

김영란 대법관 퇴임과 후임 대법관  
제청에 즈음한 공개토론회 자료집

---

# 이 시대 우리가 바라는 대법관

---

일 시 | 2010년 7월 15일 (목) 오후 1시

장 소 | 참여연대 느티나무홀

주 최 | 참여연대 사법감시센터

# 목차

김영란 대법관 퇴임과 후임 대법관  
제청에 즈음한 공개토론회 자료집

## 이 시대 우리가 바라는 대법관

[발 제] 김영란 대법관의 주요 판결에 대한 평가와 이 시대 우리가 바라는 대법관 임지봉 교수 (서강대 법학전문대학원, 참여연대 사법감시센터 실행위원) ...	1
[토론 1] 김영란 대법관이 관여한 노동 관련 판결에 대한 평가 권두섭 변호사 (전국민주노동조합총연맹 법률원) .....	14
[토론 2] 대법원의 환경 관련 판결에 대한 평가 박태현 교수 (강원대 법학전문대학원) .....	26
[토론 3] 대법관 임명제청에 있어 몇 가지 고려할 사항 김갑배 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임) .....	30

---

# 김영란 대법관의 주요 판결에 대한 평가와 이 시대 우리가 바라는 대법관

임 지 봉

(서강대 법학전문대학원, 참여연대 사법감시센터 실행위원)

---

## I. 서론

오는 8월 24일에 김영란 대법관이 6년 임기만료로 퇴임하게 되어 있다. 이에 따라 대법원은 후임자에 대해 각계각층으로부터 후보 추천을 받고 추임 대법관 제청을 위한 절차들을 진행하고 있다. 김영란 대법관이 대법관에 선임되던 지난 2004년에, 성향이나 성별 등 여러 면에서 다양한 대법원의 인적 구성을 갈구했던 시민사회의 요구가 받아들여져, 기수와 서열 위주의 종래 대법관 선임관행에서 벗어나 일종의 파격인사가 이루어졌었다.

대법원은 최종적인 법해석과 법적용의 막강한 권한을 가진 국가기관이다. 입법부에서 법을 만들지만, 그 법의 의미를 구체적 사건에서 밝혀 법에 생명력을 불어넣음으로써 비로소 법이 국민생활에 살아 적용되기 시작하는 것은 바로 사법부를 통해서이다. 그 사법의 최종적 판단권이 대법원에 있는 것이다. 따라서 대법원은 어떤 국가기관보다 국민 일상생활의 구석구석에 큰 영향을 끼치는 중요한 기관이다. 우리 대법원은 최종심으로서 국민의 인권을 보장하는 최후의 보루이자, 구체적인 사건을 통해 정책적 판단을 내림으로써 우리 사회가 나아갈 방향을 제시하는 막중한 역할을 수행한다. 따라서 대법원을 구성하는 대법관의 임명이 얼마나 중요한 지는 새삼 강조할 필요가 없을 정도다. 바로 여기에 대법원의 인적 구성이 다양화될 필요성이 존재한다. 12명의 대법관 임명 제청권을 가진 대법원장은 다종다양한 배경을 지닌 인사들을 대통령에게 대법관 후보로 제청함으로써, 국민 각계각층의 다양한 이익과 의사를 대법원 판결에 두루 담아낼 수 있어야 하는 것이다.

다음에서 우선 과거 시민사회가 제시했던 바람직한 대법관 인선기준을 되짚어보고, 이런 기준에 비추어 봤을 때 김영란 대법관의 대법관으로서의 업무수행은 어떤 평가를 받을 수 있는지를 살펴본다. 그리고 이를 근거로 김영란 대법관의 후임으로 임명될 후임대법관은 어떤 분이 되어야 하는가를 생각해본다.

## II. 시민사회가 주장했던 바람직한 대법관 인선기준

시민사회는 김영란 대법관이 대법관에 임명되던 2004년을 포함해 오래 전부터 바람직한 대법원장 및 대법관의 인선기준을 많은 시민사회단체들의 치열한 논의를 거쳐 제시해왔다. 그 대표적인 예가 바로 지난 2006년 7월에 임명될 5인의 대법관들에 대해 시민사회가 제시한 바람직한 대법관 인선기준이 될 수 있다고 믿는다. 당시에 시민사회가 제시했던 바람직한 대법관 인선기준을 정리해보면 다음과 같다.

### 1. ‘대법관 성향의 다양화’ 와 성향상의 ‘균형’ 을 갖춘 대법원

우선, 대법원이 다양한 사회적 가치를 포용하는 열린 정책법원이 될 수 있도록 ‘대법관 성향의 다양화와 전체적인 균형’ 을 이룰 수 있도록 해야 한다. 그러나 이런 주장에 대해 “현 대법원장이 취임한 후 대법관 3명이 새로 임명되었고…… 대법원 구성이 다양화되어야 한다는 명분으로 서열을 무너뜨린 파격적인 사람들이 대법관에 임명되었다. 그러나 새로 임명된 대법관들에게 가치관과 출신의 다양성을 찾아보기 어렵고..” 라는<sup>1)</sup> 지적이 있었다. 이러한 지적이야말로 대법원 인적 구성의 다양화가 ‘출신 직역의 다양화’ 가 아니라 ‘성향의 다양화’ 를 의미하고 있음을 간과한 것이고 아직까지 우리 대법원에서 이런 ‘성향의 다양화’ 가 제대로 이루어지고 있지 못함을 방증하는 것이다.

대법원 구성에 있어 ‘성향의 다양화 추구’ 에 주목하지 못하는 것은 행정부도 마찬가지이다. 대법관 임명권자인 대통령이 대법원장이 제청한 대법관 후보에 대한 국회 동의를 얻기 위해 국회에 보낸 임명동의서를 분석해보면 이러한 점을 쉽게 확인할 수 있다. 지난 2005년 가을 이전까지의 임명동의 요청서의 인물총평을 보면 누가 누군지 알 수 없을 정도다. 모두 똑같이 “해박한 법률지식, 탁월한 재판능력, 투철한 국가관과 엄격한 자기관리, 원만한 인품과 법조계의 높은 신망 등 감안하여 대법관에 적임자” 라고 임명동의 요청서에 묘사되고 있기 때문이다. 이는 대법원 뿐만 아니라 대통령으로 대표되는 행정부도 대법원 구성의 다양성에 대한 고민이 전혀 없었음을 방증한다. 그나마 2005년 10월에 임명된 박시환, 김지형, 김황식 대법관의 경우부터 그들 세 후보가 각자 다른 사람임을 알 수 있을 만큼 총평에서 인물들이 구체적으로 설명되고 있을 뿐이다. 즉, 김지형 후보는 “사회의 다양한 가치를 대변하고 소수자보호역할을 충실히 이행할 것으로 평가” 되고, 박시환 후보는 “개혁적 성향, 재판업무의 이론과 실무에 정통, 사법권 독립과 인권보장에 투철한 사명감 갖고 있” 으며,

1) 대한변협신문 제159호 3면, 사설 “대법관이 갖추어야 할 덕목”

김황식 후보는 “원칙론자이면서도 합리적인 법조인” 이라고 총평에서 동의요청 이유를 적고 있었다.

## 2. 국민의 기본권 보호 및 사회적 소수자약자 보호에 충실한 대법관

국민의 기본권 보호 및 사회적 약자 보호에 충실한 이들을 대법관으로 뽑아야 한다. 우리 대법원은 그간 소수자와 약자보호의 입장에서도 응당 사법부가 소수자와 약자에게 보내야 할 최소한의 관심과 보호의 손길조차 보내지 않았다. 이미 다수자와 강자의 이익은 국회를 통해, 행정부의 정책 집행을 통해 충분히 반영되고 보호되었기에, 법정에서만이라도 다수자와 강자보다는 소수자와 약자의 이익이 더 주목받고 더 많이 보호받아야 한다는 것이 삼권 분립의 한 취지이다.

국민들도 그간 그러한 소수자 및 약자 인권보장의 최후 보루로, 힘없는 서민이 지친 심신을 기댈 따뜻한 언덕으로, 사법부가 우뚝 서 주기를 간절히 바랬다. 그러나 우리 사법부는 노동자, 장애인, 여성과 같은 소수자약자의 손보다는 재벌기업, 힘있는 자, 부자와 같은 강자의 손을 주로 들어주었다. 또한, ‘전관예우’ 라는 다른 나라 사법부에서는 찾아보기 힘든 희귀병에 걸려, 우리 사법부는 ‘전관’ 들에 대한 깎듯한 예우차원에서 돈이 없어 직접 본인 소송을 감행하는 가난한 서민들보다는 ‘전관’ 을 거액에 산 부자들의 기득권을 확인해 주는데 후한 인심을 보여주었다. 다수와 강자로부터 희생당한 사회적 약자와 소수자를 보호하는 것은 최고사법기관의 본래적 사명이라고 할 것이고 약자와 소수자가 우리 사회에 대한 희망을 잃지 않게 하는 마지막 희망과도 같은 것이라 할 수 있을 것이다.

이런 면에서 대법관들을 특히 우리 사회에서 끝없이 강화되어 가고 있는 경제권력에 맞서 노동, 여성, 환경 등의 분야에 남다른 애정을 가지고 사회적 정의를 실현코자 하는 입장을 줄기차게 견지할 수 있는 인사여야 한다. 기존의 대법원은 그 인적 구성의 획일화와 보수화로 인해 노동, 여성, 환경 등의 분야에 대한 판결에서 매우 사용자 편향적이거나 가부장적이거나 개발의 효율성에만 집착하는 입장을 띠어왔다. 대법원의 균형잡힌 변화를 조금이라도 더 앞당기기 위해 노동, 여성, 환경 분야에서 진보적 입장을 견지할 수 있는 인사가 더 바람직할 것이다. 이들 분야는 너무 오랫동안 보수의 질곡이 변화를 억눌러 그 법리 발전이 특히 더딘 분야이기에, 대법원이 이들 분야에서 획기적이고 전향적으로 달라진 모습을 보일 수 있게 하기 위해서는 새 대법관들 자신이 이들 분야에서 진보적 입장을 견지할 수 있는 인사여야 한다는 것이다.

