사법감시

Justice Watch Newsletter Vol.27

판결문 공개실태조사결과

"법관들은 보는데 국민들은 왜 못보나요?"

부록 [판결비평] 2005-04 광장에 나온 판결

참여연대

사법감시 27호

1 발간사

2 판결문의 공개 -그 필요성과 제안

5 판결문 공개실태 조사결과

8 조사결과 Ⅰ. "27년 경력 법관의 판결문중 공개된 것이 겨우 18개뿐"
-대법관 후보급 고위법관의 하급심 판결문 공개현황

10 조사결과 Ⅱ. "법관들의 논문 주제가 된 판결도 공개되어 있지 않다."
-재판연구관 세미나 자료 "대법원판례해설'에 수록된 판결의 공개여부

14 조사결과 Ⅲ. "법률공부하는 사람들한테 중요하다면서도 공개안될 정도라니"
- "90년대 주요민사판례평석'과 사법연수원 교재에 수록된 대법원 판결의 공개여부

16 부록 - [판결비평] 2005-04 광장에 나온 판결

17 '병 주고 약 주는 ' 재판부
-이마트 노조 가처분 사건

22 수사는 흠결없이 이루어져야 한다
-수사기관 책임성 강화한 대법원 판례들

사법감시 통권 27호 등록일 2003. 1. 6. **등록번호**_문화 바 02968 **발행일** 2006. 1. 4. **발행처**_참여연대 사법감시센터 **발행인**_박상증 **편집인**_한상희

연락처_서울 종로구 안국동 175-3 안국빌딩 신관 3층 (Tel) 02-723-0666 (Fax) 02-723-5055 (e-mail) jwc@pspd.org (Web) http://peoplepower21.org

'사법감시 제27호'를 발행하며

한 해가 마무리되고 새로운 해가 시작되었습니다. 지난 한 해는 사법제도와 함께 사법부에 대한 많은 이야기가 있었던 해였습니다. 로스쿨에 대한 논란도 많았고, 형사소송법 개정을 두고도 뜨거운 설전이 있었습니다. 피의자 인신구속에 대해서도 많은 것을 되돌아보게 한 사건도 있었습니다. 무엇보다도 세인의 관심을 모았던 것에는 신임 대법원장의 취임과 과거의 관행에서는 어려웠을 대법관 두 사람의 임명이 있었습니다.

전체적으로 보면 이 모든 것들이 변화와 진보의 큰 흐름속에 나온 것들이기에 지난 한 해는 결코 소모적인 한 해만은 아니었을 것입니다. 시대의 변화와 나아갈 길에서 반대편에 있는 사람과 집단도 있어서 지체현상이 있는 것은 당연한 일 아니겠는가라며 아쉬움을 달래봅니다.

작년 한 해동안 대법원과 관련한 주제로 세 번에 걸쳐 '사법감시'를 발행했던 우리 사법감시센터는 이제 새로운 문제를 제기하고자 합니다. 그것은 법원이 공개하기로 정한 판결문만 공개하는 현재의 방식이 과연 타당한가 하는 것입니다.

물론 정보공개청구를 하면 모두 공개한다고 하지만, 우리가 말하는 공개는 법원이 스스로 내놓는 일반적이고 적극적 공개를 말하는 것입니다. 법관은 판결로써 말한다고 합니다. 그런데 왜 법원은 그같은 판결문을 선택적으로 공개해놓고 있을까요? 누구는 그러합니다. 찾고 싶은 판결문 있으면 안은판사통해서 구해보면 된다고. 저도 시간이 급하면 개인적으로 알고 있는 판사에게 부탁해서 법원내 전산망에 올라가 있는 판결문을 구해본 적이 솔직히 있습니다. 변호사들도 마찬가지의 경험이 있고, 법학교수들도 법대 대학원생들도 겪어본 일입니다.

하지만 이같은 일종의 '특혜'에 기대는 것이 바람직하지 않다는 것은 누구나 수긍하실 것입니다. 누구누구를 아느냐가 일종의 권력이 된 세상에 법원의 판결문마저 그러해서는 안되지 않겠습니까?

게다가 올해에는 열 명이 넘는 대법관과 헌법재판관이 새 사람으로 바뀝니다. 그런데 후보자들에 대한 평가의 기본이 될 그 사람들의 판결문은 너무나 적은 수만 공개되어 있습니다. 법원내부에서는 그 분들이 훌륭한 판결을 한 사람들이라 말하겠지만, 밖에서는 알 도리가 없지 않습니까?

조만간 사법제도개혁추진위원회에서도 판결문을 비롯한 재판기록 공개와 관련하여 논의내용을 정리할 것이라 합니다. 판결문 공개를 확대하는 것은 사법의 민주화와 법치주의 실현에 기본이라는 생각에 이번 '사법감시'에서는 판결문 공개실정을 살펴보았습니다. 그 결과는 '기가 막힌다'하는 것이었습니다.

박 근 용 참여연대 사법감시팀장

I 판결문의 공개의 필요성과 제안

– 판결문과 재판기록을 분리하자

일러스트레이션 장광석

박 경 신
(참여연대 사법감시센터 실행위원, 고려대 교수)

현재 대법원이 선고하는 판결의 숫자는 연 2만 건 정도이고, 하급심판결은 판결이유가 없는 소액사건을 제외하고 연 45만 건 정도라고 한다. 그런데 2000년 – 2004년에 판례공보를 통하여 공개된 대법원판결은 대체로 1년에 1,000건을 넘지 않고, 같은 기간 '하급심판결집' 이나 '각급법원(1, 2심)판결집' 을 통하여 공개된 하급심판결은 연 157건 – 281건이다. 즉, 법원이 공개하고 있는 판결은 대법원판결은 5%를 넘지 않고, 하급심판결은 약 0.05%에 불과하다고 한다.[1] 물론, 판사들은 내부시스템을 통해 위 모든 판결들을 검색 및 출력할 수 있다.

우리나라 헌법 제109조는 "재판의 심리와 판결은 공개한다"라고 하고 있다. 법원은 이미 특정한 사건의 판결의 내용을 입수하려는 사람이 그 사건기록에 대해서 정보공개청구를 할 수 있다는 의미에서 그 판결을 개별적으로 그리고 수동적으로 공개하고는 있다.[2] 이 글에서는 이를 '개별공개' 라고 정의하자. 재판기록의 경우에는 위와 같은 수동적인 공개로도 소기의 목적이 달성될 수 있겠지만 판결문은 다르다. 판결문은 특정한 사건의 존재여부를 모르더라도 모든 사건들을 열람할 수 있도록 검색 가능한 형태로의 일반적인 공개가 반드시 이루어져야 한다 (이하, '일반공개')

판결문의 일반공개가 이루어지지 않음으로써 발생되는 피해는 명확하다. 판결은 다음에 비슷한 사건에 대해 판결을 내릴 때 법률을 어떻게 해석할 지에 대한 선례 – 즉, 판례 – 가 된다. 국회가 제정한 법률과 법원이 그 법률을 해석하면서 만들어진 판례는 어느 쪽이 먼저라고 할 것이 없이 공동으로 법의 몸체를 이룬다. 법률의 내용은 그 문언에 의해서 채워지지 않는 커다란 허공이 항상 존재하고 이 허공을 메꾸는 것이 판례의 역할이다. 판례를 모른다는 것은 법의 내용의 반을 모른다는 것과 같다.

물론 법원은 '단 5%이고 단 0.05%이기도 하지만 주요 판례들은 이미 공개되었다' 라고 말할 수 있다. 그러나, 법원이 수많은 판결들을 내린 후에 다시 그 판결들 중에서 가치가 있는 것과 가치가 없는 것을 가려내어 전자만을 공개한다는 것은 매우 위험한 일이다. 후자는 공개가 되지 않으면 나중에 다른 사건을 담당하는 변호사들이 실제 사건해결의 선례로서 이용을 하지 못하므로 판례로서의 생명은 거기서 끝이 난다.[3]

판결이 판례로서 가지는 가치를 법원이 일률적으로 판단해서 공개여부를 결정할 수 없다. 참여연대 공익법센터 운

1)이 숫자들은 법원도서관 여미숙 조사심의관이 비공식적으로 대략 추산한 것으로서 공식통계는 없다고 한다. 참여연대 공익법센터는 판결문 공개 프로젝트를 진행하며 위 센터 운영위원인 황필규(변호사, 아름다운재단 공익변호사그룹 공감)의 지도하에 최건섭(사법연수생, 공감 특별인턴), 윤정원(미국변호사, 공감펠로우), 김유리(독일학부생, 공감특별인턴), 원경훈(학부생, 공감정기인턴), 김포그니(학부생, 공감정기인턴) 등의 공동연구를 하고 있으며 여미숙 심의관과의 면담은 공동연구의 일환으로 이루어졌다. 판결문 공개는 대법원 홈페이지(www.scourt.go.kr)나 법고을 LX DVD로도 이루어지고 있으나 '판례공보' 및 '하급심판결집' {또는 '각급법원(1, 2심)판례공보' }에 수록된 판례정보와 정확히 겹치지는 않으나 그리 많이 벗어나지 않는 것으로 보인다.

2)특정 사건의 재판을 청중이 관람할 수 있도록 허용하는 것으로는 판결의 공개가 이루어진다고 볼 수 없다. 선고내용과 판결문 내용이 큰 차이를 보이는 현재 법원의 관행 때문이다.

영위원 황필규 변호사의 말처럼 '법원은 각 판결의 판례로서의 가치를 평가할 권한이 없다.'[4] 하나의 판결은 검사 또는 변호사들이 다양한 실제 사건 속에서 그 사건에 필요한 부분을 취하여 선례로 인용되면서 이미 판례로서의 생명력을 가지게 되는 것이다. 혹시 그 사건에서 선례로서 받아들여지지 않았다고 하더라도 다른 사실관계를 가진 다른 사건에서 선례로서 받아들여질 수도 있다. 새로운 사건들이 가질 수 있는 사실관계의 경우의 수는 무한하다. 하나의 판결이 그중의 어떤 사건에 유용한 판례가 될지는 아무도 모르는 것이므로 모든 판결은 잠재적인 판례로서의 생명력을 이미 가지고 있다. 법원이 자신의 한정된 경험에 비추어 판결의 생명을 끊을 수는 없다.

결국, 판결이 공개되지 않으면 법의 내용이 공개가 되지 않는 것이고, 법치국가에서 법의 내용을 모르는 당사자들 사이의 분쟁은 소모적일 수밖에 없다. 판례를 통해 자신들이 연루된 분쟁에 대해 판사가 어떻게 판시할 지를 예측할 수 있다면 합의로 처리했을 사건들까지 반드시 '끝장을 봐야한다.' 또, 법치국가에서 법의 내용에 대한 이해가 항상 불완전하니 협상 및 거래 자체에 불필요한 자원과 시간의 소모가 동반된다. 이외에도 사법부에 대한 민주적인 견제와 평가를 위해서도 사법활동의 결과물인 판례가 공개되어야 함은 말할 것도 없다.

