참여연대 보고서

2011. 10. 16 | 제2011-20호

# 신임 대법관 후보 추천기준에 대한 의견

## 이용훈 전 대법원장 재임 중 전원합의체 판결 및 김지형 · 박시환 대법관의 판결 평가에 근거하여

발행 | 참여연대 사법감시센터 (소장 : 하태훈 고려대 교수)
담당 | 장동엽 간사 02-723-0666 taijist@pspd.org

# 차례


요약 3

의견 제시 배경 4

신임 대법관 후보 추천 및 제청 기준에 대한 의견 5

이용훈 전 대법원장 재임 중 대법원 전원합의체 판결 분석

1. 조사 및 분석 개요 7

2. 대법원 전원합의체 주요 판결에 대한 약평
(김지형 · 박시환 대법관 의견에 대한 평가를 중심으로) 9

# 요약

## 신임 대법관 후보 추천기준에 대한 참여연대 의견 요약

- 본 보고서는 2011년 10월 17일 김지형·박시환 대법관의 후임 대법관 후보 추천기준과 관련해 대법원 대법관후보추천위원회에 제출된 인사의견서임.
- 참여연대는 김지형·박시환 대법관의 후임 대법관 후보에 다음과 같은 인물이 추천되고 제청되어야 한다는 의견을 제출함.
  - 인권과 정의를 실현하기 위해 구체적인 노력을 펼쳤거나 그러한 소신이 뚜렷한 인물이어야 하며, 국민에게 사법부가 인권과 정의를 실현하는 기관이라는 기대와 믿음을 심어줄 수 있는 인물이어야 함.
  - '대법관 구성의 다양화' 라는 관점에서 사법부 판결에 대한 시민사회의 건전한 비판과 개선 요청에 대해 개방적인 태도를 가지고 국민과 함께 하는 사법부를 만들고자 하는 의지가 있는 인물이어야 함.
  - 사법부와 법관의 독립을 지켜내고, 공정성에서 의심받지 않는 인물이어야 함.
- 참여연대는 이용훈 전 대법원장 재임기간 중 전원합의체 판결과 해당 전원합의체 판결들에서 김지형·박시환 대법관이 밝힌 의견을 분석·평가해 위의 의견에 대한 근거로 삼음.
  - 이용훈 전 대법원장 재임 중 대법원 전원합의체 사건의 수는 95건으로 전임자인 최종영 대법원장 재임 당시 63건보다 대폭 늘었으며, 세부쟁점 또한 234건으로 최 전 대법원장 당시 124건에 비해 거의 2배 가까이(89%) 증가함.
  - 세부쟁점 가운데 최 전 대법원장 재임 당시 세부 쟁점 124건 중 38건(30.6%)에서만 의견이 갈렸던 것과는 달리 이 전 대법원장 재임 중에는 세부 쟁점 234건 중 81건(34.6%)에서 대법관들의 의견이 첨예하게 갈리며 다양한 입장을 놓고 치열한 토론이 이루어진 것으로 나타남.
  - 김지형·박시환 대법관은 전원합의체 판결의 세부쟁점에 대해 다수의견과 견해를 달리한 반대·별개의견을 상대적으로 더 많이 개진한 것으로 나타났다는 점에서 대법관 구성의 다양화에 따른 성과로 평가할 수 있음.

## 의견 제시 배경

### 대법관 구성의 다양화, 그 어느 때보다 절실히 요구돼

- 참여연대는 지난 2003년과 2004년 '바람직한 대법관·헌법재판관 추천운동'을 벌인 바 있음. 당시 참여연대는 ▲법원개혁에 대한 소신, ▲여성, 노동, 환경 등 사회 경제적인 약자의 권리 옹호, ▲행정, 입법기관에 대한 견제역할, ▲법관 이외 의 다양한 사회활동 경험 등을 바람직한 대법관 선임의 기준으로 제시한 바 있음. 또한 2009년 7월에도 대법관제청자문위원회에 신임 대법관 선임에 대해 기존의 입장과 함께 '어느 때보다도 검찰권이나 경찰권을 비롯한 국가공권력에 의한 국민 기본권 침해로부터 국민을 보호하는데 적극적인 의지와 소신을 가진 인물이 대법관이 될 필요성이 더욱 높아졌다'는 등의 의견을 제시한 바 있음.

- 이후 이명박 정부가 들어서기 전까지 대법관 인선은 법원개혁과 인권보호 등에 남다른 면모를 보여준 이를 대법관으로 선임했을 뿐만 아니라 사회적 다양성을 반영하여 대법관 구성의 다양성을 확보하는 방향으로 진행되어 왔으며, 기수 및 서열 관행에서 벗어나 국민적 신뢰와 존경을 받을 수 있는 인물을 대법관으로 인선하려는 노력이 지속되었음.

- 반면 이명박 정부가 들어선 이후, 최근 대법원이 보수화되고 있다고 평가됨. 그 핵심요인에는 인선에 있어서도 대법관을 법관승진의 정점으로 여기다보니 법원 내에서 엘리트 코스를 밟은, 재판실무능력이 뛰어난, 그러나 거의 성향이 비슷한 법관이 대법관으로 추천·임명되고 있기 때문임. 특히 지난 2009년 신영철 대법관의 경우에는 인선 직후 밝혀진 재판간섭 파문으로 대법원과 대법관에 대한 국민적 신뢰를 심각하게 훼손시킨 바도 있음.

- 그럼에도 불구하고 지난 수년 동안 지속된 대법관 구성의 다양화와 변화는 국민적 지지와 공감대를 폭넓게 형성해 왔음. 양승태 대법원장 또한 인사청문회와 취임사 등을 통해 "다수결의 원칙이 지배하는 사회에서 소수자나 사회적 약자의 권리가 다수의 그늘에 묻혀 부당하게 침해되지 않도록 보호하는 것은 사법부에 맡겨진 또 하나의 중요한 사명이다. 헌법이 사법부를 다른 국가기관과 달리 선거에 의하지 않고 구성하도록 한 것은 바로 사법부에게 소수자와 사회적 약자의 권리 보호라는 특별한 사명을 맡기고자 하는 헌법적 결단"이라고 강조한 바 있음.

- 이러한 관점에서 다가올 대법관후보추천위원회의 후보 추천과 양승태 대법원장의 후보 제청 등 대법관 인선과정 및 결과 또한 국민적 기대에 부응하기를 기대하며, 후보 추천 및 제청 기준에 대한 의견을 제시함.

# 신임 대법관 후보 추천 및 제청 기준에 대한 의견

## 1. 인권과 정의 실현을 위해 구체적 노력을 펴거나 소신이 뚜렷한 인물이어야 함

현 정부 출범이후 국가공권력에 의한 국민의 기본권 침해가 빈발하고 있는 상황에서, 사법부가 국민의 기본권 보장과 정의수호 역할에 더욱 충실히 할 것임을 모든 국민과 국가기관에 보여줄 수 있는 이를 대법관으로 선임해야 함.

사법부는 국민의 기본권을 충실하게 보호하고 정의를 선언하는 기관임. 형식적 법이론에서 벗어나 실체적 정의를 선언해야 할 뿐만 아니라, 검찰과 경찰을 비롯한 국가기관의 국민 기본권 침해로부터 국민을 보호해야할 최후의 보루임. 아울러 법률을 형식적이고 기계적으로 적용하는 데서 그치는 것이 아니라 인권을 지키고 정의를 수호하는 적극적인 역할을 다해야 함.

그런 점에서 사법부를 대표하는 기관인 대법원을 구성하는 대법관은 단순히 풍부한 법조경력을 쌓았다는 것만으로는 충분하지 않음. 인권과 정의를 실현하기 위해 구체적인 노력을 펼쳤거나 그러한 소신이 뚜렷한 인물이어야 하며, 국민에게 사법부 가 인권과 정의를 실현하는 기관이라는 기대와 믿음을 심어줄 수 있는 인물이어야 함.

특히 이명박 정부 들어 '법과 원칙'이라는 이름 아래 형식적 법치를 강조하면서 국민의 의사표현의 자유를 극도로 위축시킬 뿐만 아니라 경찰권과 검찰권을 남용하고 있음. 예전에는 전혀 기소되지 않았을 수많은 평범한 시민과 사람들이 경찰과 검찰로부터 수사를 받고, 무리하게 압수수색을 당하기도 하고 기소되고 있음.

이런 상황에서 절대 다수의 국민은 사법부가 과거에 비해 더욱더 국민의 기본권을 보장하고 행정권과 검찰권, 경찰권 등 국가공권력의 남용에 제동을 걸기를 기대하고 있음.

이명박 정부 들어 발생한 국가공권력에 의한 국민 기본권 침해에 대해 부족하나마 사법부가 인권과 자유, 정의라는 법정신에 입각하여 본연의 역할을 충실히 다한 것으로 평가받고 있음. 국민들은 이런 모습의 사법부를 그 어느 때보다 열망하고 있음. 따라서 신임 대법관에는 국민의 기본권 보호에 누구보다도 뛰어난 소신과 경험을 가진 이가 임명되어야 하며, 대법원이 그 같은 기능을 어느 때보다 중시하고 있음을 모든 국민과 국가기관에 보여줄 수 있는 인물로 임명해야 할 것임.

