

아동인권 결정 · 판례 자료집



아동인권 결정 · 판례 자료집

목 차

제1장 아동 관련 협약 및 권고사항

1. 아동권리협약 및 선택의정서

1-1. 아동의 권리에 관한 협약	1
1-2. 아동의 무력분쟁 관여에 관한 선택의정서	27
1-3. 아동 매매, 아동성매매 및 아동포르노그래피에 관한 선택의정서	33

2. 아동권리위원회의 권고사항

2-1. 아동권리협약

2-1-1. 제1차 국가보고서에 대한 권고(1996. 2. 13.)	45
2-1-2. 제2차 국가보고서에 대한 권고(2003. 3. 18.)	52

2-2. 선택의정서

2-2-1. (1-2관련) 제1차 국가보고서에 대한 권고(2008. 6. 6.)	68
2-2-2. (1-3관련) 제1차 국가보고서에 대한 권고(2008. 6. 6.)	74

제2장 국가인권위원회 결정례

1. 정책·법령 등에 대한 권고 및 의견 표명

- 1] 2002. 10. 28.자 초중고교 제7차 교육과정 교과서 인권내용관련 직권 수정 권고 ...4· 9
 교육부의 초중고교 제7차 교육과정 교과서의 개정 내용 중 학생들의 인권존중의식 형성에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 소지가 있는 일부 부분에 대해 교과서 내용을 수정 협의할 것을 권고한 사례
- 2] 2003. 5. 12.자 교육인적자원부의 교육행정정보시스템(NEIS)에 관한 개선 권고 ...9·0 1
 교육인적자원부가 추진하는 교육행정정보시스템(NEIS)의 운영에 대하여 교육행정정보시스템의 27개 개발영역 가운데 사생활의 비밀침해 등 인권침해 소지가 있는 교무/학사, 입(진)학 및 보건 영역은 입력 대상에서 제외하고, 교원인사기록 중 별지목록 기재 항목은 사생활의 비밀침해 등 인권침해의 소지가 있으므로 입력항목에서 제외되도록 ‘교육공무원인사기록 및인사사무처리규칙’을 개정하고, 개인정보의 누출로 인한 사생활 비밀침해 등 인권침해가 없도록 학교종합정보시스템(CS)에 대한 보안체계 강화 조치를 강구할 것을 권고한 사례
- 3] 2004. 5. 27.자 아동성폭력 피해자의 2차 피해자화 방지 관련 권고731
- 4] 2005. 3. 25.자 초등학생 일기장 검사에 대한 의견 7
 초등학교에서 실시하고 있는 일기장 검사관행에 대해 그 개선을 권고한 사례
- 5] 2005. 6. 27.자 학생두발 제한 관련 제도개선 권고 2
 현행 학생 두발제한 관련 제도에 대해 학생의 기본적 인권 존중과 보호 원칙에 부합하도록 그 개선을 권고한 사례
- 6] 2006. 4. 10.자 학업중단 청소년 관련 정보 제공에 대한 의견표명951
 학업중단 청소년 관련 정보를 수집하여 타 기관에 제공하는 것이 청소년의 정보자기결정권을 침해할 소지가 크다고 판단한 사례
- 7] 2006. 10. 9.자 재건축·재개발 과정에서의 학습권 보장 방안 권고 0
- 8] 2007. 7. 23.자 「주민등록말소자 인권개선」을 위한 권고 81
 주민등록말소자의 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 등 제반 권리를 보호하기 위해서 관련 법령 개정 및 정책 시행을 권고

- [9] 2007. 12. 13.자 학생선수의 인권 보호 및 증진을 위한 정책 권고991
- [10] 2008. 1. 14.자 국립중앙도서관 입관제한 위헌확인 사건에 대한 의견212
 헌법재판소에 계류중인 국립중앙도서관 입관제한 헌법소원심판청구 사건에 대하여 「국가인권위원회법」 제28조 제1항 규정에 의하여 헌법재판소에 의견 제출
- [11] 2002. 9. 9.자 교육부 학교생활규정(안) 의견 2
- [12] 2003. 3. 10.자 형의 실효에 관한 법률 시행령중개정령(안) 의견042
 「소년법」 제32조 제5항 및 「소년법」 제70조 제1항에 규정된 소년 보호의 취지를 감안하고, 성인이 아닌 소년의 범죄 등에 대하여는 성인의 경우와는 달리 취급할 필요가 있으므로 「형의 실효 등에 관한 법률시행령중개정령(안)」에 그 조회와 회보를 제한하는 규정을 신설하는 것이 소년의 인권보호에 바람직하다는 의견 표명
- [13] 2004. 1. 26.자 아동복지법중개정법률안 의견 2
 아동복지법중개정법률안은 아동인권 및 보호자 등의 인권을 침해할 수 있으므로 폐기 권고
- [14] 2004. 8. 23.자 민법중개정법률안 의견 3
 민법중개정법률안의 내용중 가족의 범위, 자녀의 성과 본 변경제도, 친양자제도에 대해 의견 표명
- [15] 2004. 9. 6.자 실종아동찾기지원법안 의견 3
 실종아동찾기지원법안의 목적을 달성하면서 헌법상의 기본권인 사생활의 비밀과 자유의 침해를 방지하기 위해서 법안의 개선 및 보완에 대한 의견 표명
- [16] 2004. 5. 12.자 소년원법시행령개정령(안) 의견 42
 [1] 분류수용의 기준을 하위법령으로 위임하지 말고 개인의 체질적 특성과 과학적 기준을 좀 더 심화시켜 제시하여야 하고, 감호장비의 사용에 대하여 헌법 제37조 제2항 최소침해의 원칙의 적용과 요건·한계를 명확하게 제시하여야 하며,
 [2] 징계자에게 면회, 통신을 제한하는 것은 최소침해의 원칙상 허용하지 않도록 하고, 면회의 규제와 관련하여 개정안 제37조 제1호 및 제2호는 원장의 자의적 해석이 가능하므로 수정 내지 삭제가 필요하고,
 [3] 퇴원·가퇴원의 요건에 대해서는 대략적인 내용을 제시하는 것이 타당하고, 자치회 및 휴양에 관한 조항의 보완이 필요하다고 한 사례

- 17** 2004. 10. 11.자 소년원법시행규칙제정(안) 의견872
- [1] 소년원법시행규칙제정안 제12조 제7호를 삭제하여 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 직원에게 알릴 것인지 여부를 보호 소년 스스로의 가치판단에 맡길 것과
- [2] 퇴원, 가퇴원은 신체의 자유, 거주이전의 자유 등과 밀접하게 관련되므로 근거 규정인 소년원법 제43조, 제44조에 퇴원·가퇴원의 대략적인 내용을 예시할 것과
- [3] 제정안 제87조 제3항을 수정하여 수용기간 또는 수용일수 산정에 있어서 수용당일을 산입함은 물론 출원일 또한 산입할 것을 권고한 사례
- 18** 2004. 10. 11.자 교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안, 학교보건법중개정법률안 의견 285
- 교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안 및 학교보건법중개정법률안을 검토한 결과 정보인권의 충분한 보장을 위한 개선 및 보완이 필요하다고 판단되어 의견 표명
- 19** 2006. 10. 13.자 「환경영향조사 등에 관한 규칙 일부 개정령안」 의견592
- 환경부장관에게 「환경영향조사 등에 관한 규칙 일부 개정령안」의 환경영향평가항목 조정에서 별표2 환경영향평가항목(제5조 관련)의 ‘교육’ 항목을 존속시키고, 학습환경 보호 차원에서 ‘교육’ 항목의 주요 평가 내용 및 작성지침을 보완하는 등 평가의 실효성을 높일 방안을 강구하도록 의견 표명
- 20** 2005. 10. 24.자 청소년보호법 일부개정법률안 관련 개선 의견103
- 청소년의 지나친 온라인게임 이용을 제한하는 청소년보호법 일부개정 법률안(2005. 7. 18. 발의)은 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙 및 헌법 제75조 포괄위임입법금지원칙과 헌법 제11조 평등권 보장에 반할 수 있고 「아동의 권리에 관한 협약」 제5조 및 제31조에도 부합하지 못하므로 국회의장에게 반대 의견을 표명한 사례
- 21** 2007. 7. 24.자 「청소년복지지원법 일부개정법률안」 의견 8
- 청소년 인권에 관한 포괄적 조사구제 권한을 부여하는 청소년복지지원법 일부개정법률안의 제18조6의 타당성을 재검토하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한 사례
- 22** 2002. 9. 24.자 청소년의 성보호에 관한 법률중개정법률안 의견613
- 23** 2005. 5. 28.자 청소년의 성보호에 관한 법률중개정법률안 의견713
- 청소년의 성보호에 관한 법률중개정법률안의 내용중, 제20조의2의 세부정보등록제도 및 세부정보제공제도, 제21조의 청소년관련 교육기관 등에의 취업제한 등에 대하여 의견을 표명한 사례

- 24 2007. 1. 8.자 「청소년의 성보호에 관한 법률 전부개정안」 의견63
- 25 2007. 9. 20.자 소년법 개정안의 적용연령 인하에 대한 의견 65
 소년법개정안중 촉범소년의 연령을 현행 ‘12세 이상 14세 미만’에서 ‘10세 이상 14세 미만’으로 낮추는 것은 아동의 인권보호에 반하므로 현행 규정을 유지해야 한다는 의견을 표명한 사례
- 26 2003. 12. 8.자 여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고 309
- 27 2005. 4. 11.자 유엔 아동의 권리에 관한 협약 제21조의 유보철폐 및 이행에 대한 권고 377
- 28 2006. 12. 26.자 아동권리협약 선택의정서 제1차 정부보고서에 대한 국가인권위원회의 의견 391

2. 인권침해 결정례

- 1 2003. 5. 21.자 03진인26 결정 [학교내 장애인이동시설 미설치]314
 학교내 ‘장애인등’을 위한 승강기등 편의시설 미설치는 헌법 제10조에서 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단한 사례
- 2 2004. 6. 4.자 03진인5950 결정 [비밀전학생 신상정보 보호]714
 가정폭력피해자 아동이 가해자에게 신분 누출 염려 없이 정규교육을 받을 수 있도록 권고한 사례
- 3 2005. 9. 25.자 04진인1497, 03진인5870(병합) 결정 [‘0교시수업’, 보충자율학습 등] ·1·2·4
 2004. 2. 17. 교육인적자원부의 “사교육비경감대책” 발표 이후 전국의 많은 중, 고등학교에서 ‘0교시 수업’, 보충수업과 야간자율학습 운영하고 있으나 피진정인의 직접적인 행위로 인한 인권침해로 보기는 어려워 기각한 사례
- 4 2005. 8. 31.자 05진인1055 결정 [학교급식 관련 지문날인]634
 각급 학교에서 급식과 관련하여 학생식당에 지문인식기를 설치한 것은 인권침해에 해당하는 것으로 판단한 사례

5	2006. 5. 18.자 06진인136 결정 [퇴학 처분]	44
	퇴학처분시 보호자에게 알리지 않고 학생에게 소명기회를 주지 않은 것은 인권침해에 해당하는 것으로 판단한 사례	
6	2006. 6. 28.자 06진인1030 결정 [부당 퇴학]	4
	학생을 징계할 때에는 관계 법령이 정하는 바에 따라 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하고, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하고 해당학생에게 개선의 기회를 충분히 허용하는 등 적절한 조치를 취할 것을 권고한 사례	
7	2007. 1. 15.자 06진인3067 결정 [부당 퇴학처분]	64
	퇴학처분을 재심의할 것과 향후 학생 퇴학처분시 학교생활규정에 정해진 적절한 절차를 준수할 것을 권고한 사례	
8	2008. 4. 3. 자 07진인2330 결정 [퇴학처분]	4
	피진정인의 퇴학예정 및 전학권고 조치는 법령을 위반한 자의적인 조치로서 학생의 학교를 선택할 권리 침해에 해당하는 것으로 판단한 사례	
9	2005. 12. 26.자 05진인3073 결정 [직권남용]	4
	학생이 거짓말 한 것에 대해 시인 및 기록을 요구하고, 방송실 문을 닫고 카메라를 설치하여 거짓말 시인 사항을 촬영하려고 한 행위는 교육의 목적범위를 벗어난 행위이며, 교실에서 학생이 거짓말을 하였다는 사실을 언급하면서 반성문을 제출하도록 하는 등의 행위는 헌법 제10조, 제17조, 제19조 침해에 해당하는 것으로 판단한 사례	
10	2008. 2.28. 자 06진인1951 결정 [과도한 체벌]	54
	피진정인이 피해자에 대하여 행한 체벌(뺨때리기 등)은 학생지도 방법과 교육의 목적을 벗어난 행위로서 피해자의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것으로 판단한 사례	
11	2007. 12. 14.자 07진인2659·2660·2793 (병합) 결정 [폭행 등 부적절한 처우]	9·7 4
	아동들에 대해 폭언, 폭력, 체벌 등은 인권침해에 해당하고 나아가 일부 내용은 범죄행위에 해당하므로 피진정인을 검찰총장에게 고발 등을 한 사례	
12	2007. 1. 15.자 06진인943 결정 [학생간 폭행 방지]	194
	피해자가 6학년 학교생활 동안 수시로 학교폭력에 시달리고, 특히 가해학생들이 경찰에 고소되어 법원의 보호관찰 처분을 받은 학교폭력으로 인해 피해자가 병원 입원 및 4주 진단 등의 피해가 발생한 것은 피진정인 학교측 및 지도·감독기관인 관할교육청이 학교폭력에	

방업무의 주의의무를 소홀히 한 것으로 헌법 제10조를 침해하는 것으로 판단한 사례

13 2007. 2. 13.자 06진인495 결정 [운동선수 이적불허] 45

이적 동의서 발급후 12개월 동안 선수활동을 제한하고 있는 한국중고등학교농구연맹지도자 및 선수등록규정은 헌법 제10조 침해이므로 개정을 권고한 사례

14 2007. 9. 7.자 07진인898 결정 [야구선수 이적동의 불허]215

초등학교 야구선수의 타시도 진출시 향후 2년간 시합출전이 불가능하도록 피진정인인 ○○초등학교 교장이 야구선수 이적동의를 불허한 것은 헌법 제10조를 침해한 것으로 판단한 사례

15 2008. 2. 13. 자 06진인1254 결정 [고교투수 혹사]85

피진정인(대한야구협회장)에게 고등학교 야구 환경 및 여건을 볼 때 수많은 고등학교 야구투수들이 무리한 투구를 할 가능성이 상존하고 있고 고등학교 야구투수의 무리한 투구로 인한 혹사행위는 「헌법」 제12조(신체의 자유)의 ‘신체를 훼손당하지 않을 권리’를 침해할 소지가 충분하므로 협회가 이 문제에 관한 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한 사례

16 2008. 11. 26.자 08진인2598 결정 [전학 강요 등] 55

운동실력 부족 등을 이유로 운동선수의 전학을 강요하는 것은 헌법 제10조 침해에 해당하는 것으로 판단한 사례

17 2008. 2. 28.자 07진인1146 결정 [학교 안 학생의 표현의 자유]925

허가받지 않은 진단지를 교내에 배포하였다는 이유로 진술서를 요구하고 선도절차를 진행한 행위는 헌법 제21조 표현의 자유 침해에 해당하는 것으로 판단한 사례

18 2008. 9. 25.자 07진인4150 결정 [학생에 대한 집회 해산 등]45

학내 집회 해산, 집체교육 실시 및 진술서 징구 등의 행위가 인권침해에 해당하는 것으로 판단한 사례

19 2008. 9. 25.자 07진인4677 결정 [부당한 학교폭력 조사]65

폭행가해자를 찾기 위해 사진 제공을 부탁받은 즉시 촬영을 해야 할만한 긴박한 사정이 없었음에도 불구하고 피해자의 권리침해를 최소화하기 위한 어떤 조치도 취하지 않고 개별 동의 없이 즉시 학생을 임의로 촬영한 것은 헌법 제10조 초상권(촬영거부권)을 침해한 것으로 판단한 사례

20 2004. 8. 16.자 04진인1581 결정 [사증발급 불처분]05

국내에서 사실혼 관계에 있었고, 자녀까지 출산한 한국계 중국인에 대한 사증발급 불처분

은 헌법 제10조에 보장된 행복추구권을 침해한 것이라고 한 사례

21 2005. 2. 28.자 05진인03 결정 [사증인정서 미발급] 5

친척의 불법체류를 이유로 진정한 자녀의 사증인정신청서의 발급을 불허한 것은 아동 및 가정에 대한 국가의 보호 의무를 위반한 것이고, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단하여 사증발급인정서의 발급을 권고한 사례

22 2004. 12. 27.자 04진인37 결정 [성폭력수사과정] 95

- [1] 경찰관이 수사과정에서 피해자들의 신원과 사생활의 비밀 누설 및 피의사실을 공표한 것을 위법이라 판단하여 지방검찰청 검사장에게 수사를 의뢰한 사례
- [2] 경찰관이 수사과정에서 피해자보호조치를 소홀히 하는 것 등은 인권을 침해한 것이므로 경찰청장에게 관련자들의 징계 등을 권고한 사례
- [3] 성폭력사건 수사 관련규정과 국가인권위원회의 권고 내용을 숙지하지 못하고 있으므로 경찰청장에게 특단의 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한 사례

23 2004. 10. 11.자 04진인1589 결정 [수사권 남용] 85

장애인 청소년 피의자를 조사하면서 적절한 보호조치를 소홀히 한 사례

24 2005. 6. 21.자 04진인3707 결정 [적법절차위반 등] 65

- [1] 경찰관이 청소년 절도혐의자를 임의동행 형식으로 연행하면서 부모에게 연락하지 않고 수사를 계속한 것이 헌법 제12조 신체의 자유를 침해한 것인지 여부(적극)
- [2] 청소년에게 경찰관 정보원의 역할을 강요한 것이 신체의 자유 및 양심의 자유의 침해인지 여부(적극)

25 2005. 11. 28.자 05진인774 결정 [미성년 피의자 조사] 306

경찰조사 후 자살한 미성년자의 사건에서 미성년 피의자 조사에 관련하여 헌법 제10조, 제12조 등을 침해함을 이유로 권고한 사례

26 2008. 7. 3.자 08진인1739 결정 [집회의 자유 침해 등] 416

학교에서 수업중인 피해자를 미성년자인 피해자 부모의 동의나 사전에 최소한의 알림도 없이 불러내어 조사를 하고 피해자 부친 등의 개인정보를 취득하여 내부 정보보고서에 사용하는 행위는 「헌법」 제10조 및 제17조에 의하여 보장된 피해자의 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀의 자유를 침해하는 행위에 해당된다고 판단

27 2008. 2. 28.자 07진인4343 결정 [보호관찰대상자에 대한 과도한 지도·감독] 136

피진정인이 피해자를 보호 관찰함에 있어서 필요하지 아니한 부적절한 유형력을 행사한 것은 「헌법」 제10조가 보장하고 있는 피해자의 인격권을 침해하는 행위에 해당한다고 판단한 사례

㉘ 2008. 7. 17.자 08진인762 결정 [보호관찰대상자에 대한 장구 사용]436

구인장 및 긴급구인서를 발부받지 아니하고 보호관찰대상자 대하여 보안장구(수갑과 포승)를 사용하고, 조사과정에서도 수갑과 포승을 사용한 것은 헌법 제12조를 침해한 것으로 판단한 사례

㉙ 2005. 10. 10.자 05진인 2212 결정[가족만남의 집 이용신청 거부]836

부정기형을 선고받은 소년사범인 진정인이 ‘가족만남의 집’ 이용신청에 대해서 교도소 측이 장기를 기준으로 불허한 행위가 행복추구권의 침해인지 여부(적극)

3. 차별 결정례

㉑ 2002. 7. 31.자 01진차3 결정[크레파스색상의 피부색 차별]746

- [1] 한국산업규격(KS)상 살색 색명이 합리적인 이유 없이 「헌법」 제11조에 보장된 평등권을 침해할 소지가 있는지 여부(적극)
- [2] 국제화·세계화로 국가 및 인종간 교류가 활발한 현 상황에서 특정한 인종의 피부 색깔만을 살색으로 규정하는 것이 산업표준화법의 입법취지에 부합되는지 여부(소극)
- [3] 민간기업인이 특정 색깔의 제품에 살색이라는 표기를 부착한 것이 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 제1호 및 동법 제30조 제2항 제2호 소정의 인권침해행위 및 차별행위에 해당하는지 여부(소극)

㉒ 2002. 6. 18. 자 02진차22결정 [대학신입생모집과정상 나이차별행위]156

대학의 입학시험에서 동점자처리기준으로 연소자 우선원칙을 채택하여 연장자를 불합격처리한 것이 입학시험 지원자의 평등권을 침해한 것인지 여부(적극)

㉓ 2003. 5. 7.자 02진차70 결정 [초·중등교육법시행령 제21조 제3항 보호자 정의의 차별] 658

초·중등교육법시행령 제21조 제3항의 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 것은 헌법상 행복추구권과 평등권을 침해한 것으로 판단하여 그 관행의 개선을 권고한 사례

- [4]** 2003. 3. 31.자 02진차80, 130 (병합) 결정 [성적 지향에 의한 행복추구권 등 침해] 663
- [1] 동성애를 수간, 혼음, 근친상간, 가학·피학성음란증 등과 같이 사회통념상 허용되지 아니한 성관계라고 할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 동성애를 표현한 매체물을 청소년유해매체물로 지정하여 청소년들의 접근을 막는 「청소년보호법시행령」 [별표 1] 청소년유해매체물 심의기준(제7조 관련)은 헌법상 평등권 및 신체의 자유를 침해한 것이므로 규정 중 ‘동성애’를 삭제하도록 권고한 사례
- [5]** 2004. 2. 16.자 03진차27 결정 [기타사유에 의한 교육시설 이용차별]966
- [1] 대학입학전형에서 특수교육진흥법 제10조 제1항에 정한 장애종류 가운데 특정장애 종류에 대하여서만 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여한 것이 다른 장애를 가진 자에 대한 평등권 침해인지 여부(적극)
- [2] 위 [1]의 사실이 인정되므로 대학이 특수교육대상자를 특별전형함에 있어서 특정 장애 유형에 한정하여 지원자격을 부여하는 관행의 시정을 권고한 사례
- [6]** 2003. 9. 15.자 03진차127 결정 [비학생청소년 차별]876
- 공공시설 및 교통시설 이용요금의 할인에서 학생과 학생이 아닌 청소년을 구별하는 것이 평등권침해의 차별행위인지 여부(적극)
- [7]** 2006. 8. 29.자 04진차386 결정 [화교학교 학력 불인정 차별]186
- 화교학교를 다니는 화교학생들이 한국 학교로 전·입학을 하려면 반드시 검정고시를 치러야 하는 등, 화교학교의 학력을 인정받지 못하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)
- [8]** 2005. 8. 22.자 05진차37 결정 [소년보호처분 전력과 관련한 사생활 자유 침해] ...886
- 지방검찰청이 청원경찰 특별채용시험과 관련하여 소년보호처분 전력을 고등검찰청에 회보한 것이 법령을 위반하였는지 여부(적극) 및 사생활의 자유를 침해한 것인지 여부(적극)
- [9]** 2006. 10. 6.자 05진차100, 236, 534, 06진차29, 171 (병합) 결정 [대학교의 수시모집시 검정고시 출신자 차별] 66
- 대학입학전형 중 수시모집에서 검정고시 출신자에 대한 응시를 제한하는 것은 평등권침해의 차별행위임을 인정하고,
- [10]** 2005. 6. 27.자 05진차204·145·119(병합) 결정 [두발제한]717
- [1] 두발단속 시 규정을 어긴 고등학교 학생에 대하여 교사가 강제이발을 한 것이 학생들

의 인격권을 침해하는지 여부(적극)

[2] 중학교 여학생에 대하여 머리를 묶지 못하게 확일적으로 규정하고 있는 것이 교육목적상 필요최소한의 제한으로 볼 수 있는지 여부(소극)

[11] 2005. 9. 28.자 05진차250 결정 [부당한 퇴학처분] 87

고등학교 학생이 두발자유화를 위한 집단행동을 촉구하는 전단을 작성·배포하였다고 하여 학칙위반으로 퇴학 처분 시 해당 학생 또는 학부모의 의견진술 기회를 부여하지 않는 것이 헌법상 적법절차의 원칙을 위반한 것인지 여부(적극)

[12] 2005. 11. 7.자 05진차355 결정 [이혼여성공무원의 자녀학비보조수당 지급요건] ..437

이혼한 여성공무원이 자녀학비보조수당을 지급받으려면 자녀가 동일호적에 있거나 주민등록표상 세대를 같이 하여야 한다는 「공무원수당 등에 관한 규정」상의 조항이 이혼한 여성공무원을 부당하게 차별한 것인지 여부(적극)

[13] 2005. 9. 28.자 05진차517 결정 [교육기관의 성차별]247

초등학교에서 남학생에게 앞 번호를 부여하고 여학생에게 뒷 번호를 부여하는 것은 합리적 이유 없이 여학생의 평등권을 침해한 것인지 여부(적극)

[14] 2006. 5. 29.자 05진차523 결정 [성별을 이유로 한 기타 차별]547

초등학교들이 학생의 어머니들을 급식당번으로 배정한 후 불참 시 돈을 지불하게 하는 방법으로 저학년 급식제도를 운영하는 것이 차별에 해당하는지 여부(소극)

[15] 2006. 2. 27.자 05진차540 결정 [학력을 이유로 한 고용차별]67

여자축구선수가 고교 졸업 후 곧바로 실업여자축구팀으로 진출하는 것을 불허하는 「선수선발세칙」의 규정이 차별에 해당하는지 여부(적극)

[16] 2006. 7. 18.자 06직차6 결정 [성별 및 신체조건을 이유로 한 신입생 모집 시 차별] 759

국군간호사관학교장에게, 국군간호사관학교 생도 모집 시 입학자격을 여성으로 제한하고, 육군본부 간호장교 채용 조건보다 더 엄격한 키, 몸무게, 내만슬에 대한 제한조건을 적용하는 것이 평등권 침해인지 여부(적극)

[17] 2006. 5. 29.자 06진차37 결정 [성별 및 신체조건을 이유로 한 신입생 모집 시 차별] 762

○대학교총장에게, 신입생 모집 시 여학생 수를 제한하는 것이 평등권 침해인지 여부(적극)

- 18 2006. 12. 11.자 06진차96, 107(병합) 결정 [종교 차별]967
 검정고시를 평일이 아닌 일요일에 실시하는 것이 기독교인들을 차별하는 것인지 여부(소극)
- 19 2006. 12. 10.자 06진차411 결정 [장애를 이유로 한 교육시설의 이용 차별]477
 피진정인에게 ○○학교에 등하교하는 장애학생들의 교육학습권이 실효성있게 보장되도록 현재의 통학버스 운송시스템을 개선할 것을 권고
- 20 2007. 3. 28.자 06진차418 결정 [장애를 이유로 한 교육시설의 이용 차별]187
 【1】 피진정인 ○○고등학교장 및 △△고등학교장에게 특수학급을 설치하여 장애학생을 위한 통합교육 환경을 마련할 것을 권고
 【2】 피진정인 서울특별시교육감에게 통합교육 및 특수학급 설치에 대한 지도감독을 철저히 할 것을 권고
- 21 2006. 11. 28.자 06진차449 결정 [학급 회장 자격 제한 차별]197
 중학교 학급 회장의 자격을 학업 성적이 80점 이상인 자로 제한한 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)
- 22 2008. 5. 19.자 07진차459 결정 [성적우수자반 운영으로 인한 차별]597
 고등학교에서 특정과목의 학업성적을 기준으로 상시적으로 성적 우수자반을 편성하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)
- 23 2008. 5. 19. 07진차1031 결정 [인재숙 운영으로 인한 교육기회 차별]308
 공립기숙학원생을 특정과목의 학업성적을 선발하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)
- 24 2008. 1. 28.자 08진차13 결정 [성적을 기준으로 하는 정독실 운영]218
 정독실 입실자격을 성적우수자에게만 부여하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)
- 25 2008. 5. 2.자 08진차116·117(병합) 결정 [특수학급 설치 거부에 의한 차별]7·18
 특수학급설치를 거부하거나 연기하는 행위가 차별에 해당하는 것인지 여부(적극)
- 26 2008. 8. 25.자 08진차158 결정 [성적을 기준한 자율학습 전용실 운영]728
 자율학습전용실에 성적우수자만 입실하게 하는 것이 차별에 해당하는 것인지 여부(적극)
- 27 2008. 11. 10.자 08진차727 결정 [정확 이력을 이유로 한 교육기관 이용 차별] ...338
 정확 이력을 이유로 전입학을 불허하는 것이 차별에 해당하는 것인지 여부(적극)

제3장 헌법재판소 결정례 및 법원 판례

1. 헌법재판소

- [1] 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 91헌마69 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항에 대한 헌법소원 841
- [1] 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호가 교육의 전문성을 보장한 「헌법」 제31조 제4항에 위반되는지 여부
- [2] 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호의 평등권 침해 여부
- [3] 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호의 공무담임권 침해 여부
- [2] 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 91헌마204 「교육법시행령」 제71조 등에 대한 헌법소원 850
- 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하는 것이 「헌법」에 위반되는지 여부(소극)
- [3] 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 제5조에 대한 헌법소원 880
- [1] 명령·규칙의 헌법소원의 대상성
- [2] 법령에 대한 헌법소원 청구기간
- [3] 헌법소원심판에 있어서 헌법재판소의 판단의 범위
- [4] 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 제5조가 직업선택의 자유와 평등권을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈한 것이어서 위헌인지 여부(적극)
- [4] 헌법재판소 전원재판부 1995. 4. 20. 92헌마264,279(병합)[기각]부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인, 강남구담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인 875
- [1] 조례가 헌법소원의 대상이 될 수 있는지 여부
- [2] 주민의 권리 의무에 관한 조례제정권에 대한 법률의 위임 정도
- [3] 담배자동판매기의 설치제한 및 철거를 규정한 조례가 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
- [4] 기존의 담배자동판매기를 조례 시행일로부터 3개월 이내에 철거 하도록 한 조례의 부칙규정이 소급입법에 의한 재산권박탈에 해당하는지 여부(소극)

- [5] 헌법재판소 전원재판부 1994. 2. 24. 93헌마192 「교육법」 제96조 제1항 위헌확인 ·688
- [1] 교육을 받을 권리의 「헌법」상 의의와 기능
 - [2] 의무교육 취학연령을 획일적으로 규정한 것이 「헌법」에 위반되는지 여부(소극)
- [6] 헌법재판소, 1996. 2. 29. 선고, 94헌마13 전원재판부, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제3조 제5호 등 위헌확인 82
- [1] 법령에 대한 헌법소원심판청구가 직접성의 요건을 결여하여 부적법하다고 본 사례
 - [2] 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제3조 제5호가 위임입법의 한계 및 형법정주의에 어긋나 「헌법」에 위반되는지 여부(소극)
 - [3] 위 범조항 및 위 법률시행령 제5조 제6호(1994.7.23. 대통령령 제13336호로 개정되기 전의 것)에서 노래연습장에 18세미만자의 출입을 금지하는 것이 「헌법」에 위반되는지 여부(소극)
- [7] 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 94헌마213 전원재판부, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제2조 제6호 등 위헌확인 906
- [1] 법률에 대한 헌법소원에서 기본권침해의 직접성과 집행행위로서의 입법행위
 - [2] 죄형법정주의와 위임입법의 한계
 - [3] 위임입법과 재위임의 한계
 - [4] 정책수단의 결정과 입법형성의 자유
- [8] 헌법재판소 1998. 10. 15. 선고 96헌바77 경기도립학교설치조례중개정조례 제2조 등 위헌소원 923
- [1] 지방자치단체의 조례가 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 대상이 될 수 있는지 여부(소극)
 - [2] 정의규정 내지 선언규정에 대한 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 헌법소원이 기본권침해의 직접성 요건을 충족하는지 여부(소극)
- [9] 헌법재판소 2000. 8. 31. 선고 97헌가12 「국적법」 제2조 제1항 제1호 위헌제청 ·339
- [1] 심판계속 중 제청대상 법률조항이 개정되어 재판의 존재성이 상실되었다고 본 사례
 - [2] 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구 「국적법」(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 제2조 제1항 제1호(이하 “구법조항”이라 한다)가 「헌법」상 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
 - [3] 「구법」상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자

너 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정인 신 「국적법」(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 국적법을 전문개정된 것. 이하 “신법”이라 한다) 부칙 제7조 제1항(이하 “부칙조항”이라 한다)의 헌법불합치 및 잠정적용명령

10 헌법재판소 1999. 3.25. 선고 97헌마130 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2 제2항 위헌확인 951

- [1] 국·공립학교와는 달리 사립학교의 경우에 학교운영위원회의 설치를 임의적인 사항으로 규정하고 있는 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2 제2항이 학부모의 교육참여권을 침해하여 위헌인지 여부(소극)
- [2] 위 조항이 평등권을 침해한 것인지 여부(소극)

11 헌법재판소 1998. 5.28. 선고 97헌마282, 재외국민보호의무불이행 위헌확인469

독일정부의 우리나라 국민에 대한 ‘미성년자 보호 관련 관헌의 관할권 및 준거법에 관한 협약’의 적용을 피하기 위하여 우리나라 정부가 위 협약에 가입, 수정가입, 일부가입 또는 독일과의 별도조약을 체결하지 아니한 것이 헌법소원의 대상이 되는지 여부(소극)

12 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 97헌마333 「공무원연금법」 제3조 제2항 위헌확인 ..969

- [1] 「공무원연금법」상 연금수급권의 법률적 성격
- [2] 18세 이상인 자로서 폐질상태에 있지 않은 자를 유족인 자녀의 범위에서 제외하고 있는 「공무원연금법」 제3조 제2항이 사회보장수급권, 재산권, 평등권을 침해하는지 여부(소극)

13 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제3조 등 위헌 확인 19

- [1] 부모의 자녀교육권
- [2] 교육에 대한 국가의 책임
- [3] 부모의 자녀교육권과 국가의 교육책임과의 관계
- [4] 법 제3조에 의하여 제한되는 기본권
- [5] 기본권 제한의 한계로서의 비례의 원칙
- [6] 입법목적의 정당성과 수단의 적합성
- [7] 수단의 최소침해성
- [8] 법익의 균형성

- 14** 헌법재판소 2002. 2. 28. 선고 99헌가8 「미성년자보호법」 제2조의2 제1호 등
위헌제청 1031
- [1] 죄형법정주의와 명확성의 원칙
- [2] 미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화(이하 “불량만화”라 한다)의 반포 등 행위를 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하는 이 사건 「미성년자보호법」 조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
- [3] 아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물의 제작 등 행위를 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하는 이 사건 아동보호법 조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
- 15** 헌법재판소 1999. 4. 27. 선고 99헌아5, 재외국민보호의무불이행 위헌확인(각하) ·2401
- 16** 헌재 2001. 4. 26, 선고 2000헌가4, 전원재판부 「교육기본법」 제8조 제1항 단서
위헌제청 1045
- 당해사건에 적용된 구법조항이 아니라 동일한 내용의 신법조항에 대하여 위헌여부심판을 제정한 것이 부적법하다고 본 사례
- 17** 헌법재판소 2001. 6. 28, 선고, 전원재판부 2000헌마111, 「공직선거 및 선거부정방지법」 제15조 제1항 위헌확인 1066
- [1] 제16대 국회의원 선거일인 2000. 4. 13. 기준으로 20세 미만인 청구인들이, 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 「공직선거 및 선거부정방지법」(이하 “공선법”이라 한다) 제15조 제1항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)에 의하여 선거권을 행사하지 못하게 되자 위 법 조항이 평등의 원칙 등에 위반된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판에 있어서, 이미 위 선거가 종료되었다는 이유로 기본권의 침해도 종료되었다고 보아 권리보호의 이익이 없다고 할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 「공선법」 제15조 제1항이 평등권이나 보통·평등선거의 원칙에 반하는지 여부(소극)
- 18** 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2000헌마278 「초·중등교육법」 제31조 등
위헌확인 1066
- [1] 학교운영위원회 입법의 허용범위
- [2] 사립학교에도 학교운영위원회를 의무적으로 설치하도록 한 「초·중등교육법」 제31조 등이 사학 설립자 및 재단의 재산권을 침해한 것인지 여부(소극)

[3] 위 법률조항이 헌법상 보장된 교육의 자주성, 전문성을 침해하는지 여부(소극)

19 헌법재판소 2002. 3. 28. 선고 2000헌마283-778(병합) 전원재판부 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항 위헌확인 109

[1] 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 구성하도록 규정하고 있는 법률조항이 선거권을 침해하는지 여부(소극)

[2] 위 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

[3] 위 법률조항이 교육의 자주성을 침해하는지 여부(소극)

20 헌법재판소 2002. 6.27. 선고 2000헌마645 불기소처분취소 8

아동에 대한 성폭력 사건에서 검사의 혐의없음 불기소처분으로 인한 기본권침해가 인정되어 이를 취소한 사례

21 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌가27 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제3호 등 위헌제청 1100

[1] 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것. 이하 ‘이 사건 법률’이라 한다.) 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 당해 형사사건의 공소사실에 적용될 수 없음에도 재판의 전제성을 긍정한 사례

[2] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 각 법 조항에서 정한 ‘청소년이용음란물’의 해석과 관련하여 죄형법정주의에 위반하는지 여부(소극)

[3] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

[4] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 그 처벌의 정도가 지나치게 가혹하여 신체의 자유나 행복추구권을 침해하거나 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

22 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2001헌마546 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서 위헌확인 8

전몰군경 또는 순직군경의 자녀에게 6·25전몰군경자녀수당(이하 ‘이 사건 수당’이라 한다)을 지급함에 있어 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경 또는 순직군경의 자녀를 제외하고 있는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서가 평등권을 침해하는지 여부(소극)

23 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2001헌마894 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조 등 위헌확인 118

[1] ‘청소년유해매체물의 표시방법’에 관한 정보통신부고시가 헌법소원의 대상이 된다고

본 사례

- [2] 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자 중 청소년보호법상의 청소년유해매체물 제공자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 청소년유해매체물임을 표시하도록 한 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조가 포괄위임입법금지 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는 여부(소극)
- [3] 동법시행령 제21조 제2항이 인터넷을 이용하여 정보를 제공하는 자의 경우 기호·부호·문자 또는 숫자를 사용하여 청소년유해매체물임을 나타낼 수 있는 전자적 표시도 함께 하도록 규정한 것이 동법 제42조의 위임범위 내인지 여부
- [4] 정보통신부장관이 정보유형 등을 고려하여 위 전자적 표시의 구체적 방법을 정하여 관보에 고시하도록 한 동법시행령 제21조 제3항이 재위임의 허용범위 내인지 여부
- [5] 인터넷상의 청소년유해매체물 정보의 경우 18세 이용금지 표시 외에 추가로 '전자적 표시'를 하도록 하여 차단소프트웨어 설치시 동 정보를 볼 수 없게 한 동법시행령 제21조 제2항 및 '청소년유해매체물의 표시방법'에 관한 정보통신부고시가 표현의 자유를 침해하는 여부(소극)
- [6] 위 조항들이 동성애에 관한 양심의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

24 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청 116

- [1] 청소년 성매수자에 대한 신상공개를 규정한 「청소년의 성보호에 관한 법률」(이하, '법'이라고만 한다) 제20조 제2항 제1호가
 - (1) 이중처벌금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
 - (2) 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
 - (3) 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
 - (4) 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)
 - (5) 적법절차원칙에 위반되는지 여부(소극)
- [2] 신상공개 시기가 기간·절차 등에 관한 사항을 대통령령에 위임한 법 제20조 제5항이 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

25 헌법재판소 2003. 9. 25. 선고 2002헌마533 「형법」 제9조 위헌확인 등 116

14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있는 「형법」 제9조가 청구인의 재판절차진술권 및 평등권을 침해하여 위헌인지 여부(소극)

☞ 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1 「학교보건법」 제6조 제1항 제2호 위헌제청, 「학교보건법」 제19조 등 위헌제청 16

- [1] 「학교보건법」상 학교 및 극장의 의미
- [2] 학교 정화구역 내에서의 극장시설 및 영업을 금지하고 있는 「학교보건법」 제6조 제1항 본문 제2호 중 '극장'부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 중 대학의 정화구역에서도 극장영업을 일반적으로 금지하고 있는 부분이 직업의 자유를 과도하게 침해하여 위헌인지 여부(적극)
- [3] 유치원 및 초·중·고등학교의 정화구역 중 극장영업을 절대적으로 금지하고 있는 절대금지구역 부분이 극장 영업을 하고자 하는 자의 직업의 자유를 과도하게 침해하여 위헌인지 여부(적극)
- [4] 학교정화구역내의 극장 시설 및 영업을 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 정화구역내에서 극장영업을 하고자 하는 자의 표현의 자유 내지 예술의 자유를 침해하는지 여부(적극)
- [5] 학교정화구역내의 극장 시설 및 영업을 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 학생들의 행복추구권을 침해하는지 여부(적극)
- [6] 법률조항의 일부분에 대하여는 단순위헌결정을 하면서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 부분에 대하여는 헌법불합치결정을 한 사례

☞ 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가56(병합) 전원재판부, 「민법」 제781조 제1항 위헌제청 1246

- [1] 「민법」 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분이 「헌법」에 위반되는지 여부(적극)
- [2] 심판대상 법률조항에 대해 헌법불합치를 선고하면서 그 법률조항의 잠정적용을 명하였으나 헌법불합치 주문에 대한 이유에 있어 재판관들의 의견이 상이한 사례

☞ 헌법재판소 2003. 7. 24. 2003헌마90 전원재판부 불기소처분취소 8
학생의 안전사고에 대한 교사의 책임 사례

☞ 헌법재판소 2006. 2. 23. 2003헌바38-61(병합) 전원재판부 「민법」 제999조 제2항 위헌소원 1280

상속회복청구권에 대하여 단기의 제척기간을 규정하고 있는 「민법」 제999조 제2항을 적용함에 있어 공동상속인을 참칭상속인의 범위에 포함시키는 것이 진정상속인(특히 미성년자)의 재산권 및 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

- 30 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2003헌바39 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제12조 제2항 위헌소원 128
- [1] 재판의 전제성 여부에 관한 법원의 법률적 견해를 존중하여 재판의 전제성을 인정한 사례
 - [2] 국가유공자의 자녀의 경우 유족연금지급 대상 자격을 "미성년인 자녀와 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 성년인 자녀"에 한정하고 있는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제12조 제2항 제1문(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다)이 평등원칙에 반하는지 여부(소극)
 - [3] 이 사건 법률조항이 성년자인 유족의 교육을 받을 권리, 혼인하여 가족을 구성할 권리, 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)
- 31 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌라3 서울특별시와 정부간의 권한쟁의 301
- [1] 정부의 법률안 제출행위가 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는 처분에 해당하는지 여부(소극)
 - [2] 의무교육 경비의 중앙정부 부담원칙이 「헌법」상 도출되는지 여부(소극)
 - [3] 교육재정제도에 관한 「헌법」의 위임과 입법형성권
 - [4] 의무교육 경비를 교부금과 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금으로 충당토록 규정한 지방교육재정교부금법 제11조 제1항 등이 교육재정제도에 관한 「헌법」의 위임 취지에 명백히 반하여 위헌인지 여부(소극)
 - [5] 권한쟁의심판에서 처분의 위헌·위법성 판단과 권한침해 판단의 관계
- 32 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌마408 「주민등록법」 제8조 등 위헌확인 ... 2
- 주민등록 말소로 인한 취학 곤란 사례
- 33 헌법재판소 2006. 7.27. 선고 2005헌마1189 기소유예처분취소 31
- 교사의 학생 체벌에 대한 기소유예처분이 정당하다고 판단한 사례

2. 대법원

- 1 대법원 1993. 2.12. 선고 92다13646 손해배상(기) 38
- [1] 학교에서 일어난 사고에 대한 학교의 교장이나 교사의 보호감독의무위반의 책임범위
 - [2] 고등학교 2학년 학생이 점심시간에 장난으로 급우가 앉아 있던 의자를 걸어서 급우로 하여금 뒷머리부분을 교실벽에 부딪쳐 상해를 입게 한 사고에 대하여 교장이나 담임 교사 등에게 보호감독의무위반의 책임을 물을 수 없다고 한 사례

- [2] 대법원 1994. 8.23. 선고 93다60588 구상금 132
- [1] 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 손해배상책임 요건
 - [2] 학교에서 일어난 사고에 대한 교장이나 교사의 보호감독의무위반의 책임범위
- [3] 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누7994 폐교처분취소 5
- [1] 공립초등학교의 설치·폐지에 관한 권한의 소재(지방의회) 및 그 방법(조례)과 효력발생 시기(공포)
 - [2] 학교폐지 조례 공포 후 교육감이 한 분교장의 폐쇄, 직원의 인사이동, 급식학교의 변경 등 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)
 - [3] 경기도의회가 초등학교 두밀분교를 폐교하기로 한 조례가 재량권의 범위를 일탈하거나 교육을 받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없다고 한 원심판결을 수긍한 사례
 - [4] 「도서·벽지교육진흥법」의 입법취지 및 그 법률에 의하여 도시벽지학교로 지정된 학교는 지방의회가 폐지할 수 없게 되는지 여부(소극)
- [4] 대법원 1996. 6. 3. 선고 96모32 항소기각결정에 대한 재항고 6
- [1] 형사소송절차에 있어서 보충송달에 관한 「민사소송법」 제172조 제1항의 준용 여부 및 보충송달 수령자의 수송달능력
 - [2] 10세 남짓된 아동에 대한 소송기록접수통지서 송달이 적법하다고 본 사례
- [5] 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다17374 손해배상(기) 332
- [1] 교도소 내 질서유지를 위한 계구 사용의 요건과 한계
 - [2] 교도관이 소년인 미결수용자에 대하여 27시간 동안 수감과 포승의 계구를 사용하여 독거실에 격리수용하였는데 위 미결수용자가 포승을 이용하여 자살한 경우, 위 계구 사용은 위법한 조치에 해당한다는 이유로 국가배상책임을 인정한 사례
- [6] 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다68306 손해배상(기) 8
- [1] 타인의 명예훼손행위에 있어서 위법성 조각사유
 - [2] 신문보도에 의한 명예훼손에 있어서 그 신문보도 내용이 진실하지 않고 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 없다고 본 사례
 - [3] 명예훼손에 의한 불법행위가 성립하기 위한 요건으로서의 피해자의 특정 정도
- [7] 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004다62597 가처분이의 13
- [1] 「민사소송법」 제424조 제1항 제6호에 규정된 절대적 상고이유인 ‘판결에 이유를 명시하지 아니한 경우’의 의미 및 관계 법률이 위헌이라는 당사자의 주장에 대하여 법원이 판결이유에서 이를 반드시 명시적으로 판단하여야 하는지 여부(소극)

- [2] 가치분이의절차에 있어서 심리의 대상(=가치분신청의 당부) 및 그 당부 판단의 기준 시점(=변론종결시)
- [3] 대세적 권리의 침해행위에 대한 부작위청구권의 요건과 그 부작위명령의 대상
- [4] 학교를 설립·운영하는 법인과 그 교장은 자신들의 인격권을 침해하는 위법한 표현행위 등에 대하여 부작위청구권을 행사하는 권리주체가 될 수 있으며, 나아가 학교에 대한 운영주체로서 그 시설관리권 등에 근거하여 면학분위기를 해치는 위법행위에 대한 방해예방청구 등 부작위청구권을 행사할 수 있다고 한 사례
- [5] 언론·출판·집회·결사의 자유의 보장과 그 한계에 관한 「헌법」 제21조 제1항과 제4항의 규정 취지 및 언론·출판·집회·결사의 자유가 「헌법」 제37조 제2항에 근거한 법률적 제한을 받을 수 있는지 여부(적극)
- [6] 쟁의행위가 정당행위로서 「헌법」상 특별한 보호를 받기 위한 요건과 그 요건이 충족되지 아니한 경우의 규율 기준
- [7] 교원의 지위에 관한 규정인 「헌법」 제31조 제6항과 근로기본권에 관한 규정인 「헌법」 제33조 제1항의 관계 및 교원의 근로기본권에 관하여 보통의 근로자들과 달리 특별한 규율을 하는 것이 허용되는지 여부(적극)
- [8] 교원들이 전국교직원노동조합 활동을 한다는 명목으로 집단행동의 일종인 시위를 하는 것은 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제8조에 위배되는 것이고, 법원이 헌법적 특별규정에 근거한 위 법률 제8조를 문면 그대로 적용한다고 하여도 위헌적 상황이 발생한다고 보기 어렵다고 한 사례
- [9] 전국교직원노동조합 소속 교원들이 ‘죽벌재단 퇴진’ 등과 같은 내용의 리본, 배지, 조끼를 패용·착용한 행위를 금지하는 것은 근로자나 노동조합의 적법한 단결권행사에 어떠한 제한을 부과하는 것이 아니라고 한 사례
- [10] 학교의 시설물로 범위를 한정하여 이를 학교장의 승인 없이 전국교직원노동조합 활동을 위한 장소로 사용하는 행위를 금지한 원심의 판단을 수긍할 수 있다고 한 사례
- [11] 학생들의 교육에 직접적 영향을 미치는 수업시간이라는 시간적, 장소적으로 한정된 영역을 특정하여 학교운영자들의 인격권을 침해하는 전국교직원노동조합 소속 교사들의 일정한 행위를 금지한 원심의 판단을 수긍할 수 있다고 한 사례
- [12] 개별 당사자 간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리·결정하는 가치분 결정에 따른 사전금지가 「헌법」 제21조 제2항에서 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부(소극)

8] 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다24318 손해배상(기) 8

- [1] 초등학교 내에서 발생한 폭행 등 집단 괴롭힘과 피해학생의 자살 사이에 상당인과관계를 인정한 사례
- [2] 책임능력 없는 미성년자의 법정감독의무자와 이에 대신하여 보호·감독의무를 부담하는

교사 등이 각각 부담하는 보호·감독책임의 범위 및 양자의 관계

[3] 교장 또는 교사의 학생에 대한 보호·감독의무의 범위 및 손해배상책임의 인정 기준

[4] 학교폭력 가해학생들의 부모의 과실과 담임교사, 교장의 과실이 경합하여 피해학생의 자살 사건이 발생하였다는 이유로, 부모들과 지방자치단체에게 공동불법행위자로서의 손해배상책임을 인정한 사례

9 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다25298 손해배상(기) 9

[1] 학생의 학습권이 교원의 수업권보다 우월한 지위에 있는지 여부(적극) 및 교원이 수업을 거부할 자유가 인정될 수 있는지 여부(소극)

[2] 교원의 수업거부행위의 위법성이 목적의 정당성이나 학생자치단체의 수업거부 결의라는 사유로 조각되는지 여부(소극)

[3] 학원비리 척결을 이유로 한 전국교직원노동조합 소속 교사의 수업거부 및 수업방해행위로 인하여 학생들의 학습권과 학부모의 교육권이 침해되었다고 보아 위 교사들의 손해배상책임을 인정한 사례

10 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 지방의회조례안재의결무효확인청구 11

[1] 지방자치단체가 세 자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안을 제정함에 있어서 법률의 개별적 위임이 필요한지 여부(소극)

[2] 조례로 정하고자 하는 특정사항에 관하여 이미 법령이 존재하는 경우, 조례의 적법 요건

[3] 군민의 출산을 적극 장려하기 위하여 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 내용의 ‘정선군세자녀이상세대양육비등지원에관한조례안’이 법령에 위반되지 않는다고 한 사례

11 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두3661 난민인정불허결정처분취소(기각) 8041

■ 참고 : 아동 관련 법률 11

제 1 장

아동 관련 협약 및 권고사항

1

아동권리협약 및 선택의정서

아동의 권리에 관한 협약

이 협약의 당사국은, 국제연합 헌장에 선언된 원칙에 따라, 인류사회의 모든 구성원의 고유의 존엄성 및 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유·정의 및 평화의 기초가 됨을 고려하고,

국제연합체제하의 모든 국민들은 기본적인 인권과 인간의 존엄성 및 가치에 대한 신념을 헌장에서 재확인하였고, 확대된 자유 속에서 사회진보와 생활수준의 향상을 촉진하기로 결의하였음에 유념하며,

국제연합이 세계인권선언과 국제인권규약에서 모든 사람은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등 어떠한 종류 구분에 의한 차별 없이 동 선언 및 규약에 규정된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있음을 선언하고 동의하였음을 인정하고,

국제연합이 세계인권선언에서 아동기에는 특별한 보호와 원조를 받을 권리가 있다고 선언하였음을 상기하며, 사회의 기초집단이며 모든 구성원 특히 아동의 성장과 복지를 위한 자연적 환경으로서 가족에게는 공동체 안에서 그 책임을 충분히 감당할 수 있도록 필요한 보호와 원조가 부여되어야 함을 확신하며,

아동은 완전하고 조화로운 인격 발달을 위하여 가족적 환경과 행복, 사랑 및 이해의 분위기 속에서 성장하여야 함을 인정하고,

아동은 사회에서 한 개인으로서의 삶을 영위할 수 있도록 충분히 준비되어야 하며, 국제연합 헌장에 선언된 이상의 정신과 특히 평화·존엄·관용·자유·평등·연대의 정신 속에서 양육되어야 함을 고려하고,

아동에게 특별한 보호를 제공하여야 할 필요성은 1924년 아동권리에 관한 제네바선언과 1959년 11월 20일 총회에 의하여 채택된 아동권리선언에 명시되어 있으며, 세계인권선언, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(특히 제23조 및 제24조), 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(특히 제10조) 및 아동의 복지와 관련된 전문기구와 국제기구의 규정 및 관련문서에서 인정되었음을 유념하고,

아동권리선언에 나타나 있는 바와 같이, "아동은 신체적·정신적 미성숙으로 인하여 출생전후를 막론하고 적절한 법적 보호를 포함한 특별한 보호와 배려를 필요로 한다"는 점에 유념하고, "국내적 또는 국제적 양육위탁과 입양을 별도로

규정하는 아동의 보호와 복지에 관한 사회적 및 법적 원칙에 관한 선언"의 제규정, "소년법 운영을 위한 국제연합 최소 표준규칙"(베이징 규칙) 및 "비상시 및 무력충돌시 부녀자와 아동의 보호에 관한 선언"을 상기하고,

세계 모든 국가에 예외적으로 어려운 여건하에 생활하고 있는 아동들이 있으며, 이 아동들은 특별한 배려를 필요로 함을 인정하고,

아동의 보호와 조화로운 발전을 위하여 각 민족의 전통과 문화적 가치의 중요성을 충분히 고려하고,

모든 국가, 특히 개발도상국가 아동의 생활여건을 향상시키기 위한 국제 협력의 중요성을 인정하면서, 다음과 같이 합의하였다.

제 1 부

제1조 이 협약의 목적상, "아동"이라 함은 아동에게 적용되는 법에 의하여 보다 조기에 성인 연령에 달하지 아니하는 한 18세 미만의 모든 사람을 말한다.

제2조 1. 당사국은 자국의 관할권 안에서 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고, 각 아동에게 보장하여야 한다.

2. 당사국은 아동이 그의 부모나 후견인 또는 가족 구성원의 신분, 활동, 표명된 의견 또는 신념을 이유로 하는 모든 형태의 차별이나 처벌로부터 보호되도록 보장하는 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

제3조 1. 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.

2. 당사국은 아동의 부모, 후견인, 기타 아동에 대하여 법적 책임이 있는 자의 권리와 의무를 고려하여, 아동복지에 필요한 보호와 배려를 아동에게 보장하고, 이를 위하여 모든 적절한 입법적·행정적 조치를 취하여야 한다.

3. 당사국은 아동에 대한 배려와 보호에 책임 있는 기관, 편의 및 시설이 관계당국이 설정한 기준, 특히 안전과 위생 분야 그리고 직원의 수 및 적격성은 물론 충분한 감독면에서 기준에 따를 것을 보장하여야 한다.

제4조 당사국은 이 협약에서 인정된 권리를 실현하기 위하여 모든 적절한 입법적·행정적 및 여타의 조치를 취하여야 한다. 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관하여 당사국은 가용자원의 최대한도까지 그리고 필요한 경우에는 국제협력의 테두리 안에서 이러한 조치를 취하여야 한다.

제5조 아동이 이 협약에서 인정된 권리를 행사함에 있어서 당사국은 부모 또는 적용가능한 경우 현지 관습에 의하여 인정되는 확대가족이나 공동체의 구성원, 후견인 기타 아동에 대한 법적 책임자들이 아동의 능력발달에 상응하는 방법으로 적절한 감독과 지도를 행할 책임과 권리 및 의무를 가지고 있음을 존중하여야 한다.

제6조 1. 당사국은 모든 아동이 생명에 관한 고유의 권리를 가지고 있음을 인정한다.
2. 당사국은 가능한 한 최대한도로 아동의 생존과 발전을 보장하여야 한다.

제7조 1. 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적취득권을 가지며, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다.
2. 당사국은 이 분야의 국내법 및 관련 국제문서상의 의무에 따라 이러한 권리가 실행되도록 보장하여야 하며, 권리가 실행되지 아니하여 아동이 무국적으로 되는 경우에는 특히 그러하다.

제8조 1. 당사국은 위법한 간섭을 받지 아니하고, 국적, 성명 및 가족관계를 포함하여 법률에 의하여 인정된 신분을 보존할 수 있는 아동의 권리를 존중한다.
2. 아동이 그의 신분요소 중 일부 또는 전부를 불법적으로 박탈당한 경우, 당사국은 그의 신분을 신속하게 회복하기 위하여 적절한 원조와

보호를 제공하여야 한다.

- 제9조** 1. 당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용 가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다. 위의 결정은 부모에 의한 아동 학대 또는 유기의 경우나 부모의 별거로 인하여 아동의 거소에 관한 결정이 내려져야 하는 등 특별한 경우에 필요할 수 있다.
2. 제1항의 규정에 의한 어떠한 절차에서도 모든 이해당사자는 그 절차에 참가하여 자신의 견해를 표시할 기회가 부여되어야 한다.
3. 당사국은 아동의 최선의 이익에 반하는 경우 외에는, 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리된 아동이 정기적으로 부모와 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다.
4. 그러한 분리가 부모의 일방이나 쌍방 또는 아동의 감금, 투옥, 망명, 강제퇴거 또는 사망(국가가 억류하고 있는 동안 어떠한 원인에 기인한 사망을 포함한다) 등과 같이 당사국에 의하여 취하여진 어떠한 조치의 결과인 경우에는, 당사국은 그 정보의 제공이 아동의 복지에 해롭지 아니하는 한, 요청이 있는 경우, 부모, 아동 또는 적절한 경우 다른 가족구성원에게 부재 중인 가족구성원의 소재에 관한 필수적인 정보를 제공하여야 한다. 또한 당사국은 그러한 요청의 제출이 그 자체로 관계인에게 불리한 결과를 초래하지 아니하도록 보장하여야 한다.

- 제10조** 1. 제9조 제1항에 규정된 당사국의 의무에 따라서, 가족의 재결합을 위하여 아동 또는 그 부모가 당사국에 입국하거나 출국하기 위한 신청은 당사국에 의하여 긍정적이며 인도적인 방법으로 그리고 신속하게 취급되어야 한다. 또한 당사국은 이러한 요청의 제출이 신청자와 그의 가족 구성원들에게 불리한 결과를 수반하지 아니하도록 보장하여야 한다.
2. 부모가 타국에 거주하는 아동은 예외적 상황 외에는 정기적으로 부모와 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가진다. 이

러한 목적에 비추어 그리고 제9조 제2항에 규정된 당사국의 의무에 따라서, 당사국은 아동과 그의 부모가 본국을 포함하여 어떠한 국가로부터 출국할 수 있고 또한 본국으로 입국할 수 있는 권리를 존중하여야 한다. 어떠한 국가로부터 출국할 수 있는 권리는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 공공질서, 공중보건이나 도덕 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 필요하며 이 협약에서 인정된 그 밖의 권리에 부합되는 제한에 의하여만 구속된다.

제11조 1. 당사국은 아동의 불법 해외이송 및 미귀환을 퇴치하기 위한 조치를 취하여야 한다.

2. 이 목적을 위하여 당사국은 양자 또는 다자협정의 체결이나 기존 협정에의 가입을 촉진하여야 한다.

제12조 1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 상당한 비중이 부여되어야 한다.

2. 이러한 목적을 위하여, 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다.

제13조 1. 아동은 표현에 대한 자유권을 가진다. 이 권리는 구두, 필기 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 아동이 선택하는 기타의 매체를 통하여 모든 종류의 정보와 사상을 국경에 관계없이 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

2. 이 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만 이 제한은 오직 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 것이어야 한다.

(a) 타인의 권리 또는 신망의 존중

(b) 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호

제14조 1. 당사국은 아동의 사상·양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 존중하여야 한다.

2. 당사국은 아동이 권리를 행사함에 있어 부모 및 경우에 따라서는, 후견인이 아동의 능력발달에 부합하는 방식으로 그를 감독할 수 있는 권리와 의무를 존중하여야 한다.

3. 종교와 신념을 표현하는 자유는 오직 법률에 의하여 규정되고 공공의 안전, 질서, 보건이나 도덕 또는 타인의 기본권적 권리와 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한될 수 있다.

제15조 1. 당사국은 아동의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유에 대한 권리를 인정한다.

2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

제16조 1. 어떠한 아동도 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적이거나 위법적인 간섭을 받지 아니하며 또한 명예나 신상에 대한 위법적인 공격을 받지 아니한다.

2. 아동은 이러한 간섭 또는 비난으로부터 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

제17조 당사국은 대중매체가 수행하는 중요한 기능을 인정하며, 아동이 다양한 국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료, 특히 아동의 사회적·정신적·도덕적 복지와 신체적·정신적 건강의 향상을 목적으로 하는 정보와 자료에 대한 접근권을 가짐을 보장하여야 한다. 이 목적을 위하여 당사국은,

(a) 대중매체가 아동에게 사회적·문화적으로 유익하고 제29조의 정신에 부합되는 정보와 자료를 보급하도록 장려하여야 한다.

(b) 다양한 문화적·국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료

를 제작·교환 및 보급하는 데 있어서의 국제협력을 장려하여야 한다.

(c) 아동도서와 아동잡지의 제작과 보급을 장려하여야 한다.

(d) 대중매체로 하여금 소수집단에 속하거나 원주민인 아동의 언어상의 곤란에 특별한 관심을 기울이도록 장려하여야 한다.

(e) 제13조와 제18조의 규정을 유념하며 아동 복지에 해로운 정보와 자료로부터 아동을 보호하기 위한 적절한 지침의 개발을 장려하여야 한다.

- 제18조** 1. 당사국은 부모 쌍방이 아동의 양육과 발전에 공동책임을 진다는 원칙이 인정받을 수 있도록 최선의 노력을 기울여야 한다. 부모 또는 경우에 따라서 후견인은 아동의 양육과 발달에 일차적 책임을 진다. 아동의 최선의 이익이 그들의 기본적 관심이 된다.
2. 이 협약에 규정된 권리를 보장하고 촉진시키기 위하여, 당사국은 아동의 양육책임 이행에 있어서 부모와 후견인에게 적절한 지원을 제공하여야 하며, 아동 보호를 위한 기관·시설 및 편의의 개발을 보장하여야 한다.
3. 당사국은 취업부모의 아동들이 이용할 자격이 있는 아동보호를 위한 편의 및 시설로부터 이익을 향유할 수 있는 권리가 있음을 보장하기 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

- 제19조** 1. 당사국은 아동이 부모·후견인 기타 아동양육자의 양육을 받고 있는 동안 모든 형태의 신체적·정신적 폭력, 상해나 학대, 유기나 유기적 대우, 성적 학대를 포함한 혹사나 착취로부터 아동을 보호하기 위하여 모든 적절한 입법적·행정적·사회적 및 교육적 조치를 취하여야 한다.
2. 이러한 보호조치는 아동 및 아동양육자에게 필요한 지원을 제공하기 위한 사회계획의 수립은 물론, 제1항에 규정된 바와 같은 아동학대 사례를 다른 형태로 방지하거나 확인·보고·조회·조사·처리 및 추적하고 또한 적절한 경우에는 사법적 개입을 가능하게 하는 효과

적 절차를 적절히 포함하여야 한다.

- 제20조** 1. 일시적 또는 항구적으로 가정환경을 박탈당하거나 가정환경에 있는 것이 스스로의 최선의 이익을 위하여 허용될 수 없는 아동은 국가로부터 특별한 보호와 원조를 부여받을 권리가 있다.
2. 당사국은 자국의 국내법에 따라 이러한 아동을 위한 보호의 대안을 확보하여야 한다.
3. 이러한 보호는 특히 양육위탁, 회교법의 카팔라, 입양, 또는 필요한 경우 적절한 아동 양육기관에 두는 것을 포함한다. 해결책을 모색하는 경우에는 아동 양육에 있어 계속성의 보장이 바람직하다는 점과 아동의 인종적·종교적·문화적 및 언어적 배경에 대하여 정당한 고려가 배풀어져야 한다.

제21조 입양제도를 인정하거나 허용하는 당사국은 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되도록 보장하여야 하며, 또한 당사국은,

- (a) 아동의 입양은, 적용 가능한 법률과 절차에 따라서 그리고 적절하고 신빙성 있는 모든 정보에 기초하여, 입양이 부모·친척 및 후견인에 대한 아동의 신분에 비추어 허용될 수 있음을, 그리고 요구되는 경우 관계자들이 필요한 협의에 의하여 입양에 대한 분별 있는 승낙을 하였음을 결정하는 관계당국에 의하여만 허가되도록 보장하여야 한다.
- (b) 국제입양은, 아동이 위탁양육자나 입양가족에 두어질 수 없거나 또는 어떠한 적절한 방법으로도 출신국에서 양육되어질 수 없는 경우, 아동 양육의 대체수단으로서 고려될 수 있음을 인정하여야 한다.
- (c) 국제입양에 관계되는 아동이 국내입양의 경우와 대등한 보호와 기준을 향유하도록 보장하여야 한다.
- (d) 국제입양에 있어서 양육지정이 관계자들에게 부당한 재정적 이익을 주는 결과가 되지 아니하도록 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

- (e) 적절한 경우에는 양자 또는 다자약정이나 협정을 체결함으로써 이 조의 목적을 촉진시키며, 이러한 테두리 안에서 아동의 타국 내 양육지정이 관계당국이나 기관에 의하여 실시되는 것을 확보하기 위하여 노력하여야 한다.

제22조 1. 당사국은 난민으로서의 지위를 구하거나 또는 적용가능한 국제법 및 국내법과 절차에 따라 난민으로 취급되는 아동이, 부모나 기타 다른 사람과의 동반 여부에 관계없이, 이 협약 및 당해 국가가 당사국인 다른 국제인권 또는 인도주의 관련 문서에 규정된 적용 가능한 권리를 향유함에 있어서 적절한 보호와 인도적 지원을 받을 수 있도록 하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다.

- 2. 이 목적을 위하여, 당사국은 국제연합 및 국제연합과 협력하는 그 밖의 권한 있는 정부간 또는 비정부간 기구들이 그러한 아동을 보호, 원조하고 가족재결합에 필요한 정보를 얻기 위하여 난민 아동의 부모나 다른 가족 구성원을 추적하는 데 기울이는 모든 노력에 대하여도 적절하다고 판단되는 협조를 제공하여야 한다. 부모나 다른 가족구성원을 발견할 수 없는 경우, 그 아동은 어떠한 이유로 인하여 영구적 또는 일시적으로 가정환경을 박탈당한 다른 아동과 마찬가지로 이 협약에 규정된 바와 같은 보호를 부여받아야 한다.

제23조 1. 당사국은 정신적 또는 신체적 장애아동이 존엄성이 보장되고 자립이 촉진되며 적극적 사회참여가 조장되는 여건 속에서 충분히 품위있는 생활을 누려야 함을 인정한다.

- 2. 당사국은 장애아동의 특별한 보호를 받을 권리를 인정하며, 신청에 의하여 그리고 아동의 여건과 부모나 다른 아동양육자의 사정에 적합한 지원이, 활용 가능한 재원의 범위 안에서, 이를 받을 만한 아동과 그의 양육 책임자에게 제공될 것을 장려하고 보장하여야 한다.

- 3. 장애아동의 특별한 어려움을 인식하며, 제2항에 따라 제공된 지원은 부모나 다른 아동양육자의 재산을 고려하여 가능한 한 무상으로 제공되어야 하며, 장애아동의 가능한 한 전면적인 사회참여와 문화적·정신적 발전을 포함한 개인적 발전의 달성에 이바지하는 방법으로

그 아동이 교육, 훈련, 건강관리지원, 재활지원, 취업준비 및 오락기회를 효과적으로 이용하고 제공받을 수 있도록 계획되어야 한다.

4. 당사국은 국제협력의 정신에 입각하여, 그리고 당해 분야에서의 능력과 기술을 향상시키고 경험을 확대하기 위하여 재활, 교육 및 직업보도 방법에 관한 정보의 보급 및 이용을 포함하여, 예방의학 분야 및 장애아동에 대한 의학적·심리적·기능적 처치 분야에 있어서의 적절한 정보의 교환을 촉진하여야 한다. 이 문제에 있어서 개발도상국의 필요에 대하여 특별한 고려가 배풀어져야 한다.

- 제24조**
1. 당사국은 도달 가능한 최상의 건강수준을 향유하고, 질병의 치료와 건강의 회복을 위한 시설을 사용할 수 있는 아동의 권리를 인정한다. 당사국은 건강관리지원의 이용에 관한 아동의 권리가 박탈되지 아니하도록 노력하여야 한다.
 2. 당사국은 이 권리의 완전한 이행을 추구하여야 하며, 특히 다음과 같은 적절한 조치를 취하여야 한다.
 - (a) 유아와 아동의 사망률을 감소시키기 위한 조치
 - (b) 기초건강관리의 발전에 중점을 두면서 모든 아동에게 필요한 의료지원과 건강관리의 제공을 보장하는 조치
 - (c) 환경오염의 위험과 손해를 감안하면서, 기초건강관리 체계 안에서 무엇보다도 쉽게 이용 가능한 기술의 적용과 충분한 영양식 및 깨끗한 음료수의 제공 등을 통하여 질병과 영양실조를 퇴치하기 위한 조치
 - (d) 산모를 위하여 출산 전후의 적절한 건강관리를 보장하는 조치
 - (e) 모든 사회구성원 특히 부모와 아동은 아동의 건강과 영양, 모유·수유의 이익, 위생 및 환경정화 그리고 사고예방에 관한 기초 지식의 활용에 있어서 정보를 제공받고 교육을 받으며 지원을 받을 것을 확보하는 조치
 - (f) 예방적 건강관리, 부모를 위한 지도 및 가족계획에 관한 교육과 편

의를 발전시키는 조치

3. 당사국은 아동의 건강을 해치는 전통관습을 폐지하기 위하여 모든 효과적이고 적절한 조치를 취하여야 한다.
4. 당사국은 이 조에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 국제협력을 촉진하고 장려하여야 한다. 이 문제에 있어서 개발도상국의 필요에 대하여 특별한 고려가 배풀어져야 한다.

제25조 당사국은 신체적·정신적 건강의 관리, 보호 또는 치료의 목적으로 관계당국에 의하여 양육지정 조치된 아동이, 제공되는 치료 및 양육지정과 관련된 그 밖의 모든 사정을 정기적으로 심사받을 권리를 가짐을 인정한다.

- 제26조**
1. 당사국은 모든 아동이 사회보험을 포함한 사회보장제도의 혜택을 받을 권리를 가짐을 인정하며, 자국의 국내법에 따라 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.
 2. 이러한 혜택은 아동 및 아동에 대한 부양책임자의 자력과 주변 사정은 물론 아동에 의하여 직접 행하여지거나 또는 아동을 대신하여 행하여지는 혜택의 신청과 관련된 그 밖의 사정을 참작하여 적절한 경우에 부여되어야 한다.

- 제27조**
1. 당사국은 모든 아동이 신체적·지적·정신적·도덕적 및 사회적 발달에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 가짐을 인정한다.
 2. 부모 또는 기타 아동에 대하여 책임이 있는 자는 능력과 재산의 범위 안에서 아동 발달에 필요한 생활여건을 확보할 일차적 책임을 진다.
 3. 당사국은 국내 여건과 재정의 범위 안에서 부모 또는 기타 아동에 대하여 책임 있는 자가 이 권리를 실현하는 것을 지원하기 위한 적절한 조치를 취하여야 하며, 필요한 경우에는 특히 영양, 의복 및 주거에 대하여 물질적 보조 및 지원계획을 제공하여야 한다.
 4. 당사국은 국내외에 거주하는 부모 또는 기타 아동에 대하여 재정적

으로 책임 있는 자로부터 아동양육비의 회부를 확보하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다. 특히 아동에 대하여 재정적으로 책임 있는 자가 아동이 거주하는 국가와 다른 국가에 거주하는 경우, 당사국은 국제협약의 가입이나 그러한 협약의 체결은 물론 다른 적절한 조치의 강구를 촉진하여야 한다.

제28조 1. 당사국은 아동의 교육에 대한 권리를 인정하며, 점진적으로 그리고 기회 균등의 기초 위에서 이 권리를 달성하기 위하여 특히 다음의 조치를 취하여야 한다.

- (a) 초등교육은 의무적이며, 모든 사람에게 무료로 제공되어야 한다.
 - (b) 일반교육 및 직업교육을 포함한 여러 형태의 중등교육의 발전을 장려하고, 이에 대한 모든 아동의 이용 및 접근이 가능하도록 하며, 무료교육의 도입 및 필요한 경우 재정적 지원을 제공하는 등의 적절한 조치를 취하여야 한다.
 - (c) 고등교육의 기회가 모든 사람에게 능력에 입각하여 개방될 수 있도록 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.
 - (d) 교육 및 직업에 관한 정보와 지도를 모든 아동이 이용하고 접근할 수 있도록 조치하여야 한다.
 - (e) 학교에의 정기적 출석과 탈락률 감소를 장려하기 위한 조치를 취하여야 한다.
2. 당사국은 학교 규율이 아동의 인간적 존엄성과 합치하고 이 협약에 부합하도록 운영되는 것을 보장하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.
3. 당사국은, 특히 전세계의 무지와 문맹의 퇴치에 이바지하고, 과학적·기술적 지식과 현대적 교육방법에의 접근을 쉽게 하기 위하여, 교육에 관련되는 사항에 있어서 국제협력을 촉진하고 장려하여야 한다. 이 문제에 있어서 개발도상국의 필요에 대하여 특별한 고려가 배겨어져야 한다.

제29조 당사국은 아동교육이 다음의 목표를 지향하여야 한다는 데 동의한다.

- (a) 아동의 인격, 재능 및 정신적·신체적 능력의 최대한의 개발
- (b) 인권과 기본적 자유 및 국제연합 헌장에 규정된 원칙에 대한 존중의 진전
- (c) 자신의 부모, 문화적 정체성, 언어 및 가치 그리고 현거주국과 출신국의 국가적 가치 및 이질문명에 대한 존중의 진전
- (d) 아동이 인종적·민족적·종교적 집단 및 원주민 등 모든 사람과의 관계에 있어서 이해, 평화, 관용, 성(性)의 평등 및 우정의 정신에 입각하여 자유사회에서 책임 있는 삶을 영위하도록 하는 준비
- (e) 자연환경에 대한 존중의 진전

2. 이 조 또는 제28조의 어떠한 부분도 개인 및 단체가, 언제나 제1항에 규정된 원칙들을 준수하고 당해 교육기관에서 실시되는 교육이 국가에 의하여 설정된 최소한의 기준에 부합하여야 한다는 조건하에, 교육기관을 설립하여 운영할 수 있는 자유를 침해하는 것으로 해석되어서는 아니된다.

제30조 인종적·종교적 또는 언어적 소수자나 원주민이 존재하는 국가에서 이러한 소수자에 속하거나 원주민인 아동은 자기 집단의 다른 구성원과 함께 고유 문화를 향유하고, 고유의 종교를 신앙하고 실천하며, 고유의 언어를 사용할 권리를 부인당하지 아니한다.

제31조 1. 당사국은 휴식과 여가를 즐기고, 자신의 연령에 적합한 놀이와 오락 활동에 참여하며, 문화생활과 예술에 자유롭게 참여할 수 있는 아동의 권리를 인정한다.

2. 당사국은 문화적·예술적 생활에 완전하게 참여할 수 있는 아동의 권리를 존중하고 촉진하며, 문화, 예술, 오락 및 여가활동을 위한 적절하고 균등한 기회의 제공을 장려하여야 한다.

제32조 1. 당사국은 경제적 착취 및 위험하거나, 아동의 교육에 방해되거나, 아동의 건강이나 신체적·지적·정신적·도덕적 또는 사회적 발전에

유해한 여하한 노동의 수행으로부터 보호받을 아동의 권리를 인정한다.

2. 당사국은 이 조의 이행을 보장하기 위한 입법적·행정적·사회적 및 교육적 조치를 강구하여야 한다. 이 목적을 위하여 그리고 그 밖의 국제 문서의 관련 규정을 고려하여 당사국은 특히 다음의 조치를 취하여야 한다.

(a) 단일 또는 복수의 최저 고용연령의 규정

(b) 고용시간 및 조건에 관한 적절한 규정의 마련

(c) 이 조의 효과적인 실시를 확보하기 위한 적절한 처벌 또는 기타 제재수단의 규정

제33조 당사국은 관련 국제조약에서 규정하고 있는 마약과 향정신성 물질의 불법적 사용으로부터 아동을 보호하고 이러한 물질의 불법적 생산과 거래에 아동이 이용되는 것을 방지하기 위하여 입법적·행정적·사회적·교육적 조치를 포함한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

제34조 당사국은 모든 형태의 성적 착취와 성적 학대로부터 아동을 보호할 의무를 진다. 이 목적을 달성하기 위하여 당사국은 특히 다음의 사항을 방지하기 위한 모든 적절한 국내적·양국간·다국간 조치를 취하여야 한다.

(a) 아동을 모든 위법한 성적 활동에 종사하도록 유인하거나 강제하는 행위

(b) 아동을 매음이나 기타 위법한 성적 활동에 착취적으로 이용하는 행위

(c) 아동을 외설스러운 공연 및 자료에 착취적으로 이용하는 행위

제35조 당사국은 모든 목적과 형태의 아동의 약취유인이나 매매 또는 거래를 방지하기 위한 모든 적절한 국내적, 양국간, 다국간 조치를 취하여야 한다.

제36조 당사국은 아동복지의 어떠한 측면에 대하여라도 해로운 기타 모든 형태의 착취로부터 아동을 보호하여야 한다.

제37조 당사국은 다음의 사항을 보장하여야 한다.

- (a) 어떠한 아동도 고문 또는 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다. 사형 또는 석방의 가능성이 없는 종신형은 18세 미만의 사람이 범한 범죄에 대하여 과하여져서는 아니된다.
- (b) 어떠한 아동도 위법적 또는 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니한다. 아동의 체포, 억류 또는 구금은 법률에 따라 행하여져야 하며, 오직 최후의 수단으로서 또한 적절한 최단기간 동안만 사용되어야 한다.
- (c) 자유를 박탈당한 모든 아동은 인도주의와 인간 고유의 존엄성에 대한 존중에 입각하여 그리고 그들의 연령상의 필요를 고려하여 채워되어야 한다. 특히 자유를 박탈당한 모든 아동은, 성인으로부터 격리되지 아니하는 것이 아동의 최선의 이익에 합치된다고 생각되는 경우를 제외하고는 성인으로부터 격리되어야 하며, 예외적인 경우를 제외하고는 서신과 방문을 통하여 자기 가족과의 접촉을 유지할 권리를 가진다.
- (d) 자유를 박탈당한 모든 아동은 법률적 및 기타 적절한 구조에 신속하게 접근할 권리를 가짐은 물론 법원이나 기타 권한 있고 독립적이며 공정한 당국 앞에서 자신에 대한 자유박탈의 합법성에 이의를 제기하고 이러한 소송에 대하여 신속한 결정을 받을 권리를 가진다.

- 제38조**
1. 당사국은 아동과 관련이 있는 무력분쟁에 있어서, 당사국에 적용 가능한 국제인도법의 규칙을 존중하고 동 존중을 보장할 의무를 진다.
 2. 당사국은 15세에 달하지 아니한 자가 적대행위에 직접 참여하지 아니할 것을 보장하기 위하여 실행 가능한 모든 조치를 취하여야 한다.
 3. 당사국은 15세에 달하지 아니한 자의 징병을 삼가야 한다. 15세에 달

하였으나 18세에 달하지 아니한 자 중에서 징병하는 경우, 당사국은 최연장자에게 우선순위를 두도록 노력하여야 한다.

4. 무력분쟁에 있어서 민간인 보호를 위한 국제인도법상의 의무에 따라서, 당사국은 무력분쟁의 영향을 받는 아동의 보호 및 배려를 확보하기 위하여 실행 가능한 모든 조치를 취하여야 한다.

제39조 당사국은 모든 형태의 유기, 착취, 학대, 또는 고문이나 기타 모든 형태의 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 차별, 또는 무력분쟁으로 인하여 희생이 된 아동의 신체적·심리적 회복 및 사회복귀를 촉진시키기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

제40조 1. 당사국은 형사피의자나 형사피고인 또는 유죄로 인정받은 모든 아동에 대하여, 아동의 연령 그리고 아동의 사회복귀 및 사회에서의 건설적 역할 담당을 촉진하는 것이 바람직스럽다는 점을 고려하고, 인권과 타인의 기본적 자유에 대한 아동의 존중심을 강화시키며, 존엄과 가치에 대한 아동의 지각을 촉진시키는 데 부합하도록 처우받을 권리를 가짐을 인정한다.

2. 이 목적을 위하여 그리고 국제문서의 관련 규정을 고려하며, 당사국은 특히 다음 사항을 보장하여야 한다.

(a) 모든 아동은 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 금지되지 아니한 작위 또는 부작위를 이유로 하여 형사피의자가 되거나 형사기소되거나 유죄로 인정받지 아니한다.

(b) 형사피의자 또는 형사피고인인 모든 아동은 최소한 다음 사항을 보장받는다.

(i) 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지는 무죄로 추정받는다.

(ii) 피의사실을 신속하게 그리고 직접 또는 적절한 경우, 부모나 후견인을 통하여 통지받으며, 변론의 준비 및 제출시 법률적 또는 기타 적절한 지원을 받는다.

(iii) 권한 있고 독립적이며 공평한 기관 또는 사법기관에 의하여 법률

적 또는 기타 적당한 지원하에 법률에 따른 공정한 심리를 받아 지체없이 사건이 판결되어야 하며, 아동의 최선의 이익에 반한다고 판단되지 아니하는 경우, 특히 그의 연령이나 주변환경, 부모 또는 후견인 등을 고려하여야 한다.

- (iv) 증언이나 유죄의 자백을 강요당하지 아니하며, 자신에게 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문받도록 하며, 대등한 조건하에 자신을 위한 증인의 출석과 신문을 확보한다.
- (v) 형법위반으로 간주되는 경우, 그 판결 및 그에 따라 부과된 여하한 조치는 법률에 따라 권한 있고 독립적이며 공정한 상급당국이나 사법기관에 의하여 심사되어야 한다.
- (vi) 아동이 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말하지 못하는 경우, 무료로 통역원의 지원을 받는다.
- (vii) 사법절차의 모든 단계에서 아동의 사생활은 충분히 존중되어야 한다.

3. 당사국은 형사피의자, 형사피고인 또는 유죄로 인정받은 아동에게 특별히 적용될 수 있는 법률, 절차, 기관 및 기구의 설립을 촉진하도록 노력하며, 특히 다음 사항에 노력하여야 한다.

- (a) 형법위반능력이 없다고 추정되는 최저 연령의 설정
- (b) 적절하고 바람직스러운 경우, 인권과 법적 보장이 완전히 존중된다는 조건하에 이러한 아동을 사법절차에 의하지 아니하고 다루기 위한 조치

4. 아동이 그들의 복지에 적절하고 그들의 여건 및 범행에 비례하여 취급될 것을 보장하기 위하여 보호, 지도 및 감독명령, 상담, 보호관찰, 보호양육, 교육과 직업훈련계획 및 제도적 보호에 대한 그 밖의 대체 방안 등 여러 가지 처분이 이용 가능하여야 한다.

제41조 이 협약의 규정은 다음 사항에 포함되어 있는 아동권리의 실현에 보다 공헌할 수 있는 어떠한 규정에도 영향을 미치지 아니한다.

- (a) 당사국의 법;
- (b) 당사국에 대하여 효력을 가지는 국제법

제 2 부

제42조 당사국은 이 협약의 원칙과 규정을 적절하고 적극적인 수단을 통하여 성인과 아동 모두에게 널리 알릴 의무를 진다.

- 제43조** 1. 이 협약상의 의무이행을 달성함에 있어서 당사국이 이룩한 진전 상황을 심사하기 위하여 이하에 규정된 기능을 수행하는 아동권리위원회를 설립한다.
- 2. 위원회는 고매한 인격을 가지고 이 협약이 대상으로 하는 분야에서 능력이 인정된 10명의 전문가로 구성된다. 위원회의 위원은 형평한 지리적 배분과 주요 법체계를 고려하여 당사국의 국민 중에서 선출되며, 개인적 자격으로 임무를 수행한다.
 - 3. 위원회의 위원은 당사국에 의하여 지명된 자의 명단 중에서 비밀투표에 의하여 선출된다. 각 당사국은 자국민 중에서 1인을 지명할 수 있다.
 - 4. 위원회의 최초의 선거는 이 협약의 발효일로부터 6월 이내에 실시되며, 그 이후는 매 2년마다 실시된다. 각 선거일의 최소 4월 이전에 국제연합 사무총장은 당사국에 대하여 2월 이내에 후보자 지명을 제출하라는 서한을 발송하여야 한다. 사무총장은 지명한 당사국의 표시와 함께 알파벳 순으로 지명된 후보들의 명단을 작성하여, 이를 이 협약의 당사국에게 제시하여야 한다.
 - 5. 선거는 국제연합 본부에서 사무총장에 의하여 소집된 당사국회의에서 실시된다. 이 회의는 당사국의 3분의 2를 의사정족수로 하고, 출석하고 투표한 당사국 대표의 최대다수표 및 절대다수표를 얻는 자가 위원으로 선출된다.
 - 6. 위원회의 위원은 4년 임기로 선출된다. 위원은 재지명된 경우에는 재

선될 수 있다. 최초의 선거에서 선출된 위원 중 5인의 임기는 2년 후에 종료된다. 이들 5인 위원의 명단은 최초선거 후 즉시 동 회의의 의장에 의하여 추첨으로 선정된다.

7. 위원회 위원이 사망, 사퇴 또는 본인이 어떠한 이유로 인하여 위원회의 임무를 더 이상 수행할 수 없다고 선언하는 경우, 그 위원을 지명한 당사국은 위원회의 승인을 조건으로 자국민 중에서 잔여 임기를 수행할 다른 전문가를 임명한다.
8. 위원회는 자체의 절차규정을 제정한다.
9. 위원회는 2년 임기의 임원을 선출한다.
10. 위원회의 회의는 통상 국제연합 본부나 위원회가 결정하는 그 밖의 편리한 장소에서 개최된다. 위원회는 통상 매년 회의를 한다. 위원회의 회의 기간은 필요한 경우 총회의 승인을 조건으로 이 협약 당사국회의에 의하여 결정되고 재검토된다.
11. 국제연합 사무총장은 이 협약에 의하여 설립된 위원회의 효과적인 기능수행을 위하여 필요한 직원과 편의를 제공한다.
12. 이 협약에 의하여 설립된 위원회의 위원은 총회의 승인을 얻고 총회가 결정하는 기간과 조건에 따라 국제연합의 재원으로부터 보수를 받는다.

제44조 1. 당사국은 이 협약에서 인정된 권리를 실행하기 위하여 그들이 채택한 조치와 동 권리의 향유와 관련하여 이룩한 진전상황에 관한 보고서를 다음과 같이 국제연합 사무총장을 통하여 위원회에 제출한다.

- (a) 관계 당사국에 대하여 이 협약이 발효한 후 2년 이내;
- (b) 그 후 5년마다

2. 이 조에 따라 제출되는 보고서는 이 협약상 의무의 이행 정도에 영향을 미치는 요소와 장애가 있을 경우 이를 적시하여야 한다. 보고서는 또한 관계국에서의 협약이행에 관한 포괄적인 이해를 위원회에 제공하기 위한 충분한 정보를 포함하여야 한다.

3. 위원회에 포괄적인 최초의 보고서를 제출한 당사국은, 제1항 (b)호에 의하여 제출하는 후속보고서에 이미 제출된 기초적 정보를 반복할 필요는 없다.
4. 위원회는 당사국으로부터 이 협약의 이행과 관련이 있는 추가정보를 요청할 수 있다.
5. 위원회는 위원회의 활동에 관한 보고서를 2년마다 경제사회이사회를 통하여 총회에 제출한다.
6. 당사국은 자국의 활동에 관한 보고서를 자국 내 일반에게 널리 활용 가능하도록 하여야 한다.

제45조 이 협약의 효과적인 이행을 촉진하고 이 협약이 대상으로 하는 분야에서의 국제협력을 장려하기 위하여,

- (a) 전문기구, 국제연합아동기금 및 국제연합의 그 밖의 기관은 이 협약 중 그들의 권한 범위 안에 속하는 규정의 이행에 관한 논의에 대표를 파견할 권리를 가진다. 위원회는 전문기구, 국제연합 아동기금 및 위원회가 적절하다고 판단하는 그 밖의 권한 있는 기구에 대하여 각 기구의 권한 범위에 속하는 분야에 있어서 이 협약의 이행에 관한 전문적인 자문을 제공하여 줄 것을 요청할 수 있다. 위원회는 전문기구, 국제연합 아동기금 및 국제연합의 그 밖의 기관에게 그들의 활동 범위에 속하는 분야에서의 이 협약의 이행에 관한 보고서를 제출할 것을 요청할 수 있다.
- (b) 위원회는 적절하다고 판단되는 경우 기술적 자문이나 지원을 요청하거나 그 필요성을 지적하고 있는 당사국의 모든 보고서를 그러한 요청이나 지적에 대한 위원회의 의견이나 제안이 있으면 동의견이나 제안과 함께 전문기구, 국제연합아동기금 및 그 밖의 권한 있는 기구에 전달하여야 한다.
- (c) 위원회는 사무총장이 위원회를 대신하여 아동권리와 관련이 있는 특정 문제를 조사하도록 요청할 것을 총회에 대하여 권고할 수 있다.

(d) 위원회는 이 협약 제44조 및 제45조에 의하여 접수한 정보에 기초하여 제안과 일반적 권고를 할 수 있다. 이러한 제안과 일반적 권고는 당사국의 논평이 있으면 그 논평과 함께 모든 관계 당사국에 전달되고 총회에 보고되어야 한다.

제 3 부

제46조 이 협약은 모든 국가에 의한 서명을 위하여 개방된다.

제47조 이 협약은 비준되어야 한다. 비준서는 국제연합 사무총장에게 기탁되어야 한다.

제48조 이 협약은 모든 국가에 의한 가입을 위하여 개방된다. 가입서는 국제연합 사무총장에게 기탁되어야 한다.

제49조 1. 이 협약은 20번째의 비준서 또는 가입서가 국제연합 사무총장에게 기탁되는 날부터 30일째 되는 날 발효한다.

2. 20번째의 비준서 또는 가입서의 기탁 이후에 이 협약을 비준하거나 가입하는 각 국가에 대하여, 이 협약은 그 국가의 비준서 또는 가입서 기탁 후 30일째 되는 날 발효한다.

제50조 1. 모든 당사국은 개정안을 제안하고 이를 국제연합 사무총장에게 제출할 수 있다. 동 제출에 의하여 사무총장은 당사국에게 동 제안을 심의하고 표결에 부치기 위한 당사국회의 개최에 대한 찬성 여부에 관한 의견을 표시하여 줄 것을 요청하는 것과 함께 개정안을 당사국에게 송부하여야 한다. 이러한 통보일부터 4월 이내에 당사국 중 최소 3분의 1이 회의 개최에 찬성하는 경우 사무총장은 국제연합 주관하에 동 회의를 소집하여야 한다. 동 회의에 출석하고 표결한 당사국의 과반수에 의하여 채택된 개정안은 그 승인을 위하여 국제연합 총회에 제출된다.

2. 제1항에 따라서 채택된 개정안은 국제연합 총회에 의하여 승인되고, 당사국의 3분의 2 이상의 다수가 수락하는 때에 발효한다.

3. 개정안은 발효한 때에 이를 수락한 당사국을 구속하며, 그 밖의 당사국은 계속하여 이 협약의 규정 및 이미 수락한 그 이전의 모든 개정에 구속된다.

제51조 1. 국제연합 사무총장은 비준 또는 가입시 각국이 행한 유보문을 접수하고 모든 국가에게 이를 배포하여야 한다.

2. 이 협약의 대상 및 목적과 양립할 수 없는 유보는 허용되지 아니한다.

3. 유보는 국제연합 사무총장에게 발송된 통고를 통하여 언제든지 철회될 수 있으며, 사무총장은 이를 모든 국가에게 통보하여야 한다. 그러한 통고는 사무총장에게 접수된 날부터 발효한다.

제52조 당사국은 국제연합 사무총장에 대한 서면통고를 통하여 이 협약을 폐기할 수 있다. 폐기는 사무총장이 통고를 접수한 날부터 1년 후에 발효한다.

제53조 국제연합 사무총장은 이 협약의 수탁자로 지명된다.

제54조 아랍어·중국어·영어·불어·러시아어 및 서반아어본이 동등하게 정본인 이 협약의 원본은 국제연합 사무총장에게 기탁된다.

아동의 무력분쟁 관여에 관한 선택의정서

이 의정서의 당사국은,

아동의 권리의 증진 및 보호를 위한 노력에 관하여 존재하는 광범위한 성원을 보여주는 아동의 권리에 관한 협약에 대한 압도적인 지지에 고무되고,

아동의 권리는 특별한 보호를 필요로 하며, 또한 아동의 상황에 대한 구분 없이 지속적인 개선은 물론 평화롭고 안전한 상태에서 아동의 발달과 교육을 요구하고 있음을 재확인하고,

무력분쟁이 아동에 미치는 유해하고 광범한 영향과 이것이 지속 가능한 평화, 안전 및 발전에 대하여 갖는 장기적인 결과에 우려를 하며,

무력분쟁 상황에서 아동을 목표로 삼는 행위, 그리고 학교 및 병원과 같이 일반적으로 아동이 많이 존재하는 장소를 포함하여 국제법상 보호되는 대상에 대한 직접적인 공격을 비난하고,

국제형사재판소 규정의 채택, 그리고 특히 15세 미만의 아동을 징집하거나 소집하는 행위 또는 국제적 및 비국제적 무력분쟁시 아동을 적대행위에 적극적으로 참여하도록 이용하는 행위가 전쟁범죄에 포함되어 있음을 주목하고,

따라서 아동의 권리에 관한 협약에서 인정된 권리들의 실현을 보다 강화하기 위하여 아동은 무력분쟁에 관여하지 못하도록 보호를 증대시킬 필요가 있음을 고려하고,

아동의 권리에 관한 협약 제1조에서 그 협약의 목적상 아동이라 함은 아동에게 적용되는 법에 의하여 보다 조기에 성인연령에 달하지 아니하는 한 18세 미만의 모든 사람을 말한다고 규정하고 있음에 주목하고,

군대의 징집 가능 연령 및 이들의 적대행위 참가연령을 높이는 협약의 선택의정서가 아동의 최선의 이익이 아동에 관한 모든 행동의 제1차적 고려사항이어야 한다는 원칙을 실천하는 데 효과적으로 기여할 것으로 확신하고,

1995년 12월의 제26차 국제적십자사 회의가 무엇보다도 분쟁당사자들이 18세 미만의 아동이 적대행위에 참가하지 않을 것을 보장하기 위하여 가능한 모든 조치를 취할 것을 권고하였음을 주목하고,

1999년 6월 특히 무력분쟁에서 사용하기 위하여 아동의 강제적 내지 의무적 징집을 금지하는 최악의 형태의 아동노동의 금지 및 즉각적 제거조처에 관한 국

제노동기구 협약 제182호의 만장일치에 의한 채택을 환영하고,

국가의 군대가 아닌 무장단체에 의하여 적대행위에서 국경 내외로 아동이 징집, 훈련 및 사용되는 것을 심각한 우려를 갖고 비난하며, 이와 관련하여 아동을 징집, 훈련 및 사용하는 자들의 책임을 인정하고,

무력분쟁에의 각 당사자는 국제인도법의 규정을 준수할 의무가 있음을 상기하고,

이 의정서는 제51조를 포함한 국제연합 헌장 내에 포함된 목적과 원칙, 그리고 인도법 관련규범에 영향을 미치지 아니함을 강조하고,

국제연합 헌장에 포함된 목적 및 원칙의 전폭적인 존중과 적용 가능한 인권조약의 준수에 기반을 둔 평화롭고 안전한 상태가 특히 무력분쟁 및 외국의 점령시의 아동의 완전한 보호에 긴요함을 유념하고,

경제적 내지 사회적 지위 또는 성별로 인하여 이 의정서에 위반되는 징집이나 적대행위에서의 사용에 특히 취약한 아동들의 특별한 필요를 인정하고,

무력분쟁에 대한 아동의 관여의 경제적, 사회적 및 정치적 근본원인을 고려할 필요가 있음을 유념하고,

이 의정서의 이행은 물론 무력분쟁의 희생자인 아동의 신체적 및 정신사회적 재활과 사회로의 재통합에 관한 국제적 협력을 강화할 필요를 확신하고,

이 의정서의 이행에 관한 홍보 및 교육 프로그램의 보급에 있어서 공동체의, 특히 아동 및 아동피해자의 참여를 장려하며,

다음과 같이 합의하였다:

- 제1조** 당사국은 18세 미만의 군대구성원이 적대행위에 직접적으로 참여하지 않을 것을 보장하기 위하여 실행 가능한 모든 조치를 취하여야 한다
- 제2조** 당사국은 18세 미만의 자들이 군대에 의무적으로 징집되지 않도록 보장하여야 한다.
- 제3조** 1. 아동의 권리에 관한 협약 제38조 제3항에 포함된 원칙을 고려하고 이 협약에 따라 18세 미만의 자들은 특별보호를 받을 수 있음을 인정하여, 당사국은 개인이 자발적으로 자국 군대에 입대할 수 있는 최저연령을 제38조 제3항의 연령보다 높여야 한다.

2. 각 당사국은 이 의정서를 비준 또는 가입할 때 자국 군대에 자발적 입대가 허용되는 최저연령을 설정하고, 이러한 입대가 강제나 강박에 의하지 않을 것을 보장하기 위하여 채택한 안전조치를 설명하는 구속적 선언을 기탁하여야 한다.
3. 18세 미만의 자에게 자국 군대의 자발적 입대를 허용하는 당사국은 최소한 다음의 안전조치들을 유지하여야 한다.
 - (a) 그러한 입대가 순수하게 자발적일 것;
 - (b) 그러한 입대가 당사자의 부모 또는 후견인의 동의 통보와 함께 이루어졌을 것;
 - (c) 그들이 이와 같은 병역에 관련된 의무들을 완전히 숙지하고 있을 것;
 - (d) 그들이 병역근무를 수락하기 전에 연령에 관한 신빙성 있는 증거를 제출할 것.
4. 각 당사국은 국제연합 사무총장에 대한 통지로서 언제든지 자국의 선언내용을 강화할 수 있으며, 사무총장은 이를 모든 당사국에게 고지하여야 한다. 이러한 통지는 사무총장이 이를 접수한 날로부터 효력을 갖는다.
5. 이 조 제1항의 입대연령 인상 요구는 아동의 권리에 관한 협약 제28조 및 제29조에 따라 당사국의 군대가 운영 내지 통제하고 있는 학교에는 적용되지 아니한다.

- 제4조**
1. 국가의 군대가 아닌 무장단체들은 어떠한 경우에도 18세 미만의 자를 징집하거나 적대행위에 사용하여서는 아니된다.
 2. 당사국은 위와 같은 징집 및 사용을 방지하기 위하여 그 행위를 금지시키고 범죄화시키는 데 필요한 법적 조치의 채택을 포함하여 실행가능한 모든 조치를 취하여야 한다.
 3. 의정서의 이 조항의 적용은 무력분쟁의 어떠한 당사자의 법적 지

위에도 영향을 미치지 아니한다.

제5조 이 의정서의 어떠한 내용도 아동의 권리의 실현에 보다 도움이 되는 당사국의 법률이나 국제문서 또는 국제인도법상의 규정을 배제하는 것으로 해석되지 아니한다.

제6조 1. 각 당사국은 자국의 관할 내에서 이 의정서의 규정들의 효과적인 이행 및 집행을 보장하기 위하여 필요한 모든 법적, 행정적 및 기타의 조치들을 취하여야 한다.

2. 당사국은 이 의정서의 원칙 및 규정들을 적절한 수단에 의하여 성인 및 아동들에게 널리 알리고 홍보할 것을 약속한다.

3. 당사국은 자국 관할 내에서 이 의정서에 반하여 징집되거나 적대 행위에 사용된 자들이 제대하거나 병역에서 해제될 것을 보장하기 위하여 실행 가능한 모든 조치를 취하여야 한다. 당사국은 필요할 경우 이러한 자들에게 신체적, 정신적 회복 및 사회로의 재통합을 위한 모든 적절한 지원을 제공하여야 한다.

제7조 1. 당사국은 이 의정서에 반하는 활동의 예방을 포함하여 이 의정서의 이행에 협력하여야 하며, 기술적 협력 및 재정적 원조를 포함하여 이 의정서에 반하는 활동의 피해자들의 재활과 사회로의 재통합에 관하여 협력하여야 한다. 그러한 원조 및 협력은 관계당사국 및 관련 국제기구와의 협의를 거쳐 실시된다.

2. 가능한 위치에 있는 당사국은 기존의 다자간, 양자간 및 기타 프로그램을 통하여, 또는 무엇보다도 국제연합 총회 규칙에 따라 설립된 자발적 기금을 통하여 이러한 원조를 제공하여야 한다.

제8조 1. 각 당사국은 이 의정서가 자국에 대하여 발효한 후 2년 내에, 참여와 징집에 관한 규정의 이행을 위하여 취한 조치를 포함하여 이 의정서의 규정을 이행하기 위하여 취한 조치에 대한 포괄적인 정보를 제공하는 보고서를 아동권리위원회에 제출하여야 한다.

2. 포괄보고서의 제출 이후, 각 당사국은 협약 제44조에 따라 아동

권리위원회에 제출하는 보고서에 이 의정서 이행에 관한 추가 정보를 포함시켜야 한다. 의정서의 기타 당사국은 5년마다 보고서를 제출하여야 한다.

3. 아동권리위원회는 당사국에게 이 의정서의 이행과 관련이 있는 추가 정보를 요청할 수 있다.

- 제9조**
1. 이 의정서는 협약 당사국 또는 협약 서명국에게 서명을 위하여 개방된다.
 2. 이 의정서는 비준을 받아야 하며, 어떠한 국가의 가입에도 개방된다. 비준서 또는 가입서는 국제연합 사무총장에게 기탁되어야 한다.
 3. 사무총장은 협약 및 의정서의 수탁자의 자격으로 모든 협약 당사국과 협약 서명국에게 제3조에 따른 각 선언문을 통지하여야 한다.

- 제10조**
1. 이 의정서는 10개국의 비준서 내지 가입서의 기탁이 있는 지 3개월 후에 발효된다.
 2. 이 의정서의 발효 이후에 의정서를 비준하거나 이에 가입하는 각 국가에 대하여 의정서는 비준서 또는 가입서의 기탁일로부터 1개월 후에 발효된다.

- 제11조**
1. 당사국은 국제연합 사무총장에 대한 서면통지에 의하여 언제든지 이 의정서를 폐기시킬 수 있으며, 그는 이후 협약의 다른 당사국 및 협약 서명국에게 이를 통지하여야 한다. 폐기는 사무총장이 당해 통지를 접수한 날로부터 1년 후에 발효한다. 그러나 이 기간의 만료시 폐기 통고국이 무력분쟁에 관여하고 있을 경우, 당해 폐기는 무력분쟁의 종료 이전에는 발효하지 아니한다.
 2. 위와 같은 폐기는 당해 폐기가 발효하는 일자 이전에 발생한 행위에 관하여 당사국을 이 의정서상의 의무로부터 면제시키는 효과를 갖지 아니한다. 또한 그러한 폐기는 당해 폐기가 발효하기

이전에 아동권리위원회에 의하여 이미 검토 중인 문제에 대한 계속적 검토를 어떠한 경우에도 방해하지 아니한다.

- 제12조**
1. 모든 당사국은 개정안을 제안하여 이를 국제연합 사무총장에게 제출할 수 있다. 사무총장은 제안된 개정안을 당사국들에게 통보하며, 이를 검토하고 표결하기 위한 당사국회의의 개최를 찬성하는지 여부에 관한 의견을 묻는다. 이러한 통보일로부터 4월 이내에 당사국 중 3분의 1 이상이 회의 개최에 찬성하는 경우, 사무총장은 국제연합의 후원하에 회의를 소집하여야 한다. 이 회의에 출석하고 표결한 당사국의 과반수에 의하여 채택된 개정안은 그 승인을 위하여 국제연합 총회에 제출된다.
 2. 이 조 제1항에 따라서 채택된 개정안은 국제연합 총회에 의한 승인을 받고, 당사국의 3분의 2 이상이 수락할 때 발효한다.
 3. 개정안은 발효할 때 이를 수락한 당사국을 구속하며, 그 밖의 당사국은 계속하여 이 협약의 규정 및 이미 수락한 과거 개정에 구속된다.

- 제13조**
1. 이 의정서는 아랍어, 중국어, 영어, 프랑스어, 러시아어 및 스페인어본이 동등하게 정본이며, 국제연합 문서보관소에 기탁된다.
 2. 국제연합 사무총장은 모든 협약당사국 및 협약 서명국에게 이 의정서의 인증등본을 송부한다.

아동매매, 아동성매매 및 아동포르노그래피에 관한 선택의정서

이 의정서의 당사국은,

아동의 권리에 관한 협약의 목적과 그 조문의 이행, 특히 제1조, 제11조, 제21조, 제32조, 제33조, 제34조, 제35조 및 제36조의 이행을 더 한층 달성하기 위하여, 아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피로부터 아동의 보호를 보장하기 위하여 당사국이 취하여야 할 조치들을 확대하는 것이 적절하다고 생각하고,

또한 아동의 권리에 관한 협약은 경제적 착취로부터, 그리고 아동의 교육에 유해하거나 침해가 될 것 같거나 아동의 건강 내지 신체적, 정신적, 정서적, 도덕적 또는 사회적 발달에 해가 될 것 같은 어떠한 작업의 수행으로부터도 보호받을 아동의 권리를 인정하고 있음을 고려하고,

아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피를 목적으로 하는 상당한, 그리고 점점 증하는 아동의 국제적 이동에 대하여 심각하게 우려하며,

아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피를 직접적으로 촉진하고 있으며 아동이 이에 특히 취약한 섹스관광이 광범위하고 지속적으로 실행되는 데 깊이 우려하며,

여자아동을 포함한 수많은 특별취약 집단이 더욱 큰 성적 착취의 위험에 처하여 있으며, 성적으로 착취되는 자들 중 여자아동이 지나치게 많음을 인식하고,

인터넷 및 기타 신기술을 통한 아동포르노그래피의 이용가능성의 증대에 대하여 우려하며, 인터넷상의 아동포르노그래피와의 전투를 위한 국제회의(비엔나, 1999년)와, 특히 아동포르노그래피의 제작, 배급, 수출, 전송, 수입, 의도적 보유 및 광고의 전세계적인 범죄화를 촉구한 당시의 결론을 상기하며, 정부 및 인터넷 산업간의 보다 긴밀한 협력 및 유대관계의 중요성을 강조하며,

아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피의 제거는 저개발, 빈곤, 경제적 불균형, 불평등한 사회경제적 구조, 비정상적인 가족, 교육의 결핍, 도시-농촌간 인구 이동, 성차별, 성인의 무책임한 성적 행태, 유해한 전통적 관행, 무력분쟁 및 아동의 거래를 포함하는 그 발생 요인에 대한 총체적인 접근방법을 채택함으로써 촉진될 것이라고 믿으며,

아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피에 대한 소비자의 수요를 감소시키기 위하여는 일반인의 인식제고를 위한 노력이 필요하며, 또한 모든 관계자간의 전

세계적인 유대관계의 강화 및 각 국가 차원에서의 범집행의 개선이 중요하다고 믿으며,

아동의 보호 및 국가간 입양의 협력에 관한 헤이그협약, 국제 아동유괴의 민사적 측면에 관한 헤이그협약, 부모책임 및 아동 보호조처에 관하여 관할, 적용 법률, 승인, 집행 및 협력에 관한 헤이그협약, 그리고 최악의 형태의 아동노동의 금지 및 즉각적 제거조처에 관한 국제노동기구 협약 제182호를 포함하여 아동의 보호에 관한 국제법률문서의 규정들을 주목하고,

아동의 권리의 증진 및 보호를 위하여 존재하는 광범위한 성원을 보여주는 아동의 권리에 관한 협약에 대한 압도적인 지지에 고무되고,

아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피의 방지를 위한 실천계획 및 1996년 8월 27일부터 31일까지 스톡홀름에서 개최된 아동의 상업적인 성적 착취에 반대하는 세계회의에서 채택된 선언 및 의제, 그리고 관련 국제기구의 그에 대한 결정 및 권고들을 이행함의 중요성을 인식하고,

아동의 보호 및 조화로운 성장을 위한 각 민족의 전통과 문화적 가치의 중요성을 적절히 고려하여,

다음과 같이 합의하였다.

제1조 당사국은 이 의정서에 규정된 아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피를 금지하여야 한다.

제2조 이 의정서의 목적상,

- (a) 아동매매란 보수 또는 기타 대가를 위하여 아동이 어느 개인이나 집단으로부터 다른 개인이나 집단으로 이전되는 모든 행위 내지 거래를 의미한다.
- (b) 아동매춘이란 보수 또는 기타 다른 형태의 대가를 위하여 아동을 성적 활동에 사용함을 의미한다.
- (c) 아동포르노그래피란 그 방법을 불문하고 실제로 또는 모의로 노골적인 성적 행위를 하는 아동을 보여주는 것 또는 주로 성적인 목적으로 아동의 성적 부위를 보여주는 것을 의미한다.

제3조 1. 각 당사국은 최소한 다음의 행위와 활동은 그 행위지의 국내 국외를

불문하고, 그리고 개인적 차원이나 조직적 차원의 실행인가를 불문하고 형법상 완전히 처벌되도록 보장하여야 한다:

- (a) 제2조에 정의된 아동매매와 관련하여,
 - (i) 어떠한 수단에 의하든 다음의 목적을 위한 아동의 제공, 배달 또는 인수.
 - a. 아동의 성적 착취.
 - b. 영리를 위한 아동 장기의 이전.
 - c. 아동의 강제노동에의 종사.
 - (ii) 입양에 관하여 적용 가능한 국제법률문서를 위반하며 중개자로서 아동입양을 위한 동의를 부당하게 유도함.
 - (b) 제2조에 정의된 아동매춘을 위한 아동의 제공, 획득, 조달 내지 공급.
 - (c) 제2조에 정의된 아동포르노그래피를 위와 같은 목적을 위하여 제작, 배급, 보급, 수입, 수출, 제공, 판매 또는 소유.
2. 당사국의 국내법 규정에 따를 것을 조건으로 이러한 행위의 미수 및 공모 또는 참여에도 동일한 내용이 적용된다.
 3. 각 당사국은 이러한 범죄의 심각성을 감안하여 적절한 형벌에 의하여 처벌될 수 있도록 하여야 한다.
 4. 자국법 규정에 따를 것을 전제로 하여 각 당사국은 적절한 경우 이 조 제1항에 규정된 범죄에 대하여 범인의 책임을 확립시키는 조치를 취하여야 한다. 당사국의 법원리에 따를 것을 전제로 하여 범인의 이러한 책임은 형사적, 민사적 또는 행정적일 수 있다.
 5. 당사국은 아동의 입양과 관련된 모든 자가 적용 가능한 국제법률문서를 준수하여 행동할 것을 보장하기 위한 모든 적절한 법률적 및 행정적 조치를 취하여야 한다.

- 제4조** 1. 각 당사국은 제3조 제1항에 언급된 범죄가 자국 영토 내에서 또는 자국에 등록된 선박이나 항공기상에서 범하여졌을 경우 이에 대한 관할권을 확립하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.
2. 각 당사국은 다음의 경우에 제3조 제1항에서 언급된 범죄에 대한 관할권을 확립하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다:
- (a) 범죄혐의자가 자국민이거나, 그 영토 내에 상주하는 자일 때;
 - (b) 피해자가 자국민일 때.
3. 각 당사국은 범죄혐의자가 자국 영토 내에 있고 당해 범죄가 자국 국민에 의하여 범하여졌음을 이유로 그를 다른 당사국으로 인도하지 않을 경우, 그 범죄에 대한 관할권을 확립하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.
4. 이 의정서는 국내법에 따라 행사되는 형사 관할권을 배제시키지 아니한다.

- 제5조** 1. 제3조 제1항에 언급된 범죄들은 당사국간 기존의 범죄인인도조약에 인도가능범죄로 포함된 것으로 간주되며, 당사국간에 추후에 체결되는 모든 범죄인인도조약에는 이들 조약에 규정된 조건에 따라 인도가능범죄로 포함시킨다.
2. 조약의 존재를 범죄인인도의 조건으로 하는 당사국이 범죄인인도조약을 체결하지 않은 당사국으로부터 인도요청을 받을 경우, 당해 국가는 이 의정서를 그러한 범죄에 관하여 범죄인인도의 법적 근거로 볼 수 있다. 범죄인인도는 피요청국의 법률에 규정된 조건에 따라야 한다.
3. 조약의 존재를 범죄인인도의 조건으로 하지 않는 당사국은 피요청국의 법률에 규정된 조건의 한도 내에서 이들 당사국간에는 위와 같은 범죄를 인도가능범죄로 인정하여야 한다.
4. 당사국간의 범죄인인도의 목적상 위와 같은 범죄는 발생한 장소에서 뿐 아니라, 제4조에 따른 관할권을 확립시킬 것이 요구되는 국가의

영토 내에서도 범하여진 것으로 취급되어야 한다.

5. 제3조 제1항에서 규정된 범죄와 관련하여 범죄인인도 요청이 있었으나, 피요청당사국이 범인의 국적을 근거로 인도하지 않거나 인도하지 않을 예정인 경우, 당해 국가는 기소를 위하여 이 사건을 담당기관으로 회부하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.

- 제6조**
1. 당사국은 상호간에 제3조 제1항에서 규정된 범죄와 관련하여 제기된 조사 또는 형사상 내지 범죄인인도 절차와 관련하여 절차상 필요한 보유 증거의 수집지원을 포함하여 최대한의 원조를 제공하여야 한다.
 2. 당사국은 당사국간에 존재하는 사범공조조약 또는 기타 협정에 따라 이 조 제1항 상의 의무를 이행하여야 한다. 이러한 조약이나 협정이 없을 경우 당사국은 국내법에 따라 상호 원조를 제공하여야 한다.

제7조 당사국은 국내법 규정의 범위 내에서,

- (a) 적절한 경우 다음의 물건들을 압수 및 몰수하기 위한 조치를 취하여야 한다:
 - (i) 이 의정서상의 범죄를 범하거나 조장하기 위하여 사용된 용구, 자산 및 기타 도구와 같은 제품;
 - (ii) 이러한 범죄로부터 얻어진 수익;
- (b) 타방 당사국으로부터의 (a) (i)에서 규정된 제품 또는 수익을 압수하거나 몰수하라는 요청을 실행하여야 한다;
- (c) 이러한 범죄를 범하기 위하여 사용된 건물을 일시적 또는 영구적으로 폐쇄하기 위한 조치를 취하여야 한다.

제8조 1. 당사국은 형사절차의 모든 단계에서 이 의정서에 의하여 금지된 행위의 피해자인 아동의 권리 및 이익을 보호하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다. 특히 다음과 같은 조치에 의한다.

- (a) 아동 피해자의 취약성을 인정하고 아동증인에 대한 특별조치를 포함하여 이들의 특별한 필요를 인정하는 조치를 채택한다.

- (b) 아동 피해자에게 그의 권리, 역할과 그 범위, 절차의 개시시간, 진행 및 그 사건의 처분을 통지한다.
 - (c) 아동 피해자의 개인적 이해가 영향받는 절차에서는 국내법의 절차 규칙에 일치되는 방식으로 그의 견해, 필요 및 관심사항이 제시되고 고려되도록 허용한다.
 - (d) 범절차 전반을 통하여 아동 피해자에 대한 적절한 지원 서비스를 제공한다.
 - (e) 아동 피해자의 사생활 및 신원을 적절히 보호하고, 아동 피해자의 신원이 밝혀질 수 있는 정보의 부적절한 유출을 방지하기 위한 조치를 국내법에 따라 취한다.
 - (f) 필요한 경우 아동 피해자는 물론 그의 가족 및 이들을 위한 증인에 대한 위협 및 보복으로부터의 안전조치를 제공한다.
 - (g) 사건의 처리 및 아동 피해자들에게 보상을 부여하는 명령이나 결정의 집행에 있어서 불필요한 지연을 막는다.
2. 당사국은 피해자의 실제 연령이 확실하지 않다 하여 피해자의 연령을 확인하기 위한 조사를 비롯한 형사조사의 개시가 방해되지 않도록 보장하여야 한다.
 3. 당사국은 이 의정서에 기술된 범죄의 피해자인 아동을 형사사법제도를 통하여 다룰 때 아동의 최선 이익이 최우선으로 고려되도록 보장하여야 한다.
 4. 당사국은 이 의정서상 금지된 범죄의 피해자들과 함께 작업하는 자들에 대하여는 적절한 훈련, 특히 법률적 및 심리적 훈련을 보장하기 위한 조치를 취하여야 한다.
 5. 당사국은 필요한 경우 이러한 범죄의 피해자들의 예방 및/또는 보호와 재화에 관여하는 자 및/또는 조직의 안전과 통일성을 보호하기 위한 조치를 채택하여야 한다.
 6. 이 조의 어떠한 내용도 공정하고 불편부당한 재판을 받을 피고인의

권리를 해하거나 이와 합치되지 않는 것으로 해석되지 아니한다.

- 제9조**
1. 당사국은 이 의정서에 규정된 범죄들을 예방하기 위한 법률, 행정조처, 사회정책 및 계획을 채택 내지 강화, 시행 및 보급하여야 한다. 이러한 조처에 특히 취약한 아동들을 보호하기 위하여 특별한 관심이 기울여져야 한다.
 2. 당사국은 모든 적절한 수단에 의한 정보제공, 교육 및 훈련을 통하여 이 의정서에 규정된 범죄의 예방조처 및 그 악영향에 대하여 아동을 포함한 일반대중의 인식을 제고시켜야 한다. 이 조의 의무를 이행할 때 당사국은 국제적 차원의 것을 포함하여 정보제공, 교육 및 훈련 계획에 대한 공동체, 특히 아동 및 아동 피해자들의 참여를 장려하여야 한다.
 3. 당사국은 이러한 범죄의 피해자들에게 이들의 사회로의 완전한 재통합 및 완전한 육체적 및 심리적 회복을 포함하여 모든 적절한 지원을 보장하기 위하여 실행 가능한 모든 조처를 취하여야 한다.
 4. 당사국은 이 의정서에 규정된 범죄의 아동 피해자들이 법적으로 책임있는 자들로부터 차별없이 피해배상을 요구할 수 있는 적절한 절차를 이용할 수 있도록 보장하여야 한다.
 5. 당사국은 이 의정서에 규정된 범죄 홍보물의 제작 및 유포를 효과적으로 금지하기 위한 적절한 조처를 취하여야 한다.

- 제10조**
1. 당사국은 아동매매, 아동매춘, 아동포르노그래피 및 아동 섹스관광과 관련된 행위에 책임 있는 자들을 예방, 적발, 조사, 소추 및 처벌을 위하여 다자간, 지역적 및 양자간 협정을 통한 국제협력을 강화하기 위하여 필요한 모든 조처를 취하여야 한다. 당사국은 또한 당국, 국내 및 국제적 비정부기구 그리고 국제기구 사이의 국제적 협력 및 조정을 증진시켜야 한다.
 2. 당사국은 아동 피해자들의 신체적 및 정신적 회복, 사회로의 재통합 및 송환을 지원하기 위한 국제적 협력을 증진하여야 한다.
 3. 당사국은 아동매매, 아동매춘, 아동포르노그래피 및 아동 섹스관광에

대한 아동의 취약성에 기여하는 빈곤과 저개발과 같은 근본원인에 대처하기 위하여 국제협력의 강화를 증진시켜야 한다.

4. 가능한 위치에 있는 당사국은 기존의 다자간, 지역적, 양자간 및 기타 프로그램을 통하여 재정적, 기술적 및 기타의 원조를 제공하여야 한다.

제11조 이 의정서의 어떠한 내용도 다음에 포함된 아동의 권리 실현에 더욱 도움이 되는 규정에 영향을 미치지 아니한다:

- (a) 당사국의 법;
- (b) 당사국에 대하여 효력을 가지는 국제법.

제12조 1. 각 당사국은 이 의정서가 자국에 대하여 발효한 후 2년 내에 이 의정서의 규정을 이행하기 위하여 취한 조치에 대한 포괄적인 정보를 제공하는 보고서를 아동권리위원회에 제출하여야 한다.

2. 포괄 보고서의 제출 이후, 각 당사국은 협약 제44조에 따라 아동권리위원회에 제출하는 보고서에 이 의정서의 이행에 관한 추가정보를 포함시켜야 한다. 이 의정서의 기타 당사국은 5년마다 보고서를 제출하여야 한다.

3. 아동권리위원회는 당사국에게 이 의정서의 이행과 관련이 있는 추가정보를 요청할 수 있다.

제13조 1. 이 의정서는 협약 당사국 또는 협약 서명국의 서명을 위하여 개방된다.

2. 이 의정서는 비준을 받아야 하며, 협약의 당사국 또는 협약 서명국의 가입을 위하여 개방된다. 비준서 또는 가입서는 국제연합 사무총장에게 기탁되어야 한다.

제14조 1. 이 의정서는 10번째의 비준서 또는 가입서의 기탁일로부터 3개월 후에 발효한다.

2. 이 의정서의 발효 이후에 의정서를 비준하거나 가입하는 각 국가에

대하여 의정서는 비준서 또는 가입서 기탁일로부터 1개월 후에 발효한다.

제15조 1. 당사국은 국제연합 사무총장에 대한 서면통지에 의하여 언제든지 이 의정서를 폐기할 수 있으며, 그는 이후 협약의 모든 다른 당사국 및 협약 서명국에게 이를 통지하여야 한다. 폐기는 사무총장이 당해 통지를 접수한 날로부터 1년 후에 발효한다.

2. 위와 같은 폐기는 당해 폐기가 발효하는 일자 이전에 발생한 범죄에 관하여 당사국을 의정서상의 의무로부터 면제시키는 효과를 갖지 아니한다. 또한 그러한 폐기는 당해 폐기가 발효하기 이전에 아동권리 위원회에 의하여 이미 검토 중인 문제에 대한 계속적 검토를 어떠한 경우에도 방해하지 아니한다.

제16조 1. 모든 당사국은 개정안을 제안하여 이를 국제연합 사무총장에게 제출할 수 있다. 사무총장은 제안된 개정안을 당사국들에게 통보하며, 이를 검토하고 표결하기 위한 당사국회의의 개최를 찬성하는지 여부에 관한 의견을 묻는다. 이러한 통보일로부터 4월 이내에 당사국 중 3분의 1 이상이 회의 개최에 찬성하는 경우, 사무총장은 국제연합의 후원 하에 회의를 소집하여야 한다. 이 회의에 출석하고 표결한 당사국의 과반수에 의하여 채택된 개정안은 그 승인을 위하여 국제연합 총회에 제출된다.

2. 이 조 제1항에 따라서 채택된 개정안은 국제연합 총회에 의한 승인을 받고, 당사국의 3분의 2 이상이 수락할 때 발효한다.

3. 개정안은 발효할 때 이를 수락한 당사국을 구속하며, 그 밖의 당사국은 계속하여 이 협약의 규정 및 이미 수락한 과거 개정에 구속된다.

제17조 1. 이 의정서는 아랍어, 중국어, 영어, 프랑스어, 러시아어 및 스페인어본이 동등하게 정본이며, 국제연합 문서보관소에 기탁된다.

2. 국제연합 사무총장은 모든 협약 당사국과 협약 서명국에게 이 의정서의 인증등본을 송부한다.

아동권리위원회
11차 회기

협약의 제44조에 따른 국가보고서의 검토

최종견해 : 대한민국

1. 위원회는 1996년 1월 18일과 19일에 가졌던 266, 267, 268번째 회의 (CRC/C/SR. 266-268)에서 대한민국의 최초보고서 (CRC/C/S/Add.21)를 심의하였고, 다음과 같은 결론적 의견을 채택하였다.

A. 도입

2. 위원회는 대한민국 정부가 여러 학문분야에 걸친 수준 높은 대표단을 파견하여 위원회와 솔직하고도 생산적인 대화를 나눈 데 대하여 감사를 표한다. 위원회는 한국 정부에 보낸 사전 질의에 대하여 한국 대표단이 서면으로 제출해 준 정보와 본 위원회와의 대화에 이어 대한민국 정부가 제출해 준 추가 정보에 대해 환영의 뜻을 표한다.

B. 긍정적 측면

3. 위원회는 이 협약이 한국의 국내법 체계 내에서 곧바로 적용가능하며 법정에 서도 원용될 수 있다는 점을 만족스럽게 바라본다.
4. 위원회는 아동을 위한 (대한민국) 국가행동계획의 개발을 환영하며 1992년부터 1996년까지 진행되고 있는 제7차 경제사회개발 5개년 계획에 이 행동계획이 포함되었다는 사실을 환영한다. 또한 최근에 아동의 권리에 관한 국가위원회가 설립되었음을 환영한다.
5. 위원회는 한국 정부가 “사회·경제적 발전의 원동력”으로써 교육의 중요성을 인식하고 있음을 흡족하게 바라본다.
6. 위원회는 또한 한국 정부의 서면 답변에서 엿볼 수 있는 열린 자세를 환영하며, 협약에 대한 유보조항을 철회할 수 있는 가능성을 숙고하는 과정에서 한

국 대표단이 보여준 열린 자세를 환영한다. 본 위원회는 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리된 아동이 정기적으로 부모와 개인적인 관계와 직접적인 만남을 유지할 수 있는 권리를 삼입하기 위하여 현재 진행되고 있는 한국의 민법 개정 작업에 고무되는 바이다. 위원회가 더욱 기쁘게 여기는 것은 한국 대표단이 진술했듯이 이와 같은 민법 개정으로 당사국인 한국이 협약 제9조 제3항에 관한 유보를 철회할 수 있으리라는 점이다.

C. 협약이행 장애요인 및 어려움

7. 위원회는 현 시기 정치적·경제적 과도기에 놓여 있는 대한민국이 직면하고 있는 어려움에 주목한다. 급속한 경제 성장을 확보하려는 노력이 언제나 경제·사회·문화적 권리를 적절한 수준에서 실현하려는 노력과 부합되는 것은 아니었다. 이는 빈곤의 증대로 영향받는 극빈층 아동과 관련해서는 특히 그러하다. 한국은 최근에는 군사 통치에서 벗어났으며, 이런 상황은 한국 아동들이 기본적 인권과 자유를 누리는 데 부정적인 영향을 끼쳐 왔다.

D. 우려되는 주요한 문제들

8. 위원회는 한국 정부가 협약 제9조 제3항, 제21조 (a)항 그리고 제40조 제2항 (b)호의 (5)를 유보한 처사는 '아동의 최선의 이익'이라는 원칙과 아동의 관점 존중이라는 원칙을 포함하여 이 협약의 원칙 및 규정들에 반하는 처사가 아닌가 하는 의문을 가지고 있다.
9. 위원회는 영구적이고 효과적인 조정과 감시 기제를 확보하기 위한 충분한 조치가 한국에서 취해지지 않고 있음을 우려한다. 위원회는 또한 한국 정부가 협약에서 포괄하는 모든 영역에 관하여 질적으로나 양적으로나 믿을 만한 데이터를 수집하기 위하여 충분한 조치를 취하지 않고 있음을 주목한다. 이와 같은 데이터는 아동, 그 중에서도 특히 가장 취약한 집단에 관하여 한국 정부가 채택한 정책의 효과를 평가하고 진전된 정도를 가늠하는 데 필요한 것이다.
10. 위원회는 한국 정부가 이 협약의 원칙과 조항들을 자국의 아동들과 어른들에게 널리 알리기 위한 조치를 제대로 취하지 않고 있음을 우려한다. 위원회는 또한 교사, 사회사업가, 판사, 법집행 공무원, 심리학자, 보건 의료인

등 한국에서 아동을 위하여 아동 가까이에서 일하는 여러 전문가 집단에 대하여 이 협약 내용에 관한 교육이 적절하게 이루어지지 못하고 있음을 유감스럽게 여긴다.

11. 협약 제4조를 이행하는 문제와 관련하여 위원회는 한국 정부가 아동의 경제·사회·문화적 권리를 가용 자원의 최대 범위까지 이행하는 것을 보장하기 위하여 취한 조치들이 부적절한 것으로 우려한다. 아동을 사회적·인간적으로 발전시키기 위한 분야에 대해서도 그리고 가장 취약한 집단의 아동들의 욕구에 대하여도 배려가 충분히 못했다.
12. 위원회는 또한 이 협약의 기본 원칙(즉, 협약 제2,3,12조의 규정)이 한국의 입법, 정책, 계획에 제대로 반영되지 않고 있음을 우려한다. 한국 정부의 보고서가 시인하듯이, 아동을 단순히 “작은 어른 혹은 미숙한 어른”으로서 여기고 다루는 널리 만연된 관습을 변혁하기 위해서는 위에서 말한 이 협약의 기본적 가치들을 국민들에게 일깨우는 일이 필요하다. 그러나 이를 위한 한국 정부의 조치는 불충분한 것이었다. 위원회는 또한 소녀(최소 결혼 연령과 관련된 문제를 포함하는), 장애 아동 그리고 혼외 출생 아동을 괴롭히는 차별적 태도의 존속에 대해서도 우려를 표명한다.
13. 위원회는 아동의 권리를 보호할 책임을 맡고 있는 가족이 국가로부터 충분한 지원을 받지 못하고 있음을 우려한다.
14. 위원회는 국적을 가질 권리, 표현, 사상, 양심, 종교의 자유 그리고 결사와 평화로운 집회의 자유와 같은 기본적 자유와 시민적 권리의 효과적인 이행을 보장하기 위해, 법적인 조치를 포함한 여러 조치들이 불충분한 데 대하여 우려를 표명한다. 한국 정부가 명분으로 삼아 온 ‘국가 안보에 대한 위협’은 이와 같은 여러 기본적 자유의 향유를 가로막아 왔다.
15. 위원회는 대한민국에서의 입양 문제에 대해 접근 방식과 보편적으로 행해지고 있는 파양 제도가 ‘아동의 최선의 이익’을 최상으로 배려한다는 원칙과 협약 제21조에서 확립된 법적 보호 장치들과 관련하여 협약에 위배될 수 있다고 본다. 이와 관련하여 입양은 자격있는 당국에 의하여 공인되어야 하는데, 이것은 모든 타당하고도 믿을 만한 정보가 있다는 것이 전제가 되어야 하고, 또한 아동을 포함한 모든 관계 당사자들이 그러한 정보에 입각하여 동

의하는 것을 기본적인 조건으로 해야 한다. 위원회는 특히 이런 조건을 확보하기 위한 한국 정부의 조치가 불충분하다고 여긴다. 국제 입양률이 높은 것 또한 위원회가 염려하는 바이다. 아동학대와 가정폭력과 관련하여 위원회는 이를 방지하기 위한 정책과 적절한 조사체계가 결여되어 있다는 데 대하여 우려한다. 아동유기문제, 높은 소년 소년가장세대 비율, 부모와 교사들이 하나의 교육방법이라고 생각하고 있는 아동에 대한 고질적인 체벌의 지속 등에 대해서도 위원회는 주의를 기울이고 있다.

16. 위원회는 한국 정부가 교육 제도에서 협약 제29조에 반영되어 있는 교육의 목적을 충분히 고려하고 있지 않는 점을 우려한다. 지극히 경쟁적인 풍토는 아동이 잠재된 재주와 능력을 계발하고 자유로운 사회에서 책임있는 생활을 영위하기 위하여 준비하는 것을 가로막을 위험을 안고 있다.
17. 위원회는 아동이 노동해야 할 상황을 방지하기 위한 법적 개혁을 비롯해 한국 정부가 취한 조치들이 불충분하다고 본다. 이것과 관련하여, 의무 교육을 마치는 연령과 고용 허용 최소 연령간의 모순에 위원회는 특히 주목하고 있다.
18. 위원회는 또한 한국의 현행 소년사법제도와 제37조, 제39조, 제40조 등 협약과 조화되지 못하는 점에 관심을 갖는다.

E. 제안과 권고

19. 위원회는 한국 정부가 유보했던 협약 제9조 제3항, 제21조(a)호, 제40조 (b)호의 (5)에 대하여 그 유보를 철회하는 방향에서 계속 재고해 줄 것을 권장한다.
20. 위원회는 협약 제42조의 견지에서, 이 협약의 원칙과 규정을 국민들이 이해하고 자각하고 옹호할 수 있도록 하기 위한 노력을 강화해줄 것을 권고한다. 위원회는 특히 소녀, 장애 아동, 혼외 출생 아동에 대한 차별적 태도의 지속 문제에 한국 정부가 효과적으로 대처하려는 목적을 가지고 공공 캠페인을 전개시킬 것, 그리고 이들 범주에 속하는 아동의 지위와 보호를 개선시키기 위하여 즉시 효력을 나타내는 조치를 취할 것을 제안한다.
21. 위원회는 또한 아동을 위하여 아동 곁에서 일하는 전문가 집단에 대하여 이

협약에 관한 교육 활동을 반드시 실현할 것을 권고한다. 그 전문가 집단이란 교사, 사회사업가, 판사, 법집행 공무원, 보건 의료 요원 그리고 협약이 포괄하는 여러 영역에 있어서 데이터 수집을 해낼 임무를 부여받은 공무원 등을 의미한다. 위원회는 더 나아가 한국 정부가 '유엔 인권교육 10개년 사업'의 정신에 근거하여 학교 교과 과정에 아동의 권리 교육을 포함시킬 것을 고려해 주기 바란다.

22. 위원회는 한국 정부가 한국의 국내법을, 차별금지(협약 제2조), 아동의 최선의 이익(협약 제3조), 아동의 의사 존중(협약 제12조) 등을 포함한 이 협약의 원칙과 조항에 충분히 부합되도록 하기 위한 노력을 해 나갈 것을 권장한다. 위원회는 특히 대한민국이 아래와 같은 사항들을 실행하기 위하여 법적 조처 등을 마련할 것을 권고한다. 즉, 협약 제2조에 따르는 소년과 소녀의 평등한 혼인 가능 보장, 혼외 출생 아동에 대한 차별 철폐, 한국인 어머니에게서 태어난 아동이 무국적자가 될 위험 방지, 모든 형태의 차별에 대한 명백한 금지, 그리고 고용허용 최소연령을 의무 교육이 종료되는 나이에 맞게끔 높이는 일. 또한 위원회는 국내·국제 입양에서 이 협약의 원칙 및 규정과 완전히 조화되게끔 관련 법규들을 포괄적으로 개혁할 것을 권장하며, 동시에 1993년의 '국제 입양과 관련된 아동보호와 협력에 관한 헤이그 협약'의 기준을 고려할 것을 권장한다.
23. 위원회는 한국 정부가 도시와 농촌 지역에서 전국적 규모와 지역적 규모로 이 협약의 이행을 감시하고 조정하기 위하여 영속적이고도 여러 학문 영역에 걸친 기구를 발전시킬 것을 권고한다. 위원회는 대한민국에 대하여 아동을 위한 옴부즈맨 혹은 대등하고도 독립적인 청원 기관과 감시 기관의 설립을 한층 더 고려할 것을 권장한다. 위원회는 나아가 민간단체들과 한층 긴밀한 협력을 증진할 것을 권고한다.
24. 위원회는 또한 자료 수집 체계를 개선하고 분산된 지표들을 적절하게 정리할 것을 권고한다. 이것은 가장 취약한 범주에 속하는 아동의 상황에 마땅한 주의를 기울이는 한편, 협약이 적용되는 모든 영역을 다루고, 진전된 정도를 평가하기 위하여 필요하다.
25. 위원회는 한국 정부가 협약 제4조의 완전한 이행에 특별한 관심을 기울일 것을 강력히 권고한다. 또한 아동의 경제·사회·문화적 권리 이행을 위하

여 가용 자원을 극대화하기 위한 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 반차별의 원칙과 아동이익 최선의 원칙이라는 관점에서 가장 불이익을 받고 있는 아동 집단의 상황에 대하여 특별한 관심을 기울여야 한다.

26. 위원회는 한국 정부가 가정, 학교, 사회생활에 대한 아동의 참여를 증진시킴과 동시에 그들이 기본적 자유를 더욱 효과적으로 누릴 수 있도록 하기 위하여 더 큰 노력을 기울여야 한다고 생각한다. 이 기본적 자유 속에는 의견을 가질 자유와 표현의 자유, 그리고 결사의 자유가 포함되는데, 이러한 권리들은 민주 사회에서 반드시 필요한 권리들이며, 오로지 법률로써 정해진 바대로만 제한받는다.
27. 위원회는 특히 협약 제18조, 제27조에 비추어 아동의 양육과 발전에 대한 가족의 책임을 다할 수 있도록 가족에 대한 지원을 확보하기 위하여 좀 더 조치를 취할 것을 권장한다. 아동 유기를 막기 위하여 특별한 관심을 기울여야 하며, 소년 소녀 가정이 이끄는 가정이 더 이상 발생하지 않도록 함과 동시에 그들 가정에 대한 적절한 지원이 이루어지도록 특별한 관심이 있어야 한다.
28. 가정폭력과 아동학대에 있어, 위원회는 이와 같은 상황을 방지하고 피해 입은 아동을 보호하고 적절한 육체적, 사회적 회복을 실현하기 위하여 더욱 나은 조치들을 채택할 것을 권고한다. 이런 가정폭력이나 아동학대를 조기에 발견하고 감독하고 그리고 적절한 기관에 의뢰할 수 있는 체계의 확립에 대해서도 고려해야 한다.
29. 위원회는 대한민국이 협약 제29조에 표현된 교육 목적을 충실히 반영하기 위하여 교육 정책을 재검토할 것을 권장한다.
30. 아동의 노동 분야에 있어 위원회는 대한민국이 이 협약, 특히 제32조를 충분히 반영시키기 위하여 그 입법과 관행에서 적절한 조치를 채택할 것을 권장한다. 고용허용 최소연령에 관한 ILO 협약 제138호의 비준이 고려될 수 있으며, ILO 와 협의를 하면서 이와 같은 행동을 추구하고 줄 것을 권고한다.
31. 위원회는 대한민국이 특히 제37조, 제39조, 제40조에 나타난 협약의 정신과 '베이징 룰', '리야드 가이드라인' 그리고 '자유를 박탈당한 청소년 보호를 위한 유엔 규칙' 과 같은 소년 사법 분야의 유엔 기준의 정신에 입각하며, 소

년 사법 제도의 포괄적인 개혁에 착수할 것을 권고한다. 자유 박탈을 검토하는 것은 오로지 마지막 수단으로써만, 그것도 가장 짧은 기간이라야 한다는 데 특별한 주의를 기울일 필요가 있다. 자유를 박탈당한 청소년의 권리 보호에 그리고 사법제도의 완전한 독립성과 공정성과 함께 적법절차(due process of law)에도 특별히 관심을 기울여야 한다. 소년사법제도와 관계있는 모든 전문가들에게 관련 국제기준을 가르치는 교육 프로그램이 조직되어야 한다. 위원회는 소년사법행정분야에서의 국제적 지원을 인권센터(the Center for Human Rights)와 범죄 방지와 형사정의분과(the Crime Prevention and Criminal Justice Branch)에 구해 볼 것을 한국 정부에 제안하고 싶다.

32. 위원회는 대한민국이 제출했던 보고서, 위원회의 회의록, 그리고 위원회의 최종 의견이 한국 내에서 가능한 한 널리 배포될 것을 권고한다.

아동권리위원회

32차 회기

협약의 제44조에 따른 국가보고서의 검토

최종견해 : 대한민국

1. 위원회는 2003년 1월 15일 개최된 838차 및 839차 회의(CRC/C/SR.838 및 839)와 2003년 1월 31일 개최된 862차 회의에서 2000년 5월1일 제출된 대한민국의 제2차 정부보고서(CRC/C/70/Add.14)를 심의하였으며, 다음과 같은 최종견해를 채택한다.

A. 도입

2. 위원회는 한국정부의 2차 보고서 및 서면답변 제출을 환영하며, 이는 한국아동권리 상황에 대한 이해에 도움이 되었다. 한국정부의 다양한 분야에서 높은 수준의 대표단 파견을 환영하며, 심의중에 있었던 제안과 권고에 대해 한국정부대표단이 긍정적인 반응을 보여준 것을 환영한다.

B. 한국정부가 취한 후속조치 및 진전사항

3. 아동학대에 대한 조사 및 신고에 중점을 둔 1997년□□가정폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법□□제정과 19세 미만자의 성매수 관련자를 형사처벌하는 내용의 2000년 “청소년호보법”의 제정 등의 입법조치를 환영한다.
4. 2001년 국가인권위원회의 설립을 환영한다.
5. 1999년 ILO 제138호 협약, 2001년 ILO 제182호 협약 비준과 이전에 권고한 바 있는 고용최저연령의 15세 이상으로의 상향조정을 환영한다.

C. 협약이행 장애요인 및 어려움

6. 아동권리위원회는 1997년 아시아외환위기와 IMF 구조조정개혁프로그램으로 인하여, 대한민국 정부가 경제적·사회적·문화적 권리를 이행하는 하는데 있어 경제적·재정적 제약을 받았음을 인정하며, 이러한 강력한 긴축조치로 인하여 한국정부가 국제부채를 적정한 시기에 상환할 수 있었고 전반적인 경제회복을 가져올 수 있었다는 점에 주목한다.

D. 주요 문제영역 및 권고사항

1. 협약이행을 위한 일반조치

위원회의 이전 권고사항

7. 대한민국정부의 제1차 국가보고서 심의(CRC/C/8/Add.21)에 따라 아동권리위원회가 채택한 대부분의 권고안들(CRC/C/15/Add.51)이, 특히 다음 사항에 대하여 충분히 다루어지지 않음에 유감을 표명한다.
 - (a) 유보조항의 철회(19항)
 - (b) 소녀, 장애아동, 혼인외출생자에 대한 차별적 태도의 근절을 위한 공공 교육 캠페인의 개발(20항)
 - (c) 가정, 학교 및 사회생활에서 아동의 참여증진을 위한 조치(26항)
 - (d) 모든 형태의 차별 금지(22항)
 - (e) 아동권리협약 제29조에 규정된 교육 목표를 완전히 반영하기 위한 교육 정책의 검토(29항)
8. 아동권리위원회는 상기 사항들에 대해 제차 강조하며, 제1차 정부보고서 최종평가에 포함되었으나 이행되지 않은 권고사항과 제2차 정부보고서 최종평가에 포함되어 있는 관심사항을 다루는데 대한민국정부가 지속적인 노력을 경주할 것을 촉구한다.

협약에 대한 유보조항

9. 아동권리위원회는 대한민국정부가 제9조 3항(자녀의 부모면접권 보장), 제21조(a)(입양의 절차) 및 제40조 2항 (b)(v)(상소권의 보장)들을 유보한 것에 대해 우려를 표명한다.
10. 아동권리위원회는 유죄를 선고받은 청소년의 항소권에 유념하며, 가능한 빨리 제40조 2항(b)(v)(상소권의 보장)에 대한 유보를 철회할 것을 대한민국 정부에 촉구한다. 또한 비엔나 선언과 행동계획(1993)에 의거하여, 아동권리협약 제21조(a) (입양의 절차)와 제9조 3항(자녀의 부모면접권 보장)에 대한 유보를 철회할 수 있도록, 아동과 부모 모두에게 상호면접교섭권을 보장하도록 대한민국 정부가 민법을 신속히 개정하고, 국내 입양에 대한 대중의 태도를 변화시키기 위한 노력을 강화할 것을 촉구한다.

국내입법 조처

11. 아동권리위원회는 국내법의 개정에 주목하지만, 그럼에도 불구하고 국내법이 여전히 아동권리협약의 조항과 원칙에 아직까지 완전히 부합하지 않는다는 점에 대해 우려를 표명한다.
12. 아동권리위원회는 국내법이 아동권리협약의 조항 및 원칙에 완전히 부합하도록 하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 대한민국 정부에 촉구한다.

아동권조정기구

13. 아동권리위원회는 제8차 경제사회개발 5개년 계획(1998~2002)에 아동에 대한 국가행동계획이 포함되어 있었음에 주목한다. 그러나 정부 다양한 정부부처에 운영되는 모든 아동관련 정책 및 프로그램에 대해 완전한 조정권한을 행사하는 상설중앙기구가 아직껏 없음에 유감을 표명한다.
14. 아동권리위원회는 2001년 “어린이보호·육성종합계획”의 범위를 확대하여 아동권리협약이 보장하고 있는 모든 권리를 포괄하고 2002년 5월 유엔총회 아동특별회기에서 만들어진 “어린이에게 살기 좋은 세상”에 구체화된 임무를 포괄할 것을 권고한다. 또한 아동권리위원회는 아동관련 모

든 정책과 프로그램에 대한 책임을 갖는 상설중앙기구를 설립하여, 그 임무를 효과적으로 수행할 수 있도록 필요한 권한과 충분한 재정적 인적, 물적 자원을 보장할 것을 권고한다.

공공기관에 의한 모니터링

15. 아동권리위원회는 한국정부대표단이 대한민국정부가 아동권리협약 이행을 모니터링하기 위해 정부내 상설기구의 설립을 고려하고 있다고 밝힌 것을 환영한다.
16. 아동권리위원회는 이와 같은 모니터링기구의 설립을 신속히 추진하여 아동권리협약 이행을 위한 정부의 활동을 활발히 모니터링할 것을 권고한다.

독립적인 모니터링

17. 아동권리위원회는 4절에서 지적한 바와 같이 국가인권위원회의 설립을 환영한다. 그럼에도 불구하고 국가인권위원회가 아동권리 부문에 대한 전문성이 없음을 유감스럽게 생각한다.
18. 아동권리위원회는 정부당국이 국가인권기구의 지위에 관한 파리원칙(총회 결의 48/134)과 국가인권기구에 대한 아동권리위원회의 일반논평 2호에 의거하여 다음의 사항을 보장할 것을 대한민국 정부에 권고한다.
 - (a) 인권위원 중 적어도 1명의 아동전문가가 임명되도록 보장하거나 아니면, 아동권리에 대한 소위원회의 설립을 보장
 - (b) 아동의 진정을 아동친화적인 방식으로 접수, 조사 및 처리하는 위원회의 권한에 대한 인식제고 등을 통하여, 국가인권위원회에 대한 아동의 접근성을 보장

예산배정

19. 아동권리위원회는 지난 2년간의 경제회복에도 불구하고 1997년 이래로 정부 예산에서 아동에 배정된 예산이, 특히 보건과 교육 영역에서, 지속적으로 감소해왔음에 우려를 갖고 있다. 현재의 지출수준은 아동권의 보장과 증진을

위해 국가적으로나 지역적으로나 우선권을 두고 있다고 보기에는 불충분하며, 한국과 비슷한 경제발전 수준에 있는 다른 나라의 예산배정규모와도 같은 규모가 아니다.

20. 위원회는 다음과 같은 조치를 취함으로써 아동권리협약 제4조의 충분한 이행에 특별한 주의를 기울일 것을 권고한다.

(a) 아동의 경제·사회·문화적 권리의 이행을 보장하기 위하여, 특히 경제적으로 취약한 집단에 속하는 아동의 권리보장을 위하여 □□가용자원의 최대한도까지□□ 예산할당에 우선순위를 둘 것.

(b) 다양한 부문에서 아동을 위한 서비스의 비용, 접근성 및 품질과 효과성에 대한 영향을 평가하기 위하여, 공적·사적 부문 및 민간단체 영역에서 아동에게 소요되는 정부예산액과 비율을 밝힐 것.

자료수집

21. 아동권리위원회는 한국정부가 서면답변에서 표현하였듯이, 현재의 자료수집 체계가 협약의 모든 영역과 18세 미만의 모든 아동을 포괄하고 있지 못하다는 우려에 견해를 같이 하며, 아동권리의 지표를 개발하려는 계획에 주목한다.

22. 아동권리위원회는 분산된 자료의 수집, 특히 18세 미만의 모든 아동관련 자료의 수집을 위해 효과적인 시스템을 구축하려는 정부의 노력을 지속하고 강화할 것을, 그리고 그 자료와 지표를 협약의 효과적인 이행을 위한 정책, 프로그램 및 계획의 수립, 모니터링, 평가를 위해 이용할 것을 장려한다. 또한 위원회는 협약이행관련 진전사항을 지속적으로 평가할 수 있도록 대한민국정부가 조속한 시일 내에 아동권리 지표작업을 완수할 것을 장려한다.

시민사회와의 협력

23. 아동에게 서비스를 전달함에 있어서 정부와 시민사회간의 협력에 관하여 위원회는 필수적인 기준설정이 없고, 정책수립 단계 또는 보고 과정에서 시민사회와의 협력이 제한적이었음을 우려한다.

24. 위원회는 협약을 이행하는데 있어 동반자로서의 시민사회의 중요한 역할을 강조하며, 한국정부가 민간단체와 좀더 체계적이며 공동적 방식으로, 정책 수립을 포함하여 협약 이행의 모든 단계에서, 전국적으로나 지역에서나 이들과 협력할 것을 권고하며 향후 국가보고서를 기초하는 과정에서도 협력할 것을 권고한다. 또한 위원회는 한국정부가 '아동권 이행에 있어 사적 서비스 제공자의 역할에 관한 2002 총토론의 날'에 제기된 권고(CRC/C/121)를 고려하고, 서비스를 제공하는 사적기관에 대한 감독을 개선할 것을, 특히 서비스 제공자의 등록과 인증체계를 개선할 것을 권고한다.

홍보

25. 위원회는 아동 및 대중뿐만 아니라 아동관련 전문가 역시도 협약에 대해 충분히 알고 있지 못하고, 협약에 담긴 아동권에 기초한 접근에 대한 지식이 불충분함을 우려한다.

26. 아동의 권리에 관한 정보를 배포하기 위한 민간단체와 국제기구의 활동에 주목하면서, 위원회는 협약이행사항에 관한 정부보고서와 협약의 원칙과 조항을 광범위하게 알리는 것이 협약 제42조와 제44조에 따른 정부의 의무임을 상기시키고자 한다. 그러므로 아동권리위원회는 다음과 같은 사항을 한국정부에 권고한다.

- (a) 일반대중과 특별히 아동을 겨냥하여 아동권에 대한 인식을 높이기 위한 공공캠페인 실시
- (b) 특히 교사, 판사, 국회의원, 범집행공무원, 공무원, 지자체 종사자, 아동 구급 시설 종사자, 심리학자를 포함한 보건의료인, 사회사업가를 포함하여 아동과 함께 혹은 아동을 위해서 종사하는 전문가에 대해 협약의 원칙과 조항에 대한 체계적인 교육과 훈련 시행

2. 아동에 대한 정의

27. 위원회는 남아(18세)와 여아(16세)간의 최저혼인연령의 차이에 대해 여전히 우려한다.

28. 위원회는 여아의 최저혼인연령을 남아와 마찬가지로 상향조정하라는 이전의 권고를 반복한다.

3. 일반원칙

29. 위원회는 협약에 규정된 일반원칙 예를 들어, 차별 받지 않을 권리(제2조), 아동이익최상의 원칙(제3조), 생명·생존 및 발전의 권리(제6조), 연령과 성숙도에 따라 아동의 견해가 존중 받을 권리(제12조) 등이 한국 정부의 입법, 정책 및 프로그램에 충분히 반영되지 않았음을 우려한다.

30. 위원회는 한국정부에 다음의 내용을 권고한다.

- (a) 협약의 일반원칙인 제2조, 제3조, 제6조 및 제12조를 아동과 관련된 모든 입법에서 반영
- (b) 위의 일반원칙을 모든 아동에게 영향을 미치는 모든 정치적, 사법적, 행정적 결정 및 계획, 프로그램, 서비스에 적용
- (c) 위의 일반원칙을 계획과 정책 결정의 매 단계에서 또한 사회·보건복지·교육기관·법원·행정당국이 취하는 모든 조처에 적용

차별금지

31. 위원회는 정부보고서에서 인종차별에 대한 정보가 빠져있으며, 한부모가정 아동, 혼외출생아동, 장애아동, 여아 및 이주가정의 아동에 대한 차별행위에 관한 정보가 제한적임에 우려하고 있다. 위원회는 또한 협약에서 언급된 인종, 피부색, 언어, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 인종적 출신, 장애, 출생 또는 기타의 지위에 따른 차별을 대한민국 헌법이 명백히 금지하고 있지 않음을 우려한다.
32. 위원회는 협약 제2조에서 나열하고 있는 모든 근거를 포함할 수 있도록 차별을 명백히 금지하는 법률을 제정할 것을 권고한다. 또한 위원회는 사회적 차별, 특히 한부모가정 아동, 혼외출생아동, 장애아동, 이주노동자

의 자녀, 여아에 대한 차별과 싸우기 위해, 특히 대중교육과 홍보 캠페인을 포함하여 모든 필요한 혁신적인 조치를 취할 것을 권고한다.

33. 위원회는 2001년 세계인종차별철폐회의에서 채택된 선언과 행동 프로그램에 관한 후속조치로서 한국 정부가 아동권리협약과 관련하여 취한 조치와 프로그램에 대한 구체적인 정보를 다음 정기보고서에 포함할 것과 협약 제29조 제1항(교육의 목표) 관련 위원회의 일반논평을 고려할 것을 요청한다.

아동의 견해 존중

34. 위원회는 아동에 대한 전통적 태도가 가정, 학교, 기타기관과 전체 사회 속에서 여전히 아동의 견해가 존중되지 않고 있음을 우려한다.

35. 위원회는 협약 제12조에 따라 한국 정부에 권고한다.

(a) 2000년에 개정된 아동복지법이 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동이 자신의 견해를 자유롭게 표현할 권리를 포함하도록 재개정. 또한 법원, 행정기구, 학교 및 교육기관의 징계과정에 의해 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동의 견해에 대한 존중과 아동의 참여를 증진하고 촉진시키기 위하여 입법조치를 포함한 효과적인 조치

(b) 특히, 부모, 교직원, 정부 행정 공무원, 사법부 및 크게는 사회에 아동들이 그들 자신에게 영향을 줄 수 있는 모든 문제에 대해서 그들의 견해를 밝히고 참여할 수 있는 권리가 있다는 것에 대한 교육 정보의 제공

(c) 아동의 견해가 고려되는 정도와 그것이 정책과 프로그램 및 아동자신에게 끼친 영향에 대한 정기적 검토

4. 시민권과 자유

표현과 결사의 자유

36. 위원회는 초·중등학교에서 학생회에 대한 엄격한 행정적 통제와 교외정치 활동을 제한하거나 금지하는 학교 교칙으로 인해 학생의 표현과 결사의 자유가 제한되고 있음에 우려한다. 위원회는 10대들이 독립적으로 만든 인터

넷 대화방이 당국에 의해 독단적으로 폐쇄되었다는 주장에 대해 더욱 우려한다.

37. 협약 제12~17조에 따라, 위원회는 의사결정과정과 학교 내외에서의 정치 활동에서의 아동의 능동적인 참여를 촉진하기 위하여 법률, 교육부가 만든 지침 및 학교교칙을 개정하고 모든 아동이 결사와 표현의 자유에 대한 권리를 충분히 향유할 수 있도록 보장할 것을 권고한다.

체벌 금지

38. 위원회는 체벌이 학교에서 공식적으로 허용되고 있는데 큰 우려를 갖고 주목한다. 위원회는 체벌이 협약의 원칙과 조항에 부합되지 않으며, 특히 아동의 존엄성을 심각하게 침해한다고 본다(유엔 경제·사회·문화적권리위원회의 비슷한 견해 참고, E/C.12/1/Add.79, 36절). 교육부의 지침이 학교에서의 체벌과 관련된 결정을 개별학교에 위임하고 있다는 사실은 일정형태의 체벌이 수용가능한 것임을 보여주며, 따라서 긍정적이고 비폭력적인 징계를 조성하려는 교육적 조치를 훼손하고 있다.

39. 위원회는 한국 정부에 다음을 권고한다.

- (a) 가정, 학교 및 모든 여타 기관에서 체벌을 명백히 금지하도록 관련 법률과 규칙을 개정하라는 국가인권위원회의 권고 이행
- (b) 체벌에 관한 태도를 변화시키고 학교 및 가정에서 체벌의 대안으로서 긍정적이고 비폭력적인 형태의 규율을 발전시키기 위해서, 아동에 대한 학대가 끼치는 부정적인 결과에 대한 공공교육 캠페인 수행

5. 가정환경과 대안양육

대안 양육

40. 위원회는 가정과 분리된 아동의 시설양육에 대한 대안으로 그룹홈을 설립한 데 주목한다. 그러나, 그룹홈의 설립과 대안 양육 체계의 개발이 여전히 제한적이며, 사적 양육 기관이 정부의 규제나 정기적인 감사를 받고 있지 않음을 우려한다.

41. 위원회는 한국정부에 다음을 권고한다.

- (a) 그룹홈과 대안양육시스템의 수를 지속적 확대. 특히 위탁가정에 대한 재정적 지원을 확대하고 카운슬링과 지원체계를 강화
- (b) 모든 공적·사적 시설에 아동 입소에 대한 정기적인 검사 보장. 이는 아동의 견해와 아동 최상의 이익을 고려해야 하며, 가능한 한 시설입소 아동을 가정환경 속에 재통합하는데 목적을 두어야 함.
- (c) 대안양육되는 또한 취약가정의 아동을 지원할 수 있는 사회복지사의 숫자를 늘리고 그들의 기술과 능력을 향상

입양

42. 위원회는 입양에 대한 보편적인 부정적 문화 전통으로 인해, 국내입양이 허가없이 진행되거나, 자격 있는 기관에 의하지 않거나 그러한 입양이 아동최상의 이익 또는 (적절한 경우) 아동의 견해를 반드시 고려하는 것이 아니라는 점 등에 여전히 우려를 표명한다. 또한 위원회는 높은 숫자의 해외입양에 대해 우려를 갖고 있다. 해외입양이 최후의 수단으로 고려되고 있지 않으며, 한국정부가 해외입양과 관련□□아동의 보호와 협력에 관한 1993년 헤이그 협약□□을 아직 비준하지 않았다는 점에서 96년 1차 권고에서 언급했던 우려를 반복한다.

43. 위원회는 한국정부에 1차 권고를 반복하여 다음과 같이 촉구한다.

- (a) 아동권리협약, 특히 협약 제21조의 원칙과 조항에 완전히 부합하도록 하기위하여 법률 개정의 관점에서 국내 및 해외입양 체계를 포괄적으로 재검토
- (b) 해외입양과 관련된 아동의 보호와 협력에 관한 1993년 헤이그 협약 비준

아동학대 및 유기

44. 위원회는 아동학대와 방임에 대한 보고를 받고 피해자에 대한 상담과 지원을 제공하는 아동학대예방센터가 여러 지역에서 설립된 것을 환영한다. 그

럼에도 불구하고 아동학대와 방임에 대한 진정을 접수하고 효과적으로 처리하며 피해자에게 지원을 제공하는 전국적인 체계가 미비함을 우려한다.

45. 위원회는 한국 정부에 다음을 권고한다.

- (a) 아동학대와 방임관련 진정을 접수, 모니터링, 조사하는 전국적인 시스템을 구축하기 위하여 법률 개혁을 포함하여 모든 적합한 조치를 취할 것. 그리고 기소가 필요한 경우, 아동 친화적인 방식으로 되어 하며, 법 집행공무원과 사회복지사 및 검사들에게 이점에 관한 훈련을 실시할 것.
- (b) 단순한 개입 또는 처벌에 그치지보다는 아동학대 예방 센터를 설립하는 노력을 강화하여, 가정폭력의 피해자와 가해자 모두에 대한 지원 및 폭력의 모든 피해자들에게 상담과 회복, 재융합을 위한 지원을 보장하는 전국적인 대응 체계를 구축할 것.
- (c) 아동학대 및 방임의 문제 정도를 적절히 평가하고 그에 관한 정책 및 프로그램을 구상할 수 있도록 성별 및 연령대로 분산된 학대 및 방임의 가해자와 피해자에 관한 자료수집 체계 구축할 것.

아동 부양

- 46. 위원회는 법적으로 받아야만 하는 아동양육비를 받지 못하고 있는 이혼부모와 한부모 정(주로 어머니)의 수치가 높음에 우려한다.
- 47. 협약 제27조와 아동이익 최상의 원칙(제3조)에 입각하여, 법원의 명령에 근거하여 또는 아동이나 양육부모에게 오명을 씌우지 않는 방식으로 당사자간의 합의에 근거하여 아동양육의무를 집행하기 위한 모든 효과적인 조치를 취할 것을 한국 정부에 권고한다. 예를 들어, 정부는 강제집행을 하는 동시에 미불된 아동양육비를 아동을 키우고 있는 부모에게 지불할 수 있는 정부기금을 조성하거나, 아동양육의무를 지고 있는 자의 봉급에서 자동적으로 양육비를 공제할 수 있는 시스템의 도입을 고려할 수 있다.

6. 기초보건과 복지

48. 위원회는 아동 보건 지표를 긍정적으로 평가한다. 그럼에도 불구하고 위원회는 한국정부의 보건예산 할당이 1%미만이며 보건시설의 90%가 사적으로 운영되고 있음에 우려한다. 또한 위원회는 모유수유율이 90년대에 상당히 감소했다는 점과 청소년의 흡연의 증가와 각성제 및 여타의 불법약물 이용이 증가하고 있음을 우려한다.

49. 위원회는 한국정부에 다음과 같이 권고한다.

- (a) 보건예산을 상당수준 늘리고, 저소득 가정이 무료로 의료체계에 접근할 수 있도록 공공 의료 체계를 구축
- (b) 영아에게 처음 6개월간의 완전한 모유수유가 주는 유익성에 대해 어머니를 교육하고 모유수유를 장려 및 모유수유에 대한 국가규범 채택
- (c) 자녀에게 모유를 먹이는 여성이 고용에 있어 어떠한 불이익도 당하지 않도록 하는 효과적인 조치
- (d) 에이즈 및 여타의 성병에 대한 교육, 10대의 흡연과 약물남용 등에 관한 종합적인 청소년 보건정책 수립을 위한 청소년 보건 연구에 착수

장애아동

50. 위원회는 장애아동에 대한 사회적 차별이 광범위하며 "존엄성이 보장되고 자립이 촉진되며 적극적 사회참여가 조장되는 여건 속에서 충분히 품위있는 생활□□을 누릴 장애아동의 권리를 제한하고 있음을 매우 우려한다. 특히, 위원회는 상당수의 장애아동이 매년 버려지고 있으며, 많은 아동이 학교에 다닐 수 없고, 학교에 가면 다른 학생들과 분리된다는 보고에 우려한다.

51. 위원회는 '1997년 유엔아동권리위원회의 장애아동에 관한 토론의 날'에서 도출된 권고와 장애인에 기회평등에 관한 기준 규칙(유엔통회 결의안 48/96)에 따라 한국 정부에 다음과 같이 권고한다.

- (a) 학부모, 아동, 교사 및 일반대중을 겨냥하여 인식 향상과 교육 운동을 포함하여 장애아동에 대한 차별 문화에 대처하기 위한 효과적인 조치

- (b) 현재 학교에 다니지 않는 아동을 포함하여 장애아동의 수에 대한 종합적인 조사. 이 조사는 교육 및 여타 사회적 서비스에 대한 장애아동의 교육 욕구 및 접근에 대해 평가할 수 있어야 함
- (c) 학교, 여가시설을 포함하여 공공 건물과 공공 영역에 대한 장애아동의 물리적 접근도를 향상시키기 위한 기존의 프로그램을 확대. 또한 유치원 및 초·중·고 단계에서의 통합교육 프로그램의 수를 확대

7. 아동교육

52. 위원회는 정부가 중등교육을 무상화하려는 과정에 있다는 정보를 환영하지만, 대한민국의 상대적으로 높은 경제수준에도 불구하고 초등교육만이 무상인 점을 우려한다. 마찬가지로, 초등교육에서는 여아와 남아의 입학비율에 차이가 없지만 고등교육에서는 남아보다 여아의 수가 적어지는 점을 우려한다. 결론적으로 위원회는 매우 경쟁적인 교육 시스템이 아동 잠재성의 최대한의 발전을 저해할 위험이 있다는 위원회의 우려를 반복한다.

53. 위원회는 대한민국 정부에 다음과 같이 권고한다.

- (a) 학교에 제공되는 자원을 늘리고 학습의 질을 향상시킴으로써, 사립학교에 비교할 때 낮은 수준인 공립학교의 질을 높일 것.
- (b) 취학 전 교육과 중등교육에서의 비용을 감소시키고 무료화하기 위한 전략을 개발
- (c) 여아의 입학을 증진하고 끈질긴 성에 대한 고정관념에 대응함으로써 고등교육의 기회가 모든 사람에게 능력에 입각하여 개방될 수 있도록 하는 효과적인 조치
- (d) 경쟁성을 감소시키고, 협약 제29조 제1항과 교육의 목적에 관한 위원회의 일반논평 1에서 언급된 교육의 목적을 반영할 목적으로 정부의 교육 정책을 제고

8. 특별보호조치

아동에 대한 성적 착취

54. 위원회는 아동에게 성적 서비스를 산 자를 처벌할 목적으로 2000년 청소년 보호법을 만든 것을 환영한다. 그러나 위원회는 이 법이 효과적으로 이행되지 못하고 있다는 점과 아동성착취에 관한 정보가 제한적임을 우려한다. 또한 위원회는 “원조교제” 현상에 대해 우려한다.
55. 위원회는 한국 정부에 다음과 같이 권고한다.
- (a) 상업적 아동 성착취에 관한 국가행동계획 개발. 이 계획에는 1996년과 2001년 ‘제 1·2차 상업적 아동 성착취 철폐 세계 대회’에서 합의되었듯이 효과적인 자료 수집 조치가 포함돼야 함.
 - (b) 아동친화적인 방식으로 사건을 접수·모니터·조사·기소하는 방법을 범집행공무원, 사회사업가 및 검사에게 훈련 실시
 - (c) 모든 성학대와 성착취 피해자들에게 재활과 재통합을 위한 적합한 프로그램과 서비스 보장
 - (d) 연소자에 대한 성학대 및 착취에 관련된 법률 정보, 건강한 생활양식에 관한 교육프로그램 등의 예방적 조치 개발

청소년 사법

56. 위원회는 법을 위반한 혐의로 보호처분을 받은 아동이 형사절차를 거치지 않고 법적 지원 없이 자유를 박탈당할 수 있음을 우려한다.
57. 위원회는 한국정부에 권고한다.
- (a) 특히 협약 제37조, 제40조, 제39조와 소년사법집행에 관한 유엔 최소기준(베이징 규칙), 소년비행방지를 위한 유엔가이드라인(리야드(Riyadh) 가이드라인), 1995년 유엔아동권리위원회의 소년사법집행에 관한 토론의 견지에서, 소년사법기준의 완전한 이행을 보장하고 소년사법 관련 종사자에 대한 전문적인 훈련을 수행

(b) 자유의 박탈을 오직 최후의 수단으로만 사용할 것. 그리고 자유의 박탈로 귀결될 수 있는 보호처분과 관련된 모든 청소년에게 조기에 변호인을 보장할 것.

(c) 연소자를 형사절차에 회부할 것인지 보호처분을 할 것인지를 결정하는 검사의 자유재량(검사선의주의)철폐를 위한 법률 개정

이주노동자 자녀

58. 위원회는 교육 및 사회보장관련 법과 규칙이 외국인 아동, 특히 미등록 이주노동자의 자녀에게 복지와 권리를 제공하기 위한 구체적인 조항을 포함하고 있지 않음을 우려한다.

59. 위원회는 한국 정부에 다음과 같이 권고한다.

(a) 미등록 이주노동자의 자녀를 포함하여 모든 외국인 아동에게 서비스에 대한 동등한 접근을 보장하는 구체적인 조항을 포함하도록 국내법, 특히 교육과 사회보장관련법 개정

(b) 이주노동자와 그 가족의 권리에 관한 국제협약(1990) 의 비준 고려

9. 아동권리에 대한 선택의정서 및 협약 제43조 2항의 개정

60. 위원회는 협약에 따른 두 개의 선택의정서(아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피에 관한 선택의정서와 아동의 무력분쟁 관여에 관한 선택의정서)에 서명하고 아직 비준하지 않은 것에 주목한다.

61. 위원회는 협약에 따른 두 개의 선택의정서를 비준할 것을 권고한다.

10. 협약문서의 보급 홍보

62. 협약 제44조 제6항의 견지에서, 위원회는 한국정부의 2차 보고서와 서면답변을 광범위한 대중, 특히 아동이 이용할 수 있도록 할 것과 관련 기록과 위원회의 최종견해를 포함하여 보고서 출판을 고려할 것을 권고한다. 정부, 국회, 일반 대중 및 민간단체 내에서 협약에 대한 인식과 토론을 낳고 협약의 이행과 모니터링을 진작시키기 위해서 위와 같은 문서는 광범위하게 배포되어야만 한다.

11. 차기보고서 제출

63. 위원회가 채택한 정기보고서에 대한 권고와 29차 회기(CRC/C/114)의 보고서에서 기술한 권고에 입각하여, 위원회는 협약 제44조에 충분히 부응하는 국가보고 이행의 중요성을 강조한다. 유엔아동권리위원회가 협약의 이행이 얼마나 진전되었는가를 점검할 수 있는 정기적인 기회를 갖도록 보장하는 것은 협약 당사국의 중요한 책임이다. 이런 점에서 정기적으로 시기를 맞춰 제출되는 정부보고서는 아주 중요하다. 위원회는, 예외적인 조치로, 한국정부의 협약에 부응하는 보고 의무를 돕기 위하여, 한국의 3차와 4차 보고서를 하나의 보고서로 만들어서 4차 보고서 제출기한인 2008년 12월 19일까지 제출할 것을 요청한다.(원래 3차 보고서가 2003년에 제출해야 하나, 한국 정부의 보고서 제출이 늦었고 위원회의 심사회 의도 지연된 관계로 2차 보고서를 2003년에야 심의하게 되었다. 이에 3차 보고서 심사를 건너뛰게 된 것이다; 역자주) 위원회는 협약이 정한대로 한국정부가 매 5년마다 보고할 것을 기대한다.

CRC/C/OPAC/KOR/CO/1

6 June 2008/06/06

(전문번역: 아동권리모니터링센터)

아동무력분쟁 참여에 관한 선택의정서

대한민국 국가 보고서 심의

최종 권고

1. 위원회는 2008년 5월 23일에 열린 제1322회 회의(CRC/C/SR 1322)에서 대한민국의 최초 이행 보고서(CRC/C/OPSC/KOR/1)를 심의 했으며, 2008년 6월 6일에 열린 제1342회 회의에서 다음과 같은 최종견해를 채택하였다.

A. 서 문

2. 위원회는 선택의정서에 보장된 권리에 관하여 대한민국에서 적용 되는 입법상, 행정상 및 다른 조치들에 관한 추가적인 정보를 포함한 당사국의 서면 답변서와 최초 이행보고서의 제출을 환영한다. 그러나 위원회는 당사국 대표단이 건설적인 대화를 위해 필수적인 몇몇 정보가 부족했던 점을 유감스럽게 생각한다.

3. 위원회는 이번 최종 견해가 2003년 1월 15일에 채택된 당사국의 제2차 보고서에 관한 최종 견해(CRC/C/15/Add.197)와 2008년 6월 6일에 채택된 아동매매, 성매매 및 아동 음란물에 관한 선택의정서의 최초 보고서에 관한 최종견해(CRC/C/OPSC/KOR/CO/1)와 함께 해석되어야 함을 상기시키고자 한다.

B. 긍정적인 측면들

4. 위원회는 다음 사항에 감사한다.

- a) 대한민국 군대의 지원 입대 가능 연령은 18세 이상이라는, 선택의정서 비준 시 당사국의 선언
 - b) 현역병 지원 입대 연령을 17세에서 18세 이상으로 상향 조정한 병역법 제 14조 1항의 개정(2004년 12월)
 - c) 18세 미만의 아동을 무력분쟁에 참여하게 하는 근거 조항을 삭제한 공군 규정의 개정
 - d) 2006년 아동권리모니터링센터의 설립
5. 위원회는 당사국이 다음 조약 및 의정서에 대해 비준 및 가입한 것을 환영한다.
- a) 2004년 9월 아동매매, 성매매 및 음란물에 관한 선택의정서
 - b) 2006년 10월 여성차별철폐협약 선택의정서
 - c) 2002년 11월 국제형사재판소 로마규약
6. 더 나아가, 위원회는 무력분쟁에 참여한 아동 보호를 위한 재정 지원을 포함하여 당사국이 국제협력 분야에서 보여준 활동에 대해 높이 평가한다.

I. 일반이행조치

홍보 및 교육

7. 위원회는 국가인권위원회가 학교 교과과정과 일반 대중을 대상으로 인권교육 증진을 위해 실시해 온 다양한 노력들을 환영한다. 그러나 위원회는 선택의정서 내용이 평화유지군 파병 전 교육과 군사 학교 교과 과정 등에서 어떻게 교육되고 홍보되는지에 대한 정보가 제공되지 않은 점을 유감스럽게 생각한다.
8. 제6조 제2항에 비추어, 위원회는 당사국이 미디어를 포함한 적절한 수단을 이용하여 군인, 평화유지 인력뿐 아니라 공무원 및 일반 대중에게 선택의정서의 조항과 원칙을 널리 알리고, 이를 군사학교 교과 과정에 포함하는 것을 보장하도록 권고한다.

9. 위원회는 또한 당사국이 보건 인력, 사회복지사, 교사, 변호사, 판사 및 출입국관리 담당 공무원과 같이 무력분쟁 지역으로부터 온 망명 및 난민 아동을 접하는 직업을 포함하여 아동과 관련된 모든 전문가 집단을 위해 선택의정서 조항에 관한 체계적인 인식 제고, 교육 및 훈련 프로그램을 개발할 것을 권고한다.

독립적인 국가 인권 기관

10. 위원회는 당사국이 2008년 2월 20일 국가인권위원회의 독립성을 현행대로 유지하기로 한 결정을 환영하며, 국가인권위원회가 군대를 포함하여 국가기관에 의한 아동의 인권침해에 대해 감시할 권한을 가지는 것에 대해 높이 평가한다. 그러나 위원회는 국가인권위원회 안에 선택의정서 이행의 감시 증진을 위한 아동권리 전담 부서가 없다는 점을 유감스럽게 생각한다.

11. 위원회는 당사국의 제2차 보고서에 관한 최종견해의 권고의견(CRC/C/15/Add.197, para. 18)을 다시 강조하며, 국가인권위원회가 선택의정서의 이행을 적절히 감시·증진하고, 국가인권위원회에 대한 아동의 인지도와 접근성을 높인다는 목적으로 인식제고 조치들을 실행할 수 있도록 국가인권위원회 내에 아동 권리 부서의 신설에 필요한 인적 및 재정 지원을 당사국이 계속해서 보장하도록 권고한다.

II. 금지 및 관련 문제들

법률

12. 위원회는 2004년 12월 병역법 제14조 1항의 개정을 통해, 지원입대 가능 연령을 기존의 17세에서 18세 이상으로 상향 조정된 것을 환영한다. 그러나 위원회는 18세 미만 아동의 적대행위 참여 혹은 강제 징집을 금지하는 구체적인 조항이 없는 점을 우려한다.

13. 위원회는 당사국에게 다음사항을 권고한다.

- a) 적대행위에 아동의 징집 및 참여와 관련하여 선택의정서의 조항을 위반

하는 것을 법에 의해 금지한다.

b) 모든 법률이 선택의정서의 조항과 완전히 조화를 이루도록 보장한다.

c) 모든 군사법, 소책자 및 다른 군사 지침서들이 선택의정서 정신 및 조항과 일치하도록 보장한다.

사법권

14. 위원회는 당사국의 국내법이 15세 미만 아동의 군대 혹은 무장 단체로의 징집에 관한 치외법권을 규정하고 있는 점을 환영한다.

15. 아동의 군대 혹은 무장단체로의 징집과 적대행위에 있어 아동의 이용 방지를 위한 국제적인 조치를 더욱 강화하기 위해, 위원회는 당사국이 특히 양자 혹은 다자 협정을 통해 적대 행위에 아동을 참여 시키고 징집하는 범죄에 관한 치외법권을 확대하는 방안을 검토하도록 권고한다.

III. 보호, 회복 및 재통합

아동 피해자의 권리 보호를 위한 조치

16. 위원회는 북한 아동의 경우 망명으로 간주되지 않는다는 당사국의 입장과 지금까지 단독 입국 아동이 당사국에 의해 보고된 선례가 없다는 점에 주목한다. 그러나 위원회는 적대행위에 징집되었거나 이용되었는지 모르는 망명 및 난민 아동을 확인 할 수 있는 체계가 없다는 점을 우려하며, 이들의 신체적, 심리적 회복 및 사회 재통합을 위한 구체적인 전략이 결여된 점을 유감스럽게 생각한다. 위원회는 또한 분쟁 지역에서 온 망명신청 아동을 포함하여, 당사국의 망명지위 인정 비율이 매우 낮음을 우려한다.

17. 위원회는 당사국에게 다음사항을 권고한다.

a) 해외에서 적대행위에 징집되거나 이용되었는지 모르는 망명 및 난민 아동이 대한민국에 입국할 경우, 최대한 신속하게 이들의 신원을 확인할 수 체계를 도입한다.

b) 망명 및 난민 아동의 상황을 주의 깊게 평가하고, 선택의정서 6조 3항에

따라 그들의 신체적, 심리적 회복 및 사회 재통합을 위해 즉각적이고, 문화적 배경을 고려한 다방면의 지원을 제공한다.

c) 본국에서 적대행위에 징집되거나 이용되었는지 모르는, 당사국의 사법권 안에 있는 망명 및 난민 아동에 대한 자료를 체계적으로 수집한다.

d) 이와 관련하여 채택된 조치들에 관한 정보를 다음 보고서에 포함한다.

18. 더 나아가, 위원회는 당사국이 적대행위에 징집되거나 이용되었는지 모르는 북한 아동의 특별한 취약성을 고려하고, 출신 국가 밖에서 단독 혹은 가족과 분리된 아동의 처우에 관한 일반 논평6호(CRC/GC/2005/6) 와 선택의 정서 제6조 3항을 고려하여 이들에게 특별보호와 지원 조치를 제공할 것을 권고한다. 위원회는 또한 당사국이 적대행위에 징집되거나 이용되었는지 모르는 북한 아동이 당사국에 보호 요청 시, 이들이 송환되지 않도록 보장하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 권고한다.

IV. 국제 지원 및 협력

국제 협력

19. 위원회는 당사국이 무력 분쟁에 참여한 아동을 보호 지원하는 다자 및 양자 활동에 재정 지원을 해 온 점을 환영한다.

20. 위원회는 당사국이 분쟁지역의 아동 보호 활동을 위한 재정 지원을 포함하여 국제 협력을 계속해 나갈 것을 장려한다. 위원회는 또한 특히 분쟁지역의 아동을 포함하여 아동에 쓰여진 원조 지출의 평가 감시를 위해 KOICA 지원과 관련된 재정 자료를 항목별 분석하는 방안검토를 권고한다.

무기 수출 및 군사 지원

21. 위원회는 소형 무기와 군수품 수출을 감독하는 당사국의 법률 및 프로그램을 환영하는 반면, 18세 미만의 아동이 군대나 국가의 군대가 아닌 무장 단체의 일원으로 적대 행위에 직접 참여하는 국가들을 대상으로 수출을 금지하는 구체적인 법률이 없는 점을 우려한다.

22. 위원회는 현재 혹은 최근의 무력분쟁에 아동의 참여가 의심되는 국가들

과의 소형 무기 거래를 금지하는 관련 법률 제정을 권고한다. 이와 관련하여, 위원회는 당사국이 다음 보고서에 관련 국내법의 개정 사항 및 이들 국가와의 소형·휴대형 무기 거래중단에 범개정이 미친 영향에 관한 내용을 포함할 것을 권고한다.

V. 후속 조치 및 홍보

23. 위원회는 당사국이 이번 권고사항의 완전한 이행을 보장하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 권고한다. 특히 권고사항에 대한 적절한 고찰과 추가 행동을 위해 권고사항을 관련 정부부처, 국가 위원회, 국회의원, 국방부 및 지방당국에 전달할 것을 권고한다.

24. 이와 더불어 선택의정서의 제6조 2항에 비추어, 위원회는 선택의정서와 이의 이행 및 감시에 대한 인식을 제고하고 토론을 활성화하기 위해 당사국의 국가 보고서와 위원회가 채택한 최종견해를 일반 대중에게 널리 알리기를 권고한다.

25. 선택의정서의 제8조 제2항에 의거하여, 위원회는 당사국이 선택의정서의 이행에 관한 추가 정보를 협약 제44조에 따라 2008년 12월 19일까지 제출하도록 되어 있는 아동권리협약 제3·4차 통합 보고서에 포함하도록 요청한다.

CRC/C/OPSC/KOR/CO/1

2008/06/06

(전문번역: 아동권리모니터링센터)

**아동매매, 성매매, 및 아동 음란물에 관한 선택의정서
대한민국 국가보고서 심의
최종 권고**

1. 위원회는 2008년 5월 23일에 열린 제1323회 회의(CRC/C/SR 1323)에서 대한민국의 최초 이행보고서(CRC/C/OPSC/KOR/1)를 심의 했으며, 2008년 6월 6일에 열린 제1342회 회의에서 다음과 같은 최종견해를 채택하였다.

서 문

2. 위원회는 대한민국의 최초 이행보고서 제출 및 위원회의 사전 질의사항에 대한 신속한 서면답변을 환영한다. 그러나 위원회는 당사국 대표단이 건설적인 대화를 위해 필수적인 몇몇 정보가 부족했던 점을 유감스럽게 생각한다.
3. 위원회는 이번 최종 견해가 2003년 1월 15일에 채택된 당사국의 제2차 보고서에 관한 최종 견해(CRC/C/15/Add.197)와 2008년 6월 6일에 채택된 아동의 무력분쟁 참여에 관한 선택의정서의 최초 이행 보고서에 관한 최종견해(CRC/C/OPAC/KOR/CO/1)와 함께 해석되어야 함을 상기시키고자 한다.

I. 일반원칙

A. 긍정적인 측면들

4. 위원회는 다음의 입법 및 기타 조처들의 채택에 감사한다.
 - a) 2000년, 「청소년의 성보호에 관한 법률」의 개정,
 - b) 2004년, 「성매매 알선 등 행위처벌에 관한 법률」,

- c) 2004년, 「성매매 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률」,
 - d) 혼인가능연령을 18세로 높인 민법의 개정,
 - e) 청소년 유해환경 종합대책
5. 위원회는 또한 다음과 같은 조처의 신설을 환영한다.
- a) 2006년, 아동권리모니터링센터 설립
 - b) 2001년, 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 따른 핫라인 1366 설치
6. 위원회는 당사국이 다음 의정서 및 협약에 가입 혹은 비준한 점을 환영 한다.
- a) 2006년 여성차별철폐협약 선택의정서
 - b) 2000년 유엔초국가조직범죄방지협약
 - c) 2000년, 유엔 초국가조직범죄방지협약 부속, 인신매매 특히 여성과 아동 매매의 예방·억제·처벌에 관한 의정서
 - d) 2000년, 유엔 초국가조직범죄방지협약 부속, 이주자밀수방지의정서

II. 현황 자료

자료수집

7. 위원회는 국가 보고서 및 서면 답변서에 제공된 아동 성폭력 피해자, 아동 성매매 피해자 및 가해자 기소 등에 관한 통계자료를 환영하지만, 통계자료가 성별 혹은 나이에 따라 분석되지 않은 점은 유감스럽게 생각한다. 위원회는 또한 위원회의 정보에 따르면 아동매매가 당사국에 영향을 미치는 문제임에도 불구하고, 아동매매 피해자에 관한 통계 자료가 없다는 점은 유감스럽게 생각한다. 위원회는 또한 자료 수집 및 분석과 관련하여 정부 부처 간의 조정 기능이 결여되어 있음을 우려한다.
8. 위원회는 당사국이 나이 및 성별에 따라 분석된 아동 성매매 및 음란물에 관한 자료가 정책 이행을 평가하는데 주요한 수단이 되는 점을 감안하여,

이들 자료의 체계적인 수집 및 분석의 보장을 위해 중앙 정부 기관 안에 종합적인 자료 수집 체계를 구축 할 것을 권고한다. 통계자료는 또한 범죄 유형에 따라 기소와 유죄판결 건수에 대한 정보를 포함해야 한다.

III. 일반이행조치

법률

9. 위원회는 선택의정서가 당사국의 국내법과 동일한 효력이 있음에도 불구하고, 국내법이 아동성매매 및 음란물을 다룬 부분을 비롯하여 선택의정서의 조항들과 완전히 부합하지 않는 점을 유감스럽게 생각한다.
10. 위원회는 당사국에게 다음 사항을 권고한다.
 - a) 선택의정서의 조항과 국내법의 완전한 조화를 위해 필요한 조치를 취한다.
 - b) 판사와 변호사를 대상으로 선택의정서 조항에 관한 체계적인 교육을 실시한다.

국가 행동 계획

11. 위원회는 청소년육성5개년기본계획(2002-2006)과 국가인권정책기본계획(2007-2011)의 채택에 주목하는 반면, 두 계획 모두 선택의정서와 관련된 구체적인 전략과 프로그램을 포함하고 있지 않다는 점을 우려한다.
12. 위원회는 당사국이 제 1, 2 차 아동 상업적 성착취 반대 세계회의에서 채택된 행동선언 및 의제와 세계 공약(1996년 스톡홀름, 2001년 요코하마)을 고려하여 관련 이해 당사자들과의 논의 및 협력을 통해 선택의정서에 관한 구체적인 의무 사항의 이행을 국가 전략 및 프로그램에 포함할 것을 권고한다.

조정 및 평가

13. 위원회는 2004년 국무총리실 산하에 설립된 아동정책조정위원회와 2006년 3 개년 시범 사업으로 신설된 아동권리모니터링센터를 환영한다. 그러나 위원

회는 선택의정서 이행과 관련된 다양한 기관들 간의 효과적인 조정을 위한 상설기구가 부재하는 점을 우려한다.

14. 위원회는 당사국이 선택의정서의 이행에 있어 효과적인 조정을 보장할 것을 권고한다. 더 나아가, 위원회는 아동권리모니터링센터를 선택의정서의 이행 및 평가를 책임지는 상설기구화하고, 센터의 원활한 업무 수행을 위해 충분한 재정 및 인적 자원을 제공할 것을 권고한다.

홍보 및 교육

15. 위원회는 아동 성매매와 음란물에 대한 교육 캠페인 및 세미나 개최 등을 포함하여, 당사국이 선택의정서 관련 인식 제고를 위해 지금까지 행한 노력에 감사한다. 그러나 위원회는 관련 전문가 집단들을 대상으로 선택의정서의 모든 내용에 대한 충분한 교육이 체계적으로 제공되지 못한 점과, 선택의정서에 대한 인식 수준이 일반 대중뿐 아니라 관련 전문가 집단에서도 아직 낮다는 점을 우려한다.
16. 위원회는 당사국이 경찰, 검사, 판사, 의료진 및 기타 전문가들을 포함하여 선택의정서의 이행과 관련된 국내의 모든 전문가 집단을 위한 교육 교재 및 과정 개발을 위해 충분한 자원을 별도 지원할 것을 권고한다.
17. 더 나아가, 선택의정서의 제9조 2항에 비추어 위원회는 당사국이 선택의정서에 언급된 모든 범죄의 유해성과 예방 조치에 관한 미디어 및 교육을 이용한 장기적인 인식 제고 캠페인 및 학교 교과 과정을 통해 선택의정서의 조항들을 아동과 그 가족들에게 널리 알릴 것을 권고한다. 이러한 맥락에서, 지역 공동체와 특히 아동의 참여가 장려되어야 한다.

자원의 배분

18. 위원회는 선택의정서가 다루고 있는 각 분야별 이행에 대한 예산 배분의 구체적인 정보가 제공되지 않은 점을 유감스럽게 생각한다.
19. 위원회는 당사국이 선택의정서에 포함된 모든 분야의 이행을 위해 충분한 자원을 배분할 것을 장려한다. 특히 의정서에서 다룬 범죄의 조사 및 기소뿐 아니라 피해자의 신체적, 심리적 회복, 사회 재통합, 보호 및 예방

을 위한 프로그램의 개발과 실행에 필요한 인적 및 재정 자원을 제공해야 한다.

독립기관

20. 위원회는 당사국이 2008년 2월 20일 국가인권위원회의 독립성을 현행대로 유지하기로 한 결정을 환영하며, 국가인권위원회가 국가기관에 의한 아동의 인권침해에 대해 감시할 권한을 가지는 것에 대해 감사한다. 그러나 위원회는 국가인권위원회에 선택의정서의 홍보 및 감시를 위한 아동권리 전담 부서가 없다는 점을 유감스럽게 생각한다.
21. 위원회는 당사국의 제 2차 보고서에 관한 최종 견해의 권고의견(CRC/C/15/Add.197, para. 18)을 다시 강조하며, 국가인권위원회가 선택의정서의 이행을 적절히 감시·증진하고, 국가인권위원회에 대한 아동의 인지도와 접근성을 높인다는 목적으로 인식제고 조치들을 실행할 수 있도록 국가인권위원회 내에 아동권리 부서의 신설에 필요한 인적 및 재정 지원을 당사국이 계속해서 보장하도록 권고한다.

IV. 아동 매매, 성매매 및 아동 음란물의 예방(제9조 제1항과 제2항)

선택의정서가 금지한 범죄의 예방을 위한 조치

22. 위원회는 아동 성매매 및 음란물 금지 관련법의 내용에 대한 홍보물 등과 같은 예방 노력을 환영한다. 그러나 성매매 및 음란물을 포함한 아동 성착취의 근본원인, 특성 및 정도에 관한 내용과 조사가 부족한 점은 유감스럽게 생각한다.
23. 위원회는 당사국이 아동 성매매 및 음란물을 포함한 아동 성착취 관련 예방 조치를 개발하기 위해 특히 UNICEF, ILO, IOM 및 시민 사회 단체들과의 협력을 통해 아동 성착취의 근본원인, 특성 및 정도에 대해 성인 지적 관점에서 조사를 실시해 문서화 할 것을 장려한다. 위원회는 또한 당사국이 예방조치에 별도의 예산을 제공할 것을 권고한다.
24. 위원회는 성매매 근절 전담팀이 성매매 예방 계획의 일환으로 2004년 도입해 성매매에 아동을 이용했거나 그런 혐의가 있는 남성들에게 의무제할 프

로그래를 이수하게 하는 "존스쿨" 제도에 주목한다. 위원회는 가해자가 이 프로그램에 참여의 조건으로 복역을 면제 받는다는 것은 성매매 제의, 특히 아동 피해자와 관련된 성매매 제의를 범법행위로 간주하는 현행법의 제지 효과를 약화시킬 수 있다는 점을 우려한다.

25. 위원회는 당사국이 성매매를 목적으로 아동을 이용하는 행위를 금지한 현행 법률을 엄격히 적용하고 집행할 것을 장려하는 한편, 선택의정서에 명시되어 있는 성범죄를 저지른 자들의 재발을 위한 노력을 강화하고 계속해 나가기를 촉구한다.
26. 위원회는 대한민국이 키리바시(Kiribati) 등 남태평양 도서 국가에서 아동 인권 가해국 사례로 포함되어 있다는 사실에 우려를 표한다.(국가보고서 제74항) 해외 성매매 방지 전담팀이 검찰청과 경찰청 합동으로 구성된 점은 주목할 만하지만, 위원회는 해외원정 아동 성매매 근절을 위한 구체적인 전략이 부족함은 유감스럽게 생각한다.
27. 위원회는 당사국이 해외원정 성매매 예방을 위한 공공 캠페인에 추가예산을 별도로 편성하는 등 해외 원정 성매매 예방을 위해 추가 조치를 취할 것을 권고한다. 당사국은 또한 세계 관광기구의 행동강령을 관광 산업 종사자들에게 배포하고 일반 대중을 위한 인식 제고 캠페인을 실시함으로써 책임 관광(Responsible tourism)을 증진하기 위해 관련 당국과 관광산업, NGO 및 시민사회단체 사이의 협력을 계속해 나가야 한다.
28. 위원회는 선택의정서에 언급된 범죄와 관련하여 사이버 범죄를 해결하기 위한 당사국의 노력을 감사한다. 그러나 위원회는 선택의정서에 언급된 성범죄 중 인터넷 혹은 휴대전화를 포함한 다른 정보 기술 방식을 통해 발생하는 범죄를 해결하기 위한 분명하고 종합적인 전략이 결여된 점을 우려한다.

위원회는 사이버 범죄가 선택의정서에 관련되는 만큼 사이버 범죄의 해결을 위한 조치를 아동의 참여 아래 현행 행동계획 안에 포함할 것을 권고한다. 위원회는 또한 안전한 인터넷 사용에 대해 아동과 부모들에게 홍보하는 것을 목적으로 일반 대중을 대상으로 한 인식제고 강화 조치를 행동 계획안에 포함할 것을 권고한다.

V. 아동 매매, 성매매, 아동 음란물의 금지 및 관련 문제들
(제3조, 제4조 2항 및 3항, 제5조, 제6조 및 제7조)

형사법 및 규제

30. 위원회는 특히 2000년에 제정된 「청소년의 성보호에 관한 법률」과 2004년에 제정된 「성매매방지 및 피해자 보호에 관한 법률」 및 「성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」을 포함하여, 당사국이 아동 매매, 성매매 및 아동 음란물에 대한 아동의 법적 보호 장치를 강화한 점을 환영한다. 그럼에도 불구하고, 위원회는 당사국의 법률이 선택의정서 제2조와 제3조에 포함된 범죄 모두를 적절히 다루고 있지는 않다는 점을 우려한다. 특히, 위원회는 다음 사항들에 대해 우려를 표한다.

- a) 인신매매 관련 범죄는 「형법」 제324조와 「노동기본법」 제113조에 포함되어 있지만, 당사국의 형법에는 책략, 폭력 혹은 다른 형태의 강압적인 수단과 관계없이, 그리고 금전 혹은 다른 형태의 보상과 관계없이 아동 매매를 금지할 수 있는 인신 매매 금지에 관한 구체적인 조항이 존재하지 않는다.
- b) 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000)에 포함된 아동 성매매 정의에 따르면, 성교를 포함하지 않는 성적 행위나 아동이 성적 행위에 대한 보상을 받았을 경우는 아동 성매매로 정의되지 않을 수 있다.
- c) 성매매 알선에 관한 「형법」의 조항은 성매매를 목적으로 아동을 이용하는 모든 경우에 체계적으로 적용되지 않는다.
- d) 「성매매 방지 및 피해자 보호에 관한 법률」은 아동을 포함한 성매매 피해자를 범죄자로 다루고 있으나 이는 성매매 피해자는 처벌받지 않는다(제6조)고 구체적으로 명시한 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」과 모순된다.
- e) 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제3항에 규정된 아동 음란물의 정의는 성을 주목적으로 한 아동의 성적부위에 대한 표현 또는 가상의 노골적인 성적 활동과 단순히 아동 음란물을 소지한 것은 포함하지 않으며, 이는 선택의정서 제2조 c항의 규정과 부합하지 않는다.

31. 위원회는 당사국이 아동 음란물의 정의에 관한 조항(제2조 c항)을 포함하여 당사국의 국내법이 의정서의 제2조 및 제3조와 완전히 부합하는데 필요한 조치를 취할 것을 권고한다. 특히, 위원회는 당사국에게 다음 사항들을 권고한다.
- a) 유엔 초국가조직범죄방지협약의 부속 의정서인 인신매매, 특히 여성과 아동매매를 방지, 억제, 처벌하기 위한 의정서를 비준하고 선택의정서에 부합하도록 아동매매를 정의하고 금지 하는데 필요한 절차를 이행한다.
 - b) 아동성매매 피해자의 보호를 강화하기 위하여 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000)에 포함된 아동 성매매 정의를 수정한다.
 - c) 수단을 불문하고 아동 성착취를 목적으로 아동을 제공, 조달, 획득 하는 모든 행위를 금지한다.
 - d) 아동 성매매 피해자가 처벌을 받지 않도록 관련 법률을 개정한다.
 - e) 선택의정서 제2조 c항에 명시되어 있듯이 성을 주목적으로 한 아동의 성적 부위에 대한 표현 또는 가상의 노골적인 성적 활동을 아동 음란물의 정의에 포함하도록 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000)을 개정한다.
 - f) 아동 음란물의 배포 의도와 상관없이 단순히 아동 음란물을 소지하는 행위자체를 금지한다.
32. 위원회는 또한 특히 아동 매매, 성매매 및 아동 음란물과 연관된 행위에 대한 책임자의 기소 및 처벌을 포함하여, 선택의정서에 언급된 범죄와 관련된 법률의 집행력이 미약함을 우려한다.
33. 위원회는 당사국이 선택의정서에서 언급된 모든 범죄에 대하여 효과적이며 신속한 수사, 기소 및 유죄 판결을 보장하도록 권고한다.
34. 더 나아가, 위원회는 선택의정서 제3조 제1항이 예시하는 범죄에 대한 법인 책임을 규정하기 위해 취해진 조치와 관련된 정보를 당사국의 보고서가 담고 있지 않다는 점을 우려한다.

35. 선택의정서의 제3조 제1항에 의거하여, 위원회는 당사국이 선택의정서에 언급된 범죄에 대한 범인책임을 규정하기 위해 필요한 조치를 취하도록 권고한다.

입양

36. 위원회는 국내 및 해외 입양이 한국에서 많이 이루어지고 있음을 고려해, 선택의정서의 제3조 1항 (a)(ii)의 승인에 대한 당사국의 입장표명과 협약 제21조의 유보를 유감스럽게 생각한다. 위원회는 또한 당사국의 법률이 선택의정서 제3조 제1항 (a)(ii)에 따라 아동매매를 금지하지 않는 점을 우려한다.
37. 위원회는 당사국이 선택의정서 제3조 제1항(a)(ii)에 대한 입장표명 및 협약 제21조에 대한 유보를 철회하고, 국가간 입양에 관한 1993년 헤이그 협약의 비준검토를 강력히 권고한다. 더 나아가, 위원회는 당사국이 선택의정서 제3조 제1항 (a)(ii)에 명시된 행위들을 매매행위로서 당사국 법에 의해 금지하도록 권고한다.

사법권 및 범죄인 본국 송환

38. 위원회는 선택의정서 제3조 1항과 관련된 범죄가 한국인 혹은 한국에 상주하는 이에 의해 외국에서 행하여졌을 때, 또는 피해자가 한국인일 때, 해당 범죄에 대한 역외 관할권의 확립을 위한 조치에 대한 정보가 당사국에 의해 제공되지 않음을 우려한다.
39. 선택의정서 제4조 제2항에 의거하여, 위원회는 선택의정서에 명시된 범죄가 한국인 혹은 한국에 상주하는 이에 의해 행하여졌을 때, 또는 피해자가 한국인일 경우, 당사국이 해당 범죄에 대한 역외관할권을 확립하기 위해 필요한 입법조치를 취할 것을 권고한다.

VI. 아동피해자의 권리 보호 (제8조, 제9조 제3항과 제4항)

선택의정서에서 금지한 범죄의 아동 피해자의 권리 및 이익을 보호하기 위한 조치

40. 당사국은 아동성매매 피해자가 기소될 가능성이 낮다고 하지만, 위원회는

「성매매 방지 및 피해자 보호에 관한 법률」이 아동 성매매 피해자를 범죄자로 간주하는 것에 대해 심각한 우려를 표한다.

41. 위원회는 당사국에게 다음 사항들을 권고한다.

- a) 선택의정서에 언급된 어떤 범죄의 아동 피해자도 범죄자로 취급되거나 처벌받지 않도록 법률 개정 등 필요한 모든 조치를 취한다. 또한, 아동 피해자의 낙인 및 사회적 소외를 방지하기 위해 가능한 모든 조치를 취한다.
- b) 아동 피해자를 위한 법적 대리 기능의 개선을 위해 소관 당국에 충분한 재정 및 인적 지원을 한다.
- c) 선택의정서 제9조 제4항에 의거하여, 당사국은 의정서에 명시된 범죄의 아동 피해자가 법적 책임이 있는 당사자로부터 피해 보상을 받기 위해 적절한 절차를 차별 없이 이용할 수 있도록 보장한다.
- d) 현존하는 아동 상담전화(1577,1391,1388)를 하나로 통합하는 것을 검토한다. 통합 상담전화는 재정지원이 충분히 뒷받침되어야 하고, 아동들의 접근성 확보와 홍보가 충분히 이루어져야 하며, 다양한 언어로 운영되어야 한다. 또한, 경찰, 아동관련 NGO, 보건인력, 사회 복지사와 상담전화 사이의 협력을 증진시켜야 한다.
- e) 의정서 제9조 제3항에 비추어, 특히 아동 피해자에게 다방면의 지원을 제공함으로써 아동 피해자의 사회 재통합 및 신체적, 심리적 회복을 위한 조치를 강화하기 위해 별도의 지원을 보장한다.

형사사법 제도의 보호 조치

- 42. 위원회는 아동이 16세 미만인 경우 비디오 녹화를 통해 진술을 확보하게 한 점은 환영하지만, 이 제도가 16세-18세 사이의 아동에게는 적용되지 않는 점을 우려한다. 위원회는 또한 선택의정서에 명시된 범죄의 아동 피해자가 불분명한 법적 지위로 인해 아동 범죄자로 간주되거나 이로 인해 형사 사법 제도 내에서 충분한 보호를 받지 못할 수도 있음을 우려한다.

43. 당사국은 아동 피해자와 범죄 행위 목격자를 포함하는 사법 관련 사항들

에 관한 가이드라인(경제사회이사회 결의안 2005/20)을 준수하여야 하며, 특히 다음 사항들을 실시하여야 한다.

- a) 아동 피해자가 청소년 범죄자로 간주되거나 처리되는 것을 방지하기 위해 아동 피해자에게 형사사법제도 내에서 충분하고 확실한 보호를 제공함으로써 그들의 권리와 이익을 보장한다.
- b) 아동 피해자의 개인적인 이익이 결부된 소송절차의 경우, 이들의 견해, 욕구 및 우려사항이 제시되고 고려될 수 있도록 한다.
- c) 사법처리과정 중 겪을 고충으로부터 아동을 보호하기 위해 아동을 위한 특별 면담실 및 아동 친화적인 심문 방식의 사용, 면담, 진술 및 심리 횃수의 축소를 포함한 아동 친화적인 절차를 사용한다. 이와 관련하여, 비디오 녹화를 통한 진술 방식을 18세 미만 모든 아동에게 적용하는 것을 검토한다.
- d) 어린 성착취 피해자의 나이가 불분명할 경우, 이를 성인이 아닌 아동으로 추정한다.

피해자의 회복 및 재통합

- 44. 위원회는 2004년에 제정된 「성매매 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률」과 「성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」에 명시된 조치들을 포함하여 당사국이 지금까지 선택의정서에 언급된 범죄의 아동 피해자의 재활을 돕기 위해 행해 온 노력과 당사국의 추가적인 성매매 상담센터 설립 계획을 환영한다. 그러나 위원회는 아동 피해자의 사회 재통합 및 신체적, 심리적 회복을 위해 현재 운영중인 조치들이 불충분하며, 이들 프로그램을 평가하는 체계가 없다는 점을 유감스럽게 생각한다. 위원회는 또한 현존하는 프로그램 및 서비스가 여성 및 여자 아동만을 대상으로 하며, 한국어로만 제공된다는 점을 우려한다.
- 45. 더 나아가, 위원회는 성착취 피해자들에게 선별기관을 통해 4주 이상 "교정 교육"을 실시하는 회복 및 교정 프로그램이 자발적인 참여로 운영되는지, 자발적 참여가 아닐 경우 이에 대한 형법 혹은 민법 절차가 존재하는지에 대해 당사국으로부터 충분한 설명이 제공되지 않았던 점을 유감스럽게 생각한다.

위원회는 특히 이런 프로그램이 아동 성착취 피해자의 심리적 회복에 사실상 장애가 될 수 있음을 우려한다.

46. 위원회는 당사국이 선택의정서에 언급된 범죄에 취약한 모든 아동을 보호하고 아동 피해자의 완전한 신체적, 심리적, 사회적 회복을 돕기 위해 아동의 완전한 참여 아래 충분하고 적절한 행정 조치, 사회 정책 및 프로그램을 실시하도록 권고한다. 이와 관련하여, 위원회는 당사국이 여자 아동뿐 아니라 남자 아동을 위한 재활 조치를 제공하며, 특히 아동 성착취 및 매매가 가장 빈번히 발생하는 국가들을 참조하여 다양한 언어로 재활 조치를 제공할 것을 권고한다. 위원회는 위의 프로그램들이 아동들의 적극적인 참여를 바탕으로 효과적인 모니터링과 평가를 받을 수 있도록 보장할 것을 권고한다.
47. 위원회는 또한 당사국이 다음 보고서에 아동 성착취 피해자의 "교정교육" 프로그램에 관한 세부정보를 제공하고, 그 프로그램이 선택의정서 8조, 소년사법의 아동권리에 관한 일반 논평 10호(CRC/C/GC/10) 및 소년범죄 예방을 위한 유엔가이드라인 (리야드 가이드라인)에 따라 아동 피해자의 권리와 이익을 최우선 하도록 보장할 것을 요구한다.

VII. 국제 지원 및 협력 (제10조)

다자, 지역 및 양자 협정

48. 위원회는 당사국이 다수의 국가에서 선택의정서의 이행과 관련된 국제협력 사업을 지원함을 환영하며, 당사국이 위원회가 선택의정서와 관련하여 이들 국가들에 대해 채택한 관련 최종견해를 고려하여 더욱 국제협력을 증진할 것을 촉구한다.

VIII. 후속조치 및 홍보

후속조치

49. 위원회는 당사국이 이번 권고사항의 완전한 이행을 보장하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 권고한다. 특히 권고사항에 대한 적절한 관심

과 추가 행동을 위해 권고사항을 정부부처, 국가 위원회, 국회의원 및 지방당국에 전달할 것을 권고한다.

홍보

50. 위원회는 선택의정서와 이의 이행 및 감시에 대한 인식을 제고하고 토론을 활성화하기 위해 국가 보고서, 서면답변서 및 관련 권고사항(최종견해)을 인터넷을 포함한 다양한 매체를 통해 일반 대중, 시민사회단체, 미디어, 청소년 및 전문가 집단에게 널리 배포하기를 권고한다. 더 나아가, 위원회는 당사국이 특히 학교 교과과정과 인권교육을 통해 아동과 부모들에게 선택의정서를 널리 홍보하기를 권고한다.

IX. 다음 보고서

51. 제12조 2항에 의거하여, 위원회는 당사국이 선택의정서의 이행에 관한 추가 정보를 협약 제44조에 따라 2008년 12월 19일까지 제출하도록 되어 있는 아동권리협약 제3·4차 통합보고서에 포함하도록 요청한다.

제 2 장

국가인권위원회 결정례

1

정책 권고 및 법령에 대한 의견 표명

Ⅰ 2002. 10. 28.자 초중고교 제7차 교육과정 교과서 인권내용관련 직권 수정 권고

교육부의 초중고교 제7차 교육과정 교과서의 개정 내용 중 학생들의 인권존중 의식 형성에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 소지가 있는 일부 부분에 대해 교육부장관에게 교과서 내용을 수정 협의할 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 개개인의 권리보다는 국가나 집단의 이익과 공공질서를 강조하여, 권리간에 충돌이 일어났을 경우 그 해결방안을 질서존중 중심으로 유도하고 있는 바, 이는 학생들 스스로 합리적 해결방안을 모색하고, 인권의식을 신장시킬 수 있는 기회를 제한하는 것임. 이는 특히 초등학교 6학년 2학기 사회과 및 6학년 도덕과, 그리고 중학교 1, 2학년 도덕과의 내용에 일부 드러나 있는바, 이에 대하여 적절하게 수정하여야 함.
- [2] 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(이하 B 규약) 제2조에서 규정하고 있는 바와 같이, 장애, 성, 인종, 출생 등의 이유로 차별을 받아서는 아니됨에도 불구하고 중학교 1, 2학년 기술·가정, 고등학교 1학년 사회, 도덕, 체육, 미술 등의 교과서의 일부에서 학생들에게 차별의식을 심어줄 수 있는 내용이 서술되어 있어 이를 적절하게 수정하여야 함.
- [3] B 규약 제6조 내지 제8조에 의거, 고등학교 영어교과서에 학생들로 하여금 생명권과 잔혹한 취급을 받지 않을 권리 및 노예상태에 있지 않을 권리에 위배되는 의식을 가지게 할 내용이 있어 이를 적절하게 수정하여야 함.

【주 문】

『초·중·고등학교 제7차 교육과정 교과서□□ 내용에 대한 국가인권위원회의 의견을 아래와 같이 의결함.

- 아 래 -

가. 교육부가 '건전한 인성과 창의성을 함양하는 기초·기본 교육을 충실'히 하기 위하여 개정한 제7차 교육과정 교과서의 내용이 과거 어떤 교육과정의 교

과서보다 민주주의의 원칙을 충실히 반영하려고 한 점, 그리고 교육부 자체적으로 교과서 질 관리를 위하여 민주시민교육, 인성교육, 인권존중교육, 보건교육, 성교육 등을 포함한 국가·사회적 요구사항을 자체 개발한 분석기준에 근거하여 매년 분석하고 있음은 높이 평가할만함.

나. 그러나, 교과서의 일부 내용이 학생들의 인권존중의식 형성에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 소지가 있어, 이와 관련하여 교육부장관에게 다음과 같이 교과서 내용을 수정협의를 것을 권고함.

(1) 개개인의 권리보다는 국가나 집단의 이익과 공공질서를 강조하여, 권리간에 충돌이 일어났을 경우 그 해결방안을 질서존중 중심으로 유도하고 있는 바, 이는 학생들 스스로 합리적 해결방안을 모색하고, 인권의식을 신장시킬 수 있는 기회를 제한하는 것임. 이는 특히 초등학교 6학년 2학기 사회과 및 6학년 도덕과, 그리고 중학교 1, 2학년 도덕과의 내용에 일부 드러나 있는바 이에 대하여 적절하게 수정하여야 함.

(2) 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(이하 B 규약) 제2조에서 규정하고 있는 바와 같이, 장애, 성, 인종, 출생 등의 이유로 차별을 받아서는 아니됨에도 불구하고 중학교 1, 2학년 기술·가정, 고등학교 1학년 사회, 도덕, 체육, 미술 등의 교과서의 일부에서 학생들에게 차별의식을 심어줄 수 있는 내용이 서술되어 있어 이를 적절하게 수정하여야 함.

(3) B 규약 제6조 내지 제8조에 의거, 고등학교 영어교과서에 학생들로 하여금 생명권과 잔혹한 취급을 받지 않을 권리 및 노예상태에 있지 않을 권리 등에 위배되는 의식을 가지게 할 내용이 있어 이를 적절하게 수정하여야 함.

다. 삽화나 예화에 있어 사회적 편견 등을 고착시키는 등 인권에 반하는 부분이 여러 군데 지적되었는바, 이도 수정·보완하여야 함.

(1) 여성 및 특정직업 비하의 예화와 삽화를 제시한 고등학교 사회과의 '자기 집 가정부와 결혼하면 국내 총생산은 줄어든다'는 예문은 적절한 내용으로 대체되어야 함.

(2) 학생의 인격권을 침해하는 중학교 1학년 도덕교과서의 '선생님의 은혜' 예화는 적절한 것으로 대체되어야 함.

(3) 본문의 내용과 관련 없이 삽화를 게재함으로써 정당한 권리를 주장하는 특정집단에 대해 집단이기주의로 오해하도록 한 중학교 2학년 도덕과의 삽화는 적절한 것으로 대체되어야 함.

(4) 중학교 과학 교과서에 다수의 사진자료에 특정 상품명이 드러나 소비자의 권리 중 자유로운 선택권을 제한하는 소지가 있으므로 이는 삭제되어야 함.

【이 유】

I. 제안이유

「국가인권위원회법」 제26조에 의거, 1997년 12월 고시, 2000년부터 연차적으로 적용되고 있는 초·중·고등학교 제7차 교육과정 교과서 내용에 대한 국가인권위원회의 의견을 표명하려는 것임.

II. 교과서 전반에 대한 의견

1. 제7차 교육과정 교과서 내용 중 인권에 반하는 내용 및 학생들의 인권의식 형성에 위해가 된다고 생각되는 내용이 있다고 판단하여 「국가인권위원회법」 제26조에 의거 다음과 같이 의견을 표명함.

2. 세계인권선언 및 국제권리장전의 기본 정신인 인간으로서의 존엄성의 보장이 국가의 시책이나 공공의 안전을 위해 침해·훼손되는 것이 당연한 듯한 일부 교과서의 서술방식 및 삽화는 적절히 수정되어야 함.

개개인의 권리보다는 국가나 집단의 이익과 공공질서를 강조하여, 국가와 국민 혹은 국민 상호간의 권한 혹은 권리행사에 충돌이 일어났을 경우 그 해결방안을 질서존중 중심으로 유도하고 있는 바, 이는 학생들 스스로 합리적 해결방안을 모색하고, 인권의식을 신장시킬 수 있는 기회를 박탈하고 있음.

중학교 2학년 교과서의 비정규직 노동자의 시위집회 장면 사진자료를 공공의 이익에 위해가 되는 집단이기주의로 비칠 수 있도록 함으로써 B 규약 21조 및 「헌법」 제21조 1항의 집회결사의 자유권에 반하는 의식을 심어줄 수 있기 때문에 이를 적절한 자료로 대체하여야 함.

3. B 규약 제2조에 의거, 동조약에 열거된 권리를 누리는 데 있어 차별받지 않을 권리에 위배되는 다수의 사례는 적절히 수정되어야 함.

장애인, 여성, 인종, 출생 등에 대한 차별적 서술 및 삽화, 예시는 적절한 것으로 수정, 대체하여야 함.

4. B 규약 제6조 내지 제8조에 의거, 생명권과 잔혹한 취급을 받지 않을 권리 및 노예상태에 있지 않을 권리 등에 위배되는 고등학교 영어교과서의 'The Roman Times'의 지문 일부분과 연습문제는 삭제 혹은 수정하여야 함.

5. 학생의 인격권을 침해하는 중학교 2학년 도덕교과서의 '선생님의 은혜' 예화는 적절한 것으로 대체되어야 함.

III. 교과서의 구체적 내용에 관한 의견

1. 국정교과서

가. 분석대상 교과서

초등학교 전 학년 11개 과목, 중학교 1-2학년 및 고등학교 1학년 국어, 국사, 도덕

나. 수정협의내용

(1) 초등학교 교과서

1) 사회과 6-2학기 49쪽 “누려야 할 권리, 지켜야 할 의무” 언론·출판의 자유를 “국가 안전보장이나 질서 유지에 해가 되지 않는 범위 내에서 개인의 의견이나 사상을 말이나 글로 발표할 수 있다□□고 설명하고 있음.
--

○ 수정내용

상기 서술을 ‘모든 국민은 자기 개인의 의견이나 사상을 말이나 글로 발표할 수 있다. 그러나 국가안전보장과 질서유지, 더 나아가 타인의 명예나 권리를 훼손하였을 경우에는 제한을 당한다’는 의미의 표현으로 수정하는 것이 적절할 것

으로 판단됨

○ 의결이유

이는 헌법상의 인권보장 범리를 오해하여 인권에 반하는 내용을 담고 있음.

표현의 자유도 무제한의 자유가 아니라 정당한 사유가 있는 경우에는 제한할 수 있다는 점은 인정하지만 위의 설명은 국가목적과 인권 보장에서 마치 국가 목적을 우선시하는 듯한 표현을 사용하고 있음. 이것은 「헌법」 제10조와 제37조가 규정한 국민과 국가와의 헌법관계에 비추어 부적절함. 제10조는 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 선언하고, 국가의 목적은 개인이 가지는 이러한 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장하는 것임을 규정하고 있음. 제37조는 이를 받아 기본권에 관해서는 국가안전보장이나 질서유지, 공공복리를 위하여 제한할 수 있도록 하되, “필요한 경우에 한하여”서만 하도록 함으로써, 인권에 관한 보장은 최대한으로, 그 제한은 최소한에 그치도록 규정하고 있음.

2) 도덕과 6학년 68-70쪽 “함께 지키자-법을 존중한 소크라테스”
제재 목표는 법과 규칙의 중요성을 이해하고 이를 지키려는 태도와 실천의지를 지니는 것이고 학습목표는 법의 의미와 필요성을 알고 법을 지켜야 하는 까닭을 이해하는 것임. 이에 대한 예화자료로 소크라테스의 사례를 들고 있음.

○ 수정내용

제재의 목표를 충실히 나타낼 수 있는 다른 예화로 대체하여야 할 것으로 보임.

○ 의결이유

교과서는 탈출을 권유한 친구 크리톤에게 법은 국가와의 약속이라는 점과 ‘나는 법에 따라 재판을 받았고 그것이 나의 목숨을 빼앗아 가는 것일지라도 지켜야 한다’고 하였다고 함.

플라톤의 저서인 크리톤을 읽어보면 이 설명이 틀렸다고는 할 수 없지만 당시의 소크라테스의 법철학은 지금의 자유민주적 기본 질서를 표방한 법철학과 맞지 않음. 근대법의 역사는 “악법은 법이 아니다”라는 역사이며, 오히려 악법

에 대해서 저항하는 역사로 일관하고 있음. 우리가 “악법도 법이다”라고 말할 때는 이미 반인권적인 사상과 사회 현실을 옹호하는 것이 됨. 또한 소크라테스에게 악법이라고는 하는 뚜렷한 개념이 형성되어 있었다고 봐야 할 것인지 의문임. 그는 그 법이 악법이라도 지켜야 한다고 말한 것이 아니라 그것이 조국의 법이기 때문에 지켜야 한다고 말한 것이라고 보임. 그는 기원전 5세기의 사람이라고 하는 시대적인 한계를 가지고 있으며, 당시 법철학에 사회계약적 인식은 보이지 아니함.

(2) 중학교 교과서

1) 도덕과 2학년 61-62쪽 “시민윤리의 기본정신-규범을 지키는 정신”

(※ 본문 및 관련 사진자료)

사회의 공공선을 위하는 정신이 필요하다. 우리는 개인의 이익을 추구하면서 동시에 사회 전체의 공익을 고려해야 한다. 사회 전체의 공익을 고려할 때 그 이익이 자신에게 되돌아온다는 것을 알아야 한다. 다음 이야기를 통해 공공선* (개인을 위한 것이 아닌 국가나 사회 또는 온 인류를 위한 선)을 위한 자세가 어떤 것인지 생각해 보자. “정부에서 ‘그린벨트 조정안’을 발표하자, 그린벨트 지역 주민들 1200여 명은 ‘전면 해제’를 요구하며 단상을 점거하고 공청회를 저지하는 등 큰 소란을 피웠다. 그 결과로 공청회는 40여분 동안 저지되었으며, 주민들은 공청회 뒤에도 책상을 부수며 거세게 항의하였다. 한편, 환경 단체들은 정부의 그린벨트 해제 방침에 반발하여 무분별한 개발 방지와 환경 보전을 주장하고 나섰다.” 여기서 우리는, 사회 전체를 위하여 개인의 이익과 사회의 공익 사이의 갈등 조정이 필요하다는 것을 알 수 있다. 먼저, 각 개인의 이익과 사회의 공익을 동시에 만족시킬 수 있는 방안을 찾아야 하고, 그것이 안 될 때에는 각 개인의 피해를 최소한으로 줄이면서 사회의 공익을 추구하는 방향으로 문제를 해결해야 할 것이다.

○ 수정내용

‘사회의 공공선(公共善)을 위하는 정신’이라는 표현에서 공공선(公共善)*의 의미를 풀어주는 주석에 교과서는 ‘개인을 위한 것이 아닌 국가나 사회 또는 온 인류를 위한 선(善)’이라고 규정해 놓고 있어 마치 개인은 공공의 이익에 반하는 존재인 것처럼 인식되는데, ‘개인을 위한 것이 아닌’이라는 부정적인 표현은 삭

제하고 그냥 ‘국가나 사회 또는 온 인류를 위한 선(善)’이라고만 하여도 무방할 것으로 보임.

개인의 이익과 사회의 공익이 충돌하는 사례를 들면서 공익에 치중한 설명을 하여, 무분별한 개발방지와 환경보전을 주장하는 환경단체의 주장에 무게를 두고, 재산권 침해를 주장하는 그린벨트 지역 주민들의 행동을 너무 과격하고 부정적으로 묘사(“공청회는 40여분 동안 지연되었으며, 주민들은 공청회 뒤에도 책상을 부수며 거세게 항의하였다”)하고 있음. 이는 예시문 후반부의 “개인의 이익과 사회의 공익을 동시에 만족시킬 수 있는 방안을 찾아야 한다”라는 기술과 논리적으로 상치될 수 있으므로, 개인의 재산권 침해를 주장하는 그린벨트 지역 주민들의 입장과 무분별한 개발의 억제를 통해 환경권을 지키려는 환경단체의 입장이 동등한 무게로 다루어질 수 있도록 하면서 두개의 권리를 조화시켜 내는 방안 등을 소개하는 내용으로 일부 손질하거나 보완할 필요가 있음.

상기의 내용을 설명하기 위해 제시된 사진자료가 상기 내용과 직접적 연관성이 부족하고 노동자의 결사집회의 권리에 대한 잘못된 시각을 가질 수 있으므로 다른 사진으로 대체하는 것이 바람직함.



개인의 이익과 사회의 공익을 조절하는 자세가 필요하다.

문제되는 사진자료

○ 의결이유

‘공공선’ 자체는 기본적으로 개인의 이익과 사회의 이익이 충돌하더라도 갈등을 조절하고 대립이 해소될 때 실현되는 것임. 사회의 이익을 공공선으로 본다면 개인의 이익 추구 역시 권리의 개념으로 해석되어야 하며, 그린벨트 조정안에 대하여 반대한 주민들의 주장은 재산권의 개념으로 해석되어야 할 것임. 권리간에 충돌이 있을 때 이를 어떻게 해결하는 것이 바람직한 것인가에 대한 서술이 없이 일방적으로 개인의 이익추구를 이기주의로 몰아가는 서술방식은 수정되어야 할 것으로 보임.

사진자료는 본문의 내용과 아무런 관련이 없는 집회사진으로서, 오히려 학생들로 하여금 집회나 결사의 자유, 공정한 임금을 받고 사회보장을 받을 권리’ 등과 같은 정당한 권리주장을 공공의 이익에 반하는 집단이기주의로 오해하게끔 만들 소지가 있음. 특히 “개인의 이익과 사회의 공익을 조절하는 자세가 필요하다”라는 사진자료 설명에 비정규직 근로자들의 집회사진을 게재한 것은 근로자들의 정당한 집회와 권리주장이 한낱 ‘개인의 이익’으로 폄하될 수 있고, 공공선(公共善)을 이루는데 걸림돌이 되는 모습으로 비춰질 수 있음.

3) 도덕과 1학년 261쪽 “학교생활 예절 - 선생님의 은혜”
다음 글을 통하여 선생님의 마음을 느껴보자.
「학기 초에 한 학생이 찾아와 돈을 잃어버렸다고 울먹였다... 5교시까지는 가방 안에 있었다고 하니, 분명 우리 반 학생 누군가의 소행이라고 짐작되어 반 학생들을 대상으로 찾기 시작하였다. “스스로 양심껏 밝혀라... 훔쳐 간 것보다, 기회를 주는데도 양심선언을 하지 않는 것이 훨씬 더 나쁘다”. 공리 끝에, 교실의 커튼을 모두 내리고, 꽃밭에 있는 향나무 가지에 비닐 주머니를 하나 매달게 하였다. 36명의 학생들이 모두 그 절차를 마쳤을 때 회장이 두 손가락으로 승리의 브이 표시를 해 보이며 들어왔다. 주머니 안에는 동전만 하게 접은 종이돈 몇 장이 들어 있었다.」
이 글에서, 우리는 선생님의 제자 사랑을 엿볼 수 있다...

○ 수정내용

단원의 목표와 주제인 ‘선생님의 은혜’를 잘 나타낼 수 있는 다른 예화로 대

체하는 것이 바람직할 것으로 보임.

○ 의결이유

본문의 내용은 선생님의 마음을 헤아리고 그 고마움을 생각해보자는 취지에서 제시한 글이지만, 교사가 마치 학생들 전체를 절도 행위의 피의자 또는 참고인으로 간주하고 학생들의 의사와는 관계없이 수사기관처럼 나름대로의 방법으로 학생들을 조사하는 것과 유사한 행위여서 학생들의 인권을 침해하는 반인권적인 내용으로 간주됨.

학생이 잃어버렸다는 돈이 반드시 학교에서 그것도 교사가 담임을 맡고 있는 교실에서 잃어버렸다는 증거가 없는 상태에서 학생들을 상대로 위와 같은 일종의 자백을 강요하는 형태의 조사를 강행하는 것은 교사에게 부여된 학생들에 대한 지도권을 넘어서는 것이며, 학생들로 하여금 부당한 권위에 강제로 순응하도록 하는 부작용도 낳을 것으로 생각됨.

(3) 고등학교 교과서

※ 해당사항 없음.

2. 검정교과서

가. 분석대상 교과서

중학교 1-2학년 및 고등학교 1학년 사회, 수학, 과학, 기술·가정, 음악, 체육, 미술, 영어

나. 수정협의내용

(1) 중학교

- | |
|--|
| 1) 과학 1학년 (지학사) 88쪽, 190쪽, 228쪽
2학년 (금성출판사) 131쪽, 177쪽, 254쪽, 259쪽
사진자료에 제시된 물품의 상표명 |
|--|

○ 수정내용

상기 지적한 사진자료에 과학실험의 도구로 제시된 아이스크림 상자, 정수기, 소금봉지, 설탕봉지, 물병, 간장병, 자동차 부동액 등에 나타난 상품명 의 삭제 및 상품명 이 안 보이더라도 디자인의 특성상 누가 봐도 알 수 있는 특정 회사제품에 대한 사진자료는 물품에 대한 일반적인 사진으로 대체 요망

○ 의결이유

교과서에 상표가 그대로 드러난 물건 사진을 게재함으로써 특정 상품을 선전하는 효과를 가지게 되므로 이는 소비자의 권리 중 자유로운 선택권을 제한할 가능성이 있음.

2) 기술·가정 1학년 (지학사) 32쪽-35쪽 “나와 가족관계”
가족*(결혼으로 맺어진 부부와 그들 사이에서 태어난 자녀로 이루어진 집단)은... 가족관계의 특징은... 첫째, 애정과 혈연으로 바탕으로 이루어진 부부와 그 자녀로 구성되어..., 우리는 다른 누군가를 부모님이나 형제 자매로 선택할 수 없다... 부모 자녀관계는 혈연으로 맺어져 조건 없는 애정을 주고받는...

○ 수정내용

상기 적시된 부분은 가족의 정의를 매우 협소하게 한정하고 있을 뿐만 아니라, 근래의 가족관계 특징을 반영하고 있지 못하므로, 가족의 정의나 형태에 관한 서술에서 이혼이나 재혼, 별거, 동거, 편부모 가정, 입양, 독신 등 다양한 가족형태를 감안하여 서술하는 것이 바람직함. 더 나아가 가족의 형태가 문화적, 종교적으로 다양할 수 있음을 아울러 소개함으로써 우리 사회에서 일반적으로 생각하는 가족형태가 절대적이며 고정불변하는 것이 아니라는 인식을 가지도록 하는 것이 바람직함.

참고로 동일한 교과에 대한 (주)두산에서는 “결혼하지 않고 동거를 하거나 결혼해도 자녀를 갖지 않는 경우도 있을 것이다. 또 많은 사람들이 일생동안 다양한 가족형태를 경험하게 될 수도 있다”라는 설명을 참고할 필요가 있을 것임.

○ 의결이유

현재 우리 사회의 가족형태는 날로 다양해지고 있으며, 동거부부, 재혼가족, 재혼부부의 성(姓), 호주상속문제 등 가족과 관련된 인권문제가 많이 제기되고 있으며, '결혼한 부부와 혈연관계의 자녀'라는 공식에 맞지 않는 가족생활을 하는 학생들에게 완전치 못하거나 정상적이지 않은 가족생활을 하고 있다는 인식을 심어줄 수 있어 이들에 대한 차별의 여지가 있음.

3) 기술·가정 2학년 (두산) 197쪽 “청소년의 일과 시간”

1] 생활시간의 분류

하루의 생활시간은 일반적으로 노동 생활시간, 생리적 생활시간, 여가 생활시간의 세 가지로 나눌 수 있다.

① 노동 생활시간 : 직장인인 직장에서 일하는 시간이나 학생이 학교에서 공부하는 시간, 그리고 주부가 가정에서 일하는 가사 노동시간 등을 말한다.

- 가사노동시간 : 취사, 세탁, 청소, 자녀 돌보기, 가족 시중, 장보기

○ 수정내용

가사 노동은 주부가 가정에서 일하는 시간이 아니라 '가정생활의 유지와 노동력 재생산을 위하여 필요한 노동'으로 정의되어야 할 것임.

참고로 동일한 교과에 대한 지학사 교과서에서는 가사노동에 대해 자세히 언급하면서 그 의의와 가치를 비중있게 다루고 있으며, 삽화에도 가족 모두가 설거지, 세탁, 청소, 조리 등을 나누어 하고 있는 내용으로 구성. 특히 “(가사노동이) 주부로서 당연히 해야 하는 일이지 노동이 아니라는 고정관념에서 벗어나지 못하고 있다. 그러나 이제는 사회적으로 가사노동의 가치를 재평가하여...”라는 설명을 참고할 필요가 있을 것임.

○ 의결이유

가사노동을 여성의 역할로 고정화시키는 표현은 여성의 성역할에 대한 차별적 인식을 조장할 가능성이 큼. 교과서 다른 쪽에서 (주부의) 가사노동의 예를 열거하면서 자녀 돌보기나 가족 시중을, 육아가 가사노동에 포함되는 것은 맞으나, 가사노동은 주부가 하는 것이라고 앞서 기술하였으므로 논리적으로 육아 등

은 주부의 일이 되는데, 이는 ‘아동의 양육에는 남성, 여성 및 사회전체가 책임을 분담해야 한다’(여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 전문)는 인 권조항에도 위배된다고 보임.

(2) 고등학교 교과서

1) 사회 1학년 (디딤돌) 220쪽 “국민경제와 합리적 선택 - 국내 총 생산의 한 계(1)”

생각을 보태는 읽기 자료 : “자기 집 가정부와 결혼하면 국내 총 생산은 줄 어든다”

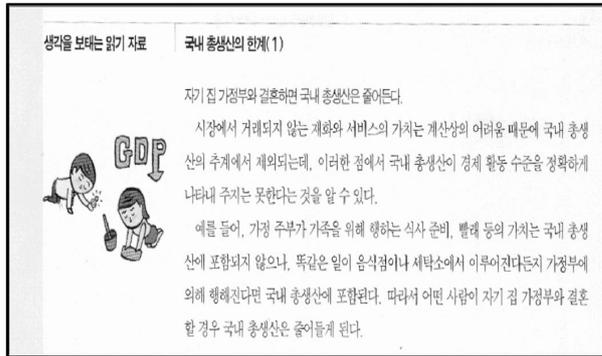
... 예를 들어, 가정주부가 가족을 위해 행하는 식사 준비, 빨래 등의 가치는 국내 총생산에 포함되지 않으나, 똑같은 일이 음식점이나 세탁소... 가정부에 의해 행해진다면 국내 총생산에 포함된다. 따라서 어떤 사람이 자기 집 가정부와 결혼할 경우 국내 총생산은 줄어들게 된다.

○ 수정내용

국내 총생산에 포착되는 경제활동과 포착되지 않는 경제활동을 설명하기 위하여 ‘가정부와 주인의 결혼’을 예로 든 것은 적절하지 않음. 특히 이해를 돕기 위한 삽화로서 걸레질을 하고 있는 여성 가정부에게 남자 고용주가 반지를 들고 청혼하는 그림도 적절하지 않으므로, 굳이 예를 든다면 “집에서 하는 빨래는 GDP에 들어가지 않고, 이 빨래를 세탁소에 맡기면 GDP는 늘어난다” 등의 설명으로 대체하는 것이 바람직함.

○ 의결이유

‘가정부’라는 표현은 특정한 직업에 대하여 비하하는 것이며, 삽화의 내용 역시 사회적 신분상 차별받지 않을 권리에 위배되며, 여성의 성역할에 대한 차별적 인식을 조장할 수 있으므로 본 단원의 목표를 살리기에 부적절한 예시로 판단됨



문제되는 삽화 및 예시

2) 사회과 1학년 (중양교육) 214쪽 “현대 정치의 과제-우리나라의 정치적 상황”
 (자료사진 설명) 보호받아야 할 장애자의 권익
 : 자질이나 능력이 정상인과 대등하다면, 단지 장애인이라고 하여 불이익을 받아서는 안 된다.

○ 수정내용

민주주의 사회를 이루어내기 위한 정치적 과제로서 소외된 집단에 대한 관심을 설명하고 있는 부분에서 장애인의 권익을 “자질이나 능력이 정상인과 대등하다면...”이라고 서술된 내용을, ① ‘정상인’이라는 표현을 ‘비장애인’으로 대체하고, ② ‘자질이나 능력이 정상인과 대등하다면’이라는 표현을 삭제하고 ③ ‘단지 장애인이라고 하여 불이익이나 차별을 받아서는 안 된다’라고 수정하는 것이 바람직함.

○ 의결이유

장애인에 대비되는 표현으로 ‘정상인’이라는 표현을 사용한 것은 암묵적으로 장애인이 ‘비정상인’임을 의미하므로 부적절한 표현임.

장애인은 노동할 권리를 포함하여 인권협약에 열거된 모든 권리를 비장애인과 차별없이 누릴 권리가 있음. 그러므로 장애인의 권리는 비장애인과 능력이나

자질이 동일해야 한다는 조건하에서 보장되는 것이 아니라, 장애인이 누려야 할 마땅한 권리로 인식되어야 함. 상기의 표현은 인권에 있어 장애를 이유로 차별 받지 않을 권리에 위배됨



3) 체육과 1학년 (교학사) 294쪽-295쪽 “올바른 성의식-성적 성숙”

여성의 변화 : 음핵- ...남성의 음경에 해당하며, 성적으로 흥분되었을 때는 충혈되어 발기한다. 소음순-... 꽤 민감한 부위이다.

남성의 변화 : 음경- ...배뇨를 위한 기관. 성인의 비발기시의 길이는 약 3cm 정도라고 한다.

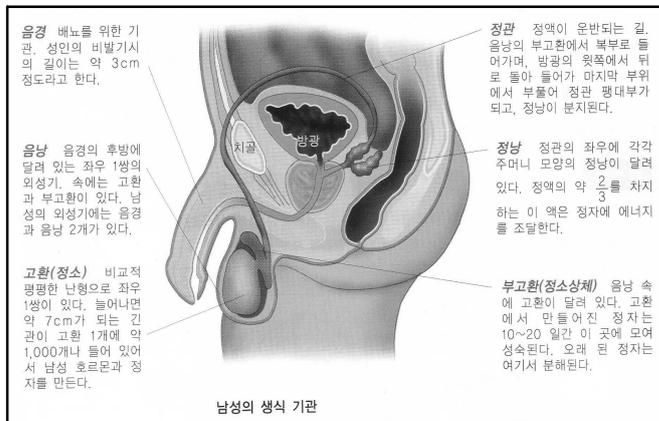
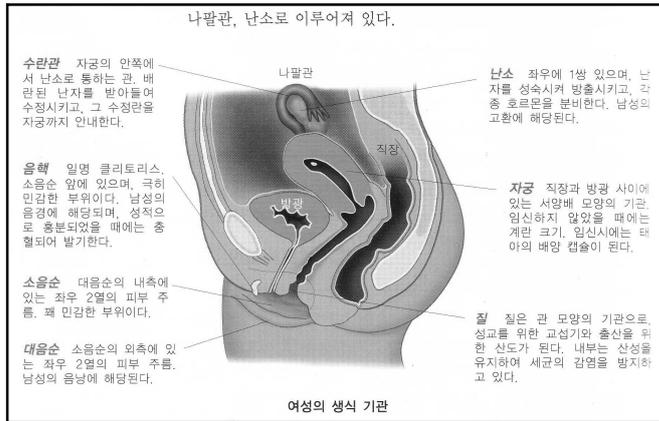
○ 수정내용

남성의 생식기에 대한 설명은 기능 중심으로 서술한 반면, 여성의 생식기에 대해서, 기능에 대한 언급 없이 성행위와 관련한 민감도를 밝히고 있어, 이에 대한 삭제 및 기능중심 서술이 요청됨

○ 의결이유

올바른 성의식을 교육하는 것이 목적인 단원에서 양성간에 차별없이 성기구조와 각 기관의 생리적 특성 및 성적 재생산과정에서 담당하는 역할을 중심으로 기술하는 것이 바람직함에도 불구하고, 유독 여성의 성기에 대해서만 성행위와 관련된 성적흥분도를 중심으로 기술한 것은 여성의 성을 도구적으로 바라보는

인식이 드러난 것임.



4) 미술과 1학년 (대한교과서) 43쪽 “디자인과 상징”
 서울시 상징 마크 제작
 한글 ‘서울’의 ...를 녹색(산), 청색(한강), 살색(해)으로 상징적으로 표현했다.

○ 수정내용

서울시 상징 마크 설명에서 해에 해당하는 상징을 ‘살색’으로 명기하고 있는데 이를 ‘엷은 오렌지색’으로 대체할 것

○ 의결이유

국가인권위원회는 지난 8월 1일 크레파스와 특정 수채물감의 특정색을 ‘살색’으로 명명한 것은 헌법 제11조의 평등권을 침해한 것이라며 기술표준원에 한 국산업규격(KS)을 개정하도록 권고한 바 있음. 기술표준원이 정한 ‘살색’ 명칭은 황인종이 아닌 인종에 대한 합리적 이유 없이 헌법에 보장된 평등권을 침해할 소지가 있으며 인종과 피부색에 대한 차별적 인식을 확대할 수 있음.

5) 영어과 1학년 (능률영어사) 175쪽-183쪽 “The Roman Time”
· A Day At The Coliseum : Want some great entertainment?... Each day’s events promise to be very exciting... You can watch and cheer the animals chase the criminals... Gladiators fight to the death.
· Slave for Sale : (본문 아래 질문) Q. If you need a slave who speaks Latin, what should you do?
· 보기 말을 이용하여 아래 광고문을 만들어 봅시다.
“Have fun at the Coliseum”

○ 수정내용

본 단원은 로마시대의 삶을 소재로 하여 영어의 독해 능력을 기르는 것을 목표로 하고 있는데, 로마시대의 문화와 관습은 현재 우리 사회와 너무나 다른 데도 불구하고 그 서술방식에서 현재적 관점에서 마치 학생들이 지금이라도 로마에 가면 그것이 가능한 것처럼 되어 있어, 로마시대의 문화와 관습을 소개하기 위한 것이라면 서술방식을 역사적 사실을 소개하고, 현대적 관점에서 어떻게 평가되는지를 첨가하여 수정하는 것이 바람직함.

연습문제에서 이 사례를 활용하여 광고문을 만들게 하는 것은 삭제하는 것이 바람직하며, 이해를 돕기 위한 질문에서도 “만약 당신이 노예가 필요하다면 어떻게 해야 하는가” 라는 질문 역시 다른 질문으로 대체하는 것이 바람직함.

○ 의결이유

맹수가 인간을 잡아먹는 모습, 검투사들이 죽을 때까지 싸우는 모습 등을 훌륭한 오락거리(entertainment)로서 소개하며, 더 나아가 “Do it yourself”, “Have

fun at the coliseum”이라는 제하에 원형경기장에서 일어나는 맹수와 인간의 대결, 검투사들의 죽음의 대결 등을 보고 즐기라는 내용을 담고 있는 광고문을 학생들이 직접 만들어보도록 제시하고 있음. 맹수에 의한 죄수의 공개처형이나 검투사 경기가 로마 시대의 역사적 사실이기는 하지만, 그것을 오늘날 학교 교과서에서 강조할 필요는 없으며, 특히 그것을 오락거리화하여 소개한다는 것은 생명에 대한 존중과 관련하여 문제가 있는 것으로 판단됨

“Slave for Sale”이라는 문단에서 당시 노예매매 풍습을 소개하면서, 문장이해를 돕기 위한 질문에 “Q. If you need a slave who speaks Latin, what should you do?”라고 되어있음. 이 역시 노예풍습이 역사적 사실이기는 하지만, 그것을 오늘날의 학생들에게 “당신이 노예가 필요하다면...”이라는 질문을 던짐으로써, 노예제가 마치 현실가능한 일인 것처럼 여기게 할 필요는 없을 것임. 오히려 이 지문을 통하여 “모든 형태의 노예제도 및 노예매매는 금지된다”는 시민적·정치적권리에 관한 국제인권규약의 정신을 일깨워 주는 것이 교육적일 것임

IV. 교과서 내용 분석 기준

1. 국제인권규약 및 헌법의 기본권 조항

가. 내용

(1) 우리나라가 1990년 비준한 「시민적·정치적권리에 관한 국제규약(이하 B규약)」은 전문, 6부, 총 53개 조문으로 구성되며, 이와 동시에 비준한 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제협약(이하 A규약)」은 전문, 5부, 총 31조로 구성됨. A, B규약의 전문은 국제연합 헌장, 세계인권선언에 제시된 인간의 존엄성 및 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하며, 국가는 인권과 자유에 대한 보편적 존중과 준수의 의무를 개인은 동 규약에 인정된 권리의 증진과 준수를 위하여 노력하여야 할 책임이 있음을 천명하고 있음.

(2) 「헌법」 기본권 조항 제10조 내지 제37조의 구체적인 기본권 내용은 상기 두개의 국제인권규약의 내용과 상당부분 합치함. 「헌법」 제10조에서는 모든 국민의 인간으로서의 존엄성 및 행복추구권, 그리고 개인의 불가침의 기본적 인권에 대한 국가의 보장의무를 천명하고 있으며, 제37조에서는 국가안전보장, 질

서유지 또는 공공복리를 위하여 국민의 모든 권리가 제한될 수는 있으나 이 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용은 침해할 수 없음을 천명하고 있음.

나. 평가원칙

(1) B규약에서 규정한 ① 인간으로서의 존엄과 가치, ② 생명권, ③ 신체의 자유와 안전의 권리, ④ 사상·양심 및 종교의 자유, ⑤ 사생활의 자유, ⑥ 거주이전의 자유, ⑦ 학문과 예술의 자유, ⑧표현의 자유, ⑨정치적 권리, ⑩ 청구권적 권리, ⑪ 경제적 자유, ⑫ 차별을 받지 않을 권리에 위배되는지의 여부

(2) A규약에서 규정한 ① 노동권, ② 사회보장 수급권, ③ 인간다운 생활권, ④ 교육권, ⑤ 문화적 권리, ⑥ 환경권에 위배되는지의 여부

(3) 「헌법」의 기본권 조항 제10조 내지 37조, 그리고 소비자보호에 관한 헌법 제124조의 정신에 위배되는지의 여부

(4) 교과서의 인권에 반하는 내용분석은 인권분석기준에 비추어 교과서 내용기술이 상기 열거한 인권내용을 명백히 위배하는 반인권적인 것과, 서술 자체에서는 반인권적인 오류가 드러나지 않지만, 인권의 관점에서 볼 때 어느 한 쪽의 사실이나 가치가 두드러져 그 대척점에 있는 다른 사실이나 가치가 상대적으로 축소되어 인권과 관련하여 왜곡된 가치체계를 갖게 할 가능성이 있는 부분으로 분류 분석하였는바, 본 의결문에서는 반인권적인 내용을 중심으로 수정협의를 권고함.

2002. 10. 28.

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 김덕현 위 원 정강자

[2] 2003. 5. 12.자 교육인적자원부의 교육행정정보시스템(NEIS)에 관한 개선 권고

국가인권위원회는 교육인적자원부가 추진하는 교육행정정보시스템(NEIS)의 운영에 대하여 교육인적자원부장관에게 교육행정정보시스템의 27개 개발영역 가운데, 사생활의 비밀침해 등 인권침해 소지가 있는 교무/학사, 입(진)학 및 보건 영역은 입력 대상에서 제외하고, 교원인사기록 중 별지목록 기재 항목은 사생활의 비밀침해 등 인권침해의 소지가 있으므로 입력항목에서 제외되도록 '교육공무원인사기록및인사사무처리규칙'을 개정하고, 개인정보의 누출로 인한 사생활 비밀침해 등 인권침해가 없도록 학교종합정보시스템(CS)에 대한 보안체계 강화 조치를 강구할 것을 교육인적자원부에 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 국가인권위원회는 △ NEIS방식에 따른 기본권 제한의 발생 여부, △ 기본권 제한이 발생할 경우 헌법상 기본권제한의 원칙에 따른 법적근거 여부, △ 법적근거가 있을 경우라도 목적의 명확성, 피해의 최소성, 법익의 균형성, 수단의 적정성, 방법의 적절성 여부 등에 대한 검토가 필요하다고 판단
- [2] 헌법 제10조(행복추구권), 제17조(사생활의 비밀과 자유), 헌법 제31조(교육을 받을 권리와 의무), 헌법 제37조(국민의 자유와 권리의 존중), 세계인권선언 제12조, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제17조, 아동의 권리에 관한 협약 제16조, 개인데이터의 국제유통과 프라이버시 보호에 관한 가이드라인(OECD 가이드라인), 전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한UN가이드라인, 현행 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(개인정보보호법) 등에 의거하여 NEIS의 사생활 비밀과 자유 침해 여부, NEIS의 법적근거, NEIS 추진 배경, NEIS 27개 개발영역 중 교육공무원인사 영역의 인권침해 소지 여부, 교무/학사·입(진)학·보건 영역의 입력제외로 인한 문제 등을 종합적으로 검토, △ NEIS의 27개 개발영역 중 사생활의 비밀 등 인권침해 소지가 있는 교무/학사·입(진)학·보건 영역은 입력대상에서 제외하고, △교무/학사·입(진)학·보건영역은 종전의 CS방식으로 하되, CS의 보안상 취약성을 보완하고, △교원인사기록 중 일부항목은 사생활의 비밀침해 등 인권침해의 소지가 있으므로 입력항목에서 제외하도록 '교육공무원인사기록 및 인사사무처리규칙'을 개정할 것을 교육인적자원부에 권고함.

【주 문】

교육인적자원부가 추진하는 교육행정정보시스템(NEIS)의 운영에 관하여 교육인적자원부장관에게,

1. 교육행정정보시스템의 27개 개발영역 가운데

가. 사생활의 비밀침해 등 인권침해 소지가 있는 교무/학사, 입(진)학 및 보건 영역은 입력 대상에서 제외하고,

나. 교원인사 기록 중 별지목록 기재 항목은 사생활의 비밀침해 등 인권 침해 소지가 있으므로 입력항목에서 제외되도록 '교육공무원인사기록및인사사무처리규칙'을 개정하고,

2. 개인정보의 누출로 인한 사생활 비밀침해 등 인권침해가 없도록 학교종합정보시스템(CS)에 대한 보안체계 강화 조치를 강구할 것을 각 권고한다.

【이 유】

1. 검토배경

1. 교육행정정보시스템(이하 NEIS라 함)

NEIS는 모든 교육행정기관 및 초·중·고등학교를 인터넷으로 연결, 단위학교 내 행정정보는 물론 전 교육행정기관에서 처리해야하는 업무를 인사, 예산, 회계, 교무/학사, 보건 등 27개영역*으로 나누어 전자적으로 연계 처리하기 위한 시스템으로, 각 시·도 교육청(전국 16개 시·도 교육청)*에 데이터베이스 서버를 두고 시·도 교육청은 시스템에 대한 행정적·재정적 지원을, 교육인적자원부장관과 시·도 교육감은 시스템의 유지·관리를 하되 직접 입력정보에 접근할 수는 없고, 권한을 인증받은 각급 학교의 담당교사가 필요한 개인정보 등을 입력하고 관리하는 교육행정정보시스템으로서 교육인적자원부의 주장에 의하면,

교육행정의 생산성·투명성을 획기적으로 확보

교원 업무의 획기적 경감

학부모 인터넷 서비스 제공

졸업증명서·경력증명서 등 일반국민에 대한 민원서비스 제공

학교종합정보시스템(이하 CS라 함)보안 문제의 해소

등의 목적으로 도입된 것이다.

* NEIS 27개 업무영역

단위업무	세 부 내 용
기획	주요업무,기관평가
공보	보도자료 관리
법무	법률정보, 판례정보, 법령질의해석
감사	감사계획 및 결과, 감사현황 분석, 감사자료 공유, 사이버 감사
재산등록	재산등록 대상 및 내역관리, 재산신고
교육통계	학교현황, 학생현황, 교원현황, 시설현황, 주요업무통계 등
입(진)학	초등학교 취학, 중학교 입학, 고등학교 입학 등
장학	교육과정, 연구학교, 장학정보, 학생행사관리, 연구대회 등
교무/학사	학교교육과정, 학적, 성적, 학생생활기록부, 학생생활, 교과용도서
검정고시	원서접수, 성적처리, 고사장 관리, 합격처리 및 각종 통계산출
평생교육	평생교육 시설 및 교육프로그램 관리, 학원 및 교습소 관리
보건	학교보건실 관리, 학교환경관리, 건강기록부 및 보건 통계
체육	학교체육시설관리, 운동부 및 선수관리, 각종현황 및 통계관리
교원인사	정·현원, 임용시험, 인사기록, 임용발령, 호봉, 전보, 평정, 승진, 연수, 상훈 및 징계, 복무, 기간제교사, 전문직 임용, 자격검정관리
일반직 인사	정·현원, 임용시험, 인사기록, 임용발령, 호봉, 평정, 승진, 연수, 상훈 및 징계, 복무
급여	월급여, 연봉제, 명절휴가비, 연가보상비, 성과상여금, 연말정산, 기여금, 건강보험, 국민연금, 고용보험

민원	제증명, 유기한 민원, 진정/건의/질의, 정보공개, 현황통계 등
비상계획	민방위 편성, 민방위 해제, 민방위 교육훈련, 공익근무요원 편성, 공익근무요원 관리
법인	법인정보, 예·결산, 법인 대장
시설	시설사업관리, 학교시설승인, 학교시설사용승인, 시설유지관리, 시설 현황,수용계획
재산	공유재산관리계획, 재산대장관리, 사용허가/대부관리, 폐교재산활용관리
물품/교구/기자재	취득/운용관리, 재물조사, 수급계획, 교구기준안 관리, 교구현황관리, 실험실습재료관리, 기자재 기준안관리, 기자재 현황관리, 기자재 통계
예산	예산편성, 예산배정, 예산이월, 예산운용, 예산통계
회계	세입, 세출, 세입세출외 현금, 계약/압류, 결산, 자금
학교회계	예산, 세입, 세출, 결산, 세입·세출외 현금, 세무관리, 발전기금
급식	학교급식통계, 급식관리, 급식외 관리, 급식분석
시스템	코드관리, 시스템연계, 보안, 사용자 인증 및 권한관리, 로그관리, 인터넷주소관리, 배치작업관리, 업무처리승인관리

* 서울특별시교육청, 부산광역시교육청, 대구광역시교육청, 인천광역시교육청, 광주광역시교육청, 대전광역시교육청, 울산광역시교육청, 경기도교육청, 강원도교육청, 충청북도교육청, 충청남도교육청, 전라북도교육청, 전라남도교육청, 경상북도교육청, 경상남도교육청, 제주도교육청

2. 검토사유

위원회는, NEIS가 종전 학교종합정보시스템인 CS 방식이 각급학교, 즉 전국 초·중·고등학교 총 10,870개 학교에 각 학교마다 학생지도 등에 필요한 학생 및 부모에 관한 정보를 학교 내 서버에 집적 학교장이 수집·관리 하던 것을 초고속통신망을 통해 16개 시·도 교육청 통합 데이터베이스에 집적 관리하도록 함에 따른 기본권 제한의 발생 여부 및 그 발생시 헌법상 기본권제한의 원칙에 따른 법적근거 여부, 법적근거가 있을 경우이라도 목적의 명확성, 피해의 최소성, 법익의 균형성, 수단의 적정성, 방법의 적절성 여부에 대한 검토가 필요하다

고 판단, 다음의 검토기준에 따라 본 사안을 검토한다.

II. 검토의 기준(판단의 준거틀)

1. 위원회는 인권을 보호하고 그 수준을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있는데, 여기서 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다(국가인권위원회법 제1조 및 제2조).

2. 따라서 본 사안의 인권침해 여부 판단은 헌법 제10조 및 제17조, 헌법 제31조, 헌법 제37조, 세계인권선언 제12조, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제17조, 아동의 권리에 관한 협약 제16조, 개인데이터의 국제유통과 프라이버시 보호에 관한 가이드라인(OECD가이드라인) 및 전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 UN가이드라인과 현행 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(개인정보보호법) 등에 의거하였다.

III. 위원회의 판단

1. 사생활의 비밀과 자유 침해

가. 기본권과 그에 대한 제한

(1) 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다” 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 각 선언하고, 제17조에서 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니 한다”라고 규정하고 있다. 헌법 제10조, 제37조 제1항에 의하여 보장되는 기본권으로서 인격의 자유로운 발현권, 즉 인격권이 인정되고 있으며 그 중에는 국가공권력의 불법 부당한 감시로부터의 자유가 포함되어 있다고 할 것이고, 한편 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 불가침은 인간존엄성 존중의 구체적 내용이 되는 인격의 자유로운 발현과 법적 안정성을 그 보호범위로 하고, 나아가 사생활을 공개당하지 아니할 권리(사생활 비밀과 자유), 사생활의 평온한 유지 및 자유로운 형성을 방해받

지 아니할 권리(사생활 평온 및 형성의 자유), 자신에 관한 정보를 관리 통제할 수 있는 권리(정보관리통제권)를 그 내용으로 한다고 할 것인데, 위 정보관리통제권에는 최소한 자기정보접근권, 자기정보정정청구권, 자기정보사용중지청구권을 포함한다고 할 것이다.

(2) 한편, 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 따라서 인격권 및 사생활의 비밀과 자유는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 기본권 제한이외의 다른 방법으로는 도달할 수 없는 불가결하고도 불가피한 경우에 법률로서 제한할 수 있으나, 헌법과 법률의 근거 없이 이를 제한할 수 없고, 제한하는 경우에도 헌법상 요건에 따라 필요 최소한의 제한에 그쳐야 할 것이다.

(3) 이들 헌법 규정은 개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장 하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 해석해야 한다.

(4) 따라서

첫째, 사생활의 비밀과 자유는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여만 제한할 수 있다 할 것이므로, 개인의 정보의 수집과 기록을 함에 있어서도 위와 같은 목적이 반드시 존재하여야 하며, 그 목적에 부합하는 범위 내에서만 개인정보가 수집되어야하고, 수집된 자료가 다른 목적에 유용될 가능성이 봉쇄되어 있어야 할 것이다.

둘째, 사생활과 비밀의 자유에 대한 제한은 법률로써만 하여야 하므로, 개인정보를 수집하기 위해서는 적법하고 공정한 절차를 거쳐야 할 것인바, 개인정보의 수집은 법령에 의한 적법한 권한을 가진 기관이 하여야 하며, 그 수집되는 자료에 있어서도 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다 할 것이다. 또한 개인정보의 수집은 본인으로부터 직접 수집하는 것을 원칙으로 하며, 또한 개인정보시스템이 원칙적으로 공개되어 있어 본인에게 자신에 대한 정보를 열람하고 정정을 요구할 수 있는

절차가 마련되어 있어야 할 것이다.

셋째, 사생활 비밀과 자유에 대한 제한은 필요한 경우에 한하여 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 할 수 있는 것이므로, 개인정보는 계속적, 포괄적, 무제한적으로 수집될 수 없다 할 것이다.

나. NEIS의 27개 개발 영역 중 개인의 사생활의 비밀과 자유 등의 기본적인 인권침해가 특히 문제되는 영역은 교무/학사, 보건, 입(진)학 영역 등으로, 위 판단의 준거들에 기한 항목별 인권침해 여부를 살펴보면,

(1) 교무/학사 영역

업무명	항목명	기록목적	검토	준거 틀	외국 입법 예		
기본신상관리	한글성명	학생지도 상급학교 진학	개인을 식별할 수 있는 형태로 정보가 집적되는 것은 개인정보보호의 원칙에 반하는 것임	헌법 제17조 대법원96다 42789(1998.7. 24)	프랑스 정보처리 파일 및 자유에 관한 법률 제31 조 제1항 사람의 행동, 정치적, 철 학적 또는 종교 적 견해, 조합의 소속 또는 품행 을 직접 또는 간 접적으로 노출시 키는 기명데이터 를 당사자의 명 백한 동의 없이 정보시스템에 입 력시키는 것은 금한다		
	주민등록번호						
	사진						
	성별						
	한자성명	학생지도					
	생년월일						
	학적구분 (재학,입학,전입 등)						
	영문성명						
	생활보호대상자 여부					학생지도, 학자금혜 택 등의 용도는 인 정되나 ·알려지기를 꺼려 하는 민감한 정보로 DB화 하기 곤란한 정보임	헌법제10조 및 제17조, OECD 가이 드라인 수집 목적에 연관 되는 내용을 수집(2)
	보훈대상자 여부						
소년·소녀가장 여부							
기본신상관리	누가주소 등록	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정 보로 누출시 정보주 체에게 불이익을 줄 수 있음	헌법제10조 및 제17조· 는 사생활의 비밀과 자유 를 아동권리 협약16조는 법률에 의하 지 않은 아 동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하 고 있음			
	동거가족수(특기사항)						
	학적변동 특기사항						
	학년, 반, 번호						
	학과, 계열						
	전공, 세부전공, 부전공						
	출결자료						
	장기결석자 처리 결과						
취학전 교육 경험							
졸업관리	졸업증서번호						

선도학생 관리	징계구분	학생지도	세계 각국의 프라이버시 관련법은 형벌 등의 기록을 건강과 관련된 기록과 함께 가장 민감한 정보로 취급 · 본 항목은 이에 상응하는 민감한 정보임	헌법제10조 및 제17조, 아동권리협약 제16조	영국 데이터 보호법제2조, 캐나다 프라이버시법 제3조, 호주 프라이버시법이 민감한 정보로 분류
	징계사유				
	징계내역				
	징계기간				
직업과정 위탁교육 관리	위탁기관명	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	전공				
	기간				
공고(2+1) 체재생 관리	기관명	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	기간				
현장실습 관리	기관명	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	기간				
공동 실습소 입소관리	기관명	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	기간				
특수학급 대상자 신상관리	장애유형	학생지도	건강상태와 관련된 민감한 정보로 누출시 회복하기 어려운 인권침해 우려 · 보건관련 기록으로 특별히 민감한 정보로 취급해야 함	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	보건관련사항은 거의 모든 나라의 프라이버시법이 민감한 정보로 분류 (프랑스, 호주, 캐나다, 영국, 독일 등)하여 누출의 소지를 최소화 하고 전염병의 예방과 연구목적을 위한 통계자료 외의 사용을 금함
	장애등급				
	장애인등록번호				
	검사기관				
	지능지수				
	지능검사도구				
	장애원인				
	보장구				
	수반장애				
복용약물					
특수교육 이수내역	기간	학생지도	건강상태와 관련된 민감한 정보로 누출시 회복하기 어려운 인권침해 우려 · 보건관련 기록으로 특별히 민감한 정보로 취급해야 함	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	보건관련사항은 거의 모든 나라의 프라이버시법이 민감한 정보로 분류 (프랑스, 호주, 캐나다, 영국, 독일 등)하여 누출의 소지를 최소화 하고 전염병의 예방과 연구목적을 위한 통계자료 외의 사용을 금함
	기관명				
	교육내용				
	특이사항				
	담당교사				
	연락처				
	휴대전화				

자치활동 누가기록	일자	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정 보주체에게 불이익 을 줄 수 있음	헌법 제10조 및 제17조· 는 사생활의 비밀과 자유 를 아동 권리협 약16조는 법 률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀 의 자유 침해 를 금하고 있음	
	이수시간				
	활동내용				
	특기사항				
적응활동 누가기록	일자				
	이수시간				
	활동내용				
	특기사항				
행사활동 누가기록	일자				
	이수시간				
	활동내용				
	특기사항				
개발활동 누가기록	일자				
	이수시간				
	활동내용				
	특기사항				
봉사활동 누가기록	기간				
	봉사활동영역				
	봉사활동내용				
	장소 또는 주관기관명				
	시간				
체험활동 누가기록	기간				
	체험활동명				
	체험활동내용				
	장소 또는 주관기관명				
	시간 또는 일수				
학급/학교 활동 누가기록	기간				
	이수시간				
	활동내용				
단체활동 누가기록	기간				
	단체활동명				
	단체활동 내용				
	장소 또는 주관기관명				
	시간 또는 일수				
창의적 재량활동	활동영역 또는 주제				
	이수기간				
	특기사항				

생활지도 기초 조사	부모사항	학생지도	세계 각국의 프라이버시 관련법은 형벌 등의 기록을 건강과 관련된 기록과 함께 가장 민감한 정보로 취급 · 본 항목은 이에 상응하는 민감한 정보임	헌법 제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약 제16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	영국 데이터 보호법 제2조, 캐나다 프라이버시법 제3조,
	본교친구				
	타교친구				
	주거환경				
	통학방법				
	통학시간				
	요선도여부				
	요선도 요인				
	사회시설 수용여부				
	사회시설명				
	결연교사				
학생특기사항					
담임상담 누가기록	일자	학생지도	담임, 상담교사, 보건교사 등과의 상담 내용을 입력 관리하는 것은 누출 시 심각한 인권침해의 소지가 있을 뿐 아니라, 교사와 학생 간의 활발한 대화를 방해할 여지도 있음. 특히 상담기록을 누가 기록하는 것은 학생이 신뢰하고 상담한 기록을 직접 상담하지 않은 다른 교사가 열람하게 되므로 적절치 않음	헌법 제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약 제16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	시간				
일반상담 누가기록	상담내용	학생지도	담임, 상담교사, 보건교사 등과의 상담 내용을 입력 관리하는 것은 누출 시 심각한 인권침해의 소지가 있을 뿐 아니라, 교사와 학생 간의 활발한 대화를 방해할 여지도 있음. 특히 상담기록을 누가 기록하는 것은 학생이 신뢰하고 상담한 기록을 직접 상담하지 않은 다른 교사가 열람하게 되므로 적절치 않음	헌법 제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약 제16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	일자				
	시간				
	상담내용				
부적응자 관리	부적응 여부	학생지도	누출시 편견과 상당한 인권침해의 소지가 있음	헌법 제10조 헌법 제17조 아동권리협약 제16조	
진로지도	특기 또는 흥미	학생지도	개인의 내밀한 정보임	헌법 제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약 제16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	학생의 진로 희망				
	학부모의 진로 희망				
	특기사항				
자격증 관리	명칭 또는 종류	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보이며 누출시 타인에 의해 부당하게 사용될 소지도 있음		
	취득연월일				
	번호 또는 종류				
	발급 기관				

인증관리	명칭 또는 종류	학생지도 상급학교 진학			
	취득연월일				
	번호 또는 내용				
	발급 기관				
	인증 구분				
수상관리	수상명	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정 보주체에게 불이 익을 줄 수 있음	헌법제10조 및 제17조는 사생 활의 비밀과 자유를 아동권리협약 16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	등급				
장학생(급) 관리	장학금명				
	장학금액				
	수여일자				
	수여기관				
	수여일자				
수여기관					
행동발달 관리	일자	학생지도 및 교사로 서 학생에 대한 전문 적 견해 표명	학생개인에 대한 교사의 견해 및 의견으로 지극히 개인적인 정보이 며 누출 시 양 당사자에게 심각 한 불이익을 줄 수 있음	헌법 제10조 및 제17조	캐나다 프라이버 시법 등 외국의 입법 예가 개인 에 대한 타인의 견해 및 의견을 보호 받아야할 개인의 정보로 분류하고 있는 점을 고려할 때 본 항목은 학교 생활기록부 및 NEIS 입력사항 으로 적절하지 못함
	행동발달 내용				
	행동특성 및 종합의견				

업무명	항목명	기록목적	검토	준거 틀	외국 입법 예
성적관리	과목별 점수	학생지도 상급학교 진학	세계 각국의 프라이버시보호법은 형벌 등의 기록을 건강과 관련된 기록과 함께 가장 민감한 정보로 취급하고 있는데 청소년의 경우 선도학생관리나 부적응자 관리 등이 이에 상응하는 민감한 정보이고 대상 학생을 교육의 대상이 아닌 관리의 대상으로 대하게 할 소지가 있음	헌법 제 10조 헌법 제 17조 헌법 제 31조 아동권리협약 제 16조	영국 데이터 보호법, 캐나다 프라이버시법 등
	과목별 석차				
	과목별 세부 능력 및 특기 사항				
	교양과목 이수 여부				
	타기관 이수 과목 점수				
	교과평가				
	교과학습 발달 상황				
학기말 종합 의견					
생활 통지표	가정통신문	학생지도	지극히 개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음	헌법 제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약 16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
교육과정 관리	과목별수강학생		개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음	헌법 제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약 제16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음	
	특기적성 지원자관리				

(2) 보건 영역

업무구분	업무명	항목명	목적	준거틀	검토(외국의 입법에 포함)
건강기록부	체격/체질검사	키//몸무게/가슴둘레/얇은키/시력(나안)/시력(교정)/색각/청력/귓병/콧병/목병/눈병/피부병/영양상태/척추장애/가슴통/기관능력/정신장애/언어장애/알레르기성질환/중합소견/검진일자/의사성명	학생의 질병 또는 건강상 결함의 예방·증진 및 증진 건강상	· 헌법 제10조 및 제17조, 는 사생활의 비밀과 자유를 · 아동 권리는 협약16조에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유를 침해하고 있음	· 보건 관련 사항은 거의 모든 나라의 프라이버시법이 민감한 정보로 분류(프랑스, 호주, 캐나다, 영국, 독일 등)하여, 누출의 소해를 최소화하고 전염병의 예방과 연구목적 등을 위한 통계 자료 외의 사용을 금하고 있는 만큼 집적 관리에 따른 누출의 위험 부담을 감수할 만한 필요성이 있는지 의문임
	구강/병리검사	치료할치아/빠진치아/치주질환/부정교합/기타질환유무/검사일자/치과의사성명/소변검사/결핵검사/간염검사			
	체력검사	달리기/팔굽혀매달리기(중고/여) /윗몸일으키기/제자리멀리뛰기/앉아윗몸 앞으로 굽히기/오래달리기건기/검사일/검사자 성명			
종합검진기록 등	병력기록	이환시작일/이환종료일/취학전후구분/병명/치료현황	학생의 질병 또는 건강상 결함의 예방·증진 및 증진 건강상	· 헌법 제10조 및 제17조, 는 사생활의 비밀과 자유를 · 아동 권리는 협약16조에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유를 침해하고 있음	· 보건 관련 사항은 거의 모든 나라의 프라이버시법이 민감한 정보로 분류(프랑스, 호주, 캐나다, 영국, 독일 등)하여, 누출의 소해를 최소화하고 전염병의 예방과 연구목적 등을 위한 통계 자료 외의 사용을 금하고 있는 만큼 집적 관리에 따른 누출의 위험 부담을 감수할 만한 필요성이 있는지 의문임
	건강관리가정통신	송·수신일/지도 및 연락사항			
	학부모정보	보호자성명			
	판정결과	비만/근골격질환/안과질환/신장·비뇨기질환/이비인후과질환/폐결핵·호흡기질환/피부과질환/빈혈·혈액질환/영양상태/당뇨내분비계질환/정신장애/고지혈(콜레스테롤)/언어장애/간·소화기질환/알레르기성질환/고혈압·순환기질환/구강질환/중합소견/검진기관명/검진 의사/치과의사/가정조치사항			
	혈액 및 소변검사	혈압(최고)/혈압(최저)/혈색소/식전혈당/총콜레스테롤/혈청지오티/혈청지피티/요당/요단백/요삼혈/요PH			
	기관능력	호흡기/순환기/비뇨기/소화기/신경계/신생물질/내분비계/근골격계/혈액 및 조혈기/기관능력			
	흉부방사선검사결과	결핵성질환/비결핵성질환/순환기계질환/척추측만/흉부방사선검사 결과			

(3) 입(진)학 영역

입(진)학 영역 : 교무/학사, 보건 영역 중 초등학교 취학, 중학교 입학, 고등학교 입학 시 학교생활기록부와 학생건강기록부의 작성 송부 등과 관련된 업무로 교무/학사, 보건 영역과 연계되어 있다

따라서, 입(진)학 영역의 인권침해 소지여부 검토는 교무/학사의 상급학교 진학 관련 사항에 대한 검토, 보건영역 진반에 대한 검토에 준한다.

위의 표에서 본 바와 같이 교무/학사, 보건, 입(진)학에 입력되는 사항은 학생의 지도와 진학지도를 목적으로 교사가 학생으로부터 수집한 지극히 개인적인 정보이고, 병력 등을 기록하는 보건 영역의 내용은 건강관련 사항으로 중대한 사생활의 비밀에 해당하므로 NEIS의 운영으로 기본권 제한이 발생할 수 있다고 판단된다.

2. NEIS의 법적근거

가. 학교에서 수집·작성된 개인정보를 시·도 교육청의 통합 데이터베이스에 집적할 수 있는 법적근거

(1) 교육인적자원부는

첫째, 「초·중등교육법」 제25조에 규정된 학교장의 학생개인정보에 대한 작성·관리 권한을 인정하면서, 같은 제25조에 교육인적자원부장관이 그 기준을 정하도록 하고 있고, 교육기본법 제23조의2가 국가 및 지방자치단체는 학교 및 교육행정기관의 행정업무를 전자적으로 처리할 수 있도록 필요한 시책을 강구하도록 하고 있다는 등의 이유를 들어 교육인적자원부가 새로운 정보화 시스템을 개발하여 학생·교사에 대한 개인정보를 집적하는 것은 법적근거 있다고 주장하고,

둘째, NEIS는 학교의 교육공무원이 학생, 학부모의 정보를 수집하여 이를 교육청에 설치된 서버에 인터넷을 통하여 직접 입력하고, 교육청은 그 시스템을 기술적으로 관리하고 있을 뿐 동 정보에 접근할 수 없도록 되어 있기 때문에 교육청(혹은 교육부)이 각급 학교의 학생, 학부모의 정보를 수집하여 관리하고 있다고 볼 수 없다고 한다.

따라서 NEIS를 도입하였다고 하여 교육청(혹은 교육부)이 개인정보보호법을 위반하여 학생, 학부모의 정보를 수집·관리하는 것은 아니라고 주장하고 있다.

(2) 그러나 「초·중등교육법」 제25조는 학교장은 교육부장관이 정하는 기준에 따라 학교생활기록부를 작성 관리해야 한다 규정하고 있어, 교육부장관이 정할 수 있는 기준이란 학교생활기록부의 작성관리기준(즉 학교생활기록부의 양식, 작성방법 등)만을 의미하는 것으로 해석해야 하고, 전산화 내지 자료의 수집과 대학에의 자료제공에 관해서는 사생활보호 등을 감안하여 별도의 법적 근거가 필요하고

(3) 교육부와 시·도 교육청은 NEIS 시스템을 보유·유지·관리하고, 시·도 교육청이 유지·관리하는 서버에는 각급 학교별로 데이터베이스가 구축되는 것이 아니라 시·도 교육청별로 하나의 데이터베이스가 구축되어 있으며, 시·도 교육청별로 구축된 하나의 데이터베이스는 시·도 교육청이 유지·관리하고, 해당 데이터베이스에 접근할 권한도 교육부와 시·도 교육감이 부여하며, 해당 데이터베이스에 대한 백업을 교육부와 시·도 교육감이 시행하므로 교육부와 시·도 교육감은 통계자료(2차 자료)에 대한 접근권이 있다할 것이다.

(4) 따라서, “서버는 시·도 교육청에 있고 그 관리를 교육부와 시·도 교육청이 하기는 하나, 각급 학교의 데이터베이스는 교육부와 시·도 교육청으로부터 인증을 받은 각급 학교가 하는 것이고, 교육부와 시·도 교육청은 시스템 관리만 할 뿐이므로, 교육부나 시·도 교육청이 학생이나 학부모에 대한 정보는 물론이고 교사에 대한 정보도 직접 수집을 하는 것이 아니다”라는 주장은 그 타당성이 미약하다.

(5) 설령, 시·도 교육감이 시스템에 대한 관리만 하는 것이라 할지라도 초·중등 교육법이 규정하고 있는 학교장의 교육인적자원부장관이 정하는 기준에 의하여 작성된 학생개인정보의 관리권한은 개인정보 내용에 대한 관리 뿐 아니라 개인정보를 입력·집적하는 정보화 시스템에 대한 관리까지 포함하는 것으로 해석해야 할 것이다.

(6) 그러므로, 학교에서 수집한 학생관련 개인정보를 16개 시·도 교육청 서버에 집적관리 하는 NEIS의 법적 근거도 불분명하다고 아니할 수 없다.

나. 시·도 교육청에서 서버에 집적된 개인정보를 민원인에게 제공하거나, 민원서비스를 위해 타 기관에 제공할 수 있는 법적 근거

(1) 교육인적자원부는 「민원사무처리에 관한 법률」 제5조 제1항이 행정기관의 장은 민원인의 편의를 위하여 당해 행정기관이 접수·처리하여야 할 민원사항을 다른 행정기관 또는 특별법에 의하여 설립되고 전국적 조직을 가진 법인 중 대통령령이 정하는 법인으로 하여금 접수·교부하게 할 수 있다고 규정하고 있고 「민원사무처리에 관한 법률 시행령」 제11조 제2항이 민원사항을 접수한 다른 행정기관 또는 농협은 그 민원사항을 지체 없이 모사전송 또는 인터넷 등을 이용하여 소관기관에 송부하여야 하고 민원사항을 송부 받은 소관기관은 그 처리결과를 모사전송 또는 인터넷 등을 이용하여 그 민원사항을 접수한 다른 행정기관 등에 송부하여야 한다고 규정하고 있어 시·도 교육청이 학교생활기록부, 졸업증명서 등의 교부 등 민원사무를 처리할 수 있다고 주장한다.

(2) 그러나, 「민원사무처리에 관한 법률」 제5조는 민원인이 행정기관에 다른 행정기관이 보유한 민원을 신청한 경우 모사전송을 통해 민원인이 작성한 신청서와 해당행정기관이 보유한 민원을 주고받아 교부하는 업무에 대하여 규정하고 있을 뿐이므로 개인관련 행정정보 등의 보유, 관리 주체에 대한 논란의 소지가 없는 사항으로서 NEIS에 의한 민원업무와는 다른 형태의 업무로 판단된다.

(3) NEIS에 의한 민원서비스는 시·도교육청이 자신들이 보유한 서버에 집적된 개인정보를 민원인에게 교부하는 것으로 시스템만 관리하는 것이라는 당초의 주장과도 모순되는 것이라 하겠다.

다. 따라서, 학교에서 수집·작성된 개인정보를 NEIS에 집적할 수 있는 법적 근거는 물론 시·도 교육청에서 서버에 집적된 개인정보를 민원인에게 제공하거나 민원서비스를 위해 타 기관에 제공할 수 있는 법적 근거도 불분명하다.

라. 기본권 제한이외의 다른 방법으로는 도달할 수 없는 불가결하고도 불가피한 경우에 기본권을 법률로서 제한 할 수 있으나, 이를 제한하는 경우에도 헌법상요건에 따라 필요 최소한의 제한에 그쳐야 할 것이다. 가사 법적근거가 있다 할지라도 NEIS를 추진할 수밖에 없는 필요 불급한 사유가 있는지 여부와 기본권 제한에 관한 대원칙인 목적의 명확성, 법익의 균형성, 피해의 최소성, 수단의 적정성, 방법의 적절성에 대한 검토가 필요하다.

3. NEIS 추진배경에 대한 검토

가. 'CS의 업무효율화 한계 극복'이라는 주장에 대하여

(1) 교육인적자원부는 기존 CS 시스템의 업무효율화 한계를 극복하기 위하여 NEIS를 추진하였다고 주장하면서,

교무/학사, 인사, 회계, 급여 등의 교육행정업무의 전자화가 개별 업무단위별/기관별로 추진되어 영역 간/기관 간 자료의 공유·활용이 불가능 하였으나 NEIS 도입으로 전학·입학 시 교육기관 간 주고받는 학교생활기록부, 학생건강기록부 등의 정보를 통신망을 통하여 전송함으로써 효율적인 업무처리를 도모할 수 있다고 한다.

(2) 1997년 이전까지 학교현장에서는 학교생활기록부, 학생건강기록부 등 교육을 목적으로 학생들로부터 수집된 정보를 수기로 기록해 오다가,

1997년 수기 작성한 학교생활기록부, 학생건강기록부 기록 결과를 컴퓨터에 입력하도록 하는 SA(Stand Alone) 시스템을 도입·보급하기 시작하여 전자문서화의 첫 발을 내딛었다.

교무업무를 지원하는 CS(Client Sever)도 1997년 보급하기 시작했는데, CS는 업무처리를 자동화 하여 SA에 비해 효율을 높이고 보급 학교 내 컴퓨터를 LAN으로 연결하여 학교 내 서버에 정보를 집적 관리하도록 설계되었다.

CS는 「초·중등교육법」 제25조, 「학교보건법」 제7조, 「학교신체검사규칙」 제9조, 「교육기본법」 제23조 등 규정에 근거하여 추진되어, 초등학교·중등학교·고등학교생활기록부 전산처리지침(교육인적자원부 훈령 제587호), 학생건강기록부 전산처리 및 관리지침(훈령584호)에 근거하고 있으며 초·중등학교 종합정보관리시스템운영규정(훈령588)에 의거 운영되었고, 그 주된 내용은 다음과 같다.

초·중등학교종합정보관리시스템운영규정상의

- CS 개념 : 학교업무의 전자적 처리(제3조 1)
- 시스템운영자 및 사용자 정의 : 학교장으로부터 정당한 권한이 부여된 자

(제3조 1)

- 학교정보시스템 운영 : 학교의장(제7조)
- 사용권한 보안 등 세부 운영계획 수립 : 학교의 장(제11조)

(3) NEIS는 회계, 물품관리, 교무/학사 등을 포함하는 27개영역에 대하여 개발되어 초기에 문제가 제기된 5개영역 즉 교무·학사, 입(진)학, 보건, 체육, 물품을 제외한 22개영역에 대하여 2002.11.부터 개통되어 운영되고 있다.

NEIS는 인터넷으로 학교와 시·도 교육청을 시·도 교육청과 시·도 교육청을, 또 시·도 교육청과 교육인적자원부를 연계, 전학·입학 시 온라인을 통해 필요한 서류를 주고받을 수 있고, 중복 입력 사항은 한번의 입력으로 자동 입력되어 업무 간 효율화를 높인 것으로 보인다.

(4) 그러나, 기존의 디스켓을 이용한 자료의 이동이 교원의 업무에 지장을 줄 정도로 비효율적이라고 보기 어렵고,

전(출)입의 경우 업무효율화를 구상하여야 할 만큼 많은 학생의 이동이 이루어지는 경우는 극히 드물고

NEIS는 상급 학교 진학 시, 졸업한 학교에서 상급학교로 학교생활기록부의 일부 내용을 온라인을 통해 전송, 상급학교의 교사가 동일한 내용을 다시 입력할 필요가 없도록 하여 업무의 효율성을 높였다고 주장하나 상급학교로 전달되는 사항은 학생이름, 주민등록번호, 부모 성명, 가족관계, 자격증 등 극히 일부 사항으로 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지에도 불구하고 NEIS를 추진해야 만하는 법익의 균형성이 있다고 보여지지 않고, 도리어 상급학교 진학 시 개인을 식별할 수 있게 저장된 학생건강기록부를 온라인을 통해 전송하는 것은 개인정보 보호를 위해 적절하지 못한 면이 있는 것으로 판단된다.

(5) 따라서, NEIS가 교육행정업무의 획기적인 업무효율화 방안이라고는 보기 어렵고, 사생활침해의 소지가 있음에도 불구하고 동 시스템을 추진할 수밖에 없는 법익의 균형성, 피해의 최소성, 수단의 적정성, 방법의 적절성을 충족시키지는 못한다 하겠다.

나. 교원의 업무경감 주장에 대하여

(1) 교육인적자원부는 NEIS가 반복적 입력 사항, 동일한 입력 사항의 자동이관, 손쉬운 통계처리 등 업무처리방식을 변화시켜 교원의 업무경감 효과를 가져올 것이라고 주장한다.

(2) NEIS가 업무의 영역에 따라 경감되는 부분도 있으나, 반대로 NEIS를 통해 성적의 일괄처리가 불가능해 기존에 학교별로 사용하던 성적처리 프로그램을 사용해 NEIS에 재 업로드 해야 하는 등 업무부담이 늘어난 부분도 있는 것으로 보여 본 시스템을 추진해야만 할 만큼 획기적인 업무경감효과가 있을지 의문일 뿐 아니라, 일부 업무경감의 효과가 헌법상 국민의 기본권인 사생활의 비밀과 자유의 침해를 상쇄할 만큼 크고, 필요한 것은 아니라고 판단된다.

다. 학부모의 알권리 충족 및 대국민 민원서비스 제공 주장에 대하여

(1) 교육인적자원부는 NEIS를 통하여 시·도 교육청에 각종 학생관련 정보와 교원인사기록 등이 집적되므로 각종 민원서비스 즉, 학생성적·진로지도·학사일정 등 학부모 인터넷 서비스와 졸업증명서·경력증명서 등 일반국민에 대한 민원서비스 제공이 가능해 질 것이라고 주장하고 있다.

(2) 학부모가 학교를 방문하지 않고도 학교생활기록부 등의 열람이 가능해져 학부모의 알권리를 충족시키고 학교교육참여를 유도하는 측면이 있는 것은 인정된다.

그러나, 학교생활기록부 내용이 입시에 중요한 영향을 미치는 만큼 학교생활기록부 입력 내용에 대한 학부모의 교권침해 우려가 일부 교원들에 의해 제기되고 있고, 교사와 학부모, 학생의 교육 3주체의 직접적이고 인격적인 만남을 통해서만이 교육의 질을 향상할 수 있을 것이라는 지적도 있으며, 인터넷 민원서비스의 경우 다른 민원서비스와 같이 동사무소를 통한 팩스전송 등으로 해결하면 될 것을 시·도 교육청의 학생관련 개인정보의 관리라는 논란의 소지에도 불구하고 시·도 교육청에서 개인의 정보를 보유하며 민원서비스를 해야만 하는 납득할 만한 사유도 발견할 수 없어 NEIS를 통해서만 학부모의 알권리가 충족되고, 편리한 민원서비스를 받을 수 있다는 주장에는 동의 할 수 없다. 따라서 사생활침해소지에도 불구하고 동 시스템을 추진할 수밖에 없는 수단의 적정성, 방

법의 적절성, 법익의 균형성을 충족시키지 못하고 있다고 판단한다.

또한, 민원서비스의 경우 전술한 바와 같이 그 법적근거도 미흡하다는 점은 앞에서 살펴 본 바와 같다.

라. 전자정부 구현을 위한 11개 과제의 일환이라는 주장에 대하여

(1) 교육인적자원부는 NEIS가 전자정부 구현을 위한 11대 과제의 일환으로 CS 시스템의 문제점 개선, 질 높은 대민서비스 제공을 목적으로 한다고 밝히고 있다.

(2) 행정업무의 효율화를 위한 정보화의 필요성은 인정되나, 순수한 교육행정만을 위한 정보 외에 교육을 목적으로 수집된 개인정보를 다른 행정정보와 동일하게 취급하는 것은 적절치 않고, 교무·학사, 보건 영역 등에 입력되는 정보는 한 개인의 장기간에 걸친 성장기록에 관한 것으로, 한 곳 또는 소수의 몇 군데에 집적되어 처리된다는 사실 자체가 헌법상 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해할 소지가 있다고 판단한다.

마. CS의 보안 취약성 보완이라는 주장에 대하여

(1) 교육인적자원부는 각급 교가 초고속 인터넷 망으로 연결되면서 보안상 취약한 CS 시스템에 집적된 정보가 해킹 등으로 인해 누출, 사생활의 비밀 침해 소지가 농후해져 NEIS를 추진하게 되었다고 주장한다.

(2) NEIS가 기존 시스템인 CS의 보안취약성을 최대한 보완, 해킹 등에 의한 개인정보의 누출을 최소화한 측면이 인정된다.

그러나, NEIS의 집적된 정보의 양이 막대한 만큼 누출 시 그 피해가 CS정보의 누출에 비할바 없이 심대할 것이 자명하므로 CS의 보안체계 강화방안을 모색하는 것이 보다 사생활의 보호를 위한 길이라 하겠다.

4. NEIS 27개 개발영역 중 교육공무원인사 영역의 인권침해 소지 여부에 대한 국가인권위원회의 판단

가. 시·도 교육청의 교육공무원에 대한 인사기록의 수집과 관리는 교육공무원법 제23조와 같은 법 제23조의2 및 교육공무원인사기록 및 인사사무처규칙에

그 범적근거를 두고 있다.

나. 인사기록카드 입력사항의 인권침해 소지에 대한 검토는 다음과 같다.

		준거틀	외국 입법 예	검 토
기본사항	호주성명	OECD 가이드라인 사용목적과 연관되는 내용이 아님(2)		인사의 과학화에 불필요한 내용임
	호주와의관계	OECD 가이드라인 사용목적과 연관되는 내용이 아님(2)		
병역	미필사유명	OECD 가이드라인 사용목적과 연관되는 내용이 아님(2)		누출시 회복하기 어려운 인권침해 소지가 우려됨
신체	혈액형	OECD 가이드라인 사용목적과 연관되는 내용이 아님(2) UN 가이드라인,	독일연방 데이터 보호법, 호주 프라이버시법	<ul style="list-style-type: none"> · 인사와 관련하여 일차적으로 검토되는 인사카드에 신체사항을 기록, 불필요한 편견과 차별을 받게 할 소지가 있음 · 종교는 UN 가이드라인이 정치적 신념이나 노조가입 등 관련 사항과 함께 차별을 일으킬 소지가 있는 항목으로 전자화 처리된 정보의 수집대상에서 제외하도록 규정되어 있음
	건강상태			
	종교			
	취미			
	특기			
재산	동산	사용목적과 연관되는 내용이 아니고, 항상 변하는 재산 상황을 즉시 반영하기 어려운 점이 있어 최신의 정보가 아닐 수 있음(2)		법률에 의한 재산신고 대상 공무원을 제외하고 재산사항을 인사기록에 기재하게 하는 것은 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것임
	부동산			
	가옥구분			
	부업명			
	부업일수			
	재산총액			
정당사회단체	가입단체성격	OECD 가이드라인 사용목적과 연관되는 내용이 아님(2) · UN 가이드라인	스웨덴 개인정보 보호법 제13조, 영국 데이터보호법 제2조, 독일연방 데이터보호법, 호주 프라이버시법이 민감한 정보로 분류	<ul style="list-style-type: none"> · 사용목적에 부합하는 내용이 아님에도 불구하고, 사용목적인 '인사'업무에 영향을 미칠 수 있음 · 공무원의 경우 정당가입이 금지되어 있으므로 불필요한 항목이고, 사회단체 가입 여부를 기록하게 하는 것은 헌법 제21조, 세계인권선언 제19조, 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조가 보장하는 표현의 자유를 제한할 소지가 있음 대부분의 외국 프라이버시법이 민감한 정보의 하나로 특별히 보호하고 있음
	가입단체명			
	직책명			
	가입 일자			

	탈퇴일자			<ul style="list-style-type: none"> · UN가이드라인 제5원칙은 정치적견해나 노동조합 가입 등과 관련된 사항은 불합리한 차별을 일으킬 소지가 있으므로 수집하지 말도록 규정하고 있음
가족사항	가족관계	OECD 가이드라인 사용목적과 연관되는 내용이 아님(2)		<ul style="list-style-type: none"> · 가족 사항은 불필요한 편견과 차별을 낳을 수 있고 해당 교육공무원의 가족에 대한 정보를 교육기관의 장이 수집할 근거가 없고 · 대상 가족의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 있음
	학력			
	성명			
	생년월일			
	직업			
	직장(근무처)			
	직위			

※ 교원 인사 기록 항목 (교육공무원인사기록 및 인사사무처리규칙의 인사기록카드 양식, 별표1서식)

(1) 기본사항

순번 / 주민등록번호 / 성명 / 한자성명 / 영문성명 / 근무지기관코드 / 근무지기관명 · 부서명 / 성별 / 우편번호 / 주소 / 상세주소 / 생활근거지 / 호주성명 / 호주와 의관계

(2) 병역

미필사유명 / 역종 / 군별 / 군계급 / 군번 / 입대일 / 제대일 / MOS

(3) 신체

혈액형 / 건강상태 / 종교 / 취미 / 특기

(4) 재산

동산 / 부동산 / 가옥구분 / 부업명 / 부업일수 / 재산총액

(5) 정당사회단체

가입단체성격 / 가입단체명 / 직책명 / 가입일자 / 탈퇴일자

(6) 가족사항

가족관계 / 학력 / 성명 / 생년월일 / 직업 / 직장(근무처) / 직위

(7) 학력사항

입학년월 / 졸업년월 / 학력구분 / 학교명 / 학과 / 학위

(8) 승급기록

호봉 / 승급종류

(9) 경력조회

경력년수 (시작일·종료일·년·월·일) / 최초직위 또 는직종 / 최종직위 또 는 직종 / 근무기관 / 증명발급기관 / 문서번호 / 기록일자

(10) 전력조회

추가경력 (시작일·종료일·년·월·일) / 제외경력(시작일·종료일·년·월·일) / 총경력 (년·월·일) / 기관명 / 문서번호 / 기록일자

(11) 호봉사정

사정년월일 / 사정경력연수 (년·월·일) / 사정호봉 / 잔여기간 (월·일)/ 인사담당관 (직·성명)

(12) 경력(발령)

기간 / 직급및직위 / 발령사항 / 근무지 / 담당사무 / 발령청명

(13) 주임교사

기간 / 직급및직위 / 근무지명

(14) 대학원학위취득

학교명 / 전공학과 / 학위 / 취득학점 / 직무관련성 / 평점학점 / 학점누계 / 등록일자 / 기록자성명 / 확인자 성명

(15) 교사자격취득

취득일 / 등급코드 / 자격구분 / 전공과목 / 부전공과목 / 자격증번호 / 수여기관

(16) 연수이수

연수기간 (시작일·종료일) / 연수과정 / 연수기관 / 상세연수명 / 연수시간 / 연수성적 (득점) / 직무관련성 / 평정학점 / 학점누계 / 등록일자 / 등록자 / 확인자

(17) 기술자격증

취득일 / 자격 / 세부자격명 / 자격증번호 / 시행청

(18) 외국어해득

외국어명 / 외국어수준

(20) 해외시찰

기간 (부터 · 까지) / 국가 / 출장목적

(21) 포상서훈

상훈일 / 상훈명 / 상세상훈명 / 시행청

(22) 징계형벌(입력안함)

징계일 / 징계종류 / 징계시행청 / 상세징계명

(23) 근무성적(입력안함)

평정일 / 평정점 / 등위 / 기록자

(24) 연구실적

수상일자 / 연구대회명 / 주체기관 / 수상등위 / 규모 / 적용 / 연구자수 / 직무관련성 / 평정학점 / 학점누계 / 등록일자 / 등록자 / 확인자

(25) 가산점

영역 / 연도

(26) 적성검사(입력안함)

시행년월일 / 일반지능검사 / 종합적성검사 (검사사항) / 다면적성검사 / 적성분야

(27) 보충기재란

보충기재내용

다. 그러나, 인사기록카드의 입력사항 중 위에서 지적한 항목은 인사의 과학화 목적에도 무관하며, 제한적 범위 내에서 수집하라는 개인정보보호의 일반원칙 등에도 반하므로 NEIS 입력항목에서 제외되어야 할 것이다.

따라서, 교육공무원인사기록 및 인사사무처리규칙의 인사기록카드 양식, 별지

제1호 서식에 대한 개정도 필요한 것으로 판단한다.

V. 교무/학사, 입(진학), 보건영역 입력제외로 인한 고려사항

가. 행정의 효율화를 위한 정보화 사업의 추진과 관련한 숙고

(1) 「전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화촉진에 관한 법률」 제4조 제1항은 전자정부의 구현을 촉진하고 지식정보화시대의 국민의 삶의 질을 향상시키도록 이 법을 운영하고 관련 제도를 개선하여야 하는 의무를 각 행정기관의 장에게 부여하고 같은 법 제8조 행정기관의 주요 업무는 전자화되어야 하며, 전자적 처리가 가능한 업무는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 전자적으로 처리되어야 한다고 규정하고 있어 행정기관의 장인 교육인적자원부장관에게 행정 업무의 정보화를 촉진하도록 의무지우고 있고

(2) 「교육기본법」 제23조의2가 국가 및 지방자치단체는 학교 및 교육행정기관의 행정업무를 전자적으로 처리할 수 있도록 필요한 시책을 강구하도록 하고 있다.

(3) 그러나, 순수한 교육행정업무와 학교에서 이루어지는 학생지도 교육은 별개의 것으로 교육행정업무도 궁극적으로는 학생지도 교육을 위한 부수적 업무로 존재해야하는 것이다.

(4) 본 사안에서 문제가 되고 있는 교무/학사, 보건 입력 사항은 교육을 목적으로 수집되고, 학생지도와 진학지도에 사용되는 것으로 교사와의 상담 내용, 건강상태 등 내밀한 개인의 정보를 포함하는 업무이므로 정보화 시 그 목적과 세부 항목에 대한 철저한 검토가 필요했음에도 고려 사항에서 간과한 채 행정의 효율성에 중점을 두고 추진 된 것으로

(5) “NEIS 추진배경에 대한 및 검토”에서 살펴본 바와 같이 NEIS는 행정의 효율성을 획기적으로 개선시킨다는 명백한 개연성 없이 추진되었고, 실령, 행정의 효율성을 획기적으로 개선시켰다고 하더라도 행정의 효율성이 헌법에서 보장하는 국민의 기본권을 제한할 수 있는 사유가 될 수는 없다고 판단된다.