법원의 최근 공개계획 – "한정된 장소/시간에서 한정된 사람들에게만"

판결문 공개의 당위성에 대해서는 더 이상의 언급을 생략한다. 이미 사법개혁위원회는 판결문의 일반공개의 필요성에 대해서 동의를 하고 있다.[5] 그리고, 법원도 파견인력 및 전문가회의 등을 통하여 사법개혁추진위원회의 논의에 참여하면서 대폭 확대된 공개계획을 밝힌 바 있다.[6] 공개계획의 골짜는 "법원도서관 등 특별열람창구에 마련된 PC를 통하여 내부용 종합법률정보시스템 및 판결문검색시스템에 접속하여 법관과 동일한 범위의 판결을 검색 및 열람할 수 있도록 하[고 이를 통하여 원하는 판례가 있을 경우] 온라인상으로 사건번호가 특정된 판결문 교부신청을 받아 개인정보가 삭제된 판결문 PDF파일을 신청인의 이메일로 송부하는 방안"이다. 그리고, 이처럼 할 경우, 열람검색자가 비실명화가 이루어지지 않은 상황에서 판결문을 보게 됨으로써 발생하는 프라이버시침해 위험에 대응하기 위하여 열람검색자를 (1)법조 종사자들 및 (2) 도서관장의 승인을 얻은 자로 제한한다.

그러나, 최근까지 밝혀진 공개계획은 미진하다. 첫째, 내부용시스템을 일반에서 공개하겠다는 것은 가상하나 이를 법원의 특별열람창구에서 제한된 시간 안에 사용하도록 하는 것은 공개요구의 취지에 맞지 않는다. 판결문 공개의 취지는 판결은 언제라도 판례가 될 수 있는 생명력이 있고 판례는 법의 본체의 한 축이기 때문이며 법의 실질적 내용

3)이렇게 하나의 판결을 사장(死藏)하는 것은 그 판결의 출처가 된 사건의 패소자에 대한 재판청구권 침해를 사후적으로 인정하는 것과 마찬가지이다. '당신이 사건에서 졌지만 그 결정이 선례로서의 가치가 없다' 라고 확인을 해주는 것이기 때문이다. 자신의 생명, 재산 또는 자유를 앗아간 결정이 선례로서의 가치가 없을 정도라면 그 결정 자체의 정당성에도 문제가 있는 것 아닌가? 또 거꾸로 그 판결을 선례로 인용할 수 있었으나 그 판결이 공개가 되지 않아서 인용할 수 없었던 사람의 경우에는 실제로 재판청구권 및 평등권 침해를 당했다고 볼 수는 없는가? 민법 판결에서 가장 많이 인용되는 제2조 '신의성실의 원칙' 의 예를 살펴보자. 이 조항의 해석은 매우 다양한 사실관계의 사건들 속에서 발생한다. 그런데, 이 사건들 중에서 매우 독특한 사건 하나에 대해 판결공개가 이루어지지 않았는데, 그 사건과 매우 비슷한 사실관계가 나중에 발생하였다고 하자. 이 미공개된 판결이 자신에게 유리한 선례가 될 수 있음에도 이를 모르고 변론을 진행하여 결국 패배하였다면, 그 당사자는 재판청구권과 평등권의 침해에 대한 주장을 할 수 있을 것이다.

4)12월16일 사법개혁추진위원회 주최 사법참여연구회 참석 발언.

5)"재판기록 및 정보의 공개(편집자 —— 판결문 포함)는 재판의 적정성 여부를 판단하는 기본자료가 되기 때문에 법관에 대한 평가의 중요한 자료가 될 것이며, 재판 내용의 확인을 통하여 사법절차를 보다 더 투명하게 하고 나아가 재판에 대한 국민의 신뢰를 제고하는데 기여할 수 있을 것입니다. . . 하급심판결의 경우, 하급심판결공보 등의 수록 범위를 점차 확대시키고 각급 법원의 웹사이트 등을 이용하여 신속하게 주요 최신 판결을 비실명처리 후 공개하는 방안을 검토할 필요가 있습니다." 사법개혁위원회 건의문에서 발췌.

6)법원도서관 조사심의관 여미숙의 2005년 12월16일 전문가회의 발표 "판결 공개 범위 확대 방안"에서 발췌.

(즉, 법조문과 그 법조문을 해석한 판례)이 공유되도록 하기 위해서 판결문 공개가 필요하다는 것이다. 그렇다면, 법의 실질적 내용의 공유를 전국에 수십개 밖에 되지 않는 법원의 특별열람창구의 PC를 통해서 그것도 제한된 시간 동안에만 하겠다는 것은 비현실적이다. 언제쯤 사용할 차례가 돌아올 지도 모르는데 막연한 희망을 가지고 판례검색을 하러 법원까지 갈 사람들이 과연 몇 명이나 될 지 의구심을 가지게 된다. 그 정도 수고를 감수할 사람들이라면 이들이 재원을 모아 회사를 차려서 전국의 모든 법정에 기록원을 한 사람씩을 배치하여 매일 선고되는 판결문을 그대로 녹취하는 방법도 완전치 않지만 더 나을 수 있다. 이와같은 재판 관람허용이 판결공개의무를 충족시키는 것이 아님은 위에서 설시한 바와 같다.

둘째, 사용자를 직업적으로 또는 도서관장의 승인 여부로 분류한 것도 심각한 문제이다. 헌법 제109조는 판결을 공개받을 권리를 기본권으로 정하고 있는 것으로 보아야 한다. 이 기본권에 대한 제한을 법조관련성이나 도서관장의 승인여부를 기준으로 제한하는 것은 평등권에 대한 심대한 심해이다. 사용자를 제한하는 취지는 개인정보 유출 방지인데 도리어 변호사든 법무사이든 법조관련자들이 개인정보를 빼낼 동기가 훨씬 많은 사람들이다. 그 외에는 법원도서관장의 승인을 필요로 하는데 어떤 사용자가 개인정보 유출의 위험이 높은 지를 과연 도서관장이 판단할 수 있는 일인가? 이는 헌법 제109조가 규정한 재판정보 접근권에 대한 자의적인 제한으로서 평등권 침해일 가능성이 매우 높다.

셋째, 위와 같은 방식이 지금까지 축적되어 왔던 기존 판결문들의 비실명화가 완성되기 전에 한시적으로 사용될 수 있는 시스템이긴 하나 프라이버시와 판결공개의 충돌을 구조적으로 해결하는 것은 아니다. 아래에서 필자가 설명하는 방법을 앞으로 생성될 판결문의 공개에 적용해 볼 것을 권하고자 한다.

비실명처리의 신화(神話) – 장래 판결들의 처리

법원이 내부시스템을 개방하겠다고 하면서도 개방에 대해 위와 같이 무리한 위치적, 시간적 제약과 인적 제한을 두는 것은 내부시스템의 판결들은 현재 비실명처리가 되어 있지 않기 때문이다. 모든 판결문들을 비실명처리 하는데에 상당한 예산이 소요된다는 것이다. 그러나, 비실명처리에 상당히 예산이 소요된다는 신화에 대해 근본적인 질문을 던져보고자 하며 특히 적어도 장래 판례에 대해서는 판결문의 생성단계부터 개인정보를 별도관리하여 비실명처리에 필요한 예산을 절감할 수 있는가에 대해 논의해보자.

비실명처리라 함은 주소, 주민번호, 이름 등의 개인정보를 삭제하는 작업을 말하는 것으로 보인다. 그렇다면, 이와 같은 개인정보들이 애초에 판결문에 올라와야 하는 이유가 있는가 생각해보자. '재판은 판결문을 만들기 위한 과정'이라는 말이 있다. 다른 기록이 없이도 집행의 근거가 되는, 법의 권위가 담긴 총체적인 문서를 만들겠다는 선의의 뜻이다. 즉, 판결문 내에 피고의 이름, 주민등록번호, 주소가 없을 경우에 나중에 판결을 집행하기가 불가능하기 때문에 개인정보들이 판결문에 기재되어 있어야 한다는 것이다.

그러나, 판결문에 반드시 개인정보가 있어야 판결문의 집행이 가능한 것은 아니다. 집행에 필요한 개인정보는 재판기록에 기재되어 있고 재판기록이 집행에 관련된 기관 및 개인에게만 필요한 선에서 공개되면 된다. 미국에서는 이름 외에 한국의 주민등록번호에 해당하는 사회보장번호(Social Security Number) 및 주소는 애초에 판결문에 포함되지 않는다. 여기에 비실명처리를 완결하려면 이름만 삭제하면 되는 것인데 이 역시 재판과정, 즉 판결의 생성

과정에서 이루어질 수 있다. 재판 중에 당사자의 신청에 의해 당사자나 증인들의 신원을 보호하기 위해 판결문에 가명을 쓰도록 허용하는 것이다. 이렇게 될 경우 판결문에는 가명으로만 표기되어 있고 재판기록을 들추어 보아야 당사자나 증인의 실명을 알 수 있게 되므로, 판결문에는 생성 시점에 이미 개인정보가 하나도 없다. 실제로 판결을 집행해야 한다거나 할 경우에만 당사자에게 재판기록을 공개하게 된다. 이와 같이 개인정보를 재판기록에만 기재하는 장점은 판결문은 개인정보 유출의 부담 없이 아주 자유롭게 공개될 수 있는 것이다.

한국의 경우도 위와 같은 제도의 채택이 가능하다. 즉, 판결문에는 주민등록번호, 주소와 같이 이름과 관계 지어 공개될 경우 여러모로 악용될 수 있어 그 내용 자체가 보호의 필요성이 강한 것들은 우선 판결문에 애초에 포함을 시키지 않고 재판기록에만 포함시키는 것이다. 여기에 덧붙여 이름의 경우 당사자의 신청에 의하여 또는 직권으로 추가로 비실명처리를 할 수 있도록 하는데 한국의 '법률문화'[7]의 경우 거의 모든 당사자들이 이를 신청할 것으로 보이는데 아예 비실명을 원칙으로 하는 것이 한국 상황에 더 적절할 수도 있다. 결론적으로, 이름, 주민등록번호, 주소, 영업비밀 등의 정보를 판결생성 시점에서 판사의 판단으로 삭제하는 것이다.

대신, 판결문에서는 제외된 개인정보를 재판기록에 포함시켜두어, 정보공개청구나 해당 법원의 명령을 통해서 재판기록을 입수한 사람 만이 피고의 이름, 주민등록번호, 주소를 그 기록을 통해 알 수 있도록 하면 된다. 물론, 재판기록의 공개의 범위도 공개의 필요성이 허용하는 범위로 제한되어야 할 것이다. 혹자는 재판기록은 선고 후 3-6년 사이에 모두 폐기되어 원고가 그 이후에 집행을 처음 하게 될 경우 실명을 모르게 될 수 있다고 주장한다. 그러나, 재판기록이 폐기될 때 상기 개인정보만 보관하고 있으면 추후에 승소측이 판결을 집행하기에 부족함이 없다. 판결문을 등기소에 접수시켜야 할 때는 개인정보카드를 같이 내면 된다. 결론적으로 얘기해서 개인정보는 모두 재판기록에만 기입해 두었다가 집행시에만 당사자가 필요한 범위 내에서 사용을 할 수 있도록 한다. 이렇게 되면 프라이버시에 대한 아무런 위험없이 판결문은 대중들에게 자유롭게 공개될 수 있고, 재판기록은 당사자 외에는 비공개상태로 있다가 제3자의 열람신청이 있을 경우에는 그 신청대상 기록에 한해 비실명화를 하면 된다.