## 2. '대법관 구성의 다양화' 라는 관점에서 국민과 소통할 수 있는 개방적 태도를 가진 인물이어야 함

국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위해 법관의 독립은 헌법적으로 보장되고 있으며 그 연장선에서 사법부의 독립이 중시되고 있음. 그러나 이같은 사법부와 법관의 독립을 기득권 유지와 외부 비판으로부터 자유로운 '성역'을 구축하기 위한 방패로 사용해서는 안 될 것임. 따

라서 사법부와 법관의 독립을 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이며 외부의 사법부에 대한 건전한 비판에 개방적 태도를 가져야 한다는 관점에서 이해하면서 국민과 함께 하는 사법부를 지향하는 인물이 대법관이 되어야 할 것임.

신영철 대법관의 재판간섭 사태에서 보듯이 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 방편인 법관의 독립이 사법부의 관료적 구조 속에서 위협받을 가능성은 늘 도사리고 있음.

그러나 사법부와 법관의 독립을 잘못 이해하여 일반 국민과 시민사회, 언론 등의 사법부 외부의 법원 판결에 대한 건전한 비판과 토론, 사법부의 변화요청을 그 내용의 정당성 여부를 떠나 무조건 외면해서도 안될 것임.

예를 들어 연공서열에 따른 대법관 구성은 지난 수년 동안 적지 않은 변화를 보여 왔음. 연공서열 따라 승진한 법원장이 아니어도 대법관으로서 자질을 갖춘 이들이 대법관이 되기도 했음. 이용훈 대법원장이 취임한 이후에야 남성 일색이었던 대법관에도 자질을 갖춘 여성 법률가가 2명이나 임명되었으며 현직 판사가 아닌 이들이 대법관으로 임명되기도 하였고 노동법 분야의 권위자가 임명되는 등 사회적 다양성을 반영할 수 있는 인물이 임명되기도 했음. 이런 대법관 구성의 변화는 우리 사회 전체의 발전에 부응하는 것으로 대다수의 국민들의 지지를 받아왔음.

그러나 이러한 대법관 구성의 다양화를 이끌기 위한 시민사회의 요청을 사법부에 대한 도전이나 간섭으로 바라보면서 사법부의 독립을 저해하는 행위로 보는 것은 사법부 발전방향을 정면으로 거스르는 인식일 뿐만 아니라 실제 구시대적인 태도임. 대법관 구성의 다양화를 요청하는 시민사회의 의견이 수용되어 수 년 전 대법원 인적 구성의 다양화가 물꼬를 트고 있을 때조차 서울지역의 한 법원장이 퇴임사에서 이러한 변화를 매우 부정적으로 바라본 경우가 대표적인 예라고 할 것임.

따라서 신임 대법관에는 사법부와 법관의 독립을 왜곡하지 않고, 대법관 구성을 비롯하여 사법부 판결에 대한 시민사회의 건전한 비판과 개선요청에 대해 개방적인 태도를 가지고 국민과 함께 하는 사법부를 만들고자 하는 의지가 있는 인물이 제청되고 임명되어야 함.

### 3. 사법부와 법관의 독립을 지켜내고, 국민적 신뢰와 존경을 한 몸에 받을 수 있는 공정성에서 의심받지 않는 인물이어야 함.

특정 정치세력, 특히 현재의 정치권력 또는 특정 기업 등과 연관되어 사법부의 독립성을 의심받거나 공정성에 의심을 받는 인물은 대법관으로서 적절치 못함. 이는 사회적 약자와 소수세력을 포함한 국민의 기본권을 보호할 뿐만 아니라 사회적 다양성을 존중함에 있어 소홀하지 말아야 할 대법관과 대법원의 공정성에 대한 신뢰를 흔들게 될 것임. 따라서 국민적 신뢰와 존경을 받는 동시에 독립성과 공정성에 있어 의심도 받지 않을 인물이 대법관이 되어야 할 것임.

# 이용훈 전 대법원장 재임 중 대법원 전원합의체 판결 분석

## 1. 조사 및 분석 개요

1) 조사 및 분석 방법

- 기간 및 대상 : 이용훈 전 대법원장 재임기간(2005.09.25 ~ 2011.09.24) 중 전원합의체 판결의 판결문을 전수 조사함.
- 해당기간 중 전원합의체 판결에 관여한 대법관들의 의견을 다수의견, 다수의견에 대한 보충의견, 별개의견, 반대(소수)의견, 반대의견에 대한 보충의견 등으로 나누어 각 대법관별 다수의견 비율을 분석함.
- 해당기간 중 전원합의체 판결에서 김지형·박시환 대법관이 제시한 의견들 가운데 다음의 기준에서 긍정적으로 평가할 수 있는 판결을 골라 간략히 약평함.

2) 분석 및 평가 기준

- 민주주의와 기본권(인권) 보호 : 주권자로서의 국민 기본권 옹호, 형사사법절차의 정당성 강조, 사회변화에 부응한 기본권의 확장 해석, 기본권 제한 사유의 엄격성과 구체성, 사법적 극주의적 관점 견지
- 사회적 약자 및 소수자 보호 : 성적 소수자와 양심적 병역거부자, 여성, 아동, 노인, 장애인 등 정치·사회·경제적 취약계층 보호의 관점
- 경제민주화와 소비자 권리 보호 : 국민경제의 균형적 발전, 불평등한 경제구조의 개선, 경제주체간 정보비대칭 해소(사유재산권과 영업의 비밀을 강조하는 관점과 대조됨)
- 노동권 보호 : 노동3권에 대한 실질적 보호(인정), 고용안정 등 노동자의 경제적 지위 보호
- 환경(권) 보호 : 환경권 인정 대상 확대(환경권에 대한 원고적격 여부 및 보호 범위 관련), 무분별한 개발(난개발) 제한

3) 분석 결과

- 이용훈 전 대법원장 재임기간 중 전원합의체 판결은 모두 95건이며, 이에 포함된 세부쟁점은 모두 234건임. 이용훈 전 대법원장 재임 중 대법원 전원합의체 사건의 수는 전임자인 최종영 대법원장 재임 당시 63건보다 대폭 늘었으며, 세부쟁점 또한 최 전 대법원장 당시 124건에 비해 거의 2배 가까이(89%) 증가함.
- 이용훈 전 대법원장 재임 중 전원합의체 판결을 분석해보면, 대법관들이 세부 쟁점에 대해 최 전 대법원장 재임 당시 세부 쟁점 124건 중 38건(30.6%)에서만 의견이 갈렸던 것과는 달리 이 전 대법원장 재임 중에는 세부 쟁점 234건 중 81건(34.6%)에서 대법관들의 의견이 첨예하게 갈리며 다양한 입장을 놓고 치열한 토론이 이루어진 것으로 나타남.

- 국가보안법 관련 형사사건, 노동쟁의행위나 사회적 약자·소수자 인권 관련사건 등 이념성향이 드러나는 주요 사건의 판결에서 대법관들 사이에 의견을 달리하는 경향이 상대적으로 강했으며, 이는 지난 참여정부와 이용훈 전 대법원장 재임 중 강하게 추진된 사법개혁과 함께 대법관 구성의 다양화가 이루어진 성과로 긍정적 평가할 수 있음.
- 특히 오는 11월 20일 퇴임을 앞둔 김지형·박시환 대법관은 전원합의체 판결의 세부쟁점에 대해 다수의견과 다른 반대·별개의견을 상대적으로 더 많이 개진한 것으로 나타남.

**<표1> 이용훈 대법원장 재임 중 전원합의체 판결에 대한 관여 대법관별 의견 성향**

2011.09.20. 현재까지 전원합의체 판결 각 쟁점별 다수의견 비율 순

| 대법관 | 임기 | 관여사건 수(건) | 다수의견 비율(%) | 비고 |
|---|---|---|---|---|
| 이용훈 | 2005.09 ~ 2011.09 | 94 | 100.0 | 퇴임 |
| 민일영 | 2009.09 ~ 2015.09 | 35 | 95.7 | |
| 김용담 | 2003.09 ~ 2009.09 | 27 | 95.4 | 퇴임 |
| 양승태 | 2005.02 ~ 2011.02 | 81 | 95.3 | 현 대법원장 |
| 차한성 | 2008.03 ~ 2014.03 | 61 | 94.7 | |
| 고현철 | 2003.02 ~ 2009.02 | 47 | 94.4 | 퇴임 |
| 신영철 | 2009.02 ~ 2015.02 | 47 | 92.7 | |
| 양창수 | 2008.09 ~ 2014.09 | 52 | 91.7 | |
| 김능환 | 2006.07 ~ 2012.07 | 85 | 91.1 | |
| 박일환 | 2006.07 ~ 2012.07 | 48 | 90.5 | |
| 안대희 | 2006.07 ~ 2012.07 | 86 | 88.3 | |
| 김영란 | 2004.08 ~ 2010.08 | 74 | 88.1 | 퇴임 |
| **김지형** | **2005.11 ~ 2011.11** | **95** | **88.0** | |
| 김황식 | 2005.11 ~ 2008.07 | 37 | 87.8 | 현 국무총리 |
| 이홍훈 | 2006.07 ~ 2011.05 | 78 | 86.3 | 퇴임 |
| **박시환** | **2005.11 ~ 2011.11** | **95** | **84.2** | |
| 전수안 | 2006.07 ~ 2012.07 | 86 | 83.9 | |
| 이인복 | 2010.09 ~ 2016.09 | 19 | 83.0 | |

## 2. 대법원 전원합의체 주요 판결에 대한 약평
## (김지형·박시환 대법관이 제시한 의견에 대한 평가를 중심으로)

1) 개요

- 이용훈 전 대법원장 재임기간(2005.09.25 ~ 2011.09.24) 중 전원합의체 판결 95건 가운데 김지형·박시환 대법관이 제시한 의견들을 분석해 '민주주의와 기본권(인권) 보호, 사회적 약자 및 소수자 보호, 경제민주화와 소비자 권리, 노동권 보호, 환경(권) 보호' 등의 기준에 비추어 의미 있다고 평가할 수 있는 주요 판결 19건의 핵심적 판시사항과 다수·반대·별개 의견을 간략히 정리하고, 약평을 담음.

