

제 22 호

한국법학원 뉴스레터



CONTENTS

1. 한국법학원 p.2

2020-2021 법률 실무 및 학계 소식, 국내외 판례 등 총 100편의 법 정보 담은 『한국법학원 뉴스레터 선집 1』 발간

2. 저자 인터뷰 p.5

『이상한 재판의 나라에서』 정인진 변호사...그가 전하는 우리 사법의 적나라한 풍경

3. 대한변호사협회 p.9

신규변호사의 38.3%가 여성변호사..."과거의 방법론보다는, 유연한 태도로 변호사 양성평등 문제 풀어나가야"

4. 4차산업혁명융합법학회 p.11

잠재력과 사기성 병존하는 가상자산 시장..."정부가 산업육성 선도하고, 불공정거래는 규제해야"

5. 대법원 판례 p.13

가맹점사업자단체의 활동 등을 이유로 한 불이익제공행위 등 사건, 허위공문서작성죄에서 '허위 작성'의 의미가 문제된 사건

6. 헌법재판소 판례 p.15

수용자 서신 개봉·열람행위 사건, 혼인한 여성 등록의무자의 등록대상재산 사건

7. 해외법뉴스 p.16

Fulton v. Philadelphia, 가톨릭 아동위탁지원기관의 비혼커플·동성커플 인증 거부를 시(市)가 문제삼은 데 대한 미연방대법원의 판단

8. 입법뉴스 p.18

[10월 첫째주] 특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률 시행령 外

기사 1

한 국 법 학 원

2020-2021 법률 실무 및 학계 소식, 국내외 판례 등 총 100편의 법 정보 담은 『한국법학원 뉴스레터 선집 I』 발간

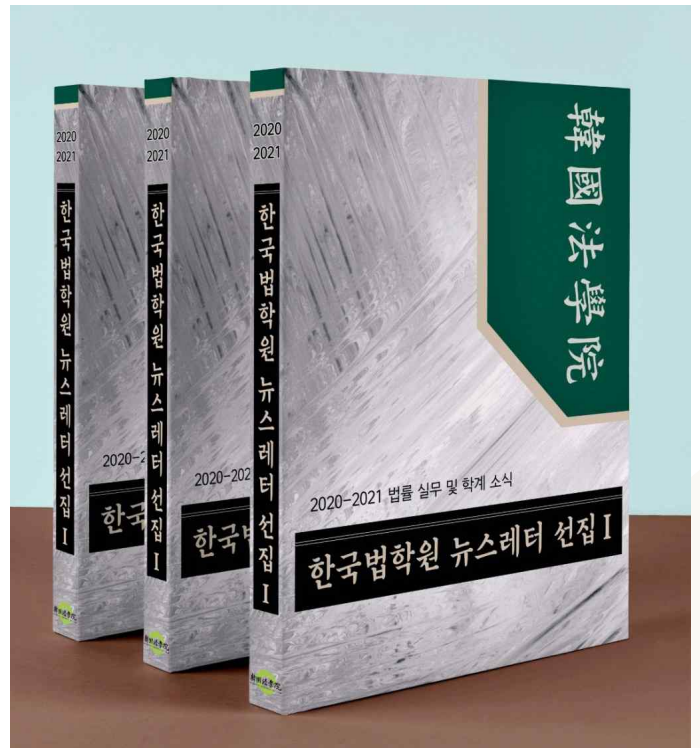
한국법학원(이하 '법학원')이 지난 2년여 기간동안 매월 제작해 온 '한국법학원 뉴스레터'가 지난 10월 5일, 선집 형식의 책자로 발간됐다. 책의 정식 명칭은 『한국법학원 뉴스레터 선집 I』이며, 384페이지 분량이다. 회비를 납부하는 기관과 개인 중, 책자 수령을 희망하는 회원들에게 책자가 발송된다. 발간일에는 법학원 홈페이지(www.lawsociety.or.kr)에도 『한국법학원 뉴스레터 선집 I』 pdf 파일이 게시됐다. 실물 책의 제작 부수가 소량인 만큼, 내용을 보기 원하는 회원들은 pdf 파일을 다운받는 방법으로 이용할 것이 권장된다.

권오곤 원장은 “지난 2년여의 기간 동안 한국법학원 뉴스레터가 제21호까지 발간되기에 이르러 그동안 어떠한 학술 논의들과 판례, 유익한 법 정보들이 있었는지 그 경향을 살펴볼 수 있도록, 선집 형태의 책자를 발간하는 것도 의미가 있다고 생각되어 『한국법학원 뉴스레터 선집 I』을 발행하게 되었다”고 밝히면서 “한국법학원의 모든 회원님들의 연구와 실무에 도움이 될 수 있기를 바란다”는 뜻을 전했다.

1956년 설립된 법학원은 판사, 검사, 변호사, 법학교수, 군법무관 등 국내 모든 법률가를 당연회원으로 하는 유일한 조직으로, 학술지 『저스티스』 발간, 한국법률가대회 주관, 법학논문상 시상 등을 비롯해 법률가의 국내외 교류 및 법률 실무와 법학 발전에 크게 기여하는 사업을 지속해왔다. 법학원이 지난 2020년 1월부터 새로 진행한 사업인 '한국법학원 뉴스레터' 발행은, 법학원의 당연회원인 모든 법률가들에게 연구와 실무에 도움이 될 법 정보를 제공함으로써 법학원 본연의 빅텐트 역할을 수행하려는 취지에서 시작됐다.

『한국법학원 뉴스레터 선집 I』에는 2020~2021년의 기간 동안 있었던 한국법학원 관련 소식 5편, 인터뷰 5편, 법률 실무 및 학계 소식 60편, 국내외 판례 30편 등 총 100편의 글을 선정해 담았다. 본서에서는 공법과 사법, 실체법과 절차법 등을 막론한 국내 주요 학회(법 관련 단체, 기관 및 개인 포함) 60여 개의 학술 논의와, 국내외 법원의 주요 판례들을 확인할 수 있다.

아래는 책의 주요 페이지.





"한국법학원 뉴스레터 선집을 발간하면서"



1956년 설립된 한국법학원은 판사, 검사, 변호사, 법학교수, 군법무관 등 모든 법률가를 당면 회원으로 하는 유일한 조직으로, 대한민국 법률 체계의 초석을 다져온 우리나라 최대의 법률가 단체입니다. 한국법학원은 학술지 『저스티스』 발간, 한국법률가대회 주관, 법학논문상 시상 등을 비롯해 법률가의 국내외 교류 및 법률 실무와 법학 발전에 크게 기여하는 사업을 지속해 왔습니다.

한국법학원은 지난 2020년 1월 20일 새로이 뉴스레터 발간을 시작했습니다. 한국법학원의 당면 회원인 모든 법률가들에게 연구와 실무에 도움이 되는 법 정보를 제공함으로써, 법학원 본연의 버킷리스트 역할을 수행하려는 취지이며, 시대 변화에 발맞춰 전자적 형태로 제작하여 월 1회 배포하고 있습니다. 현재 변호사 회원과 법학교수 회원에게는 이메일 발송의 방식으로, 법원·헌재·검찰·국방부 소속 회원에게는 각 그 내부망 게시의 방법으로 배포하고 있으며, 법학원 홈페이지에도 그 내용을 담고 있습니다.

이제 지난 2년여의 기간 동안 한국법학원 뉴스레터가 제21호까지 발간되기에 이르러 그동안 어떠한 학술논의들과 판례, 유익한 법 정보들이 있었는지 그 경향을 살펴볼 수 있도록, 선집 형태의 책자를 발간하는 것도 의미가 있다고 생각되어 『한국법학원 뉴스레터 선집 1』을 발행하게 되었습니다.

『한국법학원 뉴스레터 선집 1』에는 2020~2021년의 기간 동안 있었던 한국법학원 관련 소식 5편, 인터뷰 5편, 법률 실무 및 학계 소식 60편, 국내외 판례 30편 등, 총 100편의 글을 선정하여 담았습니다.

한국법학원의 모든 회원님들의 연구와 실무에 도움이 될 수 있기를 바랍니다.

감사합니다.

2021. 10. 5.
한국법학원장 권 오 곤

한국법학원 소식

- 016. 2020년도 한국법학원 정기총회, 제24회 법학논문상 시상식- 수상자에 정남철 교수·최우진 부장판사
- 018. 2021년도 한국법학원 정기총회, 제25회 법학논문상 시상식- 수상자에 이동진 교수·송민경 고법판사
- 020. 제12회 한국법률가대회 웨비나 성황리에 마쳐
- 024. "실정법 너머 법이념 꿰뚫는 법률가 되려면 기초법학 지식은 필수"...기초법학 위기에 법 실무와 법학계 머리 맞닿다
- 029. 미국 '블루북(the Bluebook)'은 21만까지 나왔는데...국내 법률문헌 인용방법 표준안 마련 위한 과제는?

인터뷰

- 035. 30년 법조인 이력으로 '법·정책의 싱크탱크' 이끄는 김하중 국회의원법조사처장
- 039. 자폐성 장애인 권리옹호의 "대부(代父)" 김용직 변호사, '장애인 특별수요 실태' 설계한다
- 045. 정영환 한국법학교수회장, "법학의 고사(枯死) 위기, '학문적 열정' 공통분모로 한 법학교수 사회 화합으로 풀어야 할 것"
- 051. 이종영 제51대 대한변협회장, "변호사 권익 신장과 변협 위상 회복이 법치주의 수호·발전 이룩하는 길"
- 055. '법철학과 법이론 입문', 파넌 김대희 변호사, "사법(司法)은 개별 사례에서 '타협' 가능한 작은 정의'를 제공한다"

법률 실무 및 학계 소식

- 062. [한국법경제학회] 타다 갈등, 법 제도와 기술 간 시차를 민청으로 해결할 수 있는 방안 찾아야
- 066. [법과사회이론학회] 문학과 미학, 정신분석학의 세 측면에서 보는 '법학적 쓰임새'
- 070. [한국지방법학회] 과세대상 토지 구분체계의 간소화 및 지방세법상 '사실상 취득' 관련 입법 보완 논의
- 075. [대한변호사협회] 청년변호사들의 12가지 고민, 협회는 어떻게 풀어나갈까
- 079. [개인정보보호법학회] 데이터3법 개정, 개인정보 활용 쉬워지고 보호는 어려워졌다?... "인식 바꿔야"
- 085. [대한변호사협회] 시행 8년차 접어들어 성년후견제도, "문제점 개선하고 컨트롤타워 중심 단일체계 구축해야"
- 090. [불복제인법학회] 바람직한 말소자나 세계와 거래로 '빗썸(bithumb)' 과세의 법적 쟁점
- 094. [법제처] 4,400여개 행정 법령의 "기본"...행정기본법에 어떤 내용 담았나
- 097. [한국언론진흥법학회] "개인정보보호위원회, 법 개정으로 강력한 권한 쥐게 된 개인정보 보호의 컨트롤 타워"
- 100. [한국여성정책연구원] 산업화된 디지털 성범죄 'n번방', 법은 왜 실효적이지 못했나
- 102. [한국형사정책연구원] "자치경찰제, 시민참여와 감시가 '성공 조건'이다"
- 106. [한국언론재단언론법학회] 코로나 격격탄 맞은 세계 스포츠, 각종 불가항력 법리 검토해 보니...
- 110. [한국공법학회] '대의민주주의의 위기' 타개를 위한 대안이론들과 공법적 진단
- 115. [한국언론법학회] 유튜브 알고리즘과 로봇 저널리즘... "새로운 이슈 포섭하기엔 현행 미디어 법제에 한계 크다"
- 120. [한국형사소송법학회] "이전에 없던 권력기구인 공수처, 악용 가능성 차단 위해 해석·운영 논의 거듭해야"

한국법학원 뉴스레터 편집

한국법학원 소식

제12회 한국법률가대회 웨비나 성황리에 마쳐

(2020. 11. 2.)



