어 협동체로서 함께 근무하고 있으므로, 공정에 따라 위험도나 작업환경에 별다른 차이가 있다고 볼 수 없다고 하여 동일 가치노동임을 인정하고 원고들에게 차별받은 임금 상당액을 직접 청구할 권리가 있다고 판결하였다.

대법원은 별다른 이유 설시 없이 소액사건심판법이 정한 상고이유에 해당하지 않는다고 보아 상고 기각 판결을 하였다.

4. 인천지방법원 2012. 8. 16. 선고 2011가합15717판결 (이하 주식회사경암사건, 대상판결4)

가. 사실관계

피고 주식회사 경암은 건물 종합관리, 위생관리 등을 주된 영업으로 하는 회사로서 인천국제공항공사와의 용역계약에 따라 2009. 3. 1.부터 2011. 11. 30.까지 인천국제공항 여객터미널의 환경미화업무를 수행하였다.

원고들은 위 기간동안 위 여객터미널의 환경미화업무를 담당한 주식회사 경암 소속 여성 근로자들로서 주간조(오전조 07:00~15:30, 오후조 13:00~21:30) 또는 야간조(22:00~익일 07:00)로 각 근무하였다.

주식회사 경암은 위 여객터미널의 환경미화원들 중 주간조 남성근로자에

11) 서울고등법원 2010. 12. 24. 선고 2010나90298 판결, 재판장 판사 문용선, 김진석, 김창형

게는 2009. 3.경부터 2010. 2.경까지는 여성근로자보다 월 85,000원 씩, 2010. 3.경부터 2011. 11.경까지는 월 90,000원의 급여를 더 지급하였고, 야간조 남성근로자에게는 여성근로자보다 2009. 3.경부터 2010. 6.경까지 월 40,000원의 급여를 더 지급하였다.

나. 사건의 경과

- 2011. 8. 29. 원고들은 인천지방법원에 주식회사 경암이 동일한 사업 내의 동일 가치의 노동에 대하여 동일한 임금을 지급하여야 함에도 불구하고 원고들에게 동일한 가치의 노동을 한 남성근로자들과 동일한 임금을 지급하지 아니하였으므로 원고들에게 각 근무기간동안 위 남성근로자들이 지급받은 임금과 원고들이 지급받은 임금과의 차액을 지급하라는 소송을 제기하였다.
- 2011. 12. 2. 주식회사 경암의 대표이사 이정진은 인천지방법원으로부터 남녀고용평등법 위반으로 벌금 5,000,000원의 약식명령을 받았고, 이 약식명령은 2011. 12. 21. 그대로 확정되었다.
- 2012. 8. 16. 인천지방법원은 위 임금차액지급 청구에 대하여 원고 승소 판결을 선고하였고, 피고는 항소하였다¹²⁾. 원고들은 2013. 5. 14. 소를 취하하였다.

다. 판결의 요지

인천지방법원은 원고들과 남성근로자의 업무 내용을 면밀히 검토한 후, “높은 지역에서 이루어지는 작업, 환경미화용품 운반 등에 있어 남녀근로자들의 업무분담에 어느 정도 차이가 있다고 보이지만,” 환경미화업무의 내용, 투입인원의 자격 및 관리기준, 업무분담에 있어 남녀 간의 구분이 전혀 없고 위 여객터미널 내에서 남녀근로자가 대부분 함께 환경미화작업을 하고 있으며, 신규 근로자를 채용할 때 특별한 기준이나 자격을 요구하지 않은 점 등을 고려하여 원고들의 청구를 모두 인용하였다.

12) 서울고등법원 2012나72997 판결

III 동일가치노동 동일임금 원칙의 적용

1. 대법원의 법리와 노동부예규 제422호 제5조

가. 대법원의 법리

남녀고용평등법 제8조 제1항의 ‘동일가치의 노동’이라 함은 당해 사업장 내의 서로 비교되는 남녀 간의 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 그 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등에 의하여 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말하고, 동일가치의 노동인지 여부는 남녀고용평등법 제8조 제2항 소정의, 직무 수행에서 요구되는 기술·노력·책임 및 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, ‘기술·노력·책임 및 작업조건’은 당해 직무가 요구하는 내용에 관한 것으로서, ‘기술’은 자격증, 학위, 습득된 경험 등에 의한 직무수행능력 또는 솜씨의 객관적 수준을, ‘노력’은 육체적 및 정신적 노력, 작업수행에 필요한 물리적 및 정신적 긴장 즉, 노동 강도를, ‘책임’은 업무에 내재한 의무의 성격·범위·복잡성, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도를, ‘작업조건’은 소음, 열, 물리적·화학적 위험, 고립, 추위 또는 더위의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 물리적 작업환경을 말한다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도3883 한길사건 판결).

나. 남녀고용평등업무처리규정

(노동부예규 제422호, 1999.4.28., 일부개정)

제3조(합리적인 이유) ① 법 제2조의2의 규정에 의하여 성에 따라 근로자를 달리 대우함에 합리적 이유가 있다고 하기 위해서는 당해사업의 목적, 당해직무의 성질·태양·작업조건 등을 구체적·종합적으로 고려하여 기업경영상 남녀를 달리 대우할 필요성이 인정되고 그 방법·정도 등이 적정하여야 한다.

제5조(동일가치노동 동일임금 지급) ① 법 제6조의2의 규정에서 “동일가치 노동”이라 함은 노동수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등의 기준에서 볼 때 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 거의 같은 성질인 노동 또는 두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동을 말한다.

② 법 제6조의2 제2항에서 “기술, 노력, 책임 및 작업조건 등”이라 함은 당해 업무가 요구하는 내용에 관한 것으로서 각 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. 기술 : 자격증, 습득된 경험 등 업무수행 능력 또는 솜씨의 객관적 수준
2. 노력 : 업무수행에 필요한 육체적·정신적 힘의 작용
3. 책임 : 업무에 내재된 의무의 성격·범위, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도
4. 작업조건 : 소음, 열, 물리적·화학적 위험의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 작업환경

③ 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일가치인가를 판단할 때에는 법 제6조의2 제2항에 예시된 4가지 기준외에 당해 근로자의 학력·경력·근속년수 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

④ 법 제6조의2 제1항의 규정에 의한 동일가치노동 동일임금 원칙은 서로 비교되는 남녀의 노동이 모두 하나의 사업내에서 이루어지는 경우에 한한다. 다만, 임금차별을 목적으로 동일한 사업주에 의하여 설립된 별개의 사업은 하나의 사업으로 본다.

⑤(생략)

⑥ 법 제6조의2 제1항의 규정에 의한 동일가치노동에 대한 동일임금을 지급하지 아니한 경우는 다음과 같다.

1. 여성의 임금은 보편적으로 가계보조적이라는 고정관념 등에 기초하여 일률적으로 동일직군의 남성보다 적은 임금을 지급하는 경우
2. 근로의 질·양 등에 관계없이 근로자에게 생활보조적·후생적 금품(가족수당·교육수당·통근수당·김장수당 등 단, 임금의 범주에 포함되는 것에 한함)을 지급함에 있어 성을 이유로 차별하는 경우
3. 기본급·호봉산정·승급등에 있어서 성에 따라 그 기준을 달리 적용함으로써 임금을 차별하는 경우

4. 모성보호 등을 위하여 여성근로자에게 더 많은 비용이 지출된다는 이유로 여성의 임금을 낮게 책정하는 경우
 5. 군복무자에 대하여 호봉을 가산하는 경우에 있어서 그 가산의 정도가 군복무기간을 상회하거나 병역면제자 또는 미필자인 남성에게도 호봉가산을 적용하여 지급하는 경우
 6. 여성이 대다수인 직종의 임금을 합리적인 이유없이 다른 직종보다 낮게 정하여 지급하는 경우
 7. 기타 합리적 이유없이 동일가치노동에 대해 남녀의 임금을 차등 지급하는 경우
- ⑦ 전항의 규정에도 불구하고 임금지급에 있어 성차별 행위로 보지 아니하는 경우는 다음과 같다.
1. 비교되는 남녀근로자가 동일하거나 비슷한 일을 하더라도 당해 근로자 사이의 학력·경력·근속년수·직급 등의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등 지급되는 경우
 2. 임금형태를 직무급·능률급·능력급 등으로 정하여 비교되는 남녀근로자 사이에 능력 또는 업적상의 격차가 구체적·객관적으로 존재함으로써 임금이 차등 지급되는 경우

다. 소결

이처럼 대법원은 동일가치노동인지 여부를 판단하면서, 남녀고용평등업무처리규정(노동부예규 제422호)의 제5조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항, 제7항과 제3조 제1항의 내용을 그대로 원용하고 있는 것으로 보이나, 위 남녀고용평등업무처리규정 제5조 제6항을 간과하고 있는 것처럼 보인다.

2. 대상판결에의 적용

가. 대상판결1 : 효성사건

1) 대법원의 판단

대법원은 “생산직 여성근로자들인 원고들의 비교대상 근로자를 원고들과 같은 공정에서 근무하는 기능직 남성 근로자로 한정하지 않고 종합공정, 방사공정, 권취공정 등에서 근무하는 기능직 남성근로자도 포함해야 한다고 판단하고 나아가 그 판시와 같은 인정사실을 기초로 이들의 직무와 원고들의 직무가 기술, 노력, 책임 및 작업조건의 측면에서 동일한 가치라고 평가하기 어렵다”는 원심 판결을 지지하였다.

2) 기술

법원¹³⁾은 기술의 면에서 종합과 방사 공정에 일하는 기능직 근로자의 노동은 상당기간 교육과 훈련을 필요로 하는 것이고 설혹 그것이 기능직 근로자들이 해당 공정에 배치되어 장시간 근무를 하면서 숙련된 것이라고 하더라도 ‘기술’의 차이를 평가하는 데 고려대상이 되지 않는다고 보았다.

3) 노력

법원은 노력에 관하여 기능직 근로자들이 담당하는 종합공정의 필터 세정 작업, 방사공정의 필터운반 및 원료 주입작업, 노즐 와이핑 작업 등은 고온에서 작동하는 기계를 관리하기 위해 고중량의 장비를 지속적으로 움직여야 하므로 원고들이 담당하는 업무보다 그 노동강도가 높다고 보았다.

4) 작업조건

법원은 작업조건에 관하여 종합, 방사, 연사공정의 작업장 온도는 40℃가 넘고, 권취공정은 소음이 100dB이 넘지만 원고들이 근무하는 불량원사 선별장은 기온이 27℃, 리와인딩 공정은 30℃에 불과하여 작업조건도 동일하지 않다고 보았다.

13) 대상판결, 2, 3 모두 대법원은 특별한 이유 실시 없이 하급심을 지지하고 있으므로 판단 주체를 ‘법원’으로 통칭하고, 대법원임을 명시할 필요가 있는 경우만 ‘대법원’으로 표기하도록 한다.

5) 책임

법원은 책임에 관해서 연사공정에서 기능직 근로자는 1인당 120개의 연사기를 관리하면서 1일 120개 정도의 실타래를 생산하지만 원고들은 연사공정의 특성상 필수적으로 발생하기 마련인 자투리 원사들을 리와인딩 기계를 이용하여 1인당 15개 정도의 실타래를 만드는 업무를 하므로 책임의 정도가 다르고, 나아가 제직공정에서 일하는 기능직 근로자들은 17:10부터 다음날 08:40까지 반장, 조장의 업무를 대행하면서 이상발생시 적절한 조치를 하여야 할 보고라인에 있지만 원고들은 그렇지 않다고 보았다.

6) 소결

대법원은 비교대상 근로자를 작업장 전체의 기능직 근로자로 설정함으로써, 결과적으로 같은 공정(작업 단계)에서 일하는 여성 근로자와 남성 근로자의 임금에 차이가 생겼더라도 차별이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

7) 보론- 국가인권위원회 결정의 요지¹⁴⁾

국가인권위원회는 주식회사 효성의 대표이사에게 ① 생산직, 기능직에 따라 분리한 호봉제에 대하여 성차별이 해소될 수 있는 방향으로 개선할 것과 ② 생산직과 기능직 채용에서 성별에 따라 분리하여 채용하지 않을 것 및 ③ 피해자들에게 차별로 인해 미지급된 임금을 지급할 것을 권고하였다. 위 결정의 요지는 아래와 같다.

[1]주식회사 효성은 연고 및 고용안정센터 지원 자료를 이용하는 등의 방식으로 고졸 이상의 학력이라는 동일한 채용자격으로 채용하였고 채용 이후에도 배치에 앞서 별도의 능력 테스트를 거치지 않았다. 주식회사 효성은 여성 근로자들을 전원 생산직으로, 남성근로자들은 전원 기능직으로 배치하였는데, 이것은 기능직 업무를 수행하는 데 남성이 꼭 필요해서가 아니라 주요 생계책임자가 남성이라는 사회적 통념에 따른 것이므로 합리적

14) 국가인권위원회 2008. 10. 27. 07진차981결정

이유 없이 특정성을 불리하게 대우한 성차별에 해당된다. 이후 직무 교육 및 훈련이 작업과정에서 현장 훈련(OJT, On The Job Training)을 통해 이루어짐으로써 생산직과 기능직으로의 배치는 교육훈련에서의 차이로 이어졌다. 결국 이 사건 원고인 여성근로자들은 채용 및 배치에서 구분되었으며 교육 및 훈련에서도 배제된 결과 임금차별은 더욱 견고하게 되었다. [2]특정 성만을 채용하고 배치하더라도 직무의 진정직업자격(BFOQ : Bona Fide Occupational Qualification)이 인정되거나 합리적인 이유가 있는 경우에는 성차별에 해당하지 않으므로 이를 살펴보면, 주식회사 효성은 기능직 업무가 피해자들이 여성임으로 수행하기 어려운 직무라고 주장하고 있으나, 기능직에 남성만을 채용하기 위해서는 기능직 업무를 수행함에 있어 남성이라는 조건이 진정직업자격에 해당함을 보여야 하나 이러한 증거는 확인되지 않는다. 또한 기능직 내에서도 업무의 난이도에 차이가 있으므로 모든 기능직 근로자가 여성이 수행하기 어려운 정도로 육체적인 노력이 필요한 업무를 수행하고 있는 것은 아니다. 그럼에도 여성을 기능직에서 배제하는 방식으로 이루어진 채용, 배치, 교육 및 훈련과 그로 인해 심화된 임금차별은 성차별에 해당한다.

[3]주식회사 효성은 기능직 직위가 더 가치 있는 직무이므로 임금차이에 합리적인 이유가 있다고 주장하고 있으나 주식회사 효성의 임금형태는 직무급이라기보다 오히려 연공급의 성격이 강하며 따라서 원고와 기능직 근로자의 임금차액을 비교함에 있어 동일가치노동인지 여부는 중요한 판단기준이 아니다. 연공급의 경우 동일가치노동인지 여부보다 동일 또는 유사한 근속연수 근로자의 임금과 비교하여 임금차별을 비교하는 것이 더욱 적절하다.

원고과 기능직 근로자들의 동일가치노동 여부를 살펴보면, 기능직 근로자들이 육체적인 힘을 더 사용하거나 중합, 방사 등 난이도가 높은 업무를 수행하고 있다는 점을 인정하더라도 모든 기능직 근로자가 이처럼 난이도가 높고 어려운 직무를 수행하고 있지는 않으며, 원고의 경우 리와인더를 기준으로 보면 근무시간 동안 오전과 오후에 각 20분을 제외하면 직립 상태로 지속적인 근무를 수행하는 다른 측면의 노력을 기울이고 있음을 확인할 수 있다. 기술은 입사 시에 동일하였으며 차이가 발생하였다면 이는

직무 훈련 과정에서 습득된 것이므로 배치 및 훈련에서의 배제에 기인한 측면이 있다. 책임은 조장 또는 반장이 아닌 일반 조원의 경우에는 생산직과 기능직의 책임의 정도를 달리 판단할 이유가 없다. 작업조건의 경우 방사, 중합 등 매우 어려운 작업환경에서 근무하고 있는 기능직이 있으나, 이들은 기능직 중에서도 대체로 10~15년 이상의 경력자들이며 모든 기능직의 작업조건이 이와 같지는 않다. 결론적으로 생산직과 기능직은 주식회사 효성에서 동일체로 일련의 공정을 담당하여 근무하여 왔으며, 현재는 리와인더 등 여성만이 근무하는 공정이 있으나 2006. 6. 이전까지는 투포원 연사기, 솔저제직 등에서 생산직과 기능직이 혼재된 상태로 근무해온 과거로부터의 흐름을 고려하면, 동일가치노동이 아니라는 주식회사 효성의 주장은 수용하기 어렵다.

나. 대상판결2 : 티디케이사건

1) 대법원의 판단

대법원은 “전기로 가동작업을 수행하는 소성부 남성근로자의 직무 또는 출하업무를 수행하는 포장부 남성근로자의 직무와 [코어 적재 및 정렬 작업에 주로 종사하는] 원고의 업무는 동일한 가치의 노동으로 평가하기 어렵고, 나아가 원고의 임금수준과 동일한 근속의 남성근로자의 임금수준을 비교하여 볼 때 원고와 남성근로자 사이의 임금 격차가 불합리하다고 보기 어렵다.”는 원심의 판단을 지지하였다.

2) 기술

법원은 기술에 대해서 남성근로자들이 하는 전기로의 온도설정작업은 사전에 자격, 학위, 경험이 필요 없고 소성실 배치 후 현장교육으로 충분히 할 수 있기 때문에 차이를 인정하지 않았다.

3) 노력과 책임

법원은 노력과 책임에 대한 판단에서 원고들의 정렬 작업과 남성근로자의

전기로 관리작업은 1994년경부터 각기 운영된 작업규정과 원고들의 경력서 기재에 비추어 각기 본연의 업무로 판단되고 원고들은 온도관리업무에 관여하지 않은 것으로 보이며 남성근로자들이 정렬작업에 동원된 이유는 정렬실 여성근로자들을 위한 호의적인 업무로 보이고 정렬실 업무 담당자가 아닌 남성근로자가 정렬실 업무를 하는 점을 고려하면 정렬실 업무가 단순노동일 여지가 있다고 보았다. 또 전기로 온도관리가 잘못되면 큰 피해를 입지만 정렬업무의 하자는 그렇지 않고, 전기로 작업은 모든 제품에 적용되는 공정이지만 손으로 하는 정렬작업은 전체 제품의 20%~25% 정도이기 때문에 동일가치노동으로 볼 수 없다고 하였다. 법원은 남성근로자의 전기로 1회 공정은 12시간가량의 장기간이고 오작동으로 인한 손해가 크므로 원고들의 업무와 정신적 노력과 긴장의 차이가 있기 때문에 동일가치노동이 아니라고 판단하였다.

4) 작업조건

법원은 작업조건에 대해서 비록 소성실 전기로가 1천 도가 넘는 고온으로 가동되고 수리 시 화상의 위험이 있다고 하지만 출구지역 이외 나머지 구역은 특별히 가혹하지 않고 원고들도 제품운반을 위해 수시로 드나들며 남성 근로자들도 소성실 내 사무실 냉방구역에서 휴식을 취할 수 있기 때문에 차이를 인정하지 않았다.

5) 추가요소

대법원은 “나아가 원고의 임금수준과 동일한 근속의 생산직 남성근로자의 임금수준을 비교하여 볼 때 원고와 생산직 남성근로자 사이의 임금 격차가 불합리하다고 보기 어렵다”고 하여 근속년수 대비 임금격차를 판단하였다.

6) 소결

대법원은 왜 동일가치노동이 아닌지에 대해서 구체적인 이유를 전혀 제시하지 않고 있다. 하급심에서는 대상 노동의 요소 중 노력과 책임 요소를 함께 판단하였는데 정렬 업무는 단순노동으로, 전기로 온도관리는 오작동

으로 인한 손해가 크기 때문에 정신적 노력과 긴장의 차이가 큰 노동으로 판단하였다. 하지만 대상판결2에서 법원은 구체적인 직무분석을 하지 않고 있어서 그 판단 근거가 무엇인지, 왜 여성에게는 전기로 온도관리 업무를 맡기지 않았는지, 그 외의 임금격차가 발생하는 원인은 무엇인지를 파악할 수 없었다. 대상판결2의 특이할 만한 점은 추가요소로 직무연한을 고려하고 있다는 점이다.

다. 대상판결3 : 콜텍사건

1) 기술과 노력

법원은 ① 주식회사 콜텍 대전공장(이하 ‘이 사건 공장’)은 성형라인, 도장라인, 완성라인으로 생산과정이 이루어져 있고 대전공장에서 근로자를 신규채용할 때 근무부서를 남녀 구분 없이 생산직으로 포괄적으로 지칭하거나 일부 부서지정을 한 후 현장사정에 따라 다른 공정으로 이동시킨 점, ② 대전공장은 남성근로자를 신규채용할 때 기계작동에 관한 특별한 자격이나 기술을 요구하지 않았고, 여성근로자도 기계를 작동한 점을 들어 남녀 간의 임금의 차별지급을 정당화할 정도로 ‘기술’과 ‘노력’상 차이가 없다고 판단하였다.

2) 책임

법원은 이 사건 공장의 생산직 근로자의 경우 위 각 공정들이 유기적으로 연결되어 있어서 본질적으로 그 ‘책임’에 차이가 있다고 할 수 없다고 판단하였다.

3) 작업조건

법원은 이 사건 공장의 생산직 남녀근로자의 경우 하나의 공장 안에서의 연속된 작업공정에 매치되어 협동체로서 함께 근무하고 있으므로, 공정에 따라 위험도나 작업환경에 별다른 차이가 있다고 볼 수 없이 그 ‘작업조건’이 본질적으로 다르다고 할 수는 없다고 판단하였다.

4) 소결

법원은 위와 같은 판단에 더하여, 이 사건 공장에서 근로자 신규채용시 객관적이고 합리적인 기준자료 없이 임금을 임의책정한 점, 여성근로자들인 원고들과 남성근로자들 사이에 임금 격차가 뚜렷하게 존재하는 양상을 보이는 점, 일반적으로 ‘기술’과 ‘노력’의 면에서 임금 차별을 정당화할 만한 실질적 차이가 없는 한 체력이 우세한 남자가 여자에 비하여 더 많은 체력을 요하는 노동을 한다든가 여자보다 남자에게 적합한 기계 작동 관련 노동을 한다는 점만으로 남성근로자에게 더 높은 임금을 주는 것이 정당화되지는 않는 점을 종합하여 주식회사 콜텍이 동일 가치 노동에 대해 성별을 이유로 원고들에게 동일한 임금을 지급하지 않았다고 인정하였다. 하지만 대상판결3에서 역시 법원은 구체적인 직무분석을 하지 않고 있어서 아쉬움이 남는다.

라. 대상판결 4 : 경암사건

1) 기술과 노력

법원은 “주식회사 경암이 위 여객터미널에서 수행하는 환경미화업무의 내용, 투입인원의 자격 및 관리기준, 업무분담에 있어 남녀 간의 구분이 전혀 없는 점, 주식회사 경암은 위 여객터미널의 신규 근로자를 채용할 때 특별한 기준이나 자격을 요구하지 않았고 신체건강한 자를 채용조건으로 하고 있으며 달리 위 여객터미널에서 남성근로자의 작업이 일반적인 환경미화원에 비하여 특별히 고도의 기술이나 노동 강도를 요한다고 인정할 만한 자료가 없으므로 남녀 간 임금의 차별 지급을 정당화할 정도로 ‘기술’과 ‘노력’상의 차이가 있다고 볼 수 없”다고 판단하였다.

2) 작업조건

법원은 “위 여객터미널 내에서 남녀 근로자가 대부분 함께 환경미화작업을 하고 있어 ‘작업환경’에 별다른 차이가 있다고 볼 수 없”다고 판단하였다.

3) 소결

법원은 책임에 대한 별도의 설시는 없이 위 판단에 더하여 “④ ‘기술’과 ‘노력’면에서 임금 차별을 정당화할 만한 실질적 차이가 없는 한 체력이 우세한 남자가 여자에 비하여 더 많은 체력을 요하는 노동을 한다든가 여자보다 남자에게 적합한 기계 작동 관련 노동을 한다는 점만으로는 남성 근로자에게 더 높은 임금을 주는 것은 정당화되지 않는 점 등”을 고려하여 원고들의 청구를 모두 인용하였다. 대상판결⁴에서 역시 법원은 구체적인 직무분석을 하지 않고 있어서 아쉬움이 남는다.

3. 소결

대상판결에 나타난 법원의 태도는 다음과 같다. ①법원은 주식회사 한길사 건(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도3883 사건) 이후로 ‘기술’, ‘노력’, ‘책임’, ‘작업조건’의 4가지 요소를 동일가치노동의 판단기준으로 삼고 있다. ②법원은 문제가 되고 있는 노동을 비교하면서 4가지 요소에 대한 판단은 판사의 자유재량에 일임하고 있다. 개별 사건에 따라 법원은 특정 요소에 대한 판단을 더 상세히 하거나, 생략하거나, 통합해서 하고 있다. ③ 각 판결은 판단의 대상이 되는 노동이 유사노동(like work)인가 동일가치노동(work of equal value)인가를 검토하지는 않고 동일가치노동이라는 용어를 사용하며 사건을 판단하고 있다. ④불분명한 경우도 있지만 대체로 작업장 전체의 남성 근로자를 비교 대상 근로자로 삼고 있다. ⑤성별에 따른 임금차별은 비정규직 차별·승진상의 차별 등 다른 차별 및 직군분리·배치전환·연공급 등 임금형태의 변화와 같은 이른바 경영 기술 혁신과 함께 복합적인 형태로 나타나고 있는데, 법원은 이에 관하여는 아직 구체적인 판단 기준을 제시하지 않고 있다. ⑥법원은 성별에 따른 임금차별 사건을 판단하면서 동일가치노동에 해당하는지 여부에 대한 판단과 함께, 임금의 차이가 합리적인 이유를 가지고 있는지 여부 또한 추가로 판단하고 있다.

IV 대상판결의 의의 및 한계

1. 대상판결의 의의

대상판결1, 2, 3은 남녀고용평등법 제8조(동일가치노동 동일임금조항)를 적용한 최근의 대법원의 판결이며, 대상판결3, 4는 위 법조를 적용하여 성별에 따른 임금차별을 인정한 상대적으로 최근의 법원 판결로서, 모두 주식회사 한길사건에서 명시한 ‘기술’, ‘노력’, ‘책임’, ‘작업조건’의 4가지 요소를 동일가치노동의 판단기준으로 적용하여 법원의 동일가치노동에 대한 판결 기준을 보다 확고히 보여주었다.

2. 대상판결의 한계

가. 차별 법리 미비

대상판결은 우리 법원이 성별을 이유로 한 임금 차별 사건에 아직 익숙하지 않음을 보여준다. 사용자들의 경영기법은 급속도로 변화하고 있고 차별양상 역시 점점 더 정교하고 복잡한 모습을 띠고 있다. 하지만 아쉽게도 법원은 사용자의 변화에 대응하여 일관성 있고 체계적인 차별 법리를 정립하여 적용하지는 못하고 있다. 법원은 구체적으로 다음과 같은 점에서 취약성을 보이고 있다.

나. 복합적 차별- 직렬구분 등

대상판결1에서 사용자는 모집요건이 동일함에도 불구하고 고용 즉시 별다른 이유 없이 여성근로자와 남성근로자를 각 여성전용직렬인 생산직과 남성전용직렬인 기능직으로 구분하여 배치하고 각기 다른 호봉제와 승진체계가 적용되도록 하였기 때문에 성별을 이유로 한 고용, 배치, 승진 차별로 볼 수 있다. 대상판결2에서는 상고이유로 기간제 근로자임을 이유로

한 임금 차별을 주장하고 있다. 하지만 법원은 두 사건 모두 차별이 아니라고 판단하였다.

차별을 긍정한 대상판결3, 4는 근무부서의 포괄적 지칭이나 다양한 업무의 배치 가능성을 동일가치노동 인정의 근거로 들고 있는데, 이와 같은 설시로 인하여 사용자가 대상판결1의 경우처럼 고용시부터 여성전용직군을 정하여 처음부터 차별적으로 배치하고 승진가능성마저 원천 배제하는 더 차별적인 방식의 채용 및 배치로 대응할 수도 있지 않을까하는 기우가 있다.

이처럼 법원은 복합적 차별에 대한 적절한 법리를 아직 마련하지 못하고 있는 것처럼 보인다. 임금 차별은 보통 위와 같은 배치나 승진 차별, 비정규직 등 다른 차별과 결합하여 직렬을 구분하는 방식으로 나타난다.¹⁵⁾ 이 경우 여러 가지 차별로 인하여 당사자가 겪는 피해는 더욱 크지만, 차별의 원인이 무엇인지 한 가지로 특정하기가 어렵기 때문에 오히려 어떤 차별로도 인정되기가 힘들다. 사실 사용자가 직렬을 구분하는 이유는 명확하다. 인건비 절감과 관리 편의이다. 관리의 편의 역시 관리비용의 절감을 뜻하므로 결국 직렬구분의 원인은 인건비 절감이다. 그렇다면 누구의 임금을 어떤 이유로 깎는지, 직렬구분 자체가 차별적인지를 먼저 판단하여야 한다. 그리고 직렬을 구분하는 기준이 성별 등이라면 이 직렬구분은 차별적 직렬구분이고 남녀고용평등법 제2조 제1호 각 목의 예외에 해당하지 않는한 직렬구분 자체가 차별이며, 이에 따른 임금지급 역시 차별적 임금지급이다. 그런데 차별적 직렬구분의 경우에도 추가로 동일가치노동인지를 판단하여 임금지급이 차별적인지를 또 따지는 것은 사족에 불과하다.

그러나 대상판결1에서 법원은 동일가치노동인지 여부를 판단함에 있어서 동일가치노동여부가 아닌 사실상 두 직렬구분이 차별적인지를 판단하고 있고, 직렬구분이 차별적인지를 판단하면서도 다시 동일가치노동의 판단기

15) 입법자는 남녀고용평등법 제8조 제3항에 “사업주가 임금차별을 목적으로 설립한 별개의 사업은 동일한 사업으로 본다.”라는 규정을 두어 위와 같은 직렬 구분에 의한 차별을 방지하려고 한 것처럼 보이지만, 실제로 동 조항이 적용되는 사례가 있는지는 의문이다.

준인 4요소를 그대로 적용하여, ‘두 직렬은 동일가치노동을 하고 있지 않으므로 임금 차별이 아니다.’라는 비논리적인 결론에 도달하였다. 차별적 직렬구분과 이로 인한 배치, 승진, 임금 차별 등 복합적 차별과 새로운 경영기법에 대한 법원의 고민이 필요하다 할 것이다. 짧은 사건으로는 부당 전직, 부당 전보의 법리와 간접 차별의 법리가 유용할 것으로 보인다.¹⁶⁾

다. 동종유사노동과 동일가치노동의 혼동

법원은 대상판결에서 해당 업무가 동일노동인지, 동종 또는 유사한 노동인지, 동일가치노동인지를 구분하지 않고, ‘동일가치노동’이라는 단일한 용어를 사용하고 있다. 이는 남녀고용평등업무처리규정[노동부예규 제422호] 제5조 제1항¹⁷⁾을 그대로 따른 것으로 보이는데, 이에 따르더라도 동일가치노동은 “서로 비교되는 남녀간의 노동이 i)동일하거나 ii)거의 같은 성질인 노동 또는 iii)두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동”의 세 가지로 구분된다.

우리 법원이 iii)협의를 동일가치노동에 대하여 동일가치노동으로 인정한 사례는 아직 없다.¹⁸⁾ 이에 대하여 판례의 논리인 ‘직무가 다르지만, 실질적으로 유사하여, 동일가치 노동에 해당한다.’고 보는 것은 동일가치노동에 해당하는지를 판단하는 것이 아니라 동일(유사)노동에 해당하는지를 판단하는 것이 된다는 비판이 가능하다.¹⁹⁾ 바꾸어 말하면 현재의 법원의 차

16) 간접차별에 관하여는 이승욱, 「여성고용에서의 간접차별에 대한 실효적 규제를 위한 법적 규율」, 『노동법학』 제17호, 한국노동법학회, 2003., 34-36쪽 참조.

17) 남녀고용평등업무처리규정[노동부예규 제422호] 제5조 ① 법 제6조의2의 규정에서 “동일가치노동”이라 함은 노동수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등의 기준에서 볼 때 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 거의 같은 성질인 노동 또는 두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동을 말한다.

18) 영국의 경우 조선소의 여성 요리사와 남성 도장공, 열절연공, 선박목공의 직무가 동일가치로 판단되었다(Hayward v. Cammell Laird Shipbuilders Ltd. IT, (1984.10.29) [1984] IRLR 464): 노상현, 「고용에서의 차별금지법리」, 『노동법논총』 제17집, 한국비교노동법학회, 2009., 150쪽에서 재인용.