민주사회를 지탱하는 기둥과도 같은 ‘표현의 자유’ 신장에도 각별한 관심과 애정을 가진 인사가 대법원에 꼭 필요하다. 대법원은 국가보안법의 찬양고무죄 규정 등이 자의적으로

남용되어 국민의 표현의 자유를 압살하는 현실하에서, 침해한 법 논리로 기본권의 꽃이라 할 수 있는 표현의 자유를 강조하고 보호하는 판결을 내렸어야 함에도 불구하고 이 점에 미흡했다. 오히려 표현의 자유 옹호 취지의 하급심 판결을 파기하는 등 상당히 보수적이고 경직된 입장을 고수하고 있다. 따라서 헌법정신을 살리고 국제인권규약 등 국제적 규범의 보편적 인권보호정신을 살려낼 수 있는 대법관이 대법원에 시급히 필요하다.

### 3. 사법부 변화를 이끌 수 있는 개방적인 태도와 합리적 식견을 갖춘 대법관

판결이나 사법제도 등의 여러 측면에서 사법부의 변화를 이끌어갈 수 있도록 기존 대법원 판례나 관행에 얽매이지 않는 개방적인 태도와 합리적인 식견을 가진 이들을 대법관으로 뽑아야 한다. 이제 사법부는 국민위에 군림하는 엘리트 법관들만의 법원이 아니라 국민을 위한 법원, 국민들 속의 법원으로 되돌아 와야 한다. 그렇다면 최고사법기관인 대법원부터 진정 국민을 위하면서, 국민을 위한 바람직한 사법부 변화를 이끌 수 있는 열린 태도를 가진 인사들로 채워져야 한다. 그리고 아울러 열린 태도와 함께 합리적 식견도 지녀서 대법원이 변화하되 합리적인 방향으로 변화할 수 있게 이를 리드할 수 있는 인사가 대법관이 되어야 한다. 그리고 이런 기반 위에 대법원도 대법원의 문턱을 낮추어야 하고 대법관들은 보다 더 겸손해져야 한다. 그리고 대법원은 시민들과 국민들에게 그 문호를 개방하고 시민과 국민들을 상대로 활발한 소통을 시작하여야 한다.

### 4. 법관 내부의 서열에 따른 임명제청 관행을 뛰어넘는 신선한 대법관 인선

대법관이라는 자리는 법관 승진경쟁의 최종 종착점이 아니다. 우리 헌법도 ‘대법원장’과 ‘대법관’을 일반 법관과 구분해 따로 규정하고 있다. 대법관 자리가 기수와 서열에 의한 법관 승진경쟁의 최종 종착점이 아닌 만큼 법관 내부의 기수와 서열에 따른 임명제청 관행에서 완전히 벗어나, 젊고 새로운 인물도 과감히 대법관으로 뽑을 수 있어야 한다.

미국 연방법원 레벨에서 연방지방법원 판사가 연방항소법원 판사로 임명되는 것은 극히 예외적인 경우이다. 연방대법원이야 연방법원의 정점에 위치하지만, 여타의 연방법원은 심급의 차이를 제외하고는 수평적 관계 속에 위치한다. 이러한 구조 하에서는 연방지방법원 판사로 시작해 연방지방법원 판사로 퇴임하는 것을 다른 사람들도 당연히 여기게 되고 본인도 자랑스러워하게 되는 것이다. 연방대법관의 경우도 크게 다르지 않다. 즉, 연방항소법원 재판관 중에 연방대법관을 뽑는 경우가 있기는 하지만 그리 많지는 않으며, 이들 연방항소법원 재판관 출신 대법관들도 연방항소법원 재판관이 되기 이전에 변호사나 법학교수 등 다양한

법조경험을 통해 다양한 배경을 갖게 된 인사들이지 평생을 법원에 몸담은 경력판사인 경우는 아주 드물다.

우리나라의 대법관 자리는 그동안 엘리트 판사들의 최종 승진코스로 이해되어 왔고, 그 선발기준은 연수원 성적과 고시기수라는 서열에 의존하여 법원내부에서 채워져 왔다. 그러나 대법원장과 대법관이라는 자리는 기존 사법부의 관행과 관례에 순응하면서 승진한 법관들이 그 승진경쟁에서 살아남아 마지막에 오르는 자리가 아니어야 한다. 소년등과(少年登科) 후 서로 대동소이한 엘리트 법관의 길을 걸어오다가 고등법원 부장판사를 거쳐 지법원장이나 고법원장 혹은 법원행정처 차장이 된 인사들 중에서 성적과 서열에 따라 대법관을 뽑다보니 우리 대법원에 다양성이 사라지고 보수성향으로 천편일률화되어 버린 대법관들로만 대법원이 채워지게 된 것이다.

따라서 대법관은 가급적 경직된 관료사법의 타성에 물들지 않은 외부인사로 충원하되, 불가피하게 법원 내부인사로 뽑을 때에도 법관 내부의 서열과 성적에 따른 임명제청 관행을 뛰어넘는 신선한 대법관 인선이 이루어져야 한다. 대법원이 전부 50대, 60대의 대법관들로만 구성돼도 다양성에 문제가 있을 수 있다. 40대의 과감성과 참신성을 가지고 한국 사회의 젊은 층의 이익과 의사를 대법원 판결에 담아낼 수 있는 대법관도 꼭 필요하기 때문이다. 이에 대해 “미국과 같이 종신직이 아닌 우리나라에서 너무 젊은 나이의 대법관을 임명하는 것은 퇴임 후에 생계를 이유로 변호사 개업을 하는 것을 막을 수 없으므로 문제가 있다”<sup>2)</sup> 주장이 있다. 이것은 대법관 퇴임 후 영리를 목적으로 한 변호사 개업은 젊은 퇴임 대법관 뿐만 아니라 모든 퇴임 대법관들이 스스로 자제해야 할 바임을 간과한 주장이다. 대법관이라는 자리는 그야말로 법조인으로서의 최고의 영예이자 국가의 최고사법직이다. 일국의 대법관까지 지낸 인사가 퇴임 후 변호사 영업을 한답시고 서류가방을 들고 돌아다니는 것은 젊은 나이건 연로한 나이건 퇴임 대법관으로 취할 바가 아니다. 따라서 퇴임 대법관의 변호사 개업을 당연한 전제로 삼고 있는 이러한 주장은 그 전제부터가 틀렸으며, 결코 이것이 젊고 참신한 인사의 대법관 진출을 막을 정당한 이유가 될 수는 없다.

### III. 앞선 기준에서 살펴본 김영란 대법관의 주요 판결들에 대한 평가

김영란 대법관의 임명 자체가 당시에는 많은 언론들에 의해 큰 파격인사로 평가되었다. 기수와 서열을 뛰어넘은 여성 최초의 대법관이었다는 점이 특히 컸다. 따라서 김영란 대법관의 임명 자체가 시민사회가 제시한 바람직한 대법관에 대한 위의 ‘기준4’는 충족시키는 것이었다.

2) 대한변협신문 제159호 3면, 사설 “대법관이 갖추어야 할 덕목”

## 1. 정량적 평가

정량적인 평가부터 해보자. 통계적으로 봤을 때, 김영란 대법관은 종합법률정보 사이트를 통해 검색한 결과 대법관이 된 후 2010년 5월 20일 현재까지 소부사건에서 주심을 맡은 사건만 465건이다. 그 중에 민사사건이 194건, 형사사건이 141건, 행정사건이 104건, 나머지가 기타사건들이었다. 주심 대법관으로서 상당히 많은 수의 판결문을 집필했음을 알 수 있다. 소부사건들에서 4인 관여대법관 중 반대의견이 있을 때 전원합의체로 이 사건이 회부된다. 김영란 대법관은 같은 시기에 총 83건의 전원합의체 판결에 간여했다. 그 중 다수의견에 가담한 것은 69건, 반대의견 14건, 다수에 대한 보충의견 2건, 반대의 보충의견 4건씩이 발견된다. 전원합의체 판결에서 83건 중 반대의견이 14건이었다는 것은 종래 다른 대법관들에 비해 반대의견을 충실히 개진한 것으로 평가할 수 있다.

## 2. 정성적 평가

다음으로 정성적인 평가를 시도해본다. 그 관여 판결들의 내용을 보면, 결론부터 이야기해서 대체적으로 사회적 소수자 및 약자의 권리를 신장시킨 판결들을 적극적으로 내려서 시민사회가 제시한 위의 ‘기준2’도 잘 충족했다고 볼 수 있다.

### (1) 여성의 권리 관련 판결

우선 ‘여성의 권리’와 관련해 최초의 여성대법관답게 여성의 권리에 대해 대체적으로 진보적인 판결성향을 보여주고 있다. 그 첫 번째 예가 여성의 종중원 자격 인정 여부를 다룬 2005년 7월 21일 2002다1178사건 전원합의체 판결이다. 이 판결에서 김영란 대법관은 여성에게도 종중원의 지위를 인정하는 만장일치의견에 가담하였다. 대법원의 만장일치의견은 “종원의 자격을 성년 남자만으로 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것”임을 전제한 후 “종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의



친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연 발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.” 고 판시했다. 김영란 대법관도 여성의 종중원 지위를 인정한 이 획기적인 판결에 한 표를 보냈던 것이다.

두 번째 예가 제사주재자에 대한 2008년 11월 20일 2007다27670사건 전원합의체 판결이다. 이 판결에서 다수의견이 “제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다.” 고 판시하였다. 그러나 김영란 대법관은 김지형 대법관과 함께 한 반대의견을 통해 “민법 제1008조의3에 정한 제사주재자라 함은 조리에 비추어 제사용 재산을 승계받아 제사를 주재하기에 가장 적합한 공동상속인을 의미하는데, 공동상속인 중 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.” 는 의견을 개진함으로써 제사주재자의 지위와 관련해 여성차별적인 다수의견의 입장에 반기를 들었다.