대한민국의 판사, 검사, 변호사, 법학교수, 군법무관 등 3만 5천 법률가들 당연히 원으로 하는 한국법학원이 대법원·헌법재판소·법무부·대한변호사협회·한국법학교수회와 함께 주최한 제12회 한국법률가대회(웨비나)가 지난 10월 22일, 23일 이틀에 걸쳐 성황리에 진행됐다. 한국법률가대회는 매 2년마다 열리는 법률 실무계와 학계의 대표 행사로, 많은 재조·재야 법률가들이 한자리에 모여 이틀에 걸쳐 20여개가 넘는 세부주제를 다루는 논의의 장(場)이다. 올해는 코로나19 방역지침에 따르기 위해 한국법률가대회 역사상 최초의 온라인 행사로 치렀다. 당초 30여개 학회가 참가를 신청했지만, 행사 진행 방식이 라이브 스트리밍으로 결정되면서 동시간 중독 개수가 불기하여 부득이 참가학회와 논의의 주제를 줄였다. 이번 법률가대회는 첫날 기초발제와 2개의 심포지엄, 둘째 날 4개의 세션(9개 주제)으로 구성됐으며 발표자, 토론자, 사회자 등으로 총 50여 명이 참여했다. 각 기관 소속 준비위원들로 구성되어 지

난 1월부터 준비위원회를 가졌던 '제12회 법률가대회 준비위원회'는 다각적인 검토 끝에 이번 법률가대회를 위한 별도의 독립적인 것이 그 취지"라고 전했다.

각 기관장의 축하도 이어졌다. 김영수 대법원장은 "이번 법률가대회의 주제가 매우 좋다"는 평과 함께 "모두의 지혜를 모아 새로운 시대에 직면한 문제에 대한 해답을 찾고, 언제 마주칠지 모르는 새로운 도전에 대비하는 지리가 될 것으로 기대한다"고 말했다. 유남석 헌법재판소장은 "격변하는 이 시기에 헌법재판소도 변화하는 사회현실과 시대정신을 현재 결정에 충분히 반영할 수 있도록 열린 마음으로 소통에 힘쓰겠다"고 전했다. 추미애 법무부 장관은 "(이번 법률가대회) 법률가들이 기존 패러다임에서 벗어나 새로운 발상과 시각으로 법률가의 사회적 역할에 대해 고민하고 논의하는 기회가 되기를 바란다"고 말했다. 이관희 대한변협 회장은 "코로나 이후 도래할 불

인공지능과 팬데믹 상황, 법률가들의 역할은 무엇인가?

22일 오전 10시부터 진행된 행사는 권오근 원장의 개회사로 막이 올랐다. 권 원장은 "한국법학원은 창립 이래 지난 64년간 법률 실무계와 학계를 아우르는 너른 광장의 역할을 하면서, 대한민국 법률문화의 선진화 및 국제화에 이바지한다는 자부심을 가지고 회원 여러분과 함께해 왔다"면서 "이번 제12회 한국법률가대회는 인공지능과 팬데믹 등 우리를 둘러싼 환경의 급속한 발전으로 향후 10년 동안의 변화를 가능하

규제혁신 등 법률분야 역할 중차대하다"

이번 제12회 법률가대회의 대주제는

20

21

국내외 판례



국내외 판례

■ 대법원 판례

1. 전국교직원노동조합 법외노조 통보처분 사건 (2016두32992)

대법원(주심 대법관 노태악)이 2020년 9월 3일, "고용노동부장관이 전국교직원노동조합에 대하여 교원노조법 시행령에 따라 법외노조 통보를 한 것은 법률유보원칙에 반하여 무효인 시행령 조항에 근거한 것이어서 위법하다"고 판시했다. 이 시행령이 유효함을 전제로 이 사건 법외노조 통보를 적법하다고 판단한 원심을 파기했다. 다수의견에 대하여는 대법관 김재형의 별개의견, 대법관 안철상의 별개의견이 있고, 원심 판결을 수긍하는 대법관 이기택·이동원의 반대이견과, 대법관 박정화·민유숙·노정희·김상환·노태악의 다수의견에 대한 보충의견이 있다.

- 사건의 개요

원고 전국교직원노동조합(이하 '전교조')은 교원 노동조합이 허용되지 않은 1989년 5월, 전국의 국공립학교와 사립학교의 교원을 조합원으로 하여 설립했다. 설립 당시 전교조 규약 제6조 제2항은 "교육부나 시도교육청, 재단의 부당한 처사에 의하여 해직(파면, 해임, 직권면직 등), 임용제외된 교직원도 조합원이 될 수 있다"고 규정했다. 이후 1999년 1월, 법률 제5727호로 '교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률'(이하 '교원노조법')이 제정됨에 따라 실정법상 교원 노동조합의 설립이 허용됐다. 교원노동조합은 교원

노동조합에 관하여 일부 특례를 규정하면서, 그 밖의 사항에 관하여는 '노동조합 및 노동관계조정법'(이하 '노동조합법')의 규정을 따르도록 했다.

노동조합법 제2조 제4호 단서가 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우' 노동조합으로 보지 아니한다고 규정한 바에 따라 교원 노동조합에 해직 교원 등 '교원이 아닌 자'의 가입은 허용되지 않았다. 교원노조법(2020. 6. 9. 법률 제17430호로 일부개정되기 전) 제2조도 본문에서 법상 '교원'을 '원칙 교원'으로 한정하고, 다만 "해고된 사람으로서 노동조합법에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 본다"고 단서를 규정했다.

전교조는 1999년 7월 피고 당시 노동부장관에게 설립신고를 했고, 피고는 원고가 제출한 개정규약을 기초로 설립요건에 위배되는 점이 없다고 판단하여 그 다음 날 신고를 수리해 원고에게 신고증을 교부했다. 하지만 이후 피고 노동부장관은 원고의 규약 부칙 제5조 제1항이 "규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 부당 해고된 교원은 조합원이 될 수 있다", 제2항이 "총선 규약에 의거 조합원 자격을 갖고 있던 해직교원 중 복직되지 않은 조합원 및 이 규약 시행일 이후 부당 해고된 조합원은 규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 조합원 자격을 유지한다"고 정한 사실을 확인했다.

이에 피고는 2010년 2월 서울지방법원노동위원회

321

기사 2

저 자 인 터 뷰

『이상한 재판의 나라에서』 정인진 변호사,
그가 전하는 우리 사법의 적나라한 풍경

지난 4월 출간된 법 분야 대중서, 『이상한 재판의 나라에서』가 오랜 기간 서점사이트 분야별 순위 상위권을 차지하며 세간의 관심을 끌었다. 책의 저자는 1980년 임관하여 24년간 법관을 하다가, 현재는 변호사 18년차를 지나는 정인진 변호사(법무법인 바른)다.

책에서 그는 오늘날 사법 불신의 원인과 법원 개혁에 대한 소신을 정제되면서도 설득력 있는 문장으로 담담히 써내려간다. 또한 변호사로서 직접 겪은 법조계 내부 문제에 대한 답답함과 분노마저 솔직하게 토로하며, 우리 사법의 우울하고 적나라한 풍경을 그린다.

한국법학원이 지난 10월 21일, 정인진 변호사를 직접 만나 그의 생각과 책에 대한 한층 깊은 이야기들을 들어봤다.

Q. 책의 서문을 “나는 실패한 법관이었다”고 시작하신 것이 인상 깊습니다. “열정만 앞섰다”, “꿈쪼갠다” 등의 표현으로 판사 생활을 회고하신 부분도 주목되는데요. 그렇게 말씀하신 구체적인 배경이나 이유를 여쭙고 싶습니다.

“법관으로 임관하고 얼마 지나지 않아, 그 노릇 하기가 쉽지 않다는 것을 알게 됐습니다. 일의 양이 엄청나게 많아 늘 과로해야 했고, 사생활에서도 행동거지에 극도로 조심해야 했습니다. 공무원은 다들 그

렇지만 급여가 많지 않아 살림에도 여유가 없었고, 계속 지방으로 전근을 다녀야 하는 처지에 놓이게 되었습니다. 무엇보다 사건 하나하나마다 결정을 내려야 하는 게 몹시 힘들었습니다.

예를 들어 영장 당직을 맡아 밤에 판사실에 혼자 앉아 구속 여부를 결정할 때면 마음 고생이 심했지요. 그런 걸 끝까지 해 내야 하는데, 세월이 갈수록 제 자신이 소진되어 간다는 느낌과 압박감을 견디기 어려웠습니다. 피로감이 가중되면서 더는 이 어려운 일들을 극복하기 어렵다는 느낌, 더 이상 해낼 수 없다는 느낌이 커졌습니다.

믿었던 선배들과 쟁쟁한 후배들이 자꾸들 느닷없이 개업하는 현실에도 놀랐습니다. 저런 이들과 법원을 나가는데, 내가 무슨 재주로 더 해 나갈 것인가 하는 마음도 들었고요. 잘해야 한다는 조바심과 열정은 있었지만, 전체적으로 보아 능력에 모자랐다고 할 수밖에 없습니다.



다른 면에서 본다면, 저는 재판에 자신을 가지지 못했습니다. 열심히 하기도 어려웠지만 그래도 성의를 다하긴 했는데, 아니나 다를까 변호사 생활을 하면서 남이 재판하는 것을 보니, 제 자신도 심리에서든 결론에서든 당사자가 바라는 제대로 된 재판을 한 것은 아니었겠구나 싶었습니다.

이런 모든 사정을 한마디로 표현한 게 그 ‘실패’라는 단어입니다. 비

유하자면, 서투른 화가가 대작을 그리려다가 제주도 여건도 안 되어 화폭을 치워 버린 겁니다.”

Q. 책에서 ‘소송에서 법과 판례는 불완전한 도구’라고 말씀하신 의미를 여쭙고 싶습니다.

“‘법’을 ‘법령’으로 범위를 좁혀 말씀 드리겠습니다. 법령은 어떤 것도 완전하지 않습니다. 너무 세세하게 규정하면 나중에 구체적 현실에 적용할 때 정의롭지 못한 결과를 가져올 수 있고, 그렇다고 너무 추상적이고 일반적으로만 규정하면 어디에 어떻게 적용해야 할지 몰라 곤란해질 수 있습니다. 법령집을 보면 분량이 어마어마해 보이지만, 실제로 그걸로는 문제가 풀리지 않아 소송이 걸리는 것입니다.

판례는 그런 불완전성에 대한 일종의 교정책입니다. 규정을 문언 그대로 적용해서 결과가 이상하면 새로운 해석을 내리고, 규정이 추상적이면 해당 사건의 유형에서 세세한 기준을 세우고, 현실은 저만치 앞서 가는데 규율할 법령이 없으면 부득이 해당 분쟁에서나마 입법에 가까운 기능을 수행합니다. 그런데 판례는 구체적 사건이 있어야만 나옵니다. 모든 문제에 다 판례가 있는 건 아니라는 것이지요. 더욱이 판례는 판사의 세계관에 바탕을 두고 나오는데, 그 세계관이 완전할 까닭이 없습니다. 이러니 법령이나 판례가 사건을 심리하고 결론을 내는 도구로서 완전하지 않다는 겁니다.

이런 예를 들어 보겠습니다. 한번은 어느 대학교의 골프학과에서 학생들이 학습용으로 사용하는 골프연습장을 어느 사업자가 수용해 간 일이 있었습니다. 그 사람은 전에 대학교로부터 골프연습장을 임차해서 영업을 하면서 약정된 임대차보증금이나 임대료를 한 푼도 내지 않고 연습장 내에 무단으로 건물을 신축하는 등으로 여러 가지 애를 먹이기에, 대학교가 두 차례의 소송 끝에 내 보냈던 사람입니다.