19) 정형욱, 「성별에 근거한 임금차별 판단기준과 쟁점」, 『한국여성학』 제26권 제호, 2010., 178쪽.

별 법리로는 iii)협의를 동일가치노동을 동일가치노동으로 인정할 수 없다. 헌법과 남녀고용평등법 제1조(목적), 제2조(정의) 제1호 “차별”, 제8조 제1항의 “동일가치노동”의 본래의 취지를 충실히 살릴 수 있도록 iii)협의를 동일가치노동을 포괄할 수 있는 동일가치노동 판단 기준의 마련이 요청된다.

라. 비교 근로자의 선정

차별은 비교를 전제로 하기 때문에 비교 대상 근로자를 어떻게 선정하느냐에 따라 그 결론이 달라질 수 있다. 원칙은 i)동일한 노동을 하는 다른 성별의 근로자가 있는 경우 그 근로자를 비교 근로자로 삼는 것이다. 그렇지 않으면, 동일가치노동이 아니라 동일노동 근로자조차도 같은 임금을 받지 못하는 경우가 발생할 수 있기 때문이다. 성별이 다른 동일노동 근로자가 더 높은 임금을 받고 있는 명백한 차별 상황에도 불구하고, 다른 업무를 하는 근로자까지 비교 대상으로 삼아 오히려 차별을 정당화하는 오류를 범할 수도 있다.

문제는 ①같은 직렬의 동일한 업무를 담당하는 근로자들 사이에서도 실제 업무 내용의 차이는 존재하므로 i)동일노동을 하는 근로자는 사실상 없는 것에 가깝고, ②우리법원은 실제로 ii)거의 같은 성질의 노동을 동일가치노동으로 인정할 뿐 iii)두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동(협의를 동일가치노동)은 동일가치노동으로 인정한 적이 없어서 iii)협의를 동일가치노동자 집단 선정의 실례가 전무하며, ③우리 나라의 임금체계는 아직 연공급의 성격이 강하여 업무 자체의 비교만으로는 임금 지급에 차별적인 요소가 있는지 여부를 파악하기 어렵다는 것이다. ④게다가 현재까지의 모든 성별을 이유로 한 임금 차별 소송이 그래왔던 것처럼 원고들과 비교 대상 근로자들 모두 다수이기 때문에 그 비교대상 근로자들을 선정하고 그 범위를 한정하는 것은 더욱 어렵다. 대상판결¹⁾은 이러한 비교대상 근로자 선정의 어려움과 문제점들을 극명히 드러내고 있다.

대상판결¹⁾에서 법원은 생산직 여성근로자들인 원고들의 비교대상 근로자

를 원고들과 같은 공정(연사, 제직 공정)에서 근무하는 기능직 남성근로자로 한정하지 않고 전체 기능직 남성근로자로 설정하고, 기능직 남성근로자의 업무의 스펙트럼이 더 넓다는 이유로 차별이 아니라고 판단하였다. 이와 같은 대상판결¹⁾의 비교대상 근로자 선정은 지속적인 비판을 받아왔다. 그 이유는 1)법원은 비교대상 근로자 선정 이유를 ‘같은 직종 내에서는 동일한 호봉표를 적용해 개별 근로자가 현재 수행하는 직무의 내용과 관계 없이 근속기간을 기준으로 기본급을 지급한 점’과 ‘기능직 근로자들은 생산직 근로자들과 달리 각 공정에 배치전환되는 점’을 들고 있는데 이것은 오히려 임금이 직무에 따라 지급된다는 회사의 주장을 배척하고 연공급의 성격이 강하다는 인권의 주장에 일치하며, 회사가 근속기간을 임금책정 기준으로 한 것은 직무의 차이가 임금격차에 유의미하지 않다는 방증이 된다는 점, 2)비교적 고난도의 직무를 하는 중합공정과 방사공정은 남성기능직 중에서도 오랜 근속기간을 가지고 교육훈련을 받은 근로자만이 할 수 있고 여성들은 성별분리배치제도로 인해 접근조차 할 수 없음에도 전체 기능직 근로자를 생산직 근로자의 비교대상으로 한 점, 3)별다른 이유 없이 원심의 판단을 긍정한 점 등이다. 대상판결¹⁾의 경우처럼 연공급을 취하고 있는 사업장에서는 개별 근로자에 대한 직무가치를 평가하지 않기 때문에 사업장에서 동일가치 노동을 하는 근로자를 찾기는 어려우므로, 오히려 인권의 판단처럼 동일 유사한 근속연수의 남성근로자를 비교대상으로 선정하는 것이 좀 더 합리적이다.²⁰⁾

동일가치노동에 대해서 동일임금을 인정하는 취지는, 성별을 이유로 한 임금차별을 방지하려는 것이다. 동일노동 또는 동일가치노동에 대하여 동일한 임금을 지급하려는 것은 임금이 노동의 대가이기 때문이다. 그러나 우리 나라의 경우처럼 임금이 직무급 보다는 연공급의 성격이 강하다면, 기계적인 비교근로자 선정은 오히려 차별을 정당화 할 수 있다. 하지만 법원이 근속년수를 동일가치노동 평가의 필수 요소로 고려하는 것은, 사회문제

20) 강을영, 「스펙트럼에 갇힌 임금차별 판단기준—남녀고용평등법 제8조의 해석」, 『노동법률』 268호, 2013., 78쪽; 김엘림, 「성별 분리채용·배치에 따른 직종별 임금차등의 위법여부」, 『노동법률』 267호, 2013., 54-59쪽; 윤혜정, 「동일가치노동 동일임금 판결의 한계 및 개선과제」, 『이화젠더법학』 제6권 제1호, 2014., 147-161쪽.

가 되고 있는 경력단절과 차별적 승진연한 설정, 차별적 배치 등과 결합하여 오히려 입법취지에 반하는 성차별적 근로관계를 고착화할 수 있기 때문에 각별히 주의를 기울여야 할 것이다. 이러한 염려가 기우에 불과하도록 법원의 치밀한 사실관계 인정과 헌법과 입법취지에 충실한 법리 적용이 필요하다 할 것이다.

마. 판단 4요소의 적용

법원은 문제가 되고 있는 노동을 비교하면서 4가지 요소인 기술, 노력, 책임, 작업조건에 대하여 일괄적으로 판단하고 있다. 그러나 4가지 요소는 쟁점이 되는 업무의 특성에 따라 그 기여도가 다르기 때문에 그 비중을 업무특성에 맞게 조정하여야 할 것이고 단순히 각 영역에서 차이가 있다는 점만을 강조하여 차별이 정당하다고 판단하여서는 아니 된다.²¹⁾ 다만 이러한 문제는 성별 임금 차별 사건의 판례가 축적되면 자연스럽게 해결 될 것으로 보인다.

바. 직무평가

더 나아간다면 법원의 여성집중직군에 대한 정당한 평가가 필요하다 할 것이다. 일반적으로 순간적인 물리력을 발휘해야 하는 업무가 지속적인 집중력과 세밀함을 요구하는 업무보다 높게 평가되는 경향이 있다. 구체적인 직무평가 기준 마련은 사용자가 수행하여야 할 몫이지만 법원 역시 여성 집중직군의 업무에 대하여 편견 없이 업무 자체를 평가하여야 할 것이다. 예를 들면 ‘가’업무를 수행하는데 있어서, 숙련된 근로자 A가 10분이면 완료하는데 초보 근로자 B는 30분을 소요해야 완료할 수 있고, B도 이 업무를 10분만에 완료할 수 있게 되는데 1년의 시간이 소요된다면, ‘가’업무는 숙련도를 요하는 작업이고, 그 기술 및 노력을 정당하게 평가하여야 한다. ‘가’업무는 소위 ‘단순노동’으로 분류되는 설거지일 수도 있고, 영아의 기저귀를 갈아주는 업무일 수도 있고, 테이블을 셋팅하는 업무일 수도 있다.

21) 전형배, 「동일가치노동의 평가」, 『노사저널』 857호, 2012., 37-42쪽.

또 숙련 근로자 A가 1시간 동안 '나'업무를 수행하는데 전혀 오류를 만들지 않는 반면, 초보 근로자 B는 1시간 동안 '나'업무를 수행하면서 수 차례의 오류를 만들고, B도 이 업무를 1시간 동안 예러 없이 수행하는데 3년의 시간이 소요된다면, '나'업무 역시 숙련도를 필요로 하는 작업이고 그 기술, 노력, 책임 또한 정당하게 평가되어야 한다. '나'업무의 예로는 유아나 노인 또는 장애인을 돌보는 업무처럼 대부분의 돌봄노동을 들 수 있다.

지극히 부족한 사건으로는, 생계를 유지할 수 있는 정도의 돈을 버는 일 중에 '단순업무'란 없다. 개개의 작업이 단순한 것이어도 많은 양을 정해진 시간 안에 오류 없이 처리해야 한다면 그것은 상당한 기술과 노력과 책임이 요구되는 업무이다. 더군다나 비정규직 근로자처럼 대체 가능성이 높은 근로자는 자신의 작은 실수로 곧 해고를 당하거나 생계를 위협받을 수 있다는 불안 속에서 그 업무를 수행한다. 숙련도를 평가하는 기준에 대해 법원이 좀 더 숙고할 필요가 있다 할 것이다.

사. 소결

대상판결은 한길사건에서 제시한 판단기준을 그대로 수용함으로써, 해당 판단기준의 문제점 또한 분명히 드러냈다. 한길사건 판결이 있었는지 약 10년이 흐른 현재, 법원이 좀 더 상세하고 명료하며 그 동안의 현실 변화를 고려한 기준을 제시하여 줄 것이 기대되고, 이것이 우리 법원의 역량이나 대한민국의 국제적 위상을 고려할 때 과도한 것임이 아닌 것임에도 불구하고, 이 기대를 충족시켜주지 못하는 것에 못내 아쉬움이 남는다.

V 마치며

대한민국은 헌법, 근로기준법, 남녀고용평등법 등 많은 법령에서 성별에 의한 차별의 금지를 규정하고 있지만 성장우선의 경제정책이나 다른 문제로 차별금지에 관한 해당 규정의 실질적인 적용이 미진했던 것이 현실이

다. 그리고 이와 같은 성별에 의한 차별의 사실상 용인이 개인의 존엄성과 평등을 해함과 동시에 사회적인 통합을 저해하는 중요한 원인 중의 하나가 되었던 것도 부인할 수 없는 사실이다.²²⁾ 최근의 ‘여성 고용률이 높은 국가가 출산율도 높다’는 기사²³⁾나 남성이 배우자를 선택할 때 맞벌이를 하는 여성을 선호한다는 기사 등을 보면서 여성의 노동에 대한 정당한 가치 평가와 임금지급이 여성뿐만 아니라 남성과 사회 전반에 유익하고 필요한 것임을 다시 한 번 확인하곤 한다. 세계적인 불황으로 모두가 힘든 요즘, 법원이 ‘생계책임자는 남성’이라는 남성과 여성 모두에게 이로울 것 없는 피상적인 고정관념에서 벗어나서, 여성의 노동을 동시대를 힘겹게 살아가고 있는 ‘낮은 사회적 지위를 감수하는 사람의 노동’으로 보기를 바라는데 바이다.

22) 정종철, 「동일가치노동과 동일임금원칙의 적용과 관련한 몇 가지 이슈」, 『노동법률』 265호, 2014., 72-75쪽.

23) 연합뉴스, 2014. 9. 10. 자, 여성 고용률 높은 국가 출산율도 높다.
<http://www.yonhapnews.co.kr/society/2014/09/05/0705000000AKR2014090519810004.HTML>,

● KTX 여승무원의 철도공사 근로자지위 인정

8

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 김주혜

대상판결

대상판결 : 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나90816 판결¹⁾
[비교] 서울고등법원 2012. 10. 5. 선고 2011나78974 판결
참고 : 서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2011구합20239 판결²⁾
서울행정법원 2010. 6. 11. 선고 2009구합32819 판결³⁾

1) [관여 법관 : 김용빈(재판장), 유석동(주심), 이순형]
2) [관여 법관 : 박태준(재판장), 안승훈(주심), 곽상호]
3) [관여 법관 : 이인형(재판장), 유환우, 유상호(주심)]

I 들어가는 말

불안정노동의 형태로서 비정규직, 이른바 신자유주의 노동유연화가 가져온 고용 형태(기간제, 간접고용, 특수고용 등)가 급증하면서, 고용, 노동조건, 노동3권 등에 대한 사용자 책임 회피 문제와 관련하여 발생하는 법적 분쟁이 증가하고, 이는 판례로 집적되어 오고 있다.

그런데 그동안 특히 사회적으로 이슈가 되었던 비정규직 사안들 - KTX 승객서비스 업무, 골프장 경기보조업무, 학습지교사업무, 대형유통할인매장 계산업무, 은행 공과금수납업무, 보험모집업무, 간병업무 등 - 을 보면, 당사자의 전부 또는 대부분이 여성인 경우가 적지 않았다.⁴⁾ 매해 각종 통계, 보도에서도 비정규직에서 여성의 비중이 높다는 점이 거듭 확인되고 있다. 대상판결 및 참고 판례들도 모두 여성이 집중된 직종(직군)에서 여성 비정규직(내지 비정규직으로의 전환)을 그 내용으로 하는 사안들이다.

이러한 배경에서 여성집중직군으로 불리는 사업장에서 시작한 외주화 진행으로 벌써 수년째 문제되고 있는 KTX 승무원 사내하도급 사건을 중심으로, 법원이 근로자지위와 관련한 사용자성을 인정한 판례를 검토하기로 한다.

II 사건의 개요 및 판단 대상

1. 사건의 개요

가. 당사자

4) 여성은 서비스와 판매직종에서 임시직 및 일용직 그리고 파견으로 근로하는 비율이 남성에 비해 4배 이상 높고 전문가 역시 독립도급의 형태로 일하는 여성의 비율이 높으며, 특히 판매직에서 파견 및 독립도급으로 일하는 여성 비율이 50% 이상으로 보고된 바 있다(은수미, 「여성 비정규직 노동시장 및 노사관계」, 『한국여성학회 2차 월례 심포지움 자료집』, 2007., 20쪽).

- 1) 피고 한국철도공사는 한국철도공사법에 의해 설립되어 전국의 철도관련 기간사업의 시설을 관리, 운영하는 특수법인으로 KTX 사업을 주관하는 자이고, 재단법인 흥익회는 근무 중 공상으로 퇴직한 자와 순직한 자의 유가족에 대한 원호를 목적으로 설립된 법인으로 피고의 유관단체이며, 주식회사 한국철도유통은 2004. 12. 2. 흥익회에서 유통 부분이 분리되면서 유통·용역·광고 사업 등을 목적으로 설립된 회사로 피고의 자(子)회사이고, KTX 관광레저 주식회사는 2004. 8. 11. 철도연계 여행 등의 개발 및 판매 등을 목적으로 설립된 회사로 피고의 계열사이다.
- 2) 원고들은 다음과 같은 경위로 위탁된 KTX 승객서비스 업무를 수행하기 위하여 흥익회 또는 철도유통을 통하여 KTX 승무원으로 고용된 사람들이다.

나. KTX 고객센터 업무의 위탁 및 원고들의 채용 경위

- 1) 피고의 전신인 철도청은 2003. 10. 27. KTX 사업의 승무원 운영 인력 충원방안을 검토하는 과정에서, KTX 승무원 업무는 고속으로 주행하는 열차에 승무하여 여객의 문의에 응대하고 특실서비스 등 열차 내 서비스를 제공하는 업무로 관리자(열차소장, 팀장, 여객전무 등)의 지시·감독에 의해 업무를 수행함으로 도급위탁은 곤란하나, 특실서비스 업무를 독립시킬 경우 위탁이 가능하다고 판단하였다.
- 2) 그러나 철도청은 특실서비스 업무만을 독립시키는 조치를 취하지 아니하고 2003. 12. 31.경 ‘열차의 운전취급 등 안전과 관련된 업무’와 ‘승객서비스 업무’를 분리하여 승객서비스 업무는 외주업체에 외주화하기로 하고, 흥익회에게 승객서비스 업무와 케터링서비스(도시락 주문배달, 커피 등 열차내 판매 서비스)를 일괄하여 위탁하기로 결정하였다.
- 3) 이에 피고는 그 무렵 흥익회와 사이에 업무위탁협약을 체결하고 KTX 고객센터 업무를 위탁하였다. 흥익회는 2004. 2.경 원고들의 일부를 포함한 351명과 사이에 계약기간을 2004. 12. 31.까지로 하는 근로계약을 체결하고 이들을 채용하였다.

- 4) 이후 홍익회는 2004. 12.경 유통 업무를 철도유통에게 이양하였고, 이에 따라 피고는 2004. 12. 31.경 철도유통과 사이에 기간을 2005. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지로 하는 ‘KTX 고객서비스 위탁협약’(이하 ‘이 사건 위탁협약’이라 한다)을 체결하고 철도유통에게 KTX 고객서비스 업무를 위탁하였다.
- 5) 이에 철도유통은 2005. 1.경 홍익회와 근로계약을 체결한 KTX 승무원들의 고용을 승계하였고, 원고들 중 일부는 각 2005. 3. 5., 다른 일부는 각 2005. 10. 20. 철도유통과의 사이에 근로계약기간을 2005. 12. 31.까지로 하는 근로계약을 각 체결하고 이들을 채용하였다.

다. 원고들에 대한 해고

- 1) 철도유통은 2005. 12. 26.경 피고에게 이 사건 위탁협약의 해지를 요구한 다음 2005. 12. 30.경 원고들을 비롯한 KTX 승무원들에 대하여 피고가 새로 선정한 KTX 고객서비스 업무 위탁사와의 인수·인계가 있을 때까지 2005년 계약상의 근로조건과 같은 조건으로 기존의 근로계약을 유지하는 것으로 공고하였다. 피고는 2006. 5. 15.자로 KTX 고객서비스 업무를 KTX 관광레저에게 위탁하기로 하는 한편, 2006. 5. 9.경 원고들에게 2006. 5. 15.까지 KTX 관광레저로 이적하지 아니할 경우 이적 시한이 만료된다고 통보하였다.
- 2) 원고들은 피고가 원고들의 실질적 사용자로서 직접 고용관계에 있음을 주장하면서 위 이적 기간 내에 KTX 관광레저로 이적하지 아니하였다. 이에 철도유통은 위 이적 거부를 이유로 2006. 5. 15.자로 원고들을 해고하였다.

2. 판단의 대상

이 사건 판단 대상은,

- 가. 원고들의 근로자지위 확인청구에 대하여, 원고들과 피고 사이의 근로 계약관계의 성립 여부,
- 나. 따라서 원고들이 철도유통에서 KTX 관광레저로의 형식적인 소속변경을 하지 아니하였다는 사유로 단행된 이 사건 해고가 부당해고에 해당하여 원고들과 피고 사이의 근로계약관계의 존속되고 있다고 볼 수 있는 여부,
- 다. 원고들의 임금지급청구에 대하여, 피고의 임금지급의무와 중간수입 공제 주장이 타당한지 여부이다.

III 주요 판시사항

1. 진정한 도급과 위장도급의 구별

도급관계란 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 발생하는 법률관계를 말한다(민법 제664조). 따라서 진정한 도급관계 하에서 수급인의 근로자는 수급인의 지휘·감독하에서 근로를 제공하고 임금을 수령하기 때문에 수급인과 사이에 직접 근로관계가 형성되고, 도급인과의 관계에서는 직접 근로관계가 형성될 수 없다. 그러나 최근에는 기업조직의 변용, 고용의 유연화와 고용형태의 다양화, 직접 근로관계에서의 사용자책임의 회피 등을 이유로 도급과 근로관계의 한계영역에 있는 위장도급이 증가하고 있는 바,⁵⁾ 여기에서 위장도급이란 사용자의 책임 또는 의무를 면하기 위해 외형적으로는 사용자와 원고용주 사이에 도급관계의 형식을 취하였지만 실

5) 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무와 관련하여 제3자의 지시, 명령에 따라 노무제공을 하는 근로자를 사용하고자 하는 제3자는 자신의 업무가 파견 근로자보호 등에 관한 법률에서 파견근로 자체를 금지시킨 업무에 해당하는 경우에는 이를 회피하기 위하여 근로자를 고용하는 원고용주와 사이에 노무도급계약의 형식을 취하게 된다.

질적으로는 사용자와 근로자 사이에 묵시적으로나마 직접 근로계약관계가 존재한다고 볼 수 있는 법률관계를 말한다.

2. 위장도급 여부의 판단기준

원고용주(수급인)에게 고용되어 제3자(도급인)의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.⁶⁾

특히, 도급목적물인 제3자의 업무가 파견근로자보호 등에 관한 법률에서 파견근로를 금지하고 있는 경우라면, 제3자가 도급계약의 형식을 통하여 위 법률의 입법취지를 잠탈하지 못하도록 도급목적물인 제3자의 업무가 과연 진정도급의 대상물에 해당하는지, 즉 수급인인 원고용주와 근로자들이 제3자와 무관하게 독립적으로 그 업무를 수행할 수 있는지 여부를 엄격히 판단하여야 하고, 원고용주를 사실상 파견사업주로 볼 수 있다면 제3자와 원고용주 사이의 도급계약은 강행법규에 위반되어 그 효력을 인정할 수 없으므로 원고용주가 다른 사업 등을 영위하면서 사업주로서의 실체를 가지고 있다고 하더라도 사실상 제3자의 노무대행기관에 불과하다고 보아야 한다.

3. 판단이유

가. 대상판결은 KTX 승무원의 업무에 관하여, 철도유통 등은 형식적으로는 피고 등과 체결한 위탁협약에 기하여 소속 근로자들인 원고들로부터

6) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 등 참조

노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 피고 등의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 등이 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 임금수준을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 피고와 철도유통 사이의 업무위탁은 ‘위장도급’에 해당하여 원고들과 피고 사이에는 직접 피고가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립하였다고 보았다.

나. 따라서 원고들과 피고 사이에는 묵시적으로나마 직접 근로계약관계가 성립되었고, 그 근로계약관계는 사실상 그 기간의 정함이 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없다고 할 것인데, 피고가 철도유통을 통하여 원고들을 부당하게 해고한 이상, 원고들은 여전히 피고의 근로자 지위에 있다고 판단하였다.

다. 그 결과, 피고는 원고들에 대하여 임금을 지급할 의무가 있다고 보고, 이 사건 원고들의 해고 기간 동안의 수입을 임금 상당액에서 공제하여야 한다는 피고 주장을 배척하였다.

IV 분석

1. 대상판결의 특징과 의의

대상판결은 그동안 ‘공기업 외주화로 인한 비정규직 권리 침해, 여성노동자에 대한 성차별적 고용문제’ 등 사회적으로 논란이 되어 왔던 KTX 승무원 문제에 대하여, 묵시적 근로계약관계를 인정한 사법부의 첫 판단(가처분 결정)⁷⁾을 잇는 판결(본안 항소심)이다.

7) 서울중앙지방법원 2008. 12. 2. 자 2008카합3449 결정

원심⁸⁾에서와 같이 원고들이 피고와 묵시적 근로계약관계가 성립함을 인정 한 데에서 나아가, 그 근로계약관계는 실질적으로 기간의 정함이 없다고 판단함으로써⁹⁾ 이른바 사내하도급에서 묵시적 근로계약법이 적용되는 경우 및 그 경우 근로계약에서 정한 기간의 효력에 관하여 중요한 선례로 평가할 수 있다.

다만, 동일한 사안에 대하여 같은 법원의 다른 재판부는 대상판결과 정반 대로 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가하기 어렵다고 판단함 으으로써¹⁰⁾ 법원의 태도가 엇갈리고 있는바, 대법원의 최종 판단을 기다려 야 하는 상황이다.¹¹⁾

대상판결에서 원고들과 피고 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었고 그 근로계약관계는 실질적으로 기간의 정함이 없다고 판단한 근거를 구체 적으로 살펴보면 다음과 같다.

2. 묵시적 근로계약관계의 성립 여부

가. 사업경영상의 독립성 판단

- 1) 철도유통은 원고들을 채용한 이후 철도청이 출자하여 만든 회사로 현재 피고가 그 지분 100%를 소유하고 있는 피고의 자회사이고, 철도유통의

8) 서울중앙지방법원 2010. 8. 26. 선고 2008가합118219 판결

9) 원심 법원은 원고들과 피고 사이에 체결된 (묵시적) 근로계약은 기간의 정함이 있는 근로계약으로서 기간의 유효성을 인정한 후, 다만 원고들에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 보고, 피고의 근로계약 갱신거절은 실질적 해고로서 정당한 이유가 없어 무효라고 판단하였다(서울중앙지방법원 2010. 8. 26. 선고 2008가합 118219 판결).

10) 대상판결과 마찬가지로 묵시적 근로계약관계 성립에 관한 일반적인 판례 법리에 따른 면서도, 사실인정을 달리한 결과였다(서울고등법원 2012. 10. 5. 선고 2011나78974 판결, [관여 법관 : 정종관(재판장), 김복형(주심), 김상우])

11) 현재 대상판결 및 이와 배치되는 판결(위 비교 판결) 모두 대법원에 계류 중이다(대법원 2011다78316).

사장이나 감사, 관리상무, 비상근이사 등 임원진은 피고 등에서 간부로 근무한 경력이 있는 사람들로 구성되어 있었다.¹²⁾

- 2) 홍익회는 열차 내에서 상품을 판매하고 역 구내 매점 및 자동판매기 등을 운영하여 얻은 이익금으로 원호사업을 전개하는 비영리 공익재단 법인으로서 KTX 승무원의 업무와의 관련성을 찾아보기 어려울 뿐만 아니라 그 채용업무와 관련하여서도 아무런 경험이 없었기 때문에 모든 채용업무를 채용전문업체에 대행시켰다. 홍익회의 회장 등 임원진은 철도청 소속 간부로 근무하다가 퇴직한 사람들로 구성되어 있었고, 철도청의 관리감독을 받는 지위에 있었다. 홍익회의 2004년 사업손익 산출근거 세부내역의 수입분야 중 철도청 인력도급 인건비 액수와 비용분야 중 승객서비스 승무원 인건비가 동일하다.
- 3) 홍익회가 1차 위탁협약 기간을 자동 연장할 수 있었음에도 불구하고 철도유통에 수익사업을 모두 양도하였고, 철도유통은 2차 위탁협약 기간이 2년 이상 남아 있음에도 불구하고 스스로 피고에게 위탁협약 해지를 요청한 후 KTX 승무원 업무와 무관한 관광레저로 위 업무를 이관시킨 점 등에 비추어¹³⁾ 홍익회에서 철도유통으로, 철도유통에서 관광레저로 KTX 승무원 업무를 이관한 실질적 주체는 피고 등이라고 보아야 한다.
- 4) 피고 등은 KTX 승무원들의 일급, 기본급(철도계약직 급여 중 상여금을 별도 계산), 휴일수당, 시간외수당, 야간근무수당, 연차수당, 상여금, 교통비, 생계보조비, 퇴직급여충당금, 산재보험료, 국민연금, 건강보험료, 고용보험료, 복리후생비, 급식비, 직무수당, 피복비 등 임금의 세

12) 비교 판결에서는 철도유통이 KTX 고객센터 사업 수행 당시인 2005. 7.경 사장, 상무 2인, 4본부, 6개 지사가 있었고 그 중 KTX 고객센터 사업을 담당한 승무본부는 3부로 나뉘어져 소속 직원을 관리하였으며, 철도유통의 임원진은 2006. 7. 20.경 모두 외부인사로 교체되었다는 점을 인정사실로 하였으나, 철도유통의 형식적 조직체계, 사후적인 임원진 교체 사실 등으로는 사업경영상 독립성 판단의 근거로 보기 어렵다고 볼 것이다.

13) 비교 판결에서도 이 부분 동일한 사실관계를 인정하면서도(특히 피고가 관광레저를 새로운 위탁사로 선정하여 업무를 위탁하게 된 과정을 자세히 설시) 그 실질을 살피지 아니한 채, 이를 직접 근로관계 부정의 판단 근거로 삼았다.

부항목과 액수를 특정하여 철도유통 등을 통해 KTX 승무원들에게 임금을 지급하였고, 철도유통 등의 일반관리비, 이윤, 부가가치세까지도 피고 등이 산정하여 지급하였으며,¹⁴⁾ 인센티브를 피고 등 소속 열차팀장의 평가 등을 토대로 KTX 승무원들 개인별로 차등하여 지급하고 철도유통 등은 이를 유용할 수 없다고 명시적으로 규정하고 있었다.

- 5) 피고는 위탁업무 수행 상 필요한 시설(승무원 운송을 위한 사무공간 및 휴게시설, 승무원 숙소 및 대기실, 서비스물품보관용 창고, 철도전화, 승무원 운용관련 전산시스템 및 접속회선)과 장비[여행변경 취급용 무선이동 단말기(PDA), 휴대용 무전기(VHF), 휴대전화기, 사각 key]를 철도유통에 무상으로 사용대여하고 있고(철도유통은 KTX 승무원들이 하는 업무를 위한 별도의 물적 시설이나 장비를 갖추지 못하고 있다), 철도공사비정규계약직운영지침에서 정한 비정규계약 직원에게 발급하는 전철 업무용 승차증을 KTX 승무원들에게 무료로 배부해 주었으며, 피고 소유 건물로서 피고 직원이 사감인 숙소를 KTX 승무원들에게 제공하였고, 망실한 휴대용 무선통신장치의 변상금을 KTX 승무원들에게 피고가 직접 부과하여 징수하였다.¹⁵⁾

나. 인사노무관리의 독립성 판단

- 1) 철도유통 등은 KTX 승무원들을 채용함에 있어 그 채용인원 등에 대해 피고 등과 긴밀히 협의하였고, 채용면접관으로 피고 등 소속 직원이 직접 참여하기도 하였으며, 피고 소속 열차팀장 10명과 KTX 승무원 200명을 모아 놓고 함께 워크숍을 개최하기도 하였다.

14) 비교 판결은 KTX 승무원에게 실제 지급한 흥익회, 철도유통의 각 수당 등이 도급금액 결정 기준과 상이하다고 보았다.

15) 비교 판결은 흥익회, 철도유통이 KTX 승객서비스 업무 수행상 필요한 시설로 KTX 승무사업본부·승무본부를 갖추고 있었다고 하면서, 선이동 단말기(PDA), 휴대용 무전기(VHF), 사각 key 등은 고속철도 운행상 안전 및 보안과 직결되어 철도청·피고가 대여할 수밖에 없는 물품이고, 그 사용료를 받으면 결국 도급비용이 증가하기 때문에 철도청·피고로서는 유상대여할 실익이 없었음을 들었다. 그러나 흥익회, 철도유통이 두었다는 조직이 과연 승무원 업무를 위한 것인지는 그 실질에 따라 판단될 문제이고, 위 물품이나 사용료 등의 사실관계는 오히려 승무원 업무의 성질상 도급이 허용되지 아니함을 보여주는 것에 다름 아니다.

- 2) 철도청은 2004. 9. KTX 승무원들 중 우수 인원을 선발하여 해외연수를 보냈고, 2004. 11. 10. 우수 직원을 선정하여 표창하기도 하였으며, KTX 승무원들에게 고속철도 승무실무, KTX 열차승무원 합동 현장적응훈련 교육자료, 안전교육(KTX 스텐더디스), KTX 승무원 교육자료 등을 제작하여 배포하고, 철도청 직원인 강사들이 안전교육, 직무교육을 수시로 실시하였다.¹⁶⁾

- 3) 피고의 ‘접객서비스 시행세칙’은 KTX 여승무원들과 같은 ‘외주화 승무원’에 대해서도 위 세칙의 적용 대상임을 명시적으로 밝히면서 복장이나 용모, 업무수행 방법 등에 관한 자세한 규정을 두었고, 피고가 2005. 1. 경 작성, 배포한 ‘KTX 승무원 서비스 매뉴얼’에는 KTX 여승무원들의 복장과 메이크업 및 머리스타일, 고객을 대할 때 금지되는 행위 등 세부적인 사항까지도 명시되어 있었다.

- 4) KTX 승무원들은 고속철도운용계획에 따른 교번 운용 근무체제로 하였는데, 위탁협약서에 의하면 승무교번표에 의한 근무는 피고 등의 기준에 의하여 작성된 승무원 운용시간표에 의하여 피고 등과 철도유통 등이 협의하여 작성한 교번표에 따라 근무하며¹⁷⁾ 열차 당 승무구성인원(3명)까지 명시되어 있는 점 등에 비추어, 철도유통 등이 형식적으로 교번표를 작성하기는 하나 실제로는 피고 등이 KTX 승무원들의 근무시간 등을 결정한 것으로 보인다.