2) 평가 기준

- 민주주의와 기본권(인권) 보호 : 주권자로서의 국민 기본권 옹호, 형사사법절차의 정당성 강조, 사회변화에 부응한 기본권의 확장 해석, 기본권 제한 사유의 엄격성과 구체성, 사법적 극주의적 관점 견지
- 사회적 약자 및 소수자 보호 : 성적 소수자와 양심적 병역거부자, 여성, 아동, 노인, 장애인 등 정치·사회·경제적 취약계층 보호의 관점
- 경제민주화와 소비자 권리 : 국민경제의 균형적 발전, 불평등한 경제구조의 개선, 경제주체 간 정보비대칭 해소(사유재산권과 영업의 비밀을 강조하는 관점과 대조됨)
- 노동권 보호 : 노동3권에 대한 실질적 보호(인정), 고용안정 등 노동자의 경제적 지위 보호
- 환경(권) 보호 : 환경권 인정 대상 확대(환경권에 대한 원고적격 여부 및 보호 범위 관련), 무분별한 개발(난개발) 제한

3) 주요 판결에 대한 악평

- **대법원 2011.9.2. 선고 2009다52649 전원합의체 판결 [정정, 반론] 〈MBC PD수첩 사건〉**
  대법원 전원합의체(주심 양창수 대법관)가 2008년 미국산 쇠고기의 광우병 위험성을 다룬 MBC 'PD수첩'에 대해 정정보도의 범위를 축소한다고 판결한 사건임.
  재판부는 농림수산식품부가 MBC PD수첩을 상대로 낸 광우병 보도에 대한 정정·반론보도 청구소송[1] 에서 '한국인의 광우병 발병 위험이 크다'고 보도한 부분은 허위여서 정정해야 할 의무가 있지만, '정부 협상단의 태도' 및 '미국 인간광우병에 대한 정부 대응'에 대한 비판은 의견표명에 불과해 정정보도 대상이 아니라는 결론을 내림.
  재판부는 "'정부가 미국산 쇠고기의 광우병 위험을 잘 모르거나 은폐했고, 미국에서 인간광우병이 발생해도 정부가 독자적 대응을 할 수 없다'고 보도한 내용은 사실적 주장이 아니

1 농림수산식품부는 PD수첩이 2008년 4월 29일 '긴급취재 미국산 쇠고기, 과연 광우병에서 안전한가' 편에서 정부가 미국산 쇠고기의 광우병 위험성을 몰랐거나 알면서도 은폐·축소한 채 수입협상을 체결했다고 보도하자, 언론중재위원회에 7가지 보도내용에 대한 반론·정정보도를 청구함. 이에 언론중재위원회는 정정보도문을 채택했으나, PD수첩 제작진이 불복해 소송이 제기됨.

라 의견표명에 불과해 정정보도 청구대상이 아님에도 그렇게 명한 원심 판결에는 위법이 있다"고 밝힘.

반면 "'한국인은 MM 유전자형 비율이 높아 광우병 위험이 크다'고 보도한 부분은 허위임이 증명됐고 후속보도에서 정정보도가 됐다고 볼 수 없어 정정보도를 명한 원심 판결은 정당하다"고 판시함. 또 '정부가 특정위험물질(SRM) 5가지의 수입을 허용했다'고 보도한 부분에 대해서는 허위는 아니지만 반론보도를 해야 한다는 원심을 유지함.

사안별로는 대법관들의 의견이 갈렸는데, MBC PD수첩 보도된 핵심내용에 대해 박시환·김지형·전수안·이인복·이상훈·박병대 대법관이 이미 충분한 후속 정정보도가 이루어졌으므로 정정보도청구권 행사의 정당한 이익이 없다는 취지의 반대의견을 제시했고, '한국인 광우병 발병 위험' 보도 부분에 대해서도 "허위임이 증명됐다고 볼 수 없다"며 정정보도의 대상이 되지 않는다는 취지로 박시환·김지형·전수안 대법관이 다수 대법관과 의견을 달리함.

또 '정부 협상단의 태도' 부분에 대해선 "정정보도 대상이 되는 '사실적 주장'으로 봐야 한다"며 안대희·양창수·민일영·박병대 대법관이 반대의견을 제시했으며, '미국 인간광우병에 대한 정부 대응'도 김능환·안대희·양창수·신영철·민일영·박병대 대법관이 같은 취지로 반대의견을 밝힘.

당초 농식품부가 정정·반론보도를 요구한 보도내용은 ①'다우너 소'(주저앉은 소)의 광우병 감염 가능성 ②미국 여성 아레사 빈슨의 사인(死因) ③특정위험물질(SRM) 수입 여부 ④한국인 유전자형과 광우병 감염 확률 ⑤정부 협상단의 태도 ⑥미국 인간광우병에 대한 정부 대응 ⑦라면스프 등을 통한 광우병 감염위험 등 총 7가지인데, 이 가운데 ①,②는 허위이지만 후속보도에서 정정보도가 이미 이뤄졌고, ③은 반론보도가 필요하며 ④는 정정보도를 해야 한다는 결론이 남. 나머지 ⑤,⑥,⑦은 사실보도가 아닌 의견표명이어서 정정보도 대상이 아니라고 결론 내림.

1심 재판부는 ①,④ 두 가지는 허위로 판단해 정정보도를 해야 하고, ③은 반론보도 하도록 판결했으나, 2심은 ④,⑤,⑥ 세 가지에 대해 정정보도를, ③은 반론보도를 각각 해야 한다고 조정한 바 있음.

대법원의 이 판결에서 박시환·김지형 대법관은 전수안 대법관과 함께 '한국인 광우병 발병 위험' 보도의 허위성이 입증되지 않았다는 취지로 반대의견을 제시했고, '정부 협상단의 태도' 및 '미국 인간광우병에 대한 정부 대응'에 대한 비판은 의견표명에 불과해 정정보도 대상이 아니라고 판단한 다수 입장에 섬. 이는 정부 정책을 비판적으로 다룬 언론보도에 대해 정정·반론보도 청구권을 엄격히 해석해야 한다는 입장을 밝힘.

- **대법원 2011.9.2. 자 2009스117 전원합의체 결정 [등록부정정] <혼인 중이거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정 신청 사건>**

대법원 전원합의체(주심 박시환 대법관)가 혼인 중이거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정 신청은 허용될 수 없다고 결정을 내린 사건으로 16세의 아들을 둔 성전환자가 가

족관계등록부상 성별을 남성에서 여성으로 고쳐달라며 낸 등록부정정 사건에서 정정을 불허한 원심을 유지함.

재판부는 "성별정정으로 배우자나 자녀와의 신분관계에 중대한 변경을 초래하거나 사회에 미치는 부정적 영향이 크므로 성별정정신청을 허용할 수 없다"고 판시하면서 "우리 민법은 동성(同性) 간의 혼인은 허용하지 않고 있는데, 현재 혼인 중인 성전환자의 성별정정을 허용할 경우 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고 이는 상대방 배우자의 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다"고 밝힘. 이어 "미성년자인 자녀가 있는 경우, 자녀 입장에서는 부(父)가 남성에서 여성으로, 또는 모(母)가 여성에서 남성으로 뒤바뀌는 상황을 일방적으로 감내해야 하므로 이로 인한 정신적 혼란과 충격에 노출될 수 있다"고 덧붙임.

양창수·이인복 대법관은 "미성년 자녀가 부 또는 모의 성전환으로 가혹한 사회적 차별과 편견을 받게 되는 것이 우려될 때는 법원이 허가 여부를 재판하면서 이러한 사정을 고려하면 충분하다"고 반대의견을 밝히면서 "성적 정체성이나 성적 지향은 개인의 존재 그 자체를 구성하는 것'이라며 '성전환자의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권이 침해되는 결과를 감수하면서까지 법적 안정성을 추구하는 것은 정당하지 않다"고 덧붙임.

