

한국젠더법학회 · 한국여성변호사회 · 민변 여성인권위원회

동계공동학술대회

“2022년, 젠더판례 톺아보기”

| 일시 | 2023. 2. 18.(토) 오후 2시~오후 5시

| 장소 | 온라인(ZOOM, 비대면)

| 주최 | 한국젠더법학회, 한국여성변호사회, 민변 여성인권위원회

한국젠더법학회 · 한국여성변호사회 · 민변 여성인권위원회

동계공동학술대회

“2022년, 젠더판례 톺아보기”

KAGL 한국젠더법학회
Korean Association of Gender and Law

한국젠더법학회 · 한국여성변호사회 · 민변 여성인권위원회

동계공동학술대회

“2022년, 젠더판례 톺아보기”

PROGRAM

사회: 김은희(한국젠더법학회 기획위원장)

14:00~14:10 개회식

개회사 박선영(한국젠더법학회 회장, 한국여성정책연구원 선임연구위원)

환영사 김학자(한국여성변호사회 회장), 박수진(민변 여성인권위원회 위원장)

좌장: 신숙희(수원고등법원 판사, 한국젠더법학회 부회장)

14:10~15:30 발표

[판례 1: 육아휴직을 마친 근로자에 대한 인사발령의 적법성 판단기준]

(대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두 76005 판결)

양승엽 박사(한국노동연구원 연구위원)

[판례 2: 성폭력범죄에서 주거침입의 의미]

(대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도 3801 판결)

민고은 변호사(한국여성변호사회 인권이사, 법무법인 새서울)

[판례 3: 공무원연금법상 재혼시 유족연금상실 조항의 문제점]

(헌법재판소 2022. 8. 31.자 2019헌가31 결정)

전다운 변호사(민변 여성인권위원회 위원, 법무법인 지향)

15:30~16:30 토론 및 종합토론

토론 1: 김태환 교수(한림대 겸임교수)

토론 2: 안지희 변호사(민변 여성인권위원회 여성폭력방지팀장)

토론 3: 문혜정 변호사(여성변호사회 공보이사, 법률사무소 정)

토론 4: 박재명 박사(한국외국어대 전임연구위원)

폐회 후 한국젠더법학회 총회

한국젠더법학회 · 한국여성변호사회 · 민변 여성인권위원회

동계공동학술대회

“2022년, 젠더판례 톺아보기”

목차

개회사 · 환영사

개회사	박선영(한국젠더법학회 회장, 한국여성정책연구원 선임연구위원)	_ i
환영사	김학자(한국여성변호사회 회장)	_ iii
	박수진(민변 여성인권위원회 위원장)	_ v

발표문

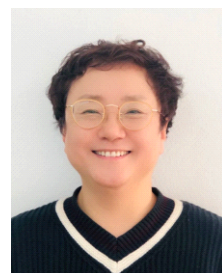
[판례 1: 육아휴직을 마친 근로자에 대한 인사발령의 적법성 판단기준]	_ 1
(대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두 76005 판결)	
양승엽 박사(한국노동연구원 연구위원)	
[판례 2: 성폭력범죄에서 주거침입의 의미]	_ 19
(대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도 3801 판결)	
민고는 변호사(한국여성변호사회 인권이사, 법무법인 새서울)	
[판례 3: 공무원연금법상 재혼시 유족연금상실 조항의 문제점]	_ 39
(헌법재판소 2022. 8. 31.자 2019헌가31 결정)	
전다운 변호사(민변 여성인권위원회 위원, 법무법인 지향)	

토론문

[토론 1] 김태환 교수(한림대 겸임교수)	_ 69
[토론 2] 안지희 변호사(민변 여성인권위원회 여성폭력방지팀장)	_ 73
[토론 3] 문혜정 변호사(여성변호사회 공보이사, 법률사무소 정)	_ 83
[토론 4] 박재명 박사(한국외국어대 전임연구위원)	_ 89

[2023년 한국젠더법학회 동계공동학술대회]

개회사



박선영

한국젠더법학회 회장

안녕하십니까! 한국젠더법학회 회장 박선영입니다.

먼저, 바쁘신 중에도 한국여성변호사회, 민변 여성인권위원회와 한국젠더법학회가 공동으로 개최하는 “2022년, 젠더판례 훑아보기” 동계학술대회에 참여해주신 분들과 행사의 공동주최를 위해 힘써주신 한국여성변호사회의 김학자 회장님, 민변 여성인권위원회의 박수진 위원장님을 비롯한 관계자 여러분께도 깊은 감사의 마음을 전합니다.

판례는 법원이 현행법을 해석·적용하여 사건을 처리한 사례를 의미합니다. 그동안 젠더판례는 많은 변화와 발전이 있었고, 그 결과 젠더 관계 변화와 젠더 관련 법제에 큰 영향을 미쳤습니다.

한국젠더법학회는 이런 판례의 역할과 중요성에 주목하여 2022년에는 대법원 젠더법연구회가 그간의 주요 젠더판례의 내용과 의미를 정리한 『젠더판례백선』을 출간

한 것을 기념하고, 2021년 주요 젠더판례의 내용과 의미를 돌아보는 공동학술대회를 개최한 바 있습니다.

2023년, 올해에는 육아휴직을 마친 근로자에 대한 인사발령을 적법성 판단기준, 성폭력 범죄의 주거 침입의 의미, 공무원연금법상 재혼시 유족연금상실 조항의 위헌 여부가 다투어진 사건을 2022년의 대표적인 젠더판례로 선정하여 판례의 내용과 의미 등을 살펴봅니다.

이번 공동학술대회가 향후 보다 큰 감동을 주는 판례를 만나는 밑거름이 되기를 희망합니다.

끝으로 오늘 학술 세미나의 좌장을 맡아주신 신숙희 판사(수원고등법원, 한국젠더법학회 부회장)님을 비롯하여 발표자, 토론자로 참여해주신 여러분께 깊이 감사드립니다.

한국젠더법학회는 법제 영역에서의 성 주류화와 젠더법학의 발전을 위해 정기적인 학술대회, 세미나, 젠더법브런치 등을 지속적으로 개최하고 있습니다. 앞으로도 한국젠더법학회의 활동에 많은 관심과 격려, 지지를 부탁드립니다.

감사합니다.

2023년 2월 18일

박선영(한국젠더법학회 회장, 한국여성정책연구원 선임연구위원)

[2023년 한국젠더법학회 동계공동학술대회]

환영사



김학자

(사)한국여성변호사회 회장

안녕하십니까. (사)한국여성변호사회 회장 김학자 변호사입니다.

오늘 한국여성변호사회는 한국젠더법학회, 민변 여성인권위원회와 함께 「2022년, 젠더판례 훑아보기」라는 주제로 뜻깊은 연구의 자리를 마련하였습니다. 위 단체들과 함께 공동주최로 지난 한 해 동안 여성의 삶에 영향을 미친 주요 판례들을 살펴보는 자리를 마련하게 되어 매우 뜻깊고 반갑습니다.

오늘 발표되는 판례들은 모두 여성의 삶의 중요한 단면들을 반영하고 있고, 발표 문은 이에 대한 분석과 비판을 통해 나아갈 방향을 제시하고 있습니다.

먼저 육아휴직을 마친 근로자에 대한 인사발령의 적법성 판단기준(대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결)에 대한 연구에서는, 위 대법원 판결의 주요 시사점을 정리하고 남녀고용평등법 제19조 제4항의 개정방안을 제시하고 있습니다. 다음으로 성폭력범죄에서 주거침입의 의미(대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도 3801 판결)의 발표문에서는, 여성이 가장 안전해야 할 주거 공간에서 발생한 성폭력에 대한 판결 분석을 통해 피해자의 주거의 평온과 안전, 성적 자기결정권을 함께 보장할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있습니다. 또한 공무원연금법상 배우자의 유족연금수급 권의 성평등적 검토(헌법재판소 2022. 8. 31.자 2019헌가31 결정)에서는 사법기관이 연금제도를 바라보고 있는 관점을 검토하여 우리 법률이 여성을 바라보는 시각에 대한 성평등한 관점의 전환을 제안하고 있습니다.

이처럼 오늘 논의되는 판결들은 여성의 안전, 노동, 삶에 주요한 영향을 미치고 있습니다. 이에 대한 분석과 비판이 향후 판결에 영향을 미치고, 나아가 입법에도 적극적으로 반영되어 현실적인 개선이 이루어지기를 바랍니다.

오늘 의미 있는 내용의 발제를 준비해 주신 발제자님과 토론자분들께 다시 한번 감사드리고, 아울러 귀한 시간을 내서 관심을 가지고 함께 해주신 여러분께도 깊이 감사의 말씀을 드립니다.

앞으로도 한국여성변호사회(회장 김학자)는 성평등적 관점에서 판결이 이루어질 수 있도록 지속적으로 검토하고 연구할 것입니다.

감사합니다.

2023년 2월 18일
(사)한국여성변호사회 회장 김학자

[2023년 한국젠더법학회 동계공동학술대회]

환영사

박수진

민변 여성인권위원회 위원장

안녕하십니까. 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회 위원장 박수진입니다.

먼저 토론회의 공동주최를 제안해주시고 오늘 저를 초대해 주신 한국젠더법학회 박선영 회장님께 감사드립니다. 또한 다사다난했던 지난해를 보내고 새해를 시작한 이때 한국여성변호사회에서 오신 여러분들과 만나게 되어 반갑습니다.

돌이켜보면 2022년은 한국사회 여성인권 역사에 있어 그 의미가 적지 않은 해로 기억될 것입니다. 윤석열 정부가 출범한 작년 한 해, 한국사회 여성인권과 안전은 심각한 위기에 처하였습니다. 우선 지난해 본격적인 대선 국면에 들어서면서 국민의힘은 여성가족부 폐지를 공약으로 내세우며 성차별을 선동하고 지지자 결집에 적극 활용하였습니다. “여성가족부 폐지”라는 한 줄 공약을 올려 국면 전환에 활용했고, ‘구조적 성차별은 없다’고 하며 여성가족부 폐지를 핵심적인 공약으로 내세웠습니다. 대선이 끝나고 여당은 현 정부의 의지를 반영하여 여가부를 폐지하고 보건복지부 산하에 ‘인구가족양성평등본부’를 신설하는 ‘정부조직법 일부개정법률안’을 발의한 상태입니다. 여성가족부는 현재 존폐기로에 서 있습니다.

또한 지난해 9월 서울 신당역스토킹 여성살해 사건과 10월 4일 서산 가정폭력 아내 살해사건 등 수많은 여성이 목숨을 잃거나 위협을 당하였으며, 여성노동분야에서도 새마을금고와 신한 등 금융기관에서 성차별·성희롱 등이 만연한 것으로 드러났습니다. 하지만 법무부는 최근 ‘비동의 강간죄’뿐 아니라 ‘피해자의 과거 성 이력 증거 채택 금지조항’ 등 여성가족부가 제3차 양성평등정책 기본계획에서 추진 의사를 밝힌 모든 성폭력 관련 법 개정예에 대해 반대하고 있는 것으로 확인됐습니다.

출범 전부터 ‘여성가족부 폐지’, ‘구조적 성차별은 없다’라는 공약과 발언에서 드러났듯이, 이번 정부는 여성인권에 있어 퇴행을 시도하고 성평등 정책의 구조를 흔들고 있다는 우려를 하지 않을 수 없습니다. 이러한 상황에서 ‘2022년, 젠더판례 훑아보기’란 주제로 열리는 오늘 공동학술대회가 2022년 한국사회의 여성인권 관련 법률 현황을 살펴보고 2023년에 보다 활기찬 담론의 마중물이 되기를 소망합니다.

이번 공동학술대회 개최에 시간과 고민을 함께 해주신 모든 분께 감사를 드립니다.

2023년 2월 18일

민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회 위원장 박수진

[판례 1:

육아휴직을 마친 근로자에 대한 인사발령의
적법성 판단기준]

대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결

양승엽

한국노동연구원 부연구위원

I. 사건의 개요

1. 사실관계

원고 롯데쇼핑은 종합유통업을 영위하는 회사로 그 산하에 마트사업본부를 두고 전국에 약 119개의 롯데마트 등 점포를 운영하며 약 13,500명의 근로자를 고용하고 있다. 마트사업본부는 직급을 ‘사원 - 대리 - 과장 - 차장 - 부장’으로 나누고, 담당 업무인 직책을 ‘행복사원(비정규직) - 담당 - 파트장 - 매니저 - 점장’으로 구분하고 있다. 과장급이 매니저를 담당하는 것이 원칙이나, 인력수급 등 사정에 따라 대리급도 임시로 매니저를 맡을 수도 있고, 이 경우 ‘발탁매니저’라 부른다. 발탁매니저가 될 경우 업무추진비 월 15만원과 사택수당 월 5만원을 추가로 받는다. 한편, 대리인 발탁매니저가 다시 담당으로 인사발령을 받는 사례들이 다수 있었다.

피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다) 근로자는 1999. 9. 18. 원고 회사에 입사한 후 롯데마트의 여러 지점에서 근무하다 2011. 4. 1. 대리로 승진한 후 같은 해 8. 10. 발탁매니저로 비식료품을 담당하는 생활문화매니저로 근무하였다.

2015. 6. 13. 참가인은 1년 기간의 육아휴직을 신청하여 휴직 중 2016. 1. 6. 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 ‘남녀고용평등법’이라 함) 시행령 제14조 제1항에 따른 육아휴직 종료 사유가 발생하여 예정보다 일찍 원고 회사에 복직 신청을 하였다. 2016. 3. 1. 원고 회사는 대체 근무자가 참가인이 원래 하던 지점의 생활문화매니저로 일하고 있다는 점을 이유로 같은 지점의 식품 담당 냉장냉동영업‘담당’으로 인사발령을 하였다.

이에 참가인과 참가인이 소속된 롯데마트노동조합은 2016. 5. 27. 경기지방노동위원회에 이 사건 전직이 부당전직과 부당노동행위에 해당한다고 주장하며 구제신청을 하였고(경기2016부해776/부노43(병합)), 경기지방노동위원회는 부당노동행위 구제신청은 기각하였으나, 부당전직 구제신청은 인용하였다. 원고 회사와 참가인·롯데마트노동조합은 각각 불복하여 2016. 9. 2. 중앙노동위원회에 재심신청을 하였고(중앙2016부해995/부노179(병합)), 중앙노동위원회 역시 원고 회사의 부당노동행위는 부정하였으나 부당전직은 인정하였다. 이에 원고 회사는 중앙노동위원회의 부당전직구제

재심판정의 취소를 청구하는 소를 제기하였다.

2. 제1심의 판단 요지¹⁾

제1심은 원고 회사의 전직 명령은 정당하기 때문에 중앙노동위원회의 부당전직 구제 재심판정을 취소하였다. 제1심은 먼저 원고 회사의 전직 명령이 남녀고용평등법 제19조 제4항²⁾에 위배되는지부터 살펴보았다. 동조문 제4항 전문(前文)은 “사업주는 육아휴직을 마친 후에는 휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다”고 규정한다. 원고 회사가 참가인 근로자에게 “휴직 전과 같은 업무”에 복귀시키지 않은 것은 확실하므로 쟁점은 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”에 복귀시켰는가였다. 참가인 근로자는 대리급으로 발탁매니저가 되면서 추가적으로 업무추진비와 사택수당을 받았는데, 업무추진비는 과장급에 비해 임금이 적은 대리에게 직원과의 식사비 등을 보충하기 위해 지급한 실비변상적 성격이 강하며, 사택수당 또한 복지후생적 급여에 불과하므로 임금에 해당하지 않는다고 보았다. 따라서 업무추진비와 사택수당은 임금이 아니므로 참가인 근로자를 대리급으로 인사발령한 것은 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”로 복귀시킨 것이라 보았다.

1) 서울행정법원 2017. 7. 14. 선고 2017구합52672 판결.

2) 남녀고용평등법 제19조(육아휴직) ① 사업주는 임신 중인 여성 근로자가 모성을 보호하거나 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다. 이하 같다)를 양육하기 위하여 휴직(이하 “육아휴직”이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 육아휴직의 기간은 1년 이내로 한다.

③ 사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 육아휴직 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 사업주는 육아휴직을 마친 후에는 휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다. 또한 제2항의 육아휴직 기간은 근속기간에 포함한다.

⑤ 기간제근로자 또는 파견근로자의 육아휴직 기간은 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제4조에 따른 사용기간 또는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제6조에 따른 근로자파견기간에서 제외한다.

⑥ 육아휴직의 신청방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

그리고 발탁매니저를 임시직으로 보아 원고 회사가 참가인 근로자를 임시직책이 아닌 본래의 직급에 따라 수행해야 할 직책으로 인사발령한 것 또한 남녀고용평등법 제19조 제4항에 반하는 다른 업무에 복귀시킨 것으로 평가할 수 없다고 하였다.

제1심은 여기에서 더하여 원고 회사의 인사발령이 「근로기준법」 제23조 제1항에3) 어긋나는지를 심사한다. 전직 명령이 남녀고용평등법 제19조 제4항에는 위배되지 않더라도 「근로기준법」 제23조 제1항이 금지하는 부당전직에는 해당할 수 있기 때문이다.

보통 전직(전근 또는 전보)이 정당하기 위해서는 다음의 3가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 사용자의 업무상 필요성이 인정되어야 한다. 둘째, 전자가 인정되더라도 근로자의 생활상 불이익이 크지 않아야 한다. 셋째, 근로자와 전직에 관한 협의 절차를 거쳐야 한다. 다만, 세 번째는 신의칙상의 협의 절차로서 “근로자 본인 등과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보 처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다”고 한다.⁴⁾

제1심은 참가인 근로자가 원래 신청하였던 육아휴직 기간 도중 복직을 신청하여 다른 지점으로 발령하기에는 시간적 제약이 있던 상황에서 같은 지점 내 다른 매니저 직책은 이미 과장급이 담당하고 있었다는 점 등을 들어 업무상의 필요성을 인정하였고, 참가인 근로자의 생활상 불이익 또한 참가인 근로자가 같은 지점에 발령 받았기 때문에 출퇴근 소요시간에는 변동이 없고, 냉장냉동영업담당의 업무가 생활문화매니저의 것보다 특별히 과중하지 않다는 점 등을 들어 부정하였다. 마지막으로 참가인 근로자가 갑작스럽게 조기 복직을 신청하여 원고 회사가 참가인 근로자 및 노동조합과 충분한 협의 절차를 거치기에는 시간적 제약이 있었던 점을 고려하면 원고 회사의 전직 명령이 권리남용이라고 볼 수 없다고 밝혔다. 따라서 원고 회사의 참가인 근로자에 대한 전직 명령은 「근로기준법」 제23조 제1항에 위배되지 않는 정당한 인사 처분이라고 판시하였다.

3) 「근로기준법」 제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 “부당해고 등”이라 한다)을 하지 못한다.

4) 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007두22306 판결 등 참조.

3. 원심의 판단 요지⁵⁾

피고 중앙노동위원회위원장의 항소로 열린 원심에서 법원은 제1심의 견해를 유지하였다. 원심은 제1심의 판단에 덧붙여 발탁매니저가 보직 해제 후 다시 발탁매니저로 보직되지 않은 사례가 상당수 있다는 점을 근거로 발탁매니저가 임시직책이어서 참가인 근로자를 다시 발탁매니저에 발령하지 않은 점이 강등이나 차별이 아니라고 보았다.

II. 대법원의 판결 요지

1. 남녀고용평등법 제19조 제3항의 심사 기준

제1심과 원심은 남녀고용평등법 제19조 제4항을 중심으로 원고 회사의 전직 명령의 정당성을 판단하였다. 그런데 대법원은 동법 제19조 제3항을 중심으로 쟁점을 심사하였다는 점이 특이하다.⁶⁾ 추측컨대, 실정법상 문언 해석으로 동법 제19조 제4항의 테두리 내에서는 사실관계에서 위법을 도출하기 힘들기 때문이라고 생각된다.

기존에는 제19조 제3항과 제19조 제4항은 병렬적인 관계로 보았다. 제19조 제3항 전문(前文)은 “사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하는데 이는 근로자의 육아휴직 사용을 이유로 사업주가 일종의 보복행위를 하는 것을 막는 데 목적이 있다면, 비교하여 제19조 제4항은 육아휴직 복귀 후 “같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무”를 보장함으로써 육아휴직 전후의 생활상·조직상의 불이익을 막는 기능을 담당하였다. 양자 모두 불이익을 막는다는 것에 목적이 있지만 보복행위에 더 많은 사회적 비난이 따르기 때문에 양자의 처벌 형량은 각각 차이가 있다.⁷⁾

5) 서울고등법원 2017. 11. 30. 선고 2017누6042 판결.

6) 구미영, “육아휴직자에 대한 불이익처우”, 『월간 노동리뷰』 2022년 9월호, 한국노동연구원, p.110.

7) 남녀고용평등법 제19조 제3항을 위반할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금

그러나 대법원은 제19조 제3항과 제4항을 병렬적 관계가 아니라 제3항을 일반조항으로, 제4항을 제3항의 구체화한 조항으로 구성하였다. 양자를 병렬이 아닌 유기적으로 해석하는 시도는 제3항의 외연 또한 확대하여 동 조항을 단순히 보복을 제한하는 규정이 아니라 육아휴직을 사용하는 근로자에게 육아휴직 전후의 근로조건을 보장함으로써 육아휴직을 안심하고 사용할 수 있도록 하는 규정으로 탈바꿈하였다. “같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무” 보장은 육아휴직 전후 근로조건 중의 한 부분일 뿐이다.

대법원은 제3항의 외연 확대를 다음과 같이 표현한다.

“남녀고용평등법 제19조 제3항의 ‘불리한 처우’란 육아휴직 중 또는 육아휴직을 전후하여 임금 그 밖의 근로조건 등에서 육아휴직으로 말미암아 육아휴직 사용 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하므로, 사업주는 육아휴직 사용 근로자에게 육아휴직을 이유로 업무상 또는 경제상의 불이익을 주지 않아야 하고, 복귀 후 맡게 될 업무나 직무가 육아휴직 이전과 현저히 달라짐에 따른 생경함, 두려움 등으로 육아휴직의 신청이나 종료 후 복귀 그 자체를 꺼리게 만드는 등 근로자로 하여금 심리적으로 안정된 상태에서 육아휴직을 신청·사용함에 지장을 초래하지 않아야 한다.(밑줄은 글쓴이 강조)”

2. 남녀고용평등법 제19조 제4항의 심사 기준

제3항의 외연 확대로 그것을 구체화한 제4항 또한 그 해석의 여지가 넓어진다. “같은 업무”를 단순히 육아휴직 전과 동일한 업무가 아니라 ‘사회통념상’의 차이가 없는 업무로, “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”도 근로자에게 금액이라는 객관적인 수치를 넘어서 ‘실질적인’ 불이익이 없어야 한다.

에 처하며(동법 제37조 제2항), 동법 제19조 제4항을 위반할 경우 500만 원 이하의 벌금에 처한다(동법 제37조 제4항).