- 5) 피고의 ‘직제규정 시행세칙’에 의하면 피고 소속 열차팀장이 KTX 승무원

16) 비교 판결에서는 KTX 승무원의 업무 중 철도청·피고가 열차팀장을 통하여 직접 담당하는 고속철도의 운행 및 승객의 안전과 밀접하게 관련된 부분이 존재한다고 보면서도, 이러한 업무는 매우 예외적인 이례사항시 필요한 것으로서 평상시의 일상적인 활동이 아닐 뿐만 아니라 KTX 승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 매우 낮다고 보았다.

17) 비교 판결은 철도청·피고가 다른 위탁업체에게도 열차운행시간표에 따라 이른바 ‘기준 다이아’를 확정하여 제공하였다고 하면서, 오히려 홍익회·철도유통이 ‘기준 다이아’에 맞추어 승무교번표를 편성하고 그 순서에 의거하여 승무원을 배치하였으며, 이를 통해 확정된 승무일정의 변경 내지 조정 여부를 결정한 것을 직접 근로관계 부정의 판단 근거로 삼았다.

승객서비스 업무 수행 확인 및 평가를 시행하도록 명시되어 있는 반면, 위탁협약상 KTX 승무원들에 대한 감독업무를 수행할 의무가 있는 철도유통 소속 고속열차 승무사무소장은 필요한 경우 몇몇 KTX 열차에만 승차하였을 뿐 대부분의 KTX 열차에 승차하지 않았다.¹⁸⁾ 피고 소속 서울고속철도 열차승무 사무소장은 2005. 10. 16.경 철도유통에 KTX 승무원들 6명에 대한 시정사항을 통보하면서 시정 후 결과를 통보해 줄 것을 요구하였고 위 시정요구에 따라 철도유통은 위 6명에 대해 징계처분(출무정지, 경고)을 내린 후 이를 피고에게 통보하기도 하였다.¹⁹⁾

3. 근로계약관계의 존속 여부 - 기간의 정함이 없는 근로자

가. 원고들의 경우 홍익회와 사이에 근로계약기간을 2004. 3. 4.부터 2004. 12. 31.까지로 정한 근로계약서를 작성한 후 철도유통과 사이에 위 근로계약기간이 경과한 이후인 2005. 1.경 근로계약기간을 2005. 1. 1.부터 2005. 12. 31.까지로 정한 근로계약서를 작성하였고, 일부 원고들은 2005. 3. 5., 2005. 10. 20. 철도유통과 사이에 각 근로계약기간을 2005. 12. 31.까지로 정하여 근로계약서를 작성하였는데(계약기간이 약 10개월 또는 3개월로 이례적이다), 원고들은 별도의 근로계약서를 작성하지 아니한 채 해고된 2006. 5. 15.경까지 KTX 승무원으로 근무하여 왔다.

나. KTX 승무원의 업무 중 고속철도 여객사업을 함에 있어 고속철도의 운행 및 승객의 안전과 밀접하게 관련된 부분이 상당 부분 존재하는 등 KTX 승무원의 업무는 그 성질상 전문적 소양이 요구되는 상시적·계속적 업무라고 봄이 상당하다.²⁰⁾

18) 비교 판결은 한국철도산업노동조합이 2005. 2. 4.경 피고의 불법파견임을 주장하면서 서울남부지방노동사무소에 진정을 제기한 후 피고가 열차팀장에게 승무원에 대한 지시, 명령에 주의하도록 계도한 사실을 들어, 열차팀장이 KTX 승무원을 직접 지시, 감독하는 일은 거의 없었다고 판단하였다.

19) 비교 판결에서는 오히려 이와 같은 징계처분 경위에 관한 사실관계를 직접 근로계약이 성립하지 아니한 것으로 판단하는 근거로 삼았다.

다. 열차승무 업무는 정규직 업무였음에도 불구하고 피고 등이 KTX 여승무원을 기간제 형식으로 채용한 것은 정부의 공공부문 정원 억제 방침에 따른 것으로 보인다.

라. 원고들을 비롯한 KTX 승무원들의 의사에 반하는 계약갱신 거부 사례가 없었고, 원고들은 계약기간으로 명시된 2005. 12. 31.이 지나더라도 당연히 피고와의 고용관계가 지속될 것이라는 기대를 가지고 있었다.

4. 검토

대상판결은 그동안 판례에서 확립된 이른바 묵시적 근로계약관계론을 적용하여 원고용주의 사업주로서의 실체성(사업경영상, 인사노무관리상 독립성)이 있는지를 확인함과 동시에, 원고용주의 피고용인과 제3자 사이의 실질적인 고용관계(종속적 관계에서의 근로제공과 임금지급 등)를 판단하여, 피고가 실질적으로 원고들의 직접 고용주임을 인정하였다. 그리고 그 제3자는 사실상 기간의 정함이 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 판단하였다.

대상판결에서 법원은 파견근로자보호 등에 관한 법률의 입법취지를 고려하여, 도급목적물인 제3자의 업무가 성질상 도급(위탁)이 가능한지 여부를 엄격히 판단하였다. 업무의 성질에 비추어 원고용주를 사실상 파견사업주로 볼 수 있다면 제3자와 원고용주 사이의 도급계약은 강행법규에 위반되어 그 효력을 인정할 수 없으므로 가사 원고용주가 사업주로서의 실체를 가지고 있다고 하더라도 사실상 제3자의 노무대행기관에 불과하다고 보게 되는 것이다. 대상판결의 위 판시에 따르면, 설령 사업주로서의 독자성과 독립성이 인정된다고 하더라도 진정도급계약으로 볼 수 없어 그 효력을

20) 비교 판결에서는 KTX 승객서비스 업무 중 KTX 여승무원의 업무를 열차탑장의 업무와 분리하여 도급형식으로 위탁하는 것이 도급계약의 성질상 불가능하지는 않다고 전제하고, 고속철도의 운행 및 승객의 안전과 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하더라도 이는 매우 예외적이고 이례적이며 그 비중이 매우 낮다고 보았다.

인정할 수 없는 이상, 불법파견사업주로서 사실상 노무대행기관으로서의 역할을 하였을 뿐이라고 보게 된다. 묵시적 근로계약관계 요건의 엄격성 등으로 인해 그동안 실제 실무에서 그 성립이 인정될 가능성이 그다지 크지 않았던 것이 한계로 지적되어 왔는데, 이를 사내하도급 관련 사안에서 다소 완화하는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

결국 대상판결은 묵시적 근로계약관계 성립의 요건에 따라 판단하면서도, 위장도급에 있어서 채용, 교육, 평가에 있어서 권한 행사, 업무수행에 대한 직접적인 지휘 감독, 보수 및 수당 등의 지급 등의 주체가 누구인지를 기준으로 피고용인과 사이에 실질적인 고용주를 규명하게 된다는 점에서 지극히 타당하다.

V 참고 판례—특수고용노동자의 근로자성 판단에 관하여

1. 특수고용노동자의 근로자성 문제

대상판결이 비정규직으로의 전환(사내하도급) 사례에서 누구의 근로자인지, 누가 사용자인가의 문제에 대한 판단이었다면, 이하에서는 근로자인지 여부가 문제되어온 이른바 ‘입구분쟁’에 놓여 있는 특수고용노동자의 근로자성을 판단한 사례를 살펴보기로 한다.

2. 학습지교사 사례

가. 학습지교사들이 한 부당해고 및 부당노동행위 구제신청 사안에서, 법원은 원고 교사들이 근로기준법상의 근로자로 보기 어려우나, 노조법상 근로자에는 해당한다고 판단하였다(서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2011구합20239 판결).²¹⁾

나. 법원은 학습지교사들이 참가인 회사와의 관계에서 어느 정도 종속적인 지위에서 노무를 제공하고 있는 사실²²⁾은 인정하면서도, 학습지교사들의 주된 노무인 교육상담, 학습지도의 상대방은 학습지 회원이고, 이러한 노무는 위탁사업계약에 따라 제공되는 것으로서 학습지교사들은 그에 대하여 참가인으로부터 소정의 수수료를 지급받는다고 볼 수 있으며, 참가인에게 직접 제공되는 일부 노무는 부수적으로 수행되는 것에 불과하므로, 학습지교사들인 원고 교사들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 참가인에게 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

다. 부당노동행위 부분에 대한 판단에 있어 근로자성 인정 여부에 관하여 법원은, 원고 교사들은 자신들의 노무제공의 대가인 수수료만으로 생활하면서 업무수행의 과정에 있어서 상당한 정도로 참가인의 지휘감독을 받는 사람들로서 노조법 제2조 제1호에서 정한 ‘기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’에 해당한다고 봄이 타당하고, 대등한 교섭력의 확보를 통한 노동자 보호라는 노조법의 입법취지를 고려할 때 참가인 회사의 사업에 편입되어 조직적경제적 종속성이 인정되는 학습지교사들에게 비록 근

21) 다만, 항소심 법원에서는 학습지교사들의 노조법상 근로자성마저도 부정하였는바(서울고등법원 2014. 8. 20. 선고 2012누37274 판결), 현재 진행 중인 상고심(2014두12598) 판결에 따라 최종 정리될 예정이다.

22) ① 참가인 회사는 1차 서류심사 및 2차 면접에 합격한 학습지교사 희망자에 대하여 9박 10일(또는 4박 5일) 동안 입사실무교육을 실시하였고, 신규 학습지교사들이 어느 단위조직에 소속되어 몇 명의 관리회원을 배정받는가는 참가인의 사무국장 및 단위조직장에 의하여 결정되었다.

② 학습지교사들은 특별한 사정이 없으면 매주 3회 오전 10시경 지국에서 지국장이 주재하는 조회(월요일) 또는 능력향상과정교육(수요일과 금요일)에 참가하여 지국장으로부터 회사 영업방침, 업무지침 등을 전달받거나 신규 교재가 출간되는 경우 신규 교재에 대한 교육 등을 받았다.

③ 참가인 회사는 원고 교사들을 포함한 학습지교사들로 하여금 참가인의 교재를 가지고 표준화된 방식으로 회원들을 지도하도록 업무내용을 정하고 있다.

④ 지국에는 학습지교사들의 책상, 의자, 사물함 등이 비치되어 있고, 학습지교사들은 참가인(지국장)과 사이에 체결한 위탁사업계약에 따라 검업을 할 수 없다.

⑤ 학습지교사들은 매월 말일 지국장에게 회원 리스트와 회비 납부 여부 등을 확인한 자료를 제출하고 정기적으로 참가인의 홈페이지에 로그인하여 회원들의 진도상황과 진단평가결과 및 회비수납 상황 등을 입력하며, 2~3달에 1회 정도 집필시험을 보았다. 또한, 참가인은 매월 초에 학습지교사들에게 월별 회원관리카드 등을 나누어 주어 작성하도록 하였는데, 일부 지국의 경우 지국장이 정기적으로 그 내용을 확인한 다음 회원들의 진도상황 등과 관련한 지시를 하였다.

기법상의 근로자성이 인정되지 않더라도, 노조법상 근로자성을 인정할 필요성이 있다고 보고,²³⁾ 원고 교사들에 대한 위탁사업계약의 해지 통보는 노조법이 정한 불이익 취급의 부당노동행위 및 지배·개입의 부당노동행위에 해당하여 무효라고 판시하였다.

3. 골프장 경기보조원 사례

가. 골프장 경기보조원에 대한 부당해고구제 재심판정이 문제된 사안에서 법원은, 경기보조원의 근로자 여부에 관하여, 원고 회사와 경기보조원 사이에 묵시적인 근로계약 관계가 형성되었다고 보기 부족하다고 판단한바 있다(서울고등법원 2010. 12. 1. 선고 2009누40515 판결).²⁴⁾

법원은 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약이 민법상 고용계약이든 또는 도급계약이든 계약 형식에 관계없이 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로

23) 법원은 ① 근기법과 노조법은 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, ② 이에 의하면 노조법상의 근로자(‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’)는 근기법상의 근로자(‘직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자’)보다 넓은 개념으로서 특정 기업에 대한 귀속을 전제로 하지 아니하고, ‘고용 이외의 계약 유형’에 의한 노무공급자까지도 포섭할 수 있다고 보이는 점(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결 참조), ③ 따라서 근기법상의 근로자에 해당하는지 여부는 근로자가 ‘사업 또는 사업장’에 ‘임금을 목적’으로 ‘종속적인 관계’에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하지만, 노조법상의 근로자에 해당하는지 여부는 반드시 위와 동일한 기준으로 판단하여야 하는 것은 아니고, ‘노무를 공급받는 자에 의하여 노무공급계약의 내용이 일반적으로 결정되었는지 여부’, ‘노무를 공급하는 근로자가 노무를 공급받는 자의 사업에 불가결한 요소로 편입되었는지 여부’ 등을 주된 평가요소로 고려하여 근로자와 노무를 공급받는 자 사이에 ‘사용종속관계’가 인정되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있다고 보이는 점, ④ 현대사회의 복잡성에 따라 업무의 개별화와 특수화가 추진되면서 특정 사업주의 사업이나 사업장과 관련하여 자신의 일정한 용역을 제공하고 그에 대한 대가를 수령하는 1인 사업주 내지 특수형태근로자가 나타나게 되었는데, 경제적 약자인 이러한 노무공급자들에게도 위에서 언급한 주된 평가요소를 고려하여 일정한 경우 집단적으로 단결하여 노무를 제공하는 자와 대등한 위치에서 노무제공의 조건 등을 협상할 수 있도록 하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합하는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 근기법상의 근로자와 노조법상의 근로자 개념을 달리 볼 필요가 있다고 판단하였다.

24) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2010두29284 판결, 상고기각으로 확정

를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 실시한 후,²⁵⁾ 원고 회사의 업무 전반에 대한 구체적인 직접적인 관리를 인정하고도,²⁶⁾ 원고 회사의 지휘, 감독은 골프장 운영자로서 자신의 업무 일환으로서 경기보조원이 이를 감수하기로 약속하였기 때문이고, 이를 전제로 경기보조원이 골프장 이용객들에게 용역을 제공하고 지급받는 것은 임금을 목적으로 근로를 제공하는 것이 아니라고 판단하였다.

나. 그러나 원고 회사가 경기보조원에게 노동조합 탈퇴를 강요·회유하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배·개입하는 부당노동행위를 하였는지가 문제된 사안에서 법원은, 경기보조원들이 노조법상의 근로자에 해당한다고 판단하였다(서울행정법원 2010. 6. 11. 선고 2009구합32819 판결).²⁷⁾

1) 지휘감독 여부

법원은 노조법 제2조 제1호에서 근로자란 타인과의 사용종속 관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계는 당해 노무공급계약이 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다고 실시한 후, ㉠ 원고 회사는 필요에 의하여 경기보조원을 모집하고, 원고 회사의 경기팀

25) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다4429 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 각 참조

26) 원고 회사는 경기과장이나 경기보조원 관리자를 통해 신규 경기보조원에 대한 면접을 실시하여 그 과정에서 합격한 사람만을 대상으로 통상 1개월 이상 경기장 인지도교육을 받도록 한 후 골프장에서 경기보조 역무를 제공할 수 있도록 하고 있고, 원고 회사는 경기 진행 과정에서 경기보조원들이 원고 직원들로부터 전동차에 장착된 위성위치확인시스템 등을 통해 경기 진행 속도, 경기장 사이 이동 등에 관한 구체적인 지시를 받도록 하고, 매일 정기적으로 실시되는 점호교육이나 수시로 게시되는 경기보조원 대기실 옆 게시판을 통한 알림이나 공고 등을 이용해 단정한 복장, 불친절 언행에 대한 경고, 앞 경기조와 시간 간격 유지, 전동차 안전운행 등 경기보조업무 전반과 관련된 지시사항을 통보하며, 경기보조 직무 제공 외에 잔디보수 업무 등을 담당하게 하고, 경기보조원 수칙을 위반하는 경우에는 경기보조원 관리자를 통하여 경기보조 직무 제공을 제한하는 등 제재를 가하며, 모범 경기보조원에게는 포상을 실시하는 등의 사실을 근거로 하였다.

27) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23139 판결, 상고기록으로 확정

장, 캐디마스터가 이 사건 골프장에서 일할 경기보조원을 서류심사 및 면접을 통해 평가한 후 선발하고, ㉔ 골프장 이용객들은 원고 회사가 배치한 경기보조원으로부터 경기보조 서비스를 받게 될 뿐, 경기보조원의 선택에 관여하지 않고 있고, 골프장 이용객과 경기보조원 사이에 여타의 계약을 체결하지도 않았으며, ㉕ 원고 회사는 경기보조원이 골프장에서 근무하게 되면 상당한 기간 동안 코스인지교육 등을 실시하고 있는데, 경기보조원들은 교육 기간 동안에는 보수를 받지 못하지만 원고 회사의 지시에 의해 이 사건 골프장에서의 근무에 적합한 자질을 갖추도록 교육을 받고 있는 것으로 보이고, ㉖ 이 사건 골프장의 경기보조원들은 관행뿐만 아니라 원고 회사의 교육 내용 및 경기보조원 수칙 등에 정하여진 바에 따라 업무를 수행하게 되는 점 등을 종합하여 보면, 경기보조원들은 원고 회사와 구체적이고 명시적인 근로계약을 체결하지는 않더라도 관행 및 원고 회사가 정한 바에 따라 종속적인 관계에서 근무를 하게 된다고 판단하였다. 경기보조원들이 원고 회사로부터 제반 사정에 대한 구체적·직접적인 지휘감독을 받고 있지는 않으나, 이는 보조업무의 특성상 당연하고, 원고 회사는 경기보조업무 전반에 관한 지시사항을 전달하며, 일상적인 근태관리를 하고 있는 반면에 경기보조원들은 독립한 사업자로서의 요소가 희박하다고 보았다.

2) 근로대가인 임금 여부

특히 경기보조원들이 받는 캐디피의 성격과 관련하여, 법원은 이를 이용객의 입장에서 골프장 이용에 관하여 지급하는 일련의 비용 중 일부로 볼 수 있고, 비록 지급하는 대상이 다르기는 하나 그 성격이 엄격히 구분되는 것이라고 보기는 어렵다고 보았다. 또한, 골프장의 경기보조원들이 원고 회사로부터 직접 대가를 받지 않으면서도 원고 회사를 위한 업무를 수행하는 것은, 원고 회사가 자신들에게 출장할 기회를 부여하여 이용객들로부터 캐디피를 받을 수 있도록 하는 간접적인 방식으로 업무수행에 대한 대가를 지급하기 때문인 것이고, 그와 같은 경우 캐디피는 이 사건 골프장의 경기보조원들이 원고 회사로부터 노무의 대가로 지급받는 임금의 성격도 일부 가지고 있다고 판단하였다. 경기보조원들은 비록 사용자로부터 직접 지급받게 되는 전형적인 임금과는 다소 차이가 있기는 하나 노조법상 근

로자의 징표인 “노무의 대가로 임금을 받아 생활하는 자”의 특성이 일부 있다고 보고, 전형적인 임금과 구별되는 특성상 캐디피에 대하여 근기법상 임금에 관한 규정이 그대로 적용되지는 않는다고 하더라도, 그와 같은 캐디피의 특성을 들어 경기보조원이 노조법의 보호대상에서 제외된다고 볼 수는 없다고 본 것이다.

IV 맺는 말

대상판결이 지적한 것처럼, 기업조직의 변용, 고용의 유연화와 고용형태의 다양화, 직접 근로관계에서의 사용자책임의 회피 등을 이유로 노동관계법을 잠탈하는 시도가 있어 왔고, 이러한 현상은 앞으로도 계속될 것으로 보인다. 갈수록 복잡하고 교묘해져가는 사실관계 속에서 근로관계의 형식과 다른 실질을 드러내기란 더더욱 쉽지 않은 상황이다. 이는 곧 여성 비정규직의 고된 현실을 예고하는 것이기도 하다.

이러한 상황에서 대상판결과 같이 업무의 성격과 근로관계의 실질에 입각하여 사용자성을 인정한 사례는 매우 환영할만하다. 아울러 누가 사용자인지에 앞서 근로자인지 여부 그 자체가 문제되는 특수고용노동자의 경우, 참고 판례와 같이 입법취지, 보호 필요성 등을 고려하여 최소한 노조법상의 근로자지위를 인정한 것 역시 타당하다.

근로자와의 관계에서 부담하여야 할 법적 책임을 사용자에게 물을 수 있어야 한다는 점은 분명하지만, 결국 구체적인 분쟁에서 가장 현실적인 해결 방법은 법원의 판단을 받는 형태일 것이다. 법원이 어떠한 기준으로, 어떤 요소에 주목하느냐에 따라 동일한 사실관계에 대하여서 전혀 다른 결론에 이를 수 있음 또한 KTX 승무원 사례를 통해 확인할 수 있었다.

법원이 그동안 비정규직 관련 분쟁에서 보여준 소극적 판단에 대하여는 아쉬움이 크지만, 앞으로 대상판결과 같이 근로관계의 실질에 주목하여 사용자성을 규명하는 판단이 계속 이어지기를 기대한다.

성희롱 발생과 이후 조치에 대한 사용자의 민사상 책임

9

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 이종희

대상판결

수원지법 2010. 4. 15. 선고 2008가합5314 판결¹⁾
서울중앙지방법원 2012.8.17. 선고 2011가단67239 판결²⁾

- 1) [관여 법관: 황현찬(재판장), 양우진, 박현경] 이 사건은 항소기간 도과로 1심 판결이 그대로 확정되었다.
- 2) [관여 법관: 김용두] 2014. 10. 현재 서울중앙지방법원 2012나43354 사건으로 항소심 계속 중이다.

I 들어가며

한국에서는 1993년 이른바 ‘서울대 신교수 성희롱 사건’으로 성희롱(sexual harassment)이 처음 의제된 이후, 성희롱에 대해 법제화가 이루어지기 시작하였다. 1995년 제정된 여성발전기본법에서 ‘성희롱’이라는 용어가 법에 처음 도입되었고, 이후 1999년 남녀고용평등법³⁾ 개정과 남녀차별금지및구제에관한법률 제정이 공포됨으로써 ‘직장 내 성희롱’ 행위가 고용상의 성차별 행위로서 규제받게 되었다.⁴⁾ 현재는 국가인권위원회로 차별 업무가 일원화됨에 따라 남녀차별금지및구제에관한법률이 폐지되고, 남녀고용평등법, 여성발전기본법, 국가인권위원회법 등에서 성희롱을 규율하고 있다. 이 법률들에서는 성희롱 행위에 대한 금지를 규정하고 있을 뿐만 아니라 사용자에게도 직장 내 성희롱 발생을 방지하고 성희롱 발생 후 적절한 조치를 취할 의무를 부과하고 있다.

이러한 법제화에도 불구하고 여전히 성차별적인 직장 문화가 상존하는 가운데 성희롱 피해자가 자신의 피해에 대해 문제제기를 하는 것은 쉽지 않은 것으로 보인다. 문제제기시 오히려 조직의 화합을 해하거나, 지나치게 예민한 사람으로 피해자에게 비난의 화살을 돌리지는 경우가 흔하다. 성희롱 방지 의무와 피해자에 대한 보호 의무가 있는 사용자가 앞장서서 성희롱 행위를 무마시키고 문제를 제기한 피해자에게 유·무형의 보복 조치를 함으로써 피해자를 위축시키는 경우도 많다. 이에 관해서는 성희롱 발생에 대한 사용자 책임과 별개로 사용자의 독자적인 책임이 논해져야 할 필요가 있다.

대상판결들은 성희롱 발생에 대한 사용자 책임과 별개로 성희롱 발생에 대해 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 피해자에게 불이익한 조치를 취한

3) 동법은 2007. 12. 21. 법률 제87781호 일부개정(2008. 6. 22. 시행)시에 명칭이 바뀌어, 현재 법령은 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’이다. 이하에서는 구 남녀고용평등법과 현행 남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률 모두 통칭하여 ‘남녀고용평등법’이라고 칭하겠다.

4) 김엘림, 「성희롱관련 법과 판례」, 『조정과 심판』 제7호, 2001, 4쪽.

사용자에 대해 별도의 독자적인 책임을 묻고 있는 사건으로서 의의를 가진다. 두 번째 대상판결은 하도급화, 외주화가 심화되는 현 노동현실에서 성희롱에 대해 책임을 지는 사용자의 범위가 어디까지인지에 대해 논의거리를 던져주는 판결이기도 하다.

대상판결들은 성희롱 행위 그 자체와 관련된 쟁점도 있지만 이 글에서는 사용자의 책임을 중심으로 서술하기로 한다.

II 대상판결

1. 수원지법 2010. 4. 15. 선고 2008가합5314 판결 (이하 ‘삼성전기 판결’)⁵⁾

가. 사건의 개요⁶⁾

1) 당사자

원고는 1998. 2. 16. 피고 삼성전기 주식회사(이하 ‘피고 삼성전기’)에 입사하여 2003. 6. 25.경부터 영업본부 전자영업 1팀에서 근무하였는데 2004. 3. 경 피고 박○○(이하 ‘피고 팀장’)은 위 팀의 책임자로 부임하였다. 피고 팀장은 2005. 1.경 ‘B-프로젝트팀’의 부서장으로 이동하였고, 원고도 위 팀의 부서원으로 배치되어 피고 팀장과 함께 근무하게 되었다.

5) 이 사건은 민사상 손해배상청구 이전에 국가인권위원회(이하 ‘인권위’) 진정이 이루어져 인권위 권고 결정이 먼저 내려졌다(07진차463 결정). 인권위는 피고 팀장의 행위를 성희롱으로 인정하고, 삼성전기에 대해서 성희롱 발생 후에 신속하고 적절한 조치를 취하지 않아 성희롱 피해를 가중시켰다고 보아 재발방지 대책을 권고하는 결정을 내렸다. 이러한 인권위 권고 결정에 대하여 삼성전기가 취소소송을 제기하여 행정소송도 진행되었다. 2009. 8. 27. 선고 2008구합46279 판결로 원고 청구가 기각되었고, 항소기간 도과로 삼성전기 패소의 판결이 확정되었다.

6) 대상판결에서 인정된 사실관계를 중심으로 정리하였다.

2) 2005. 5. 26. 이전의 성희롱 행위

피고 팀장은 원고와 같이 근무하는 동안 사무실에서 종종 원고의 뒷목이나 머리카락, 어깨 등을 만지거나 등에 손을 대어 브래지어 끈 부위를 만졌고, 원고는 자신의 지인들에게 위와 같은 행위에 대한 불만을 수회 이야기하였다.

3) 2005. 6. 1. 성희롱 행위

원고와 피고 팀장, 피고 삼성전기의 윤○○ 상무(당시 윤상무는 피고 삼성전기로부터 분사되는 회사의 대표이사를 맡을 예정이었고, 피고 팀장 역시 그 회사로 이직할 예정이었음)는 2005. 5. 30.부터 같은 해 6. 4.까지 업무를 위하여 유럽 출장을 가게 되었는데, 피고 팀장은 2005. 6. 1. 미팅을 마치고 나오던 중 원고의 엉덩이를 손바닥으로 살짝 치면서 원고의 귀에 대고 “상무님을 잘 모셔”라고 말하였다.

4) 성희롱 문제제기 이후 피고 삼성전기의 조치

원고는 2005. 6. 17. ‘B-프로젝트팀’ 해체에 따른 부서 재배치 면담 과정에서 피고 삼성전기 영업본부 인사그룹장에게 피고 팀장의 성희롱 사실을 알리면서 영업본부 이외의 서울에 있는 다른 사업부로 이동시켜 줄 것을 요청하였다.

이에 인사그룹장은 피고 팀장과 당시 출장을 같이 갔던 윤상무를 상대로 원고에 대한 성희롱 사실 여부를 조사하였는데, 당시 윤상무와 피고 팀장은 그와 같은 사실이 없다고 이를 부인하였으며, 이에 대해 인사그룹장은 추가 조사를 하지 아니한 채 성희롱 사실이 없다고 판단하고 사건을 종결하였고, 다만 2005. 7. 22. 피고 삼성전기 본사 인사부서의 부장에게 ‘원고가 서울로 보내달라고 한다, 피고 팀장으로부터 성희롱을 당했다고 주장한다. 면담을 한 번 해 달라’고 요청하였다.

위 요청을 받은 인사부장은 2005. 10.경 원고에게 교육아카데미로의 부서

이동을 제안하였으나, 원고는 교육아카데미 사무실이 피고 팀장이 전직 (2005. 6. 30. 피고 삼성전기를 퇴사함)하여 근무하고 있는 회사의 옆 건물이라서 피고 팀장과 마주칠 우려가 있다는 이유로 거절하였고, 피고 삼성전기는 그 이후로 원고를 피고 팀장으로부터 분리하기 위한 조치나 피고 팀장의 언동에 대한 조사, 재발방지 대책의 수립 등의 별다른 조치를 취하지 않았다.

‘B-프로젝트팀’은 2005. 6. 30. 해체되었는데, 원고를 제외한 나머지 팀원 대부분에 대하여 2005. 9. 15.경 부서배치 등의 발령이 완료되었음에도, 원고는 영업인사팀 사무실로 자리를 옮긴 상태에서(정식 전보발령이 난 것은 아니었다) 업무를 배정받지 못한 채 2006. 1.경까지 서울에 있는 연수원에서 교육을 받거나, 사무실에서 온라인 교육을 받으며 지내다가 2006. 1. 23. 서울사업장에 있는 본사 기획팀 산하 IR(Investor’s Relation) 그룹으로 발령을 받아 2006. 2. 1.부터 IR그룹에서 근무하게 되었다.

IR그룹의 주요 업무는 투자자 미팅과 분기별 경영설명회에 관한 자료를 작성하는 일 등이었는데 원고와 같은 대리의 지위에 있었던 동료 직원들은 2006. 2. 경부터 2007. 2. 14.경까지 수회에 걸쳐 투자자 미팅 등에 참가하였으나 원고는 발령초기를 제외하고는 위와 같은 미팅에 거의 참가한 적이 없으며, 위 기간 동안 IR그룹의 구체적 주간 업무계획 중 주요업무에서도 원고는 거의 배제되었다.

이후 원고가 위 문제를 계속하여 지적하자 IR그룹장은 원고의 전환배치를 요청하였고, 이에 피고 삼성전기는 2007. 4. 16. 사회봉사단 사무국으로 원고를 전보 발령하였으며, 원고는 사회봉사단에서 이 사건 변론 종결일까지 근무하였다.

나. 판결의 내용

이 사건에 관하여 법원은 피고 팀장의 2005. 6. 1. 행위를 성희롱으로 판단하고(2005. 5. 26. 이전의 성희롱에 대한 책임은 시효로 소멸하였다고 판단⁷⁾), 이에 대해 피고 팀장에게 200만 원의 위자료 지급의무를 인정하

였다. 다만 성희롱과 이후 조치에 대한 사용자의 민사상 책임에 관하여 다루는 이 글에서는 성희롱 직접행위자로서 당연히 책임 있는 피고 팀장에 대한 부분은 생략하고, 사용자인 피고 삼성전기에 관한 판결 내용을 중심으로 대상판결을 살펴보겠다.

1) 피고 팀장의 2005. 6. 1. 성희롱 부분에 대한 피고 삼성전기의 책임

법원은 “사용자로서는 피용자가 직장 내 근무시간은 물론 사용자의 지배·관리권이 미치는 출장지 등에서 부당한 성적 언동을 당함으로써 인하여 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼는 일이 없도록 직장 내 분위기를 점검하고 관리자들이 하여금 주의하도록 할 의무가 있다 할 것이고, 남녀고용평등법의 관련 규정 역시 이러한 취지를 포함한다 할 것이므로 사용자인 회사는 적절한 예방교육이나 철저한 관리를 통하여 피용자가 다른 피용자를 성희롱하는 행위를 방지해야 할 의무가 있다”라고 밝히면서, “피고 삼성전기에 갈음하여 현실적으로 원고 및 부서 내 직원들을 관리·감독하며 위와 같은 의무를 다하여야 할 지위에 있는 부서장인 피고 팀장 스스로가 출장 중에 공개적으로 일상생활에서 용인되는 정도를 넘어 원고로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하였고, 피고 삼성전기는 이를 미리 예방하지 못함으로써 피용자인 원고에 대한 보호의무를 다하지 못하였으므로 피고 삼성전기는 피고 팀장의 2005. 6. 1. 성희롱 부분에 대하여 피고 팀장의 사용자로서 원고가 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다”라며 이 부분에 대해서는 공동불법행위자로서 피고 팀장과 각자 200만 원의 위자료를 지급할 의무가 있다고 판결하였다.