나. CS 복귀 시, NEIS와 중복 이용과 CS보완 등을 위한 추가 비용 및 6월 대입 수시모집 등 대입전형의 차질우려에 대한 속고

(1) 추가 비용에 대하여는 이견이 있어, 전국교직원노동 조합이 주장하는 최소 450억, 교육인적자원부가 주장하는 최대 2조2000억이 소요될 것이라는 주장이 있다.

(2) 위 주장의 가·부를 떠나 시스템 운영 경비 외에 보안상태의 보완을 위한 막대한 경비가 실질적으로 소요될 것으로 판단한다.

CS 미 보급 학교, 서버 보급 비용 및 낙후된 서버의 교체

CS 시스템의 방화벽 설치 현황은 10,902개 교중 5,485개교에 방화벽이 설치되어 있고, 경기, 강원, 충북, 전남, 인천 지역 학교의 방화벽 설치는 미비한 실정이고, 침입 탐지시스템과, 서버보안은 대부분의 학교가 미비상태이며,

백신 프로그램 설치를 하고 있으나 전국 모든 PC에 대하여 적절하게 관리되는지는 확인하기 어려우며,

각 학교의 정보부장(교사)이 CS 업무 전반적인 사항을 관리 할 뿐 전문적인 보안 관리자가 없는 실정이다.

(3) 이견은 있으나, 교무/학사 영역에 대하여 CS로 운영할 때 대입 수시모집에 차질이 발생할 상황은 예상할 수 있고, 적어도 당분간 교사들에게 막대한 업무부담이 가중 될 것은 분명한 사실로 판단된다.

(4) 그러나, NEIS를 통해 운영되는 교육이 제시하는 미래 교육의 비전에 대하여는 회의하지 않을 수 없다.

계량화 되고 획일화된 NEIS가 장래에 헌법 제31조가 보장하는 교육의 자주성과 전문성을 침해하고 획일화 할 소지가 있을 뿐 아니라 결과적으로 양질의 교육을 받을 국민의 권리 또한 침해할 소지를 낳고 있다고 판단한다.

정보화 교육은 활성화 되어야 하며, 정보화 교육을 통한 경쟁력 있는 인재의 양성은 장려되어야 하는 것이어서 외국의 교육 담당 부처들은 정보화 기기를 이용한 각종 교육 프로그램의 보급, 교사 교육에 많은 경비와 노력을 투자하고 있다.

그러나, NEIS와 같이 교육과정에서 축적된 학생의 정보를 통합데이터베이스 서버에 집적하여 이를 손쉽게 민원서비스를 받도록 하고 있는 예는 없다.

교육인적자원부가 외국의 사례로 들고 있는 캘리포니아 공립학교에서 운영하고 있는 CSIS(California School Information Service)의 경우 학생의 정보를 집적 필요한 대학에 송부하고 있으나, 분명한 법적 근거가 마련되어있고, 개인과 학교의 동의를 구하여 추진되는 공립학교 행정정보화 시스템으로 NEIS와는 차이가 있다.

(5) 이와 같은 이유로, 국가인권위원회는 집적되는 개인정보의 가치와 장래를 향한 교육 비전의 가치를 경제적 손·익 등 현실적 문제에 우선하여 판단하였다.

다. 이밖에도, NEIS 운영 체계상 인증서를 도난당하거나 분실하였을 때 그 사실을 전산담당자에게 통보하기 전에 문제가 발생, 악용되었을 경우 책임소재가 불명확하다는 점도 지적한다.

VI. 결론

따라서, NEIS의 27개 개발영역 중 사생활의 비밀 등 인권침해 소지가 있는 교무/학사, 입(진)학, 보건 영역은 입력 대상에서 제외하고, 교원인사 기록 중 별지 목록 기재 항목은 사생활의 비밀침해 등 인권침해의 소지가 있으므로 입력항목에서 제외하도록 “교육공무원인사기록 및 인사사무처리규칙”을 개정함이 상당하며, 위 교무/학사, 입(진)학, 보건영역은 종전의 CS방식으로 하되 CS의 보안상 취약성을 보완할 필요성이 있으므로 주문과 같이 교육인적자원부장관에게 권고하기로 의결한다.

2003. 5. 12.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 유 현 유지춘 조미경 김오섭 신동운 정강자 김덕현 이홍록

3] 2004. 5. 27.자 아동성폭력 피해자의 2차 피해자화 방지 관련 권고

- [1] 법무부장관에게 수사·공판과정에서 아동 성폭력 피해자와 그 보호자 및 신뢰관계에 있는 자에게 피해사건에 대한 구체적인 정보를 제공받을 권리를 보장하기 위한 제도적 방안 및 성범죄수사및공판관여시피해자보호에관한지침(대검예규제290호, 강력 61100-413)에 성폭력 피해자 담당의사 조사시 참고인 서면진술서를 우선하도록 하는 규정을 마련할 것을 권고한 사례
- [2] 행정자치부장관과 경찰청장에게 각 경찰서 별로 아동성폭력 관련 전문성을 갖춘 경찰관을 배치하고 이들에 대하여 정기적으로 보수교육을 실시할 것과 “범죄피해자보호규칙”제정 시 수사기관이 범죄피해자에 대하여 피해자 및 보호자에게 허용되고 있는 제반 권리 및 피해자 조력기관 등에 대한 정보 등을 고지하도록 하는 규정을 마련할 것을 권고한 사례
- [3] 여성부장관에게 긴급의료지원센터 및 성폭력 피해자의 치료를 위한 전담의료기관의 실효성 있는 운영을 위한 대책을 강구할 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 현행 성폭력특별법에는 범죄피해자에 대하여 가해자의 형기 만료 출소, 형집행정지 등 주요한 신변변동 사항에 관한 고지 규정과 범죄피해자가 받을 수 있는 피해자 조력 및 구조 관련 정보의 제공에 관한 구체적 규정이 없어 “성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하며...”라고 명시되어 있는 동법 제1조의 목적을 실현하기에 미흡하므로, 관계기관의 장은 수사·공판과정에서 아동 성폭력 피해자와 그 보호자 및 신뢰관계에 있는 자에게 피해사건에 대한 구체적인 정보를 제공받을 권리를 보장할 제도적 방안을 강구하여야 할 것임
- [2] 아동성폭력 피해자 및 그 가족의 기본권 보호를 위한 측면 뿐 아니라 실제적 진실발견에 접근하기 위해서도 수사담당자들의 전문성 함양이 특별히 요구된다고 판단되므로 관계기관의 장은 아동성폭력 사건을 담당할 전문 인력을 각 경찰서 별로 배치하고 이들에 대한 보수교육을 실시하여야 할 것임
- [3] 정부가 성폭력 전담의료기관외에도 아동성폭력 피해자 지원을 위한 해바라

기 아동센터 1곳을 개설 운영하고 있으나 이는 다른 환자보다 진료에 장시간이 소요되는 점, 종종 법정 출두까지 요구받게 되는 점 등에 기인하는 진료거부 발생의 근본적 문제를 해결하기에는 미흡하므로 관계기관의 장은 성폭력 피해자 담당의사 조사시 서면조사를 우선 하도록 하여 아동성폭력 피해자에 대한 치료와 증거확보 등이 원활히 이루어질 수 있는 실효적 방안을 마련하여야 할 것임

【참조결정】 국가인권위원회 2004. 5. 20.자 02진인928 결정

【참조조문】 헌법 제10조, 헌법 제11조, 헌법 제27조 제5항, 헌법 제30조

【주 문】

1. 법무부장관에게,

가. 수사·공판과정에서 아동 성폭력 피해자와 그 보호자 및 신뢰관계에 있는 자에게 피해사건에 대한 구체적인 정보를 제공받을 권리를 보장하기 위한 제도적 방안을 마련할 것을 권고한다.

나. 성범죄수사및공판관여시피해자보호에관한지침(대검예규제290호, 강력 61100-413)에 성폭력 피해자 담당의사 조사시 참고인 서면진술서를 우선하도록 하는 규정을 마련할 것을 권고한다.

2. 행정자치부장관과 경찰청장에게,

가. 각 경찰서 별로 아동성폭력 관련 전문성을 갖춘 경찰관을 배치하고 이들에 대하여 정기적으로 보수교육을 실시할 것을 권고한다.

나. “범죄피해자보호규칙”제정 시 수사기관이 범죄피해자에 대하여 피해자 및 보호자에게 허용되고 있는 제반권리 및 피해자 조력기관 등에 대한 정보 등을 고지하도록 하는 규정을 마련할 것을 권고한다.

3. 여성부장관에게,

긴급의료지원센터 및 성폭력 피해자의 치료를 위한 전담의료기관의 실효성 있

는 운영을 위한 대책을 강구할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 검토배경

1. 진정인 김○○은 2002. 5. 28. 아동성폭력피해자인 자신의 딸이 부당한 수사로 인해 헌법상의 기본권인 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 보장된 인격권 및 신체의 안전을 보장받을 권리를 침해당했다고 우리 위원회에 진정을 제기하였다.

아동성폭력피해가족모임은 아동성폭력범죄와 관련한 수사·공판과정에서 제도상의 미비, 관련 담당자들의 전문성 부족으로 피해자가 2차 피해자화 된다는 것을 이유로 2003. 5.28. 이에 대한 개선을 요구하는 진정을 제기하였다.

2. 범죄 피해의 '2차 피해'란 범죄행위 자체에 의한 일차적 피해로 인하여 새롭게 발생하는 피해로, 피해자와 밀접한 관계에 있는 자나, 병원, 언론기관, 사법기관에 종사하는 자들이 일차적 피해에 대하여 잘못 반응함으로써 범죄 피해자가 다시 한번 입게 되는 피해이다.

3. 수사·공판과정에서 성폭력 범죄 피해자들의 '2차 피해'의 문제는 성폭력 범죄에 관한 피해자들의 법적 해결의지를 약화시키거나 봉쇄함으로써 범죄 신고율을 낮추고 법적 해결에 대한 불신을 강화시키고 있다. 나아가 성폭력 범죄와 그 피해에 대한 공정한 범절차의 진행을 방해함으로써 피해자의 법적 권리와 인권을 침해하고 있다.

4. 더욱이 아동 성폭력 피해자의 경우 반복되는 신문의 고통, 가해자와의 대면·보복의 위협으로 생기는 공포감 등 수사, 공판 절차에서 느끼게 되는 압박감이 성인 피해자와 비교할 수 없을 만큼 크고, 그로 인해 피해의 극복이 어렵게 되어 아동성폭력 피해자의 정신적·사회적 손상은 더 악화되는 경향이 있어 아동성폭력 피해자의 2차 피해자화는 성인에 비해 더욱 심각하다 할 것이다.

5. 따라서 성폭력피해자에 대한 수사 및 공판과정에서 성폭력피해자의 특성을 고려한 새로운 제도를 마련하고, 담당자들의 전문성 고양을 위한 방안을 강구하

여야 할 것인바,

국가인권위원회법 제19조제1호는 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을, 제25조제1항은 “인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정 권고, 의견표명”을 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있고, 아동성폭력 피해자의 2차 피해자화 문제는 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 정책”이며, 제25조제1항의 인권의 보호와 향상을 위하여 필요한 경우에 해당하므로 다음과 같이 검토하였다.

II. 검토의 기준(판단의 준거틀)

1. 위원회는 인권을 보호하고 그 수준을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있는데, 여기서 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다(국가인권위원회법 제1조 및 제2조).

2. 따라서 본 사안의 인권침해 여부 판단은 헌법 제10조 인간의 존엄성 및 행복추구권, 헌법 제11조 평등권, 헌법 제27조제5항 형사피해자의 재판절차 진술권, 헌법 제30조 범죄행위로 인한 피해구조, 아동권리협약 제19조, 제34조 및 제39조 및 1985년 유엔총회가 채택한 범죄와 권력의 남용에 의한 피해자 권리 선언 등에 의거하였다.

III. 판단

1. 위원회는 다음의 세 가지 사유로 아동성폭력 사건에 조사·공판 등의 절차와 관련된 현행 법률 및 관행이 아동성폭력 피해자의 헌법상 권리이자 국제인권기준이 천명하고 있는 인간 존엄성 및 행복추구권, 평등권, 형사피해자의 재판절차 진술권 등을 보호하고 신장하기에 미흡한 것으로 판단한다.

가. 피해자 의료서비스 및 증거확보에 대한 지원미흡

(1) 진단서 발급

성폭력 사건에서 성폭력 피해자는 피해자 진술만이 증거인 경우가 많고 다른 증거나 증인을 확보하기 힘든 경우가 대부분이므로 피해초기 증거를 확보하는 것이 매우 중요하다.

그러나 아동성폭력 피해자가 찾게 되는 산부인과 등 일반적인 병원의 의사들은 피해와 관련한 진료에 있어 다른 환자보다 장시간이 소요되는 점, 법정 출두까지 종종 요구 받게 되는 점 등으로 인해 성폭력피해와 관련한 진단서 발급을 거부하거나 심지어 의료 서비스의 제공 자체를 거부하는 경향이 있다.

현행 의료법은 “의료인은 진료 요구를 받은 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못하도록 규정(의료법 제16조)”하고 있고 이를 위반할 경우 “1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금”에 처하도록 하고 있으나 이러한 규정이 실질적으로 진단서 발급, 의사의 소송과정 참여 등을 유도하는데 한계가 있는 것으로 드러나고 있다.

(2) 의료서비스 지원

현 의료 체계에서 경찰병원을 제외하고는 성폭력 피해자의 진료에 대한 전문성을 확보하고 있는 경우가 드물고, 성폭력특별법에 근거하여 여성부장관 또는 시장·군수·구청장이 지정한 275개소의 병원(2004. 6.현재)과 여성폭력 피해자를 위해 운영되고 있는 7개 긴급의료지원센터는 제 기능을 발휘하지 못하고 있다.

결과적으로 성폭력 피해자들은 피해자 특성을 고려하여 신속하게 접수 처리되고 프라이버시가 보호되는 진료환경이 보장되어야 함에도 불구하고 진료 우선순위에서 밀려 장시간 대기하거나 일반인들과 같은 환경에서 진료가 이루어지고 있는 실정이다.

나. 수사·공판관련 정보의 소외 문제

(1) 수사·공판절차에 대한 통보와 기록열람권

일반적으로 범죄피해자는 수사단계에서는 고소사건에 관한 공소제기여부, 공소취소 및 타관송치 등의 처분취지를 고지 받음으로써(형사소송법 제259조) 수사종결처분에 대한 알권리가 어느 정도 충족될 수 있으나 해당 사건에 대한 공소제기 후에는 공판기일, 피고인의 구속여부 또는 공판진행 상황 등에 대하여 어떠한 정보도 받지 못하기 때문에 공판과정에서 증거제출, 피해자의 진술권 행사, 증인신문준비 및 배상명령신청 등 이익실현에 어려움을 갖게 된다.

특히, 피해자의 증언과 정황증거만이 유일한 증거인 경우가 대부분인 아동성폭력 범죄의 경우, 공판절차 진행과정에서 피고인 측의 부당한 공격과 책임전가 식 변호에 대한 피해자의 인격권을 보장하기 위한 측면에서라도 그 필요성이 크다.

(2) 가해자 신변에 대한 통보

소송 진행 중이거나 범적절차를 모두 마친 피해자들이 가장 두려워하는 것 중 하나는 보복의 두려움, 가해자 출소 후 재 피해에 대한 우려이다. 피해자가 느끼는 보복에 대한 두려움과 공포, 위협감 등은 피해자의 일상에 큰 피해를 미치게 된다.

특히 스스로를 갑작스러운 위협으로부터 보호할 능력이 없는 아동성폭력 피해자의 경우 이러한 공포 자체가 피해의 극복을 어렵게 하고 2차 피해를 유발하는 경향이 있다.

(3) 피해자 권리에 대한 고지

가해자 또는 피의자가 체포 또는 구속될 때에는 범죄사실의 요지, 체포의 이유, 변호인 선임권이 있음을 알리고 변명의 기회를 주어야 하는 등 제반권리에 대하여 고지를 하도록 하고, 그 가족에게 일정사항을 통지하도록 규정(형사소송법 제72조, 제87조)되어 있다. 그러나 피해자들에게는 피해자 권리에 대한 고지 규정이 형사소송법 상 규정되어 있지 않고, 가정폭력 사건의 경우에만 피해자에게 가해자에 대하여 향후 임시조치를 신청할 수 있는 권리가 있음을 통지하는

의무규정(가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제5조제4호)이 있을 뿐이다.

그런데, 아동성폭력 피해자와 그 가족은 피해자의 권리 및 피해자 지원기관, 형사사건의 진행절차 등에 관하여 충분히 알고 있지 못한 경우가 대부분이며, 사전 지식이 있다 할지라도 갑작스러운 범죄의 피해로 냉정하게 사건에 대처하는 능력을 상실하게 되는 경우가 일반적이므로 적절한 법률적 대응이 어렵고, 정신적·육체적 의료 조치에도 어려움을 겪게 된다.

다. 수사 담당자의 수사 및 조사 태도와 전문성의 문제

아동성폭력사건 관련 실무지침이 경찰과 검찰에 존재하지만, 수사 담당자들의 아동성폭력 범죄에 대한 이해와 전문성이 부족하여 지침과 현행 실무와는 괴리가 있다.

수사담당자들은 아동성폭력 피해자에 대한 사건 조사과정에서 불필요하게 아동에게 성폭력의 세세한 부분에 대하여 진술하게 하거나 반복적으로 질문하게 되는데 이러한 경우 피해경험이 아동성폭력 피해자에게 각인되는 2차적 피해를 유발하게 된다.

또한, 어른을 조사하는 식의 어법이나 용어의 사용, 아동의 눈높이에 맞추지 못한 성인 중심적 현장 검증 등은 아동에 대한 조사방법으로는 효과적이지 않다는 것이 전문가들의 의견이다.

2. 제도적 대안에 대한 검토

가. 아동권리협약과 범죄와 권력의 남용에 의한 피해자 권리선언과 같은 국제적 기준과 국민의 행복추구권 및 범죄행위 피해자의 구조 등을 기본권으로 보장하고 있는 헌법의 취지에서 판단할 때, 아동 성폭력 피해자의 인권을 구제하고 보호해야 할 현행의 수사·공판과정은 아동피해자의 2차 피해를 유발할 가능성이 매우 크고 아동의 기본권 보장에 미흡하므로 제도적인 대안이 마련되어야 한다.

나. 즉, 아동권리협약은 모든 형태의 유기, 착취, 학대 또는 고문이나 기타 모든 형태의 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌, 또는 무력분쟁으로 인하여 희생이 된 아동의 신체적·심리적 회복 및 사회복귀를 촉진시키기 위

한 모든 적절한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있고,

다. 헌법 제10조는 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치와 행복을 추구할 권리를 인정하고 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 국가의 의무를 규정하고 있으며

라. 헌법 제30조 범죄피해자의 국가구조청구권으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출되며,

마. 국가는 이러한 기본권 보호 의무를 이행함에 있어서 국민의 생명, 신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니 된다는 의미에서 국가의 국민에 대한 과소보호금지라는 헌법상의 원칙을 준수해야 한다는 점(2002헌마533 형법제9조 위헌확인 등 사건 중 재판관 전효숙의 보충의견) 등에 비추어

바. 수사·공판과정에서 아동 성폭력 피해자에 대한 적극적이고 적절한 최대한의 보호조치가 마련되어야 하는데 이를 구체적으로 살펴보면

(1) 진단과 적절한 치료

범죄수사 및 공판관여시 피해자 보호에 관한 지침(대검예규 제290호, 강력 61100-413)에 성폭력 피해자 담당의사 조사시 서면조사를 우선하도록 하는 규정을 마련, 피해자 담당의사의 공판정 출석을 특별한 경우에 한하여 요구, 의사의 진단서 발급과 관련된 문제점을 해소하고

긴급의료지원센터 및 성폭력 피해자의 치료를 위한 전담의료기관의 실효성 있는 운영으로 조기진료와 증거 확보 가능성을 최대한 보장하여야 할 것이다.

(2) 피해 사건에 대한 정보의 제공

범죄 피해의 당사자인 아동성폭력 피해자 및 보호자에게 다음과 같은 알권리가 보장되어야 할 것이다.

첫째 피해자의 다른 권리실현과 사후구제절차 대비가 가능할 수 있도록 수사기관이 범죄피해자에 대하여 피해자 및 보호자에게 허용되고 있는 제반권리 및 피해자 조력기관 등에 대한 정보 등을 고지할 필요가 있다.

둘째 공판절차에서 진행상황에 대한 정보의 제공과 일정 통보(수사절차의 진행과정, 공판기일, 공판 절차의 진행, 공소취소나 공소장 변경 여부, 재판결과 등)가 이루어져야할 필요가 있다.

셋째 공소가 제기된 사건에 대하여는 법원에서 증거로 채택한 서류나 물건에 대하여, 공소제기 되지 않은 사건에 대하여는 재정신청권을 실질적으로 행사할 수 있도록 최소한 진단서 등과 같은 “전문가 의견”과 가해자 진술에 대하여 열람 가능 하도록 하는 등 제한된 범위 내의 수사 기록과 공판조서 및 법원에서 채택한 피해사건 관련 증거자료를 열람 할 수 있도록 규정을 마련할 필요가 있다.

넷째 가해자의 가석방, 형 집행정지, 형기만료 등과 같은 가해자 신변의 중대한 변동이 있는 경우 피해자에게 고지할 수 있는 제도의 마련의 필요성이 크다.

단 피해자의 알권리 보장을 위한 제도 도입 시 **피해자의 의사에 반하여 통지하지 않아야 하며** 성폭력 가해자나 참고인의 사생활의 비밀과 자유 등 인권이 침해 받지 않도록 신중을 기해야 할 것이다.

독일의 경우 ▲열람 신청자인 피해자나 그 대리인이 열람에 있어서 “정당한 이익”이 있음을 제시하고▲사건의 수사·심리 목적에 대한 고려, 타인의 권리에 대한 고려 등을 검토한 후 가·부를 결정하되 열람을 허용하지 않을 경우 그 이유를 신청인에게 명확히 고지하도록 하는 등의 단서 조항을 두고 있음을 참고할 필요가 있다.

(3) 수사 담당자의 수사 및 조사 태도와 전문성 확보

수사 담당자들의 아동 및 성폭력 사건에 대한 전문성 부족으로 인한 아동피해자의 2차 피해자화를 방지하기 위하여

각 경찰서 별로 아동 성폭력 사건을 담당하는 수사담당자를 배치, 수사 담당자에 대한 사전교육을 의무화하고 정기적인 보수 교육을 받도록 하는 등의 개선방안이 마련되어야 할 것이다.

IV. 결론

가. 성폭력특별법 개정, “성폭력 전담 재판부”지정·운영, “해바라기아동센터” 개원 등으로 아동성폭력 범죄에 대한 수사·공판과정에서의 피해자의 2차 피해 자화 문제가 일부 개선될 전망이다,

나. 현행 성폭력특별법에는 형사절차에 대한 구체적 정보제공이 불비하고 형기 만료 출소, 형 집행정지 등 가해자의 주요한 신변변동 사항에 대한 고지 규정이 없어 “성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하며...”라고 명시되어 있는 동법 제1조의 목적을 실현하기에 미흡하므로 관계기관의 장은 수사·공판과정에서 아동 성폭력 피해자와 그 보호자 및 신뢰관계에 있는 자에게 피해사건에 대한 구체적인 정보를 제공받을 권리를 보장할 제도적 방안을 강구하여야 할 것이다.

다. 정부가 성폭력 전담의료기관외에도 아동성폭력 피해자 지원을 위한 해바라기 아동센터 1곳을 개설 운영하고 있으나 진료거부 발생의 근본적 문제를 해결하는 것에는 미흡하므로 관계기관의 장은 성폭력 피해자 담당의사 조사시 서면조사를 우선 하도록 하여 아동성폭력 피해자에 대한 치료와 증거확보 등이 원활히 이루어질 수 있는 실효적 방안을 마련하여야 할 것이다.

라. 아동성폭력 피해자 및 그 가족의 기본권 보호를 위한 측면 뿐 아니라 실제적 진실발견에 접근하기 위해서도 수사담당자들의 전문성 함양이 특별히 요구된다고 판단되므로 관계기관의 장은 아동성폭력 사건을 담당할 전문 인력을 각 경찰서 별로 배치하고 이들에 대한 보수교육을 실시하여야 할 것이다.

마. 이에 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항의 규정에 의하여 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2004. 5. 27.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

4] 2005. 3. 25.자 초등학생 일기장 검사에 대한 의견

초등학교에서 실시하고 있는 일기장 검사관행은 아동인권의 보호와 향상을 위해 개선이 필요하다고 판단하여 교육인적자원부 장관에 대하여 그 개선을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 아동의 권리에 관한 협약 등 국제인권기준 및 헌법에서도 인정하고 있듯이 학생, 즉 아동은 교육과 보호의 대상이지만 인권의 주체이기도 하며 학교는 아동이 한 인간으로서 존엄을 지키며 살아갈 수 있도록 그 권리를 적극적으로 존중하여야 함에도 불구하고, 초등학교에서 일기를 강제적으로 작성하게 하고 이를 검사·평가하는 관행은 인격적 존재로서의 아동이 사생활의 내용을 침해받지 아니하고 나아가 자유로운 사적 활동을 영위할 수 있도록 보장하려는 사생활의 비밀과 자유의 취지에 부합하지 않으며,
- [2] 검사·평가받을 것을 전제로 일기를 작성하도록 함으로써 개인에 대해 그 고유한 양심세계를 보장하고 각자의 고유한 개성과 다양한 윤리적 가치관이 존중될 수 있도록 하는 양심의 자유를 침해할 소지가 있고, 또한 일기장 검사를 통하여 달성하고자 하는 교육적 목적을 달성하기 위해서 인권침해 소지가 없는 다른 방법의 장구가 가능하므로 수단의 적정성도 발견하기 어렵다고 판단하여 교육인적자원부 장관에 대하여 그 개선을 권고함

【참조조문】 헌법 제17조, 제19조, 제37조 제2항, 교육기본법 제12조, 시민적및 정치적 권리에관한국제규약 제17조, 제18조, 아동의권리에관한협약 제3조, 제14조, 제16조

【주 문】

- 1. 초등학교에서 실시하고 있는 일기장 검사관행을 검토한 결과 아동인권의 보호와 향상을 위해 개선이 필요하다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 교육인적자원부 장관에 대하여 아래와 같이 의견을 표명한다.
- 2. 초등학교에서 일기를 강제적으로 작성하게 하고 이를 검사·평가하는 것

은 국제인권기준 및 헌법에서 보장하고 있는 아동의 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유 등 기본권을 침해할 우려가 크므로 이를 개선하고 초등학교의 일기쓰기 교육이 아동인권에 부합하는 방식으로 개선될 수 있도록 지도·감독해야 한다.

【이 유】

I. 검토배경

1. 각 학급의 담임교사가 학생들의 일기장을 검사하여 우수 학생을 선정 후 교감과 교장이 선정된 각 학생들의 일기장을 검사해 시상학생을 최종 결정할 예정인 한 초등학교에서 '시상을 목적으로 학생들의 일기장을 검사하는 행위'에 인권침해 소지가 있는지 여부를 본 위원회에 조회하였다.

2. 본 사안은 초등학생의 기본권 보장과 밀접한 관련이 있고 현재 많은 초등학교에서 일기장 검사를 실시하고 있어 이 사안에 대한 위원회의 검토결과가 초등학교 교육에 미칠 파급력이 매우 커 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항에 따라 검토를 진행하였다.

II. 판단기준

1. 국가인권위원회는 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 설립목적으로 하며, 이 때 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

2. 따라서 초등학생의 일기장 검사로 인한 인권침해 소지 여부를 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 제19조의 양심의 자유, 제37조 제2항의 기본권 제한의 원칙, 교육기본법 제12조의 교육과정에서의 학습자의 기본적 인권 존중 등의 국내법과 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조 및 제18조, 아동의 권리에 관한 협약 제14조 및 제16조의 사생활 보호 및 양심의 자유에 대한 조항, 아동의 권리에 관한 협약 제3조의 아동의 최선의 이익 최우선 고려

원칙 등 국제인권기준에 의거하여 판단하였다.

III. 판단

1. 일기검사의 현황과 목적

일반적으로 일기란 개인의 하루하루의 경험, 생각과 느낌을 적은 글로서 주관적 사유와 양심을 내용으로 하는 내면에 대한 솔직한 기록이며 공개를 목적으로 하지 않는 지극히 사적인 영역에 해당한다.

한편, 초등학교에서는 일기작성의 습관화, 생활반성, 쓰기능력의 향상 등을 목적으로 학생들에게 일기를 작성하게 하고 일기장을 관행적으로 검사해 왔으며, 일기검사를 통해 학생에 대한 생활지도도 이루어져왔다.

2. 기본권적 주체로서의 아동

헌법은 사생활의 비밀과 자유를 통하여 사생활의 내용을 공개당하지 아니할 권리를 보장하고 있으며, 양심의 자유를 통하여 내면적 윤리의식과 사상을 외부에 표명하도록 강제당하지 아니할 자유를 보장하고 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 뿐 아니라 아동의 권리에 관한 협약은 아동의 사상과 양심의 자유에 대한 권리를 존중할 것과 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적이거나 위법적인 간섭을 받지 아니할 권리를 인정하고 있다.

아동기는 독립적 자아를 형성하고 육체적·정신적으로 성장해 가는 시기이나 아동은 성인과 마찬가지로 보호받아야 할 사생활과 내면적 양심을 가진 권리의 주체이다.

3. 초등학교 일기장 검사의 기본권 침해여부

초등학교에서 아동의 일기장을 검사할 경우, 아동이 자신의 의사와는 무관하게 사생활의 내용이 외부에 공개될 것을 예상하여 일기를 작성하게 되어 자유로운 사적 활동 영역을 방해받는 결과를 초래할 위험이 있다. 또한 아동이 교사의 검사를 염두에 두고 일기를 작성하도록 함으로써 아동의 양심형성에 교

사 등이 실질적으로 관여하게 될 우려가 크고 아동 스스로도 자신의 느낌이나 판단 등 내면의 내용이 검사·평가될 것이라는 불안을 제거하기 어려워 솔직한 서술을 사전에 억제하게 될 수 있다.

따라서 일기를 강제적으로 작성하게 하고 이를 검사·평가하는 것은 일기의 본래 의미와 성격에 비추어 볼 때, 아동의 사생활과 양심의 자유를 침해할 소지가 크다.

아동 자신이 공개를 목적으로 일기를 작성하는 경우도 있겠으나, 학교가 아동에게 일기를 작성하게 하여 이를 검사하고 나아가 시상할 경우 일부 아동에게는 일기를 쓸 수밖에 없는 상황을 강요하는 것에 다름 아니며, 이러한 공개를 아동 본인의 자발적 동의와 선택의 결과라고 보기 어렵다.

한편, 초등학교 일기검사의 교육적 목적으로 제시되는 일기작성의 습관화와 생활반성, 글짓기능력 향상, 글씨공부 등을 살펴볼 때, 소중한 삶의 기록을 남긴다는 점에서 아동기에 일기쓰기를 습관화하는 것은 유익한 것이며 생활의 반성을 통해 좋은 생활습관을 형성하도록 할 교육적 필요성도 인정된다.

그러나 일기검사를 통해 일기쓰기를 습관화할 경우 일기가 아동에게 사적 기록이라는 본래적 의미로서가 아닌 공개적인 속제로 인식되도록 할 가능성이 커 오히려 일기쓰기의 목적을 달성하기 어렵다. 또한 글짓기능력 향상이나 글씨공부 등은 일기를 통해서가 아니라 작문 등을 통한 다른 방법을 통하여 달성할 수 있다.

그러므로 일기검사를 통한 교육적 효과는 아동의 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유 등 기본권을 제한하는 일기검사를 통해서만 성취될 수 있는 필수불가결한 것이라고 보기 어려워 방법의 적정성이나 피해의 최소성에 부합하지 않는다.

교육기본법 제12조는 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호되어야 하며, 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다고 규정하고 있다. 이런 점에 비추어 보아도 일기검사와 같은 학교교육의 내용과 방식은 학습자의 기본적 인권 존중과 보호 원칙에 부합하도록 개선되어야 할 것이다.

VI. 결론

1. 아동의 권리에 관한 협약 등 국제인권기준 및 헌법에서도 인정하고 있듯이 학생, 즉 아동은 교육과 보호의 대상이지만 인권의 주체이기도 하며 학교는 아동이 한 인간으로서 존엄을 지키며 살아갈 수 있도록 그 권리를 적극적으로 존중하여야 한다.

2. 그러나 초등학교에서 강제적으로 실시하고 있는 일기검사는 인격적 존재로서의 아동이 사생활의 내용을 침해받지 아니하고 나아가 자유로운 사적 활동을 영위할 수 있도록 보장하려는 사생활의 비밀과 자유의 취지에 부합하지 않으며, 검사·평가받을 것을 전제로 일기를 작성하도록 함으로써 개인에 대해 그 고유한 양심세계를 보장하고 각자의 고유한 개성과 다양한 윤리적 가치관이 존중될 수 있도록 하는 양심의 자유를 침해할 소지가 있다.

또한 일기장 검사를 통하여 달성하고자 하는 교육적 목적을 달성하기 위해서 인권침해 소지가 없는 다른 방법의 강구가 가능하므로 수단의 적정성도 발견하기 어렵다.

3. 따라서, 초등학교에서 학생들에게 일기를 강제적으로 쓰도록 하고 이를 검사·평가하는 관행은 개선이 필요하다고 판단하여 주문과 같이 의견을 표명한다.

2005. 3. 25.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 최영애 위 원 정인섭 위 원 최금숙

㉔ 2005. 6. 27.자 학생두발 제한 관련 제도개선 권고

현행 학생 두발제한 관련 제도는 학생의 기본적 인권 존중과 보호 원칙에 부합하도록 개선되어야 한다고 판단하여 교육인적자원부 장관 각 시·도 교육감에게 그 개선을 각 권고한 사례

【결정요지】

두발 자유는 학생의 기본적 권리이므로 각급 학교에서의 두발제한과 단속이 교육의 목적상 필요최소한의 범위 내에서 이루어지도록 하고, 각급 학교의 두발 제한과 관련된 학칙 또는 학교생활규정 제·개정 시, 인권침해가 있다고 인정되는 경우에 지도·감독 기관이 그 시정을 요구할 수 있도록 하고, 두발 관련 학칙 또는 학교생활규정의 제·개정 시 학생의 의사가 실질적으로 반영될 수 있는 제도를 마련하여 학생의 의사에 반한 강제이발은 인권침해이므로 재발방지를 위한 적극적 조치를 강구할 것을 교육인적자원부장관 및 각 시·도 교육감에게 각 권고함

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조, 제17조, 제37조 제2항, 교육기본법 제12조, 아동의 권리에 관한 협약 제12조, 16조, 제27조, 제28조

【주 문】

교육인적자원부장관 및 각 시·도 교육감에게,

1. 두발 자유는 학생의 기본적 권리이므로 각급 학교에서의 두발제한과 단속이 교육의 목적상 필요최소한의 범위 내에서 이루어지도록 할 것
2. 각급 학교의 두발제한과 관련된 학칙 또는 학교생활규정 제·개정 시, 인권침해가 있다고 인정되는 경우에 지도·감독 기관이 그 시정을 요구할 수 있도록 할 것
3. 두발 관련 학칙 또는 학교생활규정의 제·개정 시 학생의 의사가 실질적으로 반영될 수 있는 제도를 마련할 것
4. 학생의 의사에 반한 강제이발은 인권침해이므로 재발방지를 위한 적극적 조

치를 강구할 것을
각 권고한다.

【이 유】

I. 권고배경

1. 강제이발 실시를 비롯해 일부 중·고등학교에서 학생 두발에 대한 제한과 단속이 강화되면서 학생 두발자유와 관련한 문제가 사회적으로 쟁점화되었으며 우리 위원회에 관련 진정이 접수되었다.
2. 학생 두발제한 및 단속으로 인한 문제는 중·고등학교 일반의 관행과 제도에서 비롯된 것이고, 교육인적자원부 및 각 시·도교육청에서 두발의 강제단속을 지양하고 민주적 합의절차를 거쳐 합리적인 두발제한 규정을 정하도록 지도하고 있으나 일선 학교에서는 뚜렷한 개선이 이루어지지 않고 있다.
3. 따라서 두발과 관련한 학생인권을 실질적으로 보호할 수 있는 제도개선 방안이 마련될 필요가 있다고 판단하여 국가인권위원회법 제19조 및 제25조에 따라 정책검토를 진행하였다.

II. 판단기준

1. 국가인권위원회법 제1조 및 제2조에 의하면, 국가인권위원회는 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 설립목적으로 하며, 이 때 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.
2. 따라서 두발제한으로 인한 학생의 인권침해 소지 여부를 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 제12조 신체의 자유, 제17조 사생활의 비밀과 자유, 제37조제2항 기본권 제한의 원칙, 교육기본법 제12조 교육과정에서의 학습자

의 기본적 인권 존중 등의 국내법과 아동의 권리에 관한 협약 제12조 아동의 견해를 표시할 권리보장, 제16조 사생활 보호, 제27조 발달에 적합한 생활수준을 누릴 권리, 제28조 인간적 존엄성과 합치하는 학교규율 등 국제인권기준에 의거하여 판단하였다.

III. 판단

1. 현황

가. 대부분의 중·고등학교에서는 학칙이나 학교생활규정에 근거하여 학생들의 두발길이와 모양을 획일적으로 규제하고 있으며, 각 학교마다 그 제한기준도 일정하지 않다.

나. 교육인적자원부의 자료(2005. 6. 14. 두발관련 자료 및 의견)에 의하면 2005. 5. 11. 현재 전체학교의 92.56%와 91.10%에 해당하는 2,761개의 중학교와 1,924개의 고등학교가 학생의 두발을 제한하고 있으며, 2005년도에는 32개의 중학교와 44개의 고등학교에서 기계나 가위로 학생의 두발을 자른 사례가 발생하였다.

지난 6월 위원회가 두 개의 피진정 고등학교에 대해 실시한 설문조사에서도 조사대상 65명 중 24명과 63명 중 42명이 두발을 강제로 잘랐거나 다른 학생이 잘리는 것을 본 적이 있다고 답변하였다.

다. 이러한 결과는 두발 자율화 및 합리적 규제 등에 대한 교육인적자원부와 각 시·도교육청의 방침에도 불구하고 대부분의 학교에서 별다른 개선 없이 두발제한이 획일적이고 타율적으로 이루어지고 있음을 보여준다.

2. 학생의 두발자유가 기본권인지 여부

가. 인간이 두발을 어떤 상태로 유지할 것인지를 결정하는 것은 개성을 자유롭게 발현할 권리이자 타인에게 위해를 미치지 않는 범위 내에서 간섭받음이 없이 자신의 라이프스타일을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권이다.

이러한 권리는 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에

서 파생하는 것으로 학생도 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받아야 할 기본권의 향유자이자 권리의 주체이므로, 두발자유를 기본적 권리의 내용으로 보장받아야 한다.

아동의 권리에 관한 협약 제16조는 사생활에 대하여 자의적이거나 위법적인 간섭을 받지 아니할 아동의 권리를 인정하고 있고 제27조는 모든 아동이 신체적·지적·정신적·도덕적 및 사회적 발달에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 가짐을 인정하고 있다.

나. 한편, 본인의 의사에 반하여 강제적으로 두발을 자르거나 변형시키는 것은 신체의 완전성을 보호이익으로 하는 헌법 제12조의 신체의 자유와 관계되는 것으로 이러한 행위는 학생의 신체의 자유에 대한 침해일 뿐만 아니라 그 행위가 해당학생에게 인격적 모멸감을 줄 수 있다는 점에서 인격권에 대한 침해이다.

다. 우리 위원회는 두발 등 학생의 용모와 관련한 교육인적자원부의 학교생활 규정 예시안에 대하여 2002년 9월 '우리 헌법에서 보장하고 있는 행복추구권은 자신이 생활양식을 스스로 결정할 수 있는 권리를 포함하고 있는 것이므로 학교당국이 학교 수업의 선행요건으로서 단정함을 요구할 수 있다고 할지라도 학생들이 스스로 개성을 표현하면서도 학생 개개인의 생활양식에 대한 자기결정권을 존중하는 선에서' 이루어져야 한다는 의견을 표명한 바 있다.

3. 학생두발 제한의 한계

가. 두발자유가 개성의 자유로운 발현권이나 자기결정권, 사생활의 자유 등 헌법에서 보장하고 있는 기본적 권리로서 학생에게도 보장되어야만 함을 인정하더라도, 학교라는 자치공동체 안에서 학생의 장래이익 보호나 교육적 목적을 달성하기 위해 구성원간의 합의에 따라 두발의 자유를 일정 정도 제한할 필요성이 있다는 점까지 부정하기는 어렵다.

나. 다만, 두발의 자유가 기본적 권리이고 그 제한이 예외적인 이상 두발 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 국민의 기본권 제한의 한계에 부합하는 것이어야 하며, 그 본질적 내용 또한 침해할 수 없다 할 것인 바,

교육현장의 질서유지와 교육목적 달성을 위해 제한할 필요성이 인정되는 극히 제한적인 경우에 한하여 교육당사자 간에 합의된 규정과 절차에 근거하여 교육

의 실현을 방해할 수 있는 상태나 행위만을 규제해야 할 것이다.

다. 나아가, 두발제한이 기본권을 제한당하는 당사자인 학생의 의사가 반영된 합의된 규정을 통해서 이루어진다고 하더라도 규제의 목적이 통제의 편의성이 아닌 청소년의 보호와 인격형성을 위한 것이어야 하고, 규제 시 강제이발과 같이 사회통념상 현저하게 불합리하고 불공정한 수단을 사용해서는 안 되며, 규제의 정도 또한 최소한의 선에서 이루어지는 등 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 된다.

4. 제도개선 방안

가. 학생두발 관련 제도와 관행을 학생인권 보호에 합치되는 합리적 수준으로 개선하기 위해서는 그 제한여부와 정도에 관해서 학생들에게 일차적인 결정권을 부여하고 학생이 교사, 학부모와 동등한 지위에서 관련 규정을 마련하는 최종결정과정에 참여할 수 있도록 절차와 권한을 보장해야 한다.

나. 이와 관련하여 아동의 권리에 관한 협약 제12조는 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하고 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 상당한 비중이 부여되어야 한다고 규정하고 있다.

다. 이런 점에 비추어 교육인적자원부와 각 시·도교육청에서 교사, 학생, 학부모들의 의견을 수렴하여 두발자유화 여부 및 규제의 범위와 지도방법 등을 합리적으로 정하여 시행하도록 지도하고 있는 것은 매우 적절한 조치로 판단된다.

라. 그러나 각급 교육부와 교육청의 지도나 지침에도 불구하고 일선학교에서는 이러한 지도내용이 지켜지지 않고 있으며, 학교생활규정 제·개정에 대한 의견수렴이나 협의절차가 요식화, 형식화되고 있다는 우려가 제기되고 있다.

지난 6월 실시한 위원회의 설문조사에서 학교생활규정이 개정 중이라는 사실을 모르고 있다고 답한 경우와 학교생활규정 개정에 대한 학생들의 의견수렴이 학생회 대표들을 통해서만 이루어지고 있다고 답한 경우가 각각 전체 답변 학생 중 40% 이상이었고, 관련 시민단체에서도 동일한 문제를 제기하고 있다.

따라서 두발관련 학칙이나 학교생활 규정의 제·개정 시 학생의 의사를 실질

적으로 수렴하고 반영할 수 있는 제도를 마련해야 할 것이다.

다. 한편, 일반적으로 학생 인권과 밀접한 관련이 있는 학칙이나 학교생활규정 개정이 학교장의 재량에 맡겨져 있어 내용의 합리성 및 기본권 보호원칙에의 부합성 등에 대한 교육인적자원부와 각 시·도교육청의 지도·감독이 원활하게 이루어지기 어려워 제도적 보완책이 마련되어야 한다.

바. 교육기본법 제12조는 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호되어야 하며, 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다고 규정하고 있고 아동의 권리에 관한 협약 제28조는 당사국이 학교규율이 아동의 인간적 존엄성과 합치하고 이 협약에 부합하도록 운영되는 것을 보장하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다.

그러므로 교육인적자원부와 각 시·도교육청이 학생 인권을 보호하고 향상시키기 위해서 실효성 있는 제도개선 방안을 마련하여 일선 학교에서 수용될 수 있도록 능동적이고 적극적으로 대처해야 할 것이다.

사. 특별히 강제이발의 경우는 어떠한 경우에도 허용될 수 없으므로 더 이상 이러한 비인권적 행위가 재발되지 않도록 교육당국은 해당 학교에 대해 적극적인 조치와 지도를 해야 할 것이다.

IV. 결론

1. 학생의 두발자유는 개성의 자유로운 표현권이나 자기결정권, 사생활의 자유 등 헌법에서 보장하고 있는 기본적 권리로서 인정되어야 하며, 학생의 의견이 반영되지 않은 두발제한 규정을 근거로 학생들의 두발을 일률적이고 획일적으로 규제하는 것은 헌법 및 아동의 권리에 관한 협약에 부합하지 않는다. 특히 강제적으로 학생의 머리를 자르는 것은 신체의 자유 및 인격권에 대한 침해이다.
2. 학생의 두발에 대한 제한은 교육현장의 질서유지를 위해 제한할 필요성이 인정되는 극히 한정적인 경우에 한하여 교육의 실현을 방해하는 상태나 행위만을 대상으로 해야 하고, 그 제한의 내용과 절차는 학생들의 자기결정권이 충분히

보장된 합리적 과정과 시스템에 의해서 이루어져야 한다.

3. 이러한 점에 비추어 현행의 학생 두발제한 관련 제도는 학생의 기본적 인권 존중과 보호 원칙에 부합하도록 개선되어야 하며, 이에 대한 교육인적자원부나 각 시·도 교육청의 지도·감독 또한 충분하다고 볼 수 없어 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2005. 6. 27.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 조영황 위원 최영애 김호준 정강자 김만흠 나천수 이해학 최금숙 신혜수 원형은

[6] 2006. 4. 10.자 학업중단 청소년 관련 정보의 제공에 대한 의견표명

학업중단 청소년 관련 정보를 수집하여 타 기관에 제공하는 것이 청소년의 정보자기결정권을 침해할 소지가 크다고 판단한 사례

【결정요지】

[1] 교육인적자원부장관이 2005. 12. 26. 초중등교육정책과-2983호로 국가인권위원회로 판단을 의뢰한 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청에 관하여, 학업중단 청소년의 동의나 명확한 법률적 근거 없이 교육인적자원부가 학업중단 청소년 관련 정보를 수집하고 이를 국가청소년위원회에 제공하는 것은 「초·중등교육법」 제30조의6 제1항에 위반됨과 아울러 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 크다고 판단

[2] 교육인적자원부와 국가청소년위원회가 학업중단 청소년 지원사업을 활성화하고자 한다면, 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는 범위 내에서 위 사업의 정책목적을 달성할 수 있는 대안을 마련해 추진하는 것이 바람직

【참조조문】 헌법 제10조, 제17조, 제37조 제2항, 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제3조 제1항, 제10조, 교육기본법 제12조 제1항, 초·중등교육법 제30조의6, 제67조 제1항 제4호, 청소년기본법 제42조 제1항, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조

【주 문】

국가인권위원회는 교육인적자원부장관과 국가청소년위원회 위원장에게 아래와 같이 의견을 표명한다.

아 래

1. 교육인적자원부장관이 2005.12.26. 초중등교육정책과- 2983호로 국가인권위원회로 판단을 의뢰한 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청에 관하여, 학업중단 청소년의 동의나 명확한 법률적 근거 없이 교육인적자원부가 학업중단 청소년

관련 정보를 수집하고 이를 국가청소년위원회에 제공하는 것은 「초·중등교육법」 제30조의6 제1항에 위반됨과 아울러 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 크다고 판단한다.

2. 교육인적자원부와 국가청소년위원회가 학업중단 청소년 지원사업을 활성화하고자 한다면, 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는 범위 내에서 위 사업의 정책목적을 달성할 수 있는 대안을 마련해 추진하는 것이 바람직하다.

【이 유】

1. 개 요

1. 의견표명 배경

국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)의 제1소위원회는 2005.6.27. 교육인적자원부가 같은 달 9. 학교정책과-4018호로 판단을 의뢰한 국가청소년위원회(이하 “청소년위”라 한다)의 학업중단 학생 명단협조 요청과 관련하여 청소년위와 협의하여 구체적 사항이 확정된 후 질의하면 다시 검토하겠다는 취지의 결정을 하고, 같은 해 7.5. 이러한 결정 취지를 교육인적자원부장관에게 회신하였다.

교육인적자원부와 청소년위는 그 후 정보제공의 범위, 정보제공 경로, 정보의 활용방안, 정보의 보관 및 폐기 등에 관하여 협의하였고, 교육인적자원부장관은 같은 해. 12.22. 초중등교육정책과-2983호로 청소년위와 협의한 내용을 기초로 한 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청에 대하여 다시 위원회에 인권침해 여부에 관한 판단을 의뢰하였다.

이에 위원회는 판단을 의뢰한 학업중단 청소년 관련 정보제공의 내용에 대하여 「국가인권위원회법」 제19조 제1호, 제25조 제1항에 따라 검토하였다.

2. 논의과정

위원회는 학부모단체의 의견수렴을 위하여 2006.2.15. 2개의 학부모단체의 의견을 조회하여 같은 달 21. 회신을 받았고, 상임위원회에서 같은 해 4.6. 논의한

후, 전원위원회의 논의를 거쳐 의견표명에 이르게 되었다.

3. 의견표명 대상

교육인적자원부장관이 2005.12.22. 초중등교육정책과-2983호로 판단을 의뢰한 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청의 내용

II. 판단 및 참고기준

1. 판단기준

「헌법」 제10조, 제17조, 제37조 제2항, 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제3조 제1항, 제10조, 「교육기본법」 제12조 제1항, 「초·중등교육법」 제30조의6, 제67조 제1항 제4호, 「청소년기본법」 제42조 제1항, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 “자유권 규약”이라 한다) 제17조

2. 참고기준

「세계인권선언」(Universal Declaration on Human Rights) 제12조, 헌법재판소 2001.8.30. 99헌바92 결정, 2005.5.26. 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정, 2005.7.21. 2003헌마282 결정, 2005.11.24. 2005헌마112 결정, 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)의 일반논평 제16호(General Comment No. 16), OECD의 프라이버시 보호 및 개인정보의 국제적 유통에 관한 가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)

III. 판 단

1. 판단을 의뢰받은 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청의 내용

교육인적자원부장관이 2005.12.22. 위원회로 보내온 초중등교육정책과-2983호 판단의뢰서를 기초로 청소년위의 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청의 내용을

정리하면 다음과 같다.

가. 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청의 필요성

청소년위는 2005.4월경 문화관광부로부터 '학업중단 청소년 종합지원체제 구축'업무를 이관받은 이후 2006년 3월 현재 전국 5개 지역에 학교밖청소년지원센터(일명 '해밀센터')를 설치하여 학업중단 청소년 지원사업을 추진하고 있는데, 학교밖청소년지원센터 운영의 활성화를 위해 학업중단 청소년에게 학교밖청소년지원센터의 사업내용을 안내하는 안내장을 발송하고자 교육인적자원부에 학업중단 청소년 관련 정보의 제공을 요청하였다.

나. 청소년위가 제공 요청한 학업중단 청소년 관련 정보의 내역

청소년위는 교육인적자원부에 중학교 및 고등학교의 '학업중단 청소년(중학교 : 유예자, 고등학교 : 자퇴·퇴학자)' 중 유학, 질병, 휴학, 이민, 대안학교 입학 등을 이유로 학업을 중단한 청소년을 제외한 나머지 학업중단 청소년을 대상으로, 학업중단 청소년의 ① 이름, ② 주소, ③ 연락처(집 전화번호, 휴대폰 번호)와 같은 인적사항을 제공해 줄 것을 요청하였다.

다. 청소년위가 요청한 학업중단 청소년 관련 정보의 제공 시기

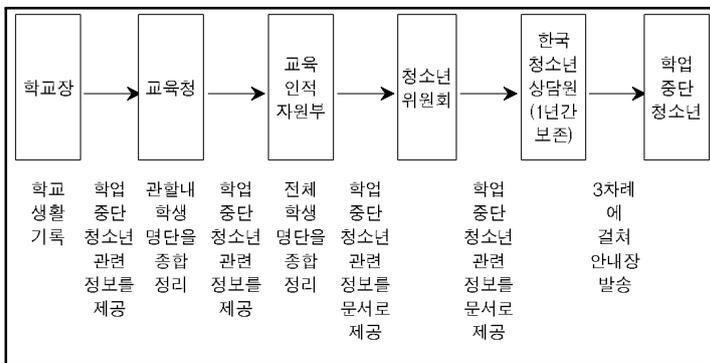
청소년위는 교육인적자원부에게 일단 2005.3.1.부터 2005.12.31. 사이에 발생한 학업중단 청소년 관련 정보를 일제조사하여 제공해 주고, 2006년 1월 이후부터는 매월 1회 정기적으로 제공해 줄 것을 요청하였다.

라. 제공받은 학업중단 청소년 관련 정보의 활용 및 관리

청소년위는 교육인적자원부로부터 학업중단 청소년 관련 정보를 제공받으면, 이를 한국청소년상담원에 제공하고, 한국청소년상담원이 1년간 이를 '대외비 문서 관리 규정'을 준용하여 보존·관리하면서 학업중단 청소년에게 3차례에 걸쳐 청소년종합상담센터의 사업내용을 안내하는 안내장을 발송한 후, 제공받은 시점으로부터 1년이 경과하면 이를 지체없이 폐기하는 것으로 예정하고 있다.

2. 청소년위의 요청에 따른 학업중단 청소년 관련 정보제공이 이루어지기 위한 정보제공 및 활용의 흐름

청소년위는 교육인적자원부에 학업중단 청소년 관련 정보제공을 요청하였으나, 교육인적자원부도 청소년위가 요청한 정도의 학업중단 청소년 관련 정보를 보유하고 있지 아니하므로, 청소년위가 교육인적자원부에 요청한 내용대로 학업중단 청소년 관련 정보제공이 이루어지기 위해서는 교육인적자원부가 시·도교육청을 통해 각 학교장으로부터 「초·중등교육법」 제25조에 의하여 작성·관리하고 있는 “학교생활기록” 중 학업중단 청소년에 대한 ‘인적사항’을 수집한 다음, 청소년위에 이를 제공하여야 할 것이다. 이 과정은 다음의 흐름도와 같을 것으로 예상된다.



흐름도를 통해 알 수 있듯이 청소년위가 교육인적자원부로부터 학업중단 청소년 관련 정보를 제공받기 위해서는 학교장으로부터 교육청으로, 교육청으로부터 교육인적자원부로, 교육인적자원부로부터 청소년위로 학업중단 청소년 관련 정보의 ‘제공’이 이루어져야 한다.

3. 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청 및 제공의 법적 성격

청소년위가 교육인적자원부에 학업중단 청소년 관련 정보제공을 요청하는 것은 광의의 ‘행정응원’에 해당하고, 이에 따라 학교장이 교육청에, 교육청이 교육인적자원부에, 교육인적자원부가 청소년위에 학업중단 청소년 관련 정보를 제공

하는 것은 일종의 '사실행위'에 해당한다고 할 수 있다.

4. 제한되는 기본권

학업중단 청소년은 학업중단 청소년 관련 정보의 주체로써 '자신에 관한 정보'가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 권리'인 '개인정보자기결정권'을 갖는다고 할 것인데, 청소년위가 교육인적자원부에 요청한 정보제공은 학업중단 청소년의 동의 여부와 관계없이 일괄적으로 학업중단 청소년 관련 정보를 수집하는 것을 의도하고 있으므로, 이러한 제공 과정에서 학업중단 청소년은 개인정보자기결정권을 제한받게 될 것이다.

개인정보자기결정권은 국제인권법적으로는 「세계인권선언」 제12조나 「자유권규약」 제17조의 Privacy에 대한 권리를 근거로 인정되고 있고, 국내 헌법적으로는 「헌법」 제10조의 일반적 인격권과 「헌법」 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 근거로 하는 헌법상 열거되지 않은 기본권으로 인정되고 있고, 구체적으로 개인정보를 수집·보관 및 이용하기 위하여 그 정보주체의 동의를 얻을 것, 개인정보를 수집하는 목적이 명확히 제시될 것, 수집목적과 다른 이용이나 제3자에의 전달을 위해서는 별도로 정보주체의 동의를 얻을 것, 이용목적에 필요한 범위 내에서 정확하고 안전하며 최신의 것이어야 할 것, 이를 위하여 정보주체가 정보관리 여부 및 내역을 확인하고 그 정정 및 제거를 요청할 수 있을 것, 분실 또는 권한 없는 접근·파괴·이용·변경·공개 등의 위험으로부터 합리적인 안전보장장치에 의하여 보호될 것 등을 그 내용을 하고 있다.

5. 개인정보자기결정권의 침해 여부

가. 개인정보자기결정권의 제한과 법률유보의 원칙

개인정보자기결정권은 제한 가능한 기본권이지만, 이에 대한 제한이 허용되기 위해서는 「헌법」 제37조 제2항에서 규정하고 있는 바와 같이 국가안정보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 '법률'로써 제한이 이루어져야 할 것이다.

개인정보자기결정권의 제한에 대한 법률적 근거가 있는지 여부를 판단함에 있

어서 그 수집·보관·이용되는 개인정보의 성격에 따라 법률적 근거가 요구되는 수준을 다르게 볼 수는 있을 것이다. 다만 해당 개인정보가 정보주체의 신상에 대한 인격적·신체적·사회적·경제적 평가가 가능한 내용을 담고 있다면 타인에게 형성될 정보주체의 사회적 인격상에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 그 목적·대상·범위·기한 등의 요건을 엄격하게 법률로 규율할 필요가 있다고 할 것이다.

공공기관에 의한 개인정보자기결정권의 제한을 규율하는 일반법으로는 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」이 있고, 공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의하도록 하고 있다.

나. 학업중단 청소년 관련 정보의 성격

청소년위가 교육인적자원부에 제공 요청한 학업중단 청소년 관련 정보는 ① 이름, ② 주소, ③ 연락처(집 전화번호, 휴대폰 번호)와 같은 인적사항인바, '이름'은 인간이 공동체에 어울려 살아가면서 다른 사람과의 사이에 식별되고 전달되는 것이 필요한 기초영역의 정보로 비교적 가치중립적 정보인 반면, '주소, 집 전화번호, 휴대폰 번호'는 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심, 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보까지는 아니라고 하더라도 개인의 사적 생활영역에 관한 정보이므로 '이름'에 비하여는 보호의 필요성이 큰 정보라고 할 수 있을 것이다.

그런데 문제는 이러한 '이름, 주소, 집 전화번호, 핸드폰 번호'와 같은 정보가 '학업중단'이라는 정보와 결합됨으로써, 청소년기에 일반적 교육과정을 이수하지 않은 학업중단 청소년을 구체적으로 특정하고 그러한 학업중단 청소년의 사적 생활영역에 대한 접근을 가능하도록 하는 정보가 되어 정보주체에 대한 인격적·사회적 평가가 가능한 내용을 포함하게 된다는 것이다. 학력이 중시되는 우리나라와 같은 사회에서 학업중단이라는 정보는 정보주체인 학업중단 청소년의 향후 사회적 인격상 형성에 중요한 역할을 할 수 있는 정보임과 동시에 학업중단 청소년의 입장에서 타인에게 알리고 싶지 않은 민감한 정보라고 할 것이다.

따라서 학업중단 청소년 관련 정보의 수집·제공을 위해서는 그 목적·대상·범위·기한 등의 요건을 엄격하게 법률로 규율할 필요가 있다고 하겠다.

다. 「초·중등교육법」에 의한 학생 관련 정보의 엄격한 보호

「초·중등교육법」은 제25조 제1항에서 학교장이 학교생활기록을 작성·관리할 수 있는 근거를 마련하고, 같은 법 제30조의4에서 이를 교육정보시스템으로 작성·관리하도록 하면서, 한편으로 학생정보인권을 보호하기 위하여 같은 법 제30조의6에서 동의 없이 학생 관련 정보를 제공할 수 있는 예외적 허용사유를 엄격히 제한하고, 같은 법 제67조 제1항 제4호에서 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

이와 같은 「초·중등교육법」 제30조의6, 제67조 제1항 제4호의 학생 관련 자료 제공의 제한 및 벌칙 규정은 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보 중 학생생활기록의 보호에 관하여 특별한 규정을 두고 있는 것이고, 학생 관련 자료제공에 대하여는 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제10조보다 더 제한적인 「초·중등교육법」 제30조의6이 적용되도록 함으로써 학생 관련 정보를 보다 엄격하게 보호하고자 하는 것이 이러한 규정을 둔 취지로 이해된다.

라. 학업중단 청소년 관련 정보 제공의 법률적 근거 유무

청소년위가 요청한 바와 같이 교육인적자원부가 학업중단 청소년 관련 정보를 수집하여 청소년위에 제공하기 위해서는, 학교장으로부터 교육청으로, 교육청으로부터 교육인적자원부로, 교육인적자원부로부터 청소년위로 학업중단 청소년 관련 정보가 제공되는 각 단계를 거쳐야 하는데, 이러한 제공은 학업중단 청소년 관련 정보의 법적 성격과 「초·중등교육법」 제30조의6의 규정 내용에 비추어 각 단계에서 모두 그에 대한 법률적 근거가 있어야 할 것으로 판단된다.

학교장이 교육청 또는 교육인적자원부에 학업중단 청소년 관련 정보를 제공하는 것에 대하여는 「초·중등교육법」 제30조의6 제1항 제1호에 규정된 “학교에 대한 감독·감사의 권한을 가진 행정기관이 그 업무를 처리하기 위하여 필요한 경우”를 그 법률적 근거로 볼 수 있을지 여부가 문제될 수 있겠으나, 이 경우 “그 업무”라 함은 학생관련 정보를 엄격하게 보호한 취지에 비추어 제한적으로 해석되어야 할 것이고, 타 행정기관의 요청에 의한 행정응원은 이에 해당하지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이므로, 청소년위의 요청에 따른 행정응원의 일환으로 교육청 또는 교육인적자원부가 학교장으로부터 학업중단 청소년 관련 정보를 제공받고자 하는 것은 「초·중등교육법」 제30조의6 제1항 제1호를

그 법률적 근거로 보기 어렵다고 하겠다.

또한 교육인적자원부가 청소년위에 학업중단 청소년 관련 정보를 제공하는 것에 대하여는 「초·중등교육법」 제30조의6 제1항 제1호 내지 제5호에 규정된 예외적 허용사유가 존재한다고 보기 어렵고, 「청소년기본법」 제42조 제8호에서 한국청소년상담원의 설립목적 중 하나로 “학업중단 청소년 관련 사업에 대한 지도 및 지원”을 규정하고 있는 것만으로는 학업중단 청소년 관련 정보의 제공을 허용하는 직접적인 법률 규정이 있다고 보기 어렵다.

마. 소결

결국 별도의 법률 규정을 마련하지 않는 한, 청소년위가 요청한 내용과 같이 교육인적자원부가 학교장이 작성·관리하고 있는 학업중단 청소년 관련 정보를 교육청을 거쳐 제공받아 전국적으로 수집하고 이를 다시 청소년위에 제공하는 것은, 그 정보가 학업중단 청소년의 사회적 인격상에 중대한 영향을 미칠 수 있는 내용을 담고 있음에도 불구하고 학업중단 청소년의 동의나 명확한 법률적 근거 없이 학업중단 청소년의 개인정보를 제공하는 것으로써, 「헌법」 제37조 제2항에 규정된 법률유보의 원칙을 위배하여 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해한다고 판단될 수 있을 뿐만 아니라, 구체적으로 「초·중등교육법」 제30조의6 제1항을 위반하게 될 소지가 매우 높으므로, 청소년위와 교육인적자원부 모두 이러한 방식에 의한 학업중단 청소년 관련 정보의 수집·제공을 자제하는 것이 바람직하다고 판단된다.

6. 학업중단 청소년 지원사업의 활성화를 위한 대안 마련

가. 대안 마련의 필요성 및 가능성

청소년위의 교육인적자원부에 대한 학업중단 청소년 관련 정보의 제공을 요청이 명확한 법률적 근거가 없어 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해하고 「초·중등교육법」 제30조의6 제1호에 위반되는 것으로 판단되는 것과 별론으로, 학교를 떠난 청소년들에 대한 상담과 지원 및 정보제공을 통해 학업중단 청소년들이 학교 밖의 공간에서도 건강하게 성장할 수 있는 사회적 토대를 마련하고자 하는 ‘학교밖청소년지원센터’의 설립취지와 매년 약 6만여명에 달하는 학업중단 청소년을 위한 보호·지원의 필요성을 고려할 때, 청소년위와 교육인적자

원부는 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는 방식으로 학업중단 청소년 지원사업을 활성화할 수 있는 정책적 대안을 모색할 필요가 있다고 할 것이다.

특히 청소년위가 학업중단 청소년 관련 정보를 제공받고자 하는 일차적인 목적이 해당 청소년들에게 '학교밖청소년지원센터'에 관한 정보를 제공함으로써 학업중단 청소년지원사업을 활성화시키는 것에 한정되어 있는 점을 고려한다면, 이를 위해 학업중단 청소년 관련 정보의 수집 없이 해당 청소년에게 '학교밖청소년지원센터'에 관한 정보를 제공하는 대안의 마련이 가능할 것으로 판단된다.

나. 예시 대안-각 학교의 담임교사를 통한 '학교밖지원센터' 안내 방안

위원회가 청소년위와 교육인적자원부에 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는 방식으로 학업중단 청소년 지원사업을 활성화할 수 있는 여러 정책적 대안 중 학업중단 청소년 관련 정보의 수집 없이 해당 청소년에게 '학교밖청소년지원센터'에 관한 정보를 제공할 수 있는 대안 하나를 예시한다면 이는 '각 학교의 담임교사를 통한 학교밖지원센터 안내 방안'이 될 수 있을 것이다.

유학, 질병, 휴학, 이민, 대안학교 입학 등을 제외한 학업중단 청소년들은 상당수가 순간적으로 학업중단에 이르기 보다는 일련의 과정을 거쳐 학업중단에 이르게 된다고 할 것이고, 이러한 과정을 일차적으로 파악하고 학업중단 청소년에게 도움을 줄 수 있는 것은 각 학교의 담임교사일 것이다.

따라서 각 학교의 담임교사를 통해 ① 학업중단이 우려되는 시기(예를 들어, 5일 이상의 무단 장기결석), ② 학업을 중단한 시기, ③ 학업을 중단하고 일정한 기간(예를 들어, 3개월)이 지난 시기의 3차례 정도에 걸쳐 대상 청소년이나 그 부모 등 보호자에게 '학교밖청소년지원센터'에 관한 안내문 전달과 함께 그에 대한 설명을 할 수 있도록 하는 대안 마련이 가능하다.

이러한 대안에 의하면, 담임교사 또는 학교장이 학생지도를 위하여 보유하고 있는 인적사항을 토대로 담임교사가 담임교사 명의의 안내문을 전달하기 때문에 별도로 학업중단 청소년 관련 정보를 교육청, 교육인적자원부 또는 청소년위 등에 수집할 필요가 없어 개인정보자기결정권의 침해 여부가 문제될 소지가 없고, 아울러 이미 학업을 중단한 후 상당한 기간이 지난 청소년에 대하여 안내문을

발송하는 것보다 훨씬 전 단계에서 안내 및 지원이 가능하여 학교밖청소년지원센터의 활성화에도 더 기여하는 바가 클 수 있을 것이다.

이 경우 담임교사의 업무부담이나 담임교사별 편차가 있을 수 있다는 점을 고려한다면, 대상 청소년이나 그 부모 등 보호자에게 전달될 '학교밖청소년지원센터'에 대한 '안내문'은 청소년위원회나 한국청소년상담원에서 제작하여 각 학교에 배포하는 것이 바람직할 수 있을 것이다.

IV. 결 론

따라서 위원회는 교육인적자원부장관이 2005.12.26. 초중등교육정책과-2983호로 위원회에 판단을 의뢰한 학업중단 청소년 관련 정보제공 요청의 내용이 학업중단 청소년의 동의나 명확한 법률적 근거 없이 학업중단 청소년의 개인정보를 제공하는 것으로 「헌법」 제37조 제2항에 규정된 법률유보의 원칙을 위배하여 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해한다고 판단될 수 있을 뿐만 아니라, 「초·중등교육법」 제30조의6 제1항에 위반될 소지가 크다고 판단하고, 교육인적자원부와 청소년위가 '학교밖청소년지원센터'의 설립취지와 학업중단 청소년을 위한 보호·지원 필요성을 고려하여 학업중단 청소년 지원사업을 활성화하고자 한다면 학업중단 청소년의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는 범위 내에서 정책적 대안을 마련해 추진하는 것이 바람직하다고 판단하면서, 「국가인권위원회법」 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 의견표명하기로 결정한다.

2006. 4. 10.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 조영환 위원 최영애 위원 김호준 위원 정강자
위원 김만흠 위원 나천수 위원 정인섭 위원 이해학
위원 최금숙 위원 신혜수 위원 원형은

7] 2006. 10. 9.자 재건축·재개발 과정에서의 학습권 보장 방안에 대한 권고

- 【1】** 교육인적자원부장관에게, 재건축·재개발사업 시행에 따른 교육환경 보호에 관한 조항을 마련하고, 유·초·중·고등학교의 통학로 확보, 통학로 안전성에 대한 최소기준 제시, 위반시 조치사항에 대한 내용을 보완할 것을 권고
- 【2】** 환경부장관에게, 환경영향평가제 평가항목에 교육부분에 관한 내용을 강화하여 삽입하고, 대기환경보전 등을 개정하여 평상시 및 건설공사시 학교에 적용되는 환경규제기준을 학습환경 보호 차원에서 강화할 것을 권고
- 【3】** 건설교통부장관에게, 도시및주거환경정비법령을 개정하여 정비사업의 기본계획수립 및 사업시행계획 작성시 교육시설의 설치 및 교육환경보호에 관한 계획을 작성할 것을 권고
- 【4】** 행정자치부장관에게, 지방자치단체가 재건축·재개발사업 인허가시 사업주체로부터 사업지역 및 주변의 교육환경보호계획을 제출받아 이를 토대로 교육관련기관과 협의하도록 하는 등 학습권 보호를 위해 지방자치단체에 대한 관리감독을 강화할 것을 권고

【참조조문】

「헌법」 제10조, 31조, 35조 「교육기본법」 3조, 12조 「학교보건법」 제6조 「환경정책기본법」 제10조 「세계인권선언」 제26조 2항 「경제적·사회적· 및 문화적 권리에 관한 규약」 13조 2항 「아동권리협약」 12조, 28조 1항 및 2항 가, 29조 「학교용지확보 등에 관한 특례법」 제3조 「도시 및 주거환경정비법」 제2조제2호 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제43조

【주 문】

국가인권위원회는 재건축·재개발과정에서의 학습권 보장 방안에 대하여 교육인적자원부장관, 환경부장관, 건설교통부장관에게 아래와 같이 권고한다.

아 래

1. 교육인적자원부장관은

가. 재건축·재개발사업으로 인해 학습환경의 저해가 우려될 경우 그 대책을 마련하기 위한 협의체를 만들고, 협의체 구성에 교육주체의 참여비율을 높여 정보 공유, 의견수렴, 의사결정 참여 기회를 제공하고 또 재건축·재개발 과정에서의 학습권 보호에 관한 실무지침을 마련하고 그에 대한 교육을 실시하여야 한다.

나. 학교보건법을 개정하여, 재건축·재개발사업 시행에 따른 기설학교 교육환경 보호에 관한 조항을 마련하여 교육환경영향 평가, 평가 방법 및 절차, 평가 결과의 활용 등 필요 사항 등에 대한 규정을 두어야 하며, 동법 시행규칙을 개정하여 학습권 보호의 목적에 부합하게 기존의 환경기준을 상세하게 보완 강화해야 한다.

다. 「어린이보호구역 지정 및 관리에 관한 규칙」을 개정하여 유·초등학교 외에 중·고등학교로 적용대상을 확대하고, 통학로 확보, 통학로 안전성에 대한 최소기준 제시, 위반시 조치사항에 대한 내용을 보완해야 한다.

2. 환경부장관은

환경영향평가제 평가항목에 교육부분에 관한 내용을 강화하여 삽입하고, 대기환경보전법·악취방지법 및 수질환경보전법 및 소음·진동규제법을 개정하여 평상시 및 건설공사시 학교에 적용되는 환경규제기준을 학습환경 보호 차원에서 강화해야 한다.

3. 건설교통부장관은

재건축·재개발과정에서 학습권을 보장하기 위한 방안으로 도시및주거환경정비법 및 시행령을 개정하여 정비사업의 기본계획수립 및 사업시행계획 작성시 교육시설의 설치 및 교육환경보호에 관한 계획을 작성하도록 해야 한다.

4. 행정자치부 장관은

지방자치단체가 재건축·재개발사업 인허가시 사업주체로부터 사업지역 및 주변의 교육환경보호계획을 제출받아 이를 토대로 교육관련기관과 협의하도록 하는 등 재개발·재건축 과정에서의 학습권 보호를 위해 지방자치단체에 대한 관리감독을 강화해야 한다.

【이 유】

I. 검토배경

서울 ○○학교 학습권 보장을 위한 비상대책위원회(이하 '비대위'라고 한다) 대표 ○○○외는 2006. 1.19일 재건축 공사로 인해 ○○학교 학생들의 학습권과 건강권이 심각하게 침해당하고 있다며 진정 제기하였다.

○○학교 건에 대해 ○○지방법원에서는 적절한 환경에서 교육받을 권리가 수인한도를 초과하는 정도로 침해되었다고 보고 학교부지경계선으로부터 50M이내의 장소에서 평일의 일과시간에 공사중지 가처분 결정하였다.¹⁾

우리 위원회는 대규모 재건축 및 재개발이 전국적으로 진행되고 있으며 그 과정에서 학습권 침해의 소지가 있어 관련 법령 및 정책 검토가 필요하다고 판단하여, 국가인권위원회법 제19조 제1호에 근거하여 재건축·재개발과정에서의 학습권 보장 방안에 대하여 검토하였다.

II. 검토기준

1. 검토기준

헌법 제10조²⁾, 31조³⁾, 35조⁴⁾

교육기본법 3조⁵⁾ 및 12조⁶⁾

1) 2006.3.9. 2006카합246 결정(헌법 제10조, 제31조에 의거, 교육 받을 권리는 정당한 그리고 적절한 방식과 내용으로 수업을 받을 권리를 의미, 공사 시작후 학교건물내에서 측정된 소음의 정도가 학교보건법 소정의 기준을 초과하고, 방음벽으로 인해 천공차폐율이 고도로 증가하였고, 비산먼지를 근본적으로 예방하는 것이 불가능하고, 종전 통학로의 대부분이 폐쇄되어 안전위험이 적지 아니며, 임시교사 신축의 등의 대안제시에도 불구하고 방음벽,이중창, 공기청정기 설치 등의 미흡한 조치만 취해져 적절한 환경에서 교육받을 권리가 수인한도를 초과하는 정도로 침해되었다고 보고 학교부지경계선으로부터 50M이내의 장소에서 평일의 일과시간에 공사중지 가처분 결정함.)

2) 헌법 10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

3) 헌법 31조 1항 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

4) 헌법 제35조 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위해 노력하여야 한다.

5) 교육기본법 제3조 (학습권) 모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육받을 권

학교보건법 제6조7)

환경정책기본법 제10조8)

세계인권선언 제 26조 2항9)

경제적·사회적· 및 문화적 권리에 관한 규약 13조 2항10)

아동권리협약 12조11), 28조 1항 및 2항 가12), 29조13)

리를 가진다

- 6) 교육기본법 제12조 (학습자) ① 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다 ② 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다.
- 7) 학교보건법 제6조 (정화구역안에서의 금지행위 등) ①누구든지 학교환경위생정화구역안에서는 다음 각호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니된다. 1. 대기환경보전법·악취방지법 및 수질환경보전법에 의한 배출허용기준 또는 소음·진동규제법에 의한 규제기준을 초과하여 학습과 학교보건위생에 지장을 주는 행위 및 시설
- 8) 환경정책기본법 제10조 정부는 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 환경기준을 설정하여야 하며 환경여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 하여야 한다.
- 9) 세계인권선언 26조 2항 교육은 인격의 완전한 발전과 인권 및 기본적 자유에 대한 존중의 강화를 목표로 하여야 한다. 교육은 모든 국가들과 인종적 또는 종교적 집단간에 있어서 이해, 관용 및 친선을 증진시키고 평화를 유지해야 한다.
- 10) 이 규약의 당사국은 모든 사람이 교육에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 교육이 인격과 인격의 존엄성에 대한 의식이 완전히 발전되는 방향으로 나아가야 하며, 교육이 인권과 기본적 자유를 더욱 존중하여야 한다는 것에 동의한다. 당사국은 나아가서 교육에 의하여 모든 사람이 자유사회에 효율적으로 참여하며, 민족간에 있어서나 모든 인종적, 종족적 또는 종교적 집단간에 있어서 이해, 관용 및 친선을 증진시키고, 평화유지를 위한 국제연합의 활동을 증진시킬 수 있도록 하는 것에 동의한다.
- 11) 제12조 1항 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽고 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙 정도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다.
2항 이러한 목적을 위하여, 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적 행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법상 절차규칙에 합치되는 방법으로 주어져야 한다.
- 12) 제 28조 1항 당사국은 아동의 교육에 대한 권리를 인정하며, 점진적으로 그리고 기회균등의 기초 위에서 이 권리를 달성하기 위하여 특히 다음의 조치를 취하여야 한다.
2항 초등교육은 의무적이며, 모든 사람에게 무료로 제공되어야 한다.
가. 일반교육 및 직업교육을 포함한 여러 형태의 중등교육의 발전을 장려하고, 이에 대한 모든 아동의 이용 및 접근이 가능하도록 하며, 무료교육의 도입 및 필요한 경우 재정적 지원을 제공하는 등의 적절한 조치를 취하여야 한다.
- 13) 제 29조 1항 당사국은 아동교육이 다음의 목표를 지향하여야 한다는데 동의한다.
가. 아동의 인격, 재능 및 정신적, 신체적 능력의 최대한의 개발
나. 인권과 기본적 자유 및 국제연합헌장에 내포된 원칙에 대한 존중의 개발

III. 쟁점 및 현황

1. 검토 필요 사항(쟁점)

가. 학습권 보호 및 증진의 기회 마련 여부

재건축 재개발사업 시행으로 인해 학교 휴교, 이전, 전학, 축소운영 등의 문제로 갈등이 발생하고, 해결하는 과정에서 교사-학생관계, 교우관계, 교육지원체계, 면학분위기 등이 와해되어 학습여건의 안정성이 저해되고 교육주체들간의 갈등이 증가되고 있다.

재건축 및 재개발 사업진행 과정에 교육주체들이 참여하여 학습권 보호 및 증진을 위해 노력할 수 있는 제도 및 정책의 마련을 호소하고 있다.

재건축 재개발 과정에서 이해당사자들에게 사업에 대한 정보제공 및 의견수렴이 이루어지고 있으나 사업지역의 해당 학교 관련자 및 교육 관련자들의 경우 의견 제시 등의 기회 및 절차가 제한되고 있다면 이에 대한 향후 개선 방안에 대한 검토가 필요하다.

나. 건강하고 안전한 학습 환경 기준

공사장에서 발생하는 소음, 진동이 적절한 정도의 수인한도를 넘고 있어 학습의 효율성이 저하되고, 먼지로 인해 운동장에서의 체육 활동이 불가능하게 되는 등 교육활동을 축소 운영하고 있는 실정이다.

공사시행으로 인해 발생하는 진동으로 인하여 학교건물에서 석면이 방출되는 경우도 있어 학생 건강이 위협받고 있다.

건강하고 안전한 환경에서 학습할 권리는 마땅히 누려야 할 권리로, 재건축 재개발 사업의 진행으로 인해 수인한도를 초과하여 학교의 교육여건이 악화되고 학생의 수업을 방해한다면, 적절한 환경기준을 마련하여 학습환경을 보호하는 방안에 대한 검토가 필요하다.

다. 통학로 안전성 확보의 필요성

기존 통학로가 폐쇄되거나 사업시행 편의 위주로 변경됨으로 인해 통학거리 및 시간이 늘어나는 등 통학의 불편이 증대하고, 통학의 안전성이 위협당하여,

실제 사고가 발생하기도 한다.

학교교육 기회에 대한 물리적 접근성의 보장은 학습권의 중요한 내용으로, 재건축 재개발 사업의 진행으로 인해 물리적 접근의 편리성이 제한되고 안전이 위협된다면 편리하고 안전한 통학로 확보방안에 대한 검토가 필요하다.

2. 현황과 실태

가. 학교 인근의 재건축 재개발 추진 현황

교육인적자원부에서 전국 시·도교육감을 통하여 학교 환경위생 정화구역 안에 서의 정비사업 현황을 파악한 결과, '06. 3월 현재 451건이 정비사업이 진행중이 고, 504건이 승인 이후 시행을 계획하고 있는 상황이다.

<참고자료> 학교환경위생정화구역내 정비사업 현황('06. 3)

구 분	주거환경 개선사업	주택재개발 사업	주택재건축 사업	도시환경 정비사업	계
추진 중	144	211	88	8	451
계획 중	173	162	121	48	504
계	317	373	209	56	955

※ 자료 : 교육인적자원부가 청문회시 제시한 서면답변자료로, 시·도교육감을 통하여 조사한 것으로 건설교통부(지방자치단체) 자료와 다를 수 있음.

나. 재건축·재개발 지역 학교 운영 대책 현황

현재까지는 특수한 경우가 아니면 초등학교는 휴교하고, 중·고등학교는 정상·축소 운영 및 이전 조치하고 있다.

잠실지역의 00학교 경우처럼 재건축 공사기간 중 인근 신설학교로 임시 이전 운영하고, 재건축 완료 후 재 이전하는 사례도 있다.

다. 관계기관 대책 현황¹⁴⁾

14) 정부 각 부처 및 자치단체의 대책은 2006년 7월 11일 개최한 청문회 질의응답 내용에서 정리한 것임(재건축·재개발과정에서의 학습권 보장 방안 청문회 자료집, 2007.7.11, 국가인권위원회)

(1) 교육인적자원부의 대책

- 교육환경영향평가제 도입 검토(2005.12.16)
- 학교보건법 개정 노력(2006.4.17)

(2) 교육자치단체의 대책

- 저밀도아파트 재건축지구내 기설학교 운영방안(2000. 5.24)
- 재건축·재개발 지구내 기설학교 교육환경 보호방안(2001.6.16)
- 「주택건설사업지역 학생수용 종합대책」 수립(서울시 교육청, 2006.3)
- 기설학교 보호대책 요구(서울시, 해당구청, 사업추진체와 시행사) 및 교육환경 및 학습환경 개선 지도(교육청, 해당 학교)

(3) 행정자치단체의 대책

- 사업승인 및 시행인가시 관계행정기관과 협의
- 인·허가시 소음·분진·안전관리에 관한 조건 제시 및 준수 요구
- 안전관리계획서 제출 및 준수 요구
- 행정 지도 강화

(4) 환경부의 대책

- 현재의 환경정책기본법상의 소음환경기준 준수 지도
- '07년중 공사종류별·공정별 소음도 실태조사를 실시하고, '08년중 공사종류별, 지역별 규제기준을 세분화할 계획이며 학교, 병원 등 정온지역은 타 지역보다 기준을 강화할 계획 중이라고 밝힘

라. 재건축·재개발과정에서의 학습권 관련 외국 사례

대규모 재건축 재개발이라는 방식의 도시정비사업은 한국, 일본 등에서만 진행되는 독특한 것으로 이로 인한 학습권 침해 문제는 전례가 거의 없다.

재건축 재개발 사업을 진행하는 일본의 경우 구역을 지정한 후 구역을 분할하

여 순차적으로 돌아가며 이루어져 대규모 건설공사에 따른 학습권 문제는 거의 제기되지 않는다고 한다.

IV. 검토의견

1. 학습권 보장의 중요성

가. 학습권의 개념

학습권이란 개인의 학습권을 침해하거나 침해할 수 있는 모든 유해·위험 요소의 배제를 국가에 대하여 요구할 권리를 의미¹⁵⁾한다.

학습자의 기본적 인권이란 일반적 행동자유권, 신체의 자유, 표현의 자유, 생활의 자유, 정치활동의 자유, 불이익한 처우에 대한 적법절차 요구권, 건강하고 안전한 환경에서 학습할 권리 등으로 구성된다.

따라서 재건축 재개발로 인해 학교여건 및 학교 인근의 주변 환경이 학생의 수업을 방해하거나 학교의 안전한 접근에 지장을 초래한다면 방해 요소에 대한 배제와 건강하고 안전한 학습환경 조성을 위한 제반 조치를 요구할 권리가 있다.¹⁶⁾

학부모¹⁷⁾ 및 교사¹⁸⁾는 건강하고 안전한 환경에서 학생들을 교육할 권리의 주체로서 교육권을 침해하는 위험·유해 요소의 배제를 직접 청구가능하다.

15) 청문회 송병춘 변호사 서면답변 내용으로, 그는 헌법10조, 헌법31조 1항, 교육기본법 3조와 12조에 의거하여 해석하였다.

16) 교육 및 연구활동을 전개하는 데 필요한 교육시설이나 교육환경을 유지하고 보전할 수 있는 능동적이고 적극적인 권리를 교육환경권으로 개념화하여 법적 구제를 요구하는 입장도 있다(최인화, 「교육환경권보장과 재산권 행사의 한계」, 『교육법학 연구』 제8호, 1996. 149쪽).

17) 학부모는 자녀를 양육할 의무와 권리를 보유하는 자로서, 미성년인 자녀의 학습권을 대위 행사할 수 있다고 본다(교육기본법 제13조(보호자) ① 부모 등 보호자는 그 보호하는 자녀 또는 아동이 바른 인성을 가지고 건강하게 성장하도록 교육할 권리와 책임을 가진다. ② 부모 등 보호자는 그 보호하는 자녀 또는 아동의 교육에 관하여 학교에 의견을 제시할 수 있으며, 학교는 이를 존중하여야 한다.)

18) 교사는 학습권을 실질적으로 보장하기 위한 직무상 권한으로서의 교육권을 보유하고 학교 내에서 일정 정도 미성년인 학생의 학습권을 대위행사할 수 있다고 본다(교육기본법 제14조(교원) ① 학교교육에서 교원의 전문성은 존중되며, 교원의 경제적·사회적 지위는 우대되고 그 신분은 보장된다.)

나. 학습권의 배타적 보장 의무

교육기본법 27조¹⁹⁾ 및 학교보건법 5조²⁰⁾에서는 교육환경을 사전적으로 방해받지 않도록 하기위해 학교환경위생정화구역이라는 교육유해시설이나 행위의 배타적 배제를 허용하는 지역을 설정하여 건강하고 안전한 학습환경에서 교육받을 권리를 보장하고 있다.²¹⁾

건강하고 안전한 환경에서 학습할 수 있는 권리는 비록 적법한 절차에 의해 이루어지더라도 재개발·개건축 등의 재산권 행사에 우선한다고 볼 수 있다.²²⁾

다. 소결

따라서 국가 및 교육행정당국은 각급학교의 교육목표에 적합한 교육활동을 전개하는데 필요한 교육시설 및 교육환경을 조성하고 유지해야 할 의무가 있으며 나아가 교육유해환경을 제거하고 최소화할 조치를 적극적으로 취해야 한다.

2. 학습권 보호 및 증진의 기회 마련 여부

가. 학습권 보호·증진 기회 보장의 근거

아동·청소년은 그들에게 영향을 미치는 모든 문제에 대하여 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리와 이를 정당한 비중으로 고려받을 권리²³⁾를 가지며, 이는 청소년의 건강 및 교육의 권리 실현에 근본적이다.

특히 학교 및 교육행정기관은 아동·청소년에게 그들에게 영향을 미치는 모든

19) 교육기본법 제27조(보건 및 복지의 증진) 국가 및 지방자치단체는 학생 및 교직원의 건강 및 복지의 증진을 위하여 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다.

20) 학교보건법 제5조(학교환경위생정화구역의 설정)①학교의 보건위생 및 학습환경을 보호하기 위하여 교육감은 대통령령이 정하는 바에 따라 학교환경위생정화구역을 설정하여야 한다. 이 경우 학교환경위생정화구역은 학교경계선으로부터 200미터를 초과할 수 없다.

21) 최인화, 「교육환경권 보장과 재산권 행사의 한계」, 교육법학연구 제8호, 1996, 149쪽

22) 학교보건법 제5조 및 6조에서 법으로 설정된 일정한 지역에서 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 준다고 인정되는 행위 및 시설을 열거하고 금지하고 있는데, 이는 재산권 행사와 영업의 자유를 제한하는 것으로, 헌법 제23조 2항 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다는 규정의 취지에 입각해 제한의 정당성이 인정받고 있다. 또한 국민의 재산권 행사는 교육환경권에 의해 제한받을 수 있다는 판결도 축적되고 있다. 있다.(최인화, 「교육환경권 보장과 재산권 행사의 한계」, 교육법학연구 제8호, 1996, 145쪽 및 158쪽)

23) 아동권리협약 제 12조

문제에 대하여 정보를 공유하고 의사결정과정에서 동등하게 참여할 수 있도록 함으로써 완전하고 책임있는 시민으로 성장하는 기회를 제공하는데 노력해야하며, 적절한 방법으로 감독·지도해야 할 의무가 있다.²⁴⁾

나. 학습권 보호 및 옹호의 기회 마련 여부

재건축 재개발과정에서 학부모, 교사, 학생은 재건축 재개발과정에서 학습권 보호 증진을 위해 권리 행사할 수 있음에 대한 인식이 미비하고, 권리보호 및 옹호를 위한 활동의 제도적 절차가 마련되어 있지 않아 빈번한 갈등이 발생하고 있다.

「도시 및 주거환경 정비법」 제3조 5항²⁵⁾에 의거 재건축·재개발 사업 추진시 인가권자인 시장 또는 도지사는 관계행정기관의 장의 협의를 거쳐 승인하도록 규정하고 있으나, 협의 의무와 내용이 임의적이며 또 협의회 이해당사자의 광범위한 의견수렴 없이 이루어지고 있어 학습권 보장에 실효성이 없다.

특히 학생과 그들의 법적 대리인들이 재건축 재개발 과정에서 학교의 정상적인 교육운영 및 안전한 통학에 영향을 미칠 건설공사가 장기간 진행되더라도 협의 절차에 참여하거나 의견표명할 기회는 없다.

현재 서울시 교육청의 경우 「주택건설사업지역 학생 수용 종합대책」 등과 같은 대책을 마련하여 조치를 취하고 있으나, 주 내용이 학생수용 계획으로 구체적인 학습권 보호대책은 미흡하며, 대책위원회에 교사와 학생의 참여가 없고, 인적구성에서 해당 교육관청 관계자의 구성비가 2/3 이상으로 높아 적절한 의견수렴 및 의견 표명이 어려운 현실이다.

또한 교육관련자들은 재건축 재개발에 대한 전문적 지식 및 교육의 부족으로 구체적 협의회가 어려워 실효성 있는 예방 대책 요구나 사업 진행 과정에서 발생

24) 아동권리위원회 일반논평 4(아동권리협약의 맥락에서의 청소년의 건강과 발달)의 8 (초략) 청소년들이 이 권리를 안전하고 적절하게 행사하도록 하기 위해, 공공기관 부모 및 아동과 함께 일하거나 아동을 위해 일하는 다른 성인들은 신뢰, 정보공유, 경청하는 역량과 의사결정과정 등에서 청소년이 동등하게 참여할 수 있도록 하는 건전한 지도에 기반한 환 경우 조성할 필요가 있다. (유엔 인권조약 감시기구의 일반논평 및 일반권고:아동권리위원회 한국어판, 국가인권위원회, 2006. 47 쪽)

25) 3조 5항 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 "시·도지사"라 한다)는 지방도시계획위원회의 심의를 거치기 전에 관계 행정기관의 장(건설교통부장관을 포함한다)과 협의하여야 한다. <개정 2006.5.24>

가능한 학습권 침해를 모니터링 하는 것이 어려움이 많다.

다. 소결

아동·청소년 이익 최우선의 원칙에 따라 재건축 재개발과정에서 학생·학부모·교사가 학습권을 스스로 보호하고 옹호할 수 있도록 교육행정기관이 지원하는 정책 마련이 필요하다.

학교보건법에 재건축 재개발 과정에서의 학습권 보장 및 교육환경영향평가 등 제반 교육환경 보호 조치에 관련된 사항에 관한 규정을 명문화하는 것이 필요하다.

교육행정 단위별로 의무적으로 교육주체 및 전문가들로 구성된 협의체(예, 교육환경위원회)를 설치하여 재건축·재개발 사업의 전 과정 예컨대 사업인가 시점부터 결정의 모든 과정에서 교육주체의 의견표명과 참여를 제도적으로 보장하는 정책 마련이 필요하다.

협의체에는 학생, 교사, 지역주민, 학부모와 같은 교육주체의 참여를 규정하고 그 구성비를 대등하게 한다 등과 같은 내부운영규칙의 제정이 필요하다.

또한 교육행정기관은 교육관련자들의 적절한 의견표명 및 참여가 이루어지도록 실무지침서 등의 자료를 마련하고 교육·지도를 하는 기회를 제공해야 한다.

3. 건강하고 안전한 학습 환경 기준

가. 건강하고 안전한 환경의 의미

일반적으로 교육환경이란 교육의 기능이 원활히 수행될 수 있는 외적조건과 자극으로, 물리적 환경뿐만 아니라 사회적 관계, 분위기, 조직성격 등과 같은 사회적·심리적 환경도 포함된다.

그러나 환경권은 인간이 건강한 생활을 영위할 수 있고 인격을 자유로이 발현할 수 있으며, 생존에의 양질의 생활환경을 향유할 수 있는 권리²⁶⁾로 이해되고 있으며 생활환경은 '대기, 물, 폐기물, 소음진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경'으로 정의되고 있다.²⁷⁾

26) 김철수, 현대헌법론, 467쪽

교육환경은 교육외적으로 관련된 생활환경²⁸⁾으로, 일상적인 교육활동이 방해 받지 않을 정도의 교육여건이 유지되고, 안전해야하며, 교육시설물의 경관이나 조망이 보존 유지되어야하며, 조용하고 쾌적해야하며, 유해한 여건은 최소화되어야 한다.

나. 건강하고 안전한 교육환경의 보장 노력

교육환경의 보호를 위해 학교보건법 및 동법 시행규칙에서는 학교주변의 일정 구역을 학교환경위생정화구역²⁹⁾으로 지정하여 대기환경보전법·악취방지법 및 수질환경보전법에 의한 배출허용기준 또는 소음·진동규제법에 의한 규제기준을 초과하여 학습과 학교보건위생에 지장을 주는 행위 및 시설을 금지하고 있으나, 그 내용에 있어 학습권 보호를 위한 규제기준 강화 등의 특별한 보호조치가 없음. 또한 위반 시 실효성 있는 규제 조치가 미흡하다.³⁰⁾

환경부는 환경정책기본법상의 소음환경기준 준수하도록 지도하고, 공사종류별·공정별 소음도 실태조사를 실시하여 공사종류별, 지역별 규제기준을 세분화할 계획이며 학교, 병원 등 정온지역은 타 지역보다 기준을 강화할 계획이나 학교 및 학교환경위생정화구역에 적용되고 있는 환경규제기준이 학습과 학교보건위생에 적절한가의 문제가 제기되는 바, 이에 대한 전반적인 환경규제기준의 재정립이 필요하다.

현재 도로 건설 및 대형·고층 건축물의 신축 등의 개발사업 및 정비사업 수행 시 인근학교에 미칠 소음·진동·분진 및 일조권 침해 등 교육환경 저해요인을 미

27) 환경정책기본법 제3조

28) 표정우, 「교육환경권의 법리에 관한 논고」, 부산대학교 석사학위논문, 2004, 43쪽. 그러나 교육환경은 학교시설이나 교육자재 등 교육현장의 교육에 관련된 외부적인 여건만이 아니라 통학로, 교통환경, 주변분위기 등 학교 주변환경, 넓게는 도시의 생활환경 전체로 이해하기도 함(이희정, 「일산 러브호텔관련 교육환경과 도시계획의 관계」, 녹색연합세미나 자료집, 2003; 표정우, 「교육환경권의 법리에 관한 논고」, 부산대학교 석사학위논문, 2004, 41쪽 재인용)

29) 「학교보건법」 제5조 학교환경위생정화구역의 설정 및 학교보건법시행령 제3조(학교환경위생정화구역) ①법 제5조제1항의 규정에 의하여 교육감이 학교환경위생정화구역(이하 "정화구역"이라 한다)을 설정할 때에는 절대정화구역과 상대정화구역으로 구분하여 설정하되, 절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50미터까지의 지역으로 하고, 상대정화구역은 학교경계선으로부터 직선거리로 200미터까지의 지역중 절대정화구역을 제외한 지역으로 한다.

30) 「학교보건법시행령」 제5조에 교육장은 학교환경위생정화구역 안에서의 금지된 행위 또는 시설에 대하여 관계행정기관의 장에게 그 방지조치 또는 철거조치 등 정화조치를 할 것을 요청할 수 있으며, 조치결과를 보고 받는다고 규정하고 있으나 직접인 규제권한이 없다.

리 평가한 후 사업을 승인하도록 하는 교육환경영향평가제³¹⁾의 도입이 참여정부의 대통령 공약사항으로 추진되고 있는 형편이다.

교육인적자원부는 개발사업시 인근학교 교육환경 저해행위 저감방안으로, 환경부 고시 「환경 조사 등에 관한 규칙」 개정³²⁾ 또는 ‘사전환경성검토제도’ 및 ‘전략환경영향평가체계’ 등에 반영하여 개발사업 수행으로 인한 인근학교 교육환경 저해행위 저감대책의 실효성을 확보하도록 하는 안을 환경부에 제시하고 있다.

다. 소결

학교보건법에 교육감으로 하여금 도시·주거환경정비계획 수립, 정비구역의 지정, 사업시행계획서의 작성 등에 대하여 관련자의 의견을 수렴하여 적극적으로 의견을 제시하고, 계획의 사후 수정 등을 요구할 수 있도록 법적 근거를 마련해야 한다.

도시 및 주거환경정비법에 ① 특별시장·광역시장 또는 시장의 도시·주거환경정비기본계획의 수립 ② 시장·군수의 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정 신청 ③ 사업시행자의 사업시행계획서의 작성 등에 학교시설의 설치 및 이전, 사업시행 과정에서의 학교의 학습환경 보호 등에 대한 계획이 포함되도록 할 필요가 있다.

나아가 학교보건법에 학교 인근 장기간의 공사 등으로 인하여 교육환경권이 침해될 우려가 있는 경우처럼 특별한 보호를 필요로 하는 경우에 적용 가능한 규정 마련 및 환경 규제기준의 강화와 직접적 규제 권한 부여 등의 내용 보완이 필요하다.

31) 교육환경영향평가제도 일반에 대한 소개 및 도입방안에 관해서는 김재현, 도시개발 시 교육환경영향 평가제도 도입방안 연구, 교육인적자원부, 2003 참고. 그러나 이 연구보고서에는 신설 학교 용지선정 및 확보에 초점이 있으며 개발사업시 시설학교의 교육환경에 대한 평가는 논외로 하고 있다.

32) 교육환경영향평가 필요 항목(안)으로 1)개발사업 수행으로 급경사지, 저지대 등의 발생으로 인근 학교 재해발생 유발요인은 없는가 2)인근학교의 일조권 침해 및 통풍, 배수에 지장을 초래할 요인은 없는가 3)소음·진동으로 인한 인근학교 교육에 지장을 초래할 요인은 없는가 4)개발사업 수행 시 분진 및 악취 등의 발생으로 인근학교 학생들의 건강위해 유발요인은 없는가 5)학교주변에 교통이 빈번한 도로가 인접하게 되어 통학(보행)에 위협이나 지장을 주는 요인은 없는가를 제시하고 있다.(교육인적자원부, 건강하고 쾌적한 학교환경 조성을 위한 교육환경영향평가제 도입 방안, 2005. 12 관계부처 검토회의 자료 8쪽)

또한 교육개발사업 및 정비사업 수행시 사업시행이 교육시설에 미치는 환경적인 영향을 종합적으로 평가 분석하도록 한 후 사업을 승인하도록 하거나 환경영향 조사 영역에 교육환경 부분을 강화하는 내용의 제도 도입이 필요하다.

4. 통학로 안전성 확보의 필요성

가. 안전한 통학로 확보의 근거

교육은 합리적으로 편리한 어떤 지리적 장소로의 등교에 의해 혹은 현대적 기술을 통하여 안전한 물리적 거리 내에 있어야 한다는 물리적 접근성을 보장해야 한다.³³⁾

또한 학교는 학생에게 건강상의 위험을 주지 않는 제대로 기능하는 학교와 여가시설 제공을 비롯하여, 식수와 위생 및 안전한 등교를 포함해야 한다³⁴⁾고 볼 때 안전한 통학로의 보장은 교육권 보장의 필수적 요소이다.

학교 위치 설정시 초·중학교는 학생들의 도보 접근 거리권 내에 있어야 하고³⁵⁾, 통학에 위협하거나 지장이 되는 요인이 없어야 하며, 교통이 빈번한 도로·철도 등이 관통하지 아니한 곳에 설치해야 할 것³⁶⁾ 등의 학교위치 결정기준

33) 경제적·사회적 및 문화적 권리위원회 일반논평 13(교육에 대한 권리)의 6 교육은 그 모든 형태 및 모든 단계에 있어서 다음과 같은 상호 연관된 필수적인 요소를 가져야한다.

a) 가용성

b) 접근성

비차별

물리적 접근성-교육은 어떤 합리적으로 편리한 지리적 장소로의 등교(예 동네학교)에 의해 혹은 현대적 기술(예 원격교육프로그램에 대한 접근)을 통하여 안전한 물리적 거리 내에 있어야 한다.

경제적 접근성

c) 수용성

d) 적응성

(유엔 인권조약 감시기구의 일반논평 및 일반권고:경제적· 사회적 및 문화적 권리위원회 한국어판, 국가인권위원회, 2006. 97쪽)

34) 아동권리위원회 일반논평 4(아동권리협약의 맥락에서의 청소년의 건강과 발달)의 17 (초략) 아동 뿐만 아니라 청소년의 현재 및 미래의 건강과 발달을 위한 적절한 교육의 중요성에 관해 본 위원회는 당사국들이 동 협약 제 28조 및 29조에 따라 (a)양질의 초등교육은 의무적이며, 모든 사람에게 이용가능하고 접근할 수 있으며, 무료일 것을 보장하며, 중등교육과 고등교육은 모든 청소년들에게 이용가능하고 접근 가능할 것을 보장하고 (b)식수와 위생 및 안전한 등교를 포함하여, 학생에게 건강상의 위험을 주지 않는 제대로 기능하는 학교와 여가시설을 제공하고 (이하 생략) (유엔 인권조약 감시기구의 일반논평 및 일반권고:아동권리위원회 한국어판, 국가인권위원회, 2006. 51쪽)

35) 건설교통부, 도시개발업무지침, 2003.1

은 재건축·재개발 사업 구역 인근의 기설학교에도 적용되어야 한다.

나. 통학로 확보 및 안전성 기준

현재 공사시는 물론이고 일반적으로도 적용가능한 안전하고 원활한 통학로의 확보 및 통학로 안전기준에 대한 법적 근거가 없다.

특히 재건축·재개발 공사를 위해 기존의 통학로를 폐쇄하거나 점용하고 공사편의 위주의 보행도로 개설 및 사용이 이루어지더라도 이를 규제하거나 나아가 학생 및 보행자들의 원활한 통행과 안전을 보호하기 위한 조치 규정이 없다.

관련된 것으로 「도로교통법」 제12조³⁷⁾ 및 「어린이보호구역 지정 및 관리에 관한 규칙」이 있으나 이는 교통사고 예방을 위한 통학로의 차량 통행 제한에 관한 것으로, 그나마 유·초등학교에만 적용되고 있다.

개발사업 시행시 교통영향평가지침에 따른 공사중 교통처리방안³⁸⁾이 강구되도록 하고 있으며, 공사로 인해 도로를 점용할 경우 적용가능한 교통 혼잡 및 보행자의 안전과 원활한 통행을 위한 일련의 조치³⁹⁾가 있으나 그내용에 있어 보

-
- 36) 도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙 제 89조에 의한 각급학교의 위치 결정기준
 - 37) 제12조 (어린이 보호구역의 지정 및 관리) ①시장은 교통사고의 위험으로부터 어린이를 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설의 주변도로 가운데 일정 구간을 어린이 보호구역으로 지정하여 차의 통행을 제한하거나 금지하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.
 - 1. 「유아교육법」 제2조의 규정에 의한 유치원, 「초·중등교육법」 제38조 및 제55조의 규정에 의한 초등학교 또는 특수학교
 - 2. 「영유아보육법」 제10조의 규정에 의한 보육시설 가운데 행정자치부령이 정하는 보육시설
 ②제1항의 규정에 의한 어린이 보호구역의 지정절차 및 기준 등에 관하여 필요한 사항은 교육인적자원부·행정자치부 및 건설교통부의 공동부령으로 정한다.
 - ③차마의 운전자는 어린이 보호구역에서 제1항의 규정에 의한 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운행하여야 한다.
 - 38) 건설교통부 고시 교통영향평가지침 제27조 ①공사중 교통처리방안은 사업 또는 시설의 공사로 인한 교통소통장애요인 및 인접지에 미치는 파급효과를 분석하고, 이에 대한 대책을 각 요인별로 구체적으로 제시한다. ②공사기간이 6월이상 장기간에 걸쳐 추진되는 사업의 경우에는 대중교통수단등 각 교통수단의 우회처리방안, 보행편의 유지방안, 공사차량의 임시 교통소통대책, 공사중 도로점용면적·도로점용 적정시간대 및 기간 등을 강구하고 그 내용을 사업지외부교통현황도면에 표시하고, 이를 일반에 알릴 수 있는 방안을 강구한다. 이 경우 교통수단의 우회처리방안 및 공사차량의 임시 교통소통대책 등 필요한 교통처리대책에 대하여는 관계 행정청과 협의하여야 한다.
 - 39) 건설교통부의 「보도 설치 및 관리지침(‘04.12)」 및 「도로안전시설 설치 및 관리지침(차량방호 안전시설편)(‘03.12)」에 보행도로의 폭을 비롯한 보도의 구조에 관한 규정과 방호울타리 및 충격 흡수시설 설치 및 관리에 관한 규정이 있어 이 규정을 학교 주변 도로의 건설공사에도 적용가능하다(청문회 건설교통부 서면답변서)고 하나 이 규정은 평상시의 규정으로, 도로를 점용하고 주택건설공사를 하는 경우처럼 특별한 보호를 요하는 경우에도 실효성 있게 적용될 수 있는지 의문임.

행자 안전을 특별히 보호할 안전기준이 되지 못하고 있다.

또 공사장 주변의 안전 관리를 위해서는 일정규모 이상의 건설공사에 대하여 공사장 주변의 안전관리 대책을 포함한 안전관리 계획을 수립하여 발주자에게 제출하고 이를 이행토록 규정⁴⁰⁾하고 있으나, 계획수립의 적절성과 이행 여부 점검 및 공사장 주변 통행인에 대한 안전 조치는 미흡하다.

다. 소결

원활하고 안전한 통학로의 확보 및 통학로의 적정성 기준에 대한 별도의 법 마련이나 「어린이보호구역 지정 및 관리에 관한 규칙」의 개정을 통해 각급학교의 통학로 관련 규정의 강화 및 확대 적용을 꾀해야 할 것이다.

V. 검토 결과 요약

1. 판단의견

건강하고 안전한 환경에서 학습할 권리를 보장하기 위해 학습 저해 환경요인을 배제하고 건강하고 안전한 학습환경을 조성하는 적극적 조치를 요구할 권리가 학생, 학부모, 교사 등의 교육주체들에게 있으며 국가는 학습권을 존중, 보호, 증진 노력을 할 의무가 있다.

학습권 보호를 위해 재건축 재개발사업의 진행 각 단계마다 1) 학교 학습 환경 보호에 대한 계획을 수립하도록 하고, 2) 이에 대해 관련 교육행정기관과 협의하는 것을 의무화 하며, 3) 교육행정기관은 교사, 학부모, 학생 등 교육주체의 참여가 가능한 절차를 마련하여 학습권 보호 노력을 지원하도록 해야 한다.

소음·진동·분진 및 악취, 일조권 침해, 위험시설 설치 등 교육환경 저해 요인을 최소화하기 위해 학교에 적용되는 환경규제기준을 적정화, 현실화하는 것이

그리고 공사 중 도로안전 및 소통에 대한 규정으로 예컨대 서울특별시 도로점용 공사장 교통소통 대책에 관한 조례(개정 2005.3. 17 조례 4267호)도 있으나 교통소통의 원활에 주 목적이 있고, 보행자 안전에 관한 특별한 언급은 없음

40) 건설기술관리법 제26조 2, 건설기술관리법 시행령 제46조 4 및 시행규칙 제21조 2에 의거하여 현재 안전점검 종합보고서를 제출하도록 하고 있으며, 향후 보고서 미제출에 대하여 과태료를 부과하는 방안을 추진 중임(청문회 건설교통부 서면답변서)

필요하다.

특히 원활하고 안전한 통학로의 확보 및 통학로 안전성 기준에 대한 법적 근거 마련을 마련해야 한다.

2. 개선 조치 방향

가. 교육부

(1) 안전한 통학로 관련 입법 추진

- 별도 입법 추진: 각급학교의 통학로 확보, 통학로 안전성에 대한 최소기준(예 일정 폭 이상의 보행도로 설치 의무화 등)제시, 위반시 조치사항에 대한 내용으로 구성한다.
- 관련 부처와의 공조하에 「어린이보호구역 지정 및 관리에 관한 규칙」 개정: 유·초등학교 외에도 각급학교로 대상확대 적용, 통학로 안전성 기준 강화에 대한 내용 보완한다.

(2) 학교보건법 개정

- 학교보건법 제6조에 정비사업 시행에 따른 시설학교 교육환경 보호에 관한 항 신설과 이에 따른 시행령 및 시행규칙 개정한다.
- 학교보건법 시행규칙을 개정하여 상세한 환경기준을 제시하되, 기존의 환경기준 보완 강화한다.

(3) 재건축 재개발사업시 학습권 보호를 위한 정책 마련

- 정비사업으로 인해 학습환경의 저해가 우려될 경우, 1) 그 대책을 마련하기 위한 협의체를 만들되, 협의체 구성에 교육주체의 참여비율을 높여 정보공유, 의견수렴, 의사결정 참여 기회를 제공하고 2) 실무지침을 마련하고 교육을 실시하여 교육환경권에 대한 인식을 제고하며 효율적인 활동을 돕고 3) 도시정비기본계획 및 사업시행계획 작성 시 및 협의 시 원활한 의견수렴이 가능하도록 해야 한다.

나. 환경부

(1) 학교에 적용되는 학습 환경 규제 기준 강화

- 환경영향평가제에서 평가항목에 교육 부분을 보완 강화한다.
- 대기환경보전법·악취방지법 및 수질환경보전법에 의한 배출허용기준과 소음·진동규제법에 의한 규제기준을 학습환경 보호 차원에서 재설정한다.

다. 건설교통부

1) 도시및주거환경정비법 및 시행령 개정

- 정비사업의 기본계획수립 및 사업시행계획 작성시 교육시설의 설치 및 교육환경보호 계획을 작성하도록 한다.

라. 행정자치부

- (1) 지방자치단체가 재건축·재개발사업 인허가시 사업주체로부터 사업지역 및 주변의 교육환경보호계획을 제출받아 이를 토대로 교육관련기관과 협의하도록 관리 감독 강화한다.
- (2) 도시 및 주거환경정비 조례 및 시행규칙을 개정하여 정비구역지정 신청 시 사업지역 및 주변의 교육환경보호계획을 제출받도록 한다.

VI. 결론

따라서, 위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2006. 10. 9.

국가인권위원회 전원위원회

위원장(직무대행) 최영애 위원 김호준 정강자 김만흠 이해학 정인섭 최금숙
신혜수 원형은 김태훈

Ⅷ 2007. 7. 23.자 「주민등록말소자 인권개선」을 위한 권고

국가인권위원회는 행정자치부장관, 보건복지부장관, 교육인적자원부장관에게 주민등록말소자의 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 등 제반 권리를 보호하기 위해서 관련 법령 개정 및 정책 시행을 권고

【참조조문】

「헌법」 제10조, 제17조, 제31조, 제34조, 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘사회권규약’이라 함) 제11조

【주 문】

국가인권위원회는 주민등록말소자의 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 등 제반 권리를 보호하기 위해서 다음과 같이 권고한다.

1. 행정자치부장관에게

- 가. 주민등록 신고지연 과태료 부과기준과 과태료 경감기준 및 과태료 면제 연령기준을 개선하고,
- 나. 주민등록표 등·초본의 열람 및 발급시 개인정보가 유출되지 않도록 주소 변동 사항 및 주민등록말소 사실이 기입되지 않도록 하고,
- 다. 주민신고에 의한 주민등록말소 처리 시, 신고인에게 주민등록이 말소된더라도 기초생활보장 수급과 자녀의 취학이 가능하다는 점을 고지할 것을 권고한다.

2. 보건복지부장관에게

주민등록말소자 중에서 재등록이 어려운 자에게 기초생활보장번호 부여 제도를 적극적으로 시행할 것을 권고한다.

3. 교육인적자원부장관에게

- 가. 학교장이 학구내 거주사실을 확인하면 주민등록이 말소된 아동의 취학이 가능하다는 점을 지역별·시기별로 집중하여 적극 홍보하고,
- 나. ‘취학아동명부’ 작성시 담당공무원이 해당 지역내 주민등록말소자의 거주

사실 여부를 확인하도록 조치할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 권고 배경

2007년 3월 현재 60만 명 이상의 국민이 가출·행방불명에 따른 주민의 신고말소와 무단전출에 따른 행정기관의 직권말소로 주민등록이 말소되어 기본적인 권리를 제대로 보장받지 못한 채 생활하고 있다.

이에 국가인권위원회(이하 '위원회'라 함)는 주민등록말소자의 인권상황을 파악하고 그 개선방안을 모색하기 위해서 2006년 전문 연구기관에 연구용역을 의뢰하여 실태조사를 시행하였고, 연구결과에 기초하여 2007년 3월 연구용역팀·학계전문가·관련부처 등이 참여한 정책토론회를 개최하였다.

그동안 정부는 실제거주 여부에 대한 충분한 사실조사, 기초생활보장 수급자 등에 대한 주민등록 과태료 감면, 해당 거주지에서의 주민등록재등록 허용, 기초생활보장번호 부여제도 시행, 주민등록말소자 자녀의 취학 가능 조치 시행, 제3자 민원에 따른 주민등록 직권말소를 주민등록 일체정리 기간으로 한정 등 주민등록말소자의 인권상황을 개선하기 위해서 다양한 조치를 취해왔다.

그러나 정부의 다양한 노력에도 불구하고 주민등록말소자는 여전히 주민등록을 재등록하지 못한 가운데 기초생활과 취학 등 각종 사회보장 및 기본적인 권리보장에서 미흡한 처지에 놓여 있다.

따라서 위원회는 주민등록말소자의 인간다운 생활을 누릴 권리 등을 보장하기 위해서 주민등록말소 재등록 제도, 기초생활보장번호 제도, 취학 제도 등 주민등록말소와 관련된 제도가 개선되어야 한다고 판단하고, 「국가인권위원회법」 제19조 제1호에 근거하여 주민등록말소자 인권개선을 위한 방안을 검토하였다.

II. 판단 및 참고기준

1. 판단기준

위원회는 주민등록말소자의 인권개선 방안에 대하여 「헌법」 제10조, 제17조, 제31조, 제34조, 「경제적·사회적·문화적권리에 관한국제규약」(이하 '사회권규약'이라 함) 제11조를 판단기준으로 하였다.

2. 참고기준

위원회는 주민등록말소자의 인권개선 방안에 대하여 「주민등록법」 제6조, 제8조, 제11조, 헌법재판소 1998.5.28.선고 96헌가5 결정 및 2000.6.1.선고 98헌마216결정, 「사회권규약 일반논평」11, 13 을 참고기준으로 하였다.

III. 판단

1. 주민등록 재등록 제도 개선

가. 주민등록 재등록 현황 및 개선 필요성

2000년 24만 7천여 건이었던 주민등록 재등록 건수가 2004년 26만 8천여 건으로 증대되었다가 2006년에는 18만 6천여 건으로 감소하였다. 이러한 주민등록 재등록 추이는 2000년 223,931건, 2004년 294,278건, 2006년 225,853건으로 진행된 행정기관에 의한 주민등록 직권말소 건수 추이와 비슷한 양상을 보여 주고 있다. 최근 두 번의 주민등록말소자 일제재등록 기간 (2006. 2. 21. ~ 4. 8., 2006. 12. 26. ~ 2007. 1. 31.)에 각각 49,449명, 33,952명, 그리고 2006년 일제정리 기간(3. 2. ~ 4. 14.)에 42,750명이 주민등록을 재등록하였다.

행정자치부는 그동안 주민등록말소자의 재등록을 유도하는 다양한 조치를 시행해 왔다. 우선 행정자치부는 '주민등록말소자 일제재등록 기간'에 주민등록 재등록을 신청하는 경우와 과태료 처분 대상자의 위반행위의 동기와 그 결과를 고려하여 상당하다고 인정하는 경우에 최고 10만원 과태료를 1/2까지 경감해주고 있다. 그리고 행정자치부는 2005. 3.부터 주민등록말소자와 거주지

가 달라서 원거리인 경우 재등록시 원거리의 기관을 왕래해야 하는 불편을 해소한다는 차원에서 주민등록말소지까지 가지 않고 현재의 거주지에서 주민등록을 재등록할 수 있도록 하였다. 또한 행정자치부는 무연고자·노숙인 등 거주상태가 불확실한 자에 대해서는 노숙자 쉼터 등 정부가 인정한 사회복지시설을 주소지로 하여 주민등록이 가능하도록 하였다.

그러나 아직도 많은 주민등록말소자가 재등록비용 부담, 신분노출에 따른 채권추심 우려 등 다양한 이유로 주민등록을 재등록 하지 못하고 주민등록이 말소된 채 생활하는 국민이 현재 60여 만 명에 이르고 있는 것이 현실이다.

따라서 대한민국 국민으로서 인간다운 생활을 누릴 권리(「헌법」 제34조)를 보장받고, 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활조건을 지속적으로 개선할 권리(사회권규약 제11조)를 보호받을 수 있도록 하기 위해서 주민등록 재등록 제도를 개선해야 한다.

나. 주민등록 재등록 제도 개선 방안

(1) 주민등록 재등록 과태료 부담 경감

행정기관은 정당한 사유 없이 사실조사를 거부하거나 기피한 자, 일정 기간 내에 주민등록 변동사항을 신고하지 아니한 자 등에게 신고 지연기간에 따라 소정의 과태료를 부과하고 있다. 주민등록 관련 신고 지연에 따른 과태료 부과는 원칙적으로 주민등록에 관한 신고의무자에게 부과되지만, 주민등록말소자가 재등록하는 경우에는 본인에게 과태료를 부과하고 있다.

주민등록 재등록시 부과되는 신고지연에 따른 과태료는 직권말소인 경우는 최고 10만원, 신고말소인 경우는 최고 5만원인데, 직권말소자의 경우 신고지연 기간 경과를 기준으로 7일 이내는 1만원, 1개월 이내는 3만원, 3개월 이내는 5만원, 6개월 미만은 7만원, 6개월 이상은 10만원이 부과된다(「주민등록법시행규칙」 제19조 참조).

과도한 채권추심 행위를 피하기 위한 잠적으로 주민등록이 말소되어 사회적·경제적으로 어렵고 불안정한 생활을 살고 있는 이들에게 최고 10만원의 과태료는 적지 않은 부담이 되고 있다고 판단된다.

행정자치부는 2007. 5. 2. 경제적 어려움이 있는 기초생활보장 수급자 등이

주민등록을 재등록 할 때는 주민등록 신고의무 불이행에 따른 과태료를 50% 경감해 준다는 방침을 발표했다. 이 조치는 주민등록 신고의무 불이행에 따른 과태료 부과시 위반행위와 그 결과를 감안하여 과태료를 감면해 주던 기존의 조치를 확대한 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 60여 만명에 달하는 주민등록말소자 중에서 단 25명만이 기초생활보장번호를 부여받아 기초생활보장 수급자로 되어 있는 현실을 감안하면, 이번 조치가 그 소정의 효과를 거두기에는 그 대상이 매우 한정되어 있다고 할 수 있다.

따라서 빈곤층 주민등록말소자에게 주민등록을 재등록하는 계기를 제공하기 위하여, 그리고 대부분의 주민등록말소자가 경제적으로 어려운 처지에 있다는 점을 감안하여 주민등록 신고지연에 따른 과태료 부과 액수 자체를 대폭 낮추어야 한다.

그리고 세대주 또는 가정문제로 주민등록이 말소된 14세 이상의 청소년에게도 주민등록 신고지연에 따른 과태료가 부과되어 그들이 청소년쉼터 등을 주소지로 주민등록을 재등록 하는 것을 어렵게 하고 있다.

따라서 주민등록이 말소된 청소년들이 주민등록을 재등록하여 기본적인 권리를 누릴 수 있는 여건을 제공한다는 차원에서 현재 형사미성년 기준연령인 14세 미만으로 규정(「주민등록사무편람」 참조)하고 있는 과태료 부과 면제 연령 기준을 최소한 「아동복지법」상의 보호대상 연령인 18세 미만(「아동복지법」 제2조 제1호 참조)으로 상향 조정해야 한다.

(2) 주민등록표 등·초본의 주민등록 말소사실 기입 제한

행정기관은 직권말소, 세대주신고, 국외이주 등으로 주민등록이 말소된 자가 주민등록을 재등록 하면 주민등록표에 재등록 신고 일자과 사유 및 업무담당자의 성명을 입력하여 정리하고 있다. 세대원 전부를 재등록한 경우의 '세대별주민등록표'는 주소변동사항의 말소표시된 주소란 아래란에 재등록한 말소자의 재등록 주소와 재등록 신고 일자 및 전출 일자를 입력한다. 그리고 개인이 재등록한 경우의 '개인별주민등록표'는 재등록주소와 재등록신고일자 및 변동사유, 전출일자, 담당자 성명 등을 입력하여 정리하고 있다. 예외적으로 행정기관의 착오 등으로 말소된 주민등록을 행정기관이 직권으로 재등록 할 경우에는 주민등록말소 사항과 이전 주소 사항을 삭제하고 말소 사항 이

전의 주소변동 사항으로 수정하고 있다.

현재 주민등록표 등·초본을 신청할 때 신청인이 과거의 주소변동사항을 전체 포함, 최근 5년 포함, 미포함 등으로 선택할 수 있도록 되어 있어 주소변동사항이 포함되지 않도록 선택할 수 있지만, 실제로는 주민등록표 등·초본 제출처의 요구로 인하여 대부분 주민등록 말소사실이 기재된 것을 발급받고 있는 것이 현실이다.

이로써 주민등록말소자가 일정액의 과태료를 납부하고 주민등록을 재등록 하더라도 주민등록 등·초본에 주민등록 말소사실이 기재되어 취업 및 금융거래 등을 위한 신용도 평가에서 불이익을 받을 수 있다. 그리고 주민등록 등·초본 제출을 요구하는 기관에서 당사자의 주소변동 내역을 알 필요가 없다는 점과, 개인의 주소변동 내역이 주민등록 등·초본에 포함될 경우 불필요하게 개인정보가 유출된다는 점을 고려할 필요가 있다.

따라서 공적장부 관리상 주민등록표에 주민등록말소사실을 기록하더라도, 주민등록을 재등록 하면 그 재등록 이후 주민등록표 등·초본을 발급할 때 주소변동 사항 및 주민등록말소 사실이 불필요하게 기재되지 않도록 하는 조치가 마련되어야 한다. 다만, 아파트청약과 공직자 검증 등 주소변동 사항이 필수적으로 필요한 경우에 한해서 별도의 주소변동사항 증명서를 발급하든지, 제한적으로 주소변동 사항이 기재되도록 하는 방안이 마련되어야 한다.

2. 주민등록말소자의 기초생활보장 강화

가. 기초생활보장번호 부여 현황 및 개선 필요성

현재 국민기초생활보장, 국민건강보험, 장애인복지 등 대부분의 사회복지 제도 운용시스템이 주민등록 제도를 근간으로 이루어지고 있다. 이러한 이유로 주민등록말소자는 사회보장제도의 보호대상에서 기본적으로 배제되어 최소한의 인간답게 생활할 권리를 국가로부터 보장받지 못하고 있다.

보건복지부는 국가의 보호가 필요한 모든 대상자를 국민기초생활보장제도로 보호한다는 차원에서 2001년부터 ‘사회취약계층 기초생활보장 특별보호대책’을 시행해 왔다. 보건복지부는 동 대책을 통해서 주민등록말소자 및 주민등록 확인불가능자, 주민등록지와 실제거주지가 다른 자 등 주민등록상의 문제가

있는 자가 실제거주지 내에서 최소한 1개월 이상 지속적으로 거주하고 소득·재산·부양의무자 기준 등이 수급요건에 해당하는 경우 기초생활보장번호를 부여하여 국민기초생활보장 수급자로 지정해 왔다. 그리고 기초생활보장번호를 부여받은 대상자가 타 거주지로 이동시 기초생활보장번호가 부여된 '수급자증명서'를 제출하면 타거주지에서 최소거주기간 요건에 관계없이 지속적으로 급여를 받을 수 있게 하고 있다.

이러한 제도가 시행되고 있지만 현재 극히 일부분의 주민등록말소자만이 기초생활보장번호 부여 제도를 통해 기초생활을 보장받고 있는 것으로 파악되고 있다. 2006.12. 말 현재 403명이 기초생활보장번호를 부여받아 수급자로 되어 있는데, 이 중 주민등록말소자는 25명으로 무호적자 및 신원확인불가능자를 포함시키더라도 115명에 그치고 있다. 주민등록말소자의 경우에도 소득·재산·부양의무자 기준 등 기초생활보장 수급요건을 충족해야만 기초생활보장번호 부여를 통해 수급자로 될 수 있다는 점을 감안한다고 하더라도 그 대상은 매우 제한되어 있다고 할 수 있다.

국민의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회보장·사회복지 증진 의무를 다한다(헌법 제34조)는 차원에서 기초생활보장번호 부여제도의 홍보 및 교육 강화와 더불어 제도적 개선이 필요하다.

나. 주민등록말소자의 기초생활보장 강화 방안

(1) 주민등록 말소 담당공무원의 기초생활보장번호제도 고지 의무화

보건복지부는 지난 몇 년간 기초생활보장번호 부여 제도에 대한 일반인 홍보와 담당공무원의 교육 강화 등을 통해 위 제도의 내용을 지속적으로 공표하고 시행해 왔다. 그럼에도 주민등록이 말소되었거나 주거가 불확실한 이들 중 극히 일부분만이 기초생활보장번호 부여를 통한 수급자로 지정되고 있다.

따라서 교육 및 홍보 강화와 더불어 주민등록말소 담당공무원이 주민등록말소 신고인에게 기초생활보장번호 부여 제도를 의무적으로 고지하도록 하는 보완 조치를 마련할 필요가 있다.

주민등록이 무단전출 등으로 인하여 행정기관에 의해 직권으로 말소 처리

된 경우, 해당자가 잠적하여 관련 내용을 고지하기 어려운 경우에는 어쩔 수 없다고 하더라도, 행방불명 및 가출에 따른 주민신고에 의해 주민등록이 말소 처리되는 경우에는 담당공무원은 그 신고인에게 주민등록이 말소되더라도 기초생활보장번호를 부여받아 기초생활 수급자가 될 수 있다는 점을 고지하도록 해야 한다.

이와 더불어 읍·면·동장은 주민등록말소자의 기초생활을 보장하기 위하여 해당 지역에 주민등록말소자가 거주하는지의 여부에 대한 실태파악을 강화해야 한다.

(2) 기초생활보장번호 부여제도의 적극적 시행

보건복지부가 시행하고 있는 기초생활보장번호 부여 제도는 주거가 일정하지 않고 주민등록이 말소되었지만 불가피한 사정으로 재등록하지 못하는 이들을 보호하기 위한 임시적이고 예외적인 제도로 운용되고 있다.

아울러 보건복지부는 기초생활보장번호 부여 제도의 궁극적인 목적을 주민등록을 복원하여 기초생활보장 수급자가 되어 국민으로서 각종 권리를 향유할 수 있도록 지원하기 위한 것으로 인식하고 있다. 이러한 인식하에 보건복지부는 주거가 일정하지 아니한 사람이 주민등록을 복원하여 기초생활보장 수급자로 될 수 있도록 시장·군수·구청장이 지속적인 상담 및 설득 등 적극적인 행정지원을 하도록 안내하고 있다.

이러한 상황에서 주민등록말소자가 기초생활보장번호를 신청해도 행정기관은 기초생활보장번호를 부여하기 보다는 주민등록 재등록을 권유하여 결과적으로 주민등록말소자가 기초생활보장번호를 부여받기 어려운 상황이 초래되고 있다.

따라서 보건복지부는 기본적으로는 주민등록을 재등록하도록 권유하되, 기초생활보장번호 부여 대상이 되는 많은 수의 주민등록말소자가 신분노출 염려 등의 여러 가지 사유로 주민등록을 재등록하기 어렵다는 점을 감안하여, 소득·재산·부양의무자 기준 등 기초생활보장 수급요건을 충족하면 기초생활보장번호를 부여하여 주는 제도를 적극적으로 시행하도록 안내해야 한다.

3. 주민등록말소 아동의 취학보장 강화

가. 주민등록말소 아동의 취학 현황 및 개선 필요성

교육인적자원부는 2005년 이후 주민등록 말소 및 무호적 등의 사유로 취학하지 못한 의무교육대상 아동의 교육받을 권리를 보장한다는 차원에서 주민등록말소 아동의 취학을 가능하게 하는 조치를 취해 왔다. 해당자가 기초생활보장번호, 전·월세계약서, 거주확인인우보증서, 호적등본 등 해당 학구내의 거주사실을 확인할 수 있는 서류를 구비하여 초등학교장에게 신청하면 취학을 할 수 있도록 하였다.

학교장의 해당 학구내 거주 사실확인으로 취학할 수 있었던 주민등록 말소 취학대상 아동은 2005년 7명, 2006년 19명, 2007년 58명으로 점차 증가해 왔다.

이처럼 주민등록이 말소된 아동이 취학하게 된 경우가 증가해 왔지만, 아직도 부모가 그러한 정책을 알지 못하거나 '취학아동명부'에서 누락되어 교육의 기회를 상실하는 아동이 있는 것이 현실이다.

우리 「헌법」에서 규정하고 있는 모든 국민의 균등하게 교육받을 권리(「헌법」 제31조)를 최대한 보장하기 위하여 주민등록말소 여부와 관계없이 취학연령 아동의 교육받을 권리를 최대한 보장하기 위한 지속적 홍보 강화 및 제도개선이 필요하다.

나. 주민등록말소 아동의 취학보장 강화 방안

(1) 담당공무원의 취학가능 사실 고지 의무화

학교장의 해당 학구내 거주 사실확인으로 주민등록이 말소된 취학대상 아동이 취학할 수 있는 조치가 시행되고 있음에도, 이 조치에 대한 해당 아동의 부모, 일선 학교 취학담당자, 담당공무원의 인식이 부족하여 충분한 성과를 거두지 못하고 있는 상황이다.

따라서 주민등록말소 아동의 교육받을 권리를 보장하기 위해서는 현행 조치에 대한 홍보강화와 더불어 그러한 조치들이 즉시 효력을 발휘할 수 있도록 하기 위한 제도적 개선이 필요하다.

이를 위해서 우선 지역적으로는 주민등록상의 문제가 있는 이들이 밀집하여 거주하는 지역에 대해서, 시기적으로는 취학대상을 선정하고 취학통지서를 발급하는 시기인 연말연초에 집중적으로 매년 정기적으로 홍보해야 한다.

그리고 무단전출 등으로 인하여 주민등록이 행정기관에 의해 직권으로 말소 처리된 때에는 해당자가 잠적하여 관련 내용을 고지하기 어려운 경우라고 할 수 있지만, 행방불명 및 가출에 따른 주민신고에 의해 주민등록이 말소 처리되는 경우에는 담당공무원이 그 신고인에게 주민등록이 말소되었다는 자녀의 취학이 가능하다는 점을 의무적으로 고지하도록 해야 한다.

(2) '취학아동명부' 작성시 담당공무원의 주민등록말소자 거주사실 여부 확인 강화

「초·중등교육법시행령」 제15조에 따라 읍·면·동장은 매년 11월 1일 현재 관내에 거주하면서 다음해 3월 1일에 초등학교 취학연령이 되는 아동을 조사하여, 당해연도 11월 30일까지 '취학아동명부'를 작성하는 업무를 담당하고 있다. 그리고 작성된 '취학아동명부'를 10일 이상의 기간을 정해 아동의 보호자가 열람할 수 있도록 필요한 조치를 취하고 있다.

그런데, 읍·면·동장이 '주민등록명부'를 기준으로 '취학아동명부'를 작성하기 때문에 취학연령 아동이 해당지역에 실제로 거주하더라도 그 아동의 주민등록이 말소되었다면 '취학아동명부'에서 누락되어 결과적으로 취학 할 수 없는 상황이 발생하고 있다.

그리고, 취학아동의 보호자가 자녀의 주민등록 말소여부와 관계없이 취학이 가능하다는 사실을 정확히 인지하지 못하면, 취학명부를 열람하고 그 명부에서 누락된 자녀를 취학아동 대상에 포함시켜 달라고 요구할 수가 없다.

따라서 '아동이 어떠한 상황에 처해 있어도 교육받을 기회를 보장해야 한다'는 국가의 의무를 다한다는 차원에서, 주민등록이 말소된 아동이 '취학아동명부'에서 누락되지 않도록 제도적 조치가 마련되어야 한다.

읍·면·동장은 '취학아동명부'를 작성할 때 1차적으로는 주민등록 명부에 기초하더라도 담당공무원이 당해연도 취학아동의 해당지역 거주사실 여부를 확인하는 조치를 강화해야 한다.

IV. 결론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제19조 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2007. 7. 23.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 안경환 위원 최영애 김호준 정강자 정인섭 최금숙 신혜수 원형은 김태훈 윤기원 정재근

9] 2007. 12. 13.자 학생선수의 인권 보호 및 증진을 위한 정책 권고

【주 문】

국가인권위원회는 학생선수의 인권을 보호하고 증진하기 위하여 교육인적자원부장관, 문화관광부장관, 전국 16개 시·도교육감, 대한체육회장에게 다음과 같이 권고한다.

1. 일일 및 주당 운동시간의 기준 마련 등 학생선수의 수업결손을 최대한 방지하기 위한 조치를 강구하고, 학생선수 튜터링 제도를 도입하는 등 부득이한 수업결손에 따른 보충학습 실시를 제도적으로 보장하며, 학생선수가 참가하는 대회 개최에 관한 공식 가이드라인을 마련하여 평일 개최를 금지하고 주말 및 방학을 이용한 대회 개최를 적극 유도하는 정책을 시행할 것,
2. 초등학교 운동부 합숙소 폐지 원칙을 실질적으로 구현하기 위한 조치를 강구하고, 중·고등학교를 포함한 운동부 합숙소에 대한 전면적인 실태조사를 실시하여 개선 조치를 취할 것,
3. 낮은 수준의 학력 기준에서 시작하여 사전예고 하에 단계적으로 상향 조치하는 등의 방법을 통한 상급학교 진학, 학생선수 등록 및 대회 참가 기준 등에 관한 “최저학업기준인정제도”를 도입할 것,
4. 한층 강화된 형태의 “학생선수 폭력 예방 및 인권 증진을 위한 종합 대책”을 마련하여 학생선수 지도자의 자격 기준을 강화하고, 폭력·성추행 가해자에 대하여는 조사결과 그 정도가 중한 경우 명확한 법적 조치 및 영구 자격 박탈 등 엄격한 제제가 이루어지도록 하며, (학생)선수보호위원회 및 고충처리센터 등 현재 유명무실하게 운영되고 있는 제도들을 전면 재검토하여 교육인적자원부의 소관 법령에 근거를 둔 법적 기구로 개편하고, 개별 학교장의 관리, 감독 책임을 명확히 규정할 것,
5. 지역별 리그제 도입 및 유소년 스포츠 축제 전환, 초등학생선수의 전국소년체전 참가대상 제외 등 전국(소년)체전 개최 방식에 대한 획기적 개선 방안을 마련할 것을 각 권고한다.

【이 유】

I. 권고 배경 및 경과

국가인권위원회는 최근 사회적 의제로 대두되어온 학생선수(Student Athletes)의 폭력 피해 및 학습권 침해 실태 등 인권 상황을 파악하고 그 개선방안을 마련하기 위해 연세대학교 산학협력단에 연구용역을 의뢰하여 초등학교 학생들을 중심으로 하는 “학생운동선수 인권상황 실태조사”(조사기간 : 2006. 7. 1. ~ 2006. 11. 30.)를 실시하였다.

실태조사 결과, 유사한 주제의 선행 연구들과 마찬가지로 상당수의 학생선수들이 코치 등 지도자와 선배들에 의한 신체적, 언어적 폭력에 노출되어 있고, 일부 학생선수들은 성적 폭력을 경험한 사실이 보고되었으며, 각종 대회 참가에 따른 수업 결손 등 학습권 침해 실태도 재차 확인되었다. 또한, 교육인적자원부와 대한체육회 등 관계기관에서는 최근 학생선수 인권 침해 개선 방안을 다각도로 마련하여 시행하고 있으나 일선 학교체육 현장에서는 실질적인 효과가 나타나지 않고 있고, 오히려 다수의 대책들이 유명무실하게 집행되고 있는 것으로 보고되었다.

위 실태조사 보고서를 토대로 학생선수의 인권 상황에 대한 사회적 여론을 환기하고 이를 근본적으로 개선하기 위한 정책 대안을 모색하기 위하여 국가인권위원회는 2007. 5. 1. 『학생운동선수 인권상황 실태조사 결과발표 및 정책토론회』를 개최하였고, 2007. 7. 18. 관련 전문가들을 초청하여 『학생선수 인권 개선을 위한 전문가 정책간담회』를 개최하여 효과적인 정책 개선 방안을 토론했으며, 2007. 11. 30. 관계기관 실무책임자들과 전문가들이 공동 참여하는 『학생선수 인권 개선을 위한 인권정책관계자협의회』를 개최하여 엘리트스포츠정책의 전환과 학생선수의 인권 보장을 위한 정책 개선 방안을 중점 협의하였다.

한편, 최근 국회는 『학원스포츠 정상화를 위한 촉구 결의안』(2007. 11. 22. 국회 본회의 의결)을 통과시켜 학원스포츠의 정상화를 위한 정부의 노력을 촉구하였다. 이 결의안에서 국회는 학생들이 공부와 운동을 병행할 수 있도록 학생체육대회의 평일 개최를 금지하고 최저학력제를 도입할 것, 학교의 합숙소를 점진적으로 폐지할 것, 전국소년체전을 교육적 목적에 충실한 청소년 축제로 전환할 것, 학교스포츠클럽의 활성화를 위해 노력할 것 등을 정부에 촉구하고, 조속한

시일 내에 구체적인 조치를 취한 뒤 국회에 보고하도록 하였다. 이에 따라 교육 인적자원부와 문화관광부는 공동으로 “학교운동부 정상화 방안 수립을 위한 실무 T/F팀”을 구성하여 학교운동부 제도개선 및 전국(소년)체육대회 개선 방안을 마련, 2008. 2.경 국회에 보고할 예정으로 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 학생선수 인권 개선을 위한 실태조사 및 정책검토를 실시한 결과, 학생선수 인권 개선을 위한 정책적, 제도적 개선 방안을 시급히 마련할 필요가 있다고 판단되어 「국가인권위원회법」 제19조 제1호 및 제25조 제1항에 의거하여 정책 권고를 추진하기로 하고, 그 개선 방안을 검토하였다.

II. 판단 기준

1. 국제인권규범 및 기준

가. 세계인권선언

제1조, 제3조, 제5조, 제26조의 1, 2, 제27조의 1

나. 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약(ICESCR)

제10조의 3, 제13조의 1, 제15조의 1

다. 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)

제7조, 제9조의 1, 제24조

라. 아동의 권리에 관한 국제협약(ICRC)

제1조, 제3조, 제4조, 제4조, 제6조, 제19조, 제28조, 제29조, 제31조, 제34조

마. UNESCO 체육과 스포츠에 관한 국제 헌장(International Charter of Physical Education and Sport)

제1조, 제2조, 제3조, 제4조(동 국제 헌장의 내용은 별지 참조)

2. 국내 법규 및 기준

가. 「헌법」

제10조, 제12조, 제31조, 제37조

나. 「청소년기본법」

제2조, 제8조, 제49조

다. 「교육기본법」

제3조, 제12조 제1항

라. 「아동복지법」

제2조 1호, 제29조 1호~3호, 제40조 2호

마. 「국민체육진흥법」

제2조, 제14조 제1항

바. 국회, 「학원체육 정상화를 위한 촉구 결의안」(2007. 11. 22. 국회본회의 의결)

III. 학생 선수의 인권 침해 실태 및 문제점

1. 실태조사 개요

국가인권위원회가 연세대학교 산학협력단에 의뢰하여 실시한 <학생운동선수 인권상황 실태조사>는 초등학교 운동부에서 발생하는 학생선수에 대한 인권 침해 행위를 신체적, 언어적, 성적 폭력과 학습권 침해에 관한 폭력으로 분류하고, 그 실태를 운동종목별, 지역별, 성별, 학년별로 나누어 파악하였다.

연구팀은 '신체적 폭력'을 '단체생활, 훈련과정 및 성적부진의 이유로 신체에 대하여 체벌 및 구타하는 행위'로, '언어적 폭력'을 '지도자나 운동선수 선배들이 학생운동선수에게 언어적으로 인격 모독 및 굴욕감을 주는 행위'로, '성적 폭력(성추행)'을 '지도자나 운동선수 선배 등이 학생운동선수에게 신체적으로 접촉하

여 성적 수치심을 야기하는 행위'로, '학습권 침해에 관한 폭력'을 '각종훈련 및 대회 출전을 이유로 학생의 고유권한인 학습권을 침해하는 행위'로 정의하였다.

또한, 연구팀은 학생선수의 인권상황 실태 파악을 위해 전국 15개 시도, 총 746명의 초등학교 운동부 학생들을 대상으로 설문조사를 실시하였고, 설문조사 결과를 바탕으로 현장 지도자와 학부모, 행정입안자 등을 심층면접한 뒤 학계 전문가들과 세미나를 실시하여 정책적, 제도적 개선 방안을 검토하였다.

2. 학습권 침해 실태 및 개선 사항

가. 수업 결손 및 보충수업 미실시

(1) 조사 결과

설문조사에 응답한 남학생 운동선수 605명 중 118명(19.5%)과 여학생 운동선수 133명 중 43명(32.3%), 총 응답자 738명 중 161명(21.6%)는 하루 1~2교시(38명, 5.1%) 또는 3~4교시(123명, 17%)만 참여하는 등 평균 수업 참여시간이 5교시 미만으로 나타났다.

또한, 시합으로 인한 수업 불참 시 보충수업을 받는가라는 질문에 응답자 730명 중 438명(66%)이 보충수업을 받지 않는다고 응답하였고, 보충수업을 받는다고 응답한 247명 중 73명(29.6%)은 부모 또는 과외선생님에게 받는다고 응답하였다.

(2) 문제점 및 개선 사항

현재 교육부는 초등학교 학생선수들이 반드시 정규수업에 참여하도록 지침을 하달하고 있으나 아직도 높은 비율의 학생선수들이 정규수업에 충분히 참여하지 못하고 있는 것으로 확인되었다.

또한, 과도한 훈련과 시합 출전 등으로 인해 다수 학생선수들의 수업 결손이 발생하고 있고, 이에 대한 학교와 교육청 등 교육당국의 제도적 뒷받침도 부족한 것으로 판단된다.

따라서 학생선수의 학습권이 실질적으로 보장되도록 하기 위해서는 더욱 실효성있는 교육당국의 대책과 프로그램이 요구된다. 이를 위해서는 ① 일일 및

주당 운동시간의 기준을 마련하는 등 훈련 및 경기출전으로 인한 수업결손 금지 원칙을 더욱 강력하게 제도화하고, ② 각종 대회를 주말과 방학 기간을 이용하여 개최하도록 학생선수 참가대회 개최에 관한 가이드라인을 제시함으로써 수업결손을 실질적으로 최소화하는 방안을 강구하며, ③ 부득이 수업결손이 발생할 경우에는 학생선수 튜터링 제도와 같은 해외 선진 사례를 참고하여 체계적인 보충학습 프로그램을 제공할 필요가 있다고 판단된다.

나. 합숙소 운영 폐지 원칙의 미준수

(1) 조사 결과

운동부 활동을 하면서 합숙경험이 있는가라는 질문에 응답자 725명 중 341명(47%)이 운동부 활동을 하면서 합숙경험이 있다고 답하였는데, 종목별로는 개인종목의 54%, 단체종목의 47%, 개인종목의 35%가 합숙경험이 있는 것으로 나타났다.

또한, 연중 합숙일 수에 대해서는 합숙경험자 중 40.8%(139명)가 7일 이내, 43.1%(147명)가 8일 내지 30일이라고 답한 반면, 7.6%(26명)는 31일 내지 120일, 8.5%(29명)는 120일 이상이라고 답하였다.

한편, 심층면접 과정에서 전국소년체전 등 대회 입상을 위해 수개월 이상 합숙 훈련을 실시하고 대회가 임박하면 아예 수업을 참여하지 못한 채 훈련만 하도록 하는 시·도가 있고, 특히 테니스, 골프 등 일부종목 선수들은 거의 수업을 전폐한 채 훈련을 받는 사례들도 있는 것으로 보고되었다.

(2) 문제점 및 개선사항

2003. 천안 초등학교 축구부 합숙소 화재 참사 이후 교육부는 “학교체육 혁신방안(2005)”을 마련하여 초등학교 운동선수에 대한 합숙훈련을 금지하였으나 여전히 절반에 가까운 초등학교 학생선수들이 합숙을 경험하고 있는 것으로 나타나 제도와 현장의 괴리가 확인되었다.

열악한 합숙소 환경은 학생선수의 생명과 안전을 위협하고, 획일적인 합숙 훈련 프로그램과 폐쇄적이고 위계화된 합숙 공간과 문화는 학생선수의 자유로운 인격 형성과 발달을 저해하는 기제로 많은 전문가들이 비판하고 있는 바, 교육당국은 초등학교 합숙소 운영 금지 원칙을 더욱 분명하게 제도화하고, 이 원칙

을 위반하여 합숙소를 운영하는 초등학교에 대해서는 단계적인 제재 방안을 강구하며, 중·고등학교를 포함한 학교운동부 합숙소에 대한 전면 실태조사 등을 통해 보다 구체적인 개선 방안을 강구할 필요가 있다고 판단된다.

3. 언어적, 신체적, 성적 폭력 실태

가. 조사 결과

설문에 응답한 초등학교 학생선수 746명 중 554명(74.3%)이 언어적 폭력을 경험하였고, 559명(74.9%)이 신체적 폭력을 경험하였으며, 특히 111명(14.9%)은 성적 폭력(성추행)을 경험하였다고 답변하였다. 성추행 피해자 111명의 성별분포는 남학생응답자 611명 중 103명(16.8%), 여학생응답자 135명 중 8명(5.9%)으로 나타났다.

언어적, 신체적 폭력의 주된 가해자는 코치와 감독 등 지도자가 대부분(언어 폭력 : 69.0%, 신체 폭력 : 80.3%)이었으며, 성적 폭력의 가해자는 남학생의 경우 코치와 감독 등 지도자(피해자 103명 중 43명 응답), 운동선수 선배(41명 응답) 순이었고, 여학생의 경우는 대부분 지도자(피해자 8명 중 7명 응답)들로 나타났다.

신체적 폭력의 도구는 몽둥이(38.6%), 손(29.1%), 야구방망이나 테니스라켓 등 운동기구(13.2%), 회초리(7.2%), 발(4.3%) 등으로 나타났고, 죽도나 하키스틱으로 폭력을 당한 사례도 보고되었다.

주당 평균 신체적 폭력 피해 횟수는 3~4회 이상이 40.9%로 나타났고, 특히 11회 이상도 5.1%에 달하는 것으로 나타났다.

종목별로는 축구, 야구 등 단체종목 선수일수록 개인종목이나 대인종목 선수에 비하여 신체적, 언어적 폭력 피해가 더 심각한 것으로 나타났고, 성적 폭력 피해도 더 높은 비율로 나타났다.

성추행의 피해 부위와 관련하여, 피해 남학생 103명 중 25명(22.5%)은 '성기'라고 답하였고, 피해 여학생 8명 중 3명은 '가슴', 4명은 '엉덩이'라고 답하였다. 성적 폭력의 피해 장소를 조사한 결과, 남학생의 경우는 운동 연습 장소(37명), 합숙소(24명) 등의 순서로 나타났고, 여학생의 경우는 합숙소(4명), 운동부실(2명)

등의 순서로 나타났다.

한편, 폭력 피해를 경험한 학생일수록 운동부 후배를 때려본 경험(평균환산점수 5점 척도에 2.65점, 폭력 피해 경험이 없는 학생의 경우에는 평균환산점수가 1.85점)이 더 높게 나타나 피해자가 가해자로 변하는 폭력의 악순환 현상을 보여주고 있다. 또, 신체적 폭력 피해를 경험한 학생운동선수들이 그렇지 않은 선수에 비해 비교적 높은 운동 집착을 보이고, 승리 집착도 높게 상승하는 것으로 나타났으나 신체적 폭력은 실제 시합 성적에 크게 영향을 미치지 않는 것으로 보고되었다.

나. 문제점 및 개선사항

2005. 이후 교육인적자원부는 학생 선수 인권 침해에 대한 대책의 일환으로 시·도교육청과 지역교육청, 운동부 육성 학교별로 '학생선수보호위원회'를 설치하고, 시·도교육청 및 지역교육청 학교체육담당과에 선수고충처리센터를 설치, 운영하도록 하였다. 대한체육회도 선수보호위원회를 설치하고 시·도체육회별로 선수고충처리센터를 설치, 운영하도록 하였으며, 폭력 행위가 접수되면 조사를 실시하여 3회 이상 적발 시에는 가해자를 영구 제명하는 삼진아웃제도를 시행하고 있는 등 최근 형식적으로는 학생 선수 인권 보호 장치를 마련하고 있다.

그러나 위 실태조사 결과는 학생선수의 인권 침해 사례들이 이슈화되어 사회적으로 공론화되고, 교육당국과 체육단체 차원의 각종 대책들이 수립, 시행되어 온 최근에도 여전히 대다수의 학생선수들이 언어적, 신체적 폭력을 경험하고 있음을 보여주는 것으로 교육부와 대한체육회 등의 학생선수 인권 보호 대책이 실질적인 효과를 거두지 못하고 있음을 의미하는 것으로 판단된다. 특히, 성추행을 경험하는 학생들도 일부 있는 것으로 나타나 시급한 대책 마련이 필요한 것으로 판단된다.

따라서 학생선수에 대한 언어적, 신체적, 성적 폭력을 예방하고 근절하기 위해서는 기존의 형식적·임시적·미온적인 각종 대책을 넘어서는 실질적·지속적·근본적인 개선 대책이 교육당국과 체육계 차원에서 마련될 필요가 있다.

이를 위해 교육인적자원부와 문화관광부, 대한체육회는 한층 강화된 형태의 "학생선수 폭력 예방 및 인권 증진을 위한 종합 대책"을 마련하여 학생선수 지도자의 자격 기준을 강화하고, 폭력·성추행 가해자에 대하여는 조사결과 그 정

도가 중한 경우 명확한 법적 조치 및 영구 자격 박탈 등 엄격한 제재가 이루어지도록 할 필요가 있다. 또한, (학생)선수보호위원회 및 고충처리센터 등 현재 유명무실하게 운영되고 있는 제도들을 전면 재검토하여 교육인적자원부의 소관 법령에 근거를 둔 법적 기구로 개편하고, 개별 학교장의 관리, 감독 책임을 명확히 규정할 필요가 있다고 판단된다.

한편, 학원 스포츠 전반의 폭력 및 성추행 사태에 대한 국가적 차원의 정기 조사를 실시하여 정확한 통계 데이터를 공표하고 그 대책을 강구하도록 할 필요성도 제기된다. 특히, 이번 인권정책관계자협의회에서 국회 안민석 의원과 참석 전문가들은 학생선수 대상의 성추행 및 성폭력 사태가 심각하며, 이에 대한 시급한 조사와 대책 마련이 필요하다고 강조하였다.

4. 학원 스포츠 구성 주체의 인식 상황 및 문제점

가. 학생선수·학부모

공부와 운동의 양자택일적 진로로서 운동을 선택한 후 상급학교 진학과 대학 입학 특례, 직업시장 진출이라는 목표에 최우선적 관심을 갖고 있고, 이를 위해서는 소년체전 등 각종 경기대회에서 높은 성적이 필요하므로 학습권이나 인격권이 침해 또는 유보될 수 있다는 인식을 보이며, 지도자의 저임금과 왜곡된 후원 구조로 인해 학부모는 과도한 재정부담을 떠맡고 있다. 그러나 현실적으로 대다수의 학생선수들은 상급학교 진학 및 직업선수 진출, 각종 대회의 입상 등을 향한 경쟁에서 중도 탈락할 수밖에 없는 상황이며, 그동안 학업을 병행하지 못하고, 일반 학생들과도 고립된 생활을 지속해온 학생선수의 경우는 학교에 대한 재적응 과정에서나 사회 진출 과정에서 재차 소외와 배제를 경험할 가능성이 높다.

나. 지도자 (코치 및 감독)

평균 100만원 안팎의 저임금과 1년 단위 계약직(일용잡직)이라는 고용상의 신분 불안, 체육계의 연합적 경쟁구조 등으로 인해 단기적 대회 성적에 집착하고, 이를 위한 방편으로 구타 등 권위주의적 훈육방식의 필요성을 강조하며, 실제로 과학적·대안적 경기지도 및 훈련법을 전수받은 경험이 부족하다. 그러나 훈련·경기출전·진학 등에 있어 학생선수 및 학부모에 대한 절대적인 권한을 행

사하는 위치에 있으며, 이로 인해 일부 지도자들의 인권 침해와 자의적 권한 남용, 스카우트 비리 등이 발생하고 있다.

한편, 학원스포츠 지도자의 경우 전국적으로 1만 명에 달하는 것으로 알려지고 있는데, 이들의 임금 체계 및 고용상의 신분 상태 등에 대해서는 정확한 실태가 보고되지 않고 있어 향후 체계적인 실태조사가 필요하다.

다. 학교(교사, 학교장)

일부 학교에서 학업과 운동을 병행하려는 노력이 성공하는 경우가 있고 이러한 사례가 간헐적으로 언론의 관심을 받고 있으나, 대다수 학교에서는 각종 경기대회의 성과에 따른 제도적 보상기제(지도교사의 체육특기지도자 연구대회 참가 자격 부여 및 승진 가산점 부여 등)와 학교장 등의 인식 부족으로 인해 학생 선수들의 수업 결손이나 인권 침해 실태에 대한 관심과 개선 의지가 적다. 학교 운동부와 일반학생들 간의 시간적, 공간적, 관계적 분리를 해소하기 위해 스포츠와 교육을 매개로 한 통합적 프로그램을 마련할 필요성에 대해서도 인식이 낮다.

라. 교육청·교육인적자원부

대전광역시 등 일부 시도 교육청을 중심으로 학원스포츠정책에 대한 개선 흐름이 있으나 다수 교육감들은 여전히 소년체전과 전국체전에서 해당 시도의 성적과 메달에 집착하여 경쟁을 독려하는 경향을 보이고 있는 것으로 평가되고, 각 시·도교육청의 학교체육보건과의 학교체육 업무 가운데 전국체전 및 소년체전 장학 업무가 절대적 비중을 차지하고 있어 사실상 학교체육보건과의 업무는 5월의 소년체전 대비로부터 시작하여 10월의 전국체전을 끝으로 한 해의 주요 업무가 마무리 된다고 할 만큼 편중되어 있다는 비판이 제기되고 있다. 체육특기자선발제도와 학교운동부시스템의 개편에도 소극적이라는 평가이며, 교육인적자원부 등의 행정적 체계와 인력, 예산 등도 열악한 상황으로서 학원스포츠에 대한 정책적 고려가 현저히 부족한 상황이다. 교육인적자원부의 경우 현재 학교급식보건체육팀에서 관련 업무를 수행하고 있으나, 이 팀은 학교체육뿐만 아니라 급식과 보건 업무까지 포괄하고 있어 실질적으로 학교체육 업무를 담당하는 인력은 2인에 불과한 상황이며, 이는 각 시·도교육청의 행정체계에서도 유사한 양상을 보이고 있다.

마. 각 경기연맹단체·대한체육회·문화관광부

대한체육회와 각 경기연맹 등 체육단체는 권위주의 시기 이래로 엘리트 스포츠 위주의 국가정책을 구현하는 핵심적 집행 단위로서 아직도 올림픽 등 국제대회의 메달 수와 색깔만을 중시하는 경향을 보이고 있고, 우수 선수를 발굴 육성하고 경기력을 향상함으로써 국제대회에서 우수한 성적을 거둬으로써 국가경쟁력과 국가이미지를 제고한다는 개발연대의 목표를 극복하지 못하고 있다는 평가를 받고 있다. 전국소년체전과 전국체전(고교부)에 대한 제도적 개선 방안에 대하여도 소극적이며, 근래 학생선수 인권 침해 문제가 사회화되자 선수보호위원회 등 대책을 마련하였으나 대부분 형식적으로 운영하고 있는 상태이며, 오히려 가해자를 보호하는 기제에 머물고 있다는 비판도 제기되고 있다.

또한, 문화관광부(체육국)는 국가의 스포츠정책의 주무부처로서 여전히 동계올림픽, 세계육상선수권대회, 아시안게임 등 국제대회 유치에 국가적 차원의 정책역량과 자원을 대규모로 투입하고 있고, 학원스포츠를 포함한 스포츠정책의 정상화와 학생선수 인권 보호에 대하여는 소홀하다는 평가이다.

5. 학생선수 인권 보장을 위한 제도적 개선 과제

가. 엘리트스포츠 정책의 인권 친화적 전환

학생 선수의 학습권 침해와 폭력 문제는 실상 동전의 양면과 같은 현상으로 학원 스포츠의 구성 주체들을 성적지상주의와 과잉 경쟁의 구조로 내모는 국가의 엘리트 스포츠 정책의 부정적 효과와 맞닿아 있으며, 이러한 정책 패러다임의 인권 친화적 전환을 위한 정부와 교육기관, 체육단체들의 명확한 인식과 정치적 의지가 요청된다.

따라서 학생선수의 학습권을 보장하고, 이들에 대한 언어적, 신체적, 성적 폭력을 예방하고 근절하기 위해서는 앞에서 살펴본 것처럼 각각의 문제들에 상응하는 효과적 개선방안을 강구하여 추진함과 동시에 이러한 문제점을 조장하는 주요 제도적 문제점을 개선할 필요성이 있다. 특히, 학업과 운동을 병행하도록 하기 위한 제도적 기제로서 최저학업기준인정제도를 도입하고, 과도한 훈련과 경쟁, 구타 등을 유발하고 있는 현 전국(소년)체전 개최 방식을 재검토할 필요가 있다고 판단된다.

나. 최저학업기준인정제도의 도입

많은 전문가들이 학생선수의 학습권 침해를 조장하는 결정적 원인으로 각종 대회의 입상성적만을 위주로 상급학교 진학이 결정되는 '체육특기자선발제도'를 지목하고 있다. 따라서 근본적으로 '체육특기자선발제도'를 개선하여 학업성적을 포함한 학교생활 전반에 대한 내용(학업성적, 특기적성활동, 봉사활동 등) 중심의 선발 전형이 가능하도록 해야 한다는 요구가 높다. 이를 위해 우선적으로는 상급학교 진학, 학생선수의 등록 및 대회 참가 기준 등에 최소 수준의 학업성취 기준을 제시하는 내용의 "최저학업기준인정제도"를 도입할 필요가 있다. 미국 NCAA(National Collegiate Athletic Association, 전미대학체육협회)는 일정 기준 이상의 학생선수만 진학 및 대회 참가를 허용하는 규정을 갖고 있고, 최근 우리나라에서도 학업석차 90%를 입학에 필요한 최저기준으로 정한 서울체고의 사례나 금년부터 학업과 운동을 병행하도록 하여 사회적 주목을 받고 있는 연세대학교 농구부의 사례 등을 참고할 수 있다.

최근 국가인권위원회가 개최한 인권정책관계자협의회에서도 대부분의 관계기관 및 전문가들은 "최저학업기준인정제도"를 도입할 필요성에 공감하였으며, 교육인적자원부와 대한체육회 등도 제도 도입의 필요성을 인정하고 있다. 대한체육회는 2004.에 8개년에 걸친 단계적 제도 시행안을 마련하여 국회에 제출한 바 있는데, 그 내용은 1년간 최저학업기준인정제의 사전 예고를 실시한 뒤 중학교 1학년부터 최초 학년석차 90% 이내의 기준을 적용하고, 매년 적용대상 범위를 확대하고 석차 기준을 단계별로 상향한 뒤 마지막 해에는 중·고등학교 학생선수 전체에 대하여 학년석차 70% 이내의 기준을 적용하도록 하는 것이다.

다. 전국(소년)체전 개최 방식의 개선

초등학생 시기부터 과도한 훈련과 경쟁의 장으로 밀어넣고, 이 과정에서 장기간의 수업 결손 및 합숙훈련, 구타 등의 폭력을 유발하는 전국(소년)체전의 문제점도 반드시 개선할 필요성이 있다. 이를 위해서는 ① 지역별 리그제 도입 및 유소년스포츠 축제로의 전환, 전국소년체전의 참가 대상에서 초등학생 제외 조치 등을 통해 전국(소년)체전 등의 대회를 획기적으로 개선하고, ② 과열 경쟁을 유도하는 행정적 유인구조(체육특기지도자 연구대회, 담당공무원의 승진 기제 등)를 개편하기 위한 노력이 필요하고, ③ 전국(소년)체전의 주관기관을 문화관

광부에서 교육인적자원부로 이관하는 한편, 전국대회의 순위 경쟁을 극복하기 위한 전국 16개 시·도 교육감들의 정책적 결단이 요청된다.

한편, 학원스포츠 지도자들의 고용 및 처우 조건의 개선, 학원스포츠 구성주체들의 인식 개선, 학원스포츠 정책 추진 체계의 미비점 개선 등도 향후 학원스포츠의 정상화를 위해서 적극적으로 검토해야 할 과제로 판단된다.

IV. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이, 초등학교 학생선수들을 포함한 다수의 학생선수들이 학습권 및 신체의 자유 등 인권을 침해당하고 있고, 관계기관들은 각종 대책을 마련하여 시행해오고 있으나 실제로 문제를 개선하기에는 여전히 부족한 점이 많은 상황이다. 따라서 정부와 교육기관, 체육단체들로 하여금 문제의 심각성에 대한 명확한 인식과 반성을 촉구하는 한편, 구체적인 정책 개선 과제에 대한 실질적 대책 방안을 마련하여 시행하도록 할 필요가 있다고 판단하여 「국가인권위원회법」 제19조 제1호 및 제25조 제1항의 규정에 따라 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2007. 12. 13.

국가인권위원회 상임위원회

위원장 안경환 위원 김호준 위원 정강자 위원 최경숙

10 2008. 1. 14.자 국립중앙도서관 입관제한 위헌확인 사건에 대한 의견

국가인권위원회는 헌법재판소에 계류중인 국립중앙도서관 입관제한 헌법소원 심판청구 사건이 아동에 대한 「헌법」 제10조의 행복추구권과 「헌법」 제11조의 평등권과 관련하여 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”이라 판단하여 「국가인권위원회법」 제28조 제1항 규정에 의하여 헌법재판소에 의견을 제출

【결정요지】

국립중앙도서관의 18세 미만의 초중고생 입관 제한은 비례의 원칙(과잉입법금지 원칙)에 비추어 볼 때 국립중앙도서관의 행정적인 기능을 수행하는 데에 있어서 「도서관법」 및 이 사건 협약에 보장된 아동의 정보접근권을 필요한 범위를 넘어 과도하게 제한하고 있으므로 결국 「헌법」 제10조의 행복추구권 및 헌법 제11조의 평등권을 정당한 사유 없이 침해하고 있는 것으로 판단

【판단기준】 헌법 제10조, 제11조, 아동의 권리에 관한 협약

【주 문】

국가인권위원회는 헌법재판소에 계류중인 위 제목기재의 헌법소원심판청구사건(이하 “본 사건”)이 아동에 대한 「헌법」 제10조의 행복추구권과 「헌법」 제11조의 평등권과 관련하여 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”이라 판단하여 「국가인권위원회법」 제28조 제1항 규정에 의하여 헌법재판소에 다음과 같이 의견을 제출한다.

【이 유】

1. 본 사건과 아동의 권리에 관한 협약

가. 청구인의 주장

청구인이 주장하는 바는 아래와 같다.

(1) 청구인은 2007. 2.경 헌법재판소에 대하여 본 사건을 위한 헌법소원심판청구를 제기할 당시 1990년생으로서 만 17세인 서울시 외국어고등학교에 재학중인 학생이다.

(2) 피청구인이 국립중앙도서관의 이용대상자를 “18세 이상인 자”와 “18세 미만의 대학생 및 근로청소년”으로 한정하여 청구인과 같은 18세 미만의 초중고생이 국립중앙도서관에 입관하여 각종 자료를 이용할 수 없도록 제한하는 것[국립중앙도서관이용규칙(2003. 12. 10. 문화관광부령 제83호로 개정된 것, 이하 “이 사건 이용규칙”) 제5조에 따라 제정된 국립중앙도서관 이용규칙 시행세칙(이하 “이 사건 시행세칙”) 제3조 제1항]은 18세 미만의 고교생인 청구인의 행복추구권(헌법 제10조)과 평등권(헌법 제11조)을 침해한다고 주장하고 있다.

나. 국립중앙도서관의 주장

청구인의 위와 같은 주장에 대하여 피청구인은 다음과 같이 주장하고 있다.

(1) 국립중앙도서관은 국가대표도서관으로서 공공도서관 등 다른 도서관과는 그 존립의 목적과 기능이 서로 다르기 때문에 자료의 이용을 주된 목적으로 하는 공공도서관 등과의 차이가 있다.

(2) 국립중앙도서관이 18세 미만 초중고생에 대하여 18세 미만의 대학생 및 근로청소년과 동일하게 아무런 제한 없이 입관을 허용할 경우에는 국립중앙도서관이 독서실(공부방)로 전락하거나 중요한 자료가 훼손될 가능성이 높아 위와 같은 존립목적과 부합하지 않는 결과를 초래하게 된다.

(3) 국립중앙도서관에 보존되어 있는 성인용 잡지 등에 대하여 청소년이 접근하는 것을 제한할 필요성이 있으나, 방대한 양의 자료를 접근가능한 연령에 따라 구분, 분리하는 것은 현실적으로 불가능하다.

(4) 18세 미만 초중고생은 자료의 이용을 주된 목적으로 하는 공공도서관이나 국립어린이청소년도서관 등을 이용할 수 있다. 그리고 국립중앙도서관에만 비치된 자료를 이용하여야 할 특별한 사정이 있을 때에는 피청구인은 이들의 이용(입관)을 허용하고 있다(청소년자료이용신청서 활용; 이 사건 시행세칙 제3조 제1항 제2호). 그러므로, 이들의 국립중앙도서관의 이용은 제한되고 있지 않다.

다. 본 사건의 쟁점과 아동의 권리에 관한 협약 상의 아동의 권리

(1) 청구인 및 피청구인의 위와 같은 주장에 따르면, 본 사건의 쟁점은 이 사건 이용규칙 제5조에 따라 제정된 이 사건 시행세칙 제3조 제1항이 18세 미만의 자 가운데 대학생 및 근로청소년을 제외한 나머지 사람에 대하여 국립중앙도서관의 입관(이용)을 제한(금지)한 규정을 둔 것이 청구인의 헌법상의 기본적 인권(「헌법」 제10조의 행복추구권과 「헌법」 제11조의 평등권)을 침해하였는지의 여부에 있다.

(2) 청구인은 만 18세 미만의 사람으로서 대한민국이 1991. 11. 20. 가입, 비준한 「아동의 권리에 관한 협약」(이하 “이 사건 협약”) 제1조 소정의 아동에 해당된다. 그러므로 청구인과 피청구인의 주장에는 언급되어 있지 않지만, 아동인 청구인이 침해되었다고 주장하는 「헌법」 제10조의 행복추구권 및 「헌법」 제11조의 평등권의 구체적인 내용은 이 사건 협약에 자세하게 규정되어 있다. 청구인과 피청구인의 위와 같은 주장에 비추어 볼 때, 이 사건 협약의 내용에 본 사건과 관련된 내용을 보면 다음과 같다.

제1조 : “아동”이라 함은 아동에게 적용되는 법에 의하여 보다 조기에 성인 연령에 달하지 아니하는 한 18세 미만의 모든 사람을 말한다.

제2조 제1항 : 당사국은 자국의 관할권 안에서 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고, 각 아동에게 보장하여야 한다.

제3조 제1항 : 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.

제4조 : 당사국은 이 협약에서 인정된 권리를 실현하기 위하여 모든 적절한 입법적, 행정적 및 여타의 조치를 취하여야 한다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관하여 당사국은 가용자원의 최대한도까지 그리고 필요한 경우에는 국제협력의 테두리 안에서 이러한 조치를 취하여야 한다.

제17조 : 당사국은 대중매체가 수행하는 중요한 기능을 인정하며, 아동이 다양한 국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료, 특히 아동의 사회적·정신적·도덕적 복지와 신체적·정신적 건강의 향상을 목적으로 하는 정보와 자료에 대한 접근권을 가짐을 보장하여야 한다. 이 목적을 위하여 당사국은,

① 대중매체가 아동에게 사회적·문화적으로 유익하고 제29조의 정신에 부합되는 정보와 자료를 보급하도록 장려하여야 한다.

② 다양한 문화적·국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료를 제작·교환 및 보급하는데 있어서의 국제협력을 장려하여야 한다.

③ 아동도서 제작과 보급을 장려하여야 한다.

④ 대중매체로 하여금 소수집단에 속하거나 원주민인 아동의 언어상의 곤란에 특별한 관심을 기울이도록 장려하여야 한다.

⑤ 제13조와 제18조의 규정을 유념하며 아동 복지에 해로운 정보와 자료로부터 아동을 보호하기 위한 적절한 지침의 개발을 장려하여야 한다.

제31조

제1항 당사국은 휴식과 여가를 즐기고, 자신의 연령에 적합한 놀이와 오락활동에 참여하며, 문화생활과 예술에 자유롭게 참여할 수 있는 아동의 권리를 인정한다.

제2항 당사국은 문화적·예술적 생활에 완전하게 참여할 수 있는 아동의 권리를 존중하고 촉진하며, 문화, 예술, 오락 및 여가활동을 위한 적절하고 균등한 기회의 제공을 장려하여야 한다.

(3) 이 사건 협약 상의 규정을 종합해보면, 청구인과 같은 아동에게는 정보 및 자료에 대한 접근권과 문화적, 예술적 활동에 참여할 권리가 평등하게 보장되어야 한다. 또한 이와 같은 정보와 자료의 접근권의 보장은 청소년에게 해가 될 수 있는 불필요한 정보로부터 청소년을 보호하기 위한 적절한 지침의 개발과 함께 이루어져야 하고(이 사건 협약 제17조 ①호), 문화생활과 예술에 참여할 권리는 아동의 연령에 적합한 내용이어야 함을 전제로 하고 있다(이 사건 협약 제31조 제1항). 그리고 국가는 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여 가용자원의 최

대한도까지 이러한 아동의 권리를 보장하기 위한 조치를 취하여야 한다(이 사건 협약 제3조 제1항, 제4조).

(4) 그렇다면 헌법재판소에서 피청구인이 이 사건 시행세칙을 제정하고 이에 따라 청구인과 같은 아동의 입관을 제한하는 것이 「헌법」 제10조의 행복추구권과 「헌법」 제11조의 평등권을 침해하는지를 판단함에 있어서는 청구인과 같은 아동이 향유하여야 할 행복추구권과 평등권의 내용을 구체화하고 있는 국제조약인 「아동의 권리에 관한 협약」의 위와 같은 규정이 적용되어야 할 것이다.

2. 기본권의 침해 여부

「헌법재판소법」 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해”받은 경우에 헌법소원심판청구를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 이하에서는 피청구인의 이 사건 시행세칙 제3조 제1항 및 이에 따른 입관제한이 공권력의 행사에 의한 기본권의 침해에 해당됨을 설명하고자 한다.

가. 공권력의 행사의 요건

도서관은 자료(인쇄자료, 필사자료, 시청각자료, 마이크로형태자료, 전자자료 그 밖에 장애인을 위한 특수자료 등 지식정보자원 전달을 목적으로 정보가 축적된 모든 매체; 이하 “도서관자료”)를 수집·정리·분석·보존하여 공중에게 제공함으로써 정보이용·조사·연구·학습·교양·평생교육 등에 이바지하는 시설을 말한다(현행 「도서관법」 제2조 제1호 및 제2호). 이러한 도서관은 국민의 정보접근권과 알 권리를 보장하여 사회 전반에 대한 자료의 효율적인 제공과 유통, 정보접근 및 이용의 격차해소, 평생교육의 증진 등 국가 및 사회의 문화발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다(현행 「도서관법」 제1조). 이러한 목적을 가진 도서관 가운데 국립중앙도서관과 공공도서관은 다른 형태의 도서관과는 달리 도서관법에 따라 일반 공중에게 개방할 목적으로 설치된 공공시설에 해당된다(현행 「도서관법」 제2조 제4호, 제19조 제1항, 이 사건 시행세칙 제3조 제1항).

이러한 도서관 가운데 국립중앙도서관은 문화관광부장관에 의하여 그 소속 아래 국가를 대표하는 도서관(국가대표도서관)으로서 설치되었으며 일반 공공도서관과는 다른 여러 가지 업무(예를 들면, 종합계획에 따른 관련 시책의 시행, 국

가 서지 작성 및 표준화, 정보화를 통한 국가문헌정보체계 구축, 도서관발전을 위한 정책 개발 및 조사연구 등)를 수행하고 있다(현행 「도서관법」 제18조 제1항 및 제19조 제1항; 현행 「도서관법」은 2006. 10. 4. 법률 제8029호로서 전부 개정되어 그 법률명이 「도서관 및 독서진흥법」에서 현재의 명칭으로 변경되었다). 이와 같이 공공정책을 수행하는 국립중앙도서관의 조직 및 운영 등에 관하여는 대통령령으로 정하도록 하고 있다(현행 「도서관법」 제18조 제3항).

이상에서 본 바와 같이 국립중앙도서관은 일정한 정책목적과 업무를 수행하기 위하여 법령에 따라 설립된 행정조직 및 공공시설이다. 따라서, 피청구인이 이 사건 시행세칙 제3조 제1항에 따라 대학생 및 근로청소년을 제외한 18세미만의 아동에 대하여 국립중앙도서관의 입관을 제한(금지)하는 조치를 취하는 것은 전형적인 공권력의 행사에 해당되는 행위이다. 이와 같이 입관을 제한하는 이 사건 시행세칙은 피청구인 내부의 의사표시에 불과한 행정규칙에 해당된다고 하더라도 청구인은 이 사건 시행세칙으로 말미암아 직접적인 기본권의 침해를 받았다. 그러므로 청구인은 피청구인이 이 사건 시행세칙에 따라 내린 구체적인 입관불허조치 뿐만 아니라 이 사건 시행세칙 제3조 제1호 그 자체에 대하여도 헌법소원심판청구를 제기할 수 있다(헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌마29 결정).

나. 기본권의 침해의 요건

현대 생활에 있어서 도서관은 다양한 정보와 활동에 접근, 참여할 수 있는 주요한 정보공급원에 해당된다. 국립중앙도서관도 이러한 취지에서 국민의 정보접근권과 알 권리의 충족에 부합하는 일정한 정책목적과 업무를 수행하기 위하여 법령에 따라 설립, 운영되어 일반 공중에게 개방되는 공공시설이다. 그러므로, 국립중앙도서관을 비롯한 공공도서관의 이용은 단순히 국가의 시혜적인 편의제공의 차원을 넘어서 국민의 주관적 권리의 형태로 보장되어야 할 생활영역에 해당된다.

이러한 취지에서 현행 도서관법, 동 시행령 및 동 시행규칙의 규정은 국민에게 공중일반에 개방되는 공공시설에 해당하는 도서관에 입관하거나 기타의 방법(예를 들면 도서관서비스)을 이용하여 도서관자료에 접근할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 아울러 이러한 권리를 보장하는 데에 있어서 성인과 달리 아동(18세 미만의 청소년)의 이용권을 제한하는 어떠한 조항도 없다(이 점은 현행 도서

관범에 따라 제정된 동 시행령 및 동 시행규칙 뿐만 아니라 청구인이 헌법재판소에 대하여 본 사건을 위한 헌법소원심판청구를 할 당시인 2007. 2. 당시의 「도서관 및 독서진흥법 시행령」 및 동 시행규칙을 보아도 동일하다. 따라서 이 사건 시행세칙 제3조 제1항은 모범에 근거가 없는 위임입법에 해당된다. 한편, 이 사건 협약은 아동이 해가 될 수 있는 불필요한 정보로부터 보호될 수 있는 적절한 지침 아래 자신의 연령에 적합한 내용을 가진 정보 및 자료에 대하여 접근하고 문화적, 예술적 활동에 평등하게 참여할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 국립중앙도서관 및 공공도서관은 아동에 대한 주요한 정보공급원이 되므로 아동은 이 사건 협약에 따라 국립중앙도서관 및 기타 공공도서관에 입관하거나 기타의 방법으로 도서관자료에 접근할 수 있는 권리가 보장되고 있다.

「도서관법」 및 이 사건 협약이 아동에게 보장하는 위와 같은 내용의 권리는 아동이 공공설비를 자신의 기호대로 자유롭게 이용할 수 있는 일반적 행동자유권(「헌법」 제10조의 행복추구권)의 한 내용이다(헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 결정; 이 사건은 아동의 당구장 출입금지를 행복추구권의 한 내용인 일반적 행동자유권의 침해로 보고 있다). 따라서 아동이 국립중앙도서관을 이용하는 것을 제한하는 조치는 「헌법」 제10조의 행복추구권이 보호하는 생활영역을 침해하는 공권력의 행사에 해당된다.

이에 대하여 피청구인은 18세 미만의 초중고생은 자료의 이용을 주된 목적으로 하는 공공도서관이나 국립어린이청소년도서관 등의 이용이 가능하고, 국립중앙도서관에만 비치된 자료를 이용하여야 할 특별한 사정이 있을 때에는 이 사건 시행세칙 제3조 제1항 제2호에 따라 이용을 허용하고 있으므로 국립중앙도서관의 이용이 제한되고 있지 않다고 주장하고 있다.

그러나 피청구인의 이와 같은 주장은 타당하지 않다. 이 사건 시행세칙 제3조 제1항은 도서관 이용대상자를 18세 이상인 자로 한정하고 18세 미만이라고 하더라도 대학생 및 근로청소년의 도서관이용을 허용하고(제1호) 도서관 이용대상자가 아닌 자라도 “관장이 필요하다고 인정하는 자”(제2호)는 예외적으로 도서관의 이용을 허용하고 있다. 그리하여, 18세 미만인 아동 가운데 대학생 및 근로청소년을 제외한 나머지 아동의 경우에는 이용신청을 하여(이 사건 시행세칙 제4조 제1항) 피청구인의 허가를 받아야 비로소 국립중앙도서관에 입관할 수 있게 된다. 다시 말하면, 위와 같은 도서관 이용대상자가 아닌 아동이 국립중앙도서관

을 이용할 수 있는지의 여부는 오로지 피청구인의 재량에 달려 있다. 그러므로 도서관 이용대상자가 아닌 아동이 국립중앙도서관을 이용할 수 있는 권리는 언제든 제한될 수 있으며 실제로 제한된 경우도 많이 존재할 것이다. 나아가, 도서관 이용대상자가 아닌 아동의 경우에는 다른 공공도서관을 이용하거나 필요한 경우 기타 대출서비스를 통하여 국립중앙도서관을 이용할 수 있다는 점은 아동의 사실상의 편의 및 우회적인 이용가능성에 해당되는 사정에 불과하다. 그러므로 이러한 사실상의 사정을 들어 「도서관법」 및 이 사건 협약에 따라 국립중앙도서관을 이용할 수 있는 권리에 제한이 없다고 할 수는 없다.

다. 기본권 침해의 내용

피청구인이 이 사건 시행세칙 제3조 제1항(이 사건 시행세칙 제3조 제1항은 모법에 근거하지 아니한 위법한 규칙이다)에 따라 청구인과 같은 아동으로 하여금 국립중앙도서관을 이용하지 못하도록 제한하는 것은 도서관법 및 이 사건 협약이 보장하고 있는 아동의 정보접근권을 제한함으로써 「헌법」 제11조 소정의 행복추구권을 침해하고 동시에 아동을 나이를 이유로 하여 18세 이상인 사람과 달리 취급하는 차별행위에 해당된다(「헌법」 제10조의 행복추구권의 침해와 「헌법」 제11조의 평등권을 침해한 나이를 이유로 한 차별행위). 나아가 피청구인의 위와 같은 이용제한은 대학생 및 근로청소년이 아닌 아동을 대학생 및 근로청소년이라는 사회적 신분을 가진 아동과 달리 취급하는 차별행위에 해당된다(「헌법」 제11조를 침해한 사회적 신분을 이유로 한 차별행위).

3. 기본권 제한의 정당화 여부

피청구인의 위와 같은 이용제한은 공권력의 행사에 의한 기본권(「헌법」 제10조의 행복추구권과 「헌법」 제11조의 평등권)의 침해에 해당되므로 그러한 침해에 대한 정당화 사유가 없으면 헌법에 위반되게 된다. 이하에서는 기본권 제한의 정당성을 심사하는 기준인 비례의 원칙을 적용하여 피청구인의 위와 같은 입관제한이 헌법에 위반됨을 설명하고자 한다.

가. 정당성의 심사기준(비례의 원칙)

헌법재판소는 법률 및 행정기관의 행정작용이 기본권을 제한할 경우 그 정당성을 심사함에 있어서 비례의 원칙(과잉입법금지의 원칙; 목적의 정당성, 방법의

적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성의 네 가지 기준이 적용됨)을 심사기준으로 하고 있다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 등). 이와는 달리 「헌법」 제11조의 평등권의 침해에 대하여는 헌법재판소는 합리적 근거 없는 차별을 금지한다는 자의금지의 원칙(정당한 입법목적의 달성을 위하여 필요하고도 적절한 것인지의 합리성을 심사)을 적용하는 것을 원칙으로 하고 있다(헌법재판소 2000. 12. 14. 선고 99헌마112 결정; 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고, 2002헌바91, 94(병합) 결정, 등). 그러면서도, 헌법재판소는 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안되는 기준이나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우와 차별적 취급이 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 자의금지의 원칙보다 비례의 원칙을 심사기준으로 삼고 있다(헌법재판소 1999. 12. 23. 선고, 98헌마363 결정).

위에서 본 바와 같이 피청구인이 청구인과 같은 아동에 대하여 위와 같이 입관을 제한하는 행위는 18세 이상인 국민과 비교할 때에는 나이를 이유로 하고, 도서관 이용이 허용된 대학생 및 근로청소년인 아동과 비교할 때에는 사회적 신분을 이유로 하고 있다. 이 두 가지 경우 가운데 나이를 이유로 한 차별적 취급은 국립중앙도서관의 입관 자체를 금지시킴으로써 도서관법 및 이 사건 협약이 보장하고 있는 정보접근권을 중대하게 침해하고 있고, 사회적 신분을 이유로 한 차별적 취급은 「헌법」 제11조 제1항 및 이 사건 협약 제2조 제1항이 정하고 있는 차별금지사유(사회적 신분)를 이유로 하고 있다. 따라서 본 사건에 있어서 「헌법」 제11조의 평등권의 침해의 정당성을 판단할 때에도 「헌법」 제10조의 행복추구권의 침해에 대한 심사의 경우와 동일하게 비례의 원칙(과잉입법금지의 원칙)을 심사기준으로 삼는 것이 타당하다고 판단된다.

나. 본 사건에의 적용

헌법재판소의 결정례에 따르면, 본 사건에 있어서 기본권 제한에 대한 정당성의 심사기준으로 적용될 비례의 원칙(과잉입법금지의 원칙)은 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형을 요건으로 하고 있다. 이와 같은 내용의 비례의 원칙을 적용함에 있어서 중요하게 고려되어야 할 사항은 이 사건 협약이 아동의 권리에 관하여 체계적인 규정(이 사건 협약 제17조 및 제31조 등)을 두고 있으며 대한민국은 당사국으로서 이 사건 협약에서 보장된 권리를

실현하기 위하여 “아동의 최선의 이익을 최우선적으로 고려”하여야 하고 “가용 자원의 최대한도까지” 필요한 조치를 취하여야 할 명시적인 조약상의 의무를 부담하고 있다는 점이다(이 사건 협약 제3조 제1항, 제4조).

이러한 견지에서 심사를 해보면, 피청구인의 청구인에 대한 위와 같은 입관제한조치는 정당한 사유 없이 헌법에 보장된 행복추구권과 평등권을 침해하고 있다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 목적의 정당성

피청구인은 이에 관하여 국립중앙도서관은 국가대표도서관으로서 공공도서관 등 다른 도서관과는 다른 설립의 목적과 기능을 갖고 있으며 자료의 열람보다는 자료의 보존 및 도서 관련 정책수립과 실행 등(행정적 기능)을 주된 존립 목적으로 삼고 있다고 주장하고 있다. 아울러, 국립중앙도서관은 18세 미만자에 대하여 이용제한을 하지 않을 경우 국립중앙도서관이 독서실(공부방)로 전락할 우려가 있고, 중요한 자료가 훼손될 가능성이 있으며, 청소년에게 해가 될 수 있는 성인용 잡지 등의 불필요한 정보에 노출될 우려가 있기 때문에 이러한 사정을 방지하기 위하여 정신적으로 미성숙한 아동에 대한 입관제한(금지)은 필요하다고 주장하고 있다.

그러나, 피청구인의 이러한 주장은 타당하지 않다. 국립중앙도서관의 근거법인 「도서관법」 제1조에서는 “국민의 정보 접근권과 알 권리를 보장하는 도서관의 사회적 책임과 그 역할 수행에 필요한 사항을 규정하여”라고 도서관의 목적을 규정하고 있다. 이러한 목적규정에 따라 국립중앙도서관의 업무 가운데에도 피청구인이 주장하는 행정적인 기능(도서관 관련 정책수립과 집행 등) 이외에 다른 도서관과 동일하게 국민에게 자료를 제공하는 기능(「도서관법」 제19조 제1항 제2호의 “자료의 제공”)이 포함되어 있다. 그러므로 보다 많은 사람들이 국립중앙도서관이 소장·관리하는 정보자료에 접근·열람할 수 있도록 하는 것은 오히려 국립중앙도서관의 존립목적에 부합한다.

(2) 방법의 적절성 및 피해의 최소화

피청구인은 위와 같은 목적으로 국립중앙도서관이 아동 가운데 대학생 및 근로청소년이 아닌 나머지 아동의 입관을 원칙적으로 금지하고 피청구인이 인정하는 예외적인 경우에 한하여 입관을 허용하고 있다고 주장하고 있다(이 사건

시행세칙 제3조 제1항 제2호). 아울러, 피청구인은 국립중앙도서관에 보존되어 있는 성인용 잡지 등에 대하여 청소년이 접근하는 것을 제한할 필요성이 있으나 방대한 양의 자료를 접근가능한 연령에 따라 구분, 분리하는 것은 현실적으로 불가능하다고 주장하고 있다.

그러나 피청구인의 위와 같은 원칙적인 입관금지는 피청구인이 주장하는 목적을 달성하기 위한 방법으로서 적절하지 아니하며 도서관법과 이 사건 협약에 의하여 보장된 아동의 정보접근권을 원칙적으로 봉쇄하는 것으로서 필요최소한도의 범위를 넘어서고 있다. 그 이유를 보면, 다음과 같다.

첫째, 이 사건 시행세칙 제3조 제3항은 아동이 아닌 이용자에 대하여도 이미 “이용자는 필기도구를 제외한 개인 휴대품을 보관함에 넣고 도서관을 이용하여야 한다”고 규정하고 있다. 그러므로 피청구인은 이러한 제한을 통하여 초중고생인 아동들이 입관함으로써 국립중앙도서관이 공부방(독서실)으로 전락되는 것을 충분히 방지할 수 있다.

둘째, 이 사건 시행세칙 제7조는 자료이용의 일부제한에 관하여 규정하면서 “과손우려가 있는 자료”는 이용을 제한하고 있으며(제7조 제1항), 중요한 자료는 “담당직원의 입회하에” 이용하도록 규정하고 있다(제7조 제2항). 나아가 미풍양속을 해칠 수 있는 자료 또는 극영화, 선정적인 자료 등“은 이용을 제한할 수 있다(제7조 제3항). 그러므로 피청구인은 이러한 제한을 통하여 초중고생인 아동들이 성인용 잡지 등에 대하여 접근하는 것을 제한할 수 있을 것이고, 일정한 연령 아래의 아동의 경우에는 보호자의 동반을 요구하거나 아동열람실을 따로 개설하여 담당직원이 순찰을 하는 등의 방법으로 이러한 부작용을 충분히 방지할 수 있을 것이다.

셋째, 위에서 본 바와 같이 대한민국은 당사국으로서 이 사건 협약에서 보장된 권리를 실현하기 위하여 “아동의 최선의 이익을 최우선적으로 고려”하여야 하고 “가용자원의 최대한도까지” 필요한 조치를 취하여야 할 명시적인 의무를 부담하고 있다(이 사건 협약 제3조 제1항, 제4조). 그럼에도 불구하고, 피청구인이 주장한 바와 같은 단순한 행정편의를 위하여 아동의 입관을 원칙적으로 제한하고 예외적인 경우에 피청구인의 재량에 따라 허용하는 것(이 사건 시행세칙 제3조 제1항 제2호)은 위와 같은 제한의 목적을 달성하기 위한 방법으로서 적절하지 아니할 뿐만 아니라 이 사건 협약에 따른 아동의 정보접근권을 원칙적으로

금지함으로써 행정목적 달성을 위한 필요한 최소한도의 범위를 넘어서고 있다.

(3) 범익의 균형성

피청구인은 국립중앙도서관은 국가대표도서관으로서 공공도서관 등 다른 도서관과는 달리 자료의 열람보다는 자료의 보존 및 도서 관련 정책수립과 실행 등(행정적 기능)을 주된 존립목적으로 삼고 있으므로 아동의 정보접근권 보다는 이러한 행정적인 기능과 업무가 더 보호되어야 한다고 주장하고 있다. 이러한 견지에서 피청구인은 미국의 의회도서관 및 프랑스, 영국, 스위스 등의 국립도서관의 이용제한 실태를 제시하고 있다. 그러나 피청구인의 위와 같은 주장은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다.

첫째, 위에서 본 바와 같이 대학생 및 근로청소년이 아닌 아동에 대하여 입관을 허용한다고 하여도 국립중앙도서관의 국가대표도서관으로서의 행정적인 기능과 업무를 수행하는 데에 있어서 별다른 지장이 없다. 피청구인이 주장하는 국립중앙도서관의 행정적 기능에 대하여 아무런 방해가 없이 이 사건 협약 및 도서관법에 정하여진 아동의 정보접근권이 충분히 실현될 수 있다.

둘째, 위에서 본 바와 같이 대한민국은 당사국으로서 이 사건 협약에서 보장된 권리를 실현하기 위하여 “아동의 최선의 이익을 최우선적으로 고려”하여야 하고 “가용자원의 최대한도까지” 필요한 조치를 취하여야 할 명시적인 의무를 부담하고 있다(이 사건 협약 제3조 제1항, 제4조). 그러므로, 헌법재판소에서 범익의 균형성을 형량할 때에는 이 사건 협약에 따른 국가의 의무를 우선시하여야 할 것이다.

셋째, 외국의 국립도서관의 이용사례를 보아도 피청구인의 아동에 대한 위와 같은 이용제한은 타당하지 않다.

프랑스 국립도서관(미테랑도서관) : 학습도서관(Bibliothèque d'étude)과 연구도서관(Bibliothèque de recherche)으로 구분(별개의 층으로 구분)하여 학습도서관의 경우 16세 이상, 연구도서관의 경우 18세 이상으로 이용대상자를 제한

독일 국립도서관(프랑크푸르트와 라이프찌히 소재) : 18세 이상부터 이용 가능하나 18세 미만자의 경우 법정대리인(친권자 등)의 서면동의가 있으면 이용 가능(2006. 6. 29. 발효 이용규칙 제2조 제5호)

영국 국립도서관 : 18세 미만자도 방문 10일 전까지 신청서 작성하고(16, 17세의 경우), 성인과의 동반(12~15세의 경우)을 요건으로 이용 가능

위의 외국 사례에서 보듯이 각국의 국립도서관이 연령을 기준으로 이용대상자를 제한하고는 있지만 18세에 준한다고 볼 수 있는 연령대(16세 이상 18세 미만자)의 도서관 이용을 자유롭게 허용하거나(예, 프랑스) 우리나라의 국립중앙도서관의 경우보다는 상당히 완화된 요건 하에서 이용 가능하도록 하고 있다. 그리고 의회(국회)도서관의 경우에는 국립도서관과는 그 존립목적이나 기능이 다르기 때문에 우리나라의 국립도서관과 외국의 의회도서관의 이용대상자 현황을 평면적으로 비교하는 것은 적절하지 않다. 예를 들면, 우리나라의 국회도서관은 공중에 대한 정보제공기능을 위해서가 아니라 국회의 입법활동을 지원하는 것을 직무로 하고 있다(「국회도서관법」 제2조 제1항).

이상의 점을 종합하면, 아동에 대하여 국립중앙도서관의 입관을 제한함으로써 국립중앙도서관의 국가대표 도서관으로서의 행정적인 기능을 효과적으로 실현하고자 하는 공익은 아동에 대하여 입관을 허용한다고 하여도 별로 장애가 발생되지 아니할 뿐만 아니라 오히려 이 사건 협약에 따른 아동의 정보접근권의 보장과 대한민국이 당사국으로서 부담하는 조약상의 의무를 충실히 이행하는데 도움이 된다. 그러므로 법익의 형량이라는 관점에서 보더라도 피청구인의 위와 같은 입관제한은 보호하여야 할 공익이 아동의 정보접근권 보다 월등하지 않다.

다. 결론

결론적으로 피청구인의 위와 같은 입관제한은 비례의 원칙(과잉입법금지의 원칙)에 비추어 볼 때 국립중앙도서관의 행정적인 기능을 수행하는 데에 있어서 「도서관법」 및 이 사건 협약에 보장된 아동의 정보접근권을 필요한 범위를 넘어 과도하게 제한하고 있으므로 결국 「헌법」 제10조의 행복추구권 및 「헌법」 제11조의 평등권을 정당한 사유 없이 침해하고 있는 것으로 판단된다.

4. 이 사건 협약의 국내법적 이행

국가인권위원회는 “국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명”을 업무의 하나로 하고 있다(「국가인권위원회법」 제19

조 제7호). 그리하여 국가인권위원회는 대한민국이 가입, 비준한 국제인권조약이 현행 「헌법」 제6조 제1항에 따라 국내에서 이행되어 국내법과 같은 효력을 갖은 행위규범 및 재판규범으로서도 기능할 수 있도록 노력하여 왔다. 그러나 우리나라에서는 아직 이 사건 협약을 비롯한 국제인권조약이 법원 및 사법부에 의하여 재판규범으로 인용된 사례가 폭넓게 존재하지 아니하여 소위 국제인권조약이 국내법적 이행의 문제가 계속하여 제기되고 있다.

위에서 본 바와 같이 대한민국은 1991. 11. 20. 이 사건 협약을 가입, 비준하였으므로 이 사건 협약은 현행 「헌법」 제6조 제1항이 정한 “헌법에 의하여 체결 공포된 조약”으로서 대한민국의 국내법과 같은 효력을 가지고 있다. 그러므로 헌법재판소는 아동의 정보접근권의 보장과 제한에 관련된 본 사건을 심판함에 있어서 단순히 현행 헌법과 국내실정법의 관련법령의 해석뿐만 아니라 이 사건 협약에 보장된 아동의 권리 및 당사국의 의무에 관련된 조항의 체계적인 해석을 하여 피청구인의 위와 같은 입관제한이 헌법상으로 정당한지의 여부를 심사하여야 할 것이다. 헌법재판소가 이 사건 협약을 본 사건을 위한 재판규범으로 적용함으로써 이 사건 협약, 나아가서는 인류공통의 보편적인 규범인 국제인권조약 전부가 국내법적으로 폭넓게 이행되는 계기가 마련될 수 있기를 희망하고 있다.

국가인권위원회는 이와 같은 배경 아래에서 본 사건이 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”이라 판단하여 「국가인권위원회법」 제28조 제1항 규정에 의하여 헌법재판소에 이상과 같이 의견을 제출한다.

2008. 1. 14.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 안경환 김호준 최경숙 유남영 원형은 김태훈 유기원 정재근 조국 황덕남

Ⅲ 2002. 9. 9.자 교육부 학교생활규정(안)에 대한 의견

1. 학교생활규정(안) 전반에 대하여

1. 학교생활규정은 실제 학교공동체에 미치는 영향이 관련법보다 더 크고, 학생 인권의 악화 또는 침해소지가 있으므로, 국가인권위원회법 제19조의 규정에 의하여 다음과 같이 의견을 표명함.
2. 유엔 아동권리협약 제28조 제2항에서 규정한 바와 같이, 정부는 학교규율이 청소년의 인간적 존엄성과 합치하고 동 협약에 부합하도록 운영되는 것을 보장하기 위한 적절한 조치를 취하여야 함.
3. 교사는 학생을 통제하기 위하여 체벌을 하지만, 당사자인 학생들은 거의 대개가 체벌 때문에 생긴 불안감, 우울증, 학교강박증, 적개심 등 부정적 감정을 버리지 못함. 체벌은 통제와 권위에 수동적으로 반응하는 인간을 양성할 위험이 크므로 금지되어야 하며, 교육공동체는 회초리를 들지 않고도 교육적 효과를 낼 수 있도록 노력하여야 함.
 - 체벌은 학생들의 신체의 자유를 침해하는 것으로, 유엔 아동권리위원회는 처벌적 태도보다는 대화·협력·건설적 방향으로의 행동이 필요함을 강조하고 있음.
 - 학교에서의 징계는 타 학생에 대한 제재효과를 목표로 하기보다는 해당 학생의 인간적 존엄성을 존중하고 교육의 기회를 제공하기 위한 것이어야 함.
 - 따라서, 체벌의 근거가 되는 초·중등교육법 제18조 제1항 및 동법시행령 제31조 제7항을 개정하여 체벌금지를 적극적으로 수용하기 바람.
 - 또한, 징계에 대한 규정은 선언적인 것으로 충분하며, 징계에 관한 내용은 학교실정을 고려하되 교사·학부모·학생이 함께 참여하여 학칙으로 규정하도록 하여야 함. 따라서 동 예시안에서 규정한 체벌조항은 삭제하여야 함.
4. 학생이 학교에 관련된 당사자로서 학교의 운영에 참여할 수 있도록 「초·중등교육법」 제31조를 개정하여야 할 것임.
 - 교육기본법(제5조)은 '교직원·학생·학부모 및 지역주민 등은 법령이 정하

는 바에 의하여 학교운영에 참여할 수 있다'고 규정하고 있음.

- 그러나 초중등교육법(제31조)에서는 학교운영위에서 교육주체의 한 축인 학생 참여를 배제하고 있어 비민주적이며, 이는 교육기본법 제5조의 취지에 반한다고 할 수 있음.
 - 따라서 동 예시안에서는 중·고등학교 학생회에서 학교운영에 관한 사항을 의결할 수 없다고 규정한 사항은 교육기본법의 정신과 일치하도록 초중등교육법 제31조의 개정을 검토하여야 함.
5. 학교생활규정은 학생회, 교직원회, 학부모회 등 교육공동체의 의견을 수렴하여 학생이 이해하기 쉬운 언어로 규정하여야 함.
6. 예시안의 '목적'에서는 학생·학부모·교직원이 준수해야할 제반사항을 규정한다고 한 것과 달리 전반적 내용은 학생만을 주요 대상으로 삼고 있으므로, 그 내용에 교사 및 학부모에 관한 사항을 추가하여야 함.
7. 학교생활규정을 '...를 할 수 있다', '...을 보장 받는다'는 등의 권리중심으로 만들어, 학생들이 존중되어야 할 권리의 주체라는 사실을 교육공동체(학생, 교사, 교육전문가, 학부모 등)가 분명히 알게 하고, 그들의 인권보장을 위해 노력하여야 함.
- 학생들은 학교에서 입시위주의 주입식 교육, 교사와의 수직적 관계, 권위주의적 학습 분위기, 그들과 관계된 일에 대한 의사결정의 자율성 부재 등 열악한 학습 환경에 처해 있음.
 - 교육기본법 제12조는 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한 발휘될 수 있도록 장구되어야 한다고 규정하고 있음.
 - 따라서 예시안에서처럼 학생을 단지 효과적으로 교육시켜야 할 피교육자로, 나아가 규제와 통제의 대상으로 취급하기보다 권리의 주체로 대하며 학습자의 능력이 최대한 발휘될 수 있도록 하여야 함.
8. 장애학생들의 학습권 보장을 위한 학교와 교사의 의무, 통합교육과 관련한 규정을 마련해야 할 것임.

9. 각급 학교 및 도·농간 학교에 따라 생활규정을 달리 하여야 함에도 예시안의 규정이 거의 비슷함. 특히, 초등학교생활규정과 실업고등학교생활규정은 각 학교실정에 맞는 내용으로 규정하여야 할 것임.

II. 학교생활규정(안) 구체적 조항에 대하여

1. 학교생활규정의 목적

<예시안>

학생·학부모·교직원이 준수해야할 제반 사항을 규정, 학생들이 21세기 주역으로서 학교·지역사회·국가발전 및 범치주의 사회실현에 기여함(§2)

<평가>

유엔아동권리협약(제29조)에서는 교육의 목적을 ‘아동의 인격, 재능 및 정신적·신체적 능력의 최대한의 개발’과 ‘인권과 기본적 자유에 대한 존중’을 하게 하는데 두고 있으며, 우리나라의 교육기본법(제2조)은 ‘자주적 생활 능력과 민주 시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위’하게 함을 교육이념으로 명시하고 있음.

그러나 이 예시안은 어린이·청소년의 이익과 생존·발달을 보장하기보다 사회질서유지에 목적이 있는 듯한 인상을 줌. 위의 법이념에 맞고 오늘의 학생인권도 보장하는 내용을 포함하여야 할 것임.

2. 생활지도협의회

<예시안>

- 생활지도협의회는 본교 전직원으로 구성(§4②)
- 생활지도협의회는 직원조회 시 병행(§7)
- 구성은 교감, 생활지도부장...해당 학년부장(학부모대표:학교선택사항)으로 함(§8)

<평가>

「초·중등교육법」 제31조에서 학교운영위원회를 당해 학교의 교원대표·학부모대표 및 지역사회인사로 구성하게 한 점과 동 예시안 제2조(목적) 규정에서 그 적용범위를 학생·학부모·교직원으로 하고 있는 점 및 학생의 생활지도는 학교·가정·사회에서 종합적으로 이루어져야 함을 고려하여, 생활선도협의회에는 학부모와 지역사회인사의 참여가 기본적으로 전제되어야 함.

3. 폭력예방 수립계획

<예시안>

- 생활지도협의회는 학교폭력 예방계획을 수립, 별도의 ‘학교폭력추방위원회’ 심의 후 실행(§9)
- 학교폭력 피해학생 보호·가해학생 치료·가해학생의 치료기관 지정

<평가>

학교폭력 예방을 위해서는 학생뿐만 아니라 교사나 부모의 의무로써 아동에 대한 폭행·폭언을 하지 말 것을 규정하고 모범을 보이며, 다른 사람들의 권리에 대해 알게 하고 자신의 권리를 존중하도록 함으로써, 청소년 문제의 발생을 막을 수 있는 힘을 키워야 할것임.

따라서 위 규정과 관련하여 교사·학부모·학생 모두에게 폭력예방 의무를 부과하고, 폭력예방 교육과정을 규정하여 인권의 보장과 인권침해를 예방, 치유할 수 있도록 학교내에 인권상담기구를 설치 운영하기 바랍

4. 여가활동

<예시안>

- 여가시간에는 자신의 취미와 적성을 살린 활동을 함(§18의1)
- 여가시간에는 특별실을 이용하며, 이용규칙 준수(§18의 2)
- 특별실 담당학생 두어 관리 및 청소(§18의3)
- 생활지도위원 등은 교내 비행발생 지역 수시순찰(§18의4)
- 타인의 휴식 방해하는 소란 활동 자제(§18의5)

<평가>

아동권리협약 제31조는 휴식, 여가, 놀 권리 및 문화권을 규정하고 있음. 어린이는 놀이를 통해 심신과 정서를 성장·발달시키며, 사회성을 몸에 익히게 되는 것임.

법적 근거로는 헌법의 학문과 예술의 자유(제22조 1항), 인간다운 생활을 할 권리(제34조) 등에서 찾을 수 있고, 아동복지법에서도 어린이놀이터, 아동회관 등 아동전용시설을 설치하도록 노력해야 한다고 규정.

아동의 발달 및 행복추구를 위하여 휴식, 여가, 놀 권리 및 문화권과 관련된 조항을 학교생활규정에 담아 학교생활이 즐겁고 보람 있는 삶의 현상이 되길 바랍.

여가활동과 관련, 학교 측의 의무사항을 규정할 필요가 있음. 예를 들어 의사표현의 자유를 구가하여 능력 배양의 기회가 되는 교지와 학교신문 발행 등에 대한 학교 및 교사의 지원을 명시하는 조항이 추가되어야 함.

5. 교내생활규정 중 용의사항

<예시안>

- 가방은 자유로운 것으로 하되 학생신분에 맞는 것으로(§19①5)
- 무스 등은 두발의 형태 변형을 가져오지 않는 범위 내(§19①8)

<평가>

‘학생신분에 맞는’이라는 규정은 표현이 모호하고 그 판단을 학교당국이 독점하게 되는 것임. 또한, 두발상태 불량으로 적시한 무스·젤 등을 사용하여 ‘두발

형태의 변형을 가하지 않은 범위 내'라는 규정은 자의적인 판단의 여지를 넓힘으로써 자의적 별점규정으로 이어질 수 있음.

우리 헌법에서 보장하고 있는 행복 추구권은 자신의 생활양식을 스스로 결정할 수 있는 권리를 포함하고 있는 것이므로,

학교 당국이 학교 수업의 선행요건으로서 단정함을 요구할 수 있다 할지라도 학생들 스스로 개성을 표현하면서도 학생 개개인의 생활양식에 대한 자기결정권을 존중하는 선에서 용의사항에 대한 학생의 의견을 수렴하여 재예시하여야 할 것임.

6. 교외생활규정 중 보호자의 의무

<예시안>

- 학생의 올바른 교외생활 지도, 심각한 이상발생 시 학교에 알리고 상담하여야(중·고등예시안§31)
- 학부모·유관기관·시민단체 등과 협조하여 비행 방지토록 선도(초등예시안§45)

<평가>

학생을 잠재적 문제아 또는 비행아로 인식하는 경향이 보임. 따라서 '비행방지토록 선도'라는 규정보다는 '건강한 교외생활을 하도록 유도'라는 규정으로 개정하는 것이 바람직함.

7. 초등학교예시안의 보호자 책임

<예시안>

- 학생의 교내외생활로 타인이나 학교에 손해발생 시 보호자의 경제적·정신적 피해보상 및 도의적 사죄(§49)

<평가>

동 규정은 「민법」 제755조에 책임무능력자에 대한 감독자의 책임을 규정하고 있으므로 굳이 규정할 필요가 없는 규정임.

특히 법과 각종 규정은 윤리·도덕으로 해결할 수 없는 영역을 최소한으로 규율하기 위한 것이므로, 이러한 항목을 추가하기보다 학생이 타인과 더불어 살아가는데 필요한 소양교육을 강화하는 방향으로 지도할 것을 규정함이 바람직함.

8. 정보통신

<예시안>

- 사이버 공간에서 바른 말 사용, 타인의 인권 존중, 건전정보 제공, 음란·폭력물 접속 금지, 타인 정보보호, 지적 재산권 존중, 정해진 이용시간 준수 등(§31)
- 교내에서 휴대전화 사용제한, 교내 침단기자재 관리 철저(§32)

<평가>

사이버공간에서의 예절중시 및 지적재산권 보호 등은 필요한 규정이지만, 학생에게 알권리 및 정보접근권과 표현의 자유 등을 어떻게 실현하게 할 것인가를 고민하고 그것을 실천하기 위한 규정을 함께 마련해야 할 것임.

9. 학생회

<예시안>

- 학생회 회원은 학교 운영에 관한 사항을 의결할 수 없음(§35)
- 학생회의 의결 사항은 학교장의 승인을 받아야 효력 발생(§38)

<평가>

학생회회원 역시 학교운영의 책임 있는 한 주체이므로 학교운영에 관한 사항에 대한 의견을 제시할 수 있음. 따라서 '학교운영에 관한 사항을 제시할 수 없음'의 규정은 '학교운영에 관한 의견을 제시할 수 있음'으로 개정하는 것이 바람직함.

학생회는 학생들의 자치기구다운 자율성을 가져야 하는 것이고, 그 자율성에 대한 존중과 보장이 교육의 일환이 되어야 하는 바,

‘(학생회의 의결사항은) 필요에 따라 자문 또는 지도를 구할 수 있다’는 규정으로 바꾸는 것이 바람직할 것임.

10. 금지활동

<예시안>

· 학생회 회원은 정당 또는 정치적 목적으로 사회단체 가입금지, 정치에 관한 활동 금지(§35)

<평가>

인간의 권리는 타인의 권리를 침해하거나 국가안보, 공공질서와 도덕 등을 침해하지 않는 한 제한되어서는 안됨. 또한, 학생인 어린이·청소년의 권리도 ‘명백하고 현존하는’ 위험이 있을 경우에만 제한할 수 있으며, 제한할 경우에도 본질적인 내용을 침해하여서는 안되는 것임.

정치란 효과적으로 사회생활에 참여하는 것으로 볼 수 있는데, 학생의 정치활동 제한은 기본권의 부당한 제한임과 동시에 학교가 하여야할 중요한 교육을 방기하는 것임. 학생은 발달과정에 있는 사람들로서 그들에게 삶을 주도적으로 이끌어가게 하고 자신의 이익을 스스로 결정할 수 있는 민주적 방식을 체화할 수 있는 기회를 주어야 함. 아울러, 학교는 학생들에게 인권·평화·환경 등 다양한 분야의 사회단체 활동 참여를 장려하여야 함.

헌법에서 참정권은 만 20세 이상인 성인에게 있는 권리이고, 정당법은 ‘국회 의원 선거권이 있는 자’로 발기인 및 당원의 자격을 정하고 있기 때문에 학생은 일단 정당원이 될 수 없음. 따라서 학교생활규정에 그런 제한 규정을 두는 것 자체가 불필요하다고 판단됨.

특히, 선거연령을 낮추려는 사회적 분위기도 고려하여 동 규정은 삭제하여야 할 것임.

11. 효력정지

<예시안>

- 학생회 회칙은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가 비상사태 시에는 효력이 정지(§37)

<평가>

유엔아동권리위원회에서는 지난 1996년 한국 정부의 유엔아동권리협약에 대한 최초보고서를 심사하면서 “한국 정부가 명분으로 삼아 온 ‘국가안보에 대한 위협’은 기본적 자유의 향유를 가로막아 왔다”고 지적한 바 있음. 이 조항은 삭제되어야 함.

12. 학생체벌

<예시안>

- 교사의 감정에 치우친 체벌 금지, 체벌기준에 따라야 함
- 교사는 체벌 시 학생에게 사유 인지시켜야 함
- 체벌은 별도의 장소에서 반드시 제3자를 동반하여 실시
- 체벌 전 교사의 학생 건강상태 점검의무, 이상 있을 때 연기가능
- 체벌 도구는 지름 1.5cm내외, 길이 60cm이하 나무, 직선형
- 체벌부위는 둔부. 여학생은 대퇴부로 제한
- 1회 체벌봉 사용 횟수는 10회 이내, 해당 학생에 상해 금지
- 해당 학생은 대체벌 요구 가능, 해당 교사는 학교장 허가 얻어 보호자 내교토록 하여 학생지도문제 협의(§54)

<평가>

「초·중등교육법」 제18조(학생징계) 제1항에서는 “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다”고 규정하고 있고, 동법 시행령 제31조 제 7항은 “학교의 장은 … 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체

적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다”고 규정하고 있음. 여기서 ‘교육상 불가피한 경우’란 체벌을 제한적으로 금지하면서도 ‘교육상 필요한 것’으로 인정했다고 볼 수 있음. 법률상 체벌권한은 학교교사에게 있는 것이 아니라 학교장에게 있는 것임.

대법원은 체벌을 형법상의 정당행위라는 관점에서, 정당행위인지 여부를 판단하는 기준으로 체벌의 목적·정도·방법·부위를 제시함. 정당한 목적은 훈육·수업진행·교육상 필요·훈계 등을 예로 들었고, 정당한 체벌 정도와 방법은 사회통념상 비난받지 않을 만큼의 객관성을 지닌 정도와 방법이라고 했으며, 정당한 체벌 부위는 심각한 후유증을 초래하지 않을 안전한 신체부위를 말한다고 정의함.

그러나, 법적 근거를 떠나서 체벌이 교육적으로 올바른 교육행위인지에 대한 치열한 찬반양론이 진행되고 있는 가운데 학교에는 체벌이 존재하는 것이 현실임.

체벌은 학생들의 신체의 자유를 침해하는 것으로, 유엔 아동권리위원회는 처벌적 태도보다는 대화·협력·건설적 방향으로의 행동이 필요함을 강조하고 있음. 또한, 학교에서의 징계는 타 학생에 대한 제재효과를 목표로 하기보다는 해당 학생의 인간적 존엄성을 존중하고 교육의 기회를 제공하기 위한 방식으로 주어져야 함.

교사는 학생을 통제하기 위하여 체벌을 하지만, 당사자인 학생들은 거의 대개가 체벌 때문에 생긴 불안감, 우울증, 학교강박증, 적개심 등 부정적 감정을 버리지 못함. 체벌은 통제와 권위에 수동적으로 반응하는 인간을 양성할 위험이 크므로 금지되어야 하며, 교육공동체는 회초리를 들지 않고도 교육적 효과를 낼 수 있도록 노력하여야 함.

따라서, 체벌의 근거가 되는 「초·중등교육법」 제18조 제1항 및 동법시행령 제31조 제7항을 개정하여 체벌금지를 적극적으로 수용하기 바람.

또한, 교육벌에 대한 규정은 선언적인 것으로 충분하며, 교육벌에 관한 내용은 학교실정을 고려하되 교사·학부모·학생이 함께 참여하여 학칙으로 규정하도록 하여야 함. 따라서 동 예시안에서 규정한 체벌조항은 삭제하여야 함.

13. 현장실습 준수사항

<예시안>

· 현장실습 중 기업체에 입힌 물적 손실에 대해서 보호자가 배상책임을 져야 하고, 본인 부주의로 발생한 사고는 본인이 책임지도록 규정. (실업고예시안 §30)

<평가>

위 규정은 기업체와의 계약서 등에 규정해야 할 내용이며, 학교생활규정으로 적절하 것은 아니므로 삭제해야 할 것임. 학생에게 현장실습 중 물적 손해에 대한 책임규정을 강조하기 이전에 교사 및 학교당국에게 현장실습대상에 대한 철저한 정보수집·분석을 할 것과 실습 중 학생의 안전을 보장할 의무를 부과하는 것이 필요함.

실업고등학교생활규정(안)이 중·고등학교생활규정(안)과 내용이 같고, 다만 위조항만 달리 규정한 것은 실업교육이 주변부로 소외되어 있는 현실을 도외시키고 있는 교육정책의 방증임. 실업고등학교 교육현장에 알맞게 규정하여야 할 것임.

실업고 학생들은 고학력사회 노동경시의 풍조 속에 소외되는 경향이 많으며, 학교를 통해 생존·발달권을 보장받지 못하고 있음.

직업교육은 개인의 삶에 있어 매우 결정적인 역할을 하는 것이며, 실업고등학교에서도 학생은 그에게 주어진 권리를 향유하면서 성장·발달해야 함.

특히 실업고에서는 교사와 학생과의 진지한 상담이 필요하므로, 이를 위한 교육환경을 마련하여야 함.

또한, 정보화 사회에 발맞추어 실업고 실정에 맞는 교재를 개발하여 학생들의 교육동기를 일깨우고, 희망을 갖고 학습할 수 있는 학교가 되어야 함.

14. 징계의 방법

<예시안>

“사회봉사”는 학생을 지역 행정기관, 공공기관, 사회복지기관 등에 위탁하여 행함. (§82)

<평가>

징계의 방법으로 사회복지기관 등에 위탁하여 사회봉사하도록 명하는 것은 자발적으로 참여해야 하는 자원봉사문화 형성을 저해하는 것으로 문제가 있고, 노인이나 장애인 등에 대한 부정적 선입관을 갖게 할 우려가 있음.

따라서 징계의 방식은 징계대상 학생의 인간적 존엄성을 존중하면서 타인에 대한 배려, 공공생활에서의 소양 교육 등으로 전환해야 할 것임.

15. 개정방법

<예시안>

- 학생회 활동을 지도하기 위한 생활지도협의회의 심의 사항(§48)
 - 회칙제정 및 개정, 조직 및 편성, 예산·결산·감사, 기타 필요하다고 인정하는 사항
- 학생회 회칙 개정은 대의원 또는 집행위원 발의, 생활지도협의회 심의 거쳐 대의원회에 회부(§49)
- 학교생활규정 개정은 교원 발의, 생활지도협의회에서 일정 수 교원 찬성으로 개정, 학교운영위원회와 학생회의 심의를 얻어야 함(§92)

<평가>

학교생활규정 개정시 학생회의 심의를 얻도록 하였으나, 학생회 관련 규정에는 이 사항이 누락되는 등 비체계적임.

생활지도협의회는 지도기관이 되어 일상적인 지도·지원을 해야 하고, 학생회 활동을 학교운영위원회에 보고하도록 해야 함. 이를 위해서는 학교운영위원회에 학생회 대표가 참여해야 할 것임.

학교생활규정 제·개정시 특히 학생이 자신들에게 미칠 결정에 참여하게 함으

로써 의견존중의 원칙을 충족시키고, 교사 및 학부모의 의견도 존중하여, 교육공동체의 합의에 의해 각 구성원의 권리가 보장될 수 있는 방향으로 각 학교현실에 적합하고 실현가능한 학교생활규정을 마련하여야 할 것임.

III. 교육부 예시안의 평가기준

○ 유엔아동권리협약

가. 내용

(1) 우리나라가 1991년 비준한 아동권리협약은 전문, 제3부, 총 54개 조문으로 구성됨. 전문은 유엔헌장, 세계인권 선언, 아동권리선언, 국제인권규약 등의 국제문서에서 표명된 인간의 존엄과 가치 및 평등권 등 인간의 기본적 인권을 재확인하면서, 아동은 그들 국가와 부모 혹은 국제사회로부터 특별한 보호와 원조를 받을 권리를 가진다고 선언

(2) 제1부(제1조 내지 제42조)는 아동의 권리와 체약국의 아동보호의무를 규정하고 있고, 제2부(제42조 내지 45조)는 협약의 국제적 실시조치로서 국가보고제도와 아동권리위원회에 관하여 규정하고 있으며, 제3부(제46조 내지 제54조)는 서명, 가입, 비준서 기탁, 개정절차, 유보, 폐기, 원본 등에 관하여 규정하고 있음.

나. 평가원칙

아동권리협약에서 규정한 ① 아동최선이익, ② 생존·발달, ③ 차별금지, ④ 아동의견존중 원칙 및 각 권리보장 여부

(1) 아동권리협약 제3조에서는 아동에 관한 모든 활동에 있어 그 활동이 어떤 기관에 의해 행해지든, 아동의 '최선의 이익'이 제1차적으로 고려되어야 함을 규정. 이는 주로 아동의 이익과 부모들의 사생활의 이익 또는 국가당국의 편의 등과 충돌할 때 적용될 수 있음. 최선의 이익이 불확정개념이기는 하나, 권리보호와 복지증진을 의미하는 것으로 해석함.

(2) 동 협약 제6조는 모든 아동은 생명권을 가지며, 당사국은 최대한도로 아동의 생존과 발달을 보장할 것을 규정. 이것은 시민적·정치적 권리의 성격 및 경

제적·사회적·문화적 권리로서의 성격도 아울러 가지는 것임.

(3) 동 협약 제2조에서 국가는 어떤 종류의 차별 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고 각 아동에게 보장하여야 하며, 모든 형태의 차별이나 처벌로부터 보호되도록 적절한 조치를 취해야 하는 의무를 규정, 차별금지원칙을 선언함.

(4) 동 협약 제12조에서 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어 자신의 견해를 자유스럽게 표현할 권리를 보장하여야 함을 규정. 이는 아동의견존중의 원칙을 선언한 것으로, 아동의 자기결정권과 아동에게 영향을 미칠 결정을 함에 있어 아동자신의 참여를 의미하는 것임.

○ 헌법의 어린이·청소년 권리관련 조항 및 기타 어린이·청소년관련법

2002. 9. 9.

정책및대의협력소위원회

위원장 박 경 서 위 원 정 강 자 위 원 김 덕 현

☐ 2003. 3. 10.자 형의 실효에 관한 법률시행령중개정령(안)에 대한 의견

「소년법」 제32조 제5항 및 「소년법」 제70조 제1항에 규정된 소년 보호의 취지를 감안하고, 성인이 아닌 소년의 범죄 등에 대하여는 성인의 경우와는 달리 취급할 필요가 있으므로 「형의 실효 등에 관한 법률시행령중개정령(안)」에 그 조회와 회보를 제한하는 규정을 신설하는 것이 소년의 인권보호에 바람직하다고 의견을 표명한 사례

【주 문】

국가인권위원회는 별지와 같이 형의실효등에관한법률시행령중개정령(안)에 관하여 의견을 표명하기로 의결함.

【이 유】

I. 검토배경

국가인권위원회는 「국가인권위원회법」 제19조 제1호 및 제20조의 규정에 의하여 법무부가 입법예고(2003. 02. 06)한 형의 실효 등에 관한 법률시행령중개정령(안)을 검토한 결과, 소년에 대한 고려가 전혀 반영되어 있지 아니하여 장래 당해 소년의 사회생활에 지장을 줄 수 있다고 판단하여 이에 대한 개선권고 또는 의견을 표명하려는 것임.

II. 검토사항

가. 형의 실효 등에 관한 법률(2002. 12. 05. 법률 제6747호로 개정된 것, 2003. 03. 06. 시행) 및 동법 시행령(안)이 소년법에 대하여 어떠한 고려도 하지 아니한 점은 문제입니다.

나. 특히 “少年의 保護處分은 그 少年의 장래의 身上에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.”고 규정한 「소년법」 제32조 제5항 및 “소년보호사건과 관계있는 기관은 그 사건내용에 관하여 재판, 수사 또는 군사상 필요한 경우외의 어떠한 조회에도 응하여서는 아니된다.”는 「소년법」 제70조 제1항의 취지가 개정법 및

시행령(안)에 반영되지 아니 하였습니다.

III. 동법 시행령(안)상의 소년범에 대한 고려

모범에 범죄경력자료의 범위에 대해 소년에 대한 특칙을 규정하고 있지 아니 하지만, 「소년법」 제32조 제5항 및 「소년법」 제70조제1항의 규정에 의한 소년 보호의 취지를 동법 시행령(안)에 반영할 필요성이 있고, 또한 독일의 경우, 유죄판결 등을 등록하는 “연방중앙등록법” (Bundeszentralregistergesetz)에 의하면, 소년범에 대하여는 전과기록의 보존기간을 성인에 비해 현저하게 단기로 설정(제46조)하고 있는 점에 비추어 조회와 회보를 엄격히 제한할 필요가 있다 할 것입니다.

IV. 결 론

따라서, 국가인권위원회는 법무부가 2003. 02. 06. 입법예고한 형의실효등에관한법률시행령중개정령(안)에 소년의 보호관찰 등에 대한 조회와 회보를 제한하는 규정을 신설하는 것이 바람직하다는 의견을 표명합니다.

2003. 3. 10.

국 가 인 권 위 원 회 제1소위원회
위원장 박 경 서 위 원 정 강 자 위 원 김 덕 현

㉓ 2004. 1. 26.자 아동복지법중개정법률안에 대한 국가인권위원회의 의견

아동복지법중개정법률안은 아동인권 및 보호자 등의 인권을 침해할 수 있으므로 폐기할 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 아동복지법중개정법률안은 아동의 의사를 범위반의 중요한 판단기준으로 하면서 의사형성능력이아동과 그렇지 못한 아동을 구분하지 않아 범집행자의 자의적 해석으로 아동 및 보호자 등의 인권침해가 야기될 수 있고,
- [2] 아동을 집회 및 시위에 참가시키거나 강요한 자에 대하여 처벌할 경우, 수사 및 재판과정에서 보호자에게 불리하게 작용할지도 모르는 진술행위를 아동에게 요구하는 것은 반윤리적이며 반교육적일 뿐 아니라, 아동에게 심리적·정신적 장애를 초래할 수 있으므로 아동복지법 및 유엔아동권리협약에서 규정하고 있는 “아동의 이익 최우선고려원칙”에 위배되며,
- [3] 아동을 합법적인 집회 및 시위에 참가시킨 행위까지 처벌하는 것은 아동복지법에 규정된 금지행위인 아동학대 및 유기, 방임에 까지 이르지 않은 부모의 친권을 과도하게 제한하는 것이며, 부모는 자녀의 교육에 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가진다는 점을 고려할 때 개정법률안은 과잉금지의 원칙에 반하기 때문에 폐기할 것을 권고함.

【참조조문】 헌법 제10조, 제31조 제2항, 제36조 제1항, 아동복지법 제1조, 제2조, 제3조, 아동의권리에관한협약 제3조 제1항, 제5조, 제7조 제1항, 제9조 제1항, 제12조

【주 문】

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제20조 제1항에 따른 보건복지부의 아동복지법중개정법률안(이하 “개정법률안”이라 함)에 대한 국가인권위원회의 의견요청에 대하여, 이에 대한 검토를 실시한 결과 국가인권위원회법 제19조 제1호

에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

○ 개정법률안 제29조 제12호 본문은 유엔아동권리협약의 규정대로 의사형성능력이 있는 아동과 그렇지 않은 아동을 구분하지 않아 범집행자의 자의적·임의적인 해석 및 적용의 우려가 있고, 아동의 진정한 의사를 확인·반영하지 못한 경우에는 아동과 그 아동을 집회 및 시위에 참가시킨 자에 대한 인권침해가 발생하게 될 것이다.

○ 개정법률안 제29조 제12호의 단서조항은 열거한 집회에 대한 아동의 강제동원관행을 합법화시키며 헌법 제10조 행복추구권 및 유엔아동권리협약 제12조의 아동의 자기결정권을 침해하게 된다.

○ 또한 집회 및 시위에 참가시키거나 강요한 자에 대하여 처벌할 경우, 수사 및 재판과정에서 보호자에게 불리하게 작용할지도 모르는 진술행위를 아동에게 요구하는 것은 반윤리적이며 반교육적일 뿐 아니라, 아동에게 심리적·정신적 장애를 초래할 수 있으므로 아동복지법 및 유엔아동권리협약에서 규정하고 있는 “아동의 이익 최우선고려원칙”에 위배된다.

○ 개정법률안 제29조 제12호 각목에 해당하는 행위를 한 경우 동개정안 제40조 제4호에 따라 처벌하도록 하고 있으나, 제29조 제12호 라목의 합법적인 집회 및 시위에 참가시킨 행위까지 처벌하는 것은 아동복지법 제40조에 규정된 금지행위, 즉 아동학대 및 유기, 방임에 까지 이르지 않은 부모의 친권을 과도하게 제한하는 것이며, 부모는 자녀의 교육에 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가진다는 점을 고려할 때 개정법률안은 과잉금지의 원칙에 반한다.

【이 유】

1. 검토 배경

보건복지부에서 2003. 10. 21. 국가인권위원회법 제20조 제1항에 따라 아동복지법중개정법률안에 대한 의견을 국가인권위원회에 요청하였다 (보건복지부 가정66250-466).

개정법률안은 아동의 집회참가에 관련한 신설조항에서 아동의 보호양육받을

권리, 행복추구권, 자기결정권, 부모의 자녀보호양육권 등과 관련된 사항들을 포함하고 있다.

개정법률안은 아동인권과 관련되어 있으므로, 국가인권위원회법 제19조 제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령안”에 해당하는 것이다.

II. 검토 기준 및 근거

1. 헌법

제31조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다”고 하여 부모에게 자녀를 교육할 의무를 규정하고 있다.

제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 민주적인 가족제도를 천명하고 있다.

제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있으며, 이 행복추구권의 내용에는 자기결정권이 포함된다.

2. 아동복지법

아동복지법 제1조는 “아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자라나도록 그 복지를 보장함을 목적으로 한다”는 입법목적을 규정하고 있다.

아동복지법 제3조는 아동복지법의 기본이념을 규정하고 있으며, 특히 동조 제2항은 “아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경에서 행복하게 자라나야 한다”, 동조 제3항은 “아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다”라고 규정하고 있다.

아동권리협약 및 아동복지법 상 아동은 18세미만의 자를 말하며(아동복지법

제2조 제1호), 아동복지법 제2조 제3호는 “보호자라 함은 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 그 의무가 있는자 또는 업무·고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호·감독하는 자를 말한다”고 규정하고 있다.

3. 유엔아동권리협약

유엔아동권리협약 제3조 제1항은 “공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다”라고 ‘아동의 이익최우선고려의 원칙’을 제시하고 있다.

동협약 제5조는 “아동이 이 협약에서 인정된 권리를 행사함에 있어서 당사국은 부모 또는 적용가능한 경우 현지 관습에 의하여 인정되는 확대가족이나 공동체의 구성원, 후견인 기타 아동에 대한 법적 책임자들이 아동의 능력발달에 상응하는 방법으로 적절한 감독과 지도를 행할 책임과 권리 및 의무를 가지고 있음을 존중하여야 한다”고 하여 부모의 지도에 대한 존중의무를 규정하고 있다.

동협약 제7조 제1항은 “아동은 출생 후.. 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다”라고 하여 부모에게 양육받을 권리를 규정하고 있다.

동협약 제9조 제1항은 “당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다”고 하여 부모로부터의 분리금지원칙을 규정하고 있다.

동협약 제12조는 제1항에서 “당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다”고 하여, 아동의 자기결정권을 인정할 것을 규정하고 있다.

Ⅲ. 개정 법률안에 대한 검토의견

1. “본인의 의사에 반하여” 에서 의사형성능력이 있는 아동과 그렇지 않은 아동에 대한 구분 부재(안 제29조 제12호 본문)

안 제29조 제12호 본문은 “본인의 의사에 반하여” 집회 및 시위에 참가시키거나 참가를 강요하는 행위를 금지하는 내용을 신설하고 있다.

이와 관련하여 아동권리협약 제12조는 “당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 적당한 비중이 부여되어야 한다. 이러한 목적을 위하여 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다” 고 규정하고 있다.

그런데, 안 제29조 제12호 본문은 “본인이 의사에 반하여” 라고만 규정함으로써, 의사를 표시할 수 있는 아동과 의사를 표시할 수 없는 아동을 구분하지 않고 있다.

또한, 아동의 의사는 보호자나 일반인의 아동에 대한 집회참가행위에 대해 형사처벌 여부를 결정하는 핵심적 구성요건이 된다.

따라서, 일반적으로 아동의 의사형성능력이 아동의 발달단계에 따라 달라진다는 기본적인 사항에 대한 고려와 타 법령에 의해 인정되는 의사형성능력 시기 등을 감안하여 대상아동의 의사형성능력의 유무를 판단할 수 있는 기준, 예컨대 일정한 연령의 명시, 신체적이나 정신적 성숙도, 건강상태(장애 유무) 등을 통해 의사형성아동과 그렇지 못한 아동을 분명하게 구분하지 않는 한, 안 제29조 제12호 본문은 자의적·임의적으로 해석·적용될 우려가 있고, 아동의 진정한 의사를 확인·반영하지 못하는 경우에는 아동과 그 아동을 집회 및 시위에 참가시킨 보호자 등에 대한 인권침해가 발생하게 될 것이다.

2. “본인의 의사에 반”하더라도 일정한 종류의 집회에 대한 강제동원의 허

용 문제 (안 제29조 제12호 단서)

개정법률안 제29조 제12호는 그 단서에서 “ 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 관한 집회의 경우에는 예외로 한다” 고 규정함으로써, 본인의 의사에 반하더라도 강제동원이 허용되는 집회를 열거하고 있다.

이 단서는 집회및시위에관한법률(이하 “집시법”이라 함) 제13조(적용의 배제)를 차용한 것으로서, 현재 학교나 기타 아동보호기관에서 아동이 강제 동원되는 집회의 대부분을 열거하고 있다.

그런데, 개정법률안은 강제동원을 허용하는 집회들을 단서로 규정하고 있음으로써, 이러한 집회에 동원하는 행위를 “본인의 의사에 반하여도” 허용하고 처벌하지도 않아, 열거한 집회에 대한 아동의 강제동원을 합법화시키고 있다.

아동권리협약 제12조는 아동 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자유로운 의사 표시 권리를 보장하고 있는데, 열거하고 있는 집회중, 특히 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등의 집회들은 아동에게 영향을 미치는 집회들로서 아동의 의사와 무관하게 강제참가하는 경우가 많으며, 국경행사는 아동이 강제동원되는 대표적 집회이다.

따라서, 개정법률안 제29조 제12호 단서에 열거한 집회들에 대한 철저한 점검 없이 관행적으로 행해져온 아동 강제동원 행위를 합법화하는 것은 헌법 제10조 행복추구권 및 유엔아동권리협약 제12조의 아동의 자기결정권을 침해하게 된다.

3. 집회 및 시위에 참가시키거나 강요한 자에 대한 처벌의 경우에 “아동의 이익 최우선 고려” 원칙에 대한 저촉

아동권리협약 제3조는 제1항에서 “공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다” 고 하고, 동조 제2항에서 “당사국은 아동의 부모, 후견인, 기타 아동에 대하여 법적 책임이 있는 자의 권리와 의무를 고려하여, 아동복지에 필요한 보호와 배려를 아동에게 보장하고, 이를 위하여 모든 적절한 입법적·행정적 조치를 취하여야 한다” 고 규정하고 있다.

또한, 동협약 제7조 제1항은 “아동은… 가능한 한 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다” 고 규정하고 있으며, 제9조 제1항은 “당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용 가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다” 고 규정하고 있다.

위에서 언급한 아동권리협약 규정들은 아동이 원칙적으로 부모로부터 양육받을 권리, 부모로부터 분리되지 않을 권리를 보장하고, 부모가 없는 경우에 후견인이나 법적 책임있는 자로부터 보호·양육받을 권리를 보장하고 있는 것이며, 아동에 관한 모든 사안에서 “아동의 최상의 이익”을 고려하여 판단해야 함을 명시하고 있는 것이다.

우리나라 민법 또한 부모에게 친권을 인정하여 아동에 대하여 제1차적 양육권을 부여하고 있으며, 친권상실이 있는 경우에는 후견인을 두어 아동을 보호·양육하도록 하고 있다. 그리고 친권 상실 사유를 명문으로 규정하여 친권 상실이 용이하지 않도록 친권을 보호하고 있다. 이는 일반적으로 아동이 친권자인 부모(또는 후견인)의 보호양육권 하에 있는 것이 아동의 최상의 이익이라고 판단하기 때문이다.

그런데, 개정법률안 제29조 제12호에 의하면 친권자, 후견인, 그 외 법적 책임있는 자(이하 ‘보호자’ 라 함)가 아동을 동조 각목에서 열거한 집회에 참가시켰을 경우에 아동은 그 의사를 확인받는 절차를 밟아야 하고, 그 결과에 따라 보호자는 처벌을 받게 된다.

아동이 수사·재판과정에서 보호자에게 불리하게 작용할 지도 모르는 진술행위를 하도록 하는 것은 일반국민정서상 반윤리적이며 반교육적일 뿐 아니라, 아동에게 심리적·정신적 장애를 초래할 수 있다. 나아가, 그 진술로 인하여 보호자의 처벌이 확정되는 경우에는 보다 심각한 정신적 피해와 발달 저해를 야기할 수도 있다는 것은 충분히 예상할 수 있다. 이러한 결과는 “아동이 건강하고 행복하게 자라나도록 그 복지를 보장함” 이라는 아동복지법 제1조의 입법목적과 상충되는 것이다.

또한, 감금, 징역 등, 관련 형사절차나 처벌로 인하여 아동과 보호자 등이 분리될 수 있고, 이 분리로 인해 아동은 보호자의 보호·양육을 받을 수 없게 된다.

따라서, 집회 및 시위참가와 관련한 수사·재판과정에서 아동이 집회 및 시위에 참가시키거나 참가를 강요한 보호자에 대하여 진술하는 행위와 그들에 대한 처벌의 결과로써 발생하는 아동과 보호자 등의 분리는 “아동의 최상의 이익”을 고려한 판단이라고 할 수 없으며, 보호자 등의 아동에 대한 보호·양육 의무를 고려하여 아동복지에 필요한 보호와 배려를 아동에게 보장하는 조처라고 할 수 없을 것이다.

4. 아동의 의사에 반하여 집회 및 시위에 참가시키거나 강요한 자에 대한 처벌의 침해최소성 (안 제40조 제4호)

개정법률안 제40조에 제4호를 신설하여 “제29조 제12호에 해당하는 행위를 한 자는 1년이하의 징역 또는 3백만원이하의 벌금에 처한다” 고 규정하고 있다.

아동을 그 의사에 반하여 집회나 시위에 참가시키거나 참가하도록 강요하는 행위는 사안에 따라서는 아동학대 및 유기행위에 해당할 수 있다.

현행 아동복지법은 제29조는 아동의 신체에 손상을 주는 학대행위(제1호), 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위(제3호), 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육 및 치료를 소홀히 하는 방임행위(제4호)를 금지하고, 제40조에서 이에 대한 벌칙규정을 두고 있다.

아동을 개정법률안에 의해 금지된 집회나 시위에 참가시키거나 참가하도록 강요하는 행위가 이러한 학대행위, 유기행위에 해당한다고 판단되는 경우에는 현행 벌칙규정에 의하여 처벌하는 것으로 충분할 것이다. 학대행위 및 유기행위에까지 이르지 않는 참가강제행위에 대해 형사처벌을 부과하는 것은 과중한 형벌이라고 판단된다.

예컨대, 초·중등교육법 제13조 제4항, 제68조, 동법시행령 제25조, 제26조는 7일 이상 의무교육이행책임자인 보호자가 보호대상 아동에 대하여 취학거부를 한 경우에도 보호자에 대한 형사처벌이 아닌 과태료 등 행정처분의 제재방법을 채택하고 있다. 이는 국가가 아동에 대한 보호는 보호자, 특히 친권을 가진 부모가

아동의 교육시킬 의무를 이행하지 않을 경우 보충적으로 행사한다는 기본원리에 근거한 것이다.

헌법재판소도 부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가지며, 부모의 교육권을 다른 교육 주체와의 관계에서 원칙적인 우위를 가진다고 판시한 것(헌재 2000.04.27. 98헌가16)을 고려한다면, 합법적인 집회에 아동을 일회 동원하는 행위까지 금지하고 있는 개정법률안은 과잉금지원칙에 반한다.

V. 결론

개정법률안은 아동인권 및 보호자 등의 인권을 침해할 수 있으므로, 폐기하는 것이 타당하다.

2004. 1. 26.

국가인권위원회 제1소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

㉒ 2004. 8. 23.자 민법중개정법률안에 대한 의견표명

민법중개정법률안의 내용중 가족의 범위, 자녀의 성과 본 변경제도, 친양자제도에 대해 의견을 표명한 사례

【결정요지】

- [1] 민법개정안의 내용 중 가족의 범위와 관련해서는 일정한 범위의 혈족과 생활공동관계에 있는 일정한 범위의 인척에 대해 '가족의 범위' 규정을 두는 것이 바람직하며,
- [2] 자녀의 성과 본에 관해서는 현재 사회적으로 자녀의 성 변경 제도의 도입 및 모의 성을 따를 수 있는 방안 마련이 시급하다는데 동의하며,
- [3] 친양자 제도와 관련하여 친양자 제도의 신설에 동의하며, 친양자 제도를 필요로 하는 가족상황을 고려할 때 친양자로 될 자의 연령제한을 두지 않는 것이 바람직하며, 친양자가 될 자가 의사를 표명할 수 있는 연령인 경우에는 그 의사를 표명할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 의견을 표명함

【참조조문】 헌법 제11조, 제36조, 여성차별철폐협약 제16조, 아동권리협약 제7조, 제12조

【주 문】

법무부가 국회법제사법위원회에 상정한 민법중개정법률안, 이경숙 의원이 발의한 민법중개정법률안, 노회찬 의원이 발의한 민법중개정법률안에 대해 아래와 같이 의견을 표명합니다.

- 아 래 -

1. 가족의 범위와 관련해서는 일정한 범위의 혈족과 생활공동관계에 있는 일정한 범위의 인척에 대해 '가족의 범위' 규정을 두는 법무부 개정안에 동의함.
2. 자녀의 성과 본에 관해서는 현재 사회적으로 자녀의 성 변경 제도의 도입 및 모의 성을 따를 수 있는 방안 마련이 시급하다는 점에서, 법무부 개정안, 이경숙 의원안에 동의함.
3. 친양자 제도 신설과 관련하여 친양자 제도는 입양아동과 양부모의 인권보호를 위한 바람직한 제도로서, 친양자 제도를 필요로 하는 가족상황을 고려할 때

친양자로 될 자의 연령제한을 두지 않는 것이 바람직하며, 친양자가 될 자가 의사를 표명할 수 있는 연령인 경우에는 그 의사를 표명할 수 있도록 하는 것이 바람직하므로, 노회찬 의원안에 동의함.

【이 유】

1. 검토배경

법무부가 2004. 6. 3. 국회법제사법위원회에 “민법중개정법률안”을 상정하고(이하 ‘법무부 개정안’이라 한다), 2004. 9. 9. 이경숙 의원이, 2004. 9. 14.에는 노회찬 의원이 ‘민법중개정법률안’(이하 각각 ‘이경숙 의원안,’ 노회찬 의원안’이라 한다.)을 발의하였다.

동 개정법률안들은 호주제도 폐지에 따른 법조항 정비, 자녀의 성 변경제도 도입, 친양자 제도 도입 등을 주요내용으로 하고 있는 바, 이는 국민의 인권보호와 향상, 특히 여성 및 아동인권과 관련된 내용으로서, 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 검토하였다.

2. 검토대상 및 검토기준

가. 검토대상

민법중개정법률안 중 가족의 범위, 자녀의 성(姓)과 본, 친양자 제도

나. 검토기준

(1) 헌법

제11조 제1항 모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

제36조 제1항 혼인과 가정생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

(2) 여성차별철폐협약

제16조 1. 당사국은 혼인과 가족관계에 관한 모든 문제에 있어 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 하며, 특히 남녀 평등의 기초위에 다음을 보장하여야 한다.

부모의 혼인상태를 불문하고 자녀에 관한 문제에 있어 부모로서의 동일한 권리와 책임 : 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함.

(3) 아동권리협약

제7조 1. 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적 취득권을 가지며, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다.

2. 당사국은 이 분야의 국내법 및 관련 국제문서상의 의무에 따라 이러한 권리가 실행되도록 보장하여야 하며, 권리가 실행되지 아니하여 아동의 무국적으로 되는 경우에는 특히 그러하다.

제12조 1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다.

2. 이러한 목적을 위하여 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다.

3. 판 단

2003. 3. 11. 우리 위원회는 헌법재판소에 “호주제도 관련 규정인 민법 제778조와 제781조 제1항 본문 후단부분은 가족간의 종적 관계, 부계우선주의, 남계혈통계승을 합리적 이유 없이 강제하여 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해하므로 헌법에 위배되며 인권을 침해한다” 는 취지의 의견을 제출한 바 있다.

따라서, 법무부가 민법중개정법률안을 통해 호주제도를 폐지하고, 호주제도의 폐지에 따라 범조항들을 정비하였을 뿐만 아니라, 자녀의 성변경제도 및 친양자 제도를 도입하여 국민의 인권의 보호와 향상을 도모한 것에 대해 환영하며, 이경숙 의원과 노회찬 의원이 발의한 민법중개정법률안도 동일한 취지에서 발의된 것을 긍정적으로 평가한다.

민법중개정법률안의 내용 중 인권과 밀접하게 관련된 가족의 범위, 자녀의 성과 본, 친양자 제도에 대하여 법무부 개정안과 이경숙 의원안, 노회찬 의원안이 그 내용에 있어서 달리하고 있는 부분들이 있다.

가. 가족의 범위(법무부 개정안 제779조)

법무부 개정안은 가족의 범위를 “배우자, 직계혈족 및 형제자매, 그리고 생계를 같이하는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족, 배우자의 형제자매” 로 규정하고 있으며, 이경숙 의원안과 노회찬 의원안은 가족의 범위 조항을 두지 않고 있다.

법무부 개정안이 일정한 범위의 친족을 포함하고 있지만, 원칙으로는 직계혈족, 형제자매 등을 중심으로 한 혈연중심의 가족개념에서 벗어나지 못하고 있어 현재 존재하고 있는 혈연관계가 아닌 가족형태를 포용할 수 없고, 혈연관계가 아닌 가족형태에 대해 ‘비정상’이라는 편견을 해소시킬 수 없으므로, 가족의 범위를 규정하지 않는 것이 바람직하다는 의견도 있다.

그러나, 법무부 개정안은 가족의 범위를 공동생활관계중심으로 개선하고 일정한 범위의 인척으로까지 확장시켰으며, 가족 규정을 삭제하는 것에 대한 국민적 우려도 있고, 민법상 가족의 범위를 적용하고 있는 개별법령도 다수 존재하고 있으므로, 가족의 범위에 대한 최소한의 판단기준이 된다는 점에서 위 규정은 바람직하다고 판단된다.

따라서, 가족의 범위 규정을 두고 있는 법무부 개정안에 동의한다.

나. 자녀의 성과 본(법무부 개정안 제781조, 이경숙 의원안 제865조의2, 노회찬의원안 제865조의2)

법무부 개정안과 이경숙 의원안은 자녀의 성과 본에 대해 부의 성과 본을 따

르는 것을 원칙으로 하면서, 단서에서 부모가 혼인신고시 모의 성과 본을 따르도록 협의한 경우에는 모의 성과 본을 따른다고 규정하고 있는 반면, 노회찬 의원안은 자는 부모가 협의한 바에 따라 부 또는 모의 성과 본을 따르고, 부모가 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에 부 또는 모의 청구에 의하여 가정법원이 정하는 것으로 규정하고 있는 점에 차이를 보이고 있으며, 그 외의 내용에 대해서는 유사하다.

이들 개정안은 현행법이 자녀의 성과 본에 대해 원칙적으로 부의 성과 본만을 따르도록 규정하고 있는 것이 자녀의 성 결정에 있어 모의 권리를 차별하고 있는 것이므로 평등의 원칙에 위배되는 것을 시정하고, 이혼가정과 재혼가정이 증가하면서 성불변의 원칙에 의해 침해받고 있는 해당 자녀들의 인권을 보호하고자 한 것으로서 바람직하다.

자녀의 성문제와 관련해서 중요한 것은 현재 성불변의 원칙으로 인권을 침해 받고 있는 자들에 대한 구제라고 판단된다.

따라서, 자녀가 모의 성을 따를 수 있도록 하고, 법원을 통한 성 변경을 가능하도록 하고, 자녀의 성변경 문제로 인해 사회적 논란이 확대되는 것을 방지하는 것이 바람직하다고 판단하여, 법무부 개정안과 이경숙 의원안에 동의한다.

다. 친양자 제도(법무부 개정안, 이경숙 의원안, 노회찬 의원안 제908조의2)

친양자 제도의 신설은 우리나라의 현실에 비추어 볼 때, 입양사실을 숨기고자 하는 비밀입양주의로 인하여 입양이 음성화되고, 친생부모관계를 전혀 알 수 없도록 하고 있으며, 자녀가 친부의 성을 따르는 것이 원칙이기 때문에, 많은 재혼 가정에서 아내의 자녀를 입양한 경우에 그 자녀의 성이 양부의 성으로 바뀌지 않음으로써, 친족관계는 물론 학교 등 사회생활 속에서 양부와 성이 다른 아동에 대한 의식적·무의식적 인권침해 행위가 발생하고 있음을 간과할 수 없다.

친양자 제도는 우리나라에서 입양사실이 드러나는 경우에 입양아와 그 양부모에게 결코 이롭지 않다는 현실을 인정하고, 양자임이 드러나지 않는 입양제도가 필요한 현실을 반영한 것이므로, 아동과 그 부모의 인권 보호 차원에서 바람직하다고 판단된다.

그런데, 친양자로 될 자의 연령을 규정할 것인가와 관련해서는 친양자 제도를

필요로 하는 가족상황을 고려할 필요가 있다. 현실에서 친양자 제도의 도입을 절실히 요청하고 있는 것은 재혼가정이다.

재혼가정에서 배우자의 자녀를 친양자로 입양하는 것과 관련해서는 현재의 급증하는 이혼추세를 고려할 때 연령 제한을 두는 것은 문제가 있을 수 있다. 2003년 통계청의 자료를 보면 이혼평균연령은 남자 41.3세, 여자 37.9세였으며, 평균동거기간은 11.4년이었다.

법무부 개정안은 친양자로 될 자에 대해 '7세 미만' 이라는 연령제한을 두고 있는데, 위와 같은 이혼평균연령을 고려하면, 재혼부모의 자녀들은 대부분 요건에 해당하기 어려울 것이다.

이혼가정의 아동을 친양자로 입양하거나 재혼으로 배우자의 자녀를 친양자로 입양하는 경우를 고려한다면, 친양자의 연령제한은 오히려 연령 차별 문제와 복리 침해 문제를 초래할 우려가 크므로, 이는 바람직하지 않다고 판단된다. 특히, 배우자의 자녀를 친양자로 하는 경우에는 연령제한을 두지 않는 것이 재혼가정의 요구에 적합할 것이다.

한편, 아동권리협약은 “자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 하며, 이러한 목적을 위하여 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다(제12조)” 고 규정하고 있다. 이러한 점에서, 친양자가 일정한 연령이상으로 의사능력이 있는 경우나 성인자인 경우에는 그 의사를 반영하도록 규정을 정비할 필요가 있다고 판단된다.

따라서, 친양자로 될 자의 연령을 제한하고 있지 않으며, 15세 이상 아동에 대한 동의권을 인정하고 있는 노회찬 의원안에 동의한다.

4. 결 론

법무부, 이경숙 의원, 노회찬 의원의 민법중개정법률안은 모두 인권의 보호와

향상을 위한 법안이며, 특히 자녀의 성변경 제도 및 친양자 제도의 신설은 이혼율이 급증하고 재혼가정이 증가하고 있는 현실에서 자녀가 이혼 또는 재혼한 어머니와 함께 생활하고 있는 경우에 현행법상 성불변의 원칙 때문에 이들 자녀가 겪고 있는 현실적인 인권침해를 감소시킬 것이므로, 개정안의 조속한 심의와 통과를 기대한다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 10. 25.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 최영애 조미경 김오섭 신동운 정강자 김덕현 이홍록 김만흠

㉔ 2004. 9. 6.자 실종아동찾기지원법안 관련 의견표명

실종아동의 조속한 귀가 및 귀가 이후의 원만한 사회적응을 도모함으로써 아동과 가정의 복지를 증진한다는 실종아동찾기지원법안의 목적을 달성하면서 헌법상의 기본권인 사생활의 비밀과 자유의 침해를 방지하기 위해서는 법안의 개선 및 보완이 필요하다고 판단하여 의견을 표명한 사례

【결정요지】

- [1] 법안 제11조 제1항 중 실종아동의 조기발견과 신분확인을 위하여 유전자검사를 실시하는 대상아동을 사회복지시설 수용자 중 보호자가 없거나 불명확한 아동, 검사를 원하는 입양아동으로 규정한 것은 사진식별이 가능한 아동에 대해서도 유전자검사를 실시하게 되는 등의 유전자검사 남용의 소지가 있어 필요한 범위 내에서 최소한의 정보를 수집하도록 규정하고 있는 개인정보보호법 제5조와 OECD가이드라인 등의 개인정보보호 관련 국제기준에 반하므로 유전자검사 대상을 법률에 명확히 명시하거나, 대상 아동의 범주를 필요 최소한으로 제한할 필요가 있으며
- [2] 유전자 정보는 개인의 내밀한 정보로서 오·남용 시 개인의 기본권 침해가 예상되고, 유전자검사 결과 관리, 데이터베이스의 운영 등에 관한 사항은 사실상 유전자정보보호와 직접적으로 관련이 있는 사항임에도 법안 제11조 제2항은 유전자검사 결과 관리, 유전자정보 보호, 데이터베이스의 운영 등에 관한 사항을 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 법률에 일반적으로 요구되는 명확성과 예측가능성을 현저히 저하시키고 있으며, 유전자검사 시행 및 결과 관리 기관, 데이터베이스 운영기관, 관리·감독기관 등의 사항은 시행령에 위임조차 하고 있지 않아 개인정보 취급자의 의무까지 규정하도록 하고 있는 OECD 원칙을 비롯한 국제적 입법례와는 거리가 있으므로 헌법 제75조 입법위임의 취지 및 공공기관의개인정보보호에관한법률 제정의 취지에 비추어 법안 제11조제2항에서 시행령에 위임하고 있는 유전자검사 결과 관리, 유전자정보 보호, 데이터베이스 구축 등은 본 법안에서 규정하고 법안이 결하고 있는 유전자검사의 시행 및 관리·감독에 관한 원칙을 법안에 명시하는 것이 필요하다고 의견을 표명함

【참조조문】 헌법 제7조 및 제75조, 공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조, 인간계놈과인권예관한보편선언 제7조, 개인데이터의국제유통과프라이버시보호예관한가이드라인

【주 문】

국가인권위원회는 실종아동찾기지원법안을 검토한 결과, 실종아동의 조속한 귀가 및 귀가 이후의 원만한 사회적응을 도모함으로써 아동과 가정의 복지를 증진한다는 실종아동찾기지원법안의 목적을 달성하면서 헌법상의 기본권인 사생활의 비밀과 자유의 침해를 방지하기 위해서는 법안의 개선 및 보완이 필요하다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1항의 규정에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

1. 실종아동찾기지원법안 제11조제1항의 규정과 관련하여 유전자검사 대상을 좀 더 명확히 명시하여 실시 대상 아동의 범주를 필요 최소한으로 제한할 필요가 있다.

2. 실종아동찾기지원법안 제11조제2항의 규정과 관련하여 유전자검사 결과 관리, 유전자정보 보호, 데이터베이스 구축 등의 사항은 법률에 구체적으로 명시하는 것으로 개정할 필요가 있다.

【이 유】

I. 검토배경

1. 보건복지부는 2004. 7.28. 실종아동찾기지원법안(이하 법안)에 대하여 우리 위원회의 의견을 조회하였다.

2. 국가인권위원회는 실종아동의 조기발견과 신분확인을 위하여 유전자검사를 실시하도록 한 법안 제11조의 내용이 인권침해의 소지가 있는 것으로 판단하였고 이에 그 개선을 권고하는 의견을 표명한다.

II. 검토의 기준(판단의 준거틀)

1. 위원회는 인권을 보호하고 그 수준을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있는데, 여기서 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다(국가인권위원회법 제1조 및 제2조).

2. 따라서 본 사안의 인권침해 여부 판단은 「헌법」 제7조 사생활의 비밀과 자유를 보장받을 권리, 「헌법」 제75조 입법위임의 명확성원칙, 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」 및 1997년 유네스코 총회가 채택한 “인간 계몽과 인권에 관한 보편선언”, ‘개인데이터의 국제유통과 프라이버시 보호에 관한 가이드라인’(이하 ‘OECD가이드라인’)등에 의거하였다.

III. 판단

1. 제11조 제1항 유전자검사 대상

제11조 제1항은 실종아동의 조기발견과 신분확인을 위하여 유전자검사를 실시하도록 하고 있는데, 그 대상아동으로 사회복지시설 수용자 중 보호자가 없거나 불명확한 아동, 검사를 원하는 입양아동으로 규정하고 있다.

이 규정에 따르면 파출소 등으로부터 미아로 일시보호시설(최장 3개월까지 보호), 아동복지시설 등으로 인계된 거의 모든 아동에 대한 유전자검사 실시 및 데이터베이스 구축이 가능하게 되어 사진식별이 가능한 아동에 대해서도 유전자검사를 실시하게 되는 등의 유전자검사 남용의 소지를 낳고 있다.

또한 이것은 공공기관은 필요한 범위 안에서 개인정보화일을 보유할 수 있다고 명시한 개인정보보호법 제5조 규정에 반하는 것이고 필요한 정보를 최소한으로 수집하여야 한다는 OECD가이드라인 등의 개인정보보호 관련 국제기준에 반하는 것이다.

따라서 유전자검사 대상을 법률에 명확히 명시하거나, 10세 이하의 아동에 대한 유전자 검사 실시 및 분석을 원칙적으로 금지하되 부득이한 경우 법원의 판결과 법정 대리인의 동의를 조건으로 유전자 검사를 실시하도록 하는 방식으로

유전자검사 대상 범위를 엄격하게 제한하고 있는 독일 등 선진국의 유전자검사 제도 도입을 고려할 필요가 있는 것으로 판단된다.

2. 제11조제2항 유전자 정보의 보호와 관련한 사항 등을 대통령령에 위임

현행 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」(이하 '개인정보보호법')은 공공기관이 개인정보를 취급함에 있어 지켜야할 원칙을 제시하고 있어 공공기관의 개인정보보호와 관련된 "기본법적 역할"을 하고 있다. 유전자정보 또한 내밀한 개인정보이고 아동의 유전자검사를 시행하고 데이터를 취급하는 기관이 공공기관인 만큼 유전자정보의 보호에 대하여는 개인정보보호법의 적용을 받아야하나 유전자정보의 특수성으로 인해 개인정보보호법으로 모두 다룰 수 없는 측면이 있어 법안 제11조 제2항에 유전자검사 결과 관리, 유전자정보의 보호, 데이터베이스의 운영과 관련한 특별한 규정을 둔 것으로 보인다.

그런데 법안은 유전자검사 결과 관리, 유전자정보 보호, 데이터베이스의 운영 등에 관한 사항을 모두 대통령령에 위임하고 있어 결국 법안에 명시된 개인정보 보호에 관한 사항은 제12조의 목적 외 사용금지 조항뿐이다.

입법권의 위임은 의회의 입법부담을 덜어주고, 집행기관의 효율성을 증가시켜 전문적이고 기술적인 부분을 법체계에서 충분히 담보하면서도 상황의 변화에 신속하게 적용하는 가능성을 확보하기 위해서 불가피한 측면이 있다.

이에 따라 「헌법」 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 입법권의 위임은 "구체적으로 범위를 정하여" 하도록 하여 입법위임의 명확성을 요구하고 있다. 즉 행정부도 위임받은 입법권을 행사할 수 있으나, 행정부에 의한 입법권의 행사는 수권법률이 명확하다는 전제 하에서만 가능한 것이다. 「헌법」 제75조는 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이다. 법률의 명확성원칙은 '법률의 수권은 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 확정되고 제한되어 있어서 국민이 행정행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다'는 것을 의미한다.(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32 결정, 헌재 1996. 8. 29. 94헌마113 결정, 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27 결정, 헌재 2003.07.24. 2002헌바82 결정)

「헌법」 제75조 및 이 조항에 대한 헌법재판소의 일관된 견해로 제11조 제2항을 판단해 보건데 본 조항은 유전자검사 결과 관리, 유전자정보 보호, 데이터베이스의 운영 등에 관한 사항을 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 법안만으로는 유전자정보보호와 관련된 중요한 사항들을 알 수 없으므로 수권에도 불구하고 일반적으로 요구되는 예측가능성을 현저히 저하시키고 있다.

유전자정보는 정보의 분석을 통해 개인 식별이 가능하고, 개인이 발현할 수 있는 성격상의 특징, 유전병과 관련한 정보 등을 알 수 있을 뿐 아니라 개인과 그 개인이 속한 가족구성원 전체의 유전적 질병에 대하여도 알 수 있는 정보로 오·남용의 경우 국민의 기본권을 침해할 소지가 있는 정보이다. 네덜란드의 ‘개인정보보호법’, 오스트레일리아의 ‘유전적 사생활과 차별 금지에 관한 법’ 등 세계 각국은 특별법을 제정하거나, 개인 의료정보 보호와 관련된 법률 등에 따라 유전자 정보를 보호하고 있다.

이러한 개인의 내밀한 정보를 취급함에 있어 그 목적의 정당성 여부를 떠나 명확성과 예측가능성을 결하고 있는 것은 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구된다는 헌법과 헌법재판소의 입장에 반하고 있는 것이다.

또한 유전자검사 결과 관리, 데이터베이스의 운영 등에 관한 사항은 사실상 유전자정보보호와 직접적으로 관련이 있는 사항으로 이것을 대통령령에 위임하고 있는 것은 개인정보를 처리함에 있어 공공업무의 적정한 수행을 도모함과 아울러 국민의 권리와 이익을 보호하고자 개인정보보호의 원칙을 법률로 규정하고 있는 개인정보보호법의 취지에 반하는 것이고, 연구 및 기타, 다른 목적을 위해 수집되고 저장되는 유전정보의 이용 및 축적 등의 과정은 반드시 법률에 근거하여 비밀보장 등의 안전성을 확보하여 이루어져야한다고 규정하고 있는 “인간 게놈과 인권에 관한 보편선언” 제7조에 반하는 것이다.

덧붙여 유전자검사 시행 및 결과 관리 기관, 데이터베이스 운영기관, 관리·감독기관 등의 사항은 시행령에 위임조차 하고 있지 않은데 이것은 개인정보 취급자의 의무까지 규정하도록 하고 있는 OECD 원칙을 비롯한 국제적 입법례와는 거리가 있는 것으로 판단된다.

따라서, 「헌법」 제75조 입법위임의 취지 및 「공공기관의 개인정보보호에

관한 법률」 제정의 취지에 비추어 법안 제11조 제2항에서 시행령에 위임하고 있는 유전자검사 결과 관리, 유전정보 보호, 데이터베이스 구축 등의 사안은 본 법안에서 규정 하고 법안이 결하고 있는 유전자검사의 시행 및 관리·감독에 관한 원칙을 법안에 명시 하는 것이 필요할 것으로 판단된다.

VI. 결론

이에 「국가인권위원회법」 제19조 제1호 규정에 의하여 주문과 같이 의견표명하기로 결정한다.

2004. 9. 6.

국가인권위원회 제1소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

Ⅱ6 2004. 5. 12.자 소년원법시행령개정령(안)에 대한 의견

- [1] 분류수용의 기준을 하위법령으로 위임하지 말고 개인의 체질적 특성과 과학적 기준을 좀 더 심화시켜 제시하여야 하고, 감호장비의 사용에 대하여 헌법 제37조 제2항 최소침해의 원칙의 적용과 요건·한계를 명확하게 제시하여야 하며,
- [2] 징계자에게 면회, 통신을 제한하는 것은 최소침해의 원칙상 허용하지 않도록 하고, 면회의 규제와 관련하여 개정안 제37조 제1호 및 제2호는 원장의 자의적 해석이 가능하므로 수정 내지 삭제가 필요하고,
- [3] 퇴원·가퇴원의 요건에 대해서는 대략적인 내용을 예시하는 것이 타당하고, 자치회 및 휴양에 관한 조항의 보완이 필요하다고 한 사례

【결정요지】

- [1] 분류수용의 기준을 하위법령에 그대로 위임하여 객관적 기준이 제시되지 않으므로 성격·연령·비행·공범관계·교육과정 외 개인의 체질적 특성과 그를 둘러싼 환경 등 과학적 기준을 좀 더 심화시켜 제시하여야 하고, 감호장비의 사용과 관련 소년의 정신적, 육체적 건강을 보호하기 위하여 최소침해의 원칙의 적용과 그 요건·한계의 명확화가 필요하므로, 자해를 제외한 이 탈·폭행·난동 등은 우선적으로 징계수단을 사용하되 필요한 최소한의 경우에만 감호장비를 사용하도록 하고, 감호장비의 사용을 일률적으로 규정할 것이 아니라 소년의 연령, 지능, 성격 등을 참작하여 사용의 기준을 마련하여야 하며,
- [2] 징계자에 대하여 또다시 면회, 통신을 제한하는 것은 소년의 육체적·정신적 건강을 고려하지 않은 조치로서 최소침해의 원칙상 허용하지 않도록 하여 보호소년의 면회권, 통신의 자유, 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보호해야 하고, 면회의 규제와 관련하여 개정안 제37조 제1호는 원장의 자의적 해석이 가능하므로 수정 내지 삭제가 필요하고, 동조 제2호는 수용관리에 지장이라는 행정편의상 이유로 면회를 제한하므로 이를 삭제하는 것이 타당하며,
- [3] 퇴원·가퇴원의 요건과 절차 등에 관한 세부사항을 법무부령에 그대로 위임

하고 있어 자의적인 입법에 의한 인권의 침해가 있을 수 있으므로 퇴원 및 가퇴원과 관련된 요건의 대략적인 내용을 예시하는 것이 타당하고, 자치회 및 휴양에 관한 조항은 보호소년의 자유를 보호한다는 원래의 취지와 교육, 정신적, 신체적 건강증진을 위해 이를 삭제하기 보다는 개선, 보완이 필요함

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조제1항 및 제3항, 제37조제2항, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조, 아동의 인권에 관한 국제협약 제37조b, 소년사범운영에 관한 국제연합 최저기준규칙 제17조제1항b 및 c, 제19조제1항c, 제13조제2항, 소년자유보호규칙 제1조, 제2조

【주 문】

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제20조제1항에 따른 법무부의 소년원법시행령 개정안에 대한 국가인권위원회의 의견 요청에 대하여 검토를 한 결과 국가인권위원회법 제19조제1호의 규정에 의하여 아래와 같이 의견을 표명한다.

- 아 래 -

1. 소년원법시행령 개정안 제6조는 현행시행령과는 달리 분류수용의 기준을 제시하지 않고 하위법령에 그대로 위임하고 있음으로써 객관적 기준이 제시되어 있지 않아 입법자의 자의에 의한 입법으로 인하여 보호소년의 인간의 존엄성 및 행복추구권(헌법 제10조), 신체의 자유(헌법 제12조)를 침해할 수 있다. 따라서 현행 시행령에 규정된 성격·연령·비행·공범관계·교육과정 외 개인의 체질적 특성과 그를 둘러싼 환경 등 과학적 기준을 좀 더 심화시켜 제시하여야 할 것이다.

2. 소년원법시행령 개정안 제18조 감호장비의 사용과 관련하여 소년의 정신적, 육체적 건강을 보호하기 위하여 헌법 제37조제2항에 근거한 최소침해의 원칙이 적용되어야 함과 더불어 그 요건과 한계가 명확히 규정되어야 할 것이므로 제1호의 경우 자해를 제외한 이탈·폭행·난동 등에 대해 우선적으로 징계수단을 사용하도록 하고 그럼에도 불구하고 폭행, 난동을 부리거나 이탈하는 경우에만 필요최소한의 감호장비를 사용하도록 하고, 제2호의 경우 감호장비의 사용을 일

를적으로 규정할 것이 아니라 소년의 연령, 지능, 성격 등을 참작하여 사용의 기준을 마련하여야 하며, 제3호의 경우 “수용관리”는 “사고방지”보다 넓은 개념이므로 남용의 우려가 있는 바 이의 수정이 필요하며 감호장비 사용의 기준을 시행령 또는 하위 법규를 통해 명시하도록 하여 보호소년의 신체의 자유를 보호하여야 할 것이다.

3. 소년원법시행령 개정안 제28조의 징계자에 대한 처우의 제한과 관련하여 징계자에 대하여 또다시 면회, 통신을 제한하는 것은 가사 이중처벌금지의 원칙에 위배되지 않을지라도 소년의 육체적 정신적 건강을 고려하지 않은 조치로 헌법 제37조제2항에 근거한 최소침해의 원칙상 허용되지 않도록 하여 원칙적으로 보호소년의 면회권, 통신의 자유(헌법 제18조), 인간의 존엄성 및 행복추구권(헌법 제10조)을 보호하여야 할 것이다.

4. 소년원법시행령 개정안 제37조 면회의 규제와 관련하여 면회에 대한 감독을 규정한 개정안 제36조에서 보호소년의 면회시 직원이 입회하도록 하고 보호소년 등이 규율을 위반하거나 면회인이 보호소년 등에게 나쁜 영향을 준다고 인정되는 때에는 면회를 중지시킬 수 있도록 하여 면회를 제한하고 있음에도 불구하고 제37조제1호는 그 내용이 주관적인 해석의 여지가 커 원장의 자의적인 해석이 가능하므로 수정 내지 삭제가 필요하고 제37조제2호는 모법인 소년원법 제18조가 “보호 및 교정교육 지장”의 경우에 한하여 면회를 제한할 수 있도록 하였음에도 불구하고 소년원 기능의 유지, 보존이라는 행정편의상의 이유로 면회를 제한하고 있으므로 “수용관리에 지장”부분은 삭제하는 것이 타당할 것이다.

5. 소년원법시행령개정안 제87조는 퇴원·가퇴원과 관련하여 퇴원요건 및 절차, 가퇴원의 요건 및 절차 등에 관한 세부사항을 법무부령에 그대로 위임하고 있어 입법자의 자의적인 입법에 의하여 소년원생의 신체의 자유(헌법 제12조), 거주이전의 자유(헌법 제14조), 인간의 존엄성 및 행복추구권(헌법 제10조) 등의 인권의 침해를 가져올 수 있으므로 개정안에 퇴원 및 가퇴원과 관련된 요건의 대략적인 내용을 예시하여 주는 것이 타당할 것이다.

6. 기타 소년원법시행령 개정안은 현행 시행령 제113조 및 제114조에 규정된 자치회 및 휴양에 관한 조항을 삭제한 바 비록 기존의 자치회의 역기능을 충분히 이해하나 보호소년의 자기결정의 자유를 보호한다는 원래 취지와 교육, 정신적, 신체적 건강증진을 위해 이를 삭제하기 보다는 개선, 보완하여야 할 것이다.

【이 유】

I. 판단배경

1. 법무부 소관 소년원법이 2004. 1. 20. 법률 제7076호로 개정됨에 따라 이를 모범으로 하고 있는 대통령령인 소년원법시행령을 전문개정하면서 2004. 4. 6. 국가인권위원회에 인권침해적 내용이 있는지 여부를 검토 후 회신하여 줄 것을 요청하였다.

2. 본 시행령(안)은 소년원법에서 위임된 사항과 그 시행에 관해 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하는 것으로 수용된 소년의 가혹한 처분을 배제하고 보호적·교육적·교화지향적 이념을 실현한다는 점에서 인권과 밀접한 관련이 있는 법령이라 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1호에 의하여 법령의 검토에 착수하게 되었다.

II. 판단기준

1. 헌법

제10조 : 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제12조 제1항 : 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

제12조 제3항 : 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

제37조 제2항 : 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공

공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

2. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조

제1항 : 자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다.

제2항 : (a) 피고인은 예외적인 사정이 있는 경우를 제외하고는 기결수와 격리되며, 또한 유죄의 판결을 받고 있지 아니한 자로서의 지위에 상응하는 별도의 취급을 받는다.

(b) 미성년 피고인은 성인과 격리되며 또한 가능한 한 신속히 재판에 회부된다.

제3항 : 교도소 수감제도는 재소자들의 교정과 사회복귀를 기본적인 목적으로 하는 처우를 포함한다.

3. 아동의 인권에 관한 국제협약(Convention on the Rights of the Child)

제37조 b : 어떠한 소년이라도 그 자유를 불법 또는 자의적으로 박탈당하지 않는다. 소년의 체포, 구류 또는 구금은 법률에 따라야 하며, 최종적인 수단으로서 동시에 가장 짧은 적당한 기간만으로 이용되어야 한다.

4. 소년사범 운영에 관한 국제연합 최저기준규칙(북경규칙 : United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, The Beijing Rules)

제17조 제1항 b : 소년의 자유제약은 신중한 고려 끝에만 이루어지고 가능한 한 최소한에 한정되어야 한다.

제17조 제1항 c : 소년이 타인에 대한 폭력을 수반하는 중대한 행위 또는 중대한 범죄를 지속적으로 범하였음이 인정되는 경우로서 다른 적당한 방법이 없는 때가 아닌 한 소년의 자유를 박탈할 수 없다.

제19조 제1항 c : 소년을 시설에 수용하는 것은 항상 최후에 취하여야 하는 조치로서 필요최소한의 기간이어야 한다.

제13조 제2항 : 소년에 대해서는 심판을 위한 신병구속을 대신하는 사회내에서의 방법 및 시설수용을 대신할 수 있는 다양한 사회내 처우방법을 적극적으로 개발하여 이용해야 한다.

5. 소년자유보호규칙(United Nations Rules for the Protection of Juvenile Deprived of their Liberty)

제1조 : 소년의 시설수용처분은 항상 최후의 수단으로서 그 기간도 필요최소한에 그쳐야 한다.

제2조 : 소년의 자유박탈은 최후의 수단으로서 최단기간이어야 하며 또한 예외적인 경우에 한정되지 않으면 안된다.

III. 판단

1. 분류수용 관련(개정안 제6조)

가. 개정내용

분류수용의 기준을 범무부령에 위임함에 있어서 현행 시행령 제16조에서는 성격·연령·비행·공범관계·교육과정 등을 참작하여 분류수용하여야 한다고 규정하여 분류수용의 기준을 예시적으로 규정하였으나 개정안 제6조에서는 아무런 기준을 제시하지 않고 범무부령에 위임하고 있다.

나. 검토

분류제도 또는 분류처우라 함은 단순히 집단으로 나누는 행위만을 의미하는 것이 아니고, 보호소년의 개선·갱생 및 사회복귀라는 목적을 달성하기 위하여 그의 성향과 문제점을 과학적으로 검토하여 그에 알맞은 처우방침을 수립·실시하는 일련의 행위로서 교정처우와 사회복귀라는 이념을 근간으로 유형자의 개별적인 특성을 고려하여 처우한다는 의미로 사용되고 있다.

즉, 보호소년에 대하여 과학적 인격조사를 실시하여 사회적 요인에 의한 비행, 심리적 요인에 의한 비행 등으로 분류, 각각에 적합하다고 생각하는 처우방법을 시행하도록 함으로써 교정처우의 개별화를 통하여 보호소년의 처우개선을 도모하고자 하고 있다.

입법자의 자의에 의한 분류기준의 설정은 수용된 소년에 대한 가혹한 처분을 배제하고 보호적·교육적·교화 지향적 이념을 실현한다는 소년원의 취지에서 벗어나 소년에게 신체의 자유 및 행복추구권 등을 제약하는 또 하나의 수단으로 작용하여 또 다른 제재가 될 수 있다.

분류의 기준을 가급적이면 현행법령과 같이 예시적으로라도 대략적 규정을 두어 예측이 가능하도록 함으로써 그 내용을 객관적으로 확정 가능하도록 규정하여야 할 것이다.

따라서 아무런 기준을 제시하지 않고 위임하기 보다는 현행법의 기준과 같은 고전적인 기준 외에 개인의 체질적 기질적 특성과 그를 둘러싼 환경 등 과학적 기준을 좀 더 심화시켜 제시하는 것이 타당할 것이다.

2. 감호장비의 사용(개정안 제18조)

가. 개정내용

개정안 제18조 제1항에서는 사용할 수 있는 감호장비로 수갑, 포승 등을 규정하고 있고, 그 조건으로 제1호에는 이탈·난동·폭행·자해 등을 규정하고 있으며, 제2호에서는 법원 또는 검찰의 조사·심리·이송 기타 사유로 호송을 하는 때를, 제3호에서는 기타 수용관리상 불가피하고 판단되는 경우를 규정하고 있다.

나. 검토

감호장비의 사용은 보호소년 등에 대하여 현실적이고 실질적인 신체의 자유의 박탈이 되는 것이며, 극심한 정신적·육체적 고통을 주는 것이므로 사용자는 법령이 정한 절차와 방법에 따라 감호의 목적을 달성하는 데 필요한 최소한도의 범위내에서 사용해야 할 것이다.

감호장비의 사용의 요건과 한계는 최대한 명확히 규정하여 애매모호한 용어의 사용에 따른 담당관의 재량의 남용을 최대한 억제하여 보호소년의 인권을 보호하여야 한다.

감호장비는 수용사고 방지를 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 사용하여야 한다. 이는 수감, 포승 등의 장비사용이 수용된 소년에게 정신적, 육체적 건강에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 더욱이 소년원은 소년교도소와는 달리 소년법에 의하여 보호처분을 부과 받은 소년들을 수용하여 교육하는 교육기관으로서의 성격이 중시된다.

따라서 소년원에 수용된 소년들을 일반 행형의 집행에서와 동일한 기준에 의해 감호장비의 사용을 규정하는 것은 보호소년의 특성을 간과한 것이라 볼 수 있으므로 아래와 같이 개선하는 것이 타당할 것이다.

첫째, 제1호에서 규정된 기준과 관련하여 자해의 경우 감호장비의 사용 보다는 보다 세심한 주의와 정신적 치료를 요하므로 감호장비 사용의 대상에서 제외하고 이탈·폭행·난동 등에 대해서는 우선적으로 징계수단을 사용하고, 징계처분에도 불구하고 타인을 폭행하거나, 난동을 부리거나 혹은 이탈을 시도하는 경우 등에 한해 필요최소한의 감호장비를 사용할 수 있도록 해야 할 것이다.

둘째, 제2호에서 범원 또는 검찰의 조사·심리, 이송 기타 사유로 호송을 하는 경우 수감, 포승을 사용할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 역시 보호소년과 성인 범죄자를 동일하게 취급하고 있는 것이라고 할 것이다. 따라서 모든 대상소년들에게 일률적으로 수감, 포승의 사용을 허용할 것이 아니라 소년의 연령, 지능, 성격, 건강상태, 행위의 동기, 범죄의 경·중 등을 참작하여 그 사용의 기준을 제한해야 할 것이다.

셋째, 제3호의 “기타 수용관리상 불가피하다고 판단되는 때”의 규정 역시 불가피한 경우에 대한 기준이 구체적으로 명시되어 있지 않아 개념이 모호하고 남용될 우려가 있어 명확성의 원칙을 준수하고 있지 않다고 할 것이다.

“수용관리”는 “사고방지”보다 넓은 개념으로서 감호장비 사용이 남용될 우려가 있다. 소년원은 처벌보다는 교육이 우선되는 기관이므로 감호장비의 사

용은 가급적 자제하도록 엄격하게 규정하는 것이 타당할 것이다.

따라서 제3호는 범집행자의 자의적 해석·적용의 방지를 위하여 기본권 제한 입법이 준수해야 하는 명확성의 원칙에 부합하도록 연령, 지능, 성격, 건강 상태, 행위의 동기, 범죄의 경·중등을 고려하여 시행령 또는 하위법규를 통해서 명시하도록 하여 신체의 자유를 보호하여야 할 것이다.

3. 징계자에 대한 처우의 제한(개정안 제28조)

가. 개정내용

개정안 제28조에서는 징계기간 중 면회·통신 및 교육활동의 일부를 제한할 수 있다고 규정하고 있어 보호소년의 통신의 자유, 면회권 등을 제한하고 있다.

나. 검토

소년원의 보호소년은 소년교도소의 수용자와는 달리 보호처분을 받은 자들로 소년원은 교육기관으로서의 성질이 중시되어야 할 것이다.

가사 징계가 형벌이 아니어서 헌법상의 이중처벌 금지의 원칙에 위배되는 경우는 아니라 할지라도 이미 징계를 받고 있는 자에 대하여 다시 특정한 사항에 대해 제한하는 것은 가혹한 징계가 되어 헌법 제37조제2항에 근거한 최소침해의 원칙에 반한다 할 것이다.

소년원에서의 징계처분은 수용된 상태에서 행해지는 것이기 때문에 그만큼 피처분자인 소년들에게 정신적, 육체적 건강에 영향을 미칠 수 있는 바, 통신과 면회를 다시 제한하는 것은 소년의 정신적, 육체적 건강을 고려하지 않은 조치라 할 것이고 이중의 징계에 해당한다고 볼 수 있는 '징계자에 대한 처우의 제한'은 허용하지 않도록 하여 원칙적으로 보호소년의 면회권, 통신의 자유(헌법 제18조), 인간의 존엄성 및 행복추구권(헌법 제10조)을 보호하는 것이 타당할 것이다.

4. 면회의 규제(개정안 제37조)

가. 개정내용

소년원법 제18조에서는 보호소년 등의 보호 및 교정교육에 지장이 있다고 인정이 되는 경우를 제외하고는 보호소년 등의 면회를 원칙적으로 허가하여야 한다고 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고 하위법령인 소년원법시행령 개정안 제37조에서는 3회에 걸쳐 면회를 규제할 수 있도록 규정하고 있으므로 동 조항이 법 제18조의 “보호 및 교정교육 지장”의 범위 내에 포함되는지 검토가 필요하다.

나. 검토

보호소년에게 일반인과 마찬가지로 외부인과의 접견 및 교통을 무제한적으로 허용할 수는 없다 할지라도 다른 사람과의 접촉과 교통은 인간존재를 위한 기본적인 것이며, 그렇기 때문에 비록 형을 받고 구금된 자라고 할지라도 이와 같은 욕구는 충족되어야 하고, 또한 그것은 권리로 보장되어야 하는 것이다.

면회에 대한 감독을 규정한 개정안 제36조 제2항에서는 면회의 입회와 관련하여 “면회에 입회하는 직원은 보호소년 등이 규율을 위반하거나 면회인이 보호소년 등에게 나쁜 영향을 준다고 인정되는 때에는 면회를 중지시킬 수 있다”라고 규정하여 면회를 제한하고 있다.

개정안 제37조 제1호 즉 “비행집단과 교제하고 있거나 특정한 비행집단에 소속되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우”는 그 내용이 주관적인 해석이 가능하여 원장의 자의적인 해석이 있을 수 있어 보호소년의 면회 받을 권리가 불안하게 되고 법적 안정을 해칠 수 있으므로 이를 수정 내지 삭제하는 것이 필요하다.

또한 개정안 제37조 제2호에서는 “보호소년 등의 교육 및 수용관리에 지장을 초래할 수 있다고 판단되는 경우”를 면회의 규제사유로 규정하고 있다. 상위법인 소년원법 제18조에 의하면 “보호 및 교정교육 지장”의 경우에 한하여 면회를 제한할 수 있도록 하였음에도 불구하고 소년원 기능의 유지, 보존이라는 행정상의 이유로 면회를 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항에 근거한 최소 침해의 원칙에 반한다 할 것이다.

특히 소년원의 보호소년은 소년교도소의 수용자와는 달리 보호처분을 받은

자들로 교육기관으로서의 성질이 중시되어야 할 것이다.

“수용관리에 지장을 준다”는 것은 소년원법에서 규정한 “보호 및 교정교육”과는 구별되는 개념이다. 따라서 “수용관리에 지장” 부분은 삭제하는 것이 타당하다.

5. 퇴원·가퇴원 관련 (개정안 제87조)

가. 개정내용

현행 소년원법시행령은 제117조에서 퇴원·가퇴원에 대하여 상세한 규정을 두고 있으나 소년원법시행령 개정안 제87조는 퇴원·가퇴원과 관련하여 퇴원요건 및 절차, 가퇴원의 요건 및 절차 등에 관한 세부사항을 법무부령에 그대로 위임하고 있다.

나. 검토

소년원법 제43조에서 퇴원에 관한 규정을 두고 있고, 제44조에서 가퇴원에 관한 규정을 두고 있다. 특히 이번 개정 소년원법에서는 23세에 달한 때에 퇴원시켜야 한다고 한 것을 변경하여 22세가 되는 경우 당연 퇴원하도록 하였다.

현행 소년원법시행령 제117조 제1항에 의하면 퇴원허가의 신청 또는 가퇴원심사의 신청대상자는 처우단계가 2급 이상인 보호소년으로 한다고 규정하고 있으며, 제2항에서 제1항에 해당하지 않는 자라 할지라도 각호에 해당하는 자의 경우 신청에 의하여 가퇴원의 심사를 청구할 수 있다고 하였다.

그러나 소년원법시행령개정안 제87조는 퇴원·가퇴원과 관련하여 퇴원요건 및 절차, 가퇴원의 요건 및 절차 등에 관한 세부사항을 법무부령에 그대로 위임하고 있다.

헌법 제95조에 의하면 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 부령을 발할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 퇴원의 요건과 같은 아주 중요한 사항의 대략적인 내용을 규정함이 없이 그대로 하위 법령에 위임하는 것은 법무부령에 의하여 소년원생의 퇴원과 관련된 신체의 자유, 거주이전의 자유, 행복추구권 등 인권의 침해를 가져올 수 있으므로

로 개정안에 퇴원 및 가퇴원과 관련된 요건의 대략적인 내용을 예시하여 주는 것이 타당할 것이다.

6. 자치회 및 휴양

개정안은 현행시행령 제113조 및 제114조에 규정된 자치회 및 휴양을 삭제하였다. 비록 기존의 자치회의 역기능은 충분히 이해하나 인간의 존엄성에 바탕을 두고 자기결정의 자유를 보장하여 보호소년을 사회에 적응시킨다는 자치회의 취지는 충분한 의의가 있으며 소년의 자율적 계도를 위해서도 필요한 조항이다.

또한 자치회 및 휴양은 보호소년들의 교육, 정신적, 신체적 건강증진을 위하여 유리하고 필요한 조항이므로 이를 삭제하기 보다는 현행 시행령을 개선, 보완하여야 할 것이다.

IV. 결 어

1. 분류수용의 기준(개정안 제6조)

개정안 제6조는 현행시행령과는 달리 분류수용의 기준을 제시하지 않고 하위법령에 그대로 위임함으로써 객관적 기준이 제시되어 있지 않아 입법자의 자의적인 입법으로 인한 분류수용으로 신체의 자유, 행복추구권을 침해할 수 있다.

따라서, 현행시행령에 규정된 성격·연령·비행·공범관계·교육과정 외 개인의 체질적 특성과 그를 둘러싼 환경 등 과학적 기준을 좀 더 심화시켜 제시하여야 할 것이다.

2. 감호장비의 사용(개정안 제18조)

개정안 제18조 감호장비의 사용과 관련하여 소년의 정신적, 육체적 건강을 보호하기 위하여 최소침해의 원칙이 적용되어야 함과 더불어 그 요건과 한계가 명확히 규정되어야 한다.

(1) 제1호의 경우 자해를 제외한 이탈·폭행·난동 등에 대해 우선적으로 징계수단을 사용하도록 하고 그럼에도 불구하고 폭행, 난동을 부리거나 이탈하는 경우에 한해 필요최소한의 감호장비를 사용하도록 하여야 한다.

(2) 제2호의 경우 감호장비의 사용을 일률적으로 규정할 것이 아니라 소년의 연령, 지능, 성격 등을 참작하여 사용의 기준을 마련하여야 한다.

(3) 제3호의 경우 “수용관리”는 “사고방지”보다 넓은 개념이므로 남용의 우려가 있는 바 이의 수정이 필요하며 감호장비의 사용의 기준을 시행령 또는 하위 법규를 통해서 명시하도록 하여 수용소년의 신체의 자유를 보호하여야 한다.

3. 징계자의 처우(개정안 제28조)

개정안 제28조의 징계자 처우의 제한과 관련하여 징계자에 대하여 또 다시 면회, 통신을 제한하는 것은 가사 이중처벌금지의 원칙에 위배되지 않을지라도 소년의 육체적 정신적 건강을 고려하지 않은 조치이다.

‘징계자에 대한 처우의 제한’은 헌법 제37조제2항에 근거한 최소침해의 원칙상 허용되지 않도록 하여 원칙적으로 보호소년의 면회권, 통신의 자유, 행복추구권을 보호하여야 할 것이다.

4. 면회의 규제(개정안 제37조)

개정안 제37조 면회의 규제와 관련하여 면회에 대한 감독을 규정한 개정안 제36조제2항에 면회의 입회와 관련하여 이미 면회를 제한하고 있다.

(1) 제1호의 경우 주관적인 해석이 가능하므로 이의 삭제가 필요하다.

(2) 제2호 “보호 및 교정교육의 지장”의 경우가 아닌 소년원 기능의 유지, 보존이라는 행정상의 이유로 면회를 제한하고 있는 것은 상위법령에 위배되므로 “수용관리의 지장”부분은 삭제하는 것이 타당할 것이다.

5. 퇴원·가퇴원(개정안 제87조)

개정안 제87조의 퇴원·가퇴원과 관련하여 그 요건 및 절차에 대해 아무런 기준을 제시하지 않고 하위법령인 법무부령에 위임하고 있다.

퇴원 및 가퇴원은 소년의 신체의 자유, 거주이전의 자유, 행복추구권 등 보호소년의 인권과 밀접한 관련이 있으므로 시행령에 관련된 요건의 대략적 내용을 규정하는 것이 바람직하다.

6. 기타

현행 시행령 제113조 및 제114조의 자치회 및 휴양에 관한 사항은 보호소년의 자기결정의 자유와 정신적, 신체적 건강증진을 위하여 보호소년에게 유리하고 필요한 조항이므로 이를 삭제하기 보다는 개선, 보완하여야 할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 5. 12.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

㉓ 2004. 10. 11.자 소년원법시행규칙제정(안)에 대한 의견

- [1] 소년원법시행규칙제정안 제12조 제7호를 삭제하여 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 직원에게 알릴 것인지 여부를 보호 소년 스스로의 가치판단에 맡길 것과
- [2] 퇴원, 가퇴원은 신체의 자유, 거주이전의 자유 등과 밀접하게 관련되므로 근거 규정인 소년원법 제43조, 제44조에 퇴원·가퇴원의 대략적인 내용을 예시할 것과
- [3] 제정안 제87조 제3항을 수정하여 수용기간 또는 수용일수 산정에 있어서 수용당일을 산입함은 물론 출원일 또한 산입할 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 제정안 제12조 제7호는 보호소년에게 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 지체없이 직원에게 알리도록 하고 있어 양심형성 내지 양심결정 과정에서 소극적 양심실현의 자유를 침해하여 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용 침해 금지 조항에 반할 수 있으므로 이를 삭제하고,
- [2] 퇴원·가퇴원은 보호소년의 신체의 자유, 거주이전의 자유, 행복추구권 등 보호소년의 기본적인 인권과 아주 밀접한 관련이 있는 중요사항이므로 소년원법 제43조, 제44조에 퇴원·가퇴원의 요건과 관련된 대략적인 요건을 예측할 수 있도록 하고 나서 하위법령에 위임하고,
- [3] 형법 수준의 법률에 아무런 규정을 두지 않은 채 부령에 불과한 소년원법시행규칙으로 형법 제8조에 대한 예외규정을 두는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 적법절차의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 아동의 인권에 관한 국제협약 등에 위반되므로 출원일을 수용기간 또는 수용일수 산정시 산입하여야 할 것을 권고함

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조 제1항 및 제3항, 제19조, 제37조 제2항, 제95조, 형법 제8조, 제85조, 제86조, 세계인권선언 제1조, 제3조, 제18조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제1조, 아동의 권리에 관한 협약 제37조 b, 소년사

법 운영에 관한 국제연합 최저기준규칙 제17조 제1항b, 제19조 제1항c, 소년자유 보호에 관한 국제연합규칙 제1조, 제2조

【주 문】

법무부의 소년원법시행규칙제정안에 대한 의견 요청이 있어 아래와 같이 국가인권위원회의 의견을 표명합니다.

- 아 래 -

1. 제정안 제12조 제7호는 보호소년에게 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 지체없이 직원에게 알리도록 하고 있어 양심형성 내지 양심결정의 과정에서 외부의 간섭으로 보호소년의 가치판단을 해할 수 있고 형성된 양심을 표명하지 않을 소극적 양심실현의 자유를 침해하여 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용의 침해 금지조항에 반할 위험이 있을 뿐만 아니라 인간의 존엄성 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에도 위반되므로 이를 삭제하여 보호소년 스스로의 가치판단에 맡겨야 한다.

2. 제정안 제75조 퇴원·가퇴원 신청기준과 관련하여 위원회는 2004. 5. 12. 상위법령에 요건에 대한 예시적 규정 없이 하위법령에 위임하는 것이 적절치 않다는 의견을 이미 표명한 바 소년원법 제43조, 제44조에 퇴원·가퇴원의 요건과 관련된 대략적 요건을 예측할 수 있도록 규정한 후 하위법령에 위임해야 할 것이다.

3. 제정안 제87조 제3항은 수용기간 또는 잔여 수용일수를 산정함에 있어서 수용 당일은 산입하면서 출원일은 산입하지 않고 있는 바 형법 수준의 법률에 아무런 규정을 두지 않은 채 부령에 불과한 소년원법시행규칙으로 형법 제8조에 대한 예외규정을 두는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 적법절차의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 아동의 권리에 관한 협약 등에 위반될 수 있으므로 동항을 수정하여 수용기간 또는 수용일수 산정에 있어 출원일을 산입하여야 할 것이다.

【이 유】

I. 판단배경

법무부가 오랫동안 입법부작위상태에 있던 소년원법시행규칙을 제정하면서 2004. 7. 12. 인권침해적 내용이 있는지 여부를 검토 후 회신하여 줄 것을 국가인권위원회에 요청하였다(소년제1과-3261).

본 제정안 제12조 제7호의 준수사항, 제87조 제3항의 수용기간 및 잔여 수용일수 계산 등과 관련하여 양심의 자유, 신체의 자유, 인간의 존엄성 및 행복추구권의 침해여부를 검토할 필요가 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거하여 법령검토에 착수하였다.