사업주가 남녀고용평등법 제19조 제4항에 따라 육아휴직을 마친 근로자를 복귀시키면서 부여한 업무가 휴직 전과 ‘같은 업무’에 해당한다고 보려면, 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무내용뿐만 아니라 실제 수행하여 온 업무도 아울러 고려하여, 휴직 전 담당 업무와 복귀 후의 담당 업무를 비교할 때 그 직책이나 직위의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에서 사회통념상 차이가 없어야 한다.

만약 휴직기간 중 발생한 조직체계나 근로환경의 변화 등을 이유로 사업주가 ‘같은 업무’로 복귀시키는 대신 ‘같은 수준의 임금을 지급하는 다른 직무’로 복귀시키는 경우에도 복귀하는 근로자에게 실질적인 불이익이 있어서는 아니 된다.(밑줄은 글쓴이 강조)

이러한 기준 아래 사업주가 육아휴직을 사용한 근로자에게 다른 직무를 부여할 경우에는 다음과 같은 종합적 판단을 요구한다.

사업주가 위와 같은 책무를 다하였는지 여부는 근로환경의 변화나 조직의 재편 등으로 인하여 다른 직무를 부여해야 할 필요성 여부 및 정도, 임금을 포함한 근로조건이 전체적으로 낮은 수준인지, 업무의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에 불이익이 있는지 여부 및 정도, 대체 직무를 수행하게 됨에 따라 기존에 누리던 업무상·생활상 이익이 박탈되는지 여부 및 정도, 동등하거나 더 유사한 직무를 부여하기 위하여 휴직 또는 복직 전에 사전 협의 기타 필요한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.(밑줄은 글쓴이 강조)

3. 사실관계의 포섭과 결론

대법원은 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항을 유기적으로 보는 토대에서 원심이 본 사실관계 판단에서 다음과 같은 잘못이 있다고 지적한다.

첫째, 동법 제19조 제4항의 “같은 업무”에 관해 판단한다. ‘같은 업무’란 앞서 언급한 바와 같이 휴직 전 담당 업무와 복귀 후 담당 업무가 그 업무의 성격과 내용·

범위 및 권한·책임 등에서 사회통념상 차이가 없어야 하는데, 이 사건에서 육아휴직 전의 생활문화매니저와 육아휴직 후의 냉동냉장영업담당 업무는 그 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에서 상당한 차이가 있다는 것이다. 즉, 전자는 관리직으로 인사평가를 할 수 있고 담당 업무 전반을 총괄하는 반면, 후자는 단순한 영업직에 불과하며 인사평가 권한이 없다.

그리고 발탁매니저가 임시직이기는 하지만 마트사업본부의 전체 매니저 중 발탁매니저가 45.3%인 점, 발탁매니저에서 직책이 변경된 사례 중 상당수는 본사 발령, 점장 발령, 퇴사, 육아휴직, 문책성 사유 발생 등에 기인한 점, 발탁매니저도 육아휴직 후 얼마되지 않아 대부분 다시 발탁매니저로 복귀한 점 등을 보면, 발탁매니저가 원고 회사의 필요에 따라 임시적·시혜적으로 부여·운영되어 온 임시직책에 불과하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

둘째, 동법 제19조 제4항의 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”에 대해 살펴본다. 동조항에 따라 사업주는 육아휴직 후 근로자에게 같은 업무가 아닌 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”를 부여할 수 있다. 그러나 그 경우에도 실질적인 불이익이 없도록 “여러 사정을 종합적으로 고려하여 사업주가 필요한 조치를 다 하였는지를 판단하여야 한다.”

따라서 대법원은 원심이 “육아휴직 전후의 임금 수준만을 비교하여서는 아니 되고”, 생활문화매니저와 냉장냉동영업담당 직무 사이의 “임금을 포함한 근로조건, 업무의 성격·내용·범위 및 권한·책임 등에서의 불이익 유무 및 정도, 참가인에게 냉장냉동영업담당직의 직무를 부여할 필요성 여부 및 정도, 그로 인하여 기존에 누리던 업무상·생활상 이익이 박탈되었는지 여부, 원고가 참가인에게 동등하거나 더 유사한 직무를 부여하기 위하여 휴직 또는 복직 이전에 협의 기타 필요한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 인사발령이 참가인에게 실질적으로 불리한 직무를 부여한 것인지를 판단하였어야 한다”고 판시한다.

그러므로 대법원은 원심이 “원고가 참가인을 육아휴직 전과 같은 업무에 복귀시킨 것으로 볼 수 있다거나, 육아휴직 사용 근로자가 복귀 후 받는 임금이 휴직 전과 같은 수준이지만 하면 사업주가 남녀고용평등법 제19조 제4항에 따른 의무를 다한 것으로 볼 수 있다는 잘못된 전제 아래, 이 사건 인사발령이 참가인에게 실질적으로

불리한 직무를 부여하는 것인지 여부에 관하여 나아가 심리·판단하지 아니하였다”고 판단하여 원심 판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다.

III. 평석

1. 하급심과 대법원 판단의 차이점

제1심 및 원심과 대법원의 판단은 그 결론이 달라진 만큼 논거에서 여러 차이점을 보인다. 먼저 심사 기준을 보면 제1심과 원심은 남녀고용평등법 제19조 제4항 외에도 원고 회사의 전직 명령이 「근로기준법」 제23조 제1항의 부당전직에 해당하지 않는지 살펴보았는데, 대법원은 그러지 않았다는 점이다. 대법원은 그 이유를 명시적으로 밝히지 않았지만 아마도 그 이유는 사용자의 인사명령이 정당하기 위해서는 앞서 설명한 3가지 요건 외에 그 전제로서 인사명령이 강행법규에 위배되어서는 안 되기 때문이다. 가령, 전직 명령이 노동조합의 활동을 방해하기 위한 부당노동행위에 해당하거나(「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조) 성별·국적·신앙·사회적 신분을 이유로 한 차별적 처우인 경우(「근로기준법」 제6조), 그리고 합리적인 이유 없이 성별·혼인·가족 내 지위·임신·출산 등을 이유로 한 차별적 조치인 경우(「남녀고용평등법」 제10조 및 제2조 제1호) 등이 해당한다.⁸⁾ 이러한 때에는 사용자의 업무상 필요성과 근로자의 생활상 불이익을 살펴볼 필요도 없이 바로 부당한 인사명령이 된다. 따라서 강행법규인 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항에 위배되는 이상 사용자의 전직 명령이 「근로기준법」 제23조 제1항에 어긋나는지를 살펴볼 필요가 없는 것이다.

두 번째로 하급심은 엄격한 문언 해석에 따라 사안을 판단하였다면 대법원은 육아휴직 제도의 의의에 초점을 맞춘 목적론적 해석을 하였다. 대법원은 남녀고용평등법은 “헌법상 평등이념에 따라 성별에 관계없이 평등한 기회와 대우를 보장하고 모성보호와 여성 고용을 촉진하여 남녀고용평등을 실현함과 아울러 근로자의 일과 가정의

8) 노동법실무연구회, 『근로기준법 주해 II』(제2판), 박영사, pp.351~352(최누림 집필).

양립을 지원함으로써 삶의 질 향상을 도모함을 목적으로 하고, 이를 위해 국가와 지방자치단체 및 사업주와 근로자 등에게 특별한 책무를 부과하였다(같은 법 제4조, 제5조)”고 하고 “이러한 남녀고용평등법의 입법 목적을 달성하기 위하여 일·가정의 양립 지원을 위한 조치의 일환으로 육아기 자녀 돌봄을 위한 육아휴직 제도가 도입되었다(제19조)”고 판시한다. 즉, 육아휴직 제도는 개별적인 제도로 남녀고용평등법 제19조에 의해 생성된 독립된 것이 아니라 “고용에서의 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장”(동법 제1조)하기 위해 만들어졌다는 것이다. 따라서 법원은 육아휴직 제도를 해석할 때, 특히 사안의 경우 육아휴직 복귀 시 “같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무” 복귀를 풀이할 때는 문언 그대로가 아닌 위와 같은 목적론적 해석을 한 것으로 생각된다.

이러한 목적론적 해석은 더 나아가 우리 대법원 판시에서는 보기 드문 “심리적으로 안정된 상태”라는 표현을 낳게 하였다. 실제로 우리 노동 현장은 근로자에게 권리가 있다고 해서 그것을 온전히 사용할 수 있는 환경이 아니다. 유급병가가 취업규칙에서 보장된다고 해도 눈치가 보여 연차휴가를 사용하고, 연차휴가는 사용자의 허가가 필요 없다고 법률이 규정하지만 근로자는 사용자의 사실상의 허가를 구한다. 며칠간의 휴무도 이러한데 장기간의 휴직인 육아휴직의 경우 근로자는 사업주 및 상사의 눈치를 매우 볼 수밖에 없는 환경이 태반이다. 그러나 그동안 우리 법원은 이러한 ‘심리적’ 배경에는 눈을 감은 채 사용자가 법문상의 의무를 이행하였는지를 ‘이성적’인 잣대로만 판단하였다. 제1심과 원심의 판단이 전형적으로 이성적 잣대로 사용자의 의무 이행만을 판단한 것이다. 그러나 대법원은 표면적인 업무상·경제상의 불이익뿐만 아니라 “복귀 후 맡게 될 업무나 직무가 육아휴직 이전과 현저히 달라짐에 따른 생경함, 두려움 등”까지 없어 육아휴직의 신청이나 종료 후 복귀 자체를 꺼리게 만드는 것을 없애야 한다고 판시한다.

세 번째로 하급심이 제19조 제4항을 단독으로 사안을 해석하였다면, 대법원은 제19조 제4항과 함께 동조문 제3항을 유기적으로 해석하였다는 것이다. 그 이유는 앞서 설명한 바와 같이 제19조 제4항의 문언 해석만으로는 심리적 안정상태라는 해석을 도출하기 힘들기 때문이다. 제19조 제3항의 ‘불리한 처우’의 외연을 확대함으로써 제19조 제4항을 보다 탄력적으로 해석하여 참가인 근로자를 구제할 길을 열 수 있었던

것이다. 그 결과 제19조 제4항의 “같은 업무”뿐만 아니라 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무” 또한 해석함에 있어서 형식적으로 같은 임금을 지급하는 것 이외에 “실질적인 불이익”이 없도록 할 것을 도출할 수 있었다.

2. 대법원 판결의 시사점

이번 대법원 판결의 시사점을 위에서 밝힌 하급심과의 차이점에서 정리하여 말하자면 다음과 같다.

첫째, 육아휴직 후 복귀를 명하는 전직 명령이 강행법규인 남녀고용평등법 제19조의 테두리 내에서 이루어져야 함을 밝힌 것이다. 비교하여 「근로기준법」상 인사명령의 정당성 판단과 「남녀고용평등법」상의 육아휴직 관련 규정의 관계를 병렬적으로 보는 견해가 있다.⁹⁾ 실무적으로 육아휴직 후 복직 시 인사명령의 적법성을 다투는 근로자는 노동위원회 또는 법원에 ‘부당전직 구제신청’ 또는 ‘부당전직 무효’를 청구하게 될 것이고 결국 전직명령의 정당성 요건을 심사하게 된다는 것이다. 이 경우 “일반적으로 사용자의 재량을 널리 인정하는 전직 사건에 비해서 육아휴직 제도의 취지와 특성을 고려하는 법해석이 중요하다”고 한다. 그러나 위에서 설명한 바와 같이 인사명령은 강행법규에 반해서는 안 된다는 전제 조건이 있다. 따라서 육아휴직 제도의 취지와 특성을 ‘고려’하는 법해석 이전에 남녀고용평등법 제19조에 위배된다면 바로 전직명령의 정당성이 부정된다고 보아야 한다.

둘째, 목적론적 해석을 통해 육아휴직 제도 사용의 난관으로 표면적인 업무상·경제상 불이익 외에도 ‘생경함’과 ‘두려움’과 같은 심리적인 불이익을 제거하도록 해석한 것이다. 이는 육아휴직 제도의 성격이 여성 중심에서 남성과 여성 모두 함께 누리는 양성평등 중심으로, 그리고 육아를 위한 노동시장의 일시적인 배제에서 노동시장 참여 장려라는 관점으로 바뀌는 현재 육아휴직 제도 운용에서 사업주가 지켜야 할 매우 중요한 잣대가 된다.

우리 헌법재판소는 오래전부터 육아휴직 제도의 의의를 다음과 같이 설명한다.¹⁰⁾

9) 박귀천, “육아휴직 후 복직 시 인사발령의 적법성 판단”, 『노동법률』 제10월호, (주)중앙경제, 2022. 10.

당초 근로 여성을 대상으로 시행된 구 남녀고용평등법상의 육아휴직 제도는 여성 근로에 대한 특별한 보호를 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항과 국가의 모성보호 의무를 규정하고 있는 헌법 제36조 제2항에서 그 헌법적 근거를 찾아왔으나, 현행 육아휴직 제도는 모성보호 및 근로 여성의 직업능력 개발이라는 당초의 취지에서 한발 더 나아가 자녀 양육의 지원을 통한 여성의 노동시장 참여 장려 및 직장가정의 양립, 출산 장려와 아동복지 제고, 남성의 가족 책임 분담과 이를 통한 실질적인 가족 내 양성평등의 달성이라는 사회적 기능을 수행한다고 할 수 있다.

즉, 애초의 육아휴직 제도는 ‘여성’ 근로자에게 육아의 책임을 지우기 위해 고안된 측면이 강하다면, 현재는 남성도 동등하게 참여하며 육아휴직 후의 경력단절이 아니라 노동시장에 재합류하는 제도로써 기능해야 한다는 것이다. 그러나 우리 노동 현실을 보면 여전히 육아휴직은 여성 중심, 그리고 상당수가 육아휴직 종료 직전 또는 직후 얼마 지나지 않아 퇴사하고 있다. 이러한 관행을 고치기 위해서는 단순히 근로자에게 권리가, 사업주에게는 그것을 수인할 의무가 있다는 법해석만으로는 부족하다. 사업주와 중간관리자를 포함한 사용자는 근로자가 육아휴직을 사용하더라도 심리적인 환경까지 고려한 불이익이 없을 것이라는 노동환경을 형성해야만 한다. 대법원은 이러한 사용자의 의무가 ‘도의적’인 것이 아닌 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항에서 도출될 수 있는 ‘법적’ 의무라는 것을 명확히 한 데에서 매우 큰 의의가 있다.

셋째, 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항의 유기적 해석을 통해 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”를 부여하는 방식으로 사업주가 우회적으로 불리한 처분을 하는 것에 제동을 건 것이다. 동법 제19조 제4항은 “같은 업무”와 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무” 사이에 “또는”이라고 대등하게 규정하여 사업주가 둘 중 하나를 임의로 선택하여 시행할 경우 법률을 준수한 것으로 해석된다. 그렇기 때문에 사실상의 좌천 또는 보직 변경이지만 임금 수준을 유지함으로써 동법 제19조 제4항 위반을 회피하는 경우가 실무상 존재하였다. 그러나 우리 노동 현실에서 직책 또는 보직은 그 사람의 일터에서의 정체성에서 매우 큰 영역을 차지한다. 근로자로서의 그동안의 성

10) 헌법재판소 2008. 10. 30. 2005헌마1156 결정.

취를 증명하며 자신이 맡은 보직에서의 적성과 보람을 느낄 수 있다. 그럼에도 불구하고 이를 무시하고 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”를 부여함으로써 사실상의 불이익을 줄 수 있다는 것은 매우 치명적인 입법적 결함이 아닐 수 없다. 이를 보완하기 위해 대법원은 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”에 복귀시키더라도 “실질적인 불이익”이 없어야 함을 명시하여 사용자의 양자택일적 선택에 제한을 가한다.

여기서 “실질적인 불이익”이란 개방적인 해석이 가능하겠지만, 대법원이 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 한 요건들, “근로환경의 변화나 조직의 재편 등으로 인하여 다른 직무를 부여해야 할 필요성 여부 및 정도, 임금을 포함한 근로조건이 전체적으로 낮은 수준인지, 업무의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에 불이익이 있는지 여부 및 정도, 대체 직무를 수행하게 됨에 따라 기존에 누리던 업무상·생활상 이익이 박탈되는지 여부 및 정도, 동등하거나 더 유사한 직무를 부여하기 위하여 휴직 또는 복직 전에 사전 협의 기타 필요한 노력을 하였는지 여부” 등이 참조될 수 있다.

이상의 시사점에 덧붙여 연혁적으로는 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항을 해석한 최초의 대법원 판례이기도 하다.

3. 입법적 제언 - 남녀고용평등법 제19조 제4항의 개정

비록 대법원이 이번 판시를 통해 남녀고용평등법 제19조 제4항을 해석하는 데 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”를 제한적으로 할 것을 판시하였지만, 여전히 혼란의 불씨는 남아있다. 대법원 또한 위 규정을 한정적으로 해석하기 위해 동법 제19조 제3항을 제4항과 함께 유기적으로 해석하였는데 이는 법전문가가 아닌 일반 사업체에서는 알기 힘들다. 법해석은 법원의 판결례가 축적되어 보다 명확해지는 것이 수순이지만 되도록 일반 시민들도 법조문을 통해 명확하게 인식할 필요가 있다. 더욱이 대법원이 위 규정의 제한적 해석을 위해 제시한 “실질적 불이익”은 모호하기까지 하다. 따라서 중요한 것은 제19조 제4항에서 “같은 업무”와 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무” 사이의 병렬적 관계를 깨는 것이다.

이를 위해 양자 사이에 “또는”을 없애고 “같은 업무” 배치를 원칙으로 하되 그것

이 불가능할 경우에는 같은 수준의 임금을 지급하는 ‘동종’의 직무를 배치할 것을, 그리고 그마저도 불가능할 경우 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”에 복직시킬 것을 제안할 수 있다. 근로자가 이러한 직무 제안마저 거부할 경우에는 대기발령이 될 것이기에 사업주에게 과도한 제한이 되지 않는다고 생각된다.

남녀고용평등법 제19조(육아휴직) ④ 사업주는 육아휴직을 마친 후에는 휴직 전과 같은 업무에 복귀시켜야 하고, 만일 그것이 불가능할 경우 같은 수준의 임금을 지급하는 동종의 직무에 복귀시켜야 한다. 만일 동종의 직무에 복귀시키지 못할 객관적인 사정이 있는 경우 사업주는 근로자에게 같은 수준의 임금을 지급하는 직무를 제안할 수 있다.

IV. 비교판례: 대법원 2022. 9. 16. 선고 2019두38571 ‘남양유업’ 사건

평석 대상인 대법원 판결이 선고된 지 2달 남짓 후 대법원은 평석 대상 판결의 취지를 인용하면서도 사업주의 육아휴직 복귀 근로자에 대한 전직명령이 정당하다는 취지의 판결을 내렸다. 유사한 사안에서 어떠한 점에서 정반대의 결론에 내려졌는지 살펴볼 필요가 있다.

1. 사실관계

원고 근로자는 2002. 12. 16. 피고 보조참가인(이하 ‘참가인 회사’라고 함) 광고팀에 입사하여 2008. 12. 22.부터 광고팀장으로 근무하던 중 2015. 12. 30.부터 2016. 12. 29.까지 1년간 육아휴직을 하고 동년 12. 30.에 복귀하였으나 참가인 회사는 원고 근로자를 광고팀장이 아닌 광고팀원으로 인사 발령하였다.

그런데 참가인 회사는 원고 근로자를 육아휴직 사용 직전인 2015. 11. 30. 정기 인사위원회를 개최하여 원고 근로자를 특별협의대상자로 선정하고 2015. 12. 29. 원고 근로자를 광고팀장에서 면하는 내용의 인사발령을 하였으나, 이 인사발령은 원고

근로자에게 고지되지 않았다.

원고 근로자는 육아휴직 복귀 후 광고팀원으로 발령되자 이후 2017. 2. 10. 서울지방노동위원회에 부당인사발령 구제신청을 하였고(서울2017부해327), 서울지방노동위원회는 사용자의 업무상 필요성이 인정되고 근로자의 생활상 불이익도 없으며 신의칙상 요구되는 협의절차도 거쳤으므로 정당한 인사권이라고 판정하였다. 원고 근로자가 불복하여 2017. 5. 17. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나(중앙2017부해449), 중앙노동위원회도 서울지방노동위원회의 판정과 동일한 이유로 동 사안을 기각하였다. 이에 원고 근로자는 중앙노동위원회위원장을 상대로 부당인사발령 구제재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

제1심¹¹⁾은 원고 근로자의 손을 들어주어 중앙노동위원회의 재심판정을 취소하였다. 그 이유로 사실관계에서 참가인 회사는 원고 근로자가 특별협의대상자로 선정되었기 때문에 육아휴직 사용 여부와는 무관하게 광고팀장에서 보직해임된 것이라 주장하였으나 제1심은 참가인 회사가 원고 근로자에게 특별협의대상자인지 고지하지 않았고 관련 내부 규정도 없었다는 점과 참가인 회사의 내부 근로자의 증언에 따라 원고 근로자의 육아휴직 논의 이후 광고팀장 선정이 이루어졌다는 점 등을 들어 원고 근로자에게 정당한 이유 없이 불리한 처우를 한 것으로 판단하였다.

그러나 원심¹²⁾은 제1심 판결을 취소하였다. 원심이 제1심과 다른 결론을 내린 가장 큰 이유는 사실관계를 다르게 파악했기 때문이다. 먼저 참고인 회사가 평가가 저조한 근로자들을 특별협의대상자라고 하여 권고사직이나 보직해임 여부를 결정하는 방식의 인사제도를 운용한 것을 인정하였다. 그리고 원고 근로자의 육아휴직 논의 이전에 후임 광고팀장을 결정하기 위한 회의가 있었다는 점을 새로운 사실로 밝혔다.

이러한 사실관계를 바탕으로 전직의 정당성 요건으로 ① 사용자의 업무상 필요성과 ② 근로자의 생활상의 불이익, 그리고 ③ 신의칙상 사전 협의절차 준수 여부를 살피는데, 원고 근로자가 특별협의대상자로 보직 변경의 업무상 필요성이 있다는 점, 원고 근로자가 종전 수준의 급여를 받고 같은 건물에서 기존 하던 광고팀의 업무와 유사한 일을 하였던 점을 들어 생활상의 불이익을 부정하였으며, 원고 근로자와 육아휴직

11) 서울행정법원 2018. 8. 31. 선고 2017구합74337 판결.

12) 서울고등법원 2019. 4. 12. 선고 2018누65424 판결.

직전 2015. 12. 21.경 보직해임과 관련한 면담을 하였고, 육아휴직 복직 후 2017. 1. 3. 광고팀장 교체 건으로 면담한 사실을 보면 신의직상 사전 협의절차도 거쳤다고 보았다.