기존 판결문의 비실명화

장래에 생성될 판결문들은 위에서 제시한대로 처리한다고 하더라도 기존 판결문의 비실명화 문제는 계속 남아있게 된다. 이는 무엇보다도 예산의 문제라서 말을 줄일 수 밖에 없지만 현재 시중에서 돌고 있는 "300억"이라는 숫자는 그 근거에 대해 재검토가 있어야 할 것으로 보인다. 비실명화 작업을 수동으로 한다면 그 숫자가 비현실적인 것은 아니겠지만 짧은 소프트웨어에 관한 지식으로도 문서에서 인공지능을 일부 이용하여 사람이름, 주소, 주민번호를 걸러내는 소프트웨어의 제작이 가능할 것으로 보이는데 이와 같은 방법은 검토를 해보았는지 묻고 싶다.

7)재판에 연루되었다는 사실 자체를 일종의 프라이버시로 간주하는 국민들의 정서.

Ⅱ 판결문 공개실태 조사결과

■ 판결문 공개 현황 조사방식

법원은 현재 첫째, '정보공개청구' 제도를 통해 개별적으로 판결문 공개를 요청한 이에게 판결문을 공개하고 있으며, 둘째, '판례공보' 를 위시한 공식간행물에 수록하는 방법을 통해 판결문을 공개하고 있으며, 셋째, 대법원 웹사이트 '종합법률정보' 코너와 법원도서관이 제작하여 배포하고 있는 '법고을LX' 시스템을 통해 판결문을 공개하고 있음

이중 첫 번째 방식인 '정보공개청구' 에 응하는 방식은 '소극적 공개방식' 에 해당하는 것으로 이를 통해서 모든 판결문을 공개하고 있다고 주장할 수 있으나, 이를 일반적이고 적극적 공개방식이라 볼 수 없다. 이 방식은 특정 판결의 사건번호를 알지 못한다면 판결문을 구하는데 어려움이 있다는 점에서, 그리고 특정 법관의 판결태도나 특정 법률해석 등과 관련된 판례를 확보하는데는 활용가능한 방식이 아님

판결문 공개의 정도를 평가함에 있어서는 '일반적 또는 적극적 공개방식' 인 공식간행물을 통한 판결문 공개현황과 온라인 또는 인터넷을 통한 판결문 공개현황을 분석하는 것이 타당함(지난 해 참여연대가 판결문 공개현황을 묻는 질의에 대해 법원행정처가 '정보공개청구' 를 통해 모든 판결문을 공개하고 있다고 한 답변은 법원이 판결문공개의 의미를 협소하게 이해하고 있음을 보여주는 사례라 할 수 있음)

- 참여연대는 법원이 공개한 판례를 가장 많이 수록하고 있는 것으로 알려져 있는 '법고을LX' 를 기본 자료로 활용하였음

'법고을LX' 에서 검색되는 판결문은 법원이 공개하고 있는 판결문으로 간주하고, 반대로 검색되지 않는 판결문은 법원이 공식적으로 공개하고 있지 않은 판결문으로 해석하였음. 즉 가장 많은 판결문을 공개하고 있는 '법고을LX' 를 통해서도 찾을 수 없다는 의미에서 이를 '미공개' 판결이라 분류하였음

- 판결문 공개수준과 필요성을 검증할 수 있는 방법으로 세 가지를 선택하였음

첫째, 개별 법관들의 하급심 판결문의 공개수준 조사
둘째, 재판연구관 세미나 자료 "대법원판례해설"에 수록된 판결의 공개여부
셋째, 권위있는 판례평석집과 사법연수원 교재에 수록된 판결의 공개여부

조사결과 I "27년 경력 법관의 판결문중 공개된 것이 겨우 18개뿐"

– 대법관 후보급 고위법관의 하급심 판결문 공개현황

특정 법관이 대법관 후보로 추천되는 등 고위법관직에 추천되는 경우 그 추천 또는 임명의 적정성을 파악하기위해서는 해당 법관의 판결문을 통해 법철학과 판결태도 등을 검증할 수 있어야 함. 즉 대법관 후보로서의 적정성을 파악하는데는 여러 가지 자료가 활용가능하지만, 무엇보다도 판결사례를 통한 후보자의 적정성을 파악하는 것이 기본일 것임

그러나 그동안 대법관 후보자의 적정성을 검증함에 있어 하급심 판결사례가 이용된 경우는 극히 소수에 불과하였고, 그나마 관련 시민단체의 문제제기에 기반한 경우에 그쳤음. 이는 하급심 판결문의 공개수준이 극히 저조했기 때문에 발생한 현상임. 따라서 판결문, 특히 하급심 판결문의 공개는 고위법관 인사 검증과 직접적인 관계를 가지고 있음

이에 따라 참여연대는 현재 시점에서 차기 대법관 후보급에 해당하는 고위법관들의 하급심 판결문 공개현황을 조사하였음

참여연대는 우선 2005.12.현재 전국 각 지방법원장(20명)과 고등법원장(6명), 그리고 최근 언론을 통해 대법관 후보자로 거론된 적이 고법 부장판사(2명, 전수안, 구욱서 부장판사) 등 총 28명의 현직 법관의 하급심 판결문을 '법고을LX' 에서 검색하였음. 참여연대는 해당 법관의 이름을 '법고을LX' 의 검색어 메뉴에 입력하는 방식을 통해 판결문 공개사례를 검색하였음

그리고 위의 조사결과를 보충하기위하여, 2003년 이후 대법관으로 추천되어 현재 대법관으로 활동하고 있는 7명의 대법관들의 하급심 판결문의 공개현황도 같은 방법으로 조사하였음

그 결과를 살펴보면,

첫째, 총 28명의 조사대상 대법관 후보급 고위법관의 법관 재직 평균연수는 27.4년임

둘째, 조사대상 고위법관의 하급심 판결문은 평균 18건만 공개되어 있음

셋째, 조사대상 고위법관의 하급심 판결중에서도 재판장(합의부 및 단독)으로 참여한 판결의 판결문은 평균 11.2건만 공개되어 있고, 배석판사로 참여한 판결의 판결문이 평균 6.8건 공개되어 있음

넷째, 조사대상 28명중 40건 이상 공개된 경우는 단 1명도 없으며, 31건 이상이 공개된 경우는 2명에 불과했고, 10건 이하 공개된 경우도 5명에 이르름

법관생활 평균 27.4년에 이르는 고위법관들의 하급심 판결문 공개수준이 평균 18건, 재판장 참여 판결문의 경우는 11.2건에 불과한데, 이같은 하급심 판결문 공개수준은, 이들이 대법관 후보자로 최종 추천되었을 경우 하급심 판결문을 통해 그들을 검증하기에는 지극히 부족함

표1. 28명의 조사대상 고위법관의 판결문 공개현황

공개 하급심 판결(건수)	41건 이상	31~40건	21~30건	11~20건	0~10건	총인원
법관(명)	0	2	7	14	5	28
비율(%)	0%	7%	25%	50%	18%	100%

표2. 대법관 후보급 고위법관의 하급심 판결문 공개현황(순서: 공개 하급심 판결문 수)

조사대상 법관(28명)	공개 하급심 판결문(건수)	재판장 판결(건수)	배석판사 판결(건수)	법관재직년수
부산지법원장 박용수	37	9	28	27
서울고법 부장판사 구욱서	31	23	8	24
서울동부지법원장 오세빈	30	23	7	30
서울중앙지법원장 이홍훈	29	17	12	28

서울중앙지법원장 이홍훈	29	17	12	28
수원지법원장 이동흡	29	11	18	27
제주지법원장 이호원	27	16	11	25
서울가정법원장 양동관	26	13	13	28
의정부지법원장 이태운	24	17	7	26
특허법원장 곽동효	24	17	7	31
춘천지법원장 손용근	20	15	5	25
서울서부지법원장 박일환	20	13	7	27
창원지법원장 김종대	20	11	9	26
광주지법원장 박행용	19	12	7	27
대구고법원장 김진기	18	14	4	28
서울고법 부장판사 전수안	17	8	9	27
대전고법원장 이흥복	16	12	4	32
서울행정법원장 이우근	16	11	5	28
서울남부지원장 박국수	14	4	10	27
울산지법원장 김능환	12	7	5	25
부산고법원장 권남혁	11	11	0	28
서울고법원장 정호영	11	11	0	32
대구지법원장 황영목	11	8	3	27
광주고법원장 박송하	11	6	5	32
서울북부지원장 이종찬	10	7	3	27
대전지법원장 이주흥	9	7	2	26
전주지법원장 김관재	6	5	1	25
청주지법원장 차한성	5	4	1	25
인천지법원장 민형기	2	2	0	29
평균	18건	11.2건	6.8건	27.4년

이같은 문제점은 이미 대법관이 된 법관들의 사례에서도 그대로 드러나고 있음

2003년에 대법관에 임명된 고현철, 김용담 대법관, 2004년에 임명된 김영란 대법관, 2005년에 임명된 양승태, 김황식, 김지형, 박시환 대법관의 하급심 판결문은 평균 9건에 불과함. 가장 많은 하급심 판결문이 공개된 경우도 11건의 공개에 불과함(고현철, 양승태)

그중에서 재판장으로 참여한 하급심 판결의 판결문은 평균 6.4건만 공개되어 있음

표3. 2003년 이후 임명 현직 대법관들의 하급심 판결문 공개현황

조사대상자	박시환	김지형	김황식	양승태	김영란	김용담	고현철	평균
공개된 하급심 판결문(건수)	5	10	8	11	8	10	11	9건
재판장 판결(건수)	1	6	4	11	2	10	11	6.4건
배석판사 판결(건수)	4	4	4	0	6	0	0	2.6건

이같은 하급심 판결공개 상황은 과거 이들에 대한 대법관 후보 인사청문 및 후보 검증과정에서 하급심 판결문이 활용되지 못했던 것과 무관하지 않을 것임

조사결과 II "법관들의 논문 주제가 된 판결도 공개되어 있지 않다"

– 재판연구관 세미나 자료 "대법원판례해설"에 수록된 판결의 판결문 공개여부

그동안 법원은 특정 판결 공개 여부는 해당 판결의 중요도를 다양한 측면에서 고려하여 결정해왔음. 그러나 지극히 자의적인 기준에 의해 판결공개 대상이 결정된다는 비판이 많았음

그러나 어떤 의미에서건 최소한 법원이 공식적으로 발행하는 판례해설서에서 논문의 대상이 될 판결이라면 이는 소홀히 다룰 수 없는 중요한 판결이라 할 수 있으며 최소한 공개되어야 할 것임

이에 따라 참여연대는 법원도서관이 매년 2회씩 상,하반기로 나누어 발행하고 있는 '재판연구관 세미나 자료'인 "대법원판례해설"집을 대상으로 판결문 공개현황을 조사하였음

우선 참여연대는 2002년 상반기 통권 제40호부터 가장 최근에 발행된 2004년 상반기 통권 제50호까지의 총 11권의 "대법원판례해설"집에서 재판연구관들이 논문의 대상으로 분석한 판결중 '법고을LX'에서 검색불가능한, 즉 미공개된 판결이 있는지 조사하였음

조사결과를 살펴보면,

2002년부터 2004년 상반기까지의 "대법원판례해설"집에서 논문대상이 된 대법원 판결중에서 총 42건은 '법고을LX'에서 검색불가능한 미공개 대법원 판결임

물론 '법고을LX'에서는 검색가능하지만, 법원도서관 공식간행물인 '판례공보'에는 수록되지 않은 대법원 판결도 11건이 있음

표4. "대법원판례해설"집 논문대상판결중 판결문 미공개현황

논문수록처	2002년 상반기 (통권 40,41호)	2002년 하반기 (통권 42,43호)	2003년 상반기 (통권 44,45호)	2003년 하반기 (통권 46,47,48호)	2004년 상반기 (통권 49,50호)	합계
법고을 미공개 판결(건수)	7	7	8	8	12	42
판례공보 미공개 판결(건수)	0	0	1	3	7	11

