對外秘

대법원 판례를 정면으로 위반한 하급심 판결에 대한 대책

2015. 9. 22. 기획조정실

1. 검토 배경

▣ **대통령의 긴급조치권 행사와 국가배상책임에 대한 대법원의 판례**

● 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결 (주심 권○○ 대법관)

- "대통령의 긴급조치권 행사가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성하지 않는다"고 선언

● 위 판례는 그 후 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다215444 판결(주심 고○○ 대법관) 등에서도 거듭 확인됨 ⇨ 확고한 판례로 정립

▣ **대법원 판례를 정면으로 위반한 1심 판결 선고**

● 서울중앙지방법원 2015. 9. 11. 선고 2013가합544225 판결 외 1건[1)]

- "대통령의 긴급조치 제9호 발령행위는 고의 내지 과실에 의한 위법행위에 해당한다"고 판결하여 동일한 사안에 관한 대법원 판례를 정면으로 위반

▣ **한겨레신문, 오마이뉴스 등 진보 언론의 1심 판결에 대한 옹호**

☑ 박정희 정권 긴급조치는 위법행위...대법에 반기든 하급심(한겨레, 9. 17.)

▶대법원이 거듭 내놓은 판례를 하급심이 정면으로 치받으며 따르지 않는 것은 매우 이례적이다. 이런 판결은 결국 고등법원 또는 대법원에서 뒤집어질 가능성이 높지만, 그만큼 일선 판사들과 대법관들의 견해차가 크다는 사실을 보여준다.

▶민주사회를 위한 변호사모임은 (중략) "대법원 판결에 부응했던 하급심 재판부의 성찰과 대법원의 전향적 판결을 기대해본다"고 밝혔다.

▣ **판사들 사이에서 논의의 Frame이 왜곡될 우려**

● "판례를 기계적으로 적용하는 판사" v. "문제의식 있는 소신 판사"

1) 같은 날 같은 재판부(재판장 김○○ 부장판사)가 선고한 서울중앙지방법원 2013가합70175 판결

- 현재의 상황을 방치할 경우, 사회적으로 의견 대립이 치열한 사안에서, ① 대법원 판례를 따르는 판사는 대법원 판례를 기계적으로 적용하는 판사이고, ② 김○○ 부장판사와 같이 대법원 판례를 정면으로 위반하는 판사는 문제의식 있는 소신 판사라는 왜곡된 프레임(Frame)이 판사들 사이에서 형성될 가능성 존재

▣ **정책법원으로 변화하는 과정의 成長痛 ⇨ 근본적인 대책 마련 필요**

● **법치주의 발전**에 따라 정치적·사회적으로 의견 대립이 치열한 사안이 법원에 접수되어 공개된 법정에서 치열한 공방을 거쳐 사법적으로 해결되는 것은 필연적인 현상 ⇨ **"熟議的 民主主義(deliberative democracy)의 場으로서의 법원"**

● '정치적·사회적 갈등 요소'가 강한 사안에 대한 **대법원의 판결 선고**가 늘어남에 따라 대법원 판례를 정면으로 위반하는 하급심 판결도 증가할 것으로 예상됨

● 현재 **종교·인권(양심적 병역거부), 과거사(유신헌법하에서 대통령의 긴급조치 발령)** 등 한정된 영역에서만 간헐적으로 발생하는 **하급심의 대법원 판례 위반 사례**가 향후 **성소수자 문제(동성혼), 노동, 경제민주화, 복지, 이주노동자·난민, 환경 등 다양한 영역**에서 발생할 가능성 높음

● 차제에 "대법원 판례가 동종 사건에서 하급심 판결에 구속력을 갖는지 여부"라는 관점에서 근본적인 대책을 마련할 필요 있음

- 영미법의 "선례구속의 원칙"을 우리의 상황에 맞게 변용할지 여부 검토

2. [이론적 검토] 대법원 판례의 하급심에 대한 구속력

가. 쟁점

▣ **대법원 판례가 당해 사건이 아닌 동종 사안에서 하급심 법원의 판단을 구속하는지 여부**

나. 관련 법령

▣ 헌법

☑ 헌법 제103조 [법관의 독립]
법관은 헌법과 법률에 의하여 **그 양심에 따라 독립하여 심판**한다.

▣ 법률

● 법원조직법

▶ **제7조(심판권의 행사)**

① 대법원의 심판권은 **대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체**에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3명 이상으로 구성된 부에서 먼저 사건을 심리하여 의견이 일치한 경우에 한정하여 **다음 각 호의 경우를 제외하고** 그 부에서 재판할 수 있다.