무슨 재주를 부렸는지 몰라도 그가 사업자로서 골프연습장에 대한 수용재결을 받아 냈습니다. 대학교가 토지수용위원회와 지방법원, 고등법원을 돌며 골프연습장을 되찾으려 했지만 실패했습니다. 제가 그 상고 사건을 맡았는데, 법령과 판례를 아무리 찾아도 수용위 재결이 위법하다고 할 만한 사유를 찾아낼 수 없었습니다. 불완전한 겁니다.

이 수상하지만 해결책이 보이지 않는 사건을 놓고, 소셜 쓰듯이 상고이유서를 썼습니다. “이렇게 남의 재산을 빼앗아도 되는 겁니까?”가 요점이었습니다. 다행히 대법원에서 최초로 ‘수용권 남용’을 이유로 수용재결을 취소해야 한다는 취지의 파기환송 판결을 해 주어 구제를 받기는 했습니다. 법령이란 그런 것이고 판례도 그런 것입니다.”

Q. 책에서 “판결이 국민을 설득하고 국민으로부터 신뢰받지 못한다면, 판결이 정당성을 얻지 못하는 것”이라고 설명하신 부분이 명쾌하게 다가옵니다. 국민을 설득하고 신뢰를 받는 판결이란 구체적으로 어떤 것인지 설명 부탁드립니다.

“저는 사건의 유형에 따라 사법에 대한 신뢰를 두 가지로 나누어 보고 싶습니다.

먼저 정치적 의미를 띠거나 정치적으로 해석되는 사건이 있습니다. 그런데 우리 사회는 현재 극심한 진영 논리로 나뉘어져 있습니다. 그래서 정치적 사건에서는 무슨 판결을 해도 반드시 한쪽에서는 비난하고 나섭니다. 이 경우에는 신뢰를 받지 못한다고 하여 실망할 것도 없고 그걸 굳이 심각하게 생각할 필요도 없습니다.

다만 판사는 원칙을 지켜야 합니다. 공명심을 버려야 하고, 흑사라도 개인적인 정치적 견해나 성향에 따라 판결해서는 안 됩니다. 치우치지 않고 또 치우쳐 보이지 않도록, 선례나 보편적 견해가 무엇인지 알아보면서 결론을 내려야 합니다. 장기적으로는 이것이 신뢰를 얻는 길입니다.

그런데 법원에 오는 사건 중 대다수는 정치적 성격을 띤 게 아닙니다. 이런 사건들에서 신뢰가 떨어지는 것은 다시 두 가지로 나누어 볼 수 있습니다.

첫째로는 상식과 정의에 어긋나는 판결입니다. 드물기는 하나, 어떤 판사를 보면 멀쩡히 법이 있는데도 그걸 무시하고 이상하게 원님재판 하듯 판결을 내리는 때가 있습니다. 그보다 많이 보는 예는 원님재판과는 방향이 다른데, 잘못되어 있거나 어딘가 부족한 법령이나 판례를 맹종해서 결과가 부당하거나 이상한 결론을 내리는 것, 또는 법령이나 판례를 잘못 해석해서 답답한 결론을 내리는 것입니다.

둘째로는, 절차적 정의를 무시하는 심리방식입니다. 예단을 내려 자기 생각대로만 재판을 진행하거나, 당사자 쌍방을 공평하게 대우하지 않거나, 증거신청 등 당사자의 절차적 권리 행사에 냉소적인 태도를 보이는 것입니다. 이런 일은 판사의 아만(我慢)에서 비롯되는 수가 많습니다. 그러니까 신뢰받는 판결이란 방금 이야기한 것과는 반대로, 상식과 정의에 부합하고, 절차적으로 만족감을 주면서 내려진 판결입니다.

판결의 설득력도 판결에 대한 신뢰와 같은 내용으로 설명할 수 있습니다. 다만 덧붙이자면, 판결이 설득력을 가지려면 이유를 제대로 갖추어야 합니다. 판결의 전체적 체제를 갖추느라고 뭐라고 잔뜩 써 놓았지만, 정작 당사자가 궁금해하는 쟁점에 대해서는 서너 줄 쓰고 만다든지 두루뭇술하게 넘어

가거나 아예 판단을 하지 않아서는 곤란합니다.

또한 변호사들은 요즘의 판결들에 대해 이런 불만을 표시합니다. 판결에 고민이 보이지 않는다는 것입니다. 사건을 쉽게 생각해서 결론을 내리거나, 판결이유를 구성하기 어려운 쪽을 피해 결론을 내린다고 의심합니다. 제 경험으로는, 일이 많아서 그랬겠지만, 기록을 제대로 읽지 않고 내렸구나 싶은 판결들이 자주 눈에 띕니다.”

Q. 책에서 “법대에 앉아서 법의 한계와 그 너머 세계를 충분히 안다고 생각했지만 변호사가 되어서야 법과 법원을 제대로 이해했다”는 고백의 의미를 여쭙고 싶습니다. 법대 위에서의 판단 또는 시각과 법대 아래서의 판단 또는 시각이 크게 달라진 대표적인 예를 들어주신다면.

“질문의 범위를 좁혀서 말씀 드리겠습니다. 우리나라에서 법원에 기소된 형사사건은 2020년에 150만 건을 넘었는데, 그 중 항소심 기준으로 무죄판결이 선고된 비율은 2% 미만이었습니다. 무죄 비율이 매년 다르긴 하지만 대체적으로 비슷합니다.

다시 말해 기소된 50건 중 1건도 무죄판결이 선고되기 어렵다는 것입니다. 이것이 과연 적절한 재판 결과인지 의문이 있지만, 과거 제 자신도 판사로서 실제 사건을 처리할 때 대부분의 사건에서 유죄의 심증을 세우는 데 큰 문제를 느끼지 못했습니다.

그런데 변호사를 하다가, 섬뜩한 경험을 했습니다.

형법의 죄수론(罪數論)에는 포괄일죄와 경합범의 구별이 있습니다. 행위가 어느 쪽으로 평가받아야 피고인에게 유리한지는 죄명이나 기타 여러 가지 면에서 다를 수 있지만, 뇌물죄에서는 수뢰액이 5천만원 이상 1억원 미만인 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처하고, 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다고 되어 있습니다.

예를 들어 피고인이 한 번은 2천만 원, 다른 한 번은 3천만원의 뇌물을 받았을 경우 이것이 포괄일죄로 평가되어 1개의 죄로 기소되어 처벌받으면 법정형이 최저 7년이고, 경합범으로 평가되어 2개의 죄로 처벌받으면 법정형이 최저 5년이 됩니다. 전자의 경우 작량감경을 해도 3년 6개월이 되어 집행유예를 받는 것은 법률적으로 불가능하지만, 후자의 경우 작량감경을 하면 2년 6개월이 되어 죄질에 따라서는 집행유예도 가능합니다.

제가 개업한 지 몇 달 안 되어 변호를 맡은 사건의 피고인이 한 번은 2천만 원, 다른 한 번은 3천만 원을 받은 경합범으로 기소되어 있었습니다. 뇌물죄는 준 사람과 받은 사람의 진술 말고는 별다른 증거가 없는 경우가 많습니다. 그런

데 기록을 여러 차례 읽다 보니, 혹시 한꺼번에 5천만 원을 받았는데도 기소가 잘못된 것이거나 아니면 봐줘서 그리 된 게 아닌가 하는 의심이 들었습니다.

피고인에게 물었더니 공소장 내용이 맞다는 것이었습니다. 그래서 마치 수사관이라도 된 듯 예리하게 이런 저런 사정을 지적하였더니, 피고인이 진술을 바꿨던 경위를 자세히 설명하는데, 결국은 수궁이 갔습니다. 그리고 나서 기록을 다시 읽어 보니 피고인의 진술 반복 동기를 뒷받침하는 희미한, 그야말로 희미한 흔적을 발견할 수 있었습니다.

그러나 만약 검사가 한꺼번에 5천만 원을 받았다는 피고인의 경찰 최초 진술(처음엔 죄가 하나라고 하면 처벌이 가벼워질 것으로 믿어 그렇게 거짓으로 진술한 것입니다. 이 진술이 담긴 피의자신문조서가 기록엔 없었습니다.)이 진실이라고 믿어 그렇게 조사하고 그렇게 기록을 꾸며 기소했을 경우를 가정하고 내가 담당판사라면 어떻게 판결했을까 생각해 보니, 틀림없이 공소장대로 판결을 했을 터였습니다. 아찔했습니다. 이런 게 바로 생사람 잡는 판결입니다. 소송법적으로는 증거판단의 문제인데, 법대 위와 아래가 이렇게 차이가 납니다.

그 후 고소인과 피고소인으로부터 두루 사건을 맡아 수사기관의 수사실무를 접하면서, 이런 식으로 자기 위치에 따라 시각의 차이가 크다는 것과 그것이 사건의 처리에 얼마나 큰 영향을 미치는지를 여러 차례 보았습니다. 문제는 비슷한 일이 형사, 민사 등 유형을 불문하고 수시로 일어난다는 것입니다.

또 판사는 어떤 판례를 찾으면 대개 거기에 따라 심리하고 결론을 내립니다. 그런데 변호사를 하게 되면 의뢰받은 사건을 어떻게 해서든 성공적으로 해결해 주어야 하니까, 일견 안 될 것으로 보이는 사건도 계속 궁리를 하고 기존의 판례가 가지는 정당성에 관해 깊게 의문을 가지고 검토하게 됩니다. 그리고 피해의 구제를 바라는 의뢰인을 대변하는 위치에서다 보면 현장에서 벌어지는 일들, 즉 법현실에 눈뜨게 되고, 헌법이나 행정법에 관한 시각도 예리해지고 비판적으로 변해 감을 느끼게 됩니다.”

Q. 사법에 대한 불신이 부쩍 높아진 요즘입니다. 책에서도 언급하신, 변호사님께서 생각하시는 ‘본래 의미의 사법개혁’이란 무엇인지 말씀 부탁드립니다.

“사법개혁은 ‘사법이 제도나 운영 면에서 국민들에게 만족을 줄 만큼의 기능을 제대로 수행’하도록 제도나 운영을 바꾸는 것이라고 할 수 있습니다. 제도에 관해서는 여러 책이나 논문 등에 많이 언급되어 있으니, 이 자리에서는 운영의 면에서만

말씀드리겠습니다.

먼저 '국민'이라는 말에 주목해 봅시다. 법원은 국민을 위해 만든 겁니다. 판사를 위해 만든 게 아닙니다. 판사가 된 권력은 국민에게서 나온 것입니다. 위임받은 것이지요. 판사가 받는 월급도 국민에게서 나온 것입니다. 그러니까 판사는 공복(公僕)으로서 국민을 위해 사법권을 행사하는 겁니다. 법정의 주인은 국민입니다. 구체적으로는 법정에 사건을 들고 나타난 당사자입니다.

사실 이 점만 제대로 인식해도 사법개혁은 거의 다 된 것이라고 할 수 있습니다. 저는 미국의 법관윤리에 관해 연구해본 일이 있는데, 심리를 종결한 후 12년이 지나서야 판결을 선고한 예가 있음을 알게 되었습니다. 국민이 법정의 주인이고 판사는 공복이라는 인식이 제대로 박혀 있다면 그런 일이 일어날 수 없습니다. 실은 미국에서의 사법개혁 운동도 우리와 같은 맥락에서 일어난 것입니다.

다음으로 '만족감'이라는 것은, 두 가지 면에서 보아야 합니다. 하나는 판결의 결론에 이르는 과정, 즉 심리에서의 절차적 만족감입니다. 재판에서 이기고 싶은 것은 당연하지만, 승패 여하와는 별개로 당사자가 바라는 것은 하고 싶은 말 다 하고 내고 싶은 증거를 다 내는 것입니다. 다른 하나는 결론에서의 만족감입니다. 저는 당사자가 판결의 법리에 불복하는 경우는 거의 보지 못했습니다. 불만을 표시하긴 해도 결국 이해하는 것이지요. 하지만 사실 인정이 잘못된 판결에 승복하는 당사자는 없었습니다. 저는 여기에서 사실 인정이란 말을, 사실에 대한 법률적 평가(법률행위해석)까지 포함하는 뜻으로 씁니다. 실제로 둘은 떼어내기 어렵습니다. 아무튼 당사자는 자기들끼리 벌여졌던 분쟁의 진실을 압니다. 이것을 제대로 파악하지 않고 내리는 결론이 문제입니다.