다음으로 참여연대는 위의 총 10권의 해설집중에서 2004년 상반기 "대법원판례해설" 통권 제49호를 샘플로 하여, 재판연구관들의 판결분석 논문에서 인용 또는 참조한 판결중 '법고을LX'에서 검색불가능한, 즉 미공개된 판결이 있는지 조사하였음

조사결과를 살펴보면,

2004년 상반기 "대법원판례해설" 통권 제49호에 수록된 대법원 판결해설 논문에서 인용 또는 참조를 위해 언급된 판결중 '법고을LX'에서 검색불가능한, 즉 미공개된 판결은 총 122건에 이르렀음

미공개 판결 130건중에는 하급심 판결이 31건이며, 대법원 판결이 91건에 이르렀음

이를 판결선고 시기별로 구분해보면 60년대에 선고된 판결이 3건, 70년대에 선고된 판결이 8건, 90년대에 선고된 판결이 26건, 2000년 이후 선고 판결이 85건임

표5. 2004년 상반기 "대법원판례해설" 통권49호 인용참조판결중 판결문 미공개현황

구분(선고시기)	60년대 선고 판결	70년대 선고 판결	80년대 선고 판결	90년대 선고 판결	2000년대 선고 판결	합계
미공개 수	3	8	0	26	85	122
대법원 판결	3	8	0	16	64	91
하급심 판결	0	0	0	10	21	31

앞서 설명했듯이 “대법원판례해설”집에서 논문의 대상이 된 판결, 그리고 논문을 위해 인용 또는 참조된 판결은 그 중요성이 결코 적지 않은 판결들임

그러함에도 이러한 판결들중 미공개된 판결들이 있다는 것은 판결문의 공개수준이 낮다는 것을 보여주는 것이 됨

특히 이는 법원외부의 사람들은 파악하거나 접근하기 어려운 판결사례를 재판연구관 등 법원 내부 인사들은 그 판결의 사례를 쉽게 파악할 수 있다는 것을 반증하는 것으로 공적기록(Public Record)인 판결문에 대한 접근기회가 불평등하다는 것을 말해주는 것이기도 함

표6. "대법원판례해설" 논문대상판결중 판결문 미공개판결(순서:인용처)

미공개판결 사건번호	선고일	인용처	분야
2001다80815	2002.4.9	2002년 상반기(통권 40호), 169면	민사
2000다61947	2002.3.29	2002년 상반기(통권 40호), 225면	민사
2002다6548	2002.5.17	2002년 상반기(통권 40호), 42면	민사
2000두9021	2002.4.23	2002년 상반기(통권 41호), 263면	조세
2000후2712	2002.6.14	2002년 상반기(통권 41호), 430면	지적소유권
99후2211	2002.4.12	2002년 상반기(통권 41호), 523면	지적소유권
2002도666	2002.5.14	2002년 상반기(통권 41호), 765면	형사
2002다34017	2002.10.26	2002년 하반기(통권 42호), 104면	민사
2002다12727	2002.12.26	2002년 하반기(통권 42호), 308면	민사
2001다26835	2002.12.26	2002년 하반기(통권 42호), 788면	민사
2000다51414	2002.7.26	2002년 하반기(통권 42호), 816면	민사
99다52879	2002.8.23	2002년 하반기(통권 42호), 869면	민사
2001두5972	2002.9.27	2002년 하반기(통권 43호), 290면	조세
2002도3116	2002.12.26	2002년 하반기(통권 43호), 765면	형사
2003다9339	2003.5.30	2003년 상반기(통권 44호), 76면	민사
2001다39374	2003.4.11	2003년 상반기(통권 44호), 963면	노동
2002두4426	2003.3.14	2003년 상반기(통권 45호), 132면	일반행정
2002두12175	2003.2.28	2003년 상반기(통권 45호), 141면	일반행정
2003두1240	2003.4.25	2003년 상반기(통권 45호), 169면	일반행정
2002두9407	2003.6.13	2003년 상반기(통권 45호), 57면	일반행정
2001도6533	2003.1.10	2003년 상반기(통권 45호), 591면	형사
2001도1343	2003.6.13	2003년 상반기(통권 45호), 601면	형사
2003다30609	2003.9.26	2003년 하반기(통권 46호), 91면	민사
2003다29555	2003.9.26	2003년 하반기(통권 47호), 107면	민사
2003다27481	2003.11.14	2003년 하반기(통권 47호), 193면	민사
2001다37002	2003.12.12	2003년 하반기(통권 47호), 314면	민사
2002두1342	2003.12.26	2003년 하반기(통권 47호), 490면	일반행정
2003다2024	2003.11.14	2003년 하반기(통권 47호), 64면	민사
2003도4277	2003.12.26	2003년 하반기(통권 48호), 447면	형사
2003도5570	2003.12.23	2003년 하반기(통권 48호), 724면	형사
2004므405	2004.6.24	2004년 상반기(통권 49호), 429면	민사
2003다69652	2004.6.25	2004년 상반기(통권 49호), 462면	민사
2004다3697	2004.5.13	2004년 상반기(통권 49호), 604면	민사
2002다69358	2004.3.25	2004년 상반기(통권 49호), 66면	민사
2002도5721	2004.4.16	2004년 상반기(통권 49호), 871면	노동
2003두902	2004.2.27	2004년 상반기(통권 49호), 880면	노동
2003추68	2004.5.27	2004년 상반기(통권 50호), 212면	일반행정

2003후823	2004.6.10	2004년 상반기(통권 50호), 543면	지적소유권
2003도6133	2004.6.10	2004년 상반기(통권 50호), 645면	형사
2003도4778	2004.3.11	2004년 상반기(통권 50호), 703면	형사
2002도5800	2004.2.27	2004년 상반기(통권 50호), 753면	형사
2003도4141	2004.1.15	2004년 상반기(통권 50호), 809면	형사

참고 : "대법원판례해설"수록 논문대상 판결중 법고을 검색가능하나 판례공보에 판결문 게재안된 판결

2001다67751	2003.6.27	2003년 상반기(통권 44호), 936면	민사
2003다27696	2003.8.22	2003년 하반기(통권 46호), 556면	민사
2001후2702	2003.12.26	2003년 하반기(통권 48호), 307면	지적소유권
2001후1495	2003.10.10	2003년 하반기(통권 48호), 329면	지적소유권
2003다63883	2004.6.11	2004년 상반기(통권 49호), 625면	민사
2004다10633	2004.4.28	2004년 상반기(통권 49호), 688면	민사
2002두13079	2004.4.27	2004년 상반기(통권 50호), 136면	일반행정
2003두2342	2004.6.11	2004년 상반기(통권 50호), 172면	일반행정
2003두13687	2004.4.23	2004년 상반기(통권 50호), 24면	일반행정
2003두1592	2004.4.9	2004년 상반기(통권 50호), 268면	조세
2003무41	2004.5.12	2004년 상반기(통권 50호), 268면	일반행정

표7. "대법원판례해설" 제49호(2004년 상반기) 인용참조 판결중 판결문 미공개판결

미공개판결 사건번호	선고일	인용처	미공개판결 사건번호	선고일	인용처
2000다72916	2004.6.11	766면	2001나55870	2002.7.26	273면
2003다55486	2004.5.28	764면	2001나64235	2002.7.24	686면
2003나14468	2004.2.5	283면	2000나52584	2002.6.21	686면
2000가합67292	2004.1.20	756면	2002허1256	2002.6.14	601면
2003다26518	2003.9.23	32면	2000다43260,43277	2002.5.28	202면
2003다27146	2003.9.23	457면	2001나2335	2002.4.4	282면
2002다73135	2003.7.25	202면	2001다81047	2002.4.12	683면
98나6796	2003.6.4	221면	2000다37364	2002.3.26	202면
2003다17651	2003.6.13	34면	2001다82941	2002.3.15	280면
2002다21585	2003.5.30	32면	2001다72746	2002.2.8	684면
2003다1458	2003.5.30	33면	2002다18862	2002.12.26	683면
2002다42087	2003.5.16	264면	2002나39939	2002.12.24	684면, 687면
2002므2292	2003.4.8	440면	98나1081	2002.12.10	221면
2003다6828	2003.4.25	887면	2002다42056	2002.11.26	360면
2002다73876	2003.3.28	557면	2001다31141	2002.10.8	528면
2002다74343	2003.3.28	29면	2001다72104	2002.1.25	398면
2002다33588	2003.3.11	190면, 203면	2000다34464	2001.9.8	202면, 218면
2002다33595	2003.3.11	203면	2001다25931	2001.9.4	844면
97나34381	2003.2.13	220면	2000다34457	2001.9.28	202면, 218면
2002다49071	2003.2.11	202면	99다13232	2001.9.28	202면, 218면
2002다49088	2003.2.11	202면	99라70969	2001.9.28	217면
2003다11790	2003.11.28	190면, 208면	99다4429	2001.9.25	201면, 218면
2002다65042	2003.11.14	542면	2000가소195572	2001.8.8	273면
2002나6587	2003.1.20	686면	2001허1723	2001.7.26	601면
2002다24737,24744	2002.9.27	683면	2000나22346	2001.6.20	283면
2000다17780	2002.7.9	202면, 218면	2000가단2085	2001.5.3	282면

미공개판결 사건번호	선고일	인용처	미공개판결 사건번호	선고일	인용처
2000다58613	2001.4.24	475면	97마2935	1998.4.28	28면
2000가단221655	2001.4.13	282면	98다3016	1998.3.27	39면
99다38712	2001.4.10	217면	97나40102	1998.12.9	220면
2000다52028	2001.2.9	680면	96다15176	1998.12.11	202면
2000두703	2001.2.27	309면	95나11733	1997.9.4	286면
99다14037,14044	2001.12.28	359면	97다16343	1997.8.29	682면
2001다55284	2001.12.27	678면	95나49273,49280	1997.5.9	286면
2001다28220	2001.11.13	518면	96다18106	1996.7.30	682면
99다71337	2001.10.9	202면, 218면	93나18770	1996.5.31	219면
2000다17988	2001.10.26	202면, 218면	94나3195	1996.2.13	219면
2000다31847	2001.1.5	360면, 685면	95다4735	1995.5.9	40면
2000다29325	2001.1.16	39면	93나42506	1995.5.18	219면
2000다25286	2000.9.5	700면	93나3928,3935	1995.2.17	219면
98두2416	2000.8.22	700면	92항당220	1994.10.24	600면
99나854	2000.7.21	193면	79다1772	1979.12.26	249면
98가합114034	2000.6.30	686면	78다513	1978.11.14	345면
94나38733	2000.6.13	752면	74다804	1975.9.23	330면
99나54532	2000.6.13	220면	74다1393	1975.5.27	206면
98다23261	2000.2.25	220면	74다2021	1975.1.28	206면
99나122	2000.2.15	519면	74다1550	1974.12.10	40면
99나9174	2000.2.15	220면	74다696	1974.10.22	514면
2000다50183	2000.12.8	220면	72다 2235	1973.1.30	62면
2000다48036	2000.12.12	104면	69다1084	1969.10.28	89면
98다52858	1999.9.17	684면	690l62	1964.9.22	29면
99다58440,58457	1999.12.28	201면	62다138	1962.5.10	117면
99다38644	1999.12.10	202면	2002다58372		422면
99다35263	1999.11.26	107면	2003다16788		226면
99나14589	1999.11.25	190면	2003다16795		227면
97나16871	1999.10.26	220면	2003다16801		227면
98나9085	1999.1.28	220면	2003다16818		227면
97다45860	1998.9.8	191면	2003다16825		227면
97다18530	1998.8.21	525면	2003다16832		227면
97다22395	1998.7.24	191면	2003다16849		228면
98다13976	1998.6.26	682면	2003다16856		228면
98다14832	1998.6.23	683면	2003다16863		228면

조사결과Ⅲ "법률공부하는 사람들한테 중요하다면서도 공개안될 정도라니"

– "90년대 주요민사판례평석"과 사법연수원 교재에 수록된 대법원 판결의 공개여부

"대법원판례해설" 분석에 더해, 참여연대는 법관들이 주요 구성원이자 민사판례연구와 관련하여 권위있는 연구모임인 '민사판례연구회'가 2001년 발행한 "90년대 주요 민사판례평석"과 사법연수원이 연수원생 수업교재로 사용하고 있는 "형사재판실무"(2004년판)에서 수록(인용참조 포함)된 판결이 실제 공개되어 있는지 여부를 조사하였음

"대법원판례해설"에 못지 않게 주요 서적에 해당하는 위 서적들에 언급될 정도의 판례라고 한다면 판례로서의 중요성이 적지 않은 판결이라고 볼 수 있을 것임 그러함에도 이러한 판결들이 공개되어 있지 않다는 것은 판결문 공개 수준이 낮다는 것을 보여주는 사례가 될 것임.