2. 대법원의 판결 요지

대법원은 평석 대상인 2017두76005 판결의 요지를 그대로 인용하면서도 원심이 확정한 사실관계를 바탕으로 “원심의 판단에 다소 부적절한 부분이 있으나, 위와 같은 원심의 결론은 정당하고, 거기에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항의 해석 및 인사발령의 부당성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다”고 판단하여 원고 근로자의 상고를 기각하였다.

3. 비평

본 판결에서 드러난 대법원의 가장 큰 문제점은 평석 대상 판결의 요지를 인용하면서도 그 법리를 사실관계에 포섭하지 않았다는 점이다. 일반 시민들은 판결문을 보고 납득해야 한다. 그것이 사법정의의 첫 번째 절차이다. 그러나 대법원은 본 판결에서 “원심의 판단에 다소 부적절한 부분”이 있다고는 하는데, 그것이 무엇인지 설명하지 않고 사실관계를 바탕으로 왜 사업주의 인사발령이 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항에 위배되지 않는지, 어긋나지 않는다면 그 이후 「근로기준법」 제23조상의 인사발령의 정당성 요건에 위배되지 않는지 전혀 심사하지 않았다. 다만 추측할 수 있는 것은 평석 대상 대법원판결에서 밝혔시피 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항에 따른 불이익 처분 심사를 하지 않고 바로 전직명령의 정당성 심사로 들어간 것을 지적한 것이 아닌가 한다.

대법원과 원심의 사실관계를 그대로 받아들이 원고 근로자가 성과 저조로 특별협의대상자였고 광고팀장에서 보직해임될 예정이었다고 해도 평석 대상 대법원판결의 법리에 따라 참가인 회사의 인사발령은 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항에 위

배되어 무효라고 생각된다.

사용자인 참가인 회사는 결론적으로(어차피) 원고 근로자는 보직에서 해임될 사람이기 때문에 불이익이 아니라고 생각할 것이다. 그러나 원고 근로자가 육아휴직을 시작할 당일 원고 근로자는 보직해임 당하였고 통고조차 받지 못하였다. 이는 심각한 절차적 위반이 아닐 수 없다. 평석 대상 대법원 판결은 “복귀 후 맡게 될 업무나 직무가 육아휴직 이전과 현저히 달라짐에 따른 생경함, 두려움 등”이 없어 근로자로 하여금 “심리적으로 안정된 상태”에서 육아휴직을 신청할 수 있도록 할 것을 주문한다. 이러한 심리적 안정된 상태를 뒷받침하는 것이 바로 인사과정에서의 절차이다. 원고 근로자가 육아휴직을 논의하고 신청한 후 육아휴직 개시 직전에 보직해임에 관한 논의를 한다면 누가 육아휴직을 신청하려고 할 것인가 의문스럽다. 대법원이 평석 대상 대법원의 판결문을 인용하면서 이러한 심리적 안정을 무시한 것은 자기모순이 아닐 수 없다.

따라서 참가인 회사는 절차에 따라 원고 근로자가 복귀 후 광고팀장에서 보직을 해임하는 인사명령을 내렸어야 했다. 그 점에서 남녀고용평등법 제19조 제4항에서 규정하고 있는 “같은 업무”에 해당하지 않는다. 다만, 참가인 회사는 제1심에서 원고 근로자에게 동일한 임금이 주어진다고 주장하였고 이것이 동조항의 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 평석 대상 대법원 판결의 요지와 같이 동일한 수준의 임금을 받더라도 “실질적인 불이익”이 없는지 고등법원은 심리하지 않은 잘못이 있다.

이러한 점을 거치지 않았기 때문에 참가인 회사는 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항을 명백히 위반하였고 더 나아가 「근로기준법」상의 인사명령의 정당성 요건은 살펴볼 필요가 없다고 생각된다.

[판례 2:

성폭력범죄에서 주거침입의 의미]

대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도3801 판결을 중심으로

민고은

한국여성변호사회 인권이사, 법무법인 새서울 변호사

I. 서론

최근 대법원은 주거침입죄에 대해 세 건의 전원합의체 판결(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결, 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결)을 선고하였고, 주거침입죄에서의 침입의 의미와 판단기준을 보호법익과의 관계에서 제한하는 방향으로 변경하였다.

한편 성폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 ‘성폭력처벌법’) 제3조에서 규정하고 있는 주거침입강간, 주거침입유사강간, 주거침입강제추행, 주거침입준강제추행은 사람의 주거 등을 침입한 자가 피해자를 간음, 강제추행 등 성폭력을 행사한 경우에 성립하는 것으로, 주거침입죄를 범한 후에 사람을 강간하는 등의 행위를 하여야 하는 일종의 신분범이므로(대법원 2021. 8. 12. 선고 2020도17796 판결), 위 대법원 전원합의체 판결은 위 성폭력범죄에서 주거침입의 성립 여부의 판단에도 영향을 미칠 것으로 예상되었다. 그리고 대법원은 2022. 8. 25. 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄에 대하여 판단을 하여 침입의 의미와 판단기준에 대해 살펴보고자 한다.

II. 주거침입죄의 보호법익과 침입의 의미에 대한 대법원의 태도

종래 대법원은 주거침입죄의 보호법익을 주거 등의 사실상 평온이라고 하면서도 침입에 대해서는 주거권자의 의사에 따라 판단하여 왔다. 하지만, 최근 전원합의체 판결을 통해 주거 등의 사실상 평온이라는 보호법익과의 관계에서 침입의 의미를 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미한다고 해석하였다.

1. 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결

피고인이 피해자의 부재중에 피해자의 처와 혼외 성관계를 가질 목적으로 피해자

의 처가 열어 준 현관 출입문을 통하여 피해자와 피해자의 처가 공동으로 거주하는 아파트에 3회에 걸쳐 들어간 사안에서, 공동주거에서 외부인이 공동주거자 1인의 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 위 공동주거에 들어간 행위가 부재중인 다른 공동주거자의 추정적인 의사에 반하는 경우 주거침입죄가 성립할 수 있는지가 문제 되었다.

이에 대해 대법원(다수의견)은 주거침입에 해당하지 않는다고 판단하였다. 대법원은 주거침입죄의 보호법익은 사실상 주거의 평온(사적 생활관계에 있어서 사실상 누리고 있는 주거의 평온)으로, 이를 주거를 점유할 법적 권한이 없더라도 사실상의 권한이 있는 거주자가 주거에서 누리는 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태로 해석하고, 주거침입죄의 구성요건적 행위인 ‘침입’에 대하여는 위와 같은 보호법익과의 관계에서 해석하였다.

구체적으로, 침입이란 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이라고 판시하였다. 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다고 판단한 것이다.

대법원에서 위와 같이 침입의 의미와 그 판단기준을 제시하면서, 공동주거에서 외부인이 공동주거자 1인의 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 위 공동주거에 들어간 행위가 부재중인 다른 공동주거자의 추정적인 의사에 반하는 경우 주거침입죄가 성립한다고 판단한 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결을 비롯한 같은 취지의 종전 판례를 위 전원합의체 판결과 배치되는 범위 내에서 변경하였다.

이로써 법원은 위 전원합의체 판결로 기존 법원이 주거침입죄의 보호법익은 주거의 사실상 평온이라고 하면서 주거침입죄의 침입에 해당하는지 여부는 주거권자의 의사를 기준으로 판단하여 실질적으로는 주거권설을 취하였던 모순을 극복하였다.¹⁾

1) 김태명, 혼외 성관계를 목적으로 일방 배우자의 승낙을 받아 부부가 공동으로 생활하는 주거에 출입하는 행위의 죄책, 『전북법학』 67권, 2021, 50면.

2. 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결

피고인 갑은 자신의 처 을과의 불화로 인해 을과 공동생활을 영위하던 아파트에서 짐 일부를 챙겨 나왔는데, 그 후 자신의 부모인 피고인 병, 정과 함께 아파트에 찾아가 출입문을 열 것을 요구하였으나 을은 외출한 상태로 을의 동생인 무가 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 걸어 문을 열어 주지 않자 공동하여 걸쇠를 손괴한 후 아파트에 침입하였다고 하여 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)으로 기소된 사안에서, 대법원(다수의견)은 주거침입죄의 객체는 타인이 거주하는 주거 등이라고 할 것이므로 기존 공동주거자가 공동생활관계에서 이탈하거나 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등 특별한 사정이 없으면 공동주거자가 임의로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다고 하면서, 공동주거자 중 1인이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 공동생활의 장소에 출입하였다고 하더라도 이는 사전 양해된 공동주거의 취지 및 특성에 비추어 공동생활의 장소를 이용하기 위한 방편에 불과할 뿐이므로 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해하는 행위라고 볼 수 없어 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하였다.

그리고, 설령 공동주거자 1인이 공동생활장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 물리력을 행사하여 출입을 금지한 공동주거자의 사실상 평온상태를 해쳤다면 물리력을 행사한 행위 자체를 처벌하는 별도의 규정에 따라 처벌될 수 있을 뿐이라고 판단하였다. 즉, 공동주거자 사이에는 사전 양해된 공동주거의 취지 및 특성에 비추어 사실상 평온이라는 주거침입죄의 법익이 다른 주거자와의 관계로 인하여 일정 부분 제약이 가해진다는 것이다.²⁾

그리고 공동주거자 1인과 동행하여 공동생활장소에 들어간 동행인들에 대해서 대법원은 공동주거자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 공동생활 장소의 출입 및 이용행위가 외부인의 출입을 승낙한 공동주거자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우에는 이러한 외부인의 행위는 전체적으로 그 공동주거자의 행위와 동일하게 평가할 수 있다고 판시하며

2) 어재원, 주거침입죄에서의 침입의 의미와 판단기준, 『사법발전재단』 제1권 제60호, 2022, 806면.

동행인들에 대해서도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하였다.

3. 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결

피고인들이 공모하여, 갑, 을이 운영하는 각 음식점에서 인터넷 언론사 기자 병을 만나 식사를 대접하면서 병이 부적절한 요구를 하는 장면 등을 확보할 목적으로 녹음·녹화장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거하기 위하여 영업주의 승낙을 받아 각 음식점의 방실에 들어간 사안에서 영업주의 승낙을 받아 음식점에 들어갔더라도 영업주가 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 경우 주거침입죄가 성립하는지가 문제 되었다.

대법원(다수의견)은 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미한다고 설명하면서, 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거의 사실상 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 한다고 판단하였다.

그리고, 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지에 따라 판단되어야 한다고 설명하면서 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다고 설명하였다.

대법원은 이에 덧붙여 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어갔지만, 거주자가 실제 출입 목적을 알았다면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거의 사실상 평온상태가 침해되었다고 보기 어려워 주거침입에 해당하지 않는다고 판단하였다.

대법원은 위 판결에서 기존 대법원 2020도12630 전원합의체 판결의 취지에 따라 사실상 평온이 침해되었는지 여부에 따라 침입 여부를 판단하면서 침입여부 판단시 고려해야 할 구체적인 내용을 제시하였고, 일반인의 출입이 허용된 음식점이라도 음식점에 도청용 송신기를 설치할 목적으로 들어간 경우라면 영업주의 명시적 또는 추정적 의사에 반한다고 보아 주거침입죄를 인정한 대법원 1997. 3. 28. 선고 95도

2674 판결을 비롯한 같은 취지의 종전 판례를 위 전원합의체 판결과 배치되는 범위 내에서 변경하였다.

III. 대상판결

1. 범죄사실³⁾

피고인은 2021. 4. 5. 19:20경 피해자 공소외 1(여, 17세)를 추행하기로 마음먹고 피해자를 뒤따라가 피해자의 주거지인 ○○아파트 ○○동에 들어간 다음, 위 아파트 1층 계단을 오르는 피해자의 뒤에서 갑자기 피해자의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부와 허벅지를 만졌다(이하 ‘제1범행’).

피고인은 2021. 4. 5. 22:20경 피해자 공소외 2(여, 16세)를 추행하기로 마음먹고, 피해자를 뒤따라 □□프라자 상가 1층에 들어가, 그곳에서 엘리베이터를 기다리는 피해자의 뒤에서 갑자기 피해자의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부를 만졌다(이하 ‘제2범행’).

피고인은 2021. 4. 6. 00:00경 △△아파트 △△동 인근에서, 피해자 공소외 3(여, 17세)을 발견하고 피해자를 추행하기로 마음먹고, 피해자를 뒤따라 위 아파트 1층 현관으로 들어간 뒤, 그곳에서 엘리베이터를 기다리던 피해자의 뒤에서 갑자기 피해자의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부를 만졌다(이하 ‘제3범행’).

2. 1심(의정부지방법원 고양지원 2021. 10. 20. 선고 2021고합107 판결)

법원은 피고인이 아파트 1층 공동현관 내 계단과 엘리베이터 앞 부분, 상가 1층

3) 1심에서 피고인에게 유죄로 인정된 죄명은 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등), 공연음란이나 주거침입의 의미를 중심으로 대상 판결을 검토하고자 하여 주거침입과 관련된 범죄사실만 기재하였다.

엘리베이터 앞 부분까지 피해자를 뒤따라가 강제추행한 공소사실에 대하여 모두 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)에 해당한다고 판단하였다.

3. 2심(서울고등법원 2022. 3. 10. 선고 2021노2006, 2021초기438 판결)

피고인은 1심 법원의 판단 중 주거침입강제추행 부분에 대하여 법리오해를 이유로 항소하였다. 구체적으로, 피고인은 제1범행의 아파트 1층 계단과 제2범행의 □□프라자 상가 1층 엘리베이터 앞 공간, 제3범행의 아파트 1층 엘리베이터 앞 공간은 모두 공개된 장소이므로 주거 내지 건조물에 포함되지 않는 것으로 제한 해석하여야 한다고 주장하면서 피고인은 출입이 허가된 시간에 통상의 방법으로 위 □□프라자 상가 1층에 들어갔으므로, 형법상 건조물침입죄에 해당하지 않는다고 주장하였다.

법원은 범행장소가 공개된 장소이기 때문에 주거 내지 건조물에 포함되지 않는 것으로 제한 해석해야한다는 피고인의 주장에 대하여 주거침입죄에서 주거란 단순히 가옥 자체만을 말하는 것이 아니라 그 정원 등 위요지를 포함하므로 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 엘리베이터, 계단과 복도는 주거에 필수적으로 부속하는 부분으로 거주자들에 의하여 감시·관리가 예정되어 있고 사실상의 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분이므로 주거침입죄의 객체인 사람의 주거에 해당하고, 상가 엘리베이터 앞 공간 역시 건조물침입죄의 객체인 관리하는 건조물에 해당하므로 거주자와 관리자의 명시적, 묵시적 의사에 반하여 위 주거 내지 건조물에 침입하는 행위는 주거침입죄를 구성한다고 판단하였다.

그리고 출입이 허가된 시간에 통상의 방법으로 위 □□프라자 상가 1층에 들어갔으므로, 형법상 건조물침입죄에 해당하지 않는다는 피고인의 주장에 대해서는 일반인의 출입이 허용된 건조물이라고 하더라도 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 그곳에 들어간 것이라면 건조물침입죄가 성립하므로 일반인의 출입이 허용된 건조물에 강제추행 등의 범죄의 목적으로 들어간 경우에는 건조물침입죄가 성립한다고 판단하였다.

4. 대법원

대법원은 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)에서 주거침입의 판단기준, 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 성립여부에 대하여 아래와 같이 판단하였다.

1) 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)에서 주거침입의 판단기준

대법원은 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄가 성립하기 위해서는 형법상 주거침입죄의 침입에 해당하여야 한다고 판단하면서, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결, 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결의 취지에 따라 주거침입죄의 보호법익은 사실상 주거의 평온으로 보고 주거침입죄의 침입은 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입은 주거의 사실상 평온상태를 해치는 방법으로 주거에 들어가는 것을 의미하고 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하는 것이 원칙이라고 판단하면서, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

그리고, 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 것인지 평가할 때 고려 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없고, 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온을 해치는 행위태양인지에 따라 침입 여부를 판단하여야 한다고 판단하였다. 대법원은 이에 덧붙여 침입에 해당하는지는 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 등의 사실상의 평온상태가 침해되었다고 평가되는 경우 인정된다고 설명하였다.

2) 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 성립여부

가) 제1범행(아파트 계단에서 발생), 제3범행(아파트 엘리베이터 앞에서 발생)

대법원은 공동주택 내부의 엘리베이터, 공용 계단, 복도 등 공용 부분도 그 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있으므로 주거침입죄의 객체인 사람의 주거에 해당한다고 판단하면서, 거주자가 아닌 외부인이 공동주택의 공용부분에 출입한 것이 공동주택 거주자들에 대한 침입에 해당하는지 판단할 때는 공용부분이 일반 공중에 출입이 허용된 공간이 아니고 주거공간에 필수적으로 부속하는 부분으로 외부인의 출입에 대한 통제·관리가 예정되어 있어 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분인지, 거주자들이나 관리자들이 외부인의 출입을 통제·관리하였는지 등의 사정과 외부인의 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려하여 주거의 사실상 평온상태가 침해되었는지의 관점에서 객관적·외형적으로 판단하여야 한다고 설명하였다.

대법원은 그 예시로 거주자와 관리자에게만 부여된 비밀번호를 출입문에 입력하여야만 출입할 수 있거나, 외부인의 출입을 통제·관리하기 위한 취지의 표시나 경비원이 존재하는 등 외형적으로 외부인의 무단출입을 통제·관리하고 있는 사정이 존재하고, 외부인이 이를 인식하고서도 그 출입에 관한 거주자나 관리자의 승낙이 없음은 물론, 거주자와의 관계 기타 출입의 필요 등에 비추어 보더라도 정당한 이유 없이 비밀번호를 임의로 입력하거나 조작하는 등의 방법으로 거주자나 관리자 모르게 공동현관에 출입한 경우를 제시하며 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려할 때 공동주택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 볼 수 있는 경우라면 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당할 것이라고 판단하였다.

그리고 사안과 관련하여 ① 피고인이 피해자들을 뒤따라 들어간 각 아파트의 공동현관 내 계단 또는 엘리베이터 앞 부분은 거주자가 아닌 외부인의 자유로운 출입이 허용되는 공간이 아니고 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 거주자들의 사실상 평온을 보호할 필요성이 있는 장소에 해당하고, ② 각 아파트 공동현관에는 외부인의 출입을 통제·감시하기 위한 CCTV가 설치되어 있고, ③ 피고인은 피해자들을 추행할 목적으로 늦은 밤 시간에 피해자를 뒤쫓아 아파트의 공동현관에 출입하여 계단과 엘리베이터 앞 부분까지 들어갔는데 이는 피고인이 아파트의 거주자들이나 관리자 모르게 아파트 공동현관에 들어간다는 의도가 있었던 것으로 보이고

피고인과 피해자들의 관계, 피고인의 출입목적 등에 비추어 피해자들을 포함한 아파트 거주자들이나 관리자의 추정적 승낙이 있었을 것으로 보이지 않는다고 판단하면서 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄가 성립한다고 판단하였다.

나) 제2범행(상가 1층 엘리베이터 앞에서 발생)

대법원은 범죄 등을 목적으로 한 출입이라는 사정이 인정되는 경우에도 그 출입행위가 주거 등 침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하려면, 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 등의 사실상의 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 하고, 이때 거주자의 의사도 고려되지만 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등 출입 당시 상황에 따라 그 정도는 달리 평가될 수 있다고 설명하며 제2범행에 대해서는 ① 피고인은 야간에 일반인의 출입이 허용되는 이 사건 상가 건물 1층의 열려져 있는 출입문을 통하여 통상적인 출입방법으로 들어갔고, ② 피고인의 상가 출입 당시 모습을 보면 상가 건물에 대한 관리자의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 사정도 없으며, ③ 상가 건물의 CCTV는 외부인의 출입을 통제하기 위한 것이 아닌 상가 건물의 일반적 관리를 위한 것으로 보이는 사정을 고려하면, 피고인의 행위가 범죄 등을 목적으로 한 출입으로서 침입에 해당한다는 점에 대한 증거가 충분하다고 볼 수 없다고 하여 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 성립을 부정하였다.

IV. 대상판결의 의의 및 검토

1. 최근 주거침입죄에 관한 대법원 전원합의체 판결의 취지가 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범에서도 동일하게 적용됨을 확인함

대법원은 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 주거침입 여부를 형법상 주거침

입죄와 동일한 판단기준으로 판단하여야 함을 확인하면서, 성폭력처벌법위반(주거침입 강제추행)죄에서의 ① 주거침입의 해석에 대해 주거등의 사실상의 평온이라는 보호법익과의 관계에서 침입이란 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미함을, ② 침입에 해당하려면 출입하려는 주거등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 등의 사실상의 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 한다는 점을 분명히 하였다.

이에 따라 위 판단기준은 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄 뿐만 아니라, 성폭력처벌법 제3조에서 규정하고 있는 주거침입강간, 주거침입유사강간, 주거침입준강간, 주거침입준강제추행에서도 동일하게 적용될 것으로 보인다.

2. 공간의 성격을 고려하여 침입여부의 기본적인 판단기준을 설정하고 법원이 제시한 다양한 고려요소를 종합적으로 고려하여 주거 등의 사실상 평온을 해치는 행위인지를 판단해야 함

법원은 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하는 것이 원칙이라고 설명하면서, 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 등의 사실상 평온상태가 침해되었다고 평가되는 경우 주거침입죄가 인정된다고 보았다.

그런데, 대상판결을 자세히 살펴보면 아파트 계단에서 발생한 제1범행과 아파트 엘리베이터 앞에서 발생한 제3범행의 침입여부 판단시 ① 아파트 공동현관에는 외부인의 출입을 통제·감시하기 위한 CCTV가 설치되어 있어 외부인의 출입을 허용하지 않았다는 점, ② 피고인이 추행의 목적으로 공동현관에 출입하여 계단과 엘리베이터 앞 부분까지 들어간 것은 피고인이 피해자들을 포함한 아파트의 거주자들이나 관리자 모르게 아파트 공동현관에 들어간다는 의도가 있었던 것으로 보여 아파트 거주자들이

나 관리자의 추정적 승낙이 있었을 것으로 보이지 않는다는 점을 들어 피고인의 행위가 주거의 사실상 평온을 해치는 방법으로 주거에 들어가는 것이라고 판단하였다.

이는 법원에서 침입에 해당하는지 판단하기 위한 다양한 기준을 제시하였지만 구체적인 사안에서 침입여부를 판단하는 과정에서는 피고인의 출입방법을 주된 요소로 보아 침입여부를 판단한 것으로 보인다.

상가 1층 엘리베이터 앞에서 발생한 제2범행의 경우에도 마찬가지이다. 법원은 제2범행에서 침입여부 판단시 ① 피고인은 야간에 일반인의 출입이 허용되는 상가 건물 1층의 열려져 있는 출입문을 통하여 통상적인 출입방법으로 들어갔고, ② 피고인의 상가 출입 당시 모습을 보면 상가 건물에 대한 관리자의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 사정도 없으며, ③ 상가 건물의 CCTV는 외부인의 출입을 통제하기 위한 것이 아닌 상가 건물의 일반적 관리를 위한 것으로 보이는 사정을 바탕으로 침입에 해당한다는 점에 대한 증거가 충분하다고 볼 수 없다고 판단하였는데 이 부분 또한 피고인의 출입방법을 주된 판단 요소로 보아 침입여부를 판단한 것으로 보인다.