3. **종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경**할 필요가 있다고 인정하는 경우

▶ **제8조(상급심 재판의 기속력)**

상급법원 재판에서의 판단은 **해당 사건에 관하여 하급심을 기속**한다.

● 민사소송법

▶ **제436조(파기환송, 이송)**

② 사건을 환송받거나 이송받은 법원은 다시 변론을 거쳐 재판하여야 한다. 이 경우에는 **상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속**된다.

● 소액사건심판법

▶ **제3조(상고 및 재항고)**

소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심판결이나 결정·명령에 대하여는 **다음 각 호의 1에 해당하는 경우**에 한하여 대법원에 상고 또는 재항고를 할 수 있다.

2. **대법원의 판례에 상반되는 판단**을 한 때

● 상고심절차에 관한 특례법

▶ **제4조(심리의 불속행)**

① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 **다음 각 호의 어느 하나의 사유**를 포함하지 아니한다고 인정하면 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 **대법원 판례와 상반되게**

해석한 경우

4. 법률・명령・규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 **대법원 판례가 없거나 대법원 판례를 변경할 필요**가 있는 경우

● 군사법원법

▶ **제442조(상고할 수 있는 판결)**

고등군사법원의 판결에 대하여는 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유**가 있음을 이유로 대법원에 상고할 수 있다.

2. **대법원의 판례에 상반되는 판단**을 하여 판결에 영향을 미쳤음이 명백할 때

3. **대법원의 판례가 없는 경우에 고등군사법원이 종전의 판례에 상반되는 판단**을 하여 판결에 영향을 미쳤음이 명백할 때

다. 국내의 논의

▣ 윤○○ 前 대법관의 견해[2)]

● 대법원 판례의 직접적 구속력은 부정됨

- **대륙법계 국가**에서는 상급법원의 판례가 하급법원을 구속한다는 원칙은 인정되지 않으며, 법관은 헌법과 법률에만 구속된다고 하기 때문에 판례는 사실상의 구속력밖에 없고, 판례의 법원성은 부정되는 것이 보통임

- 우리나라의 경우 법원조직법 제8조는 심급제도의 합리적 유지를 위하여 **'해당 사건'**에 한하여 구속력을 인정한 것이고, 그 **후의 동종의 사건에 대한 선례로서의 구속력에 관한 것은 아님**

● 대법원 판례의 간접적 구속력은 인정됨

- **소액사건심판법 등의 규정**(특히 소액사건심판법은 상고이유로서 제3조 2호에서 '대법원의 판단과 상반되는 판단을 한 때'를 규정하고 있음)에 비추어 보면, **일종의 간접적인 구속력을 인정**할 수 있음

● 대법원 판례의 법적 구속력의 근거

- ① 법적 안정, ② 평등의 요청, ③ 법관은 국가의 재판조직의 일원으로서

2) 윤○○, 판례의 기능, 민사판례연구 I, 박영사(1979), 357-369면

판례를 존중하며 사법전체와의 조화를 꾀할 책임이 있음

- 심급제도의 구조상 하급법원이 상급법원의 판결과 다른 판결을 내리더라도 당사자에게 시간과 비용을 가중시키는 결과를 가져올 뿐 상급법원에 가서 결국 깨뜨려지고 말기 때문에 상급심의 선례는 하급심의 법관들에게 사실상 강한 구속력이 있음

- 법관은 독립하여 심판한다고 해서 각기 아무런 관련 없이 직무를 행하는 것이 아니고 국가의 통일적인 사법제도의 운영 중의 일환으로서 행하는 것이므로 법관은 사법전체와의 조화를 고려하여 재판하지 않으면 제도자체가 원활하게 기능하기 어려움 ⇨ 하급심법관으로서는 판례를 따르지 않을 이유를 충분히 설득력 있게 논증할 수 없는 이상 판례를 존중하여야 하는 것은 법관의 직업윤리임에 그치지 않고 법적인 의무임

▣ 헌법재판소의 견해

● 헌법재판소는 2002. 6. 27. 선고 2002헌마18 결정에서 대법원 판례 위반을 심리불속행의 예외사유로 삼은 상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항의 위헌 여부를 판단하면서 대법원 판례의 구속력에 관한 견해를 밝힌 바 있음

