

시민감각서

Justice Watch Newsletter Vol.23

참여연대가 본

2004년 주요 판결

디딤돌과 걸림돌

사법감시시

23호

- 1 발간사
- 2 2004년 주요 판결 - 디딤돌과 걸림돌
- 5 디딤돌과 걸림돌 판결 비평
- 6 이런 이유로 디딤돌이었습니다.
 - 6 양심의 자유를 실질적으로 구현한 판결 - 양심적 병역거부자 무죄 하급심 판결
 - 7 국가보안법 사건에서 증거법칙을 엄격히 적용한 판결 - 송두율교수 항소심 판결
 - 7 여성의 성적자기결정권 확장에 기여한 판결 - 부부 강제성추행인정 사건
 - 9 피의자 권리보호에 기여할 현재와 대법원 판결 - 변호인입회 불허사건
 - 12 갖가지 이유로 정보공개제도를 무시한 공공기관에 일침을 가한 판결 - 국회예비금등 정보공개청구 사건
 - 14 자백의존 수사관행 극복에 기여할 판결 - 검사신문조서 증거능력 판례변경
- 15 이런 이유로 걸림돌이었습니다.
 - 15 환경과피 사안의 심각성과 특수성을 이해 못한 판결 - 새만금사건
 - 16 형식적이고 무리한 법률해석으로 경제정의 실현에 역행한 판결 - 삼성전자전환사채 사건
 - 18 '양심의 자유' 를 부차적인 것으로 전락시킨 판결 - 양심적병역거부자 유죄판결
 - 19 인권에 대한 보수적 태도를 유지하고 판결의 외피를 쓴 정치적 선언 - 국가보안법7조1항 합헌 결정
 - 21 여성장애인을 '보호불능' 상태로 만든 판결-여성장애인 성폭행사건
 - 23 대법원이 경제정의 실현에 소극적임을 재확인시킨 판결 - 이종대표소송 불인정 사건
 - 25 관습헌법이라는 위험한 논리로 대의민주주의의 가치를 훼손한 결정 - 신행정수도위헌 사건
 - 27 '사회복지' 에 관한 한 일관되게 실망스런 현재의 결정 - 최저생계비 책정 사건

‘사법감시 제23호’를 발행하며



소수자 권익의 수호자로서의 법원의 역할을 기대합니다.

현대 사회에서 법원의 판결은 시민과 시민사이의 분쟁, 시민과 국가간의 분쟁의 법적인 마무리입니다. 민주화의 틀이 마련되고 민주화의 정도가 심화되어 가면 갈수록 ‘법’은 ‘힘’을 대신하여 분쟁해결의 핵심도구로 전면에 나서게 되며, 이러한 의미에서 민주주의는 법치주의와 긴밀한 상관성을 가집니다.

이러한 분쟁의 법적 해결책인 판결을 내리는 것은 다름 아닌 법관인데, 법관은 ‘민주적 정당성’이 매우 미약한 전문가집단이며, 이에 대한 효과적인 ‘민주적 통제’ 장치 역시 매우 미흡합니다. 입법부의 구성원이 국회의원은 선거를 통하여 선출되며, 행정부의 수장인 대통령 역시 선거를 통하여 선출됩니다. 그런데 사법부의 구성원인 법관의 선발은 사법시험과 사법연수원 성적으로 이루어지고, 사법부 전체로 볼 때 민주적 정당성과 통제의 문제는 대통령이 국회의 동의를 얻어 대법원장을 임명하는 수준에서만 실현되고 있을 뿐입니다. 그 결과 분쟁해결의 수단으로 법의 의미가 점점 중요해지는 현 시기, 민주적 정당성이 취약하고 민주적 통제를 거의 받지 않는 법관이 분쟁의 법적 마무리를 하게 됩니다.

근래 수년간 참여연대 사법감시센터가 대법원장이 대법관 제청할 때 법원 바깥의 다양한 목소리를 경청할 것, 대법관과 헌법재판관의 구성을 다양화할 것, 재판에 대한 시민참여를 제도화할 것, 법관징계위원회에 법원의 부 인사를 참석시키고 징계를 강화할 것 등을 요구하는 캠페인을 주도적으로 펼쳐오고 있는 것은 바로 이러한 이유때문입니다.

그런데, 참여연대 사법감시센터는 사법부에 대한 민주적 통제를 강화해야 한다는 점을 강조하고 있지만, 이를 위해 법관을 아예 선거로 뽑아버리자는 주장은 하고 있지 않습니다. 그 이유는 바로 사법부가 ‘다수자’의 대변자가 되어버려 소수자의 의사와 이익은 무시하는 일이 발생할 수 있다는 문제점때문입니다. 대다수의 민주주의 사회에서 사법부가 다른 국가권력에 비하여 민주적 통제에서 상당히 자유로운 지위를 누리고 있는 것은, 사법부가 바로 이러한 소수자 보호의 역할을 소신 있게 하도록 하기 위해서입니다.

참여연대 사법감시센터는 **사법감시 제23호**를 통하여 2004년 사법부가 위와 같은 역할을 충실히 하였는지를 비판적으로 검토하기로 하였습니다. 각종 정치적 기본권, 양심과 사상의 자유, 형사피의자·피고인의 권리, 여성의 성적 자기결정권, 환경권과 사회복지권 등의 문제에 대한 중요한 판결을 비평하면서, 현재 사법부가 가지고 있는 법관념과 논리의 문제점을 살펴볼 것입니다. 소략하고 거칠지는 모르나 문제의식만큼은 날이 서 있는 평석이기에 법조계의 많은 분들이 주목해주시길 바라는 마음입니다. 우리의 평가에 대하여 어떠한 방향에서건, 또 어떠한 지점에 대해서건 비판은 활짝 열려 있습니다.

2005년에는 법조계 내·외부 사람들이 모두 뜻을 모으고 힘을 합쳐 법조계의 윤리를 강화하는 작업을 성공적으로 이루어낼 수 있기를 희망합니다. ‘법조삼륜’ 모두로부터 욕을 먹더라도 사법감시센터는 이 일을 마다하지 않을 것입니다. 다들 새해 복 많이 받으시고 건승하시길!

조 국 사법감시센터 소장, 서울대 교수.

I

2004년 주요 판결 디딤돌과 걸림돌



■ 지난 2004년 한 해 동안 참여연대 사법감시센터가 모니터하고 비평했던 판결뿐만 아니라, 직접 모니터하지는 않았지만 사회적으로 중요한 의미가 있는 판결까지 포함하여 '2004년 주요 판결 - 디딤돌과 걸림돌'을 선정

■ 선정과정 및 결과

1단계 : 언론매체를 통한 판결보도, 대법원이 제공하는 판례공보, 헌법재판소가 제공하는 '헌재'선고사건, 인권운동단체 등이 발표한 자료 등을 통해 판결사례수집

2단계 : 수집된 판결사례중 사회정의, 인권, 사회적 약자 보호 등의 측면에서 100여건의 판결사례를 1차 선별하고 판결문 전문 또는 판결요지서 수집

3단계 : 28명의 법조계 관련 인사들로부터 100여건의 판결사례를 제공하며 올해의 주요 판결 추천의뢰(디딤돌 판결 28건, 걸림돌 판결 20건 추천받음)

4단계 : 내부선별작업과 외부추천결과를 종합하여 '5개의 디딤돌 판결과 4개의 걸림돌 판결'을 선정하였으며, 이외에 '참여연대가 주목한 6개의 판결'을 선정함

디딤돌과 걸림돌 판결 추천인 명단

가나다순

- 법조출입기자 : 강희철(한겨레), 김지성(한국일보), 김현경(중앙일보), 류지복(연합뉴스), 손석민(서울방송), 손재민(경향신문), 유창재(오마이뉴스), 이경기(내일신문), 최장원(문화방송)
- 변호사 : 권두섭(민주노총 법률원), 김갑배(대한변협 법제이사), 김진(법무법인 이안), 김진옥(민변 사법위원장), 김형태(법무법인 덕수), 박태현(환경운동연합 법률센터), 백승현(법무법인 한결), 이지선(법무법인 한결), 이찬진(제일합동법률사무소), 장주영(민변 사무총장)
- 법학교수 : 김성룡(경북대), 김종철(연세대), 오동석(아주대), 이승욱(부산대), 장영수(고려대), 정인섭(숭실대), 정태호(경희대), 허일태(동아대), 황승흠(성신여대)

2004년 주요 판결 - 디딤돌과 걸림돌

5개의 디딤돌과 4개의 걸림돌 판결

>> 디딤돌 판결

1. 양심에 따른 병역거부자 3명 무죄선고판결(2004. 5. 21.)
· 사건번호 : 2002고단3941, 3940(병역법위반), 2003고단1783(향토예비군설치법위반)

- 재 판 부 : 서울남부지법 형사6단독, 판사 이정렬
 - 선정사유 : 헌법상 보장된 양심의 자유를 실질적으로 구현하고자 한 판결
2. 송두율 교수 국가보안법 위반사건 일부무죄 항소심 판결(2004. 7. 21.)
- 사건번호 : 2004노827 국가보안법위반 등
 - 재 판 부 : 서울고법 형사6부, 판사 김용균(재판장), 오준근, 김하늘
 - 선정사유 : 국가보안법 사건에서 증거법칙을 엄격히 적용하여 형사소송절차의 진보를 이룬 판결
3. 검사 신문조서의 증거능력 인정 기준판례 변경한 판결(2004. 12. 16.)
- 사건번호 : 2002도537, 사기 등
 - 재 판 부 : 대법원 전원합의체, 대법원장 및 대법관 최종영(재판장), 변재승, 유지담, 윤재식, 이용우, 배기원, 강신욱, 이규홍, 이강국, 박재윤, 고현철, 김영란, 김용담(주심)
 - 선정사유 : 검사 신문조서의 형식적 진정성립만으로 실질적 진정성립을 추정하던 판례를 변경함으로써 자백의존 수사관행 극복과 공판중심주의 확립에 기여할 판결
4. 부부간 강제성추행 인정 사건(2004. 8. 20.)
- 사건번호 : 2003고합1178 강제추행치상, 폭력행위등 처벌에관한법률위반
 - 재 판 부 : 서울중앙지방법원 제22형사부, 판사 최완주(재판장), 김갑석, 박연주
 - 선정사유 : 여성의 성적자기결정권 보호에 기여한 판결
5. 구속피의자가 요청한 변호인입회를 거부한 검찰의 행위는 위법이라는 판결(2003. 11. 11.)
- 사건번호 : 2003모402 준항고인용에대한재항고
 - 재 판 부 : 대법원 제2부, 대법관 김용담(재판장), 유지담, 배기원(주심), 이강국
 - 선정사유 : 피의자 권리보호에 기여

>> 걸림돌 판결

1. 국가보안법 제7조 1항 및 5항 합헌결정(2004. 8. 26.)
- 사건번호 : 2003헌바85·102(병합) 국가보안법 제7조 제1항 및 5항 위헌소원
 - 재 판 부 : 헌법재판소 전원재판부, 재판관 [다수의견] 윤영철, 김경일, 전효숙, 김영일, 김효중, 주선희, 권성, 송인준, 이상경
 - 선정사유 : 인권에 대한 보수적 태도를 유지하고, 판결의 외피를 쓴 정치적 선언
2. 신행정수도특별법 위헌결정(2004. 10. 21)
- 사건번호 : 2004헌마554·566(병합) 신행정수도건설특별법위헌확인사건
 - 재 판 부 : 헌법재판소 전원재판부, 재판관 [다수의견] 윤영철, 권성, 김효중, 김경일, 송인준, 주선희, 이상경(주심) [별개의견] 김영일 [반대의견] 전효숙
 - 선정사유 : 관습헌법이라는 위험한 논리로 대의민주주의 가치를 훼손한 결정
3. 양심적 병역거부자 유죄확정 상고심 판결(2004. 7. 15.)
- 사건번호 : 2004도2965 병역법위반
 - 재 판 부 : 대법원 전원합의체, 대법원장 및 대법관 최종영(재판장), 조무제, 변재승, 유지담, 윤재식(주심), 이용우, 배기원, 강신욱, 박재윤, 고현철, 김용담 [반대의견] 이강국
 - 선정사유 : 양심에 따른 병역거부는 병역을 거부할 정당한 사유가 될 수 없다고 하며 국방의 의무에 양심의 자유를 종속시켜, '양심의 자유'를 부차적인 것으로 전락시킨 판결
4. 정신지체1급 여성장애인 강간사건 무죄선고 파기환송심 판결(2004. 9. 15.)
- 사건번호 : 2004노425(파기환송심) 성폭력범죄처벌법위반(장애인주간강등)
 - 재 판 부 : 부산고등법원 제2형사부, 판사 윤재윤(재판장)

판장), 김정호, 김주효

- 선정사유 : 성폭력처벌법의 장애인 강간죄는 형법의 심신미약자 강간죄보다 더 항거불능일 때 적용한다며, 앞뒤바뀐 법률해석으로 여성 장애인을 '보호불능' 상태로 만든 판결

괴의 심각성을 부인하며 1심 결정을 뒤집었는데, 환경파괴 사안의 심각성과 특수성을 이해 못한 결정임

참여연대가 주목한 6개의 판결

>> 디딤돌 판결

1. 불구속피의자가 요청한 변호인입회를 거부한 검찰의 행위는 헌법상 권리침해 행위라는 결정(2004. 9. 23.)
 - 사건번호 : 2000헌마138 변호인의 조력을 받은 권리 침해위헌확인
 - 재 판 부 : 헌법재판소 전원재판부, 재판관 [다수의견] 윤영철, 김경일, 전효숙, 김효종, 주선희(주심), 송인준 [별개의견] 권성, 이상경 [반대의견] 김영일
 - 선정사유 : 피의자 권리보호에 기여
2. 시민단체의 정보공개청구자격 인정 및 정보공개방식선택 공공기관 재량권 부인 판결(2004. 10. 28.)
 - 사건번호 : 2004두8668 정보공개거부처분취소
 - 재 판 부 : 대법원 제2부, 대법관 김용담(재판장), 유지담, 배기원(주심), 이강국
 - 선정사유 : 갖가지 이유로 정보공개제도를 무시한 공공기관에 일침을 가한 판결

>> 걸림돌 판결

1. 새만금공사중지 가치분신청 기각 2심 결정(2004. 1. 29.)
 - 사건번호 : 2003루98 집행정지
 - 재 판 부 : 서울고등법원 제7특별부, 판사 이영애(재판장), 성지용, 고영구
 - 선정사유 : 공사를 중지시킬 긴급한 필요성과 환경파

2. 삼성전자 전환사채 발행무효 기각 상고심 판결 (2004. 6. 25.)

- 사건번호 : 2000다37326 전환사채발행무효사건
- 재 판 부 : 대법원 제3부, 대법관 윤재식(재판장), 변재승, 강신욱, 고현철(주심)
- 선정사유 : 법정 시한내에 전환사채발행무효소송을 제기했지만 소송 중에 추가한 무효사유는 소송제기 시한초과라는 이유로 기각하였는데, 형식적이고 무리한 법률해석으로 경제정의 실현에 역행한 판결임

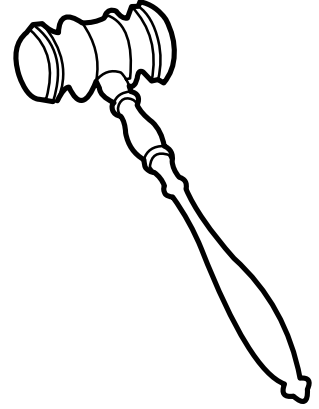
3. 이중대표소송 불인정 상고심 판결(2004. 9. 23.)

- 사건번호 : 2003다49221 손해배상(기)
- 재 판 부 : 대법원 제1부, 대법관 이규홍(재판장), 윤재식(주심), 이용우, 김영란
- 선정사유 : 2심 판결을 뒤집으면서까지 법률의 문리적 해석에 갇혀 이중대표소송을 인정치 않은 것으로, 대법원이 실제적인 경제정의 실현에 소극적임을 재확인시킨 판결

4. 보건복지부의 2002년도 최저생계비 책정 합헌결정 (2004. 10. 28.)