즉, 대법판결에서는 다양한 고려요소들을 종합적으로 고려하여 침입여부를 판단하여야 한다고 설명하면서도 출입방법을 기준으로 침입여부를 판단한 것으로 보인다. 위와 같은 출입방법을 기준으로 한 침입여부 판단은 실질적으로 주거 등의 사실상 평온상태를 해치는 방법으로 주거 등에 들어갔음에도 불구하고 침입이 아니라고 판단될 가능성이 존재한다. 공간의 성격에 따라 주거 등의 사실상 평온상태를 해치는 방법은 그 형태를 달리 할 수 있고, 같은 행위라고 하더라도 공간의 성격에 따라 주거 등의 사실상 평온상태를 해치는 방법으로 주거 등에 들어갔는지에 대한 판단은 달라질 수 있기 때문이다.

따라서, 주거 등의 사실상 평온상태를 해치는 방법으로 주거 등에 들어갔는지 여부 판단시에는 공간의 성격에 따른 기본적인 판단기준을 바탕으로 법원이 제시한 고려요소인 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 그리고 이와 같은 접근은 현대사회에서는 다양한 형태의 공간이 존재한다는 점에서 타당하다고 생각된다.⁴⁾ 그리고 공간의 성격에 따라 기본적인 판단기준을 달리하고 법원

4) 홍영기, 2021년 형사법분야 대법원 주요 판례와 평석, 『안암법학회』 64권, 2022, 154면.

이 제시한 고려요소들을 종합적으로 고려하여 침입 여부를 합리적으로 판단하여야만 침입은 주거 등의 사실상 평온을 해치는 방법으로 주거 등에 들어가는 것이라는 판단이 주관적이고 관념적인 것이라는 비판⁵⁾과 주거침입죄는 개인의 주거의 자유의 보호라는 개인적 법익에 관한 범죄임에도 그 보호법익을 주거의 사실상 평온이라고 하여 사회적 관점에서 평가되는 평온을 고려하고 있어 우리 형법상 주거침입죄의 체계와 내용에 반한다는 비판⁶⁾에서 벗어날 수 있을 것이다. 장소를 개인의 사적 장소와 공중이 자유로이 출입할 수 있도록 개방된 장소를 구분한 후 두 장소의 보호법익을 전자는 사실상 평온으로 후자는 업무상의 평온으로 구분하고 이러한 보호법익과의 관계에서 침입의 의미를 도출해야 한다는 의견⁷⁾도 있으나 이는 사안에 따라 다른 보호법익을 상정함으로써 사안마다 다수의 보호법익을 상정하게 될 수 있어 주거침입죄의 보호법익은 법원의 태도와 동일하게 주거 등의 사실상의 평온으로 보고, 공간의 성격에 따른 기본적인 판단기준을 바탕으로 법원에서 제시한 고려요소를 종합적으로 고려하는 방법으로 침입여부를 판단하는 것이 합리적이라고 생각된다. 구체적인 내용에 대해서는 공간에 따라 나누어 살펴보고자 한다.

1) 사적공간

주거침입죄의 보호법익을 주거의 사실상 평온이라고 보아 거주자의 의사나 승낙 유무는 사실상 평온을 해하는지를 판단하는 판단자료가 됨에 불과하다⁸⁾고 하더라도, 개인의 사적공간의 경우 특히 개인의 주거지의 경우에는 법익 주체의 의사를 고려하지 않고 보호법익인 사실상 평온이 침해되었는지 판단하기는 어렵다는 점,⁹⁾ 범죄 목적을 가지고 자신의 주거지를 들어오는 자에게 출입에 대한 동의를 할 가능성은 매우 낮다는 점, 그럼에도 불구하고 주거지에 들어오는 행위는 실질적으로 주거의 사실상

5) 류부곤, 공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부, 『형사법연구』 제33권 제3호, 2021, 107면.

6) 이창온, 주거침입의 보호법익과 침입의 태양, 『형사판례연구』 제30권, 2022, 367면.

7) 최용성·곽대훈, 주거침입죄의 보호법익과 침입의 의미에 관한 소고, 『치안정책연구』 제36권 제3호, 2022, 238면.

8) 오영근, 『형법각론』 제7판, 박영사, 2022, 213면.

9) 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』(제12판), 박영사, 2021, 237면.

평온을 해치는 행위라고 보아야 할 것이라는 점 등을 고려하면 거주자의 의사는 개인의 사적공간에서의 침입 여부를 판단할 때 기본적인 판단기준이 될 것이다. 대법원 전원합의체 판결은 침입을 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라고 설명하는데 개인의 사적공간에서는 거주자의 의사에 반하지만, 주거의 사실상 평온을 해치지 않는 방법으로 주거에 들어가는 행위를 상정하기 어려우므로 사적공간에서의 침입은 곧 거주자의 의사에 반한 주거의 사실상 평온을 해치는 행위로 이해될 수 있다는 점,¹⁰⁾ 주거에 대한 지배·관리 내지 출입통제의 방식은 거주자의 의사 및 의사 표명을 통하여 이루어지게 된다는 점¹¹⁾ 등을 고려할 때 개인의 사적공간에서 주거침입죄의 피해자인 거주자의 의사는 사실상의 평온을 해치는 행위인지 여부를 판단하는데 기본적인 판단기준이 될 수밖에 없다.¹²⁾

다만, 사적공간 내에서도 주거공간 이외의 현관문 앞, 계단 등 공용공간은 주거가 실질적으로 이루어지는 공간은 아니라는 점에서 장소의 특징이 주거공간과는 차이를 보이고, 공동주거자가 존재하는 사적공간은 주거공간이지만 주거공간 내 공용공간이 존재한다는 점에서 개인이 단독으로 사용하는 주거공간과는 차이를 보인다. 이러한 경우 거주자의 의사라는 기본적인 판단기준을 바탕으로 법원이 제시한 다양한 고려요소를 종합적으로 고려하여 침입여부를 판단하여야 할 것이다.

2) 공적공간

상가 건물 등 누구에게나 출입이 허용된 공적공간은 사적 생활공간이라고 보기 어려워 주거침입죄의 보호법익인 주거 등의 사실상 평온(사적 생활관계에 있어서 사실상 누리고 있는 주거의 평온)을 해치는 방법으로 주거 등에 들어가는 행위를 떠올리기 쉽지 않다. 공적공간은 누구에게나 출입이 허용되었다는 점 때문일 것이다. 이러한 점을 고려하면, 공적공간의 경우에는 주거 등의 사실상 평온상태를 해치는 방법으로 주거 등에 들어가는 행위인지를 판단할 때 출입방법이 기본적인 판단기준이 될 것이다.

10) 정종현, 주거침입죄에서의 침입의 의미에 대한 체계적 이해를 위한 비판적 고찰, 『외법논집』 제46권 제3호, 2022, 75면.

11) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결 반대의견.

12) 이승호, 주거침입죄에서 침입의 정의와 판단기준, 『일감법학』 제53호, 2022, 258면.

즉, 백화점, 관공서, 음식점 등과 같은 공적공간은 일반적으로 출입하는 출입문이 아닌 창문으로 출입하거나,¹³⁾ 강도의 목적으로 복면을 쓰고 흉기를 들고 출입하는 경우¹⁴⁾와 같은 특별한 사정이 없는 한 누구에게나 출입이 허가된 공간에 통상적인 출입 방법으로 출입한다면 주거 등의 사실상 평온을 해하는 방법으로 출입하였다고 볼 수는 없을 것이다.

한편 공적공간 내 사적공간은 어느 누구에게나 출입을 허용하지 않은 공간이라는 점에서 출입방법만으로 침입여부를 판단하기는 어려울 것이다. 상가건물과 같은 공적공간이라고 하더라도 ① 영업주와 직원들이 개인적으로 사용하는 휴게공간에 출입하는 경우, ② 상가건물 내 여성화장실에 남성이 출입하거나 상가건물 내 남성화장실에 여성이 출입하는 경우와 같은 공적공간 내 사적공간에 들어가는 행위는 비밀번호 조작 없이도 출입할 수 있도록 되어 있어 출입하는데 아무런 장애가 없어 주거침입의 목적을 가진 자도 사적공간을 이용하는 이들과 동일한 방법으로 출입을 할 수 있다고 하더라도 ① 휴게공간은 내부인만이 사용하고 특정 성별의 화장실은 특정 성별만이 사용할 것을 예상하고 만들어졌고 그에 따라 사용되는 공간이라는 점, ② 외부인 또는 다른 성별의 사람들은 위 공간을 내부인과 특정 성별만이 사용이 가능하다는 점에 대한 인식이 충분히 가능하다는 점, ③ 출입하는 데 어려움이 없더라도 내부인이 외부인의 출입을 허용할 가능성이 낮으며 내부인의 승낙의 의사를 기대하기도 어렵다는 점 등을 고려하면 출입이 통상적인 방법으로 이루어졌다고 하더라도 위와 같은 휴게공간 및 화장실에 들어가는 행위는 주거 등의 사실상 평온상태를 해치는 방법으로 주거 등에 들어가는 행위인 침입에 해당한다고 평가될 수 있을 것이다.

즉, 공적공간 내에 존재하지만 공적공간의 특성을 띠지 않는 공적공간 내 사적공간의 경우에는 출입방법이라는 기본적인 판단기준 이외에 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입 통제 가능성, 행위자의 출입 경위 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위에 비추어 실질적으로 주거 등의 사실상의 평온상태가 침해되었는지를 평가하여야 할 것이다. 이는 주거침입죄의 보호법익을 형식적으로 파악하여 주거에 대한 권리라고 보는 것이 아니라

13) 대법원 1990. 3. 13. 선고 90도173 판결.

14) 대법원 1983. 3. 8. 선고 83도1363 판결.

실질적으로 파악하여 주거의 사실상 평온이라고 보는¹⁵⁾ 법원의 태도와도 일치하는 해석방향일 것이다.

3. 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범을 중하게 처벌하는 취지를 고려하여 위 결합범에서 주거침입의 피해자는 성폭력범죄 피해자로 해석해야 할 것임

대상판결에서 법원은 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범이 성립하기 위해서는 형법상 주거침입죄에 해당하여야 한다고 전제하면서 제2범행의 경우 상가 건물에 대한 관리자의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 사정도 없다고 설명하며 침입에 해당하지 않는다고 판단하여 주거침입죄의 피해자는 건물을 관리하는 관리자로 상정하였다. 성폭력범죄의 피해자는 강제추행 피해자가 될 것이다. 즉, 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범 성립여부를 판단할 때 주거침입죄의 피해자와 성폭력범죄 피해자를 달리 본 것이다.

이는 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범을 중하게 처벌하는 이유가 피해자의 사적 공간이자 그 어떤 장소보다 안전함이 요구되어야 하는 주거 등에서 발생한 성폭력범죄이기 때문일 것이라는 점을 고려하였을 때 위 취지와는 반하는 해석이 될 가능성이 존재한다. 예를 들어 공동하여 주거침입을 한 공범 사이에 침입의 대상이 된 주거 등에서 성폭력범죄가 발생하는 경우 성폭력범죄 행위자에게 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범의 성립을 인정하는 결과가 초래될 수 있다.

V. 결론

최근 대법원은 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하면서, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단한다고 하여 주거침입의 범위를 제한하였다.

15) 배종대, 『형법각론』 제13판, 홍문사, 2022, 255면.

한편 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄(무기징역 또는 7년 이상)를 형법상 강제추행죄(10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금)와 형법상 주거침입죄(3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)의 경합범보다 중하게 처벌하는 이유는 피해자의 사생활이 보호되어야 하는 피해자의 사적 공간이자 그 어떤 장소보다 안전함이 요구되어야 하는 공간에서 성폭력범죄를 범하여 개인의 성적 자기결정권이 심각하게 침해될 수 있기 때문일 것이다.¹⁶⁾

이러한 취지가 달리 해석되지 않도록 침입 여부 판단시 출입방법이라는 일률적인 기준이 아닌 공간의 성격에 따라 사적공간은 거주자의 의사, 공적공간은 출입방법이라는 기본적인 판단기준을 바탕으로 법원이 제시한 고려요소들을 종합적으로 고려하고, 주거침입과 성폭력범죄 피해자가 동일한 경우에 주거침입과 성폭력범죄의 결합범을 인정하여 피해자의 주거의 평온과 안전, 성적 자기결정권을 함께 보장할 수 있도록 하여야 할 것이다.

참고문헌

[단행본]

- 배종대, 『형법각론』 제13판, 홍문사, 2022.
오영근, 『형법각론』 제7판, 박영사, 2022.
이재상·장영민·강동범, 『형법각론』 제12판, 박영사, 2021.

[논문]

- 김태명, 혼외 성관계를 목적으로 일방 배우자의 승낙을 받아 부부가 공동으로 생활하는 주거에 출입하는 행위의 죄책, 『전북법학』 67권, 2021.
류부곤, 공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부, 『형사법연구』 제33권 제3호, 2021.

16) 헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2003헌바53 전원재판부 결정, 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2012헌바320 전원재판부 결정, 최준혁·조지만, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에서의 주거침입강간죄의 적용범위, 『형사정책』 제27권 제3호, 2015. 200면, 205면.

어재원, 주거침입죄에서의 침입의 의미와 판단기준, 『사법발전재단』 제1권 제60호, 2022.

이창은, 주거침입의 보호법익과 침입의 태양, 『형사판례연구』 제30권, 2022.

정종현, 주거침입죄에서의 침입의 의미에 대한 체계적 이해를 위한 비판적 고찰, 『외법논집』 제46권 제3호, 2022.

최용성·곽대훈, 주거침입죄의 보호법익과 침입의 의미에 관한 소고, 『치안정책연구』 제36권 제3호, 2022.

최준혁·조지만, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에서의 주거침입강간죄의 적용 범위, 『형사정책』 제27권 제3호, 2015.

홍영기, 2021년 형사법분야 대법원 주요 판례와 평석, 『안암법학회』 64권, 2022.

[판례 3:

공무원연금법상 배우자의 유족연금수급권의
성평등적 검토]

헌법재판소 2022. 8. 31.자 2019헌가31 결정을 중심으로

전다운

민주사회를 위한 변호사모임, 법무법인 지향 변호사

I. 서론

대한민국 헌법은 국가로 하여금 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 헌법상 의무를 부과하며, 여자의 복지와 권익 향상을 위해 노력하여야 한다는 원칙을 규정하고 있다(헌법 제34조). 그럼에도 일반적으로 ‘돌봄’은 복지의 영역에서도, 노동의 영역에서도 주요한 비중을 차지하는 주제가 아니었다. 가장 최근에 코로나19라는 전염병 사태를 계기로 ‘돌봄 위기’에 대한 논의가 등장하였지만, 여전히 비공식적인 또는 사적인 노동의 영역으로만 존재하는 현재의 돌봄 체계를 어떻게 개편할 것인지에 대해서는 충분한 논의가 이루어지지 않았다. 그러나 한국 사회의 고령화 및 빈곤의 여성화(feminization of poverty) 현상이 심화되어 나타나는 지금, 노령 소득이 절대적으로 의존하고 있는 연금제도와 관련하여 성평등한 돌봄의 가치에 기초한 재편 방법에 대해 구상해볼 적절한 시기라고 생각된다.

한국의 연금제도는 법률 문언상 성별을 차별하지 않기 때문에 형식적으로 남성과 여성이 동등한 권리를 갖는 것으로 보인다. 그러나 실제 2021년 국민연금가입자 성별 비율을 살펴보면, 남성은 3,188,807명, 여성은 2,834,701명으로 남성이 월등히 많고, 특히 여성가입자는 사업장가입자가 아닌 지역가입자에 밀집해 분포하고 있다(지역가입자의 경우 여성가입자수가 남성가입자수를 초과함). 이러한 성별격차는 공무원연금에 있어서 더욱 심화되는데, 2021년 남성인 공무원연금수급권자는 415,430명으로 여성인 수급권자 184,055명의 약 2.3배에 이른다.¹⁾ 이러한 성별 격차의 원인은 연금제도가 기본적으로 임금노동자를 전제로 하고 있는 것은 물론, 나아가 전통적인 혼인제도와 남성생계부양자모델(male breadwinner model, 남성은 생계책임자, 여성은 가사 및 육아담당자라고 보는 성역할 모델)에 기초해 있기 때문이다. 노동시장에서 여전히 여성은 남성보다 낮은 임금과 비정규직 일자리 또는 영세자영업에 집중되어 있으며, 출산과 육아로 경력이 단절되거나 근속연수가 짧아지기 때문에 각종 연금제도에 안정적으로 가입할 수 있는 기회부터 제한될 수밖에 없다. 이처럼 노동시장에 견고하게 남아있는 성별격차는 연금제도 등 노동에 기초한 각종 사회보장제도에 그대로 전이되

1) 이상의 통계수치는 행정안전부 공공데이터포털 참조(data.go.kr).

어 그 성차별을 확대재생산하고 있으며, 특히나 분할연금이나 유족연금 등에서는 결혼제도를 경유하는 사회보장접근권을 전제하고 있어 전통적 가족관계에서 이탈한 경우 제도에서 배제되는 결과를 야기하기도 한다.

아래에서는 우리 사회, 특히 사법기관이 연금제도를 바라보고 있는 관점을 잘 보여주는 사례인 헌법재판소 2019헌가31 결정에 대해 비판적 논의를 전개해보려고 한다. 연금가입대상에서 제외된 소득이 없는 배우자, 저임금 근로자, 육아로 경력이 단절된 자의 절대다수를 차지하고 있는 여성들은 독자적 수급권이 없거나 남성에 비해 낮은 연금을 받을 수밖에 없고, 연금가입자인 남성과의 혼인관계가 해소되는 경우에는 (배우자의 독립된 권리가 아니라 파생적 수급권으로 취급되고는 하는) 분할연금, 유족연금만이 유일한 노후 보장 수단임을 염두에 둔 채, 우리 법률이 연금가입자의 배우자 또는 피부양자인 여성을 바라보는 시각에 대한 성평등한 관점으로의 전환을 제안해보고자 한다.

II. 대상결정의 요지

1. 사건의 개요

제청신청인은 군무원인 배우자 이○○이 재직 중 사망하자 1992. 4.부터 매월 공무원 유족연금을 지급받았다. 그런데 공무원연금공단은 제청신청인이 2014년경부터 다른 사람과 사실혼 관계가 형성한 것을 인지하고, 2017. 12. 26. “제청신청인이 2014. 10. 29.부터 사실혼 관계에 있어 공무원연금법상 유족연금수급권을 상실하였음에도 유족연금을 지급받았다”는 이유로 제청신청인에게 유족연금 지급종결과 2014. 10. 이후 수령한 유족연금 38,332,080원의 환수를 고지하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라고 함).

이에 제청신청인은 2018. 2. 5. 공무원연금공단을 상대로 이 사건 처분의 취소를

구하는 소를 제기하였고, 2019. 2. 15. 기각되자(서울행정법원 2018구합53825호 사건), 항소를 제기하면서(서울고등법원 2019누38337), 항소심 계속 중 사실상 혼인관계를 포함하여 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정한 구 공무원연금법 제59조 제1항 제2호가 재혼한 배우자의 재산권 등을 침해한다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였다. 제청법원은 위 신청을 받아들여 2019. 12. 17. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다(서울고등법원 2019아1269호 사건).

2. 심판대상조항

구 공무원연금법

(2012. 10. 22. 법률 제11488호로 개정되고, 2016. 1. 27. 법률 제13927호로 개정되기 전의 것)

제59조(유족연금 및 순직유족연금의 수급권 상실) ① 유족연금이나 순직유족연금을 받을 권리가 있는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 그 권리를 상실한다.

2. 재혼한 때(사실상 혼인관계에 있는 경우를 포함한다)

3. 제청법원의 위헌제청이유

공무원연금법상의 연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 가지고 있으므로, 입법자는 공무원연금법상 유족연금수급권의 구체적 내용을 형성함에 있어 위 두 요소 중 어느 하나를 완전히 무시하여서는 안 된다.

심판대상조항은 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정함으로써 공무원연금의 재정건전성을 확보하고 후순위 유족을 보호하므로, 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그러나 혼인기간 동안 배우자가 연금형성에 기여한 정도나 후순위 유

족연금수급권자의 존재 여부를 전혀 고려하지 않고 일률적으로 유족연금수급권을 영구히 박탈되도록 함으로써 배우자의 재혼 후 이혼 또는 그 상대방 배우자의 사망으로 인하여 배우자가 다시 부양받지 못하게 되는 경우에도 유족연금을 수급할 수 없도록 한다. 수급권 소멸 외에도 재혼 중 연금정지나 일시금 지급 등 덜 제약적인 방법이 가능함에도, 부부별산제를 인정하고 있는 법제에서 재혼하였다는 이유만으로 유족연금수급권을 영구히 박탈하는 것은 재혼으로 수급권이 상실되지 않는 분할연금과도 형평에 맞지 않으며, 그 제한이 과도하여 침해의 최소성 및 법익균형성에 위배된다. 따라서 심판대상조항은 재산권을 침해한다.

4. 대상결정의 판단

심판대상조항은 유족연금수급권자인 배우자의 재혼(사실상 혼인관계 포함)을 유족연금수급권 상실사유로 규정하고 있다. 공무원연금법상 유족연금수급권은 사회보장적 급여로서 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리로 보호되는 한편, 경제적 가치 있는 권리로서 헌법 제23조의 재산권에 의하여 보장되므로(헌법재판소 2009. 5. 28.자 2008헌바107 결정; 헌법재판소 2021. 4. 29.자 2019헌바412 결정 참조), 배우자의 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정하고 있는 심판대상조항은 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하는지 여부가 문제된다.

(1) (입법재량의 범위) 유족연금수급권은 헌법상 보장되는 재산권이나 사회보험 원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격을 가지고 있으므로, 입법자가 그 구체적인 내용을 형성함에 있어서는 일반적인 재산권보다 상대적으로 폭넓은 재량이 허용된다. 입법자는 공무원연금의 재정상황, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 공무원연금법의 입법목적에 맞도록 합리적인 수준에서 연금수급권의 내용을 형성할 수 있다(헌법재판소 1999. 4. 29.자 97헌마333 결정; 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2016헌바341 결정; 헌법재판소 2020. 6. 25.자 2018헌마865 결정 참조).

(2) (한정된 자원) 국가가 한정된 자원의 범위 내에서 보다 더 많은 유족을 효과적으로 보호하기 위해서는 유족 보호의 필요성과 중요성을 고려하여 유족연금을 받을 유족의 범위를 결정할 필요가 있다.