박시환·김지형 대법관 또한 전수안 대법관과 함께 "'다수의견'은 사회에 대한 부정적 영향이 없어야만 정정을 허용하겠다는 것"이라며 "성전환자에 대한 다수의 인식을 궁극적 판단기준으로 삼는 것이며, 소수자인 성전환자도 차별받지 않고 동등한 권리와 행복을 누려야 한다는 기본권을 외면하는 것이어서 동의할 수 없다"는 반대의견을 내놓음. 박시환·김지형·전수안 대법관은 소수자인 성전환자의 기본권을 명확히 강조해 눈길을 끔.

- **대법원 2011.4.21. 자 2009스117 전원합의체 결정 [집행정지] <'4대강 살리기 마스터플랜'에 따른 '한강 살리기 사업' 집행정지신청>**

대법원 전원합의체(주심 이홍훈 대법관)가 '4대강 사업'을 중단해달라며 야당과 시민사회단체 등이 낸 집행정지 신청을 기각한 사건으로 6천180명의 시민들이 국토해양부장관 등을 상대로 '한강살리기' 사업을 중단해 달라며 제기한 집행정지신청 사건의 재항고심에서 신청을 기각한 원심을 확정함.

재판부는 "신청인 일부가 4대강 사업으로 토지 소유권을 수용당하거나 정착지를 떠나 더 이상 유기농사를 지을 수 없게 될 위기를 맞게 된다고 하더라도 그 손해는 효력정지의 요건인 회복할 수 없는 손해에 해당한다고 볼 수는 없다"고 밝히고, "4대강 사업으로 수질오염, 침수, 생태계 파괴 등의 손해가 발생할 우려가 있는지 여부는 사실인정의 문제로 사실심의 전권사항"이라며 "이에 대한 소명이 부족한 것으로 보고 신청을 기각한 원심의 판단을 대법원에서 다툴 수 없다"고 설명함. '4대강 살리기 마스터플랜'을 집행정지 해달라는 신청에 대해서는 "행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시한 것 뿐이고 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당하지 않아 효력정지의 대상이 되지 않는다"고 기각 사유를 밝힘.

반면 박시환·김지형·이홍훈·전수안 대법관은 소수의견에서 "정부의 하천공사시행계획

등은 상위계획인 수자원장기종합계획의 범위를 벗어났고, 사업의 효율성에 대한 검토를 결여했다고 볼 여지가 많은 점을 종합할 때 4대강 사업의 효력을 정지하는 것이 타당하다"고 밝힘. 이들은 "정부의 예측이 빗나가 수질오염이 발생할 경우 신청인들의 생명이나 건강이 침해돼 금전적으로 보상할 수 없고, 자연환경이 훼손되면 회복이 극히 어렵다"고 지적함. 박시환·김지형·이홍훈·전수안 대법관은 적절한 효율성 검토나 적법절차를 거치지 않은 국책사업과 이를 뒷받침한 정부 정책에 의해 국민의 기본권이 침해되어서는 안 되는 관점에서 사법부가 정부정책의 문제점에 대해 보다 적극적으로 견제하는 입장에 서야 한다는 의견을 밝혀 긍정적으로 평가할 수 있음.

- **대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결 [업무방해]**

  대법원 전원합의체(주심 이홍훈 대법관)가 2006년 철도노조 불법파업을 주도해 업무방해로 기소된 김영훈 전 전국철도노동조합 위원장(현 민주노총 위원장)에게 벌금 1,000만원을 선고한 원심을 확정함.

  재판부는 김영훈 위원장이 주도했던 파업은 업무방해죄를 구성하는 위력에 해당돼 유죄를 인정한 원심 판결은 정당하다고 전제하면서 2010년 헌법재판소의 결정[2] 에 대한 대법원의 입장을 밝힘. 대법원은 판결문에서 "집단적으로 근로의 제공을 거부한 경우 업무방해죄를 구성한다는 판례를 변경한다"고 밝힘. 그러나 "파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것은 아니지만, 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 경우에는 업무방해죄가 성립한다"며 합법파업이라도 업무방해죄를 적용할 수 있는 여지를 남김.

  대법원의 이 판결은 파업을 기본적으로 업무방해로 바라본 대법원의 기존 판례를 변경했다는 의의는 있으나, 지난 2010년 헌법재판소의 결정을 통해 합법파업에는 형법상 업무방해죄를 적용하지 못하게 제한함으로써 합법파업은 절대적으로 보호한다는 입장을 내놓았음에도, 대법원이 '막대한', '심대한'과 같은 애매한 표현을 동원해 파업에 대한 처벌의 길을 열어놓은 것과 다르지 않은 판결을 내려 논란이 됨. 이에 따라 합법파업의 경우도 검찰 수사로부터 자유로울 수 없게 되었고, 사실상 헌법이 보장한 노동자의 단체행동권을 위축시키는 결과를 가져오게 되었다는 점에서 문제가 있음.

  이 판결에서 박시환·김지형·이홍훈·전수안·이인복 대법관은 "일본에서는 폭력을 수반하지 않은 단순파업은 업무방해죄로 처벌하지 않으며, 유럽이나 미국에서도 단순 파업을

---

2 헌재는 2010년 4월 형법상 업무방해죄 헌법소원 사건에서 파업 등 쟁의행위로 회사의 업무를 방해한 사람을 처벌하도록 한 형법 제314조 1항(업무방해)에 대해 합헌 결정을 선고했으나, "업무방해죄는 모든 쟁의행위에 대해 무조건 적용되는 것이 아니라 단체행동권의 내재적 한계를 넘어 정당성이 없다고 판단되는 쟁의행위에 대하여만 적용된다"고 결정함. 이 사건은 형법 314조 1항 업무방해죄가 정당한 파업을 옥죄는 수단으로 악용된다는 문제제기였음. 헌재는 "헌법상 단체행동권은 주장을 관철하기 위해 정상적인 업무를 저해하는 행위이고 따라서 속성상 형법상의 여러 범죄에 해당되지만 목적·방법·절차가 합법적이라면 형사책임이나 손해배상을 묻지 못한다"고 결정하며, "내재적 한계를 일탈한 (위법한) 쟁의행위인지는 법원이 종합적으로 판단할 사항이지만, 헌법 제33조가 보장한 단체행동권의 보호영역을 축소시켜서는 안된다"고 밝힘.

업무방해죄 등으로 형사처벌하는 경우는 없다"며 "단순 파업도 '위력으로'에 포함시키는 다수의견은 보편적 입장을 벗어나 있다"고 반대의견을 제시함으로써 헌법이 보장하고 있는 노동자의 단체행동권을 과도하게 제한하는 데서 큰 변화를 보이지 않은 대법관 다수의 입장에 대해 문제제기함.

- **대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결 [통신비밀보호법위반] 〈삼성 X-파일 사건〉**

  대법원 전원합의체(주심 민일영 대법관)가 이른바 '안기부 X파일'을 보도한 혐의(통신비밀보호법 위반)로 기소된 MBC 이상호 기자와 김연광 전 월간조선 편집장에게 징역 6월 및 자격정지 1년의 형을 선고유예한 원심을 확정한 사건임.[3]

  재판부는 "불법 감청과 녹음에 관여하지 않았더라도 언론기관의 도청 내용 보도가 위법성이 없는 정당행위가 되려면 불법 감청 사실 자체를 고발하기 위한 보도 목적이 있거나, 공중의 생명, 신체, 재산 등 공익에 중대한 침해가 발생할 가능성이 뚜렷해야 한다"고 밝힘.

  다수의견을 낸 8명의 대법관은 "모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다"는 헌법 18조와 "불법 도청 등을 통해 얻은 통신·대화 내용을 공개하거나 누설하면 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지"로 처벌하도록 한 통신비밀보호법을 들어 "통신비밀을 침해해 수집된 정보를 사용하는 것도 금지함으로써 애초 존재하지 않았어야 할 불법의 결과를 용인하지 않겠다는 뜻"이라며 "도청의 유인마저 없애겠다는 정책적 고려"라고 설명하며, "언론사가 불법 감청 결과물을 입수하는 과정에서 위법한 방법을 사용하거나 적극적으로 관여해서는 안 된다"고 전제한 뒤 "공적 관심사항을 알리기 위해 필요한 부분에 한정해 보도함으로써 통신비밀의 침해를 최소화해야 하며, 보도로 얻어지는 이익이 통신비밀 보호보다 우선해야 한다"고 못 박음.

  물론 도청 내용의 보도가 예외적으로 정당방위에 해당하려면 '보도의 불가피성, 자료 입수 방법의 정당성, 침해의 최소성, 보도의 이익이 통신비밀 보호 이익을 초과할 것' 등 네 가지 요건을 갖춰야 한다고 함.

  8명의 대법관들은 앞선 기준에 비춰봤을 때 MBC 이상호 기자의 도청내용 보도는 "국가기관의 불법 도청을 고발하기 위해 불가피하게 대화 내용을 공개했다고 볼 수 없고, 보도시점에서 '8년 전 대화'란 점 등에 비춰 공익에 중대한 침해가 발생할 가능성이 뚜렷하거나 비상한 공적 관심의 대상이 된다고 보기 어렵다"면서 "당사자의 실명을 그대로 보도하고 도청 자료 입수 과정에서 사례비를 지급하는 등 방법의 상당성도 없어 정당행위에 해당하지 않는다"고 결론 내림. 김 전 편집장 또한 자료의 취득과정이나 보도방법 등에서 정당행위의 요건을 갖추지 못했다고 판단함.