'그런 걸 제대로 하는 게 무슨 '개혁'이냐, 당연하지 않냐'고 할지 모르겠습니다. 하지만 이게 제대로 되지 않는 게 사법 현실입니다. 우선 사법자원을 대폭 확충하는 게 급선무이지만, 법정의 민주화에 대한 의식을 확실하게 새기고 판사의 자질과 역량을 높여야 합니다."

Q. 사법에 대한 변호사님의 믿음을 잃지 않게 해준 귀중한 사례로, 중립학교인 대광고 학생 강의석 사건을 맡은 경험을 소개하셨습니다. 책에서 "대법관들이 고등법원 판결의 형식주의를 뛰어넘었다"고 평가하셨는데, 이와 관련지어 이 사건이 갖는 의미를 설명해 주신다면?

"강의석 사건에서 특이한 점은 제1심 판결과 항소심 판결의 사실 인정이 거의 같고 그 인정된 사실 중 원고에게 불리한 부분과 유리한 부분이 모두 적시되어 있었다는 것입니다. 대

개 어느 쪽으로 결론을 내면 거기에 배치되는 증거는 모두 배척하고, 그 증거로 인정될 수 있었던 사실은 이유 중에 나타나지 않게 되는데, 이 사건에선 달랐습니다. 대법원의 다수의견과 반대의견은 각각 원심 법원의 인정 사실 중 자기 결론에 맞는 부분의 사실을 떼내서 적시하고 그에 따른 법리를 판시하여 결론을 낸 것입니다.

문제의 핵심은 학내의 종교교육이나 종교행사에 강의석이 참석하거나 참여한 것이 그의 자발적 의지에 따른 것이냐 아니면 실질적으로 강제적 성격을 띤 것이었느냐였습니다. 이리 볼 수도 있고 저리 볼 수도 있는데, 학교라는 환경에서 미성년의 학생이 놓인 입장이냐 처지가 어떠했는지 파악하여 이것을 고려할지 여부에 따라 결론이 달라졌습니다. 바로 이 지점에 제가 책에서 말한 '형식주의(formalism)'의 문제가 있습니다.

사건을 하다 보면 판사가 제대로 보아야 할 사실을 보지 못하거나 읽어내지 못할 때가 가장 답답합니다. 예를 들어 녹음테이프를 들어 보고 계약서를 읽어 보니 부드러운 목소리와 깔끔한 문안으로 되어 있어 정상적으로 체결된 것으로 인정할 만한 계약이 있다고 가정해 봅시다. 이것만 보면 계약은 유효하게 성립한 것입니다. 그런데 우연히 계약 체결 현장을 찍은 동영상을 보니 테이블 위에 회칼이 죽 놓여 있고, 당사자 뒤에 깎두기 머리를 한 험상궂은 젊은이들이 팔짱을 끼고 서 있다면, 그 계약이 정상적으로 체결되었는지 의심스럽지 않겠습니까.

이것은 극단적 예지만, 힘이나 지위의 불균형 상태에서 이루어진 행위의 성격과 배경 등을 꿰뚫어 보지 않으면 정의나 형평을 찾아가기 어려운 사건은 많습니다. 꼭 약자를 도와달라는 상투적 요구가 아닙니다. 우리 사회의 각종 권력관계에서 벌어지는 분쟁에서 그야말로 실체적인 진실은 무엇이고 그 상황에서 당사자들이 한 행위의 의미는 무엇인지를 정확히 보아 달라는 것입니다.

학교에서의 흑백통합에 관한 미국 연방대법원의 브라운 사건 판결도 미국 사회에서 미성년의 흑인 학생이 처한 입장을 심리적으로 분석하면서, 분리교육에 아무런 문제가 없다는 주장을 배척하여 결론을 내린 것입니다. 세계관에 따른 판결의 차이라고 할 수도 있는데, 판결 중에는 형식적 판단으로 결론을 내리는 것이 종종 있습니다. 판결을 받는 사람의 입장에서는 기가 막히는데도, 법원은 뭐가 잘못되었느냐며 고개를 외로 고고 있는 겁니다.

강의석 사건에 대한 대법원의 다수의견을 제 나름대로 보면, 형식주의를 뛰어넘어 실체적 진실을 보았던 아주 좋은 선례입니다."

Q. 반대로 사법에 대한 변호사님의 믿음을 크게 저버린 사건을 경험하신 적 있다면 말씀 부탁드립니다.

“사법에 대한 믿음을 저버리게 한 판결을 말하자면, 여럿 있습니다. 법령의 형식적 해석으로 정의롭지 못한 결론을 낸 판결, 법률행위해석에서 법은 그만두고라도 상식상 도저히 승복할 수 없는 결론을 낸 판결, 판사가 예단을 가지고 아예 증거신청을 받아주지 않아 싸워보지도 못하고 패소한 판결, 기록을 제대로 읽어보고 쓴 것일까 싶은 판결…… 다양합니다만, 구체적으로 소개하지는 않겠습니다.”

Q. “법관은 법관직에 대한 존중 때문에 아만과 오만에 빠지기 쉽다”고 고백하시면서, “법원은 검사, 변호사, 법무사, 법무관, 법학 교수 등 법률 사무와 법학 교육에 종사하는 모든 사람으로부터 사법 운영에 관해 사법부에 바라는 것이 무엇인지 진정 열린 마음으로 들어야 한다”고 말씀하셨습니다. 이 부분에서 ‘한국 법률가들의 빅텐트’인 한국법학원이 역할을 할 수 있을 것 같은데, 어떻게 보시는지.

“사실 책에 그렇게 쓰면서도 서로 다른 분야에서 일하는 법률가들이 소통하고 토론하고 정보를 나눌 수 있는 기회나 공간에 대해서는 생각해 보지 못했습니다.

논문이나 책을 펴내거나 읽어서 내 생각을 밝히고 남의 생각을 아는 것이 일차적인 경로이겠습니다만, 서로 대면하거나 아니면 비대면으로라도 토의하고 정보를 나눌 수 있는 일정한 통로나 장(場)을 가지는 것은 정말 필요한 일입니다.

그러고 보니 한국법학원은 판사, 검사, 변호사, 군법무관 등의 실무가와 법학 교수를 모두 회원으로 가지고 있는 큰 법률가 단체이고 여러 가지 행사를 개최하고 강좌를 개설 운영하며 간행물을 발간하고 있으니, 안성맞춤입니다.

법원이 한국법학원의 도움을 받거나 한국법학원과 협조하면 사법운영에 관해 법률 실무가와 학자의 의견을 들을 수 있는 좋은 통로를 얻을 것 같습니다. 한번 이 문제에 관련한 주제를 놓고 심포지엄을 가질 만하지 않을까 합니다.”



기사 3

대한변호사협회

신규변호사의 38.3%가 여성변호사...

“과거 방법론보다는, 유연한 태도로 변호사 양성평등 문제 풀어나가야”

대한변호사협회(협회장 이종엽)가 지난 10월 6일, “변호사 업무와 양성평등”을 주제로 심포지엄을 개최했다. 대한변협 양성평등센터 전현정 센터장은 “신규변호사들의 양성평등 문제는 법률가들의 의식이나 사고방식에 장기간에 걸쳐 지속적인 영향을 미칠 것이라고 생각하여 작은 규모의 법률사무소 소속을 포함한 신규변호사들 실태조사를 했다”며 “양성평등 문제의 근본적 해결은 난감하다는 생각마저 들지만, 작은 것이라도 하나하나 바꾸는 것이 쌓여서 우리 사회를 바꾸고, 새로운 문화를 이룩할 토대가 될 것”이라고 말했다.

■ “남성적 가치 정의에 양성 모두 끊임없이 의문을 가져야”

기조연설을 한 김영란 전 대법관은 “2000년 이전 여성판사들의 판사 사회 내에서의 지위는, 지위랄 것도 없었지만, 주류문화인 남성문화에 재빨리 적응하여 인정을 받는 것만이 유일하게 열려있던 길”이라고 회고하며 “이런 분위기 속에서 여성판사들은 헌법을 공부하고 기본권 보호를 금과옥조로 삼는다고 해도, 여성문제를 따로 공부하고 사유하지 않는 이상 주류문화가 어떤 문제를 갖는지 들여다 볼 수 없었다”라고 전했다. 호주제 폐지 운동이 한창이던 당시 다른 여성 판사가 “왜 호주제를 폐지하려 하는지 도통 모르겠다, 한 집안이 호주를 중심으로 위계있게 구성되는 왜 문제가 되느냐”가 말한 것을 회상하면서다.

김 전 대법관은 과학소설가 어슐러 르 퀴이 그의 소설 『어둠의 원손』 서문에서 밝힌 바를 인용하며 “여성이 그들만의 방식으로, 여성들끼리 혹은 남성과 함께 일하는 곳 어디에나 자리 잡아야 한다. 여성과 남성이 모두 남성적 가치의 정의에 끊임없이 의문을 가지고, 특정 성에 배타적이기를 거부하며, 상호의존성을 지지하고, 공격성의 가치에 대한 믿음을 와해시켜야 한다. 또한 항상 자유를 추구해야 할 것이다”라고 당부하기도 했다.

■ 성별에 따른 불이익 여부에 시각차 ‘뚜렷’

법무법인 린의 김기정 변호사는 신규변호사 취업 실태조사 결과를 발표했다. 조사는 1~5년차 변호사를 대상으로 했으며, 응답자는 450명으로 여성이 262명, 남성이 188명이다. 질의는 크게 실무수습 과정에서의 양성평등, 현 직장에서의 양성평등, 이직 시점에서의 양성평등으로 나뉘어 진행됐다. 조사에 따르면, 변호사시험 합격 후 실무수습 전까지의 공백기간이 “없었다”고 답한 비율이 남성이 62.2%, 여성이 53%로, 공백기간을 경험한 여성변호사가 남성변호사보다 더 많

았다. 실무수습 기관 규모의 경우 ‘5명 이하’ 규모 비율이 남성이 35.9%, 여성이 42.1%였으며, ‘31명 이상’ 규모 비율은 남성이 21.1%, 여성이 14.4%로 나타났다. 전체적으로 여성변호사가 소규모 기관에서 실무수습을 하는 경우가 더 많다는 결과인데, “소규모 기관일수록 후진적 성평등 문화가 지적되는 경우가 있어 문제”라는 게 김 변호사의 말이다.

실무수습 중 성별로 인한 불이익이 있었는지에 대해서는 불이익 항목을 ‘급여, 업무량, 업무내용, 평가, 근속기대, 스트레스’로 나뉘어 질의했다. 남성 응답자들은 모든 항목에서 60%를 웃도는 비율로 “불이익이 전혀 없었다”를 답했는데, 각 항목별로 살펴보면 급여 73.4%, 업무량 60.1%, 업무내용 61.2%, 평가 67.6%, 근속 기대 67.6%, 스트레스 64.4%가 “불이익이 전혀 없었다”고 했다. 반면 여성변호사들의 시각은 달랐다. 여성 응답자들은 급여 35.1%, 업무량 32.1%, 업무내용 28.6%, 평가 34.0%, 근속 기대 32.1%, 스트레스 31.3% 만이 “불이익이 전혀 없었다”를 선택했다.

현 직장에서의 성차별 경험을 묻는 질문에 대한 차이는 더 뚜렷하다. 남성 응답자의 경우 70.2%가 “전혀 경험한 적 없다”고 답한 반면 여성 응답자는 33.6%만이 “전혀 경험한 적 없다”라고 답했다. “그렇다”, “매우 그렇다”를 합친 답변의 비율은 남성 응답자가 2%에도 못 미치는 반면 여성 응답자는 13.3%로 나타났다. 현 직장에서의 급여 수준도 여성변호사가 상대적으로 낮은 임금 분포를 보이고 있다. 700만원 이상 임금은 남성변호사가 19.9%, 여성변호사가 13.4%인 반면 400만원 이하 임금은 남성변호사가 14%, 여성변호사가 17.5%를 차지했다.