● 그러나 위 견해는 윤○○ 前 대법관의 앞서 본 논문 내용을 별도의 인용 표시 없이 그대로 인용한 것에 불과함

☑ 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2002헌마18 결정

▶ 어떤 사건의 판례가 그 후 동종의 사건에 대하여 어떠한 효력을 갖는가는 학문상 이른바 "선례의 구속력(拘束力)"이라든가 "판례의 법원성(法源性)"이라는 문제로서 논의되어 왔다. 주지하는 바와 같이 선례구속성의 원리(doctrine of stare decisis)가 지배하여 온 영미법계국가에서는 판례법이 법의 근간을 이루고 있는 반면, 대륙법계국가에서는 상급법원의 판례가 하급법원을 구속한다는 원칙은 인정되지 않으며 법관은 헌법과 법률에만 구속된다고 하기 때문에 판례는 사실상의 구속력밖에 없고 따라서 판례의 법원성은 부정되는 것이 보통이다. 우리나라에 있어서도 다른 대륙법계국가와 사정은 비슷하다. 법원조직법 제8조는 "상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해사건에 관하여 하급심을 기속한다."고 규정하지만 이는 심급제도의 합리적 유지를 위하여 당해사건에 한하여 구속력을 인정한

것이고 그 후의 동종의 사건에 대한 선례로서의 구속력에 관한 것은 아니다.
▶ 선례구속의 원칙을 일찍이 채택하고 있는 영미국가에 있어서도, 이 원칙은 일반적인 법원리라기보다 **사법정책의 문제**이고, 동 원칙을 뒷받침하는 합리적 근거는 **법적 확실성(certainty), 안정성(stability),** 그리고 **예견가능성(predictability)** 등이라고 설명하고 있다.

▣ 심○○ ○○고법 부장판사의 견해[3)]

- **법령의 해석 및 적용에 관한 대법원의 판단**은 다른 법관들의 법령 해석 및 적용에 일정한 준거로서 작용하는 힘, 즉 **'준거력'**을 갖는데, '사실상 구속력'이라고 불리기도 하는 이 준거력은 그에서 벗어나려는 것 자체만으로는 **위법성**을 근거 지우지 못하므로 본질적으로 '구속력'은 아님

- 준거력의 가장 **결정적인 근거**는 **"모든 국민은 법 앞에 평등하다"고 규정한 헌법 제11조 제1항**임 ⇨ 모든 국민은 법 적용기관인 사법부에 **본질적으로 동일한 유형에 속하는 사안**에 대하여 **동일한 법령의 해석과 적용**을 요구할 수 있음

- 재판이라는 것은 국가작용의 하나이고, 국가의 의사표시로서, **법관은 개인이 아닌 국가기관의 입장에서 재판**을 하는 것이며, **재판을 받는 국민은 법관을 선택할 수 없으므로**, 재판은 본래 누가 담당하더라도 같은 결과를 기대할 수 있어야 함 ⇨ 모든 법관은 자신만의 독단적인 관점이 아니라 **최고법원인 대법원을 정점으로 하는 전체 사법부의 관점에서 법령을 해석하고 적용하도록 최선**을 다하여야 함

  - [근거] ① **사법권**을 법관으로 구성된 **'전체' 법원에 귀속**시키고, **대법원에 최고법원성을 부여**한 헌법 제101조, ② **국가의 기본권 보장의무**를 규정한 헌법 제10조 후문(기본권보호의무를 이행할 때 **평등원칙**을 위반하지 않아야 함), ③ 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 **국민에 대한 책임**을 진다고 규정한 헌법 제7조 제1항, ④ **헌법 제103조의 양심**은 법관의 지위에서 가지는 **직업적·기능적 양심**에 해당함

3) 심○○, 판례 변경의 의의, 민사판례연구XXXVI, 박영사(2014), 930-931면

라. 일본의 논의

▣ 최고법원의 판례에 사실상의 구속력이 있다고 보는 일반적 견해의 근거[4)]

- **법적 안정성 또는 소송경제의 요청**
- **재판을 통하여 행하여지는 국가의 의사표시를 통일할 필요**가 있음
- 사후적 통제로서 행하여지는 최고법원의 판단을 미리 예측하여야 할 **법관의 직무상 의무**

  - 하급심의 법관으로서는 **최고법원에 의하여 이루질 것 같은 판단을 따를 직무상의 의무**가 있음 ⇨ 이러한 의무는 명문의 규정은 없지만 **법적인 의무**라고 볼 수 있기 때문에 사실상의 구속력이라고 하여도 간접적으로는 법적 근거가 있음

- 국가기관인 법원에 요구되는 **평등의 요청**[5)]

  - 법원에 의한 공평한 해결이 기대되어지는 경우에 법원은 동종의 사건을 같은 방법으로 해결하여야 한다는 것이 바로 평등의 요청

▣ 구속력 있는 판례에 대한 하급심 법관의 대응[6)]

