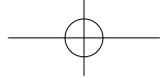




2018년 하반기 111호

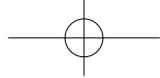
민족사회를 위한 변론



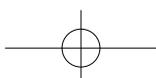
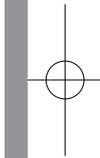
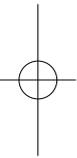
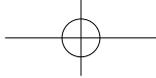


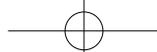
목차

민변의 쉼	민변 30주년, 날로 새로워지는 길목에서	정연순	7
시론	사법농단 사태를 어떻게 풀 것인가	천낙봉	17
인물탐구	검산 최영도 변호사는 누구인가	박찬운	27
활동보고	사법농단의 기록 : 경과와 현황, 대응과 과제를 중심으로	서희원 최용근	59
	1. 북한 해외식당 종업원 기획탈북 사건의 피해자 중심적 접근	장경욱	113
집중분석	2. 미투(Me Too)운동의 법제도 개선방안 및 그 한계	신고운 안지희 유원정 정명화	137
	3. 원전의 위험성과 공동소송의 제 문제	서은경	161



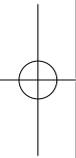
변론기	1. 강원영동노동조합 동양시멘트지부 투쟁과 변론활동	이용우	185
	2. 균형법 제92조의6 변론기	김인숙	221
입법제안	1. 낙태죄 폐지를 위한 입법제안	이한분	237
	2. 개정 상가건물임대차보호법 평가 및 보완입법 방향	김남주	247
국제화시대의 인권	제주도 예멘 난민 사태 이후 입법 발의안에 대한 소고	이탁건	265
판례평석	1. 구 근로기준법상 휴일근로의 연장근로 포함 여부	이정환 진청아	277
	2. 세월호참사로 인한 손해배상청구 사건	이정일	299
	3. 양심적 병역거부가 '권리'임을 선언한 결정	임재성	311

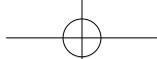




민변의窓

민변 30주년, 날로 새로워지는 길목에서 | 정연순



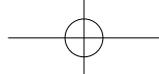


민변의 窓

민변 30주년, 날로 새로워지는 길목에서

정연순

올해는 우리 모임이 설립된 지 30년이 되는 해입니다. 모임은 6, 70년대부터 군사독재정권에 항거하던 선배들의 정신이 1987년 민주항쟁의 뜨거운 열정과 어우러지며 태어난 단체입니다. 모임은 1987년의 정신을 이어, 한국 사회의 민주주의를 완성하기 위하여 법률가로서 마땅히 해야 할 일들을 묵묵히 실천하며 그 길을 걸어왔습니다. 그 사이 많은 일들이 있었습니다. 군부독재가 청산되고 민주정부가 들어섰고 그 반동으로 이명박박근혜 정부에서 민주주의의 위기를 겪기도 하였습니다. 1997년 IMF가 우리 사회에 남긴 경제적 사회적 질곡은 우리 모임에게 창립 당시보다 더 많은 과제를, 더 다양한 과제를 해결해줄 것을 요구하였고, 이는 고스란히 우리 모임이 감당해야 할 짐이 되었습니다. 특히 지난 10년간 민주주의의 후퇴 시기, 우리 모임은 어느 누구보다 열심히 그 최전선에서 싸워 왔습니다. 감히 말씀드리길, 자랑해도 좋은 역사라고 저는 생각합니다. 12대 집행부에서는 그 30주년 생일을 특별히 기념하기로 하고 출범 초기부터 준비하였습니다. 그리하여 지난 5월 26일, 원로 선배님들과 내외빈을 모시고 서울과학기술회관 국제회의장에서 기념행사를 치렀습니다. 그 행사



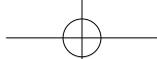
의 의의와 준비과정에 대해서 기록을 남겨 이후 다가올 40주년, 50주년에
도 공유할 필요가 있다고 생각하여 간략한 비망록을 남겨 봅니다.

1. 30주년 기념행사, 어떻게 준비하였나

30년은 한 세대(generation)를 일컫는 개념이다. 우리 모임에서도 최근
몇 년간 선배님들이 한 분 두 분 세상을 떠나는 일이 일어났다. 창립회원
들과 함께 활동한, 넓게 보아 1세대라고 지칭할 수 있는 선배님들이 사실
상 은퇴하셨다. 한 세대가 끝나고 있는 것이다. 젊은 후배들은 선배들을
직접 만나보지 못한 사람들이 대부분이며, 동기끼리도 잘 알지 못할 지경
이다. 조직은 끊임없이 변화해야 하고 혁신해야 하지만, 그 구성원들이
자신의 원천을 모른다면, 그것은 이미 다른 단체일 뿐이다. 민변 30주년
을 준비하면서 그 모토를 '가교(bridge)'로 정했는데, 한 세대가 물러나고
새로운 세대가 전면에 나서는 지금, 모임을 세우고 이끌었던 분들을 기억
하고, 새로운 시대정신을 바탕으로 민주주의를 완성하겠다는 결의를 다지
는 시간이 되었으면 했다.

2. 특히 이번에 중점을 둔 사업이 있었다면

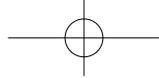
20주년에는 성인이 된 우리 모임을 축하하면서 전시회, 기념식, 출판
등 다양한 행사를 치렀다. 아쉬웠던 점은 그 당시에 민변의 전체 역사
를 아우르는 '20년사'를 내기로 기획했다가, 중단된 것이다. 이번에도 '30
년사'를 내지 못한다면 창립 회원들의 기억과 자료가 흩어져서 더 이상 보



존되지 못할 것이라는 절박함이 있었다. 그래서 두 가지 사업을 4년 전부터 기획했다. 하나는 ‘30년사’를 발간하는 것이고, 둘은 창립회원들의 육성 과 자료를 모으는 것이었다. 외부 필자에게 의뢰했다가 좌절된 20년사의 시행착오를 거울삼아 이번에는 내부에서 원고를 쓰기로 하고 ‘민변 30년사 편찬위원회’를 구성했다. 그러나 마감이 닥쳐야 일을 시작하는 변호사들의 모임답게 느릿느릿 활동하다가 2017년 연말이 되어서야 그 윤곽을 잡게 되었다. 30년 역사에서 기억할 만한 사건들 중심으로 쓰되, 위원회 구조가 정착되기 이전 10년은 변론, 입법 활동 등 큰 틀로, 그 이후에는 각 위원회들이 주요 사건을 뽑아 정리해주기로 하였는데, 위원회별로 작성한 원고의 편차가 심해서, 출판사들이 초고를 보고 출판이 어렵다 할 정도였다. 할 수 없이 편찬위원회에서 전면 수정과 정서 작업을 맡았는데 그 두 달은 너무 고생스러웠다. 게다가 책의 분량이나 편집 시한의 문제로 인해 신생위원회를 비롯한 몇몇 위원회들의 활동은 담아주지 못한 게 아쉽다. 10년 후에 작성될 ‘40년사’에는 더욱 빛나는 활동들이 기록될 것이라 기대한다. 두 번째 사업인 아카이브 구축 사업 또한 큰 의미를 갖는 사업이었으나 실제 진행은 여의치 않았다. 몇 번의 공고에도 자원하는 회원들이 적었고 중도에 그만뒀서 결국은 사무처에서 도맡아 진행하였다. 그마저도 절반밖에 완수하지 못했지만 그래도 6월에 소천하신 최영도 전 임 회장님의 육성을 녹음해 놓은 것은 그나마 다행이었다.

3. 30주년 행사에서 가장 기억 남는 것은

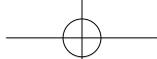
많은 분들이 좋았다고 말씀해 주시기를, 한승헌 변호사님의 축사와 변론 낭독이었다. ‘우리는 사서 고생하는 사람들’이라는 말을 20주년에 해주



셨던 한승현 변호사님께서서는 민변의 위상이 높아진 것은 ‘간판을 써준 본인 덕분’이고 민변 성장의 제일 공로자는 ‘독재정권’이라는 특유의 유머를 선보이시면서 후배들에게 감동적인 당부의 말씀을 해 주셨다. 자칭 인권 변호사라는 말을 쓰지 말 것, 현재를 기록하는 일에 소홀히 하지 말고 ‘약한 자에게 힘을 주고 강한 자를 바르게 하는 세상을 만들기’를 당부하는 원로 선배의 말씀을 후배들이 거듭 새겼으면 한다. 변론 낭독은 처음에는 생각하지 못했던 행사였다. 음악인 초대공연을 알아 봤더니 족히 수백만 원은 들어야 한다는 말에 놀라서 포기하게 되었다. 뭔가 우리다운 프로그램이 하나 있어야 하지 않을까 하는 생각에 고민하다가, 선배들이 쓰신 글을 후배들이 낭독하는 것은, 행사의 취지와 잘 맞을 것 같다는 생각이 들었다. 게다가 그 소재야말로 조영래 변호사님 변론기부터 무궁무진하지 않은가! 돈도 안 들겠다!’ 하는 생각으로 추진했다. 기대했던 것만큼 근사했고 이덕우 변호사님의 멋진 목소리와 후배들의 낭독이 민변이 말았던 과거의 역사적 사건들과 잘 어울려 감동적이었다고 손님들이 말해주셨다. 앞으로 또 하게 될지는 모르겠지만, 회원들이 이 프로그램을 염두에 두고 변론 관련 서면을 멋진 글로 남겨 주기를 바란다.

4. 30주년 행사를 준비하면서 아쉬웠던 점은

2014년부터 30주년 행사를 염두에 두고 있었기에 비교적 꼼꼼히 준비될 것으로 낙관했다. 그러나 2016년 촛불이라는 역사적 사건이 터지면서 민변의 활동 가능한 모든 역량은 거의 그쪽으로 투입되다시피 했다. 2017년 새 정부의 출범 이후에도 마찬가지였다. 30주년이라는 의미를 우리 모두가 공유하기 위해서는 회원들의 절대적인 참여가 필요했고 행사 준비하



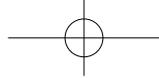
는 과장도 의미가 있는 것이었는데 여러 차례 공고와 권유에도 젊은 후배들의 참여가 저조했던 게 제일 아쉽다.

5. 30년 전과 지금의 민변, 무엇이 달라졌을까

조직의 규모에서 오는 변화가 제일 크다. 회원이 모든 회원들을 다 알고 지냈던 시기에는, 그 덕분에 양해하고 배려할 수 있는 여유가 있었다. 그러나 개별 위원회가 수백 명의 회원으로 이루어질 정도로 조직이 성장하면서 위원회의 전문적인 활동에만 몰입하게 되고 전체 민변의 활동이나 그 진로에 대해서 고민하는 회원들이 상대적으로 적어지고 있으며, 이는 어느 정도 필연적인 결과이다. 자신들의 관심 분야만 열심히 하다 보니 민변의 다른 활동에 대해서 이해하지 못하겠다고 하는 회원들이 나오기도 한다. 나는 이 분야만 관심이 있어 들어왔으니 그것만 열심히 할 거야라는 태도를 지양하고, 우리 모임 전체에 대한 애정과 상호 배려의식을 키워가면서, 한국 사회라는 큰 배가 나가야 할 길도 함께 고민하고 무엇보다도 현실에 안주하거나 변명하지 말고, 계속 함께 공부해보고자 하는 자세를 가졌으면 한다.

6. 앞으로 30년은 어땠으면 하는가

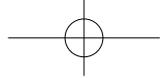
시대가 달라지고 환경이 바뀔 것이고 변호사뿐만 아니라 일반인의 삶의 방식도 많이 달라질 것이니 우리 모임이 어떻게 될지 예측하기 어렵다. 변호사들의 숫자가 늘어나면서 진보개혁적 변호사들이 여러 공익단체들



에서 더 열심히 활동하는 모습이 늘어나고 있으며, 지금은 민변 회원으로도 활동하는 사람들이 다수이기는 하나, 앞으로는 꼭 그렇지만은 않을 것이라 예측해 본다. 민변이 진보개혁적 의제와 활동을 다 독점할 수도 없거니와 그럴 필요도 없고 그래서도 안 된다. 어떻게 보면 지난 10년간 민주주의 후퇴기에 민변이라는 울타리가 필요했을 수도 있으나, 이제는 이를 넘어서서 좀 더 적극적이고 진취적인 공익활동이 우리에게 필요한 게 아닌가 싶기도 하다. 공익을 실천하는 변호사들의 모임이 더욱 많아지고 활동이 늘어나더라도 우리 모임은 그러한 변호사들에게 지식과 정보를 제공하고 훈련시키는 울타리가 되어주는 역할을 계속했으면 한다.

7. 남기고 싶은 말

민변을 세운 선배님들은 법조 전체가 2, 3천여 명 하던 시대에 재조 재야를 막론하고 두루 존경을 받으신 분들이셨다. 민변이 보수적인 법조계에서 진보개혁적인 입장을 취하면서도 감히 무시당하지 않고 30년을 버텨 온 것은 오로지 선배들의 기개와 인품, 변호사로서 그 누구도 무시할 수 없는 능력 덕분이었다고 생각한다. 그런 선배들이 없었다면 아마도 우리 모임 역시 술하게 명멸하는 단체들 중의 하나에 불과할 수도 있었을 것이다. 반면 함께 하고 있는 후배들을 생각하면, 생각하지도 않았던 새로운 시각으로 새로운 아이디어로 무장하여 과감히 보수적인 의견에 도전하는 그 기개가 정말 훌륭하고 때로는 감탄스럽다. 지금의 민변을 늘 새롭게 하는 큰 힘이라고 생각한다. ‘법고창신(法古創新)’이라는 말이 있다. 옛 것을 본받아, 그 속에 있는 정신을 되새기며 새로운 것을 만들어낼 때에 개별자로서의 한 인간이 가지는 유한성의 한계를 뛰어넘어 그 정신을 후



세에 길이 남길 수 있게 된다. 그 의미를 새기며 활동하기를, 후배 여러분들의 건투를 빈다.

민변의
窓

시론

인물탐구

활동보고

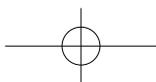
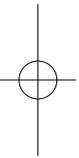
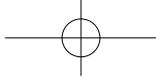
집중분석

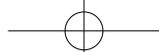
변론기

입법제안

국제화시대의 인권

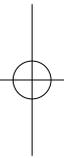
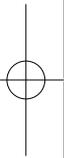
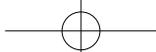
판례평석





시론

사법농단 사태를 어떻게 풀 것인가 | 천낙봉





시론

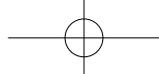
사법농단 사태를 어떻게 풀 것인가

천낙봉

민변의 1인 시위와 임종헌 구속

지난 10월 27일 새벽 2시가 지나서 임종헌 전 법원행정처 차장에 대한 구속영장이 발부되었다. 이제 한 고개를 넘었다는 안도감과 더불어 새로운 시작이라는 생각이 들었다.

2017년 3월초 이탄희 판사의 법원행정처 검임해제 사건이 보도되면서 당시 양승태 대법원장은 1차 진상조사단을 구성하였으나 조사단은 몸통인 양승태 대법원장이 현직에 있는 상황에서 조사하는 시늉만 하였다. 2017년 9월 김명수 대법원장이 취임하면서 11월경 추가진상조사위원회를 구성하였다. 추가진상위원회는 진일보한 면이 없지 않았으나 당시 김소영 법원행정처장이 조사를 방해하였고 이로 인하여 자료의 입수 자체가 어려웠다. 대법원은 2018년 2월 새로이 조사단을 구성하였는데 이를 ‘사법행정권 남용의혹 관련 특별조사단’이라 하였고 3차 진상조사위원회라고도 하였다. 특별조사단은 본격적으로 조사를 진행하여 5월 25일 그 결과를 발표하였다. 특별조사단의 조사와 그 결과에 대한 기대는 상당했다. 그

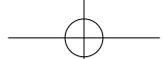


러나 이후의 과정은 실망과 한탄과 우려만을 낳았다. 조사내용을 전부 공개하는데 지난한 과정을 거쳐야 했고 대법원장이 앞으로 수사에 협조하겠다는 약속을 하였고 이를 믿었으나 결국 이행되지 않았다.

민변은 2018년 5월 25일 위 특별조사단의 조사결과 발표가 있는 직후에 50여 명의 회원들로 ‘사법농단 진상규명과 책임자 처벌을 위한 TF’를 구성하여 6월 5일 1차 회의를 가졌다. TF는 먼저 사법농단관련 전체 사건들에 대하여 자세하게 법률적인 분석과 해설을 한 이슈리포트를 작성하여 배포하였다. 이슈리포트는 언론에 배포하는 용도이기도 하지만 검찰에서 수사를 하면서 참고하기를 바랐다. 실제로 수사과정에서 이슈리포트가 상당히 도움이 되었다는 수사기관의 전언도 있었다.

사법농단 수사의 1차적인 어려움은 압수수색영장의 기각이었다. 수사단초로서의 압수수색영장이 번번이 무더기로 기각되면서 통상 90% 이상의 압수수색영장 발부율이 사법농단 수사에서는 발부율이 10% 미만이었다. 10%의 영장발부율도 그나마 사법행정왜곡 사건에 대하여 발부된 것이고 재판관여 사건에 관하여는 실질적인 발부율은 1% 정도라고 한다. 수사에 협조하겠다는 대법원장의 약속과 달리 영장전담판사들이 전면에서 수사를 방해하는 형국이 되었다. 심지어 유해용 변호사의 경우 대법원에서 무단으로 반출한 자료들을 폐기하지 않겠다는 각서를 작성해주기도 압수수색영장이 기각되자마자 즉시 폐기처분하였고 관련 판사들은 가장 중요한 증거물인 휴대폰을 파괴하거나 폐기처분하였다. 법원의 전,현직 판사들은 한 몸이 되어 은폐하고 폐기하고 영장을 기각하면서 국민을 기만하고 있다.

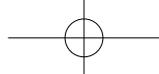
이에 TF는 1인 시위를 결정하였다. 민변은 지난 8월 30일 서울중앙지방법원의 정문과 동문에서 시작하여 10월 31일까지 출근시간과 점심시간에 1인 시위를 지속적으로 이어갔다. 변호사들에게 1인 시위는 그리 친숙하



지 않다. 경험을 해본 변호사들도 있지만 상당수는 이번에 처음으로 1인 시위를 하였다. 더욱이 그 장소가 일상 재판을 하러 다니는 법원이므로 더욱 어려웠으리라. 그럼에도 불구하고 민변 사상 처음으로 연인원 100명이 넘는 변호사들이 동참하였다. 지부에서도 독자적으로 1인 시위를 하였다. 그동안 참여하고 격려해주었던 모든 회원들이 자랑스럽고 그리고 감사하다. 사법농단 진상을 철저히 규명하고 피해자를 구제해야 한다는 굳센 의지로 이어가던 1인 시위 와중에 임종헌 구속 소식을 듣게 되어 더욱 반가웠다. 임종헌은 원세훈 댓글공작 사건, 일제 강제징용 손해배상 소송, 전교조 범외노조 사건, 통합진보당 국회의원 및 지방의원 사건 등 사법농단의 핵심적 지위에 있었기에 그의 구속은 진상규명에 중요한 전기가 될 것이다. 이제 사법농단 사태를 차근차근 매듭지어가야 할 시점이 되었다.

법관들, 그들의 천국

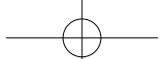
사법농단 법관들 그리고 그들에 동조하는 법관들은 이제 '당신들만의 천국'이 된듯하다. 법원은 엘리트들이 집단으로 모인 곳인데 권한만이 있고 의무에 대한 통찰을 하지 않았던 탓이다. 1990년대 중반부터 법조비리의 대책으로 법원은 법관들과 변호사들을 포함한 일반인과 사이에 장벽을 치기 시작하였다. 변호사가 판사를 방문할 때에는 방문대장에 기록하는 것에서 시작하여 다음에는 허가를 받으라고 하였고 이윽고 유리문으로 막아 버렸다. 유리장벽이 변호사와 판사들 사이의 비리를 막는 장치라고 한다면 판사들은 다른 방법으로 국민과의 소통을 더욱더 지속하려고 했어야 한다. 상고법원의 방안은 국민과의 소통을 통하여 올바른 방법인지를 검증하는 과정을 거치고 실행 방법도 정상적인 절차를 거쳐야 하였음에도 불구하고 사법농단자들은 자신이 만든 방안만을 절대시하였고 국민을 무



시하였다. 심지어 상고법원 설치를 위하여 국가권력에 아부하고 재판을 거래의 대상으로 삼았던 것이다.

법원 신뢰를 회복하기 위한 수사

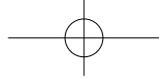
사법농단의 매듭은 관련자들에 대한 철저한 조사와 수사로부터 시작되어야 한다. 법원에서는 검찰의 문제를 지적하면서 누가 감히 누구를 수사하느냐는 반발이 있다. 검찰이 순수하고 결점이 없어서 수사를 담당하는 것이 아니다. 검찰의 문제는 검찰개혁의 방법으로 이어져야 한다. 이와 별개로 사법농단자들에 대한 수사는 엄격하고 철저하게 이루어져야 한다. 우선, 법원은 임종현의 구속에 연이어 관련 증거자료의 확보를 위하여 피의사건에 관한 압수수색영장을 발부하여야 한다. 피의사실과의 물적, 인적 관련성의 범위에 관한 판례(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결)는 “압수의 대상을 압수·수색영장의 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건에 한정할 것은 아니고, 압수·수색영장의 범죄사실과 기본적인 사실관계가 동일한 범행 또는 동종·유사의 범행과 관련 된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서는 압수를 실시할 수 있다.”고 판시하여 동종·유사범행까지도 관련성을 인정하고 있다. 위 판례를 근거로 하여 법원은 통상 90%를 상회하는 압수수색영장 발부율을 보여왔다. 즉, 법원은 압수수색에 있어서 피의사실 ‘관련성’의 개념을, ① 압수수색시를 시점으로, ② 수사기관의 관점에서, ③ 영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적인 사실관계에 있어서 동일성이 인정되거나 동종 유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 것으로, ④ 사실인정의 자료로서, ⑤ 의미가 있을 수 있는가에 대한 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아닌 것으로 판단되는 것이라면,



해당사건과의 관련성이 있다고 하여 압수수색영장을 발부하여 왔다. 그것이 사후적으로 압수수색의 계기가 된 사건의 증거로 사용될 수 없음이 밝혀졌다고 하더라도 압수수색과정에 아무런 위법이 없으므로 이를 위법수집증거로 볼 수 없는 것이고, 다만 환부 내지 폐기 등의 문제가 발생한다고 판단하였다. 따라서 사법농단 사건 관련하여 압수수색영장 기각 사유로 거시되었던 ‘피의사실에 대한 소명이 부족하다’ 혹은 ‘압수대상 물건이 존재할 개연성이 없다’는 사유는 대법원 판결과 다르게 오직 본 사법농단 사건에만 적용되었다. 아무런 논리도 없고 법적 근거도 없다. 법원은 국민들에 대한 압수수색영장은 남발하면서 자신들의 비리를 수사하기 위한 압수수색영장은 엄격하게 통제하는 특권의식을 보여주었다. 판사의 영장 발부 권한이 누구를 위해서 존재하는지 묻지 않을 수 없다.

특별재판부에서 재판

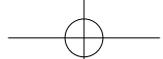
앞으로 사법농단자들에 대한 재판이 이어질 것이고 특별재판부 구성을 위한 특별법을 제정해야 한다. 특별재판부는 대한변협, 법원 판사회의가 추천하는 각 3인, 학식과 덕망이 있는 시민 3인 등 9인의 특별재판부 후보 추천위원회를 대법원에 두고 위원회가 현직 판사 중에서 2배수로 추천하면 대법원장이 3명을 임명하고 이들로 구성된 재판부에서 사법농단 사건을 담당한다. 공정한 재판을 담보하기 위하여 사법농단 사건과 관련 없는 현직 판사들 중에서 변호사, 판사, 국민들이 신뢰할 수 있는 사람들로 재판부를 구성하자는 것이다. 국회는 현직 판사들로 특별재판부를 구성하는 절차만 제정할 뿐이고 특별재판부 구성이나 재판에는 전혀 관여하지 않고 영향력을 행사할 수도 없으므로 사법권, 법관 자격, 재판에 관한 헌법 규정(101조, 103조)에 위반되지 않는다. 사법농단 사태는 수십 명의 전직,



현직 고위 판사가 당사자이거나 조사 대상이고 재판을 담당할 합의부 재판장 상당수가 사법농단 사건과 직, 간접적으로 관련 있는 특수한 경우가므로 극히 예외적으로 특별재판부를 구성하는 것이다.

사법농단자들에 대한 탄핵

사법농단 판사들은 현재까지도 법관으로서의 지위를 유지하고 있다. 현행 법관징계법상 최고 수위의 처분이 정직 1년에 불과해 설령 징계절차를 통해 최고 정직 1년의 처분을 받더라도 이들이 언제든지 재판업무로 복귀할 수 있다. 이들에 대하여는 일시적인 재판업무 배제에 그칠 것이 아니라, 파면을 통해 영구적인 재판업무 배제조치를 해야 할 필요가 있다. 현법상 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다(헌법 제106조). 그런데 법원은 전·현직 법관들에 대한 압수수색·구속 영장을 잇달아 기각하고 있고, 그 사이 사법농단의 증거자료들은 파기·훼손되고 있어 유죄 입증을 위한 구체적인 증거 확보가 어려운 상황이다. 설령 추후 기소되어 재판에 회부되더라도, 법원이 '제식구 감싸기'식 무죄 판결을 선고할 가능성도 배제할 수 없는 상황이다. 따라서 직무상 헌법과 법률을 위반하여 법관으로서의 기본적인 신뢰를 저버린 사법농단 판사들에 대하여는 탄핵을 적극 추진해야 한다. 탄핵은 대상자가 형사상 범죄로 기소되어 유죄판결을 받을 것을 요건으로 하지 않고 있고, 형사상 범죄로 인한 법률 위반이 아니더라도 중대한 헌법과 법률위반을 한 관련자에 대한 탄핵 소추가 가능하다. 이미 법원에서 자체 조사한 3차 조사보고서와 각종 문건들, 그리고 지금까지 나온 검찰의 수사결과만으로도 권순일 대법관과 김민수·박상언·이규진·이민걸·정다주 법관 등 여섯 명에 대하여는 탄핵 소추 요건을 갖춘 상태인 만큼, 국회는 신속히

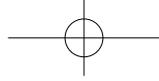


이들에 대하여서라도 우선적으로 탄핵소추 절차에 돌입하여야 한다. 이들은 양승태 대법원장과 차한성, 박병대, 고영한 법원행정처장 등의 포괄적 지시에 따라, 각자의 위치에서 행위를 분담하여 ① 상고법원안 통과에 핵심 키를 쥐고 있는 청와대 및 정치권의 동향을 분석하고, 그를 위한 협력을 구하면서 그 대가로 이미 선고된 재판 결과 중 정권에 협조한 사례를 제시하는 등의 방법으로 재판거래를 하고, ② 강제징용 사건 등 정권이 관심이 갖고 있는 사안에 대해서는 판결 선고 이전부터 여러 방식으로 재판에 개입하였으며, ③ 상고법원안에 반대하는 등 양승태 대법원장의 사법행정 방향에 비판적 입장을 가지고 있는 현직 법관을 사찰하고, 국제인권법연구회 등에 각종 불이익을 주었다.

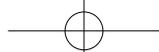
이는 공무원을 ‘국민 전체에 대한 봉사자’로 규정하고 공정한 직무수행 의무를 명시한 헌법 제7조, 국가공무원법 제59조, 부패방지권익위법 제7조 등을 위반한 것일 뿐만 아니라, 국민의 공정한 재판을 받을 기본권을 최대한 보장하기 위해 규정된 헌법 제103조 및 제106조에 위배되는 행위이다. 또한 법원행정처의 업무범위를 재판업무의 보조, 지원업무로 한정하고 있는 법원조직법 제19조 제2항을 위반한 것이다. 이와 같이 탄핵 대상 법관들은 헌법질서의 본질적 내용을 훼손하고, 이를 침해하거나 권한을 남용하였다. 이는 헌법상 재판의 독립 원칙과 국민의 공정한 재판을 받을 기본권을 침해한 행위로서 헌법질서에 부정적인 영향이나 해악을 미치는 정도가 매우 심각하다.

피해자 구제와 사법개혁을 향하여

앞으로 피해자들의 구제까지 험난하고 기나긴 여정이 남아 있다. 피해자 구제를 위한 특별법을 제정하여 사법농단 피해자 사건을 재심개시 요

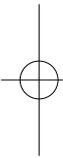
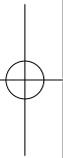
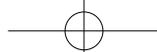


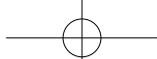
건으로 하는 특별법을 제정하고 조사 및 수사과정에서 취득한 자료들로서
재심사건으로 바로잡자. 마지막으로 법원의 제도 개혁으로 마무리를 향하
여 나아가자.



인물탐구

검산 최영도 변호사는 누구인가 | 박찬운





민변의
총

시
론

인
물
탐
구

활
영
보
고

진
중
분
석

변
론
기

입
법
제
안

국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석

인물탐구

겸산 최영도 변호사는 누구인가

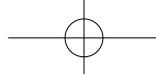
-법률가를 넘어 시대의 지성을 추구하다-

박찬운¹



겸산 최영도 변호사(1938~2018). 판사로 봉직하다가 1973년 유신헌정권 시절 사법파동의 주역으로 옷을 벗었다. 그 뒤 변호사로 인권변호에 힘썼고 대한변협 인권위원장, 민변 대표, 참여연대 공동대표 등을 거쳐, 노무현 정부에서 국가인권위원장을 역임했다. 저서로 <양코르 티베트 돈황>, <토기사랑 한평생>, 클래식 음악 에세이 <참 듣기 좋은 소리>, 유럽미술관산책 <아는 만큼 보이고 보는 만큼 느낀다>가 있다.

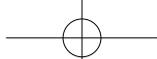
¹ 한양대 법학전문대학원 교수(인권법); 법학박사; 변호사. 필자는 겸산 최영도 변호사를 90년대 초 민변의 선후배로 인연을 맺은 이래 법조 선배를 넘어 삶의 표상으로 존경했다. 특히 선생의 영향을 받아 전공 이외의 인문적 글쓰기를 해왔다. 저서로 인권법 관련 전공서 외에 <책으로 세상을 말하다>, <문명과의 대화>, <로마명명 한국에 오다>, <빈센트 반 고흐 새벽을 깨우다> 등이 있다.



이 글은 한 사람과 그가 걸어온 길에 대한 헌사다. 겸산 최영도 변호사(이하 ‘선생’이라 호칭함, 이것은 존경의 염을 담아 부르는 경칭임). 선생을 잘 모르는 분들에게 어떻게 소개하는 게 좋을까. 올 6월 9일 선생이 갑자기 타계한 뒤 내가 신문에 쓴 추모의 글을 소개함으로써 이 글을 시작한다.

“변호사님은 1970년대 초 폭압적인 박정희 정권에 의해 법관 재임용에서 탈락한 뒤, 재야 법조인이 되어 인권변호사로 외길을 걸으셨습니다. 민변 회장과 대한변협 인권위원장 그리고 국가인권위원회 위원장을 지내면서 인권옹호에 앞장섰고, 참여연대 공동대표를 맡아서 인권문제를 시민운동의 지평으로 확장시켰습니다. 국가인권위 시절엔 저도 인권정책국장을 맡아 함께 힘을 보탰습니다. 그러나 변호사님의 삶을 법률가로만 한정할 수 없습니다. 변호사님은 법률가의 울타리를 뛰어넘어 전인적 지식인의 풍모를 한껏 발휘한 분입니다. 참된 지식인이라 함은 자신의 주업에 함몰되지 않고 인간과 자연 그리고 세계의 본질을 이해하고자 하는 욕구와 정열을 갖게 마련입니다. 그런 지식인은 생업과 관련된 공부만이 아니라 문학·역사·철학·예술을 공부합니다. 제가 아는 변호사님은 법조계에서, 아니 우리 사회 전체에서, 그런 향학열을 누구보다 뜨겁게 품고 사셨습니다. 후배 법조인들에게 부족한 인문학적 향기를 물씬 풍겨주신 분이었습니다.”(2018. 6. 12.자 한겨레신문 추모의 글)

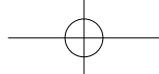
선생은 이렇듯 법률가이면서 그것을 뛰어넘은 삶을 살아온 이 시대 보기 드문 지식인이었다. 내가 법률가가 된 이후 몇몇 선배 법률가가 롤 모델이 되었지만 선생만큼 나에게 큰 영향을 끼친 분은 없다. 비록 빈한한 가정에서 태어나 법률가가 된 나지만 선생같이 고상한 풍모를 지닌 법률가로 성장하고 싶었다. 고통 받는 사람들에게 대해 참을 수 없는 연민으로



밤을 새우면서도, 또 한편으론 예술을 알고, 문명의 발상지를 찾아 세상을 주유하는 멋진 여행가가 되고 싶었다. 그것이 과연 당대에 가능한 일 인지는 모르지만, 사람은 누구나 자기와 조금이라도 비슷한 면이 있는 사람에게 끌리는 법이다. 내가 선생을 좋아하고 따르게 된 데에는 분명 선생과 내가 뭔가에서 공통점이 있다는 것일 게다. 그게 무엇일까 생각해 보니 호기심이다. 선생은 연세가 팔순에 들어서도 끊임없이 지식을 찾아 밤을 새우셨다. 그리고 그것을 글로 옮기셨다. 호기심이 없다면 불가능한 일이다. 외람스럽지만 나 또한 그렇기에, 새벽을 깨워 책을 읽고, 틈나는 대로 배낭을 둘러맨 채 세상을 주유한 뒤, 글을 써 왔다. 선생이 쓰신 책 한 권을 읽으면 나도 언젠가 그런 책을 쓰겠다고 결심한 적이 한 두 번이 아니었다.

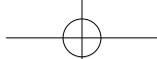
남다른 어린 시절

선생은 1938년 12월 17일 서울 종로구 필운동에서 부친 최경진과 모친 김상옥 사이의 3남 3녀 6남매 중 넷째로, 아들로는 둘째로 태어났다. 부친 최경진은 1930년대 서울에서 중천상회라는 사업체를 세워 조선, 일본, 만주에 걸쳐 비료와 농기구를 도매업을 하였다니, 선생은 지금 말로 하면 금수저를 입에 물고 태어난 셈이다. 하지만 부친 최경진은 매일사상이 강했고 매우 비판적인 지식인이었으며 불의에 타협하는 인물이 아니었다. 전두환 정권 시절 7순이 넘었지만 아들, 손자와 민주화를 요구하는 데모 대열에도 참여하였다니 그 인물 됴을 대체로 짐작할 수 있을 것이다. 선생은 이런 부친 아래 유년 시절을 보내다가 해방이 되는 해 일제의 소개령으로 큰덕과 외가가 있는 개성으로 이사해, 그곳에서 초등학교에 입학하였고, 다섯 달 뒤 8.15 해방을 맞는다.



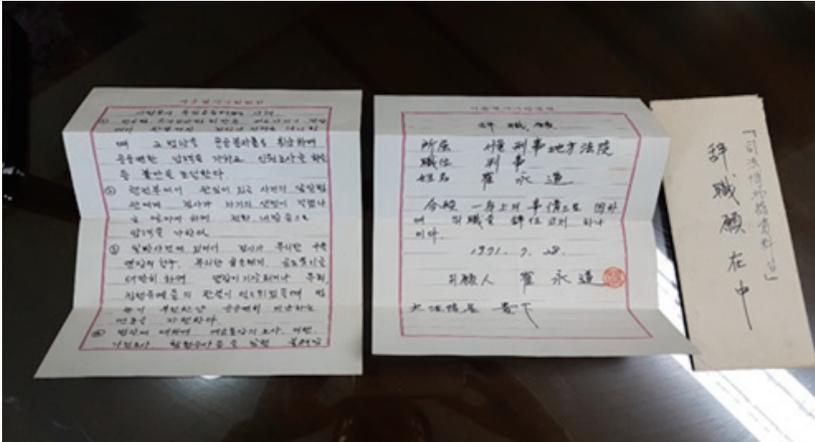
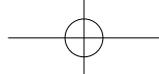
나는 어설플 인간 결정론을 믿지 않는다. 사람은 태생에 의해 결정되는 이 자연적 불평등을 그대로 받아들이면 우리는 할 일이 없다. 아무리 노력한들 무엇하랴, 이미 결정되어 있는데. 하지만 어린 시절 성장배경이 평생에 큰 영향을 끼친다는 것엔 토를 달고 싶지 않다. 주로 부모에 의해 결정되는 이 성장배경이, 인간은 평등해야 한다는 당위로 인해, 퇴색되는 일은 없기 때문이다. 그런 면에서 선생의 어린 시절은 그 시대 평균적인 대한민국 사람과는 사뭇 달랐다. 선생이 한평생 법률가를 넘어, 특별한 심미안을 갖고 예술을 좋아한 것은 서울 장안의 어느 명문가에서도 보기 힘든 가풍과 어린 시절의 교육에서 비롯된 것이다. 이것은 선생을 이해하는 데 있어 매우 중요한 것이기에 선생의 말씀을 직접 옮겨보기로 한다.

“나는 (또한) 비교적 예술 친화적인 환경에서 자랐다. 선친께서는 1948년 서울 장충동에 처마가 높이 솟은 기와집을 짓고, 미산 황용하의 석란도 열여섯 폭으로 방을 도배하셨다. 그리고 백단향을 피워 놓고 녹차를 음미하며 한시를 읊으시고, 노장 철학에도 심취하셨다. 내 이름의 도(道)자도 노자의 도덕경에서 따온 것이라고 하셨다. 우리 형제들은 어려서부터 그런 멋쟁이 아버지 손을 잡고, 1949년 제1회 국전부터 미술전람회와 서화전을 관람하면서 자랐다. 1954년 보성고등학교 1학년 때에는 백부님이 근무하시던 국립박물관에 자주 가서 백부님의 제자인 최순우 과장님의 호의로 국보급 문화재들을 눈에 익혔다. 1955년 고등학교 2학년 때에는 우리나라1세대 서양화가의 한 분인 청구 이마동 화백의 서양미술사와 동양미술사 강의를 들었다. 고등학교에서 동서양미술사를 가르친 경우는 아마 보성 말고는 없을 것이다. 또 학교법인 이사장 간송 전형필 선생께서는 매년 개교기념일에 학교에서 전시회를 열어 국보급 도자기와 서화를 보여 주셨다. 비록 전시에 청소년기를 보냈지만 이런 환경과 체험



이 나를 미술에 일찍 눈뜨고, 석불사와 불교미술에도 쉽게 빠져들게 했던 것 같다. 그런 성향이 중년기 이후에는 미술사학을 새로 공부하고 싶다는 생각까지 하게 되었다.” (최영도, 『아잔타에서 석불사까지』, 기파랑, 2017, 16~17쪽)

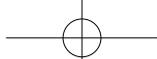
이렇게 선생은 학교도 가기 전 코흘리개 시절부터, 예술을 아는 선친을 통해, 미산 황용하(개성 출신으로 사군자에 뛰어난 당대의 화가)를 알았고, 국전 전람회를 제집 드나들듯 했다. 고교(보성고등학교) 시절 이후엔 문화재 애호가로 유명한 간송 전형필 선생과 우리의 문화재를 한국적 미학으로 설명한 최순우 선생을 통해서 수많은 국보를 친견할 수 있는 기회를 가졌다. 어린 시절의 이런 경험은 소년의 뇌리에 박혀 그 후 60년 세월을 남달리 보내는 계기가 되었다. 사실 나는 이 말씀을 선생과 인연을 맺은 이후 여러 차례 직접 들을 수 있었다. 들을 때마다 감탄했고, 솔직히 부러웠다. 식민지를 경험하고, 전쟁의 참상을 목도했음에도, 이런 남다른 성장을 할 수 있었다는 것은 큰 복이다. 그게 모두 조상의 음덕 때문이었을까? 여기에도 고통 받는 사람들에 대한 남다른 연민까지 느끼며 평생을 살아온 선생. 내가 흠모하지 않을 수 없는 이유다. 선생의 모습은 내 연구실 서가의 초상화 주인공인 영국의 현인 버틀랜드 러셀(1872~1970)과 중첩된다. 나는 러셀을 사랑하고 존경해 마지않는다. 그는 대영제국의 수상이자 백작의 손자로 태어나 최고의 교육을 받아 수학자로서, 철학자로서 일세를 풍미했지만, 또 한편 평화운동과 인권운동으로 고통 받는 이웃을 위해 스스로 고난의 길을 걸었다. 지식을 추구하면서도 철저히 사랑을 실천했던 러셀… 나는 선생의 삶에서 러셀의 그림자를 진하게 느낀다.



1973년 사법파동 당시 선생이 작성한 '사법권독립침해사례'와 그 여파로 법관직을 사직할 때 쓴 사직원

제1차 사법파동의 주역이 되다

선생은 대학을 졸업한 1961년 치러졌던 제13회 고등고시 사법과에 합격함으로써 법조인의길을 걷는다. 당시 상황은 박정희 소장에 의해 5.16 군사쿠데타가 일어나 정국은 몹시도 혼란했다. 1962년 군에 들어가 육군 법무관이 되어 3년 만기 제대를 한 후 1965년 대전지방법원 천안지원 판사로서 법관생활을 시작한다. 같은 해 선생은 평생의 반려 신청자 여사와 결혼한다. 신혼의 판사가 천안, 대전, 수원, 서울을 전전하며 판사생활을 하는 것은 예나 지금이나 쉽지 않았다. 더욱 그 시절 판사의 월급은 지금 과도 많이 달랐던 터라 선생으로선 여유 있는 삶을 꿈꾸기 어려웠다. 분유 값이 없어 고생을 하던 시절이라 취미생활은 엄두도 내지 못했다. 선생이 말하는 이 당시 에피소드가 하나 있다. 판사 월급으론 도저히 먹고 살기 어렵다고 생각해 부업이라도 해서 살림에 보태겠다는 마음으로 부친으로부터 사업자금을 받아 동료 판사와 양돈에 손을 댔다는 것이다. 그 결과? 뻘한 일 아니겠는가. 1년이 안 돼 투자금의 대부분을 까먹고 손을



땀다. 지방판사를 하면서 판사의 품위를 잃지 않고 사는 것이 어려웠지만 조금씩 판사생활에 익숙해지면서 생긴 여유시간은 독서에 투자했다. 60년 대 말 선생이 즐겨 읽었던 책들은 주로 서양 고전. 을유문화사 판 세계사상교양전집을 애독했는데, 그 중에서도 토마스 모어의 <유토피아>, 몽테스키외의 <법의 정신>, 플라톤의 <향연>, 루소의 <사회계약론>, 마키아벨리의 <군주론>과 파스칼의 <팡세>가 그 당시 선생이 읽었던 독서목록에 포함된 책들이다. 이런 독서 중 어느 날 운명적으로 일본의 미학자 야나기 무네요시가 쓴 <한국과 그 예술>(박재삼 역)이라는 책을 만나게 된다(이에 대해선 후술).

1971년 선생은 서울형사지방법원 단독판사로 일한다. 선생 일생에 운명의 시간이 다가온다. 사법부에 일대 회오리바람이 분 것이다. 역사는 이를 제1차 사법파동이라고 부른다. 선생은 바로 이 광풍의 한 가운데서 그 주역이란 쓴 잔을 거부하지 않았다. 이 파동의 시작은 그해 7월 검찰이 서울형사지방법원 이범렬 부장판사와 최공용 판사에 대해 뇌물수수 혐의로 구속영장을 신청하는 것으로부터 시작한다. 제주에 검증 차 출장을 갔다가 변호사가 대접하는 소주를 마시고 돌아오는 길에 말린 표고버섯 한 포씩을 선물로 받았다는 것이 뇌물수수의 내용이었다. 이는 당시 공안부 검사 김종건과 이규명이 경찰 형사를 시켜 제주까지 미행을 해 들춰낸 것이었다. 그러나 이것은 명목일 뿐 정권의 목적은 다른 데 있었다. 사법부를 완전히 길들이기 위한 공포정치의 일환이었다. 이것을 모를 리 없는 선생과 동료판사들이 들고 일어난 것은 자명한 사실. 당장 37명의 판사들이 사표를 쓰고 대법원장 면담을 요구했다. 선생은 이 때 후일 사법부 독립선언서로 알려진 '사법권독립침해사례'를 문서로 작성했다. 홍성우 판사 등과 대법원장을 만나 그간의 사법권 침해사례를 조목조목 이야기하고

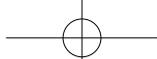


대법원장이 대통령을 만나 법무부장관, 검찰총장 등 관련자를 해임시킬 것을 요구하라고 건의했다. 이런 것이 받아들이지 않으면 사의를 철회하지 않겠다고 말했다. 그러나 역사는 뜻대로 되지 않았다. 이 사태로 정권에 부담되는 판사들 면면이 확인되었고 그들은 바로 이어진 유신헌법 시행과정에서 법복을 벗어야 되는 운명에 처하고 만다. 당시 상황을 선생이 써 놓은 기록에 의해 직접 들어보자.

“1973년 3월 법관 임면권을 대통령이 대법원장으로부터 빼앗아간 유신 헌법의 시행으로 나는 박정희 대통령이 행한 법관 재임명에서 탈락해 해직판사가 되었다. 3월 22일 아침 출근하자마자 어떤 법조 출입기자 한 명이 판사일로 헐레벌떡 찾아와, 제퍼슨이 누구냐고 물었다. 제퍼슨은 미국 독립선언서를 기초한 사람이 아니냐고 반문하자, 그게 아니고 사법파동 때 ‘사법권독립선언서’를 기초한 사람이 누구냐고 했다. ‘사법권독립서’는 아니지만 ‘사법권독립침해사례’는 내가 썼다고 하자, 그는 그것을 쓴 판사가 이번에 재임명에서 탈락됐다고 했다. 그는 내가 사법파동을 주도했을 뿐만 아니라 평소 무죄 판결과 구속영장 기각률도 가장 높았으므로 검찰에 미운 털이 박혔다더라고 했다. 그리고 잠시 후 법원장이 내게 재임명 탈락 사실을 통고하며 사표를 내라고 종용했다. 나는 3월 31일 사표를 제출했다. 사표를 내지 않더라도 4월 30일이 되면 유신헌법 부칙에 따라 자동해직이었다.”(최영도, 『토기사랑 한 평생』, 학고재, 2005, 31~32쪽)

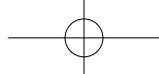
인권변호사... 민변회장... 국가인권위원장, 인권증진에 노력하다

선생은 1973년 3월 정들었던 법원을 뒤로 하고 재야로 나온다. 선생의 연고는 서울이었지만 당시 변호사 개업지 제한 때문에 서울에서 변호사



개업을 못하고 초임지인 천안으로 내려가 개업한다. 이 당시 변호사의 삶은 어떤 것이었을까? 지금 후배들은 70년대 혹은 80년대의 변호사의 모습을 그리기 어려울 것이다. 나는 사법시험을 1984년에 합격하고 법조인의 삶을 시작한 터라 선배들의 모습과 그들의 무용담(?)을 직접 보고 들었다. 지금으로부터 30년 전의 변호사는 특권계급이었다고 말해도 좋다. 이 말은 그 즈음 일본변호사들이 써 놓은 글에서도 여기 저기 발견된다. 그들이 한국 변호사들을 만나면 일본 변호사와는 전혀 다른 모습을 발견한다는 것이다. 말과 행동 그리고 사는 모습이 일반 서민과는 확연히 다르다는 것이었다. 내가 보기에 선생의 모습도 그리 다르지 않았다. 시골에서 변호사를 하다가 1975년 서울로 사무실을 옮긴 선생의 삶은 여유가 있었다. 실력 있는 변호사니 사건이 없을 리 없고 당연히 수입도 좋았다. 선생의 고상한 취미생활이 시작되었고 (뒤에서 말하는) 사라져가는 토기를 수집한다. 그러나 선생이 매일같이 살던 시대는 한 인간의 고상한 삶을 그대로 놓아두지는 않았다. 박정희 정권의 폭압적인 민주주의 유린은 마지막 정점을 향해 달려갔고 마침내 1979년 암살이라는 비극을 맞이한다. 1980년의 봄은 모든 이의 가슴을 한껏 부풀게 만들었지만 역사가 알려준 대로 새로운 비극이 잉태하고 있었다. 전두환 군부정권의 출현! 이제 대한민국의 민주주의는 다시 후퇴하여 수많은 인권유린사태가 발생한다. 이런 상황에서 돈을 벌고 고상한 취미생활만 하면서 살 수는 없는 것 아닌가. 선생을 필요로 하는 이 땅의 양심수들의 신음과 고통을 어떻게 외면할 수 있겠는가. 선생의 시국사건 변론활동이 본격적으로 시작된다.

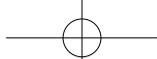
전두환 정권은 수많은 학생과 시민을 구속하고 그들을 빨갱이로 몰아 공안정국을 조성했다. 1980년대는 마치 독이 터진 것처럼 시국사건이 쏟아진 시기다. 그러니 당연히 인권변론의 수요는 폭발적으로 늘어날 수



밖에 없는 상황! 이 상황에서 그 동안 당국의 탄압을 피해 조직체계도 없이 각자 개별적으로 정치범과 양심수들을 변론해 오던 변호사 30여 명은 1986년 5월 ‘정의실천법조회(정법회)’를 발족시킨다. 그리고 이어 1988년 5월 정법회는 진보적인 소장 변호사들로 구성된 ‘청년변호사회(청변)’와 통합해 ‘민주사회를 위한 변호사 모임(민변)’을 창립한다. 선생은 이 과정에서 자연스럽게 정법회와 민변 창립에 참여했고 종교단체나 가족들로부터 들어오는 시국사건을 배당 받아 그 변호에 매달린다. 그리고 몇 년 뒤 92년엔 대한변협 인권위원장이 되어 변협 차원의 인권보호에 매진한다. 전두환 정권과 노태우 정권 시절 선생이 직간접으로 변호하고나 관여한 시국사건은 셀 수 없이 많다. 선생이 직접 기록한 것을 토대로 간단히 사건명만 언급해도 상당한 지면이 필요하지만 여기에 그 일부를 기록한다.

- 1986년 5월 3일 발생한 세칭 ‘5.3 인천소요사건’ 연세대 김수영 등 변호
- 1987년 1월 ‘애학투사건’ 서울대 미학과 이승문 변호(국보법 위반)
- 1987년 6월 세칭 ‘ML당 사건’ 서울대 사회학과 최형두 변호(국보법 위반)
- 1988년 3월 ‘반미청년회사건’ 고려대 철학과 안희정 변호(국보법 위반)
- 1992년 8월 ‘조선노동당 중부지역당 사건’ 대한변협 인권위원장으로 피의자 김낙중에 대한 안기부의 접견거부처분에 대하여 인권침해라는 내용의 성명 발표 및 불법체포 감금죄로 수사관 고발

인권변호사로서 선생의 전성기는 90년 대 중반 이후 민변의 대표가 되고 나서부터일 것이다. 선생은 1996년 6월 민변회장으로 선출되면서 민변의 역할을 시국사건 변호를 넘어 양심수 석방 사면, 반민주악법개폐, 인권침해실태조사, 시민사회와의 연대, 국제인권단체와 교류와 연대사업 등으로 확대해 나갔다. 98년엔 회장을 연임함으로써 4년간 한국 최대의



선생이 국가인권위원장 시절 나는 인권정책국장으로 일했다. 선생 왼쪽은 당시 사무총장으로 일한 박노현 전 서울시 교육감

인권변호사 모임을 이끌었고, 참여연대, 민노총 등과 함께 한국인권단체 협의회를 만들어 상임공동대표로서 각종 인권현안에 대한 대책을 논의하는 주역이 된다. 민변 회장 기간 중 선생의 가장 큰 관심사 중 하나는 독립적인 인권기구를 설립하는 것. 선생은 98년 2월 한국인권단체협의회 대표로서 당시 김대중 대통령 당선인을 만나 대통령공약사항이었던 국가인권위원회 설립을 꼭 이루어달라고 간곡히 요청한다. 그러나 이 작업은 만만한 일이 아니었다. 당시 법무부는 인권위를 그 산하에 두고자 하는 계획을 갖고 조금도 물러서지 않았다. 독립기구를 만들지 않으면 안 된다는 인권단체는 도저히 용납할 수 없는 상황이었다. ‘인권법 제정 및 국가인권기구 설치 민간단체 공동추진위원회’가 발족되었고 선생은 공동 상임대표를 맡게 된다. 당시 상황을 선생은 이렇게 기록했다.

“인권위원회를 법인체로 만들면 필연적으로 주무관청인 법무부장관의 지휘감독을 받게 되고, 그런 법무부 산하의 민간기관은 검찰의 인권침해

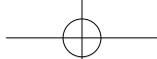


를 제대로 감시하고 조사하고 시정할 수 없다. 그러므로 인권위원회는 반드시 어느 행정부서에도 속하지 않는, 대통령으로부터도 독립된 국가기구여야 하며, 정부와 민간이 함께 참여하는 추진위원회를 구성하고 사회적 합의를 토대로 설립해야 한다고 주장했다. 그리하여 그때부터 국가인권위원회법이 제정될 때까지 2년 8개월에 걸친 길고도 험난한 투쟁이 시작되었다.”(최영도, 『토기사랑 한 평생』, 학교재, 2005, 75~76쪽)

당시 공대위의 투쟁은 처절한 지경까지 갔다. 흑한의 계절에 명동성당에선 천막농성에 들어가는 사태까지 발생했으니 말이다. 이런 우여곡절 끝에 2001년 5월 인권위법은 마침내 국회를 통과하고 그 해 말 역사적인 설립에 이르게 된다. 비록 공대위의 주장이 완벽하게 수용된 것은 아니지만 세계 주요 인권기구 중 대한민국 국가인권위원회만큼 독립적이고 규모 있는 기구를 발견하기 어렵다. 적어도 절반 이상의 성공을 거두었다고 말할 수 있을 것이다. 선생이 인권위 설립과정에서 보여 준 헌신성과 역량은 그 후 노무현 정부에서 제2대 인권위원장으로 임명되는 결정적 계기가 된다.

한 평생 토기 사랑, 아낌 없이 사회에 환원하다

용산중앙박물관을 가면 상설전시관 중 기증전시관에서 겸산 최영도관을 만날 수 있다. 선생은 30여 년간 모은 토기 전량 1,719점을 중앙박물관에 기증했다. 법률가 중에 예술을 탐미하는 사람이 꽤 있다. 그 중엔 고가의 서화나 도자기를 수집하는 사람도 있다. 그들에게 있어 수집품은 무엇일까? 그 대부분은 수집가 자신을 위한 것으로 그의 재산이다. 때가 되면 후손들에게 상속될 것이니 부의 세습의 방편이기도 하다. 선생의 예술품

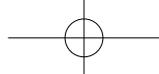


수집은 그런 용도가 아니었다. 이에 대해 많은 사람들이 의문을 품을 것이다. 도대체 선생은 무슨 이유로 그 많은 토기를 모았으며 그것을 왜 국가에 기증했을까? 선생의 말을 직접 들어보자.

“만약 내가 토기를 수집하지 않고 그 돈으로 부동산에 투자를 했더라면 아마 꽤 큰 빌딩 같은 것을 가지고 노후를 안락하게 지낼 수 있을지도 모른다. 그러나 나는 지금도 나의 선택을 결코 후회하지 않는다. 높은 관직에 올라 출세한 친구도, 큰돈을 모아 부자가 된 이웃도 부럽지 않다. 이 세상에 와서 부모님의 크나큰 사랑과 스승님의 훌륭한 가르침을 받고, 열과 성을 다해서 모은, 자식처럼 사랑하던 토기들을 몽땅 국립중앙박물관에 두고 가게 되었으니 이보다 더 큰 하늘의 은총이 어디 있으랴.” (최영도, 『토기사랑 한 평생』, 학교재, 2005, 75~76쪽)



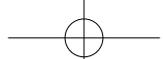
용산중앙박물관 내 겸산 최영도 전시관. 나는 2018년 6월 13일 선생의 발인 다음 날 박물관을 찾아갔다. 전시실 내엔 박물관에서 마련한 조화가 관람객을 맞고 있었다.



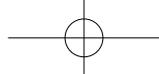
위 사진은 국립중앙박물관 경산 최영도 관 모습, 아래는 전시품 중 하나인 통일신라시대의 <인화문배단지>. 선생은 1983년 이 토기를 구입하는 데 거의 작은 집 한 채 가격의 돈을 지불했다.

선생은 2011년 말 국립현대미술관에서 열린 기증자 축제에 참석해 당신이 토기수집을 하게 된 계기와 기증 문화에 대해 공개강연을 한 바 있다. 이 강연에서 선생은 토기를 모은 사연과 그것을 국립중앙박물관에 기증한 과정을 진솔하게 말했다. 토기수집가로서의 선생을 이해하는 데 이만큼 좋은 자료가 없을 것 같다(이 자료는 선생 사후 유품 정리 도중 발견한 것으로 선생의 3남 최윤상 변호사가 필자에게 보내 온 것임). 강연의 한 부분을 가감 없이 여기에 옮긴다.

“1983년 1월 어느 날 고미술시장에서 알게 된 토기수집가가 제게 이런 제의를 했습니다. ‘우리가 무관심한 사이에 한국 토기는 외국인들이 수집하여 다 가져나갑니다. 우리가 토기를 체계적으로 수집하여 토기박물관을 하나 만듭시다.’ 저는 그 말에 크게 깨달아 토기박물관 설립을 인생의 목표로 삼았습니다. 우선 프랑스 외교관이 가져가려던 백제항아리를 하



루 전에 빼들려 해외 유출을 막고 본격적인 토기수집에 들어갔습니다. 시간과 돈이 아까워 골프와 고급식당 출입을 끊고 오로지 토기만 쫓아다니다 보니 주위 친구들도 하나 둘 떨어져 나갔습니다. 토기 몇 점은 당시 거의 작은 집 한 채 값씩 주었고, 제 수입의 거의 반 이상이 토기 수집에 들어갔습니다. 1999년까지 토기 1500여 점을 수집했습니다. 그러나 재단법인 설립, 박물관 부지 매입과 건축비용, 박물관 유지재원 마련은 제 능력으론 감당할 수가 없었습니다. 눈물을 머금고 박물관 설립을 포기했습니다. 그 뒤 토기들을 수집목적에 합당한 곳으로 보내는 것이 큰 고민거리가 되었습니다. 길을 건너 가다가도 만약 여기서 차에 치어 죽으면 토기들의 운명은 어떻게 되나를 걱정했고, 해외여행을 떠날 때는 돌아오지 못하면 대학이나 공공기관에 무상으로 기증하라는 유언장을 써서 자식에게 맡겼습니다. 저는 마치 과년한 딸을 빨리 출가시키고 싶은 아버지와 같이 초조해 하였습니다. 대기업 오너에게 무상으로 기증할 터이니 박물관을 설립해 운영해 달라고 했으나 반응이 없었습니다. 문화관광부장관에게 같은 내용의 정책건의를 했지만 접수한 지 6일 만에 예산이 없다는 이유로 거절통지서를 보내더군요. (그러던 중) 2000년 국립중앙박물관이 기증의사를 타진해왔습니다. 저는 망설이다가 두 가지 조건을 제시했습니다. 첫째, 기증품을 지하수장고에 넣어두지만 말고 적어도 일 년에 두 번쯤 전시품을 교체해 달라는 것, 둘째 기증유물 전품 도록을 만들어 박물관, 도서관, 대학 등에 배포하여 토기연구자들에게 자료로 제공해 달라는 것. 위 조건은 흔쾌히 수락되었고 저는 그해 5월 12일 국립중앙박물관에 토기 1578점을 무상 기증하겠다는 의사를 전달했습니다. 저는 제 수집품을 제 개인의 소유라고 생각해 본 적이 없습니다. “그것은 처음부터 우리 국민 모두의 것이다. 그러니까 국민에게 돌려줘야 한다”고 생각했습니다. 세 트럭의 토기가 집에서 실려 나가던 날 저는 텅 빈 수장고에 서서 이제



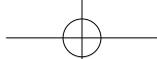
무거운 관리책임에서 벗어났구나, 무엇을 많이 가지고 있다는 것도 속박이구나, 다주고 나니 자유롭구나, 그리고 무한한 해방감이 찾아왔습니다. 시원해서 날아갈 것 같았습니다. 국립중앙박물관은 2001년 5월 7일 제 기증사실을 공표하고 기증문화재전을 개막했습니다. 저는 그 후에도 수집을 계속해서 2008년까지 총 6차에 걸쳐 1719점을 기증했습니다.” (2011년 12월 5일 국립현대미술관 기증자 축제 ‘아름다운 만남:기증작품 특별전’ 강연원고 중에서)

선생은 이런 기증을 하면서 어떤 대가도 구하지 않았다. 그러나 단 하나 선생이 바란 것이 있다. 선생은 위 연설 마지막에서 기증자로서 미술관에 이런 부탁을 한다. 듣는 이의 마음에 잔잔한 감동을 전하는 말이다.

“기증자는 자기 애장품을 가장 잘 보존하고 국민에게 오래오래 보여주리라 믿고 국립미술관에 기증하는 것입니다. 미술관이 애정을 가지고 기증품을 관리해주시면 기증자는 더 바랄 것이 없습니다. 부디 ‘기증품에 사랑을 듬뿍 주십시오’ 듬뿍!”(위 강연원고 중에서)

세계문명 여행가… 불교미술 기행가, 필생의 역작이 탄생하다

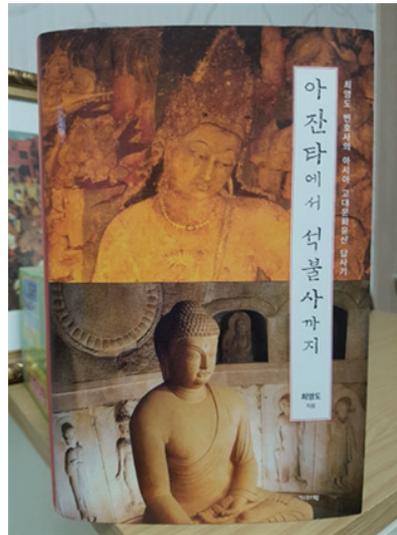
선생은 1980년 초부터 30여 년간 틈만 있으면 한국을 떠나 세계 곳곳의 문명을 찾아 헤맸다. 사진기를 들고 찾아간 곳을 세밀하게 촬영하고 다녀온 다음엔 밤새 정리해 글을 남겼고 그것은 몇 권의 책으로 남아 우리를 지적으로 자극한다. 선생은 어떤 자세로 기행문을 썼을까?



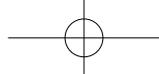
“나는 내 경험을 통하여 ‘모든 사물은 아는 만큼 보인다. 모르면 보이지 않고, 보지 못하면 좋은 줄 알지 못한다’는 것을 알게 되었다. 그래서 기행문을 쓰면서 독자들에게 여행 목적지의 지리와 역사, 그곳 문화유산의 미술사적 배경과 의의 등에 관한 객관적 정보를 많이 전달하기 위해, 나의 개인적 감상이나 문학적 수사 같은 것은 가급적 절제하고, 주지주의적이고 인문학서 같은 성격의 기행문을 써 내려갔다.”(최영도, 『토기사랑 한 평생』, 학교재, 2005, 108~109쪽)

선생의 문명 기행여행정은 실로 찬란하다. 아시아를 넘어 유럽으로, 남미와 아프리카로 이어졌다. 그 중에서도 선생이 특별히 천착한 것은 불교문명을 탐구하기 위한 기행!(고로 이 글에선 여기에 초점을 맞추고자 한다) 인도네시아의 보로부두르, 아잔타, 엘로라, 바간, 앙코르, 티베트, 둔황 막고굴, 용문 석굴, 중국 시안과 뤼양, 일본 교토와 나라 그리고 실크로드… 선생이 찾은 여정의 일부다. 선생의 말씀대로 그것은 불교미술의 순례이었고, 불교의 동점에 대한 추적이었다. 그 결과 선생은 불교미술이 그 발상지를 떠나 동쪽 끝 경주 석불사(석굴암)에서 위대한 예술적 정점을 이뤘다는 것을 증명하였다.

나는 그 여정을 이 제한된 지면에 소개할 능력이 없다. 선생이 감상한



선생의 필생의 역작, <아잔타에서 석불사까지>, 책 표지 아잔타 제1굴의 연화수보살(위), 석굴암 본존불(아래), 이 두 걸작이 선생이 반백 년간 발로 쓴 불교기행의 최종결정판이다. 하나는 불교 발상지인 아잔타에서, 또 하나는 동쪽 끝 경주 석불사에서 만난 것이다.

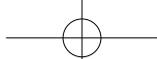


수많은 불상과 사원 그리고 불화를 일목요연하게 전달할 능력은 더욱 없다. 그 여정의 일단이라도 알고자 하는 사람은 선생의 필생의 역작 <아잔타에서 석불사까지>(기파랑)를 읽어보길 권한다. 그 책장을 넘기며 그 속에 있는 400장에 가까운 도판을 직접 본다면 선생의 여정을 어느 정도 이해할 수 있을 것이다. 나는 이곳에서 선생이 그 책에서 남긴 몇 마디 말을 통해, 선생이 어떤 분인지, 그가 무슨 이유로 불교미술에 천착해 수십 년간 문명기행을 해왔는지를 독자들에게 전할 뿐이다. 그 정도만 해도 선생의 삶과 그의 심미안에 감탄하지 않을 수 없을 것이며, 하루라도 빨리 이 책을 주문해, 책장을 넘기고 싶은 마음을 갖게 되리라 믿는다.



선생이 다니신 불교미술유적지 여정(지도상 붉은 점과 그것을 잇는 선)

적지 않은 세월 선생과 인연을 맺고 살아오면서 나는 인간 최영도란 분을 어떻게 알고 있었을까? 역시 그의 박식함이다. 선생과 대화를 하다 보면 나 같이 평소 말 많은 사람도 말 수가 적어진다. 괜히 고수 앞에서 밑천을 빨리 드러낼 필요가 없기 때문이다. 선생은 어느 자리에서도 예술과



여행에 관해서 전문가를 능가하는 강의를 할 수 있는 분이다. 그의 기억력은 비상해서, 이름, 지명, 연도를 정확히 기억해낸다. 사실 나도 자량을 조금 하면, 매우 폭넓은 지식을 가지려고, 누구보다 노력한 사람인데... 선생 앞에선 한마디로 고양이 앞의 쥐였다. 기본적으로 선생은 호학자다. 이런 분이 불교미술에 필이 꽃힌다면 당대의 전문가가 되는 것은 필지의 사실이다. 문제는 그 계기인데... 하필 그 많은 예술 분야 중에서 왜 불교에 심취했을까. 그 단초를 연 것은 젊은 시절 경주에서 본 석불사였다. 석불사는 선생에게 불교미술의 출발이었고 중점이었다.



2017년 말 프레스 센터에서 있었던 최영도 변호사님의 저서 <아잔타에서 석불사까지> 출판기념회, 왼쪽은 이덕우 변호사. 나는 이 기념회에서 사회를 보았다.

선생이 불교미술에 관심을 갖게 하는 데 큰 영향을 준 것은 뜻밖에도 일본인이었다. 일본의 저명한 종교철학자이자 예술평론가이고 민예운동가인 야나기 무네요시(柳宗悅, 1889~1961). 그가 쓴 <석불사의 조각에 대하여>라는 글은 선생에겐 가히 충격이었다. 60년 대 후반 판사 시절 우연히



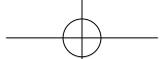
만남 야나기의 이 글에서, 그의 석불사 독법을 발견한 선생은 자신을 이렇게 한탄했다.

“야나기 선생은 그렇게 많이 보았는데 나는 왜 아무것도 보지 못했나! 그분의 눈은 금강석으로 만든 혜안이었고, 내 눈은 진흙으로 빚은 허접한 눈깔이었던 말인가!”(최영도, 『아잔타에서 석불사까지』, 기파랑, 2017, 14쪽)

이 때 선생은 담대한 도전을 한다. 석불사의 미학을 스스로 완성하리라, 보편 불교미학에서 석불사가 어떤 의미가 있는지, 그것을 내 손으로 직접 알아보리라. 그렇게 해서 반 백 년이 넘는 그의 불교문명기행이 시작되었다. 약간은 여담이지만, 내가 문명기행을 하고, 잡문이지만 문명기행기를 써온 데에는, 선생의 영향이 크다. 그것은 선생이 야나기 무네요시를 통해 불교미학에 대한 관심을 갖게 된 것과 유사한 것이 아닐까. 선생의 실크로드 기행 중 둔황 편을 보면, 그곳 명사산과 월아천에 대해 이런 대목이 나온다.

“지금까지 본 경치 중 어디가 가장 아름답던가?”라고 친구가 물으면, ‘둔황의 명사산과 월아천이었다네.’ ‘그까짓 사막이 뭐 그리 아름답겠나?’ ‘자네, 사막이 얼마나 아름다운지 본 적이 있나? 그것은 말로는 형용할 수 없네. 직접 가서 느껴 보게.’ 라고 대답하겠다.”(최영도, 『아잔타에서 석불사까지』, 기파랑, 2017, 208쪽)

나는 이 이야기를 20여 년 전 선생으로부터 직접 들었다. 그 날부터 나는 실크로드 기행을 꿈꿨고, 드디어 8년 전인 2010년 7월 첫 번째 기행(시안-우루무치 구간)에 도전했다(2015년 여름엔 두 번째 도전으로 타클라마칸

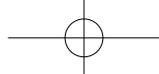


사막을 넘어가는 우루무치-카슈가르 구간을 다녀왔음). 한 여름 구름 한 점 없는 하늘 아래, 기온은 섭씨 40도를 오르내리는 오후, 선생이 말씀하신 천하 제1경 둔황의 명사산에 올라, 월아천을 바라다 볼 때의 그 광경은 지금도 눈에 선하다.

선생이 반백 년 불교문명기행은 석불사에서 시작해, 인도 아잔타에서 실크로드를 타고 동진하여, 다시 석불사로 돌아오는 기나긴 여정이었다. 이 여정을 통해 선생이 내린 결론이 무엇일까? 이 부분도 사설을 늘어놓을 필요 없이 선생의 말씀을 직접 듣는 게 좋을 것이다.

석불사를 설명하는 부분. “그동안 내가 자바의 보로부드르, 인도의 아잔타 … 등 많은 불교유적들을 탐사하게 된 것은 어쩌면 내가 석불사를 알게 되고, 불교미술의 동점과 석불사의 연원을 캐 보고 싶어 그랬던 것이 아닌가 하는 생각이 든다. … 세계적인 대형 문화유산을 둘러보고 나서는, 그때마다 우리 석불사가 비록 규모는 작지만 세계에서 으뜸이라는 생각이 점점 굳어져 갔다. 이것은 결코 국수적인 생각이 아니라, 공정하고 객관적인 눈으로 평가해도 그렇다는 말이다.”(최영도, 『아잔타에서 석불사까지』, 기파랑, 2017, 541쪽)

“석불사는 보로부드르나 앙코르 와트처럼 크지도 않고, 바간이나 막고 굴처럼 많지도 않으며, 시슈 마할이나 타지 마할처럼 사치하지도 않고, 카일라사나 포탈라처럼 위압적이지도 않다. 또한 백성들을 오랜 기간 가혹하게 착취한 반인권적이고, 비종교적인 산물도 아니다. 석불사는 참배자가 붓다를 예배하기에 쾌적한 거리와 높이, 넓지도 좁지도 아니한 가장 이상적인 규모로 조영되었으며, 그 안에 붓다를 위시하여 신종과 인

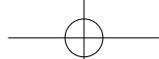


왕, 천왕과 천부, 보살과 제자가 알맞은 구성과 크기로 조각되어, 조화롭고 주도면밀하게 배치되어 있다. 석불사는 인도의 간다라 마투라 굽타 미술이 실크로드를 타고 당나라를 거쳐 신라에 들어와, 동과 서의 예술이 서로 어우러져, 탁월한 예술적 기량을 뽐내어, 붓다의 드높은 정신세계를 펼친 것이니, 이를 어찌 세계에서 가장 빼어나고 가장 위대한 예술문화유산이라 하지 않을 수 있겠는가. 이것은 내가 한평생 추구하고 지구 반 바퀴를 답사하고 돌아와, 공정한 눈과 객관적인 잣대로 내리는 결론이다. 이런 위대한 유산이 우리 조상의 손으로 만들어졌고, 또 오랜 세월 온전하게 보전되었으니, 왜 자랑스럽지 아니한가.”(여정을 마치며) (최영도, 『아잔타에서 석불사까지』, 기파랑, 2017, 583쪽)

여기에 무엇을 덧붙일 수 있겠는가. 이것이 인류의 보편적 미학을 겸비한 대한민국 최고 지성이 반백 년 발로 쓴 순례기를 통해 우리들에게 말하는 석불사에 대한 평가이다.

음악감상가… 평생 음악을 듣다

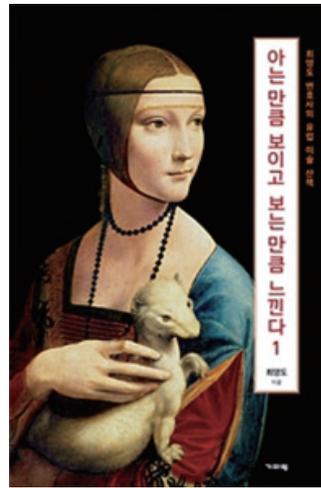
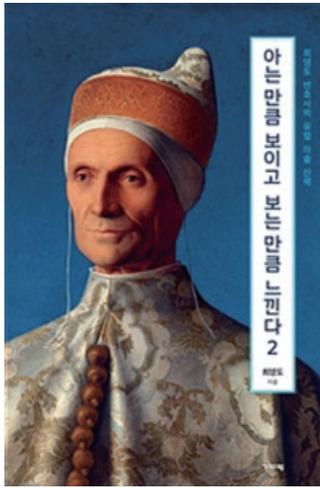
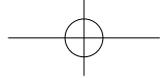
미술 애호, 토기수집, 세계 여행과 더불어 선생이 몰입했던 취미는 클래식 음악감상이었다. 선생은 돌아가기 직전까지 기회가 될 때마다 가까운 지인을 자택으로 불러 음악감상을 함께 하셨다. 손님을 초대하면 상당한 시간을 들여 선곡을 하고 그것을 간단히 정리해 놓은 다음 음악을 틀기 전에 곡의 배경에 대해 설명을 하셨다. 나도 선생의 초대로 그 모임에 가 본 적이 있는데, 음악을 모르는 나로서도 격조 있는 선생의 설명에 빠지지 않을 수 없었다. 아마 오래 전일 것이다. 내가 이런 질문을 드린 적이 있다. “변호사님, 어떻게 해서 음악감상을 취미로 하게 되었습니까. 전쟁을



경험한 세대들에게서 좀처럼 보기 힘든 일 아닌가요?” 선생은 대학시절로 돌아가 그 시절 한 토막을 들려 주셨다.