## (2) 노동자의 권리 관련 판결

‘노동자의 권리’ 와 관련해서도 이를 신장시키는 판결들에 가담하고 있음이 눈에 띈다. 첫째, 노동자에게 인정되는 ‘업무상 재해’ 의 범위를 넓게 잡아 노동자의 권리를 보호하려고 하고 있다. 구 산업재해보상보험법 제4조 제1호에 정한 ‘업무상 재해’ 의 범위와 관련해 2007년 9월 28일 2005두12572사건 전원합의체 판결이 있었다. 이 판결에서 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 두

고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없다.” 고 보았다. 이에 반해 김영란 대법관은 박시환, 김지형, 김능환, 전수안 대법관과 함께 한 반대의견에서 “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.” 는 주장을 펴으로써 업무상 재해의 범위를 확대하는 입장에 섰다.

둘째, 노동자의 퇴직금의 성격과 관련해 비교적 최근인 2010년 5월 20일 2007다90760 전원합의체 판결이 있었다. 이 판결에서 다수의견은 사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매일 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정한 경우, 그 ‘퇴직금 분할 약정’의 효력은 원칙적으로 무효이며 무효인 위 약정에 의하여 이미 지급한 퇴직금 명목의 금원이 부당이득에 해당한다고 보았다. 반면에 김영란 대법관은 김능환 대법관과 함께 한 반대의견에서 “퇴직금 분할 약정에 따라 근로자에게 지급되는 금원이 퇴직금일 수는 없고 오로지 임금으로서의 성격을 가질 뿐이므로, 근로자가 이를 지급받는 것은 퇴직금 분할 약정이 포함된 근로계약에 따른 정당한 임금의 수령이지 부당이득이 될 수 없다.” 는 주장을 개진했다. 이를 통해 퇴직금 분할 약정으로 노동자가 취득한 금원이 부당이득으로 환수되는 것을 막는 입장에 섰던 것이다.

### (3) 환경권과 관련된 판결

새만금사건에 관한 2006년 3월 16일 2006두330 전원합의체판결에서 김영란 대법관은 환경권을 신장시키려는 입장에 섰다. 이 판결에서 다수의견은 “해류 순환의 변화는 당초 환경영향평가에서도 고려된 사정으로 보일 뿐 아니라, 그로 인하여 수질에 미치는 악영향을 새만금 사업시행계획 당시 충분히 예상하지 못하였던 사정변경 사유로 본다고 하더라도, 그로 인해 발생할 수 있는 피해가 어느 정도인가에 관하여는 한국해양연구원의 조사연구 결과로도 명확하지 않고 달리 그 피해 정도를 인정할 만한 증거도 없다.” 면서 새만금간척종합개발사업을 중단하여야 할 정도로 중대한 사정변경이나 공익상 필요가 있다고 인정하기에 부족하다고 한 원심의 판단을 수긍하였다. 그러나 김영란 대법관은 박시환 대법관과 함께 한 반대의견을 통해 “제반 사정에 비추어 보면, 새만금간척종합개발사업에는 농지의 필요성, 수질관리, 해양환경 및 경제적 타당성과 사업성 등의 측면에서 당초 예상하지 못한 사정변경이 생겼다고 할 것인데, 그와 같은 사정변경은 사업을 계속 시행하는 경우 과도한 비용과 희생이 요구됨으로써 사업을 통하여 달성하고자 하는 중국적인 목적을 실현할 수 없을 정도로 중대

한 경우에 해당하고, 새만금간척종합개발사업을 위한 공유수면매립면허처분 및 농지개발사업 시행인가처분을 취소하여 새만금간척종합개발사업 자체를 중단하는 것 외에 다른 조치 또는 처분만으로 적절하게 대응하기 어렵다고 보이므로, 새만금간척종합개발사업을 취소할 공익상 필요가 있다고 봄이 상당하다. 따라서 구 농림수산부장관이 환경영향평가 대상지역 주민으로부터 위 공유수면매립면허처분 등을 취소해 달라는 신청을 받았음에도 필요한 처분을 하지 아니한 채 이를 거부한 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다.” 고 하면서 환경권 보호 등의 입장에서 새만금사간척종합개발사업이 취소되어야 한다는 견해를 보였다.

#### (4) 아동 및 청소년의 권리와 관련된 판결

김영란 대법관은 아동 및 청소년이라는 사회적 약자의 권리에도 각별한 관심을 보이는 판결들을 내렸다.

우선 성폭력 희생자인 아동의 권리와 관련된 것으로 2009년 11월 19일 2009도6058 전원합의체 판결이 있다. 이 판결에서 다수의견은 피해자가 제1심 법정에서 피고인들에 대한 처벌 희망 의사표시를 철회할 당시 나이가 14세 10개월이었더라도 그 철회의 의사표시가 의사능력이 있는 상태에서 행해졌다면 법정대리인의 동의가 없었더라도 유효하다는 이유로, 피고인들에 대한 공소사실 중 청소년 성보호에 관한 법률 위반의 점의 공소를 기각한 원심의 판단을 수긍하였다. 그러나 김영란 대법관은 홀로 반대의견을 개진해 “청소년 성보호에 관한 법률에서의 반의사불벌죄는 피해자의 고소 없이도 수사가 개시되도록 하여 처벌의 실효성을 제고함으로써 청소년을 보다 두텁게 보호하려는 데에 그 취지가 있을 뿐, 처벌의 유무를 오로지 청소년인 피해자 본인의 의사에만 맡기고 친권자 등 법정대리인의 후견적 역할을 배제하려고 하는 데에 그 취지가 있는 것은 아니다.” 라고 하면서 청소년 성보호에 관한 법률상의 반의사불벌죄규정의 취지를 설명한 다음, “형사소송법 등에서 친고죄와 달리 반의사불벌죄에 대하여는 법정대리인이 관여할 수 있는 규정을 명시적으로 두고 있지 않다는 이유만으로 일률적으로 피해 청소년이 그와 같이 중요한 의미를 갖는 소송행위를 단독으로 결정하도록 내버려두는 것은 헌법이 요구하는 국가의 책무인 청소년에 대한 보호를 방기하는 결과로 될 것이다.” 라고 하면서 피해 아동이 처벌희망 의사표시를 철회할 당시 나이가 14세 10개월이었다면 그 철회의 의사표시가 의사능력이 있는 상태에서 행해졌더라도 법정대리인의 동의가 없었으면 무효라는 의견을 외로이 개진했다. 성폭력 피해 여아에 대한 보호에 보다 더 깊은 배려를 하려 한 판결성향을 읽을 수 있다.

청소년의 권리와 관련해서는 소위 강의석군이 중립학교 학원인 대광학원을 상대로 그 퇴학처분으로 인한 손해배상책임을 묻은 2010년 4월 22일 2008다38288사건의 전원합의체 판결에서 주심대법관으로서 다수의견을 집필했다. 다수의견은 “중립학교가 고등학교 평준화정책

에 따라 강제배정된 학생들을 상대로 특정 종교의 교리를 전파하는 종교적인 종교행사와 종교과목 수업을 실시하면서 참가 거부 사실상 불가능한 분위기를 조성하고 대체과목을 개설하지 않는 등 신앙을 갖지 않거나 학교와 다른 신앙을 가진 학생의 기본권을 고려하지 않은 것은, 우리 사회의 건전한 상식과 법감정에 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 회피가능하므로 과실 역시 인정된다.” 면서 학교와의 관계에서는 약자일 수밖에 없는 청소년인 학생의 신앙의 자유를 우선시하고 보호하는 판결을 남겼다.

#### (5) 성적 소수자의 권리와 관련된 판결

성전환자에 대한 호적상 성별 기재의 정정 허용 여부에 대해 다룬 2006년 6월 22일 2004스42사건의 전원합의체 판결에서 김영란 대법관은 성전환자에 대한 호적상 성별 기재의 정정을 허용하는 다수의견에 가담함으로써 ‘性的 소수자’ 라는 우리 사회의 소수자의 권리를 신장시키려는 판결성향을 보여주었다. 이 판결에서 다수의견은 “구체적인 사안을 심리한 결과 성전환자에 해당함이 명백하다고 증명되는 경우에는 호적법 제120조의 절차에 따라 그 전환된 성과 호적의 성별란 기재를 일치시킴으로써 호적기재가 진정한 신분관계를 반영할 수 있도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 합치되는 합리적인 해석이라는 점을 종합하여 보면, 성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 호적정정에 관한 호적법 제120조의 절차에 따라 호적의 성별란 기재의 성을 전환된 성에 부합하도록 수정할 수 있도록 허용함이 상당하다.” 고 판시했다. 이에 반해 반대의견은 “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 취했었다.

#### (6) 기타 국민의 기본권과 관련된 판결

기타 국민의 기본권과 관련된 판결로서 우선 첫째, 피고인의 권리와 관련해 문국현 창조한국당 대표의 공직선거법 및 정치자금법 위반을 다룬 2009년 10월 22일의 2009도7435사건 전원합의체 판결에서 다수의견은 정당의 후보자 추천 관련 금품수수 범행의 공소사실에 범죄 사실 이전 단계의 정황과 경위, 범행을 전후하여 관계자들이 주고받은 대화 내용 등을 장황하게 기재한 사안에서, 공소제기의 절차가 공소장일본주의를 규정한 형사소송법 규정을 위반

하여 무효인 때에 해당하지 않는다고 한 원심판결을 수긍하였다. 즉 “공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다. 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법원의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다고 보아야 한다.” 고 판시한 것이다. 그러나 김영란 대법관은 박시환, 김지형, 전수안 대법관과 함께 반대의견을 개진했다. 우선 “재판의 공정성은 재판을 시작하는 첫 단계에서부터 마지막까지 시종일관 보장되어야 하는 중요한 원칙이므로, 재판의 공정성과 직결되는 공소장일본주의는 공판절차가 어느 단계에 가 있는 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, 법원이 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 판결성향을 보여주었다.