- **판례가 변경될 때까지 그대로 따라야 한다는 견해(判例追隨說)**

  - **대법원의 판례는 유일 최고의 법원이 한 판단으로서의 권위**가 있고, **법령의 해석적용을 통일**하려는 움직임을 예정하고 있음. **대법원의 판례가 있는 문제에 대하여 판례에 반하는 판단을 하여도, 상급심에서는 판례에 따라 판단이 내려질 개연성이 높음. 대법원의 이러한 성질 및 법적 안정성의 요청을 고려**한다면, **법관으로서는 판례에 따라야 할 직무상의 의무**가 있다고

4) 中野○○, "判例の拘束力について一考察," 「判例タイムズ」 제150호, 222면 [이○○, 판례의 의미와 구속력에 관한 소고, 판례실무연구IV, 박영사(2003), 250-252면에서 재인용]

5) 田中○○, 判例タイムズ 臨時增刊 14卷 13號(150), 755-760면 [이○○, 판례의 의미와 구속력에 관한 소고, 판례실무연구IV, 박영사(2003), 250-252면에서 재인용]

6) 西野○○, "裁判の過程," 「判例タイムズ」(1995), 340-346면 [이○○, 판례의 의미와 구속력에 관한 소고, 판례실무연구IV, 박영사(2003), 253-254면에서 재인용]

하지 않을 수 없음. 판례에 따르지 않을 것이 허용되는 것은, 그 이유를 충분한 설득력으로 논증 가능하다는 확신이 있는 경우에 한정됨

● 判例基礎重視說이라고 부를만한 견해

- 하급심이 판단을 함에 있어서는, ① 대법원판례의 취지에 명백히 불합리한 점이 있는 경우, ② 그 판례가 입각해 있는 기초사정에 그 후 큰 변동이 생기거나 새로운 사정이 발생하여 판지(判旨)를 그대로 따르는 것이 부당하다고 볼 수 있는 확실한 근거가 있는 경우, 혹은 ③ 구체적 사례에 대하여 특별한 사정이 인정되어 판례상의 일반적인 해석을 그대로 적용하게 되면 현저히 부당한 결과를 야기하는 경우 등이 아닌 한, 대법원의 판례를 존중하여야 한다는 견해

● 判例豫見說이라고 부를만한 견해

- 재판이라는 것은 국가의 작용이고, 국가의 의사표시이며, 법관은 개인으로서가 아니라 국가의 기관이라는 입장에서 재판을 하는 것이기 때문에, 재판은 본래 누가 담당하더라도 같은 결과를 낳을 수 있어야 함. 상소심에서 시정될 수 있다는 것은 차선의 방법이고, 본래 제1심 단계에서 모두 대법원에서 내려지게 될 판단과 같은 판단을 하는 것이 이상적임. 법관은 대법원에서 내려질 것 같은 판단에 구속되는 것이고, 판례는 그것을 예측하기 위한 자료로서의 의미가 있는 것이며, 판례가 직접 법관을 구속하는 것은 아님

마. 영국의 선례구속의 원칙(the doctrine of judicial precedent)[7][8]

▣ 내용

● 각급 법원은 서열상 상위 법원이 내린 이전의 판결에 구속되므로, 하위 법원은 동종의 사건에서 상위 법원이 내린 판결에 반하는 판결을 할 수 없음

7) 또는 the principle of stare dicisis

8) 제○○, 영국의 선례 변경, 민사판례연구XXXVI, 박영사(2014), 1179-1180면

- 항소법원의 어떤 부에서 내린 이전의 판결은 **동일하거나 유사한 사건**을 다루는 **항소법원의 법관을 구속함**

▣ **선례의 구속성에서 벗어나기 위한 기술**

- ① 구분 (Distinguishing)

- **유사한 사건**인 것처럼 보이지만 **선례의 적용범위**에서 **벗어나 있다고 판단**하는 것 ⇨ 결국, **선례의 적용범위**는 동일·유사 사건을 다루는 **그 후의 법원의 판단에 따라 구체화**되는 결과가 됨

- ② 선례 변경 (Overruling)

- 나중에 다른 사건을 다루는 **상위 법원**이 **하위 법원에서 생성한 이전의 선례를 변경**하는 것. **같은 급의 법원**은 다른 부에서 내린 **선례를 변경할 수 없음**. 대법원은 자신이 내린 선례를 변경할 수 있음

- ③ 선례 이론의 예외

- 선례를 무시하는 것 ⇨ 항소법원과 상급법원이 동급의 다른 부에서 생성한 선례를 무시할 때 활용하는 기법으로 매우 예외적인 사안에만 허용됨

바. 김○○ 부장판사 사례에 대한 판단

▣ **'위법'하다고 평가하기는 어려움**

- **대법원의 판례가 하급심에** 대하여 **'직접적 구속력'**을 갖지 않고, **'사실상 구속력'** 또는 **'준거력'**만 갖는다고 보는 것이 **일반적인 견해임**