---

3 1심 재판부는 "국민의 알권리를 충족하는 정당행위에 해당한다"며 이 기자에게 무죄를 선고하고 김 전 편집장에게만 유죄를 선고했으나, 2심 재판부는 "도청된 테이프임을 알고도 대화 내용을 실명 보도하는 등 수단과 방법의 상당성을 크게 벗어났다"며 모두 유죄를 인정해 징역 6월 및 자격정지 1년의 형을 선고유예함.

그러나 박시환·김지형·이홍훈·전수안·이인복 대법관 등 5명은 "도청 자료에 담긴 대화 내용이 여야 대통령 후보 진영에 대한 정치자금 지원과 정치인·검찰 고위관계자에 대한 추석 떡값 지급 등의 문제로서 매우 중대한 공공의 이익과 관련돼 있어 보도는 정당행위"라며 이 기자에게 무죄를 선고해야 한다는 반대의견을 밝힘. 이들 대법관은 "도청 테이프를 제공받으면서 사례비를 준 것은 취재 관행을 벗어나지 않는 수준이며 대화 당사자들이 공적 인물인 점을 고려하면 실명 공개가 상당성이 없다고 볼 수 없다"며 다수 대법관의 의견은 '통신비밀보호에 편향돼 언론의 자유를 너무 좁게 허용하고 있다'고 문제제기함.

- **대법원 2011.01.20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결 〈동산의 이중매매와 배임죄 사건〉**

대법원 전원합의체(주심 김지형 대법관)가 자동차나 공장기계와 같은 동산의 이중매매는 민사상 손해배상책임은 져도 형법상 배임죄로 처벌할 수 없다고 판결한 사건임.

매매계약을 체결해 중도금까지 받은 인쇄기를 제삼자에게 다시 팔아넘긴 혐의(배임)로 기소된 박모씨에게 대법관 7 대 5 의견으로 무죄를 선고한 원심을 확정함(박씨는 2005년 자신 소유의 인쇄기를 피해자 최모씨에게 1억3천500만원에 매도하고 중도금 명목으로 4천300여만원 상당의 물품을 지급받은 상태에서 8천400만원의 빚을 지고 있던 류모씨에게 채무 변제를 조건으로 인쇄기를 양도한 혐의로 기소되었으나 1, 2심에서 모두 무죄가 선고됨.)

재판부는 "매매계약의 당사자가 계약상 채무를 이행하는 것은 원칙적으로 자신의 사무에 해당할 뿐 상대방의 사무로 볼 수 없다"며 "동산 매도인은 매수인의 재산 보전이나 관리에 협력할 의무가 없으므로 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하지 않는다"고 밝히며, "동산 매도인이 매매목적물을 이중으로 매도하는 경우 민사상 손해배상 책임을 지는 데 그칠 뿐 형법상 배임죄로 처벌받지는 않는다"고 덧붙임.

그러나 안대희·차한성·양창수·신영철·민일영 대법관은 "동산 매도인은 부동산 매도인이 등기협력 의무를 부담하는 것과 같이 물건의 인도를 통해 매수인의 소유권 취득에 협력할 의무를 부담해 배임죄의 주체가 된다"는 반대의견을 밝힘.

박시환·김지형 대법관 모두 다수의견에 참여해 부동산이 아닌 동산의 이중매매에 관한 처벌 기준을 확립한 첫 대법원 판례로 민사분쟁에서 배임죄의 성립요건을 엄격히 해석해 지나친 형벌 개입을 최소화하고 자율적인 이해관계 조정이 이뤄지게 하며, 단순한 채무불이행과 배임행위를 구분하는 기준을 구체적으로 제시했다는 점에 의의가 있는 판결임.

- **대법원 2010.07.23 선고 2010도1189 전원합의체 판결 [특수공무집행방해치상·일반교통방해·국가보안법위반(찬양·고무등)·집회및시위에관한법률위반]**

이적단체로 본 한국대학생총학생회연합(한총련), 조국통일범민족청년연합, 6·15남북공동선언실천연대(실천연대) 등에서 간부로 활동하고, 이적표현물인 '우리민족끼리' 책자 등을 소지한 혐의(국가보안법 위반) 등으로 기소된 김모 씨에게 징역 2년을 선고한 원심을 확정한 대법원 전원합의체(주심 차한성 대법관) 판결임.

실천연대를 이적단체로 규정한 이 판결에서 다수의 대법관들은 "북한이 어떠한 실체 변화

가 없는 상황에서 반국가단체성을 종전의 대법원 판결과 달리 볼 수 없다"며 "북한을 찬양·고무·선전하거나 이에 동조하는 행위를 목적으로 삼았고, 실제 활동도 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있는 이적단체로 보기에 충분하다"고 판단함. 다만 "이적표현물임을 알면서 이를 취득·소지 또는 제작·반포했다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 안된다"며 '추정할 수 있다'는 취지의 기존 판례를 변경해 새 판례를 확립했으나, 이 사건 김씨의 경우에는 이적행위를 할 목적으로 해당 표현물을 소지했다고 인정해 유죄 판단한 원심을 확정함.

반면 박시환·김지형·이홍훈·전수안 대법관은 국가보안법 제7조 5항이 규정한 이적표현물은 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대한 '위험'을 가진 표현물"이어야 하며, 위험성 요건을 인정하는 기준 역시 '명백하고 현존하는 위험'의 기준이 적용되어야 한다며, 실천연대의 '2008년 정기대의원대회' 자료집과 '우리민족끼리' 책자 등은 이적표현물이 아니라고 보았음. 또 이적표현물 소지죄와 관련해서도 박시환·김지형·이홍훈·전수안·김영란 대법관은 이 표현물의 목적이나 의도에 대해 "엄격한" 또는 "구체적" 증명이 되는 경우에만 이적행위로 볼 수 있다며 종전 대법원 판례 중 이적행위가 될지도 모른다는 (미필적) 인식이 있기만 하면 바로 이적행위 목적을 인정할 수 있다는 부분까지도 변경되어야 한다고 반대의견을 피력함.

그러나 북한의 반국가단체성과 관련해 양 대법원장 후보자를 비롯해 김능환·차한성·민일영 대법관은 "현재 북한의 실체에 관하여 어떠한 변화가 생겼다는 아무런 증거가 없음에도 불구하고 위와 같은 대한민국의 노력과 정책적 고려가 있었다고 하여 북한의 반국가단체성을 달리 보아야 할 것은 아니"라며, "헌법재판소가 이미 국가보안법에 대해 합헌 결정을 했고, 국회도 이를 존치시킨 상황에서 또 다시 국가보안법의 위헌론을 제기하는 것은 부적절하다"는 보충의견을 제시하며 박시환 대법관의 반대의견에 대해 반박함.

이들 다수 대법관의 입장과 달리 박시환·김지형·이홍훈·전수안·김영란 대법관은 국제사회와 시민사회에서도 독소조항으로 보고 있는 국가보안법상 이적표현물의 위험성이나 이적행위 여부에 대해 '엄격성'과 '구체성'을 강조해 안보 논리보다 정치사상의 자유를 우선시하는 입장을 분명히 함.

- **대법원 2010.4.22. 선고, 2008다38288 전원합의체 판결 [손해배상(기)] 〈종립 사립고교 종교교육 사건(강의석 사건)〉**

강의석 씨가 종립학교 학원인 대광학원과 서울시교육청을 상대로 그 퇴학처분으로 인한 손해배상 청구소송에서 원고 패소 판결한 원심 중 '대광학원에 책임을 물을 수 없다던 원심 판결은 위법하다'고 지적하며, 학교법인에는 책임이 있지만, 시교육청에는 책임을 물을 수 없다는 취지로 파기해 사건을 서울고법으로 돌려보낸 대법원 전원합의체 판결(주심 김영란 대법관)임.

강씨는 대광고교에 재학 중이던 2004년 종교자유를 주장하며 1인시위를 벌이다 제적됐으나 이듬해 법원에서 퇴학처분무효확인소송에서 승소함. 이후 강씨는 "추첨을 통해 배정됐음에

도 학교 측의 종교 강요로 행복추구권과 신앙의 자유를 침해받았다"고 주장하며 대광학원과 서울시교육청을 상대로 소송을 제기함. 이에 1심 재판부는 학교 공간에서는 학생의 신앙의 자유가 종교단체의 선교 등의 자유보다 우선한다는 논리로 "강씨의 기본권이 침해됐다"며 대광학원에 1,500만원 배상책임을 물음. 하지만 2심 재판부는 사립학교의 자유가 국공립학교와 달리 종교적 또는 세계관적 대안교육의 가능성을 보장하는데 본질적 의미가 있다고 판단해 1심과 달리 손해배상을 인정하지 않음. 이후 상고심을 맡은 대법원 전원합의체는 지난 1월 공개변론을 열고, 강씨와 학교, 교육청의 의견을 들은 바 있음.