II. 판단기준

본 제정안의 인권침해 여부 판단은 헌법 제10조(인간의 존엄성 및 행복추구권), 제12조 제1항 및 제3항(적법절차의 원리), 제19조(양심의 자유), 제37조 제2항(과잉금지의 원칙), 제95조(위임입법의 원칙), 형법 제8조, 제85조, 제86조, 세계인권선언 제1조, 제3조, 제18조, 시민적및정치적권리에관한국제규약 제1조, 아동의권리에관한협약 제37조 b, 소년사범운영에관한국제연합최저기준규칙 제17조 1항 b, 제19조 1항 c, 소년자유보호에관한국제연합규칙 제1조, 제2조 등에 의거하였다.

III. 판단내용

1. 준수사항과 양심의 자유(제12조 제7호)

제정안 제12조에 규정된 준수사항의 부과를 인정한다 할 지라도 헌법 제37조 제2항에서 규정한 바와 같이 자유와 권리를 제한함에 있어 본질적 내용을 침해하여서는 아니 된다.

제정안 제12조 제7호는 보호소년이 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 발견한 때 지체없이 이를 직원에게 알리도록 하고 있어 양심의 형성 내지 양심결

정의 과정에서 외부의 부당한 간섭으로 보호소년의 옳고 그름에 대한 가치판단을 해할 수 있고, 불신풍조를 낳을 수 있으며 소극적 양심실현의 자유를 침해할 소지가 있다.

제정안 제12조 제7호는 국가기관이 개인의 사상과 양심을 외부적형태로 나타내도록 강제하여 개인이 가지는 양심의 자유의 본질적 내용을 침해하고 있으며 이는 헌법 제37조 제2항의 “자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다”에도 위반된다.

나아가 양심의 자유는 인간으로서의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 위해 개인의 정체성을 보장하는 기능을 담당한다 할 것이므로 제정안 제12조 제7호는 헌법 제10조 인간의 존엄성 및 행복추구권도 침해할 수 있으며 세계인권선언 제1조의 ‘인간의 존엄성’과 시민적및정치적권리에관한국제규약 제1조의 ‘인간의 고유한 존엄성 존중’도 해친다.

따라서 제정안 제12조 제7호가 소년원에 수용된 보호소년의 양심에 따른 가치판단을 해할 수 있으므로 이를 삭제하고 보호소년의 자율적 가치판단에 의하여 범법·규율위반행위를 직원에게 알릴 것인지 여부를 판단하도록 할 것이다.

2. 퇴원·가퇴원 요건(제75조)

제정안 제75조는 보호소년의 신체의 자유에 있어서 핵심이라 할 수 있는 퇴원·가퇴원의 요건에 대해 아주 상세히 규정하고 있다. 이는 소년원법 제43조, 제44조에 간략히 언급된 퇴원·가퇴원 요건을 상세히 한 것이나 이에 대해 위원회는 상위법령에 요건에 대한 예시적 규정을 두지 않은 채 하위법령인 시행규칙에 위임하는 것이 적절치 않다는 의견을 이미 표명했다.

2004. 5. 12. 국가인권위원회 제1소위원회는 소년원법시행령개정안에 대한 의견표명을 하면서 당시 개정안 제87조에 퇴원·가퇴원의 요건에 대한 아무런 기준을 제시하지 아니하고 하위법령인 법무부령에 위임한 것에 대해 상위법령에 요건과 관련된 대략적 내용을 규정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명했다.

그럼에도 불구하고 법무부는 위원회의 의견과는 달리 시행령에서 이 규정 자체를 삭제하고 오히려 그보다 하위법령인 시행규칙제정안에 그 세부요건 및 절차를 규정하고 있다.

퇴원·가퇴원은 보호소년의 신체의 자유, 거주이전의 자유, 행복추구권 등 보호소년의 기본적인 인권과 아주 밀접한 관련이 있는 중요사항이다.

따라서 소년원법 제43조, 제44조에 퇴원·가퇴원의 요건과 관련된 대략적인 요건을 예측할 수 있도록 하고 나서 하위법령에 위임하는 것이 타당할 것이다.

3. 출원일(出院日)불산입(제87조 제3항)

제정안 제87조 제3항은 수용기간 및 잔여 수용일수 산정시 수용당일은 산입하면서 출원일은 수용기간의 산정에 산입하지 아니하고 이를 배제하고 있다.

그러나 형법 제85조는 형의 집행과 시효기간의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 계정하도록 하고 있고 형법 제86조는 석방을 형기종료일에 하여야 한다고 하고 있다. 즉, 석방일도 형기의 계산을 함에 있어서 산입하도록 한 것이다.

제정안 제87조 제3항의 취지가 수용된 소년의 보호를 위해서 규정한 것이라면 이를 상담으로 해결하든지 아니면 보호소년이 이를 선택할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이렇게 하는 것이 보다 덜 침해적인 방법으로 입법목적은 달성할 수 있도록 하는 것으로 헌법 제37조 제2항에 합치된다.

보호처분이 형벌과 성질이 다르기는 하나 소년원수용처분도 하나의 형사제재에 속하므로 형법 제8조의 규정에 따라 법령에 특별한 규정이 없는 한 형법 규정대로 출원일도 수용기간의 계산에 있어서 산입되어야 할 것이다.

따라서 소년원법에 아무런 규정을 두지 않은 채 부령에 불과한 소년원법시행규칙으로 형법 제8조에 대한 예외규정을 두는 것은 상위법에 위반되는 것으로 법령의 내용이 적법절차의 원칙에 위반되어 보호소년의 신체의 자유를 구속하고 인간의 존엄성 및 행복추구권을 침해한다 할 것이다.

아동의 권리에 관한 협약에서 소년의 자유의 박탈은 “가장 짧은 적당한 기간만 이용하도록” 하고 있으며 소년사법운영에관한국제연합최저기준규칙이 “필요최소한의 기간”, 소년자유보호에 관한 국제연합규칙이 “최단기간”이라 하고 있는 취지에 비추어 봐도 보호소년의 출원일을 수용기간 또는 잔여 수용일수 산정시 산입하는 것이 타당하다.

따라서 제정안 제87조 제3항 “수용기간 또는 잔여 수용일수 산정시 수용 당일은 산입하고 출원일은 산입하지 아니한다”를 “수용기간 또는 잔여 수용일수 산정시 수용 당일은 물론 출원일도 산입한다”라고 수정하여야 할 것이다.

IV. 결 어

1. 준수사항과 양심의 자유(제12조 제7호)

제정안 제12조 제7호는 보호소년에게 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 지체없이 직원에게 알리도록 하고 있어 양심의 형성 내지 양심결정의 과정에서 외부의 간섭으로 보호소년의 가치판단을 해할 수 있고 형성된 양심을 표명하지 않을 소극적 양심실현의 자유를 침해하여 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용의 침해 금지 조항에 반할 위험이 있을 뿐만 아니라 인간의 존엄성 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에도 위반된다.

따라서 제정안 제12조 제7호를 삭제하여 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 직원에게 알릴 것인지 여부를 보호소년 스스로의 가치판단에 맡겨야 할 것이다.

2. 퇴원·가퇴원의 요건(제75조)

2004. 5. 12. 국가인권위원회 제1소위원회회의 결정으로 소년원법시행령개정안 제87조에 퇴원·가퇴원의 요건에 대한 대략적인 내용을 규정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명했음에도 불구하고 시행령상의 이 규정을 삭제하고 시행규칙상에 세부규정을 나열하였다.

퇴원, 가퇴원은 신체의 자유, 거주이전의 자유 등과 밀접하게 관련되므로 근거규정인 소년원법 제43조, 제44조에 퇴원·가퇴원의 대략적인 내용을 예시하여야 할 것이다.

3. 출원일(出院日)불산입(제87조 제3항)

제정안 제87조 제3항은 수용기간 또는 잔여 수용일수를 산정함에 있어서 수용

당일은 산입하면서 출원일은 산입하지 않고 있다.

형법 수준의 법률에 아무런 규정을 두지 않은 채 부령에 불과한 소년원법시행 규칙으로 형법 제8조에 대한 예외규정을 두는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 적법절차의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 아동의 권리에 관한 협약 등에 위반될 수 있다.

따라서 동항을 수정하여 수용기간 또는 수용일수 산정에 있어서 수용 당일을 산입함은 물론 출원일 또한 산입하여야 할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 10. 11.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

Ⅷ 2004. 10. 11.자 교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안, 학교보건법중개정법률안에 대한 의견

교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안 및 학교보건법중개정법률안을 검토한 결과 정보인권의 충분한 보장을 위한 개선 및 보완이 필요하다고 판단되어 의견을 표명한 사례

【결정요지】

- [1] 교육기본법중개정법률안 제23조의3은 '법률이 정하는 경우를 제외하고는 정보주체와 그 부모 또는 보호자의 의사에 반하여 제3자에게 제공되어서는 아니 된다'고 규정한 것은 범형식상 학생정보의 보호가 원칙이고 그에 대한 제한이 예외적임을 분명하지 못하므로, 교육정보화 추진과정에서 개인정보의 침해와 같은 부작용에 대한 우려가 제기되므로 학생정보 보호원칙의 선언을 위한 신설규정이라는 개정취지에 부합하도록 예외적인 경우를 분리하여 규정하는 것이 바람직하고,
- [2] 초·중등교육법중개정법률안 제60조의3 제1항의 교육정보시스템의 구축·운영 중 '운영'의 내용과 방법을 명확히 구체화하여 교육정보시스템으로 구축한 정보내용은 그 책임주체인 학교장이 아닌 자의 접근 통제가 이루어질 수 있도록 하고, 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제2항 및 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항은 교육정보시스템으로 작성, 관리된 학생의 학교생활기록과 보건관련 자료의 관리와 운영의 책임주체가 학교의 장이고, 그 데이터가 학교 밖으로 유출될 수 없다는 점을 보다 구체적으로 명시하는 등의 개선이 필요하고,
- [3] 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제2항 및 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항은 학교생활기록 및 신체검사에 관한 자료가 작성, 관리되고 있다는 사실을 각급 학교에서 정보주체 및 그 보호자 등에게 사전에 고지하도록 보완되어야 하며, 이 때 초·중등교육법중개정법률안 제60조의6에 따라 학교생활기록부 및 신체검사에 관한 자료가 정보주체 및 그 보호자 등의 사전동의 없이 제3자에게 제공될 수 있다는 사실에 대하여도 고지되도록 해야 할 것이고,

- [4] 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제3항의 학생선발에 이용하도록 상급학교에 제공된 학교생활기록 및 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제4항의 상급학교에 제공된 신체검사 기록은 정보제공의 목적이 달성된 후 적정기간 내에 폐기될 수 있도록 하고, 이를 계속 보유해야 할 합리적 이유가 존재할 경우에 한해 그 구체적인 기간과 목적 등이 명시되도록 보완해야 할 것이고,
- [5] 초·중등교육법중개정법률안 제60조의4는 정보시스템에 의하여 처리되는 정보를 보호하기 위하여(생략) 정보시스템의 보안대책을(생략) 강구를 교육인적자원부장관과 시·도교육감, 학교의 장 등의 의무사항으로 규정하면서 보안대책을 지나치게 포괄적으로 규정하고 있어 선언적 조항에 그칠 우려가 있으므로 교육정보시스템으로 작성, 관리되는 정보의 사적 특수성에 비추어 이에 대한 보안대책이 철저하게 마련되도록 개선해야 하고,
- [6] 초·중등교육법중개정법률안 제60조의6 제1항은 전산자료 보유기관의 장이 정보시스템을 통하여 구축한 학교생활기록부 및 신체검사에 관한 자료를 정보주체와 그 부모 및 보호자의 사전 동의 없이 제공하는 것을 금지하고 있고, 제2항은 법률규정에 의해 자료를 제공받은 자가 본래의 목적 외의 용도로 이를 이용하는 것을 금지하고 있으며, 제60조의7 제2항은 전산자료의 관리자가 이 법이나 다른 법률의 규정에 의한 보유목적 외의 목적을 위하여 전산자료를 이용하는 것을 금지하고 있고, 제3항은 전산자료의 처리업무에 종사하거나 하였던 자 등 직무상 학생전산자료를 알게 된 자의 내용누설을 금지하고 있으나 이에 대한 구체적 벌칙 규정을 결하고 있는 바, 위 조항들의 실효성 확보를 위하여 적절한 처벌규정의 마련이 필요하고,
- [7] 초·중등교육법중개정법률안 제60조의8은 전산자료를 제공·이용 또는 보유하는 자에 대한 지도·감독에 관한 조항을 신설하면서, '필요하다고 인정하는 때에' 지도·감독을 '할 수 있다'는 임의 조항으로 규정하여, 적용대상자는 교육시기와 횟수 등에 대한 그 구체적 내용을 예측하기 어려워 기본권의 보호를 위하여 준수되어야 할 법률의 명확성의 원칙에 부합하지 않으므로 전산자료를 제공·이용 또는 보유하는 자와 각종 보안시스템과 관리 등에 대한 지도·감독을 정기적으로 실시할 수 있도록 개선되어야 한다고 권고함

【참조조문】 헌법 제10조, 제17조, 제37조 제2항, 공공기관의 개인정보보호에 관

한 법률 제12조, 세계인권선언 제12조, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제17조 제1항

【주 문】

교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안 및 학교보건법중개정법률안을 검토한 결과 정보인권의 충분한 보장을 위한 개선 및 보완이 필요하다고 판단되므로 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

1. 교육기본법중개정법률안 제23조의3은 학생의 정보보호 원칙을 선언하기 위하여 신설된 규정이라는 취지에 부합하도록 학생정보를 정보주체와 보호자 등의 동의없이 제3자에게 제공할 수 있는 예외적인 경우를 분리하여 규정해야 할 것이다.

2. 초·중등교육법중개정법률안 제60조의3 제1항의 교육정보시스템의 구축·운영 중 ‘운영’의 내용과 방법을 명확히 구체화하여 교육정보시스템으로 구축한 정보내용에 대하여는 그 책임주체인 학교장이 아닌 자의 접근 통제가 이루어질 수 있도록 하고, 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제2항 및 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항은 교육정보시스템으로 작성, 관리된 학생의 학교생활기록과 보건관련 자료의 관리와 운영의 책임주체가 학교의 장이고, 그 데이터가 학교 밖으로 유출될 수 없다는 점을 보다 구체적으로 명시하는 등 위원회의 NEIS 관련 권고에 부합하도록 개선할 것이다.

3. 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제2항 및 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항은 학교생활기록 및 신체검사에 관한 자료가 작성, 관리되고 있다는 사실을 각급 학교에서 정보주체 및 그 보호자 등에게 사전에 고지하도록 보완되어야 하며, 이 때 초·중등교육법중개정법률안 제60조의6에 따라 학교생활기록부 및 신체검사에 관한 자료가 정보주체 및 그 보호자 등의 사전동의 없이 제3자에게 제공될 수 있다는 사실에 대하여도 고지되도록 해야 할 것이다.

4. 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제3항의 학생선발에 이용하도록 상급 학교에 제공된 학교생활기록 및 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제4항의 상급

학교에 제공된 신체검사 기록은 정보제공의 목적이 달성된 후 적정기간 내에 폐기될 수 있도록 하고, 이를 계속 보유해야 할 합리적 이유가 존재할 경우에 한해 그 구체적인 기간과 목적 등이 명시되도록 보완해야 할 것이다.

5. 초·중등교육법중개정법률안 제60조의4 '보안대책'의 구체적 사항이 명시되어야 할 것이다.

6. 초·중등교육법중개정법률안 제60조의6 및 제60조의7의 금지규정에 대한 처벌규정이 마련되도록 한다.

7. 초·중등교육법중개정법률안 제60조의8과 관련하여 전산자료를 제공·이용 또는 보유하는 자에 대한 지도·감독이 정기적으로 반드시 실시될 수 있도록 개선되어야 할 것이다.

【이 유】

I. 검토배경

1. 교육인적자원부는 2004. 9. 7. 교육정보시스템 구축·운영의 법적 근거를 보완하고 학생정보 보호를 강화하기 위하여 교육기본법, 초·중등교육법 및 학교보건법의 개정법률안을 마련하고 이에 대하여 위원회의 의견을 조회하였다.

2. 한편, 위원회는 2003. 3. NEIS관련 정책개선 권고를 한 바 있고, 교육기본법중개정법률안 등은 이를 반영하고 있어 학생의 정보인권보호와 밀접한 관련이 있으므로, 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 검토를 진행하였다.

II. 검토기준

1. 국가인권위원회는 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 설립목적으로 하며, 이 때 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

2. 따라서 각 개정법률안의 정보인권 침해 가능성 여부를 헌법 제10조의 인간

의 존엄과 가치 및 행복추구권, 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 제37조 제2항의 기본권 제한의 원칙, 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 등의 국내법과 세계인권선언 제12조, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제17조 제1항의 사생활 보호 조항, UN의 전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인, OECD의 개인데이터의 국제유통과 프라이버시보호에 관한 가이드라인 등 국제인권기준에 의거하여 판단하였다.

III. 판단

1. 학생정보 보호의 원칙선언

교육기본법개정법률안 제23조의3은 ‘법률이 정하는 경우를 제외하고는 정보주체와 그 부모 또는 보호자의 의사에 반하여 제3자에게 제공되어서는 아니된다’고 규정함으로써 범형식 상 학생정보의 보호가 원칙이고 그에 대한 제한이 예외적임을 분명히 드러내지 못하고 있다.

본 조항은 교육정보화 추진과정에서 개인정보의 침해와 같은 부작용에 대한 우려가 제기 됨에 따라 학생정보의 보호원칙을 선언하기 위하여 신설된 규정이라는 점에서 이러한 개정취지에 부합하도록 예외적인 경우를 분리하여 규정하는 것이 바람직하다고 판단된다.

2. 교육정보시스템으로 작성·관리되는 학교생활기록 및 신체검사 기록의 책임주체 명시

초·중등교육법중개정법률안 제60조의3 제1항은 ‘교육인적자원부장관 및 시·도교육감은 학교 및 교육행정기관의 업무를 전자적으로 처리할 수 있도록 교육정보시스템을 구축·운영할 수 있다고 규정하고 있는 한편,

초·중등교육법중개정법률안 제25조 제2항과 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항은 각각 학교의 장이 학교생활기록과 신체검사 기록을 위의 교육정보시스템으로 작성·관리하도록 규정하고 있다.

본 조항들은 교육정보시스템의 구축·운영의 책임을 교육인적자원부장관과 시·도교육감에게, 이에 따른 정보의 작성·관리의 책임을 학교장의 책임으로 각각

명시하고 있으나

교육정보시스템의 '운영'은 그 의미가 포괄적이어서 교육정보시스템으로 작성·관리된 정보의 임의적인 열람과 이용 등의 접근권까지 포함된 것으로 해석될 우려도 있으므로 법률의 명확성의 원칙에 부합하지 않는다.

학교생활기록은 인적사항, 학적사항과 출결상황 등을 포함하는 것이고, 신체검사기록은 인적사항, 체격검사와 체력검사 등 건강지도 및 건강상담의 자료로 이용될 수 있는 개인적인 정보로서 우리 위원회는 이미 NEIS관련 권고를 통하여 이와 같은 정보가 학교의 밖으로 집적, 유출, 이용될 가능성 등에 대하여 우려를 표명하고 입진학과 관련한 교무/학사, 입진학 및 보건 3개 영역에 대하여 통합적이고 포괄적인 정보시스템의 구축을 반대하는 권고를 한 바 있다.

따라서 초·중등교육법중개정법률안 제60조의3 제1항의 교육정보시스템의 '운영'을 교육정보가 아닌 교육정보시스템만의 운영이라는 점이 보다 분명히 드러나도록 그 방법과 내용을 구체적으로 규정하여 교육정보의 책임주체가 아닌 자의 접근을 통제하도록 하고, 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제2항과 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항은 교육정보시스템에 의해 작성된 정보내용에 대한 '관리'의 의미를 보다 명확히 규정하여 접근권이 학교장에게만 있다는 점을 명시하는 등 정보의 집적과 이용에 대한 위원회의 NEIS관련 권고의 취지가 반영되도록 개선될 필요가 있다.

3. 학생개인정보의 집적·이용에 대한 고지

초·중등교육법중개정법률안 제25조 제2항과 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항에 의하면, 학교의 장이 학교생활기록 및 보건기록을 작성·관리하는 바, 헌법 제17조에 근거하는 자기정보관리통제권을 보장하기 위해서는 개인정보가 교육정보시스템에 의하여 작성·관리되고 있다는 사실을 각급 학교에서 정보주체 및 그 보호자 등에게 고지하여야 하고, 초·중등교육법중개정법률안 제60조의6에 따라 학교생활기록부 및 신체검사에 관한 자료가 제1호 내지 제4호의 경우 정보주체와 그 부모 및 보호자의 사전동의 없이 제3자에게 제공될 수 있다는 점 또한 고지되어야 할 것이다.

4. 학교생활기록 및 신체검사 기록의 폐기

초·중등교육법중개정법률안 제25조 제3항은 학교의 장이 학교생활기록을 상급학교의 학생선발에 이용하도록 제공할 것을, 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제4항은 학교의 장이 학생 신체검사기록을 고등학교까지의 상급학교의 장에게 제공할 것을 규정하고 있다.

위 조항들은 상급학교에 대한 정보의 제공은 규정하고 있으나 제공된 정보의 폐기에 대해서는 규정하고 있지 않은 바, 학교생활기록과 신체검사 기록 등은 개인의 인적사항은 물론 교과학습 발달상황이나 신체적 발달상황까지 포함된 것으로 그 제공의 목적이 이루어지고 난 후 해당기관이 그 정보를 계속 보유하게 될 경우 오·남용으로 인한 개인정보의 침해가 우려된다.

「헌법」 제17조의 사생활의 비밀과 보호는 개인의 사생활에 대한 타인의 침해나 사생활 공개로부터의 보호는 물론 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장 하려는 데에 그 취지가 있으며 이에 대한 제한은 필요한 경우에 한하여 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 할 수 있는 것이므로, 개인정보는 계속적, 포괄적, 무제한적으로 집적될 수 없다.

학생의 선발과 학생에 대한 건강지도와 상담이라는 정보제공의 목적이 달성된 후에도 계속적으로 이를 보유할 합리적 이유가 없으므로 해당 상급학교는 제공받은 정보를 일정기간 내에 폐기해야 한다.

따라서 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제3항과 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제4항에 제공받은 정보에 대한 폐기규정이 보완되어야 하며, 정보를 계속 보유할 합리적 이유가 존재할 경우에 한해 구체적인 기간과 목적을 명시해야 할 것이다.

5. 정보시스템의 보안대책

초·중등교육법중개정법률안 제60조의4는 정보시스템에 의하여 처리되는 정보를 보호하기 위하여 정보시스템의 보안대책을 강구할 것을 교육인적자원부장관과 시·도교육감, 학교의 장 등의 의무사항으로 규정하고 있으나 보안대책을 지나치게 포괄적으로 규정하고 있어 선언적 조항에 그칠 우려가 있다.

본 법률안에 의해 교육정보시스템으로 작성, 관리되는 정보의 사적 특수성에 비추어 이에 대한 보안대책은 필요불가결한 것이며 면밀하고 철저하게 마련되어야 할 것이다.

「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제9조는 공공기관의 장에게 개인정보를 처리함에 있어 개인정보가 분실, 도난, 누출, 변조 또는 훼손되지 아니하도록 안전성 확보에 필요한 조치를 강구하도록 하고 있고

OECD가이드라인 제11항은 분실 및 불법적인 접근, 파괴, 사용, 변경 또는 공개와 같은 위험에 대비한 적절한 보안유지 장치 강구를, UN가이드라인 제7항은 정보에의 무단 접근, 정보의 사기적 오용 등으로부터의 예방조치 마련을 규정하고 있으며,

초·중등교육법중개정법률안 제60조의7도 전산자료 보유기관의 장에게 멸실, 분실, 도난, 유출 또는 훼손으로부터의 안전조치 마련을 구체적으로 규정하고 있다.

따라서 위 규정 등에 비추어 정보시스템의 구축·운영상에 있어 강구되어야 할 보안대책에 대하여 보다 구체적으로 명시할 필요가 있다.

6. 처벌조항의 미비

초·중등교육법중개정법률안 제60조의6 제1항은 전산자료 보유기관의 장이 정보시스템을 통하여 구축한 학교생활기록부 및 신체검사에 관한 자료를 정보주체와 그 부모 및 보호자의 사전 동의 없이 제공하는 것을 금지하고 있고, 제2항은 법률규정에 의해 자료를 제공받은 자가 본래의 목적 외의 용도로 이를 이용하는 것을 금지하고 있다.

같은 법 제60조의7 제2항은 전산자료의 관리자가 이 법이나 다른 법률의 규정에 의한 보유목적 외의 목적을 위하여 전산자료를 이용하는 것을 금지하고 있고, 제3항은 전산자료의 처리업무에 종사하거나 하였던 자 등 직무상 학생전산자료를 알게 된 자의 내용누설을 금지하고 있다.

정보주체 등의 사전동의 없는 정보제공과 본래 목적 이외의 정보이용, 정보내용의 누설 등의 금지는 헌법 제17조에서 비롯되는 개인의 자기정보통제권이나

OECD가이드라인의 수집된 개인데이터의 이용과 제공에 관한 원칙 등에 비추어 강제규정으로 마련되는 것이 타당하나 이에 대한 구체적 벌칙 규정이 마련되지 않을 경우 선언적 조항으로 그칠 우려가 크다.

이런 이유로 UN 가이드라인은 제8항에서 각국이 개인정보 보호를 위한 감독 및 제재 조치를 마련해야 할 필요성을 제시하면서 개인정보에 관한 가이드라인의 원칙을 이행하는 국내법 규정을 위반하는 경우에는 이에 대한 적절한 개인구제조치와 함께 형사상 또는 기타 벌금을 부과해야 한다고 명시하고 있다.

따라서 위 조항들의 실효성 확보를 위하여 적절한 처벌규정의 마련이 필요하다.

7. 전산자료 제공·이용이나 보유 등에 대한 정기적 지도 감독의 필요성

초·중등교육법중개정법률안 제60조의8은 전산자료를 제공·이용 또는 보유하는 자에 대한 지도·감독에 관한 조항을 신설하면서, '필요하다고 인정하는 때에' 지도·감독을 '할 수 있다'는 임의 조항으로 규정하고 있다.

이는 개인정보의 구축에 대한 공공기관의 책임을 규정한 법률과 지침은 물론 법률의 명확성의 원칙 등에 부합하지 않는다.

'필요하다고 인정하는 때'에 대해서는 범집행자의 임의적이고 자의적인 해석이 가능하고 적용대상자가 교육시기와 횟수 등에 대한 그 구체적 내용을 예측하기 어려워 기본권의 보호를 위하여 준수되어야 할 법률의 명확성의 원칙에 부합하지 않는다.

또한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제12조에 의하면, 개인정보의 보유기관의 장은 개인정보보호에 관한 윤리의식의 확립, 관계 법령에 의한 개인정보화일별 처리절차, 개인정보보호에 관한 사례 및 그 결과 등에 대하여 당해기관의 개인정보취급자에 대하여 정기적으로 교육을 실시하여야 한다고 규정하고 있다.

이러한 점에 비추어 전산자료를 제공·이용 또는 보유하는 자의 개인정보에 대한 책임성과 윤리의식을 고취하고 각종 보안시스템과 관리 등에 대한 지도·감독을 정기적으로 실시할 필요가 있다.

따라서 본 조항은 전산자료 제공·이용이나 보유하는 자에 대하여 정기적으로 지도·감독이 이루어질 수 있도록 개선될 필요가 있다.

VI. 결론

위에서 본 바와 같이 교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안 및 학교보건법중개정법률안은 학생의 개인정보를 보다 적극적으로 보호하고 향상하기 위하여 개선 및 보완이 필요하다고 판단되므로, 이에 「국가인권위원회법」 제19조 제1호에 의하여 주문과 같이 결정한다.

2004. 10. 11.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

㉨ 2006. 10. 13.자 「환경영향조사 등에 관한 규칙 일부 개정령안」에 대한 의견표명

환경부장관에게 「환경영향조사 등에 관한 규칙 일부 개정령안」의 환경영향평가항목 조정에서 별표2 환경영향평가항목(제5조 관련)의 '교육' 항목을 존속시키고, 학습환경 보호 차원에서 '교육' 항목의 주요 평가 내용 및 작성지침을 보완하는 등 평가의 실효성을 높일 방안을 강구하도록 의견 표명

【참조조문】 「학교용지확보 등에 관한 특례법」 제3조 「도시 및 주거환경정비법」 제2조제2호 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제43조

【주 문】

국가인권위원회는 환경부장관에게 「환경영향조사 등에 관한 규칙 일부 개정령안」의 환경영향평가항목 조정에서 별표2 환경영향평가항목(제5조 관련)의 '교육' 항목을 존속시키고, 학습환경 보호 차원에서 '교육' 항목의 주요 평가 내용 및 작성지침을 보완하는 등 평가의 실효성을 높일 방안을 강구할 것을 의견 표명한다.

【이 유】

1. 검토배경

1. 2006. 10. 9. 환경부에서 「환경영향조사 등에 관한 규칙 일부 개정령안」(이하 개정령안) 관련하여 우리 위원회의 의견 제시를 요청하였다.

2. 개정령안의 내용 중 환경영향평가항목 조정에서 공공시설, 교육, 교통항목을 제외시키려고 하는 바, 이 중 교육항목 제외는 학습권 및 환경권 보장에 중대한 영향을 미칠 수 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 1호에 의거하여 검토하였다.

II. 검토 내용

1. 개정령안의 주요 내용 : 환경영향평가 항목 조정

현 행	개정안
<p>규칙 제5조 (환경영향평가항목) 법 제29조 제1항의 규정에 의한 환경영향평가의 항목은 별표 2와 같다</p>	<p>규칙 제5조 (환경영향평가항목) - - - - - - - - - -</p>
<p>[별표2] 환경영향평가항목(제5조 관련)</p> <p>1. 자연환경분야 가. 기상 나. 지형·지질 다. 동·식물 라. 해양환경 마. 수리·수문</p> <p>2. 생활환경분야 가. 토지이용 나. 대기질 다. 수질(지표·지하) 라. 토양 마. 폐기물 바. 소음·진동 사. 악취 아. 전파장해 자. 일조장해 차. 위락·경관 카. 위생·공중보건</p> <p>3. 사회·경제환경분야 가. 인구 나. 주거(이주의 경우를 포함한다) 다. 산업 라. 공공시설 마. 교육 바. 교통 사. 문화재 또는 역사·문화적으로 보전 가치가 있는 건조물·유적</p> <p>비고 제3호가목 및 바목에 대한 환경영향평가의 실시는 인구영향평가 및 교통영향평가에서 제외되는 내용에 한한다.</p>	<p>[별표2] 환경영향평가항목(제5조 관련)</p> <p>1. 대기환경분야 가. 기상 나. 대기질 다. 악취 라. 지구온난화</p> <p>2. 수환경분야 가. 수질(지표·지하) 나. 수리·수문 다. 해양환경</p> <p>3. 토지환경분야 가. 토양 나. 지형·지질</p> <p>4. 자연생태환경분야 가. 동·식물 및 자연생태계</p> <p>5. 생활환경분야 가. 토지이용 나. 친환경적 자원순환 다. 소음·진동 라. 위락·경관 마. 위생·공중보건 바. 전파장해 사. 일조장해</p> <p>6. 사회·경제환경분야 가. 인구 나. 주거(이주의 경우를 포함한다) 다. 산업 (라. 공공시설 삭제) (마. 교육 삭제) (바. 교통 삭제) 라. 문화재 또는 역사·문화적으로 보전 가치가 있는 건조물·유적</p> <p>비고 제6호가목에 대한 환경영향평가의 실시는 인구영향평가에서 제외되는 내용에 한한다.</p>

2. '교육'항목 제외의 이유 및 문제점

가. 제외 내용 및 이유

개정령안은 새로운 환경요구, 영향평가의 실효성 등을 고려하여 환경영향평가항목을 조정함에 있어서 타 법령에서 관리되고 있거나 환경영향평가의 실효성이 적은 사회·경제분야의 평가항목 중 공공시설, 교육, 교통항목을 평가항목에서 제외하였다.

○ 제외 이유(환경부의 입장)

(1) 교육분야의 경우 「학교용지확보 등에 관한 특례법」에 의거하여 교육감의 의견서를 개발사업계획 승인 신청시 첨부하도록 하므로 평가서에는 현황만 제시되는 실정이다.

(2) 학교에 미치는 환경적요인(대기, 소음·진동 등)에 관하여는 해당 항목에서 별도로 환경영향을 예측하여 저감방안을 강구하고 있다.

(3) 각종 포럼을 통한 전문가 회의 결과 관련법⁴¹⁾에서 충분히 검토·협의되고 있어 실효성이 적음을 제시하고 있다.

나. 제외 이유의 문제점

학교주변의 환경적 요인(대기, 소음·진동 등)은 생활환경분야 평가 항목에서 하고 있다고 하나, 특별한 보호를 요하는 학교환경은 일반 생활환경보다 강화된 환경기준이 필요하다.

「학교용지확보 등에 관한 특례법」의 경우 신설 학교 용지 확보에 관한 것으로 기설 학교 교육환경 보호가 목적이 아니어서 학교 환경보호에는 미흡하다.

또한 사업시행으로 인해 통학로의 안전성과 편리성이 저해될 우려가 있을 경우 이를 예방할 근거 확보의 문제가 발생한다.

41) 학교용지확보 등에 관한 특례법 제3조 (학교용지의 조성·개발) ①300세대(제5조제4항제3호에 해당하는 개발사업의 경우 해당 개발사업분을 감한 세대수를, 「도시 및 주거환경정비법」 제2조 제2호 다목의 주택재건축사업은 기존 세대를 감한 세대수를 대상으로 한다) 규모 이상의 개발사업을 시행하는 자(이하 "개발사업시행자"라 한다)는 개발사업의 시행을 위하여 수립하는 계획에 학교용지의 조성·개발에 관한 사항을 포함시켜야 한다. 이 경우 학교용지의 위치 및 규모 등은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제43조의 규정에 의한 학교시설의 설치기준 등에 관한 규정을 준용한다. <개정 2002.12.5, 2005.3.24>

따라서 교육 항목의 평가는 그 실효성이 적다고 하나, 사업 수행 시 인근학교의 교육환경 저해요인을 미리 평가한 후 개발사업을 승인토록 할 필요성이 여전히 있다.

나아가 평가의 실효성 문제는 수용용량 중심의 형식적인 평가 관행에 기인한 것으로 실효성 있는 교육환경 영향 평가가 가능하도록 '교육' 항목의 주요 평가 내용이나 작성지침을 보완⁴²⁾하는 방안을 제시하는 의견도 있다.

3. 검토의견

교육인적자원부에서 전국 시·도교육감을 통하여 학교 환경위생 정화구역 안에서의 재개발·재건축 사업 및 주거환경개선 및 도시환경정비 사업 현황을 파악한 결과, '06. 3월 현재 451건이 정비사업이 진행중이고, 504건이 승인 이후 시행을 계획하고 있는 상황이다.

<참고자료> 학교환경위생정화구역내 정비사업 현황('06. 3)

구 분	주거환경 개선사업	주택재개발 사 업	주택재건축 사 업	도시환경 정비사업	계
추진중	144	211	88	8	451
계획중	173	162	121	48	504
계	317	373	209	56	955

※ 자료 : 교육인적자원부에서 시·도교육감을 통하여 조사한 것으로 건설교통부(지방자치단체) 자료와 다를 수 있음.

대부분의 학교는 사업시행으로 인해 발생하는 소음, 진동이 적절한 정도의 수인 한도를 넘고 있어 학습의 효율성이 저하되고, 먼지로 인해 운동장에서의 체육 활동이 불가능하게 되는 등 교육활동을 축소 운영하고 있다.

42) 교육환경영향평가 필요 항목(안)으로 1)개발사업 수행으로 급경사지, 저지대 등의 발생으로 인근 학교 재해발생 유발요인은 없는가 2)인근학교의 일조권 침해 및 통풍, 배수에 지장을 초래할 요인은 없는가 3)소음·진동으로 인한 인근학교 교육에 지장을 초래할 요인은 없는가 4)개발사업 수행 시 분진 및 악취 등의 발생으로 인근학교 학생들의 건강위해 유발요인은 없는가 5)학교주변에 교통이 빈번한 도로가 인접하게 되어 통학(보행)에 위협이나 지장을 주는 요인은 없는가를 제시하고 있다.(교육인적자원부, 건강하고 쾌적한 학교환경 조성을 위한 교육환경영향평가제 도입 방안, 2005. 12 관계부처 검토회의 자료 8쪽)

또한 기존 통학로가 폐쇄되거나 사업시행 편의 위주로 변경됨으로 인해 통학거리 및 시간이 늘어나는 등 통학의 불편이 증대하고, 통학의 안전성이 위협당하여, 교통사고 등 사고가 실제로 발생하기도 하였다.

도로 건설 및 대형·고층 건축물의 신축 등의 개발사업 및 정비사업 수행시 인근 학교에 미칠 소음·진동·분진 및 일조권 침해 등 교육환경 저해요인을 미리 평가한 후 사업을 승인하도록 하는 교육환경영향평가제⁴³⁾의 도입은 참여정부의 대통령 공약사항이다.

교육부에서도 개발사업시 인근학교 교육환경 저해행위 저감방안으로, 환경부 고시 「환경 조사 등에 관한 규칙」 개정 또는 ‘사전 환경성 검토 제도’ 및 ‘전략환경영향 평가체계’ 등에 반영하여 개발사업 수행으로 인한 인근학교 교육환경 저해행위 저감대책의 실효성을 확보하도록 하는 안을 환경부에 제시하고 있다.⁴⁴⁾

교육항목의 주요 평가내용이 교육시설의 수용용량에 영향을 미치는 영향 및 대책 등 수용능력 중심으로 되어있어, 사업시행이 교육시설에 미치는 환경적인 영향을 종합적으로 평가 분석하도록 개선해나가는 것이 필요하다⁴⁵⁾는 연구결과도 있다.

국가인권위원회는 재건축·재개발과정에서의 학습권 보장 방안에 대한 권고(2006. 10. 9.)에서 환경부에 환경영향평가제 평가항목에 교육부분에 관한 내용을 강화하여 삽입하고, 대기환경보전법, 악취방지법, 수질환경보전법, 소음·진동규제법을 개정하여 평상시 및 건설공사시 학교에 적용되는 환경규제기준을 학습환경보호 차원에서 강화해야한다고 권고하였다.

4. 개선 조치 방향

환경영향평가제 평가항목에 ‘교육’을 제외할 경우, 특별한 보호를 필요로 하는 학교 교육환경 보장에 미흡하며, 「학교용지확보 등에 관한 특례법」에 의한다 하

43) 교육환경영향평가제도 일반에 대한 소개 및 도입방안에 관해서는 김재현, 도시개발 시 교육환경영향 평가제도 도입방안 연구, 교육인적자원부, 2003 참고.

44) 교육인적자원부, 건강하고 쾌적한 학교환경 조성을 위한 교육환경영향평가제 도입 방안, 2005. 12 관계부처 검토회의 자료 5쪽.

45) 남영숙, 환경영향평가제도의 사회·경제 분야 개선방안 연구, 한국환경정책평가연구원, 1998, 43 쪽.

더라도 기설 학교 인근에서 진행되는 재건축·재개발 사업으로 인한 학교 교육환경 침해 및 통학로 안전성 위협은 예방할 수 없다.

따라서 환경영향평가제 평가항목에서 '교육' 항목을 제외하기보다는 '교육' 항목의 주요 평가 내용이나 작성지침을 보완하여 평가를 강화하는 것이 필요하다고 판단한다.

III. 결론

따라서, 위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2006. 10. 13.

국가인권위원회 상임위원회

위원장(직무대행) 최영애 위원 김호준 위원 정강자

㉔ 2005. 10. 24.자 청소년보호법 일부개정법률안 관련 개선 의견표명

청소년의 지나친 온라인게임 이용을 제한하는 청소년보호법 일부개정 법률안(2005. 7. 18. 발의)은 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙 및 헌법 제75조 포괄위임입법금지원칙과 헌법 제11조 평등권 보장에 반할 수 있고 「아동의 권리에 관한 협약」 제5조 및 제31조에도 부합하지 못하므로 국회의장에게 반대 의견을 표명한 사례

【결정요지】

청소년의 지나친 온라인게임 이용으로 인한 부작용에 대해 청소년보호법 일부개정 법률안은 게임 제공자를 규제함으로써 이를 개선하고자 하나, 이미 관련 법령등을 통해 청소년에게 유해한 게임물을 규제한 것으로도 청소년 보호라는 공익을 달성할 수 있으므로 당해 개정 법률안은 헌법 제11조 평등권, 제37조 제2항 과잉금지의 원칙, 제75조 포괄적 위임입법금지의 원칙과 아동권리협약 제31조에 부합하지 못하므로 국회의장에게 반대의견을 표명함

【참조결정 및 판례】 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 결정, 2001.1.18. 선고 99헌마555 결정, 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정, 1995. 9. 28. 선고 93헌마50, 결정, 1997. 5. 29. 선고 94헌마22 결정

【참조조문】 헌법 제11조, 제37조 제2항, 제75조, 아동의권리에관한협약(Convention on the Rights of Child) 제5조, 제31조

【주 문】

국가인권위원회는 국회의장에게 청소년보호법 일부개정법률안(2005.7.18. 발의, 의안번호 2263)은 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙 및 헌법 제75조 포괄위임입법금지원칙과 헌법 제11조 평등권 보장에 반할 수 있고 「아동의 권리에 관한 협약」 제5조 및 제31조에도 부합하지 못하므로 개정안에 반대 의견을 표명한다.

【이 유】

I. 의견표명 배경

2005. 8. 26. 국회 정무위원회는 한나라당 김○○의원이 대표 발의한 청소년보호법 일부개정법률안과 열린우리당 이○○의원이 대표 발의한 청소년보호법 및 청소년기본법 일부개정법률안에 대하여 우리 위원회의 의견을 요청하였다. 이 가운데 청소년기본법 및 청소년보호법 일부개정법률안(의안번호 2402, 2403)은 가정의 책임 강화와 청소년위원회 구성에 관한 내용으로서 인권보장이나 제한과 직접적인 관련성이 없다고 할 수 있으나, (의안번호 2263)청소년보호법 일부개정법률안은 일정부분 국가의 규제로 인한 권리제한과 밀접한 관련이 있는 내용이므로 국가인권위원회법 제19조 제1호에 따라 검토한 결과 주문과 같이 의견을 표명하기로 결정한 것이다.

II. 판단기준

청소년보호와 관련한 규제의 인권침해 또는 차별여부에 대해 헌법 제11조, 제37조 제2항, 제75조 및 「아동의 권리에 관한 협약」(Convention on the Rights of Child, 이하 '아동권리협약') 제31조를 주요 판단기준으로 검토하였다.

III. 판단

1. 청소년의 게임물 이용 제한을 위한 규제 필요성 제기

청소년들이 즐기는 게임 중 특히 온라인 게임과 관련한 여러 조사에서는 청소년들이 학교나 학원 수업 이외에도 이러한 게임에 치중함으로써 수면시간에 영향을 받는 것으로 나타나고 있다. 이는 청소년의 건강 손실과 학교 및 가족관계에서의 갈등을 야기할 수 있고 과도한 게임 이용으로 인한 기초학력 저하, 사회성 상실, 폭력성 유발도 문제로 지적되고 있다. 더 나아가 2004년 경찰발표에 따르면 온라인 게임과 관련한 사이버 범죄 또한 증가하고 있는 것으로 나타나고 있다.

하지만 게임산업은 이러한 문제점들에 대한 고려 없이 양적으로만 확대되었고

청소년의 온라인게임에 대해 학교나 부모에 의한 자율적인 규제는 기대할 수 없다는 지적이 제기되어 왔다. 따라서 그 해결방안으로서 우선 청소년들의 학습과 충분한 수면시간을 확보할 수 있도록 야간시간대에 청소년층이 가장 즐겨 이용하는 온라인 게임 이용을 차단하고자 국가가 게임 제공을 규제해야 한다는 것이다.

2. 인터넷 관련 규제의 한계와 청소년 보호에서의 국가 역할

정보사회의 대표적 매체인 인터넷은 초국가적인 쌍방향성과 익명성으로 인해 기존 매체들과 달리 그 내용의 규제와 제한 방식 등에 한계가 있다. 또한 인터넷상에서 청소년층은 다른 어느 공간에서 보다 능동적 존재로서 새로운 문화공간을 형성하며 이를 일상생활의 일부로까지 인식한다고 할 수 있다. 그러므로 이러한 청소년들의 인식과 행동방식 등에 대한 이해가 부족한 채 일방적인 통제 위주의 제약은 자칫 청소년들에 대한 보호 보다는 권리 제한의 성격으로 흐를 우려가 있다.

청소년은 독립된 인격체로의 성장과 사회적응을 위해 신체적·정신적인 면에서 보호를 필요로 하나, 여기에는 청소년의 성숙도 등에 따른 개별적인 고려가 요구된다는 점에서 청소년에 대한 가정의 자율성과 교육이 우선 존중될 필요가 있다. 더욱이 인터넷의 특성과 청소년층의 인터넷 활용방식(혹은 문화) 등을 고려할 때, 국가의 청소년 보호 역할은 무엇보다 청소년들을 자율적인 주체로 이해하고 이들에 대한 가족의 올바른 교육과 양육을 지원하는 제도적이며 기술적인 노력에 주안점을 두어야 할 것이다.

3. 개정안의 게임물 제공 제한의 내용

규제 대상은 “청소년보호법 제7조 제1호에 해당하는 게임물”로서 이는 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」(이하 ‘음비게임법’) 제2조 제3호의 게임물이며 이 가운데 “「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’) 제2조 제1항 제1호의 규정에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 것”이라고 하여 PC를 매개로 인터넷이나 통신망을 통해 복수의 이용자가 서버에 접속하여 사용하는 ‘온라인게임’만을 의미한다고 할 수 있다.

그리고 제한되는 게임물 내용은 포괄적으로 “게임물”로만 규정하고 있으나,

음비게임 제20조 및 제21조는 등급분류를 통해 그 내용이 청소년에게 부적절한 것은 이미 제공할 수 없도록 하고 있고 청소년보호법은 제2조, 제17조 등을 통해 청소년유해매체물에 대해서도 청소년의 이용을 제한하고 있다. 따라서 규제 대상은 '청소년이 이용할 수 있는' 게임을 의미하는 것이다.

아울러 특정 시간대에 게임 이용자가 청소년일 경우 그 연령에 따라 게임 제공자가 접속을 차단하여야 하며 이를 위반 시 형벌을 부과하도록 하나, 제한대상 연령층과 시간대는 대통령령에 위임하고 있다. 또한 처벌 대상은 온라인게임의 제작·배급·유통업자 모두를 의미하는 것이 아니라 음비게임 제32조에서 이미 PC방과 같은 유통업자는 심야에 청소년 출입을 금하도록 하고 있으므로 가정 등에서 개인 PC를 통해 이용할 수 있도록 온라인게임을 제공하는 사업자를 의미한다고 할 것이다.

4. 개정안의 문제점

가. 청소년 보호수단으로서 과잉금지 원칙 등 위반

청소년보호법은 청소년 유해매체물 등 청소년의 건전한 성장에 중대한 지장을 초래할 위험이 명백한 유해환경에 대해 청소년의 접근 및 이용 등을 넓게 제한하고 있고 정보통신망법, 음비게임 등을 통해서도 규제를 하고 있다. 하지만 문제가 되고 있는 청소년의 지나친 온라인게임 사용은 그로 인한 부정적인 영향을 감안할지라도 대상 게임물의 내용이 청소년 유해매체물이 아니고 음비게임에 의해 누구나 이용 가능한 게임물인 점에서 그 위험성을 청소년보호법에서 규제하고 있는 유해환경과 동일한 맥락에서 보기는 어렵다고 할 수 있다.

더욱이 온라인게임 이용에 대해 덜 제한적인 규제방법이 없다고는 할 수 없고 이미 관련 법령을 통해 청소년에게 유해한 게임물을 규제하고 있는 것만으로는 청소년 보호라는 공익을 달성하지 못한다고도 볼 수 없으므로 개정안은 그 수단의 적정성이나 피해의 최소성 면에서 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙에 반한다고 할 수 있다. 아울러 청소년의 진정한 휴식을 위해서는 교육과 사회 환경의 개선이 우선되어야 함에도 이를 게임이용의 제한이라는 통제를 통해 보장하고자 하는 것은 아동권리협약 제31조에서 규정하고 있는 휴식과 여가를 즐길 권리보장의 취지에도 부합될 수 없다고 할 것이다.

나. 포괄적 위임입법 금지 원칙의 위반

행정부에 입법을 위임할 경우 우리 헌법 제75조는 그 위임의 범위와 한계를 규정하고 있다. 또한 처벌법규의 위임은 긴급한 필요나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 범죄의 구성요건은 법률에서 처벌대상인 행위가 예측될 수 있을 정도로 구체적이어야 하며 형벌의 종류 및 그 상한과 폭 또한 명백히 규정하여야 한다는 것이 헌법재판소(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 1997. 9. 25. 96헌가16 등)의 일관된 입장이다.

개정안은 게임 제공자에게 형벌을 부과하도록 하면서 형벌의 필수적인 구성요건인 게임물 제공을 제한하는 구체적인 시간대와 연령층을 법률에 특정하지 않고 대통령령에 위임하고 있다. 하지만 이러한 위임이 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 수는 없으므로 이는 헌법 제75조의 포괄위임입법금지의 원칙을 위반할 가능성이 높다고 할 것이다.

다. 온라인게임 제공 사업자에 대한 차별

청소년이 주로 이용하는 게임물 중 아케이드게임물의 경우 음비게임에 의해 야간시간대에 게임장 출입을 제한함으로써 실질적으로 그 제공에 제한을 두고 있으나, 이는 일정 시간대에 게임 이용 장소를 유해환경으로 볼 수 있다는 점에서 차별적 규제가 정당화될 수 있다. 반면, 개정안은 가정 등에서 청소년이 개인 PC를 통해 이용한다는 점에서는 동일한 여러 게임물 중 유독 온라인게임의 제공만을 규제하고자 하는 것으로 이에 대한 합리적인 근거가 불충분하다고 할 수 있다.

즉, 청소년의 게임 이용에서 온라인게임이 차지하는 비중이 높고 온라인게임의 속성상 지나친 게임 이용이 문제가 되고 있으며 게임 제공업자(또는 게임사업자)를 통한 제한이 다른 게임물에 비해 현실적으로 가능하다는 점 등에서 규제의 근거를 찾을 수는 있겠으나, 청소년 보호를 위한 규제 목적에서 볼 때 이용 환경이나 지나친 이용 가능성 등에서 다른 게임물인 PC게임이나 콘솔게임 등과 달리 취급할 이유가 없다고 할 것이다. 따라서 이는 특정 게임물 제공자에 대한 차별로서 헌법 제11조 평등권 보장에 반할 수 있다.

라. 인터넷 매체의 특성에 따른 개정안의 문제

청소년보호법 제19조는 청소년유해매체물에 대해 방송시간의 제한을 규정하고 있으나 이는 공중과 방송의 침투적 특성과 규제 대상이 청소년유해매체물이란 점 때문에 정당화될 수 있는 것이다. 그러므로 개정안과 같이 청소년에게 유해성이 없는 내용에 대하여 더욱이 방송과 달리 정보이용자가 일정한 노력을 들여야 접근이 가능한 매체인 인터넷에서 국가가 일률적으로 접근을 규제한다면 결국 청소년의 알권리 등 헌법 제21조에서 보장된 표현의 자유를 침해할 수 있다.

더구나 인터넷의 특성상 개정안은 규제 방법에서도 한계를 내재한다고 할 수 있다. 예컨대, 게임 제공자가 청소년만을 선별하여 접속을 차단하고자 한다면 철저한 연령 또는 신원 확인방식이 요구되나 현재 비실명으로 접속이 많은 인터넷상의 현실에서 정확한 확인이 어렵고 성인 명의를 도용하는 등 탈법이 확대될 우려까지 있다. 또한 개정안의 의도와 달리 야간시간대에 온라인게임을 사용할 수 없는 청소년들이 수면이 아닌 인터넷상의 또 다른 몰입대상을 찾는다면 결국 규제 대상이 더욱 확대되어야 하는 악순환으로 이어질 수 있는 것이다.

IV. 결론

청소년의 지나친 온라인게임 이용으로 인한 부작용에 대해 개정안은 게임 제공자를 규제함으로써 이를 개선하고자 하나, 그 내용에 있어 헌법 제11조, 제37조 제2항, 제75조와 아동권리협약 제31조에 반할 수 있는 문제점 등이 있다. 나아가 인터넷 특성과 청소년의 교육환경 및 인터넷 문화 등을 고려해 볼 때도 국가의 일률적인 규제를 입법화하는 것은 적절치 못하다고 할 것이다.

다만, 청소년 보호를 위해 온라인게임 이용에 대한 일정한 제약이 반드시 요구된다면 게임 산업계 스스로의 기술적 대안 및 합리적 규제의 마련, 가정과 학교의 감시, 그리고 이들에 대한 국가의 적극적인 정책적 및 입법적 지원 등 적절한 상호보완적 조치가 먼저 검토되어야 할 것이며 이러한 노력들을 통해서도 개정안과 같은 의도를 달성할 수 있을 것이므로 개정안은 바람직하지 않다고 판단된다.

따라서 위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같

이 의견을 표명하기로 결정한다.

2005. 10. 24.

국가인권위원회 정책위원회

위원장 최영애 위 원 정인섭 위 원 최금숙

㉔ 2007. 7. 24.자 「청소년복지지원법 일부개정법률안」에 대한 의견표명

청소년 인권에 관한 포괄적 조사·구제 권한을 부여하는 청소년복지지원법 일부개정법률안의 제18조6의 타당성을 재검토하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한 사례

【주 문】

국가인권위원회는 국가청소년위원회 위원장에게 국가청소년위원회가 2006.5.23. 의견을 조희한 「청소년복지지원법 일부개정법률안」과 관련하여 국가청소년위원회에 청소년 인권에 관한 포괄적 조사·구제 권한을 부여하는 「청소년복지지원법 일부개정법률안」 제18조의6의 타당성을 재검토하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한다.

【이 유】

1. 개 요

1. 의견표명 배경 및 논의과정

국가청소년위원회(이하 “청소년위”라 한다)는 2006.5.23. 복지지원팀-222호로 「청소년복지지원법 일부개정법률안」(이하 “개정안”이라 한다)에 대하여 국가인권위원회(이하 “인권위”라 한다)에 의견을 문의하였다.

인권위는 개정안이 청소년위에 청소년 인권에 관한 포괄적 조사·구제 권한을 부여하는 규정을 신설하는 내용을 포함하고 있어서 그 내용의 타당성 및 일반적·종합적인 인권구제기구인 인권위의 권한과의 중복 여부 등과 관련하여 검토할 필요성이 있다고 판단하고, 이를 「국가인권위원회법」 제19조 제1호에 의하여 검토하였다.

인권위는 같은 해 7.13. 상임위원회에서 논의한 후 같은 달 24. 전원위원회에서 논의하였고, 이러한 논의 과정 중에 청소년위 참여인권팀에서 같은 해 6.26. ① 개정안 제4조의2의 내용을 모두 삭제하고, ② 개정안 제4조의3의 내용을 ‘인권증진’을 위한 의견표명으로 수정한 수정안(이하 “수정안”이라 한다)을 내부적

으로 마련하였음을 확인하고, 이 수정안에 의하여 수정된 개정안의 내용에 대하여 의견표명을 하게 되었다.

2. 의견표명 대상

개정안(수정안에 의하여 수정된 것)

II. 판단기준

「국가인권위원회법」 제2조 제1호, 제19조, 제22조, 제25조, 제36조, 제44조, 제45조, 제47조, 제48조, 제55조, 제56조, 제57조, 제60조, 제63조, 「청소년복지지원법」 제1조, 제2조 제1호, 제2호, 「청소년기본법」 제3조 제4호, 제16조의2 제1항, 제3항, 제5항, 제49조, 「아동복지법」 제1조, 제2조 제1호, 제29조, 제30조, 제40조

III. 판 단

1. 개정안 중 청소년 인권 관련 조사·구제와 관련된 개정 내용

가. 청소년 인권보장 규정의 질적 변경

현행 「청소년복지지원법」(이하 “현행법”이라 한다) 제3조 제1항의 청소년의 인권보장 규정은 “청소년은 인종·종교·성·연령·학력·신체조건 등 여타의 조건에 의하여 이 법이 정한 규정을 적용함에 있어서 차별을 받아서는 아니된다”라고 하여 현행법의 적용에 한하여 청소년에 대한 차별을 금지하는 것을 내용으로 하고 있는데, 개정안은 이 규정의 성격을 질적으로 바꾸어 “청소년은 인종·종교·성·연령·학력·신체조건·장애유무·사회적신분 등 여타의 조건에 의하여 차별을 받아서는 아니된다”고 하여 청소년에 대한 차별을 금지하는 일반규정으로 변경하였다.

나. 청소년 인권증진을 위한 의견표명 규정 신설

개정안은 제4조의2에 청소년위가 청소년의 인권증진을 위하여 관계기관 등의 조치가 필요하다고 인정할 경우 이에 관한 의견을 표명할 수 있도록 규정하고, 관계기관 등은 표명된 의견을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 한다고 규

정하였다.

다. 인권침해 우려 장소에 대한 조사 규정 신설

개정안은 제18조의6에 청소년위 위원장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 필요한 경우에 관계 공무원으로 하여금 청소년복지시설, 청소년의 주소·거소, 청소년의 고용장소, 기타 인권침해행위를 할 우려가 있는 장소에 출입하여 청소년 또는 관계인에 대하여 필요한 조사를 하거나 질문을 할 수 있는 규정을 신설하고, 제21조 제1항 제3호에 출입·검사를 거부·방해 또는 기피한 자에 대한 과태료 규정을 신설하였다.

2. 개정안의 청소년 인권 관련 조사·구제에 관한 규정의 타당성

가. 개정안 제3조 제1항, 제4조의2, 제18조의6의 관계

개정안 제3조 제1항은 개정안 제18조의6 제1항에 규정된 “기타 인권침해행위를 할 우려가 있는 장소”의 범위를 해석함에 있어 ‘인권침해행위’의 범위에 ‘차별행위’도 포함되는 것으로 해석할 여지를 제공한다는 점에서, 개정안 제4조의2는 개정안 제18조의6에 의한 조사 결과 인권침해행위가 있는 것으로 밝혀진 경우 그에 대한 청소년위의 구제수단으로 활용될 수 있다는 점에서 청소년 인권 관련 조사·구제 권한과 관련성이 있다.

다만 개정안 제3조 제1항은 청소년의 인권보장을 위한 선언적 규정에 불과하고, 개정안 제4조의2는 ‘인권침해’ 여부 판단에 대한 전제 없이 단순히 ‘인권증진’을 위한 의견표명 권한을 부여한 규정이므로, 개정안 제18조의6과 함께 결합되어 해석되지 않을 경우, 청소년 인권 관련 조사·구제 권한과 직접적인 관련은 없다고 할 것이다.

이러한 이유로 이하에서는 청소년 인권 관련 조사·구제에 관한 규정의 타당성에 관하여 개정안 제18조의6을 중심으로 그 타당성을 검토하여 판단하기로 한다.

나. 개정안 제18조의6과 「아동복지법」 제30조의 비교

개정안 제18조의6 제1항은 “보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 필요하다고 인정할 때에는 관계공무원, 아동복지지도원으로 하여금 아동복

지시설과 아동의 주소·거소, 아동의 고용장소 또는 제29조의 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소에 출입하여 아동 또는 관계인에 대하여 필요한 조사를 하거나 질문을 하게 할 수 있다”고 규정하고 있는 「아동복지법」 제30조 제1항과 매우 유사하다.

그런데 개정안 제18조의6과 「아동복지법」 제30조는 규정 체계상 중요한 차이가 있다. 「아동복지법」은 제29조에서 아동에 대한 학대·방임·매매·음행·음행매개 등을 내용으로 하는 구체적·개별적인 금지행위를 규정하고, 제40조에서 이러한 금지행위를 한 자를 형사처벌하도록 규정하면서, 제30조에서 이러한 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소에 출입·조사·질문을 할 수 있도록 규정하여, ‘금지행위 규정’ - ‘조사 규정’ - ‘처벌 규정’이 유기적으로 연결된 구조를 갖추고 있다.

이에 반하여 개정안은 구체적·개별적인 금지행위에 대한 별도의 규정 없이 제18조의6 제1항에서 일반적·포괄적인 “인권침해행위”라는 표현만을 사용하고 있고, 인권침해행위에 대한 처벌규정도 없이, 제18조의6 제1항에서 인권침해행위를 할 우려가 있는 장소에 출입·조사·질문을 할 수 있도록 하고 있다. ‘금지행위 규정’과 ‘처벌 규정’ 없이 ‘조사 규정’만 두고 있는 것이다.

그런데 개정안 제18조의6 제1항에서 규정하고 있는 “인권침해행위”라는 용어는 그 해석의 폭이 매우 넓기 때문에, 개정안 제18조의6 제1항에 대한 추가적인 보완이 없다면 개정안 제18조의6 제1항에 따른 조사 권한은 지나치게 광범위하게 확대될 소지가 있다. 더구나 앞서 언급한 바와 같이 개정안 제3조 제1항에 의하여 “차별행위”까지 “인권침해행위”에 포함되는 것으로 해석될 수 있어 그 조사 권한의 범위는 더 확대될 수도 있을 것으로 보인다(여기에 규정상의 오기로 보이기는 하지만, 개정안 제18조의6 제1항은 “청소년에 대한 인권침해행위”를 할 우려가 있는 장소가 아니라 단순히 “인권침해행위”를 할 우려가 있는 장소라고만 규정하고 있어 문언 그대로 해석하는 경우 청소년이 아닌 대상에 대하여 인권침해행위가 발생할 우려가 있는 장소에 대하여까지 그 조사 범위가 넓어질 가능성이 있다).

실제로 인권위에 제기된 청소년(청소년복지지원법의 적용 대상인 “9세 이상 24세 이하의 자”) 인권 관련 진정사건을 기준으로 살펴보면, 청소년에 대한 인권침해행위(차별행위 포함)가 이루어지는 장소 또는 가해자는 학교 등 교육시설

이외에도 수사기관, 구금시설, 다수인보호시설, 군대, 기타 국가기관, 사인 등과 같이 매우 다양하다. 이에 비추어 보면, 개정안 제18조의6 제1항은 청소년위 위원장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 관계공무원으로 하여금 '학교 등 교육시설, 수사기관, 구금시설, 다수인보호시설, 군대, 기타 국가기관, 사기업체 등'에 출입하여 청소년 또는 관계인에 대하여 필요한 조사를 하거나 질문을 하는 권한까지 부여하는 것으로 해석될 수 있어 그 범위가 지나치게 광범위하다.

또한 개정안 제18조의6 제1항은 인권침해행위의 처벌에 대한 규정 없이 출입·조사·질문할 수 있는 권한만을 부여하고 있을 뿐 조사 결과 인권침해행위가 이루어진 것으로 밝혀진 경우에 그 조사 결과의 활용 내지 구제 방안이 명확하지 않아 그 조사 목적이 불분명한 점이 있다.

이와 같이 개정안 제18조의6은 「아동복지법」 제30조와 규정 내용이 거의 유사함에도 불구하고, '금지행위 규정'과 '처벌 규정'이 없음으로 인하여 「아동복지법」 제30조와 달리 불분명한 조사 목적을 위하여 조사범위를 지나치게 광범위하게 확대할 수 있는 우려를 안고 있다고 판단된다.

다. 개정안 제18조의6과 개정안 제4조의2의 결합(포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 권한 부여)

개정안 제18조의6 제1항의 실효성을 확보하기 위하여 개정안 제18조의6을 개정안 제4조의2와 함께 연결함으로써 인권침해행위를 할 우려가 있는 장소에 출입·조사·질문한 결과 인권침해행위가 이루어진 것으로 밝혀진 경우 구제수단으로 개정안 제4조의2에 규정된 '인권증진'을 위한 의견표명을 이용할 수 있는 것으로 해석하는 것이 가능할 것으로 보인다.

그런데 이러한 경우라면, 수정안에 의하여 수정되기 전 개정안 제4조의2에 규정되어 있던 자료제출 및 사실조회 규정이 삭제되었음에도 불구하고, 개정안이 제18조의6과 제4조의2를 근거로 여전히 청소년위에 청소년 인권에 관한 포괄적인 조사·구제 권한을 부여하는 것이 되고, 청소년복지지원법의 개정을 통해 청소년위에 포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 권한을 부여하는 것은 청소년복지지원법의 입법목적과의 관련성이나 인권위의 조사·구제 권한과의 중복 가능성에 비추어 그 타당성을 검토할 필요가 있다.

라. 「청소년복지지원법」의 입법목적과 포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 규정의 법체계적 타당성

개정안 제18조의6과 개정안 제4조의2가 청소년위에 포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 권한을 부여하는 규정으로 해석되는 경우에 이는 「청소년복지지원법」의 입법목적에 비추어 법체계적으로 문제가 있다.

「청소년복지지원법」은 「청소년복지지원법」 제1조, 제2조, 「청소년기본법」 제4조 제4호, 제49조에 따라 ‘청소년이 정상적인 삶을 영위할 수 있는 기본적인 여건을 조성하고 조화롭게 성장·발달할 수 있도록 제공되는 사회적·경제적 지원의 증진에 관한 사항 특히 청소년들의 의식·태도·생활 등에 관한 사항의 조사, 청소년들의 의식·태도·생활 등을 개선하기 위한 청소년 복지향상정책의 수립·시행, 특별지원청소년에 대한 우선적 배려, 청소년의 삶의 질 향상을 위한 시책 마련에 관한 사항’을 정하는 것’을 목적으로 하고 있다.

청소년위에 청소년 인권 관련 조사·구제 권한을 부여할 필요가 있다고 하더라도 「청소년복지지원법」의 입법목적이 사회적·경제적 지원의 증진에 있음에 비추어, 이러한 입법목적에 부합하지 않는 포괄적인 조사·구제 권한을 무리하게 청소년복지지원법에 끼워 넣는 방식은 법체계상 문제가 있다고 할 것이다.

청소년위가 청소년 인권 관련 조사·구제 권한을 갖고자 한다면, 형식적으로는 「청소년보호법」의 개정이나 별도의 「청소년인권법」의 제정과 같은 방식을 택하되, 인권위가 수행하고 있는 일반적·통합적 인권구제기능에도 불구하고 청소년위에 별도의 조사·구제 권한을 부여하는 것이 타당한지 여부를 충분히 검토하고 이에 대한 사회적 공론화 과정을 거친 다음 추진하는 것이 바람직할 것이다.

마. 포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 규정과 인권위의 조사·구제 권한과의 관계

개정안 제18조의6과 개정안 제4조의2가 청소년위에 포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 권한을 부여하는 규정으로 해석되는 경우에 9세 이상 24세 이하의 자에 대한 인권침해행위 또는 차별행위에 한하여서는 청소년위의 조사·구제 권한과 인권위의 조사·구제 권한이 중복될 수 있다.

청소년위의 조사·구제 권한과 인권위의 조사·구제 권한이 중복되는 것은 인권

을 침해받은 청소년의 입장에서 인권침해행위에 대한 조사·구제를 받을 수 있는 다양한 기회가 제공받을 수 있다는 점에서 이익으로 작용할 수도 있을 것이다.

그러나 개정안 제18조의6에 의한 조사 방법(출입, 조사, 질문)은 「국가인권위원회법」(이하 “인권위법”이라 한다)상 조사 방법(출석요구, 진술청취, 진술서 제출요구, 자료제출요구, 사실 또는 정보조회, 실지조사 또는 감정 등)과 비교하여 그 조사 방법이 제한되어 있고, 개정안 제4조의2에 의한 구제 방법(의견표명)도 인권위법상 구제 방법(중지권고, 원상회복권고, 손해배상권고, 그 밖의 필요한 구제조치 또는 재발방지를 위한 필요한 조치의 이행권고, 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선권고, 고발, 징계권고, 법률구조 요청, 긴급구제조치 권고)과 비교하여 많은 한계를 가지고 있다.

이러한 점과 함께, 동일 또는 유사한 업무 처리를 위해 필요한 예산과 인력이 두 기관에 분산됨으로 인하여 업무의 효율성이 감소되는 점, 동일 또는 유사한 사례에 대하여 두 기관이 상이한 결론을 내려 청소년 인권 관련 판단기준에 대한 일관성을 저해하고 국민들에게 혼란을 초래할 수 있는 점, 차별시정기구와 관련하여 2004.10.21. 자 청와대회의에서 차별시정업무를 인권위로 단일화한 결정이 있었다는 점 등을 고려한다면, 포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 권한은 현재와 같이 일반적·통합적 인권구제기능을 수행하는 인권위가 담당하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

참고로 인권위는 2001년부터 현재까지 청소년을 상대로 이루어지고 학교 등 교육시설, 수사기관, 구금시설, 다수인보호시설, 군대, 기타 국가기관 사인 등과 같이 다양한 장소 또는 가해자와 관련된, 인권위법 제2조 제1호에 규정된 “인권”의 대부분의 영역(인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유, 종교의 자유, 표현의 자유, 선거권, 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 인간다운 생활을 할 권리, 환경권 등)에 걸친 인권침해행위와, 인권위법 제2조 제4호에 규정된 대부분의 차별사유(성별·종교·장애·나이·사회적 신분·출신지역·출신국가·용모 등 신체조건·가족상황·사상 또는 정치적 의견·형의 효력이 실효된 전과·성적 지향·학력·병력 등)에 걸친 차별행위에 대한 진정을 접수하여 조사·처리하고 있다.

IV. 결 론

따라서 인권위는 청소년위가 2006.5.23. 복지지원팀-222호로 인권위에 의견을 문의한 개정안 중 제18조의6은 「아동복지법」 제30조와 달리 구체적·개별적인 금지행위에 대한 규정 없이 매우 해석의 폭이 넓은 “인권침해행위”라는 용어만을 사용하고 있어서 그 조사 권한의 범위가 지나치게 광범위하게 확대될 소지가 있고, 더구나 개정안 제4조의2와 결합되면 청소년위에 포괄적인 청소년 인권 관련 조사·구제 권한을 부여하는 규정으로 해석될 수 있는데, 이렇게 해석되는 경우에는 청소년에 대한 사회적·경제적 지원의 증진을 목적으로 하는 「청소년복지지원법」의 입법목적에 부합하지 아니하여 법체계상 문제가 있고, 개정안의 조사·구제 권한보다 더 다양하고 실효성이 있는 인권위의 조사·구제 권한과 중복되어 예산과 인력의 낭비 내지 업무 효율성의 감소는 물론 청소년 인권 관련 판단 기준의 일관성 저해와 국민 혼란을 초래할 수 있으므로, 개정안 제18조의6의 타당성을 재검토하는 것이 바람직하다고 판단하고, 「국가인권위원회법」 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2006. 7. 24.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 조영황 위원 최영애 위원 김호준 위원 정강자
위원 김만흠 위원 이해학 위원 정인섭 위원 신혜수
위원 원형은

㉔ 2002. 9. 24.자 청소년의 성보호에 관한 법률중 개정법률안에 의견

1. 국가인권위원회법 제20조에 근거하여, 청소년보호위원회가 청소년의성보호에 관한법률을 개정하면서 그에 대한 협의를 요청함에 따라, 위원회는 동개정안을 검토한 결과, 동법률안에 대하여 이견이 없습니다.

2. 다만, 청소년 보호와 재범방지의 취지를 고려하여 동법률안 제21조제1항 각호의 청소년관련 교육기관등에 “아동복지법에 의한 아동복지시설”을 포함하도록 재고해 주시기 바랍니다. 끝.

2002년 9월 24일

정책및대외협력소위원회

위원장 박 경 서 위 원 정 강 자 위 원 김 덕 현

㉓ 2005. 5. 28.자 청소년의 성보호에 관한 법률중개정법률안에 대한 의견

청소년의 성보호에 관한 법률중개정법률안의 내용중, 제20조의2의 세부정보등록제도 및 세부정보제공제도, 제21조의 청소년관련 교육기관 등에의 취업제한 등에 대하여 의견을 표명한 사례

【결정요지】

- [1] 개정안 제20조의2의 세부정보등록제도는 헌법 제17조에 규정된 사생활의 비밀의 자유를 제한하고, 과잉금지의 원칙, 적법절차의 원칙, 죄형법정주의, 포괄적 위임입법금지의 원칙에 위배되므로 그 침해의 소지를 제거할 수 있도록 개정안을 수정·보완하는 것이 바람직하며,
- [2] 개정안 제20조의2의 세부정보제공제도는 이중처벌금지의 원칙에 위배되고, 헌법 제10조에 규정된 일반적 인격권 특히 사회적 인격상에 대한 자기결정권을 과잉금지의 원칙에 위배하여 현저히 침해하며, 평등의 원칙에 위배되는 제도이고, 개정안을 수정하여 제약된 요건을 부과한다고 하더라도 범죄 전과자의 신상에 관한 세부정보를 그가 재사회하여야 할 사회의 구성원에게 알린다는 제도의 본질상 그 침해의 소지를 제거하기 어렵다고 할 것이므로 그 도입을 자제하는 것이 바람직하다. 다만, 청소년대상 성폭력범죄의 피해 청소년과 그 가족의 요청이 있는 경우에 당해 가해자의 세부정보를 제공하는 제도는 피해청소년이 보복범죄를 당하는 것으로부터 보호하고 피해청소년과 그 가족이 피해의 그늘에서 벗어나 생활의 안정을 찾는 데 도움을 줄 수 있다고 판단되므로 이를 도입할 것과
- [3] 개정안 제21조의 청소년관련 교육기관 등에의 취업제한규정은 청소년대상 성범죄의 경중이나 취업제한규정에 의하여 제한되는 직업과 과거 청소년대상 성범죄와의 관련성, 청소년대상 성범죄자의 재범의 위험성을 고려할 수 있도록 수정·보완되는 것이 바람직하다는 의견을 표명함

【참조조문】 국가인권위원회 2004. 1. 12.자 사회보호법폐지및치료감호대체범안 마련 권고결정 ; 국가인권위원회 2002. 9. 24.자 청소년의성보호에관한법률중개정법률안에 대한의견 ; 헌법재판소 1998. 7. 14. 선고 88헌가5, 8, 89헌가44(병합)

결정 ; 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정

【참조조문】 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조, 제17조, 제27조 제1항, 제37조 제1항, 제2항, 제75조, 아동의 권리에 관한 협약 제19조, 제34조, 행정 절차법 제21조 제1항, 제22조 제1항, 제3항, 공공기관의개인정보보호에 관한 법률 제11조, 제23조 제2항, 청소년기본법 제5조, 제7조, 제8조 제1항, 제2항

【주 문】

국가인권위원회는 청소년보호위원회가 2004. 8. 3. 의견을 요청한 청소년의성 보호에 관한 법률 중 개정법률안(이하 “개정안”이라 한다)에 대하여 국가인권위원회 법 제19조 제1호의 규정에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

- 아 래 -

1. 개정안 제20조의2의 세부정보등록제도와 관련하여,
 - 가. 세부정보등록 대상자를 결정하는 기관과 결정 시기 및 절차에 관하여 구체적으로 명확하게 규정하는 것이 바람직하다.
 - 나. 제1항의 세부정보등록 대상자가 될 수 있는 자는 ‘청소년의성보호에 관한 법률(이하 “청소년성보호법”이라 한다) 제20조 제2항 제6호 내지 제8호에 규정된 죄로’ 2회 이상 금고 이상의 실형을 받은 자에 한정하는 것이 바람직하다.
 - 다. 제1항의 세부정보등록제도의 요건에 ‘재범의 위험성이 있다고 인정되는 때’를 추가하는 것이 바람직하다.
 - 라. 세부정보등록 대상자를 결정하기 전에 대상자가 될 수 있는 자에게 의견 제출 기회를 부여하는 규정을 신설하는 것이 바람직하다.
 - 마. 세부정보등록 대상자를 결정함에 있어 등록여부를 심사·의결하고 청소년 보호위원회가 그 의결 내용에 구속되는 독립적으로 구성된 심의위원회의 설치·구성 및 권한에 관한 규정을 신설하는 것이 바람직하다.

- 바. 제3항의 최초 세부정보등록은 세부정보등록 대상자가 결정통지를 받은 날로부터 2개월 이내에 하도록 수정하는 것이 바람직하다.
 - 사. 제3항, 제5항의 세부정보등록기간은 세부정보등록 대상자가 최초 세부정보등록을 한 날로부터 5년간으로 수정하는 것이 바람직하다.
 - 아. 세부정보등록 대상자가 등록한 세부정보는 세부정보등록기간이 종료된 때에 말소하도록 하는 규정을 신설하는 것이 바람직하다.
 - 자. 제7항의 지방경찰청 및 인터넷을 통한 제공제도는 삭제하는 것이 바람직하다.
 - 차. 세부정보등록과 관련된 직무를 담당하거나 담당했던 자에게 직무상 비밀유지의무를 부과하는 규정을 신설하는 것이 바람직하다.
2. 개정안 제20조의2의 세부정보제공제도는 그 도입을 자제하는 것이 바람직하다. 다만, 청소년대상 성폭력범죄의 피해청소년과 그 가족의 요청이 있는 경우에 당해 가해자의 세부정보를 제공하는 제도를 도입할 것을 권고한다..
3. 개정안 제20조의3의 벌칙과 관련하여,
- 가. 제1항 중 세부정보등록대상자가 세부정보등록의무를 이행하지 않아 벌칙을 부과하는 경우에는, '정당한 사유 없이'를 요건으로 추가하는 것이 바람직하다.
 - 나. 세부정보등록과 관련된 직무를 담당하거나 담당했던 자가 직무상 비밀유지의무를 위반한 경우, 통상의 직무상 비밀유지의무위반보다 엄격하게 처벌하는 규정을 신설하는 것이 바람직하다
4. 개정안 제21조는 범죄의 경중에 대한 차이, 제한되는 직업과 범죄와의 관련성, 재범의 위험성을 고려하여 현법상 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하도록 수정·보완하는 것이 바람직하다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 청소년보호위원회는 청소년의성보호에관한법률을 개정하면서 2004. 8. 3. 우리 위원회에 인권침해적 내용이 있는지 여부를 검토 후 회신하여 줄 것을 요청 하였다.
2. 개정안은 청소년의 성보호를 목적으로 청소년대상 성폭력범죄자에 대한 세부 정보등록 및 제공제도와 청소년대상 성범죄자에 대한 청소년관련 교육기관 등 취업제한제도를 도입하는 것을 내용으로 하고 있는데, 이는 청소년의 성보호라는 공익을 위하여 이미 형사처벌을 받은 자를 대상으로 행하여지는 인권 제한의 허용 한계에 대한 문제로 인권과 밀접한 관련이 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1호에 의하여 개정안의 검토에 착수하였다.

Ⅱ. 검토기준

개정안은 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조, 제17조, 제27조 제1항, 제37조 제1항, 제2항, 제75조, 아동의 권리에 관한 협약 제19조, 제34조, 행정절차법 제21조 제1항, 제22조 제1항, 제3항, 공공기관의개인정보보호에관한 법률 제11조, 제23조 제2항, 청소년기본법 제5조, 제7조, 제8조 제1항, 제2항을 기준으로 검토하였다.

Ⅲ. 검토내용

1. 검토의 전제 - 청소년의 성보호의 필요성

우리 위원회는 「아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child)」 및 청소년기본법에 따라 '국가와 그 모든 구성원이 장래에 사회의 구성원이 될 청소년이 안전하고 쾌적한 환경 속에서 자기 발전을 추구할 수 있도록 청소년의 권리를 보장하고, 정신적·신체적 건강을 해치거나 해칠 우려가 있는 모든 형태의 환경으로부터 청소년을 보호할 의무와 책임이 있으며, 청소년대

상 범죄 중 특히 청소년대상 성범죄는 피해청소년에게 심각한 정신적·신체적 해를 끼치므로 국가가 이를 예방하고 청소년의 성을 보호하기 위한 정책을 수립할 의무가 있다'는 점을 분명하게 확인한다.

다만, 국가가 청소년의 성을 보호하기 위한 정책을 수립하고 법률을 제정하는 경우에도 헌법의 기본원리를 위배하거나 헌법상 기본권을 침해하지 않는 범위 내에서 이루어져야 할 것이므로, 개정안에 대한 검토 역시 이러한 측면에서 청소년의 성보호의 필요성과 이를 위한 제도의 마련이 국가의 중요한 의무임을 당연한 전제로 하되, 이미 형사절차에서 범죄행위에 대한 법원의 판결이 있고 국가형벌권이 실행된 범죄자에 대하여 추가적인 의무를 부과하거나 불이익을 부가하는 것이 헌법의 기본원리를 위배하거나 헌법상 기본권을 침해하는지 여부에 대하여 검토한다.

2. 세부정보등록제도와 세부정보제공제도의 구분

개정안 제20조의2는 청소년 대상 강간·강제추행 등 성폭력 범죄자로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 경우 대상자에게 성명·생년월일·주소·사진·범죄사실의 요지(이하 “세부정보”라 한다)를 청소년보호위원회에 등록하도록 하고 청소년보호위원회는 세부정보를 시·군·구 지역주민에게 제공할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 중 대상자가 청소년보호위원회에 세부정보를 등록하도록 하는 ‘세부정보등록’과 청소년보호위원회가 세부정보를 지역주민에게 제공하는 ‘세부정보제공’은 그 법적 성격과 내용 및 제한되는 기본권에 있어 차이가 있으므로 이를 별개의 제도로 나누어 검토한다.

3. 개정안 제20조의2의 세부정보등록제도와 관련하여

가. 법적 성격

개정안 제20조의2의 세부정보등록제도(이하 “세부정보등록제도”라 한다)는 책임주의의 범위 내에서 과하여지는 형벌 이외에 이를 보완하기 위해 범죄를 예방하기 위한 별도의 목적적 조치를 취하는 제도라는 점에서 보안처분의 일종이라고 할 수 있다.

나. 제한되는 기본권

세부정보등록제도에 의하여 등록대상자가 된 자는 자신의 의사와 관계없이 자신에 대한 세부정보를 청소년보호위원회에 등록하여야 할 의무를 부담하므로 헌법 제17조에 규정된 사생활의 비밀의 자유에 대한 제한을 받게 된다.

다. 과잉금지의 원칙과의 관계

국민의 권리와 자유에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 규정된 과잉금지의 원칙에 어긋나지 않아야 하고, 과잉금지의 원칙은 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 그 내용으로 한다.

세부정보등록제도의 목적은 청소년에 대한 성폭력범죄로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 한다는 청소년성보호법의 목적을 달성할 수 있도록 청소년대상 성폭력범죄자 중 위험성이 높은 범죄자에게 세부정보를 등록하도록 하여 관리함으로써 청소년대상 성폭력범죄를 예방하고자 하는 것이고 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위하여 필요한 것으로 정당성이 인정된다.

세부정보등록제도는 세부정보의 등록 이외에 청소년대상 성폭력범죄자의 지도·감독이나 원호를 위한 다른 조치를 내용으로 하지 않고 있기 때문에 청소년대상 성폭력범죄의 예방을 위한 수단으로 실효성이 적고 세부정보제공제도와 구별되는 독자적인 제도로서의 의의를 찾기 어렵다는 문제점이 있기는 하지만, 위험성이 인정되는 청소년대상 성폭력범죄자에 대하여 세부정보등록의무를 부과함으로써 등록의무의 존속기간 동안 청소년대상 성폭력범죄자 스스로 자신이 국가의 관리 대상이 되고 있다는 사실을 인식할 수 있게 된다는 점에서 재범방지 즉 청소년대상 성폭력범죄의 예방에 기여할 수 있다고 할 것이므로 최소한의 수단의 적합성은 인정된다.

세부정보등록제도는 이미 형벌의 집행을 받거나 면제받은 청소년대상 성폭력범죄자에 대하여 추가적인 세부정보등록의무를 부여하고 있기는 하나, 등록해야 하는 세부정보가 사실상 이미 국가의 각 기관에서 보유하고 있는 정보이기 때문에 사생활의 비밀의 자유에 대한 제한의 정도가 상대적으로 경미하고, 5년에 한하여 등록의무를 부과하는 정도에 그치고 있으므로, 청소년대상 성폭력범죄자의

재범을 방지하기 위하여 이보다 명백히 덜 제한적인 다른 수단을 찾기 어렵다고 할 것이어서 일응 피해의 최소성이 인정된다고 할 수 있다.

다만, 세부정보등록제도의 구체적인 내용에 있어서 ① '재범의 위험성'이 없는 경우에도 등록의무를 부과할 수 있도록 하고, ② 대상자 결정 이전에 의견 제출의 기회를 부여하는 규정을 두지 않으며, ③ 대상자가 통지를 받지 못한 경우에도 등록의무를 부담하도록 규정하고, ④ 대상자가 책임 없는 사유로 등록의무를 불이행한 경우에도 그에 대한 제재를 할 수 있도록 하는 등 피해의 최소성에 어긋나는 내용을 포함하고 있으나, 이러한 내용이 수정된다면 세부정보등록제도는 피해의 최소성이 인정될 수 있다고 할 것이다.

세부정보등록제도가 목적으로 하고 있는 청소년 대상 성폭력 범죄의 예방은 앞서 언급한 바와 같이 우리 사회의 중요한 공익의 하나라고 할 것이고, 이를 위하여 피해의 최소성이 충족된 범위 내에서 사실상 이미 국가의 각 기관에서 보유하고 있는 세부정보에 대한 등록의무를 부과하는 것은 세부정보등록 대상자의 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 청소년 성보호라는 공익적 요청에 비하여 크다고 할 수 없으므로 범익의 균형성은 인정된다.

그렇다면, 세부정보등록제도는 구체적 내용에 있어서 피해의 최소성에 어긋나는 내용을 포함하고 있어 과잉금지의 원칙에 위배될 수 있으나, 이러한 피해의 최소성에 어긋나는 내용에 대한 수정이 이루어진다면, 대상자의 사생활의 비밀의 자유를 침해하는 제도가 아니라, 과잉금지의 원칙의 범위 내에서 공공복리를 위하여 대상자의 사생활의 비밀의 자유를 제한하는 제도로 받아들여질 수 있다고 할 것이다.

라. 적법절차의 원칙과의 관계

헌법 제12조 제1항 후문, 제3항에 명문화된 적법절차의 원칙은 절차적 적법절차의 원칙과 실체적 적법절차의 원칙을 그 내용으로 하는데, 실체적 적법절차의 원칙에 대한 판단은 과잉금지의 원칙에 대한 판단과 같이 볼 수 있으므로, 적법절차의 원칙과 관련하여서는 절차적 적법절차의 원칙에 관하여만 언급한다.

절차적 적법절차의 원칙에 의하여 인권을 제한하거나 의무를 부과하기 위해서는 고지, 실질적 청문기회의 보장, 공정한 결정자와 같은 기본적인 보장이 이루어져야 한다.

그러나 첫째, 세부정보등록제도는 청소년보호위원회의 세부정보등록 대상자 결정만으로 대상자가 등록의무를 부담하도록 하여 대상자가 그에 대한 구체적인 통지를 받지 못한 경우에도 등록의무 기간이 경과되어 그에 따른 제재를 받도록 하고 있으므로, 고지절차에 대한 보장이 없어 적법절차의 원칙에 위배된다.

둘째, 세부정보등록제도는 대상자 결정 이전에 대상자가 될 수 있는 자에게 의견을 제출할 수 있는 기회를 부여하는 등 당사자의 불이익을 최소화하기 위한 장치를 마련하고 있지 않으므로, 실질적 청문기회에 대한 보장이 없어 적법절차의 원칙에 위배된다.

셋째, 세부정보등록제도는 청소년보호위원회에서 세부정보등록 대상자를 결정하도록 하고 있는데, 법관에 의한 재판으로 결정하지 않는다는 이유만으로 적법절차의 원칙에 위배된다고 할 수는 없지만, 청소년보호위원회의 위원이 청소년보호의 투철한 사명감이 있는 자일 것을 요구하고 있는 청소년보호법 제29조에 비추어, 청소년보호위원회가 청소년의 성보호라는 공익과 세부정보등록 대상자의 사생활의 비밀의 자유라는 상충되는 법익을 중립적이고 공정하게 고려할 수 있는 기관이라고 보기 어려우므로 공정한 결정자가 보장되지 않아서 적법절차의 원칙에 위배된다.

따라서, 세부정보등록제도를 적법절차의 원칙에 부합하도록 하기 위해서는 ① 세부정보등록 대상자 결정 이전에 대상자가 될 수 있는 자에게 의견을 제출할 수 있는 기회를 부여하고, ② 세부정보등록 대상자가 결정사실을 통지받은 이후에 등록의무를 부담하도록 하며, ③ 세부정보등록 대상자를 결정함에 있어서 청소년의 성보호라는 공익과 세부정보등록 대상자의 사생활의 비밀의 자유라는 상충되는 법익을 중립적이고 공정하게 고려할 수 있도록 할 필요가 있다.

특히 공정한 결정자와 관련하여서는 보호관찰의 일종인 보안관찰 여부를 결정할 때 별도의 보장관찰처분심의위원회를 두어 심의·의결을 하는 것과 유사하게, 세부정보등록 대상자의 결정에 있어서도 세부정보등록 대상자에 관한 심의·의결을 담당하는 별도의 심의위원회를 설치하고, 심의위원회가 중립적이고 공정한 결정을 할 수 있도록 위원의 과반수 이상을 변호사의 자격이 있는 자로 구성하며, 위원의 자격으로 특별히 청소년 성보호의 투철한 사명감이 있을 것을 요구하지 않으면서, 심의위원회가 의결한 내용에 청소년보호위원회가 구속되도

록 하는 것이 좋은 방안이 될 수 있을 것이다.

마. 죄형법정주의와의 관계

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 명문화된 죄형법정주의는 법률주의, 소급효금지의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙 및 적정성의 원칙을 그 내용으로 하는데, 헌법 제12조 제1항에 “…… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정되어 있듯이 형벌뿐만 아니라 보안처분에 대하여도 적용되어야 하고, 세부정보등록제도는 그 법적 성격이 일종의 보안처분이므로 죄형법정주의의 적용대상이 된다.

세부정보등록제도는 개정안 제20조의2 제1항에 “…… 제20조 제2항 제6호 내지 제8호에 규정된 자로서 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 경우 ……”라고 규정되어 있어서 청소년보호위원회에서 대상범죄자 중 ‘대상범죄와 관계없이’ 과거에 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제받은 자까지도 세부정보등록 대상자로 결정할 수 있는 것으로 해석될 가능성이 있어 자의적인 법해석과 집행을 가능하도록 할 우려가 있으므로 명확성의 원칙에 위배된다.

세부정보등록제도는 일종의 보안처분이고, 보안처분은 재범의 위험성이 있는 자를 치료·보호·개선·격리하여 대상자에 대한 ‘재범의 위험성’을 방지하거나 예방하고 이로써 공공의 안전과 이익을 보호하고자 하는 목적처분이므로, 행위자에 대한 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 ‘재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다’는 뜻을 내포한다고 할 것임에도 불구하고, 세부정보등록제도가 ‘재범의 위험성’을 요건으로 하지 않은 것은 적정성의 원칙에 위배된다.

따라서, 세부정보등록제도를 죄형법정주의에 부합하도록 하기 위해서는 청소년성보호법 제20조 제2항 제6호 내지 제8호에 규정된 죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 자 중 재범의 위험성이 인정되는 자에 한하여 세부정보등록 대상자로 결정될 수 있도록 규정할 필요가 있다.

바. 포괄적 위임입법금지의 원칙과의 관계

헌법 제75조에 의하여 대통령령으로 입법할 수 있는 사항은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 한정된다.

세부정보등록제도에 관한 개정안 제20조의2는 세부정보등록 대상자의 결정에 관하여 별도의 규정을 두지 않고 있고, 등록과 관련한 구체적인 시기·절차에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있는데, 구체적으로 어떤 기관에서, 언제, 어떤 기준에 의하여, 어떤 방식으로 세부정보등록 대상자를 결정할 것인지에 관한 문제는 세부정보등록제도의 중요한 내용에 해당한다고 할 것이므로 이에 대한 일반 사항을 개정안에 규정하지 않고 대통령령에 위임한 것은 포괄적 위임입법금지의 원칙에 위배된다.

따라서, 세부정보등록제도를 포괄적 위임입법금지의 원칙에 부합하도록 하기 위해서는 개정안에 세부정보등록 대상자를 결정하는 기관과 결정 시기 및 그 절차에 관하여 보다 구체적이고 명확하게 규정할 필요가 있다.

사. 개인정보보호와의 관계

세부정보등록제도에 의하여 세부정보등록 대상자에게 등록의무가 부과됨에 따라 사생활의 비밀의 자유가 침해되는지 여부와 별도로, 개인정보보호 차원에서 세부정보등록 대상자가 등록한 세부정보가 누설되거나 직무목적 외로 이용되지 않도록 충분한 보호장치가 마련되어 있는지 검토할 필요가 있다.

세부정보등록제도는 세부정보등록과 관련된 직무를 담당하거나 담당했던 자에게 별도의 직무상 비밀유지의무를 부과하고 있지 않은데, 도덕적 비난가능성의 정도가 심한 청소년대상 성폭력범죄의 성격상 세부정보의 누설로 인하여 세부정보등록 대상자와 그 가족들이 입는 불이익은 매우 심대할 수밖에 없으므로 이를 방지하기 위하여 세부정보등록과 관련된 직무를 담당하거나 담당했던 자에게는 세부정보에 대한 직무상 비밀유지의무를 부과할 필요가 있다.

또한 세부정보등록제도는 청소년보호위원회가 세부정보등록 대상자가 등록한 세부정보를 언제까지 보유할 수 있는가에 대하여 별도의 규정을 두지 않고 있는데, 범죄수사기관이나 교정기관이 아닌 청소년보호위원회가 세부정보등록기간이 종료되어 더 이상 갱신되지 않는 세부정보를 단순히 보유하는 것은 청소년대상 성폭력범죄의 예방을 위하여 필요하지 않고 실효성도 없다고 할 것이므로 등록

된 세부정보는 세부정보등록기간이 종료된 때에 이를 말소하도록 하는 것이 바람직하다.

아. 등록의무 불이행에 따른 전국적 정보제공의 허용 여부

개정안은 제20조의2 제7항에서 세부정보등록 대상자가 세부정보등록의무를 이행하지 않은 경우 청소년보호위원회가 주소를 제외한 세부정보를 전국 지방경찰청 및 인터넷을 통해 제공하여 전국민이 열람하게 할 수 있도록 규정하고 있다.

이와 같은 등록의무 불이행에 따른 전국적 정보제공은 세부정보등록 대상자에게 세부정보등록의무를 이행하도록 강제하기 위한 목적을 가진다고 할 것인데, 아래의 세부정보제공제도에 대한 판단에서 언급하는 바와 같이 주소를 제외한 세부정보의 전국적 제공은 인격권에 대한 중대한 침해를 가져오고 그 목적과 그로 인한 침해 사이에 범익의 균형성을 현저히 잃은 것이어서 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 것이므로 이를 규정한 개정안 제20조의2 제7항은 삭제하는 것이 바람직하다.

자. 세부정보등록기간

세부정보등록기간에 대하여 개정안은 제20조의2 제3항, 제5항에 의하여 세부정보제공기간과 일치시켜 '세부정보제공이 시작된 날로부터 5년간'으로 정하고 있다.

그런데, 이하에서 언급하는 바와 같이 세부정보제공제도는 그 도입을 자제하는 것이 바람직하므로, 세부정보등록제도는 세부정보제공제도와 관계없이 독립적인 보안처분으로 기능하여야 할 것이고, 그렇게 본다면 세부정보등록기간도 세부정보제공기간과 관계없이, 세부정보등록제도의 구체적인 집행이 시작되는, 즉 세부정보등록 대상자가 최초 세부정보등록을 한 날로부터 5년간으로 수정하는 것이 바람직하다.

차. 소결론

세부정보등록제도는 헌법 제17조에 규정된 사생활의 비밀의 자유를 제한하고, 과잉금지의 원칙, 적법절차의 원칙, 죄형법정주의, 포괄적 위임입법금지의 원칙에 위배되므로, 이러한 헌법상의 기준에 합치할 수 있도록 세부정보등록제도의 요건에 '재범의 위험성이 인정되는 때'를 추가하고, 세부정보등록 대상자를 결정

하기 전에 대상자가 될 수 있는 자에게 의견제출 기회를 부여하는 규정을 신설하며, 최초 세부정보등록은 세부정보등록 대상자가 결정통지를 받은 날로부터 2개월 이내에 하도록 수정하고, 세부정보등록 대상자의 결정에 있어서도 세부정보등록 대상자에 관한 심의·의결을 담당하는 별도의 심의위원회를 설치하고, 심의위원회가 중립적이고 공정한 결정을 할 수 있도록 위원의 과반수 이상을 변호사의 자격이 있는 자로 구성하며, 위원의 자격으로 특별히 청소년 성보호의 투철한 사명감이 있을 것을 요구하지 않으면서, 심의위원회가 의결한 내용에 청소년보호위원회가 구속되도록 하고, 세부정보등록 대상자가 될 수 있는 자를 '청소년성보호법 제20조 제2항 제6호 내지 제8호에 규정된 죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받은 자'로 한정하며, 세부정보등록 대상자를 결정하는 기관과 결정 시기 및 절차에 관하여 구체적으로 명확하게 규정하고, 지방경찰청 및 인터넷 제공제도를 삭제하는 것이 바람직하다.

아울러 세부정보등록과 관련된 직무를 담당하거나 담당했던 자에게 직무상 비밀유지의무를 부과하고, 세부정보등록 대상자가 등록한 세부정보는 세부정보등록기간이 종료된 때에 말소하도록 하며, 세부정보등록기간은 세부정보등록대상자가 최초 세부정보등록을 한 날로부터 5년간으로 세부정보등록기간을 정하는 것이 바람직하다.

4. 개정안 제20조의2의 세부정보제공제도와 관련하여

가. 법적 성격

개정안 제20조의2의 세부정보제공제도(이하 "세부정보제공제도"라 한다)에 의한 세부정보제공은 국가의 형벌권의 실행으로서의 형벌은 아니지만, ① 행정상의 의무를 전제로 그 이행을 확보하기 위하여 마련된 수단이 아니고, ② 세부정보제공 대상자가 과거 청소년대상 성폭력범죄 전력이 있다는 것 이외에 추가적으로 요구되는 대상자의 행위요건이 없으며, ③ 재범의 위험성을 요건으로 하지도 않고, ④ 세부정보제공 대상자의 재범의 위험성을 감소시키기 위한 노력을 하기보다는 세부정보제공 대상자의 위험성에 대한 정보를 사회에서 공유하여 세부정보제공 대상자를 사회로부터 소외·격리시키도록 조장한다는 점에서 다른 보안처분과 차이가 있으며, ⑤ 신상공개제도와 달리 현주소와 사진을 공개하여 대상자의 구체적 특징이 가능하므로 국민계도적 성격에만 머무른다고 보기 어렵

고, ⑥ 세부정보제공제도의 목적이 반복적인 청소년대상 성폭력범죄자에 대한 명예응징, 제법가능한 청소년대상 성폭력범죄자에 대한 경고(자기억제요구) 및 제법가능한 청소년대상 성폭력범죄자로부터의 청소년의 보호라고 할 것이어서 형벌의 목적과 유사하며, ⑦ 방법에 차이가 있을 뿐 대상자의 과거 청소년대상 성폭력범죄행위만을 지역사회에 널리 부각시킴으로써 그 대상자로 하여금 사회에서 조롱받고 배척당하도록 한다는 점에서 전통적인 명예·수치형과 유사한 효과를 나타내므로 세부정보제공의 법적 성격은 실질적인 형벌이라고 할 것이다.

나. 제한되는 기본권

세부정보제공제도에 의하여 세부정보가 제공된 청소년대상 성폭력전과자는 청소년대상 성폭력범죄자라는 부정적인 정보가 사회에 제공되어 부정적인 측면만 크게 부각되기 때문에 형의 집행 이후에 다시 사회에 돌아와 활동하고자 하여도 장차 사회 내에서 타인과 접촉·교류하며 자신의 인격을 자유롭게 발현하기 어렵게 되고 이로 인하여 헌법 제10조에 규정된 일반적 자유권인 행복추구권을 구성하는 일반적 인격권, 특히 사회적 인격상에 대한 자기결정권에 대한 현저한 제한을 받게 된다.

다. 이중처벌금지의 원칙과의 관계

헌법 제13조 제1항에 명문화된 이중처벌금지의 원칙은 법치국가의 중요한 요소인 법적 안정성 및 신뢰보호를 위하여 인정되는 일사부재리의 원칙을 국가 형벌권의 기속원리로서 헌법상 선언한 것이다.

이중처벌금지의 원칙에 의하여 국민은 기본권제한의 한계에 대한 공통적 판단 기준인 과잉금지의 원칙에 대한 구체적 판단에 앞서, 동일한 범죄에 대하여 국가의 형벌권이 거듭 실행되는 것만으로 기본권이 침해되었다는 판단을 받을 수 있다.

다만 이러한 이중처벌금지의 원칙의 취지는 국가의 형벌권의 실행으로서의 과벌에 한정되는 것이 아니라 아닌 실질적으로 형벌로 인정되는 제재로부터도 개인의 자유를 보호하기 위한 것으로 이해하여야 할 것이다.

세부정보제공제도에 의한 세부정보제공의 법적 성격은 실질적 형벌이라고 할 것이므로 이미 범죄행위에 대하여 법원의 확정판결을 받고 그에 따른 형의 집행

을 받거나 면제받은 자를 대상으로 다시 실질적 형벌을 부과하는 세부정보제공 제도는 이중처벌금지의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

라. 과잉금지의 원칙과의 관계

세부정보제공의 법적 성격이 실질적 형벌이 아니라거나, 국가형벌권의 실행으로서의 과벌이 아닌 실질적 형벌에 대해서는 이중처벌금지의 원칙이 적용되지 않는다는 이유로 세부정보제공제도가 이중처벌금지의 원칙에 위배되지 않는다는 주장이 있을 수 있다. 이러한 주장에 따르는 경우에는 세부정보제공제도가 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부에 대한 추가적인 판단이 필요하다.

세부정보제공제도의 목적은 청소년에 대한 성폭력범죄로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 한다는 청소년성보호법의 목적을 달성할 수 있도록 청소년대상 성폭력범죄자 중 위험성이 높은 범죄자에 대한 세부정보를 지역주민에게 제공함으로써 청소년대상 성폭력범죄를 예방하고자 하는 것이고 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위하여 필요한 것으로 정당성이 인정된다.

세부정보제공제도는 청소년대상 성폭력범죄자의 85% 이상이 초범임에도 불구하고 청소년대상 성폭력범죄로 2번의 실형 전력이 있는 성인인 청소년대상 성폭력범죄자만을 대상으로 하여 수단의 적합성 측면에서 매우 제한되어 있기는 하지만, 수단의 적합성에서 요구하는 적합성의 정도가 부분적인 적합성으로도 충분하고 완전한 적합성까지 요구하는 것은 아니라고 할 것이며, 지역주민에게 청소년대상 성폭력범죄로 2번의 실형 전력이 있는 성인인 청소년대상 성폭력범죄자의 세부정보를 제공함으로써 지역주민과 지역청소년들이 스스로 세부정보를 알게 된 대상자의 성폭력범죄로부터 자신을 방어함에 따라 청소년대상 성폭력범죄가 일부 예방될 가능성이 있다고 할 것이므로 수단의 적합성은 인정된다.

그러나 세부정보제공제도는 형사소송절차 및 양형의 개선에 의하여 청소년대상 성폭력범죄전과자의 재범으로부터 청소년을 보호하는 목적을 달성할 수 있고, 형벌이외의 추가적인 수단의 도입은 극히 예외적으로 허용되어야 하며, 형벌이외의 추가적인 수단 중에서도 국가가 청소년대상 성폭력범죄전과자를 관리하거나 청소년대상 성폭력범죄전과자에 대한 치료를 하는 것이 보다 덜 침해적이고 근본적인 예방수단이 될 수 있음에도 불구하고, 세부정보제공 대상자가 된

청소년대상 성폭력범죄자의 세부정보를 지역주민에게 제공함으로써 대상자가 재사회화할 수 있는 가능성을 사실상 현저히 제한하면서 나아가 대상자를 범죄퇴치의 수단시하여 최소한 5년 동안 지역주민들이 대상자를 소외시키도록 조장한다는 점에서 피해의 최소성의 원칙에 어긋난다.

또한, 세부정보제공제도의 구체적인 내용에 있어서도 ① '재범의 위험성'이 없는 경우에도 세부정보를 제공할 수 있도록 하고, ② 대상자 결정 이전에 의견제출의 기회를 부여하는 규정을 두지 않는 등 피해의 최소성에 어긋나는 내용을 포함하고 있다.

세부정보제공제도가 청소년대상 성폭력범죄의 위험으로부터 청소년의 성을 보호한다는 중요한 공익을 목적으로 하고는 있지만, 그 범죄예방효과가 불확실한 상황에서, 이미 대상자에게 국가적 제재의 최후수단인 형벌까지 부과된 마당에 재사회화 기회를 현저하게 제한하고, 대상자 및 그 가족의 명예, 직업이나 주거에 대한 중대한 불이익의 우려로 인해 형벌보다 더 가혹할 수도 있는 지역주민에 대한 세부정보제공을 추가적으로 허용하는 것은 법익의 균형성에 어긋난다고 할 것이다.

그렇다면, 세부정보제공제도는 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정되지만, 피해의 최소성에 위배되고 법익의 균형성을 잃었다고 판단되므로, 결국 인격권 특히 개인의 사회적 인격상에 대한 결정권을 과잉금지의 원칙을 위배하여 현저히 침해하는 제도라 할 것이다.

마. 평등의 원칙과의 관계

헌법 제11조 제1항에 명문화된 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리이다.

세부정보제공제도와 관련하여 피해자의 연령을 기준으로 하는 경우 청소년대상 성폭력범죄자와 청소년대상 일반범죄자를 구분하여 취급할 기준을 찾기 어렵고, 보호법익 및 피해자에 대한 피해의 심각성을 기준으로 하는 경우 청소년대상 성폭력범죄자와 성인대상 성폭력범죄자를 구분하여 취급할 기준을 찾기 어려우며, 청소년대상 성폭력범죄자가 다른 범죄에 비하여 특별히 재범의 위험성이

높다고 판단할 만한 통계상의 기준을 인정할 수 없고, 특별하게 청소년대상 성폭력범죄로부터 청소년을 보호할 필요성이 인정된다고 하더라도 그에 따른 세부정보제공이 앞서 과잉금지의 원칙에서 살펴본 바와 같이 대상자의 재사회화 가능성을 현저히 제한하고 사회로부터 소외를 조장하여 인격권에 대한 중대한 침해를 초래하므로, 세부정보제공제도는 차별의 이유와 차별의 내용 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없다고 할 것이어서 헌법 제11조 제1항에 규정된 평등의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

바. 소결론

세부정보제공제도는 실질적인 형별로 이중처벌금지의 원칙에 위배되고, 헌법 제10조에 규정된 일반적 인격권, 특히 사회적 인격상에 대한 자기결정권을 과잉금지의 원칙에 위배하여 현저히 침해하며, 평등의 원칙에 위배되는 제도이고, 개정안을 수정하여 제약된 요건을 부과한다고 하더라도 범죄전과자의 신상에 관한 세부정보를 그가 재사회화하여야 할 사회의 구성원에게 알린다는 제도의 본질상 그 침해의 소지를 제거하기 어렵다고 할 것이므로 그 도입을 자제하는 것이 바람직하다.

다만, 청소년대상 성폭력범죄의 피해청소년과 그 가족의 요청이 있는 경우에 당해 가해자의 세부정보를 제공하는 제도는 청소년대상 성폭력범죄의 피해청소년이 그 가해자로부터 다시 동일한 범죄를 당하거나 보복범죄를 당하는 것으로부터 보호하기 위하여 필요하고, 청소년대상 성폭력범죄의 피해청소년과 그 가족이 피해의 그늘에서 벗어나 생활의 안정을 찾는 데 도움을 줄 수 있다고 판단되므로 이를 도입할 것을 권고한다.

5. 개정안 제20조의3의 벌칙과 관련하여

가. 정당한 사유가 있는 세부정보등록의무 불이행

앞서 세부정보등록제도와 과잉금지의 원칙의 관계에 대하여 언급한 바와 같이, 세부정보등록 대상자가 책임 없는 사유로 등록의무를 불이행한 경우에도 그에 대한 제재를 할 수 있도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 것이므로, 세부정보등록대상자가 세부정보등록의무를 이행하지 않아 벌칙을 부과하는 경우에는, '정당한 사유 없이'를 그 요건으로 추가하는 것이 바람직하다.

나. 직무상 비밀유지의무위반에 대한 형의 가중

세부정보등록제도가 도덕적 비난가능성의 정도가 심한 청소년대상 성폭력범죄자에 대한 세부정보를 등록대상으로 하기 때문에 그 누설로 인한 불이익을 방지하기 위하여 세부정보등록과 관련된 직무를 담당하거나 담당했던 자에게 세부정보에 대한 직무상 비밀유지의무를 부과할 필요가 있다는 점에 대하여는 앞서 언급한 바와 같다. 이와 함께 등록된 세부정보를 보호하기 위해서 세부정보등록과 관련된 직무를 담당하거나 담당했던 자가 직무상 비밀유지의무를 위반한 경우에는 통상의 직무상 비밀유지의무위반보다 엄격하게 처벌하는 규정을 신설하는 것이 바람직하다.

6. 개정안 제21조의 청소년대상 성범죄자의 청소년관련 교육기관 등에 대한 취업제한과 관련하여

청소년대상 성범죄자의 청소년관련 교육기관 등에 대한 취업제한규정(이하 “취업제한규정”이라 한다)은 청소년성보호법 제20조의 신상공개제도의 대상이 되는 범죄를 범한 자를 그 형이 확정된 후 5년간 초·중등교육법 제2조 각호의 규정에 의한 각급학교(이하 “각급학교”라 한다), 유아교육법 제2조 제2호의 규정에 의한 유치원(이하 “유치원”이라 한다), 학원의 설립·운영및과외교습에관한법률 제2조 제2호의 규정에 의한 교습소(이하 “교습소”라 한다), 청소년기본법 제3조 제5호의 규정에 의한 청소년수련시설 및 제49조 제2항의 규정에 의한 청소년쉼터(2004. 2. 9. 법률 제7162호로 개정되기 전의 내용으로 개정된 청소년기본법 제3조 제6호에서는 청소년활동·청소년복지 및 청소년보호에 제공되는 시설을 통합하여 “청소년시설”로 정의하고 있다. 이하 “청소년시설”이라 한다), 영유아보육법 제6조 각호의 규정에 의한 보육시설(이하 “보육시설”이라 한다), 아동복지법 제2조 제5호의 규정에 의한 아동복지시설(이하 “아동복지시설”이라 한다)에 취업하거나 이를 운영할 수 없도록 함으로써 헌법 제15조에서 보장하고 있는 직업선택의 자유를 제한하고 있다.

우선 청소년관련 교육기관 등에 대한 취업제한을 받는 자는 높은 윤리의식과 준법정신을 가질 것이 요청되므로 이를 특별히 취급할 필요가 있다.

첫째, 각급학교, 유치원에 취업하거나 이를 운영하는 자는 교육기본법 제2조에

서 규정하고 있는 “홍익인간의 이념아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하게 함을 목적으로 한다”는 교육이념의 실현을 담당하는 자이므로 높은 윤리의식과 준법의식을 가질 것이 요청된다고 할 것이다.

둘째, 보육시설과 교습소에 취업하거나 이를 운영하는 자는 교육을 담당하여 교육이념의 실현한다는 점에 있어서 각급학교에 취업하거나 이를 운영하는 자와 동일하므로 높은 윤리의식과 준법의식을 가질 것이 요청된다고 할 것이다.

셋째, 청소년시설에 취업하거나 이를 운영하는 자는 청소년시설이 청소년의 균형있는 성장, 청소년이 정상적인 삶을 영위할 수 있는 기본적인 여건 조성 및 청소년의 건전한 성장을 위하여 제공되는 시설이라는 점에서 높은 윤리의식과 준법의식을 가질 것이 요청된다고 할 것이다.

넷째, 아동복지시설에 취업하거나 이를 운영하는 자는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다는 아동복지법 제3조 제3항과 아동의 권익과 안전을 존중하여야 하며 아동을 건강하게 양육하여야 할 국민의 책임을 규정한 아동복지법 제4조 제3항에 비추어 높은 윤리의식과 준법의식을 가질 것이 요청된다고 할 것이다.

그리고 그동안 많은 청소년대상 성범죄가 청소년관련 교육기관에서 교육을 담당하거나 그 기관을 운영하는 자에 의하여 자행되어 왔음에도 불구하고, 이에 대한 적절한 제재가 없어 청소년관련교육기관이 오히려 청소년대상 성범죄의 온상이 되어 왔다는 비판이 있었던 점에 비추어 보면, 최소한 청소년이 주로 생활하는 기관이나 시설에서만끔은 성범죄로부터 청소년을 보호할 필요가 높다고 판단된다.

하지만 청소년관련 교육기관 등에 취업하거나 이를 운영하는 자에게 높은 윤리의식과 준법의식이 요구되고, 취업제한규정으로 청소년을 보호할 필요성이 충분히 인정된다고 하더라도, 취업제한규정이 ① 청소년대상 성범죄의 경중이나 ② 취업제한규정에 의하여 제한되는 직업과 과거 청소년대상 성범죄와의 관련성, ③ 청소년대상 성범죄자의 재범의 위험성에 대한 고려 없이 청소년성보호법 제20조 제2항의 각호에 해당하는 죄를 범한 자에 대하여 일률적으로 형이 확정

된 후 5년간 청소년관련 교육기간 등에 취업하거나 이를 운영할 수 없도록 하고 있는 것은 과잉금지의 원칙에 위배될 가능성이 매우 높으므로 취업제한규정은 이를 고려할 수 있도록 수정·보완되는 것이 바람직하다.

IV. 결론

이에 청소년보호위원회가 2004. 8. 3. 의견을 요청한 청소년의 성보호에 관한 법률중 개정법률안에 대하여 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2005. 02. 28.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 최영도 위 원 최영애 위 원 김호준
위 원 정강자 위 원 김덕현 위 원 이홍록
위 원 김만흠 위 원 정인섭 위 원 최금숙

㉔ 2007. 1. 8.자 「청소년의 성보호에 관한 법률 전부개정안」에 대한 의견표명

국가청소년위원회에게 다음과 같은 의견을 표명

- [1] 아동·청소년 대상 강간죄의 객체에 남자를 포함하는 경우 유사강간행위에 대한 규정과 모순되지 않도록 조정하고 아동·청소년이용음란물 단순 소지자에 대한 처벌 규정을 삭제하며, 가해자가 친권자 또는 후견인인 경우 친권 상실 또는 후견인 해임 청구권자의 범위를 확대하고, 새 후견인 선임이나 보호위탁의 청구, 보호명령 청구 등을 반드시 수반하도록 하는 제도적 보완이 필요하다는 등의 의견표명
- [2] 신고의무 미이행시 1천만원 이하의 과태료 규정은 신고의무자가 종사하는 시설 또는 기관의 장에 대해서도 적용하는 것이 타당하며, 응급조치 기간을 구체적으로 명시하고 가해자인 친권자가 응급조치를 거부할 경우에 대한 적절한 제재규정을 마련하는 것이 바람직하다는 의견 표명
- [3] 법원의 결정시 제벌의 위험성이 없다고 판단되는 경우에는 등록대상자에서 제외할 수 있는 규정을 마련하고, 등록정보의 범위에서 유전자감식정보처럼 매우 민감한 개인정보는 제외하는 것이 바람직하다는 등의 의견 표명

【참조조문】 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제15조, 제17조, 제27조 제1항, 제30조, 제37조 제2항, 아동의 권리에 관한 국제협약 제19조, 제34조, 제39조, 형법 제297조 내지 제302조, 제305조, 제306조, 성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률(이하 “성폭력특별법”이라 한다.) 전문, 청소년기본법 제5조, 제7조, 제8조 제1항, 제2항, 아동복지법 제2조, 제10조, 제12조, 제13조, 제26조, 제26조의 2, 제27조, 제29조, 제40조 공공기관의개인정보보호에관한법률 제11조, 제23조 제2항

【주 문】

국가인권위원회는 국가청소년위원회가 2006. 9. 14. 의견을 조희한 「청소년의 성보호에 관한 법률 전부개정안」(이하 “개정안”이라 한다)에 대하여 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 국가청소년위원장에게 아래와 같이 의견을 표명한다.

아 래

1. 아동·청소년 대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례 규정과 관련하여,

가. 아동·청소년 대상 유사강간행위의 규정(개정안 제13조)에 이견이 없다. 다만, 아동·청소년 대상 강간죄의 객체에 남자를 포함하는 경우 유사강간행위에 대한 규정은 이와 모순되지 않도록 조정하는 것이 바람직하다.

나. 13세 미만 아동·청소년대상 성범죄 중 강간·준강간·유사강간행위, 친족에 의한 간음·유사간음행위 및 장애아동·청소년에 대한 강간에 대해 법관의 선고유예나 집행유예의 선고를 금지한 규정(개정안 제15조)은 삭제하는 것이 바람직하다.

다. 아동·청소년이용음란물 단순 소지자에 대한 처벌 규정(개정안 제16조 제4항)은 삭제하되, 현 법률 조항 중 '제작, 배포, 운송, 전시' 등의 목적에 '구입'을 추가하여 처벌할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

라. 아동·청소년 대상 성범죄자에 대한 유죄 판결시 선고형의 종류에 관계없이 수감명령을 병과할 수 있도록 한 규정(개정안 제21조)에 이견이 없다. 다만, 아동 성폭력 범죄의 특수성을 감안한 수감명령의 유형을 구체적으로 명시하고, 수감명령 불이행에 대한 제재규정을 마련하는 것이 바람직하다.

마. 가해자가 친권자 또는 후견인인 경우 친권상실 또는 후견인 해임 제도 도입(개정안 제22조 및 제23조)에 이견이 없다. 다만, 친권상실 또는 후견인 해임 청구권자의 범위를 확대하고, 친권상실 또는 후견인 해임 청구시 새 후견인 선임이나 보호위탁의 청구, 보호명령 청구 등을 반드시 수반하도록 하고, 친권상실 신고 기간을 명시하는 등 제도적 보완이 필요하다. 관련 성범죄 사건의 기소시 검사의 친권상실 또는 후견인 해임 청구 의무 규정(개정안 제22조 제1항)은 반드시 유지되는 것이 바람직하다.

2. 아동·청소년 대상 성범죄의 신고·응급조치 및 지원 규정과 관련하여,

가. 신고의무자 범위 확대 및 손해배상 책임 규정(개정안 제30조) 중 아동·청소년 대상 성범죄 신고의무자의 범위 확대에 이견이 없다. 다만, 신고의무 미이

행에 따른 피해 발생시 손해배상 책임 규정은 삭제하는 것이 바람직하다. 신고 의무 미이행시 1천만원 이하의 과태료 규정은 신고의무자가 종사하는 시설 또는 기관의 장에 대해서도 적용하는 것이 타당하다.

나. 응급조치의무규정 신설(개정안 제33조)에 이견이 없다. 다만, 동 규정의 실효성 확보를 위해 응급조치 기간을 구체적으로 명시하고, 가해자인 친권자가 응급조치를 거부할 경우에 대한 적절한 제재규정을 마련하는 것이 바람직하다.

다. 피해아동보호명령제도를 도입(개정안 제34조 내지 제38조)하는 데 이견이 없다. 다만, 보호명령청구권자의 범위를 아동 관련 기관이나 단체, 피해자 본인이나 법정대리인 등에게 확대하고, 법원의 결정시 피해아동의 의견이 반영되도록 규정하는 등 제도적 보완이 필요하다.

3. 아동·청소년대상 성범죄자 신상정보등록 및 열람 제도, 취업제한제도 강화와 관련하여,

가. 일반적 신상공개제도는 폐지하는 대신, 성범죄자의 신상정보 등록을 강화하고, 지역 주민 중 아동·청소년 보호자에게 등록정보의 열람을 허용하는 제한된 방식의 열람제도를 실시하기로 한 제도 개선 방향에 찬성한다. 다만, 장기적으로는 성범죄자 신상정보에 대한 일반인의 열람 허용 확대보다는 전문적인 '재범 위험성' 평가에 기초한 국가 차원의 체계적인 성범죄자 신상등록관리제도를 검토할 필요가 있다.

나. 신상정보등록제도(개정안 제48조, 제49조) 중 신상정보 등록대상의 범위를 확대하고, 등록정보의 보존 기간을 10년으로 확대한 것에 이견이 없다. 다만, 법원의 결정시 재범의 위험성이 없다고 판단되는 경우에는 등록대상자에서 제외할 수 있는 규정을 마련하고, 등록정보의 범위에서 유전자감식정보처럼 매우 민감한 개인정보는 제외하는 것이 바람직하다.

다. 신상정보의 열람 및 제공 제도(개정안 제55조) 중 신상정보의 열람대상자 선정을 법원의 결정으로 하고 이의제기 절차를 마련한 내용에 이견이 없다. 다만, 법원의 결정 과정에서 재범의 위험성이 없다고 판단되는 경우에는 열람대상자에서 제외할 수 있는 규정을 마련할 필요가 있다. 또한 국가는 성범죄자에 대한 체계적 관리 방안과 동시에 이들에 대한 효과적인 재사회화 방안을 강구해야 한다는 점을 규정하고, 가해자에 대한 과잉 인권 침해를 방지할 수 있는 적절한

제재 규정도 함께 마련하는 것이 바람직하다.

【이 유】

1. 개 요

1. 검토 배경

2005. 2. 28. 우리 위원회는 2004. 8. 청소년보호위원회가 의견을 요청한 「청소년의 성보호에 관한 법률중개정법률안」에 대하여 「국가인권위원회법」 제19조 제1호의 규정에 따라 의견을 표명하였다.

위 의견 표명은 개정안의 내용 중 청소년대상 성폭력범죄자에 대한 세부정보 등록제도 및 정보제공제도, 세부정보등록 관련 벌칙조항, 청소년대상 성범죄자에 대한 취업제한규정에 대하여 주로 검토한 바, 이 규정들이 비례성원칙(과잉금지의 원칙), 적법절차원칙, 죄형법정주의(명확성 및 적정성 원칙), 포괄적 위임입법 금지원칙, 이중처벌금지원칙, 평등원칙 등 헌법상의 주요 법원칙을 위배하여 성폭력범죄자의 인권을 과도하게 제한하는 것이라고 판단하고, 그에 대한 개선을 권고한 바 있다.

국가청소년위원회는 우리 위원회 의견 표명안을 일부 수용한 개정안을 제출하여 2005. 12. 29. 국회에서 통과된 바 있으나, 2006. 상반기에 용산 지역 아동 성폭행·살해 사건 등 아동 대상 성범죄 사건들이 계속 발생하면서 아동 대상 성범죄자에 대한 엄격한 처벌과 관리를 요구하는 여론이 비등하자 아동청소년대상 성범죄자들에 대한 처벌 기준 강화, 인터넷 등을 통한 일반적 개인신상정보공개 제도를 폐지하는 대신 신상정보의 등록·열람제도의 도입·강화, 피해자 보호 및 지원 조치 강화 등을 주요 골자로 하는 전부개정안을 수립하여 2006. 5. 제차 입법예고하면서 우리 위원회의 의견을 요청하였다.

국가청소년위원회는 2006. 7. 21. 위 법률개정안에 대한 공청회를 개최한 결과 아동 대상 성범죄자들에 대하여 이중으로 가중처벌하는 것은 법의 형평성에 어긋나는 과잉의욕이라는 등의 비판이 제기되자 일부 조항의 내용을 삭제 또는 변경한 수정안을 마련하였으며, 2006. 9. 14. 우리 위원회에 새로운 법률개정안에 대한 의견 회신을 재요청하였다.

개정안은 「청소년의 성보호에 관한 법률」의 주요 규정들에 대한 대폭적인 신설, 폐지, 변경 내용을 포함하고 있고, 이렇게 조정되는 항목들의 내용들도 아동·청소년 대상 강간죄의 객체에 남자 포함, 아동·청소년 대상 유사강간행위의 규정, 13세 미만 아동·청소년 대상 성범죄 일부 등에 대한 법관의 선고유예 또는 집행유예 금지, 아동·청소년이용음란물 단순 소지자 처벌 규정 신설, 아동·청소년 대상 성범죄의 비친고죄화 및 공소시효 정지, 가해자가 친권자 또는 후견인인 경우 친권상실 또는 후견인해임제도의 신설, 피해 아동·청소년 보호 명령제도 도입, 아동·청소년 대상 성범죄자 신상정보의 등록·열람 제도 강화, 성범죄자 취업제한제도 강화 등 아동·청소년 대상 성범죄 피해자 및 가해자의 인권 관련 사항들을 다수 내포하고 있어 새로운 검토의 필요성이 인정되는 바, 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 아래와 같이 검토하였다.

2. 논의 과정

국가인권위원회는 2006. 1. 4. 상임위원회와 2006. 1. 8. 전원위원회를 개최하여 개정안의 주요 내용 및 쟁점에 대하여 심의하고, 동 전원위원회에서 위 심의 결과를 바탕으로 국가청소년위원장에게 의견을 표명하기로 결정하였다.

3. 의견 표명 대상

개정안의 주요 내용 중 위원회 의견 표명의 대상은 다음과 같다.

가. 아동·청소년 대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례 규정

- (1) 아동·청소년 유사강간행위 규정(개정안 제12조)
- (2) 선고유예 또는 집행유예의 선고 금지 규정(개정안 제15조)
- (3) 아동·청소년이용음란물 단순 소지자 처벌 규정(개정안 제16조)
- (4) 수강명령 병과 규정(개정안 제21조)
- (5) 친권상실 또는 후견인 해임 제도 관련 규정(개정안 제22조, 제23조)

나. 아동·청소년 대상 성범죄의 신고·응급조치 및 지원 규정

- (1) 신고의무자 범위 확대 및 손해배상 책임 규정(개정안 제30조 내지 제32조)
- (2) 응급조치의무 관련 규정(개정안 제33조)
- (3) 피해아동·청소년보호명령제도 관련 규정(개정안 제34조 내지 제38조)

다. 아동·청소년대상 성범죄자 신상정보등록 및 열람제도, 취업제한제도 강화

- (1) 국민 계도 목적의 일반적 신상공개제도 폐지(개정안 제47조 등)
- (2) 아동·청소년 대상 성범죄자 신상정보등록제도(개정안 제48조 내지 제52조)
- (3) 아동·청소년 대상 성범죄자 열람제도(개정안 제55조, 제56조)

II. 판단기준

개정안은 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제15조, 제17조, 제27조 제1항, 제30조, 제37조 제2항, 아동의 권리에 관한 국제협약 제19조, 제34조, 제39조, 형법 제297조 내지 제302조, 제305조, 제306조, 성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률(이하 “성폭력특별법”이라 한다.) 전문, 청소년기본법 제5조, 제7조, 제8조 제1항, 제2항, 아동복지법 제2조, 제10조, 제12조, 제13조, 제26조, 제26조의 2, 제27조, 제29조, 제40조 공공기관의개인정보보호에관한법률 제11조, 제23조 제2항을 기준으로 검토하였다.

III. 검토 내용

1. 법령 및 법 목적 변경 등에 대한 검토

가. 법 명칭 변경

13세 미만 아동에 대하여 이 법의 보호 대상임을 명확히 하기 위한 개정 취지의 타당성이 인정되므로 법의 명칭을 ‘아동청소년성보호법’으로 변경하는 것에

이견이 없다. 다만, 유엔 아동권리협약에서 정의하는 아동의 개념은 '18세 미만의 모든 사람'이고, 「아동복지법」도 아동을 '18세 미만의 자'로 정의하고 있는 반면, 「청소년보호법」과 「청소년의 성보호에 관한 법률」은 청소년을 '19세 미만의 자'로, 「청소년기본법」과 「청소년복지지원법」은 청소년을 '9세 이상 24세 미만의 자'로, 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」은 청소년을 '18세 미만의 사람(초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 고등학교에 재학 중인 자를 포함한다)'으로 규정하고 있는 등 국내외 법규상 아동과 청소년에 대한 개념이 다양하게 사용되고 있어 장기적으로는 통합적이고 일관된 용어 정의의 필요성이 있다고 판단된다.

나. 범 목적의 변경

아동·청소년에 대한 성학대를 별도의 특별법으로 규율하는 것보다 모든 성범죄에 대한 보편적이고 일관된 법적 기준을 마련하는 것이 보다 바람직하며, 따라서 필요하다면 「형법」 또는 「성폭력특별법」 개정을 먼저 추진하는 것이 바람직하다는 의견이 있다.

그러나 아동과 청소년은 일반 성인에 비해 사회적 약자라고 할 수 있고, 아동·청소년기에 당한 성폭력은 피해 아동이나 청소년의 인생에 심각한 후유증을 남기는 등 피해 아동이나 청소년을 보호하기 위해 국가는 청소년이 당할 수 있는 성적 학대 내지 성적 착취로부터 보호하여야 할 특별한 의무가 있다고 할 것인바, 아동·청소년에 대한 성폭력은 그 동기나 범죄의 수법, 가해자의 유형, 피해의 심각성 등에서 성인에 대한 성폭력과 다른 특수성이 있을 뿐 아니라 수사 과정이나 재판과정에서 일반 성인보다 더 세심하고 특별한 보호 절차가 필요할 수 있기 때문에 성폭력 전반에 대한 「형법」이나 「성폭력특별법」 등의 관련 규정과 별도로 이들을 보호하기 위한 특별법 규정도 타당성이 인정된다.

따라서 아동·청소년에 대한 성학대를 규율하는 기본법으로 기능하도록 범 목적을 변경하는 것에 대하여 이견이 없다.

다. 성범죄 개념의 통합

아동·청소년 대상 성범죄와 성폭력 범죄로 구분된 개념을 아동·청소년 대상 성범죄로 통합하여 정의하고 있는 바, 이는 「성폭력특별법」에서 정한 성폭력 범죄의 개념과 이 법에서 규정하는 성폭력 범죄의 개념이 일치하지 않는데서 오는

용어상의 혼돈을 피하기 위한 것으로 별다른 문제가 없다고 판단된다.

라. 지상파방송 활용 및 송출의무 부과

지상파방송을 활용하여 아동성폭력 범죄의 심각성을 정기적으로 홍보하도록 하는 근거 규정을 마련한 것은 아동성폭력 범죄의 예방을 위하여 효과적인 수단으로 판단되고, 송출의무의 이행과 관련하여 별도의 제재규정을 마련하는 것보다는 방송사와 유기적 협력을 통해 이행되도록 하는 것이 타당하다고 판단되므로 개정안의 내용에 이견이 없다.

2. 아동·청소년 대상 성적 착취 및 학대행위의 처벌과 절차에 관한 특례 규정의 검토

가. 아동·청소년 대상 강간죄 객체에 남자 아동·청소년 포함

그동안 강간죄의 행위 객체를 '부녀'(여성)에 국한하여 남성을 배제한 것은 여성의 생리적, 육체적 차이에 근거한 합리적 차별로 이해되어 왔으나, 최근 남자 아동·청소년에 대한 성범죄 사례도 높은 비율은 아니지만 꾸준히 보고되고 있고, 성인에 비하여 남자 아동도 매우 취약한 위치에 있고, 성폭력에 따른 신체적, 정신적 피해와 후유증의 심각성은 남성 아동과 여성 아동이 다르다고 볼 이유가 없는 점 등을 감안할 때 아동·청소년에 대한 강간죄의 객체에 남자 아동·청소년을 포함하는 방안도 적극 검토할 필요가 있다고 판단되므로 이견이 없다. 또한 여성만을 대상으로 하는 형법의 강간죄 개념도 새로 정립할 필요성이 높다고 판단된다.

※ 관련 통계에 의하면, 강간죄의 객체를 '부녀'로 한정된 현행법상 아동·청소년 대상 강간죄의 피해자는 100% 여성으로 나타나나, 아동·청소년 대상 강제추행죄의 피해자는 남자가 4.3%를 기록하고 있다.⁴⁶⁾

나. 장애아동·청소년에 대한 간음 및 추행 규정

장애아동·청소년에 대한 간음 및 추행을 추가 규정하고 형량은 강간 및 강제추행의 예에 의하도록 한 것은 성폭력특별법에서 장애인에 대한 간음 및 추행 규

46) 김지선(한국형사정책연구원), 『신상공개범죄자료 종합분석』, 국가청소년위원회, 2004, 52쪽 참조.

정을 원용한 것으로 중복적인 규정으로 보이기는 하나, 신체장애 또는 정신장애를 가진 장애아동에 대한 특별한 보호의 필요성을 강조하는 차원에서 타당성이 인정되므로 이견이 없다.

다. 아동·청소년 대상 유사강간행위

아동성폭력의 경우 피해아동의 나이가 어릴수록 성기 대 성기의 삽입을 의미하는 강간행위보다 유사강간(성교)행위가 다수 발생하고 있고, 이러한 행위는 사실상 강간과 동일한 신체적, 정신적 피해를 유발함에도 불구하고 「형법」과 「성폭력특별법」에는 별도의 개념 정의가 규정되어 있지 않아 처벌에 곤란함이 발생하는 경우가 있는 점을 고려할 때 아동·청소년에 대한 유사강간행위 규정을 신설하고 이를 강간과 동일하게 처벌하도록 한 것은 타당하다고 판단되므로 이견이 없다.

또한, 유사강간행위의 유형을 “1. 상대방의 성기에 행위자의 성기이외에 손가락, 입 등 다른 신체의 일부나 도구를 삽입하는 행위, 2. 상대방의 구강에 성기를 삽입하거나, 항문에 성기, 손가락 등 다른 신체의 일부나 도구를 삽입하는 행위”로 명시하고 있는데, 특별히 문제점이 발견되지 않는다. 다만, 아동·청소년 대상 강간죄의 객체에 남자를 포함하는 경우 유사강간행위에 대한 규정은 이와 모순되지 않도록 조정하는 것이 바람직하다고 판단된다.

한편, 현행 「형법」과 「성폭력특별법」은 유사강간행위에 관한 개념적 정의가 규정되어 있지 않은 상태에서 유사강간행위와 강제추행죄의 적용 사이에 일관성이 결여될 가능성이 있고, 형량 적용에도 상당한 차이가 발생할 가능성이 있는 점에 대한 우려가 있는 바, 근본적으로는 「형법」의 강간 행위에 대한 개념 규정을 폭넓게 재구성할 필요성이 있다고 판단된다.

라. 친족에 의한 간음 및 추행

친족에 의한 간음 및 추행을 강간 및 강제추행의 예에 의하도록 규정한 것은 「성폭력특별법」의 친족관계에 의한 강간 등의 규정을 원용한 것으로 보이는 바, 아동 성폭력 범죄의 상당수가 친부 등 친족관계에 있는 자에 의해 발생하는 현실을 감안할 때 타당성이 인정되므로 이견이 없다.

※ 관련 통계에 따르면, 아동·청소년 대상 강간 및 강제추행 범죄의 약 10%

가 친부(5.1%) 및 의부(4.4%)에 의한 것으로 확인되고 있다.⁴⁷⁾

마. 신고유예 또는 집행유예의 선고 금지 조항

13세 미만 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄 중 강간, 준강간, 유사강간행위, 친족에 의한 간음·유사간음행위 및 장애아동·청소년에 대한 강간은 형법 제59조(신고유예의 요건) 제1항 및 제62조(집행유예의 요건) 제1항의 요건에 해당하더라도 신고유예나 집행유예의 선고를 하지 아니한다고 규정하여 처벌 기준을 강화한 것은 그동안 법원에서 이같은 성폭력 범죄에 대하여 비교적 관대하게 판결해온 관행이 중요한 문제점으로 비판되어 온 것을 감안할 때 입법을 통해 최소한의 양형 기준을 제시하려는 시도로 판단된다.

그러나 법관이 신고유예나 집행유예를 택할 수 없도록 하는 것은 법관의 재량을 지나치게 제한하는 것으로 위헌의 소지가 있고, 법관의 인식을 전환하는 방향의 교육 등이 필요하기는 하나 판결의 재량권을 원천적으로 봉쇄하는 것은 바람직하지 않다는 의견이 있는 바, 이 법에서 규정한 13세 미만 아동·청소년 대상 성범죄 중 강간, 준강간, 유사강간행위, 친족에 의한 간음·유사간음행위, 장애아동·청소년에 대한 강간 등은 그 죄질과 피해의 정도 등을 고려할 때 엄격한 제재가 필요하다고 하더라도 그 방법으로 법관의 신고유예나 집행유예 판결을 원천적으로 금지하는 것은 과도하다고 판단되므로 삭제하는 것이 타당하다.

바. 아동·청소년이용음란물 단순 소지자 처벌 규정

아동·청소년이용음란물 소지자에 대해서도 처벌 규정을 신설한 것은 아동 대상 포르노그래피 소지자를 처벌하는 미국 등 해외 입법례를 감안할 때 과도한 규정은 아니라고 보여지나, 이 경우 판매, 배포, 운송, 수령, 전시, 재생산 등의 목적으로 동 음란물을 소지한 자는 현행과 같이 엄격하게 처벌하되, 아동·청소년이용음란물 소지자가 이러한 고의성이 없음을 입증하는 경우까지 모두 처벌하는 것은 과도한 인권 침해의 우려가 있고, 지나치게 범죄자를 양산할 우려도 크다고 판단된다.

따라서 아동·청소년이용음란물 단순 소지자에 대한 처벌 조항은 삭제하되, 현 법률 조항 중 ‘제작, 배포, 운송, 전시’ 등의 목적에 ‘구입’을 추가하여 처벌할 수 있도록 하는 것이 적절하다고 판단된다.

47) 김진선(한국형사정책연구원), 『신상공개자료 종합분석』, 국가청소년위원회, 2004, 73쪽 참조.

※ 미국의 <아동 성착취 및 학대 처벌법> 제2252A조 아동음란물을 구성하거나 담은 자료에 관한 행위 (5)항은 아동음란성영상을 담고 있는 책, 잡지, 정기간행물, 필름, 비디오테이프, 컴퓨터디스크 및 기타 자료를 고의적으로 소지하는 자 등에 대하여 벌금 또는 5년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 그러나 동법은 또한 아동음란물 소지자가 다음 항목에 해당하는 경우 기소에 대한 적극적인 항변의 사유를 인정하고 있다 : ① 아동음란성영상을 3개 미만 소지함, ② 아동음란성영상 또는 그 복사본을 계속 소지하거나, 법률집행기관이 아닌 타인의 접근을 허락하지 아니하고 선의로 즉시 다음과 같은 행동을 취함 : ㉠ 각 아동음란성영상을 폐기하는 합리적인 조치; 또는 ㉡ 법률집행기관에 신고하고 그 기관에 그러한 각 영상에 대한 접근 허용.

사. 수강명령 병과 등

아동청소년 대상 성범죄자에 대한 유죄 판결시(징역, 벌금형, 선고유예 등) 형벌 외에 수강명령을 병과할 수 있도록 한 것과 관련하여, 형벌을 부과한 것 이외에 별도의 제재를 가하는 것은 이중처벌이 될 수 있고, 수강명령 병과도 장래의 위험성을 제거하기 위한 보안처분의 한 형태로 볼 수 있어 이중처벌의 위험성이 있으므로 수강명령을 형벌 집행의 한 내용으로서 「행형법」의 교정·교육의 한 부분으로 다루어야 한다는 의견이 있으나, 수강명령 자체도 형벌의 한 유형으로 볼 수 있기 때문에 반드시 이중처벌이라고 규정하기는 어렵고, 수강명령을 「행형법」의 교정·교육 차원에서 접근하면 선고유예를 선고할 경우에는 교육 기회가 없어져 버릴 수 있으며, 교정시설에서 행하는 일반적 교정교육보다 아동 성범죄에 관하여 특화된 내용의 수강명령이 더욱 효과적으로 판단되므로 이견이 없다.

다만, 아동 성폭력범죄의 특수성을 감안한 수강명령의 유형을 구체화하지 않고, 단지 '보호관찰 등에 관한 법률에 의한 수강명령을 병과할 수 있다'고 규정 한 것은 수강명령의 도입 취지에 비추어 부적절하다고 판단되므로 아동·청소년에 대한 성폭력의 특수성을 감안한 구체적인 수강명령의 유형을 이 법안에서 명시하는 것이 타당하다고 판단된다.

또한, 현행 가정폭력방지법상의 수강명령 등에 불이행하더라도 아무런 제재규정이 없어 적극적으로 수강명령을 따르는 자가 아닌 이상 별 실효성이 없어 문

제로 제기되고 있는 점을 감안할 때, 이 법에서 수감명령 규정을 신설하더라도 불이행시의 제재규정이 없는 이상 실효성 확보가 어려울 수 있으므로 제재규정이 마련될 필요가 있다고 판단된다.

한편, 수감명령의 교육비용을 성범죄자에게 부담시키고 일정한 경우에 예외를 허용하도록 한 규정을 공청회 후 삭제한 바, 가정폭력방지법상의 가정폭력 가해자에게 치료비용을 부담하도록 하는 규정도 실제로 가해자에게 비용을 강제집행할 만한 절차나 전문적 인력, 예산 등이 없어서 실무에서는 전혀 이루어지지 않고 있는 사문화된 규정이라는 평가를 감안할 때 삭제하는 것이 타당하다고 판단되므로 이견이 없다.

아. 친권상실제도와 후견인 해임 제도

친권상실제도와 관련하여 친권자인 아버지가 딸을 성폭행한 경우 법원에 아버지의 친권상실을 청구하는 사례들이 늘고 있는 현실을 감안할 때 친권자나 후견인에 의한 성폭력이 있는 경우 친권상실 또는 후견인 해임을 할 수 있는 제도를 도입하는 것은 타당하다고 판단된다.

또한 당초 가해자가 피해자의 친권자 또는 후견인인 성범죄 사건을 송치받은 검사는 무조건 법원에 친권상실이나 후견인 해임청구를 하도록 한 1차 개정안을 변경하여 위 성범죄 사건을 기소하는 경우 검사는 친권상실신고 또는 후견인해임결정을 청구하여야 한다고 규정하고 있는 바, 검찰의 수사결과 사안에 따라 무혐의나 기소유예 등으로 처리되는 사건도 상당수 있을 수 있으므로 이러한 규정 변경은 타당하다고 판단된다.

그러나 친권상실, 후견인 해임 청구소송은 형사법원이 아니라 가정법원에서 진행되고, 통상 형사사건보다 훨씬 더 오랜 기간이 소요되며, 일반 형사사건에 대한 범죄수사와 별개의 입증이나 재판기술이 필요하여 수사검사나 송무담당검사가 소송을 진행하는 데는 한계가 있는 점 등을 고려할 때 이 법에서 단지 친권상실이나 후견인 해임을 청구할 자로 수사검사만 지정해 두고 있는 것은 실효성이 없다고 보이므로 상당한 제도적 보완이 있어야 할 것으로 판단된다.

또한, 피해 아동·청소년에 대한 친권 또는 후견인에 공백이 생기는 것을 막기 위해서는, 검사가 친권상실이나 후견인 해임을 청구하는 시점에 이들 청구가 받아들여질 경우 법원이 결정하도록 되어 있는 후견인 선임이나 보호위탁 등과

관련한 청구가 함께 이루어지도록 해야 할 것인 바, 현재 법 개정안에는 이와 같은 절차가 규정되어 있지 않으므로 개선이 필요하다고 판단되고,

검사가 친권상실이나 후견인 해임 청구를 할 경우 상대방인 친권자나 후견인의 피해아동에 대한 친권이나 후견인 행사제한, 접근금지 등의 보호명령이 필수적으로 수반되어야 하며, 따라서 검사는 친권상실이나 후견인 해임 청구시 의무적으로 보호명령도 함께 청구하도록 할 필요가 있으나 법 개정안에는 검사의 보호명령 청구가 임의규정으로 되어 있어 개선이 필요하다고 판단되며,

수개월 혹은 1년 이상 소요될 수 있는 위 소송이 진행되는 동안 피해아동의 생활을 위해서는 생활비지급청구도 수반될 필요가 있고, 생활비를 지급하지 않을 경우의 강제집행방법이나 제재규정도 검토할 필요가 있다고 판단된다.

아울러 친권상실이나 후견인 해임 청구 소송 관련 비용 부담에 대한 처리 규정, 소송진행기간 동안 임시로 친권이나 후견을 할 자의 지정에 대한 규정, 장기간의 재판 소요로 인한 피해아동의 불안정 상태를 최소화하기 위하여 최대한 1년을 넘지 못하도록 하는 등 친권상실선고기간의 명시 필요성, 국가운영 변호인단과 같이 피해자들이 법률전문가의 조력을 받을 수 있는 제도의 마련 등 개선, 보완해야 할 많은 문제점들이 존재하고, 근본적으로는 과연 친권상실 이후 새 후견인 선임 또는 보호위탁이 아동의 인권 보호를 위한 실효성있는 대안인지에 대하여도 면밀한 검토가 필요할 것으로 판단된다.

이와 같이 친권상실이나 후견인해임은 해당 아동·청소년에게 미치는 영향이 막대한 매우 중요한 문제이고, 향후 이를 원하는 사건도 점차 늘어날 것으로 예측되는 상황에서 더욱 체계적이고 신중한 검토가 요구되며, 상당한 법규정이 보완되어야 할 것으로 판단된다.

한편, 아동·청소년 대상 성범죄 사건의 기소시 친권상실선고 또는 후견인 해임청구를 검사의 의무사항으로 하는 개정안의 조항(개정안 제22조 제1항)은 제도의 실효성을 위하여 반드시 유지되는 것이 바람직하다고 판단된다.

자. 아동·청소년 대상 성폭력 범죄의 비친고죄화

성폭력 범죄의 친고죄 적용의 취지가 피해자의 프라이버시와 명예를 보호하는데 있음에도 불구하고 실제로는 피해자들이 성폭력 피해자에 대한 사회적 편견

을 우려하여 고소를 하지 않는 경우가 상당한 현실에서 가해자들에 대한 면책의 도구로 악용되어 성폭력 범죄를 은폐하거나 조장하는 데 기여하고 있는 것으로 비판받아 온 바, 이에 대한 폐지는 타당하다고 판단된다. 따라서 아동·청소년대상 성폭력범죄의 비친고죄 규정을 신설한 것에 대하여 이견이 없다.

다만, 성폭력 범죄에 대한 친고죄 폐지는 피해자의 연령 및 발달 수준과 정도, 장애의 여부 등과 상관없이 모든 성폭력범죄에 적용되는 것이 타당하다고 판단되므로 근본적으로는 형법 또는 성폭력특별법의 개정을 통하여 강간죄와 강제추행죄, 그리고 이에 준하는 성폭력 범죄 전반에 대하여 친고죄를 폐지하거나 최소한 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수 없는 반의사불벌죄 형식으로 개정하는 것이 병행 추진될 필요가 있다고 판단된다.

차. 고소기간 폐지 및 공소시효 정지

개정안은 고소기간에 관한 규정을 삭제하고, 공소시효 정지 규정을 신설하여 피해자가 민법상 성년인 만 20세에 달할 때까지 공소시효를 정지하도록 하고 있는 바, 아동·청소년의 경우 친인척이나 가까운 지인 등으로부터 성폭력을 당하더라도 여러 가지 요인들로 인해 피해사실을 노출시키지 못하거나, 심지어 자신이 피해당한 사실조차 인지하지 못하고 있다가 나중에서야 그러한 사실을 인식하는 경우가 많고, 이러한 위협에서 벗어나고 자신이 성폭력을 당한 사실을 인지하게 될 무렵에 가해자에 대한 형사처벌을 원하더라도 이미 공소시효가 만료된 경우가 허다한 실정을 감안할 때, 아동·청소년 성폭력 가해자에 대한 처벌을 위해서는 피해자가 자신의 의사에 기해서 가해자의 처벌을 원할 수 있는 일정한 연령에 도달할 때까지 공소시효가 정지되는 것이 필요하다고 판단되므로 이견이 없다.

보다 근본적으로는 아동·청소년 뿐만 아니라 모든 성폭력 범죄에 대하여 공소시효를 폐지하는 방향으로 관련 법률이 개정되어야 한다는 주장도 강하게 제기되어 온 바, 영국 등 선진국의 경우에도 이미 오래전부터 성폭력 범죄를 전장, 살인, 방화 등의 범죄와 함께 ‘반인륜범죄’로 보아 공소시효를 폐지하고 있는 점등을 감안할 때 아동·청소년 대상 성폭력 범죄에 관하여는 공소시효를 폐지하는 방안을 적극 강구할 필요가 있다고 판단된다.

3. 아동·청소년 대상 성범죄의 신고·응급조치 및 지원 규정에 대한 검토

가. 신고의무 관련

아동·청소년 대상 성범죄의 경우 신고의무자들이 그 사실을 알고서도 신고하지 않는 경우가 많은 바, 다른 어떤 범죄보다도 암수(暗數) 범죄가 많은 성범죄 근절의 출발은 범죄의 노출이며, 이를 위해서는 신고의무자의 신고가 강조될 필요가 있으나 실제로 「가정폭력방지법」이나 「성폭력특별법」의 시행 이후 신고의무자의 신고율이 매우 저조한 것으로 보고되고 있는 상황에서 신고의무자의 신고의무 위반에 대한 적절한 제재 조치가 필요하다는 주장이 제기되고 있다.

따라서 신고의무자의 범위를 청소년관련기관 종사자까지 확대하고, 신고의무 미이행에 대하여 과태료 처분 규정을 신설한 것은 타당하다고 판단되므로 개정안의 내용에 이견이 없다. 다만, 성범죄 발생사실을 알면서도 신고하지 않아 아동·청소년에게 피해가 발생한 경우에는 손해배상의 책임을 규정한 것은 과도하므로 삭제하는 것이 타당하다고 판단된다.

한편, 신고의무자가 종사하는 시설 또는 기관의 장에 대하여는 별도의 책임을 묻는 규정이 없어 자칫 해당 시설의 하급 실무자들에게만 그 책임을 전가할 우려가 있다고 보이므로 신고의무 미이행시 과태료 처분 규정은 신고의무자가 종사하는 시설 또는 기관의 장에 대해서도 적용하는 것이 타당하다고 판단된다.

나. 응급조치의무규정

응급조치의무규정은 가정폭력방지법상의 피해자 보호를 위한 응급조치를 도입한 규정으로 보이는 바, 범죄 피해의 심각성과 사건 발생 직후 적절한 응급조치의 필요성 등을 감안할 때 이같은 규정 도입의 필요성이 충분히 인정된다.

다만, '지체없이'로만 되어있는 응급조치 기간을 신고 접수 뒤 일정 시간 이내(예컨대 1시간 이내 또는 24시간 이내 등)로 구체적으로 제한하여 그야말로 응급조치로서 기능할 수 있도록 하는 법적 근거 마련이 필요하고, 피해자를 상담기관이나 치료기관 등으로 인도하는 것 외에도 오히려 가해자가 거주지에서 퇴거하도록 하고 피해자 등이 집에 머물도록 하는 등 성범죄 피해의 특수성을 감안한 응급조치 내용을 재검토할 필요성이 있으며, 가해자인 친권자가 친권을 내세워 응급조치를 거부할 경우에 대한 대응 및 실효성있는 제재 규정을 마련할

필요가 있다고 판단된다.

다. 피해아동보호명령제도

피해아동보호명령제도와 관련하여, 친권자나 아동·청소년을 보호할 위치에 있는 자가 아동·청소년을 성폭행한 경우에는 이미 피해 아동이나 청소년을 보호할 권리 내지 의무를 상실하였다고 볼 수 있고, 대부분의 성범죄는 단순 일회성에 그치지보다는 이미 상당한 기간 지속적인 성폭력이 전제된 경우일 뿐만 아니라 장래에도 그러한 위험이 내재되어 있다고 보이며, 가정폭력이나 다른 어떤 범죄보다도 추가적인 범죄의 위험으로부터 보호할 필요성이 인정된다. 따라서 보호명령제도의 도입은 타당한 것으로 판단된다.

다만, 보호명령청구권자의 범위를 일정한 기관이나 단체, 피해자 본인이나 법정대리인, 검사 등이 모두 법원에 직접 청구할 수 있도록 할 필요성이 있고, 피해아동의 의견을 밝힐 수 있도록 하여 법원이 피해아동의 의견을 반영하여 보호명령을 결정할 수 있어야 하며, 그 외 보호명령 이행실태의 조사에 관한 규정은 현재의 법원 인사제도와 업무량, 인력 등으로는 실현 불가능한 규정이라는 비판도 있는 바, 면밀한 보완이 필요한 것으로 판단된다.

4. 아동·청소년대상 성범죄자 신상정보등록 및 열람·공개 규정에 대한 검토

가. 일반신상공개제도 폐지

범죄방지 제도 목적의 일반적 신상공개제도(관보, 인터넷 등 활용)는 그 실효성이 부족하고 인권 침해 우려는 높은 것으로 비판받아온 만큼 이를 폐지하고, 대신 아동·청소년 대상 성범죄자의 정보등록을 강화하고 지역사회 주민들 중 아동·청소년 보호자 등에게도 등록정보의 열람을 허용하기로 한 개선 방향은 타당하다고 평가된다. 다만, 일부 인권 침해 우려가 남아있고, 재범 방지를 위한 실효성도 아직 의문인 바, 장기적으로는 성범죄자 신상정보에 대한 일반인의 열람 허용 확대보다는 전문적인 '재범 위험성' 평가에 기초한 국가 차원의 체계적인 성범죄자 신상등록관리제도를 검토할 필요가 있다고 판단된다.

나. 신상정보등록제도

신상정보 등록대상의 범위를 아동·청소년대상 성범죄로 유죄의 확정판결을

받은 자로 확대한 것은 성범죄자에 대한 국가적 관리 체계의 실효성을 높이기 위한 조치로서 정책적 타당성이 있다고 판단되는 바, 이견이 없다. 다만, 신상정보등록제도는 장래의 사회적 위험성을 예방하기 위한 보안처분의 일종으로 「헌법」 제17조에 규정된 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 조치임에도 '재범의 위험성'을 필수적 요건으로 하지 않은 채 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄로 유죄판결을 받은 자를 모두 등록대상자로 하고 있는 점은 문제점으로 판단되는 바, 법원의 결정 과정에서 재범의 위험성이 높지 않다고 판단하는 경우에는 등록대상자에서 제외할 수 있는 규정을 마련할 필요가 있다고 보여진다.

또한, 등록대상 신상정보의 범위를 확대하면서 기본적 신상정보 외에도 소유 차량의 등록번호, 지문과 유전자감식정보, 범죄경력 등을 함께 등록하도록 규정하고 있는 바, 비록 범죄수사 활용 목적이라 하여도 유전자감식정보처럼 매우 민감한 개인정보까지 등록하도록 하는 것은 아직 시기상조인 것으로 판단된다.

특히, 유전자감식정보는 아직 유전자정보를 활용한 성폭력 범죄 수사의 효과성 제고 정도에 대한 검증된 자료가 부족한 상태에서 유전자 정보의 민감성, 정보 유출 또는 남용시 파생 문제의 심각성 등을 고려할 때 더욱 면밀한 검토와 사회적 합의 과정이 필요하다고 판단되는 바, 현재 정부가 추진 중인 「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률」의 제정 과정에서 이같은 문제가 충분히 검토된 연후에 추진하는 것이 타당하다고 판단된다.

한편, 개정안은 이와 같이 등록된 정보들을 국가청소년위원회가 10년 동안 보존·관리하도록 규정하고 있는 바, 5년이 지난 이후에도 재범을 행하는 사례가 다수 발견되고, 관련 연구들은 성범죄자에 대한 추적기간이 길수록 재범율이 증가하는 경향을 보고하고 있으며, 미국의 메간법도 등록정보의 보존기간을 10년으로 하고 있는 점 등을 감안할 때, 현행 5년에서 10년으로 보존 기간을 확대하는 취지는 타당하다고 판단된다.

근본적으로 피해자가 아동·청소년이 아닌 경우에도 이른바 '성폭력 흉악범'이나 재범의 위험성이 높은 성범죄자에 대한 국가 차원의 체계적 관리 필요성은 높다고 판단되는 바, 아동·청소년 대상 성범죄자뿐만 아니라 일반 성인 대상 성범죄자들도 범죄의 정도 및 재범의 위험성에 대한 전문적 평가를 통해 일정한 요건에 해당되는 경우 적법한 절차를 거쳐 신상정보를 등록, 관리하는 통합적 등록제도를 시행하는 방안도 장기적으로 검토할 필요가 있다고 판단된다.

다. 신상정보의 열람 및 제공제도에 관한 검토

(1) 열람대상자 범위 및 선정 방식 문제

개정안은 열람대상자의 범위를 ① 13세 미만의 아동청소년 대상 성범죄로 유죄판결을 선고하는 경우, ② 아동청소년 대상 성범죄로 유죄판결을 선고하면서 가해자와 피해자의 관계, 피해정도, 범행동기, 성범죄전력의 유무 및 각 성범죄 전력 간의 기간, 범행 후의 정황 등을 고려한 결과 재범의 우려가 높은 경우에 각급 법원이 해당 가해자 등록정보의 열람 제공을 결정하도록 하고, 재범의 우려가 높아 열람 제공을 결정한 경우에는 항고할 수 있도록 규정하고 있는 바, 재범 위험성에 대한 판단을 법원의 재량에 맡기고 이의제기 절차를 보장함으로써 성범죄자 신상정보의 열람 및 제공을 둘러싼 법리적 논란을 회피할 수 있는 절차적 요건을 충족할 수 있을 것으로 판단되므로 이견이 없다. 다만, 법원의 열람대상자 선정 과정에서 재범의 위험성이 없다고 판단되는 경우에는 열람대상자에서 제외할 수 있는 규정을 마련할 필요가 있다고 판단된다.

장기적으로는 가해자의 일반적, 성적 인식의 특성과 심리적, 병리적 기전 등을 고찰하여 재범의 위험성에 대한 객관적, 전문적 평가 시스템을 발전시킴으로써 제도를 보완할 필요가 있다고 보여지는 바, '소아기호증'과 같은 성도착증을 가진 자나 '반사회성 인격장애'를 가진 사람의 경우처럼 재범 위험성이 높은 가해자들에 대해 세계적으로 통용되고 있는 진단기준들을 검토하고, 이러한 기준에 따라 재범의 위험성이 높은 것으로 판단된 가해자들과 그렇지 않은 가해자들에 대하여는 처벌과 구금, 교육 및 치료 프로그램, 신상정보 등록 및 열람 등에서 단계적 차등을 두는 합리적 관리 체계를 검토할 필요성이 있다고 판단된다.

(2) 열람권자 범위 확대 및 열람 정보 범위 문제

개정안은 시·군·구내에 거주하는 자 중 아동·청소년 보호자 및 동 시·군·구내 청소년관련 교육기관의 장은 등록대상자의 성명, 생년월일, 주소, 직업 및 직장 등의 소재지, 사진, 범죄경력을 열람할 수 있다고 규정하고 있는 바, 인터넷 등을 통한 일반적 신상공개제도를 폐지하는 대신 해당 지역주민 중 열람의 필요성이 상대적으로 높은 아동·청소년 보호자 등에게만 한정하여 열람을 허용하도록 한 것은 타당한 방향의 개선이라고 판단된다.

다만, 이같은 열람 허용이 자칫 지역주민에게 범죄 피해 예방의 1차적 의무를 지우는 효과를 낼 수 있는 우려가 있고, 성범죄자들에 대한 신상정보 열람 제도의 재범 방지 효과가 충분히 검증되지 않은 상태에서 대상자가 재사회화할 수 있는 가능성을 현저히 제한하고 경우에 따라서는 형벌보다 더 가혹할 수 있는 환경을 조성하는 등 과잉금지원칙(피해의 최소화)에 위배되는 인권침해 소지가 여전히 높은 점, 신상정보가 공개된 성범죄 전과자에 대한 지역 주민들의 폭력 행사 등 인권 침해 가능성에 대한 대책이 부재한 점, 성범죄자 열람 제도가 반드시 필요하다면 이는 아동·청소년 대상 성범죄자에게만 국한되지 않고 모든 성범죄자에게 적용될 필요가 있고, 이 경우 피해자의 연령보다 재범의 위험성 평가가 더 중요한 기준이 될 수 있다는 점 등은 아직 개선이 필요한 사항으로 판단된다.

라. 취업제한제도 강화, 보완에 대한 검토

아동·청소년 대상 성범죄자에 대하여 취업제한의 시기를 형 확정 후 5년 동안에서 형 집행 후 10년 동안으로 변경한 것과 관련하여, 재범 발생 가능 시기는 형 확정 후 5년 내에 그치지 않고 형 집행 후 10년, 20년이 경과하는 시점까지도 가능한 것으로 보고되는 사정을 감안할 때 기본 취지의 타당성이 인정된다.

또한, 취업제한대상기관에 성매매 관련 청소년 지원 시설 및 성매매피해상담소, 경비업 영위 법인, 공동주택관리사무소, 아동청소년 교육대상 체육시설 등 아동·청소년 관련 기관을 추가하는 것은 아동·청소년 대상 성범죄를 예방하기 위해 필요한 조치로 판단되므로 이견이 없다. 국가청소년위원회가 대상 성범죄자의 취업제한대상기관 취업 여부를 점검·확인하는 것에 대하여도 이견이 없다.

IV. 결론

이상에서 살펴본 것처럼 국가청소년위원회가 2006. 9. 14. 의견을 요청한 「청소년의 성보호에 관한 법률 전부개정안」에 대하여 「국가인권위원회법」 제19조 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2007. 1. 8.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 안경환 위원 최영애 위원 김호준 위원 정강자

위원 정인섭 위원 최금숙 위원 신혜수 위원 원형은 위원 윤기원

㉔ 2007. 9. 20.자 소년법 개정안의 적용연령 인하에 대한 의견표명

【주 문】

국가인권위원회는 법무부장관에게 법무부가 2007. 6. 입법예고한 소년법개정안 중 촉법소년의 연령을 현행 '12세 이상 14세 미만'에서 '10세 이상 14세 미만'으로 낮추는 것은 아동의 인권보호에 반하므로 현행 규정을 유지해야 한다는 의견을 표명한다.

【이 유】

I. 의견표명의 배경

1. 법무부는 2005. 12.부터 「소년법」 개정작업을 진행하여 2007. 4. 공청회 등을 거쳐 2007. 6. 「소년법 개정안」을 확정하고 이를 입법 예고하였다.

2. 개정안의 주요 내용중 「소년법」 적용연령의 조정과 관련한 내용은 촉법소년의 연령을 현행 '12세 이상 14세 미만'에서 '10세 이상 14세 미만'으로 낮추고, 법 적용의 상한연령을 현행 '20세 미만'에서 '19세 미만'으로 낮추는 것이다.

3. 「소년법」은 반사회성이 있는 소년을 교화·개선하여 건전한 사회인으로 육성한다는 목적하에 보호처분과 형사처벌에 대한 절차상의 특례를 규정하는 등 소년 및 아동의 인권보호에 직접적 관련성을 갖는 법률이며, 특히 동법의 적용연령을 '12세 이상 14세 미만'에서 '10세 이상 14세 미만'으로 낮추는 것은 해당연령 아동의 성장발달단계를 고려할 때 중대한 권리침해를 발생시킬 수 있다는 점에서 「소년법 개정안」의 주요 내용중 적용연령 변경을 중심으로 검토하였다.

II. 판단 및 참고기준

1. 위원회는 인권을 보호하고 그 수준을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있는

데, 여기서 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다(「국가인권위원회법」 제1조 및 제2조).

2. 이에 따라 본 사안의 인권침해 여부는 「헌법」과 「아동의 권리에 관한 협약」(Convention on the Rights of the Child, 이하 ‘아동권리협약’)을 주된 기준으로 하여 판단하였다.

3. 아울러 아동권리위원회의 “소년사법에서의 아동의 권리”(Children’s Rights in Juvenile Justice, General Comment No.10, CRC/C/GC/10, 2007. 2. 9.)와 “소년사법집행을 위한 유엔최저기준규칙”(The United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice - the ‘Beijing Rules’, 1985. 11. 29. 이하 ‘베이징규칙’), 아동권리협약에 제출된 각국의 정부보고서, 그리고 독일과 스위스, 오스트리아 등 각국의 형법 등 관계 법률을 참고기준으로 활용하였다.

III. 판단

1. 법무부의 「소년법」 적용연령 변경의 이유

가. 법무부는 2007. 5.에 발표한 ‘촉법소년 선도와 비행예방을 위한 종합대책’을 통해 소년범죄수가 감소하고 있음에도 촉법소년 범죄는 오히려 증가하고, 그 범죄내용도 살인·강도 등 심각한 경우가 많아서 촉법소년 등 저연령 소년에 대한 비행예방대책이 시급하다고 주장하였다.

나. 따라서 법무부는 이와 같은 촉법소년의 증가와 소년범죄의 심각화에 대한 예방대책으로서 「소년법」 개정을 추진한다고 발표하였다.

2. 적용연령 인하 검토의 주요 내용

「소년법」의 적용연령 조정을 검토함에 있어 첫째, 촉법소년을 비롯한 소년

범죄의 심각화 및 지연령화 여부와 둘째, 소년법의 적용연령 인하를 통한 처분 대상의 확대가 국제인권 등의 기준에 부합하는지 여부가 주요 쟁점이다.

가. 소년범죄의 심각화 및 지연령화 여부

(1) 소년범죄의 심각화 여부

2005년에 발생한 소년보호사건의 주요 죄명별 접수현황(<표 1>)을 살펴보면, 전체 소년보호사건중 43.5%가 절도에 집중되었고, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반이 29.3%로 나타나고 있어, 이러한 죄명별 분포만으로는 12세 이상 20세 미만의 소년의 범죄가 심각화되고 있다고 보기 어렵다.

<표 1> 2005년 소년보호사건 주요죄명별 접수인원현황

구 분	인원(명)	백분율
절도	10588	43.5
폭력행위처벌법	7134	29.3
특가법	674	2.8
강도	575	2.4
성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률	544	2.2
교통사고특별법	460	1.9
상해	328	1.3
도로교통법	185	0.8
폭행	98	0.4
유해화학물관리법	78	0.3
기타	2189	9.0
계	22,853	93.9
	24,353	100.0

출처 : 법무연수원. 범죄백서(2006). 233쪽.

그리고 소년범죄의 경우 경미한 범죄는 일반적으로 소년보호처분으로 처리

되고 있으나, 심각한 범죄는 형사처분으로 처리되므로 지난 10년간(1996~2005년)의 형사공판(제1심) 사건에서 다루어진 소년인원수(<표 2>)를 살펴보면 형사처분의 대상이 된 전체 소년의 수는 1996년 15,926명에서 1998년 21,388명까지 증가하다가 이후 매년 큰 폭으로 감소하여 2005년 4,296명에 이를 정도로 줄어 1998년 대비 1/5 수준으로 대폭 감소한 것을 볼 수 있다.

법무부의 주장과 같이 소년범죄가 실제로 심각해지고 있다면 형사처분의 대상이 되는 소년의 수가 늘어야 할 것이나 소년사건의 총계에서 보듯이 지난 10년간 오히려 감소하고 있다는 점에서 소년범죄의 심각화 위협이나 우려가 크다고 보기 어렵다.

<표 2> 제1심 형사공판사건중 소년인원 (1996~2005년)

연 도	구 분	인 원
1996		15,926
1997		19,752
1998		21,388
1999		15,739
2000		17,446
2001		9,483
2002		8,305
2003		5,961
2004		5,212
2005		4,296

출처 : 사법연감 (범죄백서 2006, 239쪽에서 재인용)

(2) 소년범죄의 저연령화 여부

소년사건의 연령이 갈수록 낮아지고 있는지 여부에 대하여는 최소한 지난 10년간의 보호사건의 연령별 분포의 변화를 보고, 2005년 한해 발생한 전체 소

년범죄자의 연령별 분포를 중심으로 촉법소년의 범죄 위협 여부를 검토할 필요가 있다.

먼저, 소년범죄사건의 연령별 비중을 확인하기 위하여 지난 10년간 보호사건의 연령별 변동(<표 3>)을 살펴보면, 전체 보호소년의 인원은 1996년 30,992명에서 1997년 37,559명을 기점으로 2004년까지 계속하여 감소하다가 2005년에 다소 증가(21,135명)하여 전반적으로 볼 때는 대폭 감소하고 있다.

보호사건에서의 각 연령별 비중은 14~17세가 매년 60~70%로서 가장 큰 비중을 차지하고 있으며, 14세 미만의 촉법소년은 1996~2000년간 16~18%를 차지하였고, 2001년에는 9.8%로 대폭 감소하였다가 이후 증가추세를 보였다.

<표 3> 보호소년 연령별 인원(1996~2005년)

연령 연도	계	14세 미만	14~15세	16~17세	18~19세
1996	30,992 (100.0)	5,605 (18.1)	10,136 (32.7)	10,381 (33.5)	4,870 (15.7)
1997	37,559 (100.0)	6,729 (17.9)	11,838 (31.5)	13,534 (36.1)	5,458 (14.5)
1998	37,081 (100.0)	6,264 (16.9)	12,158 (32.8)	12,867 (34.7)	5,792 (15.6)
1999	32,348 (100.0)	5,222 (16.1)	8,886 (27.5)	12,386 (38.3)	5,854 (18.1)
2000	32,270 (100.0)	5,587 (17.3)	9,058 (28.1)	11,863 (36.8)	5,762 (17.8)
2001	27,314 (100.0)	2,696 (9.8)	6,865 (25.1)	10,843 (39.6)	6,910 (25.2)
2002	24,048 (100.0)	2,564 (10.7)	6,239 (25.9)	10,471 (43.5)	4,774 (19.9)
2003	22,569 (100.0)	2,679 (11.9)	5,787 (25.6)	9,249 (41.0)	4,854 (21.5)
2004	19,958 (100.0)	2,458 (12.3)	5,633 (28.2)	8,276 (41.5)	3,591 (18.0)
2005	21,135 (100.0)	3,417 (16.2)	6,403 (30.2)	7,991 (37.8)	3,324 (15.7)

출처 : 사법연감 (범죄백서 2006, 234쪽에서 재인용)

법무부는 위의 <표 3>에서 최근 5년간(2001~2005년)의 통계만을 인용하여 촉법소년의 범죄가 증가하고 있다고 주장하고 있으나, 이 시기의 촉법소년의 범죄는 1996년~2000년의 촉법소년의 수에 비해 절반에 불과하다. 따라서 지난 10년간의 촉법소년의 범죄추세에서 본다면 촉법소년의 연령을 12세 미만에서 10세 미만으로 낮추는 내용으로 「소년법」을 개정해야 할 만한 충분한 사유는 찾아보기 어렵다고 판단된다.

다음으로 12세 미만의 소년이 저지르는 소년사건의 규모와 내용을 통해 소년범상 촉법소년의 연령을 낮추어야 하는지 검토할 필요가 있다. 이를 위해 대검찰청에서 발간하는 범죄통계를 통해 2005년 발생한 모든 소년범죄의 연령별 구분을 살펴보면, 2005년 7세~19세 사이의 전체소년범죄자 43,855명중 촉법소년 이하 소년(13세 이하) 사건은 0.5%(203명)로 극히 적은 수였고, 형법범에서 13세 이하 소년사건은 0.4%(153명)이며, 특별법범에서는 0.5%(50명)에 불과하다.

<표 4> 소년범죄자의 연령별 범죄구분(2005년)

연령 구분(명)	계	7-9세	10-13세	14세	15세	16세	17세	18세	19세
형법범	34029	23	130	5816	8441	7080	5456	4398	2685
특별법범	9826	9	41	428	1233	2003	2040	2048	2024
계	43855	32	171	6244	9674	9083	7496	6446	4709

출처 : 대검찰청, 범죄분석(2006, 498-501에서 재구성)

법무부는 앞서 언급하였듯이 소년법의 연령이 낮아질 뿐 아니라 범행내용도 살인, 강도 등 심각한 경우가 많다고 주장하고 있으나 2005년의 소년형법범(<표 5>)의 상세한 범죄사건을 살펴보면, 촉법소년 이하 연령의 형법범 사건 153명에 대한 세부죄명은 재산범죄가 87명(절도 60명, 사기 25명, 횡령 2명)으로 가장 많아 57%를 차지하였고, 강력범죄(흉악)에 해당하는 5명의 상세 죄명은 법무부의 주장과 달리 살인과 강도는 전혀 없고, 방화 1명, 강간 4명이었다.

강력범죄(폭력)의 48명의 죄명은 폭력범죄처벌법위반 42명, 폭행 2명, 상해 4

명이고, 과실범죄 12명의 죄명은 과실치사상 1명, 실화 11명이었고, 기타 형법범죄는 무고 1명이었다.

<표 5> 소년 형법범죄의 연령별 구분(2005년)

구분 \ 연령	계	7-9세	10-13세	14세	15세	16세	17세	18세	19세
재산범죄	18084	16	71	3724	5148	4225	2715	1569	616
강력범죄(홍악)	987	-	5	108	215	237	208	144	70
강력범죄(폭력)	14162	-	48	1953	3032	2510	2273	2432	1914
위조범죄	407	-	-	12	16	67	164	124	24
공무원범죄	1	-	-	--	-	-	-	1	-
풍속범죄	5	-	-	-	-	1	-	2	2
과실범죄	83	7	5	11	9	14	10	17	210
기타형법범죄	300		1	8	21	26	86	109	49
계	34029	23	130	5816	8441	7080	5456	4398	2685

출처 : 대검찰청, 범죄분석(2006, 498-499에서 재구성)

특별법을 위반한 소년들의 세부 죄명(<표 6>)을 보면, 촉법소년 이하 연령의 특별법법 위반 50명의 경우 홍악범죄이거나 범죄의 심각화라고 보기 어려운 교통사고처리특례법위반 19명, 저작권법위반 11명, 무면허운전 7명, 컴퓨터프로그램보호법위반 6명, 산림법위반 3명, 도로교통법위반 2명, 정보통신망이용촉진등에관한법률위반 1명, 청소년성보호법위반 1명이었고, 이를 크게 다시 분류하면 교통사범이 28명이었고, 저작권 및 컴퓨터범죄위반이 18명이었다.

<표 6> 소년 특별법범죄의 연령별 구분(2005년)

구분 \ 연령	계	7-9세	10-13세	14세	15세	16세	17세	18세	19세
개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법	2	-	-	1	-	1	-	-	-
건축법위반	2	-	-	-	-	-	1	-	1

공직선거법위반	1	-	-	-	-	-	-	-	1
교통사고처리특례법위반	2395	4	15	49	175	373	475	630	674
도로교통법위반	536		2	18	55	112	125	122	102
도로교통법위반 (무면허운전)	4963		7	307	894	1317	1174	825	439
도로교통법위반 (음주운전)	964			1	4	43	103	262	551
마약류관리에 관한 법률위반	11					3	4	1	3
병역법위반	10							3	7
산림법위반	5	3		2					
상표법위반	2								2
식품위생법위반	2								2
약사법위반	1							1	
여신전문금융법위반	12				4	1	2	3	2
유해화학물질관리법위반	8			4	1		2	1	
윤락행위등방지법위반	1							1	
음반비디오물및게임물 에 관한 법률위반	13						1	4	8
의료법위반	4							1	3
자동차관리법위반	71				2	19	22	13	15
자동차손해배상보장법위반	7				1		2	2	2
저작권법위반	168	2	9	14	20	22	24	42	35
정보통신망이용촉진등 에 관한 법률위반	283		1	18	39	53	56	55	61
주민등록법위반	23			1	5	6	2	4	5
집회및시위에관한법률위반	14							2	12
청소년보호법위반	65					1	7	20	37
청소년의성보호에 관한 법률위반	18		1		2	3	5	4	3
충포도검화약류등단속 법위반	2								2
컴퓨터프로그램보호법위반	26		6	2	5	2	1	6	4
특가법(도주차량)	174			10	21	43	30	36	34
기타특별법	43			1	5	4	4	10	19
계	9826	9	41	428	1233	2003	2040	2048	2024

출처 : 대검찰청, 범죄분석(2006, 500-501에서 재구성)

이와 같이 형법범죄와 특별법 범죄에 대한 대검찰청의 통계에 비추어보아도

촉법소년 이하 연령 소년범죄가 심각화되어 간다는 법무부의 주장은 사실과 다르다고 판단된다.

(3) 상한연령의 인하

법무부는 「소년법」 개정을 통해 촉법소년 적용연령의 인하와 더불어 법 적용의 상한연령을 현행 '20세 미만'에서 '19세 미만'으로 낮추려 하고 있다.

「공직선거법」 제15조는 2005년 개정을 통해 선거연령을 19세로 낮춘 바 있고, 법무부가 입법예고한 「민법개정안」은 성인연령을 현행 만20세에서 만19세로 낮추는 내용을 담고 있다. 또한 「청소년보호법」(제2조 제1항), 「아동복지법」(제2조 제1항), 「근로기준법」(제64조 제1항) 등의 국내 다른 법률에서도 그 상한연령을 19세 미만 혹은 18세 미만으로 삼아 성년과 구별하여 규정하고 있다.

아동권리협약에서도 아동의 범위를 18세 미만의 모든 사람으로 규정하고 있으므로 소년법 적용 상한연령의 개정은 국제인권기준에 비추어도 큰 무리가 없다.

따라서 소년법 적용대상의 상한연령을 현행 20세 미만에서 19세 미만으로 개정하는 바에 대하여는 이견이 없다.

나. 국제인권기준에 비추어본 소년법 대상연령

(1) 아동권리협약

아동권리협약에서는 아동의 범위를 아동에게 적용되는 법에 의하여 보다 조기에 성인 연령에 달하지 아니하는 한 18세 미만의 모든 사람으로 규정하고 있고, 아동권리협약 제40조 제3항 제1호에서는 “형범위반능력이 없다고 추정되는 최저연령의 설정”에 대한 법률을 마련하도록 노력해야 한다고 규정한다.

베이징규칙 제4조에서는 “형사책임연령에 있어서의 (...) 시작연령은 정서적, 정신적, 지적 성숙을 감안하여 지나치게 낮은 연령으로 정해서는 안된다”고 규정하고, 동 조항에 대한 주석은 “형사책임의 최소연령은 역사와 문화에 따라 큰

차이를 보이고 있고, (...) 만약 형사책임연령이 지나치게 낮게 정해졌거나 하한 연령이 없다면 책임의 개념은 무의미한 것이 될 것이다”라고 하여 형사책임연령의 하한을 지나치게 낮추지 말도록 해설하고 있다.

또한 최근 아동권리협약위원회에서는 ‘소년사법에서의 아동의 권리에 대한 일반논평’(General Comment No.10 "Children’s rights in Juvenile Justice" CRC/C/GC/10 2007. 2. 9.)을 통해 당사국은 형사책임의 최소연령(Minimum age of criminal responsibility)을 12세 이하로 낮추지 말 것과 “각 당사국은 형사책임의 최소연령을 지나치게 낮게 정하지 말고 기존의 낮은 형사책임연령을 국제적으로 용인될 수준으로 높여야 한다”고 권고하고 있다.

이와 같이 국제인권기준에서도 아동의 형사책임연령을 12세 이하로 낮추지 말 것을 권고하고 있으므로 「소년법 개정안」과 같이 촉범소년 연령을 현행 ‘12세 이상 14세 미만’에서 ‘10세 이상 14세 미만’으로 낮추는 것은 대표적인 관련 국제인권기준인 아동권리협약과 베이징규칙 등을 위반하는 것이다.

(2) 각국의 사례를 통해 본 소년법 대상연령

각국의 소년법 대상연령에 대하여 살펴보면, 다음 <표 8>에 나타난 바와 같다.

<표 8> 소년법에 의한 보호대상과 연령

국가명	책임무능력자	보호대상	성인 취급	출처
영국	10세 미만	10~14 아동 children 14~17세 청소년 young persons		CRC/C/83/A dd.3
호주	10세 미만	10~14 아동 children		Criminal Code Act(1995) 제7조 1항
스위스	10세 미만	10~15세 어린이 Kinder 16~17세 소년 Jugendliche	18세 이상	CRC/C/78/A dd.3
프랑스	13세 미만	13~17세 청소년	18세 이상	CRC/C/65/A dd.26
한국	12세 미만	12~13세 촉범소년 14~19세 범죄소년 12~19세 우범소년	20세 이상	한국

일본	14세 미만	14세 미만 14~19세 20세 미만	촉법소년 범죄소년 우범소년	20세 이상	CRC/C/104/ Add.2
독일	14세 미만	14~17세	소년 Jugendliche	18세 이상 (18~20세연장소년)	CRC/C/11/A dd.5
오스트리아	14세 미만	14~17세		18세 이상 (18~20세 특칙)	CRC/C/83/A dd.8
스웨덴	15세 미만	15~18세	소년	19세 이상	CRC/C/125/ Add.1

(가) 독일

독일 형법(StGB) 제19조에 따르면 범행시의 나이가 만 14세가 되지 않은 아동(Kind)은 그 행위에 대한 법적 책임이 없고, 독일 소년법(JGG) -소년 형법 포함- 제1조 제2항은 청소년은 범행 당시 나이가 만 14세 이상에서 만 18세 미만인 자이며, 청년은 만 18세 이상에서 만 21세 미만인 자로 정의하고 있다.

독일은 13세 이하의 경우에는 범죄를 저지른다 하더라도 처벌하지 않는다.

(나) 스위스

스위스는 영국과 마찬가지로 오랜 동안 아동에 대한 책임연령을 7세로 유지하여 오다가 아동권리협약위원회의 권고 등에 따라 1998년 형법개정을 통해 10세로 상향 조정하였으나, 이 역시 지나치게 낮은 수준이어서 상향시킬 것을 권고받았다.

스위스 형법 제9조는 범죄 행위 당시의 나이가 18세를 넘기지 않은 경우 소년 형법을 적용하도록 하고 있으며, 스위스 소년형법(JStG) 제1조 제3항 제1호에 따르면 소년 형법은 만 10세 이상 만 18세 이하의 소년의 형벌을 규정한다.

소년형법 제1조 제4항에는 “관할청이 10세 이하의 아동이 범죄를 저질렀음을 입증하면, 청은 아동의 법적 보호자에게 통보한다. 아동에게 특별한 도움이 필요할 경우, 후견 감독관청 또는 주 정부 법에 의해 정해진 전문기관에 도움을 요청한다”고 하여 10세 이하의 범죄에 대하여는 아동처우나 복지상의 다른 절차

를 규정하고 있다.

(다) 오스트리아

오스트리아 소년법(JGG) 제1조와 형법(StGB) 제74조에서는 소년에 대한 여러 개념을 정의하고 있는데, 만 14세 이하인 자에 대하여는 (법적 책임이 없는) 미성년자이며, 만 14세 초과 ~ 만 18세 이하인 자의 청소년을 소년형법의 대상으로 규정하고 있다.

(라) 영국

영국은 산업혁명과 근대적인 법률 제정에서 최근에 이르기까지 소년에 대하여 '나이어린 어른'으로 보아 오랜 동안 7세로 규정하여 왔다. 이런 영국의 영향을 받아 호주 등의 영연방 국가와 미국 오클라호마주 등에서는 아직까지 7세의 규정을 갖는 지역들이 존재하고 있다.

최근 들어 영국 역시 형사책임연령을 10세로 높였고(The Crime and Disorder Act 1998), 호주연방도 2000년 이전에 형사책임연령을 상향시킨 바 있다. 그러나 이 연령 역시 아동권리협약위원회에서 지나치게 낮은 책임연령으로 평가되어 상향할 것을 권고받고 있다. 이렇듯 아동에 대한 책임연령의 상향의 경향은 아동권리협약위원회에서 각국의 정부보고서에 대하여 심사하고 그에 대하여 권고한 영향이 크다고 할 수 있다.

다. 소결

법무부가 추진중인 소년법 개정안의 주요 내용중 소년법 적용 연령 변경은 촉법소년의 연령을 현행 '12세 이상 14세 미만'에서 '10세 이상 14세 미만'으로 낮추고, 상한연령을 현행 '20세 미만'에서 '19세 미만'으로 낮추는 것이다.

상한연령을 20세 미만에서 19세 미만으로 낮추는 것에 대하여는 공직선거법과 민법개정안에서 선거연령과 성인연령을 만 19세로 낮추었다는 점과 아동권리협약에서의 대상이 18세 미만의 모든 사람이라는 점 등에 비추어 이견이 없다.

그러나 소년법의 적용연령을 '12세 이상'에서 '10세 이상'으로 하한연령을 낮추는 것은 아동권리협약에서 제안하고 있는 14세의 기준에서 못미칠뿐 아니라 오히려 퇴행한 것이므로 아동권리협약을 위반하는 것이다.

각국의 사례를 보더라도, 소년에 대한 형벌책임연령이 지나치게 낮았던 영연방 국가들과 스위스에서는 7세에서 10세로 높이고 있고, 여타의 국가들도 이를 높이는 추세임을 살필 때 국제적 흐름에도 맞지 않는다.

법무부가 주장하는 범죄의 지연령화와 심각화가 현재 14세 미만의 어린 아동들에게는 해당하지 않는 과장된 주장임을 정부, 특히 법무부의 통계를 통해서도 살펴볼 수 있었다.

따라서 법무부의 소년법 개정법률안중 촉범소년 대상연령 인하에 대하여 아동권리협약을 위반하였고, 아동의 책임연령을 상향시키는 국제적인 흐름에도 역행하고, 정부의 통계를 찾아보아도 촉범소년의 대상을 낮추어야 할 이유가 없다는 점에 근거하여 법무부장관에게 소년법 적용연령중 촉범소년의 대상연령을 낮추지 말고 현행 기준을 유지해야 한다는 의견을 표명한다.

IV. 결론

따라서 위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2007. 9. 20.

국가인권위원회 상임위원회

위원장 안경환 위원 김호준 위원 정강자

여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고

㉔ 2003. 12. 8.자 여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고

국무총리와 외교통상부장관 및 법무부장관에 대하여

- [1] 여성차별철폐협약 선택의정서에 가입할 것을 권고하고,
- [2] 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서에 가입할 것을 권고하고,
- [3] 아동매매·아동성매매·아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 가입할 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 여성차별철폐협약 선택의정서를 비준하여 국내적 구제절차를 완료한 여성인 권침해 당사자가 직접 유엔의 개인통보제도를 이용할 수 있도록 하고,
- [2] 17세 지원병 입영문제에 관해 병역법 또는 동법 시행령 내지 시행규칙을 개정하여 조속히 아동의 무력분쟁 관여에 대한 아동권리협약 선택의정서에 가입하고, 아동이 무력행위에 관여할 경우에 국가가 최대한의 안전조치를 두고 아동인권을 보호할 수 있도록 하는 것이 바람직하고,
- [3] 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 가입하여 아동의 인권을 보장하기 위하여 국가가 취하여야 할 조치들을 확대 나가는 것이 바람직함.

【주 문】

국가인권위원회는 국무총리와 외교통상부장관 및 법무부장관에게 유엔여성차별철폐협약 선택의정서 및 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서의 가입을 권고한다.

【이 유】

1. 검토기준

국가인권위원회는 우리정부가 가입해야할 필요가 있는 미가입 유엔인권협약을 다음을 기준으로 검토하였다.

- 유엔의 주요국제인권협약 (principal international human rights treaties)
- 국내법령 정비의 완비 여부
- 정부의 정책적 의지와 배치되는지의 여부

2. 검토의견

가. 여성차별철폐협약 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: 이하, 여성협약 선택의정서)

(1) 가입현황 및 진행상황

여성협약 선택의정서는 2000. 12. 22. 발효되어, 2003. 11. 2. 현재 가입국이 53개국이며, 우리나라는 아직 서명·비준을 하지 않아 가입하지 않은 상태임.

2002년 6월경 동 선택의정서의 서명을 위한 관계부처협의에서 여성차별철폐위원회의 조사권한과 관련한 이견으로 서명하지 못한 바 있음.

(2) 여성차별철폐위원회의 조사권한

‘여성협약 선택의정서’는 협약에서 보장하는 여성의 인권이 침해되었을 경우, 피해자 본인 또는 집단이 적절한 요건을 갖춘 후 개인통보제도에 의해 여성차별철폐위원회에 통보할 수 있도록 규정하고 있는데, 우리 정부가 우려하고 있는 여성차별철폐위원회의 조사권한과 관련한 것은 제8조와 제9조임.

제8조는 여성의 인권이 당사국에 의하여 심각하게 또는 조직적으로 침해된다고 믿을 만한 정보를 접수한 경우, 여성차별철폐위원회가 비밀조사(confidential

여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고

investigation)를 시작할 수 있는 조사절차(inquiry procedure)를 규정했는데, ① 정당한 이유가 있고(warranted), ② 당사국이 동의하는 경우 위원회는 당사국을 방문할 수 있게 됨.

제9조는 당사국이 조사 이후 취한 보상 노력의 세부내용을 위원회에 제공하도록 규정함.

그러나, 동의정서 제10조에서 제8조와 제9조를 선택조항으로 두어 당사국이 선택의정서에 비준하는 경우라도 두 조항에 대한 거부를 선언할 수 있도록 하였기 때문에, ① 정부가 동의정서에 가입하더라도 여성차별철폐위원회의 비밀조사 실시를 위한 당사국 방문 권한에 대해 거부선언을 하고 추후에 철회를 할 수도 있으며, ② 만약 두 조항을 거부하지 않고 동의정서에 가입했는지라도 정당한 이유와 당사국의 동의가 있어야만 방문할 수 있음.

이에, 위원회의 조사권한과 관련한 관계부처의 우려는 동의정서의 가입을 연기할만한 충분한 사유가 되지 않음.

(3) 국내법과의 문제

여성협약 선택의정서는 시민정치적권리에 관한 국제규약 제1선택의정서에서 규정한 개인통보제도와 같이 비준하게 되면 개인이 직접 여성협약위원회에 통보하고 여성협약위원회에서 개인의 인권침해 여부를 심의할 수 있게 되는 것으로 국내법령의 정비가 별도로 필요치 않음.

(4) 의 견

개인통보제도는 국내적으로 인지도가 높지 않아 그 활용이 저조했으나, 최근 국제인권기구 및 제도에 대한 관심이 증대되는 추세로 인해 유엔의 구제절차를 활용할 가능성이 늘어갈 전망이며, 따라서 우리나라도 동의정서를 비준하여 국내적 구제절차를 완료한 인권침해 당사자가 직접 유엔의 개인통보제도를 이용할 수 있도록 하는 것이 바람직함.

나. 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 제1선택의정서(The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict: 이하, 아동협약 제1 선택의정서)

(1) 가입현황 및 진행상황

아동협약 제1선택의정서는 2002. 2. 12. 발효, 2003. 11. 2. 현재 가입국이 57 개국이며, 우리나라는 동의정서에는 2000. 9. 6. 서명만하고 아직 비준, 수락, 승인하지 않아 가입하지 않은 상태임.

협약위원회는 2003. 5. 18. 제2차 정부보고서에 대한 권고의견에서 선택의정서에 가입할 것을 권고한 바 있음.

정부의 입장을 확인한 결과, 정부는 17세 지원병의 입영문제와 관련된 법령 개정이 필요하다는 점을 감안하고 비준문제를 검토할 예정임 .

(2) 17세 지원병의 입영문제

동의정서는 18세 미만의 군인이 직접적으로 적대행위에 참여할 수 없다는 것과 의무적으로 징집되지 않을 것을 규정하고 있으며,

개인이 자발적으로 자국 군대에 입대할 수 있는 최저연령을 아동협약 제38 조제3항의 연령(15세)보다 높여 설정하여야 하며, 이러한 입대가 강제나 강박에 의한 것이 아님을 입증하여야 하도록 되어 있음.

군대의 의무징집과 관련, 우리나라는 헌법 제39조 국방의 의무 및 병역법 제3조에 의해 병역의 의무가 있으며, 병역법 제8조에 의해 대한민국의 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입되어 군대에 입대하게 되어 있으므로, 18세 미만 아동은 군대에 의무적으로 징집되지 않아 동의정서의 기준을 만족함.

자원입대 최저연령과 관련, 우리나라는 병역법 제20조에 의해 17세부터 군복무지원이 가능하도록 되어 있어, 아동협약 제38조제3항의 자원입대 최저연령인 15세보다 높아, 자원입대 최저연령 기준을 만족함.

그런데, 동의정서 제3조제3항에서는 “18세 미만의 자에게 자국 군대의 자발적 입대를 허용하는 당사국은 최소한 다음의 안전조치들을 유지하여야 한다”고 규정하고 “(a) 그러한 입대가 순수하게 자발적일 것; (b) 그러한 입대가 당사자의 부모 또는 후견인의 동의 통보와 함께 이루어졌을 것; (c) 그들이 이와 같은 병역에 관련된 의무들을 완전히 숙지하고 있을 것; (d) 그들이 병역군무를 수락받기 전에 연령에 관한 신빙성 있는 증거를 제출할 것”을 명시하고 있음으로써,

여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고

우리나라에서 17세인 사람이 자원입대를 할 경우에 동 의정서가 제시한 최소한의 안전조치를 만족하지 못하게 됨.

병무청은 현실적으로 17세인 사람이 자원입대하는 경우가 거의 없어 부모 또는 후견인의 동의통보를 받는다고거나 하는 절차를 따로 마련하고 있지 않다고 하나, 법적으로 동의정서를 만족시키기 위해서는, 17세가 자원입대하는 경우에 1) 입대가 자발적일 것, 2) 민법 제5조에서와 같이 법정대리인의 자원입대 동의서가 있을 것, 3) 병역의무에 대해 완전히 숙지할 것 등을 명시하여 17세의 자원입대가 강제적이지 않음을 입증할 수 있도록 병역법 또는 동법시행령 내지 시행규칙을 개정해야 할 필요가 있음.

그렇지 않으면 병역법 제20조의 자원입대 최저연령을 18세로 조정하여 문제의 소지를 없앨 수도 있음.

따라서, 17세 지원병입영문제에 관해 병역법 또는 동법 시행령 내지 시행규칙을 개정하여 조속히 동의정서에 가입하고, 아동이 무력행위에 관여할 경우에 국가가 최대한의 안전조치를 두고, 아동의 인권을 보호할 수 있도록 하는 것이 바람직함.

다. 아동매매, 아동성매매 및 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서 (The Optional Protocol to the Convention on the Rights of Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: 이하, 아동협약 제2선택의정서)

(1) 가입현황 및 진행상황

아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동협약 선택의정서는 2002. 1. 18. 발효, 2003. 11. 2. 현재 가입국이 64개국이며, 우리나라는 동의정서에는 2000. 9. 6. 서명만 하고 아직 비준, 수락, 승인하지 않아 가입하지 않은 상태임.

2003. 5. 18. 유엔의 아동협약위원회는 제2차 우리정부의 협약이행보고서에 대한 권고의견에서 동 의정서에 가입할 것을 권고한 바 있음.

(2) 의정서상 국가의 의무

동 의정서 제2조는 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 대해 각각 정의를 내리고, 제3조는 당사국이 이를 형사처벌해야 한다는 것을 규정함.

제5조는 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피의 형사범죄는 당사국간 기존의 범죄인인도조약의 인도가능범죄에 포함되는 것으로 간주하고, 범죄인 인도시 당사국이 범죄인인도조약을 체결하지 않은 국가로부터 인도요청을 받았을 때 당사국은 동 의정서를 동 형사범죄에 관하여 범죄인 인도의 법적 근거로 볼 수 있도록 함.

제8조는 당사국이 아동의 권익을 보호하기 위해, 아동증인에 대한 특별조치 및 아동 피해자에 대한 보호 및 지원서비스를 제공하도록 규정함.

당사국은 선택의정서에 규정된 범죄들을 예방하기 위한 법률, 행정조치, 사회정책 및 계획을 채택·강화·시행·보급(제9조 제1항), 정보제공, 교육 및 훈련을 통한 예방조치와 대중 인식 제고(제9조 제2항), 피해자들의 사회복귀와 회복을 포함한 적절한 지원(제9조 제3항), 차별없는 피해보상(제9조 제4항)을 해야 함.

제12조는 동 의정서 발효 후 2년 내에 아동인권에 관한 포괄적 정보를 제공하는 최초보고서를 유엔 아동권리위원회에 제출해야 하며, 이후 매5년마다 추가 보고서를 제출하도록 규정함.

(3) 국내법과의 관계

우리나라는 국내법으로 이미 19세 미만인 자의 성(性)을 보호하기 위한 법제정을 마무리 한 상태이므로, 선택의정서에 가입하기 위해 별도의 법령정비가 필요하지 않음.

아동협약 제1조에 의한 아동의 나이는 “18세미만의 모든 사람”을 의미하며, 「청소년의 성보호에 관한 법률」에 의한 미성년은 19세 미만, 민법은 20세를 성년으로 규정하고 있으므로, 우리나라 청소년 및 미성년의 범위는 아동협약의 아동의 범위를 포함하여 만족시킴.

여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고

(가) 형법

아동매매와 관련하여, 우리나라는 이미 형법 제287조 내지 제290조에서 인신매매를 처벌하도록 규정하고 있는데, 특히 형법 제287조는 미성년자 약취·유인에 대한 처벌규정을 두고 있음.

아동성매매와 관련, 형법 제242조에서 아동성매매에 대한 처벌규정을 두고 있음.

(나) 청소년의 성보호에 관한 법률

특히, 19세 미만 청소년의 성을 보호하기 위한 특별법으로 '청소년의성보호에관한법률'이 제정되어 있는데,

아동성매매와 관련, 제5조는 청소년의 성을 사는 행위를 한 자를 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고 있으며,

아동포르노그래피와 관련, 동법 제8조는 청소년이용음란물을 제작, 배포 등을 한 자에 대하여 처벌규정을 두고 있고,

아동매매와 관련, 동법 제9조는 청소년 매매행위에 대해 무기 또는 5년 이상의 징역에 처할 것을 각각 규정하고 있어 가입을 위한 별도의 법령정비가 필요치 않음.

(4) 의 건

동 의정서는 국내법령정비의 문제 및 정부의 청소년정책과도 배치되지 않는 것으로 우리 정부가 조속히 동의정서에 가입하여 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피로부터 아동의 보호를 보장하기 위하여 국가가 취하여야 할 조치들을 확대해 나가는 것이 바람직함.

3. 결론

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조 제7호에 의하여, 조약이행을 위한 행정부처간의 협조가 필요하다는 점에서 국무총리에게, '외교통상부와그소속기관직제령' 제18조 제3항에 의해 외교통상부장관과 '법무부와그소속기관직제령' 제9

조 제3항에 의해 법무부장관에게 다음과 같은 내용의 권고를 하는 바이다.

첫째, 여성인권침해에 대한 개인통보제도를 규정한 여성협약 선택의정서,

둘째, 아동의 무력분쟁 관여금지에 대한 아동협약 선택의정서,

셋째, 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피 금지에 관한 아동협약 선택의정서에 우리정부가 가입하여,

1. 의정서 가입으로 인하여 협약에서 인정된 권리의 실현을 강화하며,

2. 특별한 보호를 필요로 하는 여성과 아동에 대한 보호조치를 확대하고,

3. 인권과 기본적 자유를 완전하고 평등하게 향유하도록 하고 이러한 권리와 자유의 침해를 방지하는 효과적인 조치를 하기 위하여 국제적 기준을 준수하고 있다는 것을 재확인하고,

4. 이로써 국제적으로 우리나라가 인권선진국으로서의 위상을 제고할 수 있으므로, 국내법령의 정비가 필요하지 않은 여성차별철폐협약 선택의정서 및 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 가입하도록 주문과 같이 결정한다.

2003. 12. 8

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위원 박경서 유 현 유시춘 조미경 김만흠 신동운 이홍록 정강자
김덕현 김오섭

㉓ 2005. 4. 11.자 유엔 아동의 권리에 관한 협약 제21조의 유보철회 및 이행에 대한 권고

- [1] 대한민국 정부가 가입한 아동권리협약 제21조의 이행상황과 관련해서 부모 등의 동의만으로 가능하게 돼 있는 현행 아동 입양 규정을 개정하여 관계기관의 심사 후 허가를 받을 때에만 입양이 가능하도록 민법을 개정하고 동협약 제21조 (가)의 규정에 대한 유보철회를 국무총리와 외교통상부 장관에게 권고하고,
- [2] 동 협약 제21조의 성실한 이행을 위하여 입양아동의 이익 최우선원칙, 아동의 의사존중원칙, 아동의 정체성에 대한 권리 등을 보장할 수 있도록 민법과 입양촉진 및 절차에 관한 특별법 등 관계법령을 정비하고, 해외입양아동보호를 위하여 1993년 국제입양에 있어서의 아동의 보호 및 협력에 관한 헤이그 협약에 가입·이행할 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 입양에 관한 국내 법령과 제도가 입양아동이 의사형성이 가능한 연령에도 아동의 의사를 확인하도록 하지 않고 있으며, 아동이 친생부모를 찾을 권리를 보장할 수 있도록 자신의 정보에 대한 열람권을 규정한 법령이 충분히 갖춰지지 않는 등 아동권리협약의 성실한 이행이나 아동권리 보장에 어려운 점이 많다고 판단하여 민법 등을 개정하여 아동의 입양이 법원이나 행정당국 등 관계기관이 아동의 이익최우선관점에서 입양신청을 심사하여 허가할 경우에만 가능하도록 하며, 과양의 사유도 아동의 이익을 위해 필요한 경우에만 가능하도록 한정하도록 관련 법령을 고치고 아동협약 유보조항을 철회할 것을 권고하고
- [2] 헌법 제6조제1항, UN 아동권리협약 제21조에 규정된 입양아동보호와 관련하여 국내 법률에는 입양이 부모의 동의에 의해 호적법에 따른 신고만으로 입양이 행해지고, 입양촉진 및 절차에 관한 특별법도 아동의 이익을 최우선으로 한 아동입양의 허가규정이 미비하다는 것을 확인하여 해외입양보다 국내 입양을 우선하는 정책을 강화하고, 아동입양에 관련하여 전문적인 교육을 강화함과 동시에 입양비용에 대한 실태조사 후 국가가 부담할 비용과 양부모

부담비용을 적절히 산출하고, 특히 아동입양기관 운영비용 및 홍보비 등을 국가부담으로 하고, 해외입양아동보호를 위하여 1993년 국가간 아동보호 및 협력에 관한 헤이그 협약에 가입하여 협약이행을 위한 법제 정비에 힘쓰며, 국가간 협정에 따라 주무관청을 통한 입양감독이 이루어지도록 했으며, 입양에 있어 아동발달 상태를 고려하여 12세 이상 아동의 의견을 듣도록 하고, 12세 미만의 아동의 경우도 적절한 방식으로 아동의 의사를 확인하며, 아동의 정체성에 대한 권리보장을 위하여 아동의 친생부모에 관한 정보 등에 대한 열람권을 보장하도록 법령을 정비할 것을 권고함

【참조조문】 헌법 제6조제1항, 아동권리협약 제1조, 제2조, 제3조, 제6조 내지 제12조, 제18조, 제20조, 제21조

【주 문】

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호와 제7호, 제25조에 따라 아동의 권리에 관한 협약 제21조 등의 유보철회 및 국내이행을 위하여 아동복지법 제4조의2에 따라 설립된 아동정책조정위원회 위원장인 국무총리 및 외교통상부장관에게 다음과 같이 권고한다.

1. 아동의 권리에 관한 협약 제21조(가)의 이행을 위하여 입양은 관계기관의 심사 후 허가에 의해서만 가능하도록 하고 파양의 경우도 아동의 이익을 보호하기 위한 경우에만 허가되도록 관련 민법 등을 개정하고 아동의 권리에 관한 협약 제21조(가)에 대한 유보를 철회한다.
2. 아동의 권리에 관한 협약 제21조(나), (다), (라), (마) 및 동 협약 제7조, 제12조 등의 성실한 이행을 위하여 입양관련제도를 아동의 이익 최우선원칙, 아동의 의사 존중원칙, 아동의 정체성에 대한 권리 등을 보장할 수 있도록 개선하여야 한다.
3. 아동의 권리에 관한 협약 제21조의 성실한 이행 및 해외입양아동의 보호 및 사후관리를 위하여 '1993년 국가간 입양에 관한 아동의 보호와 협력에 대한 헤이그협약'에 가입하고 그 협약을 이행하도록 한다.

【이 유】

1. 검토배경

국가인권위원회법 제19조 제7호에 따라 국제인권협약의 이행에 대하여 지속적인 연구 및 조사를 수행하고 있는 국가인권위원회는 특히 “유엔 아동의 권리에 관한 협약(이하 ‘아동권리협약’이라 함)”에 대하여 대한민국 정부가 3개의 유보조항을 존치하고 있음에 주목하였다.

아동권리협약은 1989년 유엔총회에 의해 채택된 인권조약으로 유엔회원국 중 소말리아와 미국만이 가입하지 않은 가장 보편적인 인권조약이다.

대한민국 정부는 아동권리협약에 가입할 당시 제9조 제3항, 제21조(가), 제40조 제2항(나)(5)에 대해 유보하였으며, 유엔에 제출한 정부보고서에 다음과 같은 구체적인 이유를 기술하였다.

협약 제21조(가)는 관계당국의 허가에 의한 입양만을 인정하고 있으나, 민법 제871조는 부모가 입양에 대하여 동의한 경우에는 가정법원의 허가를 필요로 하지 않고 있으며 또한 민법 제878조와 제881조에서는 호적법에 따른 신고만으로 입양이 가능하도록 허용하고 있기 때문에 유보하였으며, 유보조항이 한국 아동인권현실에 큰 영향을 미치지 않는 것으로 생각되지만, 협약에서 요구하고 있는 아동권리실현을 위하여 유보조항들에 대한 법적, 제도적, 행정적 조치를 취하기 위하여 노력하고 있다(CRC/C/8/Add.21, CRC/C/70/Add.1)

이에 국가인권위원회는 특히 아동권리협약 제21조의 입양제도에 관한 규정에 대한 유보가 타당한지, 유보하지 않은 조항에 대하여 성실히 이행하고 있는지에 대하여 검토하였다.

2. 검토기준

가. 법적 기준

- 헌법 제6조제1항

○ 유엔 아동권리협약 제1조, 제3조, 제7조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조, 제12조, 제18조, 제20조, 제21조

나. 보충적 기준

(1) 유엔아동권리위원회의 최종견해

유엔아동권리위원회(Committee on the Rights of Child)는 대한민국정부가 제출한 제1차, 제2차 정부보고서를 심의한 후, 그 최종견해에서 한국의 입양에 대한 접근방식 및 과양제도에 대한 우려를 표명하였으며, 두 차례 모두 제21조의 원칙과 조항에 완전히 부합되도록 입양관련 민법 등을 신속히 개정하고, 국내입양에 대한 대중의 태도를 변화시키기 위한 노력을 강화하며, 1993년 국가간 입양에 관한 아동의 보호와 협력에 대한 헤이그협약을 비준할 것을 권고하였다(CRC/C/15/Add.51. 1996년 및 CRC/C/15/Add/197. 2003년).

(2) 유엔아동권리위원회 등의 결정 및 일반논평

유엔아동권리위원회는 2004.10. 제37차 회의에서 “부모의 보호를 받지 못하는 아동”에 대한 결정을 내려, 부모로부터 양육되지 못하는 아동은 가정환경과 가장 유사한 방식의 보호를 받아야 하며, 아동이 위탁가정, 친족양육, 입양, 거주 시설 등을 통한 보호에 있을 경우 국가가 지속적으로 감시하고 아동에 대한 보호를 강화할 방법을 찾아야 한다는 점을 확인하였다.

(3) 1986년 국내적 또는 국제적 양육위탁을 별도로 규정하는 아동의 보호와 복지에 관한 사회적 및 법적 원칙에 관한 선언(U.N. Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Protection and Adoption Nationally and Internationally)

1986년 유엔총회 결의로 채택된 이 선언(이하 ‘1986년 선언’이라 함)은 아동권리협약 전문(preamble)에서 그 중요성이 다시 한번 확인되고 있으며, 아동의 양육 및 입양에 관한 조항의 해석에 있어 특별한 지침으로 참조하는 것이 타당하다.

3. 아동권리협약 제21조 등에 따른 입양제도

가. 아동권리협약에 따른 입양제도의 기본원칙

(1) 아동의 이익 최우선원칙(전문, 제3조, 제21조)

아동권리협약에 따라 아동의 이익 최우선원칙은 입양을 허용하는 국가의 입양관련 정책에 있어 가장 기본적인 요건이다.

특히, 입양 현실에 있어 양부모와 친생부모 등 성인의 입장이 우선적으로 고려되는 것은 지양되어야 할 것이며, 입양가정을 선택함에 있어 아동에게 적합한 양육환경을 찾아준다는 아동의 이익 최우선 관점이 무엇보다 필요하다.

(2) 부모로부터의 분리 금지(제9조, 제20조)

아동권리협약 제9조는 아동과 부모의 의사에 반하여 부모로부터 아동을 분리하는 것을 금지하고 있으며, 아동권리협약 제20조는 아동이 부모로부터 불가피하게 분리되었을 때에는 국가가 아동의 양육에 관한 책임을 지고 최대한 가정과 유사한 환경을 제공할 의무가 있다는 것을 명시적으로 규정하고 있다.

특히, 관습에 따라 아동이 부모로부터 분리되는 현상에 주목하여, 혼인의 자녀가 부모와 같이 지낼 수 없는 관습을 국가가 적극적으로 폐지하고, 아울러 미혼모에게 아동을 양육할 수 있는 지원을 해야 함을 지적하고 있다.

(3) 아동의 의사 존중(제12조, 제21조)

입양과 관련하여 아동의 의사 표현에 대해서는 아동권리협약 제12조에 명시적으로 규정되어 있으며, 동 협약 제21조에 명시적으로 규정돼 있지는 않더라도 아동의 의사 존중은 '아동의 이익 최우선'이라는 문구에서 도출되는 원칙이다.

따라서, 아동의 의사는 아동의 최선의 이익을 판단함에 있어 최우선적으로 고려되어야 할 요건이다.

(4) 아동의 정체성에 대한 권리(제7조)

아동권리협약 제7조에 규정되어 있는 아동의 정체성에 관한 권리는 자신의 부모에 대해 알 권리를 포함한다.

특히 1986년 선언에서는 “시설에 수용되거나 입양된 어린이가 자신의 배경에 대하여 알 필요성은, 그 아동의 이익에 반하지 않는 한, 그 아동의 보호를 담당하고 있는 모든 사람들에 의해 인정되어야 한다”고 명시적으로 입양아동이 자신의 부모에 대하여 알 권리를 인정하고 있다.

이러한 1986년 선언의 내용은 ‘1993년 국가간 입양에 관한 아동의 보호와 협력에 대한 헤이그 협약(이하 ‘헤이그협약’이라 함)’에 더욱 구체적으로 규정되어 있다.

아동의 친생부모에 대해 알 권리는 입양에 관련된 친생부모, 양부모의 권리가 상충되는 경우에 있어서도 ‘아동의 이익 최우선 원칙’에 따라 보호되어야 할 것이며, 이러한 관련자들의 이익형량에 있어 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여야 한다는 것이 유엔아동권리위원회의 기본적 입장이다.

나. 유보조항인 아동권리협약 제21조(가)와 입양제도

(1) 아동권리협약 제21조(가)의 의미

아동권리협약 제21조(가)에서 “아동의 입양은 적용가능한 법률에 따라 관계당국에 의해서만 허가되도록 보장하여야 한다”고 규정한 것의 목적은 아동이 강제노동에 종사하게 되거나 학대 혹은 유기되는 일이 없이 전인격적인 존재로 성장하기에 적합한 가정을 찾도록 국가가 보장해야 한다는 국가의 책임을 명시하기 위한 것이다.

‘관계당국’이라 함은 사법적 심사와 아동전문가의 판단을 포함하는 것으로 파악되며, 이러한 관계당국이 입양허가를 판단함에 있어 아동의 이익의 관점에서 입양허가여부를 결정해야 함을 협약은 규정하고 있다.

동조(가)의 “적절하고 신빙성 있는 정보에 기초하여 부모, 친척 및 후견인과 관련한 아동의 신분에 비추어 아동의 입양이 허용될 수 있고, 필요한 경우 관계자들이 협의에 의하여 입양에 대한 분별있는 승낙을 하여야 한다”는 것은 첫째, 입양이 부모의 양육권이 적절히 행사될 수 없을 때 엄격한 요건에 따라 제한적으로 이루어져야 하며; 둘째, 부모나 후견인 등의 동의를 얻기 위한 요건을 갖추지 못한 경우에는 입양이 아동의 이익에 부합한다 하더라도 입양을 허가해서는 안 된다는 의미이다.

(2) 관련 법령 및 정책의 문제점

입양과 관련된 법령은 민법 제4편의 제4장 부모와 자, 제2절 양자(제866조 내지 제908조) 및 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」(이하 '입양특례법'이라 함)이다.

이러한 법령에 따라, 국내에서 아동의 입양은 민법상 당사자간 합의에 의한 입양(부모의 동의, 15세 미만자는 법정대리인의 승낙)과 입양기관을 통해 이루어지는 입양으로 나뉜다. 입양기관을 통해 입양이 이루어지는 경우는 보통 생후 6개월 이내의 아동을 친자로 신고하고 그 입양사실을 입양아동에게 공개하지 않는 비밀입양이 80% 이상인 것으로 보고되고 있다.

입양특례법에 따라 해외입양되는 아동의 경우도 법원의 허가없이 입양에 필요한 서류를 구비한 후 보건복지부장관의 해외이주허가서만으로 입양이 되고 있는 실정이다.

아동의 파양의 경우도 현행 민법 규정에 따른 파양사유가 아동의 이익 중심이 아니며, 입양에 동의한 자의 파양동의만으로 가능하도록 규정되어 있다.

(3) 개선해야 할 사항

아동의 발달과정을 고려할 때, 중학교 취학연령인 12세 이상의 아동에게는 그 의사를 직접 확인할 수 있을 것이며, 명시적인 언어로 의사표현을 할 수 없는 학령기 이전의 아동은 아동의 의사를 확인할 수 있는 아동심리전문가나 아동담당 사회복지사 등이 아동의 의사를 확인할 수 있도록 보장함이 타당하다.

부모의 동의에 의한 호적법에 따른 신고만으로 입양이 성립되도록 하는 민법 제878조 및 제871조, 제869조 등 관련 규정을 개정하고, 입양특례법을 개정하여 모든 입양이 관계기관의 사법적 심사 후에 허가될 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

파양의 경우도 아동의 이익을 위해 파양할 현저한 이유가 있을 때만 제한적으로 재판에 의해 파양이 가능하도록 민법 등을 개정해야 할 것이다.

이러한 관계법령을 정비하고, 아동권리협약 제21조(가)에 대한 유보를 철회해야 한다.

다. 아동권리협약 제21조(나), (다), (라), (마)와 해외입양제도 개선

(1) 아동권리협약 제21조(나)와 국내입양우선정책

아동권리협약 제21조(나)는 아동이 출생국가의 문화적·심리적·사회적 안전망을 떠나 타국으로 입양되는 것은 가장 최후의 수단이 되어야 한다는 의미다. 아동이 자신이 태어난 국가에서 양육될 수 있도록 국가가 적극적인 조치를 취해야 한다는 것은 아동권리협약 제20조(3)의 “아동의 인종적, 종교적, 문화적, 언어적 배경에 대하여 충분히 고려해야 한다”는 것과 동 협약 제7조 ‘부모에 의해 양육될 권리’ 및 제8조 ‘자신의 국적, 성명 및 가족관계를 포함하여 법률상 안정된 신분을 유지할 권리’와 연관되어 있는, 협약 당사국의 의무이다.

아동의 국내입양이 우선적으로 고려되어야 한다는 것은 1993년 헤이그협약에서 ‘보충성의 원칙’으로 구체화되어, 동 협약은 “국제입양은 아동이 출생국에서 적합한 곳을 찾을 가능성에 대하여 고려한 후에만 이루어져야 한다”고 규정하고 있다.

아동권리협약 성안 당시 각 국은 이 조항이 아동의 인종·종교·문화·언어적 배경을 고려하고, 국내에서 모든 가능한 수단과 가능성을 다 검토한 후에 최종적으로 해외입양을 고려한다는 것으로 해석되어야 한다고 지적했으며, 1986년 선언 제24조는 특히, 해외입양에 있어 아동의 문화적·종교적 배경과 이익에 대하여 고려해야 한다고 규정하였다.

그러나, 관련 법령인 입양특례법 제3조 및 제23조 등에 따라 보건복지부가 추진하고 있는, ‘입양가정 지원 및 홍보강화로 국내입양 활성화’라는 정책방향은 예산부족 등으로 실효성을 갖는 데 부족하다.

특히, 정부는 장애인과 혼혈아동을 제외한 아동의 해외입양의 단계적 폐지를 추진하고자 했으나 경제위기 이후 정책추진에 어려움을 겪고 있는 실정이다.

국내입양 활성화를 위해서는 가정위탁모에 대한 지원현실화 및 미혼모 양육 지원 등 정부의 직접적 지원정책이 우선 필요하다. 또 미혼모, 장애인, 입양아동, 한부모가정에 대한 차별과 편견을 없애기 위한 대국민 홍보와 교육을 강화할 필요가 있다. 아울러 입양기관에 대한 지원을 입양아동 숫자에 비례한 지원으로 개선하는 등 현장의 여건을 고려한 정책이 필요하다 할 것이다.

(2) 아동권리협약 제21조(다)와 해외입양아동에 대한 보호

아동권리협약 제21조(다)의 규정대로 해외입양에서 아동이 국내입양과 동일한 수준의 안전망과 기준에 따라 보호될 수 있으려면, 부모와 분리된 아동에 대하여 일차적인 보호책임을 지고 있는 국가는 입양될 가정과 환경에 대한 적합한 조사와 정보에 따라 관계기관이 심사하여 허가하였을 경우에만 입양을 허용하도록 해야 한다.

해외입양아동을 보호하기 위한 구체적인 절차는 헤이그협약에 명시되어 있는데, 이 협약의 이행을 위해서는 국가가 적절한 입양관계법을 정비하고 전문가들에 대한 교육 및 행정적 절차를 정비할 의무가 있다.

특히, 아동권리위원회는 우리나라에 대하여 해외입양아동보호를 위해 헤이그협약에 대하여 비준 및 이행하는 것이 적절한 방안이라는 것을 권고하였다.

현재 해외입양의 경우 주로 해외입양기관이 외국의 입양기관과 기관간 입양협약을 맺고, 그에 따른 가정조사 등을 거친 후에 해외이주허가신청을 위해 관련서류를 보건복지부에 제출하지만, 그 입양이 실질적으로 아동의 이익 관점에서 적절한지 여부를 심사한다고 보기는 어렵다. 따라서 해외입양이 아동의 최선 이익에 부합되도록 이루어지는지에 대한 보다 독립적이고 객관적인 심사가 이루어질 수 있는 제도적 보장책이 마련되어야 하며, 아동의 입양에 관련된 모든 사람들에 대한 전문적인 교육을 강화하는 것이 필요하다.

(3) 아동권리협약 제21조(라)와 부당금전이익금지

해외입양으로 부적절한 금전적 이익을 취득할 수 없어야 한다는 아동권리협약 제21조(라)의 규정은 특히 아동을 가사노동이나 성매매산업에 종사시키기 위한 아동매매를 막기 위한 규정이다.

특히, 아동권리위원회는 해외에서 아동을 입양하는 가정이 선한 의도에서 기부금을 포함한 비용을 지불하는 경우에도 아동의 이동에 돈이 매개되는 것으로 인하여 범죄, 부패와 착취를 일으킬 가능성이 높다고 지적한 바 있으며, 헤이그협약 제32조는 이에 관한 구체적인 국가의 의무를 규정하고 있다.

2005년 3월 2일 개정된 입양특례법 제20조는 “국가가 입양비용에 대하여 보

조할 수 있다”는 규정을 두었으나, 이를 국가의 재정상황에 따른 재량권으로 규정한 것에 머물렀고 특히 동법 시행령 제8조는 입양알선비용은 입양알선에 소요되는 인건비, 아동양육비, 입양알선절차에 소요되는 비용, 입양기관의 운영비 및 홍보비를 합산한 금액으로 규정해 양부모에게 수납할 수 있도록 하고 있다.

특히 동법 시행령 제8조 제4항의 ‘입양기관의 운영 및 홍보’에 소요되는 비용을 양부모로부터 수납하는 것은 부모와 분리된 아동을 일차적으로 보호하고 아동에게 가정과 가장 유사한 환경을 찾아줄 의무가 국가에 있다는 아동권리협약에 위배될 가능성이 높다.

따라서, 개정된 입양특례법이 국가 및 지방자치단체의 입양알선소요비용 지원 근거를 마련하였으므로, 법 개정에 따라 동법 시행령을 개정해 아동입양기관 운영 비용 및 홍보비 등은 국가가 부담하는 항목으로 규정해야 할 것이다. 또 정확한 실태조사가 되어있지 않은 국내 및 해외입양비용에 대한 실태조사를 실시하고 항목별 정부부담 비용과 양부모 부담 비용을 적절히 산출하는 것이 필요하다.

(4) 아동권리협약 제21조(마)와 다자간 협정 가입을 통한 해외입양아동 보호

아동권리협약 제21조(마)는 당사국이 양자간·다자간 협정을 통해서 입양아동을 보호할 것을 규정하고 있는데, 국제사회에서 해외입양에 대한 법적·제도적 장치에 합의해 채택한 조약이 1993년 헤이그협약으로, 2005년 4월 현재 당사국이 65개국에 달한다.

특히, 우리나라 아동이 주로 입양되는 국가인 프랑스, 캐나다, 오스트레일리아, 북유럽3국, 룩셈부르크, 미국 등이 헤이그협약에 이미 가입했거나 서명 후 비준절차를 밟는 중이기 때문에 헤이그협약에 가입하는 것이 다자간 조약을 통하여 해외입양아동을 보호하는 데 있어 효과적인 방안으로 판단된다.

현재 입양특례법 제10조 제4항은 ‘입양기관이 입양을 원하는 국가나 기관과 입양에 관한 협약을 맺고’ 해외입양아동에 대한 보호를 하도록 규정하고 있으나, 이는 아동권리협약 이행의 일차적 책임을 지고 있는 국가의 해외입양아동보호에 관한 협약체결은 아니다. 따라서 헤이그 협약에 가입하고 그 협약에 따라 입양을 담당하는 주무관청을 지정하고 우리나라 아동이 입양되는 국가의 주무관청과

협력을 통해 해외입양보호를 강화하는 것이 타당하다.

라. 아동권리협약 제12조 등의 이행과 입양제도개선

(1) 아동권리협약 협약 제12조, 제21조와 아동의 의사 존중

아동권리협약 제21조(가)에서 아동의 의사 존중원칙을 도출해낼 수 있지만 직접적으로 이 원칙을 규정한 조항은 동 협약 제12조이다.

아동권리위원회는 각국의 정부보고서에 대한 최종견해를 통해 입양에 있어 모든 아동의 의사가 '아동의 이익'을 고려함에 있어 최우선적인 요소임을 밝히고 있으며, 적절한 연령 이상의 아동이 입양될 경우 그들이 동의해야 입양이 성립된다는 것을 법률로 규정할 것을 권고하고 있다.

따라서, 아동의 발달정도를 고려하여 입양시 12세 이상 아동의 의사는 반드시 확인하도록 하되, 12세 미만의 아동은 아동심리전문가 등이 그들에게 적합한 방식으로 의견을 묻고 입양여부결정에 있어 고려해야 함을 규정하는 것이 아동권리협약 제12조 및 제21조를 이행하는 것이라 할 것이다.

(2) 아동권리협약 제7조, 제10조, 제20조 등의 이행과 아동의 정체성에 대한 권리보장 및 해외입양 사후관리

아동의 정체성에 대한 권리는 자신의 친생부모에 대해 알 권리를 포함하는 것이며, 이러한 아동의 권리와 부모의 사생활의 권리가 상충되는 경우에도 이익형량을 함에 있어 아동의 이익을 최우선으로 고려해야 한다는 것이 아동권리협약에 따른 원칙이라 할 것이다.

또한, 해외입양아동의 사후관리는 아동권리협약에 따라 부모와 의 분리 금지, 부모와 분리된 아동에 대한 국가의 양육 책임, 아동의 가족면접 교섭권 보장 등에 따른 국가의 책임일 뿐만 아니라 아동권리협약 제11조 및 제21조에 따른 아동의 불법 해외이송 등을 막기 위한 조치와 관련되어 있다.

입양특례법 제12조 제6항의 위임에 따라 동법 시행령 제6조, 동법 제12조 제5항에 따른 시행규칙 제13조 등은 입양아동의 사후관리사업에 대하여 규정하고 있고, 해외입양기관이 '입양정보센터'를 설립하여 운영하고 있으나, 정부의 지원은 매우 부족한 현실이다.

특히, 입양아동이 친생부모를 찾기 원할 경우 관련 정보에 대한 관리, 접근, 열람권 등을 규정한 법령이 없고, 입양서류상의 친생부모에 대한 정보도 정확하지 않은 경우가 많아 입양아동이 친생부모를 찾기 어려운 현실이다. 아동의 친생부모에 대한 알 권리를 보장하기 위해서는 아동의 출생과 입양에 관한 기록을 국가가 보관하고 정보열람권을 보장하는 한편 입양관련자들의 인권을 침해하는 일이 없도록 입양기록 및 정보열람권에 대한 법령을 정비해야 할 것이다.

또한, 2005년 3월 입양특례법 개정에 따라 국가입양아동에 대한 사후관리가 국가의 책임으로 규정되었으므로 모국어 연수, 국적회복 및 국내거주 지원, 상담 및 사후정착 지원 등이 일시적 행사 위주가 아니라 지속적이며 효과적인 해외입양아동에 대한 지원정책으로 추진되어야 할 것이다.

4. 결론

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조 제7호에 따라 국제인권협약인 아동권리협약의 이행에 대하여 검토하여, 아동복지법 제4조의2에 따라 설립된 아동정책조정위원회 위원장인 국무총리 및 외교통상부장관에게 다음과 같이 권고하는 바이다.

가. 아동권리협약 제21조(가)에 대한 유보철회

입양 관련 조항인 민법 제869조, 제871조, 제878조 등과 입양특례법을 개정하여 관계기관의 심사 후 허가에 따라 입양이 가능하도록 규정하고, 파양의 사유도 아동의 이익을 위해 필요한 경우로 한정하여 재판을 거쳐야 파양이 가능하도록 하고 아동권리협약 제21조(가)에 대한 유보를 철회하는 것이 타당하다.

나. 아동권리협약 제21조 이행을 위한 입양제도 개선

(1) 아동권리협약 제21조(나)의 이행을 위한 국내입양우선정책강화

국내입양이 활성화될 수 있도록 미혼모의 양육지원 강화 및 가정위탁모에 대한 지원 현실화, 입양기관에 대한 지원을 입양아동 숫자에 비례한 지원으로 개선하고 미혼모와 장애인, 입양아동 및 한부모가정에 대한 차별과 편견을 없애기 위한 국민홍보 및 교육확대 등의 정책을 추진해야 할 것이다.

(2) 아동권리협약 제21조(다)의 이행을 위한 해외입양아동보호

해외입양에 관하여도 그것이 아동의 최선이익에 부합되도록 이루어지는지에 대한 보다 독립적이고 개관적인 심사가 이루어질 수 있는 제도적 보장책이 마련되어야 하며, 관련된 모든 사람들에 대한 전문적인 교육을 강화해야 할 것이다.

(3) 아동권리협약 제21조(라)의 이행을 위한 입양비용 등과 국가의 책임

입양비용에 대한 정확한 실태를 파악하여 항목별 국가부담 비용과 양부모부담 비용을 산출하고, 특히 입양특례법 시행령을 개정해 아동입양기관 운영비용 및 홍보비 등을 입양당사자들에게 부담시키지 말아야 한다.

(4) 아동권리협약 제21조(마)와 다자간 협정을 통한 해외입양아동보호

'1993년 국가간 입양에 관한 아동의 보호와 협력에 관한 헤이그협약'에 가입하고 이 협약이행을 위한 법제를 정비하며, 특히 입양기관간의 협약뿐만 아니라 관련국가와의 협력체제 구축을 통하여 해외입양아동의 보호 방안을 강구하도록 한다.

(5) 아동권리협약 제12조 및 제21조와 아동의 의사표명권 보장

아동권리협약 제12조 및 제21조의 규정에 따라 입양에 있어 아동의 의사를 확인하도록 규정하되, 아동의 발달상태를 고려하여 12세 이상 아동은 반드시 본인의 동의를 구하고, 12세 미만의 아동도 아동이 이해하는 방식으로 의사를 확인해 이를 관계기관이 입양허가여부를 결정함에 있어 반드시 고려해야 하는 사항으로 명시하는 것이 타당하다.

(6) 아동권리협약 제7조 등과 아동의 정체성에 대한 권리 보장 및 해외입양 사후관리

입양 아동에게 자신의 친생부모를 알 권리를 보장하기 위하여 출생과 입양에 관한 기록을 국가가 보관하고 정보열람권을 명시적으로 규정하되, 입양관련자들의 인권을 고려하여 입양기록 및 정보열람권에 대한 법령을 정비해야 한다.

또한, 해외입양 아동에 대한 사후관리를 국가의 의무로서 인식하고 이를 위한 실질적·지속적인 정책을 추진해야 한다.

다. 1993년 국가간 입양에 관한 아동의 보호와 협력에 대한 헤이그협약 가입

해외입양에 대한 각국의 법제도가 달라 아동이 법률상의 보호를 받지 못하는 일을 막기 위하여 체결된 '1993년 국가간 입양에 관한 아동의 보호와 협력에 대한 헤이그협약'에 가입하여 해외입양아동에 대한 보호를 강화해야 한다.

이에 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조제7호 및 제25조의 규정에 따라 위와 같이 권고하기로 결정한다.

2005. 4. 11.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 조영황 위 원 최영애 위 원 김호준

위 원 정강자 위 원 김만흠 위 원 나천수

위 원 이해학 위 원 정인섭 위 원 최금숙

㉘ 2006. 12. 26.자 아동권리협약 선택의정서 제1차 정부보고서에 대한 국가인권위원회의 의견

아동권리협약 선택의정서 제1차 정부보고서에 대한 검토의견

I. 의견표명 배경

보건복지부는 아동의 권리에 관한 협약(이하 '아동권리협약'이라 함) 관련 2개의 선택의정서인 「아동의 무력분쟁참여에 관한 선택의정서」 그리고 「아동매매·성매매 및 아동음란물의 금지에 관한 선택의정서」를 아동무력분쟁참여에 관한 선택의정서 제8조 제1항 그리고 아동매매·성매매 및 아동음란물의 금지에 관한 선택의정서 제12조에 따라 2004년 9월부터 2006년 현재까지 아동권리협약 선택의정서의 이행상황에 대하여 제1차 정부보고서 초안을 작성하였다. 이에 우리위원회는 「국가인권위원회법」 제21조에 따라 위 정부보고서에 대한 의견을 표명한다.

II. 의견 표명의 기준

1. 아동권리협약
2. 아동의 무력분쟁참여에 관한 선택의정서
3. 아동매매·성매매 및 아동음란물의 금지에 관한 선택의정서
4. 아동의 무력분쟁참여에 관한 선택의정서 정부보고서 작성지침
(CRC/OP/AC/1)
5. 아동매매·매춘 및 아동음란물의 금지에 관한 선택의정서의 정부보고서 작성지침(CRC/C/OPSC/2)
6. 아동권리위원회의 일반논평 5 아동의 권리에 관한 협약의 이행을 위한 일반조치(CRC/GC/2003/5)

III. 의견 표명의 기본 방향

1. 아동의 권리에 관한 협약 제44조 제2항의 “협약이행에 영향을 미치는 요소 및 어려움의 제시” 정도
2. 아동권리협약 선택의정서의 정부보고서 작성지침 부합여부
3. 아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child)와의 건설적인 대화(constructive dialogue)의 목적에 부합하도록 작성되었는지 여부

IV. 위원회의 의견

1. 아동의 무력분쟁참여에 관한 선택의정서

가. 총평

(1) 정부보고서 작성지침에 따른 기술 미흡

전체적으로 아동권리협약 선택의정서의 정부보고서 작성지침에 따른 기술을 하고 있으나, 적시된 내용이 단편적인 법제도의 나열에 그치고 있어 정부보고서 작성지침이 요구하고 있는 각 항목별 상세한 답변에는 응하지 못하고 있다. 특히 군사학교 관련 부분 및 의정서의 법적 상태와 홍보에 관한 내용이 그러하다.

(2) 우리가 이미 이행하고 있는 제도적 성취에 대한 누락

아동의 무력분쟁참여에 관한 선택의정서는 그 대상을 18세 미만의 아동으로 규정하고 있는 바, 기본적으로 우리나라의 법률이나 정책이 동 선택의정서에 위배될 만한 내용을 규정하거나 실행하고 있지 않다고 판단된다. 그러나 동 정부보고서는 선택의정서에 따라 우리 정부가 이미 확립·시행하고 있는 제도적 성취들을 적잖이 누락하고 있으므로 우리가 동 선택의정서의 내용을 충실히 따르고 있음을 좀 더 적극적으로 기술할 필요가 있다.

(3) 동 선택의정서의 이행과 아동권리협약상의 일반원칙과의 조화 여부에 대한 언급이 없음

동 선택의정서의 이행이 아동권리협약상의 일반원칙인 차별금지, 아동의 최

선의 이익, 생명권, 생존권, 발전권, 아동의 의견 존중 등과 어떻게 조화되고 있는지에 대한 기술이 필요하다.

나. 세부조항별 의견

(1) 제1조(적대행위 참여 금지)

제1조와 관련되어 가장 우선적으로 서술되어야 할 사항은 징집 및 자원입대에 관한 병역법의 개정 내용 및 시점이다. 그러나 동 정부보고서에서는 그 정보가 제3항, 제5항, 제6항, 제12항 등에 산재되어 있으며, 관련 법령의 개정시점 및 내용 등이 누락되어 있으므로 제1조에서는 이에 관하여 먼저 체계적이고 간명하게 기술하고 자세한 사항은 관련 항에서 상술해야 할 것이다.

또한 정부보고서 작성지침은 18세 미만의 군인이 전선에 배치되거나 적대행위발생지에 잔류하게 되는 일이 없도록 하기 위한 조치와 18세 미만의 포로에 관한 정보 제공을 요구하고 있다. 이와 관련된 정보가 정부보고서에는 적시되어 있지 않으므로, 전자에 대해서는 현행 병역법 등 군사관련 법령의 엄격한 시행으로 충분히 달성되고 있으며, 후자에 대해서는 현재 대한민국이 적대행위의 직접 당사자로 참여하는 무력충돌이 존재하지 않으므로 대한민국에 대해서는 해당 사항이 없음을 밝혀야 할 것이다.

(2) 제2조(강제적 징집)

정부보고서 초안은 우리나라의 병역 제도와 병역의무를 위한 징집 연령에 대하여 언급하고 있으나 이러한 제도 및 연령의 근거에 대한 구체적인 법규정을 언급하고 있지 않으므로 이에 대한 보완이 필요하다.

(3) 제3조 (자발적 징집)

제3조에서 기술하여야 할 군사학교와 관련하여 단지 군사학교의 종류 및 입학 연령에 대한 소개만 하였을 뿐 군사학교(사관학교)와 관련하여 정부보고서 작성지침이 요구하고 있는 군사학교 입학학생 관련 통계(연령 포함), 군사학교 교육내용, 교과과정(일반교육과 군사관련 교육의 비율 등), 교육기간, 교사구성, 교육시설 등 각종 현황 통계, 군사학교에서의 인권관련 교육 및 교양과목 현황, 군사학교 학생의 비상시 동원관련 규정, 학업포기 등에 대한 학생의 권리, 군사학교 학생들의 권리 증진을 위한 제도적 수단 등에 대한 기술 및 구체적 통계가

전혀 없으므로 이에 대한 자료 및 통계에 대한 기술이 필요하다.

또한 정부보고서 초안에서는 18세미만의 교육생은 전시기본임무에 대한 근거 규정인 공군규정을 개정하여 18세 미만의 아동이 어떠한 상황에 대해서도 무력 충돌에 참여하지 않게 하였다고 기술하고 있다. 그러나 이것은 공군항공과학 고등학교의 경우에 한정되므로 모든 군사학교와 관련된 기술이라 볼 수 없으며, 그 정보가 단편적이고 명확하지 않아 혼돈의 우려가 있다.

따라서, 공군항공과학 고등학교의 경우를 제외한 다른 군사학교(사관학교)의 경우 18세 미만의 교육생이 전시에 투입되어 전시기본임무를 수행하는지에 관한 기술이 없으므로 이에 대한 명확한 기술과 더불어 정부보고서 제18항에 공군항공과학 고등학교의 경우라는 것을 밝혀야 할 것이다.

(4) 제5조(국내입법 및 기타 국제인도법)

제5조에 관한 정부보고서 작성지침은 첫째, 해당 국가의 국내법과 둘째, 해당 국가에 대하여 당사국으로서 적용될 수 있는 국제문서 및 국제인도법의 규정들을 적시하고, 셋째, 무력충돌시의 아동 관련 주요 국제문서에 대한 해당 국가의 비준상태와 넷째, 동 현안에 관하여 당사국이 약속한 기타 공약을 제공할 것을 요구하고 있다.

그러나 정부보고서 초안은 국내법에 대한 내용이 없으며, 가입한 국제인권조약의 단순한 열거에 그치고 있으므로, 관련 국내법 및 대한민국이 참여하고 있는 아동 권리의 보호에 관한 국제문서들의 충분한 적시와 국제법이나 조약의 국내법상의 지위 및 관계에 대한 기술을 하여야 할 것이다.

(5) 제6조 (선택의정서의 국내적 이행)

제6조 선택의정서의 국내적 이행과 관련하여 정부보고서는 아동의 무력충돌 참여를 사전에 배제하도록 하는 법적·행정적 조치를 취하고 있다고 언급하고 있으나 이는 추상적이고 포괄적인 표현으로 정부보고서 작성지침이 요구하고 있는 정보를 전혀 제공하고 있지 못하다.

그러므로 정부보고서 작성지침에 따라 국내법상 동 의정서의 법적 지위와 국내법적 적용가능성, 동 의정서의 이행책임을 맡고 있는 정부부서 또는 기관, 동 의정서의 이행을 감시하고 정기적으로 평가하는 데 사용되는 절차 및 수단,

동 의정서의 규정과 아동의 권리에 관하여 평화유지단에게 실시한 교육 내용 및 채택된 조치에 관하여 기술하여야 한다.

특히 동 의정서가 국내법원에서 직접 적용될 수 있는지와 동 의정서와 국내법이 충돌할 경우에 어느 것이 우선적으로 적용될 수 있는지에 대한 정보는 필수적으로 제공되어야 할 것이다.

또한 아동권리협약의 홍보 및 아동의 권리에 대한 교육에 대하여 단순히 홍보의 강화 및 실질적 교육을 실시하고 있다고 표현함으로써 전체적인 조망이 어려움 따라서 구체적인 홍보와 교육의 내용 및 프로그램이 기술되어야 할 것이다.

(6) 제7조 (국제 협력)

제7조에서 언급하고 있는 유엔아동기금(UNICEF) 관련 사업에 대한 기여에 있어 우리나라가 UNICEF와 구체적으로 어떠한 양자간 체결이 있었는지와 어떠한 방법으로 아동무력분쟁 참여 방지와 관련된 활동을 지지할 것인지에 대한 구체적인 계획을 제시하여야 할 것이다.

2. 아동매매·성매매 및 아동음란물의 금지에 관한 선택의정서

가. 총평

(1) 국내이행조치에 관한 상세한 기술 필요

동 선택의정서에 따른 최초보고서를 아동권리위원회에 제출하고 그에 대한 아동권리위원회의 최종의견을 받은 국가들의 수는 2006년 12월 현재 노르웨이, 중국, 카자흐스탄, 안도라, 카타르, 터키, 이탈리아, 아이슬란드, 덴마크, 시리아 10개국이며, 최초보고서를 제출하였으나 심의를 아직 종료하지 않고 계류 중인 국가들의 수는 6개국이며, 모로코, 베트남, 코스타리카, 방글라데시, 키르기스스탄, 우크라이나이다.

이들 국가들의 최초보고서와 정부보고서 초안을 비교하였을 때, 정부보고서 초안은 서술체계 및 기재 정보의 양과 질에서 인권기록이 높게 평가받지 못한 국가들보다도 현격하게 떨어진다. 따라서 향후 제출될 대한민국 정부의 정식 최초보고서는 이미 제출된 다른 당사국의 최초보고서들과 아동권리위원회의 최종

의견과 결부시켜 비교·분석·참조하여 동 선택의정서가 보장하고자 하는 권리의 국내이행에 관한 입법, 행정, 사법 및 기타 조치에 관한 보다 전면적이고 상세한 정보를 기술해야 할 것이다.

(2) 정부보고서 작성지침에 따른 기술 결여

동 선택의정서의 국제적 이행과 그 감시를 맡고 있는 아동권리위원회는 2002년 2월 1일 '아동매매·아동성매매 및 아동음란물에 관한 아동권리협약 선택의정서 제12조 제1항에 따라 당사국이 제출하는 최초보고서에 관한 지침'(CRC/OP/SA/1)(이하 '최초지침'이라고 함)이라는 정부보고서 작성지침을 처음으로 제시하였다.

그러나 아동권리위원회는 이 기준을 수정하여 2006년 9월 29일 제43차 회기에서 '아동매매·아동성매매 및 아동음란물에 관한 아동권리협약 선택의정서 제12조 제1항에 따라 당사국이 제출하는 최초보고서에 관한 수정지침'(CRC/C/OPSC/2) (이하 '수정지침'이라고 함)을 채택하였다.

대한민국 정부가 아동권리위원회에 제출할 최초보고서의 제출일자는 2006년 수정지침 채택 이후이므로 대한민국 최초보고서는 수정지침에 준거하여야 한다. 그러나 정부보고서 초안은 수정지침을 전혀 고려하지 않았으며, 외견상 2002년 최초지침에 근거하였다 하더라도 실제 내용과 형식이 최초지침의 요구사항을 누락하거나 충족하지 못하고 있다.

수정된 정부보고서 작성지침을 기준으로 동 정부보고서를 살펴보면, '아동매매·성매매 및 아동음란물의 금지', '아동피해자의 권리보호', '국제지원과 국제협력'을 제외한 다른 항목들은 반영되어 있지 않으며, 특히 기초 자료(Data)에 대한 내용은 거의 기술하고 있지 않다.

따라서 동 정부보고서는 수정된 정부보고서 작성지침과 현격한 차이가 있으므로 기존 주요 서술항목의 내용을 2006년 수정지침상의 체계와 항목에 맞게 대폭적으로 수정하고 내용을 보완해야 한다.

(3) 선택의정서 국내이행의 장애 및 어려움에 대한 기술 부족

동 선택의정서에 따른 국가보고제도는 동 선택의정서의 효과적인 국내이행을 위한 당사국과 위원회간의 건설적인 대화를 촉진하는데 목적을 두고 있다.

즉, 규약이 정하는 권리들의 실현을 저해하는 문제점들과 불충분한 점들을 파악하여 권리 실현에 장애가 되는 공통적인 문제점들을 파악하고 가능한 해결책을 모색하기 위한 것이다. 따라서 정부보고서 작성에 규약 실현의 장애 및 어려움에 대한 언급 없이, 긍정적 발전의 측면만을 보고하는 것은 당사국이 정부보고서 작성 의무를 충실히 이행하는 것이라 볼 수 없으며, 오히려 규약을 형해화시키는 것이라 볼 수 있다.

그러나 정부보고서 초안은 규약 실현의 장애 및 어려움에 대한 언급 없이 우리 정부의 개선된 정책만을 언급함으로써 동 선택의정서의 정확한 이해와 전체적인 조망, 그리고 위원회와의 건설적인 대화가 어려울 뿐만 아니라 정부 보고서 작성의 목적 중 하나인 선택의정서상의 권리를 효과적으로 실현하기 위한 정책이나 근거의 마련이 어렵다.

(4) 전체적인 조망의 어려움

정부보고서 초안은 동 선택의정서에서 보장하고 있는 권리와 관련하여 행정·입법·사법부의 정책, 법률, 판결 등을 포괄적으로 제시하여 우리나라의 이행상황을 파악할 수 있도록 해야 할 것이나 행정부의 소관법령 및 정책위주로 단편적으로 나열되어 있으며, 그러한 법과 정책이 국내에 미친 영향이나 효과 그리고 결과에 대한 설명도 부족하여 전체적인 인권이행상황 조망에 어려움이 있다.

(5) 동 선택의정서의 이행과 아동권리협약상의 일반원칙과의 조화 여부에 대한 언급이 없음

정부보고서 작성지침 제2항은 아동권리협약상의 일반원칙인 차별금지, 아동의 최선의 이익, 생명권, 생존권, 발전권, 아동의 의견 존중 등이 동 선택의정서의 이행과 어떻게 조화되고 있는지에 대한 법제도적 기술을 요구하고 있다.

그러나 정부보고서 초안은 이와 관련된 내용들을 거의 다루고 있지 않으므로, 아동권리협약의 일반원칙이 동 선택의정서의 국내이행에서 어떻게 반영되고 구현되고 있는지를 명확하고 구체적으로 기술하여야 한다.

나. 세부조항별 의견

(1) 일반사항

정부보고서 수정지침은 국가보고서의 준비과정을 기술하도록 요구하고 있으나 정부보고서 초안은 이에 관한 기술이 되어 있지 않다. 따라서 정부보고서의 작성을 맡은 주된 정부부처와 작성에 기여한 기타 정부부처 및 비정부기구를 적시하고 그 역할 및 기여방식과 내용을 언급하여야 할 것이다.

동 선택의정서는 아동권리협약의 추가적 이행, 즉 제1조, 제11조, 제21조, 제32조, 제34조 내지 제36조의 이행임을 명시적으로 밝히고 있는바 아동권리위원회의 수정지침 제3항은 동 선택의정서를 이행하기 위한 정부의 조치가 각 조항들의 이행에서 어떻게 그리고 어느 정도로 기여하였는지를 설명하도록 요구하고 있으며, 이 요구는 2002년 최초지침 제4항에도 언급되어 있다.

그러나 정부보고서 초안은 관련 정보들을 어디에서도 기술하고 있지 않으므로 동 선택의정서의 이행을 위한 정부조치가 아동권리협약 제1조, 제11조, 제21조, 제32조, 제34조 내지 제36조의 이행에 대한 기여라는 점을 명시하여야 할 것이다.

수정지침 제4항은 국내법상 동 선택의정서의 법적 지위와 국내관할에 의한 적용가능성을 명기하도록 요구하고 있으며, 이는 2002년 최초지침 제3항 (a)호와 제4항에서도 동일하게 요구하고 있다.

그러나 정부보고서 초안은 이를 누락하고 있으므로, 정부보고서에 동 선택의정서가 국내법원 등에서 직접 적용될 수 있는지 여부와 동 선택의정서와 국내법령이 충돌할 경우에 어느 것이 우선적으로 적용될 수 있는지에 대한 정보를 반드시 기술하여야 한다.

(2) 기초 자료(Data)

수정지침이 요구하는 서술체계 중 '기초자료'는 2002년 최초지침에서 언급되지 않은 항목이다. 그 결과 정부보고서 초안에도 전혀 반영되어 있지 않고 있으나 대한민국 정부의 최초보고서의 제출일자가 수정지침의 채택이후이므로 이 항목에 대한 추가 기재가 필요하다.

수정지침에 따르면 정부보고서는 '아동 성매매나 양도', '아동 장기의 양도', '아동의 노동 착취', '아동 밀매'를 포함한 아동 매매의 발생률에 대한 자료와 '성매매에 참여하는 18세 이하의 아동의 수', '아동 성매매의 증가 혹은 감소 추세', '아동 성매매 관광과 연계된 지역'에 대한 자료와 '아동 포르노그래피와 관련된 사진, 비디오, 동영상, 인터넷 사이트의 사진, 비디오, 동영상, 애니메이션, 실제 행위'를 포함한 자료 등을 포함해야 한다.

또한 현재 정부보고서 초안은 관련통계 및 자료가 매우 부족하며, 특히 정부보고서 초안에 나와 있는 자료는 2005년 「청소년의 성보호에 관한 법률」 위반 사건과 청소년 성범죄자 신상공개 추진 결과만을 제시하고 있다. 이 자료도 그나마 청소년위주의 자료가 아니며, 이러한 위반사건 위주의 통계로는 청소년의 성보호 현황을 구체적으로 알기 어렵고 얼마나 많은 청소년이 피해의 대상이 되고 있는지 파악하기 어려우므로 청소년 중심의 통계가 필요하다.

특히, 정부보고서 초안 제19항의 [표2]의 경우 전체 청소년 성보호와 관련된 현황을 파악하는 데에 아주 중요한 자료임에도 불구하고 표의 각 구분형태에 대한 부연 설명이 없어 다른 구분형태와 어떻게 구별되는지 이해하기 어려우므로 이에 대한 설명이 필요하다. 그리고 2005년도의 통계만을 제시하고 있으므로 청소년 성보호 법률 위반 사건에 대한 변화를 알 수 없으므로 연도별 통계를 제시하여 그 변화 및 흐름을 알 수 있도록 하여야 한다.

마찬가지로 수정지침이 요구하는 관련 통계를 기술할 경우, 협약에 따른 아동의 매매, 아동성매매와 아동음란물 등에 관한 정부가 취한 노력과 법제도의 운영을 통한 효과 및 변화의 흐름을 알 수 있도록 연도별로 비교해주는 자료가 제시되어야 할 것이다.

(3) 예방

아동매매·아동성매매 및 아동음란물의 예방을 위한 법적, 행정적 조치 및 프로그램은 정부보고서 초안의 제33항 내지 제40항에 서술되어 있으며, 내용으로는 아동대상 성범죄자의 취업제한과 신상공개제도, 아동상대 직업 및 직무종사자에 대한 성범죄 고발의무, 청소년유해매체물의 유통제한제도 등을 열거하고 있다.

이와 같은 정부보고서 초안은 예방을 위하여 국내에서 채택·시행중인 법, 행정조치, 사회정책 및 프로그램들이 충분하게 기술되어 있다고 보기 어려우므로 국내이행에 관한 다양한 법, 행정조치, 사회정책 및 프로그램들에 관한 기술 및 이러한 제도들을 통하여 얻어진 효과에 대하여 언급하여야 할 것이다.

또한 정부보고서 초안 제40항은 예방(Prevention)에 관하여 기술하여야 하는데, 보호(Protection)와 관련된 내용을 기술하고 있으며, '여성인권증양지원센터'의 명칭이 '성매매방지증양지원센터'로 되어 있음으로 이에 관한 정정 및 수정이 있어야 할 것이다. 또한 현 정부하에서 '성매매방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률'과 '성매매 알선 등 행위의 처벌 등에 관한 법률'의 시행은 아동 성매매를 포함한 성매매 일반의 예방과 방지활동의 중요한 예이므로 이와 관련된 더욱 구체적 내용의 기술이 필요하다.

그리고 「청소년성보호법」에 관한 기술에 있어 최근 「청소년보호법」의 대폭적인 개정으로 인하여 동 선택의정서에 대한 이행이 한층 높아졌다고 생각되므로 개정된 부분을 특히 강조하는 것이 필요하다. 예를 들어, 청소년의 성을 사는 행위 유형을 추가하고 청소년 대상 강간 등의 고소기간 연장, 성범죄를 범한 청소년에 대한 치료조항 신설을 한 점을 강조하는 것이 바람직하며 또한 2005년 개정을 통해 성교행위나 유사성교행위만을 성을 사는 행위로 국한하였던 것을 청소년의 신체접촉 및 자위행위로까지 그 범위를 확장했다는 점 역시 기술되는 것이 바람직하다. 그러나 개정된 법에도 성을 사는 행위의 정의를 대가성이 있는 성적행동만을 전제하고 있어 청소년을 대상으로 하는 대가성 없는 성적행동은 처벌하기 어렵다는 한계 역시 지적되어야 할 것이다.

그리고 동 선택의정서 제9조 제2항에서 규정하고 있으며, 수정지침 제15항에서 작성기준을 제시하고 있는 바와 같이 아동매매·아동성매매 및 아동음란물 범죄를 예방하기 위한 일반대중과 아동의 인식제고에 관한 정보를 정부보고서에 기술하여야 한다. 수정지침 제15항은 구체적으로 공공캠페인이 일반, 아동, 특정그룹(관광객, 운송 및 호텔종사자, 성인성노동자, 군인, 교정관 등)으로 나누어 실시되고 있는 정보들을 제시할 것을 요구하고 있다.

동 범죄 예방을 위한 공공캠페인에 관한 정보는 정부보고서 초안 제41항 내지 제45항에 서술되어 있다. 정부보고서 초안에서 언급된 공공캠페인은 산발적

이고 일회적인 사안들이 비체계적으로 열거되어 있으며, 여러 정부기관, 예컨대 여성가족부나 교육인적자원부 등이 주관하여 기획하고 실시하고 있는 공공캠페인 등이 충분히 반영되어 있지 않는 것으로 보인다. 따라서 아동권리위원회에 제출될 정식 최초보고서는 관련 정부부처의 공공캠페인과 그 외 기관 및 기구, 단체에 의하여 행해지는 공공캠페인을 담을 수 있도록 하여야 할 것이다.

(4) 금지 및 관련사항

정부보고서 수정지침이 요구하는 ‘금지 및 관련사항’(Prohibition and Related Matters)에 관한 정보는 2002년 최초지침에서 제시한 제출정보의 주요 항목인 ‘아동매매·아동성매매 및 아동음란물의 금지’(Prohibition and the Sale of Children, Child Pornography and Child Prostitution)와 ‘형사절차’(Penal/Criminal Procedure)에 관한 정보를 통합한 것이다.

이와 관련하여 정부보고서 초안은 ‘II. 아동매매·아동성매매 및 아동음란물의 금지’와 ‘III. 형사절차문제’에서 관련 정보를 담고 있다. 따라서 대한민국 정부의 정식 최초보고서는 서술체계에서 기존 정부보고서 초안의 두 주요 항목인 II와 III을 합쳐 하나의 장으로 만들어야 할 것이다.

정부보고서 수정지침 제17항 내지 제26항이 ‘금지 및 관련사항’에서 제공하기를 요구하는 관련 항목은 ① 동 선택의정서 제3조 제1항과 관련된 모든 형사 법령, ② 동 선택의정서 이행의 장애 조성 범조항과 그에 대한 검토 계획, ③ 법 인책임, ④ 아동의 불법입양을 금지하는 법제도, ⑤ 1993년 「국제입양 관련 아동의보호 및 협력에 관한 헤이그협약」 비당사국의 동 협약의 비준·가입 계획, ⑥ 관련 범죄행위의 광고 금지, ⑦ 관련 범죄에 대한 관할, ⑧ 관련 범죄인의 인도, ⑨ 국제사범공조, ⑩ 압수와 몰수 등이다.

이에 비해 정부보고서 초안의 ‘II. 아동매매·아동성매매 및 아동음란물의 금지’와 ‘III. 형사절차문제’의 구성 항목은 ‘아동 및 청소년 관련 성범죄 일반’, ‘아동 음란물 관련 성범죄’, ‘아동인신매매’, ‘장기이식’, ‘범죄시도(또는 미수)’, ‘관할 및 인도’, ‘재산과 물품의 압수 및 몰수’ 등이다.

수정지침의 요구항목과 정부보고서 초안의 기재항목을 비교할 때, 정부보고서 초안은 ‘② 동 선택의정서 이행의 장애 조성 범조항과 그에 대한 검토 계획’, ‘④ 아동의 불법입양을 금지하는 법제도’, ‘⑤ 1993년 「국제입양관련아동의보호

및협력에관한헤이그협약」비당사국의 동 협약의 비준·가입 계획, '⑨ 국제사법공조'가 흠결되어 있으며, 정부보고서 초안의 '③ 법인책임', '⑥ 관련 범죄행위의 광고 금지', '⑧ 관련 범죄인의 인도'는 기재정보가 매우 불충분하다.

따라서 정보제공이 흠결된 4가지 주요 항목, 즉 동 선택의정서 이행의 장애 조성 범조항과 그에 대한 검토 계획, 아동입양관련제도, 1993년 「국제입양 관련 아동의 보호 및 협력에 관한 헤이그협약」비당사국의 동 협약의 비준·가입 계획, 국제사법공조에 관한 정보를 새롭게 수집·정리·제공되어야 할 것이고, 정보제공이 빈약한 2가지 주요 항목, 즉 법인책임, 관련 범죄인의 인도에 관한 충분한 정보를 기술해야 할 것이다.

수정지침 제16항에 따라 제시되어야 할 '동 선택의정서 제3조 제1항과 관련된 모든 형사법령'은 동 선택의정서 제3조 제1항에서 열거하는 행위와 활동을 포함하거나 정의하고 있는 실정형사법령에 관한 모든 정보를 포함하여야 한다.

이러한 정보에는 ① 피해자의 연령과 피해자·가해자의 성별 등 범죄의 중요 요소, ② 범죄에 부과되는 형량의 최대 및 최소한도(여기서 성인범과 소년범의 형량을 구별하여야 한다), ③ 범죄의 조각 및 책임가감, ④ 범죄자에 대한 공소 시효, ⑤ 동 선택의정서의 이행과 관련된 국내법령이 인정하는 모든 범죄(아동 매매·아동성매매 및 아동음란물과 관련된 모든 범죄를 의미한다), ⑥ 미수범, 공범, 중범에 적용되는 형선고 등에 관한 정보가 담겨져 있어야 한다.

이와 관련된 정부보고서 초안은 정부보고서 초안에 열거된 관련 실정형사법령에 관한 기본적인 정보들이 체계적이고 구체적으로 기술되어 있지 않으며 동법들의 한계 역시 언급되어 있지 않다.

예를 들어 '청소년의 성보호에 관한 법률'에서 청소년이용음란물의 정의는 동 선택의정서의 아동음란물 개념보다 소극적이고 협소하다. 즉, 동법의 정의와 2002년 헌법재판소의 해석에 따르면 청소년이용음란물은 실제 청소년이 등장하는 음란물로서 아동캐릭터를 이용한 가상의 아동음란물은 포함하지 않고 있다.

따라서 동 정부보고서에 첫째, 관련 실정형사법령에 관한 기본적인 정보를 일정한 기준에 따라 체계적으로 서술하고 둘째, 수정지침이 요구하는 세부정보를 담아야 할 것이다. 그 중 '피해자의 연령 및 피해자와 가해자의 성별 등 범죄의 중요 요소'에 관한 통계 및 정보를 제시하되, 변화의 흐름도 파악할 수 있도록

록 수년에 걸친 통계 및 정보가 담겨야 할 것이다.

‘범죄에 부과되는 형량의 최대 및 최소한도’에서는 관련 정보를 일반적 차원의 성인범과 특별한 차원의 소년범의 형량을 구별하되, 실제 형량 통계를 제시할 필요가 있다. ‘범죄의 조각 및 책임가감’에서는 일반적인 위법성조각사유와 책임감경사유를 적시하는 데 그치지 말고, 관련 일정 범죄에서 특별하게 또는 비중 있게 다루어지는 사유가 부각될 수 있도록 하여야 할 것이다.

수정지침 제17항에 따라 제시되어야 할 ‘동 선택의정서 이행의 장애 조성 범조항과 그에 대한 검토 계획’은 대한민국 정부가 동 선택의정서 이행의 장애로 보는 범조항과 그에 대한 검토계획을 적시하는 것이다. 여기서 말하는 이행장애 범조항은 동 선택의정서의 이행과 직접적으로 충돌하는 국내 범조항과 간접적으로 장애를 야기하는 국내 범조항으로 구분될 수 있다. 그러나 이에 관한 정보는 정부보고서 초안 어디에도 언급되어 있지 않고 있으므로 정식 최종보고서는 정부보고서 초안의 관련 사항의 흠결을 보충하여 완성·제출되어야 할 것이다.

수정지침 제18항에 따라 제시되어야 할 ‘법인의 형사책임’은 동 선택의정서 제3조 제1항에 열거된 행위와 활동에 대한 법인의 형사책임에 관한 범정보와 관련 범죄억제요소로서 그 법령의 실효성에 관한 정보이다. 법인의 형사책임에 관한 정부보고서 초안의 언급은 초안 제19항에서 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조 명시가 유일하다.

정부보고서 초안에 언급된 내용만으로는 국내법체계에서 관련 범죄에 대한 법인의 형사책임 부과가 미흡한지 또는 정부보고서 초안에서 해당 범정보를 충분히 적시하지 못한 것인지가 불분명하다.

따라서 관련 범죄에 대한 법인의 형사책임에 관한 국내법체계가 미흡한 것이 아니라면, 관련 범정보가 아동권리위원회에 제출될 정식 최초보고서에 수록되도록 하여야 할 것이다. 그리고 관련 범죄에 대한 법인의 형사책임에 관한 국내법체계가 매우 제한적인 상태라면, 그 이유와 범개정의 가능성을 적시하여야 한다.

수정지침 제19항에 따라 제시되어야 할 ‘아동의 불법입양을 금지하는 법제도’는 기본적으로 아동입양의 관계인들이 양자 또는 다자합의와 「아동보호 및 복지 관련 사회적·법적 원칙에 관한 선언」(유엔 총회 결의 41/85, 1986.12.3)을

준수하는지에 관한 정보를 제공하여야 한다.

이외에도 다양한 기타 정보가 포함되어야 하며, 여기에는 ① 불법입양을 막기 위하여 당사국이 취한 법적 및 기타 조치, ② 중개인들이 입양을 위하여 어머니나 임산부를 설득하지 못하도록 하거나 승인받지 않은 자의 입양관련 광고 행위를 막기 위하여 취한 법적 및 기타 조치, ③ 중개인 또는 중계기관에 대한 규율 및 면허와 법적 실행, ④ 아이 훔치기와 사기 출생신고를 막기 위하여 채택한 법적 및 행정적 조치(형사제재 포함), ⑤ 입양을 위한 부모동의가 철회될 수 있는 상황과 그 의사전달의 보장책, ⑥ 입양에 관계된 기관 또는 개인이 부과하는 수수료의 규율 및 제한을 위한 조치 등이다. 이와 관련된 정보는 정부보고서 초안에서 전혀 제시되고 있지 않으므로 '아동의 불법입양을 금지하는 법제도'에 관한 정보가 새롭게 수집·정리되어 기술되어야 한다.

수정지침 제20항에 따라 제시되어야 할 「국제입양 관련 아동의 보호 및 협력에 관한헤이그협약」의 비준·가입에 관한 의사표명은 입양제도를 승인하면서도 동 협약을 비준하거나 가입하지 않은 동 선택의정서 당사국에게 적용된다.

그러나 대한민국 정부는 동 협약을 비준하거나 가입하지 않았을 뿐 아니라, 「아동매매·성매매 및 아동음란물에 관한 아동권리협약 선택의정서」를 비준하면서 동 선택의정서 제3조 제1항 가목 (2)규정의 해석선언을 통해 동 협약의 적용을 배제시켰기 때문에, 수정지침 제20항이 요구하는 대한민국 정부의 의사표명이 필요하다.

그러나 정부보고서 초안 어디에도 관련 정보가 들어 있지 않으므로 「국제입양관련 아동의 보호 및 협력에 관한 헤이그협약」 및 동 선택의정서 제3조 제1항 가목 (2)의 해석선언과 관련하여, ① 동 협약에 가입하지 않는 이유, ② 동 선택의정서 제3조 제1항 가목 (2)에 대한 해석선언의 철회 의사, ③ 동 협약의 가입 고려 여부 등에 관한 정보를 반드시 기술하여야 한다.

수정지침 제21항에 따라 제시되어야 할 '관련 범죄행위의 광고 금지'는 동 선택의정서에 열거된 모든 범죄행위를 광고하는 것을 금하는 법제와 정책 및 관련 기본정보를 포함하는 것이다.

이에 관한 정보는 정부보고서 초안에 제시되어 있지 않으므로 ① 동 선택의정서에서 정하는 모든 범죄 또는 범죄행위를 광고하는 자료의 제작과 유포를 금

지하는 법제도, ② 범죄행위를 광고하는 자료의 제작과 유포에 대하여 적용되는 제재, ③ 범죄행위 광고 금지 법제도의 실효성 및 실효성 제고를 위한 국가계획 등에 관한 내용을 기술하여야 한다.

수정지침 제22항과 제23항에 따라 제시되어야 할 '관련 범죄에 대한 관할'은 동 선택의정서 제3조에 열거된 범죄 중 당사국 내에서 발생한 범죄에 대한 관할권 행사의 근거 범조항과 역외관할권 행사에 관한 근거 범조항을 설명하는 것이다.

먼저 전자는 우리 형사법체계의 적용범위에 관한 일반원칙 및 규칙을 진술하는 것이며, 이에 해당하는 것은 우리 「형법」 제2조 [국내법]과 제4조 [국외에 있는 내국선박등에서 외국인이 범한 죄] 및 관련 내용을 담은 개별법 조항이 있을 경우에는 그 조항들을 들 수 있다.

다음으로 후자는 역외관할권에 관한 우리 형사법체계의 관련 조항을 서술하는 것이다. 이에 해당하는 것은 우리 「형법」 제3조 [내국인의 국외범], 제5조 [외국인의 국외범], 제6조 [대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범] 및 관련 내용을 담은 개별법 조항이 있을 경우에는 그 조항들을 들 수 있다.

이에 관한 정보는 정부보고서 초안의 제20항의 '관할 및 범죄인인도'에서 기술되어 있어야 하나 해당 항의 본문에는 관할의 구체적 내용은 전혀 다루고 있지 않고 있다. 따라서 정식 최초보고서는 위에서 언급한 구체적 내용을 포함하여 작성·제출될 수 있어야 할 것이다.

수정지침 제24항이 요구하는 '관련 범죄인의 인도'는 동 선택의정서 제3조 제1항에서 열거하는 범죄를 범한 자의 인도에 적용되는 당사국의 법과 정책 및 실행에 관한 정보를 제공하는 것이다. 여기서 범죄인 인도는 당사국이 범죄인 인도를 요청받은 경우와 요청하는 경우를 포괄하고 있다.

수정지침이 요구하는 범죄인 인도에 관한 정보의 내용은, ① 관련국간 범죄인 인도의 국내법적 전제조건으로서 범죄인인도조약의 존재 여부와 조약에 근거하지 않는 인도에 적용되는 요건, ② 범죄인인도조약의 존재가 범죄인 인도의 국내법적 전제조건인 경우에 동 선택의정서 제5조 제2항이 동 선택의정서 당사국에 대한 범죄인 인도(피청구국 국적민의 인도를 포함)의 근거가 될 수 있는지 여부, ③ 당사국에 대한 동 선택의정서의 발효 이후 발효되거나 협상이 이루어

진 범죄인 인도조약과 그 조약에 동 선택의정서상 범죄를 명시하고 있는지 여부, ④ 당사국에 대한 동 선택의정서 발효 이후 동 선택의정서상 범죄로 기소된 자에 대한 범죄인 인도를 거부하였는지 여부 및 거부한 경우에 그 이유와 자국에서 기소되었는지 여부, ⑤ 당사국에 대한 동 선택의정서 발효 이후 당사국이 요청받은 동 선택의정서상 범죄에 대한 범죄인 인도의 수와 동 선택의정서의 이행(동 선택의정서상 범죄에 대한 범죄인 인도 및 기소)에 관한 범죄유형별 보고 등이다.

또한 수정지침이 요구하는 범죄인 인도의 청구에 관한 정보는 당사국에 대한 동 선택의정서의 발효 이후 당사국이 동 선택의정서상 범죄로 기소된 자의 인도를 요구하였는지의 여부와 요구하였을 경우에 상대 피청구국이 이에 응하였는지 여부 등이다. 이외에도 범죄인 인도에 관한 법률, 규정과 사법규칙이 제안, 입안 또는 채택되었는지 여부와 그렇게 하였을 경우에 동 선택의정서 제3조에서 정하고 있는 행위에 상응하는 범죄로 기소된 자의 범죄인 인도의 결과에 대한 정보제공이 필요하다.

이에 관한 정부보고서 초안의 내용은 초안 제20항에서 제시되고 있으나 초안 제20항은 수정지침이 요구하는 정보의 대부분을 담고 있지 않을 뿐 아니라 적시된 정보가 매우 불충분하다.

가령, 현행 「범죄인인도법」상 대한민국의 범죄인인도는 범죄인인도조약에 의거하거나 조약이 없더라도 상호주의에 의하여 이루어질 수 있다는 점, 동 선택의정서 제5조 제2항이 「범죄인인도법」와 더불어 대한민국 정부의 범죄인인도에서 범적 근거가 될 수 있는지를 밝히고 있지 않은 점, 「범죄인인도법」상 자국민 인도가 임의적 거절사유라는 점, 대한민국 정부가 2006년 12월 현재 범죄인인도에 관한 양자조약을 체결하고 있는 국가의 수가 21개국이고 대한민국에 대한 동 선택의정서 발효 이후 체결된 조약이 3건(인도, 페루, 과테말라)이고, 발효된 조약이 5건(우즈베키스탄, 베트남, 인도, 페루, 과테말라)이 있다는 점, 동 선택의정서상의 범죄에 대한 범죄인 인도의 실제 적용례 및 통계, 대한민국 정부가 범죄인 인도청구를 요청한 사례와 통계 등이 흠결되어 있다. 따라서 정식 최초보고서에는 미기재 정보의 수록이 이루어져야 할 것이다.

수정지침 제25항에 따라 제시되어야 할 '국제사범공조'는 동 선택의정서에 명시된 범죄와 관련된 수사, 형사 및 인도절차의 국제협력을 위한 당사국의 법,

정책과 실행에 관한 정보를 담아야 한다. 또한 실제 이루어진 국제협력의 사례들과 국제협력에 장애를 조성하는 중요한 난관들을 적시하여야 한다.

이에 관한 내용은 정부보고서 초안 제20항 일부와 제48항에서 제공되고 있는데, 그 정보는 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제12조의 조문을 열거하는 데 그치고 있다. 따라서 아동권리위원회에 제출되는 최초보고서는 수정지침이 요구하는 구체적 내용을 담을 수 있도록 하여야 할 것이다.

수정지침 제26항에 따라 제시되어야 할 ‘압수와 몰수’는 동 선택의정서에서 명시하고 있는 범죄를 행하거나 돕는 재료, 자산과 기타 물품, 범죄에 의해 생겨나는 산물을 압수하고 몰수하는 법, 정책 및 실행에 관한 정보를 포함하여야 한다. 또한 다른 당사국의 요청에 따른 압수 및 몰수의 집행과 범죄구역의 폐쇄, 당사국의 압수 및 몰수 요청에 대한 다른 당사국에 반응을 적시하여야 하며 이와 관련된 법률 사항과 법원의 판결 등을 제공하여야 한다.

정부보고서 초안은 관련 정보를 제21항 내지 제23항에서 다루고 있는데, 주로 관련 법률의 몇몇 조항을 열거하는데 그치고 있으므로 관련 정보를 법과 정책 및 실행으로 구분하여 구체적으로 적시하여야 할 것이다.

(5) 피해자의 권리보호

수정지침이 요구하는 ‘피해자의 권리 보호’(Protection of the Rights of Victims)에 관한 정보는 2002년 최초지침에서 제시한 제출정보의 주요 항목인 ‘아동피해자의 권리 보호’(Protection of the Rights of Child Victims)이다. 정부보고서 초안은 이와 관련된 정보를 ‘IV. 범죄에 의한 아동피해자의 권리 보호’(Protection of the Rights of Child Victims of Crime)에서 적시하고 있다. 따라서 대한민국 정부의 공식 최초보고서는 주요 항목의 변경이 없이 수정지침의 세부기준을 충족하는 방식으로 보충·변경하면 될 것이다.

수정지침이 요구하는 ‘피해자의 권리 보호’에 관한 구체적 정보는 수정지침 제27항 내지 제37항에 열거되어 있다. 그 구체적 정보제출 항목은 ① 수사 및 재판절차상 아동의 권리 및 이익의 인정·존중·보호를 위하여 취한 조치, ② 연령 확인이 불가능한 18세 미만 추정 피해자 사건의 수사에 관한 당사국의 법, 정책 및 실행, ③ 동 선택의정서상 범죄의 아동피해자에게 형사절차상 최선의 아동이익을 보장하는 규칙, 규정, 지침 또는 훈령, ④ 수사 및 재판절차상 동 선

택의정서상 범죄에 의한 아동피해자의 최선이익을 보장하는 현행법규정, 절차 및 정책, ⑤ 관련 종사자에 대한 법적, 심리적 및 기타 훈련, ⑥ 유관 기관과 개인 등이 간섭 및 보복의 두려움 없이 종사할 수 있도록 한 조치, ⑦ 아동권리피해자를 보호하는 조치에 의해 피고인의 공정한 재판에 대한 권리가 손상되지 않도록 하는 특별보장책 및 보상조치, ⑧ 아동피해자의 사회재통합 프로그램, ⑨ 아동의 정체성 회복을 위한 조치, ⑩ 국적에 따른 사회재통합, 육체적·정신적 회복 및 정체성 회복 지원의 차이, ⑪ 법적 책임을 지는 자로부터 손해보상을 받을 수 있는 구제 및 절차 등이다.

수정지침 제27항 내지 제37항을 기준으로 정부보고서 초안을 검토하여 보았을 때, 정부보고서 초안은 제공되어야 할 일부 항목을 누락하고 있다. 정부보고서 초안이 누락하고 있는 항목은 앞서 열거한 제공 항목 중 ① 수사 및 재판절차상 아동의 권리 및 이익의 인정, 존중과 보호를 위하여 취한 조치, ② 연령 확인이 불가능한 18세 미만 추정 피해자 사건의 수사에 관한 당사국의 법, 정책 및 실행, ⑦ 아동권리피해자를 보호하는 조치에 의해 피고인의 공정한 재판에 대한 권리가 손상되지 않도록 하는 특별보장책 및 보상조치, ⑩ 국적에 따른 사회재통합, 육체적·정신적 회복 및 정체성 회복 지원의 차이, ⑪ 법적 책임을 지는 자로부터 손해보상을 받을 수 있는 구제 및 절차 등이다.

이에 관한 정보가 추가 조사·수집·정리·분석되어 아동권리위원회에 제출하는 정식 최초보고서에 수록되어야 할 것이다.

수정지침 제27항 내지 제37항에서 요구하는 정보 중 정부보고서 초안이 이미 반영하고 있는 정보는 기본적으로 관련 정보가 체계성이 없이 단편적으로 열거되어 있다. 또한 정보의 존재형식, 가령 입법화된 사항인지, 정책추진사항인지 등에 관한 구별이 곤란하도록 기술되어 있으며 실제 이행 사례 및 내용에 관한 정보가 거의 없으며, 기술되어 있는 법적 조치가 실제상으로 어떠한 효과가 있었는지에 관한 통계, 실효성, 문제점등에 관한 평가가 제시되어 있지 않다.

또한 정부보고서 초안 제31항은 피해자 보호를 위한 시설 및 기관의 통계가 성인과 아동을 구분하여 제시하고 있지 않는데, 이는 적절하지 않다. 예를 들어 청소년 성매매 피해자 지원시설의 경우 현재 법에 근거해서 운영되는 시설은 전국에 15개이다. 그리고 정부보고서 초안 제25항과 제26항에 기술하고 있는 내용과 관련하여 실제 수사과정에서 아동이 피해자인 경우 진술을 녹화한 녹화테이

프에 대한 증거능력의 인정여부는 여전히 논란이 되고 있다.

(6) 국제지원과 협력

정부보고서 수정지침이 요구하는 '국제지원과 협력'에 관한 정보제공은 국제적 차원에서 전개되는 동 선택의정서의 이행을 증진하거나 개별 국가의 이행 증진을 촉진하기 위한 국제적 노력에 관한 것이다.

아동권리위원회는 이 노력을 구체적으로 파악하고 평가하기 위하여, ① 동 선택의정서상 범죄의 예방, 인지, 수사, 기소, 처벌 등을 위하여 채택한 다자, 지역 및 양자약정, 그 약정의 이행조치, ② 동 선택의정서상 범죄의 예방, 인지, 수사, 기소, 처벌에 관한 국제, 지역단체들과의 협력 및 조정, 이를 위한 조치, ③ 범죄피해자의 육체적·심리적 회복과 사회재통합 및 보상을 위한 국제협력 조치와 관련 기관 및 단체의 활동지원과 국제연구 및 훈련프로그램, ④ 동 선택의정서상 범죄에 취약한 국가의 범죄원인 해소를 위한 당사국의 국제적 공헌 등을 제시할 것을 요구하고 있다.

수정지침 제38항 내지 제41항이 제공하기를 요구하는 정보와 정부보고서 초안의 제46항 내지 제50항에서 적시한 정보를 비교할 때, 정부보고서 초안은 다음과 같은 문제점을 안고 있다.

첫째, 정부보고서 초안은 수정지침 제38항이 요구하는 '① 동 선택의정서상 범죄의 예방, 인지, 수사, 기소, 처벌 등을 위하여 채택한 다자, 지역 및 양자약정, 그 약정의 이행조치'에 대한 정보를 전혀 담고 있지 않다. 둘째, 정부보고서 초안은 수정지침 제39항이 요구하는 '② 동 선택의정서상 범죄의 예방, 인지, 수사, 기소, 처벌에 관한 국제, 지역단체들과의 협력 및 조정, 이를 위한 조치'에 대한 정보를 초안 제48항 내지 제50항에서 언급하고 있다. 그러나 이 정보는 제한된 범위에서 단편적으로 나열된 것에 지나지 않은 것으로 보임. 셋째, 정부보고서 초안은 수정지침 제40항이 요구하는 '③ 범죄피해자의 육체적·심리적 회복과 사회재통합 및 보상을 위한 국제협력 조치와 관련 기관 및 단체의 활동지원과 국제연구 및 훈련프로그램'에 대한 정보를 전혀 언급하고 있지 않다. 넷째, 정부보고서 초안은 수정지침 제41항이 요구하는 '④ 동 선택의정서상 범죄에 취약한 국가의 범죄원인 해소를 위한 당사국의 국제적 공헌'에 대한 정보를 초안 제47항에서 제시하고 있다. 그러나 제47항의 정보는 일반적 지원계획만이 언급

되어 있을 뿐 구체적 시행방침이나 최소한의 실행사례에 관한 부분은 담고 있지 않다.

(7) 기타 법률 조항

정부보고서 수정지침이 요구하는 ‘기타 법률조항’은 2002년 최초지침에서는 언급되지 않는 주요 항목이다. 따라서 수정지침이 요구하는 제반 내용을 반영한 정보를 최초 공식보고서에 수록될 수 있도록 하여야 할 것이다. 여기서 반영해야 할 ‘기타 법률조항’에 관한 정보의 구성은, ① 아동의 권리 실현에서 동 선택 의정서 보다 나은 국내법규정과 국제법규정, ② 아동매매·아동성매매 및 아동음란물에 관한 주요 조약에 대한 당사국의 비준 상태와 동일한 내용을 담은 당사국의 국제적 공약 및 당해 조약과 공약의 이행이 동 선택의정서의 이행에 미치는 영향 등이다.

2006. 12. 26.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 안경환 위원 최영애 위원 김호준 위원 정강자
 위원 이해학 위원 정인섭 위원 최금숙 위원 신혜수
 위원 원형은 위원 김대훈 위원 윤기원

Ⅰ 2003. 5. 21.자 03진인26 결정【학교내 장애인이동시설 미설치】

학교내 ‘장애인등’을 위한 승강기등 편의시설 미설치는 헌법 제10조에서 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단하여 장애인 편의시설 설치 권고 및 ‘장애인등’에게 편의시설이 완비된 학교를 우선적으로 선택할 수 있도록 조치해 줄 것을 권고한 사례

【결정요지】

학교내 ‘장애인등’을 위한 편의시설이 설치되지 않은 것에 대하여 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단하여 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제8조제1항 및 같은법 시행령 제4조에 의한 대상시설별 편의시설의 종류 및 설치기준에 따라 승강기 등 ‘장애인등’을 위한 편의시설을 조속히 설치하고, 관련 시설이 완비될 때까지 교사 및 학생의 신규임용·전보 및 입학·전학시에 ‘장애인등’에게 승강기 등 편의시설이 완비된 학교를 우선적으로 선택할 수 있도록 조치할 것을 권고

【진 정 인】 이○○

【피진정인】 ○○교육감 외 1인

【주 문】

1. 피진정인에게 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제8조제1항 및 같은 법 시행령 제4조에 의한 대상시설별 편의시설의 종류 및 설치기준에 따라 승강기 등 ‘장애인등’을 위한 편의시설을 조속히 설치하고, 관련 시설이 완비될 때까지는 교사 및 학생의 신규임용·전보 및 입학·전학 시에 ‘장애인등’에 해당하는 자가 승강기 등 편의시설이 완비된 학교를 우선적으로 선택할 수 있도록 조치할 것을 권고한다.

2. 피진정인에게 ‘장애인등’에 해당하는 자에 대하여 담임배정이나 교실의 배치를 조정하는 등의 방법으로 현재의 시설에서도 이동의 불편을 최소화할 수 있

도록 조치할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 당사자의 주장

가. 진정인

진정인은 ○○중학교에 근무하는 교사로서 ○○년 교통사고로 인해 왼쪽 다리가 약간 짧은 상태인 바, 지난 26년간 교사생활을 하면서 장애인 이동시설이 없는 계단을 수도 없이 오르내려 퇴행성관절염을 앓게 되었으니 이에 대한 보상과 함께 학교에 엘리베이터 등 이동시설을 설치해 주기 바란다.

나. 피진정인

진정인이 근무하는 ○○중학교는 2001년도에 설립된 학교로서 관련법에 따라 장애인 의무시설을 상당부분 갖추었으나, 엘리베이터는 막대한 예산이 소요되어 설치에 어려움이 있다.

2. 인정사실

진정인 및 피진정인의 진술서, 관련 자료, 위원회의 현장 조사결과 등을 종합적으로 살펴볼 때 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 진정인이 근무하는 ○○중학교는 ○○교육청이 2001년도에 설립한 공립중학교이며 교원, 직원, 학생 중에서 『장애인·노인·임산부등의편의증진보장에 관한법률』에 의한 ‘장애인등’⁴⁸⁾에 포함될 수 있는 사람의 수는 2003. 4. 현재 5명이다(교원 3, 학생 2).

나. 진정인은 54세의 ○○과 ○학년 교사로서 본관동의 3층에 ○○과 연구실이 있으며, 같은 층에 있는 ○학년 학생들에 대한 주당 21시간의 ○○과 수업을 담당하고 있고, 1층 교무실에 가기 위하여 하루 4회 정도 계단을 오르내리고 있다.

다. 진정인은 2002. 11. ○○. ○○한방병원에서 관절염(슬통)으로 4주 진단을

48) “장애인등”이라 함은 장애인·노인·임산부 등 생활을 영위함에 있어서 이동과 시설이용 및 정보에의 접근 등에 불편을 느끼는 자를 말한다. 동법 제2조제1호.

받은 사실이 있다.

라. 위 중학교는 설립 당시 지하1층, 지상5층 규모로 비교적 장애인편의시설을 잘 갖추었으나, 장애인 이동수단의 핵심시설인 승강기는 건축법 제57조제1항에서 규정하고 있는 설치기준(6층이상, 연면적 2,000㎡ 이상인 건축물)에 해당하지 아니하여 설치하지 아니하였으며, 대체시설인 경사로도 없는 상태이다.

마. 『장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률시행령』 [별표2]의 대상시설별 편의시설의 종류 및 설치기준에 의하면, 장애학생을 위한 교실·화장실을 1층에 배치할 경우 계단 또는 승강기는 권장사항으로 규정되어 있으나, 위 학교의 경우 본관동과 교사동 2개 동의 건물 57개실 중에서, 본관동 1층에는 교장실, 교무실, 행정실, 정보실, 인쇄실 및 ○○반 교실이 있고, 교사동 1층에는 식당, 보건실, 각 교과별 연구실 등이 있어 1층에 있는 교실은 ○○반 1개 교실에 불과하다.

바. 장애인화장실은 각 층별로 본관동 4개, 교사동 5개 등 9개가 있으나 남여용 구분이 없으며, 본관동과 교사동을 연결하는 통로의 높이의 차이가 있는 곳에 설치하게 되어있는 경사로는 없는 상태이다.

사. ○○지역에 2002년도부터 신설된 학교는 장애자겸용 엘리베이터를 설치하고 있다(설치학교 : ○○초등, ○○중, ○○여고, ○○고, ○○고).

3. 판 단

가. 진정인은 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제2조제1호상의 '장애인등'에 해당하며, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인등이 아닌 사람들이 이용하는 시설과 설비를 다른 사람의 도움 없이 동등하게 이용할 권리를 가진다.

나. 위 학교의 경우 관련 규정에서 정하고 있는 의무시설은 비교적 설치가 잘 되어 있으나, 권장시설의 경우 상당수가 미설치되어 있으며, 특히 예산상의 문제가 있다고는 하나 의무시설로 규정되어 있는 승강기가 설치되어 있지 않고 대체 경사로도 없는 상태인 바,

다. 다층 건물에서의 승강기 및 경사로는 '장애인등'에게 주요한 이동수단이며,

특히 지하 1층 지상 5층인 위 학교의 경우 보통사람들도 걸어 올라가면 힘이 들어 설사 휠체어 장애인이 아니라 하더라도 관절염을 앓고 있는 진정한 같은 경우 이동에 상당한 어려움이 있을 것으로 판단된다.

라. 그러나 승강기의 설치는 위 학교 뿐만 아니라 다른 학교에도 설치하여야 하는 것으로 이는 많은 예산이 수반되는 일이기 때문에 단시일 내에 이를 전부 설치하기에는 현실적인 어려움이 있으므로, 비용이 수반되는 시설의 설치 이외에 실제로 진정한을 포함한 '장애인등'에게 도움이 될 수 있는 대안, 즉 층간 이동을 최소화하도록 1층 공간으로 교실을 배치한다거나 또는 편의시설이 완비된 학교에의 우선적 배정 등이 함께 조치되어야 할 것으로 판단된다.

4. 결 론

위에서 인정된 사실을 종합하여 볼 때, 진정한이 근무하는 위 학교는 관련규정에서 의무시설로 규정하고 있는 승강기 및 경사로를 설치하지 아니하여 '장애인등'에 해당하는 진정한이 위 학교의 시설이용 및 이동에 있어 상당한 불편과 고통을 감내하여야 했으며 이는 헌법 제10조가 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하는 것으로 판단되므로, 국가인권위원회법 제44조제1항제1호의 규정에 따라 주문과 같이 의결한다.

2003. 5. 21.

국가인권위원회제2소위원회

위원장 유 현 위 원 조미경 위 원 신동운

2] 2004. 6. 4.자 03진인5950 결정 [비밀전학생 신상정보 보호]

가정폭력피해자 아동이 가해자에게 신분 누출 염려 없이 정규교육을 받을 수 있도록 권고한 사례

【진 정 인】 최○○

【피 해 자】 정○○

【피진정인】 1. ○○교육청교육장
2. ○○초등학교장

【주 문】

○○교육청교육장·○○초등학교장에게 피해자 및 관계기관과 협의하여 피해자의 둘째 딸이 신상정보의 누출 염려없이 정규교육을 받고 졸업할 수 있도록 학적을 복구하는 등의 조치를 취할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피해자는 남편의 구타와 도박 등으로 이혼 후 두 딸을 비밀전학시켰으나, 딸들이 다니는 학교가 번번이 전남편에게 노출된 바, 두 딸이 신분 노출없이 학교에 다닐 수 있도록 조치해 달라는 것이다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

관련 규정에 따라 전학하였으며, 피해자의 딸들에 대한 인적사항이 외부로 유출된 적이 없다.

3. 인정된 사실

가. 2002. 1. 피해자는 남편의 폭력과 도박 때문에 ○○가정법률상담소 쉼터에 입소하였고, 2002. 3. 두 딸을 피해자가 양육하는 조건으로 남편과 협의이혼을 하고 두 딸과 함께 자립생활을 시작하였다.

나. 피해자의 진술 및 ○○가정법률상담소의 기록에 따르면, 2003. 4. 피해자의 둘째 딸(김○○)의 학교로 이혼한 남편이 찾아와서 담임선생님이 피해자에게 연락, 경찰 보호 하에 피해자와 피해자의 두 딸이 수원가정법률상담소 쉼터에 다시 입소 한 적이 있고, 같은 해 5. 23. 위 전 남편이 피해자에게 전화협박을 해 쉼터에서 경찰에 신고한 적이 있으며, “눈에 띄면 죽여 버리겠다” 등의 음성녹음이 여러 차례 들어와서 녹음을 해둔 사실이 있다.

다. 피해자의 두 딸들은, 아빠가 엄마와 자신들을 자주 때려서 무섭고, 아빠를 다시 만나면 자신들을 죽일지도 모른다고 하고 있으며, 아빠를 다시는 만나지 않고 엄마와 함께 사는 게 행복하다고 하고 있다.

라. 피해자의 큰 딸(김○○, 14세)은 2002. 2. ○○초등학교에서 2002. 3. ○○초등학교로 전학했다가 2003. 3. ○○여중에 입학하였고, 2003. 6. 다시 △△중학교로 전학하였으며, 현재 □□중학교(사립) 2학년에 재학 중이다.

마. 위 □□중학교는 피해자 큰 딸의 전학 시 NEIS 등에 의해 생활기록부, 성적표 등을 이전하지 않고 직접 복사해서 전학절차를 밟았으며, 현재 신상정보 누출을 우려하여 학생관련 기록을 수작업으로 기록하고 있다.

바. 피해자의 둘째 딸(김○○, 12세)은 2002. 2. ○○초등학교에서 △△초등학교로 전학했다가 2003. 2. □□초등학교로 전학하였고, 2003. 6. 다시 ■■초등학교로 전학하였으며, 현재 ▲▲초등학교(공립) 6학년에 다니고 있으나, 학적이 없는 상태로 초등학교 졸업이 되지 않으며 NEIS 등 관련 자료는 전학 전 학교(■■초등학교)에 있는 상태이다.

사. 피해자는 둘째 딸의 학적을 포기하고, 학교생활에서 발생할 수 있는 어떤

문제에 대해서도 학교에 책임을 전가하지 않는다는 각서를 ▲▲초등학교에 제출하였고, 위 학교에서는 피해자의 둘째 딸을 청강생으로 하여 가명(김●●)으로 학교에 다니도록 하고 있다.

아. 피해자는 현재 ○○에 거주하고 있으나, 교육청의 NEIS 등 자료나 동사무소로부터 딸들의 신상정보 누출을 우려해 주소지(○○시 ○○구)를 옮기지 않고 있다.

자. 피해자의 딸들의 전학 서류에는 전학 가는 학교가 공란으로 처리되었고, 인비로 등기 발송되어 유출 흔적이 없다.

차. 교육인적자원부에서는 2003년 2차례에 걸쳐 가정폭력 피해학생 전학처리와 관련한 지도 공문을 각 시·도 교육청에 시달한 바 있다.

4. 판 단

가. 피해자의 두 딸에 대한 신상정보 유출이 어디서 발생했는지에 대해서는 객관적 증거자료가 없어 확인할 수 없는 바, 인권침해행위 사실이 확인되지 않은 피진정인에 대하여 「헌법」 제17조 사생활의 비밀과 자유침해 및 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제18조(비밀엄수의 의무) 위반으로 보기는 어렵다고 판단된다.

나. 그러나 현실적으로 피해자의 전 남편이 피해자를 협박하고 피해자 딸들의 학교로 찾아와, 피해자와 두 딸이 2003년 3~4차례 이사와 전학을 반복한 피해사실이 있고, 특히 피해자의 첫째 딸은 정규 중학교교육을 받고 있으나 초등학생인 둘째 딸은 졸업이 안 되는 무적학생 신분으로 가명을 사용하면서 다니고 있어 중학교 전학 등 장래를 생각할 때 매우 우려스러운 상황에 처해있는 등, 피해자와 두 딸이 행복추구권 등의 기본권 침해를 받고 있음이 인정된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 진정은 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2004. 6. 4.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위원 정강자 위원 김덕현

㉓ 2005. 9. 25.자 04진인1497, 03진인5870(병합) 결정 [‘0교시수업’, 강제보충·자율학습 등]

2004. 2. 17. 교육인적자원부의 “사교육비경감대책” 발표 이후 전국의 많은 중, 고등학교에서 ‘0교시 수업’, 보충수업과 야간자율학습 운영하고 있으나 피진정인의 직접적인 행위로 인한 인권침해로 보기는 어려워 기각한 사례

- 【진 정 인】** 1. 월○○ 외 3인
2. 박○○

【피진정인】 교육인적자원부장관

【주 문】 진정인의 진정을 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

2004. 2. 17. 교육인적자원부의 “사교육비경감대책” 발표 이후 전국의 많은 중, 고등학교에서 이른바 ‘0교시 수업’을 실시하고, 강제 보충수업과 강제야간자율학습을 운영하여 학생들의 건강권과 학습권, 문화적 향유권, 휴식권, 신체의 자유 등을 침해하고 있으나 피진정인은 이에 대한 적극적인 시정 조치를 하지 않고 있으므로 시정 조치를 권고해주기 바란다.

2. 당사자 주장 요지

가. 진정인

1) 2004. 2. 17. 교육인적자원부의 “사교육비경감대책”을 발표하였으나 이 방안은 입시구조 개혁이라는 본질적 문제를 해결하기보다 학교 내에 두 개의 교육과정(정규수업과 보충수업)을 병존시킴으로써 정상적인 교육과정과 학생들의 전인적 발달을 위축시켜 학교를 사설학원화하고 있다.

2) 교육부의 “사교육비경감대책” 발표 이후 실제로 많은 중·고등학교에서 ‘0교시 수업’, 강제보충학습, 강제야간자율학습을 운영하고 있는 바, 0교시 수업, 강제보충학습, 강제자율학습은 학생들의 학습선택권과 건강권을 크게 해치는 반인권적, 반교육적 행위로서 UN아동권리협약 및 교육기본법, 청소년보호법, 아동복지법을 위반한 행위이므로 폐지되어야 한다.

3) 0교시 수업, 강제보충·자율학습을 폐지하기 위해서는 ① 수업시간 30분 전의 일제 등교를 금지하고, ② 희망학생, 희망과목에 한하여만 특기적성 형태의 보충학습을 실시하며, ③ 희망하는 교사에 한하여 보충·자율학습 지도에 참여하도록 하고, ④ 세부 보충수업 계획 및 시행 과정에 대한 학교운영위원회의 심의, 감독을 내실있게 운영하며, ⑤ 교육부 및 교육청 차원에서 감독기구를 설치하고, 학부모 및 교원단체가 참여하는 공동감시기구를 구성하여 위반 사례를 지속적으로 단속하고 강력한 제재 조치를 가하는 등의 방안이 필요하다.

4) 현재 0교시 수업, 보충수업, 특기적성교육, 야간자율학습 등 방과후 교육활동에 관한 법규가 없어 일선학교의 불법·편법적인 방과후 교육활동을 규제할 법적 근거가 없기 때문에 위와 같은 문제들을 해결하는 데 근본적인 한계가 있으므로 대통령령 또는 교육부장관령으로 방과후 교육활동의 시행방법, 수업시간과 실시 과목, 강사료와 수강료, 경비사용, 규칙 위반 학교에 대한 제재 조치 등이 규정된 “방과후 교육활동 규칙”(가칭)을 제정하여 시행할 필요가 있다.