(3) (새로운 부양관계 형성 고려) 공무원연금법상 유족급여는 부양의 원리에 따라 사망한 공무원의 유족을 소득상실의 위험으로부터 보호하는 급여이므로, 유족급여를 받을 유족의 범위는 사망 당시 공무원과 일정한 친족관계를 유지하며 공무원에 의하여 부양되고 있던 자를 수급자로 보게 된다. 이에 따라 유족급여를 받을 유족의 범위는 퇴직급여가 곧바로 유족급여로 승계되는 것이 아니라 독자적인 생활능력 등 유족급여의 필요성과 중요성을 고려하여 결정하게 된다(헌법재판소 2014. 5. 29.자 2012헌마515 결정; 헌법재판소 2020. 6. 25.자 2018헌마865 결정 참조).

부부는 민법상 서로 동거하며 부양하고 협조할 의무를 부담하므로(민법 제826조 제1항), 공무원연금법은 공무원 또는 공무원이었던 자의 사망 당시 그에 의하여 부양되고 있던 배우자를 갑작스러운 소득상실의 위험으로부터 보호해야 할 필요성과 중요성을 인정하여 유족연금수급권자로 규정하고 있다(공무원연금법 제3조 제1항 제2호). 또한, 공무원연금법은 법률혼뿐만 아니라 사실혼 배우자도 유족으로 인정하고 있는데, 이는 사실혼 배우자도 법률혼 배우자와 마찬가지로 서로 동거·부양·협조의무가 인정된다는 점을 고려한 것이다(대법원 1998. 8. 21. 선고 97므544, 551 판결 참조). 따라서 심판대상조항이 배우자의 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정한 것은 배우자가 재혼을 통하여 새로운 부양관계를 형성함으로써 재혼 상대방 배우자를 통한 사적 부양이 가능해짐에 따라 더 이상 사망한 공무원의 유족으로서의 보호의 필요성이나 중요성을 인정하기 어렵다고 보았기 때문이다.

(4) (연금형성에의 기여) 유족연금은 본래 생계를 책임진 자의 사망으로 생활의 곤란을 겪는 가족의 생계보호를 위하여 도입된 것이므로, 보험료 납부에 상응하여 결정되는 급여가 아니라 사망 당시의 혼인관계 및 생계의존성 여부에 따라 결정되는 파생적 급여이다. 따라서 배우자의 유족연금수급권 인정 여부가 반드시 기여금에 대한

공동 부담 여부에 따라 좌우되어야 하는 것은 아니다(헌법재판소 2012. 6. 27.자 2011헌바115 결정 참조).

(5) (분할연금과의 형평성) 공무원연금법은 공무원의 연금형성에 대한 배우자의 기여를 고려하여 이혼 시 이를 정산·분할할 수 있는 분할연금제도를 두고 있으나, 이는 유족연금과는 그 제도의 목적이나 취지가 서로 다르다. 분할연금은 혼인기간 중에 획득한 연금의 수급권을 이혼시 분할하는 것으로 재산분할적 성격이 강한 급여인 반면, 유족연금은 공무원의 사망으로 인한 소득상실로부터 유족들의 생계를 보호하기 위한 것으로서 사회보장적 성격이 강한 급여이다. 이에 따라 혼인기간에 상관없이 공무원 사망 당시 재직 중 혼인한 배우자이면 유족연금수급권이 인정되고, 유족연금 개시 시점도 공무원이 사망한 날 다음 날부터 바로 개시된다. 유족연금액 또한 혼인기간이 아닌 사망한 공무원이 받을 퇴직연금액에 대한 일정비율로 획일적으로 정해진다(공무원연금법 제55조). 이처럼 분할연금과 유족연금은 서로 다른 법적 성격과 목적을 가지고, 연금의 수급요건, 기간, 수금액 등에 차이를 두고 있다. 유족연금은 공무원의 사망 당시 일정한 친족관계에 있는 사람들 중에서 법률에 의하여 지급되는 부양적 성격의 급여인바, 심판대상조항이 배우자의 혼인기간 동안의 연금형성에 대한 기여를 비례적으로 반영하지 않았다는 사실만으로 현저히 자의적이거나 비합리적인 입법이라고 보기 어렵다.

(6) (유족연금일시금과의 형평성) 공무원연금법상 유족연금은 일시금 형태로도 수급이 가능하다. 이에 따라 공무원 사망 당시 유족연금일시금을 선택하여 수령한 배우자는 후에 재혼을 하더라도 유족연금일시금의 반환이나 환수 없이 그대로 보유할 수 있게 된다. 그러나 공무원연금법상 일시금제도는 입법자가 급여에 대한 개인의 다양한 선택권과 경제적 형편에 맞는 급여를 실시하기 위하여 정책적으로 도입한 제도로서 공무원 사망 당시 유족인 배우자에게는 모두 유족연금일시금과 유족연금 사이에 이를 선택할 수 있는 기회가 있었으며, 고령자의 기대여명 증가로 연금의 총 기대수금액과 일시금 총액 사이의 불균형이 심화되고 있는 현실 등을 고려하면, 이러한 일시금과 연금의 선택에 따른 차이가 발생할 수 있다는 점만으로 입법자가 현저히 불합

리한 입법을 하였다고 보기 어렵다.

(7) (구체적인 사안에 따른 조정가능성) 유족연금은 공무원에 의하여 부양되던 일정한 범위의 친족 중에서 부양의 필요성과 중요성을 고려하여 그 우선순위를 정하고 있으며, 친족관계 종료나 독자적인 생활능력 회복 등 수급권 상실사유가 발생하면 보다 더 큰 보호의 필요성이 인정되는 유족에게 수급권이 이전되도록 하고 있다(공무원연금법 제3조 제1항 제2호, 제31조, 제57조 제2항). 그런데 재혼으로 이미 새로운 부양관계를 형성한 이후에도 재혼 상대방 배우자의 사망이나 이혼 등의 경제적 사정에 따라 유족연금수급권이 회복될 수 있도록 한다면 다른 유족에게 불측의 손해를 줄 염려가 있고 복잡한 법률문제가 발생할 우려도 있다. 또한 공무원연금 재정의 안정적인 운용을 위해서는 유족연금수급권자의 개별적이고 주관적인 사정에 따라 유족연금수급권의 소멸 여부가 좌우되도록 할 수 없고, 객관적인 사유에 의해 그 소멸 여부가 결정되도록 할 필요가 있다(헌법재판소 2017. 12. 28.자 2016헌바341 결정; 헌법재판소 2021. 4. 29.자 2019헌바412 결정 참조).

(8) 따라서 심판대상조항이 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정하였다고 하더라도 이는 한정된 재원의 범위 내에서 부양의 필요성과 중요성 등을 고려하여 유족들을 보다 효과적으로 보호하기 위한 것이므로, 입법재량의 한계를 벗어나 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

[재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 김기영의 반대의견]

(1) 국가가 실시하는 사회보험은 민간시장이 떠맡지 않으려는 위험에 대한 사회보장적 배려에서 비롯된 것이므로, 재정의 안정과 효율성만 추구하는 것은 사회보험을 도입한 본래의 취지에 반할 위험이 있다. 따라서 입법자가 사회보험제도를 형성하면서 재정의 안정성만을 추구한 나머지 사회보험제도 본래의 사회보장적 성격을 도외시킨다면 이는 합리적인 입법이라 보기 어렵다.

(2) 배우자는 혼인 기간 내내 공무원의 성실한 근무를 조력하고 경제적 생활공동체를 함께 구성하면서 연금형성에 기여한 사람이다. 이러한 배우자의 재산적 기여를 정당하게 고려하지 않고 공무원의 유족이라는 지위를 상실하였다는 이유만으로 유족연금수급권 전부를 영구히 박탈하는 것은 합리적인 입법이라 보기 어렵다.

(3) 공무원연금법은 5년 이상 혼인관계를 유지하고 이혼한 배우자에게 공무원의 퇴직연금에 대한 분할연금을 인정하고 있고, 이혼한 배우자의 재혼은 분할연금수급권 상실사유가 되지 않는다. 그런데 유족연금을 받는 배우자는 혼인한 기간 동안 사망한 공무원의 연금형성에 기여하였다는 점과 이미 공무원과의 혼인관계가 해소되었다는 점에서는 분할연금을 받는 배우자와 본질적인 차이가 없음에도 연금수급권 발생 원인이 공무원의 사망이라는 이유만으로 재혼 시 유족연금수급권 전부를 상실시키는 것은 형평에 반한다.

(4) 또한, 이러한 극단적인 방식의 유족연금수급권 박탈은 재혼의 가능성을 고려한 배우자가 오랜 기간 안정적인 생활을 보장받을 수 있는 유족연금 대신 유족연금일시금을 더 선호하게 만들어 사회보장적 측면에서 바람직한 연금제도를 형성한 것이라 보기 어렵고, 배우자가 유족연금일시금을 선택한 경우에는 수급 이후 재혼을 하더라도 반환되거나 환수되지 않아, 유족연금을 선택한 배우자와의 관계에서 형평의 문제가 발생한다. 심판대상조항은 다른 유족의 보호의 필요성이나 중요성을 고려한 것이라고 하나, 실제 배우자가 유족연금일시금을 선택한 경우 다른 유족은 유족급여를 받을 수 없게 되어 다른 유족과의 관계를 고려하였다고 보기 어렵고, 배우자가 유족연금을 선택한 경우에도 다른 유족이 남아 있지 않다면 재혼으로 인한 유족연금수급권 상실은 다른 유족을 보호할 수 있게 되는 것도 아니다. 따라서 심판대상조항이 재혼이라는 사유만으로 일률적으로 유족연금수급권 전부를 상실시키고 있는 것은 납득하기 어렵다.

(5) 유족연금은 유족의 생활을 보장하는 사회보장적 성격의 급여이므로, 공무원의 사망 이후 유족연금이 유족의 생계보호에 기여하는 역할을 고려해야 한다. 그런데 심

판대상조항은 실제 배우자가 재혼으로 부양을 받을 수 있는지 등 구체적인 생활보장의 측면을 전혀 고려하지 않고 있다. 더욱이 사실상 재혼관계는 법률상 재혼관계에 비하여 불안정한 상태로서 항상 상대방 배우자에 의한 부양이 이루어지고 있다고 보기 어렵고 부양의 지속에 대한 기대도 약하다. 그럼에도 사실상 혼인관계의 경우조차 아무런 보호조치 없이 영구히 수급권을 박탈시키는 것은 유족연금이 가진 사회보장적 성격에 부합한다고 보기 어렵다.

(6) 또한, 독일이나 미국과 같이 배우자가 재혼 후 이혼 또는 재혼 상대방 배우자의 사망과 같이 재혼이 해소된 경우 유족연금수급권이 부활되도록 하는 등 한정된 재원의 범위 내에서도 얼마든지 생활능력이 없는 배우자를 보호할 수 있는 방안들을 찾아 볼 수 있다. 그럼에도 심판대상조항은 아무런 보호조치 없이 재혼이라는 사유만으로 배우자의 유족연금수급권 전부를 영구히 박탈시키고 있어 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해한다.

(7) 그런데 심판대상조항의 위헌성은 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정하였다는 것 자체에 있는 것이 아니라 구체적인 사정을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 영구히 유족연금수급권 전부를 박탈하도록 하는 것에 있으므로, 단순위헌결정을 하는 대신 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고하는 것이 타당하다.

III. 공무원연금법상 유족연금수급권의 법적성격 및 입법재량의 한계

사회보장기본법은 ‘사회보험’이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다고 하는데(제3조 제2호), 사회보험에 드는 비용은 사용자, 피용자 및 자영업자가 부담하는 것을 원칙으로 하되, 관계 법령에서 정하는 바에 따라 국가가 그 비용의 일부를 부담할 수 있다고 정하고 있다(제28조 제2항). 즉, 원칙적으로 사회보험은 자기 기여를 전제로 한다는

점에서, 국가가 사회정책적 목적에서 급여를 지급하는 공공부조와는 구별된다. 그 중 공무원연금제도는 공무원의 퇴직 또는 사망, 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하기 위해 마련된 사회보장제도로서 보험원리에 의하여 운용되는 사회보험의 하나이다(헌법재판소 2014. 5. 29.자 2012헌마555 결정 참조). 또한 공무원연금법상 유족급여는 공무원의 사망으로 갑작스럽게 생계를 위협받게 된 유족의 생활을 보장하기 위하여 지급되는 급여이고, 공무원연금법은 유족연금을 처음 도입할 당시부터 사실혼을 포함한 배우자의 재혼을 유족연금수급권 취득 및 상실사유로 규정하고 있었다.

이와 같은 유족연금수급권은 헌법상 사회보험원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격을 가지고 있으므로, 원칙적으로 입법자가 그 구체적인 내용을 형성함에 있어서는 일반적인 재산권보다 상대적으로 폭넓은 재량이 허용된다고 볼 여지가 있다. 입법자는 공무원연금의 재정상황, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 공무원연금법의 입법목적에 맞도록 합리적인 수준에서 연금수급권의 내용을 형성할 수 있다는 것이다(헌법재판소 1999. 4. 29.자 97헌마333 결정; 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2016헌바341 결정; 헌법재판소 2020. 6. 25.자 2018헌마865 결정 참조).

그러나 공무원연금은 공무원연금가입자가 그 연금재원형성에 기여한 법정급여라는 점을 고려할 때 재산권적 성격이 더욱 강화되므로 입법재량의 범위가 일반적인 사회보장권보다는 좁아진다고 해석해야 하고, 또한 그 제도의 합헌성을 고려할 때에는 사회보장권적 성격과 재산권적 성격이 모두 균형있게 고려되어야 한다는 한계도 가진다. 나아가 제도에 차별적 요소가 존재하는 경우, 이는 강행규범의 위반을 의미하므로 그러한 차별 철폐에 있어서는 제도의 ‘점진적인 개선’과 같은 입법자의 재량이 작동할 여지가 없다고 보아야 한다. 국제인권법에서 법규범으로서 통용되는 유엔 ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(약칭: 사회권규약)’의 경우에도 ‘가용자원 범위 내에서의 권리의 점진적인 실현(제2조 제1항2)’이 적용되지 않는 사회권의 영역으로 ‘차

2) 원문은 다음과 같다: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take

별금지’를 정하고 이에 대해서는 ‘즉시적 이행’의무를 부과하고 있는 점을 고려할 필요가 있다.³⁾

IV. 대상결정의 기본권 침해 심사의 문제점

1. 유족연금수급권의 이중성에 대한 고려

구 공무원연금법 제59조 제1항 제2호(현 공무원연금법 제57조 제1항 제2호)는 퇴직유족연금의 수급권 상실 사유를 규정하면서 퇴직연금을 받을 권리가 있는 사람이 ‘재혼한 때(사실상 혼인관계에 있는 경우를 포함한다)’를 규정하고 있다. 이는 공무원연금법 뿐 아니라 「군인연금법」(제32조 제1항 제2호), 「사립학교교직원연금법」(제42조 제1항), 「공무원재해보상법」(제40조 제1항 제2호), 「군인재해보상법」(제37조 제1항 제2호), 「산업재해보상보험법」(제64조 제1항 제2호)에서도 마찬가지이다. 물론 각 법률이 규정하고 있는 유족연금의 기능, 재원, 급여, 기여의 내용 등이 모두 동일한 것은 아니나, 사실상 대상 결정의 쟁점은 다른 연금제도(또는 사회보장제도)에서도 마찬가지로 쟁점이 될 수 있어 그 파급력이 적지 않은 사건이었다.

이러한 유족연금수급권의 상실사유로 ‘재혼’을 둔 것이 청구인의 기본권(인간다운

steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

(이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다.)

- 3) “General Comment No.3”(Fifth session, 1990), Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/1991/23, pp.83-87.

생활을 할 권리)을 침해하는지 여부에 대해서는 제청법원의 제청이유에 잘 지적되어 있다. 그러나 제청법원의 판단과 달리, 대상결정은 유족연금제도의 취지가 유족연금수급권자의 재산권 및 사회보장권 보호를 위한 이중적 측면이 있다는 점을 인정하면서도, 위헌성 심사에 있어서는 오로지 사회보장권의 관점(입법자의 입법재량내에 있는 것인지)에서만 입각하여 판단하였을 뿐, 청구인의 재산권 침해가 어떻게 정당화될 수 있는 것인지에 대한 충분한 심사를 하지 않은 잘못이 있다(물론 사회보장권 침해여부에 관한 판단의 타당성에 대해서도 아래 후술). 예컨대 대상결정이 (i) 폭넓은 입법재량이 인정된다고 하거나, (ii) 재혼을 통하여 새로운 부양관계를 형성함으로써 사적 부양이 가능해짐에 따라 유족으로서의 보호의 필요성이나 중요성이 없다고 한 부분이나, (iii) 유족연금은 유족으로서의 보호의 필요성이나 중요성에 따라 수급권이 이전되도록 하고 있고, 따라서 유족연금수급권의 상실과 취득으로 다른 유족에게 불측의 손해를 주지 않도록 제도를 설계해야한다고 한 부분 등이 사회보장수급권적 성격에 따른 느슨한 심사기준을 적용한 결과로 보인다.

2. 사회보장수급권 침해 여부에 관한 판단

대상결정이 사회보장수급권적 차원에서 입법재량의 범위내에 있다고 본 주된 근거는 (i) 한정된 재원에 대한 고려, (ii) 후순위 유족에 대한 보호인 것으로 보인다. 그러나 제청법원이 지적한 바와 같이 유족연금수급권자의 재혼 관계가 해소되거나 재혼 배우자가 사망하여 다시 부양받지 못하게 되는 경우까지 유족연금을 수급할 수 없도록 영구적, 불가역적으로 박탈하는 것은 청구인의 사회보장권마저도 과도하게 침해하는 것이라고 보아야 마땅하다.⁴⁾

4) 헌법재판소 2000. 6. 29.자 99헌마289 결정: “사회보험은 사회국가원리를 실현하기 위한 중요한 수단이라는 점에서, 사회연대의 원칙은 국민들에게 최소한의 인간다운 생활을 보장해야 할 국가의 의무를 부과하는 사회국가원리에서 나온다. 보험료의 형성에 있어서 사회연대의 원칙은 보험료와 보험급여 사이의 개별적 등가성의 원칙에 수정을 가하는 원리일 뿐만 아니라, 사회보험체계 내에서의 소득의 재분배를 정당화하는 근거이며, 보험의 급여수혜자가 아닌 제3자인 사용자의 보험료 납부의무(소위 ‘이질부담’)를 정당화하는 근거이기도 하다. 또한 사회연대의 원칙은 사회보험에의 강제가입의무를 정당화하며, 재정구조가 취약한

대상결정은 많은 부분을 ‘후순위 유족’에 대한 보호를 앞세우고 있을 뿐, 정작 연금에 직접 기여하여 재산적 권리를 취득한 ‘청구인’에게 유족연금이 박탈될 경우 사회보장적 공백이 어떻게 제도적으로 보완·해소될 수 있는지에 대해서는 침묵하고 있어 문제적으로 생각된다. 후순위 유족간의 법률관계(연금의 승계문제를 의미하는 듯하다)가 복잡해진다는 것이 청구인을 사회보장급여에서 배제하기 위한 합리적 이유인지도 의문이다. 또한 재혼 배우자에 의한 사적부양 기회는 최초 혼인관계와 같이 얼마든지 해소·종료될 수 있음은 당연한바, 그럼에도 재혼이 해소된 경우에는 - 초혼이 해소된 경우와는 달리 - 연금에 의한 사회보장적 수급범위에서 제외되어야 하는 것인지에 대한 논증이 부재하다(대상결정은 재혼관계가 해소될 경우에 대해서는 아무런 언급을 하지 않는다). 뿐만 아니라 ‘재혼’이라고 함은 청구인에게 사적 부양을 받을 기회가 생긴 것이 아니라, 동시에 청구인이 부양해야 하는 피부양자가 발생하는 것을 의미하는데, 혼인관계의 부양의무는 상호적인 것이기 때문이다.⁵⁾ 그럼에도 유족인 배우자에게 사실혼 배우자가 생긴 것이 반드시 사적인 부양 대상(피부양자의 지위)으로 지위가 전환되어서 더 이상 부양의 필요성 및 중요성이 없어진 것이라고 판단한 점은 다소 성급한 판단이었다고 보인다.

특히나 ‘재혼’이라는 유족연금수급권 상실사유가 그 결속관계 및 부양의 지속에 대한 기대가 약한 사실혼 관계까지 포함한다는 점에서 더욱 문제가 있어 보인다. 대상결정의 반대의견이 지적하고 있는 것처럼, 유족연금수급권을 영구적으로 박탈하기 위해서는, 적어도 실질적으로 배우자가 재혼으로 인하여 부양을 받게 되었는지, 재혼 상대방 배우자가 사망하거나 재혼이 해소되어 다시 생활의 기반이 상실될 가능성은 없

보험자와 재정구조가 건전한 보험자 사이의 재정조정을 가능하게 한다.”

5) 대상결정의 재판관들은 본안사건의 청구인이 부(婦)라는 점을 고려했을 것으로 보이나, 만약 유족연금수급권자가 부(夫)인 경우에도 헌법재판소의 판단이 동일했을까? 공적연금제도가 전제하고 있는 남성생계부양자 모델(male breadwinner model)에 의한다면 그런 경우에는 오히려 수급권자가 재혼으로 인한 새로운 부양의무가 가중되었다고 보지 않았을까 하는 의구심이 든다. 청구인을 단순히 피부양자의 관점으로 보기 보다는, 성별을 불문하고 누구나 재혼으로 인해 새로운 가족관계가 형성될 경우 누군가를 ‘돌볼 권리’가 인정되어야 한다는 관점의 접근이 필요하다(더 케어 컬렉티브, 『돌봄선언: 상호의존의 정치학』, 니케북스, 2021, 194면 참조).

는지 등 구체적인 생활보장의 측면을 살펴서 판단하는 것이 기본권 보장 취지에 부합한다.

이상의 점들을 종합하여 볼 때, 대상결정은 후순위 유족에 대한 불측의 재산적 침해를 강조하고 있을 뿐, 우선적인 부양대상인 청구인의 잔여 여생에 대한 생활안정 등 사회보장적 고려가 충분히 이루어지지 않은 아쉬움이 남는다. 사실혼의 형성으로 부양의 필요성이 소멸하였고 한 부분은 구체적인 논증이 없이 노골적으로 여성인 배우자를 피부양자로 보는 가부장적 사고가 드러난 것이라 보지 않을 수 없고, 헌법재판소가 남성인 수급권자에 대해서도 동일한 판단에 이르렀을 것이라고 추측하기는 어려워 보인다. 대상결정의 반대의견이 지적하고 있는 바와 같이, 배우자의 유족연금수급권이 상실된다고 하여 반드시 다른 유족이 그 연금을 대신 수령하게 되는 것도 아니므로, 그것이 다른 후순위 유족의 재산적 침해를 예정하고 있는 것이라고 보기 어렵다. 그렇다면 후순위 유족에 대한 재산적 침해는 불분명하고 가정적인 반면, 배우자의 생활 수단의 상실이라는 분명하고 확정적인 손해라 할 것인바, 폭넓은 입법재량이 있음을 감안하더라도 사회보장권적 측면에서의 상충하는 법익에 대한 균형적 고려가 이루어진 것이라고 보기는 어려울 것이다.