이 전원합의체 판결에서 다수 대법관은 "종립학교가 고등학교 평준화정책에 따라 강제배정된 학생들을 상대로 특정 종교의 교리를 전파하는 종파적인 종교행사와 종교과목 수업을 실시하면서 참가 거부가 사실상 불가능한 분위기를 조성하고 대체과목을 개설하지 않는 등 신앙을 갖지 않거나 학교와 다른 신앙을 가진 학생의 기본권을 고려하지 않은 것은, 우리 사회의 건전한 상식과 법 감정에 비추어 용인될 수 있는 한계를 벗어나 학생의 종교에 관한 인격적 법익을 침해하는 위법한 행위이고, 그로 인하여 인격적 법익을 침해받는 학생이 있을 것임이 충분히 예견가능하고 그 침해가 회피 가능하므로 과실 역시 인정된다"며 학교와의 관계에서 약자일 수밖에 없는 학생의 종교·신앙의 자유를 우선시하는 판결을 남김.

재판부는 이같은 판단의 기준으로 ▲교육의 내용과 정도 ▲일시적인지, 계속적인지 ▲사전 동의를 받았는지 ▲자유롭게 대체과목을 선택하거나 참여를 거부할 수 있는지 등을 꼽고, 이같은 기준을 넘어 종교교육이 과도하게 이뤄졌다면 그 종교교육은 학생의 기본권을 침해해 위법한 것이며, 손해배상 책임도 져야 한다는 판단을 내림. 재판부는 또 대광학원이 강씨에게 내린 퇴학처분에 대해 "원인은 학교에 있으며, 학교가 시정하지 않았다"며 "징계권 행사를 용인할 수 없다"고 지적함.

이에 안대희·신영철·양창수 대법관은 "종교교육에 어울리지 않는 행위가 이뤄졌거나 전학 기회를 주지 않았다면 명백히 위법하지만, 대광학원은 이같은 과실이 없다"며 반대의견을 냈고, 퇴학처분에 대해서는 양승태·안대희·차한성·양창수·신영철 대법관이 "퇴학처분이 과하다고 볼 수는 있지만, 비법률가가 한 행동이라 책임을 물을 수 없다"며 소수 의견을 냈음.

반면 박시환·이홍훈·전수안 대법관은 "원고의 피해가 막중하며, 예견을 통해 회피가 가능했지만, 교육감은 별다른 조치를 하지 않았다"며 서울시교육청에도 책임을 물어야 한다는 입장을 밝혔으나 이 또한 소수에 그쳤음.

- **대법원 2009.10.22. 선고, 2009도7436 전원합의체 판결 [공직선거법위반·정치자금법위반] 〈문국현 의원 사건〉**

피고인의 권리 가운데 하나인 공소장일본주의와 관련해 문국현 의원(창조한국당 전 대표)의 공직선거법 및 정치자금법 위반을 다룬 대법원 전원합의체(주심 신영철 대법관) 판결로 당시 대법관 다수의견은 정당의 후보자 추천 관련 금품수수 범행의 공소사실에 범죄사실 이전 단계의 정황과 경위, 범행을 전후하여 관계자들이 주고받은 대화 내용 등을 장황하게

기재한 사안에서, “공소제기의 절차가 공소장일본주의를 규정한 형사소송법 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하지 않는다”고 판단한 원심 판결을 받아들임.

대법관 다수는 공소장일본주의와 관련해 “공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙임. 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 한다”고 판시함.

그러나 김영란·박시환·김지형·전수안 대법관이 함께 반대의견을 개진함. 우선 “재판의 공정은 재판을 시작하는 첫 단계에서부터 마지막까지 시종일관 보장되어야 하는 중요한 원칙이므로, 재판의 공정성과 직결되는 공소장일본주의는 공판절차가 어느 단계에 가 있든 항상 문제가 될 수 있으며, 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정 이념은 우선적 가치를 가진 근본이념으로서, 재판의 신속·경제를 위해 재판의 공정을 희생시킬 수는 없다”면서 공소장일본주의의 중요성을 강조한 뒤, “공소장일본주의의 의미와 기능을 생각해 볼 때에, 법관이 예단을 가진 채로 불공정한 공판절차를 진행하게 된다는 심각하고도 치유될 수 없는 흠을 초래하게 되는 공소장일본주의 위반은 그 자체로 이미 중대한 위법상태에 해당하는 것으로서, 그 위반의 정도나 경중을 가릴 것 없이 모두 위법한 공소제기라고 보는 것이 타당하다”는 주장을 펼쳐 피고인의 방어권을 신장시키려는 판결 성향을 보여줌.

- **대법원 2009.5.29 선고 2007도4949 전원합의체 판결 [특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)]**

대법원 전원합의체(주심 김능환 대법관)는 전환사채(CB)를 헐값에 발행, 회사에 손해를 끼친 혐의로 기소된 에버랜드 전·현직 대표이사 허태학·박노빈씨에게 특경가법상 배임죄를 물어 집행유예 및 벌금형을 각각 선고한 원심을 무죄 취지로 서울고법으로 파기 환송함.

재판부는 “원심은 이사회 결의 무효이므로 임무위배라 봤지만, 전환사채가 발행된 이상 손해가 없으므로 임무위배 해당한다 볼 수 없다”고 판시함.

당시 과거 에버랜드 측 변호를 맡은 이용훈 대법원장과 검찰 재직 당시 수사에 관여했던 안대희 대법관을 제외한 11명의 대법관 중 김영란·박시환·전수안·이홍훈·김능환 등 5명의 대법관은 반대의견(유죄)을 냈으나 소수에 그침. 당시 11명의 대법관이 격론 끝에 5대 5로 유·무죄가 팽팽히 맞섰는데, 양승태 대법관이 별개의견을 내면서 무죄가 확정됨.

다수 대법관의 핵심논리인 ‘제3자 부당이득은 합리적 주주의 자발적 선택’이라는 판단은 당시 저가발행 신주의 주주배정 및 실권발생분의 제3자 배정은 에버랜드 주총에서 주주들이 결정한 것이 아니라 이사회에서 이사들이 결정한 사항이며, 주주들은 주주배정이건 제3자 배정이건 전환사채 발행의 가부 및 조건에 대해 명시적 의사표시를 한 적이 없으므로 적용

될 수 없으며, '실권분 제3자 배정 배임무죄' 법리는 그 효력 발생에 아무런 전제·요건·한계가 없다는 점에서 무분별하기 이를 데 없음. 이 판결로 이후 여타 재벌들도 에버랜드 방식, 즉 '주주배정 방식의 헐값발행 → 계열사주주의 고의실권 → 대량 실권분의 총수자녀 배정' 방식으로 얼마든지 경영권을 헐값 상속할 수 있게 되었다는 점에서 유죄를 주장한 소수의 대법관 입장이 관철되었어야 할 판결임.

- **대법원 2008.11.20. 선고, 2007다27670 전원합의체 판결 [유체인도등]**

대법원 전원합의체(주심 박시환 대법관)는 최모씨가 아버지 유골을 돌려 달라며 이복형제들을 상대로 낸 유체인도 소송에서 최씨의 손을 들어 준 원심을 확정했으나, 무조건 장남을 제사 주재자로 보는 기존 판례를 버리고, 앞으로는 자손들이 협의해 정해야 한다고 판결함. 특히 이 사건은 대법관들 사이에 의견이 갈려 선고가 한 차례 연기된 바 있음.

대법관 중 7명의 다수 대법관은 "상속인들의 협의와 무관하게 적장자가 제사를 승계하던 종래의 관습은 적서간에 차별을 두는 것으로 오늘날의 가족제도에 부합하지 않는다"며 우선 협의를 통해 제사 주재자를 정하고, 협의가 이뤄지지 않으면 적서를 불문하고 장남이, 장남이 없으면 장손이, 아들이 없으면 장녀가 제사 주재자가 돼야 한다고 밝힘. 단 이번 사건에서는 이복형제들 사이에 협의가 이뤄지지 않아 장남이 제사 주재자라고 판단한 것임.

반대의견을 낸 대법관들은 "다수의견은 종손이 제사 주재자라는 이전 판례와 별 차이가 없고 남녀 평등을 지향하는 의식 변화와도 맞지 않는다"며 박시환·전수안 대법관은 협의가 되지 않으면 제사 주재자를 다수결로 결정해야 한다고 밝혔고, 김영란·김지형 대법관은 법원이 판단해줘야 한다고 밝힘. 안대희·양창수 대법관은 "민법에 제사 주재자의 의미를 명확히하면 되지, 누가 주재자가 되는지를 정하는 것은 무의미하다"는 반대의견을 밝힘.

특히 자녀들 가운데 제사주재자를 정함에 있어 협의가 이루어지지 않은 경우, "망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다"고 판시한 다수의견에 대해 김지형 대법관은 김영란 대법관과 함께 한 반대의견을 통해 "누가 제사주재자로 가장 적합한 것인가를 판단함에 있어서 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 아니하여 제사주재자의 지위에 관한 분쟁이 발생한 경우에는 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 그 입법 취지에 충실하면서도 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상한다고 하는 가사에 관한 소송의 이념 및 다양한 관련 요소를 종합적으로 고려하여 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 결정하여야 한다"고 밝히며 여성차별적인 다수의견의 입장에 반기를 들었음.