나. 피진정인

1) 1998. 보충수업 금지와 2000. 과외 금지규정에 대한 위헌 판결 이후 사교육비 폭증으로 서민과 중산층 가계를 위협하고 있고, 2003. 감사원 감사에서 특기·적성교육을 자율적으로 결정·시행할 수 있는 방안 마련 요구가 있어 공교육 정상화를 통한 “사교육비 경감대책”을 수립하여 2004. 2. 17. 발표하였으며, 이 때 소외계층·지역의 균등한 교육기회의 제공 및 사교육비 경감을 위한 단기 과제로서 학교운영위원회의 심의를 거쳐 학교장의 권한으로 수준별 보충학습과 자율학습을 실시하도록 하였다.

2) “사교육비 경감대책” 발표시 교육과정 정상 운영, 학생의 심신 건강 및 실질적 선택권 보장이라는 원칙을 분명히 하였고, 강제적·획일적 운영 등 변칙 운영에 대해서는 엄정 대처할 방침을 지속적으로 시달하였으며, 실제로 교육인

적자원부와 모든 시·도 교육청에서 상설장학반 등을 운영하여 일부 학교의 변칙 운영 사례에 대한 감독 및 제재 활동을 수행하였다.

3) 2004. 4. 전국 시·도교육감협의회에서 0교시 수업, 보충·자율학습 등의 시행 과정의 문제점의 개선 대책을 결의하여 각 시·도 교육청별로 자율적인 문제 해결에 노력을 기울이고 있는 상황이며, 학생 선택권의 보장 원칙 외에 주당 보충수업시수 등 구체적인 시행 방법이나 요건을 다시 교육인적자원부가 지역교육청이나 일선 학교에 획일적으로 부과하는 것은 타당하지 않다.

4) 정규학습시간 종료 후 교육활동은 학교운영위원회의 심의 사항(초중등교육법 제32조)으로 방과후 교육활동은 학교장이 학교운영위원회의 심의를 거쳐 자율적으로 운영할 수 있다. 다만 학생 및 교사의 인권과 건강권을 해칠 우려가 있는 강제적·획일적 운영 등 변칙 운영에 대하여는 우리부의 상설장학반이나 시·도교육청의 자체 장학반 활동을 강화하여 엄정 대처할 것이다. 한편, 방과후 교육활동 운영을 획기적으로 개선할 수 있는 방안을 모색 중이며, 필요하다면 방과후 교육활동에 대한 구체적인 시행기준과 요건을 정한 '방과후 교육활동 운영 매뉴얼'을 만들어 시행하는 방안도 검토하고 있다.

5) 과중한 사교육비가 중산층과 서민층의 가계를 위협하는 상황에서 학교의 시설과 여건을 활용한 방과후 보충학습은 불가피한 선택이고, 특히 사설기관이 없는 소외지역과 계층의 학생들에게 균등한 교육기회를 제공하는 차원에서 정책 도입의 의의가 크며, 정책형성 과정에서 수많은 여론수렴을 거쳐 교육수요자의 요구를 반영하고, 학교의 자율권, 학생·학부모·교원의 선택권, 학생의 심신 건강을 보장하는 범위내에서 실시토록 결정한 합리적인 정책이며, 미성년인 학생 교육을 위한 행위로서 상계를 벗어난 행위가 아닌 경우에 인권 침해 여부 판단 시는 신중한 검토가 필요하다.

3. 사실의 인정 및 판단

가. 2004. 2. 17. 교육인적자원부 발표, “사교육비 경감대책” 개요

1) 사교육비 경감대책 추진 배경

가) 교육인적자원부는 1998. 보충수업 금지와 2000. 과외 금지 규정의 위헌

판결 이후 사교육비 폭증으로 서민, 중산층의 가계가 위협받는 사회 현실과 2003. 감사원 감사 결과 특기·적성 교육의 파행 운영에 대한 개선 방안 권고 요구 등을 배경으로 2003. 5.부터 전담팀과 대책위원회, 외부 연구팀 등을 구성하여 사교육비 경감대책 연구 및 토론, 공청회 등을 거쳐 2004. 2. 17. “공교육 정상화를 통한 사교육비 경감대책”을 확정, 발표하였다.

나) 감사원은 2003. 교육인적자원부 감사 결과 대부분의 일선 학교들이 방과 후 특기·적성 교육을 운영하는 과정에서 학생이나 학부모의 동의를 구하지 않은 채 사실상 강제적이고 획일적인 형태의 보충수업을 실시하고 있는 실태를 파악하고, 교육인적자원부장관에게 이러한 관행을 개선하고 특기·적성 교육을 실질적이고 자율적으로 시행할 수 있는 방안을 마련하도록 권고 조치한 바 있다.

2) 사교육비 경감대책의 핵심 내용

가) 교육인적자원부는 “사교육비 경감대책”에서 사교육 수요 해소를 위한 단기 대책으로 ① EBS 수능전문 강의로 수능과외를 대체(e-Learning 체제 구축), ② 방과후 수준별 보충학습을 통해 교과과외 흡수, ③ 특기·적성교육 활성화를 통한 재능·영어 과외 수요 충족, ④ 초등학교 저학년 ‘방과후 교실’ 운영을 통해 특이수요 흡수 등의 방안을 제시하고,

나) 학교교육 내실화를 위한 중기 대책으로 ① 교원평가 제도를 개선하여 우수 교원 확보, ② 수업·평가방법을 개선하여 학교교육의 기능 회복, ③ 수준별 이동수업과 학생선택권 확대 등으로 교교평준화제도의 문제점 보완, ④ 대입 전형제도를 개선하고 진로지도를 강화하여 고등학교 교육 정상화, ⑤ 기초학력 책임지도제를 강화하여 교육 수준의 국민최저선 보장 등의 방안을 제시하였으며,

다) 사회·문화 풍토 개선을 위한 장기 대책으로 학벌주의와 왜곡된 교육관을 극복하는 사회제도 및 의식 개혁 방안을 제시하였다.

3) 수준별 보충학습 및 자율학습 실시 방안

가) 위 경감대책에서 사교육 수요를 공교육 체제로 흡수하기 위한 단기적 대책으로 수준별 보충학습 실시 방안이 제시되었는데, 그 내용에는 ① 학교장이 학교운영위원회의 심의를 거쳐 자율적으로 운영한다는 원칙과 ② 인력풀을 활용

한 수준별 강좌 개설 및 학생 선택권 부여 원칙 등이 포함되어 있으며,

나) 세부적 기준으로 “강좌 운영 등의 결정 과정에 학생·학부모 대표 의견 반영”, “교육과정 정상운영, 학생의 심신 건강 및 실질적 선택권을 보장하는 범위 내에서 실시”, “강제적·획일적 운영 등 변칙 운영에 대하여는 엄정 대처”, “종래의 문제풀이식·교과 진도 중심의 획일적 보충수업과 달리 학생의 희망에 따라 학력차를 고려한 수준별 학습 실시” 등이 제시되고 있다.

나. 0교시 수업, 강제 보충·자율학습의 실태 및 교육인적자원부 활동 사항

1) 상황 개요

가) 위 대책이 발표되자 일선 학교들에서는 방과후 수준별 보충학습 등의 개념과 구체적 실시 방안을 둘러싸고 혼선이 발생하였으며, 다수 학교들에서 수준별 보충학습 등을 교육인적자원부의 설명과 달리 과거의 보충수업과 동일한 개념으로 받아들여 강제적이고 획일적인 교과진도 수업 등을 실시하여 학생들과 전교조 등 교육단체의 반발이 잇따르고 이러한 사실이 수차례 언론에 보도되는 등 새로운 사회적 쟁점으로 부각되었음.

나) 이에 교육인적자원부는 2004. 2. 17. 사교육비 경감대책 발표 이후 부총리 주재, 시·도 교육감 회의, 전국 190개 지역교육청 교육장 회의 등을 개최하여 위 대책의 조기 안정 정착을 위해 협조를 요청하고, 2004. 3. 26. 시·도 및 학교현장 지도를 위한 ‘상설장학반’을 구성하여 2004. 상반기와 하반기에 걸쳐 활동하였으며, 2004. 4. 20.에는 시·도교육감협의회에서 ‘방과후 교육활동 운영 방안’을 결의하여 강제적·획일적 보충학습 금지, 정규수업 전(0교시)과 오후 7시 이후의 보충학습 금지, 오후 10시 이후 야간자율학습 실시 지양, 수준별 보충학습은 주당 최대 12시간 이내 실시 등의 방침을 정하였다.

2) 2004. 4. 전국교직원노동조합이 한길리서치에 의뢰한 설문조사 결과

가) 교육인적자원부의 사교육비 경감대책 관련 2004. 4. 전교조가 여론조사 전문기관인 한길리서치에 의뢰하여 교사 1106명, 학생 1306명, 학부모 921명을 대상으로 설문 조사한 결과에 따르면, 조사대상 학생들의 77.5%가 정규수업전 ‘0교시’ 또는 ‘-1교시’를 실시한다고 답하였고, 93.8%가 오후 보충수업을 받고 있으며, 98%가 야간 자율학습을 실시하고 있고, 19.6%는 저녁 9시까지, 68.6%는

밤 10시까지, 8.6%는 밤 11시까지, 0.4%는 자정까지 야간 자율학습을 실시하고 있다고 응답하였다.

나) 또 학생들은 오후 보충수업의 학습효과에 대해 48.4%가 그저 그렇다, 34.1%가 적다고 대답하였고, 0교시 또는 -1교시의 학습효과에 대해 57.5%가 적다, 35.4%가 그저 그렇다고 대답하였으며, 보충수업의 학생 선택권 보장과 관련하여 11.9%가 자율적 선택권이 보장된다, 51.8%가 형식적 절차를 거치나 사실상 강제적이다, 36.3%가 학생 의사와 상관없이 무조건 참여해야 한다고 대답하였고, 야간 자율학습의 자발성과 관련하여 19.4%가 자유 의사로 참여한다, 46.5%가 형식적 절차를 거치나 사실상 강제적이다, 34.1%가 무조건 해야 한다고 응답하였다.

다) 한편, 조사 대상 교사들의 74.9%와 학부모의 58.4%가 '0교시' 또는 '-1교시'의 축소 또는 폐지가 필요하다고 응답하였고, 오후 보충학습에 대해 교사의 70.8%가 원하는 경우에만 실시한다, 25.6%가 폐지해야 한다고 답하였으며, 야간 자율학습에 대하여는 교사의 60.8%가 원하는 경우에만 실시해야 한다, 36.4%가 폐지해야 한다고 답하였고 학부모의 69.1%가 원하는 경우에만 실시해야 한다, 16.3%가 폐지해야 한다고 대답하였다. 또 보충수업과 야간 자율학습의 선택권 보장 여부에 대하여 교사의 17.4%가 학생들의 선택권을 보장한다, 75.3%가 형식적 절차를 거치지만 강제적이다, 7.3%가 강제적이라고 응답하였다.

3) 서울특별시교육청 실태 조사 결과

2004. 3. - 4. 서울시교육청은 서울시내 고등학교 71곳에 대한 특별장학 활동을 벌인 결과, '0교시 수업' 및 강제 보충·자율학습 금지 지침을 위반한 24개 고등학교에 대하여 시정 조치하였다. 이 중 정규 수업시간 이전(0교시 및 -1교시)에 강제 보충수업 또는 자율학습, 교육방송 강의 시청 학교 16개교, 방과후 강제 보충수업 또는 자율학습 실시 학교 6개교였고, 밤 12시까지 강제 자율학습을 실시한 학교도 1곳 확인되었다.

4) 교육인적자원부와 전국 교육청의 상설장학반 운영 결과

가) 교육인적자원부는 2004. 1회 임시장학반과 3회 상설장학반을 운영하여 전국 94개 고등학교를 대상으로 강제 보충·자율학습 실태를 점검한 결과, 다수

학교들에서 강제적이거나 획일적인 방식으로 보충·자율학습을 실시하고 있는 현황을 파악하고 개선 또는 시정 조치하도록 한 바, 그 구체적 내용을 살펴보면,

(1) 2004. 4. 임시장학반 운영 결과, 대상학교 32개교 중 0교시 수업 실시 학교(8시 이전 수업 실시 학교)가 21개교, 보충·자율학습 평균 참여율 88.4%에 이르며, 고3의 경우 23시 이후까지 자율학습을 운영하는 사례와 보충학습을 획일적으로 운영한 사례가 확인되었고, EBS 수능방송 획일적 시청 학교도 일부 확인되었으며,

(2) 2004. 5. - 6. 상설장학반 운영 결과, 대상학교 20개교 중 0교시 실시 학교 12개교, 강제 보충·자율학습 실시학교 8개교, EBS 수능방송 획일적 시청 학교 7개교가 확인되었고,

(3) 2004. 7. - 8. 상설장학반 운영 결과, 대상학교 18개교 중 0교시 실시 학교 4개교, 강제 보충학습 실시 학교 9개교, 강제 자율학습 실시 학교(전학년 90%이상 참여) 7개교, EBS 수능방송 획일적 시청 학교 8개교가 확인되었으며,

(4) 2004. 10. - 11. 상설장학반 운영 결과, 대상학교 24개교 중 0교시 실시 학교 2개교, 8시 이전 자율학습 실시 학교 16개교, 강제 보충학습 실시학교 10개교, EBS 수능방송 획일적 시청 학교 8개교 등이 확인되었고, 특히 충북, 충남, 광주, 전남, 경남, 제주 지역 소재 학교들은 보충학습 참여율이 매우 높게 나타나고 있다.

나) 전국의 시·도 교육청도 장학반 등을 구성하여 강제 보충·자율학습 등에 대한 현장 지도 및 점검 활동을 실시한 결과, 강제 보충·자율학습 금지, 0교시 수업 실시 금지 등 교육인적자원부의 지침을 위반한 177개교에 대하여 시정 조치한 사실이 있고, 특히, 대전광역시교육청은 11개교에 대하여 기관경고 조치를 하였으며, 교육인적자원부는 이와 같은 지속적인 현장 지도 등을 통해 감독한 결과 관련 민원 발생 건수가 크게 감소하였다고 밝히고 있다.

<표1> 2004. 강제 보충·자율학습 관련 민원 발생 현황(교육부홈페이지 기준)

시기	3월	4월	5월	6월	7월	8월	9월	10월	11월
민원수	280	93	41	30	16	23	7	6	0

다) 그러나 강원도, 충청북도, 전라북도, 경상남도, 제주도 교육청은 규정 위반 사실이 없다는 이유로 공문 발송 외에 별도의 시정 조치를 취한 사례가 없는 것으로 나타나는 바, 교육인적자원부 상설장학반 현장 지도 과정에서 해당 시·도 소재 고등학교들에서도 0교시 실시 사례 및 강제적 보충, 자율학습 실시 사례 등이 다수 발견되는 것에 비추어 볼 때 이들 시·도교육청의 실태조사가 형식적이었을 가능성이 크고, 경기도교육청은 4회의 현장 지도 결과 33개교에 대하여 시정 조치한 사실이 있으나, 수원고와 수성고 등 일부 학교들에서 반강제적이고 획일적인 보충, 자율학습이 실시되고 있는 현황을 파악하고서도 해당 학교의 특수성을 강조하면서 별다른 시정 조치를 취하지 않은 바, 이들 학교는 2004. 7. 교육인적자원부 상설장학반 현장 지도시에도 강제적 보충·자율학습 실시 및 획일적이고 강제적인 EBS 방송 시청 사실이 확인되어 개선하도록 요구받은 사실이 있다.

라) 이러한 사실과 관련하여 진정인측은 자체 조사를 통해 2004. 하반기에 '0교시 수업' 및 강제 보충·자율학습 실시 사례가 다소 감소하기는 했어도 여전히 많은 학교에서 실시되고 있다고 주장하면서 피진정인과 각 시도 교육청의 형식적인 실태조사 결과를 신뢰하기 어렵다는 의견을 제출한 바, 2004. 10. - 11. 피진정인의 상설장학반 운영 결과에서도 여전히 관련 지침을 위반한 학교들이 다수 발견된다.

다. 판 단

1) 학생 인권의 성격과 내용에 대한 검토

가) 헌법에서 보장하는 기본적 인권은 모든 인간에게 보장되는 것으로 헌법 제10조 인격권 및 행복추구권, 제11조 평등권, 제12조 신체의 자유, 제17조 사생활의 비밀과 자유, 제21조 언론·출판·집회·결사의 자유(표현의 자유), 제22조 학문과 예술의 자유, 제31조 교육받을 권리, 제34조 인간다운 생활을 할 권리 등은 학생의 지위에 있는 자에게도 보편적으로 적용되어야 할 것이고, 이러한 권리의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 정한 원칙에 의거하여 적법하고 정당하게 이루어져야 할 것이다.

(1) 과거 일제시대와 권위주의 정부 시기에 학교와 학생의 관계에 대하여

는 특별권력관계론에 입각한 해석이 주를 이루어왔으나 이러한 해석에 근거할 경우 명령권자인 학교장에게 광범위한 재량이 인정되고, 학생들에게는 권리이전에 의무가 요구되며, 학생들의 기본권 제한은 구체적인 법률의 근거없이도 정당화되어 권력주체의 명령, 지시에 대한 복종 의무의 강화가 불가피한 결과를 초래해 왔다.

(2) 이러한 문제점에 대한 하나의 해결 방안으로 학교와 학생의 관계가 공법상의 특수한 계약관계에 있다고 보는 재학계약론이 제기되기도 하나 이 경우에도 학생들이 계약상의 구속력에 의해 학생이 복종해야 하는 것을 정당화함으로써 학생의 권리보다는 학교가 갖는 권력·이익을 우선시하고 학생의 권리침해를 불가피한 것으로 인식하는 한계를 갖고 있다고 평가된다.

(3) 따라서 아동이 미성년의 상태에 있다 하더라도 특별한 사유가 없는 한 기본권을 향유할 수 있는 독립적 인격체로서 존중받아야 하고 학생을 단순히 교육받는 대상이나 수동적인 시혜의 대상이 아닌 능동적인 권리 주체로 인식하려는 노력이 필요하며, 이러한 인식의 전환에 기초하여 학교와 학생, 교사와 학생간의 민주적, 인권친화적 관계설정이 필요한 시점이다.

나) 아동의 권리에 관한 국제협약(1990. 발효, 1991. 비준)은 아동을 더 이상 단순히 특별보호와 원조를 필요로 하는 취약성을 가진 인간이 아니라 기본적인 권리와 자유의 주체로서 자신의 의견을 가지고 견해를 표명하며, 정보를 제공받고 공유할 권리를 성인들과 함께 가지는 존재 즉 능동적 권리의 소유자 내지 행사자로 인식하면서 모든 아동들에게 생존의 권리, 보호의 권리, 발달의 권리, 참여의 권리를 보장하고 있고, 발달의 권리에는 잠재능력을 최대한 발휘하는 데 필요한 권리, 교육받을 권리, 여가를 즐길 권리, 문화생활을 하고 정보를 얻을 권리, 사상과 양심·종교의 자유를 누릴 권리가 포함된다.

(1) 아동의 권리에 관한 국제협약 중 관련 조항

① 제12조 제1항 : 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다.

② 제28조 제2항 : 당사국은 학교 규율이 아동의 인간적 존엄성과 합치하

고, 이 협약에 부합하도록 운영되는 것을 보장하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

③ 제29조 제1항 : 당사국은 아동교육이 다음의 목표를 지향하여야 한다는 데 동의한다. (a) 아동의 인격, 재능 및 정신적·신체적 능력의 최대한의 개발. (b) 인권과 기본적 자유 및 UN 헌장에 규정된 원칙에 대한 존중의 진전.

④ 제31조 제1항 : 당사국은 휴식이나 여가를 즐기고, 자신의 연령에 적합한 놀이와 오락활동에 참여하며 문화생활과 예술에 자유롭게 참여할 수 있는 아동의 권리를 인정한다.

⑤ 제31조 제2항 : 당사국은 문화적 예술적 생활에 완전하게 참여할 수 있는 아동의 권리를 존중하고 촉진하며, 문화, 예술, 오락 및 여가활동을 위한 적절한하고 균등한 기회의 제공을 장려하여야 한다.

(2) 2003. UN 아동권리위원회는 한국정부의 아동권리협약 이행에 관한 제2차 보고서(2000.5.1. 제출)에 대한 심의 결과, 경쟁이 심한 교육제도가 어린이의 잠재력이 충분히 개발되는 것을 저해할 위험을 우려하고, 그러한 경쟁을 감소시키고 협약 제29조 제1항에서 정한 교육의 목표를 충분히 반영하는 방향으로 교육정책을 검토할 것을 한국정부에게 권고한 바 있다.(2003.1.31 UN 아동권리위원회 제862차 회의)

다) 0교시 수업, 강제 보충·자율학습의 실시 등 정규교과외 수업 활동과 관련된 학생 인권의 내용은 특히 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 내재한 학습권과 밀접한 연관성을 갖는데,

(1) 학습권은 인간이 태어나면서부터 학습을 통해 인격을 형성하고 인간의 존엄과 가치를 실현하며 인간적으로 성장발달하여 갈 권리로서 국가권력이나 제3자로부터 학습의 권리를 방해받지 아니할 학습의 자유를 그 본질로 하는 자유권적 기본권으로서의 성격을 지닌 교육인권이라고 할 수 있고, 민주주의를 구성원들이 교육에 의해 민주적 가치를 학습하고 공유하는 정치구조에 의해 권한이 위임되는 사회의 이상으로 이해할 때 학습권 또는 학습의 자유는 국민주권의 원리를 실현하는 기본권이자 민주주의 유지, 발전의 핵심적 기초가 되는 권리이다. 이러한 인격권으로서 학습권을 보장하기 위해서는 교육의 내용이나 방법을 국민 자신이 형성하고 결정하는 국민의 교육권과 그에 대하여 국가로부터 간섭받지

않고 개입당하지 않는 교육의 자유가 필수적이고, 특히 만18세 미만 아동의 주요 학습생활공간인 학교에서도 아동의 자유로운 학습에 장애가 되는 국가권력 및 제3자의 부당한 개입과 간섭은 배제되어야 함을 의미하는 것이며,

(2) 학습권을 적극적으로 해석할 경우 개별학습자가 존엄성을 가진 인격적 주체로서 교수·학습 과정에서 대상화되거나 도구화되지 않을 권리, 자신의 개인적·사회적인 삶의 내용을 풍부하게 형성해 나갈 수 있는 권리, 삶을 풍부하게 형성하기 위해 유의미한 교육을 받을 권리 등의 의미를 포괄하는 것으로 구체적으로 교육내용의 선택·결정에 대한 참여 권리, 교육내용에 대한 요구권, 수업 과정에 대한 참여권, 유의미한 교육을 받을 권리, 교육기회 접근에 대한 자유로운 선택권 등을 내포하는 것으로 판단된다.

(3) 한편, 학습권과 교육받을 권리의 관계에 대하여 살펴보면, 교육권에는 자유권적 성격과 사회권적 성격이 모두 내포되어 있고, 이는 근대 초기 개인의 자유로운 인격 형성과 인간으로서 존엄과 가치를 실현하기 위한 자연적인 천부적 권리로서 인정된 학습권과 학습의 자유에 대하여 근대 국민국가의 성립과 근대적 공교육 제도의 도입, 발전에 따라 이러한 권리의 균등한 보장을 국가의 의무로써 적극적으로 규정하게 되는 역사적 과정에서 비롯된 것인 바, 자유권적 기본권으로서 학습권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 헌법 제22조의 학문의 자유 등과 밀접하게 연관되고, 사회권적 기본권으로서 균등하게 교육받을 권리는 헌법 제31조에 명시되어 있다.

(4) 이러한 헌법적 기준을 바탕으로 교육기본법 제3조(학습권)는 “모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육받을 권리를 가진다”고 규정하고 있고, 동법 제9조(학교교육) 제3항은 “학교교육은 학생의 창의력개발 및 인성의 함양을 포함한 전인적 교육을 중시하여 이루어져야 한다.”고 규정하고 있으며, 동법 제12조(학습자) 제1항은 “학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.”고 규정하고 있고, 동조 제2항은 “교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다.”고 규정하고 있다.

라) 이러한 기준과 논의에 의거 ‘0교시 수업’과 강제 보충·자율학습의 실시

등에 따른 학생 인권 침해 여부에 대하여 검토해보면, 중등 학교의 정규 교육 과정의 범위를 벗어나는 영역과 시간에 이루어지는 교육 활동에 대하여는 특별한 사유가 없는 한 학습권의 주체인 학생의 자기결정권과 선택권이 최대한 존중되어야 하며 학생의 자기 의사에 반하면서까지 강제로 보충학습 등에 참여시키는 행위는 인권 침해 가능성이 상당할 뿐만 아니라 학생의 자발적이고 창의적인 학습 의욕을 떨어뜨리고 학교와 교사에 대한 심리적 반발과 이탈 행위로 연결되거나 수동적, 순응적 인간형의 내면화로 연결될 수 있어 창의적 인재 양성과 민주적 시민 형성이라는 바람직한 교육적 효과도 기대하기 힘들다고 판단되는 바,

(1) 정규 일과 시간이 시작되기 전인 이른 아침에 수업시간을 편성하여 학생들을 일제히 등교시키는 '0교시 수업'은 학생들의 인격권과 학습권, 건강권 등을 침해할 우려가 높고,

(2) 본래 정규 교육 과정에서 달성하고자 하는 목표를 실현시키기 위한 보조활동으로서 학습내용의 보충 및 심화에 취지가 있고, 교과과정상에 규정되지 않아 의무 사항이 아니며, 수익자부담의 원칙에 근거하여 일정한 수업료를 지불해야 하는 보충학습(수업)에 교사나 학교의 압력에 의해 학생들을 (사실상) 강제로 참여시키고, 획일적인 문제풀이나 교과서 진도를 나가는 것도 학생의 인격권과 학습권 등을 침해할 우려가 높으며,

(3) 정규 교과 외 시간에 실시되는 또 하나의 교육 프로그램으로 학생들이 자유로운 분위기에서 자신의 판단에 따라 의미있는 공부를 할 수 있는 권리를 가져야할 자율학습마저도 위 보충수업과 마찬가지로 학생들의 학습의지와 별도의 교육외적 논리에 의해 강제되고, 그 시간도 자정에 즈음한 심야 시간에까지 지속되는 것은 학생들의 인격권과 학습권, 건강권 등을 침해할 우려가 크다고 판단된다.

2) 0교시 수업, 강제 보충·자율학습 실태 및 개선사항

가) 위 인정사실에서 살펴본 바와 같이 교육인적자원부의 사교육비경감대책 발표 이후 전국적으로 다수의 고등학교들에서 강제적이고 획일적인 보충·자율학습을 실시하고, 이른바 '0교시 수업'을 실시하거나 심야 자율학습을 실시하며, EBS 수능 방송도 획일적으로 강제 시청하도록 한 것으로 확인되는 바, 이는 획일적인 입시위주 교육관과 권위주의적 통제 위주의 학교 문화가 여전히 강력한

힘을 발휘하고 있는 우리 사회의 현실을 단적으로 보여주는 현상이라고 할 것이다.

나) 이러한 현상은 특히 서울보다 경기도에서, 중소도시보다 대도시와 농어촌지역에서, 공립학교보다 사립학교에서 더욱 심한 것으로 나타나는 바, 이는 사교육시장의 발달 정도와 교육당국이 문제에 접근하는 태도의 차이 및 감독 권한이 미치는 범위의 차이, 각 지역별 사회적, 문화적 특수성 등에서 비롯되는 현상으로 판단된다.

다) 그러나 이와 같은 현실은 학생들의 정상적인 인격 형성과 자유로운 자아 실현의 추구를 가로막는 장벽으로 기능하고 있고, 이로 인해 학생들에게도 평등하게 보장되어야 할 인격권과 학습권, 건강권, 문화적 향유권, 사생활의 자유 등의 인권이 침해되고 있다고 판단되며, 이러한 과정을 통해 실시되는 0교시 수업이나 강제 보충·자율학습의 실질적인 학습 효과도 미미한 것으로 평가될 뿐 아니라 실제로 다수 학생들의 일탈과 수동적 저항이 당연시되는 효과를 낳고 있는 것으로 보고되고 있으며, 이러한 문제점에 대해서는 피진정인도 인식을 같이하고 있다.

라) 물론 이러한 현상이 근본적으로 개선되기 위해서는 획일적이고 지나치게 경쟁적인 입시제도와 문화가 개선되어야 할 것인 바, 교육인적자원부도 “사교육비경감대책”의 일환으로 수준별 보충학습을 시행하도록 하면서 ‘0교시 수업’과 강제 보충·자율학습을 금지하고 학생들의 건강권과 실질적 선택권을 보장하도록 지침을 시달하고 이를 위반하는 학교들에 대하여 각 시·도 교육청과 함께 지속적인 현장 확인을 통해 시정 조치를 취한 사실이 인정되며, 학생들의 반발과 전교조 등 사회적 문제제기 과정, 그리고 피진정인 등 교육당국의 감독 활동을 통해 2004. 하반기부터 0교시 수업 및 강제 보충·자율학습 실시에 관한 민원 발생 건수가 다수 감소하는 등의 효과가 나타난 것으로 판단된다.

4. 결 론

가. 앞에서 살펴본 바와 같이 정규교과 시간이 시작되기 전인 지나치게 이른 오전 시간에 학생들을 일제히 등교시켜 보충수업 등을 실시하거나(0교시 수업), 정규교육과정 외 교육활동이므로 학생들의 자발적 의사에 따른 학습선택권이 최

대한 존중되어야 할 보충·자율학습을 강제적이고 획일적인 형태로 실시하고, 방학이나 심야시간 여부를 가리지 않고 이루어지는 학교 현장의 오랜 관행은 학생들의 인권을 침해할 우려가 크므로 앞으로는 반드시 시정될 필요가 있고, 교육인적자원부의 “사교육비 경감대책” 발표 이후에 단기적으로는 이러한 학생 인권 침해 사례가 광범위하게 발생한 점이 인정되며,

나. 그동안 피진정인 등의 노력과 활동에도 불구하고 그 실태의 광범위함과 정확한 실태 확인 및 실효성있는 제재 조치의 곤란함 때문에 전국적으로는 0교시 수업이나 강제 보충·자율학습이 상당수 학교들에서 여전히 온존하고 있거나 교육당국의 감독이 느슨해지는 시점에는 언제라도 다시 확산될 가능성이 있고, 현재 보충·자율학습 등 정규교과외 교육활동이 객관적 규정이나 제도적 기준 없이 학교장의 재량에 의해 실시되면서 학교운영위원회의 형식적 심의와 학생·학부모의 형식적 동의만을 거치는 경우가 빈번한 실정인바 정교과외 교육활동에 대한 근거 규정과 시행기준의 법제화 등 제도적 개선, 보완의 필요성도 제기되고 있으나,

다. 서민과 중산층의 가계를 위협하고 공교육의 붕괴를 촉진할 수준에 이른 사교육 팽창 문제를 해결하기 위해 피진정인이 “사교육비 경감대책”을 발표, 시행한 것은 헌법 제31조에서 보장하는 국민의 교육받을 권리를 균등하게 보장할 국가의 의무를 수행하기 위한 정책적 수단을 활용한 것으로 수준별 보충학습 실시 방안은 이와 같은 “사교육비 경감대책”의 단기 과제의 하나에 불과한 것이며,

라. ‘0교시 수업’ 및 강제 보충·자율학습 실시와 같은 일선 학교의 행정과 관행이 학생 인권을 침해한다는 것에 대하여 피진정인도 동의하고 있고, 피진정인은 “사교육비 경감대책” 발표 이후 수준별 보충학습 등을 왜곡되게 운영하여 학생의 건강권, 학습권 등을 침해하지 못하도록 지속적인 방침의 시달, 시·도 교육감 협의회의 결의, 상설장학반의 구성과 현장 지도 활동을 통한 실태 파악 및 시정 조치 등을 취해왔고, 이러한 결과로 2004. 하반기에는 관련 민원 발생 건수가 다수 감소하는 등의 개선 효과가 나타난 점이 인정되는 바, 정교과외 교육활동에 관한 규정 마련 등을 통한 학생 인권 보호의 필요성도 인정되나 피진정인의 행위에 의해 직접적인 인권 침해가 발생하고 있다고 보기는 어려운 상태에서 별도의 정책적 개선 사항을 권고하는 것은 다소 무리가 있다고 판단된다.

다. 따라서 본 진정사건은 국가인권위원회법 제39조 제1항 제2호의 규정에 따라 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2005. 9. 12.

위원장 최영애 위원 정인섭 위원 최금숙

4] 2005. 8. 31.자 05진인1055 결정 [학교급식 관련 지문날인 강요]

각급 학교에서 급식과 관련하여 학생식당에 지문인식기를 설치한 것은 인권침해라고 판단하여 피진정인에게 이의 방지를 위해서 각급 학교에 대한 지도와 관리감독을 철저히 할 것과 피진정인의 감독기관의 장인 교육인적자원부 장관에게 유사사례의 방지를 위해 계속적으로 관리 조치할 것을 권고한 사례

【결정요지】

각급 학교에서 급식과 관련하여 학생식당에 지문인식기를 설치하고, 학생들에게 일괄적으로 지문날인을 강요하는 것은 헌법상의 비례의 원칙에 위배되는 헌법 제10조의 인격권, 헌법 제12조의 적법절차의 원리, 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 침해한 인권침해행위로 판단하여 ○○교육감에게 개인정보가 과도하게 수집·집적·도용될 수 있는 지문인식기와 같은 시스템이 무분별하게 도입되지 않도록 각급 학교에 대한 지도와 관리감독을 철저히 할 것을 권고하고, 피진정인의 감독기관의 장인 교육인적자원부 장관에게 전국 국·공립 및 사립학교들에 대하여 이와 유사한 사례가 발생하지 않도록 지속적인 관리조치를 취할 것을 권고한 사례

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조, 제17조

【진 정 인】 전○○)

【피 해 자】 김○○

【피진정인】 ○○북도 교육감

【피진정인의 감독기관】 교육인적자원부장관

【주 문】

1. 피진정인 ○○북도교육감에게, 개인정보가 과도하게 수집·집적·도용될 수

있는 지문인식기와 같은 시스템이 무분별하게 도입되지 않도록 각급 학교에 대한 지도와 관리감독을 철저히 할 것을 권고한다.

2. 교육인적자원부장관에게는 전국 국·공립 및 사립학교들에 대하여 이와 유사한 사례가 발생하지 않도록 지속적인 관리조치를 취할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○북도 소재 여러 학교(6개 시도 14개 학교)에서는 급식과 관련하여 식당에 지문인식기를 설치하고 학생들에게 일괄적으로 지문날인을 강요하고 있다.

2. 당사자 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

(1) 2005. 3. 30. ○○북도의회 교육복지위원회 김○○ 의원이 『○○북도 초·중·고 급식시설 지문감식기 설치현황』 자료 제출 요구에 따라 2005. 4. 2. 제출하였으며, 같은 해 4. 13. 도교육청은 『학교급식 지문인식기 운영 중단 및 설치 자제』 공문을 시·군 교육청 및 각급 학교로 발송하였다.

(2) 이에 따라 2005. 4. 14. 지문인식기를 설치·운영하고 있던 도내 14개 학교들은 지문인식기 운영을 일시 중단하였다.

(3) 지문인식기 설치에 따른 문제점에 대해서 인정하며 국가인권위원회의 결정에 따를 것이다.

3. 인정사실

가. 학교급식과 관련하여 지문인식기를 설치한 ○○북도 소재 학교는 ○○시의 ○○○○고등학교·○○○○여자고등학교·○○○○여자고등학교·○○○○

여자고등학교, ○○시의 ○○○○중학교·○○○○중학교, ○○시의 ○○여자고등학교, ○○시의 ○○중학교·○○○○중학교·○○여자중학교·○○정보산업고등학교·○○고등학교, ○○시의 ○○○○중학교, ○○군의 ○○공업고등학교로서 총14개 학교가 설치 운영하였다.

나. 위 학교들은 학번 및 이름을 키보드로 입력한 후 단말기에 해당 학생의 지문을 입력 저장하고, 매 급식 시 단말기에 본인의 손가락을 대고 확인하고 있었다.

다. 급식학생과 비 급식 학생의 출입 판별 및 출입자 실시간 모니터링을 통한 정확한 출입 현황 파악이 용이 하고, 급식시간 단축, 학생증 분실·훼손·양도의 문제가 없고, 학생출입 통제 관리가 명확하다는 사유로 급식관련 지문인식기를 설치하였다.

라. 진정내용과 관련 진정인의 문제 제기 후 피진정기관은 위 14개 학교들에 대하여 『학교급식 지문인식기 운영중단 및 설치 자제』(체육보건교육과-3384, 2005. 4. 13) 공문을 발송하였고, 이에 따라 해당학교들은 지문인식기 운영을 일시 중단하고 바코드를 통한 확인절차를 거치고 있다.

마. 피진정기관은 2005. 2. 17. 해당 시·군 교육청 및 관할지역 전체 학교에 대하여 『개인정보 보호 업무지침 및 2005년 추진 계획 알람』(과학교육정보화과-935)을 발송한 사실이 있는데, 이는 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보는 수집을 금지한다는 내용이며, 개인정보 유형에는 지문, 혈액형, 사진, 이메일 주소 등이 포함되어 있다.

바. 또한 피진정기관은 『NEIS운영 근거 및 개인정보보호 관련 법률 개정안 알람』(과학교육정보화과-2995, 2005. 3. 30)을 통하여 해당 시·군 교육청 및 관할지역 전체 학교에 『업무처리 시 학생정보 유출 등 침해 사례가 발생하지 않도록 지도와 교육에 노력하여 주시기 바랍니다』는 지시를 한 적도 있는 바, 피진정인은 이전부터 계속적으로 관할 학교에 학생들의 개인정보에 대하여 주의를 기울일 것을 당부하였다고 볼 수 있다.

사. 국가인권위원회는 위 14개 대상 학교 중 ○○○○고등학교, ○○○○여자고등학교, ○○중학교, ○○○○여자중학교에 대한 실지조사를 통하여 지문인식기 설치 여부 및 운영 경과에 대하여 조사한 사실이 있으며, 조사결과 진정내용

이 사실임을 확인하였다.

아. 국가인권위원회는 ○○북도뿐만 아니라 전국 학교들을 대상으로 급식관련 지문인식기 설치현황에 대하여 조사한 결과, ○○북도 외에 ○○도 1개 학교와 ○○도 1개 학교가 이를 설치하였고 현재는 운영을 중단하고 있다는 사실을 확인하였다.

4. 판 단

가. 지문 등 생체정보는 유일성, 불변성, 보편성을 가지고 있어 유일식별자로 기능하므로 데이터베이스화되기 쉬운 특징을 갖고 있고, 애초에 수집된 목적과 다른 목적으로 전용될 가능성이 있으며, 유일식별자의 성질을 가지고 있기 때문에 데이터베이스 연결의 고리로 기능할 수 있고, 생체인식 시스템에 대한 다양한 유형의 공격이 가능하며, 시스템의 오류 가능성도 존재하고 있다. 특히 생체정보는 일반 개인정보와 달리 신체 그 자체로부터(만) 획득될 수 있는 강한 일신전속성을 가지는 유일식별자이기 때문에 생체정보의 활용은 언제든지 정보의 축적을 가능하게 하고, 축적된 정보가 집적될 경우는 그 정보주체에 대한 전면적인 추적과 감시가 가능하게 되어 프라이버시를 침해하고 시민의 자유를 위협에 빠뜨릴 수 있다.

따라서 공공기관이 개인의 자기정보통제권을 제한하여 지문과 같이 민감한 생체개인정보를 수집, 보관, 전산화, 이용하기 위해서는 반드시 법률적 근거가 있어야 할 것이고, 그 같은 시스템을 도입하기 전에 생체인식 시스템의 적절한 수단인지, 도입되는 구체적인 방식은 적절한 지를 사전에 검토하고, 그 과정에 해당정보주체의 참여를 보장할 필요가 있으며, 특히 민감한 생체정보는 개인동의 이상의 엄격한 기준 설정이 필요하다고 판단된다. 아울러 이러한 영향평가와 엄격한 기준 검토를 통해 목적에 따른 적절한 인증수단 또는 신원 식별 수단을 채택해야 할 것이며, 그 경우에도 기술적 위험을 방지하기 위한 최선의 안정성 조치를 강구해야 할 것이다.

나. 현재 학교 식당 이용 학생의 지문등록을 요구할 수 있는 법률적 근거가 없고(○○농림고등학교를 제외한 다른 학교들은 학부모의 동의도 받지 않음), 지문 등록 시스템의 설치 및 운영에 관한 교육인적자원부의 법률 및 해당 시·군 교육청, 학교의 자체 규정이나 지침도 마련되어 있지 않은 점, 학생증 분실로 인

한 불편 해소 등 효율적인 식당운영 관리라는 목적의 공익성이 지문정보와 같이 민감한 생체정보를 요구함으로써 학생들의 개인정보자기결정권을 제한할 만큼 중대하다고 생각하기 어려운 점, 일부 해당 업체들은 등록된 지문정보가 코드화 되어 이진수로 저장되므로 개인정보 유출 우려가 없다고 주장하나 이렇게 생성된 이진수 자체가 각각 하나의 개인 식별정보에 해당되고, 현재 기술의 발전은 등록된 지문정보가 코드화 되면서 이진수로 전환될 때 원 정보샘플이 삭제되는 동시에 다른 파일 등에 복사되거나 전송되는 것을 충분히 가능하게 하고 있어 이러한 전 과정을 별도로 하나 하나 검색하여 확인하기 전에는 개인정보 유출 가능성이 상존한다는 점, 등록된 지문정보는 위탁급식을 하고 있는 해당 업체에서 관리하고 있으므로 수집된 정보의 목적 외로 활용할 가능성이 있을 뿐 아니라 해당업체 직원에게 이용자들의 개인정보에 대한 과도한 통제권한을 부여하고 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때 이들 지문인식기 설치 행위는 비례성 원칙에 위배되는 인권침해 행위(헌법 제10조 인격권, 제12조 적법절차 원리, 제17조 사생활의 비밀과 자유 등 위배)에 해당한다고 판단된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 국가인권위원회법 제44조제1항의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2005. 8. 31.

국가인권위원회 정책위원회

위원장 최영애 위 원 정인섭 위 원 최금숙

5] 2006. 5. 18.자 06진인136 결정 [퇴학 처분]

퇴학처분시 보호자에게 알리지 않고 학생에게 소명기회를 주지 않은 것은 인권침해로 권고한 사례

【진 정 인】 하○○

【피 해 자】 하○○

【피진정인】 ○○고등학교장

【주 문】

피진정인에게 학생 징계 시 해당 학생에게 의견진술 기회를 부여하고, 소속 교사들을 대상으로 징계 관련 적정절차에 관한 교육을 실시하는 등 유사사례의 재발방지를 위한 조치를 취할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인의 아들인 피해자는 ○○고등학교 2학년 재학중 2005. 11. 30. 퇴학처분되어 현재 대안학교(한림실업고등학교)에서 위탁교육을 받고 있는 바, 피진정인은 피해자에 대해 퇴학처분 이전 1~3차 징계를 할 동안 진정인에게 그 사실을 알리지 않았고, 3~4차 징계의 경우 징계사유가 사실과 다르며, 또한, 피진정인은 피해자에게 소명기회를 부여하지 않고 교사들의 일방적인 진술만으로 자의적이고 부당한 징계를 하였다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인의 주장

1) 진정인은 2005. 11. 18. 자운고등학교로부터 피해자에 대한 사항을 연락받고

담임교사 및 생활지도부장과 상담한 후, 같은 달 30. 피해자의 퇴학처분이 결정되었다는 통보를 받은 바, 그때서야 피해자가 퇴학처분 이전 1~3차 징계를 받은 사실을 알게 되었다.

2) 피해자가 퇴학처분을 할 정도로 문제학생이었다면 가정과 연계해서 지도를 했어야 하는데도 1~3차 징계를 할 때까지 진정인은 아무런 연락을 받지 못하며, 피해자의 가정환경조사서에 진정인의 직장 전화번호가 있어 직장으로 충분히 연락이 가능했음에도 연락하지 않은 것을 이해할 수 없고,

3) 3차 징계의 경우 2차 징계로 받은 징계의 미이수가 그 사유인데, 피해자는 징계 이수일을 제대로 통지받지 못하여 징계를 이수하지 못했을 뿐고의로 징계를 회피한 적이 없으며, 4차 징계의 경우 3일간의 출결 증빙자료로 한 개의 처방전을 제출했다는 것과 교사의 별자습 지시에 불응했다는 것이 그 사유인데, 한 개의 처방전을 제출한 것이 잘못되었다고 볼 근거가 없고, 교사가 피해자에게 별자습을 지시한 사실이 없는 등 징계사유가 사실과 다르다.

4) 또한, 피해자에 대한 1~4차 징계가 모두 피해자의 진술서 등 소명자료 없이 교사들의 일방적인 진술에 의해 자의적으로 이루어진 바, 이상의 이유로 피해자의 퇴학처분은 부당하다.

5) 현재 피해자가 대안학교 위탁교육을 받고 있는 상태로 다시 자운고등학교로 복귀하는 것은 원하지 않으나, 퇴학처분의 부당성 여부에 대한 판단 및 부당한 퇴학처분을 한 관련 교사에 대해 적절한 조치를 할 것을 원한다.

나. 피해자의 주장

1) 피해자는 징계를 받을 당시 가정상황 상 학교에서 부모에게 연락하는 것을 꺼린 것이 사실인 바, 3차 징계 이후 생활지도부장 교사에게 학부모 서약서를 제출하고 어머니 연락처를 알려준 적이 있으나, 그 서약서에 있는 진정인의 서명은 친구가 해 준 것이며, 어머니의 연락처라고 알려 준 것도 친구의 연락처이다.

2) 2차 징계로 받은 사회봉사 4일을 방학 중 이수하기로 하였으나 이수일이 언제인지 연락받은 바 없어 징계를 이수하지 못한 것인데도 징계 미이수를 사유로 3차 징계를 받았고, 이후 3일간의 출결 증빙자료로 한 개의 처방전을 제출한

것과 교사의 별자습 지시에 불복하고 귀가하였다는 이유로 4차 징계(퇴학처분)를 받은 바, 당시 한 개의 처방전을 제출한 것에 대해 교사가 아무 문제를 삼지 않았으며, 별자습을 지시 한 사실도 없는 등 그 징계 사유가 사실과 다르다.

3) 1차 징계를 받을 때 한 차례 생활지도부장 교사의 지시에 의해 지금까지의 성장과정 등에 대한 글을 써서 제출한 적은 있으나, 징계가 계속 이루어지는 동안 한 번도 징계협의를 대하여 진술서를 쓰라고 요구받은 바 없어 제출하지 않았다.

다. 피진정인의 주장

1) 피해자에 대한 2005. 5. 17.자 1차 징계 시 피해자가 가정상황(부모가 이혼하여 할머니와 살고 있음)을 이유로 부모와의 연락을 거부하였고, 진정인의 휴대전화로 연락을 하였으나 통화 불가능한 번호로 확인되어 학부모 면담이 이루어지지 못하던 중, 같은 해 7. 13.자 2차 징계 시 학부모 면담 요구서를 내용증명으로 발송하였으나 학부모가 방문하지 않았고, 이후 군복무 중 휴가를 나온 피해자의 형과 연락이 되어 피해자의 형이 학교를 방문하여 생활지도부장 교사와 면담한 사실이 있으며, 이 때 피해자의 형도 부모의 연락처를 알려주기를 거부하면서 자신이 동생을 잘 지도해 보겠다고 하였다.

2) 피해자가 2차 징계로 받은 사회봉사 4일을 방학 중 이수하기로 하였음에도 방학 중 연락을 받지 않고 등교도 하지 않아 고의로 징계를 회피하였다고 판단하고 같은 해 8. 23.자로 3차 징계를 한 후, 같은 해 10. 5. 피해자가 학부모 서약서를 제출하면서 어머니의 연락처를 알려주어, 생활지도부장 교사가 어머니에게 연락하여 서약서의 진위여부를 확인하고 지금까지의 징계상황과 앞으로의 징계 가능성을 설명하였고, 아버지와도 연락이 되도록 조치하여 줄 것을 부탁한 바, 이와 같이 피해자의 형 및 어머니와 연락이 되었고 학부모 면담 요구서까지 내용증명으로 발송하였으므로 진정인의 직장에까지 연락할 필요를 느끼거나 염두를 내지 못하였다.

3) 그 후 같은 해 11. 18. 피해자가 3일 연속 조퇴, 결석, 지각하였는데 학교출결방침에 따라 한 개의 처방전은 하루의 출결증빙자료로만 가능하다고 하였음에도 이에 불응하고 한 개의 처방전만을 제출하고, 교사의 별자습 지시에도 불응하고 귀가한 바, 이 때 진정인의 새로운 핸드폰 번호를 우연히 발견하게 되어

진정인에게 연락하여 상담한 후 선도위원회에서 피해자의 퇴학처분을 결정하였다.

4) 피해자에 대한 1차 징계시 피해자가 진술서 작성을 거부하여 반성문의 의미로 글을 쓰게 하여 제출받은 바 있으나(지금까지의 성장과정, 60세까지의 인생계획을 주제로 하여), 그 후에는 피해자가 생활지도부로 호출해도 잘 오지 않고, 진술서를 작성하라고 해도 거부하여 제출받지 못한 것이며, 4차 징계 시에는 진정인과 연락이 되어 진정인에게 소명기회를 부여하였으므로 피해자에게는 따로 소명기회를 부여할 필요가 없다고 생각하여 진술서를 요구하지 않은 것이다.

3. 관련법령

가. 초·중등교육법

제18조(학생의 징계) ①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.

②학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

나. 초·중등교육법시행령

제31조(학생의 징계 등) ①법 제18조제1항 본문의 규정에 의하여 학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각 호의 1의 징계를 할 수 있다.

1. 학교내의 봉사
2. 사회봉사
3. 특별교육이수
4. 퇴학처분

②학교의 장은 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.

③생략

④제1항제4호의 규정에 의한 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 학생 외의

자로서 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 한하여 행하여야 한다.

1. 품행이 불량하여 개전의 가망이 없다고 인정하는 자
 2. 정당한 이유없이 결석이 잦은 자
 3. 기타 학칙에 위반한 자
- ⑤~⑦생략

4. 인정사실

가. 자운고등학교 학생선도규정의 관련조항은 아래와 같다.

제4조(선도 원칙)

- 1.~3. 생략
4. 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견 진술의 기회를 부여하는 등 적법한 절차를 거쳐야 한다.

제10조(징계 방법) 징계의 방법은 다음과 같으며, 징계 처분 사실을 학생 선도 대장에 기록하여 관리한다.

1. 학교내의 봉사(1단계 지도)
 - (1) 생략
 - (2) 1,2차 적발 시는 학생 상담, 학부모 상담 등을 실시하고, 서약서·반성문·담임의견서를 첨부하여 지도 근거를 생활지도부에 보관한다.
 - (3)~(7) 생략
2. 사회 봉사(2단계 지도)
 - (1) 생략
 - (2) 학생 상담, 학부모 상담을 실시하고, 각서와 담임 의견서를 첨부하여 지도 근거를 생활지도부에 보관한다.
 - (3) 생략
 - (4) 징계 기간 동안 반성문을 작성케 하며 담임교사, 지도교사, 상담교사가 지도를 한다.
 - (5)~(8) 생략
3. 특별교육이수(3단계 지도)
 - (1) 생략
 - (2) 학생 상담, 학부모 상담을 실시하고, 각서와 담임 의견서를 첨부하여 지도 근거를 생활지도부에 보관한다.

(3)~(7) 생략

4. 퇴학 처분(4단계 지도)

(1) 생략

(2) 학생 상담, 학부모 상담을 실시하고 담임 의견서를 첨부하여 지도 근거를 생활지도부에 보관한다.

(3)~(7) 생략

나. 2005. 5. 17.~같은 해 12. 9. 기간동안 피해자의 징계현황은 아래 표와 같다.

<피해자의 1~4차 징계현황>

징계단계	일자	징계사유	선도위원회결과
1차 징계	2005. 05. 17.	교사 지도 불응, 교사에 대한 불손한 언행 및 태도 - 수차례 수업태도, 두발, 복장 불량 및 학교생활 등을 지적받았으나 개선되지 않던 중, 2005. 5. 16. 급식시간에 새치기를 하여 영양사가 지적하였으나 부인하고, 생활지도부장 교사 지도에도 반항하고 불손한 언행을 하는 등	교내 봉사 3일
2차 징계	2005. 07. 13.	교사 지도 불응 - 2005. 7. 11.~7. 12. 가발(불임머리)을 착용하여 제거할 것을 지시하였으나 응하지 않고, 7. 12. 등교시간 이후 사복차림으로 등교하는 등 수시로 무단지각함.	사회 봉사 4일
3차 징계	2005. 08. 23.	징계 지도 불응, 교사 지도 불응 - 이전 사회봉사 4일 징계를 방학 중 교내 봉사로 대체하도록 하였으나 방학 중 연락을 받지 않고 등교도 하지 않음.	특별 교육 5일
4차 징계	2005. 11. 30.	교사 지도 불응, 상습적인 무단 결석·지각·조퇴 - 3차 징계까지 받았음에도 계속하여 용의복장 및 출결이 불량하고, 학교에서 정한 학생 출결에 대한 특별교육 방침에 따라 별자습을 받도록 지시하였으나 불복하고,	퇴학 (퇴학 처분 전 전학, 자퇴, 대안학교 입교 등 진로 알선)

		3일간 조퇴, 결석, 지각 하였음에도 사후에 제출한 약 처방전 하나로 충분한 사유라고 주장함.	
4차 징계 재심	2005. 12. 09.	"	"

다. 피해자에 대한 1차 및 2차 징계 시에는 학부모와의 연락 및 상담이 이루어지지 않았고, 본인 및 보호자의 서약서도 제출되지 않은 바, 2차 징계일인 2005. 7. 11. 피진정인이 내용증명으로 가정통지서를 발송하여 학부모 방문을 요청한 사실이 있고, 여름방학 중(같은 해 7~8월경) 피해자의 형이 자운고등학교를 방문하여 생활지도부장 교사와 상담한 사실이 있다.

라. 같은 해 10. 5. 피해자가 “앞으로 교칙을 위반하는 일이 없을 것이며, 만일 교칙을 위반하는 경우 더 큰 처벌을 감수하겠다”는 내용의 본인 및 학부모 서약서를 생활지도부장 교사에게 제출하고 어머니의 연락처를 알려주었으나, 해당 학부모 서약서에 있는 진정인의 서명은 피해자에 의해 위조된 것이며, 어머니의 연락처라고 알려 준 것도 피해자 친구의 연락처인 바, 생활지도부장 교사가 해당 연락처로 한 차례 연락하여 통화한 사실이 있으나 피해자의 친구를 어머니로 알고 통화한 것이다.

마. 피해자에 대한 4차 징계 직전인 같은 해 11. 18. 진정인이 자운고등학교를 방문하여 생활지도부장 교사와 상담하였고, 피진정인은 같은 달 25. 진정인에게 선도위원회에 참석하여 소명하라는 가정통지서를 발송하였으나, 진정인이 참석을 하지 못하고 같은 달 29. 서면으로 소명서를 제출하였다.

바. 피해자에 대한 1~4차 징계자료를 보면, 1차 징계 시 피해자가 지금까지의 성장과정 및 60세까지의 연도별 인생계획에 관한 내용을 자필로 작성하여 제출한 것이 있을 뿐, 피해자가 징계혐의에 관하여 소명한 자료가 없는 바, 1차 징계 시의 상황 설명서에는 피해자가 진술을 거부하였다는 내용이 있으나, 이후 상황 설명서는 진술 거부 사실에 대한 구체적인 기록도 없이 모두 교사들에 의해 직접 작성되었다.

5. 판 단

진정인의 주장 중 피해자에 대한 1~3차 징계시 진정인에게 아무 연락을 하지 않은 것이 부당하다는 부분에 대해서는, 피해자가 부모와 동거하지 않는 상황에서 부모와의 연락을 강하게 거부한 점, 특히 3차 징계 후 피해자가 진정인의 서명을 위조한 서약서를 제출하며 친구의 연락처를 어머니의 연락처라고 알려주고 친구로 하여금 어머니인 것처럼 교사와 통화하게 하는 등 부모와의 연락을 적극적으로 차단한 점, 피진정인이 학부모 면담 요구서 발송 및 피해자 형과의 면담 등 다른 가능한 연락을 시도했던 점 등을 종합적으로 판단해 볼 때 그 주장을 받아들이기 어렵고, 3차 및 4차 징계의 사실관계가 징계사유로 적시된 것과 다르다는 부분에 대해서는 당사자들의 주장이 서로 다르며 달리 이를 입증할 증거가 없다.

그러나, 징계 시 피해자에게 소명기회를 부여하지 않았다는 부분에 대하여 살피건대, 피해자에 대해 1~4차 누적징계가 진행되는 동안 피해자가 징계혐의에 대해 소명한 자료가 전혀 없는 점, 피해자가 진술을 거부하였다는 것에 대한 구체적 기재도 부족한 점, 자운고등학교 학생선도규정 상의 징계 시 각서·서약서 징구 등과 관련된 규정들이 거의 이행되지 아니한 점 등이 인정되고 결국 피진정인이 퇴학처분까지 이르는 동안 피해자에게 의견진술 기회를 적절히 부여하지 않은 것으로 판단되는 바, 이는 헌법 제12조가 명시하고 있는 적법절차의 원칙을 위반한 것으로 판단된다.

6. 결 론

따라서, 피진정인이 징계 시 피해자에게 의견진술 기회를 적절히 부여하지 않은 것은 인권을 침해한 것으로 판단되므로, 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호의 규정에 의거 피진정인에게 재발방지를 위한 조치들을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2006. 5. 18.

위 원 장 김 호 준 위 원 나 천 수 위 원 최 금 숙

[6] 2006. 6. 28.자 06진인1030 결정 [부당 퇴학]

학생을 징계할 때에는 관계 법령이 정하는 바에 따라 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하고, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하고 해당학생에게 개선의 기회를 충분히 허용하는 등 적절한 조치를 취할 것을 권고한 사례

【진 정 인】 000

- 【피진정인】** 1. 00고등학교 교장 000
2. 교감 000
3. 학생부장 000
4. 담임교사 000
5. 학생폭력대책자치위원회

【주 문】

1. 진정요지 가.항과 관련하여 00고등학교장에게 학생을 징계할 때에는 관계 법령이 정하는 바에 따라 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하고, 향후 학생 징계시 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하고 해당 학생에게 개선의 기회를 충분히 허용하는 등 적절한 조치를 취할 것을 권고한다.

2. 진정요지 나.항 내지 라.항 부분은 이를 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 진정인은 2006. 4. 7. 오후 4시경 손으로 친구 000의 얼굴을 한 대 때리고 서로 멱살을 잡은 것이 발단이 되어 학교폭력대책위원회를 통해 퇴학처분을 받았음. 퇴학조치를 내리기 전에 경고나 학교봉사 또는 사회봉사와 같은 징계조치를 통해 학생에게 반성 및 개선의 기회를 제공하지 않고 퇴학이라는 극단적인

조치를 내린 것은 학생의 인권을 침해하는 행위이다.

나. 학교측에서는 진정인에 대한 퇴학조치 결정 및 그 사유에 대해 진정인 및 그 부모에게 공식 통보해 준 사실이 없다.

다. 학교측에서는 퇴학조치 결정 재심을 위해 진정인이 제출하고자 하는 관련 자료를 접수하지 않음으로써 진정인이 퇴학결정에 대해 충분히 의견을 진술할 기회를 제공하지 않았다.

라. 진정인은 중학교 시절 면허증도 없이 오토바이를 타다가 경찰관에게 단속되어 훈방조치를 받고, 다른 학교 아이들과 다툼이 생겨 싸운 것 때문에 경찰 조사를 받은 후 보호관찰소에 가서 신상명세서를 쓰고 온 적이 있는데, 이런 전력이 본인의 퇴학결정에 영향을 미친 것으로 생각된다.

2. 진정인 및 피진정인의 각 주장 요지

가. 진정인

1) 학교측에서는 자치위원회가 열리기 전부터 “너는 선도위원회를 거칠 필요도 없이 퇴학이다” “차라리 전학을 가라”고 본인 및 본인의 부모에게 얘기하면서 다른 어떤 징계조치에 대해서는 고려하지 않고 처음부터 퇴학을 기정 사실화했다. 자치위원회에서 퇴학조치를 결정하기 전 학교봉사, 사회봉사 등 다른 징계조치나 경고가 없었으며, 2회에 걸친 자치위원회 회의에서 퇴학조치가 결정되었다.

2) 자치위원회가 2006. 4. 25. 회의를 열고 진정인의 퇴학을 결정하였지만 피진정인 측은 진정일 현재까지 진정인 및 진정인의 부모에게 퇴학결정을 서면으로 통보해 준 사실이 없다. 2006. 5. 9. 3시 30분경 진정인과 아버지, 참고인과 함께 학교를 찾아갔고, 교감을 만나 퇴학사유를 물었지만 분명하게 대답하지 않았다. 또한 2006. 5. 9. 퇴학처분에 관한 행정 정보공개를 신청하였으나 학교측은 비공개를 결정했다고 하며 진정일 현재까지 아무런 내용도 알려주지 않고 서면으로 통보하지도 않고 있다.

3) 진정인은 재심관련 자료제출 기한인 2006. 5. 9. 오후 5시경에 관련자료를 제출하기 위해 학교를 방문했으나 교감은 재심관련 서류는 받지 않고 “중요한

서류이면 행정실에 제출하라”고 하고 또 “경찰에 수사를 의뢰하겠다고”고 협박조로 말하여 제심서류를 제출하지 않고 그냥 들고 나왔다.

4) 진정인이 다른 학생들과는 달리 퇴학이라는 중징계를 받은 데에는 본인의 과거 이력(중학교 시절 면허증도 없이 오토바이를 타다가 경찰관에게 단속되어 훈방조치를 받은 것과, 다른 학교 아이들과 다툼이 생겨 싸운 것 때문에 경찰 조사를 받은 후 보호관찰소에 가서 신상명세서를 쓴 점)이 퇴학결정에 상당한 영향을 미친 것으로 생각된다.

나. 피진정인

1) 진정인이 주장하는 것처럼 징계를 결정하기에 앞서 퇴학이나 전학을 시킬 거라고 말한 사실이 없다. 진정인에 대한 퇴학조치는 학교폭력, 친구괴롭힘, 상습흡연, 불건전한 금품 수수 등 진정인의 징계유발 행위, 진정인의 행위로 인한 피해학생 및 일반 학생들이 겪을 정신적 신체적 고통, 진정인 및 학부모의 태도 및 개선의 여지 등을 종합적으로 고려하여 내린 불가피한 결정이며, 퇴학조치 이전에 학교봉사나 사회봉사 등과 같은 다른 조치를 취하지 않았다.

2) 자치위원회가 열린 2006. 4. 25. 학교측은 진정인 및 부모에게 자치위원회에 참석하여 진술하고 집으로 돌아가도 좋다고 하였으나 자치위원회의 결정을 듣고 돌아가겠다고 하며 회의가 끝나길 기다려 학생부장이 징계내용(퇴학)과 사유(폭행, 친구괴롭힘, 흡연, 금품 수수)를 구두로 설명하였고, 진정인의 아버지가 학교장 면담을 요청하여 교장이 다시 한번 징계사유를 설명하였다.

또한 2006. 5. 15. 자치위원회의 제심 결과에 대해서도 제심 회의 이후 학생부 사무실에서 기다리고 있던 진정인과 부모에게 구두로 통보하였고, 진정인의 아버지가 학교를 그냥 두지 않겠다고 협박하고 돌아갔다. 자치위원회의 제심과 관련하여 제심의 접수, 제심을 위한 자료제출, 제심의 결과에 대해서는 서면으로 진정인 및 부모에게 통보하였다.

2006. 5. 9. 진정인의 아버지와 참고인이 사건관련 정보공개청구서를 행정실에 접수하였으며, 학교는 이에 대하여 「공공기관의 정보 공개에 관한 법률」 제9조 제1항 및 제19조 1항 및 2항에 의거 비공개하기로 결정하고, 2006. 5. 15. 진정인의 어머니에게 비공개결정통지서를 직접 전달하였다.

3) 재심관련 자료 제출시한이 지난 1996. 5. 9. 오후 6시경 자료를 가지고 학교에 온 진정인에게 교감은 업무시간이 끝났으니 다음 날 제출하라고 알려 주었으나 진정인은 다음날에도 자료를 제출하지 않았다.

4) 진정인의 중학교 시절 이력에 대해서는 모르는 사실이며, 진정인의 퇴학처분 결정과는 무관하다.

3. 인정사실 및 판단

가. 인정사실

1) 2006. 4. 25. 진정인의 징계조치를 결정하기 위해 자치위원회를 개최하였다. 진정인은 회의에 참석하여 물의를 일으킨 것에 대해 사과하고, 진정인의 아버지는 진정인의 폭행은 단순한 다툼이며 급우에 대해서는 진정인 뿐만 아니라 반학생 모두 놀렸다는 취지의 진술을 하였다.

자치위원회에서 진정인에 대한 징계수위를 낮춰 학생을 구제하자는 학부모대표의 의견이 있었으나, 진정인의 주변환경(또래 친구) 변화의 필요성 · 피해학생의 고통 · 진정인의 학교생활유지의 어려움 등을 종합적으로 고려하여 퇴학 조치하되 전학의 기회를 주자는 데에 참석 위원들이 동의하였다. 이에 진정인에 대하여 폭행, 친구괴롭힘, 상습흡연, 건전하지 못한 금품수수를 사유로 같은 해 5. 10까지 전학기회를 부여하고, 전학을 가지 않을 경우 퇴학처리하기로 결정하였다.

2) 2006. 4. 25. 자치위원회가 끝난 후 학교측은 진정인 및 부모에게 자치위원회 결정(징계 내용 및 사유)을 전달하고, 진정인의 아버지는 학교장 면담을 요청하고 교장을 통해 자치위원회의 결정을 확인받았다.

3) 학교는 4. 29. 자치위원회의 결정에 따라 진정인 및 관련 학생들에 대해 징계조치를 다음과 같이 발표하였다.

대상	징계사유	조치사항
진정인	폭행, 친구괴롭힘, 상습 흡연, 건전하지 못한 금품 수수	퇴학
OOO	부당한 금품 각출, 상습 흡연	학교봉사 4일과 사회봉사 6일
OOO	부당한 금품 각출, 상습 흡연	

000	부당한 금품 각출, 상습 흡연	
000	친구괴롭힘, 상습 흡연	
000	친구괴롭힘	학교봉사 6일과 사회봉사 4일
000	친구괴롭힘	학교봉사 6일

4) 5. 9. 진정인은 제삼과 관련한 자료를 제출하기 위해 학교에 가서 교감을 만났으나, 교감은 업무가 끝난 시간이라 다음날 제출하라고 말함. 그후 진정인은 자료를 제출하지 않았다.

5) 5. 9. 오후 3시경 진정인의 아버지와 참고인이 진정인의 퇴학조치 관련한 일체의 자료에 대한 정보공개요구서를 학교 행정실에 접수하였고, 학교는 5. 15. 「공공기관의 정보 공개에 관한 법률」을 근거로 공개하지 않기로 하고 비공개 결정통지서를 교부하였고 이를 진정인의 어머니가 행정실에서 직접 수령하였다.

6) 5. 16. 자치위원회 제삼 회의가 개최되어 4. 25. 결정사항을 번복할 타당한 사유가 발생하지 않았기 때문에 기존의 결정을 유지하고 다시 한번 10일간(5. 27까지) 전학의 기회를 부여할 것을 결정하였으며, 그 사실을 기다리고 있던 진정인과 부모에게 구두로 설명하고 이후 서면으로 통지하였다.

7) 진정인의 중학교 시절 이력에 대해서 진정인 주장(알고 있을 것이다)과 피진정인의 주장(모르고 있었다)이 서로 엇갈리나 양쪽의 주장을 입증할 근거를 발견하지 못하였다.

8) 학교당국은 현재 '5월 31일까지 전학을 하지 않으므로, 2006년 6월 9일자로 퇴학처리할 것임'을 알리는 공문을 내용증명으로 진정인에게 통고하였다. 단, 최대한 전학을 할 수 있도록 퇴학을 위한 행정처리를 유보하고 있다.

9) 한편, 진정인은 이 사건에 대한 심의도중 2006년 6월 17일자로 OO고등학교로 전학한 것으로 확인되었다.

나. 판 단

1) 피진정인 등은 진정인의 행위(학교폭력, 친구괴롭힘, 상습흡연, 불건전한 금품 수수 등)의 정도, 피해학생 및 일반 학생들이 겪을 정신적 고통, 진정인 및

학부모의 태도 및 개선의 여지 등을 종합적으로 고려해볼 때 퇴학조치를 내리는 것이 불가피하다고 주장하나,

학교 당국이 진정인에 대해 퇴학이라는 극단적인 조치를 취하여 자신의 잘못된 행위를 깨닫고 이를 개선할 수 있는 기회를 제공하지 않은 점은, 이 학교의 생활규정이 정하고 있는 학생 선도원칙 및 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」이 정하고 있는 '징계대상 학생의 선도 및 교육, 건전한 사회구성원으로 육성'이라는 취지에 부합한다고 보기 어려우며,

진정인의 문제 행위(폭행, 친구 괴롭힘, 상습흡연, 건전하지 못한 금품수수)에 대하여 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」이 정하고 있는 징계조치를 과도하게 적용한 것으로 판단된다.

2) 진정인 및 부모는 피진정기관인 학교 당국이 진정인에 대한 징계조치 내용 및 사유에 대하여 고지하지 않았다고 주장하고 있으나,

피진정인 등이 제출한 진술서 및 관련 자료, 진정서 및 진정인 부모와의 전화 조사 내용 등을 통해 학교측이 진정인 및 부모에게 자치위원회에서 결정된 징계 조치 및 사유에 대해 회의 직후 구두로 전달하고, 이후 서면으로(재심 결과) 통지한 것을 확인하였다. 다만, 진정인 및 부모가 학교의 징계조치 내용 및 사유를 납득하고 받아들이지 못한 것으로 판단된다.

3) 진정인은 재심관련 자료를 제출시한(오후5시)내에 학교에 갔으나 교감이 서류를 받아주지 않았다고 하고, 교감은 제출시한이 지난 6시경에 와서 다음날 제출하라고 했다고 하여 서로 상반된 주장을 하고 있으나,

진정인이 같은 날 오후 3시 30분경 아버지와 참고인과 함께 학교에 가서 교감을 만나 퇴학사유를 물었으나 분명한 답변을 하지 않았고, 퇴학사유를 알아야 재심에 관한 내용을 적어 제출할 수 있기에 '퇴학처분에 관한 정보공개'를 신청하였으며, 그럼에도 불구하고 학교측이 제시한 시간에 도래하기 직전에 재심에 관한 내용을 적어서 학교에 다시 갔다고 진술한 점으로 미루어볼 때, 진정인이 제출시한 이전에 관련 자료를 제출하고자 하였으나 학교측이 이를 고의로 접수하지 않았다고 보기 어렵고,

학교측이 진정인에게 다음날 다시 와서 접수할 것을 제안하였음에도 진정인이

다음날 서류를 제출하지 않은 바, 학교측이 진정인의 재심관련 자료를 고의로 접수하지 않아 진정인의 의견진술기회를 제한하였다고 보기 어려운 것으로 판단된다.

4) 또한 진정인은 학교당국이 자신의 중학교 시절의 이력을 알고 있으며, 이 사실이 진정인의 퇴학조치 결정에 영향을 미쳤다고 주장하고 있으나, 피진정인들은 이에 대해 전혀 알고 있지 못하였을 뿐만 아니라 그 사실로 퇴학조치를 결정한 것이 아니라고 주장하여 양 당사자의 주장이 엇갈리고 있다.

그러나 이러한 양 당사자의 주장을 뒷받침할 만한 정황이나 객관적인 증거가 없어 이들의 주장을 사실로 받아들이기 어렵다.

4. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이

가. 진정요지 가에 대하여는 헌법 제10조의 행복추구권 등 진정인의 인권이 침해되었다고 판단되므로 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치의 이행을 권고하기로 한다.

나. 진정요지 나. 다. 라.에 대하여는 조사결과 진정내용이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우에 해당하는 것으로 판단되므로 국가인권위원회법 제39조 제1항 제1호의 규정에 따라 기각하기로 한다.

다. 이상과 같은 이유로 주문과 같이 결정한다.

2006. 6. 28.

위원장 김호준 위원 최금숙 위원 원형은

7] 2007. 1. 15.자 06진인3067 결정 [부당 퇴학처분]

퇴학처분을 재심의할 것과 향후 학생 퇴학처분시 학교생활규정에 정해진 적정한 절차를 준수할 것을 권고한 사례

【진 정 인】 양○○

【피진정인】 ○○고등학교장

【주 문】

피진정인에게 학생선도협의회를 개최하여 진정인의 퇴학처분을 재심의할 것과 향후 학생 퇴학처분시 학교생활규정에 정해진 적정한 절차를 준수할 것을 권고한다

【이 유】

1. 진정요지

가. 진정인은 ○○고등학교 1학년 재학중 출결문제로 학교내봉사 3일의 징계를 받고, 오토바이 운전으로 사회봉사 3일의 징계를 받은 후, 다시 출결문제 및 오토바이 운전으로 2006. 9. 21. 선도위원회에서 사회봉사 5일의 징계를 받았으나, 피진정인이 이를 일방적으로 특별교육이수로 변경하면서, 학부모로부터 이후 한 번이라도 교칙을 위반한다면 자동퇴학조치 된다는 내용의 각서를 받아, 위 각서에 의해 같은 해 11. 15. 선도위원회도 거치지 않고 진정인을 퇴학처분 하는 등 부당한 절차에 의해 퇴학처분 하였다.

나. ○○고등학교 학교생활규정의 징계심의기준은 상식적 정도를 벗어나 있는 바, 특히 교통수단의 불편으로 오토바이를 많이 이용하는 농촌지역의 특성을 고려할 때 오토바이를 탈 경우 사회봉사는라는 중징계에 처하도록 규정하고 있는 것은 지나치고, 또한, 징계처분이 누적될 경우 단계적으로 가중처벌하도록 규정한 것은 사소한 위반이라도 누적되면 퇴학처분까지 할 수 있게 하는 것으로 부당하다.

다. 피진정인은 위와 같이 부당한 절차 및 규정에 의해 진정인을 퇴학처분한 후 진로에 대한 제대로 된 상담 없이 알아서 전학을 가든지 아니면 자퇴서를 내라고 하고 있는 바, 다시 학교에 돌아가기를 원한다.

2. 피진정인의 주장

가. ○○고등학교는 총 6학급의 소규모 학교로 정원이 190명이나 학생모집의 어려움으로 인해 현재 112명의 학생이 재학하고 있으며, 대부분의 학생들이 기초학력이 부진하고 학습의욕이 현저하게 낮아 수동적으로 교육활동에 임하고 있으며, 비행유형의 대부분이 흡연과 출결, 오토바이 탑승 문제로 나타나고 있다.

나. 징계가 누적되어 개선의 가망이 없다고 인정된 학생에 대하여는 원칙적으로 퇴학처리를 해야 하나, 다시 한 번 학생에게 기회를 제공하기 위하여 학교장이 학부모와 면담을 하고 상황설명을 한 후 차후 교칙에 위반하는 행위를 하면 퇴학처리 됨을 서로 서면으로 약속하고 퇴학 이외 다른 종류의 선도처분을 명하고 있는 바, 진정인의 경우 2006. 7. 5. 출결문제로 학교내봉사 3일, 같은 달 7. 오토바이 탑승 문제로 사회봉사 3일의 징계를 받은 후, 같은 해 9. 21. 출결문제 및 오토바이 탑승으로 학생선도소위원회에서 사회봉사 5일의 징계처분을 받았으나, 징계누적으로 인하여 퇴학처분을 할 수 있는 경우에 해당되어 위 퇴학처분 여부에 대해 학교장에게 결재를 올렸고, 피진정인은 같은 달 25. 학부모와의 면담을 통해 차후 교칙을 위반하는 행위가 발생하는 경우 별도의 학생선도협의회 개최없이 퇴학처분 한다는 조건으로 특별교육이수를 명하였다.

다. 그러나, 이후 진정인은 출결에 신경을 쓰라는 주의를 몇 번이나 주었는데도 불구하고 계속 출결이 불량하여, 같은 해 11. 13. 진정인을 퇴학처분 한 바, 진정인의 장래를 생각하여 다른 학교로의 전학기회를 주기 위해 학적을 정리하지 않고 기다리고 있는 상태이다.

3. 관련법령

가. 「초·중등교육법」

제18조(학생의 징계) ① 학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만,

의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.

② 학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

나. 「초·중등교육법시행령」

제31조(학생의 징계 등) ①법 제18조 제1항 본문의 규정에 의하여 학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각호의 1의 징계를 할 수 있다.

1. 학교내의 봉사
2. 사회봉사
3. 특별교육이수
4. 퇴학처분

② 학교의 장은 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.

다. 「○○고등학교생활규정」

제5조[학생선도위원회 조직 및 구성] 1. 학생선도위원회는 학생선도협의회와 학생선도소위원회로 나뉜다.

제6조[기능]

1. 학생선도협의회는 학생의 생활지도전반에 대한 사항을 협의하며, 특별교육이수 이상의(학생선도소위원회에서 상정한) 건에 대해 협의 결정한다.
2. 학생선도소위원회는 학교내봉사(제58조), 사회봉사(제59조)에 대한 것을 결정하며, 그 이상의 처리자의 건은 학생선도협의회에 상정한다.
3. 학생선도협의회는 특별교육이수(제60조), 퇴학처분(제61조)에 대한 것을 결정하며, 아래와 같은 사항에 대하여는 '학교폭력대책자치위원회'의 자문을 받아 시행한다.

가.~다. (생략)

제57조[심의기준] 선도 처분시에는 다음의 각 조의 내용을 근거로 하여 상

정하여 심의하며, 제6조의 각 항에 의하여 학생선도위원회에서 처분한다. 단 제58조(학교내봉사)와 제59조(사회봉사)에 해당하는 내용은 학생선도소위원회에서 처리한다.

제59조[사회봉사] 다음 각 항에 해당하는 학생은 “사회봉사”로 할 수 있다.

14. 오토바이를 운전하다 적발된 학생(무면허 가중 처벌)

제60조[특별교육이수] 다음 각 항에 해당되는 학생은 “특별교육이수”로 할 수 있다.

11. 진술서 작성 12회 또는 학교내봉사 4회 또는 사회봉사 2회는 특별교육이수 1회 선도처분을 받은 것으로 간주하여 처리한다.

제61조[퇴학처분] 다음 각 항에 해당되는 학생은 “퇴학 처분”으로 할 수 있다.

3. 품행이 불량하거나 개전의 가망이 없다고 인정된 학생(60조 11항에 해당하고 추가로 진술서 작성 2회 또는 그에 상응하는 선도처분을 받은 경우, 기타)

제62조[결정 및 시행] 선도 처분의 결정은 선도위원장이 하며, 그 시행은 학교장의 결재를 득한 후 행한다.

4. 인정사실

가. 진정인은 ○○고등학교 정보처리과 1학년 재학중, 출결문제(사고결석 5회, 사고지각 4회, 사고조퇴 1회)로 2006. 7. 5. 학생선도소위원회에서 학교내 봉사 3일의 징계처분을 받았고, 같은 달 7. 학생선도소위원회에서 오토바이 탑승(오토바이를 타고 등교하고, 오토바이 뒤에 3명을 태우고 운전하는 것이 적발됨)으로 사회봉사 3일의 징계처분을 받았다.

나. 이후 진정인은 출결문제(사고결석 6회, 사고결과 2회, 사고지각 4회, 무단조퇴 1회) 및 오토바이 탑승(2차례 오토바이 운전 적발)으로 같은 해 9. 21. 학생선도소위원회에 회부된 바, 협의록을 보면 학생선도소위원회는 진정인에 대해 사회봉사 5일의 처분을 하되, 학교생활규정 제61조 제3항(개전의 가망이 없다고 인정되는 경우 퇴학처분할 수 있다는 조항) 적용여부에 대해 피진정인에게 결재를 올리기로 하였으며, 같은 날 학생자치부는 위 조항 적용여부에 대해 피진정

인에게 결재상신하였다.

다. 피진정인은 같은 해 25. 진정인의 어머니 이○○을 면담하여 “1학년 정보과 양희중 학생은 2006년 9월 25일 이후로 교칙을 한 건이라도 위반할 경우 선도협회의 없이 퇴학조치 한다는 조건으로 특별교육이수를 명합니다”라는 내용의 서면을 작성하게 하고, 같은 날 진정인에게 특별교육이수를 명하였다.

라. 진정인은 같은 해 11. 7. 출결문제(사고결석 6회, 사고결과 2회, 사고지각 12회, 사고조퇴 1회)로 위 다.항의 서면내용에 의거 학생선도협의회 개최없이 퇴학처분된 바, 현재 ○○고등학교는 진정인의 학적을 정리하지 않고 전학을 권유하고 있다.

5. 판 단

가. 학생에 대한 퇴학처분은 학생신분을 박탈하는 가장 가혹한 징계처분으로 학생의 학습권 등을 매우 제한하는 것이므로, 그 학생을 계속 재학하게 하는 것이 교육상 필요 및 학내질서 유지라는 징계목적에 비추어 볼 때 현저히 부당하거나 불합리하다고 인정될 수 있을 정도로 중한 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용되며 절차적으로도 적법하여야 한다.

나. 진정인의 주장 중 오토바이를 운전하다 적발될 경우 사회봉사에 처하도록 규정한 것이 너무 지나치다는 주장에 대해서는, 오토바이를 무면허로 운전하는 것은 현행법을 위반하는 것일 뿐 아니라 사고의 위험성 등이 있는 점을 고려해 볼 때 인정하기 어렵고, 징계처분이 누적되었을 경우 단계적으로 가중처벌하는 것이 부당하다는 주장도, 초·중등교육법시행령 제31조 제2항이 사안의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하도록 규정하고 있는 것 등에 비추어 볼 때 인정하기 어렵다.

다. 그러나, 진정인이 퇴학처분에 이르기까지의 절차를 살펴보면, 첫째, ○○고등학교생활규정은 학생의 퇴학처분을 학생선도협의회에서 결정하도록 규정하고 있음에도, ○○고등학교는 2006. 9. 21. 학생선도소위원회를 개최하여 진정인에게 사회봉사 5일의 징계처분을 결정하면서 진정인의 퇴학처분 여부에 대해서는 피진정인이 결정하도록 하고 결재상신한 바, 이는 진정인의 퇴학처분을 실질적으로 피진정인이 단독으로 결정하도록 한 것으로 규정된 절차를 위반하였다고 판

단된다.

라. 둘째, 피진정인은 진정인을 특별교육이수에 처하면서 진정인의 학부모로부터 차후 교칙을 한 건이라도 위반할 시에는 학생선도협의회 협의없이 퇴학처분한다는 내용을 서면으로 작성하게 하여, 실제로 진정인이 교칙을 위반하자 학생선도협의회를 개최하지 않고 퇴학처분한 바, 이는 규정에 없는 임의의 절차로 퇴학처분을 한 것으로 판단된다.

마. 위와 같은 징계절차 위반은 학생징계시 적정한 절차를 거칠 것을 규정하고 있는 초·중등교육법 제18조 제2항을 위반한 것일 뿐 아니라, 헌법 제12조가 명시하고 있는 적법절차의 원칙을 위반한 것인 바, 피진정인의 주장을 볼 때 퇴학처분시 위와 같은 임의의 절차를 거치는 것은 ○○고등학교의 관행으로 판단되고, 따라서, 피진정인에게 학생선도협의회를 개최하여 진정인의 퇴학처분을 재심의할 것과 위와 같은 관행을 개선할 것을 권고하는 것이 적절하다고 판단된다.

6. 결 론

따라서, 피진정인이 위와 같이 임의의 절차로 진정인을 퇴학처분한 것은 헌법 제12조가 명시한 적법절차의 원칙을 위반한 것으로 판단되므로, 국가인권위원회법 제44조 제1항의 규정에 의거 주문과 같이 결정한다.

2007. 1. 15.

위원장 최영애 위원 원형은 위원 김태훈

8] 2008. 4. 3. 자 07진인2330 결정 [퇴학처분]

피진정인의 퇴학예정 및 전학권고 조치는 법령을 위반한 자의적인 조치로서 학생의 학교를 선택할 권리 침해에 해당한다고 한 사례

【결정요지】

- 【1】** 「초·중등교육법시행령」 제31조(학생의 징계 등)제2항은 학생에 대하여 징계 처분을 함에 있어서 “그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다”고 규정하고 있음. 이러한 규정은 피진정인이 교장으로 근무하는 위 학교와 같이 클린스쿨제(상·별점제)를 운영하여 학생들이 「학교생활규정」을 위반하여 일정 기준의 별점을 초과한 학생들에 대해 퇴학예정 조치 등을 취하는 경우에도 그대로 적용됨에도 불구하고 피진정인은 이와 같은 법령 규정을 위반하여 피해자 조○○ 등에 대하여 단계별 절차를 거치지 않고 바로 퇴학예정 조치 및 전학권고를 함으로써 동 법령을 위반한 것으로 판단함.
- 【2】** 피진정인은 위 학교가 비평준화 지역에 속해 신입생 선발고사를 통해 입학하는 관계로 오래 전부터 관행상 관내 퇴학예정자 전입·학이 자유롭지 못하였다고 주장하고 있음. 그러나 위 학교가 소재하고 있는 지역의 학교에서 퇴학예정 학생들의 전학(전입)을 허용할 수 없다는 특별한 근거 법령은 없음. 또한 「초·중등교육법시행령」 제31조(학생의 징계 등) 제6항은 “학교의 장은 퇴학 처분을 한 때에는 당해 학생 및 보호자와 진로상담을 하여야 하며, 지역사회와 협력하여 다른 학교 또는 직업교육훈련기관 등을 알선하는 노력을 하여야 한다”고 규정하고 있음. 피진정인은 위 법령에 따른 노력을 소홀히 한 것으로 판단함.
- 【3】** 따라서 이러한 피진정인의 조치는 「초·중등교육법시행령」 제31조(학생의 징계 등)제2항 및 제6항을 위반한 자의적인 조치로서 「헌법」 제11조의 평등권과 「헌법」 제10조의 행복추구권에 기인한 학생의 학교를 선택할 권리를 침해한 것으로 판단함.

【참조조문】 「초·중등교육법」 시행령 제31조제1, 2, 6항

【진 정 인】 조○○

【피 해 자】 조○○ 외 20여명

【피진정인】 ○○고등학교장

【주 문】

1. 피진정인의 감독기관인 ○○도교육감에게 피진정인에 대하여 경고 조치 할 것과 피진정인 및 ○○도교육감에게 향후 진정사건과 유사한 인권침해 사항이 발생되지 않도록 재발방지 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한다.
2. 진정요지 나항에 대하여는 이를 각하한다.
3. 진정요지 다항에 대하여는 이를 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 진정인의 아들이 ○○○ ○○고등학교 2학년에 재학중 명찰 미부착, 흡연, 무단외출, 두발위반, 야간 자율학습 미참여 등으로 별점을 많이 받아서 피진정인 으로부터 2007. 5.말경 퇴학예정 및 권고전학의 징계조치와 전학 중용을 받은 것은 부당하다. 이와 같은 사유로 20여명의 학생들이 같은 조치를 당하였다. 또한, 같은 관내의 교장들이 피해자들의 전학(입)을 허용하지 않기로 합의하여 피해자 들로 하여금 다른 지역으로 가라는 것은 학생지도 의무를 다른 지역 학교에 전 가하는 것이며 학생들의 인권을 유린하는 것이다.

나. 피해자 조○○의 할머니가 학교로 방문하여 담임교사에게 "조금 늦게 찾아 뵙네요"라고 하였더니 담임교사가 "그렇죠" 라는 대답을 한 것은 교사로서 자질이 없고 인권을 침해한 것이다.

다. 학교측이 피해자 조○○이 퇴학예정자란 이유로 중식신청을 받아주지도 않고 9월에 있는 수학여행 명단에서 제외한 것은 명백한 인권침해이다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인

1) 진정요지 가항 관련

가) 위 학교에서는 학생들의 제반 행동에 일정한 기준의 상·벌점을 운영하여 학생들의 올바른 생활습관과 인격형성을 도모하여 바람직한 교풍 진작과 교육목적을 효과적으로 달성하기 위해 클린스쿨제(상·벌점제)를 실시하고 있다. 피해자 조○○ 등은 이러한 규정을 위반하여 퇴학 예정 및 전학권고 대상인 벌점 50점을 받았다.

나) 위 학교는 비평준화 지역에 속하므로 선발고사를 통해 학생을 선발한다. 따라서 만일 입학 후 자유로운 전입학이 허용되는 경우 선발고사가 무의미해지고 그에 따라 예기치 못한 부작용과 혼란이 우려되어 오래 전부터 관행상 같은 지역 내에서는 전입학이 자유롭지 못하였으며 특별한 사정(특기생, 특수교육대상자 등)이 있을 경우에만 해당학교의 교장 의견에 따라 전입학이 가능하다.

2) 진정요지 나항 관련

담임교사가 피해자 조○○의 상담을 위해 조○○의 가족에게 전화하였으나 동 피해자의 가족이 학교에 오지 않다가 선도위원회가 있던 당일 날 피해자의 할머니께서 내교하셔서 담임교사가 바쁜 와중에 쉽게 대답하였을 뿐이다.

3) 진정요지 다항 관련

학교 중식 신청은 학생이 행정실에 제출하는 것이나 편의상 담임교사가 신청서를 모아 제출하고 있는데 피해자 조○○은 중식신청을 하지 않았다. 수학여행은 학생의 개인사정(가사사정, 건강상태 등)으로 희망하지 않는 경우 수학여행에서 제외될 수 있다. 피해자 조○○과 같은 처지에 있는 학생들 가운데 희망자는 모두 수학여행에 참여했다. 피해자 조○○은 2학기 개학 후 결석이 잦았고 등교일에도 등교시간이 불규칙했으며 무단조퇴가 빈번하였으며 계획된 수학여행일이 가까워진 시점에서도 수학여행과 관련된 상담을 위해 교무실로 오라는 연

락을 했으나 온 적이 없었다.

3. 관련 규정

「초·중등교육법시행령」 : 별첨 1

4. 인정사실

○○고등학교장이 제출한 진술서 및 자료, ○○도교육감이 제출한 진술서 및 자료 등을 종합하여 보면 아래 사실이 인정된다.

가. 피해자 조○○은 2007. 3. 26.부터 4. 30.까지 명찰 미부착(4회, 4점), 흡연(2회, 10점), 두발위반(6회, 18점), 무단 지각 또는 외출(3회, 3점), 자율학습 미참여(3회, 15점) 등의 피진정학교의 「학교생활규정」을 위반하여 벌점(50점)을 받아 퇴학예정 조치 및 전학권고를 받았으며, 2007. 1.부터 9.까지 피해자 조○○과 같은 징계를 받은 학생은 28명(자퇴 16, 전학 8, 전학예정 4)에 이른다.

나. 피해자 조○○은 2007. 10.말경 타 지역(강원도 ○○고등학교)으로 전학갔고, 같은 사유로 20여명의 학생이 「학교생활규정」 위반으로 벌점을 받아 자퇴하거나 전학을 갔으며, 전학권고를 받은 학생들은 대부분 다른 지역으로 전학을 갔다.

다. 「초·중등교육법시행령」 제31조(학생의 징계 등)에는 학생에 대한 징계는 단계(1. 학교내의 봉사, 2. 사회봉사, 3. 특별교육이수, 4. 퇴학처분)별로 하도록 규정되어 있고, 피진정인학교의 「학교생활규정」에도 그러한 법령의 취지를 반영한 것으로 보임에도 피진정인은 피해자 조○○ 등에게 퇴학처분을 함에 있어서 이와 같은 단계별 조치를 취하지 아니하였다.

5. 판 단

가. 진정요지 가항 관련 부분

1) 「초·중등교육법시행령」 제31조(학생의 징계 등) 제2항은 학생에 대하여 징계처분을 함에 있어서 “그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다”고 규정하고 있다. 이러한 규정은 피

진정인이 교장으로 근무하는 위 학교와 같이 클린스쿨제(상·벌점제)를 운영하여 학생들이 「학교생활규정」 위반하여 일정 기준의 벌점을 초과한 학생들에 대해 퇴학예정 조치 등을 취하는 경우에도 그대로 적용된다. 그럼에도 불구하고 피진정인은 이와 같은 법령규정을 위반하여 피해자 조○○ 등에 대하여 단계별 절차를 거치지 않고 바로 퇴학예정 조치 및 전학권고를 함으로써 동 법령을 위반한 것으로 판단된다.

2) 피진정인은 위 학교가 비평준화 지역에 속해 신입생 선발고사를 통해 입학하는 관계로 오래 전부터 관행상 관내 퇴학예정자 전입·학이 자유롭지 못하였다고 주장하고 있다. 그러나 위 학교가 소재하고 있는 지역의 학교에서 퇴학예정 학생들의 전학(전입)을 허용할 수 없다는 특별한 근거법령이 없다. 또한 「초·중등교육법시행령」 제31조(학생의 징계 등) 제6항은 "학교의 장은 퇴학처분을 한 때에는 당해 학생 및 보호자와 진로상담을 하여야 하며, 지역사회와 협력하여 다른 학교 또는 직업교육훈련기관 등을 알선하는 노력을 하여야 한다"고 규정하고 있다. 피진정인은 위 법령에 따른 노력을 소홀히 한 것으로 판단된다.

3) 따라서 이러한 피진정인의 조치는 「초·중등교육법시행령」 제31조(학생의 징계 등) 제2항 및 제6항을 위반한 자의적인 조치로서 「헌법」 제11조의 평등권과 「헌법」 제10조의 행복추구권에 기한 학생의 학교를 선택할 권리를 침해한 것으로 판단된다.

나. 진정요지 나항 및 다항 관련 부분

담임교사가 진정요지 나항 기재의 언행을 하였다고 하더라도 그와 같은 언행은 진정인 등의 인권침해 행위라고 볼 수 없다. 또한 진정요지 다항 기재의 주장을 인정할 만한 객관적인 증거가 발견되지 않는다.

다. 위와 같은 인권침해행위에 대하여 취하여야 할 구제조치에 관하여 살펴본다. 우선 위와 같이 법령을 위반한 피진정인에 대하여는 장차 유사한 행위가 일어나지 않도록 하기 위하여 경고조치를 취하는 것이 필요하다고 판단된다. 또한 위 학교에서와 같이 클린스쿨제(상벌점제)를 운영하는 학교에서 벌점기준을 초과한 학생에 대하여 징계조치를 취함에 있어서 위와 같이 법령을 위반하는 일이 없도록 관내 학교에 전파하는 등의 재발방지 대책을 마련하는 것이 필요하다고 판단된다.

6. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 진정요지 가항에 대하여는 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 규정에 따라 주문과 같이 권고하고, 진정요지 나항, 다항에 대하여는 각각 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호 규정 및 동법 제39조 제1항 제1호 규정에 따라 각하, 기각하기로 결정한다. 이상과 같은 이유로 주문과 같이 결정한다.

2008. 4. 3.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유남영 위원 윤기원 위원 정재근

< 별첨 1 : 「초·중등교육법시행령」 >

제31조 (학생의 징계 등) ① 법 제18조제1항 본문의 규정에 의하여 학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각호의 1의 징계를 할 수 있다.

1. 학교내의 봉사
2. 사회봉사
3. 특별교육이수
4. 퇴학처분

② 학교의 장은 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.

③ 교육감은 제1항제3호의 규정에 의한 특별교육이수의 징계를 받은 학생을 교육하는데 필요한 교육방법을 마련·운영하고, 이에 따른 교원 및 시설·설비의 확보 등 필요한 조치를 하여야 한다.

④ 제1항제4호의 규정에 의한 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 학생외의 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자에 한하여 행하여야 한다.

1. 품행이 불량하여 개선의 가망이 없다고 인정된 자
2. 정당한 이유없이 결석이 잦은 자
3. 기타 학칙에 위반한 자

⑤ 학교의 장은 퇴학처분을 하기 전에 일정기간동안 가정학습을 하게 할 수 있다.

⑥ 학교의 장은 퇴학처분을 한 때에는 당해 학생 및 보호자와 진로상담을 하여야 하며, 지역사회와 협력하여 다른 학교 또는 직업교육훈련기관 등을 알선하는데 노력하여야 한다.

⑦ 학교의 장은 법 제18조제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계등의 방법으로 행하여야 한다.

9] 2005. 12. 26.자 05진인3073 결정 직권남용에 의한 인권침해

학생이 거짓말 한 것에 대해 시인 및 기록을 요구하고, 방송실 문을 닫고 카메라를 설치하여 거짓말 시인 사항을 촬영하려고 한 행위는 교육의 목적범위를 벗어난 행위이며, 교실에서 학생이 거짓말을 하였다는 사실을 언급하면서 반성문을 제출토록 하는 등의 행위는 헌법 제10조, 제17조, 제19조 침해에 해당하는 것으로 권고한 사례

【진 정 인】 이○○

【피 해 자】 이○○

【피진정인】 ○○초등학교 교사 ○○○

【주 문】

1. 피진정인의 관리·감독기관인 인천시○○교육장에게 피진정인을 징계조치할 것을 권고한다.
2. 피진정기관의 학교장에게 향후 진정사건과 같은 유사한 인권침해사례가 발생되지 않도록 재발방지 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 피해자의 담임선생인 피진정인은 피해자가 거짓말을 했다고 반성문을 쓰라고 하였지만 피해자가 거짓말을 하지 않았으면서 반성문 작성을 거부하자 반성문을 받기 위한 목적으로, 교장실에서 피해자의 핸드폰 압수와 교장선생님과 상담 및 교무실, 학교 뒤뜰로 데리고 다녔으며, 방송실에서 카메라를 작동 조작하여 피해자에게 “지금까지 있었던 일에 대한 사실 여부”의 자백을 강요하고, 피해자가 화장실 가기를 원하여 보내주었으나 화장실 문을 잠그고 나오지 않아 남자학생을 시켜 억지로 화장실 문을 넘어가서 데리고 나오게 하고, 연수실로

테려가 연필과 종이를 주면서 “지금까지 있었던 일과 거짓말 한 일”에 대해 반성문을 쓰라면서 추궁을 하였다.

나. 또한, 교실 교탁앞으로 데리고 가서 “피해자가 한 말들은 전부 거짓말이다”라고 반 아이들 앞에서 얘기하고, 피해자에게 반성문을 강요하여 피해자가 “잘못했습니다. 다시는 안 그러겠습니다. 용서해 주세요. 선생님 사랑합니다.” 등의 내용으로 제출하자 피진정인은 다른 종이에 거짓말한 내용건을 적어주며 이에 대해 구체적으로 작성하고 그 이유를 쓰라고 강요하여 피해자의 진술서를 제출받았다. 이와 같은 일로 피해자는 2005. 9. 12일부터 학교에 나오지 않고 2005. 11. 2일 다른 학교로 전학을 갔다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

1) 피해자가 작성한 거짓말 사항과 관련하여

가) 피진정인은 1학기말 평가시험과 관련하여 학생들에게 등수를 알려준 사실이 없다.

나) 지난 1학기때 피해자가 방송반 선발시험에 떨어져서 웃고, “능력도 없으면서 왜 갔느냐”고 말한 사실이 없다.

다) 피진정인이 2학기 과학시간에 말과 박쥐를 지도하면서 반 아이들에게 “너희들은 박쥐와 말보다 못한 놈들”이라고 말하지 않았다.

라) 2학기 반장선거와 관련하여 피해자는 학급선거에 나오겠다는 의사표현이 없었으며 실제로 후보로 나온 사실이 없다.

마) 학급원이 피해자에게 꼬집힌 것에 대해 부인하다가 다른 아이들이 꼬집은 것을 봤다고 하자 나중에 꼬집었다는 사실을 말한 적이 있다.

2) 피진정인이 피해자의 학교생활 및 인성지도 상담을 하면 학부형에게 “선생

님이 괴롭힌다”라고 거짓말을 하는 등, 세심한 관심과 지도가 요망되는 아동이었다. 따라서, 경험이 많으신 교장선생님과 피해자와의 상담을 요청하고자 교장실을 방문하였고 원활한 상담을 위해 핸드폰을 담임이 잠시 보관하겠다고 하였으며, 그 이후 11:00 정도에 돌려주었다.

3) 교감선생님에게 피해자와의 상담을 요청하기 위하여 교무실로 데리고 갔으나, 학교 뒷뜰에 가서 피해자와의 상담을 부탁하였지만 수업이 중요하니 올라가라하여 상담을 포기하였다.

4) 방송실에서 피해자와 상담중, 피해자가 시인한 거짓말에 대하여 향후 재발방지를 위한 지도목적으로 그 내용을 적으라고 하였지만, 피해자가 이를 거부하고 일어나서 나가려고 하였으며 피해자가 갑자기 나가서 예상치 못한 불의의 사고가 날 것이 우려되어 방송실에 함께 있던 학급원에게 문을 닫으라고 한 사실은 있으나, 피해자를 가둬놓을 의사는 전혀 없었다.

5) 방송실에서 피해자가 화장실에 가겠다고 하여 보낸 후 피해자가 화장실 안으로 들어가 문을 잠궈 피진정인 및 학급원들이 나오라고 계속 말했으나 나오지 않아, 피해자의 돌발적인 행동, 자해 등이 걱정이 되어 여학생이 화장실 문을 넘어가기에는 위험성이 있어 남학생으로 하여금 문을 열도록 하였다. 당시, 상황으로는 피해자의 안전이 우선이었기에 불가피한 조치였다.

6) 4교시에 교실에 와서 아이들과 수업을 하면서 피해자에게 인정한 사실에 대하여 종이에 적어오라고 하였다. 즉, ‘성적과 관련, 학급회장 선거 관련,말과 박쥐와 관련, 방송반 관련’을 적어주고 자신이 거짓말한 사실을 구체적으로 적어오라고 하였지만, 피해자는 ‘잘못했습니다. 다시는 안 그러겠습니다. 선생님 사랑합니다.’라는 내용만 적어 와서, 피진정인은 피해자가 거짓말한 것과 관련하여 자신이 인정한 내용을 스스로 써 보게 함으로써 생각하는 시간을 갖게 하려는 목적이었지, 결코 강제성을 가지고 한 사실이 없다.

7) 피해자가 진정내용 건으로 인해 장기간 학교에 결석하여, 피진정인은 피해자의 건강한 학교생활이 최선이라 판단되어, 학부모에게 피해자와의 직접적인 만남과 대화를 요청하고, 수차의 가정방문 및 전화통화, 등교 조치 부탁, 피해자가 정상적인 학교생활을 할 수 있도록 최선의 노력 약속, 공개사과 용의 표명 등의 노력을 하였지만 학부모가 이에 응하지 않았다.

8) 진정인이 9. 12일 학교에 와서 아동의 동의나 부모의 동의없이 일방적으로 아이들 이야기를 녹취하고 수업을 방해하였다. 아이들은 진정인이 사실과 다른 말을 물어보았으나 어른이기 때문에 사실대로 말하지 못했다고 했으며 진정인이 말해주는 대로 쓴 것이 있다고 말하는 등 강제가 있었다. 이와 같은 진정인의 부당한 요구로 인한 문제를 의논하기 위해 학급 학부모 모임을 가졌으며, 진정인의 행동과 요구가 부당하다며 26명의 학부모가 서명하였다.

3. 인정사실 및 판단

가. 인정 사실

1) 피해자는 초등학교 5학년 여학생이며, 피진정인은 피해자의 담임선생님이다.

2) 피진정인은 2005. 9. 10(토) 피해자와 같이 교장실, 교무실, 학교 뒤뜰, 방송실, 연수실, 교실 등으로 데리고 다녔다.

3) 피진정인은 피해자의 거짓말사항 확인 용도로 방송실 카메라를 설치하였다.

4) 피진정인은 교실에서 피해자가 거짓말(진실여부의 사실확인을 배제함)을 하였다는 내용의 반성문 및 거짓말한 구체적 내용과 그 이유를 작성하게 하여 제출받았다.

5) 피해자는 진정내용 사항으로 인해 전체 수업을 받지는 못했다.

6) 피해자는 진정사건으로 인해 2005. 9. 12일부터 결석하여 11월 2일 타 학교로 전학을 간 사실이 있다.

나. 판단

1) 피진정인이 2005. 9. 10(토) 피해자에게 거짓말을 한 것에 대한 반성문 확보 및 교육목적으로 교장실, 교무실, 방송실, 연수실, 교실 등으로 데리고 다니면서 장시간 동안 수업을 제대로 받지 못하게 하면서 거짓말을 한 것에 대해 언급하고 이에 대해 시인 및 기록하라고 요구하고, 특히, 방송실에서 피해자가 한 거짓말 사항에 대해 피진정인이 준 종이에 기록을 요구하고, 방송실 문을 닫고 카메라를 설치하여 피해자의 거짓말 시인 사항을 촬영하려고 한 행위는 교육의 목적

범위를 벗어난 행위로 아동복지법 제2조 제4호 및 아동복지법 제29조(금지행위) 제3호에 의한 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 가혹 행위로 헌법 제10조의 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

2) 피진정인이 학급원들이 있는 교실에서 피해자가 거짓말을 하였다는 사실을 언급하면서 반성문을 제출토록 하여 피해자가 제출한 내용이 '잘못했습니다. 다시는 안 그러겠습니다. 용서해 주십시오. 선생님 사랑합니다' 등의 내용이 있음에도 불구하고, 피진정인이 '성적과 관련, 학급회장 선거관련, 말과 박쥐 관련, 방송반 관련'을 적어주고 피해자에게 이에 대해 구체적으로 적어 오라고 지시하여 피해자가 피진정인이 적어준 사항에 대해 구체적으로 적어오자, 또 다시 거짓말한 이유와 또 다른 거짓말 사항을 적어오라고 하는 등 장시간 동안 학급 아이들 앞에서 피해자의 거짓말 사항을 언급하고 거짓말 사항을 제출받아, 피해자에게 정서적인 불안감과 정신적인 상처를 주어 피해자가 진정사건 이후 40여일 동안의 결석 및 타 학교로 전학을 가는 원인을 제공하는 것은 교육기본법 제12조(학습자) 제1항 및 제2항의 "학생의 기본적 인권은 학교교육 과정에서 존중·보호되어야 하고, 교육내용·교육방법은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다"는 취지의 교육목적의 범위를 벗어난 행위로, 헌법 제10조의 인격권 침해, 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유 침해, 헌법 제19조의 양심의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

4. 결 론

이상의 사실을 종합하여 볼 때,

가. 피진정인이 피해자에게 거짓말 한 것에 대해 시인 및 기록을 요구하고, 방송실 문을 닫고 카메라를 설치하여 피해자의 거짓말 시인 사항을 촬영하려고 한 행위는 교육의 목적범위를 벗어난 행위로 아동복지법 제29조(금지행위)의 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 가혹행위로 헌법 제10조의 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

나. 피진정인이 교실에서 피해자가 거짓말을 하였다는 사실을 언급하면서 반성문을 제출토록 하여 피해자가 반성문을 제출하였음에도 불구하고, 구체적으로 거짓말한 내용기록을 요구하고, 또 다시 거짓말한 이유와 다른 거짓말 자백을

요구하여 제출받아, 피해자에게 정서적인 불안감과 정신적인 상처를 주는 것은 교육기본법 제12조의 “학생의 기본적 인권은 학교교육 과정에서 존중·보호되어야 하고, 교육내용·교육방법은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다”는 취지의 교육목적의 범위를 벗어난 행위로, 헌법 제10조의 인격권 침해, 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유 침해, 헌법 제19조의 양심의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

다. 이상과 같은 이유로 주문과 같이 결정한다.

2005. 12. 26.

국가인권위원회 정책위원회

위원장 최영애 위원 정인섭 위원 최금숙

㉔ 2008. 2.28. 자 06진인1951 결정 [과도한 체벌]

피진정인이 피해자에 대하여 행한 체벌(뺨때리기 등)은 학생지도 방법과 교육의 목적을 벗어난 행위로서 피해자의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것으로 권고한 사례

【결정요지】

【1】 피진정인은 2006. 8. 29. ○○고등학교 재학생인 피해자 김○○에게 수차례에 걸쳐서 두발지도를 하였음에도 불구하고 피해자가 이에 따르지 아니하고 이발을 하지 아니한 상태에서 등교하였다는 이유로 피해자를 수업시간에 앞으로 나오게 하여 출석부로 피해자의 머리를 때리고 수업시간 동안 무릎을 꿇고 앉아 있도록 한 다음 교무실 복도로 데리고 가 손으로 피해자의 얼굴을 4~5회 때려 피해자의 인권을 침해하였음.

【2】 피진정인이 피해자에 대하여 행한 체벌(뺨때리기 등)은 학생지도 방법을 크게 벗어나고 교육의 목적을 벗어난 행위로서 피해자의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것으로 판단함.

【참조조문】

「헌법」 제10조(인간의 존엄성) 및 제12조(신체의 자유), 「초·중등교육법」 제18조(학생의 징계) 및 동법 시행령 제31조제7항, ○○고등학교 「생활지도규정」 제100조(학생체벌) 및 제101조(체벌의 기준)

【진 정 인】 심○○ (피해자의 학부모)

【피 해 자】 김○○

【피진정인】 김○○

【주 문】

1. ○○고등학교장에게 피진정인에 대하여 경고조치할 것을 권고한다.

2. 피진정인에게 국가인권위원회가 실시하는 특별 인권교육을 받을 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피진정인은 2006. 8. 29. ○○고등학교 재학생인 피해자에게 수차례에 걸쳐서 두발지도를 하였음에도 불구하고 피해자가 이에 따르지 아니하고 이발을 하지 아니한 상태에서 등교하였다는 이유로 피해자를 수업시간에 앞으로 나오게 하여 출석부로 피해자의 머리를 때리고 수업시간 동안 무릎을 꿇고 앉아 있도록 한 다음 교무실 복도로 데리고 가 손으로 피해자의 얼굴을 4~5회 때려 피해자의 인권을 침해하였다.

2. 당사자의 주장 요지

가. 진정인

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인

○○고등학교 2학년 생활지도교사인 피진정인은 개학 후 두발 지도계획에 따라 학생들을 지도하는 과정에서 2006. 8. 25.(금요일)의 두발검사를 예고하였음에도 불구하고 피해자는 이러한 지도에 응하지 아니하였고 2006. 8. 28.에도 이발을 하지 아니하였다. 피진정인이 이와 같이 수차례 지도를 하였음에도 불구하고 피해자가 이에 응하지 아니하여 진정인이 주장한 바와 같은 체벌을 가하였다.

3. 관련규정

별지 기재와 같다.

4. 인정사실 및 판단

진정인과 피진정인의 진술을 종합하면, 피진정인이 피해자에 대하여 진정인이

주장한 바와 같은 체벌을 가한 사실을 인정할 수 있다. 피진정인이 피해자에 대하여 행한 체벌(뺨때리기 등)은 「초·중등교육법」 제18조, 동법 시행령 제31조 제7항, ○○고등학교 「생활지도규정」 제100조 및 제101조에서 정한 학생지도 방법을 크게 벗어난 것으로서 법령을 위반한 행위에 해당된다. 그러므로 이러한 체벌행위는 교육의 목적을 벗어난 행위로서 「헌법」 제10조 및 제12조에서 규정하고 있는 피해자의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

이에 따라 피진정인에 대하여 취하여야 할 구제조치에 관하여 보건대, 피진정인이 위와 같은 체벌에 이르게 된 경위 및 피진정인이 이미 사과를 하고 깊이 반성을 하고 있는 점을 고려하여 앞으로 유사한 행위의 재발을 방지하기 위해 주문기재와 같은 조치를 취하는 것이 상당하다고 판단된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항의 규정에 따라 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2008. 2. 28.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유남영 위원 신혜수 위원 윤기원

[별지]

관 련 규 정

「초·중등교육법」

제18조(학생의 징계) ①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.

「초·중등교육법 시행령」

제31조 (학생의 징계 등) ⑦학교의 장은 법 제18조제1항 본문의 규정에 의한 지도지를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다.

「생활지도규정」(○○고등학교)

제100조 (학생체벌) 초·중등교육법시행령 제31조 제7항의 '교육상 불가피한 경우' 학생에게 체벌을 주고자 할 때에는 각 호의 사항을 준수해야 한다.

1. 교사는 감정에 치우친 체벌을 해서는 안되며, 체벌기준에 따라야 한다.
2. 교사가 체벌할 때는 사전에 학생에게 체벌 사유를 인지시켜야 한다.
3. 체벌도구는 지름 1.5cm 내외로 길이는 60cm이하의 나무로 하며, 직선형이어야 한다.
4. 체벌 부위는 둔부로 한다. 단, 여학생의 경우는 대퇴부로 제한한다.
5. 1회 체벌봉 사용 횟수는 10회 이내로 하고, 해당 학생에게 상해를 입혀서는 안된다.

제101조 (체벌의 기준) 체벌은 교육상 필요하고 다른 수단으로는 교정이 불가능한 경우에 한하며, 다음 각 호의 기준에 따른다.

1. 교사의 훈계나 반복적인 지도에 변화가 없는 경우
3. 다른 학생을 이유 없이 괴롭히는 경우
5. 학습태도가 불성실한 경우
6. 교사의 지시에 불응하거나 대드는 경우
7. 기타 교육상 필요하다고 생각되는 경우

III 2007. 12. 14.자 07진인2659-2660-2793 (병합) 결정 [폭행 등 부적절한 처우]

아동들에 대해 폭언, 폭력, 체벌 등은 인권침해에 해당하고 나아가 일부 내용은 범죄행위에 해당하므로 피진정인을 검찰총장에게 고발하고 피진정인 감독기관의 장에게 동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치의 이행을 권고한 사례

【결정요지】

- 【1】** 피진정인이 아침 생활지도를 하는 과정에서 아동들에 대해 폭언, 폭력 등을 행사하고, 일상적인 양육과정에서도 욕설, 비속어 등을 사용하고, 단체 기합이라는 명목으로 아동에게 체벌을 한 행위는 「아동복지법」 제29조 제1호 및 제3호가 금지하고 있는 신체에 손상을 주는 학대행위 및 정서적 학대행위에 해당
- 【2】** 피진정인이 시설장으로서 아동의 보호와 양육에 소홀하고, 음주·흡연 등 부적절한 모습을 아동들에게 공공연히 노출하고, 중학생 이상 남자 아동들에게 술병, 담배꽂초 등 쓰레기를 치우도록 하여 아동들로 하여금 혐오감과 불쾌감을 느끼게 한 행위는 「아동복지법」 제29조 제3호의 정서적 학대행위 및 「아동복지법」 제40조 제2호에 따라 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당될 수 있으며, 「헌법」 제10조 및 제12조가 보장하는 아동들의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 신체의 자유를 침해한 것이라고 판단
- 【3】** 피진정인이 전체 생활아동에 대해 부모의 면회를 원내에서만 하도록 하고 동반 외출·외박을 제한한 것은 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함을 천명한 「아동복지법」의 기본이념에 배치되는 것이고, 같은 법 제18조가 규정하고 있는 ‘보호아동의 권리를 최대한 보장하고 보호아동의 가정복귀를 위한 적절한 상담과 지도를 병행해야 할 의무’를 제대로 이행하지 아니함으로써 「헌법」이 보장하고 있는 진정인들의 행복추구권을 침해한 것으로 판단
- 【4】** 또한 아동들 사이에 위화감 조성을 우려하여 휴대폰 사용을 제한할 수는 있겠으나 이미 아동자치회를 통해 휴대폰 사용을 허용한 바 있고, 부모와

아동이 떨어져 생활하고 있는 아동들의 특수한 상황을 고려할 때 부모가 구입해 준 휴대폰까지 사용을 못하도록 한 것은 과도하게 통신의 자유를 제한한 조치였다고 판단

【참조조문】

「헌법」 제10조, 제12조, 「아동의 권리에 관한 협약(The Convention on the Rights of the Child)」 「아동복지법」 제2조, 제3조, 제4조, 제9조, 제18조, 제19조, 제26조, 제29조, 제40조 「사회복지사업법」 제35조

【진 정 인】 ○○○외 2명

【피진정인】 1. ○○○장 ○○
2. ○○광역시 ○○구청장

【주 문】

1. 진정요지 가.항과 관련하여, 피진정인을 「아동복지법」 제29조 제1호 및 제3호 위반의 혐의로 검찰총장에게 고발한다.
2. 진정요지 가.항 내지 라.항과 관련하여, ○○광역시 ○○구청장에게 유사 사례의 재발방지와 아동의 처우 개선 및 피진정시설 운영의 정상화를 위하여 지도·감독을 철저히 할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인들은 ○○원에 입소하여 생활 중인 아동들인 바, 피진정인 ○○○으로부터 다음과 같은 인권침해를 당하였다.

가. 2007. 7. 26. 오전 아이들에게 욕설 등 폭언을 하고 아동 3명에게는 폭행을 하였다. 빗자루와 손으로 때렸고, 한 아동은 머리채를 잡고 1층 계단까지 끌고 나와 아이들이 보는 앞에서 폭언, 폭행을 하였으며, 그 후 방송을 통해 아동들과

직원들을 강당으로 모이게 한 후 다시 폭언, 폭행을 하였다.

나. 평소에 아동들과 직원들에게 씨발새끼들, 개쓰레기들, 대가리에 피도 안마른 것들 등과 같은 욕설, 비속어 등을 자주 사용하고, 단체기합을 주기도 하였다. 2003년도에 아동들 전체를 모아놓고, 빗자루, 발판 등으로 때려 여러 아이들이 멍이 들었다.

다. 사택에 머무르는 시간이 많고, 아이들 이름을 다 외우지 못할 정도로 아이들에게 관심이 없으며, 범인 내 어린이집에서 고스톱을 친다거나, 흡연을 심하게 하고, 술에 취한 모습으로 늦게 귀가하여 소란을 피우는 등 원장으로서 아이들 보기에 좋지 않은 모습들을 자주 보인다.

라. 부모님과의 면회, 외출, 외박을 못하게 하고, 컴퓨터 이용이나 TV 시청, 휴대폰 사용을 제한한다. 아이들에게 사택을 청소하도록 하고, 생활지도원 선생님이 휴무 등으로 자리를 비우는 경우에는 고학년 아동들에게 저학년 아동들을 돌보는 일을 시킨다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

1) 2007. 7. 26. 아침 8시경 ○○이가 잠옷 바람으로 바퀴벌레를 잡는다며 나갔고, 그 모습을 원장님이 보고 방으로 들어오셔서 화를 내면서 다 일어나라고 했다. 1층 마루에서 애들이 다 모인 상태에서 원장님이 ○○○을 자꾸 쳐다봐서 ○○○도 원장님을 쳐다봤는데, 원장님은 어디서 쳐다보냐면서 빗자루를 가지고 와서 허벅지, 엉덩이, 팔 등을 때렸다.

원장님이 희망반 아이들을 깨우고 소망반으로 왔는데 그때 ○○과 ○○이 자고 있었다. 원장님이 “임마, 일어나서 밖으로 나가”라고 했고, 당황한 ○○이가 일어나 앉아서 이불을 개고 있었더니 “어디서 어른 앞에서 앉아서 이불을 개냐, 선생이 이따위니까 아이들이 이따위지” 라는 등의 얘기를 했다. ○○이가 마루에 나와 서 있는데, 자세가 불량하다면서 몽둥이로 사정없이 때렸고, 이것을 본 ○○이가 “이 집에서 살기 싫다, 나가자”고 하니 원장님이 ○○이를 때렸다.

결에서 큰 언니들이 보고 있다가 ○○이에게 네가 언니니까 가서 좀 말리라고

해서 ○○이가 “내가 신고하겠다”고 얘기했다. 그러자 원장님이 갑자기 ○○이의 머리채를 잡아끌고 1층 계단으로 나갔다. 이때 2층에 있던 꼬마 애들이랑 큰 아이들이 보았고, 놀라서 내려온 ○○○ 선생님이 원장님을 잡으셨다.

1층 마루에서 맞았던 ○○○은 허벅지에 멍이 들었고, ○○이도 팔에 멍이 들었다. 원장님이 아이들을 깨우러 방에 들어왔을 때 “씨발것들, 개같은 것들, 대가리에 똥만 찬 것들” 등의 욕설을 했고, ○○이에게는 “이 걸레새끼야”라는 말을 했다.

잠시 후 원장님이 방송으로 고등학생 이상 아이들과 선생님들을 2층 강당으로 모이라고 해서 모였는데, 휴무였던 선생님들까지 다 불렀다. 원장님은 선생님들과 우리들에게 욕을 했고, 선생님들에게 “선생님이 이따위니까 애들이 이따위지, 돈만 떼어 먹고 가면 다냐, 니들이 뭔데 이렇게 하냐, 내 혼자 나갈 줄 아냐, 사표 쓸 준비하라”는 등의 얘기를 했다. 그리고 ○○이가 1층에서 신고할 거라고 말했던 것에 대해서 원장님이 ○○이에게 “너 신고하려면 해라, 너 신고하는 것 보고 갈 거다, 네가 한 말은 지켜야 하지 않냐”면서 어딘가로 전화를 하시더니 “오늘부로 원장 그만 두겠다”고 하셨다.

강당에서 상황이 일단 마무리된 다음에 다시 선생님들은 원장님 사택으로 불러갔고 거기서 원장님께 꾸지람을 들었다고 한다.

2) 원장님은 평소에도 직원들과 아동들에게 “씨발새끼들, 개쓰레기들, 대가리에 피도 안 마른 것들” 등과 같은 욕설, 비속어 등을 자주 사용한다. 그리고 단체기합을 주기도 하는데, 2003년도 여름쯤 아침에 아동들 전체를 모아 놓고 빗자루, 발판 등으로 때려 여러 아이들이 몸에 멍이 들기도 했다. 그때 당시 ○○○ 선생님이라는 분이 계셨는데, 아이들과의 일을 원장님에게 보고했고 그것 때문에 아이들과 다툼이 있었다. 그로 인해 원장님이 왜 선생님에게 대드냐면서 한 명씩 엎드려 뺨치게 하고서 몽둥이를 가지고 때리다가 몽둥이가 부러졌고, 다시 발판으로 아이들을 때렸다. 지금은 엄마가 데리고 가서 없지만, ○○○, ○○○ 자매는 맞아서 피멍이 들어 우는데도 원장님이 계속 때리다가 발판이 부러졌고, 그러고도 계속 아이들을 빗자루로 때렸다. 당시에는 휴대폰이 없어서 찍지도 못했고, 우리는 아직 어렸을 때라 신고할 생각도 하지 못했다. 어린 아동들에게 공부 안 한다고 얇은 빗자루 같은 걸로 때리기도 하는데, 올해 7월 초에도 아이들을 때린 적이 있다.

3) 원장님은 사택에 머무르는 시간이 많고, 아이들 이름을 다 외우지 못할 정도로 관심이 없고, 원장님으로서 보여서는 안 되는 모습들을 자주 보이신다. 법인 내 어린이집에서 고스톱을 친다거나, 흡연을 심하게 하고, 술에 취한 모습으로 늦게 귀가하여 소란을 피우는 등 아이들 보기에 좋지 않은 모습들을 자주 보이신다. 술 마시고 들어와서 방송으로 북어국을 끓여오라고 해서 아이들 잠을 깨운 적도 있고, 밤늦게 오셔서 차에서 안 내리겠다, 집에 안 들어가겠다면서 밖에서 실랑이를 벌이며 소란을 피우기도 하신다. 최근에는 2007. 8. 3. 새벽 01:30경 원장님께서 승용차를 타고 집에 도착하셨고, 비틀거리며 계단에서 몸을 잠시 기대고 계셨는데 원장님을 부축하러 나온 딸, 남편에게 비속어를 사용하며 고함을 치셨다. 그 소리에 거실에서 자던 아이들도 잠에서 깬다.

4) 그 밖의 부적절한 처우

가) 아이들에게 사택을 청소하라고 시켜서 술, 담배꽂초 등의 쓰레기를 아이들이 치우게 한다. 원장님이나 선생님이 부재 시에는 고학년 아동들에게 저학년 아동들을 돌보라고 시킨다. 가끔은 문자메시지로 해야 할 일을 보내는 경우도 있다.

나) 부모님과의 면회는 원내에서만 가능하도록 하거나 그냥 돌려 보내고, 부모님과 함께 외출, 외박하는 것을 못하게 한다. 그래서 부모님이 몰래 오셔서 면회를 하고 가기도 한다.

다) 컴퓨터 이용, TV 시청, 휴대폰 사용 등을 제한한다. 휴대폰은 부모님이 구입해 준 경우라도 고등학생 이상이 아니면 사용을 못하게 한다.

라) 퇴소한 아동들이 방문하는 경우에는 우리 집 사람이 아니니까 들여보내지 말라면서 시설 내에서 만나는 것을 제한한다.

나. 피진정인

1) 진정요지 가.항에 대하여

오전에 아이들 생활채를 둘러보았다. 방을 둘러보는 중에 이불을 하나도 개지 않은 채 자고 있어 일어나기를 몇 번이나 종용하였으나 미동도 하지 않았으며, 심지어 한 아동은 벽으로 붙기까지 하여 큰소리로 아이들을 깨우기 시작했으며 아이들의 행동을 보았을 때 울컥 화가 치밀었고 교사들도 무방비 상태인 것에도

화가 났었다.

이곳은 공동생활을 하는 곳이며 반드시 규율과 규칙이 있으며 생활지도원과 아이들은 규율과 규칙을 항상 지도 편달 받는다. 그러나 모든 게 지켜지지 않아 속이 상한 건 사실이다. 아이들 앞에서 교사들을 포함 생활지사, 상담교사, 세탁부 등 전 직원들에게 책임을 물었다. 아이들을 이토록 방치함에 분통이 터져서 맡은 바 책임도 하지 않으면서 월급만 축내는 비겁한 사람들이라고 호통을 쳤다.

폭언 주요 내용에 있어서 이런 내용은 사실이고 아니고는 말하고 싶지 않다. 말이라는 것은 건네면서 있는 그대로 전해지지 않으며 내가 아무리 아니라고 한들 이미 선입견이란 것이 있고 그런 시각으로 초점이 맞춰진 상태에서 내가 무슨 말을 하든 내 의견이 얼마만큼 관철될까 싶다.

2) 진정요지 나.항에 대하여

직원들이 없으면 아이들을 지도할 수도 없으며 시설의 발전도 없는 현실에 직원들에게 이렇게 표현하는 사람이 어디 있을까 한다. 2003년도에 이런 일이 있었던 것도 아이들의 무질서함과 아동들이 안하무인격으로 교사들을 무시하고 독단적으로 행동한 것에 대해 꾸짖었던 것이다.

3) 진정요지 다.항에 대하여

사택에 머무르는 시간이 많은 것은 사실이나, 직원회의 또한 사택에서도 이루어짐을 알아봤으면 한다. 아이들에 대한 소홀함은 없었다. 어린이집에서 고스톱은 있을 수도 없는 일이며, 이 사항은 아이들이 듣기는 들은 사항 같으나 이전 법인 내의 일들 같다. 구청의 지도하에 끝난 사항들이다. 술 또한 건강상의 문제로 할 수 없다.

4) 진정요지 라.항에 대하여

아이들이 사택을 청소하도록 시킨 것은 아니다. 교사들이 없을 때에는 형이 동생들을 돌보게 함으로써 직접적으로 느끼지 못한 친밀감과 교사들의 힘든 사항을 조금이라도 알게 된다면 직원들과도 좀 더 친밀감을 가지고 가족적인 관계를 형성할 수 있기에 부탁을 했었던 것이다.

부모님과 면회를 못하게 하지 않았다. 아동들을 데리고 나가시면 규칙과 규

울을 어기고, 어떤 때는 학교 가야 하는데 연락은 안 되고 애가 탄다. 어떤 부모님은 '곧 데려 가마' 하시고는 연락도 안하시는 분들도 계신다. 부모님을 만나고 온 아동들은 남아 있는 아동들에게 사랑삼아 얘기를 하는데, 듣는 아동들이 느끼는 부러움과 자신들의 부모들에 대한 원망, 그리움을 생각해야 한다. 이로 인해 보이게, 보이지 않게 서로를 시기하고 따돌리고 방황하고 반항하고, 지도하는 교사들을 비롯하여 모든 식구들이 긴장을 하게 된다. 부모님들은 아이들이 어리광이나 관심을 받기 위해 좀 과장된 표현들을 하면 다음날은 어김없이 교사들에게 자초지종을 묻기 전에 따지고 욕설을 하고, 새벽 세 시고 네 시고 시간 개념 없이 술을 드시고는 오셔서 행패를 부린다.

컴퓨터는 시간제한을 하지 않으면 밤을 새고, 그러면 애들이 다음날 학교 가서 제대로 수업을 받을 수 없다. TV 시청도 마찬가지다. 늦은 시간에 하는 프로그램이란 것이 애들 보기에 부적절하다는 것은 잘 아실 것이라 생각한다. 핸드폰도 마찬가지다. 고등학생은 아르바이트나 자신들의 용돈으로 구입해서 사용하기를 원해서 그렇게 하게 했다. 아르바이트를 하다 늦어지면 비상연락 시 필요하고, 아르바이트를 하면서 아이들이 돈에 대한 소중함도 알게 되어 하고자 하는 애들은 하게 했다. 중학생 아동들의 경우 휴대폰을 해 주신 부모님께도 저희들이 설명을 드렸고 거기에 어머니가 수긍하셨으며 아이들에게도 설명을 했다.

되소 아동 모두에게 방문을 못하게 한 것이 아니며, 아이들이 아무리 철이 없어도 시설아동 행사 때 가면 적어도 교사들이나 어른들, 동생들을 보면 인사를 해야 하는 것이 기본임에도 그 기본을 저버린다. 그렇다고 오는 애들을 내쫓은 적도 없으며 그것은 방법의 문제겠지만 경각심을 일으키고자 하는 말이다.

3. 인정사실 및 판단

가. 인정사실

당사자 및 참고인 진술, 제출된 자료 등을 종합해 볼 때 다음과 같은 사실이 인정된다.

1) ○○원은 ○○광역시 ○○구 ○○동 ○번지 소재의 사회복지법인 '○○○' 산하 아동양육시설로서, 2007. 7. 현재 유아 4명, 초등학생 16명, 중학생 22명, 고등학생 16명 등 총 58명의 아동들이 생활 중이며, 피진정인 ○○○은 동 시설의

원장이다.

2) 2007. 7. 26. 아침 8시경 피진정인은 아동 생활 숙소 1층에서 아이들을 깨우는 과정에서 늦게 일어난다고 “씨발 것들, 개 같은 것들, 대가리에 똥만 찬 것들, 이 걸레새끼야…” 등과 같은 욕설을 하였고, 뺨히 쳐다봤다는 이유로 빗자루로 ○○○(만 17세)의 엉덩이, 허벅지, 팔 등을 때렸고, 자세가 불량하다는 이유로 ○○(만 18세)을 때렸다. ○○이가 맞는 모습을 본 동생 ○○이 “이 집에서 살기 싫다, 나가자”고 하자 피진정인은 빗자루로 ○○이의 엉덩이와 팔을 때렸다. 이를 말리려던 ○○이 “원장님, 왜 때려요, 이거 경찰서에 신고 하겠다”고 하자, 피진정인은 ○○이 머리카를 잡아끌고 1층 계단으로 나가 욕설을 하면서 때렸다. 이러한 소란에 2층에 있던 아동들이 지켜보게 되었고, 직원이 내려와 피진정인을 말했다.

3) 이후 피진정인은 방송을 통해 2층 강당으로 고등학생 이상의 아동들과 직원(휴무였던 직원 포함)들을 모이게 한 후 욕설을 하면서, 직원들에게는 “선생님이 이따위니까 애들이 이따위지, 돈만 떼어 먹고 가면 다냐, 너희들이 뭔데 이렇게 하나, 나 혼자 나갈 줄 아냐, 사료 쓸 준비하라”는 등의 말을 하였다. 그리고 ○○이에게는 “너 신고하려면 해라, 내가 신고하는 거 보고 같거다, 네가 한 말은 지켜야하지 않냐”면서 누군가에게 전화를 하여 그만두겠다는 말을 했다. 강당에서의 상황이 종료된 후 피진정인은 직원들을 사택으로 모이게 한 후 책임을 물었다.

4) 사건 당시 한 아동이 촬영한 사진을 통해 확인한바, ○○이의 팔에 붉은 멍이 선명하였고, 2007. 8. 우리 위원회 실지조사 당시에도 멍 자국이 희미하게 남아 있었다.

5) 피진정인은 2007. 7. 26. 사건 외에도 평소 아동들과 직원들에게 “씨발 새끼들, 개 쓰레기들, 대가리에 피도 안 마른 것들…” 등과 같은 욕설, 비속어 등을 사용하여 아동들과 직원들의 불만이 많은 상태이다.

6) 2003년도에는 직원과 아동의 불화가 발단이 되어 피진정인이 아동들을 단체로 모아 놓고 몽둥이, 발판 등으로 체벌을 한 사실이 있다.

7) 2006.~2007. 8.까지 시설장의 근무 불성실과 관련하여 ○○광역시 ○○구청의 지도·점검이 있었고, 그 결과 시설장의 상근 의무 미준수와 관련하여 피진

정인은 감독기관으로부터 주의조치 및 2차에 걸쳐 개선명령을 받은 바 있다.

8) 진정인들을 포함한 생활아동 및 직원들에 의해 피진정인의 음주, 흡연 모습이 공공연히 목격되었고, 2007. 8.초에도 밤늦게 술에 취해 귀가하여 소란을 피우는 모습이 아동들에 의해 목격되었다.

9) 중학생 이상 남자 아동들에게 사택 청소를 시켜 술병, 담배꽂초 등을 치우는 것에 대한 아동들의 불만이 많은 상태이다. 피진정인이나 직원 부재 시에는 휴대폰 문자메시지 등을 통해 고학년 아동에게 저학년 아동을 돌보는 일을 시키도록 하는 일이 있다.

10) 생활 아동과 부모와의 면회는 원내에서만 가능하고 부모와의 동반 외출·외박은 허용되지 않는다.

11) 원내 컴퓨터는 고장 등으로 인하여 10여대 정도만 사용가능한 상태로 아동들이 불만이 많다. 휴대폰은 ○○○ 전(前) 시설장 재직 당시 아동자치회를 거쳐 사용이 가능하도록 했으나, 현재는 고등학생 이상 아동들에게만 소지·사용할 수 있도록 하고 있다.

12) 피진정인은 2007. 9. 14. 사직서를 제출하였고, 이에 대해 범인이사회는 2007. 10. 2. 해임 의결하였으며, 2007. 11. 16. 신임 시설장에 대해 임명 의결한 바 있다.

나. 판단

1) 우리나라가 1991년 비준한 「아동의 권리에 관한 협약(The Convention on the Rights of the Child)」은 무차별의 원칙, 아동 최선의 이익 최우선 고려 원칙과 함께 생존권, 보호권, 발달권, 참여권 등 아동의 권리와 관련된 모든 권리를 규정하고 있다. 특히, 제5조는 아동의 생명권, 제17조는 정보와 자료에 대한 접근권, 제19조는 모든 형태의 신체적·정신적 폭력, 상해나 학대, 유기나 유기적 대우, 성적 학대를 포함한 혹사나 착취로부터의 보호받을 권리, 제31조는 여가와 문화적 활동의 보장, 제37조는 고문 또는 기타 잔혹하거나 비인간적 또는 굴욕적인 대우나 처벌 등으로부터 보호받을 권리에 대하여 규정하고 있다.

2) 이에 따라 현행 「아동복지법」은 협약의 기본 원칙과 주요 내용을 반영하고 있는데, 특히 '아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경

에서 행복하게 자라나야 하고, 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함(제3조)을 기본 이념으로, 모든 국민에 대하여 아동의 권익과 안전을 존중하고 아동을 건강하게 양육할 의무(제4조), 아동의 보호자에게 아동의 건강유지와 향상을 위하여 최선의 주의와 노력을 기울일 의무(제9조), 아동복지시설의 장에 대해서는 보호아동의 권리를 최대한 보호할 의무와 친권자가 있는 경우 보호아동의 가정복귀를 위하여 적절한 상담과 지도를 병행할 의무(제18조), 아동복지시설의 종사자 및 그 장에 대하여는 아동학대 신고의무를 부여(제26조)하고 있다.

3) '아동학대'에 대해서 「아동복지법」 제2조는 '보호자를 포함한 성인에 의하여 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력 또는 가혹행위 및 아동의 보호자에 의하여 이루어지는 유기와 방임'으로 정의하고 있고, 제29조는 아동의 신체에 손상을 주는 학대행위, 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위, 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육 및 치료를 소홀히 하는 방임행위를 포함하여 11가지의 행위를 금지행위로 규정하면서 이를 위반한 자에 대해 징역 또는 벌금형에 처하도록 하고 있다(제40조). 한편, 「사회복지사업법」 제35조는 「아동복지법」 제40조에 해당하는 죄를 범한 자는 시설의 장이 될 수 없음을 명시하고 있다.

4) 진정요지 가.항 내지 다.항의 내용과 관련하여 살펴보면, 피진정인이 2007. 7. 26. 아침 생활지도를 하는 과정에서 아동들에 대해 폭언, 폭력 등을 행사하고, 일상적인 양육과정에서도 욕설, 비속어 등을 사용하고, 단체기합이라는 명목으로 아동에게 체벌을 한 행위는 「아동복지법」 제29조 제1호 및 제3호가 금지하고 있는 신체에 손상을 주는 학대행위 및 정서적 학대행위에 해당한다고 할 것이다. 또한, 피진정인이 시설장으로서 아동의 보호와 양육에 소홀하고, 음주·흡연 등 부적절한 모습을 아동들에게 공공연히 노출하고, 중학생 이상 남자 아동들에게 술병, 담배꽂초 등 쓰레기를 치우도록 하여 아동들로 하여금 혐오감과 불쾌감을 느끼게 한 행위는 「아동복지법」 제29조 제3호의 정서적 학대행위에 해당할 수 있다. 정도의 차이는 있으나 이와 같은 신체적·정서적 학대행위는 「아동복지법」 제40조 제2호에 따라 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당하며, 위와 같은 피진정인의 행위는 「헌법」 제10조 및 제12조가 보장하는 진정인들을 비롯한 생활 아동들의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 신체의 자유를

침해한 것이라고 판단된다. 더욱이 「아동복지법」상 아동학대신고의무자의 지위에 있음에도 불구하고 아동들에 대해 이와 같은 행위를 한 피진정인의 책임은 간과될 수 없다고 할 것이다.

5) 한편 진정요지 라.항과 관련하여, 피진정인이 일부 부모들의 부적절한 태도를 이유로 전체 생활아동에 대해 부모의 면회를 원내에서만 하도록 하고 동반 외출·외박을 제한한 것은 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함을 천명한 「아동복지법」의 기본이념에 배치되는 것이고, 같은 법 제18조가 규정하고 있는 ‘보호아동의 권리를 최대한 보장하고 보호아동의 가정복귀를 위한 적절한 상담과 지도를 병행해야 할 의무’를 제대로 이행하지 아니함으로써 「헌법」이 보장하고 있는 진정인들의 행복추구권을 침해한 것으로 판단된다. 또한 아동들 사이에 위화감 조성을 우려하여 휴대폰 사용을 제한할 수는 있겠으나 이미 아동자치회를 통해 휴대폰 사용을 허용한 바 있고, 부모와 아동이 떨어져 생활하고 있는 아동들의 특수한 상황을 고려할 때 부모가 구입해 준 휴대폰까지 사용을 못하도록 한 것은 과도하게 통신의 자유를 제한한 조치였다고 판단된다.

컴퓨터·TV의 경우, 적절한 지도를 통해 정보와 자료를 획득하고 문화생활을 할 수 있도록 하여야 할 것이나, 시설종사자의 진술 및 감독기관의 제출 자료 등을 종합해보면, 그 동안의 시설 운영 실태, 시설 환경 등을 고려할 때 이에 대한 피진정인의 적극적인 노력이 부족하였다고 판단된다. 퇴소 아동들과 관련하여, 일부 시설종사자들은 ‘퇴소 아동에 대해서도 따뜻한 시선을 보내지 않기 때문에 퇴소 아동들은 선생님들을 개별적으로 찾아오거나 밖에서 아이들을 만나지 시설로 오지 않는다’고 진술하고 있는 점에 비추어 피진정인이 아동들의 시설방문을 적극적으로 제한하지는 않았다고 할지라도 관심과 지지는 부족하였던 것으로 판단된다.

4. 결 론

따라서, 이 사건 피진정인의 행위는 인권침해행위에 해당하고 나아가 진정의 일부 내용은 범죄행위에 해당하므로 피해의 정도 및 피해사실의 구체성, 처벌의 필요성 등을 고려하여, 진정요지 가.항의 폭행 등에 대하여는 「국가인권위원회법」 제45조 제1항의 규정에 따라 피진정인을 검찰총장에게 고발하기로 하고, 진

정요지 가.항 내지 라.항과 관련하여 같은 법 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 피진정인 감독기관의 장에게 동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치의 이행을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2007. 12. 14.

국가인권위원회 침해구제 제2위원회

위원장 김호준 위원 원형은 위원 김태훈 위원 정재근

㉔ 2007. 1. 15.자 06진인943 결정 [학생간 폭행 방지]

피해자가 6학년 학교생활 동안 수시로 학교폭력에 시달리고, 특히 가해학생들이 경찰에 고소되어 법원의 보호관찰 처분을 받은 학교폭력으로 인해 피해자가 병원 입원 및 4주 진단 등의 피해가 발생한 것은 피진정인 학교측 및 지도·감독기관인 관할교육청이 학교폭력 예방업무의 주의의무를 소홀히 한 것으로 헌법 제10조를 침해하는 것으로 판단하여 권고한 사례

【진 정 인】 김○○

【피 해 자】 김○○

【피진정인】 ○○○○초등학교장, 피해자 담임교사 ○○○, 서울특별시○○교육청교육장

【주 문】

1. 서울특별시○○교육청교육장에게, 피진정인 ○○○○초등학교장에 대하여 주의 조치 및 피해자의 담임교사에게 경고 조치할 것과 서울특별시교육감에게, 서울특별시○○교육청교육장에 대하여 주의 조치할 것을 권고한다.
2. 진정요지 서울특별시○○교육청 직원의 불친절 언행 부분은 이를 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 피해자는 출생시부터 2000년 10월까지 약 8년간 생약과 양약으로 장기간 치료를 받아 완치되었지만 타 학생에 비해 심신이 허약하고 발육이 미숙해 1학년 2학기까지 매주 1회씩 치료를 받으면서 진료확인서를 학교에 제출하고 이 사실을 학교측에 알려 주의를 당부하였으나, 학교측에서는 아무런 조치도 하지 않았으며 1학년~5학년때까지 반 친구들에게 놀림을 당하기도 하고 괴롭힘을 당하였다. 또 폭력을 당할 때는 선생님한테 폭력사실을 이야기하면 무시를 해버리고

때린 학생들은 선생님 앞에서는 시치미를 떼곤 하였다.

나. 6학년 신학기초에는 5학년때 학원폭력과 괴롭힘을 받아온 ○○○과 같은 반이 된 것이 너무 싫어 피해자의 어머니가 직접 담임 선생한테 조치를 해 달라고 하였지만 조치는 없었다. 피해자 어머니는 2004. 3월 ~ 2004. 11월까지(매주 목요일 특별활동시간에 1시간씩) 웅변을 가르키는 봉사활동을 하였으며, 2005. 3월부터는 명예 교사회장을 맡아 봉사활동을 하는데도 학교측으로부터 전혀 폭력 사실을 전달받은 사실이 없다.

다. 피해자는 6학년 1학기에다 계속 ○○○에게 폭행을 당하고 같은 반 ○○○과 합세하여 폭행을 당하자, 2005. 3월말경 ○○○초교 정문 앞에 “학교폭력 자율 신고기간”이란 현수막을 보고 ○○○, ○○○이가 폭력을 행사해 학교에 다니기 싫다고 112신고를 하였고, ○○○경찰서 경사 ○○○이 출동하여 학교측에 이 사실을 알리고 피해 학생을 보호하기 위해 가해학생들을 『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』에 의거 조치하여 달라고 통보하였으나, 학교측은 이 사실을 통보받고도 아무런 조치를 취하지 않았다.

라. ○○○이 “○○○”이란 폭력조직(조직책 : ○○○, 조직원 : ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○ 등으로 구성, 5학년은 조직책 ○○○에게 지시해 조직원 : ○○○, ○○○, ○○○ 등으로 조직을 구성하여 금품 갈취 및 폭력을 행사하였음)을 만들어 보복성으로 계속 폭력을 행사하고 금품을 갈취하여 피해자는 어머니와 교감 및 담임선생님에게 피해 사실을 직접 전달하였으며, 며칠 후 가해학생들에 대해 조치를 취했다고 2005. 6월경 통보를 받았으나, 무엇을 어떻게 조사처리했다는 명확한 내용없는 회답을 받았다. 학교측에서 조치를 했다면 피해학생을 보호하기 위해 가해학생을 타반으로 이동시키든지 등 조치를 취하여야 함에도 불구하고 반성문만 받아 미온적으로 처리하니 가해학생들이 선생님 앞에서는 반성하고 피해학생한테는 헐뜯으면서 폭력을 계속 행사하였다.

마. 피해자가 학교에서 불량서클에 소속된 학생들로부터 폭행과 금품 갈취를 당해 피해자의 어머니가 학교측에 여러 차례 가해학생들을 처벌해 줄 것을 요청하였으나 학교측은 단지 가해학생들에게 반성문만 쓰라고 하였다. 이에 진정인이 2005. 11월 학교측에 항의하였으나 학교측에서는 교육적으로 해결하자는 이야기만 할 뿐 아무런 해결을 하지 않았다.

바. 학교측은 2004년 학교뒷산에서 ○○○선생과 학생들이 ‘○○○○’ 폭력조직이 아지트로 활용하던 가건물을 철거한 사실이 있는데 최소한 방과 후에 학교 뒷산으로 학생들이 올라가지 못하게 정문에서 선생 한 분만 체크했어도 막을 수 있는 사건으로 학교측이 학교폭력을 예방하겠다는 의지가 없다는 것을 알 수 있다.

사. 진정내용으로 국민고충처리위원회에 2006. 1. 4일 민원을 제기하였으나, ○○경찰서와 교육청으로 이송되었으며, 진정인이 가해학생 폭력에 대해 ○○경찰서에 고소하였으나 만14세 미만 촉법소년인 관계로 조사하지 않았으며, 관할교육청은 국민고충처리위원회를 통해 민원 사항을 접수하였음에도 처벌하지 않아 업무태만, 관리소홀, 직무유기했기에 처벌을 원한다. 2006. 1. 18일 교육청에서는 책임이 없다는 공문을 보내와 진정인이 이에 항의하자 담당 장학사는 “부모는 뭐하고 있었느냐?”는 식의 반문을 하였다.

아. 폭행사건을 충분히 알고 있으면서도 관리감독을 소홀히 한 피진정인들에 대한 처벌과 다시는 학교 폭력의 피해자가 발생하지 않도록 필요한 권고를 해주기 바란다.

자. 2005. 11. 29일 피해자가 둔부, 안면부에 멍이 들고 앞니가 깨지는 등 폭행을 당하여 입원 후 범행 여죄를 확인한 바, 주요 폭력 사례는 다음과 같다.

1) 2005. 5월 피해자가 ○○슈퍼 앞을 지나가는데 5학년 ○○○ 조직원 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○ 등 네명이 현대아파트 놀이터로 데리고 가 모래 웅덩이를 1m 가량 파라고 해서 봤더니 피해자를 웅덩이로 들어가 쪼그리고 앉게 한 후 “야 묻자.”라고 하면서 흙과 모래로 묻기 시작하자 피해자는 죽음의 공포감을 느껴 매주 토요일 1,000원씩 줄테니 살려달라고 하여 풀러났으며, 피해자 ○○○○ 홈페이지로 “야, ○○○ 너 토요일이다. 1,000원씩 준다면서 왜 안주냐? 죽을래?”라고 협박하였으며, ○○○은 2005. 10월 피해자의 홈페이지에 협박성 글을 남겼다.

2) “○○○” 폭력조직 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○ 등은 2005년 9월~11월(3개월간) 피해자를 방과 후 아무런 이유없이 학교 뒷산으로 끌고가 아지트를 만들기 위해 나무를 나르게 하는 등 노역을 시키고, 말을 듣지 않으면 무릎을 꿇게 하고 머리카락을 손으로 움켜쥐고 머리 뒷부분을

수회 주먹으로 쳐 폭력을 행사하는 등 온몸을 무참하게 폭행하고, 귀가 시킬 때는 꼭 협박을 해 누구에게도 알리지 말 것을 다짐받고 귀가 시켰다.

3) 2005. 10월 6학년 2반과 3반 축구시합시 피해자가 수비인테 운동장을 절반 이상 갔다고 해서 ○○○은 학교 뒷산으로 끌고 가 ○○○을 시켜 발로 배를 수회 때리게 하고 주먹으로 뺨을 수 회 때리고, 그 옆에는 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○ 등이 피해자가 항거치 못하도록 위협을 하였다.

4) 2005. 10월 ○○○이 학교 뒷산으로 올라가는 학교뒷문 철문앞으로 피해자를 끌고 가 차렷자세로 철문을 등지게 한 후 발과 손으로 수회 폭행하였으며, 2005. 10월경 ○○초교 운동장에서 ○○○와 ○○○은 피해자에게 뺨과 배, 옆구리 등을 수회 폭행하였다.

5) 2005. 11월 피해자가 ○○체육관을 가기 위해 ○○5동 ○○○ 집앞을 지나는데 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○, ○○○ 등이 뒤 따라와 ○○○○제과점 앞에서부터 ○○체육관까지 약 100미터 거리를 토끼뽕으로 가게 하였다.

6) 2005. 11월 08:20분경 “○○○” 폭력조직들이 운동장을 지나가는 피해자를 협박하여 3,000원을 갈취하고, 같은 날 자율학습을 위해 간 여의도공원에서 ○○○, ○○○, ○○○ 3명은 피해자의 도시락을 갈취해 먹었으며, 피해자가 공원 산책중 ○○○이 “야 ○○○이 얼마 빌렸어?”하여 피해자가 3,000원이라고 말을 해야 하는데 잘못 말해 “5,000원이야!”라고 말했더니 ○○○이 “내가 언제 5,000원을 빌렸어? 3,000원이지!”하면서 수회 폭행하였다.

7) 2005. 11월 14:30경 ○○초교 운동장에서 “○○○” 폭력조직들이 피해자의 3,000원을 갈취하였다.

8) 2005. 11월 28일 1교시 후 쉬는시간에 ○○○가 본인 책상 위에 “○○아 나랑 싸우자 -김○○-”라고 써 놓고 ○○○에게 허위사실을 알리자 ○○○이 피해자에게 온몸을 수회 폭행하였으며, 같은 조직원들은 피해자가 항거하지 못하도록 하였다. 2005. 11월 피해자가 교실복도를 지나가는데 ○○○가 피해자를 밀어 ○○○의 발을 밟게되자 ○○○와 ○○○이 피해자를 폭행하였으며, ○○○은 “눈 내려 까라!”하여 피해자가 눈을 아래로 깔자 보내주었다. 또한, 2005. 11월 교실 수업시간중에 실내공기 건조로 피해자 코가 막혀 킁킁거리자 ○○○이

듣기 싫다고 “○○○” 폭력조직들이 교실에서 집단으로 피해자를 수회 폭행하였다.

9) 2005. 11. 19일 피해자가 교실에서 공기놀이를 하고 있었는데 “○○○” 폭력조직들이 공기 안에 있는 쇠를 주지 않으면 돈을 달라고 협박하여 피해자의 5,000원을 갈취하였다.

10) 2005. 11월 음악시간에 리코더 시험을 보는데 피해자에게 ○○○가 “나랑 자리 바꾸자”고 해서 아무 말을 하지 않자 “어! 감히 욕을 해 수업 끝나고 죽었어!”라고 하면서 주먹으로 뺨을 수회 치고 ○○○이 배, 옆구리, 뺨을 수회 때려 피해자 입술이 부어 오르고 피가 나자, ○○○이 ○○○을 붙잡으며 도망가라고 해 도주하였다.

11) 2005. 11월 ○○○ 집 앞으로 피해자를 끌고 가 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○가 폭행하면서 앞으로 형님으로 호칭을 붙이고 존경어를 쓰라고 협박하면서 다짐을 받고 귀가 시켰다.

12) 2005. 11. 25일 14:30분경 “○○○” 폭력조직들이 학교 뒷산으로 끌고 가 피해자를 부동자세로 세워놓고 50센치미터 길이의 고무호스를 손에 들고 ○○○이 피해자에게 “고무 호스로 20대 맞을래? 아님 무참하게 맞을래?”라고 묻자 피해자가 무참하게 맞겠다고 하자 ○○○은 온몸을 무참하게 폭행하여 4주 이상의 상해를 가하고, 무릎을 꿇고 머리를 합장해서 손을 올리고 “한번만 용서해 주세요”라고 5회 해야 돌려보내 준다고 하여 피해자는 5회 하였으며, 부모한테나 학교에 알리면 산에다 죽여서 매장하겠다는 협박과 다짐을 받고 귀가 시켰다.

13) 2005. 11월 학교에서 ○○○과 ○○○은 피해자를 살해할 것을 공모한 후 “○○○” 폭력조직원들을 선동하여 학교 뒷산 ○○아파트 절벽으로 끌고 가 무참하게 집단 폭행하여 피해자가 정신이 혼미할 때 ○○○아파트에서 아줌마가 “112신고 한다”라고 소리치자 폭행을 그치고 기진맥진한 피해자를 터박기 공사를 하기 위해 웅덩이(넓이 50미터, 깊이 30미터)를 파놓은 곳에 등지게 세워놓고 ○○○이 ○○○으로 하여금 피해자 엄마 욕을 하도록 시켜 ○○○은 피해자를 향해 “니 엄마는 창녀”, “니 엄마는 *할 년”, “니 엄마는 똥똥해서 돼지냐”, “개 같은 년” 등으로 피해자에게 가진 욕설을 하였으나, 피해자는 살해될 것에 두려워 가만히 있자, ○○○이 “와! 저 녀석 진짜 나쁘다. 어떻게 자기 엄마 욕을 해

도 가만히 있냐?”고 하여도 피해자가 가만히 있자, 폭력사실을 알리면 또 납치해서 폭행하겠다고 협박한 후 돌려보냈다.

차. 피해자 병원 치료사항은 아래와 같다.

- 2005. 11. 29 ~ 12. 2(4일간) ○○○○정형외과 입원 : 좌측 안면부 좌상, 좌측 광대뼈의 골절(의증)
- 2005. 12. 2 ~ 12. 10(9일간) ○○○○병원 입원 : 뇌진탕 및 안면골절(4주 진단)
- 2005. 12. 13 ~ 2006. 1. 13 ○○○○병원 신경정신과 통원치료 : 틱 장애
- 2006. 2. 21 ○○치과의원 : 치아 파절
- 2006. 3. 14 ○○○아동병원 의사 소견 : 외상후 스트레스장애 의증

2. 당사자의 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

1) ○○초등학교장

가) 진정내용에 대해 일부는 인지하고 있었으며 일부는 인지하지 못하였으며, 일부는 사실과 일치하지 않다. 학기 초 가정환경조사서를 통해 피해자의 건강상태에 대해 담임은 충분히 숙지하고 있었으며, 모든 학교생활에서 담임교사 및 교감, 교장까지 많은 주의를 기울여 지도 관찰해 왔다. 학급 내에서 아동들 사이에 일어날 수 있는 사소한 다툼이나 시비 등은 있었으나 만성적인 폭력행위나 담임교사 앞에서의 몰염치하게 시치미 떼는 행동은 확인된 바 없다. 피해자 사건(2005.11.29)이 발생되기 이전에도 교직원 연수, 1일 업무, 직원 조·종례 등을 통하여 학교폭력 예방에 힘썼으며, 훈화교육을 통하여 사전교육에 노력을 기울였고 또 약간의 문제가 발생했을 때 집단상담이나 개인상담을 통해 학교폭력의 피해자가 발생하지 않도록 많은 노력을 기울여 피해자 외에는 어떤 민원도 제기되지 않았다.

나) 피해자의 어머니가 학기 초 담임과의 상담 등을 통해 5학년때 ○○○이 괴롭혀왔다는 말은 언급한 적이 있으나, 구체적으로 어떤 조치를 요구하지 않았으며 담임은 피해자의 자리를 바꾸어 주어 ○○○에게 피해자와 잘 지내도록 지도하였으며, 피해자는 여러 아동들과 같이 어울려 지내며 별다른 이상행동은 관찰되지 않았다.

다) 피해자가 112 신고를 한 것은 3월말이었으며, 3월 17일 ○○경찰서에서 전교생을 대상으로 학교폭력예방교육을 실시했으며, 학교폭력예방관련 현수막을 교문에 걸어놓은 상태에서 피해자가 부모나 담임교사에게 알리지 않고 신고한 것으로 경찰이 찾아왔을 때는 이미 화해가 이루어지고 친구들과 장난을 친 것이라고 하였다. 피해자가 지적한 아동은 담임교사가 상담, 지도하고 반성문을 쓰게 하였으며, 사소한 일로도 친구를 괴롭히거나 힘들게 하지 말 것을 지도하였고, 피해자에게는 힘든 일이 있으면 부모님과 담임교사에게 먼저 알려주도록 지도하였다. 학교에서는 피해자의 신고 이후 피해자에게 각별한 관심을 갖고 폭력예방교육에 힘썼으며, 전 학생들의 폭력예방교육에 지속적으로 힘쓰고 있다.

라) 진정한 주장 “○○○”은 담임교사, 교감이 대상 어린이를 불러 조사한 바, 폭력집단이 아님이 밝혀졌으며, 교감, 담임교사의 지도로 해체되었으며, 2005. 12. 1 진정한이 경찰에 고소하여 경찰에서 조사한 바 폭력조직이나 불량집단, 금품갈취 및 폭력행사와는 전혀 무관한 모임으로 밝혀진 바 있고 교내 불량씨클은 실제로 존재하지 않으며 피해자의 어머니가 학교 측에 수시로 처벌을 요청한 사항도 없다. 다만, 6월 중순경 피해자의 어머니가 ○○○과의 면담 요청하여 도서실에서 대화하고 피해자와 사이좋게 지낼 것을 다짐하고 돌아간 사실이 있으며 담임도 ○○○를 잘 지도하였다.

마) ○○○○은 주로 6학년 여자아동의 인터넷 모임이며 경찰조사에서 폭력조직과는 무관한 친구들의 모임으로 밝혀진 바 있으며, 학교뒷산은 약수터 및 등산로가 있어 수시로 주민이 이용하고 있으며, 방과 후 동네 어린이들이 간혹 가는 장소로 학생들의 출입을 막을 만한 특별한 장소가 아니며, 뒷산에 놀러가 약간의 문제가 있었던 사실을 알고부터는 방과 후에 뒷산에 올라가지 못하도록 지도하였다.

바) 피해자의 안면부에 멍이 드는 폭행을 당한 것은 2005. 11. 28. 방과 후의

일로 11. 29일 피해자의 아버지가 ○○정형외과에 입원중이라고 알려주었으며, 앞니가 깨지거나 둔부에 멍이 든 것은 이야기하지 않았으며 확인 된 바 없다. 이후 가해자와 상담을 통해 확인한 바, 진정요지 6)의 돈이 없으니 11월 15일 2000원, 3000원 빌려달라고 한 사실을 확인하였고, 9)는 11. 19일 5000원이 아니라 1000원 갈취하였으며, 피해자의 어머니가 12) 사건에 대해 알려 가해자들과 상담하여 사실을 확인하였다. 이 외의 사항에 대해 피해자 또는 진정인에게 신고 받은 적이 없다. 1)의 구덩이에서 모래로 묻고 장난을 친 것도 피해자뿐만 아니라 서로 돌아가며 하던 행위였으며 고발되었던 내용 대부분이 친구들 사이에서 놀며 이루어졌고 피해자나 다른 아동들을 통해 담임교사나 외부에 알려지지 않았기 때문에 2005. 11월말 고소고발 이후에야 담임과 학교에서 알았으며, 11월 28일 사건 발생이후에 진정인이 피해자를 학교에 보내지 않고 계속적으로 캐물어 진정인이 처음으로 인지한 사실이다. 피해자의 이야기를 듣고 기분이 언짢은 부분도 있었겠지만 친구의 모임을 폭력집단으로 매도하고 또 친구들 사이에서 함께 놀면서 이루어졌던 모든 것을 모두 폭력으로 몰고 가는 것은 조금 지나치다는 생각이 든다.

사) 학교에서 2005. 6월 집단 따돌림과 괴롭힘을 당한 어린이를 조사하기 위한 설문조사가 있었으나 경미한 다른 피해가 접수되어 지도를 하였으며, 가끔 피해자와 다른 아동들이 교실에서 서로 장난치는 모습을 본 담임교사가 앞으로 불러내 상황에 대해 질문하면 웃으면서 “아니예요”라고 말하며 본래 자리로 돌아가곤 했다.

아) 피해자가 ○○○○정형외과에 입원한 사실을 알고 가해자, 담임, 학부모, 어린이들이 병문안하고 위로하였으며, 통원치료 정도로 치료할 수 있는 상황임에도 불구하고 큰 병원으로 옮기거나 정신치료를 받는다고 장기간 학교에 보내지 않았다. 뇌진탕, 턱장애, 치아파절 등에 대해서는 학교폭력 때문이라는 것에 의문이 있다. 진정내용에 사실적인 내용도 있지만 담임과 경찰이 조사한 내용과는 왜곡, 또는 사실을 과장한 면이 많다. 이미 접수된 내용은 2회의 경찰조사에서 사실이 밝혀져 일부 어린이는 훈방조치, 관련자는 가정법원으로 넘겨져 지도를 받았다. 2006. 10월 현재까지 ○○○, ○○○ 2명은 보호관찰처분에 있어 1주일 혹은 10일에 한번씩 관련시설을 방문하여 바른 행동지침 익히기, 한달 간 자신의 일과표 작성하기 활동과 상담 및 관찰지도를 받고 있고, ○○○, ○○○, ○○○ 등은 1주일 한번 일기검사 및 생활지도를 받고 있으며, 2006. 10월말에

관찰지도가 끝난다.

자) 가해자 학부모 측에서 수차례 사과 및 합의를 위해 피해자 부모를 방문했으나 합의에 응하지 않고 정신적 피해보상을 빙자로 진정인은 상당한 금액을 요구하였다. 진정인은 전직 경찰관으로 2006. 1월 고소한 어린이를 상대로 학교에 와 조사할 당시에는 파산선고를 받은 상태였으며, 피해자의 어머니는 2005년도에는 본인의 희망으로 명예교사회장직을 맡아 활동을 해주셔서 피해자에 대해 교장, 교감은 물론 담임교사도 남다른 애정을 가지고 학교생활에 관심을 가지고 보살폈으며, 지적 능력이 약간 뒤처지므로 더 관심을 보였으며 그 동안 일어났던 일들을 담임 또는 부모님에게 알리지 않아 어려운 사정이 있었던 것을 모르고 있었다.

차) 학교에서는 학교폭력예방을 위해 전 교사가 생활지도, 인성지도에 힘쓰며 집단상담이나 개별상담을 통해 노력을 하고 있다. 교직원들은 학교폭력예방에 대한 관리감독을 철저히 하고 있어 우리 ○○의 어린이들이 안정된 학교생활을 하고 있다. ○○초등학교로 인해 문제가 야기된 점 대단히 죄송스럽게 생각하고 진정인이 고소한 사건을 계기로 한층 더 학교폭력예방에 주력하여 앞으로의 어린이 교육에 더욱 힘쓰겠다.

2) ○○시 ○○교육청교육장

가) 피해자가 ○○○ 등의 폭력에 대하여 ○○경찰서에 신고한 사항과 관련하여 그 당시 보고받은 사항이 없으며, 진정인이 국민고충처리위원회 접수한 민원이 이송되어 그 민원처리 결과를 2006. 1. 18일 우편으로 발송하였으나 수취인 미거주로 반송되자, 민원인이 직접 교육청에 와서 민원처리 결과를 수령하면서 자기 뜻대로 되지 않았다고 장시간 소란을 피워 업무방해가 심하여 사소한 언쟁은 있었으나 진정주장 “당신 부모는 무엇을 했어!”라고 한 적은 없다.

나) 우리 교육청은 각 학교에 ‘학교폭력 추방위원회’를 구성하고 학교 폭력을 위한 계획을 수립하여 지도하도록 하였으며, 각종 회의시 학교폭력의 중요성을 강조하고 공문을 통해 수시 지도를 하고 있다.

다) 동일한 사건으로 진정인이 원하는 결과를 얻기 위해 ○○경찰서, 국민고충처리위원회, 국가인권위원회 등에 지속적인 민원을 제기하므로 교육청에서는 다른 업무에 방해를 받고 있다.

라) 일반적으로 학교폭력이 발생한 학교에 대해 지역교육청에서는 원만히 해결될 수 있도록 지원하고 주요사건(사망사건, 폭력의 정도가 심해 사회적 파장이 예상되는 사건 등)에 대해서는 시교육청에 보고(시교육청에서는 교육부에 보고하고 사건에 따라 시교육청 또는 교육부에서 조치함)한다.

마) 민원 내용과 관련하여 해당학교에 확인한 결과, 학교장은 학교 폭력 예방 및 근절을 위해 수시로 전 교사를 대상으로 지도·감독을 하였고, 담임교사도 2005년 3월 민원인(자녀)의 학교 폭력 피해 신고 이후 피해학생을 비롯한 관련 학생들에 대하여 지속적인 관심과 지도, 상담 등 폭력예방을 위해 지속적인 교육활동을 하였기에 관리감독 소홀로 볼 수 없어 문책하지 않았으며, 우리교육청에서는 사안보고를 받고 ○○○초등학교장에게 향후 폭력 피해가 발생하지 않도록 더욱 각별한 관심을 가지고 폭력예방을 위한 지도·감독을 철저히 하도록 지도(초등과장이 직접 유선 통화함)하고 이후 사건 경과를 보고하도록 하였다.

바) 또한, 유사한 사건의 발생을 막기 위해 '학교폭력 예방을 위한 개학전 생활지도부장연수(2006.02.20 14:00~16:30, 우리교육청 4층 강당) 및 단위 학교별 전교원 전달 연수(2006. 02. 21~02.28)' 실시, 학교폭력추방협의회 및 초·중·고 지구별 통합협의회 구성(11개 지구-월 1회 회의 및 순시활동), 각종 회의 시 학교폭력예방활동의 중요성 강조 등의 활동을 전개하였으므로 단지 문책하지 않은 사실만으로 감독 소홀이라는 주장은 적절하지 않다.

3. 인정사실 및 판단

가. 인정 사실

- 1) 피해자는 ○○초등학교 6학년에 재학중 2005. 11. 28일 ○○○ 등 같은 반 친구들로부터 폭행을 당해 뇌진탕 및 안면골절로 4주 진단을 받았다.
- 2) 피해자의 어머니는 학기 초 담임과 상담시 피해자가 5학년 때 ○○○이 괴롭혀 왔다는 말을 언급하였다.
- 3) 피해자가 2005. 3월말경 ○○○ 등의 학교폭력 이유로 ○○○경찰서에 신고 하였으며, 학교측도 이 사실을 인지하고 있었다.

- 4) 2005. 6월 중순경 피해자의 어머니가 담임선생님에게 ○○○과의 면담을 요청·실시하였다.
- 5) 피해자는 학급 친구들과로부터 돈을 갈취당한 사실이 있다.
- 6) 피해자는 ○○○ 등 친구들과로부터 수차 폭행을 당한 사실이 있다.
- 7) 피해자를 폭행한 이유로 ○○○ 등은 경찰기관에 고소되었으며, 가정법원에서 보호관찰 처분을 받았다.
- 8) 진정내용과 관련하여 서울시○○교육청 초등교육과장은 ○○○초등학교장에게 향후 폭력 피해가 발생하지 않도록 더욱 각별한 관심을 가지고 폭력예방을 위한 지도·감독을 철저히 하도록 지도(초등과장이 직접 유선 통화함)하였다.

나. 판단

- 1) 『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』 제2조(정의) 제1호는 학교폭력의 정의에 대해 “학교폭력이라 함은 학교내외에서 학생간에 발생한 폭행·협박·따돌림 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위”로 정하고 있으며, 같은 법 제13조(학교폭력 예방교육) 제1항에서는 “학교의 장은 학생의 육체적·정신적 보호와 학교폭력 예방을 위한 교육을 정기적으로 실시하여야 한다”라고 규정하고 있다.
- 2) 피해자어머니가 학교폭력과 관련하여 6학년 초 담임과 면담시 5학년 때 ○○○이가 피해자를 괴롭혔다는 사항 언급, 2005. 3월말경 피해자가 ○○○ 등의 학교폭력을 이유로 경찰서에 신고한 사항에 대한 학교측의 인지사실, 2005. 6월경 피해자의 어머니가 담임에게 요청하여 ○○○과의 면담 실시한 사항 등으로, 담임선생님 및 학교측은 피해자가 학교폭력의 위협에 시달리고 있음과 피해자의 폭행당함에는 ○○○이 가해자로 관련되어 있음을 알 수 있었음에도 불구하고,
- 3) 피해자가 ○○○ 등 친구들에게 수차 폭행을 당하였으며, 또한 돈도 갈취당한 사실 등과 학교폭력으로 인해 뇌진탕 및 안면골절로 4주 진단의 피해가 발생되고 폭행 가해아동들이 경찰에 고소되고 법원의 보호관찰 처분을 받았음을 살펴볼 때, 피진정인측에서 『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』 제 13조(학교폭력 예방교육) 제1항 전단의 “학교의 장은 학생의 육체적·정신적 보호” 업무

의 주의의무 소홀로 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하였다고 판단된다.

4) 피진정기관 교육청은 진정인의 진정내용에 대한 국민고충처리위원회 이송민원을 통해 진정내용 사안에 대해 인지하고 해당학교에 확인한 결과 학교장 및 담임교사가 피해학생을 비롯한 관련 학생들에 대하여 지속적인 관심과 지도·상담 등 폭력예방을 위해 지속적인 교육활동을 하고 있어 학교폭력 예방을 위한 관리·감독 소홀로 볼 수 없어서, 향후 학교폭력 피해가 발생되지 않도록 폭력 예방을 위한 지도·감독을 철저히 하도록 초등교육과장이 직접 유선전화 통화로 지도하였다고 주장하나,

피해자는 6학년 학교생활 동안 수시로 학교폭력을 당하였으며, 특히 학교폭력으로 인해 뇌진탕 및 안면골절로 4주 진단의 폭력정도가 큰 피해가 발생하였고 가해 학생 5명이 경찰고소 및 법원의 보호관찰 처분을 받아 사회적 파장이 예상되는 중차대한 사안이 발생되었음에도 불구하고, 단지 유선전화로 학교폭력 예방을 위한 지도·감독을 철저히 해달라고 지도만 한 사실은 감독기관으로서의 학교폭력 예방업무에 대한 주의의무를 소홀히 한 것으로 판단된다.

5) 서울특별시○○교육청관련 진정주장 “당신 부모는 무엇을 했어!”라는 사항에 대해 피진정인이 그런 사실이 없다고 주장하고 있어 진정 주장의 달리 이를 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없다.

4. 결 론

가. 피해자가 6학년 학교생활 동안 수시로 학교폭력에 시달리고, 특히 가해학생들이 경찰에 고소되어 법원의 보호관찰 처분을 받은 학교폭력으로 인해 피해자가 병원 입원 및 4주 진단 등의 피해가 발생한 것은 피진정인 학교측 및 지도·감독기관인 관할교육청이 『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』 제13조의 학교폭력 예방업무의 주의의무를 소홀히 하여, 헌법 제10조가 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단되어, 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호 규정에 따라 필요한 조치의 이행을 권고하기로 한다.

나. 피진정인 서울특별시○○교육청 직원의 불친절 언행 진정부분은 국가인권위원회법 제39조 제1항 제1호 규정에 따라 기각하기로 한다.

다. 이상과 같은 이유로 주문과 같이 결정한다.

2007. 1. 15.

위원장 최 영 애 위원 원형은 위원 김태훈

㉓ 2007. 2. 13.자 06진인495 결정 [운동선수 이적불허 규정]

이적 동의서 발급후 12개월 동안 선수활동을 제한하고 있는 한국중고등학교농구연맹지도자 및 선수등록규정은 헌법 제10조 침해이므로 개정을 권고한 사례

【진 정 인】 김○○

【피 해 자】 김○○

- 【피진정인】**
1. 대한체육회장
 2. 대한농구협회장
 3. 한국중고등학교농구연맹회장

【주 문】

1. 진정인의 진정은 각하한다.
2. 대한체육회장 및 대한농구협회장에게 각 가맹경기단체 및 각 산하 단체가 대한체육회 선수등록규정의 범위를 벗어나 과도하게 선수활동을 제한하지 않도록 방안을 마련하여 시행할 것을 권고한다.
3. 한국중고등학교농구연맹회장에게 대한체육회 선수등록규정의 범위를 벗어나 이적 동의서를 발급받은 선수의 선수활동을 과도하게 제한하지 않도록 지도자 및 선수등록규정 제17조 제7항을 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 진정인의 아들인 피해자는 춘천중학교에서 농구선수로 활동하다가 성남중학교로 전학한 후 2006. 3. 2. 낙생고등학교에 입학한 바, 춘천중학교장이 이적 동의서를 발급하여 주지 않아 선수활동에 제한을 받다가 전학한 지 약 1년이 경과한 후인 같은 해 8. 21. 이적 동의서를 발급받았다. 대한체육회 선수등록규정

제18조는 전 소속단체장이 부당하게 이적 동의서를 발급하지 않는 경우 당해 경기단체위원회가 이를 심의하여 조정할 수 있도록 규정하고 있으나, 대한농구협회는 이러한 선수구제 규정을 두고 있지 않아 적절한 구제를 받지 못하였으니 시정을 원한다.

나. 피해자는 위와 같이 이적 동의서를 발급 받았음에도 거의 대부분의 중고농구대회를 주최하는 한국중고등학교농구연맹이 이적 동의서 발급 후 1년 동안 선수활동을 제한하고 있어 현재 선수로 활동하지 못하고 있는 바, 이는 행복추구권 등을 침해하는 것이므로 시정을 원한다.

2. 피진정인의 주장

가. 피진정인 대한체육회장의 주장

1) 대한체육회 선수등록규정이 정한 이적 동의서 제도는 무분별한 이적에 따른 선수의 대도시 집중화를 완화하고 우리나라 체육의 균형발전을 이루기 위한 최소한의 제도적 장치이다.

2) 대한농구협회 산하 연맹인 한국중고등학교농구연맹이 이적 동의서를 발급 받은 후 일정기간 선수활동을 제한하고 있는 것은 대한체육회 선수등록규정 제20조 제1항이 '경기단체가 주최·주관하는 모든 대회참가에 따른 선수활동에 관한 사항은 당해 경기단체가 정하는 대회별 참가요강에 의한다'고 규정하고 있는 것을 준용하고 있는 것으로 해석되며, 특히, 단체종목은 여러 명이 팀을 구성하여 대회에 참가하는 방식이므로 개인의 무분별한 이적은 팀 운영에 큰 영향을 미칠 수 있어 팀 육성을 위하여 취해진 조치로 판단된다.

3) 단체종목(축구, 핸드볼, 배구, 야구 등)의 경우 대회 참가자격에 있어 통상적으로 이적한 날로부터 일정기간(약 3개월) 동안 선수활동 제한을 명시하고 있으나, 한국중고등학교농구연맹이 이적 동의서 발급일로부터 12개월을 제한하는 것은 대한체육회 선수등록규정의 제정취지와 맞지 않게 선수활동을 과도하게 제한하고 있는 것으로 파악되는 바, 선수의 권익보호를 위하여 대한농구협회를 통해 대한체육회 선수등록규정을 준수하도록 하겠다.

나. 피진정인 대한농구협회장의 주장

1) 대한농구협회의 선수구제 조항 미비와 관련해서는 대한체육회의 선수등록 규정을 기본으로 하여 대한농구협회 지도자 및 선수등록 규정에 선수구제 조항을 마련하고 2007. 1.말경 시행할 예정이다.

2) 대한농구협회 산하 단체인 한국중고등학교농구연맹이 이적 동의서를 발급 받은 후에도 선수활동을 12개월 제한하고 있는 것은 지방농구의 균형적인 육성과 활성화를 기하고, 부정한 스카웃 사전방지 차원에서 전국 대의원 총회를 거쳐 명문화된 것이니 만큼 법제·선수자격심의위원회 및 한국중고등학교농구연맹의 의견수렴 등을 통해 개정될 수 있도록 지속적으로 지도하겠다.

다. 피진정인 한국중고등학교농구연맹 회장

1) 한국중고등학교농구연맹 지도자 및 선수등록규정 제17조가 이적 동의서 발급 후 12개월 동안 선수활동을 제한하는 것은 1997년경 대의원 총회의 결의 및 상급단체인 대한농구협회의 승인을 받아 시행되어 온 것으로, 위 선수활동 제한의 위법성 여부 확인을 위해 수차에 걸쳐 대한체육회에 질의한 결과, 연맹의 특성에 맞게 선수활동 제한기간을 연장·조정할 수 있다는 답변을 듣고 시행하고 있는 것이다.

2) 저연령층 인구의 감소와 도시집중화, 엘리트체육에 대한 인식과 체육정책의 변화에 따라 지방농구육성팀 선수수급에 절대적인 부족현상이 초래되고 있는 바, 12명 이상의 인원이 농구팀 구성의 기본으로 운영되어야 함에도 대부분의 지방팀이 6~8명의 선수로만 운영되고 있고 팀 존립이 어려운 많은 농구팀이 해체되고 있는 실정으로, 지방체육 활성화와 지방팀의 균형적 발전 및 육성을 위한 여러 가지 방안을 모색한 결과 이적 선수에 대해 최소한의 불이익을 주어 팀을 보전·유지하기 위해 이적 선수의 선수활동을 제한하고 있는 것이다.

3) 이는 또한 자체적인 선수육성의지가 없이 단순히 지방팀의 우수선수를 스카웃하여 전력을 상승시키려 하는 것을 방지하고, 농구의 특성상 우수선수 1명이 팀 전력의 상당부분을 차지하고 있는 상황에서 우수선수 이적 후 잔류 선수들의 대회 출전과 진학 문제에 발생하는 어려움을 방지하기 위해서인데, 이적 선수의 선수활동을 12개월 동안 제한하고 있는 현재에도 비정상적인 스카웃에 의해 많은 팀과 선수가 불이익을 받고 있는 실정이다.

4) 따라서, 전체적인 선수수급 및 팀 육성의 기본적 제도 보완이 필요한 것이니 만큼 열악한 지방농구의 균형적 육성과 활성화를 위한 본질적인 의견수렴 및 조사를 통해 향후 이적 선수의 선수활동 제한규정 개정에 대한 계획을 수립하여 시행할 예정이다.

3. 관련법령

가. 「국민체육진흥법」

제23조(대한체육회) ① 체육진흥에 관한 다음 각호의 사업과 활동을 하게 하기 위하여 문화관광부장관의 인가를 받아 대한체육회(이하 “체육회”라 한다)를 설립한다.

1. 경기단체의 사업과 활동에 대한 지도 및 지원
2. 체육경기대회의 개최와 국제교류
3. 선수양성 및 경기력향상등 전문체육진흥을 위한 사업
4. 체육인의 복지향상
5. 기타 체육진흥을 위하여 필요한 사업

나. 대한체육회 「선수등록규정」

제3조(제정의무) 가맹경기단체(이하 “경기단체”라 한다)는 동 규정에서 허용하는 범위 내에서 당해 종목의 선수등록 및 선수활동에 필요한 사항을 정하며 당해 이사회 승인으로 선수등록규정을 제정하고 본회에 보고하여야 한다.

제18조(선수구제) ① 전 소속단체장이 부당하게 이적 동의서 발급을 거부하는 것이 명백한 경우, 당해 경기단체 위원회는 1개월 이내에 심의·조정하여 당해 소속단체장에게 의견을 제시할 수 있다.

② 위원회의 의견에도 불구하고 당해 소속단체장이 부당하게 이적 동의서 발급을 기피한 경우, 당해 경기단체 위원회에서 최종적으로 구제결정을 할 수 있으며, 그 결과를 소속단체장 및 구제신청자에게 통보한다.

제20조(선수활동의 제한) ① 경기단체에서 주최·주관하는 모든 대회참가에 따른 선수활동에 관한 사항은 당해 경기단체가 정하는 대회별 참가요강에 의한다.

② 각종 경기대회의 참가는 대회 개시일을 기준으로 해당학교(단체)의 최소 제적기간을 당해 경기단체의 실정에 따라 설정할 수 있다. 단, 각급학교 1학년 또는 소속단체 1년차와 해외유학선수가 원 소속으로 복귀할 경우에 한하여 3월 말 현재 재학중인 자는 대회에 참가할 수 있다.

④ 전 소속단체장의 이적 동의서를 발급 받지 못한 경우 선수등록 변경일로부터 학교급 및 소속팀을 달리한 기간을 포함하여 최소 만 2년 동안 선수활동의 제한을 받는다.

다. 대한농구협회 「지도자 및 선수등록규정」

제3조(지도자 및 선수 등록규정 제정과 준수 의무) ① 본 협회 산하단체는 본 규정을 기준하여 선수 육성과 진흥에 적합한 지도자 및 선수등록 규정을 제정하되 본 협회의 승인을 받아 시행하여야 한다.

제18조(선수구제) ① 전 소속단체장이 부당하게 이적동의서 발급을 거부하는 것이 명백한 경우, 선수자격심의위원회는 1개월 이내에 심의·조정하여 당해 소속 단체장에게 의견을 제시할 수 있다.<2007. 1. 18. 신설>

② 위원회의 의견에도 불구하고 당해 소속단체장이 부당하게 이적동의서 발급을 기피한 경우, 선수자격심의위원회에서 최종적으로 구제결정을 할 수 있으며, 그 결과를 소속단체장 및 구제신청자에게 통보한다.<2007. 1. 18. 신설>

③ 등록된 선수가 선수활동에 있어 동 규정 및 특별한 사유로 부당하게 선수활동 제한을 받는 경우 선수자격심의위원회에서 구제결정 할 수 있다.<2007. 1. 18. 신설>

제20조(지도자 및 선수활동의 제한) ③ 전 소속단체장의 이적 동의서를 발급 받지 못한 경우 선수등록 변경일로부터 학교 급 및 소속팀을 달리한 기간을 포함하여 만 2년 동안 선수활동의 제한을 받는다.

⑥ 동의서를 발급 받아 이적하여 추가 등록한 경우, 또는 전 ③항의 해당자가 제한 기간 중 동의서를 발급받아 추가등록을 한 경우의 선수활동은 동의서를 접수한 날로부터 만 3개월이 경과하여야 한다.

라. 한국중고등학교농구연맹 「지도자 및 선수등록규정」

제17조(선수활동) ④ 전 소속단체장의 이적 동의서를 발급받지 못한 경우 선수등록 변경일로부터 학교 급 및 소속팀을 달리한 기간을 포함하여 만 2년 동안

선수활동의 제한을 받는다.

⑦ 동의를 받기 전 이적하여 추가 등록한 경우, 또는 전④항의 해당자가 제한 기간 중 동의를 받기 전 추가등록을 한 경우의 선수활동은 동의를 접수한 날로부터 만 12개월이 경과하여야 한다.

4. 인정사실

가. 피해자는 춘천중학교 농구선수로 활동하다가 2005. 9. 20. 성남중학교로 전학하였고 2006. 3. 2. 낙생고등학교에 입학하였으나, 춘천중학교장으로부터 이적 동의를 발급받지 못하여 선수활동의 제한을 받던 중, 같은 해 8. 21. 이적 동의를 발급받았다.

나. 그러나 피해자는 한국중고등학교농구연맹 지도자 및 선수등록규정 제17조에 의거 이적 동의서 발급 후 12개월 동안 선수활동이 제한되어 2007. 8. 21.까지 한국중고등학교농구연맹이 주최하는 농구대회에 참가하지 못하는 상황이다.

다. 대한농구협회는 2007. 1. 18. 지도자 및 선수등록규정에 대한체육회 선수등록규정 제18조에 따른 선수구제 조항을 신설하여 시행하고 있다.

5. 판 단

가. 진정인의 진정요지를 볼 때, 피진정기관은 대한농구협회 및 한국중고등학교농구연맹으로 판단되는데, 위 기관은 국가인권위원회법 제30조가 정한 조사대상 국가기관으로 볼 수 없으므로 이 진정은 같은 법 제32조 제1항 제1호에 따라 각하하기로 한다. 단, 구체적이고 개별적인 진정사건이 조사대상에 해당되지 않는다고 하더라도 국가인권위원회는 같은 법 제25조 제1항 제1호에 따라 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있다. 이에 따라 이 진정이 위 조항에 따라 개선이 필요한 사항인지 여부를 검토한 바, 진정요지 가.항에 대하여는 대한농구협회가 2007. 1. 18. 지도자 및 선수등록규정을 개정하여 선수구제 조항을 신설함으로써 진정원인사실이 해소되었으므로 진정요지 나.항에 대하여만 살펴보기로 한다.

나. 대한체육회 선수등록규정 제3조는 가맹경기단체로 하여금 같은 규정에서

허용하는 범위 내에서 선수등록규정을 정하도록 하고 있고, 같은 규정 제20조 제4항은 전 소속단체장의 이적 동의서를 발급 받지 못한 경우 최소 만 2년 동안 선수활동을 제한하도록 규정하고 있는 바, 이에 따라 가맹경기단체인 대한농구협회 및 대한농구협회 산하 한국중고등학교농구연맹도 자체 지도자 및 선수등록 규정에서 이적 동의서를 발급 받지 못한 경우 만 2년 동안 선수활동을 제한하고 있다. 그러나, 대한체육회 선수등록규정은 이적 동의서를 발급받은 후의 선수활동 제한에 대하여는 아무 규정이 없음에도 대한농구협회는 이적 동의서 발급 후 3개월 동안 선수활동을 제한하고, 한국중고등학교농구연맹은 12개월 동안 선수활동을 제한하고 있다.

다. 비록 대한체육회 선수등록규정 제20조 제1항 및 제2호가 대회참가에 따른 선수활동에 관한 사항을 당해 경기단체가 정하는 대회별 참가요강에 따르도록 하고, 당해 경기단체의 실정에 따라 각종 경기대회의 참가 시 해당 학교의 최소 재적기간을 설정할 수 있도록 규정하는 등 경기단체가 선수활동에 관한 사항을 자율적으로 정하여 운영할 수 있도록 규정하고 있는 점을 고려하더라도, 한국중고등학교농구연맹이 위와 같이 이적 동의서 발급 후 12개월 동안 선수활동을 제한하는 것은 대한체육회 선수등록규정의 범위를 넘어 제한을 하고 있는 것으로 판단된다.

라. 체육선수는 선수로서 활동할 때 비로소 그 존재의 가치와 의의를 발현할 수 있게 되는 것이며, 보다 더 나은 대우를 받으며 자기가 원하는 곳에서 운동에 전념할 수 있는 기회를 선택하고자 하는 것은 헌법 제10조가 보장하고 있는 행복추구권, 자기운명결정권에 해당되는 기본적 권리라 할 것이고, 특히, 학생선수는 한정된 재학기간 동안 대회참가를 통하여 기량을 발휘함으로써 대학진학 등 향후 진로를 결정해야 하는 바, 이는 학생으로서 교육기관의 결정문제 및 직업인으로서의 준비단계인 교육장 선택의 문제와도 연결되는 것이다.

마. 또한, 대한체육회의 선수등록규정을 보면, 이적 동의서 발급 문제에서도 그 부당성을 판단하여 구제하도록 하고 있는데, 가맹경기단체 산하 단체가 이적 동의서를 발급 받았음에도 이후에 다시 12개월 동안 선수활동을 제한하고 있는 것은 과도한 제한이라 판단되고, 이는 부정 스카우트의 방지 및 열악한 지방농구팀의 보호, 지방체육 육성이라는 목적에 의한 것임을 고려하더라도 그러한 정책적인 문제의 해결을 위해 학생선수 개인의 선수활동을 제한하는 것은 적절한 방

법이 아니라고 사료되는 바, 이를 종합적으로 판단해 볼 때, 한국중고등학교농구연맹 지도자 및 선수등록규정 제17조 제7항은 「헌법」 제10조를 침해하는 것으로서 시정이 필요하다고 판단되며, 위 규정에 의해 현재 선수활동을 제한받고 있는 학생선수에 대해서도 적절한 조치가 필요하다고 판단된다.

6. 결 론

따라서, 진정인의 진정에 대해서는 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 따라 각하하되, 한국중고등학교농구연맹 지도자 및 선수등록규정 제17조 제7항은 「헌법」 제10조를 침해하는 것으로 판단되므로, 인권의 보호와 향상을 위하여 「국가인권위원회법」 제25조 제1항에 따라 정책과 관행의 개선을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2007. 2. 13.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 최 영 애 위 원 원 형 은 위 원 김 태 훈

14 2007. 9. 7.자 07진인898 결정 [야구선수 이적동의 불허]

초등학교 야구선수의 타시도 전출시 향후 2년간 시합출전이 불가능하도록 피진정인인 ○○초등학교 교장이 야구선수 이적동의를 불허한 것은 헌법 제10조를 침해한 것으로 판단하여 권고한 사례

【결정요지】

피진정인의 피해자에 대한 선수 이적 동의 불허는 교육인적자원부의 2007학년도 '학교체육 기본방향'의 '체육특기생의 진학 및 전·출입 제도 개선사항'의 정책방향과 맞지 않고, ○○도교육청의 2006년 '학교체육선수 관리지침' 뿐만 아니라 '도내 우수선수 타·시도 전출 억제' 대상 선수에 해당하지 않는 경우로서 「헌법」 제10조가 보장하고 있는 행복추구권을 침해한 것으로 판단되므로, 피진정인은 피해자에게 야구선수 이적동의서를 발급하여 줄 것을 권고

【참조조문】 「헌법」 제10조

【진 정 인】 김○○

【피 해 자】 김○○ (진정인의 자)

【피진정인】 ○○초등학교장

【주 문】

피진정인에게, 피해자에 대하여 야구선수 이적동의서를 발급하여 줄 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피해자 김○○는 ○○초등학교 2학년때부터 야구활동을 해오던 중 4학년을 맞

이한 2007. 3월 ○○시 △△초등학교로 전학을 하였지만, 피진정인이 피해자가 향후 2년간 시합출전이 불가능하도록 선수 이적 동의를 불허한 것은 부당하다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

1) 학교체육의 목표는 '학교체육의 활성화를 통한 참되고 창의적인 인간 육성'을 기본 방향으로 하여 '공부하며 운동하는 학생, 운동하며 공부하는 학생 선수상'을 정립하고, 우수선수를 조기 발굴·육성 체계 확립을 통한 체육 영재 육성 등을 제시하고 있다. 이에 따라 본교에서는 학생선수의 학습권을 보장하면서 1998년부터 야구부를 창단하여 선수를 육성하고 지역의 학교체육 활성화 및 우리 고장의 야구발전에 공헌하는 한편 체육영재를 조기에 발굴하여 우수선수를 기르는데 노력하고 있다.

2) 그 결과, 2004년도 전국소년체전에서 우승을 하고 2006년 전국소년체전에서 8강에 오르는 등 각종 대회에서 좋은 성적을 거두고 있으나 시골학교라는 약점으로 선수확보에 어려움이 많다. 피해자는 야구 배트를 들기 어려운 2학년 코흘리개 시절부터 학교에서 장기 계획에 의하여 체계적인 지도와 훈련을 거쳐 이제 막 야구의 기본 동작을 이해하고 기능이 향상되어 2008년부터 주전으로 활동할 것이 예견되는 선수였다.

특히, 본교에서 2학년부터 시작한 선수를 3~4년간 집중지도하여 체력·체격·기능면에서 대회 출전의 시기가 될 즈음이면 학부모 및 학생의 요구에 의해 타 시도로 전학을 가는 사례가 있어 오늘에 이르러서는 학교 야구부 육성은 물론 준폐여부에 이르기까지의 심각한 문제가 발생되고 있는 실정이며, 이는 선수를 육성하고 있는 시골학교에서 겪는 가장 현실적인 문제이다.

3) 현재도 본교는 선수선발에 어려움이 있어 야구부 특성상 18명 이상의 선수가 필요함에도 겨우 10명의 학생으로 연습하고 있으며 후보선수도 부족한 상태에서 대회를 준비하는 등 학교체육의 근간 자체가 흔들리는 어려움을 겪고 있

다. 실제로 본교에서 운동을 하다가 타지역 학교로 전학을 가서 본교의 야구부 전력에 막대한 영향을 주어 소년체전에서 어려움을 겪는 사례가 있었으며, 그 여파로 2007년 현재 야구부 선수가 10여명으로 구성되어 사실상 팀을 이끌 기초 자원조차도 부족한 실정이며, 잔류하여 그나마 운동을 하고자 하는 학생선수의 사기를 꺾고 불안을 느끼게 하는 악순환이 되풀이 되어 학교 야구부 존재의 문제가 걸려 있다.

4) 만약, 희망하는 선수 모두마다 이적동의를 해 주면 본교는 무명의 선수를 데려와 많은 예산을 투자하여 우수 선수자원으로 육성하여 학교의 명예를 걸고 시합에 가기 전에 다른 학교의 선수단을 위해 다 보내버리는 즉, 선수 양성기관과 같은 역할을 하는 학교로 전락할 뿐만 아니라 지역의 학교체육 활성화에도 심각한 영향을 주게 된다. 이와 같은 연유로 하여 학교체육의 근본을 보호하기 위한 도교육청의 '선수관리 지침', '학교체육관리지침'에 의거 남아있는 학교체육 선수의 입장과 권리도 고려할 수밖에 없기에 피해자의 선수 이적에 동의할 수 없는 입장이다.

5) 진정인의 이적동의 요구 등은 물론 법테두리 안에서 해석되고 판단하여야 함이 마땅하지만 학교체육의 현실 및 시골학교 운동부 육성 활성화 및 보호 차원에서 볼 때 이 진정이 꼭 법리적으로만 판단하기 보다는 현실적인 상황인식하에서 교육적 입장 등도 고려하여 균형감을 가지고 판단되어야 한다.

6) 피해자에 대한 이적동의 불허의 원인이 피해자 또는 진정인의 귀책사유는 없다. 관련법에 의하면 부당하게 생각할 수 있으나 이는 순수하게 학교체육 활성화와 잔류선수 권리와 사기보호 차원에서 고려한 조치이며, 학교의 입장에서는 진정이 원만히 해결되어 피해자의 진로를 열어주고 학교체육도 활성화되면서 본교 야구부 해체까지 가는 파국을 막을 묘안을 찾아 해결되어야 한다.

3. 관련규정

가. 대한체육회 「선수등록규정」

제1조(목적) 우리나라 체육의 균형발전을 꾀하고 건전하고 효율적인 선수육성을 도모하기 위해 본회에 가맹된 경기단체의 선수등록 및 선수활동 등에 관한 절차와 기준을 정함을 목적으로 한다.

제20조(선수활동의 제한) ① 경기단체에서 주최·주관하는 모든 대회참가에 따른 선수활동에 관한 사항은 당해 경기단체가 정하는 대회별 참가요강에 의한다.

④ 전 소속단체장의 이적 동의를 발급 받지 못한 경우 선수등록 변경일로부터 학교급 및 소속팀을 달리한 기간을 포함하여 최소 만 2년 동안 선수활동의 제한을 받는다.

나. 교육인적자원부 '2007학년도 학교체육·급식 기본방향'(관련부분에 한함)

1) 체육특기생의 진학 및 전·출입 제도 개선(5~6쪽 참조)

- 체육특기자 자격기준 완화
 - 시·도별 중입·고입 체육특기자 배정시 경기실적 반영 비율 축소
- 선수등록규정(대한체육회)의 사전 고지
 - 선수등록 시 학부모, 학생선수에 대해 전·출입 시 필요한 '학교장동의서' 등 선수등록기준 사전 고지로 민원 최소화
- 체육특기자 전·출입 시 학교장의 교육적 판단에 의한 '학교장 동의서' 발급
 - 개인의 행복추구권 존중 및 학생선수의 장래에 대한 교육적 측면 고려

다. ○○도교육청선수 이적동의 제한 근거 지침내용은 아래와 같다.

1) 도내 우수선수 타 시·도 진출 억제[평생교육체육과-10974('06.7.25)]호 관련

○ 제35회 전국소년체전 종료와 함께 2007학년도 중·고등학교 입학예정 체육 특기자 선발업무를 추진함에 있어서, 일부 종목의 경우 도내 우수선수가 타 시·도로 유출되는 사례가 있는 바, 이는 우리 도의 전력 약화 및 학교체육 활성화에 저해요인으로 작용하게 되므로 도내 우수선수의 타 시·도 진출을 최대한 억제하여 주시기 바랍니다.

- 타 시· 시도 진출 억제 대상자
 - 제35회 전국소년체전 입상자(초4~5년 및 중 1~2년) 및 차기대회 유망주
 - 당해연도 전국단위 경기대회 입상선수(초,중,고)
 - 도내 상급학교에서 동일종목 체육특기자로 요청한 경우

2) 2006년 학교체육선수 관리지침[평생교육체육과-12815(2006.8.31)호] 관련

체육특기자의 상급학교 진학 및 전학과 관련하여 우리도 선수가 타 시·도로 부당하게 전출되는 일이 없도록 각별히 유념해 주기를 따라며, 「대한체육회 선수등록규정」을 숙지하여 타 시·도 전출시 받을 불이익[학교장 및 경기단체장의 이적동의서를 받은 후 전출시에도 이후 2년간 전국(소년)체육대회에서 참가자격 상실 등]을 홍보하여 불이익 처분을 받는 일이 발생하지 않도록 지도할 것 등 이다.

4. 인정사실 및 판단

가. 인정 사실

1) 피해자는 피진정학교에서 2학년때부터 3학년때까지 야구부선수로 활동하였다.

2) 피해자는 4학년인 2007. 3월경 ○○시 △△초등학교로 전학을 갔지만 피진정인은 선수 이적동의서를 불허하였다.

3) 피해자는 현재 ○○시 △△초등학교 야구부선수로 활동하고 있다.

4) 피진정인의 피해자에 대한 이적 동의 불허의 원인은 피해자의 귀책사유가 아닌 학교 체육의 활성화와 잔류선수의 권리와 사기보호 차원에서 고려한 조치이다.

5) 피해자는 2006년 현재 기준 초등학교 3학년으로 ○○도교육청의 평생교육체육과-00000(2006.7.25)호의 타시도 전출 억제 대상자(초등학교 4~5년중 2006년 제35회 소년체전 입상자 및 차기대회 유망주, 당해연도 전국단위 경기대회 입상 선수, 도내 상급학교에서 동일종목 체육특기자로 요청한 경우)에 해당되지 아니한다.

나. 판단

피진정인은 야구선수 선발에 어려움이 있고 기초자원 선수도 부족한 현실에서 어렵게 야구부가 운영되고 있는 중에 피해자가 타 시·도로 전학을 가서, 잔류 선수들의 타 학교 전학으로 인한 이탈 방지 및 학교 야구부 육성 활성화 차원과 도교육청의 학교체육선수 관리지침에 의거 피해자의 선수 이적 동의를 불허할

수 밖에 없다고 주장하고 있으나,

○○교육청의 2006년 ‘학교체육선수 관리지침’의 내용은 ○○도내의 우수선수 전출로 인한 불이익 사항에 대하여 홍보를 당부하며 우수선수의 타 시·도 전출을 최대한 억제하는 사항이지 전출을 금지하는 사항이 아니며, 피진정인의 피해자 이적 동의 불허 근거인 ○○도교육청 평생교육체육과-00000(2006.7.25)호의 ‘도내 우수선수 타 시·도 전출 억제’ 내용으로 볼 때, 피해자는 2006년 기준으로 전국소년체전 입상자(초4~5년) 및 당해연도 전국단위 경기대회 입상선수 등에 해당되지 아니한다.

또한, 교육인적자원부의 2007학년도 ‘학교체육 기본방향’의 ‘체육특기생의 진학 및 전·출입 제도 개선사항’은 ‘체육특기자의 전·출입 시 개인의 행복추구권 존중 및 학생선수의 장래에 대한 교육적 측면을 고려하여 학교장의 교육적 판단에 의한 동의서를 발급’하는 것을 기본 방향으로 하고 있어, 피진정인의 이적불허행위는 관련규정 및 지침에 위배될 뿐만 아니라 「헌법」 제10조가 보장하고 있는 피해자의 행복추구권을 침해한 것으로 판단된다.

5. 결 론

피진정인의 피해자에 대한 선수 이적 동의 불허는 교육인적자원부의 2007학년도 ‘학교체육 기본방향’의 ‘체육특기생의 진학 및 전·출입 제도 개선사항’의 정책방향과도 맞지 않고, ○○도교육청의 2006년 ‘학교체육선수 관리지침’ 뿐만 아니라 ‘도내 우수선수 타· 시도 전출 억제’ 대상 선수에 해당하지 않는 경우로서 「헌법」 제10조가 보장하고 있는 행복추구권을 침해한 것으로 판단되어, 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 규정에 따라 필요한 조치의 이행을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2007. 9. 7.

국가인권위원회 침해구제 제1위원회

위원장 최영애 위원 원형은 위원 김태훈

㉔ 2008. 2. 13. 자 06진인1254 결정 [고교투수 혹사에 의한 인권침해]

피진정인(대한야구협회장)에게 고등학교 야구 환경 및 여건을 볼 때 수많은 고등학교 야구투수들이 무리한 투구를 할 가능성이 상존하고 있고 고등학교 야구투수의 무리한 투구로 인한 혹사행위는 「헌법」 제12조(신체의 자유)의 '신체를 훼손당하지 않을 권리'를 침해할 소지가 충분하므로 협회가 이 문제에 관한 대책을 마련하여 시행할 것을 권고

【결정요지】

【1】 고교투수 혹사관련 피진정인인 학교 측은 “일반적으로 고등학교 야구투수들의 혹사는 어제 오늘 일도 아니며 고교시절 맹활약을 펼치던 선수가 몸이 망가지 프로무대에서는 빛을 보지 못하는 경우가 있으며, 초·중학교 투수들도 연습, 시합 때 혹사하여 어깨, 팔꿈치 수술을 하고 있다”고 진술하고 있음. 또한 이러한 진술 이외에도 체육특기자에 대한 대학입학의 특전, 비정규직 신분 감독의 경우 단기간의 성적 여하에 따라 고용이 좌우될 수 있는 점, 토너먼트 진행방식으로 한 번 지면 탈락하는 점, 한 대회기간이 짧아 충분한 휴식 없이 진행되는 점, 선수층이 두텁지 않아 특정 우수투수 의존도가 높은 점 등을 볼 때, 고교야구에서 팀의 승리를 위해 다소 무리가 있더라도 우수투수에게 무리하게 투구를 시킬 수 있는 충분한 소지가 있다고 판단됨

【2】 아울러 고교야구대회에서 특정 우수투수가 무리하게 많은 투구를 함으로써 혹사당한다는 문제제기가 언론 등을 통해 오래전부터 제기되어 왔음에도 불구하고, 고교야구 경기대회를 개최하고 주관하는 협회가 고등학교 야구투수들의 무리한 투구로 인한 선수 혹사 방지를 위한 연구·조사(연구 또는 자문 등 용역, 의학적·신체적 연구 용역, 논문 등), 성장기 투수의 무리한 투구로 인한 후유증 발생 등에 대한 의학적인 조사·연구 또는 용역, 무리한 투구로 인한 선수생명단축 사례·실태 조사·연구 등의 투수 혹사방지에 대한 체계적이고 실질적인 대책을 마련하지 않고 있는 것으로 인정됨

【3】 따라서 이러한 사정 아래에서는 고등학교 야구 환경 및 여건을 볼 때 수많은 고등학교 야구투수들이 무리한 투구를 할 가능성이 상존하고 있다고 할 수 있음. 만약 고등학교 야구투수들이 무리한 투구로 인하여 선수생명을 위협·단축 당하게 된다면, 이러한 결과는 「헌법」 제12조의 '신체를 훼손 당하지 않을 권리'의 침해를 초래할 수 있으므로 협회가 이에 대한 대책을 마련하고 개선하는 것이 필요하다고 판단되어 정책권고를 한 것임

【참조조문】 「헌법」 제21조, 「국가인권위원회법」 제20조 및 제25조

【진 정 인】 노○○

- 【피 해 자】**
1. 이○○(○○고등학교 야구부 투수)
 2. 정○○(○○고등학교 야구부 투수)
 3. 김○○(○○고등학교 야구부 투수)

- 【피진정인】**
1. 교육인적자원부장관(현, 교육과학기술부장관)
 2. ○○고등학교장
 3. ○○고등학교장
 4. ○○고등학교장
 5. ○○고등학교 야구부 감독
 6. ○○고등학교 야구부 감독
 7. ○○고등학교 야구부 감독
 8. 사단법인 대한야구협회 회장

【주 문】

1. 피진정인 1, 3, 4, 6, 7과 관련된 진정부분은 이를 각하한다.
2. 피진정인 2, 5와 관련된 진정부분은 이를 기각한다.
3. 피진정인 8과 관련한 진정부분은 이를 각하하되, 고등학교 야구부 투수들이 무리한 투구로 혹사당하지 않도록 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

2006. 6. 청룡기 고교야구대회에서 피해자 1, 2, 3 등은 짧은 대회기간 동안 경기에서 무리하게 220여개 투구 및 연투로 선수생명을 위협받을 정도의 혹사를 당하였다. 대회입상 성적에 따라 감독의 고용이 좌우되고 학생선수들이 대학에 진학하기 위해서는 전국대회에서 입상을 해야 하는 등의 까닭으로 이러한 사정이 발생하였다. 이러한 학생투수의 혹사는 나이 어린 학생에 대한 학대이자 선수 수명 단축 등 신체의 자유를 침해한 것이다.

이는 해당 학교장과 소속 야구감독이 무리하게 투구를 하도록 하고 사단법인 대한야구협회(이하 “협회”라 함)가 선수보호에 필요한 경기운영과 대책 등을 마련하지 않았기 때문이며, 또한 구조적으로 교육인적자원부가 야구감독에 대한 인력정책과 체육특기자 대학입시기준의 문제에서 비롯된 것이다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

1) 고등학교 야구투수 혹사로 인한 인권침해 관련

가) 피진정인 2, 3, 4, 5, 6, 7

고등학교 야구투수들의 혹사는 계속 있어왔다. 학생선수들의 대회가 토너먼트로 운영되어 매 게임이 마지막이 될 수 있기 때문에 우수한 성적을 내기 위해서는 팀내 에이스투수가 전력투구할 수밖에 없는 형편이다. 또한 대회수 과다 및 짧은 대회기간 운영으로 야구장 일정이 촉박하여 선수들이 쉴 시간이 부족하여 투수들이 혹사당할 수 있는 가능성이 크다.

나) 피진정인 8

투수들의 평소 운동량과 신체 발달 정도에 따라 어깨 단련 정도가 다를 수 있으므로 적절한 한계 투구 수가 몇 개인가에 대해 인위적·일괄적으로 제한을 할 수 없다. 협회에서도 이 문제에 관하여 관심을 갖고 교육인적자원부 지침에 따라 방학 중 경기를 제외하고는 각 학교의 전국대회 출전을 3회로 제한하고 있으며 투수가 투구에만 전념할 수 있도록 고등학교 야구에 지명타자제를 도입하여 실시하고 있다.

2) 고등학교 야구부 감독의 비정규직 신분 관련(피진정인 1)

각급 학교의 운동부 지도자는 교육청에서 임용한 전임코치와 단위학교에서 자체적으로 임용한 일반코치로 구분된다. 전임코치제도는 시·도 교육청별로 '코치 운영 및 관리규칙' 등에 의해 예산 규모에 따라 자체적으로 실시하고 있다. 교육인적자원부에서는 노동부의 「공공부문 비정규직 종합대책」에 따라 상시적·지속적 업무에 대해서는 원칙적으로 무기계약근로자로 전환하고 있다.

3) '체육특기자 대학입시기준' 관련(피진정인 1)

「고등교육법시행령」 제31조(학생의 선발)에 의거 대학의 장은 입학전형에 함에 있어 학생들의 소질·적성 및 능력이 반영될 수 있도록 그 방법 및 기준을 다양하게 마련하여 시행하도록 하고 있으며, 체육 특기자 선발의 경우에도 각 대학의 장이 대학의 설립 목적, 취지 등을 고려하여 자율적으로 그 방법 및 기준을 정해서 시행한다.

3. 인정사실

피진정인들의 진술 및 그 밖의 자료를 종합하면, 피진정인들의 위와 같은 진술 이외에도 2006. 6. 청룡기 고교야구대회 때 진정관련 해당학교 일부 투수들이 200개 이상의 투구 및 연투를 하여 혹사당한다는 논란이 제기되었다는 점, 협회는 성장기에 있는 투수의 무리한 투구로 인한 투수혹사의 후유증 발생 등에 대한 의학적인 조사·연구(용역 포함)나 무리한 투구로 인한 선수생명 단축 사례 등의 실태를 조사·연구한 실적은 없다는 점 등을 인정할 수 있다.

4. 판 단

가. 고등학교 야구투수 혹사와 관련한 진정부분

1) 피진정인 3, 4, 6, 7과 관련하여 ○○고등학교 및 ○○고등학교는 사립학교로 피해자 2, 3과 관련된 이 진정내용은 국가인권위원회의 조사대상에 포함되지 않는다. 따라서 이 진정부분은 “진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니한 경우”(「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호)에 해당한다.

2) 진정인이 진정요지에서 주장한 바와 같이 피해자 1이 무리하게 투구 및 언투를 하거나 야구감독이 비정규직이고 대회성적 중심의 입시기준을 적용한다는 사정만으로는 피진정인 2, 5가 「헌법」 제12조에 근거한 신체를 훼손당하지 아니할 피해자의 권리를 침해하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 진정부분은 “진정의 내용이 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우”(「국가인권위원회법」 제39조 제1항 제1호)에 해당한다.

3) 피진정인 8은 국가 또는 지방자치단체에 속하지 않으므로 이 진정부분에 대해서는 국가인권위원회 조사대상에 포함되지 않는다. 따라서 이 진정부분은 “진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니한 경우”(「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호)에 해당한다. 그러나 국가인권위원회는 협회가 인권침해에 대한 조사대상인 국가 및 지방자치단체에 해당되지 아니하더라도 인권의 보호와 향상을 위하여 협회와 같은 공·사단체를 포함한 관계기관(「국가인권위원회법」 제20조 제2항)에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고할 수 있다(「국가인권위원회법」 제25조 제1항). 그러므로 이하에서는 국가인권위원회가 이러한 관계기관에 해당되는 협회에 대하여 정책과 관행의 개선을 촉구할 사정이 있는지의 여부에 관하여 살펴본다.

우선 피진정인인 학교측은 “일반적으로 고등학교 야구투수들의 혹사는 어제 오늘 일도 아니며 고교시절 맹활약을 펼치던 선수가 몸이 망가져 프로무대에서는 빛을 보지 못하는 경우가 있다. 초·중학교 투수들도 연습, 시합때 혹사하여 어깨, 팔꿈치 수술을 하고 있다”고 진술하고 있다. 피진정인 학교 측의 이러한 진술 이외에도 체육특기자에 대한 대학입학의 특전, 비정규직 신분 감독의 경우 단기간의 성적 여하에 따라 고용이 좌우될 수 있는 점, 토너먼트 진행방식으로 한 번 지면 탈락하는 점, 한 대회기간이 짧아 충분한 휴식 없이 진행되는 점, 선

수층이 두텁지 않아 특정 우수투수 의존도가 높은 점 등을 볼 때, 고교야구에서 팀의 승리를 위해 다소 무리가 있더라도 우수투수에게 무리하게 투구를 시킬 수 있는 충분한 소지가 있다고 판단된다. 아울러 고교야구대회에서 특정 우수투수가 무리하게 많은 투구를 함으로써 혹사당한다는 문제제기가 언론 등을 통해 오래전부터 제기되어 왔음에도 불구하고, 고교야구 경기대회를 개최하고 주관하는 협회가 고등학교 야구투수들의 무리한 투구로 인한 선수 혹사 방지를 위한 연구·조사(연구 또는 자문 등 용역, 의학적·신체적 연구 용역, 논문 등), 성장기 투수의 무리한 투구로 인한 후유증 발생 등에 대한 의학적인 조사·연구 또는 용역, 무리한 투구로 인한 선수생명단축 사례·실태 조사·연구 등의 투수 혹사 방지에 대한 체계적이고 실질적인 대책을 마련하지 않고 있는 것으로 인정된다. 따라서 이러한 사정 아래에서는 고등학교 야구 환경 및 여건을 볼 때 수많은 고등학교 야구투수들이 무리한 투구를 할 가능성이 상존하고 있다고 할 수 있다. 만약 고등학교 야구투수들이 무리한 투구로 인하여 선수생명을 위협·단축 당하게 된다면, 이러한 결과는 「헌법」 제12조의 '신체를 훼손당하지 않을 권리'의 침해를 초래할 수 있으므로 협회가 이에 대한 대책을 마련하고 개선하는 것이 필요하다고 판단된다.

나. 고등학교 야구부 감독의 비정규직 신분과 관련한 진정부분

이와 관련한 진정내용은 정부의 종합적인 비정규직 정책 또는 비정규직 보호 법안에 의해 다루어져야 할 사안으로 판단되고 이는 조사대상 인권침해 행위에 해당되지 않는다. 따라서 이 진정부분은 “진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니한 경우”(「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호)에 해당한다.

다. 체육특기자 대학입시기준과 관련한 진정부분

야구선수들에 대한 체육특기자 대학입시기준은 「고등교육법시행령」 제31조(학생의 선발)에 의거, 대학의 장이 자율적으로 그 방법 및 기준을 정하여 시행하고 있다. 이에 근거하여 야구부가 있는 대다수 대학은 자율적으로 야구선수 체육특기자 선발대상을 전국대회 8강 또는 16강 이내 입상자를 기준으로 하고 있다. 따라서 이 진정부분은 “진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니한 경우”(「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호)에 해당한다.

5. 결 론

고등학교 야구투수 혹사로 인한 인권침해의 진정요지에 있어서 3, 4, 6, 7, 8에 관련된 진정부분, 고등학교 야구부 감독의 비정규직 신분과 관련한 진정부분과 체육특기자의 대학입시기준과 관련한 진정부분은 모두 「국가인권위원회법」 제 32조 제1항 제1호 규정에 따라 각하하기로 한다. 그리고 피진정인 2, 5와 관련한 진정부분은 같은 법 제39조 제1항 제1호 규정에 따라 기각하기로 한다. 다만 고등학교 야구투수의 무리한 투구로 인한 혹사행위는 「헌법」 제12조(신체의 자유)의 '신체를 훼손당하지 않을 권리'를 침해할 소지가 충분하므로 협회가 이 문제에 관한 개선과 대책을 마련할 필요가 있다고 판단되므로 같은 법 제25조 제1항 규정에 따라 필요한 조치의 이행을 권고하기로 한다.

2008. 2. 13.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유남영 위원 신혜수 위원 윤기원

㉔ 2008. 11. 26.자 08진인2598 결정 [전학 강요 등]

운동실력 부족 등을 이유로 운동선수의 전학을 강요하는 것은 헌법 제10조 침해에 해당하는 것으로 판단하여 권고한 사례

【진 정 인】 ○○○

【피 해 자】 전 ○○○○고등학교 축구부 선수 등

- 【피진정인】** 1. ○○○
- 2. ○○○

【주 문】

강원도교육감에게 피진정인들에 대하여 경고 조치할 것과, 이 사건과 유사한 인권침해가 발생하지 않도록 재발방지 대책을 마련하여 시행할 것을 각 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○○○고등학교(이하 “피진정인학교”라고 한다) 축구부의 전임 감독이 2007. 11. 축구부 신입생 3명을 제외한 전원을 경기도 소재 K공고로 데려가서 축구부를 창단함에 따라 이후 피진정인학교의 후임 감독으로 온 피진정인 1이 강원도 및 타 도에서 24명의 선수들을 피진정인학교로 데리고 와 2008. 3.부터 축구부가 운영되었다. 그러나 2008. 6. 8. ○○단오제 공식행사인 ○○○고와의 경기에서 패한 이후 피진정인들이 선수 전원에게 일주일간 휴가를 보내고 타 학교로 전학할 것을 강요하였으며 선수들의 부모에게도 개별적으로 전화하여 기숙사를 폐쇄한다면서 학생선수들을 전학시킬 것을 강요하였다.

2. 당사자 및 참고인의 주장요지

가. 진정인의 주장요지

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인들의 주장요지(피진정인 1 : ○○○○고등학교 축구감독, 피진정인 2 : ○○○○고등학교장)

피진정인학교 축구부 운영을 위해 강원도 및 타 도에서 전입을 온 선수들이 나태하고 작은 부상에도 장기간 운동을 쉬는 등 훈련 참여 의식이 부족한 상태였으며 축구선수 및 학부모들에게 전학을 강요한 사실이 없다. 새롭게 구성될 신입생과의 경쟁에서 이겨낼 자신이 있는 선수와 끝까지 본교에서 축구선수로 남을 선수는 남도록 하였다. 다만, 신입생과 경쟁에서 자신이 없는 선수는 옮겨갈 곳을 알아보고 전학을 갈 선수는 전학을 가라고 한 것이다.

다. 참고인의 주장요지(강원도 및 타 시·도에서 피진정인학교로 전학을 오거나 피진정인학교에 입학하여 한 달 반에서 팔 개월 정도 축구부원으로 활동하다 타 학교로 전학을 간 선수의 부모들 8명)

피진정인 1이 학생선수들이 축구실력이 부족하다는 이유로 학생선수들을 전학시킬 것을 강요하였다. 또한 일부 학부모들은 학교 측에 선수학생들이 계속 잔류할 수 있게 해 줄 것을 요청하였으나 학교 측에서 이를 거절하였다.

3. 관련규정

「교육기본법」 제12조(학습자) ①학생의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다. ②교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다.

4. 인정사실

진정인의 진술, 피진정인이 제출한 진술 및 자료, 참고인의 진술 등을 종합해 보면 아래와 같은 사실이 인정된다.

가. 피진정인 1이 피진정학교의 축구부 운영을 위해 2007. 11. 28. ~ 2008. 6. 4.까지 강원도 및 타 시도 출신 축구선수 16명을 영입하였다.

나. 피진정인 1이 2008. 6. 8. ○○단오제 행사 축구 정기전 경기 이후 축구부원 및 학부모에게 다른 학교로 학생들을 전학시킬 것을 언급하고 2008. 7. 15. 축구부 숙소를 폐쇄 조치하였다

다. 피진정인 1이 피진정인학교 축구부원 전체에게 축구실력 부족을 이유로 다른 학교로 전학을 갈 것을 요구함에 따라 피진정인학교 축구부원 전체 22명의 선수 중 14명이 2008. 7 ~ 9.경에 강원도 및 타 시도 학교로 전학을 갔으며 2명은 축구선수 활동을 그만두었다.

5. 판 단

위 인정사실에 의하면, 피해자들이 타 학교로 전학을 가야할 귀책사유가 없고 피진정인학교에서 계속 운동을 하고 싶어했음에도 불구하고 피진정인 1은 일시적으로 기숙사를 폐쇄하면서 피해자들이 축구실력이 부족하다는 이유로 원치 않는 전학을 강요하였다고 판단된다. 이와 같은 피진정인 1의 행위는 「교육기본법」 제12조에서 규정하고 있는 학습자의 인격 및 개성을 존중하지 않은 행위로서 「헌법」 제10조에서 보장하고 있는 피해자들의 행복추구권 및 자기운명결정권을 침해한 것으로 판단된다.

이와 같은 인권침해행위에 대하여 취해야 할 구제조치로는, 피진정인 1의 전학 강요로 인해 타 시도의 학교로 전출 간 피해자들이 6개월 동안 선수활동에 제한을 받은 점, 학교교육 과정에서 기본적 인권이 존중·보호되지 못한 점 등 피해자들의 피해 정도가 크므로 피진정학교의 감독기관인 강원도교육감에게 피진정인 1과 피진정인 1에 대한 관리책임이 있는 학교장인 피진정인 2에 대하여 경고 조치하고, 재발방지 대책을 마련하여 시행할 것을 권고하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

6. 결 론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2008. 11. 26.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유남영 위원 윤기원 위원 정재근

17] 2008. 2. 28.자 07진인1146 결정 [학교 안에서의 학생의 표현의 자유 등]

허가받지 않은 전단지를 교내에 배포하였다는 이유로 진술서를 요구하고 선도 절차를 진행한 행위는 헌법 제21조 표현의 자유를 침해하였다고 판단한 사례

【진 정 인】 박○○

【피진정인】 ○○고등학교장

【주 문】

1. 피진정인에게 아래 이유부분 제3항 관련규정에 기재된 범령 및 조약의 내용과 취지에 부합되게 학교 안에서의 학생의 표현의 자유가 최대한 보장될 수 있도록 표현물의 표현 범위 및 절차에 대한 합리적 기준을 만드는 등 재발방지를 위한 조치를 취할 것을 권고한다.
2. 진정요지 나항은 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 진정인은 ○○고등학교 2학년 재학 중 2007. 3. 23. 학생인권관련 토론회 전단지를 학생들에게 배포하였다. 그런데 ○○고등학교 측에서는 허가받지 않은 전단지를 배포하였다는 이유로 진정인에 대한 징계절차를 진행하여 진정인의 표현의 자유를 침해하였다.

나. 진정인은 청소년인권단체에서 배포한 배지를 학생들에게 나누어 주었는데 학교에서 학생회를 통하여 배지를 강제로 압수하고 폐기하였다.

2. 당사자의 주장 요지

가. 진정인

- 1) 진정인은 ○○고등학교 2학년 재학 중 2007. 3. 23. 학생인권관련 토론회 전

단지를 교실 뒤쪽에 비치하는 등 학생들에게 배포하였다. 그런데 교무부장 교사가 이를 적발하여 야간자율학습 시간에 진정인을 불러 백지에 진술서를 작성할 것을 요구하였고, 이에 진정인은 교사의 요구에 맞춰 수차례 진술서를 다시 작성하여 제출하였다. 그 이후 같은 달 26. 인성생활지도부 교사가 진정인을 수업 시간에 수차례 불러 진술서 양식을 놓고 진술서 작성을 강요하여 진정인이 이를 거부하였고 교감 노선덕이 계속 진정인을 불러 조사를 하였다. ○○고등학교 측에서는 같은 달 28. '불법전단지 배포'라는 사유로 학생선도위원회(이하 "선도위원회"라 한다) 참석 공문을 진정인에게 교부하였다.

2) 진정인은 청소년인권단체에서 제작한 '강제야자 즐'이라는 문구가 있는 배지를 학생들에게 나누어 주었다. 그런데 학교에서 학생회를 통하여 2007. 4. 둘째주경 위 배지를 강제로 압수하고 폐기하였다.

나. 피진정인

1) 진정요지 가항(전단지 배포) 관련

진정인의 위와 같은 행위에 관하여 관련규정이 명백하게 존재하지 않는 상태라 선도위원회에서 논의하기로 결정하여 담임교사를 통해 진정인에게 선도위원회 참석 공문을 배부하였다. 그러나 같은 달 28. 학년부와 학교 관리자 등이 협의하여 선도위원회 개최를 유보하기로 잠정 결정하고, 같은 해 4. 6. 담임교사가 지도하는 것으로 종결하였다.

2) 진정요지 나항(배지 강제 압수) 관련

2학년부 교사 및 인성생활지도부 교사 등이 학생회를 통하여 진정인이 주장한 바와 같이 배지를 압수한 사실이 없다.

3. 관련규정

가. 「헌법」

제21조(언론·출판·집회·결사의 자유) ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 결사·집회의 자유를 가진다.

② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

나. 「아동의 권리에 관한 협약」 (조약 제1072호, 1991. 12. 20. 발효)

제13조

1. 아동은 표현에 대한 자유권을 가진다. 이 권리는 구두, 필기 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 아동이 선택하는 기타의 매체를 통하여 모든 종류의 정보와 사상을 국경에 관계없이 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

2. 이 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만 이 제한은 오직 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 것이어야 한다.

가. 타인의 권리 또는 신망의 존중

나. 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호

다. 「교육기본법」

제12조(학습자) ① 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.

라. 「초·중등교육법」

제18조의4(학생의 인권보장) 학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다.

4. 인정사실 및 판단

가. 진정요지 가항(전단지 배포) 관련

진정인과 피진정인의 진술 및 그 밖의 자료를 종합하면, 진정인의 주장요지 제1호와 피진정인의 주장요지 제1호의 각 기재와 같은 사실이 인정된다.

우선 진정인의 위와 같은 행위가 헌법에 의하여 적법하게 보장되는 학생의 표현의 자유의 범위 내에 속하는 행위인지를 살펴보면, 「헌법」 제21조는 언론·

출판의 자유를 보장하여 표현의 자유를 명시하고 있고, 우리나라가 가입하여 국내법과 동일한 효력을 가지고 있는 「아동의 권리에 관한 협약」 제13조는 “아동은 표현에 대한 자유권을 가진다. 이 권리는 구두, 필기 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 아동이 선택하는 기타의 매체를 통하여 모든 종류의 정보와 사상을 국경에 관계없이 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.”고 규정하고 있다. 아울러 「교육기본법」 제12조는 학생의 기본적 인권이 학교교육의 과정에서 보호되어야 함을 명시하고 있고 「초·중등교육법」 제18조의4는 “학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다”고 규정하고 있다. 위와 같은 조항들을 종합하여 볼 때, 표현의 자유는 그것이 타인의 권리를 침해하거나 공중도덕·사회윤리를 침해하지 않는 한 학생에게도 마땅히 보장되어야 하는 것이며, 그것은 어떤 형태의 매개체를 통해서든 자신의 의사를 표현하고 전달할 수 있는 자유를 의미한다.

위와 같은 관련 법규정의 취지를 진정인의 위와 같은 행위(이 사건 전단지 배포행위)에 적용하여 보면, 진정인이 배포한 전단은 학생인권을 위해 외부단체에서 개최하는 토론회의 참석을 홍보하는 내용으로 구성되어 있어서 우리나라의 학교교육 현실에 대하여 다소 비판적이고 과장된 문구를 사용하고 있다고 해도 그것이 타인의 권리를 침해하거나 공중도덕·사회윤리를 침해하는 내용이라고 볼 수 없다. 그렇다면 전단지의 교내 배포 절차와 위반 시 징계에 대한 명시적 학내규정도 없는 상황에서 학교 측이 허가받지 않은 전단을 배포하였다는 이유로 진정인에 대해 진술서 작성 요구 등의 조사를 하고 선도위원회 참석 공문을 교부하는 등의 절차를 진행한 행위는 표현의 자유를 억압하는 것으로 「헌법」 제21조에 보장된 진정인의 표현의 자유를 침해한 것이라고 판단된다.

피진정인에 대하여 취하여야 할 구제조치를 보건대, 진정인이 현실적으로 징계를 당한 사실이 없고 선도위원회의 개최가 취소된 점, 피진정인의 위와 같은 침해행위가 계속하여 재발될 수 있는 점 등을 종합하면, 피진정인이 위 제3항 기재의 관련규정의 내용과 취지에 부합되게 학생이 학교 안에서 어떤 내용의 표현물을 제작, 반포, 게시 등을 할 수 있는지에 관한 내용과 절차를 규정한 학내규정을 마련하여 시행하는 것이 필요하다고 판단된다.

나. 진정요지 나항(매지 강제 압수) 관련

진정인의 주장요지 제2호 기재와 같은 사실을 인정할 증거가 없다고 판단된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 국가인권위원회는 진정요지 가항 부분과 관련하여 허가받지 않은 전단지들 교내에 배포하였다는 이유로 피진정인이 진정인에 대하여 진술서를 요구하고 선도절차를 진행한 행위는 「헌법」 제21조 소정의 표현의 자유를 침해하였다고 판단하고, 진정요지 나항 부분은 객관적인 증거가 없다고 판단하여 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 및 제39조 제1항 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2008. 2. 28.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유 남 영 위원 신 혜 수 위원 윤 기 원

18 2008. 9. 25.자 07진인4150 결정 [학생에 대한 집회 해산 등]

학내 집회 해산, 집체교육 실시 및 진술서 징구 등의 행위가 인권침해에 해당 하는 것으로 판단하여 권고한 사례

【진 정 인】 구○○

- 【피 해 자】**
1. 조○○
 2. 박○○
 3. ○○중학교 다수의 학생

- 【피진정인】**
1. ○○중학교 교장
 2. 김○○
 3. 하○○

【주 문】

1. 피진정인 1, 2, 3에게 진정요지 가항 중 학내 집회 해산, 집체교육 실시 및 학생에게 진술서를 징구한 행위에 대하여 향후 이와 같은 행위가 재발하지 않도록 재발방지 대책을 수립할 것을 권고한다.
2. 피진정인 1에게 진정요지 가항 중 학교 내 휴대폰 소지 금지 및 조기 등교 강요 행위와 관련된 정책을 재검토 할 것을 권고한다.
3. ○○광역시교육감에게 피진정인 1, 2, 3에 대하여 진정요지 다항과 같은 차별 행위가 향후 재발하지 않도록 서면주의 조치할 것을 권고한다.
4. 진정요지 가항 1) 중 집회로 인해 학습권이 침해되었다는 진정에 대하여는 이를 각하하고, 그 외 진정요지에 대하여는 이를 각 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○중학교 학생인 피해자 1, 2 및 ○○중학교 학생들은 ○○중학교 교장인 피진정인 1과 ○○중학교 교사인 피진정인 2, 3으로부터 다음과 같은 인권침해를 받았다.

가. 피해자 1에 대한 인권침해

1) 2007. 5. 10. 피해자 1을 포함한 150여 명의 ○○중학교 학생들이 '학생인권', '두발 자유'를 외치며 학내 집회를 하자 ○○중학교 교사들이 집회를 강제 해산시켰으며, 학내 집회 당일 5·6교시 수업을 하지 않고 3학년 전체 학생에게 집체 교육을 시켰다. 또한 교사들은 동 집회와 관련하여 학생들에게 진술서 작성을 강요하고 피해자 1의 부모를 학교로 불러 피해자 1의 표현의 자유를 침해하였으며, 피해자 1이 가입한 '청소년인권행동 아수나로'(이하 "아수나로"라 한다)를 탈퇴하도록 압력을 행사하는 등 피해자 1의 단체 활동의 자유를 침해하였다.

2) 교내 휴대폰 소지와 관련한 설문조사 시 학생들의 의견을 반영하지 않는 등 피해자 1의 의사표현의 자유를 침해하였고, 형식적 설문조사를 통해 학교 내에서 휴대폰 소지를 금지시킴으로써 통신의 자유를 침해하였다.

3) ○○중학교 전교생에게 오전 08:15까지 조기 등교토록 하여 자율학습을 강요하였다.

나. 피해자 2에 대한 인권침해

1) 2007. 5. 10. 학내 집회 이후 며칠 동안 진술서와 반성문을 쓰도록 하였고, 피해자 2의 부모를 학교로 오게 하여 향후 학생들이 집단행동을 하지 않도록 가정지도를 해 줄 것을 요청하였다.

2) 2007. 6. 4. 피해자 2가 '두발자유, 체벌금지 및 청소년인권을 위한 서명지'를 만들어 학생회장과 함께 서명 운동을 하자 교사들이 서명 운동을 중단하도록 압력을 행사하였다.

3) 교사들이 학생들이 신고 다니는 슬립온 신발이 실내화와 비슷하다는 이유로 슬립온 신발을 압수하였다.

다. 학생체벌 관련

학교 생활지도 부장인 피진정인 2는 2007. 5. 10. 학내 집회 이후 5교시에 학교 강당에서 3학년 전체 학생이 보는 앞에서 학내 집회 주동자라고 지목된 학생 20여 명의 발바닥을 체벌하였다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인의 주장요지

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인들의 주장요지

1) 학내 집회를 강제해산했다는 주장에 대하여

동 집회는 '아수나로' 활동가인 진정인의 선동에 의해 학생들이 두발 자유를 외치며 집단적으로 행동한 것으로 사전에 학교에 신고 되지 않은 불법집회이며, 학교의 질서를 무너뜨리는 행위였기 때문에 강제 해산시킬 수밖에 없었다. 따라서 동 집회 해산은 학생들을 바른 길로 인도하기 위한 정당한 학교 측의 조치였다.

2) 정규수업시간에 집체교육을 시켰다는 주장에 대하여

집회 당일 5교시에 3학년을 대상으로 집체 교육을 실시한 것은 사실이다. 그러나 갑자기 정규 교육 시간을 변경하여 집체 교육을 시킨 것이 아니라, 매월 1회 정도 실시하는 기초질서, 인성, 예절 등에 관한 집체 교육을 조기에 실시한 것 뿐이다.

3) 학내 집회와 관련하여 진술서를 강요했다는 주장에 대하여

집회를 주동한 학생들로부터 사건에 대한 경위서를 받았으나, 이는 학생들이 원칙에 맞지 않는 단체행동을 하지 않도록 하기 위한 것이며, 향후 학생들이 학교에 바라는 요구 사항 등이 있을 시 학생회를 통해서 의견이 수렴될 수 있도록

하기 위한 조치였다. 당시 받은 경위서는 그 내용이 경미하여 폐기하였으며, 학생들로부터 각서를 받은 사실은 없다.

4) 피해자들의 부모들을 학교로 오라고 했다는 주장에 대하여

피해자들의 부모들을 학교로 오라고 한 사실이 없다.

5) '아수나로'를 탈퇴하도록 압력을 행사했다는 주장에 대하여

피해자 1이 가입·활동하고 있는 '아수나로'를 탈퇴하도록 강요한 사실이 없다.

6) 교내에서 휴대폰 소지를 금지했다는 주장에 대하여

학생들에게 학교 내에서 휴대폰을 소지하지 못하도록 하는 정책은 2007. 4. 초에 가정통신문을 발송하여 학부모 및 학생을 대상으로 설문조사를 실시한 후에 결정한 것이다. 휴대폰 소지 금지 여부에 대하여 동 가정통신문 상에도 학부모와 학생이 잘 의논하여 결정해 달라고 문구를 명시하였고, 그 설문 결과에 따라 조치된 정책이므로 학생들의 의견을 수렴하지 않았다는 것은 설득력이 없다고 본다. 또한 학생들의 휴대폰 소지 금지에 따른 문제를 최소화하기 위하여 학교에 콜렉트 콜 전화기 2대를 설치하여 운영하고 있고, 때로는 교무실 전화도 사용하도록 하고 있다. 이와 같이 학교 내 휴대폰 소지 금지는 학생의 의견을 충분히 수렴하여 결정된 정책이며, 아울러 학생의 수업권을 보장하기 위한 조치이기도 하다.

7) 조기등교를 강요했다는 주장에 대하여

매일 08:15까지 조기 등교토록 한 것은 EBS 방송 시청 등 학생의 학습능력을 증진시키기 위한 것이며, 실질적으로 통상 등교시간보다 약 15분 일찍 등교하게 되는 것으로 이 정도의 조치는 학생들의 학습 능력 향상을 위한 바람직한 조치이며, 학교장의 학교 경영권 범위 내의 정책이라고 본다.

8) 서명운동을 금지시켰다는 주장에 대하여

서명운동을 했다고 추정되는 학생들에게 서명운동을 했는지에 대하여 질문하였으나 서명운동을 하지 않았다고 말하여 서명운동이 없는 것으로 알았다. 학생들이 서명운동을 하지 않았다고 진술하고 있는데 어떻게 서명운동을 중단시킬

수 있는지 의문이다.

9) 슬립온 신발을 압수했다는 주장에 대하여

슬립온 신발은 실내화와 비슷해서 학생들이 실내·외를 마음대로 신고 다닐 수 있어 이를 방지하기 위하여 슬립온을 회수한 것이며, 회수한 5 ~ 6켤레의 슬립온 신발은 학생 지도 후에 돌려주었다.

10) 학생을 체벌했다는 주장에 대하여

○○중학교 교칙에 학생 교육을 위한 최소한의 체벌은 가능하도록 되어 있고, 전교생 1,300여명의 학생을 바르게 교육시키려면 교육적 목적의 체벌은 불가피하다고 본다. 2007. 5. 10. 있었던 집회와 관련하여 학생들을 체벌하게 된 것도 집회를 해산하는 과정에서 알게 된 집회 주도 학생(20명 정도)을 대상으로 교육적 목적으로 체벌하게 된 것이다. 당일 행한 체벌의 정도가 '○○중학교 학생체벌규정'을 다소 어긴 점은 있으나 이와 같은 집단행동이 학교 내에서 한 번도 발생하지 않았었고, 향후 다른 학생들에게 미칠 파급효과 등을 고려한다면, 당시의 체벌은 불가피한 조치였다고 본다. 그러나 당시 체벌이 과했던 것에 대하여 깊이 반성하고 있으며, 다시는 학교 규정을 위반하지 않도록 교무회의를 통해 교사들에게 당부하겠다.

3. 관련 규정

가. 「헌법」 제10조(인간의 존엄성), 제18조(통신의 자유), 제19조(양심의 자유), 제21조(집회·결사의 자유)

나. 「아동의 권리에 관한 협약」 제12조 제1항(표현의 자유), 제13조 제1항(아동의 표현의 자유), 제13조 제2항(아동의 표현의 자유 제한), 제15조 제1항(아동의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유), 제15조 제2항(아동의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유의 제한) 제16조 제1항(사생활 및 통신의 자유)

다. 「교육기본법」 제12조(학습자) 교육과정에서의 학생의 기본적 인권존중

라. 「초·중등교육법」 제18조의4(학생의 인권보장)

마. ○○중학교 학생체벌규정

4. 인정사실

진정인의 주장, 피해자들의 진술, 피진정인들의 진술(2008. 1. 14., 2008. 3. 5.) 등을 종합하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 학내 집회 강제해산 부분에 대하여

학생들의 집회는 2007. 5. 10. 13:00경 점심시간을 이용해 약 20분 간 지속되었다. 동 집회는 '아수나로' 활동가인 진정인과 ○○중학교 3학년 학생들에 의해서 개최되었으며, 집회에 참석한 학생은 약 150명 정도로 추정된다. 동 집회는 사전에 학교에 신고된 집회가 아니며, 학교 생활지도부 소속 교사인 피진정인 2 및 3에 의해 해산되었다.

나. 정규 수업시간에 집체 교육을 시킨 부분에 대하여

본 집체 교육은 3학년 학생 430여명을 대상으로 5교시에만 시행되었으며 교육 내용은 당일 있었던 집회에 관한 정신 교육이었고 학교장 훈시, 생활지도부장 훈시, 체벌 순으로 진행되었다.

다. 진술서 작성을 강요한 부분에 대하여

피해자 1은 학교 측에서 진술서 작성을 강요했다고 주장하고 있으나, 피진정인들은 집회 주동 학생들로부터는 경위서를 받았으나 피해자 1 및 2로부터는 경위서를 받지 않았다고 주장하고 있다. 또한 피진정인들이 집회 주동 학생들로부터 받은 경위서 내용이 경미하여 폐기하였다고 주장함에 따라 경위서 내용 및 경위서 작성자를 정확히 파악할 수 없다.

라. 학부모를 학교로 불러 각서를 요구한 부분에 대하여

학교 측 및 피해자 담임 교사 등은 피해자들의 부모들에게 전화를 하여 피해자들이 학내 집회와 관련되어 있음을 알려준 사실이 있다.

마. '아수나로'를 탈퇴하도록 압력을 행사한 부분에 대하여

생활지도부 소속 교사가 피해자 1의 친구를 시켜 「아수나로」 웹사이트에 로그인 하도록 한 것은 사실이나, 동 단체를 탈퇴하도록 강요한 사실은 확인되지

않는다.

바. 교내에서 휴대폰 소지를 금지한 부분에 대하여

2007. 4. 초에 학생들의 가정별로 휴대폰 소지 관련 설문조사를 실시한 결과 '공중전화기를 학교 내에 설치하고 교내 휴대폰 소지를 금지'하자는 의견이 다수여서 이에 따라 교내 휴대폰 소지 금지 정책을 실시하게 되었다. 또한 학생들에게 휴대폰 소지를 금지시킨 후 학교 내에는 콜렉트 콜 전화기 2대를 설치하여 운영하고 있다.

사. 조기 등교를 강요하여 자율학습을 시킨 부분에 대하여

조기 등교시간은 08:15이고 정규수업 시작 시간은 09:15이다. 조기 등교 후에는 자율적으로 학습하고 있고 모든 학생이 참여하도록 하고 있다.

아. 서명운동을 금지시킨 부분에 대하여

피해자 2의 진술에 따르면 피해자 2는 2007. 6. 4. 학생회의 동의를 받지는 않았지만 전교 부회장의 동의를 받고 서명운동을 실시하였다. 피진정인 3은 피해자 2와 학생회장에게 서명운동을 하였는지 물었을 때 피해자 2가 "서명운동을 하지 않았다."라고 말했기 때문에 서명 운동 자체를 중단시킬 수 없었다고 진술하고 있다.

자. 슬립은 신발을 압수한 부분에 대하여

학교 측에서 슬립은 신발을 실내화로 활용하였던 학생들의 슬립은 신발을 5 ~ 6켤레 회수한 사실이 있으나 학생들을 지도한 후에 신발을 돌려주었다.

차. 학생 체벌 부분에 대하여

2007. 5. 10. 학생 집회와 관련하여 5교시 집체 교육 시 학교 생활지도부장인 피진정인 2가 집회를 주동한 학생 20여 명의 발바닥을 각 10대씩 체벌한 것은 사실이나 피해자 1 및 2에 대한 체벌은 없었다. 동 체벌은 '○○중학교 학생체벌 규정'을 위반하는 것이며, 학교 측에서도 규정 위반 사실을 인정하고 있다.

5. 판 단

가. 학내 집회 강제해산 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면, 학교 측에서는 2007. 5. 10.에 있었던 학내 집회는 '아수나로' 활동가인 진정인이 선동하여 발생한 집회로 학교에 신고하지 않은 집회였기 때문에 불법 집회로 보고 학내 질서 유지 차원에서 해산할 수밖에 없다고 주장하고 있다. 그러나 동 집회시간이 점심시간이었고, 다른 학생 및 교사의 수업을 방해하지 않았으며, 집회가 평화적으로 전개된 점, 두발자유 및 학생에 대한 차별금지 등 학생의 권리와 관련이 있는 내용의 집회였던 점으로 보아 이 집회를 불법집회로 단정하기는 어렵다고 판단된다.

또한 「헌법」 및 「아동의 권리에 관한 협약」 등에 따르면 학생의 집회에 관하여 제한이 필요한 경우는 국가안보, 공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호 등이 필요한 경우로 제한하고 있으며, 그렇지 않은 경우에는 학생이라고 하더라도 충분히 집회의 자유를 보장하도록 하고 있다. 이러한 규정의 취지는 학생이 특수한 사회적 신분을 가졌다고 하더라도 위의 열거된 사유 외에는 학생들의 집회의 자유를 보장해야 함을 의미한다. 특히 학생의 권리 등과 관련이 있는 집회인 경우에는 폭넓은 의사표현 및 행동의 자유가 보장되어야 할 것이다.

따라서 동 집회가 타인의 권리를 침해하였거나, 집회 시 학교 시설물을 훼손하는 등의 사정이 없으므로 동 집회가 제3자에 의해서 촉발되었고, 학생 신분으로서 집단으로 행동하였다는 이유만으로 불법 집회로 규정하고 해산한 학교 측의 행위는 「헌법」 제21조에서 보장하고 있는 집회의 자유를 침해한 조치라고 볼 수 있다. 따라서 학교 측은 학생들의 집회의 자유를 보장하고, 학생들의 요구와 의견이 잘 수렴되고 반영될 수 있는 절차와 기준을 마련하는 것이 바람직하다고 판단된다.

나. 정규 수업시간에 집체 교육을 시킨 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면, 2008. 5. 10. 5교시 수업시간을 변경하여 집체교육을 실시하고 당일 발생한 학내 집회에 대한 교장, 생활지도부장 등의 훈계시간이 있었다. 학교 측에서는 이 훈계시간은 매월 있는 기초질서, 예절 등에 관한 집체교육의 일환으로 실시한 것이지 정규수업시간을 일방적으로 변경한 것은 아니라

고 주장하고 있다. 그러나 당일 집체 교육시간에 피진정인 1 및 2의 혼시와 더불어 체벌이 있었던 점으로 보아 통상 있었던 집체 교육으로 보기는 어렵다고 판단된다. 혼계시간을 마련하기 위해서는 정규 수업 시간 외에 별도의 시간을 마련하거나, 사전에 학생의 동의 등의 절차를 거치는 것이 바른 의사결정이라고 판단된다. 따라서 위와 같이 통상의 수업시간을 학교의 편의에 의하여 일방적으로 변경하는 것은 학생들의 학습권을 침해한 것이나 「헌법」 제31조에 근거한 학습권은 「국가인권위원회법」 제30조가 규정한 조사대상에 해당하지 않으므로 이를 각하한다. 한편 집체교육시간에 학생의 정당한 집회를 불법으로 규정하고 혼계함으로써 향후 학생의 행동의 자유를 제한한 것은 「헌법」 제10조에서 보장하고 있는 자기의사결정권 및 제21조의 집회의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

다. 진술서 작성을 강요한 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면, 집회에 참여한 일부 학생으로부터 경위서를 받은 사실이 인정된다. 경위서 내용은 학교 측에서 경위서를 폐기하였다고 하여 그 내용을 정확하게 파악할 수는 없으나 집회와 관련된 사항으로 추측할 수 있고 그러한 내용의 경위서를 받은 사실만으로도 학생의 행동을 위축시킬 수 있다고 본다. 따라서 교사가 사실 파악을 위하여 경위서를 요구하는 행위는 사건을 파악하기 위한 쉬운 방법일 수는 있으나 교육적 측면에서 볼 때 결코 바람직한 방법이라고 할 수는 없다.

이와 같이 학교 측에서 학생들로부터 경위서를 받는 것은 학생들로 하여금 잠정적으로 자기의 행위가 잘못됐음을 시인하도록 강요한 것이며, 이러한 분위기 속에서 작성된 경위서는 단순 사실을 기술하기 보다는 작성자의 행위에 대한 반성 등을 포함했을 것으로 판단된다. 따라서 경미한 경위서 작성의 요구라고 하더라도 교사의 권위 등에 의해 학생은 일정한 행동을 제한받을 수 있으므로 경위서 작성을 강요한 것은 「헌법」 제19조에서 보장하고 있는 양심의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

라. 학부모를 학교로 불러 각서를 요구했다는 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면 학교 측에서 피해자들의 부모에게 전화하여 피해자들이 학교 집회와 관련이 있다는 것을 알려준 것은 사실이나 이 때 학부모들에게

향후 이러한 일이 재발하지 않도록 하라는 각서를 요구하거나, 피해자들의 행동을 제한해 줄 것을 요청한 사실은 확인할 수 없다. 그러므로 단순히 교사가 학부모에게 학생 지도 목적 차원에서 전화를 한 행동이 학생의 행동을 제한하였다고 인정하기는 어렵다. 다만 학부모에게 집회와 관련하여 각서 작성 강요나 학생들의 행동을 제한해 줄 것을 요청했다면 인권침해에 해당할 수 있으나 이 사실을 입증할 만한 객관적인 증거가 없어 이를 기각하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

마. '아수나로'를 탈퇴하도록 압력을 행사한 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면, 생활지도부 소속 교사가 피해자 1의 사회활동을 파악하기 위해 피해자 1의 친구에게 피해자 1이 가입한 웹사이트에 접속하도록 한 사실이 있다. 그러나 피해자 1에게 '아수나로'를 탈퇴하도록 강요했다고 할 만한 객관적인 증거가 없으므로 기각하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

바. 교내에서 휴대폰 소지를 금지한 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면, 학교 측은 학교 내에 휴대폰 소지 금지는 학교에서 학생들이 수업 중 문자 메시지를 주고받는 등 사실상 학교 수업에 지장을 초래하고 있어서 학부모 및 학생들의 설문조사 결과를 바탕으로 실시하게 된 것이며, 그 설문조사 과정에서 학생의 의견을 충분히 반영하여 실시하였다고 주장하고 있다. 그러나 학교에서 설문조사 시 설문지에 "각 가정에서 학생과 잘 의논하여 찬성하시는 쪽에 표시하여 주시기 바랍니다."라는 문구를 삽입하였는데 우리나라 가족의 의사소통 및 결정 구조 등을 감안해 볼 때 위 문구에 따라 학부모와 학생이 휴대폰 학내 소지 금지 여부에 대하여 학생과 학부모가 대등한 입장에서 잘 논의했을 것을 기대하기는 어렵다. 따라서 학교 측의 위와 같은 설문조사에 학생들의 의견이 충분히 반영된 것이라고는 볼 수 없다. 또한 요즘 학생들에게 휴대폰은 생활의 필수품이며, 휴대폰 사용에 따른 역기능뿐만 아니라 순기능도 상당하므로 수업에 방해가 된다는 이유로 휴대폰 소지 자체를 금지시키는 것은 「헌법」 제10조에서 보장하고 있는 자의의사결정권 및 행복추구권을 침해하는 과도한 규제라고 판단된다. 따라서 휴대폰 소지 자체를 금지시키기 보다는 수업 중 휴대폰 사용을 금지시키는 등의 방향으로 휴대폰 관련 정책을 재검토하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

사. 조기 등교를 강요하여 자율학습을 시킨 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면, 학교의 수업시작 시간이 09:15인데 학생들을 1시간 일찍 등교하도록 하여 자율학습을 시킨 사실이 있다. 학교 측에서는 이 정책과 관련하여 학생들의 학습 능력을 제고하고, 모범적 학습 태도를 고양하기 위한 학교장의 고유 권한 범위 내의 조치였다고 주장하고 있다. 그러나 아무리 훌륭한 정책이라고 하더라도 이해 당사자의 동의가 전제되지 않는다면 재고할 필요가 있다고 본다. 따라서 모든 학생들을 1시간 일찍 등교시켜 자율학습을 시키는 학교의 정책은 학생들에게 참여의 자율성을 충분히 부여한 것으로 볼 수는 없다.

유엔 아동권리위원회에서도 한국 정부에 학생 간의 경쟁을 우려하여 경쟁을 완화할 것을 권고하고 있는 점은 시사하는 바가 크다. 모든 학생이 일률적으로 조기 등교하여 학습하도록 하는 것은 과도한 경쟁을 불러일으킬 수 있으며, 또한 특별한 이유 없이 법령에 규정된 정규 수업 외에 학교생활을 강요하는 것은 「헌법」 제10조에서 보장하고 있는 자의사결정권을 제한할 수도 있다고 판단된다. 따라서 학교 측에서는 학생들의 자의사결정권을 존중하는 방향으로 조기등교와 관련된 정책을 재검토하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

아. 서명운동을 금지시킨 부분에 대하여

위 인정사실에 의하면, 2008. 6. 4. 피해자 2가 서명운동을 한 것은 사실일지라도 피진정인 3이 피해자 2에게 서명운동을 했는지 물었을 때 피해자 2가 서명운동은 하지 않았다고 부인하였고, 피진정인 3은 피해자의 진술을 믿었다고 주장하고 있다. 따라서 피진정인 3이 서명운동을 제지하였다는 정확한 증거를 찾을 수 없는 상황이므로 피해자 2에게 서명운동을 했느냐고 물어본 것만으로 인권침해에 이르렀다고 보기는 어려우므로 이를 기각하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

자. 슬립온 신발을 압수한 부분에 대하여

위의 인정사실에 의하면, 학교 측은 슬립온 신발을 실내화 및 실외화 겸용으로 신고 다니고, 학교 건물을 더럽혀서 이를 방지하는 차원에서 슬립온 신발을 압수하였으나 나중에 돌려주었다고 진술하고 있다. 교사 또는 학교 측에서 학생

지도 목적상 범위 내의 조치라고 하더라도 학생들에게 부착되어 있거나 학생들이 소지한 물건을 임의로 압류하는 것은 제한적으로 허용되어야 한다고 본다. 그러나 본 진정의 경우는 학생들의 방만한 행동을 지도하려는 목적에서 취해진 조치이며, 그 사안이 경미한 사항이고, 더욱이 압류한 신발을 이미 원래 소유자 학생들에게 돌려주었으므로 그 피해가 회복되었다고 볼 수 있다. 따라서 동 진정 내용은 이미 피해 회복이 이루어진 경우로 보아 기각하는 것이 적절하다고 판단된다.

차. 학생 체벌 부분에 대하여

2007. 5. 10. 학생 집회와 관련한 사후 조치로 피진정인 2가 학교 강당에서 집체 교육 시 집회 주동 학생 20여 명의 발바닥을 각 10대씩 체벌한 것에 대하여 피진정인들은 전교생을 제대로 교육시키기 위해서는 때로는 체벌도 불가피하며, 동 건의 경우도 학생들이 학내 질서를 훼손한 경우이므로 최소한의 체벌은 불가피했다고 주장하고 있다. 그러나 그 체벌 양태가 학교 측에서 마련하고 있던 '학생체벌 규정(현재 폐지되었음)의 제반 규정, 즉 체벌 원칙, 절차, 단계 등도 준수하지 않는 등 학생 지도 목적 상 필요 최소한의 범위를 벗어난 가혹한 체벌로 「헌법」 제12조에서 보장하고 있는 신체의 자유를 침해한 행위이다. 따라서 동 체벌을 직접 행한 피진정인 2뿐만 아니라 동 체벌을 방조한 피진정인 1 및 3에 대하여도 엄중하게 책임을 물을 필요가 있다고 판단된다.

6. 결 론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호, 동법 제39조 제1항 제1호 및 제2호, 제3호, 동법 제44조 제1항 제1호 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2008. 9. 25.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유남영 위원 윤기원 위원 정재근

㉑ 2008. 9. 25.자 07진인4677 결정 [부당한 학교폭력 조사]

폭행가해자를 찾기 위해 사진 제공을 부탁받은 즉시 촬영을 해야 할만한 긴박한 사정이 없었음에도 불구하고 피해자의 권리침해를 최소화하기 위한 어떤 조치도 취하지 않고 개별동의 없이 즉시 학생을 임의로 촬영한 것은 헌법 제10조 초상권(촬영거부권)을 침해한 것으로 판단한 사례

【진 정 인】 김○○

【피 해 자】 김○○

【피진정인】 1. 박○○
2. 이○○
3. 한○○

【주 문】

1. ○○초등학교장에게 향후 진정요지 다항과 유사한 사례가 재발되지 않도록 필요한 조치를 취할 것을 권고한다.
2. 진정요지 라항에 대해서는 이를 각하 및 기각하고 그 외 진정요지에 대해서는 이를 기각한다.

【이 유】

1. 진정의 요지

피진정인들은 피해자를 2007. 5. 7. ○○초등학교 2학년 학생인 김○을 폭행한 가해자로 지목하고 조사하는 과정에서 다음과 같이 피해자의 인권을 침해하였다.

가. ○○초등학교장인 피진정인 1은 피해자가 폭력 가해자임이 확실하지 않음에도 불구하고 피해자를 상대로 학교폭력대책자치위원회(이하 “폭력대책위”라고 한다.)를 개최하고 학부모인 진정인을 동 위원회에 참석시키지 않은 것은 인권

을 침해한 것이다. 피해자의 하교시간, 친구의 증언, 아파트 엘리베이터 CCTV 사진 등을 종합하여 보면 피해자가 김○을 폭행하지 않은 것이 명백함에도 피진정인들은 김○과 목격자들의 주장만으로 피해자를 폭력 가해자로 취급하였으며, 이로 인해 피해자는 심리치료 상담을 받았다.

나. 김○의 담임교사인 피진정인 2는 학교폭력을 담당하는 교사가 아니면서 2007. 5. 11. 피해자와 상담하였고, 그 과정에서 “네가 떳떳하지 못하니까 똑바로 못 쳐다보는 것이 아니냐?”며 피해자를 폭력 가해자로 취급하였다.

다. 피해자의 담임교사인 피진정인 3은 2007. 5. 11. 피해자를 포함한 담당 학급(6학년 3반) 남학생들의 사진을 무단으로 찍어 김○ 및 목격자 등에게 제공하여 수치심을 유발하고 초상권을 침해하였다.

라. 피진정인 3은 2007. 6. 11. 수업시간(영어, 음악)에 피해자를 따로 불러 김○ 폭행사실 여부에 대하여 피해자를 추궁하면서 “내 눈을 똑바로 쳐다보면서 이야기해라. 나는 징계를 받지 않는다.”라고 하는 등 피해자의 인격권과 학습권을 침해하였다.

2. 당사자 및 참고인 주장 요지

가. 진정인의 주장요지

위 진정요지와 같다.

나. 피해자(진정인의 아들, 2007년 당시 ○○초등학교 6학년 3반 재학생)의 주장요지

1) 피진정인 2는 2007. 5.경 피진정인 3과 김○을 참여시킨 자리에서 피해자에게 “네가 고개를 못 드는구나.”라며 피해자를 ‘때린 사람’으로 취급하였다.

2) 피진정인 3은 2007. 5.경 6학년 3반 학생들이 “왜 우리 사진을 찍느냐? 그 아이(김○)를 (우리 반으로) 데리고 와서 (때린 학생을) 찾아라.”라고 말하였음에도 6학년 3반 남학생 모두의 사진을 찍었다.

3) 피진정인 3은 2007. 6.경 2교시 영어 수업시간에 피해자를 불러 수행여행비 도난 사건에 대해 상담한 후 피해자가 김○을 때렸는지 여부를 계속해서 물었으

며, 4교시 음악 수업시간에 피해자를 다시 불러 피해자의 폭행여부를 물었다.

다. 피진정인의 주장요지

1) 피진정인 1(○○초등학교장)

피해자를 가해자로 확정해서 폭력대책위를 개최한 것은 아니다. 다만 김○과 2명의 학생이 피해자를 폭력 가해자로 지목하였고, 진정인과 피해자가 폭행 사실을 부인하고 있어 이에 대한 조정과 협의가 필요할 것으로 보여 폭력대책위를 개최하였다.

진정인과 그의 처는 김○과 폭행을 목격한 2명의 학생 중 1명이 판단력이 부족한 특수아이므로 이들의 진술을 인정할 수 없다고 주장하며 피해자의 폭행 사실을 부인하였다.

2) 피진정인 2(○○초등학교 교사)

초등학교는 특성상 학급담임이 아동을 하루 종일 돌보고 있으므로 학생 폭력사건이 발생할 경우 제일 먼저 학급담임이 이 사실을 알게 된다. 따라서 문제의 해결과 생활지도를 위해서 김○의 폭행 피해 확인에 직접 관여하게 되었다. 또한 김○의 얼굴이 피명으로 뒤덮여져 있어 매우 심각한 폭력이 있었던 것으로 보였고, 피해 학생이 병약한 저학년생이라 적극적으로 알아본 것이다.

2007. 5.경 피해자를 면담하는 자리에서 “우리 교실에 들어오면서부터 계속 왜 택이를 쳐다보지 못하고 다른 곳만 보고 있는 지 그 이유를 말해 봐라.”라고 피해자에게 부드럽게 말했으며, 진정인이 주장하는 것과 같이 “네가 떳떳하지 못하니까 고개를 들지 못하는 것 아니냐?”라고 말한 사실이 없다.

3) 피진정인 3(○○초등학교 교사)

가) 진정요지 다항 관련

피진정인 2로부터 김○을 때린 학생이 6학년 3반에 있으나 김○이 직접 (다수의 학생들을) 대면하는 것을 두려워하고 있다고 하며, 6학년 3반 남학생들의 사진을 제공해 줄 것을 요청받았다. 이에 학급 아동들에게 자세한 사정을 설명한 뒤 사진 촬영을 해도 좋을 지를 묻자, 학생들은 6학년 3반이 언급된 사실에 불쾌해 하면서도 오해를 풀기 위해서라도 사진을 찍겠다고 동의하여 한 명씩 남

학생들의 사진을 찍었다. 이후 학생들 사진이 담긴 디지털카메라를 도움반 교실로 가지고 가서 피진정인 2와 폭행사실을 목격한 아동들에게 개별적으로 사진을 보여줬다. 당시 도움반 교실에는 피진정인 2, 도움반 교사, 폭행 목격자들만 있었으므로 학생들의 사진이 공개적으로 유포될 상황은 아니었다. 담당학급 학생들의 학교생활 모습을 수시로 촬영하고 있고, USB에 학기 초에 찍은 6학년 3반 학생들의 사진화일이 있었으나 그날은 가지고 있지 않아서 다시 사진을 찍은 것이다.

나) 진정요지 라항 관련

2007. 6. 8. 6학년 3반에서 발생한 수학여행비 절도사건과 관련하여 2007. 6. 11. 피해자와 절도행위를 한 학생을 면담했다. 위 절도사건이 있었음을 안 2007. 6. 8.에는 절도행위를 한 학생이 이미 귀가한 뒤였고 집으로 연락을 하였으나 행방을 알 수 없어 당일에는 조사를 하지 못했다. 그 후 수업일인 6. 11. 오후에는 피해자와 관련한 폭력대책위의 개최가 예정되어 있었기 때문에 교과전담시간을 활용해 피해자와 면담한 것이다. 면담시간은 피해자와 진정 외 절도사건 연루학생을 따로 면담하였고 각 1시간 정도씩 상담했다. 피해자와 면담 중, 피해자에게 “눈을 똑바로 쳐다보면서 이야기하라.”라고 말한 것은 피해자가 자꾸 고개를 숙이거나 돌려서 이야기를 제대로 나눌 수 없었기 때문이며 이러한 표현은 수업 중에도 자주 사용한다. 진정인의 주장처럼 피해자에게 “나는 징계를 받지 않는다.”라고 말한 사실은 없다.

라. 참고인의 주장요지

1) 참고인 정○○(○○초등학교 특수교사, 전 ○○초등학교 근무)

피해자를 폭력 가해자로 지목한 김○과 오○○는 학습능력이 떨어지고 시간 개념이 희박하나, 사람을 인지하는 데는 문제가 없다. 이들은 참고인이 있는 자리에서 피해자의 사진을 보고 김○의 폭력 가해자로 지목하였다.

2) 참고인 김○○(2007년 당시 ○○초등학교 6학년 3반 재학생)

피진정인 3은 2007. 5.경 2학년 동생을 때린 사람을 찾기 위해 필요하다며 반 남학생들의 사진을 찍었다. 범인을 찾겠다고 사진을 찍는 것이었으므로 참고인은 아무런 불만 없이 사진을 찍었고 다른 아이들도 불만을 표시하거나 이를

거부하지 않았다.

3) 참고인 이○○(2007년 당시 ○○초등학교 6학년 3반 재학생)

피진정인 3은 2007. 5.경 2학년 동생을 때린 사람을 찾는다며 반 아이들에게 눈을 감으라고 하고 때린 사람이 있으면 손을 들라고 하셨으나 아무도 손을 들지 않았다. 피진정인 3은 폭력 가해자를 찾기 위해 6학년 3반 남학생들의 사진을 찍었으나 참고인은 결백했으므로 사진을 찍는 것에 대해 기분이 나쁘지 않았고, 다른 학생들도 싫다는 말을 하지 않고 그냥 사진을 찍었다.

3. 관련 법령

별지 기재 목록과 같다.

4. 인정사실

진정서 및 제출자료(피해자의 진술서, 국민고충처리위원회 등에 제기한 민원서류 사본, 피진정인 2와 3에 대한 공개질의 및 답변서, 상담확인서, CCTV 사진, 행정심판 관련 피청구인의 답변서 등), 피진정인 진술서 및 제출자료(폭력대책위 개최 결과, 절도사건 개요, 김○ 관련 사건 개요, 특수교사의 목격자들에 대한 견해, 김○ 관련 상담기록부, 폭력대책위 재심의 거부 처분 관련 행정심판 재결서, 폭력대책위 회의록 등), 참고인 및 피해자에 대한 조사보고서 등에 의하면 다음 사항이 사실로 인정된다.

가. ○○초등학교 2학년에 재학 중이던 김○은 2007. 5. 7. 머리가 찢어지고 얼굴에 멍이 드는 부상을 입고 3일 간 결석했다. 동 부상자와 같은 반에 재학 중인 박○○은 김○이 맞는 것을 목격하고 같은 달 8. 및 10.경 3학년 4반 오○○도 같이 이 장면을 목격했다고 말했다. 오○○는 김○을 때린 학생이 6학년 3반 학생이라고 말했다.

나. 2007. 5. 11. 피진정인 2는 6학년 3반 담임인 피진정인 3에게 김○을 폭행한 학생을 찾고자 한다며 6학년 3반 남학생들의 사진을 요구했다. 피진정인 3은 소속 반 학생들에게 사진을 찍는 이유를 설명한 후 디지털카메라를 이용해 남학생들을 한 명씩 촬영하였다. 이어 피진정인 3은 동 카메라에 저장된 사진을 피진정인 2와 도움반 교사, 폭력장면을 목격한 박○○·오○○, 부상 학생 김○

에게 보여주었다. 동 사진을 본 목격 학생과 부상 학생은 김○을 폭행한 가해자로 피해자를 지목했다.

다. 피진정인 3은 2007. 6. 11. 오전 영어시간 및 음악시간을 이용해 피해자와 면담했다.

라. 피진정인 1은 2007. 6. 11. 폭력대책위를 개최했다. 동 대책위에서는 ① 김○의 피해 정도, ② 피해자가 김○을 폭행했다는 목격과 진술이 있었던 사실, ③ 아파트 엘리베이터 CCTV에 찍힌 김○과 피해자의 모습 및 하교 시간 등을 근거로 피해자가 김○을 폭행하지 않았다고 진정인이 주장한 사실, ④ 피진정인 1 등이 김○의 부모와 진정인 간에 화해를 권유한 결과 부상자의 부모는 화해에 긍정적인 반응을 보였으나 진정인은 피해자의 누명을 끝까지 벗기겠다고 주장한 사실 등이 보고되었다.

마. 2007. 6. 11. 개최된 폭력대책위에서 김○의 부모는 자신의 자녀가 피해자로부터 맞은 것이 이번이 세 번째이나 더 이상 문제를 삼고 싶지 않다고 하였고, 진정인은 피해자가 김○을 때리지 않았다고 주장하며 학교 측에서 아이들 사이에서 일어난 일에 지나치게 개입하여 피해자가 억울하게 가해자로 누명을 썼다고 주장했다. 진정인이 피해자의 억울함에 대해 시시비비를 가려줄 것을 폭력대책위에 요구하자 동 대책위 위원들은 폭력대책위가 시시비비를 가리는 자리가 아니라고 하며 그럼 경찰에서 폭력 사건을 다룰 수 있게 할 수 있느냐고 말하자 진정인은 그렇게 할 생각은 없다고 하였다. 또한 동 폭력대책위에서는 김○의 부모와 진정인이 화해하기를 수차례 권고하였으나 진정인은 피해자의 결백을 주장하며 화해에 응할 수 없다고 하였다.

5. 판 단

가. 진정요지 가항 관련

‘학교폭력’이라 함은 학교 내·외에서 학생 간에 발생한 폭행·협박·따돌림 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위(「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제2조 제1호: 법률 제7849호, 2008. 2. 29. 개정되기 전의 것. 이하 같음)임을 뜻한다. 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제10조에 의해 설치되는 ‘학교폭력대책자치위원회’는 학교폭력 예방 및 대책 프로그램 마련,

피해학생의 보호, 가해학생에 대한 선도 및 징계, 폭력 당사자 간의 분쟁조정 등을 심의하는 기구이다. 따라서 학교폭력의 당사자(피해자 또는 가해자)로 언급되는 것은 그 자체가 개인의 명예와 관련된 사안에 해당하고 폭력대책위가 특정인을 아무런 근거 없이 학교폭력 당사자의 지위로 심의하는 경우에는 인격권을 훼손하는 것으로 볼 수 있다.

이 진정사건에서, 피진정인 1 등 학교 측 관계자들은 김○과 목격자들을 지속적으로 지도하고 교육하는 교원으로서 이들의 학습능력이나 인지력 등을 잘 파악할 수 있는 지위에 있었으므로 피해자의 폭행사실에 대한 이들 진술의 진위에 대해 어느 정도 파악할 수 있는 상황이었다. 그럼에도 불구하고 위 인정사실에서와 같이 피해자가 자신의 폭행사실을 부인하고 당사자의 부모 간에도 상반된 주장을 하고 있어 학교폭력과 관련한 분쟁이 있었음을 알 수 있다. 따라서 피진정인 1이 김○의 부상과 관련해 피해자를 분쟁의 당사자로 하여 폭력대책위를 개최한 것이 ‘아무런 근거 없는’ 행위라고 보기는 어렵다. 또한 위 인정사실에서와 같이 폭력대책위가 피해자를 가해자로 밝히기 위한 논의를 하거나 가해자로 판단하지 않았다는 사실로 볼 때, 비록 피해자가 폭력 가해자로 확인되지 않았다고 할지라도 피진정인 1이 폭력대책위를 개최한 것이 피해자의 인격권을 침해한 것으로 보기 어렵다.

한편, 진정인은 피진정인 1이 개최한 폭력대책위에 피해자의 보호자인 자신을 참여시키지 않았다고 주장하나 동 폭력대책위 회의록 등에 의하면 진정인이 폭력대책위에 참석하여 피해자의 억울함을 해명하고 자신의 생각을 주장하였음이 명백하다. 또한 진정인은 폭력대책위에 자신이 시종일관 참석하여야 한다고 주장하나 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제15조 제2항에 의하면 가해학생에 대한 조치를 하기 전에 가해학생 및 보호자에게 의견진술의 기회를 부여하도록 규정하고 있을 뿐이어서 진정인을 동 폭력대책위의 회의 전체에 참여시키지 않은 것이 그의 권리를 침해한 것이라고 볼 수 없다.

나. 진정요지 나항 관련

「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제12조 제3항에 의하면 “학교장은 교사 중에서 학교폭력 문제를 담당하는 책임교사를 선임하여야 한다.”라고 규정하고 있으나, 동 규정이 책임교사 이외의 담임교사 등에게 폭력과 관련한 생활상담, 지도 등 일체의 교육적 행위를 제한하는 것으로 보이지는 않는다. 피진정인 2는

부상을 입은 김○의 담임교사로서 심하게 부상을 당한 제자에 대한 피해사실을 밝히기 위해 부상자와 가해자로 지목된 피해자를 면담한 사실이 있으나, 면담이 1회에 그쳤고 피해자의 담임교사와 함께 상담한 점을 볼 때, 피진정인 2가 피해자를 상담한 행위 자체가 인권침해에 해당하다고 보기는 어렵다.

진정인은 피진정인 2가 피해자를 면담하는 과정에서 '폭력 가해자로 취급'하는 발언을 하였다고 주장하나, 대화 당사자 간에 구체적인 발언내용에 대한 주장이 다르고 구체적인 표현을 객관적으로 확인할 수 없는 경우에 해당한다. 또한 피진정인 2는 김○ 및 목격자들에 의해 피해자가 폭력 가해자라는 진술을 들은 직후 피해자와 면담한 것이므로 내심 피해자를 가해자로 의심하고 있었을 것으로 보이나 이로 인해 피해자의 인권이 침해되었다고 보기는 어렵다.

다. 진정요지 다항 관련

위 인정사실에 의하면, 피진정인 3은 학교폭력에 대한 진실을 밝혀 학교폭력 예방에 필요한 대책 수립과 관련 당사자에게 적정할 조치를 취하기 위한 공익적 목적으로 피해자의 개별적 동의 없이 피해자 등의 얼굴을 촬영하였다(피진정인 3은 학생들의 동의를 구했다고 주장하나, 피해자 및 참고인들의 진술에 따르면 학생 각자의 동의를 받지는 않은 것으로 보인다). 그러나 피진정인 3이 가해자 확인이라는 공익적인 목적을 가지고 있다고 하더라도 자신이 지도하고 있는 학생들 모두의 사진을 찍는 행위는 교육기관인 학교에서는 최후의 수단이거나 긴급한 수단이어야 한다. 그런데 피진정인 3 등은 폭행 가해자를 찾는데 있어, 목격자의 자세한 진술을 통해 용모나 복장 등의 정보를 이용해 가해자를 찾아내거나 개별적 상담을 실시해 볼 수 있었고, 이미 학기 초에 확보된 소속 학생들의 사진이 있어 이를 통해 가해자를 찾아내는 방법을 우선적으로 시행한 후에도 가해자를 찾아내지 못하는 경우에는 사진촬영을 모색해 볼 수 있었을 것이다. 그러나 피진정인 3은 사진 제공을 부탁받은 즉시 촬영을 해야 할만한 긴박한 사정이 없었음에도 불구하고 피해자의 권리침해를 최소화하기 위한 어떤 조치도 취하지 않고 즉시 피해자를 촬영하였다. 따라서, 피진정인 3이 개별적 동의 없이 피해자를 임의로 촬영한 것은 초상권(촬영거부권)을 침해한 것으로 판단된다.

이러한 침해행위에 대하여 취할 구제조치에 관하여 보건대, 피진정인 3 등 관련 행위자들의 조치는 김○의 부상을 학교폭력과 관련한 사안으로 인식하고 이에 대처하기 위한 조치였다는 점, 나름대로 사진을 촬영하는 것이 최선의 방법

이라고 생각할 수 있었다는 점, 촬영된 사진이 극히 사생활에 관한 것이라고 보기 어려운 점, 학교 내에서 유사한 사례에 대해 대처할 수 있는 공통된 프로그램의 개발이 저조한 점, 사진이 유포되지 않은 점 등이 인정되므로, 소속 학교장에게 향후 유사한 인권침해 사례가 발생하지 않도록 필요한 조치를 취하도록 하는 것이 적절하다고 판단된다.

라. 진정요지 라항 관련

진정인은 피진정인 3이 피해자와 상담하는 과정에서 피해자의 인격권 등을 침해하였다고 주장하나 구체적으로 어떤 표현, 어떤 대화가 이루어졌는지에 대해서는 당사자 간 주장이 일치하지 않고 달리 사실이라고 입증할 만한 객관적인 증거가 없는 경우에 해당한다.

또한 진정인은 피진정인 3이 수업시간을 이용해 피해자와 상담함으로써 피해자가 수업에 참여하지 못해 학습권을 침해당했다는 주장하고 있으나, 피진정인 3은 피해자의 담임교사로서 피해자의 학교생활과 관련된 내용으로 상담한 것으로 보이므로 그 상담자체가 교육과 전혀 무관하다고 보기 어려우며, 「헌법」 제31조에 근거한 학습권은 「국가인권위원회법」 제30조가 규정한 조사대상에 해당하지 않는다.

6. 결 론

이상과 같은 이유로 진정요지 다항에 대해서는 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 및 제42조 제4항 제3호에 따라 권고하기로 하고, 진정요지 라항 중 학습권 관련 부분은 동법 제32조 제1항 제1호에 따라 각하하기로 하고, 그 외 진정요지에 대해서는 제39조 제1항 제1호 및 제2호에 따라 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2008. 9. 25.

위원장 유남영 위원 윤기원 위원 정재근

별지

관련법령

1. 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」(법률 제7849호, 2008. 2. 29. 개정되기 전의 것)

제10조 (학교폭력대책자치위원회의 설치·기능) ①학교폭력의 예방 및 대책에 관련된 사항을 심의하기 위하여 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 "자치위원회"라 한다)를 둔다.

②자치위원회는 학교폭력의 예방 및 대책 등을 위하여 다음 각호의 사항을 심의한다.

1. 학교폭력의 예방 및 대책을 위한 학교의 체제 구축
2. 학교폭력 예방 프로그램의 구성 및 실시
3. 피해학생의 보호
4. 가해학생에 대한 선도 및 징계
5. 피해학생과 가해학생간의 분쟁조정
6. 그 밖에 대통령령이 정하는 사항

③자치위원회의 설치·운영 등에 관하여 필요한 사항은 지역 및 학교의 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

제11조 (자치위원회의 구성·소집) ①자치위원회는 위원장 1인을 포함하여 5인 이상 10인 이하의 위원으로 구성한다.

②위원장은 당해 학교의 장이 되고, 위원장이 사고로 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원장이 지정하는 위원이 위원장의 직무를 대행한다.

③위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 당해 학교의 장이 위촉한다.

1. 학생생활지도의 경력이 있는 자로서 10년 이상의 경력을 가진 교사
2. 초·중등교육법 제31조의 규정에 의한 학교운영위원회의 학부모대표
3. 판사·검사 또는 변호사의 자격을 가진 자
4. 해당 학교의 구역을 관할하는 경찰서소속 국가경찰공무원
5. 해당 학교의 구역을 관할하는 제주특별자치도 소속 자치경찰공무원
6. 청소년보호에 지식과 경험을 가진 자

④학교의 장은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 자치위원회를 소집하여야 한다.

1. 학교의 장이 학교폭력관련 사실에 관하여 자치위원회를 소집하여야 한다고 인정하는 경우
2. 자치위원회 제적위원 3분의 1 이상의 요청이 있는 경우

제12조(전문상담교사 및 책임교사의 배치) ①학교의 장은 학교에 대통령령이 정하는 바에 따라 상담실을 설치하고, 초·중등교육법 제19조의2의 규정에 따라 전문상담교사를 둔다.

②전문상담교사는 학교의 장 및 자치위원회의 요구가 있는 때에는 학교폭력에 관련된 피해학생 및 가해학생과의 상담결과를 보고하여야 한다.

③학교의 장은 교사 중에서 학교폭력문제를 담당하는 책임교사(이하 "책임교사"라 한다)를 선임하여야 한다.

제14조(피해학생의 보호) ①자치위원회는 피해학생의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피해학생에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 취할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다.

1. 심리상담 및 조언
2. 일시보호
3. 치료를 위한 요양
4. 학급교체
5. 전학권고
6. 그 밖에 피해학생의 보호를 위하여 필요한 조치

②제1항의 규정에 의한 요청이 있는 때에는 학교의 장은 피해학생의 보호자의 동의를 얻어 당해 조치를 취할 수 있다.

③제1항제2호 및 제3호의 규정에 의한 결석은 학교의 장이 인정하는 경우 이를 출석일수에 산입할 수 있다.

④학교의 장은 성적 등을 평가함에 있어서 제2항의 규정에 따른 조치로 인하여 학생에게 불이익을 주지 아니하도록 노력하여야 한다.

제15조(가해학생에 대한 조치) ①자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 가해학생에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 취할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다. 다만, 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 피해학생에 대한 서면사과
2. 피해학생에 대한 접촉 및 협박의 금지
3. 학급교체
4. 전학
5. 학교에서의 봉사
6. 사회봉사
7. 학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료
8. 출석정지
9. 퇴학처분

②자치위원회는 제1항의 규정에 의한 조치를 요청하기 전에 가해학생 및 보호자에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

③제1항의 규정에 의한 요청이 있는 때에는 학교의 장은 당해 조치를 취하여야 한다.

④학교의 장이 제3항의 규정에 따라 조치를 취한 때에는 가해학생과 그 보호자에게 이를 통지하여야 한다.

제16조(분쟁조정) ①자치위원회는 학교폭력과 관련하여 분쟁이 있는 경우에는 그 분쟁을 조정할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 분쟁의 조정기간은 1월을 넘지 못한다.

③학교폭력과 관련한 분쟁조정에는 다음 각호의 사항을 포함한다.

1. 피해학생과 가해학생간 또는 그 보호자간의 손해배상에 관련된 합의조정
2. 그 밖에 자치위원회가 필요하다고 인정하는 사항

④자치위원회는 분쟁조정을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계기관의 협조를 얻어 학교폭력과 관련한 사항을 조사할 수 있다.

⑤자치위원회가 분쟁조정을 하고자 할 때에는 이를 피해학생·가해학생 및 그 보호자에게 통보하여야 한다.

⑥시·도교육청 관할구역안의 소속학교가 다른 학생간에 분쟁이 있는 경우에는 교육감이 해당 학교의 자치위원회 위원장과의 협의를 거쳐 직접 분쟁을 조정한다. 이 경우 제2항 내지 제5항을 준용한다.

⑦관할구역을 달리하는 시·도교육청소속 학교의 학생간에 분쟁이 있는 경우에는 피해학생을 감독하는 교육감이 가해학생을 감독하는 교육감 및 관련 해당 학교의 자치위원회 위원장과의 협의를 거쳐 직접 분쟁을 조정한다. 이 경우 제2

항 내지 제5항을 준용한다.

제18조(학교폭력의 신고의무) ①학교폭력 현장을 보거나 그 사실을 알게 된 자는 학교 등 관계기관에 이를 즉시 신고하여야 한다.

②제1항의 규정에 의하여 신고를 받은 기관은 이를 가해학생 및 피해학생의 보호자 또는 소속학교의 장에게 통보하여야 한다.

③누구라도 학교폭력의 예비·음모 등을 알게 된 자는 이를 학교의 장 또는 자치위원회에 고발할 수 있다. 다만, 교원이 이를 알게 되었을 경우에는 학교의 장에게 보고하여야 한다.

2. 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령」(대통령령 제18497호, 2008. 9. 12. 개정되기 전의 것)

제9조(자치위원회의 심의사항) 법 제10조제2항제6호에서 “대통령령이 정하는 사항”이라 함은 학교폭력의 예방 및 대책과 관련하여 법 제12조제3항의 규정에 의한 학교폭력 문제를 담당하는 책임교사 또는 학생회의 대표가 건의하는 사항을 말한다.

제13조(분쟁조정 신청) 분쟁당사자는 법 제16조의 규정에 의하여 당해분쟁 사건에 대한 조정권한이 있는 자치위원회 또는 교육감에게 다음 각호의 사항이 기재된 문서로 분쟁조정을 신청할 수 있다.

1. 분쟁조정 신청인의 주소 및 성명
2. 보호자가 있는 경우에는 그 주소 및 성명
3. 신청의 사유

제14조(분쟁조정 신청의 게시) ①자치위원회 또는 교육감은 제13조의 규정에 의하여 분쟁조정 신청을 받은 때에는 그 신청을 받은 날부터 5일 이내에 분쟁조정을 게시하여야 한다.

②자치위원회 또는 교육감은 분쟁당사자에게 분쟁조정 신청의 일시 및 장소를 통보하여야 한다.

③제2항의 규정에 의한 통지를 받은 분쟁당사자가 불가피한 사유로 인하여 출석할 수 없는 경우에는 자치위원회 또는 교육감에게 분쟁조정 신청의 연기를 요청할 수 있다. 이 경우 자치위원회 또는 교육감은 분쟁조정 신청의 기일을 다시 정하여

야 한다.

제15조(분쟁조정 기거·중지 및 종료) ①자치위원회 또는 교육감은 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 분쟁조정의 개시를 거거하거나 분쟁조정을 중지할 수 있다.

1. 분쟁당사자의 일방이 분쟁조정을 거거한 경우
2. 분쟁당사자가 고소·고발을 하거나 민사상 소송을 제기한 경우
3. 분쟁조정의 신청내용이 허위임이 명백하거나 정당한 이유가 없다고 인정되는 경우

②자치위원회 또는 교육감은 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 발생하는 경우에는 분쟁조정을 종료하여야 한다.

1. 분쟁당사자간에 합의가 이루어지거나 자치위원회 또는 교육감이 제시한 조정안을 분쟁당사자가 수락하는 등 분쟁조정이 성립한 경우
2. 분쟁조정 개시일부터 1월을 경과하도록 분쟁조정이 성립하지 아니한 경우

③자치위원회 또는 교육감은 제1항의 규정에 의하여 분쟁조정을 거거 또는 중지하거나 제2항제2호의 규정에 의하여 분쟁조정이 종료된 경우에는 그 사유를 분쟁당사자에게 통보하여야 한다.

제16조(분쟁조정의 결과처리) ①자치위원회 또는 교육감은 분쟁조정이 성립된 때에는 다음 각호의 사항을 기재한 합의서를 작성하여 자치위원회의 경우에는 분쟁당사자에게, 교육감의 경우에는 피해·가해학생 소속학교 자치위원회 및 분쟁당사자에게 통보하여야 한다.

1. 분쟁당사자의 주소와 성명
2. 조정대상 분쟁의 내용
 - 가. 분쟁의 경위
 - 나. 조정의 쟁점(분쟁당사자의 의견을 기술한다)
3. 조정의 결과

②제1항의 규정에 의한 합의서에는 자치위원회가 조정한 경우에는 분쟁당사자와 조정에 참가한 위원이, 교육감이 조정한 경우에는 분쟁당사자와 교육감이 서명·날인하여야 한다.

③자치위원회의 위원장은 분쟁조정의 결과를 교육감에게 보고하여야 한다.

㉠ 2004. 8. 16.자 04진인1581 결정 [사증발급 불처분]

국내에서 사실혼 관계에 있었고, 자녀까지 출산한 한국계 중국인에 대한 사증 발급 불처분은 헌법 제10조에 보장된 행복추구권을 침해한 것이라고 한 사례

【결정요지】

대사관 영사부에서 결혼동거 목적, 단기사증발급 신청과 관련하여 한국인 배우자의 재정능력(직업, 재산현황 등) 교제경위 및 생활실태 파악을 법무부 출입국관리사무소에 의뢰하여 동 기관의 조사결과를 참고하여 사증발급을 불허한 것은 국제규약 및 헌법에서 규정하고 있는 가정에 대한 국가의 보호, 보장의무에 위배되는 조치일 뿐 아니라, 아동의 권리를 규정한 국제규약 및 아동복지법에 위배되는 조치로 진정한 및 피해자들에 대하여 헌법 제10조에 보장된 행복추구권을 침해하는 것이라 인정됨

【진 정 인】 김○○

【피 해 자】 안○○ 외 1인

【피진정인】 법무부장관 외 2인

【주 문】

주○○총영사에게 피해자가 대한민국에 입국할 수 있도록 입국사증을 발급해 줄 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인은 한국계중국인 피해자와 1999. 3.경부터 사실혼 관계에 있으면서 2000. 1.경 피해자 안○○을 출산하였고,

피해자 안○○은 한국계 중국적자로서 1994년 입국하여 불법체류를 하다 혼인

을 목적으로 자진신고한 후 출국명령을 받고 2003. 1.경 중국으로 출국하여, 2003. 5. 6. 중국에서 혼인신고를 하였고, 2003. 6. 11. 한국에서 혼인신고를 하였지만 2003. 8월경, 2004. 3월경 2차례에 걸쳐 비자발급을 신청하였으나 거부당한 바, 진정인은 가족이 모두 함께 살 수 있게 도와주길 원하며 피해자에게 비자발급을 불허하여 입국금지를 시킨 것은 부당하므로 이에 대한 구제조치를 바란다.

2. 당사자의 각 주장요지

가. 진정인의 주장

위 진정내용과 동일함.

나. 피진정인들의 주장

1) 피진정인 1.

가) 피해자 안○○은 1994. 12. 31. 선원으로 입국하였으나, 무단하선하여 불법체류 하다가 2002. 5. 1. ○○출입국관리사무소에 불법체류자 자진신고, 2003. 1. 21.까지 출국준비기간을 부여받은 뒤 2003. 1. 3. 출국함에 따른 입국유예조치를 받았기 때문에 입국금지 등 입국규제 조치된 바 없으며,

나) ○○출입국관리사무소 작성의 동향조사활동보고서에서는 진정인은 최초 한국인과 결혼시 가출과 별거를 자주 하였는바 정상적인 결혼생활을 하지 않았으며, 불법체류중인 피해자를 만나 한국인 남편과 법적으로 이혼도 하지 않은 상태로 동거생활을 하고 자녀를 출산하는 등 사회통념에 반하는 이중적인 생활을 한 것으로 전 남편과의 결혼이 정상적인지 의문이 있으며,

다) 진정인의 부 또한 진정인의 결혼식 참석으로 입국하여 현재 불법체류중이나 진정인은 동 사실을 숨기고 나중에 진술을 번복하는 등 진술에 일관성이 없는 점,

라) 향후 진정인과 피해자 가족의 지속적인 초청이 예상되므로 진정인의 부를 출국시킨 후 피해자 사이에 자 해림이 있는 점과 진정인의 경제력이 미약한 점을 고려하여 사증발급허가 여부를 결정함이 좋겠다는 조치의견을 ○○대사관 영사부에 통보하였다.

2) 피진정인 2. 및 피진정인 3.

가) 주중대사관 영사부에서는 상기 관련사항 실태파악을 국내 ○○부출입국 사무소에 의뢰하여 송부 받은 동 기관의 조사결과를 참고하여 사증발급을 불허하였고,

나) 피진정인 주○○총영사관에서는 역시 특히 진정인의 이전 국제결혼의 진정성 의심 등을 사유로 피해자 안○○의 거주(F-2)자격 사증발급신청에 대해서 불허하였다.

3. 인정사실

가. 피해자 안○○은 한국계 중국적자로 1994. 12. 31. 선원으로 입국하여 무단 하선 하였고, 2002. 5. 1. 자진신고를 필하고 2003. 1. 3. 자진출국하였으며 2003. 3. 22. 중국에서 진정인과 정식결혼을 하고 2003. 5. 6. 중국에서 혼인신고를 하였다.

나. 진정인은 진정의 한국인 남편 김○○을 만나 1996. 2. 7. 혼인신고하고 1996. 8. 21. 입국하여 ○○시 ○○동에서 결혼생활 하였고 한국국적을 취득하였으나 1998. 7.월부터 별거생활을 하다 1999. 8월에 협의 이혼하였다.

다. 진정인은 별거 생활 중 한국에서 피해자와 교제를 시작하여 1999. 4.경부터 2003. 1. 3.까지 ○○시 ○○구 ○○동 ○○에서 동거생활을 하다가 피해자인 자 안○○(2000. 1. 5.생, 여)을 출산하였고, 진정인과 피해자는 2003. 5. 6. 중국에서 혼인신고를 하였고, 2003. 6. 11. ○○구청에 혼인신고를 하였다.

4. 판 단

가. 헌법 제36조 제1항은 '혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장하여야 한다'고 규정하고 있고, 대한민국 정부가 1997. 7. 10. 비준한 시민적및정치적권리에관한국제규약 제23조 제1항은 '가정은 사회의 자연적이고 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다'라고 규정하고 있으며, 1997. 7. 10. 비준한 경제적및사회적 및문화적권리에대한국제규약 제10조제1항은 '사회의 자연적이고 기초적인 단위

인 가정에 대하여는, 특히 가정의 성립을 위하여 그리고 가정이 부양 어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 광범위한 보호와 지원이 부여된다. 혼인은 혼인의사를 가진 양당사자의 자유로운 동의 하에 성립된다'고 규정하고 있다.

나. 또한 '아동권리에 관한 국제협약' 제9조제1항 및 제2항은 아동의 보호를 위해 '부모와 아동의 분리가 아동의 최상의 이익을 위해 법원 등이 필요하다고 결정하는 제외하고는 아동의 의사에 반하여 부모와 아동을 분리하지 아니하도록' 하고 있다. 또한 아동복지법 제3조제2항 및 제3항에서도 아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경에서 행복하게 자라나야 하며 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다고 규정되어 있다.

다. ○○대사관 영사부에서는 결혼동거 목적, 단기사증발급 신청과 관련하여 한국인 배우자의 재정능력(직업, 재산현황 등) 교제경위 및 생활실태 파악을 국내 ○○부 ○○국관리사무소에 의뢰하여 동 기관의 조사결과를 참고하여 사증발급을 불허하였고, 주○○영사관 역시 특히 진정인의 이전 국제결혼의 진정성 의심 등을 사유로 피해자에 대한 입국사증발급을 불허하였다는 주장이나 진정인이 제기한 친생자관계부존재확인소(○○지방법원 2000. 8. 2. 선고, 2000드단7875판결)에서도 진정인과 피해자의 동거생활을 하다 피해자인 자 ○○을 출산함을 인정하고 있고, 참고인들 또한 진정인과 피해자가 사실혼 관계로 한 집에서 살았으며 피해자인 자 ○○을 출산하였다고 진술하고 있어 결혼의 진정성이 인정되고 계속혼인지속의사가 확인되는 바, 피해자에 대한 사증발급불허처분은 국제규약 및 헌법에서 규정하고 있는 가정에 대한 국가의 보호, 보장의무에 위배되는 조치일 뿐 아니라, 아동의 권리를 규정한 국제규약 및 아동복지법에 위배되는 조치로 진정인 및 피해자들에 대하여 헌법 제10조에 보장된 행복추구권을 침해하는 것이라 인정된다.

라. 이상의 사실을 종합하여 볼 때, 피진정인의 피해자에 대한 사증발급불허처분은 헌법 및 국제규약, 아동복지법이 규정하고 있는 가정 및 아동에 대한 국가의 보호, 보장의무에 반하는 처분이라 판단되며, 진정인과 피해자가 혼인을 위해 자진신고 후 출국한 점과 현재까지도 혼인관계를 유지하기 위해 진정인이 수차례에 걸쳐 피해자의 국가로 출입국한 점 등 인도주의 정신에 비추어 보더라도, 진정인과 피해자가 정상적인 혼인생활을 영위할 수 있도록 하는 것이 타당하다

고 판단된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 국가인권위원회법 제44조제1항제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2004. 8. 16.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

㉔ 2005. 2. 28.자 05진인03 결정 [사증인정서 미발급]

친척의 불법체류를 이유로 진정한 자녀의 사증인정신청서의 발급을 불허한 것은 아동 및 가정에 대한 국가의 보호 의무를 위반한 것이고, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단하여 사증발급인정서의 발급을 권고한 사례

【결정요지】

출입국관리사무소에서 친척의 불법체류를 이유로 진정한 자녀의 사증인정신청서의 발급을 불허한 것은 대한민국 정부가 비준한 아동권리협약 제10조제1항 및 경제적·사회적및문화적권리에대한국제규약 제10조 제1항에서 규정하고 있는 아동 및 가정에 대한 국가의 보호의무를 위반한 것이고, 헌법 제10조에 보장된 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단하여 진정한이 신청한 진정한의 자녀에 대한 사증발급 인정서를 발급해 줄 것을 권고함

【참조조문】

헌법 제10조, 아동권리협약 제10조제1항, 시민적및정치적권리에관한국제규약 제23조제1항, 경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약 제10조제1항

【진 정 인】 강○○

【피진정인】 ○○출입국관리사무소장

【주 문】

○○출입국관리사무소장에게 진정한이 신청한 피해자에 대한 사증발급인정서를 발급해 줄 것을 권고한다.

【이 유】

1. 당사자의 주장

가. 진정한

진정인은 1996.5.3. 중국동포 박○○과 혼인 하였는데, 혼인 당시 8세인 처의 딸에 대해 자녀포기각서를 쓰고 혼인을 하였기 때문에 처의 딸은 현재까지 중국에 있는 외할머니가 양육을 하고 있다. 진정인은 중국에 있는 처의 딸을 입양하기 위해 진정인의 호적에 입적시키고 피진정인에게 2004. 10. 29. 딸의 사증발급 인정신청서를 제출하였으나, 피진정인은 진정인의 처남 및 처남 처의 불법체류 사실을 이유로 사증발급인정서 발급을 불허하고 있는바, 이는 부당하다.