“내가 대학에 들어간 게 1957년인데, 그 때 종로에 음악감상실 ‘디 쉼네’와 ‘르네상스’라는 곳이 있었소. 입시가 끝나고 기분을 달래기 위해서 그런 곳을 들락날락했지. 그러다가 대학에 들어 가보니 동급생 어머니가 명동에서 ‘돌체’라는 음악감상실을 하는 것이야. 그 덕에 거길 자주 다녔지. 거기 가면 도련님 친구라고 무료 입장에 특별 대우를 받았어요. 당시는 전쟁이 끝나고 나서 얼마 안 되어 모든 게 궁핍한 시절이야. 서민들에겐 트랜지스터 라디오로 음악을 듣는 게 고작이었지. 그런 상황에서 고급 앰프와 고성능 스피커를 통해 팡팡 울려대는 클래식 명곡을 들으니 완전히 뽕 갔던 것이지...”

선생은 평생 어지러워진 머리를 식힐 때 음악을 들었다. 물론 선생의 주지주의적 성향은 음악에서도 예외는 아니었다. 단지 듣고 즐기는 수준이 아니라 음악의 세계를 분석하고 설명하는 취미도 여간이 아니었다. 그 결과 2007년 선생의 음악 에세이 책 <참 듣기 좋은 소리>(학고재)가 세상에 나온다.

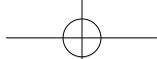


선생의 유고작 <아는 만큼 보이고 보는 만큼 느낀다>(보정판)

최고의 심미안...미술감상가로 생을 마감하다

지난 9월 어느 날 연구실로 소포가 배달되었다. 책이었다. 보낸 이의 이름을 보자마자 내 입에서 나지막한 탄성이 나왔다. “아, 그 책이 나왔구나.” 선생의 유고작 서양 미술관 순례 <아는 만큼 보이고, 보는 만큼 느낀다(보정판)>(기파랑)가 나온 것이다. 나는 선생의 장례식장에서 상주 최윤상 변호사로부터 선생의 마지막 작업을 듣고 눈시울 붉혔었다. 최윤상 변호사는 책과 함께 노란색 간지 한 장을 책 표지 뒤에 넣어 보냈다. 옮겨적으면 이렇다.

“아버님께서서는 입원 직후 자신에게 남은 시간이 얼마 남지 않았다는 것을 아시고 병상에서 이 책 서문을 육필로 쓰셨습니다. 이어 저에게 책 출판 과정을 대신 챙겨줄 것과 책이 나오면 꼭 보내드려야 하는 분들을 일러 주셨습니다. ... 아버님의 유지 중 하나를 받들어 실행할 수 있게 되어 아



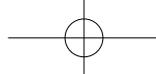
들로서 흥가분한 마음입니다.”

선생의 마지막이 눈에 선하다. 병상에서 꺼져가는 자신의 운명을 안채 정성스럽게 한 자 한 자 써나가는 한 노인의 모습. 그것은 성실한 모습을 넘어 경건한 자세이고, 경건함을 넘어 종교적이다. "변호사님, 영면을 기도합니다!"

선생은 병상에서 이 책 보정판을 내는 이유를 이렇게 설명하였다.

“2011년, 10년간 다듬은 이 책의 초판이 출판되자 매우 기뻐다. 그러나 곧 후회하기 시작했다. 초판의 원고가 재교 때까지 458쪽이었는데, 스스로 88쪽 분량을 덜어내어 370쪽으로 줄인 것이 마음에 걸렸기 때문이다. 인문서는 350쪽이 넘으면 독자들이 부담을 느낄 것이라고 지레 판단하고 내 피와 살같이 소중한 원고를 덜어낸 것이다. 그래서 기회가 있으면 보정판을 내야겠다고 생각하고 있었다. 2017년 11월 나의 다섯 번째 저서 <아잔타에서 석불사까지>가 출간된 직후, 적적하여 곧 이 책 보정판을 쓰기 시작했다. 초판에서 덜어낸 부분을 회복하고 수정하고, 런던 내셔널 갤러리와 바티칸 미술관을 새로 붙여, 이제 상트페테르부르크의 에르미타주 박물관을 제외한 유럽의 대형 미술관들은 다 섭렵한 셈이 되었다. ... 2018년 서울 강남의 어느 병원 병실에서 정관헌 겸산 최영도”(『아는 만큼 보이고 보는 만큼 느낀다 제1권』 보정판을 내면서, 기파랑, 2018)

이 서문을 보면서 마음이 짜릿했다. 2011년 초판을 내실 때 저런 사정이 있었구나. 독자들의 읽는 부담을 덜어주기 위해 면수를 일부러 줄였는데, 그것으로 말미암아 ‘내 피와 살같이 소중한 원고’가 잘려 나가는 아픔



을 느끼셨구나. 글자 하나하나가, 한 문장 한 문장이 피와 살이라니! 그리하여 이번에 나온 새 책은 선생의 그 살과 피가 회복되는 보정판이다. 거기에다 두 개의 미술관(바티칸과 런던 내셔널 갤러리)을 추가해 전부 10개의 서양 미술관 순례가 되었다. 세계적으로 유명한 미술관 전부를 다루었다고 해도 과언이 아니다. 열거하면 다음과 같다. 일본 국립서양미술관, 파리 루브르·오르세·오랑주리·마르모탕 미술관, 피렌체 피티 미술관과 우피치 미술관, 마드리드 프라도 미술관, 런던 내셔널 갤러리, 바티칸 미술관.

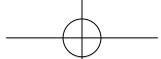
책은 두 권 621쪽. 변호사님의 피와 살 같은 원고가 무려 250여 쪽이 추가 된 것이다. 감히 말하건대, 서양미술관에 관한 책이 제법 있지만, 이 책만큼 꼼꼼하고 박식하고 정성이 가득 차고, 성실을 넘어 경건하기까지 한 책을 발견하긴 힘들 것이다. 이런 책이 미술 전공자가 아닌 법률가에 의해 집필되었다니...놀랍지 않은가?

책의 구체적 내용은 이렇게 짧은 글에선 소개하기 어렵다. 수많은 도판이 들어간 미술 관련 책은 직접 보지 않으면 내용을 알 수도 더욱 감동할 수도 없다. 따라서 나는 이 책의 내용에 대한 소개는 가급적 삼가고자 한다. 다만 선생이 어떤 마음을 갖고 평소 서양 미술을 대했는지 그것을 잠시나마 말하고 싶다. 그것은 이 책 초판 서문을 보면 바로 알 수 있다. 내가 선생에게 이렇게 질문할 테니 선생의 답을 들어보자.

우리는 왜 미술품에 매혹됩니까?

변호사님은 어떻게 그림 공부를 하셨습니까?

“사람들은 왜 미술품에 매혹되는가? 그 속에 자연과 역사, 예술과 문화, 종교와 철학, 이상과 현실이 모두 함축되어 있기 때문이다. 1978년 나는



내 미술 편력에 큰 영향을 끼친 책 한 권을 만났다. 일본 교토대학교 교수 다카시나 슈지가 쓴 <명화를 보는 눈>이었다. 그 후 그 책은 나의 회화 감상 지침서처럼 되어 유럽에 갈 때마다 가지고 가서 여러 미술관과 미술관의 그림들을 감상하였다.”(『아는 만큼 보이고 보는 만큼 느낀다』초판 책머리에, 기파랑, 2011)

아는 만큼 보인다고 하던데, 그게 무엇입니까?

“...그리고 미술사나 미술 감상에 관한 국내의 서적들을 탐독하여 소양을 넓혀 나갔다. 회화작품을 대할 때, 주제나 유파적 특징, 작품의 시대적 사회적 배경, 화가의 생애와 사상, 더 나아가 작품에 얽힌 에피소드까지 찾아가며 회화 탐구에 깊이 천착했다. 그러다 보니 보이지 않던 것이 점차 보이기 시작했고, 조금씩 느끼게도 되었다. 그러면서 ‘아는 만큼 보이고, 보는 만큼 느낀다’라는 사실을 깨닫게 되었다.”(『아는 만큼 보이고 보는 만큼 느낀다』초판 책머리에, 기파랑, 2011)

유럽의 미술관에 가면 수백 수천의 작품이 있는데 그것을 어떻게 다 보면서 느낄 수 있습니까?

“수백 점, 수천 점씩 전시되어 있는 큰 미술관에서 다 보려고 욕심을 냈다가는 미술관을 나올 때 머릿속이 하얘져서 아무 것도 남지 않는다. 미술 감상은 양이 아니라 질이다. 아무리 큰 미술관이라 하더라도 20점 이내의 작품만 선정하여 집중적으로 감상하는 것이 가장 좋은 방법이라고 생각한다.”(『아는 만큼 보이고 보는 만큼 느낀다』초판 책머리에, 기파랑, 2011)



선생의 미술감상에 대한 이야기를 끝내기 전에 한 마디만 더해야겠다. 서양미술에서 종교란 무엇인가? 두 권의 책을 읽다 보면 곳곳에서 종교 이야기가 나온다. 서양미술과 기독교는 뗄 수 없는 관계가 있기 때문이다. 선생은 미술관에서 기독교 속에서 이해되는 수많은 작품을 보면서 감탄하고 찬미한다. 그러나 어떤 때는 본질적인 질문을 하기도 한다. 나는 이것이 선생이 기독교인으로서 항상 고민한 문제의식이었다고 본다. 이런 문제의식을 가장 잘 볼 수 있는 한 곳을 찾아보자. 제2권 561쪽이다. 선생이 베드로 성당과 바티칸 미술관 관람을 마치고 나온 뒤의 감상을 적은 것이다.

“하느님의 집은 과연 이렇게 장엄하고 화려해야만 했을까? 율리우스 2세를 비롯한 교황들은 왜 그렇게 허세를 부리고 과시적이었을까? 성베드로 대성당과 바티칸 미술관을 다 보고 난 내 감상은 그랬다. 그리스도의 가르침은 ‘사랑’이다. 고통 받는 이의 눈물을 그 사랑으로 닦아 주고, 죄지은 자를 회개시켜 그 영혼을 구해 주는 것이 교회의 사명이 아닌가? 그런 교회가 무엇 때문에 가난하고 무지한 신자들의 주머니를 털고, 성직을 매매하고 면벌부까지 팔아 가며 이렇게 사치스러운 궁전을 만들어야 했나? 그런 행태가 1517년 마르틴 루터의 종교개혁의 발단이 되고, 1527년 신성 로마제국 황제 카를 5세의 수천 병력이 쳐 내려와 로마 시민의 절반인 2만 3천여 명을 학살하고 약탈과 강간, 예술품 훼손을 자행하는 빌미를 제공하지는 않았을까? 나는 1981년 브라질의 수도 브라질리아에서 ‘파티마 성모의 교회’에 갔던 감동을 잊지 못한다. 20세기 최고의 건축가의 한 사람인 오스카 니에마이어의 대표작이라고 해서 찾아 갔는데, 도무지 작고 초라해서 볼 것이 아무것도 없었다. 그러나 곧 ‘그래, 바로 그거다! 이게 그리스도의 정신이다’라는 생각이 머리를 스쳤다. 예수께서는 외양간



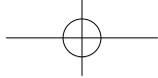
의 딸구유에 태어나서 시골의 목수로 평생 낮고 가난한 사람들과 더불어 사셨고, 끝내 십자가에 못 박혀 돌아가셨다. 그분의 생애와 사상에 장엄이나 화려라는 단어는 없다. 그분께서 계신 집이라면 이렇게 작고 초라해서 세속의 눈으로는 아무것도 볼 것이 없어야 할 것 같았다. 문제는 번드르르한 외양이 아니라 그 속에 담겨 있는 고매한 정신, 즉 ‘사랑’ 아니겠는가.”(『아는 만큼 보이고 보는 만큼 느낀다 제2권, 기파랑, 2018, 561쪽)

끝으로 이 책 추천사를 쓴 강금실 전 장관의 한 마디를 여기에 옮긴다. 누구보다 이 책의 진가를 알고 독자들에게 추천하는 글이라고 본다.

“이 책은 이 시대에 보기 드문 성실한 교양의 자세로 회화의 아름다움을 찾아 나선 감동 어린 궤적의 실례를 담고 있다. 루브르, 오르세 등 미술관들에서 걸의 규모에 파묻히지 않고서 그림의 정수를 체험하는 방법도 구체적으로 제시해 준다. 이 책을 통해서 이제 우리에게 다가오는 아름다운 울림에 눈과 귀를 공손히 기울여 보자. 보려고 하는 만큼 우리는 볼 수 있고 느낄 수 있다.”(강금실 전 법무부장관)

글을 마치며

짧게나마 겸산 최영도 변호사님의 삶을 내가 아는 범위에서 정리해 보았다. 나의 비재로 말미암아 선생의 삶을 제대로 그리는 데에는 한참 부족하다. 그럼에도 이 글로 인해 선생의 진면모 일부라도 많은 사람들이 알 수 있게 된다면 나로서는 기쁨이자 영광이다. 선생은 언뜻 보면 범접하기 힘든 법조선배일지 모른다. 하지만 뒤편 뵈수록 선생은 따뜻한 분이고 자신을 낮추는 분이였다. 부형과 같은 연배임에도 나나 후배들에게 하



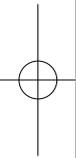
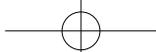
대하는 법이 없었다. 자존심이 강했지만 부끄러움도 많은 분이였다. 그런 분이 작년 여름 내게 전화를 주었다. “박 교수가 출판기념회의 사회를 맡아 주어야겠어요.” 당신의 생애 최초이자 마지막 출판기념회 사회를 내게 부탁한 것이다. 나는 전화를 받자마자 기뻐했다. 선생의 진정한 제자가 된 기분이였다. 이 글을 쓰면서 선생의 말씀 하나하나를 되새겨 보았다. 당신이 쓴 글 한 구절 한 구절이, 내게 직접 말씀하신 하나하나가 큰 추억이자 기쁨이였다. 이런 추억을 남겨주신 선생께 감사드린다. 선생의 유지를 받들어 나 또한 세상을 돌아다니며 보고 들은 것을 잘 기록할 것이다. 그리고 그것을 선생과 같은 방법으로 세상 사람들을 위해 정성스럽게 남길 것이다. 이것이 내 삶의 표상 겸산 최영도 변호사의 영전에 드리는 나의 약속이다.

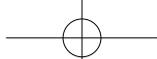
후기: 선생은 미술, 음악, 문명기행 등에 관한 귀중한 서책을 남기셨다. 후대들이 그 자료를 볼 수 있도록 유족은 서책 전체를 국립중앙도서관에 기증했다. 조만간 선생의 책 중 일부를 중앙도서관 기증 도서관실에서 보게 될 것이다.



활동보고

사법농단의 기록 : 경과와 현황, 대응과 과제를 중심으로 | 서희원 · 최용근





활동보고

사법농단의 기록 : 경과와 현황, 대응과 과제를 중심으로

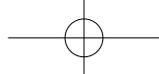
서희원·최용근

I. 들어가며

‘사법행정권 남용의혹 관련 특별조사단’의 조사보고서 발표로 사법농단 사태의 전모가 드러나기 시작한 이래, 160일¹⁾이 지났다. 애초 사법부 내 블랙리스트 문제로 거론되던 사법농단 사태는, 세 차례의 법원 내 자체 조사 및 이후 검찰 수사 과정 등을 거치면서 민간 사찰 의혹, 재판 거래 의혹으로 번져 나갔다. 이 과정에서 국민적 사법 신뢰는 땅에 떨어졌고, ‘이게 사법부냐’는 국민들의 외침은 이제 거리를 메우고 있다.

사법부의 독립이 외압이 아닌 내력에 의해 붕괴되고 있다는 기미는 이미 오래 전부터 드러나고 있었다. 2008년 촛불집회 이후 관련 형사사건에 대하여, 당시 서울중앙지방법원장이었던 신영철은 특정 재판부에 사건을 몰아주는 방식으로 재판의 배당에 관여하였을 뿐만 아니라, 재판을 담당

¹ 이 글을 작성한 것은 2018. 10. 말~11. 초이다.



하던 형사 단독 판사들에게 “정치적인 냄새가 나는 사건은 보편적 결론을 도출하기 위하여 노력해 달라”는 이메일을 보내고, 야간집회 금지를 규정한 집회 및 시위에 관한 법률 규정에 대한 위헌법률심판제청결정이 있는 후 피고인이 보석으로 석방되자 단독 판사들에게 “보석을 신중히 결정하라”고 압력을 행사하였다.² 이러한 신영철 당시 서울중앙지방법원장의 위헌적 행태에 대하여 법원 안팎의 강력한 비판이 있었으나, 도리어 신영철 원장은 2009. 2. 18. 대법관에 취임하였다. 이에 2009. 11. 6. 당시 야당 국회의원 106명은 신영철 대법관에 대하여 탄핵소추안을 발의³하기에 이르렀지만, 위 탄핵소추안은 당시 한나라당의 비협조로 72시간 이내 표결 절차에 이르지 못해 자동 폐기⁴되었고, 그에 앞서 이용훈 대법원장은 2009. 5.경 신영철 대법관에 대한 ‘엄중 경고’로 위 사안을 마무리 지었을 따름이다.

이후 사법부는 더욱 강력한 수직적 관료화의 흐름에 몸을 맡겼다. 그나마 이용훈 대법원장 재임 중 추진되었던 지방법원-고등법원간 법관 인사 이원화 제도 도입, 고등법원 부장판사 제도 폐지 정책은, 그 후임자인 양승태 대법원장에 의해 사실상 무산되었다. 대법원 전원합의체의 소수의 의견은 점차 줄어들었고, 사법부는 건전한 토론 요구에 대해 징계로 화답했다.⁵ 양승태 대법원장은 “개인적 소신을 법관의 양심으로 오인해선 안 된

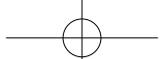
2 김남희, “짧은 변호사의 고백”, 김남희, 다산북스, 2013. 53~54쪽

3 의안번호 1806489, 대법관(신영철) 탄핵소추안, 이강래의원 등 4인 외 102인 발의

4 신영철 대법관에 대한 탄핵소추안은 2009. 11. 9. 10:08 본회의에 보고되었으나, 국회법 제130조 제2항에 따른 기한 경과(2009. 11. 12. 10:08)로 폐기되었다. ; 탄핵소추안은 본회의에서 법제사법위원회에 회부 및 조사 절차를 이행하지 않는 경우, 국회 본회의는 탄핵소추안이 본회의에 보고된 때로부터 24시간 이후 72시간 이내에 탄핵소추 여부를 무기명투표로 의결하며, 이 기간 내에 표결하지 아니한 탄핵소추안은 폐기된 것으로 본다(국회법 제130조 제1항, 제2항).

5 2014년 원세훈 전 국가정보원장 사건의 1심 판결에 대하여 김동진 판사가 이를 ‘지류위마’라 비판하는 글을 법원 내부망인 코트넷에 올리자, 대법원은 3시간 만에 위 글을 직권으로 삭제하고 김동진 판사에게 정적 2개월의 징계를 내렸다. 자세한 사항에 대하여는 2017. 9. 21. <한겨레>, ‘양승태 6년’ 소통 안되고 관료화 심해져… “리더십 점수 36점” ;

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/812080.html ; 2018. 10. 31. 최종방문



다”(2011. 12. 신임 법관 임명식), “각각의 재판에서 개별적 사건만 생각할 게 아니라 국민 불안을 잠재울 희망적인 사회규범을 제시해야 한다”(2014. 1. 시무식)는 공식적 발언을 통해 사법부의 ‘안정’을 강조하였는데, 상당수의 법관들은 위 양승태 원장의 메시지가 ‘소신 판결을 자제하라’는 압력으로 느껴졌다고 말한다.⁶

신영철 대법관의 탄핵안이 폐기된 이래 9년이 흐른 지금, 우리는 사법 행정권의 일탈·남용이라는 표현만으로 도저히 설명할 수 없는, 거대한 사법농단 사태에 직면해 있다. 사법농단 사태는 과거와 달리 한 두 명의 특정 법관에 의한 개별적 일탈행위가 아니라 대법원(특히 법원행정처)을 중심으로 각각의 역할을 조직적으로 분담한 후 이를 실행에 옮긴 집단적 위헌·위법행위이며, 그 구체적인 양태에 있어서도 민간 영역에 대한 정보 수집과 분석에서부터 입법부·행정부에 대한 설득전략 수립, 나아가 재판을 그들과의 거래 수단으로 활용하였다는 의혹까지 다종·다양하다.

민변은 법률가단체로서, 사법농단 사태 초기부터 지속적으로 활동하면서 이에 대한 진상 규명·책임자 처벌·피해회복·재발방지를 위해 노력해 왔다. 특히 민변의 독자적 활동 이외에도, 참여연대·민주노총·한국진보연대 등 시민사회와 함께 “양승태 사법농단 대응을 위한 시국회의”⁷를 결성하여, 보다 체계적으로 대응하고 있다.

이 글에서는 우선 사법농단 사태가 본격화된 2018. 5.말 경부터 이 글을 쓰는 시기까지를 중심으로, 사법농단 사태의 경과와 현황을 정리해 본다(Ⅱ).⁸ 또한 같은 시기, 사법농단 사태에 대한 민변과 사법농단 시국회의 등 시민사회의 대응을 되짚어 본다(Ⅲ). 나아가 사법농단 사태의 해결을

6 위 각주 5) 기사 참조

7 이하 ‘사법농단 시국회의’라 약칭한다.

8 다만 필요에 따라 2017. 2.부터 2018. 5.까지의 내용도 간략히 정리하였다.



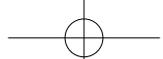
위해 남겨진 몇 가지 과제에 대해서도 간략히 검토해 본다(IV).

II. 사법농단 사태의 경과와 현황

1. 국제인권법연구회에 대한 견제·와해 조치 및 ‘사법부 블랙리스트’ 의혹 제기와 사법행정권 남용에 대한 진상조사의 진행(2017. 2. 13~2018. 1. 22.)

가. 국제인권법연구회 견제·와해 조치로 촉발된 진상조사

2017. 1. 법원 내 학술모임인 국제인권법연구회가 대법원장의 권한 분산 등을 주제로 하여 공동학술대회를 개최하기로 결정하자, 법원행정처는 국제인권법연구회를 견제하고 이를 와해시킬 목적으로 ‘전문분야 연구회 중복가입 탈퇴 조치’를 단행하였다(2017. 2. 13.). 김형연 부장판사(국제인권법연구회 간사)는 해당 조치가 국제인권법연구회의 활동을 견제하기 위한 목적의 조치라며 법원 내부망(코트넷)에 공개 질의를 하였고, 이에 이규진 대법원 양형위원회 상임위원은 이탄희 판사에게 공개질의에 대한 반대논리를 연구회에 전파하라는 요구를 하였다. 이를 받아들일 수 없었던 이탄희 판사는 사직서를 제출하였고, 임종헌 법원행정처 차장은 중복가입 해제조치의 시행을 유보하겠다는 공지와 함께 이탄희 판사의 법원행정처 기획조정실 기획 제2심의관 겸임을 해제하였다. 이후 2017. 3. 초 법원행정처의 학술대회 견제·축소 및 이탄희 판사에 대한 인사 조치가 언론을 통해 보도되며 논란이 가중되었다. 김형연 부장판사는 진상조사 청원문을 코트넷에 게시하였고, 전국 법원장간담회는 조사기구의 구성을 논의하였

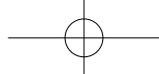


다. 논란이 가중되자 양승태 당시 대법원장은 이인복 전 대법관에게 조사 권한을 일체 위임하고, 임종헌 차장을 직무 배제시켰다. 이후 대법원 내 사법행정권 남용의혹 조사를 위해 진상조사위원회가 구성되어 실질적인 조사가 시작되었다(2017. 3. 22.~24.경).

나. '사법부 블랙리스트' 의혹의 제기와 추가조사

진상조사위원회의 조사가 시작된 직후 언론을 통해 법원행정처가 '양승태 코트'에 비판적인 의견을 밝혀 온 판사들의 성향 및 동향을 파악한 이른바 "사법부 블랙리스트"를 관리해왔다는 의혹이 보도되기 시작하였다(2017. 4. 7.). 그러나 진상조사위원회는 '일부 사법행정권 남용 행위는 존재하나, 이른바 사법부 블랙리스트는 존재할 가능성이 없다'는 내용의 조사 결과를 발표하였다(2017. 4. 18.). 이에 전국법관대표회의는 2017. 6. 과 7. 두 차례의 회의를 통해 사법부 블랙리스트의 추가조사 및 사법행정권 남용 책임자의 문책을 대법원장에게 요구하였다.

이러한 상황 속에서 새로이 임명된 김명수 대법원장은 사법부 블랙리스트 의혹에 관하여 추가조사의 시행을 결정하였다(2017. 11. 3.). 민중기 부장판사(당시 법관회의 제도개선 특위 위원장)를 위원장으로 하여 추가조사 위원회가 꾸려졌고, 추가조사위원회는 법원행정처 컴퓨터까지 물적 조사 범위를 확대하겠다는 방침 하에 이규진 전 양형위원회 상임위원 등의 컴퓨터를 확보하여 대대적인 조사를 진행하였다. 두 달여간에 걸친 조사가 마무리된 이후 추가조사위원회는 '대법원이 추진 중인 사법정책을 비판하거나 반대하는 법관의 이념적 성향, 인적관계와 행적 등을 분석·평가한 문서가 조사를 통해 발견되었으며, 문서에 적시된 대로의 대응 방안이 실제 실현되었는지, 또는 인사상 불이익 조치가 있었는지 여부를 떠나 그러



한 문서가 작성되었다는 사실 자체만으로도 법관의 독립을 침해할 우려가 있다'는 내용의 조사 결과를 발표하였다(2018. 1. 22.).

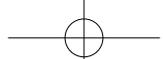
2. 재판거래 의혹의 등장과 '사법행정권 남용의혹 관련 특별조사단'⁹⁾의 발족 (2018. 1. 22.~2018. 2. 13.)

'사법부 블랙리스트' 문건을 찾기 위해 '동향' 등과 같은 키워드를 추출하는 방식으로 법원행정처 기획 제1심의관의 컴퓨터 저장매체를 조사하던 추가조사위원회는 '기조실' 폴더 안에 저장되어 있던 '원세훈 전 국정원장 판결 선고 관련 각계 동향'이라는 제목의 문서를 우연히 발견하게 된다. 재판거래 의혹이 처음 수면 위로 올라오게 된 순간이었다.

위 문건은 원세훈 전 국정원장의 공직선거법위반 및 국정원법위반 사건(서울고등법원 2014노2820)의 선고일 다음날인 2015. 2. 10. 작성된 것으로, 항소심 판결 선고 전후에 걸쳐 청와대, 여야 각 당, 언론, 법원 내부의 동향과 반응을 파악하여 정리하고, 향후 대응방안을 검토한 것이었다. 해당 문건을 통해 대법원이 항소심 판결 선고 이전 청와대의 '문의'에 대해 우회적·간접적으로 항소심 담당 재판부의 동향을 파악하려고 노력하였다는 점과, 판결 선고 이후에는 사법부의 입장을 외부 기관에 상세히 설명하고, 이들 기관의 동향을 파악하려고 했다는 사실이 드러났다.

추가조사위원회의 조사 발표 이후 김명수 대법원장은 안철상 법원행정처장에게 추가조사위원회의 조사결과를 보완하고, 공정한 관점에서 조치 방향을 논의하여 제시할 수 있는 기구를 구성할 것을 지시하였고, 이에 따라 특별조사단이 발족되어 사법행정권 남용의혹에 대한 조사에 착수하

9 이하 '특별조사단'이라 약칭한다.



였다(2018. 2. 13.).

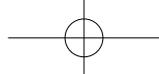
3. 특별조사단의 조사 결과 발표(2018. 2. 13.~2018. 5. 25.)

특별조사단은 5. 25. 세 달여간에 걸친 인적·물적 조사의 결과를 발표하였다. 임종현 전 법원행정처 차장과 이규진 전 양형위원회 상임위원 등이 사용하던 컴퓨터 저장매체를 주요 물적 조사 대상으로 삼아 조사를 진행한 특별조사단은, 추가조사위원회 조사 결과 발견된 문건 이외에도 사법행정권 남용 및 재판거래 의혹과 관련된 문건을 다수 발견하였다. 특별조사단의 조사 결과를 간단히 정리하면 다음과 같다.

가. 법관 사찰 의혹 등 관련

특별조사단의 조사 결과 법원행정처는 상고법원 도입 등 대법원이 추진하려 하였던 정책에 비판 또는 반대 입장을 밝혀왔던 특정 판사들과 특정 연구회, 법관들의 익명계시판 ‘이판사판 야단법석’(이하 ‘이사야’라 함) 등을 조직적으로 감시하고 사법행정위원회 및 판사회의 선거 등에 개입을 시도한 것으로 드러났다.

특히 국제인권법연구회 소속 소모임인 인권과 사법제도 소모임(이하 ‘인사모’라 함)은 바람직한 합의부 조직과 운용, 사실심 충실화, 사법행정 참여 판사의 대표성 확보 등을 위한 판사회의 실질화 방안, 법관인사 이원화 등 다양한 사법행정 이슈를 논의하였는데, 그 방향이 대법원이 추진하던 사법행정 방향과 다르다는 이유로 주시의 대상이 되었다. 박병대 당시 법원행정처장은 ‘국제인권법연구회가 우리법연구회와 비슷한 모임으로

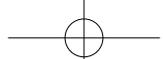


보이니 잘 챙겨보라'고 지시하였고, 임종현 차장, 이규진 상임위원, 박상연 기획조정심의관, 김연학 인사총괄심의관 등은 국제인권법연구회의 동향을 분석하고, 이를 와해시키기 위해 중복가입해소조치 등의 '로드맵'을 작성하였으며, 공동학술대회 개최가 '사법부 독립 및 인사제도의 근간을 뒤흔들 위험성이 있다'며 해당 행사의 무산 또는 축소를 위한 방안을 검토·시행하였다. 법원행정처가 헌법상 독립기관인 법관들로 구성된 특정 연구 모임을 지속적으로 사찰하고, 조직을 와해하려고 한 정황이 밝혀진 것이다.

이외에도 특별조사단은 법원행정처가 법관들의 익명 인터넷 카페인 이사야에 상고법원 설치 등 대법원이 추진 중인 사법정책 현안을 비판하는 글이 많이 게시된다는 이유로 해당 카페의 자발적인 폐쇄를 유도하고, 회원으로 가장하여 카페 내 활동 중단을 요구하는 내용의 글을 게시하였다는 사실을 확인했다.

또한 법원행정처는 사법부 주요 행정현안 결정에 일선 판사들의 의견을 반영하기 위해 만든 사법행정위원회 위원 후보 성향을 분석하고 추천에 개입을 시도하였으며, 안건을 통제하려 하였다. 나아가 법원행정처가 2015년, 2016년 서울중앙지방법원 단독판사회의 의장 선거에 개입하고, 서울중앙지방법원 단독판사회의 활동 및 단독판사들에 대한 동향을 파악한 사실도 확인되었다. 법원행정처가 사법행정에 대한 자문기관으로서의 판사회의의 역할을 부정하고, 이를 형해화하기 위해 그 활동을 방해하는데 앞장선 것이다.

한편 특별조사단은 조사를 통하여 법원행정처가 임종현 전 차장 등의 지시로 2014년부터 2016년경까지 대법원의 정책에 반대하는 의견을 표명한 법관들의 성향을 파악하고 이들에 대한 대응방안을 검토한 문건을 확보하였다. 차성안 판사 등의 성향을 분석한 이 문건에는 차 판사가 다른



판사들에게 보낸 이메일 내용, 사인간의 채무관계가 포함된 재산관계 사항 등이 포함되어 있어 법원행정처가 ‘사찰’의 수준에 이르는 정보 수집을 한 것으로 드러났다.

특별조사단은 ‘특정 법관의 리스트를 작성하여 그들에 대하여 조직적, 체계적으로 인사상의 불이익을 부과하였음을 인정할 만한 자료를 발견할 수는 없었으나, 사법정책에 비판적인 법관들에 대한 성향, 동향, 재산관계 등을 파악한 것은 헌법이 공정한 재판의 실현을 위해 선언한 재판의 독립, 법관의 독립이라는 가치를 훼손한 것’이라고 평가하였다.¹⁰

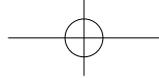
나. 재판거래 의혹 관련

특별조사단은 대법원이 상고법원안 통과에 핵심 키를 쥐고 있는 청와대에 협력을 구하면서, 그 대가로 이미 선고된 재판 결과 중 일부를 ‘사법부가 정권에 협조한 사례’라고 제시하는 등, 정권이 특별한 관심을 가지고 있는 사안에 대하여 여러 방식으로 재판에 개입하거나 거래한 정황을 보여주는 문건을 다수 발견하였다.

조사를 통해 확보된 문건에 따르면, 법원행정처는 “BH의 최대 관심 현안”이라고 판단한 원세훈 전 국정원장 사건의 항소심 판결 선고 이전 재판장과 주심판사의 성향을 분석하였으며, ‘청와대가 항소기각을 기대하면서 법무비서관실을 통하여 법원행정처에 전망을 문의’하였으나 ‘결과 예측이 매우 어려워 행정처가 불안해하고 있다’는 내용이 포함된 문건을 작성하였다.¹¹ 또한 항소기각 판결이 나올 경우 사법부 내부에 불만과 갈등이 표출되지 않도록 감시체제를 구축하려 하였으며, 법관 정기 인사를 통

¹⁰ 특별조사단 조사보고서 182~183쪽

¹¹ 특별조사단 조사보고서 [첨부 2] 기재 문건 순번 59번, “원세훈 전 국정원장 판결 선고 관련 각계 동향” 참조, 이하 같은 [첨부 2] 기재 문건을 인용할 때에는 ‘문건명 [문건번호]’의 기재례를 따른다.



해 불만을 잠재우겠다는 의도를 내비친 문건을 작성하기도 하였다. 항소심 판결 선고 후 동향을 분석한 문건에는 ‘우병우 민정수석이 사법부에 대한 큰 불만을 표시하면서, 향후 결론에 재고의 여지가 있는 경우에는 상고심 절차를 조속히 진행하고 전원합의체에 회부해 줄 것을 희망’하였다는 내용이 기재되어 있어, 법원행정처와 청와대가 해당 사건에 대하여 지속적으로 의견을 조율해왔다는 점을 드러냈다. 또한 ‘지논파일과 시큐리티 파일의 증거능력 판단 차이가 사건 전체를 좌우한다’는 내용과, 해당 사건의 결과가 정권에 큰 영향을 줄 수 있음을 분석한 문건을 상고심 판단에 관련한 담당 재판연구관에게 전달한 사실도 확인되었다.¹²

법원행정처는 전교조 법외노조 통보처분 효력 집행금지 사건과 관련하여서도 여러 문건을 생산했다. 이들 문건에는 재항고 인용결정이 청와대와 대법원 양측에 ‘원원의 결과’로 작용할 것이라고 분석하고,¹³ 청와대의 관심사건인 전교조 법외노조 효력정지 재항고심의 사건 처리 방향과 시기를 청와대와의 협상 카드로 제시¹⁴한 내용이 포함되어 있었다. 대법원은 위 문건 내용과 같이 2015. 6. 2. 고용노동부장관의 재항고를 인용하여 효력정지 파기환송 결정을 하였다. 법원행정처는 이 결정을 ‘사법부가 정부 운영에 협력한 대표적인 사례’로 열거하며 상고법원 추진을 위한 설득방안으로 내세우기도 하였다.¹⁵

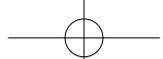
법원행정처는 통상임금 전원합의체 판결 선고 이전, 해당 판결 결과에 따른 사회적 반응을 미리 분석하고, 그 경제적 영향에 대하여 분석하는 보

12 2018. 5. 31. <한겨레>, “판사 복귀 뒤에도 ‘BH 설득 문건’ 만들고... 동료 법관 뒤 캐고...” ; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/847066.html ; 2018. 11. 7. 최종 방문

13 전교조 법외노조 통보처분 효력 집행금지 관련 검토 [151]

14 원세훈 전 국정원장 관련 검토 [58], 국무총리 대국민담화의 영향 분석과 대응 방향 검토 [204, 205, 295, 298], 성완종 리스트 영향 분석 및 대응 방향 검토 [152, 300, 304] 등

15 현안 관련 말씀 자료 [70], 상고법원 추진을 위한 BH 설득 방안 [80], 정부 운영에 대한 사법부의 협력 사례 [71]



고서를 작성하기도 하였다.¹⁶ 또한 임중헌 당시 법원행정처 기조실장은 청와대 법무비서관 등을 통하여 민정수석에게 판결의 취지를 설명하고, 민정수석실의 평가를 전해 듣기도 하였다. 이는 법원행정처와 청와대가 판결 내용에 관하여 사전 교감을 나누고 있었다는 점을 보여주는 것이었다.

특별조사단의 조사보고서 기재에 의하면, 대법원 판례에 반하여 긴급조치 피해자에 대한 국가배상책임을 인정하는 판결을 선고한 법관을 표적으로 삼아 징계를 검토한 사례,¹⁷ 통합진보당 지방의원 지위확인소송의 재판 내용과 결론을 검토¹⁸한 사례, 심지어 의원직 유지에 특별한 문제제기가 없는 지역구 지방의원에 대하여 그 의원직을 상실시키는 행정소송을 법원행정처가 지방자치단체장으로 하여금 제기하도록 하는 방안을 검토한 사례, 구체적인 청구취지 및 청구이유를 제시한 사례¹⁹ 등도 확인되었다.

무엇보다 충격적인 것은, 법원행정처가 상고법원 입법추진을 위해 청와대를 설득하는 과정에서 국가배상책임을 제한하는 내용의 과거사 판결, 이석기 전 의원 내란음모 판결, 전교조 관련 판결, 통상임금 판결, 키코 판결, 수서발 KTX 자회사 설립등기 판결, KTX 승무원 판결, 콜텍·쌍용자동차 정리해고 판결, 철도노조 파업 판결 등을 ‘정부 운영에 대한 사법부의 구체적 협력 사례’로 제시²⁰한 것이었다. 또한 대법원이 청와대에 ‘협력 사례’로 언급한 판결 중에는 당시 대법원의 심리가 진행 중이던 발레오만도 사건도 포함되어 있었던 것으로 드러나,²¹ 상고법원 도입을 위해 판결이 선고되기 이전의 재판도 거래의 대상으로 삼았다는 정황이 드러났다.

16 정기상여금 통상임금 포함시 경제적 영향 분석 [409], 통상임금 판결 선고 후 각계 동향 [69]

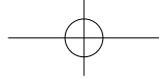
17 대법원 판례를 정면으로 위반한 하급심 판결에 대한 대책 [73, 395]

18 통진당 행정소송 검토보고(대외비) [74], 통진당 비례대표지방의원 행정소송 예상 및 파장 분석 [76]

19 통진당 지역구 지방의원 대책 검토 [75], 통진당 지역구 지방의회의원 상대 제소 [175]

20 현안 관련 말씀 자료 [70], 상고법원 관련 BH 대응전략 [79, 359], 상고법원 추진을 위한 BH 설득 방안 [80], 정부 운영에 대한 사법부의 협력 사례 [71]

21 정부 운영에 대한 사법부의 협력사례 [71]



특별조사단은 위와 같이 드러난 사실 등에 대하여, ‘상고심의 절박한 상황을 해결해야 한다는 미명 하에 판결을 거래나 흥정의 수단으로 삼으려고 한 흔적들이 발견되었다’²²고 평가하였다.

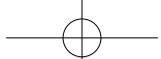
4. 특별조사단 조사 결과에 대한 법원의 반응(2018. 5. 25.~2018. 6. 18.)

특별조사단의 조사 결과 발표 직후 김명수 대법원장은 “사법농단 의혹에 대해 합당한 조치를 마련하겠다”고 밝혔다(2018. 5. 28.). 이후 김명수 대법원장은 ‘특별조사단 조사 결과에 대해 국민 여러분께 올리는 말씀’이라는 제목의 대국민 담화문을 발표하여, “관련자들에 대한 엄정한 징계를 신속히 진행할 것이며, 조사 자료 중 의혹 해소를 위해 필요한 부분의 공개도 적극 검토하겠다”고 전했으며, 법원행정처의 물적·인적 완전 분리를 약속하였다(2018. 5. 31.).

한편 양승태 전 대법원장은 김명수 대법원장의 대국민 담화문 발표 바로 다음날인 6. 1. 기자회견을 통해 “대법원장으로 재직하면서 대법원의 재판이나 하급심의 재판이건 간에 부당하게 간섭, 관여한 바가 결단코 없다”며 관련 의혹을 강력히 부인하였다.²³ 전국법관대표회의와 ‘국민과 함께하는 사법발전위원회’(이하 ‘사법발전위원회’라 함)는 의혹 문건 원문의 제출을 요구하고 수사 필요 의견을 대법원장에게 전달하였으며, KTX 해고 승무원 등 재판 거래 피해자들의 양승태 전 대법원장 등에 대한 공동고발도 잇따랐다.

²² 특별조사단 조사보고서 183쪽 참고

²³ 2018. 6. 1. <중앙일보>, “[전문] ‘재판 거래 의혹’ 양승태 前대법관 기자회견” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=025&aid=0002825465>; 2018. 11. 7. 최종방문



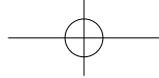
대법원은 6. 5., 특별조사단이 조사한 대상 문건 중 98건을 비실명화하여 원문 공개²⁴하였으며, 김명수 대법원장은 재차 대국민담화를 통해 “수사에 적극 협조하겠다”는 의견을 밝혔다(2018. 6. 15.). 그러나 대법원장의 이러한 의견 발표 직후 대법관 13명은 “재판거래 의혹은 근거가 없다”는 취지의 입장문을 발표하였다.

5. 검찰의 본격적인 수사 개시(2018. 6. 18.~2018. 7. 25.)

사법행정권 남용 의혹 관련 사건이 2018. 6. 18. 서울중앙지검 특수 1부에 재배당된 이후, 검찰은 대법원에 의혹 관련자 하드디스크 등 자료에 대한 임의제출 요청, 참여연대 임지봉 교수(참여연대 사법감시센터 소장)·하창우 전 대한변협 회장·민변 송상고 사무총장 등 관계자에 대한 참고인조사를 시작으로 본격적인 수사에 착수하였다.

대법원은 검찰의 임의제출 요구에 대하여 사법행정권 남용 의혹 관련 410개 파일 원본을 제출하였으나, 양승태 전 대법원장, 박병대 전 대법관 등의 컴퓨터 하드디스크의 모든 데이터가 이미 2017. 10. 디가우징 방식

24 법원행정처가 이른바 사법농단 사태와 관련된 문건을 공개한 방식에 대하여는 본 지면을 빌려 문제를 제기해 둔다. 특별조사단이 2018. 5. 25. 조사 결과를 발표하였으나, 410건의 조사대상 문건에 대하여는 조사 보고서에 그 목록만을 첨부하였을 뿐이다. 이후 사법농단 사태의 진상규명 차원에서 조사대상 문건에 대한 공개 요구의 목소리가 높아지자, 법원행정처는 2018. 6. 5. 및 2018. 7. 31. 두 차례에 걸쳐 위 문건 대부분을 공개하기에 이르렀다. 그러나 법원행정처는 위 문건들의 공개에 있어 대법원 홈페이지 등의 게시와 같이 일반 시민 모두가 접근할 수 있는 방식을 취하지 않고, 법원 내부 또는 언론을 통한 간접적 방식을 택했다. 사법농단 사태의 최대 피해자인 국민들은, 사법부(법원행정처)로부터 직접 위 정보를 취득할 수 없었고, 언론 또는 시민단체의 조력이라는 수단을 통해서야 비로소 위 사법농단의 실태를 구체적으로 확인할 수 있었던 것이다. 이러한 법원행정처의 소극적 공개 방침은 그 효과의 측면에서도 이해하기 어려울 뿐만 아니라, 위 문건들의 공개가 국민의 알 권리 보장 차원 또는 사법농단 사태의 진상을 규명하기 위한 목적이 아니라, 단순한 여론의 환기 또는 사법부 내부의 압박에 이기지 못한 “어쩔 수 없는 선택”으로 이루어졌다는 의심을 피하기 어렵다. 국민으로부터 권한을 위임받은 사법부가 가장 두려워해야 할 대상은 대법원장도, 법관대표회의도, 전국법원장회의도, 대통령도 아니다. 바로 국민이다.

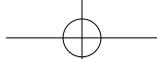


을 통해 삭제되었다고 전했다(2018. 6. 26.). 대법원은 「전산장비운영관리 지침」 등 관련 규정과 통상적인 업무처리 절차에 따라 ‘디가우징’ 한 것이라고 밝혔으나, 2017. 2. 인사이동 당일 새벽 2만 4500여개의 파일을 삭제한 김민수 부장판사의 경우와 같이 증거인멸을 시도한 것이 아니냐는 비판이 제기되었다. 검찰은 2018. 7. 17. 해당 하드디스크를 확보하여 복구를 시도하였다.

검찰의 수사가 본격적으로 진행되자, 대법원 법관징계위원회는 2018. 7. 20. 사법행정권 남용의혹에 연루된 판사 13명의 징계여부에 대하여 첫 심의를 진행하였다. 검찰은 강제수사로 전환하여 양승태, 박병대, 임종현, 이규진, 김민수 등의 자택, 사무실, 이메일 등에 대한 압수수색 영장을 청구하였으나(2018. 7. 20.), 임종현의 자택·사무실을 제외하고는 ‘주거의 평온을 침해할 정도의 소명이 되지 않았다’는 이유로 모두 기각되었다(서울중앙지법 이언학 영장전담 부장판사). 검찰은 임종현의 사무실을 압수수색하는 과정에서 직원의 가방 속에 담긴 USB를 발견했고, 해당 USB 안에는 특별조사단이 공개한 410개 문건 외에 새로운 문건이 저장되어 있던 것으로 알려졌다(2018. 7. 21.). 이를 토대로 검찰은 양승태, 박병대, 이규진 등에 대해 압수수색 영장을 재청구(2018. 7. 25.) 하였으나, 이 또한 ‘양승태와 박병대가 임종현과 공모하였다는 점에 대한 소명이 부족하다’, ‘나머지 피의자들에 대해 1차 영장 기각 때와 사정변경이 없다’는 이유로 전부 기각되었다(서울중앙지법 허경호 영장전담 부장판사).

6. 사법행정권 남용의혹 관련 문건 추가 공개 (2018. 7. 31.)

대법원은 사법행정권 남용의혹 관련 문건 중 2018. 6. 5. 1차로 공개된



문건 이외에 추가로 문건을 공개하기로 결정하고(2018. 7. 26.), 비실명화 작업을 거쳐 2018. 7. 31. 228개의 추가 문건을 법원 내부 통신망과 언론을 통해 공개하였다. 추가 공개된 문건에는 법원행정처가 상고법원 입법을 위하여 국회의원을 압박·회유하고 법무부와의 ‘빅딜’ 전략을 수립하며, 변호사단체들에 대한 압박을 시도하고 광범위한 상고법원 홍보 전략을 짜는 등의 내용이 포함되어 있었다. 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

가. 상고법원 도입을 위한 국회의원에 대한 ‘강온양면 로비’ 관련

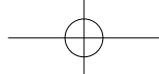
추가 공개된 문서에 따르면, 법원행정처는 상고법원안 통과를 위하여 법사위 의원 등을 압박하거나 회유하는 전략을 수립하였다.²⁵ 상고법원안에 반대 입장을 표명한 주요 법사위 의원들의 성향을 분석하고, 설득 방안을 고안했다. 해당 의원들과 가까운 관계를 유지하고 있는 의원들을 통해 설득을 하는 방안을 구상하였으며, 그럼에도 반대 의견을 표명하는 의원들에 대해서는 ‘고립화 전략’을 제시하기도 했다. 또한 20대 국회 정당별 국회의원들의 이력과 평판, 사법부에 대한 인식 등을 정리하기도 했다.²⁶

나. 상고법원 도입을 위한 청와대 대응 전략 관련

법원행정처는 상고법원 도입을 위해 청와대 주요 관계자들과 접촉하고, 청와대의 ‘주요 관심사항’에 대한 ‘법원의 협조 노력을 피력’하려 애썼다. 그 중에는 이병기 당시 청와대 비서실장을 설득하기 위하여 산케이 신문

25 의원별 대응전략 [128], 상고법원 입법 추진을 위한 야당 설득 및 대응 전략 [142] 등

26 제20대 국회의원 분석 [171]



서울지국장 사건 및 일제 강제징용 피해자 손해배상청구사건과 관련한 ‘청와대의 요구사항’을 접수하는 등의 내용,²⁷ 청와대가 상고법원 도입에 찬성하도록 ‘상고법원 판사 임명 시 청와대의 의견을 반영하는 것을 수용할 수 있다고 설득하자’는 내용²⁸ 등이 포함되어 있었다.

다. 상고법원 도입을 위한 법무부와의 협상 전략 관련

법원행정처는 상고법원안 통과를 위해 법무부와의 “담판”이 필요하다고 판단하였다. 이에 법원행정처는 법무부에 대한 압박 방안으로 디지털 증거 압수수색 영장에 대한 절차적 통제, 체포영장제도 개혁 등을 검토하고, 회유 방안으로 디지털 증거의 증거능력 인정 확대 방안, 공안사건 전담 재판부 설치 방안 등을 검토하였다.²⁹

라. 상고법원 홍보 관련

법원행정처는 라디오, 신문, 방송 등을 통하여 상고법원을 홍보하는 전략을 수립하기도 하였다. 조선일보를 통해 상고법원을 집중 홍보하기로 한 법원행정처는 조선일보에 전국 변호사를 상대로 한 설문조사, 내부 필진의 칼럼, 외부 기고문 게재 등을 주문하며 그 대가로 10억 원의 법원 예산을 광고비로 지급하는 계획을 세웠다.³⁰ 심지어 상고법원 설치를 지지하는 언론 기고문을 대필한 정황도 확인되었다.³¹

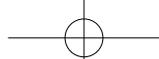
27 상고법원 관련 BH 대응전략 [79, 359]

28 BH로부터의 상고법원 입법추진동력 확보방안 검토 [93] 등

29 상고법원 입법추진동력 boom-up 방안 검토 [87], 상고법원 입법추진을 위한 법무부 설득방안 [373] 문건 등

30 조선일보를 통한 상고법원 홍보전략 [97]

31 상고법원 기고문 조선일보 버전(김OO) [86] 등



다. 민변·대한변협 대응 관련

법원행정처는 상고법원 도입에 반대한 민변에 대하여도 대응전략을 수립하였다. 민변의 현황을 분석하고, 내부 의사결정방식 등 세세한 정보와 동향을 파악하였으며, 민변 내 상고법원안 찬성 세력을 확인·모색하고, 그들이 적극적인 목소리를 낼 수 있도록 유도해야 한다고 검토하였다.³² 또한, 개헌특위 전문위원 선정과 관련된 내용들이 기재된 곳에 민변 소속 변호사 중 일부를 ‘블랙리스트’로 특정한 내용의 문건을 작성하기도 하였다.³³

대법원은 대한변협이 2014. 8. 25. 변호사대회에서 대법관 증원에 대한 결의문을 채택하자 대한변협을 압박·제재할 수 있는 방안을 검토하였는데, 그 중에는 변호사평가제의 도입·필수적 변호사 변론주의 반대·대한변협 신문 광고 게재 중단·대한변협 법률구조재단 공탁지원금 규모 축소 등이 포함되었다.³⁴

7. 검찰의 수사 진행

가. 검찰 수사 과정에서의 문제점

1) 잇따른 압수수색 영장 기각

검찰은 압수된 임종현 USB에서 법원행정처 재직 시절 작성한 추가 문

32 상고법원 입법추진관련 민변대응전략 [84, 377]

33 000086_야당분석 [389]

34 대한변협압박방안검토 [83]



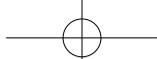
건들을 발견한 이후 수사에 더욱 박차를 가하며, 법관 사찰·부산 법조비리 은폐·강제징용 재판거래 의혹 등과 관련하여 법원행정처 인사심의관실·윤리감사관실·국제심의관실, 전·현직 판사와 외교부에 대한 압수수색 영장을 청구하였다. 그러나 법원은 “국가의 중대한 이익과 관련한 공무상 비밀에 해당한다,” “행정처의 임의제출 가능성을 배제할 수 없다.” “당시 법원행정처가 작성한 문건 내용은 부적절하나, 일개 심의관이 작성한 문건대로 대법관이 재판을 한다고 보기 어렵다”는 등의 이유로 이를 대부분 기각하고, 일제 강제징용 재판거래 사건의 참고인에 불과한 외교부에 대해서만 영장을 발부하였다. 이후에도 법원은 검찰이 청구한 압수수색 영장을 잇달아 기각하며, 범죄혐의에 대한 소명 부족, 임의제출 가능성의 존재, 범죄 결과 발생 가능성의 부재, 국가의 중대한 이익과 관련된 공무상 비밀 해당 등을 이유로 들었다. 이로 인하여 한때 사법농단 관련 영장 기각률이 90%에 육박³⁵하였다. 비판 여론이 거세지자 서울중앙지방법원은 영장전담 재판부를 두 곳(명재권·임민성 부장판사) 추가 증설하였다(2018. 8. 30. 및 2018. 9. 27.).

2) 증거인멸 논란

법원이 잇따라 영장을 기각하는 사이 사법농단 의혹에 연루된 전·현직 판사들이 증거를 인멸하고 있다는 보도도 이어졌다. 서울중앙지검 특수1부에 출석한 연루 법관들이 휴대전화를 무더기로 교체 또는 ‘분실’하였고 업무일지 또한 파쇄 하였다는 취지로 진술한 것으로 알려졌다.³⁶

35 2018. 8. 29. <JTBC>, “법원에 막힌 사법농단 수사…압수수색 영장 90% 기각” ; <http://news.jtbc.joins.com/html/054/NB11688054.html> ; 2018. 11. 6. 최종방문

36 2018. 8. 26. <국민일보>, “휴대전화 종량제 봉투에 버리고 송곳으로 찌고… ‘사법농단 증거인멸’ 도 넘은 판사들” ; <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0012632176&code=61121311&cp=nv> ; 2018. 11. 6. 최종방문



법원의 영장심사가 미뤄지는 와중에 증거인멸도 자행되었다. 검찰은 유해용 변호사(전 대법원 수석재판연구관)이 퇴직 시(2018. 2. 경) ‘박근혜 비선진료’ 관련자인 박채운씨의 특허소송 관련 자료를 무단으로 반출한 혐의를 포착, 2018. 9. 5. 그의 사무실을 압수수색하였다. 그러던 중 대법원 재판과 관련한 기밀 자료³⁷ 다수를 발견하고 법원에 압수수색영장을 재차 청구하였다(2018. 9. 7.). 법원의 영장심사가 사흘간이나 미뤄지는 사이, 유 변호사는 2018. 9. 10. 법원행정처에 관련 자료를 파기하였다고 통보했다. 검찰은 2018. 9. 18. 법원에 위 유해용에 대하여 공무상 비밀누설, 직권남용권리행사방해, 개인정보 보호법 위반, 공공기록물관리법 위반, 절도, 변호사법 위반 등의 혐의로 구속영장을 청구하였으나,³⁸ 기각되었다.

나. 검찰 수사를 통해 드러난 사실

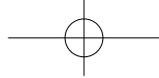
이러한 상황 속에서 서울중앙지방검찰청은 사법농단 수사에 특수부 3곳(특수1부·특수3부·특수4부)을 추가로 투입하여 의혹 규명에 나섰다. 관련자 소환 조사, 압수수색 등을 통해 검찰이 확보한 것으로 드러난 사실 중 중요 내용은 다음과 같다.

1) 양승태 전 대법원장을 정점으로 한 조직적 범죄행위 - 워선 개입의 정황

검찰 수사를 통해 일련의 사법농단 사태가 양승태 전 대법원장을 정점으로 한 조직적 범죄라는 증거가 차츰 확보되었다. 특히 외교부에 대한 압수수색 등을 통해 차한성·박병대·고영한 전임 법원행정처장이 재판

37 위 기밀 자료 중에는 통합진보당, 강제징용, 전교조 소송, 박채운씨 특허소송 관련 문건이 포함되어 있었던 것으로 알려졌다.

38 이는 사법농단 수사 과정에서의 첫 구속영장 청구였다.



거래에 연루되어 있음이 확인되었다. 차한성·박병대의 경우 김기춘 당시 청와대 비서실장과 만나 강제징용 사건³⁹ ⁴⁰에 관하여 논의한 정황이 확인되었으며, 그 후임인 고영한은 부산 문 모 판사 관련 재판개입에 연루되어 있음이 밝혀졌다.⁴¹ 이는 법원 내의 조사 단계에서는 드러나지 않았던 것으로, 세 명의 법원행정처장을 모두 임명한 양승태 전 대법원장의 총괄적이고 포괄적 지시가 있었음을 추단하게 하는 내용이다.

2) 재판거래·재판개입의 ‘스모킹 건’

가) 일제 강제징용 사건 관련

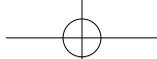
검찰은 임종현의 USB에서 ‘강제징용 관련 외교부와의 관계’ 문건을 확보하였다. 해당 문건들에는 법원이 외교부를 의식하여 강제징용 피해자들이 제기한 민사소송을 지연시키는 방안 등이 담겼다. 강제징용 재판 지연을 매개로 판사들이 해외 공판 파견 등 협조를 받을 수 있을 것이라는 취지의 내용도 포함되었다. 이후 임종현은 2013. 10. 29. 청와대를 방문해 주철기 당시 외교안보수석을 만나 강제징용 소송 경과 및 향후 진행 방향에 대한 설명과 함께 주유엔 대표부 법관 파견을 청탁한 것으로 전해졌다.⁴² 검찰은 수사 과정에서 2013. 12. 경 차한성 당시 법원행정처장이 김기춘 비서실장을 공판에서 만나 강제징용 소송을 미루는 대가로 법관의

39 2018. 8. 14. <SBS>, “검찰 ”김기춘, 차한성 대법관과 강제징용 재판 논의“ ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=055&aid=0000666873> ; 2018. 11. 7. 최종 방문

40 2018. 8. 21. <한겨레>, “징용배상’ 판결 박병대, 김기춘과 비밀회동...파기 대책 마련 정황” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=028&aid=0002422150> ; 2018. 11. 7. 최종방문

41 2018. 8. 31. <뉴스시스>, “고영한 전 대법관, ‘부산 판사 비리’ 은폐 개입 정황” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=003&aid=0008784200> ; 2018. 11. 7. 최종방문

42 2018. 8. 6. <한겨레>, “임종현 ‘법관 파견’ 청탁받은 청와대, 윤병세 외교부 장관에 전달” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=028&aid=0002420178> ; 2018. 11. 7. 최종방문



해외파견 자리를 거래한 정황이 포착되었다고 밝혔다.

또한 검찰은 외교부 기획조정실 등을 압수수색 하는 과정에서 법원행정처 사법정책실이 작성한 문건(2013. 9. 작성)을 발견하였는데, 해당 문건에는 ‘대일본 관계 악화’를 우려하는 외교부의 입장을 서면으로 작성하여 강제징용 재판에 반영할 수 있는 방법을 신설하기 위해 노력할 예정이라는 내용이 담겨 있었다.⁴³ 실제 대법원은 2015. 1. 국가기관이 대법원에 재판에 관한 의견서를 제출할 수 있도록 민사소송규칙을 개정하였다.

검찰은 2016. 9. 경 임중현과 이민걸이 외교부를 찾아가 강제징용 재판에 대한 외교부의 공식 의견서를 빨리 제출하라고 재촉하면서, “양승태 원장의 임기 내에 끝내야 한다”고 강조한 정황을 확인하였다. 대법원의 이러한 재촉을 받은 외교부는 2016. 11. 일제 전범기업의 배상 책임을 묻는 대법원 판결이 한일 관계를 파국으로 몰아갈 수 있다는 등의 입장이 담긴 의견서를 제출하였다. 검찰은 이민걸 당시 법원행정처 기초실장이 외교부의 의견서를 직접 감수까지 한 정황도 확인했다.⁴⁴

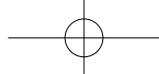
곽병훈 전 청와대 법무비서관은 검찰 소환 조사에서 청와대와 대법원이 강제징용 소송에 개입하였다는 의혹에 관하여 “법원행정처의 요구가 있었다”는 취지로 진술한 것으로 알려졌다.⁴⁵

43 2018. 7. 27. <한겨레>, “양승태 행정처, 소송규칙까지 고쳐 ‘강제징용’ 재판개입 정황” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=028&aid=0002419126> ; 2018. 11. 7. 최종방문

44 2018. 9. 9. <MBC>, “양승태 대법원, 강제징용 판결 뒤집으려 외교부 의견서 직접 감수” ;

http://imnews.imbc.com/news/2018/society/article/4815083_22673.html ; 2018. 11. 6. 최종방문

45 2018. 9. 7. <머니투데이>, “곽병훈 靑비서관 ”강제징용 소송 개입, 법원행정처 요구 있었다“ ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=008&aid=0004102339> ; 2018. 11. 7. 최종방문



나) 통합진보당 지방의원·국회의원 지위확인소송 등 관련

검찰은 통합진보당 지방의원 지위확인소송 재판개입 의혹을 수사하는 도중, 이규진이 특별조사단 조사 과정에서 “박병대 처장과 임종헌 차장이 ‘의원직 판단 권한은 사법부에 있다’고 판결문에서 밝힐 필요가 있다고 했다. 이를 심경 심의관을 통해 재판부에 전달했다”고 진술했던 사실을 확인했다.⁴⁶ 실제 해당 재판의 판결문에는 행정처의 의견대로 ‘의원직 상실 여부에 대한 판단은 헌재가 아니라 법원에 있다’는 내용이 반영되었다.

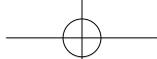
수사 과정에서 확인된 바에 따르면, 법원행정처는 이미옥 전 통합진보당 광주시의회 의원 등 5명이 지방자치단체를 상대로 낸 의원직퇴직처분 취소소송과 관련하여 재판부에 ‘각하 처분을 하지 말고 기각하라’라는 뜻을 전달하였으며, 사건을 심리하던 광주지법 판사들이 이를 받아들이지 않자, 이규진을 통하여 ‘선고를 미뤄달라’는 뜻을 전달하였다. 재판부는 이후 실제 변론을 재개하였다. 이규진은 정기 인사로 재판장이 바뀐 이후에도 판결을 기각하라는 취지를 재차 전달하는 등 재판에 적극적으로 개입한 것으로 알려졌다.⁴⁷

나아가 검찰은 양승태 전 대법원장 시절 대법원이 김재연, 이석기 등 통합진보당 국회의원 지위확인 소송에도 개입한 정황을 파악했다. 김현석 당시 선임재판연구관은 법원행정처로부터 2016. 6. 작성된 ‘통진당 사건 전합 회부에 관한 의견’ 문건을 받아 유해용 당시 수석재판연구관에게 전달하였다.⁴⁸ 대법원 재판의 사건 분석, 법리 검토, 판결문 작성 등을 도맡

46 2018. 8. 10. <한겨레>, “이규진 ”박병대 법원행정처장 지시로 통합진보당 소송 개입“ ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=028&aid=0002420860> ; 2018. 11. 7. 최종 방문

47 2018. 10. 25. <경향신문>, “법원행정처, 진보당 지방의원 소송 또 개입” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=032&aid=0002901669> ; 2018. 11. 7. 최종 방문

48 2018. 9. 8. <한겨레>, “통진당 소속 개입 행정처 문건, 수석재판연구관에 전달” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=028&aid=0002424475> ; 2018. 11. 7. 최종 방문



는 재판연구관에게 해당 문건을 전달한 만큼 그 내용이 대법관들에게 보고되어 결정에 영향을 미쳤을 가능성을 배제할 수 없는 것이다.

다) 통상임금 관련

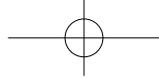
검찰은 권순일 대법관이 법원행정처 차장 시절 통상임금 사건 판결을 앞둔 2013. 9. 4. 청와대를 방문한 기록을 확보하였다고 밝혔다.⁴⁹ 실제 권순일 대법관이 청와대를 방문한 것으로 밝혀진 다음날 통상임금 전원합의체 판결 공개변론이 진행되었다. 이에 대해 권순일 대법관이 통상임금 재판 관련 진행상황을 청와대와 논의하기 위하여 판결 전 청와대를 찾은 것이 아니냐는 분석이 나왔다.

라) 전교조 법외노조 통보처분 효력정지 사건 관련

검찰은 고용노동부 관련자와 전교조 소송을 담당했던 대리인들을 조사하는 과정에서, 전교조 법외노조 통보처분 효력정지 2심 재판 진행 중 청와대와 법원행정처가 접촉한 정황을 확인했다. 검찰은, 서울고등법원이 전교조 법외노조 통보처분 효력정지 신청을 받아들이자, 김기춘 비서실장이 고용노동부에 대법원 재항고를 통해 판결을 뒤집으라는 지시를 내렸고, 이 지시를 하달 받은 청와대 민정수석실은 법원행정처와 그 대응방향을 논의한 것으로 의심하고 있다고 밝혔다.⁵⁰ 이후 임종헌의 컴퓨터 하드디스크에서 법원행정처가 2014. 10. 7. 작성한 ‘(141007)재항고 이유서(전교조-Final)’라는 제목의 문건이 발견되었는데, 2014. 10. 8. 자로 대법원

49 2018. 8. 14. <뉴스1>, “권순일 대법관 ‘통상임금’ 판결 앞두고 차청와대 방문” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=421&aid=0003533669> ; 2018. 11. 7. 최종 방문

50 2018. 8. 17. <머니투데이>, “檢, 김기춘 ‘전교조 불법화’ 대법·헌재 압박 정황 포착” ; <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=008&aid=0004092858> ; 2018. 11. 7. 최종 방문



에 제출된 고용노동부의 재항고 이유서와 대조해 본 결과 그 내용이 동일하다는 점을 확인하였다.⁵¹ 임종현은 구속 전 피의자신문 과정에서 법원행정처가 전교조 집행정지 소송과 관련하여 고용노동부 측의 재항고이유서를 대필해준 의혹에 사실관계를 인정하면서도 “청와대는 손발이 없기 때문에 행정처가 도와준 것뿐이다”라고 답변했다.⁵² 한편 검찰은 수사 과정에서 전교조 범외노조 관련 문건을 작성한 법원행정처 심의관이 당해 문건의 파일명을 ‘건강검진 안내문’으로 위장하여 기재한 사실을 확인하였는바, 위 심의관은 검찰 조사 과정에서 “문제가 될까 무서워서 제목을 바꿨다”고 진술한 것으로 알려졌다.⁵³

마) 원세훈 사건 관련

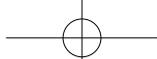
조사 과정에서 검찰은 법원행정처가 원세훈 전 국정원장 관련 1심 재판에서 검찰의 공소장 변경 신청에 대한 법리를 검토·분석한 정황도 발견하였다. 법원행정처 사법지원실은 2013. 10. 23. 재판부가 공소장 변경을 허가 또는 기각하는 시나리오별로 그에 따른 법리와 파장을 상세히 분석하였다. 해당 문건은 ‘현재로서는 (공소장 변경을) 받아들이지 않을 명분이 없다’고 결론을 내렸는데, 실제 10. 30. 1심 재판부는 공소장 변경을 허가했다.⁵⁴

51 2018. 8. 29. <경향신문>, “전교조 범외노조 서류, 박근혜 청와대 관여 정황”; http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201808290952005&code=940301; 2018. 11. 7. 최종 방문

52 2018. 10. 26. <오마이뉴스>, 임종현 “전교조 소송? 청와대 손발 없어 도와준 것”; http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002482586&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news; 2018. 11. 7. 최종 방문

53 2018. 10. 26. <YTN> “건강검진, hwp’ 알고보니 ‘전교조 불법화’ 소송 문건”; https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201810260029591470; 2018. 11. 8. 최종 방문

54 2018. 7. 23. <한겨레> “법원행정처, 원세훈 1심 공소장 변경부터 개입했다”; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/854398.html; 2018. 11. 7. 최종 방문



3) 기타 새로이 제기된 의혹

가) 위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로 낸 손해배상 소송 재판개입 의혹

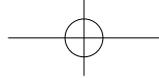
수사 과정에서 검찰은 법원행정처 기획조정실이 작성한 위안부 소송 관련 문건을 확보하였다. 2016. 1. 초 작성된 이 문건에는 위안부 피해자 12명이 일본 정부를 상대로 제기하려 한 손해배상청구 소송을 분석하고, 이를 각하하거나 기각하는 것이 마땅하다는 내용이 담겨 있었다.⁵⁵ 실제 위안부 피해자 12명은 2016. 1. 28. 소송을 제기하였다. 법원행정처가 박근혜 정부의 외교정책 기조에 부합하고자 정식으로 소장이 접수되기도 전에 소송 내용을 검토하고 미리 결론을 정해 유도하려 한 것이 아니냐는 비판이 제기되었다.

나) 산케이 신문 전 서울지국장 사건 재판개입 의혹

검찰은 세월호 참사 당일 박근혜 전 대통령의 7시간 행적에 의혹을 제기하였다가 명예훼손으로 기소된 가토 다쓰야 일본 산케이 신문 전 서울지국장의 1심 재판에 청와대와 법원행정처가 개입한 직접적인 증거를 확보했다. 검찰은 광병훈 당시 청와대 법무비서관이 임종헌 전 차장에게 명예훼손죄로 유죄가 선고된 대법원 판례를 전달하며 “참고하라”는 내용의 문자 메시지를 보낸 사실을 확인하였고, 비슷한 시기 임 전 차장의 지시를 받은 법원행정처 기획조정실이 가토 전 지국장 재판과 관련하여 “명예훼손죄 검토보고서”를 작성하여 청와대 법무비서관실에 보낸 사실도 밝혀냈다.⁵⁶

⁵⁵ 2018. 7. 30. <연합뉴스> “위안부 피해자 소송도 거래 정황...검찰, 문건 확보해 수사” ; <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2018/07/30/0200000000AKR20180730051800004.HTML?input=1195m> ; 2018. 11. 7. 최종 방문

⁵⁶ 2018. 10. 22. <한겨레> “박근혜 청와대, ‘정윤희 의혹’ 가토 지국장 유죄 입증 앞장” ; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/866826.html ; 2018. 11. 7. 최종 방문



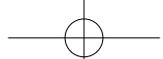
특히 법원행정처가 2015. 11. 16. 작성한 문건에는 해당 사건 재판의 판결 이유가 “대본처럼” 적혀 있었다. 해당 문건에는 ‘가토 전 국장이 쓴 기사는 허위사실로 확인됐다고 밝히고 판결서 이유에도 해당 보도의 허위성을 명백히 판시할 것으로 예정’, ‘일국의 대통령에 대해 허위 보도한 것에 대해 재판부의 엄중한 질책이 있을 것’, ‘매서운 질타 및 경고 메시지 전달’, ‘언론 보도 등을 통해 허위사실 공론화’ 등의 문구가 적혀 있었다.⁵⁷ 이는 세월호 참사 이후 청와대의 관심을 받고 있던 사안에 대해 법원이 스스로 정권에 도움이 되기 위해 유죄 판결 선고와 함께 마치 청와대의 “변호사” 또는 “공보처”로서의 역할을 한 것이다.

다) 한정위헌제청 결정 재판개입 의혹

검찰은 수사과정을 통해 법원행정처가 양 전 대법원장의 지시를 받고 일선 법원의 위헌법률심판제청결정을 취소하도록 한 정황도 확인했다. 일선 재판부가 이미 결론을 내린 상황에서 법원행정처가 이에 개입해 그 결론을 뒤집도록 한 것이다.

2015년 서울남부지방법원 민사 11부는 사립학교교직원연금법 사건에서 한정위헌결정을 구하는 취지의 위헌법률심판제청결정을 내렸다. 당시 대법원 심의관은 이러한 민사11부의 결정을 법원행정처에서 현재로 전자공문을 발송하는 과정에서 알게 되자, 이를 대법원 수뇌부에 보고하였다. 양 전 대법원장은 법원행정처 간부로 하여금 해당 결정을 내린 재판장인 염 모 부장판사에게 직접 전화를 걸어 그 결정을 직권취소할 것을 요구하도록 했다. 양 전 대법원장은 해당 위헌법률심판제청이 받아들여질 경우, “법원도 한정위헌결정의 효력을 인정한다”는 취지로 사용될 수 있다는 점

57 2018. 7. 27. <한국일보> “박근혜 7시간 명예훼손 선고 ‘대본’ 미리 켜 양승태 행정처” ; <http://www.hankookilbo.com/News/Read/201807261740057114> ; 2018. 11. 7. 최종방문



을 우려한 것으로 알려졌다.

법원행정처 간부의 전화를 받은 재판장은 이미 원고에게 송달되어 효력이 발생한 해당 결정을 취소하고, 대신 단순위헌 여부를 묻는 취지의 위헌법률심판제청 결정을 내렸다. 법원행정처는 이러한 재판개입 사실을 은폐하기 위하여 전산정보국을 동원하여 법원 내부 전산망인 ‘코트넷’에서 해당 결정문을 볼 수 없도록 조치를 취한 것으로 드러났다.⁵⁸

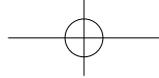
라) 헌법재판소 기밀 유출 의혹

검찰은 임종현 USB에서 발견된 문건을 통해, 2015.부터 2018. 초 까지 헌법재판소에서 파견 근무를 하던 최희준 부장판사에 의해, 헌법재판소 사건 관련 재판관 평의 내용 및 다른 연구관들의 보고서가 유출된 사실을 확인했다. 최희준은 긴급조치 배상판결, 과거사 국가배상 소멸시효 관련 판결, 현대차 노조원 업무방해 판결, 박근혜 전 대통령 탄핵심판과 관련한 헌법재판소 기밀을 이규진과 임종현에게 유출하였다.⁵⁹ 이규진은 검찰 조사에서 헌법재판소 내부 동향 파악은 임종현의 지시에 따라 이뤄진 일이라고 진술한 것으로 알려졌다.⁶⁰ 나아가 위 자료들이 임 전 차장을 거쳐 박병대 당시 법원행정처장과 양 전 대법원장에게 보고된 사실까지도 수사 과정에서 드러나면서, 대법원이 헌법재판소를 견제하기 위하여 내부 정보를 수집한 것이 아니냐는 의혹이 제기되었다.

58 2018. 9. 11. <경향신문> “양승태 행정처, 일선 법원 결정 뒤집었다” ; http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201809112211005&code=940301 ; 2018. 11. 7. 최종 방문

59 2018. 8. 22. <오마이뉴스> “탄핵심판 유출’ 판사 소환... 뒷선 향하는 검찰 수사” ; http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002465325&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news ; 2018. 11. 7. 최종 방문

60 2018. 8. 25. <한겨레> “양승태 대법원, 현재 내부 파악은 임종현이 지시” ; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/859171.html ; 2018. 11. 7. 최종 방문



마) '헌법재판소 무력화 방안' 검토

양승태 사법부는 상고법원 도입 이후 대법원이 '정책 법원'으로서의 기능을 수행해야 하는데, 헌법재판소와 그 역할이 겹칠 수 있으므로, 헌법재판소를 사전에 견제해야 한다고 판단하였다. 이에 대법원장의 헌법재판관 추천권을 이용하여, 헌법재판소의 역량을 약화시키고 헌법재판소와 관련한 여론을 악화시키는 방안을 적시한 '헌재 관련 비상적 대처 방안' 문건을 작성하였다.⁶¹ 이후 검찰 조사를 통해 법원행정처가 헌법재판소장을 비판하는 기사를 대필한 정황도 파악되었다.⁶²

바) 부산 법조비리 사건 무마 의혹

2015. 5. 조현오 전 경찰청장의 뇌물수수 혐의를 수사하던 검찰은 당시 부산고법 문 모 부장판사가 건설업자인 정 모 씨로부터 접대를 받은 것을 확인하고 문 전 부장판사의 비위사실과 관련한 자료를 당시 임 전 차장에게 전달하였다. 법원행정처는 문 전 부장판사에 대하여 경고조치 지시만을 내리고 어떠한 징계조치도 하지 않았다. 검찰은 당시 법원행정처가 상고법원 도입을 위해 현기완 전 청와대 정무수석을 창구로 활용하기 위하여 현 전 수석과 긴밀한 관계였던 문 모 판사의 비위 의혹을 문제 삼지 않았다고 볼 만한 증거를 포착한 것으로 알려졌다.⁶³

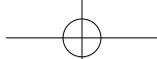
사) 국회의원 관련 재판에의 개입 의혹

법원행정처는 2016. 11. 홍일표 자유한국당 의원이 불법 정치자금 수수

61 2015. 10. 경 법원행정처 사법정책실에서 작성된 문건으로, 검찰 수사 과정에서 확보되었다.