2) 직장 내 성희롱 발생 시 조치의무 불이행 부분에 대한 피고 삼성전기의 책임

법원은 “사업주는 직장 내 성희롱 발생이 확인된 경우 지체 없이 행위자에

7) 이는 장기간에 걸쳐 일련의 행위로서 지속적으로 행해지는 직장 내 성희롱의 특성(문 제제기는 보통 장기간의 피해 끝에 이루어진다)을 무시하고 성희롱을 개별 행위별로 분절적으로 파악하는 데서 비롯된 판단이라고 할 것이다. 다만 이에 대한 비판은 이 글의 초점이 아니므로 다루지 않겠다.

대하여 부서전환, 징계 기타 이에 준하는 조치를 취하고(남녀고용평등법 제14조 제1항), 그 피해 근로자에게 고용상 불이익한 조치를 하여서는 안 되는데(남녀고용평등법 제14조 제3항⁸⁾) 사용자가 피용자의 문제제기에 따라 직장 내 성희롱 행위의 발생사실을 알았거나 알 수 있는 상황에서 위 성희롱 행위에 대하여 위 법령의 취지에 부합하는 신속하고도 적절한 개선택을 실시하지 아니한 채 이를 방지하고, 나아가 오히려 불이익한 조치를 하는 경우, 사용자는 그에 대하여 손해배상책임을 면할 수 없다 할 것”이라면서 직장 내 성희롱 발생시 사용자의 신속한 조치의무와 불이익조치 금지의무에 대하여 실시하였다.

그리고 이 사건에 관하여 “피고 삼성전기는 원고로부터 피고 팀장의 성희롱 사실을 고지 받은 직후인 2005. 7. 경부터 2006. 1. 말경까지 특정 부서에 배치하지 아니한 채 발령 대기 상태에 머무르게 하였던 점, 이후 새로운 부서 배치 이후에도 원고의 지위 등에 비추어 적절한 업무를 부여하지 않은 점, 사업주에 대하여 근로자가 성희롱 피해 사실을 주장할 경우 그 진위 여부에 대하여 신속하고 정확하게 철저한 사고조사 및 재발방지대책을 수립하여야 함에도 피고 삼성전기는 2005. 6. 17. 원고로부터 피고 팀장의 성희롱 사실을 고지받고도 성희롱 가해자인 피고 팀장과 그와 새로운 회사로 이동하게 되는 윤상무의 진술만을 청취한 후 진위를 파악하려는 추가 조사를 하지 아니한 채 종결하여 철저한 조사를 하지 아니하였고 그에 따라 어떠한 재발방지 대책도 수립하지 아니한 점, 피해자인 원고가 가해자인 피고 팀장과의 분리를 요청하면서 다른 사업장으로의 전보를 요구하였음에도 약 7개월간 별다른 조치를 취하지 아니하였던 점 등에 비추어 보면, 피고 삼성전기는 원고가 직장 내 성희롱 피해를 당하였음에도 불구하고 그에 대한 적절한 조치를 취하지 않았고, 오히려 불이익한 조치까지 취하였으며, 이로 인하여 원고가 정신적 고통을 입게 되었음은 경험칙상 명백하므로 피고 삼성전기는 원고에게 위와 같은 정신적 손해를 금전으로나마 위자할 의무가 있다”라고 판시하며 피고 삼성전기에 대하여 위자료 3000만 원의 지급의무를 인정하였고, 원고가 피고 삼성전기에 피고 팀

8) 당시 적용되던 2005. 12. 30. 법률 제7822호 일부개정(시행 2006. 3. 1.)된 남녀고용평등법상의 조항을 지칭한다.

장의 성희롱 사실을 고지한 2005. 6. 17.부터 위자료에 대한 지연손해금이 발생한다고 판단하였다.

2. 서울중앙지방법원 2012.8.17. 선고 2011가단67239 판결 (이하 ‘금양물류 판결’)

가. 사건의 개요⁹⁾

1) 당사자

원고는 1997. 5. 15. 피고 현대자동차 주식회사(이하 ‘피고 현대차’)의 아산공장 사내협력업체인 정원기업에 입사한 후, 정원기업이 여러 이름으로 변경되는 동안 원고도 그 소속이 변경됐고, 2008. 7. 1.부터는 변경된 금양물류 주식회사(이하 ‘금양물류’)에 소속되어 피고 현대차의 아산공장에서 근무하였다.

피고 임○○(이하 ‘피고 사장’)은 2008. 7. 1. 금양물류를 설립하여 2010. 11. 4. 폐업하기까지 금양 물류의 사장이었고, 금양물류는 피고 현대차의 아산공장 사내협력업체(금양물류는 현대차와 도급관계를 맺은 주식회사 글로비스와 다시 도급관계를 맺은 현대차의 2차 협력사였다)로서 내수 출고장 공정업무를 담당하였다.

피고 정○○(이하 ‘피고 조장’)과 피고 이○○(이하 ‘피고 반장’)은 금양물류 소속 근로자로서 원고와 같은 사업장에서 일하였고, 각 조장과 반장의 직책에 있었다.

2) 성희롱 행위

피고 조장은 2009. 4. 18.경 직장 동료이자 자신의 아내와 친하게 지내는

9) 대상 판결에서 인정된 사실관계와 동일 사건에 관한 국가인권위원회 결정(20진정 056700)에서 인정된 사실관계를 종합하였다.

원고에게, ‘나 (원고) 좋아 사랑해’라는 문자 메시지를 보냈다. 피고 반장은 2009. 6. 18. 술을 마시고 늦은 밤에 원고에게 전화하여, 원고의 거둬진 거절의사에도 “이봐 거기 가서 자면 안될까?”, “거기 가서 자도 되잖아”, “나 거기 가서 잘 테니까 그런 줄 알아”라는 등으로 원고의 집에 가서 자고 싶다는 이야기를 하였다.¹⁰⁾

3) 성희롱을 둘러싼 사용자의 조치

2009. 7.경 원고가 성희롱 사실을 친한 동료에게 하소연하면서 휴대전화에 보관 중이던 문자메시지를 보여주었으며 전화녹취 내용을 들려주었다. 2009. 11.경 원고는 피고 조장의 아내와 성희롱 문제로 언쟁을 하였다. 피고 사장은 이 다툼과 관련하여 2009. 12. 초 인사위원회 개최 전 원고를 불러 문자메시지나 전화 녹취가 불법이라며 그 내용을 확인하려고 하였다.

2009. 12. 10. 금양물류는 인사위원회를 열어 원고와 피고 조장을 회부하였다. 피고 반장이 피고 사장의 위임에 의해 징계위원장을 맡아 인사위원회를 진행하는 가운데 “회사의 규칙을 위반, 잘못된 언행을 감행하여 회사 내 질서를 문란하게 하거나 회사의 이미지를 실추시켰다”는 이유로 원고와 피고 조장에게 각 ‘정직 6월, 보직변경’의 징계를 부과하였다. 원고가 재심을 청구하자 2009. 12. 17. 피고 사장이 주관한 2차 인사위원회에서 원고와 피고 조장의 징계가 ‘감봉 3월, 시말서 제출’로 변경되었다. 피고 반장은 2009. 12. 14. 인사위원회에 회부되어 ‘감봉 3월, 시말서 제출’의 징계

10) 그밖에 원고는 피고 조장이 ① 2002년 여름경 인천의 모텔에서 ‘여기서 자고 가도 입만 다물면 아무도 모른다’는 취지로 이야기하며 원고의 몸을 만지려 한 행위, ② 2006년경 ‘혼자 살면서 밤에 생각 안 나느냐?’, ‘성생활 못하면 수명이 짧아진다’라는 등의 이야기를 한 행위, ③ 2009년경 ‘우리 둘이 자고 나서 입 다물면 누가 알겠느냐’라고 수차례 말한 행위, 피고 반장이 ① 2008. 12.경 ‘날이 개떡같이 춥다. 온몸이 얼어 거시기도 얼었다’라는 취지로 말한 행위, ② 2009. 5월 혹은 6월경 ‘내가 대충 들어보면 안다’는 말과 함께 갑자기 자신의 두 손으로 원고의 가슴 밑 옆구리를 잡고 번쩍 들었다 놓은 행위, ③ 2010. 4.경 원고의 엉덩이를 무릎으로 찬 후 웃으면서 지나간 행위, ④ 일시를 특정하기 어렵지만 수시로 ‘힘들지’라는 말과 함께 원고의 어깨와 팔을 기분 나쁘게 주무른 행위, ⑤ 불상의 일시에 회사 주변 주점에서 다른 회사 직원과 우연히 합류한 상태에서 “나는 정력이 좋아서 힘밖에 없고 딱딱 꺾으면 피가 철철 난다”라고 말한 행위 등 다른 성희롱 가해행위에 대한 주장도 하였으나 법원은 이를 인정할 증거가 없으며 배척하였다.

를 받았다.

원고는 2010. 7. 경 현대차 울산공장 사내하청지회에 가입하면서 성희롱 피해에 대해 상담하였고, 사내하청지회는 2010. 8. 19. 원고의 상담내용을 토대로 유인물을 작성하여 울산공장 주변에 배포하였다. 원고는 유인물 배포 및 사내하청지회의 국가인권위원회 진정 제기 후 “회사 내에서 선량한 풍속을 문란하게 한 경우 및 사회통념상 근로관계를 계속 유지하기가 곤란한 경우”를 이유로 2010. 9. 20. 징계위원회에 회부되어 징계하고 통보를 받았고, 재심결과 2010. 9. 20.자로 해고되었다. 피고 반장은 2010. 9. 13. 개최된 인사위원회에서 원고와 동일한 사유를 이유로 2010. 9. 30.자로 징계하고 되었다.

금양물류는 2010. 11. 4. 폐업공고를 내었고, 얼마 후인 2010. 11. 29. 업체가 인수되어 형진기업으로 사명이 바뀌고 피고 조장을 비롯한 종전 일하던 직원 전원을 고용승계하였다.

나. 판결의 내용

이 사건에 관하여 법원은 성희롱 행위자인 피고 조장에게 400만 원, 피고 반장에게 700만 원의 위자료 지급의무를 인정하였다. 다만 성희롱 발생과 이후 조치의무 불이행에 대한 사용자의 책임에 관하여 다루는 이 글에서는 피고 조장과 피고 반장에 대한 부분을 생략하고 피고 사장과 피고 현 대처에 관한 판결 내용을 중심으로 대상판결을 살펴보겠다.

1) 피고 사장에 대한 부분

① 피고 조장과 피고 반장이 소속된 금양물류의 사용자로서 부담하는 책임(민법상 사용자 책임), ② 남녀고용평등법에 따른 피고 사장의 독자적인 책임으로, ㉠ 성희롱 가해자에 대하여 즉각 징계하지 않은 책임, ㉡ 오히려 성희롱 피해자를 징계해고한 책임, ㉢ 직장 내 성희롱 예방교육을 시행하지 않은 책임이 각 있으므로, 피고 사장은 나머지 피고들과 부진정 연대

하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다는 주장에 대하여,

법원은 “일반적으로 사용자가 피용자에 대하여 고용계약 상의 보호의무를 부담하고, 사업주는 직장 내 성희롱 사실 발생이 확인될 경우 지체없이 행위자에 대하여 부서전환, 징계 기타 이에 준하는 조치를 하고, 그 피해 근로자에게 고용상 불이익한 조치를 하여서는 아니 될 남녀고용평등법상의 주의의무가 있으며, 이러한 주의의무를 위반한 경우 사용자나 사업주는 그에 대한 손해배상책임을 면할 수 없다”라고 일반적 의무를 밝혔다.

그러나 “민법상 사용자책임을 지는 사용자나 남녀고용평등법상 성희롱 예방의무책임을 지는 사업주는 ‘근로자를 사용하여 사업을 행하거나 하려는 자’로서, 회사의 대표이사가 아닌 독립된 법인격을 갖는 회사 자체를 의미”하므로 “비록 회사의 대표이사가 그 회사의 업무를 수행하기 위하여 그 피용자를 지휘, 감독한다 하더라도 이는 그 대표이사라는 회사기관의 자격으로 하는 것이며 회사와 별개의 독립된 인격에서 위 회사에 같음하여 그 사무를 감독한 자라고 할 수는 없다”라고 하면서 이 사건에서 사업자 또는 사업주에 해당하는 금양물류 주식회사의 대표이사에 불과한 피고 사장에게 사용자 또는 사업주로서의 책임을 물을 수는 없다고 판단하였다. 또한, 피고 사장이 민법 제756조 제2항에서 정한 ‘사용자에 같음하여 사무를 감독하는자’로 보기도 어렵고, 피고 사장이 회사 기관의 자격에서가 아니라 위 회사에 같음하여 피고 조장, 피고 반장을 감독하였다고 볼 수도 없다며 나머지 요건에 대해서는 판단하지도 않은 채 이 부분 청구를 기각하였다.

2) 피고 현대차에 대한 부분

피고 현대차가 피고 조장, 피고 반장과 형식상 근로계약관계는 없으나, 피고 현대차가 글로벌비스 주식회사와 명목상 도급계약을 체결하고, 글로벌비스 주식회사가 금양물류와 도급계약을 체결하여, 위 각 도급계약에 따라 금양물류 소속 근로자들이 피고 현대차의 아산공장에서 작업하였는바, 그렇다면 피고 현대차는 피고 조장, 피고 반장에 대한 실질적인 사용자로서 위 불법행위에 대하여 연대책임을 저야 한다는 주장에 대하여,

법원은 “사용자와 불법행위자와의 관계에서, ① 사용관계가 있어야 하고, ② 행위가 사무집행과 관련하여 불법행위를 하여야 하며, ③ 불법행위로 제3자에게 손해가 발생하여야 하고, ④ 행위자에게 고의·과실·책임능력이 있어야 하며, ⑤ 사용자에게 어느 정도 예측 가능성이 있어야 한다”라고 민법 제756조의 사용자책임의 요건을 실시하면서, 이 사건에서는 사무집행관련성과 예측가능성이 없다는 이유로 이 부분 청구를 기각하였다.

자세히 살펴보면, “① 직무와 무관한 시간으로 보이는 토요일(휴무일인지는 불명이나 사적인 휴대전화로) 또는 한밤중에, ② 근로장소와는 아무런 관련 없는 곳에서, ③ 지극히 은밀하고 사적인 수단인 휴대전화의 문자 또는 통화를 통하여, ④ 사업주의 지배·관리권이 미치지 어려운 사적인 영역에서, ⑤ 피해자인 원고로서도 이를 공개하지 않아 피고 현대차가 전혀 알 수 없는 상황(금양물류의 작업이 아산공장에서 이루어졌다고는 하나, (양측에서 낸 관련 증거를 검토하여 볼 때) 피고 현대차가 그곳 작업장을 실질적으로 관리 감독하였다는 자료도 찾아보기 어렵다에서 각 발생한 성희롱이어서, 비록 사용관계를 별론으로 하더라도, 이 사건의 경우 사무집행 관련성 또는 사용자 측의 예측 가능성을 인정하기 어려우므로, 피고 현대차의 사용자책임을 물을 수는 없다”라고 판단하였다.

사용관계 성립 여부와 관련된 ‘파견근로관계’ 성립 여부에 관해서는 서울중앙지방법원 2010가합112450 (병합) 사건에서 쟁점으로 심리되고 있다는 이유로 판단조차 하지 않았다.

III 평석

1. 남녀고용평등법상의 사용자의 성희롱 방지 의무

남녀고용평등법은 제2장(고용에 있어서 남녀의 평등한 기회보장 및 대우 등)의 제2절(직장 내 성희롱의 금지 및 예방)에서 “사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내 성희롱¹¹⁾을 하여서는 아니 된다”(제12조)라고 규정하고,

이하에서 사업주의 성희롱 방지 의무를 규정하고 있다.

사업주는 직장 내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건을 조성하기 위하여 직장 내 성희롱의 예방을 위한 교육을 실시하여야 하며(제13조 제1항)¹¹⁾, 사업주는 직장 내 성희롱 발생이 확인된 경우 지체 없이 행위자에 대하여 징계나 그밖에 이에 준하는 조치를 하여야 한다(제14조 제1항). 그리고 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 해고나 그 밖의 불리한 조치를 하여서는 아니 된다(제14조 제2항). 이러한 규정들은 1999년 남녀고용평등법 개정으로 성희롱에 관한 규정들이 들어온 때부터 현재까지 문언은 조금씩 변경되었지만 큰 틀에서 내용이 동일하게 유지되고 있다.

2007년 개정 이후 남녀고용평등법은 제3자에 의한 성희롱을 방지할 사업주의 의무도 명시하고 있다. 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무 장소 변경, 배치전환 등 가능한 조치를 취하도록 노력하여야 하며(제14조의 2 제1항), 근로자가 제1항에 따른 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(제14조의 2 제2항).

즉, 사업주에게는 성희롱 예방의무, 성희롱 발생시 행위자에 대한 징계 등의 조치 의무, 성희롱 피해 주장자에 대한 불리한 조치를 하여서는 안 될 의무 및 제3자에 의한 성희롱을 방지할 의무가 독자적으로 부과되어 있다.

11) 남녀고용평등법은 ‘직장 내 성희롱’에 관하여 다음과 같이 정의하고 있다. “사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다.”(제2조 제2호)

12) 여성발전기본법에서도 사업주에게 “성희롱을 방지하기 위하여 교육을 하는 등 필요한 조치”를 하여야 할 의무를 부과하고 있다(제17조의 2).

근로자파견계약에서 사용사업주를 남녀고용평등법에 따른 사업주로 본다
고 규정하고 있으므로(제34조), 사용사업주에게도 역시 동일한 성희롱 방
지의무가 있다고 볼 것이다.

2. 대상판결 이전 성희롱의 사용자의 책임에 관한 중요 판결

가. 대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결 (서울대 신교수 성희롱 사건)

성희롱에 관한 최초의 판결인 이 사건에서는 성희롱 행위자의 손해배상책
임을 인정하였으나 서울대 총장과 대한민국의 사용자로서의 책임을 인정
하지는 않았다.

1) 민법 제756조의 사용자책임에서의 사무집행관련성에 대해 “피용자의 불
법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행행위 또
는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려
함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다”라는 기존의 외형이
론을 인용하면서도, 이 사건에서 성희롱 행위자의 행위가 “그 직무범위
내에 속하지 아니함은 물론 외관상으로 보더라도 그의 직무권한 내의
행위와 밀접하여 직무권한 내의 행위로 보여지는 경우라고 볼 수 없”다
고 하여 대한민국에 대해서는 사용자 본인으로서, 총장에 대해서는 사
용자의 대리감독자로서의 각 사용자책임을 부정하였다. 성희롱 행위자
인 신교수의 성적 언동이 연구실 등지에서 이루어졌음에도 사무집행관
련성이 인정되지 않았다는 점에서 실제 로는 사무집행관련성을 좁게 판
단한 사건이었다.¹³⁾

2) 사용자의 고용계약상의 보호의무위반도 인정하지 않았다. 대법원은 “사
용자로서는 피용자에 대한 보수지급의무 외에도 피용자의 인격을 존중
하고 보호하며 피용자가 그의 의무를 이행하는 데 있어서 손해를 받지

13) 김엘림, 「성희롱의 방지에 관한 사용자의 법적 책임」, 『노동법학』 제34호, 2010, 203쪽.

아니하도록 필요한 조치를 강구하고 피용자의 생명, 건강, 풍기 등에 관한 보호시설을 하는 등 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 피용자를 보호하고 부조할 의무를 부담”한다고 판시하면서도, 성희롱 행위자의 행위가 “그의 사무집행과는 아무런 관련이 없을 뿐만 아니라, 또한 기록에 의하면 위 피고의 성희롱 행위 또한 은밀하고 개인적으로 이루어지고 원고로서도 이를 공개하지 아니하여 피고 대한민국으로서는 이를 알거나 알 수 있었다고도 보여지지 아니”한다는 이유로 보호의무 위반이라고는 보지 않았다.

- 3) 총장에 대하여 불법행위자 본인으로서의 손해배상책임도 부정하였다. 총장이 성희롱 사실을 사전에 알거나 알 수 있었다고 보기 어렵고 사무집행관련성이 없다는 점을 근거로 들었다.

나. 서울지방법원 2002. 5. 3. 선고 2001가합6471 판결

사용자의 성희롱 방지의무와 관련하여 우리나라 최초로 성희롱 행위자와 사용자를 민사상 공동불법행위자로 인정한 판결이다.¹⁴⁾

이 판결의 사안은 기혼 여성노동자 2명으로부터 업무 중에 성희롱을 수시로 당한 비혼 남성노동자가 회사 관리자에게 이를 알렸으나 오히려 무고죄로 고소하겠다는 위협을 받고 사직한 사건이다. 이 사건에서 법원은 남녀고용평등법상 성희롱 행위자에 대한 징계 등 조치의무와 피해근로자에 대한 고용상 불이익 조치 금지의무를 실시하면서 회사는 성희롱 행위자와 공동불법행위자로서의 책임을 진다고 판결하였다.

다. 서울지방법원 2002. 11. 26. 선고 2000가합57462 판결 (롯데호텔 성희롱 사건)

- 1) 고용계약상의 보호의무가 미치는 범위에 관하여 “외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행 행위뿐만 아니라 그 행위과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 이상 그와 관련된 것에까지 미친

14) 김엘림, 위의 책, 205쪽.

다”라고 일반론을 들면서, “직장 내 근무시간은 물론 회사가 그 비용을 지원한 공식적인 회식이나 야유회, 체육대회나 그밖에 객관적으로 이에 준하는 것으로 평가될 수 있는 회사의 임원 등 간부들이 공식적으로 주재하는 회식 등에까지 미친다”라며 일부 성희롱에 대해 회사의 책임을 인정하였다. 그러나 부석 회식에서 성희롱이 발생했음에도 “친목을 도모하기 위한 동료 직원들 간의 사사로운 모임이나 비공식적인 부서 내 회식에까지 미친다고 할 수 없다”라고 하여 일부 성희롱에 대해서는 회사의 손해배상책임을 인정하지 아니하였다.

- 2) 회사 대표이사의 책임도 문제가 되었다. “민법 제756조 제2항에 정한 ‘사용자에 갈음하여 사무를 감독하는 자’란 객관적으로 볼 때 사용자에 갈음하여 현실적으로 구체적인 사업을 감독하는 지위에 있는 자”를 뜻한다고 하면서 이 사건에서 대표이사는 성희롱 행위자들을 현실적, 구체적으로 감독하는 지위에 있었다고 보기는 어렵다며 손해배상책임을 부정하였다.

라. 2009. 2. 26. 2008다89712 판결
(아동복지시설 성희롱 사건)

이전에 비해 사무집행관련성을 한층 넓게 판단하였다는 데서 의의가 있는 판결이다.¹⁵⁾ 아동복지시설의 원장이 신입여직원을 성추행한 이 사건에서 대법원은 “피용자가 다른 피용자를 성추행 또는 간음하는 등 고의적인 가해행위를 한 경우, 그 행위가 피용자의 사무집행 자체는 아니라 하더라도, 피해자로 하여금 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 방법으로 업무를 수행하도록 하는 과정에서 피해자를 성추행하는 등 그 가해행위가 외형상 객관적으로 업무의 수행에 수반되거나 업무수행과 밀접한 관련 아래 이루어지는 경우뿐만 아니라, 피용자가 사용자로부터 채용, 계속고용, 승진, 근무평정과 같은 다른 근로자에 대한 고용조건을 결정할 수 있는 권한을 부여받고 있음을 이용하여 그 업무수행과 시간적, 장소적인 근접성이 인정되는 상황에서 피해자를 성추행하는 등과 같이 외형상 객관적으로 사

15) 김엘림, 위의 책, 205쪽.

용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 볼 수 있는 사안에서도 사용자책임이 성립할 수 있다”라며, 회식 이후 단들이 남은 상태에서 가해진 성희롱 역시 피해자에 대한 우월적 지위를 이용한 행위로 보고 법인에게 민법 제756조의 사용자책임을 인정하였다.

3. 삼성전기 판결의 의의

이 대상판결은 성희롱 발생에 대해 적절한 조치를 취하지 않고 오히려 피해자에게 불이익한 조치를 취한 사용자에 대해 성희롱 발생에 대한 책임을 넘어 별도의 독자적인 책임을 물음으로써 남녀고용평등법 제14조 규정의 의미를 실질화하였다는 점에서 의의가 큰 판결이다.

위 2001가합6471 판결(위 2. 나.)에서도 법원은 현 남녀고용평등법 제14조의 성희롱 행위자에 대한 징계 등 조치의무와 피해근로자에 대한 고용상 불이익 조치 금지의무를 실시하고 회사가 그 의무를 위반했다고 판단한 바 있다. 그러나 그러한 사용자의 의무위반에 대해서 별도로 위자료를 책정하지는 않았고, 공동불법행위자로서 성희롱 행위자와 각자 동일 액수(300만 원)의 위자료를 지급할 의무가 있다고 보았다.

반면 삼성전기 판결에서는 직장 내 성희롱 발생 시 조치의무 불이행 부분에 대하여 회사의 손해배상책임을 별도로 인정하였다. 이 사건에서 법원은 2006. 6. 1. 성희롱 부분에 대하여 성희롱 행위자인 피고 팀장의 사용자로서 피고 삼성전기의 책임을 인정하고, 피고 삼성전기에 피고 팀장과 각자 동일 액수(200만 원)의 위자료 지급 의무가 있다고 판단하였다. 이에 나아가, 피고 삼성전기가 직장 내 성희롱 행위의 발생사실을 알았거나 알 수 있는 상황에서 법령의 취지에 부합하는 신속하고도 적절한 개선책을 실시하지 아니한 채 방치하고 나아가 오히려 불이익한 조치를 했다고 하여 피고 삼성전기에 성희롱 부분에 대한 위자료 액수의 15배에 달하는 액수(3000만 원)의 위자료를 책정하였던 것이다. 피고 팀장에게는 직장 내 성희롱 발생 시 조치의무 불이행 부분에 대하여 그 의무를 부담하는 자가 아님을 이유로 책임을 부정함으로써, 조치의무 불이행으로 인한 책임

이 사용자가 독자적으로 부담하는 책임임을 드러냈다.

한편, 이 사건에서 법원은 원고가 피고 삼성전기에 성희롱 사실을 고지한 날을 조치의무 불이행 부분에 대한 지연손해금 발생 기산일로 잡았다. 피용자의 문제제기에 따라 사용자가 직장 내 성희롱 행위의 발생사실을 알았거나 알 수 있는 때에 남녀고용평등법 14조의 의무가 발생한다고 할 것이므로, 피용자의 문제제기시를 불법행위일로 본 것은 타당하다고 할 것이다. 만약 피용자의 문제제기 이전에 다른 통로를 통하여 성희롱 발생 사실을 알거나 알 수 있었다면 그 시점을 불법행위일로 보아야 할 것이다.

직장 내 성희롱 법제화에도 불구하고 직장 내 성희롱은 여전히 쉽게 발할 수 없는 문제로 인식되고 있다.¹⁶⁾ 성희롱 피해에 대해 문제제기한다고 하더라도 가해자와의 분리 등 기초적인 보호조치조차 취해지지 않는 경우가 많을 뿐만 아니라 문제제기한 피해자에 대해 각종의 불이익 조치가 취해지는 경우가 흔하기 때문이다. 그렇기 때문에 남녀고용평등법 제14조는 직장 내 성희롱 피해 사실로 인한 불이익을 방지하고 자유롭게 구제절차에 접근할 수 있게 하여 다시금 직장 내 성희롱을 예방하는 데 핵심적인 전제가 되는 규정이다. 삼성전기 판결은 성희롱 행위에 대한 사용자책임과 별개로 남녀고용평등법 제14조를 위반한 사용자에 대하여 별도로 독자적인 불법행위책임을 지음으로써 손해배상청구에서 남녀고용평등법 제14조의 취지를 실질적으로 의미화한 사건이라 할 것이다.

4. 금양물류 판결의 문제

이 대상판결에서는 하청회사 대표이사, 원청회사의 손해배상책임이 모두 부정되었다. 대기업은 업무를 하청하고 하청회사는 폐업을 하면서 책임을

16) 2011년에 1652명의 여성노동자를 대상으로 시행된 ‘직장 내 성희롱 실태조사’에서, 응답자의 78.9%에 해당하는 여성노동자가 직장 내 성희롱 발생시 사후대처 방법을 묻는 질문에 ‘별다른 조치를 취하지 않았다’고 답변하였다. 공익변호사그룹 공감, 「여성노동자 직장 내 성희롱 실태조사 및 대안연구」, 전국민주노동조합총연맹 발간, 2011, 65면 참조.

회피하고자 한 이 사건의 특수성을 무시했다는 점을 떠나서 법논리상으로도 납득하기 어려운 점이 많은 판결이다.

가. 피고 사장(하청회사 대표이사)에 대한 부분

1) 민법상 사용자책임에 대하여

대상판결은 하청회사 대표이사인 피고 사장에 대한 민법상 사용자책임의 주체에 해당하지 않는다고 보고 사용자책임을 부정하였다. 민법상 사용자 책임은 지는 사용자는 회사의 대표이사가 아닌 독립된 법인격을 갖는 회사 자체를 의미하고, 피고 사장은 회사 기관의 자격에서가 아니라 회사에 같음하여 성희롱 행위자들을 감독하였다고 볼 수 없으므로 민법 제756조 제2항에서 정한 ‘사용자에 같음하여 사무를 감독하는 자’에도 해당하지 않는다는 근거를 들었다.

이는 롯데호텔 성희롱 사건에서 대표이사의 손해배상책임을 부정한 것과 같은 논리를 든 것이다.

그러나 이전 판례에 비추어 보더라도 대상판결의 결론을 납득하기 어렵다. 판례는 민법 제756조 제1항에서의 사용자는 회사 자체이고, “회사의 대표이사가 그 회사의 업무를 수행함에 있어서 그 피용자를 지휘, 감독한다 하더라도 이는 그 대표이사라는 위 회사기관의 자격으로 하는 것이며 위 회사와 별개의 독립된 인격에서 위 회사에 같음하여 그 사무를 감독한 자라고 할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 위 대표이사에게는 민법 제756조 제2항에 따른 손해배상책임이 있다 할 수 없”다고 보지만(대법원 1973. 2. 13. 선고 72다2488 판결 참조), “위 제756조 제2항에 정한 ‘사용자에 같음하여 사무를 감독하는 자’란 객관적으로 볼 때 사용자에 같음하여 현실적으로 구체적인 사업을 감독하는 지위에 있는 자”라고 하면서 예외적으로 대표이사가 사용자책임을 질 경우를 예정하고 있다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다10531 판결 참조). 이 대상판결에서 참조판결로 명시한 1998. 5. 15. 선고 97다58538 판결에서도 동일한 판시를 하고 있

으며, 대표이사가 불법행위자의 사무집행을 현실적으로 감독하여 왔음을 이유로 대표이사에 대한 민법 제756조 제2항의 책임을 인정하였다.

롯데호텔 성희롱 사건에서는 “회사의 규모, 종업원의 수 및 조직체계 등”에 비추어 대표이사가 성희롱 행위자들을 “현실적, 구체적으로 감독하는 지위”에 있었다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 이는 사업의 규모가 큰 경우 기관의 지위에서 감독의무가 있더라도 대표이사 개인으로서의 책임을 지지 않는다는 의미라고 할 것이다. 이에 반해 금양물류는 근로자 수 60여 명 정도의 소규모 사내협력업체로서 대표이사는 소속 직원들에 대해 현실적, 구체적으로 감독하는 지위에 있었다고 보는 것이 타당하다. 단지 회사 규모 측면에서만뿐만 아니라 이 사건에서 피고 사장은 원고를 불러 전화 녹취가 불법이라며 위협하였고, 징계 및 해고의 조치를 직접 행했다는 점에서 사용자에게 같음하여 현실적으로 구체적인 사업을 감독하는 지위에 있는 자에 해당한다고 볼 것이고, 따라서 피고 사장은 민법상의 사용자 책임을 진다고 봄이 타당하다.

2) 남녀고용평등법에 따른 독자적인 책임에 대하여

대상판결은 남녀고용평등법상 성희롱 예방의무를 진다고 규정하고 있는 “사업주”는 회사의 대표이사가 아닌 회사 자체를 의미한다는 이유로 피고 사장의 손해배상책임을 부정하였다.

근로기준법, 노동조합및노동관계조정법 등 노동관계 법률에서 사용자에게 대해 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”(근로기준법, 노동조합및노동관계조정법 각 제2조 제2호)라고 정의하고 있다. 이에 따르면 사업주는 사업의 경영담당자인 회사의 대표이사 등과 구분되는 자로서 회사 자체를 의미한다고 볼 수 있다.