둘째, 불치의 질병으로 고통받는 국민의 자기결정권을 신장시키려 하였다. 안락사에 관한 2009년 5월 21일 2009다17417사건 전원합의체 판결에서 안락사를 합법화한 다수의견에 가담했다. 즉, “이미 의식의 회복가능성을 상실하여 더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적으로 무의미한 신체 침해 행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다. 그러므로 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다.” 는 입장에 섰다.

### 3. 종합적 평가

이상에서 살펴본 바와 같이 주요판결들을 통해 대체적으로 여성, 노동자, 아동 및 청소년,

성적 소수자 등 사회적 약자 및 소수자의 권리를 신장시키려는 노력을 보여주었고, 환경권, 피고인의 방어권, 불치병 환자의 자기결정권 등 기타 국민의 기본권 보호에도 강조점을 두는 판결들을 남기고 있다. 따라서 시민사회가 제시한 ‘기준2’도 대체적으로 충족시킨 대법관이었다고 평가할 수 있다. 또한 이러한 진보적인 판결들을 통해 기존 대법원 판례나 관행에 얽매이지 않는 개방적인 태도와 합리적인 식견을 보여주었다는 점에서 시민사회가 제시한 ‘기준3’도 대체적으로 충족시키고 있다. 그리고 종래 보수성향이 강했던 대법원 판결에서 변화를 추구하는 이러한 진보적 성향의 판결들을 내림으로써 ‘대법관 성향의 다양화’와 성향상의 ‘균형’을 갖춘 대법원이 되게 하는 데에도 김영란 대법관이 적지 않은 기여를 했기 때문에 시민사회가 제시한 ‘기준1’도 대체적으로 충족시킨 대법관이었다고 평가할 수 있다. 그러므로 종합적으로 말해서, 김영란 대법관은 시민사회가 제시한 바람직한 대법관으로서의 기준을 대체적으로 충족시켜낸 대법관이었다고 결론지을 수 있다.

#### IV. 결론 : 이 시대 우리가 바라는 대법관

대체적으로 시민사회가 원했던 바람직한 대법관의 모습을 보여주었던 김영란 대법관이 퇴임 후에도 계속 그런 모습을 계속 보여주기를 바란다. 국민들이나 시민사회는 오래 전부터 퇴임 대법관이 변호사 개업을 자제하고 대법관 경험을 통해 쌓은 지식과 경륜을 후학 양성이나 집필 등 보다 공적인 일에 기여하면서 국민들에게 되돌려 주기를 원해 왔다. 퇴임 대법관이 퇴임을 하자마자 변호사 개업을 하고, 대법원 사건을 비롯해 심지어 하급심 사건에 까지 소송대리인 명단에 이름을 올리는 것이야말로 국민들에게는 큰 실망감을 안겨주는 모습이다. 또한 이는 무엇보다 국민적 사법 불신의 주범인 ‘전관예우’를 낳는 일임을 명심해야 한다. 조무제 전 대법관이 그랬듯, 김영란 대법관도 퇴임 후 ‘아름다운 퇴임대법관’의 모습으로 국민들에게 남기를 기대한다.

더불어 김영란 대법관 후임으로 임명될 새 대법관에 대해서도 시민사회는 기대하는 바가 크다. 후임대법관의 인선기준은 과거 시민사회가 제시했던 위의 기준들에서 크게 달라지지 않았다고 생각한다. 즉, 첫째, ‘대법관 성향의 다양화’와 성향상의 ‘균형’을 갖춘 대법원이 될 수 있는 인선이어야 하고, 둘째, 국민의 기본권 보호 및 사회적 소수자·약자 보호에 충실한 대법관이어야 하며, 셋째, 사법부 변화를 이끌 수 있는 개방적인 태도와 합리적 식견을 갖춘 대법관이어야 하고, 넷째, 법관 내부의 서열에 따른 임명제청 관행을 뛰어넘는 신선한 대법관 인선이어야 한다. 이런 면에서 봤을 때, 김영란 대법관의 후임으로는 변화를 추구하는 진보적 성향을 가지면서 사회적 소수자 및 약자의 권리 신장에 적극적이고, 개방적인 태도와 합리적 식견을 갖춘 비교적 젊은 여성법조인이 바람직하다고 믿는다. 지금도 대법원

장을 제외한 13명의 대법관들 중에 여성 대법관이 2명으로 약 15% 밖에 차지하고 못하고 있는 마당에, 김영란 대법관의 후임 대법관을 남성 대법관으로 임명한다면 대법관 구성상 성비의 불균형은 더더욱 심각해질 것이기 때문이다. 지금보다도 훨씬 더 많은 여성 대법관들이 대법관으로 들어가야 그야말로 국민 각계각층의 의사와 이익을 대변하는 대법원이 될 수 있는 것이다.

또한 법원장 등 법원행정 경험이 많은 것이 바람직한 대법관의 덕목이 될 수 없음을 밝혀 둔다. 우리나라에서 각급 법원장들은 재판업무를 보지 않고 오로지 법원 행정업무만 본다. 그 기간만큼 재판에서 손을 뗐다는 이야기다. 따라서 이런 법원 행정가들보다는 법원 재판실무에 판사로서나 변호사 등으로 계속 종사하던 분들이, 많은 사건들을 재판해야 하는 대법관 직의 수행에는 더 낫다고 믿는다. 특히, 신영철 대법관처럼 법원장으로 재직하면서 행정권 행사의 미명하에 소속 판사들의 사건 재판에 개입해 ‘법관의 독립’을 침해했다는 비난을 받을 수 있는 인사는 절대 대법관 후보로 제청되어서는 안 될 것이다. 이런 인사를 대법관 후보로 제청한다면 ‘민주주의의 퇴행’을 걱정하는 국민들이나 시민사회의 시름은 더더욱 깊어질 수밖에 없기 때문이다. 만약 법원장급들을 굳이 대법관 후보로 제청하려 한다면, 이들이 법원장 재직 시 소속 판사들의 재판에 개입하려 한 적이 없는지는 물론이고, 소속 판사들의 ‘법관 독립성’ 확보를 위해 어떠한 노력을 기울였는지 까지도 철저히 검증해야 할 것이다. ■

---

# 김영란 대법관이 관여한 노동 관련 판결에 대한 평가

권 두 섭

(변호사, 전국민주노동조합총연맹 법률원)

---

## I. 김영란 대법관이 관여한 노동 관련 판결의 내용과 평가

### 1. 대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결

#### [판결요지]

- [1] 사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매월 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정한 경우, 그 ‘퇴직금 분할 약정’의 효력(원칙적 무효) 및 무효인 위 약정에 의하여 이미 지급한 퇴직금 명목의 금원이 부당이득에 해당하는지 여부(적극).
- [2] 사용자가 근로자에게 이미 퇴직금 명목의 금원을 지급하였으나 그것이 퇴직금 지급으로서의 효력이 없어 사용자가 같은 금원 상당의 부당이득반환채권을 갖게 된 경우, 이를 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권과 상계할 수 있는지 여부(적극) 및 상계의 허용 범위.

#### [김영란 대법관의 소수의견]

- 김영란 대법관은 김능환 대법관과 함께 ‘퇴직금 분할 약정 중에서 법에 위반되어 무효로 되어야 하는 부분은 퇴직금으로 지급한다는 부분만이다. 그러나 사용자가 근로자에게 매월 또는 매월 일정한 금원을 지급한다는 약정은 유효하다. 이를 무효로 볼 아무런 근거가 없다. 위와 같이 근로자에게 매월 또는 매월 지급되는 금원은 사용자가 위와 같이 유효한 약정에 기하여 근로의 대가로서 지급되는 것으로 보아야 하고, 따라서 그 명칭에도 불구하고 이는 임금의 일종이라고 보아야



한다. 이와 같이, 퇴직금 분할 약정에 따라 근로자에게 지급되는 금원이 퇴직금일 수는 없고 오로지 임금으로서의 성격을 가질 뿐이므로, 근로자가 이를 지급받는 것은 퇴직금 분할 약정이 포함된 근로계약에 따른 정당한 임금의 수령이지 부당이득이 될 수 없고, 따라서 사용자가 그 반환청구권을 가짐을 전제로 하여 근로자의 최종 퇴직 시에 사용자가 그 반환청구권을 자동채권으로 하고 근로자의 퇴직금청구권을 수동채권으로 한 상계항변이 성립할 여지 또한 없다.’ 고 판단했다.

### [악평]

- 위 판결의 다수의견은 퇴직금 분할약정은 무효라고 보면서도 나중에 사용자가 분할 지급한 그 퇴직금 명목의 금원을 부당이득으로 반환 청구할 수 있다고 하고 심지어 퇴직금을 지급할 때 그 금액을 상계할 수 있다고 판단하였다.
- 김영란 대법관은 위와 같은 분할약정은 퇴직금 지급으로서는 무효이지만, 사실상 정기적으로 지급된 금원으로 임금이 해당한다고 판단하고, 당연히 부당이득으로 반환청구할 수 없으며, 상계도 안된다고 소수의견을 개진하였다.
- 퇴직금 분할약정은 대부분은 매월 임금속에 포함하여 지급하거나, 때로는 12월 급여에 포함하여 1년치 퇴직금을 지급하는 방식을 취하고 있다. 퇴직금은 기본적으로 퇴직시에 발생하며, 근로계속 중에는 근로자의 청구가 있는 경우에 중간정산의 방식으로 지급되는 경우만 가능하므로 위와 같은 분할약정이 퇴직금 지급으로서 의미가 없음은 명확하다.
- 그리고 분할약정은 통상 노동조합이 없거나, 중소기업 사업장 등 상대적으로 열악한 지위에 놓인 근로자들이 많이 겪게 되는 일이며, ‘사용자와 근로자와의 약정’이라고 하는 것은 허구이며, 사용자에 의해 강제되고 있을 뿐이다.
- 한편 현실적으로 매월 임금지급시에 일정금액이 지급되거나, 연말에 일정금액이 퇴직금의 명목으로 지급되는 것과 같은 정기적, 계속적 지급방식은 임금억제효과를 가져오게 된다.
- 부당이득이 되고 반환청구가 가능하며 상계까지 가능하다면 사실상 퇴직금을 매월 분할약정(당사자간의 약정의 이름을 빌린 강요)하는 방식으로 지급면탈하는 것을 용인하는 결과가 된다.
- 소수의견을 채택한 김영란 대법관의 논지는 노동관계에서 당사자간의 약정의 허구성을 간파하고, 다수의견의 결론이 가져올 근로자들(특히 열악한 지위에 있는 근로자)의 퇴직금 박탈 현실을 고려한 적정한 결론이었다.