62 2018. 9. 7. <뉴시스> “헌재 소장 비난” 언론 기사, 양승태 행정처가 기획·대필 했다” ; http://www.newsis.com/view/?id=NISX20180906_0000411841&cID=10201&pID=10200 ; 2018. 11. 7. 최종 방문

63 2018. 8. 31. <경향신문> “부산 법조비리 은폐” 의혹 사건 담당 법원장 “고영한 대법관 지시 재판장에 전달” 진술” ; http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201808311401001&code=940301 ; 2018. 11. 7. 최종 방문



혐의로 기소되기 이전에 홍 의원의 입장에서 방어 방법을 검토하고, 예상 형량을 기재한 문건을 작성하기도 하였다. 돈을 건넌 A가 수사 과정에서 진술을 번복하자, 이에 맞추어 ‘입금된 자금 흐름을 명백히 밝혀 A의 진술을 탄핵한다’는 등의 내용을 담은 문건을 작성하였다.⁶⁴

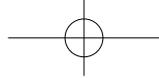
그밖에도 검찰은 법원행정처가 유동수 더불어민주당 의원에게 법원이 반대하는 특허 정책과 관련하여 국회 상임위원회에서 특허청장을 비판할 수 있도록 발언 요지를 만들어 보내고, 그 대가로 선거법 위반 혐의로 수사를 받고 있던 유 의원에게 재판 대응 전략을 자문해 준 정황을 파악했다. 실제 유 의원은 상임위에서 유사 내용으로 특허청장을 질타했고, 1심에서 당선 무효형인 벌금 300만 원 형을 선고받았던 유 의원은 행정처의 법률자문 이후 2심에서 의원직을 유지할 수 있는 벌금 90만 원을 선고받았다. 검찰은 임종현이 행정처 심의관에게 유 의원 재판과 관련한 대응 문건을 작성하도록 한 후 해당 메일을 유 의원의 변호인에게 이메일로 전달한 사실을 확인했다.⁶⁵

아) 박근혜 전 대통령 비선진료 관련자인 박채운 특허소송 재판 거래 의혹

검찰은 박근혜 전 대통령이 비선진료를 담당했던 김영재 원장의 부인 박채운의 특허소송과 관련하여 변호사를 추천해달라고 직접 지시한 정황을 확인했다. 우병우 전 청와대 민정수석은 2016. 2. 초 박병대에게 전화해 “대통령 관심사건이 대법원에 계류 중이다. 챙겨봐달라”고 요청하였고, 이후 임종현의 요청을 받은 유해용은 해당 사건 담당 재판연구관을 시켜 박채운의 특허소송 상고심 사건 진행경과와 처리 계획을 담은 문건

64 2018. 8. 12. <JTBC> “기소되기도 전에... 행정처, ‘홍일표 방어방법’ 검토 정황” ; <http://news.jtbc.joins.com/html/613/NB11679613.html> ; 2018. 11. 7. 최종 방문

65 2018. 10. 24. <SBS> “‘특허청장 혼내 달라’ 청탁... 성공하자 재판전략 지원” ; https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1004986918&plink=ORI&cooper=NAVER ; 2018. 11. 7. 최종 방문



을 작성하게 하였으며, 이를 임종헌에게 보고한 것으로 알려졌다.⁶⁶ 박재운은 실제 특허법원과 대법원에서 모두 승소했다.

자) 법원행정처 비자금 조성 의혹

법원행정처 예산으로 수익 원대의 비자금을 조성한 사실이 검찰 수사 과정에서 확인되었다(2018. 9. 4.). 법원행정처는 이를 고위법관을 위한 격려금 및 대외활동비로 사용하였다고 답했다.⁶⁷ 검찰은 대법원 예산·재무 담당관실의 압수수색을 통해 당시 법원행정처가 각급 법원장에게 수 천 만원에 이르는 현금 다발을 지급한 것을 확인했다. 검찰은 일선 법원장 등이 자유롭게 쓸 수 있는 현금을 받아 상고법원 로비용으로 사용한 것이 아닌지 의심하고 있다고 밝혔다.⁶⁸

차) 수사기밀 유출 의혹

검찰은 법원행정처 심의관을 지낸 나상훈 부장판사가 서울서부지법 기획법관으로 근무하던 2016년, 서울서부지검이 수사한 법원 집행관 비리 사건의 수사기밀을 임종헌에게 유출한 정황도 파악했다.⁶⁹ 집행관 비리 수사가 전국 법관으로 확대되는 것을 막기 위해 법원행정처가 조직적으로 수사정보를 들여다 본 것이 아니냐는 의혹이 제기되었다.

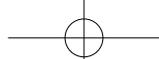
서울중앙지방법원 형사수석부장을 지낸 신광렬, 임성근 서울고등법원

66 2018. 9. 20. <한겨레> “우병우, 박병대에 “박근혜 관심사건 쟁거봐달라” 요청”; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/863019.html; 2018. 11. 7. 최종 방문

67 2018. 9. 6. <연합뉴스TV> “법원행정처, ‘비자금 의혹’ 일부 시인...불법 의도는 부인”; <http://www.yonhapnewstv.co.kr/MYH20180906001800038/?did=1825m>; 2018. 11. 7. 최종 방문

68 2018. 9. 4. <뉴스시스> “상금 주듯... ‘양승태 비자금’ 법원장 회의 소집해 뿌렸다”; http://www.newsis.com/view/?id=NISX20180904_0000409418&cID=10201&pID=10200; 2018. 11. 7. 최종 방문

69 2018. 8. 29. <민중의 소리> “검찰, ‘양승태 행정처에 수사기밀 유출’ 현직 부장판사 피의자 소환”; <http://www.vop.co.kr/A00001326139.html>; 2018. 11. 7. 최종 방문



부장판사 등 법관 5명 또한 수사기밀 누설 의혹과 관련하여 수사를 받았다. 신광렬, 임성근 판사는 ‘정운호 게이트’ 관련 영장수사정보를 전달한 것으로 파악되었다.⁷⁰

카) 박근혜 전 대통령 법률자문 의혹

검찰은 박근혜 전 대통령 탄핵 국면 당시(2016. 11.경), 임종현이 청와대 법무비서관실의 부탁을 받아 법원행정처 및 재판연구관실 판사들에게 ‘VIP관련 직권남용 등 범리모음’ 이라는 제목의 문건을 작성하도록 한 사실을 확인했다.⁷¹

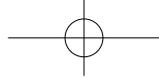
타) 이석기 내란음모 상고심 재판개입 의혹

검찰은 상고법원 도입이 적극 추진되던 2015. 1. 18., 법원행정처 기획조정실이 ‘최민호 판사 관련 대응 방안’에 대한 문건을 작성한 사실을 확인했다. 현직 판사가 거물 사채업자로부터 수억 원의 뇌물을 수수한 사실을 검찰에서 자백하자 법원행정처는 해당 문건을 작성하여 이를 덮기 위하여 ‘대법원에 계류 중인 이석기 의원 사건을 1월 22일에 선고’하는 방안을 제시하였다.⁷² 실제 그 다음날인 2015. 1. 19. 대법원은 출입기자단에 2015. 1. 22. 이석기 사건을 선고하겠다고 발표하였다. 선고 이후인 2015. 1. 25. 법원행정처는 ‘대응전략 주효해 사건 수습 국면’이라고 적힌 후속

70 2018. 9. 2. <연합뉴스> “행정처 판사들, 일선법원 옮겨서도 ‘사법농단’ 거점역할 정황”; <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2018/09/01/0200000000AKR20180901030900004.HTML?input=1195m>; 2018. 11. 7. 최종 방문

71 2018. 10. 5. <노컷뉴스> “양승태 법원행정처, 최순실 구속 후 ‘차 법률 자문’ 정황”; <http://www.nocutnews.co.kr/news/5040589>; 2018. 11. 7. 최종 방문

72 2018. 8. 3. <오마이뉴스> “‘이석기 재판’ 앞당긴 대법원, 행정처가 시기 좌우했다”; http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002460340&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news; 2018. 11. 7. 최종 방문



문건을 작성했다.⁷³ 법원에 불리한 의혹을 덮기 위하여 재판 선고 기일을 조정하는 등 재판 진행에 개입하였다고 의심할 수 있는 정황들이다.

파) 쌍용자동차 대한문 집회 공무집행방해 사건 재판개입 의혹

사법농단 수사 과정에서 검찰은 임성근 서울고법 부장판사(당시 서울중앙지방법원 형사수석부장판사)가 쌍용자동차 대한문 집회에 참석하였다가 기소된 민변 변호사들의 재판에 개입한 정황을 파악하였다. 임성근 부장판사는 “과격한 표현 때문에 언론이나 변호사 단체에서 문제를 제기할 수 있다”며 재판부에 판결문 수정을 지시하는 방식으로 재판에 개입한 정황이 확인되었다.⁷⁴

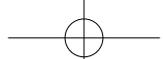
하) 형사사건 성공보수 약정 무효판결 관련

검찰은 임종현 USB를 분석하는 과정에서 ‘형사사건 성공보수 규제 도입 검토’라는 제목의 문건을 확보하였다. 이 문건은 형사사건 성공보수 규제 도입 가능성 및 추진 전략 등을 다각도로 검토한 내용을 담고 있었는데,⁷⁵ 이를 두고 대법원이 대한변협을 압박하기 위하여 재판에 개입한 것이 아니냐는 의혹이 불거졌다.

73 2018. 8. 3. <동아일보> “日 강제징용 재판거래 의혹’ 외교부 압수수색” ; <http://news.donga.com/3/all/20180802/91358858/1> ; 2018. 11. 7. 최종 방문

74 2018. 10. 22. <경향신문> “쌍용차 재판개입’ 임성근 부장판사, “판결문 과격·양형 문구 빼라” 지시” ; http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201810220600035&code=940301 ; 2018. 11. 7. 최종 방문

75 2018. 7. 26. <파이낸셜 뉴스> “檢, 양승태 사법부 ‘형사사건 성공보수 무효판결’ 기획 정황 임종현 USB서 확인” ; <http://www.fnnews.com/news/201807261433024676> ; 2018. 11. 7. 최종 방문



다. 임종헌 전 법원행정처 차장 구속, 그 이후

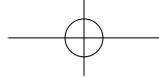
서울중앙지방법원은 2018. 10. 27. 사법농단 사태의 핵심적 관여자인 임종헌 전 법원행정처 차장에 대한 구속영장을 발부하였다. 이는 사법농단 관련 수사가 개시된 이후 관련자에 대하여 처음으로 구속영장이 발부된 사례이다. 위 구속영장 발부 이후, 고위 법관을 중심으로 검찰 사법농단 수사의 절차적 정당성에 대한 문제제기가 이어지고 있다. 2018. 10. 16. 법원 내부게시판에 사법농단 관련 법관을 대상으로 한 ‘밤샘수사’를 비판하는 글이 게시되었고(강민구 서울고법 부장판사 작성), 최인석 울산지방법원장, 김시철 서울고법 부장판사 등이 검찰 수사에 대한 비판을 담은 글을 코트넷에 올린 사실이 확인되었다.⁷⁶

임종헌 전 차장의 구속에 따라 사법농단과 관련된 검찰의 수사 속도는 한층 더 빨라질 것이며, 임종헌에 대한 기소 또한 머지않아 이루어지리라 예상된다. 다만 전체 관여자들에 대한 수사 및 기소, 재판절차 등은 상당한 시간이 소요될 것이며, 현재 국회를 중심으로 이루어지고 있는 특별재판부 및 탄핵에 대한 논의 또한 그 진전에 난항이 있는 상태이다.

Ⅲ. 사법농단 사태에 대한 민변 및 시민사회의 대응

민변은 특별조사단이 구성되기 이전부터, 법원 내의 조사 기구에 조사의 투명성과 철저성을 보장하기 위하여 객관적 외부인사의 참가를 보장하

⁷⁶ 2018, 10, 31. <경향신문> “고위 법관들, 임종헌 구속되자 ‘수사 흠집내기’” ; http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201810311726001&code=940301 ; 2018, 11, 7. 최종 방문



여야 한다는 의견을 개진해 왔다.⁷⁷ 그러나 대법원은 단 한명의 외부 인사 없이, 법원행정처장을 포함하여 법관 6명⁷⁸으로 위 특별조사단을 구성하였고, 2018. 5. 25. 저녁 무렵 조사보고서를 발표하였다.

민변은 위 조사보고서가 발표되자마자 이를 입수하여 검토한 후, 2018. 5. 28. 검찰의 철저한 수사, 사법부의 수사 협조 및 재발방지대책 수립, 특별조사단이 조사 대상으로 삼은 문건 전체의 공개를 요구하는 논평을 발표하였다.⁷⁹

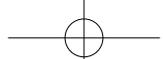
위 조사보고서 발표 직후, 민변은 2018. 5. 29. 재판거래 의혹의 피해자 및 관련 사건을 담당하였던 대리인/변호인들과 함께 간담회를 진행하였다. 위 간담회에서 피해당사자들 및 관련 사건을 진행해 온 회원들의 의견 등을 종합한 결과, 위 조사보고서에서 드러난 추가 내용들을 포함하여 사법농단 사태의 책임 법관 등을 추가로 고발하기로 의견을 모았다. 이에 민변 및 여러 시민사회단체, 그리고 사법농단 사태의 피해자단위는 공동으로 2018. 5. 30. 대법원 동문 앞에서 기자회견을 열어 철저한 진상규명과 책임자 처벌을 요구하였고, 이어 2018. 6. 5.에는 위 추가고발장을 별도의 기자회견과 함께 제출하였다. 나아가 민변과 참여연대는 2018. 6. 7. 공동으로 ‘UN 법관 및 변호사의 독립성에 관한 특별보고관’ 디에고 가시아 사안⁸⁰에게 진정서(Letter of Allegation)를 제출하여, 국제사회에 사법농단 사태에 대한 관심과 대응을 촉구하기도 하였다.

77 2018. 1. 31.자 민변 성명, “법관블랙리스트 진상규명 촉구를 위한 민변의 성명 - 이번이 마지막이다. 추가 조사 철저히 실시하라”

78 안철상 법원행정처장(대법관, 특별조사단 단장), 노태악 서울북부지방법원장, 김홍준 법원행정처 윤리감사관, 이성복 전국법관대표회의 당시 의장, 정재현 전산정보관리국장, 구태회 사법연수원 교수

79 2018. 5. 25.자 민변 논평, “사법행정권 남용을 엄중히 처벌하라. - 특별조사단 조사 결과에 부쳐”; 이 논평은 31차 집행부 명의로 발표된 최초의 논평이다.

80 Mr. Diego García-Sayán, Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers



민법의
총

시론

인물담
구

활동
보고

집중
분석

변론
기

입법
제안

국제
화시대의
인권

판례
평석



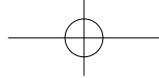
[2018. 6. 7. 진정서 제출 기자회견]⁸¹



[2018. 6. 11. 전국변호사 시국선언 후 가두행진]

“대법원 사법농단 규탄 법률가”들은 2018. 6. 5. 대법원 동문 앞에서 기

81 <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2018/06/07/0200000000AKR20180607110600004.HTML?input=1195m>; 2018. 10. 30. 최종방문, 사진은 연합뉴스



자회견을 가진 뒤, 곧바로 대법원 동문 앞에 천막을 설치하고 24시간 농성에 들어갔다. 유래 없는 법률가들의 대법원 앞 천막 농성은 2018. 6. 18.까지 14일간 계속되었다. 또한 전국 14개 지방변호사회 소속 변호사들은 2018. 6. 11. 서울지방변호사회관 앞에 모여 집회를 갖고, 2000여명의 변호사 명의로 시국선언을 발표하였으며, 집회에 참석한 변호사들은 대법원 앞까지 가두 행진을 진행하기도 하였다.

한편 민변은 2018. 6. 4. 제1차 집행위원회에서 사법농단 사태에 신속하고 철저한 대응을 위해 별도의 단위가 필요하다는 데 공감하고, 이를 위하여 “사법농단 진상규명과 책임자 처벌을 위한 T/F”(이하 TF)를 구성하기로 결의하였다. TF에는 천낙봉 부회장(단장)을 비롯하여 약 40여명의 회원이 참여하였으며, 10월 말까지 총 17회의 회의를 개최하였다.

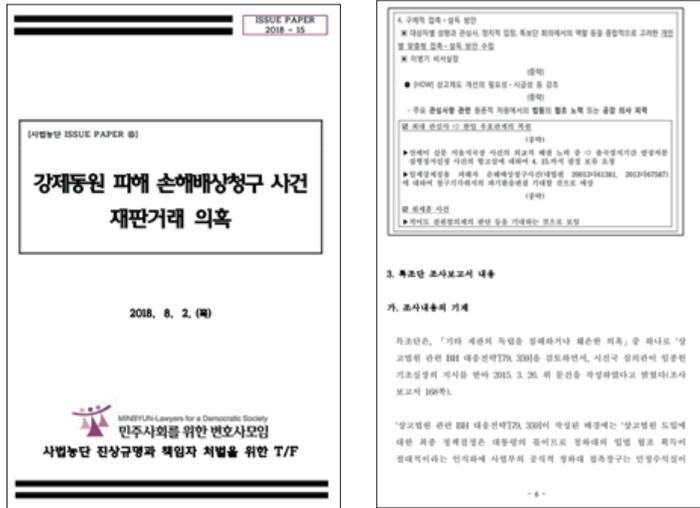
TF에서는 가장 우선적으로 사법농단 사안을 법률적으로 분석하고 이를 외화하는 것이 가장 필요하다고 보고, 우선 각 사안별로 이슈페이퍼를 발간하기로 하였다. 이슈페이퍼는 현재까지 총 16편이 발간⁸²되었다. 또한

82 TF가 발간한 이슈페이퍼의 내역은 다음과 같다.

- ① 상고법원을 매개로 한 재판거래, 재판개입 / 2018. 6. 26.(화)
- ② 국제인권법연구회 · 인권과 사법제도 소모임의 동향 파악 및 학술대회 개입 / 2018. 6. 28.(목)
- ③ 사법행정위원회 위원 추천 및 서울중앙지방법원 단독판사회의 의장 선거개입 등 / 2018. 7. 3.(화)
- ④ 익명 인터넷 카페(‘이시아’) 동향 파악 및 법관 성향 · 동향 파악 / 2018. 7. 4.(수)
- ⑤ 원세훈 전 국정원장 사건 재판거래 의혹 / 2018. 7. 5.(목)
- ⑥ 전교조 범의노조 사건 재판거래 의혹 / 2018. 7. 9.(월)
- ⑦ 사법농단 사태 관련 증거인멸 및 공용서류무효 혐의에 대하여 / 2018. 7. 10.(화)
- ⑧ 통상임금 전원합의체 판결 재판거래 의혹 / 2018. 7. 16.(월)
- ⑨ 긴급조치 등 과거사 사건 재판거래 의혹 / 2018. 7. 18.(수)
- ⑩ 철도노조 파업 · KTX 승무원 재판거래 의혹 / 2018. 7. 20.(금)
- ⑪ 쌍용자동차 · 콜텍 정리해고, 발레오만도 조직형태 변경 사건 재판거래 의혹 / 2018. 7. 24.(화)
- ⑫ 국립대학교 기성회비 사건 재판거래 의혹 / 2018. 7. 25.(수)
- ⑬ 전교조 시국선언 · 김형근 교사 사건 재판거래 의혹 / 2018. 7. 26.(목)
- ⑭ 키오 사건 재판거래 의혹 / 2018. 7. 31.(화)
- ⑮ 강제동일 피해 손해배상청구 사건 재판거래 의혹 / 2018. 8. 2.(목)
- ⑯ 서기호 전 판사 연입거부처분 취소소송 재판개입 / 2018. 9. 13.(목)



TF는 이슈페이퍼를 요약하여 9편의 대시민용 카드 뉴스를 발간⁸³하기도 하였다.

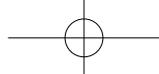


[2018. 8. 2. 발간, 이슈페이퍼 15호 표지 및 본문]

TF는 이슈페이퍼 작성 이외에도 피해자 구제 및 재판절차의 특례를 규정하는 특별법 제정 문제, 사법농단 사태에 책임 있는 법관들에 대한 탄핵 문제에 대해서도 TF 내 관련 분과를 만들어 대응해 나가기 시작하였으며, 이는 이하에서 살펴보는 바와 같이 박주민 의원의 입법 및 사법농단

83 TF가 발간한 카드뉴스의 내역은 다음과 같다.

- ① 이게 법원이냐 / 2018. 6. 14. (목)
- ② KTX 사건에 몰타지 마라 2018. 6. 21. (목)
- ③ 재판거래 의혹의 중심 '상고법원' / 2018. 6. 29. (금)
- ④ 사법행정권을 제자리로! / 2018. 6. 29. (금)
- ⑤ 판사가 판사를 사찰한다? / 2018. 7. 4. (수)
- ⑥ 검찰수사, 지켜보고 있다 / 2018. 7. 9. (월)
- ⑦ 판결보다 중요한 사법부의 진의 / 2018. 7. 11. (수)
- ⑧ 대법원의 증거인멸 / 2017. 7. 17. (화)
- ⑨ 통상임금 판결의 진실 / 2018. 7. 25. (수)



시국회의 차원의 법관 탄핵안으로 발전하였다.

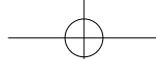
TF는 수사 진행 과정에서도 적극적으로 의견을 개진하였다. TF가 2018. 7. 5. 발표한 <사법농단 수사 10대 과제>는 당시 수사 주요 과제들을 선별한 것으로, 검찰의 수사 진행 방향에 대해 적시에 시민사회의 의견을 제시한 것으로 평가받았다. 또한 TF에서는 사법농단 관련 고발대리인인 회원들을 중심으로 2018. 9. 12. 검찰측과 면담을 진행하여, 검찰의 신속하고 엄정한 수사를 요구하기도 하였다.



[2018. 8. 13. 사법농단 실태 토크아보기 토론회]⁸⁴

이후 검찰은 수사에 착수한지 한 달여 만인 2018. 7. 21. 강제수사에 돌입하였으나, 이 과정에서 법원이 검찰이 청구한 대부분의 압수수색영장을 기각하였음이 확인되었다. 뒤이어 2018. 7. 31. 법원행정처는 특별조사단의 조사대상 문건 일부를 추가로 공개하였는데, 추가로 공개된 문건들에서도 충격적인 사법농단의 실태가 재차 확인되었다. 이에 민변은 2018. 8. 13. 영장 기각의 문제점과 수사의 올바른 방향, 그리고 법원행정처의 추

⁸⁴ <https://news.naver.com/main/read.nhn?oid=001&aid=0010267264> ; 2018. 11. 8. 최종방문, 사진은 연합뉴스 뉴스



가 공개 문건 등의 검토 결과를 함께 논의하기 위하여, 경제정의실천시민연합, 민주주의법학연구회, 참여연대, 박주민·박지원·송기헌·채이배 의원실과 함께 공동으로 “사법농단 실태 톺아보기”라는 긴급토론회를 주최하였다.

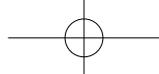
이후에도 법원의 형평성 잃은 압수수색영장 기각이 계속되자, TF를 중심으로 압수수색 영장 기각의 부당성을 알리는 1인 시위를 시작하게 되었다. 2018. 8. 30.부터 2018. 10. 31.까지 2개월간에 걸쳐 진행된 1인 시위는, 총 39일에 걸쳐 아침 1곳(9시부터 10시까지 서울법원종합청사 동문)과 점심 2곳(11시 30분부터 13시까지)에서 계속되었다.



[2018. 8. 31. 서울법원종합청사 동문 앞에서 1인 시위 중인 김호철 회장]

민변의 위와 같은 활동은 여러 시민사회와 함께 결합하면서 더욱 체계화되었다. 민변과 민주노총, 416연대, 한국진보연대, 참여연대, 민주법연의 각 대표가 제안한 “양승태 사법농단 대응을 위한 시국토론회”가 2018. 6. 21. 열렸으며, 토론 후 참가단위 전체 회의를 통해 공동으로 사법농단 시국회의를 꾸려나가기로 결의하였다. 이후 사법농단 시국회의⁸⁵는 세 차례의 대규모 시국회의 및 다수의 현장 집회를 주최하였으며, 집행단체 간 유기적 소통을 통해 사법농단 사태를 효율적이고 분명하게 대응하기 위한 시민사회의 허브로 기능하고 있다.

85 제1차 시국회의 : 2018. 6. 28./프란치스코 교육회관 ; 제2차 시국회의 : 2018. 8. 23./참여연대 아름드리홀 ; 제3차 시국회의 : 2018. 10. 11./광화문 프레스센터



7월 중순을 넘어서면서 사법농단 사태와 관련된 특별법의 입법이 논의되기 시작하였다. TF에서는 특별재판부의 설치를 포함한 형사절차의 특례법 및 재심절차의 확대 등을 포함한 피해자의 구제관련 특례법이 필요하다는 입장을 가지고, 박주민 의원실과 함께 두 건의 특별법에 대한 조문화 작업에 착수하였다. 이후 위 두 건의 특별법은 2018. 7. 30. 국회 공청회를 거쳐, 2018. 8. 14. 박주민 의원이 대표발의⁸⁶하였다.



[2018. 10. 30. 탄핵소추안 공개제안 기자회견]⁸⁷

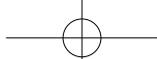
사법농단 관여 법관에 대한 탄핵도 2018. 9. 27. 토론회⁸⁸를 통해 국회

86 “양승태 전 대법원장 재임기간 중의 사법농단 의혹사건 재판을 위한 특별형사절차에 관한 법률안”(의안번호 2014890), “양승태 전 대법원장 재임기간 중의 사법농단 의혹사건 피해자 구제를 위한 특별법안”(의안번호 2014894)

87 http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201810300955011&code=910100 ; 2018. 10. 31. 최종방문, 사진은 경향신문

88 <법관에게 책임을 묻는다 - 사법농단 관여 법관 탄핵의 의의와 필요성> 토론회, 사법농단 시국회의 주관, 민변 · 참여연대 · 민주주의법학연구회 · 박주민의원실 · 채이배의원실 · 천정배의원실 · 박지원의원실 · 심상정의원실 · 윤소하의원실 · 이정미의원실 · 김종훈의원실 공동주최, 2018. 9. 27., 국회의원회관 제3세미나실

98 민주사회를 위한 변론 111호



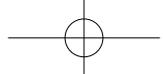
에서 본격적인 논의가 시작되었다. 앞서 언급한 대로 TF에서는 이미 7월부터 사법농단 관여 법관들에 대한 탄핵안을 준비하고 있었고, 이를 정리한 후 시민사회와의 논의 끝에 2018. 10. 30. 국회 정론관에서 권순일 대법관·김민수 판사·박상언 판사·이규진 판사·이민걸 판사·정다주 판사 총 6명의 법관에 대한 탄핵소추안을 공개하고 제 정당에 탄핵안 발의를 촉구하는, 사법농단 시국회의 주최의 기자회견을 열었다.

9월에 접어들면서 ‘국민과 함께하는 사법발전위원회’가 대법원장에게 건의한 법원행정처 개혁 방안의 구체화가 현실적인 문제로 대두되었다. 당시 시민사회에서는 사법부의 ‘셀프 개혁’을 통해서 진정한 의미의 법원행정처 개혁, 나아가 법원 개혁은 요원하다는 공통된 견해를 가지고 있었다. 이에 사법농단 시국회의를 중심으로, 셀프 개혁의 부당성을 알리는 기자회견⁸⁹ 및 토론회를 개최하였다. 결국 사법부는 이러한 시민사회의 요구를 받아들여, 별도의 추진단을 구성하게 되었다.

사법농단 시국회의는 사법농단 사태의 진상규명과 책임자 처벌을 요구하는 국민들의 의사를 받아 안고, 3535명 명의의 전면 신문 광고를 제작하여 2018. 9. 18. 한겨레신문 15쪽에 게재하였다.

또한 사법농단 시국회의는 특별재판부 설치 및 피해자 구제를 위한 특별법 제정과 사법농단 관여 법관 탄핵을 요구하는 시민 엽서쓰기 운동을 시작하였으며, 취합된 6,550장의 엽서를 2018. 11. 6. 국회의장에게 전달하였다.

89 <참답한 “사법부 70년” 사법적폐 청산하라> 기자회견, 사법농단 시국회의 주최, 2018. 9. 13., 대법원 정문 앞



전면광고 2018년 9월 18일 화요일 15

사법노동자

직업

청년

의견

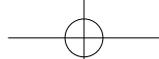
사법노동자 세태 해경을 촉구하는 서면 3.53만여 요구합니다!

사법노동자 세태 해경을 촉구하는 서면 3.53만여 요구합니다!

상승해 사법노동자 세태를 직면 사법노동자

*본고는 2018년 9월 18일 화요일 15시에 작성되었습니다.

[2018. 9. 18.자 한겨레신문 15쪽, 전면 광고]

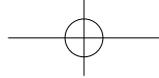


[시민엽서쓰기 운동]

IV. 남겨진 과제들⁹⁰

이 글을 마무리하며, 우리가 역사적으로 가져 왔던 사법개혁의 리스트를 되짚어 보고자 한다. 유래 없이 강력한 검찰권을 견제하기 위해, 검찰개혁의 여러 주제들이 오랜 기간 사법개혁 리스트의 첫머리를 차지해 왔다. 그 과정에서 법원은 개혁의 객체라기보다 개혁의 조력자로 인식되기도 하였고, 나아가 법원개혁의 과제들은 곧잘 잊히기도 하였다. 아이러니하게도, 사법농단 사태는 우리가 지금까지 유지해 왔던 사법개혁의 리스트를 점검할 기회를 주었다. 이하에서는 몇 가지 시급한 사법부의 개혁

90 “IV. 남겨진 과제들”, “V. 나가며”의 글 중 상당 부분은 다음의 글을 전제(轉載)한 것임을 밝혀둔다. ; 최용근, 2018. 10. 30., “사법 신뢰 회복을 위해 시급한 법원개혁과제”, 사법농단 해결을 위한 특별판사도입 긴급토론회(민주연구원 · 국회의원 박주민 · 국회의원 박범계 공동주최) 발표문

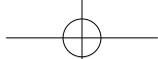


과제들에 대해 검토해 본다.

1. 법원행정처 폐지

이번 사법농단 사태의 진원지에 대해 이견을 제시하기란 쉽지 않다. 법원행정처는 과거부터 이른바 엘리트 코스로 불렸으며, 법관들에게는 ‘승진을 위한 통로’로 인식되어 왔다. 정기인사이동 시기 법관들에게 법원행정처는 희망근무지로 쓸 수도 없는 곳이자, 누군가 불러 주어야 갈 수 있는 곳이었다. 법원행정처에 부름받기 위해 각급 법원의 공보담당판사가 되려고 노력해야 했고, 법원행정처의 심의관을 마치고는 그 경력을 자양분으로 삼아 고등법원 부장판사가 되어야 했으며, 다시 인사권자에게 발탁되어 법원행정처 차장, 실장 등 요직을 거쳐야 대법관이 될 수 있다는 신화가 있었다. 이러한 신화는 아테네의 아크로폴리스가 아닌 법관들의 뇌리 속에 깊이 뿌리내렸다. 양승태 전 대법원장 시절 지상목표였던 상고법원 도입을 위해, 당시 법원행정처는 상상할 수 있는 모든 일들을 기획했고, 그 중 다수를 실행에 옮겼다. 이 과정에서 법원행정처 소속 법관들은 이른바 ‘법복 입은 관료’로서, 헌법과 법률에 따라 사법행정권을 행사하지 아니하고, 조직적 목표를 향한 정세 판단에 기초하여 상급자의 명시적/묵시적 지시에 따라 사법행정권을 남용하였다. 이 과정에서 희생된 것은, 국민의 공정한 재판을 받을 권리, 재판의 독립 원칙, 공무원의 공익실현의무 등 대단히 묵직한 헌법적 가치들이다.

사법부 관료화의 폐해가 사법농단이라는 극단의 모습으로 드러난 지금의 상황을 고려하면, 사법부 관료화의 핵심적 역할을 하는 법원행정처는 반드시 폐지되어야 한다. 법원행정처 폐지는 법원행정처의 단순한 개명을



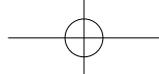
이야기하는 것이 아니며, 재판과 사법행정의 엄격한 인적·물적 분리를 전제하는 것이다.

최근 ‘국민과 함께하는 사법발전위원회’는 법원행정처를 폐지하고 사법행정에 관한 집행기관으로 ‘법원사무처’를 두며, 법원사무처에는 상근법관을 두지 않도록 하는 안을 대법원장에게 건의한바 있는데, 이러한 방향은 바람직하다고 평가된다. 나아가 ‘국민과 함께하는 사법발전위원회’에서는 법원행정처의 폐지와 함께 사법행정에 관한 총괄기구로 ‘(가칭) 사법행정회의’를 설치하며, 대법원장을 의장으로 하고, 외부인사 및 법관을 대법원장이 위원으로 임명하도록 하는 안을 대법원장에게 건의한바 있다. 위 안은 현재 별도의 추진단에서 논의되고 있는 것으로 알려졌는바, 사법행정회의에 현직 법관이 임용될 경우 적어도 당해 법관은 더 이상 재판 업무를 하지 않은 채 사법행정업무에만 종사하거나 퇴직하도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

2. 고등법원 부장판사 폐지 및 법관인사위원회 정착

법원행정처가 사법부 관료화의 물적 토대라면, 고등법원 부장판사 직위는 사법부 관료화의 인적 중심요소라 할 수 있다. 지금까지 법관들은 고등법원 부장판사로의 승진을 법원장 및 대법관 등 고위법관으로 가는 통로로 인식하였으며, 고등법원 부장판사로 승진하지 못한 경우에는 조기 사직하는 사례도 적지 않았다.

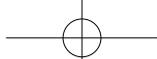
이러한 사정을 종합적으로 고려하여, 이용훈 대법원장은 고등법원 부장판사제도의 폐지 및 고등법원과 지방법원의 인사 이원화를 시작하였으나, 후임 양승태 대법원장은 위 두 제도의 시행을 사실상 폐지하여 사법부의



관료화를 더욱 심화시켰다.

김명수 대법원장은 전임 양승태 대법원장 시절 형해화되었던 법관인사 이원화 제도를 흔들림 없이 추진하겠다는 의사를 밝혔으며, 사법연수원 25기부터 고등법원 부장판사 승진제도를 폐지하겠다고도 밝혔다. 나아가 올해 8월에는 서울고등법원 고법판사를 광주고등법원 고법판사로 전보하면서 동시에 서울고법 부장판사 직무대리를 명하는 인사를 하기도 하였는 바, 이는 현행 법원조직법 제27조와의 관계 등을 감안하되 법관인사이원화를 지속적으로 추진하겠다는 대법원장의 의사가 반영된 것으로 이해된다. 이와 관련하여 국회는 법원조직법 개정 등 입법을 통해 고등법원 부장판사 제도 폐지 및 법관인사이원화가 정착될 수 있도록 역할을 다할 필요가 있다.

법관인사이원화와 함께 대법원의 재판연구관 제도 또한 살펴볼 필요가 있다. 현재 일부 분야(공정거래, 헌법, 영미법, 지적재산권, 조세법 등 특수한 영역)의 재판연구관과 극소수의 ‘청년 재판연구관’을 제외하고는 10년 이상의 법조경력을 가진 중견 법관들이 대법관을 도와 상고심 사건의 심리 및 재판에 관한 조사·연구를 담당하는 재판연구관으로 근무하고 있다. 이번 사법농단 사태의 경과에 있어 법관인 재판연구관과 법원행정처 심의관 사이에 재판 관련 보고서를 주고받거나 협의하는 등의 사례가 다수 관찰되었는바, 이러한 폐단을 미연에 방지하고 사실심을 더욱 강화하기 위하여 법관 재판연구관을 일선 법원에 배치하고 대법원의 재판연구관을 비법관으로 임명하는 방안 또한 검토해 볼 필요가 있다.



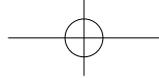
3. 상고심 제도 개선

양승태 전 대법원장 시기 법원행정처는 상고법원 도입을 강력하게 추진했다. 상고법원은 상고심 제도 개선의 한 대안으로서 법원 내부로부터 대두되었으나, 헌법상 최고법원인 대법원으로부터 재판받을 권리를 침해할 뿐만 아니라, 대법원으로서의 특별상고 제도에 의하여 사실상 4심제로 운영될 가능성 등 비판에 직면하였고, 특히 상고법원 법관직을 매개로 더욱 사법부 내의 서열화·관료화가 심화된다는 지적이 있어왔다.

상고심 제도 개선의 필요성 그 자체에 대하여는 누구도 이견을 제시하기 어렵다. 상고심 사건은 매년 폭증하고 있으며, 60~70%의 민사·특별상고심 사건이 심리불속행결정으로 정리되고 있음에도, 소부 합의는 판결문 초안의 제시도 없이 주심 대법관에 의지하여 불과 수 분만에 이루어지고, 전원합의체 판결도 한 사건에 불과 수십 분 정도의 토론 밖에 할 수 없는 것이, 현재 대법원 상고심 처리의 현실이다.⁹¹

상고심 제도의 바람직한 개선방안으로 대폭적인 대법관의 증원이 필요하다고 본다. 대법관의 증원은 대법관 구성의 다양화로 연결되어 자연스럽게 다양한 가치와 이념이 상고심 재판에 현출될 수 있다는 장점이 있고, 상고심의 권리구제기능도 보다 강화시킬 수 있다. 대법관 증원론에 대하여 판결의 통일성 저해 및 대법원 전원합의체 구성의 어려움 등을 근거로 반론을 제기하는 견해가 있으나, 100명이 훨씬 넘는 최고법원 판사로 구성된 독일의 연방일반법원이나 프랑스의 파기원이 원활하게 운영되고 있다는 사실에서 확인할 수 있듯, 위와 같은 우려는 기우에 불과하다. 현재 13명이 구성하는 대법원 전원합의체 또한 일정 시간의 토론 후 합의

91 보다 자세한 내용에 대하여는 박시환, “대법원 상고사건 처리의 실제 모습과 문제점”, 민주법학 제62호, 민주주의법학연구회, 2016. 참조



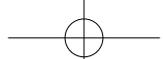
에 이르지 못하는 경우 대법관의 서열 역순에 따라 개별 쟁점에 대한 의사를 표시하는 방식으로 다수의견을 수렴하고 있는바, 전원합의체를 구성하는 대법관의 수가 많아지더라도 현재와 같은 방식을 유지하는 데 어려움이 없다고 본다. 만약 정히 증원된 대법관의 숫자가 너무 많아 도저히 기존의 방식과 같이 전원합의체를 구성하기 어렵게 된다면, 법원조직법을 개정하여 대법원장과 각 소부별 구성원 중 일부(가령 1명)만으로 전원합의체를 구성하는 방안도 고민해 볼 수 있다.

4. 사실심의 충실화

상고심 제도 개선 요구의 이면에는 사실심에 대한 불신이 깊게 자리하고 있다. 5분 재판, 막힌 재판, 조서(서면) 재판 등 현재 사실심의 재판 관행을 비유하는 표현들은 하나같이 국민적 신뢰와 거리가 멀다.

사실심의 충실화는 불필요한 상소를 줄여 궁극적으로 상고심 제도의 정상화에도 기여하는바 크다. 나아가 시민들의 입장에서도 사실심의 충실화는 불필요한 추가 비용의 부담 없이 재판 결과에 조기 승복하고 하루 빨리 일상으로 복귀할 수 있도록 한다.

이러한 사실심 충실화의 방안으로 첫 손에 꼽히는 것은 사실심 법관의 대폭 증원이다. 변호사들로서는 증거신청을 제대로 받아주지 않는 재판부를 만나 곤혹스러웠던 경험이 한 번쯤은 있을 것이다. 1심에서는 항소심에 가서 증거 신청을 하라고 떠밀고, 항소심에서는 왜 1심에서 증거를 신청하지 않았느냐며 면박당한 경험도 적지 않을 것이다. 변호사들은 이러한 경험을 통해 사실심이 부실하다는 생각을 갖게 되고, 자연스레 의뢰인에게 상소를 권하게도 된다. 반면 일선 법관들은 충실하게 사실심을 심리



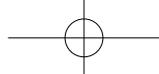
하러 해도 감당하기 어려운 재판 숫자 때문에, 불가피하게 ‘신속한’ 재판을 할 수 밖에 없다고 한다. 또한 사건처리율, 장기미제율 등 평가 요소로서의 ‘통계’로부터 자유로울 수 없다고도 한다. 결국 이러한 현실을 타개하기 위해서는 일선 법관들의 대폭 충원이 반드시 전제되어야 한다. 사실심 법관의 증원을 전제로, 소액사건의 판결 이유 기재도 사실심 충실화에 필수적인 요소라 생각한다.

사실인정은 결국 구체적 증거에 의하여야 함에도, 증거의 구조적 편재 등을 이유로 사실상 공정한 재판이 이루어지지 않게 되고, 결국 그 재판 결과도 실제적 진실을 반영하지 못하게 되는 경우가 많다. 최근 공정거래위원회 등을 중심으로 논의되고 있는 피해자의 증거확보 강화 방안 등을 참조하여, 소송당사자에게 특정한 경우 자료제출요구권 및 자료제출의무를 부여하고, 문서제출명령결정의 불이행 제재를 강화하며, 공공기관에 대한 사실조회촉탁결정의 규범력을 강화하는 등의 제도를 도입할 필요가 있다.

나아가 위자료 기준 및 양형 기준 등 사실심 법관의 재량이라고 여겨졌던 분야에 대한 구체적 기준을 제시하고, 특수 분야의 전문심리위원을 적극 활용하는 방안도 검토할 필요가 있다. 내년부터 서울·대전·대구·광주·부산지방법원이 시범적으로 실시하겠다고 밝힌 지방법원 부장판사급 ‘경력대등재판부’의 구성과 운영도 사실심 충실화의 측면에서 주목되는 조치이다.

5. 국민의 사법참여 확대

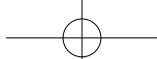
국민적 사법 불신은 국민적 사법 참여로 극복할 수 있다. 현재 국민의



사법참여는 국민참여재판에서 배심원으로서의 참여 등 매우 제한되어 있고, 판결문을 포함한 주요 사법 정보의 접근도 차단되어 있다.

국민의 사법 접근 및 참여를 위해, 무엇보다 판결문의 전수 공개가 추진되어야 한다. 현재 법관들은 내부전산망을 통해 각급 법원의 판결문을 특별한 제한 없이 접근할 수 있다. 그러나 일반 국민들은 하급심 판결을 참조하려 할 때 사건 번호를 알고 있는 경우 판결문교부신청을 하는 방법, 개별 법원의 홈페이지에 각각 접속하여 당해 법원의 판결문만을 대상으로 검색하는 방법 이외에는 대법원 종합법률정보 등 인터넷 등에 등재된 아주 소수의 하급심 판결을 참조하는 수밖에 없다. 이러한 정보의 격차는 시민에 의한 사법부의 통제를 더욱 어렵게 만드는 요소로 작동하게 된다. 사법부는 개인정보 유출 등의 문제를 제기하며 판결문 전수 공개에 난색을 표하고 있으나, 이는 얼마든지 익명화 등의 기술적 방법으로 타개할 수 있다.

이미 도입 이래로 10년이 지난 국민참여재판제도에 대해서도 국민의 사법참여 확대의 측면에서 검토할 필요가 있다. 관료사법이 국민들로부터 불신 받는 현실에서 일반 국민의 다양한 가치관과 건전한 상식을 사법에 반영하여 사법의 민주적 정당성과 투명성 확보를 목적으로 도입된 것이 국민참여재판제도라는 점을 상기할 때, 대상사건의 확대 및 배심원 수의 증가, 배심원 평결에 대한 법관의 관여 축소, 적어도 배심원이 인정한 사실 내지 만장일치로 평결한 내용에 대하여 최소한의 기속력을 인정하는 방안, 형사를 넘어 민사 재판의 사실인정에 대한 배심제도 확대 등을 고민해 볼 필요가 있다.

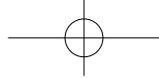


V. 나가며

재판의 독립은 보장되어야 한다. 법원 안팎을 가리지 않고 재판에 관여하려거나 개입하려는 그 어떤 시도도 좌절되어야 하며, 나아가 그러한 시도 자체조차 불가능한 환경을 조성하여야 한다. 재판은 오직 헌법과 법률, 그리고 법관의 양심에 따라 이루어져야 하며, 이는 국민들에게 상세히 설명되어야 한다. 민주적 정당성을 갖추지 못한 사법부가 법률을 확장하여 해석하는 방향은 반드시 소수자를 보호하는 방향으로만 용인되어야 한다. 다수자의 의견은 이미 다수표를 얻은 정치세력이 다수당을 점한 입법부에서의 입법 과정에서 충분히 반영되었을 것인바, 다수결이 보호하지 못하는 소수자의 기본적 인권을 마지막으로 확인하는 공간이 곧 사법부이기 때문이다. 이러한 법률해석의 원칙을 가지고 사법부가 독립하여 설 때, 그리고 이러한 사법부에 국민들의 접근과 참여가 보장될 때, 사법부는 비로소 국민주권주의를 실현하는 역할을 수행한다고 평가할 수 있을 것이다.

그러나 오늘 사법부의 현실은 참담하기 이를 데 없다. 재판의 독립은 사법부 스스로 방기하였고, 헌법도 법률도 법관의 양심도 아닌 대법원장과 법원행정처의 의도와 책략에 따라 재판이 이루어진 사례가 다수 드러나고 있다. 법원행정처가 두 차례에 걸쳐 공개한 사법농단 관련 문건들을 하나 하나 뜯어본 현장의 시민들은, 더 이상 사법의 독립이 가능한 것인지조차 의문을 제기하고 있다.

국민의 사법 불신이 더욱 깊어지기 전에, 법률가들이 국민적 사법 불신을 해소하기 위해 일선에 나서야 함은 이론의 여지가 없다. 국민의 사법 불신은, 법률가들로서는 “업의 본질”을 부정당하는 일이다. 국민의 사법



에 대한 신뢰 없이 법관, 검사, 변호사, 법학자 등 그 어떤 법률가도 자신의 일을 논리적으로 설명할 수 없고, 실제로 이를 영위해 나갈 수도 없다. 그것은 직역의 차이와 무관한, ‘법률가’들의 공통사항이다.

‘저주받으라’는 비법률가의 야유⁹²를 뒤집어 쓴 채 그저 침묵할 수 없다면, 이제 법률가들은 무엇을 할 것인가. 사법농단 사태의 진상규명과 책임자 처벌, 피해 회복과 재발 방지를 위해, 나아가 사법의 신뢰 회복을 위해 우리는 무엇을 할 것인가. 두서없는 이 글이 이러한 질문의 응답을 구하는 단초가 될 수 있다면, 미력한 필자들로서는 더 이상 바랄 것이 없다.

92 프레드 로델(이승훈 옮김), “저주받으리라, 너희 법률가들이여!”, 2014, 후마니타스

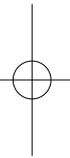
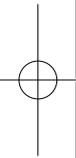
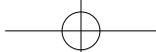


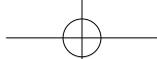
집중분석

1. 북한 해외식당 종업원 기획탈북 사건의 피해자 중심적 접근 | 장경욱

2. 미투(Me Too)운동의 법제도 개선방안 및 그 한계 | 신고운, 안지희, 유원정, 정명화

2. 원전의 위험성과 공동소송의 제 문제 | 서은경





민변의
총

서
론

인
탈
탈
북

활
애
보
고

집
중
분
석
①

변
론
기

입
법
제
안

국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석

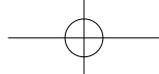
집중분석 1

북한 해외식당 종업원 기획탈북 사건의
피해자 중심적 접근

장경욱

I. 서론

2016년 4·13 총선을 닷새 앞둔 4월 7일 북한 해외식당 지배인과 12명의 종업원들이 입국하였다. 박근혜 정부는 당시 이들이 입국하자마자 북한이탈주민보호센터에 들어가는 모습을 촬영하여 다음 날인 4월 8일 언론에 대대적으로 보도하게 하였다. 2016년 2월 개성공단 가동 전면 중단 선언 이후 대북제재로 북한 해외식당 영업이 어려워지자 북한의 상류층 자제들마저 한국행을 동경해 집단탈북을 했다고 선전하였다. 총선 전 북한 해외식당 종업원 집단탈북 발표는 다가온 국회의원 총선거에서 여당에게 유리한 국면을 조성하기 위해 국정원이 기획한 사건이라는 의혹을 낳았다. 입국경위, 자발적 탈북인지 여부를 둘러싼 논란이 일었다. 북한에서는 국정원에서 벌인 유인·납치라는 주장을 하였다. 종업원들의 북한 가족들은 CNN 인터뷰, 유엔인권이사회 등을 통해 그들의 송환과 가족 면담을 요구하였으나 당시 박근혜 정부는 자발적 탈북이라는 입장만 되풀이

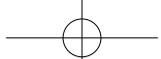


하였다.

당시 북한이탈주민보호센터에 수용된 종업원들의 진정한 의사와 인권 침해 여부를 확인할 필요가 있다고 보고 민변은 변호인단을 구성하였다. 변호인단은 집단탈북을 둘러싼 여러 기획탈북 및 유인·납치 의혹을 해소하고, 투명하고 공개적인 검증을 위해 2016년 5월 16일 북한이탈주민보호센터를 찾아 40일째 구금되어 있는 북한 해외식당 종업원 12명을 접견하기 위해 변호인 접견신청을 하였다. 그러나 국정원은 변호인의 서신조차 ‘위해물질 가능성’을 이유로 반입을 거부하고 접견도 불허했다. 변호인단은 북한이탈주민센터 앞에서 가족이 위임하면 인신보호구제청구를 할 수 있다는 기자회견 및 인터뷰를 했고, 중국 칭화대 정기열 교수가 북한 가족들로부터 위임장을 받아 민변 대표 이메일로 보내왔다. 변호인단은 2016년 5월 24일 서울중앙지방법원에 종업원들의 안위와 진정한 의사를 확인해달라는 인신보호구제청구를 제기하였다.

이상이 민변이 “북한 해외식당 종업원 기획탈북의혹 사건 대응 TF”를 꾸려 변호인 접견을 시도하고 인신보호구제 사건 변호를 하는 등 지금까지 활동을 하기에 이른 계기가 된 사건의 경과이다.

집단입국 이후 2년 6개월여 시간이 흘렀다. 그 사이 박근혜 전 대통령은 탄핵되었고 문재인 정부가 들어섰다. 그런데, 새로운 국면이 생겼다. 2018년 5월 10일 국정원의 기획탈북 범죄행위를 폭로하는 북한 해외식당 지배인과 종업원들 중 일부의 인터뷰가 방송되었다. 신변보호관 외에는 외부 접촉을 피해 숨어 있었던 이들은 방송 인터뷰를 통해 2016년 4월 북한 해외식당 종업원들의 집단탈북 사건은 국가정보원이 기획하고 지배인



을 매수하여 주도한 기획탈북 및 유인·납치 사건이고, 지배인에 속은 종업원들은 주말레이시아 한국대사관 앞에 도착할 때까지 한국으로 입국한다는 사실을 몰랐으며, 대사관 앞에서 지배인의 협박으로 한국행을 강요 받았다고 털어놓았다.

이에 변호인단은 2018년 5월 14일, 선거 승리를 위해 기획탈북범죄를 저지른 박근혜 정부의 전 국정원장, 전 통일부장관, 국정원 기획탈북범죄 공작 관계자를 피고발인으로 하여 고발장을 접수하였다. 지난 7월 키타나 유엔 특별보고관은 지배인과 일부 종업원들을 면담한 후 여종업원들이 자신의 의사에 반해 중국에서 납치가 된 것이라면 범죄라며 한국정부가 이에 대해 분명히 조사해서 책임자를 규명해야 하며, 철저하고 독립적인 진상조사가 필요하다는 입장을 발표하였다. 그러나 국내외의 진상조사 요청에도 불구하고, 통일부는 지금까지도 종업원들이 자발적으로 왔고 정착하여 자유롭게 살고 있다는 입장을 계속 밝히고 있고, 검찰은 수사에 대한 의지와 신속하고 철저한 수사를 방기하고 있다.

TF는 유인·납치 범죄의 피해로 고통 받는 피해자의 입장에서 종업원들의 권리구제를 위하여 지속적으로 활동 중에 있다. 이하에서는 ‘피해자 중심적 접근’이 반영된 『피해자 권리 기본원칙』에 근거하여, TF 활동 과정에서 국제인권법상 유인·납치로 인한 강제실종 피해자에 해당하는 종업원들과 그 가족들이 지속적으로 침해당하고 있는 권리에 대하여 살펴보고, 이 사건 유인·납치 피해자의 권리구제 방안을 모색하고자 한다.



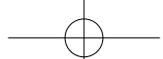
II. 유인·납치 피해자의 권리

1. 기획탈북 및 유인·납치

언론 인터뷰, 민변 변호사들과 면담, 유엔 인권보고관과의 면담, 국가인권위원회 조사¹ 등으로 확인된 지배인과 일부 종업원들의 입국경위에 관한 주장은 다음과 같다.

“국정원은 종업원들을 관리하는 지배인을 매수한 후 총선을 대비하여 집단유인·납치를 기획하였다. 국정원은 지배인에게 2016년 4월 5일에 종업원들을 모두 데리고 한국에 입국하도록 사주하였다. 종업원들은 2016년 4월 5일 짐을 싸서 공항으로 향할 때까지도 한국으로 갈 줄은 몰랐다. 이전에도 갑자기 식당을 옮기거나 숙소를 옮겨간 경험이 있었기 때문에 그렇게 식당을 옮기는 것으로 알고 있었다. 2016년 4월 6일 오전에 주 말레이시아 한국대사관 앞에 도착하기 전까지는 종업원들은 자신들이 어디로 가는지 알 수 없었다. 그런데 말레이시아 쿠알라룸푸르 공항에서 이동하여 도착한 곳은 한국대사관 앞이었다. 그곳에서 지배인은 여기서 북한으로 돌아가면 해외식당에서 일할 당시 한국 방송이나 영화를 본 사실이 발각돼 잘못될 수 있다며 한국행을 선택하도록 협박하였고, 어디로 향하는지 제대로 알 수조차 없었던 종업원들은 말레이시아 한국대사관에서 ‘자유의사에 따라 탈북했다’는 내용의 각서를 작성해야 했고 자신들의 의

1 2018년 5월 10일 방송된 JTBC “이규연의 스포트라이트”는 지배인과 4명 종업원들의 인터뷰 내용을 보도하였고, 변호인단은 위 지배인과 4명의 종업원들을 지속적으로 만나오고 있으며, 키타나 유엔 인권보고관은 변호인단의 주선으로 위 지배인과 2명의 종업원들과 면담하였고, 국가인권위원회는 위 지배인과 4명의 종업원들을 포함하여 5명의 종업원들을 조사하였다.



사에 반하여 2016년 4월 7일 오전 한국에 입국하게 되었다.”

2. 국내법 및 국제법상 범죄를 구성하는 행위

가. 국내법의 중대한 위반 행위

국정원장 및 직원들이 총선에서 당시 여당에게 유리한 결과를 도출해내기 위해 선거에 영향을 미칠 목적으로, 지배인으로 하여금 종업원들을 기망, 협박하여 자신들의 의사에 반하여 한국으로 입국케 하고, 이를 통일부 대변인으로 하여금 긴급브리핑을 통하여 발표하도록 한 것² 국가정보원법상 정치관여금지업무 위반(제9조 제1항, 제18조 제1항)³ 및 직권남용죄(제11조 제1항, 제19조)⁴ 그리고 형법상 강요죄 등에 해당한다.

나. 국제법의 심각한 위반 행위

『강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 협약』(이하 ‘강제실종방

- 2 당시 통일부는 통상 북한이탈주민이 발생할 경우 이를 대외적으로 공표하지 아니하고 조사를 진행하여 보호 여부를 결정하고 정착지원 및 교육을 실시하는 통상적인 절차와 달리 이 사건 종업원들의 집단입국 사실을 즉각 발표하였는바, 이와 같은 조치는 통일부에서 이 사건의 구체적인 경위를 알지 못한 채 국정원의 정치적 목적에 따른 요청에 의하여 이루어졌음은 통일부 정책혁신위원회의 조사 결과 확인되었다.
- 3 국가정보원법은 “원장·차장과 그 밖의 직원은 정당이나 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 하여서는 아니되고”(법 제9조 제1항), 이를 위반하여 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 한 사람은 7년 이하의 징역과 7년 이하의 자격정지에 처하도록 규정하고 있다(법 제18조 제1항).
- 4 국가정보원법은 “원장·차장과 그 밖의 직원은 그 직권을 남용하여 법률에 따른 절차를 거치지 아니하고 사람을 체포 또는 감금하거나 다른 기관·단체 또는 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해하여서는 아니되고”(법 제11조 제1항), 이를 위반하여 사람을 체포 또는 감금하거나 다른 기관·단체 또는 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리 행사를 방해한 사람은 7년 이상의 징역과 7년 이하의 자격정지에 처하도록 규정하고 있다(법 제19조 제1항).

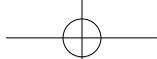


지협약) 제2조에서 “강제실종”은 “당사국의 요원 혹은 당국의 허가, 지원 혹은 묵인 하에 일하는 개인이나 단체에 의한 체포, 구금, 납치 혹은 모든 형태의 자유 박탈과 뒤이어 그러한 자유 박탈을 인정하기를 거부하거나, 실종된 사람의 생사 또는 행방을 은폐하여 이러한 사람을 법의 보호 밖에 두는 것”이라고 정의한다.

강제실종은 계속범(continuing crimes)으로서 피해자의 행방과 정보 그리고 실종에 관한 사실관계가 밝혀지기까지는 범죄행위가 종료되었다고 볼 수 없다. 즉 강제실종자들의 자유를 박탈하고 이들의 운명과 행방에 대해 적절한 정보를 제공하지 않은 현재 정부당국자들이 있다면, 비록 그들 자신이 직접 납치나 송환거부에 참여하지 않았다 하더라도, 강제실종 정의상 인도에 반한 죄에 따른 책임을 물을 수 있다. 『국제형사재판소 설치에 관한 로마규정』 역시 강제실종을 정의함에 있어 “사람들의 강제실종이라 함은 국가 또는 정치조직에 의하여 또는 이들의 허가·지원 또는 묵인을 받아 사람들을 체포·구금 또는 유괴한 후, 그들을 법의 보호로부터 장기간 배제시키려는 의도 하에 그러한 자유의 박탈을 인정하기를 거절하거나 또는 그들의 운명이나 행방에 대한 정보의 제공을 거절하는 것을 말한다.”⁵

위 지배인과 종업원들의 입국경위에 관한 진술에 의하면 종업원들은 국정원과 지배인의 공모에 의해 속아서 한국에 강제적으로 유인·납치된 것이다. 이는 ‘당사국의 요원 혹은 당국의 허가, 지원 하에 일하는 개인’에 의한 ‘체포, 구금, 납치 혹은 모든 형태의 자유의 박탈’에 해당한다.

5 이주영, 백법석, 「국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근」, 『국제법학회논총』 통권 제148호, 2018, 180~181쪽



정부가 종업원들의 자유의사에 따른 탈북 입장을 되풀이하며 종업원들에 대한 정보의 제공을 거절하며 종업원들의 송환을 거부하는 것은 실종된 사람의 ‘자유 박탈을 인정하기를 거부하거나 생사 또는 행방을 은폐하여 이러한 사람을 법의 보호 밖에 두는 것’에 해당한다.

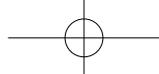
3. 국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근

강제실종방지협약 24조⁶ 제2항과 제4항은 진실을 알 권리, 배상(reparation)에 대한 권리, 즉각적이며 공정하고 적절한 배상금(compensation)을 받을 권리 등 피해자의 권리를 보장하고 있으며, 동조 제5항은 배상(reparation)에 대한 권리를 다시 ① 원상회복, ② 재할, ③ 존엄과 명예의 회복 등 만족, ④ 재발방지 보장(제24조 제5항)으로 구체화하고 있다.⁷

6 강제실종자 보호를 위한 국제 협약 제24조

1. 이 협약의 목적을 위하여, ‘희생자’란 실종된 사람과 강제 실종의 직접적인 결과로 피해를 입은 개인을 의미한다.
2. 모든 희생자는 강제 실종의 상황, 조사의 진행 상황 및 결과, 실종된 자의 생사와 관련된 진실을 알 권리를 가진다. 각 당사국은 이와 관련한 적절한 조치들을 취한다.
3. 각 당사국은 실종자를 수색하고 위치를 확인하며 석방하기 위하여, 그리고 사망 시에는 유해를 찾고 존중하며 돌려주기 위해 모든 적절한 조치를 취한다.
4. 각 당사국은 강제 실종의 희생자들이 배상을 받고, 즉각적이며 공정하고 적절한 보상을 받을 권리를 가지고 있음을 법체계 안에서 보장한다.
5. 이 조의 제 4항에서 언급된 배상을 받을 권리란 물질적이며 윤리적인 피해 및 적절한 경우, 다음과 같은 형태의 배상을 포함한다.
 - 가. 원상회복
 - 나. 재할
 - 다. 존엄과 명예의 회복 등 만족
 - 라. 재발 방지 보장
6. 실종자의 생사가 확인될 때까지 조사를 계속할 의무를 해하지 않고, 각 당사국은 생사가 확인되지 않은 실종자 및 실종자 친인척들의 사회 복지, 재정 문제, 가족법, 재산권과 같은 분야의 법적 상황과 관련해 적절한 조치들을 취한다.
7. 각 당사국은 강제 실종 상황 및 실종자의 생사를 입증하고 강제 실종의 피해자들을 지원하려는 조직이나 단체를 자유롭게 결성하고 참여할 권리를 보장한다.

7 이주영, 백범석, 앞의 글, 180~181쪽

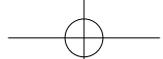


2005년 12월 16일 유엔총회는 만장일치로 『피해자 권리 기본원칙』⁸을 채택하였다. 피해자의 입장에서의 배상을 포함한 다양한 구제방안들을 모색하려는 ‘피해자 중심적 접근’방법이 구현된 기준이다. 『피해자 권리 기본원칙』이 적용되는 피해자의 범위는 제8조에서 규정하고 있는바, ‘국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 해당하는 작위 또는 부작위로 인하여 신체적 또는 정신적 피해, 감정적 고통, 경제적 손실, 근본적 권리의 실질적인 피해를 포함하여 개인적으로 또는 집단적으로 피해를 당한 사람’이며 ‘필요한 경우 그리고 국내법에 따라 피해자는 직접적인 피해자의 직계가족과 피부양자, 그리고 고통 받는 피해자를 돕거나 피해를 방지하기 위해 개입하다가 피해를 입은 사람’도 포함된다.⁹

『피해자 권리 기본원칙』은 피해자의 권리를 ① 정의에 대한 권리, ② 배상(reparation)에 대한 권리, ③ 진실에 대한 권리로 크게 분류하고, 각 권리 아래 보다 상세한 권리 목록을 제시하고 있다. ‘평등하고 효과적인 정의에 대한 접근’을 표제로 하는 정의에 대한 권리는 제12조에서 실효성 있는 사법적 구제에 대해 평등하게 접근할 수 있는 권리를 기본으로 하되, 행정적 구제, 국내법에 근거한 다른 장치와 절차들에 대한 접근을 포함한다. 이러한 권리를 보장하기 위해, 국가는 이용가능한 모든 구제조치들에 관한 정보를 제공할 것; 사법적, 행정적, 여타 절차의 전 과정에서 피해자의 사생활에 대한 간섭을 최소화하고, 피해자, 피해자의 가족 및 증인이 위협, 보복 등으로부터 안전할 수 있도록 보장할 것; 정의에 대한 접근을 추구하는 피해자들에 대한 적절한 지원을 제공할 것; 피해자가 구제에

8 이주영, 백범석, 앞의 글, 193~201쪽에 참고자료로 수록한 「국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 가이드라인」(이하 『피해자 권리 기본원칙』)

9 이주영, 백범석, 앞의 글, 186쪽



대한 권리를 행사할 수 있도록 모든 적절한 법적, 외교적, 영사적 수단을 이용할 수 있게 보장할 것 등의 의무를 진다.¹⁰

『피해자 권리 기본원칙』은 배상에 대한 권리가 충족되기 위해서는 피해자에게 각 사건 피해의 중대성과 각 사건의 상황을 감안하여 ① 원상회복(restitution), ② 금전적 배상(compensation), ③ 재활(rehabilitation), ④ 만족(satisfaction), ⑤ 재발방지보장(guarantee of non-repetition)과 같은 완전하고 실효성 있는 배상을 위한 조치가 제공되어야 한다는 원칙을 제시하였다.¹¹

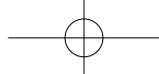
『피해자 권리 기본원칙』 제24조는 ‘침해와 배상장치와 관련한 정보에 대한 접근’이라는 표제 아래 진실에 대한 권리의 기준을 제시한다. 그 내용에는 ‘피해자들과 그 대리인들은 피해를 야기했던 원인들에 관한 정보를 추구하고 획득하고 또한 그러한 위반 행위들과 관련된 진실을 알 권리’가 포함된다. 피해자들이 인권침해와 관련된 진실을 이해하고 이러한 진실들이 공적으로 공개되는 것은 피해자들에게 매우 중요하다.¹²

『피해자 권리 기본원칙』은 주요 국제인권조약에 규범적 근거를 가진 ‘실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리’와 관련된 법리의 발전을 반영하여 집대성한 문서로서 큰 의의를 가진다. 본 원칙은 그 자체로는 연성규범이지만, 이미 인정된 인권침해 피해자의 권리와 이를 존중하고 보장하기 위한 국가의 의무에 대한 원칙과 지침을 제시하여 ‘피해자 권리장전’으로도

10 이주영, 백법석, 앞의 글, 186~187쪽

11 이주영, 백법석, 앞의 글, 187쪽

12 이주영, 백법석, 앞의 글, 188쪽



불리며, 관련 국제규범과 절차의 발전에서 ‘피해자 중심적 접근’이 반영되도록 하는 역할을 하고 있다.

Ⅲ. 국제인권법상 피해자 권리의 침해

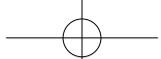
한국정부의 북한 해외식당 종업원 집단탈북 발표 후 12명 종업원들의 북한 부모들은 국정원과 지배인의 공모에 의한 계획적인 유인·납치 범죄를 주장하였다. 『피해자 권리 기본원칙』은 피해자의 범위에 피해자의 직계가족과 피부양자, 그리고 고통받는 피해자를 돕거나 피해를 방지하기 위해 개입하다가 피해를 입은 사람도 포함한다.

따라서 이 사건 기획탈북 및 유인·납치 범죄의 피해자에는 직접적 피해자인 종업원들을 비롯하여 북한 가족들이 해당된다.

이하에서는 현재진행형인 이 사건 기획탈북 및 유인·납치 범죄의 피해자로서 종업원들과 북한 가족들이 침해당한 권리의 내용을 『피해자 권리 기본원칙』이 규정한 피해자 권리로서 정의에 대한 권리, 진실에 대한 권리, 배상에 대한 권리 순으로 검토, 분석한다.

1. 정의에 대한 권리의 침해

『피해자 권리 기본원칙』 제12조 정의에 대한 권리에서 국가는 이용가능



한 모든 구제조치들에 관한 정보를 제공하고, 사법적, 행정적, 여타 절차의 전 과정에서 피해자의 사생활에 대한 간섭을 최소화하며, 정의에 대한 접근을 추구하는 피해자들에 대한 적절한 지원을 제공하며, 피해자가 구제에 대한 권리를 행사할 수 있도록 모든 적절한 법적, 외교적, 영사적 수단을 이용할 수 있게 보장할 것 등의 의무를 진다.

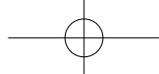
『피해자 권리 기본원칙』 제3조에서 인권법 또는 인도법 위반의 피해자임을 주장하는 사람들에게, 위반 행위의 책임을 부담하는 자가 적극적으로 누구인지에 관계없이 재판에 대한 평등하고 효과적인 접근을 제공할 의무가 있다.

가. 이용가능한 구제조치에 관한 정보를 제공받을 권리의 침해

변호인단은 2016년 5월 16일 북한이탈주민보호센터에 수용, 조사 중에 있었던 북한 해외식당 종업원 12명에 대한 변호인 접견신청을 하였으나 거부되었다. 국정원은 ‘현재 피수용자들은 자유의사에 따라 보호를 요청한 북한이탈주민으로 변호인 접견대상이 아니’라는 주장을 하였으나 이는 전혀 법적인 근거가 없다.

북한이탈주민은 헌법에 따라 당연히 변호인의 조력을 받을 권리가 있고,¹³ 행정절차법 제12조에 따라 행정절차에서 변호사를 대리인으로 선임할 권리도 있다. 유엔 자유권위원회는 2015년 11월 ‘한국의 4번째 정기보

13 참고로, 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2014헌마346 결정은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”라는 내용의 헌법 제12조 4항 본문은 형사절차 뿐만 아니라 행정절차에도 적용된다고 판단하였다.

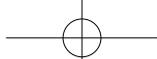


고서에 대한 최종견해'에서 북한이탈주민보호센터에 구금된 탈북자들의 변호인 접견권 침해와 최대 6개월까지 가능한 구금기간을 지적하면서, 구금기간의 최소화, 전체 구금기간 및 신문 시 변호인 접견권 허용, 신문 기간과 방식에 있어 국제인권기준을 엄밀히 준수할 것 등을 대한민국 정부에 권고한 바 있다.

변호인단은 종업원들의 유인·납치를 주장하는 북한 부모들로부터 받은 위임장을 근거로 2016년 5월 24일 서울중앙지방법원에 인신보호구제 청구를 하였다. 그러나 이후 심문준비를 위한 변호인 접견신청이 거부되었다. 변호인단은 인신보호법상 구제청구를 대리하였고, 인신보호구제 사건 재판은 종업원들의 북한이탈주민보호센터 수용이 국정원의 유인·납치 범죄에 의한 불법감금인지 아니면 종업원들의 자발적 의사에 의한 수용인지 여부를 판단하는 매우 중요한 재판이므로 심문기일 전에 변호인의 접견이 필수적으로 보장되었어야 했다.¹⁴

국정원은 변호인단이 2016년 5월 16일 북한이탈주민보호센터를 찾아 종업원 12명에 대하여 전달하여 줄 것을 요청한 위임계약서, 변호인선임 신고서, 소송위임장, 관련기사 출력물, 변호인 공동서신, 권리보장 알림 글, 가족들에게 신변의 안위를 전하는 편지 작성을 위한 편지지 및 편지 봉투, 책(『처음처럼』, 『윤동주를 쓰다』, 『변방을 찾아서』) 등 서신, 물품에 대하여 유해물질이 있을 가능성이 있다는 이유로 반입을 거부하였다. 종업원들은 서신, 물품을 수수하는 등 외부와 접촉하고 교통할 권리, 피수용

14 인신보호법 제12조 제2항은 “피수용자와 구제청구자는 변호인을 선임할 수 있다. 구제청구자 등이 빈곤이나 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우 구제청구자 등의 명시적 의사에 반하지 아니하는 이상 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다”고 규정하고 있다.



자의 권리를 고지 받을 권리, 가족 등에 구금 사실 및 장소를 알릴 권리, 변호인 선임권도 보장받지 못했다.

이상과 같이 종업원들은 북한이탈주민보호센터에서 변호인 접견권 및 외부와 접촉하고 교통할 권리 등을 전혀 보장받지 못함으로써 『피해자 권리 기본원칙』 제12조 정의에 대한 권리로서 이용가능한 구제조치들에 관한 정보를 제공받을 권리를 침해당하였고, 사생활까지 철저히 통제되었다.

나. 실효성 있는 사법적 구제에 대해 공정하게 접근할 수 있는 권리의 침해

『피해자 권리 기본원칙』에 의하면, 국가는 재판 절차 개시 전, 진행 중, 종료 후 피해자와 그 대리인들이 겪는 불편을 최소화하며, 정의에 대한 접근을 추구하는 피해자들에 대한 적절한 지원을 제공하며, 피해자가 구제에 대한 권리를 행사할 수 있도록 모든 적절한 법적, 외교적, 영사적 수단을 이용할 수 있게 보장할 의무를 지고, 재판에 대한 평등하고 효과적인 접근을 제공할 의무가 있다.

그러나, 이하에서 보는 바와 같이 인신보호구제 사건과 변호인 접견거부처분 등 취소 사건에서 재판에 대한 공정하고 효과적이고 신속하게 접근할 수 있는 권리를 전혀 보장받지 못했다.

(1) 인신보호구제 사건

변호인단이 법원에 제기한 위 종업원 12명에 대한 인신보호구제 사건은

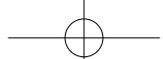


각하,¹⁵ 즉시항고 기각¹⁶ 및 재항고 기각되었다.¹⁷

인신보호구제 사건 절차 개시 전 변호인단은 종업원들의 신변과 수용상황을 확인하기 위해 수차례 변호인 접견신청을 하였지만 모두 거부되었다. 북한 가족들이 종업원들과 직접 대면하기 위해 판문점이나 서울을 방문하겠다는 요구도 거부되었다.¹⁸

인신보호구제 사건 진행 중 법원은 가족관계증명서 등과 같은 서류로 구제청구자격을 소명할 것을 요구했다. 북한 가족들로부터 법원이 요구하는 서류를 받기 위해 통일부에 사전접촉신고를 하였으나 통일부는 ‘남북교류·협력을 해칠 명백한 우려가 있거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 해칠 명백한 우려’가 있다는 이유로 신고의 수리를 거부하였다. 변호인단은 정기열 교수를 통해 공민증, 사진, 북한적십자회 명의 가족관계증명서를 제출했다.