그러나 남녀고용평등법상 성희롱 방지의무를 사업주의 의무로 규정하고 있다고 해서, 대표이사가 그러한 의무를 지지 않는다고 보는 것은 타당하지 않다. 대표이사는 회사의 의무를 이행할 의무를 지기 때문이다. 특히

이 사건에서 피고 사장은 소규모 협력업체의 대표이사로서 직접적으로 성희롱 가해자에 대해 징계 등의 조치를 취할 책임이 있다고 할 것인데, 오히려 성희롱 가해자에게 징계 절차를 위임하거나 직접 징계 및 해고 조치를 취하는 등 성희롱 피해자에 대해 불이익 조치를 직접 하였다. 그렇다면, 이 사건에서 피고 사장은 남녀고용평등법상 의무위반의 직접행위자로서 독자적인 책임을 져야 한다고 보는 것이 당연한 논리전개이다.

남녀고용평등법 역시 성희롱 피해 주장자에 대한 불리한 조치 금지의무를 규정한 제14조 제2항 위반에 대하여 양벌규정(제38조)을 두어 사업주 이외에 행위자 개인에게도 형벌을 가할 수 있는 근거를 두고 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 즉, 회사 이외 대표이사를 포함한 직접 행위자도 성희롱 방지의무를 지는 자에 해당함을 법 스스로도 표현하고 있음에도 대상판결은 이런 점들을 모두 간과하는 판결을 내렸다.

나. 피고 현대차(원청회사)에 대한 부분

- 1) 대상판결은 먼저 사용자책임의 독자적인 요건이 아닌 사용자의 예측가능성을 사용자책임의 요건으로 실시하고, 이 사건에서 피고 현대차에 하청업체에서의 성희롱 발생에 대한 예측가능성이 없음을 사용자책임 부정의 주요 근거로 든 문제가 있다. 예측가능성은 손해발생에 대한 위험 창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려해서 판단하는 사무집행관련성 또는 민법 제756조 제1항 단서의 면책사유 판단에서 참조가 될 수 있는 정도라고 할 것이다.
- 2) 사무집행관련성 요건 충족 여부 판단과 관련하여서는, 근로장소 밖에서

17) 양벌규정에서 “행위자를 벌하는 외에”라는 문언이 사업주 외의 행위자를 처벌할 수 있는 근거가 되는지 문제될 수 있으나, 대법원은 같은 구조로 규정된 산업안전보건법의 양벌규정 등에 대해서 “이 규정의 취지는 각 본조의 위반행위를 사업자인 법인이거나 개인이 직접 하지 아니하는 경우에는 그 행위자나 사업자 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 이 양벌규정에 의하여 사업자가 아닌 행위자도 사업자에 대한 각 본조의 벌칙규정의 적용 대상이 된다”(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결)라는 등으로 일관되게 행위자를 처벌하는 근거규정이 된다고 밝혀왔다.

18) 그렇기 때문에 관련 형사사건에서 피고 사장이 남녀고용평등법 위반으로 벌금 300만원의 약식 기소 처분을 받을 수 있었다.

이루어진 성희롱 행위에 대해서도 사용자의 책임을 인정한 기존 판례보다 훨씬 후퇴한 입장을 보였다. 성희롱은 업무상 형성된 우월적 지위를 이용한 행위이다. 그런 측면에서 사무집행관련성을 판단할 때 근로장소 및 근로시간과의 물리적인 밀접성이 아닌, 업무상 형성된 위계가 당해 성희롱에 어떤 영향을 끼쳤는가 중요한 기준이 되어야 한다. 위 아동복지시설 성희롱 사건(위 2. 라.)에서 성희롱 가해자가 피해자의 고용조건을 결정할 수 있는 권한을 부여받고 있음을 이용하여 성희롱을 행위를 가했다는 점을 사무집행관련성 판단에 주요하게 참고하였는데, 이러한 식의 판단을 심화시킬 필요가 있다.

- 3) 대상판결에서 ‘파견근로관계’ 성립을 별론으로 한다고 하며 사용자책임 성립요건으로서 사용관계 성립 여부를 판단하지 않았으나, 작업의 실질상 피고 현대차가 성희롱 가해자인 피고 조장과 피고 반장을 실질적으로 지휘·감독하는 관계, 즉 사용관계에 있다고 판단할 수 있었던 사안이라 보인다. 최근의 현대차 근로지위확인에 관한 판결(서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2010가합112481 판결 등)에서 현대차가 업무표준을 통하여 일률적으로 사내협력업체들을 관리한 점과 컨베이어벨트 시스템을 이용한 공정의 특성 등을 들어 사내협력업체 소속 근로자들(2차 협력사 소속 근로자 포함)이 현대차와 근로자파견관계에 있음을 인정하였다.

파견근로관계를 인정한다면, 민법상의 사용자책임과는 별도로 피고 현대차는 남녀고용평등법상 성희롱 방지의무를 지는 사업주로서 남녀고용평등법상 의무위반에 대한 책임을 질 수 있다. 남녀고용평등법은 이 법과 관련된 입증책임은 사업주가 부담한다고 규정하고 있다(제30조). 이 입증책임에 관한 규정은 남녀고용평등법 입법 초기부터 존재했지만 활용된 사례가 거의 보이지 않는데, 이 사건에서 피고 현대차는 남녀고용평등법상 성희롱 방지의무를 다했다는 점을 스스로 입증하지 않는다면 그 의무위반으로 인한 책임을 져야 한다고 주장할 수 있을 것이다.

IV 나가며

이상에서 성희롱 발생과 이후 조치에 대한 사용자의 민사상 책임이 문제가 되는 두 가지 대상판결을 다루었다. 삼성전기 판결은 성희롱 발생 이후의 사용자의 조치의무 불이행에 대해서 별도로 사용자의 책임을 인정했다는 점에서 의의가 있다. 그러나 이후 나온 금양물류 판결은 오히려 사용자의 책임 범위를 좁히고, 업무의 외주화, 비정규직화가 심화되는 속에서 의무를 회피하기 위한 회사 측의 전략을 법원이 그대로 인정해 버린 판결이라 할 것이다.

삼성전기 사건에서는 성희롱 가해자와 회사를 피고로 손해배상을 청구하였던 반면, 금양물류 사건에서는 성희롱 행위자와 하청회사 대표이사, 원청회사를 피고로 손해배상을 청구하였다. 금양물류 사건에서 하청회사 자체를 피고로 삼지 않은 것은 하청회사가 폐업을 했기 때문인 것으로 보인다. 그리고 자력이 부족한 개인에 대응하여 실질적으로 작업장을 관리·감독하였던 현대차의 법적 책임을 묻고자 하였다. 그러나 금양물류 판결은 노동자로부터 이익은 취하면서 책임을 추궁할 대상을 없애고자 하는 피고들의 주장을 그대로 인정해 주었다.

실질적인 사용자인 대기업은 업무의 하도급화를 확대하고, 사내협력업체는 폐업과 승계를 반복하는 현실에서 성희롱 및 이후 조치에 대해서 적극적으로 원청업체 및 개별 행위자의 책임을 인정하는 태도가 필요하다. 성희롱이 자행되고, 이후 피해자에 대한 불이익조치가 가해짐에도 이에 책임을 질 수 있는 주체가 아무도 없음을 인정하는 판결은 법원 스스로 성희롱에 우호적인 환경을 조성하는 것에 다름 아니다.

다만, 최근의 현대차 근로자지위확인 판결에서 불법파견임이 인정된 만큼 두 번째 대상판결의 상급심에서 현대차의 책임을 적극적으로 인정하는 판결이 내려질 것을 기대한다. 하청회사의 대표이사에 대해서도 민법상 사용자책임과 남녀고용평등법상 양벌규정의 취지를 살피 책임을 인정하는 판결이 나올 수 있기를 기대한다.

● 모성보호 및 일·가정 양립에 대한 우리 법원의 태도

10

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 위은진

대상판결

광주지방법원 순천지원 2012. 6. 28. 선고 2011가단12594 판결
광주지방법원 2012. 10. 24. 선고 2012나10375 판결¹⁾

서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2011구합19437 판결²⁾
서울고등법원 2013. 5. 24. 선고 2012누30815 판결³⁾
대법원 2013두14610 (계류중)

- 1) [관여 법관: 최인규(재판장), 임술, 홍영진]
- 2) [관여 법관: 안철상(재판장), 조병구, 정기상]
- 3) [관여 법관: 고의영(재판장), 정준화, 이유형]

I 들어가며

여성들의 학력이 신장되고 사회 참여가 크게 늘고 있지만, 여성들은 여전히 임신, 출산 과정에서 그리고 육아 부담으로 인하여 경력이 단절되고 이후에는 사회참여 기회 자체가 없거나 질 낮은 일자리 외에는 기회를 얻기가 쉽지 않은 현실에 놓여있다. 그러므로 여성들이 임신, 출산 및 육아로 인한 경력단절의 부담이나 두려움에서 벗어나 사회 참여를 지속할 수 있어야만 양성이 평등한 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고 심각한 저출산 문제를 해결할 수 있을 것이다. 여성의 임신과 출산, 영유아 보호와 교육은 우리 사회의 미래 구성원을 키우는 것이므로 여성 개인 또는 가족 내에서 개인적으로 해결하도록 맡기는 차원을 넘어 사회적, 국가적 차원에서 지원하고 그 부담을 사회공동체가 분담하여야 할 것이다.

여성의 임신과 출산을 보호하고, 영유아를 보호하고 교육하기 위한 사회적, 국가적 차원의 지원과 공동체의 비용 분담의 예로 들 수 있는 것은 여성의 임신과 출산을 보호하기 위한 출산휴가 및 육아 휴직의 보장, 민고 맡길 수 있는 보육시설의 마련 등이다.

그동안 우리나라는 근로기준법, 남녀고용평등과 일·가족양립지원에 관한 법률, 영유아보육법 등을 통해 출산휴가 및 육아휴직 제도, 직장보육시설 설치 등을 규정하여 모성을 보호하고 여성들이 사회참여를 계속할 수 있도록 법과 제도를 만들어가고 있다.

그런데 현실에서 여성들은 여전히 임신과 출산 과정에서 부당한 처우를 당하고 직장에서 쫓겨나는 사례들이 빈번하게 발생하고 법에서 보장하고 있는 출산 휴가나 육아 휴직 제도를 활용하지 못하거나 활용하는 경우 불이익을 당하는 사례들도 발생하고 있다. 또한 육아 부담으로 인하여 결국 직장을 그만두는 사례들도 쉽게 접할 수 있다.

모성을 보호하고 일·가정 양립을 지원하기 위한 법과 제도가 만들어졌고

시행되고 있음에도 현실에서 여성들이 여전히 임신과 출산 과정에서 그리고 육아 부담으로 인하여 사회 참여를 포기하게 되는 현실과 우리 사회의 인식 수준을 살펴볼 수 있는 두 가지 사례를 아래 판례를 통해 살펴보겠다.

II 육아 휴직 후 부당 대우에 대한 위자료 청구 소송

1. 대상 판결 진행 경과

제1심 광주지방법원 순천지원 2012. 6. 28. 선고 2011가단12594 판결
 제2심 광주지방법원 2012. 10. 24. 선고 2012나10375 판결⁴⁾
 쌍방 상고하지 않아 확정됨.

2. 사건 개요

원고는 2007. 11. 20. 피고 새마을금고에 입사하여 창구에서 수신(출납)업무를 담당하다가 2009. 12. 14.부터 2010. 3. 13.까지 출산휴가를 가게 되었고, 계속하여 피고의 허락을 받아 2010. 3. 14.부터 2011. 3. 13.까지 1년간 육아휴직을 하였다. 원고는 육아휴직을 마치고 2011. 3. 14. 업무에 복귀하였는데, 피고는 원고에게 책상도 배치해 주지 않은 채 원고가 육아휴직 전에 담당하였던 창구에서의 수신(출납)업무 대신 원고로 하여금 창구안내 및 총무업무 보조 업무를 맡게 하였고, 이에 원고는 책상도 없이 창구 밖에 서서 손님을 안내하는 업무를 담당하게 되었다. 그러던 중 2011. 3. 24. 피고의 이사장실에서 원고를 제외한 나머지 간부 및 직원들이 참석하여 아침 회의를 진행하였는데, 그 회의에서는 ‘원고에게 일도 주지 말고 원고를 직장에서 내쫓을 수 있게끔 다른 직원들도 동조하라’는 취지의 내용이 전달되었다. 그 후 피고는 원고에게 컴퓨터를 올려놓던 책상을 마련해 주었으나,

4) [관여 법관: 최인규(재판장), 임솔, 홍영진]

피고의 전무인 이★★은 2011. 4. 20.경 직원들에게 원고에게 마련해 준 위 책상을 치우게 하고 원고가 창구에 앉지 못하게 할 것을 지시하였고, 위 이★★은 2011. 4. 21.경 원고로부터 ‘복직한 지 한 달이 넘었는데 언제쯤 내 자리를 마련해 줄 것이냐’는 질문을 받고, 원고에게 자리를 배정해 줄 계획이 없다는 취지로 ‘나는 자네를 직원으로 생각하지 않아, 억울하면 검찰 청와대에 가서 찢러라, 나는 목 내놓고 산지 오래돼서 무서울 것 하나 없다.’라고 말하였다. 원고는 육아휴직에서 복귀한 이후 위와 같은 차별 대우를 받게 되자 극심한 스트레스로 인한 우울증을 앓게 되었고, 그로 인하여 2011. 4. 21.부터 2011. 4. 28.까지 입원치료를 받았다.

3. 법원의 판단

가. 손해배상책임의 발생

- 1) 육아휴직제도는 여성의 사회진출이 증가하고 맞벌이 부부가 늘어감에 따라 모성을 보호하고 근로여성의 직업능력을 개발하여 지위향상과 복지증진에 기여함을 목적으로 구 남녀고용평등법(1987. 12. 4. 법률 제3989호로 제정된 것)이 이를 도입하였는데, 당초 근로여성을 대상으로 시행된 구 남녀고용평등법상의 육아휴직제도는 여성근로에 대한 특별한 보호를 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항과 국가의 모성보호의무를 규정하고 있는 헌법 제36조 제2항에서 그 헌법적 근거를 찾아왔으나, 현행 육아휴직제도는 모성보호 및 근로여성의 직업능력 개발이라는 당초의 취지에서 한발 더 나아가 자녀양육의 지원을 통한 여성의 노동시장 참여 장려 및 직장과 가정의 양립, 출산장려와 아동복지 제고, 남성의 가족 책임 분담과 이를 통한 실질적인 가족 내 양성 평등의 달성이라는 사회적 기능을 수행한다고 할 수 있다.
- 2) 이러한 육아휴직 제도의 취지에다가, ① 헌법상 보장되는 기본권으로서의 양육권은 자유권적 기본권의 성격과 아울러 사회권적 기본권의 성격도 가지고 있는데, 육아휴직제도는 양육권의 사회권적 기본권으로서

의 측면을 법률로써 구체화한 것인 점, ② 자녀의 출산과 양육은 국가를 유지하기 위한 인적 기반이 된다는 점에서 국가공동체의 생존 및 발전, 나아가 인류의 존속을 위해서도 결코 소홀히 할 수 없는 것인 점, ③ 특히, 세계 최저 수준의 출산율이 사회문제화 되고 있는 우리 현실에서 육아휴직제도를 비롯한 관련 제도는 더욱 장려되고 보다 높은 수준으로 보장될 필요성이 있는 점 등을 감안할 때, 피고가 육아휴직을 마치고 복귀한 원고를 휴직 전과 같은 업무에 복귀시키지 않음은 물론 원고 스스로 퇴직하지 않을 수 없도록 직원회의를 통해 왕따 분위기를 선동하고 피고의 임원이 직접 나서 원고의 책상을 치워 버리고 원고를 비하 모욕하는 등 부당하게 대우한 것은 원고에 대하여 불법행위를 구성하고, 그로 인하여 원고가 정신상 고통을 받았을 것임은 경험칙상 넉넉히 추인되므로, 피고는 원고에게 위 불법행위로 인한 위자료를 지급할 의무가 있다.

나. 손해배상책임의 범위(위자료의 액수)

원고가 피고 새마을금고에서 근무하면서 수령한 급여액, 피고가 원고를 부당하게 대우한 기간과 그 내용, 원고는 불과 3년 6개월간 피고 새마을금고에 근무하다가 20대에 퇴직하게 된 점, 피고가 임직원을 동원해 조직적으로 원고를 부당하게 대우하였고, 그로 인하여 원고는 극심한 우울증을 앓아 병원 치료까지 받기에 이른 점, 비록 직접적인 원인으로 보기는 어렵다고 하더라도, 피고의 위와 같은 부당한 대우가 원고의 무단결근을 초래하여 원고를 직권면직에 이르게 하는데 큰 영향을 미친 것으로 보이는 점 등을 비롯해 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 감안하면, 위자료는 20,000,000원으로 정함이 상당하다.

4. 위 사례에 대한 평가

이 사례는 법률로 명백하게 규정하고 있는 육아 휴직 제도를 사용하였다는 이유만으로, 휴직 전과 같은 업무에 복귀시키지 않음은 물론 회사 내에서 조직적으로 동료 직원들까지 동원하여 원고 스스로 견디지 못하고 퇴

직을 선택하도록 왕따 분위기를 만들고 피고의 임원이 직접 나서 원고의 책상을 치워 버리고 원고를 비하 모욕하는 등 부당하게 대우하고 있는 현실을 적나라하게 보여주고 있다.

그런데 다행히 법원은 모성보호 및 근로여성의 직업능력 개발, 자녀양육의 지원을 통한 여성의 노동시장 참여 장려 및 직장과 가정의 양립, 출산장려와 아동복지 제고, 남성의 가족책임 분담과 이를 통한 실질적인 가족 내 양성 평등의 달성이라는 사회적 기능을 수행하는 육아휴직 제도의 취지, 육아휴직제도는 양육권의 사회권적 기본권으로서의 측면을 법률로써 구체화한 것인 점, 자녀의 출산과 양육은 국가공동체의 생존 및 발전, 나아가 인류의 존속을 위해서도 결코 소홀히 할 수 없는 것인 점, 세계 최저 수준의 출산율이 사회문제화 되고 있는 우리 현실에서 육아휴직제도를 비롯한 관련 제도는 더욱 장려되고 보다 높은 수준으로 보장될 필요성이 있는 점을 고려하여 육아휴직제도를 사용하였다는 이유로 부당하게 대우한 것을 피고 회사의 불법행위로 보고 원고에게 위자료를 지급하도록 하였다. 이는 육아휴직제도의 본질을 제대로 파악하고 자녀의 출산과 양육 등은 국가공동체의 생존 및 발전을 위해 필요한 것으로 우리 사회 공동체가 함께 분담하여야 한다는 점을 명백히 하여 법률로서 보장하고 있는 육아휴직제도를 형해화(形骸化)하는 현실에 경종을 울린 좋은 판결이다.

Ⅲ 직장보육시설 미비에 따른 보육료지급 청구 소송

1. 대상 판결 진행 경과

제1심 서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2011구합19437 판결⁵⁾

제2심 서울고등법원 2013. 5. 24. 선고 2012누30815 판결⁶⁾

원고 상소하여 대법원 계류 중(대법원 2013두14610)

5) [관여 법관: 안철상(재판장), 조병구, 정기상]

6) [관여 법관: 고의영(재판장), 정준화, 이유형]

2. 사건 개요

원고들은 「영유아보육법」 제14조 제1항 및 같은 법 시행령 제20조 제1항에 따라 직장어린이집을 설치하여야 하는 '상시 여성근로자 300명 이상 또는 상시근로자 500명 이상을 고용하고 있는 사업장'인 서울고등법원, 서울중앙지방법원, 서울행정법원, 서울가정법원, 수원지방법원, 광주지방법원, 대구지방법원의 법원공무원(법원주사, 법원주사보, 법원서기) 또는 계약직 공무원(사무실무원, 경비실무원, 속기실무원, 운전원, 위생원 등)으로 근무하고 있고, 6세 미만의 취학전 자녀를 1명 이상 두고 있는 사람들이고, 위 사업장의 사업주인 피고는 위 법령에 따라 직장어린이집을 설치하여야 하는 사업장에 직장어린이집을 설치하였으나 서울법원어린이집, 부산법원어린이집, 인천법원어린이집의 경우에는 보육신청인원이 보육가능정원을 초과하여 신청인원을 모두 수용하지 못하고 있고, 수원지방법원에는 현재까지 직장어린이집을 설치하지 않았으면서 소속 법원공무원 등의 영유아 자녀에 대한 지역어린이집 위탁보육지원이나 보육수당 지급을 행하지 않고 있다.

3. 대상 판결의 쟁점

가. 사업주에게 직장어린이집 설치 의무가 있는지 여부

1) 대상 판결의 판단

국가나 지방자치단체가 「영유아보육법」에 따라 국공립어린이집을 설치할 의무는 보육계획에 따라 우선순위를 정하여 순차적으로 이행할 의무로서, 특정시기에 특정규모의 국공립어린이집을 설치해야 할 구체적인 의무로는 볼 수 없다고 할 것이고, 위와 같이 사업주가 일정부분 책임을 분담하여 「영유아보육법」 제14조 제1항에 따라 직장어린이집을 설치할 의무 역시, 특정시기에 특정규모의 직장어린이집을 설치해야 할 구체적인 의무로는 볼 수 없다고 할 것이다. 사회보장법 내지 복지행정 관계법은 일반적으로,

복잡·다양한 사회경제 여건에 대응하여 개개의 생활배려를 도모하는 작용이기 때문에, 구체적인 내용을 행정입법에 위임하는 ‘프로그램적 입법’ 내지 ‘개요 입법’(skeleton legislation)의 성격을 갖는 경우가 많다. 「영유아보육법」 제14조 제1항이 규정하는 직장어린이집 설치에 관한 여건 역시 사회경제적 상황이 변동됨에 따라 수시로 변화할 수 있고, 따라서 업계의 현황, 직장보육 수요 등 사회·경제적 상황 등을 면밀히 조사분석하고 수시로 변화하는 상황에 응하여 대처할 필요가 있다. 이에 따라 「영유아보육법」 제14조 제3항은 직장어린이집의 설치위탁계약 및 보육수당의 지급에 필요한 사항은 보건복지가족부령으로 정한다고 규정하였다. 「영유아보육법」은 2004. 1. 29. 전부개정 당시 사업주가 제14조 제1항에 따라 직장어린이집을 설치할 의무를 불이행한 경우에 관하여 별다른 규정을 두지 않았다가, 2011. 12. 31. 일부 개정되면서 제14조의 2를 신설하여, 보건복지부장관은 실태조사 결과 제14조에 따른 직장어린이집 설치 등의 의무를 이행하지 아니한 사업장의 명단을 공표할 수 있다고 규정하였다. 사업주가 「영유아보육법」 제14조 제1항에 따라 직장어린이집을 설치할 의무를 부담하는 경우, 사업주의 재산권 및 직업수행의 자유를 침해하는 여부가 문제될 수 있는데, 「영유아보육법」은 위와 같이 사업자명단 공표 등 극히 비제재적인 방법을 통하여 사업주가 자율적으로 의무를 이행할 수 있도록 함으로써 사업주에게 그 부담을 완화할 수 있는 조치를 강구하고 있다. 또한 위와 같이 사업자명단을 공표할 수 있다는 규정이 「영유아보육법」의 2004. 1. 29. 전부개정으로부터 약 8년 후인 2011. 12. 31. 일부개정 당시 신설된 것은, 앞서 본 바와 같이 업계의 현황, 직장보육 수요 등 사회경제적 상황 등을 면밀히 조사분석하고 수시로 변화하는 상황에 응하여 대처할 필요가 있음을 반영한 결과라고 볼 수 있다. 「영유아보육법」 제15조는 어린이집을 설치·운영하려는 자는 보건복지부령으로 정하는 설치기준을 갖추어야 한다고 규정하였는데, 「영유아보육법 시행규칙」은 직장어린이집은 상시 영유아 5명 이상을 보육할 수 있는 시설을 갖추어야 한다고 규정하여 최소규모만을 규정하였을 뿐, 근로자의 영유아 모두를 보육할 수 있는 시설을 갖추어야 한다고는 규정하지 않고 있다. 그렇다면 사업주가 「영유아보육법」 제14조 제1항에 따라 직장어린이집을 설치할 의무는 특정시기에 특정규모의 직장어린이집을 설치해야 할 구체적인 의무라고 할 수 없고, 이러한 의무는 업계의 현황, 직

장보육 수요 등 사회경제적 상황 등을 고려하여 법령에 의하여 구체화될 것이면서, 비제재적인 방법을 통하여 사업주가 자율적으로 이행할 수 있도록 하는 것인데, 현재까지의 법령상 직장어린이집의 설치기준에 관하여 최소규모만이 규정된 상태이므로, 결국 사업주가 「영유아보육법」 제14조 제1항에 따라 직장어린이집을 설치할 의무는 이행시기 및 이행내용에 있어 구체적으로 확정되지 않은 상태라고 할 것이다.

2) 대상 판결의 문제점

(가) 이행 시기의 확정 문제

「영유아보육법」 전부 개정 당시의 부칙(법률 제7153호, 2004. 1. 29.) 제1조(시행일)은 “이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다”고 규정하고 있고, 부칙에서는 법 제14조(직장어린이집의 설치 등)에 대한 별도의 경과 규정을 두고 있지 않다. 2004. 1. 29. 「영유아보육법」의 전부개정에 따른 「영유아보육법 시행령」(대통령령 제18691호, 2005.1.29., 전부개정) 제20조(직장보육시설의 설치)에서는 “법 제14조제1항의 규정에 의하여 사업주가 직장보육시설을 설치하여야 하는 사업장은 상시 여성근로자 300인 이상 또는 근로자 500인 이상을 고용하고 있는 사업장으로 한다”고 규정하고, 부칙 제1조(시행일)에서는 전부개정된 시행령을 2005. 1. 30.부터 시행하는 것으로 규정하고, 다만 단서에서 “제20조제1항의 개정규정은 2006년 1월 30일부터 시행한다”고 규정하여 1년간의 경과기간을 두고 있다. 이러한 법령에 비추어보면, 상시 여성근로자 300인 이상 또는 근로자 500인 이상을 고용하고 있는 사업장에서 직장보육시설을 설치해야 할 사업주의 공법상 의무는 2006. 1. 30.에는 확정적으로 발생한 것이다. 따라서 사업주의 직장어린이집 설치의무는 법령에 의하여 그 “이행시기”가 구체적으로 확정된 상태이다.

(나) 이행 내용의 확정 문제

「영유아보육법」 제14조제2항의 위임에 따라 전부개정된 「영유아보육법 시행

규칙」(여성부령 제14호, 2005.1.29., 전부개정)에서는 직장어린이집의 설치와 관련하여, 「영유아보육법 시행규칙」제5조에서는 “법 제14조제1항의 규정에 의하여 보육시설의 설치인가”의 절차와 지방자치단체장의 인가기준(설치기준 적합 여부 및 해당 지역의 보육수요 확인)을 규정하고 있는 이외에, 제6조(공동보육시설의 설치), 제7조(직장보육시설의 위탁), 제8조(보육수당의 지급)에 대하여 규정하고 있고, 제9조(보육시설의 설치기준) 및 [별표 1] 보육시설의설치기준[제9조관련]에서는 직장어린이집을 포함한 보육시설의 최소, 최대 정원에 관한 규모와 입지조건 등 보육시설의 설치에 관한 자세한 규정을 제시하고 있다. 즉, 직장어린이집은 상시 영유아 5인 이상 300인 이하의 규모로「영유아보육법」의 설치기준을 모두 갖추어 설립하여야 하는 것으로, 따라서 이미 「영유아보육법 시행규칙」에서는 이행 내용을 구체적으로 규정하고 있다.

(다) 근로자의 영유아 모두를 보육할 수 있는 시설을 갖추어야 하는지 여부

「영유아보육법」제14조 제1항에서 “대통령령으로 정하는 일정 규모 이상의 사업장의 사업주는 직장어린이집을 설치하여야 한다. 다만, 사업장의 사업주가 직장어린이집을 단독으로 설치할 수 없을 때에는 사업주 공동으로 직장어린이집을 설치·운영하거나, 지역의 어린이집과 위탁계약을 맺어 근로자 자녀의 보육을 지원하거나, 근로자에게 보육수당을 지급하여야 한다”고 규정하고 있는 취지에 비추어보면, 「영유아보육법」의 취지는 원칙적으로 일정 규모 이상의 사업주는 “근로자의 영유아 모두를 보육할 수 있는” 직장어린이집을 설치하여야 하고, 이러한 의무를 이행할 수 없는 경우에 대체의무로서 공동어린이집 설치, 위탁운영 또는 보육수당의 지급 의무를 부담하는 것으로 보아야 한다.

나. 원고들이 보육료를 청구할 권리가 있는지 여부

1) 대상판결의 판단

사업주가 직장어린이집 설치의무를 이행할 수 없을 때에 그에 대체하여

부담하는 보육수당 지급의무 역시 구체적으로 확정되지 않아, 근로자가 사업주에 대하여 보육수당의 지급을 청구할 수 있는 구체적인 권리를 가질 수 없으므로, 근로자와 사업주 사이에서 별도의 합의나 약정이 이루어졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 근로자가 사업주에게 보육수당의 지급을 청구할 수 없다고 할 것이다.

한편으로 「영유아보육법 시행규칙」 제8조는, 보육수당은 정부보육료 지원단가의 100분의 50 이상으로 한다고 규정하였다. 위와 같은 규정은 보육수당의 최소금액만을 정한 것이고, 「영유아보육법」이나 그 시행령 및 시행규칙은 보육수당의 구체적인 산정방법, 지급액수에 관하여 별도로 규정하지 않고 있다. 또한 사업주의 보육수당 지급의무는 사업주의 직장어린이집 설치 의무가 이행시기 및 이행내용에 있어 구체적으로 확정된 상태에서 그 의무를 이행할 수 없을 때 그 설치의무를 대체하는 것이다. 그렇다면 「영유아보육법 시행규칙」 제8조가 정부보육료 지원단가의 100분의 50에 해당하는 최소금액을 보육수당으로 청구할 수 있는 구체적인 권리를 근로자에게 부여하는 규정이라고 볼 수는 없다.

2) 대상 판결의 문제점

보육수당은 구체적인 지급액수와 산정방법을 법령에서 구체적으로 규정하는 것은 개별 기업의 특수한 사정들을 고려하지 않은 것으로 타당하지 않다. 이러한 점을 고려하여 「영유아보육법 시행규칙」 제8조에서는 그 하한만을 규정하고 있는 것이다. 보육수당의 구체적인 지급액수는 노사의 자율적인 대화와 교섭 또는 사용자의 합리적인 금액 산정에 의한 보육수당액 확정 등으로 정해질 문제이다. 그러나 그러한 구체적인 액수가 정해지지 않았다고 하여 근로자에게 보육수당 지급청구권이 존재하지 않는 것이 아니라, 법령에서 정한 하한에 해당하는 금액은 청구할 수 있다고 보아야 한다. 만약 보육수당의 구체적인 지급액수가 정해지지 않았다는 점을 들어 근로자의 청구권이 존재하지 않는다고 해석한다면, 「영유아보육법」 제14조 제1항에서는 “보육수당을 지급하여야 한다”고 규정하여 대체의무로서의 사용자의 지급의무를 규정하고, 「영유아보육법 시행규칙」에서는 그 하한에

해당하는 금액까지도 규정하고 있음에 반하여 법령에서 규정한 의무를 이행하지 않는 사용자에게 최소한 정부보육료 지원단가의 100분의 50에 해당하는 금액의 지급의무를 면하게 하고 그 만큼을 부당이득 하도록 용인하는 결과가 된다. 만약 대상 판결과 같이 보육수당의 지급액수가 구체적으로 정하여지지 않은 이상 근로자에게는 그 지급을 청구할 수 없는 것이라고 한다면, 「영유아보육법」에서 규정한 어떠한 의무(직장어린이집의 단독공동 설립, 위탁운영, 보육수당 지급)도 이행하지 않고 있는 사업자를 부당하게 이익을 보게 할 수 있는 것으로 관련 법령의 취지에 반한다.