- **대법원 2008.4.17. 선고 2004도4899 전원합의체 판결 [국가보안법위반(반국가단체의구성등)·국가보안법위반(잠입·탈출)·국가보안법위반(회합·통신등)·사기미수] 〈송두율 교수 사건〉**

"독일 국적을 취득한 후 독일에 거주하다 북한을 방문한 행위는 '탈출'에 포함된다고 판단해 유죄를 인정한 원심 판단은 위법하다"며 애초 이 부분에 대해 유죄 판단한 원심을 깨고

사건을 서울고법으로 돌려보낸 대법원 전원합의체(주심 : 박일환 대법관) 판결임.

1967년 독일 유학길에 올라 1993년 8월 독일 국적을 취득한 송두율 교수는 이후 줄곧 입국을 거부당하다 37년 만인 지난 2003년 9월 귀국하자마자, 국가보안법상 반국가단체 가입, 잠입·탈출 및 회합·통신 혐의 등으로 구속 기소됨. 당시 1심에서는 "송 교수가 북한 노동당 정치국 후보위원이 맞다"며 징역 7년을 선고했으나, 항소심 재판부는 북한 조선노동당 정치국 후보위원에 대해서만 증거 부족을 이유로 무죄로 판단해 징역 3년에 집행유예 5년을 선고함.

그러나 대법원은 송 교수가 대한민국 국적을 갖고 있던 시기인 1991~94년 사이 방북행위에 대해 유죄로 인정한 원심을 제외한 검찰의 상고를 모두 기각함. 대법원은 송 교수가 검찰이 주장한 대로 북한 조선노동당 정치국 후보위원 '김철수'라 볼 수도 없고, 김일성 전 주석을 조문하고 김정일 국방위원장에게 생일 축하편지를 보낸 부분도 처벌할 수 없다고 보았으며 그가 독일 국적을 취득한 뒤 북한을 방문한 것도 무죄라고 본 항소심 판단을 확정함. 모호하며 자의적인 법 적용 논란이 끊이지 않던 국가보안법 조항들을 보다 엄격하게 적용했고, 그 취지를 전향적으로 해석한 사례로 꼽힘.

당시 대한민국 국민이 외국에 거주하다가 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 들어간 행위가 국가보안법 제6조 제2항의 '탈출'에 해당하는지에 대하여 다수의견과 별개의견으로 나뉨. 당시 김지형·전수안·안대희 대법관은 "보안법의 '탈출'이란 '남한으로부터 북한에 들어가는 행위'로 제한하는 게 옳기 때문에 외국에 살다 북한으로 가는 행위는 국적과 상관없이 탈출죄가 될 수 없다"는 별개의견을 덧붙였다. 특히 박시환 대법관은 "탈출죄는 대한민국의 안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험이 인정돼야 한다"며 "송 교수의 북한 방문은 그런 위험이 인정되지 않기 때문에 모두 탈출죄로 처벌할 수 없다"고 밝힘.

- **대법원 2008.04.17 선고 2003도758 전원합의체 판결 [국가보안법위반(잠입·탈출)·국가보안법위반(찬양·고무등)·국가보안법위반(회합·통신등)]**

평양 민족통일대축전 방북단 일원으로, 정부가 승인한 방문목적 이외의 회의를 개최하는 등 혐의로 국가보안법을 위반했다고 기소된 임동규 조국통일범민족연합(범민련) 전 부의장에 대한 상고심에서 징역 2년6월 및 자격정지 2년6월을 선고한 원심을 깨고 사건을 서울고법으로 돌려보낸 대법원 전원합의체(주심 : 김능환 대법관) 판결임.

국가보안법상 '이적단체'의 의미 및 그 판단기준과 범민련 남측본부가 국가보안법상 '이적단체'에 해당하는지 여부 등이 쟁점이었는데, 북한을 국가보안법상 반국가단체로, 범민련 남측본부를 이적단체로 보고 국가보안법상 반국가단체 가입 및 반국가단체 구성원 회합했다는 임씨의 혐의에 대해 유죄로 본 원심 판단을 유지함.

그러나 탈출 및 반국가단체 활동 동조혐의는 무죄 취지로 환송함. 범민련 남측본부를 이적단체로 본 다수 대법관의 의견과 달리 박시환·김지형·전수안 대법관은 "범민련 남측본부의 활동이나 의사 표현방식 등을 고려해 볼 때, 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에

실질적으로 해악을 끼칠 명백하고 현존하는 위험성이 있는 이적단체에 해당한다고 말할 수는 없다"는 별개의견을 내놓으며, 이적단체 여부에 대한 판단의 엄격성을 강조함.
다른 쟁점들에 대해서는 다수의 대법관들은 "북한 방문증명서상 방문목적 이외의 활동을 했다고 해도, 오로지 다른 방문목적을 숨기기 위해 명목상으로 증명서를 받은 게 아니라면 방북행위 자체는 정당성이 인정돼 국보법상 탈출죄로 처벌할 수 없다"고 판단함. 또 "반국가단체의 활동을 찬양·선전·고무하는 취지가 일부 포함된 집회에 단순히 참석만 하고 적극적으로 의사표시를 하지 않았다면 국가보안법상 동조죄로 처벌할 수 없다"며 "피고인이 조국통일 3대 헌장 기념탑 앞 개막식 행사에 참석한 것만으로는 동조행위에 해당치 않는다"고 덧붙임.

- **대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 [시정조치명령등취소청구] 〈포스코열연코일공급거절사건〉**

공정거래법상 시장지배적 사업자의 거래거절 행위의 부당성 판단 기준을 다룬 대법원 전원합의체(주심 김지형 대법관) 판결임.
국내 유일의 열연코일 공급업자인 포스코는 열연코일을 원재료로 하는 냉연강판시장에도 참여하고 있었는데, 이 무렵 현대하이스코가 냉연강판 시장에 진입하려고 포스코에 열연코일을 요청했으나, 포스코가 거래를 거절한 행위에 대해 10명의 다수 대법관과 달리 박시환 대법관은 이홍훈·안대희 대법관과 함께 포스코의 행위가 부당행위라는 의견을 밝힘. 이 반대의견은 시장 독점의 한계를 보다 명확히 규정하고 있다는 점에서 그 의미를 평가할 수 있음.

- **대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 [공직선거법위반] 〈제주지사실압수수색사건〉**

제주도선거관리위원회는 김태환 전 제주도지사가 2006년 지방선거 선거를 앞두고 제주도 소속 공무원들이 선거에 출마한 현직 제주도지사인 후보자의 방송사 토론회 대담자료를 작성하고 예행연습을 한 행위가 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 금지하는 '선거운동의 기획에 참여한 행위'에 해당한다고 제주지검에 수사의뢰를 함. 제주지검은 법원으로부터 압수수색 영장을 발부받아 2006년 4월 26일에 위 정책특별보좌관과 도지사 비서실장이 함께 쓰고 있는 사무실을 수색하던 중에 도지사 비서관이 도지사 집무실에 있던 각종 문서 꾸러미를 들고 들어왔다가 검사와 마주쳐 상당량의 문서를 압수당하게 됨. 검사는 위 비서관으로부터 압수한 문서를 통해 수사를 확대한 나머지 제주도지사가 공직선거법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)를 위반한 범죄사실을 보강하는 다른 증거물까지 수집하게 되어 제주도지사 등을 기소하기에 이름.
그러나 김 전 지사 등 피고인들은 1심과 2심 재판과정에서 이 사건 압수물은 압수·수색영장에 압수할 물건으로 기재되지 않은 것일 뿐만 아니라 '압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다(형사소송법 제118조)', '공무소 등에서 압수·수색영장을 집행함

에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다(형사소송법 제123조)', '압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다(형사소송법 129조)'는 등의 여러 규정에 어긋나서 위법하고, 이를 기초로 획득한 2차적 증거도 위법수집증거이므로 모두 증거능력이 없다고 주장함.

1심(제주지방법원 2007. 1. 16. 선고 2006고합173 판결)에서는 위법수집 증거물의 증거능력 여부에 관해 아무런 판단 없이 유죄를 인정해 제주도지사에게 당선무효형에 해당하는 벌금 600만원이 선고됨. 2심(광주고법 2007. 4. 12. 선고 2007노85 판결)에서도 압수물은 압수·수색 절차가 위법하다 하더라도 물건 자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 증거능력을 부정할 수 없다는 기존의 '성질·형상 불변론'의 입장에서 압수물을 유죄 인정의 증거로 사용하였고, 제주도지사에게는 1심의 선고형이 그대로 유지됨.