나. 피진정인

진정인의 둘째 처남 박○○ (65.11.07)이 98.12.24. 체류자격 C-2(단기상용)를 소지하고 입국한 후 현재까지 불법체류중이고, 진정인의 첫째 처남 박○○의 처 박○○(64.01.19.)이 95.05.13. 체류자격 C-2를 소지하고 입국한 후 현재까지 불법체류 중이고, 셋째 처남 박○○의 처 옥○○ (70.11.24)이 04.04.15. 체류자격 C-2를 소지하고 입국한 후 현재까지 불법체류 중인 관계로 2003. 12. 법무부가 시달한 『사증발급인정서 발급 등에 관한 업무처리지침』에 의해 진정인이 2004.10. 29. 제출한 중국인입양자녀 QUAN MINGSHI에 대한 사증발급인정서 발급신청을 불허한 것이다. 따라서 불법체류하고 있는 가족들이 출국한 후 진정인이 제반 서류를 준비하여 재신청하면 허가 여부를 재심사 할 것이며, 이는 최근 국내 체류중인 외국인에 대한 불법체류자 감소를 위한 각고의 노력에도 불구하고 불법체류자 수가 줄어들지 않고 있는 상황에서 불법체류자 가족에 대한 사증발급 인정서 발급억제는 불가피한 결정이다.

2. 인정사실

진정인 및 진정인 처 문답서, 피해자 탄원서, 피해자 통화문답서, 피진정인 진술서, 진정인 사증발급인정신청서, 중화인민공화국 결혼증, 호적등본, 호구부, 가족관계공증서 등 관련서류에 의하면,

가. 진정인은 1996.2.22. 중화인민공화국 국적의 중국동포 박○○과 혼인하여 현재까지 혼인생활을 유지하고 있으며, 처 박○○은 1996.9.5. 한국국적을 취득하였고, 진정인은 중화인민공화국 출생의 처의 딸 권○○에 대해 2004. 10. 6. “취엔 밍스”로 양자 입양신고를 하였다.

나. 진정인은 2004. 10. 29. 피진정기관에 딸 권○○을 초청하고자 사증발급인

정신청서와 제반서류를 제출하였으나, 피진정인은 진정인 처의 둘째 처남 ○○철과, 첫째 처남 박○○의 처 박○○, 셋째 처남 박○○의 처 옥○○이 불법체류중이라는 이유로 2004. 11. 23. 불허하였다.

다. 위 권○○은 중국 요녕성 안산시 조선중학교 3학년에 재학 중으로 현재 친부와는 연락이 되지 않고, 외할머니가 한국에 입국하여 현재 특별한 보호자가 없으며, 한국으로 입국하여 부모와 함께 가족생활을 영위하기를 희망하고 있음이 확인된다.

3. 판 단

가. ① 대한민국정부가 1991.12.20. 비준한 아동권리협약 제10조 제1항은 『가족의 재결합을 위하여 아동 또는 그 부모가 당사국에 입국하거나 출국하기 위한 신청은 당사국에 의하여 긍정적이며 인도적인 방법으로 그리고 신속하게 취급되어야 한다』라고 규정하고 있고, 동 조 제2항은 『당사국은 아동과 그의 부모가 본국을 포함하여 어떠한 국가로부터 출국할 수 있고 또한 본국으로 입국할 수 있는 권리를 존중하여야 한다.』라고 규정하고 있으며, ② 1990.7.10. 비준한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제23조 제1항은 『가정은 사회의 자연적이고 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다』라고 규정하고 있고, ③ 1990. 7. 10. 비준한 경제적·사회적 및 문화적 권리에 대한 국제규약 제10조 제1항은 『사회의 자연적이고 기초적인 단위인 가정에 대하여는, 특히 가정의 성립을 위하여 그리고 가정이 부양 어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 광범위한 보호와 지원이 부여된다』고 규정하고 있어 국가는 아동에 대한 특별한 보호를 제공해야 함과 아울러 가정에 대한 보호의무를 규정하고 있다.

나. 피진정인은 진정인의 사증발급인정서 발급신청을 불허한 것이 2003. 12. 법무부가 시달한 『사증발급인정서 발급 등에 관한 업무처리지침』에 따른 것이라고 주장하나, 이 사건 진정인의 신청건에 대해서는 위 지침 제80쪽 “국민과 결혼한 배우자의 중국인 친자에 대한 사증발급인정서 발급지침”에 따라야 할 것이고, 이에 의하면, 미성년자녀 (20세미만인 자) 의 경우 그 불허요건으로 “국민과 결혼한 배우자의 친정부모가 불법체류하고 있는 경우 친정부모가 출국한 이후 재신청 하도록” 하고 있으므로, 피진정인이 진정인 처남과 처남 처의 불법체

류를 사유로 사증발급인정서 신청을 불허한 것은 그 근거가 없다할 것이다.

다. 그러므로 피진정인이 진정인의 사증발급인정신청서를 불허한 조치는 국제 규약에 규정된 국가의 아동에 대한 보호와 가정에 대한 보호의무에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 법무부의 『사증발급인정서 발급 등에 관한 업무처리지침』에도 부합하지 않는 처분으로 보여지며, 진정인과 진정인 처가 1996년 혼인을 한 이후 현재까지 혼인관계를 유지하고 있는 점, 진정인의 딸이 미성년 아동으로 한국의 부모와 함께 생활하기를 원하고 있는 점, 현재 진정인의 딸에 대한 보호자가 없는 점 등 인도주의에 비추어 보더라도 피진정인의 사증발급인정신청서불허 처분은 취소되어야 한다고 판단된다.

4. 결 론

따라서 진정인의 사증발급인정서 발급신청을 불허한 피진정인의 행위는 헌법 제10조가 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단되므로, 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2005. 2. 28.

국가인권위원회 제2소위원회

위원장 김호준 위 원 이홍록 위 원 나천수

㉔ 2004. 12. 27.자 04진인37 결정 [성폭력수사과정]

- [1] 경찰관이 수사과정에서 피해자들의 신원과 사생활의 비밀 누설 및 피의사실을 공표한 것을 위법이라 판단하여 지방검찰청 검사장에게 수사를 의뢰한 사례
- [2] 경찰관이 수사과정에서 피해자보호조치를 소홀히 하는 것 등은 인권을 침해한 것이므로 경찰청장에게 관련자들의 징계 등을 권고한 사례
- [3] 성폭력사건 수사 관련규정과 국가인권위원회의 권고 내용을 숙지하지 못하고 있으므로 경찰청장에게 특단의 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 경찰관이 수사과정에서 피해자의 신원과 사생활의 비밀 및 피의자 인적사항·피의사실 등이 기재된 자료가 누설된 사실이 인정되므로 이는 성폭력특별법 제21조 소정의 피해자의 신원과 사생활비밀누설금지 위반죄 및 형법 제126조 소정의 피의사실공표죄를 구성하므로 이에 대하여 지방검찰청 검사장에게 수사를 의뢰함
- [2] 경찰관이 여경에 의한 조사를 요구했음에도 무시하고, 무리한 대질 신문하는 등 수사과정에서 피해자 보호조치를 소홀히 한 것은 인권침해사실이 인정되므로 경찰청장에게, 당시 지방경찰청장에 대해서는 경고조치, 당시 경찰서장에 대하여 징계할 것을 권고함
- [3] 수사담당자들이 관련 규정과 국가인권위원회의 권고 내용을 거의 숙지하지 못하고 있으므로 경찰청장에게 성폭력사건의 피해자 인권보호와 관련교육·확인 및 유사사건의 재발방지를 위한 특단의 대책을 마련하여 시행할 것을 권고함

【참조결정】

국가인권위원회 2004. 5. 27.자 결정 [아동성폭행피해자의 2차피해자화 관련 권고]

【참조조문】

형법 제126조, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제21조 및 제35조

【피 해 자】 최○○ 외 1인

【직권조사대상자】 한○○(○○지방경찰청장) 외 8인

【주 문】

1. ○○지방경찰청검사장에게,

수사과정에서 피해자의 신원과 사생활의 비밀 및 피의자 인적사항·피의사실 등이 기재된 자료가 누설된 점과 관련하여 당시 ○○남부경찰서 형사과장 경정 하○○과 강력6팀장 경위 송○○ 등에 대한 수사의 개시를 의뢰한다.

2. 경찰청장에게,

가. ○○지방경찰청 치안감 한○○에 대하여 경고조치,

나. 전 ○○남부경찰서장 총경 남○○에 대하여 징계할 것을, 각 권고한다.

3. 경찰청장에게,

성폭력사건의 피해자 인권보호와 관련한 여러 규정 및 국가인권위원회 권고내용 등에 대하여 수사를 담당하는 일선 경찰관 개개인이 관련 규정을 정확하게 숙지하고 이를 실제 수사에 반영하고 있는지 철저히 확인할 것과, 유사사건의 재발방지를 위한 특단의 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 개요

가. 직권조사 실시배경 및 내용

○○남부경찰서에서 2004. 11. 25. 이후, 경남 ○○ 등지에서 발생한 여중생집단성폭행사건 신고를 접수하여 처리하면서 피해자의 신원과 피해사실이 누설되고, 수사과정에서 성폭행피해자에 대한 보호조치를 소홀하게 함으로써 이 문제가 사회적으로 큰 파장을 일으키게 됨에 따라 국가인권위원회에서는 국가인권위원회법 제30조 제3항의 규정에 따라 직권조사를 실시하기로 결정하였다.

나. 당사자들의 지위

1) 직권인지 피해자 최00(여, 14세) 등은 경남 ○○ 등지에서 발생한 집단성폭행사건의 피해자로서 2004. 11. 25. 자신들의 피해사실을 112로 신고하여 ○○남부경찰서 형사과에서 피해자 조사를 받으면서 인권침해를 당하였다.

2) 치안감 한○○은 ○○남부경찰서를 관장하는 ○○지방경찰청장이고, 총경 남○○은 당시 사건수사를 담당했던 ○○남부경찰서장이고, 경정 하○○은 당시 ○○남부경찰서 형사과장이며, 경위 송○○은 같은 경찰서 형사과 강력6팀장으로서 이번 사건 수사실무책임자였으며, 경장 전○○, 경사 조○○, 경장 이○○, 경장 양○○은 같은 과 강력6팀 조장 또는 조원으로서 수사실무담당자들이며, 경장 김○○은 같은 과 과학수사팀 직원이다.

2. 피해자들의 신원과 사생활의 비밀 누설 및 피의사실 공표 관련

가. 당사자 및 관계인들의 주장

1) 피해자측(피해자들의 이모) 주장

가) 2004. 11. 25. ○○지방경찰청 112상황실에 범죄를 신고하면서 “피해자들의 신원이 알려지지 않도록 할 수 있느냐”고 묻고 이에 신고접수 경찰관이 “염려마시라”는 대답을 하였고, 같은 날 ○○남부경찰서 경장 양○○, 경장 전○○ 등으로부터 피해자들이 1차 피해자 조사를 받는 자리에서 다시 2회에 걸쳐 “비밀을 보장해달라”고 요구하고 담당형사인 경장 전○○으로부터 “만일 비밀이 새

면 (내가) 옷을 벗겠다.”는 대답을 들었다.

나) 2004. 12. 7. 오전경 ○○지방경찰청에서 '12. 6. ○○남부경찰서 형사과 강력1팀이 경남 ○○, ○○ 일대에서 집단성폭력피의자 41명을 검거하였다'는 요지의 보도 자료를 발표한 후, 2004. 12. 7. 12:00경부터 인터넷에 본 성폭력사건 관련 기사가 실리면서 피해자들의 신원이 '최○○양 자매' 등으로 게재되어 피해자 최○○의 담임교사가 피해자들의 모친에게 전화를 걸어 “인터넷 좀 보세요”라고 말할 정도로 피해자들의 신원 및 피해사실이 과장되고 왜곡된 채 거주 지역에 널리 알려지고, 이후 각 신문사 및 방송사에서 이를 보도하고, MBC에서는 피해자들의 음성을 제대로 변조하지 않은 채 방송하여 피해자들의 친구들 등이 피해자의 신원 및 피해사실을 알게 되어 피해자들 및 그 가족들은 막심한 정신적 피해를 입게 된 바, 이는 언론의 무분별한 보도행태 외에도 ○○남부경찰서측에서 피해자들의 신원 등을 유출한데 기인한 것이다.

다) 또한 본 성폭행사건의 수사를 담당한 ○○남부경찰서 강력6팀 소속 형사 4명이 2004. 12. 8. 04:00경 모 노래주점에서 종업원(도우미) 4명과 동석한 자리에서 피해자들의 신원 등을 유출하고 피해자들을 비하하는 발언을 하였고, 이러한 사실은 당시 위 형사들과 합석했던 노래방 도우미 중 1명이 피해자들의 모친의 지인이었던 관계로 알게 되었다.

2) 가해자들의 주장

가) 피해자들의 이모의 주장과 같이, 경장 전○○은 2004. 11. 25. 1차 피해자 조사 시에 1회, 같은 날 경찰서 인근 식당에서 1회 총 2회에 걸쳐 피해자들의 이모에게 “만일 비밀이 지켜지지 않으면 옷을 벗겠다”는 취지로 말했다며 이 부분 사실을 인정하였다.

나) 경정 하○○은 2004. 12. 7. 12:00경 강력6팀 경장 전○○이 작성한 5페이지 분량의 '검거보고'(범죄사실과 범죄일람표가 첨부됨)를 자신이 직접 피해자들의 성명을 가명으로 또 피해자들의 주소를 사실과 다르게 기재하는 등 피해자들의 신원이 누설되지 않도록 가공하여 이를 강력6팀장 경위 송○○으로 하여금 2004. 12. 7. 12:00경 ○○남부경찰서 출입기자들 10여명에게 배포하였으며, 인터넷을 위시한 언론에 피해자들의 신원 등이 노출된 경위에 대해서는 아는 바 없으나 다만 2004. 12. 6. 19:00경 피의자들이 검거되어온 이후에는 기자들이 상시

형사과 사무실을 출입하며 사건 관련정보를 알 수 있었으므로 그 과정에서 기자들이 개별적으로 입수한 사건 관련정보가 언론에 보도되었을 것으로 추정된다고 진술하였다.

다) 경위 송○○은 경정 하○○의 주장과는 달리, 형사과장인 경정 하○○이 피해자의 인적사항을 가명처리 하는 등 가공한 5페이지 분량의 '검거보고'문건을 건네받아 이를 다시 2페이지 분량으로 요약하여 경찰서 출입기자들에게 배포한 것이라고 주장하였다.

라) 모 노래주점에서의 피해사실 누설 및 피해자 비하발언과 관련하여, 경사 조○○, 경장 이○○, 경장 양○○과 함께 현장에 있었던 경장 전○○은 당시 종업원 중의 한 명이 그 때의 상황에 대하여 인터넷에 상세하게 올린 글을 보았는데 그 구체성으로 보아 자신 등이 발언하지 않은 내용을 허위로 올렸다고 생각되지는 않으나, 현재는 당시 종업원들과 무슨 말을 나누었는지 전혀 기억이 나질 않는다고 하였다.

3) 관계인들의 주장

가) ○○지방경찰청 감사담당관은 '보도자료'외에 범죄 사실들이 더 자세하게 기재되어 있는 '공보자료'를 ○○남부경찰서에서 기자들에게 배포한 것으로 안다고 진술한 사실이 있고, ○○지방경찰청 공보담당관실 경위 이○○는 사건과 관련한 다른 자료가 언론에 배포되거나 유출되었는지 여부에 대하여는 아바 없으나, ○○지방경찰청 공보실에서는 본 사건을 제외하고는 성폭력사건의 검거자료를 배부한 적이 없으며, 본 사건관련 보도는 ○○지방경찰청 출입기자가 아닌 ○○남부경찰서 출입기자들의 취재에 의한 것이라고 주장하였다.

나) 국가인권위원회 조사팀이 울산에서 기자 2명으로부터 입수한 4페이지로 구성된 본 사건과 관련된 '검거보고문건'('범죄사실'과 '범죄일람표'가 붙임자료로 첨부된 검거보고서) 중 '범죄사실'부분에는 피해자의 실명과 나이 및 소속학교와 피해사실 등이 구체적으로 기재되어 있는 바, 위 자료의 입수경위에 대하여 한 기자는 동료기자로부터 복사하여 입수하였다고 주장하고, 다른 한 기자는 2004. 12. 7. 12시경 시청 프레스센터(기자실) 팩시밀리로 전송되어온 자료를 복사하여 기자실에 있던 여러 명의 기자들이 나누어 가진 것이라고 하였다.

나. 인정사실

1) ○○남부경찰서에서 경장 전○○이 작성하고 경정 하○○이 검토하여 ○○지방경찰청 강력계에 보고한 ‘검거보고(범죄사실과 범죄일람표 첨부됨)’를 토대로 ○○지방경찰청 공보담당관실에서 작성하여 ○○지방경찰청 홈페이지에 게시한 ‘보도자료’에는 피해자들의 신원이 거주지는 ‘○○ ○○동’으로 성명은 ‘박○○(13세, 여) 등 3명’으로 가공되어 기재되어 있다.

2) 국가인권위원회 조사팀이 ○○에서 기자 2명으로부터 입수한 본 성폭력사건과 관련한 ‘검거보고문건’에 첨부된 ‘범죄사실’ 부분에는 피해자의 인적사항이 실명으로 기재되어 있고 나이, 학교, 학년도 실제대로 구체적으로 기재되어 있으며, 피의자 박○○가 피해자에게 전화를 걸어 “... 오라면 오지 어디 말대꾸를 해, 인터넷에 빠구리(성교)하는 장면을 동영상으로 올린다……”는 협박내용 등의 범죄사실이 구체적으로 기재되어 있다.

3) 2004. 12. 7. 10:30경 ○○연합뉴스에 ‘최모(14, ○○시 중구)양 자매’, ‘최양의 여동생(13)과 최양의 사촌언니인 노모(16)양’이라고 피해자의 실제 성씨와 나이 및 피해자들 간의 관계가 공개되고 피해자 3명이 모두 집단성폭행을 당하였다고 피해사실이 왜곡된 채 보도되었고, 같은 날 피해자의 인적사항이 중앙일보에는 ‘최모(14세, ○○시 모여중 3년)양 자매 등 여중생 4명’으로, 국민일보에는 ‘최모(14세)양 자매, 최양과 함께 나온 여동생(13세)과 사촌언니(16세)’로, 경북일보에는 ‘최모(14세, ○○시 ○구)양 자매’ 등으로 실리는 등 각종 신문에 피해자들의 신원 및 피해사실이 과장되고 왜곡된 채 보도되어 피해자들의 거주지역에 널리 알려지기 시작하고, MBC에서는 12. 13. ‘생방송 아주 특별한 아침’ 프로그램에서 피해자들의 음성을 제대로 변조하지 않은 채 방송함으로써 피해자들의 친구 등에게 피해자의 신원 및 피해사실이 알려지게 되었다.

다. 관련규정 및 판단

1) 관련규정

가) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률

- 피해자의 신원과 사생활비밀 누설금지(제21조)
- 제21조의 규정 위반자에 대한 벌칙(제35조)

나) 피의사실공표죄(형법 제126조)

다) 성범죄수사및공판관여시피해자보호에관한지침(대검예규)

- 피해사실이 외부에 노출되지 않도록 유의할 것

라) 인권보호수사 준칙(법무부 훈령)

- 수사시 사건관계인의 사생활의 비밀보호, 명예 또는 신용 손상 금지(제6조 1항)

- 기소전 피의사실 공표금지, 영장의 내용 외부유출 금지(제6조 2항)

마) 범죄수사규칙(경찰청 훈령)

- 수사시 비밀엄수, 사건관계자의 명예훼손 금지(제9조)

바) 성폭력사건 처리경찰관용 매뉴얼 중 피해자조사시 조치사항

- 성폭력특별법 제21조상 피해자의 신원과 사생활비밀누설금지 준수 철저 (피해자의 신원 등이 가해자 및 언론에 노출되어 피해자가 제2의 상처를 입지 않도록 비밀유지 철저)
- 가급적 전화로 피해자에게 직접 연락하여 피해자 소환
- 신뢰관계에 있는 자 등의 동석이 가능함을 통보 등

2) 판단

가) 피해자의 신원 및 피해사실 누설 부분

(1) ○○지역 기자 2명이 소지하고 있던 '검거보고문건' 첫페이지 '검거보고'에는 피해자의 성을 박씨로 표현하는 등 가명으로 되어있으나 '범죄사실' 부분에는 구체적 피해사실 뿐만 아니라 피해자의 인적사항이 '실명(성별, 나이, 학교, 학년)'으로 구체적으로 기재되어 있으며, 범죄일람표에는 성을 바꾸지 않은 채 이름부분만 00 처리하여 적시하였고 집단윤간 일시 및 장소를 구체적으로 적시하고 있는 바, 이러한 문건이 ○○경찰서나 ○○지방경찰청에서 제공 또는 유출된 것이라면 이는 성폭력특별법 제21조(피해자의 신원과 사생활비밀누설금지)위반죄를 구성한다고 판단된다.

(2) 이러한 문건이 어떠한 경위로 기자들에게 유출되었는지에 대하여 조사해 본 결과, 경정 하○○은 2004. 12. 16 ○○경찰서 청문감사관실에서 국가인권위원회 조사관에게 2004. 12. 7. 12:00경 '보도자료' 외에 '성폭력 피의자 검거보고'라는 제목의 문서에 '범죄사실'과 '범죄일람표'가 첨부된 5페이지 분량의 '공보자료'를 강력6팀장 경위 송○○을 시켜 경찰서 출입기자들 10여명에 배포한 사실이 있음을 시인하면서, 다만 자신이 직접 피해자와 가해자 이름을 모두 지워서 자료를 만들었으므로 피해자의 실명이 나갔을 리가 없다고 진술하였고, 2004. 12. 18 언론에 배포한 자료임을 확인한다는 확인서와 함께 국가인권위원회에 제출한 5페이지 분량의 문건을 보면 국가인권위원회 조사관이 기자들로부터 입수한 문건과 동일한 것으로서 다만, 첫페이지 검거보고 부분이 2페이지로 되어 있으며(글씨 크기의 차이에 의한 것으로서 두 번째 페이지는 3줄짜리임), 기자에게 입수한 문건과는 달리 범죄사실 부분에 피해자의 실명이 "최○○"으로 바뀌었고 성별, 나이, 학교, 학년을 적시한 부분도 빠져있음을 알 수 있는 바, 이런 정황으로 볼 때 추후에 경정 하○○이 우리 위원회에 제출한 자료 보다는 기자들이 소지하고 있는 자료들이 경정 하○○ 등에 의하여 '공보자료'로 기자들에게 제공된 자료일 가능성이 높다고 판단된다.

(3) 그런데 경정 하○○은 2004. 12. 27. 국가인권위원회 전원위원회에 출석하여 개별적으로 방문한 기자를 포함하여 20여명의 기자들에게 공보자료를 나누어 주다 보니 일부 자료에는 미처 실명처리하지 못한 자료가 첨부되어 있을 수도 있다고 진술한 바 있으나 여전히 기자들이 소지하고 있는 자료의 누출경위가 분명하지 않고, 송○○은 경정 하○○에게 받은 자료를 다시 2페이지로 축약하여 기자들에게 배포했다고 주장하고 있으며, ○○남부경찰서에서는 '공보자료'를 배포한 사실은 인정하면서도 '공보자료'의 원본열람을 거부하고 있어 검찰의 수사를 통하여 '공보자료'의 유출경위와 유출자 등 진실을 규명할 필요성이 있다고 판단된다.

(4) 또한 모 노래주점에서의 피해사실 누설 및 피해자 비하발언 부분에 대하여 살펴보면, 경장 전○○이 잘 생각나지 않는다고 하면서도 혐의를 부인하지 못하고 있고, 경장 전○○ 등 4인이 ○○지방경찰청 징계위원회에서 이 부분에 대한 잘못이 인정되어 각각 감봉1월, 견책 등의 징계를 받은 사실 등을 감안해 볼 때, 경장 전○○이 경사 조○○, 경장 이○○, 경장 양○○과 함께 모 노

래주점에서 도우미 4명에게 피해자의 이름 등을 발설한 혐의가 인정된다.

나) 피의사실 공표 관련 부분

기자들이 소지하고 있는 문건에는 피의자들의 실명과 피의사실이 구체적으로 적시되어 있고, 실제 대다수 피의자들이 ○○ 소재 3개 고등학교의 재학생들이고 피의자들이 구성한 모임이라고 발표한 ‘○○연합’이 폭력조직인지 단순한 동문들 간의 친목모임인지 여부도 불분명한 상태에서 피의자들 전원이 범죄단체로 의심되는 ‘밀양연합(폭력씨클)’의 조직원들로서 모두 온몸에 문신을 새기고 몸무게가 80kg이 넘는 폭력배들로 적시되어 있는 바, 이러한 내용을 유출한 행위는 피의자들의 인격권을 침해한 것일 뿐만 아니라 형법 제126조에 규정한 피의사실 공표죄의 혐의가 인정된다.

3. 수사과정에서의 피해자 보호조치 소홀 등 인권침해 관련

가. 당사자 및 관계인들의 주장

1) 피해자측(피해자의 이모)의 주장

가) 2004. 11. 25. 범죄신고 직후 ○○경찰서에서 강력6팀 형사들(경장 양○○, 경사 조○○으로 확인됨)에게 여성경찰관으로부터 조사를 받게 해달라는 요구를 하였고, 요구 후 약 1시간 20여분만에 여성경찰관이 왔으나 형사들과 몇마디 대화를 나누었을 뿐 피해자들에게 한 마디도 묻지 않고 이내 그 장소를 떠났으며, 이후로는 2004. 12. 7.까지 여성경찰관이 전혀 조사에 참여하지 않았다.

나) 2004. 11. 25. 1차 피해자 조사시 경장 전○○이 피해자들에게 “피의자들이 삼입을 하였느냐”는 등 차마 피해자들이 남성경찰관에게 대답하기 어려운 질문을 계속하자 “여경을 불러달라. 여경으로부터 조사를 받게 해 달라”고 요구하였으나 형사들이 이를 묵살하였다.

다) 2004. 12. 7. 오전에 경장 전○○이 핸드폰으로 피해자들에게 직접 연락하여 피해자들을 경찰서로 나오도록 하여 ○○경찰서 형사과에서 강력6팀 소속 형사들이 피의자 41명을 줄 세워 놓고 피해자들과 대질신문을 시킨 것이며, 피해자의 모친과 이모는 범인대질지목이 완료된 후에야 경찰서에 도착했으므로 범인대질지목에 동의하지도 않았고 범인대질지목현장에 있지도 않았다.

라) 2004. 12. 7. 경찰서 뒷마당에 모여 있던 가해자의 가족들이 조사를 마치고 나오는 피해자들을 둘러싸고는 “어디 잘 사나 보자”, “눈깔을 확 파버릴라”는 등 폭언과 협박을 하며 폭행을 할 듯한 기세를 보였는데, 수사담당 경찰관들은 가해자 가족들이 경찰서에 와있다는 사실을 잘 알면서도 피해자보호조치를 강구하지 않았고, 피해자들을 협박하고 폭행을 가하려 하는 가해자 가족들을 즉시 제지하지 않고 한 동안 방치하였다.

마) 경장 전○○이 2004. 11. 25. ○○경찰서 형사과 사무실에서 1차 피해자 조사를 다음 날 새벽 03:00까지, 같은 해 12. 1. 같은 전○○이 피해자들의 집에서 2차피해자 조사를 새벽 04:00까지 진행하였는데, 위 피해자의 이모가 피해자들이 다음날 학교에 가야 되니 일찍 끝내달라고 수차례 요구하고 피해자들도 너무나 지쳐 피로를 호소하였는데도 경장 전○○은 피의자들을 조기에 검거하여 수사를 조기에 종결하기 위하여 불가피하다는 이유로 일방적으로 밤샘수사를 진행하였다.

바) 경장 이○○가 2004. 12. 10. 12:00경부터 19:30경까지 □□경찰서 진술 녹화실에서 3차 피해자 조사를 실시하면서 한 끼의 식사도 제공하지 않아 피해자들이 배고픔을 호소하고 심한 굴욕감을 느꼈다.

사) 피해자들이 2004. 12. 7.경 피의자들과의 분리조치 차원에서 감식실에 대기하고 있을 때 감식실 근무자인 경장 김○○이 피해자들에게 “너희들 ○○에는 뭐하러 갔노. (너희들이) ○○ 물 다 흐려냈다. 가들이 ○○을 이끌어 갈 애들인데...”등등 피해자들을 비하하고 모욕하는 발언을 하여 피해자들에게 큰 정신적 상처를 주었다.

2) 가해자측의 주장

가) 1차 피해자 조사를 담당한 경장 전○○은 피해자의 이모 등 피해자측으로부터 단 한 번도 여경으로부터 조사를 받게 해달라는 요구를 들은 바가 없으며, 피해자들이 13세 이상자이고 신뢰할 수 있는 보호자인 피해자의 이모 등이 항상 동석하였기 때문에 특별히 여성경찰관에게 조사를 받게 하거나 여성경찰관을 입회시키는 조치를 취하지 않았다고 주장하였다.

나) 경장 전○○은, 강력6팀 소속 형사들이 2004. 12. 7. 오전 피해자 및 피해

자 이모와 모친의 동의를 얻어 형사과 사무실내에 검거해 온 피의자 41명 전원을 줄 세워 놓고 피해자들이 일시·장소별 범인을 지목하게 하는 방법으로 대질 조사를 실시하였다고 진술하였다.

다) 형사과장 경정 하○○은, 강력6팀으로 하여금 위 경장 전○○이 주장하는 바와 같이 형사과 사무실에서 피의자 41명과 피해자들을 대질한 사실이 있으나 이는 피해자들 및 그 가족들이 적극적으로 대질을 요구하였고 피해자의 이모가 직접 나서서 일일이 피의자들을 일일이 지목하며 피해자들에게 “야 맞나 안 맞나”하는 식으로 범인대질지목을 한 것이지 공개장소에서의 범인대질지목을 강요한 것이 아니었으며, 특히 ○○서에 설치된 범인 식별실은 동시에 2-3명 정도만을 확인할 수 있는 매우 협소한 시설이라 그 활용을 검토하지 않았다고 진술하였다.

라) 형사과장 경정 하○○과 경장 전○○은, 피해자들이 2004. 12. 7.경 경찰서 뒷마당 및 형사과 출입문 주변에서 가해자 가족들에게 둘러싸여 협박을 당한 사실이 있음을 시인하면서 이는 수사를 담당한 강력6팀이 피해자보호를 위한 조치를 미처 다하지 못한 잘못에 기인한 것이라고 진술하였다.

마) 경장 전○○은, 1차 피해자조사 시에는 다음날 새벽 2:00경까지, 2차 피해자조사 시에는 다음날 새벽 01:30경까지 조사를 진행하였는데 사전에 “이번 사건의 조사를 위하여 10시간 정도가 필요하다”고 피해자 가족들에게 고지하였고, 피해자들의 이모가 일시 이의를 제기하였으나 자신의 설명을 들은 이후에는 심야조사를 하는데 동의하여 2회 모두 부드러운 분위기에서 피해자들의 원만한 협조를 얻어서 조사를 진행하였으며, 어린 피해자들이 조사 도중 다소 피로한 기색을 보이기는 하였으나 피의자들을 조기에 검거하기 위하여 심야조사가 불가피하였다고 주장하였다.

바) 경장 김○○은 ○○경찰서 및 ○○지방경찰청 감찰조사시에 2004. 12. 7.경 근무지인 ○○경찰서 감식실에서 피해자들을 일시 보호하고 있던 중 인터넷에 실린 사건관련 기사를 보다가 혼잣말로 “(피의자들이) ○○ 물 다 흐려냈다”는 등 발언을 한 사실이 일부 있으나, 가해자들을 비난하는 취지의 발언이었지 피해자들을 상대로 하거나 피해자들을 비하하는 취지의 발언은 아니었다고 항변하면서도, 신중하지 못한 발언으로 피해자들에게 정신적인 상처를 준 점을 인정하였다.

나. 관련규정 및 판단

1) 관련규정

가) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률

- 사법경찰관의 성폭력범죄 피해자 조사시 주의의무, 조사회수 최소화 의무(제21조의2)
- 피해자조사시 신뢰관계에 있는 자 동석 허용(제22조의3)

나) 성범죄수사및공판관여시피해자보호에관한지침(대검예규)

- 성범죄 피해자에게 더 이상의 고통이 가해지지 않도록 주의할 것
- 피해자의 소환을 최소화할 것
- 가급적 피해자가 원하는 시간에 평온하게 공개되지 않은 장소에서 조사할 것
- 피해자의 보호자 등 신뢰관계 있는 자의 입회를 허용할 것
- 피해자가 모멸감·수치심을 느낄 수 있는 질문은 가급적 삼갈 것
- 가해자의 신원확인이 필요한 경우 가급적 피해자·가해자 직접 대면하지 않도록 할 것
- 대질신문은 최후의 수단으로 극히 예외적으로 시행할 것

다) 인권보호수사 준칙(법무부 훈령)

- 수사시 사건관계인의 사생활의 비밀보호, 명예 또는 신용 손상 금지(제6조 제1항)
- 자정 이후 심야조사의 금지(제17조): 합리적인 이유가 있는 경우에는 인권보호관의 허가를 받아 자정 이후 조사 가능

라) 범죄수사규칙(경찰청 훈령)

- 수사시 비밀엄수, 사건관계자의 명예훼손 금지(제9조)
- 수사시 범죄피해자 등의 심정이해, 인격존중, 피해자 조사시 조사에 적합한 장소 이용, 피해자등이 불안 또는 괴로움을 느끼지 않도록 주의(제10조의 2)
- 수사시 피해자등에게 사건처리 진행 상황 및 구조에 도움이 되는 사항

통지 의무(제10조의 3)

- 피해자 등에게 후환이 미칠 우려가 있는 때에는 피의자 기타 관계자로부터 피해자 보호조치 강구(제11조)

마) 범죄피해자보호규칙(경찰청 훈령)

- 신변안전조치(제13조): 경찰관서의 장은 피해자가 피의자 기타의 사람으로부터 생명·신체에 해를 받을 염려가 있는 경우 신변 안전에 필요한 조치를 취할 것

바) 성폭력사건 처리경찰관용 매뉴얼 중 '피해자조사시 조치사항'

- 피해자에게 제2의 상처를 줄 만한 언행 절대 금지
- 가능한 한 피해자조사 최소화
- 가해자·피해자간의 대면 최소화, 모든 조사와 신문은 분리 실시
- 대질조사를 극히 예외적으로 실시, 대질조사가 필요한 경우에도 사전기초 조사를 철저히 하여 2회 이상의 대질조사를 지양
- 대질조사 종료후 귀가조치시 피해자 귀가후 가해자 귀가조치 등으로 피해자가 불안·공포감을 갖지 않도록 주의
- 피해자의 심리적 안정을 위하여 가능한 한 여성 경찰관이 피해자조사 및 여성상담실 등 별실조사 적극 고려
- 가능한 한 최초의 피해자 진술로 피해자조사를 마무리함이 바람직
- 성폭행피해자가 아동인 경우 조사태도, 사용언어 등 더욱 유의
- 피해자에게 신원·사생활의 비밀이 보장되며 수사시 필요한 경우 신뢰관계에 있는 자 등의 동석이 가능함을 통보

사) 국가인권위원회의 수사·공판 과정에서 아동성폭력 피해자의 2차 피해자화 관련 권고에 따른 경찰청 조치사항(2004. 7. 30)

- 아동성폭력전담조사관(2003.9.1시행)에 대한 정기적 집체교육 실시, 수사기법 교양계획
- '피해자대책실' 설치 등 범죄피해자의 인권보호정책 지속추진

2) 인정사실 및 판단

가) 여성경찰관에 의한 피해자조사요구 무시 관련

경장 전○○이 피해자가족들이 여경에 의한 조사를 요구한 바 없다고 부인하나 피해자의 이모는 13세, 14세에 불과한 나이 어린 조카들인 피해자들이 경장 전○○으로부터 “삼입을 하였나”는 등 성적수치심을 유발시키는 질문을 하는 것을 듣고 여경을 불러달라고 요구했다고 주장하고 있는 바, 피해자 이모가 이러한 주장을 하였을 것이라는 점은 사회통념상 일응 수궁이 가며, 성폭력특별법이 13세 미만자에 대한 조사시 여경입회제도를 의무화하고 있으나 성폭력사건 처리경찰관용 매뉴얼 등 관련지침에서는 13세 이상자에게도 적극적으로 여경에 의한 조사를 권장하고 있는 바, 경장 전○○ 등은 피해자들의 여경 배치요구를 무시하고 조사를 진행하여 피해자가 2차 피해를 입도록 한 사실이 인정된다.

나) 공개장소에서의 피해자조사 및 피의자와 피해자간 대질지목 관련

수사담당자들 및 형사과장 경정 하○○은 ○○경찰서에 설치되어 있는 범인 식별실이 2-3명 정도 밖에 들어갈 수 없는 협소한 시설이어서 41명이나 되는 피의자들을 지목하는데 활용할 수 없어 부득이 공개된 형사과 사무실에서 피해자들이 피의자들 중 범행일시·장소별로 범인을 지목하게 되었다고 주장하고 있으나, 실제 ○○경찰서에 설치되어 있는 범인 식별실은 경정 하○○, 경장 전○○ 등의 주장과는 달리 4평 규모로 한번에 8명 정도의 피의자들을 식별할 수 있는 시설임을 확인하였는 바, 이번 사건 피의자 식별에 반드시 활용되었어야 함에도 공개된 장소에서 직접 대면조사를 실시하였고, 이번 사건 조사당시 ○○경찰서에는 진술 녹화실이 설치되어 있지 않았다고 하더라도 □□경찰서 등 인근 경찰서의 진술녹화실을 활용하여 피해자조사를 함으로써 피해자들이 조사과정에서 2차 피해를 입지 않도록 예방하는 조치를 했어야 함에도 이 부분을 소홀히 한 사실도 인정된다.

다) 피해자들이 가해자가족들에게 위해를 당하도록 방치한 점 관련

경정 하○○, 경위 송○○, 경장 전○○ 모두 피해자들이 가해자 가족들에게 둘러싸여 협박이나 모욕을 당하도록 방치한 사실을 인정하는 바, 이는 범죄 수사규칙 및 범죄피해자보호규칙에 위반하여 피해자보호조치를 소홀히 한 것이다.

라) 감식실에서의 피해자 비하 발언 관련

피해자측과 가해자인 경장 김○○의 진술이 일부 엇갈리나, 적어도 경장 김○○이 피해자들과 감식실에서 함께 있는 자리에서 “○○ 물 다 흐려 놓았다”는 등의 발언을 한 사실은 인정되는 바, 이는 피해자들을 모욕하고 인격권을 침해한 것이다.

마) 기타

경장 전○○, 경사 조○○, 경장 양○○은 2004. 11. 25.~ 2004. 12. 7. 기간 동안 여러 차례 심야까지 조사를 한 사실이 인정되고, 어린 피해자들에게 적절한 휴식시간도 제공하지 않은 채 무리한 수사를 진행한 점도 인정된다.

4. 사건담당 경찰들의 성폭력사건 피해자 보호 관련 규정 숙지도 및 국가인권위원회 관련 권고 이행 여부

가. 인정사실

1) 관련지시·교육 실태

가) ○○지방경찰청에서 제출한 ‘여성상담요원 여경배치 지시’(2004. 3. 12), ‘가정폭력 및 성매매사건 여경조사(입회) 신청제도 운영’(2004. 4. 30), ‘성폭력피해자 인권보호 강화 지시’(2004. 4. 14), ‘여성 NGO 연계 순회교육 실시’(2004. 6. 18) ‘성매매 피해여성, 청소년 조사시 유의사항 하달’(2004. 8. 12), 아동·장애인 성폭력 관련 교육실적 보고(2004. 8. 6) 등 각종 교육 실적 보고 공문, ‘여경신청제도 운영 재강조 지시’(2004. 11. 8) 등 일건 기록에 의하면 ○○지방경찰청에서는 2003. 10월 중 전국 경찰서의 진술녹화 조사실 설치 확대 시행에 앞서 2003. 9. 27. 13세미만 성폭력 피해아동 진술녹화 조사실 설치계획을 수립한 것을 비롯하여 이후 현재까지 6회에 걸쳐 진술녹화실운영 등 관련지침을 통보하였으며, 2004. 4. 30. 성·가정폭력 및 성매매사건 여경조사(입회)신청 제도 운영방안을 통보하였고, 2004. 11. 8 아동성폭력 전담조사관이 성인 및 청소년 성폭력사건도 전담하고 명칭을 「성폭력전담조사관」으로 변경하면서 대여성범죄 수사실무 교육이수자를 우선배치 하도록 하는 등 10여회에 걸쳐 관련지침을 통보하였고, 2004년 6월~7월 총3회에 걸쳐 ○○지방경찰청 전직원 및 관내 경찰서의 성폭력 전담조사관 등을 대상으로 아동, 장애인 성폭력 관련 교육을 실시한 이래 최근 까지 정기적으로 교육을 실시하였고, 교육내용은 성폭력피해자 조사시 친절한

조사, 피해자에게 필요한 정보 제공, 피해자의 신원과 사생활 비밀 보호, 대질조사는 최후의 수단으로 극히 예외적으로 시행, 피해자의 입장을 배려한 편안한 분위기에서의 조사 등이었다.

나) ○○경찰서는 ○○지방경찰청의 지시 및 교육계획에 따라 성폭력피해자 인권보호와 관련한 교육을 실시하였으나, 2004. 1. 이후 경찰서 자체 추진실적은 없다.

2) 본 사건관계자들의 성폭력피해 관련 규정 숙지 실태

가) 형사과장 경정 하○○은, 본 사건수사에 임하면서 피의자들의 검거, 증거확보, 신병처리, 범인엄벌을 통한 피해자 보호 등에 중점을 두었기 때문에 수사과정에서 피해자들이 성적수치심 등을 느끼는 등 2차 피해를 입지 않도록 하기 위한 피해자 보호조치는 미흡하였던 것이 사실이라고 진술하면서, 성폭력사건 수사는 생활안전과의 여성청소년계에서 전담하고 형사과에서는 집단성폭행 등 특이사건의 수사만을 예외적으로 담당하는 관계로 평소 성폭력사건의 수사시 피해자보호조치와 관련한 규정 및 국가인권위의 관련 권고, 상부지시사항 등을 제대로 숙지하지 못하여 휘하 경찰관들의 교육 또한 미흡하였음을 시인하였다.

나) 강력6팀장 경위 송○○은, 소속 형사과장으로부터 본 사건 수사개시 때에는 물론 평소에도 성폭력사건의 수사시 피해자보호조치와 관련한 교양을 수회 받고 이를 강력6팀원들에게 전파하였다고 주장하나, 국가인권위원회 조사관이 관련규정에 대하여 질의해 본 결과 성폭력사건의 수사시 피해자보호조치와 관련한 규정 및 국가인권위의 관련 권고, 상부지시사항 등을 제대로 숙지하지 못하고 있는 점이 확인되었다.

다) 경장 전○○은 소속 강력6팀장인 경위 송○○ 및 형사과장 경정 하○○으로부터 평소 및 본 사건 수사개시 시에 성폭력사건의 수사 시 피해자보호조치와 관련한 교양을 수회 받았다고 막연히 주장하나, 성폭력사건의 수사 시 피해자보호조치와 관련한 규정 및 국가인권위의 관련 권고, 상부지시사항 등을 제대로 숙지하지 못하고 있는 점이 확인되었다.

라) ○○경찰서 성폭력사건수사전담반 소속 여성경찰관인 경장 김○○과 같은 소속 남성경찰관인 경장 강○○, 경장 이○○은 13세 미만자를 대상으로 하는 진술녹화제도 등 성폭력특별법상의 일부규정 이외에는 성폭력사건의 수사 시

피해자보호조치와 관련한 규정 또는 국가인권위원회의 관련 권고 등을 제대로 숙지하지 못하고 있는 점이 확인되었다.

나. 판단

1) 경찰청 및 ○○지방경찰청에서는 성폭력피해자의 인권보호에 관심을 갖고 관련시책 및 교육계획을 지속적으로 수립하여 공문으로 하달하고 있으나 일선경찰서 수사 담당자들 개개인에게는 제대로 전파되지 아니하여 실제 성폭력 피해자 수사시에는 피해자 보호 관련 규정이 활용되지 않고 있다고 판단된다.

2) 특히, 경찰청에서는 2003. 9. 1부터 아동성폭력 전담 조사관제를 시행하면서 수사경력 3년 이상자 중 여성경찰관 우선으로 각 경찰서별로 3명의 전담조사관을 지정하여 운영하면서 이들을 대상으로 피해자 인권보호를 위한 교육을 수차 실시하기도 하였으나, 우선 3명의 전담조사관이 2개(○○경찰서 : 생활안전과 1명, 형사과 2명) 내지는 3개과(□□경찰서 : 생활안전과, 형사과, 수사과 각1명)에 분산 배치되어 있어서 구조적으로 팀을 이루어 성폭력 사건을 다루기가 어렵게 되어 있고, 다른 경찰관과 유사한 정도의 일반사건을 담당하면서 부가적으로 성폭력사건을 맡음으로써 전담조사관제도의 취지가 실제로는 발현되지 않고 있다고 판단된다.

3) 이는 성폭력 피해자 보호에 관한 각종 제도시행 및 교육시행에 대한 경찰청장의 지시사항에 대하여 ○○지방경찰청장이나 ○○경찰서장이 기계적으로 지시공문만을 하달하였을 뿐 시행내용이 제대로 숙지되고 이행되고 있는지 여부에 대하여는 확인·점검하지 않고 방치한데 기인한 것으로 판단된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로,

가. 국가인권위원회법 제34조에 의거 ○○지방검찰청검사장에게, 성폭력피해자의 신원과 사생활의 비밀이 누설되고 피의사실이 공표된 점과 관련하여 기자들에게 피해자들의 실명, 나이, 소속학교, 학년과 피해사실 및 피의자들의 인적사항과 피의사실이 기재된 자료가 나가게 된 경위 및 그 책임 규명을 위하여 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제21조(피해자의 신원과 사생활비밀누설금지) 위반 및 피의사실 공표죄(형법 제126조)의 혐의로 ○○경찰서 당시 형사과

장 경정 하○○과 강력6팀장 경위 송○○ 등에 대하여 수사를 개시할 것을 의뢰하고,

나. 경찰청장에게, ○○지방경찰청 치안감 한○○은 본건 사건에 있어 피해자의 신원과 사생활의 비밀이 언론에 누설되어 미성년자인 성폭력피해자가 회복하기 어려운 2차 피해를 입은 것과 관련하여 감독책임이 인정되고, 성폭력 피해자 보호와 관련하여 각종 제도의 시행을 지시하고 수차 교육을 실시하였으나 그 이행 여부에 대하여는 점검하지 아니하여 결과적으로 피해자 조사과정에 있어서 피해자에 대한 배려 및 보호조치가 전혀 이루어지지 않은 부분에 있어서도 그 책임이 인정되므로 동법 제44조 제1항 제1호에 의거 해당자에 대하여 경고조치할 것을 권고하고, ○○경찰서장 총경 남○○은 본건 사건 처리에 대한 직근 감독자로서 성폭력피해자 신원노출, 조사과정에 있어서 피해자 보호의무 소홀, 수사시 피해자 보호와 관련한 각종 지시사항 이행 소홀, 관련 교육 소홀 등 감독 및 행위책임이 인정되므로 동법 제45조 제2항에 의거 징계할 것을 권고하고,

다. 동법 제44조 제1항 제2호에 의거 경찰청장에게, 성폭력사건의 피해자 인권 보호와 관련한 여러 규정 및 국가인권위원회 권고내용 등에 대하여 수사를 담당하는 일선 경찰관 개개인이 관련 규정을 정확하게 숙지하고 이를 실제 수사에 반영할 수 있도록 경찰청 또는 지방경찰청 차원에서 지시사항 또는 교육의 결과에 대한 철저한 확인을 할 것과, 성폭력 피해자 보호를 비롯한 수사과정에서의 인권침해 방지는 간부들의 의지가 무엇보다 중요하다 하겠으므로 유사사건 발생시 간부들의 정확한 지휘 책임을 밝혀 관리·감독자를 엄하게 문책하는 등의 특단의 대책을 마련하여 시행할 것을 권고하고,

라. 수사과정에서 성폭력피해자에 대한 보호조치를 소홀히 하여 피해자들의 인격권 및 행복추구권을 침해한 점과 관련하여 ○○경찰서 형사과장 경정 하○○과 강력6팀장 경위 송○○ 및 강력6팀 소속 경장 전○○·경사 조○○·경장 양○○·경장 이○○에 대하여, 경찰서 감식실에서 피해자들을 비하하는 발언을 하여 피해자들을 모욕하고 인격권을 침해한 경장 김○○에 대하여, 모 노래주점에서 피해자들의 신원을 누설하고 실명을 거론하며 피해자들을 비하하는 발언을 하여 피해자들의 명예를 손상하고 인격권을 침해한 경장 전○○·경사 조○○·경장 양○○·경장 이○○에 대하여 각각 동법 제44조 제1항 제1호 및 제42조 제4항 제3호, 동법 제45조제2항에 의거 당사자들의 소속기관장에게 징계 등을 권고

함이 마땅하나,

경정 하○○과 경위 송○○에 대하여는 피해자 신원 누설 등 혐의로 수사의뢰한 점과 이미 전보조치가 된 점을, 경장 김○○은 정직1월의 징계처분을 받은 점을, 경장 전○○·경사 조○○·경장 양○○·경장 이○○는 각각 경징계처분을 받은 점을 감안하여 국가인권위원회에서 별도의 권고조치를 하지 않기로 하여, 주문과 같이 결정한다.

2004. 12. 27.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 최영도 위 원 최영애 위 원 김호준 위 원 정강자
위 원 이홍록 위 원 김만흠 위 원 나천수 위 원 이해학
위 원 정인섭

㉓ 2004. 10. 11.자 04진인1589 결정 [수사권남용]

장애인 청소년 피의자를 조사하면서 적절한 보호조치를 소홀히 한 사례

【결정요지】

- [1] 소년법 제9조 및 사법경찰관집무규칙 제41조 등에 규정한 소년사건 처리에 관한 특별규정에 의거 청소년 피의자의 성격, 경력, 가정환경, 심신상태 등 제반사정을 면밀히 파악하여 특별한 배려를 하여야 하고, 체포사실을 가족에게 알려 접견 및 조력을 받을 수 있도록 적극적인 보호조치를 강구하여야 함에도 피진정인들이 미성년 정신지체2급 장애인인 피해자에 대하여 적절한 보호조치를 강구하지 않은 사실이 인정됨.
- [2] 인권보호수사준칙, 사법경찰관리집무규칙 및 범죄수사규칙 등에 따른 각 소정의 적법절차를 위반한 것일 뿐만 아니라 헌법 제10조, 제12조 및 아동권리에 관한 협약 제9조 등에서 연유하는 피해자의 비변호인과의 접견교통권, 신체의 자유 및 아동으로서의 보호받을 권리를 각 침해한 것으로 판단.

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조, 소년법 제9조령 제15조 제1항

【진 정 인】 김○○(피해자의 부)

【피 해 자】 김○○

【피진정인】 ○○경찰서 ○○지구대장 경감 조○○ 외

【주 문】

- 1. 서울지방경찰청장에게, 피진정인5에 대하여 경고조치할 것을 권고한다.
- 2. 서울○○경찰서장에게,
 - 가. 피진정인1, 4에 대하여는 경고, 그리고 피진정인2, 3에 대하여는 주의조치를 하고,

나. 소속 수사담당직원들에 대하여는 청소년 장애인 등 피의자를 수사하는 경우, 준수해야 하는 제반 규정과 절차를 충실히 준수하도록 자체직원교육을 실시할 것을,

각 권고한다.

3. 진정요지 '나'항은 기각한다.

4. 진정요지 '다'항 및 '라'항은 각 각하한다.

【이 유】

1. 당사자의 지위

가. 피해자는 정신지체2급장애자로 ○○공고의 특별학급 1학년에 재학 중이던 2004. 5. 2. 19:05경 특수절도 혐의로 동 절도사건 피해자에게 현행범으로 체포된 후 피진정인들에게 인계되어 조사를 받고 다음날인 5. 3. 00:20 일시귀가 조치되었다가 2004. 7. 28. 공범 미 검거 및 증거불충분에 따른 '참고인증지의견'으로 ○○지방검찰청에 불구속 송치된 자이고, 진정인은 피해자의 어머니로부터 도움을 요청받고 2004. 5. 20. 국가인권위원회에 본 진정을 제기한 시민사회단체의 대표자이다.

나. 피진정인들은 위 피의사건의 초동수사를 담당하였던 ○○경찰서 생활안전과 ○○지구대 소속 경찰관들이다.

2. 진정요지

진정인은 ○○시민연대의 대표자인바, 피진정인들이 2004. 5. 2. 특수절도혐의로 피해자를 체포·조사하면서 아래와 같이 피해자의 인권을 침해하였는바, 가해자들의 처벌 및 재발방지를 원한다.

가. 피해자가 미성년 정신지체장애인임에도 부모나 후견인의 접견 및 입회 등의 적절한 보호조치 없이 장기간 동안 수사하고,

나. 체포 및 조사 시 수갑을 채운 상태에서 발로 차고 주먹으로 머리를 때리

는 등 폭행하였으며,

다. 긴급체포 요건에 해당하지 않는데도 부당하게 긴급체포하고,

라. 피해자의 모친에게 무혐의 석방된 피해자를 경찰서에 출석시키라며 협박하였다.

3. 진정인, 피해자 및 피진정인들의 각 주장 요지

가. 진정인 및 피해자

(1) 체포 당시 피진정인2, 3이 피해자를 구둑발로 다리를 4~5회 걷어차고, 수갑을 채운 뒤에는 주먹으로 머리와 목 부분을 각 4~5회 구타하여 머리에서 피가 났고 성내지구대 사무실에 데리고 가서는 피진정인1, 4, 5 등이 거짓말을 한 다며 손바닥으로 뺨을 수차례 때렸다.

(2) 피해자의 어머니가 2004. 5. 2. 20:00경 피진정인들로부터 피해자의 체포사실을 접하고, ○○지구대 사무실로 찾아가 피해자를 풀어 줄 것과 접견을 요구하였으나 거부하고, 같은 날 21:00경 피해자가 정신지체장애인이라고 밝혔으나 무시하고 계속 피해자를 끌고 다니며 조사하다가 시민단체 관계자인 오○○ 등이 방문하여 항의하자 다음날인 5. 3. 00:20경 피해자를 귀가 조치하였다.

나. 피진정인들

(1) 2004. 5. 2. 18:56경 절도사건 피해자인 조○○(남, 20세, 대학생)이 ○○시 ○○구 ○○동 384번지 앞 노상에서 자신의 지갑을 훔쳐 달아나는 절도범 중 1명을 붙잡고 있다는 112신고 지령을 접하고, 피진정인1, 2, 3이 현장에 출동하여 같은 날 19:10 피해자를 인수받아 ○○지구대 사무실로 호송하였는데, 신병 인수 당시 피해자에게 수갑을 채우거나 구타 등 가혹행위를 한 사실이 없으며 다만, 피의자를 대동하여 외부조사 시에 도주우려가 있어 수갑을 사용한 것이다.

(2) 피진정인1의 지휘 하에 같은 날 19:30경 야간근무조인 피진정인4, 5가 주간근무조인 피진정인2, 3으로부터 피해자를 인계받고, 피진정인1, 2, 3이 미 검거된 절도사건 공범 손○○외 1명을 검거하기 위해 피해자를 대동하여 피해자가 지목하는 공범과 피해자의 거주지, 범행현장인 오락실 등을 방문하여 소재수사를 하였으나 위 공범들을 검거하지 못하고 지구대사무실로 그냥 돌아왔다가 23:50경

소속 경찰서 여성청소년계에 피해자의 신병을 인계한 사실이 있다.

(3) 처음 피해자를 대면하였을 때, 피해자가 황설수설하며 당황해 하였는데, 이는 검거에 따른 압박감으로 인한 것으로 보였고, 또한 조사 중에는 공범의 집을 허위로 알려 주고 핸드폰으로 공범의 소재를 물어 보라고 했더니 자신이 잡혔다고 알려주는 등의 행위로 보아 범행 및 공범을 은닉하려는 거짓행동을 하고 있다고 판단하였을 뿐 피해자가 정신지체장애인이라는 사실을 알지 못하다가 당일 24:00경 오○○ 등 시민단체관계자의 항의방문 후에 알게 되었다.

(4) 피진정인1, 2, 3이 공범의 소재수사 중 피해자의 체포사실을 통지하고 협조를 구하려고 피해자의 거주지에 찾아가 피해자의 어머니에게 체포사실을 통지하자 피해자의 어머니가 “우리 아들이 그럴 리가 없다”라며 고성을 지르고 폭언을 하며 거칠게 항의하였고, 이후 지구대 사무실에 찾아와서도 체포사실을 거듭 항의하며 피해자를 찾았으나, 피해자와의 접견은 여성청소년계 인계 후에 해도 무방하다고 판단하여 접견을 허락하지 않았다.

4. 인정사실 및 판단

가. 미성년 정신지체장애인에 대한 보호조치에 대하여

(1) 인정사실

(가) 장애·청소년 피의자 수사에 대한 관련 규정

- ① 소년법(법률 제4929호) 제9조(조사방침)
- ② 아동권리에관한협약(비준 1991. 12. 20.) 제9조제1항, 제40조제2항제(b)
- ③ 인권보호수사준칙(법무부훈령 제474호) 제8조(장애인, 청소년의 보호), 제16조(조사과정에서 지켜야할 사항)
- ④ 사법경찰관리집무규칙(법무부령 제529호) 제41조(소년사건 수사의 기본), 제42조(소년의 특성의 고려), 제43조(범죄의 원인 등과 환경조사)
- ⑤ 범죄수사규칙(경찰청훈령 제384호) 제197조(범죄의 원인과 환경조사), 제198조(관계기관과의 연락), 제199조(보호자와의 연락)

(나) ○○경찰서 여성청소년계 경장 이○○이 작성한 피해자에 대한 수사보고서에 의하면, 피해자는 2002. 1. 28.자로 ○○구청 사회복지과에 ‘정신지체2급’으로 등록된 장애인이고, ○○공업고등학교에서 운영하는 장애인을 위한 특수학급 1학년에 재학 중이다.

(다) 피해자에 대한 수사기록, ○○경찰서 강력5반장인 참고인 경위 이○○ 및 피진정인들의 진술에 의하면, 피진정인1, 2, 3이 2004. 5. 2. 19:10경 ○○시 ○○구 ○○동 384번지 앞 노상에서 절도사건 피해자인 참고인 조○○으로부터 현행범 체포된 피해자를 인수받아 ○○지구대 사무실로 호송하고, 이어 피진정인1의 지휘 하에 동 업무를 인계받은 피진정인4, 5가 피진정인1과 함께 같은 날 23:50경 ○○경찰서 여성청소년계 경장 이○○에게 신병을 인계하기까지 약 4시간 40분 동안 위 절도사건의 공범들을 검거하기 위하여 피해자를 신문하여 자필 진술서를 쓰게 하고, 수갑을 채운 채 공범 및 피해자의 주거지, 범행현장 등을 동행수사하고, 또한 피진정인1이 피해자가 진술하였다는 본건 외에 다른 슈퍼마켓 절도사건의 혐의를 확인하고자 같은 경찰서 강력5반 경위 이○○ 등에게 피해자의 신병을 넘겨주어 현장을 확인하게 하는 등 수사를 한 사실이 있다.

(라) 피진정인 2, 3이 절도사건 피해자로부터 피해자를 인수받고, 후번 근무자인 피진정인4, 5에게 피해자의 신병을 인계하는 과정에서나, 이후 피진정인1, 4, 5가 피해자를 대동하여 공범 검거 등 수사과정에서 수사업무 종사자가 지켜야 할 장애인 및 청소년에 대한 수사방침 및 절차를 규정한 위 (가)항의 각 규정을 준수하였다고 볼 만한 구체적인 진술 및 자료를 제출하지 못하고 있고, 다만 피진정인1, 4, 5가 수사 중 피해자의 어머니에게 피해자의 체포사실만을 고지하였다고 진술하고 있다.

(마) 피진정인들은 피해자가 정신지체 장애인이라는 사실을 알지 못하였다고 주장하는 부분과 관련하여, 2004. 5. 2. 23:50경 피해자의 신병을 넘겨받은 여성 청소년계 경장 이○○은 “피해자를 대면하자마자 범행사실 및 경위에 대해 질문을 해 보니 피해자가 어눌한 말투로 황설수설하는 것이 정신이상자로 보이고, 청소년인 관계로 야간조사가 어렵다고 판단되어 5. 2. 00:20경 일단 귀가 조치하였다”라고 진술하고 있으며, 같은 날 21:00경 피진정인1로부터 수사요청을 받고 피해자를 대동하여 범행현장을 수사하였던 같은 경찰서 강력5반장 경위 이○○도 “현장을 확인해 보니 피해자의 진술과 다르고, 피해자가 신병성 없이 진술을

오락가락하는 것이 저능아로 보여 곧 바로 신병을 넘겨주었다”라고 진술하고 있다.

(마) 또한, 위 절도사건의 피해자인 참고인 조○○(만 20세, 대학생)은 “피해자를 붙잡을 당시에는 몰랐으나 ○○지구대에 와서 피해자가 피진정인2, 3 등 경찰관들과 말하는 것을 보니 정상인이 아닌 것 같았다”라고 진술하고 있고, 피해자의 어머니는 “피진정인1, 4, 5로부터 체포사실을 접하고 ○○지구대 사무실에 찾아가 항의하는 과정에서 피해자와의 접견을 요구하고 피해자가 정신지체장애를 앓고 있다고 말하였으나 무시하였다”라고 진술하고 있다.

(2) 판단

(가) 위 인정사실을 종합해 보면, 피진정인들이 현행범으로 체포된 피해자를 인수받아 인계하거나 초동수사를 함에 있어, 비록 범죄사실의 특정, 공범 검거 등 수사의 필요성이 인정된다고 하더라도 장애인 청소년 피의자를 최초 대면하여 신병처리하거나 조사하는 경우에는 소년법 제9조 및 사법경찰관리집무규칙 제41조 등에 규정한 소년사건 처리에 관한 특별규정에 의거 청소년 피의자의 성격, 경력, 가정상황, 심신상태 등 제반사정을 면밀히 파악하여 특별한 배려를 해야 하고, 아울러 신속히 체포사실을 가족에게 고지하여 가족 및 후견인 등의 접견 및 조력을 받을 수 있도록 적극적인 보호조치를 강구하여야 함에도 불구하고, 피진정인2, 3은 2004. 5. 2. 19:10경부터 같은 날 19:30경 피해자의 인수인계 과정에서, 그리고 피진정인1, 4, 5는 피해자의 신병을 인수받아 같은 날 23:50경까지 약 4시간 40분간 수사하면서 미성년 정신지체2급 장애인인 피해자에 대한 적절한 보호조치를 강구하지 않은 사실이 인정된다.

(나) 피진정인들은 피해자가 정신지체 장애인임을 알지 못하였다고 주장하고 있으나 관련 참고인들의 진술을 감안해 볼 때, 이러한 피진정인들의 주장은 받아들이기 어렵고, 설혹 몰랐다고 하더라도 그 책임이 면제되는 것은 아니라 할 것이다.

(다) 정상적인 성인의 경우에도, 갑작스러운 신체의 구금은 대단한 정신적 충격과 흥분이 동반되므로, 형사소송법 제198조에서는 수사업무 담당자의 수사시 ‘피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중’할 것을 주의사항으로 명시하고 있고, 범죄수사규칙 제166조에서는 ‘조사를 함에 있어서 언동에 주의하며 상대자의 언

령, 성별, 환경, 성격 등에 알맞은 처우를 하는 등 그 심정을 이해하여야 한다”라고 규정하고 있다. 그런데 청소년 및 장애인의 경우에는, 그 정신적 압박과 심적 고통이 더욱 클 것이라 예상되므로, 수사기관의 주의의무가 더욱 더 요청된다고 할 것인바, 피진정인들의 위와 같은 각 행위는 수사업무의 종사자로서 수사 당시 심신 장애 청소년에 대하여 반드시 준수해야 하는 적절한 보호조치를 하지 아니한 책임이 크다 할 것이므로, 위 인정사실 (가)에서 열거한 인권보호수사준칙, 사법경찰관리집무규칙 및 범죄수사규칙 등에 따른 각 소정의 적법절차를 위반한 것일 뿐만 아니라 헌법 제10조, 제12조 및 아동권리에관한협약 제9조 등에서 각 연유하는 피해자의 비변호인과의 접견교통권, 신체의 자유 및 아동으로서 보호받을 권리를 각 침해한 것으로 판단된다.

나. 체포 및 조사 시 폭행에 대하여

(1) 진정인을 현행범인으로 체포하고 피진정인1, 2, 3에게 인계하였던 참고인 조현준은 “현장에 출동한 경찰관들이 현행범 인수 당시 피해자에게 수갑을 채우거나 구타 등 가혹행위를 한 사실이 없다”라고 진술하고 있다.

(2) 진정인과 피해자는 피진정인2, 3의 폭행으로 인하여 피해자의 머리에서 출혈 흔적을 보았다고 주장하고 있으나, 피진정인들 모두 현행범 인수시나 수사시에 피해자를 폭행한 사실이 없다며 관련사실을 부인하고 있고, 달리 동 주장을 입증할 만한 객관적인 자료가 없다.

다. 부당한 긴급체포 및 협박에 대하여

진정인이 위 진정내용을 취하였다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로,

이 사건, 피진정인들이 초동수사를 함에 있어 피해자의 심신상태를 간과하고, 특히 피진정인1, 4, 5가 피해자의 어머니 등과의 접견 등 보호조치를 적절히 하지 않은 행위는 본연의 수사업무를 수행하는 과정에서 주의의무를 게을리 하여 소정의 관련 적법절차를 위반한 것인바, 재발방지 및 주의를 환기시키는 차원에서 책임의 경중에 따라 각 주의·경고조치 및 자체 직원교육을 실시하도록 국가

인권위원회법 제44조제1항제1호 및 제2호의 규정에 따라 각 권고하기로 하고,

진정요지 '나'항은 입증사실이 없는 등으로 사실이 아닌 것으로 판단되는 경우
이므로 국가인권위원회법 제39조제1항제1호를 적용하여 기각하기로 하며,

진정요지 '다'항 및 '라'항은 진정인이 진정을 취하한 경우이므로 국가인권위원
회법 제32조제1항제8호를 적용하여 주문과 같이 결정한다.

2004. 10. 11.

국가인권위원회 제2소위원회

위원장 조미경 위 원 신동운 위 원 이홍록

㉔ 2005. 6. 21.자 04진인3707 결정 [적법절차위반 등]

- [1] 경찰관이 청소년 절도혐의자를 임의동행 형식으로 연행하면서 부모에게 연락하지 않고 수사를 계속한 것이 헌법 제12조 신체의 자유를 침해한 것인지 여부(적극)
- [2] 청소년에게 경찰관 정보원의 역할을 강요한 것이 신체의 자유 및 양심의 자유의 침해인지 여부(적극)

【결정요지】

- [1] 경찰관이 청소년 절도혐의자를 임의동행 형식으로 연행하면서 청소년 사건의 특수성을 전혀 고려하지 않고 성년수사와 마찬가지로 보호자인 부모에게 연락하지 않고 수사를 계속한 것은 청소년의 경찰조사과정에서 부모 등의 보호자의 조력을 받을 수 있는 기회를 박탈한 것이므로 헌법 제12조 제1항 적법절차의 원칙, 제4항 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다.
- [2] 청소년에게 경찰관 정보원의 역할을 강요한 것은 경찰관의 단순한 범죄 제보를 부탁하는 수준이라고 하더라도 청소년에게는 신고하지 않으면 어떤 불이익을 받을 지도 모른다는 상당한 압박감을 받았을 것이 충분히 인정되므로 이는 청소년의 신체의 자유 및 양심의 자유를 침해한 것이다.
- [3] 위 [1], [2]의 사실이 인정되므로 해당 경찰서장에게 당해 경찰관들을 경고조치하도록 하고, 경찰청장에게 여성·청소년 사건은 특별한 사정이 없는 한 소년경찰직무규칙 제3조에 따라 여성·청소년에게 또는 소년업무 취급부서에서 전담하도록 조치하고, 청소년의 수사시 소년경찰직무규칙의 규정이 잘 준수될 수 있도록 직원들을 교양할 것을 권고함

【참조조문】 헌법 제12조, 제19조

【진 정 인】 박○○

【피 해 자】 최○○

【피진정인】 김○○ 외 1인

【주 문】

1. ○○중부경찰서장에게 피진정인들을 경고조치할 것을 권고한다.
2. 경찰청장에게 여성·청소년 사건은 특별한 사정이 없는 한 소년경찰직무규칙 제3조에 따라 여성·청소년계 또는 소년업무 취급부서에서 전담하도록 조치하고, 청소년 등 수사시 소년경찰직무규칙의 규정이 잘 준수될 수 있도록 직원들을 교양할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피진정인들은

가. 2004. 8. 29. 피해자 최○○(남, 15세)을 절도 혐의로 ○○중부경찰서 ○○치안센터로 데리고 가 자술서를 쓰게 하고 절도 피해자 확인을 위해 범행 장소에 동행시키는 등 미성년자인 최○○을 상대로 수사를 진행하면서 보호자에게 통지를 하지 않았고, 같은 달 31. 위 최성경을 인천중부경찰서로 소환하여 조사하면서도 역시 사전에 보호자에게 통지를 하지 않고,

나. 2004. 8. 29. 조사과정에서 위 최○○에게 피진정인 가운데 한 명의 핸드폰(011-0000--0000)를 알려 주며 “오늘 일은 작은 일이므로 봐준다. 집이나 학교로는 절대로 연락을 하지 않을 테니 너 보다 더 나쁜 불량학생을 데리고 와라. 총 5명을 데리고 오고 이틀 후에 형사들에게 전화해라. 그렇지 않으면 경찰서로 데리고 간다”고 말하여 위 피해자에게 정보원 역할을 강요하였다.

2. 진정인 및 피진정인의 각 주장 요지

가. 진정인의 주장요지

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인의 주장 요지

1) 2004. 8. 29. 피해자 최○○을 ○○중부경찰서 ○○○치안센터로 임의동행 형식으로 연행할 때 위 피해자는 부모에게 연락을 하지 말아 달라고 말했고, 절취사실 여부에 대한 확인이 되지 않은 상태라 최○○의 부모에게 연락을 하지 않은 것이다.

2) 같은 달 31. 피해자 최○○을 ○○중부경찰서 강력1반으로 임의동행 형식으로 연행한 후 위 피해자의 어머니인 진정인에게 곧바로 전화로 연락을 해서 절도혐의로 조사를 받고 있다는 사실을 알려주었다.

3) 피진정인 반○○이 같은 달 29. ○○○치안센터에서 피해자를 조사한 후 핸드폰 번호를 가르쳐주며 나쁜 짓 하는 학생이 있으면 아저씨들에게 가르쳐 달라고 말했을 뿐이고 피해자에게 강압적으로 정보원 역할을 강요한 적은 없다.

3. 인정사실

진정인이 작성한 진정서, 피진정인들이 작성한 서면진술서, 피해자 최○○이 작성한 자인서 사본, 피진정인 김○○이 작성한 절도 피해자 이○○에 대한 진술조서 사본, 피진정인 송○○이 작성한 최○○에 대한 피의자신문조서 사본, 피진정인 김○○이 작성한 수사보고서 사본과 조사관이 작성한 최○○에 대한 문답서, 피진정인 반○○에 대한 문답서의 각 기재내용에 의하면 아래와 같은 사실이 인정된다.

가. 피진정인 김○○, 반○○은 2004. 8.경 진정외 김○○으로부터 피해자 최○○(남, 15세)이 악세사리 가게에서 목걸이, 반지 등을 절취하였다는 제보를 접하고, 같은 달 29. 18:00경 인천 남구 용현동 소재 ○○초등학교에서 친구들과 놀고 있는 최○○을 찾아가 임의동행 형식으로 ○○○치안센터로 연행하였다.

나. 피진정인 김○○, 반○○은 18:30경 ○○○치안센터에 도착해서 위 최○○에게 펜과 빈 에이포(A4) 용지를 주면서 언제, 어디서, 누구랑, 무슨 물건을 훔쳤는지에 관해서 쓰라고 요구하여 위 최○○은 그 자리에서 2004. 6.경에 친구인 김○○과 제물포 지하상가에서 2회에 걸쳐 목걸이 2개, 팔찌 3개를 훔쳤다는 취지의 자인서를 작성하였다.

다. 피진정인 김○○, 반○○은 위 최○○이 자인서의 작성을 마치자 절도 피해자를 확인하기 위해 위 최○○을 대동하고 인천 남구 송의동 소재 제물포역 지하상가 악세사리 가게 주인인 진정외 이○○를 찾아가 피해내역을 확인한 후 같은 날 19:00경 위 최○○을 차에 태워 ○○초등학교로 다시 데려다 준 후 당일 조사를 마쳤다.

라. 피진정인 반○○은 같은 날 최○○을 조사하는 도중 동인에게 핸드폰 전화번호(011-0000-0000)를 알려주며 오토바이를 훔치는 것과 같이 나쁜 짓 하는 아이 5명을 알아 오고 이틀 후에 다시 전화하라는 말을 하였다.

마. 최○○은 피진정인 반○○이 이틀 후에 다시 연락하라는 말에 따라 같은 달 31. 오후 경에 위 반○○에게 연락을 하였고, 피진정인 김○○은 최○○의 전화를 받고 방과 후에 친구 김○○과 함께 학교 정문 앞으로 나오라는 요구를 하였다.

바. 피진정인 김○○, 반○○은 같은 날 16:00경 최○○이 다니는 인천 ○○중학교 정문 근처에서 최○○과 김○○을 만나 절도 혐의에 대해 조사할 것이 있다는 이유로 임의동행 형식으로 ○○중부경찰서 강력1반 사무실로 연행하였다.

사. 피진정인 김○○남이 위 최○○을 ○○중부경찰서로 연행한 이후인 17:00경 위 최○○의 부모인 진정인에게 전화로 아들이 위 경찰서에서 절도혐의로 조사를 받고 있으니 와서 데리고 가라는 취지의 말을 하였다.

아. 피진정인들은 2004. 9.경 위 최○○과 김○○을 특수절도 혐의(악세사리 반지 6개, 목걸이 2개, 팔찌 3개 합계 34,000원 상당을 절취하였다는 내용)로 불구속 기소의견으로 사건을 인천지방검찰청에 송치하였다.

4. 판 단

가. 진정요지 가.항에 대한 판단

1) 소년(20세 미만인 자)의 경우 성년과 달리 자신의 의사를 자유롭게 표시하거나 법률적 의미를 완전히 이해할 능력이 부족하므로 형사절차에 있어 여러 가지 배려를 할 필요가 있다. 특히 소년이 자신이 처한 상황을 정확하게 이해하고 적절한 방어권을 행사하기 위해서는 부모 등 보호자로부터 도움을 받을 수 있는

권리를 보장하는 것이 다른 무엇보다 중요하다.

2) 그런데 위와 같이 소년이 부모를 포함한 변호인의 조력을 받을 권리를 보장 받기 위해서는 수사기관이 소년사건의 특수성을 이해하고, 소년의 보호자에게 소년이 형사절차에 편입되어 있음을 알려주는 등의 절차가 선행되어야 하는 것이 필요하다.

3) 이런 필요성에 의해 법무부 훈령인 인권보호수사준칙 제16조 제3호는 '진술인의 연령이나 지적 능력 등을 고려하여 진술하는 내용을 조리 있게 정리할 수 있도록 도와준다.' 진술인이 연소자이거나 심신 장애 등의 사정으로 자신의 권리를 제대로 행사하지 못할 때에는 본인이나 친족 등에게 보조인을 선정하도록 권유한다'고 규정하고 있고, 경찰청 훈령인 범죄수사규칙 제199조는 '소년피의자의 출석요구나 조사를 함에 있어서는 그 소년의 보호자나 이에 대신할 자에게 연락하여야 한다'고 규정하고 있으며, 경찰청 예규인 소년경찰직무규칙 제3조는 '이 규칙에 규정한 직무는 경찰서 여성·청소년계 또는 소년업무 취급부서에서 주관한다', 제8조 제3호는 '소년 또는 보호자를 소환함에 있어서는 반드시 그 사유를 명시한 서면에 의할 것이며, 특히 보호자의 이해와 협조를 얻어야 하고, 필요할 때에는 보호자의 동조를 의뢰하여야 한다', 제31조 제2호는 '소년의 보호자, 기타 소년에 대하여 사정을 잘 알고 있는 자의 협력을 얻어야 한다'고 규정하여 소년 사건에 대하여는 경찰서 여성·청소년계 또는 소년업무 취급부서에서 주관하도록 하고, 절차적으로도 수사기관의 통지의무에 대하여 따로 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

4) 이 사건에서 피진정인들은 ○○중부경찰서 강력반 소속으로 피해자 최○○을 두 차례 임의동행 형식으로 연행하면서도 최○○의 부모에게 사전에 한 번도 연락을 하지 않았고, 2004. 8. 29.에는 피해자 최○○에게 절도 범행에 대한 자인서를 작성하게 하고, 범행 장소에 대동하기도 하는 등 실제 수사를 진행함에도 불구하고 보호자에게 위 사실을 알리는 절차를 이행하지 않는 등 최○○이 소년이라는 사건의 특수성을 전혀 반영하지 않은 채 수사를 진행하여 최○○이 경찰 조사 과정에서 부모 등 보호자의 조력을 받을 수 있는 기회를 사실상 박탈한 결과를 초래하였다.

5) 피진정인들은 2004. 8. 31. 최○○을 ○○중부경찰서로 연행한 후 곧바로 진정인에게 연락을 하였다고 주장하나, 최○○이 경찰에서 조사를 받고 있다는 사

실을 전혀 알지 못했던 진정인이 짧은 시간에 모든 사태를 파악하고 최○○을 위해 방어준비를 한다는 것은 사실한 불가능 하다고 보여 지므로 위 통지사실 만으로는 피진정인들이 소년사건 조사에 있어 준수해야 할 통지의무를 이행했다고 볼 수 없다고 판단된다.(최○○은 8. 29. ○○○치안센터에서 절도 범행사실을 시인했으므로 8. 31. 1회 조사만으로 경찰의 조사가 종결되었고, 진정인은 경찰관의 연락을 받고 ○○중부경찰서에 도착한 후 5분 정도 최○○이 피의자신문을 받는 장면을 지켜보는 정도의 역할만 하였다)

6) 위와 같은 결과는 소년 사건의 경우 그 특수성을 이해하고 있는 여성·청소년계로 인계하여 처리하는 것이 소년경찰직무규칙 제3조의 규정에 보다 부합함에도 불구하고 강력반 소속인 피진정인들이 소년사건의 특수성을 고려함이 없이 성인과 똑같은 방법으로 사건을 처리한 것도 하나의 이유가 된다고 볼 수 있다.

7) 따라서 피진정인들이 범죄수사규칙 제199조, 소년경찰직무규칙 제3조, 제8조 제1호, 제3호, 제31조 제2호에서 정한 업무분장, 통지의무 규정을 위반하여 경찰조사 과정에서 최○○이 부모의 조력을 받지 못한 결과는 헌법 제12조 제1항 적법절차원칙, 제4항 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로 판단된다.

나. 진정요지 나.항에 대한 판단

1) 피진정인 반○○은 피해자 최○○에게 오토바이를 훔치는 것과 같이 나쁜 짓 하는 아이가 있으면 알려 달라고 한 사실을 인정하고 있다.

2) 이에 대해 피진정인 반○○은 2004. 8. 29. 최○○을 조사 후 귀가시키면서 통상적인 정보수사 차원에서 나쁜 짓 하는 아이가 있으면 알려달라고 한 것이 피해자 최○○에게 정보원 역할을 강요하지는 않았다고 주장하고 있다.

3) 그러나 경찰관이 단순히 범죄제보를 부탁하는 수준이라도 성년과 달리 감수성이 예민한 청소년의 경우 심한 정신적 압박감을 느낄 수 있는 점, 이 사건의 경우 피진정인 반○○이 최○○에게 핸드폰 번호를 알려주고 구체적으로 명수(5명)까지 정해 나쁜 짓 하는 아이를 알려달라고 한 것과 최○○은 '경찰관 아저씨가 이번 일은 봐줄 테니 나쁜 짓 하는 아이 5명을 알아오라고 했다'고 진술하고 있는 것으로 볼 때 피진정인 반○○이 단순히 범죄제보를 부탁하는 수준으로 보기도 어려운 점, 최○○ 또한 친구인 김○○이 피진정인들에게 절도사실을 알려 조사를 받고 있었던 점 등을 참작하면 중학교 3학년에 재학 중인 어린 최

○○이 경찰의 말대로 정말로 나쁜 짓 하는 아이 5명을 신고하지 않으면 어떤 불이익을 받을 지도 모른다는 상당한 심리적 압박감을 받았을 것이 충분히 인정되므로 피진정인 반○○의 주장은 받아들일 수 없다.

4) 따라서 피진정인 반○○의 위와 같은 행위는 헌법 제12조 제1항에서 정하는 신체의 자유 내지는 헌법 제19조에 정한 양심의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 향후 유사한 사례의 재발을 방지하기 위해 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호에 따라 주문과 같이 결정한다.

2005. 6. 21.

국가인권위원회 제2소위원회

위원장 김호준 위 원 이해학 위 원 나천수

㉔ 2005. 11. 28.자 05진인774 결정 [미성년 피의자 조사]

경찰조사 후 자살한 미성년자의 사건에서 미성년 피의자 조사에 관련하여 헌법 제10조, 제12조 등을 침해함을 이유로 권고한 사례

【진 정 인】 ○○○

【피 해 자】 권○○

- 【피진정인】**
1. 손○○ (경장, ○○○경찰서 ○○지구대)
 2. 정○○ (순경, ○○○경찰서 형사과)
 3. 이○○ (순경, ○○○경찰서 여성·청소년계)
 4. 황○○ (경장, ○○○경찰서 여성·청소년계)
 5. 김○○ (경위, ○○○경찰서 여성·청소년계)

【주 문】

1. 경찰청장에게, 각 경찰서 경찰관들에게 본 사례를 전파하여 「소년경찰직무규칙」 등에서 정하고 있는 미성년 피의자 조사 시 주의의무의 중요성을 환기시킬 것을 권고한다.
2. 경기도지방경찰청장에게, 피진정인들에 대한 관리책임을 물어 신○○ ○○○ 경찰서장을 주의조치할 것과 피진정인 손○○, 이○○, 황○○에 대한 징계 및 피진정인 김○○에 대해서는 경고(계고), 피진정인 정○○에 대하여는 주의조치 할 것을 각 권고 한다.
3. 대한변호사협회에 진정인의 손해배상을 위한 법률구조를 요청 한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인의 아들인 피해자 권○○(당 17세)은 2005. 3. 6.부터 8.까지 ○○○경찰서에서 성폭력 혐의 피의자로 조사를 받고 석방되어 집으로 돌아온 다음날 자살을 하였다. 진정인과 가족들은 피해자가 자살한 후에 피해자가 경찰서에서 조사 받은 사실을 알게 된 것인바, 미성년자인 피해자를 보호자에게 연락도 하지 않고 연행하여 조사한 것은 부당하다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인

1) 피진정인1 손○○

2005. 3. 7. 22:30경 진정의 윤○○로부터 ‘딸(15세)이 피해자로부터 성폭행을 당했으나 붙잡아 달라는 신고를 받고 위 윤○○의 딸과 피해자가 만나기로 하였다는 현장에 임하여, 2005. 3. 8. 00:00경 피해자를 지구대로 임의 동행한 후 위 윤○○의 신고내용을 중심으로 피해자, 고소인 등을 조사하고 당일 01:20경 피해자를 당직반에 인계시켰다. 지구대 동행 후 피해자에게 집으로 연락하라고 했으나 거부하였고, 연락처도 알려주지 않아 피해자의 부모에게 별도로 연락을 하지 못했고, 나중에 당직반 등에서 연락할 것으로 생각하였다.

2) 피진정인2 정○○

강력반 당직 근무 중인 2005. 3. 7. 01:30경 피진정인1로부터 피해자 신병을 인계받은 후 피해자를 형사과 피의자 대기실에 대기 시켰다가 같은 날 03:00경 여성·청소년계 소속 피진정인3에게 피해자를 인계 시켰을 뿐이다.

3) 피진정인3 이○○ · 피진정인4 황○○

피진정인3이 2005. 3. 7. 02:30경 순경 김○○에게 연락을 받고 03:00경 형사

당직실 피의자 대기실에서 대기하고 있던 피해자의 신병을 인계하였다. 피진정인3은 피해자 신병인수 후 약 1시간 정도 구두 조사를 한 후 상급자인 피진정인4에게 조사 내용(고소사실, 피해자가 고소사실을 부인한다는 내용 등)을 보고하였고, 피진정인4가 사무실로 출근 하겠다고 하여 당일 03:30부터 05:30까지 피해자를 사무실 내 간이침대에서 재웠고, 05:30경 피해자를 깨워 조사를 하던 중 05:40경 피진정인4가 사무실에 도착한 후 06:00경 피해자를 긴급체포 하였다.

신병인계 후에 피해자에게 연락처를 물어 보았으나 보호자 연락처를 알려주지 않아 연락을 하지 못하였다. 피해자를 긴급체포하여 조사하던 중 피해자가 피진정인3에게 집 전화번호와 누나의 핸드폰 번호를 알려주어 당일 10:00경 피해자의 집과 피해자 누나의 이동전화로 수차례 전화를 걸었으나 아무도 받지 않아 서면으로 체포통지를 하였다.

4) 피진정인5 김○○

2005. 3. 7. 당직 중인 05:00-06:00경 피진정인3으로부터 피해자 조사경위를 보고받고 피해자를 애초 지구대에서 긴급체포 해 왔어야 한다고 생각했으나 긴급체포 조치가 안 되어 있어 피해자를 긴급체포하여 조사하라고 지시하였다.

3. 인정사실 및 판단

가. 인정사실

의정부경찰서에서 제출한 피해자 관련 수사기록, 진정인 및 피진정인들의 진술서, 문답서 등의 진술을 종합하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

1) 피해자는 진정 외 윤○○(여, 만15세)의 아버지 윤○○의 신고에 의하여 2005. 3. 7. 00:00경 피진정인1에 의하여 연행되어(피진정인1은 임의동행이었다고 주장한다) 의정부경찰서 ○○지구대에서 조사를 받게 되었다. 위 피해자 연행 당시 현장에 있던 최○○(피해자의 친구)은 '본인이 아르바이트 하던 피자집에 피해자가 놀러와 얘기를 나누던 중 위 윤○○의 언니라는 사람과 아버지가 찾아왔고 곧이어 사복입은 경찰 2명이 와서 피해자에게 성폭행 사건에 대해서 잠깐 묻더니 경찰서에 가서 조사를 받자고 하면서 양쪽 팔을 잡아 봉고차에 태우고 경찰서로 갔다'고 진술하였다.

2) 피해자는 위 ○○지구대에서 구두 조사를 받고 당일 02:00경 「청소년 정보 보호 등에 관한 법률」 위반 혐의로 ○○경찰서 강력반 당직 근무자 피진정인2에게 인계되었다가, 피해자는 미성년자로서 여성청소년계에서 처리해야 할 사안이라는 이유로 피진정인2가 03:00경 여성청소년계 근무자 피진정인3에게 다시 인계시켰다.

3) 피진정인3은 위 피해자 신병인수 후 약 30분 정도 피해자를 구두로 조사하고, 상급자인 피진정인4에게 조사 내용(고소사실, 피해자가 고소사실을 부인한다는 내용 등)을 보고한 후 03:30부터 05:30까지 피해자를 사무실내에서 재운 후 05:30경 피해자를 깨워 10여분 간 다시 조사를 시작하던 중 당시 당직을 서고 있던 피진정인5 여성청소년계장 경위 김○○에게 사건 내용을 보고 하였다. 이때 피진정인5가 피해자에 대한 긴급체포를 지시 하였고 05:40경 사무실에 도착한 피진정인4가 06:00경 피해자를 긴급체포하였다.

4) 피해자는 위 긴급체포 직후 피진정인3,4로부터 06:00부터 08:00경 까지 제1회 피의자신문조서를, 08:00-10:00경까지 다시 제2회 피의자신문조서를 받았으며, 같은 날 18:50 유치장에 입감되었다가 2005. 3. 8. 21:40경 검사지휘로 석방되었다.

5) 피해자는 위 석방된 당일 밤 자정 무렵 집으로 귀가했다가 일시불상경 집을 나가 2005. 3. 9. 06:10 의정부 소재 야산에서 목을 매 자살하였다.

6) 진정인은 피해자가 임의동행 되었던 2005. 3. 7. 00:00시부터 석방되었던 2005. 3. 8. 21:40까지 피진정인들로부터 피해자 조사 사실에 대하여 아무런 연락을 받지 못하였고, 피해자가 자살한 후에 피해자의 친구 등으로부터 들어 그 사실을 알게 되었다.

7) 피해자 연행, 조사 및 석방 과정에서 가족에게 연락하지 않는 점에 대해 피진정인들은 다음과 같이 주장하였다.

피진정인1 손○○은 피해자가 주민등록번호와 주소를 불러주었으나 집 전화번호는 알려주지 않았고, 직접 집에 전화를 하라고 해도 부모가 걱정한다면서 연락을 거부하여 경찰서로 신병이 인계되면 그쪽에서 연락할 수 있을 것으로 생각하여 연락하지 않았다고 진술하였다. 피진정인2 정○○은 여성청소년계로 인계

할 사건으로 자신에게는 통지 의무가 없다고 진술하였고, 피진정인3 이○○은 피해자를 인계받은 후 피의자에게 부모에게 연락을 하려면 하라고 하였으나 하지 않았고 전화번호도 알려주지 않았으며, 제1차 피의자 신문 조서를 마칠 무렵(08:00) 비로소 피해자가 전화 연락처를 알려주었으나 그때는 전화를 못하고 10:00경 전화를 걸었으나 아무도 받지 않았다고 진술하였다. 피진정인4 황○○은 당일 06:00경 피해자가 긴급체포 된 뒤 10:00경 최초로 집전화 번호와 누나의 핸드폰 번호를 알려주어 곧바로 각각의 전화번호로 연락을 하였으나 집 전화는 받지 않았고 휴대폰은 꺼져 있어서 연락을 못하여 우편으로 체포통지를 하였다고 진술하였다.

8) 피진정인3, 4가 보냈다고 주장하는 체포통지는 의정부경찰서 ‘우편물 후납대장’ 상 일반 우편으로 발송된 것으로 기록되어 있으나 진정인에게는 도달하지 않았다.

9) 진정인의 진술에 의하면 피해자는 경찰서에서 석방된 후 약 1시 30분 뒤인 2005. 3. 8. 23:00경 귀가했고 이 시간동안 평소 알고 지내던 황○○, 최○○을 잠시 만났다. 황○○, 최○○에 의하면 석방된 피해자에게 별다른 특이사항은 없었고 ‘고기가 먹고 싶다’고 했으나 돈이 없어 사주지 못하였다고 진술하였다. 경찰 조사와 관련해서는 걱정이 된다는 식의 얘기 외에는 별다른 말이 없었다고 진술하였다.

10) 피해자는 사건 당시 성폭력 범죄(특수 강간, 보호처분)로 보호관찰 상태였으며 ‘보호관찰 상황일지’ 등 관련자료에 의하면 2004. 10 1.부터 자살 전까지 야간외출제한명령(밤 10시경 집으로 전화하여 확인), 사회봉사(장애인복지관) 및 교육을 무난히 수행하고 있던 것으로 확인된다. 서울 소년 분류 심사원(범무부 소속)의 분류 심사 결과 통지 결과(2004. 9. 7.) 상 피해자는 정신과 소견이 없는 것으로 표시되어 있고 서울 보호관찰소 의정부지소 상담실장 김○○은 우리 위원회 조사에서 ‘피해자에게 우울증세는 없었고 감정변화가 심한 편이었으나 상담은 잘 따랐다고 진술하였다.

나. 판단

1) 미성년자인 피해자의 보호자, 변호인 등으로부터의 조력 받을 권리와 피진정인들이 통지 의무에 대하여, 우리 헌법 제12조 제4항 및 제5항은 “누구든지

체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”, “체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다”고 천명하고 있다. 특히 피체포자 또는 구속된 자가 미성년자라면 성인에 비하여 자기방어능력이나, 법률적 지식, 판단능력 등이 부족할 수 있다는 점에서 이러한 피의자 권리는 아무리 그 중요성을 강조해도 지나치지 않을 것이다. 따라서 미성년자를 임의동행 또는 체포했을 때는 물론 그 필요성이 있을 경우에는 조사에 앞서 ‘즉시’ 그 보호자에게 알려 조사과정에 참여할 수 있도록 보장하여 하며 이후의 모든 수사절차 과정에서도 미성년자임을 고려한 특별한 절차의 진행과 배려가 필요하다

체포통지에 관한 사항은 형사소송법 제87조 및 검찰사건사무규칙 제26조에 경찰관의 의무사항으로 규정되어 있고, 특히 소년 조사와 관련해서는 소년경찰직무규칙 제31조(청소년 조사 시 유의사항) 제2호 ‘소년의 보호자, 기타 소년에 대하여 사정을 잘 알고 있는 자의 협력을 얻어야 한다’, 제3호 ‘강제조치를 하였을 때에는 지체 없이 그 보호자 또는 대리자에게 연락하여야 한다’고 특별히 그 주의의무를 규정하고 있으며, 법무부 훈령인 ‘인권보호수사준칙’ 제16조 제3호에서도 ‘진술인의 연령이나 지적 능력 등을 고려하여 진술하는 내용을 조리 있게 정리할 수 있도록 도와준다.’ ‘진술인이 연소자이거나 심신 장애 등의 사정으로 자신의 권리를 제대로 행사하지 못할 때에는 본인이나 친족 등에게 보조인을 선정하도록 권유한다’고 규정되어 있다.

그럼에도 불구하고 피진정인들은 미성년자인 피해자를 연행, 체포하여 22시간 동안 조사를 하면서 피해자의 부모에게 전혀 그 사실을 알리지 않았다. 연행, 체포 사실을 통지하지 않은 것과 관련하여 피진정인들은 ‘피해자가 연락처를 알려주지 않았다’, ‘집으로 전화 했으나 받지 않았다’, ‘서면통지를 하였다’는 등의 이유를 들어 그 불가피성을 주장하고 있으나 이러한 피진정인들의 주장은 아래와 같은 이유로 타당성이 없다고 판단된다.

첫째, 피진정인들은 피해자가 연락을 원하지 않았다고 주장한다. 그 진실은 피해자의 사망으로 확인할 수 없으나, 설령 미성년자인 피해자가 당장의 두려운 마음에 집으로 연락하기를 원하지 않았다고 하더라도 피해자의 최초 연행 시각(24:00경), 미성년자인 피해자가 중범죄로 고소를 당한 사실, 당시 고소인과 그의 부모 등이 출석하여 피해자의 부모를 만나기를 원하였다는 사실 등을 종합하면

피해자에게 보호자나 변호인의 조력이 절실한 상황이었음이 충분히 짐작 되는 바 미성년자인 피해자가 원하지 않았다고 하여 보호자에게 연락하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다. 또한 그 중대성·필요성에 비추어 경찰관서에서 불과 10분 거리에 있는 피해자의 집을 직접 방문하는 방법으로(피진정인들은 연행 직후 피해자의 집주소를 알고 있었다)연행 사실을 알릴 수도 있었다고 판단되는 바 피진정인들에게 달리 방법이 없었던 것으로도 보이지 않는다. 특히 피진정인 3,4,5는 소년 경찰 업무를 담당하는 여성·청소년계 소속 경찰공무원들로서 미성년 피의자의 수사 및 조사에 있어 보호자 동석 등의 필요성과 중요성을 누구보다도 잘 알고 있는 경찰관들이라고 할 수 있다. 이들은 피해자의 신병을 인계 받았을 당시 보호자에게 연락이 되지 않았음을 인지하고 있었던 바, 소년 사건 전담 부서 소속 경찰관들로서 무엇보다도 즉시 가능한 최선의 방법으로 피해자의 가족에게 연락을 할 의무가 있다고 판단되는 바, '피해자의 집 전화번호를 알지 못해 피해자의 가족에게 연락을 하지 못했다'는 주장은 타당성이 없다.

둘째, 피진정인3은 피해자가 제1회 피의자신문조서 작성이 끝날 무렵인 08:00경 피해자가 전화 연락처(진정인 집 전화, 피해자 누나의 핸드폰 연락처)를 알려 주어 최초 연락처를 알게 되었다고 진술했으나, 피진정인들이 당일 06:00부터 작성한 제1회 피의자신문조서 제일 앞의 인정신문 문답 부분에 피해자의 자택전화번호, 큰누나의 핸드폰번호가 기재되어 있는 바, 피진정인들이 피해자의 집전화번호를 알게된 시점은 당일 06:00 조금 지난 때인 것으로 보여진다. 미성년자 보호를 위해서는 피의자신문조서 작성 전에 그리고 작성 과정에 보호자 또는 변호인의 참여가 필요하므로 보호자 전화번호를 확보한 즉시 전화를 했어야 함에도 피진정인3,4는 보호자 전화번호를 알고도 연락하지 않고 있다가 제1,2차 피의자신문조서를 거의 마친 시점에 가서야 보호자에게 연락을 시도했다는 것은 자신의 진술의 유·불리에 대한 판단이 미숙한 미성년자인 피해자가 진술을 모두 하도록 한 후 비로소 보호자에게 연락을 시도했다는 것으로써 관련법에서 규정하고 있는 '즉시' 연락 의무를 다했다고 볼 수 없다.

셋째, 또한 피진정인3은 당일 오전 8시경 피해자의 집 전화번호를 알았다고 하고 피진정인4는 당일 10시 경 알았다고 하는 등 함께 조사를 하였던 피진정인 사이의 진술이 서로 다르고, 피해자의 가족들은 당일 오전 계속 집에 있었으나 아무 연락을 받지 못했고 전화 상에도 이상이 없었다고 주장하는 바, '피해자로부터 전화번호를 입수한 이후에 피해자 체포 사실 등을 알리기 위해 계속해서

피해자의 집으로 전화를 시도했다'는 피진정인들의 주장 자체도 그 신빙성도 없는 것으로 판단된다.

넷째, 피진정인들은 전화통지가 어려워 서면으로 체포통지를 하였기 때문에 통지의무를 다한 것이라고 주장하나, 피진정인4가 발송했다고 하는 체포통지는 경찰서 자체 발송 기록 대장에만 표시되어 있을 뿐 서면통지서는 진정인에게 도달하지도 않았다. 또한 전화연락이 되지 않은 상태에서 도달까지 최소 하루 이상이 소요되어 본래 통지의 취지와 목적을 달성하기 어려운 우편 체포 통지를 발송한 사실만으로는 피진정인들의 보호자 연락 의무를 다하였다고 볼 수 없다.

따라서 피진정인들의 주장은 그 신빙성 및 타당성이 없다고 판단되며, 이러한 피진정인들의 행위는 형사소송법 등 관련법률에서 정한 미성년 피의자에 대한 보호의무 및 헌법 제12조에 규정된 피해자의 변호인 조력권을 침해한 것으로 판단된다.

2) 피진정인들의 피해자에 대한 밤샘조사에 대하여,

인권보호수사준칙 제17조 및 소년경찰직무규칙 제31조는 형사 피의자의 인권 보호를 위하여 부득이한 사유를 제외하고는 심야에 피의자를 조사하는 것을 피하도록 규정하고 있다. 야간조사 내지 밤샘조사의 경우 그 지속시간과 방법, 정신적 및 육체적 효과, 피해자의 성별, 연령 및 건강상태 등에 따라서 비인도적이거나 굴욕적인 처우 나아가 가혹행위에 해당할 수 있고 이는 헌법 제10조에서 연유하는 피의자의 수면권, 휴식권은 물론 헌법 제12조의 신체의 자유의 침해에 해당한다.

본 사건에서 피해자는 2005.3.7. 00:00경 임의동행 되어 당일 01:20경까지 지구대에서 조사를 받았고, 01:30경 강력반 당직실로 인계된 후 그 곳에서 대기하다가, 03:00경 피진정인2에게 재인계 된 후 당일 아침 11:00시까지 조사를 오후 18:50 경에 이르러서야 유치장에 입감되었다. 피진정인들은 위와 같이 심야, 새벽시간에 피해자를 임의동행 및 긴급체포하여 야간 및 새벽 시간에 조사를 하였으며 피해자에게 적절한 수면과 휴식을 보장하지 않았다.

피진정인2는 피해자를 인계받은 후 03:30부터 05:30경까지 약 2시간 정도 여성 청소년계 사무실에 비치되어 있는 간이침대에서 피해자를 2시간 동안 취침 시켰

다고 주장하나 위 2시간 동안 피해자가 적절한 수면을 취했다고 볼 수 없고 피해자는 05:30 경부터 4시간 이상 계속해서 피의자신문조서를 받았고 오전 11:00 경 조사가 마무리된 이후에도 별다른 조사 없이 사무실에서 대기하다가 당일 18:50경에 이르러서야 유치장에 최초 입감되어 최소한의 휴식을 취할 수 있게 되었던 것인 바, 조사과정에서 피진정인들이 피해자에게 적절한 수면과 휴식을 제공했다고 볼 수 없다.

또한 피진정인들이 주장과 같이 피해자가 임의동행자 신분에 불과했고, 미성년자로서 보호자와의 연락이 되지 않고 있는 상황이었다는 점을 생각할 때 위와 같은 방법의 야간 및 새벽 수사는 '인권보호수사준칙' 등에서 규정하는 야간조사가 불가피한 경우(피조사자나 변호인에게 동의를 받은 경우, 공소시효 임박의 경우, 체포기간 내 구속여부 판단을 위한 경우)에 해당한다고 볼 수도 없다.

따라서 본 사건 피진정인들의 행위는 피해자가 미성년자였던 점, 피해자가 범상 임의동행자의 신분에 불과하였던 사실 등을 종합할 때 비인도적 처우라고 할 수 있고 이는 헌법 제10조의 피해자의 수면권, 휴식권을 침해한 행위로 판단된다.

3) 피진정인들의 임의동행 및 긴급체포에 대하여,

피진정인1은 피해자에 대한 최초 연행과 긴급체포까지의 조사과정은 피해자의 동의를 얻어 실시된 임의수사의 과정이라고 주장하나, 위 인정사실 가항의 최철근의 진술에서 보는 바와 같이 피해자 동행 과정에서 피진정인1이 동행 요구의 목적과 이유 등에 대한 충분한 고지를 했다고 볼 수 없고, 비록 피해자가 피진정인1의 동행요구에 순순히 응했다고 하더라도 연행 시간이 이미 자정이 넘은 시간 있었고 피해자가 미성년자라는 점을 감안할 때, 피해자가 피진정인1의 동행요구를 거절할 수 있는 상황이 되지 못했다고 판단되며 게다가 위 인정사실에서 본 바와 같이 피진정인1이 피해자 연행이후의 조사방법("약속 장소에 대기하였다가 피해자를 검거함"이라고 기록하여 범죄인지보고서를 작성하고, 피해자의 신병을 00:30경 강력팀 당직실에 피해자의 신병을 인계함)을 살펴보더라도 피해자의 자유로운 의사를 전제로 한 '임의동행자'에 대한 조사 방법이라고 볼 수 없는 바, 이를 종합할 때 피진정인1이 피해자를 적법하게 임의동행 했다고 볼 수 없다.

피진정인3,4,5의 피해자에 대한 긴급체포에 대해 살펴보면 범죄자 체포는 영장에 의한 체포를 원칙으로 하는 영장주의가 우리 법의 기본 입장이며, 긴급체포와 같이 영장 없는 체포는 영장주의의 예외를 구성하는 것이기 때문에 반드시 제한적으로 이루어져야 하며 형사소송법 제200조의3은 사범경찰관은 범죄의 중대성(3년 이상의 중형), 긴급성(피의자를 우연히 발견한 경우 등), 상대성(도주, 증거인멸우려)의 요건에 해당할 때만 피의자를 긴급체포 할 수 있도록 엄격히 규정되어 있다.

그러나 피진정인3,4,5가 작성한 피해자에 대한 긴급체포서의 긴급체포 사유는 “판사로부터 영장을 발부받을 시간적 여유가 없음”으로 막연히 긴급성만을 설명할 뿐 도주우려나 증거인멸 등의 요건에 대해서는 설명하지 못하고 있고, 또한 피진정인2,3,5의 긴급체포 시 상황을 살펴보다도 체포 당시 피해자는 순순히 연행된 상태에서 아무런 저항이나 도주 시도 없이 경찰관서 내에서 밤샘 조사를 받고 있었던 상태로 강제조치인 긴급체포를 해야 할 긴급한 상황이라고 볼 만한 자료가 없어 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 것으로 판단된다.

아울러 ‘소년경찰직무규칙’제35조(강제조치 등의 제한)은 미성년자 의자에 대한 체포, 구금 등 강제조치를 부득이한 경우를 제외하고는 이를 제한하도록 하고 있고 부득이한 강제조치로부터 당해 소년에게 미치는 정신적 영향 등을 신중히 고려하도록 규정하고 있다. 이러한 맥락에서 보더라도 피해자에 대한 긴급체포는 위 인정사실에서 살펴본 바와 같이 그 체포시간 및 체포 당시의 상황에 비추어 ‘부득이 한 경우’에 해당한다고 보기 어렵고 오히려 위 인정사실을 종합할 때, 피진정인들(3,4,5)이 위법하게 임의동행 된 피해자를 사무실에 유치시켜 밤샘 조사를 한 뒤 그 위법성을 회복할 수단으로 타당한 이유 없이 피해자를 긴급체포한 것으로 볼 여지도 있다.

이를 종합하면 위 피진정인들의 행위는 형사소송법 제199조(임의수사) 및 200조의3(긴급체포)를 위반하여 헌법 제12조에 규정되어 있는 피해자의 신체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

4) 경찰조사와 피해자 자살과의 관계에 대하여,

피해자 부모의 진술, 보호관찰상황일지, 분류심사 결과, 보호관찰소 직원의 진술 등을 종합할 때, 경찰 조사를 받기 전까지 피해자에게 달리 자살의 동기나

정후가 발견되지 않는 바, 이러한 피해자가 경찰 조사 직후 자살하였다는 사실은 비록 경찰조사가 피해자 자살의 직접적 원인이었다는 구체적 입증은 어려우나 피진정인들의 위법·부당 행위와 무관하지 않다고 판단된다. 이미 유사한 범죄로 처벌을 받고 있는 피해자는 실제적 처벌 가능성과는 별도로 (피진정인2,3은 위원회 조사과정에서 피해자의 처벌가능성은 거의 없었다고 진술하였다) 처벌에 대한 막연한 공포와 불안감, 부모 실망에 대한 걱정, 수치심, 혐의와 관련된 금전적 부담감 등에 대한 심각한 내적 갈등을 겪었을 것인데 만약 이 과정에서 피해자의 부모나 변호인 등이 조사 과정에 참여하여 적절한 조력을 했거나 적어도 석방 후에라도 피해자의 부모가 그 사실을 알고 피해자를 잘 안심시키는 등 적절한 보호조치를 할 수만 있었다면 (피해자 조사 사실을 모르고 있던 진정인은 피해자가 석방되어 집에 오자 피해자의 늦은 귀가와 외박을 문제 삼아 꾸지람을 하였다) 피해자의 극단적 선택을 예방 할 수도 있었을 것이다.

4. 결 론

따라서 위 피진정인들은 형사소송법, 사법경찰관직무규칙, 인권보호수사준칙, 범죄수사준칙, 소년경찰직무규칙 등 관계 법규를 위반하였을 뿐 아니라 이로써 헌법 제10조 및 제12조에서 보장하고 있는 피해자의 가족 및 변호인과의 접견교통권, 변호인 조력권을 침해 하였고, 부당한 연행 및 체포로 피해자의 신체의 자유를 침해하였다고 판단되고, 아울러 피진정인들의 위와 같은 위법, 부당한 행위는 본 피해자 자살과 상당한 인과관계가 성립된다고 판단되는 바 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호, 제45조 제2항 및 제47조의 규정에 따라 필요한 조치를 권고하기로 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2005. 11. 28.

국가인권위원회 침해구제제1소위

위원장 김호준 위원 이해학 위원 나천수

㉔ 2008. 7. 3.자 08진인1739 결정 [집회의 자유 침해 등]

학교에서 수업중인 피해자를 미성년자인 피해자 부모의 동의나 사전에 최소한의 알림도 없이 불러내어 조사를 하고 피해자 부친 등의 개인정보를 취득하여 내부 정보보고서에 사용하는 행위는 「헌법」 제10조 및 제17조에 의하여 보장된 피해자의 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀의 자유를 침해하는 행위에 해당된다고 판단

【결정요지】

[1] 학생 수업 중 경찰조사에 대하여

경찰관은 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제4조, 제9조, 제10조 및 제11조 등(인권보호 원칙을 준수하고 개인정보를 부당하게 열람·취득하거나 명예와 사생활이 침해되지 않도록 하며, 사회적 약자에 대하여는 그 특성에 따른 세심한 배려를 하도록 하고 있고, 인권을 침해하지 않는 가장 적합하고도 필요 최소한의 수단과 방법을 선택하여 업무를 수행하도록 하고 규정하고 있음)은 경찰의 이러한 정보활동에도 그대로 적용된다고 판단됨 일반적으로 정보기관은 그 업무의 밀행적(密行的) 속성으로 인하여 일반국민이 그 존재 자체를 국민의 헌법상 보장된 기본권 특히 사생활의 비밀을 비롯한 자유권에 대한 잠재적 위협으로 받아들일 수 있음 또한 이와 같은 정보기관이 수사권마저 함께 가질 때 국민이 느끼는 기본권 침해에 대한 위구심(危懼心)은 더욱 증폭될 수밖에 없으며, 실제 일반인의 이러한 위구심이 반드시 기우가 아니었음은 역사상 정보기관에 관한 국내·외에 있어서의 여러 가지 경험이 잘 웅변하고 있음 따라서 수사권을 갖는 정보기관의 정보활동에 대하여는 국민의 기본권의 보장을 위하여 엄격한 기준이 적용되어야 함

따라서 피진정인의 행위는 정당한 근거 없이 「경찰법」 제3조 및 「경찰관직무집행법」 제2조에 근거한 활동으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 「경찰관직무집행법」 제1조 제2항 및 「경찰법」 제4조에 의한 경찰작용의 일반적 원칙인 과잉금지원칙을 위반하여 경찰관에게 부여된 권한을 남용하고 「헌법」 제10조 및 제17조에 의하여 보장된 피해자의 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀의 자유를 침해하는 행위에 해당된다고 판단됨

피진정인들의 행위는 개인적인 행위와 책임을 넘어서 위에서 본 바와 같은 현행 법령 및 제도상의 한계에 따른 것으로 보이므로 이번 사건을 계기로 경찰의 정보활동에 대한 근본적인 재검토와 재발방지대책이 필요하다고 판단됨 위에서 본 바와 같이 피진정인들이 정보활동의 근거라고 주장하는 「경찰법」 제3조 및 「경찰관직무집행법」 제2조 이외에 정보활동의 업무 범위, 원칙, 방법 등 정보활동 시 기준과 지침이 되는 내용들을 담은 법령, 훈령, 지침 등 어떠한 가이드라인 조차도 없음 경찰 정보관들의 광범위한 정보활동이 국민의 기본권 침해 가능성이 많음에도 불구하고 이러한 영역을 경찰정보관 개인의 판단에 맡겨둔다면 이 사건과 같은 경찰관의 자의적인 권한 남용 우려는 계속될 수밖에 없을 것임 따라서 이 사건과 같은 사례가 다시 일어나는 것을 근본적으로 방지하기 위하여 경찰청장이 현재 경찰이 수행하고 있는 정보활동의 업무범위, 원칙, 기준 및 한계 등에 대한 구체적인 근거규정을 마련하고 이를 통한 재발방지를 위한 개선노력이 필요하다고 판단됨

이 사건은 단순히 경찰의 권한남용에서 비롯된 것이 아니라 피해자가 다니고 있는 학교의 간부 및 관련교사들의 학생인권보호에 관한 낮은 인식에서 비롯된 측면도 많음

[2] 진정요지 나항에 대하여

외부로 공개되는 자료는 개인정보보호 등을 위해 신중하게 다루어져야 하고, 특히 이 사건의 경우 국민의 관심이 지대하였으므로 피해자의 입장과 특성을 고려하여 특별한 주의의무를 다했어야 함에도 불구하고 위 피진정인들은 그러한 조치를 취하지 아니하였음 위 피진정인들의 위와 같은 행위는 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제9조 및 제83조를 위반함으로써 「헌법」 제17조에 의한 피해자의 사생활의 자유를 침해하는 행위에 해당된다고 판단됨

【참조조문】

「헌법」 제10조, 제17조, 제21조 및 제31조, 「교육기본법」 제3조 및 제12조, 「중등교육법」 제18조의4, 「경찰관직무집행법」 제1조 및 제2조, 「경찰법」 제3조 및 제4조

- 【진정인】**
1. 노○○
 2. 권○○
 3. 양○○

【피해자】 심○○

- 【피진정인】**
1. 김○○
 2. 김○○
 3. 함○○
 4. 김○○
 5. 최○○
 6. 이○○

【주 문】

1. 경찰청장에게, 피진정인 6에 대하여 서면경고할 것과, 경찰 정보활동의 업무 범위, 원칙, 기준 및 방법 등에 대한 근본적인 재검토와 재발방지대책을 마련하여 시행할 것을 권고한다.
2. ○○지방경찰청장에게 다음과 같은 조치를 취할 것을 권고한다.
 - 가. 피진정인 1에 대하여 징계조치하고, 피진정인 2, 4, 5에 대하여 계고조치를, 피진정인 3에 대하여는 주의조치할 것을 권고한다.
 - 나. 학원 분야 정보활동 시 인권침해가 발생하지 않도록 재발방지대책을 수립·시행하고, 관내 경찰 정보관들에게 유사한 사례가 발생하지 않도록 재발방지 교육을 실시할 것을 권고한다.
3. ○○○○경찰서장에게, 업무수행 과정에서 개인정보를 누출시키지 않도록 재발방지대책을 수립·시행하고, 경찰서 직원들에게 개인정보 보호에 관한 인권교육을 실시할 것을 권고한다.
4. ○○○○교육청 교육감에게, 학내에서 학생의 학습권 보장 및 인권침해 예방을 위한 지침 및 매뉴얼 마련 등 재발방지대책을 수립·시행하고 유사한 사례가

발생하지 않도록 관내 학생지도 담당교사들에게 교육을 실시할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 2008. 5. 6. 피진정인 1은 피해자가 집회신고를 했다는 이유로 피해자가 다니고 있는 학교를 방문하여 학교 측 관계자의 협조 아래 수업 중인 피해자를 불러내 조사를 하였는데 이는 피해자의 집회의 자유 및 학습권 등을 침해한 행위이다.

나. 2008. 5. 20. 피진정인 4와 5는 위 사건과 관련된 경찰 측 해명보고서를 ○○○경찰서 외부 홈페이지에 게재하여 피해자의 실명, 나이, 학교, 거주지 등 개인정보를 누출시켜 피해자의 사생활의 비밀의 자유 등을 침해하였다.

2. 당사자의 주장요지

가. 진정인의 주장요지

위 진정요지와 같다.

나. 피해자의 주장요지(○○○, ○○고등학교 3학년 학생)

1) 2008. 5. 6. ○○경찰서에 집회신고서를 제출하자 피진정인 1이 학교로 찾아와 수업 중이던 피해자를 불러내 피해자가 어느 단체 소속인지, 도내 단체 회원수는 몇 명인지, 누가 책임자인지 등에 대하여 조사를 하였다.

2) 피해자의 신상정보가 기재된 보고서가 ○○○경찰서 외부 홈페이지에 올려진 원인에 대한 규명과 재발방지대책을 수립하여 주길 바란다.

다. 피진정인 및 관계인의 주장요지

1) 피진정인 1(김○○ 경위, ○○○경찰서 경무과, 전 정보과)

2008. 5. 6. ○○지방경찰청 정보과 학원담당인 피진정인 2로부터 피해자가 다니는 학교를 방문하여 교사를 만나고 교육청에도 확인하여 피해자 및 피해자의 소속 단체 등에 대한 전반적인 상황을 파악하여 긴급히 보고하라는 지시를

받았다. 이에 전화로 학교 방문 승인을 득한 후 ○○○○고등학교를 방문하여 학교 관계자들의 협조를 받아 피해자와 그의 부모에 대한 기초자료를 확인하고 피해자를 불러달라고 하여 휴식시간에 학생부장 입회 아래 4~5분 정도 문답식 면담을 하였다. 이러한 행위는 「경찰법」 제3조 및 「경찰관직무집행법」 제2조 제3호에 의한 치안정보 수집을 위한 일상적 정보활동으로 상급청의 지시에 따른 것으로 학생을 만나지 않고서는 상급청의 요청사항을 해결할 수가 없어 학생을 만난 것이다.

2) 피진정인 2(김○○ 경위, ○○지방경찰청 정보과)

○○○○경찰서로부터 고등학교 3학년 학생이 집회신고를 했다는 정보상황 보고를 접하고 피진정인 3에게 이를 보고하자 구체적으로 확인·검토하라고 지시를 하여 2008. 5. 6. ○○○○경찰서 학원담당인 피진정인 1에게 학교를 방문하여 담임교사를 만나고 도교육청에도 확인하도록 요청하였다. 같은 날 15:30경 피진정인 1로부터 정보과약 결과보고를 받아 피진정인 3에게 이를 보고하였다. 피진정인 1에게 피해자의 학교에 가서 교사를 만나 보라고 했던 것은 집회신고 내용을 알아보라고 했던 것이지 학생을 만나 정보를 파악하라는 의미는 아니었다.

3) 피진정인 3(함○○ 경정, ○○지방경찰청 정보과 정보3계장)

피해자의 집회신고에 대한 정보보고를 받고 신고자가 학생이어서 집회신고자가 속한 단체의 성격, 실제 집회유무, 참석자, 집회 방법, 교통관리 방법, 집회 주최자 등에 대하여 확인·검토하라고 지시를 하고 이후 정보상황을 보고 받았다. 이와 같은 지시는 집회신고 차원을 떠나 도내에서 발생하고 있는 집회에 대한 조정 및 지도를 위해 확인하고자 했던 것이지 집회신고를 방해할 목적의 활동은 아니었다.

4) 피진정인 4(김○○ 경사, ○○○○경찰서 경무과)

홈페이지 관리자인 피진정인 5로부터 대외홍보 자료를 달라는 요청을 받고 진정요지 가항 관련 자체 진상조사 보고서 파일이 저장된 USB를 파일 내용에 대한 확인절차를 거치지 않고 피진정인 5에게 전달하였다. 당시 기관 내부에서 진상조사 보고서를 홈페이지에 게재하라는 상부지시는 없었으며, 피진정인 4와 5가 주의의무를 다하지 않아 발생한 것이다.

5) 피진정인 5(최○○ 기능8급, ○○○○경찰서 경무과)

피진정인 4로부터 대외 홍보자료가 보관된 USB를 전달받아 내용에 대한 확인 없이 제목만 보고 홈페이지에 자료를 게재하였다.

6) 피진정인 6(이○○ 총경, ○○○○경찰서장)

피진정인 1이 피해자에 대한 정보수집을 한 것은 상급청의 업무협조에 따라 사실 관계 확인을 위한 실무차원의 일상적 정보활동으로 피해자의 집회·결사의 자유를 침해하고자 한 것이 아니다. 그러나 피진정인 1이 학교 측의 승인을 구하고 학교를 방문하여 학생 면담을 실시한 것은 매끄럽지 못한 업무처리라고 생각한다. 치안정보 수집 근거는 「경찰법」 제3조 및 「경찰관직무집행법」 제2조이며, 이외의 정보활동의 업무범위, 권한, 방법 등에 관한 규정은 정보업무의 특성상 일반적이고 정형화된 구체적인 지침을 제시하기 어렵고, 현장에서 가변성이 많아 일반적인 규정이 필요치 않아 정보활동 시 지침이 되는 내용을 담은 법령, 훈령, 지침 등 하위규정을 두고 있지 않다. 경찰서 홈페이지에 피해자와 관련된 사건 자료를 게재하면서 피해자의 개인정보를 그대로 올린 것은 담당자의 부주의로 발생한 사건으로 피해자의 피해에 대해 유감스럽게 생각한다.

7) 학교 관계인들의 진술(○○○○고등학교 교감 및 학생부장)

피진정인 1이 학교를 방문하여 피해자가 집회신고를 하였다며 학생을 불러 줄 것을 요청하여 휴식시간을 이용해 피해자를 불러주었다. 이후 피진정인 1이 학생부장 동석 하에 학생부실에서 피해자를 대상으로 4~5분 정도 면담조사를 하였다. 학과시간에 경찰이 학교를 방문하여 학생에 대한 면담조사를 한 것은 그 조사시간이 수업시간인지 여부를 떠나 잘못된 관행에서 비롯된 것으로, 학생을 적절히 보호하지 못한 학교 측의 잘못이기에 유감스럽게 생각한다.

3. 관련규정

별지 기재 목록과 같다.

4. 인정사실

진정인의 진정서 및 참고자료, 피해자 진술서, 피진정인들의 문답서(진술서) 및 전화보고서, 서면답변서, 참고인과 관련자들의 진술서 및 관련자료, ○○○○교육청의 감사보고서 및 조사자료, 경찰 자체 진상조사보고서, 취재기자들의 진술 전화보고서, 언론기사자료, 관련 정보상황보고서 등 기타 관련자료 등을 종합하면 다음과 같은 사실 및 위 진정요지 나항 기재의 사실이 인정된다.

가. 피해자는 가칭 ○○○○ 시민연대(인터넷 카페모임) ○○지역 대표로서, 쇠고기 수입반대를 위한 집회를 하고자 2008. 5. 3.과 5. 5. 두 차례 걸쳐 ○○○○경찰서를 방문하여 집회신고서를 보완하여 제출하였고, ○○○○경찰서 정보과 ○○○○에게 2008. 5. 6.에 집회신고서를 대신 접수해 줄 것을 요청하였다.

나. 위 ○○○○은 2008. 5. 6. 집회신고서를 대신 접수하고 집회관련 정보상황보고서를 작성하여 ○○지방경찰청 정보과에 보고하였다. 이러한 보고를 받고 피진정인 3은 피진정인 2에게 집회신고자에 대한 확인·검토를 지시하였고, 이에 따라 피진정인 2는 피진정인 1에게 피해자가 다니는 학교에 가서 담임교사를 면담하고 도교육청에 확인하여 학생 및 단체 등에 관한 정보를 파악하여 보고하도록 요청하였다.

다. 피진정인 1은 2008. 5. 6. 10:30경 피해자의 학교를 방문하고 교감을 찾아가 피해자를 만나게 해 줄 것을 요청하자 교감은 학생부장을 불러 도와주라고 지시하였다. 학생부장은 피진정인 1에게 피해자의 학생명부를 보여주었고 피진정인 1은 피해자의 인적사항 및 피해자 부친의 성명, 직업, 휴대전화 번호, 주소 등을 파악하였다.

라. 피진정인 1의 요청에 따라 학생부장은 피해자를 불러 줄 것을 담임교사에게 부탁하였고 담임교사는 당시 수업 중이던 학과 담당교사의 승낙을 받아 피해자를 교실에서 데리고 나왔고 학생부장은 피해자를 학생상담실로 데리고 갔다. 이 자리에서 피진정인 1은 학생부장이 동석한 가운데 피해자를 조사하였다. 이 자리에서 피진정인 1은 '집회신고의 사실유무, 고3인데 왜 집회를 하려고 하는 것인지, 개인과 단체 중 어떤 자격으로 집회를 신고한 것인지, 단체명은 무엇이고 어디에 있는 단체인지, 도내 회원 수가 얼마인지, 누구의 지시로 전북대표가 된 것인지, 누가 책임자인지, 누가 지시를 해서 한 것인지' 등에 대하여 조사하

였다.

다. ○○○도 교육청은 이 사건이 언론에 보도되자 특별감사를 실시하여 수업 중인 학생에 대한 경찰의 부당한 조사요구를 거부하지 아니하였다는 등의 이유로 학교관계자 1인을 경징계하고 3인에 대하여 경고조치 처분을 요구하였다.

5. 판 단

가. 진정요지 가항에 대하여

피진정인들이 주장하고 있는 바와 같이 「경찰법」 제3조는 치안정보 수집을 경찰의 임무로 규정하고 있고, 「경찰관직무집행법」 제2조 제3호는 치안정보의 수집·작성 및 배포를 경찰의 직무로 규정하고 있다. 또한 「경찰청과 그 소속기관 직제」 제14조에는 정치·경제·노동·사회·학원·종교·문화 등 제 분야에 관한 치안정보의 수집·종합·분석·작성 및 배포를 경찰청 정보국의 임무로 규정하고 있고, 각 지방경찰청 및 경찰서에는 정보과를 두어 동 업무를 수행하도록 하고 있다. 위와 같은 규정에 따르면, 경찰은 치안정보의 수집·작성 및 배포를 업무로 하고 있으나 이러한 치안정보의 개념과 범위에 관하여는 아무런 규정 및 지침이 마련되어 있지 않다. 그러므로 치안정보를 '국가의 안전과 사회공공의 안녕질서를 해할 개연성이 있는 범죄에 관한 정보' 정도로 해석함이 상당할 것이다.

나아가 이러한 범규정은 경찰의 직무범위를 정하는 조직범규에 해당하므로 이러한 범규정이 있다고 하더라도 경찰이 소위 치안정보를 수집하는 활동을 하면서 국민의 기본적 인권을 침해할 수는 없다. 그러므로 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제4조, 제9조, 제10조 및 제11조 등(인권보호 원칙을 준수하고 개인정보를 부당하게 열람·취득하거나 명예와 사생활이 침해되지 않도록 하며, 사회적 약자에 대하여는 그 특성에 따른 세심한 배려를 하도록 하고 있고, 인권을 침해하지 않는 가장 적합하고도 필요 최소한의 수단과 방법을 선택하여 업무를 수행하도록 하고 규정하고 있음)은 경찰의 이러한 정보활동에도 그대로 적용된다고 판단된다. 일반적으로 정보기관은 그 업무의 밀행적(密行的) 속성으로 인하여 일반국민이 그 존재 자체를 국민의 헌법상 보장된 기본권 특히 사생활의 비밀을 비롯한 자유권에 대한 잠재적 위협으로 받아들일 수 있다. 또한 이와 같은 정보기관이 수사권마저 함께 가질 때 국민이 느끼는 기본권 침해에 대한 위

구심(危懼心)은 더욱 증폭될 수밖에 없으며, 실제 일반인의 이러한 위구심이 반드시 기우가 아니었음은 역사상 정보기관에 관한 국내·외에 있어서의 여러 가지 경험이 잘 웅변하고 있다. 따라서 수사권을 갖는 정보기관의 정보활동에 대하여는 국민의 기본권의 보장을 위하여 엄격한 기준이 적용되어야 한다.

이와 같은 내용을 규정하고 있는 「경찰법」 제3조 및 「경찰관직무집행법」 제2조 제3호에 관하여 피진정인 1 및 피진정인 6은 피진정인 1이 위에서 인정한 바와 같이 집회신고를 한 학생 및 그 가족에 대한 정보를 조사한 행위를 동 법령에 기초한 치안정보 수집을 위한 일상적 정보활동이라고 주장한다. 그러므로 피진정인 1의 위와 같은 행위가 치안정보의 수집에 해당되는지의 여부 및 만약 그러하다면 피진정인 1의 행위가 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」에 부합되는 행위인지의 여부에 관하여 살펴본다. 우선 피진정인 1의 행위가 위와 같은 치안정보의 수집에 해당되는지의 여부에 관하여 살펴보면, 피해자는 집회 및 집회신고의 경험이 없는 학생인 관계로 관할 경찰서를 두 차례 방문하여 경찰관 면담과 안내를 거쳐 적법하게 집회를 신고하였던 점에 비추어 볼 때 피진정인 1이 위에서 본 바와 같이 피해자의 집회신고의 배경 등에 관하여 조사하는 것은 ‘국가의 안전과 사회공공의 안녕질서를 해할 개연성이 있는 범죄에 관한 정보’인 치안정보의 수집활동이라고는 보기 어렵다고 판단된다. 설사 피진정인 1의 행위가 치안정보의 수집활동에 해당된다고 하더라도 학교에서 수업중인 피해자를 미성년자인 피해자 부모의 동의나 사전에 최소한의 알림도 없이 불러내어 조사를 하고 피해자 부친 등의 개인정보를 취득하여 내부 정보보고서에 사용하는 행위는 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제4조, 제9조, 제10조 및 제11조 등의 규정에 부합되지 않는다고 판단된다. 따라서 피진정인 1의 행위는 정당한 근거 없이 「경찰법」 제3조 및 「경찰관직무집행법」 제2조에 근거한 활동으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 「경찰관직무집행법」 제1조 제2항 및 「경찰법」 제4조에 의한 경찰작용의 일반적 원칙인 과잉금지원칙을 위반하여 경찰관에게 부여된 권한을 남용하고 「헌법」 제10조 및 제17조에 의하여 보장된 피해자의 개인정보 자기결정권 및 사생활의 비밀의 자유를 침해하는 행위에 해당된다고 판단된다.

이러한 침해행위에 대한 구제조치에 관하여 보건대, 피진정인 1은 경찰관으로서 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」을 준수하지 아니하여 위와 같은 침해행위를 하였으므로 재발방지 차원에서 징계조치를 취함이 적절하고, 피진정인 2와 피진정인 3은 치안정보의 수집활동이라고 할 수 없는 정보활동을 할 것을 지

시하였으므로 재발방지 차원에서 각 계고조치 및 주의조치를 취함이 적절하다고 판단된다. 아울러 피진정인 2, 3이 소속하고 있는 지방경찰청에서 학원분야에 대한 정보활동을 할 때 이 사건과 같은 인권침해가 발생하지 않도록 재발방지대책을 수립·시행하고, 관내 경찰 정보관들에게 유사한 사례가 발생하지 않도록 재발방지 교육을 실시하는 것이 필요하다고 판단된다.

피진정인들의 위와 같은 행위는 피진정인들의 개인적인 행위와 책임을 넘어서 위에서 본 바와 같은 현행 법령 및 제도상의 한계에 따른 것으로 보이므로 이번 사건을 계기로 경찰의 정보활동에 대한 근본적인 재검토와 재발방지대책이 필요하다고 판단된다. 위에서 본 바와 같이 피진정인들이 정보활동의 근거라고 주장하는 「경찰법」 제3조 및 「경찰관직무집행법」 제2조 이외에 정보활동의 업무범위, 원칙, 방법 등 정보활동 시 기준과 지침이 되는 내용들을 담은 법령, 훈령, 지침 등 어떠한 가이드라인 조차도 없다. 경찰 정보관들의 광범위한 정보활동이 국민의 기본권 침해 가능성이 많음에도 불구하고 이러한 영역을 경찰정보관 개인의 판단에 맡겨둔다면 이 사건과 같은 경찰관의 자의적인 권한 남용 우려는 계속될 수밖에 없다. 따라서 이 사건과 같은 사례가 다시 일어나는 것을 근본적으로 방지하기 위하여 경찰청장이 현재 경찰이 수행하고 있는 정보활동의 업무범위, 원칙, 기준 및 한계 등에 대한 구체적인 근거규정을 마련하고 이를 통한 재발방지를 위한 개선노력이 필요하다고 판단된다.

이 사건은 단순히 경찰의 권한남용에서 비롯된 것이 아니라 피해자가 다니고 있는 학교의 간부 및 관련교사들의 학생인권보호에 관한 낮은 인식에서 비롯된 측면도 많다. 그러므로 위 학교를 감독하고 있는 ○○○○교육청 교육감은 재발방지를 위한 지침 및 매뉴얼을 마련하는 등 재발방지대책을 마련하여 시행하고 유사업무 담당자들에 대하여 재발방지 교육을 실시하여 이 사건과 같은 인권침해가 재발하지 않도록 하는 것이 필요하다고 판단된다.

나. 진정요지 나항에 대하여

위에서 본 바와 같이 피진정인 4, 5가 진정요지 가항과 관련하여 피해자 등의 개인정보가 포함된 진상보고서를 경찰서 홈페이지에 게재하여 피해자 등의 개인정보가 외부에 공개되었다. 위와 같이 외부로 공개되는 자료는 개인정보보호 등을 위해 신중하게 다루어져야 하고, 특히 이 사건의 경우 국민의 관심이 지대하였으므로 피해자의 입장과 특성을 고려하여 특별한 주의의무를 다행어야 함에

도 불구하고 위 피진정인들은 그러한 조치를 취하지 아니하였다. 위 피진정인들의 위와 같은 행위는 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제9조 및 제83조를 위반함으로써 「헌법」 제17조에 의한 피해자의 사생활의 자유를 침해하는 행위에 해당된다고 판단된다.

이러한 침해행위에 대한 구제조치를 보건대, 피해자의 인권침해정도가 클 가능성이 높았던 점에 비추어 피진정인 4, 5에 대하여 각 계고조치하는 것이 절절하다고 판단된다. 또한 피진정인 4, 5가 소속하고 있는 ○○○○경찰서에서는 업무수행 과정에서 개인정보를 누출시키지 않도록 재발방지대책을 수립·시행하고, 경찰서 직원들에게 개인정보 보호에 관한 인권교육을 실시하는 것이 필요하다고 판단된다. 마지막으로 피진정인 6에 대해서는 위 진정요지 1항 및 2항이 발생한 것에 대하여 당해 경찰서장으로서 지휘책임의 일환으로 서면경고가 필요하다고 판단된다.

6. 결 론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 및 제2호에 따라 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2008. 7. 3.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유남영 위원 윤기원 위원 정재근

별지

관 계 규 정

1. 헌법

가. 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고, 이를 보장할 의무를 진다.

나. 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다

다. 제21조 ①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

라. 제31조 ①모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

④교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 방에 의하여 보장한다.

⑥학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육제정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

2. 교육기본법

가. 제3조(학습권) 모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육 받을 권리를 가진다.

나. 제12조(학습자) ①학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.

3. 중등교육법

가. 제18조의 4(학생의 인권보장) 학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 「국제인권조약」에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다.

4. 집회 및 시위에 관한 법률」

가. 제5조(집회 및 시위의 금지) ①누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 집회 또는 시위를 주최하여서는 아니된다.

1. 헌법재판소에 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위
2. 집단적인 폭행·협박·손괴·방화등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위

나. 제6조(옥외집회 및 시위의 신고등) ①옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다), 연락책임자, 질서유지인의 주소·성명·직업·연락처·참가예정 단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 720시간전부터 48시간전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 주최자를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 신고서를 접수한 때에는 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장은 접수시간을 기재한 접수증을 즉시 신고자에게 교부하여야 한다.

다. 제7조(신고서의 보완 등) ①관할경찰관서장은 제6조제1항의 규정에 의한 신고서의 기재사항에 미비한 점이 있다는 것을 안 경우에는 접수증을 교부한 때부터 12시간 이내에 주최자에게 24시간을 기한으로 그 기재사항을 보완할 것을 통고할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 보완통고는 보완할 사항을 명시하여 서면으로 하되, 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

라. 제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한통고) ①제6조제1항의 규정에 의한 신고서를 접수한 관할 경찰서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 제5조제1항, 제10조 본문 또는 제11조의 규정에 위반된다고 인정될 때, 제7조제1항의 규정에 의한 기재사항을 보완하지 아니한 때 또는 제12조의 규정에 의하여 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때 그 신고서를 접수한 때부터 48시간이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있다.

5. 경찰관직무집행법

가. 제1조(목적) ①이 법은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관의 직무수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

②이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다.

나. 제2조(직무의 범위)경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다

3. 치안정보의 수집·작성 및 배포

6. 경찰법

가. 제3조(국가경찰의 임무) 국가경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다.

나. 제4조(권한남용의 금지) 국가경찰은 그 직무를 수행함에 있어서 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하고, 국민전체에 대한 봉사자로서 공정중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니된다.

7. 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(경찰청 훈령 제461호)

가. 제4조(인권보호 원칙) ①경찰관은 직무수행시 인권을 최우선 가치로 삼고 인권보장과 관련된 제 규정과 원칙을 준수하여 모든 사람의 인권을 존중하고 보호하여야 한다.

나. 제9조(개인정보 및 사생활의 보호) ①경찰관은 개인정보를 부당하게 열람·취득하거나 직무수행과 관련하여 모든 사람의 명예와 사생활이 침해되지 않도록 하여야 한다.

②경찰관은 직무수행 중 알게 된 개인정보를 본래 목적 외에 사용하여서는 아니되며, 본인 외의 사람에게 누설하여서는 아니된다.

다. 제10조(사회적 약자 보호) ①경찰관은 직무수행 중 사회적 약자에 대하여는 그 특성에 따른 세심한 배려를 하여야 한다.

②경찰관은 직무수행 중 사회적 약자에 대하여는 신뢰관계에 있는 자 또는 의사소통이 가능한 보조인의 참여를 보장하여야 한다.

라. 제11조(직무수단의 한계) 경찰관은 직무를 수행함에 있어서 인권을 침해하지 않도록 해당 직무의 목적 달성을 위하여 가장 적합하고도 필요 최소한의 수단과 방법을 선택하여야 한다

마. 제12조(부당한 명령의 금지) ①경찰관은 다른 경찰관에게 법령이나 이 규칙을 위반하는 인권침해 행위를 명령 또는 강요하여서는 아니된다.

②경찰관은 구체적 직무수행과 관련하여 인권침해 행위를 명령 또는 강요받았을 때에는 이를 거부하거나 이의를 제기할 수 있다.

바. 제83조(수사사건 언론공개의 기준) ①경찰관은 원칙적으로 수사사건에 대하여 공판청구 전 언론공개를 하여서는 아니된다.

④개인의 신상정보 등이 기록된 모든 서류 및 부책 등은 외부로 유출되지 않도록 보안관리 하여야 한다.

8. 아동의 권리에 관한 협약

가. 제12조 1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자연스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 권리에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 적당한 비중이 부여되어야 한다.

나. 제13조 1. 아동의 표현에 대한 자유권을 가진다. 이 권리는 구두 필기 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 아동이 선택하는 기타의 매체를 통하여 모든 종류의 정보와 사상을 국경에 관계없이 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

다. 제13조 2. 이 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만 이 제한은 오직 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 것이어야 한다.

가. 타인의 권리 또는 신망의 존중

나. 국가안보, 질서유지, 공중보건 또는 도덕의 보호

라. 제15조 1. 당사국은 아동의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유에 대한 권리를 인정한다.

마. 제15조 2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고 국가안보 또는

공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것외에 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다

9. 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약

가. 제19조 1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.

나. 제19조 2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

10. 사법경찰관리집무규칙

가. 제41조(소년사건 수사의 기본) 소년사건은 보호처분 또는 형사처분에 대한 특별한 심리자료를 제공할 것을 염두에 두어야 하며, 소년의 건전한 육성을 도모하는 정신으로 수사하여야 한다.

나. 제45조(소년의 특성의 고려) 소년사건을 수사함에 있어서는 소년의 특성에 비추어 되도록 다른 사람의 이목을 끌지 아니하는 장소에서 온정과 이해를 가지고 부드러운 어조로 조사하여야 하며, 그 심정을 상하지 아니하도록 유의하여야 한다

다. 제45조(보도상의 주의) 소년범죄는 소년법의 취지에 따라 신속히 처리하고 소년의 주거·성명·연령·직업·용모 등에 의하여 그자를 당해본인으로 추지할 수 있는 정도의 사실이나 사진이 보도되지 아니하도록 특히 주의하여야 한다.

11. 범죄수사규칙(경찰청 훈령)

가. 제195조(소년사건 수사의 기본) 소년사건의 반사회성 있는 소년에 대한 그 환경조성과 성행의 교정에 관한 보호처분 또는 형사처분에 대한 특별한 심리자료를 제공할 것을 염두에 두어야 하며, 소년의 건전한 육성을 도모하는 정신으로 수사하여야 한다.

나. 제196조(소년의 특성의 고려) 소년사건을 수사함에 있어서는 소년의 특성에 비추어 되도록 다른 사람의 이목을 끌지 아니하는 장소에서 온정과 이해를 가지고 부드러운 어조로 조사하여야 한다.

다. 제199조(보호자와의 연락) 소년피의자의 출석요구나 조사를 함에 있어서는 그 소년의 보호자나 이에 대신할 자에게 연락하여야 한다. 다만, 연락하는 것이 그 소년의 복리상 부적당하다고 인정될 때에는 그러하지 아니한다.

라. 제201조(보도상의 주의) 소년범죄는 소년법의 취지에 따라 신속히 처리하고 소년의 주거·성명·연령·직업·용모 등에 의하여 그자를 본인으로 주지할 수 있는 정도의 사실이나 사진이 신문 기타 출판물에 게재 또는 방송되지 않도록 특히 주의하여야 한다.

㉓ 2008. 2.28. 자 07진인4343 결정 [보호관찰대상자에 대한 과도한 지도·감독]

피진정인이 피해자를 보호 관찰함에 있어서 필요하지 아니한 부적절한 유형력을 행사한 것은 「헌법」 제10조가 보장하고 있는 피해자의 인격권을 침해하는 행위에 해당한다고 판단한 사례

【결정요지】

피해자(안○○) 및 피진정인 진술 사이에 폭행의 정도에 관한 차이는 있으나 피진정인이 피해자를 보호관찰함에 있어 부적절한 유형력의 행사가 있었다는 점은 다툼의 여지가 없고, 이러한 행위는 「보호관찰 등에 관한 법률」 위반이며 헌법 제10조의 인격권 침해임

【참조조문】 「헌법」 제10조, 「보호관찰 등에 관한 법률」 제32조 및 제33조

【진 정 인】 김○○

【피 해 자】 안○○

【피진정인】 이○○

【주 문】

○○보호관찰소장에게 피진정인에 대하여 경고조치하고 보호관찰명령 집행 시 보호관찰대상자의 인권을 존중하도록 교육을 실시할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인의 아들인 피해자는 보호관찰대상자인데 보호관찰담당자인 피진정인이 2007. 11. 2. 15:00경 진정인과 피해자가 거주하고 있는 아파트 입구에서 피해자의 배를 툭툭 때리며, “이 새끼 힘주네, 너는 공부도 안 하면서 이 새끼야”라고

하면서 피해자가 대답을 하지 않는다는 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 몇 차례 때렸다.

2. 당사자의 주장 요지

가. 진정한 및 피해자

진정요지와 같다.

나. 피진정인

피진정인은 2007. 11. 2. 15:00 피해자를 면담하는 과정에서 피해자가 준수사항을 이행하지 아니한다는 점을 지적하자 피해자가 준수사항을 배운 적이 없다는 등의 반항적인 태도를 보여 머리에 몇 차례 꿀밤을 준 사실이 있으나, 주먹으로 피해자의 배, 얼굴을 때린 사실은 없다.

3. 관련규정

「보호관찰 등에 관한 법률」

제32조(보호관찰대상자의 준수사항) ① 보호관찰대상자는 보호관찰관의 지도·감독을 받으며 준수사항을 지키고 스스로 건전한 사회인이 되도록 노력하여야 한다.

② 보호관찰대상자는 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 주거지에 상주하고 생업에 종사할 것
2. 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며 범죄를 행할 우려가 있는 자들과 교제하거나 어울리지 말 것
3. 보호관찰관의 지도·감독 및 방문에 순응할 것
4. 주거를 이전하거나 1월 이상의 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것

③ 법원 및 심사위원회는 판결의 선고 또는 결정의 고지를 함에 있어서 제2항의 준수사항 외에 대통령령이 정하는 범위 안에서 본인의 특성 등을 고려하여 특별히 준수하여야 할 사항을 따로 과할 수 있다.

제33조(지도·감독) ① 보호관찰관은 보호관찰대상자의 재범을 방지하고 건전한

사회복귀를 촉진하기 위하여 필요한 지도·감독을 한다.

② 제1항의 지도·감독의 방법은 다음 각호와 같다.

1. 보호관찰대상자와 긴밀한 접촉을 가지고 항상 그 행동 및 환경 등을 관찰하는 것
2. 보호관찰대상자에 대하여 제32조의 준수사항을 이행함에 적절한 지시를 하는 것
3. 보호관찰대상자의 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 조치를 하는 것

4. 인정사실 및 판단

피해자 및 피진정인의 진술에 의하면, 서로의 진술 사이에 폭행의 정도에 관한 차이는 있으나 피진정인이 피해자를 보호 관찰함에 있어서 필요하지 아니한 부적절한 유형력의 행사가 있었다는 점은 다툼이 없다. 피진정인의 이러한 행위는 피진정인이 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따라 행하여야 할 보호관찰관의 업무로는 불필요한 것으로써 「헌법」 제10조가 보장하고 있는 피해자의 인격권을 침해하는 행위에 해당된다.

피진정인에 대하여 취할 구제조치에 관하여 보건대, 이 진정사건이 제기된 이후 2007. 11. 23. ○○보호관찰소는 피해자의 보호관찰담당자를 피진정인에서 다른 사람으로 변경한 점 등의 종합적인 사정을 참작하면, 피진정인에 대하여 경고조치를 취하고 재발방지를 위하여 업무수행 과정에서 인권을 존중하도록 교육을 실시하는 것이 타당하다고 판단된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 국가인권위원회는 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 부산보호관찰소장에게 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2008. 2. 28.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유남영 위원 신혜수 위원 윤기원

㉔ 2008. 7. 17.자 08진인762 결정 [보호관찰대상자에 대한 장구 사용]

구인장 및 긴급구인서를 발부받지 아니하고 보호관찰대상자 대하여 보안장구(수갑과 포승)를 사용하고, 조사과정에서도 수갑과 포승을 사용한 것은 헌법 제12조를 침해한 것으로 판단

【진 정 인】 이○○

【피 해 자】 이○○

【피진정인】 고○○

【주 문】

1. 인천보호관찰소장에게 피진정인에 대하여 경고 조치할 것을 권고한다.
2. 법무부장관에게 인천보호관찰소장에 대하여 지휘·감독의 책임을 물어 주의 조치할 것과, 이 사건과 유사한 인권침해가 발생하지 않도록 재발방지 대책을 마련하여 시행할 것을 각 권고한다.
3. 피진정인이 2007. 6. 19. 및 2008. 3. 3. 피해자에게 폭행과 욕설을 하였다는 부분은 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

피해자는 보호관찰 대상자로 2007. 6. 19. 인천보호관찰소에 출석하여 피진정인과 상담을 하던 중, 피진정인이 피해자에 대한 구인장도 없는 상태에서 아무런 이유 없이 피해자에게 수갑과 포승을 사용하고 발로 차는 등 가혹행위와 함께 욕설을 퍼부었다. 또한 2008. 3. 3. 조사과정에서도 피진정인이 피해자에게 수갑과 포승을 사용하는 등 가혹행위를 하였다.

2. 당사자 주장요지

가. 진정인의 주장요지

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인 및 관계인의 주장요지

1) 피진정인의 주장요지(고기영, 인천보호관찰소 보호관찰관)

「보호관찰 등에 관한 법률」 제37조(보호관찰대상자 등의 조사)의 규정에 따라 2007. 6. 19. 피해자의 보호관찰대상자 준수사항 위반 사실을 조사하기 위해 피해자에게 출석을 요구하였고, 이에 따라 피해자가 인천보호관찰소에 내소하였다. 피해자를 조사하는 과정에서 피해자가 피진정인에게 욕설과 함께 반항을 하여 피해자의 자해방지 및 피진정인의 안전을 고려하여 피해자에게 수갑과 포승을 사용한 것은 사실이지만 피해자에게 욕설과 폭행 등의 가혹행위를 하지는 않았다.

2) 참고인의 주장요지(법무부장관)

보호관찰대상자가 준수사항을 위반할 경우 보호관찰관은 「보호관찰 등에 관한 법률」 제39조(구인), 제40조(긴급 구인), 제42조(유치) 및 '보호관찰대상자 제재조치 업무처리 준칙'에 따라 법원이 발부한 영장에 의해 구인·유치를 할 수 있고, 동 영장을 집행하는 과정에서 필수불가결하게 수반되는 것이 수갑 등 보안장구의 사용이다. 다만, 보호관찰관의 보안장구 사용 근거를 보다 명확히 법률에 규정함으로써 구인·유치 등 제재조치 과정에서의 보호관찰대상자의 인권을 보다 공고히 보호할 필요성이 있다고 판단되므로 조속히 법률 개정을 추진할 계획이다.

3. 인정사실

진정인의 진술, 피진정인이 제출한 진술서, 법무부장관이 제출한 진술서 등을 종합해 보면 아래와 같은 사실이 인정된다.

가. 피해자는 보호관찰 대상자로 2007. 6. 19. 인천보호관찰소에 출석하여 피진정인과 상담을 하였다. 이 과정에서 피진정인이 피해자에 대한 구인장도 없는

상태에서 피해자에게 수갑과 포승을 사용하였다.

나. 피진정인은 2008. 3. 3. 피해자를 조사하는 과정에서는 구인장을 발부받아 피해자에게 수갑과 포승을 사용하였다.

4. 판 단

가. 피진정인의 수갑 및 포승 사용에 관한 부분에 대하여

현행 「보호관찰 등에 관한 법률」은 보호관찰관이 보호관찰대상자를 구인·유치할 때에 보안장구의 사용에 관하여 명시적으로 규정하지 않고 있을 뿐만 아니라 보호관찰의 업무와 관련한 강제력의 사용에 대하여도 일반적인 규정을 두고 있지 않다. 이와 관련하여 법무부는 보호관찰관이 「보호관찰 등에 관한 법률」 제39조(구인), 제40조(긴급구인), 제42조(유치)에 따라 구인·유치 등의 직무집행을 하는 과정에서 보호관찰대상자의 도주의 방지, 항거의 억제, 자기 또는 타인에 대한 위해 방지 등을 위해 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우에는 최소한의 범위에서 보안장구의 사용이 가능하다고 해석하고 있다.

위 인정사실에 의하면, 피진정인은 2006. 6. 19. 「보호관찰 등에 관한 법률」 제39조(구인), 제40조(긴급구인), 제42조(유치)에 따른 구인장 및 긴급구인서를 발부받지 아니하고 보호관찰대상자인 피해자에 대하여 보안장구(수갑과 포승)를 사용하였다. 또한 2008. 3. 3. 조사과정에서도 피진정인이 구인장이 발부된 피해자에게 수갑과 포승을 사용하였다. 이와 관련하여 피진정인은 피해자가 조사과정에서 욕설을 하면서 반항을 하여 피해자의 자해방지 및 피진정인의 안전을 위하여 불가피하게 보안장구를 사용하였다고 주장하고 있으나, 피해자가 제압할 수 없을 정도로 자신 또는 보호관찰관 등에게 위해를 가하는 등의 급박한 사정이 있었다는 점을 인정할 만한 객관적인 증거가 없다고 판단된다. 따라서 피진정인이 피해자에게 보안장구를 사용하는 행위는 위에서 본 바와 같은 법무부의 해석에 의하더라도 보호관찰관의 권한을 넘어선 과도한 조치로 「헌법」 제12조에서 보장하고 있는 피해자의 신체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.

피진정인의 위와 같은 침해행위의 구제조치에 관하여 보건대, 피해자에 대한 보안장구의 사용은 신체의 자유를 침해하는 정도가 매우 크다는 점에서 그 기준이 엄격하게 적용되어야 하므로 우선 피진정인의 감독관인 인천보호관찰소장이

이 점에 관하여 피진정인에 대하여 경고 조치를 하는 것이 필요하다. 또한 법무부장관은 이 사건과 같은 침해의 재발방지를 위하여 피진정인의 감독관인 인천보호관찰소장에 대하여 주의 조치를 취하고 재발방지 대책을 마련하여 시행하는 것이 필요하다고 판단된다.

나. 피진정인이 가혹행위 및 욕설을 하였다는 부분에 대하여

진정인 및 피해자는 피진정인이 2007. 6. 19. 및 2008. 3. 3. 피해자에게 욕설을 하고 발로 차는 등 가혹행위를 하였다고 주장하고 있으나 이를 인정할 만한 객관적인 증거가 없으므로 이 부분에 대한 진정은 기각한다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 및 제42조 제4항 제3호에 따라 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2008. 7. 17.

국가인권위원회 침해구제제1위원회

위원장 유 남 영 위원 윤 기 원 위원 정 재 근

㉨ 2005. 10. 10.자 05진인 2212 결정[가족만남의 집 이용신청 거부]

부정기형을 신고받은 소년사범인 진정인이 '가족만남의 집' 이용신청에 대해서 교도소 측이 장기를 기준으로 불허한 행위가 행복추구권의 침해인지 여부(적극)

【결정요지】

- [1] 부정기형을 신고받은 소년사범인 진정인이 "가족만남의 집" 이용신청에 대해서 교도소 측이 형기산정 시 장기 기준으로 형집행률이 70%가 되지 못한다는 이유로 이용승인을 불허한 것은 행형관련 법령이나 예규 등을 종합적으로 살펴보면, 부정기형의 경우 형기 계산시 단기를 그 기준으로 삼고 있으나 가족만남의 집 이용 대상자를 심사함에 있어 특별히 장기를 기준으로 형기를 계산하여야 할 아무런 이유가 없음에도 장기를 기준으로 한 피진정인의 행위는 법리 오해의 잘못에 기인된 것으로서 진정인의 헌법 제10조 행복추구권 및 외부교통권을 침해한 것임
- [2] 위의 [1]의 사실이 인정되므로 교도소장에게 진정인이 가족만남의 집을 이용할 수 있는지 여부를 재검토한 후, 적절한 구제조치를 취할 것을 권고하고, 법무부 장관에게 "가족만남의 집" 이용대상자 선정을 위한 형기 산정시 부정기형의 경우 단기를 그 기준으로 할 것을 명문화하여 전국 교정시설에 시달할 것을 권고함

【참조조문】 헌법 제10조

【진 정 인】 김○○

【피진정인】 ○○교도소장

【주 문】

1. 법무부장관에게 가족만남의 집 이용 대상자 선정을 위한 형기 산정시 부정기형의 경우 단기를 그 기준으로 할 것을 명문화하여 전국 교정시설에 시달할 것을 권고한다.

2. ○○교도소장에게 진정인이 가족만남의 집을 이용할 수 있는지 여부를 재검토한 후, 적절한 구제조치를 취할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정 요지

진정인은 2000. 11.경 만 19세인 소년사범으로 단기 7년에 장기 10년의 부정기형을 선고받고 수용중이던 2005. 6. "가족만남의 집" 이용신청을 했으나, 장기 기준으로 형집행률이 70%가 되지 못한다는 이유로 이용승인이 불허되었는 바, 이는 부정기형의 경우 단기를 기준으로 하여야 함에도 불구하고 장기를 기준으로 형집행률을 산정한 것으로서 부당하다.

2. 당사자의 주장 요지

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

- 1) 가족만남의 집 운영 목적은 출소전 수형자의 사회적응능력 배양이다.
- 2) 형집행율의 상대적 차이가 대상자 선정요건으로서 중요하게 작용하므로 실질적인 형종료일로서 의미를 갖는 장기형을 그 집행율 산정의 기준으로 삼는 것이 적절하다.
- 3) 진정인은 장기형을 기준으로 2005. 7. 1. 현재 집행율이 51.7%로 대상자로 선정된 타 수형자의 평균집행률(76.2%)보다 상대적으로 현저히 낮기에 출소 전 사회적응능력 배양이라는 동 제도의 주요 취지상 선정에서 제외되었다.

3. 관계법령

가. 소년법

제1조 (목적) 이 법은 반사회성있는 소년에 대하여 그 환경의 조정과 성행의

교정에 관한 보호처분을 행하고 형사처분에 관한 특별조치를 행함으로써 소년의 건전한 육성을 기함을 목적으로 한다

제2조 (소년, 보호자) 이 법에서 "소년"이라 함은 20세 미만의 자를, "보호자"라 함은 법률상 감호교육의 의무있는 자 또는 현재 감호하는 자를 말한다.

제60조 (부정기형) ①소년이 법정형 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 때에는 그 형의 범위안에서 장기와 단기를 정하여 선고한다. 다만, 장기는 10년, 단기는 5년을 초과하지 못한다

제65조 (가석방) 징역 또는 금고의 선고를 받은 소년에 대하여는 다음 기간을 경과하면 가석방을 허가할 수 있다.

1. 무기형에는 5년
2. 15년의 유기형에는 3년
3. 부정기형에는 단기의 3분의 1

나. 보안관찰범시행령

제3조 (형기계산) 법 제3조에 규정된 형기합계를 계산함에 있어 소년법 제60조 제1항의 규정에 의한 부정기형이 선고된 경우에는 그 단기를 형기로 한다.

다. 행형법

제44조 (분류·처우 및 귀휴) ③1년이상 복역한 수형자로서 그 형기의 3분의 1 (무기형의 경우에는 7년)을 경과하고 행형성적이 우수한 자에 대하여는 1년중 10일 이내의 귀휴를 허가할 수 있다. 이 경우 귀휴기간은 형집행기간에 산입한다.

라. 귀휴시행규칙

제2조 (귀휴의 허가요건) ④행형법 제44조제3항의 규정에 의하여 형기의 기준을 정함에 있어서 부정기형은 단기를 그 형기로 본다.

마. 사회보호범시행령

제2조 (형기의 계산) 법 제5조 제1호에 규정된 형기는 다음에 의한다.

3. 소년법 제60조 제1항의 규정에 의하여 부정기형이 선고된 경우에는 그 단기를 형기로 한다.

바. 수형자분류처우규칙

제23조 (책임점수) ②책임점수를 산정하는 경우에 부정기형은 단기를, 무기형과 20년을 초과하는 유기 징역형 또는 금고형은 20년을 그 형기로 한다.

사. 가족만남의 집 운영지침

제4조 (대상자) 소장은 다음 각호의 1에 해당하는 수용자를 선정하여 가족만남의 집 이용을 허가할 수 있다.

1. 1년 이상 복역한 수형자로서 그 형기의 1/3(무기형은 7년)을 경과하고 누진계급 3급 이상인 자
2. 보호감호 집행중인 자
3. 기타 수용자 처우 및 교화상 특히 필요하다고 인정되는 자

4. 인정 사실

가. 기초사실

1) 진정인(1980. 10. 21. 생)은 소년범상 '소년' 신분으로 2000. 10. 24. 강도강간죄(사건발생일 2000. 3. 20.)로 단기 징역 7년, 장기 징역 10년의 형이 확정되었다.

2) 진정인은 2005. 7. 13. 현재 00교도소에 수용중이다.

나. 인정사실

1) 『가족만남의 집』 이용 대상자 선정 심사(심사일 : 2005. 6. 29.) 기록에 의하면, 다음과 같다.

가) 관련근거(예규교화674호, 가족만남의 집 운영지침, 2003. 10. 6.)

나) 가족만남의 집 운영지침 제4조 : 대상 수형자 선정요건

(1) 제4조 제1호 : 1년 이상 복역한 수형자로서 그 형기의 1/3(무기형은 7년)을 경과하고 누진계급 3급 이상인 자

(2) 제4조 제3호 : 기타 수용자 처우 및 교화상 특히 필요하다고 인정되는 자

다) 심사대상자 선정기준

(1) 형기 5년 이상, 누진급수 2급 이상인 자로, 전문학사 2학년에 재학중인 수형자

(2) 보고문 제출자

라) 심사대상자 : 22명

(1) 전문학사 2년 : 18명

(2) 보고문 제출자 : 4명

2) 가족만남의 집 이용 선정 대상자(2005. 7. 1. 기준)는 다음과 같다.

가) 22명중에서 13명 가족만남의 집 이용 가(可), 9명 부(否)

나) 가족만남의 집 이용이 허가된 수용자들의 평균 형집행률은 76.2%, 최저 형집행률은 64.9%, 최고 형집행률은 86.7%

다) 진정인은 부정기형(단기 징역 7년, 장기 징역 10년)을 선고받은 자로서 장기로 형집행율을 산정한 결과 51.7%로 가족만남의 집 이용이 불허되었음. 단기로 형집행율을 산정하는 경우 약 74%임.

5. 판 단

가. 행형관련 법령이나 예규 등을 종합적으로 살펴보면, 부정기형의 경우 형기 계산시 단기를 그 기준으로 삼고 있다. 특히, 귀휴의 경우 형기 계산시 단기를 기준으로 함을 명백히 하고 있으며, 소년범을 가석방하는 경우 “부정기형에는 단기의 3분의 1”을 허가요건중의 하나로 삼고 있다.

나. 반사회성있는 소년에 대하여 형사처분에 관한 특별조치를 취함으로써 소년의 건전한 육성을 기하기 위한 소년범의 입법목적 등에 비추어 볼 때, 이 사건 가족만남의 집 이용 대상자를 심사함에 있어 특별히 장기를 기준으로 형기를 계산하여야 할 아무런 이유를 발견할 수 없다.

다. 진정인의 형집행률 산정시 단기를 기준으로 하여야 함에도 불구하고 장기

를 기준으로 한 피진정인의 행위는 법리 오해의 잘못에 기인된 것으로서 진정인의 헌법 제10조 행복추구권 및 외부교통권을 침해한 것으로 판단된다.

6. 결 론

따라서, 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2005. 10. 10.

국가인권위원회 침해구제위원회

위원장 김호준 위 원 이해학 위 원 나천수

Ⅰ 2002. 7. 31. 자 01진차3 결정[크레파스색상의 피부색 차별]

- [1] 한국산업규격(KS)상 살색 색명이 합리적인 이유 없이 「헌법」 제11조에 보장된 평등권을 침해할 소지가 있는지 여부(적극)
- [2] 국제화·세계화로 국가 및 인종간 교류가 활발한 현 상황에서 특정한 인종의 피부 색깔만을 살색으로 규정하는 것이 산업표준화법의 입법취지에 부합되는지 여부(소극)
- [3] 민간기업인이 특정 색깔의 제품에 살색이라는 표기를 부착한 것이 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 제1호 및 동법 제30조 제2항 제2호 소정의 인권침해행위 및 차별행위에 해당하는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 한국산업규격(KS)상 '살색' 색명은 1967년 한국산업규격 제정 당시 제반사항에 대한 고려 없이 일본의 공업규격을 단순 번역한 것으로서 특정 색깔의 피부를 가진 인종의 사람에 대해서만 사실과 부합되는 것이므로 기타 인종의 사람들에 대해서는 합리적인 이유 없이 「헌법」 제11조에 보장된 평등권을 침해할 소지가 있다.
- [2] 국제화·세계화로 국가 및 인종간 교류가 활발한 현 상황에서 특정한 인종의 피부 색깔만을 살색으로 규정하는 것이 인종과 피부색에 대한 차별적 인식을 확대하는 것으로 시대적 흐름에 반(反)하는 것일 뿐만 아니라, 살색이라는 색명은 적당하고 합리적인 산업표준을 제정·보급함으로써 산업경쟁력을 향상시키고 국민경제발전에 이바지한다는 산업표준화법의 입법취지에 부합되지 않는다.
- [3] 민간기업인이 특정 색깔의 제품에 살색이라는 표기를 부착한 것이 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 국가기관 등의 업무수행과 관련된 인권침해 또는 동법 제30조 제2항 제2호에서 규정하고 있는 재화의 공급이나 이용에 있어서 '특정한 사람'을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위로 볼 수 없다.

【진 정 인】 김○○ 외 4인

【피진정인】 기술표준원장 외 3인

【주 문】

1. 피진정인 기술표준원장이 한국산업규격(KS)상 크레파스와 수채물감의 색명을 지정함에 있어서 특정색을 '살색'이라고 명명한 것은 헌법 제11조의 평등권을 침해할 소지가 있으므로 위 피진정인에게 위 색명을 개정할 것을 권고한다.
2. 피진정인 경인상사(주), (주)신한화구 및 동아교재(주)에 대한 각 진정은 이를 각하한다.

【이 유】

1. 당사자의 지위

가. 진정인은 한국에 체류하고 있는 가나인 커피 ○○(COFFIE ○○○○), 스리랑카인 테○(DE○○), 미국인 잭 워터 (JACK WATTLE ○○○○), 독일인 요르그 ○○(JÖRG ○○○○)와 외국인노동자의 집 및 중국동포의 집 소장 김○○으로서 피진정인이 진정인의 평등권을 침해하였다는 이유로 2001. 11. 26. 국가인권위원회(이하 "위원회"라 한다)에 진정을 제기하였다.

나. 피진정인 기술표준원장은 국가표준제도의 확립지원 및 산업표준화 제도의 운영을 주관하는 산업자원부 산하 행정기관으로서 한국산업규격(KS)의 제·개정의 권한을 가지고 있고, 피진정인 경인상사(주), (주)신화화구 및 동화교재(주)(이하 "경인상사(주) 등"이라 한다)는 위 한국산업규격에 따라 황인종의 피부색과 유사한 색의 제품을 '살색'으로 표기한 제품을 판매하고 있는 사업체들이다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인은 피진정인 기술표준원장이 한국산업규격(KS)상 특정색의 색명을 '살색'이라고 명명하고, 피진정인 경인상사(주) 등이 판매하는 크레파스 및 수채물감 제품 중 특정 색깔의 제품을 살색이라고 표기한 것은 당해 특정한 색만이 피부색이라는 인식을 전달하는 것으로 이와 다른 피부색에 대한 차별행위를 조장하는 것이라고 주장하며 이의 시정을 요구하고 있다.

나. 피진정인 기술표준원장은 '살색'이라는 색명은 한국산업규격(KS)의 국가규격 도입초기인 1967년도에 일본공업규격상의 색명을 그대로 받아들인 것으로서 진정인을 차별할 의도가 없었다고 주장하고, 피진정인 경인상사(주) 등은 한국산업규격 인증업체로서 위 기술표준원이 정한 한국산업규격상의 색명에 따라 표기한 것이라고 주장하고 있다.

3. 위원회의 조사결과 인정된 사실

가. 「산업표준화법」 제1조는 “이 법은 적정하고 합리적인 산업표준을 제정·보급함으로써 광공업품 및 산업활동 관련 서비스의 품질고도화, 생산효율의 향상, 생산기술혁신을 기하며 거래의 단순·공정화 및 소비의 합리화를 통하여 산업경쟁력을 향상시키고 국민경제발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정하고, 동법 제2조는 “이 법에서 ‘산업표준화’라 함은 다음 각호의 사항을 통일하고 단순화하는 것을 말하며, ‘산업표준’이라 함은 산업표준화를 위한 기준을 말한다”라고 규정하는 한편, 동법 제2조 제5호는 “광공업의 기술과 관련되는 용어·약어·기호·부호·표준식 또는 단위”를 산업표준화로 정의하고 있다.

나. 한국산업규격(KS)은 산업표준화법 제2조에 근거를 두고 피진정인 기술표준원장이 산업표준심의회 심의를 거쳐 고시함으로써 제정되는 국가규격으로 약칭하여 KS로 표시한다.

다. 한국산업규격(KS)의 크레파스와 수채물감은 KS G로 분류하여 51종의 색명을 지정하고 있는데 그 가운데 황인종의 피부색과 유사한 특정색의 색명을 '살색'으로 명명하고 있다.

라. 현재 피진정인 경인상사(주) 등이 판매하고 있는 제품 중 황인종의 피부색과 유사한 특정 색깔의 제품에 '살색'이라는 표기가 부착되어 있고 이것은 피진정인 기술표준원장이 제정한 한국산업규격(KS)상 당해 색의 색명이 '살색'으로 명명되어 있기 때문이다.

4. 위원회의 판단

가. 피진정인 기술표준원장과 관련된 부분에 대하여 살펴보면, 한국산업규격

(KS)상 '살색' 색명은 1967년 한국산업규격 제정 당시 제반사항에 대한 고려 없이 일본의 공업규격을 단순 번역한 것으로서 진정인의 주장대로 특정 색깔의 피부를 가진 인종의 사람에 대해서만 사실과 부합되는 색명이며, 이는 결과적으로 기타 인종의 사람들에 대해서는 합리적인 이유 없이 「헌법」 제11조에 보장된 평등권을 침해할 소지가 있는 것으로 판단된다.

나. 또한 국제화·세계화로 국가 및 인종간 교류가 활발한 현 상황에서 특정한 인종의 피부 색깔만을 '살색' 으로 규정하는 것은 인종과 피부색에 대한 차별적 인식을 확대하는 것으로 시대적 흐름에 반(反)하는 것일 뿐만 아니라, '살색'이라는 색명은 적정하고 합리적인 산업표준을 제정·보급함으로써 산업경쟁력을 향상시키고 국민경제발전에 이바지한다는 산업표준화법의 입법취지에도 부합되지 않는다고 할 것이다.

다. 피진정인 경인상사(주) 등이 관련된 부분에 대하여 살펴보면, 민간기업인 피진정인들이 특정 색깔의 제품에 '살색'이라는 표기를 부착한 것은 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 국가기관 등의 업무수행과 관련된 인권침해 또는 동법 제30조 제2항 제2호에서 규정하고 있는 재화의 공급이나 이용에 있어서 '특정한 사람'을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위로 볼 수 없으므로 동법 제30조 제1항에서 규정하고 있는 조사대상에 해당되지 아니한다.

5. 결 론

그렇다면 피진정인 기술표준원장이 한국산업규격(KS)상 특정색의 색명을 '살색'이라고 명명한 것은 국가기관의 업무수행과 관련하여 헌법 제11조에서 보장하고 있는 평등권을 침해할 소지가 있는 것으로 인정되므로 피진정인에 대하여 한국산업규격(KS)을 개정할 것을 권고하기로 하고, 피진정인 경인상사(주) 등의 행위는 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하여 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 따라 각하대상이므로 주문과 같이 결정한다.

진원위원회

위원장 김창국 위원 박경서 유 현 유지춘 조미경 김오섭 이진강 신동운 정강자 궤노현 김덕현

2] 2002. 6. 18.자 02진차22 결정 [대학신입생모집과정상 나이차별행위]

- [1] 대학의 입학시험에서 동점자처리기준으로 연소자 우선원칙을 채택하여 연장자를 불합격처리한 것이 입학시험 지원자의 평등권을 침해한 것인지 여부(적극)
- [2] 대학당국에게 가능한 한 빠른 시기에 모집인원 유동제 등에 의한 합격처리 등 입학시험 지원자의 평등권 침해에 대한 구제조치의 이행을 권고하며, 대학신입생 모집과 관련하여 나이를 이유로 한 차별적 제도, 정책, 관행 등이 있는 지를 조사하여 이를 시정·개선하고, 나이를 이유로 차별행위를 하지 않을 것을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 대학의 의예과 2002학년도 수능영역별 우수자 특별전형 입학시험에서 동점자처리기준으로 연소자 우선원칙을 채택하여 연장자를 불합격처리한 것이 입학시험 지원자의 평등권을 침해한 차별행위로 인정된다.
- [2] 대학당국에게 가능한 한 빠른 시기에 모집인원 유동제 등에 의한 합격처리 등 입학시험 지원자의 평등권 침해에 대한 구제조치의 이행을 권고하며, 대학신입생 모집과 관련하여 나이를 이유로 한 차별적 제도, 정책, 관행 등이 있는 지를 조사하여 이를 시정·개선하고, 나이를 이유로 차별행위를 하지 않을 것을 권고한 사례.

【진 정 인】 정○○

【피진정인】 ○○대학교 총장

【주 문】

- 1. 피진정인이 진정인을 ○○대학교 의예과 2002학년도 수능영역별 우수자 특별전형 입학시험에서 탈락시킨 행위는 나이를 이유로 진정인의 평등권을 침해한 차별행위로 인정한다.

2. 피진정인에게 가능한 한 빠른 시기에 모집인원유동제 등에 의한 합격처리 등 진정인의 평등권 침해에 대한 구제조치의 이행을 권고한다.

3. 피진정인에게 대학신입생 모집과 관련하여 나이를 이유로 한 차별적 제도, 정책, 관행 등이 있는 지를 조사하여 이를 시정·개선하고, 나이를 이유로 한 차별행위를 하지 않을 것을 권고한다.

【이 유】

1. 당사자의 지위

가. 진정인은 피진정인이 실시한 2002학년도 대구가톨릭대학교 의예과의 수능영역별 우수자 특별전형 입학시험에 지원하였다가 탈락한 자인 바, 특별전형에서 동점자는 수능종합등급과 연소자 순으로 합격처리한다는 대구가톨릭대학교의 규칙에 따라 3명의 동점자 중 연장자인 진정인이 불합격되자, 이는 대학입학에 있어서 나이를 이유로 진정인의 평등권을 침해한 차별행위라며 2002. 2. 20 국가인권위원회(이하 위원회라 한다)에 진정을 제기하였다.

나. 피진정인은 고등교육법의 규정에 의거 학교법인 선목학원이 설치 운영하고 있는 대구가톨릭대학교 총장으로서 2002학년도 대구가톨릭대학교 의예과 수능영역별 우수자 특별전형 입학시험을 실시하였다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인은 수능영역별 우수자 특별전형 입학시험에서 동점자가 발생하면 합리적이고 객관적인 자료를 기준으로 합격자를 선발하여야 함에도, 피진정인이 그러한 기준 없이 연소자 순으로 합격자를 선발한 것은 나이를 이유로 헌법 제 11조 제1항에 정한 평등권을 침해한 행위라고 주장하면서 피진정인에 대하여 진정인의 합격 처리 등의 구제조치를 요구하고 있다.

나. 피진정인은 연소자를 동점자 처리 기준으로 활용하는 것은 연소자는 연장자에 비해 사회적 경험과 수학기간이 짧음에도 불구하고 같은 점수를 취득하였으므로 상대적으로 우수하다고 볼 수 있고, 또한 동점자중 연소자를 우선적으로

합격처리하는 것은 대부분의 대학에서 활용하고 있는 일반적인 기준으로서 대학의 자율사항일 뿐 아니라 원서접수 이전에 일반에게 공개된 입시요강에 위 기준을 명시하였기 때문에 진정인을 포함한 모든 응시생들이 이를 용인한 것으로 보아야 한다고 주장하고 있다.

3. 위원회의 조사내용

가. 피진정인이 제출한 각 관련자료, 교육인적자원부의 의견회신, 각 대학의 입시요강에 각 기재된 내용, 당사자의 각 주장 및 한국헌법학회 등 전문가 의견을 종합하여 보면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) ○○대학교는 2000. 12. 30. 교무위원회에서 2002학년도 입학전형에 있어 동점자 처리기준을 아래와 같이 정하였다.

전 형 유 형	동점자 처리 기준
취업자 특별전형	학생부, 경력, 연소자 순
특기자 특별전형	학생부, 실기고사, 임상실적, 연소자 순
수도자 특별전형	학생부, 실기고사, 면접고사, 연소자 순
성소자·성직자 추천·복지장학대상자 특별전형	학생부, 면접고사, 연소자 순
만학도·주부 특별전형	학생부, 면접고사, 연장자 순
실업계고교출신자·영어우수자·실기우수자, 농어촌 특별전형	연소자 순
12년 개근자·교사추천자 특별전형	학생부, 학업계획서, 면접고사, 연소자 순
선·효행자 특별전형	학생부, 표창내용, 면접고사, 연소자 순
수능영역별 우수자 특별전형	수능종합등급, 연소자 순
일반학생 전형	모집인원 유동제 실시

(2) 피진정인은 대구가톨릭대학교 의예과의 2002학년도 신입생을 모집하면서 수능종합등급 1등급 이상인 자를 대상으로 외국어 영역과 과학탐구 영역 2개영역을 합산한 점수로 13명을 선발하되 동점자가 있을 경우 수능종합등급 및 연소자 순으로 합격처리한다는 내용의 수능영역별 우수자 특별전형계획 등이 포함된

신입생 모집요강을 발표하였다.

(3) 특별전형시험의 지원자 33명 중 1 ~ 11위를 선발한 후, 12위에 진정인을 포함한 3명의 동점자가 발생하자, 피진정인은 동점자 중 진정인보다 나이가 어린 2명을 12위, 13위로 정해 각 합격시키고 진정인은 14위로 탈락시켰다.

(4) 피진정인은 2002학년도 수능영역별 우수자 특별전형을 실시함에 있어서 2002학년도부터 수능총점주의의 폐단을 줄이기 위해 소수점제도를 폐지하고 각 영역별 취득점수를 소수점이 없는 정수로 대학에 제공하도록 제도가 변경됨에 따라 다수의 동점자가 발생할 가능성이 예전에 비해 현저히 증가될 것임을 예측하였음에도 이에 대비한 객관적인 기준을 마련하지 않았다.

(5) 피진정인은 일반학생 전형의 경우에는 신입생 모집인원 유동제에 의하여 동점자를 모두 합격처리한다는 기준을 명시하였다.

(6) 연소자 기준을 적용하는 다른 대학에서는 동점자가 발생하는 경우 연소자 선발기준을 적용하기에 앞서 수능시험성적, 생활기록부성적, 면접고사성적, 경력, 학업계획서 평가 등에 의하여 순위를 정하는 방법을 채택하고 있다.

나. 관계 법령은 다음과 같다.

(1) 「헌법」 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다”고 규정하고, 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고, 같은 조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하고 있다.

(2) 「고등교육법」 제34조 제1항은 “대학(산업대학·교육대학 및 전문대학 포함, 대학원 대학 제외)의 장은 제33조 제1항의 규정에 의한 자격이 있는 자 중에서 일반전형 또는 특별전형에 의하여 입학할 허가를 학생을 선발한다.”고 규정하고, 「고등교육법시행령」 제31조 제1항은 “대학의 장이 법 제34조 제1항의 규정에 의하여 입학자를 선발함에 있어서는 모든 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 보장”하도록 규정하고 있다.

(3) 「국가인권위원회법」 제30조 제2항은 합리적인 이유 없이 나이를 이유로

불리하게 대우하는 행위를 평등권침해의 차별행위로 규정하고 있다.

4. 위원회의 판단

가. 연소자 우선 기준이 대부분의 대학에서 채택하는 일반적인 방법인지 여부

(1) 동점자 처리기준으로 연소자를 우선하는 것이 대부분의 대학에서 채택하고 있는 일반적인 기준이라고 할 수는 없다. 피진정인이 제출한 각 대학교의 입시요강을 보면 연소자 기준을 적용하는 대학이라 하더라도 동점자가 발생하는 경우, 연소자를 우선하기 이전에 수능시험 성적, 생활기록부 성적, 면접고사, 경력, 학업계획서 평가 등 다양한 기준들을 우선 채택하고 있다.

(2) 진정인이 지원한 < 수능영역별 우수자 특별전형 : 의예과 >의 경우를 살펴보면, 동점자가 발생하는 경우 “1. 수능종합등급, 2. 연소자 순”으로 합격처리하도록 하고 있는 바, 이는 의예과를 지원할 수 있는 자격이 수능종합등급 1등급 이상인 점을 고려하면 결국 동점자 중에서의 선발기준은 “연소자 순”이라는 유일한 기준만이 적용될 수밖에 없다.

(3) 특히 피진정인은 수능영역별 우수자 특별전형을 실시함에 있어, 교육인적자원부에서 수능총점주의의 폐단을 줄이기 위해 소수점제도를 폐지하고 각 영역별 취득점수를 소수점이 없는 정수로 대학에 제공하도록 변경되어 다수의 동점자가 발생할 가능성이 현저히 증가될 것임을 예상하고 있었음에도 이에 대비한 보다 합리적이고 객관적인 기준을 마련하지 않은 채 ‘연소자 우선’ 기준만을 적용한 것은 행정편의적인 방법에만 의존하여 직무를 소홀히 하거나 대만히 한 것으로 판단된다.

(4) 가사, 전국대학에서 동점자 처리기준으로 연소자를 우선하는 것이 일반적인 방법이라고 하더라도 그러한 사정만으로 그것이 평등권을 침해하는 차별행위가 되지 않는다고 할 수는 없다.

나. 연소자가 사회적 경험과 수학기간이 짧으므로 상대적으로 우수하다고 할 수 있는지 여부

(1) 연소자가 연장자에 비하여 반드시 사회적 경험과 수학기간이 짧다고 할 수

없으며 사회적 경험과 수학기간은 지원자의 개인적 사정에 따라서 달라질 수 있다. 가정사정 등으로 정상적인 학교 공부를 하지 못한 만학도의 경우 연소자보다 수학기간이 짧을 수도 있는 것이다. 또한 같은 점수를 취득하기까지 소요된 기간의 길고 짧음이 지원자 능력의 우열이나 입학 이후의 학업성취 가능성 여부에 대한 평가기준이 될 합리적 근거가 될 수는 없다.

(2) 즉, 연소자가 연장자보다 상대적으로 뛰어나다는 가정은 객관성이 없는 것이다. 이는 나이 차이가 며칠에 불과한 경우를 생각해 보아도 분명하다.

다. 연소자 기준을 대학의 자율사항이라고 할 수 있는지 여부

(1) 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다”고 명시하고 있고, 이러한 평등권은 ‘기본권 보장에 관한 헌법의 최고원리’이며 ‘기본권중의 기본권’으로 간주되고 있으므로(헌재 1989. 1. 25, 88 헌가 7), 평등권은 모든 기본권을 공통적으로 제약하는 ‘민주국가의 기본원리’라 할 수 있다. 따라서 입학자 선발에 있어서의 대학의 자율성은 평등권의 범위 내에서 인정되는 것으로 보아야 한다.

(2) “대학의 장이 입학자를 선발함에 있어서는 모든 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 보장”하여야 한다는 고등교육법시행령 제31조 제1항의 규정도 그러한 취지이다.

라. 입시요강에 명시하여 진정인이 이를 용인한 것으로 볼 수 있는지 여부

피진정인이 연소자 우선 선발기준을 사전에 일반에 공개한 입시요강에 명시하였다 하더라도 그러한 사실만으로 진정인이 이를 용인하였다고 볼 근거가 되지는 않는다. 또한, 피진정인이 선택한 선발기준이 헌법상 최고의 기본권인 평등권을 침해하는 내용인 것으로 판단된 이상 그 사전 공표 여부가 그 효력에 영향을 미치는 것으로 볼 수는 없다.

마. 평등권 침해의 차별행위인지 여부

(1) 위에서 살펴 본 바와 같이 위원회는 이 사건 수능영역별 우수자 특별전형 과정에서 피진정인이 진정인에 대하여 연장자라는 이유만으로 탈락시킨 행위를 국가인권위원회법제30조 제2항에 해당하는 차별행위로 인정한다.

(2) 나이를 기준으로 우선순위를 결정하는 것이 대학에 부여된 자율권의 범위 안에 속한다고 하더라도 '왜 연소자를 연장자보다 우선적으로 입학시키는 것이 합리적인지'에 대한 논리적 정당성이 필요하다고 할 것이다. 이 사건에서는 대학에서의 수학능력이 입학자의 나이와 밀접한 상관관계가 있고, 연소자의 우대가 교육의 목표나 성과에 비추어 불가피하다는 사정은 밝혀지지 않았다. 또한, 수능 시험 성적, 생활기록부 성적, 면접고사 성적, 학업계획서 평가 등 지원자의 수학능력을 보다 객관적으로 평가할 수 있는 방법이 있고, 특히 피진정인은 동점자가 많이 발생할 수 있을 것이라는 예측을 하였으면서도 보다 합리적이고 객관적인 기준을 마련하지 않은 채 연소자를 우선하는 기준만을 적용한 것은 행정편의만 고려한 것으로서 합리성을 인정하기 어렵다.

5. 결 론

그러므로 피진정인이 진정인을 대구가톨릭대학교 의예과 2002학년도 수능영역별 우수자 특별전형 입학시험에서 탈락시킨 행위는 나이를 이유로 진정인의 평등권을 침해한 차별행위로 인정하고, 피진정인에게 가능한 한 빠른 시기에 모집인원 유동제 등에 의한 합격처리 등 진정인의 평등권 침해에 대한 구제조치의 이행을 권고하며, 대학신입생 모집과 관련하여 나이를 이유로 한 차별적 제도, 정책, 관행 등이 있는 지를 조사하여 이를 시정·개선하고, 나이를 이유로 차별행위를 하지 않을 것을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유지춘
위 원 조미경 위 원 김오섭 위 원 이진강 위 원 신동운
위 원 정강자 위 원 곽노현 위 원 김덕현

㉓ 2003. 5. 7.자 02진차70 결정 [초·중등교육법시행령 제21조 제3항 보호자 정의의 차별]

「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 것은 헌법상 행복추구권과 평등권을 침해한 것으로 판단하여 그 관행의 개선을 권고한 사례

【결정요지】

「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 것은 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자의 보호를 받고 있는 초등학생의 「헌법」 제10조의 행복추구권과, 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자와 그의 보호를 받고 있는 초등학생의 「헌법」 제11조 제1항의 평등권을 침해하는 차별행위로 인정하고, 피진정인에게 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항 중 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 관행의 개선을 권고함.

【진정인】 김○○

【피진정인】 교육인적자원부장관

【주 문】

1. 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 것은 친권자 또는 후견인이 아닌 사람의 보호를 받고 있는 초등학생의 「헌법」 제10조의 행복추구권을 침해하고, 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자와 그의 보호를 받고 있는 초등학생의 「헌법」 제11조의 평등권을 침해하는 차별행위임을 인정한다.

2. 피진정인에게 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항 중 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 관행의 개선을 권고한다.

【이 유】

1. 당사자의 지위

가. 진정인은 2002. 8. 23. 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)에 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 ‘보호자’를 친권자 뿐만 아니라 특수한 가정상황인 경우 실제 양육자나 이들을 보호하고 있는 기관 등을 포함할 수 있도록 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 개정을 요구하는 진정을 제기하였다.

나. 피진정인은 인적자원개발정책의 수립·총괄·조정, 학교교육·평생교육 및 학술에 관한 사무를 장리하고 있다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인의 주장

(1) 진정인은 ○○초등학교에 재학하였던 유○○의 어머니로서, 1999. 8. 이혼 당시 친권은 유○○의 아버지가, 양육권은 진정인이 갖기로 합의하였다가 개인적인 사정으로 2000년부터 2002년까지 한시적으로 유○○의 양육을 그의 아버지에게 맡겼는데, 2001. 12. 23. 진정인을 찾아 온 유○○이 아버지의 재혼에 충격을 받고 진정인과 함께 살기를 희망하여 유○○의 아버지와 양육문제를 협의하던 중 2002. 2. 2. 유○○의 아버지가 귀가하는 유○○을 강제로 데려가려다 진정인에게 상해를 입혀 인천지방법원은 같은 달 8. 유○○의 아버지에게 진정인의 거주지 100m 이내의 접근금지를 명령하였다.

(2) 유○○이 이에 충격을 받고 신경정신과적 치료를 받게 되자 진정인은 같은 달 20. ○○초등학교에 이와 같은 가정상황을 설명하고 유○○의 거주지 이전 없는 전학을 요청하였으나, ○○초등학교교장은 진정인이 친권자가 아닌 이혼여성이라는 이유로 전학을 불허하였다가 부산지방법원 가정지원이 진정인이 제기한 친권행사자 및 양육권자 변경 심판청구 사건의 판결에 앞서 같은 해 3. 2. 임시로 진정인을 친권행사자 및 양육권자로 변경한다는 결정을 내리자 같은 달 6. 유○○의 거주지 이전 없는 전학을 부산광역시교육청에 추천하였다.

(3) 초등학생의 거주지 이전 없는 전학과 관련하여 「초·중등교육법시행령」

제21조 제3항은 “초등학교의 장은 학생의 학교생활 부적응 또는 가정사정 등으로 인하여 학생의 교육환경을 바꾸어 줄 필요가 있다고 인정하는 때에는 학생의 보호자 1인의 동의를 얻어 교육장에게 당해 학생의 전학을 추천할 수 있다”고 규정하고 있으나, 보호자에 대한 명확한 개념 규정이 없어 일선 학교장들이 가정폭력 등 특수한 가정상황이 있음에도 친권자만을 보호자로 인정하여 실제로 자녀를 양육하거나 보호하고 있는 사람이 해당 학생의 거주지 이전 없는 전학을 신청할 경우 이를 불허하고 있는 바, 이는 「헌법」 제11조의 평등권을 침해하는 것이다.

나. 피진정인의 주장

(1) 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 “보호자”는 「민법」 제909조에 규정한 친권자, 친권을 행사하는 사람이 없을 때는 같은 법 제928조에 의한 미성년자에 대한 후견인이 적용될 수 있으며, 친권자 외에 “현재 자녀를 보호하고 있는 자 등”도 보호자의 범주에 포함시킬 경우 민법상 친권자에게 주어진 미성년자 보호 권한과 배치될 수 있어 실제 친권자와 분쟁이 생길 수 있다.

(2) 친권자가 폭력 등으로 자녀의 교육권 보호 등의 의무를 수행하지 못하는 경우 「민법」 및 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 등 관련 법령에 의거 사실여부 조사 후 친권행사의 제한 및 친권행사자의 변경 등의 조치를 요구할 수 있으며, 이 같은 조치는 법원의 판결에 따라 이루어질 사항으로 학교장의 판단에 의하여 결정할 수 있는 사안이라 보기는 어렵다고 주장하고 있다.

3. 위원회의 조사내용

가. 피진정인이 제출한 의견, 참고인 한국가정법률상담소, 한국여성의전화연합 및 한국성폭력상담소가 제출한 관련자료, 전문가들에 대한 의견조회 결과를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 초등학생의 거주지 이전 없는 전학은 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항에 의거하여 보호자의 의견을 바탕으로 담임교사의 의견서, 학교장의 추천서, 보호자 동의서 등을 해당 교육청에 제출하면 교육청이 전학조치 가부를 결정하고 전학통지서를 발급하는 과정으로 성립된다.

(2) 현재 일선 학교에서는 거주지 이전 없는 전학과 관련하여 친권자만을 보호자로 인정하여 부모가 이혼한 후 아버지와 함께 살기 싫어하는 자녀를 양육하는 어머니가 법원에 친권행사자 및 양육자 변경 심판청구를 하고 자녀의 전학을 요청하는 경우에도 어머니는 친권행사자 및 양육권자가 아니라는 이유로 이를 불허하는 사례가 종종 발생하고 있다.

나. 관계 법령은 다음과 같다.

(1) 「헌법」 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고, 「헌법」 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다.

(2) 「국가인권위원회법」 제30조 제1항은 국가기관의 업무수행과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우를 위원회의 조사 대상으로 규정하고 있다.

4. 위원회의 판단

가. 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항에서 초등학교의 장이 학생의 학교생활 부적응 또는 가정사정 등으로 인하여 학생의 교육환경을 바꾸어 줄 필요가 있다고 인정하여 교육장에게 당해 학생의 전학을 추천할 때에 보호자 1인의 동의를 얻도록 한 것은 친권자나 후견인의 권리를 보호하기 위해서라기보다는 학생의 교육받을 권리를 보장하기 위한 것이라 할 것이고, 부모의 이혼이나 가정폭력 범죄로 가정이 파괴되는 등의 가정사정 등으로 인하여 학생의 교육환경을 바꾸어 줄 필요가 있는 경우에도 전학을 추천할 수 있도록 되어 있는 것에 비추어 보면 위 규정에서 말하는 보호자에는 친권자나 후견인뿐만 아니라 기타 사실상 학생을 보호하는 자도 포함된다고 보아야 할 것이다.

나. 사실상 학생을 보호하고 있는 사람도 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 보호자에 포함된다고 할 경우 피진정인의 주장과 같이 친권자와 사이에

분쟁이 생길 수도 있을 것이다. 그러나 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항에 의하면 보호자가 여러 사람인 경우에 보호자 전원이 아니라 보호자 1인의 동의를 얻어 전학을 추천할 수 있도록 되어 있으므로 보호자들 사이에 학생의 전학에 관한 의견이 다른 경우 분쟁이 일어날 가능성은 언제나 있는 것이다. 보호자들 사이에 학생의 전학에 관한 의견이 달라서 분쟁이 일어날 가능성이 있다고 하더라도 교장은 보다 좋은 환경에서 교육받을 초등학생의 권리를 보장해 주기 위하여 전학이 필요한지 여부를 결정하여야 할 것이다.

다. 학교생활 부적응 또는 가정사정 등으로 교육환경을 바꾸기 위하여 전학이 필요한 초등학생에 대하여 사실상 그를 보호하는 자의 동의가 있음에도 불구하고 친권자나 후견인의 동의가 없다는 이유로 초등학생의 장이 전학추천을 하지 아니하는 것은 초등학생의 「헌법」 제10조의 행복추구권을 침해하는 것이 될 것이다. 그리고 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 것은 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자와 그의 보호를 받고 있는 초등학생을 합리적인 이유 없이 친권자 또는 후견인과 그들의 보호를 받고 있는 초등학생보다 불리하게 대우함으로써 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자와 그의 보호를 받고 있는 초등학생의 「헌법」 제11조 제1항의 평등권을 침해하는 차별행위로 판단된다.

5. 결 론

그러므로, 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항의 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 것은 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자의 보호를 받고 있는 초등학생의 「헌법」 제10조의 행복추구권과, 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자와 그의 보호를 받고 있는 초등학생의 「헌법」 제11조 제1항의 평등권을 침해하는 차별행위로 인정하고, 피진정인에게 「초·중등교육법시행령」 제21조 제3항 중 “보호자”를 친권자 또는 후견인만으로 한정하여 적용하는 관행의 개선을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2003. 5. 7.

국가인권위원회 제3소위원회

위원장 유시춘 위 원 김오섭 위 원 정강자

4] 2003. 3. 31.자 02진차80, 130 (병합) 결정 [성적 지향에 의한 행복추구권 등 침해]

- [1] 동성애를 수간, 혼음, 근친상간, 가학·피학성음란증 등과 같이 사회통념상 허용되지 아니한 성관계라고 할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 동성애를 표현한 매체물을 청소년유해매체물로 지정하여 청소년들의 접근을 막는 「청소년보호법시행령」 [별표 1] 청소년유해매체물 심의기준(제7조 관련)은 헌법상 평등권 및 신체의 자유를 침해한 것이므로 규정 중 '동성애'를 삭제하도록 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 동성애는 정신의학상 정신질환이 아니고, 정신적 장애와 아무 관계도 없으며, 정상적인 성적 지향의 하나로 간주되고 있을 뿐 아니라 교육인적자원부 발행의 성교육 교사용 지도지침서에도 동성애가 하나의 인간적인 삶인 동시에 애정의 형식이고 성도착증으로 분류되지 않는다고 설명되고 있는 사정 등에 비추어 보면 동성애를 수간, 혼음, 근친상간, 가학·피학성음란증 등과 같이 사회통념상 허용되지 아니한 성관계라고 할 수는 없다.
- [2] 「헌법」 제10조에 보장된 행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 전제로 하는 것이고, 자기운명결정권에 포함되어 있는 성적자기결정권은 성적행동의 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리인 바, 이와 같은 성적행동에는 동성애도 포함된다 할 것이므로, 동성애를 표현한 매체물을 청소년유해매체물로 지정하여 청소년들의 접근을 막는 「청소년보호법시행령」 [별표1] 청소년유해매체물 심의기준(제7조 관련)은 동성애자의 성적자기결정권, 곧 행복추구권을 침해하고, 합리적인 이유없이 성적 지향을 이유로 동성애자를 배제·구별하거나 불리하게 대우함으로써 「헌법」 제11조 제1항에 보장된 평등권을 침해하고, 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하지 않는 한 최대한으로 보장되어야 할 「헌법」 제21조 제1항의 표현의 자유를 침해하는 것으로 판단되므로 당해 심의기준(제7조 관련) 중 '동성애'를 삭제할 것을 권고함.

【진 정 인】 한국○○○○ ○○○, ○○○인권○○

【피진정인】 청소년보호위원회위원장

【주 문】

1. 동성애를 사회통념상 허용되지 아니한 성관계의 하나로 규정한 「청소년보호법시행령」 [별표 1] 청소년유해매체물의 심의기준(제7조 관련)은 동성애자들의 「헌법」 제10조의 행복추구권, 제11조의 평등권, 제21조의 표현의 자유를 침해하는 것으로 인정한다.

2. 피진정인에게 청소년보호법시행령 [별표 1] 청소년유해매체물 심의기준(제7조 관련) 중 ‘동성애’를 삭제하는 것으로 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 당사자의 지위

가. 진정인 한국0000모임 000는 2002. 10. 15., 진정인 0000연대는 같은 해 12. 23. 각각 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)에 청소년보호법시행령 [별표 1] 청소년유해매체물의 심의기준(제7조 관련) 2. 개별심의기준 다. 수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것(이하 “이 사건 규정”이라 한다) 중 동성애의 삭제를 요구하는 진정을 제기하였다.

나. 피진정인은 청소년보호법의 규정에 의한 청소년보호업무를 수행하기 위하여 국무총리 소속하에 설치된 청소년보호위원회의 대표자이다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인들의 주장

(1) 진정인 한국0000모임 000는 이 사건 규정이 동성애를 비정상적인 성적 지향으로 간주하고 동성애 매체물에 대한 청소년의 접근을 차단하여 동성애자의 인권을 침해하고 있고, 실제로 이 사건 규정을 근거로 하여 플러스기술 주식회

사에서 개발한 '수호00 S000 Z000'과 같은 음란물차단프로그램이 전국의 많은 PC방에 설치되어 동성애사이트에 대한 접근을 차단하고 있다고 주장하고 있다.

(2) 진정한 0000연대는 위 (1)과 같은 주장과 함께, 실제로 인터넷 포털 업체 00코리아 주식회사는 이 사건 규정을 근거로 '동성애'라는 단어를 성인전용 검색어로 지정하여 일반 사용자가 00코리아 사이트에서 '동성애'를 검색하기 위해서는 야후 회원에 가입하고 성인인증을 받은 뒤 로그인하는 절차를 거치도록 하여 동성애사이트에 대한 청소년의 접근을 차단하고 있다고 주장하고 있다.

나. 피진정인의 주장

이 사건 규정은 청소년들의 동성애 관련 정보 접근을 원천적으로 차단하는 것이 아니므로 동성애자에 대한 인권침해가 아니다. 다만 청소년기는 아직 자신의 성적 지향을 결정하기에는 지식·경험·판단력이 완전히 성숙하지 않았음을 감안하여 이성애와 동성애에 대해 건전하고 합리적인 도움이 되는 정보제공을 넘어선 매체물에 대해서만 청소년유해매체물로 지정하는 것이다. 또한 청소년유해매체물의 지정과 관련하여 동성애라고 하여 무조건 포함하는 것이 아니며, 개별 매체에 대해서 관련 매체물 전문가들로 구성된 심의위원회의 심의를 거쳐 결정하고, 이 때 해당 매체물의 특성과 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면을 동시에 고려한다.

3. 위원회의 조사내용

가. 피진정인이 제출한 의견, 참고인 000기술 주식회사 및 00코리아 주식회사가 제출한 관련자료, 전문가들에 대한 의견조회 결과를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 피진정인은 2000년부터 2002년까지 인터넷사이트에 대한 청소년유해매체물 심의·의결기관인 정보통신윤리위원회가 심의·의결한 3개의 동성애사이트를 청소년유해매체물로 고시(고시번호 : 제2000-31호, 제2001-04호, 제2001-29호)하였고, 정보통신윤리위원회는 그 근거의 하나로 이 사건 규정을 들고 있다. 플러스 기술 주식회사가 개발한 음란물차단프로그램 '수호00 S000 Z000'은 진정한 한국 0000모임 000 홈페이지를 비롯한 10개의 동성애사이트를 차단하고 있고, 그 근거를 이 사건 규정에 두고 있다. 00코리아 주식회사는 2002년부터 '동성애'를 성

인전용검색어로 지정하여, 인터넷사용자가 00회원에 가입하고 로그인하는 절차를 거쳐 '동성애'를 검색할 수 있도록 하고 있고, 그 근거를 이 사건 규정에 두고 있다.

(2) 세계보건기구(WHO)는 1993년 ICD-10에서 동성애를 비롯한 성적체성 자체는 정신적 장애와 아무런 관련이 없다는 것을 확인하였으며, 이성애, 동성애, 양성애를 동등한 입장에서 가치 중립적인 성격으로 진단·분류하고 있다. 그리고 미국정신의학회가 정신질환을 진단하는 기준으로 사용하기 위하여 발간하는 통계편람 'DSM(Diagnostic & Statistical Manual of Mental Disorders)'은 전세계적으로 가장 보편적으로 적용되고 있는데(한국의 정신의학, 임상, 상담심리학, 그리고 사회사업 등 정신건강을 담당하는 곳에서도 기준으로 이용되고 있다), 미국정신의학회의 이사회는 1973. 12. 15. 통계편람 DSM 제2판에서부터 동성애 조항을 정신질환의 목록에서 삭제하기로 결의하여 공식적으로 동성애를 질병이나 질환이 아니라 성행동의 정상적 지향체(normal orientation)로 인정하였다. 미국심리학회 역시 1975년에 동성애는 정신질환이 아니라고 재천명하였는데 동성애 그 자체는 판단능력, 안정성, 신뢰성 또는 전반적인 사회생활이나 직장생활을 하는 능력에 어떠한 손상도 내포하지 않는다고 결의하였다. 1998년에는 미국의 거의 모든 정신건강단체(정신의학회, 심리학회, 상담심리학회, 학교심리학회, 사회사업학회 등)에서 공식적으로 동성애는 정신질환이 아님을 다시 한번 분명히 하였고, 동성애자에 대한 잘못된 처우는 물론, 특히 성적 지향성을 고치려는 시도나 행위에 대해 반대함을 공식적으로 밝혔다. 위와 같이 동성애에 대하여 다방면에서 체계적으로 확립된 이론들은 현재 미국내 청소년들의 성교육과 상담의 기본자료로 각계 각층에서 사용되고 있으며, 동성애를 정상적인 성적 지향의 하나로 정의하는 세계적인 추세에 근본적인 영향을 끼치고 있다.

(3) 국내의 동성애에 대한 시각도 최근에 와서 급속도로 변화하고 있다. 즉, 국내에서도 세계보건기구의 기준을 따라 한국표준질병분류를 고시하며, 그 분류에서 "성적 지남력(지향성) 그 자체는 장애와 연관시킬 수 없다."고 밝히고 있다. 교육인적자원부 발행 성교육 교사용 지도지침서는 "우리 사회에서 동성애자는 타인의 따가운 시선을 받아야 하며 또한 자신의 사랑을 표현하는데 제약을 받는다. 이는 동성애자를 비정상으로 보는 사회의 영향을 받기 때문이다. 동성애 또한 하나의 인간적인 삶인 동시에 애정의 형식이다"(중학교용), 또는 "이제는 더 이상 동성애가 성도착증으로 분류되지는 않는다"(고등학교용)고 설명하고 있다.

또한 국내 청소년들의 성문제를 상담하는 각 기관들도 상담에서 “일반인이 알고 있는 것과는 달리 동성애는 더 이상 성도착에 해당하지 않는다”고 설명하며 위에 열거한 국내외의 이론들을 바탕으로 점차 동성애에 긍정적으로 접근하고 있다.

나. 관계 법령은 다음과 같다.

(1) 「헌법」 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다.

(2) 「헌법」 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다”고 규정하고 있다.

(3) 「헌법」 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 규정하고 있다.

(4) 「국가인권위원회법」 제30조 제1항은 국가기관의 업무수행과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우를 위원회의 조사 대상으로 규정하고 있다.

4. 위원회의 판단

가. 동성애는 정신의학상 정신질환이 아니고, 정신적 장애와 아무 관계도 없으며, 정상적인 성적 지향의 하나로 간주되고 있을 뿐 아니라 교육인적자원부 발행의 성교육 교사용 지도지침서에도 동성애가 하나의 인간적인 삶인 동시에 애정의 형식이고 이제는 더 이상 성도착증으로 분류되지 않는다고 설명되고, 청소년 성문제상담기관에서도 동성애가 성도착에 해당하지 않는다고 설명하고 있는 사정에 비추어보면 동성애를 수간, 혼음, 근친상간, 가학·피학성음관증 등과 같이 사회통념상 허용되지 아니한 성관계라고 할 수는 없게 되었다고 할 것이다.

나. 「헌법」 제10조에 보장된 행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 전제로 하는 것이고, 이 자기운명결정권에 포함되어 있는 성적자기결정권은 성적행동의 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리인 바, 이와 같은 성적행동에는 동성

에도 포함된다 할 것이므로, 동성애를 표현한 매체물을 청소년유해매체물로 지정하여 청소년들의 접근을 막는 이 사건 규정은 동성애자의 성적자기결정권, 곧 행복추구권을 침해하고, 합리적인 이유없이 성적 지향을 이유로 동성애자를 배제·구별하거나 불리하게 대우함으로써 「헌법」 제11조 제1항에 보장된 평등권을 침해하고, 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하지 않는 한 최대한으로 보장되어야 할 「헌법」 제21조 제1항의 표현의 자유를 침해하는 것으로 판단된다.

5. 결 론

그러므로, 동성애를 사회통념상 허용되지 아니한 성관계의 하나로 규정한 이 사건 규정이 동성애자들의 「헌법」 제10조의 행복추구권, 제11조제1항의 평등권, 제21조제1항의 표현의 자유를 침해하는 것으로 인정하고, 피진정인에게 이 사건 규정 중 '동성애'를 삭제하는 것으로 개정할 것을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2003. 3. 31.

국가인권위원회 제3소위원회

위원장 유시춘 위 원 김오섭 위 원 정강자

㉔ 2004. 2. 16.자 03진차27 결정 [기타사유에 의한 교육시설 이용차별]

- [1] 대학입학전형에서 특수교육진흥법 제10조 제1항에 정한 장애종류 가운데 특정장애 종류에 대하여서만 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여한 것이 다른 장애를 가진 자에 대한 평등권 침해인지 여부(적극)
- [2] 위 [1]의 사실이 인정되므로 대학이 특수교육대상자를 특별전형함에 있어서 특정 장애유형에 한정하여 지원자격을 부여하는 관행의 시정을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 특수교육대상자 특별전형 지원자격을 시각, 청각, 지체부자유 장애인으로 제한한 것은 특수교육진흥법 제10조가 규정하고 있는 정인지체, 정서장애(자폐성 포함), 언어장애, 학습장애를 가진 자에게는 특수교육을 받을 수 있는 기회조차 박탈한 것으로, 이는 같은 법 제13조에서 “각급학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형합격자의 입학의 거부하는 등의 불이익한 처분을 하여서는 아니된다”는 규정에도 반한 것이므로 평등권 침해의 차별행위로 판단된다.
- [2] 위 [1]의 사실이 인정되므로 대학교총장에게 시각·청각·지체부자유 장애인 외의 장애인에 대해서도 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여할 것과, 교육인적자원부장관에게 각 대학이 특수교육대상자를 특별전형함에 있어서 특정 장애유형에 한정하여 지원자격을 부여하는 관행을 시정하도록 권고함.

【참조조문】 장애인복지법 제2조제1항, 제8조 제1항, 제18조 제4항 및 제5항, 특수교육진흥법 제2조 제1호 및 제2호, 제10조 제1항, 제13조 제1항 및 제2항, 특수교육진흥법시행령 제9조 제1항, 고등교육법 제33조 제1항, 제34조 제1항, 고등교육법시행령 제29조제2항 제4호, 제34조 제2항

【진 정 인】 이○○

【피진정인】 교육인적자원부장관 외 2인

【주 문】

1. 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장의 이유란 기재 1.나. 행위는 장애의 종류를 이유로 교육시설 이용에서 특정인을 차별한 행위임을 인정한다.

2. 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장에게 시각·청각·지체부자유 장애인 외의 장애인에 대해서도 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여할 것을 권고한다.

3. 피진정인 교육인적자원부장관은 각 대학이 특수교육대상자를 특별전형함에 있어서 특정 장애유형에 한정하여 지원자격을 부여하는 관행을 시정하도록 조치할 것을 권고한다.

4. 특수교육진흥법을 개정해야 한다는 진정인의 진정은 각하한다.

【이 유】

1. 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장에 대한 진정

가. 당사자의 주장

(1) 진정인의 주장

2003학년도 대학교 특수교육대상자 특별전형에 지원하고자 하였는데, ○○대학교와 ○○대학교는 지원자격을 장애인복지법 제29조에 의거 장애인으로 등록된 시각·청각·지체부자유 장애인에게만 한정하고, 이 밖의 장애인에 대하여는 원서접수조차 하지 아니한 바, 이는 장애의 종류를 이유로 한 교육시설 이용에서의 차별행위이다.

(2) 피진정인의 주장

(가) ○○대학교총장의 주장

1) 2003학년도 특수교육대상자 특별전형의 지원자격은 ‘장애인복지법 제29조에 의하여 장애인 등록을 필하고 특수교육진흥법 제10조의 규정 및 같은 법 시행령 제9조제2항에 의거한 시각, 청각, 지체부자유(뇌성마비 포함)의 장애인으로 본교의 특수교육대상자 자격심사위원회의 심의를 마친 자’이다.

2) 특수교육대상자의 교육은 학교가 특수교육을 위한 시설투자와 특수교육 과정을 마련하는 등의 준비가 되어야 하는 바, 우선적으로 시각, 청각, 지체부자유 장애 학생을 선발하고, 처음부터 모든 장애 유형을 받아들여 교육할 준비가 되어 있지 않기 때문에 불가피하게 제한적으로 특별전형 실시할 수밖에 없었으며, 시설 및 특수교육프로그램이 갖춰지는 대로 단계적으로 확대해나갈 계획이다.

(나) ○○대학교총장의 주장

1) 2003학년도 특수교육대상자 특별전형 지원자격은 '고등학교 졸업(예정)자, 고등학교 졸업 학력 검정고시 합격자 및 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자 중, 「장애인복지법」 제29조에 의해 장애인으로 등록된 시각장애, 청각장애, 지체부자유(뇌성마비 포함)자'이다.

2) 특수교육대상자 특별전형은 장애인의 대학 입학에서 오는 차별을 없애고자 하는 보상적 차원에서 이루어지는 것으로, 대학이 자체적으로 판단하여 장애유형을 규정할 수 있고, 「특수교육진흥법시행령」 제9조 제2항에 의거, 정신장애는 대인관계에 결함이 있는 자로 일반 학생의 학습에도 부정적인 영향을 미칠 수 있으므로 지원자격을 제한한 것이다.

3) 2004학년도 대입전형계획(특수교육대상자 특별전형은 2003학년도와 동일)은 이미 확정·고시되었으므로, 2005학년도 이후 장애 치료 가능성을 확인할 수 있는 전문의의 소견서를 첨부할 경우에 한하여 특별전형 지원자격을 부여하는 방안을 '입학관리위원회' 안건으로 상정할 것을 검토할 수 있다.

나. 인정된 사실

○○대학교 및 ○○대학교는 2003~2004학년도 대학입학전형에서 장애인복지법에 따라 장애인으로 등록된 시각·청각·지체부자유 장애인(뇌성마비 포함)에게만 특수교육대상자 특별전형의 지원자격 부여한 사실이 인정된다.

다. 관계법령

(1) 「장애인복지법」 제2조 제1항은 장애인을 “신체적·정신적 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 자”로 정의하고,

같은 법 제8조 제1항은 “누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니된다”고 규정하고 있으며,

같은 법 제18조 제4항은 “각급 학교의 장은 교육을 필요로 하는 장애인이 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학시험 합격자의 입학을 거부하는 등의 불이익한 조치를 하여서는 아니된다”면서 같은 조 제5항은 “모든 교육기관은 교육대상 장애인의 입학 및 수학 등에 있어서 장애의 중별 및 정도에 적합한 편의를 제공하기 위하여 시설의 정비 기타 필요한 조치를 강구하여야 한다”고 규정하고 있다.

(2) 「특수교육진흥법」 제2조 제1호는 특수교육을 “특수교육대상자의 특성에 적합한 교육과정·교육방법 및 교육매체 등을 통하여 교과교육·치료교육 및 직업교육 등을 실시하는 것”이라 정의하고, 같은 조 제2호는 특수교육대상자를 “제10조의 규정에 의하여 특수교육을 필요로 하는 사람으로 선정된 사람”이라고 정의하고 있으며,

같은 법 제10조 제1항은 “시각장애, 청각장애, 정신지체, 지체부자유, 정서장애(자폐성을 포함한다), 언어장애, 학습장애, 기타 교육인적자원부령이 정하는 장애”에 해당하는 장애가 있는 사람 중 특수교육을 필요로 하는 사람으로 진단·평가된 사람을 특수교육대상자로 선정한다고 규정하면서,

같은 법 제13조 제1항은 “각급학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형합격자의 입학을 거부하는 등의 불이익한 처분을 하여서는 아니된다”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “각급학교의 장은 특수교육대상자의 입학전형 및 수학 등에 있어서 특수교육대상자의 장애의 중별 및 정도에 적합한 편의를 제공하여야 한다”고 규정하고 있다.

(3) 「특수교육진흥법시행령」 제9조 제1항은 특수교육대상자의 선정과 관련하여 “법 제10조의 규정에 의하여 특수교육대상자로 선정 받고자 하는 자 또는 그의 보호자는 교육감·교육장 또는 학교의 장에게 특수교육대상자로서의 선정을 신청하여야 한다”고 규정하고 있다.

(4) 「고등교육법」 제33조 제1항은 입학자격과 관련하여 “대학(산업대학·교육대학·전문대학 및 방송·통신대학을 포함하며, 대학원대학을 제외한다)에 입학할 수 있는 자는 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정된 자”로 규정하고, 같은 법 제34조 제1항은 “대학의 장은 제33조제1항의 규정에 의한 자격이 있는 자중에서 일반전형 또는 특별전형에 의하여 입학을 허가할 학생을 선발한다”고 규정하고 있다.

(5) 「고등교육법시행령」 제29조 제2항은 제4호의 “특수교육진흥법 제10조의 규정에 의한 특수교육대상자”에 해당하는 자의 입학의 경우에는 그 정원이 따로 있는 것으로 보고, 같은 시행령 제34조 제2항은 “법 제34조의 규정에 의한 특별전형은 특별한 경력이나 소질 등 대학이 제시하는 기준 또는 차등적인 교육적 보상기준에 의한 전형이 필요한 자를 대상으로 학생을 선발하는 전형으로서 사회통념적 가치기준에 적합한 합리적인 입학전형의 기준 및 방법에 따라 공정한 경쟁에 의하여 공개적으로 시행되어야 한다”고 규정하고 있다.

라. 판단

(1) 「고등교육법」 제34조에 의하면 “대학의 장은 일반전형 또는 특별전형에 의하여 입학을 허가할 학생을 선발”하고, 같은 법 시행령 제29조 및 제34조에 의거하여 정원 외로 특별한 경력이나 소질 등 대학이 제시하는 기준 또는 차등적인 교육적 보상기준에 의한 전형이 필요한 자를 대상으로 학생을 선발하는 특별전형을 실시할 수 있다.

이에 따라 각 대학은 농·어촌 학생이나 특수교육대상자를 대상으로 특별전형을 실시하는데, 대학이 반드시 정원외 특별전형을 실시할 책임이 있는 것은 아니라고 하더라도, 대학의 입학전형 정책은 단순히 교육정책에 그치는 것이 아니라 중요한 사회정책으로 기능하고 있으므로, 평등성과 보편성의 원리에 입각하여 교육적·사회적으로 소외되어 있는 계층에 대해서도 대학교육의 기회를 확대시켜 줄 필요가 있음을 중요하게 고려해야 할 것으로 판단된다.

(2) 특히 장애인의 고등교육기회 확대를 통한 장애인 전문인력 양성과 그에 따른 계층 상승을 꾀함으로써 삶의 질을 높이고자 하는 특수교육대상자 특별전형의 도입 취지를 고려하여 불 때 고등교육기관으로서 각 대학은 특수교육에 필요한 시설 등을 지속적으로 확충하고, 불리의 정도가 심한 장애인에게 적극적 우

대조치를 통해 장애인의 고등교육 기회를 확대하는 등 궁극적으로 우리 사회의 장애인에 대한 인식을 개선하는 데 선도적인 역할을 담당해야 할 사회적 책무가 있는 것으로 보인다.

(3) 이상을 종합해 보면 특수교육대상자 특별전형에 따른 최종적인 학생선발은 대학이 자율적으로 결정할 사안이나 특수교육대상자 특별전형 지원자격을 시각, 청각, 지체부자유 장애인으로 제한한 것은 「특수교육진흥법」 제10조가 규정하고 있는 정신지체, 정서장애(자폐성 포함), 언어장애, 학습장애를 가진 자에게는 특수교육을 받을 수 있는 기회조차 박탈한 것으로, 이는 같은 법 제13조에서 “각급학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형합격자의 입학을 거부하는 등의 불이익한 처분을 하여서는 아니된다”는 규정에도 반할 뿐만 아니라, 시각, 청각, 지체부자유 장애 이외의 장애를 가진 장애인을 교육시설 이용에서 차별한 행위이고, 특수교육대상자 특별전형의 취지에도 부합하지 아니하는 것으로 판단된다.

2. 피진정인 교육인적자원부장관에 대한 진정

가. 당사자의 주장

(1) 진정인의 주장

특수교육진흥법은 장애인복지법에 의거하여 등록된 시각장애, 청각장애, 지체부자유, 정신지체, 정서장애(자폐성 포함), 언어장애, 학습장애등 7가지 장애유형에 대해서만 특수교육대상자로 선정될 수 있도록 규정한 바, 이는 이 밖의 장애인에 대한 평등권 침해이므로 특수교육진흥법을 개정해야 한다.

(2) 피진정인 교육인적자원부장관의 주장

(가) 각 대학이 교육인적자원부에 제출한 2003년도 대학입학전형기본계획 중 특수교육대상자 특별전형계획은 다음 표와 같다.

지원자격	국공립대	사립대	국립산업대	시립산업대
제한없음 (자체심사선정)	○○대 ○○대 ○○○대	○○대, ○○대, ○○대, ○○대, ○○○대, ○○ 대, ○○대		○○○○대
시각, 청각, 언어, 지체부자유		○○대, ○○○대		
시각, 청각, 지체부자유 (뇌병변 포함)	○○대(사범대 ○ ○○과)	○○○○○대, ○○대, ○○○대, ○○대, ○○대, ○○대(정신장애 3급 가능), ○○대, ○○대, ○○○ 대, ○○대, ○○대, ○○○○대, ○○○대, ○ ○○대, ○○대, ○○대, ○○대, ○○○○○대, ○ ○○대, ○○대, ○○대, ○○대	○○대	○○대
청각, 지체부자유	○○대	○○대		○○○대
지체부자유	○○대(사범대, ○○○○○대, ○○대	○○○대, ○○대, ○○대, ○○대		○○대
청각		○○대, ○○○○○대		

(나) 교육인적자원부장관이 매년 고시하는 “대학입학전형기본계획”의 내용에 정원의 특별전형의 유형으로 특수교육대상자 특별전형을 예시하는 것 외에 별도의 지침을 제시한 사실은 없고, 특수교육대상자 특별전형의 지원자격 기준 및 전형방법 등 세부적인 사항은 대학이 자율적으로 정하도록 하고 있으나, 2000. 4. 20. 장애인이라는 이유로 원서접수를 거부하거나 일반학생과 차별을 둠으로써 교육권 침해를 야기할 가능성이 있다고 판단하여, “특수교육시설이 없으므로 지원에 유의”, “제3자의 도움 없이 수학이 가능해야 한다”는 조건 등을 2001학년도 대학입학전형계획에 설정한 대학에 대하여 이 같은 내용을 삭제하여 줄 것을 권고한 바는 있다.

(다) 특수교육은 심신의 장애로 인한 특별한 교육과정, 교육방법, 교육매체를 요구하는 학생을 대상으로 하는 교육으로, 치료 가능한 질병은 제외하고, 만성적인 심신의 손상 및 결함을 가진 자를 대상으로 하는 교육이라는 취지에 근거하여 「특수교육진흥법」 제10조의 특수교육대상자 선정기준을 정한 것이며, 향후 특수교육의 개념이나 장애의 개념이 변화하는 경우 특수교육진흥법상 특수교육 대상자의 범위를 확대할 수 있다.

(라) 대학의 학생선발권은 「고등교육법」 제34조 제1항에 의거 대학의 장애

게 부여되어 있고, 대학의 장은 같은 범시행령 제34조 제1항의 규정에 의하여 일반전형과 같은 조제2항의 규정에 의한 정원내 특별전형을 실시할 수 있는 바, 특수교육진흥법상 특수교육대상자에 포함되지 아니하는 장애인의 경우 각 대학이 실시하는 일반전형과 정원내 특별전형에 응시할 수 있으나 2004학년도에 장애인을 대상으로 정원내 특별전형을 실시하는 대학의 사례는 없다.

나. 인정된 사실

(1) 「특수교육진흥법」은 시각장애, 청각장애, 정신지체, 지체부자유, 정서장애(자폐성 포함), 언어장애, 학습장애, 기타 교육인적자원부령이 정하는 장애를 가진 사람 가운데 특수교육을 필요로 하는 사람으로 진단·평가된 사람을 특수교육대상자로 선정하도록 규정하고 있다.

(2) 특수교육대상자 특별전형의 학생 선발권한은 「고등교육법」 제34조 제1항에 의거 대학의 장에게 부여되어 있고, 각 대학은 「특수교육진흥법」 제10조 제1항에 열거된 유형의 장애인을 대상으로 특수교육대상자 특별전형을 실시하고 있는 사실이 인정된다.

(3) 각 대학이 교육인적자원부에 제출한 2003학년도 대학입학전형 기본계획에 따르면 특수교육대상자 특별전형을 실시하는 대학 가운데 일부는 장애 유형을 제한하지 아니하고 지원자격을 부여하나, 일부는 「특수교육진흥법」 제10조 제1항에 정한 특정 장애 유형에 대해서만 지원자격을 부여하고 있는 사실이 인정된다.

다. 관계법령

관계법령은 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장의 이유란 기재 1. 다.와 같다.

라. 판단

(1) 특수교육대상자 특별전형의 의의 및 특정 장애 유형에 대해서만 지원자격을 부여한 행위의 합리성 여부에 대한 판단은 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장의 이유란 기재 1.라.(1) 내지 (3)에서 보는 바와 같다.

(2) 특수교육대상자 특별전형에 따른 학생의 선발권한은 대학의 장에게 부여되

어 있다 하더라도, 인적자원개발정책의 수립·총괄·조정, 학교교육·평생교육 및 학술에 관한 사무를 장리하고 있는 교육인적자원부장관은 각 대학에 대한 지도·감독 기관으로서 특수교육대상자 특별전형 제도가 원활히 시행될 수 있는 방안을 마련할 의무가 있다고 판단된다.

(3) 그러나 「특수교육진흥법」이 특정 장애 종류에 대해서만 특수교육대상자로 선정될 수 있도록 규정한 것이 평등권 침해라는 진정인의 주장은 국회의 입법에 관한 내용을 진정한 것으로 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 제1호에 의거 조사대상에 해당하지 아니한다.

3. 결 론

그러므로, 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장이 이유란 기재 1.나.와 같이 특수교육진흥법 제10조제1항에 정한 장애 종류 가운데 특정 장애 종류에 대하여서만 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여한 것은 이 밖의 장애를 가진 장애인을 교육시설 이용에서 차별한 행위임을 인정하고, 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 따라 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장에게 「특수교육진흥법」에 의거, 시각·청각·지체부자유 장애인 외의 장애인에 대해서도 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여할 것을 권고하고, 피진정인 교육인적자원부장관은 각 대학이 실시하는 특수교육대상자 특별전형이 원활히 시행되도록 지도·감독할 책임이 있으므로, 같은 법 같은 조항에 따라 각 대학이 특정 장애유형에 한정하여 지원자격을 부여하는 관행을 시정하도록 조치할 것을 권고하고, 「특수교육진흥법」을 개정해야 한다는 진정은 입법에 관한 것으로 국가인권위원회의 조사대상에 해당하지 아니하므로 같은 법 제32조 제1항 제1호에 따라 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2004. 2. 16.

국가인권위원회 제3소위원회

위원장 유시춘 위 원 이홍록 위 원 김오섭

[6] 2003. 9. 15.자 03진차127 결정 [사회적신분(비학생청소년)에 의한 차별]

공공시설 및 교통시설 이용요금의 할인에서 학생과 학생이 아닌 청소년을 구별하는 것이 평등권침해의 차별행위인지 여부(적극)

【결정요지】

[1] 「헌법」 제11조의 평등권 보장규정 및 청소년 헌장중 청소년은 출신, 성별, 종교, 학력 연령, 지역 등의 차이에 의해 차별받지 않는다는 청소년의 권리조항 등에 비추어 볼 때, 공공시설 및 교통시설 이용요금을 학생들에게는 할인해 주면서 비학생 청소년에게는 할인해 주지 않는 것은 합리적 이유없는 차별행위로 인정된다.

[2] 위 [1]의 사실이 인정되므로 청소년 육성정책을 총괄하고 있는 문화관광부장관에게 공공시설 및 교통시설 이용요금의 할인에서 학생과 학생이 아닌 청소년을 구별하는 관련 법령·제도·정책·관행의 개선을 권고함.

【진 정 인】 박○○

【피진정인】 문화관광부장관

【주 문】

피진정인에게 공공시설 및 교통시설 이용요금의 할인에서 학생과 학생이 아닌 청소년을 구별하는 관련 법령·제도·정책·관행의 개정 또는 개선을 권고한다.

【이 유】

1. 당사자의 주장

가. 진정인의 주장

청소년은 공공시설 및 교통시설 이용시 할인을 받을 수 있는데, 청소년이라는

증명을 학생증으로 하고 있어 비학생 청소년은 할인을 받지 못하고 있으니 청소년증을 발급하는 등 대책을 마련하여야 한다.

나. 피진정인의 주장

(1) 청소년 할인에 대한 근거는 청소년 현장의 청소년 권리조항 및 청소년기본법 제2조(기본이념) 및 제3조(정의)에서 포괄적 의미로 규정하고 있다.

(2) 청소년 할인제도에 문제가 있어 2003년중 국·공립기관 및 시설의 경우 청소년증 없이도 할인혜택이 가능하도록 제도를 개선할 예정이다.

(3) 그러나 청소년증을 따로 발급할 경우 오히려 비학생 청소년들이 이를 기피할 가능성도 있어 신중하게 추진할 예정이다.

2. 인정사실

가. 우리 나라 청소년(9세 이상 24세 이하의 자)은 11,370,000명 정도이고, 그중 비학생은 3,000,000명 정도된다.

나. 공공시설 및 교통시설 이용요금은 다음과 같이 어린이나 학생에게는 할인제도가 시행되고 있으나 학생이 아닌 청소년에게는 할인제도가 시행되고 있지 않다.

(1) 할인제도의 근거와 내용

(가) 버스 : 버스·택시등의운임조정요령(건설교통부 훈령)에 의거 시·도 지사가 할인을 지정

- 일반 시내버스, 농어촌버스 및 시외직행 : 초·중·고생 대상 30~50%

- 시외고속버스 : 초등생 대상 50%이내

(나) 고속버스 : 어린이 대상 50%(전국고속버스운송사업조합)

(다) 철도 : 국유철도여객운송규칙(철도청장 고시)

무궁화호·통일호 및 전철·지하철 : 학생 20%, 어린이(6세~13세 미만) 대상 50%

(2) 할인제도의 실례(단위 : 원)

구 분	기본요금	할인요금	할인율	비 고
서울 시내버스	600	450	25%	초·중·고생
서울 지하철(기본)	700	560	20%	중·고생
항공(서울-부산)	60,900	54,000	10%	중·고·대학생
영 화 관	7,000	6,500	7%	초·중·고생

3. 판단

「헌법」 제11조의 평등권 보장규정 및 청소년 헌장중 청소년은 출신, 성별, 종교, 학력 연령, 지역 등의 차이에 의해 차별받지 않는다는 청소년의 권리조항 등에 비추어 볼 때, 공공시설 및 교통시설 이용요금을 학생들에게는 할인해 주면서 비학생 청소년에게는 할인해 주지 않는 것은 합리적 이유없는 차별행위라 할 것이고, 경제적·사회적으로 불우한 입장에 처해있는 비학생 청소년이 늘어나고 있고 비학생 청소년에 대한 국가와 사회의 관심이 어느 때보다 필요한 시점임을 감안해 볼 때, 비학생 청소년에 대해 차별적 요소가 있는 법령·제도·정책·관행의 개선을 추진할 필요가 있다고 판단된다.

4. 결론

그러므로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항의 규정에 따라 청소년 육성정책을 총괄하고 있는 피진정인에게 공공시설 및 교통시설 이용요금의 할인에서 학생과 학생이 아닌 청소년을 구별하는 관련 법령·제도·정책·관행의 개선을 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2003. 9. 15.

국가인권위원회 제3소위원회

위원장 유시춘 위 원 이홍록 위 원 김오섭

[7] 2006. 8. 29.자 04진차386 결정 [화교학교 학력 불인정 차별]

화교학교를 다니는 화교학생들이 한국 학교로 전·입학을 하려면 반드시 검정고시를 치러야 하는 등, 화교학교의 학력을 인정받지 못하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)

【결정요지】

다른 외국인과는 달리 화교는 명실상부하게 한국 사회의 구성원으로서 정착해 생활하고 있는 만큼 그 특수성을 고려하여 화교의 교육권은 충분히 증진되어야 하고, 이 점은 이미 국가인권정책기본계획 권고안을 통해 권고된 바 있고, 대만에 있는 한국인학교의 학생들은 대만 정부로부터 그 학력을 인정받고 있으며, 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약은 소수민족이 자신들의 고유 언어 및 문화 등을 향유할 권리를 천명하고 있고, 그 해석상 화교들이 자신들의 고유 언어로 교육받고 그를 사용하며 고유문화를 향유할 권리를 보장받아야 함이 명백하며, 화교들이 화교학교에 진학하는 것은 바로 그러한 권리를 누리기 위한 것인바, 이러한 이유로 화교학생이 한국 학교로 진학할 때 화교학교의 학력을 인정받지 못하는 것은 출신 국가를 이유로 한 차별에 해당한다고 판단됨. 이에 교육인적자원부장관에게, 화교학생들이 한국 학교로 진학할 때 화교학교의 학력을 인정받는 방안을 마련할 것을 권고함.

【참조조문】 「초·중등교육법」 제2조, 제60조, 「초·중등교육법시행령」 제 96조, 제97조, 제98조, 「각종학교에 관한 규칙」 제1조, 제2조, 제12조, 「학력인정학교지정규칙」 [일부개정 2001. 1. 31. 교육인적자원부령 제779호] 제1조, 제2조, 제3조

【진 정 인】 담○○

【피진정인】 교육인적자원부장관

【주 문】

피진정인에게 화교학교의 학력을 인정하지 않는 것은 화교들의 자기 언어로 교육받을 권리 및 행복추구권을 침해하는 것으로서 화교학교 출신학생이 한국학

교로의 전·입학이나 상급학교로의 진학 시 학력을 인정받는 방안을 마련할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

대한민국(이하 “한국”이라 한다) 내에 있는 화교학교가 학력을 인정받지 못하고 있어 화교학교를 다니다가 한국학교로 전·입학을 하려면 반드시 검정고시를 거쳐야 하는바, 화교학교의 학력을 중국 및 다른 나라에서 인정하고 있음에도 오로지 한국만 학력을 인정하지 않고 있는 것은 출신국가를 이유로 한 차별이다.

2. 피진정인 주장요지

가. 외국인학교는 그 특수성을 존중하여 우리나라 법상 각종학교로 교원자격, 교육과정 등 많은 부분에 있어 우리법의 적용을 배제하고 있으며, 외국인학교는 교육과정을 학교 스스로가 선택하는 것이고 학생 역시 우리나라 학교에 입학할 수 있음에도 외국인학교를 선택한 것이다.

나. 외국인학교의 학력인정 문제는 3회에 걸친 외국인학교설립·운영규정의 입법 추진 실패에서 보듯 우리나라의 교육적 특수성에 따라 외국인학교에 재학하는 내국인에 대한 문제로 인해 국민적 합의가 형성되기 어려운 매우 민감한 문제이며 외국인학교에 대한 학력인정 문제는 전체 외국인학교에 대하여 외국인학교설립운영규정의 제정을 통해 풀어야 한다.

다. 또한, 외국인학교 재학생(내국인)에 대하여 학력을 인정할 경우 각급학교에 제시하고 있는 교육과정 운용의 근저를 훼손할 우려가 있고 이는 화교학교에 대한 차별이 아닌 외국인학교제도 자체의 문제인데 학력인정은 각국이 자국의 현실에 따라 각기 달리 적용하는 제도적 문제이다.

라. 외국인학교 재학생은 학력이 인정되지 않음을 알면서도 입학하였고, 외국인학교는 학력인정 학교로 지정받을 수 있음에도 자신들의 선택에 의해 학력인정 학교로의 지정을 신청하지 않은 것이다.

3. 관련 규정

별지1 관련 규정 기재와 같다. (별지 생략)

4. 인정사실

가. 교육인적자원부 등에서 한국교육 과정 최소기준에 관하여 2003년에 추진한 내용을 보면 한국어, 한국문화·역사를 구분하여 주당 각 1시간 이상, 또는 통합하여 주당 2시간 이상의 교육과정을 운영하면 학력인정을 하는 것으로 되어 있다.

나. 한국 내 모든 화교학교가 소학교 5학년부터 한국어를 주당 2시간씩 강의하고 있고, 최근에는 다수 화교 학생들이 한국의 대학으로 진학하고 있어 한국 교육 과정의 수업이 들어나는 추세에 따라 화교 중학교에서는 주당 2시간 이상 고등학교에서는 3~10시간 한국역사, 한국지리, 한국사회 과목을 강의하고 있다.

[표1] 화교학교 현황

학 교 명	주 소	국적	설치 과정	학생수	
				재학생	내국인
1. 한국한성화교중고등학교	서울 서대문구 연희3동	대만	중,고	629	11
2. 한국영등포화교소학교	서울 영등포구 문래동 1가	대만	초	62	0
3. 한국한성화교소학교	서울 중구 명동2가	대만	유,초	537	35
4. 부산화교소학교	부산 동구 초량동	중화민국	유,초	197	1
5. 부산화교학교	부산 동구 초량동	중화민국	중,고	145	0
6. 한국대구화교초등학교	대구 중구 종로2가	대만	초	64	13
7. 한국대구화교중·고등학교	대구 남구 봉덕동	대만	중,고	50	0
8. 인천화교소,중산중·고등학교	인천 중구 선린동	대만	유,초,중,고	329	158
9. 의정부화교소학교	경기도 의정부시 가능1동	대만	유,초	97	60
10. 원주화교소학교	강원도 원주시 원동	대만	유,초	71	0
11. 춘천화교소학교	강원도 춘천시 옥천동	대만	초	3	0

12. 청주화교소학교	충북 청주시 흥덕구 사직2동	대만	초	18	0
13. 충주화교소학교	충북 충주시 교현 1동	대만	초	5	0
14. 제천화교소학교	충북 제천시 중앙로 2가	대만	초	2	0
15. 천안화교소학교	충남 천안시 봉명동	대만	초	6	1
16. 온양화교소학교	충남 아산시 모종동	대만	초	12	6
17. 군산화교소학교	전북 군산시 명산동	대만	초	18	0
계(17교)				2,245	285

다. 한국 내에서는 [표1]과 같이 초·중·고등학교 까지 설치되어 있으나 학력을 인정하지 않고 있고, 대만에 있는 한국인 학교는 [표2]와 같이 유치원과 초등학교만 설치되어 있으나 학력을 인정하고 있으며 기본적으로 외국인학교를 설립할 수 있는 「외국교민학교설치법」이 관련 내용을 규정하고 있다

[표2] 대만에 있는 한국인학교 현황

학교명	Taipei Korean Primary School	Kaohsiung Korean School
국적 및 언어	한국	한국
개설 과정	유 · 초	유 · 초
학급 및 학생수	유 2학급(17명), 초 6학급(36명)	초 4학급(28명)
주소·연락처	NO.1,Lane68,Chingnian Road, Wanhuachiu, Taipei, Taiwan, ROC Tel : 02-2303-9126 Fax : 02-2309-7780	NO.43-2,81Nong,37Xiang,Gushan 2Road, 804 Kaohsiung, Roc Tel: 07-551-3918
설립일	1962. 2. 1	1961. 1. 25
한국정부인가	1961. 10. 1	1965. 1. 25
대만정부인가	1961. 12. 18	1961. 2. 12

라. 일본의 경우 영·미계 외국인학교는 학력을 인정하고, 한국계 민족학교와 대만계 중화(화교)학교를 포함하는 다른 외국인학교들도 대사관 또는 다른 기관

을 통해서 학력을 인정하고 있고, 일본 내 외국인학교의 대다수를 차지하는 조총련계 민족학교는 정치적인 문제 등으로 인하여 학력이 인정되지 않고 있으며 외국인 학교에 일본인이 얼마나 다니고 있는지는 파악하기 어렵지만 졸업생들은 보통의 일본 학교를 졸업한 학생들과 같이 학력을 인정하고 있다.

다. 국가인권위원회는 2006년 1월 국가인권정책기본계획(NAP)에서 “화교학교가 한국의 교육원칙에 따르지 않더라도 화교학생은 한국사회의 한 구성원으로 일할 것이고 화교는 교육세를 포함해서 각종 세금을 납부 하고 있으므로 다른 외국인 학교와는 달리 해야 한다.”⁴⁹⁾는 화교의 교육권 증진에 관한 필요성을 권고한 바 있다.

5. 판단

국제인권조약의 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제27조에 따르면 “민족적·종교적·언어적 소수민족이 존재하는 나라에서 해당 소수민족에 속하는 자는 그 집단의 다른 구성원과 함께 자기의 문화를 향유하고, 자기의 종교를 믿으며, 실천하고, 자기 언어를 사용할 권리가 부정되어서는 안 된다.”라고 규정하고 있고, 「아동의 권리에 관한 국제협약」 제29조 다항에는 아동교육이 “자신의 부모, 문화적 정체성, 언어 및 가치 그리고 현거주국과 출신국의 국가적 가치 및 이질문명에 대한 존중의 개발”의 목표를 지향하여야 한다고 규정하고 있으며, 동협약 제30조에는 “인종적·종교적 또는 언어적 소수자 원주민이 존재하는 국가에서 이러한 소수자에 속하거나 원주민인 아동은 자기 집단의 다른 구성원과 함께 고유문화를 향유하고, 고유의 종교를 신앙하고 실천하며 고유의 언어를 사용할 권리를 부인당하지 아니 한다.”라고 규정하고 있고, 우리 「헌법」 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”라고 규정하고 있으며, 「국가인권위원회법」 제2조 제1호는 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약에서 인정하는 자유와 권리를 보장하고 있다.

한국사회에서 화교들이 정착하여 거주한 역사는 이미 100년을 넘고 있는바, 화교는 한국에서 살고 있는 다른 외국인과는 달리 대다수 영주권을 가지고 한국에 뿌리를 내리며 하나의 민족집단을 이루고 살아가는 사람들로서 한국정부에 교육세를 포함해서 각종 세금을 납부하고, 2006.5.31. 지방선거에서 자신들이 살

49) 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안 p118 참조

고 있는 지역의 대표를 선출 할 수 있는 투표에도 참여하는 등 한국사회의 구성원으로 역할을 하여 오고 있다. 특히 화교들의 교육기관인 화교학교는 대부분 본국이나 제3국으로 진학하는 외교관이나 임시거주하고 있는 외국인자녀들을 위한 외국인 학교와는 달리 한국사회에 정착하여 그 구성원으로서 완전히 뿌리내리고 살고 있으며 앞으로도 살아가고자 하는 화교들을 위한 교육기관으로서 기본적인 성격을 갖고 있다.

어느 특정의 사회를 이루고 있는 구성원들 중에서 소수의 다른 구성원들이 그 다른 나머지 구성원들과 구분되는 문화, 언어와 종교를 향유하고 누릴 권리, 특히 그들이 공유하고 있는 문화적 자산을 후세에게 교육시킬 권리는 위 국제조약들과 헌법의 정신에서 보여지듯이 하나의 인권으로 존중받아야 할 소중한 권리이다. 이러한 권리는 비단 우리 사회의 화교에서 뿐만 아니라 일본의 재일교포나 다른 나라에서 거주하고 있는 소수 민족 공동체들에서도 동일하게 존중되어야 하는 권리임은 두말할 필요가 없을 것이다.

이러한 관점에서 화교들이 자신들의 언어로 교육하고 자신들의 문화적 전통을 이어가고자 설립한 화교학교에 관하여서 피진정인이 그 학력을 인정하지 않아 학업을 마치기도 상급학교로 진학하지 못하게 하는 것은 그 출신국가임을 이유로 한 차별행위에 해당한다고 할 것이다.

이에 대하여 피진정인은 화교학교가 학력인정 학교로 지정받으려면 그에 필요한 기준을 갖추면 되는 것이라고 반박하나, 그러한 기준을 갖추기 위해서는 「초·중등교육법시행령」 제97조와 제98조에 따르면 각각 한국의 중·고등학교와 준하여 교육과정을 운영하여야 하는데 이것은 한국의 일반 중·고등학교와 동일한 내용을 가르쳐야 한다는 것이며 결과적으로는 화교학교로 하여금 자기의 언어로 교육할 권리를 누릴 수 없게 됨을 의미한다 할 것이다.

또한, 피진정인은 학생 각자가 학력인정이 되지 않음을 알고서도 자발적으로 입학했기 때문에 그 피해를 개인이 감수해야 한다고 주장하고 있으나, 특정상황에 놓인 개인의 선택의 문제와 그 상황의 인권침해 여부를 논하는 것은 별개의 문제로서, 화교학생들이 개별적으로 자신들의 정체성을 지키기 위해 피해를 감수하고서도 화교학교에 입학하는 것을 들어 화교학교학력 불인정의 근거로 삼을 수는 없다 할 것이다.

결론적으로 피진정인은 화교학교 출신 학생들에 대한 차별을 시정하기 위하여 화교학교에서 한국학교로의 전·입학하거나 상급학교로의 진학 시 그 학력을 인정받도록 하는 방안을 마련하여야 할 것이다.

6. 결 론

따라서, 화교학교 학력을 인정하지 않는 것은 국제인권조약의 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제27조, 「아동의 권리에 관한 국제협약」 제29조 및 제30조에 따라 화교들의 자기 언어로 교육받을 권리 및 행복추구권을 침해하는 것으로서 출신국가를 이유로 한 차별행위로 인정되므로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 주문과 같이 권고한다.

2006. 8. 29.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 정강자 위원 김만흠 위원 신혜수 위원 최금숙

㉔ 2005. 8. 22.자 05진차37 결정 [소년보호처분전력과 관련한 사생활 자유 침해]

지방검찰청이 청원경찰 특별채용시험과 관련하여 소년보호처분 전력을 고등검찰청에 회보한 것이 법령을 위반하였는지 여부(적극) 및 사생활의 자유를 침해한 것인지 여부(적극)

【결정요지】

[1] 지방검찰청이 청원경찰 특별채용시험과 관련하여 소년보호처분 전력을 고등검찰청에 회보한 것은 지방검찰청과 고등검찰청은 각각 독립된 설치근거 및 지휘·감독권에 비추어 서로 외부기관이라고 보아야 하고, 설사 내부기관이라 할지라도 「형의 실효 등에 관한법률시행령」은 기관 내외부를 막론하고 적용되는 것으로 봄이 타당하므로 관련 법령을 위반한 행위이고, 헌법상 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니할 권리를 보장하고 있고, 이에 따라 「형의 실효 등에 관한 법률」과 동법 시행령이 5년 이상 경과한 소년보호처분 기록의 회보 금지를 규정하고 있는바, 이를 위반하여 개인정보를 유출한 것은 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리를 침해한 것임

[2] 위 [1]의 사실이 인정되므로 지방검찰청에게 수사자료표에 의한 조회·회보시 「형의 실효 등에 관한 법률」 및 동법 시행령에 위반한 소년보호처분 자료 회보행위의 재발방지 조치를 취할 것과 법무부장관에게 공무원 등 임용시 결격사유 확인을 위하여 자료를 조회·회보할 경우 필요 최소한의 범위 내에서 하고, 결정이 있는 때부터 5년이 경과한 소년부송치 및 보호처분에 관한 자료는 회보하지 아니하도록 검찰 조회용 터미널 담당직원에 대한 교육실시를 권고한 사례

【참조조문】

형의 실효 등에 관한 법률 제6조, 형의 실효 등에 관한 법률시행령 제7조, 소년법 제32조 제5항, 검찰청법 제3조, 제17조, 제21조, 청원경찰법 제5조, 국가공무원법 제33조

【진 정 인】 김○○

【피진정인】 법무부장관 외 2인

【주 문】

1. 피진정인 1.에게 수사자료표에 의한 조회·회보시 「형의 실효 등에 관한 법률」 및 동법 시행령에 위반하여 소년보호처분 자료를 회보하는 행위가 재발하지 않도록 조치 할 것을 권고한다.

2. 피진정인 2.에게 공무원 등의 임용시 결격사유 확인을 위해 자료를 조회·회보할 경우 필요 최소한의 범위내에서 하고, 결정이 있을 때부터 5년이 경과한 소년부송치 및 보호처분에 관한 자료는 회보하지 않도록 검찰 조회용 터미널 담당직원에 대한 교육을 실시할 것을 권고한다.

3. 피진정인 3.에 대한 부분은 기각한다.

【이 유】

I. 진정요지

1. 진정인은 2004. 12. 27. ○○고등검찰청 청원경찰 특별채용시험에 응시하였으나 피진정인 3.은 16세때 받은 소년보호처분 전력으로 인하여 진정인을 불합격 처리하였는바, 이는 평등권의 침해이다.

2. 소년보호처분 전력으로 인한 인권침해가 재발하지 않도록 진정인의 소년보호처분 관련 자료를 회보한 피진정인 1. 및 감독기관인 피진정인 2.에 적절한 조치를 취해 주기 바란다.

II. 피진정인 주장요지

1. ○○지방검찰청 검사장

가. 피진정인 1.은 2004. 12. 29. 피진정인 3.으로부터 범죄경력조회 및 수사경력조회 의뢰서를 송부 받아 같은 날 조회결과를 회보하였는바, 이는 청원경찰 채용시험 응시자가 「국가공무원법」 제33조의 결격사유에 해당하는지 여부를 파

약하기 위해 「형의 실효 등에 관한 법률」 제6조 제1항 제6호, 동법 시행령 제7조 제3항 제1호에 의거한 정당한 행위일 뿐 아니라, 수사·보안 및 청사방호상 검찰청에서 근무할 청원경찰 응시자에 대한 범죄경력 및 수사경력 조회는 불가피하다.

나. ○○지방검찰청은 ○○고등검찰청 소속의 하부기관으로서 동일청사를 사용하는 등 양 검찰청은 독립된 별개의 외부기관이 아니다. 따라서 진정인에 대한 수사경력자료 조회 및 회보는 검찰 내부의 자료를 참고한 것에 불과한 것일 뿐 외부기관에 회보한 것이 아니므로, 동법 시행령 제7호 제4항에서 금지되는 '회보'에 해당하지 아니한다.

2. 법무부장관

가. 동법 시행령 제7조 제4항을 문리적으로만 해석할 경우 진정인의 소년보호처분 전력을 회보한 사실은 법령에 위반된다고 할 수 있으나, ○○고등검찰청과 ○○지방검찰청은 「검찰청법」 제3조 제1항 규정에 의해 조직체계상 분리한 것일 뿐 실질적으로는 같은 건물을 사용하면서 일반적 인사이동도 자유롭고, ○○고등검찰청이 건물 전체 관리권 및 인사권을 행사하게 되어 있어 청원경찰 임용을 ○○고등검찰청에서 담당하게 되었지만 임용후에는 지방검찰청 방호업무도 같이 담당하는 등 양 검찰청은 업무상 긴밀한 지휘·협력관계를 유지하는 조직내부 상하관계로 엄밀한 의미의 별개 외부기관이라고 보기 어렵다.

나. ○○지방검찰청 직원이 관련규정을 알지 못하고 진정인의 소년보호처분 전력까지 회보한 것에 대해서는 담당직원에 대한 철저한 교육을 통해 향후 재발을 방지토록 할 것이나, 이 사건 위법여부를 판단함에 있어서는 양 검찰청의 특수성과 실정을 감안하여야 한다.

3. ○○고등검찰청 검사장

2004. 12.월 청원경찰 채용시험 서류전형 시 「국가공무원법」 제33조의 임용결격사유 해당여부를 파악하기 위하여 범죄경력 및 수사경력조회를 하였고 이 조회결과에 근거하여 진정인을 포함한 원서접수자 65명 전원을 서류전형에서 합격조치 하였으나, 이후 「공무원임용시험령」에 의한 평정요소에 근거한 공정한 면접시험에서 진정인이 전체 65명의 응시자 중 36위를 하여 불합격 결정된 것으

로, 진정인은 소년보호처분은 전혀 고려하지 않은 정당한 채용심사절차 및 기준에 의해 불합격된 것이다.

III. 관계법령

1. 형의 실효 등에 관한 법률

제6조(범죄경력조회·수사경력조회 및 회보제한 등) ①수사자료표에 의한 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 그 전부 또는 일부에 대하여 조회목적에 필요한 최소한의 범위내에서 할 수 있다.

1. 범죄수사 또는 재판을 위하여 필요한 경우
2. 형의 집행 또는 사회봉사·수감명령의 집행을 위하여 필요한 경우
3. 보호감호·치료감호·보호관찰 등 보호처분 또는 보안관찰업무의 수행을 위하여 필요한 경우
4. 수사자료표의 내용을 확인하기 위하여 본인이 신청하는 경우
5. 다른 법률에서 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보를 하도록 규정되어 있는 경우
6. 그 밖의 국가의 안전보장이나 공공의 안녕·질서유지 또는 공무수행을 위하여 범죄경력조회 및 수사경력조회와 그 회보가 불가피하다고 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

2. 형의 실효 등에 관한 법률시행령

제7조(수사자료표의 조회 및 회보제한 등) ① 법 제6조 제1항 제1호 내지 제4호의 경우에는 범죄경력자료 및 수사경력자료 전부에 관하여 조회 및 회보를 할 수 있다. (중략)

③ 법 제6조 제1항 제6호의 규정에 의하여 수사자료표에 의한 범죄경력자료와 수사경력자료의 조회 및 회보를 할 수 있는 경우와 그 조회 및 회보의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 다른 법령에서 공무원임용, 인·허가, 서훈, 대통령표창, 국무총리표창 등의 결격사유 또는 공무원연금 지급제한사유 등(이하 “결격사유등”이

라 한다)을 규정한 경우 이를 확인하기 위하여 필요한 자료. (중략)

④ 소년법상의 소년부송치 및 보호처분은 제1항에 해당하는 경우를 제외하고는 그 결정이 있는 때부터 5년이 경과한 후에는 회보를 하여서는 아니된다.

3. 소년법

제32조(보호처분의 결정) ⑤ 소년의 보호처분은 그 소년의 장래의 신상에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.

4. 검찰청법

제3조(검찰청의 설치와 관할구역) ① 대검찰청은 대법원에, 고등검찰청은 고등법원에, 지방검찰청은 지방법원 및 가정법원에 대응하여 각각 이를 설치한다.

제17조(고등검찰청 검사장) ① 고등검찰청에 고등검찰청 검사장을 둔다.

② 고등검찰청 검사장은 그 검찰청의 사무를 맡아 처리하고 소속공무원을 지휘·감독한다.

제21조(지방검찰청 검사장) ① 지방검찰청에 지방검찰청 검사장을 둔다.

② 지방검찰청 검사장은 그 검찰청의 사무를 맡아 처리하고 소속공무원을 지휘·감독한다.

5. 청원경찰법

제5조(청원경찰의 임용 등) (중략) ② 국가공무원법 제33조 각호의 1에 해당하는 자는 청원경찰로 임용될 수 없다.

6. 국가공무원법

제33조(결격사유) ① 다음의 각호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다. (중략)

3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자

4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을

경과하지 아니한 자

5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받는 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자

IV. 인정사실

1. 조회내용의 사적사용 방지 및 국민의 사생활 보호를 위해 검찰청은 대검예규인 「조회용 터미널 운영지침」에서 조회용 터미널 관련업무를 담당직원이 직접 처리할 것, 터미널 근무일지를 작성·비치할 것, 조회의뢰자의 신분·용도를 근무일지에 명기할 것 등을 규정하고 있다.

2. 피진정인 3.은 2004. 12. 17. 청원경찰 1명을 채용할 것을 공고하여 진정인을 포함한 65명이 이에 응시하였고, 2004. 12. 29. 피진정인 1.에게 범죄경력조회 및 수사경력조회를 의뢰하여 같은 날 조회결과를 회보 받은바, 이 조회결과에는 진정인이 1990. 3. 6. 소년보호처분을 받은 기록이 포함되어 있었다.

3. 상기 2.의 서류전형에서 응시자 65명 전원은 합격되었고 피진정인 3.은 다음 절차인 면접시험을 통해 최종합격자 1명을 채용하였는바, 진정인은 면접평균 점수가 73.6점으로 전체 65명의 서류전형 통과자 중 36위를 하였고, 최종 불합격되었다.

V. 판 단

1. 진정요지 2.에 대하여

가. 형의 실효 등에 관한 법률시행령 제7조 제4항 적용대상 여부

피진정인 1. 및 2.는 ○○고등검찰청과 ○○지방검찰청이 상호 독립된 별개의 외부기관이 아니므로 진정인의 소년보호처분 관련 자료의 회보가 「형의 실효 등에 관한 법률시행령」 제7조 제4항에서 금지하는 '회보'에 해당하지 아니한다고 주장하나, 「검찰청법」에 의할 때 고등검찰청과 지방검찰청은 각기 독립된 법원인 고등법원·지방법원 또는 가정법원에 대응하여 설치된 기관이고 각기 다른 검사장에 의해 사무처리 및 소속공무원 지휘·감독을 받는 별개 기관이므로, 서로 외부기관이 아니라는 피진정인들의 주장은 타당하지 아니하다.

실사 별개 외부기관이 아닌 내부기관이라 할지라도 「형의 실효 등에 관한 법률시행령」 제7조 제4항은 소년보호처분에 의해 소년의 장래신상이 영향 받는 것을 방지하려는 「소년법」 제32조와 같은 취지로 기관 내외부를 불문 특별한 경우를 제외하고는 결정이 있는 때부터 5년이 경과한 소년법상 보호처분의 회보를 금지하는 것이므로, 진정인의 소년보호처분 관련자료 회보는 「형의 실효 등에 관한 법률시행령」 제7조 제4항의 규정상 금지되는 경우에 해당한다.

또한 대검예규인 「조회용터미널 운용지침」이 조회용 터미널 담당직원 배치, 터미널근무일지 작성·비치, 조회의뢰자의 신분·용도 명기를 규정하는 등 기관 내부에서도 수사자료표에 의한 조회·회보의 관리를 엄격히 하는 것을 고려하여도 「형의 실효 등에 관한 법률시행령」 제7조 제4항은 기관 내외부를 막론하고 적용된다고 보는 것이 타당하다.

나. 사생활의 비밀과 자유 침해여부

「헌법」 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니할 권리를 보장하고 있는바, 이는 사생활의 비밀을 침해당하지 않을 권리, 자신에 관한 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 등을 내용으로 하는 국민의 기본권이다.

「형의 실효 등에 관한 법률」 제6조 및 동법 시행령 제7조는 소년법상의 보호처분에 관하여 범죄수사, 재판, 본인의 신청 등 제한된 경우 외에는 그 결정이 있는 때부터 5년이 경과한 후에는 회보를 금지하고 있다. 따라서 피진정인 1.이 공무원 등의 임용은 위와 같이 제한된 경우에 해당하지 않음에도 불구하고 1990. 3. 6. 결정된 진정인의 소년보호처분 기록을 5년이 지난 2004. 12. 29.에 회보한 것은 동법 시행령 제7조 제4항을 위반하여 개인정보를 유출함으로써 진정인의 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리를 침해한 것이다.

2. 진정요지 1.에 대하여

피진정인 3.이 진정인의 소년보호처분에 대한 기록이 있는 수사경력자료를 회보 받은 후에도 진정인을 포함하여 응시자 전원을 서류심사에서 합격시킨 점, 면접시험에서 진정인은 전체 65명중 36위의 점수를 받은 점 등을 고려할 때, 소년보호처분 전력으로 인하여 불합격되었다는 진정인의 주장에 대하여 달리 인정할 만한 객관적인 증거가 없어 이를 사실로 인정하기 어렵다.

VI. 결 론

따라서 피진정인 1.이 진정인의 소년보호처분 기록을 회보한 것은 진정인의 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리를 침해한 행위이므로 피진정인 1. 및 2. 에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 권고하며, 피진정인 3.에 대하여는 동법 제39조 제1항 제1호에 의거 기각하기로 하여, 각각 주문과 같이 결정한다.

2005. 8. 22.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 정강자 위 원 김만흠 위 원 신혜수

9] 2006. 10. 6.자 05진차100, 236, 534, 06진차29, 171 (병합) 결정
[대학교의 수시모집시 검정고시 출신자 차별]

대학입학전형 중 수시모집에서 검정고시 출신자에 대한 응시를 제한하는 것은 평등권침해의 차별행위인지 여부(적극)

【결정요지】

대학의 자율성을 보장하는 취지의 수시모집제도라 하더라도 각 대학이 그 제도를 운용함에 있어서 그 지원자가 모집대상의 취지에 맞는 적성과 특징, 소질을 가지고 있음에도 단지 검정고시출신자라는 이유만으로 아예 지원조차 못하게 하거나 실질적으로 지원기회를 완전히 박탈하는 결과를 낳도록 제도를 운용한다면 정규 고등학교의 학력을 인정해 주고 있는 검정고시제도의 취지를 무색하게 할 뿐 아니라 합리적인 이유 없이 검정고시출신자를 차별하는 것으로 판단됨

【참조조문】 헌법 제31조 제1항 및 제4항, 고등교육법 제32조, 제33조, 제34조, 고등교육법 시행령 제41조, 초·중등교육법시행령 제98조제1항제1호, 「고등학교졸업학력검정고시규칙」(교육인적자원부령)

【진 정 인】 박 ○ ○ 외 4명

【피진정인】 ○ ○ 대학교 총장 외 5개 대학교 총장

【주 문】

1. 대학입학전형 중 수시모집에서 검정고시 출신자에 대한 응시를 제한하는 것은 평등권침해의 차별행위임을 인정한다.
2. 피진정인 ○○대학교총장, ○○대학교총장, ○○대학교총장 및 ○○대학교총장에게 수시모집 중 일반전형에서 검정고시 출신자가 배제되지 않도록 신입생 선발 제도를 개선할 것을 권고한다.
3. 피진정인 ○○대학교총장 및 ○○대학교총장에게 수시모집 중 어느 한 유형의 특별전형에서도 검정고시 출신자가 지원할 수 없도록 한 신입생 선발 제도

를 개선할 것을 권고한다.

4. ○○부장관에게 각 대학교의 수시모집에서 검정고시 출신자라는 이유로 응시 기회가 배제되지 않도록 제도개선 등 필요한 조치를 취할 것을 권고한다.

5. 피진정인 ○○대학교총장에 관한 진정은 이를 기각한다.

6. 피진정인 ○○대학교총장에 대한 진정 중 실업계 출신자 및 해외고등학교 출신자의 차별 부분은 이를 각하한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. 05진차100

(1) 피진정인이 수시모집에서 검정고시 출신자라는 이유로 응시할 수 없게 하는 것은 차별이다.

(2) 피진정인이 수시모집에서 실업계 및 해외고등학교 출신자를 차별하고 있다.

나. 05진차236, 05진차534, 06진차29, 06진차171

피진정인들이 수시모집에서 검정고시 출신자라는 이유로 응시 기회를 제한하거나 박탈하는 것은 차별이다.

2. 당사자 주장 및 관계인 의견

가. 진정인의 주장

진정요지와 같다.

나. 피진정인의 주장

(1) ○○대학교

(가) 수시모집은 대학의 설립목적과 교육목표에 따른 독자적 기준에 의하여

다양한 형태의 특별전형을 실시할 수 있으며, 전형대상과 자격기준 및 전형방법을 대학자율로 결정한다.

(나) 본교 수시모집의 전형방법과 검정고시 출신자의 성적 표기방법의 차이로 인하여 객관적이고 공정한 사정방법을 적용하는데 어려움이 있어 수시모집에서 부득이 지원을 제한할 수밖에 없는 실정이다.

(2) ○○대학교

(가) 본교의 전형유형별 지원자격은 일반학생 전형, 국가유공자등 전형, 영이능력우수자 전형, 실업계고교출신자 특별전형, 농어촌학생 특별전형, 특수재능소유자 전형 등이 있다.

(나) 일반학생 전형 및 특수재능소유자 전형의 경우 고등학교 졸업(예정)자 중에서 학생부 성적이 우수하거나 특수재능을 가지고 있는 자를 선발하는 것이 주목적이고, 학생부 성적이 없는 검정고시 출신자는 지원자격을 부여하지 않는다.

(다) 앞으로도 검정고시 출신자의 취득 성적과 고등학교 졸업(예정)자의 학생부 성적간의 합리적이고, 공평한 변환기준이 마련될 때까지는 학생부 위주로 선발하는 수시모집 전형에 검정고시 출신자의 지원을 제한하는 것이 불가피하다.

(3) ○○대학교

(가) 우리 대학교는 수시모집시 대학 독자적 기준에 의한 특별전형으로 고교추천자 전형, 지역학생우대선발, 특기자, 사회적 배려대상자, 외국어 우수인력선발, 이공계인력선발 전형 등을 시행하고 있다.

(나) 수시모집의 특별전형은 대학입학전형기본계획 및 교육법 제34조 및 동법시행령 제34조 제2항에 의거 대학이 자율적으로 설정한 다양한 기준에 따라 학생을 선발하는 것으로 특별히 검정고시 출신자의 학력을 불신하거나 학력차이를 염두에 두고 이를 제한하기 위하여 입학전형을 시행하고 있지 않다.

(4) ○○대학교

(가) 수시모집은 지원자가 고등학교 과정을 얼마나 충실하게 이행했는지 여

부를 평가하는 제도로 일반우수자 전형의 경우 내신성적 70%, 서류평가 15%, 면접 구술시험 15%를 반영하여 대상자를 선발하고, 내신 성적 70%의 경우에도 국어, 영어, 수학, 사회, 과학관련 과목은 석차백분위, 기타 과목은 평어(수, 우, 미, 양, 가)를 반영하기 때문에 내신성적을 산출할 수 없는 검정고시 출신자와 같은 잣대로 평가할 수 없다.

(나) 다만, 특기자 및 특수재능보유자 전형의 경우 평가요소가 위와 다르기 때문에 검정고시 출신자의 지원을 제한하지 않고 있다.

(5) ○○대학교

(가) 우리 대학교 수시 2학기 전형은 학생부성적의 반영, 다단계 선발을 원칙으로 하고, 학교장 및 교사추천자 전형의 경우 1단계는 고교 교육정상화를 위하여 학생부 성적만을 100% 반영하여 모집인원의 3배수를 선발하고, 2단계는 학생부 성적 60%, 심층면접고사 40%, 수능최저학력기준을 적용하여 최종합격자를 선발하고 있다.

(나) 특기자 전형의 경우 1단계 선발은 학교생활기록부 성적 50%와 수상실적 50%를 합산한 후 총점 순으로 3배수 이내에서 선발하고, 2단계는 1단계 성적 60%와 심층면접고사 성적 40%를 합산하여 선발한다.

(다) 검정고시 출신자의 경우 학교생활기록부 성적 산출 근거가 없고, 시험 과목은 8과목이지만 특수한 경우 5과목 또는 6과목을 면제받을 수 있으며, 그 과정도 1과목만 합격하면 여러 해에 걸쳐 응시하여 합격할 수 있는 등 정상적으로 학교교육을 받은 자와 비교하기가 어렵다.

(6) ○○대학교

(가) 학교생활기록부의 교과 및 비교과 영역을 전형자료로 활용하라는 교육부의 지침에 따라 현재 시행되는 대부분 대학의 수시모집은 대학의 독자적인 기준을 마련하여 대학자율로 학생을 선발하고 있다.

(나) 학교생활기록부의 교과 및 비교과 영역을 지원자격 및 전형요소로 활용하는 일부 전형의 경우 검정고시생이 제한되는 바, 검정고시생은 학교생활기록부에 기초한 성적산출이 불가능하기 때문이다.

(다) 수시모집은 전형별 지원자격이 다르므로 수험생은 자신의 지원자격에 맞는 전형을 선택하여 지원해야 할 일이며 본 대학은 검정고시 출신자를 차별하고 있지 아니한다.

다. 관계인(○○부)의 주장

(1) '97학년도 대학입학전형부터 실시해온 수시모집은 짧은 기간에 성적위주로 대규모의 학생을 선발하는 정시모집에 비해 여유있는 전형일정 확보로 심층면접, 다단계 전형 등 전형방법을 다양화할 수 있으며, 학생은 자신이 희망하는 진로를 신중하게 선택하고 대학에서 제시한 전형기준에 맞추어 자신의 소질과 적성을 계발하여 소신지원을 하도록 유도하는 기능이 있다.

(2) 현행 대학입학제도에 있어 학생선발권한은 기본적으로 대학의 장에게 있으며, 이에 따라 각 대학은 모집시기별로 전형기준 및 방법 등 세부적인 모든 사항을 자율 결정하여 실시하고 있음. 따라서 검정고시, 실업계, 해외고교 출신자 등에 대한 수시모집 전형기회 부여 또한 대학이 자율적으로 정할 사항이다.

3. 인정사실

가. 대학입시제도의 체계

(1) 대학에 입학할 수 있는 자는 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정된 자(고등교육법 제33조 제1항)이고, 고등학교를 졸업한 자와 동등한 학력이 있다고 인정되는 자라 함은 고등학교졸업학력검정고시에 합격한 자(초·중등교육법시행령 제98조 제1항 제1호)를 의미하며, 고등학교졸업학력검정고시에 관한 사항은 「고등학교졸업학력검정고시규칙」(교육인적자원부령)으로 정하고 있다.

(2) 전형의 유형은 일반전형 및 특별전형이 있고, 모집시기에 의한 구분으로 수시모집(수시 1학기모집, 수시 2학기모집), 정시모집('가'군, '나'군, '다'군), 추가모집이 있다(고등교육법 제34조, 고등교육법 시행령 제41조). 교육인적자원부장관은 대학입학전형의 기본방향, 입학전형에 관한 사항, 전형일정 등의 절차에 관한 대학입학전형기본계획을 수립하여 이를 매 입학연도의 6월 이전에 공표하고, 대학의 장은 이에 따라 대학의 특성에 맞게 대학입학전형시행계획을 수립·예고

한다(고등교육법 시행령 제32조, 제33조).

(3) 일반전형은 “일반학생”을 대상으로 보편적인 교육적 기준에 따라 선발하는 전형이고, 특별전형은 “특별한 경력이나 소질 등 대학이 제시하는 기준 또는 차등적인 교육적 보상기준이 필요한 자”를 대상으로 선발하는 전형으로, 학교생활 기록부(교과성적, 비교과기록), 수능성적, 대학별고사(면접·구술고사, 논술고사, 실기·실험고사, 적성·인성검사 등) 및 자기소개서, 추천서 등 다양한 전형자료를 활용하도록 하고 있다.

나. 수시모집의 일반 현황

(1) 전국 4년제 대학교의 수시모집과 정시모집의 연도별 비율은 아래 <표1>과 같고, 2002학년도 이후 수시모집의 비율이 꾸준히 증가하고 있으며, 2007학년도 부터는 수시모집의 비율이 정시모집의 비율을 넘어설 예정이다.

<표 1> 전국 4년제 대학교의 수시모집과 정시모집의 비율

(단위 : %)

년도 구분	2002	2003	2004	2005	2006	2007 (예정)
수시모집	29	31	39	44	48	51.5
정시모집	71	69	61	56	52	48.5

(2) 고등학교졸업학력 검정고시 과목은 「고등학교졸업학력검정고시규칙」 [별표]에 따라 필수 6과목(국어, 국사, 사회, 수학, 과학, 영어), 선택 2과목으로 구성된다. 다만, 3년제 고등기술학교 및 고등학교에 준하는 각종학교의 졸업(예정)자 등과 같이 특수한 경우에는 고시과목 중 국어, 수학, 영어를 제외한 과목을 면제할 수 있으며(규칙 제12조), 합격여부는 각 과목 100점 만점 중 평균 60점 이상으로 하되, 60점 이상인 과목에 대하여는 과목합격을 인정하고 원에 의하여 차회 이후의 고시에 있어서 당해과목의 고시를 면제한다.

(3) 2005학년도 고등학교 출신자 및 검정고시 출신자의 입학 현황은 <표 2>와 같다.

<표 2> 2005학년도 고등학교 출신자 및 검정고시 출신자의 입학 현황

(단위 : 명, 4년제 대학 기준)

고등학교 출신				검정고시 출신			
졸업자 (인문계)	대학교 지원자	대학교 입학자	합격율	고졸검정고 시합격자	대학교 지원자	대학교 입학자	합격율
1,259,792	1,953,016	326,284	16.7%	24,725	18,004	3,597	20.0%

다. 피진정대학들의 수시모집 현황

(1) 피진정대학 중 ○○대학교, ○○대학교, ○○대학교, ○○대학교 등은 일반전형·특별전형을 구분하여 전형을 실시하고, ○○대학교, ○○대학교는 특별전형만을 실시하고 있다. 또한 각 피진정대학은 모든 유형의 전형에서 내신성적의 판단자료인 “학교생활기록부”를 요구하고 있다.

(2) 특별전형을 실시하는 피진정대학 중 ○○대학교, ○○대학교, ○○대학교, ○○대학교의 경우 특정분야는 대학의 전형목적에 따라 검정고시 출신자도 응시 가능하나, ○○대학교, ○○대학교의 경우 검정고시 출신자가 응시할 수 있는 전형유형이 없다.

(3) 피진정대학들의 수시모집시 전형유형은 <표 3>과 같다.

<표 3> 수시모집시 전형유형

전형유형 대학	일반전형 (※검정고시자는 지원할 수 없음)	특별전형	
		검정고시자 지원가능분야	검정고시자가 지원할 수 없는 분야
○○대	-일반학생 전형	없음	-체육특기자 전형 -학교장추천자 전형 -만학자 전형
○○대	-일반학생 전형	-국가유공자등 전형 -영어능력 우수자 전형	-관학협력 전형
○○대	모집없음	-특기자 전형 -사회적 배려 대상자 전형	-고교추천자 전형 -지역학생 우대 선발 전형 -외국어 우수인력 선발 -이공계인력 선발 전형
○○대 (서울)	-일반우수자 전형 -음악대학 일반 우수자 전형	-특기자, 특수재능 보유자 전형	-조기졸업자 전형 -글로벌리더 전형 -음악·체육특기자 전형 -연세한마음 장학 전형 -사회기여자 및 사회적 배려 대상자 전형
○○대	모집없음	없음	-학교장 및 교사 추천자 전형 -특기자 전형 -대학독자적 전형 (국가유공자등/소년·소녀 가장 /간호학과 남학생)
○○대 (서울)	-21세기한양인II 전형	-재능우수자 (문학, 과학, 연기, 음악, 미술, 체육특기)	-한양 2010 -사회적 배려 대상자 -사랑의 실천 -특정 전공 우수자
※ 2006학년도 수시2학기 기준임(정원외 모집 제외) ※ ○○대 및 ○○대(서울)는 수시2-I,II 학기 분리모집			

(4) 일반전형의 지원자격은 <표 4>에서 보는 바와 같이 고등학교 졸업자 또는 졸업예정자로 한정하거나 검정고시 출신자를 직접적으로 제외하고 있다.

<표 4> 일반전형의 지원자격

대 학	지 원 자 격	학교생활기록부 반영
○○대	고등학교 졸업자 또는 졸업예정자 (검정고시 출신자는 지원할 수 없음)	○
○○대	고등학교 졸업자 및 2006. 2월 말까지 졸업예정자	○
○○대	모집 없음	-
○○대	2004년 2월 이후 국내 정규 고등학교 졸업자 또는 3학년 재학생으로서 2006년 2월 졸업예정자 (실업계 고등학교 또는 일반 고등학교와 종합고등학교의 실업계과정 이수자 및 검정고시 출신자 제외함)	○
○○대	모집 없음	-
○○대	2005년 2월 고등학교 졸업자 또는 2006년 2월 고등학교 졸업예정자	○

(5) 특별전형의 지원자격은 <표 5>에서 보는 바와 같이 피진정대학들 중 ○○대학교와 ○○대학교의 경우 직접적으로 검정고시 출신자를 제외하고 있고, 나머지 피진정대학들은 특별전형의 유형에 따라 검정고시 출신자에게 응시자격을 주고 있다.

<표 5> 특별전형의 지원자격

(● : 검정고시 취득점수를 반영하는 경우)

대학	특별전형유형	지원자격	학교생활 기록부반영
○○대	체육특기자 전형	고등학교 졸업자 또는 졸업예정자 (검정고시 출신자는 지원할 수 없음)	○
	학교장 추천자 전형		○
	만학자 전형		○
○○대	국가유공자등 전형	고등학교 졸업자 및 2006. 2월 말까지 졸업예정자, 검정고시출신자	○, ●
	영어능력우수자 전형	고등학교 졸업(예정자) 및 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자	○ 토익토플성적
	관학협력 전형	관학협력을 체결한 지자체 소재 중고등학교 6년을 이수하고 고등학교 성적 20%이내인 자	○
○○대	고교추천자 전형	2006년 2월 고교졸업(예정)자 및 최근 2년 이내 졸업자	○
	지역학생 우대 선발 전형	부산·울산·경남·제주 지역 일반계고등학교(한국과학영재학교, 과학고, 국제고, 외국어고, 종합고내 인문계열 보통과 포함, 실업계고 제외) 2006년 2월 졸업예정자	○
	특기자 전형	2006년 2월 고교 졸업예정자 및 기 졸업자, 법령에 의하여 고등학교 졸업 이상의 학력이 있다고 인정되는 자	○, ●
	사회적배려대상자 전형		○, ●
	외국어 우수인력선발	2006년 2월 고교 졸업예정자	○
이공계인력 선발전형	(추천자 :출신 학교장)	○	
○○대 (서울)	조기졸업자 전형	국내 정규 고등학교 2학년 재학생으로 2006년 2월 졸업이 가능하며 2학년 1학기까지 수학과 과학교과의 이수단위 합계가 43단위 이상인 자	○
	글로벌리더 전형	2003년 9월 1일 이후 국내·외 정규 고등학교 졸업자 또는 2006년 2월 졸업예정자(실업계고, 일반고등학교와 종합고등학교의 실업계 과정 이수자 및 검정고시 출신자 제외함)	○
	특기자, 특수재능 보유자 전형	국내·외 정규 고등학교를 2003년 9월 1일부터 2005년 8월 31까지 졸업한 자 또는 2005년 9월 1일 이후 2006년 2월 사이 졸업예정인 자, 2003년 4월 1일 이후 검정고시 합격자	○, ●

대학	특별전형유형	지원자격	학교생활 기록부반영
○○대 (서울)	음악 특기자 전형	국내 정규 고등학교 2004년 2월 이후 졸업자 또는 2006년 2월 졸업예정자	○
	체육 특기자 전형	국내 정규 고등학교 졸업자 또는 2006년 2월 졸업예정자	○
	연세 한마음 장학 전형	국민기초생활보장수급자 또는 그 자녀로서 국내 정규 고등학교 2004년 2월 이후 졸업자 또는 3학년 재학생으로 2006년 2월 졸업예정자, 2003년 4월 1일 이후 검정고시 합격자	○, ●
	사회기여자 및 사회적 배려 대상자 전형	2003년 9월 1일 이후 국내·외 정규 고등학교 졸업자 또는 3학년 재학생으로서 2006년 2월 졸업예정자 (실업계고, 일반고등학교와 종합고등학교의 실업계 과정 이수자 및 검정고시 출신자 제외함)	○
○○대	학교장 및 교사 추천자 전형	2006학년도 대학수학능력시험에 응시한 자로서, 고등학교 졸업자 또는 2006년 2월 졸업예정자, 법령에 의하여 고등학교 이상의 학력이 있다고 인정된 자	○
	특기자 전형	※ 다만, 검정고시 합격자, 외국의 고등학교 과정 이수자, 소년원 학교의 고등학교과정 이수자 등 학교생활기록부에 의한 고교성적 산출이 불가능한 자는 지원할 수 없음	○
	국가유공자등, 소년·소녀 가장, 간호학과 남학생 전형		○
○○대	한양 2010 전형	2006년 2월 고등학교 졸업예정자(인문계 고등학교 및 특목고 중 과학고, 외국어고, 국제고 출신자에 한함)	○
	사회적 배려 대상자 전형	고등학교 졸업자, 2006년 2월 졸업예정자, 고등학교 졸업학력 검정고시 합격자 또는 위와 동등이상의 학력이 있다고 인정되는 자	○, ●
	재능우수자 전형		○, ●
	사랑의 실천 전형	2005년 2월 고등학교 졸업자 또는 2006년 2월 고등학교 졸업예정자	○
	특정 전공우수자 전형		○

(6) 피진정대학외 수시모집에서 일반전형을 실시하는 ○○대학교(서울), ○○여자대학교, ○○대학교 등의 경우 검정고시 출신자도 응시 가능하다.

라. 2006. 2. 6. 진정인 박○○이 피진정인 ○○대학교 총장에 대한 진정 중 실업계 및 해외고등학교 출신자를 차별하고 있다는 부분의 진정을 취하하였다.

4. 판 단

가. '대학의 자율성'은 「헌법」 제31조 제4항에 따라 법률이 정하는 바에 의하여 대학이 가지는 법률유보적인 권리임에 비하여, '교육을 받을 권리'는 「헌법」 제31조 제1항에 따라 모든 국민이 가지는 법률에 유보되지 않은 권리이다. 교육을 받을 권리는 국가로부터 교육에 필요한 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리 및 각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리로서, 모든 국민이 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있는 교육기회를 제공해야 할 국가의 의무를 규정한 것이고, '능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리'란 법률이 정하는 일정한 교육을 받을 전제조건으로서의 능력을 갖추었을 경우 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 의미이다.

한편, 어떤 교육과정을 이수한 자에게 그에 상응하는 정규학교를 이수한 것과 같은 동등한 학력을 인정할 것인지 여부는 입법자가 결정할 사안인 바, 「고등교육법」 제33조 제1항은 "대학에 입학할 수 있는 자는 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등한 학력이 있다고 인정된 자로 한다."고 규정하면서 「초·중등교육법시행령」 제98조 제1항 제1호에 의거 고등학교졸업학력검정고시에 합격한 자를 고등학교를 졸업한 자와 동등한 학력이 있다고 인정하고 있다. 위와 같은 입법적 결단에 의해 검정고시 출신자는 국민으로서 해당검정고시에 상응하는 동등한 정규학교과정을 이수한 것으로 인정되고 상급학교로 진학할 자격을 갖는 바, 합리적인 사유가 없는 한 비록 각 대학에 학생선발의 자율권이 맡겨져 있다 하더라도, 법률의 구체적인 위임 없이 대학입학에 응시할 자격조차 부여되지 아니하거나 비록 형식적으로는 응시할 수 있다 하더라도 실질적으로 배제되어 응시기회가 박탈된 것이나 다름없는 처우를 받아서는 아니 될 것이다.

나. 위 인정사실에서 본 바와 같이 현재의 대학입시제도는 정시모집과 수시모집제도로 구성되어 있고, 수시모집제도의 운영취지는 각 대학이 전형일정을 여유 있게 확보하여 심층면접, 다단계 전형 등 전형방법을 다양화함으로써, 대학의

독자적 특성이나 지향점에 맞추어 다양한 경력이 있거나 소질 등이 있는 자를 선발할 수 있게 하며, 지원 학생으로서는 자신이 희망하는 진로를 신중하게 선택하고 대학에서 제시하는 전형기준에 맞추어 자신의 소질과 적성을 계발하여 소신 지원하도록 유도하는 기능에 있다. 그러나 대학의 자율성을 한층 더 보장하는 취지의 수시모집제도라 하더라도 각 대학이 그 제도를 운용함에 있어서 그 지원자가 모집대상의 취지에 맞는 적성과 특징, 소질을 가지고 있음에도 단지 검정고시출신자라는 이유만으로 아예 지원조차 못하게 하거나 실질적으로 지원 기회를 완전히 박탈하는 결과를 낳도록 제도를 운용한다면 정규고등학교의 학력을 인정해 주고 있는 검정고시제도의 취지를 무색하게 할 뿐 아니라 합리적인 이유 없이 검정고시출신자를 차별하는 것으로 판단된다. 특히 수시모집이 과거 정시모집의 예외적이고 대안적인 상황에서 시행되었던 것과 달리 최근에는 그 비중이 점차 확대되어 전체 대학선발과정의 50%에 해당하게 된 상황을 고려해 볼 때에 검정고시출신자로 하여금 지원기회조차 갖지 못하게 하는 것은 대학입학과정에서의 실질적 응시기회의 박탈이라는 부정적 결과를 초래할 수 있는 바, 각 대학으로서는 검정고시출신자라 하여도 당해 학생이 수시모집에서 대학이 선발하고자 하는 적성과 소질을 갖추고 있다면 당연히 지원기회를 갖도록 부여할 것이며, 그 이후의 평가와 선발에 있어서 우수학생을 선발할 수 있도록 당해 대학의 자율성이 충분히 보장되도록 운영하면 될 것이다.

이에 대하여 각 대학들은 수시모집의 시기와 특성을 고려할 때 대학수학능력시험의 점수를 반영하기 어려워 일반 정규학교의 학업성취도를 기준으로 학생을 대상으로 선발할 수밖에 없는데 검정고시 출신자는 그 기준이 없어서 불가피하다거나, 나아가 그 실제적인 문제로서 검정고시출신자와 고등학교 출신자간 내신성적을 비교할 합리적인 기준이 마련되지 아니하였기 때문에 평가와 선발이 어렵다는 주장을 하고 있다. 그러나 수시모집제도의 일반전형의 취지는 대학수학능력시험 점수를 기준으로 획일적으로 학생을 선발하는 것을 지양하고 다양한 기준을 가지겠다는 것이며, 학업성취도를 그 중의 하나의 기준으로 삼는다는 것인 취지일 뿐, 정규고등학교를 졸업한 학생에 한하여서만 뽑도록 운용하겠다는 것이 그 근본취지가 되기는 어렵다. 그러한 측면에서 대학입학 제도가 공교육의 정상화를 이유로 수시모집에서 내신 성적을 우선하고 있는 점을 인정하다 하더라도, 검정고시를 통해 학업을 계속할 수밖에 없었던 경제적 곤란자, 고연령자, 탈북자, 외국에서 성장한 자 등 다양한 성장이력을 가지거나 다양한 배경과 동

기를 갖는 검정고시 출신자에 대하여도, 정규학교의 학업성취도에 상응하거나 유사한 평가기준을 만들어 수시합격의 기회를 제공할 수 있다고 보인다. 현재 비교 내신의 기준이 되는 대안이 없다거나 합리적으로 비교기준을 만들기 어렵다는 점은 이후 그와 관련한 합리적인 평가기준을 만드는 노력을 통해 해소될 수 있는 것이지, 차별을 합리화하는 근본적인 정당화 사유로 삼기 어렵다. 더욱이 일부 대학에서 이미 별도로 산출방식의 기준을 정하거나 논술 또는 대학수학능력시험의 최저학력을 적용하는 등의 방법으로 검정고시출신자의 응시를 허용하고 있음을 볼 때, 내신 성적을 비교할 방법이 전혀 없고 이러한 비교방법을 만들어 내는 것이 앞으로도 불가능할 것이라고 단언할 수 없다.

일부에서는 검정고시 출신자가 수시모집에서 정규고등학교 졸업자들과 동등한 응시 기회를 갖는다면 대학입시만을 위하여 고등학교생활을 중도에 포기할 학생이 더 많이 발생할 것이라는 우려를 제기하고 있다. 과연 그러한 이유로 검정고시를 택하고 학업을 중도 포기하는 숫자가 어느 정도나 늘어날지 의문이거나와 만일 그러한 우려가 현실화된다 하더라도 이는 우리사회의 지나친 대학입시경쟁의 문제와 공교육의 붕괴위기를 근본적인 측면에서 달리 풀어야 할 사안이지, 다양한 배경과 경험을 가진 탓에 정규학교를 이수할 기회를 갖지 못한 대다수 검정고시출신자들에 대한 근본적인 응시 기회를 봉쇄하는 차별적 상황에 대한 합리적 근거가 되기는 어렵다고 보인다. 또한 검정고시 출신자의 합격률이 20.0%이고, 고등학교 출신자의 합격률이 16.7%로서 검정고시 출신자가 현 대학입학제도에서도 유리하므로 특별히 검정고시 출신자를 우대하는 방향의 대안을 제시할 필요가 없을 것이라는 견해도 있을 수 있겠으나, 실제로 그 격차가 과다하다고 판단되지 않으며 이쪽 제도에서 합격률이 높기 때문에 이쪽 제도에서는 차별이 합리화된다는 비교적 판단은 원칙적으로 받아들이기 어렵다고 보인다. 비록 대학 지원자 전체인원에 대한 검정고시 출신자의 비율은 높지 않으나 그 인원은 18,000여명에 이르고 있음을 볼 때 숫자의 우열만으로 소수자의 교육을 받을 권리를 박탈하거나 응시 기회를 배제시킬 수 없을 것이다.

다. 한편, 특별전형의 경우 특별한 경력이나 소질 등 대학이 제시하는 기준 또는 차등적인 교육적 보상기준이 필요한 자를 대상으로 하는 등의 특수성이 인정되므로, 특별전형의 유형에 따라서는 검정고시 출신자가 응시할 수 없는 사정을 인정할 수 있겠으나 모든 유형의 특별전형에서 검정고시 출신자가 전혀 응시할 수 없다고 한다면 이 또한 합리적인 이유가 있다고는 보기 어렵다.

라. 피진정대학들의 감독기관인 ○○부장관은 비록 각 대학의 관리감독을 하고 있을 뿐 각 대학들의 구체적인 입시요강작성을 책임지고 있거나 지휘하고 있지는 아니하며 대학의 학생선발권을 존중하고 있는 입장이나, 한편으로는 국가적인 차원에서 대학입시제도의 일관성과 기회균등성, 합목적성 등을 관리·감독할 위치에 있으며 실제로 감독하고 있어 그 사회적 영향력이 상당할 뿐 아니라 교육입시제도와 관련된 사회의 불합리한 규정이나 제도를 개선할 의무를 가지고 있다고 판단된다.

마. 피진정인 ○○대학교의 경우 수시모집 중 일반전형은 실시하지 않고, 특별전형 중 검정고시 출신자가 지원 가능한 유형이 있으므로 차별행위에 해당하지 아니하는 경우로 판단된다.

5. 결 론

가. 검정고시출신자가 수시모집의 일반전형에 응시할 수 없도록 한 ○○대학교, ○○대학교, ○○대학교 및 ○○대학교의 각 총장, 특별전형 중 어느 한 유형에도 검정고시 출신자가 응시할 수 없도록 한 ○○대학교, ○○대학교의 각 총장 및 피진정인들의 관리·감독 기관인 ○○부장관에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 따라 신입생 선발제도 개선 등 필요한 조치의 이행을 권고하기로 한다.

나. 피진정인 ○○대학교총장에 대한 진정부분은 「국가인권위원회법」 제39조 제1항 제2호의 규정에 따라 기각하기로 한다.

다. 피진정인 ○○대학교총장에 대한 진정 중 실업계 출신자 및 해외고등학교 출신자의 차별 부분은 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제8호에 따라 각하하기로 한다.

라. 이상과 같은 이유로 주문과 같이 결정한다.

6. 위원 김호준, 위원 정인섭의 반대의견

다수의견은 법률의 구체적인 위임 없이는 대학측이 수시모집을 통한 학생 선발시 고등학교 졸업자와 동등한 학력이 인정되는 검정고시 출신을 배제하여서는

아니 되며, 이들을 수시모집에서 배제시킨다면 검정고시 출신자들의 교육을 받을 권리를 비례의 원칙에 어긋나게 과도한 제한을 가하는 것이 되므로, 현재 일부대학에서 수시모집시 검정고시 출신자를 배제하는 것은 합리적 이유가 없는 차별이라고 결론내리고 있다. 이러한 결론을 내리게 된 배경의 하나로 2007학년도 입시부터는 수시모집의 비율이 정원의 절반을 넘어선다는 점을 지적하고 있다. 그러나 다수의견은 현재 우리의 교육현실과 입시제도의 실질을 명확히 이해하지 못한데서 나온 잘못된 결론으로 형식적 평등을 통한 실질적 불평등을 조장함으로써 「헌법」 제31조 제1항이 보장하고 있는 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 침해하게 되며, 나아가 「헌법」 제31조 제4항이 보장하고 있는 대학의 자율성을 침해하는 결과가 된다는 이유에서 반대한다.

대학의 자율성이 헌법적 권리로 보장되고 있는 이유는 이의 확보가 국가 사회 발전의 초석이 된다는 각국의 역사적 경험에 바탕하고 있다. 따라서 대학의 자율성에는 비록 법률에 의하여 보장된다는 수식어가 첨가되어 있어도 자율의 결과가 다른 헌법적 가치를 침해하지 않는 한 최대한 보장되어야 하며, 법률을 통한 대학운영의 규제도 최소한에 그쳐야 한다는 것이 「헌법」 제31조 제4항의 근본취지이다.

학생선발권은 대학의 자율성의 핵심적 요소 중의 하나이다. 이와 관련하여 고등교육법 및 그 시행령은 학생선발에 관하여 대학의 교육목적에 적합한 기준과 방법에 따라 공정한 경쟁을 통하여 선발하라는 원칙과 입학전형에 사용될 수 있는 자료의 유형만을 제시하고 있다(법 제34조 및 시행령 제34조 및 제35조). 즉 입시제도의 운영은 이 같은 기준에서 이탈하지 않는 한 그 구체적 방식의 결정은 대학의 자율에 속한다는 것이 헌법과 법률의 취지인 것이다. 그럼에도 불구하고 다수의견이 법률에 구체적 위임이 있어야만 대학이 검정고시 출신자의 수시모집 응시기회를 제한할 수 있다고 판단한 것은 우리 「헌법」과 관련법의 내용을 반대로 해석한 결과이다. 오히려 법률에 의하여 구체적으로 제한되고 있는 사항이 아닌 한 입시제도의 운영은 개별 대학의 자치에 맡겨져 있다고 해석하는 것이 올바른 결론이라고 판단된다.

물론 입시제도가 대학의 자율항목에 해당하더라도 특정 대학의 입시방식이 여타의 헌법적 가치를 중대하게 훼손할 우려가 있는 경우에는 헌법의 전 취지에 비추어 그 타당성을 면밀히 검토하여야 한다. 그렇다면 현재 문제되고 있는 일

부 대학에서의 수시모집시 검정고시 출신의 배제가 다수의견이 주장하고 있는 것처럼 평등권을 침해하는 차별적 결과를 초래하고 있는가를 살펴본다.

우선 다수의견이 <표 2>에서 인정하고 있듯이 현재 검정고시 출신은 상당수 대학의 수시입시에서 배제되고 있음에도 불구하고, 전국 4년제 대학 최종 합격률은 지원자 대비 20%에 이르러, 16.7%에 불과한 일반 고등학교 졸업자의 경우보다 약 3.3%나 높다는 점을 주목하지 않을 수 없다. 이는 검정고시 출신이 대입에 합격할 확률이 20%나 더 높다는 의미이다. 특히 시정권고의 대상이 된 5개 대학만을 조사하여 보면 그 격차가 더욱 벌어져서 검정고시 출신자의 최종 합격률이 일반 고등학교 졸업자에 비하여 4.2%나 높게 나타나며, 이는 곧 검정고시 출신은 일반 고등학교 졸업자보다 대입에 합격할 확률이 무려 28%나 높다는 의미가 된다. 즉 검정고시 출신자는 비록 상당수 수시입시에서 배제된다고 할지라도 현재 입시의 전체과정에서 월등히 유리한 입장에서 있다는 사실이 수치로 증명되고 있다. 경우에 따라서는 수십 대 1에 이르기도 하는 치열한 입시 경쟁에서 검정고시 출신은 상대적으로 20% 또는 28%나 더 높은 합격률을 보이고 있는 사실은 본건 진정사건을 판단함에 있어서 결코 간과되어서는 아니 된다. 검정고시생의 상당수는 경제적 여건이나 집안 환경이 일반 고등학생보다 열악할 것으로 추측됨에도 불구하고 이러한 결과가 발생하는 것은 현재의 정규 고등학교에서의 교육내용과 검정고시 합격을 위한 학업부담이 근본적으로 차이가 있기 때문이다. 이는 마치 무게가 다른 짐을 지고 동일한 거리를 빨리 달리기 경주를 하는 모습에 비유될 수 있다. 입시의 결과를 놓고 볼 때 현재 검정고시 출신이 불리한 차별을 받고 있다는 주장은 그 근거를 찾기 어렵다.

그럼에도 불구하고 다수의견이 수시모집에서의 배제만을 들어 차별이라고 주장하는 것은 우리나라에서의 대학입시가 개별 대학별로 1학기 수시, 2학기 수시, 정시모집 등 각기 특색을 갖는 다단계 절차로 진행되어 전체로서의 하나의 입시를 구성하고 있다는 사실을 간과하는 것이다. 현재 각 대학은 대체로 정원의 일정한 숫자는 대입학력고사(이른바 수능 성적)를 주 기준으로 선발하고(주로 정시모집시), 일정한 숫자는 고교 학생생활기록부상의 성적(이른바 고교 내신성적)을 주 기준으로 선발하고(주로 수시 모집시), 그 다음 상대적으로 소수이기는 하지만 일정한 숫자는 일반학력 이외의 다른 특기나 재능을 주 기준으로 선발하고, 또 일정한 숫자는 여타의 각종 고려 사항을 주 기준으로 하여 선발한다. 각 입시의 단계나 특성에 따라 대학별로 요구하는 기준과 자료가 다르기 때문에 입시

의 종류나 단계에 따라 일정한 정원이 특정한 집단에만 배정된다거나 일정한 정원에 특정한 집단이 배제될 수 있음은 불가피하다. 결국 피진정대학들이 입시의 전 과정에서 검정고시 출신을 배제하는 것도 아니고, 수시모집이라는 그중 한 단계에서 검정고시 출신자를 배제하는 것은 위와 같은 차원에서 이해되어야 한다. 이러한 입시 전 과정의 결과 현재 검정고시 출신자들이 월등한 합격률을 보이고 있다면 그중 일부과정에서의 배제가 반드시 불합리한 차별을 초래한다는 결론은 나올 수 없을 것이다.

다수의견은 2007학년도부터는 수시모집 정원이 전체 대입정원의 50%를 넘을 정도로 비중이 확대된다는 사실을 이번 결정의 배경의 하나로서 지적하고 있다. 그러나 수시모집 정원 속에는 예술·체육·학술분야 등의 특기자, 국가유공자 자녀, 특수지역 출신자, 고교 조기 졸업자, 소년 소녀 가장 등 사회적 배려의 대상자 등 일일이 대학별 사유를 다 열거하기 어려운 정도의 각종 특별전형이 포함되어 있다. 그에 해당하는 부분은 반드시 검정고시 출신이라서 배제된다고 볼 수 없다. 또한 대학에 따라서는 수시모집이라 하여 반드시 검정고시 출신자를 배제하지 않는다. 따라서 현재의 수시모집의 비율이 반드시 검정고시 출신에 대한 입시문호의 폐쇄율을 의미한다고는 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 본건 진정을 판단함에 있어서 검정고시 출신자에 대한 배제율을 정확히 제시하지도 않고 단순히 수시모집이 전체 정원의 50%가 넘는다는 점을 강조하는 것은 잘못된 전제를 내세우는 것이다.