- 대법원 판례를 **정면으로 위반**하였다는 **사정만으로 '위법'하다고 평가하기는 어려움**

> ☑ **한○○, 헌법학(2015), 1339면**
> ▶ 하급심법원은 당해 사건이 아니라 다른 사건의 경우에는 설사 **동일한 종류의 사건이라 하더라도 상급법원과 다른 판단을 할 수 있다**. 또한, **하급법원은 상급법원의 견해에 따라 판결해야 할 의무가 없다.** 다만, 이러한 경우 상급심법원에 의하여 파기환송당할 위험을 감수해야 한다.

☑ 정○○, 헌법학원론(2015), 1407면

▶ 하급법원의 판례가 상급법원의 판례에 **사실상 구속**되는 경우가 있으나, **하급법원이 반드시 상급법원의 판례에 합치하게 재판을 하여야 하는 것은 아니므로** 이는 재판의 독립을 침해하는 것이 아니다.

● **대법원 판례를 정면으로 위반**한 것을 두고 '**법령 위반**'이라고 할 수는 **없고, 향후 상급심에서 시정될 가능성**이 있으므로, **재판에 대한 국가배상책임**도 인정할 수 없음

☑ 대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결

▶법관의 재판에 **법령의 규정을 따르지 아니한 잘못**이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 그 국가배상책임이 인정되려면 **당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판**을 하였다거나 **법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반**하는 등 **법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정**이 있어야 한다고 해석함이 상당하다(대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다29905 판결 등 참조).

▶그런데 **재판에 대하여 따로 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우**에는 재판의 결과로 불이익 내지 손해를 입었다고 여기는 사람은 그 절차에 따라 자신의 권리 내지 이익을 회복하도록 함이 법이 예정하는 바이므로, 이 경우에는 불복에 의한 시정을 구할 수 없었던 것 자체가 법관이나 다른 공무원의 귀책사유로 인한 것이라거나 그와 같은 시정을 구할 수 없었던 부득이한 사정이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, **스스로 그와 같은 시정을 구하지 아니한 결과 권리 내지 이익을 회복하지 못한 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다**고 봄이 상당하다.

▣ '매우 부적절한 행동'으로서 '직무윤리' 위반 가능성 존재

● [원칙] 하급심 판사의 대법원 판례를 따를 의무

- ① 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙, ② 법적 안정성의 요청, ③ 헌법 제103조의 양심은 법관 개인의 양심이 아닌 직업적 양심이라는 점에 비추어 볼 때, 하급심 판사는 '최고법원인 대법원을 정점으로 하는 전체 사법부의 관점에서 법령을 해석하고 적용하도록 최선을 다할 의무'를 부담함

- **소액사건심판법**이 **'법령위반'**을 상고이유로 허용하지 않으면서, **'대법원의 판례에 상반되는 판단을 할 때'**를 상고이유로 삼는 것은 **하급심 법관에게 '대법원 판례를 따르기 위하여 최선을 다할 의무'가 있음**을 보여주는 것임

> **☑ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다65267 판결**
> 소액사건심판법 제3조에 의하면, 소액사건에 대하여는 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반 여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 때나 **대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때**에만 상고할 수 있다. '대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때'란 **구체적인 당해 사건에 적용될 법령의 해석에 관하여 대법원이 내린 판단과 상반되는 해석을 한 경우**를 말하고, 단순한 법리오해나 채증법칙 위반, 심리미진과 같은 사유는 이에 해당하지 않는다. 그리고 '구체적인 당해 사건에 적용될 법령의 해석에 관하여 대법원이 내린 판단'이란 **구체적인 당해 사건의 사안에 적용될 법령조항의 전부 또는 일부에 관한 정의적(定義的) 해석을 한 판례의 판단**을 말하고, **'상반된 해석을 한 경우'**라고 함은 **그 법령조항에 관한 대법원의 그 정의적 해석과 반대되는 해석을 하거나 반대되는 해석 견해를 전제로 당해 사건에 그 법령조항의 적용 여부를 판단한 경우**를 말한다.