- 사건번호 : 2002헌마328 2002년도 국민기초생활보장법 최저생계비 위헌확인사건
- 재 판 부 : 헌법재판소 전원재판부, 재판관 윤영철, 김경일, 전효숙, 김영일, 김효종, 주선희(주심), 권성, 송인준, 이상경
- 선정사유 : 장애인의 특수성에 따른 추가비용을 고려치 않고 최저생계비를 정부가 정했음에도, 생활능력없는 국민을 보호할 국가의 의무를 다했다고 하여, 사회복지에 관한 한 일관되게 실망스런 결정

II



디딤돌과 걸림돌 판결 비평

[편집자주]

참여연대 사법감시센터는 [2004년 주요 판결 -디딤돌과 걸림돌]로 선정한 15개의 판결과 결정에 대해 각 분야의 전문가와 법률가 등에게 판결(결정)비평을 의뢰하였고 그 비평문을 게재합니다.

이 판결(결정)비평작업에 참여하신 분들은 다음과 같습니다(가나다 순).

김진 변호사(법무법인 이안)

박근용(참여연대 사법감시센터 간사)

송상교(제34기 사법연수원생)

이광수 변호사(법무법인 새길)

이지선 변호사(법무법인 한결)

이찬진 변호사(제일합동법률사무소)

전성인 교수(홍익대학교, 경제학)

정지석 변호사(법무법인 남강, 사법감시센터 실행위원)

조숙현 변호사(법무법인 한울)

김진욱 변호사(민변 사법위원장)

박태현 변호사(환경운동연합 법률센터)

송호창 변호사(법무법인 덕수)

이소영 변호사(법무법인 지평)

이재승 교수(국민대학교, 법학)

임지봉 교수(건국대학교, 법학)

정박지원(제34기 사법연수원생)

조국 교수(서울대학교, 법학, 사법감시센터 소장)

차병직 변호사(법무법인 한결, 사법감시센터 실행위원)

이런 이유로 디딤돌이었습니다.



양심의 자유를 실질적으로 구현한 판결 - 양심적 병역거부자 무죄 하급심 판결

서울남부지방법원 형사6단독 2004.5.21
2002고단3941,3940 병역법위반, 2002고단1783 향토예비군설치법위반

이 세 가지 사건들은 현역병 입영통지를 받았지만 무기를 들 수 없다는 종교적 신념에 반한다는 이유로 입영을 거부한 병역법 위반혐의의 피고 2명과 군제대 후 예비군훈련소집통지를 받았지만 무기를 들 수 없다는 종교적 신념에 반한다는 이유로 예비군훈련소집을 거부한 예비군설치법 위반 혐의의 피고 1명에 대한 사건이다

세 사건에 대한 각각의 재판에서 서울남부지원 형사6단독 재판부는 “병역법상의 입영 또는 소집을 거부한 행위가 오직 양심상의 결정에 따른 것으로서 양심의 자유라는 헌법적 보호의 대상이 되기에 충분한 경우에는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당한다”고 판시하여 이 각각의 사건의 경우 세 피고의 경우 ‘오직 양심상의 결정에 따른’ 병역거부 행위인만큼 병역법 88조1항에서 처벌할 수 없는 정당한 사유에 의한 병역거부라 보아 무죄를 선고했다.

또한 재판부는 “국가란 이를 구성하는 개인의 생명과 신체, 자유 및 재산을 보호하는 것을 근본적인 존재의의로 하고 있는 점에 비추어 볼 때 위와 같은 사정(국가방위력의 손상)을 들어 천부인권인 개인의 양심의 자유를 후퇴시키는 것은 부당하고, 오히려 국가의 형벌권과 개인의 양심의 자유권이 충돌하는 경우에는 형벌권이 한 발 양보하여 개인의 자유를 보장하도록 하는 것이 정당하다”고 판결하였다.

이 판결은 비록 판결이후에 내려진 헌법재판소 결정(8.26 결정 2002헌가1)과 대법원 판결(7.15 선고 2004도2965)로 인해 법률적 효력이 상실되고 상급심에서 파기되었지만, 양심에 따른 병역거부를 인정한 최초의 판결이었다. 종교와 양심의 자유 그리고 국방의무 사이의 범위와 한계 등에 관해 공식적으로 문제제기한 판결로서, 이 사건 판결보다 앞서 내려졌던 여러 판결들과 보수적 사회여론을 거스르는 판결이었으나 이는 오히려 기본권문제에 대한 하급심의 전향적이고도 다원적인 역할을 기대할 수 있게 한 판결이었다. 즉 양심적 병역거부권을 인정함으로써 인권 문제에서의 사법적극주의를 보여준 판결로 평가할 수 있다.

한편 이 판결은 대체복무제 도입 여론조성에도 기여한 판결로, 양심적 병역거부를 사회적 이슈로 부각시켰다는 점에도 의미를 둘 수 있다.

2



국가보안법 사건에서 증거법칙을 엄격히 적용한 판결 - 송두율교수 항소심 판결

서울고법 형사6부 2004.7.21.
2004노827 국가보안법 위반 등

송두율 교수 국가보안법 위반 사건에서 항소심 재판부는 송두율 교수를 북한 노동당 정치국후보위원이라 볼 만한 증거가 부족하며 학술대회 개최 등 학술행위와 관련해서도 국가존립에 위협이 되지 않는다는 면에서 ‘반국가단체의 간부 기타 지도적 임무에의 종사의 점’ 등 검찰의 공소사실중 다수 부분에 대해 무죄를 선고하였다.

항소심 재판부가 일부 공소사실에 대해 무죄를 선고한 근거는 첫째 국가보안법 사건에서도 형사소송법에 따른 ‘엄격한 증거주의’를 적용해야 하며, 둘째 ‘명백하고 현존하는 위협’의 여부를 기준으로 국가보안법의 각 조항을 적용해야 한다는 점이었다.

특히 재판부는 “비록 이 사건이 현재 지구상에서 가장 폐쇄된 사회주의 하나인 북한에서 이루어진 일이라 정보의 자유로운 접근이 극히 폐쇄되어 있고, 그 입증에 여러 가지 현실적인 어려움이 있다고 해서 위와 같은 형사법의 대원칙이 요구

하는 엄격한 증명의 정도가 결코 완화될 수는 없는 것이다. 결론적으로 이러한 법리에서 피고인이 북한 조선노동당 정치국 후보위원으로 선임된 사실이 있는지 여부에 대하여 앞서 검토한 바와 같이 검찰이 제출한 증거들만으로는 다소 유죄의 의심이 드는 면이 없지 아니하나, 전체적으로 보아 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 이 부분 공소사실이 엄격하게 증명되었다고 보기 어려우므로, 이 부분 공소사실은 인정될 수 없다”고 판시하여 국가보안법 사건 재판에서는 이례적이면서도 아주 전향적인 논거를 제시하였다.

이러한 항소심 재판부의 판결부분은 마녀사냥식으로 진행되던 국가보안법 위반혐의 송두율 교수 사건에서 증거법칙을 엄격히 적용했다는 점에서 형사소송절차의 진보를 이루었다고 평가할 수 있으며, 아울러 첨예한 사회적 갈등과 마녀사냥으로 인한 인권침해 소용돌이속에서 나온 소신있는 판결이었다는 의미가 있었다.

3



여성의 성적자기결정권 확장에 기여한 판결- 부부 강제성추행인정 사건

서울중앙지방법원 제22형사부 2004. 8. 20.
2003고합1178 강제추행치상, 폭력행위등처벌에관한법률위반(야간·공동협박)

■ 대상판결 사건개요

가해자는 피해자가 이혼을 요구한다는 이유로 딸의 방에서 자고 있는 피해자를 안방으로 끌고 가 피해자의 옷을 억지로 벗긴 후, 피해자에게 “오늘 너 죽고 나 죽자. 밤은 기니까”라고 하면서 피해자의 두 팔을 머리 위로 올려 뒤로 꺾어 왼손으로 잡고 움직이지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압한 다음, 오른손 엄지, 검지 손가락을 피해자의 성기와 항문에 집어넣는 등으로 피해자를 강제로 추행하였다.

■ 대상판결 재판부의 판결요지 및 이유

대상판결 재판부는 위 사건에서 법률상 혼인이 해소되지 아니한 상태에서 부부의 일방이 타방에 대하여 강제추행하고 강제추행으로 인하여 상해를 입게 한 점과 야간에 협박한 점을 유죄로 인정하여 피고인에게 징역 2년 6월을 선고하고 3년간 형의 집행을 유예하였다.

재판부는, 혼인한 부부는 상대방의 성적 요구에 응할 의무는 있지만 각자의 성적 자기결정권을 포기한 것으로 볼 수는

없으므로 부부간의 관계에 있어서도 성적 자기결정권은 여전히 보호되어야 한다고 하면서, 부부의 일방이 폭력을 행사하여 성폭행을 하는 행위는 타방의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로서 형사처벌의 대상이 된다고 판시하였다. 특히 재판부는 부부간의 관계는 타인이 간섭하기 어려운 특성이 있어 그 범행이 반복될 수 있다는 점에서 엄한 처벌이 필요하다고 하였다.

■ 판결검토

가. 부부 중 일방이 타방에게 행한 강간 또는 강제추행의 처벌

(1) 법령의 검토

부부간에 발생한 강간이나 강제추행이 악행이라고 평가된다면, 범죄자에게 형벌을 가하는 것이 응보, 일반예방 또는 특별예방이라는 형법 목적에 부합하는 것이다. 헌법은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보호한다(제36조 제1항)’고 말한다. 민법은 ‘부부는 동거하고 서로 부양하며, 협조하여야 한다(제826조)’고 한다. 그렇다면 부부의 일방이 타방에게 폭행과 협박으로 성교를 하거나 추행하는 행위가 개인의 존엄성과 양성의 평등 및 협조의무에 반하지 않는다는 사회적 합의가 없는 한 이는 처벌받아야 한다.

형법 제297조 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이하의 유기징역에 처한다’고 규정하며, 제298조는 ‘폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다’고 규정한다. 이와 같이 형법은 강간죄와 강제추행죄의 객체를 ‘부녀’ 또는 ‘다른 사람’으로만 규정하고 있을 뿐 법률상 부부관계에서 발생한 강간 또는 강제추행에 대하여 예외를 인정하지 않고 있다.

다만 형법상 강간이나 강제추행에서 피해자의 동의가 있다면 이는 구성요건에 해당하지 않는 행위로서 처벌대상이 되지 않을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 종래에는 법률상 처에 대한 강간 또는 법률상 부부관계에서 발생한 강제추행은 처벌할 수 없다는 해석이 주류를 이루었다.

(2) 종래의 해석

대법원은 실질적 부부관계가 유지되고 있었다면 정교승락이나 정교권을 포기하지 아니한 것이므로 강간죄가 성립하지 않는다는 태도를 보이고 있다(대법원 1970. 3. 10.선

고 70도29판결). 그러나 이 판결은 몇 가지 문제점을 안고 있다.

첫번째는 실질적 부부관계가 유지되고 있었다면 폭행, 협박에 의한 강제적 성행위가 허용된다는 취지의 판시였다. 두 번째는 실질적 부부관계를 지나치게 좁게 해석한 것이었다(판례에 의하면 피해자는 가해자를 간통으로 고소하고 이혼소송을 제기하였으나, 1심에서 사건이 일어나기 이틀 전 가해자의 동거녀를 보내기로 합의하고 간통소송을 취하하였다고 진술한 바 있다).

한편 종래 형법 학자들은 강간죄나 강제추행죄의 객체에 부부는 포함되지 않는다는 견해를 보였다. 부부관계는 특수성이 있고, 민법 제826조 제1항의 ‘부부의 동거의무’는 성생활을 함께할 의무를 내포하는 것이며, 성생활의 결합이 이혼사유가 되는 것으로 보아, 자신의 처에 대한 강간죄는 성립될 수 없다는 것이 주요 논거이며, 폭행, 협박죄로 처벌하면 된다는 이론을 펴고 있다. 이는 혼인계약을 강간 또는 강제추행에 대한 양해로서의 의미로 해석한 것으로 보인다.

그러나 민법상의 동거 의무에 강간수인의무가 내포되었다고 볼 수는 없으며, 혼인의 프라이버시라는 명분아래 아내 구타가 허용될 수 없는 것과 마찬가지로 강간도 형법이 개입하여야 할 사안이며, 강간죄의 불법은 폭행죄, 협박죄의 불법보다 훨씬 높을 뿐 아니라 강간죄의 고소가 없다면 강간죄의 일부인 폭행, 협박으로 기소할 수 없다는 대법원의 입장을 고려한다면 폭행, 협박으로 처벌하는 것은 현실성이 없다는 반대 의견이 있다.

나. 대상판결의 의의

혼인에 임하는 어느 부부라 할지라도 혼인선서에 자신의 동의 없이 상대방이 폭행, 협박으로 인하여 강제로 성교하게 하는 것을 허락하는 의미를 포함시키지는 않는다. ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보호한다’는 헌법의 이념은 부부간 강간과 강제추행을 처벌하지 않고 방치하는 것이 아니라, 이를 처벌하여 방지함으로써 지켜질 수 있는 것이다. 이런 의미에서 ‘부부중 일방이 성교를 거부할 경우 계약 위반을 주장하는 상대방이 취할 수 있는 조치는 강간이 아니라 이혼 소송의 제기과 위자료 청구이어야 한다’는 지적과 ‘강간이라는 폭력적 범죄를 기소하는 것이 폭력적 행위 그 자체보다 더 혼인을 찢어놓는 것인지 상상하기 힘들다’는 지적은 매우 정확하다.

대상 판결은 ‘혼인한 부부는 상대방의 성적 요구에 응할 의무는 있지만 각자의 성적 자기결정권을 포기한 것으로 볼 수 없다’고 하여 부부관계에서도 성적 자기결정권이라는 권리는 유효하다고 판시하였다. 무엇보다 대상 판결은 ‘특히 부부간의 관계는 타인이 간섭하기 어려운 특성이 있어 그 범행이 반복될 수 있다는 점에서 엄한 처벌이 필요하다고 할 것이다’라고 판시하여 실질적 부부관계가 유지

되고 있는지와 무관하게 성적 자기결정권은 보호되어야 함을 명확하게 하였다는 점에서 의미가 있다고 할 것이다.

게다가 대상 판결은 부부관계의 특성상 부부간에 발생한 폭행을 동반한 성적 자기결정권의 침해는 엄히 처벌하여 한다고 하여 인간의 존엄성을 바탕으로 한 혼인관계의 유지를 위한 형법의 예방적 목적을 성실하게 따르고 있다고 할 것이다.



피의자 권리보호에 기여할 현재와 대법원 판결 - 변호인입회 불허사건

1) 대법원 제2부 2003. 11. 11 결정

2003모402 준항고인용에대한재항고

2) 헌법재판소 전원재판부 2004. 9. 23. 결정

2000헌마138 변호인의 조력을 받은 권리 침해위헌확인(위헌결정)

■ 대상판결(결정) 사건개요

대법원 판결(2003모402)은 국가보안법 위반혐의로 구속된 상황에서 검찰 신문을 받던 송두율 교수가 변호인의 참여(입회)를 요청했으나 이를 검찰이 거부하였는데 이러한 검찰의 행위가 적법한 것인가에 대한 판결이며, 현재 결정(2000헌마138)은 선거법위반혐의로 불구속된 상황에서 검찰 신문을 받던 2000년총선시민연대 지도부가 변호인의 참여(입회)를 요청했으나 이를 검찰이 거부하였는데 이러한 검찰의 행위가 적법한 것인가에 대한 결정이다.

특히 위 대법원 판결은, 검사가 구속 피의자 변호인의 참여(입회)를 막은 상태에서 작성한 피의자 신문조서는 위법한 절차에 의해 수집한 증거라는 점에서 증거능력을 인정할 수 없다는 송두율 교수 국가보안법 위반 사건 1심(서울중앙지법 04.3.30 선고 2003고합1205)과 2심(서울고법 04.7.21 선고 2004노827) 판결로 이어져 실효성을 확인할 수 있었다.