따라서 관련 법령에 의하여 “사업주의 직장어린이집 설치의무가 이행시기 및 이행내용에 있어 구체적으로 확정”된 이상, 「영유아보육법」제14조 제1항 단서 및 「영유아보육법 시행규칙」제8조에서 규정한 사업주의 보육수당 지급의무는, 사업주가 직장어린이집을 설치하지 않고, 그 대체의무로서 공동설립, 위탁운영도 하고 있지 않은 상황에서는 근로자가 최소한 정부보육료 지원단가의 100분의 50에 해당하는 금액을 보육수당으로 지급해 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 부여하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

● 부부간에도 강간이 인정되는가

11

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 김영주

대상판결

대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체판결¹⁾

1) 대법관 : 양승태(재판장), 양창수, 신영철(주심), 민일영, 이인복, 이상훈, 박병대, 김용덕, 박보영, 고영한, 김창석, 김신, 김소영

I 들어가며

민법 제826조 제1항은 부부간 동거의무를 규정하고 있다. 여기서의 동거 의무란 동일한 거소에서 부부공동체를 형성하여 생활하는 의무를 말하지만, 그것은 단순히 장소적 개념만이 아니라 부부간 성적 충실의무도 포함된다 할 것이다. 그러나 성적 자기결정권과 인격권은 어느 누구로부터도 침해될 수 없는 기본권이라는 점에서, 위와 같이 서로에게 성적 충실의무가 있는 부부 간이라고 하더라도 성적 자기결정권과 인격권을 침해하여 이루어진 성관계에 대해서는 법적 차별이 이루어져야 한다는 주장이 제기되어 왔다.

그러나 우리 판례는 대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29판결 이래로 배우자 강간에 대하여 소극적인 입장을 취해오다가, 하급심에서 아내에 대한 강제추행죄를 인정한 판결, 혼인관계가 파탄에 이르러 실질적인 부부관계를 인정할 수 없는 경우 법률상의 배우자인 처도 강간죄의 객체가 된다는 판결 등의 기존 대법원 판례와는 다른 판결들이 있었다. 그리고 마침내 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체판결(이하 “대상판결”이라 한다)로서 혼인관계의 파탄유무와 상관없이 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 부부 사이에서도 강간죄의 성립을 인정하였다. 대상판결에 대해서는 여전히 지지하는 의견과 반대하는 의견이 있는바, 이하에서 과거 판결의 변경, 대상판결과 쟁점과 의의 등에 대해서 살펴보도록 하겠다.

II 사건의 개요 및 대상판결의 정리

1. 사건의 개요

2001년 법률상 부부가 된 피고인(남편)과 피해자(아내)는 2008년 피해자의 요청으로 직장을 그만두고 처가가 있는 안산으로 이사하게 된다. 이사

이후, 처가식구들이 운영하는 옷가게서 일을 하다가 자신을 무시한다고 생각하는 등 처가 식구들과의 불화로 옷가게 일을 그만두었고, 피고인은 그 무렵부터 피해자가 처가 식구들을 두둔하고 가정에 소홀하다는 등의 이유로 피해자를 탓하여 피해자와 자주 부부싸움을 하였다. 그러던 중 2011년 10월 28일 피해자가 단골손님과 밥을 먹고 자정 무렵에 귀가하는 일이 발생하였고, 이로 인해 피고인은 피해자의 외도를 의심하면서 부엌칼을 들고 피해자에게 폭행을 가하였다. 또한 같은 해 11월 11일 22:30경 피고인의 집에서 주먹과 발로 피해자의 머리와 허리 등을 여러 차례 때리고, 부엌칼을 들고 피해자를 향해 찌를 듯한 태도를 보이면서, 피해자를 안방으로 데리고 가 칼을 옆에 둔 상태로 겁을 먹어 항거불능상태에 있던 피해자의 옷을 벗긴 후 1회 간음하였다.

이후 같은 달 13일 22:30경 같은 장소에서 부엌칼로 피해자의 좌측 이마 부위를 1회 찌르고, 좌측 팔꿈치 부위를 칼로 1회 그은 후, 피해자의 옷속으로 칼을 넣어 옷을 모두 찢고, 계속하여 주먹과 발로 피해자의 얼굴과 허리 등을 때리고, 피해자를 안방으로 밀쳐 넣고 문을 잠근 뒤 옷을 벗겨 알몸인 상태로 눕게 한 후 부엌칼을 들이대며 움직이지 못하도록 하여 반항을 억압한 후 1회 간음하였고, 피고인은 계속하여 피해자의 음모를 가위와 면도기로 자르고 재차 1회 간음하였다. 이로써 피고인은 피해자에게 약 14일간의 치료를 요하는 다발성 좌상 및 열상 등을 가하였다.

이뿐만 아니라 피고인은 역시 같은 달 14일 오전 9시경 딸을 유치원에 보내는 피해자를 뒤따라가 목과 머리채를 잡아끌어 자신의 차에 태운 후 “도망하면 죽인다”고 위협하고 피해자로 하여금 휴대전화를 끄게 한 후 같은 달 15일 울산에서 경찰관에게 체포될 때까지 피해자를 경남, 산청, 부산, 울산 등지로 끌고 다니면서 감금하기도 하였다.

2. 대상판결의 하급심 판결

제1심 법원은 피고인에게 범좌사실인정뿐 아니라 성폭력범죄의 습벽까지

인정되고 재범위험성이 있다는 점에서 징역 6년, 7년간의 신상정보공개 및 10년간의 위치추적전자장치 부착명령을 선고하였다. 피고인은 1심 판결에 대하여 항소하였고, 이에 대해 제2심 법원은 형법 제297조가 강간죄의 객체를 ‘부녀’로 규정하고 있을 뿐 다른 제한을 두고 있지 않으므로 법률상처가 강간죄의 객체에서 제외된다고 할 수는 없고, 또 부부사이에서 비록 상대방에게 성관계를 요구할 권리가 있다 하더라도 폭행·협박 등으로 상대방의 반항을 억압하여 강제로 성관계를 할 권리까지 있다고 할 수는 없다고 하면서 준강간죄, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(특수강간)죄, 폭력행위등 처벌에 관한 법률위반(집단·흥기등 폭행)죄, 폭력행위등 처벌에 관한 법률위반(집단·흥기등 상해)죄, 감금죄를 인정하고 징역 3년 6월과 7년간의 신상정보공개 및 10년간의 위치추적장치 부착명령을 선고하였다. 피고인은 이러한 2심 판결에 불복하여 대법원에 상고하였다.

3. 대상판결

이 사건에서 대법원은 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있더라도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우에 강간죄의 성립을 인정하였는바,

다수의견은 “(가) 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제297조는 부녀를 강간한 자를 처벌한다고 규정하고 있는데, 형법이 강간죄의 객체로 규정하고 있는 ‘부녀’란 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리킨다. 이와 같이 형법은 법률상처가 강간죄의 객체에 포함된다고 새기는 것에 아무런 제한이 없다. 한편 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 형법은 강간죄를 규정한 제297조를 담고 있는 제2편 제32장의 제목을 ‘정조에 관한 죄’라고 정하고 있었는데, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 형법이 개정되면서 그 제목이 ‘강간과 추행의 죄’로 바뀌게 되었다. 이러한 형법의 개정은 강간죄의 보호법익이 현재 또는 장래의 배우자인 남성을 전제로 한 관념으로 인식될 수 있는 ‘여성의 정조’ 또는 ‘성적 순결’이 아니라, 자유롭고 독립된 개인으로서 여성

이 가지는 성적 자기결정권이라는 사회 일반의 보편적 인식과 법감정을 반영한 것으로 볼 수 있다. (나) 부부 사이의 민법상의 동거의무가 인정된다고 하더라도 거기에 폭행, 협박에 의하여 강요된 성관계를 감내할 의무가 내포되어 있다고 할 수 없다. 혼인이 개인의 성적 자기결정권에 대한 포기를 의미한다고 할 수 없고, 성적으로 억압된 삶을 인내하는 과정일 수도 없기 때문이다. 결론적으로 헌법이 보장하는 혼인과 가족생활의 내용, 가정에서의 성폭력에 대한 인식의 변화, 형법의 체계와 그 개정경과, 강간죄의 보호법익과 부부의 동거의무의 내용 등에 비추어 보면, 형법 제297조가 정한 강간죄의 객체인 ‘부녀’에는 법률상 처가 포함되고, 혼인관계가 파탄된 경우뿐만 아니라 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 경우에도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우에는 강간죄가 성립한다고 보아야 한다. 다만, 남편의 아내에 대한 폭행 또는 협박이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것인지 여부는, 부부 사이의 성생활에 대한 국가의 개입은 가정의 유지라는 관점에서 최대한 자제하여야 한다는 전제에서, 그 폭행 또는 협박의 내용과 정도가 아내의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.”라고 하였으며,

대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 반대의견은 “(가) ‘간음(姦淫)’의 사전적 의미는 ‘부부 아닌 남성과 성적 관계를 맺음’이고, 강간은 ‘강제적인 간음’을 의미하므로 강간죄는 폭행 또는 협박으로 부부 아닌 남녀 사이에서 성관계를 맺는 것이라 할 것이다. 그리고 강간죄는 ‘부녀’를 대상으로 삼고 있으므로, 결국 강간죄는 그 문언상 ‘폭행 또는 협박으로 부인이 아닌 부녀에 대하여 성관계를 맺는 죄’라고 해석된다. 한편 강간죄는 제정 당시부터 ‘배우자가 아닌 사람에 의한 성관계’를 강요당한다는 침해적인 요소를 고려하여 형량을 정하였는데, 특별한 구성요건의 변화 없이 형법 제32장의 제목 변경만으로 강간죄를 부부관계에까지 확대하는 것은 강간죄의 규정취지와 달리 부부관계에 대하여 과도한 처벌이 이루어지게 되어 죄형균형의 원칙을 벗어나게 된다. (나) 혼인생활과 가족관계의 특수성이 갖는

이익과 성적 자기결정권이 갖는 이익의 형량 등을 고려하여 강간죄에 의한 처벌 여부를 가려야 한다면, 차라리 일반적인 강간죄가 성립된다고 보지 않고 그 폭행 또는 협박에 상응한 처벌을 하는 것이 다양한 유형의 성적 자기결정권 침해에 대처할 수 있고 처의 혼인생활 및 권리 보호에 충실할 수 있다.”라고 하였다.

Ⅲ 대상판결에 대한 평석

1. 과거 판례의 입장

가. 배우자 강간 부인 판례

대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결은 “처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새출발을 하기로 약정하고 간통고소를 취하하였다면 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음하였다고 하여도 강간죄는 성립되지 아니한다.”라고 판시하였다. 이 판결 이래로 우리 판결은 거의 부부 간의 강간을 인정하지 않고 있었다²⁾.

나. 배우자 강제추행 인정 판례

그 후 서울중앙지방법원 2004. 8. 20. 선고 2003고합1178 판결은 “혼인한 부부는 상대방의 성적 요구에 응할 의무는 있지만 각자의 성적 자기결정권을 포기한 것으로 볼 수는 없으므로 부부간의 관계에 있어서도 성적 자기결정권은 보호되어야 한다. 따라서 부부의 일방이 폭력을 행사하여 성

2) 이 판결에 대해서는 부부 사이에 강간죄를 인정하지 않는 판결이라고 해석하는 견해와 부부 사이에 실질적인 부부관계가 있는지를 기준으로 강간죄의 성립여부를 판단하고 있다는 견해로 나뉘고 있다.

한성훈, 「판례를 통해서 본 부부강간죄의 성립과 그 변화에 관한 소고-대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결을 중심으로」, 『홍익법학』, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 287쪽.

폭행을 하는 행위는 타방의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로서 형사처벌의 대상이 된다. 특히 부부간의 관계는 타인이 간섭하기 어려운 특성이 있어 그 범행이 반복될 수 있다는 점에서 엄한 처벌이 필요하다.”고 판시하여 부부간이라는 특성이 오히려 엄벌의 필요성으로 연결되는 특이성이 있었으나 강제추행죄라는 점에서 아쉬움이 있었다.

다. 혼인관계 파탄된 경우 배우자 강간 인정 판례

대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도8601 판결은 “혼인관계가 존속하는 상태에서 남편이 처의 의사에 반하여 폭행 또는 협박으로 성교행위를 한 경우 강간죄가 성립하는지 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 당사자 사이에 혼인관계가 파탄되었을 뿐만 아니라 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 합치가 있어 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에 이르렀다면, 법률상의 배우자인 처도 강간죄의 객체가 된다.”라고 판시하여 혼인관계가 파탄되어 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 경우에는 강간죄를 인정하였으나 혼인관계가 존속하는 경우에 대해서는 판단을 하지 않아 아쉬움을 남겼다.

부산지방법원 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결에서는 필리핀 국적의 처가 생리중임을 이유로 성관계를 거부하자, 남편이 가스분사기와 과도로 협박하여 처의 반항을 억압한 후 1회 간음한 범죄사실에 대하여 강간죄의 보호법익을 성적 성실을 의미하는 여성의 ‘정조’가 아닌 인격권에 해당하는 ‘성적 자기결정권’으로 보아 법률상 처를 강간죄의 객체로 인정하였다. 이 판결에서 정면으로 배우자에 대한 강간을 인정하여 최종판결까지 그 입장이 유지될 수 있을지 주목되었으나 피고인이 사망을 함으로서 공소기각으로 종결되었다.

2. 대상판결의 쟁점 및 의의

가. 쟁점의 정리

대상판결의 쟁점은 (1) 강간죄의 보호법익, (2) 강간죄의 행위객체, (3) 강간죄의 폭행·협박의 정도 등을 들 수 있다. 이하에서 대상판결의 쟁점별 검토를 통해 대상판결의 의의를 설명하기로 한다.

나. 보호법익의 문제

구 형법에서는 강간죄의 보호법익을 ‘정조’로 보았으나, 1995년 형법개정을 통해 그 표제를 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간과 추행의 죄’로 개정하면서 현재 강간죄의 보호법익을 ‘성적 자기결정권’으로 보는 데에는 특별한 이견이 없는 듯하다³⁾. 성적 자기결정권은 헌법 제10조 인격권, 행복추구권에서 도출되는 보호법익인바, 부부 사이라고 하더라도 보호를 받지 않아야 할 아무런 근거가 없다. 따라서 부부 사이라고 하더라도 성적 자기결정권은 마땅히 보호되어야 하며, 그런 의미에서 강간죄의 보호법익을 자유롭고 독립된 개인으로서 여성⁴⁾이 가지는 성적 자기결정권이라는 사회 일반의 보편적 인식과 법감정을 반영한 것으로 본 대상판결은 적절한 판단을 하고 있다.

다. 행위객체의 문제

두 번째 쟁점은 법률상의 처도 강간죄의 ‘부녀’에 해당하는지 여부이다. 강간죄의 행위객체는 개정전 형법에 따르면 ‘부녀’이고, 이는 “성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것”이 판례의 태도이다(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결). 더욱이 강간죄 관련 법조문 어디에도 법률상의 처를 제외하는 규정도 없고, 법률상의 처를 제외할 아무런 이유가 없는바, 대상판결의 판시는 타당하다.

3) 김혜정, 「부부사이 강간죄의 법적·정책적 쟁점에 관한 소고-대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결을 중심으로」, 『법조』, 제62권 10호, 법조협회, 2013, 205쪽.

4) 강간죄의 객체를 ‘사람’으로 변경한 형법개정 이전에 대상판결이 이루어져 판결요지에 서 보호법익을 여성의 성적 자기결정권으로 한정하였다.

이에 대하여 부부관계는 일정한 애정생활을 공동으로 한다는 합의하에 형성되는 관계로서, 특히 성관계를 본질적인 내용으로 하는 독특한 관계만큼 성관계를 강제하기 위한 그 이전의 행위가 폭행죄, 협박죄 또는 강요죄 등의 범죄에 해당하는지는 별론으로 하고 강간죄는 성립되지 않는다고 보는 견해⁵⁾가 있다. 그러나 부부 간이라 하더라도 폭행죄, 협박죄, 강요죄를 처벌할 수 있는데, 그보다 더 법익침해가 심하고 법정형도 높은 강간죄를 처벌할 수 없다는 견해는 논리적으로도 합당하지 않으며, 성관계를 본질적으로 하는 관계라고 하여도 그 성관계가 타인의 법익을 침해하고 범죄에 이를 정도까지도 용인하는 것으로 합의한 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 더욱이 혼인신고를 통해 법률상의 처가 된다고 하여 성적 자기결정권을 포기하거나 폭행·협박을 통한 성관계도 용인하겠다는 것은 아니기 때문에 당연히 법률상의 처도 강간죄의 객체가 된다. 따라서 성관계를 본질로 하는 혼인관계에 있는 법률상의 처라고 할지라도 강간죄의 객체가 된다고 보는 대상판결의 논지는 타당하다.

한편 대상판결은 실질적으로 혼인관계가 파탄하였는지를 불문하고 법률상의 처는 강간죄의 객체가 된다고 보고 있는바, 실질적으로 혼인관계가 파탄하였는지 여부를 따져서 혼인관계가 파탄되어야 강간죄가 성립가능하다는 의미로 판시했던 과거의 판결들에 비추어 명확히 입장을 밝히고 있다. 법률상의 처를 강간죄의 객체로 본다면 혼인관계의 파탄여부를 따질 아무런 이유가 없으며, 혼인관계가 유지된다 하여 성적 자기결정권을 포기하고 있다고 볼 수 없기 때문에 이러한 대상판결의 태도는 지극히 타당하다고 본다.

라. 폭행·협박의 정도 문제

강간죄의 폭행, 협박의 정도와 관련하여 대상판결은 “남편의 아내에 대한 폭행 또는 협박이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것인지 여부는, 부부 사이의 성생활에 대한 국가의 개입은 가정의 유지라는 관점에서 최대한 자제하여야 한다는 전제에서 그 폭행

5) 대상판결의 반대의견

또는 협박의 내용과 정도가 아내의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다”라고 하여, 다른 강간죄에 비해서 조금 더 엄격히 보아야 하는 듯 한 판시를 하고 있다.

우리 통설 및 판례는 강간죄의 폭행·협박에 대하여 최협의설에 입각하여 상대방의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도여야 한다고 보고 있으나, 이에 대해서는 성적 자기결정권의 보호범위를 축소하고 있으며 최협의설에 따르면 결국 피해자의 저항여부를 판단기준으로 삼아야 한다는 결과가 되어 왜곡된 강간에 대한 통념이 그대로 반영된 것이라는 비판이 제기되고 있다⁶⁾. 그러나 현실적으로 판례는 “강간죄의 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있어, 최협의설의 입장을 실질적으로 넓혀 해석하기도 하는 듯 하다. 이러한 점에 비추어 본다면, 배우자 강간에서의 폭행·협박에 대해서 여러 사정을 종합하여 판단하는 것은 문제될 것이 없으나, 그 사정이 혼인관계라는 특수성으로 말미암아 강간죄의 인정범위가 축소되는 요인으로 작용한다면 이는 부당하다 할 것입니다.

특히 대상판결이 언급하는 ‘부부 사이의 성생활에 대한 국가의 개입은 가정의 유지라는 관점에서 최대한 자제하여야 한다는 전제’는 결국 가정생활에 대해서는 국가의 개입이 최소한이어야 한다는 기존의 관념에서 벗어나지 못하고 있는 듯하나, 폭행과 협박이 이루어지고 있는 가정생활은 오히려 국가가 적극 개입하여 문제를 바로잡아야 한다는 측면에서 대상판결의 한계를 드러내고 있다. 또한 대상판결이 언급하고 있는 사정 중 ‘남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 상황’은 가정을 유지하고자 하여 고통을 참는 경우나 자녀

6) 김혜정, 앞의 글, 218쪽.

문제, 경제적 자립문제 등으로 자신의 의견을 표현하지 못하는 기혼여성들이 많은 현실에 비추어 본다면 부당하다고 보이며, 오히려 가정생활의 은밀성에 비추어 기혼자들의 고통이 더 클 수 있었음을 고려해야 할 것이라고 생각된다.

마. 대상판결의 반대의견의 문제점

대상판결의 반대의견은 ‘간음’의 사전적 의미가 ‘부부 아닌 남녀간의 성적 관계를 맺음’이라는 점에서 강간죄에서 객체는 부인 아닌 부녀이어야 한다고 하나, 강간죄가 처벌하고자 하는 불법의 행위양태나 보호법익에 비추어 본다면 위와 같은 사전적 해석을 근거로 배우자를 객체에서 제외하여 보호하지 않는 것은 부당하다. 더욱이 2013. 6. 19. 개정 형법을 통해 ‘부녀’가 아닌 ‘사람’으로 객체가 확대되기까지 한 이 시점에서 위와 같은 사전적 해석은 더 이상 의미가 없다.

또한 반대의견은 ‘혼인생활과 가족관계의 특수성이 갖는 이익과 성적 자기결정권이 갖는 이익형량 등을 고려하여 강간죄에 의한 처벌 여부를 가려야 한다면, 차라리 일반적인 강간죄가 성립된다고 보지 않고 그 폭행 또는 협박에 상응한 처벌을 하는 것이 다양한 유형의 성적 자기결정권 침해에 대처할 수 있고 처의 혼인생활 및 권리보호에 충실할 수 있다’고 하나, 보호해야 하는 혼인생활에 폭행·협박으로 이루어지는 성관계는 포함되지 않으며 성적 자기결정권은 가족관계의 특수성으로 인하여 양보할 수 있는 권리도 아니다. 또한 강간죄를 폭행죄나 협박죄로 약하게 처벌한다 하여 처의 혼인생활과 권리보호가 충실해지는 것도 아니어서, 이러한 반대의견은 설득력이 없다.

바. 대상판결의 의의

이상에서 검토한 바와 같이 대상판결은 강간죄의 보호법익을 “성적 자기결정권”이라고 다시 한번 명확히 하면서, 그 강간죄의 객체에 “법률상의 처”를 포함시킴으로써 변화된 시대상황을 반영하여 배우자의 행복추구권과

인격권을 보호하고 서로의 성적 자기결정권을 존중하는 것을 근본으로 한 혼인관계가 필요함을 제시한 바람직한 판결이다. 다만, 강간죄의 폭행·협박을 판단함에 있어서 가정의 유지라는 관점, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위 등을 고려하게 함으로써 여전히 그 기준에 있어서 ‘가정의 유지’라는 가치와 형량을 해야 한다는 견해를 유지한 것은 아쉬움이 있다. 가정의 유지를 위해서 성적 자기결정권이 그 보호정도를 양보해야 하는 것이 아니라, 성적 자기결정권이 오롯이 지켜질 때 건강한 가정의 유지가 이루어지는 것이기 때문이다.

한편 미국의 1984년 *People vs. Liberta* 판결에서는 혼인증명서가 아내를 강간하는 자격증일 수 없으며, 부부 일방의 성관계 거부는 강간이 아니라 이혼법정으로 가야할 문제라고 하였으며, 독일은 1997년 제33차 형법개정을 통해 강간죄(제177조)의 구성요건에서 종전의 ‘혼인의 성교’라는 표현을 삭제하는 동시에 객체를 부녀에서 타인 또는 피해자로 개정함으로써 부부 강간죄의 성립을 가능하게 하였다⁷⁾고 한다. 영국 또한 1991년 대법원의 전원합의체 판결에 의해 부부강간 면책의 법리를 폐기하였고, 프랑스에서는 오히려 부부강간을 일반 강간보다 중하게 처벌하는 사유로 꼽고 있으며, 아시아 국가에서는 대만이 1999년 형법을 개정하여 부부강간죄 처벌을 명시하였다.

더욱이 제22차 유엔인권이사회(UN Human Rights Committee)는 한국 인권상황에 대한 국가별 인권상황 정기검토(Universal Periodic Review, 이하 ‘UPR’) 실무그룹 보고서를 채택, 한국이 아내 강간을 범죄로 인정하지 않음에 대해 우려를 표시하며 형법 개정을 통한 부부강간 범죄화를 권고하였으며, 유엔 여성차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Discrimination against Women) 역시 2011년 7월, 제49차 세션에서 한국 정부가 제출한 여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) 이행상황 보고서를 심의

7) 윤용규, 「아내강간죄를 인정한 대법원판결에 대한 소고」, 『법조』 제63권 3호, 2014, 204쪽.

한 뒤, 부부강간이 법률상 범죄로 규정되지 않고 판례만 존재한다는 점에 부부강간을 범죄화하기 위한 입법조치를 할 것에 대해 권고한 바도 있다.

이러한 점을 종합하면, 대상판결은 배우자의 성적 자기결정권을 보호한 지 극히 당연하고 바람직한 판결이라 하겠다.

IV 마치며

대상판결 이후에도 부부사이의 문제를 형벌권행사를 통하여 해결하는 것이 타당한지, 배우자강간을 인정하게 되면 발생할 수 있는 각종 부작용을 어떻게 해결할 것인지에 대한 대책 부재를 이유로 들며 대상판결을 비판하는 목소리가 존재하는 것이 사실이다. 그러나 인간의 성적 자기결정권은 혼인을 하였다는 이유로 그 보호가 축소되거나 양보될 수 있는 성질의 권리가 아니며, 사랑과 신뢰를 바탕으로 한 건강한 혼인관계를 위해서 오히려 더 강력히 보호되어야 할 권리이다. 그러한 점에서 대상판결을 계기로 가정 내부에서 이루어지는 폭력과 성적 폭력에 대한 사회적 인식을 제고하고 존중하는 혼인관계를 위한 사회적 변화를 이끌어야 할 것이다.

● 성전환자에 대한 강간죄 인정

12

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 장서연

대상판결

대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결¹⁾

1) 관여 대법관: 박시환(재판장), 안대희, 신영철(주심)

I 들어가며

(구)형법(2012.12.18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것)은 제297조 강간죄의 객체를 ‘부녀’로 한정하고 있어서 성전환자가 강간죄의 객체가 될 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

대법원은 이미 1996년에 강간죄의 객체인 부녀의 판단 기준을 제시하면서 “형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지 여부도 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정”한다고 판시하여, 사람의 성을 결정함에 있어서 생물학적 요소뿐만 아니라 정신적·사회적 요소 내지 사회통념을 고려하여야 한다는 취지로 판시하였다. 그러나 당 사안에서 성전환자인 피해자에 대하여 “기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 사회통념상 여자로 볼 수는 없다”고 판결하였다(대법원 1996.6.11. 선고 96도791 판결).²⁾(관여 대법관 필요한가)

위 대법원 판결은 일반론에 있어서만 이론적인 진전이 있었을 뿐 성전환자에 대하여 “성염색체의 구성, 본래의 내·외부성기의 구조, 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점”등을 들어 부녀가 아니라고 단정함으로써 결과적으로 생물학적 결정론에 치우쳤다는 비판을 받고 있다.²⁾ 당시 대법원 재판연구관이었던 조희대 재판연구관은 “우리에게는 성전환수술을 감당할 만한 의료기술이나 인적, 물적 설비를 갖추고 있다고 할 수가 없

2) 고종주, 「성전환자에 대한 법적 인식과 처우: 트랜섹슈얼의 법률상 지위에 관한 선례와 이론의 검토」, 『사법논집』 35집, 2002, 463면.

고, 우리 현행법상 속칭 성전환수술이 형사상 처벌 없이 허용되는 것인지의 여부도 확실하지 아니하며, 우리 사회 일반인들의 성전환수술자에 대한 평가나 태도도 그다지 호의적이거나 긍정적이라고 할 수는 없다”라고 밝히고 있어, 당시 성전환자 및 성전환수술에 대한 인식이 현재보다 매우 부정적이었음을 엿볼 수 있다.³⁾

대상판결은 1996년 대법원 판결에서 한 발 나아가, 성전환자에 대한 강간죄를 인정한 최초의 판결이다. 강간죄의 객체인 부녀로 인정하기 위한 법률적 성의 결정 기준, 성전환자가 출생시와 달리 전화된 성을 법률적 성으로 평가받을 수 있는 기준을 제시하며, 이 사안에서 피해자인 성전환자가 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다고 판결하였다.

한편, 2012년 형법의 개정으로 제297조 강간죄의 객체가 ‘부녀’에서 성중립적인 ‘사람’으로 개정이 되었다. 그런데 동시에 제297조의2 유사강간죄가 신설되어 성기 간 결합을 제외한 성적 삽입 유형을 포섭하게 됨에 따라, 구강성교, 항문성교 등이 모두 강간죄가 아닌 유사강간죄로 분류되게 되었다. 때문에 개정 이후에도 강간에서 의미하는 바의 간음은 ‘이성 간 성기 결합’에 머무르게 되었고, 이처럼 이성 간 성기 결합과 그 외의 성적 삽입을 구분하고 전자에 더 높은 법정형을 할당하여 양자를 차별화하는 정당성에 대한 의문이 제기된다.⁴⁾

II 1심 판결(부산지방법원 2009. 2. 18. 선고 2008고합669 판결)⁵⁾

1. 사건의 개요

가. 피고인은 주거에 침입하여 남성에서 여성으로 성전환수술을 받은 후

3) 조희대, 「성전환수술을 받은 자가 강간죄의 부녀에 해당하는가」, 『대법원판례해설』 25호, 1996, 654면.
 4) 김정혜, 「성폭력 피해자 권리 보장 관련 개정법 평가」, 『2013 한국성폭력상담소 쟁점토론회, 1122 성폭력 법 개정의 성과와 과제, 반성폭력 운동의 미래를 묻다』 자료집, 2013, 46면.
 5) 관여 법관 : 고종주(재판장), 김태규, 허익수

30년 이상을 여성으로 살아온 피해자의 외부성기인 질에 자신의 성기를 삽입하는 등의 성적 침해행위를 하였다. 검사는 당초 피고인의 위 범행을 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘성폭법’이라고 한다)」 제5조 제1항에 정한 주거침입강제추행죄로 기소하였다.

나. 그러나 이 점에 관한 법적 평가와 법률적용에 의문이 있어 공소사실과 기본적으로 동일범위 내에 있으면서 잠재적 심판대상에 해당하는 주거침입강간 사실을 현재화하여 피해자를 증인으로 법정에 소환한 다음, 성전환수술과 그 전후의 사정을 비롯한 피해자의 진정한 성정체성에 대한 조사를 한 바 있고, 이후 피해자는 전문의가 작성한 성전환수술 확인서를 당원에 제출하였다.

다. 검사는 위와 같은 사실조사를 근거로, 2009. 2. 11. 당원에 주거침입강간죄를 주된 공소사실로, 주거침입강제추행죄를 예비적 공소사실로 하는 공소장 변경허가신청을 하고, 당원이 이를 허가함으로써 그 심판범위가 확장되었다.

라. 당원은 성전환자의 성별에 관한 법리와 위와 같이 확인된 구체적 사실에 근거하여 별지 기재와 같이 피해자는 성적 자기결정권을 가진 부녀로서 강간죄의 객체에 해당하는 것으로 본다. 따라서 피고인의 위 범행은 예비적 공소사실의 판단에 나아갈 것 없이 주된 공소사실인 주거침입강간죄에 해당되는 것으로 인정한다.

2. 성전환자(transsexual)를 강간죄의 객체인 부녀로 인정한 이유

〈사람의 성별과 성전환자에 대한 이해〉

가. 사람의 성(性)을 구분함에 있어 과거에는 성염색체, 생식선(내부성기), 외부성기 등 주로 생물학적 요소에 의존하여 왔다. 그러나 사람은 생물학적 존재임과 동시에 사회적·정신적 존재이므로 성개념 또한 자연적인 작용개념(sex)을 넘어 정신적·사회적 성별개념(gender)을 이해하고 이에 따라 새로운 방식으로 사람의 성별을 구분할 수 있어야 한다는 인식이 점차

확산되었다. 그리하여 이제는 위와 같은 생물학적인 요소와 함께 개인의 성별에 대한 귀속감, 사회적으로 승인된 그 성별에 고유한 행동과 태도, 성격상의 특징으로 드러나는 성역할상의 문제 등 정신의학적·심리적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 남녀를 구분하여야 한다는 것이 확립된 견해가 되었다(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결, 2006. 6. 2.자 2004스42 전원합의체 결정 참조).

나. 성전환증을 가진 사람이 ① 출생 후 성장에 따라 일관되게 태생의 생물학적 성에 대한 불일치감과 위화감 및 혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 그 성으로의 역할을 수행하는 한편 ② 성기를 포함한 신체 외관 역시 다른 성으로의 형성을 강력히 원하여 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신치료, 호르몬 치료 등을 받았으나 여전히 그 증세가 치유되지 않고, 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 ③ 일반적으로 인정된 판단 및 의료기술기준에 따라 성전환수술을 받고 반대 성으로의 외부성기를 비롯한 신체를 갖추고 ④ 나아가 전환된 신체에 대한 성을 가진 사람으로서 만족감을 가지고 공고한 성정체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 지니고, 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며 ⑤ 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면 이러한 사정을 종합하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있을 것이다(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정 참조).