양성평등 전반에 대한 의견을 묻는 질의에 대해서도 남성변호사와 여성변호사 사이에 결이 다른 의견들이 나왔다. 여성변호사들은 “입사 후보다 채용 단계 차별이 더 심각하다”, “직원들에 대한 성차별 개선도 필요하다” 등의 의견을 제시한 반면, 남성변호사들은 “경영진에서 오히려 과도하게 여성 눈치를 보는 결과 기피 업무가 남성에게 배정된다”, “성평등이 무엇인지 정확히 정의하고 과학적·논리적으로 접근해야 하며, 개별 사례를 일반화하여 방향성을 잡으면 다른 문제가 생긴다”는 등의 의견을 제출했다.

■ “과거 선배변호사들의 경험, 신규 여성변호사들의 경험이 나 시각과 다를 수 있다”

한국외대 법전문장 장보은 교수는 발제를 통해 여성변호사 비율의 급증을 언급한바, 그에 따르면 2020년 기준 여성변호사 숫자는 8,159명으로 전체 등록 변호사의 29.2%를 차지

한다. 이 중 2,30대에 해당하는 여성변호사가 73%인데, 이는 전체 변호사 3만여 명 중 20~40대 청년변호사가 차지하는 비율이 약 70%에 달하는 것과 무관하지 않다. 매년 새로 등록하는 신규변호사로 그 범위를 좁히면 여성변호사 비중은 38.3%에 이른다.

장 교수는 “현재 법조 사회의 중추를 이루는 대다수의 남성변호사들이 가진 경험은 새롭게 법조에 진출한 여성변호사들의 경험과 매우 다르며, 여성변호사 선배들의 경험이나 생각마저도 후배 여성변호사들의 것과는 다르다”고 지적하며 “(따라서) 그동안 일반적으로 인식되어 온 이상적 변호사상이나 동료 및 의뢰인들과 상호작용 하던 방식, 위기를 나름대로 극복했던 방법론들이 이제는 더 이상 유효하지 않을 수 있다는 것을 인정하고 보다 유연한 태도로 접근해야 한다”고 말했다.

특히 과거의 이상적 변호사상은 ‘업무 단절 없는 계속적 경력을 추구하고, 가족이나 외부의 방해받지 않는 상태에서 24시간 언제든지 의뢰인의 요구에 즉각 대응할 수 있으며, 어느 직업군과 비교해도 가장 높은 정도의 업무 강도와 최장시간 근무를 감당하고 수용하는 변호사’였다는 게 장 교수의 설명이다. 그는 “이런 시각에 따르면 남성변호사에 비해 여성변호사는 이상적인 변호사가 되기 어려웠고, 따라서 규모가 크지 않거나 복잡하지 않은 사건, 혹은 여성이 가사와 병행할 수 있는 성격의 사건(-가사소송이나 성폭력 사건 등)만이 여성변호사에게 적합하다고 여겨졌다”고 했다. 나아가 “취

업 기회에서도 동일한 조건이라면 남성이 선호되었고, 여성은 상대적으로 임금이 낮은 정부나 공공기관 등 좁은 선택지만을 갖게 됐다”는 것이다.

장 교수는 경력 초기 단계에서의 차별 또한 중요하게 지적했다. 그는 “경력 초기는 여러 업무를 통해 전문성을 쌓는 중요한 시기로, 이 시기에 업무기회가 동등하게 주어지지 않고 중요한 업무에서 배제되는 경험이 축적되면 향후 중견 변호사로 성장하는 데에 큰 지장은 준다”면서 “성과를 기초로 보상을 받는 중견변호사가 되었을 때 남녀 변호사 간 급여 차이가 크게 발생하는 요인 중 하나는 이런 경험들이 모였기 때문”이라는 분석을 내놓았다.

또한 “우수한 인재들을 성별만을 이유로 주류에서 배제시키는 것은 그 개인에게 상처일 뿐 아니라 사회 전체적으로, 또 해당 조직에도 손실”이라고 말하면서 “법조는 여성변호사에 대한 시각 자체를 개선해야 하며, 변호사의 양성평등은 단지 사회적 약자인 여성을 배려하는 게 정의롭다는 차원에서 이뤄져야 하는 것이 아니라는 인식을 가져야 한다”고도 주장했다. 나아가 “기존 변호사 업계가 가진 남성 중심 문화를 바꾸고 필요한 사항을 법제화하여 이를 실질적으로 보장하려면, 꾸준히 변호사들을 교육하고 신규 여성변호사들이 연대하여 불합리한 차별과 불평등을 감시하는 한편 (차별에 대해서는) 단호히 대응해야 한다”고 강조했다.

기사 4

4 차 산업 혁 명 융 합 법 학 회

잠재력과 사기성 병존하는 가상자산 시장... “정부가 산업 육성 선도하고, 불공정거래는 규제해야”

4차산업혁명융합법학회(회장 한명관 변호사)가 지난 9월 10일, 더불어민주당 김희재 국회의원과 공동주최로 “가상화폐의 실태 및 개선방안” 학술대회를 개최했다.

한명관 회장은 개회사를 통해 “엘살바도르는 현지시간으로 9월 7일, 기존 공용 통화인 미국 달러화에 더하여 비트코인에도 법정 통화 지위를 부여했다는 뉴스가 보도되었는데, 반면

중국도 수차례 암호화폐 단속 강화를 예고한 데 이어 해외거래소 검색까지 차단하고 있다”면서 “이처럼 가상화폐에 대한 정책은 예측하기 어렵고 양극적이기 때문에 이에 대한 법적·정책적 논의는 더 이상 피할 수 없는 현안 과제”라고 말했다.

■ 암호화폐, 토큰...“프로그래밍 가능한 ‘민주주의적인 돈’

암호화폐 거래소 고팍스의 이준행 대표는 “블록체인 기술은 인터넷에서 객관적인 정보 혹은 모두가 참이라고 동의할 수 밖에 없는 ‘신뢰 정보’를 인터넷에서 기록·전파할 수 있게 해 주는 기술”이라고 했다. 즉, 블록체인은 객관적인 정보를 기록·전파·응용할 수 있는 ‘인터넷 담벼락’이라는 비유다.

그에 따르면, 블록체인은 코인이 있는 블록체인(Public Blockchain)과 코인이 없는 블록체인(Distributed Blockchain)으로 나누어 생각할 수 있다. 전자는 ‘인터넷 접속이 가능한 모든 사람이 접근 가능/속도와 효율은 낮음/운영 주체에 제한이 없어 누구든 채굴(읽기, 쓰기, 감사) 참여 가능/새롭게 발행되는 코인이 채굴자의 공헌도에 따라 지급되는 방식으로 운영 비용 보전’의 특징을 갖고 있다. 반면 후자는 ‘특정 운영주체 및 컨소시엄에게 사전 허락을 받은 자만이 접근 가능/속도와 효율은 중간/사전 협약이 이루어진 단체들이 운영 주체/운영 비용은 컨소시엄 개별 회원 단체가 지급’의 특징을 갖는다.

이들을 기존 금융망과 비교해 보면 그 차이가 더 뚜렷한데, 기존 금융망에는 금융기관 등 운영주체의 허락을 받은 자만 접근이 가능하고, 속도와 효율은 매우 높으며, 금융결제원 같은 공동망 운영주체가 존재한다. 운영 비용은 회원사 회비나 정부 세금으로 충당되고 있다. 이 대표는 “코인이 있는 블록체인은 상호 신뢰 형성이 어려운 집단이나 불특정 다수의 민감 정보 기록에 적합하며, 기존 금융망은 상호 신뢰 및 통제가 전제된 집단의 민감 정보 기록에 적합하다”고 하는 한편 “코인이 없는 블록체인은 은행서버보다도 성능이 떨어져 효익이 제한적이며, 인터넷과 다를 바 없다”고 설명했다.

이러한 블록체인 정보를 기록, 전파, 감사해 주는 사람들에 제공되는 보상이 암호화폐다. 이 ‘암호화폐’ 및 블록체인 상에 기록되어 자산화가 가능한 정보 조각인 ‘토큰’을 통칭하여 ‘가상자산’이라고 한다. 코인에는 유가증권이나 금 등을 블록체인에서 발행한 ‘증권형’이나 특정한 기능·서비스에 대한 사용권을 명시한 ‘유틸리티형’, 디지털 희소성을 자산화한 토큰인 ‘대체 불가능(NFT)’ 등이 있다. 이 대표는 “암호화폐나 토큰은 프로 그래밍이 가능한 ‘민주주의적인 돈’”이라고 표현했다.

■ 개방형 금융 인프라, ‘블록체인’...“국경 제약 없는 금융업 발전시킬 것”

이준행 대표는 블록체인의 순기능으로 “클릭 몇 번으로 지구 반대편에 있는 사람과도 금융 계약 체결이 가능하고, 은행에서 고리 대출도 불가능하던 사람이 대출을 받을 수 있으며, 사회적 자본이 부족한 국가나 개인도 경제활동에 편입시켜 생산과 소비를 할 수 있게 함”을 들었다. 리스크와 자본을

교환하는 사람들을 연결해주는 금융업은 블록체인이라는 개방형 금융 인프라를 만나 국경 제약 없이 가상자산을 교환, 대여, 투자할 수 있게 만든다는 게 그의 설명이다.

그는 “금융인프라가 부재한 국가들의 자본시장을 블록체인 기반으로 전환시키는 일은 글로벌 생산성 증대 관점에서도 매우 큰 기회”라고 하면서도 “이는 블록체인 산업에 속한 기업체가 개별적으로 도모할 수 있는 일은 아니다”라고 했다.

이 주제에 대해 토론자로 참여한 나항영 법무법인 바른 변호사는 “현재 가상자산시장의 거래행태를 살펴보면, 과연 신뢰 인터넷, 가치 인터넷 구현 수단으로서 그 역할을 제대로 구현하고 있는가라는 의문이 든다”는 견해를 보였다. 나 변호사는 “국내 가상자산의 발행은 금융위원회를 비롯한 관계부처의 행정지도를 통해서도 전면 금지되고 있는데, 그럼에도 불구하고 가상자산 발행이 용이한 해외국가를 통해 우회발행 후 국내시장에서 거래하는 행태는 점점 늘어나고 있다”고 지적하면서 “이로 인해 가상자산 시장에는 가치지향적 가상자산과 사기성 가상자산이 혼재되어 있으나, 투자자는 우회발행된 가상자산에 대한 가장 기본적인 정보조차도 얻기 어렵다”고 우려했다.

■ “가상자산 불공정거래 처벌할 근거 법률 없어 투자자보호에 공백 존재”

토론자로 참여한 김영기 법무법인 화우 변호사(前 검찰 증권범죄합동수사단장)는 경찰청 통계를 인용하면서, 2019년부터 2021년 3월까지 가상화폐 관련 범죄 피해액이 9,842억에 이르는 점을 지적했다. 가상화폐 범죄의 유형은 코인을 수단으로 하는 유사수신 및 다단계사기가 65.5%로 가장 높고, 존재하지 않는 코인을 대신 사주겠다면서 돈을 받아 빼돌리는 구매대행 사기 비중이 25.2%로 뒤를 잇고 있다.