-
- 15 서울중앙지방법원 2016. 9. 9.자 2016인2 각하 결정은 북한 가족들이 제출한 공민증, 사진, 북한 적십자회 명의의 가족관계증명서만으로는 구제청구자들이 종업원들의 부 또는 모라고 인정하기에 부족하여 구제청구자가 아닌 자가 구제청구를 한 경우에 해당하고, 종업원들이 2016년 8월 8일부터 11일까지 북한이탈주민 보호센터를 순차적으로 퇴소한 후 각자 주거지에서 거주하고 있고, 북한이탈주민보호센터에서 체류할 가능성이 있다고 볼 자료가 없어 더 이상 구제청구의 이익이 없다는 이유로 구제청구를 각하하였다.
 - 16 서울중앙지방법원 2016. 11. 3.자 2016인라1 항고기각 결정은 1심이 북한 가족들의 구제청구 자격이 없다고 본 것은 잘못이지만, 종업원들이 북한이탈주민보호센터에서 퇴소하여 정착을 희망한 주거지에서 살고 있는 사실을 인정한 후, 종업원들이 퇴소한 후에도 국가기관에 의해 실질적으로 인신의 자유에 제한을 받고 있다고 인정할 자료나 정황을 찾을 수 없으므로 구제청구의 이익이 없다고 판단하여 즉시항고를 기각하였다.
 - 17 대법원 2017. 2. 15.자 2016인마7 재항고기각 결정은 제2심의 판단에 필요한 심리를 다하지 아니하거나 소의 이익에 관한 법리를 오해하는 등의 사유로 재판에 영향을 미친 현법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 없다고 판단하여 재항고를 기각하였다.
 - 18 뉴스1, 2016. 7. 12.자 기사에 의하면, 국제엠네스티는 종업원들에 대한 정보를 한국정부가 공개해야 하고 수개월 동안 종업원들이 가족 또는 변호사 접촉이 거부된 것은 그들의 권리가 존중되고 있는 것인지 의문이 간다며 한국 정부가 신속히 개개인에게 북한에 있는 가족과 대화할 수 있는 여건을 마련하고 그들이 선택한 법적 조언을 구할 수 있도록 허가할 것을 촉구했다.

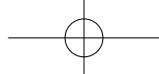


인신보호구제 사건 진행 중 변호인단은 심문기일을 열고 종업원들을 출석하게 하여 이들로부터 신변을 직접 확인할 것을 수차례 요구하였다. 심문기일 출석은 종업원들의 신변을 확인할 유일한 방법이었다. 그 과정에서 국정원의 개입 없이 종업원들의 의사를 확인하는 것이 핵심이었다.

1심 법원은 심문기일 진행을 위해 인신보호법에서 정한 바와 같이 수용자인 국정원에 대하여 종업원 12명 전원을 출석시킬 것을 명령하였다. 국정원은 법원의 명령에 따라 피수용자인 종업원들을 심문기일에 전원 출석시켜야 할 의무가 있었다. 만약 국정원이 출석명령을 이행하지 않으면 법원은 종업원들의 수용에 문제가 있는 것으로 판단하고 인신보호법의 규정에 따라 수용을 해제하는 등의 결정을 하면 될 일이었다.

그런데, 종업원들의 법원 출석을 명령한 판사가 변호사 2명과 함께 여적죄와 간첩죄 등 혐의로 고발을 당했다. 종업원들이 법정에서 출석하여 자신들의 탈북을 ‘자의’라고 증언할 경우 북한에 남은 그들의 가족들이 북한 정권의 탄압을 받게 되고, 반대로 북한의 주장과 같이 ‘유인·납치’라고 증언할 경우 종업원들은 복송을 당할 뿐만 아니라 한국은 국가적 차원의 유인·납치라는 국제범죄를 행한 꼴이 되어 한국의 국가 이미지는 여지없이 더럽혀지게 될 것이라는 이유였다.

2016년 6월 21일 단 한 차례 열렸던 심문기일에서 국정원은 종업원들을 출석시키지 않았다. 종업원들이 원하지 않는다는 이유였다. 2016년 6월 21일 종업원들이 출석하지 않은 채 진행된 심문기일에서 1심 법원은 본안에 대한 심리를 하지 않고 구제청구자격을 문제 삼았다. 종업원들을 법정에서 출석시켜 직접 가족관계를 확인하면 될 일이었다. 종업원들의 출

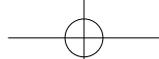


석을 명령하였던 1심 법원은 종업원들의 재소환 요청을 거부하였다. 종업원들이 법정에 출석할 경우 종업원들과 북한의 가족들의 신변이 위협하다는 국정원의 주장을 그대로 받아들였다. 자신이 스스로 내린 출석명령으로 종업원들과 그 가족들에게 신변에 위협을 초래했다는 논리적, 법적 일관성이 결여된 자기모순에 빠진 셈이다. 독립적이고 공정한 재판을 기대할 수 없게 된 변호인단은 재판부 기피신청을 하였다.

1심 법원이 종업원들을 법정에 출석하게 하여 심문기일을 속행하였다면 종업원들이 북한이탈주민보호센터에서 퇴소했다는 2016년 8월 이전에 인신보호구제 사건의 결정이 나올 수 있었다. 인신구속 상태의 적법성을 다투는 사안의 성격상 하루라도 빨리 심리가 이뤄져야 했으나, 1심 법원은 본안에 관한 심리를 위한 심문기일의 속행도 종업원들의 재소환도 하지 않은 채 그 사이 종업원들이 북한이탈주민보호센터를 퇴소하였다며 한 차례의 사실 확인도 없이 각하결정을 하였다. 법원은 본연의 책임과 역할을 방기한 불공정한 재판을 함으로써 인신보호법의 취지에 역행하며 스스로의 권위를 심각하게 훼손하였다.

인신보호구제 사건 진행 중 법무부장관은 법원에서 인신보호법에 따른 절차를 진행하는 것이 종업원과 가족들의 생명을 위협하는 행위라며 우려를 표했고,¹⁹ 국회에서 열린 법제사법위원회에서 김진태 의원은 북한 해외 식당 종업원들에 대한 인신보호구제 사건을 두고 “재판 청구권 남용”이라며 “상식적으로 생각해도 아닌 일을 법원이 허가했다는 것이 문제”라고

¹⁹ 뉴스시스, 2016. 6. 27.자 기사에 의하면, 김현웅 법무부장관은 이날 오전 국회에서 열린 법제사법위원회 전체회의에서 “민변의 인신구제청구가 인권침해요소가 있다는 여론이 있다”는 질의에 “상당히 우려스러운 상황”이라고 답했다. 이어 “이 문제는 탈북자에게 당신의 생명을 선택할 것인가, 가족의 생명을 선택할 것이냐는 질문이 아니냐”라는 질문에 “네”라고 답했다.



발언했다.²⁰ 인신보호구제 재판에 대한 공정하게 접근할 수 있는 권리를 침해하는 발언들이었다.

(2) 변호인 접견거부처분 등 취소 사건

변호인단이 2016년 8월 12일 원고로서 국정원장을 상대로 변호인 접견 거부처분과 물품 및 서신반입 거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기 하였으나, 위 인신보호구제청구 사건 결정 이유와 같이 서울행정법원은 종업원들이 북한이탈주민보호센터에서 퇴소한 사실을 인정하며 접견거부 처분 등을 취소하더라도 종업원들이 북한이탈주민보호센터에 있음을 전제로 하는 접견이나 서신·물품의 반입의 목적을 달성할 수 없게 되어 소의 이익이 없다는 이유로 소각하 판결을 하였고,²¹ 서울고등법원의 항소기각 판결²²과 대법원의 심리불속행 기각²³으로 확정되었다.

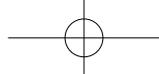
1심 행정소송 진행 중 종업원들을 증인으로 신청하였다. 종업원들이 변호인의 접견신청 사실과 접견신청 이유를 충분히 고지받았는지, 자신들에게 접견신청권이 있다는 사실을 충분히 알고 있었는지에 대해 종업원들을 통해 직접 확인하는 것이 국정원의 접견거부처분이 위법하였는지 여부의 중요한 판단 기준이 될 것으로 보았다. 1심 법원은 퇴소 여부 등 종업원들의 사정 변경은 이들을 보호하고 있던 국정원 측에서 증명해야 할 사안이 기 때문에 따로 증인으로 채택하지 않는다면 증인신청을 기각하였다.

20 아시아뉴스통신, 2016. 6. 30.자

21 서울행정법원 2017. 3. 23.자 2016구합72150 각하 판결

22 서울고등법원 2017. 9. 14.자 2017누42943 항소기각 판결

23 대법원 2018. 1. 31.자 2017두64668 심리불속행 기각 판결

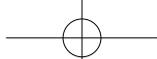


2심 법원은 종업원들의 인적사항을 알 수 없다는 것과 소송과 직접 관련이 없다는 이유로 증인신청을 기각하였다. 종업원들의 인적사항을 확인하기 위하여 통일부에 대한 사실조회신청도 했으나 기각하였다. 통일부에 대한 사실조회 외에는 종업원들의 인적 사항을 확인할 방법이 없었으나 재판장은 국정원의 주장에 의하면 얼마든지 종업원들을 자유롭게 만날 수 있는 것으로 보인다고 증거신청을 모두 기각하였다. 국정원의 일방적인 주장을 그대로 사실로 인정하면서 입증기회를 주지 않았다. 재판장은 변호인단이 변론의 속행을 구하며 신청한 증거에 대해 배석판사들과의 아무런 합의도 없이 곧바로 모두 기각결정을 하였다. 더 이상 공정한 재판을 기대하기 어려워 2심 재판장에 대해 기피신청을 하였다. 2심 재판장은 기피신청을 하였음에도 불구하고 그대로 소송절차를 진행하여 심리를 끝내고 선고를 강행하였다.

변호인단은 인신보호구제 사건에 이어 변호인 접견거부처분 등 취소 사건 1심, 2심 법정에서도 종업원들을 만날 수 없었고 최소한의 사실관계조차 확인할 수 없었다.

2. 진실에 대한 권리의 침해

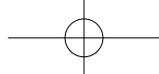
『피해자 권리 기본원칙』 제4조에서 국가는 국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위에 대해 조사하고, 충분한 증거가 있을 때에는 위반행위에 대해 책임이 있는 사람을 기소하고, 유죄로 확정된 때에는 처벌할 의무를 진다.



이 사건 유인·납치 범죄에 대한 조사, 책임자 처벌은 한국정부의 책무다. 그러나 2016년 4월 유인·납치 범죄 이후 2018년 5월 지배인과 일부 종업원들의 기획탈북 및 유인·납치 범죄의 폭로 인터뷰 및 2018년 5월 전 국정원장 등에 대한 국가정보원법위반 등 혐의 검찰 고발에도 현재까지 검찰 수사는 전혀 진척되고 있지 않는 상황이다. 여전히 자발적 탈북이라는 한국정부의 입장도 변함이 없다.

『피해자 권리 기본원칙』 제24조에 의하면, 피해자들과 그 대리인들은 피해를 야기했던 원인들에 관한 정보를 추구하고 획득하고 또한 그러한 위반 행위들과 관련된 진실을 알 권리가 인정된다.

2018년 7월 키타나 유엔 특별보고관을 면담한 지배인과 종업원 2인은 이 사건의 철저한 진상조사와 책임자 처벌, 자유의사로 입국하였다면서도 여권을 발급해 주지 않는 정부 당국의 모순된 태도의 지적과 이에 대한 문제해결, 북한 가족과의 자유로운 상봉 등을 유엔에 요청하였다. 면담에서 종업원 2인은 집단입국 당시 정부가 종업원들을 기망하여 바로 다음 날 집단입국 사실을 발표하고 언론에 대대적으로 보도케 함으로써 종업원들이 외부와의 접촉을 피하게 되었다면서, 종업원들이 집단입국하게 된 경위와 관련한 진상이 철저하게 규명되면 나머지 종업원들도 용기를 내어 자신들과 같이 언론 인터뷰나 유엔과의 면담 등에 나설 것이라고 하였다. 키타나 보고관이 북한 당국의 즉각 송환 주장에 대한 당사자 본인의 의사를 묻자, 위 종업원들은 한국정부가 철저한 진상규명을 하고 책임을 인정하면 모든 것이 자연스럽게 실마리가 풀려나갈 것이라며 “딸처럼 가족처럼 생각하고 이 문제에 접근해 달라”고 요청하였다.



“진실은 생존한 피해자들의 고통을 완화시키고, 침해의 직접적 피해자에 대한 기억과 그들의 지위를 옹호하며, 국가로 하여금 어두운 과거와 직면하도록 독려하고, 그것을 통해 개혁을 추구하도록 한다.”²⁴

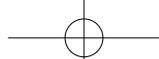
한국정부는 현재까지 진상조사 및 책임자 처벌에 대한 국가의 의무를 저버리고 유인·납치 피해자의 고통을 가중시키고 있다. 이미 너무 늦었지만, 이제라도 피해자의 진실에 대한 권리의 지속적 침해를 중단하고 국가기관이 자행한 유인·납치 범죄의 진상을 조사하고 책임자를 처벌해야 한다.

3. 배상에 대한 권리의 침해

『피해자 권리 기본원칙』은 배상에 대한 권리가 충족되기 위해서는 피해자에게 각 사건 피해의 중대성과 각 사건의 상황을 감안하여 ① 원상회복(restitution), ② 금전적 배상(compensation), ③ 재활(rehabilitation), ④ 만족(satisfaction), ⑤ 재발방지 보장(guarantee of non-repetition)과 같은 완전하고 실효성 있는 배상을 위한 조치가 제공되어야 한다는 원칙을 제시하였다.

TF는 국가인권위원회를 상대로 한 진정한 의견서에서 이 사건 피해자들에 대한 원상회복, 손해배상, 그밖에 필요한 구제조치로서, ① 2016. 4.경 집단 입국 이후 자신의 의사와 무관하게 정착하여 생활하면서 겪어

24 이주영, 백범석, 앞의 글, 188쪽



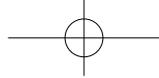
야하는 경제적 어려움, 정신적 고통을 해소할 수 있도록 통일부 등 유관 기관이 이 사건 피해자들에 대한 경제적 지원, 심리상담 등 필요한 조치를 즉각 취할 것, ② 통일부와 대한적십자사는 피해자들에 대한 긴급구제 조치로서 북의 가족들과 상봉할 수 있도록 조치를 취하고 이를 통한 당사자들의 의사를 확인할 수 있도록 할 것, ③ 법무부는 이 사건 피해자들에 게 국가배상을 할 것, ④ 검찰은 국가정보원에 대한 압수수색 등 강제수사를 진행할 것, ⑤ 국가정보원은 이 사건 관련자들에 대한 직무배제 조치를 취할 것 등을 권고를 해 줄 것을 요청하였다.²⁵

그 취지는 다음과 같다.

“이 사건 피해자들은 피진정인 국가정보원장 등의 기획입국에 의하여 자신의 의사에 반하여 대한민국에 입국하게 되었습니다. 피진정인들이 20대 국회의원 총선거에 정치적으로 이용하기 위한 목적으로 이 사건 피해자들을 기획 입국시킨 범죄행위였고, 그 결과 이 사건 피해자들이 자신들의 의사와 무관하게 현재에 이르기까지 2년 4개월간 대한민국에 강제로 정착하여 생활해야했음에도 불구하고 이 사건 피해자들은 범죄행위의 피해자로서 합당한 대우를 받지 못하고 오히려 자신들의 신원이 탄로날까 봐 어디서든 신원을 숨기면서 생활해야 했습니다. 또한 가족들과 안부 연락조차 주고받을 수 없었고, 입국 과정과 이후 정착하는 과정에서 겪어야 했던 극심한 스트레스를 해소할 수 있는 방법조차 제대로 알 수 없는 상태로 생활해야 했습니다.

그렇다면 이 사건 피해자들이 자신의 의사와 무관하게 입국하여 정착

25 국가인권위원회법 제44조 및 제42조 제4항 제1호 내지 제3호, 제48조 제1항 제6호 및 제2항)



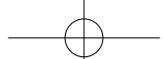
하여 생활하면서 겪어야 했던 경제적 어려움, 상시적인 심리적인 불안정 상태에서 벗어날 수 있도록 인도적인 조치가 필요하다 할 것입니다. 또한 이 사건 피해자들이 북한의 가족들과 상봉하고 교류할 수 있도록 조치를 취하여야 하며, 이를 통해 확인된 이 사건 피해자들의 의사에 따라 향후 거취를 결정할 수 있도록 해야 할 것입니다. 한편 이 사건 피해자들의 입국과정에 대한 면밀한 조사를 통하여 동일하거나 유사한 행위의 재발 방지를 약속해야 할 것이고 국가정보원의 관계자들은 직무에서 모두 배제하고 이에 대한 검찰의 강제수사를 통해 책임자들을 처벌할 수 있도록 해야 할 것이며, 법무부는 이 사건 피해자들이 겪어야했던 정신적 고통에 대한 국가배상조치를 취해야 할 것입니다.”

한국정부는 현재까지도 고통받는 이 사건 피해자들에게 원상회복, 손해배상, 그 밖에 필요한 구제조치를 전혀 취하지 않음으로써 피해자의 배상에 대한 권리를 침해하고 있다.

IV. 결론 : 피해자 중심적 접근으로 권리구제를 실현해야

정권이 바뀌어도 북한 해외식당 종업원들이 자발적 의사로 입국했다는 한국정부의 입장은 변함없이 유지되고 있다. 유인·납치 범죄에 대한 진상조사도 책임자 처벌도 가해자들의 사과도 아직 제자리걸음이다.

인신보호구제청구를 제기한 변호인단으로 인해 종업원들과 북한 가족들의 신변안전이 위태로워진다는 중북몰이 논리로써 피해자들의 대변자

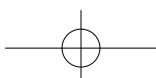
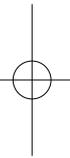
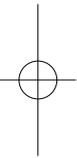
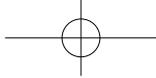


노릇을 자임해온 가해자들은 지금도 진상조사를 가로막고 있다.

반면, 종업원들은 자신의 의사와 무관하게 현재까지 2년 6개월여 정착을 강요당하며 극심한 고통을 받고 있다. 자신들은 물론 부모의 성과 이름까지 바꾸도록 강요받은 범죄의 피해자들이 오히려 자신의 신원이 탄로 날까봐 어디서든 정체를 숨기면서 자신들이 뉴스에 나오는 북한 해외식당 종업원이라는 사실을 숨기며 생활하고 있다. 종업원들은 주 말레이시아 한국대사관 앞에서 속절없이 끌려들어갈 수밖에 없었던 그때 기억으로 늘 고통스러워하며 악몽을 꾸고 있다. 북한 가족들과 만나 자신이 생존하고 있다는 사실과 그동안 어떻게 살아왔고 현재 어떻게 생활하고 있는지 등을 직접 알고 싶지만 북한 가족과 접촉하는 것도 불가능한 절망적 상황이다.

한국정부는 진상조사를 방해할 목적의 가해자의 중복몰이 논리에서 하루빨리 벗어나 고통받는 피해자 중심적 접근으로 『피해자 권리 기본원칙』이 보장하는 정의에 대한 권리, 배상에 대한 권리, 진실에 대한 권리를 보장함으로써 이 사건 유인·납치 범죄의 신속하고 철저한 진상조사, 책임자 처벌 및 피해의 원상회복과 재발방지를 위한 조치를 취해야 한다.

문재인 정부가 박근혜 정권이 저지른 유인·납치 범죄를 묵인하며 피해를 방치한다면, 전임 정권과 마찬가지로 반인권적, 반인도적 범죄의 책임에서 결코 자유로울 수 없게 될 것이다.





집중분석 2

미투(Me Too)운동의 법제도 개선방안 및 그 한계

신고운, 안지희, 유원정, 정명화

민변의
총

서
론

인
본
탐
구

활
애
보
고

진
중
분
석
②

변
론
기

입
법
제
안

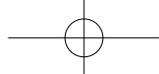
국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석

I. 들어가며

2018년 1월 서지현 검사가 방송에서 공개적으로 검찰 조직 내부의 성폭력을 고발한 후부터, 문단과 연극계, 방송계 등 사회의 다양한 분야에서 성폭력 사실을 고발하는 피해자들의 목소리가 높아졌습니다. 서지현 검사의 용기 있는 고발은 다른 수많은 성폭력 피해자들에게도 용기와 힘을 주는 동시에, 검사라는 힘과 사회적 지위가 있는 여성조차도 조직 내에서 성폭력의 대상이 될 수 있다는 것을 알리면서 많은 사람들의 공분을 사기도 했습니다.

1991년 미국에서 직장 내 성추행이 무엇인지 제대로 알려지지도 않았던 시절, 변호사 아니타 힐은 클라렌스 토마스 연방 대법관 인준 청문회에서 그의 성추행 사실을 증언하였습니다. 한국에서는 1993년 ‘서울대 신교수 성희롱 사건’에 대한 고발과 함께 직장내 성희롱, 성추행 문제가 수



면 위로 떠오르기 시작하였습니다. 아니타 힐의 증언 이후, 법원의 성추행 보상 판결과 기업 내 성추행 방지 교육은 크게 증가하였고, 신교수 성희롱 사건 이후 한국에서는 ‘남녀고용평등법’과 ‘남녀차별 금지 및 구제에 관한 법률’에 직장내 성희롱 예방과 처벌에 관한 조항이 신설되었습니다.¹ 이처럼 누군가의 용기 있는 목소리는 사회적 응답과 맞물려 가시적인 성과를 내기도 하였습니다.

미국의 미투운동은 2007년부터 사회운동가 타라나 버크가 성폭력 피해에 노출된 유색 인종 소녀들의 낮은 목소리를 지키기 위해 공감과 변화를 촉구하는 미투 캠페인을 벌인 것에서 출발합니다.² 이후 미국의 영화배우 알리사 밀라노로부터 2017년 영화 제작자 하비 와인스타인의 성폭력을 고발하면서 재차 제안되어 ‘나도 겪었다’는 범국가적인 성폭력 고발 캠페인이 되었습니다. Me Too는 ‘나도 당했다’가 아닌, ‘나도 말한다’, ‘나도 고발한다’는 주체적인 의미를 담고 있습니다.

서지현 검사의 검찰 내 성폭력 고발(미투)을 계기로, 우리나라에서도 그 어느 때보다 변화에 대한 목소리가 커지고 또 힘을 얻고 있으며, 이에 따라 젠더폭력에 관한 법제도 개선에 대한 요구도 높아졌습니다. 국회에서도 성폭력 범죄 및 미투운동을 지지하는 수많은 법안이 발의되었습니다. 이번 미투운동의 흐름으로 발의된 법안은 약 140여 건이 넘습니다. 그러나 그동안의 성폭력에 대한 입법 공백과 한계를 넘기 위해서는 심도 있는 법적 검토와 논의가 필요합니다. 한국여성정책연구원은 2018. 5. 16. ‘미투 입법 과제’에 관하여 젠더와 입법 포럼을 열어 국회에서 다수 발의되어

1 오마이뉴스, 2018. 1. 31.자 「서지현 검사의 뭉은 끝났다」

2 여성신문, 2018. 1. 29.자 「침묵을 깬 자들과 움직이는 세계」



있는 미투 법안들을 검토하여 젠더폭력방지를 위한 법제도 개선방안을 논의하기도 하였습니다.

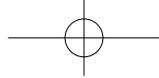
민변 여성위원회 미투대응팀에서는 개혁입법과제로 성폭력 법제도 개선에 있어서 가장 핵심적이라고 생각되는 ‘비동의간음죄의 신설개정안’에 대한 입법의견서와 최근의 미투운동에서 이슈가 되고 있는 ‘사실적시명에 훼손죄의 폐지’에 대한 의견을 논의한 바가 있습니다. 아래에서는 위 두 가지 핵심적인 이슈와 함께 그 외에 미투운동에서 주요하게 논의되는 관련 법안의 현황과 개정안 및 그 한계에 대해서 살펴보고자 합니다.

II. 비동의 간음·추행죄

1. 비동의 간음·추행죄 신설의 필요성

법원은 강간죄(형법 제297조) 및 강제추행죄(형법 제298조)의 구성요건(폭행·협박)에 있어 법문에 규정되어 있지 않음에도 불구하고 최협의의 폭행·협박(저항이 불가능하거나 현저히 곤란한 폭행·협박)이 필요한 것으로 해석하고 있습니다. 위와 같은 법원의 태도인 최협의설은 다양한 유형의 성적자기결정권 침해행위를 성범죄로 처벌하지 못하게 만든다는 비판을 받아 왔습니다.

특히 미투(Me Too) 운동 이후 상대방의 동의 없는 성적 침해를 범죄로 구성함으로써 성폭력 법체계를 개선할 필요성이 사회적으로 대두되었으



며, 최근 유엔(UN) 여성차별철폐위원회에서도 대한민국의 현행 형법이 피해자의 동의 여부를 기준으로 성범죄를 판단하는 국제기준에 부합하지 않는다고 지적한 바 있습니다.

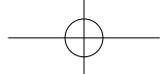
한편 위계·위력에 의한 간음죄(형법 제303조) 역시 업무·고용 등의 관계에 한정하여 처벌하여 적용 범위가 협소하므로, 업무·고용 등이 아닌 다른 관계에서 위계·위력으로 간음한 경우에는 처벌되지 않는다는 문제가 있었습니다.

따라서 피해자의 성적자기결정권에는 반하지만 물리적인 폭행·협박을 수반하지 않은 가운데 이루어지는 강제적인 성관계를 처벌하기 위하여, 폭행·협박을 구성요건으로 하지 않는 ‘비동의 간음·추행죄’ 신설의 필요성이 인정됩니다.

2. 비동의 간음·추행죄 입법안의 현황

2018년 10월 9일 현재 국회에 발의된 비동의 간음죄 입법안은 아래와 같으며, 이 중 어떤 것도 본회의에 상정되지 않았습니다.

법안명 (의안번호)	<ul style="list-style-type: none"> (1) 형법 일부개정법률안 (2012532) (2) 형법 일부개정법률안 (2012564) (3) 형법 일부개정법률안 (2012601) (4) 형법 일부개정법률안 (2012795) (5) 형법 일부개정법률안 (2014938) (6) 형법 일부개정법률안 (2014981) (7) 형법 일부개정법률안 (2015062) (8) 형법 일부개정법률안 (2015354)
-----------------------	--



- 민법의총
- 시론
- 입법예고
- 입법예고
- 집중분석 2**
- 변론기
- 입법제안
- 국제화시대의 인권
- 판례평석

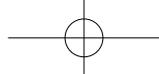
제안일자 /대표발의(소속정당)	(1) 2018. 3. 19. 홍철호 (자유한국당) (2) 2018. 3. 20. 강창일 (더불어민주당) (3) 2018. 3. 22. 백혜련 (더불어민주당) (4) 2018. 3. 30. 천정배 (민주평화당) (5) 2018. 8. 17. 송희경 (자유한국당) (6) 2018. 8. 21. 김수민 (바른미래당) (7) 2018. 8. 27. 이정미 (정의당) (8) 2018. 9. 6. 나경원 (자유한국당)
---------------------	---

3. 기존 비동의 간음·추행죄 입법안에 대한 평가

가) 비동의라는 구성요건을 규정한 문언에 대하여

위 8개의 입법안은 비동의라는 구성요건을 상대방의 ① “명백한 거부 의사 표시에 반하여”(제7안), ② “의사에 반하여”(제1, 3, 6, 8안), ③ “동의 없이”(제4, 5안), ④ “명백한 동의 없이”(제2안)로 서로 다르게 규정하고 있습니다.

먼저 ① “명백한” 거부 의사 표시를 요건으로 하는 경우(제7안)에는 피해자의 저항행위가 없는 경우 즉 폭행·협박이 없어도 피해자가 공포심이나 수치심에 사로잡혀 저항을 하지 못한 경우 내지 저항의 외적 표시를 남길 여지가 없이 공포심에 짓눌려 당한 경우를 처벌하지 못하는 공백이 발생한다는 문제가 있습니다. 다음으로 ④ “명백한” 동의 없음을 요건으로 하는 경우(제2안)에는 법문언에 따르면 상대방이 언어 등으로 명시적인 동의를 표시하지 않았으나 몸짓이나 표정으로 묵시적인 동의를 표시한 경우에도 성범죄로 처벌될 여지가 생긴다는 문제가 있습니다.



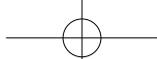
한편 ② “의사에 반하여”(제1, 3, 6, 8안)와 ③ “동의 없이”(제4, 5안)의 경우 어떠한 문언에 따르든 행위자를 비동의 간음·추행죄로 처벌하려면 상대방이 성행위에 동의하지 않았음을 수사기관이 증명하여야 한다는 점은 동일합니다. 다만 동의 없는 성관계가 곧 성폭력이라는 인식을 사회적으로 확산할 필요성이 인정되므로, 비동의라는 구성요건은 “상대방의 동의 없이”라고 규정함이 보다 타당합니다.

나) 비동의 간음·추행죄의 가중적 구성요건에 대하여

8개의 입법안은 간음·추행죄의 가중적 구성요건에 대하여 ① 가중적 구성요건을 별도로 규정하지 않고 비동의, 폭행, 협박을 모두 기본적 구성요건으로 규정하거나(제1, 5안) 비동의 간음·추행죄만을 규정하는 경우(제2, 6안), ② 폭행 또는 협박만을 가중적 구성요건으로 규정하는 경우(제3, 4, 8안), ③ 폭행 또는 협박 및 저항이 곤란한 폭행 또는 협박을 모두 가중적 구성요건으로 규정하는 경우(제7안)로 나뉩니다.

먼저 ① 가중적 구성요건을 별도로 규정하지 않고 비동의, 폭행, 협박을 모두 기본적 구성요건으로 규정하는 경우(제1, 5안)에는, 수사기관이나 법원이 실질적으로 비동의라는 구성요건을 현행 최협의설의 폭행·협박과 유사한 정도로 해석하여 처벌의 공백이 유지될 가능성이 높습니다.

또한 비동의 간음·추행죄만을 규정(제2, 6안)하는 경우에는 위계·위력 및 폭행·협박에 의한 간음·추행이 비동의 간음·추행과 동일한 법정형으로 규정되어, 객관적인 행위반가치 유형이 아니라 개별 재판부나 수사기관의 재량에 따라 처벌강도가 좌우될 수 있다는 문제가 생깁니다.



다음으로 ② 폭행 또는 협박만을 가중적 구성요건으로 규정하는 경우(제3, 4, 8안)에는 업무상위력에 포섭되지 않는 위계·위력에 의한 간음·추행을 처벌하지 못한다는 문제가 있습니다.

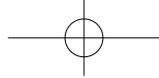
마지막으로 ③ 폭행 또는 협박 및 저항이 곤란한 폭행 또는 협박을 모두 가중적 구성요건으로 규정하는 경우(제7안)에는 폭행 또는 협박과 저항이 곤란한 폭행 또는 협박을 구분하는 기준이 모호하고, 앞서 살핀 ②번과 마찬가지로 업무상위력에 포섭되지 않는 위계·위력에 의한 간음·추행을 처벌하지 못한다는 문제가 있습니다.

따라서 위계·위력 및 폭행·협박을 각각 비동의 간음·추행죄의 가중적 구성요건으로 규정함으로써, 현행 형법 제303조(업무상위력 등에 의한 간음)에 포섭되지 않는 위계·위력에 의한 간음·추행을 처벌하고 행위수단의 불법성의 정도에 따라 법정형을 달리 설정할 필요가 있습니다.

4. 새로운 입법안의 제안

위와 같은 문제의식을 담아 민변 여성위원회 미투대응팀에서는 새로운 비동의 강간·추행죄 입법안을 구성하였습니다([첨부] 참조).

우선 성적자기결정권 침해 유형을 모두 성범죄로 포섭하기 위하여 강간·추행의 기본적 구성요건을 동의 없는 성적 침해로 구성하고, 개별 재판부나 수사기관의 재량에 따라 처벌여부 및 강도가 좌우되지 않도록 행위반가치에 따라 위계·위력 및 폭행·협박으로 가중적 구성요건을 세분



화하고 서로 다른 법정형을 규정하였습니다.

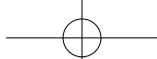
특히 위계·위력에 의한 강간·추행죄를 신설하고 기존의 형법 제303조(업무상위력 등에 의한 간음)는 삭제함으로써, 단순히 “업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 대상으로 하는 경우”에 한정하지 않고 의료관계에서의 진료자와 보호자, 보호관계에서의 양육자·양육보조자와 피양육자, 교육관계에서의 교육자와 피교육자 등 모든 관계 유형에서 일어나는 위계·위력에 의한 성폭력을 처벌할 수 있도록 규정하였습니다.

위 입법안에서는 폭행 또는 협박으로 간음한 경우 뿐 아니라 위계·위력으로써 간음한 경우 및 상대방의 동의 없이 간음한 경우에도 범문상 해당 간음행위를 모두 “강간”이라는 용어로 규정하였는바(제297조), 이는 상대방의 성적자기결정권을 침해하는 간음행위는 폭행 또는 협박을 수반하였는지 여부와 무관하게 모두 강간에 해당한다는 뜻을 보다 명확히 드러내기 위함입니다.

Ⅲ. 사실적시 명예훼손죄

1. 미투국면에서 사실적시명예훼손죄 폐지에 대한 논의 대두

미투운동이 본격적으로 시작된 후, 언론에 미투운동을 했다가 사실적시 명예훼손죄로 역고소당하여 처벌받은 사례가 보도되기 시작하면서, 미투

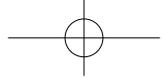


국면에서 사실적시명예훼손죄의 폐지에 대한 논의가 시작되었습니다. 성폭력 피해가 허위가 아니라 하더라도 가해자를 밝히고 미투운동을 하면 사실적시명예훼손죄에 해당하여 처벌을 받게 되기 때문입니다. 가해자가 공인이 아닌 경우에는 위법성조각사유인 공공의 이익이 인정되지 않아 벌금형 처벌을 받은 사례가 실제로 존재합니다. 성폭력 피해가 사실이라 하더라도 미투운동이라는 이유만으로 공공의 이익이 쉽게 인정되지 않고 있는 것입니다. 그리하여 미투운동과 더불어 사실적시명예훼손죄를 폐지해야 한다는 주장이 나오기 시작한 것입니다.

미투운동을 보호하여야 한다는 것도 결국 표현의 자유를 보장하여야 한다는 것에 다름 아닙니다. 사실적시명예훼손죄 폐지논쟁은 미투운동이 있기 훨씬 전부터 이루어졌고, 이에 관한 연구도 상당히 축적되어 있습니다. 그러나 성폭력 피해자의 말하기에 한정하여 연구된 바는 없고, 주로 사실적시명예훼손죄가 정부의 정책, 정치인의 활동, 공직비리에 대한 비판적 의견 제시, 정치적 풍자나 비평 등 다양한 비판과 여론형성을 방해하는지에 대하여 중점적으로 논의가 이루어졌습니다. 이에 금태섭 의원과 유승희 의원은 형법상 사실적시명예훼손죄를 폐지하는 법안을 발의하였고, 본 법안은 현재 본회의에 상정되었으나 계류된 상태입니다.³

세계적인 추세도 표현의 자유를 억압하고 정치적으로 악용될 소지가 있는 명예훼손죄를 폐지하거나 폐지를 논의하는 것입니다. 미국의 경우 뉴욕, 캘리포니아, 일리노이스, 텍사스 주 등이 명예훼손 처벌조항이 ‘위험 처분’되거나 주의회에 의하여 자발적으로 폐기되고 있습니다. 유럽안보협

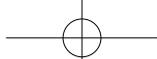
3 형법 일부개정안 2002343(금태섭), 2001558(유승희)



력기구(OSCE)는 명예훼손죄의 비형사범죄화 캠페인을 하였고, 많은 유럽 국가들이 명예훼손죄를 폐지하고 있으며, 나아가 유엔인권위원회, 월드뱅크, 유럽의회의 사무총장 등 여러 국제기구에서 세계 각국에 형사상 명예훼손의 폐지를 촉구한 바 있습니다. 실제로 ‘진실한 사실을 적시하는 행위’를 처벌하는 국가는 없습니다.

그렇다면 미투운동을 위축시키는 사실적시명예훼손죄를 폐지하면 될 것인가. 하지만 여성계는 사실적시명예훼손죄가 폐지되는 경우 오히려 성폭력 피해자에 대한 인적사항, 과거 성이력 등을 공개하는 행위를 규제하지 못함으로 인해서 2차 가해를 방어할 수단을 잃게 될지도 모른다는 우려의 목소리를 제기하였습니다. 성폭력 피해자를 ‘비난하기 위하여’ 사생활이나 은밀한 영역에 해당하는 사실을 공개하는 2차 가해행위는 분명히 존재하고 이로 인한 피해가 심각하여 규제가 필요하다는 것입니다.

과연 우리 사회가 사실적시명예훼손죄를 폐지할 만큼 성숙하였는가. 우리 사회의 현실에 비추어볼 때 이를 폐지하는 것은 시기상조이고, 폐지하고 민사손해배상을 청구하는 경우에도 징벌적 손해배상제도 등이 정비되어 있지 않기 때문에 피해구제가 어렵다는 문제제기도 설득력이 있습니다. 예를 들자면 강남역 살인사건 집회에 참여한 여성의 사진과 이름 등 인적사항을 공개하는 행위, 강남패치라는 이름으로 유흥업소에 종사하는 여성의 사진 등의 인적사항을 인스타그램을 통하여 공개한 행위가 있습니다. 이러한 행위가 사회적 ‘가벌성’이 있다는 주장은 무시하기 어렵습니다.



2. 사실적시 명예훼손죄 관련 법안

이렇게 논의가 복잡하게 흘러가고 있기 때문에, 사실적시 명예훼손죄와 관련되어 미투국면에서 발의된 법안도 ‘폐지안’부터 ‘공소제기 보류안’까지 다양합니다.

황주홍 의원은 사실적시 명예훼손죄 규정을 삭제하는 내용의 형법개정안과 정보통신망법 개정안을 발의하였습니다.⁴ 황주홍 의원이 발의한 법안은 현재 소관위에 회부된 상태입니다. 금태섭, 유승희 의원이 발의한 사실적시 명예훼손죄 폐지 법안도 현재 본회의에 상정되어 있습니다.

한편, 사실적시 명예훼손죄를 폐지하지 않는다는 전제하에 미투운동에 사실적시 명예훼손죄를 배제하는 내용의 법안도 발의되었습니다. 유승희 의원은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 규정을 신설하는 법안을 발의하였고, 소관위에 회부된 상태입니다.⁵ 그러나 이는 성폭력 피해자에 대하여만 예외규정을 추가하자는 것이어서, 다른 범죄 피해자들과의 형평성이 문제될 수 있고, 적용배제규정을 성폭력처벌특례법에 두는 경우 법체계가 복잡해질 수 있다는 문제점이 제기됩니다. 진선미 의원은 형법 제307조 제1항에 성폭력 피해사실을 적시하는 경우는 제외하도록 하는 단서 규정을 두는 법안을 발의하였는데, 2018. 9. 13. 본회의에 상정되었습니다.⁶ 이 법안의 경우 성폭력범죄 피해자뿐만 아니라 성희롱의 피해자도

4 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부 개정안 2012249(황주홍), 형법 일부개정안 2012554(황주홍)

5 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 2012368(유승희)

6 형법 일부개정법률안 2012397(진선미)



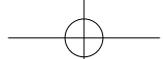
보호하고 있어 피해자 보호에 충실하다는 점이 특징입니다.

구성요건을 강화하여 처벌범위를 좁히는 법안도 발의되었습니다. 표창원 의원은 형법 제307조 제1항 규정에 ‘사람을 비방할 목적’을 추가하는 형법개정안을 발의하였고, 해당 법안은 본회의에 상정되었습니다.⁷ 법원이 비방할 목적을 ‘공공의 이익’으로 해석하고 있기 때문에, 결국 위법성 조각사유가 구성요건의 수준으로 올라가는 것인데, 이는 구성요건에 해당하는 사항에 대하여 입증책임이 수사기관에 있고, 결국 수사기관이 위법성 조각사유보다 구성요건을 적극적으로 검토하게 된다는 점에서 의미가 있습니다.

성폭력범죄 피해자가 미투운동을 한 경우에는 공소제기를 보류하자는 법안도 발의되었습니다. 하태경 의원은 ‘성폭력범죄의 피해자나 그 법정 대리인이 성폭력범죄의 피해사실을 공연히 적시한 경우 해당 사건의 재판이 확정될 때까지 형법 제307조 제1항의 죄로 공소를 제기할 수 없다’는 내용으로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정안을 발의하였고, 해당 법안은 2018. 9. 20. 법제사위원회에 상정되었습니다.⁸ 이 법안은 성희롱 피해자의 미투운동은 보호대상으로 삼지 않고 있고, ‘공소를 제기할 수 없다’는 것이 수사는 가능한데 공소만 제기하지 못한다는 것인지 명확하지 못하다는 점도 문제로 지적됩니다. 공소권 없는 친고죄의 수사가 가능한 것처럼, 이 경우에도 수사가 가능하지만 공소제기만 할 수 없다고 해석될 여지가 있고, 결국 피해자들이 수사기관에 명예훼손 혐의로 소환되는 등으로 인하여 2차 피해를 입게 되기 때문에 입법목적을 달성할 수 있

7 형법 일부개정법률안 2012510(표창원)

8 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 2013049(하태경)

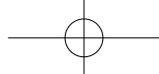


는지 의문이 제기됩니다. 게다가 대검찰청이 지난 5월 ‘성폭력범죄 피해자에 대한 무고죄 수사를 보류’하는 내용의 수사지침을 발표한 것처럼, 법률의 개정이 아닌 수사지침으로 충분히 개선할 수 있는 부분이 아닌가에 대한 의문도 제기됩니다.

이처럼 다양한 법안이 발의가 되어 있고, 어떤 법안이 가장 적절한지에 대하여는 의견이 모아지고 있지 않으나, 결국 사실적시명예훼손죄의 폐지를 전제로 성폭력 피해자나 여성 등 사회적 약자에 대한 명예훼손에 대해 규제나 보호장치가 마련될 필요성이 있다는 점에서는 의견이 일치합니다. 민변의 여성인권위원회 미투대응팀에서도 여러 차례 논의를 하였지만, 위와 같은 지적을 무시할 수는 없다는 점 때문에 일단은 ‘유보’ 입장을 표명하기로 하였습니다.

3. 사회적 약자에 대한 혐오표현 규제 논의

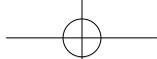
사실적시명예훼손죄의 폐지에 대한 우려 중 혐오표현의 대상이 될 수 있는 특정 집단이나 개인을 보호하지 못한다는 문제의식 또한 존재합니다. 특정 집단에 대한 혐오표현이 아닌, 단순한 개인 간의 분쟁에 그치는 명예훼손은 ‘민사손해배상’으로 다루면 족합니다. 이를테면 편의점 주인이 절도범의 이름을 공개하여 절도범의 명예를 훼손한 행위, 채권자가 채무자의 채무불이행 사실을 공개하여 채무자의 명예를 훼손한 행위는 민사손해배상으로 책임을 물으면 됩니다. 그러나 사회적 약자를 대상으로 하는 표현의 경우에는 사실적시명예훼손죄로 처벌해야 하지 않겠느냐는 문제 제기가 있습니다.



그러나 혐오표현 규제와 사실적시명예훼손죄 폐지는 ‘구별’되어야 하고, 혐오를 표현하는 과정에서 ‘사실을 적시’하는 행위를 ‘사실적시명예훼손죄’로 처벌하기 위해서 표현의 자유를 과도하게 제한하도록 내버려두는 것은 부적절한 면이 있습니다. 표현의 자유는 옹호하되, 다른 방식으로 혐오표현을 적절하게 규제하는 것이 바람직합니다. 또한 사실적시명예훼손죄에 해당하는 혐오표현은 극히 일부입니다. 혐오표현은 대개 ‘모욕죄’에 해당하는 경우가 많고 ‘사실의 적시’라는 요건을 갖추는 경우가 적기 때문입니다.

대법원은 “겉으로 보기에 증거에 의해 입증 가능한 구체적인 사실관계를 서술하는 형태를 취하고 있더라도, 글의 집필의도, 논리적 흐름, 서술 체계 및 전개방식, 해당 글과 비평의 대상이 된 말 또는 글의 전체적인 내용 등을 종합하여 볼 때, 평균적인 독자의 관점에서 문제 된 부분이 실제로는 비평자의 주관적 의견에 해당하고, 다만 비평자가 자신의 의견을 강조하기 위한 수단으로 그와 같은 표현을 사용한 것이라고 이해된다면 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시에 해당한다고 볼 수 없다. 그리고 이러한 법리는 어떠한 의견을 주장하기 위해 다른 사람의 견해나 그 근거를 비판하면서 사용한 표현의 경우에도 다를 바 없다.”는 입장입니다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도15628 판결 출판물에 의한 명예훼손).

이 법리를 적용하면, ‘사실적시’에 해당하는 사례는 상당히 제한됩니다. 대표적으로 ‘인적사항’을 공개하거나 ‘과거의 이력’을 공개하여 마녀사냥의 사냥감으로 만드는 경우를 들 수 있습니다. 강남역살인사건 집회에 참여한 여성들의 얼굴 등 인적사항을 업로드하고 비난하는 경우, 유흥업소에 종사하는 여성들의 사진을 ‘강남패치’ 인스타그램 계정을 통하여 공개



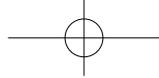
한 행위 등이 그렇습니다. 반대로 ‘한남패치’라는 인스타그램 계정을 만들어, 이른바 ‘한남충’으로 제보된 남성들의 사진이 공개된 일도 있었습니다. 이러한 행위들은 전부 ‘혐오의 감정을 표현하기 위한’ 것들이고, 인적 사항을 공개한 이유는 ‘혐오의 대상으로 만들어 같이 비난하기 위함’입니다. 얼핏 보기에는 ‘사실의 적시’로 보이지만 본질은 감정을 표현하는 것에 있습니다.

따라서 사실적시명예훼손죄가 존치된다고 하여도 모욕에 가까운 혐오 표현에 대한 대응방법으로는 실질적으로 기능하기가 어려운 점이 있으므로, 사실적시명예훼손죄 폐지와는 구분되어 혐오표현에 대한 규제 논의가 이루어져야 할 것입니다.

IV. 기타 성폭력 관련 입법안

1. 업무상 위력 등에 의한 간음죄 등의 법정형 상향

업무상 위력 등에 의한 간음죄의 경우 조직 내 권력형 성폭력이라는 특성상 폭행, 협박에 이르지 않더라도 가해자가 가진 사회적 지위 등으로 인하여 피해자의 저항이 상당히 어렵고, 가해자의 지속적인 성폭력 범죄로 인하여 피해자가 입게 되는 육체적, 정신적 고통이 심각한 중대한 범죄입니다. 그런데도 현행 업무상위력간음이나 추행죄의 법정형이 지나치



게 낮게 되어 있어 법정형 상향을 내용으로 한 16개의 입법안⁹이 발의되었습니다.

이중 형법 일부개정법률안의 경우 제364회 국회(정기회) 제1차 법안심사제1소위원회(2018. 9. 13.)에서 이루어진 법안 심사의 결과 업무상위력 등에 의한 간음죄(형법 제303조 제1항)의 법정형을 현행 “5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금”에서 “7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”으로, 구금된사람을감호하는자의 간음(형법 제303조 제2항)의 법정형을 현행 “7년 이하의 징역”에서 “10년 이하의 징역”으로 상향하는 대안(의안번호 2015676, 법제사법위원장 발의)이 원안가결되었고, 백혜련 의원이 대표발의한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안의 경우, 업무상위력 등에 의한 추행죄(성폭력특례법 제10조 제1항)의 법정형을 현행 “2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금”에서 “3년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금”으로, 구금된사람을감호하는자의 추행죄(성폭력특례법 제10조 제2항)의 법정형을 현행 “3년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금”에서 “5년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금”으로 상향하여 수정가결하였습니다.

업무상 위력 등에 의한 간음죄의 법정형 상향이 필요하였다는 점에서 위와 같은 개정입법은 긍정적인 측면이 있으나, ‘위력에 의한 간음’에 포함되는 성폭력의 범주를 좁게 보는 현재 법원의 태도가 변하지 않는다면

9 형법 일부개정법률안 8개[의안번호(대표발의자)로 정리하면 각 2012134(오신환), 2012254(황주홍), 2012334(이연주), 2012439(권철승), 2012507(권철승), 2012507(이명수), 2012844(신상진), 2012963(곽상도), 2013593(백혜련)] 및 성폭력특례법 일부개정법률안 8개[의안번호(대표발의자)로 정리하면 각 2012131(오신환), 2012252(황주홍), 2012236(이연주), 2012440(권철승), 2012848(신상진), 2012964(곽상도), 2013594(백혜련), 2012256(손금주)]



법정형의 상항만으로는 처벌의 공백을 메울 수 없고, 또 여전히 고용관계가 아닌 기타 관계에서의 위력에 의한 성폭력에 대하여 처벌 공백이 유지된다는 점에서 아쉬움이 남습니다.

2. 공소시효 연장 혹은 배제

업무상 위력 등에 의한 간음, 강제추행과 관련하여, 일정한 조건(DNA 등 명백한 증거가 있는 경우)에 한하여 공소시효를 기존보다 연장하거나, 업무 고용이나 그 밖의 관계가 종료된 날부터 공소시효가 진행되도록 공소시효를 중단하거나, 아예 공소시효를 배제하여야 한다는 내용 및 친족 관계에 의한 강간, 강제추행, 준강간 또는 준강제추행죄의 경우에도 공소시효 연장하거나 배제하는 내용을 담은 9개의 입법안¹⁰이 발의되었습니다.

그러나 공소시효 배제안의 경우 기존의 배제 대상 범죄(13세 미만, 장애인, 강간등 살인등)와 비교하여 볼 때 차이가 너무 크고, 공소시효 연장의 경우도 DNA 등 증거가 있는 경우와 달리 일괄적으로 공소시효를 10년으로 연장하는 이유가 뒷받침되고 있지 않습니다. 또한 업무고용 기타관계가 종료될 때까지 공소시효의 진행을 중단하는 안의 경우, 고용관계가 계속되는 한 공소시효가 제한 없이 연장될 수 있다는 점에서 좀 더 세밀한 접근이 필요할 것으로 평가됩니다.

10 성폭력특례법 일부개정법률안 9개[의안번호(대표발의자)로 정리하면 각 2012131(오신환), 2012252(황주홍), 2012236(이연주), 2012848(신상진), 2012607(윤종필), 2013361(이찬열), 2013433(윤후덕), 2014045(이종배), 2015314(주광덕)]



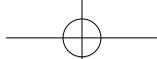
3. 소멸시효 연장

다음으로 소멸시효와 관련하여, 현행법에 의하면 성폭력 피해자는 성폭력 범죄로 인한 피해에 대해 가해자를 상대로 손해배상 청구를 할 수 있으나, 현행 민법 제766조에 따라 불법행위 및 가해자를 안 날로부터 3년, 그와 같은 불법행위가 있는 날로부터 10년 이내에 행사하지 않으면 손해배상청구권이 소멸하도록 규정하고 있습니다.

그러나 대부분의 성폭력 범죄의 경우, 모르는 사이보다 서로 아는 사이에서 발생하기 쉬운 특성을 가지고 있으나 그럼에도 불구하고 형사고소가 이루어지지 않는 사건이 형사고소가 진행되는 사건의 수보다 현저하게 많은 점, 성폭력 범죄가 있는 직후 고소가 이루어지는 것도 아니라는 점 등 현황에 비추어 볼 때, 일반적인 불법행위와 동일하게 손해배상청구권의 소멸시효를 규정하는 것이 피해자의 손해배상 청구권을 충분히 보장하지 못한다는 문제가 있어 왔습니다.

이에 위 문제를 개선하기 위한 5개의 입법안¹¹이 발의되었으며, 제364회 국회(정기회) 제2차 여성가족위원회(2018. 9. 14.)에서 이루어진 법안 심사에서는 성폭력범죄 피해에 의한 손해배상청구권의 경우, 소멸시효를 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 5년, 그 피해가 발생한 날로부터 20년으로 연장하고, 업무상 위력등에 의한 간음, 추행죄의 경우, 피해자의 업무관계가 유지되는 동안에는 소멸시효가 정지되도록 규정한 위원장 발의 대안을 원안가결 하였습니다.

11 민법 일부개정법률안 4개[의안번호(대표발의자)로 정리하면 각 2013079(남인순), 2014275(유성엽), 2015221(정부), 2014005(이태규)] 및 1개[의안번호(대표발의자)로 정리하면 2012153(김삼화)].

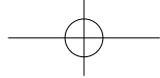


제출된 민법 개정법률안의 경우, 미성년자의 성폭력범죄 피해에 관한 손해배상청구권의 소멸시효를 정지하거나 연장하는 특례를 규정하고 있는데, 법적 권리를 제대로 행사할 수 없는 미성년자의 손해배상 청구권 행사기간을 실질적으로 보호할 수 있도록 피해자인 미성년자가 성년이 될 때까지 소멸시효를 중단하여야 할 것이므로 정부안인 의안번호 2015266 성폭력특례법 일부개정법률안이 보다 타당하다고 평가됩니다.

현재 여성가족위원회 법안 심사에서 가결된 성폭력방지법 개정법률안의 경우, 성폭력 범죄의 특성상 피해자가 가해자를 아는 경우가 일반적이라 할 것이므로 대부분의 경우, ‘그 손해 및 가해자를 안 날로부터 5년’이라는 소멸시효가 적용되어 현행과 별반 다르지 않게 될 것이라는 문제점이 있고, 가해자와 피해자의 업무관계가 유지되는 동안에는 소멸시효가 정지되도록 규정한 것은, 가해가 발생한 시점이 오래되었음에도 불구하고 그로부터 가해자와 피해자의 업무관계가 장기간 지속된 경우에도 가해자에게 불이익을 줄 수 있다는 것이므로, 소멸시효 본래의 취지에 어긋나는 측면이 있다고 보입니다.

V. 결어

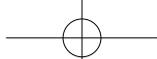
우리나라 성폭력 관련 법체계가 형법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등으로 분산되어 있어 쉽지 않겠지만 전체적인 성폭력범죄 처벌 규정을 손보고 체계를 재정비하는 것은 분명히 필요합니다. 미투운동에 관하여 젠더폭력을 방지하기 위해 수많은 개정법안들이 발의되었고 일부 법



안들은 가결되기도 하였습니다. 그러나 법제도 개선 요구에 힘입어 개정되어 시행되는 법안들에도 성폭력 입법의 공백을 메우지 못하는 한계가 일정 부분 존재합니다.

‘더 이상은 안 된다’는 사회 각계의 요구와 현재에도 고통받고 있는 성폭력 피해자들의 목소리를 생각하면 ‘비동의간음죄’와 같은 법안의 신설이 시급하게 이루어져야 함은 분명합니다. 한편 실질적인 변화를 이끌어내기 위해서, 또 지금과 같은 입법의 공백을 최소화하기 위해서는 심도 있는 검토 및 논의가 선행되어야 하는 것 또한 사실입니다. 법률가 집단으로서의 민변의 역할이 여기에 있는 것이 아닌가 합니다.

미투운동으로 대두된 젠더폭력 법제도 개선 이슈에 민변 여성위원회에서도 입법의견서를 작성한 만큼, 우리 사회에 유의미한 변화가 곧이어 도래하기를 기대합니다.



[첨부]

법률 제 호

형법 일부개정법률안

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2편제32장의 제목 “强姦과 醜行의 罪”를 “성적(性的) 자기결정권 침해의 죄”로 한다.

제297조를 다음과 같이 한다.

제297조(강간) ① 상대방의 동의 없이 사람을 강간한 사람은 3년 이하의 유기징역에 처한다.

② 위계 또는 위력으로써 사람을 강간한 사람은 7년 이하의 유기징역에 처한다.

③ 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제297조의2를 다음과 같이 한다.

제297조의2(유사강간) ① 상대방의 동의 없이 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 이하의 유기징역에 처한다.

② 위계 또는 위력으로써 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 5년 이하의 유기징역에 처한다.



③ 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.

제298조를 다음과 같이 한다.

제298조(강제추행) ① 상대방의 동의 없이 사람에게 대하여 추행을 한 사람은 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 위계 또는 위력으로써 사람에게 대하여 추행을 한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 사람은 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

제299조를 다음과 같이 한다.

제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조 제3항, 제297조의2 제3항 및 제298조 제3항의 예에 의한다.

제302조를 삭제한다.

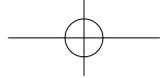
제303조를 다음과 같이 한다.

제303조(피구금자에 대한 간음) 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

제305조를 다음과 같이 한다.

제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 사람에게 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조 제3항, 제297조의2 제3항, 제298조 제3항, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

제305조의2 중 “제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 또는 제305조”를 “제297조, 제297조의2, 제298조부터 제



300조까지, 제303조 또는 제305조”로 한다.

부 칙

이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

민법의
총

시론

인물탐구

활동보고

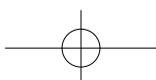
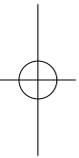
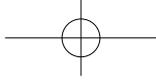
집중분석 ②

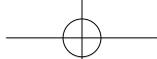
변론기

입법제안

국제화시대의
인권

판례평석





집중분석 3

원전의 위험성과 공동소송의 제 문제

- 이른바 균도네 소송에서 비롯된 원전소송의 핵심쟁점과 관련하여 -

서은경

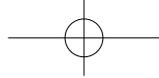
1. 들어가며

가. 이른바 균도네 소송 사건

서울대학교 의학연구원 원자력영향·역학연구소(연구자책임자 안윤옥)는 2011. 4. 「원전 주변지역 역학조사 연구」 보고서를 발표하였는데, 위 보고서에 따르면 원자력발전소 주변지역(원자력발전소에서 5km 이내) 여자 주민의 갑상선암 발병률은 원거리 대조지역(원자력발전소에서 30km 이상 떨어진 지역) 여자 주민의 2.5배에 이르는 것으로 나타났다.

원고 박○○은 원고 이○○과 혼인하여 원고 이균도를 출산하였는데,

1 안윤옥, 「원전 주변지역 역학조사 연구」, 서울대학교 원자력 영향·역학연구소, 2011. 4.
위 조사는 1991년 12월부터 2011년 2월까지 약 19년 2개월간의 전향적 코호트 연구를 수행한 결과로서, 주변지역 11,367명(암 발생자 705명), 대조지역 24,809명(암 발생자 1,593명, 근거리 721명, 원거리 872명) 총계 36,176명을 대상으로 진행된 역학조사이다. 참여연구원수는 803명이고, 연구조사비는 8,454,002,000 원으로 전액 정부가 출연하였다. 그러나 위 보고서의 최종 결론은 '원전 주변에서 암 발병 위험도가 증가한다는 증거를 찾을 수 없었다'였다.

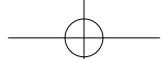


원고들은 1996. 3.부터 현재까지 부산 기장군 기장읍에 거주하고 있으며, 원고들의 거주지는 고리 1·2·3·4호기, 신고리 1·2호기 등 6기의 원자력발전소로부터 약 7.689km 떨어진 곳이다.

원고 박○○은 2012. 2.경 동남권원자력의학원에서 갑상선암 진단을 받았고, 원고 이○○은 직장암 판정을, 원고 이균도는 선천성 자폐성 장애 진단을 받는 등 일가족 모두가 병을 앓게 되자 원고 이○○은 위 질병과 원자력발전소에서 배출하는 방사성 물질 간에 인과관계가 있다고 판단하여 2012. 7. 4. 부산지방법원 동부지원에 손해배상 청구 소송을 제기하였고, 재판부는 2014. 10. 17. 원고 박○○의 갑상선암과 원자력발전소에서 배출하는 방사선량간의 인과관계를 인정하여 원고 박○○에게 1,500만 원을 지급하라는 원고 일부 승소 판단을 하였다(원고 이○○의 직장암, 원고 이균도의 선천성 자폐성장애와 관련된 청구는 기각됨). 피고 한국수력원자력발전소는 2014. 10. 20. 항소를 제기하였고, 원고들 역시 항소하였다.

나. 공동소송 소송인단 모집 등 공동소송 진행과정

원고 이○○은 아들 이균도와 함께 전국도보행진을 하는 등 발달장애에 대해서 알리는 역할을 자처하였는데, 실제로 이○○이라는 이름보다 균도 아빠로 더 유명하고 그래서 위 소송도 자연스레 ‘균도네 소송’으로 알려지게 되었다. 어찌되었든 균도네 소송에서 갑상선암 진단을 받은 균도 엄마가 한국수력원자력(이하 한수원이라고 함)을 상대로 일부 승소 판결을 받게 되자, 전국에 있는 원전 주변의 갑상선암 환자들이 모여들었고 각 지역(고리, 영광, 울진, 월성)의 활동가를 중심으로 공동소송인단을 모집하기 시작하였다.

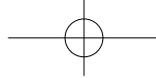


균도네 소송의 1심 선고결과를 반영하여, 공동소송인단은 일단 ① 원전 근처 10km 근방에서, ② 5년 이상 거주한 자로, ③ 갑상선암(갑상선 항진증이나 저하증 등은 제외)을 진단받은, ④ 여성으로 한정하였다. 꽤 소극적으로 범위를 좁혔음에도 불구하고 실제 모집된 인원은 총 618명(고리 251명, 월성 94명, 울진 147명, 영광 126명)이나 되었고, 이들의 직계가족 또한 위자료 청구를 위해 공동소송인으로 들어오게 되어 총 원고는 2,856명이 되었다.

현재 위 공동소송은 부산지방법원 동부지원에 계류 중에 있으며, 공동소송은 균도네 소송의 항소심 결과를 보기 위해 기일 추정되어 있는 상태다. 한편 균도네 소송 항소심은 변론종결하여 2018. 12. 12. 선고기일이 예정되어 있다.

2. 원자력발전소(원전)의 위험성

우리는 그동안 원자력발전은 환경오염을 일으키지 않는 깨끗한 에너지원, 비용이 매우 저렴한 에너지라고 배워왔고, 방사능은 우리 눈에 보이지 않기 때문에 그 위험성을 인지하지 못하였다. 그러나 방사능은 지구생태계가 용납할 수 없는 치명적인 독성물질이라는 점에서 결코“깨끗하지” 않고, 핵분열 후 발생하는 폐연료봉과 같은 핵폐기물을 지하에 보관한다고 하더라도 방사능 수치가 완전히 떨어지려면 최소 10만 년이 걸린다고 한다. 원자력발전은 결코 안전하지 않고 값싼 에너지도 아니다. 오죽하면 원자력발전소를 ‘화장실 없는 아파트’로 비유할까.

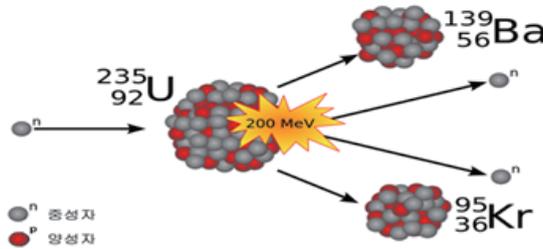


이하에서는 원전의 위험성에 대해서 알아보고, 균도네 소송 및 공동소송에서 쟁점이 되고 있는 방사성물질과 갑상선암 간의 인과관계에 대해서 살펴보고자 한다.

가. 원자력발전의 원리²

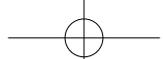
(1) 핵분열 에너지를 이용한 발전의 원리

원자는 중심의 원자핵과 주변을 돌고 있는 전자로 구성되며, 원자핵은 양성자와 중성자로 구성된다. 우리가 주로 접하는 현상들은 원자들의 결합을 다루는 '화학적 반응'인데, 예를 들어 나무가 연소하는 것은 탄소(C)와 산소(O₂)의 반응 결과 이산화탄소(CO₂)가 만들어지고 반응열이 에너지로 나오지만, 반응 전후 원소들(C, O)의 변화는 없다.



핵반응에서는 어떤 원소가 완전히 다른 원소(핵)로 변하는데, 우라늄 235(²³⁵U)가 핵분열을 통해 세슘(Cs) 및 스트론튬(Sr)등과 같은 여러 가지의 핵분열생성물로, 즉 다른 원소로 변한다. 우라늄235의 원자핵이 중성

2 원자력발전의 원리는 원자의 핵분열을 이용하여 발전을 하는 것이므로 '핵발전', '핵발전소'가 과학적인 용어 선택이다. 영어로도 'nuclear power generation'으로 사용하고 있는데, 우리나라는 일본법제의 영향으로 원자력안전법 등에서 '원자력발전'으로 칭하고 있으므로 편의상 이에 따른다.



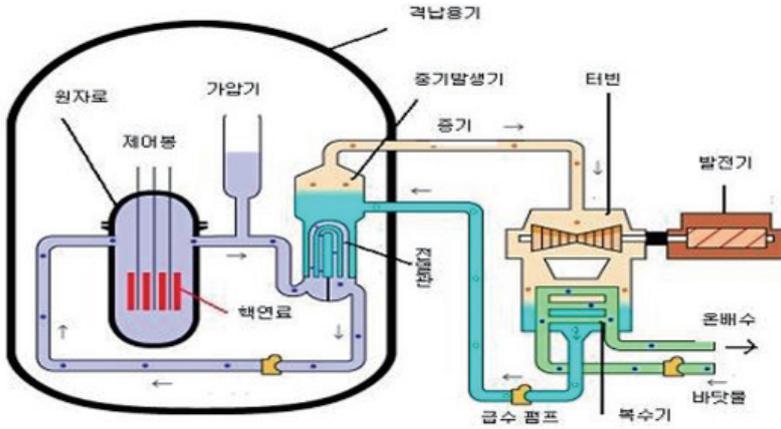
자를 흡수하면 불안정해지고, 그 원자핵이 두 개의 원자핵(핵분열생성물)으로 분열됨과 동시에 평균 약 2~3개의 새로운 중성자(n)가 발생하는데, 이 때 막대한 에너지가 나오게 되는 것이다(옆 그림 참조).

핵분열과 같은 핵반응에서 나오는 에너지는 화학반응시 에너지보다 수십만에서 수백만 배의 큰 에너지(수백만 전자볼트)를 가진다. 핵의 구조와 역학적인 원리를 이해하기 위해서는 특수상대성이론의 이해가 필요한데, 특수상대성이론은 ‘질량과 에너지 등가원리($E=mc^2$)’로서, 이 식에서 핵분열로 생성하는 에너지(E)는 줄어든 질량(m)에 빛의 속도(c)의 제곱을 곱한 것과 같다는 것을 알 수 있다. 즉 핵분열로 줄어든 질량이 열에너지가 되는 것이다. 핵분열로 한 개의 우라늄 원자핵이 쪼개지면서 방출되는 에너지는 약 200 MeV(2억 전자볼트)로서 우라늄 연료 1g에 포함된 우라늄235의 핵분열 반응으로 20℃의 물 약 10t을 끓일 수 있다.

(2) 원자로³⁾의 의의와 종류

핵분열을 발생시키는 장치는 반응로(Reactor) 즉 원자로이고, 원자로의 세 가지 기본요소는 핵연료, 감속재, 냉각재이다. 이 세 요소 중 어떤 것을 사용하고 어떻게 배열하느냐에 따라 여러 종류의 원자로가 만들어질 수 있는데, 원자로 중에서 현재 전 세계에 가장 많이 퍼져 있는 것은 미국에서 개발한 경수로이고, 국내에서 가동 중인 원전 23기 중에서 중수로인 월성 1~4호기를 제외한 19기는 모두 가압형 경수로이다. 가압경수로는 용기에 높은 압력을 가해 핵연료와 직접 접촉하는 물은 끓지 않도록 하는 대신 이 물이 증기발생기를 통과하면서 그 안의 물을 수증기로 만드는 형태이다.

3 ‘원자로’란 핵연료물질을 연료로 사용하는 장치를 말한다(원자력안전법 제2조 제8호).



[가압형경수로(PWR)의 구조]

나. 원전에서 생성되는 대표적인 방사능의 위험성과 반감기

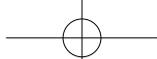
(1) 원전에서 생성되는 대표적인 방사능의 위험성

① 요오드131(¹³¹I)

요오드131은 매우 높은 휘발성을 가지고 있어 원자로에서 기체로서 방출되고, 베타선과 감마선을 다 내는 만큼 발암성이 매우 높다. 인간이 대기에서 요오드131에 노출될 경우 폐를 통하여 흡입하고 이는 혈류로 들어가게 되는데, 요오드131은 인간의 혈류 내에서 순환하고 목에 있는 갑상선에 의해 잘 흡수·축적되어 거기서 방사선을 내서 갑상선암을 일으킨다. 체르노빌 사고에서 확인된 바와 같이 어린이에게 미치는 영향이 몹시 심각한데, 어린이는 마치 스펀지처럼 혈액으로부터 요오드131을 흡수하기 때문에 큰 위험에 처하게 된다.

② 스트론튬90(⁹⁰Sr)

1950년에서 1960년대에 걸쳐 대기권 핵실험으로 대량의 방사성물질



이 전 세계에 흩어졌을 때 생명체를 가장 많이 피폭시킨 것이 스트론튬 90(^{90}Sr), 그 다음은 세슘 137(^{137}Cs)로 알려져 있다. 인체는 스트론튬90을 칼슘으로 오해해서 축적하므로 뼈암(골육종)의 원인이 되고, 뼈는 혈액을 만드는 곳이어서 백혈병을 불러일으키는 원인이 되기도 한다.

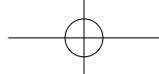
스트론튬90은 흙에 내려 앉아 농도가 10배 이상이 되도록 목초에 농축되고, 이후 목초를 먹은 소의 우유를 마실 때 인체에 영향을 미칠 수도 있다(이 경로는 요오드131도 마찬가지다). 이렇게 오염된 모유나 우유를 먹은 아기는 스트론튬90에 노출되며, 이는 혈류 안으로 운반되어 치아와 뼈에 붙게 되고 수년 후 뼈암이나 백혈병을 유발할 수 있다.

③ 세슘137(^{137}Cs)

세슘137은 동물의 근육과 살에 축적되는 경향이 있으며, 인간의 근육에 쌓여 근육세포와 근처의 다른 기관들에 방사선을 조사한다. 세슘137은 위험한 베타선 및 고 에너지 감마선을 내며, 사람의 몸속에 섭취되면 온 몸의 근육과 생식기 등에 축적되어 암이나 유전자 장애의 원인이 되는데 매우 발암성이 높다. 토양에 오래 머물러서 외부 피폭의 원인이 되는 외부리에서 영양을 흡수하는 식물과 이를 섭취하는 동물을 오염시켜 생물 농축을 일으킨다.

④ 플루토늄(^{239}Pu)

그리스 신화의 지옥의 신인 플루토(Pluto)의 이름을 따서 명명하였다는 플루토늄은 발견자인 글렌 시보그(Glen Seaborg)가 지구상에서 가장 위험한 물질이라고 말한 것처럼, 매우 유독하고 발암성이 높아서 100만분의 1그램 이하만 흡입해도 폐암을 유발할 정도다. 플루토늄은 백혈병, 뼈암, 간암 등을 유발하며, 고환 안에도 저장되어 생식 유전자에 돌연변이를



일으켜서 미래 세대에게 유전질환의 발생을 증가시킨다. 플루토늄239의 반감기는 24,000년으로서, 50만년 동안 방사능을 띠게 되는데, 오랫동안 생식기관에 들어가 해를 입히고, 그것이 유발한 유전자 돌연변이는 연속하여 후대(약 20세대 추산)에 나타난다.

(2) 방사성물질의 반감기

방사성물질의 수명은 일반적으로 반감기(방사선을 내는 능력이 절반으로 줄어드는 시간)로 파악하는데 요오드131의 반감기는 8일(1,000분의 1로 감소하기까지 80일 소요), 세슘 137의 반감기는 30년(1,000분의 1로 감소하기까지 300년 소요), 스트론튬90의 반감기는 28.8년(1,000분의 1로 감소하기까지 288년 소요)이다. 또한 플루토늄239의 반감기는 무려 24,000년(1,000분의 1로 감소하기까지 24만년 소요)이다.

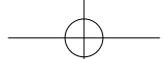
다. 방사선의 성질과 세포에 대한 기본적인 작용경로

(1) 방사능과 방사선의 의미

방사능(radioactivity)은 원래 방사선을 내는 성질·능력을 의미하지만 방사성물질의 의미로도 사용된다. 방사선(radiation)⁴은 총알처럼 날아가지만, 방사능은 그 자리에 가만히 있는데, 몸에 묻거나 몸속으로 흡수되면 그곳에서 끊임없이 방출되는 방사선을 계속 받게 된다.

방사능은 1초당의 붕괴 수(dps : disintegration per second)를 나타내는 물리량을 의미하기도 하는데, 방사선은 보통 1붕괴에 대하여 1개 입자

4 원자력안전법상 '방사선'은 전자 또는 입자선 중 직접 또는 간접으로 공기를 전리하는 능력을 가진 것으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다(원자력안전법 제2조 제7호).



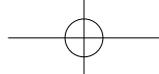
가 방출되기 때문에, 방사능의 세기는 1초당 방출되는 방사선의 수라고도 할 수 있다. 방사성물질이 1초당 1개의 방사선을 방출(정확히는 1초당 1붕괴)하고 있을 때, 그 물질의 방사능 세기를 1 베크렐(Bq)이라고 하는데, 1Bq=1dps 라고 보면 된다.

방사성물질은 방사선을 내기 때문에 위험하다. 처음 방사선을 발견한 사람은 1895년 엑스선을 발견한 뢰트겐이고, 1896년 우라늄광석이 방사선을 내는 능력을 가지고 있다는 것을 발견한 사람은 베크렐이다. 그 후 퀴리 부부가 1898년 우라늄광석 속에서 라듐과 폴로늄을 분리하고 그들이 방사선을 내는 정체를 알아내서 ‘방사성물질’이라 이름을 붙였다. 이들의 업적을 기려 베크렐(becquerel, 기호는 Bq)과 퀴리(curie, 기호는 Ci)는 지금 방사능의 강도를 나타내는 단위로 사용되고 있다.⁵

(2) 방사선 단위

인체는 치사량이 넘는 방사선을 받더라도 아무런 느낌이 없다. 방사선에서 치사량은 1회 방사선 조사로 30일 후에 죽을 확률이 50%가 되는 선량을 말하는데, 피폭의 세기를 나타낼 때는 래드(rad)라는 단위와 그레이(Gray, Gy) 또는 시버트(Sievert, Sv)라는 단위를 보통 사용한다. 인체가 흡수한 방사선 양을 나타내는 단위로 렘(rem)도 사용해 왔는데, 사람의 치사량은 600렘~700렘으로 알려져 있으며 일반적으로 하등동물은 방사선에 잘 견딘다고 한다.