다. 근래에 이르러 우리나라를 비롯한 세계 각국은 모든 국민들이 가진 행복추구권과 생활보호, 인간다운 생활을 할 권리에 근거한 헌법 또는 기본법의 원리에 근거하여 위와 같은 성전환 수술을 받은 자의 사정을 깊이 이해하고, 혹은 법원의 재판으로, 혹은 의회의 입법으로, 혹은 헌법재판소의 결정과 이에 따른 입법 명령 등으로 이 시대의 소수자에 해당하는 성전환자의 그 처지와 형편에 합당한 처우를 하고 있는 것이 대세이다.

〈피해자의 전환된 성과 이에 대한 법적 인식〉

가. 형법 제297조는 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있다. 이 경우에 주거침입 후에 죄를 범하거나 흉기 또는 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 죄를 범하면 특별법에 의하여 형이 가중된다. 보호법익은 부녀의 성적 자기결정권이다. 성전환자인 피해자가 위 규정상 부녀에 해당하는지 문제가 된다.

나. 피해자는 앞서 본 바와 같이 ① 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로서의 귀속감을 나타내면서 성인이 된 후에는 상당기간을 여성으로 살다가 ② 전문의 진단을 거쳐 성전환수술을 받아 여성의 외부성기와 신체 외관을 갖추었고 ③ 현재 58세의 여성으로서의 정체체성이 확고하여 남성으로의 재전환 가능성이 거의 없음은 물론 ④ 과거 30여 년에 걸친 삶을 통하여 여성으로서의 성생활에 아무런 문제가 없을 뿐 아니라 개인의 삶이나 사회생활에서도 자타가 여성으로 인식하고 있으며 ⑤ 이 사건의 피고인 또한 범행 당시 피해자를 여성으로 인식하고, 눈으로 직접 피해자의 성기를 확인한 다음 강간의 고의로 그 질에 자신의 성기를 삽입한 사실이 있는 이상 피해자가 위 법률이 규정한 강간죄의 객체로서 성적 자기결정권을 가진 부녀에 해당하고, 피고인에 의하여 피해자의 위 권리가 침해당하였음은 의문의 여지가 없다. 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 판단한다는 형사절차법상의 준칙을 들어 성전환자를 강간죄의 객체로 볼 수 없다는 견해가 있으나, 이는 관련 법리와 이 사건의 구체적인 사실관계를 고려하지 아니한 막연하고 추상적인 단정에 불과한 것일 뿐 위에서 본 바와 같이 피해자의 성별을 여성으로 봄에 무슨 의심이 있는 것이 아니다.

〈공부상의 성별기재의 의미와 성범죄 피해자의 경우〉

가. 현재 남성으로 된 피해자의 공부상 성별기재는 출생 당시 신고된 성으로서, 이후 성적 귀속감의 발현에 따른 일련의 과정을 거쳐 최종적으로 확인한 피해자의 진정한 성을 표상하지 못하는 것으로서, 이는 성별정정 대상에 해당되는 것이므로(대법원 2006. 6.22.자 2004스42 전원합의체 결정 참조) 피해자를 위와 같이 강간죄의 객체인 부녀로 인정함에 장애가 되는 것이 아니다. 나아가 공부상 성별을 정정하는 것은 피해자가 남녀 양성

체제로 편성된 우리 사회의 엄연한 한 사람의 여성임을 사후적으로 확인하는 조처에 불과할 뿐 그 결정으로 피해자의 성별이 비로소 여성으로 변경되는 것도 아니다.

나. 성전환자가 특별히 성범죄의 피해자가 된 경우에는 공부상 성별기재의 정정 여부를 확인하기보다는 문제의 성격상, 피해자가 진성의 성전환자로서 공인된 절차를 거쳐 성전환수술을 받고, 상당기간을 다른 성으로 살아온 사정이 인정되는 등의 실질적 요건을 구비한 상태에서 ① 피해자가 보통의 여성과 다름없이 남성과 성행위가 가능한가 ② 이에 근거하여 피해자의 성적 자기결정권을 인정함에 문제가 될 만한 장애사유는 없는가 ③ 범인의 고의적 행위에 의하여 피해자의 질에 범인의 성기가 삽입되는 등의 명백한 성적 침탈행위가 있었는가, 하는 성전환자인 피해자의 성적 자기결정권의 침해여부가 더 중요한 확인사항이라고 할 것이다. 이 사건의 피해자는 위 각 항목의 사정을 모두 충족함으로써 피고인에 의한 강간죄의 피해자로 봄에 아무런 문제가 없다.

III 대상판결의 요지

1. 강간죄의 객체인 부녀로 인정하기 위한 법률적 성의 결정 기준

강간죄의 객체는 부녀로서 여자를 가리키는 것이므로(대법원 1996.6.11. 선고 96도791 판결 참조), 강간죄의 성립을 인정하기 위하여는 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다.

종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나, 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성

을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정, 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 참조).

2. 성전환자가 출생시와 달리 전환된 성을 법률적 성으로 평가 받을 수 있는 경우

위와 같이 사람의 성을 결정하는 데에 여러 가지 요소가 존재한다는 것은 위 각 요소들이 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있다는 의미이고, 특히 생물학적 측면의 성은 출생시 곧바로 확인될 수 있지만 정신적·사회적 측면에서의 성이 생물학적 측면의 성과 일치하는지 여부는 출생 당시에는 쉽사리 알 수 없다가 출생 후 성장하면서 비로소 개인이 인식하는 성귀속감과 수행하는 성역할이 생물학적인 성과는 전혀 다른 것으로 확인되기도 한다.

성전환증을 가진 사람의 경우에도, 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가된다. 그러나 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라, 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼며 공고한 성정체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된

성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다. 이와 같은 성 전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이다(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정 참조).

IV 대상판결의 의미와 한계

1. 강간죄의 보호법익 - 성적 자기결정권의 의미

(구)형법 제297조는 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정하고 있었다. 이에 대해 1967년 대법원은 “형법 제297조 강간죄에 있어서 그 객체를 부녀로 한 것은 남녀의 생리적, 육체적 차이에 의하여 강간이 남성에 의하여 감행됨을 보통으로 하는 실정에 비추어 사회적, 도덕적 견지에서 피고자인 부녀를 보호하려는 것이고 이로 인하여 일반 사회관념상 합리적인 근거 없는 특권을 부녀에게만 부여하고 남성에게 불이익을 주었다고는 할 수 없다”고 판시한 바 있다(대법원 1967.2.28. 선고 67도1 판결).

하지만 일면 ‘여성에 대한 특별 보호’처럼 보이는 강간죄 규정은 동시에 강간죄를 ‘여성에게만 발생하는 특수한 범죄’로 인식하게 만들고, 다시 ‘가해자-남성’ ‘피해자-여성’의 이분법적 구도를 강화시킴으로써 기존의 남성주의적 문화나 성 이데올로기의 고정관념을 공고히 하는 역효과를 야기한다는 비판을 받았다.⁶⁾ 이는 비단 여성과 남성 간의 관계에 그치지 않고, 여성과 여성, 남성과 남성, 그리고 생물학적 성과 사회적 성에 이르기까지

기존의 성 편향적 내지 택일적 사고를 계속적으로 확대하고 재생산하게 된다는 것이다.⁷⁾ 또한 남성 성기를 여성 성기에 삽입하는 행위를 성관계의 핵심으로 보고 있는 동규정은 강간죄의 보호법익이 ‘성적 자기결정권’이라는 사실을 무시한 처사이거나, ‘남성성기 중심의 성문화’가 반영된 남성과 여성 간의 고정된 성역할을 법제화한 것이라고 비판받아 왔고, 이러한 강간죄의 객체에 대한 논의의 지면에는 남녀 이분법적 사고와 여성의 ‘몸’에 대한 남성적 시각이 투영되어 있다는 것이다.⁸⁾

1995년 개정 형법은 제32장의 표제를 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간과 추행의 죄’로 개정하면서 여성의 정조에 대한 구시대적 관념에서 벗어나, 오늘날 강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권으로 이해되고 있음에 이견이 없다. 성적 자기결정권은 누구나 가지고 있는 개인적인 자유의 하나이고, 그 근거를 개인이 향유하는 인격권, 행복추구권(헌법 제10조)에서 구하고 있는 것이 보통이다. 그런데 전체 성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권은 ‘의사결정의 자유’와 ‘신체의 불가분성’을 특징으로 한다는 점에서, ‘개인의 인격과 결부된 성의 완전성’이라고 이해해야 한다고 한다. 이러한 해석을 통해 강간죄는 ‘성행위 및 성기중심주의’에서 벗어나 고전적 성역할 모델과 이별하고, 스스로 중립성을 획득할 수 있다는 것이다.⁹⁾

2. 대상판결의 의미와 한계

대상판결은 강간죄의 객체를 ‘부녀’라고 한정된 (구)형법 하에서 성전환자인 피해자의 법률적 성을 여성으로 인정하여, 법률적 성의 결정에서 성염색체의 구성을 기본으로 하는 생물학적 결정론을 극복하고 진일보한 판결을 내렸다고 평가할 수 있다.

6) 이상돈, 『형법학』, 법문사, 1999, 70쪽.

7) 박혜진, 「법여성주의에서 바라 본 성에 대한 법인식의 문제 - 강간죄의 객체를 중심으로」, 『형사정책』 제22권 제1호, 2010, 234쪽.

8) 박혜진, 위의 글, 235쪽.

9) 박혜진, 위의 글, 237쪽.

그러나 강간죄의 객체인 ‘부녀’ 해당성 여부를 판단함에 있어서 강간죄 보호법익의 측면에서 접근했다기보다는, “성전환수술을 받고 여성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추”고, “여성으로서의 성생활에 전혀 지장이 없으며, 특히 피해자의 사정을 이해하는 남성과 과거 10여 년간 동거하며 지속적으로 성관계를 영위함에 아무런 문제가 없었고, 성적 만족도 또한 이상이 없는 사실” 등을 검토하고 있는바, 젠더라는 ‘성’의 개념으로서 젠더정체성(Gender Identity)을 인정하는 대신 여전히 생물학적 성 고정관념에 부합한 것을 요구하는 태도를 보이고, 남녀 이분법적 사고에서 ‘여성 성기에 대한 남성 성기의 삽입 여부’를 기준으로 강간죄를 규정하던 전통적 방식에서 벗어나지 못했다는 한계를 가진다.¹⁰⁾

한편, 2013년 서울서부지방법원은 FTM 성전환자의 성별정정 허가 요건으로서 남성외부성기의 성전환수술까지 요구하는 것은 성전환자가 가지는 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리를 침해하는 것이라고 판시하면서 외부성기성형 없이 성별정정을 인정하였다(서울서부지방법원 2013.11.19. 자 2013호파1406 결정). 즉 법률적 성의 결정 기준에서 외부성기를 획일적 기준으로 삼는 것에 대한 문제점을 인정한 것이다. 그렇다면 ‘여성 성기에 대한 남성 성기의 삽입 여부’를 기준으로 하는 강간죄의 정의 역시 재고되어야 하며, 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권의 침해의 의미에서 강간죄가 재정의 될 필요가 있다.

3. 형법의 개정

2012년 형법의 개정으로 제297조 강간죄의 객체가 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 개정되었다. 그리고 동시에 제297조의2 유사강간죄를 신설하여 “폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정하였다.

10) 박혜진 앞의 글, 249쪽.

2012년 형법 개정은 강간죄의 객체를 확대했다는 점에서 진일보했다는 평가를 받는다. 특히 강간죄의 객체를 성중립적인 ‘사람’으로 확대한 것은 강간죄의 보호법익을 ‘여성의 순결과 정조’로부터 모든 사람의 성적 자기 결정권으로 한 걸음 이동시켰다는 점에서 상징적 의의를 가진다. 그러나 여전히 (남성)성기중심의 삽입을 기준으로 한 행위유형에 따라서 강간과 유사강간, 강제추행을 구분하는 구조와 기준에 대한 재고가 필요하다. 강간죄를 남성 피해자까지 포괄하는 개정 이후에도 여전히 그 정의를 이성 성기 간 결합행위라는 제한적인 범주 속에 묶어 두는 것이 오히려 어색한 일이기 때문이다.¹¹⁾

V 맺으며

대상판결의 1심 재판장이었던 고종주 판사는, 검사가 당초 강제추행죄로 기소한 사안에서 법률적용의 의문점을 제기하며, 성전환자인 피해자를 직접 법정에서 불러 피해자의 진정한 성적체성에 대한 조사를 하고, 강간죄로의 공소장 변경허가를 한 후 피해자를 성적 자기결정권을 가진 ‘부녀’로서 강간죄의 객체에 해당하는 것으로 인정하였다. 그리고 덧붙여 판결문을 통해 “보편타당한 원리를 추구하는 사법은 본래 사람에 대한 깊은 이해와 관심을 그 바탕으로 한다. 그런 점에서 사법의 본령은 삶의 현장과 소통하는 것이며, 대상 사건의 영역 내에 있는 모든 사람들의 문제와 애환에 진지하게 귀를 기울이는 것이다. 특히 형사사법절차에 있어서는 피고인의 권리보장에 못지않게 범죄의 피해자 등 사건 관련자들에 대하여도 그 지위와 처지에 합당한 배려와 처우를 소홀히 할 수 없는 것은 지극히 당연하고 또 중요하다. 이는 곧 국가가 삶의 제 분야에 있어서 모든 국민의 인간다운 생활과 행복의 추구를 돕고자 하는 헌법 원리를 실질적으로 구현하는 것이다. 이에 당원은 그와 같은 목표에 입각하여 종래의 이론과 선례를 근거로 구체적인 사실관계를 확인한 다음, 성적 소수자인 피해자의 법률상 지

11) 김정혜, 무엇이 ‘가장 나쁜’ 성폭력일까? 강간죄 확대와 유사강간죄 신설의 한계점, <http://withgonggam.tistory.com/1220>, 2013.9.11.

위를 위와 같이 인정함으로써, 이러한 배려가 이제 노경에 들어서는 피해자가 우리와 다름없는 이 사회의 보통사람으로서 다른 사람들과 자유로이 어울려 자신의 성정체성에 합당한 편안하고 명예로운 여생을 보낼 수 있는 하나의 계기가 되기를 기대한다.”고 밝히고 있다.

대상판결의 몇 가지 아쉬운 점에도 불구하고, 형사사법절차에서 소외당하기 쉬운 범죄 피해자, 특히 성적 소수자인 피해자의 목소리와 애환에 진지하게 귀를 기울이고, 사회적 편견이나 고정관념이 아닌 성전환자인 피해자의 실질적인 법률상 지위를 인정하기 위한 노력을 특별히 기울였다는 점에서 의미가 큰 판결이다.

● 주요 판결을 통해서 본
성매매방지법의 작동현황과
대안 모색

13

2010-2014 여성인권판례비평

사법정의와 여성 Ⅲ

변호사 원민경

본 원고는 2014. 9. 19. 국회 성평등정책연구포럼, 성매매문제해결을위한전국연대 주최로 개최된 성매매방지법 10년 토론회 [성매매방지법 10년, 성평등 사회를 향한 길찾기] 자료집에 게재된 글을 수정한 것입니다.

I 성매매방지법의 작동 현황

성산업의 폐해와 그 속에서 벌어지는 여성들의 인권침해 상황을 더 이상 좌시하지 않겠다는 입법자와 국민들의 강력한 의지에 따라, 사문화되었던 윤락행위방지법이 폐지되고 성매매알선등행위의처벌에관한법률(이하 ‘성매매 처벌법’이라고만 합니다)이 제정·시행된 지 10년을 맞이하였다.

성매매처벌법이 시행되어 온 10년 동안, 검찰은 성매매알선 등 범죄에 대하여 구약식 신청의 형태로 법원의 관여를 원천적으로 배제하는 경우가 너무나 많았다. 사법부 역시 검찰의 구약식 신청 사건에 대하여 적극적으로 정식재판에 회부하지 않거나 형사재판에 회부된 성매매알선 등 범죄에 대하여 대부분 실형선고를 하지 않음으로써 성매매알선 등 범죄에 대한 엄격한 처벌을 통해 성 산업을 축소시키고 성매매알선범죄자들의 유인을 막으려는 목적 아래 만들어진 성매매처벌법의 입법목적이 상당 부분 훼손되는 결과가 초래되어왔다. 성매매알선 등 행위자들에 대한 벌금은 이들이 불법영업으로 인해 얻는 수익에 비하여 너무나 미미하여 벌금형을 감수하고 지속적으로 불법영업을 계속하는 유인이 되었다. 나아가 성매매알선 등 행위를 효과적으로 근절할 수 있는 몰수·추징규정도 제대로 적용되지 않는 경우가 대부분이어서 성매매알선등 행위자들에 대한 경미한 처벌과 함께 과연 국가가 성매매근절에 대한 의지를 갖고 있는지 의심을 하지 않을 수 없는 상황이 자주 목격되었다.

성매매여성이 성매매로 인해 피해를 입은 피해자임에도 불구하고 이들을 피해자로 간주하지 않고, 피해를 입증할 수 있는 경우에 한하여만 성매매 피해자로서 처벌하지 않는 본 법의 태생적 한계로 인해 성매매알선자들에게 의한 여성들의 피해는 성매매처벌법 10년 동안 계속되어 왔다.

물리적 폭력, 감금과 맞먹는 수준의 심리적, 정신적 폭력과 사기, 다양한 형태의 채무변제를 빌미로 한 성매매 강요가 실재하고 있음에도 불구하고 여성들이 겪은 피해가 피해로 인정되지 않는 현실은 국가 및 지방자치단

체가 성매매, 성매매알선 등 행위와 성매매목적의 인신매매를 예방하고 근절하기 위한 교육, 홍보 등에 관하여 법적·제도적 대책을 마련해야 할 책무를 소홀히 하는 것과 맞물려 확대·재생산되는 모순을 겪어야 했다.

아래에서 함께 살펴 볼 헌법재판소 결정과 대법원 및 하급심에서 선고된 주요판결들은 위와 같은 성매매처벌법에 무관심과 편견을 깨고 성매매처벌법의 입법목적에 존중하여 성매매알선 등 성매매범죄의 실질적인 축소와 여성인권 보호, 양성평등 사회 실현에 초석이 되는 판결들이다¹⁾. 아쉬운 점은 위와 같이 전향적인 판결들이 선고되었음에도 불구하고, 여전히 수사기관의 수사 실재와 하급심 법원의 태도는 10년 전 과거에 머물러 있다는 것이다. 아래에서 먼저 주요 판결과 헌법재판소 결정을 살펴보고, 성매매방지법의 대안을 모색해 보고자 한다.

II 주요 판결 및 헌법재판소 결정 검토

1. 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012도11586 판결²⁾

【성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)】

성매매알선등 범죄행위에 제공된 부동산에 대한 임의적 몰수 처분이 정당하다는 취지의 판결

가. 사건 개요

공소외인은 처음부터 성매매알선 등 행위를 하기 위하여 5층 건물을 취득하여 피고인에게 명의신탁을 한 후 약 1년 동안 성매매알선 등 행위에 제공하였다. 카운터나 휴게실이 있는 1층과 직원 등이 숙소 등으로 사용하는

1) 기급적 판결 취지가 왜곡되지 않도록 원문을 실었습니다.

2) 대법관 : 이상훈(재판장) 신영철 김용덕 김소영(주심)

5층을 제외한 나머지 2층 내지 4층 객실 대부분이 성매매알선 등 행위의 장소로 제공되었다. 피고인은 이 사건 부동산에서 이루어지는 성매매알선 등 행위로 발생하는 수익의 자금관리인으로, 공소외인과 함께 범행을 지배하는 주체가 되어 영업으로 성매매알선 등 행위를 하였다.

나. 판결의 요지

범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘범죄수익법’이라 한다) 제8조 제1항은 ‘범죄수익’을 몰수할 수 있다고 하면서, 범죄수익 법 제2조 제2호(나)목 1)은 “성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(이하 ‘성매매처벌법’이라 한다) 제19조 제2항 제1호 (성매매알선 등 행위 중 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위만 해당한다)의 죄에 관계된 자금 또는 재산”을 위 법에서 규정하는 ‘범죄수익’의 하나로 규정하고 있는데, 성매매알선 등 행위를 규정한 성매매처벌법 제2조 제1항 제2호 중 (다)목의 “**성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위**”에는 그 행위자가 “성매매를 알선, 권유, 유인 또는 강요하는 행위”[성매매처벌 법 제2조 제1항 제2호 (가)목] 또는 “**성매매의 장소를 제공하는 행위**”[성매매처벌 법 제2조 제1항 제2호 (나)목]를 하는 타인에게 자금, 토지 또는 건물을 제공하는 행위뿐만 아니라 스스로 (가)목이나 (나)목의 행위를 하는 경우도 포함된다고 보아야 한다.

형법 제48조에 의한 몰수는 임의적인 것이므로 그 몰수의 요건에 해당되는 물건이라도 이를 몰수할 것인지의 여부는 일응 법원의 재량에 맡겨져 있으나, 형법 일반에 적용되는 비례의 원칙에 의한 제한을 받으며, 이러한 법리는 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

그리고 몰수가 비례의 원칙에 위반되는 여부를 판단하기 위하여는, 몰수 대상물건(이하 ‘물건’이라 한다)이 범죄 실행에 사용된 정도와 범위 및 범행에서의 중요성, 물건의 소유자가 범죄 실행에서 차지하는 역할과 책임의 정도, 범죄 실행으로 인한 법익 침해의 정도, 범죄 실행의 동기, 범죄로

얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건이 행위자에게 필요 불가결한 것인지 여부, 물건이 몰수되지 아니할 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정이 고려되어야 한다.

피고인은 부동산에서 이루어지는 성매매알선 등 행위로 발생하는 수익의 자금관리인으로, 공소외인과 함께 범행을 지배하는 주체가 되어 영업으로 성매매알선 등 행위를 한 점, 부동산의 실질적인 가치는 크지 않은 반면 피고인이 성매매알선 등 행위로 벌어들인 수익은 상당히 고액인 점, 피고인은 초범이나 공소외인은 은 이와 동종 범죄로 2회 처벌받은 전력이 있을 뿐 아니라 성매매알선 등 행위의 기간, 특히 단속된 이후에도 성매매알선 등 행위를 계속한 점 등을 고려할 때, 부동산을 몰수한 원심의 조치는 정당하다.

다. 평가

성매매처벌법 제25조는 성매매알선등범죄를 범한 사람이 그 범죄로 인하여 얻은 금품이나 그 밖의 재산은 몰수하고 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있다.

따라서 성매매알선등 범죄행위로 인해 얻은 수익에 대해서는 위 규정에 의하여 몰수·추징하는 것이 가능하고, 몰수·추징 처분이 반드시 병행되어야 함에도 불구하고 수사기관이 적극적으로 범죄수익에 대한 수사를 진행하지 않아 성매매알선 등 범죄행위에 대한 형사 처벌에 몰수·추징 처분이 병행되지 않은 판결이 대부분이었던 것이 종래 이 법이 적용되던 현실이었다.

성매매알선 등 범죄행위로 인해 얻은 수익에 대한 수사기관의 실종으로 범죄수익에 대해 필요적으로 뒤따라야 할 몰수·추징이 용이하지 않던 현실에서, 법원에 몰수 여부에 대한 재량권이 부여되어 있던 성매매알선등 범죄행위에 제공된 부동산에 대하여 적극적으로 임의적으로 몰수하는 판

결은 찾아 볼 수 없었다.

대법원은 그 동안 소극적으로 행사하던 범죄수익 몰수에 대한 재량권을 적극적으로 행사하여 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙의 범주 내에서 성매매알선등범죄행위에 제공된 부동산에 대해 내려진 원심법원의 부동산 몰수 판결의 정당성을 확인하였는바, 범죄수익을 은닉하는 행위를 규제하고 특정범죄를 조장하는 경제적 요인을 근원적으로 제거하겠다는 입법목적을 존중하고 충실히 따른 것으로 성매매알선등 행위로 인한 범죄수익 대부분이 은닉·타인 명의로 보관되는 현실과 성매매알선등 범죄혐의로 형사 처벌을 받은 이후에도 타인명의로 성매매 알선등 행위를 지속하는 성 산업의 세태에 경종을 울리는 것으로 보인다. 성매매 알선 등 범죄행위로 인해 취득한 불법 수익은 성매매알선을 유지하고 강화하는데 사용되어 온 것이 현실이다. 성매매알선 범죄를 조장하는 경제적 요인을 근원적으로 제거하기 위해서는 범죄로 인하여 취득한 범죄인의 모든 경제적 이익을 박탈하는 것이 필요하다.

향후 수사기관과 하급심 법원이 본 대법원의 판결 취지를 적극적으로 존중하고 발전시켜 나가면 성매매알선등행위자들의 범죄수익 몰수와 재범방지에 큰 효과를 거둘 것으로 기대된다.

2. 헌법재판소 2012. 12. 27. 자 2012헌바46 결정³⁾

【범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제2조 제2호 나목 위헌소원-직권으로 심판대상을 변경하여 구 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(2004. 3. 22. 법률 제7196호로 제정되고, 2011. 5. 23. 법률 제10697호로 개정되기 전의 것) 제25조(몰수·추징) 중 제19조 2항 1호 가운데 ‘성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위’부분 판단】

3) 헌법 재판관 : 이강국(재판장) 송두환 박한철 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호 강일원

성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 임대하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자가 성매매업자로부터 지급받았거나 지급받을 임대료 수익 전부가 몰수·추징 대상이 되는 조항이 위헌이 아니라는 취지의 결정

가. 사건개요

청구인은 인천 소재 상가 소유자로, 2009. 8.경부터 2010. 11.경까지 성매매에 제공되는 사실을 알면서도 이 사건 건물을 청구외인 등에게 제공하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 하였다는 이유로 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 위반(성매매알선등)의 죄로 기소되어, 2011. 9. 27. 인천지방법원에서 징역 8월, 집행유예 2년 및 추징금 60,500,000원을 선고 받았다. 청구인은 그 항소심인 당해 사건 계속 중 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제2조 제2호 나목에 대한 위헌법률제청을 신청하였으나 2012. 1. 6. 기각되자, 2012. 1. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 주문

구 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(2004. 3. 22. 법률 제7196호로 제정되고, 2011. 5. 23. 법률 제10697호로 개정되기 전의 것) 제25조 중 제19조 제2항 제1호 가운데 ‘성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 쟁점

- 몰수·추징하고자 하는 대상이 성매매 이외의 목적으로 토지 또는 건물을 제공할 때 통상 얻을 수 있는 이익을 초과하여 특별히 얻은 자금 또는 재산을 의미하는 것인지, 또는 당해 토지 또는 건물을 제공하고 얻은 자금 또는 재산 전부를 의미하는 것인지 불분명하므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부

- 이 사건 법률조항이 성매매알선 등 행위를 통해 얻은 자금 또는 재산 전부를 추징하는 근거 규정으로 해석된다면, 행위자의 책임에 비하여 형벌이 과도하며, 실제로 성매매를 주도한 자와 비교할 때 처벌의 형평에도 어긋나는지 여부

라. 헌법재판소의 판단

(1). 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

(가) 이 사건 법률조항은 일종의 부가형인 몰수 또는 추징의 요건을 규정하고 있으므로 처벌법규의 구성요건과 마찬가지로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되어서는 안 된다(헌재 2009. 4. 30. 2008헌바55, 공보 151, 895, 898).

(나) 죄형법정주의원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건과 형벌을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하도록 요하는 것은 아니며, 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다.

즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 처벌법규의 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 어떠한 형벌을 받는지 충분히 알 수 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

(다) 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(이하 ‘성매매처벌법’이라 한다) 제2조 제1항 제2호 다목, 제19조 제2항을 종합하면, 이 사건 법률조항은 영업으로 ‘성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위’를 한 자가 그로 인하여 얻은 금품 그 밖의 재산을 필요적으로 몰수·추징하는 규정임이 분명하다.

성매매처벌법은 성매매의 매개자를 차단하고 퇴출하여 성매매가 산업적으로 재생산되는 연결고리를 끊고, 성매매알선 등 행위로 말미암은 일체의 수익을 몰수·추징하여 불법수익이 실현되지 않도록 제도화하기 위하여 제정되었다.

성매매를 근절하기 위해서는 중간 매개자의 차단이 중요하다는 인식의 전환 아래 중간 매개자가 얻는 불법수익을 박탈하여 성매매에 관여하려는 유인 자체를 없애려는 것이 성매매처벌법의 입법목적이자 이 사건 법률조항이 도입된 취지이다.

이 사건 법률조항에 의한 추징은 성매매알선 등 행위의 근절을 위하여 그 행위로 인한 부정한 이익을 필요적으로 박탈하려는 데 그 목적이 있고, 범인이 성매매알선 등 행위를 하는 과정에서 지출한 비용은 추징액에서 공제하지 아니한다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도2223 판결 ; 대법원 2012. 2. 9. 선고 2010도3321 판결).

따라서 성매매알선 등 행위를 하는 과정에서 일종의 기회비용에 불과한 건물을 제공하여 얻을 수 있었던 통상의 이익을 추징에서 공제할 것이 아님이 명백하다.

이 사건 법률조항은 범죄로 인하여 얻은 금품 그 밖의 재산의 범위를 한정하지 않고 있으므로, 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 임대하여 제공하는 범죄행위로 임대 수익을 얻었다면 그 전부가 몰수·추징의 대상이 될 것임은 이 사건 법률조항과 관련 규정의 문언, 법률의 입법취지 등을 종합하여 볼 때 충분히 예측 가능하다.

(라) 대법원도 ‘성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위’를 하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자가 성매매업자로부터 지급받았거나 지급받을 차임 상당액이 실제로 피고인이 취득한 이익이라고 보아 이를 추징한 것은 정당하다고 해석하고 있다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도2730 판결 ; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5886 판결 참조).

이처럼 이 사건 법률조항에 대한 법관의 법 보충 작용인 해석을 통하여, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 “그 범죄로 인하여 얻은 금품 그 밖의 재산”의 구체적인 의미와 내용이 명확히 정립되고 구체화되고 있으므로, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람은 이 사건 법률조항이 몰수·추징하는 범죄로 인하여 얻은 금품 그 밖의 재산의 범위를 충분히 알 수 있다.

(마) 그러므로 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 임대하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자가 성매매업자로부터 지급받았거나 지급받을 임대료 수익 전부가 이 사건 법률조항에 의한 몰수·추징 대상임이 명확하므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

(2). 책임과 형벌 간의 비례원칙 위반 여부

(가) 몰수·추징은 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있는 임의적 몰수·추징과 요건이 있는 한 반드시 몰수·추징을 선고하여야 하는 필요적 몰수·추징이 있는바, 몰수·추징을 임의적으로 할지 아니면 필요적으로 할지는 기본적으로는 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다.

따라서 필요적 몰수·추징이 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하는 등 입

법재판권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한 필요적 몰수·추징을 규정한 법률 조항은 단순한 입법정책의 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니다(헌재 2011. 12. 29., 2010헌바117, 판례집 23-2하, 587, 599-600).

(나) 성매매 및 성매매로 인해 창출되는 불법적인 수익으로 인한 문제가 심각하다는 점에 대하여 사회적 인식의 공감대가 형성되어 있다 할 것이므로, 성매매 및 성매매알선 등 행위의 근절과 불법수익의 박탈은 달성되어야 할 중요한 공익이다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 임대하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 하는 것은, 안정적인 성매매 장소를 확보하게 하여 성매매가 지속적으로 이루어지게 하고 이를 확산시키도록 하므로, 그 불법성이 결코 다른 유형의 성매매알선 행위에 비하여 낮지 않다. 그런데 건물제공행위의 법정형은 영업으로 제공한 경우 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금으로 그 불법성에 비해 특별히 과중하다고 보기 어렵다.

또한 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 임대하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 하는 경우는 범죄의 가장 주된 동기가 경제적 이익의 취득에 있다는 점에서, 주형의 부과나 임의적인 몰수·추징만으로는 범죄의 예방이 충분히 달성되지 않을 수 있다.

(다) 성매매가 산업적으로 재생산되는 연결고리를 차단하고 성매매알선 등 행위를 통해 불법수익을 얻으려는 유인을 막기 위해서는, 성매매알선 등 행위에 대한 처벌이 실질적 위하력을 가지도록 행위자에게 강한 책임을 물을 수밖에 없다.

성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 임대하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 하는 것을 범죄행위로 금지하는 이상, 범죄행위가 드러났음에도 범죄로 인한 특별한 초과수익만 몰수·추징하고 원래 얻을 수 있는 경제적 이익은 그대로 보유하게 하는 것은, 성매매 및 성매매알선 등 행위를 근절하려는 이 사건 법률조항의 목적을 실효적으로 달성하는 수단이 될 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 성매매 이외의 목적으로 건물을 제공할 때 통상 얻을 수 있는 이익을 필요적 몰수·추징의 대상에서 제외하지 않고 있더라도, 이는 중대한 공익을 달성하기 위한 것으로 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 입법재판권이 자의적으로 행사되었다고 볼 수 없다.