## 2. 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결

### [판결요지]

- [1] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항은 근로자파견이 같은 법 제5조에 정한 파견의 사유가 있는 경우라거나 또는 같은 법 제7조에 정한 근로자파견 사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 그 고용간주의 요건으로 들고 있지 않을 뿐만 아니라, 같은 법은 제6조 제1항, 제2항에 파견업무에 따라 그 기간을 달리 정하여 근로자파견 기간의 제한에 관한 규정을 두고, 제3항에 직접고용간주 규정을 둠으로써 위 직접고용간주 규정에 의한 사용사업주와 파견근로자 간의 고용성립의제는 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반한 데 따른 것임을 분명히 하고 있다. 따라서 위 직접고용간주 규정은 같은 법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 한다. 이와 달리 직접고용간주 규정이 같은 법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 같은 법 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 위와 같이 위 규정의 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다.
- [2] 사용사업주인 회사가 파견근로자들을 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항에서 허용된 업무와 다른 업무에 종사하게 하여 근로자파견이 위법한 경우라 하더라도, 같은 법 제6조 제3항 본문의 ‘직접고용간주 규정’을 적용할 수 있다고 한 사례.

### [약평]

- 위 전원합의체 판결은 파견대상업무가 아닌 업무에 불법파견을 하거나, 파견업 허가를 받지 않은 무허가파견업체에서 파견용역을 받는 불법파견을 하는 등 불법파견으로 사용한 노동자의 경우에는 2년이 경과하면, 구 파견법 제6조 제3항(사용사업주에 직접고용 간주)이 적용되는지에 대하여, 불법파견의 경우에도 위 파견법 제6조 제3항이 적용된다는 취지이다.
- 그리고 이와 같이 직접고용이 된 경우에는 그 근로자는 특별한 사정이 없는 한

기간의 정함이 없는 정규직 근로자로 직접고용되는 것이라고 판시했다.

- 파견, 사내하청 등 간접고용 비정규직 근로자에 대하여 불법파견시 사용사업주의 직접고용 책임을 명확히 한 것이고 비정규직 근로자의 권리보장에 일보 진전된 판결임, 특히 불법파견에 관한 문제제기를 하면 도급계약 해지로 하청업체를 폐업시켜 결국 비정규직 근로자들은 집단으로 해고에 이르는 현실이 반복되어 온 것을 고려하면 늦었지만 의미 있는 판결이었다.

### 3. 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두2173 전원합의체 판결

#### [판결요지]

#### [다수의견]

(가) 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받으므로, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었거나, 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 채권자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자를 보호할 필요성이 크고 같은 조건의 그 채권자들 중 일부가 이미 채무의 변제를 수령하는 등 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다.

(나) 근로자가 입은 부상이나 질병이 업무상 재해에 해당하는지 여부에 따라 요양급여 신청의 승인, 휴업급여청구권의 발생 여부가 차례로 결정되고, 따라서 근로복지공단의 요양불승인처분의 적법 여부는 사실상 근로자의 휴업급여청구권 발생의 전제가 된다고 볼 수 있는 점 등에 비추어, 근로자가 요양불승인에 대한 취소소송의 판결확정시까지 근로복지공단에 휴업급여를 청구하지 않았던 것은 이를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었기 때문이라고 보아야 하므로, 근로복지공단의 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.

#### [약평]

- 근로자가 업무상 재해를 당하여 요양급여 신청을 하였을 때, 근로복지공단이 요양

불승인처분을 하면 일단 근로자는 그 처분을 다투게 되고 근로복지공단의 처분에 대한 취소판결이 확정되면 비로소 휴업급여 신청 등을 하게 된다.

- 그렇지 않고 요양불승인 처분이 있음에도 소멸시효를 고려하여 일실탁에 대한 휴업급여 신청 등을 하기는 어렵다.(해보아야 요양불승인, 즉 업무상 재해를 인정하지 않은 근로복지공단은 이를 다시 불승인할 것이고 근로자는 다시 이 불승인 처분도 다투어야 하는데, 이러한 절차를 요구하거나, 기대하는 것은 비현실적이다.)
- 위 전원합의체 판결은 위와 같은 현실을 적절하게 반영한 판결로서 타당성이 있다.

#### 4. 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결

##### [판결요지]

##### [다수의견]

구 산업재해보상보험법(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전문 개정되기 전의 것) 제4조 제1호에 정한 ‘업무상의 재해’란 근로자와 사업주 사이의 근로계약에 터 잡아 사업주의 지배·관리하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다. 그런데 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. 따라서 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 되기 위하여는 사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 출·퇴근 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우라야 한다.

##### [대법관 김영란, 박시환, 김지형, 김능환, 전수안의 반대의견]

(가) 구 산업재해보상보험법(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전문 개정되기 전의 것)은 제4조 제1호에서 “업무상의 재해라 함은 업무상의 사유에 의한 근로자의 부상·질병·신체장해 또는 사망을 말한다.”라고 규정하고 있을 뿐, 구체적으로

어떤 경우가 업무상 재해에 해당하는지에 관하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로, 업무상 재해에 해당하는지 여부는 산업재해보상보험법 제4조 제1호의 해석에 의해 결정될 것이지 산업재해보상보험법에서 업무상 재해로 인정하는 규정을 따로 두고 있는지 여부에 의해 좌우되는 것은 아니다.

(나) 출·퇴근 행위란 근로자가 노무를 제공하기 위해 주거지와 근무지 사이를 왕복하는 반복적 행위로서 노무를 제공하기 위해 반드시 거쳐야 하는 필수적인 과정인바, 근무지나 출·퇴근 시각은 근로자가 자유로이 정할 수 있는 것이 아니고 오로지 사업주의 결정과 방침에 구속된다. 즉 근무지는 이미 정해져 있는 것이며 출·퇴근 시각 또한 사업주가 일방적으로 결정한 것에 따라야 하는 것이다. 또한, 이러한 출·퇴근 행위가 사업주의 지배·관리하에 있는지 여부는 규범적으로 파악되어야 할 것이지, 당해 행위가 사업장 안에서 이루어진 것인지 사업장 밖에서 이루어진 것인지 하는 단순한 물리적·공간적 요소에 의해 평가될 것은 아니라 할 것인바, 출·퇴근 행위 역시 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 행위인 이상, 사업장 밖에서 이루어지는 행위라 하여 사업주의 지배·관리하에 있음이 부정될 수는 없는 일이다.

(다) 결국 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.

#### [반대의견에 대한 대법관 김영란, 박시환, 김지형의 보충의견]

산업재해보상보험법과 공무원연금법 두 법률규정의 ‘문언’으로 보나 ‘입법 취지’로 보나 산업재해보상보험법상의 ‘업무상의 재해’와 공무원연금법상의 ‘공무로 인한 재해’에 대하여 그 의미를 달리 해석할 근거가 없고, ‘국가의 재정적 부담규모의 현격한 차이’, ‘보험주체의 차이’ 및 ‘기여금의 불입 여부’ 등을 이유로 출·퇴근 중의 재해라는 동일한 유형의 재해에 대한 보험수급권의 부여 여부에 관하여 일반근로자와 공무원 등을 구분하여 이를 전혀 달리 취급하는 것은 형평성 내지 헌법상 평등의 원칙에 반하는 것으로서 위헌의 의심이 있다.

#### [약평]

- 출퇴근 재해를 업무상 재해로 볼 것인가는 중요한 노동문제의 하나였다. 김영란, 박시환, 김지형, 김능환, 전수안 대법관의 소수의견과 같이 출퇴근 행위 역시 업무

상 사유에 해당함은 부정할 수 없으며, 통상적인 경로를 통해 출퇴근을 하다가, 재해를 입었다면 이를 업무상 사유에 기인한 재해로 보지 않을 이유가 없고, 공무원의 경우에 이를 공무상 재해로 인정하는 것도 같은 이유에서이다.

#### 5. 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009두7332 판결 : 주심

##### [판시사항]

- 요양 중인 근로자의 상병을 호전시키기 위한 치료가 아니라 단지 고정된 증상의 악화를 방지하기 위한 치료만 필요한 경우, 구 산업재해보상보험법 시행규칙 제16조 제1항에서 정한 치료종결사유에 해당한다.

##### [약평]

- 재해를 당한 근로자의 입장에서 통증의 완화, 장래 호전에의 기대를 가지고 병원에서 지속적인 치료를 받거나, 그럴 필요가 있는 경우가 많다.
- 근로복지공단은 이러한 경우에 호전가능성이 없다는 이유로 종결처분을 하는 바, 치료의 효과나 호전의 개념을 넓게 해석하여 업무상 재해를 당한 근로자 보호에 좀 더 충실할 필요가 있으나, 이 판결은 그러하지 못하였다.