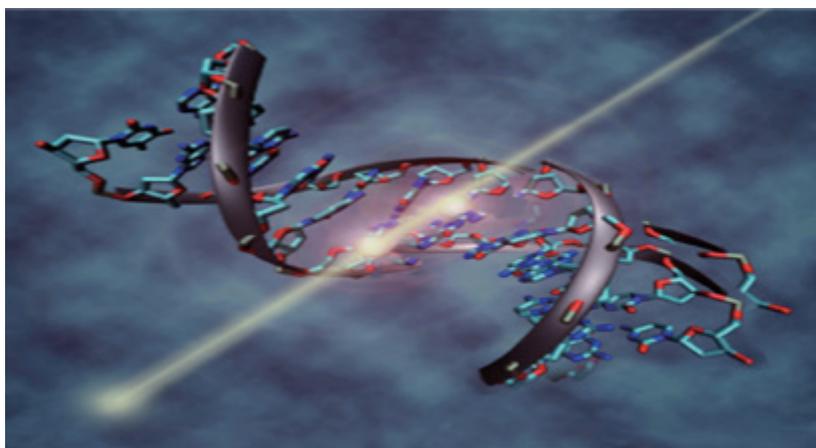
5 숫자가 클수록 방사능이 강하며, 370억 베크렐이 1퀴리이다. 방사선의 양을 측정하기 위하여 방사능 단위와 방사선량 단위를 사용하며, 방사선량의 단위는 흡수선량 단위와 등가선량 단위로 나눌 수 있다. 방사능 단위는 국제단위로는 베크렐(Bq=/s)을 사용하고 종전 단위로는 퀴리(1Ci = 3.7 × 10¹⁰ Bq)를 사용했다. 방사선량 단위 중 흡수선량 단위는 종전 단위로는 래드(1rad = 0.01Gy)를 사용했고 국제단위로는 그레이(Gy=J/kg)을 사용한다. 등가선량 단위는 종전 단위로 렘(1rem = 0.01Sv)을 사용했고 국제단위로는 시버트(Sv=J/kg)을 사용한다.



라. 방사선의 세포에 대한 기본적 작용경로

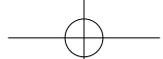
우리 몸에는 60조개의 세포가 있고, 세포에는 핵이 있으며, 핵 안에는 염색체가 사슬 모양으로 연결되어 23개씩 있다. 4종류의 염기들로 구성된 사다리 모양의 이중나선이 어떠한 순서로 배열되는가에 따라 유전정보가 결정되는데, 이 유전정보는 세포가 분열할 때마다 두 쌍의 사슬이 갈라지면서 복제가 된다.

방사선에 의한 DNA 손상에는 두 나선형 줄기의 한 쪽이 절단되는 1분쇄 절단, 두 줄기가 합쳐진 쪽이 절단되는 2분쇄 절단 등이 있다. 방사선은 세포분열을 저해하고, 그 결과로 분열 지연 내지는 세포사멸이 일어나게 되는데, 세포가 용케 죽음을 면해도 방사선에 의한 DNA 손상은 암과 같은 돌연변이를 일으킬 수 있다(아래 그림 참조).



[방사선작용 = 방사선 에너지의 전달 = DNA 이중가닥 절단]

방사선에 피폭된다는 것은 이와 같이 복잡한 우리 몸속의 유전정보를 절단하고 변형시켜유전자 이상을 불러일으키는 것을 의미한다. 방사선이



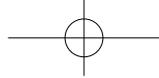
순간적으로 인체를 통과하면 엄청난 에너지에 의해서, 전리(電離)라는 작용을 통해서 화학결합을 이리저리하게 끊거나 결합시키게 되고, 또한 유전자배열에 갖가지 영향을 주어 그것이 최종적으로 인체에 다양하고 심각한 악영향으로 나타나게 된다는데 그 문제가 있다(흔히 말하는 전리방사선의 문제).

마. 원전에서 방사성 물질 배출

원자력발전소에서는 다양한(약 200가지 이상) 방사성핵종이 생성되고, 그 중 일부는 작업공간이나 환경으로 방출되고 있다. 이에 따라 정상운전과 계획예방정비기간⁶ 중에 수행되는 운전(Operation)이나 보수(Maintenance) 과정에서 방사선 작업종사자는 방사선 피폭을 받을 수 있고, 방사선 피폭은 1차계통의 펌프나 증기발생기에 부착되어 있는 방사성 핵종으로부터 발생된 방사선에 의한 외부피폭이나 작업공간의 공기 중에 부유하는 방사성물질의 체내 섭취에 의한 내부피폭 등으로 나누어진다.

원전에서 생성된 다양한 방사성핵종은 계통에서 작업공간으로 누설되고, 계통에서 누설된 방사성핵종은 방사성폐기물처리계통이나 감쇄계통에서 대부분 제거를 한다고 하지만 일부는 환경으로 배출되고 있다. 기체의 경우 배기 굴뚝의 방출감시 시스템을 통하여 환경으로 배출되고 있는데 일반적인 기체 방사성물질 감시시스템은 방출유출량을 적산하고 대표 시료를 채집하여 방사능을 계측한다. 한편 액체 방사성폐기물의 경우 냉각수로 희석하여 바다로 흘러 보낸다(이러한 까닭으로 국내 원전은 대부분

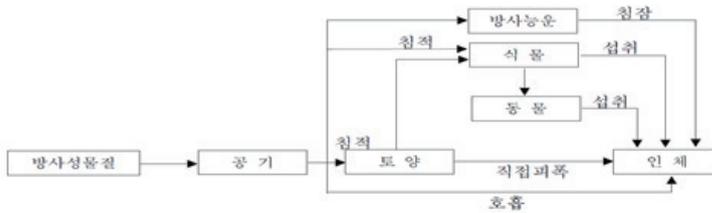
6 계획예방정비(Overhaul) : 발전기의 성능유지와 각종기기의 고장을 예방하고 설비의 신뢰도 및 성능을 향상시키고자 시행하는 정기적인 점검 및 정비를 말한다.



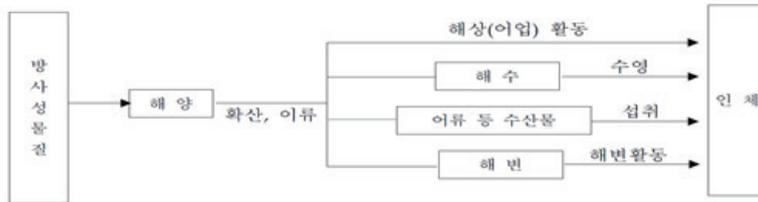
바다 근처에 건설되었다).

이러한 기체 및 액체 방사성 물질 배출에 따라 원전 주변에 거주하는 주민은 ① 방사성 물질에 의한 직접적인 외부 방사선피폭(외부피폭), ② 방사성물질이 식품이나 동물로 전이되어 오염된 음식을 섭취하는 내부피폭 모두에 노출되어 있다(아래 그림 참조).

〈인체의 방사선 피폭 경로〉⁷⁾



<그림 3-1> 기체 방사성물질의 이동경로

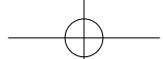


<그림 3-2> 액체 방사성물질의 이동경로

바. 방사성폐기물의 배출에 관한 기술기준

그렇다면, 이렇게 위험한 방사성 물질을 배출하는 것이 가능한 것인가?

7 이상훈외2, 「원자력발전소 정상가동시 인근주민 피폭선량 계산 해설」, 『대한방사선방어학회지』제3권 제1호, 1978, 37쪽.



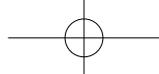
배출한다면 그 기준은 어떠한 법률에 의해 어떻게 규제되고 있는가?

원자력안전법 제50조 제1항에 의하면 핵연료물질사용자는 핵연료물질 또는 그에 따라 오염된 물질의 사업소 안에서의 사용, 분배, 저장, 운반, 보관, 처리 및 배출에 관하여 위원회규칙으로 정하는 기술기준을 준수해야 하고, 방사선 안전관리 등의 기술기준에 관한 규칙(시행 2014.11.22. 원자력안전위원회규칙 제14호, 2014. 11. 21., 일부개정, 이하 '방사선안전관리기술기준규칙'이라고 함) 제10조는 방사성폐기물의 처리 및 배출에 관한 기술기준에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

[방사선안전관리기술기준규칙]

제10조 (처리 및 배출) 사업소 안에서의 핵연료물질 등에서 생성되는 방사성폐기물의 처리 및 배출에 관한 기술기준은 다음 각 호와 같다.

3. 핵연료물질등을 처리 및 배출함에 있어 기체상의 방사성폐기물은 여과, 시간의 경과에 의한 방사능의 감쇄 또는 다량의 공기에 의한 희석 등의 방법으로 배기중의 방사성물질의 농도를 가능한 한 저하시킨 후 이를 배기시설에 의하여 배출할 것. 이 경우 제한구역 경계에서의 공기중 방사성물질의 농도가 영 제2조 제12호의 규정에 의하여 원자력안전위원회가 정하는 배출관리기준(이하 "배출관리기준"이라 한다)의 제한값을 초과하지 아니하도록 하여야 하며, 이를 위하여 배기구에서 배기감시설비로 배기중인 방사성물질의 농도를 감시하여야 한다.
4. 핵연료물질등을 처리 및 배출함에 있어 액체상의 방사성폐기물은 다



음 각목의 1에 의한 방법에 따라 처리 또는 배출할 것

가. 배수시설을 이용하여 배출할 것

나. 방사선장해방지효과를 가진 저장조에 저장할 것

다. 용기에 넣거나 고형화(폐기물을 고형화하기 위한 처리를 포함한다.

이하같다)하여 방사선장해방지효과를 가진 저장시설에 저장할 것

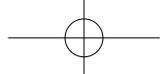
라. 원자력안전위원회가 정하여 고시하는 바에 따라 소각시설에서 소각할 것

즉, 원자력안전법 및 방사선안전관리기술기준규칙 등 관련 규정상 원전에서 생성되는 기체상 방사성폐기물과 액체상 방사성폐기물을 일정한 방법과 조건 하에 배출하도록 규정하고 있다. 문제는 한수원이 관련 법령의 기준에 맞게 방사성폐기물을 배출하였는지 여부이다.

사. 한수원이 법적 허용 범위 내에서 방사성폐기물을 배출하였는지 여부

한수원은 균도네 소송 항소심에서 일관되게 자신들은 법적 허용 범위 내에서 방사성폐기물을 배출하였고, 선량한도(dose limit) 허용범위를 준수하였다고 주장하였다.

그러나 한국원자력연구소가 작성한 '고리1호기 환경방사능 종합평가 (1980. 9.)' 보고서에 의하면, 1979년 갑상선 개인 최대피폭선량은 0.2421 mSv(액체 갑상선 피폭선량 0.183 + 기체 갑상선 피폭선량 0.0591)라고 공식 기록하고 있는바, 이는 아래에서의 국제기준 및 자체기준 모두 위반한 것이었다.



(1) 미국 NRC(원자력규제위원회) 허용한도 위반

고리1호기 환경방사능 종합평가(1980. 9.) 보고서에서 언급된 '10 CFR (Code of Federal Regulations.) 50, Appendix I'⁸ 9은 미국 원자력규제위원회(NRC)가 규정한 '선량한도'를 의미하는 것이고, 한수원은 구 원자력법 시행령의 선량한도 신설 이전에 위 NRC 규정에서 정한 선량한도를 우리나라 원전의 제한치로 설정하였다. 위 규정에 의하면 액체 방사성폐기물의 경수로 호기당 내부장기에 대한 선량한도는 연간 10 mrem(=0.1mSv) 이고, 모든 방사성 요소 및 방사성물질로 인한 내부장기 피폭선량은 경수로 호기당 연간 15 mrem(=0.15 mSv)를 넘지 않아야 한다.

그런데 앞서 본 바와 같이 1979년의 액체 갑상선 피폭선량은 18.3 mrem (=0.183 mSv)이므로, ① U.S.NRC 10 CFR 50, Appendix I의 액체 방사성폐기물로 인한 내부장기 피폭 선량한도 10 mrem(= 0.1 mSv)을 초과하였고, ② 방사성요소 및 방사성물질로 인한 내부장기 피폭선량한도 15 mrem(0.15 mSv)을 초과함으로써 U.S.NRC 선량한도 규정을 위반하였다.

(2) 한수원 선량한도 위반

또한 고리원전주변 환경방사능조사보고서(1993년보)에 의하면, 호기당 액체 갑상선 피폭선량 제한치(선량한도)를 0.1 mSv로 규정하고 있는데, 1979년 고리원전의 액체 갑상선 피폭선량은 0.183 mSv로서 호기당 선량한도인 0.1 mSv를 훨씬 초과하였다.

8 경수로 원자로 방사성폐기물에 대한 ALARA 원칙(As Low As Reasonably Achievable)을 충족시키기 위한 실제 목표치와 제한 조건에 대한 수치적 가이드

9 U.S.NRC, 10 CFR Appendix I to Part 50, 2017, 8.



<표 4-9> 고리원전 주변 주민선량(1993년도-액체)

[단위 : mSv/년·인]

피폭부위	제한치	1호기		2호기		3호기		4호기	
		실적치	%	실적치	%	실적치	%	실적치	%
전신	0.03	4.01 E-05	0.13	4.18 E-05	0.14	5.38 E-05	0.18	1.13 E-05	0.04
피부	0.1	2.13 E-05	0.02	1.17 E-05	0.01	6.73 E-07	0.00	3.31 E-07	0.00
갑상선	0.1	3.66 E-05	0.04	2.59 E-05	0.03	5.35 E-05	0.05	1.14 E-05	0.01
장기	0.1	6.75 E-05	0.07	6.03 E-05	0.06	5.53 E-05	0.06	1.42 E-05	0.01

주 1. 장기의 경우 최대피폭장기를 택함.

2. 피폭연령층은 성인층임.

3. 제한치는 호기 당임.

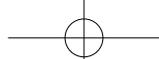
3. 방사성 물질에의 노출과 갑상선암 발병 사이의 인과관계

가. 방사성 물질이 발암물질인지 여부

(1) 국제암연구소(IARC)는 방사성 핵종(radionuclides)과 방사성 요오드(radioiodines) 등이 확실히 사람에게 암을 일으키는 물질에 해당하는 GROUP 1에 해당한다고 발표하였다.¹⁰

(2) 「원전 종사자 및 주변지역 역학조사 연구」에 의하면, “동물 또는 세포 실험을 통한 실험적 연구는 물론 인간집단을 직접 대상으로 한 역학적 연구 등에서도 발암효과가 확인되고 있다.”...“피폭선량과 비례하여 발생위험이 증가하는 암으로는 백혈병, 유방암, 갑상선암 등이다.”라고 밝혔다.

¹⁰ IARC, 「IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans」, volumes 1-111



나. 방사성 물질과 갑상선암 발병의 관련성

(1) 「원전 종사자 및 주변지역 주민 역학조사 연구」

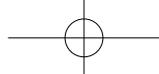
표 3-4-31 지역별 방사선 관련 암 발생률 및 상대위험도(여자)

암 부위	지표	주변지역	대조지역	
			근거리	원거리
방사선 관련 암 (전체)	발생률*	190.5	182.3	147.0
	상대위험도	1.2(0.77-1.74)	1.1(0.69-1.68)	1.0
위암	발생률*	50.1	59.4	44.9
	상대위험도	1.2(0.83-1.68)	1.3(0.89-1.79)	1.0
폐암	발생률*	13.5	26.8	20.1
	상대위험도	0.8(0.38-1.74)	1.4(0.64-2.83)	1.0
유방암	발생률*	45.2	30.6	29.2
	상대위험도	1.5(0.90-2.60)	1.1(0.60-1.99)	1.0
갑상선암	발생률*	61.4	43.6	26.6
	상대위험도	2.5(1.43-4.38)	1.8(0.98-3.24)	1.0

* 세계인구 연령표준화 발생률임

(2) 인과관계 판단에 있어서 상대위험도 2.5의 의미

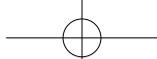
역학은 인구집단에서의 질병 발병률에 관심을 두는 것이지, 특정 개인의 개별적인 질병의 원인을 연구하고자 하는 것이 아니므로, 원전 주변 주민의 갑상선암 발병의 상대위험도가 2.0을 초과한다고 하더라도 그것만으로 곧바로 원고의 갑상선암이 원전에서 배출된 방사성물질과 인과관계가 있다고 단정할 수는 없다. 그러나 특정 독성물질을 인체에 인위적으



로 직접 노출하는 실험을 하여 그 결과를 과학적으로 도출하는 것은 현실적으로 불가능하고, 허용될 수도 없기 때문에, 특정물질과 해당 질병 사이에 일반적 인과관계가 성립한다고 하더라도 원고 측에서 개별적 인과관계를 구체적으로 입증하는 것은 실질적으로 불가능하다. 특정 물질과 개인의 질병 발생 사이의 인과관계를 확인하는 소송에서 상대위험도를 검토하는 이유에 대하여, 미국 연방법원이 발행한 「과학적 증거매뉴얼」¹¹은 다음과 같이 밝히고 있다.

특정 매개물질이 개인의 질병에 대하여 원인이 아닐 가능성보다 원인일 가능성이 높은 것으로 결론내리기 위한 한계기준은, 상대위험도 2.0을 초과하는 것이다. 상대위험도가 1.0이라는 것은 특정 매개물질이 질병의 발병에 아무런 영향을 미치지 않는다는 것을 의미한다는 점을 상기해야 한다. 상대위험도가 2.0에 이르게 되는 경우, 특정 매개물질은, 모든 다른 배경원인들(background causes)에 의해 발생한 질병 수와 동일한 수의 질병사례에 대하여 책임이 있게 된다. 그러므로, 상대위험도 2.0 그 자체는, 특정 매개물질에 노출된 개인에게서 발병한 질병이 그 물질에 의해 초래되었을 가능성이 50%라는 것을 의미하는 것이다. 상대위험도가 2.0을 초과하는 경우, 개별적인 원고의 질병이 원인으로 추정되는 특정 매개물질에 의해 초래되지 않았을 가능성보다 초래되었을 가능성이 높다는 추정을 허용할 수 있다. 다양한 독성물질 사건을 다룬 상당수의 법원에서는 이러한 추정을 받아들여 왔다.

¹¹ Federal Judicial Center, 「Reference Manual on Scientific Evidence, Second Edition」, 2000.



라. 소결(과다진단오류(detection bias)에 대한 항변)

균도네 소송 및 공동소송에서 한수원은 「원전 종사자 및 주변지역 주민 역학조사 연구」의 상대위험도 결과에 대하여, 원전 주변 주민들에 대한 건강검진이 다른 지역 주민들에 비하여 상대적으로 많이 시행되어 나타난 ‘과다진단오류’라는 문제를 제기하였다.

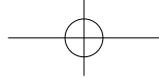
이에 원자력안전위원회는 서울대학교 산학협력단에 연구용역을 주어 이를 검토하도록 하였고, 연구결과 제출된 「원전 주변주민 역학조사 관련 후속연구」¹²에 의하면, “다양한 자료를 검토하였을 때, detection bias로서 원전 주변지역 주민들의 의료 이용률이 대조지역 주민들의 의료 이용률보다 일관되게 높을 가능성은 배제되는 것으로 판단되었”다고 결론 내렸다.

따라서 균도네 소송에 위와 같은 논리를 적용해보면, 「원전 종사자 및 주변지역 주민 역학조사 연구」 및 「원전 주변주민 역학조사 관련 후속연구」에서 확인된 원전 주변주민의 갑상선암 발병률의 상대위험도가 2.5라면 (95%CI), 원고 박○○의 갑상선암이 방사성물질에 의해 초래되었을 가능성이 그렇지 않을 가능성보다 높다고 추정할 수 있는 것이다.

4. 결론

이상에서는 방사성물질과 원전에서 각종 방사성물질이 배출되고 있다

12 백도명, 「원전 주변주민 역학조사 관련 후속 연구」, 서울대학교, 2015. 9.

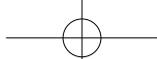


는 점, 위 배출과 원전 주변 지역주민의 건강에(특히 갑상선) 치명적인 영향을 미치고 있다는 점에 대해서 간략하게 검토하였다. 원전이 콘크리트로 둘러싸여 있는데 어떻게 방사능 혹은 방사성물질이 배출되는지에 대해서 궁금해왔던 분들께 이 글이 조금이나마 도움이 되었기를 바란다(공동 소송에서 증인으로 출석한 영국의 크리스버스비 박사는 인구밀집지역에 원전이 있을 수 있다는 점에 대해 매우 놀랐다).

대법원의 공해소송에 있어서의 증명책임 법리¹³를 이 사건 소송에 대입하여 보면, 원고는 ① 한수원이 방사성물질을 배출한 사실, ② 배출된 방사성물질이 원고에게 장기간 지속적으로 도달(피폭)한 사실, ③ 방사성물질이 암을 일으키는 발암물질인 사실, ④ 원고에게 갑상선암이 발병한 사실만을 입증하면, 한수원이 반증으로 ㉠ 한수원이 배출한 방사성물질에는 갑상선 발병에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어있지 않거나, ㉡ 원고에게 피폭된 선량이 안전농도범위(역치선량) 이내에 속한다는 사실을 증명하거나, 간접반증으로, ㉢ 원고의 갑상선암은 한수원이 배출한 방사성물질이 아닌 다른 원인이 전적으로 작용하여 발생한 것을 증명하지 못하는 이상 한수원은 그 책임을 면할 수 없게 된다.

이제 판단의 문제만 남아있다. 과연 법원이 원고의 주장을 받아들일지 여부는 균도네 소송 항소심 선고결과에 달렸다.

13 대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결, 대법원 2003. 6. 27. 선고 2001다734 판결, 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다65666, 65673 판결



〈참고문헌〉

- 안윤옥, 「원전 주변지역 역학조사 연구」, 서울대학교 의학연구원 원자력영향·역학연구소, 2011. 4.
- 니시오 바쿠, 김신우·윤금희 옮김, 「세계 핵사고사」, 자주달개비, 2017.
- 이상훈외2, 「원자력발전소 정상가동시 인근주민 피폭선량 계산 해설」, 『대한방사선방어학회지』제3권 제1호, 1978, 37쪽.
- 한국원자력연구소, 「고리1호기환경방사능 종합평가」, 1980. 9.
- U.S.NRC, 10 CFR Appendix I to Part 50, 2017. 8.
- 한국전력공사, 「고리원전주변 환경방사능조사보고서」, 1993.
- IARC, 「IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans」, volumes 1-111
- Federal Judicial Center, 「Reference Manual on Scientific Evidence, Second Edition」, 2000.
- 백도명, 「원전 주변주민 역학조사 관련 후속 연구」, 서울대학교, 2015. 9.

민법의
총

시론

인물탐구

활동보고

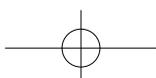
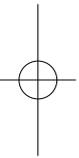
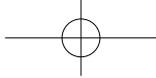
집중분석 ③

변론기

입법제안

국제화시대의
인권

판례평석

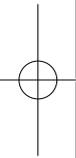
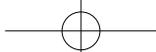


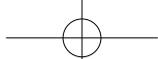


변론기

1. 강원영동노동조합 동양시멘트지부 투쟁과 변론활동 | 이용우

2. 균형법 제92조의6 변론기 | 김인숙





변론기 1

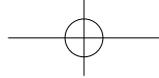
강원영동노동조합 동양시멘트지부
투쟁과 변론활동

이용우

1. 들어가며

IMF 이후 비정규직이 급속히 증가한 이래 현재 한국사회에서 비정규직 문제는 노동현안을 넘어 가장 중요한 사회적 이슈가 되었다. 비정규직은, 사용자와 직접적으로 계약을 체결하고, 계약기간의 정함이 없이, 전일제(full-time) 형태로, 사용자에 종속되어 근무하는 전통적인 정규직 노동자상을 하나라도 갖추지 못한 잔여 개념으로 정의되곤 한다. 이에 따라 비정규직은 크게 기간을 정한 소위 기간제(임시·일용직 포함), 단시간(part-time), 직접고용이 아닌 간접고용, 종속성의 완화에 따라 노동자성 여부 자체가 문제되는 특수고용으로 구분된다.

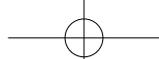
이번 민변 노동위 변호사들이 연대했던 강원영동노동조합 동양시멘트 지부(이하 ‘지부’)는 소위 간접고용이 문제된 전형적인 곳이었다. 간접고용은 노동자와 사용자의 직접적인 계약 체결이 아닌 중간에 제3자(또는 제4자 등)가 개입하여 근로관계가 다면화된 형태의 중층적인 고용형태이다.



이는 전통적인 양 당사자 사이의 근로관계가 변형된 것으로서 고용과 사용의 분리, 이로 인하여 책임 부담과 권한 행사가 분리되어 결과적으로 누가 사용자인지가 불분명한 관계로 노동자는 노동법에 따른 사용자 책임을 묻기 어렵게 된다. 이는 비단 개별적 근로관계의 문제로 한정되지 않고, 조합활동 및 쟁의행위의 상대방이 누구인지도 불분명하며, 현행 법제도하에서 실질적인 책임자인 원청에 대하여 책임을 묻기 어려운 근본적인 한계를 노정한다. 반대로 이러한 이유로 자본은 간접고용이란 고용형태를 선호하는 경향이 있다.

그런데 이와 같은 간접고용은 중간착취 금지라는 근대 노동법의 대원칙에 반할 뿐만 아니라 권한은 마음껏 행사하여 이익을 추구하면서도 이에 따른 합당한 책임은 지지 않으려 한다는 점에서 비윤리적이기까지 하다. 그럼에도 현실에서는 이에 대한 마땅한 법적 규제와 감독이 미미한 것이 사실이다.

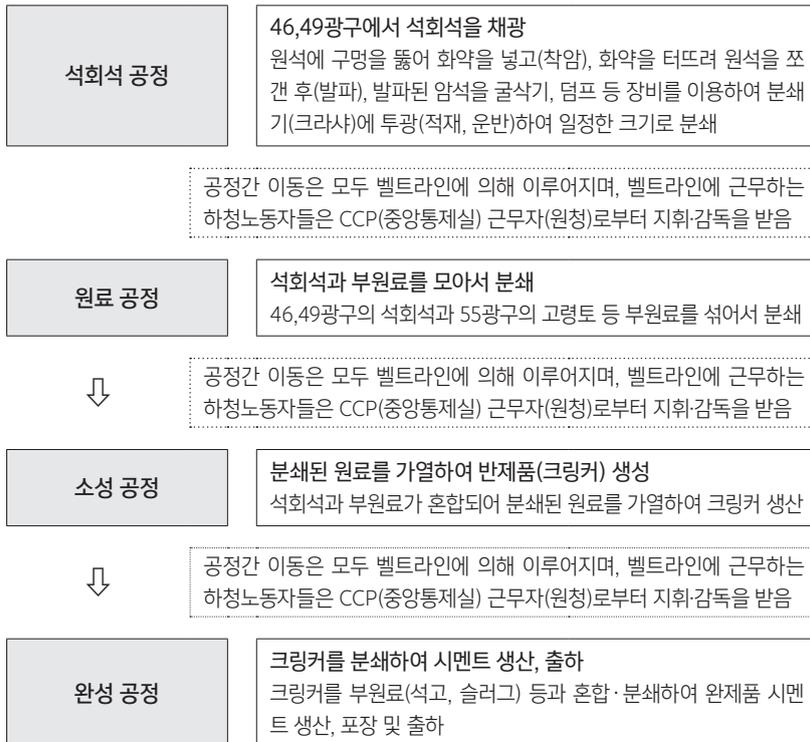
이번 민변 노동위원회의 동양시멘트 투쟁에 대한 연대활동은 이와 같은 사회적, 법적 지형속에서 상징적이고 실질적인 의미를 염두에 둔 목적의식적 활동의 일환이었다. 아래에서 보는 바와 같이 이는 단순히 법률적 조력에 한정되지 않는 폭넓은 연대활동이라는 점에서 단순한 변론기 그 이상의 의미를 담고 있다고 본다. 이하에서는 투쟁의 경과, 연대활동의 전반적인 내용, 평가 등을 짚어보고자 한다.



2. 노조설립과 투쟁 경과 등

가. 시멘트 사업장 현황

강원도와 충북 지역 등에는 동양시멘트(현 삼표시멘트) 등 다수의 시멘트 사업장이 산재해 있다. 이들 시멘트 사업장은 산지 등의 광구를 개발하여 시멘트를 제조·판매하는 것을 주 사업으로 한다. 이들 시멘트 사업은 장치산업일 뿐만 아니라 채광부터 시멘트 제조 과정 전반이 일련의 연속된 공정으로 진행되는 특징이 있다. 공정 전반의 과정을 정리하면 아래와 같다.





또한 시멘트 사업장에는 정규직 노동자 이외에 다수의 비정규직 노동자 특히, 이 사건에서 문제되는 사내하청 등의 간접고용 노동자가 상당수 근무하는 특징도 있다. 실제 주요 시멘트 사업장의 2015. 3. 31. 현재 고용 형태 공시제¹⁾에 따른 비정규직 노동자 현황을 정리하면 아래와 같다.

(시멘트업계 주요 회사 비정규직 현황(2015. 3. 31.기준))

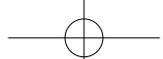
구 분	상시 근로자	기간제	단시간	소속 외 근로 ²⁾	전체	비정규직 비율
쌍용양회공업	990	9	0	1,132	2,131	53.54%
동양시멘트	757	26	0	618	1,401	45.97%
한일시멘트	618	11	0	861	1,490	58.52%
성신양회	662	43	0	524	1,229	46.14%
라파즈한라시멘트	504	12	0	395	911	44.68%
현대시멘트	384	17	0	379	780	50.77%
아세아시멘트	470	1	0	242	713	34.08%
계	4,385	119	0	4,151	8,655	49.34%

나. 동양시멘트 사업장 개요

동양그룹 계열사 중 하나였던 동양시멘트 주식회사(투쟁 과정에서 삼표가 인수하여 현 삼표시멘트. 이하 ‘동양시멘트’)는 강원도 삼척에 주요 공장을, 서울에 본사를 둔 시멘트 제조 사업장이다. 동양시멘트는 1957. 6. 설

1 고용정책기본법에 따라 상시노동자 300인 이상 사업주는 2015년부터는 매년 3월 31일 기준 고용형태현황을 해당연도 4월30일까지 고용안정정보망(워크넷)에 공시해야 합니다.

2 사내하청업체 소속 노동자, 즉 간접고용 노동자를 의미한다.



립되었고 삼척 이외에도 동양, 광양, 부산 등에 생산공장을 두고 있고, 삼척에만 780명 정도의 직접고용 노동자가 근무 중이었다. 동양시멘트 삼척 공장에는 한국노총 산하에 정규직 중심으로 조직된 노동조합이 결성되어 활동 중이었으나 이 사건에서는 문제된 간접고용 노동자들은 조합원으로 가입되어 있지 않았다. 회사는 경영난으로 인하여 2013. 10. 17. 회생절차가 개시되었고, 2015. 3. 9. 회생절차가 종결되었다.

동양시멘트는 신광산(49광구) 개발을 위해 완전 자회사 형식으로 특수목적법인(SPC)인 다물제이호 주식회사(이하 ‘다물제이호’)를 설립하였고, 그 대표이사과 임원은 모두 동양시멘트 소속이었다. 다물제이호는 49광구 내 사무실, 광업권, 생산설비를 보유하고 있었고, 이 사건에서 문제된 하청업체인 동일 주식회사와 석회석 채광작업에 대해 하도급계약을 체결하였다. 이와 같은 방식으로 49광구에서 채굴한 석회석은 전량 동양시멘트에 납품되었고, 석회석은 49광구와 46광구 사이에 설치된 컨베이어 벨트를 통해 이송되었다. 동양시멘트 자원개발팀 소속 직원 5명이 다물제이호 사무실에서 자원개발팀 업무(신광산 개발)를 수행하면서 다물제이호의 인사, 노무, 회계 등 관리업무를 병행하는 등 다물제이호는 사실상 실체가 없는 페이퍼컴퍼니에 불과하였다.

동양시멘트에는 석회석 채굴과 시멘트 제조 등에 필요한 다양한 업무를 수행하는 다수의 사내하청업체가 존재하였는데, 이 사건에서 문제된 동일 주식회사(이하 ‘동일’)와 유한회사 두성기업(이하 ‘두성기업’) 이외에도 7개가 관련 업무를 도급의 형식으로 수행하고 있었다. 이들 사내하청업체에 근무하는 하청노동자는 약 420명이었다. 이중 동일은 동양시멘트와 석회석 공급계약을 체결한 다물제이호와 49광구 석회석 채굴에 대해 도급



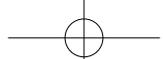
계약을 체결하였고, 두성기업은 동양시멘트와 직접 생산·출하·후생작업, 건물청소 등 후생, 보일러 운전작업 등에 대해 도급계약을 체결하였다. 동일과 두성기업은 임원 구성, 주식 현황, 자본 출자, 매출 등에 있어 철저하게 동양시멘트에 지배를 받았다고 할 수 있다.

다. 노조설립과 투쟁 경과 등

동일과 두성기업을 포함하여 동양시멘트 사업장 내에서 사내하청업체에 소속되어 근무하는 노동자들 다수가 10~20년 동안 같은 사업장에서 근무한 장기근속자들이다. 그런데 이들은 동양시멘트 정규직 노동자들과 동종 내지 유사업무를 수행하면서도 소속이 다르다는 이유만으로 저임금, 장시간 노동과 온갖 차별, 인격적 모욕을 감내하여 업무를 수행하여 왔다. 이러한 상황에서 동일과 두성기업 노동자들이 노동조합을 설립했다.

동일은 2014. 5. 17. 노조설립총회를 통해 민주노총 강원영동지역노동조합 동양시멘트지부를, 두성기업은 2014. 6. 27. 민주노총 강원영동지역노동조합 동양시멘트두성지부를 설립하였다. 그 직후 노조가 가장 먼저 한 것은 고용노동부 태백지청에 위장도급 및 불법파견 진정서 접수한 것이다. 당시의 간접고용 구조를 바꾸지 않으면 어떤 문제도 온전히 해결될 수 없다는 판단에서이다. 이후 지부는 가열찬 투쟁을 전개하였고 결국 고용노동부는 동양시멘트에서 동일과 두성기업을 운영한 것은 도급의 형식으로 위장한 위장도급으로 판정하여 동양시멘트와 지부 소속 조합원들 사이에 묵시적으로 근로계약관계가 성립되었다고 판단하였다.

사실 고용노동부의 묵시적 근로계약관계 판단은 매우 이례적인 것으로



동양시멘트가 지부 조합원들의 업무수행에 얼마나 광범위하고 구체적으로 개입했는지는 여실히 보여주는 대목이다. 그런데 문제는 이때부터 시작되었다. 고용노동부의 직접고용 권고에도 불구하고 동양시멘트는 정반대로 다물제이호, 동일, 두성기업과의 도급계약을 순차적으로 해지하여 집단해고까지 단행하기에 이른다. 지부는 물러설 수도, 물러설 곳도 없었다. 동양시멘트를 상대로 집단해고 철회, 위장도급 인정과 정규직 복직을 요구로 투쟁을 시작하였다. 그러나 문제는 쉽게 해결되지 않았고, 급기야 장기투쟁으로 이어졌다.

3. 동양시멘트 투쟁에 대한 민변 노동위원회의 연대활동 개관

민변 노동위원회는 그간 다양한 형태의 활동을 펼쳐왔다. 현안에 대한 적극적 발언, 투쟁사업장 지원, 토론회 개최, 변론활동, 입법활동 등 법률가로서의 전문성과 노동 문제에 대한 현장성에 주목하는 활동을 꾸준히 전개했다. 그런데 민변 노동위원회는 이번 동양시멘트 투쟁 과정에서 시민사회단체와 함께 진상조사단을 꾸려 활동하고, 노동위 산하에 별도의 법률대응팀을 구성하여 대응하는 등 단일 사업장 투쟁에 대하여 체계적이고 지속적으로 연대활동을 전개하는 새로운 시도를 하였다.

구체적으로 각종 법적 분쟁에 대한 변론활동은 물론, 동양시멘트 투쟁을 둘러싼 진상조사, 집회 참석 등 현장지원, 기자회견과 토론회 개최를 통한 여론 환기, 행정관청과의 면담을 통한 문제 해결 촉구, 그리고 최종적인 노사 합의 과정까지 함께 했다.

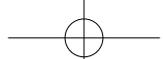


4. 연대활동

가. 진상조사단 활동

민변 노동위는 앞서 언급한 것처럼 고용노동부의 위장도급 판정에도 불구하고 장기화되고 있는 동양시멘트의 불법고용 및 집단적 해고사태를 더 이상 방치해서는 안 된다는 절실한 요구에 부응해 시민사회단체와 국회의원실이 함께하는 ‘동양시멘트 위장도급 진상조사단’(이하 ‘진상조사단’)을 꾸리고 진상조사 및 대책을 위한 활동에 나서게 되었다. 진상조사단은 고용노동부의 동양시멘트 사업장에 대한 묵시적 근로계약관계 판정 이후 사회적 현안으로 등장한 동양시멘트의 위장도급과 근로감독에 대한 실태조사, 이를 둘러싼 제반 법·제도적 문제점 분석, 동양시멘트의 법적 의무, 의무불이행에 대한 제재방안, 나아가 국가의 재산으로 운영되는 시멘트업계의 불법고용 근절을 위한 법·제도적 대안을 마련하기 위해 구성되었다.

진상조사단은 당시 환경노동위원회 새정치민주연합 간사인 이인영 국회의원, 장그래살리기운동본부의 권영국, 박석은 공동본부장, 김혜진 정책팀장, 박점규 대변인, 민변 노동위원회의 이용우, 김수영, 심재섭, 오현정 변호사로 구성하여 2015. 6. 말부터 같은 해 8. 말까지 약 2개월 동안 진상조사활동을 진행하였다. 진상조사단은 고용노동부의 동양시멘트 사업장에 대한 묵시적 근로관계 판정 자료를 포함하여 사회적 현안으로 대두된 동양시멘트 사업장의 위장도급 문제와 관련된 각종 자료를 취합하고, 강원도 삼척을 방문하여 동양시멘트 광구 공사현장을 살펴보았다.

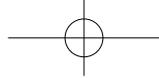


나아가 고용노동부 중부지방고용노동청 태백지청장과의 면담 및 동양시멘트 노사 양측과의 간담회를 진행하였고, 이후 이를 토대로 자료 등을 검토·분석하고, 현행법에 근거한 올바른 해결방안과 현행법의 한계에 대한 법·제도적 대안을 제시하기 위한 토론회와 보고서 작성 등을 위한 회의를 진행하였다. 진상조사단은 이러한 활동의 결과물을 보고서로 작성하여 국회에서 진상조사 보고대회 및 현장 증언대회를 진행하는 한편 국정감사 대응 등의 후속활동도 함께 하였다.

이처럼 진상조사단은 사회적으로 공신력 있는 단위나 개인으로 구성되어 사건의 실체를 명확히 드러내어 이를 알려내고, 구체적인 문제점 검토와 대안 제시 등의 실천적 활동까지 할 수 있다는 점에서 의미 있는 활동의 하나로 평가된다. 이번 동양시멘트 투쟁에서도 이와 같은 진상조사 활동을 통해 진상조사단 구성원 스스로 사안의 실체와 심각성 등에 대해 좀 더 구체적인 이해를 갖게 되었고, 진상조사 활동 과정을 통해 사측은 물론 관계 행정관청의 담당자들에게도 문제해결을 촉구하고 압박하는 활동이었다고 본다. 또한 변호사로서 법률적 전문성에 기반하여 사안에 대한 법적 문제점을 발굴하고 이를 토대로 문제해결의 대안을 제시함으로써 노동자들의 투쟁에 힘을 신게 하는 역할로서도 의미가 있었다.

나. 법률대응팀 구성

민변 노동위는 이와 같은 진상조사단 활동을 계기로 동양시멘트 투쟁의 중요성과 상징성 등을 고려하여 단일 사업장 투쟁에 대한 체계적이고 지속적인 연대활동을 위해 별도의 법률대응팀(이하 ‘대응팀’)을 구성하였다. 여기에는 노동위 소속의 신진 변호사님들과 민주노총 법률원과 금속노조



법률원, 공익인권법재단 공감의 변호사님들(이분들도 모두 노동위 소속이기도 하다)도 함께 참여하였고, 팀장은 필자가 맡았다.

민변 노동위가 이례적으로 단일 사업장에 대한 법률대응팀을 별도로 구성하기로 한 것은 동양시멘트지부가 지역에 존재하고 상급단체가 없어 별도의 법률조력을 받기 어려운 점, 이 투쟁이 전체 간접고용 투쟁에 있어 매우 중요한 의미가 있다는 점, 시멘트 사업장 비정규직 조직화 및 문제 해결에 있어 중요한 계기가 될 수 있다는 점, 불법파견과 묵시적 근로계약관계 등 위장도급 문제와 노조탄압 등에 대한 법률적 대응의 선례를 남길 필요가 있다는 점 등에 공감대가 형성되었기 때문이다.

이와 같이 결성된 법률대응팀은 주기적인 회의와 아래와 같은 다양한 활동을 누구보다 성실하고 적극적으로 펼쳤다. 사업장은 물론 법원과 검찰, 경찰, 고용노동부 등이 삼척, 강릉 등 지역에 소재하고 있어 수시로 해당 지역까지 방문하는 등의 열성적인 활동을 펼쳐냈다고 자평한다. 이러한 지속적인 활동으로 조합원들과의 신뢰가 형성되고 연대활동은 더욱 강고해진 것으로 보인다.

다. 지속적인 연대활동

대응팀은 일회적인 현장 지원이 아니라 지속적인 연대활동이 필요하다고 판단하였다. 이에 단순히 법적 대응에 한정하여 변론활동에 머무르는 것이 아니라 조합원과 노동조합의 요구와 필요가 있다면 서울이든 지방이든, 현장이든 법정이든 마다하지 않고 참여하였다. 대응팀은 조합원 총회에 참여하여 당해 시기 노조의 현안과 방향에 대해 함께 소통하고 고민하



였으며, 필요한 경우 조합원 교육도 진행하였다.

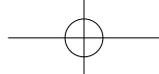
또한 각종 집회와 기자회견에 참여하여 간접고용 비정규직 일반과 동양시멘트 사업장의 법적 문제점을 전문가의 관점으로 주장하고, 다양한 주체들과 함께 토론회를 기획하여 추진하는 등 여론을 환기하여 우호적인 여론을 형성하는 활동도 함께 전개하였다.

5. 변론활동

가. 노동분쟁의 특징

노동자가 사용자를 상대로 자신의 요구를 개인적인 차원에서 관철하는 것은 불가능에 가깝다. 이에 근대 노동법은 노동자 스스로 단결하여 사용자에 대항하면서 자신들의 요구를 관철할 것을 보장하고 헌법 또한 이를 기본권으로 보장하고 있음은 주지하는 바와 같다. 그런데 한국사회의 현실은 전혀 그렇지 않다. 노동조합을 설립하면 바로 해고되거나 구속되고, 단체교섭과 쟁의행위는 그 정당성을 인정받기가 매우 어렵다. 동양시멘트 투쟁이 이를 전형적으로 보여주고 있다. 이와 같은 사정으로 노동 현안 사업장에서는 법률적 분쟁이 비일비재하다. 그런데 투쟁사업장에 있어 법률적 분쟁의 특징이 있다.

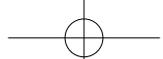
첫째, 집단성이다. 한 사업장에서 노동조합을 중심으로 투쟁이 전개되면 다수의 피해자가 발생한다. 해고와 구속, 손해배상 등이 소수의 개인에게 한정되지 않고 다수의 조합원과 노동자들을 대상으로 이루어진다.



둘째, 다발성이다. 투쟁이 장기화될수록 더욱 그러하다. 자본주의 사회에서 법·제도는 근본적으로 자본가 편향적이고 이를 잘 아는 사용자들은 법에 의존하여 문제를 해결하고자 한다. 이에 고소·고발은 물론 각종 소송과 가압류·가처분을 남발한다. 노동조합과 노동자들은 이에 대응하느라 진이 빠질 지경이다. 노동조합 또한 법적으로 사용자에게 대응하는 경향이 강해졌다. 사실 조합활동의 온전한 모습은 법률적 한계에 매이지 않고 집단성을 회복하여 이를 무기로 사용자와 대등한 관계에서 자신의 요구를 관철하는 것이다. 있는 법이란 있어야 할 법 앞에서 지극히 부족하고 모순적일 수 있기 때문이고, 특히, 노동자들에게 있어서는 더욱 그러하며, 집단적인 투쟁의 산물이 현재의 있는 법이기도 하다. 그런데 언제 부턴가 노동조합 또한 조합활동의 방향과 계획을 법률적 판단에 의존하거나 심지어 법적 대응을 조합활동의 핵심적인 부분으로 삼는 경향도 있다. 이러한 상황에서 사용자와 노동자의 법적 대응은 빈발할 수밖에 없다.

셋째, 불균형성이다. 소위 증거의 구조적 편재가 가장 심각한 분야가 노동분쟁이다. 사용자가 모든 증거자료를 손에 쥐고 있고 증거의 현장조차 사업장 울타리 안에 배타적으로 점유하고 있는 반면, 노동자는 법적 대응에 필요한 다수의 증거를 손에 쥐는 것조차 쉽지 않다. 문서의 소지조차 알 수 없는 노동자에게 문서제출명령신청은 실효적인 수단이 될 수 없고, 사용자에게 생존수단을 저당잡힌 노동자들은 쉽사리 법정에 나서려 하지 않는다. 이와 같은 증거의 구조적 편재는 소송의 승패로 직결된다는 점에서 참으로 뼈아프다.

증거만이 아니라 법률 조력의 자원 또한 불균형하다. 사용자는 풍부한 자력으로 얼마든지 자유롭게 법률 조력을 받을 수 있다. 그러나 노동조합



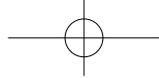
과 노동자는 당장의 생계를 고민해야 하는 마당에 법률적 조력을 기대하기 난망하다. 기껏해야 우연적인 사정으로 우리 대응팀과 같은 법률적 조력을 받는다면 그나마 다행일 정도다.

시간 또한 사용자와 노동자에게 같은 의미로 다가오지 않는다는 점에서 불균형하다. 사용자는 지리한 법적 공방을 통해 노동조합과 조합원들을 고사시킨다. 그러나 생계를 꾸려야 하는 노동자는 하루하루가 피가 마를 지경이다. 사용자는 투쟁에 나선 노동자들을 길거리로 내몰고 그 자리를 다른 인력으로 대체한다. 그러면 이와 같은 지리멸렬한 법적 공방은 더욱 더 불균형하게 다가온다.

이와 같은 노동분쟁의 특징으로 인하여 투쟁사업장에서의 법적 대응이란 근본적으로 기울어진 운동장의 전형이자 노동자측에 심각한 피해를 야기하는 측면이 강하다. 이러한 점에서 법률가들의 연대란 근본적인 한계가 있는 것도 사실이다. 그럼에도 대응팀을 비롯한 법률가들의 조력이 절실한 이유는 아이러니하게도 바로 위와 같은 노동분쟁의 특징 때문이기도 하다. 심각한 피해를 조금이라도 줄이고, 조금이라도 빠르게 법적 분쟁을 종식시켜, 이미 야기된 분쟁이라면 법적 수단을 통해서라도 조금이나마 노동자들의 이해가 관철될 수 있도록 하고자 하는 소박한 의지의 발로이다.

나. 동양시멘트지부의 법률대응경과

앞서 언급한 것처럼 동양시멘트 투쟁 과정에서 법률대응경과를 보면 참으로 난감할 정도다. 모든 형태의 소송과 보전소송, 고소·고발 등이 난



무하는 이수라장과 같다. 사용자가 제기하고 노동자가 방어해야 하는 것부터 노동조합과 노동자측이 불가피하게 제기한 법적 대응까지 다중 다기하다. 사용자가 제기한 다수의 업무방해금지가처분과 채권가압류, 부동산가압류, 업무방해와 상해, 폭행, 모욕 등에 대한 고소·고발, 손해배상 청구소송 등이 있을만 하면 수시로 제기되었고, 노동자측은 근로자지위확인소송과 부당해고 등 구제신청, 임금지급가처분, 파견법 및 직업안정법 위반 고소 등을 제기하였다. 법적 쟁송에 대하여는 지부에서 개별적으로 선임한 변호사나 노무사가 담당한 사건, 법률원 자체적으로 담당한 사건, 대응팀에서 담당한 사건들이 혼재되어 있다(참고로, 대응팀은 무료변론을 기본으로 하였다). 이와 같은 쟁송 이외에도 경찰과 검찰, 현장에서의 법적 대응 건수 또한 상당하다.

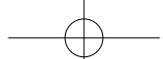
다. 민사대응

1) 근로자지위확인 등 소송³(원고 : 지부 조합원들/피고 : 동양시멘트)

■ 사건 개요

조합원들과 동양시멘트는 묵시적 근로계약관계가 형성되었다는 고용노동부의 판단을 바탕으로 지부 조합원 54명은 동양시멘트를 상대로 주위적으로 묵시적 근로계약관을 전제로 한 근로자지위확인소송을, 예비적으로 묵시적 근로계약관계가 성립되지 않는다고 하더라도 근로자파견에 해당하므로 파견법에 따라 고용간주 또는 고용의무가 인정되어야 한다는 소송을 제기하였고, 정규직에 비하여 임금 등에 있어서 차별적인 취급을 받았으므로 그 차액을 청구하는 소송을 병합하여 서울중앙지방법원에 제기

3 이 사건은 개별 법률사무소에서 대리하였다.



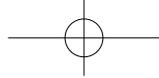
하였다.

■ 쟁점

앞서 언급한 바와 같이 동양시멘트는 다물제이호를 거쳐 동일에 49광구에 대한 채광 등 업무를, 다른 한편으로 다물제이호를 거치지 않고 직접 두성기업에 또 다른 업무를 도급계약의 형식을 취하여 수행토록 하였고, 원고들은 이들 동일과 두성기업 소속 노동자들이었다. 그런데 도급계약의 형식에도 불구하고 실제로는 동양시멘트가 실질적으로 이들 원고들을 지휘·감독하여 업무를 수행토록 하였다면 이에 대하여 사용자로서의 책임을 동양시멘트가 부담하는게 당연하다.

여기서 중간에 개입된 다물제이호 또는 동일과 두성기업이 회사로서의 실체가 있는지 여부에 따라 최소한의 회사로서의 실체도 없다면 그야말로 동양시멘트와 원고들 사이에 직접적인 묵시적 근로계약관계에 따라 원고들은 동양시멘트의 노동자 지위에 있게 되는 것이고, 중간에 개입된 회사의 실체가 인정된다면 이들 중간 회사들이 원고들을 고용한 상태에서 동양시멘트에 파견을 보내고 동양시멘트가 파견노동자들을 사용한 꼴이 되므로 이는 근로자파견에 해당되므로 파견법에 따라 고용간주(파견법 개정 전) 또는 고용의무(파견법 개정 후)를 부담하게 되는 것이다.

결국 이 사건 소송은 원고들과 동양시멘트 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하는지 또는 근로자파견에 해당하는지 여부가 핵심 쟁점이었다. 앞서 언급한 바와 같은 원고들의 청구에 대하여 피고는 자신들은 원고들의 업무수행에 관여한 바 없고 또한 중간에 개입된 실체가 있는 회사들이 독립적으로 원고들을 지휘·감독하며 도급받은 업무를 수행한 도급계약



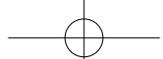
에 불과하다며 사용자로서의 책임을 부담하지 않는다고 주장하였다. 결국 이 사건 소송은 전형적으로 위장도급⁴ 여부에 관한 판단이 쟁점이 된 사건이었다.

■ 결과

법원은 중간 개입 회사인 동일과 두성기업이 임금 결정, 채용, 승진, 징계, 휴가, 취업규칙 제정, 장비 보유 등에 있어서 미미하지만 일정한 역할을 하여 권한이 형해화 되었다고 보기 어렵다는 이유로 묵시적 근로계약 관계를 배척하였으나, 원고들은 동일 또는 두성기업에 고용된 후 피고 사업장에서 피고의 직접적인 지휘·감독하에 근무했으므로 근로자파견관계는 인정된다고 판단하였다. 법원은 도급으로 볼만한 요소가 거의 없고, 피고가 원고들에 대한 인사권, 임금 결정권, 구체적인 지휘·감독, 작업 배치·결정권, 연장근로, 교육 등에 상당 부분 관여하였고, 동일과 두성기업은 시설과 장비 보유가 미미하고 독자성과 전문성도 없다는 이유로 근로자파견을 인정한 것이다.

이에 따라 법원은, 근무 당시 적용되던 파견법 규정에 따라 원고들 중 일부는 이미 고용간주되어 피고의 노동자지위에 있음을 확인하거나 나머지 원고들에 대하여는 피고가 직접 고용해야 할 의무가 있다고 판단하였다. 또한 법원은 그간 피고가 원고들에게 임금 등에 있어 정규직과 차별적으로 지급한 부분에 대하여는 그 차액만큼을 추가로 지급해야 한다고 판단하였다. 결국 법원조차 동양시멘트가 지부 조합원들에 대하여 사용

4 도급계약의 형식을 취하였으나 실질은 도급인이 수급인 소속 노동자들의 업무수행에 관여하여 묵시적 근로계약관계 또는 근로자파견을 볼 수 있는 경우 도급으로 위장한 것에 불과하다고 하여 일반적으로 이와 같은 계약관계를 위장도급이라 칭한다.



자로서의 책임을 져야 한다는 사실을 명확히 하였다. 이는 시멘트 사업장
위장도급에 대하여 법원이 처음으로 유권적 판단을 내린 첫 사례라는 점
에서 그 의미가 매우 크다.

2) 손해배상청구소송⁵⁾(원고 : 다물제이호 주식회사/피고 : 지부 및 지부 조합원들)

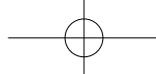
■ 사건 개요

고용노동부가 동양시멘트 사업장에 대하여 묵시적 근로계약관계라는
판단을 내놓자 동양시멘트는 곧바로 다물제이호와의 도급계약을, 다시 다
물제이호는 동일과의 도급계약을 해지하였고, 이에 따라 동일은 소속 노
동자 전체를 집단적으로 해고하였다. 조합활동이 활발하였던 동일만을
대상으로 한 전형적인 부당노동행위였다. 해고 이후 지부 소속 조합원들
은 신광산으로 이동하여 출근투쟁을 벌였고, 이를 막는 관리지들과 충돌
이 벌어졌으며, 일부는 신광산 생산 현장에서 시위를 하기도 하였다. 이
에 대하여 원고는 피고들의 행위로 일정 기간 석회석 생산이 중단되어 매
출 손실이 발생했다며 피고들을 상대로 거액의 손해배상청구소송을 제기
하였다.

■ 쟁점

근본적인 쟁점으로 소권 남용 여부가, 손해배상책임의 발생과 관련해서
는 위법행위의 존재, 손해 발생 여부, 위법행위와 손해 발생 사이의 인과
관계 존부가, 손해배상책임의 범위와 관련해서는 구체적인 손해액 산정과
이를 위한 감정 절차가 쟁점이었다. 통상적인 손해소송의 요건사실을 둘
러싼 다툼으로 보이지만, 구체적인 쟁점은 노동사건과 이 사건 투쟁의 특

5 이 사건은 대응팀 소속 변호사들이 공동대리 하였다.



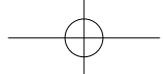
수성이 반영되어 형성되었다.

■ 변론활동

일반적인 손해배상소송과 마찬가지로 이 사건 또한 크게 나누어 손해배상책임의 발생 여부와 손해배상책임의 범위로 다투어졌다. 특히, 조합활동 내지 쟁의행위 등으로 인한 생산중단을 이유로 사용자가 제기하는 손해배상청구소송에서는 조합활동 내지 쟁의행위의 정당성이 핵심 쟁점으로 등장한다. 정당한 조합활동이나 쟁의행위는 노동조합 및 노동관계조정법상 면책대상이기 때문이다. 그런데 현재 판례 법리상 조합활동 내지 쟁의행위의 정당성을 인정받기란 참으로 쉽지 않은 것이어서 위와 같은 활동으로 생산이 중단되었다면 남은 쟁점은 사실상 손해액 산정의 다과 문제로 귀결된다.

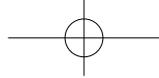
한편, 법원은 노동조합의 조합활동 내지 쟁의행위로 생산이 중단된 경우 그 손해액 산정에 있어 위 활동과의 인과관계에 있는 손해만을 손해액으로 산정한다고 하면서도 사실상 생산중단으로 인한 영업이익과 고정비용 일체를 그 손해액으로 인정하는 경향이 있어 그 규모는 방대해진다. 물론 과실상계 내지 책임제한에서 사용자의 귀책 일부 등을 반영하기도 하지만 그렇다고 하더라도 손해액은 노동자측에 상당한 부담이다. 이와 같은 사정으로 인하여 이 사건과 같은 손해배상청구소송이 일단 제기되면 노동조합과 조합원들은 상상 이상으로 위축되는 경향이 있다. 사용자들은 이러한 심리를 이용하여 조합활동을 위축 내지 봉쇄하기 위한 방편으로 손해배상청구소송을 의도적으로 남발하기도 한다.

이 사건 소송에서도 동양시멘트는 처음에는 15억여원을 손해액으로 청



구하였으나 손해액에 대한 감정도 하기 전에 이미 청구취지 변경을 통해 청구금액을 50억원 이상으로 증액하는 그야말로 묻지마 소송 행태를 보여주었다. 특히, 동양시멘트는 처음에는 비조합원도 일부 포함하여 소송을 제기하였으나 별건에서 동양시멘트를 상대로 한 소송을 취하하거나 노조를 탈퇴한 경우 이들에 대하여만 소를 취하하여 결과적으로 조합원들만을 대상으로 소송을 유지하는 등 조합활동 탄압용 소송이라는 점을 분명히 하였다.

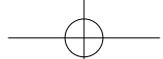
이에 대리인단은 이 사건 소송은 손해배상청구권의 만족을 얻기 위한 차원의 정당한 소권 행사가 아니라 지부의 조합활동 내지 쟁의행위를 탄압하기 위한 목적의 전략적 봉쇄소송의 일환으로 제기된 소권남용에 해당한다는 점을 쟁점으로 삼을지에 대하여 상당한 논의를 하였다. 대리인단 내부에서 한편은 이와 같은 주장을 인정받는 것이 쉽지 않겠지만 지속적으로 제기하여 법원으로 하여금 사용자들의 소재기 자체에 대하여 문제의식을 갖게 하고 경우에 따라서는 제동을 걸 수 있는 판결을 선행로 남길 필요가 있다는 의견을, 다른 한편에서는 이와 같은 문제제기가 필요하다는 점에 대해서는 동의를 하면서도 다만, 너무 설익은 주장을 하거나 이 사건 소송에서 위와 같은 주장의 논거가 부족하다면 전체적으로 노동자측에서 법리적으로 무리한 주장을 하는 경향이 있다는 인상을 줄 수 있으므로 본격적인 쟁점으로 주장하는 것은 쉽지 않겠다는 의견을 제시하였다. 양측 주장이 모두 일리가 있었다. 쉽지 않은 판단이었다. 다만, 이 사건 소송에서는 전략적 봉쇄소송 논리를 밀고가기에 근거가 풍부하지 않은 측면이 있어 이를 하나의 쟁점으로 삼는 대신 재판부로 하여금 이 사건 소송에 대한 문제의식을 환기하는 수준에서는 언급하기로 정리하였다.



다음으로, 이 사건 소송의 구체적인 쟁점에 관한 변론 내용을 정리하면 아래와 같다.

첫째, 위법행위의 존부이다. 원고는 피고 조합원들의 생산 저지가 업무 방해로서 위법행위에 해당한다고 주장하면서 이미 형사사건에서 확정 판결로 이러한 점이 확인되었다고 주장하였고, 피고들은 집단해고 후 출근 투쟁이나 출입구 일부를 점거하는 형태로 농성을 하였을 뿐 직접적인 생산 저지를 한 바 없고, 형사 판결은 원고가 주장하는 생산 중단 기간 전체에 대한 것도, 이 사건 소송의 피고들 전체에 대한 것도 아니므로 원고 주장은 수긍하기 어렵다는 주장이었다.

사실 원고는 피고들의 위법행위로 2015. 3. 16.부터 같은 해 4. 7.까지 생산이 전면 중단되었다고 주장하였는데, 실제 위 기간 피고들과 원고 관리자들 사이의 마찰이 발생하거나 피고들 중 일부가 생산 현장에 진입한 것은 며칠에 불과하고, 나머지는 출입구 옆쪽에 농성장을 마련하고 집회를 했을 뿐이다. 그럼에도 노동조합의 활동에 대하여 극히 보수적인 태도로 일관하는 법원의 입장에서 이와 같은 일련의 노사간 물리적 충돌과 업무방해, 농성투쟁과 집회 등을 종합할 때 위 기간 전체에 대하여 생산이 가능하지 않았다고 판단할 여지가 없는 것은 아니었다. 이러한 지점이 납득할 수 없었다. 행위 책임을 넘어 법이 보장하는 집회와 시위만으로 또는 직접적 충돌이 없었더라도 만약 원고 회사에서 다시 위 기간 출근 시도를 했다면 피고들의 저지로 다시 생산이 중단되었을 것이라는 가정적 판단만으로 위 기간 전체에 대하여 위법행위를 인정한다는 것은 도저히 납득할 수 없었기 때문에 이에 대한 정확한 판단을 받고 싶었다.



둘째, 손해발생 여부이다. 원고는 동양시멘트와 신광산을 개발하여 석회석을 공급할 것을 내용으로 하는 석회석 공급계약을 체결했는데, 피고들의 위법행위로 일정 기간 생산이 전면 중단되어 매출 손실에 따른 통상 손해는 물론 동양시멘트와의 약정에 따라 시멘트 제조 원료인 석회석 공급이 중단됨으로 인하여 발생한 동양시멘트의 손해까지 원고가 전보해야 하므로 이러한 특별손해도 피고들이 배상해야 한다고 주장하였다.

그러나 피고들은, 원고는 동양시멘트가 출자하여 설립한 특수목적법인(SPC)으로서 이들 사이의 석회석 공급계약서에 따르면 생산중단으로 인한 원고의 매출 손실은 동양시멘트가 보전해주기로 되어 있으므로 통상 손해가 발생할 수 없고, 한편, 피고들의 조합활동이나 쟁의행위, 생산 방해 등 불가피한 사정으로 원고가 동양시멘트에 석회석을 공급하지 못할 경우에는 원고는 면책된다는 내용이 위 석회석 공급계약에 있으므로 특별손해도 인정되지 않는다고 주장하였다. 결국 이 쟁점은 석회석 공급계약서의 해석 문제에 관한 것이었다.

한편, 원고는 특별손해와 관련하여 이 사건 소송과 별개로 사전에 동양시멘트가 원고를 상대로 대한상사중재원에 중재신청을 한 결과 중재판정이 이루어졌고, 이에 따라 이미 원고가 동양시멘트에 위 금액을 지급하였으므로 중재판정에서 인정된 금액을 특별손해로 인정해야 한다고 주장하였다. 그러나 피고들은 이에 대하여 원고는 동양시멘트의 특수목적법인에 불과하고, 실제 중재신청 과정에서 원고는 동양시멘트가 주장하는 손해액 대부분에 대하여 크게 다투지도 않았으며, 중재판정은 별건 소송인 이 사건 소송에 효력을 미치지 않으므로 이를 토대로 특별손해를 인정할 수 없고, 이 사건 소송에서 충분한 공방과 판단을 통해 손해 발생 여부 등이 확

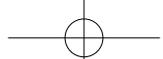


정되어야 한다고 주장했다.

사실 동양시멘트와 원고 사이의 위와 같은 중재 시도는 이 사건 소송을 염두에 둔 ‘짜고 치는 고스톱’이었다는 강한 의심을 갖게 하였다. 별건 소송이라 중재판정의 기판력도 이 사건 소송에 미치지 않는 상황에서, 피고들의 주장이 전혀 반영되지 않은 그들 사이의 중재판정을 근거로 손해액을 확정할 수는 없는 노릇임에도 종종 이와 같은 경우 중재판정이라는 교묘한 방법을 활용하여 자신들의 주장을 관철하려는 시도를 할 수도 있겠구나 하는 생각에 새삼 놀라웠다.

셋째. 위법행위와 손해 발생 사이의 인과관계의 존부이다. 원고는 피고들의 생산 저지로 매출 손실과 같은 손해가 발생했다고 주장하였다. 그러나 피고들은 설령 위법행위와 손해 발생이 인정된다고 하더라도 당시 생산 현장은 집단해고와 생산 인력 충원이 미비하여 피고들의 생산 저지가 없었다고 하더라도 석회석 생산이 불가능하였으므로 결국 원고가 주장한 손해는 피고들의 행위로 인한 것이 아니고 인과관계는 단절된다고 주장하였다. 그러나 법원은 이와 같은 인과관계의 단절을 매우 엄격하게 판단하는 경향이라는 점에서 이 또한 만만치 않은 쟁점이었고, 이에 대한 정확한 판단을 받고 싶은 중요한 쟁점이었다.

마지막으로. 손해액 산정에 관한 것이다. 원고는 앞서 언급한 통상손해와 특별손해의 발생은 인정되므로 구체적인 액수 산정을 위해 감정이 필요하다고 주장하였다. 피고는 손해배상책임의 발생 가능성조차 확인되지 않는 상황에서 무조건 손해액 감정을 진행하는 것은 수긍할 수 없고, 설령 감정절차가 진행된다고 하더라도 매우 엄격하고 구체적인 방식으로 감



정이 이루어져야 한다고 주장하였다.

사실 이 사건 소송과 같이 생산 중단에 따른 손해액 감정은 매출 손실(매출액에서 생산원가 등을 공제하는 방식)과 고정비용 지출액을 평가하는 과정이므로, 통상적인 생산량, 예상되는 매출액, 생산원가, 고정비용 산출 등과 관련하여 회사 내의 과거 생산 관련 자료, 비용 관련 자료, 시설 관련 자료 등 구체적이고 정확한 자료가 전제되어야 한다. 따라서 사용자측에서 이와 같은 감정신청을 하면 감정할 자료와 감정할 사항에 대한 양측 공방이 충분히 이루어진 상태에서 감정이 진행되어야 정확한 감정이 이루어질 수 있다.

피고들은 원고가 제출한 감정신청서를 토대로 감정할 사항에 대한 구체적인 내용의 문제점, 감정촉탁 전 피고들이 의견을 제시할 수 있도록 구체적이고 신뢰할 수 있는 감정 자료의 사전 제출을 원고에게 요구하였다. 이러한 점에 대하여는 재판부도 어느 정도 수긍하였다. 이와 같은 손해배상소송에서 감정이 구체적이고 세부적으로 이루어지지 않고 두루뭉술하게 이루어지면 이후에 재판부는 감정 결과를 그대로 인정하면서 책임 제한 단계에서만 불분명한 기준에 따라 손해액을 조금 감액하고 최종 손해액을 확정하는 경향이 있고 이는 노동자측 피해로 귀결되기 쉽다. 따라서 손해항목 하나하나에 대하여 구체적인 감정이 이루어지도록 최대한 노력해야 하고 이 사건 소송에서도 그와 같은 요구를 줄기차게 하였다.

또한 이와 같은 감정은 회계법인에 촉탁하는 경우가 대부분인데, 주지하는 바와 같이 우리나라 회계법인은 회사와 밀접한 관계, 심지어 유착관계가 있는 것이 통상이어서 어떤 회계법인에 감정이 이루어지더라도 기본

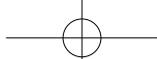


적으로 기울어진 운동장에서 감정이 이루어지게 된다. 그럼에도 최대한 원고 회사와 관련성이 적은 회계법인에 감정이 이루어질 수 있도록 피고들은 원고가 제출한 감정인 명단 중 원고와 밀접한 관련이 있거나 회계부정에 연루된 법인 등 배제할 대상(소위 ‘빅4’라고 하는 대형 회계법인)에 대하여 적극적인 의견을 제시하였고 재판부는 이 지점에서는 피고들의 의견을 수긍하였다. 이와 같이 감정을 둘러싼 양측의 공방이 상당하여 관련 쟁점을 PPT로 정리하여 구술변론을 진행하기도 하였다.

이 사건 소송을 진행하면서 대응팀 소속 변호사 다수가 공동대리인으로 참여하였다. 대리인단은 수차례의 회의를 통해 이 사건의 사실관계 파악과 법리적 쟁점에 대한 논리 마련에 주력하였다. 대리인단 회의에는 지부에서 이 사건 소송 진행을 조력할 담당자들도 함께 참여하여 당시 상황에 대한 사실관계 확인 등 필요한 사항들에 대하여 긴밀히 논의하였다.

통상 이와 같은 노동사건은 일단 기록 자체가 방대하고, 사실관계가 복잡다단하며, 노동자측에서 방어하기가 쉽지 않다. 이 사건도 마찬가지였다. 이에 따라 대리인단은 분야별, 쟁점별로 역할분담을 하여 각자 분담한 부분을 검토한 후 함께 논의하는 방식을 취하였다. 그럼에도 전체 사실관계에 대한 파악은 전제되어 있어야 했기에 방대한 분량의 이 사건 기록은 물론 관련 사건 기록에 대한 검토는 상당한 부담으로 다가온 것이 사실이다.

그럼에도 대리인단은 이 사건 소송이 지부와 조합원에게 미칠 타격, 동양시멘트 투쟁의 상징성과 중요성 등을 깊이 인식하고, 심혈을 기울여 변론을 준비하였다. 변론기일에 모든 대리인들이 참석하여 재판 경과를 직

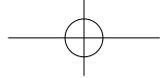


접 파악하는 것이 최선이지만 재판이 강릉지원에서 진행되는 관계로 여건이 허락하지 않는 경우 일부 대리인만이 참석하기도 하였다. 노사 간의 치열한 입장이 대리인들 특히, 노동자측 대리인들에게 투영되어 변론 과정에서는 회사측 변호사들과 감정적인 대립도 있었다.

한편, 재판부는 손해배상책임의 발생 여부가 명확하지 않고 이에 대한 원고의 주장·증명이 아직 부족하므로 이에 대한 공방을 통해 손해배상책임의 인정 여지가 최소한이라도 드러난 이후에야 손해액에 대한 감정이 진행되어야 한다는 노동자측 대리인들의 주장에 대하여 일단 감정에 시간이 소요되니 그 감정이 진행되는 동안 그와 같은 공방을 하면 된다는 입장으로 위 주장을 배척하였다. 재판부는 이미 형사소송에서 피고들의 위법행위가 어느 정도 확인된 마당이므로 손해배상책임은 어느 정도 인정된다고 보는 듯 했다.

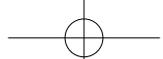
이후 이 사건 소송이 합의로 취하되기 전 마지막 기일에서는 이 사건의 쟁점 및 감정 절차에 대하여 양측이 정리된 입장을 PPT로 설명키로 하였고, 대리인단에서 각자 담당한 부분에 대한 쟁점 정리를 토대로 윤지영 변호사가 PPT를 작성하였다. 매번 서면 작성 등에 상당한 노고를 아끼지 않은 윤지영 변호사의 작업으로 법정에서 PPT 시연은 성공적으로 진행되었다. 당일 대리인단은 재판을 마치고 강릉 앞바다로 이동하여 조합원 일부와 함께 횃집에서 저녁을 들었다. 호사라면 호사를 누린 셈이었고 짧은 휴식의 시간이기도 했다.

사실 이와 같은 종류의 소송을 진행하다보면 현재 법령과 판례가 지독하게 사용자 편향적이라는 사실을 다시금 깨닫게 된다. 이 사건 소송에



대한 변론활동 과정에서도 참으로 답답함을 많이 느꼈고, 이러한 구조에서 과연 우리가 주장하는 내용이 재판부에서 얼마나 받아들여질지에 대한 상당한 의문이 들기도 했다. 그러나 한편으로 너무나 억울한 생각도 들었다. 길게는 20여년에서 짧게는 수 년 동안 온갖 설움을 겪으며 묵묵히 일만 했던 노동자들이 스스로의 권리를 인식하고 노동조합을 만들어 고용노동부마저 인정한 진정한 사용자를 상대로 그 책임을 요구하자 돌아온 것은 집단해고였다니 참으로 억울할 노릇이다. 필자가 이 정도인데 당사자들은 얼마나 더 했겠나 싶다. 너무나 명백한 부당해고에 맞서 쫓겨난 사업장으로 다시 출근하겠다고 하니 오히려 이를 틀어막고 그 과정에서 발생한 불미스런 마찰을 온통 노동자들의 책임으로 뒤집어 씌워 수십억원의 손해배상청구를 제기하는 레퍼토리는 이 사업장만의 상황은 아니었다. 그래서 더더욱 쉽게 포기하고 물러서기 어려웠고, 어떻게라도 논리를 마련하여 사용자는 물론 그들의 대리인에게 반드시 승소하고 싶은 마음이었다. 그 과정에서 기존의 법리적 문제점이 조금이라도 시정되기를 바라는 마음도 있었다.

노동자측의 주장이 법적으로도 당연히 수긍되어야 하는 상식적인 주장이기에 이를 법적으로 수긍시켜야 할 엄중한 과제가 우리 대리인단에 있었다. 노동조합과 조합원들의 단결권 등 노동3권은 헌법상 기본권임에도 기본권을 향유하는 것이 이렇게 힘들다는 것 자체가 심각한 문제다. 단순히 손해가 얼마나 하는 초라한 다툼이 아니라 근본적으로 조합원들의 행위가 손해배상의 대상일 될 수 없다는 점을 인정받고 싶었다. 손해배상청구권의 요건사실 하나 하나에 대하여 촘촘한 그물을 치고 이를 빠져나가지 못하도록 하고 싶었다. 그리고 그 하나 하나의 쟁점에 대하여 재판부의 신중한 판단을 받고 싶었던 것도 사실이다.

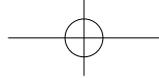


그러나 본격적인 감정 절차의 진행에 앞서 노사간에 포괄적인 합의서를 작성하게 되었고, 결국 이 사건 소송도 취하하는 것으로 종결되었다. 성공적인 노사합의로 정규직 복직을 쟁취하는 등 권리를 인정받아 다행이었지만 한편으론, 이 사건 소송에서 제기된 다양한 쟁점에 대하여 법원의 정확한 판단을 받고 싶었던 마음도 없지 않았다.

라. 형사대응

한국사회에서 노동조합 활동은 고소·고발, 기소, 구속 등과 멀리하기 어려운 구조다. 헌법상 보장된 기본권을 향유함에 있어 늘상 형사처벌의 공포에서 자유로울 수 없다니 참으로 이해하기 어려운 현상이다. 헌법상 보장된 단결권 등 노동3권을 구체화한 노동조합 및 노동관계조정법이 사실은 조합활동 및 쟁의행위 등을 규제하는 입법이 되어버렸고, 형법상 업무방해와 집시법위반 등이 노동조합 활동을 옥죄는 유력한 수단으로 기능하고 있기 때문이다. 이러한 상황에서 노동조합의 투쟁 현장에는 늘상 형사적인 문제가 비일비재하고 지속적인 조합활동을 위해 이에 대한 기민한 대응 또한 필수적이다. 신변의 구속은 곧 당사자의 조합활동의 중단은 물론 조합원 전체의 심리적 위축으로 이어져 노동조합의 붕괴로 이어지기 때문이다.

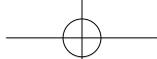
지부 투쟁에서도 크고 작은 형사 문제가 늘상 따라다녔다. 그 중 가장 심각했던 것은 대응팀 구성 이전 민변 노동위 소속 김상은 변호사님이 담당했던 업무방해 등 사건이었다. 앞서 언급한 손해배상소송에서 문제가 된 출근투쟁 과정에서의 마찰로 인하여 당시 행위자들에 대하여 동양시멘트는 업무방해, 상해, 폭행 등으로 고소하였고, 검찰은 신속한 수사를 거



쳐 기소를 하였으며, 재판부는 이에 맞장구라도 치듯 일사천리로 1심에서 실형을 선고하여 법정구속까지 하였다.