(3). 평등원칙 위반 여부

청구인은 성매매를 직접 알선한 사람들은 본인 명의로 재산을 가지고 있지 않은 경우가 많아 몰수·추징이 잘 이루어지지 않는 반면, 본인 명의의 건물 소유하고 있는 사람으로부터는 임대료 전부의 추징이 용이하게 이루어지므로 성매매를 둘러싼 관련자 사이의 형평에 어긋난다고 주장한다.

그러나 이는 개별적인 사안의 집행에 있어서 사실상 발생할 수 있는 문제일 뿐이고, 이 사건 법률조항은 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공한 사람과 그 이외의 성매매 알선자를 동일하게 취급하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

마. 평가

성매매처벌법 제 2조 1항 나.항에서 성매매를 알선, 권유, 유인, 강요하는 행위와 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금, 토지 또는 건물을 제공하는 행위를 동일하게 취급하고 동 법 제19조에서 동일한 법정형으로 처벌하고 있음에도 불구하고 그 동안 형사실무적으로는 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금, 토지 또는 건물을 제공한 자들의 위법성은 상대적으로 낮게 평가되어 온 경향이 있었던 것이 사실이다.

그러나 헌법재판소의 위 결정을 통하여 다시 한번 성매매를 직접 알선한 자들과 장소제공자들의 위법성 정도가 결코 다르지 않다는 점이 재차 확인되었다.

성매매처벌법이 시행된 지 10년을 맞이하고, 성매매처벌법에서 성매매장소 제공자들에 대한 강력한 처벌과 범죄수익 몰수를 선언하고 있음에도 불구하고 성매매장소 제공행위가 계속되는 것은 성매매장소 제공자들에 대해 그 동안 부과되어 온 형사처벌과 범죄수익 몰수·추징 정도가 이들의 성 산업으로의 재유입을 차단하기에 적절하지 않았기 때문으로 생각된다.

성매매가 산업적으로 재생산되는 연결고리를 차단하고 성매매알선 등 행위를 통해 불법수익을 얻으려는 유인을 막기 위해서는, 성매매알선 등 행위에 대한 처벌이 실질적 위하력을 가지도록 행위자에게 강한 책임을 부담되도록 성매매처벌법이 운용되어야만 한다.

만약, 범죄행위가 드러났음에도 범죄로 인한 특별한 초과수익만 몰수·추징하고 원래 얻을 수 있는 경제적 이익은 그대로 보유하게 한다면, 성매

매에 제공되는 사실을 알면서 토지, 자금, 건물을 제공하는 행위에 대한 근절은 어려워질 것이다.

위 헌법재판소 결정을 통하여 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 임대하여 영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자가 성매매업자로부터 지급 받았거나 지급받을 임대료 수익 전부가 몰수·추징 대상이 되며 이러한 몰수·추징에는 어떠한 위헌적 요소도 없다는 사실이 명확하게 밝혀졌다.

수사기관은 성산업의 연결고리를 차단하겠다는 강력한 의지를 가지고 수사단계에서부터 성매매알선등 행위자의 임대료 등 수익에 대해 철저한 수사를 통해 성매매장소 제공자들에게 대해 통상 수준의 임대료를 포함해 수익 전부에 대한 몰수·추징이 이루어지도록 해야 할 것이다.

3. 대법원 2011. 8. 25. 선고 2010도6297 판결⁴⁾

【성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)】

경찰청의 통지를 통해 성매매 장소 제공 사실을 알게 된 임대인이 임대차계약을 확정적으로 종료시키지 않는 한, 성매매처벌법상 책임을 부담한다는 취지의 판결

가. 사건개요

이 사건 건물의 소유자 겸 임대인인 피고인은 경찰청으로부터 이 사건 건물이 성매매 장소로 제공된다는 통지를 받은 후 임차인인 공소외인에게 "향후 이 사건 건물에서 성매매를 하지 말고 만약 불법영업을 할 경우 건물을 명도하라."는 취지의 내용증명 우편을 보낸 적이 있고, 공소외인을 만나 불법영업을 하지 않겠다는 각서를 요구하였는데 공소외인이 거부하였고 이후 임대차계약이 해지되지 않은 상태에서 이 사건 건물은 성매매 장소로 계속 제공되었다.

4) 대법관 : 신영철(재판장) 박시환(주심) 차한성 박병대

나. 판결 요지

성매매알선등 행위의 처벌에 관한 법률 제2조 제1항 제2호 (다)목 은 ‘성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위’를 ‘성매매알선 등 행위’에 해당한다고 규정하고 있고, 성매매행위의 공급자와 중간 매개체를 차단하여 우리 사회에 만연되어 있는 성매매행위의 강요·알선 등 행위와 성매매행위를 근절하려는 법률의 입법 취지와 위 규정이 건물을 제공하는 행위의 내용을 건물을 인도하는 행위로 제한하고 있지 않다.

여기에서 말하는 ‘성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위’에는 건물을 임대한 자가 임대 당시에는 성매매에 제공되는 사실을 알지 못하였으나 이후에 수사기관의 단속 결과 통지 등으로 이를 알게 되었는데도, 건물의 임대차계약을 해지하여 임대차관계를 종료시키고 점유 반환을 요구하는 의사를 표시함으로써 제공행위를 중단하지 아니한 채 성매매에 제공되는 상황이 종료되었음을 확인하지 못한 상태로 계속 임대하는 경우도 포함한다고 보아야 한다.

다. 평가

성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물 등을 제공하는 행위와 직접적인 성매매알선 행위는 동전의 양면과 같은 성격이 있다. 성매매 장소 제공행위가 근절된다면 필연적으로 성매매알선 행위 역시 축소·쇠퇴의 길을 걷게 될 것이다. 위 판결은 성매매 장소 제공자들의 소극적인 성매매 장소 제공행위까지도 성매매처벌법에 의해 엄벌에 처해진다는 점을 분명히 선언하고 있다는 점에서 형식적으로 건물 명도를 요구하는 외관만 갖추고 실질적으로 불법수익을 올려온 성매매장소 제공자들에게 경종을 울리는 역할을 하게 될 것이다.

성매매 장소 제공자들은 그 동안 성매매 장소 제공행위를 통하여 통상적인 임대료보다 높은 수익을 얻고 있으면서 불법적인 성매매의 매개체 역할을 해 왔던 것이 현실이다. 그럼에도 불구하고, 임대차계약 당시 특약사

항을 명기⁵⁾하는 등의 편법으로 형사처벌을 회피하는 경우가 많았다.

본 판결은 실질적으로 성매매 장소제공행위가 중단되지 않은 상태에서는 성매매처벌법상의 형사책임을 면할 수 없다는 점을 명시한 매우 의미 있는 판결이다.

수사기관은 앞으로 위 판결의 취지를 존중하여 실질적인 장소제공을 계속한 임대인에 대한 적극적인 수사를 통해 성매매의 매개고리가 차단되도록 노력해야 할 것이다.

4. 대법원2011. 5. 26. 선고 2010도6090 판결⁶⁾

【성매매알선등행위의처벌에관한법률위반】

성매매알선행위와 건물제공행위의 경우 비록 처벌규정은 동일하지만, 범행방법 등의 기본적 사실관계가 상이할 뿐 아니라 주체도 다르므로 성매매알선행위로 처벌되었다고 하더라도 성매매건물제공행위가 확인된 경우 추가로 형사처벌이 가능하다는 취지의 판결 경찰청의 통지를 통해 성매매 장소 제공 사실을 알게 된 임대인이 임대차계약을 확정적으로 종료시키지 않는 한, 성매매처벌법상 책임을 부담한다는 취지의 판결

가. 사건개요

피고인은 2008. 8. 서울 노원구 상계동 소재 ‘○○○’스포츠 마사지에서 여종업원으로 하여금 유사성교행위를 하도록 하여 영업으로 성매매알선행위를 하였는데, 피고인은 위 업소의 전 업주로서 2008. 7.경 위 업소가

5) [특약사항 예시] 성매매 장소 제공자들은 임대차계약 당시 이 사건 임대차 목적이 성매매 등에 제공되는 경우 즉시 임대차계약이 해지된다거나 성매매로 인하여 임대인이 형사 처벌을 받게 되는 경우 임차인은 이에 따른 손해를 배상하여야 한다는 등의 규정을 포함시킨다.

6) 대법관 : 신영철(재판장), 박시환, 안대희(주심), 차한성

제1심 공동피고인에 의해 성매매 장소로 제공되는 사실을 알면서도 제1심 공동피고인에게 전대하여 주어 영업으로 성매매알선행위를 하였다는 내용의 범죄사실(이하 '1차 범행'이라 한다)과 위 약식명령 확정 이전에 범하여진 이 사건 공소사실, 즉 '피고인은 제1심 공동피고인 등과 공모하여 2008. 8. 30.경부터 2009. 1. 8.경까지 위 업소에서 여종업원들을 고용한 다음 여종업원들로 하여금 성매매를 하도록 하여 영업으로 성매매를 알선하고, 같은 기간 합계 약 45,949,500원의 매출을 올렸다'는 내용의 범죄사실(이하, '이 사건 범행'이라 한다)에 대하여, 위 약식명령이 확정된 1차 범행과 그 발령 전에 범한 이 사건 범행은 그 범행의 내용에 있어 약간의 차이가 있기는 하지만 위 약식명령의 범죄사실 내용 역시 전대를 통해 성매매 장소를 제공하였다.

나. 판결 요지

성매매알선행위와 건물제공행위의 경우 비록 처벌규정은 동일하지만, 범행 방법 등의 기본적 사실관계가 상이할 뿐 아니라 주체도 다르다고 보아야 한다. 즉, 건물제공행위와 성매매알선행위의 경우 성매매알선행위가 건물 제공행위의 필연적 결과라거나 반대로 건물제공행위가 성매매알선행위에 수반되는 필연적 수단이라고도 볼 수 없다. 따라서 '영업으로 성매매를 알선한 행위'와 '영업으로 성매매에 제공되는 건물을 제공하는 행위'는 당해 행위 사이에서 각각 포괄일죄를 구성할 뿐, 서로 독립된 가별적 행위로서 별개의 죄를 구성한다.

다. 평가

성매매 건물 제공행위와 성매매알선행위가 각각 개별적으로 위법성을 갖는 행위임을 분명히 하여 성매매 건물제공행위자가 성매매알선행위를 하는 경우 별도의 처벌이 가능하다는 것을 분명히 한 판결이다.

5. 대법원 2011. 10. 13. 선고2011도7081 판결⁷⁾

【폭력행위등처벌에관한법률위반(공동공갈)·업무방해·폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동)·폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등감금)·협박】

성매매알선 등 행위는 법에 의하여 원천적으로 금지된 행위로서 형사처벌의 대상이 되는 중대한 범죄행위일 뿐 아니라 정의관념상 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에 해당하므로, 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 볼 수 없다는 취지의 판결

가. 사건 개요

공소외인은 2005. 4.경부터 3년간 수원역 인근 성매매 집결지에서 성매매 업소를 운영하여 왔는데, 폭력조직 간부인 피고인은 조직원들과 공모하여 공소외인이 운영하는 성매매업소 앞에 속칭‘병풍’을 치거나 차량을 주차해 놓는 등 위력으로써 업무를 방해하였다는 혐의로 유죄판결을 받았다.

나. 판결 요지

성매매업소 운영에는 성매매를 알선·권유하거나 성매매장소를 제공하는 행위 등이 필연적으로 수반되는 것이어서 그 업소의 운영자는 법 제19조 제1항 제1호 의 성매매알선 등 행위를 한 자 또는 법 제19조 제2항 제1호 의 영업으로 성매매 알선 등 행위를 한 자에 해당하므로, 공소외인의 성매매업소 운영업무는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 볼 수 없다.

다. 평가

업무방해죄의 보호대상이 되는‘업무’란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 침해로부터 형법상 보호할 가치가 있는

7) 대법관 : 이상훈(재판장), 김지형, 전수안(주심), 양창수

것이어야 하므로, 어떤 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에는 업무방해죄 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당한다고 볼 수 없다.

성매매알선 등 행위는 법에 의하여 원천적으로 금지된 행위로서 형사처벌의 대상이 되는 중대한 범죄행위일 뿐 아니라 정의관념상 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 경우에 해당하므로, 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무라고 평가할 수 없다.

그럼에도 불구하고, 이 사건의 항소심은 폭력조직 간부인 피고인이 조직원들과 공모하여 공소외인이 운영하는 성매매업소의 업무를 방해하였다는 혐의로 업무방해죄의 유죄판결을 선고하는 오류를 범하였으나, 대법원은 성매매업소 영업이 반사회성을 띠는 위법한 영업으로 업무방해죄의 보호대상이 되지 않는다는 점을 분명히 하였다.

6. 대법원 2009.9. 10. 선고 2009다37251 판결⁸⁾

【양수금】

민법 제103조에서 정하는 ‘반사회질서의 법률행위’는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법적으로 이를 강제하거나 법률행위에 사회질서의 근간에 반하는 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 그 법률행위가 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우도 해당한다는 취지의 판결

가. 사건개요

소의 1신용협동조합은 여신규정상 주점업(간이주점업 및 관광진흥법에 의

8) 대법관 : 김지형(재판장), 양승태, 전수안, 양창수(주심)

하여 지정된 관광지, 관광단지, 관광특수 내의 주점업은 제외한다)에 대하여는 대출을 할 수 없었으나 2002년 초부터 위와 같이 대출이 제한된 유흥주점업 업주 및 여종업원을 상대로 고금리의 대출을 시행하기 시작하였다. 유흥업소에서 여종업원으로 근무하던 피고들은 2002년8월경 유흥업소 여종업원을 관리하는 소위‘마담’인 소외 2의 소개로 소외 2와 함께 소외 3과 소외 4(이하 ‘소외 3등’이라 한다)가 운영하던 울산 남구 (이하 생략)소재 유흥주점 ‘○○’에 근무하기로 하고, 소외 2및 피고들은 모두 직전에 근무하던 유흥업소에 빚이 남아 있어서 이를 변제하기 위하여 소외 3등으로부터 선불금을 받기로 하였다.

유흥업소 업주인 소외 3등은 자신들의 보증 및 소외 2와 피고들의 상호 연대보증 아래 소외 2및 피고들이 소외 1신용협동조합으로부터 대출을 받는 방법으로 선불금을 지급하기로 하고 2002. 8. 소외 2와 피고들을 함께 소외 1신용협동조합의 사무실로 보냈다. 소외 1신용협동조합의 대출담당자인 소외 5는 소외 2및 피고들에 관하여 직장란에 각‘○○’ 직위란에 각‘종업원’이라고 기재한 각 대출상당서를 작성한 후, 소외 2에 대하여는 4,000만 원, 피고 1에 대하여는 2,200만 원, 피고 2에 대하여는 3,500만 원을 각 약정이율 연 30%, 지연손해금을 연 60%로 대출하는 내용의 대출거래약정서를 작성하였다.

당시 소외 2와 피고들은 이들 대출금에 관하여 각 상호 연대보증을 하였으며, 소외 3등은 사후에 위 각 대출거래약정에 연대보증을 하고 위 각 대출금을 받아 소외 2및 피고들에게 지급하였다.

소외 3등은 위 ○○유흥주점을 운영하면서 피고들에게 소위 2차 명목으로 손님들과 성행위를 하게 하고 그 대가로 금전을 받게 하는 등 영업으로 윤락행위를 알선 또는 권유하였고, 이러한 영업형태는 이 사건 대출 및 연대보증 당시 피고들 및 소외 2에게 이미 예기되어 있었다. 소외 2와 피고들 사이의 상호 연대보증은 선불금으로 사용될 돈을 대출받기 위하여 요구되는 조건으로 만약 피고들이 소외 2에 대한 대출에 관하여 연대보증을 하지 않았다면 피고들에 대한 대출 역시 이루어지지 않았을 것이다.

소의 1신용협동조합은 피고들이 소외 3등이 권유 또는 알선하는 윤락행위를 전제로 한 선불금을 받기 위하여 피고들을 주채무자로 한 대출 및 이 사건 각 연대보증을 한다는 사정을 알고 있었으며, 소외 1신용협동조합은 위와 같은 방법으로 2002.11.까지 울산 일대 유흥업소 근무자 433명에게 156억7,100만 원의 신용대출(그 중 위 ○○유흥주점 근무자들에 대한 대출은 위 각 대출을 포함하여 모두 10건에 3억 3,500만 원이다)을 한 결과 142억5,800만 원의 상당의 손실을 입고 파산하게 되었다.

소의 1신용협동조합의 파산관재인으로부터 위 각 대출금 채권을 양수한 원고가 피고들에 대한 대출금에 관하여 제기한 양수금 청구소송에서 법원은 “소의 1신용협동조합은 소외 3등이 피고들에게 윤락행위를 하도록 권유·알선 또는 강요한다는 사정 및 피고들에 대한 대출금이 그와 같은 윤락행위를 전제로 지급되는 선불금의 용도로 사용된다는 사정을 알면서도 고율의 이자를 받을 목적으로 피고들에게 위 각 대출을 하였는데, 이는 소외 3등의 윤락행위 권유·알선·강요에 협력한 것이므로, 소외 1신용협동조합의 피고들에 대한 각 대출금 채권은 민법 제103조 또는 구 윤락행위 등 방지법 제20조, 제4조제3호 에 위반되어 무효이다”라고 판단하여 원고의 청구를 모두 기각하였고 그 판결이 그대로 확정되었는데, 원고는 새로이 양수금 청구 소송을 제기하여 피고들을 상대로 연대보증채무의 이행을 구하였다.

나. 판결 요지

이 사건 각 연대보증 당시에 시행되던 윤락행위 등 방지법 (그 후 2004.3.22. 법률 제7196호로 공포된 ‘성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률’의 부칙 제2조 에 의하여 폐지) 제4조제3호, 제5호 는 윤락행위 자체는 물론이고 윤락행위를 하도록 권유·유인·알선 또는 강요(이하 ‘알선 등’이라고 한다)하는 행위 및 윤락행위를 한 자에게 금품 기타 재산상의 이익을 요구하거나 받거나 받을 것을 약속하는 행위를 금지하고, 위 법률 제20조는 영리를 목적으로 위와 같은 알선 등 행위를 하는 자 또는 이에 협력하는 자가 영업상 관계 있는 윤락행위를 하는 자에 대하여 가지는 채권은 “그 계

약의 형식에 관계없이”이를 무효로 한다고 정한다(이러한 규율내용은 앞서 본 ‘성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률’제10조 제1항에 그대로 이어지고 있다).

이들 규정은 우리 사회에서 영업적 윤락행위의 알선 등이 빈번하게 그 알선자 측에서 제공하는 금전적 편익을 대가 또는 미끼로 하여 행하여지는 실태를 고려하여 그러한 관계에서 발생하는 채권의 효력을 그 법적 형식 여하에 관계없이 일률적으로 부인함으로써 그러한 윤락영업에의 유인(誘因)을 배제하려는 취지이다.

특히 위 제20조가 윤락행위를 알선 등 하는 자뿐만 아니라 그에 ‘협력하는 자’가 가지는 채권까지도 이를 무효로 정하고 있다는 점은, 윤락행위가 가지는 중대하고 현저한 반인격성, 그리고 그 반인격성을 핵심으로 한 반사회성도 아울러 유념할 때, 윤락행위의 금압에 관한 법의 의지가 심중한 바 있음을 시사리 알게 한다.

이 사건에 대하여 살피건대, 피고들이 주채무자로서 받은 각 대출뿐만 아니라 이 사건 각 연대보증도 위와 같은 선불금 수령 및 그 전제로서 윤락행위의 권유 또는 알선이라는 동일한 목적을 위하여 위 각 대출과 상호 불가분의 관계에서 행하여진 행위라고 할 것이다. 또한 소외 1신용협동조합은 그러한 행위가 위와 같은 목적으로 행하여진다는 정을 알면서 그 보증의 상대방이 되고 이에 기하여 소외 2에 대한 대출을 행함으로써 결국 피고들이 소외 2등에게 고용되어 윤락행위를 하게 되는 경제적 기반이 형성되는 데 조력하였다고 평가된다.

그렇다면 이 사건 각 연대보증은 앞서 본 윤락행위 관련 법규정의 취지 등에 비추어 보더라도 민법 제103조에서 정하는 반사회질서의 법률행위라고 하지 않을 수 없다.

이와 다른 전제 아래 이 사건 각 연대보증이 유효하다고 판단한 원심에는 민법 제103조 에서 정하는 반사회질서의 법률행위에 관한 법리를 오해하

여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

다. 평가

이 사건의 원심은 유흥주점의 종업원인 여성들이 업주의 대출금 채무에 대하여 연대보증을 할 수 밖에 없었던 경위에 대한 판단을 그르쳐, 유흥주점의 종업원인 여성들에게 직접 대출된 대출금과 위 여성들의 연대보증 하에 유흥주점 업주 등에게 대출된 대출금의 성격을 달리 판단하여 여성들이 업주들의 대출금 채무에 연대보증을 한 채무의 효력을 부인하지 않았다.

그러나, 대법원에서는 피고들이 주채무자로서 받은 각 대출뿐만 아니라 이 연대보증행위도 선불금 수령 및 그 전제로서 윤락행위의 권유 또는 알선이라는 동일한 목적을 위하여 위 각 대출과 상호 불가분의 관계에서 행하여진 행위이며, 소외 1신용협동조합은 그러한 행위가 위와 같은 목적으로 행하여진다는 정을 알면서 그 보증의 상대방이 되고 이에 기하여 소외 2에 대한 대출을 행함으로써 결국 피고들이 소외 2등에게 고용되어 윤락행위를 하게 되는 경제적 기반이 형성되는 데 조력한 것으로 평가하고, 민법 제103조에서 정하는 '반사회질서의 법률행위'는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법적으로 이를 강제하거나 법률행위에 사회질서의 근간에 반하는 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 그 법률행위가 반사회질서적인 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우에 해당한다고 하여 원심판결을 파기한 것이다.

위 대법원 판결은 103조 '반사회질서 법률행위'를 매우 적극적으로 해석하고 이 사안에 적용하여 결과적으로 구 윤락행위방지법 20조의 입법취지가 몰각되지 않도록 한 판결로 보여 진다.

성매매처벌법 시행 전후로 하여 선불금과 같이 불법원인으로 교부된 채권

이 무효라는 대법원과 하급심 판결이 속속 선고되자, 성매매알선 영업자들은 금융기관이나 사채업자를 통해 여성들에게 실질적인 선불금이 교부되도록 하고 있다. 그러나, 위 판결을 통해 실질적으로 여성들에게 성매매를 알선하고 강제하는 수단이 되는 다양한 형식의 채권이 무효로 인정될 가능성이 높아져 향후 성 산업 공간에서 다양한 형식으로 발생하고 성매매 강요의 수단으로 기능하는 불법채권에 적극적으로 대응할 수 있는 길이 열리게 되었다.

7. 서울중앙지방법원 2014. 5. 21. 선고 2013고단2768 판결

【성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)[인정된 죄명 성매매알선 등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등) 방조], 성매매알선등행위의처벌에 관한법률위반(성매매광고)】

인터넷 사이트를 통하여 성매매업소를 광고하는 행위에 대해 성매매 알선을 용이하게 하는 방조행위에도 해당한다고 판단하고 실형을 선고한 판결

가. 사건 개요

피고인은 2005. 10. 24.경부터 서울 OO빌딩 2층 주식회사 000(이하 ‘000’라 한다)라는 소프트웨어 운영 회사의 대표이사로 사업자등록을 하고, OO닷컴(<http://www.OO.com>)이라는 인터넷 사이트를 운영하면서 A을 위 사이트의 영업총괄부장으로, B을 위 사이트 영업 2팀장으로, C, D을 영업사원으로, 각 고용하였다.

피고인은 위 사이트의 회원수가 36만 명에 이르고, 대부분 남성들이 사이트 회원으로 가입되어 있다는 사실을 이용하여, 직원 A은 영업 관리를, B, C, D은 주로 유사성교행위를 하는 성매매업소를 찾아 광고제휴를 체결하도록 하고, 성매매업소로부터 매월 20만원에서 50만원 상당의 광고비를 피고인 개인 명의의 우리은행 계좌로 송금 받거나 직접 현금으로 지급받

아 수익을 올리기로 마음먹었다.

1) 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매광고)

피고인은 A, B, C, D과 공모하여, 2012. 8. 말경부터 2012. 11.경까지 서울 OO빌딩 2층 (주)OOO 사무실에서, 서울 **에 있는 ‘OO탐탐’이라는 성매매업소를 운영하는 OO으로부터 광고비 명목으로 90만 원을 피고인 개인 명의 계좌로 송금 받고, 위 성매매업소의 위치, 전화번호, 요금, 성매매여성 프로필 및 신체부위가 노출된 사진과 함께 ‘BJ+헐플+입싸+청룡열차+올탈’이라는 내용의 광고를 위 사이트에 게시하여 성매매업소에 대한 광고를 게재한 것을 비롯하여 2011. 6.경부터 2012. 11.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 722회에 걸쳐 위와 같은 방법으로 성매매업소를 광고하여 768,780,000원 상당의 수익을 올렸다.

2) 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등) 방조

피고인은 A, B, C, D과 함께 위 OO닷컴(<http://www.oo.com>) 사이트에 접속하는 불특정 다수의 남성들을 상대로 성매매 알선 등 행위를 방조하기로 공모하고, 위와 같이 ‘OO탐탐’에 대한 광고를 게재하여 2012. 9. 초순경부터 2012. 11. 13.경까지 사이에 위 사이트를 찾는 불특정 다수의 남성 회원들로 하여금 OO이 운영하는 위 업소를 찾아가 화대 명목으로 35,000원~40,000원을 지불하고 위 업소 여자 종업원인 김OO 성명불상의 일명 ‘제이’ 등과 여성의 구강과 손을 이용한 유사성교행위를 하도록 알선하는 것을 용이하게 하였다.

이로써 피고인은 A, B, C, D과 공모하여 OO의 성매매알선 등 행위를 방조한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 기재 성매매업소 업주들이 성매매 알선 영업을 하는 것을 알면서도 2011. 6.경부터 2012. 11.경까지 위와 같은 방법으로 이를 용이하게 함으로써 방조하였다.

나. 판결 요지

피고인을 징역 1년에 처하고, 768,780,000원을 추징한다.

다. 평가

위 판결은 피고인과 같이 인터넷 사이트를 통하여 성매매업소를 광고하는 행위가 불법적인 성매매업소들이 더욱 광범위하게 성매매 알선 영업을 할 수 있도록 조력하고, 불법 변종 성매매업소가 사회 곳곳에 확산되도록 하는 역기능을 하는 점을 분명히 확인하고, 불법 성매매업소의 확산을 막고 건전한 성문화를 정착시키기 위해서는 불법 성매매업소와 성매수자 사이에서 연결 고리를 형성하여 성매매 알선을 용이하게 하는 피고인의 범죄 행위에 대하여 강한 처벌이 필요하다는 인식하에 이례적으로 실형을 선고하였다는 점에서 향후 인터넷 사이트를 통하여 성매매업소를 광고하는 행위에 대하여 강력한 처벌이 이루어지는 기준이 될 것으로 보인다.

이 판결은 또, 광고를 게시한 성매매업소에 대한 인식 내지 방조의 고의가 없었다는 피고인의 주장에 대하여, 영업으로 성매매를 알선하는 범죄에 관한 인식은 구체적 내용까지 인식할 필요없이 미필적 인식으로 족하다고 판단하고 성매매광고행위(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금) 뿐 아니라 성매매알선등행위에 대한 방조까지 한 것으로 보고 형이 더 무거운 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률위반(성매매알선등)방조죄에 정한 형(7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금)으로 의율하였다는 점에서 의미가 적지 않다.

그 동안 인터넷 사이트, 스포츠 신문 등을 통해 성매매업소 등에 대한 광고 행위가 지속적으로 이루어져왔음에도 불구하고 이들은 직접적인 성매매알선자들이 아니라는 편견 하에 광고행위에 대한 단속도 제대로 이루어지지 않을 뿐만 아니라 단속되더라도 중형으로 의율되는 경우는 거의 없었다.

그러나, 위 판결을 통해 성매매업소 광고행위자를 성매매알선등 행위(방조)로도 처벌하는 것이 가능해져 향후 성매매업소 광고범죄 행위에 대한 실질적인 위하력을 갖게 될 것으로 기대된다.

III 성매매방지법의 대안 모색

현행 성매매처벌법은 ‘위계, 위력, 그 밖에 이에 준하는 방법으로 성매매를 강요당한 사람’에 한하여 ‘성매매피해자’로 규정하고 성매매피해자의 성매매인 경우에만 처벌하지 않고 있어 강제성을 입증하지 못하는 성매매여성은 이 법에 의해 처벌대상이 됨과 동시에 성매매알선자, 성구매자와 공범관계에 놓이게 된다.

성매매여성이 성매매 공간에서 끊임없이 인권침해를 당하고 있음에도 불구하고 자신의 피해를 입증하지 못한다는 이유로 성매매알선자, 성구매자와 공범관계에 놓고 있는 현행 성매매처벌법의 구조는 성매매여성이 성매매 공간에서 겪게 되는 피해를 제대로 보지 못하게 만들고 성매매 여성에 대한 사회적 낙인을 지속시키는 한편 책임주체를 혼돈시키는 모순점을 태생적으로 안고 있는 것이다.

성매매피해여성에 대한 사회적 낙인과 책임주체를 혼돈시키는 이러한 모순은 성매매알선등 범죄행위자와 성구매자의 범죄혐의 입증에도 곤란을 가져와 지난 10년 동안 성매매알선 등 행위자와 구매자에 대한 효과적인 규제와 처벌을 통해 성산업과 성구매를 축소하려는 정책이 실효성을 거두는 데 장애요소로 작용하기도 하였다.

이런 모순구조 하에서 성매매알선자들이 여성들에게 불법적으로 교부한 선불금 채권을 빌미로 사기죄로 고소하면, 여성들은 사기죄의 피의자가 되어 수사기관에 출석해야 하고 피해를 입증하지 못할 경우 사기죄가 확정되거나 선불금 채무 변제를 위해 성산업에 계속 머물러야 하는 피해를 지속적으로 겪고 있다.

현행 성매매처벌법과 같이 자발과 강제의 이분법적 논리로 피해자 여부를 결정하고, 형사처벌 대상을 결정하는 것은 성매매 공간에서 여성이 처하는 현실과 피해를 간과하고, 성매매여성의 피해를 존속시킨다는 점에서 매우

심각한 문제점을 안고 있다. 여성에게 다른 선택권이 부여되지 않은 상황에서 이루어진 성매매는 결코 자발과 강제로 이분화하여 고찰할 수 없기 때문이다.

성매매는 여성의 인간으로서의 존엄성을 침해하고 인격에 손상을 가하는, 여성의 몸과 정신에 대한 명백한 폭력이다. 우리나라의 성산업 규모와 성구매자의 숫자는 현재 매우 비정상적으로 팽창되어 있다. 이러한 비정상적인 성산업 규모와 성구매 비율은 <2010년 성매수 실태 조사 보고서>에서 확인되었듯이 집단적으로, 동성문화적으로 성 구매에 나서는 한국사회의 성구매 문화와 성 구매를 부추기는 성 산업에 기인하고 있다.

향후 성매매처벌법의 개정을 통해 성매매가 여성의 몸과 정신에 대한 폭력임을 명백히 하여 성매매여성에 대한 처벌규정을 삭제함과 동시에 성매매 알선 등 행위자와 성구매자에 대한 강력한 처벌과 함께 행정처분을 병행하여 적발된 모든 성매매업소에 대해 단계적으로 영업정지·영업취소·영업장 폐쇄 처분을 병과하고 모든 불법 수익에 대한 몰수·추징이 이루어진다면 성매매 수요의 감소를 통해 성 산업이 축소되고 성매매가 근절될 것으로 보인다.

출판기획

변호사 김태선

변호사 손난주

집필에 참여해주신 분

변호사 이보람

변호사 성춘일

변호사 조아라

변호사 신윤경

변호사 천지선

변호사 이한본

변호사 김주혜

변호사 이종희

변호사 위은진

변호사 김영주

변호사 장서연

변호사 원민경

감수에 참여해주신 분

변호사 김수정

변호사 김 진

변호사 이선경

변호사 이한본

변호사 조숙현

이 책의 출판에 도움주신 분

민변 간사 오지은