#### 6. 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두58 판결 : 주심

##### [판시사항]

- 망인은 급성심근경색을 유발할 수 있는 기존 질환을 가진 상태에서 이 사건 재해 수개월 전부터 현저히 증가한 업무량과 실적에 대한 부담, 그리고 실적부진에 대한 상사의 계속되는 질책 등으로 인하여 육체적 과로와 정신적 스트레스가 누적되었고, 이러한 업무상 과로와 스트레스가 기존 질환을 통상의 자연적인 경과 이상으로 급격하게 악화시키면서 급성심근경색을 유발하여 망인을 사망에 이르게 한 것으로 추단할 수 있음.
- 근로자가 마라톤동호회의 정기연습에 참여했다가 급성심근경색으로 추정되는 원인으로 갑자기 사망한 사안에서, 업무상 과로와 스트레스가 기존 질환을 통상의 자연적인 경과 이상으로 급격하게 악화시켜 급성심근경색을 유발하여 사망에 이른 것으로 추단하고, 마라톤 연습에 참여한 행위의 전반적인 과정이 사용자의 지

배나 관리를 받는 상태에 있었다고 보아 그 업무수행성을 인정함.

#### [약평]

- 이 사건은 원심이 이 사건 연습은 사용자의 지배·관리 하에 있었다고 볼 수 없어 업무관련성이 없고 또한 망인의 업무상 과로 및 스트레스와 이 사건 재해 사이의 상당인과관계도 추단되지 않는다는 이유로 이 사건 재해가 업무상 재해에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 이를 파기하였다. 동호회 활동 등에서의 사용자의 지배관리의 유무, 업무와 사망 사이에 인과관계에 대하여 근로자를 보호하는 방향으로 판단하였다.

#### \* 유사 취지 [대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두24548 판결 : 주심]

- 근로자가 토요일 오후에 회사 근처 체육공원에서 동료 직원들과 족구경기를 하다가 넘어지면서 왼쪽 발목에 부상을 입은 사안에서, 족구경기가 노무관리상 필요에 의하여 사업주가 실질적으로 주최하거나 관행적으로 개최된 행사로서 그 전반적인 과정이 사업주의 지배나 관리를 받는 상태에 있었다고 보아 그 과정에서 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한 사례이다.

#### 7. 대법원 2008. 9. 11. 선고 2004도746 판결

#### [판시사항]

- [1] 원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 채용 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 사용자측이 임금교섭에 대하여는 적극적이었음에도 조종사 노조는 임금협상은 포기하더라도 외국인 조종사의 채용 및 관리, 운항규정심의위원회구성 등에 관한 보충협약 체결에 대하여 이를 철회하지 않을 것임을 분명히 하여 임금교섭의 구체적인 진전이 없었던 이상 조종사 노조의 단체교섭의 주된 목적은 임금교섭이 아닌 위 보충협약 부분이라 할 것인데, 위 보충협약 부분 중 가장 쟁점이 된 외국인 조종사의 채용 및 관리에 관한 조종사 노조 측의 제시 요구안은 외국인 조종사의 채용을 2001. 6. 30.자로 동결하고 외국인 부기장을 채용할 수 없도록 하는 등 사용자의 경영권을 본질적으로 침해하는 내용이어서 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항이므로, 그 주장의 관철을 목적으로 한 2001. 6.경의 이 사건 쟁의행위는 그 목적에 있어서 정당하다고 할 수 없어 목적의 정당성을 결여하였고, 판시와 같은 이유로 쟁의행위의 시기·수단·방법에 있어서도 정당성의

한계를 벗어났으므로, 이 사건 쟁의행위는 정당행위라고 볼 수 없다고 판단하여, 이 사건 업무방해의 범죄사실을 유죄로 인정하였다. 앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 그 사실인정과 판단에 상고이유 주장과 같은 채증법칙을 위반하였거나 파업 목적의 정당성 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

[2] 집회나 시위는 다수인이 공동목적으로 회합하고 공공장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로서 그 회합에 참가한 다수인이나 참가하지 아니한 불특정 다수인에게 의견을 전달하는 과정에서 어느 정도의 소음이 발생하는 것은 부득이하므로 집회나 시위에 참가하지 아니한 일반 국민도 이를 수인할 의무가 있고, 그 집회나 시위의 장소, 태양, 내용과 소음 발생의 수단, 방법 및 그 결과 등에 비추어, 집회나 시위의 목적 달성의 범위를 넘어 사회통념상 용인될 수 없는 정도로 타인에게 심각한 피해를 주는 소음을 발생시킨 경우에는 위법한 위력의 행사로서 정당행위라고는 할 수 없으나 합리적인 범위에서는 확성기 등 소리를 증폭하는 장치를 사용할 수 있고 확성기 등을 사용한 행위 자체를 위법하다고 할 수 없다

[3] 노동쟁의는 특별한 사정이 없는 한 그 절차에 있어 조정절차를 거쳐야 하지만, 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동위원회의 조정결정이 없더라도 조정절차를 거친 것으로 보아야 한다.

#### [평가]

- 판시사항은 종래 대법원 판례나 입장을 따른 것이기는 하나, 판시사항 [1]의 경우에 외국인 조종사의 채용 및 관리에 관한 주장은 조합원들의 근로조건 저하 방지, 고용안정을 위한 취지이고 이는 근로조건에 관한 사항임에도 단지 경영권에 관련된 것이라는 이유로 쟁의행위의 목적상 정당성을 부정하고 있음.
- 또 당시 대한항공조종사 노조의 파업은 절차를 지키고 평화적인 방법으로 단순히 집단적인 노무를 거부한 것에 불과함.
- 종래 판례에 따라 업무방해죄를 적용하고, 경영권 논리로 목적 정당성을 협소하게 해석한 것임.

#### 8. 근로자의 개념을 전향적으로 판단



## 가) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도816 판결

### [판시사항]

- 채권추심원이 근로자에 해당한다고 한 사례
- 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는, 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(대상적) 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다

## 나) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018,13025 판결

### [판시사항]

- [1] 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고

근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(대상적) 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

- [2] 학교법인이 운영하는 대학교에서 강의를 담당한 시간강사들은 학교 측에서 시간강사들의 위촉·재위촉과 해촉 또는 해임, 강의시간 및 강사료, 시간강사의 권리와 의무 등에 관하여 정한 규정에 따라 총장 등에 의하여 시간강사로 위촉되어 대학교측이 지정한 강의실에서 지정된 강의시간표에 따라 대학교측이 개설한 교과목의 강의를 담당한 점, 대학교 측의 학사관리에 관한 규정 및 학사일정에 따라 강의계획서를 제출하고 강의에 수반되는 수강생들의 출·결석 관리, 과제물 부과와 평가, 시험문제의 출제, 시험감독, 채점 및 평가 등 학사관리업무를 수행한 점, 위와 같은 업무수행의 대가로 시간당 일정액에 실제 강의시간 수를 곱한 금액(강사료)을 보수로 지급받은 점, 시간강사가 제3자를 고용하여 위와 같은 업무를 수행하는 것은 규정상 또는 사실상 불가능한 점, 시간강사가 위와 같은 업무를 수행하면서 업무수행에 불성실하거나 대학교의 제반 규정을 위반하고 교수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임교원(총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사)에 대한 재임용제한 및 해임 또는 파면 등 징계처분과 동일한 의미를 갖는 조치인 재위촉제한 또는 해촉(해임)을 받도록 되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 대학교의 시간강사는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 학교법인에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

#### [약평]

- 근로자의 개념상 사용종속관계를 종래 대법원 판례는 협소하게 해석하였으나, 2006년 학원강사 판결 이후 변화된 근로자 개념 판시에 따라 채권추심원, 대학교 시간강사의 근로자성을 인정함.

## II. 총평

판단의 대상이 된 노동사건의 대부분은 개별적 근로관계에 대한 사건이었으며, 퇴직금 분할약정에 대한 소수의견 제시, 불법파견에 대한 구 파견법 제6조 제3항의 적용(직접고용 간주), 대학교 시간강사 근로자성 인정, 출퇴근 재해에 대한 소수의견 제시 등 노동분야에서 매우 의미 있는 법률적 쟁점에 대한 사건들에서 노동문제의 근저에 놓인 의미와 현실을 이해하고, 노동법의 본래 취지에 충실한 법해석을 하였다고 평가할 수 있다. 노동 분야에 있어 우리 사회가 안고 있는 중요한 문제인 비정규직 근로자에 관한 사안에서 전향적인 판단을 내렸다고 볼 수 있다. ■

---

# 대법원의 환경 관련 판결에 대한 평가

박 태 현  
(강원대 법학전문대학원)

---

## I. 진보주의와 환경보호지수

### 가. 진보↔보수

Ginsburg, Breyer - Souter, Stevens - Kennedy(중도보수) ... Roberts (대법원장) - Alito - Scalia, Thomas

### 나. 환경보호지수(EP)

#### ○ 진보 내지 중도보수주의

긴스버그 63 / 케네디 25.93) / 수터 57 /스티븐 50/

#### ○ 보수주의

렌퀴스트 36.5/오커너 30.9/토마스 20/스칼리아 13

### 다. 표결에 영향을 끼치는 배후특성

EP 지수가 100인 대법관 더글라스(Douglas)와 최하위인 대법관 스칼리아를 제외하고는 특정 사건에서 환경에 찬성하는(for) 또는 반대하는(against) 의견에 내지는 예측하기가 쉽지 않다. 그럼에도 지난 30년간 사건처리기록을 살펴보면, 각자의 의사결정에 영향을 끼치는 배후 특성(background traits)을 추출할 수 있다고 한다.

(1) 범일반의 역할에 관한 각자의 비전 (특히 입법제도의 역할에 관하여)

- 
- 3) 일반적으로 환경보호 보다는 재산권의 보호에 유리한 표결을 한 케네디 대법관의 경우 거주하기에 물리적으로 적합하지 아니한 캘리포니아에서 거주한 자신의 체험(가용한 토지 개발의 어려움)에 원인을 찾을 수 있을 것이라고 한다.