이날의 충격은 조합원들은 잊을 수 없다고 한다. 누구도 그렇게 법정구속까지 되리라고 예상하지 못하였다. 난생 처음 형사재판을 받아본 것도 충격이고 억울한데, 그야말로 난생 처음 감옥이라는 곳에 들어가다니. 노동조합 만들고 고용노동부가 인정한 것을 그대로 이행하라고 한 것 이외에 무리한 요구를 한 것도 아닌데 돌아온 것은 집단해고에 이어 감옥행이었다. 이런 구조를 누가 상식적으로 이해할 수 있을까. 다행이라면 다행인 것은 김상은 변호사님의 각고의 노력으로 2심에서는 모두 집행유예로 나오게 되었다는 것 정도. 정말 다행인 것은 그나마 조합원들은 이와 같은 고통을 딛고 이후에도 당당하게 투쟁했다는 것이다. 그러나 이런 경험은 그 이후 조합원들의 마음 한 구석에 두려움으로 남아 조합활동에 발목을 잡기도 하는 듯 보였다. 어찌 그렇지 않을 수 있을까. 이러한 상처를 가진 조합원들이 조금 더 원만한 활동을 할 수 있는 공간을 만들어주는 것이 최소한 역할이라고 다짐하기도 한다.

대응팀이 구성된 이후에는 수사과정에 동석하거나 동석하기 어려운 경우 사전에 조언을 하고, 집회 현장에서 경찰과의 물리적 충돌에 개입하여 불상사를 방지하는 활동과 직접 형사재판 변호인으로 활동하기도 하였다. 기억에 남는 것은 동양시멘트 집회 과정에 경찰이 관여하자 참가자 중 1인이 이에 항의하였고 이 과정에서 공무집행방해의 현행범으로 체포된 후 구속영장이 청구된 사건과 집회 소음이 집시법상 기준치를 초과하였다는 이유로 집회 주최자를 기소한 사건이다.



전자는 당시 집회에 필자가 참여하여 그 상황을 생생하게 목격한 것을 바탕으로 검찰이 주장하는 공무집행방해 피해 공무원이 다른 사람으로 뒤바뀌었다는 점을 심문과정에서 강조하여 법관으로 하여금 혐의 소명에 상당한 의심을 품게 하여 결국 영장이 기각되었다. 후자는 집회 소음 측정의 위법성을 강조하고 측정 관련 증거에 대한 증거능력을 근본적으로 다룬 결과 소음 측정의 위법성이 인정되어 1, 2심 모두 무죄가 선고되었고 이후 검사의 상고로 현재 상고심 계속 중이다.

노동 관련 형사재판에서 가장 고민스러운 지점은 실형 선고에 대한 압박이다. 사실관계를 다투거나 증거능력에 대한 의문을 제기하는 것조차 유죄로 인정될 경우 보이지 않는 양형요소로 작용하여 실형이 나오지는 않을까 하는 상당한 부담을 안게 된다. 노동조합 활동과 조합원들에 대한 편향된 시각이 지배적이라는 법원에 대한 인식 때문이다. 특히, 노조 간부의 경우 과거 활동과정에서 전과가 있는 경우가 많아 이러한 변론 방향의 결정에 있어서의 부담은 상당하다. 이것만이 아니라 수사과정 자체에 있어서도 노동자측이 고소한 사건에 대한 처리는 매우 더딘 반면 사용자가 고소한 사건에 대해서는 매우 신속하게 처리되는 편향적인 행태가 다분하다. 시급하게 시정되어야 할 점들이다.

마. 가압류, 가처분 대응

노동 관련 보전처분은 사용자측이 제기하는 조합원들에 대한 가압류, 업무방해금지가처분, 출입금지가처분 등이 대표적이고, 노조나 조합원들이 제기하는 조합활동방해금지가처분, 임금지급가처분 등이 대표적이다. 이에 대한 법원의 처리 경향을 보면 결과는 물론 절차에 있어서도 사용



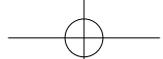
자 편향이 명확하다. 사용자의 이해가 걸린 가치분에 대하여는 매우 신속하게, 노조의 이해가 걸린 가치분은 신중하게 진행한다. 사용자가 제기한 가치분에 대해서는 기본권인지조차 의문인 조업 자유 등을 근거로 조합 활동 등 단결권은 가차 없이 양보의 대상으로 밀리고, 노동자측이 제기한 가치분에 대하여는 단결권 등 노동3권의 중요성과 의미에 대한 인식의 혼적조차 발견하기 어려운 경우가 많다.

이 사건에서도 법원은 사용자가 제기한 가압류신청에 대하여 조합원들의 부동산, 임대차보증금, 자동차 등에 대하여 가차 없이 가압류결정을 하여 이로 인한 상당한 부담을 안기는가 하면 동양시멘트 정문 앞에서의 다양한 조합활동에 대하여 상당한 정도로 이를 금지하는 등의 가치분을 단행하여 조합활동을 위축시켰다. 사실 현재와 같은 구조에서 대리인들이 할 수 있는 역할이라고는 고작 시간을 지연하는 것 밖에 없다고 해도 과언이 아닐 정도로 법원 판단의 문제가 심각하다.

바. 합의 도출

노조 설립 이후 약 3년 4개월 동안, 집단해고를 당한 이후 약 2년 7개월 동안 지부 조합원들은 삼척 공장과 서울 본사를 오가며 다양한 투쟁을 전개하였다. 삼척과 서울 두 곳에 농성장을 유지하며 노숙농성을 유지하는 것만으로도 쉽지 않은 일이었다. 내부적으로 힘겨운 논쟁의 과정도 분명 있었을 터, 그럼에도 큰 방향에서 어느 사업장 못지않게 잘 싸웠다고 본다.

법적 대응 또한 일정 부분 의미 있는 결과를 남겼다. 묵시적 근로계약관계라는 매우 이례적인 고용노동부의 판정을 도출하였다. 강원지방노동위

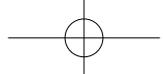


회는 동양시멘트의 집단해고가 부당해고라는 점을, 중앙노동위원회는 이와 같은 집단해고가 부당해고는 물론 조합활동 탄압의 일환으로 이루어진 부당노동행위임을 확인하였다. 서울중앙지방법원은 2016. 12. 20. 1심 판결을 통해 동양시멘트와 조합원들의 법률관계가 묵시적 근로계약관계는 아니지만 근로자파견관계라는 이유로 실질적으로 동양시멘트의 사용자 책임을 인정하였다. 또한 강릉지원에서는 동양시멘트의 불법파견에 대하여 파견법위반죄가 인정된다며 벌금형을 선고하기도 하였다.⁶

일련의 법적 대응의 결과와 더불어 사회적 여론이 우호적으로 변하였다. 새로운 정권이 들어섰고, 고용노동부와 검찰, 법원조차 인정한 불법 파견이라면 회사가 이제 나서서 신속하게 문제를 해결해야 한다는 여론이 형성되었다. 민변 노동위를 비롯한 제반 시민사회단체와 법률가단체, 종교단체 등이 공동대책위를 꾸려 집중적인 활동을 전개하기도 하였다. 회사의 입장에서는 이러한 일련의 상황에서 소송을 더 진행한다는 것이 실익이 없다고 판단했을 것이고, 시간을 끈다고 조합원들이 흔들릴 것으로 기대하기도 어려웠을 것이다.

결국 회사는 이와 같은 일련의 상황에 직면하여 지부에 합의 제안을 하기에 이른다. 그렇다고 합의가 일사천리로 진행된 것은 아니다. 회사는 이미 법원 판결로 인정된 수준조차 인정하지 않으려는 것은 물론 심지어 합의를 하는 마당에 과거 복직 투쟁 과정에서 있었던 조합원들의 위법행위들에 대하여 복직 후 징계절차를 진행해야 한다는 납득할 수 없는 입장을 제시하기도 하였다.

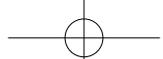
6 장기간, 다수의 피해자를 낳은 불법파견에 대하여 실행 선고를 통해 엄중한 교훈을 남겨야 한다는 다수의 여론을 묵살하고 법원은 벌금형이라는 경미한 형 선고에 그쳐 많은 비판을 받았다.



이에 대하여 지부는 대체로 원칙을 고수하였으나 일부 사항에 대하여는 장기투쟁의 피로감으로 인하여 회사와 적절히 합의하고자 하는 측면도 없지 않았다. 충분히 이해가 갔다. 합의 국면이 형성된 것 자체가 지난한 투쟁의 성과인데 자칫 합의가 백지화될 것에 대한 두려움이 조합원 내부에 없을 수 없다. 그러나 한편으로 회사의 주장에 억지스럽고 오만한 태도가 없는 것도 아니었다. 장기간 불법과 범죄를 자행한 자들이, 법령은 물론 이 사건과 관련된 법원과 고용노동부의 판단 수준에도 미치지 못하는 제안을 하는 것은 법률가 입장에서, 장기간 연대를 한 입장에서 선풍수궁하기 어려웠다. 그럼에도 일반적으로 법률가의 역할은 주체들의 문제 해결에 법률적 조언을 하는 것으로 위치지워지고 있는 것도 사실이고 때론 그게 맞을 수도 있다.

그러나 대응팀은 고민 끝에 최소한 판례와 법령 규정을 통해 주장의 논거가 명확한 부분에 대해서는 양보해서는 안 된다는 입장을 지부에 제시하였다. 지부는 대응팀의 이와 같은 입장 제시를 무겁게 받아 안았다. 그간의 지부와 대응팀 사이의 연대활동을 통해 쌓인 신뢰가 아니었다면 쉽지 않은 결정이었을 것이다. 이를 토대로 지부는 회사에 좀 더 강력한 주문을 하였고, 지부와 대응팀이 생각하는 최상의 수준으로 합의가 이루어진 것은 아니지만 대체로 큰 줄기에서는 만족스런 결과의 합의서가 작성되었다. 이렇게 3년을 끌어온 장기투쟁은 일단락되었다.

참으로 오랜만에 맛보는 승리의 쾌감이었다. 조합원들의 단결과 많은 단위의 연대의 결과였다. 장기투쟁 사업장은 장기투쟁의 늪에서 헤어나오기 어려운 것이 뼈아픈 현실이다. 이러한 점에서 이번 동양시멘트지부 투쟁은 더욱 큰 의미가 있다. 이 과정에 작지만 중요한 계기로 대응팀의



연대활동이 작용하였다는 점에서도 뿌듯했다.

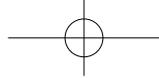
6. 활동 평가

법률전문가로서 현안에 결합하는 방식이 제한적이고 일회적인 한계가 있는 것도 사실이다. 그러나 이번 동양시멘트 법률대응팀을 중심으로 한 전반적인 연대활동은 사정이 열악한 장기투쟁사업장에 대하여 지속적이고 체계적으로 이루어졌다는 점에서 그 자체로 새로운 활동의 모습이라고 평가할 수 있다.

또한 법률전문가 집단으로서 당연히 기대되는 변론활동 이외에 다양한 법률적 지원과 조합활동에 대한 결합, 현장 지원 등 전반적인 활동으로 연대활동의 폭을 넓혔다는 점에서도 의미가 크다고 본다. 이러한 과정으로 대응팀 소속 변호사들 개인은 물론 민변 노동위 또한 새로운 경험의 축적으로 남을 것이다. 특히, 이러한 일련의 활동이 노사합의를 통한 정규직 복직으로 귀결되면서 일정한 성과를 남겼다는 점에서도 상당한 보람을 가지게 한 것도 사실이다.

이번 동양시멘트 투쟁에 대한 대응팀 활동은 향후에도 단위 사업장이나 단일 현안이라고 하더라도 그 중요성과 사회적 파장 등을 고려하여 독자적인 대응팀 구성과 체계적이고 지속적인 활동을 적극적으로 고려할 수 있는 계기가 되었다고 본다.

한편, 대응팀 활동에 있어 민변에서는 일정 금액을 지원하였다. 무료변



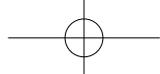
론을 포함하여 대응팀 활동 과정에서 최소한의 비용조차 외부에서 지원 받기 어려운 구조에서 민변의 지원으로 적어도 회의비나 여비 등에 충당할 수 있어서 이 자리를 빌어 다시 한 번 감사의 말씀을 드린다. 다만, 이번과 같이 단위 사업장 대응팀 활동에 민변이 지원하는 것은 규정상 쉽지는 않은 것으로 보인다. 차제에 중요성과 의미, 사회적 파급력 등을 고려하여 이와 같은 활동에도 적극적인 지원책이 강구될 수 있기를 바란다.

7. 나오며

변호사는 기본적으로 법을 중심으로 활동의 지형을 만들 수밖에 없다. 그럼에도 법에 갇히는 순간 활동의 폭은 매우 협소해지고 상상력의 한계에 부딪힌다. 이번 대응팀 활동이 변호사 활동의 방향과 고민을 새롭게 제기하는 계기가 되었기를 기대한다. 그리고 민변 노동위원회의 새로운 활동상과 활동 폭을 제시하는 계기가 되었으면 하는 바람도 있다.

검찰은 2018. 9. 27. 삼성전자와 삼성전자서비스의 노조와해 사건에 대한 중간 수사결과를 발표하였다. 아래는 그 보도자료 내용 중 일부이다.

- 그 동안 노조의 불법행위에 대해서는 업무방해죄 등으로 강하게 처벌해온 반면, 사측의 부당노동행위에 대해서는 법정형이 상대적으로 가볍게 규정되어 있고, 사측에 유리하게 해석·운영되어 온 경향이 있어 우리 노사관계는 ‘기울어진 운동장’으로 표현되기도 함
- 이와 같은 ‘기울어진 운동장’에 서 있는 근로자들은 자신들의 권리 보장을 위해 불법 폭력·과격 행동을 하게 된 측면이 있고, 결국 노조의 불법행위에 대해 상대적으로 강경한 대응을 초래한 사례도 있었음



모든 내용에 동의하는 것은 아니지만 이처럼 검찰조차 한국사회의 노사 관계가 사용자 편향적임을 인정하고 있다. 사실 이번 대응팀 활동 과정에서 다시 한 번 이와 같은 ‘기울어진 운동장’을 뼈저리게 절감하였고 이와 같은 구조를 깨고 싶다는 마음 간절했다. 대응팀의 활동이 작은 밑알이 되었기를 바란다.

민변의
중

시론

인물탐구

활동보고

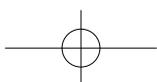
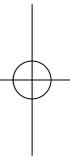
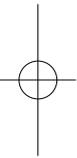
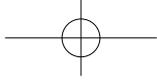
집중분석

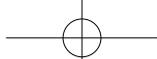
변론기
①

입법제안

국제화시대의 인권

판례평석





민
변
의
총

시
론

인
물
탐
구

활
애
보
고

진
중
본
문
서

변
론
기
2

인
법
제
안

국
제
화
시
대
의
인
권

판
래
평
석

변론기 2

군형법 제92조의 6 변론기

김인숙

I. 사건의 개요

사건의 발단은 2017. 1. 10.경 인터넷 온라인상 SNS 게시물 등에 대한 사이버 군기강 순찰활동 중인 육군중앙수사단 사이버수사팀에서 범죄사실을 인지하면서부터다.

육군중앙수사단 사이버수사팀은 이 게시물을 올린 군인의 트위터에 명시된 소속부대 위치 등 신상정보를 바탕으로 수색 끝에 동영상을 올린 군인을 색출하였고 결국 두 사람은 군형법 제92조의 6(추행) 및 정보통신망법 제44조의 7 불법정보유통금지(음란한 영상 배포)를 근거로 기소되어 처벌을 받았다.

그런데 육군중앙수사단은 음란한 동영상을 SNS에 게재한 군인들에 대한 수사만 한 것이 아니라 이 사건을 계기로 육군 전 부대에 ‘동성애자 색

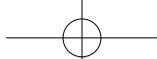


출작전'을 펼쳤다. 육군중앙수사단은 이 사건의 발단이 된 군인들의 휴대전화나 노트북 등을 압수하여 그들이 이용하였던 동성에 앱과 카톡, 문자들을 수색하여 그 중에 동성에 혐의가 보이는 군인들의 휴대전화 번호와 인적사항을 얻고, 이를 바탕으로 다른 군인들을 찾아가서 마찬가지로 사용 중인 휴대전화 등을 수색하는 방법을 이용하여 또 다른 혐의자를 순서대로 찾아냈다.

군인권센터에서 이 색출작전을 인지한 바에 따르면 2017. 4. 현재 약 32명이 군인들이 군형법 제92조의 6 위반 혐의로 수사를 받은 것으로 드러났다.

이 사건과 관련하여 가장 널리 알려진 A 대위의 경우 2017. 4. 11. 소지하고 있던 휴대전화와 노트북에 대한 압수수색이 이루어졌고, 2017. 4. 12. 09:00 디지털 포렌식 절차를 진행한다는 것을 통보받았다. A 대위는 급히 변호인을 선임하였고, A 대위의 변호인은 육군중앙수사단에 이 날 변호인이 재판이 있어서 포렌식 절차에 부득이 참여할 수 없으니 다른 날로 기일을 지정하여 달라고 요청하였다. 그러나 육군중앙수사단은 피의자의 변호인이 기일을 조정하는 요청을 하였음에도 불구하고 A 대위를 체포하였으며 A 대위는 영장실질심사에서 혐의사실 및 체포의 부당성을 다투었으나 구속되었다.

2017. 4. 17. 군인권센터가 기자회견을 열어 장준규 육군참모총장의 지시로 육군전부대에서 '동성애자 색출작전'을 벌이고 있다는 것을 폭로하였는데 육군중앙수사단이 수사 중인 군인에게 '자신들은 육군참모총장의 지시로 수사를 하고 있다'는 말을 하였을 뿐만 아니라 '군형법상 추행죄



처리 검토'라는 법무실 고등 검찰부 작성 문건이 발견되어 군인권센터의 폭로를 뒷받침해주었다.

이때부터 군부대 내 동성애자 색출이 대대적으로 벌어지고 있다는 것이 민간에도 드러나 큰 파문을 일으켰고 2017. 4. 21. 저녁 국방부 앞에서 “육군 성소수자 군인 색출 사건 A 대위 석방 촉구 촛불문화제”가 열렸다.¹

이정미 의원은 이번 사건에 대하여 “대한민국은 민주주의 문명국가이며, 인권을 고양시킬 의무를 가진 국제사회의 일원”이라며 “재판으로 인한 대한민국의 헌법정신이 훼손되고 인권국가로서의 위상이 흔들리는 일이 없도록 해달라”며 재판부의 올바른 결정을 요청했다.²

동성애를 비범죄화하는 국제인권법 추세에 따라 2012. 유엔은 한국에게 군형법 92조의 6을 폐지할 것을 권고했고, 2015. 11. 유엔 자유권규약 위원회에서도 폐지를 권고한 바 있다.³

2017. 4. 24. 육군보통군사법원은 A 대위에게 군형법 92조의 6 위반 혐의로 징역 6월 집행유예 1년형을 선고했고 A 대위가 항소를 포기하여 확정되었다.

필자는 군 인권센터 운영위원장으로서 이 사건에 대한 초기 제보 때부터 이 사건의 진행을 예의주시하고 있다가 A 대위가 체포되면서 A 대위

1 <http://wspaper.org/article/18603> 2017. 4. 27. 인터넷 신문 노동자 연대

2 <http://www.womennews.co.kr/news/114361> 2017. 5. 19. 여성신문

3 <http://www.polinews.co.kr/news/article.html?no=314969> 2017. 5. 24. 자 폴리뉴스



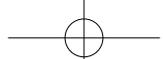
를 비롯한 동성에 군인들의 수사 및 재판에 관여하게 되었다.

군형법 제 92조의 6 (추행)에 대한 형사사건은 필자를 포함한 3명의 변호인이 변호를 담당 하였는데 군부대가 남태령, 일산, 포천, 이천, 대전 양양 등에 퍼져 있었고 피고인도 열 명이 넘었기 때문에 지역과 인원을 나누어서 변호하기로 하였다.

II. 쟁점 사항

가. 이 사건의 가장 중요한 쟁점은 “군형법 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 징역 2년에 처한다”라고 규정한 군형법 제 92조의 6이 헌법에 합치된 법률인가? ”라는 것이었다. 그리고 “육군중앙수사단이 혐의자의 휴대전화를 일방적으로 확인하고 나서 혐의사실의 자백을 받은 후 조서를 작성한 것이 적법한 수사인가?”, “혐의자가 사용하던 휴대전화 등에서 나온 카톡 등의 복시물이 증거능력이 인정될 수 있는가?” 라는 수사과정의 적법성 여부가 쟁점이었다.

남성 동성에 군인들을 처벌하는 조항으로 이해되고 있는 군형법 제92조의 6은 모두 2차례의 법개정이 있었다. 제정 당시인 1963년 시행 군형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”라고 규정되어 있었는데 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되어 2010. 2. 3.부터 시행된 군형법 92조의 5는 “계간이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하



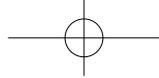
의 징역에 처한다”고 규정함으로써 법정형을 상향시켰다.

그런데 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 군형법은 ‘군형법 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 징역 2년에 처한다’고 규정함으로써 남자 동성애를 비하하는 ‘계간’이라는 표현 대신 ‘항문성교’를 사용하였다.

이 개정 군형법에 따르면 현역 동성 남성 군인만이 아니라 군형법의 적용을 받는 군무원, 군적(軍籍)을 가진 군(軍)의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영(在營) 중인 학생만이 아니라 민간인으로서 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인들도 ‘항문성교’를 하면 처벌을 받는다.

필자가 ‘항문성교’를 하였다는 이유로 기소된 피고인의 변론을 맡으면서 법정에서 “여기 법정에 계신 군판사님과 군검찰도 군 수사관이 군형법 제92조의 6를 적용하기 위하여 지난 밤에 무슨 체위로 부부생활을 하였는지 물어볼 수도 있습니다”라고 하였더니 모두 황당하다는 표정을 지었다. 2013년 법 개정으로 ‘계간’이 빠짐으로써 군형법상 추행죄는 동성간의 성행위만을 처벌하려는 것인지 모호한 법이 되었다.

나. 헌법재판소는 군형법상 추행죄에 대하여 이미 세 차례(2002. 6. 27. 2001헌바 70, 2011. 3. 31. 2008헌가21, 2016. 7. 28. 2012. 헌바258) 합헌 결정을 내렸다. 해당 법률조항의 보호이익이 ‘개인의 성적자유 등 개인적 법익이 아닌 군이라는 공공사회의 건전한 생활과 군기라는 사회적 법익이며 군대의 특수성에 의해 상급자에 의한 비정상적 성적 교섭 행위가 발생



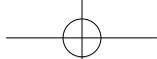
할 가능성이 높고 상대적 서열은 피해자가 가해자로 되는 악순환이 연결 고리가 되어 비정상적 성적 교섭이 만연될 위험이 있으므로 이 조항이 명확성의 원칙 및 과잉금지원칙에 어긋나지 않는다'는 이유였다.

그러나 균형법에는 이미 위계질서나 힘의 논리에 의한 강제적 성행위를 처벌하는 조항이 있다. 균형법 92조(강간)·92조의 2(유사강간)·92조의 3(강제추행)·92조의 4(준강간, 준강제추행) 등이 그것이다. 따라서 기존 헌법재판소의 결정이유는 긍정하기 어렵다.

2017. 2. 17. 인천지방법원은 균형법 제92조의 6 중 “그 밖의 추행”에 관한 부분의 위헌여부에 관한 심판을 제청하였다.

인천지방법원은 “이 사건 법률조항은 군인 간의 ‘항문성교’나 ‘그 밖의 추행’행위에 형벌을 부과할지 여부를 판단함에 있어 강제력 행사 여부, 행위의 정도, 행위의 주체·객체·시간·장소 등에 관하여 아무 기준 없이 그 적용범위를 지나치게 포괄적으로 규정하고 있다. 수범자는 물론 법집행기관, 법적용기관으로서 법률조항만 보고서는 어떤 행위가 군 전투력 보존을 위한 기강확립이라는 보호법익에 직접적인 위해가 발생할 수 있는 것인지를 알기가 어렵다. 균형법의 적용을 받는 사람의 항문성교 및 그 밖의 성적(性的) 행위를 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 반하는 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유를 침해하며 수범자를 그 지향·성별 정체성에 따라 합리적 이유 없이 차별하는 것이므로 평등원칙에도 위배되어 무효”라는 이유에서였다.

인천지방법원은 균형법 제92조의 6 규정 중 ‘그 밖의 추행’에 대해서만

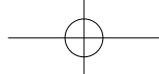


위헌법률심판제청을 하였으나, 필자가 변호한 대부분의 사건은 ‘항문성교’를 하였다는 이유로 균형법 제92조의 6을 적용하였기 때문에 필자는 기소되어 군사재판을 받은 모든 사건에서 이 조항이 개인의 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유, 평등권 등을 침해한다는 이유로 군사법원에 위헌법률심판제청신청을 하였다. 그러나 군사법원에서 모두 기각하여 현재 헌법재판소에 12건의 헌법소원을 신청하여 두었다. 이 균형법은 4번째로 헌법재판소의 결정을 앞두고 있다.

다. 해당 법률의 위헌여부와 별도로 이 사건은 수사과정에서의 인권침해도 심각하였다. 이 사건 수사를 담당한 육군중앙수사단은 수사를 받는 군인들에게 “수사에 협조하지 않으면 네가 동성애자라는 게 알려질 수도 있다”는 은근한 협박을 했다. 그리고는 “사용하고 있는 휴대전화가 어디 있느냐. 내나라”하면서 휴대전화를 빼앗아 카카오톡이나 밴드 대화 내용을 꼼꼼하게 체크하였다. 그리고 대화 내용 분석 결과 친한 군인 이름이 나오면 또 그들의 부대를 찾아가 같은 방식으로 휴대전화를 달라고 하여 다른 동성애자인 군인들을 수색하였다.

육군중앙수사단이 혐의자를 처음 찾아가서 자신들의 수사 목적과 미란다 원칙 등을 정확하게 고지하지 않은 채 ‘커밍 아웃’되는 것을 두려워하는 동성애자인 군인들의 아픈 점을 조롱하듯이 협박하고 또한 수사 도중 불필요한 예민한 질문을 하는 것은 ‘수사를 할 때에는 항상 언동을 삼가고 관계자의 편익을 고려하여 필요이상으로 불편이나 혐오감 기타 괴로움을 주는 일이 없도록 유의하여야 한다’는 범죄수사규칙에 어긋나는 것이다.

또 육군중앙수사단이 범죄 혐의자의 휴대전화 등에 대한 정식 압수영

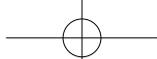


장을 제시하지 않은 채 만나자마자, 그들이 소지하고 있는 휴대전화 등을 달라고 하여 카카오톡이나 밴드 등을 살펴본 것은 후에 '임의제출'이라는 서면을 작성하게 하여 받았다고 하더라도 수사상의 압수수색은 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다는 영장주의 원칙을 위반한 것이라고 보아야 할 것이다. 또한 이와 같은 영장주의 원칙에 위반하여 취득한 휴대전화 등을 포렌식하여 나온 서류 등의 증거물은 위법수집증거로서 증거능력이 부인된다고 할 것이다.

육군중앙수사단은 수사를 받고 있는 군인에게 동성에 군인들이 주로 사용하고 있는 앱을 열라고 하고서는 등록되어 있는 다른 동성에 군인에게 연락을 해서 만나자고 하라고 지시하여 또 다른 혐의자의 인적사항을 파악한 경우도 있었다. 이는 범의유발형 함정수사로서 역시 위법한 수사라고 할 것이다.

육군중앙수사단은 피의자신문조서 작성을 하기 전에 미리 '이른바 면담'이라고 하면서 범죄사실을 자백하게 한 후에야 비로소 미란다원칙을 고지하고 피의자신문조서를 작성하였다. 이러한 행태는 비단 이 사건에 국한된 것은 아니나 사실상 미란다원칙을 고지하지 않은 것이고, 이는 위법한 수사관행으로서 속히 고쳐져야 할 것이므로, 법원은 적극적으로 위법수집증거로 판단하여 증거능력을 부인하여야 할 것이다.

이상의 쟁점을 가지고 변론을 하였으나 균형법 제92조의 6 조항이 위헌이라는 주장은 받아들여지지 않았고 기타 영장주의 위반과 미란다원칙 위반 등 수사상의 문제점에 대하여 군사법원의 명확한 판단은 받지 못했다



Ⅲ. 관련사건 진행 상황

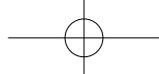
군인권센터와 같이 형사 결과를 파악한 건은 24건이다. 이 중 4건은 징역 3개월 내지 1년에 집행유예 1년 내지 2년을 선고받았고, 1건은 1심에서 무죄를 선고받았으며, 선고유예 4건, 기소유예 11건, 불기소 3건이다.

처음 이 사건의 발단이 된 동영상을 유포한 군인과 처음 구속이 된 A대위가 징역형에 집행유예가 선고되었고, 그 후 이 사건이 세간에 알려지고 군형법 제92조의 6에 대한 헌법소원이 제기된 후 단순 추행죄는 대부분 기소유예나 불기소 혹은 선고유예 판단을 받았다.

전역 후 군형법 제92조의 6 위반 혐의로 기소된 피고인에 대하여 서울 북부지방법원은,

‘이 사건 법률조항의 보호법익은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기라는 사회적 법익이고, 이 사건 법률조항을 해석함에 있어서 이를 중요하게 고려하여야 하는 점, 상관이 폭행·협박에 이르지 않는 위력, 즉 상위 계급자로서의 우월적 지위나 권세 등을 이용하여 상대방의 자유의사에 반하는 성적 만족 행위를 하는 경우 상대방으로 하여금 군인이라는 공동사회에 제대로 적응하지 못하게 할 뿐만 아니라 군무를 이탈하게 하는 원인이 되는 등 이 사건 법률조항의 보호법익에 직접적인 위해가 발생한다고 할 것이나,

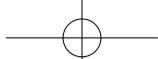
동성 군인 또는 이성 군인 사이에 이루어지는 강제성을 수반하지 않는



당사자들의 자발적 합의에 의한 구강성교, 항문성교 등의 성적 만족 행위의 경우 이 사건 보호법익에 위해가 발생한다고 보기 어려운 점, 특히 군인 사이의 성적 만족 행위가 당사자들의 합의에 의하여 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 경우에는 군기나 전투력 보전에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 없는 점,

형법이나 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에서의 추행을 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로 피해자의 의사에 반할 것을 전제로 하고 있는데, 이 사건 법률조항의 해석이 있어서도 이를 고려함이 타당한 점, 동성 사이에 이루어지는 강제성을 수반하지 않는 당사자들의 합의에 의한 입맞춤, 포옹, 성교행위 등의 성적 만족 행위를 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라고 단정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항은 남성 또는 여성 군인이 동성 또는 이성 군인에 대하여 위계·위력 등을 이용하여 상대방 군인의 의사에 반하여 항문성교 등의 성적 만족 행위를 한 경우에 적용된다고 해석함이 타당하다.

이 사건 법률조항은 상대방 군인의 의사에 반하지 않는 항문성교 등의 성적 만족 행위를 금지하고 이에 대하여 징역형으로 처벌하는 것으로 해석하는 것은 본래의 입법목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 과잉금지원칙에 반하여 군인의 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 헌법에 위반되는 해석이라고 판단된다.’



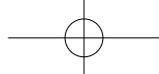
는 이유로 무죄를 선고하였다.

이 사건은 검사가 항소를 하였는데 헌법재판소에 계류 중인 군형법 제92조의 6에 대한 위헌여부를 본 후 판단하기로 하고 현재 기일 추정 중이다.

IV. 소회⁴

필자는 현재 군인권센터 운영위원장을 맡고 있다. 군인권센터에서 제보를 받고 ‘동성애자 군인 색출 사건’을 알게 되었다. 운영위원인 변호사들과 상의해 법률지원을하기로 결정했다. 군인권센터는 2009년 만들어진 이래 군대 내 군인들의 인권에 대해 지속적 관심을 갖고 활동해 많은 문제를 밝혔다. 필자도 군대 내 학대나 성추행 사건 구조, 해병대 총기난사사건 변호, 영창 등 징계사건 등 군대 문제에 꾸준히 관여를 하였는데, 필자가 본 군대는 민간에서 쉽사리 들여다보지 못했던 곳이고, 민간의 감시가 없는 곳이라 인권의 사각지대였다. 그런데 군대에서 사건이 일어나면 엄청난 피해가 발생한다. 총을 든 젊은이들을 모아놓았으니 늘 긴장이 있는 곳이다. 사실 군사문화는 사회에 많은 영향을 미쳤다. 필자도 군대를 갔다 오지 않았는데 일상생활에서 ‘군번’이란 말을 자연스럽게 한다. 군대에서 바른 문화를 만드는 것이 결국 사회 전체를 개선하는 것이라 생각하기 때문에 꾸준히 군대 내 인권발전을 위해서 활동한 것이다.

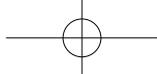
⁴ 이 소회는 2017. 9. 19. 오마이뉴스, "개인 성생활 국가가 통제, 무슨 인권이 있겠나" 및 경향신문의 인터뷰 내용을 각색하여 적은 것입니다.



군형법 제92조의 6은 1962년 제정 당시부터 군대에서 동성애자를 색출하고 처벌하는 조항이고, 동성애를 차별하는 법이었다. 해당 조항의 원안(구 군형법 92조)은 ‘계간(鷄姦)’을 금지했는데 계간은 닭의 성행위를 일컫는 말로, 남성 간 성교를 비하하는 단어다. 그런데 이미 밝힌 바와 같이, 2013년 개정하면서 ‘계간’이라는 말이 혐오표현이라 삭제하는 대신 ‘항문성교 기타 추행’을 처벌하는 조항으로 개정하였다.

이 법의 가장 큰 문제점은 성관계를 상호 동의하에 하더라도 결국 체위가 문제되어 처벌을 받을 수 있다는 것이다. 개인의 은밀한 성생활을 국가가 들여다보겠다는 것이다. 쉽게 말해서 어떤 체위는 되는데 다른 체위는 안 된다고 국가가 정하는 것이다. 국가가 어느 날 일반 국민을 잠자리에서 불러내 ‘당신들 체위 어떻게 했냐’, ‘항문성교를 했느냐 안 했느냐’ 묻는다면 어떨까? 잠깐만 생각해봐도 이 조항이 얼마나 개인의 가장 기본적인 인간으로서의 존엄과 가치를 위협하는 지를 짐작할 수 있을 것이다.

군은 군의 기강을 위하여 이 법이 필요하다고 하고 민간에서 이 조항의 존치를 주장하는 사람들도 많다. 그런데 이 사건 수사 대상이 된 모든 군인이 영외에서 성관계를 하였다. 영내가 아니라 영외 독신자 숙소에서 성관계를 하거나 휴일에 외박을 나가서 모텔 등에서 잠을 잤으며, 영내에서 사람들이 다 보는데 남자끼리 껴안다가 적발된 것이 아니다. 이들의 행동은 극히 개인적인 사생활에 속한 것으로서 업무시간에 한 것도 아니라 밤에 성관계를 한 것이다. 만약 동성애가 군의 기강을 문란하게 한다 해도 영내가 아닌 영외에서 은밀하게 벌어진 일이고 전적으로 합의에 의한 성관계인데도 불구하고 처벌을 받는 것은 부당하다고 생각한다.



필자는 동성애자 군인의 변호를 맡아 군 경찰과 군 검찰의 조사에 입회하였다. 수사를 받는 내내 피의자 옆에 앉아있던 필자도 심한 수치심을 느꼈다. 조사를 받은 군인들은 결국 ‘누군가를 사랑한 것’에 대하여 잘못하였다며 반성을 한다. 생전 처음 보는 수사관이 ‘목욕을 누구랑 했느냐’, ‘누가 먼저 키스했느냐’, ‘어디에 사정했느냐’, ‘첫 경험은 언제냐’, ‘이성과도 성관계할 수 있느냐’ 등의 질문을 했다. 필자는 수사관이 미쳤다고 생각했다. 정말 관음증 환자가 아닌가 의심이 들었다. 수치를 당하는 군인들이 너무 불쌍했다. 그들이 얼굴이 새빨개져서 더듬더듬 이야기하는 걸 옆에서 보다가 너무 수치스럽고 안쓰러워서 눈물이 다 났다. 국가가 개인에게 가하는 폭력이 너무 극심해 용서가 안 되었다. 필자가 그 수사관에게 ‘그러는 당신은 정상 체위를 하느냐’고 물어보고 싶었다. 수사가 끝난 후 부대 내의 배치표를 보고서 사진을 찍으려고 하였더니 말렸다. 큰 소리로 주변에 있는 사람들이 다 들으라고 ‘지금 무슨 짓을 하고 있는 것이냐? 당신들의 상관에게 정식으로 항의를 하겠다’며 따지는데 눈물이 계속 흘러내리는 것을 막을 수가 없었다.

동성애 군인들에 대하여 일반 국민들 중 일부는 동성애자인 군인이 이성애자인 동료·부하와 같이 자고 성추행한다고 생각한다. 그러나 그와 같은 행위는 성추행에 해당한다. 군형법은 강제추행, 강간죄, 유사강간, 준강간 모두 처벌한다. 이 동성애 군인 처벌규정은 동성애자라는 이유로 서로 합의하여 사랑을 한 경우를 무조건 처벌하는 조항인 것이다.

필자는 변호인으로서 많은 군대 내 강제추행 사건을 변론하였으나 동성애자가 일으킨 사건은 거의 없었다. 이성애자의 강제추행이 대부분이었다. 또 동성애자가 다른 군인을 동성애에 물들게 한다는데 성적 지향은



전염되는 것이 아니다. 필자가 강조하는 것은 군의 사기를 떨어뜨리는 것은 가혹행위를 방치하거나 장려하는 군사문화라는 것이다. 군대 내 학대 사건을 보면 아직도 군 고위층은 부하를 때리고 욕하는 문화에 젖어있는 것 같다. 병사 하나하나를 인간으로 대접하는 문화가 없는 데에서 군기가 떨어지는 것이지, 동성애자들 때문에 문란해지는 게 결코 아니다.

이번 사건을 맡으면서 한 피고인의 어머니가 기억에 남는다. 그 어머니는 아들이 동성애자라는 사실을 처음 알게 됐다. 체포된 아들이 ‘어머니가 다른 사람에게 들으시면 더 놀라실 테니 직접 말씀드리는 게 좋겠다’며 직접 전화를 했다. 필자는 그 군인의 어머니가 충격으로 쓰러지실 줄 알았는데 참 의연하셨다. 필자가 ‘어머니가 힘을 내셔야 아들도 힘을 낸다’고 말씀드렸는데 정말 ‘아들을 믿는다’고 편지에 밝힌 모습 그대로였다.

이 사건을 맡으면서 더 절실하게 느끼는 건데 이전보다 많이 좋아지긴 했지만 아직까지도 성소수자에 대해 혐오감이 많은 것 같다. 필자 주변 자신이 진보성향이라고 밝히는 사람도 성소수자 문제에 대해서는 즉각적인 혐오를 드러내는 것을 보았다. 필자는 동성애에 대한 즉각적인 혐오는 사람들이 성소수자를 많이 접하지 않아서 그런 것이라고 생각한다. 동성애자랑 지내다 보면 처음에는 좀 어색하지만 나중에는 동성애자인지 이성애자인지 성적 지향을 의식하지 않게 된다.

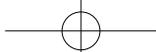
필자가 동성애에 대한 어떤 입장을 가지는가는 별론으로 하고, 균형법 제92조의 6은 인간에 대한 모욕적인 법률이고 반드시 폐지되어야 할 조항이다. 누군가를 사랑하였는데 우연히 그 사람이 동성이라는 이유로 형사 처벌까지 받는다는 것을 어떻게 인정할 수 있겠는가?

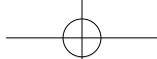


입법제안

1. 낙태죄 폐지를 위한 입법 제안 | 이한본

2. 개정 상가건물임대차보호법 평가 및 보완입법 방향 | 김남주





민법의
총

시론

입법제안
1

활
애
보
고

진
중
본
석

변
본
기

입
법
제
안
1

국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석

입법제안 1

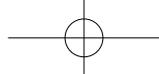
낙태죄 폐지를 위한 입법 제안

이한본

1. 형법 개정안

가. 제안이유

형법은 자기낙태죄(제 269조 제 1항)를 기본 구성요건으로 하여, 촉탁·승낙 낙태죄(2항), 촉탁·승낙 낙태 치사상죄(3항)를 규정하면서 의사, 한 의사, 조산사, 약제사 또는 약종상의 촉탁·승낙 낙태죄(제 270조 제 1항), 부동의 낙태죄(제 2항), 치사상죄(제 3항)는 가중처벌하고 있다. 즉, 임신 중절이 이루어진 경우 임부 본인도 처벌하고, 임신중절 시술을 한 자도 동일한 형으로 처벌하되(1년 이하의 징역, 200만원 이하의 벌금, 치사상의 경우 각 3년 이하, 7년 이하), 의사 등이 임부의 촉탁이나 승낙을 받아 시술을 한 경우 형을 가중하고(2년 이하의 징역, 치사상의 경우 각 5년 이하, 10년 이하), 임부의 동의 없이 임신중절을 한 경우는 가장 중하게 처벌하고 있다(3년 이하의 징역, 치사상의 경우 각 5년 이하, 10년 이하).



여성의 임신, 출산에 관한 선택권은 성관계, 피임, 임신, 임신중절, 출산, 양육 전반에 관한 여성의 삶의 맥락에서의 재생산권으로 파악되어야 한다. 재생산권 개념은 기존의 가족계획·인구학적 관점에서 탈피하여 개인의 재생산 건강과 권리라는 측면에서 접근한 1994년 카이로 국제인구개발회의(International Conference on Population and Development: ICPD)에서 부각되었다. ICPD 행동강령에서 내린 재생산권의 정의는 “모든 커플과 개인들이 자녀의 수, 터울, 시기를 자유롭게 책임 있게 결정할 수 있는 기본적 권리 및 그 권리를 행사할 수 있는 정보와 수단, 그리고 가장 높은 수준의 성적·재생산적 건강을 누릴 권리”를 말한다. 이는 여성의 만족스럽고 안전한 성생활을 영위할 수 있는 성적 권리 및 여성이 재생산을 할 수 있는 능력 및 여부, 시기, 빈도를 결정할 자유를 포함한다.¹

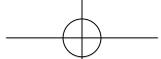
또한 우리나라가 비준 동의한 조약인 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약²에서도 교육분야, 고용분야, 보건분야 등에 걸쳐 재생산권의 보장을 담고 있다. 특히 2011년 진행된 제49차 유엔 여성차별철폐위원회는 2011. 7. 29.자 한국 정부에 대한 최종권고문에서 “임신중절을 한 여성들에게 부과되는 처벌 조항들을 삭제할 목적으로 임신중절과 관련된 법, 특히 형법을 검토할 것을 고려하고, 안전하지 않은 임신중절로부터 발생할 수 있는 합병증 관리를 위해 양질의 서비스를 제공할 것”을 촉구하였고, 제69차 유엔 여성차별철폐위원회는 2018. 3. 9.자 한국정부에 대한 최종 권고문에서 “이전의 권고를 반복하며, 안전하지 않은 임신중절이

1 조영미, 여성의 재생산권에서 본 낙태와 모자보건정책, 낙태죄에서 재생산권으로, 사람생각, 2005, 59면

2 특히 임신중절에 관한 관련 규정은 아래와 같다.

제16조 1. 당사국은 혼인과 가족관계에 관한 모든 문제에 있어 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 하며, 특히 남녀평등의 기초 위에 다음을 보장하여야 한다.

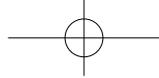
(c) 자녀의 수 및 출산간격을 자유롭게 책임감 있게 결정할 동일한 권리와 이 권리를 행사할 수 있게 하는 정보, 교육 및 제 수단의 혜택을 받을 동일한 권리



모성 사망과 질병의 주요 원인이라는 관점에서, 당사국이 강간, 근친, 생명의 위협 그리고 또는 임신부의 건강, 또는 심각한 태아 손상의 경우 진행되는 임신중절을 합법화할 것”을 촉구하였고, “다른 모든 경우에도 임신중절을 비범죄화하고, 임신중절을 한 여성에 대한 처벌 조항을 삭제할 것”, “특히, 안전하지 않은 임신중절로 인해 합병증을 겪을 경우 등을 포함하여, 임신중절을 한 여성에게 양질의 수술 후 돌봄 체계에 대한 접근권을 제공할 것”을 촉구하였다.

모든 임신중절을 처벌하는 낙태죄는 여성의 자기결정권을 침해할 뿐 아니라 여성과 커플의 재생산권을 침해하고 있으므로, 폐지 이외에는 다른 방법이 없다. 국가에게 이론적으로 아직 인간이 아닌 태아에 대한 생명보호의무는 인정될 수 있겠으나, 국가의 의무를 다하기 위하여 다른 인간의 기본권을 형벌로서 제한할 수는 없다. 특별법이라고 할 수 있는 모자보건법을 통하여 형벌의 위헌성이 치유될 수도 없을 뿐 아니라, 모자보건법 자체가 인공임신중절 수술을 받기 위해 배우자의 동의를 얻도록 규정하고 있고, 각 허용사유들은 태아의 생부와 법률상 배우자가 다른 경우를 전혀 규율하지 못하고 있기 때문에 모자보건법의 존재는 낙태죄 폐지에 대한 반대논거가 될 수 없다.

형법상 낙태죄 규정을 모두 폐지한다고 하여 임신중절을 전면적으로 합법화하자는 의미는 아니다. 임신중절에 대하여는 임신 주수와 임신중절 사유에 따라 의료법이나 모자보건법 등을 통해 형벌이 아닌 다른 수단을 통하여 규제를 할 수 있다. 정부와 국회는 임부와 태아에 대한 보호 의무를 이행하여 임신중절을 선택하지 않도록 여건을 조성하여야 할 것이며, 임부의 건강을 보호하기 위한 목적으로 임신중절용 약물의 처방, 판매와



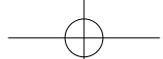
인공임신중절 수술의 절차와 방법에 대한 새로운 입법을 해야 할 것이다.

한편, “우리 형법은 태아를 임산부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임산부의 태아양육, 출산 기능의 침해라는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임산부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다.”³는 대법원 판례의 취지에 따라, 자기 낙태죄의 폐지와는 별개로 부동의 낙태죄는 당연히 형벌로 처벌하여야 할 필요성이 있으며, 부동의 낙태치사상죄의 경우, 현행 형법상 상해죄, 상해치사죄, 폭행치사상죄와 비교하여 경하게 처벌될 아무런 근거가 없으므로 현행 형법의 상해죄, 상해치사죄 만큼 법정형을 상향하여야 한다.

나. 주요내용

형법 제 27장 낙태의 죄 부분 중 형법 제269조, 제270조 제1항을 삭제하여 자기낙태죄, 촉탁·승낙 낙태죄, 의사 등의 촉탁·승낙 낙태죄를 처벌하지 않도록 하고(형법 제269조, 제270조 제1항 삭제), 부동의 낙태죄, 부동의 낙태치사상죄는 상해죄, 상해치사죄와 법정형을 동일하게 변경한다(형법 제270조 제2항, 3항 개정).

3 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결 참조



다. 신구조문 대비표

현행법	개정안
<p>제 27장 낙태의 죄 제269조(낙태)</p> <p>① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다.</p> <p>③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.</p>	<p>〈삭제〉</p>
<p>제270조(의사등의 낙태, 부동산의낙태)</p> <p>① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>② 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>③ 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>④ 전3항의 경우에는 7년이하의 자격정지를 병과한다.</p>	<p>제270조(부동의 낙태)</p> <p>① 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 임신중절 행위를 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>② 제1항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다.</p>

민법의
총

시론

입법예고

활용예고

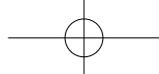
집행분석

변론기

입법제안 1

국
제
화
시
대
의
인
권

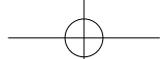
판
례
평
석



2. 형법 개정과 모자보건법, 의료법의 개정

형법상 낙태죄를 폐지하는 경우, 특별법으로 임신중절을 규제 또는 관리하여야 한다. 현재 진행 중인 헌법재판소 2017헌바 127 사건에서 헌법재판소가 전부위헌을 결정하는 경우, 형법상 낙태죄가 전부 폐지되어 처벌이 아닌 다른 형식의 규제가 필요할 수밖에 없는데, 의료법의 개정을 통해 의료인을 규율하는 방법을 선택할 수도 있고, 모자보건법의 전면 개정을 통해 역시 의사나 병원에 대한 규제를 할 수도 있을 것이다. 형법상 낙태죄를 폐지하여야만, 임신중절과 모성보호에 대하여 임신부의 건강권을 중심으로 하는 새로운 법 제도를 만들어 낼 수 있다. 약물을 통한 임신중절과 관련하여서도 관련 규정의 개정 등이 필요하다(현행 모자보건법은 인공임신중절 수술만 허용사유로 규정하였기 때문에, 현행 모자보건법의 예외적인 사유에 해당하더라도 약물에 의한 임신중절은 처벌받게 된다). 이 과정에서 임부에게 형벌이 아니더라도 규제를 하는 것은 바람직하지 않다.

헌법재판소가 한정위헌 또는 한정위헌 취지의 헌법불합치 결정을 하는 경우, 형법에 대해서만 한정위헌 선언을 할 수밖에 없으므로, 형법은 그대로 두고 모자보건법 제14조만 개정하는 형식은 법 논리적으로 맞지 않다. 헌법재판소가 모자보건법을 언급하며 모자보건법의 개정을 촉구하는 형식의 주문을 내는 것은 법 논리적으로 가능하긴 하지만(모자보건법은 위헌 판단 대상 법률이 되지 않기 때문에 이 경우에는 형법을 아직은 합헌으로 선언하며 모자보건법의 입법촉구만 하는 매우 예외적인 주문을 낼 수밖에 없으며, 이는 결론적으로 낙태죄를 합헌으로 선언한 것이다) 현실적으로 불가능할 것으로 보인다.



그러므로 최소한 헌법재판소의 결정에 따른 낙태죄의 개정은 형법 개정이 올바른 방향이라고 보이며, 헌법재판소의 주문과는 관계없이 입법적으로는 형법상 낙태죄는 폐지를 하고, 헌법재판소 결정의 취지는 형법 이외의 입법을 통해 달성해야 할 것이다.

예를 들면 현행 의료법 제20조에 3항을 추가하는 형식으로 임신중절 행위를 규제할 수도 있을 것이며, 약물의 허가와 처방 등에 대한 관련법의 정비도 필요할 것으로 보인다.

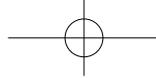
의료법 제20조(태아 성 감별 행위 등 금지) ①의료인은 태아 성 감별을 목적으로 임부를 진찰하거나 검사하여서는 아니 되며, 같은 목적을 위한 다른 사람의 행위를 도와서도 아니 된다.

② 의료인은 임신 32주 이전에 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다. <개정 2009.12.31.>

[2009.12.31. 법률 제9906호에 의하여 2008.7.31. 헌법재판소에서 헌법 불합치 결정된 이 조 제2항을 개정함.]

의료법 제20조 제3항을 다음과 같이 추가함(개정안 예시).

③ 의료인은 임신 32주 이후에 약물 기타 방법으로 인공임신중절 수술을 하여서는 아니 된다.



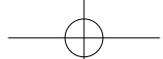
3. 토론 - 모자보건법의 위헌성

가. 2012년 헌법재판소 결정과 모자보건법 검토의 필요성

2012년 헌법재판소 결정은 형법이 낙태죄를 원칙적으로 처벌하면서도 예외적으로 모자보건법 제14조의 허용사유에 해당하는 경우에는 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있으므로 최소 침해의 원칙에 반하지 않는다는 취지의 판단을 하였다. 당시 헌법재판소는 태아의 생명권을 아무런 근거 없이 인정하였는데, 인간이 아닌 존재에 대하여 기본권으로서의 생명권을 인정하는 것에 대한 아무런 논거를 제시하지 않았으며, 태아의 생명권을 언급하면서 모자보건법을 합헌근거로 사용한 것은 모순이다. 모자보건법은 사유에 따라 태아의 생명을 제한할 수 있도록 하고 있기 때문에 태아의 생명권을 인정하는 전제에서는 모자보건법은 위헌을 면할 수 없다.

모자보건법은 낙태죄의 허용사유를 규정하고 있는 법률이므로 형법상 낙태죄의 위헌성과는 직접 관련이 없다고 할 수도 있으나 2012년 헌법재판소 결정에서 모자보건법을 근거로 최소침해성을 부인하였으므로, 모자보건법의 검토가 필요하다.

나. 모자보건법 제14조의 구조모자보건법 제14조에 의하여 인공임신중절이 허용되기 위하여는 ① 동조 제1항 각호 사유가 존재하고, ② 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람 포함) 모두의 동의가 있어야 하며, ③ 의사에 의하여 이루어져야 하며, ④ 위 모든 요건을 갖추었다 하더라도 임신 24주가 넘어서는 안 된다(모자보건법 시행령 제15조 제1항).



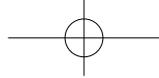
다. 배우자의 동의와 여성의 자기결정권 침해

모자보건법 제14조 제1항은 ‘배우자’의 동의가 있는 경우 인공임신중절을 허용한다. 동법은 ‘배우자’의 개념에 대하여 별도의 정의를 두고 있지 않으므로, 이는 민법상의 배우자와 같은 의미로 볼 수밖에 없다. 배우자와 태아의 생부가 다를 경우, 모자보건법은 도저히 합헌적으로 해석할 수 없는 상황이 발생한다.

① 제1, 2호의 사유, 즉 태아의 생모와 생부에게 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환 또는 전염성 질환이 없음에도 임부의 배우자에게 위와 같은 사유가 있으면 임신중절이 허용된다. ② 제3호의 사유가 있는 경우, 기혼자가 강간이나 준강간에 의하여 임신하여도 배우자의 허락이 없으면 임신한 아이를 낳아 키워야 한다. ③ 제4호의 법률상 혼인할 수 없는 혈족이나 인척간에 임신한 경우, 동의권자를 생부가 아닌 배우자로 해석하면 태아의 모친도 부친도 아닌 자가 태아의 출생 여부를 결정할 권한을 갖는다.

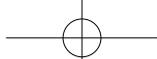
다. 평등권 침해

모자보건법 제14조 제1항은 각호 사유가 있으면서 임부 스스로 임신중절을 원하더라도, 배우자의 동의가 없으면 임신중절을 할 수 없다. 이는 곧 남성에게 임신중절 여부를 결정할 최종적인 권한을 주는 것으로서 성별을 이유로 한 차별에 해당하며, 미혼인 임부는 상대 남성의 동의 없이 모자보건법 제14조 제1항 각호의 사유가 있으면 자기 판단으로 임신중절을 할 수 있으므로 기혼인 임부와 미혼인 임부를 다르게 취급하는 것으로서 혼인 여부에 따른 차별에 해당한다.



라. 여성의 건강권 및 생명권 침해, 법률유보의 원칙 위반 모자보건법 제14조 제1항 및 동법 시행령 제15조 제1항은 임신의 지속이 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우에도 배우자의 동의 및 임신 24주 이내라는 제한을 두고 있어 임부의 건강권 및 생명권을 침해한다.

모자보건법 시행령 제15조 제1항은 “법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다”고 규정하고 있어 동법 제14조의 모든 인공임신중절의 기간을 규정하고 있어 임신의 지속이 모체의 건강을 심각하게 위협하는 경우에도 임신 24주 이내라는 주수 제한을 받게 된다. 그러나 모자보건법 제14조 제1항은 인공임신중절 사유가 될 수 있는 우생학적, 유전학적 정신장애나 신체질환, 전염성 질환의 구체적인 내용을 대통령령에 위임하도록 유보하고 있을 뿐, 어디에도 대통령령에 주수 제한을 위임할 근거가 없다. 동법 시행령 제15조 제1항은 법률상 근거 없이 24주 이내로 인공임신중절 기간을 제한하는 것이므로 법률유보의 원칙에도 반한다.



입법제안 2

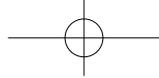
개정 상가건물임대차보호법
평가 및 보완입법 방향

김남주

I. 상가건물임대차보호법 제·개정 경과

1. 제정과 개정운동

상가건물임대차보호법은 민변과 참여연대 등 시민단체와 임차상인들이 제정운동을 활발히 벌여 2001년 제정되었다. 제정 당시 고액 자산가인 상가임차인들까지 보호할 필요성이 없다는 취지의 제정 반대 의견이 대두되어 타협 과정에서 일정 환산보증금액 초과 계약에 대해서 법 적용을 제외하고, 계약갱신요구권 행사 기간을 5년으로 제한하는 등 일정한 한계가 내재되어 있었다. 시민단체와 상가임차인들은 지속적으로 개정 필요성을 주장해 왔다. 그러던 중 2013년 서울 강남구 가로수길에 있던 곱창집 ‘우장창창’이 유명 힙합 듀오 리쌍과 분쟁을 겪으면서 사회적으로 상가임차인의 열악한 법적 지위에 관해 관심이 집중되었고, 그때부터 환산보증금 폐지, 철거재건축에 따른 임차상인 보호 등을 주장 내용으로 하는 상가건



물임대차보호법 개정운동이 본격화 되었다.

2. 2013년도 개정

상가건물임대차보호법은 ‘우장창창’ 사태 이후 2013년 8월 비교적 신속하게 개정되었다. 제정 당시부터 문제점으로 지적되어 온 환산보증금액 초과 계약에 대한 적용제외가 완화되었다. 개전 전 상가건물임대차보호법과 동법 시행령에서 월차임에 100을 곱한 숫자를 보증금액과 합산하고, 그 금액이 지역별로 일정 금액을 넘어서는 경우 상가건물임대차보호법의 보호를 받지 못하도록 규정되어 있었다. 위 ‘우장창창’ 사건에서 임대차계약을 한지 2년이 채 안된 상태에서 건물 소유자가 리쌍으로 변경되었는데, 이 임대차계약의 환산보증금이 상가건물임대차보호법 적용 범위를 벗어나는 바람에 이 법의 대항력 규정의 보호를 받지 못하게 되었다. 국회는 2013년 8월 13일 이러한 문제를 완화하기 위하여 환산보증금 초과 임대차계약에 대해서도 대항력, 계약갱신요구권 등 일부 보호 규정의 적용을 확대하였다.

한편, 개정 전 법에서는 재건축으로 인한 갱신 거절에 아무런 제한이 없는 문제점이 있었다. 이러한 문제로 인해 최초 임대차계약 당시 재건축 가능성을 전혀 알지 못한 임차인이 계약 갱신이 되지 못하고 쫓겨나는 사례가 발생하였다. 이를 보완하기 위하여 최초 임대차계약 체결 당시에 재건축 계획을 구체적으로 임차인에게 고지한 경우, 안전상 우려로 철거재건축이 필요한 경우, 다른 법령에 따른 철거·재건축인 경우에만 재건축을 이유로 갱신을 거절할 수 있도록 개정되었다. 하지만, 개정 당시에도 환산보증금제도가 완전히 폐지되지 않고 일부 보완으로 그친 점, 철거·



재건축에 따른 퇴거보상이 도입되지 않은 점이 한계로 지적되었다.

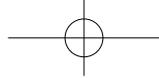
3. 2015년도 개정

상가건물임대차보호법은 2015년 5월 13일 권리금 보호를 주된 내용으로 하여 개정되었다. 상가임대차계약의 현실은 권리금을 신·구임차인들 사이에 주고받는 관행이 있었고, 임대인도 특별한 경우가 아닌 한 권리금 수수를 방해하지 않고 용인해 왔다는 점에 착안하여 개정법은 임대인에게 신·구임차인들 사이에서의 권리금 수수를 방해하지 말도록 하고, 임대인에게 정당한 사유가 있는 경우에는 예외를 인정하였다. 만약 임대인이 정당한 사유 없이 신·구임차인들 사이의 권리금 수수를 방해하는 경우 개정법은 임대인에게 권리금 상당액을 손해로 배상하도록 하였다. 이 당시 개정법은 권리금 보호 규정에 보호기간이 짧고, 예외사유와 적용제외가 넓어서 현실적으로 작동하기 어렵다는 점이 한계로 지적되었다.

II. 2018년 상가건물임대차보호법 개정 경과

1. 정부의 개정활동

2013년도, 2015년도 개정법의 한계에 대한 개선이 필요하다는 사회적 여론이 형성되어 가고 있었고, 2016년 5월 대통령선거에서 주요 후보들이 상가건물임대차보호법 개정을 공약으로 제시하였다. 당시 문재인 후보는 계약갱신요구권 보장기간을 현재 5년에서 10년으로 연장하고, 철거·



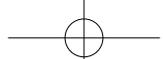
재건축에 따른 임차인 보호를 위하여 퇴거보상제를 도입하겠다고 공약하였다. 문재인 정부는 100대 국정과제에 상가임대차에 관한 위 공약 2개를 포함시켰다.

주관부서인 법무부는 “상가건물임대차보호법 개정 TF”를 발족하고, 국정과제로 채택된 위 2가지 쟁점을 논의 대상으로 하여 개정작업에 착수하였다. 위 TF는 법무부, 국토부, 중소벤처기업부, 국무총리실 등 정부부처 관계자와 법학교수, 변호사, 한국감정원 담당자 등 관련 전문가로 구성되었다. 법무부가 위 TF 논의 결과를 바탕으로 위 2가지 쟁점에 대한 법률안 초안을 성안하였다고 알려졌고, 이에 더하여 권리금 회수기회 보장 기간을 현행 3개월에서 6개월로 연장, 권리금 보호 제외 대상인 전통상가를 보호 대상에 포함, 상가임대차분쟁조정위원회를 신설하는 내용을 개정 대상에 추가하여 2018년 8월 임시국회와 정기국회에 대비하였다.

2. 시민사회의 개정활동

소상공인연합회, 상가임차인 단체인 맘편히장사하고픈상인모임(맘상모), 한국중소상인자영업자총연합회 등 소상공인단체와 민변, 참여연대, 경실련 등 시민단체들은 2018년 6월 상가법개정국민운동본부를 결성하고, 상가건물임대차보호법 개정 운동을 전개하였다. 위 운동본부를 결성하게 된 계기는 2017년부터 서울 서촌 ‘궁중족발’ 임차인과 임대인 사이에서 임대료 4배 인상 요구로 인한 상가임대차 분쟁이 발생하였고, 명도소송과 강제집행으로 갈등이 격화되다가 2018년 6월 임차인이 임대인에게 망치를 휘두르는 사건이 발생하면서 사회적 관심이 집중되었기 때문이다.

상가법개정국민운동본부는 ▷ 계약갱신요구권 보장기간 10년 이상 보



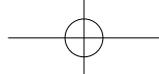
장, ▷ 권리금 제도 보완, ▷ 철거·재건축시 퇴거비 보상 및 우선입주권 보장, ▷ 차임 인상률 상한 인하, ▷ 환산보증금 폐지, ▷ 상가임대차분쟁 조정위원회 설치 법제화를 요구 사항으로 내걸었다. 위 운동본부는 출범식, 상가건물임대차보호법 개정 토론회, 법무부장관과의 간담회, 국회 앞 1인 시위, 기자회견 등의 활동을 활발히 펼쳤다.

3. 민변의 개정활동

민변은 상가법개정국민운동본부의 활동에 적극 결합하는 한편, 그와 별도로 상가건물임대차보호법 개정을 2018년 정기국회 30대 주요 입법 과제로 선정하고, 그 중 이 법을 10대 우선 입법과제 중 하나로 선정하였다. 민변은 상가건물의 임차인 보호를 위한 입법취지를 실현하고, 상가임대차 분쟁해결에 이바지하기 위하여 박주민 의원 대표발의안을 중심으로 개정 입법을 촉구하였다.

민변이 법 개정 사항으로 제시한 내용은 ▷ 환산보증금 제도 폐지, ▷ 계약갱신요구권 행사기간 10년으로 연장, ▷ 임차인의 권리금 회수기회 확대, ▷ 권리금 보호대상을 전통시장으로 확대, ▷ 재건축 건물에 대한 임대차계약 체결 요구권 도입, ▷ 퇴거료 보상 청구, ▷ 차임 등의 인상률 상한을 물가상승률에 연동, ▷ 최우선변제를 받을 수 있는 보증금 중 일정액의 산정 기준에서 차임 등을 제외, ▷ 상가임대차분쟁조정위원회 설치 등으로 요약된다.

민변이 제시한 환산보증금 제도 폐지에 관하여 보면, 2015년 서울시 조사 결과에 따르면 동법 시행령으로 환산보증금 기준금액이 상향조정되어 왔음에도 불구하고, 현행 법령상 기준 충족여부에 따라 법의 보호를

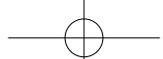


받지 못하는 임차인이 여전히 다수 발생하고 있고, 그 구별기준이 ‘환산’ 보증금에 있으므로 수단의 적절성에 의문이 있다는 점을 지적하며, ‘대통령령이 정하는 일정 보증금액 이하’라는 문구를 삭제할 필요성이 있다는 것이다.

민변은 계약갱신요구권 행사기간 연장에 관하여는 그 기간을 10년으로 연장해야 한다는 의견을 제시하였다. 그 기간을 10년으로 할 것인지, 그 이상으로 할 것인지, 기간의 제한을 두지 않을 것인지에 관하여 다양한 입장이 있을 수 있다. 민변은 이와 관련하여 일본의 차지차기법이 기간의 제한이 없는 임대차를 기본으로 하는 점, 일제 강점기 농지 임대차를 규율했던 조선농지령에서도 갱신 기간의 제한을 두지 않았다는 점, 상가건물임대차보호법은 임대인에게 8가지의 계약갱신 거절 사유를 두고 있으므로 소유권을 과도하게 제한한다고 보기 어렵다는 점에서 기간의 제한이 없는 갱신청구권을 인정하는 것도 일면 긍정적인 면이 있으나 소유자의 사용·수익권을 장기간 제한한다는 일각의 우려와 일본이 차지차기법에서 예외적으로 갱신이 없는 ‘정기 건물 임대차계약’을 인정하는 점과 비교하면, 갱신 기간의 제한을 두지 않는 방안은 장래라면 몰라도 현재는 다소 무리라고 판단하여 갱신요구기간을 10년으로 연장하는 방안을 지지하였다.

4. 국회의 개정 논의

더불어민주당, 자유한국당, 바른미래당의 원내대표는 2018년 8월 임시국회에서 상가건물임대차보호법을 개정하기로 합의하였다. 하지만 8월 임시국회에서 상가건물임대차보호법 개정안이 통과되지 못하였다. 그 이유는 자유한국당이 갱신요구기간을 10년으로 연장함으로 인해 임대인에



게 과증되는 제한을 완화하기 위하여 세제 특례를 부여할 필요가 있고, 이를 위한 조세제한특례법 개정을 상가건물임대차보호법 개정과 동시에 처리해야 한다고 주장하였기 때문이다.¹ 3당 원내대표들은 조세제한특례법 개정에 관한 협상을 하고 그 결과를 자유한국당 소속 운영석 의원이 발의토록 합의하였다. 운영석 의원은 2018년 9월 19일 조세특례제한법 일부개정법률안을 대표발의하고, 국회 기획재정위원회는 그 다음 날 운영석 의원의 대표발의안을 심사한 후 같은 내용으로 기획재정위원회의 제안법률로 하여 그 안을 의결하고, 본회의도 그 안을 의결하였다. 국회는 조세특례제한법이 개정된 날에 상가건물임대차보호법 개정안(위원회 대안)을 의결하였다. 상가건물임대차보호법 개정법은 2018년 10월 5일 국회에서 정부로 이송되었고, 같은 달 16일 공포되었다.

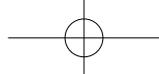
국회의 이러한 법률 개정 과정에 관하여 원내지도부 사이에서만 개정협상이 이루어지고, 그 과정과 쟁점이 공개되지 않았으며, 소관 상임위원회인 법제사법위원회, 기획재정위원회에서 심도 있는 논의를 하지 않은 점, 조세형평에 맞지 않는 임대인에게 조세 특례를 인정한 점 등이 문제점으로 지적되었다.

Ⅲ. 2018년 개정 상가건물임대차보호법 주요내용 및 평가

1. 계약갱신요구권 행사 기간 10년으로 연장(개정법 제10조 제2항)

2018년 상가건물임대차보호법 개정으로 계약갱신요구권 행사기간이 5

¹ 제364회 기획재정위원회회의록 제2호, 2018. 9. 20., 10쪽, 11쪽



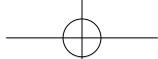
년에서 10년으로 연장되었다(법 제10조 제2항). 개정 규정은 개정 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용된다(부칙 제2조).

개정법은 3기 차임을 연체하는 등 특별한 사유가 없는 한 갱신요구권 행사기간이 10년으로 장기화됨에 따라 안정적 영업을 할 수 있는 토대를 갖추게 되었고, 환산보증금 이내 임대차계약의 경우 갱신요구권이 보장되는 기간 10년 동안 매년 차임을 연 5% 이내로 인상률이 제한되는 점에서 상가임대차의 안정에 기여할 것이며, 젠트리피케이션을 방지할 것으로 기대된다. 또한, 이 부분 개정으로 인해 계약갱신청구권을 보장하지 않고, 2년간의 임대차 기간만 보장하고 있는 주택임대차보호법의 개정 논의에 긍정적 영향을 미칠 것으로 기대된다.

하지만 부칙에서 존속 중인 임대차계약 전체에 적용되지 않고, 개정 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용되는 점은 한계라고 할 것이다.

개정 전 법에 의하여 갱신요구를 할 수 있는 계약기간 4년 미만 임대차 계약은 개정 법 시행 후 갱신거절 사유가 없는 한 임차인이 갱신요구권을 행사함으로써 개정법이 적용되어 최초 임대차계약이 개시된 때부터 10년까지 갱신요구권을 행사할 수 있게 되었다. 하지만 이 개정 법 시행 당시 계약기간이 4년을 초과한 임차인은 이 개정 법 시행 이후 갱신요구권을 행사 할 수 없고, 임대인이 호의로 이 개정법 시행 후 계약 갱신에 관한 합의를 하지 않는 한 갱신요구권 행사기간은 10년으로 연장되지 않는다. 기간이 4년을 초과한 임대차계약의 경우, 임대인이 계약 갱신을 하지 않고, 새로운 임대차계약을 체결하면서 향후 10년간 임료 인상의 제한을 고려하여 최초 임료를 대폭 인상할 우려가 있다.

이러한 우려를 방지하기 위하여 부칙에서 존속 중인 임대차계약에 개정



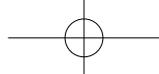
법 제10조 제2항을 적용하도록 하는 방안이 더 적절했을 것으로 보인다. 개정 상가건물임대차보호법 적용범위에 관한 입법례는 주택임대차보호법에 계약갱신요구권 도입 논의에 부정적 영향을 미칠 우려가 있다. 상가건물임대차보호법 개정 경과를 선례로 들면서, 주택임대차보호법에 계약갱신요구권을 도입하면서 존속 중인 임대차에 적용하지 않아야 한다는 주장이 설득력을 갖게 될 우려가 있고, 개정 반대 입장에서는 그러할 경우 기존 임대차계약이 대부분 해지되고, 임대인이 신규임대차계약을 체결하면서 갱신요구권 행사기간 동안 임대료 인상률이 제한되는 수익 저하를 감안하여 종전 임대차계약 보다 대폭 인상된 임대료를 지급받게 될 우려가 있다고 주장하면서 개정 부작용론을 펼 우려가 있다.

2. 권리금 보호 강화

가. 권리금 지급 방해행위 금지기간 6개월로 확대(개정 법 제10조의4 제1항)

개정법은 임대인이 임차인의 권리금 지급 방해행위 금지기간을 임대차 계약 종료 3개월 전부터 종료 시까지에서 임대차계약 종료 6개월 전부터 종료 시까지로 확대하였다. 이 개정 규정은 개정 법 시행 당시 존속 중인 임대차에 적용되도록 하였다(개정 법 부칙 제3조).

이러한 개정은 권리금 지급 방해행위 금지기간이 3개월로 짧으므로 그 기간을 임대차계약 전체 기간으로 확대해야 한다는 상가임차인들의 주장이 일부 반영된 것이다. 임대인이 신규 임차인과 임대차계약체결을 협의하는 기간이 필요하고, 임차인 입장에서도 신규 임차인을 물색하고 권리금 계약을 체결하는데 종전 3개월 기간이 짧았다는 점에서, 비록 상가임

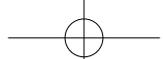


차인들의 요구를 전면 수용하지 않았다고 하더라도, 개정법이 이 기간을 6개월로 연장하였다는 점에서 긍정적이라고 할 것이다.

나. 권리금 적용 제외대상에서 전통시장 제외(개정 법 제10조의5 제1호)

종전 상가건물임대차보호법은 권리금 보호규정(법 제10조의4)을 유통 산업발전법에 따른 대규모점포 또는 준대규모점포의 일부인 상가건물, 국·공유재산인 상가건물에 대해 적용하지 않도록 규정하고 있었다. 그런데 이 조항이 대규모, 준대규모 점포에도 권리금 수수 관행이 존재하고, 보호 대상에서 제외할 합리적 이유가 없음에도 불구하고, 그 외의 상가건물과 차별취급을 하고 있고, 이는 평등권 침해 소지가 있다는 비판이 제기되어 왔다. 개정법은 이러한 비판을 일부 수용하여 대규모, 준대규모 점포 중 전통시장은 권리금 보호규정이 적용되도록 예외를 설정하였다.

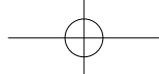
종전 법규정에 제기된 비판은 전적으로 타당하다. 그럼에도 불구하고 2015년 개정 당시 대규모, 준대규모 점포에 관한 권리금 수수 현황에 관한 파악이 부족하다는 이유로 적용 대상에서 제외하였고, 그 후에도 정부와 국회에서 현황파악을 하지 않은 채 약 3년간 이 부분 개정을 미뤄왔다는 점에서 뒤늦은 감이 있다. 그리고 백화점과 같이 별도의 임대 매장이 극소수이고, 백화점에서 매장 구성, 판촉행사 등을 통일적으로 수행하고, 그로 인한 집객과 상권 형성에 대한 기여도가 높은 경우처럼 특별한 사정이 있는 경우에는 권리금 보호의 예외를 인정하는 것이 합리적 차별이라고 할지라도, 그렇지 않은 대규모, 준대규모점포 특히, 구분소유 건물로서 개별 분양된 상가의 경우에는 집객과 상권 형성은 개별 점포들의 노력에 기인하는 측면이 대부분이므로, 권리금 보호의 예외를 인정하는 것은 합리적이지 않은 차별이라고 할 것이다. 정부와 국회는 대규모, 준대규모



점포의 권리금 수수 관행 등을 조속히 조사하여 권리금 보호의 예외를 축소하기 위한 개정 논의를 시작해야 할 것이다.