3. 재산권 침해 여부에 관한 판단

사회보장수급권의 하나인 유족연금수급권은 사회적 기본권의 성격과 아울러 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 성격을 동시에 갖는다. 그런데 공무원연금법상 유족연금의 액수는 퇴직연금액의 일정 비율로 정해지고(공무원연금법 제55조), 그러한 퇴직연금은 공무원 또는 공무원이었던 자에 대한 공로보상 내지 후불임금의 성격도 함께 가진다 할 것이므로, 본인과 그 배우자의 기여가 분명한 재산적 권리이며, 따라서 재산권적 성격이 더욱 강조된다(헌법재판소 2003. 9. 25.자 2000헌바94 결정 참조). 유족연금수급권은 사망한 공무원과의 관계에 종속된 권리라고 볼 수 없으며, 배우자 고유의 독립적인 재산권적 성격을 가진다는 점에서 더욱 그러하다.⁶⁾ 또한 이런

6) 배우자의 급여가 가족부양의 차원에서 피부양자에게 지급되는 형태 혹은 배우자의 지위에

후불임금적 성격을 고려할 때, 유족연금의 재원이 전적으로 국가에 의존하는 것이라거나 국가의 시혜적 급여라고 볼 수 없는 이상 ‘한정된 재원’이라는 논거가 유효한 것 인지조차 의문이다.

이처럼 재산권적 성격을 가지는 사회보장수급권의 경우, 헌법재판소는 재산권 제한에 관한 헌법의 원칙인 과잉금지원칙(비례성 원칙)을 준수하는 한도내에서만 허용될 수 있다는 입장이다(헌법재판소 2009. 7. 30.자 2008헌가1 결정⁷⁾ 등 참조). 물론 이는 순수한 재산권이 아니라 사회보장수급권의 성격을 공유하기 때문에 최소 침해성의 원칙 위배 여부에 관한 기준이 다소 완화될 여지가 있을 것이나,⁸⁾ 그럼에도 대상결정에서는 청구인의 재산권에 관한 일체의 심사가 누락되어 있어서 그러한 논증에 다소 빈약한 인상을 준다.

나아가 심판대상조항이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부를 과잉금지원칙에 따라 판단해보자면, 심판대상조항의 입법목적과 수단의 적합성은 인정될 수 있다고 보므로, 결국에는 심판대상조항이 위 목적을 실현하기 위한 최소 침해의 수단이었는지, 나아가 심판대상조항으로 실현하려는 공공의 이익과 이로 인해 침해되는 이익간의 법익의 균형성에 대한 판단이 관건이 될 것으로 보인다. 그런데 이 사건에서 심판대상조항으로 인하여 유족연금수급권의 영구 박탈하는 것보다 덜 침해적인 수단으로

근거하여 주어지는 간접적 권리의 차원에 머무르지 않고, 배우자로서의 무급노동을 본인의 기여로 인정하는 개별적 수급권 혹은 소득보장 차원의 직접적 권리로 인정된다는 점에 관해서는, 김수완(2002) 참조.

7) 헌법재판소 2009. 7. 30.자 2008헌가1 결정: “군인연금법상의 퇴직급여 등 급여수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권임과 동시에 경제적 가치가 있는 권리로서 헌법 제 23조에 의하여 보장되는 재산권이다. 따라서 … 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다.”

8) 사회적 기본권이 재산권적 성격을 갖게 되는 조건에 대한 논의로는, 이종걸, “사회적 기본권과 사회보장법제의 문제점과 개선을 중심으로”, 『세계헌법연구』 제15권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2009, 267면 이하 참조.

위 입법목적을 달성할 수 있다는 점은 대상판결의 반대의견이 지적인 바와 같다. 예컨대, 독일의 경우에는 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정하면서도 배우자가 재혼 후 이혼 또는 재혼 상대방 배우자의 사망과 같이 재혼이 해소된 경우 유족연금수급권이 부활되도록 하고 있으며, 미국의 경우에도 재혼이 사망, 무효·취소, 또는 이혼으로 해소된 때에는 이를 다시 지급받을 수 있도록 하고 있다. 한편, 벨기에, 덴마크 등은 애초에 수급권자가 재혼한다고 하더라도 그것이 수급권의 상실사유가 되지 않는다.⁹⁾ 따라서 우리 공무원연금의 경우에도, 재혼시 유족연금일시금을 받도록 하거나, 향후 재혼관계가 해소될 경우 배우자의 연령, 소득, 재산 등을 고려하여 일정한 요건 하에 유족연금을 회복시킬 수 있는 기회를 부여함으로써 배우자의 연금수급권을 균형 있게 보장할 수 있는 방법이 얼마든지 가능하다. 나아가 재혼이 성립한 시점에 이를 조정한다면, 다른 후순위 유족의 지위에도 아무런 변동이 생기지 않으므로 제3자에 대한 권리침해를 수반하지도 않는다. 이에 비추어 본다면 심판대상조항은 청구인의 재산권을 침해한다고 평가하는 것이 타당할 것으로 보인다.

4. 분할연금, 유족연금일시금과의 차별

공무원연금법상 유족연금과 성격이 유사한 분할연금이나 유족연금일시금의 경우 재혼이 그 수급권의 상실사유로 규정되지 않았음에도 불구하고, 유족연금의 경우에만 재혼을 수급권 상실사유로 삼는 것은 헌법상 평등권에도 위배되는 측면이 다분하다. 대상결정은 분할연금은 이혼에 따르는 재산분할적 성격이 강한 점 등 유족연금과 차이점이 있으며, 유족이 된 배우자는 유족연금일시금을 선택할 기회가 있었음에도 유족연금을 선택한 것이므로 상실사유의 차이를 둔 것이 불합리한 입법이 아니라고 보았다.

9) 박은주, “유족급여 지급실태”, 근로복지공단 근로복지연구원, 2020, 137면; 정영훈, “재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정한 공무원연금법 규정이 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하는지 여부”, 노동판례리뷰, 『월간 노동리뷰』 2022년 11월호, 99면에서 재인용

그러나 유족연금일시금과 같이, 단순히 청구인이 유족연금 대신 유족연금일시금을 선택할 기회가 있었다고 하여, 이에 대한 차별적 취급이 합리화되는 것은 아니다. 오히려 유족연금과 유족연금일시금 중 무엇을 선택하더라도 청구인의 지위나 보장내역에 큰 차이를 두지 않는 것이 합리적 입법방법일 것이다. 이 측면에 있어서 대상결정의 논증 역시 다소 불충분해 보인다. 오히려 청구인이 유족연금일시금을 수령할 수 있는 지위에 있는 사람이었다면, 더욱더 이와 차별적으로 취급하는 것이 합리화되기는 어려워진다고 보는 것이 합리적이다. 대상결정이 제시하고 있는 바와 같이, 재혼시점에 일시금 형태로 이를 정산하여 그 수급권을 영구 상실하지 않고 최초 일시금 수령자와 대등한 보장이 제공되도록 하는 방안도 얼마든지 존재한다. 그런데도 단지 수급 방법을 다르게 선택하였다고 하여, 유족연금일시금의 경우에는 재혼시 이를 박탈하지 않는 반면, 유족연금을 수령하는 경우에만 재혼시 이를 완전히 상실시키는 것에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.

또한 분할연금과의 차별의 부당성은 반대의견에서 잘 지적하고 있다. 혼인관계가 ‘이혼’ 또는 ‘사망’으로 해소되었는지에 따라 분할연금 또는 유족연금 수급권이 발생하게 되는데, 이는 모두 연금형성에 기여한 상대배우자의 연금수급권을 보존하기 위한 목적에 마련된 제도이므로 본질적인 목적이나 성격에 있어서 동일하며, 그 수급권을 박탈함에 있어서 달리 취급할 어떠한 합리적 이유도 없다.

V. 여성인권 관점에서 본 심판대상조항의 위헌성

1. 혼인의 자유 침해

대상결정에서 다루어지지 않았으나, 사실혼을 포함한 재혼을 유족연금수급권의 상실사유로 삼는 것은 청구인의 혼인의 자유를 침해할 소지가 크다. 유족연금수급권이 법률에 의해 보장된 배우자 고유의 재산권임은 위와 같고, 그러한 배우자가 혼인의 자유를 행사하였다는 이유만으로 수급권을 영원히 박탈되도록 하는 것이 과연 정당한

가 하는 것이 문제된다.

헌법 제36조 제1항에서 ‘개인의 존엄을 기초로 성립되고 유지되는 혼인과 가족생활을 보장한다’고 하는 것은 ‘혼인과 가족생활의 형성에 관한 자율적인 결정권’을 존중하고 이를 침해하지 않겠다는 것인데, 이는 바로 혼인권을 자유권으로 보장하는 것이다. 헌법재판소 역시도 “개인의 존엄을 보장하라는 것은 혼인·가족생활에 있어서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 의미”라고 설명한다(헌법재판소 2005. 2. 3.자 2001헌가9 결정 참조). 이러한 혼인의 자유는 혼인제도와 부합하는 범위내에서 이혼, 재혼의 자유에 대한 보장까지 포함하는 것은 당연하다.¹⁰⁾ 한편, 헌법 제36조 제2항에서 제공하는 또 다른 입법지침인 ‘양성의 평등’은 혼인과 가족생활에서 전통적인 남존여비사상과 가부장적 사고를 부정하는 것이다. 이는 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제11조 제1항 후문이 혼인과 가족의 영역에서 구체화된 특별 규정이라고 설명된다.¹¹⁾

그런데 심판대상조항에 의하면 배우자가 사망하여 유족연금을 수령하던 유족인 배우자는 다시 재혼을 통해 혼인관계를 형성하기 위해서는 자신의 의사는 물론 구체적인 부양여건이나 경제적 상황과는 관계없이 유족연금수급권을 포기할 것을 강요당하게 되는데, 이러한 제도적 장치로 인해 유족인 배우자는 실질적으로 새로운 가족관계의 형성을 기피하는 결과에 이를 수 있다. 특히 공무원연금법이 심판대상조항을 처음 마련한 시점에는 사망한 배우자의 기여로 형성된 유족연금을 배우자가 재혼 이후에도 수령하는 것에 대한 정서적인 거부감, 즉 남편이 사망한 이후에도 여성이 재혼을 하

10) 한수웅, 『헌법학』(제9판), 법문사, 2019, 1073면.

11) 헌법재판소 2005. 2. 3.자 2001헌가9 결정(호주제): “우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 현행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다.(...) 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.”

지 않고 정절을 지키는 것을 일부종사(一夫從事)라고 하는 윤리적 여성관, 그리고 남성생계부양자 모델(male breadwinner model)에 입각한 사적 부양의 우선성이라고 하는 전통적 관념의 잔재가 아닌가 하는 의심이 들기도 한다. 물론 해당 조항이 부(婦)인 배우자에게만 적용되는 것은 아니겠으나, 성별간 경제활동비율이 크게 차이가 나는 현실하에서 이러한 제약은 경제적으로 취약한 여성인 배우자(婦)에게 더욱 크게 작용할 수 밖에 없음은 부인하기 어렵다.¹²⁾¹³⁾ 이처럼 만약 심판대상조항이 유족이 된 배우자가 새로운 가족관계를 형성하는 것을 저지하는 현실적인 제약으로 작동하게 된다면, 이는 혼인의 자유는 물론이거니와 유족인 배우자를 사망한 배우자의 시혜적인 부양대상에 그치는 것으로 취급함으로써 독립된 생활을 꾸려나가는 인간으로서의 존엄마저 침해하는 것이라고 볼 수도 있을 것이다.

2. 권리의 보호대상 및 박탈대상으로서의 ‘사실혼’의 구별

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 우리 민법상 혼인이 유효하게 성립하기 위해서는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고라는 형식적 요건¹⁴⁾과 일정한 실질적 요건¹⁵⁾을 갖추어야 한다. 즉 민법상 보호되는 혼인이란 혼인의사의 합치로 혼인신고를 한 법률혼을 의미하는 것이다. 이러한 법률혼

12) 여성의 경제활동참여율이 높지 않은 우리나라의 경우, 유족연금은 여전히 여성들의 중요한 노후소득원이 되고 있으며 실제로 수급자는 대부분 여성이다. 이러한 수급자 구조는 지급까지의 가입자가 남성이 압도적으로 높았고(남성생계부양자 가족형태), 또한 여성의 기대수명이 더 높기 때문이다(박진화, “국민연금제도에 내재된 젠더 차이 변화 연구: 제도의 외적 및 내적개혁을 중심으로”, 『인문사회21』 제11권 제1호, 2020, 1294면 참조).

13) 실제로 2021년 공무원연금수급자 통계를 살펴보면, 성별에 따른 총 연금수급자의 비율은 남성이 압도적으로 높은 반면(남성 408,976명 : 여성 112,510명), 유족연금수급권자는 여성이 약 24배 높았다(남성 3004명:여성 71,363명).(출처: 공공데이터포털 중 공무원연금공단-공무원연금주요통계(연금수급자 추이) <https://www.data.go.kr/data/15054094/fileData.do?recommendDataYn=Y>)

14) 민법 제812조(혼인의 성립)

15) 민법 제807조(혼인적령), 제809조(근친혼 등의 금지), 제810조(중혼의 금지), 제815조(혼인의 무효사유)

이 성립되면 혼인당사자간 친족관계가 발생하고, 부부 상호간 동거, 부양의무가 생기며, 혼인 중 포태한 자는 부의 친생자로 추정되고, 배우자 일방의 사망시 타방 배우자는 법적 상속권을 갖는다. 또한 혼인의 재산적 효과로 부부재산계약을 체결할 수 있고, 계약이 없는 경우 법정재산제로서 부부별산제가 적용된다. 이에 따라 사실상 부부로서 혼인생활을 영위하는 경우에도 혼인신고를 하지 않은 사실혼은 예외적으로만 보호된다.¹⁶⁾ 예컨대, 이혼시 재산분할에 관한 규정을 준용 또는 유추적용하거나, 국민연금법을 포함한 일부 사회보장제도에서 사실혼 배우자를 법률혼 배우자에 준하여 취급한다.

그러나 사회보장적 관점에서 사실혼을 법률혼에 준하여 ‘보호’대상으로 삼는 것과 이를 기본권을 ‘박탈’하는 사유로 삼을 수 있다는 것은 전혀 다른 문제이다. 또한 결속력이 약한 사실혼을 법률혼에 준하여 수급권 박탈사유로 삼는 것은, 대상결정이 근거로 삼고 있는 ‘사적 부양’의 보장정도가 서로 다름에도 불구하고 동일하게 영구 박탈시키는 것이어서 균형에 맞지 않고, 침해 최소성 원칙에도 위반된다고 볼 여지가 있다. 즉, 공무원연금법에서 사실혼 배우자를 법률혼에 준하여 보호하고 있으나 이를 정당화할 수 있는 사유가 있다고 하여, 당연히 수급권의 ‘박탈’사유로 사실혼을 법률혼과 동치시킬 수는 없다는 것이다. 심판대상에서 ‘기본권 제한사유’로서 사실혼 관계의 형성을 법률상 재혼과 동등하게 취급하기 위해서는 이를 정당화할 수 있는 별개의 사유가 있어야 할 것인데, 재혼을 수급권 상실사유로 정하고 있는 ‘사적 부양으로 인한 보호의 필요성이나 중요성 상실’은 사실혼의 경우 그대로 적용된다고 보기 어렵다. 법원 역시도 “사실혼관계는 사실상의 관계를 기초로 하여 존재하는 것으로서 당사자 일방의 의사에 의하여 해소될 수 있고 당사자 일방의 파기로 인하여 공동생활의 사실이 없게 되면 사실상의 혼인관계는 해소되는 것이며, 다만 정당한 사유 없이 해소된

16) 헌법재판소도 “법률혼주의를 채택한 취지에 비추어 볼 때 제3자에 영향을 미쳐 명확성과 획일성이 요청되는 상속과 같은 법률관계에서는 사실혼을 법률혼과 동일하게 취급할 수 없고, 사실혼 배우자를 법정상속순위에 규정하고 있지 않은 법률조항이 사실혼 배우자의 평등권을 침해하는 것은 아니”라고 판시한 바 있다(헌법재판소 2014. 8. 28.자 2013헌바119 결정). 위 결정에서 헌법재판소는 사실혼은 헌법 제36조 제1항의 보호범위에 포함되지 않는다고 보았다.

때에는 유책자가 상대방에 대하여 손해배상의 책임을 지는 데 지나지 않는다(대법원 2009. 2. 9.자 2008스105 결정 참조)”라고 하여 그 한계를 지적하고 있는데, 사실혼은 법률혼에 비하여 사실상 공동생활이 없어지게 되면 곧바로 해소되는 것으로서 법률혼에 비하여 그 해소의 방법과 절차가 완전히 상이하다. 즉, 사실혼은 어느 일방의 의사에 의하여 손쉽게 해소될 수 있으며, 이는 곧 상대 배우자의 단독의사로 부양의 무로부터도 벗어날 수 있다는 점을 암시한다. 이러한 점들을 종합하여 본다면, 사실혼의 경우 법률상 재혼과는 달리 사적 부양이 확정적으로 보장된다고 보기 어렵고 그것이 해소될 가능성이나 방법이 훨씬 쉬운 점 등을 고려할 때, 사실혼에 의한 재혼관계가 형성되었다고 하여 유족연금수급권을 상실시키는 것을 정당화하기 위해서는 법률혼과는 보다 중대한 사유가 요청된다고 보아야 할 것이다. 그러나 대상결정은 그러한 점을 간과한 채, 수급권 상실사유로서 사실혼과 법률혼에 의한 재혼을 구분 없이 동일하게 본 점에 있어서 아쉬움을 남긴다.

VI. ‘돌봄 권리’에 대한 시론(試論)

4차 산업혁명 시대, 저출산·고령화로 인한 인구구조 변화, 이에 따른 노동·돌봄 위기는 전형적인 후기 근대 사회현상이다. 이 속에서 근대 노동법에 따라 노동자 권리 보장으로 지탱되는 일인생계부양자 모델과 돌봄의 책임 주체로 가족을 호명하던 시대는 지나갔다. 개인은 돌봄을 권리로 누려야 하지만, 동시에 돌봄을 제공하는 당사자로서 ‘개인’을 돌봄의 권리와 의무의 주체로 호명할 논의들이 필요성이 논의되고 있다.¹⁷⁾

모든 인간은 취약하고 의존적인 존재이다. 이에 따라 김희강(2018)은, 인간존엄이 국가구성의 원리이자 국가의 존재이유라고 한다면, 인간존엄을 구성하며 인간존엄 그 자체인 돌봄이야말로 국가구성의 원리이자 국가성립의 근거이며 결국 인간존엄은 돌

17) 구은정, “돌봄 가치를 반영하는 개헌을 위하여 : 개인의 권리와 의무로서의 돌봄”, 『경제와사회』 통권 제127호, 비판사회학회, 2020, 135면 참조.

봄에 대한 권리로도 기능할 수 있을 것이다. 이에 따라 돌봄 권리(돌봄을 제공할 권리)는 그 자체로 인간존엄을 구성하며 인간존엄의 전제이기 때문에 ‘인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔’ 권리임이 명확하며, 이는 모든 ‘기본권의 전제’일 뿐만 아니라 ‘기본권 중의 기본권’으로 간주될 수 있다[헌법재판소 1996. 11. 28.자 95헌바1 결정(사형제) 참조]. 따라서 ‘돌봄 권리’는 인간존엄에 등가하는 기본권으로서 사회권이 아닌 자유권으로서, 국가의 작위를 반드시 요청한다고 주장한다.¹⁸⁾

이상과 같은 논의들은 현대 사회에서 돌봄이 단순히 임금노동자에 의해, 노동시장에서 거래대상(그렇지 못하는 경우 가족의 무급노동으로 대체)으로 위치 지어지는 한 우리 사회에서 ‘돌봄’을 진정한 가치를 실현하는데 한계를 가진다는 점을 지적한다. 돌봄에 대한 권리를 필수적인 기본권으로 위치시키려는 시도들은 ‘돌봄’을 국가가 설계하는 제도의 기본원리는 물론 이에 대한 국가의 급부를 요구할 수 있는 근거로 삼고자 하는 것이다. 또한 돌봄에 대한 권리를 기본권으로 인식하는 한, 필연적으로 돌봄이 단순히 사적 관계에서 제공되는 시혜적인 급부로 남아있을 수 없다. 이는 주로 가족이나 비공식노동 영역에게 머물러있던 돌봄을 국가나 공적 영역으로 이전시키는 것을 의미하고, 사적 돌봄의 기회가 주어졌다는 우연한 사정에 기대지 않고 누구나 국가에 대해 적절한 돌봄을 요구하고 나아가 자신의 의사에 따라 누군가를 돌볼 수 있는 여건을 마련해주어야 할 국가의 의무로 확장될 수도 있을 것이다. 돌봄에 대한 이러한 관점의 변화는 돌봄을 받는 사람과 주는 사람 모두의 존엄을 지킬 수 있도록 할 뿐 아니라,¹⁹⁾ 돌봄에 대한 사회적 가치를 재환기시킴으로써 현저히 저평가되어 있는 돌봄노동의 시장구조도 재편할 수 있는 기회가 될 수도 있을 것이다.

18) 김희강, “돌봄: 헌법적 가치”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 2018 참조; 이 논문은 현행 헌법이 사회복지의 증진을 위해 노력할 의무(제34조 제2항), 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무(제34조 제4항), 모성보호를 위해 노력할 의무(제36조 제2항) 등을 두고 있으나, 이는 포괄적 의미에서 돌봄을 지원하는 조항이라고 보기에는 무리가 있으며, 모성 또한 출산 중심으로 이해됨으로써 자칫 돌봄을 여성의 몫으로 고착화시키는 우를 범하는 등 한계가 있어, 돌봄에 대한 조항을 헌법에 새로이 명문화해야 한다고 주장한다.

19) 돌봄 노동자의 위기와 돌봄혁명에 관해서는, 김창엽 등, 『돌봄이 돌보는 세계』, 동아시아, 2022, 제5장(돌봄이 노동이 될 때); 더 케어 컬렉티브, 『돌봄 선언: 상호의존의 정치학』, 니케북스, 2021 참조

이러한 보편적인 ‘돌볼 권리’에 관한 논의는 청구인을 단순한 피부양자로 위치시킨 뒤, 사적 부양이 출현하였으므로 공적 부양을 철회하겠다는 식의 사고를 전개하는 대 상결정에도 중요한 시사점을 준다. 재혼이라는 사건이 청구인에게 피부양의 기회를 부여하게 된다는 전제 자체가 소거될 뿐 아니라, 청구인이 어떻게 자신의 가족을 구성해나가는지 여부와 관계없이 자신이 ‘누군가를 돌볼 수 있는 최소한의 여건을 마련 해주는 것’이 연금의 기본원리가 되어야 한다는 점을 주장할 수 있다. 뿐만 아니라, 사회보장에서 국가의 역할을 단지 부차적 또는 보충적인 것이라는 전제하에, 사적 부 양기회가 출현하였다고 하여 국가의 역할이 후퇴하는 것도 허용되기는 어려울 것이다. 이러한 돌봄에 대한 논의들은 공적연금에 대한 판결들이 진일보할 수 있는 중요한 단 서가 될 수 있으리라고 믿는다.