김 변호사는 가상화폐시장과 관련한 형사 문제도 살펴본바, 이는 '거래소 이슈'와 '가상화폐 이슈'로 나누어 볼 수 있다는 게 그의 설명이다. 그에 따르면, 거래소와 관련해서는 거래소 운영진이 다수의 암호화폐 보유 수량을 허위로 거래시스템에 입력해 사전자기기록위작 등 죄로 처벌받거나 문제가 된 사례가 있고, 특히 미신고 거래소 폐쇄에 따른 혼란이 크게 우려되는 상황이다. 가상화폐와 관련해서는, 자본시장법상 불공정 거래와 유사하게 시세조종, 내부자 거래, 허위 공시 등이 발생할 수 있다. 김 변호사는 "구체적인 사안에 따라 사기죄 등 적용을 검토할 수 있지만 경쟁매매 거래방식 등으로 인해 적용에 한계가 있고, 그 밖의 가상자산 불공정거래를 처벌할

수 있는 마땅한 근거 법률이 없어 투자자보호에 공백이 큰 상황"이라고 했다.

그는 "가상자산의 불공정거래 규제가 가장 보호해야 할 요소는 '정보'이며, 따라서 정보를 이용한 시세조종(사기적 부정거래)과 내부자거래가 특히 단호히 대응되어야 할 유형"이라고 지목하는 한편 "가상화폐가 가진 무서운 잠재력은 '탈중앙, 초확장, 초국경'에서 나오는 만큼 이러한 생래적 속성을 본질적으로 침해하지 않는 선에서 정부가 선도하여 가상자산사업을 육성하고, 불공정거래를 규제할 근거법률을 조속히 마련해야 한다"고 주장했다.

대법원 판례

■ 2020두48857 시정명령 등 처분 취소청구의 소 (마) 파기환송(일부)- 가맹점사업자단체의 활동 등을 이유로 한 불이익제공행위 등 사건

대법원(주심 대법관 조재연)이 9월 30일, 원고인 가맹본부가 가맹점사업자단체 활동 등을 한 가맹점사업자들의 매장을 집중관리 대상으로 분류하고 매장 점검을 한 뒤 이를 통해 적발된 계약위반 사항을 이유로 일부 매장과의 가맹계약 갱신을 거절한 사안에서 "원고가 가맹점들에 대해 매장점검을 하고 이를 통하여 발견한 가맹계약 위반 사유를 들어 계약종료에 나아간 행위는 전체적으로 가맹점사업자단체의 활동 등을 이유로 하는 불이익제공행위로 평가함이 상당하다"고 판시했다. 이에 따라 "매장 점검행위는 가맹사업법 제14조의 제5항 전단의 불이익제공행위에 해당하나 계약갱신거절행위는 정당한 사유가 있으므로 위 불이익제공행위에 해당하지 않는다"는 이유로 이 부분에 관한 피고의 시정명령 및 과징금납부명령을 취소한 원심 판결은 일부 파기됐다.

원고는 가맹점사업자로 하여금 자신의 영업표지를 사용하여 피자가맹점을 운영하도록 하고, 가맹점사업자에게 가맹점운영권을 부여하는 사업자로, 가맹사업법 제2조 제2호에서 규정하는 가맹본부이다. 원고의 가맹점사업자 중 약 16명의 점주 등은 2015. 3. 5. 가맹점사업자단체를 구성하기로 합의하고 2015. 4. 29. 가맹점주협회(이하 '점주협회')의 창립총회를 개최한 다음, 원고에게 그 설립 사실을 통보했다. 원고는 점주협회 설립 이전부터 그 진행 사항을 확인하여 '가맹점 협의회 일지'라는 내부문건을 작성했는데, 그 말미에는 "본사 입장에서는 점주협회와의 대화, 타협을 통한 개선은 바람직하지 않다고 판단되므로, 점주협회를 해산한 후 본사가 독자적인 개선 및 발전 방안을 모색해야 한다", "법적 조치를 포함하여 점주협회의 자진해산을 유도하기 위한 방안을 모색해야 하고, 필요하다면 강압에 의해 해산시켜야 한다"라는 취지가 기재되어 있다.

원고는 점주협회의 자진해산을 유도하기 위한 방안을 검토하면서 2015. 3.

20.경 점주협회에 가입한 16개 가맹점사업자들을 '집중관리 대상 매장'으로 분류하고, 정보를 모아 대응방안을 마련했다. 원고는 점주협회의 임원이 운영하는 매장들에 대하여 '폐점'이나 '양도양수' 등의 방법으로 대응할 것임을 사전에 내부적으로 정해 둔 뒤 이 사건 매장점검을 실시했다. 원고는 점주협회가 결성된 2015. 3. 5.경부터 약 2개월간 통상적인 점검과는 달리 주문량이 많은 시간대에 약 2~3시간 매장을 점검하면서 위반사항을 적발한 결과 여러 건의 가맹계약 위반사실을 확인했다.

원고는 A매장의 점주에게 '4차례 물류비 미납, 2015. 5. 7.자 및 2015. 5. 14.자 각 계약상 의무위반'을 이유로 가맹계약이 2015. 12. 15.자로 종료된다는 내용을 통보했고, 이에 따라 원고와 A매장의 가맹계약은 같은 날짜로 종료됐다. 또한 원고는 B매장에 대하여 계약갱신을 요구할 수 없음을 이유로 가맹계약이 2016. 12. 1.자로 종료된다는 내용을 통보했고, 원고와 B매장의 가맹계약은 같은 날 종료됐다. 이에 피고

공정거래위원회는 “원고의 이 사건 매 장점검 및 계약종료(이하 ‘이 사건 불 이익제공행위’)는 가맹점사업자단체 활동을 이유로 가맹점 사업자들에게 불 이익을 주는 행위로서 가맹사업법 제 14조의2 제5항에 위반된다”는 이유로 ‘이 사건 불이익제공행위 시정명령’과 ‘이 사건 통지명령’ 및 ‘이 사건 과징금 납부명령’을 하였다.

대법원은 “가맹사업법 제14조의2 제5 항 전단에서 가맹점사업자단체의 활동 등을 이유로 불이익을 주는 행위를 금지하는 취지는, 가맹점사업자들로 하여 금 가맹사업의 구조적 특성에 기인하 는 가맹본부의 우월적 지위에 대응하 여 가맹점사업자단체를 구성하여 활동 할 수 있도록 함으로써 거래조건에 관 한 협상력을 보장하여 그 권익을 보호 하고 경제적 지위 향상을 도모하기 위 한 것”이라고 설명하며 “이와 같은 관 계 법령의 내용과 입법취지에 비추어 보면, 가맹본부의 행위가 가맹사업법 제14조의2 제5항 전단에 따른 불이익 제공행위에 해당하는지 여부는 먼저 해당 행위의 의도나 목적, 가맹점사업 자가 한 가맹점사업자단체의 활동 등 의 구체적인 내용, 불이익제공의 경위, 불이익의 내용 및 정도, 관련 업계의 일반적인 거래 관행, 가맹점사업자단체 가입 여부에 따른 취급의 차이, 가맹계 약의 내용, 관계 법령의 규정 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그 불이익 제공행위가 실질적으로 볼 때 가맹 점사업자단체의 활동 등을 주된 이유 로 하는 것인지에 따라 판단하여야 한 다”고 판시했다.

또한 “‘불이익을 주는 행위’의 내용이 가맹계약의 갱신을 부당하게 거절하는 것인 경우에는 가맹본부가 계약갱신의 거절 사유로 들고 있는 계약조건이나 영업방침 등의 위반 사실이 확인된 경 위, 위반 행위의 내용, 횟수와 정도, 다

른 가맹점사업자에 대한 계약갱신의 실태, 동종 또는 유사한 위반 행위에 대하여 종전에 또는 다른 가맹점사업 자에게 한 조치 내용과의 비교 등 제 반 사정을 종합하여 그 갱신거절이 가 맹점사업자단체의 구성·가입·활동 등을 이유로 한 것인지를 판단하여야 한다” 면서 “이 사건 매장점검은 점주협회의 활동을 주도한 가맹점사업자들의 계약 위반사항을 적발한 다음 이를 이유로 계약갱신 거절 등의 불이익제공행위를 함으로써 궁극적으로 가맹점사업자 단 체의 활동을 무력화시키고자 하는 목 적에서 이루어진 것으로 이 사건 계약 종료를 위한 수단 내지 방편에 불과하 다”고 판단했다.

■ 2019도18394 뇌물수수등 (다) 파기 환송- 허위공문서작성죄에서 ‘허위작성’의 의미가 문제된 사건

대법원(주심 대법관 안철상)이 9월 16 일, 관급공사의 현장감독관인 피고인이 공사계약일반조건과 다른 기성고 비율 과 기성부분 준공금액을 기재하여 기 성검사조서를 작성한 것이 허위공문서 작성에 해당한다고 보아 허위공문서작성 등으로 공소제기된 사안에서 “공문 서를 작성하는 과정에서 법령 등을 잘 못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등 을 적용하지 아니한 잘못이 있다는 사 정만으로 허위공문서작성죄의 성립을 인정할 수 없다”며 이와 달리 판단한 원심을 파기환송했다.

원심은 “이 사건 기성검사조서의 기성 부분 준공금액란의 기재는 최소한 주 탑 부분이 100% 제작되어 현장에 반 입되었다는 것을 조건으로 하는데, 피 고인은 주탑 부분이 100% 제작되었는 지 여부에 관하여도 현장에서 세밀히 직접 확인하지 않은 채 전화 등을 통 해 공정률을 추정하여 인정하는 등 이 사건 기성검사조서의 기성금액 인정부

분은 진실에 반하는 허위의 내용으로 볼 수 있다”고 판단했다.

반면 대법원은 “이 사건 기성검사조서 는 ‘현장감독관인 피고인이 이 사건 공 사에 대한 기성부분 검사를 마쳐 기성 부분 준공금액이 1,088,380,000원, 기 성고 비율이 42%임을 확인하였다’는 내용일 뿐, 제작공장이나 공사 현장에서 주탑 등 교량 자재의 제작 완료 여 부 등을 직접 세밀하게 확인하였음을 확인하거나 증명하는 내용이 아니므로, 설령 피고인이 교량용 자재의 제작 또는 보관 현장에서 직접 그 제작 완료 여부를 세밀하게 확인하지 않은 채 자 재의 운반 및 조립·설치를 제외한 ‘강 교 제작’ 부분의 기성고 비율을 평가하 고 그에 따라 산출된 이 사건 공사 전 체의 기성고 비율이나 기성부분 준공 금액을 이 사건 기성검사조서에 기재 하였다고 하여 거기에 어떤 허위가 있 다고 할 수 없다”고 봤다.

나아가 “이른바 ‘기성검사’는 전체 공사가 완료되기 전에 기성부분, 즉 이미 공사가 완료된 부분의 대가를 지급하 기 위하여 공사의 진척 정도를 금전적 으로 평가하는 것으로서, 그 평가액은 계약에서 세부 공종별 물량과 단가에 관하여 정한 바가 있으면 이를 기준으 로 하여 산정하여야 하는 점과 이 사 건 기성검사조서에 ‘이 기성검사조서의 기성고 비율이나 기성부분 준공금액은 미시공 자재의 기성 인정 한도에 관한 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 또는 공사계약일반조건의 규정을 적용 하여 산출된 것’이라는 취지의 기재가 없는 점을 더하여 보면, 이 사건 기성 검사조서에 기재된 기성고 비율이나 기성부분 준공금액은 공종의 분류, 공 종별 도금액 등 공사계약의 내용과 실 제 공종별 진척 정도에 따라 산정된 수치와 일치할 가능성이 있고, 따라서 객관적 진실에 반한다고 단정할 수 없 다”고도 덧붙였다.

헌법재판소 판례

■ 2019헌마919 수용자 서신 개봉·열람 행위 위헌확인- 수용자 서신 개봉·열람행위 사건

헌법재판소가 2021년 9월 30일, 재판관 전원일치 의견으로 “①피청구인 교도소장이 대한법률구조공단으로부터 청구인에게 발송된 총 7건의 서신 및 국가인권위원회로부터 청구인에게 발송된 1건의 서신을 개봉한 행위, ②피청구인 교도소장이 교도소에 송달된 수원지방법검찰청의 정보공개결정통지서 및 수원지방법원의 판결문 등 총 5건의 문서를 열람한 행위가 청구인의 통신의 자유를 침해하지 않는다”는 결정을 선고했다.