■ 대상판결(결정)의 재판부 판결요지 및 이유

〈대법원 2003모402〉

“현행법상 신체구속을 당한 사람과 변호인 사이의 접견 교통을 제한하는 규정은 마련되어 있지 아니하므로 신체 구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중이라도 언제든지 변호인과 접견교통하는 것이 보장되고 허용되어야 할 것이고, 이를 제한하거나 거부하는 것은 신체구속을 당한 사람의 변호인과의 접견교통권을 제한하는 것으로서 위법임을 면치 못한다고 할 것이다.

(변호인과의) 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 적법절차주의를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것이다.”

“구금된 피의자에 대한 신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 아니하므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설

하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연하다고 할 것이다.”

〈헌법재판소 2000헌마138〉

“불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 퇴거하여 변호인으로부터 조언과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자신문장소를 이탈하여 변호인의 조언과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 그렇다면, 불구속 피의자가 피의자신문시 조언과 상담을 구하기 위하여 자신의 변호인을 대동하기를 원한다면, 수사기관은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 수 없다고 할 것이다.”

■ 판결(결정)검토

우선 두 판결은 지금까지 우리 형사법 이론상에서만 인정되던 문제가 실제 재판을 통해 인정되었다는 점에서 우리나라 형사사법 제도에 큰 진전을 이룬 판결로 평가된다.

대법원 판결은 변호인 참여권을 인정할 헌법상 근거를 확인하고, 참여권 인정범위에 대한 일응의 기준을 마련하였다는 점에서 의미가 있다. 위 대법원 판결은 변호인의 참여권이 변호인의 조력을 받을 권리, 접견교통권, 무죄추정원칙, 적법절차원리 등 헌법상 제 원리로부터 도출된다고 판단한 것과 이러한 변호인 참여권은 '신문방해나 수사 기밀 누설' 등의 우려가 있는 특별한 경우임이 '객관적으로 명백'한 때에만 제한할 수 있음을 명시하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 하지만 대법원 판결은 변호인의 참여권을 구속 피의자에 한해 제한적으로만 인정했다는 점이 그 한계로 지적된다.

이에 반해 헌법재판소 결정은 참여권의 인정범위에 대해서는 구체적인 판단이 없으나 변호인 참여권의 범위를 구속뿐 아니라 불구속 피의자까지 넓게 인정하였다는 점에서 대법원의 판결보다 한 걸음 진전된 내용이라 할 수 있다.

초기 수사단계가 피의자의 방어권을 행사할 가장 중요한 시기임에도 수사현실에서 지금까지 이 시기에 변호인의 조력을 제대로 받지 못하여 자신에게 불리한 내용만이 피의자 신문조서에 기록되는데, 이번 판결로 변호인 참여권이 보장되어 이와 같은 불합리한 문제를 해결할 수 있게 되었다.

그러나 최고법원의 판결에도 불구하고 실제 실무에서는 변호인의 참여권이 온전하게 보장되고 있지는 못한 실정이다. 법과 현실의 간극을 확인할 수 있는 문제이다. 현실에서 그것은 판결이 아니라 형사소송법의 개정을 통해 보완할 과제이다. 이러한 형사소송법의 개정을 위해서는 현실에서 피의자신문과정에서 변호인의 참여권이 어떤 식으로 취급되고 있는지를 확인하는 것이 필요하다.

특히 대법원이 제시한 변호인 참여권의 제한사유를 아래 대검찰청의 지침과 비교해보면 얼마나 검찰이 변호인의 참여권을 수사 편의주의적으로 해석·적용하고 있는지를 확인할 수 있다.

대법원 판결에서 문제가 된 송두율 교수에 대한 신문과정에서 변호인은 피의자로부터 2~3미터 정도 떨어진 뒤쪽에서 피의자신문과정을 관찰하는 것 외에 할 수 있는 것은 아무것도 없었다. 수사검사의 신문 도중에 변호인은 메모를 할 수도 없고, 검사 또는 피의자에게 말을 하거나 중간에 개입할 수도 없었다.

모든 신문이 끝나고 피의자 본인이 조서의 내용을 확인하고, 날인하여 모든 절차를 마칠 때까지 변호인이 할 수 있는 일은 그저 지켜보는 것 외에는 아무것도 없다. 피의자의 날인이 끝난 후에야 변호인은 조서를 살펴볼 수 있고, 원 진술과 다르거나 교묘한 유도신문 등으로 본래 의도와 다르게 기술되는 등 조서내용에 문제가 있는 경우에도 이를 설명하거나 수정할 수 없다. 변호인은 다만 신문과정을 지켜본 소감을 의견서라는 형식으로 별도 작성하여 조서 뒤에 첨부시킬 수 있을 뿐이다. 피의자 자신이나 변호인이 조서를 확인하는 동안은 대화를 하지 못하도록 서로 다른 방에 격리되기까지 했다. 게다가 담당 검사에 따라 변호인에게 허용되는 범위는 상당한 차이가 있었다.

이처럼 수사과정에서 피의자는 변호인의 조력을 전혀 받지 못하거나 변호인의 참여가 허용되는 경우에도 충분한 조력을 받을 수는 없는 상황이다. 그 이유는 아무런 법적 구속력이 없는 대검찰청의 운영지침과 변호인의 참여하여 수사를 해본 적이 없는 수사검사의 무경험 및 헌법상 무죄추정원칙이나 변호인의 조력을 받을 권리 등에 대한 몰이해 때문이다.

대검찰청은 2002. 서울지방검찰청에서 조사받던 한 피의자가 고문과 폭행으로 사망한 사건을 겪고난 뒤, '변호인의 피의자신문 참여운영 지침'(대검기획 61100-1831, 2002. 12. 30)이란 내부운영규칙을 마련하였다.

위 지침 전문은 "고문수사재발방지대책 시달[법무부 검이 61100-2022호]과 관련하여 불임과 같이 '변호인의 피의자신문 참여운영지침'을 마련하여 시달하니, 각급청은 변호인의 피의자신문 참여관련 안내문과 문답자료를 참고하여 그 시행에 만전을 기하여 주시기 바랍니다"라고 되어 있고, 제1조(목적)에서도 "본 지침은 고문수사재발방지대책에 따라 '변호인의 피의자신문 참여'와 관련된 제반절차를 규정함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있다.

위 전문과 제1조에서 알 수 있듯이 위 운영지침은 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리나 변호인의 접견교통권을 위한 규정이 아니고, '고문수사의 재발'을 방지하기 위한 검찰내부지침이다. 즉 위 지침은 피의자의 권리보장을 위한 것이 전혀 아닌 것이다.

이와 같은 위 지침의 본질은 12개 조항 요소요소에 배어 있다. 우선 변호인의 참여를 제한할 수 있는 경우를 열거하고 있는 제2조(변호인의 피의자신문 참여) 제1항 1호는 '피의자를 체포 또는 구속한 후 48시간 이내인 경우'에는 무조건 변호인 참여를 허용하지 않는다. 이 48시간은 모든 증거와 진술을 수집하는 결정적인 시간이고, 검사에게 뿐만 아니라 피의자에게도 가장 중요하며, 변호인의 참여가 절실한 시간이다.

같은 조 제2, 3호는 어떠한 우려가 있다고 검사가 판단하는 경우에 변호인 참여를 불허할 수 있게 되어있다. 그러나 판단은 전적으로 담당검사에게 맡겨져 있을 뿐이다. 게다가 제5호는 '기타 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우'라는 규정을 두어 포괄적·자의적으로 변호인 참여를 불허할 수 있도록 하고 있다. 검찰이 송 교수 변호인들에게 참여불허 처분을 할 때 근거로 든 것이 바로 이 규정이었다.

또한 제4조는 "검사는 피의자 후방의 적절한 위치에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련하여야 한다"고 규정하여 변호인이 피의자 옆에서 조인할 기회를 원천적으로 막아두었다.

다음 제5조는 변호인을 퇴거시킬 수 있는 경우를 나열하고 있는데, 그 내용 또한 철저히 수사편의주의에 따른 것이며, 피의자의 권리와는 거리가 먼 것들이다. 그 내용은, 변호인이 검사의 신문에 개입하는 경우, 피의자 대신 답변하거나 유도답변하는 경우, 피의자에게 메모지를 전달하는 경우, 진술번복을 유도하는 경우, 신문내용을 촬영·녹

음·기록하는 경우 등으로 되어있다. 제6조는 검사의 신문 종료 이후에만 변호인은 조서를 확인하고 의견을 진술할 수 있도록 되어있는 바, 결국 변호인이 신문에 참여하여 헌법상 보장된 조력을 하려고만 하면 무조건 퇴거명령에 따라 쫓겨나야 한다.

■ 결론

변호인의 조력을 받을 권리가 아무런 법률적 근거도 없이 검찰의 내부규정에 불과한 지침에 의해 제약될 수 없음을 물론이고, 검찰이 위 지침을 근거로 송 교수 사건에서 한 것처럼 제한된 경우에만 변호인의 참여를 허용하고, 허용하더라도 변호인이 할 수 있는 일은 전혀 없도록 제한하는 것은 다시 한번 위헌적이고, 위법한 처분을 하는 것이라 할 것이다.

그러므로 변호인의 참여권을 온전하게 보장하기 위해서는 형사소송법에 명시적으로 그 권리를 규정하여야 할 것이며, 또한 그 권리의 범위와 한계를 분명하게 규정하여야 한다. 지금까지 법의 사각지대에 있다는 이유만으로 전근대적인 수사관례에 따라 피의자의 모든 권리는 장식품에 불과할 정도로 무시되어왔다. 이번 판결의 의미를 되새겨 형사소송법의 진전된 개정을 기대해 본다.



일러스트레이션 - 정광석



갖가지 이유로 정보공개제도를 무시한 공공기관에 일 침을 가한 판결 - 국회예비금등 정보공개청구 사건

대법원 제2부 2004. 10. 28. 선고
2004두8668 정보공개거부처분취소

■ 들어가기 전에

2004년에는 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법')의 제정목적인 '국민의 알권리 보장 및 국민의 국정 참여, 국정운영의 투명성 확보'의 현실적 실현이 가능하도록 하는 사법부의 의미있는 판결이 많이 있었다.

그 예를 살펴보면 ① 정보공개방법과 관련하여 청구인이 사본으로 공개할 것을 청구한 것을 업무과다 등으로 거부 처분을 한 서울시의 처분이 위법하다는 판결[대법원 2004. 6. 25. 선고 2004두1506 판결], ② 12. 12. 사건 및 5.18. 관련 수사기록에 대한 공개청구에 대하여 수사기록 전부에 대한 개괄적 비공개 사유만을 들어 비공개한 한 것이 부당하다는 판결[대법원 2004. 10. 3. 선고 2003두1370 판결] 등의 대법원 판결을 비롯하여 ③ 비록 제1심 판결이지만 역사적으로 의미 있는 사건[KAL기 폭파사건, 미군 장갑차의 여중생 치사 사건, 한일협정 관련 일부문건]에 대하여 국민적 의혹과 불신 해소를 위하여 공개의 필요성을 인정한 판결 등이 있다.

위 판결들이 정보공개법의 입법목적에 잘 구현하고 있고 정보공개제도의 취지를 잘 살린 것인 것은 부인할 수 없으나, 정보공개제도의 정착 측면에서 살펴보면 2004년의 정보공개와 관련된 판결중 가장 의미 있는 판결은 위 각 판결의 내용을 명쾌하게 정리한 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004두8668 정보공개거부처분 취소사건 판결이라 할 것이다.

■ 대상판결 사건개요 및 쟁점

1) 사건의 개요

이 건은 시민단체인 참여연대가 국회사무총장에게 행정감시 목적으로 "1999년도 국회 예비금, 위원회 활동비 지출내역에 대한 지출결의서, 지급결의서 및 기타 유사 명칭의 서류, 지출증빙, 현금 출납부 등 장부 일체(간략한 지출내역 정리 제외)"를 사본으로 공개하여 줄 것을 청구한 것에 대하여 국회사무총장이 비공개 결정을 하자, 참여연대가 이에 불복하여 행정소송을 제기한 것이다.

2) 이 건의 쟁점

국회사무총장은 위 행정소송의 변론에서 ① 참여연대는 임의적으로 구성된 단체이므로 권리의무의 주체가 될 수 없으므로 정보공개청구를 할 권리가 없으므로 당사자 자격이 없고, ② 피고인 국회사무총장이 참여연대의 정보공개청구에 대하여 해당정보를 정리하여 공개하였으므로 권리보호의 이익이 없으며(즉 정보공개 방법과 관련하여 청구인인 참여연대가 사본으로 청구하였음에도 불구하고 국회사무총장이 정보 그 자체가 아닌 자신이 관리하던 문서 등을 기초로 취합, 정리한 정보를 공개한 것이 정보공개법에서 말하는 정보공개에 해당하는지 여부), ③ 참여연대가 공개 청구한 정보의 내용이 정보공개법 소정의 비공개 사유에 해당한다고 주장하며 자신의 비공개처분이 정당하다고 하였다.

■ 대상판결 쟁점별 판결요지 및 그 의의

1) 쟁점 제1. 시민단체의 당사자 적격과 관련하여

시민단체의 당사자 적격과 관련하여 재판부는 『정보공개법 제6조 제1항은 "모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있는 바, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인이나 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적 불문하며, 한편, 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 경우에는 그 거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다 할 것이다.』라고 판시하였다.

이는 시민단체가 정보공개법 제6조 제1항의 정보공개청구권자에 포함됨을 재천명한 것으로, 그 동안 시민단체가 제기한 소송에서 공공기관이 항상 주장해온 시민단체의 권리주체성에 대한 항변을 종식시킨 점에 그 의의가 있다 할 것이다.

2) 쟁점 제2. 정보공개방법의 재량권 및 원본공개원칙과 관련하여

공공기관이 정보공개방법을 선택할 재량권이 있는지 여부와 관련하여 재판부는 “정보공개법 제2조 제2항, 제3조, 제5조, 제8조 제1항, 같은 법 시행령 제14조, 같은 법 시행규칙 제2조 [별지 제1호 서식] 등의 각 규정을 종합하면, 정보공개를 청구하는 자가 공공기관에 대해 정보의 사본 또는 출력물의 교부의 방법으로 공개방법을 선택하여 정보공개청구를 한 경우에 공개청구를 받은 공공기관으로서 정보공개법 제8조 제2항에서 규정한 정보의 사본 또는 복제물의 교부를 제한할 수 있는 사유에 해당하지 아니하는 한 정보공개청구자가 선택할 공개방법에 따라 정보를 공개하여야 하므로 그 공개방법을 선택할 재량권이 없다고 할 것이다.”라고 판시하여 공공기관이 정보공개방법의 선택할 재량권이 없음을 재확인하였다.

그리고 정보공개법의 공개대상인 정보에 대하여 재판부는 “원고가 피고에게 이 사건 정보 일체를 사본·출력물 교부의 방법으로 공개하여 줄 것을 청구할 것에 대하여 피고가 정보 그 자체가 아닌 피고가 관리하던 문서 등을 기초로 취합, 정리한 정보를 공개한 것은 정보공개법에서 말하는 정보공개로 볼 수 없다”고 판시하였다.

이는 정보공개법의 공개대상이 되는 정보는 ‘청구권자가 청구한 당해 정보, 즉 원본정보를 공개하여야 한다’는 원칙(원본공개주의)을 최초로 선언하여 그 동안 공공기관이 자의적으로 행하여 오던 취합정보, 가공된 정보를 공개하던 관행이 위법하다는 것을 판시한 점에 그 의의가 크다고 할 것이다.

3) 쟁점 제3. 비공개사유의 자의적 해석 적용 제한과 관련하여

공공기관은 그 동안 구체적 입증을 하지 아니하고, 만연히 정보공개 청구를 한 당해 정보가 정보공개법 제7조 제1항 제2호의 ‘공개될 경우 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 정보’ 또는 같은 항 제3호의 ‘공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안전과 이익을 현저

히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보’에 해당한다고 주장하여 왔다.