● **[예외] 하급심 판사가 대법원 판례를 따르지 않아도 되는 경우**

- 하급심 판사가 대법원 판례를 그대로 적용하기 어렵다고 판단할 경우, ① **대법원 판례의 적용범위(射程距離)에 대한 면밀한 검토**를 통하여 **해당 사건이 대법원 판례의 적용범위에서 배제되어야 할 특별한 사정**을 찾기 위하여 **최선을 노력**을 다하거나(영미법상 선례의 구속성을 벗어나기 위한 기술 ⇨ 구분: Distinguishing), ② **대법원 판례가 입각해 있는 기반에 새로운 사정 변경이 발생하였다는 점**을 **구체적으로 논증**하거나, ③ **대법원 판례가 명백하게 불합리하다는 사정(단순한 의견 차이만으로는 부족)**을 **설득력 있게 논증**하여야 할 것임

● **[검토] 김○○ 부장판사 사례의 경우에 대한 판단**

- **김○○ 부장판사**는 ① 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결에 **명백하게 불합리한 부분(단순한 의견 차이만으로는 부족)이 존재하지 않고**, ② 위 **대법원 판례 선고 후 새로운 사정 변경이 발생하지도 않았음**에도 불구하고, ③ **해당 사건을 대법원 판례의 적용범위에서 배제할만한 특별한 사**

정을 찾기 위한 노력도 하지 아니한 채, 단순히 의견이 다르다는 이유만으로 위 대법원 판결 선고 후 6개월도 지나지 않은 시점에 대법원 판례를 정면으로 위반하는 판결을 선고하였음 ⇨ 매우 부적절한 행동으로서 직무윤리 위반의 가능성 존재

3. 대응 방안

가. 직무감독권 발동 여부 ⇨ 소극

1) 일반론

▣ **법관의 재판 관련 행위도 명백한 잘못이 있을 때에는 직무감독권 행사의 대상이 됨**

- [사례] 국선변호인선정 취소결정 소급작성[감봉 4월 징계(2014년)], 법정구속 관련 고지절차 등 위반[구두경고(2007년)] 등 다수

▣ **독일, 일본, 미국의 경우도 법관의 재판에 명백한 잘못이 있을 경우는 징계사유가 될 수 있다고 보고 있음**

- [독일] 폐지된 법률을 적용한 경우, 법원조직법상 변호사에 대해 질서유지수단의 적용이 배제되어 있음에도 소송지휘에 불응하는 변호사를 법정경위로 하여금 강제적으로 끌어내도록 한 행위
- [일본] 집행유예 결격자이고 징역형에 처하여야 할 사건을 부주의로 금고형의 집행유예를 선고하였고 과거 유사 유형의 실수가 2회 더 있어 계고처분을 받은 사례(1963년), 최고재판소 재판관이 형사사건을 처리하면서 최고재판소 스스로 제정한 형사소송규칙시행규칙을 간과하여 오판을 하여 과료 처분을 받은 사례(1950년)[9]
- [미국] 뉴저지주 판례에 따르면, 법관의 재판상 잘못은 원칙적으로 징계

9) 裁判所法逐條解說 中券(1969), 146쪽; 兼○○ 외 1인 裁判法(제4판), 264쪽은 재판업무에 관한 재판관 징계원인으로 '법령 적용, 준수 상 명백하고 중대한 과오'를 들고 있다.

사유에 해당하지 않지만, 그것이 충분히 신중하고 능력 있는 법관을 기준으로 할 때 "명백한" 실수에 해당하고 그에 관한 분명한 증거가 있으며, 아울러 법관의 잘못이 '터무니없는 것(무능)'이거나 '악의적'이거나 반복된 잘못이어서 그로 인해 사법부의 신뢰를 해할 정도에 이른 경우에는 징계사유가 될 수 있음

2) 검토 의견

▣ **대법원 판례를 정면으로 위반한 하급심 판결에 대한 징계 ⇨ 소극**

- **[이론적]** 대법원의 판례가 하급심에 대하여 **'직접적 구속력'**을 갖지 않고, **'사실상 구속력'** 또는 **'준거력'**만 갖는다고 보는 것이 일반적인 견해 ⇨ 대법원 판례를 정면으로 위반한 하급심 판결에 **명백한 위법**이 있다고 보기는 어려움

- **[판사들의 인식]** 많은 판사들이 **'판례의 사실상 구속력'**, 즉 **'최고법원인 대법원을 정점으로 하는 전체 사법부의 관점에서 법령을 해석하고 적용하도록 최선을 다할 의무'**에 대한 **이해가 깊지 않음** ⇨ 대법원 판례에 정면으로 위반하는 하급심 판결을 선고한 판사에게 **직무감독권이 행사**될 경우 **판사들의 심각한 반발이 있을 것으로 예상**됨

- **[언론 환경]** 직무감독권이 행사될 경우 **한겨레, 경향 등 진보언론**과 야당에서는 **"법관의 독립 침해"** 운운하며 **법원을 공격할 것이 명백**함 ⇨ 직무감독권 행사는 **부작용이 매우 큰 양 날의 칼**