조사결과를 살펴보면,
우선 "90년대 주요민사판례평석" 민법 편에서 인용된 대법원 판결중 34건이 '법고을LX'에서 검색불가능한 즉 판결문이 공개되어 있지 않은 판결들임

다음으로 2004년판 사법연수원교재 "형사재판실무"에서 인용된 1970년 이후 선고된 대법원 판결 판결중 22건이 '법고을LX'에서 검색불가능한, 즉 판결문이 공개되어 있지 않은 판결들임

표8. 주요 서적 인용 대법원 판결중 판결문 미공개 현황

인 용 처	미공개 판결 수
"90년대 주요민사판례평석"(민법 편)	34
"형사재판실무"	22

표9. 민사판례연구회 발행 "90년대 주요민사판례평석"민법 인용판결중 판결문 미공개판결

미공개판결 사건번호	선고일	인용면
92다카3670	1992. 5. 26	14면, 각주 18
94다8341	1994. 6. 14.	20면, 각주 26
91다36666	1993. 2. 9.	47면, 각주 71
92다18245	1992. 9. 14	47면, 각주 72
98다17979	1998. 9. 4.	53면, 본문 중
92다15666	1993. 2. 23	57면, 각주 88
92다35899	1992. 11. 10.	62면, 각주 95
71다2541, 2542	1972. 2. 29	88면, 각주 61
99다9806	1999. 7. 27	06면, 각주 41
80다1684	1980. 9. 9.	123면, 각주 69
90다8831	1991. 8. 13	123면, 각주 70
92다41054	1994. 4. 12.	135면, 각주 97
92다20774	1992. 11. 10.	138면, 본문 및 각주 103
92다29740	1992. 11. 10	138면, 본문 및 각주 104
68다2500	1969. 2. 25	138면, 각주 105
72다535, 536	1972. 6. 27.	138면, 각주 105
68다1747	1968. 11. 17	144면, 각주 113
80다1525	1981. 3. 24.	158면, 각주 144
92다2844, 2851, 2868	1992. 5. 26	158면, 각주 146

73다559, 560	1973. 7. 24	158면, 본문 및 각주 146
96다5022	1997. 2. 24	161면, 각주 156
72다2107	1973. 6. 22.	167~168면, 각주 168
92다14083	1992. 11. 13	167~168면, 각주 168
82다29665, 29672	1992. 12. 11	167~168면, 각주 168
92다29351, 29368	1993. 2. 9.	176면, 각주 187
77다1795	1978. 1. 10.	185면, 본문 및 각주 211
73다381	1974. 6. 11	195면, 각주 226
75다2104	1976. 6. 8.	195면, 각주 226
72다119	1972. 3. 28.	256면, 본문
96다36579	1997. 11. 11	262면, 각주 37
80다1171	1980. 8. 26	278면, 본문
94다35237	1995. 4. 25.	300면, 본문
74므23	1975. 5. 27	362면, 본문

표10. 사법연수원 교재 "형사재판실무"(2004년판) 인용참조 판결중 판결문 미공개 판결

미공개판결 사건번호	선고일	인용처	종류
70도1516	1970.9.29	제5편1장4절 (유죄재판의 이유–죄수론)	형사상고
70도1528	1970.10.13	5편1장1절(유죄재판의 이유–사실)	형사상고
70도2103	1970.11.24	5편1장3절(유죄재판의 이유–법령의 적용)	형사상고
71도1540	1971.10.19	5편1장1절(유죄재판의 이유–사실)	형사상고
71도1736	1971.11.30	4편3장(주문–유죄 이외 판결의 주문)	형사상고
70도1859	1972.5.31	5편1장1절(유죄재판의 이유–사실)	형사상고
72도922	1972.6.13	5편1장2절(유죄재판의 이유–증거)	형사상고
73다555	1973.10.10	3편(형식적 기재사항)	민사상고
73다1519	1974.7.16	4편2장(주문–유죄판결의 주문)	민사상고
74도2479	1975.2.10	4편3장(주문–유죄 이외 판결의 주문)	형사상고
74도1266	1976.6.8	4편2장(주문–유죄판결의 주문)	형사상고
77도154	1977.7.12	4편1장(주문–총설)	형사상고
77도2203	1977.9.28	5편1장3절(유죄재판의 이유–법령의 적용)	형사상고
81도580	1981.9.22	5편1장4절(유죄재판의 이유–죄수론)	형사상고
84도1297	1984.8.21	4편2장(주문–유죄판결의 주문)	형사상고
92도1417	1992.11.24	4편2장(주문–유죄판결의 주문)	형사상고
96도1763	1996.9.6	5편1장4절(유죄재판의 이유–죄수론)	형사상고
97도447	1997.3.28	5편1장4절(유죄재판의 이유–죄수론)	형사상고
97도2987	1998.3.13	5편1장4절(유죄재판의 이유–죄수론)	형사상고
98도3058	1999.2.23	5편1장1절(유죄재판의 이유–사실)	형사상고
98도1812	1999.2.24	5편1장1절(유죄재판의 이유–사실)	형사상고
98도2269	1999.9.17	4편2장(주문–유죄판결의 주문)	형사상고

[판결비평] 2005-04

광장에 나온 판결

참여연대
사법감시센터

'병 주고 약 주는' 재판부《

-이마트 노조 가처분 사건

수사는 흠결없이 이루어져야 한다《

-수사기관 책임성 강화한 대법원 판례들

사법 분야에 대한 시민감시활동과 사법개혁운동을 하고 있는 참여연대 사법감시센터는 최근의 판결 중 사회변화의 흐름을 반영하지 못하거나 국민의 법감정과 괴리된 판결, 반인권적이고 반민주적인 판결 또는 그에 반대하여 인권수호기관으로서 위상을 정립하는데 기여한 판결을 소재로 [판결비평 – 광장에 나온 판결] 사업을 진행하기로 하였습니다. 이는 지금까지 사법감시센터가 해오던 판결모니터 및 비평 활동을 좀 더 적극적으로 진행하고자 하는 의지의 발현으로, 주로 법률 전문가 층에만 국한되는 판결비평을 시민사회 공론의 장으로 끌어내기 위함이기도 합니다.

참여연대 사법감시센터는 [판결비평 – 광장에 나온 판결] 사업의 네 번째 비평대상으로 ① 노동사건의 특수성을 무시한 채 노조에게 '병 주고 약 준' 이마트 노조 가처분 사건과 ② '수사는 흠결 없이 이루어져야 한다'는 것을 확인해준 수사기관의 책임성 강화한 대법원 판결들을 선정하였습니다.

서울 종로구 안국동 175-3 안국빌딩 신관 3층 참여연대 사법감시센터(소장:한상희, 건국대 교수)

 Tel:02-723-0666 Fax:02-723-5055 e-mail:jwc@pspd.org http://peoplepower21.org

1

‘병 주고 약 주는’ 재판부 – 이마트 노조 가처분 사건

수원지법 제30부 2005.9.1 선고 2005카합 564 가처분의 이의
판사 길기봉(재판장), 최기영, 김강대

지난 9월 1일 수원지방법원 제30민사부(재판장 길기봉, 최기영, 김강대)는 민주노총 등이 제기한 '신세계 이마트 가처분 이의신청' 재판에서 종전 가처분 결정내용의 상당부분을 취소하는 결정을 내렸다. 광범위하게 노조의 활동을 금지했던 원 가처분 결정이 수원지법 동일 재판부에 의해 결정된 지 6개월만의 일이었다. 지난 3월 신세계 이마트가 신세계 이마트 노조를 상대로 낸 가처분 신청에서 노동기본권의 침해 소지가 있는 대부분의 내용을 수용했었다. 당시 법원이 사용금지한 표현은 ▲이마트 수지점이 노동자를 감금하고 미행하고 있다 ▲이마트가 살인적인 인권유린을 하고 있다 ▲이마트는 악덕기업이다 ▲이마트는 무노조 경영이념을 갖고 있다 등이었으며, 이 같은 내용을 언론매체 등을 통해 알리는 행위와 매장 100미터 이내에서 소란행위를 동반하여 집회를 여는 것 등을 금지했다.

이에 민주노총 등은 이의신청을 제기했고, 수원지법이 이를 상당부분 받아들여 ▲이마트 수지점이 노동자를 감금하고 미행하고 있다 ▲이마트가 살인적인 인권유린을 하고 있다 외의 나머지 표현들은 사용금지가 취소되었고, 이 같은 내용을 언론매체 등을 통해 알리는 행위도 금지가 취소되었다. 다만 100미터 이내에서 소란행위를 통하여 업무를 방해하는 행위는 금지가 취소되지 않았다.

'신세계 이마트 가처분 이의신청' 재판에서 종전 가처분 결정내용의 상당부분을 취소한 것에 대해 법원의 무분별한 노동가처분 결정에 제동을 건 판결이라는 평가도 있다. 그러나 노조의 활동이 가장 필요했던 시기에 노조의 활동을 광범위하게 금지했던 처음 가처분 결정이 좀 더 신중했어야 하지 않았나하는 의구심이 있고, 법원이 이마트 사건을 처음부터 신중하게 다루었다면 6개월 동안이나 정당한 이유없이 노조의 활동이 제약되지 않았을 것이라 본다. 따라서 법원은 노조활동의 특수성을 고려하여, 노조활동에 대한 사측의 가처분 신청을 무분별하게 받아들여서는 안 된다는 주장을 하고자 이마트 가처분 사건을 판결비평대상으로 삼았다. (편집자 주)

피케팅은 법적으로 정당한 행위이다

피케팅이란 근로자단체가 필요한 장소에 피케팅 요원을 배치하여 다른 근로자 내지 일반시민에게 쟁의행위가 벌어지고 있음을 알려 이에 대한 협력을 호소하고 방해를 방지하도록 하는 쟁의수단을 말한다. 우리나라의 노동조합및노동관계조정법상 “쟁의행위”에 관하여 “파업, 태업, 직장폐쇄 기타 노동관계의 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”라고 정의하고 있는데(동법 제 2조 제 6호), 피케팅은 이에 해당한다.