그러나 재판부는 “일부 개인신상정보를 포함한 정보라고 하더라도, 정보공개법 제7조 제1항 제6호 단서 다항의 ‘공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구체를 위하여 필요하다고 인정되는 정보’에 해당한다면 그 공개를 거부할 수 없고, 이 사건 정보에 포함된 국회의원이나 국회공무원에 관한 정보는 이 사건 정보들과 관련된 업무 수행 등이 사적인 영역에 속하는 것이라 보기 어려울 뿐만 아니라, 원칙적으로 국가예산의 지원을 받아 이루어진다는 점에 비추어 보아 국민의 대표자인 국회의원의 공적인 임무수행에 대한 국민의 알권리와 국정운영의 투명성 확보라는 공익을 위해 이를 공개할 필요가 있다”는 제1심 법원의 판시사항이 정당하다고 판시하였다.

이는 국회의원 등 공적인 임무에 종사하는 자와 국가의 예산을 지원받아 그 임무를 집행하는 자는 그 지위의 특수성에 기인하여 사인(私人)의 개인 신상정보 공개와 달리 이를 공개하는 것이 타당하다는 것을 확인한 점에서 그 의의가 있다 할 것이다.

1998년 정보공개법의 시행이후 정보공개제도는 개별 시민들 및 시민단체의 노력으로 이제 그 제도가 정착단계에 있는바, 앞으로도 정보공개청구제도가 시민의 권익 향상, 국민의 국정 참여 및 국정의 투명성 확보에 더욱 큰 기여를 하도록 모두 노력을 경주하였으면 한다.



자백의존 수사관행 극복에 기여할 판결

- 검사신문조서 증거능력 판례변경

대법원 전원합의체 2004.12.16.
2002도537 사기 등

이 판결은, 제1심 재판과정에서 검사가 제출한 피의자 아닌 자에 대한 진술조서와 피의자신문조서의 진정성립과 관련하여 원진술인들이 자신들에 대해 검사가 작성한 조서들의 형식적 진정성립은 인정하면서도 공소사실에 부합하는 부분의 기재내용은 자신들의 진술과 달리 기재되었다고 진술하였는데, 이같은 경우 피의자신문조서와 피의자 아닌 자에 대한 진술조서의 증거능력은 인정될 수 없다는 판결이다.

이는 형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립이 추정되는 기존의 대법원 판례를 변경한 것이다.

이러한 판결의 근거로 대법원 재판부는 “검사가 피의자나 피의자 아닌자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이며, 그와 같이 해석하는 것이 우리 형사소송법이 취하고 있는 직접심리주의 및 구두변론주의를 내용으로 하는 공판중심주의의 이념에 부합하는 것이라고 할 것이다”라고 판시하였다.

이러한 판례변경에 대해 검찰은 형사소송법 제312조제1항 단서부분(이른바 ‘특신상태’)에 대한 부분까지 대법원이 언급한 것은 아닌만큼, 검찰이 단서부분에서 언급하는 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’에서 받은 신문조서이라는 점을 입증하면 신문조서를 통한 공판진행에 큰 변화가 없다고 해석하고 있다.

이처럼 일면 검찰의 반론이 나오고 대법원 판례에 대한 해석이 분분해질 만큼 대법원 판결의 한계는 있으나, 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력에 대한 실질적 진정성립의 인정요건의 강화로 검사의 인권침해적 수사의 위험을 배제할 수 있는 계기를 마련했다는 점에서 이 판결의 의미는 작지 않다. 또한 대법원이 공판중심주의를 구현하기위해 과거의 잘못된 판례를 변경하였다는 점에서도 긍정적인 판결이었다.



이런 이유로 걸림돌이었습니다.



환경파괴 사안의 심각성과 특수성을 이해못한 판결 - 새만금사건

서울고등법원 제7특별부 2004. 1. 29. 결정
2003루98 집행정지

■ 대상결정 사건개요

1998.부터 환경시민운동단체가 새만금간척종합개발사업에 대하여 문제를 제기하자, 정부는 민관공동조사단을 구성하였다. 조사단은 14개월간에 걸쳐 환경영향, 경제성, 수질 분야에 걸쳐 조사를 실시한 후 종합의견을 작성하여 2000. 8. 18. 정부에 제출하였다. 이어 국무총리는 2001. 5. 25. 소위 '순차적 개발방안' (만경강과 동진강 유역 개발의 시차를 두는 방안)으로 새만금 사업을 완성함을 골자로 하는 정부조치계획을 발표하며 새만금 사업을 재개하는 결정을 하였다. 이에 사업의 시행지역 주민들과 환경단체 회원, 종교인 및 일반시민들(원고들)은, 2001. 8. 농림부장관의 사업시행인가처분등이 당연무효이며 사업시행 후 변화된 사정(사정변경)을 전혀 고려하지 아니하고 사업을 강행하는 것은 위법이라며 사업시행인가처분등의 무효등을 청구(본안)하였다.

2003. 5.경 새만금살리기 삼보일배 운동으로 새만금 사업에 대한 부정적 여론이 재점화될 조짐을 보이게 되자 사업시행자는 방조제 물막이 공사를 서둘러 시행하게 되었고 이에 원고들은 2003. 6. 본안판결선고 시까지 잠정적으로 공사를 중단하라는 취지로 이 글의 고찰대상인 집행정지신청을 하였다.

■ 대상결정 재판부의 결정요지 및 이유

1) 이 결정의 원심 재판부(서울행정법원 2003아1142 집행정지)

가. 집행정지의 요건

집행정지의 요건으로는 '본안소송의 승소 개연성' 과 '회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있을 것' 및 '공공복리에 증대한 영향을 미칠 우려가 없을 것' 이다.

나. 본안소송의 승소개연성

환경영향평가상의 또는 정부조치계획상의 수질오염방지대책에 의하더라도 새만금 담수호의 수질은 농업용수기준인 4급수를 기술상 충족시킬 수 없거나, 충족시키는 데에 과도한 비용이 요하게 되어 사회통념상 실현불가능한 것이어서 새만금사업 관련처분을 당연 무효로 볼 여지가 있어 본안소송에서 승소하게 될 개연성이 있다.

다. 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있는지

새만금 관련처분들의 효력이 정지되지 아니한 채 본안소송이 진행되는 경우, 방조제가 완성되어 해수의 유입이 차단되는 경우에 단기간 내에 새만금 하구갯벌과 어패류 및 다양한 미생물이 모두 폐사하게 되어 시화호와 같은 죽음의 호수가 예견되는바, 한번 파괴되거나 오염된 환경은 그 회복이 쉽지 않거나, 회복에 많은 비용과 장기간의 시간을 요하게 되는 등 엄청난 손해를 입을 것임을 쉽게 예상할 수 있어 '회복하기 어려운 손해' 가 예상된다.

라. 공공복리에 증대한 영향을 미칠 우려가 있는지

방조제공사를 중단하게 된다면 방조제 토석이 유실될 뿐만

아니라 유실방지 보강공사 등에 비용이 소요될 우려가 없는 것은 아니지만 방조제공사를 완공하게 될 경우 담수호 수질 오염과 갯벌파괴 등으로 인한 환경피해가 심각히 우려되는 이상 그와 같은 부수적인 손실은 방조제공사의 집행정지를 배제할 정도는 아니다.

2) 검토대상결정 재판부(서울고등법원 2003루98 집행정지)

- 가. '회복하기 어려운 손해'가 발생할 우려가 있는지
신청인들은 새만금 방조제가 완성되면 시화호와 같은 죽음의 호수가 예견된다고 주장하고 있을 뿐, 자신들의 환경상의 이익이 구체적으로 어떤 형태로, 어느 정도로 침해되는지에 관한 소명이 부족하다.
- 나. 방조제공사의 집행을 미리 정지하여야 할 만큼 급박한 사정 이 있는지
2호 방조제 개방구간(2.7km)에 대한 물막이 공사가 끝날 때 (2006. 3.)까지는 해수 유통이 계속될 것인 점 등을 고려하면 방조제공사의 집행을 미리 정지하여야 할 만큼 급박한 사정이 있다고 볼 수 없다.
- 다. 집행정지결정으로 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는지
방조제공사가 중단되게 된다면 대규모 국책사업에 관한 국가 정책이 유보됨은 물론 많은 양의 방조제 토석이 유실될 뿐만 아니라 유실방지 보강공사 등에 막대한 비용이 소요될 우려가 있는 점 등을 고려하여 볼 때 집행정지결정으로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다.

■ 결정검토

1) 대상결정의 구체적 검토

- 가. 회복하기 어려운 손해의 존재
2심은 거대한 환경파괴가 구체적으로 어떤 형태로 원고들의

개별적 이익의 침해로 이어지게 될지 알 수 없으므로 손해를 인정할 수 없다고 하였다. 우리는 과학적 불확실성으로 인한 예측의 한계를 인정해야 한다. 환경파괴가 인간 각자에게 어떠한 개별적 영향을 미칠지 알려면 '시간의 경과'가 필요하다. 그런데, 이 때는 이미 불가역적인 환경파괴를 경험한 뒤이다. 2심이 일반사건처럼 개별·구체적 이익침해를 분명하게 제시하라고 요구하는 것은 환경사안의 특수성을 전혀 고려하지 아니한 것이다.

나. 급박한 사정의 존재

2심은 2006.3.까지는 해수유통이 될 것이므로 급박한 사정이 없다고 하였는 바, 이는 사건을 지나치게 근시안적으로 본 것이다. 약 92% 방조제가 완성된 당시 2006. 3.까지 해수유통이 되더라도 기성질서는 계속 구축되어 나가는 데, 새만금사업 규모의 거대성, 영향범위의 광범성, 환경파괴의 불가역성 등을 고려한다면 급박한 사정을 충분히 인정할 수 있다. 95%가 완성되면 또는 99%가 완성되면 급박한 사정이 있다고 인정할 것인가.

다. 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려의 부존재

방조제공사가 중단되면 일부 토석의 유실등으로 인하여 국부적인 피해가 있을 수 있다. 그러나 이것은 방조제 완공으로 인한 하구갯벌의 파괴 및 수질오염 등에 비추어 보면 너무나 미미한 손해이다. 이익형량에 실패한 사례로 볼 수 있다.

2) 결론

2심에 대해 기존 법리에 충실하였다는 평가도 가능하겠다. 그러나 우리가 추구하는 가치는 공공복리의 유지, 증진이다. 사회공동체의 공동자산에 돌이킬 수 없는 악영향을 가져올 수 있는 행위의 판단과 통제에 있어서는 법리를 너그럽게(신축적으로) 운영해도 좋을 것이다. 법의 정수는 법리의 엄수가 아니라 구체적 사안의 정의로운 해결에 있기 때문이다.



형식적이고 무리한 법률해석으로 경제정의 실현에 역행한 판결-삼성전자전환사채 사건

대법원 제3부 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 전환사채발행무효사건

■ 대상판결 사건개요

1997년 3월 24일 삼성전자가 발행하여 삼성그룹 회장의 장남 이재용 등이 인수한 전환사채의 발행의 무효를 청구한 사건의 상고심

■ 대상판결 재판부의 판결요지 및 이유

대상판결 재판부의 대법관들은 원고가 제기한 상고이유인 ‘전환사채 발행 무효원인의 판단방법에 관한 법리오해 주장’, ‘피고 회사 정관의 효력 등에 관한 법리오해 주장’ 등에 대해 이유없다고 보고 해당 전환사채의 발행을 무효로 해달라는 원고의 청구를 기각하였다.

특히 대법원은 원고측의 상고이유인 ‘이사회 결의에 흠이 있는 전환사채 발행의 효력에 관한 법리오해 주장’에 대해서는 살펴볼 필요가 없다고 하였는데, 대법원은 “상법 제429조(신주발행무효의 소)는 신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 신주발행에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것이므로, 새로운 무효사유를 출소시간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하고, 한편, 상법 제429조의 유추적용에 의하여 전환사채발행무효의 소가 인정됨은 앞서 본 바와 같으므로, 전환사채발행무효의 소에 있어서도 전환사채를 발행한 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다. 기록에 의하면, 원고는 1997.3.24.발행된 이 사건 전환사채에 관하여 같은 해 6.24. 이 사건 소를 제기한 후 1998.4.16.자 항소이유서에서 비로소 이 사건 전환사채의 발행을 위한 이사회 결의에 흠이 있다는 주장을 새로 추가하였음이 분명하며, 이처럼 전환사채발행무효의 소의 출소기간이 경과한 후에 새로운 무효사유를 추가하여 주장하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. (중략)이 부분 상고이유는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.”고 판시하였다.

■ 판결검토

원고측은 이 사건 전환사채 발행을 결의한 이사회 의사정족수는 30명인데, 이 이사회에 참석한 것으로 회의록에 기재되어 있는 32명의 이사 중 4명은 당시 해외체류 중이었으므로, 이 이사회는 정족수 미달로 불성립되는 것이라 주장했다. 원고측은 애초 이러한 내용을 1심 소송 제기시점인 97년 6월 24일에서는 알지 못했으며, 1심 종결이후 그러한 사실을 알게 되어 항소심에서부터 ‘이사회결의의 하자’를 무효사유로 추가하였다. 피고측은 1심 소송 진행 중 전환사채발행이 ‘이사회 결의’를 거쳐 적법하다는 태도로 일관했으나, 원고측은 장기간에 걸친 이사들 개개인의 출입국 기록을 조사한 이후에야 그러한 주장이 허위임을 밝혀냈다.

이와 관련하여 항소심 재판부는 전환사채 발행무효의 소의 출소기간이 경과한 후에도 새로운 무효사유를 추가하여 주장하는 것은

허용되나, 이사회 결의에 중대한 하자가 있거나 결의가 부존재한다고 하더라도 이러한 사정만으로는 그 전환사채 발행이 무효라고 볼 수 없다고 판결하였다.

하지만 상고심 재판부인 대법원은 앞서 본 바와 같이 이사회 결의가 없었다고 하는 무효사유 주장이 제기된 시점을 출소기간과 연관지어 살펴보면, 원고측의 상고이유를 살펴볼 필요도 없는 주장이라 일축하였다.

하지만 신주발행무효소송과 같은 형성의 소에 있어서의 소송물은 “청구취지에 표시된 법률관계의 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장 내지 판결을 통한 법률관계의 형성의 요구”이며, 개개의 형성원인의 주장은 공격방법 이상의 의미가 없다는 것이 일반적인 견해이다. 따라서, 제척기간은 ‘신주발행의 무효라는 법률관계의 형성’에 대하여 적용될 것이지, 공격방어방법에 불과한 개개의 무효사유에 대하여는 적용되지 아니한다고 보는 것이 타당하다.

재판부 역시 동일한 관점에서 “전환사채의 발행에 무효원인이 있다는 것이 전체로서 하나의 청구원인”이 된다고 전제하면서도, “전환사채의 발행을 무효라고 볼 것인지 여부를 판단함에 있어서는 구체적인 무효원인에 개재된 여러 위법 요소가 종합적으로 고려될 것이라”고 설시하면서도 단순한 공격방어방법에 불과한 “이사회 결의의 흠결”에 관한 주장이 제척기간을 경과한 것이어서 판단의 대상이 되지 아니하는 것으로 판시하였다. 이러한 재판부의 판단 방식은 신주발행무효소송의 소송물에 대한 전제 판단이 법리적으로 타당한 것이냐를 떠나 일관성없는 자기모순적 판단이라 할 것이다.

그리고 대법원이 출소기간에 대한 제한을 무효사유제시 기간의 제한으로 해석하여 무효사유를 추가하는 것을 전면적으로 금지하는 것은, 출소기간을 지나서 무효사유를 추가하는 원고측의 행위가 합리적인 이유가 있는 것인지 아닌지에 대한 판단을 하지 않고 상법 제429조를 확장 해석하는 것으로 불합리하다.