## (2) 자연환경과 관련한 각자의 생활 경험

사회변화를 위한 수단으로서 법의 기여에 일반적으로 우호적이라고 한다면, 환경보호를 위한 법체계의 발전 및 그 촉진에 심정적으로 더 동조적일 수 있다고 한다. 반면에 법의 핵심 기능은 기존의 재산권의 정의 및 보호와 시장 거래의 활성화에 있다는 전제를 가진 법관은 환경법을 수용함에 있어 반드시 적대적이지 않다 하더라도 회의적이라고 한다. 앞서 언급한 대법관 더글라스가 전자를, 스칼리아는 후자를 대표하는 인물이라고 한다.

그러나, 자연환경에 대한 각자의 개인적, 직업적 체험과 관련된 특성이 표결 패턴에서 더 현저한 것으로 나타났다고 한다. EP지수가 100인 더글라스가 열광적 야외활동가(outdoorsman)라는 사실은 결코 우연의 일치는 아니라고 한다.<sup>4)</sup> 또한 더글라스의 케이스가 희귀한 사례는 아니라고 하는데 Powell이 오염통제법에는 일반적 반감을 가지면서도 산림보호에는 공감하는 양가성향을 보인 것은 개인적 경험 즉 로펌에서 피규제산업을 위하여 법률 대리인으로서의 경험과 수렵을 즐기는 개인적 체험에서 비롯되었다고 추측할 수 있다고 한다. 그리고 이는 비단 환경영역에서 국한된 것은 아니라고 한다. 가령 오커너(O' Connor)의 보수성향도 그녀 자신의 개인적, 직업적 체험에 기반하여 자신과 동일화할 수 있는 성차별(gender discrimination) 이슈와 관련된 사안에서는 보수성이 크게 누그러진다고 한다.<sup>5)</sup>

## II. 한국 대법관의 판결성향에 영향을 미치는 특성은

가. 나는 배후특성 (2)에 대해서 잘 모르겠다. 대법관으로 길러지는 과정이 대동소이 하다고 본다면 개인적 경험 및 직업적 경험이 판결에 미치는 영향은 그리 크지 않겠다고 짐작할 뿐이다.

나. 내가 말하고자 하는 것은 배후특성 (2)이와 관련해서이다. 상대적으로 진보적 법관으로 분류되는 대법관(김영란, 박시환 그리고 전수안)이 환경사건에서도 진보적 표결을 하였다는 것이다. 법관들의 법에 대한 그리고 자기 정체성에 대한 지배적(내지 다수적) 관점은 아마 이런 것이 아닐까: 현행법이라는 것이 기존 질서의 표현이고, 따라서 법을 적용한다는 것은 결과적으로 기존질서 표현체계로서의 법을 유지하는 것이다. 따라서, 법관은 보수적일 수밖에

4) 실제 더글라스는 자신을 다음과 같이 묘사하였다고 한다: 나는 선입견(prejudices)으로 가득 차 있다. 나는 저녁 무렵에 귀부엉이의 울음, 고요테의 울부짖음, 야생비둘기(mourning dove)의 노래 그리고 엘크(bull elk)의 휘파람 소리를 사랑하기 때문이다.

5) 이상 Richard J. Lazarus, *Restoring What's Environmental about Environmental Law in the Supreme Court* 참조.

에 없다.

이를 법에 대한(법관의 정체성에 대한) 정태론적 관점이라고 명명할 수 있을까. 우리 사회에서 출현, 부상하고 있는, 기존 관점 및 가치인식과 ‘사회수용성’ 측면에서 엇비슷하거나 나아가 서서히 대체하고 있는 관점 또는 가치인식을 법해석 및 적용에 반영하여야 한다는 대안적 법 관점, 태도(이를 동태론적 관점이라 명명할 수 있을까)는 여전히 소수적 지위에 머물러 있지 않을까.

실무에서 일을 할 때 “법원도 국가의 일부다” 라는 취지의 법원의 정체성에 대한 고백을 여러 번 들었다. 이러한 정체성 인식도 아마도 법관 사이에서 어느 정도 공유되고 있다고 추측한다. 이를 국가주의적 관점이라고 명명할 수 있을까. 국가주의의 개념, 내용, 그 장치를 학술적으로 논할 능력이 나에게서 없다. 다만, 그 폐해를 이야기하라고 한다면 적어도 환경문제(특히 이른바 국책사업과 관련하여)에서 엄격심사는 사실상 포기되고 있다는 것이다.

다. 경제개발을 위하여 사인에게 토지수용권을 주는 사례와 관련하여 미국의 유명한 사례는 Kello 판결이 있고, 우리나라에 삼성전자의 충남 아산 탕평산업단지 개발과 관련된 산업입지 및 개발에 관한 법률(산업입지법)에 대한 위헌소원 사건이 있다.

미국의 보수주의자로 분류되는 렌퀴스트, 오커너(주심), 토마스, 스칼리아 대법관은 위헌의 견에, 진보주의자(내지 중도보수)로 분류되는 긴스버그Ginsburg, 브레이얼Breyer, 케네디Kennedy, 수터Souter, 스티븐Stevens(주심)은 합헌이라고 보았다. 한국의 헌법재판관은, 헌법상 재산권을 침해한다고 주장하며 위헌의견을 낸 김종대 재판관을 제외하고는 모두 합헌의견을 표시하였다. 경제성장, 국가, 거대기업, 공리주의에 지나친 정도.. 그래서 나는 한국적 보수주의적 현저한 특성은 바로 국가주의에 있다고 본다(“어느 나라 국민이냐!!!”).

### III. 마무리

김영란, 박시환, 전수안 대법관 등은 환경법 발전에서 정말이지 귀중한 자원이다. 새만금 반대의견을 발제자가 언급하였다. 유명한 천성산 도롱뇽사건의 주심이 김영란 대법관이다. 여중 한 명이 피우는 소란 때문에 국책사업이 지지부진되다니 참으로 개탄스럽다며 보수언론은 사업이 신속한 추진을 주문하였다. 하지만, 스님이 대표하고자 하는 그 소동(?) 너머에 있는 가치를 한번 짚 바라볼 수 있다면.. 김영란 대법관의 판결에는 적어도 그런 흔적이 엿 보인다. 그래서 소중한 판결이었다. 소박한 성향을 가진 사람이 대법관이 되었으면 한다. 배려와 존중의 정서로 충만한 사람. 차선으로 진보적 인사가 환경에 우호적인 판결성향을 보이

니(상관성이 있으니) 차선으로 진보적 인사가 들어갔으면 한다. 새만금 전원합의체 판결 표결결과는 11:2였다. 반대의견이 다수가 되기를 바라는 것은 과욕일 것이고 적어도 2보다는 많이 나오는 그런 대법원으로 구성되기를 바란다. ■

---

## 대법관 임명제청에 있어 몇 가지 고려할 사항

김 갑 배

(변호사, 민주사회를 위한 변호사 모임)

---

### I. 대법관 구성의 다양성

대법원은 대법원장과 14명의 대법관으로 구성하고, 대법관은 대법원장이 제청하여 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다. 대법관은 국제적 기준에 부합하는 보편적 인권 실현하고 소수자 보호를 통하여 모든 국민들이 인간답게 사는 사회를 이루는 역할을 담당하고 있다. 이를 위해 대법관은 도덕적인 결함이 없어야 함은 물론이고, 권력으로부터 독립적이고, 인권 보호에 대한 소신이 있고, 현대 사회의 다양성을 반영할 수 있는 인물로 임명되어야 한다. 2004년 8월 사법연수원 11기 40대 초반의 여성인 김영란 고법부장판사가 사상 첫 여성대법관으로 임명된 후, 2005년 11월 박시환 변호사(12기), 김지형 고법부장판사(11기)가 대법관으로 임명되면서 그 동안 서열·기수 중심의 대법관 임명방식에서 어느 정도 탈피한 점이 있다. 2006년 7월 이홍훈(4기) 서울중앙지방법원장과 여성인 전수안 고법부장판사(8기)가 대법관으로 임명되면서 소수자의 인권보호에 소신을 있는 이들 대법관 구성이 5인이 되어 어느 정도 균형을 이룬 측면이 있지만, 전원합체를 구성하는 13인 중 과반수에 이르지 못하는 5인에 그쳐 견해가 갈린 판결은 소수반대의견에 머문 경우가 대부분이다. 김영란 대법관이 오는 8월 임기 6년을 마치고 퇴임한다. 후임 대법관은 다양성을 반영하고 소수자 인권 보호에 소신을 가진 인물이 임명될 필요가 있고, 그렇지 않고 현재의 균형마저 깨지면 소수자 보호라는 대법원의 역할은 크게 위축될 것이다.

대법관 충원과정에서 현직에 있는 고법부장 이상의 고위법관 중에서 후보자를 선정하여 제청하는 방식은 지나치게 제한적이며 관료적일 수밖에 없다. 그럴 경우 대법관은 지방법원 배석판사에서 대법관에 이르는 관료적 서열구조에서 대법관은 승진의 정점에 위치하게 된다. 하급심 법관들이 예비판사로부터 지방부장까지 단계적으로 승진을 한 다음 고법부장으로 발탁승진을 하고 있다. 고법부장 승진은 일선 법관들의 목표가 될 수밖에 없는 실정에 있다.



나아가 대법관은 고법부장 이상 법관들의 최종 승진목표가 되고 있다. 이러한 상황에서 고등 부장 및 대법관 승진을 위해서는 법관들이 소신에 따라 재판하기 어렵고 권력을 의식하여 판결을 하지 않을 수 없게 된다. 또 이렇게 대법관 임명이 법관들의 승진의 최종단계로 기능하게 되면 대법원의 구성에 다양성을 반영하지 못하게 된다. 따라서 대법관 임명에서 이러한 서열에 따른 승진구조를 탈피하여야 한다. 대법원장은 대법관 제청자문위원회의 복수 추천을 받아 그 중에서 1인을 제청하게 되는 바, 대법관은 제청하는 자문위원회의 구성도 다양화할 필요가 있다. 또 제청자문위원회의 후보선정이 민주적 방식에 의해 이루어져야 한다.