우리 대법원 판례에서는 피케팅과 직장점거에 관하여 “ '피케팅'은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위 내에서 정당성이 인정되는 것이 원칙이고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력적 저지나 물리적 강제는 정당화될 수 없는 것이며,..”(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결)라고 설명한다. 피케팅은 폭력이나 파괴행위가 아닌 한 법적으로 정당한 행위라는 것이다. 피케팅이 법적으로 정당한 행위라는 것은 상당히 중요한 의미를 가진다고 생각된다. 그 의미는, 피케팅 자체는 일종의 쟁의행위이므로 당연히 위에서 살핀 정의와 같이 “업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”일 텐데, 폭력이나 파괴행위가 아닌 한 정당한 행위라고 평가 된다는 의미이다. 너무나도 당연한 이야기이지

만 우리가 종종 간과하는 점은, "쟁의행위로 인해 업무가 방해받는 것은 정당하다"는 점이다. 다만, 폭력이나 파괴행위가 개입되었는지 등의 쟁의행위 자체의 정당성을 살필 필요가 있을 뿐이다. 간단한 예를 들어, 어떤 직원이 사용자의 비리나 약점을 폭로하였다면, 그것은 명예훼손이나 업무방해에 해당할 수 있다. 그러나 같은 행위가 근로조건과 관련되는 것으로서 쟁의행위의 일환으로 이루어진 것이라면 법적으로 정당한 행위로 평가되어야 하는 것이다.

법원이 피케팅을 사전 금지할 때에는 더욱 신중하여야 한다

앞서 살핀바와 같이 피케팅은 본래 사용자의 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위이므로, 사용자의 업무가 저해되었다 하여 이를 두고 사용자의 영업권이 방해되었다고 주장하는 것은 그 자체가 어불성설이다. 폭력을 사용하였다거나 전혀 허위인 사실을 유포하였다거나 하는 등 정당성을 인정할 수 없는 사유가 없는 한 피케팅은 허용되어야 한다.

특히 이 사건과 같이 표현행위에 관한 사전금지(事前禁止)를 청구하는 경우에 있어서는 더욱 신중하여야 할 것이다. 이 사건 판결에서도 이와 같은 원칙에 관하여 "중대하고도 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있는 때에 한하여 예외적으로 사전금지가 허용된다고 할 것이고, 특히 사용자의 근로자들에 대한 사전금지청구를 판단함에 있어서는 헌법상 근로자에게 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권이 보장된 취지가 몰각되지 않도록 유의하여야 할 것이다."고 잘 설시하고 있다.

위 판시 뒷부분에서 나타나 있듯이, 일반적인 표현의 자유에 비해 쟁의행위의 일환으로 행하여진 표현행위에 관하여는 이를 만일 사전금지하려면 다른 경우보다 더욱 신중하여야 한다는 것이다. 이는 달리 말하면 상대방에게 "중대하고도 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려"가 있다고 하더라도, 함부로 사전금지를 하여서는 안 된다는 것을 의미한다. 이와 같은 경우 사용자에게 아무런 구제수단이 없는 것이 아니다. 사용자는 추후 다른 구제수단, 예컨대 형사고소, 민사상 손해배상청구, 반박보도, 정정보도 등을 통해 해결하여야 한다고 이해할 수 있다.

사전 금지된 표현들 : 과연 "중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해"가 있는가?

대상 사건의 가처분 결정에서 금지한 내용들 중 가처분이의사건판결에서 취소한 다음의 표현들은 위와 같은 요건을 충족하지 못하였던 것이라고 생각되고, 이 부분에 관한 한 대상판결의 결론은 더 나아가 자세히 살펴볼 필요도 없이 당연하다.

다. "이마트가 무자비한(또는 파렴치하게) 노조탄압(또는 말살)을 하고 있다"

라. "이마트가 비인간적인 최저대우를 하고 있다(또는 노동자를 착취한다)"

마. "이마트는 악덕기업이다"

바. "이마트는 무노조경영 이념을 가지고 있다"

그런데, 반면 이 사건 대상판결인 가처분이의 판결에서 인가한 다음의 내용은 과연 위와 같은 엄격 요건을 충족하고 있다고 할 수 있을까?

가. "이마트 수지점이 노동자를 감금하고 미행하고 있다"

나. "이마트가 살인적인 인권유린을 하고 있다"

피케팅을 함에 있어 이와 같은 표현을 사용한 것을 두고 "중대하고도 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있는 경우보다 더 신중해야 하는 요건"을 갖춘 것이라고 할 수 있을까 하는 점이다. 사견으로는 부정적으로 생각된다. 그와 같은 표현이 설사 과장된 것, 나아가 허위라 하더라도 그로 인하여 이마트가 입을 손해가 중대하다고 할 수 있는지 의문이다. 설사 중대한 손해라 하더라도 그 손해가 "현저하게 회복하기 어려운 손해"라고 생각되지는 않는다. 이와 같은 행위로 인해 입는 손해는 쟁의과정 중 입을 수 있는 통상적인 손해에 해당하며, 또한 이는 사후적으로 금전적으로 또는 다른 민·형사상 구제수단을 통하여 "회복할 수 있는" 성격의 손해일 것이기 때문이다. 대상판결에서는 이 점에 관하여 "이와 같은 표현은 허위이거나 사실관계를 지나치게 과장·왜곡한 것으로서 그것이 외부에 표현될 경우에는 다수의 소비자를 상대로 할인판매점을 영위하고 있는

채권자 회사에게 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입게 할 우려가 있다"는 이유로 이를 인가한 것인데, 사견으로는 대상판결 재판부의 이와 같은 평가에 동의하기 어렵다.

"살인적인 인권유린"부분은 더욱 그러하다. 대상판결에 의하자면, "회사에 근무하는 계산원들의 근로조건이 열악하고, 채권자회사가 노조에 가입한 계산원들에 대하여 노조를 탈퇴하도록 집요하게 종용, 회유하고 이로 인하여 다수의 조합원이 노조를 탈퇴시켜 노조를 무력화시켰지만, 이와 같은 사정만으로는 도저히 채권자 회사가 '살인적'으로 근로자들의 인권을 유린하고 있다고 볼 수 없다"는 것이다. 그러나 '살인적' 인권유린이라는 표현을 사용한다 하여 중대하고도 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있는 것일까? '살인적인'이라는 표현을 두고 이것이 실제로 사람을 살해한다는 의미가 아니라는 것은 너무나도 상식적인 것이다. 만일 어느 언론에서 "현 정부는 살인적인 부동산 조세정책을 실시하고 있다"라고 하는 기사를 쓰려 하는 경우, 정부가 언론사를 상대로 가처분을 신청하여 이를 사전금지할 수 있을까? 또한 "지하철이 냉방시설이 고장 나서 많은 시민들이 살인적 더위에 시달렸다"라는 시민의 글에 대해 지하철공사에서 언론사나 기고자를 상대로 사전금지를 청구할 수 있을까? 판단하는 사람마다 자기 가치관이나 우리말에 대한 이해에 따라 다른 결론이 나올지 모른다. 그러나 적어도 필자가 지적하고자 하는 것은, 여기서 예로 들고 있는 언론의 경우보다 쟁의행위의 경우에는 사전금지에 관해 더 엄격해야 한다는, 재판부 스스로도 인정하고 있는 원칙이다.

노동사건 가처분이 가지는 특수성을 고려하여야

– 가처분과 가처분이의 절차에 관하여

대상판결과 관련하여 언급하여야 하는 점은 원심인 가처분 사건과 가처분이의사건의 재판부가 동일하다는 점이다. 이 점에 관하여, 어떻게 같은 재판부가 불복사건을 재판할 수 있느냐는 점과 같은 재판부가 행한 재판결과가 어떻게 다를 수 있는가 하는 점에 관하여 법을 잘 알지 못하는 일반인들로서는 의문을 가질 수 있다.

그러나 이는 현행법상 절차적으로 비정상적인 것은 아니다. 가처분신청이 제기되는 경우, 법원으로서는 보통 변론절차를 거치지 않는다(민사소송법 제 280조 참조). 신청인 측에서 제기한 주장과 소명자료만을 가지고 상대방에게 답변할 기회도 주지 않은 채 결정을 내리거나, 상대방에게 답변의 기회를 주더라도 보통 정식의 변론절차가 아닌 심문절차를 거칠 뿐이다. 이 사건의 경우는 임시의 지위를 정하기 위한 가처분(동법 제 300조 제 2항)의 일종이므로 정식 변론기일이 아닌 심문기일을 여는 것이 원칙이다(동법 제 304조).

이와 같이 가처분 재판과정 중 변론절차를 거치지 않는 이유는 가처분이 본질적으로 긴급성(緊急性)과 밀행성(密行性)을 필요로 하기 때문이다. 그로 인한 문제점은 이의신청제도로 해결하는데, 이의신청 절차에서 정식 변론절차를 거치게 된다(동법 제 286조). 따라서 긴급성과 밀행성에 따라 변론절차 없이 가처분결정이 이루어졌다 하더라도 이에 대해 채무자 측에서 이의신청을 제기한 경우에 정식 변론절차를 거쳐 처음의 결정이 취소되는 것은 결코 모순이거나 이례적인 것은 아니다. 또한 이의사건은 가처분결정을 한 법원의 전속관할에 속한다고 보기 때문에 같은 재판부에서 심리되는 것도 법적으로 아무 문제가 없다.

이 사건의 경우도 당초 가처분결정 당시는 회사 측의 가처분신청을 폭넓게 받아주었다가 그 후 노조원 측에서 이의신청을 제기하자 변론절차를 거치면서 충분히 심리한 후 위에서 살핀 바와 같이 많은 부분을 취소하고 제한된 범위 내에서 가처분을 인가한 것으로 이해될 수 있을 것이다.

– 과연 법원이 초기에는 가처분 요건을 갖추지 못했다는 것을 몰랐을까?

그럼에도 불구하고 필자가 보기에 이 사건 재판부의 입장은 피케팅 행위에 대해 사전금지를 명함에 있어서 신중하지 못했다는 비판을 면할 수 없다. 이 사건에 있어서 어떠한 표현에 대해 이를 금지시킬 것이냐의 문제는 반드시 변론을 통하여야 파악할 수 있는 것은 아니

다. 오히려 가처분신청에 대해 심문하는 과정에서도 충분히 이를 판단할 수 있었을 것으로 생각된다. 이 사건의 취소、인가 사유들은 그 성격상 가처분결정 시점과 가처분이의 판결 시점을 비교할 때 양자가 특별히 달라지는 것이 아니다.

예를 들어 당초 가처분에서 사전금지결정이 이루어진 표현 중 "이마트는 무노조경영 이념을 가지고 있다"라는 것에 관하여 생각해 보자. 이 사건 재판부는 당초 가처분을 명할 당시에는 이 부분이 필요하다고 생각하여 사전금지를 명하였다. 그러나 그 후 가처분이의절차에서 비로소 "객관적 사실에 부합하거나 사실관계를 다소 과장한 것에 불과하고 ...(중략)... 위와 같은 내용이 외부에 표현된다 하여 채권자회사에 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있다고 보기 어렵다"는 이유로 이를 취소한 것이다. 그런데, 이마트가 속해 있는 그룹이 대표적으로, 또는 거의 유일하게, 무노조이념을 가지고 있다는 것은 웬만한 대한민국 국민들 간에는 상식이 아닌가 생각된다. 재판부는 이러한 노조의 주장이 객관적 사실에 부합한다는 점을 변론절차를 거친 후에야 비로소 알게 된 것일까? 한편 어떠한 표현이 어떠한 결과를 가져올지는 통상적으로 그 표현 자체와 개략적인 상황을 보면 어느 정도 용이하게 판단할 수 있다고 생각한다. "이마트는 무노조경영 이념을 가지고 있다"는 표현을 사용한다 하여 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있다고 보기 어렵다는 점을 재판부는 변론절차를 거친 후에야 비로소 판단할 수 있었을까?