청구인은 교도소 수용 중에 피청구인 등을 상대로 수용자의 처우와 관련한 여러 권력적 사실행위 및 정보비공개 결정 등에 대해 취소소송을 제기하고, 변호사와 서신으로 의사소통하며 소송을 진행했다. 피청구인은 대한법률구조공단이 청구인에게 보낸 총 7건의 서신 및 국가인권위원회가 청구인에게 보낸 1건의 서신을 개봉했고, 수원지방법검찰청, 수원지방법원 등이 보낸 총 5건의 문서를 열람했다. 청구인은 피청구인의 위와 같은 행위가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며 2019. 8. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구했다.

현재는 먼저 ‘서신개봉행위의 통신의 자유 침해 여부’에 대하여 “서신개봉행위는 금지물품을 서신에 동봉하여 반입하는 것을 방지하기 위해 구 형집행법 제43조 제3항 및 구 형집행법 시행령 제65조 제2항에 근거하여 수용자에게 온 서신의 봉투를 개봉하여

내용물을 확인한 행위”라면서 “교정시설의 안전과 질서를 유지하고 수용자의 교화 및 사회복귀를 원활하게 하기 위한 것으로 그 목적이 정당하고, 서신을 개봉하여 내용물을 확인하는 것은 위와 같은 목적을 달성하기에 적합한 수단이며, 변호사 등이 보내온 서신을 개봉 대상에서 제외하는 방법이나 엑스레이 등 기기를 통하여 검색하는 방법 등으로는 금지물품 반입을 방지하기에 충분하지 않으므로, 서신개봉행위는 침해의 최소성을 갖추었다”고 봤다. 또한 “수용시설의 안전과 질서 유지라는 공익은 매우 중대한 반면, 서신을 개봉하더라도 그 내용에 대한 검열은 원칙적으로 금지되어 사익 침해가 크지 않으므로, 서신개봉행위는 법익의 균형성도 갖추어 청구인의 통신의 자유를 침해하지 않는다”고 판단했다.

‘문서열람행위의 통신의 자유 침해 여부’에 대하여는 “문서열람행위는 형집행법 시행령 제67조에 근거하여, 법원, 경찰관서 등의 수사기관, 그 밖에 국가·지방자치단체·공공단체 등의 기관으로서 수용자의 법적 지위 및 처우와 관련이 있고, 그 접수증명이 필요한 문서나 출정·이송 등 수용시설 외부로의 이동과 관련된 문서를 송부할 가능성이 있는 기관(이하 ‘법원 등 관계기관’)이 보내온 문서를 열람한 행위”라고 설명하면서, “문서열람행위는 법원 등 관계기관에서 보내온 문서를 수용자에게 전달하는 업무에 정확성을 기하고 수용자의 편의를 도모하며, 법령상의 기간준수 여부 확인을 위한 공적 자료를 마련하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고 수단의 적합성도 인정된다”고 봤다. 나아가 “법원

등 관계기관이 발송한 문서를 정확히 전달하여 수용자들의 법률관계 등에 불이익이나 혼선이 발생하지 않도록 하는 것은 중대한 공익인 반면, 문서를 열람한 후에는 반드시 수용자 본인에게 신속하게 그대로 전달하여야 하므로 사익 침해는 최소화되어 있어 문서열람행위는 법익의 균형성도 갖추었으므로 청구인의 통신의 자유를 침해하지 않는다”는 게 현재의 판단이다.

■ 2019헌가3 공직자윤리법 부칙 제2조 위헌제청- 혼인한 여성 등록의무자의 등록대상재산 사건

헌법재판소가 2021년 9월 30일 재판관 전원일치 의견으로, 혼인한 등록의무자 모두 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 공직자윤리법이 개정되었음에도 불구하고, 개정 전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자의 경우에만 종전과 동일하게 계속해서 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 규정한 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조가 평등원칙에 위배되는 것으로 헌법에 위반된다는 결정을 선고했다.

제청신청인은 2004. 2.경 법관으로 임용된 이후, 배우자의 직계존속의 재산을 등록해 온 혼인한 여성 등록의무자이다. 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 혼인한 등록의무자 모두 배우자가 아닌 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호가 개정되자, 제청신청인은 2017. 2.경 재산 변동사항을 신고하면서 배우자의 직계존속의 재산을 등록대상재산

목록에서 삭제하고, 본인의 직계존속의 재산을 등록했다.

대법원 공직자윤리위원회는 2017. 12. 28. “제청신청인의 경우에는 공직자윤리법 부칙 제2조에 따라 여전히 배우자의 직계존속의 재산이 등록대상재산임에도 불구하고 이에 대한 재산등록을 누락하였다”는 이유로 주의촉구(경고)처분(이하 ‘이 사건 처분’)을 했다. 이에 제청신청인은 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고(서울행정법원 2018구합58721), 소송 계속 중 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였고, 제청법원은

2019. 1. 3. 위 부칙 조항에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다.

현재는 “이 사건 부칙조항은 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 재산등록을 한 사실이 있는 혼인한 여성 등록의무자의 경우, 개정 공직자윤리법 조항의 시행에도 불구하고 여전히 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 정함으로써, 혼인한 남성 등록의무자와 이미 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자를 달리 취급하고 있다”면서 “혼인한 남성 등록의무자와 달리 혼인한 여성 등록의무자의 경우에만

본인이 아닌 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하는 것은 여성의 사회적 지위에 대한 그릇된 인식을 양산하고, 가족관계에 있어 시가와 친정이라는 이분법적 차별구조를 정착시킬 수 있으며, 이것이 사회적 관계로 확장될 경우에는 남성우위·여성비하의 사회적 풍토를 조성하게 될 우려가 있어, 이는 성별에 의한 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성평등을 천명하고 있는 헌법에 정면으로 위배되는 것으로 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다”고 판시했다.

해외법 뉴스

Fulton v. Philadelphia, 가톨릭 아동위탁지원기관의 비혼커플·동성커플 인증 거부 를 시(市)가 문제삼은 데 대한 미연방대법원의 판단

〈자료 참조: 헌법재판연구원〉

필라델피아시의 위탁계약 거부 의사 공지로 인해 가톨릭 아동위탁지원기관(CSS)의 종교행사의 자유가 문제된 사건에서, 미연방대법원이 대법관 9대0의 의견으로 필라델피아의 행위가 헌법 수정 제1조 종교행사의 자유를 위반했다고 판시했다 (Fulton v. Philadelphia, 593 U. S. ____ (2021)(No. 19-123)(2021. 6. 21. 결정). 다만 대법관들은 이유에 대한 견해를 달리한바, 특히 종교행사의 자유와 관련한 원칙인 Smith결정에 대한 의견이 첨예하게 갈렸다.

법정의견(6인)은 “필라델피아의 행위는 CSS의 종교행사의 자유에 부담을 주었고, 필라델피아의 차별금지 요구사항은 일반적으로 적용되지 않기 때문에, Smith결정과 무관하게 종교행사의 자유상 엄격심사를 적용한다”면서 필라델피아의 헌법위반을 확인했다. 반면 대법관 3인은 “상고인이 Smith결정의 재고를 요청했고, 하급심도 Smith 결정에 따라 결정을 내렸기 때문에 당해 결정에 대해 재고를 해야 한다”고 주장하며 CSS의 주장을 받아들였다.

■ 사안의 배경

필라델피아의 아동위탁보호 체계는 필라델피아시와 민간 위탁지원기관 간의 협조에 기반하고 있다. 필라델피아의 인적서비스부(Department of Human Services)는 아동학대 피해자 등 원가정에 머무를 수 없는 아이들이 발생하



는 경우 이들을 위탁가정에 보내 일시적으로 보호하는데, 실질적으로 아동위탁보호 업무를 담당하는 민간 위탁지원기관과 표준계약을 체결한다. 인적서비스부가 아동을 위탁가정에 맡기고자 할 때는 위탁지원기관에 추천 요청서를 보낸다. 그러면 계약기관은 승인을 받은 가정이 있는지 보고하고, 인적서비스부는 그 중 가장 적절하다고 판단되는 가정에 아이를 위탁한다.

CSS(Catholic Social Services)는 '결혼은 여성과 남성의 성스러운 결합'이라고 믿는 가톨릭 단체로, 필라델피아시와 계약을 맺고 위탁지원기관으로 역할을 해왔다. CSS는 위탁희망가정을 인증하는 것은 그 가정 구성원들간의 관계를 승인하는 것이라고 믿고 있기 때문에 비혼커플과 동성커플을 인증하지 않았으며, 그 어떤 동성커플도 CSS로부터의 인증을 받으려하지 않았다.

그러나 2018년 한 뉴스매체가 필라델피아 교구의 대변인이 "CSS는 동성커플을 위탁가정으로 고려하지 않을 것"이라고 말한 것을 뉴스로 다루면서, 필라델피아시의회는 "필라델피아에는 종교적 자유라는 미명하에 일어나는 차별로부터 사람들을 보호하기 위하여 법이 있는 것"이라며 조사를 요청했다. 이에 조사가 시작됐고, 인적서비스부는 CSS에게 더 이상 추천요청을 하지 않을 것이라고 공지했다. 필라델피아시는 후에 "CSS가 동성커플을 인증하지 않는 것은 필라델피아시의 공정관행조례(Fair Practices Ordinance)의 차별금지요건 뿐만 아니라 필라델피아시와의 계약서상 차별금지조항을 위반하는 것"이라고 하면서 "CSS가 동성커플을 인증하는 데 동의하지 않으면 향후 CSS와 위탁계약을 맺지 않을 것"이라고 선포했다.

이에 CSS는 "시가 추천요청을 정지한 것은 헌법 수정 제1조의 종교의 자유 및 언론의 자유를 침해하는 것"이라고 주장하며 동성커플을 인증할 것에 동의하지 않아도 인적서비스부가 추천요청을 계속할 것을 명하는 한시적 금지명령과 예비적 금지명령을 신청했다.

그러나 지방법원은 가구제 인용을 거부하면서, "계약상 차별금지요건과 공정관행 조례는 중립적이고 일반적으로 적용되기 때문에, 선례인 Smith결정에 따라 CSS의 종교행사의 자유에 대한 주장이 승소할 가능성이 낮다"고 판시했다.

지방법원이 언급한 Smith결정은, 북미 원주민 교회 교인 2명이 예배의 일환으로 환각 성분이 있는 페요테 선인장을 흡입하고 이로 인해 해고당한 사건으로, 이들이 오리건 주에 실업수당을 신청하려고 하자 마약관련 법률을 위반했다는 이유로 거절당했고, 이에 자신들의 종교행사의 자유가 침해되었다며 소를 제기한 사건이다.

■ "CSS의 신앙에 부담 준 필라델피아 행위가 헌법상 허용되느냐 판단, Smith결정과 무관"

법정의견 6인(대법관 Roberts, Breyer, Sotomayor, Kagan, Kavanaugh, Barrett)은 헌법 수정 제1조 "연방의회는...자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다"를 언급하며, "필라델피아의 행위가 CSS의 미션을 축소하거나 CSS의 믿음과 상치되는 관계를 인정하도록 함으로써 CSS의 신앙 행위에 부담을 주었다는 것은 명백하다"고 했다. 이어 "헌법 수정 제1조상의 보호를 누리기 위해 종교적 믿음이 타인에게 용인되거나, 논리적이거나, 일관적이거나 이해될 만한 것일 필요는 없다"면서 "우리는 필라델피아가 CSS의 신앙 행위에 부담을 준 것이 헌법상 허용되느냐를 판단하면 된다"고 전제했다.