만약 대법원의 판단대로 제척기간을 무차별적으로 적용한다면, 증거의 수집 및 입증 과정상 일반적으로 불리한 지위에 있는 원고측이 출소기간 내에 소를 제기한 후 불가피한 이유로 무효사유를 추가한 경우 그와 같이 추가된 무효 사유에 대하여 판단 자체가 이루어지지 아니할 것이므로, 발행회사는 단독으로 또는 인수자측과 공모하여 공공연히 주식이나 주식관련 사채의 발행 과정상의 중대한 하자나 위법행위를 적극적으로 은폐하고자 할 것이어서(이 사건 역시 발행회사는 발행과정에서 하자가 없다고 공공연히 주장하였음), 결과적으로 발행회사의 위법행위를 조장하고 증거제시제도나 입증책임의 전환제도 등이 도입되지 아니하여 증거의 수집 및 입증 과정의 불평등한 지위를 더욱 공고히 할 것이라는 점에서, 실제적 사실과 괴리된 형식적인 법률해석이 될 것이다.

특히 이 사건에 있어서는, 피고회사가 제1심 재판과정동안 일관되게 이사회 결의에 있어서 정족수, 소집절차등의 합법성을 주장해 왔었던 것인데 항소과정에서 원고측이 이 부분 관련 피고회사의 주장을 뒤엎을 증거를 확보하면서 무효사유로 추가되었던 사정이 있었음을 생각한다면, 대법원의 논리는 피고회사가 제1심 재판과정에서 재판부를 기망한 행위 자체를 제재하기는커녕 오히려 정당화하고 조장하는 결과로 된다는 문제가 있다.



‘양심의 자유’를 부차적인 것으로 전락 시킨 판결 - 양심적병역거부자 유죄판결

대법원 전원합의회 2004. 7. 15. 선고
2004도2965 병역법위반

■ 대상판결 사건개요

종교적인 신념을 이유로 병역을 거부한 자를 병역법 88조 1항에 규정한 정당한 사유없이 병역의무를 기피한 것으로 보아 기소된 상고심

■ 대상판결 재판부의 판결요지 및 이유

대법원 전원합의회는 이강국 대법관만 제외하고 종교적 신념을 이유로 병역을 거부하는 것은 병역법 88조 1항에서 규정한 정당한 사유에 해당하지 않는다고 보고, 기소된 피고인에 대해 유죄선고하였다.

대법원 판결에 나타난 다수의견의 논리구조는 다음과 같이 정리된다. 양심적 병역거부자들의 행위는 헌법상 양심의 자유, 종교의 자유, 인간으로서 존엄과 가치를 입각해서 옹호될 수 없으며, 나아가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제18조(사상 양심 종교의 자유)로부터 양심적 병역거부권과 같은 권리는 추론되지 않으며, 병역법에 대체복무제도를 도입하지 않고 병역거부자를 처벌하도록 규정한 것은 입법자의 재량사항에 속하므로 비례원칙이나 과잉금지원칙 그리고 종교간의 차별금지 원칙에도 위배되지 않는다는 것이다.

■ 판결검토

대법원 판결이유에서 문제되는 부분이 많으나, 지면상 한계로 대법원 판결에서 정당한 사유와 관련한 위법성판단(違法性判斷)과 관련하여 국내법상의 문제와 국제법상의 문제를 나누어 검토한다.

1) 국내법상의 고려

① 법원은 양심적 병역거부행위가 병역법 제88조가 말하는 “정당한 사유”에 해당하는지를 검토하였다. 법원은 i)병역법 차원에서 발전해온 정당화사유, ii)헌법이나 여타 법률에 의하여 지지될만한 정당한 사유를 거론하면서 이 두 가지 유형이 병역법 제88조의 정당한 사유에 해당할 수 있다고 판단하였다. 그러나 대법원은 양심적 병역거부는 어느 경우에도 제 88조의 정당한 사유에 해당하지 않는다고 결정하였다. 반면에 잘 알다시피 지난 5월 21일 다른 사건에서 서울남부지방법원 이정렬 판사는 전통적인 견해에서 벗어나 양심적 병역거부를 병역법 제88조의 정당한 사유에 해당한다고 하였다.

② 대법원은 양심의 자유를 국가안보나 공공복리를 위해서 제

한할 수 있는 ‘상대적 자유’라고 규정하였다. 인간의 삶이 사회적 차원을 갖고 있는 한에서 자유는 언제나 상대적이다. 자유가 상대적이라는 것은 여타 자유나 공익과 비교형량해서 그 보호범위가 결정되어야 한다는 것을 의미한다.

그러나 대법원(다수의견)이 말하는 상대적 자유는 국가안보 앞에서는 무제한적으로 제한되어야 한다는 의미에서 상대적이다. 그래서 권위주의적 세계관 아래서 상대적인 것으로 규정된 자유는 필사적으로 자유가 아니게 된다.

③ 인간으로서 존엄과 가치는 양심의 자유를 더 높은 차원에서 지지해주는 자유주의의 최상급 가치개념이다. 자유주의를 경험하지 못하는 사회에서는 이 개념은 이해받지 못한다. 그 현상이 이번 판결에도 그대로 나타났다.

법원은 ‘인간으로서 존엄과 가치’를 압도하기 위하여 ‘국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치’라는 용어를 구사하였다. 즉 국민 전체의 인간으로서 존엄과 가치를 지키기 위하여 개인의 인간으로서 존엄과 가치를 제한 또는 희생할 수 있다는 논법이다. 그러나 ‘인간으로서 존엄과 가치’는 언제나 개별적이고 분리적인 방식으로만 사용된다. 한 사람인가 두 사람인가 국민전체인가에 따라 인간으로서 존엄과 가치의 가격이 달라지는 것이 아니다. 국민전체의 인간으로서의 존엄과 가치라는 표현을 통해 법원이 얼마나 전체주의적인 사조에 물들어 있는지를 잘 알 수 있다.

④ 다수의견은 대체복무제도를 도입하지 않는 병역법이 헌법에 위반되지 않는다는 전제에서 출발하였다. 입법자가 헌법상 국방의무조항을 입법으로 반영하는 데에 광범위한 재량권을 가지고 있으므로, 대체복무제를 도입하지 않고, 또 병역거부자들을 형벌로 다스리는 것이 비례원칙이나 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 한다.

병역거부자들의 양심의 자유와 병역의무 간에는 본질적으로 화해가 불가능한 충돌이 존재한다. 국가는 자기보호를 위해서 병역의무를 부과하는 것도 불가피한 일이라고 할 수 있다. 따라서 병역거부자와 국가권력간의 충돌은 피할 수 없다. 그러나 이러한 충돌을 회피할 의무는 국가에게 있다. 물론 대안적 제도가 마련되어 있지 않는 상황에서 양심적 병역거부자는 마땅히 무죄가 되어야 한다. 대안적 제도(대체복무제)가 없기 때문에 유죄판결이 불가피하다는 것은 자유권의 본질을 망각한 것이다.

나아가 우리 병역제도는 일종의 정원제를 운영하고 있기 때문에 실제 입대인원의 20%정도가 기능요원, 전문요원, 공익근무 등으로 비군사적인 영역에서 종사하고 있다. 이 중의

일부를 손질해서 적정수준의 대체복무제도를 능히 운영할 수 있는데 입법자는 이를 무시, 방치하고 있어 재량권 남용에 해당한다고 판단된다. 그런데도 법원은 안보 주변정세만을 반복하고 있다.

2) 국제법상의 고려

대법원은 우리정부가 가입한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR 자유권규약) 제18조를 언급하였다. 법원은 동 조항이 우리헌법 제19조, 제20조와 자구상 같다고 전제하고, 우리 헌법 제19조와 제20조로부터 양심적 병역거부권이 추론되지 않는 것과 마찬가지로 당연히 국제인권규약으로부터 병역거부권이 인정되지 않는다는 견해를 취했다.

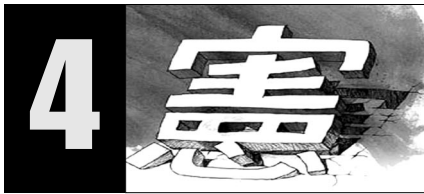
문제가 되는 자유권규약은 바로 헌법에 의하여 체결 공포된 조약으로서 국내에서 효력을 발생한다. 문제는 동조약 해석을 누가 어떻게 하는지에 있다. 만약 특정한 정부가 인권규약을 그 제정취지나 발전방향에 어긋나게 악마가 성서보듯 해석하거나 자국의 실정에 맞추어 유야무야로 만들어버린다면 규약의 법적 의미는 완전히 상실다.

이번 판결에서 나타나듯이 대법원은 국제인권법을 소 담보듯한

다. 국제인권규약이나 국내법규정이거나 어차피 동일한 문구를 사용하고 있으니 국내적으로 확립된 관행을 국제인권규약의 해석론으로서 무작정 따르자는 것이다. 헌법 제6조 제1항에 따라 국제조약은 국내법으로서 효력을 지니므로 이 조약은 당연히 법률심으로서 대법원이 싫든 좋든 진지하게 논증해야 할 법률문제이다. 그러나 다수의견은 그러한 헌법규정에 맞게 법률심으로서 이성적 논증자세를 취하고 있지 않다.

유엔인권위원회나 인권이사회는 여러 차례 병역거부자들을 처벌하지 말 것을 선언하고 적절한 대체복무제를 도입할 것을 촉구하였고, 자유권규약(ICCPR) 제18조(사상 양심 종교의 자유)는 양심적 병역거부권의 근거조항이라고 선언하였다. 자유권규약은 법적 구속력이 있지만 유엔인권위원회나 인권이사회는 일반논평과 권고는 법적 구속력이 없다는 전통적인 견해에 따르면, 양심적 병역거부권의 마그나 카르타로 지칭되는 유엔인권위원회 77호 결의(1998년)에 대해서는 대법원 정도라면 최소한 이성적 논증의무를 지는 것이 아닌가?

법원은 이성적인 논증의 자리에서 권력만을 행사하였다. 우리나라 사법부가 국제인권규범을 가지고 국내법의 효력을 진지하게 저울질해보는 판결은 거의 없었다는 점도 지적할 수 있다.



인권에 대한 보수적 태도를 유지하고 판결의 외피를 쓴 정치적 선언 - 국가보안법7조항 합헌 결정

헌법재판소 전원재판부 2004. 8. 26. 결정
2003헌바85·102(병합) 국가보안법 제7조 제1항 위헌소원(합헌결정)

■ 대상결정 사건개요

이 사건은 2003. 7. 11. 체포된 건국대학교 두 학생에 대한 국가보안법 위반(고무, 찬양, 이적표현물 제작, 소지, 배포) 사건의 위헌 소원 사건이다. 이들에게 적용된 혐의는 학내에서 제작한 교양자료집들, 그리고 온라인 커뮤니티 등에 게시한 글을 통해 반국가단체인 북한의 사상을 찬양·고무하고 <맑스주의의 긴장과 단층들>, <공산당 선언>, <신좌파의 상상력> 등의 이적표현물을 소지하였다는 것이었다 (당해 사건 : 서울중앙지방법원 2003고단7098, 2003고단7097). 형사 재판 과정에서 피고인들의 변호인은 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 대한 위헌제청신청을 하였으나, 재판부는 이를 기각하였고, 이에 2003. 12. 1.에 각 헌법소원심판을 청구하였고, 이 결정은 이와 같이 위헌제청신청 기각 이후의 헌법소원심판(소위 '법률 헌법소원')에 대한 헌법재판소 전원재판부의 판단이다.

■ 대상결정 재판부의 결정 요지와 이유

가. 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하여, 위 헌법소원 심판 청구를 기각하였다.

나. 청구인들이 위 조항의 위헌이라고 주장한 것은, ① 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 및 사상·양심의 자유를 규정한 제19조에 위반되고, ② 표현행위를 처벌하기 위해 필요한 '명백하고도 현존하는 위협' 요건을 갖추지 못하여 언론출판학문예술의 자유(제21조, 제22조)를 침해하고 있으며, ③ 법문의 용어가 지나치게 불명확하고 광범위하며 추상적임으로 죄형법정주의에 위배되고, ④ 실제 '백지형법'의 역할을 하고 있으며, 법원은 이적표현물의 제작·소지 등이 입증되면 바로 '국가변란을 선전·선동할 목적'이 있는 것으로 사실상 추정하고 있어 무죄추정의 원칙(제27조 제4항)

에 위반되며, ⑤ 개인이 자신의 생각을 관념 속에 두는 것과 같이 아무런 위험성이 없는 이적표현물의 '소지' 행위에 7년 이하의 징역형에 처하도록 하는 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위반되고, ⑥ 남북정상회담을 비롯한 남북의 정치, 경제, 문화적 교류의 증대를 비롯한 남북관계의 변화와 발전에 따른 남북관계 변화를 고려할 때, 북한을 반국가단체로 규정하는 것은 헌법상 평화통일과 국제법 존중 원칙에도 반한다는 것이었다.

다. 이러한 주장에 대하여 헌법재판소는, 종래 여러 차례 합헌 결정에서 실시한 결정 이유를 길게 인용한 다음, “위 결정의 판시 이유는 이 사건 심판에서도 그대로 타당하고 위 결정의 선고 이후에 그 판단을 변경할 만한 사정변경이 있다고 볼 수도 없다”는 이유로 종전 견해를 그대로 유지하였다. 현재가 되풀이한 합헌 판정 이유, ① 제7조 제1항에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 주관적 구성요건을 추가하였으므로 이를 합법적, 합리적으로 해석한다면 개념의 불명확성은 제거될 수 있어 죄형법정주의에 반하지 않고, ② 형법상의 내란죄 등 규정과는 별도로 그 독자적 존재의의가 있는 것이어서 표현의 자유에 대한 필요최소한도의 제한원칙에 반하는 것이 아니며, ③ 구성요건을 판단하면서 객관적 사실관계에 기초하여 주관적 구성요건을 인정하는 것은 무죄추정의 원칙과 아무런 관련이 없고, ④ 일정한 목적을 가진 소지행위는 그 표현물의 이적내용에 대한 전파가능성을 배제하기 어렵고 소지행위 자체도 역시 제작·수입행위 등과 같이 국가의 존립·안전에 대한 위험성이 있으므로, 양심 또는 사상의 자유를 본질적으로 침해하는 것은 아니라는 것이다.

■ 결정검토

가. 양심·사상과 표현의 자유 제한 법리의 왜곡

이 사건 결정의 가장 큰 문제는, 기본권을 심각하게 제한해 온 법률의 위헌 여부를 판단함에 있어서, 자유롭게 양심·사상을 형성하고 표현할 수 있는 자유의 중요성을 고려하지 않고, 국가안보에 대한 위험성을 구체적으로 설명하지도 못하면서, 만연히 합헌성을 인정하고 있다는 점이다.

본디 헌법 법리상 정신적 기본권 - 사상·양심의 자유와 표현의 자유를 제한하는 법률은, 재산권 같은 경제적 기본권을 제한하는 법률과 달리 그 위헌성을 엄격하게 심사하여야 한다. 따라서 법령의 규정을 명확해야 하며 “막연히 규정하면 위헌”이고, 그 자유를 허용함으로써 초래될 위험이 “누가 보아도 명백하며 시간적으로 긴박해야 한다”.

그런데 찬양·고무죄는 폭력 활동과 연계되지 않았음에도 특정 이념 그 자체를 배척하여, 개인의 자유로운 사상·양심의 선택과 유지 그리고 비폭력적 표현을 허용하지 않음으로써, 헌

법상 사상·양심의 자유를 심각하게 침해하게 된다. 이는 결국 개인의 인격형성에 있어서 근간을 이루는 기본권을 침해함으로써 결과적으로 헌법의 핵심가치인 인간의 존엄성을 침해하며, 서로 대립관계가 아닌 인간의 존엄성과 국가안보를 대립·상충되는 것으로 만들면서 국가안보가 우선하는 것처럼 하여 헌법의 근본가치를 부정하게 되는 것이다.

따라서 이를 제한하는 법률이 합헌이라고 하기 위해서는, 처벌 대상이 되는 행위의 명백한 위험성과 함께, 이 법이 양심·사상·표현의 자유를 어떻게 침해하지 않을 수 있는지를 구체적으로 밝혀야 했다. 기본권은, 그것을 제한하려는 자가 그 이유를 “명백하고 현존하게” 밝혀야 하기 때문이다.