앞서 지적한 바와 같이 쟁의행위로서 이루어지는 피케팅상의 표현행위를 사전금지하기 위해서는 "중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려" 이상의 요건을 갖추어야 하는데, 가처분결정 시점에는 그와 같은 사유가 있었다가 가처분이의 판결 시점에 있어서 그와 같은 사유가 해소되었다고 생각되지는 않는다.

경위야 어쨌든 이 사건 재판부가 가처분 결정시 다소 경솔하게 광범위한 가처분신청을 인용하여 주었다가 차후 이의신청 재판에서 이를 상당부분 바로잡았으므로, 이 사건 재판부는 결과적으로 공정한 재판을 한 것이라고 생각할 수도 있을 것이다. 그러나 이와 같은 평가에는 매우 큰 함정이 있다. 가처분의 법적 효력과 노동사건 가처분의 특수성을 생각할 때 대상판결은 실질적으로 사용자인 이마트에 결정적인 도움을 주었고 노조원들로부터는 정당한 쟁의행위로서 피케팅을 할 기회를 박탈한 것이라는 비판을 면할 수 없기 때문이다.\

– 가처분결정과 집행력 : 노조 활동을 심각하게 제약한 가처분

앞서 지적한 바와 같이 가처분결정은 변론절차 없이 발령되고, 이의신청 절차에서 본격적인 변론이 이루어진다. 그런데, 가처분결정 후 이의신청판결 전까지의 기간 동안 가처분의 효력은 어떻게 되는가 하는 점에 유의할 필요가 있다.

예를 들어 민사 본안소송의 1심에서 원고의 청구가 받아들여지고 피고가 패소한 경우에도, 만일 피고가 불복하여 항소를 하면 원고는 1심 판결을 가지고 강제집행을 할 수 없는 것이 원칙이다. 그런데 가처분의 경우는 다르다. 가처분결정에 대해 이의신청을 하더라도 그 집행은 정지되지 않는다. 매우 예외적인 경우에 한하여 채무자 측에서 가처분에 대한 집행정지를 신청할 수 있는 길이 열려 있을 뿐이다(민사소송법 제 309조). 이 사건의 경우는 집행정지가 이루어지지 않았다. 따라서 가처분결정 후 이의신청판결 전까지의 기간 동안에는 광범위한 사전금지를 명한 당초의 가처분의 효력이 인정된 것이다. 뿐만 아니라 위에서 지적한 바와 같이 가처분결정당시 노조원들이 가처분 결정내용을 위반할 경우 1회당 금 500,000원의 간접강제금을 지급하도록 명하였다.

결국 이 사건 재판부의 재판에 따라 2005. 3. 24. 가처분결정일로부터 2005. 9. 1. 가처분이의 판결일까지의 약 6개월에 가까운 긴 기간 동안, 결과적으로 보면 노조원들은 정당한 사유 없이 피케팅의 행사를 제한받은 셈이 된다. 이제 막 설립한 후 와해공작에 대항해 힘겨운 싸움을 하고 있던 이마트 노조활동은 그 기간을 거치면서 사실상 심각하게 제약되었을 것임은 누구나 쉽게 생각할 수 있을 것이다.

– 병 주고 약 주는 재판부

노동관계, 특히 쟁의당시의 노사관계는 마치 생물(生物)과 같아서, 시시각각 변하는 변수에 따라 전혀 다른 양상을 띤다고 한다. 여러 가지 상황의 변동에 따라 주요 당사자들조차도 한치 앞을 내다볼 수 없는 경우도 많다. 그와 같은 특성을 고려할 때 노동사건 가처분은 그 결론이 물론 중요하지만, 결론 못지않게 중요한 것이 시의성(時宜性) 내지 적시성(適時性)이라고 생각한다.

대상판결을 서류상으로 살펴 볼 때에는, 변론 없이 이루어진 가처분에 대하여 변론과정을 거치면서 상당부분 노조원들의 주장이 받아들여졌으므로, 노조원들로서는 별다른 불이익을 입지 않은 것으로 보인다. 나아가 언뜻 보기에는 이 재판에서 오히려 노조원들이 '최후의 승리'를 한 것처럼 보이기도 한다. 그러나 이 사건에서 노조원들은 실질적으로 완전 패소한 것이나 다름없다. 진정으로 피케팅이 필요한 당시에 피케팅이 광범위하게 금지되었으며, 그 금지의 효력은 6개월 가까이 지속되었고, 그 결과 피케팅이 무의미해진 상태에 이르러서야 그간 잘못되었던 피케팅 사전 금지 결정이 취소되었기 때문이다. 좀 더 과격하게 말하면, 이 사건 재판부는 노조원들에게 '병 주고 약 준' 셈이며, 노조활동이 가장 필요했던 시기가 지난 후 노조원들이 받아 든 '승소판결문'으로서의 가처분이의 판결문은 그야말로 사후약방문(死後藥方文)이다.

– "중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해"를 입은 사람은 오히려 노조원들

이 사건 판결 후 이마트 노조 및 노조원들이 어떻게 되었는지에 관하여 필자가 개인적으로 확인해 본 바는 없다. 그러나 적어도 이 사건 사전 금지를 명한 가처분 결정은 이마트 노조의 활동을 심각하게 제한했으며, 그 후 가처분이의 판결에서 잘못되었던 대부분의 사전금지 결정이 취소되었다고 한들 이미 타격을 입은 이마트 노조의 활동이 쉽게 회복될 수 있을 것으로 생각되지는 않는다. 이 사건 가처분 절차를 통하여 정작 "중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해"를 입은 당사자는 가처분 채권자인 회사 측이 아니라 오히려 노조원들이었던 것이다.

노동사건에 대한 가처분이 본래의 취지를 벗어나 헌법과 법률상 인정된 노동자들의 기본권의 행사를 사실상 무력화하는 제도적 족쇄로 남용되는 일이 없도록, 법원은 가처분 결정 단계부터 신중히 판단하여야 한다고 생각된다. ㅁ

2

수사는 흠결없이 이루어져야 한다
- 수사기관 책임성 강화한 대법원 판결들

대법원 제3부 2005.9.9 선고, 2003다29517 손해배상 / 대법관 이용우(재판장), 박재윤(주심), 이규홍, 양승태
대법원 제1부 2005.6.23 선고, 2005다8774 손해배상 / 대법관 고현철(재판장), 강신욱(주심), 김영란

지난 9월 대법원 3부(재판장 이용우, 주심 박재윤, 이규홍, 양승태)는 살인 용의자에 대한 출국정지 연장 조치를 하지 않아 도주하게 한 검사의 과실에 대해 원심을 깨고 국가배상 책임을 인정했고, 이 보다 앞서 6월에는 대법원 1부(재판장 고현철, 주심 강신욱, 김영란)가 경찰의 잘못된 교통사고 초동수사로 가해차량의 운전자로 몰린 사망자의 유족들에 대해 역시 원심을 깨고 국가배상책임을 인정했다.

각 사건을 간략히 설명하자면, 앞의 것(2003다29517 2005. 9. 9 선고)은 대학생 조씨를 살해한 혐의로 지목된 용의자 패터슨과 에드워드에 대해 검찰이 에드워드만을 살인죄로 기소했으나, 그가 대법원에서 무죄판결을 받자, 유족들이 다시 패터슨을 살인 혐의로 검찰에 고소하게 된다. 그런데 이 사건을 맡은 서울지검 검사가 패터슨의 출국정지 기간이 만료되었음에도 불구하고 출국정지 연장 조치를 하지 않아. 그가 미국으로 도주하자, 이에 대해 조씨 유족들이 국가를 상대로 손해배상 청구소송을 낸 사건이다. 그리고 뒤의 것(2005다8774 2005.6.23 선고)은 운전자 양씨가 몰던 승용차를 타고 가다. 최초로 현장 출동한 경찰이 도로변에 떨어져 있던 손씨의 신발을 운전석에 올려놓았음에도 운전자의 운동화가 운전석에서 발견된 것처럼 사실을 왜곡하여 작성한 허위의 수사보고서와 양씨의 진술을 근거로 사망자 손씨를 가해운전자로 잘못 결론 내린다. 이에 대해 손씨의 유족들은 초동수사를 한 경찰관과 양씨를 증거조작 및 위증 혐의로 잇따라 고소한다. 사건발생 5년 뒤에서야 양씨가 실제 운전자라는 사실을 검찰 및 재판부로부터 인정받은 뒤 유족들이 국가를 상대로 손해배상 청구소송을 낸 사건이다.

수사기관의 고의적인 불법행위뿐만이 아니라 과실로 인한 불법행위에 대해서까지 수사기관의 책임을 인정한 판례가 이전에는 없었다. 이번 판결을 통하여 명시적으로 수사기관의 주의의무가 무엇이라는 것에 대해 한계를 그었다는 점에서 그리고 이후 수사의 책임성을 높혀 국민의 권리 보호를 강화했다는 점에서 한 단계 발전된 판결들이라 비평판결대상으로 삼았다. (편집자 주).

수사 과실에 대한 국가배상책임 인정한 판례는 최초

공무원이 직무상 의무를 위반함으로 인하여 국민이 손해를 입었다면 직무위반과 손해발생 사이에 인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 손해배상책임을 지는 것은 당연하다. 그럼에도 불구하고 수사기관(경찰, 검찰 공무원)의 고의나 과실로 인한 불법행위로 인해 국민이 손해를 입었을 때 국가나 관련 수사관을 상대로 손해배상청구가 이루어지는 경우는 그다지 많지 않다.

몇 안 되는 수사기관에 대한 손해배상청구소송도 수사과정에서 벌어지는 불법체포, 자백강요, 폭행, 가혹행위 등과 같은 고의로 인한 불법적인 인권침해에 국한됐다. 이러한 소송은 형사재판에서 유죄판결이 있다면 – 형사 유죄판결이 없는 경우에는 주로 밀실에서 행해지는 수사기관의 불법수사에 대한 입증의 어려움이 매우 커 소송에서 손해배상책임을 묻기 어려운 경우가 많은 것은 별론으로 하고 – 손해배상책임을 인정하는데 별다른 논란이 없었다.

하지만 수사기관의 수사의 착수에서부터 마지막 처분이라 할 수 있는 공소제기 또는 불기소처분에 이르는 과정에서 수사와 관련을 맺는 피의자 또는 피해자 및 고발인, 참고인이라 불리는 사람들과 그 주변의 가족을 비롯한 이해관계인들은 수사기관의 잘못으로 억울한 피해를 입었다고 호소하는 경우가 비일비재하다. 그럼에

도 불구하고 여태까지 수사기관의 과실로 인한 불법행위에 대해 손해배상책임을 인정하는 판례는 없었다.

국민의 기본권 두텁게 보호

이러한 현실을 감안할 때 수사기관의 과실을 이유로 국가배상을 인정한 대법원 판결은 수사기관으로 인해 침해받을 수 있는 국민의 기본권을 좀 더 두텁게 보호했다는 측면에서 한 단계 발전된 판결이라 하겠다.