VII. 나가며

현재 국가가 설계한 복지국가의 기본틀은 유급노동을 하는 남성의 생애주기에 맞 춰져 있고, 이 과정에서 여성은 사회권의 보호 범위에서 제외되고 있다. 뿐만 아니라 유급노동을 중심으로 한 복지국가의 틀 안에서 돌봄노동과 제한적인 유급노동을 수행 하는 여성의 이중부담은 가시화되기 어렵다.²⁰⁾ 또한 도저히 개선될 여지가 보이지 않 는 한국 노동시장내 견고한 성차별로 인해, 노동시장의 참여를 전제로 하는 각종 연 금제도에서의 성차별은 심각한 수준이고 이로 인한 여성노인의 빈곤문제를 해결할 수 있는 보완적 제도는 턱없이 부족해 보인다.

이러한 성차별적 사회보장제도는 빈곤의 여성화를 야기하는 원인으로서 심각하게 다루어져야 함에도, 연금제도에 대한 논의에서 노동시장에서의 성차별은 그 배후에

20) 올로프, “젠더와 시민의 사회적 권리”, 테레사 클라빅, 『복지국가와 여성정책』, 한국여성정 책연구회 역. 서울: 새물결(Orloff A. 1993. “Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare State”. *American Sociological Review* 53: 303-328).

은폐되어 있으므로, 그와 같이 차별이 전이된 사회보장제도의 구조를 식별하고 개선하는 데에는 훨씬 많은 이중의 어려움이 따른다. 물론 대상결정에서 문제가 되었던 공무원연금법상 유족연금이나 분할연금은 설령 그와 같은 차별을 인식하지 못한다고 하더라도, 연금에 대한 권리가 연금가입자 단독의 기여로 형성된 것이 아니고 이에 대한 배우자의 무급노동과 기여로 형성된 것임을 인정하기만 한다면, 이를 박탈하는 사유에 대한 그다지 많은 논쟁이 발생할 이유도 없었을 것이다. 물론 그 밖에도 여러 암묵적인 성차별적 전제가 대상결정 아래에도 작동하고 있음을 확인할 수 있었으며, 대상결정은 사회보장제도에 있어서 성차별적 인식이 드러난 한 사례일 뿐 이러한 전제는 여전히 우리 사회에 보편적으로 자리잡고 있을 것이다. 단순히 연금제도뿐 아니라 우리 사회의 각종 사회보장제도가 성평등적 원칙하에 재건될 수 있도록 비판적 검토와 연구가 활발해지길 바란다.

참고문헌

한수웅, 『헌법학』 제9판, 법문사, 2019.

국가인권위원회, 『사회권 포럼 자료집 I』, 국가인권위원회 인권연구팀, 2007.

구은정, “돌봄 가치를 반영하는 개헌을 위하여: 개인의 권리와 의무로서의 돌봄”, 『경제와사회』 통권 제127호, 비판사회학회, 2020.

김수완, “공적 연금에서 파생적 수급권의 의미와 형태에 관한 연구”, 『사회복지연구』 제20호, 2002.

김희강, “돌봄: 헌법적 가치”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 2018.

노혜진, “여성의 사회적 지위와 빈곤”, 『페미니즘연구』 제13권 제2호, 2013.

박은주, “유족급여 지급실태”, 근로복지공단 근로복지연구원, 2020.

이종걸, “사회적 기본권과 사회보장법제의 문제점과 개선을 중심으로”, 『세계헌법연구』 제15권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2009.

정영훈, “재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정한 공무원연금법 규정이 재혼한 배

우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하는지 여부”, 『노동판례리뷰, 월간 노동리뷰』 2022년 11월호.

조성혜, “국민연금법상 양성평등의 실현과제”, 『사회법연구』 제15호, 2010.

차성안, “배우자의 유족연금수급권”, 『노동법연구』 제32호, 2012.

[토론 및 종합토론]

김태환 교수(한림대 겸임교수)

안지희 변호사(민변 여성인권위원회 여성폭력방지팀장)

문혜정 변호사(여성변호사회 공보이사, 법률사무소 정)

박재명 박사(한국외국어대 전임연구원)

토론문 1

[판례 3: 공무원연금법상 배우자의 유족연금수급권의 성평등적 검토]에 대한 토론문

김태환

한림대 겸임교수

먼저, 한국젠더법학회·한국여성변호사회·민변 여성인권위원회 공동주최로 개최되는 동계공동학술대회에서 토론할 수 있는 기회를 주신 박선영, 김학자 회장님과 박수진 위원장님께 감사의 말씀을 올립니다.

저는 “공무원연금법상 재혼시 유족연금상실 조항의 문제점”에 대해 평석하신 전다운 변호사님의 글에 대해 토론을 하도록 하겠습니다.

헌법재판소 2022. 8. 31.자 2019헌가31 결정은 헌법재판소 재판관들도 합헌 5명, 반대의견 4명으로 갈렸을 정도로 견해의 다툼이 있는 판결이었는데, 전다운 변호사님께서 상세히 평석해 주셔서 많은 공부가 되었다는 점 먼저 말씀드립니다.

저는 이 평석에 대해 몇 가지 첨언하는 정도로 토론을 진행하려고 합니다.

1) 유족연금의 법적 성격은 변호사님도 언급하였듯이 공공부조가 아니라 사회보험의 성격을 띠고 있습니다. 즉, 내가 기여를 하고, 사회적 위험이 발생하였을 때 기여한 만큼 돌려받는다는 것입니다.

그렇다면 수급권을 상실하는 사유가 발생하였다고 할지라도 그동안 납부한 연금액에 대해서는 환급받을 수 있어야 할 것입니다. 물론, 기 납부한 연금액이 수령한 금액보다 많은 경우가 해당될 것이며, 반대로 기 납부한 연금액보다 수령한 금액이 많은 경우는 환급액이 없을 것입니다.

예) 기 납부한 연금액(5천만원) > 수령한 금액(4천만원) = 1천만원 환급 가능
 기 납부한 연금액(5천만원) < 수령한 금액(5천 5백만원) = 환급 불가능(환금액 없음)

이것은 당연한 논리라 생각됩니다. 유족연금의 수급권자가 재혼하거나 사실혼관계에 있다고 할지라도 그 수급권은 당연히 유족연금의 수급권자에게 돌아가야지, 공무원연금공단에 귀속되는 것은 신의칙에 반한다고 생각합니다.

이와 관련하여서는 동 결정에 대한 반대의견에서도 “재혼 시 유족연금수급권을 상실시키되 소정의 정산적인 성격의 일시금을 지급할 수도 있”다고 언급하고 있습니다.

2) 독일이나 미국은 배우자가 재혼 후 이혼 또는 재혼 상대방 배우자의 사망과 같이 재혼이 해소된 경우 유족연금수급권이 부활되도록 하여 다시 지급받을 수 있도록 한다고 하였고, 이를 감안하여 “재혼시 유족연금일시금을 받도록 하거나, 향후 재혼관계가 해소될 경우 배우자의 연령, 소득, 재산 등을 고려하여 일정한 요건하에 유족연금을 회복시킬 수 있는 기회를 부여함으로써 배우자의 연금수급권을 균형있게 보장할 수 있는 방법이 얼마든지 가능하다”고 하였습니다. 이 내용에도 전적으로 동의합니다.

다만, 재혼관계가 해소된 경우까지 상정하여 유족연금을 회복시키는 논의는 여러 문제가 발생할 수 있다고 생각합니다. 예컨대, 유족연금을 포기하고 재혼을 하였는데, 재혼 상대방의 경제력이 충분하지 않은 경우에는 서류상 이혼(위장 이혼)을 통하여 유족연금을 다시 받는 경우가 생길 수 있을 것입니다.

그리고 유족연금 수급권이 상실될 것을 염려하여 재혼을 하였음에도 불구하고 법률혼이 아닌 사실혼 관계를 유지하는 경우도 있을 수 있을 것 같습니다. 물론 현행 「공무원연금법」에 따르면 사실혼 관계의 경우도 유족연금 수급권이 상실되지만 주민등록상 주소지가 다른 경우 등 사실상 사실혼 여부를 파악하는 것이 실무상 어려운 일이 아닌가 생각합니다.

따라서 유족연금 수급권자가 재혼시에는 일시금으로 수급하도록 하는 것이 가장 합리적인 방법이 아닌가 하는 생각을 해봤습니다.

3) 헌법재판소 결정 반대의견의 말미에 “심판대상조항의 위헌성은 재혼을 유족연금수급권 상실사유로 규정하였다는 것 자체에 있는 것이 아니라 구체적인 사정을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 영구히 유족연금수급권 전부를 박탈하도록 하는 것에 있으므로, 단순위헌결정을 하는 대신 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고하는 것이 타당하다.”고 언급하고 있습니다.

즉, 동 결정에 대한 문제를 해소하기 위해서는 개선입법이 선행되어야 한다는 것으로, 후속연구를 통해 개선입법(안)을 제안하신다면 법 개정에 많은 도움이 되리라 생각합니다.

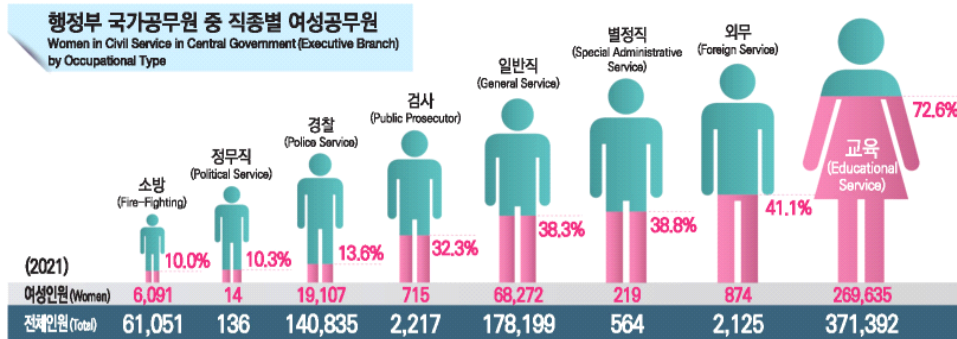
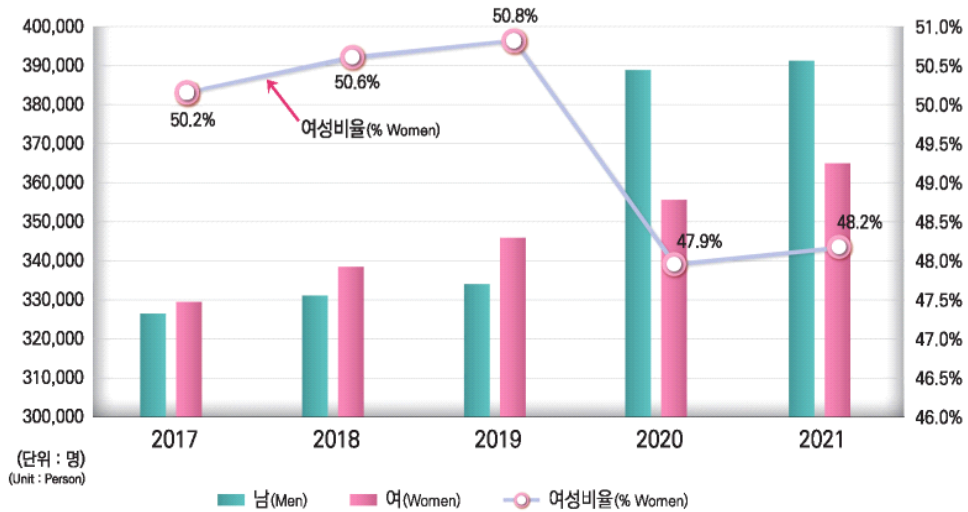
4) 2021년 공무원연금수급자 통계(41면)를 언급하시면서, 총 연금수급자의 비율은 남성이 압도적으로 높은 반면(남성 408,976명:여성 112,510명), 유족연금의 수급권자는 여성이 약 24배 높다(남성 3004명:여성 71,363명)는 말씀을 하셨습니다.

저도 한가지 통계를 말씀드리겠습니다. 2022 인사혁신통계연보(인사혁신처)에 따르면 2021년 기준 행정부 국가공무원 756,519명 중 남성이 391,592명, 여성이 364,927명으로 여성공무원 비율이 48.2%로 조사되었습니다. 이는 2019년 50.8%에서 2020년 47.9%로 줄었다가 다시 조금 늘어난 수치로, 이제는 남성과 여성 공무원의 비율이 거의 비슷하다는 것을 보여줍니다.¹⁾

즉, 적어도 공무원 사회에 있어서 만큼은 과거와 다르게 남성과 여성의 차이가 많이 해소되고 있다고 생각합니다.

1) 인사혁신처, 2022 인사혁신통계연보, 2022. 6. 4-5면.

〈최근 5년간 행정부 국가공무원 남녀 비율〉



끝으로, 이 글은 공무원의 유족연금에 대해 다루고 있지만 「국민연금법」상 유족연금 지급권의 소멸 규정(제75조) 또한 ‘배우자인 지급권자가 재혼한 때’ 지급권이 소멸한다고 규정하고 있기 때문에 국민연금을 지급하는 대부분 국민도 이 문제로부터 자유로울 수 없습니다. 즉, 이 글에서 언급하고 있는 문제점들은 공무원에 국한된 문제는 아니라는 말씀을 드리면서, 이상 토론을 마치겠습니다.

감사합니다.

토론문 2

[판례 1, 판례 2, 판례 3]에 대한 토론문

안지희

민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회 여성폭력방지팀장

판례 2: 성폭력범죄에서 주거침입의 의미에 관하여(대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도3801 판결)

1. 주거침입강제추행죄에서 성폭력 피해자와 주거침입 피해자가 같아야 하는 문제

발제자께서 발제문 23면에서 지적하신 바와 같이, 대상판결에서 대법원은 주거침입의 피해자와 강제추행의 피해자를 달리 보았습니다. 대상판결의 원심판결¹⁾에 따르면 만16세의 피해자가 상가 건물 1층 엘리베이터에서 피해를 당하였는데, 대법원은

1) 피고인은 2021. 4. 5. 22:20경 고양시 덕양구 G 상가 1층에서, 엘리베이터를 기다리는 피해자 F(여, 가명, 16세)의 뒤에서 피고인의 휴대전화를 이용하여 피해자의 다리 부위를 촬영하였다. 이로써 피고인은 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 피해자의 의사에 반하여 촬영하였다. 피고인은 제2의 가.항 기재 일시경 위 피해자를 추행하기로 마음먹고, 피해자를 뒤따라 위 G 상가 1층에 들어가, 그곳에서 엘리베이터를 기다리는 피해자의 뒤에서 갑자기 피해자의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부를 만졌다. 이로써 피고인은 사람이 관리하는 건조물에 침입하여 피해자를 강제로 추행하였다.

주거의 사실상의 평온이 침해되었는지 여부만을 판단하고, 주거침입강제추행죄에서 성폭력 피해자와 주거침입의 피해자가 동일할 필요는 없음을 전제로 하여 ‘제2범행의 경우 상가 건물에 대한 관리자의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 사정도 없다’고 설시하였습니다.

또한 발제문 23면에서 지적하신 바와 같이, 주거침입강제추행죄 등을 중하게 처벌하는 이유는 성폭력 피해자의 사적 공간이자 그 어떤 장소보다 안전함이 요구되어야 하는 주거 등에서 범행을 하여 피해자에 대한 권리침해가 광범위하게 이루어졌기 때문이라고 생각합니다. 더불어 대법원은 2021. 8. 12. 선고 2020도17796 판결에서 주거침입강제추행죄는 주거침입죄를 범한 후에 강제추행에 나아가야 성립하는 신분범임을 확인하기도 하였습니다. 주거침입강제추행죄의 입법취지, 신분범이라는 대법원의 판결 등을 고려하면 제2범행에서 주거의 평온이 침해되었는지 여부를 판단하기에 앞서 강제추행의 피해자와 주거침입의 피해자가 다른 점에 대한 판단이 이루어져야 한다는 의견입니다.

실제로 하급심 법원에서 발제자의 문제의식과 같은 맥락에서 주거침입강제추행죄에 대한 이유무죄를 선고한 사례가 있습니다. 위 대법원 판결이 선고된 직후인 2022. 10. 20. 서울고등법원은 강제추행죄의 피해자와 주거침입죄의 피해자가 다른 경우에는 주거침입강제추행죄가 성립하지 않는다고 판단하였습니다(서울고등법원 2022. 10. 20. 선고 2022노817 판결 참조).

서울고등법원 2022노817 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)
[제9형사부 2022. 10. 20. 선고] <성폭>

□ 사안의 개요

- 피해자는 이 사건 아파트의 자신이 거주하는 B동이 아닌 그 옆동인 A동 옥상에 올라가기 위하여 A동에 들어갔는데, 이를 본 피고인이 피해자를 뒤따라가 A동 비상계단에서 피해자를 강제추행하였음

- 검사는 피고인에 대하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)으로 기소하였고, 이에 대하여 원심은 유죄로 판단함

□ 쟁점

- 피고인이 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)죄 상의 주거침입죄를 범하였는지 여부(소극)

□ 판단

- 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항은 어떤 피해자의 주거에 침입하여 그의 사실상의 평온을 해한 자가 나아가 성폭력범죄를 저지른 경우를 처벌하는 규정인데, 여기에서 주거침입죄의 피해자는 성폭력범죄의 피해자와 원칙적으로 동일인일 것을 요한다고 해석됨(다만, 정당한 주거권자 외에도 타인의 주거에서 어떠한 경위로 사실상의 평온을 누리고 있는 자 등도 주거침입죄의 피해자가 될 수 있으므로 그러한 피해자에 대하여 성폭력범죄를 범하였다면 구성요건을 충족한다고 볼 수 있을 것임)

- ① 강제추행이 발생한 장소는 이 사건 아파트 A동의 17층과 18층 사이의 비상계단인 점, ② A동은 중앙 현관에 엘리베이터가 설치되어 있는 한편, 위 비상계단은 복도식 아파트의 가장자리 외벽에 위치하여 그 구조상 A동 공동 거주자들의 위급상황 발생 시 이용하기 위한 용도로 보이는 점, ③ A동은 임대아파트로서 이 사건 아파트의 다른 동과 별도로 관리사무소와 경비초소를 운영 중이고, 다른 동의 공동 거주자들의 공동 이용을 위한 시설 등도 없는 것으로 보이는 점 등을 고려하면, A동 비상계단은 건물구조와 용도상 원칙적으로 A동 공동 거주자들만의 공용부분에 해당한다고 봄이 상당함

- 피해자는 당시 일시적으로 A동에 들어가 있었던 것으로 보이며(A동 거주자의 초청을 받아 간 것이 아니었음), 달리 검사가 제출한 증거만으로 피해자가 위 A동 비상계단에 대한 주거의 사실상의 평온의 이익을 향유하는 자라고 인정하기에 부족함. 그렇다면 위 A동의 비상계단은 A동 공동 거주자들의 주거에는 해당할지언정 피해자의 주거에 해당한다고는 보기 어려움. 제3자의 주거인 A동에 침입하여 그 주거의 침입과 관계가 없는(주거침입 피해자가 아닌) 피해자를 강제추행한 것이므로 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)에 해당한다고 보기 어려움 (이유무죄)

2. 범행 목적과 피해의 범위가 완전히 동일함에도, 피해자의 주거환경에 따라 적용법조와 처벌수위가 달라지는 문제가 발생할 수 있음

대상판결에서 제1범행 및 제3범행은 공동주택 중 비교적 주거환경이 안정된 편에 속하는 아파트에서 발생하였는데, 그렇지 않은 빌라 등의 공동주택 공동현관 내에서 발생한 범행에 대하여는 어떻게 해석할 것인지 고민되는 지점이 있습니다. 아파트와 같은 안정된 주거지에는 공동현관 출입 시 비밀번호를 입력하거나 카드를 태그할 수 있는 시정장치가 있고, 각 동 출입을 관리하는 경비실이 있으며, 단지 내 주차장에 들어갈 때에도 주차등록여부를 확인하는 출입장치가 있는 경우가 많습니다. 또한 공동현관, 엘리베이터 입구, 엘리베이터 내부, 계단, 단지 내 주차장 등에 cctv가 설치되어 있습니다. 최근에는 동 주민 외에는 단지 내 정원에도 출입할 수 없도록 출입을 통제하는 경우도 있습니다. 하지만 다세대/다가구주택, 오피스텔의 경우에는 공동현관 입구에 시정장치가 있지만 실질적으로는 사용하지 않거나 도로에 설치된 cctv 외에는 cctv가 설치되어 있지 않은 경우가 대부분입니다. 주차장에도 출입을 통제할 인력이나 시스템이 전혀 없는 경우가 일반적입니다.

발제자께서 지적하신 바와 같이, 대상판결에서 대법원은 cctv와 출입의 통제 여부에 큰 비중을 두어 사실상 평온상태가 침해되었는지 여부를 판단하였습니다. 그런데 대법원의 해석을 그대로 적용하면, 통제장치가 잘 갖추어진 아파트에서 벌어진 범행에는 주거침입강제추행죄가 적용되고, 통제장치가 제대로 갖추어지지 아니하였거나 비교적 느슨한 다세대/다가구주택, 오피스텔에서 벌어진 범행은 주거침입죄가 성립하지 않는 결과가 발생할 수 있다고 생각합니다. 피해자가 사적 공간이자 그 어떤 장소보다 안전함이 요구되어야 하는 주거 등에서 범행을 당하였다는 점이 동일함에도, 지나치게 형식적이고 외형적인 면만 판단의 기준으로 삼아 같은 것을 다르게 판단하는 결과가 발생하는 것은 아닌지 우려스럽습니다.

거주자가 아닌 외부인이 공동주택의 공용 부분에 출입한 것이 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 공용 부분이 일반 공중에 출입이 허용된 공간이 아니고 주거로 사용되는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 거주자들 또는 관리자에 의하여 외부인의 출입에 대한 통제·관리가 예정되어 있어 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분인지, 공동주택의 거주자이거나 관리자가 평소 외부인이 그곳에 출입하는 것을 통제·관리하였는지 등의 사정과 외부인의 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려하여 ‘주거의 사실상 평온상태가 침해되었는지’의 관점에서 객관적·외형적으로 판단하여야 한다.