나. 합헌적 운용 가능성에 대한 근거 없는 낙관

이 사건 합헌 결정의 많은 부분은, “이를 합법적(특히 이 법의 입법목적을 규정한 법 제1조 제1항과 그 해석준칙을 규정한 같은 조 제2항의 규정취지에 따라), 합리적으로 해석한다면 개념의 불명확성은 제거될 수 있다 …현행법은 제2조 「반국가단체」의 정의규정에서 이 법의 적용대상이 되는 반국가단체의 범위를 축소하였고, 나아가 제1조 제2항에서 「이 법을 해석 적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대 해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다」고 규정함으로써 법집행자의 합헌적인 법해석과 적용을 이끌어 내는데 중대한 역할을 할 수 있도록 하였다 … 이 주관적 구성요건을 우리 재판소의 위 견해와 같이 제한 해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거… 된 이상 이들 조항도 그 구법규정이 띠고 있던 위헌성은 제거된 것”이고 하면서, 합헌적 적용의 가능성을 낙관하고 있다.

그러나 이 조항은 기본적으로 처벌의 대상으로 삼고 있는 행위 자체가 정신적 기본권의 본질과 조화될 수 없는 것이기 때문에, 그 위헌성은 이와 같이 실효성 없는 문구 몇 줄이 들어갔다는 것만으로 제거되는 것이 아니다. 그리고 무엇보다 실제로 이 문구가 삽입된 이후에도 그러한 위헌적 적용 사례는 전혀 줄지 않았고, 그 가장 현저한 예 중의 하나가, 바로 누구나 쉽게 접할 수 있는 사회과학 서적 소지만으로 대학생들을 잡아 가둔 이 사건의 당해 사건이었다. 따라서 구체적인 근거도 없는 ‘합헌적 운용의 가능성’을 지나치게 과신하여 정신적 자유 침해 위험을 너무나도 쉽게 부정해 버린 이 사건 결정은, 위헌 심사의 원칙에도 맞지 않는다고 할 것이다.

다. 이 사건의 의의

당초 이 사건의 위헌심판 사건이 주목을 받게 된 것은, 이 사건이 친북 인사나 통일 운동 단체들에 대한 소위 ‘조직 사건’이 아니라, 친북 성향과는 거리가 있는 대학생들의, 단순한 찬양·고무 및 이적표현물 소지 사건이었기 때문이다. 그리고 국가보안법 제7조 제1항, 제5항은 그동안 국가보안법 규정 중 가

장 문제 있고 남용되고 있는 조항으로 지적되어 왔던 조항이다. 무엇보다 이 결정이 선고된 2004. 8. 26. 은 바로 사흘 전인 2004. 8. 23. 국가인권위원회에서 “국회의장과 법무부장관에게 국가보안법을 폐지할 것을 권고한다”는 결정이 나온 바로 직후였던 터였다. 그런데 헌법재판소 재판관 전원은 과거 결정들의 판시 내용을 그대로 인용하면서, “변한 것은 아무 것도 없다”고 선언하였고, 이에 더하여 당일 결정 내용을 발표한 보도 자료에서는 “최근 논의되고 있는 국가보안법의 개정 또

는 폐지와 관련하여 위 결정들 이후 약 2년의 시간이 흐른 현 시점에서도 국가보안법 자체에 위헌적인 요소가 있는 것은 아니라고 판단하면서 재판부가 종전의 합헌입장을 재확인한 것... 향후 입법부가 위와 같은 헌법재판소의 결정과 국민의 의사를 수렴하여 입법과정에 반영하는 것이 필요하다고 할 것”이라는 문구를 덧붙임으로써, 이후 국가보안법 존치론의 주요한 법리적 논거를 제공하였다.



여성장애인을 ‘보호불능’ 상태로 만든 판결 - 여성장애인 성폭행사건

부산고등법원 제2형사부 2004. 9. 15. 선고
2004노425(파기환송심) 성폭력범죄처벌법위반(장애인준간강등)

■ 대상판결 사건개요

대상판결의 피해자는 7~8세 정도의 지능이 있는 정신지체장애 1급인 정신장애자로 평소 마을 어귀에 있는 요트 경기장 등을 돌아다니며 시간을 보내왔다. 피해자는 평소 겁이 많아 누가 큰 소리를 치면 겁을 먹고 시키는 대로 해왔으며, 피고인은 이러한 피해자의 상태를 잘 알고 있는 자였다.

피고인은 범행 당일 피해자의 집으로 가서 피해자에게 집밖으로 나오라고 하였고, 피해자는 만일 나가지 않는다고 하면 경찰차가 와서 잡아갈 것 같아 안나갈 수 없어 집 밖으로 나가게 되었다. 피고인은 이러한 피해자를 마을회관 이장 집무실로 데리고 가 옷을 벗으라고 한 후 벗지 않으려는 피해자의 얼굴을 손바닥으로 때려 겁을 주는 방법으로 피해자의 옷을 벗게 하여 피해자를 1회 간음 하였고, 이후 피해자에게 아버지에게 이르면 때려준다고 하며 위협하였다.

■ 대상판결 재판부의 판결요지 및 이유

대상판결 재판부는 위 사건에 대하여, 위 피해자가 범행 당시 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었던 것은 아니었다고 판단하며 피고인에 대하여 유죄를 인정한 원심판결을 깨고 무죄를 선고하였다.

재판부는, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 성폭력특별법) 제8조에서의 항거불능의 상태라 함은 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미하며, “위 법률 제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야 하고 이러한 요건은 형법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야” 한다고 하면서, “이 사건 당시 피해자에게 정신상의 장애가 있기는 하였으나 그로 인하여 성적인 자기 방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었던 것은 아니”었다는 이유로 피고인의 행위가 성폭력특별법상의 장애인에대한간음죄에 해당되지 않는다고 판시하였다.

■ 판결검토

위 판결은 두 가지의 점에 있어 문제점을 갖는다. 첫째는 장애인 간음죄에 규정된 ‘장애로 인하여 항거불능인 상태’를 지나치게 엄격하게 해석하여 정신지체 장애인에 대한 강간죄의 성립을 거의 불가능하게 하고 있다는 점, 둘째 재판부가 인정한 사실에 따르면 7~8세 정도에 불과한 지능을 가진 정신지체 장애상태 자체만으로도 항거불능의 상태임에도 이를 인정하지 않는 것은 부당하다는 것이다.

가. 장애인간음죄에 있어 '정신적, 신체적 장애로 인하여 항거불능인 상태'

① 강간죄의 유형력의 정도

우리 대법원은 위 규정의 의미를 대상 판결과 마찬가지로 '반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우'를 의미한다고 하며 엄격하게 해석하고 있으며, 그 근거로 형법 제302조에서 미성년자 및 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로 간음한 자에 대한 처벌은 따로 규정하고 있다는 점을 들고 있다(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도5322 등). 이러한 법원의 판단은 강간죄에 있어 폭행과 협박의 정도를 최혐의로 파악하여, 피해자의 반항이 불가능하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행, 협박이 있었던 경우에만 강간죄를 인정하고 있는 태도와 맥을 같이 하는 것이다.

그러나, 위와 같은 판단 기준은 강간죄에 관한 성립여부를 가해자가 아닌 피해자의 저항정도에 맞추므로써, 강간죄에 대한 재판과정에서 가해자가 폭력을 행사하였는가 아닌 피해자가 얼마나 저항을 하였는가 여부가 쟁점으로 취급되어지게 된다. 이로 인하여 피해자는 재판과정에서 자신이 얼마나 강하게 저항하여야 했는지를 입증해야 하는 부담을 안게 되고 그 결과 재판이 강간의 피해자에게 자기방어에 소홀한 책임을 전가하는 결과를 낳게 하여 결국 이중의 피해를 입게 하고 있다¹⁾. 결국 법원의 강간에 있어 폭행, 협박에 대한 판단기준은 피해여성으로 하여금 정조를 지키기 위해 죽음을 불사하라는 봉건적인 요구를 하고 있는 것에 다름 아닌 것이다.

참고로 최근 대법원과 서울북부지방법원에서 각기 강간의 유형력에 관한 판단기준을 완화한 듯한 판결이 나와 눈길을 끈다. 대법원은 19세인 미군여성을 강간한 택시기사에 대한 사건에서, 피고인이 성교행위 당시 행한 유형력의 행사가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것은 아니라는 이유로 무죄를 선고한 원심을 파기하는 선고를 한 바 있다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164). 물론 대법원이 기존의 반항요건에 관한 입장을 변경한 것은 아니나, 가해자의 성교행위 당시 피해자의 반항정도가 아닌 구체적인 피해자의 제반사정을 고려하여 유형력 행사의 정도를 판단한 것은 진일보한 것으로 평가된다.

또한 서울북부지법은 '강간죄를 구성하는 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있었는가를 판단함에 있어서 현실적으로 표출된 가해자의 폭행·협박의 정도만을 기준으로 판단할 것일 아니라 당시 정황에서 피해자가 가해자의 폭행·협박에 대하여 저항할 경우 더 강한 폭행이 초래될 것으로 예상하였고 당시 정황에 비추어 피해자의 예상에 상당한 이유가 있었는가를 기준으로 판단하여

야 하며, 실제 사건에서 피해자가 가해자의 폭행·협박에 대하여 적극적인 저항이 더 강한 폭행을 초래할 뿐 강간의 피해를 막을 수는 없겠다고 판단하여 적극적인 저항을 포기하였고 그 판단에 상당한 이유가 있었다면 강한 폭행·협박이 실제로는 표출되지 않았다고 하더라도 강간죄를 구성하는 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박에 해당한다'고 하며 피고인에 대하여 강간죄의 성립을 인정하였다.

비록 위 판결이 하급심 판결이고 그동안의 법원의 태도에 비추어 볼 때 상급심 법원에서 파기될 가능성이 매우 높긴 하지만, 강간죄의 성립과 관련하여 폭행, 협박의 정도를 완화하려는 시도는 계속되어야 할 것으로 보인다. 그리고 궁극적으로는 법원이 폭행 또는 협박에 대한 여성의 반항여하에 따라 강간죄의 성립여부를 연계시키는 관점을 포기하고, 피해자의 진지한 거부의 의사표시가 있었음에도 불구하고 폭행, 협박을 통하여 간음행위를 하면 반드시 여성의 반항을 억압 혹은 곤란하게 할 정도의 것이 아니더라도 강간죄의 성립을 인정하여야 할 것이며, 이것이 강간죄의 보호법익이 성적자기결정권이라는 점에도 부합하는 것이며²⁾, 항거불능의 폭행, 협박에 이르지 않은 폭행, 협박에 대한 처벌공백문제를 해결하는 길이다.

② 장애인 성폭력의 특수성

성폭력 피해자들은 피해자와 가해자의 관계, 피해유형, 가해자의 유인하는 방법, 피해의 빈도 등에 영향을 받아 성폭력 피해를 인식하게 되나, 장애인 피해자의 경우 평소 잘 아는 관계인 가해자가(장애인 성폭력의 대부분은 본 사건과 같이 평소 알고 있던 자에 의해 발생되고 있다), 먹을 것 등을 보상으로 제공하며 접근하거나, 친분관계를 이용하여 피해자에게 접근하는 경우에 상당수가 성폭력에 대하여 인지하지 못하고 있거나 성폭력이 인권을 유린하는 범죄 행위라는 것을 인식하지 못하고 있다. 특히 본건과 같은 정신지체 장애인의 경우에는, 성폭력 피해를 당하고도 그것이 무엇인지조차 알지 못하는 경우가 많고 심지어 사랑의 표현으로 알고 있는 경우조차도 있을 정도이다³⁾.

이러한 장애인의 특성에 비추어 보면, 장애인의 경우 신체장애 내지 정신장애가 있다는 것 자체가 이미 항거불능상태이므로, 가해자가 피해자의 장애를 이용하여 간음을 한 것이라면 위 규정의 항거불능의 의미는 오히려 강간죄에서 요구하는 항거불능에 비하여 완화하여 해석하여야 할 것이다. 입법론상으로는 위 규정에서 항거불능 상태를 삭제하고 장애를 이용하여 피해자의 의사에 반해서 한 간음행위를 처벌하는 것으로 개정할 필요가 있다.

대법원은 장애인간음죄가 위계, 위력에 의한 미성년자와 심신

1) 박상기, '강간죄의 폭행, 협박의 정도', 판례월보 105호, 판례월보사, 1991. 5.

2) 위 박상기 논문

3) 조옥, '여성장애인의 인권현황과 정책적 대안 - 성폭력을 중심으로 -'

미약자에 대한 간음죄보다 법정형이 높다는 점에 착안하여 장애인간음죄의 ‘항거불능 상태’를 엄격하게 해석하고 있는 듯하나, 장애인이 그 장애로 인하여 성폭력에 항거할 수 없음을 알고 이를 이용하여 간음행위를 하는 것은 폭행, 협박을 동원하여 간음하는 것에 비할 정도로 가벌성이 높으며 특히 어느 정도 지적인 능력이 있는 13세 이상 미성년자에 대하여 위계, 위력으로 간음한 경우보다 명백히 가벌성이 높은 행위이다. 특히 기존의 형법으로는 장애인에 대한 성폭력을 충분히 규율할 수 없다는 고려하여 성폭력특별법에 장애인간음죄를 두게 된 것인 만큼, 이를 형법의 규정보다 엄격하게 해석하는 것은 입법취지에도 부합하지 않는 것이다.

나. 위 사건에서 있어서 ‘항거불능 상태’에 관한 인정여부

형법 제305조는 13세 미만의 부녀를 간음한 자에 대하여는 폭행, 협박 및 위계, 위력의 유무와 관계없이 심지어 피해자의 의사에 반하는지 여부와도 관계없이 강간죄로 처벌하고 있다(대법원 1975.5.13. 선고 75도855 판결 등). 즉, 위계, 위력을 이용하여 간음한 경우에 처벌을 하는 미성년자간음죄와 비교

하여 보면, 13세 미만 미성년자의 경우 간음행위의 의미 자체를 제대로 파악하지 못할 정도의 지적 능력을 갖는다고 판단하여 특별히 보호하고 있는 것이다.

이 사안의 경우 재판부가 인정한 사실에 의하여도 피해자의 지능은 7~8세 정도에 불과하다는 것인데, 13세 미만 미성년자에 대한 간음을 강간죄로 처벌하는 것에 비교하면 7~8세 정도에 불과한 지능을 가진 정신지체 장애인이 가해자의 간음행위에 대한 의미를 분명히 알고 이에 대한 자기 방어를 하는 것을 기대할 수는 없다고 할 것이다. 또한 재판부의 입장에 의하게 된다면 정신지체 장애인에 대하여 장애를 이용하여 간음한 경우, 강간죄에서 요구하는 정도의 폭행, 협박이 있는 경우가 아니라면 처벌하기 어렵게 될 것이다.

따라서 본 재판부가 7~8세 정도되는 지능밖에 없는 피해자에게 때려주겠다는 등의 방법으로 위협하여 간음한 것을 항거불능상태에 있지 아니하다고 판단한 것은, 장애인 특성을 제대로 파악하지 못한 잘못된 판단이라 할 것이다.



대법원이 경제정의 실현에 소극적임을 재확인시킨 판결 - 이종대표소송 불인정 사건

대법원 제1부 2004. 9. 23. 선고 2003다49221 손해배상(기)

■ 대상판결 사건개요

(주)성담의 지분 80.5%를 보유하고 있는 (주)화성사의 주주인 원고가, (주)성담의 대표이사인 피고가 대표이사 재직중 횡령한 (주)성담의 자산 5억7천여 만원을 (주)성담에 배상할 것을 청구한 사건으로, 상법 제403조에 의한 주주대표소송에 있어 회사인 주주의 주주에 대해서 원고적격을 인정할 것인지의 여부, 즉 이종대표소송을 인정할 것인가가 쟁점인 사건이다.