물론 검정고시 출신자가 전체 입시생 숫자의 상당한 비중을 차지함에도 불구하고 대학입시의 문호가 실질적으로 크게 봉쇄된다면(이 점에 관하여는 정확한 통계가 없어서 입시에서의 배제율을 정확히 제시할 수 없다), 그 자체로서 불합리한 기회박탈이요 차별에 해당할 가능성이 있다. 그러나 2005년도 기준 검정고시 출신 대입응시자는 일반고등학교 졸업 응시자의 0.9%에 불과하므로, 그 정도 숫자에 대한 수시입시 배제가 헌법에 보장된 대학의 자율성에 대한 제한을 필요로 할 정도로 심각한 불균형을 초래하고 있다고는 판단되지 않는다. 검정고시 출신이 전체 응시생에서 차지하는 비율이 미미하므로 현재 개방되어 있는 나머지 문호를 통하여 대학입시를 통과하는데 별다른 지장이 없기 때문이다.

현재 우리 사회에서 정규 고등학교를 마치는 것보다 검정고시를 거치는 편이 대학입시에서 유리하다는 점은 거의 공지의 사실이다. 그럼에도 불구하고 다수

의견을 취한다면 형식적 평등의 구현에는 도움이 될지 모르나, 경쟁이 치열한 우리의 입시상황에서 일반 고등학교 졸업자를 역차별하는 실질적 불평등을 초래하게 되며, 이는 곧 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”는 「헌법」 제31조 제1항을 위배하는 결과가 된다.

현재 대학측이 검정고시생을 수시입시에서 배제하는 가장 큰 이유는 수시입시의 실시시기의 특성상 대학수학능력시험의 점수를 반영하기 어려우므로 응시생의 학업성취도를 검정고시 출신자들은 제출할 수 없는 고등학교 학생생활기록부상의 학업성적을 주근거로 판단하기 때문이다. 학생생활기록부는 「고등교육법 시행령」 제35조 제1항이 입시전형자료로 활용할 수 있다고 규정하고 있는 항목이기도 하며, 공교육의 정상화를 위하여 이의 적극적인 활용이 강력히 권장되는 사항이기도 하다. 그렇다면 대학측이 일정한 단계의 입시에서 이를 적극 활용하는 것에는 아무런 법적 하자가 없다. 수시입시에서 이른바 본고사 등이 도입된다면 모를까 현재의 입시제도상 응시자의 내신성적을 대학측이 주요 전형자료로 활용함이 불가피한 것이 현실이다. 검정고시에서의 성적을 고교 내신으로 환산하여 활용하는 방안도 생각해 볼 수 있으나, 이는 양제도의 취지상 적절한 대안이 되기 어렵다. 검정고시는 그 응시생이 전국 고교 졸업생중 최저한의 학력을 갖고 있으나 여부만을 확인하기 위한 목적에서 실시되는 제도이므로, 그 취득성적을 고교에서의 일반적 학업성취도로 환산하기에 부적합하다. 실제 환산하는 경우에는 시험의 성격상 검정고시생에 대한 우대를 결과한다는 것 역시 잘 알려져 있다. 다수의견은 이 같은 현실에도 불구하고 별다른 대안의 제시도 없이 검정고시 출신의 응시를 보장하는 대신 대학이 평가와 선발에서 자율성이 보장되도록 운영하면 된다고 주장하고 있으나, 이는 자율의 근본을 침해한 이후 현실화되기도 어려운 부분적 자율을 부여하는 것에 불과하다.

한편 일부 대학에서는 검정고시생을 수시입시에서도 제한 없이 받아들이고 있는데 왜 진정대상이 된 대학들은 검정고시생의 응시를 제한하느냐는 의문이 제기될 수 있다. 그 답은 여러 가지로 나올 수 있다. 일부대학에서는 수시모집시 검정고시 출신의 지원에 형식적인 제한을 두지 않지만 가장 중요한 전형자료인 학생부 성적을 제출하지 못하는 검정고시생은 사실상 합격이 불가능하도록 입시제도가 운영되기도 한다. 이러한 태도는 당초부터 응시불가를 표방하는 것보다 검정고시 출신자에게 불리한 결과를 초래한다. 그럼에도 불구하고 이 같은 대학들이 검정고시 출신을 배제하지 않는 예로 활용되어서는 아니 될 것이다. 또한

일부 대학은 학생부 성적을 제시하지 못하는 응시생을 받아들여도 문제가 없다고 판단하기 때문이다. 현재 우리 주변에는 입학정원 조차 채우지 못하여 입시철마다 학생 모집에 급급한 대학도 상당수 있다. 또한 비록 정원을 채우기는 하더라도 자교에 입학하는 학생들의 평균적 학력에 비추어 볼 때 굳이 학생부 성적의 제출을 요구할 필요가 없다고 판단하는 대학도 적지 않다. 이와 같은 대학들이라면 수시입시에서 검정고시 출신을 배제할 아무런 이유가 없는 것이다. 대학들은 저마다의 처한 사정이 다르다. 대학별로 수험생의 선호도에 있어서 커다란 차이가 있으며, 응시생의 학력 평균도 상이하며, 이에 따라 추구하는 교육목표 또한 상이하므로 입시에서 전 대학에 동일한 기준을 적용하는 것은 어렵기도 할뿐만 아니라 불합리하기도 하다. 이에 그간 각 대학은 나름대로의 기준을 가지고 검정고시 출신자의 수시입시 응시문제를 판단하여 왔다고 생각된다. 그 결과 일정 대학은 수시모집의 정원을 고등학교 교육을 정상적으로 마친 학생들을 대상으로 그들의 고교 시절 성취도를 중심으로 학생을 선발하고 있다. 이 방식이 전체 입시결과의 불합리한 왜곡을 야기하지 않음에도 불구하고, 다수의견을 취한다면 대학 측에 대하여 현실성 없는 획일적 기준을 강요하는 것이 되며, 이는 또한 「헌법」 제34조 제4항이 규정하고 있는 대학의 자율성을 침해하는 결과가 된다.

또한 다수의견은 교육 정책적 측면에서 역시 바람직하지 못한 결과를 초래할 우려가 높다. 현재의 입시제도에서도 검정고시 출신이 유리하기 때문에 이른바 특목고에서는 물론 일반 고등학교에서도 입시경쟁상의 이점만을 취하기 위하여 중도에 자퇴하는 학생들이 나오고 있다. 수시입시에서는 문호가 상당부분 봉쇄되고 있는 오늘의 현실 속에서도 이러한 현상이 나타나고 있는데, 다수의견의 권고가 실현되면 오직 입시경쟁에서의 이점을 취하기 위하여 고등학교 자퇴생이 증가하는 비교육적 현상이 확대될 것이라는 점 역시 쉽게 예측된다. 비록 그 숫자가 얼마가 되던 국가의 교육정책이 이러한 현상을 조장한다면 결코 공교육의 정상화나 우리 사회의 발전을 위하여 바람직한 방향은 아닐 것이다.

결론적으로 현재의 입시제도상 검정고시 출신은 일반 고등학교 출신에 비하여 불합리한 차별을 받고 있지 않다고 판단되며, 다수의견은 오히려 헌법이 보장하고 있는 각인이 능력에 따라 균등한 교육을 받을 권리와 대학의 자율성을 침해하는 결과를 초래하며, 교육정책상으로도 바람직하지 못한 결과를 조장할 우려가 있어서 반대한다. 이에 본 진정사건은 당초의 진정을 취하한 박○○의 진정

을 각하하는 경우를 제외하고는 모두 기각함이 타당하다고 판단된다.

2006. 10. 9.

국가인권위원회 전원위원회

위원장(직무대행) 최영애 위 원 김호준 위 원 정강자
위 원 김만흠 위 원 이해학 위 원 정인섭 위 원 최금숙
위 원 신혜수 위 원 원형은 위 원 김태훈

10 2005. 6. 27.자 05진차204-145-119(병합) 결정 [두발제한 관련 인권침해]

- [1] 두발단속 시 규정을 어긴 고등학교 학생에 대하여 교사가 강제이발을 한 것이 학생들의 인격권을 침해하는지 여부(적극)
- [2] 중학교 여학생에 대하여 머리를 묶지 못하게 확실히 규정하고 있는 것이 교육목적상 필요최소한의 제한으로 볼 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 두발을 어떤 상태로 유지할 것인지를 결정하는 것은 개성을 자유롭게 발현할 권리이며 타인에게 위해를 미치지 않는 범위 내에서 간섭받음 없이 자신의 생활양식을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권의 영역에 해당하고, 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 파생하는 것으로서, 학생도 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 주체이므로 본인의 의사에 반하여 강제적으로 두발을 자르거나 변형시키는 것은 「헌법」 제10조의 규정한 행복추구권상의 자기결정권 및 개성의 자유로운 발현권을 침해하는 것이고, 강제이발은 학생에게 인격적 모멸감을 줄 수 있다는 점에서 인격권 침해의 행위라고 판단된다.
- [2] 두발의 자유가 개성의 자유로운 발현권이나 자기결정권 등에 해당하는 기본적인 권리로서 학생에게도 보장되어야 함을 인정하더라도, 학교라는 자치공동체 안에서 학생의 장래이익 보호 및 교육적 목적의 달성을 위해 구성원간의 합의에 따라 두발의 자유에 대해 일정 정도의 제한 필요성은 있으나, 기본권을 제한하는 경우에는 「헌법」 제37조 제2항에서 규정하고 있는 국민의 기본권 제한의 한계에 부합해야 하므로 중학교의 학교생활규정상 곱슬머리의 여학생 등의 경우 머리를 묶고 다니지 못하게 하고 있는 것은 두발상태를 고려하지 않은 확실히 규정으로 교육목적상 필요최소한의 제한으로 보기 어렵다.
- [3] 위 [1]의 사실이 인정되므로 해당 학교장에게 향후 두발단속 시 교사가 학생의 머리를 강제로 자르는 일이 재발하지 않도록 조치를 취하고, 위 [2]의 사

실이 인정되므로 해당 중학교장에게는 학생들의 의견을 실질적으로 반영할 수 있는 절차를 마련하여 두발에 관한 학생생활규정을 개정할 것을 권고함

【참조조문】 헌법 제10조, 헌법 제37조 제2항

【진 정 인】 김○○

【피진정인】 ○○○○고등학교장 외 2인

【주 문】

1. 두발단속시 규정을 어긴 학생에 대하여 교사가 강제로 학생의 머리를 자르는 ○○○○고등학교 및 ○○고등학교의 관행과 여학생의 머리를 묶지 못하게 획일적으로 규정하고 있는 ○○중학교의 학교생활규정은 「헌법」 제10조가 규정한 학생의 인격권 및 행복추구권상의 자기결정권, 개성의 자유로운 발현권의 침해임을 인정한다.

2. 피진정인 ○○○○고등학교장 및 ○○고등학교장에게 향후 두발단속시 교사가 학생의 머리를 강제로 자르는 일이 재발하지 않도록 조치를 취할 것을 권고한다.

3. 피진정인 ○○중학교장에게 학생의 의견을 실질적으로 반영할 수 있는 절차를 마련하여 두발에 관한 학교생활규정을 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

가. ○○○○고등학교는 두발단속시 규정에 위반되지 않은 경우에도 교사가 학생의 머리를 강제로 자르고 있고, 이 때문에 올해 신입생의 80%가 머리를 강제로 잘린 적이 있는 바, 이는 인권침해이다.

나. ○○고등학교는 학생의 머리를 짧게 자르게 하고 규정을 어긴 학생에 대하여 교사가 머리를 강제로 자르고 있어, 진정인의 경우 지금까지 7차례 머리를 잘린 적이 있는 바, 이는 인권침해이다.

다. ○○중학교는 여학생의 경우 귀밑 5cm로 두발의 길이를 제한하면서 머리를 묶으면 지지분하다는 이유로 머리를 묶지 못하게 하는 바, 진정인은 곱슬머리이기 때문에 머리를 묶지 않으면 더 지지분하고 불편한데도 이렇게 규정하고 있는 것이 납득이 가지 않으니 시정을 원한다.

2. 피진정인들의 주장 요지

가. ○○○○고등학교장의 주장

(1) ○○○○고등학교의 두발규정은 이전에 남학생의 경우 앞머리 5cm, 여학생의 경우 귀밑 3cm의 단발형이었던 것을 상당히 완화하여 2004년도부터 남학생의 경우 “앞머리는 눈썹을 덮지 않고, 뒷머리는 상의 칼라를 덮지 않아야 하며, 옆머리는 귀를 덮지 않는 상고머리형(장교형)으로 한다”, 여학생의 경우 “키트형, 머리카락 끝이 어깨에 닿지 않을 정도의 단발형으로 하되, 단발형이 아닐 경우 단정히 뒤쪽으로 묶어야 하며, 묶지 않은 상태에서는 머리카락이 어깨를 덮지 않아야 한다”고 규정하고 있고, 학교장의 방침에 의해 학생들의 책임감 있는 생활습관 여부에 따라 두발을 점진적으로 자율화한다는 것을 주지시키며 학생들에게 현재의 학교 규율을 준수해 줄 것을 당부해 왔다.

(2) 그런데 학교 규정이 완화 및 자율화로 나아간다고 생각하여 현재 규정으로는 용납하기 어려운 두발과 복장을 하고 다니는 학생들이 점점 늘어나게 되어, 다른 학생들과의 형평성 차원 및 학교의 기본질서 유지를 위해 학생들에게 두발을 규정에 맞게 지켜줄 것을 수차례 당부하였지만, 개선의 기미가 보이지 않아 계속적으로 두발규정을 제시하고 지도하는 과정에서 교육적으로 지도하는 차원과 학생이 느끼는 감정의 차이에 의해 문제가 비롯된 것으로 사료되나, 신입생의 80%가 머리를 잘랐다는 것은 사실과 다르다.

(3) ○○○○고등학교는 2005. 5. 23.~2005. 5. 28. 기간동안 학생과 학부모를 상대로 두발규정에 대한 설문조사를 실시하는 등 교사, 학생, 학부모의 의견을 수렴하여 두발에 관한 학교생활규정을 개정하는 과정에 있다.

나. ○○고등학교장의 주장

(1) ○○고등학교의 두발규정은 “앞머리는 4cm이내, 뒷머리는 셔츠 깃을 덮지

않는 스포츠형으로 조발한다”고 되어 있는 바, 항상 단정하고 깨끗한 학생다운 모습을 갖추도록 위와 같이 규정하고 있고, 두발검사는 전교사가 수시로 하며, 규정을 어긴 학생은 학생 스스로 규정에 맞게 자르도록 한 뒤 생활지도부의 확인을 받도록 한다.

(2) 두발검사시 규정을 어긴 학생의 머리를 강제로 자르는 관행은 없었으나, 간혹 교사에 따라 다른 교칙 위반 행위로 적발되어 지도하는 과정에서 머리를 자르는 일이 있을 수 있는 바, 앞으로 가능한 한 학생 스스로 교칙을 준수하도록 지도하겠다.

(3) ○○고등학교는 두발규정과 관련하여, 2005. 5.경 대의원회의에서 학생 임원들의 의견을 수렴하고, 같은 달 학부모회의에 참석한 학부모들을 대상으로 의견을 수렴하는 등 교사, 학생, 학부모의 의견을 수렴하여 두발에 관한 학교생활 규정을 개정하는 과정에 있다.

다. ○○중학교장의 주장

(1) ○○중학교는 2004년도 교사, 학생, 학부모가 참여하여 토론과정을 거쳐 학교생활규정을 제정한 바, 두발과 관련해서는 “남학생은 스포츠형 머리로 앞머리가 4cm, 여학생은 귀밑 5cm까지 허용하며 생머리로 단정히 하도록 한다”고 규정하고 있다.

(2) 여학생의 경우 귀밑 5cm로 두발의 길이를 제한하면서 머리를 묶지 못하게 하고 있는 이유는, 첫째, 학생들이 용의규정을 준수하여 머리가 단정하면 지도교사 및 대인관계를 하는 사람들에게 좋은 인상을 보여 쉽게 래포가 형성될 수 있으며, 이러한 영향이 교과지도 및 학습활동에서 영향을 주어 바람직한 성장·발달에 도움을 줄 수 있고, 둘째, 학생들의 머리가 길면 청결을 유지하기 위해 많은 시간을 소비함으로써 학습활동에 지장을 초래할 수 있기 때문이고, 셋째, 학생들의 대부분이 청소년기에 해당되기 때문에 본능적으로 어른들의 용의와 행동을 모방하고자 하므로, 두발에 대한 규정을 마련하여 지도하지 않으면 일부 학생들의 일탈행위를 유발할 수 있기 때문이다.

(3) 전년도 학교생활규정 개정시 교사, 학생, 학부모가 함께 참여하여 토론과정을 거쳐 합리적인 절차에 따라 개정하였으므로 본교의 두발규정이 획일적이고 비합리적이라는 주장에는 동의할 수 없고, 본교는 학생들에게 정해진 규정을 준

수하도록 엄격하게 지도를 하고는 있으나 이러한 지도과정에서 학생의 인격을 무시하거나 행복추구권을 침해하는 정도의 지도는 하지 않고 스스로 단정하게 자르도록 하고 있다.

(4) ○○중학교는 최근 학생들의 복장, 용의에 대한 부분이 사회적인 관심거리로 대두됨에 따라 교사, 학생, 학부모가 함께 참여한 가운데 합리적인 절차에 따라 의견을 수렴하여 학생생활 전반에 관련한 제규정을 개정할 계획이다.

3. 인정사실

가. ○○○○고등학교와 ○○고등학교에서 두발단속시 강제이발을 하는지 여부에 대하여

(1) ○○○○고등학교의 경우

○○○○고등학교의 두발규정, 두발단속 방식 및 강제이발관련 설문조사 결과는 아래 표와 같은 바, 아래 표 <2>를 보면, “두발단속시 머리카락을 즉석에서 자른다”는 답변이 전체응답자의 66.7%를 차지하고, “머리가 길거나 단정하지 않다는 이유로 학교에서 선생님에게 머리카락을 본인이 잘리거나, 다른 학생이 잘리는 것을 본 적이 있다”는 답변이 전체응답자의 95.2%를 차지하는 것을 볼 때, ○○○○고등학교에서 두발단속시 강제이발을 하는 관행이 있었음을 인정할 수 있다.

<표1> ○○○○고등학교의 두발규정(2005. 4. 7. 현재)

<p>용의복장규정 제4조(머리형태) 청결하고 단정한 상태를 유지한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 남학생 : 앞머리는 눈썹을 덮지 않고, 뒷머리는 상의 칼라를 덮지 않아야 하며, 옆머리는 귀를 덮지 않는 상고머리형(장교형)으로 한다. 여학생 <ol style="list-style-type: none"> 가. 커트형, 머리카락 끝이 어깨에 닿지 않을 정도의 단발형 나. 단발형이 아닐 경우 단정히 뒤쪽으로 묶어야 하며, 묶지 않은 상태에서는 머리카락이 어깨를 덮지 않아야 한다. 다. 머리끈, 머리띠, 머리핀의 색깔은 검은색, 검색으로 하며 장식 있으면 안된다. 무스, 젤, 왁스, 스프레이, 헤어로션 등 어떠한 것도 바르지 않는다. 염색, 탈색, 퍼머를 금한다. 특수한 경우에는 생활지도부의 허락을 받는다.
--

<표2> ○○○○고등학교 두발단속 방식 및 강제이발관련 설문조사 결과

(2005. 6. 7. 국가인권위원회의 ○○○○고등학교 실지조사시 설문조사)

설문조항	답변	응답자 수(명)			전체(%)
		1학년 (총32)	2학년 (총31)	전체 (총63)	
두발단속은 주로 어떤 방식으로 이루어집니까? (복수응답 가능)	①단속시 머리카락을 즉석에서 자른다	19	23	42	66.7 [42명/63명]
	②다음 날까지 자르고 오도록 하여 검사한다	20	19	39	61.9 [39명/63명]
	③자르도록 주의를 주고 결과에 대해서는 검사하지 않는다	0	0	0	0
	④단속을 거의 안 한다	0	0	0	0
머리가 길거나 단정하지 않다는 이유로 학교에서 선생님에게 머리카락을 본인이 잘리거나 다른 학생이 잘리는 것을 본 적이 있습니까?	①있다 본인:37명, 친구:25명, 선후배:10명	29	31	60	95.2 [60명/63명]
	②없다	3	0	3	4.8 [3명/63명]

(2) ○○고등학교의 경우

(가) ○○고등학교의 두발규정, 두발단속 방식 및 강제이발관련 설문조사 결과는 아래 표와 같은 바, 아래 <표4>를 보면 “두발단속시 머리카락을 즉석에서 자른다”는 답변이 전체응답자의 36.9%를 차지하고, “머리가 길거나 단정하지 않다는 이유로 학교에서 선생님에게 머리카락을 본인이 잘리거나, 다른 학생이 잘리는 것을 본 적이 있다”는 답변이 전체응답자의 58.5%를 차지하는 것을 볼 때, ○○고등학교에서도 두발단속시 강제이발을 하는 관행이 있었던 것을 인정할 수 있다.

<표3> ○○고등학교의 두발규정(2005. 5. 6. 현재)

<p>학생용의복장규정 제2조(두발)</p> <p>① 앞머리는 4cm이내, 뒷머리는 서츠 깃을 덮지 않는 스포츠형으로 조발한다.</p> <p>② 삭발, 염색, 펴며, 드라이어나 무스 등을 사용한 머리손질 및 가르마 등을 해서는 안 된다.</p>

<표4> ○○고등학교 두발단속 방식 및 강제이발관련 설문조사 결과

(2005. 5. 30. 국가인권위원회의 ○○고등학교 실지조사시 설문조사)

설문조항	답변	응답자 수(명)			전체(%)
		1학년 (총34)	2학년 (총31)	전체 (총65)	
두발단속은 주로 어떤 방식으로 이루어집니까? (복수응답)	①단속시 머리카락을 즉석에서 자른다	5	19	24	36.9 [24명/65명]
	②다음 날까지 자르고 오도록 하여 검사한다	27	28	55	84.6 [55명/65명]
	③자르도록 주의를 주고 결과에 대해서는 검사하지 않는다	2	3	5	7.7 [5명/65명]
	④단속을 거의 안한다	0	0	0	0
머리가 길거나 단정하지 않다는 이유로 학교에서 선생님에게 머리카락을 본인이 잘리거나 다른 학생이 잘리는 것을 본 적이 있습니까?	①있다 본인:21명, 친구:31명, 선후배:19명	10	28	38	58.5 [38명/65명]
	②없다	24	3	27	41.5 [27명/65명]

(나) 단, 진정인은 이 사건 진정을 제기한 이후에는 강제이발을 당한 적이 없고, 2005. 6. 1.~2005. 6. 3. 기간동안 두발단속이 실시되었는데 이때도 강제이발을 하지 않았다고 진술한 바, 현재는 ○○고등학교의 강제이발 관행이 많이 개선되었다는 점도 인정할 수 있다.

나. ○○중학교에서 여학생의 경우 머리를 묶지 못하게 규정하고 있는지 여부에 대하여

○○중학교의 두발규정은 아래 표와 같은 바, 여학생의 경우 “머리의 길이를 귀밑 5cm까지 허용하며 생머리로 단정히 하도록 한다”고 규정하여 머리를 묶고 다니지 못하게 규정하고 있다.

<표5> ○○중학교의 두발규정(2005. 4. 29. 현재)

학교생활규정 제52조(용의복장)
 용의복장은 다음 각 호와 같다.

7.(두발) 항상 청결, 단정하게 유지하도록 하며 다음과 같은 사항을 지켜야 한다.

- ① 파마, 염색, 고대 및 드라이를 해서는 안 된다.
- ② 머리의 길이는 귀밑 5cm까지 허용하며 생머리로 단정히 하도록 한다.
 - 남학생은 스포츠형 머리로 앞머리가 4cm 이내로 한다.
- ③ 험오감을 주는 머리나 성인용 모양은 금하며, 머리에 화려한 장식을 할 수 없다.(머리띠와 머리핀은 검정색 계통만 허용한다)
- ④ 모발용 고착제(스프레이, 무스, 젤리, 헤어크림, 헤어로션 등)사용을 금한다.

4. 판 단

가. ○○○○고등학교와 ○○고등학교에서 두발단속시 강제이발을 한다는 주장에 대하여

(1) 위 3. 인정사실 기재 가.항의 내용과 같이 ○○○○고등학교와 ○○고등학교에서 두발단속시 강제이발을 하는 관행이 있었음을 인정할 수 있는 바, 강제이발이 기본권 침해에 해당하는지 여부를 본다.

(2) 두발을 어떤 상태로 유지할 것인지를 결정하는 것은 개성을 자유롭게 발현할 권리의자, 타인에게 위해를 미치지 않는 범위 내에서 간섭받음 없이 자신의 생활양식을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권의 영역에 해당하고, 이러한 권리는 「헌법」 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 파생하는 것으로서, 학생도 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받아야 할 기본권의 주체이므로 두발의 자유를 기본적 권리의 내용으로 보장받아야 한다.

(3) 따라서, 본인의 의사에 반하여 강제적으로 두발을 자르거나 변형시키는 것은 「헌법」 제10조의 규정한 행복추구권상의 자기결정권 및 개성의 자유로운 발현권을 침해하는 것일 뿐 아니라, 특히, 강제이발은 해당 학생에게 인격적 모멸감을 줄 수 있다는 점에서 인격권을 침해하는 행위라고 판단된다.

나. ○○중학교에서 여학생의 경우 머리를 묶지 못하게 확일적으로 규정하고 있다는 주장에 대하여

(1) 두발의 자유가 개성의 자유로운 발현권이나 자기결정권 등에 해당하는 기본적 권리로서 학생에게도 보장되어야 함을 인정하더라도, 학교라는 자치공동체 안에서 학생의 장래이익 보호 및 교육적 목적의 달성을 위해 구성원간의 합의에 따라 두발의 자유를 일정 정도 제한할 필요성이 있다는 점까지 부정하기는 어렵다.

(2) 그러나, 기본권을 제한하는 경우에도 이는 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 국민의 기본권 제한의 한계에 부합하는 것이어야 하는 바, 학교생활규정과 절차는 기본권의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위내에서 규제해야 할 것이다.

(3) 그런데, ○○중학교의 학교생활규정은 여학생의 경우 머리를 묶고 다니지 못하게 하고 있는 바, 이는 곱슬머리 등 학생의 두발상태를 고려하지 않은 획일적 규정으로 교육목적상 필요최소한의 제한이라고 하기 어려우므로 개정할 필요가 있다고 판단된다.

5. 결 론

따라서, 피진정인 ○○○○고등학교장 및 ○○고등학교장에게 향후 두발단속 시 교사가 학생의 머리를 강제로 자르는 일이 재발하지 않도록 조치를 취할 것을 권고하고, 피진정인 ○○중학교장에게 학생의 의견을 실질적으로 반영할 수 있는 절차를 마련하여 두발에 관한 학교생활규정을 개정할 것을 권고하기로 하여 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2005. 6. 27.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 조영환 위 원 최영애 위 원 김호준 위 원 정강자
위 원 김만흠 위 원 나천수 위 원 이해학 위 원 최금숙
위 원 신혜수 위 원 원형은

III 2005. 9. 28.자 05진차250 결정 [부당한 퇴학처분에 의한 인권침해]

- [1] 고등학교 학생이 두발자유화를 위한 집단행동을 촉구하는 전단을 작성·배포하였다고 하여 학칙위반으로 퇴학 처분 시 해당 학생 또는 학부모의 의견진술 기회를 부여하지 않는 것이 헌법상 적법절차의 원칙을 위반한 것인지 여부(적극)
- [2] 위 [1]의 사실을 인정되므로 피진정인에게 당해 학생에 대한 퇴학처분의 재심을 권고하고, 피진정인에게 학생징계시 적법절차의 원칙을 준수토록 학생선도규정의 개정을 권고한 사례

【결정요지】

- [1] 고등학교 학생이 두발자유화를 위한 집단행동을 촉구하는 전단을 작성·배포하였다고 하여 학칙위반으로 퇴학 처분한 것은 당해 학생의 학칙위반행위 정도에 비추어 퇴학처분은 지나치게 가혹한 것으로서 학교장의 재량권 행사 인정범위를 벗어난 것이고, 적법절차의 원리는 헌법상 인정되는 기본원리로서 학생에 대한 징계처분을 내림에 있어서도 초·중등교육법 및 행정절차법의 규정에 따라 당해 학생 또는 학부모의 의견제출 기회를 보장하여야 함에도 이러한 절차를 준수하지 않는 것은 헌법상 적법절차의 원칙을 위반한 것임
- [2] 위 [1]의 사실이 인정되므로 피진정인에게 당해 학생에 대한 퇴학처분의 재심을 권고하고, 피진정인에게 학생 징계시 초·중등교육법 및 행정절차법이 정한 절차를 준수하여 해당 학생 또는 학부모의 의견제출의 기회를 보장하여 적법절차의 원칙을 준수토록 학생선도규정의 개정을 권고함.

【참조결정 및 판례】 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 결정 92헌가8 결정

【참조조문】 헌법 제12조, 초·중등교육법 제18조, 초·중등교육법시행령 제31조, 행정절차법 제21조, 제22조, 제27조, 제27조의2

【진 정 인】 김○○

【피 해 자】 김○○(진정인의 자)

【피진정인】 ○○고등학교장

【주 문】

1. 피진정인에게 피해자에 대한 퇴학처분의 재심을 권고한다.
2. 피진정인에게 학생의 징계 시 「초·중등교육법」 및 「행정절차법」이 정한 절차를 준수하여 해당 학생 또는 학부모의 의견제출 기회를 보장하도록 학생선도규정을 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

I. 진정요지

진정인의 아들인 피해자는 ○○고등학교 2학년 재학중인 2005. 4. 1. 두발자유화를 위한 집단행동을 촉구하는 전단을 작성·배포하였고 이것이 적발되어 학칙위반으로 퇴학처분(이하 “이 사건 퇴학처분”이라 한다) 되었으나, ○○고등학교는 이 사건 퇴학처분 이전에 학부모 및 학생에게 충분한 의견진술의 기회를 부여하지 않았고, 행위정도에 비추어 과도한 퇴학처분을 하였는 바, 이는 부당한 인권침해이다.

II. 피진정인 주장요지

1. 본 교는 2005. 4. 8. 선도위원회에서 피해자의 ‘전·퇴학’ 결정을 하기 전인 같은 달 6. 피해자의 담임교사로 하여금 진정인을 면담하게 하여 사건정황과 피해자의 행동이 학생선도규정상 퇴학에 해당됨을 설명하였고, 진학을 권유하였으며, 같은 해 5. 6. 퇴학처분을 통보하기 전에도 5차에 걸쳐 담임교사 및 생활지도부 교사 등이 진정인을 면담하여 논의를 충분히 하였다. 이 사건 퇴학처분은 본교 학생선도규정과 선도위원회의 의결에 따른 적법한 처분이다.

2. 본교는 해기사를 양성·교육하는 해양수산부 소속의 특수목적고등학교로 교복, 정모 등을 비롯하여 일체의 학비를 국비로 지원받고 있으며, 제복에 준하는 정복과 정모를 착용해야 하고, 스포츠형으로 두발을 제한하고 있다. 이 사건 피해자는 2학년 반장으로서 다른 학생의 모범이 되어야 함에도 불구하고, △△고등학교 학생들이 정모를 운동장에 모아 태워버린 사건을 소개하면서, '4월 2일 귀가 시 정모를 운동장에 던져두고 가자'는 내용의 문서를 만들어 1, 2학년 학급 전체에 배포하였는 바, 장차 엄격한 규율을 지닌 선박생활을 하는 해기사를 양성하는 본교의 교육 목표와 786명 전교생이 기숙사에서 단체생활을 하고 있는 본교의 특성을 고려할 때, 해기사로서의 자질 및 본교에서의 수학이 부적절하다고 판단되므로 퇴학처분은 타당하다.

III. 관련규정

1. 초·중등교육법

제18조(학생의 징계) ① 학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.

② 학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다.

2. 초·중등교육법시행령

제31조(학생의 징계 등) ① 법 제18조 제1항 본문의 규정에 의하여 학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각호의 1의 징계를 할 수 있다. (중략)

4. 퇴학처분

② 학교의 장은 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.

3. 행정절차법

제21조(처분의 사전통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각호의 사항을 당사자들에게 통지하여야 한다.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한
7. 기타 필요한 사항 (중략)

④ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 통지를 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때
3. 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 청문을 실시한다.(중략)

② 행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 공청회를 개최한다.(중략)

③ 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자들에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 불구하고 제21조 제4항 각호의 1에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다.

제27조(의견제출) ① 당사자 등은 처분전에 그 처분의 관할행정청에 서면·구

술로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있다.(중략)

④ 당사자 등이 정당한 이유없이 의견제출기한내에 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.

제27조의2(제출의견의 반영) 행정청은 처분을 함에 있어서 당사자 등이 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다.

4. ○○고등학교 학생선도규정

제2장 선도위원회

제4조(기능) (중략)

2. 특별교육 이수 이상에 해당하는 학생 징계에 관한 심의

제6조(진술) 본 위원회는 심의 전에 해당 담임교사 및 관계교사에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

제7조(제심) 학교장은 필요한 경우 위원회의 심의의결 사항에 대하여 제심을 명할 수 있다.

제4장 징계

제14조(기준) 징계기준은 불임과 같다.

불임 1. 징계기준 (중략)

4. 퇴학처분 (중략)

마. 불온문서를 고의로 은닉했거나 탐독 또는 제작, 게시, 낙서 및 살포한 자

아. 학생을 선동하여 학교질서를 문란시키거나 집단행동을 주동한 자

IV. 인정사실

1. ○○고등학교 학생선도규정은 담임교사 및 관계교사의 의견진술 기회만 규정할 뿐, 학생 및 학부모의 의견제출 절차에 관해서는 규정한 바 없으며, 동 규정에 근거할 때 불온문서 제작·살포 및 학생선동·집단행동 주동은 퇴학처분

대상 행위이다.

2. 2학년 4반 반장인 피해자는 2005. 3. 29. '△△고는 단체로 정모를 모아 태우는 등 학생들의 단합으로 두발자유화가 되었으니, 우리도 두발자유화를 위해 4. 2. 토요일 집에 갈 때 정모를 운동장에 던져두고 가자'는 내용의 문서를 김○○, 임○○, 전○○, 김○○과 같이 작성하여, 같은 해 4. 1. 아침에 임○○과 함께 1, 2학년 교실에 배포하였으며, 이후 담임교사에게 발각되었다.

3. ○○고등학교는 같은 날 피해자에게 '경위서/반성문'을 작성하게 하고, 내교 사유를 '불온쪽지 배포(중대교칙위반)'로 기재하여 진정인에게 내교통지서를 발송하였으며, 같은 달 6. 진정인이 학교에 가서 피해자의 담임교사를 면담하였다.

4. ○○고등학교는 같은 달 8. 교감, 각부부장, 해당 담임교사 등 16명의 참석하에 선도위원회를 개최하여 피해자와 김○○, 임○○에 대해서는 '전·퇴학'(전학권고 후 2005. 4. 30. 까지 전학하지 않으면 퇴학)을 결정하고, 단순가담자로 판단된 전○○, 김○○에 대해서는 교내봉사 10일을 결정하였다.

5. 진정인은 2005. 4. 9. 및 11., 12., 19., 20. ○○고등학교를 방문하여 피해자의 담임교사, 생활지도부교사 등과 면담하였고, ○○고등학교는 피해자가 기간 내 전학하지 않자 같은 달 30. 피해자를 퇴학처분하고, 같은 해 5. 7. 이를 통보하였다.

6. 피해자는 2004년 4회 교칙위반사실이 적발되었고(기숙사 미입사 3회, 무단 기숙사 호실교체 1회), 2005. 3. 23. 및 같은 해 4. 1. 2회 교내흡연사실이 적발되었다.

7. 2002년~2004년 3년간 ○○고등학교에서 퇴학된 83명 모두 무단 장기결석이 그 사유이며, 개교 이후 현재까지 이 사건 퇴학처분과 유사한 사례는 없다.

V. 판단

1. 퇴학처분의 정당성 심사기준

이 사건 '전·퇴학처분'은 형식상으로는 전학권유 후 불응 시 퇴학시키는 것이기는 하나, 전학권유 또는 퇴학 모두 해당 학교를 반드시 떠나야 하는 것으로

실질적으로 '퇴학' 처분에 해당한다.

학교의 장은 교육상 필요한 때에는 「초·중등교육법」 제18조 제1항 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계할 수 있는 바, 이 경우 각급 학교장의 징계권 발동 여부 및 그 정도는 징계권자의 교육적 재량권에 속한다고 하겠다. 그러나, 학생에 대한 퇴학처분은 학생신분을 박탈하는 징계 중 가장 가혹한 처분으로 학생의 학습권 등을 매우 제한하는 것이므로, 그 학생을 계속 재학하게 하는 것이 교육상 필요 및 학내질서 유지라는 징계목적에 비추어 볼 때 현저히 부당하거나 불합리하다고 인정될 수 있을 정도로 중한 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용되며, 절차적으로도 적법하여야 하는 등 퇴학처분에 대한 학교장의 재량권 행사 폭은 제한됨이 다당하다.

2. 이 사건 퇴학처분의 정당성 여부

「헌법」 제12조는 적법절차의 원칙을 명시하고 있는 바, 같은 조 제3항 본문은 같은 조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성 뿐 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시한 것이다(헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8).

이러한 헌법상 원칙에 근거하여 「초·중등교육법」 제18조 제2항은 '학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다'고 규정하고 있고, 국립고등학교인 피진정인의 학생에 대한 퇴학처분은 행정처분이므로 「행정절차법」의 적용을 받는다고 할 것인 바, 같은 법 제21조 제1항은 행정처분 시 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등에 대한 사전통지의무를, 같은 법 제22조 제3항은 처분 당사자에 대한 의견제출기회 보장 의무를 규정하고 있다.

그러나 피진정인은 이 사건 퇴학처분과정에서 학칙위반행위가 발견된 2005. 4. 1. 당일 피해자에게 '경위서/반성문'을 작성케 하고, 그 며칠 후인 같은 달 6. 피해자의 아버지인 진정인을 학교에 오게 하여 사건 경위, 사안의 중대성 및 퇴학가능성을 설명하고 전학을 권유한 후, 같은 달 8. 선도위원회를 열어 피해자의

‘전·퇴학’을 결정 하였는 바, 피해자 혹은 진정인에게 의견을 진술할 수 있다는 것과 의견을 제출하지 않은 경우의 처리방법 등의 사항을 통지하지 않았고, 피해자 및 진정인의 의견진술이 담임교사를 통해 선도위원회에 충실하게 전달되었다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 퇴학처분은 처분상대방의 의견제출 기회를 보장하지 않는 등 「초·중등교육법」 및 「행정절차법」에 정한 절차를 준수하지 아니함으로써 헌법상 적법절차원칙에 위반한 것이고, 피해자의 행위 정도에 비추어 과도하기에 그 처분은 위법하다고 판단된다.

VI. 결 론

따라서 피진정인이 퇴학처분 시 해당 학생 또는 학부모의 의견진술기회를 부여하지 않은 것, 과도하게 퇴학처분을 한 것은 법령에 위반하여 헌법상 기본권을 침해한 것이므로 피진정인에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2005. 9. 28.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 정강자 위 원 김만흠 위 원 신혜수

12 2005. 11. 7.자 05진차355 결정 [이혼여성공무원의 자녀학비보조수당 수급요건]

이혼한 여성공무원이 자녀학비보조수당을 지급받으려면 자녀가 동일호적에 있거나 주민등록표상 세대를 같이 하여야 한다는 「공무원수당 등에 관한 규정」상의 조항이 이혼한 여성공무원을 부당하게 차별한 것인지 여부(적극)

【결정요지】

이혼한 여성공무원이 자녀학비보조수당을 지급받으려면 자녀가 동일호적에 있거나 주민등록표상 세대를 같이 하여야 한다는(2008년 호주제가 폐지되기 전까지) 「공무원수당 등에 관한 규정」 제11조는, 현행 호적제도상 부모 이혼 시 자녀가 아버지의 호적에 남게 되어 이혼한 남성은 자녀와의 동거 여부와 무관하게 수급자격을 갖는 반면 여성의 경우 자녀와 동거해야만 수급자격을 갖게 된다는 점에서, 실질적 양육관계를 제대로 반영하지 못한 채 이혼한 여성공무원을 부당하게 차별하는 것으로 판단됨. 이에 따라 중앙인사위원회 위원장에게, 주민등록표상 동일세대가 아닌 자녀를 양육하는 이혼한 여성공무원에게도 자녀학비수당을 지급할 수 있도록 「공무원수당 등에 관한 규정」을 개정할 것을 권고함.

【참조조문】

「헌법」 제11조, 「구 민법」(2005. 3. 31. 일부개정되기 전의 것) 제781조, 「민법」 제781조, 「주민등록법」 제1조, 제10조, 「공무원수당 등에 관한 규정」 제11조

【진 정 인】 이○○

【피진정인】 중앙인사위원회 위원장

【주 문】

피진정인에게 주민등록표상 동일세대가 아닌 자녀를 양육하는 이혼한 여성공무원에게도 자녀학비수당을 지급할 수 있도록 「공무원수당 등에 관한 규정」을 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인은 공무원으로, 이혼 후 자녀들을 양육하면서 자녀학비수당을 수령하던 중 자녀들이 도시에 있는 학교에 갈 수 있도록 원 주거지인 ○○에서 친척이 거주하는 △△로 이사시킴과 동시에 주민등록을 이전시킨바, 진정인의 소속기관에서는 「공무원수당 등에 관한 규정」에 의할 때 동일호적에 있는 자녀 또는 주민등록표상 세대를 같이 하는 이혼한 여자공무원의 자녀만 자녀학비수당을 지급받을 수 있으므로 자녀학비수당을 장래에 지급받을 수 없음은 물론, 자녀들과 별거한 기간 수령하였던 전액을 소급하여 반납하도록 요구하였다.

진정인은 법원에 의해 친권자로 인정된 자로 자녀들에 대한 양육을 책임지는 것이 당연함에도 동일호적과 주민등록표상 동일세대를 요구하는 「공무원수당 등에 관한 규정」에 의해 자녀학비수당을 지급받지 못하는바, 이는 성별에 의한 차별이다.

2. 피진정인 주장요지

가. 「공무원수당 등에 관한 규정」 제11조에 의할 때 이혼한 공무원도 자녀학비보조수당을 지급받을 수 있으나 자녀가 동일한 호적에 있거나 주민등록표상 세대를 같이 하여야 하므로, 진정인의 경우와 같이 동일 호적 내에 있지 아니하고 주민등록표상 세대도 같지 않은 자녀를 가진 자에게는 자녀학비보조수당을 지급하지 않는다.

나. 자녀학비보조수당은 초·중·고등학교에 다니는 자녀를 가진 공무원에 대해 실제로 소요되는 학비 등을 보조하는 실비 변상적 수당이고 국가재정에 미치는 영향 또한 고려해야 하므로 그 지급대상을 엄격하게 해석할 필요가 있다.

1981년 자녀학비보조수당 신설 당시 ‘공무원과 동일호적에 있는 자녀’에 한하여 지급대상자로 규정하였던 것을 현행 민법체계에서 이혼한 여성이 배제되는 것을 방지하기 위하여 ‘이혼한 여자공무원의 경우 주민등록표상 세대를 같이하는 자녀’ 규정을 추가하였고, 실제 자녀임을 확인하기 위하여 ‘주민등록표상 세대를 같이’ 할 것을 최소한의 조건으로 규정한 것이다.

다. '주민등록표상 세대를 같이' 할 것을 규정하지 않는 경우 실제자녀 여부를 확인하기 위하여 수당 수급자의 가족관계를 일일이 확인해야 하는바, 이는 행정력의 낭비일 뿐 아니라 사실상 불가능하여, 개인의 생활관계 및 사실관계는 국가가 작성하는 공적 장부에서의 등재 여부로 확인하는 일반적인 행정절차에 따른 것이다.

3. 관계법령

별지와 같다

4. 인정사실

가. 「공무원수당 등에 관한 규정」 제11조에 의하여 자녀학비보조수당은 초등학교(재외공무원에 한함)·중학교 또는 고등학교에 취학한 동일호적에 자녀가 있는 공무원 또는 주민등록표상 세대를 같이 하는 자녀가 있는 이혼한 여자공무원에게 지급된다.

나. 피진정인은 이혼한 자로 자녀들의 호적은 전 남편에 속해 있고, 자녀들의 주민등록은 진정인과 별도로 되어 있어 자녀학비보조수당 수급자격이 없다.

다. 호주를 중심으로 가(家)를 구성하는 호주제도가 헌법이 보장하고 있는 남녀평등과 개인의 존엄과 가치를 충족시키지 못하고 시대적 변화에 따른 다양한 가족형태에 부합하지 아니한다는 이유로 가(家)의 개념과 호주제를 전면 폐지하고, 자녀의 성과 본에 관하여는 아버지의 성과 본을 따르는 것을 원칙으로 하되 부모의 협의에 따라 어머니의 성을 따를 수 있도록 하는 내용으로 「민법」이 개정되어 유예기간을 거친 후 2008.1.1부터 개정된 민법이 시행된다.

5. 판 단

가. '동일호적 또는 주민등록표상 동일세대' 수급요건의 성차별 여부

구「민법」 제781조 제1항은 '자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다.', 제2

항은 '부를 알 수 없는 자는 모의 성과 본을 따르고 모가에 입적한다.'고 규정하여, 2007.12.31까지 자녀는 아버지의 호적에 입적되는 것이 원칙이며 부가 외국인이거나 알 수 없는 극히 예외적인 경우에만 모의 호적에 입적된다. 따라서 부모가 이혼 시 자녀는 계속하여 아버지의 호적에 남으므로 '동일호적' 요건은 극히 예외적인 경우가 아닌 한 이혼한 남성 공무원은 당연히 충족시킬 수 있지만 이혼한 여성 공무원은 충족시킬 수 없는 기준이고, '주민등록표상 동일세대' 요건은 이혼한 여성 공무원에게만 별도로 요구되는 기준이라 하겠다.

결국 피진정인은 자녀학비수당 지급 요건을 '동일호적 또는 주민등록표상 동일세대' 만으로 제한한 결과, 이혼한 남성은 자녀와의 동거여부는 불문하고 저절로 수급자격을 갖추게 되고, 이혼한 여성은 자녀와 동거해야만 수급자격을 갖추게 되므로 여성에게 차별적이라고 할 수 있다.

나. '동일호적 또는 주민등록표상 동일세대' 수급요건의 정당성 여부

(1) 여성에게 차별적이라 하여도 그러한 기준을 채택한 것에 합리적 이유가 있다면 이는 평등권 침해의 차별이라 할 수 없으므로 이하에서는 피진정인이 채택한 기준에 합리적 이유가 있는지 여부를 살펴본다.

(2) 피진정인은 자녀학비수당은 자녀를 가진 공무원에 대해 실제로 소요되는 학비 등을 보조하는 실비변상적 수당이고, 현실적으로 자녀임을 확인하기 위하여 동일호적 또는 최소한으로 주민등록표상 동일세대를 지급요건으로 한 것이라고 주장한다.

그러나 현행 호적제도에 의하면 부부의 이혼 시 실질적인 자녀의 양육자가 누구인지와는 무관하게 자녀는 아버지의 호적에 남게 되므로 '동일호적' 요건이 실질적인 양육관계를 입증하는 데 충분하다고 보기 어렵다.

또한 주민등록은 「주민등록법」 제1조에 의할 때 '주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악'하기 위한 제도로써 거주관계의 변동에 의해 언제든지 변할 수 있는 것인데, 「헌법」 제14조에 규정된 바와 같이 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가지므로 여성공무원의 자녀 역시 생활상 필요에 의해 자유롭게 거주를 이전할 수 있는 것이고, 거주를 이전하는 때에는 실거주지로 주민등록을 이전하여야 하므로 이러한 경우 주민등록상 동일세대를 구성할 수 없는데, 주민등록표는 실질적 양육관계를 입증하는 데 충분하다고 보기 어렵다.

(3) 따라서 호적제도와 주민등록제도의 목적 및 실제에 비추어 볼 때, '실제 양육여부 확인'이라는 본래 목적에 충실하기 위해서는 건강보험증, 친권자를 지정한 법원의 이혼판결문 등 다른 증빙자료를 추가로 인정할 필요가 있는바, '일일이 확인하는 것은 엄청난 행정력이 소모될 뿐 아니라 사실상 불가능'하다는 피진정인의 주장과는 달리 자녀학비수당 신청인으로 하여금 입증서류를 제출케 하고 이를 확인하는 것에 엄청난 행정력이 소모된다거나 사실상 불가능하다고 보기 어려우며, 자녀학비수당 제도가 그 취지에 맞게 적절히 운영되도록 하기 위해 피진정인이 해야 할 업무 범위내로 판단된다.

6. 결 론

따라서 피진정인이 「공무원수당 등에 관한 규정」에서 자녀학비수당 수급요건을 '동일호적에 있는 자녀 또는 주민등록표상 세대를 같이 하는 이혼한 여자공무원의 자녀'만으로 제한하는 것은 합리적 이유 없이 이혼한 여성공무원의 평등권을 침해하는 것이므로 피진정인에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2005. 11. 7.

국가인권위원회 차별시정위원회
위원장 정강자 위원 김만흠 위원 신혜수

【별지】 관련 법령

가. 공무원수당 등에 관한 규정

제11조(자녀학비보조수당) ① 초등학교(재외공무원에 한하여 적용한다. 이하 같다)·중학교 또는 고등학교에 취학하고 있는 자녀가 있는 공무원에 대하여는 예산의 범위 안에서 제1기분은 2월(신입생의 경우는 3월), 제2기분은 5월, 제3기분은 8월, 제4기분은 11월의 보수지급일(재외공무원의 국외학교 취학자녀에 대하여는 신청서의 접수일로부터 15일 이내)에 자녀 1인당 별표 6의 지급 구분에 따라 자녀학비보조수당을 지급한다. 다만, 자녀가 법령에 의하여 학비가 면제되거나 학비가 무상인 학교에 취학하고 있는 자와 제7조 제1항 단서에 해당되는 자에 대하여는 이를 지급하지 아니한다.

② 제1항에서 “자녀”라 함은 동일호적에 있는 자녀(주민등록표상 세대를 같이 하는 이혼한 여자공무원의 자녀를 포함한다)를 말하고, “초등학교·중학교 또는 고등학교”라 함은 「초·중등교육법」 제2조에 의한 학교로서 초등학교·중학교·고등학교 또는 이에 준하는 교육을 실시하는 학교(재외공무원의 자녀가 취학한 국외의 학교인 경우에는 이에 상응한 학교를 말하며, 이하 “재외근무지학교”라 한다)와 「평생교육법」 제20조에 의하여 「초·중등교육법」 제2조에 의한 중학교 또는 고등학교를 졸업한 자와 동등한 학력을 인정받는 평생교육시설을, “학비”라 함은 수업료와 육성회비 또는 학교운영지원비를 말한다.

③ (중략)이 경우 소속기관장 또는 소속장관은 수당을 지급받을 자격을 확인하기 위하여 필요한 경우에는 주민등록표등·초본 또는 호적등·초본을 제출하게 할 수 있다. (생략)

나. 구 민법(2005. 3. 31. 법률 7428호로 일부개정되기 전의 것)

제781조(자의 입적, 성과 본) ① 자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다.

② 부를 알 수 없는 자는 모의 성과 본을 따르고 모가에 입적한다.

③ 부모를 알 수 없는 자는 법원의 허가를 얻어 성과 본을 창설하고 일가를 창립한다. 그러나 성과 본을 창설한 후 부 또는 모를 알게 된 때에는 부 또는 모의 성과 본을 따른다.

다. 민법(2005. 3. 31. 법률 7428호로 일부개정된 것)

제781조(자의 성과 분) ① 자는 부의 성과 분을 따른다. 다만, 부모가 혼인신고 시 모의 성과 분을 따르기로 협의한 경우에는 모의 성과 분을 따른다.

② 부가 외국인인 경우에는 자는 모의 성과 분을 따를 수 있다.

③ 부를 알 수 없는 자는 모의 성과 분을 따른다.

④ 부모를 알 수 없는 자는 법원의 허가를 받아 성과 분을 창설한다. 다만, 성과 분을 창설한 후 부 또는 모를 알게 된 때에는 부 또는 모의 성과 분을 따를 수 있다.

⑤ 혼인 외의 출생자가 인지된 경우 자는 부모의 협의에 따라 종전의 성과 분을 계속 사용할 수 있다. 다만, 부모가 협의할 수 없거나 협의를 이루이지 아니한 경우에는 자는 법원의 허가를 받아 종전의 성과 분을 계속 사용할 수 있다.

⑥ 자의 복리를 위하여 자의 성과 분을 변경할 필요가 있을 때에는 부, 모 또는 자의 청구에 의하여 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다. 다만, 자가 미성년자이고 법정대리인이 청구할 수 없는 경우에는 제777조의 규정에 따른 친족 또는 검사가 청구할 수 있다. [전문개정 2005.3.31][시행일:2008.1.1] 제781조

라. 주민등록법

제1조(목적) 이 법은 시(특별시·광역시를 제외한다. 이하 같다)·군 또는 구(자치구를 말한다. 이하 같다)의 주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모함을 목적으로 한다.

제10조(신고사항) ① 주민은 다음 각호의 사항을 그 거주지를 관할하는 시장·군수 또는 광역장에게 신고하여야 한다.

1. 성명
2. 성별
3. 생년월일
4. 세대주와의 관계
5. 합숙사에 있어서는 그 관리책임자

6. 본적
7. 주소
8. 본적이 없는 자 또는 본적이 분명하지 아니한 자는 그 사유
9. 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자는 그 국적명 또는 국적의 유무
10. 거주지를 이동하는 경우에는 전입전의 주소 또는 전입지와 그 연월일
11. 삭제
12. 대통령령으로 정하는 특수기술에 관한 사항

㉓ 2005. 9. 28.자 05진차517 결정 [성별을 이유로 한 교육기관에서의 차별]

초등학교에서 남학생에게 앞 번호를 부여하고 여학생에게 뒷 번호를 부여하는 것은 합리적 이유 없이 여학생의 평등권을 침해한 것으로 판단하여 초등학교장에게 출석부 번호부여시 성별에 따른 차별이 발생하지 않도록 할 것을 권고한 사례

【결정요지】

초등학교에서 출석부 번호를 부여할 때 남학생에게 1번부터 부여하고, 여학생에게는 남학생에 번호를 모두 부여한 이후의 번호를 부여하고 있는 것은 어린 학생들에게 남성이 여성보다 우선한다는 생각을 무의식적으로 심어줄 수 있는 성차별적 관행으로 볼 수 있으므로 그로부터 초래되는 폐해는 학생관리의 편의성이라는 이유만으로 정당화할 수 없을 만큼 크다고 할 것이므로 이는 합리적 이유 없이 여학생의 평등권을 침해한 것으로 판단하여 초등학교장에게 출석부 번호부여시 성별에 따른 차별이 발생하지 않도록 할 것을 권고한 사례

【진 정 인】 성○○

【피 해 자】 김○○ 외 ○○초등학교 재학 중인 여학생들

【피진정인】 ○○초등학교장

【주 문】

피진정인에게 학생의 출석부 번호 부여 시 성별에 따른 차별이 발생하지 않도록 할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○초등학교에서는 출석부 번호를 남학생에게는 1번부터 부여하고, 여학생에

게는 남학생에 번호를 모두 부여한 후 대략 30번부터 부여하는 바, 이는 성별에 따른 차별이다.

II. 피진정인 주장요지

출석부 번호를 남학생에게는 1번부터, 여학생에게는 41번부터 부여하면서, 각 성별에서는 생년월일이 빠른 순서로 부여하는 바, 이는 다수 학생들의 남녀 구별관리 등 관리상 편리함 때문이다. 다음 학년도부터는 학부모들의 의견을 수렴하여 이름의 가나다 순이나, 생년월일 순 등 기타 방법을 고려하여 시행하고자 한다.

III. 인정사실

피진정인은 출석부 번호 부여 시 남녀를 구별하여 남학생에게는 1번부터, 여학생에게는 41번부터 부여하면서, 각 성별에서는 생년월일이 빠른 순서로 부여하고 있다.

IV. 판단

남학생에게 앞 번호를, 여학생에게 뒷 번호를 부여하는 관행은 어린시절부터 남성이 여성보다 우선한다는 생각을 무의식적으로 갖게 할 수 있고, 남학생에게는 적극적인 자세를, 여학생에게는 소극적인 자세를 갖게 할 수 있으므로 성차별적이다. 피진정인은 학생관리의 편리함 때문에 성별에 따라 번호를 부여한다고 주장하나, 이와 같은 성차별적 관행이 초래하는 폐해와 행정적 편의를 비교할 때 결코 행정적 편의가 우위일 수 없으며, 상시적인 성별 구분관리의 필요성에도 동의하기 어려운 바, 이 사건 행정적 편리함은 성별에 따른 차별을 정당화하는 예외사유로 인정되지 아니한다.

V. 결 론

따라서 피진정인이 출석부 번호에서 남학생에게 앞 번호를, 여학생에게 뒷 번호를 부여하는 것은 합리적 이유 없이 여학생의 평등권을 침해한 것이므로 피진

정인에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2005. 9. 28.

국가인권위원회 차별시정위원회
위원장 정강자 위 원 김만흠 위 원 신혜수

14 2006. 5. 29.자 05진차523 결정 [성별을 이유로 한 기타 차별]

초등학교들이 학생의 어머니들을 급식당번으로 배정한 후 불참 시 돈을 지불하게 하는 방법으로 저학년 급식제도를 운영하는 것이 차별에 해당하는지 여부 (소극)

【결정요지】

서울시내 대부분의 초등학교는 자율 배식이 어려운 초등학교 저학년의 급식지도를 위해 학부모들을 배식도우미로 활용하고 있음. 이처럼 학부모를 동원하는 것은 「헌법」의 무상교육의 취지를 훼손하는 점이 없지 않아 앞으로 시정되어야 할 것이나 이의 개선을 위해서는 상당한 액수의 예산의 투입이 이루어져야 할 것이므로, 현재 우리 사회의 교육예산과 교육투자우선순위를 고려할 때 급식배식을 학부모의 자발성에 의존할 수밖에 없는 현 상황은 비록 바람직하지는 않으나 그 불가피성 또한 전적으로 부정되기는 어렵다 할 것임. 한편, 급식당번제도 자체가 특정 성에게만 부담을 주는 차별적 제도인가를 살펴보면, 2006. 4. 현재 피진정인 학교들은 급식당번제도를 학부모 중 희망자에 한하여 자발적으로 배식도우미로 참여케 하는 자원봉사 방식으로 운영하고 있어 어머니들만이 강제로 급식당번으로 동원된다고 할 수 없고, 한부모 가정, 장애 학부모, 근로여성 등 배식도우미로 활동이 어려운 자들은 참여하지 않아도 되며, 아버지도 배식도우미로 참여하고 있어 급식당번제도 자체를 성이나 가족 상황에 의한 차별적 제도라고 보기는 어려움. 다만 양육의 책임을 여성에게 지우고 있는 우리 사회의 의식 및 문화가 자원봉사적 급식당번제도의 운영에서 결과적으로 한쪽 성인 어머니들에게 많은 부담과 고통을 전가하고 있는 것은 사실임. 그러나 이는 우리 사회의 성차별적 문화와 가치관을 개선하고 교육예산을 확충함으로써 개선할 문제이지 이 사건 급식당번제도 자체가 성차별적이기 때문에 비롯된 문제는 아니라 할 것임.

【진 정 인】 조○○ 외 1인

- 【피진정인】**
1. 서울○○초등학교장
 2. 서울○○초등학교장

3. 서울○○초등학교장

【주 문】 진정한의 진정을 기각한다.

【이 유】

1. 진정한의 요지

피진정인들은 초등학교 저학년 급식제도를 운영하면서 학생의 어머니들을 강제로 급식당번으로 배정한 후 불참 시 돈을 지불하게 하는 방법으로 급식제도를 확일적이고 강제적으로 운영하고 있는바, 이러한 급식제도는 여성을 가사와 양육의 전담자로 간주하는 성차별이며, 장애인 가족, 한부모 가족 등 가족상황을 고려하지 않는 차별적 제도이므로 급식당번제도의 폐지를 원한다.

2. 피진정인들의 주장

가. 피진정인 ○○초등학교장

본교에서는 자체 배식이 어려운 1학년 학생들의 학부모를 대상으로 급식당번 제도를 실시하고 있으며, 급식당번은 출석번호 순서에 따라 배정하고 있으나 상호 사정에 따라 교체할 수 있고 부득이 당번 활동이 어려운 경우 제외시키고 있는바, 성차별적 제도로 운영하고 있지 않다.

나. 피진정인 ○○초등학교장

본교는 학교 식당을 갖추고 있어 저학년 학생들은 학교식당에서 급식을 하고 있는바, 식당 배식에는 총 10여명의 배식인원이 필요하여 2005.3. 학부모 총회와 학교운영위원회에서 배식도우미활동에 대한 이해와 협조를 구했으며, 배식도우미학부모를 반당 2일씩, 하루에 10명씩 순차적으로 배정하기로 합의하였다. 이후 ‘배식도우미 봉사활동 참여 안내’ 가정통신을 발송하여 학부모가 가능한 날에 자발적으로 참여하고 있으며 근로여성 및 장애인 학부모, 그 외 도우미 활동이 어려운 가정은 제외하고 있고 급식당번으로 불참석시 불이익이 없고 배식인원이 부족한 날은 조리종사원 및 학교직원으로 대체하고 있는바, 성차별적 제도로 운

영하려는 의도를 가지고 있지 않다.

다. 피진정인 ○○초등학교장

본교는 식당이 따로 없어서 급식실에서 교실로 식판 등을 운반해야 하는 상황
이므로 자율배식을 하기 어려운 조건이다. 학기 초 가정통신을 통해 학부모 의
견을 수렴한 결과 학부모 당번제가 74.4%로 다수를 차지하여 배정순서를 정할
때 희망자 중 학급 출석번호 순으로 배정하면서 부모가 급식당번을 희망하지 않
은 경우, 부모가 장애를 가진 경우, 부모가 질병이 있거나 투병 중인 경우, 어머
니가 임신 중인 경우, 한부모 가정인 경우, 소년소녀 가장인 경우, 조손 가정인
경우는 급식당번에서 제외하고 있다.

4. 인정사실 및 판단

가. 인정사실

(1) 피진정인들은 2006.4. 현재 희망하는 학부모를 급식도우미로 활용하는 학부
모 자원봉사제로 급식당번제도를 운영하고 있다.

(2) ○○초등학교는 위원회에 의견을 제출한 이후 각 가정에 가정통신문을 발
송하여 희망자에 한해 급식도우미를 모집하였으며 한 반당 희망자가 60% 정도
되어 2006.4.부터 한 반당 1명의 급식도우미가 배식과 수거를 담당하고 있다.

(3) ○○초등학교는 기존 교실급식이었던 6학년용 식당급식으로 조정하여 6학
년 학생들이 저학년의 반찬 배식을 돕도록 하였다. 그럼에도 밥과 국 등 뜨거운
음식물의 배식을 위해서는 최소 4명의 배식도우미가 필요하여 학부모들의 의견
을 수렴한 결과 자원봉사제로 운영하자는 의견이 다수를 차지하여 현재 각 반별
로 4명의 자원자들이 배식을 담당하고 있다. 2006.4. 한 달 동안 ○○초등학교에
서 배식활동에 참여한 학생 아버지는 3명이었다.

(4) ○○초등학교는 급식당번제도에 대한 학부모들의 설문조사 결과 '희망하는
학부모가 실시하는 것'이 좋겠다는 의견이 다수를 차지하여 급식당번을 희망하
는 학부모들을 급식도우미로 참여시키고 있다.

(5) 서울시교육청은 학부모들에게 저학년 급식지도가 부담이 된다는 문제가 여

론을 통하여 제기되자 2005.3. 저학년 급식지도를 위한 학부모 동원을 하지 말고, 대신 학부모 지역사회 종교단체 등을 통해 자원봉사자를 모집하거나 고학년 학생들의 저학년 배식지도 참여, 유급제 배식종사자를 활용하는 방안을 제시하면서 학교별 실정에 맞게 운영할 것을 내용으로 하는 학교급식 실시지침을 하달하였다.

(6) 2005.3. 학부모당번제를 실시하던 초등학교는 전체 학교의 76.8%인 425개교에 이르렀으나, 서울시교육청의 개선지침 하달 후인 2005.10.30개교(5.4%)로 줄어들었다.

(7) 서울시교육청은 2006.3.23. 학부모의 부담을 최소화하기 위해 자원 배식봉사 시 교실청소 등 부가활동을 금지하라는 등의 2006학년도 학교급식 실시지침을 마련하여 이를 각 학교에 하달하였으며, 현재 각 학교 급식 실태에 대한 현황을 조사하고 있는 중이다.

나. 판단

「헌법」 제31조 제3항은 의무교육제의 실효를 거두기 위하여 의무교육은 무상으로 한다고 규정하고 있다. 초등교육은 의무교육이자 무상교육이므로 수업료 면제, 교재의 지급 뿐 아니라 급식의 무상까지 포함되어야 하며, 이에 따라 현재 초등교육은 무상의 급식을 제공하고 있다. 그러나 급식은 무상이지만 자율 배식이 어려운 초등학교 저학년의 급식지도를 위해서는 지도 인력이 필요한 실정이어서, 서울시내 대부분의 초등학교는 학부모들을 배식도우미로 활용하고 있다. 이와 같이 학부모를 동원해야 하는 급식제도의 운영방식은 무상교육의 취지를 훼손하는 점이 없지 않아 앞으로 시정되어야 할 것이나 이의 개선을 위해서는 상당한 액수의 예산의 투입이 이루어져야 할 것이므로, 현재 우리 사회의 교육예산과 교육투자우선순위를 고려할 때 급식배식을 학부모의 자발성에 의존할 수밖에 없는 현 상황은 비록 바람직하지는 않으나 그 불가피성 또한 전적으로 부정되기는 어렵다 할 것이다.

한편, 이와 같은 급식당번제도 자체가 특정성에게만 부담을 지워주는 차별적 제도인가를 살펴보면, 2006.4. 현재 피진정인들의 각 학교는 급식당번제도를 학부모 중 희망자에 한하여 배식도우미로 선정하는 자원봉사제로 운영하고 있어 어머니들만이 강제로 급식당번으로 동원된다고 할 수 없고, 한부모 가정, 장애

학부모, 근로여성 등 배식도우미로 활동이 어려운 자들은 참여하지 않아도 되며, 아버지도 배식도우미로 참여하고 있어 급식당번제도 자체를 성차별이나 가족 상황에 의한 차별적 제도라고 보기는 어렵다. 다만 현실적으로 양육의 책임을 여성에게 지우고 있는 우리 사회의 일반적 의식 및 문화가 이와 같은 자원봉사적 급식당번제도의 운영에 있어서 결과적으로 한쪽 성인 어머니들, 즉 여성에게 많은 부담과 고통을 전가하고 있는 것은 사실이다. 그러나 이는 양육에 있어서 우리 사회 구성원들이 갖고 있는 성차별적 문화와 가치관을 개선하고 교육예산을 확충함으로 개선할 문제이지 이 사건 급식당번제도 자체가 성차별적이기 때문에 비롯된 문제는 아니라 할 것이다.

5. 결 론

따라서 이 진정은 「국가인권위원회법」 제30조 제1항에 정한 평등권 침해의 차별행위에 해당하지 않으므로 「국가인권위원회법」 제39조 제1항 제1호에 따라 주문과 같이 결정한다.

2006. 8. 22.

국가인권위원회 차별시정위원회
위원장 정강자 위원 김만흠 위원 원형은

㉟ 2006. 2. 27.자 05진차540 결정 [학력을 이유로 한 고용차별]

여자축구선수가 고교 졸업 후 곧바로 실업여자축구팀으로 진출하는 것을 불허하는 「선수선발세칙」의 규정이 차별에 해당하는지 여부(적극)

【결정요지】

피진정인 연맹의 「선수선발세칙」 제3조 제3항이 '고교 졸업 후 실업팀 진출 불허'를 규정함으로써 결과적으로 대학졸업자만이 실업축구팀에 진출하게 되는 결과를 초래하는 것에 대해, 피진정인은 동 세칙이 대학축구팀의 붕괴를 막고 여자축구선수층의 저변확대를 위한 것임을 주장하나, 목적달성을 위한 수단의 선택에 있어 개인의 희생에 근거하는 침익적 수단을 우선 채택하는 것은 타당하지 않고, 대학학력이 직업인으로 축구를 하는 데 있어 필수적이라고 볼 수 없음에도 불구하고 대학축구팀을 필수적으로 거치게 하는 것은 대학에 진학하지 못하는 선수의 취업을 제한하는 것으로, 이는 학력을 이유로 한 평등권의 제한이자 직업선택의 자유에 대한 제한이라 판단됨. 따라서 피진정인에게, 피해자에 대한 징계처분을 취소하고, 「선수선발세칙」 제3조 제3항을 개정 또는 폐지할 것을 권고함.

【참조조문】

「대한축구협회정관」 제6조, 제11조, 「대한축구협회선수등록규정」 제40조, 「한국여자축구연맹규정」 제6조, 「한국여자축구연맹선수선발세칙」 제3조

【진 정 인】 박○○

【피진정인】 ○○○○축구연맹회장

【주 문】

피진정인에게, 피해자에 대한 징계처분을 취소하고, 「선수선발세칙」 제3조 제3항을 개정 또는 폐지할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피진정인은 「선수선발세칙」 제3조 제3항의 “고교 졸업 후 실업팀 진출 불허” 규정을 근거로, 고등학교 졸업 후 바로 여자실업축구팀인 ○○시여자축구단에 입단한 피해자에게 3개 대회 출전금지 처분을 하여 피해자의 「헌법」상 보장된 기본권을 침해하였다.

2. 피진정인 주장요지 및 관계기관 의견

가. 피진정인 주장요지

(1) 「선수선발세칙」 제3조 제3항이 직업선택의 자유 침해 여지 및 남자축구와 비교하여 모순이 있음을 알고는 있으나, 이는 여자축구선수에게 고등학교 졸업 후 대학축구팀에 입단할 것을 권장함으로써 일정 기간 이들의 실업팀 진출을 제한하기 위한 것으로, 여자축구선수들의 수가 절대적으로 적고, 3개 여자실업축구단 총 보유선수는 76명인 데 반해 한해 고등학교졸업선수는 평균 130여명, 7개 대학축구단 총 보유선수 130여 명 중 매년 졸업하는 선수는 75명 정도이므로 실업팀에서 수용할 수 있는 선수는 극소수에 불과한 현재 상황에서, 3개 실업팀만으로 여자축구선수들의 취업을 해결하려 하면 결국 많은 선수들이 일찍 선수생활을 마치는 결과가 초래될 것이다. 따라서 증가하는 초·중·고등학교 선수를 대학축구가 수용하도록 하기 위해 위와 같은 규정을 둔 것이다.

(2) 위 규정을 삭제한다면 실업축구단이 대학선수 영입경쟁을 하게 되어 대학축구팀이 붕괴되고, 실업축구단의 기존 선수를 퇴출하는 문제가 발생하여, 결국 초·중·고등학교의 선수 수급체계까지 혼란이 예상되고, 기존 선수들과의 형평성이 문제되므로, 합리적인 대안을 마련할 때까지는 징계효력을 유지할 필요가 있다.

나. 관계기관 의견

(1) 대한축구협회장

「선수선발세칙」 제3조 제3항은 본 회의 「선수등록규정」에 위배되어 조속한

시일 내에 보완이 필요하나, 우리나라 여자축구 저변의 열악함 등 특수성 및 피해자가 야기한 혼란 등을 감안하여 징계내용은 존중되어야 한다.

(2) 서울특별시장

「선수선발세칙」 제3조 제3항은 인권침해의 소지가 많으므로 개정이 필요하고, 피해자의 실업팀 진출을 제한한 피진정인의 행위는 '직업선택의 자유'를 침해한 것이다.

3. 관련규정

가. 대한축구협회 정관

제6조(회원의 구분) ① 협회는 다음 각 호의 단체를 회원으로 하며, 회원단체를 총칭하여 산하단체라 한다. (중략)

2. 연맹단체 : 프로축구연맹, 실업축구연맹, 대학축구연맹, 중고등축구연맹, 초등축구연맹, 여자축구연맹을 포함하는 연맹단체

제9조(회원 가입 및 등록) ① 시도협회와 연맹단체의 회원 가입은 협회가 규정하는 소정의 신청서를 제출하고, 협회 이사회의 의결을 거쳐 총회의 승인을 얻어 확정된다.

제11조(회원의 의무) ① 회원은 다음 각 호의 의무를 진다.

1. FIFA, AFC 및 협회의 정관, 규정 및 결정사항을 존중하고 성실하게 지킬 의무

나. 대한축구협회 선수등록규정

제40조(신인선수의 등록) ① 선수는 본회가 배부하는 지원서를 작성, 입단 희망팀에 제출해야 한다. 단, 선수가 본회로부터 배부받을 수 있는 지원서는 1부에 한하며, 입단 불가사유 발생시에는 지원서에 해당 실업팀의 날인을 받아 다른 실업팀에 지원할 수 있다.

② 해당 실업팀은 선수가 작성한 지원서 사본 1부를 등록시 본회에 제출해야 한다.

다. 한국여자축구연맹 규정

제6조(조직) 연맹은 협회의 선수등록을 필한 승인된 단체로 조직한다.

(참고: 선수등록은 협회의 선수등록 규정에 의한다)

제8조(의무) 1. 연맹은 협회에 대하여 다음 각 호의 의무를 가진다.

가. 협회의 규약 및 제규정 그리고 의결된 지시사항을 준수하여야 한다.

라. 한국여자축구연맹 선수선발세칙

제3조 대학진학(고교졸업 예정선수) (중략)

3) 고교 졸업 후 실업팀 진출 문제는 원칙적으로 불허한다.

(단, 실업팀 진출 시에는 고교 졸업 후 2년이 경과 되어야 한다)

4. 인정사실

가. 이 진정 관련 사건진행은 다음과 같다.

2005. 1. 피해자는 위례정보산업고등학교 재학 중 서울시여자축구단과 입단 계약을 체결하고, 동년 2월 동 고등학교를 졸업하였다.

2005. 2. 2. 대한축구협회는 서울시체육회에 '고교졸업(당해년도) 여자선수도 선수등록이 가능하다'고 유권해석 회신하였다.

2005. 4. 20. 피진정인은 상벌위원회를 개최하여 피해자에게 피진정인이 주최 또는 주관하는 3개 대회 출전금지 징계처분을 하였고, 동년 5. 14. 피해자의 재심 청구에 대해 기각하였다.

2005. 6. 9. 대한축구협회는 피해자의 이의신청에 대해 위 징계처분의 근거규정은 동 협회의 승인을 받지 못하였음을 지적하고, 따라서 이를 근거로 한 징계는 부당하다고 결정하였다.

2005. 7. 8. 피진정인이 대한축구협회의 위 결정에 불복하여 재심을 청구하자, 대한축구협회는 당초 입장을 반복하여 '여자축구 저변의 열악함과 특수성을 감

안하여 피진정인의 징계처분을 존중하고 하고, 문제의 선수선발세칙은 조속한 시일 내 보완이 필요하다'는 의견을 표명하였다.

2006. 1. 12. 피해자가 제기한 징계 효력을 정지시켜 달라는 가처분 신청에 대해 서울중앙지방법원은 기각 결정하였다.

나. 피해자를 고용한 서울시여자축구단은 피진정인 단체의 회원단체이고, 피진정인 단체는 대한축구협회의 산하단체이다.

다. 고교졸업 여자축구선수에 대한 실업팀 진출 제한은 2004.3.1. 이전까지는 관례적으로, 그 후는 「선수선발세칙」 제3조 제3항에 근거하나, 동 조항은 2004. 2. 9. 대한축구협회로부터 「대한축구협회 선수등록규정」 및 「대한축구협회 정관」에 위반되어 승인불가라는 결정을 받았다.

라. 피진정인은 가정형편이 어려운 경우 등 특수한 경우는 고교 졸업 후 바로 실업팀에 들어갈 수 있다고 주장하나 지금까지 이러한 특수한 경우를 인정한 예는 없었고, 김○○가 2001년 대학 2학년 1학기를 마치고 실업축구단에 입단한 것, 김○○이 2002. 3. 고교 졸업 후 바로 실업축구단에 입단한 것에 대해 아무런 징계를 하지 않은 선례가 있다.

5. 판 단

가. 피진정인 연맹이 제정한 「선수선발세칙」 제3조 제3항은 '고교 졸업 후 실업팀 진출 불허'를 규정, 이로 인해 대학에 진학하지 않은 여자축구선수는 실업팀 진출을 위해서는 2년간 소속팀 없이 기다릴 수밖에 없고 이는 결과적으로 대학졸업자만이 실업축구팀에 진출하게 되는 결과를 초래하는바, 동 조항이 선수들의 대학진학을 유도하기 위한 것임은 피진정인 스스로 인정한 사실이다.

대학학력이 직업인으로 축구를 하는 데 있어 필수적이라고 볼 수 없음에도 불구하고 대학축구팀을 필수적으로 거치게 하는 것은 대학에 진학하지 못하는 선수의 취업을 제한하는 것으로 학력을 이유로 한 평등권의 제한이자, 직업선택의 자유에 대한 제한이라 할 것이다.

나. 피진정인은 동 세칙이 대학축구팀의 붕괴를 막고 여자축구선수층의 저변확대를 위한 것임을 주장하나, 목적달성을 위한 수단 선택에 있어 개인의 회

생에 근거하는 침익적 수단을 우선 채택하는 것은 바람직하지 않다. 또한 동 세칙은 「대한축구협회 정관」 제9조에 의한 협회의 승인을 얻지 못하였고, 「대한축구협회 선수등록규정」 제40조 및 「한국여자축구연맹 규정」 제6조에 의해 등록된 선수를 동 연맹이 임의로 징계한 것이며, 동 규정 제8조의 준수 의무를 위반한 것이다.

6. 결 론

따라서 여자축구선수의 고교졸업 후 실업팀 진출을 불허하여 피해자에 징계처분 한 것은 피해자의 평등권 및 직업선택의 자유를 침해하는 것이므로 피진정인에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 및 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2006. 2. 27.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 정강자 위원 김만흠 위원 신혜수 위원 원형은

㉞ 2006. 7. 18.자 06직차6 결정 [성별 및 신체조건을 이유로 한 신입생 모집 시 차별]

국군간호사관학교장에게, 국군간호사관학교 생도 모집 시 입학자격을 여성으로 제한하고, 육군본부 간호장교 채용 조건보다 더 엄격한 키, 몸무게, 내반슬에 대한 제한조건을 적용하는 것은 합리적 이유 없이 평등권을 침해하는 것이므로 「국군간호사관학교 학칙」 및 「국군간호사관학교 생도선발 신체검사 불합격 기준」을 개정할 것을 권고

【결정요지】

[1] 성별 제한에 대하여

간호장교의 업무가 남성은 불가능하다고 할 수 없고, 특정 성별로 제한하지 않는 육군본부 간호장교 모집계획 및 개정된 「국군간호사관학교설치법」에서도 여성으로 입학자격을 제한하지 아니한 점으로 볼 때 신입생을 “여성”으로 제한하는 것의 합리적 이유가 인정되지 않음.

[2] 신체조건 제한에 대하여

국군간호사관학교의 키 및 몸무게 요건은 유사 직무라고 할 수 있는 육군본부 간호장교 신체조건인 “여자 신장 155cm이상 184cm미만”, “체중은 신장에 따른 체질량 지수로 판정” 조건보다도 엄격하여 그 합리적 이유가 인정되지 아니하고, 또한 내반슬의 경우도 국군간호사관학교는 내반슬 정도 및 개인별 차이를 고려하지 않고 내반슬 자체를 불합격 기준으로 하여, 육군본부 간호장교에 대한 기준보다도 더 엄격한 기준을 적용하고 있는 바 역시 그 합리적 이유가 인정되지 아니함.

【참조조문】 헌법 제11조, 남녀고용평등법 제2조, 「국가인권위원회법」 제2조 제4호, 「국군간호사관학교설치법」

【피조사자】 국군간호사관학교장

【주 문】

국군간호사관학교장에게 국군간호사관학교 생도 모집 시 입학자격을 여성으로 제한하고, 육군본부 간호장교 채용 조건보다 더 엄격한 키, 몸무게, 내반슬에 대한 제한조건을 규정하고 있는 「국군간호사관학교 학칙」 및 「국군간호사관학교 생도선발 신체검사 불합격 기준」을 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 직권조사 배경

국가인권위원회는 국군간호사관학교가 여성 및 특정 신체조건을 가진 자로 신입생 자격을 제한한다는 사실을 인정한 바, 위 학교는 일체의 교육비용을 국비로 지원하여 육·해·공군 정예 간호장교를 양성하는 교육기관으로서 그 교육기회를 제공함에 있어 더욱 공평하여야 함에도 불구하고 성별과 특정 신체조건으로 입학의 기회를 제한하는 것은 불합리한 차별의 가능성이 상당하고 그 내용이 중대하다고 인정되어 「국가인권위원회법」 제30조에 의거 직권조사하기로 결정하였다.

2. 피조사자 진술요지

여성으로만 자격을 제한하는 것에 대하여는 현재 국방부에서 그 타당성을 검토 중이고, 키 157cm에서 183cm, 몸무게 45kg에서 72kg으로 제한하는 것은 군사훈련, 야전 및 전시 간호업무 수행을 위한 체력이 요구되기 때문이며, 내반슬이 있는 자를 불합격 시키는 것은 체중부하 시 관절 등에 불편감이 초래될 수 있기 때문이다.

3. 관계법령

별지 관계법령 기재와 같다.

4. 인정사실

가. 국군간호사관학교는 1951. 1. 육군군의학교 간호생도과정이 개설된 후 동년 제1기생 모집을 시작하였고, 1980. 1. 4. 국군간호사관학교로 개칭되어 현재에 이르고 있으며, 2006. 6. 기준으로 1학년 84명, 2학년 93명, 3학년 97명, 4학년 97명 총 371명이 재학하고 있으며 졸업 후 6년의 의무복무기간을 두고 있다.

나. 성별 제한에 대하여

2006학년도 제50기 국군간호사관생도 모집요강에 의하면 지원자격을 17세에서 21세의 미혼여성으로 제한하고 있는데, 일반대학 간호학과 졸업자나 졸업예정자를 대상으로 간호장교를 모집하는 육군본부의 간호장교 2006년도 모집계획에 의하면 지원자격을 남녀 구분하거나 특정 성별로 제한하지 않고 있다.

다. 신체조건 제한에 대하여

(1) 키 및 몸무게

국군간호사관생도 모집요강에 의하면 신체검사기준을 “신장 157cm에서 183cm 사이”, “체중 45kg에서 72kg”으로 제한하고 있으며, “기타 신체검사 세부기준을 육군규정 176(건강관리규정) 및 본교 선발기준을 적용”한다고 밝히고 있다.

육군본부 간호장교 모집계획에 의하면 신체검사기준을 “여자 신장 155cm이상 184cm미만”사이, “체중은 신장에 따른 체질량 지수로 판정”하며, 기타 신체검사 세부기준은 육군규정 176 건강관리규정을 적용한다고 밝히고 있다.

(2) 내반슬

(가) 국군간호사관학교 생도선발 신체검사 불합격 기준은 “내반슬(O형다리)”을 불합격 기준으로 규정하고 있다.

육군본부 건강관리 규정에 의하면 “206. 반장슬 중 가. 증세가 경미한 경우, 나. 선천성 또는 후천성 또는 외상성인 경우로써 체중 부하시 하체가 불안정하고 힘이 약하며 이학적 소견 등의 객관적 증거가 인정되는 경우”를 각 2급과 3급으로 선발, 정례 및 임관신체검사 합격대상으로 규정하고 있다.

(나) 2006학년도 국군간호사관생도 모집에 응시하였던 한○○는 후천성 내반슬을 이유로 신체검사에서 불합격 되었던 바, 체격검사보고서에는 “후천성 내반슬. 평가관리실 45(2005. 10. 06) 불합격급. 내반슬 있으나 육안적으로 변형 심하지 않은 상태로 불안정성 없어 현재 증상은 없는 상태. (육규 176-206-가에 의거 2급이나 상기 판정 근거에 의하여 불합격으로 판정함) 대위 소○○”라고 기재되어 있다.

5. 판 단

「헌법」 제11조는 모든 국민의 평등권을 규정하고 있는 바, 이에 근거하여 「남녀고용평등법」 제2조는 사업주가 근로자에게 성별 등을 사유로 합리적인 이유 없이 채용을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 경우를 차별로 보고, 다만 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우는 차별로 보지 아니한다고 규정하는 바, 이 사건 사관학교의 신입생 모집이 동법 적용대상은 아니지만 「국가인권위원회법」 제2조 제4호 차별의 예외 사유인 ‘합리적 이유’ 또한 「남녀고용평등법」 제2조 제1항 제1호에 준해 해석하는 것이 타당하다 할 것이다.

이 사건에서 국군간호사관학교는 일체의 교육비용을 국비로 지원하여 육·해·공군 정예 간호장교를 양성하는 교육기관으로서 그 교육기회를 제공함에 있어 더욱 공평하여야 하는 바, 성별, 특정 신체조건에 따라 입학 기회를 제한하는 것은 해당 조건이 학업의 성질상 불가피하게 요구되는 경우 혹은 이후 수행하게 될 직무의 성질상 불가피하게 요구되는 경우에 한하여 정당성이 인정되며, 직무의 성질상 불가피하게 요구되는 경우란 본질적 업무와 부수적 업무를 구분하여 해당 조건이 본질적 업무를 성공적으로 수행하기 위한 결정적 요소, 즉 필수적 직무자격요건인 경우를 말한다.

가. 성별 제한에 대하여

국군간호사관학교는 국군간호사관생도 모집요강에서 신입생을 “여성”으로 제한하는 바, 정예 간호장교의 업무, 군진간호의 학문적 발전 주도, 학술이론과 응용방법 연구 및 교수라는 임무가 남성은 불가능하다고 할 수 없고, 특정 성별로 제한하지 않는 육군본부 간호장교 모집계획을 보아도 간호장교의 직무가 여성에

한정될 필요가 없으며, 2004. 1. 20. 개정된 「국군간호사관학교설치법」에서도 여성으로 입학자격을 제한하지 아니하고 남자사관생도의 모집시기를 정할 것을 대통령령에 위임하고 있는 바, 신입생을 “여성”으로 제한하는 것의 합리적 이유가 인정되지 아니한다.

나. 신체조건 제한에 대하여

국군간호사관학교는 국군간호사관생도 모집요강에서 신입생의 키 및 몸무게를 “157cm에서 183cm, 45kg에서 72kg”으로 제한하는 바, 간호장교로서 강인한 체력의 필요성은 인정되나 이러한 체력을 측정하는 척도로 신장 및 몸무게를 사용하는 것이 타당한지에 대해 향후 장기적 검토가 필요하다는 점은 별론으로 하더라도, 피조사기관인 국군간호사관학교의 키 및 몸무게 요건은 유사 직무라고 할 수 있는 육군본부 간호장교 신체조건인 “여자 신장 155cm이상 184cm미만”, “체중은 신장에 따른 체질량 지수로 판정” 조건보다도 엄격하여, 그 합리적 이유가 인정되지 아니한다.

또한 국군간호사관학교 생도선발 신체검사 불합격 기준은 내반슬을 불합격 기준으로 규정하고 있고, 한○○의 체격검사보고서에 “육군 176-206-가에 의거 2급이나 상기 판정 근거에 의하여 불합격으로 판정함”이라고 기재된 것에 근거할 때, 내반슬인 자는 그 정도에 불문하고 불합격 처리되었음이 인정된다.

대한슬관절학회 의견에 의하면 2급에 해당하는 슬관절 간격 2.5cm 미만인 경우 간호장교를 포함한 직업군인 또는 현역사병으로 근무가 가능하고, 3급에 해당하는 슬관절 간격 2.5cm이상 5.0cm미만인 경우도 간호장교를 포함한 직업군인 또는 사병으로 근무가 일반적으로 가능하다고 보고, 개인차에 따라 달라질 수 있다고 보는 바, 국군간호사관학교는 내반슬 정도 및 개인별 차이를 고려하지 않고 내반슬 자체를 불합격 기준으로 하여, 육군본부 간호장교에 대한 기준보다도 더 엄격한 기준을 적용하고 있는 바, 역시 그 합리적 이유가 인정되지 아니한다.

6. 결 론

따라서 국군간호사관학교 생도 모집 시 여성으로 제한하고, 키 157cm에서 183cm 사이, 몸무게 45kg에서 72kg 사이로 제한하며, 내반슬인 자를 제외하는 것은 합리적 이유 없이 평등권을 침해하는 것이므로 피조사자에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2006. 7. 18.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 정강자 위 원 김만흠 위 원 신혜수

17] 2006. 5. 29.자 06진차37 결정 [성별 및 신체조건을 이유로 한 신입생 모집 시 차별]

○○대학교총장에게, 신입생 모집 시 여학생 수를 제한하는 것은 합리적 이유 없이 평등권을 침해하는 것이므로 신입생 모집 시 여학생 수를 제한하지 말 것과 진정한 구제를 위해 적절한 조치를 취할 것을 권고함.

【결정요지】

- [1] “신입생 정원의 10%”라는 기준은 여성해기인력의 수요 및 공급에 대한 정확한 분석에 근거하여 산정된 기준이 아니므로 그 타당성을 인정할 수 없음.
- [2] 여학생이 ○○대학교의 학부 교육과정 및 졸업 후 의무복무 과정을 마치기 어려운 이유를 달리 발견할 수 없으므로 이 사건 성별을 이유로 한 입학 제한은 합리적 이유 없는 차별임

【참조조문】

헌법 제11조, 남녀고용평등법 제2조, 「국가인권위원회법」 제2조 제4호

【진정인】 강 ○ ○

【피진정인】 ○ ○ 대학교 총장

【주 문】

피진정인에게 신입생 모집 시 여학생 수를 제한하지 말 것과 진정한 구제를 위해 적절한 조치를 취할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인은 ○○대학교(이하 “피진정대학교”라 한다) 2006학년도 신입생 모집에서 “가”군 일반전형 해사계열 기관시스템공학부에 지원하였으나, 피진정인은 일

반전형에서 여자 신입생을 전체 모집정원의 10%로 한정하는 제도를 시행한 결과, 합격점이 640점이었고 진정인은 702점을 받았음에도 불구하고 불합격 되었는데, 이는 부당한 성차별이므로 시정하고 진정인은 1단계 시험 합격처리 되어야 한다.

2. 피진정인 주장 및 참고인 의견

가. 피진정인 주장

피진정대학교의 해사계열은 해운업계가 보유하고 있는 상선의 사관을 양성하는 상선대학으로 재학중 3학년 과정으로 1년간 승선실습을 하여야 하며, 졸업 후에는 「국립학교설치령」 제18조에 의하여 바다와 관련된 업종에서 4년간 의무복무를 하여야 한다. 그러나 현재 선박에서 여성이 근무하기 위한 시설이 미비하여 해운업계에서는 여학생의 3학년 승선실습과 졸업 후 취업에 대해 강한 불만과 시정요구를 한 바 있다. 앞으로 많은 여성 졸업생이 해운업계에 진출하여 해상근무자의 수가 많아진다면 업계와 협의하여 여성입학 비율을 증가시킬 수 있겠으나, 현재 업계는 여자신입생 10%도 높은 비율이라고 평가하고 있고, 피진정인은 이러한 현실을 수용하여 신입생 선발 시 정원 내 일반전형에서만 전체 모집인원 중 여성 10%로 제한한 것이다.

농어촌 및 실업계 전형은 「고등교육법시행령」 제29조 제2항에 의한 정원 외 특별전형으로, 대학입학전형 기본계획에 의거 대학교육의 본질을 훼손하지 않는 범위 내에서 재량을 부여하였으므로, 이에 의거 피진정 대학에서는 농어촌 및 실업계에 대하여는 여자 신입생 인원을 제한하지 않은 것이다.

나. 참고인 의견 (한국○○협회장)

해기사란 선원으로서 일정한 기술과 지식을 가진 사람으로 선장, 항해사, 기관장 등이 이에 해당하는 바, 산학간담회를 통하여 여성 해기사의 승선기피와 조기 이직에 대한 문제가 거론된 적은 있지만 여성의 취업에 대한 불만을 표시한 사실은 없다. 그러나 해양대학의 승선학과 여학생 입학비율은 10% 정도가 적정하다고 보는 바, 그 이유는 첫째 3.3%라는 여성 해기인력의 낮은 승선율과 조기 이직 등으로 인해 여성 해기사의 경쟁력이 부족한 점, 둘째 여학생의 입학비율이 높아지고 여성의 승선취업율이 낮을 경우 해기인력 부족 및 해기전승 단절에

따른 해기사 인력난 우려, 셋째 전시 선박 동원 시 선박 종사자인 20세부터 50세 사이 남성도 동원되는데 여성해기사 비율이 높아질 경우 비상시 국가동원력이 낮아지기 때문이다.

3. 관계법령

별지 관계법령 기재와 같다.

4. 인정사실

가. 피진정대학교 현황

(1) 피진정인은 신입생을 '수시 2학기', '정시 가군·다군'으로 모집하고 2006학년도 정시 '가군' 신입생 모집공고는 다음과 같은 바, 해사계열인 해상운송시스템학부, 기관시스템공학부의 일반전형에서 여학생을 모집인원의 10%내로 제한하여 모집한 사실이 있다.

계열	모집단위 (학부단위모집)	'가'군				비고
		일반 전형	농·어촌학생	실업계	계	
해사계열	해상운송시스템학부	70 (7)	4	5	79 (7)	
	기관시스템공학부	71 (7)	4	5	80 (7)	
해양공학계열	해양전자통신공학부	46	5	4	55	
	해양시스템 공학부	25	5	4	34	
합 계		212	18	18	248	

☞ 해사계열의 여학생 선발인원은 ()의 인원을 초과할 수 없다. 다만, “농어촌학생 및 실업계고교출신자 모집인원”은 여학생 선발인원의 제한을 두지 않는다.

(2) 피진정인은 대학수학능력시험과 학교생활기록부 점수를 합산한 점수에 근거해 1단계 합격자를 정한 후, 신체검사에 합격한 자 중 총점의 고득점 순으로 모집인원을 선발하는데 1단계 합격자의 전형요소별 반영비율은 다음과 같다.

모집단위	학교생활기록부	대학수학능력시험	계	전형총점
전 모집단위	20%	80%	100%	1,000점

(3) 피진정대학교의 '2006학년도 신입생 모집요강'에 의하면 기관시스템공학부는 최첨단 자동화 선박에 근무할 유능한 엔지니어양성을 목표로 하며, 기관시스템공학부의 졸업 후 진출분야는 선박회사 공무감독, 기계 및 설비 자동화 분야, 해양수산부 및 선급협회 검사관, 해양경찰공무원, 조선소, 발전소, 열관리분야, 냉동·공조 분야, 대기업의 설비 제작 및 유지보수 분야, 대형건축물 냉난방 유지 보수 관리분야, 기술직 국가 공무원 등이다.

(4) 기관시스템학부 졸업자는 수업연한에 해당하는 기간동안 각각 해양수산부장관이 지정하는 직무에 복무할 의무가 있으며 정당한 이유없이 복무의무를 이행하지 아니할 경우에는 학비보조금을 상환하여야 하는 바, 해양수산부 「국립해양계졸업자의 복무 및 학비상환규정」에 의해 국립해양계대학 졸업자 복무분야로 지정된 곳은 선원, 선박검사원, 선박검사관, 지정교육기관, 운항관리자, 해군, 해양경찰청, 해양수산부 허가 법인체 또는 등록업체, 전국선원노동조합연맹, 해운업무 관련 정부기관 및 지방자치단체이다.

(5) 2005년 및 2006년 기관시스템공학부 졸업자의 취업현황은 다음과 같다.

년도	졸업자수	취업제외자			취업 대상자(a)	취업자				취업률 (%) (b/a)
		대학원 진학	군 입대	계		군 장교	해상	육상	계(b)	
2005년	181명	3명	4명	7명	174명	12명	141명	6명	159명	91%
2006년	170명	-	-	-	170명	15명	119명	5명	139명	82%

나. 진정인 현황

피진정대학교의 2006학년도 정시 '가'군 최종 전형결과 기관시스템공학부 최저 합격선은 664점이었고, 동 학부에 지원하였던 진정인의 점수는 703점이었으나 진정인은 1단계 전형에서 불합격 처리되었다.

5. 판 단

가. 차별의 예외 판단 기준

「남녀고용평등법」 제2조는 사업주가 근로자에게 성별 등을 사유로 합리적인 이유 없이 채용을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 경우를 차별로 보고, 다만 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우는 차별로 보지 아니한다고 규정하는 바, 이 사건 대학교의 신입생 모집이 위 규정 적용대상은 아니지만 「국가인권위원회법」 제2조 제4호 차별의 예외 사유인 ‘합리적 이유’ 또한 「남녀고용평등법」 제2조 제1항 제1호에 준해 해석하는 것이 타당하다 할 것이다.

이 사건에서 피진정인이 해사계열 여성신입생의 수를 10% 이내로 제한하여 선발하는 것은 성별을 이유로 한 차등적 대우이므로 이러한 기준은 성별이 해당 학업의 성질상 불가피하게 요구되는 경우 혹은 성별이 이후 수행하게 될 직무의 성질상 불가피하게 요구되는 경우에 한하여 정당성이 인정되며, 직무의 성질상 불가피하게 요구되는 경우란 본질적 업무와 부수적 업무를 구분하여 성별이 본질적 업무를 성공적으로 수행하기 위한 결정적 요소, 즉 필수적 직무자격요건인 경우를 말한다.

나. 성별이 직무수행 및 학업에 필수적으로 요구되는 자격요건인지 여부

(1) 직무수행과 관련하여

피진정인은 선박 내 여성을 위한 근무시설의 미비 및 여성 졸업생에 대한 기업의 거부감으로 인해 여성 신입생의 수를 제한하여야 한다고 주장하고, 참고인 한국○○협회장은 여성 해기인력의 승선거부 및 조기이직을 이유로 여성 신입생 수를 제한하여야 한다고 주장한다.

그러나 선장, 항해사, 기관장 등의 업무수행에 있어 여성이라는 성별로 인해 당해 업무수행이 반드시 불가능하다고 할 수 없고 피진정기관 ○○대학교 또한 이러한 사실을 주장한 바 없으며, 선박 내 여성을 위한 근무시설의 미비는 적극 개선되어야 할 사항이고 여학생의 학습권 및 직업선택의 자유 침해를 정당화 하는 사유가 되기 어렵다. 여성졸업생에 대한 기업의 합리적 이유 없는 채용거부 또한 여성의 평등권을 침해하는 것으로 차별 개선의 대상이 될 뿐 교육기회에서

의 차별을 정당화하는 근거가 될 수 없다.

여성 해기인력의 승선거부 및 조기기직에 대하여는 피진정인이 주장 및 증거를 제시한 바 없어 사실 여부를 확인할 수 없고, 부분적으로 사실이라고 해도 '신입생 정원의 10%'라는 기준은 여성해기인력의 수요 및 공급에 대한 정확한 분석에 근거하여 산정된 기준이 아니므로 그 타당성을 인정할 수 없다.

(2) 학업수행과 관련하여

인정사실 1. 다.에서 밝힌 바와 같이 진정인이 지원하였던 기관시스템공학부는 최첨단 자동화 선박에 근무할 유능한 엔지니어양성을 위한 교육과정으로, 선박추진을 위한 기관시스템의 효율적 운전관리, 설계제작 및 연구개발 분야에 종사할 전문인력 양성을 목표로 하고 있는 바, 제출된 자료에 의할 때 여성이라는 성별로 인해 이러한 학습과정을 이수하는 것이 불가능하다고 보이지 않는다.

또한 기관시스템공학부 졸업자는 4년간 바다와 관련된 업종에서 의무복무 해야 하는 바, 인정사실 1. 라.에서 본 바와 같이 해양수산부는 국립해양계대학 졸업자 복무분야로 “선원, 선박검사원, 선박검사관, 지정교육기관, 운항관리자, 해군, 해양경찰청, 해양수산부 허가 법인체 또는 등록업체, 전국선원노동조합연맹, 해운업무 관련 정부기관 및 지방자치단체”를 지정하여 반드시 선박 근무가 동의무 이행을 위해 필수적이라고 할 수 없다.

졸업 후 진출분야 또한 ○○대학교가 제출한 기관시스템공학부 소개서에 의하면 “선박회사 공무감독, 기계 및 설비 자동화 분야, 해양수산부 및 선급협회 검사관, 해양경찰공무원, 조선소, 발전소, 열관리분야, 냉동·공조 분야, 대기업의 설비 제작 및 유지보수 분야, 대형건축물 냉난방 유지 보수 관리분야, 기술직 국가 공무원” 등으로 다양하여 동 학부 졸업생의 취업에 반드시 승선이 필요하다고 보기 어렵다.

따라서 여성 해기인력의 승선거부 및 조기기직이 사실인지 여부는 확인된 바 없어 별론으로 하더라도, 여학생이 동 학부 교육과정 및 졸업 후 의무복무 과정을 마치기 어려운 이유를 달리 발견할 수 없으므로 이 사건 성별을 이유로 한 입학 제한은 합리적 이유 없는 차별이라 판단된다.

6. 결 론

따라서 신입생 모집 시 여학생 수를 제한하는 것은 합리적 이유 없이 평등권을 침해하는 것이므로 피진정인에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2006. 5. 29.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 정강자 위 원 김만흠 위 원 원형은

㉔ 2006. 12. 11.자 06진차96, 107(병합) 결정 [종교를 이유로 한 기타차별]

검정고시를 평일이 아닌 일요일에 실시하는 것이 기독교인들을 차별하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

교육청이 검정고시 시행일을 일요일로 선정한 것은 진정한 등 기독교인의 종교 행위의 자유를 일부 제한하는 차별적 결과를 가져온 것으로, 이러한 처분이 공공복리와 질서유지 등에 비추어 수인의 범위 내에 있는지를 판단해 보아야 함. 먼저, 진정한을 포함한 기독교인들에게 검정고시 응시의 기회를 박탈하였다는 주장에 대해 살펴보면, 교육청은 2006년부터 상반기 검정고시는 일요일에 실시하고 있으나, 하반기는 평일에 시행하고 있어 일요일에 종교적 활동을 하고자 하는 자들의 검정고시 응시 기회가 완전히 박탈되는 것으로는 볼 수 없음. 또한 평일에 근무하는 직장인의 피해를 감안하여 연 2차례 중 1차례에 한하여 일요일에 검정고시를 실시하도록 하는 것은 기독교인뿐만 아니라 비기독교인들을 포함한 사회구성원 전체의 이해관계를 검토하여 그 타협점을 찾은 것으로서 그로 인한 침해의 정도가 합리적인 정도를 넘어서 도저히 납득할 수 없는 정도에 이른다고 하기 어려움. 더구나 매회 고입 및 고졸 검정고시의 시행을 위하여는 전국적으로 4,000명 이상의 공무원이 동원되어야 하며, 60여개의 학교 등 고사장과 1,000여개의 고사실이 확보되어야 하는 등의 어려움이 있어, 방학기간이나 공휴일이 아닌 평일 고사를 시행하는 부담감이 일정 부분 존재하는 사실도 고려되어야 함. 한편 주 5일 근무제와 연동하여 평일과 일요일 외에 토요일에 시행하는 것을 이 사건 진정의 해결을 위한 대안으로 고려해볼 수 있을 것이나 이는 주 5일 근무제가 우리 사회에 정착되었는지의 여부에 대한 판단이 선행되어야 하는 것으로, 특히 학교의 경우 아직 전면시행을 하고 있지 않는 등 완전히 우리 사회에 정착된 것으로 보기에 어려움이 있음. 따라서 피진정인 시·도교육감이 2006년 상반기 검정고시 시행요일을 일요일로 정한 것은 진정한들을 포함하여 기독교인들에 대해 검정고시 응시 기회를 완전히 배제하는 방식으로 차별한 것이라고 보기 어렵고 그와 같이 정한 것에는 합리적 사유가 있다고 인정됨.

【참조결정】 헌법재판소 2001.9.27. 선고 2000헌마159

【진 정 인】 장 ○ ○ 외 49명

【피진정인】 1. 각 시·도교육감
2. 교육인적자원부장관

【주 문】 진정인의 진정을 기각한다.

【이 유】

1. 진정요지

검정고시는 1995년부터 2005년까지 매년 2회 평일 날 시험을 치렀으나 2006년도 제1회 검정고시는 평일이 아닌 일요일로 변경된 바 있다. 이는 기독교인들은 검정고시 시험을 보지 말라는 차별행위로 시험일은 평일에 치러져야 마땅하다.

2. 당사자 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

(1) 각 시·도 교육감

(가) 고입, 고졸 검정고시는 매년 4월 및 8월 두 차례 시행하고 있으며, 시행 요일 등 시험일정은 16개의 각 시·도교육청(이하 “교육청”이라 함)의 협의회를 통해 결정, 시행하고 있다.

(나) 통상적으로 매년 상반기 검정고시는 식목일에 치러 왔으나 2006년도부터 식목일이 법정 공휴일에서 제외되면서, 2005년도 ○○○○시교육청의 검정고시 관계관 회의(2005.9.27.)에서 2006년 상반기 검정고시 일정에 대하여 논의한 바, 수험생 대부분이 생계를 위하여 토요일에도 근무해야 한다는 점을 우선적으

로 고려하여 2006년 상반기 검정고시는 일요일인 4월 9일 시행하기로 결정하였다.

(다) 검정고시 하반기 시험은 전통적으로 평일에 실시하여 온바 하반기 시험일에 대한 변동은 없을 것이나, 검정고시 상반기 시험의 경우 2007 ~2008년간은 일요일에 시행하고 2009년부터는 토요일 휴무제도 정착을 감안하여 합리적으로 검정고시 시행일정을 결정할 것이다.

(2) 교육인적자원부

(가) 검정고시 시행일은 주 5일 근무제 시행 상황, 지원자의 편의 및 응시 기회 확대 등을 고려하여 시·도 교육청과 그 소속 검정고시위원회에서 종합적으로 검토한 후 결정할 사항이다.

(나) 검정고시는 정상적인 학교교육의 기회를 놓친 사람들에게 일정한 학력 검정을 통해 상급학교 진학 등 교육기회를 확대하기 위한 제도인데, 토요일을 포함한 평일에 시험을 치르게 하는 것은 평일에 근무를 하여야 하는 직장인들에게 부담을 주게 될 것을 사료된다. 아울러 시험관리를 위한 인력 확보에도 어려움이 있는바, 연 2차례 시행되는 검정고시 중 1회에 한하여 일요일에 실시하는 것은 공공복리 증진을 위한 것이고 종교의 자유를 본질적으로 침해하는 것은 아니다.

3. 인정사실 및 판단

가. 교육청은 1995년부터 2005년까지 상반기 검정고시를 관례적으로 4월 5일, 식목일에 실시하여 왔으나 2006년부터 식목일이 공휴일에서 제외됨에 따라 일요일을 2006년 상반기 검정고시 시행일로 결정하였으며, 이는 직장인이 평일에 검정고시를 보게 될 경우의 어려움을 감안한 것이라고 주장하고 있다.

교육청이 2006년 제1차 검정고시 시행일을 일요일로 선정한 것은 종교 차별을 의도하였다고 보기는 어려우나 결과적으로 이러한 교육청의 처분이 진정한 등 기독교인의 종교 행위의 자유를 일부 제한하게 된 차별적 결과를 가져온 것으로, 이러한 처분이 공공복리와 질서유지 등에 비추어 수인의 범위 내에 있는지를 판단해 보아야 할 것이다.

이와 관련하여, 사법시험 시행일을 일요일로 정하는 것은 종교의 자유에 대한 침해라는 주장의 위헌확인 소송에 대하여 헌법재판소는 '사법시험 시행일을 일요일로 정한 피청구인의 처분이 직접적으로 청구인의 종교의 자유를 침해하였다고 보기는 어려우며, 다만 매년 반복하여 시행되는 사법시험의 시행일을 일요일로 정하는 것이 청구인이 일요일에 예배행사에 참석할 종교적 행위의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있는지가 문제이나, 종교적 행위의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니라 질서유지, 공공복리 등을 위하여 제한할 수 있는 것'이라고 판시한 바 있다.(2001.9. 27. 2000헌마159)

나. 먼저, 진정인을 포함한 기독교인들에게 검정고시 응시의 기회를 박탈하였다는 주장에 대해 살펴보면, 교육청은 2006년부터 상반기 검정고시는 일요일에 실시하고 있으나, 하반기는 평일에 시행하고 있어 일요일에 종교적 활동을 하고자 하는 자들의 검정고시 응시 기회가 완전히 박탈되는 것으로는 볼 수는 없다.

두 번째로, 결과적인 종교적 권리의 행사에 대하여 수인하여야 할 범위에 있는지를 살펴보건대, 교육청이 실시한 설문조사 결과에서 평일 시험을 희망하는 경우가 42.8%이고 일요일 시험을 희망하는 경우가 39.1%로 일요일 시험을 희망하는 자의 수가 평일 시험을 희망하는 자의 수보다는 적다할지라도 유의미한 규모를 가지고 있어 평일에 근무하여야 하는 직장인의 피해를 감안하여 연 2차례 중 1차례에 대하여 검정고시를 일요일에 실시하도록 하는 것은 기독교인뿐만 아니라 비기독교인들을 포함한 사회구성원 전체의 이해관계를 검토하여 그 타협점을 찾은 것으로서 그 의도에 있어서 종교적 차별의 의도가 없으며 그로 인한 침해의 정도가 합리적인 정도를 넘어서 도저히 납득할 수 없는 정도에 이른다 하기에 어렵다.

더구나 매회 전국적으로 약 삼만명 가량이 응시하는 고입 및 고졸 검정고시의 시행을 위하여는 4,000명 이상의 공무원이 동원되어야 하며, 60여개의 학교 등 고사장과 1,000여개의 고사실이 확보되어야 할 뿐 아니라 고사장으로는 임차료 등의 문제로 학교 혹은 공공기관의 장소가 확보되어야 하는 어려움이 있어, 방학기간이나 공휴일이 아닌 평일 고사를 시행하는 부담감이 일정부분 존재하는 사실도 고려되어야 한다.

다. 한편 주 5일 근무제의 시행과 연동되어 평일과 일요일 외에 토요일을 그

시행일로서 이 사건 진정의 해결을 위한 대안으로 고려해볼 수 있을 것이나 이는 주 5일 근무제가 우리 사회에 정착되었는지의 여부에 대한 판단이 선행되어야 하는 것으로, 주 5일 근무제는 2004년 도입되어 아직 그 단계적 시행과정에 있고, 특히 학교의 경우 아직 전면시행을 하고 있지 않는 등 완전히 우리사회에 정착된 것으로 보기는 어려움이 있다. 따라서 교육청에서 주5일근무제의 정착을 감안하여 2009년부터는 적정한 시행요일을 다시 검토하도록 결정 한 것은 일응 타당하다고 할 것이다.

4. 결 론

피진정인 시·도교육감이 2006년 상반기 검정고시 시행요일을 일요일로 설정한 것은 진정인들을 포함하여 기독교인들에 대하여 검정고시 응시 기회를 완전히 배제하는 방식으로 차별한 것이라고 보기 어렵고 그와 같이 결정한 것에 그 합리적 사유가 인정되는바, 종교를 이유로 한 평등권의 침해로 보기 어려워 「국가인권위원회법」 제39조 제1항 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2006. 12. 11.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 김호준 위원 신혜수 위원 윤기원

㉨ 2006. 12. 10.자 06진차411 결정 [장애를 이유로 한 교육시설의 이용 차별]

피진정인에게 ○○학교에 등하교하는 장애학생들의 교육학습권이 실효성있게 보장되도록 현재의 통학버스 운송시스템을 개선할 것을 권고

【결정요지】

○○학교가 통학버스를 장애학생의 집까지 운행하지 않고 집에서 멀리 떨어진 곳에 장애아동을 승하차시킴으로 인하여 실질적인 교육학습권을 보장하지 못하고 있는 것은 교육시설의 이용과 관련하여 장애를 이유로 헌법 제11조에서 보장하고 있는 평등권을 침해하는 차별행위에 해당함

【참조조문】 교육기본법 제2조, 제4조, 제8조, 초·중등교육법 제12조, 특수교육진흥법 제1조, 제12조

【진정인】 윤 ○ ○

【피해자】 정 ○ ○

【피진정인】 경상북도교육감

【주 문】

피진정인에게 ○○학교에 등하교하는 장애학생들의 교육학습권이 실효성 있게 보장되도록 현재의 통학버스 운송시스템을 개선할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○학교는 장애학생의 등하교를 위해 통학버스를 운행하고 있으나, 대형버스 4대로만 운행하여 가까운 거리에 있는 학생들도 2시간씩 버스 안에서 시달리고,

정신지체2급인 피해자는 버스가 집 앞까지 들어오지 않아 버스 승하차장에서 집까지 40분 이상을 혼자 걸어야 하거나 승하차장에서 부모가 기다려야 한다. 이는 실질적으로 장애학생을 위한 편의제공이라 할 수 없으므로 개선을 요구한다.

2. 당사자의 주장

가. 진정한

진정요지와 같다.

나. 피진정한

(1) 공립 특수학교인 ○○학교는 초·중·고등부 및 전공부 과정으로 구성되어 있고, 2006. 6. 현재 학생수 146명으로 학생들의 생활근거지는 ○○시, ○○시, ○○군, ○○군, ○○시, ○○군 등 6개 시·군에 넓게 퍼져 있다. 통학버스는 44인승 대형버스 4대로 4개 노선에 운행되고 있으며, 등하교시 각 버스별 편도 운행거리 100킬로미터 정도에 약 2시간이 소요된다.

(2) 원거리 학생 중 기숙사 생활을 하는 14명을 제외하고도 20여명의 학생들이 통학버스 승하차장에서 집까지 멀게는 30킬로미터에서 가깝게는 3킬로미터 떨어져 있어 학부모들이 버스 승하차장에서 기다리고 있다 승용차로 집까지 수송하고 있다.

(3) 현재의 대형버스 4대로 장애학생들이 자신들의 집 앞에서 승하차할 경우 등하교 시간이 편도 4시간 정도 소요되어 현실적으로 불가능하다. 피해자는 원거리 학생은 아니지만 피해자를 위해 집 앞까지 버스를 운행할 수 없어 피해자의 부모와 협의하여 2006. 3. 13. 피해자를 기숙사에 입주하도록 조치하였다.

(4) 통학버스 노선지정은 학부모 대표 등으로 구성된 학교운영위원회에서 논의를 통해 확정된 사안으로 피해자 한사람만을 위해 피해자 집 앞까지 버스를 운행할 수 없고, 진정한 주장을 충족하기 위해서는 현재의 대형버스 4대를 소형버스 8대 이상으로 변경하여야 하며 이로 인한 추가 경비는 3억 원 이상 소요될 것으로 추정되고, 소형버스로 대체할 경우 집 앞까지 운행이 가능하겠으나 넓게 분포된 학생들의 거주여건상 전체적 등하교에 소요되는 시간은 오히려 늘어날 것이고 이는 학생들의 장시간 탑승에 대한 피로감을 증가시킬 수도 있으므로 한

정된 예산에서의 효율성 등을 고려할 때 현재의 대형버스 4대를 이용한 통학체제가 합리적이다.

3. 관계법령

[별지] 기재와 같다.

4. 인정사실

가. ○○학교는 1986. 9. 1. 개교하였으며 2006. 6. 현재 전체 학생수 146명(정신지체 137명, 지체부자유 9명)에 유치부 3명, 초등부 24명, 중학부 46명, 고등부 49명, 전공과 24명이고, 이 중 7명은 휠체어를 사용하고 있고 이들은 통학버스를 이용하지 않고 부모의 승용차로 등하교 하고 있다. 학생들의 거주지별 현황은 상주시 70명, 문경시 27명, 예천군 26명, 김천시 15명, 의성군 2명, 기타지역 6명이다.

나. 통학버스는 44인승 버스 4대로 ○○, ○○, ○○ 및 ○○행 4개 권역으로 각 노선별 편도 약 100킬로미터에 운행시간은 2시간에서 2시간 30분 정도 소요되며, 각 노선의 승하차장은 12개 내외이다. 통학버스 4개 노선을 이용하는 학생은 ○○방면 41명, ○○방면 28명, ○○방면 20명, ○○방면 37명 총 126명이며, 기숙사는 정원이 20명이나 공간이 협소하여 현재 4개의 방에 14명(남자 7명, 여자 7명)이 생활하고 있다.

다. 통학버스 승하차장에서 피해자의 집까지는 약 2.6킬로미터로 걸음이 느린 피해자는 40분 이상을 걸어야 하므로 부모가 버스 승하차장에서 피해자를 기다렸다 승용차로 집까지 수송하고 있으며, 피해자는 부모의 요구로 진정제기 전인 2006. 3. 13.부터 기숙사에 입주하여 생활하고 있다.

라. 통학버스 승하차장에서 집까지의 원거리 학생은 30킬로미터 떨어진 학생이 1명, 20킬로미터 2명, 10킬로미터 이상 20킬로미터 미만 6명, 5킬로미터 이상 10킬로미터 미만 10명 등 총 19명으로 조사되었다. 이들은 원거리 교통비 명목으로 1인당 많게는 월 18만원에서 적게는 5만원 정도의 보조금을 지급받고 있다.

5. 판 단

가. 「교육기본법」 제4조는 모든 국민은 성별, 종교, 신념, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에 있어서 차별받지 아니하도록 정하고 있고, 제8조는 초등교육(6년) 및 중등교육(3년)을 의무교육으로 규정하고 모든 국민은 의무교육을 받을 권리를 가지고 있음을 천명하고 있다. 또한, 「초·중등교육법」 제12조 제1항은 국가는 의무교육을 위한 시설의 확보 등 필요한 조치를 강구하도록 하고, 제2항은 지방자치단체는 의무교육대상자 취학을 위해 필요한 초·중등학교와 같은 과정을 교육하는 특수학교를 설립·경영하도록 하고 있다. 「특수교육진흥법」 제1조는 그 목적으로 특수교육을 필요로 하는 사람에게 국가 및 지방자치단체가 적절하고 고른 교육기회를 제공하고, 교육방법 및 여건을 개선하여 자주적인 생활능력을 기르게 함으로써 그들의 생활안정과 사회참여에 기여하도록 하고, 제12조는 특수교육대상자의 취학편의를 위하여 기숙사를 설치·운영하거나 통학버스를 운행하도록 규정하고 있다.

나. 국가는 의무교육 대상자를 위해 필요 시설 확보 등 필요한 조치를 하여야 하며, 이러한 의무는 국민의 교육받을 권리에서 나오는 바, 장애를 가진 모든 아동들 또한 그 대상자에 포함됨은 자명하다. 그런데 장애아동의 학습권이 보장된다는 의미는 단순히 장애아동에게 형식적으로 비장애아동에게 하는 것과 동일한 내용의 교육서비스를 제공한다는 것이 아니라, 장애아동이 비장애아동과 동등한 조건에서 학습을 받을 권리를 누릴 수 있도록 국가가 적절한 편의를 제공하는 것을 포함하며, 이러한 편의제공이 없다면 이는 실질적으로 장애아동의 학습권을 침해하는 것이고 장애라는 사유로 이루어지는 차별이라고 보아야 할 것이다.

다. 구체적으로 그러한 편의지원은 장애를 가진 아동들이 가능한 한 가장 완전한 사회적 통합과 개인발달(문화적·정신적 발달 포함)을 달성하는 데에 도움이 되는 방식으로 교육과정을 편성하고, 포괄적인 재활서비스 및 건강관리 서비스 등의 기회에 접근할 수 있고, 또한 그런 것들을 받을 수 있도록 보장하는 것을 의미한다. 장애아동을 위한 교육은 단순한 교재와 교사, 시설의 제공의 문제를 넘어서 장애를 가진 아동들이 지역사회 내에서 통합적이고 접근 가능한 교육을 선택하고, 교사, 학교 상담원, 접근 가능한 교과과정 및 교육 수단과 기술, 접근 가능한 학습 전략, 접근 가능한 물리적 환경, 장애를 가진 학생들의 완전한 참여를 보장하기 위한 여타 합리적인 편의제공을 포함해서 모든 필요한 지원을

제공하는 것을 의미한다. 장애아동들은 그들이 가진 취약성 때문에 보호의 대상이 되며, 따라서 그들의 특수한 상황을 고려하여 장애아동에 대한 서비스는 보호를 목적으로 장애아동이 아무런 불편 없이 쉽게 교육시설에 접근할 수 있도록 제공되어야 할 것이다.

라. 이 사건 진정을 살펴 보건대, 결국 장애아동을 위하여 설립된 ○○학교가 위와 같은 관점에서 장애아동이 접근 가능한 편의를 제공하고 있는 지, 그리고 그 결과 장애아동의 학습권이 비장애아동들에 비하여 제약되고 있는 지 여부에 따라 차별여부가 판단될 것이다.

이에 대하여 피진정인은 비록 만족스럽지는 못하지만 ○○학교에서 장애학생들을 위해 4대의 통학버스를 운행하고 있으며 다만, 주어진 예산으로는 제공되는 서비스도 제한적일 수밖에 없어 장애학생의 집까지 운행하지 않는 현재의 통학버스 운영체제가 불편한 것은 사실이지만 그렇다고 하여 이것이 교육시설 이용에 있어 장애학생을 차별하는 정도는 아니라고 주장한다. 그러나 장애아동에 대하여 교육에 있어서 보장되어야 할 권리는 비장애학생들과 동등한 조건에서 교육받을 환경의 제공이라는 조건을 충족시킬 것을 요구하고 있고, 단지 서비스가 제공되고 있는지의 여부가 아니라, 그 서비스가 실질적으로 장애아동의 학습권 보장에 적합한 내용인지를 보아야 한다.

이러한 관점에서, 피진정인의 통학버스 서비스제공은 형식상으로는 통학을 위한 편의를 제공한다고 하나, 그 내용을 살펴 볼 때에 ○○학교의 통학버스 승하차장이 집에서 7킬로미터 이상 30킬로미터까지 떨어진 학생이 19명에 이르고 있는 점, 이에 따라 다수의 학생이 집에서 상당히 떨어진 장소에서 승하차를 하여야 하는 점, 비장애학생과 달리 장애학생이 독립적으로 해당 거리를 무사히 걸어서 집까지 올 것이라고 기대하기 어려운 점, 그로 인하여 비록 교통비가 일부 지급되기는 하나 대다수의 부모들이 생업을 중단하고 통학버스 승하차장에서 매일같이 기다리면서 학생들의 등하교를 보조하거나 보조하기 위한 비용을 지출해야 한다는 점 등을 고려할 때에, 장애아동에 대한 학습권 보장이 제대로 이루어지고 있다고 보기 어렵다.

결론적으로, 현재 피진정인이 취하고 있는 통학버스 운행방식은 특수교육대상자의 취학을 위한 적절한 편의제공이라 볼 수 없는 바, 장애학생을 위한 정당한 편의제공이 없는 제도와 관행은 장애인에 대한 차별로서 그 시정이 요구된다 할

것이다.

6. 결 론

따라서 ○○학교가 현재와 같이 통학버스를 장애학생의 집까지 운행하지 않고 집에서 멀리 떨어진 곳에 장애아동을 승하차시킴으로 인하여 실질적인 교육학습권을 보장하지 못하고 있는 것은 교육에 있어서 장애학생의 평등권을 침해한 차별행위로 판단되므로, 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2006. 12. 11.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 김호준 위원 신혜수 위원 윤기원

[별지] 관계법령

1. 교육기본법

제2조(교육이념) 교육은 홍익인간의 이념아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하게 함을 목적으로 한다.

제4조(교육의 기회균등) 모든 국민은 성별, 종교, 신념, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에 있어서 차별을 받지 아니한다.

제8조(의무교육) ① 의무교육은 6년의 초등교육 및 3년의 중등교육으로 한다.

② 모든 국민은 제1항의 규정에 의한 의무교육을 받을 권리를 가진다.

2. 초·중등교육법

제12조(의무교육) ① 국가는 교육기본법 제8조제1항의 규정에 의한 의무교육을 실시하여야 하며, 이를 위한 시설의 확보 등 필요한 조치를 강구하여야 한다.

② 지방자치단체는 그 관할구역안의 의무교육대상자 전원을 취학시키는데 필요한 초등학교 및 중학교와 초등학교 및 중학교의 과정을 교육하는 특수학교를 설립·경영하여야 한다.

③ 지방자치단체는 지방자치단체가 설립한 초등학교·중학교 및 특수학교에 그 관할구역안의 의무교육대상자 전원을 취학시키는 것이 곤란한 경우에는 인접한 지방자치단체와 협의하여 합동으로 초등학교·중학교 또는 특수학교를 설립·경영하거나, 인접한 지방자치단체나 국립 또는 사립의 초등학교·중학교 또는 특수학교에 위탁하여 의무교육대상자의 일부에 대한 교육을 실시할 수 있다.

2. 특수교육진흥법

제1조(목적) 이 법은 특수교육을 필요로 하는 사람에게 국가 및 지방자치단체가 적절하고 고른 교육기회를 제공하고, 교육방법 및 여건을 개선하여 자주적인 생활능력을 기르게 함으로써 그들의 생활안정과 사회참여에 기여함을 목적으로 한다.

제12조(취학편의 등) ① 특수학교는 특수교육대상자의 취학편의를 위하여 기숙사를 설치·운영하거나 통학버스를 운행하여야 한다.

㉔ 2007. 3. 28.자 06진차418 결정 [장애를 이유로 한 교육시설의 이용 차별]

- 【1】** 피진정인 ○○고등학교장 및 △△고등학교장에게 특수학급을 설치하여 장애학생을 위한 통합교육 환경을 마련할 것을 권고
- 【2】** 피진정인 서울특별시교육감에게 통합교육 및 특수학급 설치에 대한 지도감독을 철저히 할 것을 권고

【결정요지】

피해자 학부모들의 장애학생 자녀들이 휠체어를 사용하지 아니하며 혼자서도 등교 및 하교가 가능하므로 특수학급을 1층에 설치하거나 이동통로의 턱제거 및 미끄럼방지, 화장실 손잡이 개선 등과 같은 편의시설은 서울특별시교육청의 예산지원을 받아 점진적으로 확충이 가능하며,

다른 학교의 사례를 살펴보면 처음부터 특수학급 설치를 위한 교실 공간이 별도로 없더라도 학교 여건에 따라 학년별 특수학급을 1개의 통합학급으로 운영도 가능하며, 서울특별시교육청이 특수학급 설치에 필요한 교사, 교구(教具), 교재 등에 필요한 예산을 지원하고 있음을 볼 때 ○○고등학교장 및 △△고등학교장이 진정인의 특수학급 설치 요구를 받아들이지 아니하는 것은 교육에 있어 장애 학생들을 차별하는 행위로 판단됨

【참조조문】 「헌법」 제31조 「장애인복지법」 제18조 제5항 「교육기본법」 제4조 「특수교육진흥법」 제15조 제1항 법 시행규칙 제7조 제1항

【진 정 인】 장애인교육권연대 대표 윤○○

【피 해 자】 장○○ 외 19인

- 【피진정인】**
1. ○○고등학교장
 2. △△고등학교장
 3. 서울특별시교육감

【주 문】

1. 피진정인 ○○고등학교장 및 △△고등학교장에게 특수학급을 설치하여 장애 학생을 위한 통합교육 환경을 마련할 것을 권고한다.
2. 피진정인 서울특별시교육감에게 통합교육 및 특수학급 설치에 대한 지도감독을 철저히 할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피해자들은 서울특별시 은평구에 소재한 ○○중학교, △△중학교 및 서대문구에 소재한 ××중학교에 재학중인 장애학생의 학부모들(이하 “피해자 학부모들”이라 한다)이다. 피해자 학부모들은 장애학생 자녀들을 거주지에서 가까운 은평구에 소재한 공업계고등학교인 ○○고등학교 및 △△고등학교에 진학시키기 위해 이들 학교에 특수학급 설치를 요청하였고 감독기관인 서울특별시교육청에도 요청하였다. 그러나 이들 고등학교는 학교 여건이 어렵다는 이유로 특수학급 설치를 거부하였는 바, 이는 장애를 이유로 한 차별이다.

2. 당사자 주장

가. 진정인 및 피해자

진정요지와 같다.

나. 피진정인

(1) ○○고등학교장

(가) 학교 건물이 40년된 노후 건물이어서 장애학생들을 위한 여러가지 편의 시설 설치가 불가능하고 교실 등 현재 여건이 미비하기 때문에 향후 학교 건물을 신축할 때 특수학급을 설치하여 운영하는 것이 바람직하다.

(나) 또한 실습에 사용하는 기계는 주로 중장비 기계, 고속으로 작동하는 컴퓨터기기, 무거운 측량기계, 복잡한 컴퓨터 회로 프로그램으로 형성된 기계들이다. 이들 기계는 다루기 힘들고 위험하며 고가이어서 장애학생들이 이러한 기계로 실습하기가 어렵다.

(2) △△고등학교장

(가) 학교 건물이 33년된 노후 건물이며 은평뉴타운 개발과 관련하여 다른 부지에 학교를 신축하거나 이전할 수도 있는 상황이기 때문에 특수학급 설치가 어렵다.

(나) 또한 장애학생을 위한 시설, 교구(教具), 교실 등 제반여건 및 예산이 갖추어지지 아니하여 특수학급 설치가 어렵다. 특수학급 설치에 교사 확보와 많은 예산이 들어가는 문제이므로 학교단위별로 운영되는 것 보다는 교육청 차원에서 장애학생의 특성에 맞추어 각 구(區) 및 각 학교별로 특성화하여 운영될 필요가 있다.

(3) 서울특별시교육감

(가) 서울특별시교육청은 매년 관내 모든 학교를 대상으로 장애학생 현황 및 특수학급 설치 희망을 조사하여 특수학급 설치 수급계획을 수립하고 있다. 특수학급의 신·증설에 대해서는 일반학급의 신·증설에 우선하여 행정적·재정적 지원을 하고 있는 바, 통합교육 환경 조성을 위한 교사 등 인력지원 및 특별예산 지원은 물론이고 재학중인 장애학생에게는 수업료, 입학금, 교과서 대금, 학교운영지원비, 무료 중식지원, 수련활동 지원, 방과후 활동비 지원 등 일체의 학교 교육비를 우선적으로 지원하고 있다.

(나) 피해자 학부모들이 ○○고등학교 및 △△고등학교의 특수학급 설치를 요구한 즉시 수차례 이들 고등학교에 특수학급 설치를 협조 요청하였으나 학교 제반 여건을 이유로 난색을 표명하였다. 한편 이들 학교는 사립계 고등학교이기 때문에 서울특별시교육청이 특수학급 설치를 강제하기가 어렵다.

3. 관계법령

[별지] 기재와 같다.

4. 인정사실

가. 피해자 학부모들은 중학교에 재학중인 장애학생 20명의 학부모들로, 이들의 장애학생 자녀들은 정신지체(16명), 발달장애(3명) 및 다운증후군(1명)을 가지고 있다. 이들 장애학생들 중 11명은 서울특별시 은평구 ○○동에 소재한 ○○중학교에, 2명은 같은 구에 있는 △△동에 소재한 △△중학교에, 7명은 서대문구 ××동에 소재한 ××중학교에 재학중이다.

나. 피해자 학부모들은 장애학생 자녀들을 공업계고등학교에 진학시키기 위해 2005. 9.경 ○○에, 2006. 5.경 △△고등학교에 특수학급 설치를 요청하였고, 감독기관인 서울특별시교육청에도 요청하였다. 그러나 이러한 요청을 받은 ○○고등학교 및 △△고등학교는 학교건물의 노후화 등의 이유로 특수학급 설치가 곤란함을 설명하고 관할 교육청에 특수학급 설치 요청을 하지 아니 하였다.

다. 피해자 학부모들이 ○○고등학교 및 △△고등학교를 선택하여 특수학급 설치를 요청한 이유는, 이들의 장애학생 자녀들이 대학입시를 준비하는 인문계 고등학교에 진학하는 것 보다는 공업계고등학교에 진학하여 각자의 능력에 맞는 직업교육을 받아 졸업 후 취업할 수 있고, 주로 정신지체 및 발달장애로 가까운 거리는 이동이 가능하지만 먼 거리는 이동이 어려우며, 고등학교에 진학해서도 지속적으로 특수학급에서 실시되는 통합교육이 필요하기 때문이다.

라. 피해자 학부모들의 장애학생 자녀들의 거주지는 은평구(14명) 및 서대문구(6명)이고, ○○고등학교 및 △△고등학교의 소재지는 은평구로, 이들 고등학교의 소재지는 피해자 학부모들의 장애학생 자녀들의 거주지에서 가까운 곳이다.

마. 서울특별시에 소재한 실업계고등학교 중 특수학급이 설치되어 있는 학교는 노원구에 소재한 경기기계공업고등학교, 양천구에 소재한 서울경영정보고등학교, 송파구에 소재한 송파공업고등학교 3개 학교밖에 없으며, 이들 고등학교 소재지는 피해자 학부모들의 장애학생 자녀들의 거주지에서 먼 곳이다.

바. ○○고등학교는 사립 공업계고등학교로 1968년부터 학교건물을 사용하기

시작한 후 증축, 개축 및 리모델링을 통해 학교건물을 관리해 오고 있으나 향후 학교건물을 신축할 구체적인 일정이나 계획은 없다. 전체 학생수는 870명으로 경증의 정신지체 장애학생 6명이 재학중이고, 장애학생을 위한 특수학급은 설치되어 있지 않다.

사. △△고등학교는 학교건물이 33년 전에 건축된 것으로 지속적인 개보수를 통해 관리해 오고 있다. 학교지역이 은평뉴타운 개발지역에 포함되어 있지만 아직까지 학교의 재건축이나 이전이 논의 중에 있는 상태이며 구체적인 일정과 시기가 정해진 것은 아니다. 전체 학생수는 720명으로 경증의 지체장애 및 근위축 장애학생 4명이 재학중이며, 장애학생을 위한 특수학급은 설치되어 있지 않다.

5. 판 단

가. 「헌법」 제31조는 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가지고 있다고 규정하고 있고, 「장애인복지법」 제18조 제5항은 모든 교육기관은 교육대상 장애인의 입학 및 수학 등에 있어서 장애의 종류별 및 정도에 적합한 편의를 제공하기 위하여 시설의 정비 기타 필요한 조치를 강구하여야 한다고 규정하고 있다.

「교육기본법」 제4조는 모든 국민은 성별, 종교, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별받지 아니한다고 규정하고 있다. 「특수교육진흥법」 제15조 제1항은 일반학교의 장은 특수교육대상자 또는 그의 보호자나 특수교육기관의 장이 통합교육을 요구하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다고 규정하고 있으며, 같은 법 시행규칙 제7조 제1항은 각급 학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애의 영역, 장애의 정도 및 능력에 따라 입학전형에 필요한 편의를 제공하거나 별도의 시설을 설치하여야 한다고 규정하고 있다.

나. 교육받을 권리는 장애인이 비장애인과 같이 진정한 사회인으로 성장하고 발전하기 위한 기본적이고 필수적인 권리이며, 특히 장애인에게 있어서 교육은 장애인이 자주적인 생활능력을 기르고 사회참여를 할 수 있도록 하는 사회통합의 중요한 통로이다.

이에 기반한 통합교육은 특수교육대상자인 장애학생들의 정상적인 사회적응능

력의 발달을 위하여 장애학생을 일반학교 교육에서 배제하지 않고 그들의 욕구를 지원하면서 일반학교에서 교육하는 것이다. 이는 기본적으로 장애인도 비장애인과 같은 인권을 존중받아야 하며 사회정의 측면에서 동일하게 교육받아야 한다는 철학과 이념에 바탕을 둔 것이다.

이와같이 장애학생에 대한 교육이 실질적으로 이루어지기 위해서는 통합교육을 실시하기 위한 특수학급 및 편의시설의 설치 등 교육환경이 마련되어야 함은 물론이고 먼 곳으로의 이동이 어려운 장애학생이 가까운 곳에 위치한 학교에서 교육을 받을 수 있는 조치도 필요하다 하겠다.

이 사건에서 보듯이 피해자 학부모들의 장애학생 자녀들이 진학하고 싶은 공업계고등학교를 보면 거주지에서 가까운 곳에 소재한 고등학교에는 특수학급이 설치되어 있지 아니하고, 특수학급이 설치되어 있는 고등학교는 거주지에서 멀리 떨어진 곳에 위치해 있는바, 이는 사실상 교육에 있어 장애를 이유로 하여 이들 장애학생 자녀들이 차별받고 있다고 보아야 할 것이다.

다. 피진정인 ○○고등학교교장 및 △△고등학교장의 주장에 대한 검토

(1) 학교건물이 노후 건물이어서 장애학생을 위한 편의시설을 설치할 여건이 안되기 때문에 특수학급 설치가 어렵다는 ○○고등학교장의 주장과 학교건물이 노후 건물이고 은평뉴타운 개발과 관련하여 신축 또는 이전할 수 있기 때문에 특수학급 설치가 어렵다는 △△고등학교장의 주장에 대해 살펴본다.

(가) 2002년도에 개정된 「특수교육진흥법」에서는 각급 학교의 장이 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률」(이하 “편의증진법”이라 한다)에 따라 편의시설을 설치하도록 의무화함으로써 각급 학교에 편의시설을 설치하도록 하였다. 그러나 각급 학교의 부담 경감을 위하여 당시 특수학급이 설치된 학교는 2004년부터 3년 이내에 편의시설을 설치하도록 하였고, 특수학급이 설치되지 않은 일반학교의 경우에는 초등학교부터 단계적으로 편의시설을 설치하도록 하였다.

(나) ○○고등학교 및 △△고등학교가 노후된 건물이어서 대형공사가 필요한 엘리베이터나 리프트 등과 같은 편의시설 설치에 어려움이 있을 수 있다 하겠다. 그렇다고 하더라도 현재 이들 고등학교에 특수교육대상자인 장애학생이 재학중이고, 피해자 학부모들의 장애학생 자녀들이 휠체어를 사용하지 아니하며

혼자서도 등교 및 하교가 가능하므로 이들을 위해 특수학급을 1층에 설치하거나 이동통로의 턱제거 및 미끄럼방지, 화장실 손잡이 개선 등과 같은 편의시설 설치하는 가능하며, 서울특별시교육청에 특수학급 설치를 요청하면 예산을 지원받아 점진적으로 편의시설을 개선할 수 있다.

또한 △△고등학교의 은평뉴타운 개발과 관련한 학교 신축 또는 이전 계획은 논의 중에 있고 단기적으로 결정될 사항이 아니며 아직까지 결정되지 않은 사항이다. 따라서 ○○고등학교장 및 △△고등학교장의 주장은 합리적인 사유가 되지 못한다.

(2) 실습에 사용하는 기계가 다루기 힘들고 위험하며 고가이어서 장애학생들이 이러한 기계로 실습하기가 어렵다는 ○○고등학교장의 주장에 대해 살펴본다.

○○고등학교는 특수교육대상자인 장애학생들에 대해 개별적 상담 및 지도, 적절한 편의를 제공하여 이들이 실습교육을 받을 수 있는 교육환경을 만들고자 노력해야 함에도 불구하고 비장애학생과 같은 기준에서 장애학생이 기술교육 실습이 어렵다고 판단하는 것으로 이는 장애인에 대한 잘못된 편견에서 비롯된 것이다. 따라서 ○○고등학교장의 주장 역시 특수학급을 설치할 수 없는 합리적인 사유가 되지 못한다.

(3) 장애학생을 위한 교실, 교구(教具), 교재 등 제반여건 및 예산이 갖추어지지 아니하여 특수학급 설치가 어렵다는 ○○고등학교 및 △△고등학교장의 주장에 대해 살펴본다.

○○고등학교 및 △△고등학교가 교실을 일반교실, 실험·실습실, 교무실·교장실·행정실 등 관리실, 과학실, 음악실, 미술실, 특별활동실 등으로 이미 사용하고 있어 교실 여건이 충분하지는 않다. 그러나 은평지역의 다른 학교의 사례에서 보듯이 지금까지 기존 학교에서 특수학급을 설치할 때 학교내에 처음부터 특수학급 설치를 위한 교실 공간이 별도로 있어서 설치되었던 것은 아니고, 현재 학교 여건에 따라서는 학년별 특수학급을 1개의 통합학급으로 운영도 가능하며, 향후 장애학생의 실업계고등학교 입학수요를 감안할 때 학교측에서 특수학급 설치에 적극 협조할 필요가 있다. 또한 서울특별시교육청이 특수학급 설치에 필요한 교사, 교구(教具), 교재 등에 필요한 예산을 지원하고 있다. 따라서 이점

에 관한 ○○고등학교장 및 △△고등학교장의 주장은 특수학급 설치가 어렵다는 합리적인 사유가 될 수 없다.

라. 서울특별시교육감의 책임에 대해 살펴보면, 서울특별시교육청이 피해자 학부모들의 ○○고등학교 및 △△고등학교의 특수학급 설치 요청에 대해 이들 고등학교에 협조 요청을 하였다. 그러나 현실적으로는 이들 장애학생 자녀들이 실업계고등학교 진학이 어렵게 되었고 앞으로도 이들 고등학교를 포함한 실업계고등학교들이 특수학급을 설치하지 않을 경우 장애학생들이 교육에서 배제되어 차별받을 가능성은 크다 하겠다. 따라서 서울특별시교육감은 관리감독 기관으로서의 책임을 다하였다고는 보기 어려운바, 향후 이러한 차별이 일어나지 않도록 통합교육 및 특수학급 설치에 대한 지도감독을 철저히 해야 할 책임이 있다고 본다.

마. 위 사항을 종합해 보면, ○○고등학교장 및 △△고등학교장이 진정인의 특수학급 설치 요구를 받아들이지 아니하는 것은 교육에 있어 장애학생들을 차별하는 행위로 판단되며, 서울특별시교육감은 이 사건과 같은 차별이 일어나지 않도록 지도감독을 철저히 할 책임이 있다고 판단된다.

6. 결 론

따라서 이 사건의 피진정인들의 행위는 장애인의 평등권을 침해한 차별행위에 해당되므로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호에 따라 주문과 같이 결정한다.

2007. 3. 28.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 김호준 위원 신혜수 위원 윤기원

[별지] 관계법령

1. 헌법

제11조(평등권) ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

제31조(교육을 받을 권리·의무) 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가지고 있다.

2. 장애인복지법

제4조(장애인의 권리) ① 장애인은 인간으로서의 존엄과 가치를 존중받으며, 이에 상응하는 처우를 받는다.

제8조(차별금지등) ① 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니된다.

제18조(교육) ⑤ 모든 교육기관은 교육대상 장애인의 입학 및 수학 등에 있어서 장애의 종류별 및 정도에 적합한 편의를 제공하기 위하여 시설의 정비 기타 필요한 조치를 강구하여야 한다.

3. 교육기본법

제4조(교육기회의 균등) 모든 국민은 성별, 종교, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별받지 아니한다.

4. 특수교육진흥법

제15조(통합교육) ① 일반학교의 장은 특수교육대상자 또는 그의 보호자나 특수교육기관의 장이 통합교육을 요구하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

5. 특수교육진흥법 시행규칙

제7조(입학전형 및 수학편의의 제공 등) ① 각급 학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애의 영역, 장애의 정도 및 능력에 따라 입학전형에 필요한 편의를 제공하거나 별도의 시설을 설치하여

야 한다.

6. 초·중등교육법

제57조(특수학급) 고등학교 이하의 각급 학교에 관할청의 인가를 받아 특수교육을 필요로 하는 학생을 위한 특수학급을 둘 수 있다.

㉔ 2006. 11. 28.자 06진차449 결정 [학급 회장 자격 제한 차별]

중학교 학급 회장의 자격을 학업 성적이 80점 이상인 자로 제한한 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)

【결정요지】

○○여자중학교가 「학급 정·부회장 선출 규정」에 의거, 학급 회장의 자격을 학업 성적이 80점 이상인 자로 제한한 것에 대해, 학교 측은 설문조사를 통해 수집된 학부모와 교사의 의견을 존중하여 해당 제한을 했다고 주장함. 그러나 ○○여자중학교의 「학급 정·부회장 선출 규정」은 학생의 자치활동 능력을 배양하기 위해 밝고 명량한 학급 분위기를 조성할 수 있는 학생을 선출하는 것에 그 목적을 두고 있는바, 따라서 80점 미만의 학업 성적을 가진 학생은 해당 목적을 달성할 품성과 능력을 갖추지 못했다고 일률적으로 재단할 근거가 없다고 판단됨. 또한 학교 측이 이 선출 규정을 정하기 전에 학생들을 대상으로 한 설문조사에서 응답자의 71%가 학급회장 자격을 학업 성적으로 제한하는 것에 반대하는 사실에 비추어 볼 때, 학교 측의 주장은 「교육기본법」이 강조하는 ‘교직원·학생·학부모 등에 의한 학교 운영 참여’에 있어서 학생들의 입장을 반영하지 않았으므로 적절한 주장이라고 볼 수 없음. 이에 따라 학급 회장의 자격을 학업 성적이 80점 이상인 학생으로 제한한 것은 합리적 이유가 없는 차별행위로 판단되므로, ○○여자중학교 교장에게 ‘학업 성적 80점 이상인 자’를 학급 회장으로 선출하도록 한 규정을 삭제할 것을 권고함.

【참조조문】 「헌법」 제11조

【진 정 인】 김○○

【피진정인】 ○○여자중학교 교장

【주 문】

피진정인에게 ○○여자중학교의 「학급 정·부회장 선출 규정」 제2조 제1호의 내용 중 ‘(학급 회장은 학업 성적이 80점 이상인 자)’를 삭제할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○여자중학교의 「학급 정·부회장 선출 규정」 제2조 제1호의 규정에 의하면, 학급 회장의 자격은 학업 성적이 80점 이상이 되어야 하는바, 이는 학생의 권리를 제한하는 차별적 조항이므로 폐지되어야 한다.

2. 당사자 주장요지

가. 진정인

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인

2005년도 학교 평가 및 2006년도 교육계획 수립을 위한 설문지 조사내용 중 학급회장 선출에 일정한 자격기준을 두어야 한다는 의견수렴 결과, 아래와 같은 학부모와 교사의 의견을 모아 학생회장 자격을 제한(학업성적 80점 이상인 자)한 것이다.

구분	조사인원(명)	찬성인원(명)	찬성율(%)
학부모	69	35	50.7
교사	36	27	75

3. 인정사실

가. ○○여자중학교의 2005년도 학교 평가 및 2006년도 교육계획 수립을 위한 설문지 조사 내용 중 학급회장에 대해서는 일정한 자격제한을 하여야 하는지에 대한 학부모·교사·학생의 의견수렴 결과는 다음과 같다.

구 분	조사인원(명)	찬성인원(명)	찬성율(%)
학부모	69	35	50.7
교 사	36	27	75
학 생	210	61	29
합 계	315	123	39

나. ○○여자중학교의 「학급 정·부회장 선출 규정」 제1조 및 제2조 제1호의 규정은 다음과 같다.

제1조 (목적) 학생의 자치활동 능력을 배양하기 위하여 밝고 명랑한 학급 분위기를 조성할 수 있는 능력을 갖춘 학생을 공정하게 선출함을 목적으로 한다.

제2조 (자격)

1. 품행이 단정하고 지도력이 있으며, 타의 모범이 되는 자
(학급 회장은 학업 성적이 80점 이상인 자)
2. 내지 4. (생략)

4. 판 단

「헌법」 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에 평등하고, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 않는다고 규정하고 있고, 「국가인권위원회법」 제2조 제4호 다목은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이 등을 이유로 교육시설의 교육·훈련과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 “평등권침해의 차별행위”로 정의하고 있다.

학생이 학생의 신분으로서 학교생활의 자치활동에 적극 참여하고 그 참여의 일환으로 학급임원으로 활동할 기회를 갖는 것은 학생이 누려야 할 중요한 권리이다. 따라서 학급임원의 선출시 지원자격요건을 부여하게 된다면, 그 자격요건을 정함에 있어서 자치활동의 주체인 학생들의 자율성을 최대한 존중하고 민주적인 의견수렴의 절차를 거쳐야 하며, 부여되는 요건 또한 선출하고자 하는 학급임원에게 요구되는 자질과 품성에 부합하는 요건으로 한정하여 학생의 자치활동 참여권이 합리적 근거 없이 제한받거나 그로 인해 특정그룹의 학생들이 학생

자치활동에 있어서 차별받는 결과가 발생하지 않도록 하여야 할 것이다.

그런데 이 사건 ○○여자중학교의 「학급 정·부회장 선출 규정」을 살펴보면 그 선출규정의 목적을 학생의 자치활동 능력을 배양하기 위하여 밝고 명량한 학급 분위기를 조성할 수 있는 능력을 갖춘 학생을 공정하게 선출하는 것에 두고 있는바, 학업성적 80점이 되지 아니하는 학생은 그와 같은 선출규정의 목적을 달성할 품성과 능력을 갖추지 못하였다고 일률적으로 재단할 근거가 없다고 할 것이다. 특히 오늘날의 교육 이념은 교육과정에서의 학생의 주체성을 적극 인정하고 있고, 위 인정사실에서 밝혀진 바와 같이 당시 이 사건 규정을 정하기 전에 학생들을 대상으로 한 설문조사에서 ○○여자중학생의 71%가 학생회장 자격을 학업성적으로 제한하는 것에 반대한 사실에 비추어 보면,

“학업성적에 의한 학급 회장 자격 제한이 정당하다”라는 피진정인의 주장은, 교육 및 학급 자치활동의 주체인 학생의 의견을 반영하지 아니하고 일방적으로 교사와 학부모의 의견만을 반영한 것으로서, 「교육기본법」 제5조 제2항에 규정된 교직원·학생·학부모 등에 의한 학교운영에의 참여 및 학교운영의 자율성 존중 측면에서 보편타당한 주장이라고 볼 수 없어 설득력이 없는 주장이라 할 것이다. 다시 말하면, 이와 같은 피진정인의 주장은 학급 회장 자격을 학업성적으로 제한한 행위에 대한 합리적 이유가 되지 못한다고 판단된다.

5. 결 론

따라서, 피진정인이 학급 회장의 자격을 학업 성적 80점 이상으로 제한한 것은 평등권 침해의 차별행위에 해당하므로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2006. 11. 28.

국가인권위원회 차별시정위원회
위원장 김호준 위원 신혜수 위원 윤기원

㉓ 2008. 5. 19.자 07진차459 결정 [성적우수자반 운영으로 인한 학생 인권 및 평등권 침해]

고등학교에서 특정과목의 학업성적을 기준으로 상시적으로 성적 우수자반을 편성하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)

【진 정 인】 ○○○

【피진정인】 ○○고등학교 등 10개 학교장

【주 문】

1. 피진정인 ○○고등학교장 등 10개 학교장들에게 특정과목의 학업성적이라는 일률적인 기준에 의하여 상시적으로 성적우수자반을 편성하는 것은 합리적 이유 없이 학생들의 평등권을 침해하는 차별행위이므로 현재 실시하고 있는 성적우수자반 제도를 시정하되, 학생들의 의견을 청취하여 학생들로 하여금 자신의 학습 성취도와 적성 및 취향에 맞추어 교육의 기회와 내용을 부여받을 수 있도록 다양한 방안을 강구할 것을 권고한다.

2. 피진정인 ○○도교육감에게 현재 피진정인들이 운영하고 있는 성적우수자반이 시정될 수 있도록 관리감독을 강화할 것과, ○○도내 학생들에게 학업성취도, 적성 및 취향에 따라 합리적 기준에 의하여 균등한 교육 기회가 부여 될 수 있는 프로그램을 개발하거나 교육지원을 하는 등의 방안을 강구할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○고등학교 등 ○○지역 10개 고등학교에서는 성적순으로 학생들을 선발한 후에 각 학년별로 1~2개의 성적우수자반(이하 '우수반'이라고 함)을 편성하여 일반학급과 구분하여 운영하고 있다. 이로 인해 학생들은 자존감의 상실, 열패감 등을 느끼고 있으며, 전체 학생들이 우수반으로 인하여 인권 침해 또는 차별을 당하고 있으니 이에 대한 시정을 바란다.

2. 당사자 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 별지 1목록 피진정인 1 내지 10(○○고등학교장 외 9개 학교장)

교육환경이 열악한 ○○도 ○○, ○○, ○○, ○○ 관내 고등학교들은 타 도시보다 기초학력이 떨어지고 성취의욕 부족으로 학업에 대한 열의가 없는 편이다. 이러한 실정에서 내신 성적이 좋은 학생들은 대부분 다른 도시로 나가고 소수의 학생들만 관내 학교에 지원하고 있어, 성적이 좋은 학생들과 기초학력이 부족한 학생들을 구분하고 각자에 맞는 수준별 수업을 실시하는 것이 절실히 요구되는 실정이다.

이는 학생들에게 각자의 수준에 맞는 학습 기회를 제공함으로써 학생들의 자기 주도적 학습능력을 향상시키고 성취감을 얻게 하여 학교생활에 충실하도록 하고, 아울러 기초학력이 부족한 학생들이 획일화된 학습 진도와 수업 수준에 적응하지 못하여 생기는 학습 불만과 소외감을 해소하기 위함이다.

다. 피진정인 ○○도 교육감

향후 정규 교육과정에 교과 중심의 우수반을 실시하는 학교에 대하여 우수반을 편성하지 않도록 지속적으로 지도하겠다. 또한 수준별 교육과정 및 선택중심 교육과정에서는 단위학교의 교육과정 편성·운영권을 훼손하지 않는 범위에서 인성교육과 학력제고의 조화로운 교육이 실현되도록 장학활동을 지속적으로 실시하겠다.

3. 관계법령

별지기재와 같다.

4. 인정사실

진정서 및 답변자료, 위원회의 조사결과에 따르면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 우수반 학생 선발방식은 1학년의 경우 대부분 반편성고사, 선발고사를 합산하여 학기 초에 편성하고 있고, 2·3학년의 경우 전년도 교내고사, 전국학력평가를 합산하여 성적우수자를 우수반으로 편성하고 있었다.

피진정 학교들의 우수반 편성 현황 및 선발방식은 다음 표와 같다.

학교명	2007. 4. 현재	
	우수반 편성 현황	선발방식
○○고	1학년 - 1개 학급	1학년: 반 배치고사(국,영,수)
○○고	1·2·3학년 - 각 2개 학급	1학년: 반별고사(영, 수), 2학년·3학년: 교내시험+학력평가
○○고	1·2·3학년 - 각 1개 학급	1학년: 반별고사(영, 수), 2학년·3학년: 교내시험+학력평가
○○고	1·2·3학년 - 각 2개 학급	1학년: 반별고사(영, 수), 2학년·3학년: 교내시험+학력평가
○○고	1·2·3학년 - 각 1개 학급	1학년: 고입석차+배치고사
○○고	1학년 - 1개 학급	1학년: 고입석차+배치고사
○○고	1·2·3학년 - 각 1개 학급	1학년: 반별편차고사(국,영,수)+내신성적 결과 2~3학년: 진단평가(국영수) + 모의고사
○○고	1·2·3학년 - 성적우수 각 2개, 준우수 각 2개, 평반 각 4개 학급	1·2·3학년: 성적우수 각 2개, 준우수 각 2개, 평반 각 4개 학급
○○고	1·2·3학년 - 성적우수 각 1개 학급	1학년: 반편성고사 +선발고사 2·3학년: 인문계: 정기고사+전국학력평가
○○고	1학년 - 1개 학급	1학년: 반편성고사+선발고사

나. 국가인권위원회가 ○○도 지역 4개 학교에 대해서 현지조사를 한 결과 일부 학교에서는 우수반 학생들에게 별도의 교사용 문제집을 제공하고, 보충수업이나 논술수업을 추가로 실시하고 있었으며, 보통반과 달리 영, 수 과목 위주의 심화학습을 실시하는 학교도 있었다. 국, 영, 수 중심의 교사가 담임교사로 배치되는 경우가 많고 교사의 연령대도 30대 초반에서 40대 초반으로 비교적 젊은

교사가 배치되고 있는 학교도 있었다. 우수반의 교실 환경도 보통반에 비하여, 교실바닥에 좋은 재료를 사용하였다거나, 질관조명이 밝고, 반별인원이 적어 공간 활용이 유리한 점 등 상대적으로 더 나은 학습 환경에서 수업을 하고 있었다. 또한 동문회의 별도 지원금이 지급되고 이는 교사들에 대한 야간학습 수당 또는 식식제공 등으로 활용되는 학교도 있었다. 보통반에 속한 학생들에 대한 면담조사 결과, 우수반 편성으로 인한 스트레스나 열패감을 느끼고 있다고 하였고, 우수반에 속한 학생들도 성적이 떨어져 다음 학년에 보통반으로 편성될 것을 걱정하고 있었다.

다. 우수반과 보통반의 분리로 인하여 학생들에게 야기하는 심리적 위축으로 인한 정신적 외상이 있는지에 관하여, 현장조사결과 실제로 교사들이 보통반 아이들을 차별하는 발언을 하거나 우수반 학생들도 성적이 떨어질까 진진공공하는 모습을 보이는 등 해당 학생들에게 정신적 외상이 존재하는 것으로 인정되었다.

라. 우수반 설치여부에 대해 피진정 학교들은 교사, 학부모들에게 의견을 청취하였다고 주장하나 객관적인 자료를 제출하지 못하였으며, 우수반 편성과 배치 시에 당사자인 학생들의 의견을 묻거나 반영한 사례는 찾을 수 없었다.

5. 판 단

국가 혹은 지방자치단체에 의하여 시설이 설치되고 운영되는 공교육은 「헌법」 제31조 제1항에 따라 모든 학생들에게 그 능력에 따라 균등하게 제공되어야 하며, 「교육기본법」 제2조의 교육이념에 맞게 구체화되어야 한다. 즉 학교 등 교육기관은 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성의 요청에 따라 교육내용이나 교육방법, 교육체계의 운영에 대하여 상당한 재량권을 가지지만, 이 재량권은 “인격의 도야”, “자주적 생활능력의 함양”, “민주시민으로서 필요한 자질의 구비”를 위해 사용되어야 하며 모든 교육과정 및 교육시설, 교육체계는 이러한 교육목적의 실현을 위하여 합리적이고 효율적으로 구성되어야 한다.

학교는 단순히 지식을 습득하고 좋은 학업성적만을 얻기 위한 장이 아니라, 다양한 생활환경과 문화적 배경을 가진 또래의 아이들이 어울려 자신의 정체성을 형성하고 구현하는 인격적 성장의 공간이다. 청소년은 무한한 잠재력을 가지고 있으며 이는 다양한 계기를 통하여 발현되고 성장할 수 있는 것이어서 모를

지기 학교는 이러한 잠재력을 키워주는 공간이 되어야 한다. 그런데 성장기에 있는 청소년을 성적이라는 획일적인 기준에 따라 해당 과목의 수업에서 뿐만 아니라 학교생활을 함에 있어 상시적으로 분리하여 교육하는 것은 자칫 청소년들에게 잠재력의 위축, 배제감과 박탈감 및 열등감을 불러일으킬 수 있다.

비록 비평준화 지역인 ○○도 지역의 특성상 학생들의 자기 주도적 학습능력을 향상시킬 필요가 있고, 또한 기초학력이 부족한 학생들이 똑같은 수업 진도와 수준에 적응하지 못하여 생기는 학습 불만과 소외감을 해소시킬 필요가 있다고 인정하더라도, 피진정 학교들이 운영하고 있는 우수반 제도는 학생들의 배제감과 박탈감 및 열등감을 최소화함과 동시에 위와 같은 목적달성에 합리적인 범위의 교육 방안에 관한 심도 있는 고민 없이, 장기간 상시적으로 특정과목의 성적만을 기준으로 하여 학교생활의 모든 영역에서 이원화하여 분리하고 있다. 우수반 제도는 최소한 한 학년도 이상의 기간동안 성적 우수 학생과 그렇지 않은 학생을 구분하고 있으며, 해당 교과목의 학업성적수준과 관련이 있는 수업에서만 이들을 분리시키는 것이 아니라 체육·예능 혹은 기타 교과목 등의 수업은 물론 조퇴·종례, 식사 및 휴식시간, 비교과 활동시간 등 학교에서 일어나는 모든 생활 영역에 걸쳐 대상 집단을 분리시키고 있다. 피진정 학교들은 모두 국어, 영어, 수학 3과목을 중심으로 일정한 시험을 통해서 산출된 점수에 의하여 학생들을 분리하고, 분리된 학생들을 고정된 반에 1년간 편성, 배치하고 있는바, 이는 학생들의 다양한 취향과 분야별로 각기 다른 성취도를 반영하고 있지 못함과 동시에 학생들로 하여금 잠재력의 위축, 배제감과 박탈감 및 열등감을 불러일으키고 있다. 따라서 이 사건 우수반의 편성 방식은 학생들의 성취도를 반영한 수준별 교육내용을 전달한다는 원래의 목적을 달성하지 못하고 있으며 단지 현재의 입시경쟁에서 좋은 성적을 거두고자 하는 단기적 목표에만 충실하고 있는 것으로 판단된다.

따라서, 특정과목의 학업성적이라는 일률적인 기준에 의하여 상시적으로 우수반을 편성하는 것은 합리적 이유 없이 교육 시설의 이용과 관련하여 학생들의 평등권을 침해하는 차별행위에 해당한다.

또한 우수반 설치를 위한 여론조사 대상에서 당사자인 학생들을 배제한 것은 「UN아동권리협약」 제12조에서 규정하고 있는 아동의 자유롭게 견해를 표명할 권리 및 청소년의 자치권 확대를 규정하고 있는 「청소년복지지원법」 제4조의 기본취지 및 목적, 「헌법」 제10조의 행복추구권 및 제11조의 평등권이 정한 바에

부합한다고 볼 수 없다. 향후 우수반 운영에 있어 직접적인 이해 당사자인 학생들의 의견을 청취하여 학생들로 하여금 자신의 학습 성취도와 적성 및 취향에 맞추어 교육의 기회와 내용을 부여받을 수 있도록 다양한 방안을 강구하여야 할 것이다.

한편 피진정 학교들의 관리감독기관은 피진정인 ○○도교육감은 현재 피진정인들이 운영하고 있는 우수반이 시정될 수 있도록 관리감독을 강화하고, ○○도내 학생들에게 학업성취도, 적성 및 취향에 따라 합리적 기준에 의하여 균등한 교육 기회가 부여 될 수 있는 프로그램을 개발하거나 교육지원을 하는 등의 방안을 강구하여야 할 것이다.

6. 결 론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호 규정에 의하여 주문과 같이 결정한다.

2008. 5. 19.

위 원 장 안경환 위 원 최경숙 유남영 문경란 원형은 김태훈 윤기원 정재근 황
덕남 조국

관계규정

1) 헌법

○ 제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

○ 제11조제1항

모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

○ 제31조 제1항

모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

2) 교육기본법 제2조

교육은 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

3) 「UN아동권리협약」

○ 제12조

당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙정도에 따라 정당한 비중이 부여되

어야 한다.

○ 제27조

당사국은 모든 아동이 신체적, 지적, 정신적, 도덕적 및 사회적 발달에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 인정하여야 한다.

4) 참고 법령

○ UNESCO의 「교육차별금지협약(Convention against Discrimination in Education, 1960.12.14: 우리나라는 미가입) 제1조

1. 본 협약의 적용상, '차별' 이라는 말은 구별, 배타, 제한이나 또는 인종, 성, 언어, 종교, 정치적 혹은 다른 의견, 국가적, 사회적 출신성분, 경제적 조건, 출생 등에 근거하여 교육상 동등한 대우를 무효화하거나 저해하는 목적이나 결과를 갖는 특혜를 포함하며, 특히

(가) 어떠한 형태 혹은 수준의 교육을 어느 개인이나 또는 집단으로 하여금 받지 못하게 하는 것,

(나) 열등한 수준의 교육으로 어느 개인이나 집단을 제한하는 것,

(다) 본 협약 제2조 규정에 저촉되지 않는 범위 내에서 어느 사람들 혹은 집단 인들을 위한 분리된 교육제도 또는 기관을 설립하거나 유지하는 것, 또는

(라) 어느 개인 혹은 집단 인에게 인간의 존엄성에 대하여 모순되는 조건을 부과하는 것.

㉓ 2008. 5. 19. 07진차1031 결정 [인재숙 운영으로 인한 교육의 기회에 있어서의 평등권 침해]

공립기숙학원생을 특정과목의 학업성적을 선발하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)

【진 정 인】 ○○○

【피진정인】 ○○○○

【주 문】

피진정인에게 옥천인재숙 운영 전반에서 관내 학생들에 대한 차별적 결과가 발생하지 않도록 대책을 수립할 것과, 옥천인재숙을 운영함에 있어 이해당사자인 학생과 지역 주민의 의견을 충분히 반영 할 수 있는 방안을 강구하는 등 옥천인재숙의 선발방식, 운영주체, 운영방법을 공교육의 목적과 취지에 부합하도록 개선할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

옥천인재숙(이하 '인재숙'이라 한다)은 2002년 「옥천인재숙의 설립 및 운영에 관한 조례」를 근거로 설립되었으며 ○○군의 예산으로 운영되는 공립 기숙학원이다. 입사생은 군내 중학교 3학년부터 고등학교 3학년에 이르는 학생 중 각 학교별 학생수에 비례하여 각 학교의 학교장이 추천하는 선발시험 응시대상 학생 중에서, 국어, 영어, 수학(이하 '국·영·수'라 한다) 3과목 선발시험을 통해 성적순으로 매년 200명을 선발하고 있다. 군 예산이 단지 국·영·수 과목의 시험을 잘 보는 소수의 아이들에게만 집중적으로 배정, 사용됨으로 인하여 인재숙에 들어가지 못한 다른 학생들은 그와 같은 예산 사용 혜택을 받지 못하고 열패감에 시달리는 등 교육의 기회에 있어서 평등권을 침해당하고 있으므로 그 시정을 구한다.

2. 당사자 주장

가. 진정인

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인

○○군은 지속적으로 인구가 감소하는 전형적인 농촌 지역으로서 심각한 정주 인구감소 방지와 지역인재육성이 절실한 현안이 되어 왔으며 이를 해결하기 위한 방안으로서 2002년 인재숙을 설립하게 된 것이다. 인재숙이 군의 예산을 소수의 학생들에게 사용하는 하나, 어디까지나 공정한 선발시험에 의하여 군내 학생 모두에게 그 입사기회를 균등하게 개방하고 있다. 지역인재를 양성하기 위해서 입사한 학생들에 대한 교과보충교육 등 특별관리프로그램을 운영하는 것은 이미 입사단계에서 학생들에게 균등한 기회를 준 이후에 이를 통과한 학생들에게 시행되는 것이기 때문에 합리적 차별이라 생각한다.

인재숙 운영에 대해서는 군의회가 철저히 감시를 하고 있기 때문에 운영상 공공성을 확보하고 있으며 인재숙으로 인해 ○○군내 유입인구가 2005년 332명이 증가하였고, 계속하여 증가추세에 있는바, 이는 당초의 설립 목적을 성공적으로 달성하고 있다고 보여 진다. 대도시에 비하여 열악한 농촌지역 인재들의 교육여건을 감안한다면 인재숙은 낙후지역 학생들의 대학진학 내지는 학습기회 지원을 위한 군 차원의 최소한의 자구책으로 볼 수 있고, 오히려 「헌법」 제31조 제1항에서 보장하고 있는 균등한 교육기회에 접근하고 있는 제도라고 할 것이다.

3. 관계법령

별지기재와 같다.

4. 인정사실

진정서 및 답변자료, 학생들에 대한 면담조사 및 그밖의 위원회의 조사결과에 따르면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 피진정기관인 ○○군(이하 '피진정기관'이라 한다)이 운영하고 있는 인재숙

의 현황은 아래 표와 같으며, 그 입사생은 ○○군 관내 중학교 3학년과 고등학교 1, 2, 3학년 학생을 대상으로 매년 1회 국·영·수에 대한 자체선발고사를 통하여 최상위 성적순으로 200명을 선발하고 있다. 인재숙에는 국·영·수, 사회, 과학탐구 다섯 가지 영역의 강사진이 있으며, 강사들은 각 영역별로 정교사 자격증을 소지한 3년 이상 학원 강사 경력이 있는 자들 중에서 선발하고 있다. 학사운영은 방과 후 4시간의 보충수업을 중심으로 이루어지며, 주로 국·영·수 위주의 수업이 이루어지고 있고, 보충수업이 끝나면 23시 35분까지 강사의 지도하에 자율학습이 이루어지고 있다. 입사생은 식사비를 제외하고는 전액 무료로 이와 같은 학업지원을 받고 있는데, 인재숙에 투입되는 비용은 연간 약 11억원에 이르며, 이 비용의 출원은 ○○군 인재육성기금에서 이루어지고, 일부 군민들의 기부금이 포함된 이 기금의 구성은 대부분 피진정기관 예산으로 이루어져 있다.

〈표〉 인재숙의 설립과 운영현황

위 치	전북 ○○군 ○○읍 복실리 132번지
건축면적	본관 521평(지하1층, 지상4층), 별관 375평(지상3층)
투자예산	2,840백만원(국비 715, 도비 937, 군비 1,188)
입사생수	200명(중3학년 ~ 고3학년 각 50명 공개시험 선발)
운영인원	26명(강사16, 사감3, 영양사1, 조리사3, 운전1, 행정2)
운 영 비	연 11억원 (○○군 인재육성기금)
운영내용	국·영·수 위주 강의 및 자율학습, 전원 기숙
시설현황	강의실 8개실, 기숙실 43개실, 자율학습실 5개소 정보검색실 2개소, 회의실 1개소, 샤워장 4개소 급식소 1개소, 매점, 세탁실, 교무실, 보건실, 휴게실 등
운영주체	재단법인 ○○군 옥천장학회 (이사장 ○○군수)

나. 국가인권위원회가 피진정기관 관내에 있는 ○○고등학교 외 1개 고등학교 1~3학년 학생들 18명을 대상으로 면담 조사를 실시한 결과 인재숙 운영으로 인해 학교 내에서는 인재숙에 입학한 학생들과 입학하지 못한 학생들 사이에 위화감이 형성되어 있고, 입학하지 못한 다수 학생들이 그로 인한 열등감 등을 느끼고 있다고 답변하였다. 인재숙을 다니고 있는 학생들은 좋은 환경에서 공부에

집중할 수 있어 학업성취도는 높아지나 인재숙에서 선행학습을 받고 있기 때문에 정작 학교에 가서 받게 되는 수업은 소홀히 하는 경향이 있다고 진술하였다.

다. 인재숙 설립시 의견 수렴 절차에 대해 피진정기관은 교사, 군민들의 의견 수렴과정을 거쳤다고 주장하고 있으나, 인재숙의 이용 당사자인 학생들의 의견은 묻지 않은 것으로 진술하였다. 이후에도 피진정기관은 인재숙을 운영하면서 인재숙 운영 개선방안과 관련하여 여론수렴을 실시하였다고 주장하고 있으나, 인재숙 입사생과 비입사생 및 비입사생 학부모들에 대한 의견수렴 절차는 거치지 않은 것으로 진술하였다.

라. 피진정기관이 2007년 ○○대학교에 의뢰한 「○○군 교육정책 개발을 위한 연구」 결과가 같은 해 12월에 나왔는데 그 주요내용은 “인재숙은 교육투자 혜택의 형평성 문제뿐만 아니라 평등한 교육기회 접근권을 위반하는 인권 침해적 요소가 있고, 더욱이 기숙형 학원은 청소년들의 건강을 침해할 우려가 있는 것으로 나타났다. 따라서 인재숙을 모든 학생들에게 전면 개방하고 교육과정을 학교 안으로 흡수하되, 기존의 우수한 강사진은 방과 후 학교를 통해 활용, 인재숙 기능을 분화, 인재숙의 기숙시설은 성적 우수자를 선발하여 이용하게 하고, 개별 학습 관리 제공, 지역교육정보센터와 종합문화센터로 활용함이 필요하다”라는 것이다.

5. 판단

국가 혹은 지방자치단체에 의하여 시설이 설치되고 운영되는 공교육은 「헌법」 제31조 제1항에 따라 모든 학생들에게 그 능력에 따라 균등하게 제공되어야 한다. 균등한 교육은 자유권적 측면에서는 능력 이외의 성별·종교·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별받지 아니하는 것을 의미하고, 사회권적 측면에서는 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 수 있도록 교육시설을 설치·운영하고 장학정책을 시행하는 등 교육 외적 조건의 정비를 요구할 수 있음을 의미한다. 따라서 자치단체에 의하여 설치·운영되는 공교육은 모든 학령아동에게 그 능력에 따라 균등하게 제공되어야 한다.

한편 공공기관의 예산 집행은 세금을 납부하는 해당 주민들이 예산집행과 관련된 프로그램에 동등하고 공평한 기회로 접근할 수 있도록 이루어져야 하며,

특정 집단에게만 수혜적으로 이루어지기 위해서는 그 목적과 수단이 정당한 범위 내에서 가능하다 할 것이다. 특히 그 예산의 집행이 공교육과 관련된 것이라면 「교육기본법」의 틀 속에서 공교육의 이념을 실현하는 수준과 범위 내에서 이루어져야 하며 목적과 수단의 합리성, 정당성이 엄격히 평가되어야 한다.

이 사건 인재숙의 운영과 그 선발과정에 관하여 살펴 보건대, 피진정인이 군 예산을 특정 입시과목에서 우수한 성적을 보인 학생들에게만 집중적으로 사용하고 있는 것은 위 인정사실에 나타난 바와 같은 바, 이와 같이 국·영·수 특정 과목의 시험에서 상대적으로 우수한 학생들에게 공적예산을 투자하는 것이 공교육에 있어서의 목적과 수단의 합리성 및 정당성이 인정되는 지에 따라 그 차별 여부에 대한 판단이 가능하다 할 것이다.

이에 관해서 피진정인은 시골이라는 환경 상 군내 정규 중·고등학교 교육체계만으로는 지역발전을 도모하기에 적합한 지역인재 양성이 어렵다고 판단하여 별도의 교육과정을 마련하여 정규수업이외의 공교육을 실시하게 된 것이라 주장하고 있다. 따라서 피진정인이 상정한 정규수업 외의 공교육을 통해 양성된 지역인재는 국·영·수 특정과목에서 상대적으로 우수한 성적을 거둔 학생 중 선발과정을 거쳐 집중적인 학습을 통해 소위 '명문대학'에 입학한 학생을 전제로 함을 말하는 것이다.

○○군이 인재숙 운영에 사용하고 있는 비용은 공공 예산으로서 공교육의 목표와 취지에 부합하여야 하는 것이며, 공교육의 목표는 자라나는 미래세대로 하여금 인격, 생활능력, 민주시민으로서의 필요한 자질을 함양하는 것이지, 특정입시과목을 잘 보게 함으로써 특정대학에 많이 합격하게 하는 것은 아니다. 공교육은 능력에 따라 균등한 기회를 보장하여야 한다고 할 것인데 여기에서의 '능력'은 학생들의 '다양한 능력'을 공정하게 인정해 주고 그에 맞는 기회를 균등하게 보장하여 주는 것을 말한다. 우리 사회의 잘못된 입시경쟁과 학벌 위주의 성공관행이 지역인재를 '명문대학'에 입학하는 학생으로 사실상 등치시키는 현실은 근본적으로 우리사회가 그 문제점을 뿌리 뽑아 해결하여야 할 과제이지, 공공기관이 이러한 현상에 쫓아가며 공교육의 지향목표와 취지를 사실상 포기하고 날로 격화되는 입시경쟁에 같이 뛰어들어 공적 예산을 집행하는 근거가 될 수는 없다. 피진정인 스스로 ○○군이라는 지역에서 배출되는 지역인재가 소위 국·영·수 특정과목을 잘하게 되어 '명문대학 입학'을 하는 것을 통해서만 양

성된다고 볼 근거를 합리적 수준에서 제시하지 못하고 있으며, 피진정인이 인재숙 발전 방향을 연구 의뢰한 ○○대학교 역시 지역인재의 육성과 발굴에 있어서 지역특화산업의 발전에 이바지할 수 있는 인재를 양성하는 것이 더욱 바람직하다고 제안한 바 있다. 따라서 지역인재육성이라는 취지에도 불구하고 실제로 학생들을 선발하여 그 공적예산을 투입하는 방식에 있어서 피진정인이 운영하는 인재숙은 그 합리성과 정당성을 인정받기가 어렵다.

한편, 피진정인은 인재숙이 균 예산을 사용하기는 하나, 선발 시험을 통해서 군내의 모든 학생들에게 동등한 입학기회를 제공하였고, 다만 받아들일 수 있는 수적 제한이 있어서 특정과목에 우수한 성적을 보인 학생들을 선발하여 집중 육성하고 있기 때문에 교육의 기회에 있어서 기회의 균등이라는 측면은 보장하였다고 주장하고 있다. 그러나 공교육의 기회에 있어서 평등이란 능력에 따라 교육받을 권리를 말하고 이 경우의 능력이란 단지 국·영·수의 시험성적이 아니라 교육대상인 학생의 다양한 잠재적 능력을 의미하는 것이다. 공공예산은 자라나는 세대의 다양한 능력을 육성개발하기 위하여 사용되어야 하며 학생은 그 능력에 따라 합당한 지원과 혜택을 받을 수 있어야 한다. 그런데 위 선발시험이라는 것은 단지 국·영·수 특정과목의 시험점수로 그 능력을 일률적으로 재단하는 것으로서 국·영·수 외의 다른 영역에서 뛰어난 능력을 발휘하고 있거나 잠재적 능력을 가지고 있는 학생은 1인당 500만원을 상회하는 적지 않은 액수의 공적 예산지원 기회를 원초적으로 박탈당하고 있다. 또한 그 능력의 평가에 있어서도 절대적 능력치가 아니라 연 1회의 시험을 통하여 상대적 능력치를 평가 받고 있어서 실제로 학업능력이 되는데도 불구하고 1점 차로 탈락하는 학생들에게도 역시 실질적인 기회 박탈로 이어지고 있다. 국·영·수 특정과목에 우수한 학생들을 선발하여 육성하거나 격려하는 것 자체가 원천적으로 금지되는 것은 아니다. 그러나 그와 같은 것이 가능하려면, 다른 잠재적 능력을 가진 학생들에게도 인재숙에 입사할 기회를 갖게 된 학생들이 받는 혜택에 상응하거나 적어도 합리적으로 납득이 가능한 수준차가 있는 공적 혜택과 지원이 주어진다는 전제하에서라 할 것이다. 단지 형식적으로 공개경쟁 시험이라는 방식을 택했기 때문에 기회의 균등을 보장했다는 주장은 그 합리성이 인정되기 어렵다 할 것이다. 위 ○○대학교 연구결과에서도 그러한 취지로 인재숙을 유지하되 학생들에게 학습 프로그램을 개방하고 다만 성적이 우수하고 자원하는 학생들에게는 기숙의 기회를 제공하는 방식을 개선점으로 제안하고 있는바, 공공예산 수혜에 있어서

기회의 균등이라고 하는 것은 형식적인 것 뿐 아니라 실질적인 측면에서도 가능하도록 보완되어야 할 것이다.

또한 인재숙 설립 추진과정 및 이후에서 그 이해당사자인 학생의 의견을 청취하는 것은 매우 중요한 절차적 공정성의 확보이다. 우리나라도 가입한 「UN아동권리협약」 제12조는 “당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다”고 명시하고 있다. 그런데 피진정인은 인재숙 설립에 있어서 학생들의 의견을 적극 청취하여 반영하였다는 점에 관한 자료나 증거를 제출하지 못하고 있으며, 현재에도 인재숙 운영 전반에 관한 사안에 대해서만 의견청취를 할 뿐 인재숙에 들어가지 못한 학생들의 불편함과 학부모들의 의견이 무엇인지, 인재숙에서 공부하고 있는 학생들이 학교교육에 대해서는 어떤 생각을 가지고 있는 지 등을 청취하지 않고 있다. 피진정인은 인재숙에 들어가지 못한 학생들에게도 좀 더 다양한 교육기회와 혜택이 주어지고 인재숙으로 인하여 공교육 체계가 사실상 붕괴되지 않도록 「청소년복지지원법」 제4조의 기본취지 및 목적과 위 협약이 정하고 있는 취지에 부합하는 방식으로 그 이해당사자인 학생들의 의견과 지역 주민, 교사들의 의견을 충분히 반영하여 개선방안을 강구하여야 할 것이다.

결론적으로, 피진정인이 기존의 정규 공교육체계와는 별도로 일부 학업성적우수학생만을 위한 특별 공교육체계를 형성, 운영하고 이에 상당한 금액의 공공예산을 사용하는 것은 우리 헌법이 정하고 있는 공교육체계의 목표와 지향점을 벗어난 것으로서 그 합리성과 정당성이 인정되기 어려울 뿐 아니라, 특정과목의 시험점수로써 관내 학생들을 이분화하고 대다수의 학생들에 대하여는 그 접근을 차단하는 차별적 분리교육체계를 구성한 것이라 할 것이다. 이와 같은 인재숙의 운영으로 인하여 ○○군내 학생들이 몇몇 명문대학교에 입학할 가능성을 높인다 할지라도, 이는 사실상 그 공공예산의 혜택을 받을 수 있었던 학생들에 대한 예산집행을 포기함으로써 가능하게 된 것이고, 그와 같은 혜택을 받지 못한 학생들이 구체적인 혜택을 받지 못한 것에 대한 불만은 차치하고서라도 위원회 조사 결과에 나타난 바와 같이 차별적 분리교육 체계로 인한 위화감이나 열등감을 호소하고 있는 상황인바, 이러한 상황이 우리 공교육 체계가 명시적으로 지향하여야 할 목표점이 아닌 것은 분명하다 할 것이다. 그 외에 ○○군은 인재숙 운영으

로 인하여 지역인구가 증가하고 있어 지역정주인구감소 예방에 효과가 있다고 주장하고 있으나, 이는 공공교육에 있어서의 기회균등이라는 이 사건 판단의 쟁점과는 관련성이 적을 뿐 아니라 인구 증가가 인재숙으로 인한 것인지에 대한 확실한 결론을 내리기 어려운 것으로 보인다.

따라서 피진정인은 공교육의 목적과 취지에 부합하도록 인재숙 선발방식, 운영주체, 학사운영 방식 등을 개선하되 그 개선방안 중 하나로서 피진정기관이 직접 실시한 연구용역결과물인 “○○군 교육정책 개발을 위한 연구”에서 지적된 문제점과 제언을 고려하는 것이 바람직하다고 판단된다.

6. 결론

이상과 같은 이유로 피진정인이 운영하고 있는 인재숙의 운영방식을 개선할 필요가 있어 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2008. 5. 19.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 최경숙 위 원 황 덕 남 위 원 조 국

별지

관계법령

1. 헌법 제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

2. 헌법 제11조제1항

모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

3. 헌법 제31조 제1항

모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

㉔ 2008. 1. 28.자 08진차13 결정 [성적을 기준으로 하는 정독실 운영]

정독실 입실자격을 성적우수자에게만 부여하는 것이 차별에 해당하는지 여부(적극)

【진 정 인】 김○○

【피진정인】 ○○○○고등학교 교장

【주 문】

피진정인에게 정독실을 운영함에 있어 학생들에게 평등한 교육 기회와 양질의 교육환경이 제공될 수 있도록 정독실 입실기준을 수립하고 그밖에 다양한 정독실 운영 방안을 강구할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피진정인은 야간자율학습을 시행하고 있는데, 학교 내에 별도의 공간인 정독실을 마련하여 야간자율학습을 하는 학생들 중에서 성적우수자에게만 정독실에 입실하여 자율학습을 하게 함으로써 이에 포함되지 못한 학생들을 차별하고 있다.

2. 당사자 주장

가. 진정인

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인

정독실을 설치 운영한 것은 야간자율학습 시 과밀 학습으로 인한 스트레스를 해소하고 학생들의 긍정적인 면학 분위기를 조성하기 위한 것으로서, 실제로 이

에 상당한 역할을 하고 있고 성적으로 입실기준을 정함으로 인해 학생들 사이에 학습 동기를 유발시켜 결과적으로 학교 경쟁력이 향상되었다.

3. 관계법령

별지기재와 같다.

4. 인정사실

진정서 및 답변자료, 학생들에 대한 설문조사 및 위원회의 조사결과에 따르면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 피진정인은 학내 면학분위기를 조성하고자 일부 교실을 개조하여 자율학습 공간인 정독실을 설치하였고, 학년별로 자율학습시간대인 월요일부터 금요일 19:00~20:50까지 개방, 운영하고 있다.

정독실은 2개의 일반교실을 하나로 합한 공간에 개별책상마다 칸막이를 설치하였으며 개별 책상의 면적 또한 일반교실 책상보다 넓어 일반 교실에 비해 주위환경에 영향 받지 않고 쾌적하고 정숙한 분위기에서 자율학습을 할 수 있도록 되어 있다.

2006. 10. 25. 기준 피진정인의 정독실 운영현황은 아래 <표 1> 과 같다. 한편 2007년에는 1, 3학년의 경우 정독실을 예년 기준에 준하여 운영하였으나 2학년의 경우 학급당 인원이 35명인 관계로 정독실을 운영하지 않았다.

<표 1> 정독실 운영 현황(2006. 10. 25. 기준)

(단위: 명)

구분	참가현황		
	총학생수	정독실 입실자 수	정독실 입실 비율
1학년	313	33	10.5
2학년	328	59	21.0
3학년	371	43	11.6

정독실 입실 대상자는 매월 실시하는 모의고사 성적 우수 학생 중 입실을 희망하는 학생을 우선으로 정하고 있으며 대상자는 매월 성적에 따라 교체된다.

나. 국가인권위원회가 ○○고등학교 1학년 203명을 대상으로 실시한 설문조사 결과 73.4%의 학생들이 정독실의 필요성을 인식하고 있었으며 또한 정독실 비입실 학생 91.2%는 성적 우수학생의 정독실 이동과 학교 측의 관리감독 소홀로 인해 일반교실의 야간자율학습 분위기에 만족하지 못하고 있는 것으로 드러났다.

특히 정독실 입실 요건을 모의고사 성적순으로 정한 기준에 대해서는 78.8%의 학생이 만족하지 못하고 있었으며 그 이유로 일반교실에 남은 학생들이 가지게 되는 열등감, 소외감 등을 들었다.

5. 판 단

국가 혹은 지방자치단체에 의하여 설치·운영되는 공교육은 「헌법」 제31조 제1항에 따라 모든 학령아동에게 그 능력에 따라 균등하게 제공되어야 한다. 우리 사회의 지나친 입시경쟁위주의 학문 풍토에 따라 실시되고 있는 야간자율학습이 적절한 교육방식인지의 문제를 논외에 두고, 그 과정에서 학교마다 마련하여 시행하고 있는 정독실이 학생들에게 제공하는 학교 공교육 서비스의 일환임은 분명하다. 그렇다면 그와 같은 서비스가 제공됨에 있어서 합리적 이유 없이 특정 학생들에게만 차별적으로 시행되거나 그로 인해 특정학생들과 그 범위에 들어가지 않는 학생들 사이에서 차별적 인식을 조장하는 낙인 효과가 유발되어서는 안 될 것이다. 이러한 점은 특히 성장 과정에 있고, 무한한 잠재력과 가능성을 가지고 있는 학생들을 대상으로 한다는 점에서 더욱 금기시되어야 한다.

그런데 인정사실에서 드러나듯이, 피진정인은 야간자율학습의 효율성을 높인다는 취지에서 모의고사 시험 성적만으로 정독실 입실 기준을 정함으로써, 학업성적으로 드러나지는 않았으나 다양하고 잠재적인 능력을 가진 학생들에게 정독실에 입실하여 정숙하게 공부할 수 있는 기회를 박탈하는 차별적 결과를 야기시켰으며, 입실에서 배제된 학생들에게는 열등감 및 소외감을 불러일으키고 있다.

일반 교실보다 더 정숙한 분위기에서 공부할 수 있는 기회를 가지는 것은 학생 개인의 자습 의지, 학습 능력의 향상속도, 생활 환경 등 다양한 기준에 의하여 결정되는 것이 소수의 학생들이 받게 되는 혜택의 공정성에 대한 학생들의 자발적 동의를 이끌어 낼 수 있는 합리적인 방법이다. 피진정인은 현재와 같은 정독실 운영방식이 입실하지 못한 학생들에게 더욱 강한 학습 동기를 유발시켜 결과적으로 전체 학생들의 성적이 향상되고 있다고 주장하고 있으나, 이를 납득 시킬만한 객관적인 자료를 제시하지 못하고 있으며, 오히려 설문 조사에 나온 바와 같이 대다수 학생들이 그로 인한 열패감과 소외감에 시달리고 있는바, 피진정인의 주장은 명백히 이유가 없다.

그러므로 피진정인이 교내 정독실 입실자격을 특정 성적우수자에게만 제한하는 것은 공교육 서비스의 영역에서 합리적 이유 없이 「헌법」 제11조에 보장된 평등권을 침해하는 차별행위에 해당된다. 피진정인은 모든 학생들이 자신의 능력과 형편에 맞게 평등한 교육의 기회와 양질의 교육환경을 제공받도록 노력할 의무가 있으며, 다만 수용능력의 사유로 이용자를 제한하여야 할 필요성이 있는 경우에 그 제한은 학업성적뿐 아니라 학습 의지, 학업개선·발달정도, 교우관계 및 인간관계, 특히 가정형편 등 여타의 지표들을 적절하게 고려하는 등 다양한 방안을 강구하여야 할 것이다.

6. 결 론

이상과 같은 이유로 정독실 입실 자격을 성적우수자에게만 부여하는 것은 교육시설의 이용과 관련하여 합리적 이유 없는 차별 행위이므로 피진정인에게 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거하여 정독실 입실 및 운영방식을 개선할 것을 권고할 필요가 있어 주문과 같이 결정한다.

2008. 1. 28.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 최 경 숙 위원 황 덕 남 위 원 조 국

별지 : 관계법령

1. 헌법 제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

2. 헌법 제11조제1항

모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

3. 헌법 제31조 제1항

모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

㉮ 2008. 5. 2.자 08진차116-117(병합) 결정 [특수학급 설치 거부에 의한 차별]

특수학급설치를 거부하거나 연기하는 행위가 차별에 해당하는지 여부(적극)

통합교육을 위하여 특수학급 설치를 법률로써 보장한 것은 헌법이 보장하고 있는 모든 국민이 갖는 교육받을 권리와 교육받을 의무에 대하여 장애인이라는 이유로 불합리한 차별을 받지 않도록 하기 위하여 마련된 것이므로 이러한 특수학급 설치가 피진정인에게 과도한 부담이거나 현저히 곤란한 사정이 존재하는 등의 합리적 이유가 없는 한 이를 거부한 피진정인의 행위는 장애를 이유로 한 차별행위에 해당한다 할 것이므로 피진정인에게 「특수교육진흥법 시행령」 제13조의2에 따라 특수학급을 조속히 설치할 것과 우리 인권위원회와 협의하여 피진정인을 포함한 전 교직원을 대상으로 특별인권교육을 실시할 것을 권고

【결정요지】

【1】 피진정인에게 「특수교육진흥법 시행령」 제13조의2에 따라 특수학급을 조속히 설치할 것을 권고한다.

【2】 피진정인에게 우리 인권위원회와 협의하여 피진정인을 포함한 전 교직원을 대상으로 특별인권교육을 실시할 것을 권고한다.

【참조조문】

「헌법」 제11조, 「장애인복지법」 제8조, 「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」 제17조

【진정인】 1. 김○○
2. 박○○

【피해자】 1. 오○○
2. 신○○

【피진정인】 ○○고등학교장

【주 문】

1. 피진정인에게 「특수교육진흥법 시행령」 제13조의2에 따라 특수학급을 조속히 설치할 것을 권고한다.
2. 피진정인에게 우리 인권위원회와 협의하여 피진정인을 포함한 전 교직원을 대상으로 특별인권교육을 실시할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

진정인들은 지적장애 3급으로 자폐와 발달장애를 가진 피해자들의 보호자로서 주거지에서 가까운 피진정인 학교에 특수학급 설치를 요구하였으나, 피진정인은 법령에 규정된 특수학급 설치 의무를 이행하지 않고 있다. 이는 피진정인이 장애를 이유로 한 불합리한 차별을 함으로써 피해자들이 적절한 수업을 받을 수 없는 상황을 만들고 있는 것이므로 조속히 특수학급을 설치하여 줄 것을 요구한다.

2. 당사자 및 참고인의 주장

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피진정인

(1) 본교는 1966년 개교 이래 중·고등학교를 합하여 학년당 6개 학급씩 36개 학급을 운영하기 위하여 본관 건물을 신축하였으나, 1988년 이후부터 학년당 12개 학급으로 늘어나면서 본관 전체를 고등학교가 사용하고 있다. 기독교 학교의 상징인 예배실까지 수업공간으로 사용하여 체육관에서 예배를 드리는 실정이다.

(2) 특히 올해 2008년도 신입생의 경우, 과거에 학급당 35명 정도 배정되었던 것이 지역여건상 학급당 40명씩 총 480명을 배정받았고, 재배정에서도 추가로 13명을 배정받았으며 향후 전입학 희망자를 유추하여 보면 500명이 넘을 것으로

예상되어 학급당 학생수가 42명 수준으로 운영되어야 할 상황이다.

(3) 국가에서 수준별 이동수업을 권장하고 있는 상황에서 과학실, 가정실습실 등 특별실까지 모두 활용해도 수업공간이 부족한 상황이다. 또한, 2008년도는 학생들의 학력신장을 위하여 수준별 이동수업을 3개 학급에서 4개 학급으로 확대의 진행하고자 하는데 교실 공간이 부족하여 어려움을 겪고 있는 상태이다.

(4) 현재 특수학급을 설치하지는 못했지만 배정된 장애학생들을 위하여 특수보조원 배치, 학급담임의 배려, 교원연수, 편의시설 설치 등 나름대로 피해자들의 통합교육을 위한 조치를 강구하고 있다. 또한, 본교에서는 '중장기 발전계획'으로 먼저 학급수의 점진적인 감축계획을 가지고 있으며, 건학정신의 구현과 교육의 질적 향상을 위하여 역량이 허락되는 대로 시간적 여유를 갖고 특수학급 설치 등 교육 수요자의 요구에 합당한 공간을 확보하도록 최선의 노력을 다하겠다.

다. 참고인 ○○시교육감

(1) ○○시교육청(이하 '교육청'이라 한다)에서는 ○○시내 중학교 졸업생의 고등학교 진학 동향과 신설고등학교의 학교수를 고려하여 특수학급을 설치하도록 하고 있다. 다만, 기존학교의 경우에는 특수학급 설치시 일반학급을 줄이는 방향으로 교실을 확보하도록 하고 있으며 동시에 통합교육 환경조성을 위한 특별예산 등을 지원하고 있다. 만약 피진정인 학교가 특수학급을 설치할 경우에는 특수교사 배정과 함께 특수학급 시설비 20,000,000원, 특수학급 운영비 20,000,000원 등 약 40,000,000원을 지원할 예정이다.

(2) 2007. 5. 25. 제정되어 금년 5. 26. 시행예정인 「장애인 등에 대한 특수교육법」 제21조(통합교육) 제3항은 '특수교육대상자를 배치 받은 일반학교의 장은 통합교육을 실시하는 경우에는 제27조(각급학교의 특수학급 설치 기준)에 따라 특수학급을 설치 운영하여야 한다'라고 규정되어 있는 만큼 피진정인이 학급수 감축을 통하여 특수학급을 설치·운영함이 타당하다고 판단된다.

3. 관계법령

[별지] 기재와 같다.

4. 인정사실

가. 진정한 김○○은 지적장애 3급으로 자폐를 가진 피해자 오○○의 보호자이며 진정한 박○○은 역시 지적장애 3급으로 발달장애를 가진 피해자 신○○의 보호자이다. 피해자들은 「특수교육진흥법」에 따라서 특수학급이 설치되어 있는 ○○중학교에 배정받아서 통합교육을 받고 동 중학교를 졸업하였다.

나. ○○구 관내에는 12개의 중학교가 있는데, 이중 특수학급이 있는 중학교는 4개 학교이며 7개 학급에 47명이 재학중이다. 2008. 2. ○○구 관내 특수학급이 있는 중학교를 졸업한 학생은 피해자들을 포함하여 10명이며 여학생은 없다. 반면에 ○○구 관내에는 총 5개의 고등학교가 있는데 이중 유일하게 여자고등학교인 ○○여자고등학교에만 특수학급 1개반이 설치되어 있고 나머지 고등학교에는 특수학급이 설치되어 있지 않다. 따라서 통합교육을 희망하는 특수교육대상자 학생과 그의 보호자는 특수학급이 있는 일반 고등학교로 가기 위해서는 통학거리가 멀고 이동 또는 접근이 어려운 다른 행정구역의 고등학교로 가거나, 아니면 관내에 특수학급이 없는 일반학교에 입학할 수밖에 없는 실정이다.

다. 교육청 특수교육운영위원회는 장애정도, 학습, 능력 및 보호자의 의견 등을 종합적으로 판단하여 심사한 후, 피해자를 거주지에서 가까운 일반학교인 피진정한 학교에 배치하였다. 진정한들은 피해자들이 피진정한 학교에 배치되기 이전인 2007. 9. 18.과 11. 8.에 관련법률 및 시행령에 따라 특수학급 설치를 요청하였고, 2008. 2. 13. 학교 배정 이후에도 피진정한 학교에 특수학급을 설치하여 줄 것을 지속적으로 요청하여 왔다.

라. 피진정한 학교의 본관은 5층 건물로 고등학교 학생들이 사용하고 있고, 본관 건물과 이어진 도서관(5층)은 중학교와 고등학교 학생들이 함께 사용하고 있다. 본관 건물 1층에는 교무실, 생활지도실, 교장실, 교감실, 행정실, 보건실과 제1회의실이 있고, 건물 2층~4층은 고등학교 1~3학년까지 학년당 12학급씩 총 36개의 일반교실이 있다. 특히 2층에는 일반교실이외에 별도의 EBS수능공부방 3개와 교과교실 2개가 있다. 5층에는 생물실, 화학실, 물리실, 지구과학실, 가정실, 미술실 등 각종 실습실이 있다. 한편 도서관 건물에는 학생식당과 직원식당, 진학지도실, 자습실, 전산 실습실, 영어 교실, 음악실, 도서관 등이 있으며 중학생과 고등학교 학생들의 특별학습 및 자율학습 공간으로 사용되고 있다.

다. 현재 피진정인 학교는 장애인 편의시설이 비교적 잘 마련되어 있으며 피해자들을 포함하여 특수교육대상자가 총 6명이 있다. 별도의 특수학급은 설치하지 않고 특수교사도 없는 실정이며, 월체어 장애인 학생들을 지원하기 위한 1명의 보조인력과 교사들에게 특수교육에 관한 교원연수를 이수하게 하는 방법으로 특수교육대상자의 통합수업을 지원하고 있다.

바. 피해자들은 특수학급이 없는 상태에서 지적장애의 장애특성과 정도에 따라 특수교사 및 교육교재 등의 적절한 편의를 제공 받지 못하여 정규수업 시간에 참여하지 못하고 대부분 잠을 자면서 보내거나, 체육수업이나 특별활동 및 방과 후 수업이 있을 때는 혼자 교실에 남아 있거나 조기에 귀가하고 있다.

5. 판 단

가. 특수학급 설치를 거부하는 것이 장애를 이유로 한 차별행위에 해당 는지 여부

「교육기본법」 제4조는 ‘모든 국민은 성별, 종교, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별받지 아니한다’고 규정하고 있다. 「장애인복지법」 제8조(차별금지 등)는 ‘누구든지 장애를 이유로 정치, 경제, 사회, 문화생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니하고 차별하여서도 안 된다’라고 규정하고 있으며, 동법 제20조(교육) 제5항은 ‘모든 교육기관은 교육대상 장애인의 입학 및 수학 등에 있어서 장애의 종류와 정도에 적합한 편의를 제공하기 위하여 시설을 정비하거나 그 밖에 필요한 조치를 강구하여야 한다’라고 규정하고 있다.

나아가 「특수교육진흥법」 제13조(차별의 금지등)에 따르면, 각급의 학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하는 등의 불이익한 처분을 하지 않도록 하고, 이와 더불어 입학전형 및 수학 등에 있어서 특수교육대상자의 장애 유형과 정도에 적합한 편의를 제공하도록 규정하여 학령기 장애인에 대한 교육받을 권리를 법률로 보장하고 있다. 또한 동법 제15조(통합교육)는 일반학교의 장은 특수교육대상자 또는 그의 보호자나 특수교육기관의 장이 통합교육을 요구하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 하고, 그 경우 대통령령이 정하는 기준에

따라 특수학급을 설치·운영하도록 규정하고 있다. 이에 따라 동법 시행령 제13조의2(특수학급의 설치)는 특수교육대상자의 수에 따라 특수학급 설치 기준을 규정하고 있다.

「특수교육진흥법」을 대신하여 2007. 5. 25 제정되어 2008. 5. 26. 시행예정인 「장애인 등에 대한 특수교육법」은 제21조(통합교육) 제3항에서 '일반학교의 장은 통합교육을 실시하는 경우에 동 법률 제27조의 각급학교의 특수학급 설치 기준에 따라서 특수학급을 설치하여야 한다'고 규정함으로써 특수학급 설치기준을 시행령이 아닌 법률로 규정하여 특수학급 설치기준을 강화하였다.

피해자와 같은 학령기에 있는 장애인들은 교육시설의 접근과 이용뿐만 아니라 교과내용도 비장애인과 동등한 내용으로 수업을 받을 권리가 있는 우리 사회의 한 구성원임이 분명하다. 위와 같이 통합교육을 위하여 특수학급 설치를 법률로써 보장한 것은 헌법이 보장하고 있는 모든 국민이 갖는 교육받을 권리와 교육받을 의무에 대하여 장애인이라는 이유로 불합리한 차별을 받지 않도록 하기 위하여 마련된 것이므로 이러한 특수학급 설치가 피진정인에게 과도한 부담이거나 현저히 곤란한 사정이 존재하는 등의 합리적 이유가 없는 한 이를 거부한 피진정인의 행위는 장애를 이유로 한 차별행위에 해당한다 할 것이다.

나. 피진정인이 특수학급 설치를 거부한 사유가 합리적인 사유에 해당하는지 여부

우선, 피진정인은 특수학급을 설치하지 못하는 것에 대해 전년도보다 입학생이 증가하여 학급별 학생수가 많아진 사정과 학생들의 학력향상을 위하여 추진 중인 수준별 이동 수업 및 다양한 분반 수업에 필요한 교실들이 부족하다는 것을 이유로 들고 있다. 그러나 학급별 학생수의 증가는 ○○시의 연령별 인구분포에 따른 고등학교 신입생들에게 공통적인 현상이며 학교별로 시행되고 있는 수준별 수업은 교육부의 권고사항에 불과하다. 반면, 특수학급의 설치에 「특수교육진흥법」 및 「특수교육진흥법 시행령」에 의거한 법령상의 의무사항으로서 이를 준수하기 위해서는 일반학급을 감축하는 등의 방법으로 교실공간을 확보하도록 하여야 한다는 것이 교육청의 방침이다. 또한, 현재 피진정인 학교는 일반교실이외에도 별도의 학습실이 존재하고 있다는 점을 감안할 때, 피진정인이 주장하는 것과 같이 교실 공간이 부족하다는 이유는 특수학급을 설치하여 통합교육을 실시하지 못 할 만큼의 특별한 사유에 해당하지 아니한다고 판단된다.

피진정인은 특수 보조원 배치, 학급 담임의 배려, 편의시설 설치 등 통합교육 시행을 위한 자체적인 노력을 기울이고 있다고 주장하지만, 이러한 노력만으로는 특수교육대상자에 대한 적절한 통합교육을 시행할 수 없다. 또한 교육청에서 피진정인이 특수학급을 설치할 경우 특수교사 등 인력과 재정적·행정적 지원을 하겠다고 하였으므로 피진정인에게 있어서 특수학급 설치가 재정적으로 과도한 부담이거나 현저히 곤란한 사유에 해당한다고 볼 수 없다.

6. 결 론

따라서 본 진정사건에서 피진정인의 특수학급 설치 거부 및 연기는 「국가인권위원회법」 제2조 제4호에 규정된 장애를 이유로 한 평등권침해의 차별행위에 해당한다고 판단되므로, 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2008. 5. 2.

국가인권위원회 장애인차별시정위원회
위원장 최경숙 위원 유남영 위원 문경관

[별지] 관계법령

1. 헌법

제31조 (교육을 받을 권리·의무·평생교육진흥)

- ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
- ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.

2. 국가인권위원회법

제2조 (정의) 4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, ..., 용모등 신체조건, ... 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다.)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위로 보지 아니한다.

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

3. 교육기본법

제4조 (교육기회의 균등) 모든 국민은 성별, 종교, 신념, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건등을 이유로 교육에 있어서 차별을 받지 아니한다.

제18조 (특수교육) 국가와 지방자치단체는 신체적·정신적·지적 장애 등으로 특별한 교육적 배려가 필요한 자를 위한 학교를 설립·경영하여야 하며, 이들의 교육을 지원하기 위하여 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다.

4. 장애인복지법

제8조 (차별금지 등)① 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니 하고 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니 된다.

제20조 (교육) ④ 각급 학교의 장은 교육을 필요로 하는 장애인이 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학시험 합격자의 입학에 거부하는 등의 불리한 조치를 하여서는 아니된다.

⑤ 모든 교육기관은 교육대상 장애인의 입학 및 수학(修學) 등에 편리하도록

장애의 종류와 정도에 맞추어 시설을 정비하거나 그 밖에 필요한 조치를 강구하여야 한다.

5. 특수교육진흥법

제15조(통합교육) ① 일반학교의 장은 특수교육대상자 또는 그의 보호자나 특수교육기관의 장이 통합교육을 요구하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

② 삭제

③ 일반학교의 장은 제1항의 규정에 의하여 통합교육을 실시하는 경우에는 대통령령이 정하는 기준에 따라 특수학급을 설치·운영하고, 예산의 범위안에서 특수교육에 필요한 교재 및 교구를 갖추어야 한다.

6. 특수교육진흥법시행령

제13조의2 (특수학급의 설치) ① 법 제15조제3항의 규정에 의한 특수학급 설치 기준은 다음 각호와 같다.

1. 특수교육대상자가 1인 이상 12인 이하인 학교 : 1학급 이상
2. 특수교육대상자가 13인 이상인 학교 : 2학급 이상

7. 특수교육진흥법시행규칙

제7조 (입학전형 및 수험편의의 제공 등) ① 각급학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애의 영역, 장애의 정도 및 능력에 따라 입학전형에 필요한 편의를 제공하거나 별도의 시설을 설치하여야 한다. <개정 1998.8.8>

② 각급학교의 장은 특수교육대상자의 수학에 불편이 없도록 교수 및 학습활동에 필요한 각종 기기 및 장비 등을 제공하거나 이의 사용 및 인력의 활용 등을 최대한 허용하여야 한다.

8. 장애인등에 대한 특수교육법 (2008. 5. 26. 시행예정)

제4조(차별의 금지) ① 각급학교의 장 또는 대학(고등교육법 제2조에 따른 학교를 말한다. 이하 같다)의 장은 특수교육대상자가 그 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형합격자의 입학을 거부하는 등의 교육기회에 있어서 차별하여서는 아니된다.

② 국가, 지방자치단체, 각급학교의 장 또는 대학의 장은 다음 각호의 사항에 관

하여 장애인의 특성을 고려한 교육시행을 목적으로 함이 명백한 경우외에는 특수교육대상자 및 보호자를 차별하여서는 아니된다.

1. 제28조에 따른 특수교육 관련 서비스 제공에서의 차별
2. 수업참여 배제 및 교내외 활동 참여 배제
3. 개별화교육지원팀에의 참여등 보호자 참여에서의 차별
4. 대학의 입학전형 절차에서 장애로 인하여 필요한 수험편의의 내용을 조사·확인하기 위한 경우 외에 별도의 면접이나 신체검사를 요구하는 등의 입학 전형 과정에서의 차별

제17조(특수교육대상자의 배치 및 교육) ① 교육장 또는 교육감은 제15조에 따라 특수교육대상자로 선정된 자를 해당 특수교육운영위원회의 심사를 거쳐 다음 각 호의 어느 하나에 배치하여 교육하여야 한다.

1. 일반학교의 일반학급
2. 일반학교의 특수학급
3. 특수학교

② 교육장 또는 교육감은 제1항에 따라 특수교육대상자를 배치할 때에는 특수교육대상자의 장애정도·능력·보호자의 의견 등을 종합적으로 판단하여 거주지에서 가장 가까운 곳에 배치하여야 한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 특수교육대상자의 배치 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제21조(통합교육)

③ 일반학교의 장은 제2항에 따라 통합교육을 실시하는 경우에는 제27조의 기준에 따라 특수학급을 설치·운영하고, 대통령령으로 정하는 시설·설비 및 교재·교구를 갖추어야 한다.

제27조(특수학교의 학급 및 각급학교의 특수학급 설치 기준) ① 특수학교와 각급학교의 장은 다음 각 호의 기준에 따라 학급 및 특수학급을 설치하여야 한다.

2. 초등학교·중학교 과정의 경우 : 특수교육대상자가 1인 이상 6인 이하인 경우 1학급을 설치하고, 6인을 초과하는 경우 2개 이상의 학급을 설치한다.
3. 고등학교 과정의 경우 : 특수교육대상자가 1인 이상 7인 이하인 경우 1학급을 설치하고, 7인을 초과하는 경우 2개 이상의 학급을 설치한다.

㉔ 2008. 8. 25.자 08진차158 결정 [성적 기준의 자율학습 전용실 운영]

자율학습전용실에 성적우수자만 입실하게 하는 것이 차별에 해당하는 것인지 여부(적극)

【진 정 인】 신○○

【피진정인】 ○○○○고등학교 교장

【주 문】

피진정인에게 자율학습 전용실을 운영함에 있어 학생들에게 평등한 교육 기회와 양질의 교육환경이 제공될 수 있도록 자율학습 전용실 입실기준을 수립하고 그밖에 다양한 자율학습 전용실 운영 방안을 강구할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

○○○○고등학교는 독서실처럼 책상마다 칸막이를 설치한 자율학습 전용실, 일명 '면학실'을 만들어 성적우수자만 입실하여 자율학습을 하게 함으로써 이에 포함되지 못한 학생들을 차별하고 있다.

2. 당사자 주장

가. 진정인

위 진정요지와 같다.

나. 피진정인

본교의 면학실은 교내의 유휴 교실공간을 활용하여 야간 자율학습을 할 수 있게 만든 공간으로 학년별로 30명 정도 이용 가능하고, 입실대상은 내신성적, 모의고사 성적, 학생의 가정학습환경 등 다양한 요소들을 고려하여 정하고 있으며, 희망인원이 정원보다 많을 경우 학년 담임협의회를 통해 대상자 등을 결정하고

있다.

3. 관련법령

별지 기재와 같다.

4. 인정사실

진정서 및 답변자료, 학생들에 대한 설문조사 및 위원회의 조사결과에 따르면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. ○○○○고등학교는 인천 서구 택지개발지구에 위치한 2006년도 신설 학교로 총 610명 정도의 학생이 재학 중이며, 교내의 유휴공간으로 자치회의실, 운영위원회실, 교사휴게실, 사회복지실, 특수학급차오름실, 체력단련실, 교직원협의실 및 방과후교육활동실 등을 별도로 운영하고 있고, 교내의 유휴 공간 3곳에 대하여 책상마다 칸막이와 조명시설을 설치, 주위 환경에 영향을 받지 않고 정숙한 분위기에서 자율학습을 할 수 있게 면학실로 개조하여 학년별로 운영하고 있다.

면학실은 월요일부터 금요일까지는 자율학습 시간대인 19:00부터 시작하여 1학년 21:00까지, 2학년 21:30까지, 3학년 22:00까지 개방하고, 토요일과 공휴일에는 희망하는 학생에 대하여 17:00까지 개방, 운영하고 있다.

일반교실은 1~3학년의 학급당 인원이 18~30명 내외이고, 교실 후면에는 개인 사물함이 있고, 면학실과 똑 같이 중앙냉방 시설이 갖추져 천장에 에어컨 바람이 나오는 4개의 배출구와 6개의 선풍기가 설치되어 있다.

나. 2007. 7. 23.기준 ○○○○고의 면학실 운영현황은 아래 <표> 와 같다.

〈표〉 면학실 운영 현황(2007. 7. 23. 기준)

(단위: 명, %)

구분	운영현황		
	총학생수	면학실 입실자 수	면학실 입실 비율
1학년	219	36	16.4
2학년	209	36	17.2
3학년	182	26	14.3

면학실 입실 대상자는 정기고사, 학력평가 등의 성적이 우수한 학생 중 입실을 희망하는 학생을 우선으로 정하고 있으며, 2008년의 경우 3월에 편성하여 1학년은 2회 교체하였으며 2, 3학년은 각 1회씩 입실자를 교체하였다. 면학실 입실기준을 확인한 결과, 성적 외 학생의 가정학습환경 등을 고려하고 있다는 피진정한 주장과 달리, 입실 가능한 학생이 입실을 희망하지 않아 빈 자리가 생기는 경우에만 성적 기준 차순위자를 대상으로 학년 담임교사 협의회를 통해 결정하였다. 우선 순위는 3학년 학생은 수학, 외국어, 사회탐구(문과) 또는 과학탐구(이과) 성적의 총점을 기준으로 결정하였고, 2학년은 중간고사와 모의고사 성적을 각각 100점 만점으로 합산한 성적을 반영하였으며, 1학년은 언어, 수리, 외국어, 사회탐구, 과학탐구 성적을 합산한 성적을 기준으로 하였다.

다. 국가인권위원회가 ○○○○고등학교 2학년 84명을 대상으로 실시한 설문조사 결과 66.7%의 학생들이 면학실 운영이 필요하다고 보고 있었으며, 반면 면학실을 이용하지 못하는 학생의 78.4%는 일반교실의 자율학습 분위기에 만족하지 못하고 있는 것으로 드러났는데 그 주된 원인으로 성적 우수학생의 면학실 이용과 일반교실 자율학습에 대한 감독 소홀을 지적하였다. 특히 면학실 입실기준을 성적순으로 정한 것에 대해서는 72.6%의 학생이 동의하지 않았는데 그 이유로 일반교실에 남은 학생들이 갖게 되는 열등감, 소외감 등을 들었다.

5. 판단

「헌법」 제11조 제1항은 모든 국민의 평등권을 규정하고 있고, 「국가인권위원회법」 제2조 제4호는 교육시설의 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배

제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권 침해의 차별행위로 규정하고 있다. 피진정인이 자율학습 전용실인 면학실을 만들어 학년별로 성적이 우수한 30명 내외의 학생들만 이용할 수 있게 한 것이 그 밖의 학생들에 대한 평등권 침해인지 여부를 살펴보고자 한다.

국가 혹은 지방자치단체에 의하여 설치·운영되는 공교육은 「헌법」 제31조제1항에 맞게 모든 학생들에게 그 능력에 따라 균등하게 제공되어야 한다. 우리 사회의 지나친 입시경쟁위주의 학문 풍토에 따라 실시되고 있는 야간자율학습이 적절한 교육방식인지의 문제는 논외에 두기로 하고, 공공교육 시설의 일부분을 자율학습하기에 편리하도록 만들어 면학실로 활용하는 것은 학생들에게 제공하는 학교 공교육 서비스의 일환임은 분명하다. 그렇다면 그와 같은 서비스가 제공됨에 있어서 합리적 이유 없이 특정 학생들에게만 차별적으로 시행되거나 그로 인해 특정학생들과 그 범위에 들어가지 않는 학생들 사이에서 차별적 인식을 조장하는 효과가 유발되어서는 안 될 것이다. 이러한 점은 특히 성장 과정에 있고, 무한한 잠재력과 가능성을 가지고 있는 학생들을 대상으로 한다는 점에서 더욱 신중을 기해야 할 일이다. 그런데 인정사실에서 보는 바와 같이 피진정인은 자율학습 전용실인 면학실의 입실 대상자를 성적우수자로 한정함으로써 설문조사 결과에서도 확인되듯이 학업성적으로 드러나지는 않았으나 다양하고 잠재적인 능력을 가진 학생들에게 면학실에 입실하여 정숙하게 공부할 수 있는 기회를 박탈하는 차별적 결과를 가져왔으며, 입실에서 배제된 학생들에게는 열등감 및 소외감을 불러일으키고 있다. 시설의 수용한계로 인해 면학실 입실 인원을 제한할 수밖에 없는 상황임을 인정하더라도 이때의 기준은 학업성적뿐 아니라 학습의지, 정숙의무 등 면학실 운영규정 준수 의지, 학업개선·발달 정도, 교우관계, 특히 가정형편 등을 다양하게 고려하여야 할 것이다.

따라서 피진정인은 모든 학생들이 자신의 능력과 형편에 맞게 평등한 교육의 기회와 양질의 교육환경을 제공받도록 노력할 의무가 있음에도 불구하고 자율학습 전용실의 입실자격을 성적우수자로만 한정하여 운영하는 것은 교육시설의 이용과 관련하여 합리적 이유 없이 「헌법」 제11조에서 보장하고 있는 평등권을 침해하는 차별행위라고 판단된다.

6. 결론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호에 의거하여 주문과 같이 결정한다.

2008. 8. 25.

국가인권위원회 차별시정위원회

위원장 최경숙 위원 황덕남 위원 조 국

별지 : 관련법령

1. 「헌법」 제11조제1항

모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

2. 「헌법」 제31조제1항

모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

3. 「국가인권위원회법」 제2조제4호

“평등권침해의 차별행위”라 함은 합리적 이유 없이 성별, 종교, … (중략) … 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. (중략)

가.~나. (생략)

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

라. (생략)

27] 2008. 11. 10.자 08진차727 결정 [정학 이력을 이유로 한 교육기관 이용 차별]

정학 이력을 이유로 전입학을 불허하는 것이 차별에 해당하는 것인지 여부(적극)

【진 정 인】 조○○

【피 해 자】 조○○

【피진정인】 ○○한국학교장

【주 문】

피진정인에게 피해자에 대한 전입학심사를 다시 실시할 것과 ○○한국학교 학칙에 전입학 불허사유를 규정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 진정요지

피진정인은 진정인의 아들인 피해자 조○○이 2007년에 유기정학을 받은 적이 있다는 이유로 피진정인 학교로의 전입학을 불허하였다. 이는 합리적 이유 없는 차별행위이므로 시정을 바란다.

2. 당사자의 주장

가. 진정인

진정의 요지와 같다.

나. 피진정인

(1) 「초중등교육법시행령」 제66조(중학교 입학 등의 허가)에서는 “중학교 학생의 입학·재입학·퇴학·전학·편입학 및 휴학은 특별한 규정이 없는 한 학칙이 정하는 바에 의하여 학교의 장이 행한다.”라고 규정하고 있고, 동령 제92조(준용) 제1항에서는 “제66조 및 제67조의 규정은 고등학교학생의 입학 등에 관

하여 각각 이를 준용한다. 이 경우 “중학교”를 “고등학교”로 본다.” 라고 규정하고 있다. 또한 ○○한국학교 학칙 제16조(편입학) 제1항은 “전·편입학 학생은 전·편입학 하는 전 학년까지의 과정을 수료한 자와 동등 이상의 학력이 인정된 자로서 정원의 범위 내에서 전입학심사위원회를 거쳐 학교장이 허가”한다고 규정하고 있다.

(2) ○○한국학교 학부모회에서는 2007학년도 초반부터 전·편입생을 선발함에 있어서 타 학교에서 징계를 받았거나 문제가 있었던 학생들은 입학시키지 말아달라고 학교 측에 여러 차례 건의하여 왔다. 이러한 학부모들의 요구를 반영하여 2007학년도부터 전·편입학심사위원회의 기능을 활성화하였으며 위 심사위원회에서는 정학 등의 징계를 받은 학생 또는 무단결석이 잦은 학생에 대해 엄중 심사하여 입학여부에 대한 의견을 학교장에게 제시하였으며 학교장은 특별한 사유가 아니면 위 위원회의 의견을 존중하고 있다.

(3) 피해자 조○○ 학생의 전학 허가 여부와 관련된 심사는 2008. 5. 21. ○○한국학교의 ‘전·편입학 심사위원회’에서 실시하였으며 이를 토대로 최종적으로 피진정인이 불허 결정을 하였다.

(4) 2009학년도부터는 징계처분을 받은 후 1년이 경과한 학생의 경우에는 편입학 자격 또는 허가요건을 규정하고 심의함에 있어서 불이익 처분을 하지 않도록 할 예정이다.

3. 관련 규정

별지 기재와 같다.

4. 인정사실

가. 「재외국민의 교육지원 등에 관한 법률」 제2조(정의) 제3호에 의하면 “한국학교”라 함은 재외국민에게 「초·중등교육법」의 규정에 따른 학교교육을 실시하기 위하여 교육과학기술부장관의 승인을 얻어 외국에 설립된 교육기관을 말한다.

나. ○○한국학교는 상해에 있는 유일한 한국학교로서 2008. 3. 현재 교직원

138명, 초·중·고 총 12개 학년에 1,138명의 학생이 재학하고 있다.

다. 피해자 조○○ 학생은 2007. 5. 8. ○○한국학교에 10학년으로 재학당시 집단폭행 사건에 연루되어 유기정학 2일의 징계를 받았으며 2007. 9. 8. 중국 ○○사범대학부속외국어학교로 전학하였고 2008. 5. 다시 ○○한국학교에 전입학 신청을 하였다.

라. 피해자 조○○ 학생의 전학 허가 여부와 관련된 심사는 2008. 5. 21. ○○한국학교의 '전·편입학 심사위원회'에서 실시하였으며 이를 토대로 최종적으로 피진정인이 불허 결정을 하였는데 불허결정의 주된 이유는 과거에 정학을 받은 사실이 있다는 것이었다.

5. 판 단

「헌법」 제11조(평등권) 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 또한 「국가인권위원회법」 제2조(정의) 제4호에서는 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분 등을 이유로 재화 또는 용역의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 “평등권침해의 차별행위”로 정의하고 있다. 이 사건에서 피진정인이 피해자를 합리적 이유 없이 차별하여 피해자의 평등권을 침해하였는지 여부를 판단하기 위해서는 피진정인이 피해자의 전입학을 불허한 것에 합리적인 이유가 있는지 여부를 살펴보아야 할 것이다.

「재외국민의 교육지원 등에 관한 법률」 제2조(정의) 제3호는 “한국학교라 함은 재외국민에게 「초·중등교육법」의 규정에 따른 학교교육을 실시하기 위하여 교육과학기술부장관의 승인을 얻어 외국에 설립된 교육기관을 말한다.”라고 규정하고 있는바 ○○한국학교 역시 「초·중등교육법」의 적용을 받는다 할 것인데 「초·중등교육법」 제18조의 4(학생의 인권보장)는 “학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다.”라고 규정하고 있으며 동법 시행령 제31조(학생의 징계 등) 제2항은 “학교의 장은 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적

인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.”라고 규정하고 있다.

피진정인이 학부모들의 요구를 반영하여 ○○한국학교 내에 면학분위기를 조성하고 정숙한 교육환경을 만들고자 하는 목적은 정당하다 할 것이다. 그러나 그 목적을 이루기 위한 수단으로 과거에 징계를 받은 전력이 있는 학생들의 전입학을 일률적으로 불허하는 것은 합리적이라고 보기 어렵다. 즉, 과거에 저지른 잘못의 경중과 추후 반성하는 태도 및 성장기에 있는 학생들의 변화가능성 등을 종합적으로 고려하지 않은 채 전입학을 불허하는 것은 합리적이라고 보기 어렵다. 특히 이 사건 피해자 조○○의 경우는 ○○한국학교에서 2007. 5.에 정학 2일의 징계를 받은 후 2007. 9.까지 정상적으로 학교생활을 하다가 다른 학교로 전학을 간 경우이다. 그럼에도 불구하고 전입학을 불허하는 것은 위 2일의 정학 처분이 결과적으로 퇴학처분의 효과와 다르지 않게 되는 불합리한 점이 있다.

위와 같은 점들을 종합해 볼 때 피진정인이 피해자의 전입학을 불허한 것은 합리적 이유 없는 차별행위라고 판단된다.

나아가 피진정학교의 학칙 제16조(편입학) 제1항은 전입학 허가여부에 대해 전입학심사위원회를 거쳐 학교장이 허가한다고만 규정하고 있을 뿐 어떤 경우에 불허될 수 있는지는 규정하지 않고 있다. 그러나 상해에서 하나뿐인 한국학교에 전입학 할 수 있는지 여부에 관한 것은 한국 학생들의 진로 결정에 있어 매우 중요한 일이라 할 것이므로 어떤 경우에 전입학이 불허될 수 있는지 어느 정도 예측 가능한 수준의 규정은 있어야 할 것이다.

6. 결 론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호, 제2호에 의거 주문과 같이 결정한다.

2008. 11. 10.

국가인권위원회 차별시정위원회

위 원 장 최경숙 위원 황덕남 위원 조 국

제 3 장

헌법재판소 및 법원 판결례

Ⅰ 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 91헌마69 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항에 대한 헌법소원

【판시사항】

- [1] 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호가 교육의 전문성을 보장한 「헌법」 제31조 제4항에 위반되는지 여부
- [2] 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호의 평등권 침해 여부
- [3] 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호의 공무담임권 침해 여부

【결정요지】

- [1] 「지방교육자치에 관한 법률」은 별도로 교육위원 정수의 2분의 1 이상과 집행기관인 교육감의 자격을 일정기간 이상 교육 관련 경력이 있는 자로 제한하여(동법 제8조, 제32조 제2항) 교육의 자주성, 전문성이 충분히 보장되도록 규정하고 있으므로 동법 제9조 제1항 제2호가 교육위원과 초·중등학교 교원의 겸직을 금지하였다고 하여도 그것만으로 교육의 전문성을 보장한 「헌법」 제31조 제4항에 위반된다고 할 수 없다.
- [2] 같은 규정이 초·중등학교 교원에 대해서는 교육위원직 겸직을 대학교원에게는 겸직을 허용한다 하더라도 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 것이어서 평등권을 침해하는 것이라고 할 수 없다.
- [3] 「지방교육자치에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호 규정 자체에서는 겸직금지 이외에 입후보 금지까지 포함하지 않음이 법문상 명백하고, 그와 같이 겸직금지를 규정한 것은 교육위원이나 교원이 그 직무에 전념할 수 있도록 하기 위한 필요 최소한의 합리적인 규정이므로 위 규정이 「헌법」 제25조에 의하여 보장된 청구인의 공무담임권을 본질적으로 침해하는 것으로서 과잉입법금지의 원칙을 규정한 「헌법」 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.

【참조판례】

[1][2] 1991.3.11. 선고 90헌마28 결정

【참조법령】

지방교육자치에 관한 법률 제9조 제1항 제2호

[1] 헌법 제31조 제4항: 교육법 제8조, 제32조 제2항

[2] 헌법 제11조 제1항: 교육법 제75조 제1항 제1호 제2호

[3] 헌법 제25조, 제37조 제2항: 지방교육자치법시행령 제3조 제4호

【청 구 인】 이△규 (대리인 변호사 이○○ 외 2인)

【주 문】 청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 공립학교인 서울 ○○고등학교의 사회과 교사로 재직중인 자로서, 1991.3.8. 「지방교육자치에 관한 법률」이 제정·시행됨에 따라 장차 교육위원이 되어 교육자치의 실현에 이바지하고자 하였으나 동법 제9조 제1항 제2호에서 대학의 조교수 이상의 교원을 제외한 국공사립학교의 교원에 대해서는 교육위원과의 겸직을 금지하고 있어 청구인은 1991.4.24. 동 법조가 「헌법」상의 평등권, 공무담임권 등을 침해한 위헌적 법률이라고 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 「지방교육자치에 관한 법률」(1991.3.8. 제정, 법률 제 4347호;1991.12.31. 개정, 법률 제4473호) 제9조 제1항 제2호의 규정이며 그 내용

은 “교육위원은 다음 각호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다. 1.(생략) 2. 「국가공무원법」 제2조에 규정된 국가공무원 및 「지방공무원법」 제2조에 규정된 지방공무원과 「사립학교법」 제2조의 규정에 의한 사립학교 교원. 다만 「교육법」 제81조의 규정에 의한 대학·교육대학·사범대학·전문대학·방송통신대학·개방대학 및 이에 준하는 각종 학교와 다른 법령에 의하여 설치된 대학의 조교수 이상의 교원을 제외한다. 3.(생략)”이다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 「지방교육자치에 관한 법률」(이하 “지방교육자치법”이라 한다)의 주요골자는 자치구의회의 선출로 구성되는 교육위원회에서 당해 자치단체의 교육·학예에 관한 중요사항을 관장하게 하여 교육의 자주성·전문성을 획기적으로 신장시키기 위한 것이므로, 일선 교육현장에서 교육활동을 수행하는 교사야말로 교육자치의 구체적인 담당자로서 가장 책임자라고 할 수 있는데도 동법 제9조 제1항 제2호가 국공사립의 초중등학교 교원의 교육위원 겸직을 금지한 것은 지방교육자치의 이념이나 지방교육자치법의 입법목적에 위반된다.

(2) 「지방교육자치법」 제9조 제1항 제2호는 초중등학교 교사에 대하여는 교육위원직의 겸직을 금지하면서도 조교수 이상의 대학교수에게는 교육위원직을 겸할 수 있도록 하고 있는바, 이는 교사와 교수라는 사회적 신분에 의하여 부당하게 교육위원의 직무수행과 관련하여 차별하는 것으로 「헌법」 제11조 제1항의 평등권을 침해한 것이다.

(3) 교육위원은 정치적 공무원이 아니며 오히려 교육의 전문성 및 정치적 중립성이 요구되는 지역의 교육과 문화를 담당하는 직책이고, 공무원인 교사는 권력을 가진 공무원이 아니어서 그 신분을 이용하여 행정적 권한을 남용할 위치에 있지 아니한데도 교사가 오로지 공무원이라는 이유만으로 교육위원 겸직을 금지한 것은 명백히 청구인의 공무담임권을 침해한 것이다.

(4) 지방교육자치의 핵심적 역할을 담당할 교육위원직은, 교육경험이 풍부하고 교육전문가인 교사가 이를 담당하여야 하는 것은 교육목적상 지극히 당연한 것인데 교사의 교육위원직 겸직을 금하고 있는 것은 교육의 자주성·전문성·정치적

중립성을 보장한 「헌법」 제31조 제4항에도 위반된다.

나. 교육부장관과 법무부장관의 의견

(1) 지방자치단체 내에서도 상호견제와 조화를 위한 권력분립의 원칙에 따라 입법권한과 집행권한의 분립이 요청되는데, 지방자치단체가 설치·경영하는 학교교원은 지방교육자치의 집행기관인 교육감 소속의 공무원으로서 지위와 책임을 지고 있으므로, 집행기관 소속의 공무원임자의 지위에 있는 교원에 대하여 입법기관인 교육위원의 직을 겸할 수 없도록 한 것은 지방자치법이 요구하는 기관분립의 정신에 부합하는 것이다.

(2) 대학의 교수는 지방자치단체의 집행기관 구성원의 지위에 있는 교사와는 다를 뿐 아니라 업무수행 면에서도 미성년자를 대상으로 한 교육활동을 본령으로 하는 초중등학교 교원과 달리 대학생을 상대로 한 교육활동 및 개인적 학문연구를 그 본령으로 하고 있으므로, 대학의 교수에게는 교육위원직 겸직을 허용하고 초중등학교 교원에게는 이를 금지하는 이러한 차별은 합리적인 것이어서 「헌법」 상의 평등권을 침해한 것이라고는 할 수 없다.

(3) 공무원임권은 법률에 규정되어야 구체화되는 권리라고 볼 것이고 따라서 지방교육자치법이 교사에 대하여 교육위원 겸직을 허용하지 않았다 하더라도 이를 위헌이라고 볼 수는 없고 또 이 법의 다른 규정들에 의하여 교육의 자주성·전문성과 정치적 중립성이 충분히 보장되고 있으므로 제9조 제1항 제2호가 초중등학교 교원의 교육위원 겸직을 금지하였다 하더라도 그것만으로는 「헌법」 제31조 제4항에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판단

가. 본안적 판단

청구인은 이 사건 헌법소원심판청구당시 「지방교육자치법」이 새로 제정되어 교육위원의 선거를 목전에 두고 있었고(「지방교육자치법」 부칙 제2조 제1항), 이 때 실시하는 교육위원 선거에 입후보를 하고자 하는데 「지방교육자치법」 제9조 제1항 제2호 규정 때문에 동법 소정의 교원의 직위를 유지한 상태에서는 교육위원직을 겸할 수 없어 참정권의 제약을 받게 되었다고 주장하고 이를 구제

받고자 이 사건 소원심판을 청구한 것이므로 헌법소원심판의 적법요건인 자기관련성, 현재성, 그리고 직접성이 모두 갖추어졌다고 볼 것이고, 또한 「지방교육자치법」이 시행된 것은 1991.3.26.인데(부칙 제1조) 이 사건 헌법소원심판이 제기된 것은 1991.4.24.이어서 「헌법재판소법」 제69조 제1항 소정의 심판청구기간을 도과한 것이라고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 본안 판단

(1) 공직 겸직금지제도의 근거

일반적으로 입법상의 공직 겸직금지제도가 마련되는 이유로는 첫째, 직무전념 내지 직무수행의 이념상 일반직의 국가공무원 또는 지방공무원이 다른 직종을 겸직하는 것을 원칙적으로 금지하고 있는 경우와 둘째, 제도상 직무 상호간에 권력분립의 필요성이 있는 경우로서 국회의원과 일반직 공무원간의 겸직금지, 지방자치단체의 장과 지방의회 의원간의 겸직금지 등이 그 예이며 셋째, 직무의 공정성과 전념성 및 정치적 중립성의 확보를 위한 목적으로 겸직금지의 규정을 두고 있는 경우가 있다.

(2) 교육위원의 교원 겸직금지의 근거

그렇다면 「지방교육자치법」 제9조 제1항 제2호에서 규정하는 교원과 교육위원의 겸직금지는 첫째, 국공립학교 교원이 공무원신분을 가지도록 한 것이 국가가 교육에 있어서 중대한 역할을 수행하게 되는 공교육제하에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장이라는 「헌법」 제31조의 명제를 구체화시키기 위한 것임을 고려해 볼 때 교원이 공무원신분을 가짐으로써 받아야 할 기본권 제한의 하나로서 「헌법」 제31조와 관련하여 보면 정당하다고 할 것이다. 이는 교육공무원의 정당가입을 금지한 「정당법」 제6조와 제17조, 국회의원이나 지방의회의원과 같은 정치적 공무원과의 겸직을 규정한 각종 선거법상의 겸직금지나 입후보제한 규정들과 같이 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장을 위하여 인정되는 합리적인 제한이라고 할 수 있을 것이다.

다음으로 겸직을 금지하는 교원이 교육위원직을 겸할 때 그 직무전념성의 본무에 지장이 초래되는지를 살펴보면, 지방교육자치법상 교육위원은 비상근 명예직이고(제8조 제2항), 그 회기일수도 연40일을 초과하지 않도록 되어 있지만

구체적인 회기일수는 그 범위내에서(위원들의 합의에 의하여) 회의규칙으로 정하게 되어 있으므로(제15조 제3항) 실제 교육위원의 직무량이 어느 정도인지 파악하기 위해서 각 교육위원회의 회의규칙을 살펴볼 필요가 있다.

서울특별시 및 5개 직할시(부산, 대구, 인천, 광주, 대전) 교육위원회의 회의 규칙에 따르면, 그 회기는 정기회와 임시회로 구분되고 정기회는 매년 10.20.~11.1.부터 10~20일을 회기로 하여 개최되고 임시회는 회기 5일 이내로 하여 개최되며 각 회의의 회기연장은 5일을 초과할 수 없도록 되어 있고 그 밖에 회기 중 또는 회기 외에 개최되는 각종 소위원회가 있다. 그렇다면 교육위원들은 연간 최소 10일에서 최대 40일에 이르는 정기회·임시회 외에도 자기가 소속되어 있는 각종 소위원회에 참석해야 하는데, 이러한 직무를 성실히 수행하기 위해서는 교육위원이, 매일 매일을 학생들과 함께 호흡하며 수업과 학생지도를 수행해야 하는 교원의 직을 겸한다는 것은 사실상 불가능하다고 할 것이므로 교육위원과 교원의 겸직을 금지하는 것은 교육위원이나 교원이 그 직무에 전념할 수 있도록 하기 위한 직무전념성의 원칙에 볼 때 합리적인 제한이라고 볼 수 있을 것이다.

이를 전제로 하여 「지방교육자치법」 제9조 제1항 제2호가 청구인의 기본권을 침해하였는지를 살펴본다.

(3) 기본권의 침해 여부

(가) 지방교육자치법의 입법목적

「지방교육자치법」 제9조 제1항 제2호는 교육위원회의 형식적 지위를 중시하여 교육위원의 직과 국공사립의 초중등학교 교원의 겸직을 금지하고 있는바, 청구인은 이러한 겸직금지가 교육에 관한 사항은 직접 일선에서 교육을 담당하는 교육관계당사자가 관장해야 한다는 지방교육자치의 지도원리에 반하는 것이라고 주장하고 있으나, 「지방교육자치법」은 교육위원 정수의 1/2 이상은 교육 또는 교육행정경력이 15년 이상 있는 자로 하고(제8조) 집행기관인 교육감의 자격도 교육 또는 교육전문직 경력이 20년 이상인 자로 하는 등(제32조 제2항) 교육의 자주성·전문성이 충분히 보장되도록 규정하고 있으므로, 교원과 교육위원의 겸직을 금지하였다는 것만으로 그 입법취지나 전문적 관리의 원칙 등 지방교육자치의 지도원리가 침해되었다고 할 수는 없다.

(나) 평등권 침해 여부

초중등학교 교사에 대하여 교육위원직의 겸직을 금지하는 것이 직무전념의 이념에 비추어 합리적이라 하더라도 법 제9조 제1항 제2호는 조교수 이상의 대학교원에게는 교육위원직을 겸할 수 있도록 하고 있으므로, 이와 같은 차별이 과연 합리적인 것인가 하는 문제를 살펴보기로 한다.

교육위원회가 정치적 성질을 가진 기관도 아니요 오로지 지방교육의 발전에 이바지할 것을 목표로 하는 기관일진대(제10조 제1항) 그 교육위원의 직에 선출되는 데 있어서 초중등학교 교원이 미성년자를 대상으로 교육을 한다는 것이 차별의 합리적인 근거로 자리잡기는 어렵다고 할 것이나 그 교원의 직무와 신분으로 보아 당연히 갖추어야 할 직무전념의 이념을 고려할 경우에는 문제가 달라진다. 「교육법」(제75조 제1항 제1호, 제2호)에 의하면 “교사는 교장의 명을 받아 학생을 교육하는 자”(제1호)인 반면에 대학의 “교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교수·연구·지도하되, 연구 및 지도에만 종사할 수 있다”(제2호)고 하여 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로 이 점에서 매일 매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초중등학교 교원에 비하여 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다. 더구나 교육법이 교사의 경우에는 ‘교육’이라고 하여 지식전달 이상의 인격적 내용까지 포함시키면서 대학교수의 경우에는 단순히 ‘교수’라고만 하여 전문지식의 전수를 강조하고 있는 것도 이런 취지로 볼 수 있어 양자의 법률적 성격과 기능이 다름을 보여주는 것이다. 따라서 대학교수는 교육위원직을 겸하더라도 교원의 경우와 같이 직무에 전념하기 힘들다고 단정할 수는 없으며, 특히 「교육법」 제75조 제1항 제2호 단서에서 규정하듯이 학생을 교수하지 않고 연구·지도에만 종사하는 대학교수의 경우에는 더욱 그러함이 명백하다. 그렇다면 초중등학교 교원에 대해서는 교육위원직 겸직을 금지하면서 대학교원에게는 겸직을 허용한다 하더라도 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 것이므로 청구인이 주장하듯 「헌법」상의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

(다) 공무담임권 침해 여부

다음으로 법 제9조 제1항 제2호의 교원의 교육위원 겸직금지에는 청구인의 공무담임권을 침해한 것이라는 주장을 본다. 그런데 동 법조는 교원의 교육위원직 겸직을 금지할 뿐 교육위원직에의 입후보를 위하여 교원직의 해임을 요구하고 있지는 않다. 그러나 입후보제한은 자격제한으로서 만일 당선이 안되면 교원과 교육위원 두 가지 모두를 놓치는 점에서 겸직금지보다 공무담임권 제한의 정도가 더 강한 것이라는 차이가 있을 뿐 어느 것도 공무담임권의 제한인 것은 동일하며, 따라서 법 제9조 제1항 제2호가 교원의 교육위원 입후보 자체는 금지하고 있지 않다 하더라도 겸직금지만으로도 공무담임권을 제약하는 것임은 명백하다. 이에 대하여 관계장관의 주장대로 공무담임권은 법률에 의해서 구체화되는 권리이기는 하나 법률로써도 그 자체를 부인한 수는 없는 것이고, 따라서 이와 같은 겸직금지가 합헌적인 것이 되기 위하여는 그것이 국가안 보·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한정되어야 하고 또 그 제한이 필요한 최소한의 것이어야 하며, 이를 넘어선 제한은 국회의 입법재량을 넘어선 과잉입법으로서 「헌법」에 위반된다고 할 것이므로 이에 관하여 살펴본다.

교원과 교육위원직의 겸직금지는 양직의 직무에 전념할 수 있도록 하기 위한 제한이라고 볼 수 있으나 그 제한은 필요한 최소한에 그쳐야 하며 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안 되는 것이다. 그런데 동 법시행령 제3조 제4호는 교육위원 후보자가 되고자 하는 자는 그 후보자 등록을 위해 법 제9조 제1항 각호에 해당할 경우 그 직의 해임증명서를 요구하고 있어 법 제9조가 겸직을 금지할 뿐만 아니라 입후보 자체까지도 금지하는 것이라고 해석될 여지가 있다. 만약 법 제9조 제1항 제2호가 단순히 겸직을 금지하는 데 그치는 것이 아니라 위 시행령 조항과 같이 입후보단계에서부터 해직을 전제로 하는 것이라면 무보수 명예직인 교육위원이 되기 위해서 당선 여부도 확실하지 않은 상태에서 생업을 위한 교원직이 포기를 강요하고 있어 생존권을 위협하는 규정으로서 「헌법」 제37조 제2항이 규정하고 있는 필요최소한의 제한원리에 어긋나는 것으로 볼 수도 있으나 법 제9조 제1항 제2호 규정 자체에서는, 겸직금지 이외에 입후보 금지까지 포함하고 있지는 않음이 법문상 명백하다. 이는 일반적으로 「대통령선거법」 제30조 제1항, 「국회의원선거법」 제32조 제1항, 「지방의회의원선거법」 제35조 제1항, 「지방자치단체의장선거법」 제31조 제1항 등의 각종 선

거법에서 검직금지 규정과 별도로 입후보 제한규정을 두고 있는 것과는 매우 대조적인 것으로, 교육위원의 선거는 일반적인 공직선거와는 달리 선거운동과 관련된 제반 문제들이 발생할 여지가 거의 없다는 점과 교육위원직 자체가 비권력적인 지위인 점과 공무담임권이 「헌법」에 보장되어 있다는 점을 고려한 입법권의 행사를 한 것으로 보인다. 따라서 입후보를 금지하고 있는 「지방교육자치법시행령」 제3조 제4호가 「헌법」에 위반되는지의 여부는 별론으로 하고, 법 제9조 제1항 제2호 자체가 기본권 제한의 필요최소한 원리를 규정한 「헌법」 제37조 제2항에 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해한 것이라고는 할 수 없다.

4. 결론

그렇다면 「지방교육자치법」 제9조 제1항 제2호가 초중등학교 교원과 교육위원의 검직을 금지하였다고 하여도 그것만으로 「헌법」 제31조 제4항에 위반된다고 할 수 없고, 초중등학교 교원에 대해서는 교육위원직 검직을 금지하면서 대학교수에게는 검직을 허용한다 하더라도 이는 양자간에 직무상의 본질 및 내용이나 근무태양의 차이를 고려한 합리적인 차별이라고 할 것이어서 평등권을 침해하는 것이라고 할 수 없으며, 또 검직금지를 규정한 것은 교육위원이나 교원이 그 직무에 전념할 수 있도록 하기 위한 필요최소한의 합리적인 규정이므로 과잉입법금지의 원칙을 규정한 「헌법」 제37조 제2항에 위반된다고도 할 수 없다.

그러므로 청구인이 심판청구는 그 이유 없어 이를 기각하기로 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의하여 주문과 같이 결정한다.

재판관 조규광(재판장) 변정수 김진우 한병채 이시윤 최광률 김양규 김문희 황도연

㉒ 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 91헌마204 「교육법시행령」 제71조 등에 대한 헌법소원

【판시사항】

거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하는 것이 「헌법」에 위반되는지 여부

【결정요지】

거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 「교육법시행령」 제71조 및 제112조의6 등의 규정은 과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 부작용을 방지한다고 하는 입법목적 달성을 위한 방안의 하나이고, 도시와 농어촌에 있는 중·고등학교의 교육여건의 차이가 심하지 않으며, 획일적인 제도의 운용에 따른 문제점을 해소하기 위한 여러 가지 보완책이 위 시행령에 상당히 마련되어 있어서 그 입법수단은 정당하므로, 위 규정은 학부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권의 본질적 내용을 침해하였거나 과도하게 제한한 경우에 해당하지 아니한다.

【참조법령】

교육법시행령 제71조, 제112조의6 : 헌법 제11조 제1항, 제14조, 제31조 제1항

【주 문】 이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 전북 순창군 순창읍에 거주하는 자로서 현재 국민학교 5학년, 중학교 1학년, 2학년(청구 당시 국민학교 2학년, 4학년, 5학년)에 재학 중인 자녀를

두고 있고, 장래 자녀들을 도시에 있는 중·고등학교에 진학시키기를 원하지만 「교육법시행령」 제71조 및 제112조의6이 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학 을 제한하고 있어서 거주지를 도시로 이전하지 아니하고는 자녀를 도시에 있는 중·고등학교에 입학시킬 수 없으므로, 위 각 규정은 청구인의 기본권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 그 위헌확인을 구하기 위하여 1991.11.21. 이 사건 헌 법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 「교육법시행령」(제정 1970.2.12. 대통령령 제4589호; 최후개정 1994.10.15. 대통령령 제14401호; 이하 “시행령”이라 한다) 제 71조 및 제112조의6(이하 “이 사건 규정”이라 한다)이고, 그 내용은 다음과 같 다.

제71조(중학교배정원서의 제출) 중학교에 입학하고자 하는 자는 그 출신국민학 교가 속하는 위원회에 중학교배정원서를 제출하여야 한다. 다만, 중학교에 있어 서는 교육장(교육감)에게, 국민학교졸업자로서 거주지가 이전된 자와 제79조의 규정에 해당하는 자는 그 거주지를 학구로 하는 국민학교가 속하는 교육장(교육 감)에게 제출하여야 한다.

제112조의6(입학전형의 지원) ① 입학전형에 응시하고자 하는 자는 전기학교·후 기학교의 구분 없이 동시에 그가 재학한 중학교가 소재하는 교육감에게 지원하 여야 하되, 제80조의 규정에 의하여 중학교를 졸업한 자와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자 및 중학교 학구로 인하여 다른 시·도에서 수학한 자와 중학 교를 졸업한 자로서 거주지가 이전된 자인 경우에는 거주지의 교육감에게 지원 하여야 한다. 다만, 인접 시·도에 소재한 고등학교에 입학하는 것이 통학상의 거 리 또는 교통으로 보아 편리하다고 인정되는 경우에는 그 관련되는 교육감이 협 의하여 정하는 바에 따라 그 인접 시·도의 교육장(교육감)에게 지원할 수 있다.

② 제1항에서 “거주지”라 함은 민법 제909조의 규정에 의한 친권자 또는 제928 조의 규정에 의한 후견인의 일상생활의 근거지를 말한다. 이 경우에 일상생활의 근거지의 여부는 교육부장관이 결정한다.

③ 내지 ⑤는 생략

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 규정은 도시와 농어촌 사이에 존재하는 교육의 질적 차이를 고려하지 아니하고 합리적인 이유 없이 거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하기 때문에, 자녀를 도시에 있는 중·고등학교에 진학시키고자 하는 농어촌 거주 학부모의, 「헌법」 제31조 제1항에 의하여 보장되는 자녀를 교육시킬 학교를 선택할 수 있는 권리, 헌법전문에 기회균등에 관한 규정 및 「헌법」 제11조 제1항에 의하여 보장되는 평등권을 침해한다.

(2) 농어촌 거주 학부모가 자녀를 교육여건이 우수한 도시에 있는 중·고등학교에 진학시키기 위하여는, 비록 학부모가 생업에 많은 지장을 받고 동거가족 전원이 거주지를 이전할 수 없는 경우 일부 가족과 떨어져 생활하여야 함으로 말미암아 정신적 고통이 수반되어 도시로의 거주지 이전을 원하지 않는 경우에도, 도시로 거주지를 이전하여야 한다. 그러므로 거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 이 사건 규정은 실질적으로 자녀를 도시에 있는 중·고등학교에 진학시키고자 하는 농어촌 거주 학부모의 「헌법」 제14조에 의하여 보장되는 거주이전의 자유를 침해한다.

나. 교육부장관 및 법무부장관의 의견 요지

(1) 이 사건 규정은 중·고등학교에 진학하는 자들에 대한 규정이므로 학부모인 청구인에 대하여는 자기관련성이 인정되지 아니하고, 청구인 및 그 보호하는 자녀가 현재 기본권을 침해받고 있지도 않으므로 현재관련성도 인정되지 아니하여 이 사건은 부적법하다.

(2) 시행령 제71조는 1971.3.2.부터, 시행령 제112조의6은 1973.9.14.부터 각 시행되고 있고, 제112조의6은 헌법소원심판청구 전 1991.4.23. 개정되었으므로, 청구인은 헌법재판소가 구성된 1988.9.19. 또는 제112조의6이 개정된 1991.4.23.부터 「헌법재판소법」 제69조 제1항 소정의 청구기간 내에 청구하였어야 하는데도 그 기간을 초과하여 1991.11.21. 청구된 이 사건은 부적법하다.

(3) (가) 이 사건 규정의 입법목적은, 중·고등학교에 만연되어 있던 과열 입시

경쟁에 의한 ① 국민학생, 중학생의 건전한 정신적·육체적 발달저해, ② 국민학교, 중학교 교육과정의 파행적 운영, ③ 과중한 과외비용과 과외교육을 시킬 수 없는 학부모에 대한 실질적 불평등, ④ 재수생의 증가로 인한 사회적 문제 등을 해결하기 위한 것이었다.

(나) 이 사건 규정이 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하고 있지만, 이는 위와 같은 입법목적에 달성하기 위한 것이고 학부모가 원하는 지역에 있는 학교에 자녀를 입학시키기 위하여 거주지를 이전하는 것을 제한하지 아니하므로 교육을 받을 권리 및 거주이전의 자유를 침해한 것은 아니다.

(다) 도시와 농어촌 학교의 교육환경에 질적인 차이가 없고, 국가에서 농어촌 지역의 학생에 대한 교육을 차별할 의도가 없으므로, 이 사건 규정이 평등권을 침해한 것도 아니다.

3. 판단

가. 본안전 요건에 대한 판단

(1) 법적 관련성에 대하여

청구인은 전북 순창군 순창읍에 거주하면서 자녀를 도시에 있는 중·고등학교에 진학시키기를 희망하지만 이 사건 규정은 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하고 있으므로, 이 사건 규정이 존속하는 한 원칙적으로 청구인은 도시로 거주지를 이전하지 아니하고는 자녀를 도시에 있는 중·고등학교에 입학시킬 수가 없다. 그러므로 이 사건 규정과 청구인이 자녀를 교육시킬 학교를 선택할 수 있는 권리를 포함하는 교육을 받을 권리 등 청구인이 주장하는 기본권의 침해 사이에는 헌법소원심판청구시 요구되는 자기 관련성 및 직접관련성이 인정된다고 할 것이다.

또한 청구인의 자녀들이 국민학교 5학년, 중학교 1학년, 2학년에 재학 중에 있으므로 장래 그 자녀들이 중·고등학교에 진학할 경우 이 사건 규정에 의하여 청구인이 주장하는 바와 같은 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있는 이상 기본권침해의 현재관련성도 인정된다고 할 것이다(헌법재판소 1992.10.1. 선고, 92헌마68, 76(병합) 결정 참조).

(2) 청구기간에 대하여

법령에 대한 헌법소원의 제소기간은 원칙적으로 그 법령이 시행됨과 동시에 기본권의 침해가 받게 된다고 할 것이므로, 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이나, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이다. 여기서 '사유가 발생한 날'이라는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정; 1992.11.12. 선고, 89헌마88 결정 등 참조).

그런데 청구인의 거주지역에서는 1992.3.1. 비로소 중학교 의무교육지역이 되어 보호하는 자녀로 하여금 중등교육을 받도록 할 보호자의 의무가 발생하였다(헌법 제31조 제2항, 교육법 제8조의2, 1992.2.1. 대통령령 제13577호로 개정된 「중학교 의무교육 실시에 관한 규정」 참조). 따라서 청구인에게는 1992.3.1.부터 자녀를 중학교에 진학시킬 법률상 의무가 발생하였고 이 사건 헌법소원심판을 청구한 때에 비로소 청구인이 국민학교에 재학 중이던 자녀를 장래 중·고등학교에 진학시킬 의사가 대외적으로 분명하게 되었다고 할 것이므로, 이 사건의 경우 그때에 비로소 이 사건 규정이 청구인에 대한 기본권을 침해할 것이 확실히 예상된다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다. 이와 같이 본다면, 청구인의 거주지역에서 중학교 의무교육이 실시되기 전인 1991.11.21. 청구된 이 사건은 적법한 기간 내에 청구되었다고 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

청구인은 이 사건 규정의 내용 중 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하는 부분이 청구인의 「헌법」 제31조 제1항에 의하여 보장되는 자녀를 교육시킬 학교선택권, 「헌법」 제14조에 의하여 보장되는 거주이전의 자유, 헌법전문에 기회균등에 관한 규정 및 「헌법」 제11조 제1항에 의하여 보장되는 평등권을 침해한다고 주장하고 있으므로, 과연 이 사건 규정이 청구인이 주장하는 기본권을 침해하고 있는지의 여부를 살펴본다.

(1) 자녀를 교육시킬 학교선택권의 침해 여부에 대하여

친권자에게는 미성년자인 자녀를 보호하고 교육할 의무가 있는데서도 알 수 있듯이(민법 제913조 참조), 부모는 아직 성숙하지 못하고 인격을 닦고 있는 초·중·고등학생인 자녀를 교육시킬 교육권을 가지고 있으며, 그 교육권의 내용 중 하나로서 자녀를 교육시킬 학교선택권이 인정된다. 이러한 부모의 학교선택권은 미성년인 자녀의 교육을 받을 권리를 실효성 있게 보장하기 위한 것이므로, 미성년인 자녀의 교육을 받을 권리의 근거규정인 「헌법」 제31조 제1항에서 헌법적 근거를 찾을 수 있을 것이다.

그런데 이 사건 규정은 거주지를 기준으로 한 중·고등학교의 입학제도를 규정함으로써 부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권을 제한하고 있으므로, 그 제한이 「헌법」 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한입법의 한계를 지킨 것인가에 관하여 살펴본다.

(가) 입법목적의 정당성

거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하기 전에는 과열된 입시경쟁으로 인하여 과외교육이 만연되어 학교교육은 정상적으로 이루어지지 아니하였고, 학부모는 과도한 과외교육비용을 지출하여야만 하였으며, 학생들의 신체적·정신적 발달은 저해되었고, 매년 누증되는 중·고등학교 입학에 위한 재수생도 커다란 사회문제로 대두되었었다.

이와 같은 사정을 고려하면 과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 그와 같은 부작용을 방지하기 위한 이 사건 규정의 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

(나) 입법수단의 정당성

1) 과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 부작용을 방지하기 위한 방안에는 여러 가지가 있을 수 있을 것이다. 즉, 첫째, 거주지를 기준으로 하여 일정한 학군 내에서 추첨에 의하여 학교를 선정하는 방안, 둘째, 거주지 제한 없이 추첨에 의하여 학교를 선정하는 방안, 셋째, 거주지를 기준으로 하여 일정한 학군 내에서 내신성적 또는 선발고사에 의하거나 내신성적과 선발고사를 병합한 방법에 의하여 학교를 선정하는 방안, 넷째, 거주지 제한 없이 내신성적 또는

내신성적과 선발고사를 병합한 방법에 의하여 학교를 선정하는 방안, 다섯째, 특정지역 또는 특정학교에 한하여 거주지 제한 없이 내신성적 또는 선발고사에 의하거나 내신성적과 선발고사를 병합한 방법에 의하여 학교를 선정하는 방안 등을 검토할 수 있을 것이다. 현행 중·고등학교의 입시제도 중 중학교의 경우에는 첫째 방안을 채택하고 있고, 고등학교의 경우에는 첫째, 셋째, 다섯째 방안을 혼용하고 있는 것으로 보인다.

과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 부작용을 방지하기 위한 입법수단으로서, 위에서 살펴본 방안 외에도 여러 가지 방안을 선택할 수 있을 것이고, 그 방안의 선택은 수학적능력에 따른 교육을 받을 권리, 학부모와 학생의 학교선택권 보장을 중시하느냐 아니면 학교교육의 정상화, 입시경쟁의 과열화 방지, 학생의 건전한 육체적·정신적 성장을 중시하느냐에 따라 여러 가지로 결정될 수 있을 것이다.

그런데 중·고등학교의 입시제도는 그 동안 여러 번 변천을 거듭하였고, 현제도 고등학교 입시제도 등에 관하여 많은 개선책이 논란되고 있지만, 각 제도에 장·단점이 있으므로 그 개선책이 용이하게 확정되지 못하고 있는 실정에서도 알 수 있듯이, 중·고등학교의 입시제도는 입법권자에게 광범위한 재량권이 요구되는 분야라고 할 수 있다.

2) 청구인은 자녀를 도시에 있는 학교에 입학시키고자 하므로, 농촌에 있는 학교와 도시에 있는 학교의 교육여건을 비교하여 보면, 교사의 경우 동일한 시·도 단위의 자치단체 내에서는 도시, 농어촌의 구별 없이 4, 5년 단위로 교사들이 순환근무를 하고 있고, 국고로 마련되는 기본시설에 관한 한 동일한 시설기준령에 의하고 있으므로 도시와 농어촌 학교 사이에 차이가 없으며, 학급당 학생수는 오히려 농어촌 학교가 도시 학교보다 훨씬 적은 실정이다. 그러므로 도시에 있는 학교와 농어촌에 있는 학교 사이에 우려할 만큼 교육여건에 있어서 차이가 심하다고는 할 수 없다고 하겠다.

3) 한편 현행 제도는 획일적으로 거주지를 기준으로 중·고등학교에의 입학 을 제한함으로써 인하여 발생하는 부작용을 방지하기 위하여 여러 가지 보완책을 마련하고 있다. 즉 중학교의 입학지원자에 대하여는 지역별, 학교군별로 추첨에 의하여 그 입학할 학교를 배정하지만, 거리·교통이 통학상 극히 불편한 지역을 위하여 중학구(中學區)를 설정하고 지체부자유자 및 체육특기자를 위하여 거주

지제한을 완화하고 있다(시행령 제69조 제3항).

그리고 고등학교의 경우, 특별시·광역시 및 일부 도청소재지, 성남시, 마산시, 진주시 등 교육부령이 정하는 지역 안의 소위 평준화지역 이외에 있는 고등학교에서는 당해 학교장이 입학전형을 실시하고 이 경우 입학전형방법의 결정 등 필요한 사항은 교육감의 승인을 얻어 당해 학교장이 정할 수 있도록 함으로써, 거주지 제한을 해제할 수 있도록 규정하고 있다(시행령 제69조의3, 교육감이 고등학교의 입학전형을 실시하는 지역에 관한 규칙 참조).

또한 공업·농업·수산·해양·과학·외국어·예술·체육 계열의 특수 고등학교의 학생모집지역 등에 관하여는 교육부장관이 지정하여 고시하도록 하였다(시행령 제69조의2 제2항 제3호, 제4항). 이리하여 공립의 특수 고등학교의 경우에는 당해 고등학교를 설립한 시·도에 거주지를 두고 있는 학생만이 원칙적으로 입학할 수 있도록 하고, 사립의 특수 고등학교의 경우에는 거주지 제한 없이 입학할 허용하고 있다. 그 외 지체부자유자와 거리·교통이 극히 불편하여 통학에 지장을 주는 지역에 거주하는 자를 위하여 예외를 두고 있다(시행령 제112조의12 제1항, 제2항).

한편 「특수교육진흥법」은 장애자로서 고등학교 과정 이하의 각급특수학교에 취학하고자 할 때에는 당해 학교에 직접 지원하거나 교육감에게 학교를 지정·배치하여 줄 것을 요구하여 적절한 학교를 배치받을 수 있을 뿐만 아니라 다른 시·도에 있는 특수학교 또는 국립특수학교를 지정·배치받을 수 있도록 규정하고 있어서(제11조 제1항, 제2항), 장애자가 특수학교에 입학하는 경우 거주지 제한이 없는 실정이다.

4) 이상과 같이 거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 이 사건 규정은, 과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 부작용을 방지한다고 하는 입법목적 달성을 위한 방안의 하나이고, 도시와 농어촌에 있는 중·고등학교의 교육여건의 차이가 심하지 않으며, 확실적인 제도의 운용에 따른 문제점을 해소하기 위한 여러 가지 보완책이 상당히 마련되어 있어서, 학부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권을 최소한으로 제한하면서 입법 목적을 달성할 수 있는 최선의 방법이 있다거나 이를 쉽게 발견할 수 없는 현 상황 하에서는 그 입법수단을 정당하다고 보아야 할 것이다.

5) 다만, 질병치료 등 특별한 사유로 인하여 학생이 일정기간 학부모와 거주지를 달리할 필요가 있지만 일반 학교에서 수업을 받을 수 있는 경우, 그 기간동안 당해 학생이 거주지 이외의 지역에 있는 일반 학교로 입학 또는 전학하여 학교생활을 하고, 그 특별한 사유가 종료되면 다시 학부모의 거주지에 있는 학교로 전학할 수 있도록 할 필요성이 있는데도 이를 허용하는 제도적 보완책이 교육법 또는 시행령에 마련되어 있지 아니한 문제점이 없는 것은 아니지만, 그러한 문제점이 있다고 하여 이 사건 규정의 입법수단이 정당하지 아니하다고 할 수 없다고 할 것이다.

(다) 그렇다면, 거주지별로 학교선택권을 제한하는 이 사건 규정은, 학부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권의 본질적 내용을 침해하였거나 과도하게 제한한 경우에 해당하지 아니하므로 「헌법」 제31조 제1항 및 「헌법」 제37조 제2항에 위반되지 않는다고 할 것이어서, 청구인의 자녀를 교육시킬 학교선택권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

(2) 거주이전의 자유의 침해 여부에 대하여

시행령 제112조의6 제2항은 제1항에 의하여 입학할 수 있는 고등학교의 선택기준이 되는 거주지를 「민법」 제909조의 규정에 의한 친권자 또는 제928조의 규정에 의한 후견인의 일상생활의 근거지로 규정하고 있으므로, 거주지 중심의 학군제는 결국 학부모 등의 거주지를 중심으로 한 것으로 이해할 수 있다. 한편 중학교 입학과 관련하여서는 입학할 수 있는 중학교의 선택기준이 되는 거주지의 내용에 관하여 규정하고 있지 않지만 중학생의 발육정도 등에 비추어 볼 때 그 거주지는 시행령 제112조의6 제2항과 동일하게 이해할 수 있을 것이다. 그러므로 이 사건 규정이 적용되는 학교에 자녀를 입학시키고자 하는 학부모는 생활상 발생할 수 있는 여러 가지 불이익을 감수하면서라도 당해 학교 소재지로 거주지를 이전하여야 한다.

그러나 학부모는 원하는 경우 언제든지 자유로이 거주지를 이전할 수 있으므로 그와 같은 생활상의 불이익만으로는 이 사건 규정이 거주이전의 자유를 제한한다고 할 수 없고, 설혹 이 사건 규정이 거주이전의 자유를 다소 제한한다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 그 입법목적 및 입법수단이 정당하므로 그 제한의 정도는 기본권의 본질적인 내용을 침해하였다거나 이를 과도하게 제한한 경

우에 해당하지 않으므로 「헌법」 제14조 및 「헌법」 제37조 제2항에 위반되지 아니한다고 할 것이어서, 이 사건 규정이 청구인의 거주이전의 자유를 침해하는 것이라고는 할 수 없다.

(3) 평등권의 침해 여부에 대하여

학교별로 교육여건이 동일하지 아니하므로 교육여건이 상대적으로 열등한 학교에 자녀를 입학시켜야 하는 학부모의 경우에는 교육여건이 우수한 학교에 자녀를 입학시킬 수 있는 학부모에 비하여 차별을 받는다고 할 소지가 있다.

그러나 이 사건 규정은 앞서 본 바와 같이 그 입법목적 및 입법수단이 정당하고, 이 사건 규정이 적용되는 학교에 자녀를 입학시키고자 하는 학부모는 당해 학교에 지원하는 학생수가 정원을 초과하지 아니하는 한 거주지를 이전함으로써 원하는 학교에 자녀를 입학시킬 수 있으므로, 합리적인 이유 없이 차별한 것이라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 규정은 헌법전문의 기회균등에 관한 규정, 「헌법」 제11조 제1항 등에 의하여 보장되는 평등권을 침해한 것이 아니므로, 청구인의 평등권을 침해한 것이라고도 할 수 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 규정은, 청구인의 「헌법」 제31조 제1항에 의하여 보장되는 자녀를 교육시킬 학교선택권, 「헌법」 제14조에 의하여 보장되는 거주이전의 자유 및 헌법 전문의 기회균등에 관한 규정과 「헌법」 제11조에 의하여 보장되는 평등권을 침해한 것이 아니므로, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1995. 2. 23.

재판관 김용준(재판장) 김진우 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언

㉓ 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 제5조에 대한 헌법소원

【판시사항】

- [1] 명령·규칙의 헌법소원의 대상성
- [2] 법령에 대한 헌법소원 청구기간
- [3] 헌법소원심판에 있어서 헌법재판소의 판단의 범위
- [4] 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 제5조가 직업선택의 자유와 평등권을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈한 것이어서 위헌인지 여부

【결정요지】

- [1] 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 경우에는 그것을 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 그 경우 제소요건으로서 당해 법령이 구체적 집행행위를 매개로 하지 아니하고 직접적으로 그리고 현재적으로 국민의 기본권을 침해하고 있어야 한다.
- [2] (1) 법령에 대한 헌법소원에 있어서 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

(2) 그 “사유가 발생한 날”이라는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실을 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 현재적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다.
- [3] 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해의 유무를 직권으로 심사하여야 한다.
- [4] (1) 당구장 경영자인 청구인에게 당구장 출입문에 18세 미만자에 대한 출입

금지 표시를 하게 하는 이 사건 심판대상규정은 법령이 직접적으로 청구인에게 그러한 표시를 하여야 할 법적 의무를 부과하는 사례에 해당하는 경우로서, 그 표시에 의하여 18세 미만자에 대한 당구장 출입을 금지하는 사실상의 규제력을 가지게 되는 것이므로 이는 결국 그 게시의무규정으로 인하여 당구장 이용고객의 일정범위를 당구장 영업대상에서 제외시키는 결과가 된다고 할 것이고 따라서 청구인을 포함한 모든 당구장 경영자의 직업종사(직업수행)의 자유가 제한되어 헌법상 보장되고 있는 직업선택의 자유가 침해된다.

(2) 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 및 동시행령」에서 당구장영업에만 유독 18세 미만자 출입금지표시 규정을 두어 영업의 대상범위에 일정한 제한을 가하는 것은 위 법률에 명시되어 있는 국회의 입법의지에 비추어 볼 때 합리적이라 하기가 어렵고 대국가적 기속성에 기인하는 입법에 있어서의 평등의 원칙에 대한 적합한 예외사유로 판단되기 어렵다.

(3) 당구장에 대한 출입규제 내지 봉쇄는 법률(또는 법률이 구체적으로 명확히 범위를 정하여 위임한 경우의 법규명령에 의하여서만 비로소 가능하다고 할 것인바, 이 사건 심판대상규정은 모법의 위임이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임의 범위를 일탈한 것이라고 하지 않을 수 없다.

【참조판례】

- [1] 헌재 1990.10.15. 선고 89헌마178 결정; 헌재 1991.7.22. 선고 89헌마174 결정; 헌재 1992.6.26. 선고 91헌마25 결정
- [2] 헌재 1992.11.12. 선고 91헌마192 결정
- [2] 헌재 1990.6.25. 선고 89헌마220 결정; 헌재 1990.10.8. 선고 89헌마89 결정; 헌재 1990.10.26. 고지 90헌마165 결정; 헌재 1991.1.8. 고지, 90헌마210 결정 ; 헌재 1991.3.11. 선고 91헌마21 결정
- [3] 헌재 1989.9.4. 선고 88헌마22 결정

【참조법령】

「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」(1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조 중 별표1. 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준 2(2).자 3)

【당 사 자】 청구인 이○봉 (대리인 변호사 이 ○ 형

【주 문】

「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」(1989.7.12. 체육부령 제13호, 개정 1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조의 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준(별표1)에 수록되어 있는 “2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)”의 “(2) 개별기준” 중 “자. 당구장업”란 3)에 기재된 “출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.”는 규정은 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이므로 헌법에 위배된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

사건 기록에 의하면 청구인은 1992.4.2. 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」(1989.3.31. 법률 제4106호, 개정 1990.12.27. 법률 제4268호) 제8조 및 동 시행규칙 제8조 제1항의 규정에 의거 서울특별시시장으로부터 체육시설업 신고필증을 교부받고 주소지에서 “응암당구장”을 경영하는 자인바, 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」(1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조 소정의 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 규정하고 있는 (별표 1) 2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항) (2) 개별기준 자. 당구장업 3) “출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.”는 규정(이하 심판대상규정이라 한다)이 청구인의 헌법상의 기본권을 침해하고 있다고 하여 같은 해 4.18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 심판대상규정의 위헌 여부이다.

2. 당사자의 주장 및 이해관계인의 주장

가. 청구인의 주장

당구장은 본래 구 「공중위생법」 소정의 유기장업이었으나, 1989.3. 31. 제정된 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 및 동 시행령에 의하여 체육시설업으로 변경되었으며 동법 제5조에 따라 체육청소년부령에 정해진 시설·설비기준을 갖추면 당국에 대한 신고만으로써 당구장을 경영할 수 있게 되어 있는데 문화체육부장관은 위 법조항에 따라 동 법률시행규칙을 제정함에 있어서 당구장 경영자에게만 당구장 출입문에 18세 미만자 출입금지 표시를 게시할 것을 의무화하는 규정을 둠으로써 모법에 근거가 없는 규제를 가하고 있는바, 유독 당구장업에 대하여서만 그러한 차별적인 규제를 가하는 것은 청구인의 헌법상의 사회보장권·자유권리존중권·평등권 등 기본권을 침해하는 것으로서 위헌이다.

나. 문화체육부장관의 의견

당구장은 실내경기로서 여가를 선용하는 데 많은 기여를 하고 있는 것은 사실이나, 과거 당구장 내의 질서와 환경 등이 건전하지 못하였고 현재도 일부 당구장에서는 청소년의 흡연, 음주를 방임하거나 도박, 내기당구 등 불건전한 행위가 이루어지고 있다. 당구는 일정수준의 기량(技倆)에 도달할 때까지는 상당한 시간과 경비가 소요되는 한편 미성년자가 절제하기 어려운 오락적 요인 때문에 청소년의 탈선 또는 비행을 조장하는 장소로 인식되고 있음이 현실이다.

「청소년육성법」 제6조 제1항은 “모든 국민은 청소년의 사고와 행동양식의 특성을 인식하고 사랑과 대화로써 청소년을 이해하고 지도하여야 하며 청소년의 탈선을 방임하거나 선도를 포기하여서는 아니된다”고 규정하고 있으므로 설사 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에 구체적인 위임규정이 없더라도 18세 미만 미성년자의 당구장 출입제한은 타당한 규제이다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 「헌법재판소법」 제69조 제1항에 의하면 헌법소원의 심판은 그 사유가 있

음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하는바, 심판대상규정이 제정·시행된 시기는 1989.7.12.이므로 그 날로부터 180일이 훨씬 지난 1992.4.18. 제기된 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 그 청구기간이 도과하여 부적법하다.

(2) 가사 이 사건 헌법소원심판청구가 적법하다고 하더라도 다음과 같은 이유로 이 사건 헌법소원심판청구는 기각되어야 할 것이다.

첫째, 청구인은 심판대상규정에 의하여 청구인의 「헌법」 제37조 제1항 소정의 기본권을 침해당하였다고 주장하나, 동 조항은 국민의 자유와 권리를 경시하지 아니하여야 한다는 국가의 의무를 규정하는 것일 뿐이고 동 조항으로 인하여 어떠한 기본권이 파생되는 것은 아니다.

둘째, 청구인은 「헌법」 제34조 제1항에 규정한 인간다운 생활을 할 권리를 침해받았다고 주장하나 청구인이 침해당하였다는 권리내용은 인간다운 생활을 할 권리와는 아무런 관련이 없다.

셋째, 청구인은 평등권을 침해당하였다고 주장하나, 평등이란 절대적 평등이 아니라 상대적 평등으로서 차별이 제도의 목적달성을 위하여 필요하고 사회통념상 적정하며 인간의 존엄에도 위배되지 않는다면 그것은 합리적인 것이다.

넷째, 청구인은 이 사건 규칙이 위임입법의 한계를 벗어난 규정 이라고 주장하나, 이 사건 규칙은 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제5조의 규정내용에 따른 것으로 모범에 근거가 없는 규정이라고 할 수 없다. 또 이 사건 규칙은 18세 미만자의 출입을 금지하는 문구의 게시만을 의무화하고 있을 뿐이고 출입 그 자체를 제한하는 것도 아니므로 이 점에 있어서도 모범의 위임한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

3. 판단

가. 심판청구의 적법성

이 사건 심판대상규정은 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제5조의 위임에 의거 문화체육부령(정부조직법중개정법률 1993.3.6. 법률 제4541호에 의하여

‘체육청소년부령’에서 ‘문화체육부령’으로 변경되었다)인 동 시행규칙 제5조에 규정되어 있으므로 이는 행정기관에 의하여 제정된 전형적인 위임입법의 하나로서 그 법적 성격은 법규명령의 일종인 위임명령에 속한다고 할 것이다. 명령·규칙이라 할지라도 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권이 침해되었을 경우에는 그것을 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있음은 당 재판소가 일찍이 확립하고 있는 판례인데(헌법재판소 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1991.7.22. 선고, 89헌마174 결정; 1992.6.26. 선고, 91헌마25 결정 각 참조), 다만 그 경우 제소요건으로서 당해 법령이 구체적 집행행위를 매개로 하지 아니하고 직접적으로 그리고 현재적으로 국민의 기본권을 침해하고 있어야 함을 요하는 것이다.

이 사건의 경우 당구장을 경영하고 있는 청구인은 심판대상규정에 의하여 당구장의 출입문에 18세 미만자의 출입금지표시를 하여야 할 법적의무를 부담하게 되므로 따로 구체적인 집행행위를 기다릴 필요없이 위 규정자체에 의하여 아래 판단과 같이 그의 기본권이 현재 직접 침해당하고 있는 경우라고 할 것이다.

나아가 청구기간의 준수여부에 관하여 보건대, 법령에 대한 헌법소원에 있어서는 원칙적으로 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이나 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구할 수 있다고 하여야 할 것이고 “사유가 발생한 날”이라는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다고 할 것인바(헌법재판소 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정 참조), 기록에 의하면 청구인은 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 및 동 시행규칙이 제정된 이후인 1992.4.2. 체육시설업 신고필증을 교부받았으므로 그 때 그 사유가 발생하였다고 할 것이고 따라서 같은 해 4.18. 당 재판소에 제기된 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간 내에 행하여진 것으로서 적법하다고 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 침해된 기본권의 판단

청구인은 심판대상규정이 「헌법」 제34조의 사회보장권, 제37조의 자유권리

존중권, 제11조의 평등권을 침해하는 것이라고 주장한다. 그러나 그 중 「헌법」 제34조, 제37조 소정의 기본권은 청구인의 입장에서 거론할 대상은 아닌 것으로 보여진다. 왜냐하면 「헌법」 제34조에서 규정하고 있는 사회보장을 받을 권리는 국민이 인간다운 생활을 하기 위해 사회적·국가적으로 사회보험, 공적부조 등을 받고 널리 사회복지혜택을 받을 수 있는 권리를 의미한다고 할 것인데 당구장 경영자로서 이 사건 심판청구를 한 청구인에게 18세 미만자 출입금지 규정으로 그 어떤 사회보장권의 침해 여부가 논의될 여지는 없는 듯하고, 「헌법」 제37조 제1항은 「헌법」에 열거되지 아니한 자유와 권리의 존중 규정으로서 헌법의 명문규정으로 다른 기본권침해 주장이 가능한 경우에는 구태여 위 조항까지 운위할 필요가 없다고 할 것이기 때문이다.

그런데 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것인바(1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정 참조), 청구인이 주장하는 사실관계라면 위 심판대상규정이 청구인의 헌법상 기본권인 직업선택의 자유 내지 그 기본권에서 파생된 직업종사(또는 직무수행)의 자유의 침해 여부가 검토되어야 할 것으로 판단된다. 그리고 그러한 기본권 침해를 전제로 해서 심판대상규정 소정의 18세 미만자의 당구장 출입금지표시의 무부과가 여타의 체육시설과 비교해 볼 때 합리적인 이유가 있다고 인정될 수 있는 것인지의 여부와 모법의 위임의 범위 내의 법규명령인지의 여부가 가려져야 할 것이다.

(2) 직업선택의 자유 내지 직업종사(직업수행)의 자유의 제한

「헌법」 제15조는 직업선택의 자유를 규정하고 있는데 이는 자기가 선택한 직업에 종사하여 이를 영위하고 언제든지 임의로 그것을 전환할 수 있는 자유로서 민주주의·자본주의 사회에서는 매우 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다. 왜냐하면 직업선택의 자유는 근세 시민사회의 출범과 함께 비로소 쟁취된 기본권으로서 중세 봉건적 신분사회에서는 인정될 수 없었던 것이며 현대 사회에서도 공산주의 국가에서는 원칙적으로 인정되지 않는 기본권이기 때문이다.

여기서 직업이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 불문하는데 헌법재판소

는 직업선택의 자유를 비교적 폭넓게 인정하고 있으며 그에 관련하여 여러 개의 판례를 남기고 있는 것이다(1989.11.20. 선고, 89헌가102 결정; 1990.10.8. 선고, 89헌가89 결정; 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정; 1991.6.3. 선고, 89헌마204 결정 각 참조). 직업선택의 자유에는 직업결정의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등이 포함되지만 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여서는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 할 것이고 따라서 다른 기본권의 경우와 마찬가지로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한이 가하여질 수 있는 것은 물론이지만 그 제한의 방법은 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것 또한 의문의 여지가 없이 자명한 것이다(헌법 제37조 제2항). 청구인이 경영하고 있는 당구장업에 대한 신고제도 바로 영업규제의 일환이라고 할 수 있지만 그것은 자격제나 허가제에 비하면 제한의 정도가 훨씬 약한 것이라고 할 수 있다.

그런데 당구장 경영자인 청구인에게 당구장 출입문에 18세 미만자에 대한 출입금지 표시를 하게 하는 심판대상규정은 법령이 직접 적으로 청구인에게 그러한 표시를 하여야 할 법적 의무를 부과하는 사례에 해당하는 경우로서, 설사 그것이 법무부의 의견처럼 게시(揭示)의무에 그치고 출입 그 자체를 제한하는 규정은 아니라고 할지라도 게시된 그 표시에 의하여 18세 미만자에 대한 당구장 출입을 저지하는 사실상의 규제력을 가지게 되는 것이므로 이는 결국 그 게시의무 규정으로 인하여 당구장 이용고객의 일정범위를 당구장 영업대상에서 제외시키는 결과가 된다고 할 것이고 따라서 청구인을 포함한 모든 당구장 경영자의 직업종사(직업수행)의 자유가 제한되어 헌법상 보장되고 있는 직업선택의 자유가 침해된다고 할 것이다. 뿐만 아니라 위 게시의무를 이행치 않아 시정명령을 받게 되었고도 시정치 않을 때에는 영업정지 등 행정조치와 아울러 형사처벌까지 받게 되어 있는 점을 간과할 수 없는 것이다(후술).

(3) 차별에 합리적인 이유가 있다고 할 수 있는가

「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 및 동 시행령에 의하면 등록체육시설업은 9종류이고 신고체육시설업은 당구장업을 포함한 10종류로 되어 있는데, 이 중 청소년출입금지 규제에 관한 조항은 오직 당구장업에만 규정되어 있는바, 당구장업에만 유독 18세 미만자 출입금지표시 규정을 두어 영업의 대상범위에

일정한 제한을 가하고 있는 점에 합리적인 이유가 있다고 인정될 수 있겠는가
이 사건의 핵심이라 할 수 있다.

그런데 문제의 해결방향은 당구가 과거에는 오락이었으나 현재는 운동으로 규정되어 있다는 토대 위에서 구해야 할 것이다. 왜냐하면 당구를 유기(遊技)의 일종으로 규정하였던 구 「공중위생법」(1986.5.10. 법률 제3822호) 제2조 제1항 제1호‘바’ 소정의 유기장업 이라는 용어의 정의를 보면 “유기시설을 갖추고 손님으로 하여금 대중오락을 하게 하는 영업”이라고 되어 있었고 당구를 운동의 일종으로 규정하고 있는 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제2조 제1호 소정의 체육시설이라는 용어의 정의를 보면 “이용자가 직접 참여하여 운동을 하거나 운동경기를 관람할 수 있는 시설, 설비를 말한다.” 라고 되어 있기 때문이다. 그리고 관련 법률인 「국민체육진흥법」(1982.12.31. 법률 제3612호 전문개정) 제2조가 규정하고 있는 체육의 정의를 보면 운동경기, 유희(遊戱) 및 야외운동 등 신체적 활동을 통하여 건전한 신체와 정신을 배양하는 것을 말한다고 되어 있다.

공지의 사실이지만 당구는 당구대(臺) 위에 당구공을 놓고 당구봉(棒:큐-cue)으로 이를 쳐서 승부를 가리는 오락(娛樂)이지만 당구공을 치는 과정에서 헤아릴 수 없이 많이 허리와 양팔을 굽혔다 폈다 하여야 하고 당구대 주변을 빙빙 돌면서 걷게 되어 있어 실내운동의 요소도 아울러 갖추고 있는 것이다. 그 때문에 오락적 요소를 강조한다면 오락이고 운동적 요소를 강조한다면 운동인데 당구장을 규율하는 법률은 과거에는 당구장을 오락장의 하나로 보아 「공중위생법」 소정의 유기장(遊技場)으로 규정하여 보건사회부 소관으로 하였으나 현재는 체육시설의 하나로 규정하여(체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제4조 제1항 제2호 및 동 법시행령 제3조 제1항 제10호) 문화체육부(과거의 체육청소년부) 소관으로 하고 있는 것이다.

여하간 입법자(법률)는 종래 당구를 오락 내지 유기의 일종으로 보고 당구장 영업에 허가를 요하게 하였던 태도를 바꾸어 현재는 운동 내지 체육의 범주에 속하는 것으로 보고 그 영업도 신고로서 족하게 하므로써 개업요건을 완화하고 있는 것을 주목할 필요가 있는 것이다.

당구를 오락 내지 유기의 범주에서 떼내어 운동 내지 체육의 범주로 편입시키고 있는 것은 입법자가 당구에도 실내운동의 요소가 있다고 보고 있는데서 기

인하는 것이겠지만, 서울 장애자올림픽이나 바르셀로나 장애자올림픽에서 당구가 정식경기종목으로 채택되어 있었던 사정과 한국체육대학에서 체육교재로 쓰여지고 있는 '생활체육 스포츠'라는 책자의 내용에 당구에 대하여도 수록하고 있는 점을 종합한다면 당구는 운동량은 많지 않을지라도 운동의 일종임이 분명한 것으로 판단되는 것이다.

요컨대 입법부가 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제1조(목적)에서 이법이 체육시설의 설치·이용을 장려하고 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지하게 함을 목적으로 한다고 밝힌 이상, 같은 19종의 체육시설업종 중 유독 당구장업에만 문화체육부령으로 연령제한을 규정하고 있는 것은 후술하는 위임입법의 한계 문제는 별론으로 하더라도, 차별의 합리적 이유가 있어야 할 것인데 피청구인이 주장하는 문제점만으로는 위 법률에 명시되어 있는 국회의 입법의지에 비추어 볼 때 합리적이라 하기라 어렵고 대국가적 지속성에 기인하는 입법에 있어서의 평등의 원칙에 대한 적합한 예외사유로 판단되기가 어려운 것이다.

당구에는 약간의 신체운동적 요소와 아울러 경기의 속성상 정신을 집중시키고 성격을 침착하게 하는 기능도 없지 않은 것이고 나아가 문화체육부장관도 인정하고 있는 바와 같이 짧은 시간에 스트레스 해소나 기분전환을 할 수 있는 등 여가선용이라는 의미에서 긍정적인 측면이 있고 비용부담의 문제도 승마장이나 골프장에 비하여 반드시 과중하다고 하기 어렵다. 또한 음주, 흡연이나 도박의 문제도 당구장에 한해서 문제되는 것은 아닐 것이고 학생소년이나 근로소년의 경우 장차 당구가 올림픽의 정식종목으로 채택될 경우라거나 세계당구선수권대회의 참가에 대비한다고 함과 같은 장래문제는 우선 차치하고라도 장애소년의 경우에는 정기적으로 개최되는 장애자올림픽에 대비한 조기발굴·조기훈련이 불가피하다는 현재의 수요를 묵과할 수 없는 것이다. 당구장에 문화체육부나 법무부가 지적하는 바와 같은 문제점이 있다는 것을 헌법재판소가 외면하는 것은 아니나, 당구에 관한 부정적인 시각은 당구자체의 속성에서 유래되는 것이라기 보다는 주로 당구장의 시설·환경과 출입자의 성분 때문이라고 보여지기 때문에, 예컨대 「학교보건법」 제6조 제1항 제13호 소정의 학교와 당구장의 거리를 엄격하게 유지함과 아울러 형법의 도박방조죄를 활용하거나, 「청소년기본법」 제7조 소정의 사회의 책임을 당구장경영자에게 강조하거나, 당구장의 시설환경을 획기적으로 개선한다거나, 학교의 교사나 선도위원들의 적절한 계도방법을 모색

한다거나, 학교·직장의 당구부 또는 청소년 전용당구장을 설치함과 같은 적극적인 해결방안을 우선적으로 모색해 보는 것이 입법목적에 부응하는 것이라 할 것이며, 그러한 시도(試圖)조차 없이 무조건 18세 미만자의 출입을 봉쇄하는 규제 방법은 합리적이라 하기가 어려운 것이다.

그러한 규제방법은 청소년 비행 관련문제의 예방 또는 해결책이 아니라 그 방치라고 할 것이며 다른 체육시설과 비교해서 보더라도 합리적인 차별이라 하기가 어렵기 때문에 결국 심판대상규정은 합리적인 이유없이 체육시설업 중 당구장 경영자에 대하여서만 영업 대상자의 범위에 있어서 차별을 강요하는 것이라 아니할 수 없어 「헌법」 제11조 제1항 소정의 평등권을 침해하고 있는 것이라고 할 것이다.

(4) 모법의 위임이 있다고 할 수 있는가

위에 실시한 바와 같이 18세 미만자 출입금지표시 게시의무는 청구인의 직업선택의 자유라는 헌법상의 기본권을 제한하고 있는 것이므로 그 제한에 있어서는 반드시 법률상의 근거가 필요한 것이다.

그런데 문화체육부가 심판대상규정의 형태로 정하고 있는 그러한 기본권제한이 모법으로부터 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 해당되는 것이라고 할 수 있겠는가 문제가 된다.

위임입법이란 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적·추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는 것으로서 형식적 의미의 법률(국회입법)에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이기 때문에 권력분립주의 내지 법치주의 원리에 비추어 그 요건이 엄격할 수밖에 없으니 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요하는 것이다(헌법 제75조).

우리 「헌법」의 지도이념인 법의 지배 내지 법치주의의 원리는 국가권력행사의 예측가능성 보장을 위하여 그 주체와 방법 및 그 범위를 법률로 규정한 것을 요구하며 예외적으로 위임입법을 허용하는 경우에 있어서도 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있을 것인가를 국민에게 예측가능한 것임을 요구하는 것으로서 그것은 법규명령에 의하여 비로소가 아니라 그

보다 먼저 그 수권법률의 내용으로부터 예견가능하여야 하는 것을 의미하는 것이다. 그리고 후술하는 바와 같이 형벌이나 행정제재와 관련되는 경우에는 그 요건은 더욱 엄격한 것이다. 물론 법규명령제도의 생성내력에 비추어 볼 때 장래 정립될 법규명령의 구체적 내용이 정확하게 예견될 수 있을 것을 의미하는 것은 아니라 할지라도 적어도 정립될 수 있는 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성은 보장이 되어야 한다는 것이다.

「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제5조는 체육시설업의 시설, 설비(안전 및 위생기준을 포함한다)를 문화체육부령으로 정하도록 위임하고 있으며, 이에 따라 동 시행규칙(문화체육부령) 제5조는 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 정하고 있고 그 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)에서 당구장업에 대하여 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다고 규정하고 있는데 동법 제5조에서 위임한 안전관리 및 위생기준은 동법 제1조가 규정하고 있는 목적을 달성하는데 필요한 체육시설업의 건전한 질서유지 및 사고방지, 청결성 등을 보장하는 기준일 뿐이라고 보여지므로 위의 수권규정을 아무리 넓게 해석한다고 할지라도 그 규정에서 18세 미만자 출입금지표시의무와 같은 일정한 범위의 시설이용자 배제에 관한 근거를 찾기는 어렵다고 할 것이다.

환언하면 수권규정은 시설·설비(안전 및 위생기준 포함)를 갖추고 이를 유지, 관리하여야 하는 주로 물적 시설, 설비의 기준에 대한 것으로서 그 문언을 통하여서는 18세 미만자의 출입금지의 취지를 전혀 찾을 수 없고 수권법률의 제정배경이나 전체의 취지 또는 다른 관련제규정과의 의미관계 등을 종합해 보더라도 법률제정자의 객관적 의사가 18세 미만자의 출입금지를 예정하고 있음을 인정하기가 어려운 것이다.

문화체육부장관은 당구가 체력증진 측면보다는 오락적 성격이 강하여 청소년의 탈선 또는 비행을 조장하는 측면이 있고 따라서 그들의 출입규제가 불가피하다고 주장하고 있으나 당구장이 18세 미만자에게 유해하다는 객관적인 자료는 없다고 밝히고 있을 뿐만 아니라(헌법소원에 대한 문화체육부장관의 의견서 결론부분 참조) 실사 문화체육부장관의 위와 같은 주장이 이유있는 것이라고 하더라도 그러한 출입규제 내지 봉쇄는 법률(또는 법률이 구체적으로 명확히 범위를 정하여 위임한 경우의 법규명령)에 의하여서만 비로소 가능하다고 할 것으로서

심판대상규정은 모법의 위임이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임의 범위를 일탈한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

이 점과 관련하여 문화체육부장관은 심판대상규정의 법률적 근거를 모법(체육시설의 설치·이용에 관한 법률)이 아닌 「청소년육성법」에서 찾아 전술(문화체육부장관의 의견)과 같이 동법 제6조 제1항(청소년기본법 제7조 제2항 동지)의 규정이 당구장 출입금지의 근거규정이라고 주장하고 있다. 그러나 모든 국민의 기본권은 존중되면 될수록 그리고 제한은 억제되면 될수록 「헌법」의 기본권보장 정신에 합치되는 것이라고 할 수 있기 때문에 어떠한 법률조항의 적용이나 해석에 있어서 국민의 자유와 권리를 신장하기 위한 것이라면 확대가 가능할 수도 있겠지만 그 반대로 국민의 기본권을 제한하는 경우라면 그것이 불가하다고 할 것이므로(헌법재판소 1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정취지 참조) 「청소년기본법」의 관련조항을 18세 미만 소년의 당구장 출입금지의 근거규정으로 확대해석할 수는 없는 것이다.

그리고 법무부장관은 심판대상규정은 시설·설비에 관한 규정이므로 18세 미만자의 출입을 금지하는 문구 게시만을 의무화하고 있는 것이며 출입 그 자체를 제한하는 규정이 아니라고 하고 있다. 그러나 출입을 제한할 수 있는 법률상의 근거가 없는데 출입금지표시는 할 수 있다는 주장은 논리의 비약이라 아니할 수 없다.

아울러 범치주의와의 관계에서 한 가지 더 언급한다면 죄형법정주의로서 구성요건에 대한 백지위임의 문제점이 지적되지 않을 수 없다. 법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다는 말로 표현되는 죄형법정주의는 어떠한 행위가 처벌될 수 있는 행위인가를 국민이 사전에 예측할 수 있도록 성문법의 형태로 형벌법규가 제정되어야 함을 의미하고 그러므로서 국가의 형벌권의 자의적인 발동으로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 제도로서 우리 「헌법」은 제12조 제1항 후단에서 이를 명시하고 있으며 이는 형벌 불소급의 원칙(헌법 제13조 제1항 전단)과 함께 형사법에 관한 「헌법」의 2대원칙이라 할 수 있는 것이다. 따라서 형사법은 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 다만 부득이 예외적으로 행정부에서 법규명령의 형태로 제정하는 경우라 하더라도 그 법규명령에는 반드시 구체적이고 명확한 법률상의 위임근거규정이 있어야 비로소 가능한 것이라 할 것이다. 즉 형벌법규라고 하더라도 일정사항의 위임이 불

가능하지는 않지만 죄형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측될 수 있어야 한다는 것이다.

「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제22조 제3항에 의하면 동법 제5조의 시설, 설비 중 안전 또는 위생기준에 미달하여 시정명령을 받고 이를 위반한 자에 대하여 6개월 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있는바, 그렇다면 이 사건 심판대상규정은 위 처벌조항의 구성요건에 해당된다고 할 것이므로 비록 처벌의 전제절차로서 “시정명령”이 구성요건의 일부로 제한 규정되어 있기는 하지만 죄형법정주의의 존재이유에 비추어 그것이 모법의 규정에서 전혀 예측할 수 없는 내용이라면 허용될 수 없는 것이라고 하지 아니할 수 없는데 그러한 의미에서도 심판대상규정이 모법의 위임의 범위내의 규정이라고 인정하기는 어려운 것이다.