## II. 소수자 보호 및 국제적, 보편적 인권의 실현

대법원이 법령해석의 최고기관이므로 헌법에 부합하는 방향으로 법을 해석하여 적용하여야 함에도 위헌적 방향으로 확대해석하여 적용하는 것은 우려스러운 일이다. 예를 들면 폭력을 수반하지 않는 파업에 업무방해죄 적용하는 사건에서 대법원은 “다수 근로자들이 상호 의사연락 하에 집단적으로 노무제공을 거부함으로써 회사업무의 정상적인 운영을 저해하였다면 이는 다중의 위력에 의한 업무방해행위에 해당한다.” 라고 판결하고 있다. 이러한 견해에 따라 하급심에서 파업에 대하여 업무방해죄를 적용하여 왔고, 2003년과 2006년 사이에 1심 법원이 파업에 업무방해죄를 적용한 판결이 2,304건에 이른다고 한다. 이 중에서 쟁의행위의 정당성 여부에 관한 것이 1,274건, 쟁의절차에 관한 것이 256건에 이른다. 선진국은 폭력을 수반하지 않는 파업에 대해 업무방해죄로 처벌하지 않고 있으며, ILO 결사의 자유 위원회 보고서는 2004년부터 2008년까지 총 8차례에 걸쳐 한국정부가 폭력을 수반하지 않는 쟁의행위에 대해 형법 제314조 업무방해죄를 적용해서는 안 된다고 밝히고 있다. 김영란 대법관이 주심이었던 대법원 2008.9.11. 선고 2004도746 판결에서 대한항공 운항승무원 노동조합이 외국인 조종사의 채용 및 관리에 관한 주장을 관철하기 위하여 한 쟁의행위에 대하여 폭력을 수반하지 않았음에도 목적의 정당성을 인정할 수 없다는 이유로 아무런 반대의견도 없이 4인의 재판부에서 업무방해죄를 적용하여 유죄판결을 하였다. 최근 헌법재판소는 대법원의 판례에 대하여 “단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라는 해석은 헌법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것” 이라고 비판적인 입장을 밝힌 바 있다. 대법원은 ILO와 현재의 의견을 존중하여야 한다.

김영란 대법관 재임 중인 지난 6년간 전원합의체 판결이 83건(2010년 5월 20일 현재)에 불과하다. 민주주의는 다수결의 사회이기 때문에 다수에 이르지 못한 사회적 약자나 소수자도

살아갈 수 있는 권리가 허용되는 사회이다. 대법원에서 소수자의 권리가 보호되어야 실질적 법치주의에 다가가는 것이 될 것이다. 환경권이나 소수자에 대한 배려나 고심의 흔적조차 나타나지 않는 다수만을 위한 판결을 민주적이라 볼 수 없다. 예를 들면 양심적 병역거부에 대하여 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결에서 이강국 대법관이 “국가의 형벌권이 한 발 양보함으로써 개인의 양심의 자유가 보다 더 존중되고 보장되도록 하는 것이 상당하다 할 것이어서 피고인에게는 범죄의 성립요건인 책임성을 인정할 수 없다고 보아야 하고, 이러한 점에서 피고인에게는 병역법 제88조 제1항의 적용을 배제할 ‘정당한 사유’가 존재한다.”고 소수의견을 개진한 바 있다. 그 후에 김영란 대법관인 주심이었던 대법원 2007.12.27. 선고 2007도7941 판결에서 “양심적 병역거부자에게 병역의무 면제나 대체복무의 기회를 부여하지 아니한 채 병역법 제88조 제1항 위반죄로 처벌한다 하여 규약(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약)에 반한다고 해석되지는 아니한다.”고 판결을 하는 등 4인의 재판부에서 반대의견도 없이 유죄판결을 계속하고 있다. 그러나 최고법원인 대법원에서는 전원합의체에서 사회적으로 찬반의견이 있는 사항이나 소수자의 인권에 대한 활발한 토론이 이루어져야 하고 이것이 판결에 표시되어야 한다.

### III. 사법부의 과거사 청산의 문제

이용훈 대법원장은 2005년 취임사에서 “권위주의 시대에 국민 위에 군림하던 그릇된 유산을 깨끗이 청산해야 한다”고 밝혔다. 1년 뒤 국정감사에선 “기회가 닿는 대로 법원의 역사를 재정립해 나가겠다. 재심사건으로 대법원의 입장을 밝힐 수 있는 기회가 올 것”이라고 말했다. 진실화해위원회에서 진실규명된 사건 20여건이 하급심에서 재심이 개시되어 무죄로 확정되었다. 그러나 1991년 발생한 강기훈 유서대필 사건에 대해 2007년 11월 진실화해위원회에서 조작사건으로 결정을 하여 강기훈이 재심청구를 하여 2009년 9월 서울고등법원에서 재심 개시 결정을 하였다. 진실화해위원회에서 조사결과, 국과수 감정인은 공동심의를 제대로 하지 않았음에도 공동심의를 한 것으로 감정서에 기재하고 법정에서 증언을 하였고, 일부 객관적 사실과 다른 자의적 감정결과를 회신한 것으로 밝혀졌고, 국립과학수사연구소 및 7개 민간감정기관은 모두 강기훈의 출정거부이유서 및 가족에게 보낸 봉합엽서 필적과 김기철의 유서의 필적이 상이하다고 필적감정을 하여 당시 유죄의 근거였던 필적감정이 반복되었다. 재심사유가 충분함에도 검찰이 항고를 하였고, 대법원(주심 양창수)은 아직까지 결정을 하고 있지 않다.

1958년 대법원에서 파기자판으로 사형을 확정된 진보당 조봉암 사건에 대해 진실화해위원

회에서 2007년 9월 조작사건으로 결정을 하여 유족이 2008년 8월 대법원에 재심개시 청구를 하였다. 특무부대 및 검찰의 피의자신문조서, 1심 및 2심 공판조서는 공동피고인 양이섭의 직업을 무직으로 기재하고 있고, 첩보부대본부 부대장이 특무부대장에게 보낸 회신에 의하면 양이섭이 협조한 바는 있으나 공작원으로 상용한 바는 없다고 적고 있다. 특무대는 민간인에 대해 수사권이 없었음에도 불구하고 조봉암, 양이섭에 대해 수사를 하였고, 양이섭은 1개월여 외부와의 연락이 일체 두절된 채 여관에서 불법감금한 상태에서 조사를 하였다. 양이섭의 자백이 유일한 증거인 사건이다. 항소심에서 자백을 번복하였으나 1심 자백을 근거로 대법원은 이례적으로 파기자판으로 사형을 선고하였다. 대법원(주심 박시환 대법관)은 2년이 다 되도록 결정을 하고 있지 않으나 재심사유가 확실하므로 재심개시결정을 하는 것이 타당하다.

법원이 양심에 따라 형사소송의 원칙인 증거재판주의를 철저히 관철하였다면 수사기관에서의 허위자백으로 인해 유죄판결을 받는 일을 피할 수 있었을 것이다. 그런데 법률과 양심에 의해서 재판하지 못하고 선량한 국민의 일생을 나락으로 떨어뜨린 위법한 판결들을 진실화해위원회의 조사에 의한 진실규명과 재심청구에도 불구하고 하급심과는 다르게 대법원이 외면하고 있다. 수십 년 동안 고통 속에서 살아온 피해자들을 원상회복시키지 않고 사법부 독립이나 인권을 말할 수 없다. 대법원이 스스로 잘못에 대해 눈을 감고, 어떻게 정의를 말할 수 있단 말인가.

#### IV. 위법한 수사 및 기소의 통제

현재 검사의 불기소 처분에 대해 법원이 기소를 결정하는 강제력 있는 재정신청제도가 시행되고 있다. 이 제도도 제대로 효과를 발휘하지 못하고 있다. 그 이유는 검찰에 항고를 거치도록 되어 있고, 법원이 기소결정을 하더라도 검사장이 지정한 검사가 공소를 담당하도록 되어 있기 때문이다. 실효성 있는 대책이 필요하다.

검찰의 위법한 수사, 무리한 기소가 큰 문제가 되고 있다. 죄형법정주의 원칙에 반하고 표현의 자유를 침해하기 때문에 세계에서 유례가 없는 전기통신기본법 조항에 의해 네티즌을 처벌하는 법원에서 유죄가 선고 되었다. 현재에도 허위사실 유포라는 이유로 전기통신기본법을 적용 수사하고 기소가 이루어지고 있다. 정연주 전 KBS 사장 배임죄 사건이나 PD수첩 한미 쇠고기협상단 명예훼손 사건 등 법리적으로 성립하지 않은 사건에 대한 무리한 수사나 기소, 범죄혐의가 성립하지 않거나, 압수수색 요건이 결여되어 있는 사건에 대해 법원

이 영장심사나 재판과정에서 통제를 하여야 한다. 기록제출명령에 대하여 불응하거나 집요하게 수사하고 기소하는 경우 법원이 제재를 가하고 위법한 증거를 배척하여 무죄를 선고함으로써 검찰을 통제를 하여야 한다. 대법원은 국민의 인권을 침해하는 수사절차의 위법성 및 무리한 기소에 대하여 인권을 보장하는 원칙을 수립해나가야 한다.

이번 대법관 임명제정에서는 이상과 같은 사항을 고려할 필요가 있다. ■



정부지원금 0%, 참여연대는 회원의 회비로 운영됩니다

시민의 시민단체 참여연대 회원이 되어주세요

회원가입 02-723-4251 [www.peoplepower21.org](http://www.peoplepower21.org)

사법감시센터 02-723-0666 [blog.peoplepower21.org/Judiciary](http://blog.peoplepower21.org/Judiciary)