■ 대상판결 재판부의 판결요지 및 이유

지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌

지배회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이종대표소송을 제기할 수 없다. 따라서 원고의 피고에 대한 손해배상청구소는 부적법하므로 각하한다.

■ 판결검토

(1) 서설

우리나라의 주주대표소송에 있어 원고적격의 문제는 아직까지 해결과제로 남아 있는 현행 주주대표소송제도의 슬한 문제점 중 하나이다. 집단적인 소송제도가 민사소송의 일반적인 절차로 자리잡고 있지 못한 가운데, 간접적인 손해에 대한 집단적인 구제방식인 주주대표소송이 도입되어 있는 모습은 불완전할 수밖에 없다. 따라서 집단적인 소송에서 일상적으로 발생하

기 마련인 재판 개시전 증거조사 제도(discovery)의 도입 문제, 동일한 사안에 대해 여러 원고가 집단적인 소송을 제기한 경우 대표원고를 선정하는 문제, 간접적인 손해를 경험한 원고와 직접적인 손해를 경험한 원고의 차별적 처리여부 문제, 중도화해(settlement)와 관련한 규제문제 등이 아직도 통일적인 시각에서 정리되고 있지 않다.

(2) 간접적 손해의 구제장치로서의 대표소송

이중대표소송에서의 원고적격 문제 역시 대표적인 미결과제중 하나이다. 이 문제는 기본적으로 간접손해에 대한 구제방식인 대표소송에 있어 간접적인 손해의 인정범위를 어떻게 포괄할 것인가의 문제라고 재해석해 볼 수 있다. 원래 기본적인 주주 대표소송의 상황에서 직접적인 손해를 경험한 주체는 회사이다. 이때 개별 주주는 회사의 손해에 자신의 지분률을 곱한 값만큼 간접적인 손해를 본다고 유추할 수 있다. 주주대표소송(derivatives suit)이란 이런 간접적인 손해를 경험한다는 점에서 유사한 처지(similarly situated)에 있는 사람들이 집단적으로 구제를 청구하는 소송방식이다. 이에 비해 부실표시나 시세조종 등의 행위에 의해 주주가 직접적인 손해를 입은 경우에 이런 처지에 있는 사람들이 모여서 집단적인 구제를 도모하는 행위가 집단소송(class action)이다.

그런데 직접적인 손해를 다루는 소송에서는 원고의 범위가 상대적으로 자명하지만 간접적인 손해를 다루는 소송에서는 그렇지 않다. 간접적인 인과관계의 고리는 얼마든지 확장될 수 있기 때문이다. 예를 들어 두 회사가 지배관계에 있는 상황에서(이 때 두 회사를 편의상 지배회사와 종속회사라고 하자), 종속회사가 법인으로서 직접적인 손해를 경험하는 경우, 이에 따라 간접적인 손해를 경험하는 주체는 여러 차원에서 나타날 수 있다. 가장 일차적인 간접손해자는 당연히 종속회사의 주주가 될 것이다. 그런데 종속회사의 주주중 하나인 지배회사가 간접적 손해를 경험할 경우 지배회사의 주주는 제2차적인 간접적 손해를 경험하게 된다. 이 때 만일 지배회사의 주주가 경험하는 제2차적인 간접손해를 근거로 원고적격을 인정할 수 있다면 이중대표소송이 성립하게 되는 것이다.

(3) 회사를 위한 성실한 소송수행의 유인을 가진 제3자로서의 주주

이제까지는 원고적격의 인정 여부가 당사자가 제1차적이건 제2차적이건 간에 간접적인 손해를 경험하는가를 판단의 기준으로 이용하였다. 이런 논리를 사용할 경우 회사인 주주의 주주에 대해 원고적격을 부정하기는 쉽지 않다. 왜냐하면 회사인 주주의 주주는 회사가 간접적인 손해를 경험할 경우 언제나(제2차적인) 간접적 손해를 경험하기 때문이다. 그러나 주주대표소송에서의 원고적격을 조금 다른 시각에서 볼 수도 있다. 이 다른 논리에 의하면 주주대표소송에서 구제 대상이 되는 손해는 언제나 회사가 입은 직접적 손해인데 다만 회사의 특성상 이사회가 이런 손해의 구제에 적극적이지 않기 때문에 직접적 손해를 경험하지 않은 제3자 중에서 가장 그럴

듯한 사람에게 추가적으로 원고적격을 허용한다는 것이다. 이 경우 중요한 것은 제3자가 회사를 위하여 소송을 성실하게 수행할 유인이 존재하는가 하는 것이지 제3자가 회사의 직접적 손해에 의해 반드시 간접적 손해를 경험해야 할 필요는 없다. 예를 들어 국가가 회사를 위해 소송(일종의 공익소송)을 할 수도 있고, 명망있는 소비자 단체가 회사를 위해 소송(일종의 단체소송)하는 체계를 상정해 볼 수도 있다. 다만 대부분의 국가에서 당해회사의 주주라는 매우 특별한 위치에 있는 제3자에게 회사를 위한 소송에서의 원고적격을 인정하는 이유는 회사가 손해를 복구하는가 여부에 따라 주주의 이익이 비례적으로 변화하기 때문에 가장 자연스럽게 회사의 이익을 위해 소송을 수행할 수 있으리라고 객관적으로 인정되기 때문이다.

이런 시각에서 볼 때 이중대표소송의 허용 여부는 지배회사의 주주들 역시 종속회사를 위한 소송을 성실하게 수행할 유인이 있다고 일반적으로 수긍할 수 있는가에 달려 있다. 상식적으로 볼 때 종속회사의 이해관계가 지배회사의 이해관계와 매우 깊은 상관관계를 맺고 있다면 지배회사의 주주는 종속회사의 피해복구에 대해 선의의 유인을 가지고 있다고 볼 수 있다. 반대로 지배회사가 종속회사와 이해관계를 공유하지 않을 경우에는 이런 유인을 수긍하기 어려울 수도 있다.

예를 들어 지배회사가 종속회사의 거의 유일한 대주주이고, 지배회사가 종속회사 이외의 다른 회사를 지배하지 않는 단순한 구조일 경우 두 회사의 이해관계는 매우 긴밀하게 연관되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 이 경우에는 종속회사의 주주뿐만 아니라 지배회사의 주주에게 대표소송의 원고적격을 인정해도 특별히 문제될 것이 없다.

반대로 지배회사가 종속회사의 대주주이기는 하지만 유일한 대주주는 아닌 상황에서 지배회사가 종속회사 이외의 또 다른 회사들을 지배하고 있는 경우를 생각해 보자. 이 경우 종속회사의 이해관계와 지배회사의 이해관계는 서로 일치하지 않을 수 있다. 예를 들어 지배회사는 종속회사를 희생하여 다른 자회사를 지원함으로써 궁극적으로 더 큰 이익을 누릴 수도 있다. 이 경우 종속회사의 주주는 종속회사를 위해 성실하게 소송을 수행할 수 있지만 지배회사의 주주는 그럴 유인을 가지고 있다고 보기 어렵다. 따라서 이런 경우에 지배회사의 주주에게 원고적격을 인정하는 것은 상당한 문제가 있을 수 있다.

이런 시각에서 보면 이중대표소송의 인정 문제는 구체적인 사안에 따라 그 답이 달라질 수밖에 없다. 일반적으로 지배회사와 자회사의 이해관계가 긴밀하면 긴밀할수록 이중대표소송을 인정하는 것에 무리가 없고, 반대로 지배회사와 자회사의 이해관계가 대립할수록 이중대표소송을 인정하는 것에는 큰 무리가 따른다.

(4) 평가

이런 시각에서 대법원의 판결을 평가해 보자. 당해 사건에서 화성사(지배회사)는 성담(종속회사)의 주식을 약 80% 이상 소유한 유일한 대주주이고, 별도의 다른 자회사를 가지고 있지

았다. 우선 간접손해의 구제라는 측면에서 보면 화성사의 주주는 성담의 손해에 의해 제2차적인 간접적 손해를 경험하는 주체이고 이런 간접적 손해를 구제하기 위해 이종대표소송이 필요하다라고 볼 수 있다.

또한 성실한 소송수행의 유인을 가진 제3자가 될 수 있는가의 측면에서 보더라도 화성사와 성담사이의 지배관계가 긴밀하고 단일하기 때문에 화성사의 주주가 성담의 피해를 복구하기 위한 소송을 수행할 경우 이런 소송을 성실하게 수행하리라고 일

반적으로 수긍할 수 있는 상황이다. 결국 어떤 논리에 의하더라도 이 사건에서 이종대표소송을 허용하는 것에 커다란 무리는 없다.

하지만 대법원은 상법 제403조의 문리적 해석에만 급급하여 회사인 주주의 주주에 대해 원고적격을 일반적으로 부인했는데, 이로써 대표소송제도의 실효성을 증가시킬 수 있는 좋은 기회를 무산시켰다는 아쉬움은 그대로 남기고 말았다.



관습헌법이라는 위험한 논리로 대의민주주의의 가치를 훼손한 결정 - 신행정수도위헌 사건

헌재 2004. 10. 21.

2004헌마554·566병합 신행정수도의건설을위한특별조치법위헌확인

■ 대상판결 사건개요

새천년민주당의 노무현 대통령 후보는 선거공약으로 '수도권 집중 억제와 낙후된 지역경제를 해결하기 위해 청와대와 정부부처를 충청권으로 옮기겠다'는 행정수도이전계획을 발표한 바 있었고, 노무현 후보의 대통령 당선 후 정부측의 신행정수도의건설을 위한특별조치법안 제안을 거쳐 2003년 12월 29일에 이 법안이 투표의원 194인 중에 167인의 찬성을 얻어 국회 본회의를 통과해 법제화되었다. 그러자, 서울특별시 공무원, 서울특별시 의회의원, 서울특별시에 주소를 둔 시민, 혹은 그 밖의 전국 각지에 거주하는 국민들이 청구인이 되어 이 법률이 헌법개정 등의 절차를 거치지 않은 수도이전을 추진하는 것이므로 법률 전부가 헌법에 위반되며, 또한 청구인들의 국민투표권, 납세자의 권리, 청문권, 평등권, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 공무담임권, 재산권 및 행복추구권을 침해한다는 이유로 이 법률에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

■ 대상판결 재판부의 판결요지 및 이유

본 결정에서 7인의 재판관은 '수도=서울'이 600년 이상의 기간 동안 다수국민에게 강제력있는 규범으로 인식되어져 온 만큼 관습헌법에 해당하는 사항이며, 따라서 이러한 관습헌법에 배치되는 수도 이전은 '수도=서울'이라는 관습헌법에 반하는 내용의 조항을 헌법조항을 통해 성문헌법에 삽입함으로써만 가능한데도 헌법개정 없이 하위법률단계에서 신행정수도건설특별법의 제정을

통해 수도 이전을 이루려 한 것은 헌법 제130조에 규정된 헌법개정안에 대한 청구인들의 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 보았다. 같은 위헌결정이면서도 위헌의 이유를 달리 잡은 김영일 재판관의 소수의견은, 수도 이전이야말로 헌법 제72조가 규정하는 "국가안위에 관한 중요정책"에 해당하며 비록 국민투표에의 부의여부가 대통령의 재량사항으로 규정되어 있기는 하나 이 재량권도 재량의 범위를 일탈·남용한 것이면 그 재량권의 근거규범인 제72조에 위배될 수 있다고 보았다. 그러면서, 국민투표 없이 하위법률의 제정을 통해 수도 이전을 이루려 한 것은 재량의 일탈·남용에 해당하여 위헌이며 다른 측면에서는 헌법 제72조를 통해 국민들에게 인정된 국민투표권도 침해하여 위헌이라고 보았다. 전효숙 재판관은 각하의견을 개진했다. 수도 위치는 헌법제정권자나 헌법개정권자의 결정사항이 아니고 수도에 관한 사항은 헌법 목적의 실현을 위한 도구에 불과하다고 보았다. 따라서, 수도에 관한 사항은 헌법개정 없이 하위법을 단계에서 법제정으로 변경할 수 있다고 판단했다. 또한, 침해된 기본권이 특정될 수 없고 청구인들이 주장한 다른 기본권 침해 주장 역시 청구인적격을 충족시키지 못해, 헌법소원 제기를 위한 형식적 요건 불비를 이유로 각하결정을 내렸다.

■ 결정검토

관습헌법 위반을 이유로 한 7인의 위헌결정은 그 결정의 파괴력이나 중대성에 비추어 봤을 때 그에 상응하는 명백하고 탄탄한 위헌의 근거를 제시하지 못했다. 성문헌법의 규정은 놓아둔 채 "관습

헌법”이라는 불확정적이고 불명확한 개념으로의 단일한 도피를 선택했기 때문이다. 원래 “관습헌법”이란 국민의 기본권이나 통치 구조에 관한 것이면서 다수의 국민이 현재를 포함해 상당기간 강제력 있는 규범으로 받아들인 불문의 룰을 말한다. 현재는 조선시대 경국대전은 문귀까지 인용해가며 수백년간 서울이 수도여 왔고 따라서 ‘수도는 서울’이라는 것이 상당기간 동안 다수국민들에 의해 지금껏 받아들여진 관습헌법임을 장황한 설명을 통해 강변하고 있다.

첫째, 수도에 관한 사항이 관습헌법에 해당하는 사안인지에 관해서는 얼마든지 논란의 여지가 있다. 관습헌법으로서의 힘을 발휘하기 위해서는 현재의 다수국민이 ‘수도=서울’임을 강제력있는 규범으로 인식하고 받아들여야 하는데, 현재는 국민의사를 확인할 수 있는 어떠한 근거도 제시하지 않은 채 독자적으로 이것이 관습헌법을 서둘러 선언하고 있기 때문이다. 또한, 현재는 관습헌법의 성립요건으로 계속성, 명료성, 국민적 합의와 함께 중간에 다수국민에 의한 법적 확신이 깨진 일이 없어야 한다는 항상성을 들고 있다. 일제와 일본 패망 후의 미군정기를 통해 항상성은 깨졌었다고 보아야 한다.

둘째, 관습헌법의 위헌판단 근거로의 사용태도도 문제다. 관습헌법이 위헌 판단의 근거로 사용될 수 있다는 데 헌법학자들은 대체로 동의한다. 그러나, ‘사용될 수 있다’는 것과 ‘유일한 근거로 활용된다’는 것은 별개의 문제이다. 관습헌법의 불명확성과 불확정성 때문에 많은 외국의 헌법재판기관들은 이것을 위헌판단의 근거로 사용하는 것을 가급적 자제해왔다. 부득불 관습헌법을 위헌의 근거로 드는 경우에도, 관습헌법은 성문헌법 조항의 의미를 해석하는 기준으로 추상적인 성문헌법 조항의 의미를 보충하면서 성문헌법조항과 함께 위헌판단의 기준으로 사용된다든가, 성문헌법의 특정조항에도 어긋나고 더불어 전체적으로 보았을 때 관습헌법이나 헌법정신에도 배치되어 위헌이라는 식의 논리에 부가적으로 사용되었을 뿐이다. 즉, 관습헌법은 성문헌법과 더불어 보완적 보충적 위헌판단의 기준으로 소수의 판결에서 사용되었을 뿐이고, 그 사용도 부득이한 경우로 국한되었다. 그런데, 이번 현재 판결에서 7인의 다수의견의 요지는 수도에 관한 사항은 관습헌법 사항이므로 헌법개정을 거치지 않거나 관습헌법 사멸이 확인되지 않은 상태에서의 수도이전은 어떤 식이 되든 위헌이라는 것이다. ‘관습헌법 위배’가 이처럼 유일한 위헌의 근거로 사용된 것은 국내는 물론이고 국외에서도 그 유사한 예를 찾아보기 힘들다. 관습헌법이 위헌판단의 유일한 근거로 등장하게 되면, 여러 나쁜 결과를 초래할 수 있다. 어떤 공권력의 행사나 불행사가 명문헌법 규정에는 위배되지 않지만, 아마 관습헌법에는 위배된 것일 수 있다고 느낀 국민들에 의해 앞으로 헌법소원사건이 현재에 폭주할 수 있으며, 입법부나 행정부가 국정수행을 함에 있어 성문헌법의 명문규정에는 위배되지 않았지만 관습헌법에 위배되어 자신들의 공권력 행사가 위헌일 수 있다는 불안감에 휩싸이게 됨으로써 이들 기관의 적극적이고 원활한 국정수행이 위축될 수 있기 때문이다. 특히 현대의 복지국가에서 많은 복지정책들을 입안하고 집행해야

할 입법부와 행정부가 이런 심리적 불안을 느껴야 한다면 그 폐해는 더 크다. 또한, 국민의 대표기관인 국회가 만든 법률이 헌법재판소가 관습헌법이라 지정한 추상적 잣대에 의해 무효화 될 수 있다는 것은 어떻게 보면 헌법재판소를 국회 위에 올려놓는 것으로서, 국민대표에 의한 국정수행을 핵심으로 하는 대의민주주의에 정면으로 위배되면서 그 가치를 훼손할 수 있다. 또한, 관습헌법의 사용은 헌법제정권자도 헌법개정권자도 아닌 현재가 ‘관습헌법’의 미명하에 사실상 헌법제정권이나 헌법개정권을 행사할 수 있게 됨을 의미하는 것이어서 문제이다.