(5) 18세 미만 소년의 기본권 침해여부

이 사건 소원심판청구인인 당구장 경영자의 입장에서 침해된 기본권은 직업선택의 자유 및 평등권임은 전술과 같은데 당구장을 이용하는 고객 중 출입이 금지되는 18세 미만 소년의 입장에서 침해되는 기본권은 무엇인지 잠시 살펴보고자 한다. 특히 어떤 소년이 운동선수로 대성할 수 있는 재질로 출생하였고 그 중에서도 당구에 선천적으로 비상한 소질이 있어 그 방면에서 자신의 능력을 발휘해 보고자 하는 경우 다른 종류의 운동 지망생과의 관계에서 평등의 원칙이 문제될 수 있음은 물론이다.

요컨대 당구장 출입자의 자숙이나 시설, 환경의 정화로 당구의 실내 스포츠로서의 이미지 개선은 가능한 것으로 사료되며 당구자체에 청소년이 금기시해야 할 요소가 있는 것으로는 보여지지 않기 때문에 당구를 통하여 자신의 소질과 취미를 살리고자 하는 소년에 대하여 당구를 금하는 것은 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 일반적인 행동자유권의 침해가 될 수 있을 것이다.

그리고 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」의 입법목적은 달성하기 위하여서는, 당구장에 18세 미만자의 정서함양이나 체력증진에 장애되는 요인이 있다면 그들의 출입을 봉쇄하기에 앞서서 가정과 학교, 그리고 사회가 합심 협력하여 그 요인의 제거에 주력함은 물론, 사랑과 대화와 이해로써 계몽하고 지도하고 보호함으로써 탈선을 예방하고 선도에 차질이 없도록 하여야 할 것이고(청

소년기본법 제7조 제2항 참조) 아울러 미래사회의 주역이 될 청소년이 풍부한 지식을 바탕으로 건강하고 정서와 용기가 충만하며 밝고 능동적인 모습으로 자랄 수 있도록(위 같은 법 제2조 제2항 참조) 최선을 경주하는 노력이 우선되어야 할 것이다.

4. 결론

「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」(1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조 중 별표 1. 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준, 2. (2). 자. 3)은 문화체육부장관이 규칙제정권을 행사함에 있어서 위임입법권의 한계를 일탈하여 청구인의 「헌법」 제11조 제1항의 평등권과 「헌법」 제15조의 직업선택의 자유를 침해하고 있어 위헌인 것이다.

따라서 이 사건 규칙은 「헌법재판소법」 제75조 제3항에 의하여 취소되어야 하는 것이므로 이를 취소하는 의미에서 위헌선언하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판장 조규광, 재판관 변정수, 김진우, 한병채, 이시윤, 최광률, 김양균, 김문화, 황도연

**4] 헌법재판소 전원재판부 1995. 4. 20. 92헌마264,279(병합)[기각]부천시담배
자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인, 강남구담배자동판매기설치금
지조례 제4조 등 위헌확인**

【판시사항】

- [1] 조례가 헌법소원의 대상이 될 수 있는지 여부
- [2] 주민의 권리 의무에 관한 조례제정권에 대한 법률의 위임 정도
- [3] 담배자동판매기의 설치제한 및 철거를 규정한 조례가 직업수행의 자유를 침해하는지 여부
- [4] 기존의 담배자동판매기를 조례 시행일로부터 3개월 이내에 철거 하도록 한 조례의 부칙규정이 소급입법에 의한 재산권박탈에 해당하는지 여부

【결정요지】

- [1] 조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다.
- [2] 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 「헌법」이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.
- [3] 자동판매기를 통한 담배판매는 구입자가 누구인지를 분별하는 것이 곤란하여 청소년의 담배구입을 막기 어렵고, 또 그 특성상 판매자와 대면하지 않는 익명성, 비노출성으로 인하여 청소년으로 하여금 심리적으로 담배구입을 용이하게 하고, 주야를 불문하고 언제라도 담배구입을 가능하게 하며, 청소년이 쉽게 볼 수 있는 장소에 설치됨으로써 청소년에 대한 흡연유발효과도 매우 크다고 아니할 수 없으므로, 청소년의 보호를 위하여 자판기설치의 제한

은 반드시 필요하다고 할 것이고, 이로 인하여 담배소매인의 직업수행의 자유가 다소 제한되더라도 범익형량의 원리상 감수되어야 할 것이다.

[4] 기존의 담배자동판매기를 조례 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 한 조례의 부칙 규정은 이 사건 조례들의 시행일 전까지 계속되었던 자판기의 설치·사용에 대하여는 규율하는 바가 없고, 장래에 향하여 자판기의 존치·사용을 규제할 뿐이므로 그 규정의 법적 효과가 시행일 이전의 시점에까지 미친다고 할 수가 없어 「헌법」 제13조 제2항에서 금지하고 있는 소급입법이라고 할 수 없다.

【당 사 자】 청구인 조○운 외 22인 (대리인 변호사 최○백 외 2인)

【심판대상조문】

부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조(설치의 제한), 강남구담배자동판매기설치금지조례 제4조(설치의 제한), 강남구담배자동판매기설치금지조례 부칙 제2항 (경과조치)

【참조조문】

헌법 제13조 제2항, 제15조, 제117조 제1항

지방자치법 제15조 (조례)

【참조판례】 1. 1994.12.29. 선고, 92헌마216 결정

【주 문】 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

별지 청구인 명단 1. 기재 청구인들은 부천시에서, 같은 명단 2. 기재 청구인

들은 서울 강남구에서 각 담배자동판매기(이하 “자판기”라 한다)를 이용하여 담배소매업을 하고 있는 사람들이다.

지방자치단체인 부천시와 서울 강남구는 각 지방의회의 의결을 거쳐 부천시 담배자동판매기설치금지조례(부천시 조례 제1197호, 이하 “부천시조례”라 한다)와 강남구 담배자동판매기설치금지조례(강남구 조례 제207호, 이하 “강남구조례”라 한다)를 제정하여, 부천시조례는 1992.8.12.자로, 강남구조례는 같은 해 10.16.자로 공포·시행되었다.

청구인들은 자판기의 설치를 제한하고 설치된 자판기를 철거하 도록 한 부천시조례 제4조 및 부칙 제2항과 같은 내용의 강남구조례 제4조 및 부칙 제2항은 위임입법의 한계를 벗어난 무효의 규정으로서 청구인들의 「헌법」상 보장된 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하고 있다고 하여, 각 해당조례에 대하여 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 각 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 부천시 조례 제4조 및 부칙 제2항과 강남구 조례 제4조 및 부칙 제2항으로서 그 규정내용은 다음과 같다.

(1) 부천시 조례

제4조(설치의 제한) 자판기는 부천시 전지역에 설치할 수 없다. 다만, 성인이 출입하는 업소 안에는 제외한다.

부칙 ② (경과조치) 이 조례의 시행 전에 설치된 자판기는 시행일부터 3월 이내에 철거하여야 한다.

(2) 강남구 조례

제4조(설치의 제한) 자판기는 서울특별시 강남구 전지역에 설치할 수 없다. 다만, 성인이 출입하는 업소 안에는 제외한다.

부칙 ② (경과조치) 이 조례의 시행 전에 설치된 자판기는 시행일부터 3월 이내에 철거하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 부천시 조례와 강남구 조례(이하 “이 사건 조례들”이라 한다)는 재무부령인 담배사업법시행규칙 제11조 제1항 별표 2의 자동판매기에 관한 규정을 근거로 한 것이나 담배사업법에는 자판기설치제한에 관한 아무런 위임규정이 없음에도 위 시행규칙에서 자판기설치를 조례로 제한할 수 있다고 규정한 것은 위임입법의 한계를 벗어난 것이어서 위 시행규칙은 무효이며, 이러한 무효인 시행규칙에 근거한 이 사건 조례들 역시 「헌법」 제117조 제1항 및 지방자치법 제15조가 정한 자치입법의 한계를 벗어나 무효이다. 나아가 위 시행규칙은 자판기의 설치제한에 관하여만 규정하고 있음에도 이 사건 조례들에서 부천시 및 강남구 전지역을 자판기설치금지구역으로 지정한 것은 위 시행규칙의 위임범위를 벗어난 조례제정권의 행사이다.

(2) 청구인들이 영위하고 있는 자판기에 의한 담배소매행위는 직업수행의 자유의 일환인 영업의 자유로서 보장되어야 하는데, 이 사건 조례들이 청소년보호를 목적으로 이를 제한하고자 한다면 기본권제한입법의 한계로서 요구되는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 아니된다. 즉, 청소년보호가 주목적이라면 청소년이 밀집되어 있는 장소나 학교 기타 교육기관 주변 등과 같이 객관적이고 합리적인 기준에 의해 자판기의 설치로 청소년의 담배에 대한 접근가능성이 현저히 증가하리라고 예상할 수 있는 장소에 한하여 예외적으로 자판기의 설치를 제한하는 방향으로 조례가 제정되어야 한다. 그런데 이 사건 조례들은 기본권제한입법의 한계를 무시하고 부천시 및 강남구 전지역에 대하여 자판기를 설치할 수 없게 함으로써 청구인들에게 보장된 「헌법」 제15조의 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이다.

(3) 이 사건 조례들이 시행됨으로써 청구인들은 단지 부천시나 강남구에서 자판기에 의한 담배소매업을 하고 있다는 이유로 이와 같은 조례가 제정되어 있지 않은 지역 또는 조례의 내용이 완화된 형태로 제정·시행되는 지역의 담배소매인과 비교하여, 더 나아가 이러한 규제를 전혀 받지 않는 다른 유사직업의 종사자들과 비교하여 불합리한 차별을 받고 있으므로 「헌법」 제11조에서 보장하는 평등권을 침해당하고 있다.

(4) 자판기를 통한 담배의 판매는 무형의 재산권의 일종인 영업권인데 이러한 재산권을 법률이 아닌 조례로 제한함은 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하도록 한 「헌법」 제23조 제1항에 위배된다.

(5) 이 사건 조례들의 각 부칙 제2항은 이미 설치되어 있는 자판기마저 위 조례들의 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 하고 있는바, 이는 적법한 절차를 거쳐 허가를 받아 영업을 하고 있는 자판기를 사후의 조례규정에 의거 소급 적용하여 철거하도록 하는 것으로서 소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당하여 「헌법」 제13조 제2항에 위배된다.

나. 부천시장과 강남구청장의 의견

(1) 이 사건 조례들은 단지 자판기설치를 위한 담배소매인의 지정기준을 정하고 있는 것이어서 담배소매인 지정신청자에게 적용될 뿐 청구인들과 같은 기존의 담배소매인에게는 관련되는 규정이 아니고 담배소매인 지정신청에 대하여 거부처분을 하였을 때 비로소 기본권의 침해가 발생한다고 볼 수 있어 이 사건 조례들의 규정만으로 직접 기본권이 침해되었다고 보기 어려우므로 자기관련성, 직접성을 갖추지 못하였으며, 가사 이 사건 조례들에 의하여 청구인들의 기본권이 침해되었다고 하더라도 행정쟁송절차에 따라 권리구제가 가능함에도 이러한 구제절차를 거치지 아니하였으므로 보충성을 결여하여 부적법하다.

(2) 이 사건 조례들은 「담배사업법」 제16조, 동법 시행규칙 제11조 제1항에 근거하여 제정된 것이므로 적법한 위임에 의한 것이고, 그 규정내용에 있어서도 자판기설치를 전면금지하는 것이 아니라 성인이 출입하는 업소 안에는 자판기의 설치를 허용하고 있으므로 위임범위를 벗어나고 있지도 아니하다.

(3) 이 사건 조례들은 청소년보호를 위하여 자판기의 원칙적인 설치금지를 규정하면서도 한편으로 위에서 본 바와 같이 성인이 출입하는 업소 안에는 자판기를 설치할 수 있도록 함으로써 담배소매인의 영업권도 배려하고 있으므로 기본권제한입법의 한계를 벗어나 과도하게 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

(4) 부천시나 강남구 이외의 다른 지역에서는 아직 이와 같은 내용의 조례가 제정·시행되지 아니하였다고 하여도 규제방침이 지방자치단체에 위임된 이상 지

역별로 차이가 있을 수 있으므로 이를 두고 평등권 침해라고 할 수는 없다.

(5) 재산권은 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있는 것이고 이 사건 조례들은 관계 법규정에 따라서 제정·시행되고 있으므로 「헌법」상의 재산권 보장 규정에 위반되지 아니한다.

(6) 이 사건 조례들의 각 부칙 제2항에 3개월 이내의 철거를 규정하고 있는 것은 소급하여 자판기설치를 금지한 것이 아니라 설치제한의 반사적 효과로서 기존의 자판기 중 설치기준에 적합하지 아니한 것을 철거하는 것으로, 경과규정으로써 기존의 권리관계에 관한 규정을 두는 것은 법규정 형식상 일반적인 것으로 소급입법에 의한 재산권박탈이라고 볼 수 없다.

3. 판단

가. 심판청구의 적법성

조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이다 (헌법재판소 1994.12.29. 선고, 92헌마216 결정 참조). 다만 이 경우에 그 적법요건으로서 조례가 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해하는 것이어야 함을 요한다.

이 사건 심판대상규정은 담배소매인 지정신청인에게 적용되는 기준일 뿐만 아니라 현재 담배소매업을 하고 있는 청구인들에게도 추가적인 자판기 설치를 금지하고 이미 설치한 자판기마저 철거하도록 하고 있으므로 집행행위를 기다리지 아니하고 바로 자유를 제한하고 의무를 부과하는 규정이어서 자기관련성, 현재성 및 직접성의 요건을 모두 갖추고 있다고 할 것이다.

그리고 이 사건의 경우와 같이 조례 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 조례 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 구제를 구할 수 있는 절차가 있는 경우가 아니어서 다른 구제절차를 거칠 것이 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이므로 이 사건 헌법소원심판청구는 보충성의 원칙에 반하지 아니하는 적법한 소원심판청구라 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 법률의 위임과 관련한 「헌법」 위반 여부

「헌법」 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고 있고, 「지방자치법」 제15조는 이를 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”고 규정하고 있다.

이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다.

그런데 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 「헌법」이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 범규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다.

이 사건의 경우를 보면, 「담배사업법」(법률 제4065호)은 제16조 제4항에서 “소매인의 지정기준 기타 지정에 관하여 필요한 사항은 재무부령으로 정한다.”고 규정하고 있고, 재무부령인 담배사업법시행규칙은 제11조 제1항의 별표 2 “제조담배소매인의 지정기준” 중 자동판매기란에서 “1. 자동판매기는 이를 일반소매인 또는 구내소매인으로 보아 소매인 지정기준을 적용한다. (단서 생략) 2. 청소년의 보호를 위하여 지방자치단체가 조례로 정하는 장소에는 자동판매기의 설치를 제한할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 이 사건 조례들은 위 규정들에 따라 제정된 것이다.

그렇다면 이 사건 조례들은 법률의 위임규정에 근거하여 제정된 것이라고

할 것이며, 이러한 위임에 의하여 재판기의 설치제한 및 철거에 관하여 규정하고 있는 이 사건 심판대상규정 역시 재판기의 전면적인 설치금지를 내용으로 하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 위임의 한계를 벗어난 규정이라고 볼 수 없다.

(2) 직업선택의 자유의 침해 여부

이 사건 심판대상규정은 담배소매인의 재판기설치를 제한하고 이미 설치한 재판기를 철거하도록 함으로써 재판기를 통한 담배판매라는 담배소매인의 영업수단을 규제하는 것이므로 청구인들을 포함한 담배소매인의 직업선택의 자유 특히 영업의 자유 내지 직업수행의 자유를 제한하는 것이 될 소지가 있다.

직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이므로 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하지만 그 경우에도 「헌법」 제37조 제2항에서 정한 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 할 것이다. 과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 지켜야 할 기본원칙으로서 지방의회의 조례입법에 의한 기본권제한의 경우에도 준수되어야 할 것이므로, 이 사건 심판대상규정이 과잉금지의 원칙에 위배된 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

담배는 폐암, 심장병, 호흡기질환 등의 직접적인 원인으로 되는 등 그 유해함은 널리 알려진 사실이지만 육체적·정신적으로 미숙한 청소년의 건강에는 더욱 결정적인 해독을 초래할 뿐만 아니라 청소년의 흡연은 이에 그치지 않고 음주, 약물남용으로 이어지고 다시 청소년 범죄로 옮겨가서 청소년들이 육체적으로나 정신적으로 건강하게 성장하는 것을 방해하고 수많은 비행청소년을 양산해 낼 우려마저 있다고 할 수 있다. 이에 미성년자보호법은 제4조 제1항에서 “연초 또는 주류판매업자 및 그 고용인은 미성년자에게 그가 깃용 또는 음용할 것을 알고 이들을 판매하거나 공여하여서는 아니된다.”고 규정하고, 제6조 제1항에서는 이에 위반한 자는 1년 이하의 징역이나 100만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다고 하고 있는 것이다.

그런데 재판기를 통한 담배판매는 구입자가 누구인지를 분별하는 것이 매우 곤란하게 하기 때문에 청소년의 담배구입을 막기 어려워 위 미성년자보호법 규정의 취지를 몰각시키고 있을 뿐만 아니라, 그 특성상 판매자와 대면하지 않는

익명성, 비노출성으로 인하여 청소년으로 하여금 심리적으로 담배구입을 용이하게 하고, 주야를 불문하고 언제라도 담배구입을 가능하게 하며, 청소년이 쉽게 볼 수 있는 장소에 설치됨으로써 청소년에 대한 흡연유발효과도 매우 크다고 아니할 수 없다.

그렇다면 청소년의 보호를 위하여 자판기설치의 제한은 반드시 필요하다고 할 것이고, 이로 인하여 담배소매인의 직업수행의 자유가 다소 제한되더라도 법익형량의 원리상 감수되어야 할 것이다.

청구인들은 자판기를 청소년이 출입하는 업소나 「학교보건법」 제5조의 규정에 의한 학교환경위생정화구역 내에만 설치할 수 없도록 규정하는 남원시 담배자동판매기설치제한조례를 예로 들어 성인출입업소를 제외한 모든 장소에서 자판기를 제한하는 이 사건 심판대상규정은 청구인들의 기본권을 과도하게 침해하는 것이라고 주장한, 성인출입업소를 제외한 모든 장소에 대하여 자판기의 설치·사용을 제한하지 않는 한 그 실효성이 의문시될 뿐 아니라 무엇보다도 위에서 본 바와 같은 미성년자보호법의 취지를 관철하기가 어렵다고 할 것이다.

결국 이 사건 심판대상규정은 기본권제한입법에 있어서 반드시 지켜져야 할 과잉금지의 원칙에 위배하여 「헌법」 제15조에 의하여 보장된 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

(3) 평등권의 침해 여부

조례에 의한 규제가 지역의 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타나는 것은 「헌법」이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 불가피한 결과이므로, 이 사건 심판대상규정으로 인하여 청구인들이 다른 지역의 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다 하더라도 이를 두고 「헌법」 제11조 제1항의 평등권이 침해되었다고 볼 수는 없다.

또한 이 사건 심판대상규정이 담배의 특수성과 이에 따른 청소년 보호의 필요성을 특히 고려하여 담배소매인들에게 다른 판매업 종사자들에 비하여 자판기에 관한 특별한 규제를 하고 있다 하여도 이러한 제한은 합리성이 인정되어 자의적인 차별이라고 할 수 없으므로 이러한 측면에서도 청구인들의 평등권이 침해되었다고는 볼 수 없다.

(4) 소급입법에 의한 재산권의 박탈 여부 등

(가) 청구인들은 이 사건 조례들의 각 부칙 제2항은 이미 설치되어 있는 자판기마저 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 하고 있으므로 이는 「헌법」 제13조 제2항에서 금지하고 있는 소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당한다고 주장한다.

그러나 위 부칙조항은 이 사건 조례들의 시행일 이전까지 계속되었던 자판기의 설치·사용에 대하여는 규율하는 바가 없고, 장래에 향하여 자판기의 존치·사용을 규제할 뿐이므로 그 규정의 법적 효과가 시행일 이전의 시점에까지 미친다고 할 수 없어 「헌법」 제13조 제2항에서 금지하고 있는 소급입법이라고 볼 수는 없다.

다만 위 부칙조항에서 조례의 시행 전에 청구인들이 적법하게 설치한 자판기에 대하여도 조례의 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 하는 것이 비록 소급입법에 의한 규제는 아니라고 하더라도 법치주의의 원리에서 파생되는 신뢰보호의 원칙이나 법적안정성의 요구에 어긋나는 것은 아닌가를 살펴보기로 한다.

법규를 새로이 제정하거나 개정함에 있어서는 기존 법질서와의 어느 정도의 마찰은 불가피하다고 할 것인바, 위 부칙조항이 신뢰보호의 원칙에 어긋나는지 여부는 기존 법질서하에서 널리 허용되었던 자판기의 설치·사용에 대한 청구인들의 신뢰를 보호할 필요성 및 법적 안정성의 요청과 조례제정으로 달성하고자 하는 공익목적의 형량하여 판단하여야 할 것이다.

이 사건의 경우 위 부칙조항에서는 자판기의 지속적인 존치·사용을 허용하는 것은 미성년자보호법의 취지를 무색하게 하여 청소년의 보호라는 공익상의 필요에 비추어서 바람직하지 않으므로 자판기를 철거하도록 하되, 3개월의 유예기간을 두어 자판기의 처분경로의 모색 등 경제적 손실을 최소화할 수 있도록 함으로써 이미 자판기를 사용하여 영업을 하고 있는 청구인들을 비롯한 담배소매인에 대하여도 어느 정도의 배려를 하고 있다고 할 것이다. 그렇다면 위 부칙조항에서 이미 설치되어 있는 자판기를 조례의 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 하였다고 하여 청구인들의 신뢰보호와 법적 안정성을 외면하여 「헌법」상의 법치주의의 원리에 어긋난 것이라고 볼 수 없다.

(나) 한편 청구인들은 법률이 아닌 조례로 재산권을 제한한 것은 위헌이라고 주장하나, 이 사건 조례들의 경우 법률의 위임에 의하여 제정된 것이며 이러한 경우에는 위임의 한계를 벗어나지 아니하는 한 조례로도 재산권을 제한할 수 있다고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판대상규정으로 인하여 「헌법」상 보장된 청구인들의 기본권이 침해되었다고 할 수 없으므로 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다. 이에 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김진우 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식(주심) 고중석 신창언

㉔ 헌법재판소 전원재판부 1994. 2. 24. 93헌마192 「교육법」 제96조 제1항 위헌확인

【판시사항】

- [1] 교육을 받을 권리의 「헌법」상 의의와 기능
- [2] 의무교육 취학연령을 획일적으로 규정한 것이 「헌법」에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 교육을 받을 권리는, 첫째 교육을 통해 개인의 잠재적인 능력을 계발시켜 줌으로써 인간다운 문화생활과 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 주고, 둘째 문화적이고 지적인 사회풍토를 조성하고 문화창조의 바탕을 마련함으로써 「헌법」이 추구하는 문화국가를 촉진시키고, 셋째 합리적이고 지속적인 교육을 통해서 민주주의가 필요로 하는 민주시민의 윤리적 생활철학을 어렸을 때부터 습성화시킴으로써 「헌법」이 추구하는 민주주의의 토착화에 이바지하고, 넷째 능력에 따른 균등한 교육을 통해서 직업생활과 경제생활의 영역에서 실질적인 평등을 실현시킴으로써 「헌법」이 추구하는 사회국가, 복지국가의 이념을 실현한다는 의의와 기능을 가지고 있다.
- [2] (1) 현재 국가에 따라 다소 차이는 있으나 대부분의 국가에서 만 6세부터 의무교육을 받도록 하고 있는바, 이처럼 대부분의 국가에서 만 6세 전후가 되는 시기에 초등교육기관에 입학하여 교육을 받도록 의무화하고 있는 것은 아동의 신체, 지능, 정서, 심리발달단계 및 단계별 제 특징과 학습준비도 등을 종합적으로 고려하여 국민기초교육으로서의 초등교육을 이 시기부터 받게 하는 것이 국가사회적 측면으로 도 보편타당하다는 인류사회공동체의 역사적, 전통적 합의를 바탕으로 한 것으로 볼 수 있다.
- (2) 「헌법」 제31조 제1항에서 말하는 “능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리란 법률이 정하는 일정한 교육을 받을 전제조건으로서의 능력을 갖추었을 경우 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 것이지 일정한 능력, 예컨대 지능이나 수학능력 등이 있다고 하여 제한 없이 다른 사람과 차별하여 어떠한 내용과 종류와 기간의 교육을 받을 권리가 보장된다는 것은

아니다. 따라서 의무취학 시기를 만 6세가 된 다음날 이후의 학년초로 규정하고 있는 교육법 제96조 제1항은 의무교육제도 실시를 위해 불가피한 것이며 이와 같은 아동들에 대하여 만 6세가 되기 전에 앞당겨서 입학할 허용하지 않는다고 해서 「헌법」 제31조 제1항의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 없다.

【당 사 자】 청구인 이○하

미성년자이므로 법정대리인 친권자 부 이○환 (변호사자격이 있음) 모 박○영(박○영 대리인 변호사 이○환)

【참조조문】

헌법 제31조 제1항 내지 제3항, 제6항
교육법 제8조 (의무교육)
교육법 제96조 (국민학교에 취학시킬 의무)
교육법 제99조 (친권자에 대한 보조)

【주 문】 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 청구인이 교육법 제96조 제1항이 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구한 이유의 요지는 다음과 같다.

가. 청구인은 1988.5.25. 생으로 1993.3.1. 현재 만 4세 9개월된 여자 어린이로서 1991.3.경부터 1993.2.말까지 근 2년간 유치원에서 수학하여 집단생활을 경험하면서 언어교육과 그림, 음악, 유희, 회화, 수기 등의 표현력을 배워 왔고 한글 해독은 물론 매일 일기까지 작성하는 습관을 몸에 익혀 왔기 때문에 국민생활에 필요한 기초적인 초등보통교육을 받을 만한 충분한 능력이 있다.

그런데 아동이 국민학교에 취학하기 위해서는 「교육법시행령」 제92조, 제93조의 각 규정에 의하여 읍, 면, 동장이 취학할 아동의 보호자에게 취학통지를 하고 관계 학교장에게는 취학아동명부를 통보해야 하는데 위와 같은 취학통지 및 취학아동통보는 매년 학년이 시작되는 3월 1일 현재로 만 6세가 된 어린이만을

대상으로 하고 있어 청구인처럼 아무리 취학능력이 있는 어린이라 할지라도 만 6세가 되지 아니하면 취학이 불가능한 실정인 바, 이렇게 된 원인은 「교육법」 제96조 제1항이 “모든 국민은 그 보호하는 자녀가 만 6세가 된 다음날 이후의 최초학년초부터 만 12세가 되는 날이 속하는 학년말까지 그 자녀를 국민학교에 취학시켜야 한다.”라고 규정하고 있기 때문이며, 이 규정은 결국 청구인처럼 국민학교 취학능력이 충분하면서도 불과 몇개월 차이로 만 6세가 안된 어린이의 취학을 방해하는 규정이고 이는 「헌법」 제31조 제1항에서 보장하고 있는 “능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리”를 침해하는 위헌법률이다. “능력에 따라” 교육을 받을 권리라 함은 재능이나 그 밖의 일신 전속적인 능력(정신적·육체적 능력)에 따른, 즉 정신적·육체적 능력에 상응한 적절한 교육을 받을 권리를 말하기 때문이다.

나. 청구인은 1993.3.1.부터 시작되는 학년초에 국민학교에 취학코자 하였으나 「교육법시행령」 제92조, 제93조의 각 규정에 의한 취학통지 및 취학아동명부 통보가 없었기 때문에 취학하지 못하였으며 이는 앞에서 본 것처럼 「교육법」 제96조 제1항 때문이므로 청구인은 「교육법」 제96조 제1항의 위헌확인을 구하고자 이 사건 헌법소원심판을 청구하는 것이다.

2. 「교육법」 제96조 제1항의 위헌 여부에 관하여 판단한다.

가. 우리 「헌법」은 문화국가·민주국가·사회국가·복지국가에서 차지하는 교육의 중요성을 감안해서 교육을 모든 국민의 권리로 규정함과 동시에 국가와 국민의 공동의무임을 명백히 밝히고 있다.

교육을 받을 권리는, 첫째 교육을 통해 개인의 잠재적인 능력을 계발시켜줌으로써 인간다운 문화생활과 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 주고, 둘째 문화적이고 지적인 사회풍토를 조성하고 문화창조의 바탕을 마련함으로써 「헌법」이 추구하는 문화국가를 촉진시키고, 셋째 합리적이고 계속적인 교육을 통해서 민주주의가 필요로 하는 민주시민의 윤리적 생활철학을 어렸을 때부터 습득화시킴으로써 「헌법」이 추구하는 민주주의의 토착화에 이바지하고, 넷째 능력에 따른 균등한 교육을 통해서 직업생활과 경제생활영역에서 실질적인 평등을 실현시킴으로써 「헌법」이 추구하는 사회국가, 복지국가의 이념을 실현한다는 의의와 기능을 가지고 있다.

이러한 교육을 받을 권리의 중요성을 인식하고 이를 실현하기 위하여 우리 「헌법」은 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 규정함으로써 모든 국민의 교육의 기회균등권을 보장하고 있다. 이는 정신적·육체적 능력 이외의 성별·종교·경제력·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별하지 않고, 즉 합리적 차별사유 없이 교육을 받을 권리를 제한하지 아니함과 동시에 국가가 모든 국민에게 균등한 교육을 받게 하고 특히 경제적 약자가 실질적인 평등교육을 받을 수 있도록 적극적 정책을 실현해야 한다는 것이다. 이에 따라 「헌법」 제31조 제2항 및 제3항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.” “의무교육은 무상으로 한다.”고 규정함으로써 독립하여 생활할 수 없는 취학연령에 있는 미성년자의 교육을 받을 권리를 실효성 있게 확보하기 위하여 학령아동의 친권자 또는 후견인에 대해 그 보호아동에게 교육을 받게 할 의무를 부과하고, 그 의무교육을 무상으로 하고 있다. 아울러 동조 제6항에서 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 규정함으로써 교육을 받을 권리의 실현과 형성을 위한 본질적인 사항을 법률로 정하도록 하고 이로써 교육기본권이 행정기관의 부당한 간섭에 의해 침해되는 일이 없도록 예방조치를 강구하고 있다.

이러한 교육에 관한 기본제도를 정한 법률이 「교육법」인데, 「교육법」은 교육의 기본방침과 내용, 교육행정의 조직, 교육기관 및 그 감독 등에 관한 제도를 규정하고 있고 특히 「헌법」 제31조 제2항의 교육을 받게 할 의무에 관하여 구체적으로 정하고 있다.

나. 「헌법」상 보장된 의무교육제도의 실현을 위해 「교육법」 제8조는 국가가 의무교육 실시를 위한 시설을 확보함에 필요한 모든 조치를 강구하도록 하고, 지방자치단체에 대하여는 그 관할구역 안에서 국민학교와 중학교를 설치경영하도록 하면서, 동법 제96조는 보호자에게 만 6세가 된 다음날 이후의 최초학년초 부터 만 12세가 되는 날이 속하는 학년말까지 그 보호하는 자녀를(이하 학령아동이라 한다) 국민학교에 취학시킬 의무를 부과하고, 동법 제97조는 학령아동을 사용하는 자로 하여금 학령아동의 의무교육을 방해할 수 없도록 규정하였으며, 동법 제99조는 학령아동이 소속한 시·군 및 자치구로 하여금 경제적 이유로 학령아동을 취학시키기 곤란한 학령아동 보호자에게 교육비를 보조하도록 규정하고 있다.

이러한 의무교육제도는 대부분의 현대국가에서 채택하고 있는 교육제도로서 그 의무교육의 기간을 규정하는 방식과 관련하여 아동능력의 최대개발을 위하여 일정 연령범위의 모든 아동에 대하여 필수교육과정을 이수토록 하게 하는 연령주의를 취하는 것이 일반적이다. 의무교육이 시작되는 시기와 마치는 시기를 아동의 연령으로 정하는 연령주의는 일정 연령범위의 모든 아동에게 취학의무를 부여함으로써 저소득계층의 아동들을 노동으로부터 해방시키려는 인도주의적 빈민구제정책을 배경으로 하여 동 연령기간 중 아동능력의 최대한의 발달을 보장하려는 제도라고도 할 수 있다. 현재 국가에 따라 다소 차이가 있으나 대부분의 국가는 만 6세부터 의무교육을 받도록 하고 있다.

이처럼 대부분의 국가에서 아동이 만 6세 전후가 되는 시기에 초등교육기관에 입학하여 교육을 받도록 의무화하고 있는 것은 아동의 신체, 지능, 정서, 심리발달단계 및 각 단계별 제 특징과 학습준비도 등을 종합적으로 고려하여 국민기초교육으로서의 초등의무교육을 이 시기부터 받게 하는 것이 국가사회적 측면으로도 보편타당하다는 인류사회공동체의 역사적·전통적 합의를 바탕으로 한 것으로 볼 수 있다.

따라서 의무교육 취학연령을 획일적으로 규정함으로써 능력있는 아동의 조기입학을 불허하는 현 제도가 부당하다는 청구인의 주장은 이러한 의무교육제도의 취지와 유래에 대한 이해를 결여한 것으로서 타당하다고 볼 수 없는 것이다. 학령아동의 재능이나 지식 내지 수학능력을 기준으로 취학 여부를 정한다면 이는 단순한 지식전달 뿐 아니라, 동일한 연령 아동과의 교제와 단체생활능력·사회적응력 배양, 사회규범준수훈련, 예절·윤리교육, 국가관 내지 민족관과 역사의식 함양 등 오늘날의 민주국가·사회국가·문화국가를 살아가는 데 있어서 필수적인 교양과 상식과 덕목을 갖춘 전인간적인 교육을 내용으로 하는 의무교육기관으로서의 국민학교교육의 기능과 이념 및 본질에 부합된다고 보기 어렵다.

이러한 국민학교교육의 취지와 기능때문에 국민학교교육을 의무·무상교육으로 한 것이며, 이 점에서 다른 고등교육기관이나 직업학교 또는 전문교육기관과 구별되는 것이다. 「헌법」 제31조 제1항에서 말하는 “능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리”란 법률이 정하는 일정한 교육을 받을 전제조건으로서의 능력을 갖추었을 경우 차별없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 것이지, 일정한 능력 - 예컨대 지능이나 수학능력 등 - 이 있다고 하여 제한 없이 다른 사람

과 차별하여 어떠한 내용과 종류와 기간의 교육을 받을 권리가 보장된다는 것은 아니다. 능력에 따라 교육을 받을 권리를 청구인의 주장대로 이해한다면 의무교육제도를 실행함에 있어 연령을 기준으로 하지 않고 '수학능력'을 기준으로 의무교육대상자를 확정하는 것이 논리적인 것이고, 이를 위해서는 일종의 선발시험 또는 자격인정시험을 부과하는 방법을 생각할 수 있을 텐데, 일일이 시험 등을 거쳐 의무교육대상자를 선정하게 된다면 초등교육 이전에 어떤 교육을 받았는가의 여부, 즉 선수학습 유무에 의해 입학이 결정되고, 결국 이는 보호자의 사회경제적 여건이 좋지 않은 아동의 경우 도리어 의무교육에서 탈락되는 결과를 초래하게 되며, 극단적으로는 시험 결과 수학능력이 없다고 인정되는 사람은 영원히 의무교육을 받지 못하거나 또는 성인의 연령에 달하여 국민학교에 다니게 될 것이다. 이것이 오히려 교육을 받을 권리 및 의무교육제도의 기본취지에 위배되는 결과를 초래할 것이라는 것은 명백하다. 다만 의무교육취학연령을 획일적으로 규정함으로써 육체적·정신적 능력이 충분하면서도 만 6세에서 불과 며칠 또는 1, 2개월이 모자라다고 해서 국민학교에 입학할 수 없게 하는 것은 부당하다는 주장이 있을 수 있으나 이는 취학연령을 어느 시점으로 정하더라도 똑같이 발생하는 문제이기 때문에 의무취학시기를 만 6세가 된 다음날 이후의 학년초로 규정하고 있는 「교육법」 제96조 제1항은 의무교육제도 실시를 위해 불가피한 것이며 위와 같은 아동들에 대하여 만 6세가 되기 전에 앞당겨서 입학할 허용하지 않는다고 해서 「헌법」 제31조 제1항의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 없다.

다. 한편 아동의 성장 발달 속도가 빨라지고 조기교육이 보편화되고 있는 현실에서 국민학교 취학연령을 만 6세 이하로 낮추는 문제, 기준연령 미달이지만 지적으로 성숙한 아동을 위한 조기입학제도의 도입문제, 지적으로 우수한 아동을 위한 특수영재교육제도 운영문제 등도 마땅히 검토해 보아야 할 문제라고 생각되나 이는 입법자가 우리의 시대상황과 경제·문화여건 등 제반사항을 고려하여 정할 입법정책의 문제이다.

라. 이상과 같은 이유로 「교육법」 제96조 제1항은 「헌법」에 위반되지 아니한다.

재판관 조규광(재판장) 변정수 김진우 한병채 최광률 김양균 김문희 황도연 이제화

[6] 헌법재판소, 1996. 2. 29. 선고, 94헌마13 전원재판부, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제3조 제5호 등 위헌확인

【판시사항】

- [1] 법령에 대한 헌법소원심판청구가 직접성의 요건을 결여하여 부적법하다고 본 사례
- [2] 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제3조 제5호가 위임입법의 한계 및 형법정주의에 어긋나 「헌법」에 위반되는지 여부
- [3] 위 법조항 및 위 법률시행령 제5조 제6호(1994.7.23. 대통령령 제13336호로 개정되기 전의 것)에서 노래연습장에 18세미만자의 출입을 금지하는 것이 「헌법」에 위반되는지 여부

【결정요지】

- [1] 「풍속영업의 규제에 관한 법률 시행규칙」 제8조 제1항의 풍속영업소에 대한 행정처분기준 [별표 3]에 수록되어 있는 2. 개별기준의 마. 노래연습장 (1)의 (나)부분은 노래연습장에 대한 행정처분의 기준을 정한 것으로서 청구인의 위반행위가 있을 경우에 이에 대한 행정기관의 행정처분에 의하여 비로소 기본권침해 여부의 문제가 발생할 수 있는 것이므로 행정처분을 받은 사실조차 없는 청구인이 제기한 위 시행규칙 조항부분에 대한 심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못한 것으로 부적법하다.
- [2] 범죄구성요건을 정하고 있는 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제3조 제5호는 풍속영업자는 대통령령으로 정하는 풍속영업의 경우 대상자의 연령을 확인하여 대통령령이 정하는 청소년이 출입을 하지 못하게 하여야 한다고 규정하고 있는바, 같은 법 제1조의 목적을 고려하면 위 법조항의 대통령령으로 정하는 풍속영업이란 청소년의 출입을 허용하게 되면 청소년의 보호에 지장을 줄 수 있는 성격의 영업을 말하는 것이고, 대통령령으로 정하는 청소년이란 대상이 되는 풍속영업의 성격 및 청소년에 대한 유해성의 정도, 청소년의 정신적·인격적 발달상황 등을 고려하여 풍속영업별로 출입금지연령이 차등

적으로 규정되리라는 것을 충분히 예측할 수 있어 대통령령에 위임된 범죄 구성요건부분의 대강이 위임법률인 위 법조항에 구체적으로 규정되어 있다고 할 수 있으므로, 위 법조항이 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없고, 나아가 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에도 위반되지 아니한다.

[3] (1) 위 법조항 및 위 법률시행령 제5조 제6호(1994.7.23. 대통령령 제14336호로 개정되기 전의 것)에서 노래연습장에 18세 미만자의 출입을 금지하는 것은 직업행사의 자유를 제한하고 있는 것이기는 하나, 목적의 정당성과 방법의 적정성이 인정될 뿐만 아니라 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 원칙에도 위배되지 아니하므로 위 조항들이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 직업행사의 자유를 침해한 것이라고 할 수 없다.

(2) 위 조항들이 노래연습장에 대하여 18세 미만자의 출입을 금지하고 있는 것은 노래연습장의 환경적 특성이나 청소년의 정신적·신체적 성숙정도 등을 고려한 것으로서, 이러한 제한이 노래연습장업자를 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

(3) 행복추구권도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한 될 수 있는 것이므로, 목적의 정당성, 방법의 적정성 등의 요건을 갖추고 있는 위 조항들이 청구인이나 18세 미만의 청소년들의 행복추구권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제5호 풍속영업의 규제에 관한 법률시행령 제5조 제6호(1994.7.23. 대통령령 제14336호로 개정되기 전의 것)

풍속영업의 규제에 관한 법률시행규칙 제8조 제1항의 풍속영업소에 대한 행정처분기준 [별표 3]에 수록되어 있는 2.개별기준의 마. 노래연습장 (1)의 (다)부분

【참조조문】 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제75조

【참조판례】

[1] 1992.11.12. 선고, 91헌마192 결정; 1994.1.7. 고지, 93헌마283 결정; 1994.4.28.

선고, 92헌마280 결정; 1995.7.21. 선고, 94헌마191 결정

[2] 1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정; 1994.6.30. 선고, 93헌가15,16,17(병합) 결정; 1994.7.29. 선고, 93헌가12 결정; 1995.5.25. 선고, 91헌바20 결정; 1995.10.26. 선고, 93헌바62 결정

[3] 1993.5.13. 선고, 92헌마80 결정; 1995.7.21. 선고, 94헌마125

【당 사 자】 청구인 윤○복 (대리인 변호사 이○형)

【주 문】

1. 「풍속영업의 규제에 관한 법률」(1991.3.8. 법률 제4337호) 제3조 제5호 및 위 법률시행령 제5조 제6호(1992.6.13. 대통령령 제13663호로 신설되어 1994.7.23. 대통령령 제14336호로 개정되기 전의 것)에 대한 심판청구를 기각한다.
2. 위 법률시행규칙 제8조 제1항의 풍속영업소에 대한 행정처분기준 [별표 3]에 수록되어 있는 2. 개별기준의 마. 노래연습장 (1)의 (다)부분(1992.6.13. 내무부령 제566호)에 대한 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1993.11.25. 「풍속영업의 규제에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제5조 제1항 및 제4항의 규정에 따라 성남남부경찰서장에게 노래연습장 영업신고를 하여 풍속영업신고필증을 교부받은 후 성남시 중원구 중○ 421에서 쌍쌍노래연습장을 경영하고 있다. 법 제3조 제5호, 동법시행령(이하 “시행령”이라 한다) 제5조 제6호, 동법시행규칙(이하 “시행규칙”이라 한다) 제8조 제1항의 풍속영업소에 대한 행정처분기준 [별표 3]에 수록되어 있는 2. 개별기준의 마. 노래연습장 (1)의 (다)부분의 규정에 의하면 노래연습장의 경우 18세 미만자의 출입을 금지하고 있는바, 청구인은 위 규정들이 청구인의 「헌법」상 보장된 평등권

등 기본권을 침해하고 있다고 하여 1994.1.24. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법(1991.3.8. 법률 제4337호) 제3조 제5호(이하 “이 사건 법조항”이라 한다), 시행령 제5조 제6호(1992.6.13. 대통령령 제13663호로 신설되어 1994.7.23. 대통령령 제14336호로 개정되기 전의 것; 이하 “이 사건 시행령조항”이라 한다), 시행규칙 제8조 제1항의 풍속영업소에 대한 행정처분기준 [별표 3]에 수록되어 있는 2. 개별기준의 마. 노래연습장 (1)의 (다)부분(1992.6.13. 내무부령 제566호로 신설된 것; 이하 “이 사건 시행규칙조항부분”이라 한다)의 규정이 「헌법」에 위반되는지 여부인데 그 규정내용은 다음과 같다.

법 제3조(준수사항) 풍속영업을 영위하는 자(이하 ‘풍속영업자’라 한다) 및 대통령령으로 정하는 종사자는 다음 각호의 사항을 지켜야 한다.

1.2.3.4. 생략

5. 대통령령으로 정하는 풍속영업의 경우 대상자의 연령을 확인하여 대통령령이 정하는 청소년이 풍속영업소에 출입을 하지 못하게 하여야 한다.

6.7. 생략

시행령 제5조(풍속영업소의 출입금지연령) 법 제3조 제5호의 규정에 의하여 풍속영업소에서의 출입을 금지하는 풍속영업별연령은 다음과 같다.

1.2.3.4.5. 생략

6. 제2조 제5호의 노래연습장의 경우에는 18세 미만의 자(1994.7.23. 대통령령 제13336호로 제2조 제5호의 노래연습장의 경우에는 18세 미만의 자. 다만, 18세 이상의 보호자나 친족 또는 감독자를 동반하는 경우에는 그러하지 아니하다.라고 개정되었다).

시행규칙 제8조(행정처분의 기준) ① 법 제7조의 규정에 의한 풍속영업소에 대한 행정처분의 기준은 별표 3과 같다.

[별표 3] 행정처분기준(제8조 제1항 관련)

2. 개별기준

마. 노래연습장

위반사항	행정처분기준		
	1차 위반	2차 위반	3차 위반
(1) 법 제3조의 규정에 의한 준수사항을 위반한 때 (가)(나) 생략 (다) 18세 미만의 자를 출입하게 한 때 (2) 생략	영업정지1월	영업정지3월	영업장 폐쇄

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 청구인은 법, 시행령 및 시행규칙의 시설기준에 따른 시설을 갖추고 관할 경찰서장으로부터 신고필증을 교부받아 노래연습장을 경영하고 있음에도 이 사건 심판대상규정들이 노래연습장에 18세 미만자의 출입을 금지하는 것은 「헌법」 제11조의 평등권을 침해하는 것이다.

(2) 노래연습장은 마땅한 놀이공간이 부족한 청소년에게 여가를 활용할 수 있는 휴식공간으로 제공되어야 함에도 이 사건 심판대상규정들이 18세 미만의 청소년에게 노래연습장 출입을 금지한 것은 청구인뿐만 아니라 이들에 대하여도 「헌법」 제10조의 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 경찰청장의 의견

(1) 법령에 대한 헌법소원의 경우 자기관련성, 현재성, 직접성이 있어야 할 것 인바, 청구인은 이 사건 심판대상규정들에 의하여 18세 미만자를 출입시켰다는 이유로 영업정지처분 등을 받은 사실이 없으므로 직접성·현실적인 권리침해를 받았다고 보기 어렵고, 또한 청구인은 노래연습장의 경영자로서 노래연습장 출입이 금지된 자가 아니므로 이 사건 심판대상규정들에 의하여 영업상 반사적 이익을 침해받을 뿐 자기의 기본권이 침해된 바 없어 자기관련성도 결여되어 있다고 할 것이므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 「헌법재판소법」 제69조 제1항에 의하면 법령에 대한 헌법소원의 경우 법령의 시행과 동시에 기본권 침해를 당한 자는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것인바, 이 사건 범조항은 1991.3.8. 제정되어 같은 해 6.8.부터 시행되었고, 이 사건 시행령조항 및 시행규칙조항부분은 1992.6.13. 신설되어 당일부터 시행되었으나, 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것은 1994.1.24.이므로 심판청구기간을 초과하였음이 명백하여 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(3) 이 사건 심판대상규정들이 18세 미만의 청소년을 노래연습장에 출입하지 못하도록 하는 것은 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위 등을 규제하고자 하는 것이므로 그 입법목적이 정당하고, 노래연습장은 청소년에게 결코 유익한 장소라 할 수 없으므로 18세 미만자의 출입을 제한함은 청소년의 범죄예방 및 건전한 육성을 위하여 필요한 최소한의 조치라고 할 수 있으며, 청소년은 성숙하고 독립된 한 사회인으로 성장해 가는 과정에서 아직은 불안정하고 유동적인 존재이므로 유해환경으로부터 이들을 철저히 보호하지 않으면 안되고 미성년자 중에서도 18세 미만자의 출입만을 금지시키고 있으므로 사회통념상으로도 적절한 조치라고 할 수 있어, 이 사건 심판대상규정들의 내용은 합리적 차별의 영역에 속한다고 할 수 있으므로 평등권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

(4) 행복추구권도 「헌법」 제37조 제2항에 의하여 제한할 수 있는바, 노래연습장에 18세 미만자의 출입을 금지하는 것은 질서유지 및 공공복리를 위하여 반드시 필요하다 할 것이므로 이 사건 심판대상규정들이 18세 미만자의 행복추구권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

3. 심판청구의 적법 여부에 관한 판단

가. 먼저 이 사건 시행규칙조항부분에 대한 심판청구에 관하여 본다.

이 사건 시행규칙조항부분은 법 제7조의 규정에 의한 노래연습장에 대한 행정처분의 기준을 정한 것으로서 청구인의 위반행위가 있을 경우에 이에 대한 행정기관의 행정처분에 의하여 비로소 기본권침해 여부의 문제가 발생할 수 있다고 할 것인데, 행정처분을 받은 사실조차 없는 청구인이 제기한 이 부분에 대한 심

관청구는 적법성의 요건을 갖추지 못한 것이 명백하므로 부적법하다.

나. 다음으로 이 사건 범조항 및 시행령조항(이하 '이 사건 법령조항들'이라 한다)에 대한 심판청구에 관하여 본다.

(1) 법적 관련성의 구비 여부

이 사건 범조항은 풍속영업자는 대통령령으로 정하는 풍속영업의 경우 대상자의 연령을 확인하여 대통령령이 정하는 청소년이 풍속영업소에 출입을 하지 못하게 하여야 한다고 규정하고 있고, 이 사건 시행령조항은 이 사건 범조항의 위임에 의하여 노래연습장을 청소년출입금지대상 풍속영업으로 규정하면서 그 출입이 금지되는 청소년을 18세 미만자로 정하고 있다.

법령이 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체에 의하여 직접 본권을 침해하는 것일 때에는 바로 그 법령을 직접 대상으로 하여 헌법소원을 청구할 수 있다는 이 우리 재판소의 확립된 판례인바(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정; 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정 등 참조), 이 사건에서 노래연습장을 경영하고 있는 청구인은 별도의 집행행위를 기다리지 아니하고 이 사건 법령조항들 자체에 의하여 직접 노래연습장에 18세 미만을 출입시켜서는 아니 될 법적 의무를 부담하고 있다고 할 것이므로 이 사건 법령조항들에 대한 심판청구는 자기관련성·직접성·현재성의 요건을 모두 갖추고 있다고 할 것이다.

(2) 청구기간의 준수 여부

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 원칙적으로 그 법령이 제정·시행됨과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이나, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이고, 여기서 사유가 발생한 날이란 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정 등 참조).

그런데 청구인은 이 사건 법령조항들이 제정·시행된 후인 1993.11.25. 법 제 5조 제1항 및 제4항의 규정에 따라 노래연습장 영업신고를 하여 성남남부 경찰서장으로부터 풍속영 업신고필증을 교부받아 노래연습장 영업을 시작하였으므로, 위 신고필증을 교부받은 때를 사유가 발생한 날로 보아야 할 것이고, 청구인은 그 날로부터 60일 이내인 1994.1.24. 심판청구를 하였으므로 심판청구기간을 준수하였음이 명백하다.

(3) 따라서 이 사건 법령조항들에 대한 헌법소원은 자기관련성·직접성·현재성의 요건을 모두 갖추고 있고, 청구기간 내에 청구한 것이므로 적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 죄형법정주의와 위임입법의 한계에 관한 「헌법」 규정의 위반 여부

(1) 「헌법」 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다고 규정하고, 「헌법」 제13조 제1항은 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하여 죄형법정주의의 원칙을 선언하고 있는바, 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 국민의 대표기관인 입법부가 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고, 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형법의 기본원칙이다.

한편 권력분립이나 법치주의의 원리에 의하면 국민의 자유와 권리에 관한 사항은 법률의 형식으로 규율하는 것이 원칙이기는 하나 이러한 원칙을 예외 없이 관철한다는 것은 사회현상이 갈수록 복잡다기해져 가는 현대국가의 실정에 비추어 볼 때 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하므로, 형벌법규에 대하여도 행정부의 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다 할 것이다.

그러나 위와 같은 이유로 위임입법이 불가피하다고 하여도 이는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여서만 위임할 수 있도록 하여 의회입법의 원칙, 법치주의의 원리에 입각한 한계를 설정하고 있는 「헌법」 제75조에 위반되지 않는 범위 내에서만 허용된다고 할 것이고, 특히 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하게 적

용되어야 하는 형벌범규의 위임에 있어서는 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에 의하여 위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대하여 범죄의 구성요건과 형벌의 예측가능한 구체적 내용을 규정하고 있어야 하나, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌법재판소 1994.6.30. 선고, 93헌가15·16·17(병합) 결정; 1994.7.29. 선고, 93헌가12 결정 참조).

(2) 이 사건 법조항(법 제3조 제5호)은 풍속영업자는 대통령령으로 정하는 풍속영업의 경우 대상자의 연령을 확인하여 대통령령이 정하는 청소년이 풍속영업소에 출입을 하지 못하게 하여야 한다고 규정하고 있고, 이에 따라 이 사건 시행령조항은 노래연습장을 청소년출입금지대상 풍속영업으로 규정하면서 그 출입이 금지되는 청소년을 18세 미만으로 정하고 있다. 한편 법 제10조 제2항은 법 제3조 제4호 내지 제7호의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

그렇다면 여기에서는 이 사건 법조항이 대통령령으로 정하는 풍속영업 및 대통령령으로 정하는 청소년이라고 규정하여 범죄구성요건을 대통령령에 위임한 것이 위임입법의 범위와 한계를 벗어난 것인지 또한 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에 위반한 것인지 여부가 문제된다고 하겠다. 생각건대, 법 제1조에 의하면 이 법의 목적은 미풍양속의 보존과 청소년의 보호에 있으므로 이 사건 법조항에서 말하는 대통령령으로 정하는 풍속영업이란 청소년의 출입을 허용하게 되면 청소년의 보호에 지장을 줄 수 있는 성격의 영업을 말하는 것이고, 대통령령으로 정하는 청소년이란 대상이 되는 풍속영업의 성격 및 청소년에 대한 유해성의 정도, 청소년의 정신적·인격적 발달상황 등을 고려하여 풍속영업별로 출입금지연령이 차등적으로 규정되리라는 것을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이다. 따라서 대통령령에 위임된 범죄구성요건부분의 대강이 위임법률인 이 사건 법조항에 구체적으로 규정되어 있다고 할 수 있으므로, 이 사건 법조항이 위임입법의 범위와 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없고, 나아가 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에도 위반되지 아니한다고 할 것이다.

나. 직업선택의 자유의 침해 여부

(1) 직업선택의 자유의 제한과 그 한계

「헌법」 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다” 라고만 규정하고 있으나, 이러한 헌법규정이 비단 직업선택의 자유를 보장하고 있는 것에 그치지 아니하고 직업행사의 자유를 포함하는 직업의 자유를 보장하고 있는 것임은 의문의 여지가 없다.

이 사건 법령조항들이 노래연습장에 18세 미만자의 출입을 금지하는 것은 청구인과 같은 노래연습장업자에 대하여 직업의 자유 그 중에서도 직업행사의 자유를 제한하는 것이 될 것이다.

직업의 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위해서 필요 불가피한 경우에는 법률에 의한 제한이 가능하지만, 같은 직업의 자유에 대한 제한이라도 직업행사의 자유에 대한 제한은 직업선택의 자유에 대한 제한보다는 침해의 진지성이 작기 때문에 덜 엄격한 제약을 받는다고 할 수 있다. 그러나 직업행사의 자유를 제한하는 경우에도 「헌법」 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권제한입법의 한계인 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙은 지켜져야 할 것이므로, 이 사건 법령조항들의 제정에 있어서 이와 같은 원칙이 지켜졌는지를 살펴보기로 한다.

(2) 목적의 정당성 여부

법규정에 의한 직업의 자유의 제한은 무엇보다도 정당한 목적을 추구하여야 한다.

이 사건 법령조항들이 18세 미만자를 노래연습장에 출입하지 못하도록 한 것은 노래연습장이 대부분 취객들의 출입이 잦고, 폐쇄된 공간에서 미성년자가 보기에 적당하지 아니하거나 선정적인 영상화면을 사용하는 곳이 많은 실정에서 18세 미만자의 출입을 허용하는 것은 감수성이 예민하고 정서적·인격적으로 미숙한 이들에게 범죄나 비행을 유발하는 등의 나쁜 영향을 미칠 수 있다는 점을 고려하여 미풍양속의 보존과 청소년의 보호를 위한 것이라고 볼 수 있으므로, 이 사건 법령조항들에 의한 직업행사의 자유의 제한은 공공복리를 위한 것으로서 그 목적의 정당성은 인정된다고 할 것이다.

(3) 방법의 적정성 여부

청구인은 노래연습장의 시설기준이나 운영기준에 비추어 볼 때 18세 미만자

의 출입을 허용하여도 문제가 없으므로 만일 노래연습장이 실제로 불건전하게 운영되고 있다면 이를 단속하여 해결할 일이지 18세 미만자의 출입을 금지하는 것은 적절하지 아니하다는 취지로 주장하므로, 살펴보기로 한다. 우선 법 제5조 제2항 및 시행령 제8조 제2항, 제3항이 규정하고 있는 노래연습장의 시설기준 및 운용기준에 관하여 살펴보면 칸막이로 설치한 노래연습장 1실의 바닥면적은 4제곱미터 이상이어야 하고, 칸막이 앞면의 1미터이상부분에 1제곱미터 이상의 투명유리창을 설치하여 외부에서 볼 수 있도록 하여야 하며, 출입문에는 잠금장치를 하여서는 아니되고, 또한 축광조절장치·유색조명등 등의 특수조명시설을 설치하여서는 아니되며, 바닥으로부터 85센티미터 높이의 조도가 30룩스 이상이 되도록 하여야 한다고 규정하고 있고, 한편 그 운영기준으로서, 주류의 판매나 제공을 금지하고, 공연시설의 설치나 춤추는 것을 금지하며, 종업원은 손님과 동석하여서는 아니되고, 공연윤리위원회의 심의를 받은 음반 및 비디오물 등만 사용하여야 한다고 규정하고 있다(이 사건 시행령조항이

1994.7.23. 대통령령 제14336호로 18세 이상의 보호자 등을동반하는 경우에는 18세 미만자의 출입을 허용하는 것으로 개정되면서, 위 운영기준에 있어서도 18세 미만이 이용하는 경우 재생되는 영상은 연소자가 시청할 수 있는 것이어야 한다는 내용이 부가되었다).

생각건대, 노래연습장의 성격을 성인이나 일정한 연령 이상의 미성년자만 출입할 수 있는 곳으로 할 것인지 일반적으로 미성년자에게도 출입이 허용되는 장소로 할 것인지는 입법정책의 문제라고 할 것이다.

그런데 위 시설기준 및 운영기준을 자세히 살펴보면, 노래연습장이 어느 정도의 건전성을 담보하고 있다고 보여지기는 하나 비록 일정한 면적의 투명유리창의 부착을 전제로 한 것일지라도 칸막이를 설치할 수 있고, 노래연습장에서 사용하는 영상화면도 공연윤리위원회의 심의를 받도록 되어 있으나 영상의 내용이 선정적이어서 반드시 연소자가 시청할 수 있는 것에 한정하지 아니하고 손님 중 상당수가 취객 또는 이성동반자인 현실 등에 비추어 볼 때 노래연습장이 18세 미만의 청소년이 이용하기에 적합한 곳이라고 보기는 어려울 것이다.

따라서 이 사건 법령조항들이 위 시설기준 및 운영기준을 준수하여 운영되는 노래연습장에 대하여도 18세 미만자의 출입을 금지하고 있는 것은 위 시설기준 및 운영기준을 규정한 취지와 모순되는 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 앞

에서 본 바와 같은 현재의 노래연습장의 운영실태에 비추어 볼 때 위와 같은 제한은 미풍양속의 보존과 청소년의 보호를 위하여 효과적이고 적절한 방법의 하나라고 할 수 있을 것이다.

한편 청소년의 출입을 허용하면서도 강력한 행정적, 형사적 단속을 한다거나 노래연습장의 시설 등을 청소년이 무제한으로 출입하여도 좋을 정도로 획기적으로 개선하는 등의 방법으로 위 입법목적은 달성할 수 있는 것은 사실이라 할 것이나 현재의 행정능력 등을 위 입법목적은 달성함에 충분한 정도에까지 이르게 하기 위하여는 막대한 인원과 장비가 필요하여 국민의 조세부담이 커지고 다른 행정업무가 지장을 받는 등 문제가 발생할 것이며, 사회도덕을 확립한다거나 노래연습장의 시설기준을 청소년에 맞춘다는 것은 하루아침에 쉽게 이루어지기 어려운 점이고, 이에 반하여 청소년의 유해업소출입을 제한하는 경우에는 사회적 비용이 크게 들지 않는 대신 범죄예방 등의 입법목적 달성에 도움이 된다는 것은 이론의 여지가 없는 것이므로 위 제한은 위 입법목적은 달성함에 충분히 효과적인 방법이라고도 할 것이다.

(4) 피해의 최소성 및 범익의 균형성 여부

피해의 최소성의 원칙이라 함은 입법자는 그가 의도하는 정당한 입법목적은 달성하기 위하여 적합한 방법이 여러 가지가 있는 경우에는 그 중에서 국민의 권리침해가 가장 작은 방법을 선택해야 한다는 원칙이라고 할 수 있다.

생각건대, 노래연습장은 앞에서 본 바와 같이 그 시설기준 및 운영기준에 비추어 볼 때 노래연습장의 출입제한연령을 18세 미만으로 정한 것은 연령제한기준이 지나치게 높은 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있고, 입법정책적으로 노래연습장이 마땅한 놀이공간이 없는 청소년들에게 스트레스를 풀기 위한 장소를 제공한다는 긍정적인 측면도 있음을 고려하여 18세 이상의 보호자 등이 동반하는 경우나 혹은 취객의 출입이 없을 것으로 예상되는 일정한 시간대에 한하여는 연소자가 볼 수 있는 영상화면을 사용하는 것을 전제로 18세 미만자의 출입을 허용하는 등 18세 미만자의 출입을 허용하는 등 18세 미만자의 출입을 전면금지하는 것보다는 완화된 방안이 강구될 수도 있을 것이다(18세 이상의 보호자 등이 동반하는 경우에는 18세 미만자의 출입을 허용하는 것으로 이 사건 시행령조항이 개정된 것은 앞에서 본 바와 같다).

그러나 노래연습장이 비교적 건전한 업소인 점을 고려한다고 하더라도 18세는 고등학교 졸업반 정도의 연령으로서 18세 미만이라는 출입제한연령이 청소년의 정신적·신체적 성숙 정도나 그 정도 연령의 청소년은 절대적으로 보호해야 된다는 우리 사회의 통념, 「미성년자보호법」이나 「청소년기본법」의 정신에 비추어 지나치게 높은 것이라고 할 수 없고, 위에서 본 바와 같이 18세 미만자의 출입을 일정한 제한 하에서만 허용한다고 하더라도 노래연습장이 과연 청소년에게 적합한 장소인가라는 근본적인 의구심과 함께 칸막이로 인한 공간의 폐쇄성 및 이로 인한 비행의 유발가능성은 여전히 존재하며, 18세 미만자의 출입을 전제로 노래연습장의 시설기준이나 운영기준을 정한 것으로 볼 수 없는 현재의 법규적 상황이나 노래연습장업자도 역시 성인들을 주고객으로 생각하지 아니할 수 없는 현실적 여건하에서 노래연습장의 환경이 청소년에게 적합하도록 획기적으로 개선되기를 기대하기도 어려우므로 입법권자가 18세 미만자의 출입을 금지한다고 하여도 이는 입법정책의 문제로서 이를 두고 피해의 최소성의 원칙에 위배하여 위헌이라고 하기는 어려울 것이다.

나아가 살피건대, 노래연습장에 대하여 18세 미만자의 출입을 금지시킴으로써 노래연습장업자가 입게될 불이익보다는 18세 미만자의 출입을 방치함으로써 초래되는 청소년보호에 관한 공적 불이익이 크다고 할 것이므로, 노래연습장에 18세 미만자의 출입을 금지하는 이 사건 법령조항들은 법익의 균형성의 원칙에도 위배되는 것으로 볼 수 없다.

(5) 결국 이 사건 법률조항들은 과잉금지의 원칙에 대한 위배 여부를 판단함에 있어 고려되어야 하는 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성의 모든 요건을 충족하고 있다고 보여지므로, 위 조항들이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 직업행사의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

다. 평등권의 침해 여부

이 사건 법령조항들이 노래연습장에 대하여 18세 미만자의 출입을 금지하고 있는 것은 노래연습장의 환경적 특성이나 청소년의 정신적·신체적 성숙 정도 등을 고려한 것으로 볼 수 있는데, 노래연습장의 시설기준이나 운영기준 및 운영실태 등을 감안해 볼 때 노래연습장이 18세 미만의 청소년의 출입을 허용하여도 좋을 만큼 환경적 요소를 구비한 것으로는 보기 어렵다는 것은 앞에서 본 바

와 같으므로, 위와 같은 제한이 노래연습장업자를 타영업자에 비하여 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

한편 법 제3조 제5호, 시행령 제5조의 각호의 규정에 의하면 노래연습장 이외에도 성인용 전자유기장업의 경우 및 소극장업 중 18세 미만자의 관람이 금지된 공연물을 공연하는 경우에는 18세 미만자, 유흥접객업, 터키탕업, 무도학원업 및 무도장업의 경우에는 20세 미만자로 출입을 금지하는 풍속영업별 연령을 규정하고 있는바, 이와 같이 법령이 다른 풍속영업소에 대하여도 그 풍속영업소의 특성에 따라 출입금지연령을 정하고 있는 점을 보더라도 이 사건 법령조항들에 의한 위와 같은 제한이 노래연습장업자에 대한 합리적 이유 없는 자의적인 차별이라고 보기는 어렵다.

라. 행복추구권의 침해 여부

행복추구권도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한될 수 있는 것이고, 18세 미만자에 대하여 노래연습장의 출입을 금지하고 있는 이 사건 법령조항들은 직업선택의 자유와 관련하여 살펴본 바와 같이 목적의 정당성, 방법의 적정성 등의 요건을 모두 갖추고 있으므로 위 조항들이 청구인이나 18세 미만의 청소년들의 행복추구권을 침해한 것이라고 볼 수도 없다.

마. 따라서 이 사건 법령조항들은 「헌법」에 위반되지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 시행규칙조항부분에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 법령조항들에 대한 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 정경식(주심) 김진우 김문희 황도연 이재화 조승형 고중석 신창언

7] 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 94헌마213 전원재판부, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제2조 제6호 등 위헌확인

【판시사항】

- [1] 법률에 대한 헌법소원에서 기본권침해의 직접성과 집행행위로서의 입법행위
- [2] 죄형법정주의와 위임입법의 한계
- [3] 위임입법과 재위임의 한계
- [4] 정책수단의 결정과 입법형성의 자유

【결정요지】

- [1] 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 바, 위에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부인된다.
- [2] 형벌법규에 대하여도 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 조건으로 위임입법이 허용되며 이러한 위임입법은 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- [3] 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 이 위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 「헌법」상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에

관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.

- [4] 입법목적을 달성하기 위하여 가능한 여러 수단 가운데 어느 것을 선택할 것인가의 문제는 그 결정이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법 재량에 속하는 것이다.

【심판대상조문】

풍속영업의 규제에 관한 법률 제2조 제6호

풍속영업의 규제에 관한 법률 시행령 제2조 제5호, 제5조 제6호

풍속영업의 규제에 관한 법률 시행규칙 제4조 제1항 제5호

【참조조문】

- [1] 헌법재판소법 제68조 제1항
[2] 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제75조
[3] 헌법 제95조

【참조판례】

- [1] 헌재 1991.7.22. 선고, 89헌마174 결정; 헌재 1992.11.12. 선고, 91헌마192 결정
[2] 헌재 1994.7.29. 선고, 93헌가12 결정; 헌재 1995.5.25. 선고, 91헌바20 결정;
헌재 1995.10.26. 선고, 93헌바62 결정
[4] 헌재 1990.6.25. 선고, 89헌가98 결정; 헌재 1995.2.23. 선고, 92헌바12 결정

【당 사 자】 청구인 이○선 (대리인 변호사 이○연)

【주 문】

이 사건 심판청구 중 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제2조 제6호에 대한 부분을 각하하고, 같은 법률 시행령 제2조 제5호, 제5조 제6호 및 같은 법률 시행규칙 제4조 제1항 제5호 각 부분을 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1994.8.23. 부천중부경찰서장에게 노래연습장 영업신고를 하여 신고 필증을 교부받은 후 부천시 원미구 심곡 2동 173의 10에서 '블러'라는 노래연습장을 경영하고 있다. 그런데 노래연습장업은 「풍속영업의 규제에 관한 법률」(이하 '풍속영업법'이라 한다) 제2조 제6호, 같은 법률 시행령(이하 '법시행령'이라 한다) 제2조 제5호의 규정에 의하여 「풍속영업법」 소정의 풍속영업에 포함되어 법시행령 제5조 제6호에 따라 노래연습장에는 18세 이상의 보호자나 친족 또는 감독자를 동반하지 않은 18세 미만의 자를 출입시킬 수 없고, 같은 법률 시행규칙(이하 '법시행규칙'이라 한다) 제4조 제1항 제5호에 의하여 09시부터 24시까지로 영업시간이 제한되는바, 이에 청구인은 노래연습장업을 풍속영업의 범위에 포함시켜 원칙적으로 18세 미만의 자의 출입을 금지하고 영업시간을 제한하고 있는 위 법규들이 청구인의 평등권, 직업수행의 자유 및 일반적 행동의 자유 등 기본권을 침해하고 있다고 하여 1994.10.4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상 규정 및 그 내용은 다음과 같다.

(1) 풍속영업법 제2조(풍속영업의 범위) 이 법에서 '풍속영업'이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 영업을 말한다.

(1. 내지 5. 생략)

6. 기타 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업으로 대통령령이 정하는 것

(2) 범시행령 제2조(풍속영업의 범위) 법 제2조 제1호 내지 제3호·제5호 및 제6호의 규정에 의한 풍속영업의 범위는 다음과 같다.

(1. 내지 4. 생략)

5. 법 제2조 제6호에서 '기타 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업으로 대통령령이 정하는 것' 이라 함은 연주자 없이 반주에 맞추어 노래를 부를 수 있도록 영상 또는 무영상 반주장치 등의 시설을 갖추고 입장료 또는 시설이용료를 받는 영업(이하 '노래연습장업'이라 한다)을 말한다.

(3) 범시행령 제5조(풍속영업소의 출입금지연령)

법 제3조 제5호의 규정에 의하여 풍속영업소에의 출입을 금지하는 풍속영업별 연령은 다음과 같다.

(1. 내지 5. 생략)

6. 제2조 제5호의 노래연습장업의 경우에는 18세 미만의 자. 다만, 18세 이상의 보호자나 친족 또는 감독자를 동반하는 경우에는 그러하지 아니하다.

(4) 범시행규칙 제4조(영업시간 등) ① 법 제5조 제1항의 규정에 의한 풍속 영업자가 법 제3조 제7호 및 영 제6조 제2항 후단의 규정에 의하여 지켜야 할 영업시간은 다음과 같다. 다만, 경찰서장은 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 그 영업시간을 조정하여 고시할 수 있다.

(1. 내지 4. 생략)

5. 노래연습장업: 09시부터 24시까지

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 노래연습장은 술이나 종업원 없이 반주에 맞추어 노래를 부르며 즐기는 곳으로 청소년의 놀이공간이 부족한 현실에서는 건전한 휴식공간이며 여가선용의 장소이자 놀이문화공간의 역할을 하는 곳이지 미풍양속을 해하거나 청소년의 건전한 성장을 저해하는 장소가 아니므로 「풍속영업법」으로 규제하여야 할 영업

이 아니다. 그럼에도 불구하고 노래연습장업을 법률도 아닌 대통령령에 의하여 풍속영업에 포함시켜 규제를 하고 일정한 경우에는 형벌까지 과하는 것은 위임입법의 한계를 규정한 「헌법」 제75조 및 죄형법정주의를 규정한 「헌법」 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반하는 것이다.

(2) 청구인은 이 사건 심판대상 규정에 의하여 원칙적으로 18세 미만의 자를 노래연습장에 출입시킬 수 없고, 영업시간을 제한당함으로써 「헌법」 제15조가 보장하는 영업수행의 자유와 「헌법」 제10조로부터 파생되는 일반적 행동의 자유를 침해받고 있으며, 한편 노래연습장 출입이 제한되는 18세 미만의 국민도 행복추구권을 침해받고 있다.

(3) 「풍속영업법」 소정의 풍속영업 중 노래연습장업만을 법률이 아닌 시행령의 규정에 의하여 규제하고, 청소년의 출입금지연령이나 영업시간의 점에 있어서 만화대여업소나 비디오대여업소보다 노래연습장업에 대하여 더욱 엄격한 규제를 하고 있는 것은 합리적 이유가 없는 차별로서 청구인의 평등권을 침해하는 것이다.

(4) 노래연습장 출입금지연령은 「풍속영업법」 제3조 제5호의 위임에 따라 범시행령 제5조 제6호에 의하여, 영업시간 제한은 「풍속영업법」 제3조 제7호, 범시행령 제6조 제2항 후단의 순차 위임에 따라 범시행규칙 제4조 제1항 제5호에 의하여 각 구체적으로 규정되어 있는바, 위 각 위임의 근거법령에서 위임의 범위를 구체적으로 정하여 위임하지 않았을 뿐 아니라, 가사 그렇지 않다고 하더라도 범시행령 제5조 제6호, 범시행규칙 제4조 제1항 제5호의 규정은 위임의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다.

나. 경찰청장의 의견요지

(1) 적법요건에 관한 의견

(가) 청구인이 이 사건 심판대상 규정에 의한 규제를 받아 영업정지처분 등의 불이익을 받는 등 직접적·현실적 권리침해를 받은 바 없을 뿐 아니라, 청구인이 주장하는 기본권 중 18세 미만의 자의 행복추구권은 청구인과의 관계에서 자기관련성을 결여하였으므로 이 사건 청구는 부적법하다.

(나) 「풍속영업법」은 1991.3.8. 공포되어 1991.6.8. 시행되었고, 범시행령 및

법시행규칙 중 이 사건 관련부분은 1992.6.13. 개정·공포되어 같은 날 시행되었는바, 그로부터 180일이 훨씬 지난 1994.10.4. 제기된 이 사건 청구는 부적법하다.

(2) 위헌 여부에 관한 의견

(가) 노래연습장 중에는 폐쇄된 공간에서 선정적인 화면을 사용하는 곳이 많고 취객이나 데이트중인 남녀의 출입도 잦아 청소년 등이 범죄나 비행에 몰드는 것을 예방하기 위하여 18세 미만의 자의 노래연습장 출입을 원칙적으로 금지하고 노래연습장의 영업시간을 09시부터 24시까지로 제한하는 것이므로 이에 의하여 노래연습장업자의 평등권, 직업의 자유 등이 침해된다 하더라도 이는 질서유지 또는 공공복리를 위한 기본권의 제한으로서 자의적인 것이라고 할 수 없으며 「헌법」 제37조 제2항에 의하여 정당한 것이다.

(나) 법시행령 제5조, 제6조, 법시행규칙 제4조는 상위법령의 구체적이고 개별적인 위임에 의하여 제정된 것이므로 위임입법의 한계를 일탈한 것이 아니다.

3. 판단

가. 적법요건에 관한 판단

(1) 권리침해의 직접성, 자기관련성 결여 주장에 대하여

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 한다.

따라서 법률 또는 법률조항이 구체적인 집행행위를 예정하고 있는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다. 그러나 국민에게 행위의무 또는 금지의무를 부과한 후 그 위반행위에 대한 제재로서 형벌, 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에 그 형벌이나 행정벌의 부과를 위 직접성에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없다. 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 금지의무를 직접 부담하는 것이기 때문이다. 따라서 청구인이 「풍속영업법」 위반으로 제재를 받은 일이 없다고 할지라도 직접성을 결여하였다고 할 수는 없는 것이다.

다만 직권으로 살피건대, 위에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부인되는데, 이 사건 심판대상 규정 중 「풍속영업법」 제2조 제6호는 구체적 내용을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있어 그 자체로 직접 노래연습장업자의 기본권을 침해하고 있지 않으므로 직접성의 요건이 흠결되어 부적법하다.

또한 이 사건 심판대상 규정에 의하여 일반국민, 그 중에서도 특히 18세 미만의 자의 행복추구권 등도 침해받고 있다는 청구인의 주장은 기본권 침해의 자기관련성에 반하는 것이므로 이 점에 관한 청구인의 주장에 관하여는 나아가 살피지 않는다.

(2) 청구기간 도과 주장에 대하여

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 원칙적으로 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이나, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한

날부터 180일 이내에 헌법소원을 청구할 수 있는바, 이 때 '사유가 발생한 날'이라 함은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말하고, '사유가 있음을 안 날'이라 함은 법령의 제정 등 공권력의 행사에 의한 기본권침해의 사실관계를 안 날을 뜻하는 것으로 법률적으로 평가하여 그 위헌성 때문에 헌법소원의 대상이 됨을 안 여부와는 무관하다.

살피건대 청구인은 이 사건 심판대상 규정들의 시행 이후인 1994.8.23. 노래연습장 영업신고를 하여 신고필증을 교부받은 후 노래연습장 경영을 시작하였으므로 위 신고필증을 교부받은 날을 '사유가 발생한 날' 및 '사유가 있음을 안 날'로 보아야 할 것이니 그로부터 42일만인 1994.10.4. 제기된 이 사건 심판청구는 적법하다.

나. 위헌 여부에 관한 판단

(1) 청구인의 기본권 침해

청구인은 법시행령 제2조 제5호, 제5조 제6호, 법시행규칙 제4조 제1항 제5호의 각 규정에 의하여 「풍속영업법」의 적용을 받지 않는 다른 영업과는 달리 그가 경영하는 노래연습장에 친족 또는 보호자를 동반하지 아니한 18세 미만의 자를 출입시킬 수 없고, 24시부터 다음날 09시까지는 영업을 할 수 없게 되므로 청구인의 직업수행의 자유, 일반적 행동의 자유, 평등권이 침해받고 있음은 명백하다. 그러나 이들 기본권은 절대적으로 보호되는 것이 아니라 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요할 경우에는 법률로써 제한할 수 있는 것이므로(헌법 제37조 제2항), 이하에서는 위 기본권의 제한이 적법한 법률에 의한 제한인지 여부 및 「헌법」 제37조 제2항에서 정하고 있는 한계 내의 제한인지를 살펴본다.

(2) 이 사건 각 규정의 입법형식상 문제점에 대한 판단

(가) 「풍속영업법」과 노래연습장업 규제의 타당성

「풍속영업법」은 풍속영업을 영위하는 장소에서의 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위 등을 규제하여 미풍양속의 보존과 청소년 보호에 이바지함을 그 입법목적으로 하고 있는데(풍속영업법 제1조), 노래를 부르며 즐기는 것은 그 자체로는 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위라고 할 수 없으므로 연주자 없이 반주에 맞추어 노래를 부를 수 있는 시설을 제공하고 입장료나 시설이용료를 받는 노래연습장업을 풍속영업에 포함시키는 것은 일응 부적절해 보인다.

그러나 「풍속영업법」이 노래연습장업을 풍속영업의 범위에 포함시킨 까닭은 노래를 부르며 즐길 수 있는 시설을 제공하고 대가를 받는 행위 자체의 위험성에 있는 것이 아니라 노래연습장의 공간과 시설의 특수성에 따른 위험성에 있다.

즉, 노래연습장은 좁은 공간에서 같은 시간대에 많은 사람들이 반주장치의 반주에 맞추어 제각기 노래를 부르는 것을 특성으로 하기 때문에 소음방지를 위하여 칸막이로 구획한 폐쇄된 방에서 노래를 부르는 것이 일반적이고, 또한 영

상반주장치에서 재생되는 영상의 내용이 선정적이며 손님 중 상당수가 취객 또는 이성 동반자인 것이 현실인바, 이와 같은 밀실성·선정성 등으로 인하여 노래연습장에서 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위가 발생할 우려가 높기 때문에 노래연습장업을 풍속영업의 범주에 포함시킨 것이다. 따라서 노래연습장업을 풍속영업에 포함시킨 것이 부당하다고 할 수 없다.

(나) 법시행령 제2조 제5호와 죄형법정주의

1) 죄형법정주의와 위임입법

「헌법」은 ‘모든 국민은……, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’(제12조 제1항), ‘모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며,’(제13조 제1항 전단)라고 규정하여 죄형법정주의를 선언하고 있는바, 죄형법정주의는 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌의 내용이 무엇인가를 국민이 미리 알 수 있도록 국민의 대표로 구성된 입법부가 미리 성문의 법률로 명확하게 정하도록 함으로써 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형벌의 기본원칙으로서 형벌법규의 ‘보장적 기능’을 수행하는 것이다.

그런데 노래연습장업의 경우 「풍속영업법」 제2조 제6호의 위임에 따라 법률이 아닌 법시행령 제2조 제5호에 의하여 비로소 「풍속영업법」의 적용범위에 포함되어 일정한 경우에는 형벌까지 받게 되므로(풍속영업법 제10조) 이것이 죄형법정주의에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용되고 있으므로 법시행령 제2조 제5호가 위 위임입법의 한계를 준수하고 있다면 노래연습장업을 법률이 아닌 대통령령에 의하여 「풍속영업법」의 적용대상에 포함시켜 일정한 경우에 형벌을 과한다고 하여도 죄형법

정주의에 반한다고 할 수는 없는 것이다.

2) 「풍속영업법」 제2조 제6호와 위임입법의 한계

다양한 태양의 영업이 나타났다 사라지고 수시로 업태가 변하는 현대사회의 특성상 「풍속영업법」의 규제대상이 되는 영업을 「풍속영업법」에서 전부 구체적으로 규정한다는 것은 국회의 시간적 적응능력과 관계에서 적합하지 아니하므로 「풍속영업법」 제2조 제6호가 「풍속영업법」의 적용대상인 풍속영업의 하나로 “기타 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업으로 대통령령이 정하는 것”이라고 규정함으로써 그 구체화를 대통령령에 위임하고 있는 것은 부득이한 것으로 허용된다 할 것이다.

따라서 이 사건에서는 위임법률인 위 「풍속영업법」 제2조 6호에 규정된 “선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업”이라는 것이 누구라도 위 규정에 따라 대통령령에 규정될 내용의 대강을 알 수 있을 정도로 구체적인 것인가 하는 점이 문제가 되므로 살피건대, 위 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것인바, 「풍속영업법」 제2조 제6호가 규정하고 있는 ‘선량한 풍속’이나 ‘청소년의 건전한 육성’이라는 개념이 추상적이기는 하나 앞에서 본 「풍속영업법」의 입법목적, 「풍속영업법」의 적용대상이 되는 다른 영업(유흥주점영업, 숙박업, 이용업, 특수목욕장업, 전자유기장업, 소극장업, 만화대여업, 무도학원업, 무도장업), 풍속영업자의 준수사항(풍속영업법 제3조), 풍속영업의 시설기준 등을 종합하여 평균적인 일반인의 상식에 비추어 보면 「풍속영업법」 제2조 제6호가 대통령령에 위임하고 있는 영업이란 영업의 본질적 특성이나 현실적으로 운영되는 영업의 형태, 영업시설, 사회 일반의 인식 등에 비추어 영업장소 내에서 성적 호기심의 유발행위, 성적 접촉 등의 성적 문란 행위 또는 음주, 향락성 유흥 등 청소년의 건전한 정서적 발전에 장애가 될 수 있는 행위, 그 밖에 폭력, 도박, 매춘 등의 범죄행위가 발생할 가능성이 높아 특히 규제의 필요성이 큰 영업임을 쉽게 예측할 수 있다.

그렇다면 법시행령 제2조 제5호는 「풍속영업법」 제2조 제6호의 정당한 위임의 한계내의 규정이라고 할 것이다.

3) 따라서 법률이 아닌 시행령의 규정에 의하여 노래연습장업이 풍속영업에 포함되었다고 할지라도 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다.

(다) 범시행령 제5조 제6호, 범시행규칙 제4조 제1항 제5호와 위임입법

1) 위임입법의 근거와 한계

권력분립주의의 원칙상 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 입법부에 의하여 법률의 형식으로 결정하여야 할 것이나 여러가지 사정으로 인하여 위임입법이 허용됨은 앞서 본 바와 같고, 「헌법」 제75조도 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다” 라고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 반드시 구체적·개별적으로 위임이 행하여질 것을 요구하고 있다.

2) 구체적·개별적 위임과 이 사건의 경우

사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해로 초래할 것이기 때문에 법률로 대통령령에 위임을 하는 경우라고 적어도 법률의 규정에 의하여 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본 사항을 구체적으로 규정함으로써 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것인바, 「헌법」 제75조에서 규정하는 “구체적으로 범위를 정하여”는 위와 같은 의미로 해석된다.

이 사건 심판대상 규정 중 범시행령 제5조 제6호는 “대통령령으로 정하는 풍속영업의 경우 대상자의 연령을 확인하여 대통령령이 정하는 청소년이 풍속영업소에 출입을 하지 못하게 하여야 한다”는 「풍속영업법」 제3조 제5호의 위임에 따라, 범시행규칙 제4조 제1항 제5호는 “기타 대통령령으로 정하는 풍속영업의 영업시간……등에 관한 사항을 지켜야 한다.”는 「풍속영업법」 제3조 제7호의 위임 및 위 위임에 따른 범시행령 제6조 제2항의 재위임에 따라 각 규정된 것인바, 「풍속영업법」 제3조 제5호 소정의 “대통령령으로 정하는 풍속영업”이란 앞서 본 「풍속영업법」의 입법목적, 풍속영업의 업태, 주된 고객층 등 사회의 인식, 성적 문란행위나 범죄, 향락행위 등의 유발위험정도 등을 고려하여 보면 풍속영업 중에서도 청소년의 무분별한 출입을 허용하는 경우 청소년들을 범

죄나 비행에 물들게 할 우려가 있는 영업의 의미하고, “대통령령이 정하는 청소년”이란 풍속영업소 출입의 유혹을 느끼지만 아직 정서적·인격적으로 성숙하지 못하여 자기억제력이 부족한 연령대의 청소년(청소년기본법은 9세 이상 24세 이하의 자를 청소년으로 정하고 있음도 참고할 수 있다)으로서 그 구체적인 연령은 영업의 성격과 범죄 등 위험행위의 유발정도 등을 고려하여 풍속영업별로 정해질 것이고, 「풍속영업법」 제3조 제7호 소정의 “대통령령으로 정하는 풍속영업의 영업시간”이란 일정한 시간대의 영업을 허용할 경우 성적 문란행위나 범죄 등의 발생 위험이 높고 향락적 사회분위기를 조장할 우려 등이 있는 영업 중에서 성적 문란행위나 범죄 등의 유발 위험이 높은 업종의 경우에는 주로 심야시간대가, 그에 더하여 향락적 사회분위기를 조장하는 업종의 경우에는 심야뿐 아니라 생산활동시간대인 주간까지도 규제의 대상이 될 것임은 누구나 쉽게 예측할 수 있다.

3) 재위임의 문제

법시행규칙 제4조 제1항 제5호는 앞서 본 바와 같이 법시행령 제6조 제2항의 재위임에 따라 제정된 것인데, 법시행령 제6조 제2항은 “……법 제3조 제7호의 규정에 의하여 풍속영업자 등이 지켜야 할 사항은 해당 영업에 관한 관계법령이 정하는 바에 의하되, 특별한 규정이 없는 경우에는 내무부령이 정하는 바에 의한다.” 라고만 규정함으로써 「풍속영업법」 이외에 해당영업에 관한 관계법령이 없는 노래연습장업의 경우에 관하여는 아무런 규정도 두지 아니하고 그대로 내무부령에 재위임하고 있다.

그런데 「헌법」 제95조는 “……행정각부의 장은 소관사무에 관하여……대통령령의 위임……으로……부령을 발할 수 있다” 라고 규정하여 재위임의 근거를 마련하고 있지만, 대통령령의 경우와는 달리 ‘구체적으로 범위를 정하여’라는 제한을 규정하고 있지 아니하므로 대통령령으로 위임받은 사항을 그대로 재위임할 수 있는가에 관하여 의문이 있다. 살피건대 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 “위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다”는 복위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 「헌법」상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이다.

따라서 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.

이 사건의 경우 범시행령 제6조 제2항은 노래연습장업의 영업시간에 관하여는 아무런 규정도 함이 없이 내무부령에 규제 여부 및 내용을 재위임하고 있으므로 이에 근거한 범시행규칙 제4조 제1항 제5호의 효력에 관하여 살피건대, 범시행령 제6조 제2항은 백지재위임이 아니라 영업시간의 제한을 지켜야 할 풍속영업 및 영업시간에 관하여 관계 법령에 규정이 있는 경우(식품위생법 제30조, 공중위생법 제11조 제1항, 관광진흥법 제7조 제3항)에는 그 정하는 바에 의하는 것을 원칙으로 하고, 그러한 규정이 없는 경우에는 내무부령이 정하는 바에 의하도록 대강의 규정을 하고 있고, 이에 따라 관계법령이 없는 풍속영업의 경우에도 영업시간의 제한을 받게 될 것인지 여부 및 구체적 영업시간은 관계법령이 있는 영업에 대한 규정과의 비교에 의하여 더욱 구체적 예측이 가능하게 되므로 범시행규칙 제4조 제1항 제5호가 한계를 일탈한 재위임에 의한 규정이라고 할 수는 없다.

4) 따라서 범시행령 제5조 제6호와 범시행규칙 제4조 제1항 제5호가 위임의 한계를 벗어난 무효의 규정이라고 할 수 없다.

(3) 기본권제한의 합헌성에 관한 판단

(가) 목적의 정당성

18세 이상의 보호자나 친족 또는 감독자를 동반하지 않은 18세 미만의 자의 노래연습장 출입을 금지하는 이유는 노래연습장의 밀실적 구조(범시행령 [별표 1]은 노래연습장 1실의 바닥면적은 4제곱미터 이상이어야 하고, 노래연습장의 칸막이 앞면의 1미터이상 부분에 1제곱미터 이상의 투명유리창을 설치하여 외부에서 볼 수 있도록 하여야 하며, 출입문에는 잠금장치를 할 수 없도록 규정하는 등 밀실성을 완화하기 위한 규정을 두고 있기는 하나 기본적으로 칸막이에 의하여 구획되어 외부와 단절된 공간을 확보한다는 의미에서 밀실성이 있다) 및 비교적 선정적, 향락적인 영업실태(범시행령 [별표 1], [별표 2]는 노래연습장에 축광조절장치·유색조명등 등의 특수조명시설, 공연이나 무대연주를 위한 시설, 무도장 등의

설치나 종업원의 손님과의 동석, 춤을 추는 행위, 주류의 판매 등을 금지하고 바닥으로부터 85센티미터 높이의 조도가 30룩스 이상이 되도록 하여야 하며, 재생되는 영상은 공연윤리위원회의 심의를 받은 것으로서 특히 18세 미만인 자가 이용하는 예외적 경우에는 연소자가 시청할 수 있는 것이어야 한다는 등 선정성, 향락성을 완화하기 위한 규정을 두고 있으나 비교적 어두운 조명 아래에서 선정성이 있는 영상물을 보며 노래를 부르는 노래연습장의 현실적 영업실태나, 술과 노래가 쉽게 결합하는 우리 국민 정서상 노래연습장의 손님 중 상당수는 음주 후에 노래연습장을 찾는다는 점 등에 비추어 유흥주점이나 단란주점에 비하여 낮다고는 하나 선정적, 향락적이라고 할 수 있다) 때문에 아직 정서적·인격적으로 미성숙한 청소년의 출입을 제한하여 청소년의 건전한 육성을 도모하고자 함에 있고, 노래연습장의

영업시간을 09시부터 24시까지로 정하여 야간영업을 금지하는 이유는 위와 같은 노래연습장의 특성, 운영실태 등에 비추어 심야영업을 허용할 경우 술에 취한 사람이나 범죄자, 가출자 등이 손님의 상당수를 차지하게 되어 폭력, 도박, 매춘 등 범죄나 성적 문란행위를 유발할 위험이 높을데다가 향락적 사회 분위기를 조장할 우려가 있으며, 이와 더불어 심야에 근무하는 종업원들의 근로조건상의 열악함으로 인한 안전, 위생상의 위험을 초래하게 되므로 이를 방지하여 선량한 풍속을 보전하고 청소년의 건전한 육성을 도모하고자 함에 있다.

그렇다면 이러한 제한은 공공복리 또는 질서유지를 위한 것으로서 이 사건 기본권 제한의 목적은 정당하다고 할 것이다.

(나) 방법의 적절성

위와 같은 입법목적은 효과적으로 달성하기 위하여 18세 이상의 보호자나 친족 또는 감독자를 동반하지 않은 18세 미만 청소년의 노래연습장 출입을 원칙적으로 금지하고 영업시간을 제한하는 것이 적합한지에 대하여는 회의적인 견해도 있을 수 있다.

즉, 「풍속영업법」 및 범시행령, 범시행규칙이 정하는 노래연습장업자의 준수사항이나 노래연습장의 시설기준 등을 철저히 준수하도록 경찰력이나 행정력을 강화하거나 사회의 도덕성을 고양하는 방법 등으로도 입법 목적을 충분히 달성할 수 있음에도 위와 같은 제한을 하는 것은 행정편의만을 도모하는 처사이

고, 제한을 받지 아니하는 다른 영업과의 관계에 비추어 보아도 노래연습장업자의 평등권을 침해하는 것이어서 방법에 있어 적절하지 못하다는 것이다.

살피건대, 입법목적은 달성하기 위하여 가능한 여러 수단 가운데 어느 것을 선택할 것인가의 문제는 그 결정이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법부의 재량에 속하는 것이라 할 것이고, 더욱이 이 사건의 경우와 같이 직업수행의 자유를 제한하는 입법의 경우에는 직업결정의 자유나 전직의 자유에 대한 제한의 경우보다 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제 가능하다고 할 것인바, 청소년의 출입이나 심야영업을 허용하면서도 강력한 행정적, 형사적 단속을 한다거나 노래연습장의 시설 등을 청소년이 무제한으로 출입하여야 좋을 정도로 획기적으로 개선하는 등의 방법으로도 위 입법목적은 달성할 수 있는 것은 사실이라 할 것이나 현재의 행정능력 등을 위 입법목적은 달성함에 충분한 정도에까지 이르게 하기 위하여는 막대한 인원과 장비가 필요하여 국민의 조세 부담이 커지고 다른 행정업무가 지장을 받는 등 문제가 발생할 것이며, 사회도덕을 확립한다거나 노래연습장의 시설기준을 청소년에 맞춘다는 것 또한 하루 아침에 쉽게 이루기 어려운 점 또한 명백하고, 이에 반하여 심야의 영업시간을 제한하거나 청소년의 유해업소출입을 제한하는 경우에는 사회적 비용이 크게 들지 않는 반면에 범죄예방 등의 입법목적 달성에 도움이 된다는 것은 이론의 여지가 없는 것이므로 위 제한은 위 입법목적은 달성함에 충분히 효과적인 방법이라고 할 것이다.

또한 청소년의 출입이나 영업시간을 제한할 필요성 및 그 제한의 정도는 풍속영업의 업태에 따라 달리 정할 수밖에 없는 것임은 이미 살펴 본 바와 같고, 법시행령 제5조, 법시행규칙제4조 제1항의 각 규정에 의하면 노래연습장업 이외에도 성인용 전자유기장업의 경우 및 소극장업 중 18세 미만의 자의 관람이 금지된 공연물을 공연하는 경우에는 18세 미만자, 유흥접객업, 터키탕업, 무도학원업 및 무도장업의 경우에는 20세 미만자의 출입을 금지하는 풍속영업별 연령을 규정하고 있고, 만화대여업은 09시부터 24시(18세미만의 자에 대하여는 22시)까지, 무도학원업은 09시부터 22시까지, 무도장업은 17시부터 23시까지, 소극장업은 09시부터 24시까지로 영업시간을 제한하고 있는바, 위 각 영업의 업태 등에 비추어 그 제한의 정도가 노래연습장업의 경우에 비하여 합리적 이유없이 자의적으로 완화되어 있다고 할 수 없음은 명백하다.

따라서 앞서 본 입법목적을 달성하기 위하여 노래연습장에 18세 미만의 자의 출입을 원칙적으로 제한하고 09시부터 24시까지로 영업시간을 제한하는 것은 그 입법목적에 달성함에 적절한 방법이라고 할 것이고, 달리 입법재량권의 한계를 일탈하여 자의적으로 불평등한 수단을 채택한 것이라고 할 수 없다.

(다) 침해의 최소성

법시행령 제5조 제6호는 노래연습장 출입이 제한되는 청소년의 연령을 18세 미만으로 정하고 있는 바, 위 18세는 고등학교 졸업반 정도의 연령으로 그 정도 나이의 청소년의 신체적·정신적 성숙 정도, 그 정도 연령의 청소년은 부모나 감독자의 보호감독하에 두는 것이 옳다고 생각하는 우리 사회의 인식, 「미성년자보호법」이나 「청소년기본법」의 정신에 비추어 지나치게 높은 연령이라고 할 수 없을 뿐 아니라, 법시행령 제5조 제6호는 18세 미만의 자라고 할 지라도 보호자나 친족 또는 감독자를 동반하는 경우에는 노래연습장에 출입할 수 있는 것으로 단서 규정을 둠으로써 부모 등의 보호·감독하에 있어 앞서 본 바와 같은 범죄유발 등의 위험이 없다고 판단되는 경우에는 예외를 인정하고 있다.

또한 법시행규칙 제4조 제1항 제5호에 의하여 노래연습장 영업이 제한되는 시간은 24시부터 다음날 09시까지인바, 위 시간대는 일반 시민이 수면 및 생산활동 준비를 하는 시간대로써 그 동안의 영업을 제한하였다고 하여 노래연습장업자의 영업수행의 자유를 지나치게 제한하였다고 할 수 없을 뿐 아니라, 법시행규칙 제4조 제1항 제5호는 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 경찰서장이 위 제한된 영업시간을 조정하여 고시할 수 있도록 단서규정도 두고 있다.

그렇다면 법시행령 제5조 제6호, 법시행규칙 제4조 제1항 제5호의 규정에 의한 기본권의 제한은 최소한에 그쳤다고 할 것이다.

(라) 법익의 균형성

노래연습장에서의 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위 등을 규제하여 미풍양속을 보존하고 청소년을 보호한다는 이 사건 기본권 제한의 목적, 즉 공익이 이에 의하여 침해받는 노래연습장업자의 영업수행이나 일반적 행동자유권상의 불이익보다 큰 점은 분명하므로 이 사건 기본권의

제한은 법익의 균형성의 원칙에도 위배되지 아니한다.

(마) 따라서 법시행령 제5조 제6호, 법시행규칙 제4조 제1항 제5호의 각 규정에 의한 청구인의 직업수행의 자유, 일반적 행동의 자유 및 평등권에 대한 기본권의 제한은 「헌법」 제37조 제2항의 한계 내에 있는 적법한 기본권의 제한이라 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제2조 제6호에 대한 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 같은 법률 시행령 제2조 제5호, 제5조 제6호 및 같은 법률 시행규칙 제4조 제1항 제5호 각 부분은 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 이재화(주심) 김진우 김문희 황도연 조승형 정경식 고중석 신창언

**Ⅷ 헌법재판소 1998. 10. 15. 선고 96헌바77 경기도립학교설치조례중개정조
례 제2조 등 위헌소원**

【판시사항】

- [1] 지방자치단체의 조례가 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 대상이 될 수 있는지 여부(소극)
- [2] 정의규정 내지 선언규정에 대한 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 헌법소원이 기본권침해의 직접성 요건을 충족하는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 대상은 당해 사건의 재판의 전제가 되는 '법률'인 것이므로 지방자치단체의 조례는 그 대상이 될 수 없다.
- [2] 이 법률조항 중 제2조는 이 법의 적용을 받는 지역인 도서벽지에 대한 '정의'규정이요, 제3조는 국가는 도서벽지의 의무교육의 진흥을 위하여 타에 우선하여 조치를 취하여야 하며 이에 필요한 제경비는 타에 우선하여 지급하여야 한다는 '국가의 임무'를 선언한 규정이다. 그런데 이와 같은 "정의규정" 내지는 "선언규정"인 이 법률조항 자체에 의하여는 청구인들의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생길 수 없다고 할 것이므로 이 법률조항에 대한 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 규정에 의한 심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

【심판대상조문】

경기도립학교설치조례중개정조례 제2조(도립학교의 명칭과 위치) [별표 1]

도서·벽지교육진흥법 제2조(정의)

도서·벽지교육진흥법 제3조(국가의 의무)

【참조조문】

헌법 제31조 제1항·제3항, 제117조 제1항

헌법재판소법 제41조(위헌여부심판의 제청)

헌법재판소법 제68조

지방자치법 제9조(지방자치단체의 사무범위)

【참조판례】

[1] (1) 헌재 1997. 8. 21. 93헌바51 결정

(2) 헌재 1994. 12. 29. 92헌마216 결정; 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 결정 등

[2] 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192 결정

【당 사 자】 청구인 구○서 외 16인 (대리인 변호사 김○국 외 4인)

【당해사건】 대법원 95누7994 폐교처분취소

【주 문】 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 1994. 2. 28.자 경기도립학교설치조례중개정조례(경기도조례 제2445호)에 의하여 폐교된 경기도 가평○ 상색초등학교 두밀분교장(이하 '두밀분교'라 한다)에 재학중이던 학생들로서, 경기도교육감이 교육과정의 정상운영과 교육재원절감 등을 이유로 두밀분교를 폐교처분한 것은 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한 위법한 처분이라며, 행정심판을 거쳐 주위적으로 경기도교육감의 폐교처분취소를, 예비적으로 위 개정조례의 무효확인을 구하는 행정소송을 서울고

등법원에 제기하였으나(94구11554 폐교처분취소) 1995. 5. 16. 주위적청구각하, 예비적청구기각의 판결을 받고 상고하여 대법원(95누7994)에 계속중 위 개정조례 제2조의 [별표1] 국민학교의 시·군명칭, 위치의 가평균란 중 상색국민학교 두밀분교장을 삭제한다는 부분 및 도서·벽지교육진흥법 제2조, 제3조에 대하여 위헌제청을 신청(대법원 95부22)하였으나 1996. 9. 20. 위 조례부분은 각하, 법률부분은 기각결정되자(같은 날 본안사건도 상고기각되었다) 같은 해 10. 4. 동 결정문을 송달받고 같은 해 10. 18. 「헌법재판소법」 제68조 제2항 및 같은 조 제1항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 경기도립학교설치조례중개정조례(1994. 2. 28. 경기도조례 제2445호) 제2조 중 아래 부분 및 도서·벽지교육진흥법(1990. 12. 27. 법률제 4268호로 개정된 것. 이하 '법'이라 한다) 제2조, 제3조(이하 '이 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부이며 그 내용은 다음과 같다.

(1) 경기도립학교설치조례중개정조례

경기도립학교설치조례 중 다음과 같이 개정한다.

제2조(도립학교의 명칭과 위치) [별표1] 국민학교의 시·군 명칭, 위치의 …… 가평균란 중 …… 상색국민학교 두밀분교장 ……란을 삭제한다.

(2) 도서·벽지교육진흥법

제2조(정의) 이 법에서 “도서벽지”라 함은 지리적·경제적·문화적·사회적 혜택을 받지 못하는 산간지·낙도·수복지구·접적지구 및 광산지구로서 교육부령이 정하는 지역을 말한다.

제3조(국가의 의무) 국가는 도서벽지의 의무교육의 진흥을 위하여 타에 우선하여 다음 각호의 조치를 하여야 하며, 이에 필요한 제경비는 타에 우선하여 지급하여야 한다.

1. 학교부지·교실·양호실 기타 교육에 필요한 시설의 구비
2. 교재·교구의 정비
3. 교과서의 무상공급
4. 통학을 위하여 필요한 조치

- 5. 교원에 대한 주택의 제공
- 6. 적절한 교원의 배치

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 법은 인간의 존엄성을 실현한다는 교육의 목적을 달성하고, 모든 국민에게 그 능력에 따라 공평하게 배려하여야 하는 국가 및 지방자치단체의 「헌법」 및 교육관계법상 의무에 근거하여 입법된 것이다. 교육을 받을 권리(소위 수학권 ‘修學權’)는 자유권·생존권·참정권적 성격과 함께 인간다운 생활권과 직업선택의 자유의 필수적인 조건이자 전제이며 학문의 자유 및 평등권과 매우 밀접불가분하게 결부되어 있고, 나아가 행복추구권을 포함한 모든 다른 기본적인 권을 유효하게 하기 위한 전제로서 그 기초가 되는 기본적인 인권이다.

(2) 청구인들이 다니던 두밀분교는 폐교 당시 이 법률조항 및 동법시행규칙에 따라 진흥대상학교로 지정되어 특별한 보호를 받아 왔는데, 위 개정조례는 청구인들과 학부모 등의 의견수렴절차도 충분히 거치지 아니한 채 주로 교육비용절감 목적으로 두밀분교를 폐교하도록 함으로써 청구인들에게 교육을 받을 권리를 보장한 「헌법」 제31조 제1항·제3항에 위배됨과 동시에 이 법률조항에도 저촉되어 조례제정권의 한계규정인 「헌법」 제117조 제1항에도 위배된다.

(3) 대법원과 같이 이 법률조항에 따라 “도서벽지”지역으로 지정되고 그에 따라 설치된 도서벽지학교를 지방자치단체의 조례에 의하여 임의로 폐교할 수 있다고 해석하는 한 이 법률조항은 「헌법」 제31조 제1항·제3항에 위배된다. 왜냐하면 이 법의 제정목적은 청구인들의 거주지와 같은 낙후된 소외지역에 있어서의 최소한의 교육권을 보장하기 위한 것으로서 동법이 지정하는 학교는 학생수·학교규모·교육비용 등에 관계없이 국가에서 우선 지원해 주라는 것이 이 법률조항의 취지이고, 따라서 지방자치단체의 조례에 의하여 이 법상 의무교육진흥대상학교로 지정된 학교를 폐교해서는 결코 안된다고 보아야 하기 때문이다.

나. 위헌제청신청에 대한 대법원의 결정요지

(1) 「헌법재판소법」 제41조 제1항은 법률이 「헌법」에 위반되는 여부가 재판의 전제가 될 때에만 법원은 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청하도록 규정되어 있으므로, 위 개정조례 제2조에서 상색국민학교 두밀분교장란을 삭제한다는 내용의 규정에 대한 위헌여부는 제청대상이 되지 아니하는 것이어서, 이에 대한 위헌제청신청은 부적법하다.

(2) 이 법률조항의 규정을 지방자치단체의 조례에 의한 폐교권한을 제한하는 규정으로 볼 수 없다고 해석하더라도, 도서벽지의 의무교육을 진흥함을 목적으로 하여 도서벽지에 위치한 학교에 대한 국가의 우선적인 지원을 보장하기 위한 규정인 위 규정들이 교육을 받을 권리를 보장하는 「헌법」 제31조 제1항·제3항의 규정에 위반된다고 할 수 없다.

다. 경기도교육감의 의견요지

이 심판청구는 첫째 피청구인을 특정하지 않았고, 둘째 판결에 대한 불복심판 청구이며, 셋째 재판의 전제성이 없어 청구의 실익이 없으므로 각하되어야 한다.

라. 교육부장관의 의견요지

(1) 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판의 청구는 청구인들 자신의 기본권이 직접, 현재 침해된 경우라는 자기관련성·직접성·현재성의 적법요건을 갖추어야 한다. 그런데 청구인들은 두밀분교의 폐교로 상색초등학교에서 무상의무교육을 받고 있으므로 청구인들이 주장하는바, 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리 및 의무교육을 무상으로 받을 권리가 침해되지 않았으므로 청구인적격이 없어 부적법하다.

(2) 소규모학교 운영체계개선(통·폐합)은 학력아동인구 감소의 가속화와 도·농간의 인구이동 등 변화하는 농어촌 교육환경에 능동적으로 대응하고 한정된 교육재정 및 인력의 효과적인 투자를 통해 절약된 예산을 통합학교에 환원시킴으로써 교육여건을 획기적으로 개선하며 교육과정의 정상운명을 통한 교육의 질향상을 도모하고자 하는 데 그 궁극적인 취지가 있는 것이다.

한편, 도서벽지의 의무교육을 진흥함을 목적으로 하는 이 법의 취지는 도서벽

지지역에 학교가 존속함을 전제로 그 학교에 교재·교구·통학·교원의 우대 등 그 시설설비와 교원을 타에 우선하여 조치하고 그 경비를 지원해야 한다는 것이지, 이 법에 의하여 도서벽지지역 학교로 지정된 학교를 폐지할 수 없다는 것은 아니므로 청구인들의 주장은 그 이유없다.

3. 판 단

직권으로 이 심판청구의 적법여부에 관하여 살펴 본다.

가. 위 개정조례에 대한 심판청구 부분

(1) 「헌법재판소법」 제68조 제2항은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 청구는 당해사건의 당사자에 의한 적법한 위헌여부심판의 제청신청을 법원이 각하 또는 기각하였을 경우에 그 제청신청인이 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로 심판을 청구할 수 있는 것이고(헌재 1997. 8. 21. 93헌마51, 판례집 9-2, 177, 188), 그 심판의 대상은 당해사건의 재판의 전제가 되는 ‘법률’인 것이므로 지방자치단체의 조례는 그 대상이 될 수 없다.

따라서 이 심판청구 중 위 개정조례 부분에 대한 심판청구는 더 나아가 살펴 필요없이 부적법하다.

(2) 한편, 청구인들은 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 심판청구도 주장하므로 이에 대하여 살펴본다.

조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 571). 그리고 조례를 포함한 법령에 대한 헌법소원은 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하나(헌법재판소법 제69조 제1항, 제68조 제1항), 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는

사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다(헌재 1994. 12. 29. 92헌마216 판례집 6-2, 451, 457).

살피건대, 위 개정조례가 공포·시행된 날은 1994. 2. 28.이고, 두말분교의 교사들과 기능직 교사들은 같은 달 24.과 25.에 같은 해 3. 1.자로 다른 학교로 인사발령되었으므로, 그 무렵부터 청구인들이 주장하는 기본권침해의 사유가 발생하였다고 보아야 한다. 따라서 그 때로부터 180일이 훨씬 경과한 1996. 10. 18.에 제기된 이 부분 심판청구는 부적법하다.

나. 이 법률조항에 대한 심판청구 부분

(1) 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는, 법원에 계속 중인 구체적 사건에 적용할 법률이 「헌법」에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면, 우선 그 법률이 당해 소송사건에 적용할 법률이어야 하고, 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 2. 23. 92헌마18, 판례집 7-1, 177, 186).

(가) 그러므로 재판의 전제성이 인정되려면 우선 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하므로, 그 법률규정이 위헌의 의심이 있다고 하더라도 그것이 당해사건에 적용될 것이 아니라면 재판의 전제성 요건은 충족되지 않는다.

이 사건의 당해 소송사건은 두말분교를 폐교한 처분(그 형식은 위 '개정조례'이다)의 위법 여부를 다투는 소송이다. 지방자치법 제9조 제2항 제5호 및 구 교육법{교육기본법(1997. 12. 13. 법률 제5437) 부칙 제2조에 의하여 폐지됨} 제8조 제4항, 제82조 제1항의 규정에 의하면 지방자치단체는 그 관할구역의 교육에 관한 사무를 처리하고, 그 일환으로써 그 관할구역안의 의무교육 학령대상아동 전원을 취학시킴에 필요한 초등학교(소위 공립초등학교)를 설치·경영하여야 한다.

한편, 공립초등학교는 「지방자치법」 제135조 제1항 소정의 '공공시설'에 해당하고, 그 설치 및 관리에 관하여 다른 법령에 규정이 없는 경우에는 조례로 정하도록 되어 있다(같은 조 제2항). 위 규정의 취지는 지방주민의 이용에 제공

되어지는 공공시설의 설치에 지방 자치단체가 수행하여야 할 중요한 사업의 하나이고, 또 일반적으로 상당한 액수의 예산조치를 필요로 하는 일이므로 지방자치단체의 가장 기본적인 의사결정방식인 지방의회의 의결을 거쳐서 제정되는 조례라는 범형식에 의해 직접적, 개별적으로 이루어져야 한다는 취지로 해석된다. 또한 조례에 의하여 설치된 초등학교의 폐지도 원칙적으로 설치조례의 개폐에 의하여 이루어져야 한다.

그런데 위 개정조례는 「헌법」 제117조 제1항 및 「지방자치법」 제9조, 제135조, 구 「교육법」 제8조 제4항, 제82조 제1항 등에 기하여 제정된 것이지만 이 법률조항에 근거한 것이 아니므로, 이 법률조항은 위 폐교처분을 다투는 당해 소송사건에서 직접 적용된 법률(조항)이 아니라 위 개정조례가 「헌법」이나 다른 법률과 함께 이 법률조항에 위배되어 위헌·위법한지의 여부가 문제되었을 뿐이다.

(나) 한편 우리재판소의 판례에 의하면, 제청 또는 심판청구된 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되지는 않더라도 그 위헌여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되거나(헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 429 참조), 당해재판의 결과가 좌우되는 경우(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 818 참조) 또는 당해사건의 재판에 직접적용되는 규범(예컨대, 시행령 등 하위규범)의 의미가 달라짐으로써 재판에 영향을 미치는 경우(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 97 참조) 등에는 간접적용되는 법률규정에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 수 있다고 하므로 이 점에 대하여 살펴본다.

두툼분교는 이 법 및 동법시행규칙(1994. 8. 4. 교육부령 제652호로 개정되기 전의 것) 별표에 의하면 그 폐교당시 이 법상의 의무교육 진흥대상인 도서벽지 학교로 지정되어 있었던 사실이 인정된다. 그러나 이 법은 도서벽지의 의무교육을 진흥함을 목적으로 하고(제1조) 동법 제2조에 따라 교육부령으로 도서벽지 학교를 지정하는 것일 뿐이고, 공립초등학교의 설립·폐지권은 위에서 본 바와 같이 지방자치단체에 있는 것이므로 이 법의 규정들을 종합하여 보면, 이 법의 취지는 “도서벽지지역에 학교가 존속함을 전제로” 그 학교에 교재·교구·통학·교원의 우대 등 그 시설설비와 교원을 타에 우선하여 조치하고 그 경비를 지원한다는 데 있다고 할 것이다.

따라서 이 법의 위헌여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항(위 지방자치법 또는 구 교육법의 각 조항)의 위헌여부가 결정되는 등 양 규범사이에 내적 관련이 있는 경우도 아니고, 또한 위 (개정)조례는 이 법률조항에 기해 제정(또는 개정)된 것이 아니어서(헌재 1998. 6. 25. 95헌바24, 판례집 10-1, 756 참조), 이 법률조항의 위헌여부에 따라 위 개정조례의 의미가 달라짐으로써 재판에 영향을 미치는 경우라고 할 수도 없다.

(다) 결국 이 법률조항은 당해 소송사건에 적용할 법률도 아니고, 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우도 아니어서 재판의 전제성을 결여하는 것이므로, 이 부분 심판청구는 부적법하다.

(2) 한편, 청구인들은 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 심판청구도 주장하므로 이에 대하여 살펴본다.

헌법소원심판청구인은 원칙적으로 자신의 기본권이 현재 그리고 직접 침해당한 경우라야 헌법소원을 제기할 수 있는바, 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823).

살피건대, 이 법률조항 중 제2조는 이 법의 적용을 받는 지역인 도서벽지에 대한 '정의'규정이고, 제3조는 국가는 도서벽지의 의무교육의 진흥을 위하여 타에 우선하여 조치를 취하여야 하며 이에 필요한 제경비는 타에 우선하여 지급하여야 한다는 '국가의 의무'를 선언한 규정이다. 그런데 이와 같은 "정의규정" 내지는 "선언규정"인 이 법률조항 자체에 의하여는 청구인들의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생길 수 없다고 할 것이다. 그러므로 이 법률조항에 대한 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 규정에 따른 헌법소원심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 결 론

결국 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형

9] 헌법재판소 2000. 8. 31. 선고 97헌가12 「국적법」 제2조 제1항 제1호 위헌제청

【판시사항】

- [1] 심판계속 중 제청대상 법률조항이 개정되어 재판의 전제성이 상실되었다고 본 사례
- [2] 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구 「국적법」(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 제2조 제1항 제1호(이하 “구법조항”이라 한다)가 「헌법」상 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
- [3] 「구법」상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정인 신 「국적법」(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 국적법을 전문개정된 것. 이하 “신법”이라 한다) 부칙 제7조 제1항(이하 “부칙조항”이라 한다)의 헌법불합치 및 잠정적용명령

【결정요지】

- [1] 법원이 이 사건 위헌여부심판을 제청할 당시, 제청대상 법률조항(구법조항)이 위헌이라면 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 제청신청인은 대한민국 국적을 취득할 수 있기 때문에 제청신청인이 외국인임을 전제로 한 강제퇴거명령은 이를 집행할 수 없게 되므로, 구법조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판에 전제성이 있었다. 그러나 신법에서는 부모양계혈통주의로 개정되었고(제2조 제1항 제1호), 당해사건에서도 1998. 6. 14.부터는 신법을 적용하여야 하므로(부칙 제1조), 구법조항은 이 심판 계속 중 재판의 전제성을 상실하여 부적법하다.
- [2] 가. 「구법」상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중 신법이 경과규정에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어

난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 규정한 것이 「헌법」에 위반되는지 여부를 판단하기 위하여는 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구법조항의 위헌 여부에 대한 판단이 전제가 된다.

나. 부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있다. 이렇게 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 「헌법」 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다.

한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니고, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흠없이 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있는 구법조항은 「헌법」 제36조 제1항이 규정한 “가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙”에 위배된다. 모가 한국인인 자녀들은 외국인이므로 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 재산권, 선거권 및 피선거권, 국가배상청구권 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못하게 된다. 그러므로 구법조항은 자녀의 입장에서 볼 때에도 한국인 모의 자녀를 한국인 부의 자녀에 비교하여 현저하게 차별취급을 하고 있으므로 「헌법」상의 평등원칙에 위배된다.

[3] 가. 부칙조항은 신법이 「구법」상의 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 개정하면서 「구법」상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게 신고 등 일정한 절차를 거쳐 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정으로, 구법조항의 위헌적인 차별로 인하여 불이익을 받은 자를 구제하는 데 신법 시행 당시의 연령이 10세가 되는지 여부는 「헌법」상 적정한 기준이 아닌 또 다른 차별취급이므로, 부칙조항은 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

나. 그러나 헌법재판소가 위헌결정 또는 단순한 헌법불합치결정만을 선고할 경우 부칙조항은 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 더 이상 적용할 수 없

게 되고, 이 경우 그나마 신법 시행 전 10년 동안에 태어난, 모가 한국인인 자녀에게 국적취득의 길을 열어 놓고 있는 근거규정(부칙조항)이 효력을 잃게 됨으로써 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다. 따라서 부칙조항은 「헌법」에 합치하지 아니하나 입법자가 새로운 입법을 할 때까지 이를 잠정적으로 적용하도록 명하는 것이다.

【심판대상조문】

구 국적법(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것) 제2조(국민의 요건)

국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제7조(부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례)

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제36조 제1항

국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 제2조(출생에 의한 국적취득)

【참조판례】

[1] 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정; 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 결정 등

[3] 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26 결정

【당 사 자】

제 청 법 원 서울고등법원 (97부776 위헌법률심판제청)

제청신청인 김○호 (대리인 변호사 안○운)

【당해사건】 서울고등법원 96구10128 강제퇴거명령처분등 무효확인

【주 문】

1. 구 「국적법」(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제 5431호로 전문개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호에 대한 위헌여부심판제청을 각하한다.
2. 「국적법」(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제7조 제1항 중 “……10년 동안에” 부분은 「헌법」에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

(1) 제청신청인은 1955. 9. 3. 출생할 당시의 국적취득을 구 「국적법」(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 제2조 제1항 제1호(이하 “구법조항”이라 한다)에서 부계혈통주의(父系血統主義)로 규정한 것이 「헌법」에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌제청신청을 하였고, 제청법원은 1997. 8. 20. 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌심판을 제청하였다.

제청법원이 인정한 당해사건의 개요는 별지(서울고등법원 97부776 위헌법률심판제청 결정의 “위헌심판제청 이유” 중 2. 본안사건의 개요)와 같다.

(2) 이 심판사건 계속 중 제청대상 구법조항은 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 「국적법」을 전문개정(이하 “신법”이라 한다)하면서 부모양계혈통주의(父母兩系血統主義)로 개정되었고, 부칙 제7조 제1항(이하 “부칙조항”이라 한다)에서 신법 시행 이전 10년 동안에 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 자에 대하여 대한민국 국적을 취득할 수 있도록 하는 경과규정을 두었다.

나. 심판대상

(1) 1955. 9. 3.생인 제청신청인은 개정된 신법에 의해서도 10년 동안이라는 기

간 제한이 있는 부칙조항으로 인하여 대한민국 국적을 취득할 수 없으나, 만일 헌법재판소의 부칙조항에 대한 위헌 내지 헌법불합치결정과 개선입법을 한다면 국적취득을 할 수 있기 때문에, 부칙조항도 같이 위헌 여부 심판을 해 주는 것이 법질서의 정합성과 소송경제 측면에서도 바람직하므로 이를 심판대상에 포함 시키기로 한다(헌재 1999. 1. 28. 98헌가17, 판례집 11-1, 11, 14).

(2) 심판대상은 「구법」 제2조 제1항 제1호 및 신법 부칙 제7조 제1항 중 “……10년 동안에” 부분의 위헌 여부로서 그 내용 및 신법의 관련규정은 다음과 같다.

구 국적법 제2조 ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 대한민국의 국민이다.

1. 출생한 당시에 부가 대한민국의 국민인 자

국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 제2조(출생에 의한 국적 취득) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득한다.

1. 출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자

부칙 제7조(부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례) ① 이 법 시행 전 10년 동안에 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법의 시행일부터 3년 내에 대통령령이 정하는 바에 의하여 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국의 국적을 취득할 수 있다.

1. 모가 현재 대한민국의 국민인 자

2. 모가 사망한 때에는 그 사망 당시에 모가 대한민국의 국민이었던 자

다. 제청법원과 이해관계인의 의견

(1) 제청법원의 위헌제청이유

「구법」은 국적취득에 관하여 부계혈통주의를 규정하여 성별에 의한 차별을 금지하는 「헌법」 제11조 제1항에 위반되고, 혼인과 가정생활에서도 부(父) 또는 부(夫)의 지위를 자(子) 또는 처(妻)의 지위에 비하여 우월하게 취급하고 있으므로 양성평등의 원칙을 규정하고 있는 「헌법」 제36조 제1항에도 위배된다.

(2) 제청신청인의 의견

신법은 부칙 제7조에서 모계 출생자의 국적취득과 관련하여 신법 시행 전 10년 동안에 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 자에게만 일정한 조건하에 국적을 취득할 수 있도록 규정함으로써, 1988. 6. 13. 이전에 출생한 자는 「구법」과 마찬가지로 국적을 취득할 수 없게 되므로 제청신청인에 대한 기본권 침해상태는 지속되고 있다.

라. 법무부장관의 의견

(1) 국민되는 요건의 결정을 출생지와 혈통 중 어느 쪽을 선택할 것인지, 그밖에 국적에 관한 사항을 어떻게 규정할 것인지는 입법재량의 문제에 속한다.

「구법」에서는 적출자(嫡出子)는 부(父)의 국적을, 비적출자는 모(母)의 국적을 기준으로 국적을 취득할 수 있게 한 것이고 외국인 부(父)의 적출자는 통상 그 부의 국적을 취득하는 것이므로 이중국적 방지를 위하여 부계혈통주의를 채택하고 있는 구법조항은 남녀를 차별하는 것이 아니다.

부계혈통주의는 사회환경의 변화로 인하여 정책적 합리성에 의문이 생기게 되었지만 「구법」 제정당시의 역사, 사회, 문화적 전통에 비추어 보면 위헌으로 볼 수 없다.

(2) 신법이 부칙에서 소급효 기간을 10년으로 규정한 이유는, 첫째 소급효의 인정은 법의 안정성을 해치는 예외적인 것이어서 가급적 그 범위를 최소화하기 위한 것이고, 둘째 신법은 무국적 아동을 구제하는 데 중점을 둔 것으로서 신법 시행 전에 대한민국 국민인 모와 외국인인 부 사이에 출생한 자 중 10세 이상인 자들은 「구법」 또는 신법에 의하여 대부분 귀화(歸化)나 인지(認知) 등의 방법으로 국적을 취득한 상태이므로 굳이 특례규정의 적용대상에 포함시킬 필요가 없었기 때문이다.

마. 통일부장관의 의견

제청신청인은 중국에서 상당기간 체류하고 생활근거지도 그곳에 두고 있으므로 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」 제2조 제1호에 의한 북한이탈주민에 해당된다고 인정하기 어렵다.

바. 외교통상부장관의 의견

우리나라는 북한의 국적을 인정하지 아니하므로 이론상 북한주민도 우리 국적을 가진 자로 볼 수 있다. 우리의 실효적 지배권이 미치지 못하는 제3국에 체류하는 북한주민들에 대해서 우리 국적을 인정하는 것은 제3국과의 관계에서 외교적인 문제가 생길 가능성이 있으나 북한주민이 이미 국내에 들어와 있는 경우에 국적을 인정하는 것은 외교적으로 문제가 없다.

2. 판 단

가. 국적의 개념과 성격

(1) 국민은 영토, 주권과 더불어 국가의 3대 구성요소 중의 하나다. 국적은 국민이 되는 자격·신분을 의미하므로 국민이 아닌 자는 외국인(외국국적자, 이중국적자, 무국적자 포함. 이하 같다)이라고 한다. 국민은 항구적 소속원이므로 어느 곳에 있던지 그가 속하는 국가의 통치권에 복종할 의무를 부담하고, 국외에 있을 때에는 예외적으로 거주국의 통치권에 복종하여야 한다.

역사적으로 보면, 근대국가 성립 이전의 영민(領民)은 토지에 종속되어 영주(領主)의 소유물과 같은 처우를 받았다. 근대국가에서도 개인은 출생지 또는 혈통에 기속되고 충성의무를 강요당하는 지위에 있었으므로 국적선택권이 인정될 여지가 없었다. 그러나 천부인권(天賦人權) 사상은 국민주권을 기반으로 하는 자유민주주의 「헌법」을 낳았고 이 「헌법」은 인간의 존엄과 가치를 존중하므로, 개인은 자신의 운명에 지대한 영향을 미치는 정치적 공동체인 국가를 선택할 수 있는 권리, 즉 국적선택권을 기본권으로 인식하기에 이르렀다. 세계인권선언(1948. 12. 10.)이 제15조에서 “① 사람은 누구를 막론하고 국적을 가질 권리를 가진다. ② 누구를 막론하고 불법하게 그 국적을 박탈당하지 아니하여야 하며 그 국적변경의 권리가 거부되어서는 아니된다.”는 규정을 둔 것은 이를 뒷받침하는 좋은 예다. 그러나 개인의 국적선택에 대하여는 나라마다 그들의 국내법에서 많은 제약을 두고 있는 것이 현실이므로 국적은 아직도 자유롭게 선택할 수 있는 권리에 이르지 못하였다고 할 것이다.

(2) 국적의 취득은 대체로 출생에 의한 경우와 귀화에 의한 경우로 나눌 수 있

고, 출생에 의한 것은 다시 혈통주의(속인주의)와 출생지주의(속지주의)로 나누어진다(법무부 조사로는, 118개국 중 72개국은 혈통주의를, 나머지 46개국은 출생지주의를 채택하고 있다).

혈통주의를 취하는 국가 중 유럽지역은 모두 부모양계혈통주의를, 아시아지역은 우리나라의 「구법」과 중동의 회교권국가 및 대만, 인도네시아, 태국은 부계혈통주의를 취하나, 일본과 중국을 포함한 대부분의 국가는 부모양계혈통주의를 채택하고 있다. 한편, 북미와 남미지역 국가는 대부분 출생지주의에 의하나, 국외에서 출생한 자녀에게는 부모양계혈통주의의 원칙에 따라 국적을 부여하고 있다.

(3) 국적은 국가와 그의 구성원 간의 법적유대(法的紐帶)이고 보호와 복종관계를 뜻하므로 이를 분리하여 생각할 수 없다. 즉 국적은 국가의 생성과 더불어 발생하고 국가의 소멸은 바로 국적의 상실 사유인 것이다. 국적은 성문의 법령을 통해서가 아니라 국가의 생성과 더불어 존재하는 것이므로, 「헌법」의 위임에 따라 「국적법」이 제정되나 그 내용은 국가의 구성요소인 국민의 범위를 구체화, 현실화하는 헌법사항을 규율하고 있는 것이다.

나. 국민의 범위

(1) 1948. 7. 17. 제정된 「제헌헌법」이 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로써 정한다(제3조)”는 규정에 따라 같은 해 12. 20. 법률 제16호로 「국적법」을 제정하였다. 「국적법」은 3차에 걸쳐서 개정되었는데 이중국적의 발생 여지를 줄임으로써 국적단일주의를 강화하였을 뿐 골격은 그대로 유지하고 있었다. 「구법」의 기본원칙은 국적법정주의, 부계우선혈통주의, 부중심주의, 국적단일주의, 가족국적동일주의 등으로 요약할 수 있다.

1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 신법은 1984년 유엔의 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약」에 가입할 당시 국적취득에서의 남녀평등조항을 유보했던 것을 철회하여, 「구법」의 부계혈통주의 조항을 평등원칙에 부합되게 개정함과 아울러 현실에 맞지 않거나 미비한 조항을 합리적으로 개선·보완한 것이다.

(2) 우리 「헌법」은 「제헌헌법」 이래로 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”(제헌헌법 제4조, 현행헌법 제3조)는 규정을 두고 있다.

대법원은 이를 근거로 하여 북한지역도 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미치고 북한주민도 대한민국 국적을 취득·유지하는 데 아무런 영향이 없는 것으로 해석하고 있다. 그리하여, 「국적에 관한 임시조례」(1948. 5. 11. 남조선과도정부법률 제11호) 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 「제헌헌법」은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행법령은 이 「헌법」에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있으므로, 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 실사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하였다고 하더라도, 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 「제헌헌법」의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다고 한다(대법원 1996. 11. 12. 96누1221, 공1996하, 3602).

외교통상부장관은, 우리의 실효적 지배권이 현실적으로 미치지 못하는 북한지역 거주자 또는 제3국에 체류하는 북한주민들에 대해서 우리 국적을 인정하는 것은 북한당국과의 마찰 또는 제3국과의 관계에서 외교적인 문제가 생길 가능성이 있지만, 최소한 북한주민이 이미 국내에 들어와 있는 경우에 그가 원하는 한 우리 국적을 인정하는 것은 문제가 없다는 의견을 개진하고 있다.

(3) 제청법원은 제청신청인의 모가 대한민국 국민이라고 인정하였으므로, 이 사건에서는 오로지 제청신청인이 출생에 의하여 우리 「헌법」 및 「국적법」에 따라 대한민국 국적을 취득하는지 여부에 한정하여 판단하기로 한다.

다. 구법조항의 재판전제성

법원이 이 사건 위헌여부심판을 제청할 당시, 구법조항이 위헌이라면 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 제청신청인은 대한민국 국적을 취득할 수 있기 때문에 제청신청인이 외국인임을 전제로 한 강제퇴거명령은 이를 집행할 수 없게 되므로(제청신청인은 서울고등법원의 1996. 4. 13.자 강제퇴거명령처분 효력정지 결정에 의하여 같은 달 15. 보호해제 되었다), 구법조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판에 전제성이 있었다. 그러나 1997. 12. 13. 개정된 신법에서는 부모양계혈통주의로 개정하였고(제2조 제1항 제1호), 당해사건에서도 1998. 6. 14.부터는 신법을 적용하여야 한다(부칙 제1조).

따라서 구법조항은 이 심판 계속 중 재판의 전제성을 상실하여 부적법하므로 주문 1항과 같이 각하결정을 하기로 한다.

라. 부칙조항에 대한 판단

(1) 부칙조항의 성격

부칙조항은 신법이 「구법」상의 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 개정하면서 「구법」상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게 신고 등 일정한 절차를 거쳐 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정이다.

그러므로 부칙조항의 위헌여부, 즉 '10년'의 경과규정을 둔 것이 「헌법」에 위반되는지 여부를 판단하기 위하여는 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구법조항의 위헌여부에 대한 판단이 전제가 된다.

(2) 구법조항의 위헌성

(가) 헌법전문은 「헌법」을 제정한 주체는 국민임을 밝히고 있고, 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있다”고 하여 ‘국민’이 주권자임을 선언하고 있다. 제2장은 「국민의 권리와 의무」라고 제목을 붙이고 각 조항에서 ‘국민’이 기본권의 주체임을 명시하고 있을 뿐만 아니라, 제2조 제1항은 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”고 하여 기본권의 주체인 국민에 관한 내용을 입법자가 형성하도록 하였다.

법무부장관은, 「헌법」 제2조에 의하여 입법자는 국민의 요건을 결정함에 있어서 광범한 재량권이 있으므로 출생지주의를 택할 것인지 혈통주의에 의한 것인지는 입법재량 영역이고, 혈통주의를 택하는 경우에도 출생의 장소나 부모 쌍방이 대한민국 국민인지, 출생에 의하여 이중국적자가 될 것인지의 여부 또한 입법재량 문제라고 주장한다. 그러나 「헌법」의 위임에 따라 국민되는 요건을 법률로 정할 때에는 인간의 존엄과 가치, 평등원칙 등 「헌법」의 요청인 기본권 보장원칙을 준수하여야 하는 입법상의 제한을 받기 때문에, 국적에 관한 모든 규정은 정책의 당부 즉 입법자가 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부가 심사기준이 된다는 법무부장관의 주장은 받아들이지 아니한다.

(나) 「헌법」 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 하여 평등원칙을 선언하고 있다.

「헌법」 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등원칙은 법치국가질서의 근본요청으로서 모든 국가기관에게 법을 적용함에 있어서 정당한 근거 없이 개인이나 일정한 인적 집단을 불평등하게 대우하는 것을 금지한다. 따라서 모든 사람은 평등하게 범규범을 통해서 의무를 부담하고 권리를 부여받으며, 반대로 모든 공권력주체에 대해서는 일정한 사람들에게 유리하거나 불리하게 법을 적용하거나 적용하지 않는 것이 금지된다. 그러나 「헌법」 제11조 제1항의 규범적 의미는 이와 같은 ‘법 적용의 평등’에서 끝나지 않고, 더 나아가 입법자에 대해서도 그가 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 ‘법 제정의 평등’을 포함한다. 따라서 평등원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위하여 선택한 차별의 기준이 객관적으로 정당화될 수 없을 때에는 그 기준을 법적 차별의 근거로 삼는 것을 금지한다. 이때 입법자가 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙에 어느 정도로 구속되는가는 그 규율대상과 차별기준의 특성을 고려하여 구체적으로 결정된다.

헌법재판소는 「제대군인지원에 관한 법률」 제8조 제1항 등 위헌확인 사건에서 판시하기를, “평등원칙 위반 여부에 대한 심사척도는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나 「헌법」에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 제대군인에 대한 가산점제도는 「헌법」 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 ‘근로’ 내지 ‘고용’의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 「헌법」 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도에 의하여야 한다. 가산점제도는 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들이 희생당하고 있으며, 각종 국제협약, 실질적 평등 및 사회적 법치국가를 표방하고 있는 우리 「헌법」과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어 우리 법체계 내에 확고히 정립된 기본질서라고 할 ‘여성과 장애인에 대한 차별금지과 보호’에도

저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것"이라고 하였다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-791).

이 결정에서 실시한 평등원칙 위반에 대한 위헌심사기준과 남녀차별이 위헌이라는 취지의 논증은 이 사건에 그대로 이끌어 쓸 수 있다. 그 결과, 부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있으므로 위헌이라는 결론에 이르게 된다. 다시 말하면, 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 「헌법」 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋남이 분명하고 이러한 차별취급은 「헌법」상 허용되지 않는 것이다.

(다) 「헌법」은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있다.

「헌법」 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이다(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 17). 이 규정은 가족생활이 ‘양성의 평등’을 기초로 성립, 유지될 것을 명문화한 것으로 이해되므로 입법자가 가족제도를 형성함에 있어서는 이를 반드시 고려할 것을 요구하고 있다.

구법조항이 규율하는 사실관계를 다시 살펴보면, 한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니고, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흠없이 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있다. 그러나 이와 같이 가족의 장(長) 또는 중심을 부로 정하는 것은 가족생활에서 양성평등의 원칙을 선언하고 있는 「헌법」의 명문에 비추어 타당성이 있는지 의심스럽다.

국적취득에서 혈통주의는 사회적 단위인 가족에로의 귀속을 보장하는 한편 특정한 국가공동체로의 귀속을 담보하며 부모와 자녀간의 밀접한 연관관계를 잇

는 기본이 된다. 만약 이러한 연관관계를 부와 자녀 관계에서만 인정하고 모와 자녀 관계에서는 인정하지 않는다면, 이는 가족 내에서의 여성의 지위를 폄하(貶下)하고 모의 지위를 침해하는 것이다.

그러므로 구법조항은 「헌법」 제36조 제1항이 규정한 “가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙”에 위배된다.

(라) 국적이 다른 부모로부터 출생한 자녀의 국적을 규율하고 있는 구법조항은 한국인 부모 일방의 성별에 따른 차별을 하고 있다. 그 결과, 한국인 모와 그 자녀의 법적 지위는 한국인 부와 그 자녀의 법적 지위에 비교하여 보면 현저한 차별취급을 받고 있다.

모가 한국인인 자녀들은 외국인이므로 병역의무의 면제와 같은 혜택을 누릴 수 있으나, 국적에 따른 차별은 대체로 불리한 쪽으로 연관된다. 즉, 그들은 외국인이므로 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고(국가공무원법 제35조, 지방공무원법 제33조, 외무공무원법 제8조), 거주·이전의 자유(헌법 제14조, 출입국관리법 제7조, 제17조), 직업선택의 자유(헌법 제15조, 수산업법 제5조, 도선법 제6조), 재산권(헌법 제23조, 외국인토지법 제3조, 특허법 제25조, 항공법 제6조), 선거권 및 피선거권(헌법 제24조, 제25조, 공직선거및선거부정방지법 제15조, 제16조), 국가배상청구권(헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제7조), 범죄피해자구조청구권(헌법 제30조, 범죄피해자구조법 제10조), 국민투표권(헌법 제72조, 제130조 제2항, 국민투표법 제7조) 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못하게 된다. 그러나 외국인과 혼인을 한 한국인인 부 또는 모의 국적에 따라 그들 자녀의 국적을 다르게 함으로써 생기는 이러한 차별을 정당화하는 실질적인 공익이 있는 것도 아니다.

법무부장관은, 「구법」은 출생시의 적출자는 부의 국적을, 비적출자는 모의 국적을 기준으로 각 국적을 취득할 수 있게 한 것이므로 남녀를 차별하는 것이 아니고, 외국인 부의 적출자는 통상 그 부의 국적을 취득하게 되므로 부계혈통주의는 이중국적 방지를 위한 합리성이 있다고 주장한다. 그러나 구법조항이 자녀와 국가의 관계에서 이중국적을 방지하는 데 기여한다는 사유로도 위와 같은 차별이 정당한 것으로 되는 것은 아니다. 자녀의 입장에서 볼 때, 이중국적으로 인한 불이익은 추가로 모의 국적을 취득함으로써 얻는 이익보다 더 크지 않고 그 자녀가 국가공동체에 들어오는 것을 막아야 할 절대적인 공익이 있는 것도

아니므로 법무부장관의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

그러므로 구법조항은 자녀의 입장에서 볼 때에도 한국인 모의 자녀를 한국인 부의 자녀에 비교하여 현저하게 차별취급을 하고 있으므로 「헌법」상의 평등원칙에 위배되는 것이다.

(마) 이상 살펴본 이유에 의하면, 구법조항은 부계혈통주의를 채택함으로써 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙과 「헌법」 제36조 제1항의 가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙에 위배되는 조항이고, 그와 같은 차별로 인하여 그 자녀의 기본권에 중대한 제한을 초래한 것이므로 「헌법」에 위반되는 규정이었다.

(3) 부칙조항의 헌법불합치

(가) 입법자는 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 「구법」을 전문개정하면서 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 바꾸었다(신법 제2조 제1항 제1호). 이로써 구법조항의 위헌성은 제거되었으나 신법 시행 이전에 출생한, 모가 한국인인 자녀가 구법조항으로 인하여 침해받은 기본권을 회복시켜 줌에 있어 부칙조항은 신법 시행 전 10년 동안에 출생한 자녀에게는 대한민국 국적을 부여한 반면, 청구인과 같이 신법 시행 10년 이전에 출생한 자에게는 국적을 부여하지 아니하였다. 그러므로 이와 같은 '10년'의 기간제한이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부가 문제된다.

법무부장관은, 신법 시행 전에 대한민국 국민인 모와 외국인 부 사이에 출생한 소위 모계출생의 10세 이상인 자들은 「구법」이나 신법에 의하여 대부분 귀화나 인지 등의 방법으로 우리 국적을 취득하였기 때문에 이미 국적문제가 해결되었다고 주장한다. 그러나 10세 이상의 자들의 국적문제가 해결되었다는 점에 대하여 합리적인 논증을 하지 아니하였고, 10세 이상의 자로서 무국적상태로 남아 있는 자에 대한 믿을 수 있는 통계도 제시한 바가 없다.

또한 부칙조항이 신법 시행 전 10년 동안에 출생한 자들에 대해서만 국적취득의 기회를 부여한 것은 성별에 관한 가치관이 근래에 변천한 데 따른 것이라는 주장도 있을 수 있으나, 성별에 의한 차별금지의 법의식이 신법 시행 전 10년 동안에 생긴 것으로 단정할 합리적인 자료가 있는 것도 아니다. 「제헌헌법」 제8조는 “모든 국민은 법률 앞에 평등이며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한

다”고 규정하고 있었기 때문에, 성별에 의한 차별금지라는 법의식의 변화는 늦어도 이 때부터 시작된 것으로 볼 수 있다.

따라서 그 적용범위를 구법조항의 모든 피해자에게 확대하는 것은 소급입법으로 인한 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 법무부장관의 주장에 더 무게를 둘 필요는 없다. 구법조항의 위헌적인 차별로 인하여 불이익을 받은 자를 구제하는 데 신법 시행 당시의 연령이 10세가 되는지 여부는 「헌법」상 적정한 기준이 아닌 또 다른 차별취급이므로 부칙조항은 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

(나) 법률이 「헌법」에 위반되는 경우, 「헌법」의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법전(法典)에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다. 다시 말하면, 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가, 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법적 공백의 합헌적인 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417).

이 사건의 경우, 구법조항으로 인하여 국적을 취득할 수 없었던 자를 구제하기 위하여는 신법 시행 전에 출생한, 모가 한국인인 자녀에게 대한민국 국적을 취득할 수 있도록 하는 경과규정이 반드시 필요한데, 헌법재판소가 위헌결정 또는 단순한 헌법불합치결정만을 선고할 경우 부칙조항은 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 더 이상 적용할 수 없게 된다. 이 경우 그나마 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자녀에게 국적취득의 길을 열어 놓고 있는 근거규정이 효력을 잃게 됨으로써 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다. 이와 같이 이 규정으로 혜택을 입을 국적에 관련된 자에 대하여 법률을 다시 개정할 때까지 일시적이거나 법적 공백상태를 야기하거나 관련 행정기관 및 해당 가족에 대하여 법적 불안정이라는 새 불씨를 만들고 이를 방치하는 것은 또 다른 위헌사태에 다름 아니므로, 이 규정은 법률이 개정될 때까지 그 요건에 맞아 한국국

적을 취득할 수 있는 자에게는 그대로 적용할 수 있게 하여야 한다.

따라서 부칙조항은 「헌법」에 합치하지 아니하나 입법자가 새로운 입법을 할 때까지 이를 잠정적으로 적용하도록 명하는 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로, 「구법」 제2조 제1항 제1호에 대한 위헌여부심판제청을 각하하고, 신법 부칙 제7조 제1항 중 “...10년 동안에” 부분은 「헌법」에 합치하지 아니하나 경과규정에 관한 새로운 입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 명하기로 하여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석 신창언 이영모(주심) 한대현 하경철 김영일

[별 지]

당해사건의 개요

(1) 신청인은 1955. 9. 3.에 김○익(1928. 10. 13.생)을 아버지로 하고 엄○수(1933. 3. 27.생)를 어머니로 하여 평안북도 만포시에서 출생하여 1957년경 부모를 따라 중국 흑룡강성 목단강시에 이주하여 그곳에서 성장하였다.

(2) 신청인은 1995. 11. 4. 03:00경 전남 무안군 해안을 통하여 대한민국에 밀입국하여 서울로 상경하였는데 그 다음날 경찰공무원에게 검문을 받고 귀순의사를 밝혔으나 같은 달 8. 서울외국인보호소에 수감되었고 서울외국인보호소장은 같은 달 24. 신청인에 대하여 강제퇴거명령을 하였다.

(3) 이에 신청인은 자신이 대한민국의 「헌법」 및 「국적법」에 의한 대한민국의 국민이므로 강제퇴거명령의 대상인 '외국인'에 해당하지 아니한다는 이유로 위 강제퇴거명령의 무효확인 등을 구하는 이 사건 본안소송을 제기하였다.

(4) 신청인이 대한민국의 국민이라고 주장하는 근거는, 자신의 아버지인 위 김○익의 아버지가 조선인이었으므로 국적에관한임시조례(1948. 5. 11. 공포. 남조선 과도정부 법률 제11호) 제2조 제1항 및 「제헌헌법」 제3조, 제100조에 따라 위 김○익은 「제헌헌법」의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였는데, 그후 1955. 9. 3.에 신청인이 대한민국의 국민인 위 김○익을 아버지로 하여 출생하였으므로 신청인은 1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정된 「국적법」 제2조 제1항 제1호에 따라 대한민국의 국적을 취득하였다는 것인바, 기록에 나타난 각 증거들을 종합하여 볼 때 위 김○익은 조선인을 아버지로 하여 출생한 것으로 보이지만 위 국적에관한임시조례가 시행되기 이전에 이미 중국 흑룡강성에 거주하면서 중국국적을 취득한 것으로 인정되고 그가 그 이후 신청인 출생 이전에 중국 국적을 포기하였다는 점에 대하여는 이를 인정할 자료가 부족한 상태이므로 신청인 출생 당시 위 김○익이 대한민국의 국민이었다고 보기는 어렵다.

(5) 이에 신청인은 나아가 그가 대한민국의 국민이라고 주장하는 새로운 근거로, 자신의 어머니인 위 엄○수의 아버지가 조선인이었으므로 국적에관한임시조례 제2조 제1항 및 「제헌헌법」 제3조, 제100조에 따라 위 엄○수가 「제헌헌법」의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였는데, 그후 1955. 9. 3.에 신청인이

대한민국의 국민인 위 엽○수를 어머니로 하여 출생하였으므로 신청인은 대한민국의 국적을 취득함이 당연할 것임에도 불구하고, 1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정된 「국적법」 제2조 제1항 제1호는 부계(父系)혈통주의에 입각하여 아버지가 대한민국의 국민인 경우만 그 자(子)가 대한민국의 국적을 취득하도록 하고 있으므로 신청인이 대한민국의 국적을 취득하지 못한 것이라고 주장하면서, 위 「국적법」 제2조 제1항 제1호가 「헌법」상의 평등원칙에 위배하여 남녀를 부당하게 차별하고 있다는 이유로 위헌심판제청을 신청하였다.

Ⅹ 헌법재판소 1999. 3.25. 선고 97헌마130 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2 제2항 위헌확인

【판시사항】

- [1] 국·공립학교와는 달리 사립학교의 경우에 학교운영위원회의 설치를 임의적인 사항으로 규정하고 있는 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2 제2항이 학부모의 교육참여권을 침해하여 위헌인지 여부(소극)
- [2] 위 조항이 평등권을 침해한 것인지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 사립학교에도 국·공립학교처럼 의무적으로 운영위원회를 두도록 할 것인지, 아니면 임의단체인 기존의 육성회 등으로 하여금 유사한 역할을 계속할 수 있게 하고 법률에서 규정된 운영위원회를 재량사항으로 하여 그 구성을 유도할 것인지의 여부는 입법자의 입법형성영역인 정책문제에 속하고, 그 재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 헌법위반으로 단정할 것은 아니다. 청구인이 위 조항으로 인하여 사립학교의 운영위원회에 참여하지 못하였다고 할지라도 그로 인하여 교육참여권이 침해되었다고 볼 수 없다.
- [2] 입법자가 국·공립학교와는 달리 사립학교를 설치·경영하는 학교법인 등이 당해학교에 운영위원회를 둘 것인지의 여부를 스스로 결정할 수 있도록 한 것은 사립학교의 특수성과 자주성을 존중하는데 그 목적이 있으므로 결국 위 조항이 국·공립학교의 학부모에 비하여 사립학교의 학부모를 차별취급한 것은 합리적이고 정당한 사유가 있어 평등권을 침해한 것이 아니다.

재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고종석의 반대의견

- [1] 교육과 관련된 사안에 대한 국가의 결정과정에 참여할 수 있는 학부모의 교육참여권은 「헌법」 제31조 제1항 및 제2항에 의거한 학부모의 교육권으로부터 도출된다. 사립학교 학부모의 교육참여권에 대한 제한은 단위학교에서

의 교육자치를 활성화하려는 입법목적의 달성에도 부적합하며, 학교운영위원회 설치를 강제하더라도 그 기능을 심의기능으로 국한하도록 규정하여 사립학교의 자율성을 크게 침해하지 아니하면서도 학부모의 교육참여권을 최소한 보장할 수 있는 대체방안이 있음에도 그 설치를 사립학교의 임의에 맡긴 것은 최소침해성 원칙에 위배되며, 과도한 교육참여권 제한으로 인한 학부모의 불이익이 사립학교의 자율성 보장을 통하여 얻으려는 공익보다 크기 때문에 법익균형성원칙에도 어긋난다.

[2] 국·공립학교와 사립학교사이에는 설립주체면에서는 차이가 있으나 공교육을 실시하는 교육의 내·외적 조건들에서는 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 사립학교의 경우 학교운영위원회의 설치를 임의적인 것으로 규정함으로써 사립학교 학부모를 차별취급한 것은 합리적인 사유가 없어 평등권을 침해한 것이다.

【심판대상조문】

구 지방교육자치에 관한 법률(1997. 12. 17. 법률 제5467호로 개정되기 이전의 것) 제44조의2(학교운영위원회의 설치)

【참조조문】

헌법 제11조, 제31조 제1항 및 제2항, 제37조 제2항

구 「지방교육자치에 관한 법률」(1997. 12. 17. 법률 제5467호로 개정되기 이전의 것) 제44조의2(학교운영위원회의 설치)

【참조판례】

[1] 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106 결정; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 결정; 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161 결정; 헌재 1995. 2. 23. 91헌마204 결정; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 결정 등

[2] 헌재 1990. 10. 8. 89헌마89 결정

【당 사 자】 청구인 권○자

(대리인 법무법인 ○수합동법률사무소 담당변호사 김○국 외 5인)

【주 문】 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 사립학교인 ○○고등학교에 1997년 3월에 입학하여 1학년에 재학중인 아들 백○현을 둔 학부모이며, 학교의 민주적이고 바람직한 운영에 큰 관심을 가지고 학부모들의 의견을 교육현장에 수렴하기 위하여 노력해왔다.

그러던 중 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2가 신설되어 국·공립학교는 강제적으로 학교운영위원회를 두어야 함에도 불구하고(제1항) 사립의 초·중·고등학교는 그 재량에 따라 학교운영위원회를 두지 아니할 수도 있게 되었고, 위 양정고등학교가 학교운영위원회를 설치·운영하지 아니하자, 청구인은 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2 제2항이 「헌법」 제11조 제1항이 보장하는 청구인의 평등권과 「헌법」 제31조 제1항이 보장하는 청구인의 교육권을 침해한다고 주장하면서 1997. 4. 28. 이 사건 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2 제2항(1997. 12. 17. 법률 제5467호로 개정되기 이전의 것, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제44조의2 ② 사립의 초등학교·중학교·고등학교에는 학교운영위원회를 둘 수 있다.

[관련법률조항]

구 지방교육자치에 관한 법률 제44조의2 ① 단위학교의 교육자치를 활성화하

고, 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 국·공립의 초등학교·중학교·고등학교에 학교운영위원회를 구성·운영한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 「지방교육자치에 관한 법률」이 초등학교에서 고등학교에 이르기까지 학교운영위원회를 두도록 한 입법취지는 「헌법」상 학부모에 대하여 보장하고 있는 교육참여권을 구체화한 것인데, 이 사건 법률조항은 사립학교 학부모의 학교운영위원회에의 참여를 불가능하게 하고 있으므로 교육참여권을 내포하고 있는 「헌법」 제31조 제1항에 의거한 청구인의 교육권을 침해하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항이 국공립학교와는 달리 사립학교의 경우에는 학교운영위원회의 설치를 임의적인 것으로 규율하고 있는 차별취급은 「헌법」 제11조 제1항이 보장하는 청구인의 평등권을 침해한 것이다.

나. 교육부장관의 의견요지

(1) 「헌법」상의 교육을 받을 권리란 모든 국민은 그 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다는 뜻일 뿐, 학부모의 교육참여권을 기본권으로 직접 보장하고 있는 것은 아니므로, 이 사건 법률조항은 청구인의 교육을 받을 권리를 침해할 수 없다.

(2) 사립학교는 사인이 자신의 교육이념을 펼쳐보고자 개인의 재산을 희사하여 설립한 것이고 독특한 건학이념의 구현을 위해 국·공립학교와는 다른 자율성이 요구되는 등 합리적 근거가 존재하므로 이 사건 법률조항이 학교운영위원회의 설치에 관하여 국·공립학교와 사립학교를 다르게 취급하더라도 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

다. 한국사립중·고등학교법인협의회 의견요지

(1) 이 사건 법률조항 자체가 청구인의 기본권을 직접 침해하지 않고, 기본권의 침해상태가 현존하는 것도 아니며, 청구인이 주장하는 학부모의 교육참여권은 「헌법」상 인정되지 아니하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

(2) 이 사건 법률조항이 학교운영위원회 설치에 관하여 국·공립학교와 사립학교를 구분하여 국·공립학교에는 필요한 설치를 규정하면서 사립학교에 대하여는 당해 학교법인에게 선택의 여지를 남긴 것이 국민의 교육을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 법률조항이 학교운영위원회의 설치에 관하여 사립학교를 국·공립학교에 비하여 차별하는 것은 사립학교가 국·공립학교와는 그 설립주체가 다르고 그 건학이념의 특수성이 있으므로 일정한 자주성을 확보하여야 할 합리적인 근거가 있으므로 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관하여

이해관계인 한국사립 중·고등학교법인협의회는 헌법소원의 직접성과 현재성이 없어 이 사건 심판청구는 부적법하다고 주장하나, 청구인은 고등학교 1학년에 입학한 아들을 가진 학부모이므로 청구인 자신이 가지는 부모의 교육권과 평등권이 이 사건 법률조항에 의하여 침해될 여지가 있으며, 해당 고등학교에서 학교운영위원회를 설치하지 아니하고 있으므로 청구인의 기본권이 현재시점에서 사실상 침해될 수 있어서, 기본권침해의 현재성요건이 충족된 것이며, 이 사건 법률규정은 학교운영위원회 설치에 관한 행정기관의 구체적 집행행위를 예정하고 있지 아니하므로 청구인의 기본권을 직접 침해하고 있으므로 기본권침해의 직접성요건도 충족된 것이라 할 것이다.

따라서 이 사건 심판청구는 적법하다.

나. 본안에 관하여

(1) 「헌법」 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리(이하 “수학권”(修學權)이라 한다)를 보장하고 있다. 이 권리는 통상 국가에 의한 교육조건의 개선·정비와 교육기회의 균등한 보장을 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 이해되고 있다. 수학권의 보장은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구하고(헌법 제10조 전문) 인간다운 생활을 영위하는 데(헌법 제34조 제1항) 필수적인 조건이자

대전제다. 「헌법」 제31조 제2항 내지 제6항 소정의 교육을 받게 할 의무, 의무교육의 무상, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성, 평생교육진흥, 교육제도와 그 운영·교육재정 및 교원지위 법률주의 등은 수학권의 효율적인 보장을 위한 규정이다.

「헌법」이 교육제도와 그 운영에 관한 기본적인 사항을 법률로 정할 수 있도록 한 것은 국가의 백년대계인 교육이 일시적인 특정정치 세력에 영향을 받거나 집권자의 통치상의 의도에 따라 수시로 변경되는 것을 예방하고 장래를 전망한 일관성이 있는 교육체계를 유지·발전시키기 위한 것으로 국민의 대표기관인 국회의 통제하에 두는 것이 가장 온당하다는 의회민주주의 내지 법치주의 이념에서 비롯된 것이다. 이는 「헌법」이 한편으로는 수학권을 국민의 기본권으로서 보장하고 다른 한편으로 이를 실현하는 의무와 책임을 국가가 부담하게 하는 교육체계를 교육제도의 근간으로 하고 있음을 나타낸 것이다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 750, 752).

(2) 사립고등학교에 다니는 자녀를 둔 청구인은 이 사건 법률조항(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 제정된 초·중등교육법 제31조 제2항에 같은 취지의 조항이 있다)으로 말미암아 그 학교가 운영위원회를 구성하지 아니한 관계로 위원회에 참여하지 못하고 있다. 이것은 학부모의 교육참여권을 침해한 것이고, 국·공립학교의 학부모와 비교하면 불합리한 차별취급으로 평등권에 위반된다고 주장하므로 이를 검토하기로 한다.

(가) 부모는 초·중·고등학교에 다니는 미성년자인 자녀를 교육시킬 권한이 있고 이 교육권에는 학교선택권이 포함된다. 부모의 이 학교선택권은 자녀의 교육을 받을 권리를 실효성 있게 보장하는 수단인 하나다. 그러나 자녀교육을 담당할 국·공립 및 사립 중·고등학교의 선택권을 거주지 기준으로 제한한 구 교육법시행령(1996. 2. 22. 대통령령 제14920호로 개정되기 전의 것) 제71조 및 제112조의6 등의 규정은 과열입시 경쟁에 따른 부작용을 방지하고 획일적인 제도 운영에 따른 문제점을 해소하기 위한 보완책을 마련한 것이므로, 입법의 목적과 수단에서 「헌법」 제37조 제2항 소정의 기본권제한입법의 한계를 벗어난 것이 아니다(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 267, 274). 따라서 부모의 자녀교육을 위한 학교선택권 행사는 이 규정으로 인하여 제한될 수밖에 없다.

교육의 목적은 국민 개개인의 타고난 소질을 계발하여 인격을 완성하게 하

고, 자립생활을 할 능력을 증진시킴으로써 인간다운 생활을 누릴 수 있게 하는데 있다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 404). 미성년자인 학생에 대한 교육은 한 인격체의 형성을 목표로 삼고 있다. 그런데 이 목표는 학부모와 학교측의 공동과제에 속하고, 이 과제의 실현에는 양 교육주체의 효율적인 협력 관계가 요청된다. 학부모의 교육권과 교육제도에 관한 국가의 책임은 상호간에 조화와 조정을 필요로 한다. 미성년자인 학생의 교육문제에 관하여는 다양한 견해가 있을 수 있으므로 토론과 협의를 거쳐 최선의 교육과정을 마련하는 것이 목표달성을 위한 하나의 중요한 조건이다. 국가가 주도하는 교육과정에 학부모가 어떤 형태로든 참여해야 할 당위성을 수긍하는 이유가 바로 여기에 있다.

1) 학교운영위원회는 학부모의 교육참여권의 보장수단으로 단위학교의 교육자치를 활성화하고 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 교원, 학부모, 지역사회인사 등이 학교의 운영에 관한 중요사항을 심의하게 하는 제도다.

입법자는 1995. 7. 26. 학교운영위원회와 관련된 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2를 신설하였다. 이 신설규정에 의하면, 국·공립의 국민학교·중학교·고등학교(이하 “국·공립학교”라 한다)는 운영위원회의 구성·운영을 의무화하고 있는 반면, 사립의 국민학교·중학교·고등학교(이하 “사립학교”라 한다)는 학교측의 재량에 따라 설치할 수 있게 하였다(1995. 12. 29. 법률 제5069호로 국민학교의 명칭이 “초등학교”로 변경되었다). 학교운영위원회의 현황은 위 규정 시행일로부터 1998. 5. 말까지 점차 늘어나 국·공립학교 8,692개 중 약 97%인 8,435개와 사립학교 1,753개 중 약 5.7%인 100개 등 모두 8,535개 학교(특수학교 포함)가 운영위원회를 구성·운영하고 있다.

구 「지방교육자치에 관한 법률 시행령」(1996. 2. 22. 대통령령 제14924호로 개정되어 1998. 4. 11. 대통령령 제15772호로 폐지되기 전의 것; 1998. 2. 24. 대통령령 제15664호로 제정된 초·중등교육법시행령 제58조 내지 제63조에 같은 취지의 규정이 있다)을 보면, 7인 내지 15인의 위원으로 구성되는 학교운영위원회는 학부모위원 40 내지 50%, 교원위원 30 내지 40%, 지역위원 10 내지 30%의 비율로 구성한다(제27조). 당해 학교의 장은 당연직 교원위원이 되고, 학부모위원은 민주적 대의절차에 따라, 교원위원은 교원 전체회의의 직접투표에 의하여, 지역위원은 학부모위원 및 교원위원이 협의하여 각 선출한다(제28조). 위원회는

교육과정의 운영방법, 교과용 도서 및 부교재의 선정, 정규 학습시간 종료후 또는 방학중 학생의 교육활동 기타 시·도의 조례가 정하는 사항을 심의한다(제29조 제1항). 사립학교의 재량에 의하여 둘 수 있도록 된 운영위원회의 설치·기능 및 운영 등에 관한 사항은 당해 학교법인의 정관으로 정하도록 규정하고 있다(제30조 제1항).

2) 학부모가 미성년자인 학생의 교육과정에 참여할 당위성은 부정할 수 없다 할지라도 학교운영위원회의 구성을 법률로써 의무화하여야 하는지 여부는 별개문제라고 본다. 학교법인 또는 공공단체 이외의 법인 기타 사인이 설치·경영하는 사립학교의 경우, 그 특수성에 비추어 자주성을 확보하고 공공성을 양양함으로써 학교의 건전한 발달을 도모함을 목적으로 한다고 규정한 사립학교법(제1조, 제2조 제1항)의 취지를 생각하여 보면, 국·공립학교와 반드시 동일하게 취급하여야만 옳다고 해석되지 않기 때문이다. 헌법재판소의 선례도 국·공립학교는 보편적인 교육이념과 교육의 기회균등의 원칙에 따라 표준화된 교육을 실시하여야 할 책무가 있으므로 학교 나름의 특성을 개발·배양하는데 본질적인 한계가 있다. 이에 반하여 사립학교는 설립자의 이념을 구현하거나 독자적인 교육방침에 따라 개성있는 교육을 실시할 수 있을 뿐만 아니라 공공이익을 위한 재산출연으로 국가의 공교육 실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할도 한다. 이와 같은 이유때문에 사립학교는 그 물적·인적 시설을 운영함에 있어서 어느 정도 자율성을 확보해 주는 것이 상당하고 또 바람직한 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 408)라고 하여 같은 취지를 분명히 하고 있다.

사립학교에도 국·공립학교처럼 의무적으로 운영위원회를 두도록 할 것인지, 아니면 임의단체인 기존의 육성회 등으로 하여금 유사한 역할을 계속할 수 있게 하고 법률에서 규정된 운영위원회를 재량사항으로 하여 그 구성을 유도할 것인지의 여부는 입법자의 광범한 입법형성영역인 정책문제에 속하고, 그 재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 「헌법」 위반으로 단정할 것은 아니다.

따라서 청구인이 이 사건 법률조항으로 인하여 사립학교의 운영위원회에 참여하지 못하였다고 할지라도 위에서 본 입법재량의 한계영역내에 속하므로 교육참여권 침해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

(나) 다음, 이와 같은 사립학교의 특수성으로 인하여, 헌법재판소는 「국가유

공자 예우 등에 관한 법률」(제정 1984. 8. 2. 법률 제3472호, 개정 1988. 12. 31. 법률 제4072호) 제4조 제1항 제12호 소정의 국가유공자인 공상공무원에 국·공립학교 교원만을 포함시키고 사립학교 교원을 포함시키지 아니한 것은 보훈대상의 범위, 내용 등에 관한 입법자의 입법형성 자유에 속하는 입법정책 문제로서 합리적인 근거와 이유있는 차별이므로 평등권침해가 아니고(헌재 1994. 6. 30. 91헌마161, 판례집 6-1, 653, 670), 사립대학 교육기관의 교원이 구 「사립학교법」 제53조의2 제3항의 위임에 의하여 만들어진 학교법인의 정관에 따른 기간 임용제의 적용을 받음으로써 국·공립대학교 교원과 비교하여 차별을 받는 것은 사법적 관계와 공법상 권력관계의 차이에서 비롯된 것으로서 합리적이고 정당한 사유가 있으므로 평등권 위반이 아니다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 공보 29, 620)라고 판시한 바 있다.

이러한 선례를 이 사건에 비추어 생각컨대, 입법자가 국·공립학교와는 달리 사립학교를 설치·경영하는 학교법인 등이 당해학교에 운영위원회를 둘 것인지의 여부를 스스로 결정할 수 있도록 이 사건 법률조항을 만든 것은 사립학교의 특수성과 자주성을 존중하는데 그 목적이 있고 목적의 정당성 또한 시인할 수 있다. 결국, 국·공립학교의 학부모에 비하여 사립학교의 학부모를 차별취급한 것은 합리적이고 정당한 사유가 있다고 인정되므로 평등권 위반이 된다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 「헌법」에 위반되지 아니한다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 이유가 없으므로 다음 5.와 같은 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석의 반대의견이 있는 이외에는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석의 반대의견

우리는, 이 사건 법률조항은 「헌법」 제37조 제2항 소정의 기본권제한입법의 한계를 벗어나 청구인의 교육참여권과 평등권을 침해한 법률조항으로서 「헌

법」에 위배된다는 견해이므로, 다음과 같이 다수의견에 반대한다.

가. 교육참여권 침해에 관하여 살펴보면,

(1) 학부모는 아직 성숙하지 못하고 인격을 닦고 있는 초·중·고등학생인 자녀를 교육시킬 권리를 가지며, 이러한 학부모의 교육권은 「헌법」 제31조 제1항에 의거해서 향유하는 자녀의 수락권을 위하여 행사하는 권리로부터 뿐만 아니라, 「헌법」 제31조 제2항에 의거 학령아동자녀의 교육을 받게 할 학부모의 의무로부터도 간접적으로 도출된다. 학부모의 교육권은 기본권리인 동시에 기본 의무로서의 성격을 가지며 다른 기본권과는 달리 자기 자신의 교육을 위해서가 아니라 미성년인 자녀의 교육을 위해서 행사되는 권리이다. 그 교육권의 내용 중 하나로서 학부모가 자녀를 교육시킬 학교선택권(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 274 참조)이 인정되며 학부모가 자신의 자녀를 위해서 가지는 자녀에 대한 정보청구권, 면접권도 인정된다고 보아야 할 것이다.

이와 같은 학부모와 학교의 공동적인 교육과제를 실현하기 위해서는 양 교육 주체의 효율적인 공동작업이 필요하다 할 것이며, 학부모의 교육권과 국가의 교육권은 학교에서 동등한 지위를 가진다고 볼 수 있기 때문에 양자의 교육권은 실제적 조화의 원칙에 따라서 상호간에 조정되어야 할 것이므로, 학부모는 국가가 주도하는 학교교육과정에 어떤 형태로든지 간에 참여해야 마땅하다고 할 것이다(이 당위성에 관하여는 다수의견도 인정하고 있다).

따라서 학부모는 자녀를 위한 교육권을 효율적으로 행사하기 위하여 학교의 운영에 집단적으로 참여할 수 있는 절차적 내지 제도적 장치를 학교내에 설치해 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 가져야 한다. 이러한 학부모의 집단적인 교육참여권은 국가로부터의 교육권침해에 대항해서 방어할 수 있는 권리뿐만 아니라, 교육과 관련된 사안에 대한 국가의 결정과정에 참여할 수 있는 권리까지도 포함한다고 보아야 하기 때문에 「헌법」 제31조 제1항 및 제2항에 의거한 학부모의 교육권으로부터 직접 도출된다고 할 것이다.

(2) 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2가 학교운영위원회제도를 도입하여 학부모의 교육참여권을 구체적으로 실현시키고자 하면서도 이 사건 법률조항은 학교운영위원회의 설치를 사립학교의 경우에는 임의적인 사항으로 규율하고 있다. 그리하여 대부분의 사립학교가 학교운영위원회를 설치하지 않게 되고

사립학교에 자녀를 두고 있는 학부모는 학교운영위원회에 참여할 수 있는 가능성을 전혀 부여받지 못하고 있다. 즉 이 사건 법률조항은 학부모가 학교참여회를 요청할 수 있는 최소한의 권리행사마저도 봉쇄하고 있기 때문에 「헌법」 제31조 제1항 및 제2항에 의거하여 보장되는 학부모의 교육참여권 중 사립학교 학부모의 교육참여권을 형해화 할 정도로 심하게 제한하고 있다. 이와 같은 사립학교 학부모의 교육참여권에 대한 과도한 제한은, 단위학교에서의 교육자치를 활성화하려는 이 사건 법률조항의 입법목적의 달성에도 부적합하다. 또한 이는 사립학교의 학교운영위원회 설치를 강제하나 그 기능을 의결기능이 아닌 심의기능으로 국한하도록 규정하여 사립학교의 자율성을 크게 침해하지 아니하면서도 학부모의 교육참여권을 최소한 보장할 수 있는 대체방안이 있음에도 불구하고 그 설치를 사립학교의 임의에 맡김으로써 최소침해성원칙에 위배하고 있으며, 과도한 교육참여권제한으로 인한 학부모의 불이익이 사립학교의 자율성 보장을 통하여 얻으려 하는 공익보다 크기 때문에 범익균형성원칙에도 어긋나므로, 이 사건 법률조항은 「헌법」 제37조 제2항에 의거한 기본권제한입법의 한계를 벗어나 「헌법」 제31조 제1항 및 제2항에 의거한 청구인의 교육참여권을 침해하여 「헌법」에 위반된다고 할 것이다.

나. 평등권침해에 관하여 살피면,

(1) 국·공립학교와 사립학교사이에는 그 설립경영의 주체면에서는 차이가 있으나 공교육을 실시하는 교육의 내·외적 조건들에서는 대부분 동일하므로 양학교사이에는 본질적인 동일성이 존재한다고 판단된다. 이와 같이 국·공립학교와 사립학교간에는 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 학교운영위원회의 설치를 국·공립학교에서와 같이 강행적인 조항으로 규정하는 것이 아니라, 사립학교에서는 임의적인 조항으로 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 학교운영위원회에의 참여에서 사립학교에 자녀를 둔 학부모를 국·공립학교에 자녀를 둔 학부모에 비하여 차별취급하고 있다 할 것이다.

더군다나 다수의 사립학교의 학부모는 학교선택권이 주어지지 않은 채 추첨이라는 형식을 빈 강제적인 배정에 의하여 자녀의 교육기관으로 사립학교를 선택하게 되었으므로 차별취급의 정도가 심하다고 할 것이다. 또한 사립학교의 학부모는 학교운영에 참여할 수 있는 다른 대체수단도 전혀 부여받지 못하고 있어서 학교운영에의 참여가 근본적으로 봉쇄당하고 있다.

(2) 그렇다면 위와 같은 차별취급이 과연 합리적인 근거가 있는지를 본다.

(가) 교육은 국민 전체의 지적 수준을 높여 이를 바탕으로 보다 살기 좋은 나라를 이룩하고자 함에도 있으나 본질적으로는 국민 개개인의 개성을 개발·발전시켜 생활능력을 증진케 함으로써 그들로 하여금 인간다운 생활을 누릴 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 교육은 주로 조직화된 공교육기관인 학교에서 이루어지는 학교교육이 그 중심을 이루고 있고, 특히 초·중등교육은 아동·청소년들을 대상으로 다음 세대를 이끌어 나갈 사람을 양성하려는 것이므로 인간의 개성적인 성장과 발달을 촉진하는 데 보탬이 될 수 있도록 적절하게 실시되어야 한다(헌재 1990. 10. 8. 89헌마89, 판례집 2, 343).

그러나 우리의 교육현실을 보면 학교가 학부모나 지역사회의 요구와 단절되어 있어서 사회가 요구하는 인력을 적절하게 양성하지 못하고 학부모들은 자녀를 학교에 보내면서도 학교교육에 참여할 수 없으며, 학교 운영의 투명성도 명백히 보장받지 못하고 있다. 따라서 교직원, 학부모, 지역사회인사 등이 참여하여 학교를 운영하는 학교공동체의 구축을 통해서 단위학교의 자율성을 높이고 학교교육의 효과를 극대화하는 일이 절실하게 요청된다. 이러한 교육상황하에서도 도입된 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제44조의2는 국·공립이든 사립이든 단위학교별로 학교운영위원회를 설치함으로써 단위학교의 교육자치를 활성화하고, 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시하는 것을 입법 목적으로 하고 있다.

그러나 이 사건 법률조항이 사립학교에서의 운영위원회설치를 임의적인 것으로 규율함으로써 사립학교 학부모가 학교교육에 사실상 참여할 수 없게 한 것은 위와 같은 학교운영위원회 설치의 입법목적에 명백히 어긋난다고 할 것이다.

(나) 다수의견은, 이 사건 법률조항에서 사립학교 학부모에 대하여 차별취급하고 있음은, 사립학교의 설치이념 또는 독자적인 교육방침 등 특수성(자주성) 때문에 차별하는 것으로서 합리적인 차별이라고 주장하나, 사립학교는 그 특수성 이외에도 사립학교가 추구하는 교육의 본질이 국·공립학교와 다를 바 없는 공공성을 함께 가지고 있으므로 양자가 상호 충돌함이 없이 조화되는 방향으로 조정되어야 할 것이므로, 공적인 학교교육의 결정 및 집행과정에서 공공성의 실현을 무시한 일방적인 사립학교의 특수성만을 들어 합리적 차별이라 함은 부당

하다. 또한 앞에서 본 바와 같이 학교운영위원회의 설치를 사립학교에 강제하면서도 그 기능을 의결기능이 아닌 심의기능으로 국한하는 방안은 사립학교의 특수성을 확보하면서도 학부모의 학교참여를 통한 사립학교의 공공성도 확보하는 조화로운 해결방안이 될 수도 있을 것이다.

이러함에도 사립학교 학부모를 차별취급함은 합리적인 차별이라고는 할 수 없다.

(3) 따라서 국·공립학교와 사립학교사이에는 설립주체면에서는 차이가 있으나 공교육을 실시하는 교육의 내·외적 조건들에서는 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 이 사건 법률조항이 학교운영위원회의 설치를 임의적인 것으로 규정함으로써 사립학교 학부모를 차별취급한 것은 합리적인 근거가 없다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권을 침해하여 「헌법」에 위반된다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형(주심) 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현

III 헌법재판소 1998. 5.28. 선고 97헌마282, 재외국민보호의무불이행 위헌확인

【판시사항】

독일정부의 우리나라 국민에 대한 '미성년자 보호 관련 관헌의 관할권 및 준거법에 관한 협약'의 적용을 피하기 위하여 우리나라 정부가 위 협약에 가입, 수정가입, 일부가입 또는 독일과의 별도조약을 체결하지 아니한 것이 헌법소원의 대상이 되는지 여부(소극)

【결정요지】

행정권력 내지 사법행정권의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 「헌법」에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위등 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것인데, 「헌법」 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 규정하고 있으나, 위 규정이나 다른 헌법규정으로부터도 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 청구인 주장과 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고 인정되지 아니하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

【참조조문】 헌법 제2조 제2항

【참조판례】

헌재 1991. 9. 16. 89헌마163 결정; 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153 결정; 헌재 1994. 6. 30. 93헌마161 결정; 헌재 1996. 6. 13. 94헌마118 결정 등

【당 사 자】 청 구 인 윤○ (국선대리인 변호사 장○찬)

【주 문】 이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

1981. 청구의 신○자와 혼인한 이래 독일에서 거주하여 온 청구인은 위 신○자와의 불화로 별거하던 중 독일법원에 이혼 및 친권자지정소송을 제기하였던 바, 제1심 법원은 1988. 2. 위 신○자와의 이혼청구를 인용하면서도 친권자지정 청구에 관하여는 '국제사법에 관한 헤이그회의'에서 채택된 제협약 중 하나인 '미성년자보호 관련 관현의 관할권 및 준거법에 관한 협약(이하 '미성년자보호협약'이라 줄여 쓴다) 제3조에 따라 우리나라 구 「민법」 제909조(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)를 적용하여야 할 것이나, 자녀들의 복리를 고려하여 위 신○자를 자녀 2인의 친권자로 지정하는 판결을 선고하였고, 그 항소심법원도 '미성년자보호협약' 제8조에 따라 우리나라 「민법」 대신 「독일민법」을 적용하여 자녀들에 대한 후견명령이 정당하다는 이유로 청구인의 항소를 기각하였다.

2. 청구인의 주장 요지

독일법원은 친권행사에 관한 우리나라 구 「민법」 제909조가 독일이 가입한 「미성년자보호협약」에 저촉된다는 이유로 위 구 민법조항의 적용을 배제하고, 「미성년자보호협약」의 규정에 따라 「독일민법」을 강제로 적용함으로써 청구인은 미성년자인 자녀들에 대한 친권을 상실하게 되었는바, 청구인은 1986년경부터 「헌법」상의 재외국민보호의무가 있는 대한민국 외교통상부(정부조직법이 1998. 2. 28. 법률 제5529호로 개정되기 전의 외무부)에 수차례에 걸쳐 「미성년자보호협약」에 가입, 수정가입, 일부가입 또는 독일과의 별도조약의 체결이나 기타 대체방안을 확립하는 등으로 국적국가관서의 우선권있는 조치를 취함으로써 재독 재외국민인 청구인을 「독일민법」의 강제적용에 따른 피해로부터 조속히 구조하여 줄 것을 요청하였음에도 외교통상부장관은 「미성년자보호협약」의 강제적용의 배제 등을 규정하는 입법조치 등 아무런 조치를 취하지 아니하고 있고, 법원행정처장에게도 대한민국 관서로서 대한민국 국민인 미성년자의 인격이나 재산의 보호를 위해 대한민국법에 따른 우선권있는 긴급 법률피해 구조조치를 취하거나 제도를 확립하여 줄 것을 요청하였으나 역시 아무런 조치를 취하지

아니하고 있으므로 이는 국가적 공권력의 위헌적인 불행사에 해당한다.

3. 관계기관의 의견

가. 외교통상부 장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

(가) 조약의 체결, 비준권은 대통령에게 귀속하므로 청구인은 미성년자보호협약에 가입할 것을 요구할 수 있는 권리가 있다 할 수 없어, 청구인은 「헌법재판소법」 제68조의 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 「헌법」상 보장된 기본권을 침해받은 자”라고 할 수 없으므로 당사자적격이 없다.

(나) 청구인은 1988년과 1992년의 독일법원의 판결에 의해 자녀 2명에 대한 친권을 상실하였는바, 그 준거법에 관한 판결이유를 보면 「미성년자보호협약」은 독일국내법으로 일반화되어 비록 대한민국이 위 협약의 가입국이 아니라고 하더라도 「미성년자보호협약」 제3조를 적용하여 대한민국 구 「민법」 제909조에 따라 부(청구인)를 친권자로 지정할 수도 있으나, 이 사건의 경우 미성년자가 그 인격이나 재산에 심각한 위험에 처해질 가능성 등 자녀들의 복리를 고려한 결과 「미성년자보호협약」 제8조에 따라 「독일민법」을 적용한다는 것이므로 우리나라가 「미성년자보호협약」에 가입하였다 하더라도 그 판결결과에 어떠한 영향을 미쳤다고 보기 어려워, 결국 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익을 흠결하여 부적법하다.

(다) 청구인이 제기한 부작위위법확인등 소송은 대법원에서 1996. 12. 10. 패소확정되어, 같은 달 13. 청구인에게 송달되었는데 청구인은 이 사건 헌법소원심판을 1997. 8. 15. 제기하였으니 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

「미성년자보호협약」은 ‘국제사법에 관한 헤이그회의’에서 채택된 34개 협약 중 하나로서 미성년자 자신과 그 재산의 보호를 위한 관계 당국의 관할권 및 준거법을 규정하고 있는데, 위 협약은 특히 유동성이 빈번한 거주제국의 거주환경상 특성을 감안 “상거소국(常居所國)의 권한 있는 당국에 의한 미성년자 보호

권한을 인정하되(제1조), 계약당사국간에는 미성년자의 복지를 위하여 필요한 경우에는 국적국의 국내법에 따른 조치를 취할 수 있도록 절충적 입장을 취하고 있는바, 위 협약에의 가입문제는 민사사범 공조에 필요한 제도적 장치를 마련함으로써 국내거주 외국인 및 국내외 거주국민의 법률 문제를 신속히 해결하고자 하는 헤이그회의 체제의 전반적인 목적을 감안하여 우리나라의 현실적 필요성에 입각하여 추진되어야 할 사안으로, 위 협약의 가입이 바로 재외국민보호라는 목적에 기여한다는 근거도 없다.

나. 법원행정처장의 의견

(1) 조약가입 또는 이에 준하는 입법사항을 포함한 제도확립은 대통령 또는 입법부가 어느 개인의 사적 이익이 아닌 공공의 이익을 우선적으로 고려하여 수행하여야 할 사항으로, 이러한 제도확립을 촉구하는 헌법소원은 「헌법」에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 위임을 하였음에도 이를 방치하거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 전혀 아무런 조치를 취하고 있지 않은 경우가 아니면 인정될 수 없으므로 이 사건 헌법소원 심판청구는 부적법하다.

(2) 권리보호이익의 흠결에 관한 주장은 외교통상부 장관의 의견 중 (1)의 (나) 부분과 대체로 같다.

4. 판 단

가. 외교통상부장관 및 법원행정처장의 공권력불행사에 대하여

행정권력내지 사법행정권의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 「헌법」에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 등 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것인데(헌재 1991. 9. 16. 89헌마 163, 판례집 3, 505; 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415; 1994. 6. 30. 93헌마 161, 판례집 6-1, 700; 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500 참조), 「헌법」 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 규정하고 있으나, 위 규정이나 다른 헌법규정으로부터도 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 청구인 주장과 같은 공권력의 행사를 청구할

수 있다고는 인정되지 아니하므로 이 부분에 관한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

나. 입법부작위에 대하여

어떠한 사항을 법규로 규율할 것인지의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적·경제적·사회적 각종 고려하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 국회에 대하여 일정한 입법을 해달라는 청원을 함은 별론으로 하고 법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 「헌법」에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하고 있지 않는 경우라야 할 것인바(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9; 1991. 9. 16. 89헌마163. 판례집 3, 505등 참조), 「헌법」의 어느 규정에서도 청구인이 주장하는 내용을 법률에 위임하는 규정을 둔 바 없으며, 국가의 재외국민에 관한 보호의무를 규정한 「헌법」 제2조 제2항을 두고 위와 같은 취지의 입법위임이라고는 보기 어려울 것이고, 또한 이 사건의 경우에 청구인이 주장하는 바와 같은 기본권의 침해는 청구인 스스로가 우리나라의 주권 내지 법률의 효력이 미치지 아니하는 독일법원에 제소하여 그 법원이 선고한 재판의 효력에 따라 비롯된 것이어서, 국내입법을 통하여 이를 시정하기 위한 국가의 행위의무내지 보호의무가 발생하는 것도 아니고 또 그로서 청구인이 주장하는 바와 같은 기본권의 침해가 시정되는 것도 아니므로, 이 부분에 관한 헌법소원심판청구 역시 부적법하다.

5. 결 론

따라서 이 사건 심판청구를 모두 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

㉔ 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 97헌마333 「공무원연금법」 제3조 제2항 위헌확인

【판시사항】

- [1] 「공무원연금법」상 연금수급권의 법률적 성격
- [2] 18세 이상인 자로서 폐질상태에 있지 않은 자를 유족인 자녀의 범위에서 제외하고 있는 「공무원연금법」 제3조 제2항이 사회보장수급권, 재산권, 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 「공무원연금법」상의 퇴직급여, 유족급여 등 각종 급여를 받을 권리, 즉 연금수급권에는 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있으므로, 입법자로서는 연금수급권의 구체적 내용을 정함에 있어 반드시 민법상 상속의 법리와 순위에 따라야 하는 것이 아니라 공무원연금제도의 목적 달성에 알맞도록 독자적으로 규율할 수 있고, 여기에 필요한 정책판단·결정에 관하여는 입법자에게 상당한 정도로 형성의 자유가 인정된다.
- [2] 「공무원연금법」 제3조 제2항에서 18세 이상으로서 폐질상태에 있지 않은 자는 신체적, 정신적으로 성숙하여 사회생활에 적응할 수 있고, 독자적 노동능력을 갖추어 적어도 최소한의 생활은 스스로 영위해 나갈 수 있는 것으로 보아 유족의 범위에서 배제, 유족급여를 받을 수 없게 하였다 하더라도, 이는 우리나라의 경제수준, 재정능력, 전체적인 사회보장수준, 우리 가족관계의 특성 등을 합리적으로 고려한 것으로서 입법형성의 한계를 벗어나 사회보장수급권, 재산권, 평등권을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공무원연금법(1982. 12. 28. 법률 제3586호로 전문개정된 것) 제3조(정의)

【참조조문】

헌법 제34조

공무원연금법 제3조

군인연금법 제3조

사립학교교원연금법 제2조(용어의 정의)

국민연금법 제63조(위족의 범위 등)

【참조판례】

[1] 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6; 헌재 1998. 12. 24. 96헌마73

【당 사 자】 청구인 오○택 외 3인

(대리인 법무법인 ○라종합법률사무소 담당변호사 이○정 외 2인)

【주 문】 청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들의 부(父) 망 오○석은 20년 이상 교육공무원으로 재직하여 오다가 1997. 5. 2. 사망하였고, 유족으로는 처 서○분, 모 신○분과 그 자녀인 청구인들이 있다.

(2) 「공무원연금법」 제3조 제1항은 공무원의 자녀를 “유족”으로 규정하고 있으면서도 동조 제2항에서는 그 범위를 “18세 미만의 자”와 “18세 이상인 자로서 대통령령이 정하는 폐질상태에 있는 자”로 규정하고 있어, 18세 이상인 청구인들(그 중 청구인 오○영, 오○에는 미혼으로서 대학교와 대학원에 재학중이라고 함)은 유족연금의 지급대상에서 제외되었으며, 청구인들보다 후순위 상속권자인

청구인들의 조모 신○분이 청구인들의 모 서○분과 공동으로 유족급여수급권을 취득하게 되었다.

(3) 청구인들은 사망한 공무원의 자녀 중 “18세 미만의 자”와 “18세 이상인 자로서 대통령령이 정하는 정도의 폐질상태에 있는 자”에 한하여 유족으로 인정하고 있는 「공무원연금법」 제3조 제2항으로 말미암아 자신들의 행복추구권, 평등권, 재산권을 침해받고 있다고 주장하면서, 1997. 10. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 「공무원연금법」(1982. 12. 28. 법률 제3586호로 전문개정된 것. 이하 ‘이 법’이라 한다) 제3조 제2항 중 자녀에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인들의 「헌법」상 보장된 기본권을 침해하는지 여부이며, 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

(제1호 생략)

2. “유족”이라 함은 공무원 또는 공무원이었던 자의 사망당시 그에 의하여 부양되고 있던 다음 각목의 1에 해당하는 자를 말한다.

가. 배우자(재직당시에 혼인관계에 있던 자에 한하며, 사실상 혼인관계에 있던 자를 포함한다)

나. 자녀(퇴직일 이후에 출생 또는 입양한 자녀를 제외하되, 퇴직당시의 태아는 재직중 출생한 자녀로 본다. 이하 같다)

다. 부모(퇴직일 이후에 입양된 경우의 부모를 제외한다)

라. 손자녀(퇴직일 이후에 출생 또는 입양한 손자녀를 제외하되, 퇴직당시의 태아는 재직중 출생한 자녀로 본다. 이하 같다)

마. 조부모(퇴직일 이후에 입양된 경우의 조부모를 제외한다)

〈1995. 12. 29. 법률 제5117호로 본호 개정〉

(이하 각호 생략)

② 제1항 제2호의 규정에 의한 자녀와 손자녀는 다음 각호의 1에 해당하는 자에 한한다. 이 경우 손자녀는 그의 부가 없거나 그의 부가 대통령령이 정하는 정도의 폐질상태에 있는 경우에 한한다.

1. 18세 미만인 자
2. 18세 이상인 자로서 대통령령이 정하는 정도의 폐질상태에 있는 자

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 각 개인은 행복추구권에 함축된 일반적 행동자유권을 가지고 있으므로 노후생활과 자신의 사망이후 가족들의 생활에 대하여도 자유롭게 설계할 수 있는바, 공무원이 사망하였을 경우 유족들에게 지급되는 유족연금은 마땅히 공무원의 의사와 민법의 상속순위에 따라 지급하는 것이 일반인의 행복관념에 부합한다고 할 것임에도, 실질적으로 공무원의 부양을 받고 있던 18세 이상의 자녀를 연금수급권자의 범위에서 제외하는 것은 부양받을 대상자를 결정할 자유를 제한하여 개인의 행복추구권을 침해하는 것이다.

공무원이 별다른 재산없이 한 가정의 가장으로서 가족 구성원의 생계를 전적으로 책임지고 있던 경우를 상정하여 본다면 공무원의 사망으로 인하여 경제적 자활능력이 없는 18세 이상의 자녀들이 겪을 경제적 고통은 충분히 예상할 수 있는 것이며, 이러한 경우 적어도 공무원 개인의 기여금 적립액과 그에 대한 이자만이라도 재산으로 인정하여 상속순위에 따라 유족들에게 지급하는 것이 유족들에게 최소한의 생활보장수단을 마련하여 준다는 공무원연금제도의 기본취지 및 「헌법」에서 보장하는 행복추구권의 기본이념에 부합한다.

(2) 경제적인 발전에 따라 대학교육을 받는 학생의 숫자가 점점 늘어나고, 사회의 다변화에 따른 전문, 기술교육의 확대로 대학을 졸업한 이후에도 사실상 부모로부터 부양을 받는 자녀들의 숫자가 증가하는 현실에서, 유독 자녀만을 연령과 폐질을 기준으로 유족 범위에서 제외하는 것은 부당한 차별이고, 사망한 공무원이 사실상 부양하고 있던 자녀들 가운데 18세 미만의 자는 연금수급권을 갖게 되지만 경제적 능력이 없는 18세 이상의 자녀는 연금수급권이 없는 결과가 되어 연령에 따른 불평등한 결과를 초래한다.

(3) 공무원연금의 재원은 공무원이 부담하는 기여금과 국가 또는 지방자치단체의 부담금으로 조성되며, 공무원연금은 후불임금으로서의 성격을 지니는 재산권이다. 따라서 유족에게 지급되는 유족연금 가운데 적어도 공무원이 매월 보수에

서 납부한 기여금 및 그 이자부분은 공무원의 재산으로 보아 재산상속순위에 따른 상속권을 인정하여야 할 것임에도 불구하고, 자녀들보다 후순위 상속권자인 부모와 조부모를 우선함으로써 상속권자인 자녀들의 재산권을 침해하고 있다.

나. 총무처(현 행정자치부)장관의 의견

(1) 공무원연금제도는 「헌법」 제34조 및 국가공무원법 제77조에 법적인 근거를 두고 있으며, “공무원의 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여함”을 목적으로 하는 사회보장제도이고, 사회보험의 원리에 따라 근로세대의 각출에 의하여 노령세대에 대한 급여를 지급하는 세대간 부양제도이며, 국가권력과 법률에 의하여 강제적으로 시행되는 공적 연금제도이다. 따라서 공무원연금은 급여지급 대상 및 급여액 수준과 관련하여 연금재정상태 및 연금환경 등 제반 여건을 감안하여 국가가 정책적으로 조정할 수 있다.

(2) 「공무원연금법」상 유족급여는 공무원 또는 공무원이었던 자가 사망할 경우 그 유족에게 지급하는 급여로서, 유족은 상속인으로서가 아니라 유족 고유의 권리로서 독자적으로 유족연금청구권을 취득하게 되므로 유족급여제도는 민법상의 상속제도와 그 입법취지 및 헌법적 기초를 달리한다. 따라서 유족급여수급권의 발생여부, 유족의 범위 및 순위 등에 관하여는 「공무원연금법」에서 별도로 규율할 수 있고, 민법상의 상속의 법리에 의하여야 하는 것은 아니다.

(3) 이 조항에서 유족인 자녀를 18세 미만으로 한정하는 것은 18세 이상의 자녀라면 독자적 생활능력이 있는 것으로 보고서, 사회보장제도의 실시에 따른 재원의 한계 및 사회보장제도의 실시목적상 자활능력이 있는 성인보다는 자활능력이 부족한 사회적 약자에게 우선적으로 사회보장급여의 청구권을 부여해야 한다는 필요성에 따른 것으로서, 국민의 세금과 현직공무원의 과중한 부담을 통해 자활능력이 있는 성년이 된 공무원자녀에게 사회보장급여를 계속 지급해야 할 아무런 명분이 없다.

(4) 청구인들은 “유족연금이 상속의 원리에 의하여 분배되는 것이 일반인의 행복관념에 부합한다”면서 행복추구권의 침해를 주장하고 있으나, 이는 「공무원연금법」상의 유족급여의 본질을 상속권의 대상으로 오해한 데서 발생한 잘못된 주장이고, 공무원의 배우자, 부모 등이라 하더라도 유족에 해당하려면 일정한 자

격요건이 요구되고 있으므로 유독 자녀만을 연령과 폐질을 이유로 부당하게 차별하고 있다는 주장 또한 이유 없다.

또한 유족급여는 사회보험의 원리에 의해 유족이기 때문에 일신전속적으로 발생하는 청구권에 지나지 않고 민법상의 상속권과는 무관하므로, 이 조항으로 인하여 청구인들의 재산권이 침해되었다고 볼 수 없다.

다. 공무원연금관리공단이사장의 의견

총무처장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 공무원연금제도와 연금수급권의 법률적 성격

공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 하는(이 법 제1조) 사회보장제도이고, 법기술적으로는 위의 사유가 발생한 때에 국가적인 보험기구를 통하여 그 부담을 여러 사람들에게 분산시킴으로써 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다.

공무원연금제도는 일종의 사회보험으로서 보험의 기본원리에 있어서는 사보험(私保險)과 동일하나, 보험원리에 사회조정원리를 도입한 사회보장제도의 하나로서 몇 가지 점에서 사보험과는 다른 면을 지니고 있다.

첫째, 군인과 선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외한 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 모든 공무원 등이 법률에 의하여 당연히 공무원연금에 가입된다(이 법 제3조 제1항 제1호).

둘째, 급여의 종류와 내용이 법률(이 법 제4장 제2절, 제3절)로 정해져 있고, 기여금의 액수 및 징수방법도 법률(이 법 제66조, 제67조)로 정해져 있는 등 보험관계의 내용을 당사자들이 개별적으로 선택할 수 없다.

셋째, 각종 급여에 소요되는 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 부담금(이 법 제69조)과 공무원이 납부하는 기여금(이 법 제66조)으로 충당되므로 국가가 보험비용의 일부를 부담함으로써 급부와 반대급부 균형의 원칙이 유지되지

못한다.

넷째, 기여금의 금액은 보수월액의 1,000분의 65에 해당하는 금액(이 법시행령 제59조 제1항)으로 기여금징수의무자가 매월 보수에서 징수하여 공단에 납입하도록 하여 보험료를 보수에서 당연공제하므로 보험료납부가 강제성을 띠고 있다(이 법 제67조).

따라서 공무원연금제도는 공무원이 퇴직하거나 사망한 때에 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하기 위한 사회보장제도임과 아울러 보험의 원리에 의하여 운용되는 사회보험의 하나이고, 다만 기여금 납부를 통하여 공무원 자신도 그 재원의 형성에 일부 기여한다는 점에서 후불임금의 성격도 가미되어 있다고 할 것이다(헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10- 2, 856, 864-866).

그렇다면 「공무원연금법」 상의 퇴직급여, 유족급여 등 각종 급여를 받을 권리, 즉 연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다고 하겠다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 323 참조).

나. 연금수급권의 헌법적 보장과 그 한계

「헌법」 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”고 하고, 제2항은 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다”고 규정하고 있는바, 이 법상의 연금수급권과 같은 사회보장수급권은 이 규정들로부터 도출되는 사회적 기본권의 하나이다. 이와 같이 사회적 기본권의 성격을 가지는 연금수급권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고, 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 연금수급권의 구체적 내용, 즉 수급요건, 수급권자의 범위, 급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다. 그런데 연금수급권과 같은 사회적 기본권을 법률로 형성함에 있어 입법자는 광범위한 형성의 자유를 누린다. 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있고, 그 결정이 현저히 자의적이거나, 사회적 기본권의 최소한도의 내용마저 보장하지 않은 경우에 한하여 「헌법」에 위반된다고 할 것이다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 554 참조).

한편 「헌법」 제23조에서 보장하고 있는 국민의 재산권은 원칙적으로 「헌

법」 제37조 제2항에서 정하고 있는 요건을 갖춘 경우에만 정당하게 제한할 수 있다. 그런데 이 법상의 연금수급권은 사회보장수급권의 성격을 아울러 지니고 있으므로 순수한 재산권이 아니며, 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있다. 공무원연금의 재원은 공무원이 납부하는 기여금과 국가가 부담하는 부담금으로 구성되는데, 이 두 재원을 각각 사회보장급여, 보험료, 후불임금으로 구분하여 정확히 귀속시킬 수가 없다.

그러므로 비록 연금수급권에 재산권의 성격이 일부 있다 하더라도 그것은 이미 사회보장법리의 강한 영향을 받지 않을 수 없다 할 것이고, 또한 사회보장수급권과 재산권의 두 요소가 불가분적으로 혼재되어 있다면 입법자로서는 연금수급권의 구체적 내용을 정함에 있어 이를 하나의 전체로서 파악하여 어느 한 쪽의 요소에 보다 중점을 둘 수도 있다 할 것이다. 따라서 연금수급권의 구체적 내용을 형성함에 있어서 입법자는 청구인들의 주장과 같이 반드시 민법상 상속의 법리와 순위에 따라야 하는 것이 아니라, 이 법의 입법목적 달성에 알맞도록 독자적으로 규율할 수 있고, 여기에 필요한 정책판단·결정에 관하여는 일차적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다.

요컨대, 이 법상의 연금수급권의 법률적 형성에 관하여는 전체적으로 입법자에게 상당한 정도로 형성의 자유가 인정된다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 법 제3조 제1항 제2호와 이 사건 법률조항에 따르면, 공무원 또는 공무원이었던 자의 사망 당시 그에 의하여 부양되고 있던 자녀(퇴직일 이후에 출생 또는 입양한 자녀는 제외되고, 퇴직당시의 태아는 포함된다) 중 18세 미만인 자와, 18세 이상인 자로서 대통령령이 정하는 정도의 폐질상태에 있는 자는 유족으로서 각종 유족급여수급권을 가진다. 그러나, 18세 이상의 자녀는 공무원의 사망당시 그에 의하여 부양되고 있던 자녀라도 폐질상태에 있지 않은 이상 유족급여수급권이 없다.

(2) 유족급여수급권이 순수한 재산권이 아니라 유족의 경제적 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 하는 사회보장수급권으로서의 성격을 가진 이상 사망한 공무원의 자녀에 대하여 아무런 제한없이 유족급여를 지급할 수는 없는 것이다. 따라서 유족급여수급권을 가지게 될 자녀의 범위는 유족급여를 인정하여야

할 필요성 및 중요성에 따라 일정하게 제한될 수밖에 없는데, 이 사건 법률조항은 그 기준을 18세라는 연령과 폐질상태 유무에다 두고 있다. 입법자는 이 두 기준의 설정을 통하여 최소한의 독자적 생활능력을 갖춘 것으로 볼 수 있는 자녀를 유족의 범위에서 배제하고 있음을 알 수 있다. 여기서 '대통령령이 정하는 정도의 폐질상태에 있는 자녀'라면 독자적 생활능력을 갖춘 것으로 보기 어려운 경우일 것이므로 이들에 대하여 연령의 제한없이 유족급여수급의 혜택을 주는 것은 이 법의 목적과 취지에 비추어 그 타당성에 의문이 있을 수 없으므로 이 사건에서는 폐질상태에 있지 않은 18세 이상의 자녀를 유족의 범위에서 배제한 것의 정당성이 문제된다.

(3) 입법자로서 유족에 해당할 자녀의 범위를 제한하고자 할 때 일정연령을 분수령으로 삼는 것은 자연스러운 일이고, 어느 연령을 기준으로 삼을지는 입법정책적으로 판단할 사항이라 할 것인데, 이 사건 법률조항에서 그 연령의 기준을 18세로 설정한 것이 반드시 부당하다고 보이지 아니한다.

18세 이상이면 민법상 비록 완전한 행위능력은 인정되지 아니하지만 독자적인 사리판단의 능력이 상당히 갖추어지고, 신체적으로는 남녀 모두 거의 성인과 다름없게 되며, 18세를 전후로 대개 고등학교 교육을 마치게 된다(오늘날 우리나라 대부분의 가정에서는 그 자녀로 하여금 고등학교 교육을 받게 하고 있다). 그리고 무엇보다도 18세 이상이면 노동법상 독자적 노동능력을 갖추고 있는 것으로 취급된다. 그리하여 근로기준법상 소년보호에 관한 규정이 적용되지 아니한다(근로기준법 제62조, 제63조, 제66조 내지 제68조, 제70조). 또 18세 이상이면 남녀 모두 혼인을 할 수 있다(민법 제807조).

이 사건 법률조항은 이러한 점 등을 고려하여 18세 이상이면 신체적·정신적으로 성숙하여 사회생활에 적응할 수 있고, 적어도 최소한의 생활은 스스로 영위해 나갈 수 있는 사회적 독립성을 획득할 수 있는 것으로 보아 유족의 범위에서 배제하였다 할 것인바, 이러한 입법자의 판단은 그 나름대로의 합리성이 있다할 것이다.

(4) 물론 18세 이상의 자녀들 중에서도 사실상 경제적으로 독립하지 못하거나 스스로 소득을 얻을 수 없는 상태에 있는 자녀들도 있을 수 있다. 그러나 18세 이상이면 독자적 생활능력이 있는 것으로 보고, 이를 기준으로 삼는 이상, 사실상 생활능력이 없는 모든 사유마다 일일이 예외를 인정하여 구제해 줄 것을 기

대할 수는 없다. 다만 18세 이상이지만 고등교육이나 직업교육 기타 교육을 받는 중에 있어 교육을 포기하지 않는 한 생활능력을 구비하지 못할 경우에 예외를 인정하여 유족급여를 지급할 것인가의 문제는 제기될 수 있다.

오늘날 고도의 산업사회에서는 직업인에게 기술적·전문적 소양을 갖추는 것이 요구되고, 이를 구비하기 위하여는 다양하고 장기간의 교육이 불가결하여 독자적이고도 충분한 경제활동능력을 갖추기까지의 기간이 길다(특히 우리나라 남자의 경우 병역의무도 이행하여야 하므로 그 기간은 더욱 늦어진다). 그리하여 18세 이상임에도 자족적 생계능력을 갖추지 못하고 가족, 특히 부모에 의존하는 경우가 현실적으로 대단히 많다. 따라서 직업교육, 전문교육 기타 교육을 받고 있는 상태인 경우에는 18세 이상의 자녀라도 일정기간 연금수급의 혜택을 주는 것이 바람직하고, 이것이 '능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리'를 보장하고 있는 「헌법」 제31조의 취지를 살리는 길이기도 하다.

그러나 연금수급권은 기본적으로 재산권보다 사회보장수급권으로서의 성격이 강하고, 유족급여수급권은 더욱 그러하다. 이 법에서 공무원의 배우자가 재혼하거나, 폐질상태로 인하여 유족연금을 받고 있던 자의 폐질상태가 해소되는 등의 경우에 유족연금의 수급권을 상실하는 것으로 규정한 것이나(제59조 제1항 제2호·제5호), 유족의 범위에서 방계혈족을 배제하여 재산상속인의 범위보다 좁게 설정한 것(제3조 제1항 제2호)은 이미 입법자가 유족급여의 사회보장적 성격을 강조하고 있다는 반증이다.

한편 「공무원연금법」과 같은 사회보장법제는 무엇보다도 국가의 재정능력, 전반적 사회보장수준과 유리하여 논할 수 없는 것이다. 한정된 재원으로 보험대상자인 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하기 위하여는 유족급여의 수급권자를 제한하지 아니할 수 없다.

이러한 사정을 고려하여 볼 때, 이 사건 법률조항이 18세 이상의 자녀들 중 직업교육 등을 받는 관계로 실질적으로 독자적 생계가 어려운 자녀들조차도 유족의 범위에서 배제하였다 하더라도, 또 이들에게 장래의 더 나은 생활을 위한 교육의 기회를 보장해 주지는 못한다 할지라도 공무원 유족의 생활안정이라는 유족급여의 최소한의 보장마저 거부하고 있다는 주장은 받아 들이기 어렵다 할 것이다.

(5) 나아가서 현행 사회보장법제를 살펴보면 전체적으로 이 사건 법률조항과 동일한 정책적 고려위에 규정되어 있음을 알 수 있다.

군인연금법, 사립학교교원연금법은 공히 18세 미만인 자녀와 대통령령으로 정하는 폐질상태에 있는 18세 이상인 자녀에 한하여 유족으로 인정하며(군인연금법 제3조 제2항, 사립학교교원연금법 제2조 제2항), 국민연금법도 유족인 자녀의 범위를 18세 미만이거나 장애등급 2급 이상에 해당하는 자로 한정하고 있고(동법 제63조 제1항 제2호), 국가유공자등예우및지원에관한법률도 유족의 자녀범위를 미성년자와 생활능력이 없는 장애자로 한정하고 있다(동법 제12조 제2항). 또한 생활보호법은 보호대상자로서 18세 미만의 아동을 규정하고 있다(동법 제3조 제1항 제2호).

한정된 재원으로 유족급여 등의 사회보장급부를 보다 절실히 필요로 하는 사람들에게 복지혜택을 주기 위하여는 보다 그 필요성이 절실하지 않은 사람들을 수급권자로부터 배제하지 않을 수 없는데, 우리 사회보장법제는 18세 이상의 자……다 나은 미래를 위해 직업교육 등을 받고 있는 자를 포함하여……를 그 제한대상자로 선택한 것이다. 요컨대 아직 우리의 사회보장수준은 이들에 대하여까지 유족급여를 지급할 만큼 성숙되어 있지 않은 것이 안타까울 뿐이다.

(6) 한편 이 사건 법률조항의 사회기능적 측면을 살펴본다면, 공무원의 배우자, 부모 등이 유족으로서 연금수급권자인 경우에는 가족간의 유대와 부조(扶助)의 전통이 강한 우리 가족관계의 특성상 실질적으로 18세 이상인 자녀의 생활보장에 별다른 문제가 없는 것이 일반적일 것이다. 배우자 등이 받는 유족연금은 가족공동체의 일원인 18세 이상의 자녀를 위하여도 사용될 것이기 때문이다. 또 18세 이상인 자녀를 독자적 유족으로 인정하여 연금수급권을 부여하더라도 실제적으로는 큰 의미가 없을 수도 있다. 급여를 받을 유족의 순위는 재산상속의 순위에 의하고(이 법 제28조), 유족에게 동순위자가 2인 이상 있을 때에는 등분하여 급여를 지급하기 때문에(이 법 제29조), 그렇지 않을 경우 배우자나 18세 미만의 자녀만이 받게 되는 연금을 18세 이상의 자녀와 등분하여 받게 될 뿐인데, 이 경우 동일한 연금액을 두고 수급자의 명의만 추가될 뿐, 사회적 급부기능면에서는 별다른 차이가 없다고 볼 수 있는 것이다. 이 범시행령 제23조에서 유족급여를 받을 동순위자가 2인 이상인 경우에 대표자를 선정하여 그로 하여금 등분지급에 갈음하여 전액을 지급받을 수 있게 한 것도 이러한 우리 가족관계의

특성을 반영한 것이라 할 것이다.

물론 가족공동체의 일원 중 유족연금을 받을 사람이 아무도 없을 때 즉, 18세 이상의 자녀만 남겨졌을 뿐 그들의 어머니도, 조부모도, 18세 미만의 동생도 없을 때에는, 이 조항이 18세 이상인 자녀의 생활보장에 실질적으로 큰 영향을 미치게 되나, 그렇다 하더라도 위에서 본바와 같이 유족급여제도의 최소한마저 외면한 것이라 할 수는 없는 것이다.

(7) 18세 이상의 자녀를 다른 가족과 차별하는 것은 합리적 이유가 있어 평등권을 침해하는 것이 아니다.

18세 이상의 자녀와 18세 미만의 자녀 사이에는 신체적·정신적 성숙도, 노동능력 등의 여러 면에서 다르게 취급할 합리적인 이유가 있음은 위에서 본 바와 같다. 그리고 18세 이상의 자녀와 사망한 공무원의 배우자, 기타 직계존속간에도 차이가 있다. 배우자나 직계존속의 경우 대부분 연로할 것이어서 사회적 부양을 필요로 한다는 점에서 18세 이상의 자녀와 분명히 다르고, 또 배우자의 경우 공무원의 성실한 근무에 평생토록 동반하였다는 점, 사망공무원과 경제공동체로서 실질적으로 기여금을 공동부담하였다고 볼 수 있는 점에서 확연히 다른 것이다.

(8) 결론적으로 이 사건 법률조항은 우리나라의 경제수준, 재정능력, 전체적인 사회보장수준, 우리 가족관계의 특성 등을 종합적으로 고려하여 18세라는 연령과 폐질유무라는 기준으로 유족급여의 제공 여부를 결정하고 있는바, 이는 입법자의 입법형성권의 범위내에서 유족급여수급권이라는 사회보장수급권과 재산권을 그 나름대로의 합리적 기준에 따라 형성·구체화한 것으로 보이고, 그 입법형성의 한계를 일탈하여 최소한의 보장마저 외면함으로써 위 권리들 내지 평등권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다 할 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 청구인들의 「헌법」상 보장된 기본권을 침해하는 것이라고 할 수 없으므로 청구인들의 심판청구를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식(주심) 고중석 신창언 이영모 한대현

㉓ 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제3조 등 위헌 확인

【판시사항】

- [1] 부모의 자녀교육권
- [2] 교육에 대한 국가의 책임
- [3] 부모의 자녀교육권과 국가의 교육책임과의 관계
- [4] 법 제3조에 의하여 제한되는 기본권
- [5] 기본권 제한의 한계로서의 비례의 원칙
- [6] 입법목적의 정당성과 수단의 적합성
- [7]. 수단의 최소침해성
- [8] 법익의 균형성

【결정요지】

- [1] 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. ‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 「헌법」에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 「헌법」 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 「헌법」 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 「헌법」에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 「헌법」 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가지며, 부모의 교육권은 다른 교육의 주체와의 관계에서 원칙적인 우위를 가진다.

- [2] 「헌법」 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있다. ‘교육을 받을 권리’란, 모든 국민에게 저마다의 능력에 따른 교육이 가능하도록 그에 필요한 설비와 제도를 마련해야 할 국가의 과제와 아울러 이를 넘어 사회적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 국가의 의무를 뜻한다. 특히 같은 조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”고 함으로써 학교교육에 관한 국가의 권한과 책임을 규정하고 있다. 위 조항은 국가에게 학교제도를 통한 교육을 시행하도록 위임하였고, 이로써 국가는 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여받았다.
- [3] 자녀의 양육과 교육에 있어서 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 하며, 다만, 학교교육에 관한 한, 국가는 「헌법」 제31조에 의하여 부모의 교육권으로부터 원칙적으로 독립된 독자적인 교육권한을 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.
- [4] 법 제3조에 의하여 제한되는 기본권은, 배우고자 하는 아동과 청소년의 인격의 자유로운 발현권, 자녀를 가르치고자 하는 부모의 교육권, 과외교습을 하고자 하는 개인의 직업선택의 자유 및 행복추구권이다.
- [5] 과외교습을 금지하는 법 제3조에 의하여 제기되는 헌법적 문제는 교육의 영역에서의 자녀의 인격발현권·부모의 교육권과 국가의 교육책임의 경계설정에 관한 문제이고, 이로써 국가가 사적인 교육영역에서 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권을 어느 정도로 제한할 수 있는가에 관한 것이다. 학교교육에 관한 한, 국가는 교육제도의 형성에 관한 폭넓은 권한을 가지고 있지만, 과외교습과 같은 사적으로 이루어지는 교육을 제한하는 경우에는 특히 자녀인격의 자유로운 발현권과 부모의 교육권을 존중해야 한다는 것에 국가에 의한 규율의 한계가 있으므로, 범치국가적 요청인 비례의 원칙을 준수하여야 한다.
- [6] 가. 사교육의 영역에 관한 한, 우리 사회가 불행하게도 이미 자정능력이나

자기조절능력을 현저히 상실했고, 이로 말미암아 국가가 부득이 개입하지 않을 수 없는 실정이므로, 위와 같이 사회가 자율성을 상실한 예외적인 상황에서는 고액과외교습을 방지하여 사교육에서의 과열경쟁으로 인한 학부모의 경제적 부담을 덜어주고 나아가 국민이 되도록 균등한 정도의 사교육을 받도록 하려는 법 제3조의 입법목적은 입법자가 '잠정적으로' 추구할 수 있는 정당한 공익이라고 하겠다.

나. 수단의 적합성의 관점에서 보더라도 법 제3조가 학원·교습소·대학(원)생에 의한 과외교습을 허용하면서 그밖에 고액과외교습의 가능성이 있는 개인적인 과외교습을 광범위하게 금지하는 규제수단을 택하였고, 이러한 수단이 위 입법목적의 달성에 어느정도 기여한다는 점은 의문의 여지가 없다. 따라서 수단으로서의 적합성도 인정된다 하겠다.

[7] 법 제3조는 원칙적으로 허용되고 기본권적으로 보장되는 행위에 대하여 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 방식의 '원칙과 예외'가 전도된 규율형식을 취한데다가, 그 내용상으로도 규제의 편의성만을 강조하여 입법목적달성의 측면에서 보더라도 금지범위에 포함시킬 불가피성이 없는 행위의 유형을 광범위하게 포함시키고 있다는 점에서, 입법자가 선택한 규제수단은 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없다.

[8] 법 제3조와 같은 형태의 사교육에 대한 규율은, 사적인 교육의 영역에서 부모와 자녀의 기본권에 대한 중대한 침해라는 개인적인 차원을 넘어서 국가를 문화적으로 빈곤하게 만들며, 국가간의 경쟁에서 살아남기 힘든 오늘날의 무한경쟁시대에서 문화의 빈곤은 궁극적으로는 사회적·경제적인 후진성으로 이어질 수 밖에 없다. 따라서 법 제3조가 실현하려는 입법목적의 실현효과에 대하여 의문의 여지가 있고, 반면에 법 제3조에 의하여 발생하는 기본권제한의 효과 및 문화국가실현에 대한 불리한 효과가 현저하므로, 법 제3조는 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하여 법익의 균형성을 갖추지 못하고 있다.

재판관 한대현의 반대의견

이 사건 법률조항이 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라는

점에서는 다수의견과 견해를 같이 하나, 우리 현실에 비추어 볼 때 아직까지는 과외교습을 전면 허용할 것이 아니고 일정부분 규제할 필요가 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 바로 위헌선언을 할 것이 아니라 헌법불합치결정을 함으로써 입법자로 하여금 국민의 기본권을 가능한 한 적게 침해하면서도 과외교습을 둘러싼 폐단을 제거할 수 있는 새로운 수단을 마련하도록 하는 것이 타당하다.

재판관 정경식의 반대의견

이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하고, 단속의 필요성도 인정되나, 이 법률조항의 위헌성은 과외교습의 규제방식이 기본권제한입법의 체계와 방식을 제대로 갖추고 있지 못한 데에 있는 것이며, 과외교습의 폐단이 여전히 극심하여 이를 규제하여야 할 필요성과 당위성이 인정되는 현재의 상황에서 이 사건 법률조항의 효력을 소멸시켜 과외교습을 전면적으로 허용하는 것이 곧 합헌적 상태를 실현하는 것이라 볼 수 없다. 그러므로 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 것이 아니라, 입법자가 광범위한 국민적 합의를 거쳐 합리적인 범위에서 과외교습을 규제할 수 있도록 하고 과외교습이 전혀 규제되지 않는 상황을 피하기 위하여 새로운 입법이 이루어질 때까지는 이 사건 법률조항을 잠정적으로 적용하도록 하는 헌법불합치결정을 하는 것이 바람직하다.

재판관 이영모의 반대의견

과외교습은 학교교육에 종속된 보충교육으로서 학교교육의 공공성을 침해하는 경우 국가는 학교교육의 정상화를 위하여 재량적으로 이를 규제할 수 있고, 그 규제입법의 위헌심사기준은 입법형성의 합리성이다.

다수의견이 이를 금지함으로써 비례성원칙에 반한다고 지적하고 있는 친척이나 이웃집 가정주부의 교습, 뛰어난 예술인의 개인 과외교습 등은 이를 허용할 경우 교습행위의 은밀성으로 인하여 입법목적 달성에 어려움이 있고, 그러한 개인교습이 학교교육의 공공성을 해하지 않는다는 보장도 없다. 과외교습 금지로 인한 공익을 고려할 때 이들이 개인 과외교습을 못함으로써 불이익을 받는다 하

더라도 범익간에 균형을 잃는 것도 아니다. 초등학생의 학교 교과목에 대한 과외교습 금지는 그것이 초등학생에게 신체적·정서적·교육적으로 바람직하지 않은 영향을 미칠 수 있기 때문이다.

결국, 이 사건 법률조항은 국가와 학부모의 공동과제인 자녀의 학교교육과 학부모가 결정하는 사교육의 한 부분인 과외교습과의 조화를 꾀하기 위한 입법으로서 합리성을 벗어난 것으로 인정되지 아니한다.

이 사건 법률조항이 원칙적인 금지와 예외적인 허용이라는 규율형식을 취하고 있으나, 실질적으로 이 법에서 허용되는 과외교습은 학습이 부진한 학생들로 하여금 이를 보충하는 데 모자람이 없는 한편, 사회적 폐해의 소지가 현저하고 부작용이 보다 높은 개인의 과외교습에 한하여 금지되고 있을 뿐이다.

따라서, 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성 및 수단의 합리성을 갖춘 입법으로서 과외교습자와 학부모, 학습자의 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니므로 합헌이다.

【심판대상조문】

학원의 설립·운영에 관한 법률(1995. 8. 4. 법률 제4964호로 전문개정된 이후의 것) 제3조(과외교습)

학원의 설립·운영에 관한 법률(1995. 8. 4. 법률 제4964호로 전문개정된 이후의 것) 제22조(벌칙)

【참조조문】

헌법 제10조, 제15조, 제31조, 제34조 제1항, 제36조 제1항, 제37조 제1항 및 제2항, 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호

학원의 설립·운영에 관한 법률 제2조

【참조판례】

[1] 헌재 1995. 2. 23. 91헌마204 결정; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 결정

[2] 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27 결정; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 결정; 헌재 1994. 2. 24./23. 헌마192 결정

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원 (98헌가16)

청 구 인 (98헌마429) 김○진 외 4인 (대리인 변호사 정○승 외 1인)

【당해사건】 서울지방법원 98고단7799 학원의 설립·운영에 관한 법률 위반

【주 문】

학원의 설립·운영에 관한 법률 제3조, 제22조 제1항 제1호(각 1995. 8. 4. 법률 제4964호로 전문개정된 이후의 것)는 「헌법」에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 98헌가16 사건

청구의 이○선은 서울지방법원에 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 위반으로 공소제기되었는데(98고단7799), 그 공소사실의 요지는 ‘피고인은 “○○교육”의 대표로서, 1995. 12. 초순경부터 1997. 10. 16.경까지 사이에 피씨(P. C) 통신업체인 천리안, 미래텔에 개설한 “○○방”을 통하여 회원으로 가입한 2,415명으로부터 약 374,000,000원을 받고 수천회에 걸쳐 문제를 내고 질의·응답하는 방식으로 과외교습을 하고, 1997. 7. 초순경부터 같은 해 10.경까지 사이에 공소외 박○만 등 지도교사로 하여금 교습비를 내고 가입한 회원의 집을 방문지도하게 하는 방식으로 과외교습을 함으로써 위 법률 제22조 제1항 제1호, 제3조에 위반하였다’는 것이다.

위 법원은 그 소송계속 중 1998. 11. 10. 위 이○선에게 적용될 학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호, 제3조에 헌법위반의 의심이 있다고 하여 직권으로 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(2) 98헌마429 사건

청구인들은 전문음악인들로서 그중 청구인 김○진은 작곡 전공, ○○대학교 음악대학 명예교수 겸 사단법인 한국음악협회 이사장이고, 청구인 신○정은 피아노연주 전공, ○○대학교 음악대학장이고, 청구인 박○길은 성악 전공, ○○대학교 음악대학 교수 겸 국립오페라단 단장이고, 청구인 이○영은 첼로연주 전공, ○○대학교 음악교수 겸 실내악단 비하우스 대표이고, 청구인 김○은 바이올린 연주 전공, ○○대학교 음악대학교수 겸 실내악단 바로크합주단 대표이다.

청구인들은 음악에 재능이 있는 어린이들에 대한 과외교습을 금지하는 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제3조와 과외교습에 대한 처벌을 규정한 위 법률 제22조 제1항 제1호가 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제3조, 제22조 제1항 제1호(각 1995. 8. 4. 법률 제4964호로 전문개정된 이후의 것. 이하 위 법률을 '법'이라고 하고, 이들 조항을 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 「헌법」에 위반되는지 여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련규정들의 내용은 다음과 같다.

법 제3조(과외교습) 누구든지 과외교습을 하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 학원 또는 교습소에서 기술·예능 또는 대통령령이 정하는 과목에 관한 지식을 교습하는 경우
2. 학원에서 고등학교·대학 또는 이에 준하는 학교에의 입학이나 이를 위한 학력인정에 관한 검정을 받을 목적으로 학습하는 수험준비생에게 교습하는 경우
3. 대학·교육대학·사범대학·전문대학·방송통신대학·개방대학·기술대

학 또는 개별 법률에 의하여 설립된 대학 및 이에 준하는 학교에 재적 중인 학생(대학원생을 포함한다)이 교습하는 경우

※1997. 1. 13. 법률 제5272호로 제3호에 “기술대학”이 삽입되었고, 1999. 1. 18. 법률 제5634호로 제2호 후단에 규정되어 있던 “이 경우 중학교·고등학교 및 이에 준하는 학교의 재학생에 대하여는 교육부장관이 정하는 기간에 한한다”가 삭제되었다.

위 각 개정은 조항의 내용에 실질적으로 별 변동을 초래하지 않으므로 심판의 대상은 1999. 1. 18. 개정이후 현행법까지 모두 포함하는 것으로 봄이 상당하다. 따라서, 심판의 대상을 1995. 8. 4. 법률 제4964호로 전문개정된 이후의 법률로 한다.

법 제22조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 과외교습을 한 자
2. 3. 생략

② 생략

법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “학원”이라 함은 사인이 대통령령이 정하는 수 이상의 학습자에게 30일 이상의 교습과정(교습과정의 반복으로 교습일수가 30일 이상이 되는 경우를 포함한다. 이하 같다)에 따라 지식·기술(기능을 포함한다. 이하 같다)·예능을 교습하거나, 30일 이상 학습장소로 제공되는 시설로서 다음 각목의 1에 해당하지 아니하는 시설을 말한다.

가. 「교육법」 기타 법령에 의한 학교

나. 도서관 및 박물관

다. 사업장 등의 시설로서 소속직원의 연수를 위한 시설

라. 「사회교육법」 제21조의 규정에 의하여 설치된 사회교육시설

마. 「사회교육법」 제26조의 규정에 의하여 학교에 부설한 시설

바. 「근로자직업훈련촉진법」에 의한 직업능력개발훈련시설 기타 사회교육에 관한 다른 법률에 의하여 설치된 시설

2. “교습소”라 함은 제3조 제1호의 규정에 의한 과외교습을 하는 시설로서 학원이 아닌 시설을 말한다.
3. “과외교습”이라 함은 초등학교·중학교·고등학교 또는 이에 준하는 학교의 학생이나 학교입학 또는 학력인정에 관한 검정을 위한 수험준비생에게 지식·기술·예능을 교습하는 행위를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 제외한다.
 - 가. 제1호 각목의 규정에 의한 시설에서 그 설치목적에 따라 행하는 교습행위
 - 나. 동일호적 내의 친족이 하는 교습행위
 - 다. 대통령령이 정하는 봉사활동에 속하는 교습행위
4. “학습자”라 함은 학원 또는 교습소에서 학습을 받거나 30일 이상 학습장소로 제공되는 시설을 이용하는 자를 말한다.

학원의 설립·운영에 관한 법률 시행령 제2조(정의 등) ① 생략

② 법 제2조 제1호에서 “대통령령이 정하는 수 이상”이라 함은 같은 시간에 교습을 받거나 학습장소로 이용할 수 있는 인원이 10인(자동차운전에 관한 내용을 교습하는 학원의 실기·실습의 경우에는 2인) 이상인 경우를 말한다.

위 시행령 제3조(과외교습에 해당하지 아니하는 교습행위 등) ① 생략

② 법 제3조 제1호에서 “대통령령이 정하는 과목”이라 함은 초등학교·중학교 및 고등학교의 모든 교육과정에 포함되어 있지 아니한 교과를 말한다.

2. 위헌제청이유와 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 위헌제청이유

이 사건 법률조항은 학문과 예술의 자유(헌법 제22조 제1항), 교육을 받을 권리(제31조 제1항), 직업선택의 자유(제15조), 행복추구권(제10조) 등을 제한하면서, 현직교사의 과외교습 금지와 같이 병리현상이 예상되는 경우에 한하여 예외적으로 기본권을 제한하는 방법을 선택하지 아니하고, 이와는 반대로 원칙적으

로 모든 과외교습행위를 금지하여 그에 위반된 경우 형사처벌을 하도록 하고, 예외적으로 일정한 요건에 해당하는 과외교습행위만을 적법한 것으로 취급하였다. 그 결과 비난할 여지가 없거나 바람직한 과외교습행위까지도 예외적 요건에 해당하지 않는 한 모두 범죄행위로 되었는데, 이는 헌법 제37조 제2항이 규정한 과잉금지의 원칙에 위반되고, 나아가 위 「헌법」상 기본권의 본질적 내용을 침해하였다.

국가는 공적 부문에서만 아니라 사적 부문에서도 가르치고 배우는 것을 장려하고 보호해야 할 것인데, 이 사건 법률조항이 사적 부문의 가르치고 배우는 행위를 원칙적으로 금지하는 것은 국가를 사교육에 대한 보호자가 아닌 압제자로 작용하게 한다. 과외교습에 따른 일부 사회병리현상을 해결하기 위하여 사교육의 영역을 원칙적으로 포기하는 것은 무한경쟁의 시대를 살고 있는 국민의 능력개발에 커다란 장애가 되고, 문화국가의 이념에 배치되며, 자유민주국가에서는 도저히 받아들일 수 없는 철학에 기초하고 있다. 이는 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게” 하여야 한다는 헌법 전문의 정신에도 위반된다.

나. 청구인들의 주장

(1) 적법요건에 대하여

청구인들은 1998. 10.에 들어와서 학생들의 레슨요청을 받아 지도해 주려다가 이 사건 법률조항으로 인하여 합법적으로 교습을 해 줄 수 없다는 사실을 알게 되어 이 사건 헌법소원심판청구를 하게 된 것이므로 적법요건을 갖추었으며 청구기간이 도과되지 않았다.

(2) 본안에 대하여

(가) 이 사건 법률조항은 「헌법」 제37조 제2항에 위반하여 청구인들의 행복추구권(헌법 제10조), 학문과 예술의 자유(제22조 제1항)를 침해하고, 교육을 받을 권리(제31조 제1항)에 관한 헌법규정과 제23조의 재산권 행사의 공공복리 적합성에도 위배된다.

(나) 스스로의 시간, 자금, 노력으로 지식과 아이디어를 얻겠다는 노력을 불

법시하는 것은 타당하지 않으며, 학교교육 외에 사교육에 의하여 수월성을 추구하는 것을 금지하는 것은 「헌법」 제10조의 행복추구권 보장규정에 위배된다.

이 사건 법률조항에 의한 정규교육외 사교육의 원칙적 금지는 우리나라를 오늘날의 세계적 지식과 문화의 경쟁에서 낙후되게 할 것이며, 학습의 장소를 굳이 법이 정하는 학원, 교습소의 영업장소로 제한하여야 할 합리적 이유를 찾을 수 없다. 학습의 장소와 자격 등을 국가가 규제함으로써 국민의 지식, 예술의 발현을 통제, 관리하는 것은 헌법정신에 반한다.

(다) 이 사건 법률조항을 그대로 두는 한 우리나라에서는 도제교육이 불가능하여 우수한 연주를 배출할 수 없고, 전문음악가가 되기 위해서는 외국으로 나갈 수 밖에 없다.

(라) 어린이에게 교육투자를 많이 한다고 하여 그 어린이가 남보다 뛰어나게 된다는 논리는 입증되지 않았으며 설령 그로 인한 불공평이 있다 하더라도 그 불공평을 학교, 학원, 교습소 이외의 배움 자체를 금지하는 방법으로 해소하는 것은 타당하지 않다. 또 일부 고액과외의 폐단이 있다고 하여 국민의 가정경제가 파탄된다고 보거나, 청소년들의 정상적 성장이 저해된다고 일반화하는 것은 타당하지 않으며, 국가가 가격통제의 방법으로 레슨을 금지하고 학교, 학원, 교습소를 규격화하는 것은 정당화될 수 없다.

(마) 입시부정, 교수 등의 본업에의 불충실, 남의 궁박을 이용하는 부당이득자, 탈세 등의 행위에 대하여는 입시제도를 개선하고, 엄격한 처벌과 제재에 의한 법의 지배를 확립함으로써 대처할 것이지 이러한 폐단을 막기 위하여 수월성의 추구하고 가르치고 배우는 자유를 희생시키는 것은 본말이 전도된 것이다.

(바) 부모가 어린 자녀를 교육시키고 스승이 이를 가르치는 자유는 다른 사람의 자유나 권리와 충돌하지 않는 가장 평화로운 자유이다. 세계적으로 유례를 볼 수 없는 배우고 가르치는 자유, 예술을 키우는 자유를 공격하는 악평등주의의 이 사건 법률조항은 위헌이다.

다. 교육부장관의 의견

(1) 적법요건에 대하여

(가) 청구기간

법은 「사설강습소에 관한 법률」이 1995. 8. 4. 법률 제4964호로 전문개정된 것이다. 이 사건 헌법소원은 법 시행일로부터 「헌법재판소법」 제69조 제1항의 심판청구기간이 도과한 뒤에 심판청구한 것이다.

(나) 직접성, 자기관련성 등

이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들이 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받고 있다고 할 수 없다.

청구인들은 불특정한 영재아의 기본권침해 가능성을 주장하나, 이 부분은 기본권 침해의 자기관련성이 없다.

또, 청구인들은 현직 대학교수 또는 명예교수로서 「국가공무원법」 제64조의 영리업무 및 겸직금지조항 및 「사립학교법」 제55조의 준용규정에 의하여 학원이나 교습소의 설립·운영 또는 기타 영리를 위한 행위 등에의 종사에 제한을 받고 있으므로 위 규정들에 대한 위헌제청신청 또는 헌법소원을 먼저 거쳤어야 한다. 그와 같은 절차를 거치지 않고 바로 이 사건 법률조항에 대하여 한 이 사건 헌법소원은 부적법하다.

(2) 본안에 대하여

(가) 우리 「헌법」에서는 학교교육과 재가교육중 양자택일할 권리가 인정되지 않는다고 볼 것이므로 재가교육의 일종인 과외교습을 받을 권리는 인정되지 아니한다.

또 과외교습을 교육을 받을 권리에 포함된다고 하여 이를 허용할 경우 부모의 경제상태에 따라 교육의 기회에 차별이 생길 것이므로 「헌법」 제31조 제1항의 “능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리”를 보장할 수 없게 된다.

(나) 과외는 그 효과가 별로 없는 반면 많은 폐해를 야기한다. 과외의 폐단 으로서는 학생들이 자주적 학습태도를 결여하고 의존적 성격을 형성하게 된다는 점, 과도한 과외수업으로 인하여 건전한 신체적, 정서적 성장을 기대할 수 없게 되고, 경쟁의식으로 인하여 협동심, 공동체의식을 기를 수 없게 되는 점, 학교에서는 교사와 학생 모두가 학교교육을 소홀히 하여 학교교육이 황폐화되게 된다는 점, 가정에서는 특히 저소득층의 가정경제에 피해를 주고 사회구성원간에 위

화감을 조성한다는 점, 음악교습의 경우 입시부정이 있는 점 등이 있다. 이 사건 법률조항은 이러한 폐단의 해소, 학교교육의 정상적 발전, 건전한 범질서의 확립을 위하여 마련된 것으로서 「헌법」 제37조 제2항의 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 자유의 제한에 해당한다.

(다) 법에서 제한하는 과외교습은 고액의 개연성이 강하고 사회문제를 일으킬 소지가 큰 일반인(현직교사, 학원강사 등)에 의한 것에 한정되고, 학교에서의 보충수업, 친족에 의한 과외교습, 대학생이나 대학원생의 과외교습, 학원수강, 교습소에서의 예능교습 등은 허용되는 것이므로 기본권을 지나치게 제한하였다고 할 수 없고, 가정주부 등의 과외교습을 허용할 경우 과외의 은밀성과 부모의 이기심으로 인하여 학원강사 등의 불법과외 성행을 방지하기 어렵게 된다. 또 과외금지로 인한 공익을 고려할 때 과외금지로 인하여 과외를 하지 못하는 가정주부 등이 불이익을 받는다 하더라도 법익의 균형성을 잃지 않는 것이다. 결국 법에 의한 과외금지는 규제의 합리성을 가지고 있고 과외금지원칙에 어긋나지 아니한다.

(라) 고액과외는 사회질서유지 및 공익에 유해한 것이고, 교육받을 권리에 있어서의 기회균등원칙에 위배되는 것이므로 과외교습금지는 “모든 사회적 폐습과 불의를 타파”할 것을 규정한 헌법전문에 부합하는 것이다.

(마) 과외교육은 주입식교육으로서 학생들의 문제해결능력, 사고력, 창의력발달을 오히려 저해하는 경향이 있으므로 과외교습금지가 사교육에 대한 압제나 국제화시대의 국민능력개발에 장애가 된다거나 문화국가이념에 배치된다고 할 수 없다.

라. 법무부장관의 의견

대체로 교육부장관의 의견과 같다

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단(98헌마429)

법령에 대한 헌법소원은 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하나(헌법재판소법 제69조 제

1항, 제68조 제1항), 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

이 사건 법률조항은 1995. 8. 4. 법률 제4964호로 전문개정되어 1996. 1. 1.부터 시행되었고, 청구인들은 법 시행당시 이미 전문음악인들이었던 것으로 인정되므로 “사유발생일”을 언제로 볼 것인가가 문제된다.

청구기간의 기산점을 판단함에 있어서, 일반인을 수범자로 하는 금지규정과 형벌규정을 둔 법이 시행되는 경우 법시행과 동시에 모든 사람에게 대하여 바로 법률에 해당하는 사유가 발생하였다고 볼 것은 아니며, 심판청구인에 대한 구체적, 현실적인 침해사유가 있어야 비로소 법률에 해당하는 사유가 발생하였다고 할 것이다. 다만, 기본권 보장의 실효성을 높이기 위해서 구체적 기본권의 침해가 있기 전이라도 그 침해가 확실히 예상될 때에는 미리 헌법소원을 청구할 수 있다고 본다. 즉, 현재성이 인정될 수 있다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250 참조).

이 사건 법률조항의 수범자는 일반인이며, 사실상 관련이 있는 직업군도 범위를 정하여 특정하기 곤란하다. 과거 청구인들과 같은 전문음악인들 중에는 과외교습을 하는 이들이 다수 있었음에 틀림없으나 이것이 직업의 성격상 당연한 것이라고 일반화 할 수는 없다. 그러므로 청구인들이 법 시행당시 혹은 그 후에 실제로 과외교습을 하였다는 자료가 없는 이상 법률에 해당하는 구체적, 현실적 사유발생은 아직 없었다고 할 것이므로 청구기간은 도과하지 않았다고 판단된다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 750; 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 676 참조).

다만 청구인들의 헌법소원이 적법하기 위해서는 기본권침해의 법적관련성, 즉 자기관련성, 현재성, 직접성을 갖추어야 할 것이므로 이와 같은 법적관련성을 갖추었는지 본다.

청구인들은 예능의 과외교습을 받고자 하는 아동, 학생들을 가르치기를 희망하고 있고 과외교습을 할 수 있는 객관적 여건도 갖추고 있으나, 이를 금지하고 있는 이 사건 법률조항 때문에 과외교습을 자유롭게 할 수 있는 자유를 제한받

고 있음을 인정할 수 있다. 한편, 이 사건 법률조항에서는 금지하는 과외교습을 행한 경우에 형벌을 부과하도록 규정하고 있으므로 별도의 집행행위를 기다릴 것 없이 법률에 의하여 바로 과외교습을 하지 않을 의무를 직접 부담하고 있다. 청구인들중 일부는 대학교수로서 「국가공무원법」 제64조의 영리업무 및 겸직 금지조항 및 「사립학교법」 제55조의 준용규정에 의하여 과외교습을 자유로이 할 수 없는 제한을 받고 있기는 하지만 이 사건 법률조항에 의한 제한도 중첩적으로 받고 있으므로 위 조항들은 이 사건 법률조항에 관한 청구인들의 법적관련성에 영향을 미치지 않는다.

그렇다면, 기본권침해의 자기관련성, 현재성, 직접성은 모두 갖추어졌다 할 것이므로, 이 사건 심판청구는 적법하다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 「헌법」의 교육이념

(가) 부모의 자녀교육권

「헌법」 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 하여 혼인 및 그에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활공동체인 가족생활이 국가의 특별한 보호를 받는다는 것을 규정하고 있다. 이 헌법규정은 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 주관적 방어권으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐이 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인·가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다.

혼인과 가족의 보호는 「헌법」이 지향하는 자유민주적 문화국가의 필수적인 전제조건이다. 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 하고, 사회의 자율영역은 무엇보다도 바로 가정으로부터 출발하기 때문이다. 「헌법」은 가족제도를 특별히 보장함으로써, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유와 같이 문화국가의 성립을 위하여 불가결한 기본권의 보장과 함께, 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가를 실현하기 위한 필수적인 조건을 규정한 것이다. 따라서 「헌법」은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에

의하여 획일화·평준화되고 이념화되는 것으로부터 보호하고자 하는 것이다.

그런데 가족생활을 구성하는 핵심적 내용중의 하나가 바로 자녀의 양육과 교육이다. 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모가 자녀의 교육에 관하여 스스로 자유롭게 독자적으로 결정할 수 있는 경우에만, 가족은 자유민주적 문화국가에서의 자녀의 양육 및 교육이란 과제를 이행할 수 있고, 문화국가가 요구하는 교육의 다양성을 보장할 수 있다.

‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 「헌법」에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 「헌법」 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 「헌법」 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 「헌법」에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 「헌법」 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 헌법재판소는 부모의 중등학교선택권을 제한한 것과 관련하여 “부모는 아직 성숙하지 못하고 인격을 닦고 있는 초·중·고등학생인 자녀를 교육시킬 교육권을 가지고 있으며, 그 교육권의 내용 중 하나로서 자녀를 교육시킬 학교선택권이 인정된다”고 판시한 바 있고(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 267, 274), 국정교과서제도와 관련된 사건에서도 학교교육에서 교사의 가르치는 권리는 “자연법적으로는 학부모에게 속하는 자녀에 대한 교육권을 신탁받은 것이고, 실정법상으로는 공교육의 책임이 있는 국가의 위임에 의한 것이다”고 밝힘으로써(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756) 이미 몇 개의 결정을 통하여 부모의 자녀교육권을 인정하였다.

부모의 자녀교육권은 다른 기본권과는 달리, 기본권의 주체인 부모의 자기 결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 기본권이다. 다시 말하면, 부모의 자녀교육권은 자녀의 행복이란 관점에서 보장되는 것이며, 자녀의 행복이 부모의 교육에 있어서 그 방향을 결정하는 지침이 된다.

부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가지며, 부모의 교육권은 다른 교육의 주체와의 관계에서 원칙적인 우위를 가진다. 한편, 자녀의 교육에 관한 부모의 ‘권리와 의무’는 서로 불가분의 관계에 있고 자녀교육권의

본질을 결정하는 구성요소이기 때문에, 부모의 자녀교육권은 '자녀교육에 대한 부모의 책임'으로도 표현될 수 있다. 따라서 자녀교육권은 부모가 자녀교육에 대한 책임을 어떠한 방법으로 이행할 것인가에 관하여 자유롭게 결정할 수 있는 권리로서 교육의 목표와 수단에 관한 결정권을 뜻한다. 즉, 부모는 어떠한 방향으로 자녀의 인격이 형성되어야 하는가에 관한 목표를 정하고, 자녀의 개인적 성향·능력·정신적, 신체적 발달상황 등을 고려하여 교육목적을 달성하기에 적합한 교육수단을 선택할 권리를 가진다. 부모의 이러한 일차적인 결정권은, 누구보다도 부모가 자녀의 이익을 가장 잘 보호할 수 있다는 사고에 기인하는 것이다.

(나) 교육에 대한 국가의 책임

그러나 부모는 「헌법」 제36조 제1항에 의하여 자녀교육에 대한 독점적인 권리를 부여받는 것은 아니다. 「헌법」 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있다. 교육을 받을 권리는 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구하고(헌법 제10조) 인간다운 생활을 영위하는데(헌법 제34조 제1항) 필수적인 전제이자 다른 기본권을 의미있게 행사하기 위한 기초이고, 민주국가에서 교육을 통한 국민의 능력과 자질의 향상은 바로 그 나라의 번영과 발전의 토대가 되는 것이므로, 「헌법」이 교육을 국가의 중요한 과제로 규정하고 있는 것이다.

「헌법」은 제31조 제1항에서 '교육을 받을 권리'를 보장함으로써 국가로부터 교육에 필요한 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리 및 각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리를 국민의 기본권으로서 보장하면서, 한편, 국민 누구나 능력에 따라 균등한 교육을 받을 수 있게끔 노력해야 할 의무와 과제를 국가에게 부과하고 있는 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집3, 11, 18-19; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 750-752 참조). '교육을 받을 권리'란, 국민이 위 헌법규정을 근거로 하여 직접 특정한 교육제도나 학교시설을 요구할 수 있는 권리라기 보다는 모든 국민이 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있는 교육제도를 제공해야 할 국가의 의무를 규정한 것이다. 즉, '교육을 받을 권리'란, 모든 국민에게 저마다의 능력에 따른 교육이 가능하도록 그에 필요한 설비와 제도를 마련해야 할 국가의 과제와 아울러 이를 넘어 사회

적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 국가의 의무를 뜻한다.

이에 따라 국가는 다른 중요한 국가과제 및 국가재정이 허용하는 범위내에서 민주시민이 갖추어야 할 최소한의 필수적인 교육과정을 의무교육으로서 국민 누구나가 혜택을 받을 수 있도록 제공해야 한다. 「헌법」 제31조 제2항 및 제3항은 이에 상응하여 국가가 제공하는 의무교육을 받게 해야 할 ‘부모의 의무’ 및 ‘의무교육은 무상임’을 규정하고 있다. 특히 같은 조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”고 함으로써 학교교육에 관한 국가의 권한과 책임을 규정하고 있다. 위 조항은 국가에게 학교제도를 통한 교육을 시행하도록 위임하였고, 이로써 국가는 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여받았다. 따라서 국가는 「헌법」 제31조 제6항에 의하여 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한, 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 가지고 있다.

학교교육의 영역에서도 부모의 교육권이 국가의 교육권한에 의하여 완전히 배제되는 것은 아니다. 학교교육을 통한 국가의 교육권한은 부모의 교육권 및 학생의 인격의 자유로운 발현권, 자기결정권에 의하여 헌법적인 한계가 설정된다. 그러나 학교교육에 관한 한, 국가는 「헌법」 제31조에 의하여 부모의 교육권으로부터 원칙적으로 독립된 독자적인 교육권한을 부여받았고, 따라서 학교교육에 관한 광범위한 형성권을 가지고 있다. 그러므로 국가에 의한 의무교육의 도입이나 취학연령의 결정은 헌법적으로 하자가 없다(헌재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173 참조). 학교제도에 관한 국가의 규율권한과 부모의 교육권이 서로 충돌하는 경우, 어떠한 법익이 우선하는가의 문제는 구체적인 경우마다 법익형량을 통하여 판단해야 하는데, 자녀가 의무교육을 받아야 할지의 여부와 그의 취학연령을 부모가 자유롭게 결정할 수 없다는 것은 부모의 교육권에 대한 과도한 제한이 아니다. 마찬가지로 국가는 교육목표, 학습계획, 학습방법, 학교제도의 조직 등을 통하여 학교교육의 내용과 목표를 정할 수 있는 포괄적인 규율권한을 가지고 있다.

(다) 부모의 교육권과 국가의 교육책임과의 관계

위에서 본 바와 같이, 자녀의 교육은 「헌법」상 부모와 국가에게 공동으

로 부과된 과제이므로 부모와 국가의 상호연관적인 협력관계를 필요로 한다. 자녀의 교육은 일차적으로 부모의 권리이자 의무이지만, 「헌법」은 부모외에도 국가에게 자녀의 교육에 대한 과제와 의무가 있다는 것을 규정하고 있다. 국가의 교육권한 또는 교육책임은 무엇보다도 학교교육이라는 제도교육을 통하여 행사되고 이행된다. 자녀에 대한 교육의 책임과 결과는 궁극적으로 그 부모에게 귀속된다는 점에서, 국가는 제2차적인 교육의 주체로서 교육을 위한 기본조건을 형성하고 교육시설을 제공하는 기관일 뿐이다. 따라서 국가는 자녀의 전반적인 성장과정을 모두 규율하려고 해서는 아니되며, 재정적으로 가능한 범위내에서 피교육자의 다양한 성장과 능력이 자유롭게 발현될 수 있는 학교제도를 마련하여야 한다.

따라서 자녀의 양육과 교육에 있어서 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 하며, 다만, 학교교육의 범주내에서는 국가의 교육권한이 헌법적으로 독자적인 지위를 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.

(라) 「헌법」 제31조와 사교육과의 관계

「헌법」은 자유권적 기본권의 보장을 통하여 개인이 자유를 행사함으로써 필연적으로 발생하는 사회내에서의 개인간의 불평등을 인정하면서, 다른 한편, 사회적 기본권의 보장을 통하여 되도록 국민 누구나가 자력으로 자신의 기본권을 행사할 수 있는 실질적인 조건을 형성해야 할 국가의 의무, 특히 「헌법」 제31조의 '교육을 받을 권리'의 보장을 통하여 교육영역에서의 기회균등을 이룩할 의무를 부과하고 있다. 따라서 「헌법」 제31조의 '능력에 따라 균등한 교육을 받을 권리'는 국가에 의한 교육제도의 정비·개선 외에도 의무교육의 도입 및 확대, 교육비의 보조나 학자금의 융자 등 교육영역에서의 사회적 급부의 확대와 같은 국가의 적극적인 활동을 통하여 사인간의 출발기회에서의 불평등을 완화해야 할 국가의 의무를 규정한 것이다. 그러나 위 조항은 교육의 모든 영역, 특히 학교교육 밖에서의 사적인 교육영역에까지 균등한 교육이 이루어지도록 개인이 별도로 교육을 시키거나 받는 행위를 국가가 금지하거나 제한할 수 있는 근거를 부여하는 수권규범이 아니다. 오히려 국가는 「헌법」이 지향하는 문화국가이념에 비추어, 학교교육과 같은 제도교육외에 사적인 교육의 영역에서도

사인의 교육을 지원하고 장려해야 할 의무가 있는 것이다. 경제력의 차이 등으로 말미암아 교육의 기회에 있어서 사인간에 불평등이 존재한다면, 국가는 원칙적으로 의무교육의 확대 등 적극적인 급부활동을 통하여 사인간의 교육기회의 불평등을 해소할 수 있을 뿐, 과외교습의 금지나 제한의 형태로 개인의 기본권 행사인 사교육을 억제함으로써 교육에서의 평등을 실현할 수는 없는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항의 내용

(가) 이 사건 심판대상인 법 제3조는 몇가지의 예외적인 경우를 제외하고는 과외교습을 원칙적으로 금지하는 내용의 조항이고, 법 제22조 제1항 제1호는 법 제3조에 위반하여 과외교습을 한 자를 형사처벌한다는 내용의 형벌조항이다.

법 제3조에서 금지하는 ‘과외교습’이란, “초·중·고등학교 재학생과 학교입학 또는 학력인정의 검정을 위한 수험준비생(이하 ‘초·중·고등학생 등’이라 한다)에게 지식·기술·예능을 교습하는 행위”(법 제2조 제3호 본문)를 말한다.

그런데 초·중·고등학생 등을 대상으로 하는 과외교습행위라 하더라도 학교, 도서관, 박물관, 사업체의 직원연수시설, 사회교육시설, 학교부설시설, 기타의 사회교육시설에서 설치목적에 따라 행하는 교습행위, 동일 호적내의 친족이 하는 교습행위, 대통령령이 정하는 봉사활동에 속하는 교습행위는 ‘과외교습’의 개념에서 제외된다(법 제2조 제3호 단서). 또한 초·중·고등학생 등을 대상으로 하는 교습행위라고 정의하였으므로 미취학아동에게 국어, 영어, 예능 등을 교습하는 행위는 과외교습 개념에서 제외된다. 그러나 교습하는 내용 또는 분야에 대해서는 학교교과목으로 한정하거나 특정 분야들을 명시함이 없이 “지식·기술·예능”을 교습하는 행위라고 하였으므로, 교습내용 또는 분야는 한정되지 않는다.

(나) 법 제3조는 학습자가 초·중·고등학생 등인 경우에 한하여 학교교육 밖에서 가르치고 배우는 행위를 원칙적으로 금지한 다음, 그에 대한 예외로서 몇가지 유형을 특정하여 허용하고 있는데, 법 제3조의 구체적인 규율내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 초·중·고등학생 등에게 학원과 교습소에서 기술, 예능, 대통령령이 정하는 과목을 교습하는 행위는 허용된다(법 제3조 제1호). 여기서 “대통령령이 정하는 과목”이라 함은 초등학교·중학교 및 고등학교의 모든 교육과정에 포함

되어 있지 아니한 교과를 말한다. 이에 따라 법 제3조 제3호에 의하여 허용되는 대학(원)생의 과외교습을 제외하면, 기술, 예능, 학교교과목 이외의 지식에 대한 개인교습이 금지됨으로써, 일반인은 학원이나 교습소를 설립·운영하지 않고서는 초·중·고등학생 등을 대상으로 지식·기술·예능을 무료로도 가르칠 수 있는 길이 없다.

둘째, 학원에서 중·고등학생 등에게 교과목을 교습하는 행위는 허용된다(법 제3조 제2호). 이에 따라 법 제3조 제3호가 허용하는 대학(원)생의 개인교습을 제외하면, 중·고등학교 학생들에 대한 교과목의 학원외에서의 개인교습이 금지되며, 초등학교 학생들에 대하여는 교과목의 학원외에서는 물론 학원에서의 개인교습까지 모두 금지된다. 그러므로 예컨대 초등학교 3학년부터 교과목으로 채택된 영어를 대학(원)생 이외의 사람이 해당학년 초등학생에게 가르치는 행위, 보충학습학원·속셈학원·웅변학원 등에서 초등학생에게 국어, 수학 등의 교과목을 교습하는 것 등은 모두 적법하지 않다. 또한 초·중·고등학생 등을 대상으로 학습지나 학습용 테이프를 판매한 뒤의 방문학습지도나, 전화, 팩스, 컴퓨터통신에 의한 교습도 금지된 교습의 범위에 들어간다.

셋째, 대학 등에 재적중인 대학생과 대학원생이 과외교습을 하는 것은 허용된다(법 제3조 제3호). 이 경우 교습과목에 대하여는 아무런 제한을 두고 있지 않으므로, 대학생과 대학원생은 초·중·고등학생 등에게 교과목·비교과목·기술·예능을 아무런 제한 없이 가르칠 수 있는 것으로 해석된다.

결국 대학(원)생을 제외한 개인은 학원이나 교습소의 설립을 통해서만 과외교습을 할 수 있고, 배우고자 하는 학생은 학원, 교습소에 가거나 대학(원)생을 통해서만 과외교습을 받을 수 있다는 것이 법 제3조의 핵심적인 규율내용이다.

(3) 이 사건 법률조항의 위헌여부

(가) 법 제3조에 의하여 제한되는 기본권

1) 헌법재판소는 「헌법」 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호에 의한 위헌법률심판절차에 있어서 규범의 위헌성을 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만이 아니라, 심판대상규범의 모든 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사한다. 법원의 위헌제청을 통하여 제한되는 것은 심판의 대상일뿐, 위헌심사의 기준이 아니다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680,

690). 마찬가지로 헌법소원심판의 청구가 적법하기 위해서는 청구인에 대한 기본권의 침해가능성이 존재해야 하지만, 일단 헌법소원이 적법하게 제기된 경우에는 헌법재판소는 본안판단을 함에 있어서 모든 헌법규범을 심사기준으로 삼음으로써 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상의 위헌성을 심사한다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마 172등, 판례집 9-2, 842, 862).

2) 법 제3조는 대학(원)생을 제외한 일반인이 과외교습을 직업으로 선택하고자 하는 경우에는 학원이나 교습소를 설립하여야 하는 제한을 가하고 있다. 따라서 법 제3조는 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 보장하는 기본권인 직업선택의 자유(헌법 제15조)를 제한하는 규정이다.

한편, 법 제3조는 학원이나 교습소가 아닌 장소에서 교습비의 유무상 여부 또는 그 액수의 다과를 불문하고 가르치는 행위를 금지하고 있다. 직업의 자유에 의하여 「헌법」상 보호되는 생활영역인 '직업'은 그 개념상 '어느 정도 지속적인 소득활동'을 그 요건으로 하므로, 무상 또는 일회적·일시적으로 가르치는 행위는 「헌법」 제15조의 직업의 자유에 의하여 보호되는 생활영역이 아니다. 이러한 성격과 형태의 가르치는 행위는 일반적 행동의 자유에 속하는 것으로서 「헌법」 제10조의 행복추구권에 의하여 보호된다.

3) 법 제3조는 비록 직접적으로는 과외교습을 하려는 교습자에게만 과외교습을 금지하고 있지만, 그 결과 실질적으로는 학습자의 위치에 있는 초·중·고등학생 등이 학교교육 밖에서 자유로이 배우는 행위를 제한함으로써 배우고자 하는 아동과 청소년의 행복추구권을 제한하고 있다. 행복추구권은 일반적인 행동의 자유와 인격의 자유로운 발현권을 포함하는데, 과외교습금지에 의하여 학생의 '인격의 자유로운 발현권'이 제한된다. 학습자로서의 아동과 청소년은 되도록 국가의 방해를 받지 아니하고 자신의 인격, 특히 성향이나 능력을 자유롭게 발현할 수 있는 권리가 있다.

아동과 청소년은 인격의 발전을 위하여 어느 정도 부모와 학교의 교사 등 타인에 의한 결정을 필요로 하는 아직 성숙하지 못한 인격체이지만, 부모와 국가에 의한 교육의 단순한 대상이 아닌 독자적인 인격체이며, 그의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 「헌법」 제10조에

의하여 보호된다. 따라서 「헌법」은 국가의 교육권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육에 관하여 스스로 결정할 권리, 즉 자유롭게 교육을 받을 권리를 부여한다. 이에 따라 아동은 학교교육외에 별도로 과외교습을 받아야 할지의 여부와 누구로부터 어떠한 형태로 과외교습을 받을 것인가 하는 방법에 관하여 국가의 간섭을 받지 아니하고 자유롭게 결정할 권리를 가진다.

4) 법 제3조에 의하여 제한되는 중요한 기본권은 부모의 자녀에 대한 교육권이다. 부모는 자녀의 교육과 관련하여 무엇이 자녀의 인격발전을 위하여 중요하고 필요한가를 결정할 수 있는 자율영역이 주어져야 함은 앞에서 본 바와 같고, 부모의 자녀에 대한 이러한 교육권은 천부적인 권리로서 「헌법」 제36조 제1항, 제10조, 제37조 제1항에서 파생하는 기본권이다. 따라서 과외교습금지를 규정한 법 제3조는 자녀교육에 대한 결정권인 부모의 교육권을 제한하는 규정이다.

5) 그러므로 법 제3조에 의하여 제한되는 기본권은, 배우고자 하는 아동과 청소년의 인격의 자유로운 발현권, 자녀를 가르치고자 하는 부모의 교육권, 과외교습을 하고자 하는 개인의 직업선택의 자유 및 행복추구권이다.

(나) 법 제3조의 위헌성

1) 법 제3조의 입법배경 및 입법목적

가) 우리나라에서 학력은 개인의 사회적·경제적 지위를 결정하는데 결정적인 영향을 미쳐 왔고, 국민의 자녀에 대한 높은 교육열은 자녀의 교육을 위하여 부모가 할 수 있는 모든 노력과 투자를 다해야 한다는 정서를 형성하였다. 한편, 국가의 수시로 바뀌는 교육정책과 불충분한 교육투자로 말미암아 학교교육의 질과 여건이 국민의 기대수준에 미치지 못함에 따라 이를 사적으로 해결하려는 사교육에의 관심과 열기를 유발하게 되었고, 소득수준의 향상과 더불어 한정된 고등교육의 기회를 얻기 위한 경쟁은 날이 갈수록 치열해져서 대학입시를 둘러싼 과외교습경쟁이 과도한 지경에 이르렀던 것이 과외교습금지가 최초로 법제화된 1981년 당시의 상황이었다.

이러한 사회적 배경에서 「사실강습소에 관한 법률」(1981. 4. 13. 법률 제3433호로 개정된 것)이 1981. 4. 13. 개정·시행됨으로써 과외교습은 거의 전면적으로 금지되었다. 이 때부터 과외교습은 겉으로는 줄어들었으나 불법과외교습

이 적지아니 행하여졌고, 1989. 6. 16. 시행된 「학원의 설립·운영에 관한 법률」(1989. 6. 16. 법률 제4133호로 개정된 것이고, 이 때 위 법률의 명칭이 변경됨)에 의하여 초·중·고등학생 등의 학원과외교습과 대학(원)생 과외교습이 허용되면서 다시 증가하게 되어 1995. 8. 4. 같은 법률이 전문개정되면서 생긴 법 제3조가 입법될 당시의 제반여건은 1981년 이전의 상황과 별로 차이가 없었던 것으로 보인다.

이른바 학력제일주의의 사회구조, 한정된 고등교육의 기회, 학교에서 양질의 교육을 제공받기 어려운 상황에서, 사교육의 차이는 곧 입시경쟁에서의 경쟁능력의 차이를 의미하는 것이므로 사교육경쟁에서 뒤지는 자는 고등교육의 기회에 참여함에 있어서 불이익을 받게되어 장기적으로는 사회적·경제적 지위의 상대적 약화로 연결될 수 있는 것이었다.

과외교습의 과열경쟁은 학부모의 경제적 부담 외에도 여러 가지 부정적인 부작용을 초래하였는데, 즉, 학생의 측면에서 창의성과 자기주도적인 학습능력의 결여, 학교교육 밖에서의 경쟁의 과열화로 인한 학교교육의 부실화 또는 황폐화, 경제적인 이유로 과외교습을 할 수 없는 부모와 자녀의 경우 교육경쟁에서의 불리함과 상대적 박탈감 등과 아울러 낭비적인 인적, 물적 투자가 국민경제의 관점에서 바람직하지 않다는 점 등이다.

나) 이러한 과열과외교습을 해소하는 근본적이고 바람직한 방법은, 학력제일주의의 사회적 구조를 개선하여 능력이 중시되는 사회를 만들고, 많은 재정투자를 통하여 학교교육의 환경을 개선하여 교육의 질을 높이며, 고등교육기관을 균형있게 발전시킴과 아울러 평생교육제도를 확충하고, 특히 대학입학제도를 개선하여 과외교습 수요를 감소시키는 것이라 할 것이다. 그러나 교육에 관련된 이러한 문제는 모든 사회현상과 서로 밀접하게 연관되어 있는 것이므로 짧은 시간 안에 개선되기를 기대하기는 어려운 것이다. 이미 오래 전부터 대학입시를 둘러싼 사교육의 과열경쟁이 사회의 병리적 현상으로 되었고, 학부모 또한 이러한 병리적 현상을 스스로 인식하면서도 이를 배척하거나 극복하려고 하기 보다는 오히려 자기자녀의 이익만을 위하여 이에 편승함으로써 사회적 병리현상이 심화되는데 기여하는 주역이자 동시에 이로 인한 희생자가 되었다.

이러한 사회적 배경에서 볼 때, 법 제3조에서 과외교습을 원칙적으로 금지한 것은 당장의 현실적인 폐해가 너무 커서 이를 장기간 방치하기 어려운 상

황에서 입학시험과 관련하여 발생하는 과열된 사교육경쟁을 방지하고 이로써 학교교육을 정상화하고, 다수 국민의 경제적 부담을 완화시키기 위하여 부득이하게 채택된 수단이라고 할 것이다.

그렇다면 법 제3조의 입법의 사회적 배경과 앞에서 본 규율내용에 비추어 볼 때, 그 입법목적은 고액과외교습을 봉쇄하여 과외교습경쟁에서의 과열을 방지함으로써 학교교육을 정상화하고, 비정상적인 과외교습경쟁이 초래하는 사교육기회의 차별을 최소화하며, 학부모의 경제적 부담을 덜어주고, 나아가 국가적으로도 비정상적인 교육투자로 인한 인적, 물질 낭비를 줄이자는 데 있다고 할 것이다.

2) 기본권제한의 한계로서의 비례의 원칙

과외교습을 금지하는 법 제3조의 위헌성여부에 관한 판단은 법 제3조가 달성하려는 입법목적에 의하여 부모의 자녀교육권 및 자녀의 인격발현권에 대한 제한이 정당화될 수 있는가에 달려 있다. 즉, 법 제3조에 의하여 제기되는 헌법적 문제는 교육의 영역에서의 자녀의 인격발현권·부모의 교육권과 국가의 교육책임의 경계설정에 관한 문제이고, 이로써 국가가 사적인 교육영역에서 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권을 어느 정도로 제한할 수 있는가에 관한 것이다. 이러한 측면에서 본다면, 과외교습을 직업으로서 자유롭게 선택할 수 있는 자유에 대한 제한은 오히려 부차적인 문제이다.

학교교육에 관한 한, 국가는 교육제도의 형성에 관한 폭넓은 권한을 가지고 있지만, 학교교육 밖의 사적인 교육영역에서는 국가의 규율권한에는 한계가 있다. 국가는 개인의 기본권을 보장해야 하므로 국가가 과외교습과 같은 사적으로 이루어지는 교육을 제한하는 경우에는 특히 자녀인격의 자유로운 발현권과 부모의 교육권을 존중해야 한다는 것이 그것이다. 즉, 부모에게는 제도교육이 충족시키지 못하는 자녀교육의 영역에서 부모의 특별한 소망이 실현될 수 있는 기회가 열려있어야 하며, 자녀에게는 국가의 간섭을 받음이 없이 사교육을 통하여 자신의 다양한 능력, 성향을 발전시킬 수 있는 기회가 보장되어야 한다.

그러나 부모의 교육권, 자녀의 인격발현권, 과외교습을 하고자 하는 자의 직업의 자유가 절대적 기본권이 아니므로 당연히 다른 기본권과 마찬가지로 「헌법」 제37조 제2항에 의한 제한을 받을 수 있다. 다만, 기본권을 제한하는

경우에는 법치국가적 요청인 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

3) 입법목적의 정당성과 수단의 적합성

가) 입법자가 헌법적으로 허용되는 정당한 목적을 추구하는 경우에만, 법 제3조에 의한 기본권의 제한은 허용될 수 있다. 법 제3조를 통하여 달성하고자 하는 입법목적이자 국민의 기본권에 대한 제한을 정당화하는 공익은, 위에서 확인한 바와 같이 지나친 고액과외교습을 봉쇄하여 과외교습경쟁의 과열을 방지함으로써 학교교육을 정상화하고, 비정상적인 과외교습경쟁으로 인한 학부모의 경제적 부담을 덜어주며, 국가적으로도 비합리적인 교육투자로 인한 인적, 물적 낭비를 줄이자는 것이다.

그런데 「헌법」은 재산권과 직업의 자유 등 기본권을 보장함으로써 개인이 경제적 자유를 행사한 결과 각자의 능력에 따라 경제적으로 어느 정도 불평등한 삶을 살 수 밖에 없다는 것을 당연한 전제로 하고 있고, 「헌법」이 부모의 자녀에 대한 교육권 및 재산의 자유로운 사용과 처분을 보장하는 재산권조항을 통하여 부모가 자신의 인생관·교육관과 경제적 능력에 따라 자녀의 교육을 위하여 서로 다른 정도의 금전적 부담을 하는 것을 당연히 보장하고 있다는 점에 비추어, 고액과외교습을 방지하여 사교육에서의 과열경쟁으로 인한 학부모의 경제적 부담을 덜어주고 나아가 국민이 되도록 균등한 정도의 사교육을 받도록 하려는 법 제3조의 입법목적도 과연 「헌법」이 허용하는 정당한 공익이 될 수 있는가에 대하여 강한 의문이 제기된다.

나) 개인의 경제적인 능력에 따라 '고액'의 개념에 대한 이해가 서로 다를 수 있기 때문에 경제력이 있는 자에게는 이른바 '고액과외교습'은 '고액'이 아닐 수 있으나, 저소득층에게는 법 제3조가 허용하는 학원과외교습도 '고액'일 수 있다. 국민 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체안에서 각자의 생활을 자신의 책임아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민이 우리 「헌법」의 인간상이라는 점에 비추어, 학부모 각자가 자신의 인생관·교육관 및 경제력에 따라 자녀의 사교육에 대하여 어느 정도 부담을 할 것인가를 스스로 결정하고 이에 대한 책임과 위험을 지게끔 하는 것이 「헌법」의 정신에 부합한다. 뿐만 아니라 모든 학생으로 하여금 교과목, 비교과목, 예술, 기술 등을 망라하는 모든 영역에서 오직 학원과 교습소를 통해서만 사교육을 받도록 규율함으로써 결국 누구나가 거의 같은 수준과 내용의 사적인 교육을 받게 하는 것

은, 창의와 개성, 최고도의 능력발휘를 교육의 이념으로 삼고 국민 개개인의 개별성과 다양성을 지향하는 「헌법」상의 문화국가원리에도 위배되는 측면이 없지 아니하다.

그러나 이미 위에서 본 바와 같이 사교육의 영역에 관한 한, 우리 사회가 불행하게도 이미 자정능력이나 자기조절능력을 현저히 상실했고, 이로 말미암아 국가가 부득이 개입하지 않을 수 없는 실정이므로 위와 같이 사회가 자율성을 상실한 예외적인 상황에서는 법 제3조가 의도하는 입법목적도 입법자가 ‘잠정적으로’ 추구할 수 있는 정당한 공익이라고 하겠다.

다) 수단의 적합성의 관점에서 보더라도 법 제3조가 학원·교습소·대학(원)생에 의한 과외교습을 허용하면서 그밖에 고액과외교습의 가능성이 있는 개인적인 과외교습을 광범위하게 금지하는 규제수단을 택하였고, 이러한 수단이 위 입법목적의 달성에 어느정도 기여한다는 점은 의문의 여지가 없다. 따라서 수단으로서의 적합성도 인정된다 하겠다.

4) 수단의 최소침해성과 범익의 균형성

가) 인류역사의 발전과 문화는 앞세대의 정신적 활동의 산물이 뒤세대로 이어짐으로써 비로소 그 뿌리를 내릴 수 있는 것이므로 가르치고 배우는 행위는 역사발전과 문화진보의 전제조건이다.

모든 개인은 배움을 통하여 저마다 타고난 소질을 계발하고 인격을 고양하며, 사회공동체에서 자립하여 생활할 수 있는 능력과 소양을 기른다. 그러므로 개인의 배움 자유와 권리는 국가공동체가 경제적·문화적으로 발전하기 위한 초석이며, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하면서 행복하고 인간다운 생활을 추구하기 위한 가장 중요한 기본권 중의 하나이다. 이 배움 자유는 교습자·교습내용·교습장소·교습비용 등을 자유로이 결정할 수 있는 권리를 그 내용으로 한다.

특히, 사교육의 영역은 앞서 본 바와 같이 사회의 자율영역으로서, 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권이 국가의 규율권한에 대하여 원칙적으로 우위를 차지한다. 사적으로 가르치고 배우는 행위 그 자체는 타인의 범익이나 공익을 침해하는 사회적으로 유해한 행위가 아니라 오히려 기본적으로 보장된 행위이자 문화국가가 장려해야 할 행위이다. 다만, 기본권의 행사과정에서 사회

적 위험이 발생하는 등 예외적인 경우에 한하여 국가가 개입하여 규율해야 할 필요가 있을 뿐인 것이다.

그러므로 입법자가 과외교습에 대한 규제를 하고자 하는 경우에는 비록 사회적으로 중대한 위험을 방지하기 위하여 과외교습을 제한하는 경우에도 입법 목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 존중하고 최소로 침해하는 수단을 선택해야 하고, 그 규제의 형식은 '원칙적인 금지'가 아닌 '반사회성을 띤 예외적인 경우'에 한하여 이를 금지하는 것으로 하여야 할 것이다.

나) 법 제3조의 주된 입법목적은 비정상적인 과외교습경쟁을 부추기고 과열시키며 사회적 폐단의 주된 원인이 되는 지나친 고액과외교습을 억제하고자 하는 것이다. 지나친 고액과외교습을 억제하기 위해서는 국가가 과외교습에 대한 가격통제를 해야 할 필요가 있고, 법 제3조는 가격통제의 방법으로서 학원이나 교습소에서의 과외교습만을 허용함으로써 학원이나 교습소의 등록을 통한 가격통제의 방법을 선택하였다. 즉, 입법자는 등록된 학원이나 교습소에서 과외교습이 공개적·양성적으로 이루어지는 경우에는 교습비용에 대한 통제가 용이하기 때문에 이를 허용하고, 한편 대학(원)생의 경우에는 개인적으로 과외교습이 이루어진다 하더라도 고액과외교습의 개연성이 상대적으로 적다고 판단하여 과외교습을 허용하면서, 다른 한편, 개인교습의 경우에는 국가가 이를 파악하는 것이 어렵고 이에 따라 교습비용에 대한 가격통제가 어렵다고 판단하여 이를 전면적으로 금지한 것으로 보인다.

즉, 입법자는 지나친 고액과외교습을 방지하기 위하여 모든 과외교습에 대하여 '원칙적인 금지와 예외적인 허용'이라는 방식을 채택하였고, 이로써 개인의 과외교습을 전면 금지하였다. 그 결과 '고액과외교습의 방지'라는 입법목적의 달성과 아무런 관련이 없는 교습행위, 즉 고액과외교습의 위험성이 없는 교습행위까지도 광범위하게 금지당하게 되었다.

구체적인 예를 살펴보면, 첫째, 고액과외교습은 과열된 사교육경쟁의 산물이며, 과열경쟁은 치열한 입시경쟁에 그 원인이 있으므로 입시경쟁과 관계없는 사교육의 영역, 즉 학교교과목이 아닌 분야의 지식, 예능, 기술의 영역에서 자기계발이나 취미, 여가의 활용 등의 목적으로 이루어지는 개인교습을 금지시키는 것은 입법목적 달성에 필요한 기본권제한의 범위를 넘는 제한이다.

둘째, 초등학생의 교과목 학원수강을 금지하는 것도 입법목적의 달성에 필요한 수단의 정도를 넘는 제한이다. 학원에서 이루어지는 과외교습이 법에 의하여 수강료의 통제를 받는 이상, 초등학생의 교과목 학원수강도 고액과외교습의 위험이 없기 때문이다.

셋째, 초·중·고등학생의 교과목 개인교습은 입시경쟁과 직접 또는 간접적으로 연관성이 있고 이에 따라 고액과외교습으로 변질될 개연성이 있기 때문에 비록 규율의 필요성이 있다고 하더라도, 일반인의 교과목 개인교습 중에는 친척이나 이웃집 가정주부가 저액의 비용을 받고 학생을 가르치는 행위, 특히 음악, 미술 등 예술의 분야에서 뛰어난 예술인이 적정한 교습비용을 받고 가르치는 행위, 컴퓨터통신을 통한 개인교습이나 학습지 등을 판매한 뒤 방문지도를 하는 행위 등과 같이 사회적 해악의 원인이 되지 않는 개인교습이 얼마든지 있을 수 있다.

다) 그럼에도 법 제3조는 과외교습이 그 성질에 비추어 반사회적인 것이 아닐 뿐만 아니라 기본권으로써 보장되는 행위이므로 이를 원칙적으로 허용하되 '반사회성을 띤 예외적인 경우'에 한하여 금지하도록 하여야 할 것임에도, 이를 '원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 방식'의 '원칙과 예외'가 전도된 규율형식을 취하고 있다. 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 규제의 편의성만을 강조하여 입법목적달성의 측면에서 보더라도 금지범위에 포함시킬 불가피한 이유가 없는 행위의 유형까지 광범위하게 포함시키고 있다. 따라서 입법자가 선택한 규제수단인 법 제3조는 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없다.

입법자가 이와 같이 '통제가 쉬운가' 하는 점만을 수단선택의 결정적인 기준으로 삼음으로써 학원과 교습소를 설립하지 않는 개인의 과외교습이 완전히 금지되었고, 그 결과 금지하는 행위의 범위가 넓어짐에 따라 국가가 법의 실효성을 유지하기 위하여 감시하고 적발해야 하는 불법과외교습의 범위 또한 확대되었다. 물론, 일반인에 의한 개인교습을 전면 금지하지 않으면 고액과외교습을 적발하기 위한 인력과 예산이 턱없이 부족한 상황에서 입법목적의 실효성을 거둘 수 없다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 인력과 예산의 부족이 중요한 기본권의 무분별한 제한을 허용하는 정당한 이유가 될 수 없다. 뿐만 아니라 불법과외교습은 그 자체가 파악하기 어렵고, 법에 의하여 광범위하게 금지된 과외교습

행위를 적발하기 위해서는 보다 많은 국가의 행정력이 투입되어야 한다는 것을 고려한다면, 법 제3조가 택한 입법수단은 입법목적은 달성하기 위하여 유일한 효율적인 수단이라고도 할 수 없는 것이다.

입법목적의 달성을 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 규제는, 뛰어난 예능인·기능인이나 친척 또는 이웃의 가정주부로부터 개인적으로 자유롭게 배울 수 있는 행위와 같이 인간의 가장 자연스러운 행위이자 국가에 의하여 가장 존중되어야 할 행위를 막는 결과를 가져왔고, 이는 법 제3조의 실효성을 현저히 감소시키고 국민들에 의하여 존중받지 못하는 법이 되게 한 중요한 요인이었다. 교육의 현장에 불법이 만연하다는 것은 교육적으로 해로운 것이다. 법이 국민에 의하여 지켜지지 않고, 국가에 의하여 집행이 되지 못하고 있다는 것은 바로 법이 현실적으로 규제할 수 없는 생활영역을 규제하려고 할 때 발생하는 대표적인 부정적 현상인 것이다.

라) 법의 균형성의 관점에서 보더라도, 입법자가 법 제3조를 통하여 실현하려는 공익인 '고액과외교습의 방지'가 헌법적으로 허용되는 입법목적인가에 관하여 의문의 여지가 있다는 점에서 실사 오늘의 교육현실과 같은 예외적인 상황을 인정하더라도 그 비중이 그다지 크다고 보기 어렵고, 기본권의 제한을 통하여 얻는 공익실현의 구체적인 효과, 즉, 고액과외교습의 억제효과도 불확실하다. 이에 반하여 법 제3조에 의하여 초래되는 기본권제한의 효과 및 「헌법」이 지향하는 문화국가의 실현을 저해하는 효과는 매우 크다. 법 제3조에 의하여 부모가 자녀를 자유롭게 가르칠 권리와 자녀의 자유롭게 배울 권리가 큰 제약을 받게 되어, 제도교육 밖의 사교육의 영역에서도 국가에 의하여 규율되는 학원교육외에는 달리 선택의 여지가 없게 되었다. 그 결과 제도교육의 획일성을 보완하기 위하여 요청되는 '사교육의 다양성'과 각 자녀의 개성과 능력을 고려한 '사교육의 개별성'은 사실상 학교교육과 마찬가지로 집단적·획일적으로 이루어지는 학원교육에 의하여 상실되었다. 단지 일부 지나친 고액과외교습을 방지하기 위하여 모든 학생으로 하여금 오로지 학원에서만 사적으로 배울 수 있도록 규율한다는 것은 어디에도 그 예를 찾아볼 수 없는 것일 뿐만 아니라 자기결정과 자기책임을 생활의 기본원칙으로 하는 「헌법」의 인간상이나 개성과 창의성, 다양성을 지향하는 문화국가원리에도 위반되는 것이다.

법 제3조와 같은 형태의 사교육에 대한 규율은, 사적인 교육의 영역에서

부모와 자녀의 기본권에 대한 중대한 침해라는 개인적인 차원을 넘어서 공동체를 문화적으로 빈곤하게 만들며, 국가간의 경쟁에서 살아남기 힘든 오늘날의 무한경쟁시대에서 문화의 빈곤은 곧 사회적·경제적인 후진성으로 이어질 수 밖에 없다. 따라서 법 제3조가 실현하려는 입법목적의 헌법적 중요성과 그 실현효과에 대하여 의문의 여지가 있고, 반면에 법 제3조에 의한 기본권제한의 효과가 중대하고 문화국가실현에 현저한 장애가 되므로, 결국 법 제3조는 그 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 이탈하고 있다고 하겠다.

5) 소결론

그렇다면 법 제3조는 침해의 최소성과 범익의 균형성을 갖추지 못하여 비례의 원칙에 위반되어 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 것이므로 비례의 원칙에 반하여 국민의 자녀교육권, 인격의 자유로운 발현권, 직업선택의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이다.

법 제3조에 대하여 위헌결정을 하는 이유는 위에서 밝힌 바와 같이 고액과외교습을 금지하는 것 자체가 위헌이라는 것이 아니라, 고액과외교습을 억제하기 위한 방법의 선택이 잘못되어 고액과외교습의 위험성이 없는 과외교습까지도 광범위하게 금지함으로써 국민의 기본권을 과도하게 침해한다는데 위헌성이 있다는 것이다. 따라서 법 제3조에 대하여 비록 위헌결정이 선고되었다 하더라도, 입법자는 반사회적인 과외교습에 한정하여 이를테면, 지나치게 고액인 과외교습, 또는 입시준비생을 대상으로 하는 대학교수 등 입시관련자의 과외교습, 학생부나 내신성적 등에 영향을 미칠 수 있는 위치에 있는 교사가 해당학생을 대상으로 하는 과외교습 등과 같이, 입시의 공정성을 저해할 위험이 있는 등 중대한 사회적 폐단이 우려되는 경우에는 이를 규제할 수 있는 입법조치를 취할 수 있다.

(다) 법 제22조 제1항 제1호의 위헌성

법 제22조 제1항 제1호는 법 제3조를 위반한 경우 형벌에 처한다는 형벌조항이므로, 처벌의 전제가 되는 법 제3조가 「헌법」에 위반된다면 이에 따라 그 형벌규정인 법 제22조 제1항 제1호도 역시 위헌이 될 수밖에 없다. 따라서 법 제22조 제1항 제1호도 「헌법」에 반한다.

4. 결 론

이 사건 법률조항은 모두 「헌법」에 위반된다고 할 것인 바, 이에는 재판관 정경식, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 반대의견이 있는 외에는 관여재판관의 의견이 일치되었으며, 재판관 이영모의 반대의견에 대한 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 고중석, 재판관 신창언, 재판관 하경철의 의견이 있음을 덧붙이고, 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 한대현의 반대의견

나는 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위반하여 국민의 기본권을 과도하게 제한하는 것으로서 위헌적 규정이라는 점에 대하여는 다수의견과 견해를 같이하나, 이 사건 법률조항에 대하여 당장 위헌선언을 하는 것은 오늘날의 우리 현실에 비추어 타당하지 않다고 보므로 다수의견의 결론에 반대한다.

다수의견이 적절히 실시한 바와 같이, 과열된 과외교습이 초래하는 여러 가지 폐단을 해소하는 근본적이고 바람직한 방안은, 학력제일주의의 사회구조를 개선하여 학벌보다는 능력이 중시되는 사회를 만들고, 많은 재정투자를 통하여 학교교육의 환경을 개선하고 교육의 질을 높이며, 고등교육기관을 균형있게 발전시킴과 아울러 평생교육제도를 확충하며, 대학입학제도를 개선하여 과외교습 수요를 감소시키는 것이지, 과외교습을 금지하는 것이 그 근본적 해결책이 될 수는 없다.

그러나 과외교습금지조치가 최초로 법제화된 1981년이나 이 사건 법률조항이 입법화된 1995년과 비교하여 볼 때 오늘날의 우리 현실은 별로 나아진 것이 없다고 생각한다. 고용과 사회적 지위의 결정에 있어 여전히 학벌은 중시되고 있으며, 수도권에 몇몇 특정대학들을 중심으로 한 대학입시경쟁은 여전히 치열하고, 수학능력시험과 내신성적 및 논술고사를 위한 다양한 과외교습이 새로이 등장하고 있는가 하면, 어린 학생들의 학습능력을 기르기 위한 조기교육열은 높기만 하고, 학교교육의 여건과 질은 여전히 미흡하다.

그렇다면 오늘날의 우리 현실에 비추어 볼 때 아직까지는 과외교습을 전면 허용할 것은 아니고 일정부분 이를 규제할 필요가 있다 할 것이며, 그 규제수단의

선택을 구체적으로 어떻게 할 것인지에 관한 판단은 입법자의 몫이라 할 것이므로, 입법자는 과외교습자, 학습자, 교습내용, 교습장소, 교습료 등의 제요소에 따른 유형별 과외교습의 폐단과 그 정도를 면밀히 검토하고, 교육환경의 지금까지의 변화와 앞으로의 전망 등을 고려하여, 폐단의 원인이 되고 규제할 필요성이 분명한 유형의 과외교습만을 효과적으로 규제할 수 있는 정교한 입법수단을 마련하여 국민의 기본권을 가능한 한 적게 침해하면서도 과외교습을 둘러싼 폐단을 제거할 수 있도록 하여야 할 것이다.

따라서, 나는 이 사건 법률조항에 대하여 바로 위헌선언을 할 것이 아니라 헌법불합치의 선언을 하여 형식적으로는 계속 존속하게 한 다음, 입법자로 하여금 과외교습을 합헌적으로 규제할 수 있는 새로운 수단을 마련하도록 함이 옳다고 생각한다.

6. 재판관 정경식의 반대의견

나는 과외교습을 규제하는 것 자체는 정당하나, 다만 이 사건 법률조항에 의한 규제방식이 기본권제한입법의 체계와 방식을 제대로 갖추고 있지 못한 점에서 위헌성이 있다고 보므로 단순위헌결정을 하여 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 것이 아니라 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 선언하여야 한다고 생각한다.

가. 과외교습규제의 정당성

과외교습은 오늘날 우리 사회에 심각한 폐해를 야기하고 있으므로 이에 대처하기 위하여 과외교습을 규제하는 것은 그 자체 필요하고도 정당한 일이다.

먼저 교육적 측면에서 볼 때, 과외교습은 대개 단편적인 암기위주의 지식을 주입하거나 상급학교 입학시험을 위한 문제풀이를 지도하는 것이다. 따라서, 학생들은 기계적 지식습득만을 강요받게 되고 창의력 있는 인간으로서의 지적 성숙을 이루지 못하여 스스로 공부하고 문제를 해결하는 능력을 기르지 못한다. 지나친 과외교습은 성장기의 학생들에게 정신적, 신체적으로 큰 부담을 줌으로써 특기와 적성을 계발할 기회를 박탈하고 정서적 안정과 건전한 신체성장을 저해한다. 특히 학교교육의 측면에서 보면, 학생들이 학교교육을 무시하고 과외교

습을 중시하는 경향이 커지게 되고 이에 따라 학교는 과외교습과 경쟁하기 위하여 교과과정을 수험준비 위주로 변칙적으로 운영할 수밖에 없게 된다. 그 결과 많은 교사들이 교사로서의 역할에 갈등을 느낄 뿐만 아니라 수입이 높은 과외전문교사로 변신하는 현상이 발생하기도 한다.

경제적인 면에서 보면, 과외교습이 과열되면 과외교습비는 가계에 커다란 압박요인이 된다. 부유한 가정은 보다 질 좋은 과외수업을 받기 위하여 거액의 과외비를 투자하게 되고 서민층은 서민층대로 불안감에서 벗어나기 위하여 과외를 시키게 된다. 고액과외는 과목당 월 수십만원에서부터 수백만원에까지 이르며 대학입학시험이 임박한 때에는 월 천만원대에 이르는 이른바 '찍기과외' 또는 '마무리과외'가 횡행하고 있음은 널리 알려져 있다. 이러한 상황에서 학부모들은 가계의 적자에도 불구하고 많은 비용을 투자할 수밖에 없고, 부업을 하여 과외비를 마련하거나 심지어 부정합 방법을 동원하여서라도 자녀에게 고액과외를 시키려는 유혹을 느끼게 된다.

과열고액과외의 문제는 사회적 면에서도 심각하다. 저소득층의 자녀들은 학교교육의 부실화로 입은 피해와 함께 과외경쟁에서조차 뒤떨어짐으로써 사실상 상급학교 진학에서 균등한 기회를 부여받지 못하게 된다. 이는 중국적으로 사적인 교육투자를 통한 사회적 지위와 부의 세습으로 이어진다. 따라서, 과외를 시키거나 받지 못하는 사람들은 교육이 경제적 능력에 따라 좌우되며 사회의 경쟁구조가 정당하지 않다는 인식을 가지게 된다. 결국 과열고액과외는 계층간 위화감을 심화시켜 사회의 안정과 통합을 해치게 된다.

이러한 과외교습의 여러 폐해를 근본적으로 해소하기 위하여는 학교교육의 내실화, 고등교육의 기회 확대, 학생선발제도의 개선, 의식개혁 및 능력중심사회의 정착 등이 이루어져야 할 것이다. 그러나, 이러한 근본적인 해결책은 광범위한 국민적 합의과정을 거쳐 새롭게 정해 가야 할 장기적인 처방일 수밖에 없으므로, 현재의 실정에서 대증적(對症的)으로 과외교습의 폐단을 방지하기 위하여 직접적으로 과외교습을 규제할 필요성이 크다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성은 충분히 인정된다.

나. 이 사건 법률조항에 의한 규제방식의 위헌성

이 사건 법률조항은 과외교습을 전면적으로 금지하고 예외적으로 선별허용하

는 규제방식을 택하고 있는데, 이는 기본권제한입법의 요건을 갖추지 못한 것이다.

(1) 모든 기본권으로 보장되는 행위는 그 자체로서 사회적으로 유해한 행위는 아니며 단지 기본권의 행사과정에서 타인의 법익이나 공익과의 충돌로 말미암아 그에 따른 제한이 필요할 뿐이다. 법률에 의하여 이를 제한한다 하여도 기본권으로 보장된 자유를 행사할 권리 자체를 제거해서는 안되며 필요한 경우에 한하여 한정적으로 제한되어야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 552 참조).

배우고 가르치는 행위 자체는 인간의 본원적 행위이자 사회유지에 기본이 되는 요소로서 「헌법」 제10조에 규정된 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권에 의하여 기본권으로 보장되는 것이라 할 것이다. 교습행위 역시 본질적으로는 교육활동으로서 국민의 기본권으로 보호되어야 할 것이지, 그 자체로 유해한 행위라고 할 수 없다. 다만 교육적, 사회·경제적으로 폐단이 있을 경우 적절한 제한이 필요할 뿐이다.

물론, 교습행위에는 현직 교사나 대학교수에 의한 고액의 과외교습과 같이 사회적 폐해가 매우 심한 것부터 친족에 의한 자연스러운 교습행위와 같이 그 폐해가 그리 크지 아니한 것까지 다양한 유형이 존재하므로, 이들 교습행위 중 어떠한 것들을 규제할 것인지는 학교교육의 상황, 과외교습의 정도와 구체적 행태, 사회의 지적 수준과 문화적 풍토, 소득분배구조 등 여러 사회·경제적 여건들을 종합하여 입법자가 합리적으로 결정할 수 있으며 그 범위에서 입법자는 광범위한 입법형성권을 가진다고 보아야 한다.

그렇다 하더라도, 과외교습을 규제하는 법률은 폐해방지를 위하여 필요한 경우에 한하여 한정적으로 이를 제한하여야 하는 것이지 전면적으로 금지하여 기본권으로 보장된 교습행위의 자유 자체를 제거하는 것까지 입법형성권의 범위내에 있다고 할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 원칙적으로 과외교습을 금지하고 예외적으로 허용하는 규제방식을 취하고 있다. 이는 과외교습이 원칙적으로 사회적으로 바람직하지 아니한 것 또는 유해한 것이라는 판단에 기초한 것이라 할 것이나, 이러한 입법방식은 교습행위가 원칙적으로 자유롭게 보장되어야 할 국민의 기본권의 하나라

는 점에 비추어 볼 때 「헌법」이 요구하는 기본권제한입법의 체계와 방식에 부합하지 아니한다. 국민의 기본권은 공공복리, 사회질서 등을 위하여 제한될 수 있지만 그 경우에도 가능한 한 최소한의 제한에 그치는 입법방식을 취하여야 한다. 그러므로 과외교습을 규제하고자 한다면 사회적 폐해를 야기함으로써 규제의 필요성이 있는 개별적, 구체적 유형들을 선별하여 이를 규제·금지하는 입법방식을 택하여 그러한 유형에 해당하지 아니할 경우 국민들이 자유롭게 교습을 하거나 받을 수 있도록 허용하여야 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 모든 과외교습을 전면적으로 금지한 다음 몇 가지 특정한 유형의 과외교습만을 허용하는 거꾸로 된 방식을 취하고 있는 것이다. 이러한 거꾸로 된 규제방식은 필연적으로 규제의 필요가 없는 과외교습까지 금지하는 결과를 초래할 수 있어 기본권제한입법에 요구되는 과잉금지원칙에 어긋나게 된다. 이러한 규제방식에 의하여 초래되는 불필요한 규제의 단적인 사례로는 예컨대 동일호적내에 있지 않은 가까운 친족이라도 무료로 교습을 할 수 없다는 점을 들 수 있을 것이다.

(3) 이 사건 법률조항이 과외교습을 전면적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 것은 입법형식상 기본권제한의 체계와 방식에 부합하지 아니하는 것이고 이로 말미암아 규제의 필요없는 과외교습까지 싸잡아 제한하게 되므로, 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘어 과도하게 과외교습자의 직업선택의 자유와 학습자의 배울 자유를 침해하는 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항은 「헌법」 제37조 제2항 소정의 과잉금지원칙에 위반된다 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌성제거방안과 헌법불합치결정

(1) 내가 이 사건 법률조항을 「헌법」에 위반되는 것으로 보는 이유는 과외교습에 대한 규제의 정당성은 인정되나 이를 위하여 선택된 입법방식이 「헌법」상 과잉금지원칙에 부합하지 아니한다는 것이다. 이는 과외교습을 규제할 수 없다는 것이 아니며 입법자는 「헌법」에 부합하는 방식으로 과외교습을 적절히 규제할 수 있다는 것을 의미한다.

과외교습의 폐단이 여전히 극심하여 이를 규제하여야 할 필요성과 당위성이 인정되는 현재의 상황에서 이 사건 법률조항의 효력을 소멸시켜 과외교습을 전면적으로 허용하는 것이 곧 합헌적 상태를 실현하는 것이라 볼 수 없다.

이 사건 법률조항에 내포된 위헌적 상태의 제거는 궁극적으로 입법자의 입법 개선에 달려 있다고 보아야 할 것인바, 입법자는 교습행위 그 자체가 유해한 행위가 아니라 국민의 기본권의 하나로서 보장되는 것이라는 인식의 바탕하에, 과외교습을 전면적으로 금지하고 예외적으로 허용한 이 사건 법률조항의 입법형식을, 원칙적으로 교습행위를 허용하되 사회적 폐단의 원인이 되고 규제할 필요성이 분명한 유형의 과외교습만을 선별하여 규제하는 방식으로 개정함으로써 합헌적 상태를 실현할 수 있다.

그러므로, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 것이 아니라 헌법불합치결정을 하여 입법자가 광범위한 국민적 합의를 거쳐 합리적인 범위에서 과외교습을 규제할 수 있도록 하고, 과외교습이 전혀 규제되지 않는 상황을 피하기 위하여 비록 입법형식에 위헌성이 있다 하더라도 새로운 입법이 이루어질 때까지는 부득이 이 사건 법률조항을 잠정적으로 적용하도록 하는 것이 바람직하다.

7. 재판관 이영모의 반대의견

나는, 다수의견과는 달리 이 사건 법률조항은 「헌법」에 위반되지 아니한다고 생각하므로 그 이유를 개진해 두기로 한다.

가. 국가의 교육정책과 위헌심사기준

(1) 교육은 친권자가 그들의 자녀를 보호하고 교양할 권리의무의 일환에서 비롯된 것이므로, 인류역사와 그 기원을 같이하는 자연법상의 권리이다. 교육을 통하여 새로운 지식과 기능을 쌓는 것은 개인의 인격형성과 사회생활을 영위하기 위한 불가결한 수단에 해당한다. 민주국가의 국민이 국정을 이해하고 정치에 참여하는 데도 교육이 필요하므로, 현대 「헌법」은 교육을 받을 권리를 기본권으로 명문화하고 있다.

(가) 우리 「헌법」도 제31조에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다(제1항). 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다(제2항)”고 규정하고 있다. 이 교육을 받을 권리는 모든 자유와 권리의 기초가 되는 기본권으로서 「헌법」의

이념인 민주·문화·사회복지국가를 실현하는 본질적 요소가 되는 권리이다. 「헌법」 제31조 제1항이 '능력에 따라 균등하게' 라고 하여, 모든 국민은 정신적·육체적 능력 이외에 성별, 종교, 신념, 사회적 신분, 경제적 지위 등을 이유로 차별을 받지 아니하고(교육기본법 제4조), 경제적인 이유로 교육을 받기 곤란한 자를 위하여는 장학제도 및 학비보조제도를 수립·실시함으로써(같은 법 제28조 제1항) 실질적인 평등의 실현을 도모한 것도 이 권리의 중요성을 반영한 것이다.