나. 회피 및 재배당

▣ **법관의 직업적 양심 ⇨ 특별한 사정 없는 한 대법원 판례를 따를 의무**

- **헌법 제103조의 법관의 양심**은 **법관의 지위에서 가지는 직업적·기능적 양심**이므로, 법관이 재판을 함에 있어서 헌법 제19조가 정하는 자신의 개인적 양심과 헌법 제103조가 정하는 법관으로서의 양심이 일치하지 않을 경우에는 자신의 개인적 양심을 후퇴시키고 **법관으로서의 직업적**

양심을 우선시켜 재판하여야 함[10)]

> ☑ 정○○, 헌법학원론(2015), 1403면
> 국가의 권력작용인 재판을 함에 있어 법관에게 양심에 따라 재판할 것을 요구하는 것은 법관이 가지는 이러한 개인으로서의 양심의 자유에 따라 재판하라는 것이 아니다. 법관이 가지는 개인적 양심의 자유에 따라 재판을 하게 되면 **재판이 객관성과 공정성을 상실**하고 법관 개인의 다양한 주관적인 판단에 의하여 동일한 성질의 사건에서까지 구구한 결론이 나오게 된다. 이러한 것은 **재판으로서의 공정성과 정당성**을 상실한 것이다.

- 법관으로서의 **직업적·기능적 양심**에 따를 때, **하급심 판사**는, ① **'최고법원인 대법원을 정점으로 하는 전체 사법부의 관점에서 법령을 해석하고 적용하도록 최선을 다할 의무'**를 부담하고,[11)] ② 이와 같은 **의무를 따르지 않을 경우에는 그를 정당화할 특별한 사정에 대한 충분한 논증**이 필요함

▣ 직업적 양심을 우선시키기 어려운 경우 ⇨ 회피 및 재배당 이용 가능

- **민사소송법 등 ⇨ 회피**

> ▶제49조(법관의 회피)
> 법관은 **제41조 또는 제43조의 사유**가 있는 경우에는 감독권이 있는 법원의 허가를 받아 **회피**할 수 있다.
> ▶제43조(당사자의 기피권)
> ① 당사자는 **법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때**에는 기피신청을 할 수 있다.

- 대법원은 **"법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때"**의 意味를 **"법관과 사건과의 관계로 보아 불공정한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정될 만한 객관적인 사정이 있는 때"**라고 판시하고 있음

- 당해 사건의 쟁점에 대해 **하급심 판사가 정당한 이유 없이 대법원 판례의 적용을 거부하고, 자신의 개인적 양심을 앞세우는 경우**는 "법관과 사건과

10) 정○○, 헌법학원론, 박영사(2015), 1403면

11) 심○○, 판례변경의 의의, 민사판례연구XXXVI, 박영사(2014), 931면

의 관계로 보아 불공정한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정될 만한 객관적인 사정이 있는 때"라고 볼 여지 있음

☑ **대법원 2007.11.15. 자 2007마1243 결정**
민사소송법 제43조 제1항 소정의 **"공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때"**라 함은 당사자가 불공정한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니고, 통상인의 판단으로서 **법관과 사건과의 관계로 보아 불공정한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정될 만한 객관적인 사정이 있는 때**를 말하는 것이다

● 법관등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규 ⇨ 재배당

▶**제26조(재배당)**
① 사건배당 주관자는 **제14조 각호의 사유**에 해당한다고 인정하는 때에는 특별한 사유가 없는 한 이 절의 절차에 준하여 **재배당**을 실시한다.
▶**제14조(배당확정의 효력)**
사건배당이 확정되어 사건배당부에 등록한 이후에는, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 이를 변경할 수 없다.
4. **배당된 사건을 처리함에 현저히 곤란한 사유**가 있어서 재판장이 그 사유를 기재한 서면으로 재배당 요구를 한 때

다. 사건 신속 처리 트랙(Fast Track) 개발

▣ 필요성

● **1심에서 대법원 판례를 정면으로 위반하는 판결**이 선고될 경우, **항소심에서의 심리가 지연되면 사회적으로 소모적인 논쟁이 확산될 우려**가 있으므로, **대법원 판결을 신속**하게 받을 수 있도록 **항소심에서 사건 처리를 신속하게 필요**가 있음

▣ 적시처리 필요 중요사건으로 선정

● 1심에서 대법원 판례를 정면으로 위반하는 판결이 선고될 경우, **항소심에서는 해당 사건**을 적시처리 필요 중요사건(적시처리가 필요한 중요사건의 선정 및 배당에 관한 예규 제2조 제3호 또는 제5호)으로 선정함으로써 **항소심에서의 신속한 처리를 도모**

☑ 적시처리가 필요한 중요사건의 선정 및 배당에 관한 예규

제2조(적시처리 필요 중요사건의 선정기준)

적시처리 필요 중요사건은 「중요사건의 접수와 종국보고」 제3조 제1항 제1호, 제2호, 제5호, 제3조 제2항 각호의 중요사건 중 다음 각 호의 하나에 해당하는 사건으로 한다.