다. 평가 : 권리금 보호 규정 보완 미흡

2015년 개정 당시 “상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우”(법 제10조의4 제2항 제3호)를 권리금 회수 방해행위 예외의 한 유형으로 입법화하였다. 입법 당시부터 “영리목적으로 사용하지 아니한 경우”의 의미가 불명확하여 임대인에 의한 악용될 우려가 있다는 점이 지적되었다. 이 규정의 의미를 실시한 대법원 판결이 나오지 않았고, 하급심 판결에서도 그 의미를 명확하게 정의하지 않고 있다. 임대인이 당해 임대 상가를 스스로 사용하겠다고 주장한 사건에서 1심은 권리금 회수 방해행위가 아니라고 보았고, 2심은 정당화 사유가 아니라고 본 사례가 있으며, 임대인이 당해 임대 상가를 임대인의 짐을 보관하는 용도로 사용하겠다고 주장하면서 소송 기간이 1년 6개월이 경과한 사안에서 법원이 정당화 사유를 인정한 사례도 있는 등 입법 이후 3년여가 지난 현재까지 그 의미가 명확하게 정립되지 않았다. 이러한 이유로 이 규정에 관해 명확성 원칙에 반하고, 임차인을 보호하기 위한 상가임대차보호법이 입법목적에 부합하지 않으므로 삭제하여야 한다는 주장이 제기되어 왔다. 그런데이번 개정법에서 이 부분이 전혀 논의되지 않았다. 추후 상가건물임대차보호법 개정 과정에서 보다 심도 있는 논의가 필요하다.

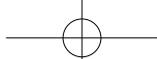


3. 상가건물임대차분쟁조정위원회 설치(법 제20조부터 22조까지)

개정법은 상가건물 임대차에 관한 분쟁을 심의·조정하기 위하여 분쟁조정위원회 설치를 법제화 하였다. 분쟁조정위원회는 대한법률구조공단 지부에 두고, 광역시도는 실정을 고려하여 둘 수 있도록 하였다. 심의·조정은 임료 증감, 임대차 기간, 보증금과 임대차 목적물의 반환, 임대차 목적물의 수선·유지, 권리금 등에 관한 임대차 분쟁을 대상으로 한다. 분쟁조정위원회에 관한 구성, 조정 신청, 조정절차, 처리기간, 조사 등, 조정의 효력, 집행력의 부여 등에 관한 구체적인 사항은 주택임대차보호법의 관련 규정을 준용하도록 하였다. 조정의 효력은 주택임대차보호법과 같이 민사상 합의와 같은 효력이 있다. 이에 더하여 금전, 부동산 인도에 관하여 강제집행을 승낙하는 합의가 있는 경우 조정위원장은 조정조서에 기재하여야 하고, 그 조정조서의 정보는 집행력 있는 집행권원과 같은 효력이 있다(상가건물임대차보호법 제21조, 주택임대차보호법 제26조 제3항, 제4항, 제27조). 분쟁조정위원회 설치에 관련된 규정은 공포 후 6개월 경과된 때 시행된다(부칙 제1조 단서).

서울시 등 일부 지자체가 지속적으로 국회에 분쟁조정위원회 설치 입법화를 요청하였다. 서울시는 상가건물임대차보호법에 설치 근거가 없음에도 불구하고, 당사자들의 동의를 전제로 분쟁조정위원회를 설치하여 운영하여 왔는데, 실적이 매년 증가하고 분쟁을 원만히 해결하는 사건의 비율도 높게 나타났다. 서울시 상가임대차분쟁조정위원회가 2018년 4월 접수 처리한 사건을 보면, 총 14건이 접수되어 6건(43%)의 조정이 성립되었고, 그해 누적 실적은 총 48건을 접수 받아 23건(48%)의 조정이 성립되었다.² 이러한 서울시의 경험을 잘 살린다면 분쟁조정위원회의 업무가 개시

2 서울시 2018년 6월 4일, 2018년 4월 상가임대차분쟁조정 접수 및 처리결과 보고



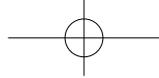
될 2019년 4월 17일 이후 일도양단의 판결 방식이 아닌 당사자 상호가 이익을 절충하는 조정이 활성화 되어 극한 상가임대차 분쟁으로 인한 사회적 갈등이 다소 완화될 것으로 기대된다.

IV. 보완입법 방향

2018년도 상가건물임대차보호법 개정은 대체로 긍정적이나 추후 ▷ 환산보증금 폐지, ▷ 퇴거보상 및 우선입주권 도입, ▷ 권리금 보호규정 보완, ▷ 차임인상률 상한 인하 등에 관한 보완입법이 필요하다.

환산보증금은 앞에서 지적한 것과 같이 월차임을 주된 기준으로 하고 있다는 점에서 보호가치 있는 상가임차인과 아닌 자를 구별하는 적절한 기준이 될 수 없다. 월차임은 임차인이 임대인에게 부담하는 채무이지 임차인의 재산이 아니고, 고액의 월차임 채무를 부담한다고 하여 그 임차인을 고위험 사업을 영위한다고 평가할 수 있을지라도 고액의 자산가라고 볼 수 없다. 주택임대차보호법도 월차임을 기준으로 법률 적용 여부를 가리지 않는다. 따라서 향후 개정 시 임차료 수준과 무관하게 모든 상가임대차계약에 상가임대차보호법을 적용하는 것이 가장 바람직하다. 아니면 적어도 적용 기준을 산정함에 있어 월차임을 전혀 고려하지 않는 방안으로 개정되어야 할 것이다.

문재인 정부가 공약한 퇴거보상제도가 이번 개정으로 도입되지 못했다. 퇴거보상과 우선입주권을 인정하는 프랑스의 상법, 계약갱신 거절의 정당한 사유 판단 시 퇴거보상을 고려하는 일본의 차지차가법과 같은 입법례가 있다. 법무부는 상가건물임대차보호법 개정 TF를 운용하여 퇴거보상



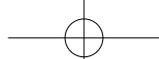
과 우선입주권과 관련된 개정 내용을 마련하였다고 하므로 그 내용을 향후 정부 개정안으로 발의하고 입법을 추진하여야 할 것이다.

권리금 회수 방해행위의 예외로 인정되는 ‘1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우’ 규정은 위에서 지적한 바와 같이, 명확성의 원칙에 반하고 그로 인해 악용될 우려가 크므로 삭제할 필요성이 있다.

임대차계약 갱신 시 차임 인상률 상한은 현재 상가건물임대차보호법시행령에 따라 연 5%로 제한되고 있다(법 제10조 제3항 단서, 제11조, 시행령 제4조). 하지만 2017년 소비자물가상승률이 1.9%인 사실을 고려할 때 여전히 높고, 상한을 경기에 연동하도록 하는 방식이 적절하다. 따라서 연 5%와 전년도 소비자물가상승률의 2배 중 낮은 범위로 그 상한을 변경하는 것이 바람직하다.

V. 결론

최저임금 인상으로 중소기업의 수익성에 다소 부정적 영향을 미쳤고, 이를 개선하기 위하여 중소기업인을 보호하는 법제의 보완이 필요한 시점에 상가건물임대차보호법이 개정되었다는 점에서 2018년도 개정은 큰 의의를 지닌다고 평가된다. 특히 계약갱신요구권 행사기간이 10년으로 연장됨으로 인해 권리금 보호 규정과 상호작용으로 안정적인 영업이 가능해 졌다. 이번 법 개정으로 ‘궁중족발 비극’과 같은 상가임대차에서 비롯된 사회적 갈등이 치유되고 완화되는 계기가 될 것으로 기대된다. 다소 미흡한 지점은 조속히 개정 논의를 시작하여 보완입법을 추진해야 할 것이다. 한편 상가건물임대차보호법 개정을 계기로 계약갱신요구권이 도



입되지 않아 2년간만 보호되는 주택임차인의 열악한 지위가 더욱 부각되
게 되었다. 시민사회와 정부 및 국회가 머리를 맞대고 주택임대차보호법
개정예 나셔야 할 것이다.

민
변
의
窓

시
론

인
물
탐
구

활
용
보
고

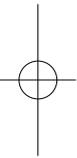
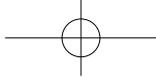
집
중
분
석

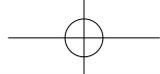
변
론
기

**입
법
제
안
②**

국
제
화
시
대
의
인
권

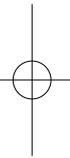
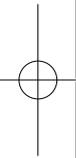
판
래
평
석

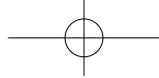




국제화시대의 인권

제주도 예멘 난민 사태 이후 입법 발의안에 대한 소고 | 이탁건





제주도 예멘 난민 사태 이후 입법 발의안에 대한 소고

이탁건

민법의
총

시론

인법
판

활
애
보
고

진
중
본
석

변
론
기

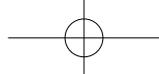
입
법
제
안

국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석

1. 들어가며

이른바 제주도 예멘 난민 사태가 전사회적인 논란으로 비화된 올해, 국회에서는 짧은 시간 내에 난민법 개정안이 우후죽순처럼 발의되었다. 발의된 법안들의 범주를 크게 나누어 보면, (1) 난민신청 장소를 제한하거나, 입국 형태에 따라 난민신청 자격을 박탈하는 등 난민신청권을 제한하는 내용의 법안, (2) 거짓서류의 제출 또는 거짓으로 진술 또는 사실을 은폐한 경우 난민지위를 인정하지 않고, 이에 대한 처벌을 강화하는 내용의 법안, (3) 난민신청자의 거주 지역을 제한하는 내용의 법안, (4) 난민 불인정 사유를 확대하는 내용의 법안 등으로 나누어 볼 수 있다. 이러한 법안들은 대체로 충분한 숙의 없이 발화된 부정적 여론을 일면적으로 반영하고 있으며, 비현실적이거나 국제법상 확립된 기준과 동떨어진 난민신청제도 개정안을 제시하고 있다는 문제가 있다.



2. 난민신청권을 부당하게 제한하는 법안의 문제점

발의된 법안들 중 일부는 (1) 난민인정신청서를 재외공관의 장에게 제출하도록 하여, 재외공관 외의 난민신청을 제한하거나,¹ (2) 제주도에 사증 없이 입국한 외국인의 경우에는 난민인정 신청을 제한하는 등²의 방식으로 난민신청의 장소 또는 권리를 제한하고 있다. 한편 이른바 ‘불회부심사’를 도입하여, (3) 난민신청자가 대한민국의 안전 또는 사회질서를 해칠 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우, 사실을 은폐하여 난민인정 신청을 한 경우, 안전한 국가 출신인 경우, 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우 등에는 난민인정 심사에 회부하지 않는 법안도 발의되었다.³ 각 개정안의 문제점을 간략하게 살펴보면 아래와 같다.

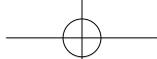
먼저 (1) 난민신청자의 국적국 또는 상주국 소재 대한민국 공관(이하 “재외공관”)으로 난민신청 장소를 제한하는 법안부터 살펴보도록 한다. 난민신청 장소를 극단적으로 제한하고 있는 이러한 법은 난민협약의 규정 및 취지에 배치되며, 실제로 난민신청자들이 박해를 받는 국적국을 탈출하여 난민지위 인정을 신청하는 현실에 부합하지도 않는다. 난민협약은 “인종, 종교, 국적 또는 특정 사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 이유가 있는 공포로 인하여 국적국 밖에 있는 자로서 그 국적국의 보호를 받을 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 그 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자”⁴ 등

1 김진태의원 발의, “난민법 일부개정법률안”, 14496, (2018.7.19.) [계류중] (이하 “김진태 안”).

2 이연주의원 발의, “난민법 일부개정법률안”, 14483, (2018.7.18.) [계류중] (이하 “이연주 안”).

3 강석호의원 발의, “난민법 일부개정법률안”, 14410, (2018.7.13.) [계류중] (이하 “강석호 안”).

4 난민 지위에 관한 협약, 1993.3.3. 발효, 제1항.

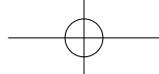


을 난민으로 정의하고 있으므로, 국적국을 탈출하는 등 ‘국적국 밖에 있는 자’가 명시적인 난민의 요건이다. 그런데 한국 재외공관은 국적국 영토 내 소재하며 한국의 법집행관할권이 미치는 ‘영토’가 아닌 장소로서 ‘국적국 밖’으로 해석할 여지가 없다.⁵ 또한 이 법안은 한국 내에서 체류하다가 난민 사유가 발생한 ‘체재 중 난민’의 경우는 아예 상정하지도 않고 있어, 논리적 정합성을 갖추었다고 보기 힘들다.

(2) 제주도 무사증 정책에 따라 입국한 외국인에게 난민신청권을 제한하는 취지의 개정안도, 현실과 부합하지 않고 모든 난민들에게 난민 지위를 인정받을 권리를 보장하고 있는 난민협약과 정면으로 대치하는 법안이다. 한국 정부는 현재 난민신청을 하고자 하는 사람들을 위한 별도의 비자를 발급하고 있지 않기 때문에, 당연히도 모든 난민신청자들은 난민신청이라는 자신의 목적을 숨기고 목적과 다른 비자를 발급받을 수밖에 없다. 제주도에 무사증으로 입국한 난민신청자들도 다르지 않다. 그런데 이들에 대해서만 난민신청권을 제한하겠다는 취지의 개정안은, 한국 정부가 운영하고 있는 입국 제도를 적법하게 활용한 것일 뿐인 난민들의 정당한 권리를 박탈하고 있다.

(3) 불회부 심사의 도입을 포함한 심사 제도의 변경은, 난민협약 상

5 국적국 외 제3국의 재외공관의 경우에는 “국적국 밖”의 요건을 충족하고 있다는 점, 해당 국가가 사실상 난민신청자에 대한 관할권을 행사할 수 있다는 점 등을 들어 해당 국가가 난민 신청을 심사할 의무가 있다는 주장도 존재한다 (Hathaway, *the Law of Refugee Status*, 2nd ed., 2014, 24쪽 참조). 나아가 국적국 내 재외공관이 외교관계에 관한 비엔나 협약 등에 따라 소속 공무원의 인적·물적 면제가 폭넓게 인정되어 국적국의 법적 관할권이 제한되므로 ‘국적국 밖’으로 해석될 여지가 있다는 점, 국적국의 탈출이 현실적으로 곤란한 난민들의 난민신청권을 폭넓게 인정하여야 한다는 점 등을 들어 재외공관 내 난민신청을 인정하여야 한다는 제안도 있다 (Kate Ogg, *Protection Closer to Home? A Legal Case for Claiming Asylum at Embassies and Consulates*, *Refugee Survey Quarterly*, Vol 33 Issue 4, 2014 참조). 그러나 이는 명백히 국적국 밖에서의 난민신청을 전제한 상태에서 이루어지는 학술적 논의이며, 국적국 영토 내 재외공관에서만 난민 지위를 신청할 수 있다는 주장은 난민협약에 전면으로 배치되어 받아들이기 힘들다.



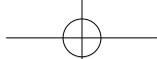
의 강제송환금지원칙의 위반으로 이어지지 않도록 절차적인 안전장치를 구비할 필요가 있다. 유엔난민기구도 명백히 이유 없거나 (manifestly unfounded) 남용적인 (abusive) 난민신청에 대해서도, 잘못된 결정이 난민 신청자에게 미치는 중대한 후과 (즉, 박해 위험이 높은 국적국으로의 강제 송환)을 고려하여, 적절한 절차적 보장이 선행되어야 한다는 입장이다. 여기에는 개인 인터뷰를 포함한 개별적이고 전문적인 심사, 이의신청권의 보장 등이 포함된다.⁶ 특히 현행 국내 난민심사제도에 대한 비판은 1차 심사의 전문성 및 공정성에 초점이 맞춰져 있다는 사실을 염두에 두어야 한다. 이러한 상황에서 오히려 실제적 심사를 배제하는 제도의 도입은, 진정 난민이 난민 심사의 기회도 얻지 못한채 강제송환되는 가혹한 결과를 야기하거나, 불회부결정을 납득하지 못한 난민신청자들이 사법부의 판단을 구하려고 하면서 ‘난민 심사의 효율성의 개선’이라는 목표를 달성하기 힘들어 질 것이다.

3. ‘가장 난민’의 범위를 과도하게 확장하고 처벌을 강화하는 법안의 문제점

2018년 6월 이후 발의된 의원법안 중 상당수는 거짓서류의 제출 또는 거짓으로 진술 또는 사실을 은폐한 경우를 난민 불인정 사유로 추가한다.⁷ 그러나 거짓서류의 제출, 허위 진술, 사실의 은폐 등의 행위를 기계적으로 난민 불인정 사유로 포섭하는 것은 부득이하게 허위 서류로 입국하거

6 UNHCR, The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum No. 30 (XXXIV) – 1983, 1983, para. (e)

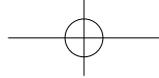
7 권철승의원 발의, “난민법 일부개정법률안”, 14145, (2018.6.29.) [계류중] (이하 “권철승 안”), 송석준의원 발의, “난민법 일부개정법률안”, 14503, (2018.7.20.) [계류중], 김진태 안 등.



나 주변을 보호하려는 욕구 등의 이유로 일부 허위 진술을 하는 난민의 특수성을 충분히 고려하지 않고, 진술의 신빙성에 대한 심사 시 고려요소로 포함하면 충분한 사실을 불인정 결정의 근거로 삼고 있어 부당하다.

난민협약도 생명 또는 자유 등에 대한 위협을 느끼고 급박하게 국적국을 탈출한 난민의 특수한 사정을 고려하여, 난민신청자가 신청국에 “불법으로 입국하거나 또는 불법으로 있는 것을 이유로 형벌을 과하여서는 아니된다”고 규정하고 있다(제31조). 즉, 난민신청자가 거짓 서류를 제출하거나 거짓으로 진술 또는 사실을 은폐하는 행위가 (1) 난민인정을 위해 심사과정에서 거짓 서류를 제출하는 경우에 해당하는지, 또는 (2) 급박한 위협이나 박해를 피하기 위해 거짓 서류를 사용하는 경우에 해당하는지에 대한 세밀한 구분이 필요하다. 서류 위조를 통해서라도 국적국을 탈출할 필요가 있었던 난민의 특수성을 고려하면 (2)의 경우에 대해서는 전향적인 고려가 필요하다. (1)의 경우에도 (ㄱ) 선의로 위조 서류를 제출하는 경우, (ㄴ) 악의로 제출하였으나 난민사유가 명확하게 존재하며 이에 대한 진술이 일관되고 신뢰할만한 경우, (ㄷ) 악의로 제출하였으며 제출된 위조 서류가 난민지위 인정 여부에 주요한 역할을 하는 경우 등을 분리해서 판단할 필요가 있다. 요컨대, 합리적인 이유로 위조 사실을 인지하지 못하고 기망할 의사 없이 선의로 위조 서류를 제출한 경우는 난민신청자에 대한 비난 가능성이 높지 않으며, 위조 서류 제출을 이유로 난민 지위를 기계적으로 박탈하는 것은 부당하다.

(ㄴ)과 (ㄷ)의 경우에도 국내 난민 심사 기준이 난민협약이 제시하는 기준보다 지나치게 가혹하지 않도록 설계할 필요가 있다. 즉, 개정안을 일면적으로 적용하면 심사과정에서 허위 서류를 악의로 제출하는 사실만으



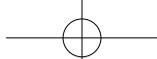
로도 난민 지위가 불인정 되는데, 난민신청자의 불법적 입국 또는 체류 사실 자체로 처벌하여서는 안된다는 난민협약의 취지와 충돌할 위험이 있다. 어차피 실무적으로 심사과정 중 진술의 신빙성 판단 단계에서 당연히도 거짓 서류 제출, 허위 진술 사실 등을 고려하게 된다. 거짓 서류, 허위 진술 등을 제외한 진술의 일관성 및 신빙성이 인정되지 않는다면 난민 지위를 불인정하면 족한 것이며, 구체적인 난민심사 없이 거짓 서류 제출, 허위 진술, 사실 은폐 행위만으로 일응(prima facie) 난민지위를 불인정하겠다는 위 법안들의 취지는 난민협약이 제시하고 있는 기준에 부합하지 않는다.

4. 난민신청자의 이동의 자유를 부당하게 제한하는 법안의 문제점

난민신청자의 체류지를 해당 출입국·외국인청의 관할지역으로 제한하거나,⁸ 모든 난민신청자를 난민주거시설 내 수용하는 등⁹ 난민신청자의 이동의 자유를 제한하는 개정안들도 발의되었다. 먼저 이언주 안부터 살펴본다. 현재 난민주거시설(출입국·외국인지원센터)은 이동의 자유가 비교적 보장된 ‘열린’ 주거시설로, 난민신청자의 숙식 지원 및 사회 적응교육에 방점을 찍고 운영되고 있다. 이언주 안은 주거시설 외의 장소로 이동하는 경우에는 법무부 장관의 허가를 받도록 하고 있고 있는 점, “난민 인정 결정 전 자유로운 이동으로 불법체류 및 범죄의 가능성이 높아지므로 이에 대한 대책이 필요”하다는 점을 제안이유에서 명시한 점 등에 비추어 볼 때 일종의 ‘닫힌’ 주거시설로 난민주거시설을 운영하려는 입법의

8 유민봉의원 발의, “난민법 일부개정법률안”, 14468, (2018.7.17.) [계류중] (이하 “유민봉 안”)

9 이언주 안



도가 확인된다. 여하간 매년 1만명 이상 발생하는 모든 난민신청자의 숙식을 해결할 수 있는 수용시설 또는 주거시설을 운영하겠다는 취지인데, 현재 운영 중인 외국인 구급시설을 10배 이상 확대해도 모든 난민신청자의 수용이 불가능할 것으로 예측된다. 난민신청을 이유로 적법하게 체류 중인 외국인을 교도소에 준하는 열악한 시설에 구금하는 것도 국제인권기준에 벗어나므로, 이언주 안을 이행하기 위해서는 천문학적 예산을 들여 신규 주거시설을 건립하거나 확보해야 할 것으로 보인다. 위와 같은 현실적인 제약 외에도 이언주 안은 난민신청자의 이동의 자유를 난민협약 등 국제법에 위반하여 부당하게 제한하고 있는데, 유민봉 안도 동일한 문제를 노정하고 있으므로 아래에서 같이 살펴본다.

난민협약 제26조는 난민신청자에게도 다른 외국인에 준하는 정도로 자유롭게 이동할 권리를 보장하고 있다. 자유권 규약 제12조는 모든 사람의 이동의 자유를 보장하면서, 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 필요한 범위 내에서만 제한될 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 국가안보, 공공질서 등을 위해 필요한 경우에 한하여 예외적으로 난민신청자의 이동의 자유를 제한할 수 있는 것이다. 특정 집단에 대해 일괄적으로 이동의 자유를 제한하는 정책은 자유권규약에 위반되며, 사례별로 개별적인 판단이 필요하다.¹⁰ 따라서 난민신청을 했다는 사실만으로 모든 난민신청자들의 이동의 자유를 제한하는 개정안은 외국인 당사자의 이동할 권리와 자유에 대한 침해가 과도하며, 침해되는 사익보다 달성하고자 하는 공익이 더 크다고 볼 수 없어, 자유권규약 및 난민협약에 위반될 위험이 높다.

¹⁰ CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), CCPR/C/21/Rev.1 /Add.9, paras. 13~16.

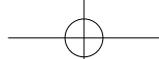


5. 난민신청자의 처우를 부당하게 제한하는 법안의 문제점

이언주 안은 난민신청자에 대한 처우를 ‘의료지원’으로 제한하기 위해 난민법 40조(난민신청자에 대한 생계비 지원 및 취업허가) 및 43조(난민신청자 및 미성년자 가족에 대한 초등교육 및 중등교육 지원)를 삭제하였다. 먼저 생계비 지원을 중단하면서 동시에 취업허가도 불허하는 개정안의 문제점을 살펴본다. 법원은 “난민신청자에 대한 생계비 지원은 단순한 시혜적 조치라기보다 난민신청자의 생존권을 보장하기 위한 제도”이며, “난민신청자의 ‘생계비 지원 신청권’은 법규상 또는 조리상 인정되는 구체적인 권리”라고 판단한 바 있으나,¹¹ 지금도 전체 난민신청자 대비 생계비 지급률은 2016년 기준 8.6%, 2017년 기준 3.2%에 불과하다. 현행 규정상 난민신청자는 난민신청일로부터 6개월이 지나면 비로소 취업허가를 받을 수 있는데, 낮은 생계비 지급률은 난민신청을 단념시키는 효과보다는 취업허가 없는 취업활동을 조장하는 효과가 더 두드러지게 나타나고 있다. 생계비 지원을 전면 중단하면서 취업허가도 불허한다면, 사실상 모든 난민신청자의 불법취업을 중용하는 결과를 낳을 것이다. 또한 난민신청자 아동의 교육권을 제한하자는 취지의 개정안은 몇 년이 걸릴지 모르는 난민심사 및 소송 단계 중에 아동을 사실상 방기하자는 제안으로서, 모든 아동이 교육 받을 권리를 명시하고 있는 유엔아동권리협약 제28조 등 국제협약에 위반된다.¹²

11 서울행정법원 2016.7.7. 선고 2015구합79413판결 생계비등지원신청거부처분취소

12 현행 제도 상에서도, 한국 정부는 「불법체류 학생의 학습권 지원」 지침을 통해 모든 외국인 아동에게 고등 학교까지 이수할 기회를 제한적으로나마 보장하고 있다.



6. 난민인정사유를 부당하게 제한하는 법안의 문제점

대한민국의 안전 및 사회질서를 해할 상당한 우려가 있는 경우, 박해가 능성이 없는 국가로부터 왔거나 그러한 국가의 출신인 경우, 오로지 경제적 이유로 난민을 인정 받으려고 하거나 명백히 난민신청의 이유가 없는 경우 등을 난민 불인정 사유로 추가하고 있는 개정안도 발의되었다.¹³ 그런데 국제난민협약은 인도에 반하는 범죄를 저지르는 사람, 입국 전 중대한 비정치적 범죄를 저지른 사람, 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 사람 등을 이미 난민협약의 적용에서 배제하고 있다.¹⁴ 따라서 ‘안전 및 사회질서를 해할 상당한 우려가 있는 경우’라는 의미가 명확하지 않은 불확정 개념을 불인정 사유로 새로 도입한 개정안은 이미 난민협약에서 규정하고 있는 불인정 사유와 중복되거나, 난민협약 상의 불인정 사유보다 모호하게 해석될 여지가 넓어 오용의 가능성이 있다. 어차피 난민협약은 국가안보 또는 공공질서를 이유로 적법절차에 따라 난민을 추방할 가능성을 이미 열어 두고 있으므로,¹⁵ 이를 난민 불인정 사유로 별도로 명시할 필요는 없다고 본다.

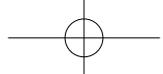
7. 총평: 혐오 추수주의적 입법 시도

위에서 간략하게 검토한 개정안들은 발의 전, 또는 발의 당시에 한국사회에서 넘실댔던 불안과 공포의 담론들을 그대로 적나라하게 반영한 흔적

13 송석준 안

14 난민에 관한 협약 제1조 1F항.

15 난민에 관한 협약 제32조



이 보인다. ‘가짜 난민’의 담론이 넓게 유포되자 ‘거짓 서류 제출’ 등을 난민 불인정 사유에 추가하고, 처벌을 강화하였다. ‘무비자로 난민들이 몰려온다’라는 공포가 확산되자 제주도 무사증 정책을 통해 입국한 난민들의 난민신청권을 정당한 사유 없이 박탈하거나, 재외공관에서만 난민신청을 받도록 하였다. ‘난민신청자들은 관리 감독 없이 전국에 흩어진다’라는 주장은 모든 난민신청자를 시설에 수용하는 법안에 착실히 반영되었다. 이러한 담론들은 충분한 사회적 논의를 거쳐 숙성되지 않고, 선정적인 보도와 인터넷 여론 형성에 힘입어 급격하게 확산된 측면이 있음에도 불구하고, 각 개정안에서 이에 대한 충분한 고찰과 검토의 흔적을 찾기 힘들다. 난민협약 당사국인 한국은 난민을 강제송환하지 않고 보호할 의무가 있으며, 이는 정책적 고려 대상이 될 수 없다. 이번 제주도 예멘 난민 사태는 ‘난민 심사 절차는 어떠해야 하는지’, ‘난민의 한국 사회 통합은 어떠한 방식으로 이루어져야 하는지’ 등 한국의 난민제도 개선을 위해 치열하게 논의할 수 있는 기회이기도 했다. 이러한 논의의 장을 마땅히 마련해야 했던 국회는, 그러지 못하고 즉자적인 반대 또는 혐오 여론에 떠밀려 이러한 반대·혐오 담론에 정당성을 부여하고, 적극적 반대세력이 결집할 수 있는 장을 제공하는 데 급급했다. ‘여론 추수주의’를 넘어서 ‘혐오 추수주의’에 가까운 개정안들에 대한 아쉬움이 크다.

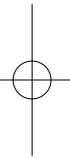
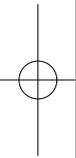
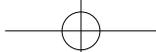


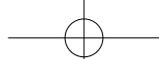
판례평석

1. 구 근로기준법상 휴일근로의 연장근로 포함 여부 | 이정환, 진청아

2. 세월호참사로 인한 손해배상청구 사건 | 이정일

3. 양심적 병역거부가 '권리'임을 선언한 결정 | 임재성





판례평석 1

구 근로기준법상 휴일근로의 연장근로 포함 여부

이정환, 진청아

민법의
총

서론

인본법규

활용보고

진정분석

변론기

입법제안

국제화시대의
인권

판례평석
1

대상판결: 대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다 112391 전원합의체판결¹

목 차

I. 서론

II. 대상판결의 개요

- 1. 사실관계의 요지
- 2. 원심판결의 요지

III. 주요 쟁점 및 대상판결의 요지

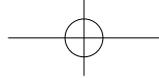
- 1. 주요 쟁점
- 2. 대상판결의 요지
 - 가. 다수의견
 - 나. 반대의견

IV. 대상판결에 대한 검토

- 1. 휴일근로의 연장근로 해당여부
 - 가. 문제점
 - 나. 고용노동부의 행정해석과 관련하여
 - 다. 근로기준법 제·개정 경위와 관련하여
- 2. 가산임금 중복지급 여부
 - 가. 문제점
 - 나. 구 근로기준법 제56조의 문언형식과 구조
 - 다. 가산임금 보상과 규제의 취지
 - 라. 관련규정의 법체계적 해석
 - 마. 목적론적 해석

V. 결어

¹ 관여 법관: 대법원장 김명수(재판장), 대법관 고영한, 김창석, 김 신(주심), 김소영, 조희대, 권순일, 박상욱, 이기택, 김재형, 조재연, 박정화, 민유숙



I. 서론

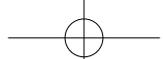
이 사건 전원합의체 판결은 주 40시간을 초과하여 이루어지는 휴일근로 전체에 대하여 이를 ‘연장근로’이자 동시에 ‘휴일근로’로 보고 각각의 할증을 중복하여 가산한 법정수당을 지급해야하는지를 판단한 것으로, 노동계에서 오래전부터 의견대립이 있어온 휴일·연장근로 가산할증 논쟁을 정면으로 다룬 판결이다.

원래 본 사건은 2015. 9. 대법원 전원합의체에 회부됨으로써 법원의 확정적 해석을 앞두고 있었다. 그러나 근로시간 단축에 관한 근로기준법 개정 논의가 진행됨에 따라 판단을 유보하였고, 이후 2018. 3. 20. 1주를 7일로 하여 휴일근로를 포함한 전체 7일간의 근로시간을 총 52시간 이내로 제한하는 내용의 근로기준법 개정안²이 통과된 후인 2018. 6. 21.에야 선고가 내려졌다.

휴일·연장근로 가산할증 논쟁은 2008년 구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 근로기준법’이라 하고, 개정된 후의 것을 ‘개정 근로기준법’)상 ‘1주’가 ‘소정근로일’을 의미하는지 ‘7일’을 의미하는지에 대한 판단으로 귀결된다.

종래 고용노동부는 행정해석을 통하여 ‘1주’의 의미를 ‘소정근로일’로 해석하여 ‘휴일근로’는 주 단위 연장근로의 범위에서 제외(1일 8시간 기준

2 개정 근로기준법 제2조 제1항 제7호 정의규정 추가
“1주란 휴일을 포함한 7일을 말한다.”



연장근로는 별도로 적용된다는 입장을 취해왔다. 그리고 이로 인해 최대 주 68시간을 합법적으로 근로할 수 있도록 하는 근거가 되었다는 비판을 받아왔다. 이에 대하여 대법원이 그간 직접적인 판단을 내린 적은 없었으나, 일부 하급심³의 경우 고용노동부의 행정해석과 상반되는 판단을 내린 바 있었기에, 휴일근로가 연장근로에 포함되는지에 관하여는 지속적으로 논란이 있어 왔다.

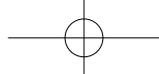
법률의 제한을 받는 연장근로시간의 범위에 휴일근로 시간을 포함시킬 것인지의 문제는 그 결과에 따라 1주간 허용되는 근로시간의 범위가 결정되고, 그 결과 근로자의 근로환경, 소득과 사용자의 인력운용, 기업경영에 큰 영향을 미칠 것으로 예상된다. 따라서 대상판결은 근로기준법 해석에 관한 법리적 의의뿐만 아니라 사회적·경제적으로도 파장이 클 것으로 보인다.

II. 사건의 개요

1. 사실관계의 요지

가. 원고들은 피고(성남시)에게 고용되어 환경미화원으로 근무하다가 퇴직한 사람들이거나 그 상속인들이다.

³ 40시간을 초과하여 휴일에 근로한 경우 연장근로에 해당하여 휴일근로수당과 함께 연장근로수당도 중복하여 지급하여야 한다는 취지로 판단(부산지방법원 2013. 10. 10. 선고 2013가합1139 판결, 서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2012가합 516537 판결 등), 이와 반대로 휴일근로는 연장근로에 해당하지 않으므로 휴일근로수당 외에 연장근로수당을 중복하여 지급할 의무가 없다는 취지로 판단한 경우도 있음(서울고등법원 2012. 2. 3. 선고 2010나 23410 판결, 부산고등법원 2016. 2. 4. 선고 2015나21908 판결 등)



나. 피고는 원고들 또는 그 피상속인들(이하 ‘원고 측’이라 한다)이 속한 노동조합과 체결한 단체협약에 따라 2005. 7. 1.부터 토요일과 일요일을 유급휴일로 정하는 주 40시간 근무제를 시행하였다. 그리고 원고 측은 2005. 10.부터 퇴직할 때까지 주중 5일간 1일 8시간씩 40시간을 근무하고, 휴일인 토·일요일에도 양일 간 1일 4시간씩 근무를 하였는데, 피고는 원고 측의 휴일근로에 대하여 주 40시간 초과여부와 무관하게 연장근로수당을 산정하지 않고 별도로 휴일근로수당만을 지급하였다.

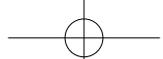
다. 원고들은 근로기준법에 따른 통상임금을 기준으로 산정한 미지급 휴일근로수당, 연차휴가 수당 등의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였고, 휴일근로에 대하여는 휴일근로수당 외에 연장근로수당도 중복하여 지급하여야 한다고 주장하면서 원심에서 청구취지를 확장하였다.

라. 원심⁴ 법원은 원고들의 휴일근로에 대한 연장근로수당 중복지급주장을 받아들여 원고들 일부 승소 판결을 선고하였고, 피고는 이에 불복하여 상고를 제기하였다.

2. 원심판결의 요지

원심의 판단은 원고들이 주중 근로일에 근로기준법상 기준근로시간 40시간을 근무하고 휴일에도 근무하였는바, 위 휴일근로는 연장근로에도 해당하므로 피고는 원고들의 휴일근로에 대하여 휴일근로에 대한 가산임금

4 서울고등법원 2011. 11. 18. 선고 2009나 74153 판결



외에 연장근로에 대한 가산임금도 지급해야 한다는 것이다.

Ⅲ. 주요 쟁점 및 대상판결의 요지

1. 주요 쟁점

대상판결에서는 (1) 연장근로 한도의 기준이 되는 ‘1주 간’의 의미, 즉 ‘1주 간’에 휴일이 포함되는지 여부, (2) 휴일근로도 연장근로에 해당한다고 본다면 그 가산임금을 중복해서 지급해야 하는지 아니면 단순히 휴일근로에 대한 가산임금만 지급하면 되는지 여부가 주로 문제 되었다.

구 근로기준법상 근로시간은 1주 간 40시간을 초과할 수 없고(제50조 제1항), 노사 간 합의 시 1주 간 12시간을 한도로 연장할 수 있으며(제53조 제1항), 연장근로, 야간근로 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하도록 규정(제56조)하고 있다.

먼저 주중에 40시간의 근로를 마친 근로자가 추가로 휴일근로를 한 경우 구 근로기준법상의 근로시간 규제에 관한 ‘1주’에 휴일(토·일요일)이 포함되는지가 문제된다. 근로시간 규제에 관한 ‘1주’의 개념에 휴일이 제외된다면 개념상 휴일근로는 연장근로에 해당하지 않고 최대 주당 68시간(소정근로일 주52시간최대 + 휴일근로 2일 16시간) 근무 가능하며 휴일근로 가산임금만 지급하면 된다. 그러나 포함된다고 본다면, 주간 최대 52시간 근무만이 가능하고 40시간을 초과하여 휴일에 이루어지는 근로는 휴



일근로인 동시에 연장근로에 해당하게 되어 휴일근로수당 외에 연장근로 가산임금을 중복 지급해야한다는 결론이 도출된다. 다만 휴일을 포함하여 1주간 40시간 기준이 적용되어 휴일근로가 연장근로에도 해당할 수 있다고 보는 경우에도, 임금 가산에 있어서는 중복 적용을 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 존재하고, 휴일근로 중 1일 8시간을 초과한 부분과 그렇지 않은 부분이 구별되는지에 관하여도 다툼이 있다.

이에 대하여 대법원이 직접적인 판단을 내린 바는 없으나, 강원산업 사건(대법원 1991. 3. 22. 선고 90다 6545 판결)에서 8시간을 초과한 휴일근로에 관하여 연장근로수당과 휴일근로수당의 중복가산을 인정한 바 있다.

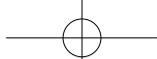
그리고 강원산업사건 판례취지대로 고용노동부는 시간외근로수당과 휴일근로수당이 중복되지 않는다는 종전의 행정해석⁵을 휴일근로 중 8시간 초과부분에 한하여 가산임금의 중복적용을 인정하는 것으로 변경⁶하였으나, 휴일근로가 8시간 범위 내이면 1주 소정의 근로시간 제한을 초과하더라도 연장근로 할증 없이 휴일근로 할증만 지급하면 된다는 종전의 행정해석을 계속 유지하였다.

2. 대상판결의 요지

대상판결은 13명의 대법관 중 5인의 반대의견이 있는 외에는 나머지 법관들의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 2인의 보충의견, 반대의견

5 노동부 행정해석 1981. 6. 19. 근기 1455-19049, 1986. 6. 27. 근기 01254-10474 등

6 노동부 행정해석 1993. 5. 31. 근기 01254-1099



에 대한 1인의 보충의견이 있었다.

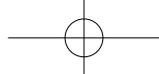
가. 다수의견

- (1) 연장근로 한도의 기준이 되는 ‘1주 간’에 휴일이 포함되는지 여부(소극)
- (2) 휴일근로도 연장근로에 해당된다고 본다면 그 가산임금을 중복해서 지급해야 하는지(소극)

다수의견은 구 근로기준법과 근로기준법 시행령 규정의 내용과 체계 및 취지, 법률 규정의 제·개정 연혁과 이를 통해 알 수 있는 입법취지 및 목적, 근로관계 당사자들의 인식과 기존 노동관행 등을 종합적으로 고려하면, 휴일근로시간은 구 근로기준법 제50조 제1항의 ‘1주 간 기준근로시간 40시간’ 및 제53조 제1항의 ‘1주 간 연장근로시간 12시간’에 포함되지 않는다고 보아야 하므로, 당연한 논리적 귀결로서 휴일근로에 따른 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금은 중복하여 지급될 수 없다고 판단하였다.

다수의견이 제시한 논거는 다음과 같다.

(가) 근로기준법 시행령 제30조는 1주 동안의 소정근로를 개근한 자에 대해서만 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 부여하도록 규정하고 있는 바, 이 조항의 ‘1주’에 휴일이 포함되지 않음은 당연하고, 실무상 기준근로시간을 소정근로시간으로 정하는 것이 보통이므로 1주 간 기준근로시간을 채운 경우에만 유급휴일이 부여된다고 볼 수 있다. 따라서 근로기준법 제50조 제1항의 ‘1주가’ 반드시 휴일을 포함한 7일을 의미한다고 단정할 것은 아니다. 오히려 구 근로기준법 제55조와 제56조는 휴일근로와 연



장근로를 별도로 규율하고 있으므로 1주 간 기준근로시간과 1주 간 연장근로시간은 휴일이 아닌 소정 근로일을 대상으로 근로시간의 규제를 의도한 것으로 이해된다.

(나) 구 근로기준법상 ‘1주’에 휴일을 포함할 것인지의 여부는 근본적으로 입법정책의 영역에 속하는 문제이다. 그런데 근로기준법의 제정⁷ 및 개정 경위⁸를 통해 알 수 있는 입법자의 의사는 휴일근로와 연장근로를 명확히 구분하여 휴일근로시간을 연장근로시간에 포함하지 않겠다는 것이 분명해 보인다.

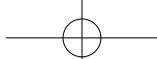
(다) 휴일근로시간이 1주 간 기준근로시간 및 1주 간 연장근로시간에 포함되지 않는다는 것은 근로관계 당사자들 사이에서 일종의 사회생활규범⁹으로 자리 잡았다고 평가할 수 있고, 이와 달리 해석하는 것은 근로관계 당사자들의 오랜 신뢰에 반하고 법적 혼란을 초래할 것으로 보여 받아들이기 어렵다.

(라) 구 근로기준법상 휴일근로도 연장근로에 포함되어 1주간 최대 근로시간이 52시간이라고 해석하게 되면, 국민의 대표기관인 국회가 오랜

7 1953년 제정 근로기준법에 의하면 1주간 기준근로시간 한도가 48시간이었으므로 1일 8시간씩 6일의 소정근로일을 개근한 경우 주휴일에 근로하게 되면 당연히 기준근로시간을 초과하게 됨에도 제정 근로기준법은 유급의 주휴일을 보장하는 것에 그치고 주휴일의 근로에 대해 연장근로 가산수당 지급의 대상으로 규정하지 않았고 휴일근로에 대한 가산입금도 인정하지 않았다.

8 개정 근로기준법은 구 근로기준법상 휴일근로시간이 1주 간 기준근로시간 및 1주 간 연장근로시간에 포함되지 않는다는 해석을 전제로 하여 제2조 제1항 제7호로 정의규정을 추가함으로써 향후에는 휴일근로시간도 위 각 근로시간에 포함시키되 개정 법률이 즉시 시행되는 경우 1주간 최대 근로시간이 52시간으로 대폭 감소하게 됨에 따라 발생할 사회·경제적 혼란을 방지하기 위하여 사업장 규모별로 시행시기를 달리 정하고 한시적 특별연장근로까지 허용한 것으로 이해된다.

9 고용노동부는 일관되게 휴일근로시간이 1주간 연장근로시간에 포함되지 않는다고 해석해왔고, 이 같은 행정해석에 기초하여 노사 간에도 별다른 이의제기 없이 휴일근로가 이루어져 왔다.



시간 노사 양측의 상충하는 이해관계를 조정하고 각계각층의 다양한 의견을 수렴하여 마련한 개정 근로기준법 부칙조항과 모순¹⁰이 생기고, 그 적용과정에서 불합리하고 혼란스러운 결과¹¹가 발생하는 것을 피하기 어려워 법적 안정성을 깨뜨린다.

(마) 결국 구 근로기준법상 휴일근로시간은 1주 간 기준근로시간 및 1주간 연장근로시간에 포함되지 않는다고 보아야 하므로, 당연한 논리적 귀결로 휴일근로에 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금은 중복하여 지급될 수 없다.

이와 같은 이유로 원심판결의 피고 패소부분 중 휴일근로에 대한 연장근로 가산임금 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

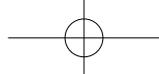
그리고 이 다수의견에 대하여 2인(대법관 박상옥¹²과 김재형¹³)의 보충의견이 있었다.

10 구 근로기준법에서 규정하는 '1주가 휴일을 포함한다고 해석할 경우, 개정 근로기준법에서 부칙조항을 통하여 사업장 규모별로 각각 정한 '1주'의 정의에 관한 신설조항의 시행시기가 미처 도래하기도 전에 사업장 규모와 상관없이 일률적으로 1주간 최대 근로시간을 52시간으로 적용하는 법률효과가 곧바로 나타나게 되어 개정 근로기준법 부칙조항은 그 의미를 상실하게 된다.

11 30인 미만 사업장에서는 2021. 7. 2. 전까지는 1주 최대 52시간까지만 근로할 수 있다가 오히려 2021. 7. 1.부터 2022. 12. 31.까지는 한시적으로 1주 최대 60시간까지 근로가 가능해지는 이해하기 어려운 상황에 이르게 된다.

12 구 근로기준법상 1주 간을 휴일을 포함한 7일로 보는 것은 개정 근로기준법에 정의 규정 및 부칙 규정을 둬으로써 구 근로기준법상 휴일근로시간이 1주 간 기준근로시간 및 1주 간 연장근로시간에 포함되지 아니한다는 입법자의 의도에 반하여 권력분립의 원칙 위반이 될 수 있으므로 지양하여야 한다.

13 문언적·법체계적·목적론적 해석을 하면, 휴일근로가 근로기준법이 정한 1주간 기준근로시간 40시간을 초과하여 이루어진 연장근로에 해당하더라도 휴일근로에 따른 가산임금 외에 연장근로에 따른 가산임금을 중복 지급할 의무를 인정할 수 없다.



나. 반대의견

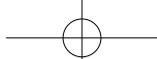
- (1) 연장근로 한도의 기준이 되는 '1주간'에 휴일이 포함되는지 여부(적극)
- (2) 휴일근로도 연장근로에 해당된다고 본다면 그 가산임금을 중복해서 지급해야 하는지(적극)

5명의 대법관은 휴일근로시간도 구 근로기준법 제50조 제1항의 '1주간 기준근로시간 40시간' 및 제53조 제1항의 '1주간 연장 가능한 근로시간 한도 12시간'을 합한 1주간 최대 근로시간인 52시간에 포함되며, 휴일근로와 연장근로가 중복되는 경우에 휴일근로에 따른 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금을 각각 지급해야한다는 반대 의견을 제시하였다.

반대의견이 제시한 논거는 다음과 같다.

(가) 법률을 해석할 때는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하여야 하고, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한된다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다 81035 판결 등 참조). 그리고 '근로시간'이란 근로자가 사용자의 지휘·감독을 받아 근로계약상의 근로를 제공하는 시간, 즉 실 근로시간을 말한다(대법원 1992. 10. 9. 선고 91다 14406판결 참조).

(나) '1주간'은 통상 월요일부터 일요일까지 또는 일요일부터 토요일까지 달력상의 7일을 의미한다. 1주간 기준근로시간을 정한 구 근로기준법 제50조 제1항에서 그 '1주간'에 휴일을 제외한다는 별도의 규정을 두지



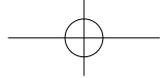
않았고, 구 근로기준법 제53조 제1항 역시 1주 간 연장 가능한 근로시간 한도를 규정하면서 1주 간의 어떤 날을 특별히 배제하고 있지 않다. 여기서의 '1주 간'과 '근로시간'을 앞에서 말한 의미와 달리 해석할 근거가 없다. 또한 구 근로기준법 제55조와 제56조에서 휴일근로를 금지하는 특별한 제한을 두고 있지도 않다.

(다) 근로기준법은 기준근로시간을 연장할 수 있는 한도를 정하여 연장근로를 엄격히 규제하고 있으며, 이를 위반할 경우 형사처벌까지 하고 있는바(제110조 제1호), 1주 간 기준근로시간을 초과하여 이루어지는 휴일근로를 연장근로에 해당하지 않는다고 본다면 연장 가능한 근로시간 한도를 초과하는 근로가 가능하게 되어 연장근로시간의 상한을 정하여 이를 엄격히 준수하게 한 근로기준법의 취지에 부합하지 않는다.

(라) 따라서 휴일 아닌 근로일의 근로시간이 40시간 미만이지만 휴일근로시간을 합하여 1주 간 근로시간이 40시간을 넘는 경우에 40시간을 초과하여 이루어진 휴일근로 부분 또는 휴일 아닌 근로일에 이미 40시간 이상을 근무하였는데도 추가로 이루어진 휴일근로는 모두 연장근로에 해당한다.

(마) 구 근로기준법 제56조의 문언 형식과 구조상, 휴일근로와 연장근로가 중복되는 경우에 휴일근로에 따른 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금은 각각 지급하여야 한다.

(바) 휴일근로는 연장근로와 비교할 때 성격을 달리하고, 구 근로기준법 제56조에 따른 가산임금의 보상과 규제의 취지 역시 전혀 다르다. 또한



제56조에서 말하는 가산임금 지급대상이 되는 연장근로시간에 휴일근로 시간이 포함된다고 해석하는 것이 관련규정들의 법체계적 해석이나 개념 정의에도 부합한다.

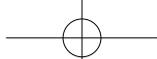
그리고 이 반대의견에 대해서도 1인(대법관 김신¹⁴)의 보충의견이 있었다.

IV. 대상판결에 대한 검토

다수의견의 판시내용은 법률 내의 논리적 체계보다는 입법자의 정책적 취지나 현장에서의 적용 관행을 중시한 해석 관점에 입각해 있다고 평가할 수 있다. 반면, 반대의견은 법문에 충실한 문언해석의 원칙에 입각하여 판단하였다.

생각건대 다수의견의 판시내용은 아래와 같은 이유로 부당하다. 각 쟁점별 다수의견이 실시한 근거들의 문제점을 살펴본다.

14 개정 근로기준법이 마련한 부칙조항이 무의미해진다는 문제가 있음에도 불구하고 근로기준법 개정을 전후하여 구 근로기준법에 대한 해석론이 변경될 수 없고, 개정 입법의도 역시 근로시간 단축에 있으므로 반대의견의 해석론이 권력분립의 원칙에 반하지도 않는다.



1. 휴일근로의 연장근로 해당 여부

가. 문제점

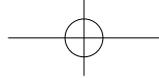
다수의견은 구 근로기준법상 '1주'에 휴일을 포함할 것인지의 여부가 근본적으로 입법정책의 영역이라고 전제하고, 근로기준법의 제·개정 경위를 통해서 입법자의 의사가 휴일근로시간을 연장근로시간에 포함하지 않겠다는 것이라 판단하였다.

그러나 '1주'에 대한 해석이 입법정책의 영역인지도 의문이고, 이것이 통상적인 일반인의 인식인 '7일'이 아닌 '5일'이라고 주장하기 위해서는 법에 근거가 필요할 것인바, 이를 입법자의 의시라고 추단하는 것은 매우 위험한 것이다. 단순히 고용노동부가 5일이라고 해석하였다고 하여 일주일일이 5일이 되는 것은 아닐 것이다.

나. 고용노동부의 행정해석과 관련하여

다수의견이 주된 근거로 삼은 고용노동부의 행정해석은 관습법 등 법원(法源)이라고 볼 수 없다. 더욱이 고용노동부의 행정해석이 근로관계 당사자들 사이에서 일종의 사회생활규범으로 자리 잡았다거나 일반화되었다고 인정할 근거도 없다.

또한 그동안 휴일근로시간이 연장근로시간에 포함된다는 것을 전제로 한 소제기가 없었다거나 근로시간 규제위반으로 형사처벌을 받은 바도 없다는 것만으로 당사자들 사이에 다툼 없이 관행으로 자리 잡았다고 보는



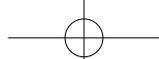
것은 무리가 있다 할 것이다. 현재 대상판결과 관련사건이 대법원에만 22건이며, 하급심에 동일 쟁점의 많은 사건들이 재판 진행 중이라는 점만 보아도 이 쟁점과 관련한 법적인 분쟁이 없었다고 보기 어렵다. 또한 형사처벌과 관련해서도 처벌된 사례가 없는 것은 고의가 문제되었기 때문이므로, 그 자체가 고용노동부의 해석을 따르고 있는 사업장들이 법률을 위반한 것이 아니라는 증거가 되지는 못한다.

따라서 고용노동부의 행정해석이 일부 통용되고 있다고 하여 이를 법해석의 근거로 삼는 것은 잘못된 행정해석을 사후적으로 승인하는 것으로서 잘못이다.

다. 근로기준법 제·개정 경위와 관련하여

다수의견은 근로기준법 제정 당시 1주 간 기준근로시간 한도가 48시간이었으므로 1일 8시간씩 6일의 소정근로일을 개근한 경우 주휴일에 근로하게 되면 기준근로시간이 초과하게 됨에도 주휴일의 근로에 대해 연장근로 가산수당 지급의 대상으로 정하지 않았고, 휴일근로에 대한 가산임금을 인정하지 않았다는 것을 근거로 제시했다. 그러나 그것은 휴일근로에 따른 가산임금 규정이 도입된 1960년대 이전에 휴일과 관련한 근로자의 권리보호의 이념이 제정법에 반영되지 않았다는 것을 의미할 뿐이고, 그 자체로 휴일근로시간을 연장근로시간에 포함하지 않았다는 입법자의 의도가 도출될 수는 없다.

개정 근로기준법과 관련하여서도, 소송 진행 중 근로기준법이 개정되었다고 하여도 개정법에 맞추어 구 근로기준법 해석을 변경할 수는 없는 것



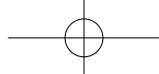
이다. 즉, 구 근로기준법 해석상 1주간 최대 근로시간은 휴일근로시간을 포함하여 52시간임이 분명한데, 개정 근로기준법의 부칙조항과 조화하기 위하여 최대 근로시간이 68시간 또는 그 이상을 허용하였던 것이라고 해석을 변경하는 것은 논리적 오류이다.

개정 근로기준법의 입법 의도는 장래를 향할 뿐이며, 구 근로기준법에 관한 해석이 개정 근로기준법의 입법 취지와 목적에 따라 좌우된다는 것은 시간적 선후관계에도 맞지 않을 뿐더러 적절한 근거가 되지 못한다.

오히려 근로기준법상 근로시간 규제의 변천과정을 보면, 근로자의 삶의 질 향상을 위해 1주간 기준근로시간을 거듭 축소해왔음을 알 수 있다. 다수의견에 따르면, 휴일에도 1일 8시간이 넘는 연장근로가 가능한 것인지 여부가 분명하지 않고, 휴일근로가 1일 8시간까지만 허용된다 하더라도 노사간 합의에 따라 구 근로기준법상 허용되는 1주 간 최대 근로시간이 달라지는 문제가 있다. 따라서 이러한 다수의견에 따른 해석은 근로기준법의 개정방향과 정면으로 배치된다고 볼 수 있다.

라. 소결

이와 같이 대상판결 다수의견은 잘못된 행정해석을 승인하고 근로기준법 제개정 경위를 오도함으로써 구 근로기준법상 '1주 간'에 휴일은 포함되지 않는다고 하여 정당한 법해석을 포기하였다.



2. 가산임금 중복지급 여부

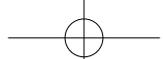
가. 문제점

다수의견은 휴일근로가 연장근로에 해당하지 않으므로 당연한 논리적 귀결로서 휴일근로에 따른 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금은 중복하여 지급될 수 없다고만 판시하였다. 다만 김재형 대법관은 다수의견에 대한 보충의견에서 문언적·법체계적·목적론적 해석을 통해 휴일근로시간이 연장근로시간에 포함된다고 하더라도, 가산임금이 중복하여 지급될 수 없다고 설시하였다.

나. 구 근로기준법 제56조의 문언형식과 구조

구 근로기준법 제56조의 문언은 연장근로, 야간근로, 휴일근로에 해당할 경우 통상임금의 100분의 50 이상을 지급하여야 한다는 세 개의 문장은 ‘와’와 ‘또는’으로 연결하여 하나의 문장으로 묶은 것에 불과하다. 예를 들어, 건축법 시행규칙 제12조에서도 A ‘또는’ B라고 규정하고 있으나, 법제처는 이를 ‘및’으로 해석할 수 있다고 유권해석¹⁵ 한 바 있다. 즉 각각의 경우에 경제적 보상기준을 정한 것이므로 중복지급 규정이 없다고 하여 중복 지급해서는 아니 된다고 해석할 것은 아니다.

15 법제처 법령해석 사례, ‘건축물의 용도변경시 “용도변경에 따라 변경되는 내화·방화·피난 또는 건축설비에 관한 사항을 표시한 도서”를 첨부하여야 하는데, 내화·방화·피난에 관한 사항과 건축설비에 관한 사항이 모두 변경되는 경우에 변경되는 내화·방화·피난에 관한 사항과 변경되는 건축설비에 관한 사항을 모두 표시한 도서를 제출하여야 하는지 여부(「건축법 시행규칙」 제12조의2제1항제2호 관련)’, 안건번호12-0226회신일자2012-04-27, [292 민주사회를 위한 변론 111호](http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawAnalysis/nwLwAnList?searchCondition=3&searchKeyword=%EA%B1%B4%EC%B6%95%EB%B2%95+%EC%8B%9C%ED%96%89%EA%B7%9C%EC%B9%99&csSeq=101806&rowIdx=6, 2012, 4, 27.”</p></div>
<div data-bbox=)



또한 구조적인 측면에서도, 가산 사유가 중복되는 다른 경우(야간근로가 연장근로인 경우, 야간근로가 휴일근로인 경우)에 가산임금을 중복 지급하는 점에 대하여 이론이 없는데 반하여 유독 휴일근로가 연장근로인 경우에만 다르게 취급할 이유가 없다.

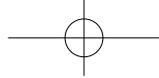
다. 가산임금 보상과 규제의 취지

다수의견에 대한 보충의견에서는 휴일근로와 연장근로는 모두 근로의 무 마친 뒤 추가로 이루어지는 근로를 공통적인 할증 원인으로 하는 것으로 그 성질상 임금 가산의 근거가 같고 독자적인 평가가치를 가지지 않는다고 한다.

그러나 연장근로는 시간의 절대적 총량이, 휴일근로는 근로시간의 위치가 판단근거이자 제한 근거라는 점에서 보호 목적과 성격이 다르다. 근로시간 규제의 측면에서, 연장근로 가산규정의 경우 기준근로시간 준수 도모가 목적인 반면에, 휴일근로 가산규정은 휴일 제도의 실효성을 도모하려는 것으로서 규제목적은 달리한다. 따라서 중복 지급이 이중평가에 해당한다고 볼 수 없다.

형평의 관점에서 보아도, 휴일근로가 동시에 연장근로에 해당하는 경우에는 연장근로에 해당하지 않는 휴일근로와 비교하여 근로자에게 더 큰 희생을 요구하는 것임에도 불구하고 같지 않을 것을 같게 취급하는 것으로 불평등하다고 볼 수 있다.

더욱이 가산사유 중 둘 이상에 해당함에도 어느 하나의 가산임금을 지

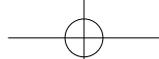


급하지 않아도 된다고 해석하는 것은 가산임금 지급의무 위반 시 형사처벌 대상으로 하는 근로기준법을 잠탈하는 결과를 초래한다는 점에서 문제가 있다.

라. 관련규정의 법체계적 해석

구 근로기준법 제56조 규정과 관련 규정인 제50조,¹⁶ 제53조¹⁷의 규정을 함께 살펴보면 가산임금 지급대상인 연장근로시간에 휴일근로시간이 포함된다고 해석하는 것이 법체계적 해석이나 개념 정의에도 부합한다는 것을 알 수 있다. 제56조는 연장근로를 야간근로 또는 휴일근로와 구분된 개념¹⁸으로 이해하고 있으므로 야간 또는 휴일에 연장근로가 이루어졌다고 하여 가산임금의 대상이 되는 연장근로의 개념범주에서 제외되는 것은 아니다.

- 16 제50조(근로시간) ① 1주 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다.
 ② 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다.
 ③ 제1항 및 제2항에 따른 근로시간을 산정함에 있어 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다.
- 17 제53조(연장 근로의 제한) ① 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.
 ② 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제51조의 근로시간을 연장할 수 있고, 제52조제2호의 정산시간을 평균하여 1주 간에 12시간을 초과하지 아니하는 범위에서 제52조의 근로시간을 연장할 수 있다.
 ③ 사용자는 특별한 사정이 있으면 고용노동부장관의 인가와 근로자의 동의를 받아 제1항과 제2항의 근로시간을 연장할 수 있다. 다만, 사태가 급박하여 고용노동부장관의 인가를 받을 시간이 없는 경우에는 사후에 지체 없이 승인을 받아야 한다.
 ④ 고용노동부장관은 제3항에 따른 근로시간의 연장이 부적당하다고 인정하면 그 후 연장시간에 상당하는 휴게시간이나 휴일을 줄 것을 명할 수 있다.
- 18 제56조는 가산임금의 지급대상인 근로의 범위를 '연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로'라고 명시하고 있다. 제53조에 따라 연장된 시간의 근로는 제50조에 따른 기준근로시간을 초과한 근로를 의미할 뿐 휴일이나 야간에 이루어졌는지를 구별하지 않는다. 야간근로는 그 근로시간을 명시하고, 휴일근로는 특정의 근로라는 점에서 연장근로와 구분된 개념으로 이해하고 있다.



다. 목적론적 해석

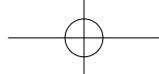
구 근로기준법 제56조의 입법연혁과 관련하여 제정 근로기준법 원안에서는 연장근로 30%, 휴일근로 50%로 가산규정을 두었다가 국회 심의과정에서 휴일근로에 대한 별도 가산을 인정하지 않는 수정안이 통과된 바 있다.¹⁹ 그러나 이를 두고 휴일근로에서 연장근로와의 중복적용이 고려대상이 아니었다고 판단하기는 부족하다. 실제로 제15대 국회 정기회의 속기록²⁰에서 태완선 의원이 ‘1주일 내내 일했다면, 일요일에는 2배의 임금을 지급하는 것이 마땅하다’고 발언한 것도 확인²¹되며, 논의 자체는 있었으나 중복가산이 명시적으로 규정되지 않았던 것에 불과하다고 보아야 한다. 따라서 이러한 입법연혁은 중복가산을 부정할 근거가 되지 못한다.

마지막으로 휴일날 연장근로에 대한 중복가산을 인정함에 따라 사용자들이 부담하게 될 경제적 파급효과를 지나치게 고려하는 것은 문제이다. 우리 입법자는 1961년에 휴일 가산수당제도를 입법하였고, 그 목적은 사용자에게는 금전적 부담을 주어 사전에 연장 및 휴일 근로를 억제하고 근로자에게는 희생에 상응하는 경제적 보상을 지급하기 위함이었다. 그런데 이를 다시 사용자에게 부담이 되므로 제한해석하자는 태도는 본말이 전도된 것이다.

19 이홍재, 「근로기준법 제정심의를 주요쟁점」, 『서울대학교 法學』 제50권 제3호 2009년 9월, 103면 하단, 105면 하단.

20 국회속기록 제15회 제51호, 6면 중단

21 대법원, ‘휴일근무에 대한 연장근로수당 사건 공개변론 동영상’ 대본 중 원고대리인 양제상 발언, <http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityViewAction.work?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seqnum=11&searchWord=>, 2018. 2. 13.



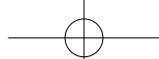
바. 소결

따라서 휴일근로시간이 연장근로시간에 포함되는 경우, 문언적·법체계적·목적론적 해석과 가산임금 보상과 규제의 취지를 고려할 때 가산임금이 중복하여 지급될 수 있다고 보는 것이 타당하다.

V. 결어

대상판결은 근로시간 단축 개정 법안이 마련되기 이전부터 수년간 쟁점이 되어왔던 휴일근로의 중복할증 문제에 관해 중지부를 찍은 판결로서 의의가 있다. 개정 근로기준법에서는 휴일근로에 관한 중복 가산임금은 지급하지 않는 것을 명문화하여 입법적으로 해결하였지만, 소급효가 인정되지 않으므로, 개정 근로기준법 적용 이전의 사건의 대해서는 휴일근로의 연장근로 포함여부가 명확히 해결되지 않았었다. 특히 중복할증 논쟁에 더하여 근로시간 규제 위반은 형사처벌도 문제되었으므로 이를 분명히 할 필요가 있었으나, 이 판결로 인하여 이를 둘러싼 불확실성이 종국적으로 해소된 것으로 평가된다.

그러나 대상판결은 1주 최대 68시간의 근로를 인정하여 온 과거 고용노동부 행정해석을 인정하는 판결로 결국 고용노동부가 해온 종전의 잘못된 행정해석을 사후적으로 승인한 셈이 되어버리고 말았다. 대상판결은 '1주'의 개념에 휴일을 포함하지 않는다는 해석을 바탕으로 근로시간을 줄이기 위한 사회적 노력을 입법부와 행정부의 몫으로 돌리고 외면하였다.



민법의
총

시론

인들답구

활용보고

집중분석

변론기

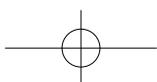
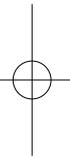
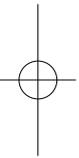
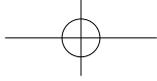
입법제안

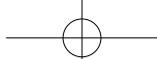
국제화시대의
인권

판례평석
①

대법원은 휴일근로가 연장근로에 포함돼 1주 최대 근로시간이 52시간으로 해석할 경우, 개정 근로기준법을 사업장 규모별로 순차적으로 적용하기로 한 점과 모순이 생긴다는 사유로 위와 같은 해석을 배척하였는데, 개정법의 순차적 적용은 사업장에 미칠 파급효과를 단계적으로 완화하기 위한 정책적 방식에 불과하며 기존의 논란을 고려할 때 구법의 해석과 분리하여 접근할 필요성이 있다. 따라서 개정법의 순차적 적용 사실만으로 기존 구법의 해석과 논리적 모순 관계에 있다고 결론짓는 것은 무리한 판단이다.

이렇듯 휴일 근로와 연장근로를 중복하여 가산하지 않는 것으로 판단한 대상판결은 여러모로 불합리하다. 한편, 더 나아가 개정입법에서는 대상판결과 같이 중복 가산임금을 인정하지 않는 것을 명문화해버렸다. 비록 노사 양측의 이해관계를 조정하려는 고민의 산실이라고 선해한다 하더라도, 이는 근로기준법의 취지 및 근로시간을 줄이고자 하는 사회적 노력을 외면하는 것으로 매우 아쉬운 개정이라 할 것이다.





민
변
의
중

시
론

인
본
문
본
문

활
용
보
고

진
중
본
문
본
문

변
문
기

입
법
제
안

국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석
②

판례평석 2

세월호참사로 인한 손해배상청구 사건

- 서울중앙지방법원 2015가합560627,
2016가합540934 등 손해배상(기)(병합) -

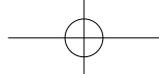
이정일

1. 시작하며: 왜 이 사건 소는 제기되었는가.

가. 2014. 4. 16. 세월호참사의 발생

인천-제주간 여객운송사업을 영위하던 여객운송사업자인 (주)청해진해운은 2012. 10.경 일본 연안에서 운항되던 여객선인 ‘나미노우에호’를 수입하였다. (주)청해진해운은 배 이름을 ‘세월호’로 바꾼 다음 수리 및 증축 공사를 마쳤다. 그 후 2013. 3. 14. 인천지방해양항만청으로부터 해상여객운송사업 계획 변경 인가를 받아 인천-제주 항로에서 운항을 시작하였다.

2014. 4. 15. 21:00경 인천에 있는 연안부두에서 수학여행을 가는 단원과 학생 등 총 447명의 승객을 태운 세월호는 제주도를 향하여 출항하였다. 2014. 4. 16. 08:48경 전남 진도군 병풍도 북방 1.8해리 해상에서 145도 방향의 우현 변침을 시도하던 중 선체가 좌현 측으로 급속히 기울어지면서 넘어졌다. 참사당일 08:52 119 구조신고를 받은 후 목포해경 소속



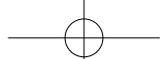
123정은 08:58경 출동하였고, 09:16경 현장지휘자로 지정받았다. 넘어져 가고 있던 절체절명의 위시상황에서 1차적인 승객구조책임이 있었던 선원들은 09:46분경 세월호를 탈출하였다. 현장지휘자이었던 해경123정장은 선원들만 구조하고 승객구조에 필요한 퇴선방송을 하지 않았다.

넘어져 다시 복원되지 않은 채 표류하던 세월호는 10:30 경 뱃머리만을 남겨준 채로 완전히 침몰하였다. 이 사고로 인하여 세월호에 탔던 승객과 승무원 476명 중 304명이 구조되지 못하여 사망하는 등 대형 참사가 발생하였다.(이하 ‘이 사건 사고’라고 합니다.). 사망한 희생자의 상당수는 단원고 학생들이었고, 이 참사과정이 생생히 보도되는 과정은 많은 국민들에게 큰 충격을 주었다.

세월호참사 당일 09:20경 이후 해경상황실에서 국가안보실(국가위기관리센터)로 “474명 탑승 여객선 침수”라는 급박한 위기상황이 전파되었음에도 박근혜 대통령의 역할은 부재하였다. 참사 당일 17:15경 중앙재해대책본부를 방문하여 “구명조끼를 학생들은 입었다고 하는데 그렇게 발견하기가 힘들니까.”라는 말로 희생자 유가족을 더욱 분노하게 하였다.

나. 진상조사위원회의 활동경과

세월호참사로 희생한 유가족들은 물론이고 세월호참사에 큰 충격을 받은 국민들은 참사가 왜 발생하게 되었는지에 대해서 진상규명을 요구했다. 350만 1,266명이 특별법을 제정해 달라고 국회에 입법청원도 하였다. 어렵사리 제정(2014. 11. 7.)된 ‘4·16세월호참사 진상규명 및 안전사회 건설 등을 위한 특별법(2015. 1. 1.시행)’에 의하여 발족한 ‘4·16세월호참사특별조사위원회(이하 ‘제1기특별조사위원회’라고 합니다)’는 2016. 6. 30.



박근혜정부에 의하여 강제로 활동종료를 당하였다.¹

희생자 유가족들 그토록 바랐던 세월호의 침몰원인과 승객구조실패에 대한 진상활동은 시작도 하지 못한 채 박근혜 정부의 방해 행위로 중단되었다.

다. 왜 이 소송이 시작되었는가

이 사건에 참여한 희생자 유가족은 2015. 9. 23. 손해배상청구 소송을 서울중앙지방법원에 제기하였다. 이 시기는 박근혜정부가 언론·새누리당(한국당)·해수부 등 모든 방법을 동원하여 제1기 특별조사위원회의 진상규명 활동을 방해했던 시기이다. 박근혜 정부는 제1기 특별조사위원회가 설립준비 행위를 준비하던 때부터 ‘세금도둑’이라는 말로 언론 등을 통해 활동방해를 시작하였고, 새누리당이 추천한 위원들도 특별조사위원회 내부에서 방해 행위를 계속하였다. 박근혜 정부는 제1기 특별조사위원회가 조사활동에 필요해서 신청한 예산을 반토막으로 삭감하였고, 특별조사위원회의 공무원 파견 요청에 대해서도 강제로 활동을 종료 할 때까지도 파견하지 않았던 공무원도 상당히 많았다.

세월호침몰원인과 구조실패에 대한 진상규명 활동이 방해받던 그 시기에 희생자 유가족들은 스스로 세월호참사의 진상을 밝히고, 그 책임자에 책임을 묻기 위하여 이 사건 소를 제기하였던 것이었다.

1 서울행정법원 2016구합78097 공무원보수지급청구 사건에서 “특별조사위원회의 인적·물적구성이 실질적으로 완비된 2015. 8. 4.”이 특별조사위원회의 활동기산점인 ‘위원회가 구성을 마친 날’이라고 보았다. 이로서 박근혜정부의 강제 활동종료 행위가 위법하다는 것이 판단되었다.



2. 대상판결의 요지: 법원은 어떻게 답하였는가.

가. 세월호의 침몰원인

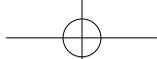
세월호는 2014. 4. 16. 08:48경 전남 진도군 조도면 병풍도 북방 1.8마일 해상에 이르러 당직조타수였던 조준기가 당직항해사 박한결의 감독 하에 세월호의 우현 변침을 시도하던 중 선체가 좌현측으로 급속히 기울어졌다. 그 과정에서 과적된 상태로 부실하게 고박 된 화물이 좌현 쪽으로 급격하게 쏠리게 되었고, 그 영향으로 세월호는 좌현 측으로 더욱 기울게 됨으로써 복원력이 상실되어 결국 좌현으로 약 30도 전도되었다.

즉, 서울중앙지방법원은 세월호침몰원인을 세월호의 복원성불량, 화물 과적과 고박부실에 의한 것이라고 보았다. 이러한 판단은 검경합동수사본부의 결론과 다르지 않았다.

나. 구조실패의 원인

(1) 세월호 선장과 선원들의 대응조치 불이행과 퇴선

2014. 4. 16. 같은 날 09:07경 선원들은 진도 VTS 및 부근을 향해 중이던 둘라에이스호와의 교신을 하면서, 경비정과 인근 선박들이 구조를 위해 오고 있다는 사실을 알게 되었고, 승객들의 퇴선을 유도해 줄 것을 요청받았다. 그럼에도 이들은 대피명령 및 퇴선명령, 승객 퇴선유도 등 승객을 구조하기 위한 아무런 조치도 취하지 아니한 채, 계속해서 선내 대기 안내방송만을 하도록 하고, 09:37경 이후부터는 진도 VTS로부터의 교신에도 응답하지 않았다. 기관부 선원들은 같은 날 09:06경부터 3층 복도에 모여 구명조끼를 입고 구조만을 기다리다가 09:38경 해양경찰 구명단



정이 세월호의 좌현으로 접근하자, 승객들과 다른 선원들을 세월호에 그대로 남겨둔 채 밖으로 나간 뒤 09:39경 해양경찰 구명단정에 탑승하여 먼저 세월호를 퇴선하였다. 그러자 조타실에 있던 선장과 선원들도 09:39경 승객들을 세월호에 그대로 둔 채 곧바로 밖으로 나간 후, 09:46경 해양경찰 123정에 탑승하여 세월호에서 퇴선하였다.

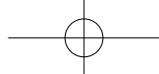
(2) 해양경찰의 대응 및 구조실패

1) 구조세력의 출동 및 도착

목포해양경찰서 상황실은 08:57경 및 08:58경 두 차례에 걸쳐 진도 연안 3구역 내에서 해상경비 등 임무를 수행 중이던 123정에 출동지시를 하였고, 위와 같은 지시를 받은 123정은 세월호 사고 현장으로 출동하였다. 123정은 사고현장으로 이동 중 같은 날 09:16경 서해지방경찰청 상황실로부터 「해양경찰청 해상 수색구조 매뉴얼」에 근거한 현장지휘관(OSC, On-Scene-Commander)으로 지정되었음을 통보받았고, 123정은 09:30경 세월호사고 현장에 도착하였다.

2) 123정의 퇴선유도초치 미실시 등 구호조치 소홀

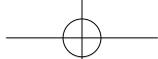
123정장은 09:30경 세월호사고 현장 1마일 앞 해상에 도착하여 쌍안경으로 직접 세월호 상황을 확인하여 구조를 기다리는 승객들이 세월호 갑판뿐만 아니라 바다 위 등 어디에도 보이지 않아 450명에 이르는 대부분의 승객들이 세월호 선내에 있다는 것과 세월호가 약 40°~50° 정도로 기울어져 있는 것을 육안으로 목격하였음에도, 세월호의 선장·선원들을 통한 퇴선유도조치 등 승객들의 퇴선을 유도하는 어떠한 조치도 취하지 아니하였다.