그러나 위 압수수색 과정에서 해당 검사가 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위반했고, 이렇게 수집한 압수물과 이를 기초로 획득한 2차적 증거의 증거능력 유무 및 그 판단 기준에 대하여 다수의견과 별개의견으로 나뉜 이 판결(주심 박일환 대법관)에서 박시환·김지형 대법관 등 9명의 대법관들은 2007년 11월 "헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"며 공개 변론까지 열어가며 위법하게 수집된 압수물의 증거능력 문제를 정면으로 다룬 끝에 무죄 취지로 광주고법으로 파기 환송됨.

이 판결에서 대법원은 김 지사의 공직선거법 위반 행위를 입증할 유력한 증거들인 ▲2004 제주도 업무일지 ▲15개 지역·29개 직능별로 선거운동 책임자를 지정한 '지역별·직능별 특별관리 조직책임자 현황' ▲산남 지역을 7개로 쪼개 총책을 지정한 문건인 '산남지역 책임자 추천의 건' ▲주간보고 등이 모두 증거로 인정하지 않음. 대법원은 "압수수색영장에 기재한 문언은 엄격하게 해석해야 하고 피압수자에게 불리한 내용으로 유추 해석하는 것을 허용할 수 없다. 위법하게 수집된 증거라 해도 (진실 규명과 사법 정의를 위해 필요하다고 평가되는 경우라면) 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 그러나 이러한 예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 (법이 정한 절차에 따라 증거를 수집해야 한다는) 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있다"는 원칙을 분명히 확인함. 또 대법원은 압수수색 과정에서 우선 압수수색 영장을 보지도 못한 채 서류뭉치를 뺏긴 비서관의 상황도 명백한 위법임을 지적함. 또 "현장에서 압수수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 한다"고 밝힘.[4]

반면 양승태·김능환·안대희 대법관은 다수의견이 "지나치게 엄격한 기준으로 위법수집증거의 배제원칙을 선언함으로써 자칫 실체적 진실 규명을 통한 형벌권의 적정한 행사를 불가능하게 하거나 지나치게 어렵게 만들 우려가 있다"며, "수집절차에 위법이 있는 압수물의 증거능력은, 법원이 그 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리

4 헌법 12조 3항은 '체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다'고 규정하고 있고, 형사소송법 118조도 '압수수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시'하도록 하고 있음.

또는 법익의 성질과 침해 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고려해야 한다"는 별개의견을 폄.

개정 형사소송법 제308조의 ② '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'는 위법수집증거배제 규정의 시행(2008.1.1.)을 앞두고 대법원이 미리 위 규정의 취지에 따라 압수절차가 위법한 경우에 원칙적으로 압수물의 증거능력을 인정할 수 없다며 기존의 입장을 변경함으로써 압수수색 결과에 따른 수사에만 초점을 맞춰왔던 수사기관들에게 사법부가 헌법과 형사소송법의 원칙을 분명히 확인시켜 준 첫 판례로 기록됨.

- **대법원 2007.9.28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결 [유족급여등부지급처분취소] 〈출·퇴근중의재해사건〉**

자신의 승용차를 타고 출근하다 교통사고를 당해 사망한 김모씨의 아내 이모씨가 근로복지공단을 상대로 낸 유족급여등 부지급처분 취소 청구소송의 상고심에서 "업무상 재해로 볼 수 없다"며 원고패소한 원심을 확정한 전원합의체(주심 김지형 대법관) 판결임.

구 산업재해보상보험법 제4조 제1호에 정한 '업무상 재해'의 범위와 관련한 판결로 다수의견은 "비록 근로자의 출·퇴근이 노무의 제공이라는 업무와 밀접·불가분의 관계에 있다 하더라도, 일반적으로 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없고, 산업재해보상보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없다"고 봄.

이에 반해 김영란·박시환·김지형·김능환·전수안 대법관은 반대의견을 통해 "근로자의 출·퇴근 행위는 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 것으로, 출·퇴근을 위한 합리적인 방법과 경로는 사업주가 정한 근무지와 출·퇴근시각에 의해 정해지므로, 합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위라면 이는 사업주의 지배·관리하에 있다고 보아야 하고, 그러한 출·퇴근 과정에서 발생한 재해는 업무상 재해에 해당한다."며 공무원들에게는 '공무상 재해'로 인정되는 것과 달리 봐야 할 이유가 없다는 취지로 '업무상 재해'의 범위를 넓게 보는 주장을 폄으로써 노동자의 권리를 보호하려는 입장에 섰다고 평가됨.

- **대법원 2007.5.17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 [이사회결의무효확인청구] 〈상지학원 임시이사사건〉**

학내 문제로 10년 동안 임시이사 체제로 운영됐던 상지대학교 이사회에 대해 2003년 12월 전 이사장인 김문기 전 국회의원이 "임시이사들이 일방적으로 정이사를 선임한 것은 부당하다"며 낸 이사선임 무효 확인 청구소송 상고심에서 원고승소한 원심을 확정한 대법원 전원합의체(주심 김황식 대법관) 판결임. 이에 따라 임시이사들이 2003년 12월 이사회를 개최해 선임한 변형윤 서울대 명예교수, 최장집 고려대 교수, 박원순 아름다운재단 상임이사 등 9명의 정이사들은 자격을 상실하게 됨.

재판부는 판결문에서 “교육부가 선임한 임시이사들은 임시적인 위기관리자에 불과해 정식 이사를 선임할 권한이 없다. 임시이사들이 정식이사들을 선임하는 내용의 이사회 결의는 무효이다"라고 판시함. 그러나 “김 전 의원 등 구 이사들이 정식이사를 선임할 수 있는 권한이 되살아난다고는 볼 수 없다”며 “학교 정상화 방법은 정상화가 이뤄지는 시점에 유효한 사학법과 민법 등을 종합적으로 고려한 일반 원칙에 따라야 한다”고 덧붙임.

반면 김영란·박시환·김지형·이홍훈·전수안 대법관은 “법령상 제한이 없는 한 학교법인 임시이사들은 정식이사와 동일한 권한을 갖기 때문에 이 사건 이사회 결의는 적법하다”는 반대의견을 밝히며 교육의 공공성을 강조한 입장을 견지함.

- **대법원 2007.03.22 선고 2005추62 전원합의체 판결 [승진임용직권취소처분취소청구] 〈울산 북구청 승진처분취소 사건〉**

‘이상범 전 울산 북구청장(당시 민주노동당 소속)이 “상급 지자체가 부당하게 하급 지자체의 권한을 침해했다”며 박맹우 울산광역시장을 상대로 낸 승진임용 직권취소처분 취소청구 소송에서 원고패소 판결(주심 김용담 대법관)함.

다수의 대법관과는 달리 박시환·김지형·이홍훈·김영란·전수안 대법관은 “국가와 지자체가 의견이 일치하지 않는 경우 지방자치의 본질상 당해 지역의 주민들로부터 민주적 정당성을 부여받은 지자체의 의사가 우선해야 한다”며 “그럼에도 국가나 상급 지자체가 하급 지자체와의 견해 차이를 법령 위반이라고 단정해 자치단체장의 처분을 취소하는 것은 헌법에 보장된 지방자치의 본질적 내용을 침해할 수 있다”고 반대의견을 밝혀 헌법적 가치를 존중한 입장을 보임.

- **대법원 2006.6.22. 자 2004스42 전원합의체 결정 [개명·호적정정]**

성전환자에 대한 호적상 성별 기재의 정정 허용 여부에 대해 다룬 전원합의체 판결(주심 김지형 대법관)로 대법관 다수는 “성전환자에 해당함이 명백하다고 증명되는 경우에는 호적법 제120조의 절차에 따라 그 전환된 성과 호적의 성별란 기재를 일치시킴으로써 호적기재가 진정한 신분관계를 반영할 수 있도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 합치되는 합리적인 해석”이라며, “수정할 수 있도록 허용”해야 한다고 판시함.

이에 대해 반대의견을 밝힌 손지열·박재윤 대법관은 “성전환자의 경우는 선천적으로 불완전한 성적 특징을 가진 자에 대하여 착오나 출생신고 당시 오인으로 인하여 호적에 잘못된 성별로 기재한 경우와 달리, 처음부터 잘못 기재된 호적을 출생시에 소급하여 정정하기 위한 호적법 제120조가 그대로 적용될 수 없는 사안”이라는 입장을 취함.

이 판결에서 박시환·김지형 대법관은 성전환자에 대한 호적상 성별 기재의 정정을 허용하는 다수의견에 함께함으로써 ‘성적 소수자’라는 우리 사회의 소수자의 권리를 신장시키려는 판결 성향을 보여줌. 참

참여연대 보고서 제2011-20호 JWr2011101600
**신임 대법관 후보 추천 기준에 대한 의견**

발 행 일 2011. 10. 16
발 행 처 참여연대 사법감시센터 (소장 : 하태훈 고려대 교수)
담 당 장동엽 간사 02-723-0666 taijist@pspd.org
Copyright ⓒ참여연대, 2011 ※본 자료는 참여연대 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다.

참여연대
세상을 바꾸는 시민의 힘! 정부보조금 0%, 회원의 회비로 운영됩니다
대표전화 02-723-5300
회원가입 02-723-4251
ARS후원 060-800-5300
주 소 110-043 서울시 종로구 통인동 132번지
홈페이지 www.peoplepower21.org