셋째, 헌법개정논리와 관련해, 현재는 수도이전을 위해서는 ‘수도=서울’이라는 관습헌법에 반하는 헌법개정이 있어야 한다고 주장하고 있지만 이것도 논리상 치명적인 오류를 안고 있다. 관습헌법은 대표적 불문헌법의 하나로서, 불문헌법은 원래 성문화되어 있지 않으므로 ‘헌법이 정한 개정절차에 따라 헌법의 기본적 동일성을 해하지 않는 범위 내에서 헌법조항을 수정, 삭제, 추가하는 행위’를 말하는 ‘헌법개정’의 대상이 원래부터 되기 힘들다. 관습헌법은 다수국민의 지지를 더 이상 얻을 수 없을 때 자연스럽게 사멸하는 것일 뿐, 헌법개정을 통해 존재하고 사라지는 것이 아니기 때문이다.

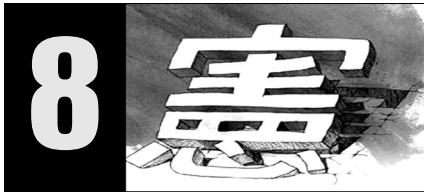
넷째, ‘수도=서울’이라는 관습헌법 위반에 헌법 제130조의 헌법개정안에 대한 국민투표권 침해논리를 끌어온 것은 헌법재판에서 중요한 개념인 ‘청구인적격’의 개념을 와해시킬 수 있는 위험천만의 논리이다. 청구인적격이 있다는 것은 자기의 특정한 기본권을 현재, 직접 침해당한 국민만이 그 사건 헌법소원의 청구인이 될 자격이 있음을 의미한다. ‘수도=서울’이라는 관습헌법 자체에는 직접 침해가능한 기본권이 발생할 수 없기 때문에 현재는 이 헌법소원심판 청구인들이 청구인적격을 가질 수 있게 하기 위해 일정 연령 이상의 대한민국 국민이면 누구나 그 주체가 될 수 있는 헌법 제130조의 헌법개정안에 대한 국민투표권을 끌어들이고 있는 것이다. 그러나, 이러한 논리는 ‘청구인적격’ 개념을 와해시키면서 헌법소원을 누구나 제기가능한 객관소송으로 만들 위험을 안고 있다. 앞으로 국민들은 관습헌법 침해를 이유로 드는 모든 사건들에서 헌법 제130조의 국민투표권 침해를 이야기할 것이다. 또한, 다른 성문헌법 규정 위반을 다루는 사람들 중 청구인적격에 자신이 없는 사람들은 제130조 국민투표권 침해를 이유로 헌법소원을 제기할 것이다. 예를 들어 헌법 제21조는 언론·출판의 자유를 규정하고 있으며 제21조 2항은 그 한 내용으로 언론·출판에 대한 ‘검열 금지’를 규정하고 있다. 다른 사람이 사전검열을 받는 것을 본 제3자가 ‘검열 금지’를 폐지하는 헌법개정 없이 검열을 실시한 것은 ‘검열 허용’의 헌법개정안에 대한 자신의 국민투표권을 침해한 것이라며 헌법소원을 제기할 수 있게 된다.

다섯째, 헌법개정안에 대한 국민투표권 침해로 보기도 어렵다. 왜냐하면 헌법개정안이 대통령이나 재적과반수의 국회의원에 의해 제안되고, 20일 이상 공고되고 국회 재적의원 3분의 2이상의 찬성으로 국회에서 의결되어야 그 후 국민투표에 들어가게 되므로 국회 의결까지 끝나야 비로소 현실적인 국민투표권이 발생하는

것이다. 따라서, 헌법개정안이 제안조차 되지 않은 상황에서 헌법 개정안에 대한 국민투표권 침해는 이야기할 수는 없다. 현재의 논리대로라면 대통령에 의해 제안되고 20일 이상 공고된 헌법개정안이 국회단계에서 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻지 못해 부결되었다면, 국회의원들이 국민투표권을 침해한 것이 된다는 말인가. 소수의견이 말한 헌법 제72조의 국민투표권도 침해되었다고 보기 힘들다. 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표권도 대통령의 국민투표 '부'가 있어야 비로소 발생하는 것으로 볼 수도 있기 때문이다.

헌법 제72조의 국민투표권을 침해해 위헌이라는 김영일 재판관의 소수의견은 또 다른 법리상의 문제점을 안고 있다. 재량의 일탈·남용을 이유로 한 위법의 법리는 행정법에서 행정부 하위공무원

등의 자의적인 재량권 행사를 통제하기 위해 대두된 이론이다. 헌법상의 대통령의 재량행위에는 적용할 수 없는 이론인 것이다. 대통령은 행정부 수반이자, 국가원수이다. 이러한 대통령이 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 부의할 지 여부를 결정하는데 따른 재량은 하위 행정부 공무원들이 행정상의 결정에서 갖게 되는 재량과 레벨이 다르다. 대통령과 같은 최고위직 공무원에게는 넓은 진정한 의미의 자유재량을 부여할 수 있으며 그런 자유재량을 통해 국가대사를 결정하라고 대통령에 뽑아 놓은 것이다. 하위 행정부 공무원의 재량과 대통령의 재량은 평면 비교할 수 없는 것이며, 따라서 하위 행정부 공무원의 재량통제에 사용되는 재량권의 일탈·남용 이론은 헌법 제72조의 대통령의 재량행위에는 적용될 수 없다.



‘사회복지’에 관한 한 일관되게 실망스런 헌재의 결정 - 최저생계비 책정 사건

헌법재판소 전원재판부, 2004. 10. 28. 결정
2002헌마328 2002년도 국민기초생활보장법 최저생계비 위헌확인사건(합헌결정)

■ 대상결정 사건개요

보건복지부 장관이 국민기초생활법의 위임에 따라 2002년도 최저생계비를 고시함에 있어 장애로 인한 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 가구별 인원수만을 기준으로 최저생계비를 결정하였는데, 이러한 최저생계비 결정은 생활능력 없는 장애인 가구의 구성원의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리 및 평등권을 침해하는 것이라고 제기된 헌법소원 사건

■ 대상결정 재판부의 결정요지 및 이유

청구된 사건에 대하여 헌법재판소 전원재판부는 전원 일치 의견으로 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 헌법재판소는 위헌이 아니라는 결정의 근거로, 장애인복지법을 비롯한 여러 법령과 정부시책에 따른 장애수당이나 부담금감면 등이 있다는 점 외에 아래 내용을 결정의 주요 기준 및 이유로 제시하였다.

· 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리가 있으며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법규정은, 헌법재판을 함에 있어 다른 국가기관이 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을

심사하여야 한다는 통제규범이다.

· “인간다운 생활” 그 자체가 추상적이고 상대적 개념으로 그 나라의 문화발달, 사회경제적 여건에 따라 달라질 수 있고, “최소한도의 조치” 역시 국민의식 변화, 사회경제상황의 변화에 따라 가변적인 것이며, 장애인의 최저생활보장의 구체적 수준을 결정하는 것은 해당기관의 광범위한 재량사항이다. 따라서 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였던가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

■ 결정검토

헌재가 가진 판단의 핵심은 ① 인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법 규정은 입법·행정부에게는 가능한 ‘최대한’의 조치를 요구하지만 헌재에게는 ‘최소한’의 의무를 다했는지를 판단하는 통제규범으로 작용할 뿐이고 이러한 규정들은 추상적인 개념이며, ② 헌재는 입법부와 행정부에 부여된 광범위한 재량을 존중하여 이를 명백히 일탈한 경우가 아니면 위헌으로 판단하지 않겠다는 것이다. 언뜻 권력분립에 따라 입법부·행정부의 권한과 재량을 최대한 존중하여야 한다는 뜻으로 읽으면 큰 문제가 없어 보이기도

한다. 그러나 여기에는 다음과 같은 몇 가지 커다란 논리적, 실천적인 문제가 도사리고 있다.

헌법규정이 입법부, 행정부에게는 '최대한의 의무'를 부과함에 반하여, 헌재에게는 '최소한의 의무'를 다 했는가만 심사할 것을 요구한다는 현재의 논리는 논리적으로 비약이다. 헌법이나 헌법재판소법 어디에서도 왜 헌재가 사회권에 관하여는 최소한의 기준으로 심사하여야 하는지 근거를 찾을 수 없다.

현재의 말대로라면 헌법과 그에 따른 기초생활보장법이 입법부·행정부에게 '최대만으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록' 의무를 부과하였으므로, 입법부와 행정부가 그 수준에 맞는 의무를 이행하지 못하였다면 이는 위헌이 된다. 그런데 국가기관의 행위에 대한 유일한 헌법적 판단기관인 헌재는 이를 위헌으로 보지 않겠다는 것이다. 위헌이지만 위헌이 아닌 상황이 발생할 수 있다는 것이다.

헌재는 나아가 인간다운 생활은 추상적·상대적 개념이고, '최소한의 조치'는 가변적이므로 사회권의 영역에서는 정책기관에게 폭넓은 재량권이 주어질 수 밖에 없으므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에 첫째, 전혀 입법이 없든가 둘째, 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에만 위헌이 될 수 있다는 결론을 내리고 있다.

이러한 논리는 위에서 본 '최소한'의 통제규범 논리와 결합하여 사회권을 완전히 무력화시키고 말았다. 사회권의 개념이 추상적이고 가변적이라는 점을 인정한다 하여도, 그로부터 입법부 등에 대한 통제심사권을 포기하여야 할 논리적 필연성은 없다. 오히려, 입법부와 행정부는 입법 및 집행 과정에서 헌법적 권리인 사회권이 제대로 실현될 수 있도록 구체적인 상황에 맞는 기준을 정립해야 할 의무가 있다는 점에서 입법부·행정부의 '광범위한 재량'은 제한되어야 한다고 보는 것이 논리적이 아닐까? 사실상 헌법상 권리보다 정부의 정책적 판단에 우선권을 부여하는 것이 헌법적 관점에서 타당한 것일까?

인간다운 생활을 할 권리가 추상적 권리인가 구체적 권리인가의 논란은 입법이 없을 경우에 문제되므로 기초생활보장법이 제정된 지금에는 큰 논란이 될 수 없다. 게다가 기초생활보장법은 최저생계비의 기준으로 '국민이 건강하고 문화적인 생활을 유지'하는 수준을 선언하고 있다. 따라서 문제는 기초생활보장법상의 기준을 어떻게 구체화할 것인가 하는 데에 달려 있지 인간다운 생활을 할 권리의 성격을 선형적으로 정하는 데에 있지 않다. 그런데, 현재의 이번 결정은 그런 진전을 보여주지 못한 채 예전의 추상적 권리설을 연상시키는 그늘에서 여전히 맴돌고 있다. '인간다운 생활'의 추상성만을 강조하며 '입법·행정부의 광범위한 재량'만을 되풀이하고 있을 뿐이다.

이러한 답보는 헌재가 기본적으로 자유권과 사회권을 이분법적으

로 대립·대비시키는 고전적 인식에서 벗어나지 못하고 있기 때문인 것으로 보인다. 양자를 대립시키는 사고는 냉전 시기 이념대립의 과정에서 형성된 것이나, 지난 80년대 이후 세계적으로 양자의 상호보완성에 대한 인식이 높아지면서 양자의 경계가 불분명해져가는 추세에 있다. 지난 IMF 구제금융 이후 독자적 생존능력이 없는 자에게 자유권은 무의미하다는 것이 드러난 시점에서, 헌재는 사회권이 추상적이고 국가의 정책에 의하여 비로소 실현될 수 밖에 없는 권리라는 소극적 인식을 탈피해야 한다.

실제 현재의 결정 사례를 살펴보면 이런 우려는 분명해진다. 최저생계비의 50%도 안 되는 94년 생활보호기준에 대하여도 재량권을 벗어나지 않았다고 인정한 이래, 지난 10여 년간 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리가 문제된 경우에 헌재가 특정 법령이나 공권력 행사가 인간적인 생활을 할 권리를 침해하여 위헌이라고 판단한 경우는 없었고, 아마 앞으로도 없을 것이다. 아예 입법이 없는 경우가 아닌 한 모든 사회부조 정책은 나름의 '정책적·재정적' 판단이 개입되어 있으므로 현재 재판관들이 보기에는 다 재량의 범위 내에 있을 터이기 때문이다.

인간다운 생활을 할 권리에 있어서 현 시기 가장 큰 과제는 헌법과 기초생활보장법상의 '건강하고 문화적인 생활'이 무엇인가 그 헌법적 기준을 정립하는 것이다. 헌재는 최저생계비 수준을 정함에 있어 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계 등 복잡 다양한 요소를 함께 고려하여야 한다고 말한다. 그런데 실제로 그 고려요소를 구체적으로 위헌심사에 적용하고 있는지는 의문이다.

매우 비정상적이고 국제기준에 못 미치는 복지 상황에서 헌재는 우리의 제반 사정에 맞는 '인간다운 생활'의 최소 기준을 설정해 주어야 할 의무가 있다. 그러나 헌재는 이 점을 심각히 고민하지 않는다. 헌법수호기관으로서 사회권의 개념을 구체화하고 기준을 정립하여 사회권이 명실상부한 기본권으로서의 위치를 찾게 하는 것이 헌법수호기관으로서의 사명일진대, 헌재는 사회권에 대한 기준을 정립하는 것을 처음부터 포기한 채 '통제규범', '광범위한 재량' 운운하면서 스스로 헌법 제34조의 '인간다운 생활을 할 권리'를 휴지조각으로 만들고 있는 점은 가장 큰 문제점이다.

※ 게재 순서 : 선고일자순

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



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

사법감시시에 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 **사법감시**를
95년 10월부터 발행해왔습니다.



사법감시는 현재 전국의 판사와 검사에게 발송하고 있으며,
변호사와 법학자 등에게는 전자우편으로 배포하고 있습니다.

사법감시센터는 여러분들의 많은 관심과 후원으로 **사법감시**를 발행할 수 있었습니다.
앞으로도 여러분들의 관심과 후원을 부탁드립니다
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
사법감시를 전자우편으로 받아보실 것을 권해드립니다.

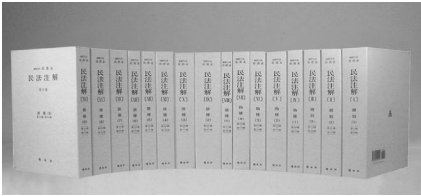
전자우편 발송신청 jwc@pspd.org

2005
新刊

國內 第一의 民法 KOMMENTAR!!

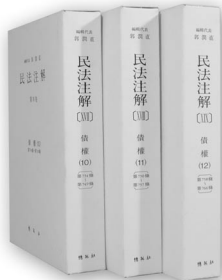


編輯代表 : 郭潤直 編輯委員 : 孫智烈 · 金滉植 · 梁彰洙



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 코멘
타르이다.



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