따라서 아파트 등 공동주택의 공동현관에 출입하는 경우에도, 그것이 주거로 사용하는 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로 거주자와 관리자에게만 부여된 비밀번호를 출입문에 입력하여야만 출입할 수 있거나, 외부인의 출입을 통제·관리하기 위한 취지의 표시나 경비원이 존재하는 등 외형적으로 외부인의 무단출입을 통제·관리하고 있는 사정이 존재하고, 외부인이 이를 인식하고서도 그 출입에 관한 거주자나 관리자의 승낙이 없음을 물론, 거주자와의 관계 기타 출입의 필요 등에 비추어 보더라도 정당한 이유 없이 비밀번호를 임의로 입력하거나 조작하는 등의 방법으로 거주자나 관리자 모르게 공동현관에 출입한 경우와 같이, 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려할 때 공동주택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 볼 수 있는 경우라면 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당할 것이다.

단순히 주거권자의 의사에 따라 사실상 주거의 평온을 침해하였는지 여부를 판단하여서는 아니되고, 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것입니다. 그러나 사적인 공간의 경우 ‘출입이 통제된다’는 형식적 표시, 즉 cctv가 설치되어 있는지, 출입통제장치가 설치, 운영되고 있는지와 같은 형식적인 측면만 고려한다면 범행 목적과 피해의 범위가 완전히 동일함에도 불구하고 주거침입죄로는 처벌이 되지 않는 부당한 결과가 발생할 수 있을 것입니다. 대상판결 선고 이후 아직까지 대법원이 출입, 통제장치가 불충분한 주거지에 성적 목적으로 출입한 경우를 판단한 사례는 없는 것으로 알고 있는데, 대법원이 위 사례를

‘아파트라는 공동주택의 예시’로 보아 새로운 해석을 할지, 아니면 아파트와 같은 출입, 통제가 이루어지지 못하고 있는 다세대/다가구 주택의 사례에 아파트에 대한 해석을 그대로 적용하는지를 지켜볼 필요가 있습니다.

판례 1: 육아휴직을 마친 근로자에 대한 인사발령의 적법성 판단기준 (대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결)

1. 근로기준법 제23조 제1항의 부당전직과 강행법규 위반의 구분

발제자께서 발제문 10면 등에서 설명하신 바와 같이, 원심법원은 남녀고용평등법 제19조 제4항 이외에 전직명령이 근로기준법 제23조 제1항의 부당전직에 해당하는지 여부를 판단하였지만, 대법원은 이 사건 전보가 근로기준법 제23조 제1항의 부당전직에 해당하는지 여부에 대하여는 언급하지 않고 강행규정인 남녀고용평등법 제19조 제3항(제4항) 위반에 대하여만 판단하였습니다. 사용자의 인사명령이 정당하기 위해서는 전직의 요건 3가지를 갖추는 것 이외에 그 전제로서 인사명령이 강행법규에 위배되어서는 안 되기 때문에, 대법원이 대상판결에서 강행법규인 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항에 위배되는 이상 전직명령이 근로기준법 제23조 제1항에 어긋나는지를 살펴보지 않았다는 점에 주목할 필요가 있다고 생각합니다.

최근 육아휴직 후 복직한 사안 이외에도, 직장 내 성희롱을 신고한 경우, 직장 내 괴롭힘을 신고한 경우 보호조치 내지 분리조치의 일환으로 가해자가 아닌 피해자가 전직되는 사례들이 상당히 빈번하게 발생하고 있습니다. 토론자는 직장 내 성희롱이나 괴롭힘을 신고한 후 이루어진 전직을 다투는 소송에서, 사업주가 근로기준법 제23조 제1항 부당전직의 요건 중 ‘업무상 필요성’ 요건을 강행법규 위반의 면책사유인 것처럼 주장하는 사례들을 여러 번 접하였습니다.

남녀고용평등법 제19조 제3항 및 4항뿐만 아니라 성희롱 피해를 신고한 사람에

대하여 불리한 조치를 하여서는 아니 된다는 남녀고용평등법 제14조 제6항, 근로기준법 제76조의3 제6항에는 ‘사용자의 업무상 필요성이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다’라는 등의 면책요건이 없습니다. 그러나 실제 쟁송과정에서 사용자는 ‘업무상 필요성’이 상당히 강조하고 있는 실정입니다. ‘전직 이외에는 분리조치나 보호조치를 할 방법이 없고, 해당 직무로 전직을 하지 않으면 피해자가 일할 수 있는 자리가 없었다’며 업무상의 필요성을 강행법규 위반을 판단하는 ‘요건’처럼 주장하고 있습니다. 실제로 소송에서 이러한 주장은 주요한 쟁점으로 다루어지고 있다고 생각합니다.

대상판결이 강행법규 위반여부와 근로기준법 제23조 제1항의 부당전직을 분리해서 판단하여야 한다는 원칙을 확인해 주었기 때문에, 직장 내 괴롭힘, 성희롱 신고로 인한 전직 등의 사안에서도 ‘업무상 필요성’은 근로기준법 제23조 제1항의 부당전직의 요건에 불과하며, 강행법규의 위반에 대하여는 별도로 판단하여야 한다는 점을 강조할 수 있을 것이라고 생각합니다.

2. 남양유업사건에서 팀장 보직해임 사유를 실질적으로 판단하지 않은 문제

발제자께서는 남양유업 사건의 경우에는 사실관계 판단이 잘못되었으며, 대법원도 잘못 판단하였다고 지적하셨습니다. 토론자 역시 발제자의 의견에 공감합니다.

대상판결은 육아휴직을 사용한 후 복직한 근로자를 다른 직무로 배치한 사례이고, 함께 설명해주신 남양유업 사건은 육아휴직을 사용하겠다고 하자 주관적인 다면평가 결과를 근거로 삼아 피해자를 보직해임하기로 결정하고 육아휴직이 끝나자 팀장이 아닌 팀원으로 복직시키고 광고팀 외부에서 광고팀 업무를 하지 못하도록 한 사례입니다. 남양유업 사건의 경우에는 관리자이자 팀원들의 인사평가권한이 있는 팀장에서 아무런 권한이 없는 팀원으로 강등이 된 상황이며, 복직한 후에도 광고팀의 업무나 회의에서 배제시키는 등의 업무배제가 이루어진 상황이기 때문에, 원고가 겪은 피해가 상당히 큰 것으로 보입니다.

남양유업 사건의 원심판결에 따르면, 원고는 육아휴직을 사용하기 수개월 전부터 상급자에게 이에 대하여 여러 번 상의하였던 것으로 보입니다. 이를 보고받은 상급자는 사업주에게 이를 보고하였고, 사업주는 본격적으로 원고의 거취를 논의하기 전부터 원고가 육아휴직을 사용하려 한다는 사실을 알고 있었던 것으로 보입니다. 사업주는 원고가 육아휴직을 실제로 사용하기도 전에 원고를 특별협의대상자로 지정하였고, 보직해임을 정당화 하기 위해서 지극히 주관적인 다면평가를 근거로 삼았습니다. 2심 법원은 육아휴직이 논의되기 전부터 이미 특별협의대상자 선정을 위한 회의가 있었다고 보았지만, 원고가 그 전에 육아휴직을 사용할 수 있다고 상급자에게 보고하였던 사정은 간과하였고, 대법원 역시 이러한 사실관계를 면밀하게 살피지 못한 것으로 보입니다.

법원은 원고가 특별협의대상자에 선정될만한 실질적인 사유가 있었는지 여부를 판단하였어야 할 것인데, 사업주가 제출한 지극히 주관적인 다면평가 점수(인사평가권자의 객관적이 업무평가가 아닌 동료 직원들의 평가)에 따라 팀장 보직해임을 정당하다고 보았고, 대법원이 이를 간과하여 잘못된 판단을 하였다고 생각합니다.

3. 제19조 제4항에 대한 입법적 제언에 대하여

법 전문가가 아닌 일반 사업체에서 대법원의 해석에 따라 제19조 제4항을 해석하여 적용하는데 어려움이 있을 것이라는 발제자의 의견 및 그에 따른 입법적 제언에 공감하면서도, ‘그것이 불가능할 경우’라는 문구를 도입하는 데에는 신중할 필요가 있다는 의견입니다.

‘그것이 불가능할 경우’가 법문에 명시적으로 들어오는 경우, 전술한 바와 같이 근로기준법 제23조 제1항의 부당전직의 적법요건인 ‘업무상 필요성’이 하나의 ‘요건’으로서의 지위를 갖게 될 수도 있다는 생각이 듭니다.

현재 법원이 업무상 필요성을 배제하고 강행법규위반여부를 판단하고 있는 것은

아니지만, 업무상 필요성이 법문에 직접 적시되어 하나의 요건으로서의 지위를 갖게 되는 경우, 업무상 필요성이 지나치게 강조되어 도입 취지에 반하는 결과가 초래될 수도 있으므로 신중할 필요가 있다는 의견입니다.

판례 3: 공무원연금법상 배우자의 유족연금수급권의 성평등적 검토(헌법재판소 2022. 8. 31.자 2019헌가31 결정)

대상결정에서 피부양자가 ‘남성’이었다면 선불리 이와 같은 결과를 도출할 수 없었을 것이라는 점에서 대상결정이 매우 부당하다고 생각합니다. 만약 유급노동을 하는 남성이 피부양자이고, 가사노동을 하는 여성과 사실혼 관계를 맺은 경우에는, 사실혼 관계로 인하여 ‘부양받을 기회’ 내지 ‘사적 돌봄의 기회’가 주어졌다고 판단할 수 없었을 것입니다.

발제자의 문제의식에 전적으로 공감하며, 특히 헌법재판소가 현 사회복지 체계가 유급노동을 하는 남성의 생애주기에 맞춰 설계되었다는 점을 별다른 고민 없이 자인하고(반대의견에서도 이에 대한 고민이 엿보이지 않는다는 점이 매우 안타깝습니다), 여성의 사회적 진출과 부양자로서의 역할을 간과하였으며, 발제문 49면 이하에서 설명된 국민이 공적 영역에 ‘돌봄을 요구할 권리’를 전혀 고려하지 않았다는 문제의식에 동의합니다.

특히 현대사회에서 ‘돌봄’이 단순히 임금노동자의 부양에 의해서 유지될 수 없으며, 돌봄에 대한 사회적 가치를 재환기시킴과 동시에 돌봄노동의 시장구조도 재편할 필요가 있다는 발제자의 의견에 깊이 공감합니다.

토론문 3

[판례 2, 판례 3]에 대한 토론문

문혜정

한국여성변호사회 공보이사, 법률사무소 정 변호사

1. 들어가며

2022년 주목할만한 3가지 판례를 중심으로 ‘2022년, 판례 톺아보기’라는 이름으로 열리는 동계공동학술대회에 토론자로 참여하게 되어 매우 감사하고 영광스럽게 생각합니다.

‘성폭력범죄에서 주거침입의 의미’와 관련하여, 대상판결에 대해 면밀하게 분석해 주시고 성폭력범죄에서 주거침입의 판단기준에 대해 제안해 주신 발표자께 진심으로 감사드립니다. 발표문을 통해 성폭력범죄에서 주거침입의 의미에 대해 주거침입죄의 보호법익, 성적 자기결정권 등과 관련하여 생각해볼 수 있는 좋은 시간이었습니다.

‘공무원연금법상 재혼시 유족연금상실 조항의 문제점’과 관련하여서는, 대상결정에 대해 연금제도와 관련하여 성평등적 관점에서 검토해주시고 여성의 관점에서 돌봄의 권리에 대해서 제언해 주신 발표자께 깊이 감사드립니다. 발표문을 통해 연금제도에 대해 성평등적 관점에서 바라볼 수 있었고 돌봄의 가치에 대해서도 생각해볼 수 있었습니다.

이하에서는 위 2가지 주제의 판례에 대한 발표문을 중심으로 토론 내용을 말씀드리겠습니다.

2. ‘성폭력범죄에서 주거침입의 의미’에 대한 토론

1) 주거침입죄의 보호법익과 침입의 의미에 대한 대법원의 태도

발표문은 종래 대법원은 주거침입죄의 보호법익을 주거 등의 사실상의 평온이라고 하면서도 침입에 대해서는 ‘주거권자의 의사’에 따라 판단하여 왔지만, 최근 전원합의체 판결을 통해 주거 등의 사실상 평온이라는 보호법익과의 관계에서 침입의 의미를 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 ‘행위태양’으로 주거에 들어가는 것을 의미한다고 해석하였고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하는 것이 원칙이라고 하면서 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다고 설명하였습니다.

대상판결은 위와 같은 판단기준 아래 ① 제1범행(아파트 계단에서 발생)과 제3범행(아파트 엘리베이터 앞에서 발생)에 대해서는 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄가 성립한다고 판단하였고, ② 제2범행(상가 1층 엘리베이터 앞에서 발생)에 대해서는 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 성립을 부정하였습니다.

2) 대상판결의 의의 및 검토

발표문은 주거침입죄의 보호법익을 판례와 마찬가지로 ‘사실상의 평온’으로 보고 공간의 성격에 따라 사적공간은 ‘거주자의 의사’, 공적공간은 ‘출입방법’이라는 기본적인 판단기준을 설정하고 법원이 제시한 다양한 고려요소를 종합적으로 고려하여 주거 등의 사실상 평온을 해치는 행위인지를 판단하는 것이 합리적이라고 하였습니다. 이러한 발표자의 취지에 깊이 공감하며, 이하에서는 몇 가지 고민되는 지점에 대해 발표자의 고견을 듣고자 합니다.

먼저, 공적공간 내 사적공간의 경우 어느 누구에게나 출입을 허용하지 않은 공간이라는 점에서 출입방법만으로 침입여부를 판단하기는 어렵다는 발표자의 견해에 일응 동의합니다. 다만, 공적공간 내 사적공간이라도 외부인이 함부로 출입할 수 없어 사실상 배타적으로 지배·관리하는 것으로 평가할 수 있다면 ‘점유하는 방실’로 보고 사적공간에서의 기본적인 판단기준인 ‘거주자(점유자)의 의사’를 바탕으로 법원이 제시한 다양한 고려요소를 종합적으로 고려해서 판단할 수 있지 않을까 생각해봤습니다. 즉, 공적공간 내 사적공간 역시 ‘관리자 또는 거주자(점유자)의 의사’를 기본적인 판단기준으로 설정하고 법원이 제시한 다양한 고려요소를 종합적으로 고려해서 침입여부를 판단한다면 공간의 특수성을 반영한 결론이 도출될 수 있다고 생각합니다. 특히 예시의 상가건물 내 화장실은 이 경우에 해당한다고 봐도 괜찮지 않을까 합니다.

마지막으로, 발표문에서는 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범을 중하게 처벌하는 취지를 고려하여 위 결합범에서 주거침입의 피해자는 성폭력범죄 피해자로 해석해야 할 것이라고 말씀하셨습니다. 그런데 법원은 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범인 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄에 있어서 주거침입죄의 피해자는 성폭력범죄의 피해자와 원칙적으로 동일인일 것을 요한다고 해석하고 있습니다.¹⁾ 즉, 제3자의 주거

1) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항은 어떤 피해자의 주거에 침입하여 그의 사실상의 평온을 해한 자가 나아가 성폭력범죄를 저지른 경우를 처벌하는 규정인데, 여기에서 주거침입죄의 피해자는 성폭력범죄의 피해자와 원칙적으로 동일인일 것을 요한다고 해

에 침입하여 그 주거의 침입과 관계가 없는(주거침입 피해자가 아닌) 피해자를 강제추행한 경우에는 주거침입강제추행에 해당하지 않는다고 보는 것이 판례의 입장입니다.²⁾

대상판결의 제2범행의 경우 주거침입죄의 피해자는 상가 건물을 관리하는 관리자이므로, 주거침입죄의 피해자와 성폭력범죄의 피해자가 동일인이어야 하는 요건에 부합하지 않아 보입니다. 또한 대상판결의 경우 성폭력범죄의 피해자가 상가 건물에서 어떠한 경위로 사실상의 평온을 누리고 있는 자에 해당한다고 볼 수 있을지도 의문입니다.

마찬가지로 대상판결의 제1범행과 제3범행의 아파트의 경우 피해자들이 거주하는 아파트이므로 주거침입죄의 피해자와 성폭력범죄의 피해자가 동일인이어야 하는 요건에 부합한 것으로 보입니다. 즉, 대상판결은 주거침입죄의 피해자와 성폭력범죄의 피해자가 동일한 것을 전제로 주거침입강제추행의 해당 여부에 대해 판단한 것으로 보입니다.

따라서 발표문에서 대상판결이 주거침입죄와 성폭력범죄의 결합범 성립여부를 판단할 때 주거침입죄의 피해자와 성폭력범죄 피해자를 달리 본 것으로, 결합범을 중하게 처벌하는 취지에 반하는 해석이 될 가능성이 존재한다는 부분이 잘 이해가 가지 않습니다. 예시로 든 상황과 관련하여 조금 더 부연 설명을 해주시면 좋을 것 같습니다.

3. ‘공무원연금법상 배우자의 유족연금수급권의 성평등적 검토’에 대한 토론

발표문은 대상결정이 유족연금제도가 유족연금수급권자의 재산권 및 사회보장권

석됨(다만, 정당한 주거권자 외에도 타인의 주거에서 어떠한 경위로 사실상의 평온을 누리고 있는 자 등도 주거침입죄의 피해자가 될 수 있으므로 그러한 피해자에 대하여 성폭력범죄를 범하였다면 구성요건을 충족한다고 볼 수 있을 것임)(서울고등법원 2022. 10. 20. 선고 2022노817 판결).

2) 서울고등법원 2022. 10. 20. 선고 2022노817 판결.

보호를 위한 이중적 측면이 있다는 점을 인정하면서도 위헌성 심사에 있어 재산권 침해에 대해 충분히 심사하지 않은 잘못을 지적하고, 사회보장수급권과 재산권 침해 여부에 대해 면밀하게 검토해주셨습니다. 또한 심판대상조항이 실질적으로 재혼을 금지하는 것으로 혼인의 자유를 침해할 소지가 있다는 점, 대상결정이 사실혼과 법률혼에 의한 재혼을 구분 없이 동일하게 취급하여 이에 대한 판단을 간과한 점에 대해서도 심도 있게 검토해주셨습니다. 특히 연금제도에 있어서의 차별이 노동시장에서 견고하게 자리하고 있는 성별 격차에 기인하고 있다는 점에 대한 발표자의 지적에 깊이 공감합니다.

따라서 재혼한 경우에도 배우자의 유족연금수급권을 인정하는 방향으로의 개선이 이루어져야 한다고 생각합니다. 이와 관련하여 배우자가 재혼한 경우에도 유족연금수급권을 제한 없이 인정하여야 하는지, 아니면 일정한 조건하에 유족연금수급권의 상실 여부를 결정하여야 하는지 등의 입법적 제안에 대해서 어떻게 생각하시는지 발표자의 고견을 듣고 싶습니다.

4. 마치며

발표하신 분들의 심도 있는 연구와 노고에 깊은 감동을 받았습니다. 발표문을 통해 깊이 공부하고 고민할 수 있는 기회를 갖게 되어 감사드립니다. 이상으로 토론을 마치겠습니다.

감사합니다.

토론문 4

[판례 1: 육아휴직을 마친 근로자에 대한 인사발령의 적법성 판단기준]에 대한 토론문

박재명

한국외국어대 전임연구원

육아휴직에 관한 대법원 판례(선고 2017두76005) 평석 발제문을 잘 보았습니다. 본 대법 판결은 육아휴직 이후 회사에 복귀한 근로자의 직위 변경과 직무 변화에 있어 구체적인 기준을 제시한 첫 대법 판결이라는 점에서 의미가 있습니다. 그리고 대법원에서는 판결문과 같이 ‘불리한 처우의’의 의미를 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”로 복귀에 있어, 임금 수준이 같다는 점만으로는 부족하며 불리한 처우가 존재하지 않아야 한다는 법리를 구성하고 있습니다. 즉 육아휴직 종료 후 같은 수준의 임금을 지급하는 직무로 복귀시키더라도 임금 외에 다른 사정에서 불리한 처우로 인정되는 경우 법률상의 복귀조치 의무를 다하지 않은 것에 해당한다고 본 것입니다. 발제문에서는 초심과 대법원에 이르는 법리 적용과 논리와 적용상의 부족함에 대한 날카로운 지적이 있었고 일응 타당하다고 생각합니다. 다만 발제문에서 입법 제언을 주신 부분에 대해서는 고려하여야 할 사항이 많은데 이 부분에 대해 발제자께서는 어떻게 생각하시는지 그리고 일부 궁금한 점을 한 가지 더 질문드리며 토론을 같음하고자 합니다.

1. 발제문에서 “제19조 제4항에서 “같은 업무”와 “같은 수준의 임금을 지급하는

직무” 사이의 병렬적 관계를 깨는 것이다. 이를 위해 양자 사이에 “또는”을 없애고 “같은 업무” 배치를 원칙으로 하되 그것이 불가능할 경우에는 같은 수준의 임금을 지급하는 ‘동종’의 직무를 배치할 것을, 그리고 그마저도 불가능할 경우 “같은 수준의 임금을 지급하는 직무”에 복직시킬 것을 제안할 수 있다. 근로자가 이러한 직무 제안마저 거부할 경우에는 대기발령이 될 것이기에 사업주에게 과도한 제한이 되지 않는다고 생각된다”라고 법 개정 제언을 주셨습니다. 문제는 대부분 사업장에는 ‘직책 또는 보직’이 한정되어 있고 제한적이라는 점에서 사용자의 현장의 보직 운영 경직성이 초래될 여지가 현행보다는 클 것이라고 보입니다. 따라서 제언 주신 내용이 입법 균형적 측면에서 볼 때 사용자의 인사권과 경영권을 무겁게 만들 소지가 있다고 생각하는데, 이에 대해 어떻게 생각하시는지 질문드리고자 합니다.

2. 발제문 두 번째 대법원 판결인 남양유업 판결에서는 육아휴직 후 원래의 직위인 팀장이 아닌 팀원으로 발령한 것에 대해 육아휴직 사용에 대한 보복성 인사였는지 또는 육아휴직과는 관련이 없는지가 핵심이었고, 대법원은 후자의 법리로 본 사안을 판단하였습니다. 육아휴직의 보복성 인사였다면 고평법 제19조 제3항을 위반하여 무효이며 그렇지 않다면 종합적인 판단을 토대로 근로기준법 제23조 제1항에 따라 다루는 것이 합리적이라고 생각합니다. 따라서 본 사안의 경우에는 근기법상의 인사명령의 정당성 요건도 살펴볼 필요가 있다고 생각하는데, 이에 대해서 어떻게 생각하시는지 질문드리고 싶습니다.

2023

한국젠더법학회 동계공동학술대회

“2022년, 젠더판례 톺아보기”

발행처: 한국젠더법학회

발행 및 편집인: 박선영

발행일: 2023년 2월 18일

03043 서울특별시 종로구 자하문로24길 58

행복한일연구소(1층)

<http://www.genderlaw.or.kr>

e-mail: genderlawkr@daum.net

동계공동학술대회
“2022년, 젠더판례 훑아보기”