1. 처리가 지연될 경우 막대한 규모의 국가 또는 지방자치단체의 손실이 예상되는 사건
2. 다수당사자가 관련되어 있거나 이해관계인이 다수 있고, 사건의 성질상 일정 시점까지 처리해야만 하는 사건
3. **처리가 지연될 경우 불필요하게 사회 전체의 소모적인 논쟁을 불러 일으킬 염려가 있는 사건**
4. 사안의 내용이 정치, 경제, 사회적으로 파장이 크고, 선례로서의 가치가 있는 사건
5. **그 밖에 당사자의 수, 사안의 내용, 국민적 관심의 정도, 처리시한 등에 비추어 적시처리가 필요하다고 인정되는 사건**

라. 법관 연수 강화 ⇨ 법관들에게 판례의 구속력에 대한 경각심 고취

▣ 필요성

- 대법원 판례가 동종 사건에서 하급심 법원을 구속하는지 여부, 즉 **'판례의 구속력'**과 관련하여 **'직접적 구속력', '사실상 구속력', '준거력'** 등 논의가 분분(紛紛)하고, **법관들의 이해의 정도가 높지 않음**

- **대법원 판례를 정면으로 위반하는 하급심 판결이 선고**되는 상황을 그대로 **방치**할 경우, **사회적으로 의견 대립이 치열한 사안**에서, ① 대법원 판례를 따르는 판사는 **대법원 판례를 기계적으로 적용하는 판사**이고, ② 대법원 판례를 정면으로 위반하는 판사는 **문제의식 있는 소신 판사**라는 **왜곡된 프레임(Frame)**이 판사들 사이에서 형성될 가능성 존재

▣ 내용

- 법관연수 중 경력별연수(신임법관연수 포함), 재판장연수(초임단독, 합의, 항소재판장)에서 **① 판례의 개념, ② 판례의 사정거리, ③ 판례의 구속력, ④ 영미국가에서의 선례구속의 원칙의 한국적 변용** 등을 강의

● 김○○ 부장판사 사례, 양심적 병역거부 사건에서의 무죄판결 선고 사례 등 **대법원 판결을 정면으로 위반한 하급심 판결의 실제 사례를 바탕으로 법관들 사이의 진지한 토론** 유도

- 법관들에게 **판례의 구속력**에 대한 **경각심 고취**

- **정당한 사유 없이 자신의 개인적 양심을 앞세워 대법원 판례를 정면으로 위반한 하급심 판사**들에게 **자신의 판결이 법관연수에서 강의 및 토론 자료로 사용된다는 사실** 자체로 일정한 **시그널(Signal)**을 줄 수 있음

마. '한국형 선례 구속의 원칙' 확립을 위한 연구 ⇨ 사법정책연구원

▣ 필요성

● 판례의 중요성 증가 ⇨ **"대륙법계 구조 하에서 법관은 헌법과 법률에만 구속되고 대법원의 판례에는 구속되지 않는다"는 고정관념**을 벗어나 **영미법의 선례구속의 원칙**을 **우리나라의 법체계 하에서 어떻게 변용하여 받아들일 수 있을지**에 대한 진지한 검토가 필요함

- **영미법계 국가**에서도 **선례구속의 원칙**은 일반적인 법원리라기보다 **사법정책의 문제**이고, 이를 **뒷받침하는 합리적 근거**는 **법적 확실성(certainty), 안정성(stability), 예견가능성(predictability)**이라고 설명됨[12)]

● **대법원**이 **정책법원**으로 **발전**해 나가면서 **정치적·사회적으로 의견 대립이 치열한 사안**에 대해 판결을 하는 경우가 늘어나면, **대법원 판례를 정면으로 위반하는 하급심 판결도 증가**할 것으로 **예상**됨 ⇨ 기존의 고정 관념을 벗어나 **'판례의 구속력'에 대한 진지한 고찰 필요**

▣ 내용

● 사법정책연구원에서 **'한국형 선례 구속의 원칙' 확립**을 위한 연구 실시 [끝]

12) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2002헌마18 결정