살인 용의자의 출국정지 연장조치하지 않은 검사 과실 국가배상책임 인정

우선 살인 용의자의 출국정지 조치를 연장하지 않아 도주하게 한 검사의 과실에 대해 국가배상을 인정한 대법원 판결(2003다29517 2005. 9. 9 선고)을 살펴보면 대법원은 검사가 현저하게 불합리한 방식으로 업무처리를 하는 바람에 살인사건의 매우 유력한 용의자가 영구적으로 도주할 의사로 출국했고 이러한 상황에 대해 시정할 뚜렷한 방안을 강구할 수조차 없는 피해자의 유족들로써는 정신적 고통을 겪게 되리라는 것은 명백한 것이라고 보았다. 또 이 같은 검사의 과실은 유족들의 인격적 법익을 침해하는 것으로 판단했다. 정신적 손해의 발생과 관련 범죄피해자에게 있어서는 수사 중으로 사법절차가 진행 중인 경우에는 잠재적 손해는 있을지언정 종국적인 정신적 손해는 발생하지 않았다는 하급심의 주장을 물리치고 대법원은 사실상 수사지체 내지 불가능 상황에서 결과적인 정신적 손해의 발생을 인정하였다.

검사의 위법한 직무상 의무 위반행위와 원고들이 겪게 된 정신적 고통 사이에는 인과관계가 상당히 있는 것으로 보아 국가배상책임을 인정하지 않았던 원심판결을 파기, 환송했다.

경찰의 잘못된 교통사고 초동수사로 가해차량의 운전자 뒤바뀐 것에 대해 국가배상책임 인정

그리고 미흡한 초동수사로 교통사고 가해자를 운전자를 뒤바뀌게 한 경찰의 과실에 대해 국가배상인정한 대법원 판결(2005다8774 2005.6.9 선고)에서는 교통사고의 수사에 있어 초동수사 단계에서의 현장보존 및 현장상황에 대한 정확한 조사와 이를 바탕으로 한 정확한 보고서 작성은 사고의 경위를 파악하는데 매우 중요한 요소이고 더욱이 이 사건과 같이 운전자가 누구인지 명확히 밝혀지지 않은 경우에는 더욱 그렇다고 전제했다. 그런데 이 사건 초동수사 단계에서는 현장보존의 원칙을 어겼고, 또한 허위 수사보고서와 허위 실황조사서를 작성하여 사실이 왜곡됨으로써 결과적으로 교통사고 가해자를 사망자 손씨로 잘못 판단하게 한 중요 원인이 되었다고 보았다. 이와 같은 행위는 수사과정에서의 위법한 행위이고, 검사가 사망자 손씨를 교통사고의 피의자로 판단하여 공소권 없음 처분을 함으로써 사망자 손씨의 부모인 원고들의 인격적 법익이 침해되었다고 판시하여 국가배상책임을 인정하지 않았던 원심판결을 파기, 환송했다.

수사기관의 위반행위로 인한 국가배상책임의 성립요건

이 사건 대법원 판례를 통해 형성된 수사기관의 직무상 의무 위반행위로 인한 국가배상책임의 성립요건을 살펴보면, 수사기관의 가해행위의 범위는 '법령에 위반한' 것이어야 하고 법령위반이라 함은 엄격한 의미의 법령위반뿐만 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실, 공서양속 등의 위반도 포함되며 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다. 또 범죄 피해자나 그 유족들이 수사기관의 직무상 의무 위반행위로 인하여 침해되었다고 주장하는 법익의 성격은 공식적으로 수사기관을 통하여 진상규명을 할 기회를 사실상 상실하게 되거나 또는 이러한 진상 규명에 대한 합리적인 기대를 침해당하게 됨으로써 겪게 된 정신적 고통이다. 이 때 피해자가 겪게 된 정신적 고통은 보호할 가치가 있는 인격적 법익에 대한 침해행위에 해당한다.

그리고 수사기관의 직무상 의무 위반행위로 인하여 초래된 정신적 손해의 발생 여부에 관하여 먼저 범죄피의자나 피고인에게 있어서는 수사기관의 개별적인 처분 각각에 의하여 그 피의자나 피고인의 법익 내지 권

리의 침해가 야기될 수 있다.

범죄 피해자에게 있어서는 수사기관의 직무상 의무 위반행위로 인하여 수사의 진행이나 형사재판의 개시가 현저히 곤란하게 되었다면 피해자의 유족들로서는 공식적인 방법으로 그 사건의 진상 규명을 할 기회나 진상 규명에 대한 합리적인 기대를 사실상 박탈당하게 됨으로써 정신적 고통을 겪게 되었다고 볼 수 있다. 범죄피해자의 자력구제를 허용하지 아니하고 국가만이 형사사법절차를 통하여 범죄자에게 형벌권을 행사할 수 있게끔 하도록 하고 있는 현행 형사사법제도 하라고 하여 범죄피해자가 형사사법절차가 진행되는 동안에는 잠시 감내하여야 할 정신적 고통에 불과할 뿐 이라고 볼 수 없고, 원고들에게 정신적 손해가 결과적으로 발생했다고 볼 수 있다. 마지막으로 수사기관의 직무상 의무 위반행위와 손해발생 사이에 상당한 인과관계가 있었는가에 대한 판단 여부는 일반적인 결과발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적, 그 수행하는 직무의 목적 내지 기능부터 예견 가능한 행위 후의 사정, 가해행위의 태양과 피해의 정도 등을 종합적으로 고려한다.

수사기관은 최선을 다해 흠결없이 수사했는지 스스로에게 반문해봐야

물론 검찰이 기소 처분한 사건이 법원에서 무죄를 받은 경우나 검찰이 불기소 처분한 사건이 나중에 법원에서 유죄를 받은 경우 검찰 수사 과정상 당연히 불법행위가 있었다고 볼 수는 없다. 그러나 분명히 손해배상책임을 인정할 수 있는 경우가 있음에도 불구하고 지금까지 판례의 태도는 이를 인정하는데 너무나 인색했다.

각자 당사자의 입장에서 이해관계를 반영하고자 주장하다 보니 수사기관의 합리적이며 성실한 수사진행에 대해서도 수사 결과가 자신에게 불리한 처분이 내려지는 쪽에서는 무조건 불만을 쏟아내는 경향이 많은 것도 사실이고 최선을 다한 수사기관의 입장에서 보면 충분히 항변이 나올 법도 하다. 그러나 그에 앞서 수사기관 스스로 대립하는 이해관계를 정확히 반영하면서도 과학적이고 전문적인 수사기법을 통해 증거를 수집하고 그에 기반하여 합리적인 결론을 도출하는 방법으로 사건을 처리하고 있는지를 반문해 보아야 한다.

유사한 판결 잇따를 것으로 전망
수사과정의 투명성도 크게 향상 기대

최근에 내려진 두 대법원 판례의 경향에 따라 수사기관의 직무상 의무 위반행위로 인한 국가배상책임의 성립요건에 대한 일정한 방향과 지침이 제시되었다고 볼 수 있다. 이러한 대법원 판결의 경향이 확고히 정착되어 나갈 경우 수사기관의 수사의 착수에서 마지막 처분에 이르는 과정까지 관련 수사관들의 고의로 인한 불법수사는 말할 것도 없고 전문성 부족, 불성실함 등에서 비롯된 과실로 인한 수사과정상의 잘못으로 인한 경우라도 손해배상책임을 지게 될 것이다. 그렇게 된다면 향후 국가의 손해배상책임을 묻는 소송들이 적극적으로 이루어질 뿐만 아니라 하급심의 경우에도 이 사건 대법원 판례의 선례를 참조하여 보다 적극적으로 국가의 손해배상책임을 인정하는 후속 판결들이 잇따를 것으로 전망된다. 동시에 수사관들도 “부주의하게 직무를 수행하면 도리어 피의자, 피해자 등에게 손해를 배상해 주어야 하는 일이 발생하는 구나”하는 심리적 제약을 받게 되어 수사과정에서 직무상 주의의무를 더욱 세심히 기울여 나갈 것으로 기대된다. 더 나아가 수사과정의 공정성과 전문성 그리고 성실성이 더욱 강화되고 수사과정의 투명성 보장도 크게 향상되기를 바라 마지않는다. ㅁ

참여연대와 싹 틔우는 희망
'유통기한이 없습니다'

부패추방 및 부패방지법 제정운동, 재벌개혁을 위한 소액주주운동,
핸드폰 요금인하 및 시민권리찾기운동,
삼성그룹의 편법증여와 탈세에 대한 세금부과 촉구 등 조세개혁운동,
썩고 낡은 정치인들을 몰아내자는 두 번의 낙선운동,
이라크 침략전쟁 반대와 한반도 평화군축을 위한 반전평화운동,
최저생계비/최저임금 인상 캠페인 등 사회복지운동
…
벌써 10년입니다.

"아직 남은 빈자리를 채워주실 더 많은 회원들이 필요합니다."

회원가입

02·723·4251

e-mail : mc@pspd.org

www.peoplepower21 .org

참여연대 서울 종로구 안국동 175-3 안국빌딩 신관 3층 대표전화 (02)723-5300 전송 (02)723-5055

사법감시에 힘을 보태주세요

참여연대 사법감시센터는 1994년 9월 참여연대 창립과 더불어
인권옹호와 사법정의 실현 및 사법영역의 시민참여를 목표로 발족했습니다.
사법감시센터는 지난 10여년간 일관되고 꾸준한 활동을 통해
시민운동의 불모지였던 사법영역에 대한 시민의 참여와 감시를 일구어왔습니다.

사법감시센터는
시민의 감시와 참여의 무풍지대였던 법조계에 대해 체계적인 감시활동을 전개하고,
이 내용을 정리하여 모니터 대상이 되고있는 법조인들에게 제공하는 매체인 사법감시를
95년 10월부터 발행해왔습니다.
사법감시는 현재 전국의 판사와 검사에게 발송하고 있으며,
변호사와 법학자 등에게는 전자우편으로 배포하고 있습니다.

사법감시센터는 여러분들의 많은 관심과 후원으로 사법감시를 발행할 수 있었습니다.
앞으로도 여러분들의 관심과 후원을 부탁드리며
참여연대 회원(후원부서 : 사법감시센터)으로 가입해주세요.

후원계좌 : 우리은행 513-088742-13-101 (예금주 : 참여연대사법감시)
회원가입 : 전화 02-723-0666(참여연대 사법감시센터)

발송비 절감 등을 위해 변호사와 법학자뿐만 아니라
법원과 검찰에서 근무하는 분들께도
사법감시 를 전자우편으로 받아보실 것을 권해드립니다.

전자우편 발송신청 jwc@pspd.org

2005 新刊

國內 第一의 民法 KOMMENTAR!!

법정채권편 드디어 완성!

編輯代表 : 郭潤直　編輯委員 : 孫智烈·金滉植·梁彰洙

民法注解 (XVII)·(XVIII)·(XIX)

民法 전체를 條文順序에 따라 종합적·체계적으로 서술하며 각 條文마다 중요한 判決들을 引用해 判例理論을 밝힌 코멘타르이다.

사무관리 · 부당이득 · 불법행위

民法注解(XVII)(채권 10) 734조~749조
民法注解(XVIII)(채권 11) 750조~757조
民法注解(XIX)(채권 12) 758조~766조

서울특별시 종로구 평동 13-31번지. 전화: 02-733-6771~3　圖書出版 博英社