Smith결정에 대하여는 "종교를 타깃으로 한 것이 아니지만 부차적으로 부담을 주는 법률이 중립적(neutral)이고 일반적으로 적용되는(generally applicable) 한, 일반적으로 종교행사의 자유상의 엄격심사(strick scrutiny)를 받지 않는다고 판시했다"고 설명하면서, "본 사건에서 필라델피아는 일반적으로 적용되지 않는 정책을 통해 CSS의 종교행사의 자유에 부담을 주었기 때문에 Smith결정이 적용되지 않는다"

고 실시했다.

법정의견은 또한 "필라델피아시는 CSS의 관행이 표준계약 제3조 제21항을 위반한 것이라고 주장했으나 본 법원은 이 조항이 일반적으로 적용되지 않는다고 결론을 내리는 바"라면서 "표준계약 제3조 제21항은 개별적으로 예외를 허용하고 있어 시의 재량에 따라 예외가 허용되기 때문"이라고 설명했다. 필라델피아시가 CSS에게 예외를 허용할 의도가 없다는 것을 분명하게 밝힌 데 대하여는 "개별적 예외를 허용하는 조항이 있기 때문에 시는 중대한 이유 없이 '종교로 인한 어려움'과 관련한 사건에 예외를 허용하는 것을 거부해서는 안 된다"고 못박았다.

나아가 필라델피아의 주장을 받아들일 수 없는 이유들로 ▲중립성과 일반적 적용성의 원칙은 관리자로서의 정부 권한도 제한하며, 본 법원은 정부가 관리자 역할을 할 때 종교를 차별해도 된다고 제안한 적이 없는 점 ▲표준계약 제3조 제21항을 '인증 받은 위탁가정'에 아이들을 맡기기 위한 추천요청을 거부할 권리에 관한 조항이라고 해석한 필라델피아의 해석이 잘못된 점 ▲필라델피아시는 계약 제15조 제1항이 위탁부모 인증에 있어 차별을 독립적으로 금지하고 있다고 주장하지만, 펜실베이니아주 법은 계약을 해석함에 있어 계약의 한 조항이 다른 조항을 무효화시키는 방식으로 해석되어서는 안 된다고 명시하는 점 ▲예외를 인정한 적이 없기 때문에 계약 제3조 제21항하에서 예외를 허용한다는 조문이 의미가 없다는 필라델피아시의 주장은, 예외를 기존에 허용했는지 여부와 무관하게 개별적 예외를 허용하는 체계가 있으면 그 정책은 일반적으로 적용되지 않는 정책에 해당한다는 점 등을 들었다.

필라델피아가 "동성커플의 인증을 CSS가 거부하는 것은 공정관행조례(Fair Practices Ordinance)를 위반한 공공시설불법관행"이라고 주장하고, CSS는 이에 대해 "필라델피아시가 CSS의 종교행사에 대해서는 예외를 허용하지

않지만, 세속적인 목적에는 예외를 허용하기 때문에 공정관행조례는 일반적으로 적용되지 못한다"고 주장한 데 대하여는, "인증업무를 수행함에 있어 위탁지원기관은 공공시설의 역할을 수행하는 것이 아니기 때문에 이러한 문제는 발생하지 않는다"고 답했다. 공공시설은 일반 대중에게 혜택을 제공해야 하며, 개인이 이러한 혜택을 누리기를 원한다면 공공시설을 이용함으로써 공공시설이 제공하는 혜택을 누릴 수 있어야 하는데, 이와 대조적으로 위탁 부모 인증은 개별화, 선별화된 평가로서 대중이 쉽게 접근할 수 없다는 것이다.

한편 필라델피아시가 "차별금지정책은 위탁부모를 가능한 최대로 늘리고, 법적책임으로부터 시를 보호하며, 위탁희망부모를 동등하게 대우한다는 3가지 중요한 이익을 위한 것"이라고 주장한 데 대하여는 "헌법 수정 제1조는 정부가 특정 종교인에게 예외를 허용하게 되면 발생할 수 있다고 주장한 위험을 더 면밀히 분석하길 원한다"면서, "쟁점은 필라델피아시가 차별금지정책을 시행하는 데 중요한 이익을 가지는지가 아니라, CSS에게 예외를 허용하지 않는 데 중요한 이익을 가지느냐는 것"이라고 정리했다. 위탁가족의 수를

최대한 늘리고, 법적 책임을 최소화하는 것은 중요한 목표이지만, CSS에게 예외를 허용하게 될 경우 왜 이러한 목표를 달성하는 데 문제가 발생하는지를 필라델피아는 보여주지 못했다는 설명이다.

■ "Smith결정은 재고되어야 한다"는 3인의 주장

법정의견과 달리 "이번 사안에서 Smith결정이 재고되어야 한다"고 주장한 대법관 3인(대법관 Alito, Thomas, Gorsuch)은 "이 사건은 본 법원의 종교행사의 자유에 대한 해석이 근본적으로 잘못되어 수정되어야 하는지 여부를 묻고 있다"고 해석했다. 여기서 언급된 '근본적으로 잘못되어 수정되어야 하는지'가 문제된 해석이 바로 Smith결정에 대한 미연방대법원의 판단으로, 대법관 3인은 "본 법원은 Smith결정에서 근 40년간의 선례를 제쳐놓고 '헌법 수정 제1조의 종교행사의 자유는 법률이 종교관행을 타깃으로 하지 않는 한 특정 행위를 금하는 것을 허용한다'고 판결했다"고 지적했다.

대법관 3인은 "Smith결정이 가져올 수 있는 위험은 가상의 것이 아니"라면서 "필라델피아시는 CSS에게 전통적인 결혼에 대한 가톨릭의 믿음에 반한다

고 여기는 행위에 동참하든지, 교회가 수백 년 동안 자신들의 미션이라고 믿고 행한 버려진 아이들을 돌보는 미션을 그만두든지 결정하라고 한 것"이라고 설명했다. 실제 필라델피아시는 Smith결정을 인용했는데, "법률이 종교행사의 자유를 침해하는 것을 목적으로 하지 않지만 부차적인 효과로 인해 종교행사의 자유가 침해된다면, 그 법률이 일반적으로 적용되는 한 종교행사의 자유를 침해하지 않는다"는 판시 부분이다.

대법관 3인은 Smith결정의 폐기를 주장하며, △Smith결정은 헌법 문면의 '통상적이고 일반적인 의미'를 무시하고, 헌법 수정 제1조가 채택되었을 당시의 종교행사의 자유에 대한 이해를 살펴보지 않은 점 △Smith결정은 1963년에서 1990년까지 Sherbert결정에 의한 선례를 뒤집지는 않으면서, 최근 결정들과 조화를 이루지 못하고 불협화음을 내는 점 △Smith결정 이후 법률이 종교행사의 자유를 타깃으로 하였는지, 종교행사의 자유를 제한할 목적으로 입안되었는지 여부를 판단하는 데 법원들은 많은 어려움을 겪는바, 즉 적용성(workability)의 문제를 양산한 점 △Smith결정을 뒤집지 않는 한 종교행사의 자유를 위협하게 된다는 점 등을 언급했다.

입법 뉴스

■ 10월 첫째 주 시행법령

1. 특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률 시행령- 10/5 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 자금세탁행위와 공중협박자금조달행

위를 효율적으로 방지하기 위해 금융회사 등이 법인·단체인 고객과 금융거래 등을 하는 경우, 해당 법인·단체인 고객을 최종적으로 지배하거나 통제하는 실제소유자에 대해서는 예외 없이 그 생년월일을 확인하도록 하고, 가상자산사업자로 하여금 가상자산사업자

나 그 특수관계인이 발행한 가상자산의 매매·교환을 중개·알선하거나 대행하는 행위와 가상자산사업자의 임직원이 해당 가상자산사업자를 통해 가상자산을 매매하거나 교환하는 행위 등에 대한 거래를 제한하는 기준을 마련·시행하도록 한다.

2. 지방공무원법- 10/8 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 지방의회 사무기구 인력운영의 자율성을 높이기 위하여 지방의회의 의장에게 지방의회 소속 지방공무원의 임용권을 부여하고 지방의회에 인사위원회를 설치하도록 하며, 집행기관 또는 지방의회 간 인사교류가 가능하게 하는 등 지방의회 소속 지방공무원에 대한 인사 관리 체계를 개편하는 한편, 공직사회 내 성 관련 비위를 근절하기 위하여 성폭력 및 성희롱 사건에 대한 신고 제도와 조사 및 조치에 관한 사항을 규정한다.

3. 여객자동차 운수사업법- 10/8 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 최근 IT기술의 발달로 여객자동차 운수사업자와 소비자를 연결해주는 플랫폼사업이 활성화되고 있는데, 사실상 기존 택시운송사업과 중복되는 서비스를 제공하면서도 제도가 동등하게 적용되지 않는 한편, 주로 현행법상 예외규

정들을 활용한 사업을 추진함에 따라 기존 택시운송사업자들과의 갈등이 심각한 상황이다. 이에 플랫폼 택시를 제도화하는 한편 현행법의 예외규정들을 활용한 사업 추진을 제한하기 위하여 여객자동차운수사업의 일종으로 여객자동차운송플랫폼사업을 신설하고, 이와 관련한 사항들을 규정한다. 또한 대여사업용 자동차의 안전성을 확보하고 결함으로 인한 사고를 예방하기 위하여 대여사업용 자동차의 결함 사실이 공개된 경우 시정조치를 받지 않으면 이를 신규로 대여할 수 없도록 한다.

4. 소상공인 보호 및 지원에 관한 법률- 10/8 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 코로나19 감염병 확산을 방지하기 위해 정부와 지방자치단체가 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제49조제1항제2호를 근거로 집합금지 조치 등 소상공인의 영업장소의 사용 및 운영시간 등을 제한하고 있고, 해당 업종의 소상공인은 경영상 어려움을 겪고 있으나, 소상공인의 영업을 제한하여

발생하는 손실에 대한 보상과 관련된 조항이 법률에 규정되어 있지 않아 신속하고 원활한 지원이 이루어지지 못하고 있다는 의견이 있다. 또한, 다수의 전문가에 따르면 코로나19 바이러스와 유사한 글로벌 팬데믹 현상은 향후 재발할 가능성이 있고, 전 세계적인 감염병 확산 주기가 단축될 것이라는 관측이 존재한다. 따라서 정부는 코로나19 바이러스뿐만 아니라 새로운 감염병 확산 시 조치할 집합금지·영업제한 명령에 따라 손실을 입는 소상공인에 대한 체계적인 보상 및 지원 체계를 마련할 필요가 있다.

이에 감염병 확산에 따른 집합금지·영업제한 조치로 인하여 소상공인의 경영상 심각한 손실이 발생한 경우 이에 대한 보상 근거를 신설하고, 이 법이 공포되는 날 이전 코로나19와 관련하여 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제49조제1항제2호에 따른 집합금지, 영업제한 등 행정명령으로 인하여 발생한 심각한 피해에 대해서는 조치 수준, 피해규모 및 기존의 지원 등을 종합적으로 고려하여 피해를 회복하기에 충분한 지원을 하도록 한다.

알 림

한국법학원 학술연구부 상법팀, 이현균 연구위원(고려대 법학박사) 채용

■ 한국법학원 회비 납부 안내

연회비	연회비 납부방법	유료회원 서비스	납부계좌
1. 교수, 판사, 변호사, 검사, 법무관 등 개인 회원 : <u>3만원</u> 2. 법대도서관, 법률관련 기관 등 단체 회원 : <u>5만원</u>	1. 홈페이지 가입 2. 연회비 납부 후 한국법학원으로 전화 또는 이메일 3. CMS 신청 가능: 사무국으로 문의 (02-753-6002/ ksl@lawsociety.or.kr)	1. <저스티스> 연6회 제공: pdf 다운 가능 2. 심포지엄, 포럼 등 행사 참석 가능 (자료집 제공)	(우리은행) 052-500872-01-015 (국민은행) 815637-04-000084 (신한은행) 302-05-032394

☺ 한국법학원이 만드는 모든 기사·컨텐츠는 홈페이지 www.lawsociety.or.kr '뉴스레터' 탭에서 확인하실 수 있습니다.