다. 책임의 근거(대한민국의 책임에 한하여)

123정장은 서해지방해양경찰청 목포해양경찰서 소속 경비정인 123정의 정장으로서 진도 연안3구역 내의 해양경비, 해난구조 등 해양경찰의 관할범위에 속하는 활동을 수행하여야 할 임무와 함께 선박의 침몰·침수·전복 등으로 인한 다수의 인명피해 우려 등 재난발생시 경찰공무원법, 수난구조법 등 관계 법령 및 「해상수색구조 매뉴얼」 등 해양경찰 업무 매뉴얼에 따라 신속하게 수색 및 인명구조 업무를 수행해야 할 임무가 있었다. 특히, 400명이 넘는 인원을 태운 세월호가 바다 한가운데서 침몰해 가고 있어 신속하게 현장 상황을 파악하고 승객들에 대한 퇴선조치 등 구조조치를 취하지 않는다면 승객들의 생명 등을 보호할 수 없는 상황에서 123정장은 세월호 사고 현장의 현장지휘관으로 지정되어 그 곳에서 구조활동 중인 구조세력에 대한 포괄적인 지휘권한을 부여받았으므로, 신속하게 승객들에 대한 퇴선조치를 실시하여 이들의 생명을 보호할 의무를 다하여야 했다.

그럼에도 123정장은 세월호 승객들에 대한 구조 업무를 수행함에 있어서, ① 세월호 사고 현장 도착 이전 세월호와 교신하며 상황을 파악하고 적절한 구조지휘를 하지 않았고, ② 세월호사고 현장에 도착한 09:30부터 09:44경까지 세월호선장 또는 선원과의 교신을 통한 승객 퇴선유도 조치를 하지 않았으며, ③ 09:30경부터 123정의 방송 장비를 이용한 승객 퇴선유도 및 123정 승조원에 의한 갑판에서의 승객 퇴선유도 조치를 하지 않은 과실이 인정되는바, 이는 구조업무를 담당하는 해양경찰관이 과실로 인하여 현저히 불합리하게 공무를 처리함으로써 직무상의 의무를 위반한 위법행위에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서, 123정장의 업무상 주의의무위반과 희생자들 사망의 결과 사이에는 상당인과관계가 있으므로 대한

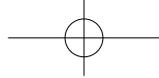


민국은 책임을 부담한다고 하였다.

라. 배상책임의 범위(위자료 부분에 한하여)

특히 대형재난사고는 당연히 기대되는 안정성의 결여가 빚은 대형 참사로, 피해자의 과실이 개입될 여지가 거의 없고, 가해자의 불법성에 대한 비난의 정도가 매우 크며, 다수의 피해자에게 참혹한 결과가 발생하고, 사고발생의 원인과 책임소재의 규명 및 배상과 관련된 분쟁이 오랜 기간 계속되는 경향이 있으므로, 피해자와 유족의 정신적 고통이 심하게 가중되게 되는 점, 대형재난사고는 그 영향이 사회적·경제적으로 중대하고 광범위할 뿐만 아니라, 재발가능성에 대한 공포와 불안감, 국가·사회적 신뢰저하를 야기하는 경우가 많아 사고 발생에 대한 예방의 필요가 크다는 점 등도 위자료를 산정함에 있어 중요한 참작사유로 고려되어야 한다.

세월호 사고는 위와 같은 대형재난사고의 전형적인 특수한 사정 즉, ① (추정해진해운 임직원들은 과적과 고박불량 상태로 세월호를 출항시켜 변칙 과정에서 복원력이 상실되는 이례적인 형태의 사고를 야기하였고, 세월호 선장 및 선원들은 승객들에게 선내에 대기할 것을 지시한 뒤 자신들만 먼저 퇴선하였으며, 123정장은 승객들의 퇴선유도조치가 필요하다는 것을 알 수 있었음에도 이를 실시하지 않는 등 국민의 생명·안전에 대한 보호의무를 다하지 못하였고, 그 결과 이 사건 희생자들은 구체적인 상황을 알지 못한 채 선내에서 구조세력을 기다리다가 사망에 이르게 된 점, ② 이 사건 희생자들은 세월호가 전도되기 시작한 2016. 4. 16. 08:48경부터 세월호가 완전히 전복된 10:31경까지 다른 사고에 비하여 훨씬 긴 시간 동안 공포감에 시달리다가 바닷물이 쏟아져 들어와 사망하면서 극심한 고통을 느꼈을 것으로 보이는 점, ③ 세월호 사고로 인해 원고들은 엄

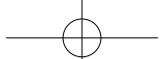


청년 정신적 충격을 받게 되었고, 현재까지도 외상 후 스트레스 장애로 지속적인 고통을 받고 있는 것으로 보이는 점, ④ 세월호 사고 이후 약 4년 이상이 경과한 현재까지 사고발생의 원인과 책임 소재 및 배상과 관련된 분쟁이 계속되고 있는 점, ⑤ 세월호 사고가 우리 사회에 미친 영향이 중대하고 광범위하였을 뿐만 아니라 다시는 이러한 사고가 발생하지 않도록 예방할 필요가 큰 점 등의 사정이 있으므로, 위자료를 산정함에 있어서 이러한 특수한 사정을 참작할 필요가 있다. 이러한 참작사유를 고려하여 서울중앙지방법원 담당재판부는 위자료 산정액수를 구체적으로 밝혔지만, 그 액수에 대해서는 언급하지 않기로 한다.

3. 대상판결의 의의: 빠트린 것은 없는가.

가. 대상판결의 의의

첫째, 서해지방해양경찰청 목포해양경찰서 소속 경비정인 123정의 정장으로서 관할구역 내의 해양경비, 해난구조 등 해양경찰의 관할범위에 속하는 선박의 침몰·침수·전복 등으로 인한 다수의 인명피해 우려 등 재난발생시 경찰공무원법, 수난구조법 등 관계 법령 및 「해상수색구조 매뉴얼」 등 해양경찰 업무 매뉴얼에 따라 신속하게 수색 및 인명구조 업무를 수행해야 할 임무가 있음을 확인해 주었다. 이를 바탕으로 특히, 400명이 넘는 인원을 태운 세월호가 바다 한가운데서 침몰해 가고 있어 신속하게 현장 상황을 파악하고 승객들에 대한 퇴선조치 등 구조조치를 취하지 않는다면 승객들의 생명 등을 보호할 수 없는 상황에서 123정장은 세월호 사고 현장의 현장지휘관으로 지정되어 그 곳에서 구조 활동 중인 구조세



력에 대한 포괄적인 지휘권한을 부여받았으므로, 신속하게 승객들에 대한 퇴선조치를 실시하여 이들의 생명을 보호할 의무를 다하여야 했다고 판단하여 현장지휘관의 재난위기에 처한 국민의 생명을 보호할 의무를 명백히 하였다는 점이다.

둘째, 위자로 산정액수와 관련하여 대형재난사고의 전형적인 특수한 사정을 고려할 요소의 내용을 제시하였다는 점이다(배상책임의 범위(위자료 부분에 한하여). 참조)

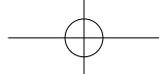
나. 대상판결의 한계: 빠트린 것은 없는가.

첫째, 세월호의 침몰원인과 구조실패원인에 관한 대상판결에서 확정된 사실관계는 세월호선원 및 목포해양경찰서 소속 123정장에 관하여 형사판결의 내용에서 한발자국도 나아가지 못했다. 이는 변론주의가 적용되는 민사소송의 원칙과 이 사건 소송을 제기한 희생자유가족이 진상을 밝히는 데 한계가 많았기 때문일 것으로 보인다.

둘째, 법원은 위자로 산정과 관련하여 세월호참사에 관하여 대형재난사고의 특수성 정도만 언급하고 특별가중사유를 전혀 고려하지 못한 한계가 있다.

법원은 2016. 10.경 『불법행위 유형별 적정한 위자료 산정방안』을 공표하였다. 이 공표내용에 의하면 불법행위 유형별 특수성과 현 시대의 제반 여건 등을 ‘대형재산사고’의 위자료 기준금액을 2억 원으로 하고, ‘대형재난사고’에서 특별가중사유(관리·감독, 운영상의 중대한 주의의무 또는 안전의무 위반이 사고의 원인이 된 경우)를 고려하여 위자료 가중금액을 4억 원으로 한다는 것이다.

세월호참사의 원인을 다시 돌아보면, 세월호의 증·개축으로 복원성



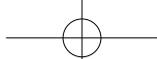
약화로 나타나는 과정에서 관리·감독 기관의 중대한 주의의무 위반이 있었고, 세월호가 출항과정에서도 운항관리감독 기관의 중대한 주의위반도 있었으며, 세월호가 넘어진 위기 상황에서 현장지휘관의 구조역할은 국민의 생명보호에 신속히 대응해야 할 것인데, 절체절명의 상황에서 세월호선장·선원으로 하여금 퇴선유도조치를 취하지 않았을 뿐만 아니라, 스스로도 123정에 완비된 대공마이크를 통하여 퇴선조치를 취하지 아니한 것은 구조 활동을 긴급·신속한 업무수행에 경험이 있는 123정장의 중대한 주의의무 위반이라고 보아야 할 것이다. 그럼에도 이 대상판결은 위자료 산정과정 세월호참사와 관련하여 대형재난사고의 특수성 정도만 언급하고 특별가중사유를 전혀 고려하지 아니하였다.

4. 마치며: 우리에게 남겨진 것은 무엇인가.

세월호참사는 희생자 가족들에게 그 무엇으로도 대체할 수 없는 아픔과 고통을 가져다주었다. 제주도로 수행여행을 떠난 아이들이 다시 품으로 돌아오지 않는 한 이들에게는 제시되는 그 어떤 대책도 한계를 가질 수밖에 없다.

그럼에도 국가는 희생자 가족에게 제주도로 수행여행을 떠난 아이들이 왜 못 돌아오는지를 수궁할 때까지 설명해 주어야 하고, 또 다른 아이들이 희생되지 않도록 안전대책을 수립·시행하여 생명이 우선되는 안전한 사회를 앞당기도록 노력해야 한다. 나아가, 세월호참사에 관한 진상규명 활동과정에서 국가가 그 진상규명활동을 방해한 행위들도 밝히고, 그 책임을 져야 한다.

이러한 국가의 의무를 다하기 위해서는 세월호참사와 관련한 과제를 다



시 한 번 더 돌아보아야 한다. 그 이유는 제1기 특별조사위원회는 박근혜 정부의 진상규명 활동방해로 참사의 진실을 찾을 수 없었고, 2018. 8. 6.로 세월호 침몰원인에 한하여 조사활동을 한 세월호선체조사위원회는 2가지 의견을 제시하여 침몰원인을 명백히 하지 못하였기 때문이다.

즉, “①세월호는 왜 넘어졌는가, ②세월호는 왜 그렇게 빨리 침수·침몰되었는가, ③ 왜 승객들을 구조하지 못하였는가, ④ 국가재난위기 상황에서 대통령은 무엇을 하고 있었는가, ⑤우리는 세월호참사를 어떻게 기억해야 하는가.”에 대한 답을 다시 찾아야 한다. 이러한 답을 통해서 우리는 구체적으로 안전한 사회로 나아갈 수 있을 것이다.

세월호의 진실을 찾기 위하여 어렵사리 시행되는 ‘사회적참사의 진상규명 및 안전사회 건설 등을 위한 특별법’에 의하여 다시 활동을 시작할 사회적참사특별조사위원회가 세월호의 진실을 밝혀주기를 기대해 본다. 더불어 세월호참사로 인하여 희생된 분들을 기억하며 명복을 다시 한 번 두손 모아 빌어본다.

민법의
총

시론

인물담
구

활동보
고

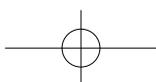
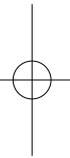
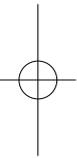
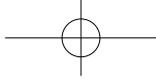
집중분
석

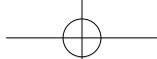
변론
기

입법
제안

국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석
②





민변의
총

서
론

인
본
담
구

활
영
보
고

진
중
본
문
서

변
문
기

입
법
제
안

국
제
화
시
대
의
인
권

판
례
평
석
3

판례평석 3

양심적 병역거부가 ‘권리’임을 선언한 결정

헌법재판소 2018. 6. 28.자 2011헌바379 등 결정

(병역법 제88조 제1항 등 위헌소원 등)

임재성

1. 서론

한국 사회에서 양심적 병역거부자들에 대한 처벌은 1950년 한국전쟁 발발 이후 본격적으로 시행된 징병제 하에서 계속되었지만, 2000년까지 특별한 주목을 받지 못했다. ‘군대 다녀온 남자’라면 누구나 훈련소에서 집총을 거부하고 군사재판을 받는 이들을 보아왔지만, 그것이 ‘문제’이며 ‘인권침해’라고 인식하지 못했던 시간이었다. 대만이 2000년 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입한 것을 계기로, 한국 시민운동가들이 이 문제를 인지하게 되었다.¹ 이후 한 주간지가 2001년 양심적 병역거부를 심층적으로 보도하면서 이 문제는 비로소 공론화의 대상이 될 수 있었고,² 지금까지 한국 사회에서 가장 첨예한 쟁점 중 하나가 되어왔다.

‘양심적 병역거부’는 그 명칭과 같이 헌법 제19조가 규정한 ‘양심의 자

1 대만의 대체복무제 도입을 계기로 한국 평화활동가들이 이 문제를 주목하게 된 과정은 임재성, 2011, 『삼켜야 했던 평화의 언어: 병역거부가 말했던 것, 말하지 못했던 것』, 그린비, 119쪽 이하 참조.

2 “차마 총을 들 수 없어요”, 『한겨레21』 345호, 2001. 2. 7.



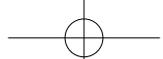
유'에 근거한 기본권 행사이다. 한국 사회는 '양심의 자유'라는 권리를 온전하게 경험한 적이 없었기에 여전히도 '군대 가는 사람들은 비양심이나'라는 비난이 상당하지만, 이 문제는 등장과 동시에 우리 헌법이 보장하는 양심의 내용과 범위, 양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치의 갈등 상황을 어떻게 해결할 것인지에 대한 '헌법적 논쟁'을 촉발하였다. 양심적 병역거부에 대한 사회적 논쟁이 등장한 지 만 1년이 되기 전인 2002년 1월 서울남부지방법원에서 위헌법률심판제청이 이루어지고(서울남부지방법원 2002. 1. 29.자 2002초기54 위헌제청결정), 4년이 지나기 전인 2004년 8월 헌법재판소의 첫 번째 판단(헌법재판소 2004. 8. 26.자 2002헌가1 결정, 이하 '1차 헌재 결정'이라고 함)이 이루어진 것은 이와 같은 이유 때문이었다.

1차 헌재 결정은 양심적 병역거부자들을 처벌하는 병역법 제88조 제 1 항³(이하 '이 사건 처벌조항'이라고 함)이 합헌이라는, 즉 병역거부자들에게 대한 형사처벌이 정당하다는 결정이었다(재판관 7명 합헌, 2명 위헌).⁴ 그런데 헌법재판소는 첫 번째 결정 이후 6년 만인 2010년 공개변론을 열고, 2011년 8월 2번째 결정을 내린다(헌법재판소 2011. 8. 30.자 2008헌가

3 병역법 제88조(입영의 기피 등) ① 현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.

1. 현역입영은 3일

4 1차 헌재 결정은 이례적으로 합헌 의견을 낸 재판관 7명 중 5명이 "입법자에 대한 권고"라는 별도의 항을 통해 병역거부 문제를 입법을 통해 해결할 필요성을 언급했다는 점에서 주목할 필요가 있다. 스스로 위헌 결정을 내리지 못한 채 입법부에 책임을 떠 넘겼다는 비판에서 자유로울 수는 없겠으나, 헌법재판의 정치성이나 사안의 민감성을 고려한다면 고민의 흔적이 역력한 방식의 입장 표명이었다. 그 부분 중 일부를 옮겨보면 다음과 같다. "이제는 양심적 병역거부자의 고뇌와 갈등상황을 외면하고 그대로 방치할 것이 아니라, 이들을 어떻게 배려할 것인가에 관하여 진지한 사회적 논의를 거쳐 나름대로의 국가적 해결책을 찾아야 할 때가 되었다고 판단된다." 1차 헌재 결정 직전인 2004년 7월 대법원 전원합의체 판결에서도 유죄 의견을 낸 재판관 중 4명이 양심적 병역거부자에게 "무조건적인 징용병역의무를 강제하기 보다는 이들의 양심상의 갈등을 덜어주면서도 징용병역의무에 비견되는 다른 내용의 국방의 의무를 스스로 이행하도록 할 수 있는 대안으로서 대체복무제를 도입할 필요성이 있다는 점에서는 반대의견과 의견을 같이 한다"라는 보충의견으로 대체복무 입법을 촉구한 바 있다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결).

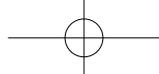


22 등 결정, 이하 '2차 현재 결정'이라고 함). 2차 현재 결정 역시 1차 결정과 같이 병역법 제88조 제1항 제1호에 대한 합헌 결정(재판관 7명 합헌, 2명 한정위헌)이었으나, 1차 결정 이후 2차 결정이 이루어지는 간격이 길지 않았다는 점에서 변화의 가능성이 엿보였다. 매년 500명 이상 계속되는 양심적 병역거부자들에 대한 유죄판결과 감옥행이 이 문제를 장기간 방치할 수 없다는 긴장감을 부여했을 것이다. 2차 결정 이후 4년만인 2015년, 헌법재판소는 다시 병역거부 관련 공개변론을 열었고, 2018년 세 번째 결정(헌법재판소 2018. 6. 28.자 2011헌바379 등 결정, 이하 '3차 현재 결정'이라고 함)을 통해서 양심적 병역거부자가 선택할 수 있는 대체복무제가 규정되지 않은 병역법은 헌법에 합치되지 않는다는 결정을 하였다. 70년 가까운 시간 동안 2만여 명의 넘는 양심적 병역거부들이 배제되어온 역사를 멈추게 한 결정이었으며, 양심적 병역거부가 권리임을 선언한 결정이었다.

이하에서는 3차 현재 결정을 중심으로, 결정 내용을 요약하고 이에 대한 분석을 진행하고자 한다. 위 분석에는 결정문 자체에 대한 법리적 검토와 함께 2차 결정 이후 어떤 정치·사회적 요인이 판례변경을 촉진하였는지 등과 같은 법사회학적 분석까지 포함할 것이다.

2. 사실관계의 요지

양심적 병역거부 사건의 사실관계는 단순하다. 3차 현재 결정에 기재된 위헌제청사건 중 하나의 사실관계를 옮기면 아래와 같다.

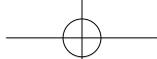


2012헌가17 사건

제청신청인 김○인은 2010. 10. 7. ‘현역병입영대상’ 처분을 받은 사람으로, 2011. 8. 17. 경남지방병무청장으로부터 2011. 9. 20.까지 입영하라는 현역입영통지서를 받고도 정당한 사유 없이 입영일로부터 3일이 지나도록 입영하지 아니하였다는 범죄사실(병역법위반죄)로 기소되었다(창원지방법원 마산지원 2011고단596). 위 제청신청인은 재판계속 중 병역법 제3조, 제5조, 제88조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였고(2012초기8), 제청법원은 2012. 8. 9. 위 신청을 받아들여 병역법 제88조 제1항 제1호가 위헌이라고 인정할 상당한 이유가 있다며 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

사실관계의 단순함은 이 사건 처벌조항이 정한 구성요건의 단순함에서 비롯된다. 입영대상자가 지방병무청장으로부터 입영영장을 수령한 이후, 입영일로부터 3일이 지나도록 입영하지 않은 것이 범죄 구성요건의 전부이기 때문이다.

문제는 이 사건 처벌조항에 대한 해석이었다. 이 사건 처벌조항은 ‘정당한 사유 없이 입영하지 아니한 경우’를 처벌하는 것인데, 3차 현재 결정 이전까지 ‘정당한 사유’는 천재지변이나 교통사고 등 입영을 할 수 없는 불가항력적 상황에 한정되어 해석되어왔다. 그러나 양심적 병역거부를 보장되어야 할 헌법상 기본권 행사라고 본다면, 기본권 행사를 대체복무를 통해 보장하지 않고 형사처벌로만 일관하는 것은, 양심의 자유를 침해하는 위헌적 법률해석이라고 볼 여지도 충분했다. 이에 이 사건 처벌조항의 해석을 두고 적지 않은 법관들이 위헌법률심판제청을 하거나, 스스로 ‘양심에 따라 군사훈련을 거부하는 이유로 입영하지 않은 경우도 정당한 사유에 포함된다’라고 해석하여 무죄를 선고하였다(하급심 무죄선고에 관해서는 4항에서 자세하게 검토). 또한 위헌법률심판제청신청을 기각당한



피고인들도 헌법소원(헌법재판소 제68조 제2항)을 통해서 헌법재판소의 새로운 판단을 요구했다. 3차 헌재 결정에 기재된 법원들의 위헌법률심판 제청 이유는 아래와 같다.

양심적 병역거부자에 대해서는 처벌조항이 부과하는 형벌이 병역의무 이행을 강제하는 효과를 가지지 못하고, 형벌의 일반예방 및 특별예방 효과도 기대하기 어려운 것으로 보이므로, 양심적 병역거부자를 형사처벌하는 것은 국가안보라는 입법목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라 할 수 없다.

세계의 많은 나라들은 오래 전부터 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 도입하여 성공적으로 운영하여왔다. 군의 전체 병력 수에 비추어 양심적 병역거부자들은 극히 소수에 불과하므로, 대체복무제를 도입한다 하여 국방력이 약화된다고 볼 수 없고, 대체복무기간과 복무 강도 등을 적절히 조절하여 양심을 빙자한 병역기피자가 생기는 것을 막을 수 있다. 이처럼 대체복무제 등 대안을 통하여 양심의 자유와 병역의무의 형평성 사이의 갈등관계를 조화롭게 해결할 수 있는데도, 양심적 병역거부자에 대하여 아무런 대안의 제시 없이 오로지 가장 강력한 제재 수단인 형사처벌만을 감수하도록 하는 처벌조항은 과잉금지원칙에 반하여 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 평등권을 침해한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다.

그렇게 2차 헌재 결정 이후 쌓여온 6건의 위헌법률심판제청, 22건의 헌법소원에 대해서 헌법재판소는 다음 항과 같이 대체복무제 없는 현재 병역법은 양심의 자유를 보장해야 할 입법의무를 해태한 부작위로서 위헌(입법부작위위헌)이라며 헌법불합치 결정을 내렸다.



3. 헌법재판소 결정의 요지

가. 이 사건 종류 조항에 대한 판단 - 헌법불합치(헌법불합치 6, 각하 3)

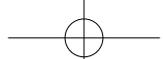
1) 심판대상의 특정과 적법요건 검토

1, 2차 현재 결정은 모두 이 사건 처벌 조항만을 심판대상으로 삼았다. 그런데 3차 현재 결정에서는 일부 헌법소원에서 심판대상으로 특정한 병역법 제5조 제1항(이하 '이 사건 종류 조항'이라고 함)⁵을 이 사건 처벌 조항과 함께 심판대상에 포함하였다.

병역법 제5조(병역의 종류) ① 병역은 다음 각 호와 같이 구분한다.

1. 현역: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 징집이나 지원에 의하여 입영한 병(兵)
 - 나. 이 법 또는 「군인사법」에 따라 현역으로 임용 또는 선발된 장교(將校)·준사관(準士官)·부사관(副士官) 및 군간부후보생
2. 예비역: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 현역을 마친 사람
 - 나. 그 밖에 이 법에 따라 예비역에 편입된 사람
3. 보충역: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 병역판정검사 결과 현역 복무를 할 수 있다고 판정된 사람 중에서 병력수급(兵力需給) 사정에 의하여 현역병입영 대상자로 결정되지 아니한 사람
 - 나. 다음의 어느 하나에 해당하는 사람으로 복무하고 있거나 그 복무를 마친 사람
 - 1) 사회복무요원
 - 2) 삭제 <2016. 1. 19.>

5 위헌법률심판제청에서는 이 사건 종류 조항의 위헌성을 다투는 경우는 없었다.



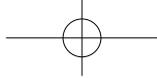
- 3) 예술·체육요원
- 4) 공중보건기사
- 5) 병역판정검사전담의사
- 6) 삭제 <2016. 1. 19.>
- 7) 공익법무관
- 8) 공중방역수의사
- 9) 전문연구요원
- 10) 산업기능요원

다. 그 밖에 이 법에 따라 보충역에 편입된 사람

4. 병역준비역: 병역의무자로서 현역, 예비역, 보충역 및 전시근로역이 아닌 사람
5. 전시근로역: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 병역판정검사 또는 신체검사 결과 현역 또는 보충역 복무는 할 수 없으나 전시근로소집에 의한 군사지원업무는 감당할 수 있다고 결정된 사람
 - 나. 그 밖에 이 법에 따라 전시근로역에 편입된 사람

병역거부와 관련하여 처음으로 헌법재판 대상이 된 이 사건 종류 조항에 대해서 적법요건이 문제가 되었다. ① 이 사건 종류 조항은 병역의 종류를 규정하는 것인바, 병역 종류 중 양심적 병역거부자들이 수행할 수 있는 군사훈련이 배제된 대체복무가 존재하지 않는 입법부작위위헌을 다투는 것이 헌법소원심판청구가 불가능한 ‘진정입법부작위’를 다투는 것은 아닌지, ② 위헌법률심판제청이나 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원의 요건인 ‘재판의 전제성’이 존재하는지가 쟁점이 되었다.

먼저 ‘진정입법부작위’ 여부에 관하여, 법정의견은 “병역종류조항에 대한 이 사건 심판청구는 입법자가 아무런 입법을 하지 않은 진정입법부작위를 다투는 것이 아니라, 입법자가 병역의 종류에 관하여 입법은 하였으



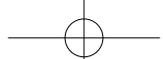
나 그 내용이 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제를 포함하지 아니하여 불완전·불충분하다는 부진정입법부작위를 다투는 것이라고 봄이 상당하다”라며 이 사건 종류 조항에 대한 헌법소원심판청구가 부진정입법부작위를 다투는 것으로서 적법요건을 갖추었다고 판단했다.

다음으로 재판의 전제성에 관하여 법정의견은 “병역종류조항이 대체복무제를 포함하고 있지 않다는 이유로 위헌으로 결정된다면, 양심적 병역거부자가 현역입영 또는 소집 통지서를 받은 후 3일 내에 입영하지 아니하거나 소집에 불응하더라도 대체복무의 기회를 부여받지 않는 한 당해 형사사건을 담당하는 법원이 무죄를 선고할 가능성이 있으므로, 병역종류조항은 재판의 전제성이 인정된다”라며 재판의 전제성 역시 인정하였다.

이에 관하여 재판관 2인(안창호, 조용호)은 이 사건 종류 조항에 “대체복무를 규정하라고 하는 것은 병역법 및 병역종류조항과 아무런 관련이 없는 조항을 신설하라는 주장”이기 때문에 진정입법부작위를 다투는 것이라는 이유로, 재판관 1인(김창중)은 이 사건 종류 조항은 “당해사건의 공소사실을 유죄로 판단할 때 적용된 법률조항이 아니고 법원이 이를 적용하지 않더라도 당해사건 해결을 위한 재판을 하는데 아무런 지장”이 없기 때문에 재판의 전제성이 없다는 이유로 각 각하 의견을 표명하였다.

2) 이 사건 종류 조항의 위헌성 검토

이 사건 종류 조항의 적법요건을 인정한 재판관 6인은 모두 이 사건 종류 조항에서 양심적 병역거부자들이 수행할 수 있는 대체복무제를 규정하지 않는 것이 과잉금지원칙 위반이라고 판단하였는데, 그 내용을 요약하면 다음과 같다. ‘이 사건 종류 조항 소정 병역들은 모두 군사훈련을 받는 것을 전제하고 있으므로, 양심적 병역거부자에게 그러한 병역을 부과할 경우 그들의 양심과 충돌을 일으키는데, 이에 대한 대안으로 대체복무

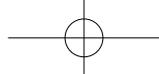


제가 논의되어 왔다. 양심적 병역거부자의 수는 병역자원의 감소를 논할 정도가 아니고, 이들을 처벌한다고 하더라도 교도소에 수감할 수 있을 뿐 병역자원으로 활용할 수는 없으므로, 대체복무제를 도입하더라도 우리나라의 국방력에 의미 있는 수준의 영향을 미친다고 보기는 어렵다. 국가가 관리하는 객관적이고 공정한 사전심사절차와 엄격한 사후관리절차를 갖추고, 현역복무와 대체복무 사이에 복무의 난이도나 기간과 관련하여 형평성을 확보해 현역복무를 회피할 요인을 제거한다면, 심사의 곤란성과 양심을 빙자한 병역기피자의 증가 문제를 해결할 수 있으므로, 대체복무제를 도입하면서도 병역의무의 형평을 유지하는 것은 충분히 가능하다. 따라서 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.’

법정의견은 이 사건 종류 조항의 위헌성을 위와 같이 확인한 후, 다만 이 사건 종류 조항을 곧바로 위헌으로 선언하면 병력충원 자체가 중단될 수밖에 없기 때문에 2019년 12월 31일을 입법시한으로 하여 잠정적용하는 헌법불합치 결정을 내렸다.

나. 이 사건 처벌 조항에 대한 판단-합헌(일부위헌 4, 합헌 4-4인 중 2인씩 각 별개의견, 각하 1)

이 사건 종류조항에 대해 헌법불합치 의견을 낸 6명의 재판관 중 4명의 재판관(이진성, 김이수, 이선애, 유남석)은 처벌조항에 대해서도 같은 이유로 위헌으로 판단했다. 대체복무제를 통해 입법목적은 달성하면서도 보다 적은 기본권 제한이 가능함에도 이 사건 처벌 조항은 병역거부자에게 분

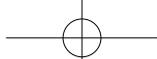


별없이 형벌만 부과하기 때문에 과잉금지원칙 위반이라는 것이다.⁶ 다만, 결정의 형식에 있어서 이 사건 처벌 조항을 단순위헌으로 하면 입영기피자에 대한 일체의 처벌이 불가능해지기 때문에 “처벌조항 중 ‘양심적 병역거부자를 처벌하는 부분’은 헌법에 위반된다”라는 ‘일부위헌’(변형결정)의 결정 방식을 택했다.⁷

이 사건 처벌 조항에 대한 판단에 있어서 법정의견을 가른 것은 이 사건 종류 조항에 대해서는 헌법불합치 의견을 냈으나, 처벌 조항에 대해서는 합헌의견을 낸 2인의 재판관(강일원, 서기석)이었다. 위 2인의 의견은 양심적 병역거부자에 대한 처벌은 위헌이나, 이 사건 종류 조항에 대한 헌법불합치 결정이 이루어진 이상, 이 사건 처벌조항에 대한 위헌판단은 불필요하다는 것이다(즉, 이 사건 처벌 조항에는 그 자체의 위헌성이 존재하는 것이 아니고, 대체복무제가 규정되지 않은 병역법이었기에 처벌할 수밖에 없었던 것). “병역종류조항에 대체복무제가 규정되지 아니한 상황에서 현재의 대법원 판례에 따라 양심적 병역거부자를 처벌한다면, 이는 과잉금지원칙을 위반하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해하는 것이다. 따라서 지금처럼 병역종류조항에 대체복무제가 규정되지 아니한 상황에서는 양심적 병역거부를 처벌하는 것은 헌법에 위반되므로, 양심적 병역거부는 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아야 한다. 결국 양심적 병역거부자에 대한 처벌은 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항

6 “처벌조항은 양심적 병역거부자에 대한 처벌의 예외를 인정하지 않고 일률적으로 형벌을 부과하고 있으나, 대체복무제의 도입은 병역자원을 확보하고 병역부담의 형평을 기하고자 하는 입법목적은 처벌조항과 같은 정도로 충분히 달성할 수 있다고 판단되므로, 처벌조항은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.”

7 헌법재판소는 2000년까지 한정합헌, 한정위헌과 같은 변형결정의 방식을 드물지 않게 택해왔으나, 법원이 헌법재판소의 한정합헌, 한정위헌과 같은 변형결정의 효력(해석의 구속력)을 부인하는 상황에서 이와 같은 형식의 결정빈도가 크게 줄어들었다. 이 사건 결정과 같은 ‘일부위헌’은 실질적으로는 한정위헌과 같은 효과(~라고 해석하는 한 위헌)를 가지는 것으로 평가된다. 헌법재판소는 최근 한정위헌 등의 표현보다는 일부위헌이라는 표현을 사용하는 것으로 보이는데(과거사 국가배상청구에 있어서 소멸시효 적용 문제를 다룬 헌법재판소 2018, 8, 30, 자 2014헌바148 등 결정에서도 헌법재판소는 ‘일부 위헌’ 결정을 하였음), 법원의 효력부인을 의식한 모습으로 추정된다.



의 입법상 불비와 양심적 병역거부는 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다는 법원의 해석이 결합되어 발생한 문제일 뿐, 처벌조항 자체에서 비롯된 문제가 아니다. 이는 병역종류조항에 대한 헌법불합치 결정과 그에 따른 입법부의 개선입법 및 법원의 후속 조치를 통하여 해결될 수 있는 문제이다.”

그렇다면 이 사건 종류 조항에 대해 헌법불합치 의견을 낸 6명은 실질적으로 이 사건 처벌조항에 관해서도 위헌 의견을 밝힌 것으로 볼 수 있다. 6명의 재판관 모두 양심적 병역거부자에게 당시 대법원의 법해석과 같이 이 사건 처벌 조항을 적용하여 정당한 사유 없는 입영기피죄로 처벌하는 것은 위헌이라고 보았기 때문이다. 다만, 이 사건 종류 조항에 대한 헌법불합치 결정이 법정의견이 된 상황에서, 이 사건 처벌조항에 대한 별도의 위헌결정이 필요한지 여부에 대해 판단이 달랐던 것이다.⁸

합헌의견을 낸 재판관 4인 중 나머지 2인(안창호, 조용호)의 경우, 1, 2차 현재 결정에서 양심적 병역거부자에 대한 처벌이 정당하다고 본 법정의견의 전형적인 논리를 따른 의견이었다. “양심을 빙자한 병역기피자를 심사단계에서 가려내는 것은 지극히 개인적·주관적인 양심의 형성과정을 추적해야 하는 쉽지 않은 일이다. 나아가 생명과 신체에 대한 위협 속에서 이행하는 병역의무와 등가성이 확보된 대체복무를 설정하는 것은 사실상 불가능하거나 매우 까다로운 일이다. 대체복무제의 ... 도입여부는 규범적 평가 이전에 국민적 합의가 선행되어야 하는데, 아직 이에 관한 국민적 합의가 이루어지지 못한 것으로 보인다. 이와 같은 상황에서 양심적 병역거부자에 대해 형벌을 부과한다고 하여 침해의 최소성 요건을 충

8 3차 현재 결정의 주문만을 근거, ‘헌법재판소가 지금까지 병역거부자에 대한 처벌은 정당하나 이후 대체복무 입법은 필요하다’와 같은 내용의 결정을 했다는 해석(평가)도 존재하나, 이러한 해석은 헌법재판의 구속력은 주문에만 한정된다는 입장을 취한다고 하더라도 위에서 살핀 바와 같이 법정의견과도 배치되는 부당한 해석이다.

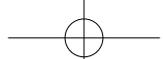


족하지 못한다고 볼 수 없다.” 즉, 대체복무 도입에 대한 사회적 합의가 없고, 제도도입을 통해 발생할 것으로 예상되는 국가안보에 대한 위협이 충분히 해소되지 않은 상황에서 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌을 과잉침해라고 볼 수 없다는 것이다.

마지막으로 김창종 재판관의 각하의견은 이 사건 처벌 조항에 대한 위헌법률심판청구나 헌법소원은 모두 법률 해석·적용에 관한 것으로 부적법하다는 의견이었다. 이는 변형결정을 인정하지 않는 법원의 입장에 따른 판단인데, 헌법재판소는 2012년 헌법소원에 있어서 한정위헌청구가 적법하다고 선례를 변경한 바 있다(헌법재판소 2012. 12. 27.자 2011헌바117 결정).⁹

위와 같이 이 사건 처벌 조항에 관해서, 재판관 4인의 일부위헌의견, 강원일·서기석 재판관 2인의 합헌의견, 안창호·조용호 재판관 2인의 합헌의견, 김창종 재판관의 각하의견으로 나뉜 상황에서 위헌정족수 6명에 달하지 못해 종구결정은 ‘합헌’이 되었고, 헌법소원 청구인에게 가장 유리한 강원일·서기석 의견이 법정의견으로 되었다.

9 “한정위헌청구는 자칫 헌법재판소가 소홀히 할 수 있는 당해 법률조항에 대한 한정위헌결정 여부를 헌법재판소로 하여금 주의 깊게 심사하도록 촉구하여 위헌의 범위와 그에 따른 기속력의 범위를 제한적으로 정확하게 한정할 수 있게 할 것이고, 그 결과 규범통제절차에 있어서 위헌여부심판권의 심사지평을 넓힐 수 있게 될 것이어서, 금지되어서는 안 될 뿐만 아니라 오히려 장려되어야 할 것이다”(헌법재판소 2012. 12. 27.자 2011헌바117 결정).



4. 대상 결정의 검토

가. 군사주의에 갇힌 국가안보 신성화 논리에 대해 구체적·경험적 근거를 바탕으로 한 대체복무 입법의무 논증

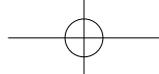
1) 1, 2, 3차 현재 결정 모두 사실상 입법부작위에 대한 판단이었음

입법부작위위헌사건에서는 작위의무, 즉 입법자의 입법의무를 도출해 내는 것이 핵심이다. 입법의무에 더해 그 의무를 해태한 부작위가 또 다른 요건이긴 하나, 통상의 입법부작위헌 헌법소원은 부작위 상태가 전제된 상황에서 이루어지기에 핵심은 입법의무 도출이다. 그런데, 입법부의 광범위한 재량권에 더해, 추상적인 헌법에서 특정한 입법의무를 도출하는 것은 쉽지 않다. “사법적 판단으로 입법을 강제한다는 것은 민주적 대표자로서 헌법실현에 관한 1차적 형성권을 갖고 있는 입법자에 대해 헌법재판권이 강한 통제권을 행사하는 것”을 의미하기 때문이다.¹⁰ 3차 현재 결정 이전까지 헌법재판소가 입법부작위 헌법소원을 인용한 것은 단 1건에 불과했다(헌법재판소 1994. 12. 29.자 89헌마2 결정).¹¹

헌법재판소는 입법의무가 도출될 수 있는 요건으로 “헌법에서 기본권 보장을 위해 법령에서 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에만 허용된다”(헌법재판소 1989. 3. 17.자 88헌마1 결정)라며, 엄격한 기준을 실시한 바 있

10 김하열, 2014, 『헌법소송법』, 박영사, 383쪽.

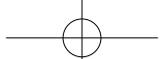
11 위 결정은 “군정법령(軍政法令)에 따른 보상절차(補償節次)가 이루어지지 않은 단계에서 조선철도의 통일폐지법률에 의하여 군정법령(軍政法令)을 폐지하고 그 보상에 관하여 아무런 입법조치를 취하지 않은 것이 위헌인지 여부”에 대한 것이었다.



다. 3차 현재 결정은 위 요건에 따를 때 후자의 경우, 즉 양심의 자유에 대한 헌법해석상 양심적 병역거부자들에게 ‘병역거부권’이라는 권리가 보장되어야 함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않은 경우라고 인정할 수 있는지가 문제되었다.

1, 2차 현재 결정은 이 사건 처벌조항에 대한 것이었으나, 결국 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 덜 제한하면서도 병력확충이라는 공익을 달성할 수 있는 대체수단(대체복무제)의 입법이 가능함에도 불구하고 형사 처벌로만 일관하는 것의 위헌여부에 대한 판단이었다.¹² 이처럼 1, 2차 현재 결정 역시 대체복무라는 대체수단의 입법부작위 상황에 대한 판단이라는 점에서 3차 현재 결정과 내용적 측면에서 매우 흡사했다. 구체적으로 2차 현재 결정은 “대체복무제를 도입할 것인지의 문제는 결국 ‘대체복무제를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부’에 대한 판단의 문제로 귀결되는바, 남북이 대치하고 있는 우리나라의 특유한 안보상황, 대체복무제 도입 시 발생할 병력자원의 손실 문제, 병역거부가 진정한 양심에 의한 것인지에 대한 심사의 곤란성, 사회적 여론이 비판적인 상태에서 대체복무제를 도입하는 경우 사회 통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 우려가 있는 점”을 나열하면서 제도도입 시 발생할 위와 같은 우려가 존재하는 상황에서 입법자를 구속하는 입법의무를 도출할 수 없다고 판단하였다. 1차 현재 결정 역시 입법자의 광범위한 입법 재량을 인정하면서, 대체복무제 입법부작위

12 다만, 2차 현재 결정의 경우 심사기준으로서 과잉금지원칙을 사용하였지만, 1차 현재 결정의 경우 양심은 제한되거나 제한되지 않거나 이분법적인 상황만이 존재한다며 과잉금지원칙을 사용하지 않았다는 점에서 중요한 차이를 가진다. “양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 ‘양심의 자유’와 ‘공익’ 중 양자택일 즉, 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 ‘강요받는가 아니면 강요받지 않는가’의 문제가 있을 뿐이다” (2차 현재 결정).



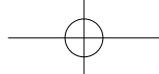
상황을 위헌으로 판단하지 않았다.¹³

2) 국가안보라는 자의적이고 추상적인 개념을 경험적·실증적 근거로 논박한 결정

그러나 3차 헌재 결정은 1, 2차 헌재 결정이 언급한 대체복무 도입의 우려들이 추상적인 것이며, 추상적 우려만으로 형사처벌이라는 가장 심각한 기본권 침해상황이 계속되는 입법부작위 상태가 ‘입법재량권’이라는 이유로 정당화될 수 없다며 판례변경을 만들어냈다. 군사주의에 갇힌 공포, 국가안보의 신성화 논리¹⁴를 경험적이고 실증적인 논증으로 돌파한 것이다. 법정의견의 구체적 논거들을 확인해보면, ① 한국 병력은 대략 육군 49만 명, 해군(해병대 포함) 7만 명, 공군 6만 5천 명으로 총 62만 5천 명에 이르고(2016년 국방백서), 2016년 병역판정검사를 받은 인원은 총 34만 명(현역 28만 1천 명, 보충역 4만 3천 명, 전시근로역 8천 명 등으로 판정)에 달하는 반면, 한국의 양심적 병역거부자는 연평균 약 600명 내외일 뿐이므로 양심적 병역거부 인정으로 병역자원이나 전투력의 감소를 논할 정도로 의미 있는 규모가 아니라는 점, ② 양심적 병역거부자들은 계속 수감되어 왔는바, 대체복무제의 도입으로 양심적 병역거부자들이 대체복무를 이행하게 된다고 해서 병역자원의 손실이 발생한다고 할 수 없다는 점, ③ 대체복무제가 도입됨으로써 종전보다 양심적 병역거부자가 늘어날 수는 있

13 “양심의 자유는 일차적으로 입법자에 대한 요청으로서 가능하면 양심의 자유가 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과하는 기본권이다. 법적 의무와 개인의 양심이 충돌하는 경우 법적 의무의 부과를 통하여 달성하고자 하는 공익의 실현과 법질서를 위태롭게 함이 없이 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이 나 법적 의무의 개별적 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등이 제거될 수 있다면, 입법자는 이와 같은 방법을 통하여 개인의 양심과 국가 법질서의 충돌가능성을 최소화해야 할 의무가 있다”, “현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다”(1차 헌재 결정).

14 국가안보 신성화 논리가 정점에 달했던 것이 2차 헌재 결정이었는데, 특정 제도를 도입할지 말지의 전제로 “국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부”라는 점을 설정했다는 점에서 그러하다. 양심의 자유라는 최상위급 정신적 기본권이 침해되는 상황에서도 그 침해상황을 완화하기 위한 제도가 ‘국가안보에 아무런 지장도 주지 않음이 입증’되어야만 한다는 논리는 비교형량 등의 헌법재판 논증구조를 포기하고 국가안보를 신성화하는 논리에 다름아니었기 때문이다.



을 것이지만 객관적인 심사절차, 현역복무와 대체복무 사이의 형평성 확보 등을 통하여 양심적 병역거부자의 숫자가 지금보다 다소 늘어나더라도 우리의 국방력에 영향을 미칠 수준에 이를 것이라고 보기는 어렵다는 점, ④ 오늘날의 국방력은 인적 병역자원에만 의존하는 것은 아니고, 현대전은 정보전·과학전의 양상을 띠므로, 전체 국방력에서 병역자원이 차지하는 중요성은 상대적으로 낮아지고 있다는 점, ⑤ 객관적이고 공정한 사전 심사절차와 엄격한 사후관리절차를 갖출 경우, 진정한 양심적 병역거부자와 그렇지 않은 자를 가려내는 데 큰 어려움은 없을 것으로 보인다는 점, ⑥ 현역복무와 대체복무 사이에 복무의 난이도나 기간과 관련하여 형평성을 확보해 현역복무를 회피할 요인을 제거한다면, 심사의 곤란성과 병역 기피자의 증가 문제를 효과적으로 해결될 수 있다는 점, ⑦ 미국은 제2차 세계대전 중에도 종교적 사유로 참전에 반대하는 사람들에게 전투복무 대신 비전투복무 또는 국가적으로 중요한 민간업무에 복무하도록 하였고, 통일 전 서독은 동서냉전이 진행 중이던 1949년 및 1956년 각각 양심적 병역거부와 대체복무제에 관한 내용을 기본법¹⁵에까지 규정하였고, 아르메니아는 아제르바이잔과 1994년까지 전쟁 후 휴전하였으나 지금까지

15 독일연방공화국 기본법

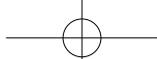
제4조 ③ 누구도 양심에 반하여 징총병역이 강제되지 아니한다. 상세한 것은 연방법률로 정한다.

제12a조 ① 남자에게는 만 18세부터 군대, 연방국경수비대 또는 민방위대에서 복무할 의무를 부과받을 수 있다.

② 양심상의 이유로 무기를 사용하는 군복무를 거부하는 사람에게는, 대체복무의 의무를 지을 수 있다. 대체복무의 기간은 병역기간을 초과할 수 없다. 그 상세한 사항은 양심의 결정의 자유에 영향을 미칠 수 없고 또한 군대와 연방국경수비대의 부대와 어떠한 관계도 없는 대체복무의 가능성을 규정하여야 하는 법률로 정한다.

③ 제1항과 제2항에 따라 복무에 동원되지 않는 병역의무자에게는 방위사태 시에 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 노동관계에 있는 민간인 보호를 포함하는 방위의 목적을 위하여 민간역무의 의무를 지을 수 있다. 공법상의 근무관계에서의 역무는 경찰임무의 수행을 위하여 또는 공법상의 근무관계에서만 충족시킬 수 있는 공공행정의 고권적 임무의 수행을 위해서만 허용된다. 제1문에 따른 근무관계는 군대, 그 군대의 부양 영역 및 공공행정에서 성립될 수 있다. 민간인 부양 영역에서 근무의무는 민간인의 생활에 필요한 수요를 충족시키거나 그 보호를 확보하기 위해서만 허용된다.

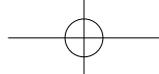
(이하 생략)



도 소규모 무력충돌이 계속되고 있음에도 2003년 대체복무제를 도입하였으며, 중국과 군사적 긴장관계에 있는 대만에서도 2000년 대체복무제를 도입하여 시행하고 있다는 점 등을 종합할 때, “양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 도입할 경우 병역기피자가 증가하고 병역의무의 형평성이 붕괴되어 전체 병역제도의 실효성이 훼손될 것이라는 견해는 다소 추상적이거나 막연한 예측에 가까운 반면, 이미 상당한 기간 동안 세계의 많은 나라들이 양심적 병역거부를 인정하면서도 여러 문제들을 효과적으로 해결하여 징병제를 유지해오고 있다는 사실은, 대체복무제를 도입하면서도 병역의무의 형평을 유지하는 것이 충분히 가능하다”라며 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 이 사건 종류조항은 개인의 인격과 존엄의 기초가 되는 양심의 자유에 대한 제한의 한계를 초과한 위헌적인 것으로 판단했다.

위와 같은 경험적 논거를 바탕으로 헌법재판소는 입법자의 입법의무와 그 입법의무를 해태한 입법부작위위헌판단을 도출해냈다. “국가는 이 문제의 해결을 더 이상 미룰 수 없으며 대체복무제를 도입함으로써 병역 종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있음이 분명해진다. 양심의 자유와 국가안보라는 공익을 조화시킬 수 있는 대안이 존재하며 그에 관한 우리 사회의 논의가 성숙하였음에도 불구하고, 오로지 개인에게만 책임을 전가하는 것은 국가의 중대한 임무 해태라고 하지 않을 수 없다.”

대한민국 헌법사에서 ‘국가안보’는 1972년 유신헌법에서 기본권 제한 사유로 명문화되면서 ‘헌법화’된다. 5·16 군사쿠데타 이후인 1962년 헌법에서도 기본권 제한의 목적은 질서유지나 공공복리에 머물렀고, 자의적 판단이 가능한 추상개념인 국가안전보장은 헌법상의 개념이 아닌 국가정책상 개념으로 한정되었을 뿐이다. 그러나 유신헌법 이후 국가안보라는



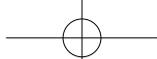
개념은 국민의 기본권을 제한하는 목적 중 하나로 명문화되었고, 기본권을 침해하는 국가공권력에 정당성을 부여하는 자의적 개념으로 충실하게 활용되었다.¹⁶ 이에 대해 헌법학자 이경주는 “박정희 독재정권에 반대하는 정치적 의사표현은 국가의 안전보장이라는 다의적이고 추상적이며 자의적 해석이 가능한 개념 아래 금압”되었다고 평가한다.¹⁷

1차 헌재 결정, 2차 헌재 결정에서의 국가안보 역시 그러했다. 두 결정 속에서 그 누구를 해치지도, 그 누구의 것도 빼앗지 않은 수 백 명의 젊은 이들 매년 형사처벌을 받는 상황은 “국가적으로 바람직하”지 않는 것으로 치부될 뿐이고, 이들의 기본권을 보장하기 위한 대체복무제는 국가안보에 “아무런 지장이 없는지”가 먼저 입증되어야만 했다. 1, 2차 헌재 결정에서 대체복무제 도입이 ‘국가안보에 지장이 있을 수 있다’라고 판단한 근거라고는 “우리나라의 특유한 안보상황, 대체복무제 도입시 발생할 병력자원의 손실 문제, 병역거부가 진정한 양심에 의한 것인지 여부에 대한 심사의 곤란성, 사회적 여론이 비판적인 상태에서 대체복무제를 도입하는 경우 사회 통합을 저해”한다는 것뿐이었다. 이미 광범위하게 시행되어온 해외의 대체복무 사례 중 한 국가의 사례만이라도 면밀하게 검토했다면 형평성 있는 대체복무제 설계를 통해 충분히 대처할 수 있는 문제들이었을 뿐이다. 그러나 1, 2차 헌재 결정의 법정의견은 ‘국가안보는 대단히 중대한 공익’이고 이 공익에 지장(위협)이 발생할 가능성이라도 있으면 안 된다는 당위만으로 중대한 기본권 침해 상황을 용인해온 것이다.

그렇기에 3차 헌재 결정은 기본권 제한 사유로 추상적이고 다의적으로 활용되었던 국가안보와 이에 기댄 공포의 상상들을, 구체적, 경험적 논거

16 임재성, 2013, 「군사주의에 관한 헌법재판소: ‘국가안보’ 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석」, 『민주법학』 51: 25.

17 이경주, 2006, 「개헌사와 평화주의」, 『민주법학』 31: 90~91.



로서 돌파한 결정이라고 평가할 수 있다.

나. 이 사건 처벌조항에 대한 합헌 판단의 문제점

1) 기초적 사실관계 조차 오해한 서기석 재판관의 처벌조항 합헌의견

3차 헌재 결정은 이 사건 처벌조항에 대해서는 합헌결정을 내렸는데, 이는 두 가지 측면에서 심각한 문제를 가진다고 평가할 수 있다. 하나는 합헌의 근거로 제시한 내용이 사실에 부합하지 않는다는 것이다. 앞서 살핀 바와 같이, 이 사건 종류조항에 헌법불합치 의견을 낸 6명의 재판관 중 이 사건 처벌조항에서는 4명이 일부위헌, 2명이 합헌 의견을 냈다. 즉, 이 사건 종류조항에서는 헌법불합치 의견을 냈지만, 이 사건 처벌조항에서는 합헌의견을 낸 강일원, 서기석 재판관의 의견이 이 사건 처벌조항에 대한 법정의견을 합헌으로 결정했다고 할 수 있다. 이 중 서기석 재판관은 “처벌조항에 대하여 합헌의견을 개진하면서도 병역종류조항에 대하여 법정 의견과 마찬가지로 헌법불합치 결정을 선고하여야 한다고 보는 이유”를 별도로 밝혔다. 그런데 서기석 재판관이 이렇게 밝힌 이유가 기본적인 사실관계조차 틀렸다는 점에서 큰 문제를 가진다.

서기석 재판관이 밝힌 의견은 다음과 같다. “대체복무제가 도입되지 아니한 현 상황에서 법원이 현재의 견해를 변경하여 양심적 병역거부를 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아 양심적 병역거부자에 대하여 무죄 판결을 선고한다면, 양심적 병역거부자는 결과적으로 병역의무도 면제받고 대체복무도 이행하지 않게 됨으로써, 군복무를 이행하는 사람과 비교하여 형평에 어긋나는 위험적인 결과를 초래하게 된다. 따라서 이러한 위험적인 결과가 발생하는 것을 막기 위해서도 대체복무제를 규정하지 아니한 현행 병역종류조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하여야 하는



것이다.”

이는 전혀 사실과 다르다. 대체복무제가 없는 상황에서 양심적 병역거부자들이 무죄를 선고받는다 고 하더라도 병역의무가 면제되는 것이 아니기 때문이다. 특정 입영영장에 따라 입영하지 아니한 ‘입영기피의 죄책’에 대한 무죄가 선고되는 것일 뿐이고, 병무청은 무죄를 선고받은 이에게 다시 입영영장을 발할 수 있다. 물론 다시 발한 입영영장에 대해서도 양심적 병역거부자는 양심을 이유로 입영거부를 할 수 있겠지만, 그러한 무용한 반복을 막기 위해서 대체복무제가 신속하게 입법될 것이고, 두 번째 입영영장과 함께 대체복무제 신청 안내서가 통지될 것이다. 이는 단순한 가정이 아니라, 실제 3차 현재 결정 이후 이루어진 대법원의 양심적 병역거부자에 대한 무죄 판결(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결)에 따라 병무청이 검토하고 있는 업무지침을 통해서도 확인된다. 병무청은 위 대법원 판결 시점에서 계속 중인 900여명의 양심적 병역거부자에게 무죄 확정판결이 이루어지면, 이들을 입영연기조치 하고 대체복무제가 입법되면 이에 따라 대체복무제 신청 안내를 발송하고자 준비하고 있다.

이처럼 ‘대체복무제가 없는 상황에서 무죄 판결을 선고한다면 병역의무도 면제받고 대체복무도 이행하지 않게 된다’는 서기석 재판관의 의견은 기초적 사실관계를 오해한 것이다. 이러한 오해가 이하에서 살필 중대한 위험적 상황을 야기했다는 것에 대해서는 분명한 비판과 평가가 필요할 것이다.

2) 수감 중이거나 이미 처벌받은 병역거부자에 대한 정당한 피해회복 조치가 어려워졌음

3차 현재 결정을 통해 헌법재판소는 양심적 병역거부는 헌법상 권리의



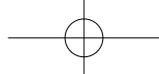
행사이고, 그 기본권 행사를 처벌로만 일관하는 현재의 병역법은 위헌이라고 판단했다. 그러한 논리에도 불구하고 양심적 병역거부자들을 처벌하는 근거조항이었던 이 사건 처벌조항에 대해서는 합헌결정을 하면서, 3차 헌재 결정은 그 의미가 상당부분 퇴색되게 되었다. 3차 헌재 결정 당시 200여명의 양심적 병역거부자들이 수감되어 있었는데,¹⁸ 3차 헌재 결정만으로는 수감된 이들에 대한 어떠한 직접적인 조치도 불가능했기 때문이다. 또한 헌법재판소의 결정은 대체복무제가 없었던 상황을 국가의 보호의무가 해태되었던 위헌적 상황이라고 판단한 것인데, 그 위헌적 상황에서 피해(형사판결 및 구금)를 입은 병역거부자에 대한 재심이나 형사보상 절차 역시 불가능해졌다.

먼저 3차 헌재 결정 당시 수감된 이들에 대한 문제를 살펴보면, 만약 헌법재판소가 이 사건 처벌조항에 대해 위헌결정을 내렸다면 당시 수감자들은 재심개시청구를 사유로 하며 형집행정지신청을 하였을 것이고, 그 신청에 따른 형집행정지가 이루어졌을 것이다. 그러나 3차 헌재 결정이 이 사건 처벌조항에 대해서는 합헌판단을 했기 때문에 헌법재판소법 제47조 제4항¹⁹에 따른 재심개시청구 가능성이 불분명한 상황이 야기되었다. 3차 헌재 결정에도 불구하고, 기본권 행사를 한 사람들이 감옥에 계속 갇혀있는 모순적 상황이 발생하였던 것이다. 이렇게 부조리한 상황으로 인해 법

18 2010년 이후 매년 평균 500여명의 수감자들이 확인되었지만, 헌법재판소의 결정이 곧 이루어질 것이라는 예상으로 상당수의 재판이 추정된 상황이었기 때문에 양심적 병역거부 수감자의 숫자가 평소보다 적었다.

19 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

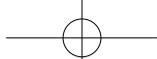
- ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.
- ③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.
- ④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.
(생략)



무부가 수감 중인 병역거부자에 대한 가석방 비율을 높이는 방안도 검토하고 있으나, 현재(2018. 11.경)까지 구체적으로 결정된 사항은 없는 것으로 확인된다.

다음으로 재심에 대한 문제이다. 형사처벌조항에 대한 위헌결정은 직전 헌법재판소의 결정이 있었던 때로 소급하여 효력(해당 법률의 무효)이 발생하기 때문에, 만약 이 사건 처벌 조항에 대한 위헌결정이 이루어졌다면 2차 헌재 결정이 선고된 2011. 8. 30. 이후 유죄판결을 받은 양심적 병역거부자들은 재심절차 통해 무죄를 선고받을 수 있었을 것이다. 헌법재판소가 형벌에 관한 조항에 있어서 특별히 일반적 소급효를 규정한 것은, 위헌적인 법률에 의해 국민들이 형사처벌을 받게 된 것은 매우 심각한 위헌적 공권력 행사인바, 재심이라는 절차를 넓게 인정하여 위헌적인 재판을 무효화시키고 일정한 피해회복을 여지를 보장한 것이다.

그런데 3차 헌재 결정은 형식적인 법논리에 간혀 헌법재판소법 소정 형벌조항 소급효의 취지를 무색하게 하였다. 강일권, 서기석 재판관의 합헌 의견은 양심적 병역거부자들에 대한 형사처벌은 이 사건 처벌조항의 고유한 위헌성에서 비롯되는 것이 아니라 병역법이 대체복무제를 규정하고 있지 않기 때문에 발생하는 것이라고 지적했다. 이 사건 처벌조항이 '정당한 사유 없이 입영하지 않은 자'를 처벌하는 정도의 내용임이기 때문에, 대체복무제가 입법된다면 자연스럽게 처벌은 이루어지지 않을 것이라는 주장이다 이는 일견 논리적으로 타당해보이나, 앞서 살핀 헌법재판소법 소정 처벌조항 위헌의 일반적 소급효 규정 취지를 전혀 살피지 못한 결정이었다. 3차 헌재 결정은 대체복무제 입법을 통해 이후 더 이상의 기본권 침해 상황이 발생하지 못하도록 중단시켰을 뿐, 과거 국가의 보호의무 해태 상황 하에서 벌어진 인권침해 문제에 대해서는 헌법재판소법이 정한 최소한의 절차마저 작동하지 못하게 한 것이다.



다. 판례변경을 가능하게 했던 사회적 요인²⁰

1) 행정부의 입장과 여론의 변화

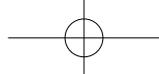
사법기구의 판결에 대한 결정요인을 분석한 연구의 흐름 중 하나인 ‘전략적 선택이론’은 어떤 제도나 기구도 진공 속에 존재하지 않는다는 상식적 전제 위에서, 사법기구가 객관적·독립적 기구라는 통념의 허위성을 지적하고, 정책결정에 있어서 의회·대통령·여론 등의 선호를 고려하여 ‘전략적’(strategic) 또는 ‘상호의존적’(interdependent)으로 행동(결정)한다고 주장한다.²¹ 특히 대법원과 헌법재판소와 같은 최고법원은 그 법원의 판단이 가지는 정책적(입법적) 효과로 인하여 정치적 고려를 할 수밖에 없기 때문에, 위와 같은 전략적 선택이론에 따른 분석이 보다 큰 설명력을 가진다고 할 것이다. 이하에서는 전략적 선택이론의 입장에서, 헌법재판소가 1, 2차 결정과는 다르게 3차 결정에서 판례를 변경하였던 이유, 즉 재판소 외부의 사회적 변동에 관하여 살피고자 한다.

3차 결정이 이루어진 시점에서, 1, 2차 결정 시점과 가장 명확하게 달랐던 외부적 요인은 행정부의 태도였다. 2017년 5월부터 임기를 시작한 문재인 정부는 대선과정에서 양심적 병역거부권 인정과 대체복무제 도입이 필요하다는 입장을 표명하였다.²² 문재인 대통령은 취임 이후에도 2017.

20 이 항의 내용 중 일부는 임재성, 2018, “충을 들 수 없다는 사람들과 공존하기: 양심적 병역거부 헌법불합치 결정에 부쳐”, 창비주간논평에서 요약·정리한 것이다.

21 Gillman, Howard & Clayton, Gornell W., 1999, “Beyond Judicial Attitudes : Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making.” Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard(eds.), Supreme Court Decision-Making : New Institutional Approaches, Chicago: The University of Chicago Press; Epstein, Lee & Knight, Jack & Olga, Shvetsova, 2001, “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic System of Government”, Law and Society Review 35: 117~163; 차동욱, 2006, 「사법적극주의의 경험적 분석을 위한 이론적 고찰 - 미국에서의 논의를 중심으로 비교 제도적 확장을 위하여」, 『세계헌법연구』 12(1): 305~306.

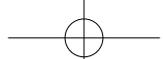
22 문재인 대통령은 19대 대선 후보 시절 “양심의 자유는 헌법상 기본권 중 최상위의 가치를 가지는 기본권”이므로 “대체복무제를 도입하여 양심적 병역거부로 인하여 형사처벌을 받는 현실을 개선”해야 한다는 입장을 표명한바 있다.



12. 7. 국가인권위원장에게 “사형제 폐지나 양심적 병역거부 인정과 같은 사안의 경우, 국제 인권 원칙에 따른 기준과 대안을 제시하면 좋겠다”라는 구체적으로 지시를 한 바도 있다. 이처럼 3차 결정이 이루어진 시점의 행정부는 병역거부 문제에 대한 해결의사를 명확하게 한 상황이었다.

동일한 쟁점에 대해 복수의 헌법재판소 결정이 이루어진 사례를 보면 해당시기 지배적 정치권력(한국의 경우 대통령-행정부)의 태도에 부합하는 판례변경이 이루어진 경우가 드물지 않게 확인된다. 종합부동산세제 결정(헌재 2008. 11. 13.자 2006헌바112 등 결정), 토지초과이득세 결정(헌법재판소 1994. 7. 29.자 92헌바49·52 병합 결정) 등이 그러한데, 모두 행정부가 기존의 법률이나 정책을 변경한 이후에 이루어진 위헌결정들이다. 헌법재판소와 같은 선출되지 않은 권력이 선출된 권력이 제정한 법률을 무효화시키는 것의 정당성이 문제될 때 늘 등장하는, 다수결에 의해 보호받지 못하는 ‘소수자 인권보호’를 위해 필요하다는 논리가 무색하게, 위 결정들과 이번 3차 헌재 결정은 모두 이미 선출된 행정부에 의한 변화가 임박한 상황에서 헌법재판소의 판례변경이 이루어진 것이다.

또한 여론의 변화 역시 주목할 만하다. 2010년 이후 복수의 여론조사에서 모두 ‘형사처벌보다는 대체복무제를 마련해야 한다’는 의견이 뚜렷하게 증가하였다. 2016년 한국갤럽이 진행한 여론조사에서 대체복무제 도입에 대한 찬성(70%) 의견이 반대(22%) 의견보다 압도적으로 높게 확인되었다. 서울지방변호사회에서 2016년 6~7월경 진행한 설문조사에서는 응답에 참여한 1,297명의 서울지방변호사회 소속 변호사 중 66.2%(859명)가 양심적 병역거부가 권리로서 인정되어야 한다고 응답하였다. 병역거부 자체에 대한 사회적 반감은 여전히 높지만, 감옥행을 계속 이어갈 것인가에 대해서는 달리 생각하는 이들이 늘어났던 것이다. 물론 인권은 여론으로 판단할 수 없다. 다수의 생각과 다른 소수자 문제를 과반의 지지 여부로

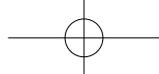


결정하는 것은 그 자체로 모순이다. 그러나 양심적 병역거부는 군대와 병역이라는, 한국사회에서 가장 민감한 문제와 연결되어 있기 때문에 여론의 변화는 분명 헌법불합치 결정의 큰 요인이 되었을 것이다.

2) 하급심의 무죄판결

다음으로 2015년 이후 하급심 법원에서 계속된 양심적 병역거부자들에게 대한 무죄판결 역시 헌법불합치 결정의 주요한 배경이었다. 2004년 최초의 무죄판결 이후 2015년 이전까지는 4건에 불과했지만, 2015년 이후 헌법재판소 결정 직전까지 3년 반 만에 80여건이 넘는 무죄판결이 이어졌다. 대법원의 판단이 없는 상태에서 하급심 판단이 엇갈리는 상황도 아니었다. 2004년 대법원은 전원합의체 판결로 병역거부는 유죄라는 입장을 정하였고, 무죄판결이 이어졌던 2017년에도 다시금 유죄판결을 내리면서 대법원 판단에는 변화가 없음을 분명히 했다. 대법원은 2017년 상반기에는 13건의 병역거부 유죄 판단을 내렸고, 2017년 6월 15일에는 별도의 보도자료까지 배포하기도 하였다. 그럼에도 하급심 판사들은 대법원에 따를 수 없다며 무죄를 선고한 것인데, 한국 사법 역사상 유례가 없는 상황이었다. 튀는 판사 몇 명의 ‘사고’가 아닌, 더 이상 자신의 손으로 이 젊은이들에게 유죄판결을 내릴 수 없다는 진지한 ‘선언’을 헌법재판소가 간과하기 어려웠을 것이다.

그렇다면 행정부와 여론의 변화, 하급심 법원들의 집단적인 무죄 선고가 3차 헌재 결정의 판례변경이 이루어지는 것에 의미 있는 영향을 미쳤을 것이라고 할 수 있다. 이를 종합해보면 헌법재판소의 이번 헌법불합치 결정은 이미 이루어진 사회적 변화를 승인하고 제도화시키는 역할을 했다고 평가하는 것이 타당할 것이다.



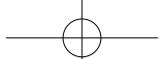
5. 결론

3차 헌재 결정이 내려진 지 약 4개월만인 2018년 11월 1일, 대법원은 전원합의체 판결로서 무죄취지의 파기환송 판결을 내리면서 3차 헌재 결정보다 한 발 더 나아간 판단을 내놓았다. 대체복무제 유무와 관계없이 지금의 법률만으로도 양심적 병역거부자는 ‘무죄’라고 판단한 것이다(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 판결).²³ 결국 양심적 병역거부자들을 형사 처벌해왔던 것은 잘못된 법률해석이었으며, 양심적 병역거부권 행사를 보장하지 않은 것이 입법의무 해태라는 것이 두 최고법원의 판단으로 명확해졌다(다만, 헌법재판소가 이 사건 처벌조항에 대한 위헌 판단을 내렸다면, 대법원이 별도의 전원합의체 판단을 할 필요가 없었을 것이다).

2004년 대법원이 양심적 병역거부에 대한 내린 최초의 전원합의체 판결에서는 1명의 대법관만이 병역거부자를 무죄라고 판단하였다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 판결, 12 대 1로 유죄 판결). 2018년 판결에서는 9명의 대법관이 무죄라고 판단했다(9 대 4 무죄 취지 파기환송 판결).²⁴ 14년 동안 병역거부자를 처벌해서는 안 된다는 대법관이 1명이 9명으로 늘어난 과정은 우리 사회의 소수자에 대한 관용도가 높아져왔음을 단적으로

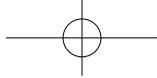
23 “양심적 병역거부를 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유로 인정할 것인지는 대체복무제의 존부와 논리필연적인 관계에 있지 않다. 대체복무제는 양심적 병역거부를 인정하였을 때 제기될 수 있는 병역의무의 형평성 문제를 해소하는 방안이 될 수 있다. 즉 대체복무제는 양심적 병역거부를 인정하는 것을 전제로 한다. 따라서 현재 대체복무제가 마련되어 있지 않거나 향후 대체복무제가 도입될 가능성이 있더라도, 병역법 제88조 제1항을 위반하였다는 이유로 기소되어 재판을 받고 있는 피고인에게 병역법 제88조 제1항이 정하는 정당한 사유가 인정된다면 처벌할 수 없다고 보아야 한다”(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 판결).

24 대법원이 최초로 양심적 병역거부에 대해 판단한 것은 1992년도였다. 당시 대법원은 “종교의 교리를 내세워 법률이 규정한 병역의무를 거부하는 것과 같은 이른바 ‘양심상의 결정’은 헌법에서 보장한 종교와 양심의 자유에 속하는 것이 아니다”라는 판결을 내렸다(대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결). 대법원 판결의 역사를 정리해보면, 1992년 판결에서는 헌법상의 권리조차 될 수 없었던 병역거부가 2004년 판결에서는 헌법상 권리의 범위로는 포섭되었으나, 이에 대한 형사처벌이 과잉금지원칙의 위반은 아니기에 유죄라고 판단되었다. 그리고 2018년 드디어 양심적 병역거부자는 무죄라는 판결이 내려진 것이다.



로 보여주는 모습이다. 가장 민감한 영역이라 할 수 있는 군대, 병역과 관련된 이슈이기에, 여전히 오해와 반감, 왜곡과 비난이 적지 않지만, 그 쏟아지는 비난을 견디며 20년 가까이 계속된 시민사회의 활동과 학자들의 연구, 무엇보다 병역거부자들의 끈끈한 감옥행이 소수자를 포용할 수 있는 지금의 한국 사회를 만들어냈다. 대법원은 다음과 같은 언어로 양심적 병역거부자에 대한 무죄판결이 민주주의의 원칙에 따른 것이라고 말했다. “자유민주주의는 다수결의 원칙에 따라 운영되지만 소수자에 대한 관용과 포용을 전제로 할 때에만 정당성을 확보할 수 있다. … 그 신념에 선뜻 동의할 수는 없다고 하더라도 이제 이들을 관용하고 포용할 수는 있어야 한다.”

그러나 3차 헌재 결정과 대법원의 무죄 판결에도 대체복무제 입법의 전망이 밝지만은 않다. 물론 3차 헌재 결정으로 대체복무제 입법 자체가 이루어질 것은 분명하다. 그러나 지금까지 대체복무제를 반대하던 입장이 ‘징벌적 대체복무제’를 도입해야 한다는 입장으로 변화했으며, 이 입장에 적지 않은 무게가 실리고 있는 상황이다. 이 판례평석을 작성하는 2018년 11월 기준으로 공식적인 정부안이 발표되지는 않았지만, 유력한 정부안으로 ‘지금까지 병역거부자들이 수감되어 징역형으로서 수행하던 교정 시설 보조업무를 현역 육군 복무기간 기준 2배인 36개월 동안 합숙복무의 형태로 수행’하는 것이 검토되고 있기 때문이다. 만약 이와 같은 안이 정부안으로 입법이 이루어진다면, 대한민국은 아르메니아와 함께 전세계에서 가장 긴 대체복무제를 시행하는 나라가 된다. 지금까지 병역거부자들이 형사처벌을 받은 이후 징역형으로 수행하던 일은 유일한 대체복무 업무로 하겠다는 것은, 사법부가 처벌하지 않겠더니 입법부와 행정부가 처벌하겠다는 것에 다름 아니다. 국제기구들은 “대체복무는 징벌적 성격이

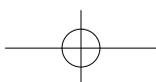
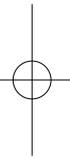
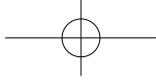


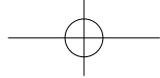
아닌 것이어야 한다”²⁵라고 반복적으로 강조하고 있는데, 현재 정부안으로 검토되는 안은 바로 그 징벌적 성격의 대체복무이다.

이미 3차 현재 결정은 “대체복무의 기간이나 고역의 정도가 과도하여 양심적 병역거부자라 하더라도 도저히 이를 선택하기 어렵게 만드는 것은, 대체복무제를 유명무실하게 하거나 징벌로 기능하게 할 수 있으며 또 다른 기본권 침해 문제를 발생시킬 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다”며 징벌적 대체복무제가 도입되는 것에 대한 우려를 표명한 바 있다. 앞서 살핀 정부안이 입법된다면, 해당 법률에 대해 헌법재판소가 위헌으로 판단할 가능성도 크다. 유럽인권재판소는 2017년 10월 아르메니아의 대체복무제에 대해 판단하면서 군과 관련된 업무에서 현역 복무의 1.5배를 크게 상회하는 대체복무제를 시행하는 것이 양심의 자유 침해라고 판단한 바 있다.(*Adyan and others v. Armenia*, no. 75604/11, ECHR, 2017. 10. 12. 결정)

오랜 고통 속에서 비로소 ‘권리’로서 인정된 양심적 병역거부가 또 다른 배제의 대상으로 치부되는 대체복무제가 아니라, 합헌적이고 합리적인, 국제인권규범에 부합하는 대체복무제가 도입되어야 한다. 그것이야말로 지금까지 2만여 명에 달하는 젊은이들을 감옥에 보내왔던 한국 사회와 그 과거를 깊이 반성하는 고개숙임이고, 반복하지 않겠다는 선언일 것이다.

25 유엔 인권위원회 결의 77호, UN Doc, E/CN.4/RES/1998/77 등.





민주사회를 위한 **변론**

111호 2018년 하반기

발행인 김호철

편집인 좌세준

편집위원 김경은, 박동훈, 심재섭, 이해정, 허진선

민주사회를 위한 변호사모임

주소 06596 서울시 서초구 법원로 4길 23 대덕빌딩 2층

전화 02-522-7284

팩스 02-522-7285

홈페이지 <http://minbyun.or.kr>

이메일 admin@minbyun.or.kr