따라서 국가에 의한 교육정책이 평등원칙에 부합하는지 여부는 「헌법」 제11조 제1항의 사유(성별, 종교, 사회적 신분)에 비추어 정책판단의 문제라기보다 엄격심사를 하여야 한다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 683, 재판관 이영모의 보충의견).

(나) 입법자는, 교육에 관한 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 교육제도와 그 운영에 관한 기본적 사항을 규정할 목적으로 1997. 12. 13. 법률 제5437호로 교육기본법을 제정하였다.

「헌법」 제31조 제1항, 제2항과 교육기본법 제1조에 의하면, 교육은 모든 국민의 권리이자 국가와 국민의 공동의무라고 규정하고 있으므로 교육을 받는 자는 물론 교육을 하는 자도 이 권리의 주체가 된다. 국민의 학습권과 교사의 수업(授業)의 자유는 다같이 보호되나 국민의 학습권의 보호가 우선하는 것이다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756). 부모 등 보호자(이하 '학부모'라 한다)는 그 보호하는 자녀 또는 아동(이하 '자녀'라 한다)에 대하여 기초교육인 초등교육(6년)을 받게 할 의무가 있고, 국가 또는 지방자치단체는 그 비용을 부담하며 학교 및 사회교육시설을 설립·경영하고 지도·감독할 책임이 있다(헌법 제31조 제1항 내지 제3항, 교육기본법 제8조, 제11조, 제17조). 학습자의 기본적인 인권은 존중되고 보호되므로, 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다. 학생은 학교의 규칙을 준수하여야 하며, 교원의 교육·연구활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 안되는 의무를 부담한다(교육기본법 제12조).

(2) 교육은 홍익인간의 이념아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위

하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데 이바지하게 함을 목적으로 하며(교육기본법 제2조), 학교교육은 학생의 창의력 계발 및 인성의 함양을 포함한 전인적 교육을 중시하여 이루어져야 한다(같은 법 제9조 제3항) (이하 '학교교육의 목적'이라 한다).

자녀교육의 중요한 수단인 학교교육은 공공성을 가진 과제이므로(같은 법 제9조 제2항) 학교가 중심이 되어 조직적이고 체계적인 교육(초·중등교육법 제2조와 고등교육법 제2조에 규정된 교육은 '학교교육', 그밖의 것은 '사교육'이라 한다. 이하 같다)을 시행하고 있다. 그런데 “언제, 어디서, 누가, 무엇을, 어떻게, 가르치고 배울 것인가”라는 자녀교육의 내용을 결정하는 문제는, 국가와 학부모의 공동과제이자 의무로서 상호협력관계에 있으므로 조화와 조정을 필요로 한다. 따라서 '학교교육의 목적'은 국가와 학부모의 공동책임인 자녀교육의 바탕이므로, 국가가 자녀교육에 개입할 때에는 이를 벗어나서는 안되는 한계가 되고, 학부모가 그의 의무인 자녀교육의 내용을 결정할 때에는 준수하여야 할 제한이 되는 것이다.

(가) 헌법재판소는 학교교육과 관련하여, 중등교육을 의무교육으로 실시하여야 할 시기(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11), 교과서를 검·인정제가 아닌 국정제로 정한 것이 정당한지(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739), 거주지 기준으로 입학제한을 한 것이 정당한지(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 267), 사립학교에 운영위원회를 두는 것을 국·공립학교와 다르게 의무사항으로 하지 아니한 것이 정당한지(헌재 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233) 등의 결정에서 모두 입법재량 및 정책결정의 문제라고 판단하였다. 이 결정들은, 「헌법」 제31조 제6항이 학교교육과 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원에 관한 기본적인 사항을 법률로 정하도록 규정한 것과 관련하여, 교육에 관한 기본정책 또는 기본방침은 국회의 제정법에 의하고 세부적인 사항은 법률의 위임에 따른 행정부의 정책결정 영역이므로 재량의 범위를 크게 벗어나지 않는 한 헌법위반으로 볼 수 없다는 것을 그 이유로 들었다.

(나) 그런데 공공성을 가진 '학교교육의 목적'이 사교육 때문에 지장을 받는다면, 국가는 학교교육의 정상화를 위한 적절한 규제를 할 의무와 책임이 있다. 학교교육의 공공성은 학부모에게 그들의 자녀로 하여금 초등학교 교육을 받게

할 의무를 부담하게 하여 자녀교육권의 소극적 행사를 제한하는 데 그치지 아니하고, 이를 적극적으로 행사하여 중·고등학교에 진학하게 한 경우에도 학교교육의 공공성을 침해하여서는 안되는 의무를 지우고 있는 것이다.

사교육이 학교교육의 공공성을 침해하는 경우 국가가 사교육에 대해서 취할 규제는, '학교교육의 목적'을 기초로 하여 사교육과 학교교육과정의 밀접불가분성, 사교육의 교과목이 학교교육과정과 사회에 미치는 영향 및 정도에 따라 달라진다. 그러므로 국가가 학교교육의 정상화를 위한 규제수단을 강구하는 문제는, 규제입법 당시의 학교교육의 상황, 경제적·기술적·문화적 발전, 사회가 복잡해짐에 따라 교육요구의 질적 확대와 양적 증대에 대응할 필요성, 그밖에 사교육이 그들의 자녀에게 미치는 부정적인 영향 등을 헤아려서 결정하게 된다. 따라서 이러한 사항에 대한 국가의 판단은 「헌법」 제31조 제6항에서 규정한 학교교육 제도의 운영과 관련된 정책영역이므로, 이 영역은 재량의 한계를 지키고 있는 한 그 입법형성 및 정책결정을 위법한 것이라고 볼 수 없다.

이 사건의 쟁점으로 된 사교육의 한 부분인 과외교습은 완결적인 교육이 아닌 학교교육에 종속된 보충교육에 해당하는 것이다. 학부모의 자녀교육 결정권과 자녀인 학습자의 배움 자유를 규제하는 이 사건 법률조항에 대한 위헌심판은 입법목적의 정당성과 수단의 합리성, 다시 말하면 규제대상인 개인 과외교습을 금지하는 행위에 대한 입법형성 및 정책결정이 합리적인 한계를 벗어난 것인지 여부가 심사대상이 된다. 한편, 경제적 자유권의 영역인 과외교습자의 직업선택·행사의 자유는, 직업의 특성상 교육적·사회적 문제와 직접 관련이 있으므로 아무런 제한없는 직업활동의 허용은 사회의 질서유지와 공공복리를 해칠 우려가 있고, 또 사회복지국가의 이념을 실현하기 위해서는 규제가 필요한 경우도 있는 것이다. 이러한 규제입법이 「헌법」에 위반되는지 여부는 그 입법형성의 합리성이 심사기준이 된다(헌재 1999. 7. 22. 98헌가5, 판례집 11-2, 26, 36 참조).

(3) 이상과 같은 교육정책에 따른 위헌심사기준의 분류는 국민의 자유와 권리의 제한에 대한 한계규정이자 재판규범인 「헌법」 제37조 제2항의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 대한 해석과 논증책임의 측면에서 중요한 의미가 있는 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 합헌성

(1) 우리는 일찍이 학교교육을 보충하는 과외교습을 학부모와 과외교습자의 자율에 맡긴 일이 있었다. 그 결과, 고액화·과열화로 인하여 심각한 사회문제를 일으킨 뼈저린 경험을 하였다. 이러한 과외교습의 부작용과 폐해를 방지할 목적으로 1981. 4. 13. 법률 제3433호로 「사설강습소에 관한 법률」을 개정하면서 제9조의2를 신설하여 초·중·고등학교 재학생에 대한 과외교습을 전면금지하고(다만, 기술·예능·체육 등의 교습 및 학생 외의 수험준비생에 대한 사설강습소의 과외교습, 동일호적 내의 친족의 교습, 봉사활동에 속하는 교습, 학교·도서관·공장·사업장의 교습 등은 예외), 1995. 8. 4. 법률 제4964호 「학원의 설립·운영에 관한 법률」(이하 '법'이라 한다)로 전문개정하기에 이르렀다. 그동안 여러 차례에 걸쳐 예외범위에 대한 부분개정은 있었으나 '재학생에 대한 과외교습의 금지'라는 원칙은 바뀌지 아니하였다.

(가) 법 제2조 제3호는 과외교습을 “초·중·고등학교 또는 이에 준하는 학교의 학생이나 학교입학 또는 학력인정에 관한 검정을 위한 수험준비생에게 지식·기술·예능을 교습하는 행위”로 정의하고 있다. 이 사건 법률조항인 법 제3조는 본문에서 '누구든지 과외교습을 하여서는 아니된다'고 하여 모든 과외교습은 금지하는 것을 원칙으로 하고, 각호에서는 예외적으로 허용하는 형식을 취한다. 다음, 법 제22조 제1항 제1호는 '제3조의 규정에 위반하여 과외교습을 한 자'를 '1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금'에 처하는 것으로 규정하고 있다.

그런데 과외교습의 허용범위는 상당히 넓은 것을 알 수 있다. 즉, 법 제2조 제3호는 학교 등에서 행하는 교습행위(가목), 동일호적 내의 친족이 하는 교습행위(나목), 대통령령이 정하는 봉사활동에 속하는 교습행위(다목)는 일단 과외교습에서 제외한다. 이어서 법 제3조는 학원 또는 교습소에서 기술·예능 또는 초·중·고등학교의 교과과정에 포함되지 아니한 교과의 교습(제1호), 학원에서 고등학교·대학입학이나 학력검정 수험준비생에 대한 교습(제2호), 대학(원)생에 의한 개인교습(제3호)을 허용하고 있다.

(나) 한국교육개발원의 과외수업실태분석(1997. 6.)(이하 '과외수업실태분석'이라 한다)에 의하면, 초·중·고등학교 학생의 53.1%가 과외교습을 받고 나머지 대상자 중 45.3%는 받을 의향이 있다고 응답하였다. 과외교습의 수강과목은 학

생의 76.6%가 학습분야 교과목(국어·영어·수학·과학·사회 등)이고 19.5%는 예·체능분야이다. 학습분야 교과목을 교습받는 이유는 81.5%가 뒤떨어지는 과목을 보충하기 위한 것이고, 예·체능분야 수강자 중 21.4%는 학교수업이나 상급학교 진학, 62.2%는 특기 계발을 위한 것을 이유로 들고 있다. 학부모들은 과열 과외교습의 원인을 입시경쟁이 58.2%, 소질과 적성신장이 15.3%, 남이 하나까 나도 한다는 응답이 14.6%, 자녀를 지도할 시간이 없어서가 6.3%로 나타나고 있다.

과외교습은 입시의 교과목에 따라 변하고 있다. 대학입시에 내신성적을 반영하면 이에 대비하기 위한 과외가 이루어지고, 대학별 본고사가 시행되면 본고사를 대비하게 된다. 수학능력시험이 생기면 과외도 이에 맞추고 논술시험을 보면 논술에 치중한다.

이와 같이 과외교습은 자녀들의 잠재능력을 찾아 이를 발휘할 수 있게 돕거나 인간의 전인적 형성작용이라는 순수한 목적을 추구하기보다 주로 학교교육을 보충하고 상급학교 진학에 대비하는 수단으로 이용되고 있다.

(2) 다수의견의 요지는, 법 제3조에 의하여 과외교습자는 직업선택의 자유 및 행복추구권을, 학부모는 자녀교육 결정권을, 학습자인 자녀는 배울 자유 및 인격의 자유로운 발현권을 각 침해받고 있으므로 「헌법」에 위반된다고 하면서, 학교 교과목이 아닌 분야의 지식·기술·예능에 대한 개인교습, 친척이나 이웃집 가정주부가 저액의 비용으로 하는 과외교습, 음악·미술 등 분야에서 뛰어난 예술인이 적절한 비용을 받는 교습행위, 학습지 등 판매 후 방문지도, 컴퓨터 통신을 통한 개인교습, 초등학생의 교과목 교습 등을 금지한 것은 침해의 최소성과 법익의 균형성의 요건을 갖추지 못하였다고 함에 있다.

(가) 나는 이 사건 법률조항의 위헌여부에 관하여, 법 제3조의 입법배경 및 입법목적은 결정이유 3. 나. 본안에 대한 판단 중 (3)의 “(나) 법 제3조의 위헌성 1) 법 제3조의 입법배경 및 입법목적”에 관한 다수의견의 판시에 동조하나, 그 밖의 의견에는 찬성하지 아니하므로 다음과 같이 입법목적의 정당성과 수단의 합리성에 관한 의견을 밝혀 두고자 한다.

(나) 1) 개인의 능력보다 학력이 고용·임금·사회적 지위에 큰 영향을 미치는 것으로 인식되는 사회풍토 하에서는, 학부모는 오로지 자녀의 상급학교 진학

을 위한 암기위주의 지식주입과 입학시험문제 풀이를 지도하는 과외교습에 신경을 쓸 수밖에 없는 것이 오늘의 실정이다. 우리의 높은 교육열은, 다른 자녀들이 과외교습을 받는데 내 자녀만 과외를 아니하면 경쟁에서 뒤지게 된다는 상대적인 피해의식과, 과외교습은 치열한 경쟁에서 우위를 확보하고 더 나은 상급학교 또는 전공학과에 진학할 수 있다는 성취감 등으로 과열화되어, 그 결과 소득수준에 버거운 고액 과외교습에까지 눈 돌리게 하고 가계(家計)를 명들게 하는 원인이 된다.

과열된 고액 과외교습은 자녀들로 하여금 학교 안팎에서 오직 학업성적의 성취만을 강요하는 수험생활에 파묻히게 하므로, 개인의 특기와 적성을 계발할 기회를 갖지 못함은 물론 지적 성숙도 이루지 못하여 창의력 있는 인간으로서의 성장을 저해(沮害)한다. 더욱이 학업성적에 대한 중압감은 정서불안으로 이어져 청소년 비행의 원인이 되고, 누적된 정신적·육체적 피로는 성장기에 있는 자녀들의 건강을 해치는 한편, 학부모와 자녀들은 학교교육을 경시하여 학교수업을 파행으로 치닫게 한다. 이와 같은 학교교육의 형해화는 앞서 본 '학교교육의 목적'에 어긋날 뿐만 아니라, 협동심과 공동체의식의 부족으로 이어져 다른 사람을 배려하고 더불어 사는 지혜를 배우지 못한 채 중·고등학교 과정을 졸업하게 된다.

과열된 고액 과외교습의 부작용은 여기서 그치지 않는다. 현직 중·고등학교 교사나 대학교수에 의한 과외교습은 단속이 어려워 입시 및 성적과 관련된 부정이 잦을 것으로 예상되고, 학부모의 경제적 능력은 자녀의 상급학교 진학을 좌우하는 중요한 조건이 되므로 소득격차로 인한 계층간의 위화감을 심화시키는 원인이 된다.

2) 과외교습이 안고 있는 이와 같은 교육적·사회적 부작용과 병폐를 최소화하고 학교교육의 정상화를 도모하기 위하여, 학비보조제도의 일환으로(교육기본법 제28조 제1항) 예외를 인정한 대학(원)생을 제외한 일반인(개인)이 일정기간 계속 또는 반복적인 소득활동으로 과외교습을 하려면 학원이나 교습소를 설립·운영하거나 강사로서 교습을 할 수 있게끔 제한한 것이다(법 제2조 제1호, 제2호, 제15조).

학원설립·운영자는 학습자에 대한 편의제공·부담경감 및 교육기회의 균등한 부여 등에 노력하여야 하고(법 제4조), 교육환경의 정화(법 제5조), 시설기

준(법 제8조), 교습자의 자격(법 제9조, 제13조) 등 법에서 규정한 조건을 갖추어야 한다. 특히, 법 제15조에서는 학습자로부터 받는 수강료는 교습내용 및 교습시간을 고려하여 학원설립·운영자 및 교습자가 결정하나 교육부의 규제를 받게 하였다(‘과외수업실태분석’ 결과를 보면, 학원을 통한 과외교습에 따른 학부모의 경제적 부담감은, 약간 부담이 된다 41.7%, 많은 부담이 된다 28.7%, 거의 부담이 되지 않는다가 20.0%이다).

과외교습이 고액화·과열화되는 것은 능력보다 학력을 중시하는 사회풍토, 학부모의 지나친 교육열, 열악한 학교교육 환경, 입시제도 등을 그 원인으로 꼽을 수 있지만, 이 사건의 쟁점이 된 개인 과외교습이 고액화·과열화를 부추기는 데 큰 몫을 차지한 것은 경험을 통해서 알고 있는 사실이다. 따라서 일반인에게 개인 과외교습을 허용하면 고액화·과열화의 개연성이 크고 그로 인한 부작용 또한 견잡을 수 없는 사회문제를 일으키므로, 개인 교습행위에 대한 전면 금지의 당위성은 시인할 수밖에 없다.

‘과외수업실태분석’에 나타난 학부모의 의견도, 현행유지·단속강화가 50.9%, 전면금지가 40.7%인데 반하여 전면허용은 6.1%에 불과하다. 그러나 과외교습을 받아야 하는 현실에 대하여는 약간 불만이 45.6%, 매우 불만은 42.0%, 거의 불만이 없다는 응답은 10.9%이다. 이것은 1997. 6.에 나온 조사결과이지만 이 비율은 현재도 크게 다르지 않을 것으로 보인다.

3) 가) 국가는, 학부모의 자녀에 대한 사교육에 대하여 관여하지 아니함을 원칙으로 하고 있다. 다만, 공공성이 있는 학교교육의 정상화를 도모하기 위하여 개인 과외교습에 한하여 제한을 가하고 있을 뿐이다. 그러나 이 교습행위에 대한 제한도 일반인은 학원이나 교습소를 설립·운영하거나 강사로서 과외교습을 할 수 있고, 학습자는 학교의 보충수업, 동일호적 내의 친족의 과외교습, 대학(원)생의 개인 과외교습, 학원수강, 교습소의 예능교습 등을 통하여 과외교습을 받을 수 있다.

학교교육에서 중·고등학생의 교과목을 대상으로 하는 개인 과외교습을 방임할 경우, 과거의 폐단에서 보듯이 학업성과만에 의한 학교와 학생간의 서열화를 심화시키고 나아가 그 인격의 자유로운 발현과 자율적인 인간으로서의 성장을 가로막는 부작용을 가져오게 한다. 또한 과열경쟁의 필연적 결과인 고액화된 교습비용을 부담할 수 없는 가정의 자녀에게는 실질적인 교육기회의 균등한

보장이 이루어지지 않는 피해를 낳기 십상이다. 학부모 각자가 경제력에 따라 자녀의 사교육에 대하여 어느 정도 부담을 할 것인가를 자율에 맡기는 것이 헌법정신에 부합한다는 다수의견은 그 부담의 정도를 감당할 수 없는 저소득층 가정의 자녀들에 대한 차별을 정당화하는 것에 다름 아니다. 또한 교육결과의 격차가 학생 각자의 재능과 노력이 아니라 학부모가 가지는 경제력의 차이에 의하도록 하는 것은, 사회적 불평등을 해소하고 열린사회에 이르는 합리적인 변화와 공존의 장(場)이 되어야 할 교육을 오히려 사회적 불평등을 고착시키고 이를 후대에까지 세습하는 수단으로 전락시키게 한다.

나) 다수의견이 지적하는 친척이나 이웃집 가정주부의 교습, 학습지 등 판매 후 방문지도, 뛰어난 예술인의 음악·미술 등의 개인 과외교습을 허용할 경우, 교습행위의 은밀성으로 인하여 입법목적 달성에 어려움이 있고 이와 같은 과외교습이 학교교육의 공공성을 침해하지 않는다는 보장도 없다. 과외교습 금지로 인한 공익을 고려할 때 이들이 개인 과외교습을 못함으로써 불이익을 받는 다 하더라도 법익간에 균형을 잃는 것도 아니다.

초등학생의 학교 교과목에 대한 과외교습 금지는 그것이 초등학생에게 신체적·정서적·교육적으로 바람직하지 않은 영향을 미칠 수 있기 때문이고, 컴퓨터 통신에 의한 것은 최근에 생긴 과외교습의 한 형태이므로 이것의 허용여부가 결론을 좌우하는 사정이 될 수 없다.

이 사건 법률조항은 국가와 학부모의 공동과제인 자녀의 학교교육과 학부모가 결정하는 사교육의 한 부분인 과외교습과의 조화, 조정을 피하기 위한 입법으로서 합리성을 벗어난 것으로 인정되지 아니하므로 입법자의 판단은 존중되어야 한다. 비록 이 조항이 원칙적인 금지와 예외적인 허용이라는 규율형식을 취하고 있다 할지라도, 그 실질을 보면 이 법에서 허용되는 과외교습은 학습이 부진한 학생들로 하여금 이를 보충하는 데 모자람이 없는 한편, 앞서 본 바와 같이 피해의 소지가 현저하고 부작용이 보다 큰 개인 과외교습에 한하여 이를 금지하고 있을 뿐이다.

따라서 입법상의 형식이나 내용상의 사소한 결함 또는 법을 집행하는 과정에 어려움 및 부작용이 있다고 할지라도 그로 인하여 이 조항이 바로 위헌으로 되는 것은 아니다.

다) 헌법재판소는, 주거지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 교육법시행령 제71조 및 제112조의6 등의 규정은 과열된 입시경쟁으로 인한 부작용을 방지하려는 입법목적 달성을 위한 방안의 하나이고, 도시와 농어촌에 있는 중·고등학교의 교육여건의 차이가 심하지 않으며, 획일적인 제도의 운용에 따른 문제점을 해소하기 위한 여러 가지 보완책이 위 시행령에 마련되어 있어서 그 입법수단은 정당하므로, 위 규정은 학부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권의 본질적 내용을 침해하였거나 과도하게 제한한 경우에 해당하지 아니한다고 하였다(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 267).

대학 입학시험을 자율이 아닌 수학능력시험(수능)으로 측정한 결과(점수)에 따르도록 되어 있는 현실에서는, 학교교육을 보충하는 개인 과외교습을 제한한 이 사건 법률조항 역시 획일적인 학부모의 중·고등학교 선택권의 규제를 합헌으로 결정한 것과 같은 맥락에서 합헌으로 보아야 한다. 개인 과외교습의 허용 여부는 학교선택권의 자유 및 대학입학시험의 자율화와 그 궤(軌)를 같이 해야 하는 것이다.

(3) 이상의 이유로 나는, 교육적·사회적 정책목적 실현을 위한 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성은 물론 수단의 합리성을 갖춘 입법이므로 과외교습자와 학부모, 학습자의 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니므로 합헌이라는 의견을 갖고 있다.

그럼에도 불구하고 다수의견이, 이 사건 법률조항에 대하여 입법목적 실현수단의 최소침해성과 범익의 균형성을 문제삼아 위헌이라는 결론을 내린 것은 수긍이 되지 아니한다. 왜냐하면, ① 공공성을 가진 '학교교육의 목적'과 직접 관련이 있는 과외교습에 관한 학부모의 자녀교육 결정권이나 자녀의 배움 자유에 대한 기본권 제한은 「헌법」 제31조 제6항에 근거를 둔 정책목적 입법이므로 앞서 본(가. (2) (가)) 헌법재판소의 선례에 따라 입법형성 및 정책결정에 대한 재량의 합리성 여부가 심사기준인데도, 다수의견이 학부모의 사교육 결정권인 과외교습에는 국가가 관여할 수 없고 아래 ③과 같은 경우에만 제한할 수 있다고 한 것은 의문이고, ② 경제적 자유권인 과외교습자의 직업행사의 자유에 대한 기본권을 과외교습을 받기 곤란한 사회·경제적 약자보다 더 두텁게 보호하여 이들에 대한 배려를 소홀히 한 것은, 실질적 평등을 실현하려는 입법자의 정책 재량을 부정하고 기본권 제한의 한 요건인 공공복리의 이념을 저버린 것이며,

③ “국민의 기본권을 보다 적게 침해하면서도 사회적 폐단이 큰 지나친 고액 과외교습은 물론, 입시준비생을 대상으로 하는 대학교수 등 입시관련자의 과외교습이나, 학생부, 내신성적 등에 영향을 미칠 수 있는 위치에 있는 학교교사가 해당학생을 대상으로 하는 과외교습 등과 같이, 입시의 공정성을 저해할 위험이 있는 등 중대한 사회적 폐단이 우려되는 경우에는 이를 규제할 수 있는 입법조치를 취할 수 있다”(3. 나. (3)의 (나) 5 소결론)고 보는 다수의견은, 이에 부합하는 개정입법을 하더라도 교습행위의 은밀성으로 인하여 그 실효성을 보장할 수 없기 때문이다.

다. 여론(餘論)

(1) 세기가 바뀐 2000년을 정보통신(digital) 혁명시대라고 한다. 1997. 12.초에 시작된 IMF(국제통화기금) 외환위기 수습에 몰두하는 동안, 우리 사회는 실업자의 증가, 빈곤층의 확대, 중산층의 축소 등 부의 양극화 현상이 두드러진 시대를 맞게 되었다. 모든 국민의 실질적 평등을 보장하기 위한 사회보장·사회복지 정책을 실현하여 계층간의 위화감 해소가 절실한 시기이자 사회적 안정과 통합이 어느 때보다 중요시되는 시점인 것이다. 그런데 새로운 세기의 경제운용의 기반 또한 인간의 이기심에 의하여 지탱되는 자본주의라는 점에 이론(異論)이 없으므로, 우리에게 주어진 과제도 자본주의의 약점인 부익부, 빈익빈으로 인한 계층간의 간격과 괴리(乖離)를 어떻게 조정·배려하여 공동체의식을 슬기롭게 유지·보완할 수 있느냐의 문제를 해결하는 데 있다.

따라서 사회복지국가의 지향이라는 관점에서, 사회·경제적 강자의 경제적 자유권, 이른바 재산권의 보장, 계약의 자유, 직업의 자유에 대한 적극적인 제한이 불가피하고(헌법 제23조 제2항, 제37조 제2항), 사회·경제적 약자는 이 제한을 통하여 「헌법」이 규정한 사회권(제31조 내지 제36조)을 향유하여 인간다운 생활을 영위할 수 있게끔 되는 것이다.

(2) 오늘의 시대를 반영하는 우리들의 화두(話頭)는, 경제문제와 이에 못지 않은 교육혁명, 인력개발정책이다. 정보통신 혁명시대에 교육혁명과 인력개발정책은 우리들이 살아남기 위한 필수불가결한 수순이기 때문이다.

그런데, 인력개발의 산실이자 모태인 학교교육도 급변하는 사회현상과 위에서 본 대입수능 및 과외교습의 부작용 등으로 말미암아 붕괴될 처지에 놓인 것이

오늘의 현실이다. 분명한 것은 과외교습의 허용범위를 따지고 대입수능을 일부 손보는 것 같은 지엽적·부분적인 임시치방이나 대증요법(對症療法)만으로는 이 시대의 절실한 요구인 교육혁명은 물론 교육현장의 붕괴위기를 수습할 수 없다는 점이다. 다른 사회조직과 마찬가지로 학교 또한 급변하는 사회현상에 부응하기 위하여 교과과정의 폭넓은 개편과 교육환경의 획기적 개선 등 개혁과 준비를 서두르지 아니하면 안될 시기가 닥친 것이다. 그러므로 유치원에서 대학원에 이르는 모든 교육과정을 재검토하여 새로운 세기에 걸맞는 개혁안이 하루빨리 마련되어야 한다고 생각한다.

(3) 이 사건 법률조항은 학교교육과정과 직접 관련되는 초·중·고등학생의 개인 과외교습을 제한하여 공공성을 가진 학교교육의 정상화를 도모하고 학생들로 하여금 균등하게 교육을 받을 권리를 실현하는 데 그 목적이 있다. 우리가 학교교육의 정상화를 다른 어느 것에도 비견할 수 없을 정도로 중요하게 여기는 이유는, 학생의 창의력을 계발하고 자유와 책임이 무엇인지를 배우며 민주시민으로서 필요한 협동심과 공동체 의식을 기르는 터전이 바로 학교라는 움직일 수 없는 사실 때문이다.

이 조항에 대한 위헌판단은 결과적으로 개인 과외교습을 제한없이 자유롭게 허용하자는 것에 다름 아니다. 그러나 지금은 가진 자 스스로가 자제하는 마음가짐이 필요한 시기이자 사회·경제적 약자의 외침에 귀 기울여야 할 시기라고 생각한다. 이러한 시대적 배경은 고려하지 아니하고, 과외교습과 직·간접으로 관련이 있는 학부모의 학교선택권의 규제 및 자율이 아닌 대입수능의 정당성 여부에 관하여는 아무런 언급도 하지 아니한 채 개인 과외교습을 허용하는 것이 옳다고 보는 위헌판단은, 학원에서 겨우 과외교습을 받거나 과외는 엄두도 내지 못하는 수많은 학부모는 물론 그들의 자녀들이, 가난하다는 이유만으로 안타까움과 위축감을 느끼고 허탈감과 좌절감을 갖도록 하는 것이다. 이 결정이 어린 그들의 가슴에 깊은 상처를 입히는 것은 아닌지, 혼자만의 기우(杞憂)이자 노파심이기를 바랄 뿐이다.

8. 재판관 이영모의 반대의견에 대한 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 고종석, 재판관 신창언, 재판관 하경철의 의견

가. 먼저, 반대의견은 사교육인 과외교습문제를 논함에 있어서, 국민을 사회·

경제적 강자 곧 가진 자와 약자로 나누면서, 이에 맞추어 자본주의와 사회주의(사회복지국가), 자유권과 사회권 등으로 가르고, 후자의 입장에 서서 “사회·경제적 강자의 경제적 자유권 ……에 대한 적극적인 제한이 불가피하고, 사회·경제적 약자는 이 제한을 통하여 사회권을 향유하여 인간다운 생활을 영위할 수 있게끔 되는 것” 이라고 한다.

그리고 이와 같은 논리를 과외교습문제에 그대로 대입(代入)하여, 과외교습을 하는 국민은 전자로, 이를 할 수 없는 국민은 후자로 나누고, 이어서 과외교습을 원칙적으로 허용하여야 한다는 위헌론은 전자 편에 선 것이고, 이를 금지하여야 한다는 합헌론은 후자 편에 선 것으로 보고 있다.

그러나 이와 같은 이론은 우리나라의 기본질서인 자유민주주의 원리에 비추어 논리적 비약이거나 독단적 견해라 아니할 수 없다.

나. 다음, 반대의견은 다수의견의 내용을 오해하거나 이를 간과하고 있다.

다수의견은 “고액과외교습을 금지하는 것 자체가 위헌이라는 것이 아니라, 고액과외교습을 억제하기 위한 방법의 선택이 잘못되어 국민의 기본권을 과도하게 침해”하기 때문에 위헌성이 있다는 것이다. 즉, 기본권을 제한하는 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정하되, 기본권 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못하여 비례의 원칙에 위반된다는 것이다. 따라서 위헌결정이 선고된다 하더라도, “지나치게 고액인 과외교습”을 비롯하여 대학교수와 같은 입시관련자나 학생부와 내신성적에 영향을 미칠 수 있는 학교교사의 과외교습 등 “입시의 공정성을 저해할 위험이 있는 등 중대한 사회적 폐단이 우려되는 경우에는 이를 규제할 수 있는 입법조치를 취할 수 있다”고 구체적으로 명백하게 실시하고 있다.

그럼에도 불구하고 반대의견은 “위헌판단은 결과적으로 개인과외교습을 제한 없이 자유롭게 허용하자는 것에 다름 아니다”라고 하면서, 위헌판단은 사회·경제적 약자에 대한 배려를 소홀히 하여 실질적 평등과 공공복리의 이념을 저버린 것이고, 사회적 불평등을 해소하여야 할 교육을 사회적 불평등을 고착시키고 세습시키는 수단으로 전락시키며, 사회·경제적 약자의 외침에 귀 기울여야 할 시대적 배경은 고려하지 아니하고 그들에게 좌절감을 갖도록 하는 것이라는 등의 취지로 비판을 하고 있다.

다. 그 밖에, 반대의견이 내세우는 “세기가 바뀐 2000년”과 “정보통신(digital) 혁명시대”, “오늘의 시대를 반영하는 화두(話頭)”라는 “교육혁명, 인력개발정책”, 특히 “과외교습의 허용범위를 따지고 대입수능을 일부 손보는 것 같은 지역적·부분적인 임시처방이나 대증요법(對症療法)만으로는 이 시대의 질실한 요구인 교육혁명은 물론 교육현장의 붕괴위기를 수습할 수 없다”고 강조한 교육혁명론 등이 어떻게 이 사건과 관계가 되는지, 어떻게 과외를 금지시켜야 한다는 합헌론을 이론적으로 뒷받침하고 위헌론에 대한 비판의 근거가 되는지도 쉽사리 이해가 되지 않는다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현(주심) 하경철

14 헌법재판소 2002. 2. 28. 선고 99헌가8 「미성년자보호법」 제2조의2 제1호 등 위헌제청

【판시사항】

- [1] 죄형법정주의와 명확성의 원칙
- [2] 미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화(이하 “불량만화”라 한다)의 반포 등 행위를 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하는 이 사건 「미성년자보호법」 조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
- [3] 아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물의 제작 등 행위를 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하는 이 사건 아동보호법 조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)

【결정요지】

- [1] 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 함을 의미하는 것이고, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것으로서, 처벌법규의 구성요건의 내용이 모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없고 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없게 된다.
- [2] 먼저 이 사건 「미성년자보호법」 조항의 불량만화에 대한 정의 중 전단 부분의 “음란성 또는 잔인성을 조장할 우려”라는 표현을 보면, ‘음란성’은 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있는 개념이라고 할 수 있으나, 한편 ‘잔인성’에 대하여는 아직 판례상 개념규정이 확립되지 않은 상태이고 그 사전적 의미는 “인정이 없고 모쪼”이라고 할 수 있는바, 이에

의하면 미성년자의 감정이나 의지, 행동 등 그 정신생활의 모든 영역을 망라하는 것으로서 살인이나 폭력 등 범죄행위를 이루는 것에서부터 윤리적·종교적·사상적 배경에 따라 도덕적인 판단을 달리할 수 있는 영역에 이르기까지 천차만별이어서 법집행자의 자의적인 판단을 허용할 여지가 높고, 여기에 '조장' 및 '우려'까지 덧붙여지면 사회통념상 정당한 것으로 볼 여지가 많은 것까지 처벌의 대상으로 할 수 있게 되는데, 이와 같은 경우를 모두 처벌하게 되면 그 처벌범위가 너무 광범위해지고, 일정한 경우에만 처벌하게 된다면 어느 경우가 그에 해당하는지 명확하게 알 수 없다. 다음으로 불량문화에 대한 정의 중 후단 부분의 "범죄의 충동을 일으킬 수 있게"라는 표현은 그것이 과연 확정적이든 미필적이든 고의를 품도록 하는 것에만 한정되는 것인지, 인식의 유무를 가리지 않고 실제로 구성요건에 해당하는 행위로 나아가게 하는 일체의 것을 의미하는지, 더 나아가 단순히 그 행위에 착수하는 단계만으로도 충분한 것인지, 결과까지 의욕하거나 실현하도록 하여야만 하는 것인지를 전혀 알 수 없어 그 규범내용이 확정될 수 없는 것이다. 그러므로, 이 사건 「미성년자보호법」 조항은 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

재판관 하경철, 재판관 송인준의 별개의견

이 사건 「미성년자보호법」 조항은 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있다고 생각하나, 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려나 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 한다는 의심의 여지가 있는 한 특히 대학생과 같이 판단능력의 성숙도가 상당한 미성년자의 알 권리에 대한 과도한 규제에 해당하고, 또한 모든 표현물의 제작행위 등을 단지 그 수록 만화의 내용이 미성년자에게 해로울 수 있다는 이유로 처벌할 수 있게 되므로 미성년자를 보호할 필요성이 아무리 높다 하더라도 그 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하지 못하고, 이로 인한 국민의 언론·출판의 자유 및 학문·예술의 자유에 대한 침해가 중대하며, 이로써 추구하고자 하는 공익과 침해되는 사익간의 균형을 갖추지 못한 과도한 규제에 해당한다.

[3] 이 사건 「아동복지법」 조항의 “어질고 너그러운 품성”을 뜻하는 ‘덕성’이라는 개념은 도덕이나 윤리가 품성으로 인격화된 것을 의미한다 할 것인바, 도덕이나 윤리는 국민 개개인마다 역사인식이나 종교관, 가치규범에 따라 자율적인 구속력을 지닌 내면적인 당위(當爲)로서 일의적으로 확정된 의미를 가진다고 보기 어려우므로 그 적용범위의 한계가 명확하다고 할 수 없고, 이에 덧붙인 “심히 해할 우려”라는 요소까지 고려하면 과연 무엇을 기준으로 그 덕성을 심히 해하는 경우와 다소 해하기는 하지만 심히 해하는 정도에까지 이르지 못하는 경우를 나눌 수 있을지 알 수 없으며, 나아가 심히 해하는 정도에까지 이르지 못하는 경우 중에서도 심히 해하지는 않을까 하는 우려가 인정되는 경우와 그러한 우려가 인정되지 않는 경우를 다시 나누는 것도 어렵다. 그러므로, 이 사건 「아동복지법」 조항 역시 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

미성년자보호법(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 폐지되기 전의 것) 제2조의2

미성년자보호법(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 폐지되기 전의 것) 제6조의2

미성년자보호법(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 폐지되기 전의 것) 제7조

아동복지법(2000. 1. 12. 법률 제6151호로 전문개정되기 전의 것) 제18조

아동복지법(2000. 1. 12. 법률 제6151호로 전문개정되기 전의 것) 제34조

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제21조 제1항, 제22조 제1항, 제37조 제2항

【참조판례】

[1] 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10 결정; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4 등 결정; 헌재

1998. 5. 28. 97헌바68 결정

[2] 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결 ; 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000도 4372 판결 ; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 결정

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원 (97초4870)

제청신청인 변○형 외 16인 (대리인 변호사 김○환 외 7인)

【당해사건】

서울지방법원 97고단6217, 7393(병합) 미성년자보호법 및 아동복지 법 위반

【주 문】

「미성년자보호법」(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 폐지되기 전의 것) 제2조의2 제1호 및 그 처벌조항인 제6조의2, 제7조의 각 해당부분, 그리고 「아동복지법」(2000. 1. 12. 법률 제6151호로 전문개정되기 전의 것) 제18조 제11호 및 그 처벌조항인 제34조 제4호, 제37조의 각 해당부분은 「헌법」에 위반된다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

제청신청인들은 만화가 또는 그 만화가 게재된 일간지를 발간하는 신문사 등으로 「미성년자보호법」 및 「아동복지법」을 위반하였다는 이유로 서울지방법원에 공소제기되어 동 법원에 사건이 계속중, 제청신청인들에게 적용된 법률조항인 「미성년자보호법」 제2조의2 제1호, 제6조의2, 제7조 및 「아동복지법」 제18조 제11호, 제34조 제4호, 제37조가 「헌법」에 위반된다 하여 위헌제청신청(97초4870)을 하였고, 서울지방법원은 위 신청을 받아들여 1999. 8. 27. 헌법재판

소에 위헌여부심판을 제청하였다.

나. 심판대상

심판대상은 「미성년자보호법」(1999. 2. 5. 법률 제5817호로 폐지되기 전의 것) 제2조의2 제1호 및 그 처벌조항인 제6조의2, 제7조의 각 해당부분(이하 “이 사건 미성년자보호법 조항”이라 한다), 그리고 「아동복지법」(2000. 1. 12. 법률 제6151호로 전문개정되기 전의 것) 제18조 제11호 및 그 처벌조항인 제34조 제4호, 제37조의 각 해당부분(이하 “이 사건 아동복지법 조항”이라 한다)이며, 그 내용은 다음과 같다.

(1) 「미성년자보호법」

제2조의2(불량만화 등의 판매금지 등) 누구든지 다음 각호의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화(이하 “불량만화”라 한다)를 미성년자에게 반포, 판매, 증여, 대여하거나 관람시키는 행위와 이러한 행위를 알선하거나 또는 이에 제공할 목적으로 불량만화를 소지·제작·수입·수출하는 행위

제6조의2(벌칙) 영리의 목적으로 제2조의2의 위반행위를 한 자는 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

제7조(양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제6조 또는 제6조의2의 벌칙사유에 해당하는 행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다.

(2) 「아동복지법」

제18조(금지행위) 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

11. 아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물을 제작하거나, 이를 아동에게 판매, 반포, 공여, 교환, 전시, 구연, 방송하거

나 하게 하는 행위

제34조(벌칙) 제18조의 규정에 위반한 자는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.

4. 제1호 내지 제4호, 제6호 또는 제11호에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

제37조(양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제34조 또는 제35조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 처벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 벌금형을 과한다.

2. 법원의 위헌심판제청이유와 이해관계인의 의견

가. 법원의 위헌심판제청이유

이 사건 「미성년자보호법」 조항은 그 전반에 걸쳐 다의적이고 불확정한 개념을 다수 사용하고 있고, 이 사건 「아동복지법」 조항 또한 ‘아동의 덕성을 심히 해할 우려’가 있다고 하는 극히 막연하고 추상적인 표현을 사용하고 있어, 과연 어떠한 만화와 도서 등 표현물이 처벌의 대상이 되는지를 알 수 없게 하므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

나. 법무부장관 및 서울지방검찰청 검사장의 의견

이 사건 「미성년자보호법」 및 「아동복지법」 조항은 확정적인 의미를 지닌 개념을 사용하고 있으므로, 입법취지와 문맥에 따라 그 표현을 합목적적으로 해석할 때 불명확하다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 죄형법정주의와 명확성의 원칙

이 사건의 쟁점은 이 사건 「미성년자보호법」 조항 및 「아동복지법」 조항이 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배되는지 여부이다.

무릇 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748). 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 「헌법」이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없지만, 그 내용이 모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없고 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없게 된다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가 4등, 판례집 6-2, 15, 32; 1998. 5. 28. 97헌바68, 판례집 10-1, 640, 655).

나. 이 사건 「미성년자보호법」 조항의 위헌 여부

이 사건 「미성년자보호법」 조항은 그 처벌의 대상이 되는 ‘불량만화’를 “미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있는 만화”이거나 “기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화”로 정의하고 있다.

(1) 먼저 불량만화에 대한 정의 중 전단 부분의 “음란성 또는 잔인성을 조장할 우려”라는 표현을 본다.

‘음란성’이란 판례상 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”(대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결, 공1995하, 2673; 2000. 12. 22. 선고 2000도4372 판결, 공2001상, 402) 또는 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적·예술적·과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않는 것”(헌재 1998. 4. 30. 95헌가 16, 판례집 10-1, 327, 341)으로 정의되고 있어 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있는 개념이라고 할 수 있으나, 한편 ‘잔인성’에 대하여는 아직 판례상 그 개념규정이 확립되지 않은 상태이고 그 사전적 의미는 “인정이 없고 모험”이라고 할 수 있는바, 이에 의하면 미성년자의 감정이나 의지, 행동 등 그 정신생활의 모든 영역을 망라하는 것으로서 살인이나 폭력 등 범죄

행위를 이루는 것(옥외광고물등관리법 제5조 제2항 제1호, 동물보호법 제6조 제1항 등 참조)에서부터 윤리적·종교적·사상적 배경에 따라 도덕적인 판단을 달리할 수 있는 영역에 이르기까지 천차만별이어서 범집행자의 자의적인 판단을 허용할 여지가 높다고 할 것이다.

나아가, ‘조장’ 부분을 살펴보면, 이것은 “힘을 도와 더 자라게 함”의 뜻이므로, “미성년자가 보유한 일말의 기질인 음란성 또는 잔인성에 힘을 도와 더 자라게 한다”는 것으로 해석이 가능하다. 이러한 태양에는 미성년자가 보유한 음란성 또는 잔인성 등의 기질에 결합하여 강화시키는 것만이 아니라, 그 기질의 발현을 억제시켰던 주저와 망설임을 약화시키는 것, 또는 종래 이를 극복하는 가치체제로 쌓아온 순결관이나 온정주의를 둔화시키는 것 등이 포함될 수 있다. 이에 “근심이나 걱정”이라는 뜻의 ‘우려’까지 덧붙여지면, 인류의 역사를 소재로 하는 만화로서 개인과 집단, 민족과 국가, 인류 등에 대하여 그 선악을 가리지 않고 객관적으로 묘사한 것이거나 성교육을 위한 만화와 같이 사회통념상 정당한 것으로 볼 여지가 많은 것까지 처벌의 대상으로 할 수 있게 된다. 그런데 위와 같은 경우를 모두 처벌하게 되면 그 처벌범위가 너무 광범위해지고, 일정한 경우에만 처벌하게 된다면 어느 경우가 그에 해당하는지 명확하게 알 수 없다.

(2) 다음으로 불량만화에 대한 정의 중 후단 부분의 “범죄의 충동을 일으킬 수 있게”라는 표현을 본다.

‘범죄’에 덧붙여진 ‘충동’이라는 표현이 보편적인 일의성을 지닌 개념인지 여부는 일단 접어두더라도, “범죄의 충동을 일으킬 수 있게” 한다는 것이 과연 확정적이든 미필적이든 고의를 품도록 하는 것에만 한정되는 것인지, 인식의 유무를 가리지 않고 실제로 구성요건에 해당하는 행위로 나아가게 하는 일체의 것을 의미하는지, 더 나아가 단순히 그 행위에 착수하는 단계만으로도 충분한 것인지, 그 결과까지 의욕하거나 실현하도록 하여야만 하는 것인지를 전혀 알 수 없다. 또한, 적극적으로 악성을 심어 주어 금지된 행위를 실행하도록 하여야 하는 것인지, 소극적으로 준범정신을 해이하게 만드는 것만으로도 족한 것인지도 알 수 없으며, 만화의 내용이 범죄의 실행을 적극적으로 부추기는 것이어야만 되는지, 피해사례를 소개하는 정도에 불과하지만 미성년자가 다소간의 궁리 끝에 이를 모방하여 범죄로 이끌 수 있는 것까지도 포함하는지를 알 수 없어 그 규범내용이 확정될 수 없는 것이라고 할 것이다.

(3) 그러므로, 이 사건 「미성년자보호법」 조항은 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

다. 이 사건 「아동복지법」 조항의 위헌 여부

이 사건 「아동복지법」 조항은 아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서 등을 제작하거나 아동에게 판매, 반포, 공여, 교환, 전시, 공연, 방송하거나 하게 하는 행위를 금지하고 있다. 여기서 “어질고 너그러운 품성”을 뜻하는 ‘덕성’이라는 개념은 도덕이나 윤리가 품성으로 인격화된 것을 의미한다 할 것이다. 도덕이나 윤리는 국민 개개인마다 역사인식이나 종교관, 가치규범에 따라 자율적인 구속력을 지닌 내면적인 당위(當爲)로서, 그 행위주체 일방에 대한 관계에서는 일의적으로 확정된 의미를 가질 수 있을지 모르나, 법의 집행자와 수범자 쌍방에 대한 관계에서는 일의적으로 확정된 의미를 가진다고 보기 어려우므로, 그 적용범위의 한계가 명확하다고 할 수 없다. 가사 아동의 품성으로 인격화된 도덕이나 윤리, 즉 그 덕성의 보편적인 기준을 구체적으로 상정할 수는 있다 할지라도, 이에 덧붙인 “심히 해할 우려”라는 요소까지 고려하면, 과연 무엇을 기준으로 그 덕성을 심히 해하는 경우와 다소 해하기는 하지만 심히 해하는 정도에 까지 이르지 못하는 경우를 나눌 수 있을지 알 수 없으며, 나아가 심히 해하는 정도에까지 이르지 못하는 경우 중에서도 심히 해하지는 않을까 하는 우려가 인정되는 경우와 그러한 우려가 인정되지 않는 경우를 다시 나누는 것도 어렵다. 그러므로, 이 사건 「아동복지법」 조항 역시 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

4. 결 론

이 사건 「미성년자보호법」 조항 및 「아동복지법」 조항은 「헌법」에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 이 사건 「미성년자보호법」 조항에 관한 재판관 하경철, 재판관 송인준의 아래 5와 같은 별개의견이 있는 외에는

나머지 관여재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

5. 재판관 하경철, 재판관 송인준의 별개의견

다수의견은 이 사건 「미성년자보호법」 조항이 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다고 보았으나, 우리는 이 사건 「미성년자보호법」 조항이 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있다고 생각하므로 위와 같은 다수의견의 판단에 동조하지 않으며, 오히려 이 사건 「미성년자보호법」 조항은 그 적용범위가 지나치게 광범위하여 국민의 알 권리와 언론·출판 및 학문·예술의 자유 등을 과도하게 제한하고 있으므로 「헌법」에 위반된다는 견해를 가지고 있기 때문에, 아래와 같은 별개의견을 밝힌다.

이 사건 「미성년자보호법」 조항은 정치적·종교적·문학적·예술적·교육적·의학적·과학적·학문적 가치가 있는 내용의 만화를 규제대상에서 제외시키지 않았기 때문에, 일면 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려나 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 한다는 의심의 여지가 있는 한, 미성년자의 인격형성에 도움이 되는 계몽적·교훈적인 의미를 담고 있거나 그 소질과 능력을 발휘함에 있어 필요한 가치를 제시하는 만화에게까지 미성년자의 접근을 전면 금지하게 되므로, 특히 대학생과 같이 판단능력의 성숙도가 상당한 미성년자의 알 권리에 대한 과도한 규제에 해당한다.

또한, 이 사건 「미성년자보호법」 조항은 미성년자의 보호를 위한 것이므로 그 규제수단은 미성년자에 대한 유통을 금지하는 방향으로 좁게 설정되어야 한다. 미성년자의 보호라는 명목으로 성인이 볼 수 있는 것까지 전면 금지시킨다면, 이는 성인의 알 권리의 수준을 아동의 수준으로 맞추어 줄 것을 국가가 강요하는 것이어서 성인의 알 권리를 명백히 침해한다고 하지 않을 수 없기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 354).

비록 이 사건 「미성년자보호법」 조항은 미성년자에게 제공할 목적으로 불량 만화를 소지·제작·수입·수출하는 행위 등을 처벌의 대상으로 하고 있지만, 현재의 청소년보호법이 규율하는 바와 같은 등급분류제 등으로 미성년자의 접근만을 유통단계에서 차단할 수 있는 장치가 마련되지 않은 상황에서는, 모든 표현물의 제작행위 등을 단지 그 수록 만화의 내용이 미성년자에게 해로울 수 있

다는 이유로 처벌할 수 있게 되므로, 만화가나 만화를 수록하는 표현물의 제작자 등의 입장에서는 처벌의 위험을 감수하느니 차라리 만화의 내용을 언제나 미성년자에게 적합한 수준으로 맞추 수밖엔 없게 될 것이다. 제청신청인들의 예와 같은 신문이나 잡지 등 불특정 다수의 성인을 독자층으로 하는 표현물이지만 미성년자의 접근이 현실적으로 차단되지 아니한 유통체계 하에서는 그 제작행위 등이 미성년자에게 제공할 목적에 의한 것으로 처벌의 대상이 될 수 있으므로, 미성년자를 보호할 필요성이 아무리 높다 하더라도 그 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하지 못하고, 이로 인한 국민의 언론·출판의 자유 및 학문·예술의 자유에 대한 침해가 중대하며, 이로써 추구하고자 하는 공익과 침해되는 사익간의 균형성을 갖추지 못한 과도한 규제에 해당한다.

우리는 이상과 같은 이유로 이 사건 「미성년자보호법」 조항이 과잉제한금지의 원칙에 위배되어 「헌법」에 위반된다는 별개의견을 개진하는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선회(주심)

㉔ 헌법재판소 1999. 4. 27. 선고 99헌아5, 재외국민보호의무불이행 위헌확인 (각하)

【당사자】 청구인 윤 ○

【주 문】 청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 1981. 청구의 신○자와 혼인하여 독일에서 거주하던 중 위 신○자와의 불화로 독일법원에 이혼 및 친권자지정소송을 제기하였는데, 제1심 법원은 1988. 2. 위 신○자와의 이혼청구를 인용하면서도 친권자지정청구에 관하여는 "미성년자보호관련 관헌의 관할권 및 준거법에 관한 협약(이하 '미성년자보호협약'이라 한다)" 제3조에 따라 우리나라 구 「민법」 제909조(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)를 적용하여야 할 것이나, 자녀들의 복리를 고려하여 위 신○자를 자녀 2인의 친권자로 지정하는 판결을 선고하였고, 그 항소심법원도 「미성년자보호협약」 제8조에 따라 우리나라 「민법」 대신 독일 민법을 적용하여 청구인의 항소를 기각하였다.

나. 이에 청구인은 1986년경부터 「헌법」상 재외국민 보호의무가 있는 대한민국의 외교통상부에 수차례에 걸쳐 「미성년자보호협약」에 가입, 국적국가관서의 우선권 있는 조치를 취함으로써 재독 재외국민인 청구인을 독일민법의 강제적용에 따른 피해로부터 구제하여 줄 것을 요청하였음에도 외교통상부장관이 아무런 조치를 취하지 아니하고 있고, 법원행정처장에게도 대한민국 관서로서 대한민국 국민인 미성년자의 인격이나 재산의 보호를 위해 대한민국법에 따른 우선권 있는 긴급 법률피해 구조조치를 취하거나 제도를 확립하여 줄 것을 요청하였으나 역시 아무런 조치를 취하지 아니하고 있다는 이유로, 우리 재판소에 공권력 불행사의 취소와 입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 우리 재판소는 1998. 5. 28. 외교통상부장관 및 법원행정처장의 공권력 불

행사에 대하여는 「헌법」 제2조 제2항의 규정이나 다른 헌법규정에 의하여 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 청구인의 주장과 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고 볼 수 없다는 이유로, 입법부작위에 대하여는 헌법의 어느 규정에서도 청구인이 주장하는 내용을 법률에 위임하는 규정을 두지 아니하였고, 국가의 재외국민에 관한 보호의무를 규정한 「헌법」 제2조 제2항이 위와 같은 취지의 입법위임이라고 보기는 어려우며, 청구인이 주장하는 기본권침해는 청구인 스스로 독일법원에 제소한 후 그 법원이 선고한 재판의 효력에 따른 것으로, 국가가 국내입법을 통하여 이를 시정하여야 하는 행위의무 내지 보호의무가 발생하는 것도 아니고, 그로써 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 시정되는 것도 아니라는 이유로, 청구인의 위 헌법소원 심판청구에 대한 각하결정(97헌마282)을 하였다.

라. 그러자 청구인은 헌법재판소의 위 각하결정이 담당재판관의 불공정, 대만, 불성실과 담당변호사의 태만에 의하여 이루어졌으므로, 위 각하결정을 취소하고 다시 심판을 하여 외교통상부장관과 법원행정처장의 재외국민 보호의무 불이행 등이 위헌임을 확인하여 달라며 1999. 1. 28. 다시 헌법소원심판을 청구하였으나, 우리 재판소는 1999. 2. 22. 위 심판청구는 실질적으로 헌법재판소의 위 97헌마282 결정에 대한 단순한 불복소원에 불과하는 이유로 위 심판청구에 대한 각하결정(99헌아1)을 하였다.

마. 이에 청구인은 헌법재판소의 위 99헌아1 결정이 「미성년자보호협약」 제4조와 제6조의 대한민국 행정부와 사법부의 우선권 있는 처분에 대한 업무의 직무유기 또는 부작위에 대하여 전혀 심리를 하지 않았고, 같은 협약 제3조에 대한 기본적인 내용이나 의미를 잘못 판단하였으므로 부당하다고 다투면서, 다시 정확한 재판을 하여 달라며 1999. 3. 30. 이 사건 심판청구를 하였다.

2. 판단

청구인의 주장은 요컨대 헌법재판소가 청구인의 주장을 제대로 파악하지 아니한 채 판단을 잘못하여 각하결정한 것이므로 이를 취소하고, 다시 재판을 해 달라는 취지이므로 그 실질내용은 위 97헌마282 결정에 대한 불복소원에 불과하다고 할 것이다.

그런데 헌법재판소의 결정에 대하여는 원칙적으로 불복신청이 허용되지 아니하고(헌재 1994. 12. 29. 92헌아1, 판례집 6-2, 538, 541), 또 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없도록 되어 있다(헌법재판소법 제39조).

3. 결론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 「헌법재판소법」 제72조 제3항 제4호에 따라 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1999. 4. 27.

재판장 재판관 김문희, 정경식, 한대현

Ⅱ6 현재 2001. 4. 26, 선고 2000헌가4, 전원재판부 「교육기본법」 제8조 제1항 단서 위헌제청

【판시사항】

당해사건에 적용된 구법조항이 아니라 동일한 내용의 신법조항에 대하여 위헌 여부심판을 제청한 것이 부적법하다고 본 사례

【결정요지】

제청신청인이 당해사건에서 반환을 구하는 부당이득금의 원인이 된 것은 중학교 수업료 징수행위인데, 그 수업료 징수의 근거가 된 것은 「교육기본법」 제8조 제1항 단서가 아니라 제청신청인의 자녀가 중학교에 재학중일 당시 시행되던 구 교육법이다. 따라서 위 「교육기본법」 조항은 당해사건 재판에 적용될 법률이 아니며, 그 위헌여부는 당해사건의 재판과 아무런 관련이 없으므로 재판의 전제성 요건을 흠결한 것임이 분명하다.

재판관 김영일, 재판관 권성, 재판관 송인준의 반대의견

1. 「교육기본법」 제8조 제1항 단서(이하 "이 사건 법률조항")에 재판의 전제성이 없다는 점에는 다수의견과 견해를 같이 하나, 구 교육법과 이 사건 법률조항은 형식상 별개의 법률조항이기는 하나 그 실질적 내용에는 아무런 변화없이 동일성이 유지되고 있으므로 형식적인 법률개정의 유무에 얽매어 구 교육법조항을 제청의 대상으로 삼지 않았다 하여 이 사건 위헌제청을 각하할 것이 아니라, 구 교육법조항과 실질적으로 내용이 동일한 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단함으로써 중학교 의무교육과 관련된 헌법적 문제를 적극적으로 해명하는 것이 타당하다.

2. 「헌법」 제31조 제1항 내지 제3항을 종합할 때, 우리 「헌법」은 모든 국민에게 초등교육과 법률이 정하는 일정한 교육을 무상으로 받을 권리를 보장하고 있으며, 「헌법」 제31조 제6항에 의할 때, 의무교육제도의 기본적인 사항은 국회가 반드시 형식적 의미의 법률로 스스로 정하여야 할 것이고 이를 행정부 등

에 위임하여서는 아니되므로, 입법자는 중등의무교육 실시의 정도, 방법에 관한 기본적·본질적 사항은 적어도 법률로 직접 규정하여야 한다.

그런데 이 사건 법률조항은 "3년의 중등교육에 대한 의무교육은 국가의 재정여건을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다"고만 규정하고 있어, 소득이든, 지역이든, 학년이든 순차적 실시의 기준을 전혀 정하지 않고 있으며, 단계적인 확대실시를 보장하는 실체적·절차적 제도를 전혀 마련하고 있지 아니하다. 그리하여 중등의무교육을 일단 일부나마 시작한 이상 나머지 지역이나 사람에게로 언제, 얼마나 확대할 것인지에 관하여 전적으로 행정당국의 임의에 맡겨지게 되어 있으므로 재정여건의 고려라는 명분 아래 확대실시를 마냥 미루거나 지체할 수 있게 되었고, 「헌법」이 구체적으로 구현하도록 법률에 위임한 '중등교육 이상의 의무교육'은 행정부의 임의에 따라 극히 유명무실하고 초라한 제도에 머물러 있을 수 있게 되었다. 이와 같이 의무교육의 부분적 실시만을 예정하고 있을 뿐, 의무교육 실시의 범위와 방법, 연한 등 의무교육제도의 기본적 사항에 해당하는 것들을 스스로 규율하지 않은 채, 송두리째 대통령령의 임의에 맡기고 있는 이 사건 법률조항은 명백히 「헌법」 제31조 제2항, 제6항에 위반된다.

【심판대상조문】 교육기본법(1997. 12. 13. 법률 제5437호) 제8조

【참조 조문】

구 교육법(중등교육에 대한 의무교육)제8조의2 규정
초·중등교육법시행령 제23조

【참조 판례】 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27 결정

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원
제청신청인 정○봉

【당해사건】 서울지방법원 99가소851580 부당이득금

【주 문】 이 사건 위헌여부심판제청을 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인은 그의 자녀인 정지원이 1995. 3. 1.부터 1998. 2.경까지 서울특별시 소재 가원중학교에 재학하는 동안 3개월에 1회씩 합계 금 2,000,000원의 수업료를 납부하였는 바, 「헌법」에 의할 때 6년의 초등교육 및 3년의 중등교육은 무상으로 실시하여야 함에도 서울특별시가 법률상의 원인없이 수업료를 징수하였다면서 서울특별시 등을 상대로 이미 납부한 위 수업료 상당의 부당이득금의 반환을 구하는 소를 제기한 후(서울지방법원 99가소851580), 그 재판계속 중에 「교육기본법」(1997. 12. 13. 법률 제5437호. 이하 "법"이라고 한다) 제8조 제1항 단서가 위헌이라고 주장하면서 위헌여부심판제청신청을 하였고(같은 법원 2000카기517), 같은 법원은 그 신청을 받아들여 2000. 3. 2. 헌법재판소에 위 법률조항에 대한 위헌여부심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제8조 제1항 단서(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)의 위헌여부이고, 이 사건 법률조항과 관련법령의 내용은 다음과 같다.

법 제8조(의무교육) ① 의무교육은 6년의 초등교육 및 3년의 중등교육으로 한다. 다만, 3년의 중등교육에 대한 의무교육은 국가의 재정여건을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다.

② 모든 국민은 제1항의 규정에 의한 의무교육을 받을 권리를 가진다.

초·중등교육법시행령 제23조(중학교 의무교육대상자)①교육기본법제8조의 규정에 의한 3년의 중등교육에 대한 의무교육은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 우선적으로 실시한다. 다만, 제1호 내지 제3호외의 지역에 거주하는 중학교 학령대상자가 제1호 내지 제3호의 지역으로 거주지를 이전한 경우에는 동 거주지의 학교군 또는 중학구의 중학교에 전학 또는 편입학한 경우에 한한다.

1. 행정구역상 읍·면지역에 거주하는 중학교 학령대상자
2. 별표 1의 도서·벽지지역에 거주하는 중학교 학령대상자
3. 제1호 및 제2호에 해당하는 지역에 소재하는 초등학교를 학구로 하는 지역에 거주하는 중학교 학령대상자
4. 「특수교육진흥법」 제10조의 규정에 의한 특수교육대상자중 중학교과정 교육대상자

② 제1항 제1호 내지 제3호의 규정에 의한 지역을 제외한 의무교육실시 지역은 예산의 범위안에서 교육인적자원부장관이 정하여 고시한다.

③ (생략)

2. 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청이유

(1) 「헌법」이 국회의 전속적 입법사항으로 하고 있는 것에 관한 입법권은 행정부에 위임할 수 없다 할 것인바, "모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다"고 규정한 「헌법」 제31조 제2항 및 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다"고 규정한 「헌법」 제31조 제6항이 의무교육의 내용 및 범위를 국가가 제정한 법률에 의하여서만 정할 것을 강요하는 것으로 해석된다면, 의무교육의 순차적 실시를 대통령령에 위임하여 결과적으로 의무교육의 내용 및 범위를 대통령령이 정하는 바에 따르도록 한 이 사건 법률조항은 「헌법」 제31조 제2항, 제6항 위반이 아닌가 하는 의심이 든다.

(2) 가사 의무교육의 범위와 내용을 대통령령에 위임할 수 있다 하더라도, 이 사건 법률조항은 구체적인 기준의 제시없이 '순차적'이라는 막연한 기준하에 의무교육의 범위와 내용을 대통령령에 위임하고 있어 그 입법의 형식이 대통령령에의 일반적, 포괄적 위임에 해당하여 「헌법」이 정한 입법권위임의 한계를 이탈하였다고 볼 여지가 충분하다.

(3) 법에 근거하여 제정된 초·중등교육법시행령은, 일부지역에서만 중학교 의

무교육을 실시하고 다른 지역에서는 중학교 의무교육을 실시하지 아니하는 것으로 규정하여 중학교 의무교육이 실시되는 지역에 거주하는 부유한 주민의 자녀는 의무교육의 혜택을 받게 되고, 중학교 의무교육이 실시되지 아니하는 지역에 거주하는 빈한한 주민의 자녀는 의무교육의 혜택을 받을 수 없게 되므로, 결국 의무교육 실시의 순차적인 대상자 선택을 대통령령에 일임하는 이 사건 법률조항은 「헌법」 제11조가 규정하는 평등의 원칙에도 위배되는 것이 아닌가 하는 의심이 간다.

나. 교육부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 재정부담을 고려할 때 전면적으로 중학교 의무교육을 실시하는 것이 사실상 불가능하다고 판단하여 잠정적인 조치로서 중학교 의무교육을 단계적으로 순차 확대 실시하도록 한 것으로서, 동 입법취지에 따라 정부에서는 교육여건이 열악한 지역으로부터 점차 중학교 의무교육 실시지역을 확대하여 왔다.

(2) 「헌법」 제31조 제6항의 취지는 교육에 관한 기본정책 또는 기본방침을 국회가 제정한 법률로 규정하되, 교육제도에 관한 세부적인 사항까지 반드시 형식적 의미의 법률만으로 정하도록 한 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 학교제도의 핵심적 사항인 의무교육의 실시 여부 및 그 연한은 법률로 정하여야 할 것이지만, 의무교육의 실시시기·범위 등 즉각적 실시에 적합할 정도로 모든 내용을 상세하게 법률로 규정하여야 하는 것은 아니다. 특히 상황의 변화에 따라 의무교육 실시범위를 확대하기 위하여는 개정이 까다로운 형식적 의미의 법률로만 규정하기보다는 그러한 법률에 기본원칙을 정하고 세부적인 사항은 대통령령에 위임하는 것이 합리적이다. 따라서 이 사건 법률조항이 「헌법」 제31조 제2항 및 제6항의 규정을 위반한 것은 아니다.

(3) 법 제8조 제1항은 3년의 중등교육에 대한 의무교육을 실시하여야 할 의무를 국가에 부과하고 있으며, 이 사건 법률조항에서는 단지 그 실시의 시기, 범위만을 대통령령으로 정할 수 있도록 함으로써 위임의 대상범위를 구체적으로 한정하고 있으며, 더구나 이를 단계적으로 확장하여 실시하라는 의미에서 "순차적으로 실시"하도록 하는 규정을 두고 있어 위임의 목적과 내용이 직접적으로 명확하게 인정된다고 할 것이다. 따라서 포괄위임 금지를 규정한 「헌법」 제75조를 위반한 것이 아니다.

다. 서울특별시 교육감의 의견

위 교육부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

「헌법」 제107조 제1항과 「헌법재판소법」 제41조 제1항은 법률이 「헌법」에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 헌법재판소에 그 법률의 위헌여부의 심판을 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다고 규정하고 있는바, 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다는 함은 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 「헌법」에 위반되는지의 여부에 따라 당해 소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864; 헌재 1998. 2. 27. 97헌가10 등, 판례집 10-1, 15, 25 등 우리 재판소의 확립된 판례).

그리고 법률이 재판의 전제가 되는 요건을 갖추고 있는지의 여부는 제청법원의 견해를 존중하는 것이 원칙이나, 재판의 전제와 관련된 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 것으로 보이면 헌법재판소가 직권으로 조사할 수도 있는 것이다(헌재 1993. 5. 12. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 239; 헌재 1999. 9. 16. 99헌가1, 판례집 11-2, 245, 252).

살피건대, 법은 1997. 12. 13. 법률 제5437호로 제정되어 1998. 3. 1.부터 시행되었으며, 이로써 교육법은 폐지되었다(법 부칙 제1조, 제2조). 그런데 제청신청인의 자녀는 1995. 3. 1.부터 1998. 2.경까지 중학교에 재학하면서 수업료를 납부하였다는 것인바, 제청신청인이 당해사건에서 반환을 구하는 부당이득금의 원인이 된 것은 수업료 징수행위인데, 그 수업료 징수의 근거가 된 것은 이 사건 법률조항이 아니라 제청신청인의 자녀가 중학교에 재학중일 당시 시행되던 구 교육법(1984. 8. 2. 법률 제3739호로 개정되고, 법에 의하여 폐지되기 전의 것) 제8조의2이다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건 재판에 적용될 법률이 아니며, 그 위헌여부는 당해사건의 재판과 아무런 관련이 없으므로 재판의 전제성 요건을 흠결한 것임이 분명하다.

4. 결 론

이 사건 위헌여부심판제청은 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일, 재판관 권성, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 관여한 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일, 재판관 권성, 재판관 송인준의 반대의견

가. 본안판단의 필요성

우리는 이 사건 법률조항에 재판의 전제성이 없다는 점에는 다수의견과 견해를 같이 하나, 그렇다고 하더라도, 이 사건 위헌여부심판제청을 각하할 것이 아니라, 본안에 나아가 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단하여야 한다고 보는 것이다.

구 「교육법」 제8조 제1항은 "모든 국민은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육을 받을 권리가 있다"고, 동법 제8조의 2는 "제8조의 규정에 의한 3년의 중등교육은 대통령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다"고 각 규정하고 있었고, 1997. 12. 13. 법률 제5437호로 제정된 「교육기본법」은, 그 제8조 제1항에서 "의무교육은 6년의 초등교육 및 3년의 중등교육으로 한다. 다만, 3년의 중등교육에 대한 의무교육은 국가의 재정여건을 고려하여 대통령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다"고 규정하고 있다. 비록 구 「교육법」 제8조의 2와 이 사건 법률조항인 「교육기본법」 제8조 제1항 단서는 형식상 별개의 법률조항이기는 하나, 그 실질적 내용에는 아무런 변화없이 동일성이 유지되고 있다.

한편 이 사건 법률조항은 국민일반의 자녀교육상 매우 중요한 중학교 의무교육의 실시에 관하여 대단히 중요한 의미를 지니고 있을 뿐만 아니라, 「헌법」 제31조 제2항, 제6항에서 천명하고 있는 의무교육의 무상원칙 및 교육제도의 법정주의와 관련하여 매우 중요한 헌법적 쟁점을 지니고 있으므로 그 위헌여부를 해명할 필요성이 대단히 큰 것이라 판단된다.

그렇다면, 헌법재판소로서는 형식적인 법률개정의 유무에 얽매어 구 「교육법」 조항을 제청의 대상으로 삼지 않았다 하여 이 사건 위헌여부심판제청을 각하할 것이 아니라, 구 「교육법」 조항과 실질적으로 내용이 동일한 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단함으로써 중학교 의무교육과 관련된 헌법적 문제를 적

극적으로 해명하는 것이 헌법질서의 수호자로서의 책무를 다하는 것이 될 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 「헌법」 제31조 제1항은 "모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다"고 규정하고 있는바, 교육을 받을 권리는 「헌법」의 핵심이념인 인간의 존엄과 가치를 실현하고 참다운 민주정치를 이룩하는 방법적 기초이며, 다른 모든 기본권의 기초가 되는 기본권이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 18). 이러한 교육을 받을 권리의 최소한을 보장하기 위하여 「헌법」은 제31조 제2항에서 "모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다"고, 제3항에서 "의무교육은 무상으로 한다"고 각 규정하고 있다. 이는 초등교육과 법률이 정하는 그 다음 단계의 교육을 의무교육으로 하여, 부모에게는 취학의무를, 국가에게는 의무교육을 실시할 수 있는 인적·물적 여건을 마련할 의무를 부과한 것이다. 그렇다면 「헌법」 제31조 제1항 내지 제3항을 종합할 때, 우리 「헌법」은 모든 국민에게 초등교육과 법률이 정하는 일정한 교육을 무상으로 받을 권리를 보장하고 있다고 풀이된다.

「헌법」 제31조 제6항은 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다"고 규정하여 교육제도의 법정주의를 천명하고 있다. 이 조항의 정신은, 교육 특히 학교교육은 개개인의 성장과정에 있는 인간에게 보다 양질의 인성과 생활인으로서의 능력을 갖춘 인간으로 변화시킴으로써 개인과 가정의 행복을 누릴 수 있게 하고, 책임감있고 민주적인 국가·사회의 구성원으로서 국가·사회의 발전을 도모하게 함은 물론, 평화적인 세계인으로서 세계평화와 인류공영에 이바지하는 인간으로 성장하게 함에 기초가 되는 국가의 백년대계이므로, 그 중요성에 비추어 교육에 관한 기본적 사항을 국민의 대표기관인 국회가 직접 입법절차를 거쳐 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하게 함으로써 국민의 교육을 받을 권리가 행정기관에 의하여 자의적으로 무시되거나 침해당하지 않도록 하고, 교육의 자주성과 중립성도 유지하고자 함에 있는 것이다.

또한 의무교육의 문제는 국민의 기본권실현에 본질적 관련성을 지닌 중요한 문제이다. 의무교육은 국가가 단순히 시혜적으로 실시하는 급부행정의 문제가

아니며, 의무교육을 받을 권리는 「헌법」 제31조 제1항 내지 제3항에 의하여 보장된 국민의 기본권이다. 또 의무교육의 문제는 거의 전 국민 모두의 생활과 직접적으로 관련된 문제로서, 그 기본적인 사항이 어떠한 것인가에 따라서 국민 모두의 기본권·법적 이익에 지대한 영향을 미치게 된다.

그러므로 「헌법」 제31조 제6항에 의할 때, 의무교육제도의 기본적인 사항은 국회가 반드시 형식적 의미의 법률로 스스로 정하여야 할 것이고, 이를 행정부 등에 위임하여서는 아니된다. 다만 의무교육제도에 관한 비본질적, 세부적인 사항에 관하여는 대통령령 등에 위임할 수 있음은 물론이다.

(2) 「헌법」 제31조 제2항은 초등교육과 '법률이 정하는 교육'을 의무교육으로 설정하고 있다. 그런데 여기서 '법률이 정하는 교육'이란 초등교육 다음 단계의 교육, 즉 '중등교육 이상의 교육'으로서 법률로 정하는 교육임이 분명하다. 따라서 이 조항의 위임에 따라, 또 위에서 본 「헌법」 제31조 제6항의 교육제도의 법정주의의 명령에 따라, 입법자는 중등교육 이상의 의무교육에 관한 기본적 사항을 스스로 정하여야 한다.

그렇다면 이 사건 법률조항의 위헌여부는 결국 중등교육 이상의 의무교육제도의 '기본적인 사항'을 스스로 규율하고 있는가에 달려 있다.

「헌법」의 요청에 따라 중등의무교육에 관한 기본적 사항을 법률로 제대로 정하였다고 하기 위하여는 중등의무교육의 기본골격이라 할 중등의무교육 실시의 정도, 방법에 관한 기본적·본질적 사항 내지 요소는 적어도 법률로 직접 규정하여야 할 것인바, 최소한 다음의 두 가지는 그러한 기본적 사항에 해당한다고 보아야 한다.

즉, 중등의무교육을 전면실시할 것인가, 부분적으로 실시할 것인가의 문제, 다음으로 만약 부분실시하기로 결정한다면, 부분적 우선실시의 기준을 어떻게 설정할 것인가의 문제가 곧 그것이다. 그리고 우선실시의 기준을 설정함에 있어서는 「헌법」의 위임취지에 부합하는 합리적인 기준을 설정하여야 한다. 형평에 반하는 현저히 불합리한 기준이나 중등의무교육을 유명무실케 하는 기준을 설정하는 것이 용인된다면, 중등의무교육은 「헌법」의 취지에 반하여 형해화될 것이기 때문이다.

(3) 법 제8조 제1항 본문은 "의무교육은 6년의 초등교육 및 3년의 중등교육으

로 한다"고 규정하고 있다. 여기서 '3년의 중등교육을 의무교육으로 한다'는 부분이 바로 「헌법」의 위임에 따른 '중등교육 이상의 의무교육'에 관한 규정이다. 이 본문조항만 있다면, 「헌법」의 위임을 제대로 이행한 것으로 된다.

그런데 그 단서인 이 사건 법률조항은 "3년의 중등교육에 대한 의무교육은 국가의 재정여건을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다"고 규정하고 있는바, 이와 같이 하여서는 중등의무교육제도의 '기본적인 사항'을 법률로 제대로 규율하고 있다고 볼 수 없는 것이다.

"국가의 재정여건을 고려하여 순차적으로" 실시토록 하고 있으므로 적어도 부분적으로나마 중등의무교육이 실시된다는 점에 관하여는 법률로 이미 규율되고 있다고 할 수 있다.

그러나 '어떤 기준'에 따라 순차적으로 실시할 것인지에 관한 아무런 제한이 없으므로 행정부는 어느 지역부터, 어떤 사람을 대상으로 하든, 그 형태와 내용이 어떻든 부분적으로 의무교육을 실시하기만 하면 무방하게 되어 있다.

중등의무교육을 부분적으로 실시하기로 한 이상 우선실시 및 단계적 확대실시의 분명한 기준을 정하는 것은 의무교육 실시의 범위·방법 및 시기에 관한 기본적인 사항이 아닐 수 없다. 그런데도 이 사건 법률조항은 소득이든, 지역이든, 학년이든, 우선실시의 기준을 전혀 정하지 않고 있으며, 단계적인 확대실시를 보장하는 실제적·절차적 제도를 전혀 마련하고 있지 아니한 것이다.

비록 이 사건 법률조항은 구 「교육법」 조항과는 달리 "국가의 재정여건을 고려하여"라는 내용을 추가하였지만, 이는 기실 아무런 방향제시적 역할도 어떤 기능도 할 수 없는, 형식적이고 무익한 기준에 불과하다. 중등의무교육의 실시는 국가의 재정여건과 무관하게 할 수 있는 것이 못된다는 점이 너무나도 자명한 것이기 때문이다.

그리하여 중등의무교육을 일단 일부나마 시작한 이상, 나머지 지역이나 사람에게로 언제, 얼마나 확대할 것인지에 관하여 전적으로 행정당국의 임의에 맡겨지게 되어 있으므로 재정여건의 고려라는 명분 아래 확대실시를 마냥 미루거나 지체할 수 있게 되어 있다.

결과적으로 「헌법」이 구체적으로 구현하도록 법률에 위임한 '중등교육 이상의 의무교육'은 행정부의 임의에 따라, 극히 미미한 형태의 일부 시행에 그치는,

유명무실하고 초라한 제도에 머물러 있을 수도 있게 되어 있는 것이다.

실제로 「헌법」 제31조 제2항이 「헌법」에 신설된 지 30년 가까이, 구 「교육법」에서 최초로 중등의무교육규정을 둔 지 17년 가까이 되었지만, 중등의무교육은 도서·벽지지역과 읍·면지역에 국한하여 실시되고 있어, 전체 중학교 교육대상자의 채 20%에도 못 미치는 대상자만이 의무교육의 혜택을 받고 있는 현실을 보면, 그러한 우려가 그대로 현실화한 것이라고 볼 수 있다{의무교육비율의 변화(추정치)를 보면, 1994년 19.99%, 1995년 19.94%, 1996년 20.03%, 1997년 20.12%, 1998년 19.56%, 1999년 19.69%, 2000년 19.53%, 2001년 19.53%로 확대추세없이 고착되어 있음을 볼 수 있다}.

오늘날 고도로 산업화되고 지식정보화된 사회에서 6년의 의무교육은 국가를 구성하는 기본단위로서의 민주시민·생활경제인 양성을 위한 교육적 기초를 제공하기에 부족하고, 9년 이상의 의무교육이 세계적 추세이기도 하다. 우리나라의 중학교 취학률이 100%에 가깝다는 것은 중학교교육이 최소한의 기초교육으로서 모든 국민에게 불가결함을, 또한 그러한 기초교육에 대한 국민적 열망이 어떠한가를 보여주는 것인데도, 우리나라가 의무교육의 실현정도에 있어서, 이와 같이 낙후되어 있는 것은 구 「교육법」 조항과 그를 계승한 이 사건 법률조항에서 중등의무교육의 실시를 행정부에 만연히 내맡긴 것에 그 책임의 일단이 있다고 할 것이다.

(4) 결론적으로 이 사건 법률조항은 의무교육의 부분적 실시만을 예정하고 있을 뿐, 의무교육 실시의 범위와 방법, 연한 등 의무교육제도의 기본적 사항에 해당하는 것들을 스스로 규율하지 않은 채, 송두리째 대통령령의 임의에 맡기고 있으므로 명백히 「헌법」 제31조 제2항 제6항에 위반된다.

이상과 같은 이유로, 우리는 이 사건 법률조항이 「헌법」에 위반된다고 선언함이 타당하다고 보므로 반대의견을 개진하는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선회

[17] 헌법재판소 2001. 6. 28, 선고, 전원재판부 2000헌마111, 「공직선거 및 선거부정방지법」 제15조 제1항 위헌확인

【판시사항】

- [1] 제16대 국회의원 선거일인 2000. 4. 13. 기준으로 20세 미만인 청구인들이, 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 「공직선거 및 선거부정방지법」(이하 “공선법”이라 한다) 제15조 제1항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)에 의하여 선거권을 행사하지 못하게 되자 위 법 조항이 평등의 원칙 등에 위반된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판에 있어서, 이미 위 선거가 종료되었다는 이유로 기본권의 침해도 종료되었다고 보아 권리보호의 이익이 없다고 할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 「공선법」 제15조 제1항이 평등권이나 보통·평등선거의 원칙에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 청구인들이 2000. 4. 13. 실시예정인 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 목적으로 「공선법」 제15조 제1항이 위헌이라고 주장하면서 청구한 본건 심판에 있어서, 위 선거는 이미 종료되었을 뿐 아니라 심판 계속 중 청구인들은 모두 20세가 됨으로써 위 법 조항에 의한 주관적인 기본권의 침해상태도 종료되었다고 볼 수 있으나, 헌법소원제도는 청구인 자신의 주관적인 기본권 구제를 위한 것일 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위한 제도이므로, 가사 본건 심판청구에 의한 결정이 청구인들의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도, 본건 심판청구는 선거권 연령을 20세 이상의 국민으로 정한 것이 18~19세의 국민들에 대한 평등권과 선거권을 침해하는지 여부를 가리는 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안이고, 앞으로도 그러한 침해행위가 계속 반복될 위험이 있는 것이므로, 예외적으로 권리보호의 이익을 인정함이 상당하다.

[2] 보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당연한 전제로 삼고 있고, 「헌법」은 제24조에서 모든 국민은 '법률이 정하는바'에 의하여 선거권을 가진다고 규정함으로써 선거권 연령의 구분은 입법자에게 위임하고 있으므로, 보통선거에서 선거권 연령을 몇 세로 정할 것인가의 문제는 입법자가 그 나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식 수준, 교육적 요소, 미성년자의 신체적·정신적 자율성, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것으로서, 이는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 「공선법」 제15조 제1항이 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 것은, 입법자가 미성년자의 정신적 신체적 자율성의 불충분 외에도 교육적인 측면에서 예견되는 부작용과 일상생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문 등 여러 가지 사정을 고려하여 규정한 것이어서 이를 입법부에게 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 위 법 조항은 18~19세 미성년자들에게 보장된 「헌법」 제11조 제1항의 평등권이나 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 위반하는 것이 아니다.

【심판대상조문】

공직선거 및 선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제15조(선거권)

【참조조문】

공직선거 및 선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제17조(연령산정기준)

【참조판례】

[1] 헌재 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정; 헌재 1995. 7. 21. 선고 92헌마177등 결정, 헌재 1995. 11. 30. 선고 94헌마97 결정; 헌재 1997. 3. 27. 93헌마251 결정; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89 결정; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60 결정;헌재

1997. 6. 26. 96헌마89 결정

【당 사 자】 청구인 현○훈 외 1인 (대리인 법무법인 ○조 외 2)

【주 문】 청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 현○훈은 1980. 10. 11.생, 같은 오○연은 1981. 2. 26.생으로서, 제16대 국회의원 선거일인 2000. 4. 13. 기준으로 20세 미만이라는 이유로 「공직선거 및 선거부정방지법」(이하 “공선법”이라 한다) 제15조 제1항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)에 의하여 위 국회의원 선거에서 선거권을 행사하지 못하게 될 것으로 예상되자, 고등학교 졸업연령인 18~19세의 국민들에게 선거권을 인정하지 않고 선거권행사 연령을 20세 이상으로 제한한 위 규정은 「헌법」 제 11조 제1항의 평등권을 침해하고 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반하는 위헌의 조항이라고 주장하면서 2000. 2. 16. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 「공선법」 제15조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 「헌법」에 위반되는지 여부이고, 그 내용과 관련 규정은 다음과 같다.

제15조(선거권) ① 20세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 생략

제17조(연령산정기준) 선거권자와 피선거권자의 연령은 선거일 현재로 산정한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

비록 「민법」상 행위능력의 기준연령이 만 20세이기는 하나, 선거권연령은 민주주의의 원리를 실현함에 있어 국민참여의 한계를 의미하므로 「민법」상 행위능력의 기준연령과 일치할 필요가 없는데, 18~19세 국민을 성인과 같이 보고 있는 법률로서는, 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다고 규정한 병역법 제8조 제1항, 18세 이상의 근로자에게 탄력적, 선택적 근로시간제를 적용할 수 있도록 규정한 근로기준법 제50조, 제51조 등이 있다.

특히, 원칙적으로 모든 국민에게 선거권을 인정하여야 한다는 보통선거의 원칙하에서, 선거권연령의 제한은 국민의 정치의식수준, 교육수준, 민주화 정도, 비교법적 관점 등을 참작하여 필요최소한에 그쳐야 하는데, 현재 교육수준의 현격한 향상과 더불어 국가와 사회의 민주화가 진행됨에 따라 국민의 정치의식수준도 향상됨으로써 전통적인 성인연령기준은 선거권연령의 기준이 될 수 없을 뿐만 아니라, 외국의 입법례 또한 대부분 고등학교 졸업연령인 18세를 기준으로 선거권을 부여하고 있음에 비추어, 이 사건 법률조항은 「헌법」상의 평등권을 침해하고 보통·평등선거의 원칙에 반한다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 청구인들은 2000. 4. 13. 실시예정이던 국회의원선거에서 선거권을 행사하기 위하여 이 사건 헌법소원심판청구를 하였으나, 위 선거는 이미 종료되었으므로 기본권의 침해가 있었다 하더라도 그 침해가 종료된 이상 권리보호의 이익이 없게 되어 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 나아가, 국회의원 선거권연령을 20세로 규정한 것은 정신적, 신체적 자율성, 교육적 측면에서 예견되는 부작용 및 정치적 판단능력 등을 고려하여 입법자가 입법목적 달성을 위하여 그 재량에 속하는 입법형성권을 행사한 것이므로, 그 선택이 현저하게 불합리하거나 불공정한 것이 아닌 이상 이러한 형성권의 행사는 존중되어야 할 것인데, 법률관계의 안정과 객관성의 측면에서 위 선거권연령의 기준에 관한 이 사건 법률조항은 입법형성권의 재량범위 내에 속하여 「헌법」에 위반되지 아니한다.

3. 판 단

가. 적법요건의 판단

(1) 자기관련성, 현재성, 직접성

청구인들은 본건 헌법소원심판청구 당시 18, 19세로서 이 사건 법률조항의 선거권연령 제한과 법적으로 관련되어 있고, 본건 심판청구 후 2개월 내에 국회의원 선거가 실시될 예정이었으므로 기본권침해가 틀림없을 것으로 예측되어 그 현재성도 인정된다 할 것이며, 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 평등권 등 기본권이 직접 침해를 받는 경우이므로 그 직접성도 인정할 수 있다.

(2) 청구기간

「헌법재판소법」 제69조 제1항 소정의 청구기간에 관하여 살피건대, 법령 자체에 의하여 기본권이 침해되었다고 주장하는 이른바 법령소원에 있어서의 청구기간은, 그 법령의 시행과 동시에 기본권침해를 당한 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내, 그 법령이 시행된 날로부터 180일 이내로, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내로 각 해석된다 함이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1991. 1. 8. 90헌마210, 판례집 3, 1, 2-3 ; 헌재 1993. 7. 29. 92헌마6, 판례집 5-2, 167, 172~173 ; 헌재 1999. 10. 7. 99헌마537 ; 헌재 1999. 12. 22. 99헌마715 ; 헌재 2000. 4. 27. 99헌마360 ; 헌재 2000. 10. 10. 2000헌마613 참조).

그런데, 이 사건 법률조항이 시행된 것은 1994. 3. 16.부터이나, 당시 학생이던 청구인들이 이 사건 법률조항의 내용을 알고 있었다 하더라도 선거권 행사의 의사가 있었다고는 볼 수 없고, 고등학교 졸업 후 18세 또는 19세가 된 이후에야 비로소 선거에 참여할 권리를 자각하게 되면서 이 사건 법률조항에 의하여 2000. 4. 13. 실시예정인 국회의원 선거에 참여할 수 없음을 알고, 2000. 2. 16. 이 사건 헌법소원심판청구에 이른 것으로 보아야 할 것인바, 다만, 이 사건 법률조항의 시행 후 어느 시점에 청구인들의 기본권이 구체적으로 침해받거나 그 침해가 확실히 예상되었다고 볼 수 있는지, 즉 청구인들이 그러한 점을 언제 알게 되었는지에 관하여는 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없지만, 이러한 경우

권리구제 및 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 기능에 비추어 가능한 한 청구인들에게 유리한 해석을 함이 타당하다는 측면에서, 청구인들은 제16대 국회의원 선거일이 임박해지자 이 사건 법률조항의 적용으로 인하여 18~19세가 된 청구인들로서는 선거권을 행사할 수 없게 됨을 알게 되면서 바로 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다고 봄이 상당하고, 따라서, 본건 심판청구는 이 사건 법률조항의 시행 후 그 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에 제기된 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 권리보호의 이익

헌법소원은 심판청구 당시에 기본권의 침해가 있었다 할지라도 결정 당시 이미 그 침해상태가 종료되었다면 심판청구는 권리보호의 이익이 없음이 원칙인바(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370 ; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678-679 참조), 청구인들은 2000. 4. 13. 실시예정인 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 목적으로 2000. 2. 16. 본건 심판청구를 하였으나 위 선거는 이미 종료되었고, 또한 심판 계속 중 청구인들은 모두 20세가 됨으로써 이 사건 법률조항에 의한 주관적인 기본권의 침해상태도 종료되었다고 볼 수 있다.

그러나, 헌법소원제도는 청구인 자신의 주관적인 기본권 구제를 위한 것일 뿐만 아니라, 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위한 제도이므로, 가사 본건 심판청구에 의한 결정이 청구인들의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 필요하거나 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 등의 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음을 확인할 필요가 있다는 것이 종래 헌법재판소의 관례이다(헌재 1992. 1. 28. 선고 91헌마111, 판례집 4, 51, 55-56 ; 헌재 1995. 7. 21. 선고 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 120 ; 헌재 1995. 11. 30. 선고 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 688 ; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 679 ; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조).

따라서, 본건 심판청구는 선거권연령을 20세 이상의 국민으로 정한 것이 18~19세의 국민들에 대한 평등권과 선거권을 침해하는지 여부를 가리는 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안이고, 앞으로도 계속 반복될 성질이 있는 것이

므로, 권리보호의 이익을 인정함이 상당하다.

나. 본안 판단

당 재판소는 1997. 6. 26. 96헌마89 사건에서, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 이 사건 법률조항이 「헌법」 제11조 제1항의 평등권이나 제24조의 선거권을 침해하지 아니한다는 내용의 합헌결정을 한 바 있는데(판례집 9-1, 674), 그 요지는 다음과 같다.

“우리 「헌법」은 제24조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”고 규정하고 제41조 제1항(제67조 제1항)은 “보통·평등·직접·비밀선거”를 선거의 기본원칙으로 규정하고 있다. 여기서 말하는 보통선거라 함은 개인의 납세액이나 소유하는 재산을 선거권의 요건으로 하는 제한선거에 대응하는 것으로 이러한 요건뿐만 아니라 그밖에 사회적 신분·인종·성별·종교·교육 등을 요건으로 하지 않고 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 인정하는 제도를 말한다. 보통선거제도를 채용하고 있는 모든 국가들은 연령에 의한 선거권의 제한을 인정하고 있다. 이와 같이 연령에 의하여 선거권을 제한할 수밖에 없는 것은 국정 참여수단으로서의 선거권행사는 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 하기 때문이다.

이 사건의 쟁점은 선거권연령을 20세 이상으로 정한 이 사건 법률조항이 18~19세 국민들의 평등권과 선거권을 침해하는지 여부이다.

우리 「헌법」이 선거의 기본원칙 중 하나로 채택하고 있는 보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당연한 전제로 삼고 있다. 그런데 「헌법」은 제24조에서 모든 국민은 ‘법률이 정하는바’에 의하여 선거권을 가진다고만 규정함으로써 선거권연령의 구분을 입법자에게 위임하고 있다. 이와 같이 선거권연령의 구분이 입법자의 몫이라 하여도, 선거권연령에 이르지 못한 국민들의 선거권이 제한되고 그들과 선거권연령 이상의 국민들 사이에 차별취급이 발생하므로, 이에 관한 입법은 국민의 기본권을 보장하여야 한다는 「헌법」의 기본이념과 연령에 의한 선거권제한을 인정하는 보통선거제도의 취지에 따라 합리적인 이유와 근거에 터잡아 합목적적으로 이루어져야 할 것이며, 그렇지 아니한 자의적 입법은 「헌법」상 허용될 수 없는 것이다.

보통선거에서 선거권연령을 몇 세로 정할 것인가의 문제는 입법자가 그 나라

의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 교육적 요소, 미성년자의 신체적·정신적 자율성, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것이므로, 외국의 입법례 또한 15세에서 21세까지 다양하게 나뉘어져 있음을 알 수 있다.

우리나라의 선거권연령의 연혁을 보면 「제헌헌법」부터 제2차 개헌시까지 대통령부통령선거법과 국회의원선거법에 21세 이상으로 규정하였으나, 제3차 개헌(1960. 6. 15. 개정) 당시부터 제4공화국 「헌법」(유신헌법)과 제5공화국 「헌법」까지는 「헌법」에 20세의 규정을 두었다. 제6공화국 「헌법」(1987. 10. 29. 개정)인 현행 「헌법」은 법률에 위임하였고, 「공선법」이 제정되기 전까지는 개별 선거법에서 20세 이상으로 제한하였다. 현행 「헌법」은 개정당시 선거권연령을 「헌법」에 규정할 것인지의 여부에 의견일치를 보지 못하여 법률에 위임하게 된 것이다.

「공선법」 제정당시 선거권 연령에 관하여 여당인 민주자유당은 20세 이상, 야당인 민주당은 18세 이상으로 주장하여 논의하다가 1994. 2. 경 「민법」상의 성년연령인 20세로 합의하였다.

한편, 37개국 「헌법」의 선거권연령 규정형식을 보면, 23개국은 「헌법」에 규정하고 10개국은 법률에 위임하였으며 4개국은 아무런 규정을 두지 않고 있다.

「민법」은 행위의 결과를 인식함에 충분한 정신능력을 갖춘 시기를 만 20세로 보고 있다(제4조). 인간의 능력은 점진적으로 발달하고 개인차이가 있는데도 불구하고 입법자가 위의 법률규정과 「공선법」에서 20세를 기준으로 획일적인 구분을 한 것은 실질에 부합하지 않는 경우가 있겠지만, 법률관계의 안정과 객관성을 위한 부득이한 조치이므로 「헌법」상 수긍할 수밖에 없는 것이다.

대학진학과 취업을 앞둔 고등학교에 재학중인 학생 일부를 정치에 참여케 하는 선거권 부여는 교육상 바람직하지 않는 것으로 보인다(교육법 제96조, 제102조의 2, 제107조). 또한 18~19세의 미성년자들은 부모나 보호자에게 의존하므로 이러한 미성년자의 정치적 의사표현은 독자적인 판단에 의한 바람직한 결과가 나타나지 않을 수도 있다. 입법자가 「공선법」에서 「민법」상의 성년인 20세 이상으로 선거권연령을 합의한 것은 위에서 본 미성년자의 정신적 신체적 자율

성의 불충분 외에도 교육적인 측면에서 예견되는 부작용과 일상생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문 등을 고려한 것이다.

제2차 세계대전이 끝난 뒤에 세계경제의 급속한 발전으로 지역과 지역, 국가와 국가간의 경제적 정치적인 간격이 좁아지고 인쇄와 방송매체들로 인한 전반적인 문화수준의 향상과 상대적으로 국민들의 교육열이 높아져서 1970년대 전후에 각국의 선거권연령이 하향조정 되었다는 청구인들의 주장은 부정하지 아니한다. 그리고 선거권연령을 18~19세의 국민들에게까지 확대하여야 하는 이유로서 들고 있는 「근로기준법」, 「병역법」, 「민법」상의 약혼(혼인)연령, 「공무원임용 및 시험시행규칙」, 「도로교통법」 등의 규정은 개개 법률의 입법목적에 따른 것이고, 특히 「공무원임용 및 시험시행규칙」 소정의 공무원담임권의 연령 18세는 고등학교 졸업연령을 고려한 것으로 보인다.

선거권과 공무원담임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것이다. 위에서 실시한 이유를 되돌아보고 다시 생각건대, 선거권 연령을 공무원담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안하더라도 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

따라서, 이 사건 법률조항이 18~19세 미성년자들에게 보장된 「헌법」 제11조 제1항의 평등권과 제24조의 선거권을 침해한 위헌조항이라는 청구인들의 이심판청구는 이유가 없다.”

돌이켜 이 사건에 있어서, 96헌마89 사건에서 표명된 위와 같은 합헌결정의 이유는 여전히 타당하다 할 것이고, 위 결정선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없다.

그러므로, 위 결정 취지에 비추어, 이 사건 법률조항이 「헌법」 제11조 제1항의 평등권을 침해한다거나 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반한다고는 볼 수 없고, 달리 「헌법」에 위반된다고 볼만한 자료 또한 없다.

5. 결 론

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선희

㉘ 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2000헌마278 「초·중등교육법」 제31조 등 위헌확인

【판시사항】

- [1] 학교운영위원회 입법의 허용범위
- [2] 사립학교에도 학교운영위원회를 의무적으로 설치하도록 한 「초·중등교육법」 제31조 등이 사학 설립자 및 재단의 재산권을 침해한 것인지 여부(소극)
- [3] 위 법률조항이 헌법상 보장된 교육의 자주성, 전문성을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 학교운영위원회는 학부모의 교육참여권의 보장수단으로 단위학교의 교육자치를 활성화하고 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 교원, 학부모, 지역사회인사 등이 학교의 운영에 관한 중요사항을 심의하게 하는 제도이다.

일반적으로 학부모가 미성년자인 학생의 교육과정에 참여할 당위성은 부정할 수 없으므로, 입법자가 학부모의 집단적인 교육참여권을 법률로써 인정하는 것은 「헌법」상 당연히 허용된다. 또 교사의 교육권(수업권) 역시 법적으로 보장되어야 할 권리이며, 지역주민의 학교운영위원회 참여제도는 주민자치라는 민주주의 원리와 관계되며 학교의 운영에 지역사회의 특성과 요구를 반영할 수 있다는 장점이 있다.

그렇다면 사립학교에도 국·공립학교처럼 의무적으로 운영위원회를 두도록 할 것인지 여부는 입법자의 정책문제에 속하고, 그 재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 「헌법」 위반으로 단정할 것은 아니다.

- [2] 「헌법」 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하므로, 학교운영위원회 제도로 인하여 사학 설립자 및 재단의 사유재산에 대한 임의적 처분·이용이 제약된다고 하더라도, 이는 법률로써 사학재단의 사유재산에 대한 한계를 형성한 것이라고 볼 것

이다.

사립학교 학교운영위원회는 대체로 자문기관으로서, 자문사항 중 학교예산 및 결산에 관한 자문은 사학이 요청할 경우에만 행하게 하고 있는 것 등을 볼 때, 이 제도가 사학의 재산권 행사를 본질적으로 훼손하는 것은 아니며, 이를 실사 사학의 재산권에 대한 형성이 아닌 제한이라고 보더라도 이는 정당한 입법목적의 달성을 위한 것으로서 제한이 과잉한 것이라 할 수 없다.

- [3] 「헌법」 제31조가 보호하는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성은 국가의 안정적인 성장 발전을 도모하기 위하여서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것인 바, 비록 심판대상조항에 의하여 사립학교 교육의 자주성·전문성이 어느 정도 제한된다고 하더라도, 그 입법취지 및 학교운영위원회의 구성과 성격 등을 볼 때, 사립학교 학교운영위원회제도가 현저히 자의적이거나 비합리적으로 사립학교의 공공성만을 강조하고 사립학교의 자율성을 제한한 것이라 보기 어렵다.

【참조판례】

[1] 헌재 1999. 3. 25. 97헌마130 결정; 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등 결정; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 결정

[2] 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20 결정

[3] 헌재 1996. 4. 25. 94헌마119 결정

【참조법령】

헌법 제23조 제1항, 제31조 제4항, 제36조 제1항, 제10조, 제37조 제1항

초·중등교육법(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정된 것) 제32조 제1항

초·중등교육법시행령(2000. 2. 28. 대통령령 제16729호로 개정된 것) 제58조, 제59조, 제60조, 제61조

【당 사 자】

청 구 인 학교법인 ○○학원 외 15
(대리인 법무법인 ○백 담당변호사 노○래 외 3인)

【주 문】

이 사건 심판청구 중 「지방교육자치에 관한 법률」(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제62조 제1항에 대한 부분을 각하하고 「초·중등교육법」(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정된 것) 제31조 제1항, 제3항, 제32조 제2항, 제3항, 제34조 제2항, 제63조 중 각 사립학교에 관한 부분 및 「초·중등교육법 시행령」(2000. 2. 28. 대통령령 제16729호로 개정된 것) 제63조에 대한 부분을 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 사단법인 한국사립중·고등학교법인협의회의 구성원들이나, 1999. 8. 31. 개정된 「초·중등교육법」이 사립학교에도 학교운영위원회 설치를 의무화하고 있는 것은 청구인들의 재산권을 침해하고 「헌법」 제31조의 교육의 자주성과 전문성 등에 위반되며, 또 「지방교육자치에 관한 법률」 규정이 교육위원과 교육감을 학교운영위원이 선출하게 규정한 것은 지역 주민의 선거권을 배제한 것이므로 「헌법」 제11조 제1항, 제24조, 제117조 제1항에 위반한다며, 2000. 4. 26. 「초·중등교육법」 및 동법시행령의 해당조항과 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

「초·중등교육법」 및 그 시행령 중 청구인들이 주장하는 심판대상은 제31조, 제32조, 제34조, 제63조 및 동법시행령 제63조인데 이 조항들 중 법 제31조 제2항, 제32조 제1항, 제34조 제1항은 국·공립학교에만 관련된 조항들로서 청구

인들은 이 사건에서 사립학교에 대한 학교운영위원회 설치 및 운용이 「헌법」에 위반된다고 다투므로 이들 조항들은 이 사건 심판의 대상이 되기에 부적합하다.

한편 나머지 법 조항들은 국·공립학교와 사립학교에 공통적으로 관련되거나 사립학교의 학교운영위원회 문제를 포함하는 것들이므로 이들 중 사립학교 부분으로만 심판대상을 한정함이 상당하다.

따라서 위헌 여부의 심판대상은 「초·중등교육법」(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정된 것. 이하 “법”이라 한다) 제31조 제1항, 제3항, 제32조 제2항, 제3항, 제34조 제2항, 제63조 중 각 사립학교에 관한 부분 및 「초·중등교육법시행령」(2000. 2. 28. 대통령령 제16729호로 개정된 것. 이하 “시행령”이라 한다) 제63조(이하 이들을 “이 사건 조항”이라 한다) 및 「지방교육자치에 관한 법률」(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제62조 제1항이다.

이 사건 조항 및 관련조항은 별지2와 같다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

사립학교의 설립·운영의 주체인 학교법인 이외에 학부모, 교원, 지역대표 등이 학교운영에 반드시 참여하도록 하는 것은 사학의 독립성과 본질을 침해하는 것이다.

학교운영위원회는 “학교헌장”, “학교의 예산안 및 결산”, “학교교육과정의 운영방법에 관한 사항”, “초빙교원추천에 관한 사항” 등(법 제32조)을 심의하거나 자문하도록 되어 있는데, 이는 학교법인 이사회의 권한을 침해하는 것이며, 한편 학교발전기금의 조성운용 및 사용에 관하여 자문기관에 불과한 학교운영위원회의 심의·의결을 거치지 않으면 학교가 제재조치를 받게 될 수도 있고, 학교운영위원회의 결정에 따르는 법률상 책임을 학교운영위원회가 아닌 학교법인이 지게 되어 문제가 있다.

사립학교에 학교운영위원회를 두면 학교운영에 문외한이거나 부적격한 학부모 대표와 지역인사가 학교운영을 맡게 되어 교사의 권위가 침해될 수 있으며, 교

원위원의 경우 정치성이 강한 교사들이 참여하여 안정적인 교육이 저해될 우려가 있다.

이 사건 조항은 「헌법」 제31조의 교육의 자주성과 전문성에 반하고, 학교재단의 재산권을 침해하여 「헌법」 제23조 제1항의 재산권보장에 반한다.

또한 사립학교운영위원들에게 지방교육자치단체장 선출권을 부여하는 것은 지역 주민의 선거권을 침해하고 지역대표성에 반하므로 「헌법」 제11조 제1항, 제24조, 제117조 제1항에 반하는 것이다.

나. 교육인적자원부장관(구 교육부장관)의 의견

(1) 영국 등 세계 각국은 21세기에 적합한 인간을 육성하기 위하여 교육개혁에 박차를 가하고 있다. 학교운영위원회는 이러한 시대적 변화에 따라 교육이 그 역할을 다하기 위해서는 우선 일선 단위학교의 교육이 변화하여야 한다는 인식 아래, 규제와 통제 중심의 학교운동을 지양하고, 종래 비민주적인 방식으로 의사가 결정되거나, 폐쇄적이고 비공개적인 학교 운영의 행태를 개선하고, 단위학교의 자율성과 창의성을 최대한 신장시키는 방향으로 학교 운영체제를 전환함으로써, 지역실정과 단위학교의 특성에 맞는 다양하고 창의적인 교육을 실시하기 위하여 도입되었다.

(2) 교육의 자주성이란 교육내용과 교육기구가 교육자에 의하여 자주적으로 결정되고 행정권력에 의한 교육통제가 배제되어야 함을 의미한다. 이는 교사의 교육시설 설치자·교육감독권자로부터의 자유, 교육내용에 대한 교육행정기관의 권력적 개입의 배제 및 교육관리기구의 공선제 등이라 할 수 있다. 따라서 학교운영위원회는 다양한 학교구성원들의 참여를 통하여 학교 정책결정의 민주성과 투명성을 확보하고, 지역실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 하는 단위학교 차원의 자치기구이므로, 이는 「헌법」상 보장된 교육의 자주성을 침해한다고 볼 수 없다.

또한, 교육의 전문성이란 교육정책이나 그 집행은 가급적 교육전문가가 담당하거나, 적어도 그들의 참여 하에 이루어져야 함을 말한다. 학교운영위원회는 학교운영에 관련된 주요사항에 대하여 다양한 구성원들의 의견을 수렴하여 합리적이고 타당한 결정을 하도록 하는 학교의 장의 자문기구이므로 교육의 전문성을 침해한다고 볼 수 없다.

사립학교 학교운영위원회는 국·공립학교와 달리 심의기구가 아닌 필수적 자문기구인 바, 학교장은 그 자문사항에 대하여 의무적으로 자문을 거쳐야 하지만, 자문결과에 대하여 기속을 받지 않는 것이며, 학교운영위원회가 학교법인 이사회의 권한을 침해한다고도 볼 수 없다.

법 제32조 제2항 본문에서 “초빙교원의 추천에 관한 사항”은 사립학교 학교운영위원회의 자문사항에서 제외되어 있다. “학교발전기금”은 그 성격이 통상의 학교예산과는 다르게 기부자가 기부하거나 학부모 등으로부터 모금된 금품이며, 법 제33조 제1항에 의하여 발전기금을 조성할 수 있는 주체가 학교운영위원회이므로 학교발전기금의 조성·운용 및 사용에 관한 사항을 학교운영위원회가 심의·의결하도록 규정한 것이다. 그리고 법 제63조(시정 또는 변경명령)는 학교가 교육관련법령이 정한 사항과 이에 의한 관할청의 명령을 위반하였을 경우 이의 준수를 강제할 수 있는 수단을 제공하여 법령이 정한 목적을 달성하기 위한 것이다.

결국 사립학교에 학교운영위원회의 설치를 의무화할 것인지, 아니면 자율적으로 정할 것인지의 여부는 입법자의 광범위한 입법형성 영역인 정책문제에 속하고, 그 재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 위헌으로 단정할 수 없을 것이다.

(3) 사립학교 운영위원회는 학부모, 교원, 지역사회 인사가 학교의 정책결정과정에서 참여하여 학교운영의 민주성과 투명성을 확보하고, 지역실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시하도록 하기 위하여 설치된 학교의 장의 자문기구이므로, 사학이 그 재산권을 이용·수익·처분함에 있어 학교운영위원회가 아무런 장애요인으로 작용하지 아니하므로 사학의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 청구인은 학교운영위원회 위원 전원이 교육감 및 교육위원의 선거인단이 되는 것은 주민의 직접선거권을 침해할 뿐만 아니라 지역 대표성에 반하고 있으므로 「헌법」 제117조 및 제118조를 위반한다고 주장하고 있으나, 학교운영위원회 위원의 교육위원 및 교육감 선거권 부여는 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항에서 “교육위원 및 교육감의 선거인단은 선거일공고일 현재 「초·중등교육법」 제31조의 규정에 의한 학교운영위원회 위원 전원으로 구성한다.”

라는 규정에 따른 것이다.

3. 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항 부분에 관한 판단

헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 「헌법」상 보장된 자기의 기본권을 침해받은 자, 즉 자기관련성이 있는 자가 청구하여야 함이 원칙이다.

그런데 학교법인은 「헌법」이 보장하는 기본권으로서의 선거권의 주체가 되지 못하므로 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항이 사립학교운영위원회에게 지방교육자치단체장의 선출권을 부여하는 것이 지역 주민의 선거권을 침해하고 지역대표성에 흠결을 일으키는지 여부는 별론으로 하고 이것이 선거권의 주체가 아닌 법인에 해당하는 청구인들의 기본권을 침해할 여지는 없다. 따라서 청구인들의 이 부분 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하다.

4. 이 사건 조항에 관한 판단

가. 학교운영위원회 입법의 허용범위

(1) 다양한 교육기회의 제공을 위해서는 사학 설립의 자유와 사학의 교육방향의 자유가 일반적으로 인정되어야 한다. 공교육 제도가 지배적인 현대 사회에서도 사학을 인정하는 이유는 공립학교에서 제공하지 못하는 다양성을 사립학교가 제공할 수 있기 때문이다. 그러나 한편으로 오늘날 교육은 공공재(公共財)적 성격이 강조되는 점에서 사학 역시 국·공립학교와 유사한 공공성이 요구된다.¹⁾ 헌법재판소 역시 그러한 공공성을 인정하면서, 한편으로는 사학의 자율성을 강

1) 사립학교에게는 학교를 운영함에 있어서 일정한 자주성이 인정된다. 사립학교는 독특한 건학이념이나 학풍 등을 오늘날의 공교육 제도 하에서 실현할 수 있다. 사립학교 학교법인에게는 일반적으로 출연재산의 관리(사립학교법 제28조), 수익사업(동법 제6조), 예산의 편성 및 결산(동법 제29조 내지 제33조) 등 사립학교 경영에 관한 사항들에서 일정한 자율성이 보장된다. 그밖에 학교법인은 법인이 설치한 사립학교의 장 및 교원의 임면에 관한 인사권의 행사(동법 제53조 내지 제53조의3) 등에 있어서 상당한 자율성을 가진다.

한편 사립학교는 「헌법」상 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고자 실시하는 공교육을 담당하고 있다는 점에서 국공립학교와 다를 바 없기 때문에 공공적 성격도 가진다. 이러한 사학의 공공성 때문에 사립학교의 운영은 국가의 통제를 받게 된다. 교육과정, 수업, 교과서 사용, 교원의 자격요건 등 학교교육에 관한 사항들을 규정하고 있는 현행 초·중등교육법은 사립학교에도 적용되며, 사립학교법 제4조는 사립학교가 국가의 지도·감독을 받도록 규정하고 있다.

조한 바 있다.

그 결정의 내용은 다음과 같다. 「현대국가에서는 교육의 공공성이 한층 강조되고 국·공립의 교육제도가 확대되는 경향이 있지만, 자유민주주의사회는 다양한 가치관과 능력을 가진 사람들의 창의적이고 자발적인 노력이 모여 균형과 조화를 이루는 것을 주요한 특징으로 하므로 교육의 자주성·다양성·창의성은 매우 주요한 과제이다. 일반적으로 국·공립학교는 보편적인 교육이념과 교육의 기회균등 원칙에 따라 표준화된 교육을 실시하여야 할 책무가 있으므로 학교 나름의 특성을 개발·배양하는데 본질적인 한계가 있다. 이에 반하여, 사립학교는 그 설립자의 특별한 설립이념을 구현하거나 독자적인 교육방침에 따라 개성있는 교육을 실시할 수 있을 뿐만 아니라 공공의 이익을 위한 재산출연을 통하여 정부의 공교육실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할을 담당한다.

이와 같은 사립학교가 그 물적·인적시설을 운영함에 있어서 어느 정도 자율성을 확보해 주어야 하는 것이 상당하고 또 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 사립학교가 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립학교와 본질적인 차이가 있을 수 없기 때문에 공적인 학교제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것 또한 당연하다 할 것이다.……사립학교의 운영에 있어서 자율성을 인정하면서도 국가가 감독과 통제의 제약을 부과하는 정도는 한결같이 정할 수 없는 것이다. 이는 그 시대의 사정과 각급 학교에 따라 다를 수 밖에 없고, 교육의 본질을 침해하지 아니하는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이라 할 것이다.」(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 408-410; 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233, 243).

자료에 의하면²⁾ 최근 우리나라 사학은 중등교육의 40%, 전문대교육의 96%, 대학교육의 77%를 차지한다. 그러나 종래 우리나라 사학은 공공성이 강조된 결과 학생선발권이나 등록금채정권을 자율적으로 가지지 못하고 국가의 통제를 받아왔다. 그런데 사학은, 사립 중·고등학교의 경우 98%가 학생등록금과 국고지원에 의해 학교재정을 부담하고 있으며, 대학의 경우도 재단전입금은 6% 정도 수준에 불과하다고 한다.

2) 국회의원 이해찬, 김덕규 등에 의한 사립학교법개정안 참조.

그러므로 사학의 자율성은 존중되어야 하나 국민의 교육을 받을 권리를 실효화하기 위한 사학의 공공성 측면에서 여러 가지 개선책이 논의되어 왔는데, 학교운영위원회는 그 중 하나인 것이다.

학교운영위원회는 학부모의 교육참여권의 보장수단으로 단위학교의 교육자치를 활성화하고 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 교원, 학부모, 지역사회인사 등이 학교의 운영에 관한 중요사항을 심의하게 하는 제도이다(헌재 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233, 241).

(2) 「헌법」상 부모의 자녀에 대한 교육권은, 비록 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서, 혼인과 가족생활을 보장하는 「헌법」 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 「헌법」 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 「헌법」에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 「헌법」 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 446-4483).

일반적으로 부모의 그러한 교육권으로부터 바로 학부모의 학교참여권(참가권)이 도출된다고 보기는 어렵겠지만, 학부모가 미성년자인 학생의 교육과정에 참여할 당위성은 부정할 수 없다.⁴⁾ 그러므로 입법자가 학부모의 집단적인 교육참여권을 법률로써 인정하는 것은 「헌법」상 당연히 허용된다고 할 것이다.

한편 교사의 교육권(수업권)은, 이것이 「헌법」상 권리인지 여부는 다툼이 있으나,⁵⁾ 법적으로 보장되어야 할 권리임에는 틀림이 없으며, 오늘날 각국의 교육

3) “자녀교육권은 부모가 자녀교육에 대한 책임을 어떠한 방법으로 이행할 것인가에 관하여 자유롭게 결정할 수 있는 권리로서 교육의 목표와 수단에 관한 결정권을 뜻한다. 즉, 부모는 어떠한 방향으로 자녀의 인격이 형성되어야 하는가에 관한 목표를 정하고, 자녀의 개인적 성향·능력·정신적, 신체적 발달상황 등을 고려하여 교육목적을 달성하기에 적합한 교육수단을 선택할 권리를 가진다. 부모의 이러한 일차적인 결정권은, 누구보다도 부모가 자녀의 이익을 가장 잘 보호할 수 있다는 사고에 기인하는 것이다.”

4) 헌재 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233, 242 참조. “교육의 목적은 국민 개개인의 타고난 소질을 개발하여 인격을 완성하게 하고, 자립생활을 할 능력을 증진시킴으로써 인간다운 생활을 누릴 수 있게 하는 데에 있다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 404). 미성년자인 학생에 대한 교육은 한 인격체의 형성을 목표로 삼고 있다. 그런데 이 목표는 학부모와 학교측의 공동과제에 속하고, 이 과제의 실현에는 양 교육주체의 효율적인 협력관계가 요청된다. 학부모의 교육권과 교육제도에 관한 국가의 책임은 상호간에 조화와 조정을 필요로 한다. 미성년자인 학생의 교육문제에 관하여는 다양한 견해가 있을 수 있으므로 토론과 협의를 거쳐 최선의 교육과정을 마련하는 것이 목표달성을 위한 하나의 중요한 조건이다. 국가가 주도하는 교육과정에 학부모가 어떤 형태로든 참여해야 할 당위성을 수증하는 이유가 바로 여기에 있다.”(판례집 11-1, 233, 241)

5) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756-758 참조.

법제는 교사의 학교운영, 교육과정 결정에 대한 참여를 확대하는 경향이 있다.

한편 지역주민의 학교운영위원회 참여 역시 주민자치라는 민주주의 원리와 무관하지 않으며 학교의 운영에 지역사회의 특성과 요구를 반영할 수 있다는 점에서 장점이 있다.

그러므로 사립학교에도 국·공립학교처럼 의무적으로 운영위원회를 두도록 할 것인지, 아니면 임의단체인 기존의 육성회 등으로 하여금 유사한 역할을 계속할 수 있게 하고 법률에서 규정된 운영위원회를 재량사항으로 하여 그 구성을 유도할 것인지를 여부는 입법자의 광범한 입법형성영역인 정책문제에 속하고, 그 재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 「헌법」 위반으로 단정할 것은 아니다(헌재 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233, 243).

나. 개별적 고찰

(1) 재산권 침해 여부

(가) 학교운영위원회 제도가 사학 설립자 및 재단의 재산권을 제한하는 것으로 보기 어렵다.

「헌법」 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정한다. 학교운영위원회 제도로 인하여 사학 설립자 및 재단의 사유재산에 대한 임의적 처분·이용이 제약된다고 하더라도, 이는 바로 「헌법」 제23조 제1항 후문에 따라, 법률로써 사학재단의 사유재산에 대한 한계를 정한 것이라고 봄이 상당하다.

왜냐하면, 재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 의하여 형성되며, 이 경우 그 법률은 재산권을 제한한다는 의미가 아니라 재산권을 형성한다는 의미를 갖는다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44), 사학의 설립자 내지 사학재단의 재산은 이 사건 조항이 설정하는 범위 내에서 그 사용, 수익, 처분이 가능하게 된 것이라고 보아야 할 것이기 때문이다.

그러나 재산권의 형성에 있어서도 재산의 사용, 수익, 처분을 본질적으로 제약한다거나 사유재산제도를 부인하는 정도에 이르러서는 안 될 것이다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44-45).

사립학교 학교운영위원회는 자문기관으로서(다만 학교발전기금 부분은 심의·의결기관⁶⁾), 이 사건 조항은 후술하듯이 학교예산 및 결산에 관한 자문은 사학이 요청할 경우에만 행하게 하는 등, 사학의 재산권 행사를 본질적으로 훼손하고 있다고 볼 수 없으므로 사학의 재산에 대한 사용, 수익, 처분의 본질적 내용을 침해한다거나 사유재산제도를 부인하는 것이 아니다.

(나) 한편으로 설사 이를 기존의 재산권에 대한 제한이라고 보더라도 이는 과잉된 것이라고 할 수 없다.

학교운영위원회가 학부모의 교육참여권의 보장수단으로 단위학교의 교육자치를 활성화하고 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 교원, 학부모, 지역사회인사 등이 학교의 운영에 관한 중요사항을 심의하게 하려는 것인 한, 이는 「헌법」 제37조 제2항 공공복리를 위한 것으로서 정당한 입법목적에 지닌다. 한편 학교운영위원회는 사립학교의 예산 및 결산에 관한 사항은 학교법인의 요청이 있는 경우에만 자문하도록 되어 있으며(법 제32조 제2항), 그밖에 법인의 재산에 관련된 법 제32조 제1항의 다른 사항들에 대해서도, 사립학교의 학교운영위원회는 단순한 자문기구에 그친다는 점에서 재산권 제한이 과잉된 것이라고 할 수 없다.

통상 ‘자문’이라는 것은 합의된 내용의 실행에 대하여 법적 구속력을 지니지 않는 것이라 할 수 있다. 다만, 법시행령은 제63조 제3항에서 “학교의 장은 운영위원회의 자문결과를 최대한 존중하여야 한다”고 규정하고 있고, 한편 법 제63조는 교육법령 위반시 관할청이 시정명령을 발할 수 있게 하였으나, 위 시행령 조항을 준수하지 않았다고 하여 바로 교육법령의 위반이 된다고 보기는 어려우므로 이것이 청구인들의 재산권을 과잉 제한할 요소가 된다고 하기 어렵다.

또한 일반적으로 사립학교가 학교운영위원회의 자문을 거치지 않았을 경우 법 제63조의 시정명령의 대상이 된다고 하더라도, 그 시정명령의 내용은 대부분 다시 자문절차를 거치도록 명령하는 것에 불과할 것이므로, 이 사건 조항 중 법 제63조(사립학교 학교운영위원회 관련 부분) 부분 역시 청구인의 재산을 과잉 제한하는 것이라 보기 어렵다.

6) 학교발전기금의 조성 주체는 학교운영위원회(법 제33조)이므로 이는 불가피한 사항일 것이다.
법 제33조(학교발전기금) ① 제31조의 규정에 의한 학교운영위원회는 학교발전기금을 조성할 수 있다.
② 제1항의 규정에 의한 학교발전기금의 조성 및 운용방법등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

한편 시행령 제63조 제4항은 사립학교의 장이 학교발전기금의 조성·운용 및 사용에 관하여 반드시 학교운영위원회의 심의·의결을 거쳐야 하고 이를 위반하면 관할청이 시정을 명할 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 전술하였듯이 학교발전기금 자체가 학교운영위원회를 통하여 조성되는 사정에 비추어 불합리한 것이 아니고, 이로 인하여 사학의 기존 재산에 관한 권리 자체가 영향을 받는 것은 아니며, 실사 영향을 받는다 하더라도 이는 재산권을 과잉 제한하는 것이라 할 수 없다.

그러므로 이 사건 조항은 청구인의 재산권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

(2) 교육의 자주성, 전문성 위배 여부

「헌법」 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정한다.

일반적으로, 교육의 자주성이란 교육내용과 교육기구가 교육자에 의하여 자주적으로 결정되고 행정권력에 의한 통제가 배제되어야 함을 의미한다. 이는 교사의 교육시설 설치자·교육감독권자로부터의 자유, 교육내용에 대한 교육행정기관의 권력적 개입의 배제 및 교육관리기구의 공선제 등을 포함한다. 또한 교육의 전문성이란 교육정책이나 그 집행은 가급적 교육전문가가 담당하거나, 적어도 그들의 참여하에 이루어져야 함을 말한다.⁷⁾ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성은, 국가의 안정적인 성장 발전을 도모하기 위하여서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것이다(헌재 1996. 4. 25. 94헌마 119, 판례집 8-1, 433, 447).

학교운영위원회는 다양한 학교구성원들의 참여를 통하여 학교 정책결정의 민주성과 투명성을 확보하고 지역실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 하는 단위학교 차원의 자치기구이므로 이는 「헌법」상 보장된 교육의 자주성을 침해한다고 보기 어려울 것이다. 또한 사립학교의 학교운영위원회는 사립학교의 장이 학교운영에 관련된 주요사항에 대하여 다양한 구성원들의 의견을 수집하여 합리적이고 타당한 결정을 하도록 도와주는 자문기구이므로 교육의 전문성을 침해하는 것도 아니다.

7) 교육인적자원부장관(구 교육부장관)의 의견서 참조.

실사 이 사건 조항에 의하여 사립학교 교육의 자주성·전문성이 어느 정도 제한된다고 하더라도, 그 제한이 법률에 의한 것이며 사립학교의 자주성·전문성 내지 자율성과 공공성을 조화시키는 범위 내에서 규정된 것이라면 그 제한이 「헌법」에 반한다고 하기 어렵다 할 것인바, 학교운영위원회의 입법취지 및 이 제도에 대한 일반적인 허용 입법의 범위를 볼 때, 또 위 재산권 부분에서 살펴본 내용을 고려할 때, 이 사건 조항이 현저히 자의적이거나 비합리적으로 사립학교의 공공성만을 강조하고 사립학교의 자율성을 제한한 것이라고 보기 어렵다.

또한 이 사건 조항은 사립학교의 자율성을 가능한 한 존중하려는 고려에서 다음과 같이 학교운영위원회 제도를 규정하고 있다.

첫째, 사립학교의 학교운영위원회는 국·공립학교와 달리 단순한 자문기관이다(법 제32조 제2항). 둘째, 현장 및 학칙의 제개정, 예산 및 결산 사항은 특히 학교법인의 요청이 있을 때만 자문한다(법 제32조 제2항 단서). 셋째, 당연직 교원(교장) 이외의 교원위원은, 국·공립학교와는 달리, 교직원 전체회의에서 추천한 자 중에서 학교장이 위촉한다(시행령 제63조 제2항). 넷째, 운영에 필요한 기타사항은 정관으로 정한다(법 제34조 제2항).

그러므로 결론적으로 이 사건 조항이 사립학교의 자주성·전문성을 제한한다고 하더라도 「헌법」이 허용하는 입법적 한계를 넘어 선 것이라고 할 수 없다.

5. 결 론

따라서 이 사건 심판청구 중 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항에 대한 부분은 부적법하여 이를 각하하고 「초·중등교육법」 제31조 제1항, 제3항, 제32조 제2항, 제3항, 제34조 제2항, 제63조 중 각 사립학교에 관한 부분 및 「초·중등교육법시행령」 제63조에 대한 부분은 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권성(주심) 김효종 김경일 송인준 주선희

㉑ 헌법재판소 2002. 3. 28. 선고 2000헌마283·778(병합) 전원재판부 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항 위헌확인

【판시사항】

- [1] 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 구성하도록 규정하고 있는 법률조항이 선거권을 침해하는지 여부(소극)
- [2] 위 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
- [3] 위 법률조항이 교육의 자주성을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

[1] 가. 이 사건 법률조항(지방교육자치에 관한 법률 제62조 제1항)에서 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 구성하도록 한 것은, 기본적으로 과거의 교육위원 등 선출제도에서 드러난 단점과 폐해를 보완·시정하기 위한 것으로서, 교육위원 및 교육감 선거인을 획기적으로 증원함으로써 금품수수 등 선거비리의 소지를 원천적으로 차단하고, 직선제적 요소를 가미함으로써 교육위원 및 교육감의 주민대표성을 제고하기 위한 것이다.

나. 지방교육자치의 영역에서는 주민자치의 원칙이라는 민주주의적 요청만을 철저하게 관철하는 것이 반드시 바람직한 것으로 볼 수 없고, 교육자치의 특성상 민주적 정당성에 대한 요청이 일부 후퇴하는 일이 있다 하더라도 이는 헌법적으로 용인될 수 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 하고 있는 것은, 지방교육자치제에서 요구되는 교육의 자주성에 대한 요청과 민주적 정당성에 대한 요청 사이의 조화를 꾀하기 위한 것으로서, 비록 주민의 대표성이나 주민자치의 원칙의 측면에서는 다소 부족한 점이 있다고 하더라도 이는 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위 내의 것이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 주민자치의 원칙을 위배하여 청구인들의 선거권을 침해한 것이라고는

볼 수 없다.

[2] 이 사건 법률조항이 「초·중등교육법」 제31조 소정의 일정한 학교에만 설치되어 있는 학교운영위원회 위원들로 교육위원 및 교육감 선거인단을 구성한 것은, 교육자치의 특성 및 현실적 여건 등을 고려한 것으로서 정당화될 수 있을 뿐만 아니라, 지역주민은 누구든지 지역위원으로 선출되어 교육위원 및 교육감 선거권을 부여받는 길도 열려 있으므로, 이 사건 법률조항이 선거권을 갖지 못한 나머지 지역주민들을 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

[3] 비록 일부 교육당사자가 교육위원 및 교육감의 선거과정에서 배제되었다고 하더라도 이는 현실적인 여건 등을 고려한 것으로서 정당화될 수 있을 뿐만 아니라, 위와 같은 선거는 교육의 자주성을 구현하기 위한 한 방법에 불과한 것으로서, 그 밖에도 교육정책의 결정 및 집행과정에서 의견제출 등 다양한 방법을 통한 참여에 의하여 교육의 자주성을 실현할 수 있는 길이 보장되어 있으므로, 이 사건 법률조항으로 인하여 교육의 자주성이 침해된 것으로는 볼 수 없다.

【심판대상조문】

지방교육자치에 관한 법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정된 것) 제62조

【참조조문】

헌법 제31조 제4항, 제117조 제1항

지방교육자치에 관한 법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정된 것) 제3조

지방교육자치에 관한 법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정된 것) 제8조

【참조판례】

[1] 헌재 2000. 3. 30. 99헌바113 결정; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89 결정

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 박○구 외 3인 (2000헌마283)
(대리인 법무법인 테○양 담당변호사 김○만 외 2인)
2. 안광필 외 120인 (2000헌마778) (대리인 변호사 김○수 외 1인)

【주 문】 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌마283 사건

청구인들은 각 초등학교, 중학교, 고등학교 및 유치원에 재학 중인 학생들의 학부모들로서, 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 구성하도록 규정하고 있는 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항이 자신들의 선거권, 평등권 등을 침해하고 교육의 자주성에 위배된다고 주장하면서, 2000. 4. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2000헌마778 사건

청구인들은 대전광역시 시민들로서, 위 법률조항으로 인하여 2000. 12. 19. 실시되는 대전광역시 교육감선거에 참여하지 못하게 되자, 위 법률조항이 자신들의 선거권, 평등권 등을 침해하고 있다고 주장하면서, 2000. 12. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 「지방교육자치에 관한 법률」 제62조 제1항(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정된 것, 이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌여부이고, 그 규정내용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

지방교육자치에 관한 법률 제62조(선거인단의 구성 등)

① 교육위원 또는 교육감의 선거인단은 선거일공고일 현재 초·중등교육법 제31조(학교운영위원회의 설치)의 규정에 의한 학교운영위원회 위원 전원(이하 “학교운영위원회선거인”이라 한다)으로 구성한다.

② 생략

(2) 관련조항

초·중등교육법 제31조(학교운영위원회의 설치) ① 학교운영의 자율성을 높이고 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 하기 위하여 국·공립 및 사립의 초등학교·중학교·고등학교 및 특수학교에 학교운영위원회를 구성·운영하여야 한다.

② 국·공립학교에 두는 학교운영위원회는 당해 학교의 교원대표·학부모대표 및 지역사회 인사로 구성한다.

③ 국·공립 및 사립학교에 두는 학교운영위원회의 위원정수는 5인 이상 15인 이내의 범위안에서 학교의 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

동법 제34조(학교운영위원회의 구성·운영) ① 제31조의 규정에 의한 학교운영위원회 중 국립학교에 두는 학교운영위원회의 구성·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 공립학교에 두는 학교운영위원회의 구성·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 범위안에서 시·도의 조례로 정한다.

② 사립학교에 두는 학교운영위원회의 위원구성에 관한 사항은 대통령령으로 정하고, 기타 운영에 관하여 필요한 사항은 정관으로 정한다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 학교운영위원회는 초·중등교육기관에만 설치되어 있고, 유치원 등 유아교육기관이나 사설학교, 고등공민학교, 고등기술학교 등에는 설치되어 있지 않다. 학

교운영위원회의 위원은 학부모 및 교원들에 의하여 선출되고, 그 선출과정에 학부모나 교원이 아닌 지역주민의 의사는 전혀 반영되지 않는다. 따라서, 학교운영위원회는 당해 학교와 관련되어 있는 학부모 및 교원들의 대의기관에 불과할 뿐, 지역주민의 대표성을 지닌 대의기관으로 볼 수 없음에도, 이러한 학교운영위원회의 위원들이 교육 및 학예에 관하여 지방자치단체를 대표하는 교육감과 교육위원을 선출하도록 하고 있는 이 사건 법률조항은 「헌법」상 주민자치의 원칙에 위배되어 지역주민의 자치권과 선거권을 침해하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 기구인 교육감과 교육위원의 선거권을 지역주민 전체 또는 지역주민을 대표하는 대의기관에 부여하지 아니하고 학교운영위원회 위원들에게 부여함으로써, 학교운영위원회 위원으로 선임된 지역주민 또는 학교운영위원회 위원을 선출할 권한이 있는 지역주민들만 선거권을 가지게 되므로, 선거권을 가지지 못한 나머지 지역주민들의 평등권을 침해하고 있다.

(3) 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 교육정책을 결정하고 집행하는 집행기관인 교육감 및 교육위원을 선출함에 있어, 학교운영위원회 위원이나 학교운영위원회 위원의 선출권한이 있는 일부 교육당사자들만 참여하도록 함으로써, 학교운영위원회가 설치되지 않는 영·유아교육기관이나 사회교육기관 등의 교육당사자들의 참여가 불가능하게 되어 교육의 자주성을 훼손하고 있다.

나. 교육인적자원부 장관의 의견

(1) 청구인들은 교육감 및 교육위원의 선출과정에 학부모나 교원이 아닌 지역주민의 의사는 전혀 반영되지 않는다고 주장하나, 지역주민이면 누구든지 학교운영위원회의 지역위원으로 선출되어 교육위원·교육감 선거권을 부여받을 수 있어 지역주민의 의사가 반영될 여지가 얼마든지 있으므로, 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는 것으로 보기 어렵다.

(2) 교육·학예에 관한 사무는 지방자치단체의 사무로서 그 사무를 관장하기 위해 자치단체 내에 별도의 집행기관을 두도록 한 현행법체계를 감안해 볼 때, 교육감이 주민직선이나 또는 대의기관에 의한 간접선거에 의해 선출되지 않았다 해서 이것이 주민자치의 원칙에 반하여 위헌이라고 할 수 없다.

또한 「헌법」 제24조에 의한 선거권의 보장은 반드시 모든 국민이 모든 선거에서 선거권을 가져야 하는 것을 의미하는 것은 아니고 선거의 목적이나 특성을

고려하여 합리적인 범위 내에서 제한할 수 있다고 보아야 할 것인바, 지방자치단체의 대표가 아닌 당해 지방자치단체 내의 한 집행기관으로서 교육의 전문성을 담보하기 위해 설치한 교육감을 어떻게 선출 또는 임명할지는 정책적인 문제라고 할 것이므로, 교육감의 선출을 전체의 지역주민이 하도록 하기보다는 직접적으로 교육에 관계되는 자들로 하게 하는 이 사건 법률조항이 선거권을 침해하고 있는 것으로 볼 수 없다.

(3) 영·유아교육기관이나 사회교육기관 등은 우리 나라의 교육체계상 기간제 정규교육기관에 해당되지 않아, 그 실체 및 개념을 정의하기가 어렵고, 교육인적자원부 및 교육감의 관할이 아닌 경우도 있어, 그 관할도 일정하지 않을 뿐만 아니라, 그 규모나 시설 등에서 차이가 천차만별이어서 어느 정도까지를 교육기관으로 보고 선거권을 부여할지를 결정하는 것은 거의 불가능하고 사회적인 합의를 얻기도 어려우므로, 현행 교육체계상 정규교육기관으로 인정하고 있는 초·중등교육법 제31조에 규정된 학교의 학교운영위원회 위원에게만 교육감선거권을 부여하고 있다고 하여 교육의 자주성을 훼손하는 것으로는 볼 수 없다.

또한 교육감선거권은 교육당사자들이 교육에 대해 의견을 표현할 수 있는 여러 방법 중의 하나로서 당해 지방자치단체의 교육정책 결정 및 집행과정에서 얼마든지 의견제출 등을 통한 교육에의 참여가 보장되므로, 교육위원 및 교육감 선출과정에서 제외된 것만으로 교육의 자주성이 침해되었다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 교육위원 및 교육감 선출제도의 변천

1991년 「지방교육자치에 관한 법률」 제정 이후에 교육위원 및 교육감 선출제도가 변천된 과정을 살펴보면, 다음과 같다.

1991. 3. 8. 법률 제4347호로 「지방교육자치에 관한 법률」이 제정되면서, 시·도 단위의 교육자치를 실시함에 있어 그 심의·의결기관으로 교육위원회를, 그 집행기관으로 교육감을 두도록 하였는바, 교육위원은 각 시·군·구의회에서 2인씩 추천한 후보자 중에서 시·도의회에서 선출하도록 하고, 교육감은 당해 교육위원회에서 선출하도록 하였다(5조, 28조).

그 후 1997. 12. 17. 법률 제5467호로 위 법률이 개정되어, 초·중등교육법 제31조의 규정에 의한 학교운영위원회에서 선출한 선거인과 교육기본법 제15조의 규정에 따라 시·도에 조직된 교원단체에서 추천한 교원인 선거인으로 구성된 선거인단에서 교육위원과 교육감을 선출하도록 하였다(제5조, 제28조). 그런데 다시 2000. 1. 28. 법률 제6216호로 위 법률이 전면개정되면서, 교육위원 또는 교육감의 선거인단은 선거일공고일 현재 초·중등교육법 제31조의 규정에 의한 학교운영위원회 위원 전원으로 구성하도록 하여(제62조 제1항), 현재에 이르고 있다.

나. 교육위원회 및 교육감의 지위와 권한

(1) 교육위원회의 지위와 권한

「지방교육자치에 관한 법률」 제3조에 의하면, 교육위원회는 시·도의 교육·학예에 관한 중요사항을 심의·의결하는 기관이다.

교육위원회의 법적 성격은 지방자치단체의 최고의결기관인 시·도지방의회로부터 교육·학예에 관한 의결권을 수임받아서 행하는 위임형 의결기관이라고 할 수 있다.

교육위원회는 당해 시·도의 교육·학예에 관한 사항을 심의·의결하는바, 그 중 시·도의회에서 의결할 조례안, 예산안 및 결산, 특별부과금 등의 부과 징수에 관한 사항, 기채안 등 주민의 권리·의무에 관련된 사항은 이를 사전에 심의하여 시·도의회에 제출하고, 그 밖에 기금의 설치·운용, 대통령령으로 정하는 중요재산의 취득·처분 등에 관한 사항은 이를 최종적으로 심의·의결한다(동법 제8조 제1항, 제2항).

(2) 교육감의 지위와 권한

「지방교육자치에 관한 법률」 제20조에 의하면, 교육감은 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로서, 교육·학예에 관한 소관사무로 인한 소송이나 재산의 등기 등에 대하여 당해 시·도를 대표한다.

국가행정사무 중 시·도에 위임하여 시행하는 사무로서 교육·학예에 관한 사무는 법령에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 교육감에게 위임하여 행하고(동법 제21조), 교육감은 교육·학예에 관하여 조례안 및 결산안의 작성, 예산안의

편성, 교육규칙의 제정, 학교 기타 교육기관의 설치·이전 및 폐지에 관한 사항, 교육과정의 운영에 관한 사항 등에 관한 사무를 관장한다(동법 제22조).

다. 학교운영위원회의 구성과 기능

(1) 학교운영위원회의 구성

「초·중등교육법」 및 동법시행령에 의하면, 국·공립 및 사립의 초등학교·중학교·고등학교 및 특수학교에 학교운영위원회를 구성·운영하여야 하고, 학교운영위원회는 학부모위원(40~50%), 교원위원(30~40%), 지역위원(10~30%)으로 구성하며, 학교운영위원회의 위원정수는 5인 이상 15인 이내의 범위안에서 학교의 규모 등을 고려하여 정하도록 하고 있는바, 여기서 지역위원이란 당해 학교가 소재하는 지역을 생활근거지로 하는 자로서 교육행정에 관한 업무를 수행하는 공무원, 당해 학교가 소재하는 지역을 사업활동의 근거지로 하는 사업자, 당해 학교를 졸업한 자 기타 학교운영에 이바지하고자 하는 자를 말한다(초·중등교육법 제31조, 동법시행령 제58조, 제63조).

학부모위원은 원칙적으로 학부모 중에서 민주적 대의절차에 따라 학부모 전체회의에서 직접 선출하고, 당연직 교원위원인 교장을 제외한 교원위원은 교원 중에서 선출하되, 교직원전체회의에서 무기명투표로 선출하며(다만, 사립학교의 경우 당연직 교원위원을 제외한 교원위원은 정관이 정한 절차에 따라 교직원전체회의에서 추천한 자 중 학교의 장이 위촉함), 지역위원은 학부모위원 또는 교원위원의 추천을 받아 학부모위원 및 교원위원이 무기명투표로 선출한다(동법시행령 제59조, 제63조).

(2) 학교운영위원회의 기능

국·공립학교의 학교운영위원회는 학교현장 및 학칙의 제정 또는 개정, 학교의 예산안 및 결산, 학교교육과정의 운영방법 등에 관한 사항에 대하여 심의하고(초·중등교육법 제32조 제1항), 국·공립학교의 장은 학교운영위원회의 심의결과를 최대한 존중하여야 한다(동법시행령 제60조 제1항).

사립학교의 장은 「초·중등교육법」 제32조 제1항 각호의 사항에 대하여 학교운영위원회의 자문을 거쳐야 하고(동법 제32조 제2항, 다만, 제6호의 사항은 제외하고, 제1호·제2호의 사항에 대하여는 학교법인의 요청이 있는 경우에 한함),

사립학교의 장은 학교운영위원회의 자문결과를 최대한 존중하여야 한다(동법시행령 제63조 제3항).

이와 같이 국·공립학교의 학교운영위원회는 심의기구로, 사립학교의 학교운영위원회는 자문기구로 설치하도록 하여 차별을 둔 것은 사립학교의 자율성을 보장하기 위한 것이다.

다만, 국·공립 및 사립학교에 두는 학교운영위원회는 학교발전기금의 조성·운용 및 사용에 관한 사항에 대하여는 심의·의결권을 가지고 있다(동법 제32조 제3항).

라. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 지방교육자치제도의 헌법적 본질

「헌법」 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하고 있고, 「헌법」 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정함으로써 제도보장으로서의 교육자치와 지방자치를 규정하고 있다.

지방교육자치는 교육자치라는 영역적 자치와 지방자치라는 지역적 자치가 결합한 형태로서, 교육자치를 지방교육의 특수성을 살리기 위해 지방자치단체의 수준에서 행하는 것을 말한다고 할 것이다.

지방교육자치의 기본원리로는 주민참여의 원리, 지방분권의 원리, 일반행정으로부터의 독립, 전문적 관리의 원칙 등을 드는 것이 보통이다.

우리 재판소는 지방교육자치제도의 헌법적 본질에 관하여, “국민주권의 원리는 공권력의 구성·행사·통제를 지배하는 우리 통치질서의 기본원리이므로, 공권력의 일종인 지방자치권과 국가교육권(교육입법권·교육행정권·교육감독권 등)도 이 원리에 따른 국민적 정당성기반을 갖추어야만 한다. 그런데, 국민주권·민주주의원리는 그 작용영역, 즉, 공권력의 종류와 내용에 따라 구현방법이 상이할 수 있다. …… 지방교육자치도 지방자치권행사의 일환으로서 보장되는 것이므로, 중앙권력에 대한 지방적 자치로서의 속성을 지니고 있지만, 동시에 그것은 「헌법」 제31조 제4항이 보장하고 있는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 구현

하기 위한 것이므로, 정치권력에 대한 문화적 자치로서의 속성도 아울러 지니고 있다. 이러한 '이중의 자치'의 요청으로 말미암아 지방교육자치의 민주적 정당성 요청은 어느 정도 제한이 불가피하게 된다. 지방교육자치는 '민주주의·지방자치·교육자주'라고 하는 세 가지의 헌법적 가치를 골고루 만족시킬 수 있어야만 하는 것이다."라고 판시한바 있다(헌재 2000. 3. 30. 99헌바113, 판례집 12-1, 359, 368-369).

(2) 선거권의 침해여부

(가) 선거권과 입법자의 제량

「헌법」 제24조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다."고 규정하고 있는바, 여기서 선거권이란 국민이 공무원을 선거하는 권리를 말하고, 원칙적으로 간접민주정치를 채택하고 있는 우리나라에서는 공무원선거권은 국민의 참정권 중 가장 중요한 것이다.

위에서 말하는 공무원은 가장 광의의 공무원으로서 일반직공무원은 물론 대통령·국회의원·지방자치단체장·지방의회의원·법관 등 국가기관과 지방자치단체를 구성하는 모든 자를 말한다.

「헌법」이 명문으로 규정하고 있는 선거권은 대통령선거권(헌법 제67조 제1항), 국회의원선거권(헌법 제41조 제1항), 지방의회의원선거권(헌법 제118조 제2항)에 한하지만, 지방자치단체의 장 선거권도 「공직선거 및 선거부정방지법」에 의하여 인정되고 있고(제15조 제2항), 이 밖에도 법률에 의하여 특정공무원에 대한 선거권을 부여할 수 있음은 물론이다.

「지방교육자치에 관한 법률」은 제51조 이하에서 교육위원 및 교육감 선거에 관하여 규정하면서, 이 사건 법률조항에서 선거인단의 구성에 관하여 규정하고 있는바, 이로써 교육위원 및 교육감 선거권도 법률에 의하여 인정되고 있다고 할 수 있다.

선거권은 법률이 정하는 바에 의하여 보장되는 것으로서 선거법의 제정에 의하여 비로소 구체화된다고 할 것인데, 입법자가 입법형성권에 의하여 선거법을 제정하는 경우에 「헌법」에 명시된 선거제도의 원칙을 존중하고 국민의 선거권이 부당하게 제한되지 않도록 하여야 함은 물론이나, 입법자가 구체적으로

어떠한 입법목적의 달성을 위하여 어떠한 방법을 선택할 것인가는 그것이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속한다고 할 것이다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마 89, 판례집 9-1, 674, 683 참조).

(나) 이 사건 법률조항의 입법목적

이 사건 법률조항에서 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 구성하도록 한 것은 기본적으로 과거의 교육위원 등 선출제도에 서 드러난 단점과 폐해를 보완·시정하기 위한 것이라고 할 수 있다.

즉, 1991. 3. 8. 법률 제4347호로 「지방교육자치에 관한 법률」이 제정됨에 따라 지방의회에서 교육위원을 선출하고, 교육위원들로 구성된 교육위원회에서 교육감을 선출하게 되었는데, 이 제도를 시행해 본 결과 선거권자의 수가 적어 금전수수행위 등 많은 선출관련비리가 발생하였고, 이로 인하여 교육계의 위신이 크게 실추되는 결과를 초래하였다. 이에 따라 1997. 12. 27. 법률 제5467호로 개정된 법률에서는 교육위원 및 교육감을 학교운영위원회에서 선출한 선거인과 교육단체에서 추천한 교원인 선거인으로 구성된 선거인단에서 선출하도록 하는 제도로 변경되었으나, 이에 대하여도 선거인의 수가 적어 주민대표성이 미흡하고 학교현장의 의견을 충분히 수렴하기 어렵다는 등의 지적이 있어 왔다.

그러므로 다시 이 사건 법률조항에서 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 구성하도록 변경한 것은, 교육위원 및 교육감 선거인을 획기적으로 증원함으로써 금품수수 등 선거비리의 소지를 원천적으로 차단하고, 교육위원 및 교육감의 주민대표성을 제고하기 위한 것이라고 할 것이다.

또한 이 사건 법률조항은 학부모의 교육참여권의 보장수단으로 단위학교의 교육자치를 활성화하고 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 교원, 학부모, 지역사회인사 등이 학교의 운영에 관한 중요 사항에 관하여 심의 또는 자문하게 하는 제도인 학교운영위원회 제도를 교육위원 및 교육감 선거제도에 접목시키는 한편, 학교운영위원회 위원 전원으로 선거인단을 구성하여 직선제적 요소를 가미함으로써, 지방교육자치제에서 요구되는 교육의 자주성에 대한 요청과 민주적 정당성에 대한 요청 간의 조화를 꾀하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(다) 입법자의 재량범위의 일탈여부

청구인들은 학교운영위원회가 그것이 설치되어 있는 국·공립 및 사립의 초·중·고등학교·중학교·고등학교 및 특수학교 등 일부 교육기관의 학부모 및 교원들의 대의기관에 불과할 뿐, 지역주민의 대표성을 지닌 대의기관으로 보기 어려우므로, 이러한 학교운영위원회 위원들이 교육위원 및 교육감을 선출하도록 하고 있는 이 사건 법률조항은 「헌법」상 주민자치의 원칙에 위배되어 지역주민의 자치권과 선거권을 침해하는 것이라고 주장한다.

물론 주민의 대표성이나 주민자치의 원칙의 측면에서는 지역주민 전체가 직접 선거에 의하여 선출하는 것이 가장 바람직하다고 할 수 있으나, 주민직선제는 사회적으로 많은 인력과 경비가 소모될 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 현행의 선거제도에 비하여 교육의 자주성과 전문성을 담보할 수 있는 적격자를 교육위원이나 교육감으로 선출할 가능성은 오히려 떨어진다고 할 수 있다. 왜냐 하면, 주민들의 교육에 대한 관심이나 이해관계는 자녀가 재학 중인 동안에 최고조에 달하는 것이 보통이므로, 학부모집단 및 교원집단으로 하여금 교육위원이나 교육감을 선출하게 하는 것이 적어도 교육의 자주성이나 전문성의 측면에서는 보다 적절한 방법이라고 할 수 있기 때문이다.

또한 교육위원 등을 지방의회에서 선출하는 간선제는 지역주민을 대표하는 대의기관에 의한 선출로서 형식적으로는 주민자치의 원칙을 충족시킬 수 있을지 모르나, 이를 시행해 본 결과 실제로는 극심한 선거비리 등 많은 사회적 부작용을 초래한 경험이 있다.

그리고 「초·중등교육법」 제31조에 규정된 일부 정규교육기관에만 학교운영위원회가 설치되어 있고, 유치원, 공민학교, 고등공민학교, 고등기술학교, 사설학원 등 기타의 교육기관에는 학교운영위원회가 설치되어 있지 않은 상황에서, 학교운영위원회의 위원에게만 교육위원 및 교육감 선거권을 부여하고 있는 것은, 교육에 특별한 관심이나 이해관계가 있다고 할 수 있는 학부모집단 및 교원집단의 일부마저도 교육감 및 교육위원의 선거과정에서 배제하는 결과가 됨을 부정할 수는 없다.

그러나 교육인적자원부장관이 제출한 의견서에서 지적하는 바와 같이, 영·유아교육기관이나 사회교육기관 등은 우리나라의 교육체계상 기간제 정규교육기관에 해당되지 않아 그 실체 및 개념을 정의하기가 어렵고, 교육인적자원부 및

교육감의 관할이 아닌 경우도 있어 그 관할도 일정하지 않을 뿐만 아니라, 그 규모나 시설 등에서 차이가 천차만별이어서 어느 정도까지를 교육기관으로 보고 선거권을 부여할지를 결정하는 것은 거의 불가능하고 사회적인 합의를 얻기도 어렵다는 점을 고려하면, 이는 부득이한 것으로서 정당화될 수 있다고 할 것이다.

한편, 우리나라에서의 교육위원 및 교육감 선출제도의 변천을 살펴보면, 「지방교육자치에 관한 법률」의 시행 이전에도 임명제나 다양한 형태의 간선제가 시행되어 왔음을 알 수 있고, 외국의 예를 보더라도, 나라마다 교육위원이나 교육감(장)의 지위 및 권한도 일정하지 아니할 뿐만 아니라, 그 선출제도 또한 임명제, 간선제, 주민직선제 등 매우 다양한 형태를 띠고 있음을 알 수 있는데, 이는 교육문제에 대하여는 나라마다 각기 다른 역사, 전통 및 교육의식을 갖고 있고, 그에 따라 교육제도도 상이한 데 따른 것이라고 할 것이다.

지방교육자치의 영역에서는 주민자치의 원칙이라는 민주주의적 요청만을 철저하게 관철하는 것이 반드시 바람직한 것으로 볼 수 없고, 교육자치의 특성상 민주적 정당성에 대한 요청이 일부 후퇴하는 일이 있다 하더라도 이는 헌법적으로 용인될 수 있다고 할 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항이 교육위원 및 교육감의 선거인단을 학교운영위원회 위원 전원으로 하고 있는 것은, 지방교육자치제에서 요구되는 교육의 자주성에 대한 요청과 민주적 정당성에 대한 요청 사이의 조화를 꾀하기 위한 것으로서 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위 내의 것이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 주민자치의 원칙을 위배하여 청구인들의 선거권을 침해한 것이라고는 볼 수 없다.

(3) 평등권의 침해여부

청구인들은 이 사건 법률조항이 학교운영위원회 위원으로 선임된 지역주민 또는 학교운영위원회 위원을 선출할 권한이 있는 지역주민들에게만 교육위원 및 교육감 선거권을 부여함으로써 선거권을 가지지 못한 나머지 지역주민들의 평등권을 침해하고 있다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항이 초·중등교육법 제31조 소정의 일정한 학교에만 설치되어 있는 학교운영위원회 위원들로 교육위원 및 교육감

선거인단을 구성한 것은, 교육자치의 특성 및 현실적 여건 등을 고려한 것으로서 정당화될 수 있을 뿐만 아니라, 지역주민은 누구든지 지역위원으로 선출되어 교육위원 및 교육감 선거권을 부여받는 길도 열려 있으므로, 이 사건 법률조항이 선거권을 갖지 못한 나머지 지역주민들을 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

(4) 교육의 자주성의 침해여부

청구인들은 교육위원 및 교육감을 선출함에 있어서 학교운영위원회가 설치되지 않는 영·유아교육기관이나 사회교육기관 등의 교육당사자들의 참여가 불가능하게 되어 교육의 자주성을 훼손하고 있다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

교육의 자주성이란 교육이 정치권력이나 기타의 간섭 없이 그 전문성과 특수성에 따라 독자적으로 교육 본래의 목적에 기하여 조직·운영·실시되어야 한다는 의미에서의 교육의 자유와 독립을 말한다고 일단 정의할 수 있을 것이다.

비록 일부 교육당사자가 교육위원 및 교육감의 선거과정에서 배제되었다고 하더라도 이는 현실적인 여건 등을 고려한 것으로서 정당화될 수 있을 뿐만 아니라, 위와 같은 선거는 교육의 자주성을 구현하기 위한 한 방법에 불과한 것으로서, 그 밖에도 교육정책의 결정 및 집행과정에서 의견제출 등 다양한 방법을 통한 참여에 의하여 교육의 자주성을 실현할 수 있는 길이 보장되어 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항으로 인하여 교육의 자주성이 침해된 것으로는 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서, 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권성 김효종 김경일 송인준 주선회

☞ 헌법재판소 2002. 6.27. 선고 2000헌마645 불기소처분취소

【판시사항】

검사의 혐의없음 불기소처분으로 인한 기본권침해가 인정되어 이를 취소한 사례

【결정요지】

증거들을 종합하여 볼 때 적어도 피해자가 성추행을 당하였다는 사실만큼은 인정할 수 있는데, 피의자와 피해자의 진술 내용이 첨예하게 대립되고 있어 양측의 대결조사 및 중요한 참고인에 대한 재조사가 필요함에도 피청구인은 수사과정에서 이와 같은 조사를 한 바 없고, 또한 피의자의 혐의 유무 인정에 중요한 자료가 된 것으로 보여지는 거짓말탐지기검사결과에 대하여도 더욱 정확하고 충실한 내용의 질문사항에 의하여 재검사를 실시하든지 위 검사결과보고서의 신뢰성에 관한 추가조사나 확인을 하였어야 하는 것으로 보여지며, 나아가 불기소처분 이후 양측 사이의 민사소송에서 피의자의 피해자에 대한 추행사실이 인정된 정황도 엿보이므로, 위와 같은 문제점들에 대하여 추가수사를 하지 아니한 채 만연히 혐의없음의 불기소처분을 한 피청구인의 판단에는 중대한 수사미진의 잘못이 있어 이로 말미암아 청구인의 평등권과 재판절차에서의 진술권이 침해되었다고 할 것이다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제27조 제5항

헌법재판소법 제68조 제1항

【당 사 자】 청 구 인 송○옥

대리인 법무법인 ○길법률특허사무소 담당변호사 최○순

피청구인 서울지방검찰청 서부지청 검사

【주 문】

피청구인이 2000. 3. 24. 서울지방검찰청 서부지청 1999년 형 제40242호 사건

에 있어서 홍○길에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 자신의 딸인 이○민(1993. 4. 3.생)을 1998. 3. 10.경부터 같은 해 7. 13.경까지 홍○길이 운영하는 ○○유치원에 다니게 하였는데, 1998. 7. 25. 서울 서부경찰서에 홍○길이 이○민을 추행하였다는 취지의 고소를 하였고, 이를 미성년자의제강제추행죄로 의율하여 수사한 서울지방검찰청 서부지청 검사는 이○민의 진술만으로는 고소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 1998. 12. 21. 같은 지청 1998년 형 제37757호로 혐의없음의 불기소처분을 하였다.

나. 그러나, 대검찰청은 1999. 10. 21. 이○민의 진술에 신빙성이 없다고 단정할 수 없다는 이유로 청구인의 재항고를 받아들여 재기수사를 명하였고, 이에 따라 동 사건은 같은 해 11. 5. 서울지방검찰청 서부지청 1999년 형 제40242호로 재기되었으나 피청구인은 2000. 3. 24. 다시 혐의없음의 불기소처분(이하 “이 사건 불기소처분”이라 한다.)을 하였으며, 이에 대한 항고 및 재항고가 받아들여지지 않자 청구인은 2000. 10. 18. 본 건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 고소사실의 요지

홍○길은 서울 서대문구 홍은동 소재 ○○유치원을 경영하는 자인바,

1998. 3. 16.경부터 같은 해 7. 13.경까지 사이에 위 유치원에서 수회에 걸쳐 청구인의 딸 이○민(당시 5세)의 음부와 엉덩이를 손으로 만지고 항문에 손가락을 집어넣는 등의 방법으로 동인을 강제추행하였다.

3. 불기소이유의 요지

홍○길(이하 “피의자”라 한다.)과 이○민(이하 “피해자”라 한다.)의 진술이 완전히 상반되는 본 건에 있어서 피해자는 사건의 핵심적인 내용 이외에 추행의 일시, 장소, 횟수 및 정황 등에 관하여 기억하지 못하고 있어, 그 진술은 피의자

의 변명 및 사실관계를 둘러싼 여러 가지 의문사항을 배척하고 고소사실을 입증할 정도의 증명력을 갖지 못하며 달리 증거가 없으므로 범죄혐의 없다.

4. 판 단

가. 증거관계

본건에 있어서 고소사실을 둘러싸고 내용상 참여하게 대립되고 있는 피의자의 진술과 피해자의 진술 이외에는 직접적인 증거가 없으므로, 양측의 진술을 중심으로 이를 각 뒷받침하는 간접증거 내지 정황증거를 종합하여 판단하기로 한다.

(1) 피해자의 진술 내용

피의자가 주방에서 1회, 슬기반 교실에서 1회 등 2회 추행하였는데, 주방에서 추행할 때에는 입과 손을 수건으로 묶었고, 나중에 고은반 교사가 와서 수건을 풀어 주었다(1998. 8. 3.자 진술). 피의자가 추행한 것이 1회인지 2회인지 기억이 잘 나지 않고 그 행위에 있어서도 고추 만진 것만 기억난다(2000. 2. 25.자 진술).

(2) 피의자의 진술 내용

피의자는 피해자를 추행한 일이 없고, 청구인이 평소 피의자의 유치원에 대하여 “차량운행시간이 너무 길어 피해자가 차량을 너무 오래 탄다. 교사를 소개해 줄 수 있는데 왜 보조교사를 채용하지 않느냐. 체육복 가격이 너무 비싸다.”라는 등의 항의를 하여 왔는데 이러한 불만 때문에 피의자를 모함하는 것이라고 생각한다.

(3) 기타 증거

(가) 청구인(피해자의 모)의 진술 내용

피해자는 1998. 4. 초순부터 유치원에 가기 싫다는 말을 자주 하면서 소변을 30분 이상 보는 등 이상한 행동을 하기 시작하였고, 같은 달 말경에는 청구인에게 “유치원에서 누군가 자신의 엉덩이를 만졌다.”라는 이야기를 하였으며, 이에 청구인은 담임선생인 슬기반 교사 김○청에게 앞으로 그런 일이 발생하지 않도록 유의해달라고 주의를 환기시켰다. 피해자는 1998. 7. 14. 아침 유치원에

가지 앓겠다고 하여 청구인이 그 이유를 묻자 “고추가 가렵고 아프다. 아빠 선생님(피의자)이 고추를 만졌다.”라고 말하였으며, 다음날인 같은 달 15. 새벽 피해자가 심한 고열과 구토 증상을 보여 병원 응급실에 갔는데 담당 의사의 권유로 소아정신과 진료(주치의 신의진)를 받게 되었고, 같은 달 16.에는 청구인에게 “엄마가 날 지켜주지 못했다.”라고 하면서 청구인의 머리카락을 가위로 잘랐다.

(나) 신○진(피해자를 치료한 정신과 의사)의 진술 내용

1998. 7. 15. 이후 피해자를 진찰한 결과 성폭행 이후 많이 나타나는 해리현상(혼자만의 공상에 빠져 멍하게 있는 증상)과 성집착증상(상당 도중 몰래 팬티에 손을 넣는 등)을 보여 피해자에게 성추행 여부를 물었고, 피해자는 처음에 “무섭다. 말할 수 없다.”라고 하면서 이를 부인하다가 며칠 후 주치의와의 신뢰가 형성되자 “아빠선생님이 주방에서 1회, 교실에서 1회 고추를 만지고 똥꼬에 손가락을 집어넣었으며 다른 사람에게는 말하지 말라고 하면서 사탕도 주었다.”라고 말하면서 “아빠 선생님이 주방문을 닫은 부분과 조용히 하라고 했던 부분이 무서웠다.”라고 말하였다. 피해자에 대한 진찰 결과 피해자는 IQ가 높고 당시의 상황을 구체적으로 진술하면서 똑바로 대답을 하는 등 정상적인 정신상태라고 판단되므로 성폭행 또는 성추행을 당한 것이 90% 이상 사실로 보여지는바, 4, 5세의 아동은 시간과 공간에 대한 개념은 불확실할 수 있으나 인물에 대한 기억은 정확하며, 특히 아는 사람에 의한 범행이나 정신적 충격이 큰 사건일수록 정확히 기억하는 능력이 뛰어나다.

(다) 김○미(○○유치원 고은반 담임선생)의 진술 내용

피해자가 진술한 내용과 같이 유치원에서 피해자의 손과 입이 수건으로 묶여 있는 것을 보거나 이를 풀어준 적은 없다.

(라) 산부인과 의사 박○자 작성의 피해자에 대한 진단서

1998. 8. 3. 진단 결과 피해자는 소음순 비대증, 외음부 습진, 외음부 충혈 및 급성 외음부 염증을 앓고 있는데, 처녀막 파열은 없으나 장기간 외음부에 만성 자극이 있었던 것으로 보여진다.

(마) 거짓말탐지기검사결과보고

피의자에 대한 검사결과 고소사실에 대한 피의자의 진술은 그 진실 확률이

98.96%에 이른다.

나. 수사상 문제점

(1) 피해자가 성추행을 당하였는지 여부

먼저 피해자가 과연 성추행을 당한 일이 있는지의 여부에 관하여 살펴건대, 피해자 및 청구인, 신○진 등의 각 진술에 의하면 피해자가 청구인이나 담당의 사에게 피해사실을 말하게 된 경위가 매우 자연스럽게, 피해자의 진술 역시 청구인이나 피해자가 일부러 꾸민 것이라고 보기에는 너무 구체적이고 사실적일 뿐 아니라 그 진술 내용이 비교적 간단하고 단순하여 비록 피해자가 진술 당시 5세 남짓의 아동이라 하더라도 그 의미를 충분히 알면서 이를 표현할 수 있는 범위 내의 것이라고 보여진다. 더욱이, 피해자는 추행의 직접적인 행위 이외에 피의자가 주방문을 닫은 부분과 조용히 하라고 했던 부분이 무서웠다고 진술함으로써 본인이 직접 경험하지 못하였으면 표현할 수 없는 내용을 명확히 진술하고 있는 점을 고려하면, 성추행에 관한 피해자의 진술을 쉽게 배척하기는 어렵다 할 것이다.

따라서, 위 각 증거들 및 의사 박○자 작성의 진단서 등을 종합하여 볼 때, 비록 가해자가 피의자라고 단정할 수는 없지만, 적어도 피해자가 1998. 3. 16.경부터 같은 해 7. 13.경까지 사이에 성추행을 당하였다는 사실만큼은 인정할 수 있다 할 것이고, 그렇다면 피청구인으로서 그 가해자가 누구인지에 관하여 더욱 더 철저한 수사를 하였어야 할 것이다.

(2) 대질조사의 필요성

(가) 피의자와 피해자 또는 청구인

양측의 진술 내용이 첨예하게 대립되고 있는 본 건에 있어서는 피의자와 피해자를 함께 조사해 보는 것이 필요하고, 가사 피해자가 나이 어린 소녀임을 참작하여 이를 피한다 하더라도 최소한 피의자와 청구인과의 대질조사는 가능하다고 보여짐에도 피청구인은 수사과정에서 이와 같은 대질조사를 한 바 없다.

더욱이, 피의자는 청구인이 교사채용 문제 등 유치원에 대한 평소의 불만 때문에 자신을 포함한 것이라고 주장하고 있으므로 이 점에 관하여도 양인에 대한 조사가 이루어져야 한다고 본다.

(나) 김○미와 피해자

추행과정에서 묵인 수건을 유치원의 고은반 교사가 풀어준 적이 있다는 피해자의 진술에 대하여 고은반 교사인 김○미는 그와 같은 일이 없었다고 진술하는바, 피해자의 진술 내용이 허위라고 보기에는 행위의 주체나 태양을 적시함에 있어 매우 명확하다는 점을 감안할 때 피청구인으로서는 그 내용의 진위 여부를 확인하였어야 하고 이를 위하여 양인을 함께 조사하거나 적어도 김○미에 대한 재조사가 필요하다고 보여진다.

(3) 거짓말탐지기검사

이 사건에 대하여 처음 혐의없음 처분이 이루어진 수사과정에서 경찰은 검사의 수사지휘에 의하여 피의자에 대한 거짓말탐지기검사를 실시하였고, 그 결과 고소사실을 부인하는 피의자의 진술이 사실일 확률이 높다는 취지의 검사 결과보고서(수사기록 제165면)가 작성되었는데, 검사과정에서의 질문사항 중 본 건 고소사실과 관련된 내용은 “33번, 당신이 유치원 주방에서 □민이 옷을 벗겨 음부를 만지고 추행을 하였습니까? 35번, 당신이 □민이 음부에 입맞춤과 항문을 만지고서도 거짓말하고 있습니까?”라는 2개의 사항에 불과하여 그 질문 내용이 불충분하다고 보여질 뿐 아니라, 질문 자체가 잘못된 것인지 아니면 보고서 작성상의 오기인지 불명하나 피해자의 실제 이름이 ‘○민’임에도 질문사항에는 ‘□민’으로 표시되어 잘못 질문한 것이 아닌가 하는 의문도 있다.

그렇다면, 위 검사결과가 피의자에 대한 혐의 유무 인정에 중요한 자료가 된 것으로 보여지는 이 사건에 있어서, 피청구인으로서는 더욱 정확하고 충실한 내용으로 작성된 질문사항에 의하여 재검사를 실시하든지 아니면 위 검사결과보고서의 신뢰성에 관한 추가조사나 확인을 하였어야 한다고 본다.

(4) 이 사건 불기소처분 이후의 정황

한편, 이 사건 불기소처분 이후 청구인 부부 및 이○민이 위 고소사실과 관련하여 피의자를 상대로 제기한 손해배상청구의 소에서 피의자가 피해자를 추행하였다는 사실이 인정되어 일부승소의 판결이 선고, 확정되었음을 사건 외에서 엿볼 수 있는바(대법원 2002다10585), 민사재판에서 청구인 등이 승소하였다 하더라도 유죄로 인정할 만한 증거가 부족하다고 보는 경우에는 고소사실에 대한

혐의를 인정할 수 없는 것이 사실이나, 위 소송에서 인정된 사실 역시 혐의 유무를 판단함에 있어 중요한 자료가 될 수 있음은 부인될 수 없을 것이다.

다. 소결론

따라서, 피청구인으로서 위와 같은 수사상의 문제점들에 관하여 추가조사를 함으로써 고소사실의 진위 여부를 더 명확히 가렸어야 할 것임에도 이를 다하지 않고 만연히 혐의없음의 불기소처분을 하였으므로, 청구인의 고소사실에 대한 이 사건 불기소처분은 그 결정에 영향을 미친 중대한 수사미진의 잘못이 있는 자의적인 처분이라고 하지 않을 수 없으며, 그로 말미암아 「헌법」상 보장된 청구인의 평등권과 재판절차에서의 진술권이 침해되었다고 할 것이다.

5. 결 론

그렇다면, 청구인의 본건 심판청구는 이유 있으므로 이 사건 불기소처분을 취소하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선희

㉔ 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌가27 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제3호 등 위헌제청

【판시사항】

- [1] 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것. 이하 ‘이 사건 법률’이라 한다.) 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 당해 형사사건의 공소사실에 적용될 수 없음에도 재판의 전제성을 긍정한 사례
- [2] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 각 법 조항에서 정한 ‘청소년이용음란물’의 해석과 관련하여 죄형법정주의에 위반하는지 여부(소극)
- [3] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
- [4] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 그 처벌의 정도가 지나치게 가혹하여 신체의 자유나 행복추구권을 침해하거나 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항의 ‘청소년이용음란물’이 실제인물인 청소년이 등장하는 음란물을 의미하고 단지 만화로 청소년을 음란하게 묘사한 당해사건의 공소사실을 규율할 수 없다고 본다면 위 각 규정은 당해사건에 적용될 수 없어 일응 재판의 전제성을 부인하여야 할 것으로 보이나, 아직 법원에 의하여 그 해석이 확립된 바 없어 당해 형사사건에의 적용 여부가 불명인 상태에서 검사가 그 적용을 주장하며 공소장에 적용법조로 적시하였고, 법원도 적용가능성을 전제로 재판의 전제성을 긍정하여 죄형법정주의 위반 등의 문제점을 지적하면서 위헌법률심판제청을 하여 온 이상, 헌법재판소로서는 그 법령을 해석하여 이에 대한 판단을 하여야 하고 법원은 그 판단을 전제로 당해사건을 재판하게 되는 것이므로, 위 각 규정은 그 해석에 의하여 당해 형사사건에의 적용 여부가 결정된다는 측면에서 재판의 전제성을 인정하여야 한다.

재판관 권 성의 반대의견

본건은 검사가 적용을 청구한 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 공소사실에 대하여 적용되지 않는다고 하여 법원이 무죄를 선고하여야 하는 경우로서 무죄의 이유가 위헌이라는 점에 있는 것이 아닌바, 위 제2조 제3호에서 “청소년이 등장하여”라는 부분이 “제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나”라는 부분만을 수식하는 것인지 또는 이 부분과 함께 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여”라는 부분까지를 수식하는 것인지의 문제는 이른바 순수한 법률해석의 문제로서 법원의 소관에 속하고 명확성의 원칙을 거론할 정도의 불명료가 도대체 존재하지 아니함이 명백하므로 이는 위헌심판의 대상이 아니며, 이러한 의미에서 위 각 규정의 위헌 여부는 재판의 전제성이 없어 본건 청구는 부적법 각하하여야 한다.

[2] 이 사건 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석, 관계부처의 법률해석, 다른 처벌법규와의 범정형 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석할 때 제2조 제3호 및 제8조 제1항의 ‘청소년이용음란물’에는 실제인물인 청소년이 등장하여야 한다고 보아야 함이 명백하고, 따라서 법률적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없이 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 그 의미가 구체화되어 해결될 수 있는 이상 죄형법정주의에 있어서의 명확성의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

[3] 이 사건 법률의 위 각 규정에 의하여 언론·출판 등 표현의 자유가 다소 제한된다 하더라도 청소년의 성을 보호한다는 입법목적과 청소년이용음란물의 성격과 그 제작행위 등 범죄의 죄질과 그 제작 유통에 따른 파급효과, 범정형 등을 감안하면 「헌법」 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 반하지 아니하여 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없을 뿐 아니라 그 본질적인 내용을 침해한다고 볼 수도 없다.

[4] 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위를 일반 음란물에 대한 동종의 행위보다 다소 무겁게 처벌하는 것은 합리적 근거에 의한 것으로서 그 처벌의 정도가 지나치게 가혹하다고 할 수 없으므로, 이로 인하여 신체의 자유나 행복추구권 등 헌법상 기본권이 침해되거나 평등의 원칙에 위반된다고 말할 수 없다.

【심판대상조문】

청소년의 성보호에 관한 법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제2조

청소년의 성보호에 관한 법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제8조

【참조조문】

청소년의 성보호에 관한 법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제18조

【참조판례】

[1] 헌재 1989. 9. 29. 89헌마53 결정; 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48 결정; 헌재 1997. 1. 16. 89헌마240 결정; 헌재 2001. 9. 27. 99헌바77 결정

[2] 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정; 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등 결정; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4 등 결정; 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65 결정; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10 결정; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등 결정; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6등 결정

[3] 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22 결정; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 결정; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13 등 결정; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 결정

[4] 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24 결정; 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40 결정; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16 결정

【당 사 자】 제청법원 대전지방법원 홍성지원

【당해사건】 대전지방법원 홍성지원 2001고합54 청소년의 성보호에 관한 법률 위반 등

【주 문】

「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제2조 제3호 및 제8조 제1항은 「헌법」에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 김○규는 충남 서천군 소재 ○○중학교의 미술교사로 재직 중이던 2000. 1. 경 인터넷상의 한국통신 메가패스 개인홈페이지 공간에 자신의 홈페이지를 개설한 후 그곳에 자신이 제작한 미술작품, 사진 등 영상들을 게시하였다.

(2) 대전지방검찰청 홍성지청 검사는, 위 영상들 중 남녀의 성기나 성행위 장면을 묘사한 그림 영상 4개와 김○규 부부의 실제 나체를 찍은 사진 영상 1개를 게시한 행위는 전기통신역무를 이용하여 음란한 영상을 공연히 전시한 행위를 처벌하는 「전기통신기본법」(1996. 12. 30. 법률 제5219호로 개정되고 2001. 1. 16. 법률 제6360호로 전문개정된 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 부칙 제5조 제1항에 의하여 개정되기 이전의 것) 제48조의2에 해당한다는 이유로, 만화의 주인공을 모델로 한 청소년이 성기가 발기된 채 양 주먹을 불끈 쥐고 있는 “남자라면 한번쯤 이런 삶을 꿈꾸지 않는가”라는 제하의 그림 영상 1개를 게시한 행위는 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제2조 제3호 소정의 ‘청소년이용음란물’ 제작행위를 처벌하는 같은 법률 제8조 제1항에 해당한다는 이유로, 2001. 6. 13. 김○규를 대전지방법원 홍성지원 2001고합54호로써 「전기통신기본법」 위반 및 「청소년의 성보호에 관한 법률」 위반의 각 죄로 불구속 기소하였다.

(3) 같은 지원 재판부는 2001. 10. 11. 직권으로 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제3호 및 제8조 제1항의 위헌 여부에 관하여 이 사건 위헌법률심판 제청을 하였다.

나. 심판의 대상

본건 심판의 대상은 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것. 이하 “이 사건 법률”이라 한다.) 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 「헌법」에 위반되는지 여부이고, 위 각 규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “청소년”이라 함은 19세 미만의 남녀를 말한다.
2. “청소년의 성을 사는 행위”라 함은 청소년, 청소년을 알선한 자 또는 청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품 기타 재산상 이익이나, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 이를 약속하고 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.
 - 가. 청소년과의 성교행위
 - 나. 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위
3. “청소년이용음란물”이라 함은 청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

제8조(청소년이용음란물의 제작·배포 등) ① 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

②, ③, ④ 생략

2. 제청법원의 위헌제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

(1) 죄형법정주의의 위반

이 사건 법률 제2조 제3호가 ‘청소년이용음란물’의 하나로 규정하고 있는 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것”이라는 부분 중 “청소년의 수치심을 야기시키는” 부분 전체가 “신체의 전부 또는 일부”를 수식하는 것인지, “청소년의” 부분이 위 “신체의 전부 또는 일부”를 수식하는 것인지의 여부가 불명하다.

전자로 해석하면, 그 표현물에 청소년이 등장하는지 여부에 관계없이, 즉 신체 노출자가 청소년인지 여부에 관계없이 청소년의 입장에서 보아 그 노출된 신

체의 전부 또는 일부가 수치심을 야기시키면 ‘청소년이용음란물’에 해당하나, 후자로 해석하는 경우에는 그 표현물에 청소년이 등장할 것을 전제로 청소년이 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부를 노출시켜야 그에 해당한다고 말할 수 있다.

청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 등으로부터 청소년을 보호·구제한다는 이 사건 법률의 제정목적에 비추어 보면 후자의 해석이 타당하다고 할 것이나 청소년에 대한 폭넓은 보호를 엄두에 둔다면 전자의 해석도 무시할 수 없는바, 그 해석 여하에 따라 이 사건 법률 제8조 제1항의 구성요건 해당성 여부도 달라지게 된다는 점에서 위 각 규정은 명확성의 원칙을 내용으로 하는 죄형법정주의에 위반된다는 의심이 있고, 특히 본건에 있어서와 같이 그 표현물에 실제인물이 아닌 만화의 주인공이 등장하는 경우에는 그 등장인물이 청소년, 즉 19세 미만의 남녀에 해당하는지 여부를 판단하기 어렵다.

(2) 평등의 원칙 위반

이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항은 ‘청소년이용음란물’을 제작·수입·수출(이하 “제작”이라고만 한다)한 자를 다른 일반적 음란물을 제작한 자에 비하여 지나치게 엄벌함으로써 평등의 원칙에 위배된다.

우선, 다른 처벌법규와의 비교 측면에서, ‘청소년이용음란물’을 제작한 자에 대하여는 이 사건 법률의 위 각 규정에 의하여 “5년 이상의 유기징역”에 처할 수 있음에 비하여, 인터넷 등 전기통신역무를 이용하여 음란물을 배포하거나 공연히 전시한 자에 대하여는 그 행위시기(2001. 7. 1. 기준)에 따라 위 「전기통신기본법」 제48조의2 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제65조 제1항 제2호에 의하여 “1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”에 처할 수 있고, 「형법」 제243조의 음화반포 등의 죄나 제244조의 음화제조 등의 죄를 범한 자에 대하여는 “1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금”에 처할 수 있게 규정되어 있으므로, 아무리 이 사건 법률의 입법목적이 정당하다 하더라도 그 범정형의 차이가 너무 크다는 점에서 위 각 규정은 ‘청소년이용음란물’의 게시자를 일반 음란물의 게시자보다 엄벌하여 합리적 이유 없이 차별하는 결과를 낳아 평등의 원칙에 위배된다.

또한, 행위객체의 측면에서 본건에 있어서와 같이 표현물에 등장하는 청소년

이 실제인물이 아니고 만화의 주인공인 경우에는 그 음란성의 정도가 현저히 떨어진다고 할 수 있어 다른 '청소년이용음란물'이나 일반 음란물의 경우보다 처벌의 정도를 낮추는 것이 타당하므로, 위와 같은 '청소년이용음란물'의 게시자와 실제 청소년이 등장하는 다른 '청소년이용음란물' 또는 일반 음란물의 게시자와의 사이에 평등원칙 위반의 문제가 발생한다.

뿐만 아니라 행위주체의 측면에서도, 청소년이 만화, 그림 등의 방법으로 '청소년이용음란물'을 제작, 게시하는 경우 그 등장인물은 당연히 청소년이 될 가능성이 높고, 이러한 경우에는 성인이 같은 방법으로 '청소년이용음란물'을 제작, 게시하는 경우보다 비난가능성이 낮다고 보아야 하므로, 행위주체가 청소년인지 성인인지 여부에 관계없이 이 사건 법률의 위 각 규정에 의하여 처벌하는 것은 청소년을 일반 성인에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것이 된다.

(3) 과잉금지의 원칙 위반

'청소년이용음란물'의 제작행위를 다른 음란물의 제작행위에 비하여 엄벌하는 이 사건 법률의 위 각 규정은 그 입법목적의 정당성과 방법의 적정성을 갖추었다고 하겠으나, 위와 같이 음란성이나 비난가능성의 정도가 비교적 낮은 경우 에까지 일반 음란물 제작, 배포의 경우보다 무거운 법정형을 적용한다는 것은, 보호하고자 하는 공익에 비하여 기본권 침해의 정도가 과중하여 범익균형성의 원칙에 위배됨으로써 헌법상 과잉금지의 원칙에도 반한다.

나. 청소년보호위원회위원장의 의견

(1) 재판의 전제성에 관하여

이 사건 법률의 입법취지 및 입법연혁에 비추어 같은 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항은 청소년을 "실제로" 이용하여 음란물을 제작한 경우, 즉 소위 '아동포르노(Child Pornography)'를 제작한 경우를 처벌대상으로 삼는 규정이므로, '청소년이용음란물'은 표현물 제작의 매개체가 청소년이거나 그 대상으로서 청소년이 참여하는 경우를 말하는 것으로서 이는 일정한 표현물에 대한 청소년의 접근을 차단하는 규제장치(예컨대 청소년보호법상의 '청소년유해매체물' 제도)와는 전혀 다른 차원의 개념이다.

따라서, 실제 청소년이 등장하지 않는 만화로서 청소년을 음란하게 묘사하는

것은 형법상의 음화반포 등 또는 음화제조 등의 죄, 혹은 전기통신기본법 제48조의2 등에 의하여 규율될 수 있을지언정 이 사건 법률의 위 각 규정에 의한 규율대상은 될 수 없으므로 위 각 규정의 위헌 여부는 당해사건에 있어서 재판의 전제성이 없다.

(2) 죄형법정주의에 관하여

이 사건 법률 제2조 제3호의 해석이 문리적으로 다소 모호하다 하더라도, 위 (1)항에서 살핀 바와 같이 이 사건 법률 제1조의 입법목적 및 입법연혁에 비추어 제3호에 있어서 “신체의 전부 또는 일부”를 수식하는 것은 “청소년의 수치심을 야기시키는”이 아닌 “청소년의”라는 부분으로 보아야 함이 명백하다.

특히, 앞에서 살핀 바와 같이 「청소년보호법」에서 ‘청소년유해매체물’ 제도라는 규제장치를 통하여 청소년에게 유해한 표현물을 청소년에게 배포, 판매하는 등의 유통행위를 형사처벌의 대상으로 하고 있는 이상, 그 표현물에 청소년이 등장하는지 여부에 관계없이 청소년의 입장에서 보아 노출된 신체의 전부 또는 일부가 수치심을 야기시키면 ‘청소년이용음란물’에 해당한다고 보는 것은 무리한 해석이다.

따라서, 위와 같이 입법 목적을 고려한 목적론적 해석과 다른 법률과의 체계 조화적 해석에 의하면 이 사건 법률의 위 각 규정은 「청소년의 수치심을 야기시킬 정도로 청소년의 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출시켜 음란한 내용을 표현한 경우」의 처벌규정으로 볼 수밖에 없어 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

(3) 평등의 원칙에 관하여

우선, 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항의 보호법익은 청소년의 성의 보호 내지 성적 학대 내지 성적 착취로부터의 청소년의 보호에 있음에 비하여 정보통신망이용음란죄를 규정하고 있는 「전기통신기본법」 제48조의2 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제65조 제1항 제2호와 일반적인 음란물죄에 관한 형법 제243조 및 제244조의 보호법익은 선량한 성 풍속의 보호에 있으므로, 이 사건 법률의 위 각 규정과 다른 처벌법규와의 비교는 본질적으로 다른 것을 다르게 취급한다는 전제하에 이루어지는 것이다.

가사, 차별취급이 존재한다 하더라도 청소년의 보호라는 공익의 중요성에 비추어 그 차별에는 객관적으로 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 결국 이 사건 법률의 위 각 규정은 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

(4) 과잉금지의 원칙에 관하여

본건에 있어서와 같이 표현물에 등장하는 청소년이 실제인물이 아니고 만화의 주인공인 경우 또는 청소년이 만화, 그림 등의 방법으로 청소년이용음란물을 제작, 게시하는 경우 그 음란성이나 비난가능성의 정도가 낮다 하더라도 위와 같은 경우는 이 사건 법률의 규율대상이 아니므로 과잉금지의 원칙 위반 여부를 논할 필요가 없다.

가사 이 사건 법률의 위 각 규정에 의한 규율대상이 된다 하더라도 입법목적의 정당성과 방법의 적정성이 인정될 뿐 아니라, 미성년자에 대하여 윤락행위를 하게 하는 때에 10년 이하의 징역에 처하도록 규정된 「윤락행위등방지법」 제24조 제3항, 13세 미만의 여자에 대한 강간의 죄를 범한 때에는 5년 이상의 유기징역에, 13세 미만의 사람에 대한 강제추행의 죄를 범한 때에는 1년 이상의 유기징역 또는 벌금에 처하도록 규정된 성폭력범죄에 관한 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제8조의2 등 다른 법률과 비교할 때 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항에 의한 처벌에 있어서 그 법정형이 지나치게 무겁다고 말할 수 없어 피해의 최소성이나 범익 균형성도 인정될 수 있을 것이므로, 이 사건 법률의 위 각 규정은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

다. 대전지방법검찰청 홍성지청장의 의견

(1) 죄형법정주의에 관하여

이 사건 법률 제2조 제3호 중 “청소년의 수치심을 야기시키는”이란 부분은 “신체의 전부 또는 일부”를 수식하는 것으로서, “청소년의”라는 부분은 “신체의 전부 또는 일부”를 수식하는 것이 아니라 바로 뒤의 “수치심”을 수식하는 것으로 보아야 함이 문리해석상 명백하고, 그러한 해석이 청소년의 성을 폭넓게 보호하기 위한 이 사건 법률의 입법목적에도 부합하므로, 이 사건 법률의 제2조 제3호 및 제8조 제1항에 의한 처벌에 있어서 죄형법정주의 위반의 문제는 발생하지 아니한다.

(2) 평등의 원칙에 관하여

청소년 보호의 중요성, 청소년의 성을 이용한 범죄의 급증 추세 등에 비추어 청소년이용음란물에 대한 범죄를 엄벌하는 것에는 합리적 이유가 있으므로 평등의 원칙에 위반되지 아니한다.

(3) 과잉금지의 원칙에 관하여

청소년이용음란물에 실제 인물이 아닌 만화의 주인공이 등장한다 하더라도 만화의 표현가능성이 무한하고 이로 인한 성적 상상력의 자극 정도가 더 클 수 있다는 점에서 음란성이 더욱 높은 경우가 있으므로 법익균형성의 원칙에 위배되지 아니하는 등 과잉금지의 원칙에 반하지 아니한다.

3. 적법요건에 관한 판단 - 재판의 전제성

가. 형사사건과 재판의 전제성

위헌법률심판의 제청(헌법재판소법 제41조)이나 위헌심사형 헌법소원심판청구(같은 법 제68조 제2항)의 경우에는 법률이 「헌법」에 위반되는 여부가 당해사건의 재판에 있어서 전제가 되어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 「헌법」에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우를 말한다.

형사사건에 있어서는, 원칙적으로 공소가 제기되지 아니한 법률조항의 위헌여부는 당해 형사사건의 재판의 전제가 될 수 없으나(헌재 1989. 9. 29. 89헌마53, 판례집 1, 302, 304; 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65, 72-76 등 참조), 공소장에 적용법조로 기재되었다는 이유만으로 재판의 전제성을 인정할 수도 없다(헌재 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45, 72 참조).

즉, 공소장의 변경 없이 법원이 직권으로 공소장 기재와는 다른 법조를 적용할 수 있는 경우가 있으므로 공소장에 적시되지 않은 법률조항이라 하더라도 법원이 공소장변경 없이 실제 적용한 법률조항은 재판의 전제성이 인정되는 반면, 비록 공소장에 적시된 법률조항이라 하더라도 법원이 적용하지 않은 법률조항은

재판의 전제성이 부인되는 것이다.

나. 본건에 있어서의 재판의 전제성

이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 당해사건의 공소장에 적용범조로 기재되어 있으나, 위 각 규정의 '청소년이용음란물'이란 실제인물인 청소년이 등장하는 음란물을 의미하므로 단지 만화로 청소년을 음란하게 묘사한 당해사건의 공소사실을 규율할 수 없는 것이어서 재판의 전제성이 없다고 청소년보호위원회 위원장은 주장하는 바, 그렇다면 위 규정이 당해사건에 적용될 수 없고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 없으므로 일응 재판의 전제성을 부인하여야 할 것으로 보인다(헌재 2001. 9. 27. 99헌바77, 판례집 13-2, 305, 314-315 참조).

그러나, 청소년보호위원장의 주장과 같은 해석이 확립되어 있으면 몰라도 이 사건 법률의 위 각 규정에 대하여는 아직 법원에 의하여 그 해석이 확립된 바 없고, 따라서 당해 형사사건에의 적용 여부가 결정되지 않고 불명인 상태로 있다는 점에서 쉽게 전제성을 부인할 수는 없다 할 것이다. 법원이 일단 판단을 하여 해석을 하거나 당해사건에의 적용 여부를 결정한 바 있다면 헌법재판소로서는 그 판단에서 이루어진 해석 및 당해사건에의 적용 여부를 기준으로 재판의 전제성을 인정 또는 부인할 수도 있지만, 이 사건에서와 같이 그에 관한 법원의 판단이 아직 이루어진 바 없이 검사가 그 적용을 주장하며 공소장에 적용범조를 적시하였고, 법원도 재판에 임하면서 그 적용가능성을 전제로 재판의 전제성을 긍정하여 법령 해석의 불명을 이유로 헌법상 죄형법정주의 등에 위반된다는 문제점을 지적하면서 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하여 온 이상, 헌법재판소로서는 그 법령을 해석하여 죄형법정주의 위반 여부에 대한 판단을 하여야 하고 법원은 그 판단을 전제로 당해사건을 재판하게 되는 것이므로 이 사건 법률의 위 각 규정은 그 해석에 의하여 당해 형사사건에의 적용 여부가 결정된다는 측면에서 재판의 전제성을 인정하여야 한다고 본다.

4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 법률의 입법경과와 입법목적

(1) 입법경과

(가) 1999년경 소위 “원조교제”라는 형태의 성인과 청소년간의 금전을 매개로 한 성관계와 함께 청소년을 대상으로 한 성범죄 또는 청소년을 이용한 음란물의 제작 및 인터넷 등 컴퓨터를 이용한 음란물의 제작·배포 등이 사회문제화 되면서, 음란물 또는 성폭력에 대한 일반 형법상의 처벌규정, 즉 「형법」 제243조의 음화반포 등의 죄, 제244조의 음화제조 등의 죄와 제297조의 강간죄, 제298조의 강제추행죄, 제302조의 미성년자 등에 대한 간음죄, 제305조의 미성년자에 대한 간음, 추행죄 등만으로는 이에 대처하는 데에 다소 미흡하여 특별히 청소년의 성을 보호하기 위한 새로운 입법의 필요성이 대두되었다.

이에 당시 여당인 새정치국민회의는 1999. 11. 4. 가칭 “아동·청소년의 성보호에 관한 법률안”(이하 “국민회의 제정법안”이라 한다)을, 야당인 한나라당은 가칭 “청소년보호법중개정법률안”(이하 “한나라당 개정법안”이라 한다)을 국회에 제출하였다.

1) 국민회의 제정법안

법안의 제안이유는, 아동·청소년의 성을 상품화하는 문제에 대처하기 위하여 아동·청소년의 성매매를 조장하거나 이들의 성을 사는 행위를 근절하여 성매매의 대상이 된 아동·청소년을 보호·구제함으로써 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 하는 한편 상업적 아동·청소년 성착취 근절대책을 강화해 나가는 국제적 추세에 부응하기 위한 것이다.

주요골자 중 본건과 관련된 부분은 일부 자구만 수정되었을 뿐 그 내용이 이 사건 법률 제2조와 거의 같은바, 법안 제2조 제3항에서 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’을 ‘아동·청소년이용음란물’이라고 기재하여 이를 “아동·청소년이 등장하여 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하거나, 아동·청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름, 비디오물, 게임물, 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것”이라고 정의하였다.

그러나, 당초의 국민회의 제정법안은 그 명칭이 “청소년 성매매 처벌 등에 관한 법률안”이었고, 그 법률안 제2조 제6항에서 ‘청소년이용음란물’을 ‘청소년음란표현물’이라고 기재하면서 그림이나 음반 등의 표현물도 그 대상에 포함시켰으나 확정, 제안된 법안에서는 이를 제외시켰는바, 특히 전통적인 청소년이

용음란물이라고 할 수 있는 “그림”이 그 처벌대상에서 최종적으로 배제된 이유는 분명치 않다.

2) 한나라당 개정법안

법안의 제안이유는, 청소년을 대상으로 한 성행위, 성폭력 및 음란물의 제작·유통 등 유해환경이 사회문제화되어, 이에 대한 청소년보호 관련 규정을 청소년보호법에 신설하여 청소년을 각종 유해환경으로부터 보호하고, 그 대상 성행위 및 성폭력 행위자에 대하여 신상공개 등 특례를 규정하여 청소년을 성적 폭력으로부터 효과적으로 방지함과 아울러 재발을 방지함으로써 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 하고자 하는 점 등에 있다.

주요골자 중 본건과 관련된 부분은, 법안 제17조 제1항에서 청소년을 이용한 유해매체물의 제작을 금지하고, 제26조의2 제3호에서 “청소년을 성비디오물의 제작에 출연·관여하게 하는 행위”를 청소년유해행위로 규정하여 이를 규제·처벌하는 부분이다.

(나) 그러나, 위 각 법률안은 본회의에 부의되지 않은 채 폐기되었고, 그 대신 국회 정무위원회 정무위원장이 제안한 대안인 이 사건 법률, 즉 “청소년의 성보호에 관한 법률안”이 2000. 1. 14. 국회 본회의에서 원안 가결되어 같은 해 2. 3. 공포된 후 7. 1.자로 시행되었다.

(2) 입법목적

이 사건 법률 제1조는 그 입법목적에 관하여 “청소년의 성을 사거나 이를 알선하는 행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력행위 등으로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다.

이에 따르면, 이 사건 법률의 기본 취지는 성적 학대 또는 성적 착취로 인한 청소년 피해자를 보호하는 한편 청소년에 대하여 위와 같은 성적 행위를 한 자를 엄중하게 처벌함으로써 청소년 또는 아동의 성을 보호하는 것이라고 말할 수 있다.

나. 문제의 제기

당해사건 중 이 사건 법률의 위반 내용은 김○규가 만화의 주인공을 모델로 한 청소년이 성기가 발기된 채 양 주먹을 불끈 쥐고 있는 그림 영상 1개를 게시하였다는 것으로서, 위 그림 영상이 이 사건 법률 제2조 제3호 소정의 ‘청소년이용음란물’에 해당하게 되면 그 제작행위에 대하여 5년 이상의 유기징역에 처할 수 있는 같은 법률 제8조 제1항을 적용하여 처벌할 수 있게 된다.

그러므로, 이 사건 법률의 위 각 규정에 있어서는 구성요건상 위 ‘청소년이용음란물’의 개념이 명확하지 않아 해석상 문제가 있다는 점에서 죄형법정주의 위반 여부의 문제와 그 범정형이 매우 무겁다는 점에서 과잉처벌에 해당하여 신체의 자유나 행복추구권 등 헌법상 기본권을 과도하게 제한함으로써 그 한계를 일탈하였는지 여부의 문제, 그리고 이로 인하여 평등의 원칙에 위반하는지 여부의 문제 등이 검토될 수 있고, 그밖에도 청소년을 등장시킨 표현물의 제작행위 처벌에 의하여 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유가 침해되는지의 여부가 문제될 수 있을 것이다.

다. 죄형법정주의에 위반하는지 여부

(1) 죄형법정주의

죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은, 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정 지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다.

여기에서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은, 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 입법자의 입법의도, 즉 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지에 관하여 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의하여 일의적(一義的)으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미한다고 본다.

다만, 처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의

여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없는 것이고(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 796-797 참조), 또한 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호범위와 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 하므로, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 269-270; 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 47-48; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32-33; 헌재 1995. 5. 25. 93헌바23, 판례집 7-1, 638, 647-648; 헌재 2000. 11. 30. 99헌바95, 판례집 12-2, 298, 310; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 공보 60, 825, 838 등 참조).

따라서, 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 「헌법」이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어려운바(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32; 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 793; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 공보 64, 26, 31; 헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8 등 참조), 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.

(2) 구체적 검토

이 사건 법률 제2조 제3호가 ‘청소년이용음란물’의 하나로 규정하고 있는 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것”이라는 부분에 있어서, 우선 “음란한”이라는 부분은 그 개념과 관련하여 명확성의 원칙에 반하지 않는다 할 것이나(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 344; 헌재 2002. 2. 28. 99헌가8, 공보 66, 204, 207 등 참조), “신체의 전부 또는 일부”가 과연 청소년의 신체를 의미하는 것인지, 즉 그 표현물에 실제인물인 청소년이 등장하여야 하는 것인지

의 여부가 명확하지 않다는 점에 관하여 문리해석상 의문이 있을 수 있음은 분명하다.

그러나, 문리적으로 이 사건 법률 제2조 제3호에서 금지하는 행위의 대상이 다소 분명치 않다고 판단될 여지가 있다 하더라도, 위 법률조항 소정의 ‘청소년이용음란물’은 실제인물인 청소년을 이용하여 음란한 내용을 표현한 것을 가리키고, 같은 법률 제8조 제1항은 이러한 ‘청소년이용음란물’의 제작·수입·수출 행위를 처벌하는 규정이라고 보아야 할 것인바, 그 근거는 다음과 같다.

(가) 이 사건 법률의 입법 배경 및 목적

이 사건 법률의 제정이유는 소위 “원조교제”라는 형태의 성인과 청소년간의 금전을 매개로 한 성관계와 함께 청소년을 대상으로 한 성범죄 또는 청소년을 이용한 음란물의 제작 및 인터넷 등 컴퓨터를 이용한 음란물의 제작·배포 등이 사회문제화되면서 이에 대처하기 위하여 특별히 청소년의 성을 보호하기 위한 새로운 입법이 필요하였기 때문이므로, “청소년을 이용한 음란물”의 규제에 있어서는 그 음란 표현물에 실제 청소년이 등장하는 것을 전제로 한다고 봄이 해석상 자연스럽다.

이는 이 사건 법률의 입법목적에 관한 조항인 제1조에서 “……청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 ……함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있는 기재형식에 비추어 보더라도 그러하다.

(나) 이 사건 법률의 입법경과

이 사건 법률의 입법과정을 살펴보면, 국민회의 제정법안은 당초 규제대상의 명칭을 ‘청소년음란표현물’이라고 하여 그 내용에 “그림”을 포함시켰다가 최종 확정안에서는 이를 ‘아동·청소년이용음란물’이라고 표현을 바꾸는 한편 위 “그림”을 배제시켰는바, 규제대상의 명칭 변화에 비추어 볼 때 그 이유는 특별법인 이 사건 법률에서는 실제 청소년을 이용한, 즉 이들을 등장시킨 음란물만 규제대상으로 하고 그림, 만화 등의 음란물은 청소년보호법상의 ‘청소년유해매체물’ 또는 일반 형법상의 음란물로 규제하려는 의도에 있었다고 보여진다.

또한, 한나라당 개정법안의 주요골자는 청소년을 이용한 유해매체물의 제작을 금지하고 “청소년을 성비디오물의 제작에 출연·관여하게 하는 행위”를 청

소년유해행위로 규정하여 이를 규제·처벌하려는 것이므로, 위 법안 역시 실제 청소년이 등장하는 음란 표현물을 규제하기 위하여 제안된 것이라고 봄이 상당할 것이다.

(다) 관계부처의 해석

이 사건 법률이 2000. 2. 3. 공포된 후 같은 해 12.경 청소년보호위원회에서 발간한 “청소년의 성보호에 관한 법률 해설”에서는, ‘청소년이용음란물’에 관하여 실제의 청소년을 출연시켜 성교 또는 유사성교행위를 하는 것 뿐 아니라 성적 수치심을 느끼게 하는 신체부분을 노출시키는 것까지 포함하되 만화·소설 등 청소년이 실연(實演)하지 않는 매체는 규제대상에서 제외하고 있다는 취지로 기술하고 있는바, 이 사건 법률의 주무부서라고 할 수 있는 청소년보호위원회의 발간자료에 기재된 위와 같은 내용을 참작하면, ‘청소년이용음란물’은 실제 청소년이 등장하는 것을 전제로 규정되어 있음이 분명하다 할 것이다.

(라) 이 사건 법률의 각 규정들

이 사건 법률 제3호가 ‘청소년이용음란물’에 관하여 “청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, ……신체의 전부 또는 일부 등을 노출적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서,”라고 규정하고 있는 점에 비추어 보면 위 “청소년이 등장하여”라는 부분이 “신체의 전부 또는 일부”의 부분도 수식하는 것으로 볼 수 있으므로, 이 사건 법률은 ‘청소년이용음란물’의 내용으로 실제의 청소년이 등장하여 1) 성교행위 또는 유사성교행위를 하여 음란한 내용을 표현한 것과 2) 성적 수치심을 느끼게 하는 신체부분을 노출하여 음란한 내용을 표현한 것의 두 가지 형태를 규정하고 있다고 해석될 여지가 있다.

또한, 이 사건 법률 제18조 제1항, 제5항에서 같은 법률 제8조 제1항 위반죄의 수사 및 재판을 담당할 공무원에 대하여 대상 청소년 및 피해 청소년의 신상 누설을 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌까지 할 수 있도록 규정하고 있는 점에 비추어 보더라도, 제8조 제1항은 실제 청소년이 등장하는 ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위를 전제로 하고 있다 할 것이다.

(마) 이 사건 법률의 특별법적 성격 등

물론, 제청법원의 의견과 같이 청소년에 대한 폭넓은 보호 측면에서는 그

표현물에 청소년이 등장하는지 여부에 관계없이 청소년의 입장에서 보아 그 노출된 신체의 전부 또는 일부가 수치심을 야기시키면 ‘청소년이용음란물’에 해당한다고 볼 수도 있을 것이나, 그렇게 해석하게 되면 청소년에게 수치심 또는 성적 충동을 불러일으킬 가능성이 있는 표현물, 예컨대 의학서적이거나 예술품 등까지도 모두 이 사건 법률의 규제대상인 ‘청소년이용음란물’에 포함되어 같은 법률 제8조 제1항의 중벌에 처해지게 되는 결과를 낳게 될 뿐 아니라, 일반 형법상의 음란물 관련 처벌법규나 청소년보호법 등과 달리 별도의 새로운 특별법으로 이 사건 법률이 제정된 점에 비추어 보면, 실제인물이 아닌 청소년(예컨대, 본건에 있어서와 같은 만화의 주인공)이 등장하는 표현물은 「형법」 제243조의 음화반포 등 죄, 같은 법 제244조의 음화제조 등 죄 또는 청소년보호법 제6장 별칙 부분에 규정된 청소년유해매체물 관련 죄 등의 규율대상이 된다고 할 것이다.

(바) 다른 처벌법규와의 범정형 비교

더욱이, ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위에 대하여는 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정되어 있는데, 미성년자를 약취·유인한 행위의 경우 형법 제287조에 의하여 범정형이 10년 이하의 징역이고, 영리의 목적으로 사람을 약취 또는 유인한 행위의 경우는 형법 제288조에 의하여 범정형이 1년 이상의 유기징역이며, 13세 미만의 여자 또는 여자 청소년에 대한 강간 및 준강간과 위계 또는 위력에 의한 간음은 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제8조의2 제1항, 제3항, 제4항 또는 이 사건 법률 제10조 제1항, 제3항, 제4항에 의하여 범정형이 “5년 이상의 유기징역”이고, 13세 미만의 사람 또는 청소년에 대한 강제추행 및 준강제추행과 위계 또는 위력에 의한 추행은 위 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제8조의 2 제2항, 제3항, 제4항 또는 이 사건 법률 제10조 제2항, 제3항, 제4항에 의하여 범정형이 “1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만원 이하의 벌금”인 점 등 비슷한 유형의 다른 처벌법규들과 비교하여 보면, 그 위법성이나 비난가능성의 측면에서 청소년을 영리의 목적으로 약취, 유인하거나 청소년에 대하여 강간, 강제추행 등 성폭력행위를 하는 경우와 동일한 또는 유사한 수준의 범죄행위로 볼 수 있다.

그렇다면, 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’에는 만화의 주인공이 아닌 실제 청소년을 강요, 위계 등의 방법으로 등장시키는 경우에만 높은 위법성 및

비난가능성을 인정할 수 있다는 점에서 그림이나 만화 등의 방법으로 청소년을 등장시킨 음란 표현물은 위 '청소년이용음란물'의 규제대상이 아니라고 보아야 할 것이다.

(3) 소결론

이 사건 법률 제2조 제3호의 규정에 표현상 약간의 의문점이 있는 것은 사실이다.

그러나, 건전한 상식과 통상적인 범감정을 가지고 있는 사람이라면 위에서 살핀 바와 같은 이 사건 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석, 관계부처의 법률해석, 다른 처벌법규와의 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석할 때, 이 사건 법률의 '청소년이용음란물'에는 실제인물인 청소년이 등장하여야 한다고 보아야 함이 명백하고, 따라서 법률적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없이 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 그 의미가 구체화되어 해결될 수 있는 이상 죄형법정주의에 있어서의 명확성의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

비록 '청소년이용음란물'의 해석과 관련하여 당해사건의 재판을 담당하고 있는 제청법원 또는 대전지방법검찰청 흥성지청장의 의견이 위와 같은 해석과 다르다 하더라도, 법령 해석상 상이점이 있다는 이유만으로 바로 명확성의 원칙에 위배된다고 단정할 수 있는 것은 아니므로, 이를 근거로 이 사건 법률의 위 각 규정이 죄형법정주의에 위반된다고 볼 수는 없다.

한편, 가상의 청소년을 등장시킨 음란 표현물을 이 사건 법률의 '청소년이용음란물'에 포함시켜 규제하는 입법은, 그러한 가상 이미지를 만들어내는 데에는 실제 청소년의 참여가 필요할 것이 라는 점, 그러한 표현물의 유포는 청소년에 대한 성적 학대나 착취를 더욱 부추길 것이라는 점, 그러한 가상 이미지 역시 도덕적, 윤리적으로 옳지 못하다는 점 등의 이유로 바람직하다고 볼 수 있으나, 이는 입법정책상의 문제일 뿐 현재 시행되고 있는 이 사건 법률의 해석상 위헌 여부 판단의 문제와는 다르다 할 것이다.

라. 표현의 자유를 침해하는지 여부

(1) 표현의 자유

「헌법」 제21조에서 보장하고 있는 언론·출판의 자유 즉 표현의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하고, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로서, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유라고 할 수 있으며(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 758-759 등 참조), 위 언론·출판의 자유의 내용으로서는 의사표현·전파의 자유, 정보의 자유, 신문의 자유 및 방송·방영의 자유 등이 있는데, 이러한 언론·출판의 자유의 내용 중 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없으므로, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 284; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 222; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 148 등 참조).

(2) 구체적 검토

본건에 있어서 문제되고 있는 ‘청소년이용음란물’ 역시 의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중 하나임이 분명하므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체라는 점에는 의문의 여지가 없는데, 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항은 이의 제작·수입·수출 행위를 처벌함으로써 위와 같은 의사표현의 매개체에 의한 일정한 내용의 표현을 금지하고 있다는 점에서 헌법상 보장되고 있는 표현의 자유, 즉 언론·출판의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있다.

그러나, ‘청소년이용음란물’이 헌법상 표현의 자유에 의한 보호대상이 되고 따라서 그 제작 등의 행위에 대하여 형사상 중한 처벌을 가하는 것이 이러한 기본권을 다소 제한하게 되는 결과가 된다 하더라도, 이는 공공복리를 위하여 필요한 제한으로서 「헌법」 제37조 제2항의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이다.

(가) 입법목적의 정당성

이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 '청소년이용음란물'의 제작 등 행위를 처벌하는 이유는 앞에서 살펴본 바와 같이 공중도덕이나 사회윤리의 차원에서 청소년의 성을 보호한다는 정당한 입법목적에 그 기초를 두고 있는바, 청소년의 성의 상품화, 즉 청소년의 성매매 및 이의 알선행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력행위 등 청소년에 대한 성적 착취가 심각한 사회문제로 대두되면서, 이로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 한다는 이 사건 법률의 입법목적에 따라, 청소년에 대한 성적 착취의 대표적 사례인 청소년을 이용한 필름, 비디오테이프, 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 음란물 제작행위에 대하여 처벌을 강화하려는 이유에서 입법이 이루어졌다고 말할 수 있다.

이는 청소년 보호라는 명목으로 일반 음란물에 대한 성인의 접근까지 전면 차단시켜 성인의 알 권리의 수준을 청소년의 수준으로 맞추어 줄 것을 국가가 강요함으로써 성인의 알 권리를 침해하거나 성인의 표현의 자유를 제한하게 되는 경우와는 달리, '청소년이용음란물'이라는 행위객체의 특성에 따른 규제라는 측면에서 그 입법목적의 정당성이 인정된다고 본다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 354 참조).

(나) 수단의 적정성

청소년은 정신적·육체적 미숙성과 경제적 의존성 때문에 사회공동체 내에서 책임 있는 인격체로 성장할 때까지 사회로부터 보호되어야 하고, 청소년 역시 인간으로서의 존엄과 가치를 가진 존재로서 타인의 행위의 단순한 객체로 전락되어서는 안 된다.

그럼에도, 이와 같은 청소년의 미숙성이나 의존성을 이용하여 음란물을 제작하게 되면, 위 음란물이 다른 청소년들이나 성인들에게 미치는 해악, 예컨대 성에 관한 가치관에 좋지 못한 영향을 주거나 변태적 일탈행위와 같은 비정상적 성행위를 용인하는 풍조의 조장 등의 문제는 별론으로 하더라도, 그 제작행위에 관여된 해당 청소년에게는 위 음란 표현물이 영구히 씻을 수 없는 기록으로 남게 될 뿐 아니라 이후의 유통으로 인하여 상처는 더욱 커지게 될 것이고, 이로 인한 인격의 왜곡과 정신적·육체적 충격은 사후에 교정하거나 치유하기에 너무

늦다 할 것이다.

따라서, 위와 같은 보호법익의 중요성 및 공익적 성격에 비추어 ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위를 처벌하는 것, 나아가 다른 음란물의 경우보다 엄벌하는 것은 필요·적절한 입법조치라고 볼 수밖에 없다.

더욱이, 최근에 인터넷 등 정보통신매체를 통해 음란물이 무차별적으로 유통되고 있는 현실과 이러한 대중매체의 역기능적 측면 및 선정적 표현물은 성인들보다 훨씬 충동적이고 예민한 청소년들에게는 별다른 여과 없이 직접적으로 전달된다는 점 등을 반영하여 ‘청소년이용음란물’의 규제대상 매체에 종전의 필름·비디오물 뿐 아니라 디스켓이나 CD롬 등을 이용한 게임물, 그리고 컴퓨터 등 통신매체를 이용한 영상물까지 포함시키고 있는 점 역시 적절한 입법조치로 보인다.

(다) 침해의 최소성 및 범익균형성

나아가, 이 사건 법률의 위 각 규정이 도모하는 입법취지와 보호법익의 중요성, ‘청소년이용음란물’의 성격 및 그 제작행위 등 범죄의 죄질과 이에 대한 위법성 및 비난가능성, 일반예방적 목적을 달성하기 위한 형사정책적 측면, 특히 비디오물이나 컴퓨터 등 통신매체를 이용한 영상물과 같은 ‘청소년이용음란물’은 그 제작·유통에 따른 파급효과가 막대할 것이라는 점, 그리고 “5년 이상의 유기징역”이라는 법정형에 대하여는 1회의 법률상 감경 또는 작량감경에 의하더라도 집행유예의 선고가 가능한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률의 위 각 규정에 의한 처벌은 최소한의 합리적 제한일 뿐 아니라 이로 인하여 제한되는 표현의 자유보다 청소년의 성보호라는 공익의 중요성이 중하지 않다고는 결코 말할 수 없는 것이다.

(3) 소결론

그렇다면, 이 사건 법률의 위 각 규정에 의하여 언론·출판 등 표현의 자유가 다소 제한된다 하더라도 「헌법」 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 반하지 아니하여 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없을 뿐 아니라 그 본질적인 내용을 침해한다고 볼 수도 없다.

마. 과잉처벌에 해당하는지 여부 및 평등의 원칙에 위반하는지 여부

(1) 형벌법규에 있어서의 입법권의 범위와 한계에 관한 판단 기준

범죄의 처벌에 관한 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려 뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 범감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야라 할 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 578-579 등 참조).

그러나, 국회의 입법재량 내지 입법정책적 고려에 있어서도 국민의 자유와 권리의 제한은 필요한 최소한에 그쳐야 하며, 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 입법은 할 수 없으므로, 「헌법」이나 법률에 의하여 명시된 죄형법정주의와 소급효의 금지 및 이에 유래하는 유추해석금지의 원칙 외에 지켜져야 할 입법원칙이 있다.

우선, 입법자는 법관들에게 구체적 양형을 선고함에 있어서 그 책임에 상응한 형벌을 선고할 수 있도록 형벌개별화(刑罰個別化)의 원칙이 적용될 수 있는 폭넓은 범위의 법정형을 설정하여야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230 참조). 다만, 입법자가 앞서 본 바와 같은 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법률 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 이러한 법률을 위헌이라고 할 수는 없을 것이다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 553 참조).

또한, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃음으로써 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원칙에 반하거나 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법상 비례의 원칙에 위배되어서는 안 될 것이다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550, 556-557 참조).

(2) 구체적 검토

이 사건 법률 제8조 제1항은 제2조 제3호 소정의 ‘청소년이용음란물’을 제작·수입·수출한 자는 “5년 이상의 유기징역”에 처한다고 규정하고 있다.

1) 이와 같은 처벌규정이 입법화된 것은, 앞에서 살핀 바와 같이 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 등 청소년의 성을 착취하고 이를 상품화하는 것을 막아 청소년들을 보호하여 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 하려는 이유에서 비롯되었는바, ‘청소년이용음란물’은 미성숙한 다른 청소년들은 물론 성인들에게까지 성에 대한 왜곡된 인식과 비정상적 가치관을 심어 줄 뿐 아니라, 해당 청소년에게는 이후의 인생에 있어서 육체적·정신적으로 치유될 수 없는 충격으로 남게 될 것이기 때문이다.

그런데, 기존의 「형법」 제243조 및 제244조의 음란물에 관한 일반적 처벌 규정이나 「전기통신기본법」 제48조의2 또는 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제14조의 인터넷 등 전기통신역무를 이용하여 음란물을 배포하거나 공연히 전시하는 행위 등에 대한 처벌규정은 그 규제대상의 범위가 한정되어 있거나 처벌의 정도가 너무 가볍다고 할 수 있다.

따라서, 입법자는 청소년에 대한 성적 착취나 청소년의 성의 상품화를 예방하는 한편 기존의 처벌규정들만으로는 이에 적절히 대처하여 청소년의 성을 보호하기에 미흡하다는 형사정책적 고려하에 특별법인 이 사건 법률을 제정하여, 그 규제대상 매체에 종전의 필름·비디오물 뿐 아니라 디스켓이나 시디롬 등을 이용한 게임물, 그리고 컴퓨터 등 통신매체를 이용한 영상물까지 포함시킨 ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위에 대한 처벌규정을 신설함으로써 그 처벌정도를 달리하였다고 볼 수 있으므로, 이러한 입법조치는 그 목적의 정당성 및 필요·적절한 내용의 입법이라는 측면에서 합리적 이유가 있다 할 것이다.

2) 또한, 앞에서 살핀 바와 같은 이 사건 법률의 위 각 규정에 의하여 보호되는 공익의 중요성과 범죄의 죄질 및 행위자책임의 정도, 일반예방적 목적을 달성하기 위한 형사정책적 측면, ‘청소년이용음란물’의 표현 매체의 성격상 예상되는 그 제작·유통의 파급효과, 그리고 1회의 법률상 감경이나 작량감경에 의하더라도 집행유예의 선고가 가능한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률 제8조 제1항과 구성요건상 비슷한 유형의 다른 처벌법규인 「전기통신기본법」 제48조

의2 또는 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제65조 제1항 제2호와 일반적인 음란물죄에 관한 「형법」 제243조 및 제244조의 법정형인 “1년 이하의 징역 또는 벌금”에 비하여 비교적 중한 형인 “5년 이상의 유기징역”을 법정형으로 정한 것에는 수긍할만한 합리적인 이유가 있다고 인정되므로, 그 처벌의 정도가 형의 양정에 있어서 지나치게 가혹하다거나 불합리하여 입법제량의 한계를 벗어나 자의적인 것이라고는 보기 어렵다.

특히, 실제 청소년을 이용한 ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위를 처벌하는 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항은 ‘청소년’이라는 보호대상의 측면에서 위법성이나 비난가능성의 수준이 비슷하다고 볼 수 있는 다른 처벌법규, 즉, 법정형이 “10년 이하의 징역”인 미성년자에 대한 약취·유인의 죄 및 같은 미성년자에 대하여 폭력, 위계 또는 보호감독관계를 이용하여 유희행위를 하게 하는 행위에 대한 유희행위등방지법 제24조 제3항 위반의 죄, 법정형이 “5년 이상의 유기징역”인 13세 미만의 여자 또는 여자 청소년에 대한 강간 및 준강간과 위계 또는 위력에 의한 간음에 대한 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제8조의2 제1항, 제3항, 제4항 또는 이 사건 법률 제10조 제1항, 제3항, 제4항 위반의 죄, 그리고, 법정형이 “1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만원 이하의 벌금”인 13세 미만의 사람 또는 청소년에 대한 강제추행 및 준강제추행과 위계 또는 위력에 의한 추행에 대한 위 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제8조의 2 제2항, 제3항, 제4항 또는 이 사건 법률 제10조 제2항, 제3항, 제4항 위반의 죄 등에 비하여 결코 그 법정형이 지나치게 무겁다고는 말할 수 없다.

3) 한편, 위 각 규정은 표현물에 실제 청소년이 등장하는 경우를 전제로 한 것이므로, 만화의 주인공이 등장인물인 경우에는 음란성이 떨어진다는 이유로 과잉처벌에 해당한다는 제청법원의 주장은 이를 받아들일 수 없고, 또한 청소년이 ‘청소년이용음란물’을 제작, 게시하는 경우 그 등장인물은 당연히 청소년이 될 가능성이 높기 때문에 이러한 경우는 성인이 같은 방법으로 ‘청소년이용음란물’을 제작, 게시하는 경우보다 비난가능성이 낮다는 제청법원의 주장 역시, 행위주체가 청소년이라는 점은 「형법」 제53조의 작량감경 또는 소년법 제60조 제2항의 법률상 감경의 사유가 될 수 있음은 별론으로 하되 위와 같은 행위에 대한 비난가능성에 있어서 청소년과 성인 사이에 차이를 두어야 할 합리적 근거를 찾아볼 수 없다는 점에서 이를 받아들일 수 없다.

(3) 소결론

따라서, 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 '청소년이용음란물'의 제작 등 행위를 일반 음란물에 대한 동종의 행위보다 다소 무겁게 처벌하는 것은 합리적 근거에 의한 것으로서 그 처벌의 정도도 지나치게 가혹하다고 할 수 없으므로, 이로 인하여 신체의 자유나 행복추구권 등 헌법상 기본권이 침해되거나 평등의 원칙에 위반된다고 말할 수 없다.

5. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항은 헌법상 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않고 표현의 자유를 침해하지 아니하며 과잉처벌에 해당하거나 평등의 원칙에 위반된다고도 말할 수 없을 뿐 아니라, 달리 헌법상 기본권을 침해하거나 기본원칙에 위반되는 특별한 사정도 없어 위 각 규정은 「헌법」에 위반되지 아니하므로, 이에 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 권 성의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

6. 재판관 권 성의 반대의견

「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제3호와 제8조 제1항의 위헌여부는 이 사건에서 문제된 공소사실의 재판에 있어서는 문제가 되지 아니하므로 위 처벌조항은 이른바 재판의 전제성이 없다고 생각한다.

가. 검사가 적용을 청구한 이 처벌조항이 이 공소사실에 대하여는 적용되지 않는다고 하여 법원이 무죄를 선고하는 경우에도 이 처벌조항이 그 재판에 있어서 적용이 없다고 말할 수는 없다. 법원의 이러한 무죄판단은 일종의 소극적 법률적용이기 때문이다. 그러나 이러한 경우를 법률의 적용이 있는 경우라고 말한다 하여도 그렇다고 하여 바로 위헌여부가 재판의 전제가 된다고는 말할 수 없다.

나. 무죄판결의 경우에 이 처벌조항의 위헌여부가 재판의 전제가 되는가 여부

의 문제는 무죄판단의 이유에 달려있다.

무죄의 이유가 이 처벌조항이 위헌이어서 적용되어서는 안된다는 데 있다면 (실제로는 법원이 위헌선언을 할 수 없기 때문에 헌법재판소의 위헌결정을 기다려 재판을 할 것이지만) 이 때에는 이 처벌조항의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 것임이 분명하다.

그러나 무죄의 이유가 위헌 이외의 다른 것이라면 상황은 달라진다. 예컨대 이 처벌조항의 위헌여부와 관계 없이 이 조항 자체가 이 공소사실에 대하여는 적용될 성질의 것이 아니기 때문에, 환언하면 이 공소사실은 이 조항의 적용대상이 아니기 때문에, 라고 하는 것이라면 이 조항의 위헌여부가 바로 재판의 전제가 되는 것은 아니다.

다. 이 경우에는 다시 상황을 나누어 분석하지 않으면 안된다.

첫째로 이 처벌조항이 이러한 공소사실에 대하여는 적용되지 않는다는 법원의 해석이 확립되어 있는 때에는 위헌심판의 문제는 일단은 발생하지 않는다.

둘째로 적용이 된다는 법원의 해석이 확립되어 있는 때에는 그러한 해석을 전제로 한 이 조항의 의미가 위헌인지 여부가 재판의 전제가 될 수 있으므로 이 조항에 대한 위헌여부의 심판이 성립할 수 있게 된다.

셋째로 적용여부에 대한 법원의 해석이 확립된 바가 없고 적용여부에 대한 해석이 나누어질 가능성이 있는 경우에는 해석의 분기점이 무엇인가에 따라 역시 상황이 달라진다.

(1) 위헌문제가 아닌 다른 문제에 대한 관점의 차이에 따라 적용여부에 대한 해석이 나뉘는 경우라면 이 조항의 위헌여부에 대한 심판은 일단은 허용되지 않는다. 이러한 경우는 이른바 순수한 법률해석의 문제로서 이는 법원의 전권사항이기 때문이다.

(2) 해석의 분기점이 규정의 문언이 불명료하기 때문이라고 일단 인정된다면 이 때에는 더 나아가 그 불명료의 정도가 위헌의 정도에 까지 이르는 것인지 여부에 대한 위헌심판이 가능하게 된다.

라. 요컨대 이 처벌조항의 해석에 관한 법원의 입장이 확립되어 있지 아니한

상태에서라면 이 공소사실이 이 조항의 적용대상인지 아닌지에 대하여 견해가 나눌 수 있지만 그 견해가 나뉘는 분기점이, 헌법상의 명확성의 원칙에 대한 위반여부 까지를 포함하는 위헌여부의 문제가 아닌, 다른 문제에 대한 관점의 차이에서 발생한 것이라면, 이 조항의 위헌여부는 위헌심판의 대상이 되지 못하여 재판의 전제가 되지 않는다고 보는 것이다.

마. 이러한 이치에 따라 이 사건의 경우를 검토한다.

(1) 청소년이용음란물이라는 용어의 정의를 규정한 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제3호의 규정(이하에서는 이 부분을 특히 定義조항이라 부른다)에서 “청소년이 등장하여”라는 부사구(副詞句) 부분이 “제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나”라는 부분(이 부분을 편의상 제1 수식대상이라고 부른다)만을 수식하는 것인지 또는 이 부분과 함께 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여”라는 부분(이 부분을 편의상 제2 수식대상이라고 부른다)까지를 수식하는 것인지에 관하여 견해가 나눌 수 있을 것인데 이러한 견해의 차이를 해소하는 법원의 해석이 대법원판례 등을 통하여 아직까지 확립된 바 없음은 우선 분명하다.

(2) 다음으로 이러한 견해의 차이가 규정의 문언이 불명확하여 발생한 것인지 아니면 그밖의 관점의 차이에서 유래하는 것인지에 대하여 본다.

첫째로 “청소년이 등장하여”라는 부사구 부분의 수식대상이 어느 것인가 하는 견해의 차이는 이 정의조항의 문언이 사용하고 있는 용어의 의미가 모호하거나 다의적이고 일상적으로 사용되지 않는 개념들이어서 발생하는 것이 아니라 “청소년이 등장하여”라는 부사구 부분과 그의 피수식(被修飾) 어구 2개의 배열순서의 차이 내지 거리의 차이에서 발생하는 것임이 분명하다. 바꾸어 말하면 부사구에 이어 바로 등장하는 제1 수식대상만을 수식하는 것인지 아니면 그와 거리가 떨어져 있는 제2 수식대상까지를 수식하는 것인지 하는 것은 오로지 어구의 배열순서의 차이에서 비롯된 것일 뿐 용어의 불명료성에 기인하는 것은 아니라는 것이다.

둘째로 이 정의조항의 문장형식이 일반적인 문장형식을 벗어난 이례적이고 특이한 형식의 것이라면 이로부터 피수식어구를 특정하는 데 문제가 생길 수도 있다. 그러나 이 정의조항의 문장형식은 지극히 일반적일 뿐 이를 이례적이고 특

이한 형식의 것이라고 볼 이유는 전혀 없다.

셋째로 이 사건에서 피수식어구의 특징에 관하여 견해의 차이가 발생한 것은 실은, 실제의 청소년이 등장하지는 않고 단지 만화의 주인공이 등장하여 음란한 내용을 표현한 것까지를 이 법에 의하여 처벌하는 것이 마땅한가에 대한 법 해석자의 주관적 이해의 차이에서 발생한 것임이 분명하다. 그러한 것의 처벌이 마땅하다는 주관적 이해를 가지고 이 정의조항을 보는 경우에는 피수식어구를 제1 수식대상에 한정된다는 견해를 갖게 될 것이고 반대로 그러한 것의 처벌은 부당하다는 주관적 이해를 가지고 이 정의조항을 보는 경우에는 피수식어구를 제2 수식대상으로까지 확장하는 견해를 가지게 될 것이기 때문이다.

(3) 결국 “청소년이 등장하여”라는 부사구 부분의 수식대상이 어느 것인가 하는 견해의 차이는 이 정의조항의 문언이 사용하고 있는 용어의 의미가 모호하거나 다의적이기 때문에, 또는 이 정의조항의 문장이 일상적으로 사용되지 않는 개념이나 문장형식을 사용하기 때문에, 발생하는 것이 아니라 실제의 청소년이 등장하지는 않고 단지 만화의 주인공이 등장하여 음란한 내용을 표현한 것까지를 이 법에 의하여 처벌하는 것이 마땅한가에 대한 법해석자의 주관적 이해의 차이에서 발생한 것임이 분명하다.

수식어가 어느 것을 수식하는가 하는 것과 같은 문장에 대한 이해의 차이로 인하여 법률의 해석이 달라지는 것은 일반적으로 흔히 일어나는 일인데 이러한 일이 모두 명확성의 원칙 위반이라는 옷을 입고 헌법재판소의 문을 열고 들어온다면 단순한 법률해석과 위헌의 문제를 구분하는 한계는 없어지고 말 것이다. 이 한계를 파악하는 일이 비록 간단치 않은 경우도 있을 것이지만 그렇다고 하여 그 구별을 등한히 한다면 권력분립의 원리나 업무분장의 원리 측면에서 문제가 되지 않을 수 없다.

바. 그렇다면 청소년이용음란물이라는 용어의 정의를 규정한 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제3호의 규정에서 “청소년이 등장하여”라는 부분이 “제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나”라는 부분만을 수식하는 것인지 또는 이 부분과 함께 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여”라는 부분까지를 수식하는 것인지의 문제는 이른바 순수한 법률해석의 문제로서 법원의 소관에 속하고, 명확성의 원칙을 거론할 정도의 불명료가 도대체 존재하지 아니함이 명백하므로 이는 위헌심판의 대상이 아니며

이러한 의미에서는 재판의 전제성이 없다고 말하여도 무방하다. 그밖의 다른 위헌문제 즉, 표현의 자유의 침해, 과잉처벌, 평등위반 등은 재판의 전제성이 인정되지 아니하므로 논의할 일이 못된다. 따라서 이 사건 청구는 부적법하여 각하하여야 할 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선회

㉔ 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2001헌마546 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서 위헌확인

【판시사항】

전몰군경 또는 순직군경의 자녀에게 6·25전몰군경자녀수당(이하 '이 사건 수당'이라 한다)을 지급함에 있어 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경 또는 순직군경의 자녀를 제외하고 있는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서가 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서에서 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 자가 있는 6·25전몰군경자녀를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하고 있는 것은 1997. 12. 31. 이전에 연금지급이 종결되어 직접적으로든 간접적으로든 어떠한 혜택도 받지 못하는 6·25전몰군경자녀에 대한 보상의 필요성이 우선한다고 입법자가 판단한 것으로 볼 수 있으므로, 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 지급받고 있는 6·25전몰군경자녀에게 이 사건 수당을 지급하지 아니함으로써 그렇지 아니한 6·25전몰군경자녀와의 사이에 생기는 차별은 나름대로 합리성을 갖추고 있다고 할 것이고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수 없다.

【참조판례】

헌재 2001. 11. 29. 99헌마494 결정; 헌재 1998. 2. 27. 97헌마1018 결정; 헌재 1989. 1. 25. 88헌가7 결정; 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216 결정; 헌재 1991. 2. 11. 90헌바17 등 결정; 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1 결정; 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정

【참조법령】

헌법 제10조, 제11조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것) 제4조, 제5조, 제11조, 제12조, 제14조

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17094호로 개정된 것) 제27조의3

【당 사 자】 청구인 김○교 (국선대리인 변호사 이○국)

【주 문】 청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 전몰군경유족인 자로서, 2000. 12. 30. 법률 제6339호로 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」이 개정되면서 제16조의3이 신설되어 2001. 7. 1. 부터 전몰군경 또는 순직군경의 자녀에 대하여 6·25전몰군경자녀수당(이하 '이 사건 수당'이라 한다)이 지급됨에 따라 의정부보훈지청에 이 사건 수당의 지급을 요청하였다. 그러나, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서는 "1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경 또는 순직군경의 자녀에 대하여는 지급하지 아니한다"고 규정하고 있는바, 2001. 6. 19. 의정부보훈지청은 청구인의 어머니가 1999. 12. 20.까지 연금을 받다가 사망하였다는 이유로 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서에 근거하여 청구인은 이 사건 수당의 지급대상에서 제외된다고 회신하였다. 이에 청구인은 2001. 8. 6. 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제16조의3 제1항 단서조항이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하는 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것, 이하 '예우법'이라 한다) 제16조의3 제1항 단서(이하 '이 사건 단서조항'이라 한다)가 「헌법」에 위반되는지 여부이고, 이 사건 심판대상 규정과 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상 규정

「예우법」 제16조의3(6·25전몰군경자녀수당) ① 1953년 7월 27일 이전 및 참전군인등지원에관한법률 별표의 규정에 의한 전투기간중에 전사하거나 순직한 전몰군경 또는 순직군경의 자녀 중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여 6·25전몰군경자녀수당을 지급하고 이 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 아니한다. 다만, 1998년 1월 1일 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경((戰歿軍警) 또는 순직군경의 자녀에 대하여는 지급하지 아니한다.

② 6·25전몰군경자녀수당은 월액으로 하며, 그 지급액·지급방법 기타 지급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(2) 관련조항

「예우법」 제4조(적용대상 국가유공자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 국가유공자와 그 유족 등(다른 법률에서 이 법에 규정된 예우 등을 받도록 규정된 자를 포함한다)은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1.~2. 생략

3. 전몰군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자를 포함한다)

4. 생략

5. 순직군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 교육훈련 또는 직무수행중 사망한 자(공무상의 질병으로 사망한 자를 포함한다)

6.~15. 생략

제5조(유족 등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼 후 당해 국가유공자 외의 자와 사실혼중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)
2. 자녀
3. 부모
4. 성년남자인 직계비속이 없는 조부모
5. 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매

②~⑥ 생략

제11조(보상금의 종류) 보상금은 연금·생활조정수당·간호수당·보철구수당·무공영예수당·6·25전몰군경자녀수당 및 사망일시금으로 구분한다.

제12조(연금) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 연금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·제일학도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자
2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족 중 선순위자 1인

② 제1항 제2호에 해당하는 유족 중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

③~④ 생략

제14조(생활조정수당) ① 국가유공자와 그 유족 중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급할 수 있다.

② 생활조정수당은 월액으로 하며, 그 지급액·지급방법 기타 지급에 필요한

사항은 대통령령으로 정한다.

예우법시행령 제27조의3(6·25전몰군경자녀수당) 법 제16조의3의 규정에 의한 6·25전몰군경자녀수당의 지급금액은 월 25만원으로 한다.

2. 청구인의 주장과 국가보훈처장의 의견

가. 청구인의 주장

「예우법」에서 이 사건 수당을 지급하게 된 취지는 6·25 전쟁고아로 불우한 성장기를 보낸 전몰군경 및 순직군경(이하 '전몰군경'이라고만 한다) 유자녀의 사기진작과 생계보조를 위한 것이므로 모든 전몰군경 유자녀에게 위 수당을 지급하여야 함에도, 이 사건 단서조항은 청구인과 같이 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경의 유자녀를 이 사건 수당 지급대상에서 제외함으로써 그렇지 아니한 전몰군경의 자녀와 차별취급하여 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 국가보훈처장의 의견

(1) 「예우법」 제16조의3은 과거 보상이 미흡했던 6·25전몰군경자녀에 대한 보충적 성격의 급부로서 청구인은 이 사건 법률조항에 의하여 하등의 권리가 침해되었다고 볼 수 없고, 단지 반사적 불이익을 당한 것에 불과하여 기본권 침해의 직접성이 없다. 그리고, 이 사건 심판청구는 행정소송 등 사전구제절차를 거치지 아니한 위법한 청구이므로 부적법하다.

(2) 6·25전몰군경자녀는 어려서 부친이 전사하고 모친도 개가한 경우가 많아 결손가정의 불우한 환경에서 교육도 제대로 받지 못하고 성장하여 온 자들로서, 이 사건 수당의 근본취지는 이들 중 과거 보상이 매우 미흡하였던 자에 대한 보전차원에서 예외적으로 지급하는 것이며, 그 지급대상을 정하는 미흡한 자의 기준문제와 관련하여 모든 사람을 만족시킬 수 있는 절대적인 기준은 있을 수 없었기에 가장 합리적인 기준으로 그 지원대상의 한계선을 설정한 것이다. 이 사건 수당은 1998년도부터 시행된 종전의 6·25전몰군경자녀의 생활조정수당 지원 제도가 생활이 어려운 일부 대상자에게만 제한적으로 지급되어 이를 좀더 확대·보완하자는 취지에서 도입된 제도이며, 생활조정수당제도 시행당시 연금을

받고 있던 유족이 있었던 자녀는 지급대상에서 제외하고 있었으므로 제도의 연속선상에서 이 사건 수당에 있어서도 1998. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 유족의 자녀를 그 지급대상에서 제외할 것이다.

(3) 6·25전몰군경의 자녀라는 사실이 같다는 이유만으로 모든 6·25전몰군경의 자녀에게 동일한 자녀수당을 지급한다면 과거 미흡한 보상을 받았던 자에 대한 보전적인 보상금이라는 이 사건 수당의 취지에 반할 뿐만 아니라 오히려 그동안 받은 보상금액의 차이를 무시하고 다른 것을 갈래 취급함으로써 불평등을 심화시키는 결과를 초래하게 될 것이다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

국민의 기본권을 제한하고 부담을 부과하는 소위 '침해적 법률'의 경우에는 규범의 수범자가 당사자로서 자신의 기본권 침해를 주장하게 되지만, '수혜적 법률'의 경우에는 반대로 수혜범위에서 제외된 자가 그 법률에 의하여 평등권이 침해되었다고 주장하는 당사자에 해당되고, 당해 법률에 대한 위헌 또는 헌법불합치 결정에 따라 수혜집단과의 관계에서 평등권 침해 상대가 회복될 가능성이 있다면 기본권 침해성이 인정된다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723 참조).

그리고 법령에 대한 헌법소원이 적법성을 갖기 위하여는 그 대상이 되는 법령이 구체적 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우이어야 한다. 여기에서 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우란 법령에 의하여 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우를 말한다(헌재 1998. 2. 27. 97헌마101, 판례집 10-1, 208, 209).

그런데, 이 사건 단서조항은 청구인과 같이 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경의 자녀를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하는 것으로서 이와 같이 수혜대상에서 제외된 6·25전몰군경자녀의 기본권을 직접 침해한다고 볼 수 있으므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 「예우법」의 연혁과 예우법상 국가유공자 및 그 유족에 대한 지원내용

(가) 「예우법」의 연혁

1) 1950. 4. 4. 「군사원호법」과 1951. 4. 12. 「경찰원호법」이 제정되어 전몰군경의 유족과 상이군경에게 생활부조 등을 통하여 원호하는 법제가 탄생하였으며, 이러한 군경 또는 그 유족에게 연금을 지급하기 위하여 1952. 9. 26. 「전몰군경유족과 상이군경 연금법」이 제정되었다. 동 법에 의하면 전몰군경의 자녀는 선순위자인 모가 없는 경우 미성년자에 한하여 연금을 받을 수 있도록 규정하였다.

2) 그 후 1961. 11. 1. 종전의 「군사원호법」과 「경찰원호법」을 통합하여 「군사원호보상법」이 제정되었는데(제1조 및 부칙 제2조), 동법은 따로 법률이 정하는 바에 의하여 제대군인, 상이군경 및 유족에 대하여는 연금 또는 보상을 지급하도록 하였으며(제7조), 전몰군경의 자녀는 18세 미만자로 규정하고 선순위자인 모가 없는 경우에 한하여 연금을 지급하였다.

3) 그리고 1962. 4. 16. 「군사원호보상법」에 의한 연금 및 제수당의 급여에 관한 사항을 규정한 「군사원호보상급여금법」이 제정·시행되었고(제1조), 그 부칙 제2조에 의하여 「전몰군경유족과 상이군경 연금법」은 폐지되었다. 1962. 12. 24. 「군사원호보상법」이 개정되어 유족의 범위에 해당되는 자녀의 연령을 다시 연장하여 미성년자로 규정하고(제5조 제4항), 「군사원호보상급여금법」 등 각종 지원법에 의거 연금지급(제7조), 교육보호(제9조)·취업지원(제10조) 등을 실시하였다.

4) 1984. 8. 2. 제정·공포된 「국가유공자 예우 등에 관한 법률」은 원호관계법률들이 원호대상자 및 원호사업별로 각각 분리·제정되어 법률체계가 복잡하고 중복되는 부분들이 있어 총 14개의 원호관계법률 중 「군사원호보상법」, 「군사원호보상급여금법」을 비롯하여 「군사원호대상자자녀교육보호법」, 「군사원호대상자임용법」, 「군사원호대상자고용법」, 「원호대상자정착대부법」, 「국가유공자등특별원호법」 등 7개 법률들의 내용을 통합하여 규정하면서 그 부칙 제2조에 의하여 이들 법률을 폐지하였다. 그리고 연금을 기본연금과

부가연금으로 나누었으며, 수당은 간호수당, 생활조정수당, 보철구수당으로 나누어 지급하도록 하였고(제11조), 유족범위에 해당되는 자녀의 연령제한을 폐지하였으나, 연금지급연령은 종전과 같이 미성년자로 제한하고(제12조 제2항), 취업보호연령을 35세로 하였다(시행령 제46조).

5) 1992. 12. 31. 「국가유공자 예우 등에 관한 법률 시행령」을 개정하여 6·25전몰군경자녀 중 1992. 12. 31. 현재 연금을 받는 모 또는 조부모가 없는 자에 한하여 취업보호연령을 55세까지로 확대하였다(시행령 제46조). 그리고, 1995. 12. 29. 「국가유공자 예우 등에 관한 법률」을 개정하여 6·25전몰군경자녀가 질병 또는 장애·고령 등으로 취업이 어려운 경우 그의 자녀 1인에 대하여 취업보호를 실시하되 1993. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 받은 사실이 있는 경우는 제외하도록 하였다(제29조 제2항).

이후 「국가유공자 예우 등에 관한 법률」은 1997. 1. 13. 국가유공자에 준하는 군경 등에 대한 규정(제8장)이 신설되면서 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」로 제명이 바뀌었다(법률 제5291호).

(나) 「예우법」상 국가유공자의 유족에 대한 지원내용

「예우법」상 국가유공자의 유족에 대한 지원은 크게 보상금, 교육보호, 취업보호, 의료보호, 주택 및 대부 지원 등으로 나뉘는데, 아래에서는 보상금의 내용에 대해서만 개략적으로 살펴보기로 한다.

「예우법」상 국가유공자의 유족에게 지급되는 보상금으로는 연금, 생활조정수당, 6·25전몰군경자녀수당 및 사망일시금이 있다.

1) 우선 연금은 기본연금과 부가연금으로 나뉘며(제12조 제4항), 기본연금은 연금대상자에게 기본적으로 지급하는 금전적 급부이고, 부가연금은 기본연금에 부가하여 국가유공자의 공헌과 희생도, 고령, 무의탁 등의 개별여건에 따라 차등하여 지급하는 연금이다. 이러한 연금은 유족 중 선순위자 1인에 대하여 지급하며, 연금을 받을 유족이 사망한 경우 등에는 그 다음 순위의 유족에게 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 지급한다(예우법 제13조 제3항). 국가유공자 유족에 대한 연금은 국가가 국가유공자의 유족에 대한 부양의무를 대신하여 지불하는 금전적인 급부이므로 스스로 자립이 가능한 성년자녀는 보상금 지급대상에서 제외되어 있다.

2) 생활조정수당은 생활이 곤란한 국가유공자와 그 유족의 생계안정을 도모하기 위해 지급되는 보상금으로서 예우법 시행령에서 가족수와 생활정도에 따라 차등을 두고 있다. 생활조정수당은 유족 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에게 지급한다.

3) 6·25전몰군경자녀수당은 아래에서 살펴보는 바와 같이 과거에 보상이 미흡한 6·25전몰군경자녀들에 대하여 이를 보전해주기 위해 지급되는 보상금으로서 6·25전몰군경자녀 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에게 월 250,000원을 지급하며, 이러한 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 않는다.

4) 사망일시금은 연금을 받고 있는 국가유공자의 유족이 사망한 경우에 당해 연금을 받을 수 있는 다른 유족이 없는 경우에 한하여 연금액 감액 또는 종결에 따른 경제적 충격을 완화하고 장례비의 일부를 보조하고자 지급하는 것이다.

(2) 이 사건 수당제도의 입법취지

6·25전몰군경자녀는 어려서 6·25전쟁으로 부친이 사망한 자들로서 6·25전쟁 이후 이들에 대한 보상제도가 마련되었으나 그 금액이 매우 적었다. 그런데, 1970년대에 시행되던 군사원호보상법에서 청년자녀를 유족대상범위에서 제외함으로써 6·25전몰군경자녀에 대한 보상은 이들이 성년에 되는 1973년경 실제적으로 종결되었다고 할 수 있다.

1985년부터 시행된 「국가유공자 예우 등에 관한 법률」에서는 청년자녀도 국가유공자 유족의 범위에 포함시킴에 따라 6·25전몰군경자녀도 지원을 받을 수 있게 되었으나 연금지급은 여전히 미성년자인 자녀만을 대상으로 하였으며, 그 외 취업지원 등은 35세까지로 한정하여 그 당시 연령이 대부분 40~50대에 이르는 6·25전몰군경자녀는 실제로 지원을 받기가 어려웠다.

그 후 1990년대에 이르러 국가유공자 및 유족에 대한 보상금이 대폭 인상되어 1987년 6월까지 월 25,000원이던 기본연금이 2001년에는 그 21배인 535,000원으로 인상되었는데, 6·25전몰군경자녀의 경우 모가 생존한 경우에는 인상된 보상금의 혜택을 간접적으로 입게 되었으나, 그렇지 않은 경우에는 이미 성년이 된 6·25전몰군경자녀는 이러한 혜택을 받지 못하게 되었다.

이처럼 6·25전쟁 당시 부친의 전사 및 모친의 개가 등으로 인해 전쟁고아라는 불우한 환경에서 성장함으로써 사회·경제적 어려움에 처했음에도 불구하고 법에 의한 지원이 미비하여 사실상 보훈혜택을 받지 못하다가 성년이 되어서는 연금지급대상에서 제외되는 등 보훈혜택을 전혀 받지 못한 6·25전몰군경자녀에게 과거의 미흡한 보상과 특별한 희생에 대한 정당한 보상을 실시하여 이들이 경제적으로 안정된 생활을 영위하고, 국가유공자 자녀로서 자긍심과 품위를 갖도록 하기 위하여 1998. 1. 1.부터 6·25전몰군경자녀에게 월 250,000원의 생활조정수당을 지원하게 되었다. 즉, 1998. 5. 9. 「예우법 시행령」 “별표 5. 생활조정수당지급구분표”가 개정되어 6·25전몰군경자녀에 대하여 생활정도를 참작, 다른 국가유공자와 그 자녀보다 4~5배 많은 월 250,000원의 생활조정수당을 지원할 수 있도록 하면서 부칙에서 이를 1998. 1. 1.부터 소급하여 적용하되, 다만 유족 중 1998. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 자는 그 지급대상에서 제외하도록 규정하였다.

2000. 12. 30. 「예우법」 개정시 위 「예우법 시행령」 별표 5. 생활조정수당지급구분표 중 6·25전몰군경자녀에 대한 생활조정수당이 6·25전몰군경자녀수당으로 명칭이 변경되어 예우법 제16조의3으로 신설되었으며, 이전에는 일정 생활등급 이하의 자에게 지급하던 것을 생활정도에 관계없이 그 수당을 지급하도록 대상을 확대하였으나 유족 중 1998. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 6·25전몰군경자녀는 여전히 지급대상에서 제외하도록 규정하고 있다.

(3) 평등권의 침해 여부

(가) 문제의 소재

1) 「헌법」 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하여 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있는바, 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 「헌법」의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 국민의 권리이다(헌재 1989. 1. 25. 88헌가7 결정)

2) 「헌법」 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하

는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.

3) 그런데 이 사건 단서조항은 1998. 1. 1. 이후 전몰군경의 유족 중 1인이 연금을 지급받은 사실이 있는 자녀는 이 사건 수당의 지급대상에서 제외한다고 규정하여 6·25전몰군경자녀이지만 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 사실이 있는 자와 그렇지 아니한 자를 차별하고 있다. 여기서 차별의 기준은 1998. 1. 1.을 시적 기준으로 유족에 대한 연금수급권이 종결하였는지 여부라고 할 것인데, 그 이전에 연금수급권이 종결한 6·25전몰군경자녀는 이 사건 수당의 지급대상에 포함되는 반면, 그 이후에 종결되거나 아직 종결되지 않고 연금을 지급받고 있는 유족이 있는 6·25전몰군경자녀는 이 사건 수당의 지급대상에서 배제된다. 아래에서는 이러한 기준에 의한 차별이 합리적 근거가 있는 것인지에 대해 보기로 한다.

(나) 이 사건 수당을 포함한 예우법상 보상금수급권의 법적 성질

「예우법」이 정하고 있는 전몰군경의 유족 및 전공사상자에 대한 보상금의 수급권은 수급자측의 금전적 기여가 전제되어 있지 아니하나 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상적 내지 국가보훈적 성격을 띠는 한편, 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 주어진다고 하는 특성도 가지고 있으므로 사회보장적 성질도 겸하고 있다고 하지 않을 수 없다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-21). 따라서 국가가 국가유공자에게 예우할 구체적인 의무의 내용이나 범위, 그 방법·시기 등은 국가의 재정부담능력과 전체적인 사회보장의 수준, 국가유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정하여지는 입법자의 광범위한 입법형성의 자유영역에 속하는 것으로 기본적으로는 국가의 입법정책에 달려 있다고 할 것이다(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 639-641 참조).

(다) 평등권의 침해 여부

1) 「헌법」 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 아니한다. 그것이 허용되지 아니한다면, 모

든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치와도 어긋나기 때문이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌바17등, 판례집 3, 51, 60; 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1 판례집 10-2, 819, 834).

2) 이 사건 수당제도가 그 이전에 시행된 6·25전몰군경자녀 생활조정수당 제도는 위에서 살펴본 바와 같이 6·25전몰군경자녀 중 선순위나 후순위 연금지급대상이 없어 연금수급권이 일찍 종결된 가구의 경우 과거 보상내용이 직접적으로든 간접적으로든 다른 국가유공자들에 비하여 상대적으로 적었음을 고려하여 이를 보전해주는 차원에서 제정된 것이다. 그러므로, 이러한 입법목적에 비추어 본다면 이 사건 수당제도의 전신(前身)이라 할 수 있는 6·25전몰군경자녀 생활조정수당제도의 시행당시 6·25전몰군경의 미망인이나 부모(즉, 6·25전몰군경자녀의 모나 조부모) 등 유족 중 연금을 지급받고 있는 자가 있어 6·25전몰군경자녀가 간접적으로나마 연금수혜의 혜택을 받고 있는 경우에는 이미 연금지급권이 종결하여 유족 중 연금을 지급받고 있는 자가 전혀 없는 6·25전몰군경자녀의 경우와 비교하여 과거에 부족했던 보상내용을 보전해줄 필요성이 적다고 할 수 있다.

이러한 취지에서 「예우법 시행령」은 6·25전몰군경자녀 생활조정수당을 지급하도록 규정하면서 그 시행일인 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 사실이 있는 6·25전몰군경자녀를 제외하였으며, 이 사건 수당제도는 6·25전몰군경자녀 생활조정수당의 내용을 그대로 범으로 옮기면서 그 지급대상을 확대한 것으로서 마찬가지로 이 사건 단서조항에서 1998. 1. 1. 이후 다른 유족이 연금을 지급받고 있는 6·25전몰군경자녀를 지급대상에서 제외하고 있는 것이다.

물론 국가의 재정여건이 허락하여 모든 6·25전몰군경자녀에게 이 사건 수당을 지급할 수 있으면 더할 나위 없이 바람직하겠지만, 이것이 어렵다면 입법자로서는 국가예산 내지 보상능력, 그 입법목적, 수혜자의 상황 등을 고려하여 스스로 합당하다고 판단하는 범위로 그 대상을 정할 권한이 있다고 할 것이다. 이 사건 단서조항에서 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 자가 있는 6·25전몰군경자녀를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하고 있는 것은 1997. 12. 31. 이전에 연금지급이 종결되어 직접적으로든 간접적으로든 어떠한 혜택도 받

지 못하는 6·25전몰군경자녀에 대한 보상의 필요성이 우선한다고 입법자가 판단한 것으로 볼 수 있다.

그렇다면, 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 지급받고 있는 6·25전몰군경자녀에게 이 사건 수당을 지급하지 아니함으로써 그렇지 아니한 6·25전몰군경자녀와의 사이에 생기는 차별은 나름대로 합리성을 갖추고 있다고 할 것이고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수 없다.

(4) 행복추구권의 침해 여부

「헌법」 제10조는 “모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여 국민의 행복추구권을 보장하고 있다. 이러한 「헌법」 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32).

그런데 이 사건 단서조항은 일정한 요건하에 6·25전몰군경자녀 중 일부를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하는 것으로 자유권이나 자유권의 제한영역에 관한 규정이 아니므로, 이 사건 단서조항이 행복추구권을 침해한다고 할 수는 없다.

4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권성 김경일 송인준 주선희(주심)

㉓ 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2001헌마894 「정보통신망 이용촉진 및 정보 보호 등에 관한 법률」 제42조 등 위헌확인

【판시사항】

- [1] '청소년유해매체물의 표시방법'에 관한 정보통신부고시가 헌법소원의 대상이 된다고 본 사례
- [2] 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자 중 청소년보호법상의 청소년유해매체물 제공자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 청소년유해매체물임을 표시하도록 한 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조가 포괄위임입법금지 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는 여부(소극)
- [3] 동법시행령 제21조 제2항이 인터넷을 이용하여 정보를 제공하는 자의 경우 기호·부호·문자 또는 숫자를 사용하여 청소년유해매체물임을 나타낼 수 있는 전자적 표시도 함께 하도록 규정한 것이 동법 제42조의 위임범위 내인지 여부
- [4] 정보통신부장관이 정보유형 등을 고려하여 위 전자적 표시의 구체적 방법을 정하여 관보에 고시하도록 한 동법시행령 제21조 제3항이 재위임의 허용범위 내인지 여부
- [5] 인터넷상의 청소년유해매체물 정보의 경우 18세 이용금지 표시 외에 추가로 '전자적 표시'를 하도록 하여 차단소프트웨어 설치시 동 정보를 볼 수 없게 한 동법시행령 제21조 제2항 및 '청소년유해매체물의 표시방법'에 관한 정보통신부고시가 표현의 자유를 침해하는 여부(소극)
- [6] 위 조항들이 동성애에 관한 양심의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] '청소년유해매체물의 표시방법'에 관한 정보통신부고시는 청소년유해매체물을 제공하려는 자가 하여야 할 전자적 표시의 내용을 정하고 있는데, 이는

「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조 및 동법시행령 제21조 제2항, 제3항의 위임규정에 의하여 제정된 것으로서 국민의 기본권을 제한하는 것인바 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로 기능하고 있는 것이므로 헌법소원의 대상이 된다.

[2] 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조에 따라 대통령령으로 정해질 표시방법은 청소년을 해당 유해정보로부터 보호하기 위하여 청소년의 이용을 억제하기 위한 취지의 표시이거나 그밖에 인터넷과 같은 매체의 특성에 맞춰 해당 정보에 대한 청소년의 이용을 억제하기 위한 표시가 될 것이라는 점이 예측될 수 있다. 위 조항은 포괄위임입법금지 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다.

[3] 동법시행령 제21조 제2항이 추가적으로 전자적 표시를 하도록 한 것은 인터넷의 경우 청소년이 이용할 수 없다는 표시를 하는 것만으로는 청소년들에게 차단 효과가 약하므로, 프로그램의 전자적 장치에 의해 소프트웨어가 선별함으로써 청소년들이 접근을 방지하고자 한 것으로 이해된다. 그러한 전자적 표시는 인터넷 매체의 특수성을 반영한 것으로서 청소년을 청소년유해매체물로부터 격리하기 위한 표시방법의 하나에 해당되므로 동법시행령 제21조 제2항의 '전자적 표시' 규정은 동법 제42조의 위임범위를 벗어난 위법 내지 위헌성이 없다.

[4] 동법시행령 제21조 제3항에서 위임한 '전자적 표시'의 내용은 인터넷 매체를 통한 청소년유해 정보가 청소년에게 이용되지 않도록 하기 위한 전자적, 기술적 표시방법을 지칭한다고 볼 것이므로 그 대강을 정하고 구체적인 특정사항을 다시 범위를 정하여 정보통신부장관고시에 다시 위임한 것으로 볼 수 있어, 재위임에 관한 헌법적 한계를 벗어난 것이 아니다.

[5] 동법시행령 제21조 제2항 및 해당 정보통신부장관고시('이 사건 고시')가 표현의 자유를 침해하는 여부

(1) 청소년유해매체물로 결정된 매체물 혹은 인터넷 정보라 하더라도 이들은 의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중의 하나이므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체에 해당된다. 그런데 이 사건 고시는 청소년유해매체물에 해당된 인터넷 정보제공자에 대하여 전

자적 표시를 하도록 요구하고 있어 표현의 자유를 제한하는 것이므로, 그러한 제한이 헌법 제37조 제2항에서 인정되는 과잉금지의 원칙에 위배되는지가 문제된다.

- (2) 인터넷을 이용한 정보에 대해서는 종전의 청소년보호법상 청소년유해매체물 표시방법만으로는 청소년을 해당 유해정보로는 효과적으로 차단하기 어렵기 때문에, 이 사건 고시는 인터넷 매체의 특성에 맞추어 특정 전자적 표시를 하게 함으로써 차단소프트웨어를 설치할 경우 청소년을 음란·폭력성 등을 지닌 유해한 정보로부터 보호하기 위한 입법목적에 갖고 있는데, 이는 청소년의 보호를 위한 것으로서 공공복리를 위한 정당한 것이다.
- (3) 이 사건 고시에 따라 전자적 표시가 행해지면 해당 차단소프트웨어를 설치한 경우 청소년유해매체물로 인정된 해당 인터넷 사이트나 페이지가 차단되게 되므로, 이러한 입법수단은 입법목적에 달성하는데 적절한 것이다.
- (4) 이 사건 고시는 인터넷을 통하여 청소년유해매체물을 제공하는 경우 그 제공자에게 특정 기술표준(PICS)에 의한 전자적 표시를 하도록 요구하고 있다. 인터넷상의 유해 정보는 익명성과 전파성이 강하므로 종전의 "19세 미만 이용금지" 표시만으로 입법목적에 달성하게 하는 것은 효율적인 방법이라고 보기 어렵다. 한편 청소년을 인터넷 유해매체물로부터 차단하기 위해서는 이 사건 고시의 전자적 표시 외에 주민등록번호를 확인하거나 공인인증서를 이용하는 등 다른 방법이 채택될 수도 있을 것이나, 이들이 더 효과적인 방법이라고 단정하기 어렵고, 또한 국가가 일반인에게 특정한 기술표준을 채택하도록 하는 것은 부적절한 측면이 있으나, 현재로서는 달리 다른 방식으로 이 사건 고시가 추구하는 입법목적에 달성할 수단이 명백히 존재한다고 보기 어렵다. 그렇다면 동법시행령 제21조 제2항과 이 사건 고시는 피해의 최소성 원칙에 저촉되지 않는다.
- (5) 이 사건 고시에 대해 공익 목적의 중요성이 인정되고, 전자적 표시의무는 해당 정보의 내용에 관하여 통제하는 것이기보다는 사후조치로서 유해매체물이 청소년에게 차단될 수 있는 기술적 방법만을 정하고 있는 것이고 그 효과는 부모나 성인이 차단소프트웨어를 설치했을 때에만 나타나는 것을 고려하면, 동법시행령 제21조 제2항과 이 사건 고시는 기본권 제한의 효과와 내용면에서 볼 때 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비하여 균형

을 벗어난 것으로 볼 수 없다.바. 이 사건에서 청구인이 자신의 동성애 사이트가 왜 청소년유해매체물로서 청소년에게 차단되어야 하느냐는 것을 다투는 취지라면, 이는 심판대상과 무관하다. 청소년유해매체물의 심의·결정은 청소년보호법 및 그에 따른 구체적, 개별적인 행정처분(고시)으로 이루어지는데, 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물제도나 청구인을 청소년유해매체물로 고시한 처분 자체는 이 사건 심판의 대상이 아니다. 청구인은 이들을 심판대상에 포함시키지 않았으며 이 사건에서 헌법재판소가 직권으로 이들을 심판대상으로 포함시켜 본안에서 판단할 만한 사정이 있다고 보기 어렵다. 한편 청소년유해매체물로 인정된 인터넷 정보에 대하여 '전자적 표시'를 요구한다고 해서 양심의 자유나 알권리 등이 침해된다고 할 수 없다.

【참조판례】

- [1] 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141 결정; 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25 결정
- [2] 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10 결정; 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20 결정; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5 결정
- [3] 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213 결정; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605 결정;
- [4] 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17 결정; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 결정; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27 결정; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 결정; 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95 결정

【참조법령】 청소년보호법 제8조 제1항, 제17조 제1항, 제50조 제1호

【심판대상조문】 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제42조(2001. 1. 16. 법률 제6360호), 제64조(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 제정되고 2002. 12. 18. 법률 제6797호로 개정되기 전의 것) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률시행령(2001. 8. 25. 대통령령 제17344호) 제21조 제2항, 제3항의 '제2항' 부분청소년유해매체물의 표시방법을 정한 정보통신부고시(2001. 10. 12. 제2001-89호. 청소년유해매체물의 표시방법) 중 '2.의 나. 전자적 표시방법'

부분

【당 사 자】 청구인 김△수

(대리인 법무법인 한○ 담당변호사 이○회 외 11인)

【주 문】

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조(2001. 1. 16. 법률 제6360호), 동법시행령(2001. 8. 25. 대통령령 제17344호) 제21조 제2항, 제3항의 '제2항' 부분, 청소년유해매체물의 표시방법을 정한 2001. 10. 12.자 정보통신부고시 제2001-89호 중 '2.의 나. 전자적 표시방법' 부분에 대한 심판청구를 각 기각하고, 동법 제64조에 대한 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요청구인은 1997. 6. 6.부터 '엑스존'이라는 동성에 관련 웹사이트(<http://exzone.com>)를 개설하여 운용하여 왔는데, 정보통신윤리위원회는 2000. 8. 25. 엑스존을 '수건을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피가학성음란 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것'에 해당된다는 이유로 청소년유해매체물로 결정하였고, 청소년보호위원회는 2000. 9. 27. 고시 제2000-31호로 엑스존을 청소년에게 유해한 것으로 고시하였다.

정보통신윤리위원회는 2001. 11. 9. 청구인에게 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조, 동법시행령 제21조 제1항에 따라 19세 미만의 자는 이용할 수 없다는 취지의 내용을 표시하고, 동법시행령 제21조 제2항, 제3항 및 정보통신부고시 제2001-89호 '청소년유해매체물의 표시방법'에 따라 청소년유해매체물 필터링 소프트웨어가 인식할 수 있도록 전자적 표시를 하여야 하며, 이를 이행하지 않을 경우 동법 제64조에 의해 처벌받을 수 있다고 통보하였다. 청구인은 2001. 12. 29. 동법 제42조, 제64조와 동법시행령 제21조 제2항 및 제3항의 '제2항' 부분, 정보통신부 고시(제2001-89호) 청소년유해매체물의 표시방

법 2.의 나. '전자적 표시방법'이 죄형법정주의, 포괄위임입법금지 원칙에 위배되고, 표현의 자유, 양심의 자유 등을 침해한다며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 한편 청구인은 2002. 1.경 "청구인에 대한 정보통신윤리위원회의 2001. 10. 8.자 청소년유해매체물 결정 및 청소년보호위원회의 2000. 9. 27.자 고시처분은 무효임을 확인한다."는 청구취지로 행정소송을 제기하였는데(서울행정법원 2002 구합1519) 2002. 8. 14. 패소하였고, 항소하였으나(서울고등법원 2002누14418) 2003. 12. 16. 기각되었고, 현재 상고심이 계속 중이다(대법원 2004두619).

나. 심판의 대상이 사건 심판의 대상은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 '법'이라 한다) 제42조(2001. 1. 16. 법률 제6360호), 제64조(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 제정되고 2002. 12. 18. 법률 제6797호로 개정되기 전의 것), 동법시행령(2001. 8. 25. 대통령령 제17344호. 이하 '시행령'이라 한다) 제21조 제2항, 제3항의 '제2항' 부분, 청소년유해매체물의 표시방법을 정한 정보통신부고시(2001. 10. 12. 제2001-89호. 청소년유해매체물의 표시방법)의 내용 중 '2.의 나. 전자적 표시방법' 부분(이하 이를 '이 사건 고시'라 한다)의 위헌 여부이다(이하 법 제64조를 제외한 나머지를 '이 사건 조항'이라 한다). 이 사건 조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(2001. 1. 16. 법률 제6360호) 제42조(청소년유해매체물의 표시) 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자(이하 "정보제공자"라 한다) 중 「청소년보호법」 제7조 제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.

「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 제정되고 2002. 12. 18. 법률 제6797호로 개정되기 전의 것) 제64조(벌칙) 제42조의 규정을 위반하여 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

동법시행령(2001. 8. 25. 대통령령 제17344호) 제21조(청소년유해매체물의 표시방법) ① 법 제42조의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하는 자는 당해 매체물에 19세 미만의 자는 이용할 수 없다는 취지의 내용을 누구나 쉽게 확인할

수 있도록 음성·문자 또는 영상으로 표시하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 표시를 하여야 하는 자중 인터넷을 이용하여 정보를 제공하는 자의 경우에는 기호·부호·문자 또는 숫자를 사용하여 청소년유해매체물임을 나타낼 수 있는 전자적 표시도 함께 하여야 한다.

③ 정보통신부장관은 정보의 유형 등을 고려하여 제1항 및 제2항의 규정에 의한 표시의 구체적 방법을 정하여 관보에 고시한다.

< 정보통신부 고시 제2001-89호(청소년유해매체물의 표시방법) >

1. 청소년유해매체물의 표시자전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자 중 「청소년보호법」 제7조 제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자

2. 청소년유해매체물의 표시방법

가. 생략

나. 전자적 표시방법인터넷을 통하여 청소년유해매체물을 제공하는 경우 청소년유해매체물 필터링 소프트웨어가 인식할 수 있도록 다음과 같이 PICS(Platform for Internet Content Selection) 기술표준에 의한 전자적 방법으로도 표시하여야 한다.

① 인터넷사이트 혹은 디렉토리가 청소년유해매체물인 경우 다음과 같이 전자적으로 표시하여야 하며, 청소년유해매체물 지정 값은 y1으로 한다.

○ 기본적으로 service.icec.or.kr 앞에 http://를 입력

② 인터넷페이지가 청소년유해매체물인 경우 다음과 같이 전자적으로 표시하여야 하며, 청소년유해매체물 지정값은 y1으로 한다.

○ 기본적으로 service.icec.or.kr 앞에 http://를 입력

3. (시행일) 이 고시는 2001년 11월 1일부터 시행한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 법 제42조는 구성요건에 관한 기본사항에 관하여 구체적인 기준이나 범위

를 정하지 않고 위임하였기 때문에 포괄위임금지원칙에 반하고 죄형법정주의에 위배된다. 또한 시행령 제21조 제2항 역시 '전자적 표시'라는 불명확한 개념을 사용하고, 그 구체적인 방법은 다시 포괄적으로 위임하고 있으므로 명확성 원칙과 포괄위임금지원칙에 반한다.

(2) 인터넷과 컴퓨터 통신을 포함한 온라인 미디어는 쌍방향매체로 탈중앙통제적이고 개방적 매체이며, 사상의 시장에 대한 접근이 용이한 매체로서 정보의 내용면에서 다양성이 추구될 수 있고 이용자의 통제능력이 강화되어 있는 특성을 가지므로 다른 매체보다 더 보호받아야 한다. 컴퓨터통신의 경우 청소년보호방안은 시민사회 내부에서 찾아야지 국가가 그 기준을 제시하고 확일적으로 규율할 문제는 아니다. 따라서 정보통신윤리위원회의 결정에 의하여 정보차단여부를 결정하도록 하는 이 사건 조항은 목적의 정당성을 인정받기 어렵다.

컴퓨터 통신에서는 전세계적 통일기준이 필요하고, PICS 표준에 의하더라도 현재의 기술과 인터넷의 구조상 특정 사이트나 단어에의 접근을 막을 수 있을 뿐 음란한 영상물 자체를 완전히 차단할 수 없어 이 사건 조항에 의한 방법은 적정하지 않다. 또한 이 사건 조항은 성인의 알 권리를 제한할 뿐 아니라 처음부터 선별접속을 통해 접속 자체를 차단하는 방식으로 표현의 자유를 제한하게 되기 때문에 피해의 최소성 원칙이나 범익형량의 원칙에 반한다.

한편 법 제64조의 형벌은 행위의 불법성과 처벌 간의 비례성, 형평성에 위반되는 것이다.

(3) 이 사건 조항이 정보통신망과 정보통신서비스에 대해서만 전자적 표시를 부과하고 접속자체를 차단하는 것은 다른 매체물과의 관계에 있어서 형평성에 반한다. 이 사건 조항에 의한 PICS 기술표준에 의한 전자적 표시제를 내용선별 소프트웨어 시스템에 포함시킬 경우 그 범위 내에서 강제적인 내용등급제를 시행하는 결과가 되는데, 이는 국회에서 정보통신망이용촉진 등에 관한 법률 개정안을 심의할 때 내용등급제를 채택하지 않은 입법취지에 반한다.

(4) 동성애에 관한 정확한 정보제공, 동성애에 대한 편견의 제거를 위해서는 청소년이라고 하더라도 동성애 사이트에 대한 정보접근이 선행되어야 한다. 정보통신윤리위원회는 청구인에게 엑스존이 청소년유해매체물이므로 전자적 표시를 하여야 한다고 통지함으로써 청구인의 표현의 자유를 위축시켰고, 동성애에

관한 알권리 및 양심의 자유, 학문과 예술의 자유를 침해하였다.

나. 정보통신부장관 및 정보통신윤리위원회 위원장의 의견

(1) 이 사건 조항은 '청소년유해매체물의 표시방법'을 시행령에 위임하고 있고, 범시행령 제21조 제2항은 그 표시방법에 관련하여 '기호·부호·문자 또는 숫자를 사용하여 청소년유해매체물임을 나타낼 수 있는 전자적 표시'를 규정한 다음, 그 구체적인 방법에 대해서만 정보통신부장관에게 위임하고 있기 때문에 포괄위임 금지원칙 위반이 아니다.

청소년유해매체물에 대한 표시의 구체적인 방법은 과학기술이나 인터넷 기술의 급격한 발전등으로 그 변동가능성이 상당히 커서 탄력적 대응을 위하여 정보통신부장관에게 위임할 현실적 필요성이 있다.

범시행령 제21조 제2항상의 '전자적 표시'라는 개념은 정보통신망상의 청소년유해매체물의 표시를 뜻하고, 범시행령 제21조 제1항을 볼 때 전자적 표시의 내용이 어떻다는 것을 알 수 있고 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없기 때문에 명확성의 원칙에 반하는 것은 아니다.

(2) 온라인 미디어를 통한 표현의 자유도 청소년보호라는 헌법적 가치와 조화를 이룰 때 의미가 있다. 인터넷과 컴퓨터통신의 경우 쌍방향매체로서 청자와 화자의 구분이 불분명하고 사상의 시장에 대한 접근이 용이하기 때문에 아직 가치관과 세계관이 형성되지 않은 청소년들의 접근이 다른 매체에 비해 훨씬 용이하다는 점에 비추어 오히려 적절한 통제장치가 필요하다.

「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 표시제도는 민간자율로 시행되는 인터넷내용등급표시서비스와는 그 성격을 달리하며 강제적인 내용등급제가 아니다. PICS 기술표준에 의한 전자적 표시방법의 경우 이를 식별할 수 있는 소프트웨어를 자신의 컴퓨터에 설치하여 정보차단여부를 결정하는 것은 이용자의 선택에 달려있기 때문에 성인의 알권리를 제한하는 것이 아니다.

청소년유해매체물에 대한 전자적 표시제도가 청소년의 동성에 사이트에 대한 정보접근 및 동성에 대한 알권리를 사실상 제한하게 되더라도 이 사건 전자적 표시제도의 입법목적에 비추어 그 제한의 균형성을 일탈하였다고 볼 수 없다.

유해매체물표시방법에 있어서 음반 및 비디오, 기타 오락적 관람물, 간행물 등

은 주로 오프라인에서 이루어지고 있어 그 특성상 전자적 표시가 불가능하므로 전자적 표시를 안 해도 되는 것이기 때문에 매체물 간의 차별에 관한 청구인의 주장은 이유가 없다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 이 사건 고시가 헌법소원의 대상이 되는지 여부고시 또는 공고의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다. 즉, 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 506).

이 사건 고시는 청소년유해매체물을 제공하려는 자가 하여야 할 전자적 표시의 내용을 정하고 있는데, 이는 특정인에 대한 개별적·구체적인 처분의 성격을 지닌 것이라기보다는 청소년유해매체물의 전자적 표시 일반에 관한 일반적·추상적인 규정의 성격을 지닌 것이라 봄이 상당하다.

나아가 이 사건 고시는 법 제42조 및 시행령 제21조 제2항, 제3항의 위임규정에 의하여 제정된 것으로서 국민의 기본권을 제한하는 내용을 담고 있으므로 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로 기능하고 있는 것이라 볼 수 있으므로 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449 참조).

나. 법 제64조 부분법 제64조(차별조항)는 "제42조의 규정을 위반하여 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다."고 하여 "영리를 목적으로"라는 구성요건이 포함된다.

그런데 이 사건에서 청구인이 "영리를 목적으로" 문제된 엑스존 사이트를 운영하거나 동 사이트상의 정보를 제공하는 자라고 인정할 만한 사정이 없다.

그렇다면 법 제64조는 청구인에게 적용될 규정이 아니라고 볼 것이므로 이 부분에 대한 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하다.

다. '직접성' 요건의 구비 여부법령의 위헌확인을 구하는 헌법소원은 법령이

직접 기본권을 침해하는 경우에 한하여 허용되는바, 이러한 기본권침해의 직접성은 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 직접 자유의 제한·의무의 부과 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 당해 법령에 의한 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823 참조).

(1) 법 제42조 부분이 조항은 "…… 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다."고 규정하는데, 청소년유해매체물의 표시방법을 하위규범인 대통령령에 위임하고 있어 직접성 요건이 흠결된 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154-155 ; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마66, 판례집 13-1, 151, 160 참조).

그러나 이 조항은 청소년유해매체물의 표시의무를 부과하면서 다만 그 구체적인 방법을 대통령령에게 위임하고 있는 것이므로, '표시의무의 부과'라는 금지의무의 설정이 동 법률조항에서 직접 이루어지고 있다는 관점에서 볼 때, 동 조항은 직접 기본권(표현의 자유)을 제한하고 있는 것이므로 '직접성'이 인정된다.

(2) 시행령 제21조 제3항 중 '제2항' 부분 및 이 사건 고시부분 시행령 제21조 제3항은 "제2항의 규정에 의한 표시의 구체적 방법"을 정보통신부장관에게 위임하고 있고, 이 사건 고시는 별도의 집행행위의 필요 없이 구체적인 전자적 표시방법을 정하고 있는데, 위 시행령 조항과 이 사건 고시는 서로 결합하여 직접 국민의 권리와 의무에 대한 사항을 정하고 있는 것이므로 이에 대하여 직접성이 인정된다고 볼 것이다.

4. 본안 판단

가. 이 사건 조항의 의의 및 이 사건의 쟁점

「청소년보호법」은 각종 매체물 중 청소년에게 유해한 매체물(청소년유해매체물)을 심의·결정하도록 하고(제8조 제1항, 청소년보호위원회가 행하나 타 기관의 심의도 허용된다), 청소년유해매체물로 결정된 것은 청소년에게 판매, 대여, 배포하거나 시청·관람·이용에 제공하지 못하도록 하며(제17조 제1항), 그 위반시

형사처벌을 받도록 하였다(제50조 제1호).

이 사건 조항에 의한 전자적 표시방법은 인터넷의 특성을 감안하여 인터넷상의 청소년유해매체물로부터 청소년을 보호하기 위한 기술적 보호장치를 마련한 것으로서(제216회 법제사법위원회 제2차 회의록, 2000. 12. 13.-14.자 참조), 청소년보호법상 청소년유해매체물 제도의 연장선상에서 동법상의 표시의무를 보완하는 것이라 할 수 있다.

이 사건에서 문제되는 것은 이 사건 조항 내지 이 사건 조항이 포함하고 있는 '전자적 표시방법'의 위헌 여부이다.

법 및 시행령상의 청소년유해매체물에 대한 전자적 표시방법은 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 제도와 연관되어 있지만, 「청소년보호법」상의 동제도 자체는 이 사건 심판의 대상이 아니며, 따로 동 제도 자체의 위헌성 여부를 이 사건에서 직접 판단해야 할 필요성도 없다고 볼 것이다. 참고로, 헌법재판소는 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 제도의 일부분, 즉 죄형법정주의의 명확성 원칙 및 청소년유해매체물의 심의·결정 주체의 측면에 대한 위헌 여부 심판에서 그 부분에 대해 합헌 판단을 한 바 있다(헌재 2000. 6. 29. 99헌가 16, 판례집 12-1, 767, 767-768 참조).

이 사건에서 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 제도는 심판대상이 아니므로 합헌으로 추정하고, 그 전제 하에서 이 사건 조항의 위헌 여부를 판단하기로 한다.

한편 이 사건 고시가 규정한 전자적 표시방법은 인터넷사이트나 디렉토리 혹은 인터넷페이지가 청소년유해매체물로 결정된 경우 청소년유해매체물 필터링 소프트웨어가 인식할 수 있도록 PICS(Platform for Internet Content Selection) 기술표준, 즉 '인터넷 내용선별을 위한 기술표준'에 의한 전자적 방법으로 특정 표시를 하여야 한다는 것이다.

PICS는 미국의 시민단체, 인터넷 및 컴퓨터 관련 기업들이 참여한 월드와이드 웹 컨소시엄(W3C)이 개발하였으며 웹사이트 운영자나 제3자가 일정한 기준에 따라 사이트에 등급을 표시할 수 있도록 해주는 웹 기술규격(프로토콜)의 하나로서, 등급이 매겨진 문서(HTML)를 소프트웨어가 인식하고 선별하도록 해주는 가치중립적인 성격의 기술표준에 해당한다고 보는 것이 일반적 견해이다.

이 사건 고시에 따라 PICS 기술표준 방식으로 인터넷상의 청소년유해매체물에 전자적 표시를 하였을 경우, 정보이용자가 해당 차단소프트웨어(통상 정보통신윤리위원회 인터넷 홈페이지에서 무료로 제공되는 youth.rat 파일이 이용된다)를 자신의 컴퓨터에 설치한다면 그러한 청소년유해매체물은 자동적으로 차단되어 화면상 나타나지 않게 된다. 다만 해당 차단소프트웨어를 설치하지 않았을 경우 그러한 차단효과가 없으며, 소프트웨어를 설치하였다고 하더라도 조작에 의하여 차단을 제거할 수 있다.

이 사건에서 본안판단의 대상은 법 제42조(청소년유해매체물의 표시), 시행령 제21조(청소년유해매체물의 표시방법) 제2항, 제3항 중 '제2항' 부분, 이 사건 고시이다. 이들 조항들은 서로 연관되어 인터넷상의 청소년유해매체물에 대한 전자적 표시의무를 부과하고 있으나, 법 제42조는 인터넷뿐만 아니라 기타 전기통신역무를 이용한 청소년유해매체물에 대한 일반적인 표시의무의 근거조항이고, 시행령 제21조 제2항은 전자적 표시의무의 근거규정이고, 제3항은 전자적 표시방법을 정보통신부장관에게 위임한 조항이며, 이 사건 고시는 구체적인 전자적 표시방법을 규정하고 있어, 서로 분리 가능한 적용영역을 지니고 있고 위헌성 심사범위에도 차이가 있을 수 있으므로 가능한 한 각각 그 위헌성을 검토하기로 한다.

이 사건에서는 표현의 자유의 과잉 제한 여부, 표현의 자유 제한시 요구되는 명확성 원칙의 위반 여부, 포괄위임입법금지 원칙 등의 위반 여부가 문제된다. 한편 청구인은 동성에 사이트를 청소년유해매체물로 보아 전자적 표시의무를 부과하는 것은 표현의 자유를 위축시키고, 동성에에 관한 알권리 및 양심의 자유 등을 침해한 것이라고 주장하므로 그러한 주장의 타당성에 관해서도 살펴본다.

나. 법 제42조에 관한 판단

(1) 법 제42조는 '전기통신역무를 이용한 정보'('전기통신역무' 개념은 전기통신 기본법 제2조 참조)로서 청소년유해매체물에 해당되는 경우에는 정보제공자에게 "대통령령이 정하는 표시방법"에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하도록 한다. 이러한 표시의무의 부과는 기본적으로 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 표시의무와 맥락을 같이 하는 것이다. 국회의회의록을 보면, 위 조항의 입법취지는 '전자적 표시의무'를 부과하여 해당 정보를 청소년에게 차단하기

위한 것으로 보이나, 위 조항의 문구 자체는 단지 "대통령령이 정하는 표시방법"이라고 되어 있다.

우선 법 제42조가 청소년유해매체물 제공자에게 일정한 의무(표시의무)를 부과하는 것 자체가 헌법적으로 문제될 수 있으나, 앞서 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 제도를 합헌으로 전제한 이상, 그 논리적 귀결로써 법 제42조의 청소년유해매체물 표시의무도, 그것이 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이 아닌 한, 합헌적인 것으로 보아야 할 것이다. 즉, 법 제42조가 부과하는 표시의무의 내용은 시행령과 이 사건 고시에서 정해지고 있는데, 이들이 정한 '전자적 표시의무'가 표현의 자유를 침해하는 것인지 여부는 별도로 논해져야 할 것이지만, 법 제42조 자체가 규정한 표시의무("대통령령이 정하는 표시방법") 자체는 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 분류제도의 연장선상에 있는 것이므로 이 사건에서 별도로 위헌성을 논할만한 실질을 가지고 있지 않다고 볼 것이다.

그러나 법 제42조가 "…… 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다."고 규정한 것이 헌법상의 위임입법의 한계 내지 죄형법정주의의 명확성 원칙을 준수한 것인지는 별도로 검토되어야 할 문제이다.

(2) 위 조항이 "대통령령이 정하는 표시방법에 따라"라고 한 것이 포괄위임입법금지 원칙에 위배되는지, 또한 법 제64조의 별칙규정과 연관시켜 볼 때 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지를 살펴본다.

「헌법」 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항 전단에서 도출되는 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 함을 의미하며 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748).

한편 「헌법」 제75조는 위임입법을 "법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항"으로 한정하고 있는바, 형벌법규의 위임을 하기 위하여는 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대

상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 규정하여야 한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 220).

범죄와 형벌에 관한 사항에 대한 위임입법의 한계와 관련된 요구는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙의 요구와 경합되는 것이다(헌재 2002. 5. 30. 2001헌마5, 판례집 14-1, 478, 487).

법 제42조의 위임입법 규정은 전기통신역무 내지 인터넷 정보에 관련된 것인데, 일반적으로 오늘날 전기통신이나 인터넷 기술의 빠른 발전추세를 감안할 때 그러한 정보의 표시방법에 관한 내용은 법률에서 직접 모두 규정하기보다는 전체적인 기준 및 개요를 법률에 정한 뒤 세부적인 사항은 변동 상황에 따른 탄력적 혹은 기술적 대응을 위하여 하위법에서 정하게 할 필요성이 인정된다고 할 것이다.

대통령령에 위임된 것은 청소년유해매체물의 표시방법에 관한 것이며, 그 표시의 대상이 되는 청소년유해매체물과 동 조항의 적용대상자(전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자)의 범위는 법률에서 명확하게 정해지고 있다.

법 제42조의 표시의무는 「청소년보호법」상의 표시의무의 연장선상에서 컴퓨터 등 전기통신을 이용한 유해정보에 대한 특수한 것인데, 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 표시제도는 청소년들을 유해매체물로부터 차단하기 위한 것이며(동법 제17조 등 참조), 법 제41조는 정보통신부장관이 정보통신망을 통하여 유통되는 음란·폭력정보 등의 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위하여 내용선별소프트웨어의 개발 및 보급, 청소년 보호를 위한 기술의 개발 및 보급 등의 시책을 마련하도록 하고 있다. 이러한 관련 규정들을 종합하면, 법 제42조에 따라 대통령령으로 정하여질 표시방법은 청소년을 해당 유해정보로부터 보호하기 위하여 청소년의 이용을 억제하기 위한 취지의 표시이거나 그 밖에 인터넷과 같은 매체의 특성에 맞춰 해당 정보에 대한 청소년의 이용을 억제하기 위한 표시가 될 것이라는 점이 예측될 수 있다.그렇다면 법 제42조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 표시방법의 내용을 대통령령에 위임하고 있는 것이므로 포괄위임입법금지 원칙이나 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 시행령 제21조 제2항, 제3항 중 '제2항' 부분, 이 사건 고시의 위헌 여부

(1) 시행령 제21조 제2항이 법 제42조의 위임범위 내인지 여부

우선 대통령령(시행령 제21조 제2항)이 법률(법 제42조)의 위임범위 내의 것인지가 문제된다. 만약 시행령이 위임범위를 벗어난 것이라면 이는 법률에 위반된 동시에, 「헌법」 제75조("대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 ……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.")를 위반한 것이 되기 때문이다.

법 제42조는 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물 표시의무의 특례로서 규정된 것인데, 이는 인터넷이나 전기통신역무를 이용한 정보의 경우 청소년들을 해당 유해매체물로부터 효과적으로 격리시키기 위한 표시의무를 부과한 것이다. 시행령 제21조 제1항은 법 제42조의 규정에 의한 청소년유해매체물 제공자에게 '19세 미만 이용금지' 표시를 하도록 하는 한편, 제2항은 인터넷을 이용하여 정보를 제공하는 자에게 전자적 표시를 추가로 하도록 하고 있다.

시행령 제21조 제2항이 추가적으로 전자적 표시를 하도록 한 것은 인터넷의 경우 청소년이 이용할 수 없다는 표시를 화면에 띄우는 것만으로는 청소년들에게 차단 효과가 약하므로, 프로그램의 전자적 장치에 의해 소프트웨어가 선별함으로써 청소년들이 접근을 못하도록 하고자 한 것으로 이해된다. 그러한 전자적 표시는 인터넷 매체의 특수성을 반영한 것으로서, 청소년을 유해매체물로부터 격리하기 위한 표시방법의 하나에 해당된다고 볼 것이므로 시행령 제21조 제2항상의 '전자적 표시'는 법 제42조의 위임범위 내에 속하는 내용이라 할 것이다.

(2) 시행령 제21조 제3항의 재위임 허용 여부

시행령 제21조 제3항은 전자적 표시방법의 구체적인 내용을 다시 정보통신부장관이 고시하도록 위임하고 있다.

일반적으로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니

하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213 결정, 판례집 8-1, 147, 163 ; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605 결정, 판례집 14-2, 84, 101). 이러한 판시는 대통령령이 '부령'에 재위임한 것에 관한 것이지만, 시행령 제21조 제3항이 '정보통신부장관의 고시'에 재위임한 경우도 같은 법리가 적용된다고 볼 것이다(위 2001헌마605 결정 참조).

시행령 제21조 제1항은 '음성·문자 또는 영상에 의한 표시'를 규정하고 제2항은 인터넷상의 청소년유해물에 대해서는 이에 추가하여 '전자적 표시'를 할 것을 규정하고 있다. 그렇다면 시행령 제21조 제3항에서 위임한 '전자적 표시'의 내용은 인터넷 매체를 통한 청소년유해 정보가 청소년에게 이용되지 않도록 하기 위한 전자적, 기술적 표시방법을 지칭한다고 볼 것이므로, 그 대강을 정하고 보다 구체적인 특정 사항을 다시 범위를 정하여 정보통신부장관고시에 다시 위임한 것으로 볼 수 있다.

따라서 시행령 제21조 제3항이 재위임의 헌법적 한계를 벗어났다고 할 수 없다.

(3) 시행령 제21조 제2항 및 이 사건 고시가 표현의 자유를 침해하는지 여부

시행령 제21조 제2항과 이 사건 고시는 서로 결합되어 '전자적 표시의무'의 내용을 구성하고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 이들이 청구인의 표현의 자유를 침해하는지가 문제된다. 다만 이 점에 관한 주된 판단대상은 구체적인 전자적 표시방법을 정한 이 사건 고시가 될 것이므로 이하에서는 '이 사건 고시'를 중심으로 살펴본다.

(가) 헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하고, 그 내용으로서는 의사표현·전파의 자유, 정보의 자유, 신문의 자유 및 방송·방영의 자유 등이 있는데, 의사표현·전파의 자유에 있어서 매개체는 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17 결

정, 판례집 5-1, 275, 284 ; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 결정, 판례집 13-2, 134, 148 ; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27 결정, 판례집 14-1, 251, 265 참조).

현행법상 청소년유해매체물로 결정된 인터넷 정보라 하더라도 당연히 불법적인 것은 아니며, 청소년에게 차단되어야 하는 것일 뿐 성인에게는 일반적으로 허용되는 것이다. 청소년유해매체물로 결정된 매체물 내지 인터넷 정보라 하더라도 이들은 의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중의 하나이므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체에 해당된다고 볼 것이다.

그런데 이 사건 고시는 청소년유해매체물에 해당된 인터넷 정보제공자에 대하여 일정한 전자적 표시를 하도록 요구하고 있는바 이는 표현의 자유를 제한하는 것이므로, 그러한 제한이 「헌법」 제37조 제2항에서 인정되는 과잉금지 원칙에 위배되는지가 검토되어야 한다.

(나) 우선 이 사건 고시가 정당한 입법목적에 지니고 있는지를 살펴본다.

인터넷을 이용한 정보에 대해서는 종전의 청소년보호법상의 청소년유해매체물 표시방법만으로는 청소년을 해당 유해정보로부터는 효과적으로 차단하기 어렵기 때문에, 이 사건 고시는 인터넷 매체의 특성에 맞추어 특정 전자적 표시를 하게 함으로써 차단소프트웨어를 설치할 경우 청소년을 음란·폭력성 등을 지닌 유해한 정보로부터 보호하기 위한 입법목적에 갖고 있다(앞서 언급한 국회의회의록 참조).

청소년은 정신적·육체적으로 미성숙한 상태이므로 사회공동체 내에서 책임 있는 인격체로 성장할 때까지 보호되어야 한다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 266). 오늘날 인터넷은 가장 참여적인 시장이고 표현촉진적인 매체로 평가되지만(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 632), 그 부작용도 커서, 예를 들어, 음란성 있는 청소년에게 유해한 정보가 상업적 목적에서 무차별적으로 게시되고 유통되고 있으며, 인터넷이 지닌 익명성은 그러한 정보가 청소년들에게 여과 없이 직접적으로 전달될 가능성을 크게 하고 있다.

따라서 입법자로서는 범람하는 음란성 인터넷 정보 혹은 폭력이나 반사회적 내용 등을 담고 있는 정보로부터 청소년을 보호하기 위하여 이들을 청소년으로부터 격리시킬 수 있는 기술적 방법을 고안해낼 필요성이 있게 되었다고 할 수

있다. 물론 청소년 스스로가 자신에게 유해한 정보를 자율적으로 통제할 수 있도록 교육하고 유도하는 방법이 바람직한 측면도 있으나, 청소년의 연령층이 다양하고 또 그러한 방법을 구체적으로 어떻게 채택할 것인지는 쉽게 결론짓기 어려우므로, 입법자가 이 사건 고시와 같은 일률적인 차단방식을 채택한 것은 부당하다고 볼 수 없다.

입법자가 청소년보호를 목적으로 이 사건 고시를 제정하여 인터넷상의 청소년유해매체물 제공자에게 차단소프트웨어가 인식할 수 있게 전자적 표시를 하도록 한 것은 「헌법」 제37조 제2항의 공공복리를 위한 것으로서 정당성이 인정된다.

(다) 이 사건 고시에 따라 전자적 표시가 행해지면 해당 차단소프트웨어를 설치한 경우 청소년유해매체물로 인정된 해당 인터넷 사이트나 페이지가 차단되게 되므로, 이러한 수단은 청소년을 인터넷상의 유해매체물로부터 보호하기 위한 그러한 입법목적에 달성하는데 나름대로 효과적이고 적절한 것이라 볼 것이다.

물론 이러한 차단방법에는 많은 유사한 인터넷 사이트 중 청소년유해매체물로 결정되어진 인터넷 사이트에만 적용되며, 차단소프트웨어를 설치한 경우에만 효과를 발휘하고, 하루에도 수많은 홈페이지가 개설되고 없어지는 인터넷에서 과연 어느 정도로 청소년보호 효과를 지닐 것인지, 외국의 음란·폭력성 사이트를 어떻게 통제할 것인지 등의 문제점들이 있다. 그러나 이러한 문제점들에도 불구하고 입법자가 현재로서 이 사건 고시를 통하여 인터넷상의 '청소년유해매체물'로부터 청소년을 보호하기 위하여 채택한 전자적 표시방법은 차단소프트웨어를 설치했을 때는 그러한 청소년유해매체물이 차단되는 확실한 효과를 지니는 것이므로 그러한 입법목적에 달성하는데 비효과적이라거나 부적절한 것이라고 단정할 수 없는 것이다.

(라) 이 사건 고시는 인터넷을 통하여 청소년유해매체물을 제공하는 경우 그 제공자에게 PICS 기술표준에 의한 특정 전자적 표시를 하도록 요구하고 있는데, 그러한 방법 외에 보다 덜 제약적인 방법이 있는지를 살펴본다.

이 사건 고시의 전자적 표시방법은 시행령 제21조 제1항이 정하는 "19세 미만은 이용할 수 없다"는 취지의 음성·문자 또는 영상 표시에 추가하여 이루어지

는 것이다. 그러므로 우선 인터넷 정보 제공자의 경우에도 그러한 표시만으로 충분한지가 문제될 수 있다. 통상 온라인상이 아닌 오프라인상의 음반이나 비디오물과 같은 유체물인 경우 "19세 미만 이용불가" 표시 및 청소년에게 무해한 매체물과의 구분·격리(청소년보호법 제18조) 및 판매·대여 등 금지(동법 제17조), 이러한 행위위반에 대한 형사처벌을 통하여 유해매체물을 청소년으로부터 차단하는 효과를 기대할 수 있고 그 외에 더 기술적인 방법을 상정하기는 어렵다. 그러나 인터넷상의 유해 정보는 익명성과 전파성이 강하므로 단순히 "19세 미만 이용불가" 표시만으로는 청소년으로부터 차단하는 효과가 미약하며, 한편 인터넷상의 매체물에 대해서는 일반 유체물과 달리 기술적, 전자적 조작이 가능하므로 이를 통하여 보다 효과적인 청소년 보호 목적을 달성할 수 있는 것이다. 그러므로 인터넷 유해매체물에 대하여 종전의 "19세 미만 이용금지" 표시만으로 입법목적 달성을 하는 것은 효율적인 방법이라고 보기 어렵다.

한편 청소년을 인터넷 유해매체물로부터 차단하기 위해서는 이 사건 고시의 전자적 표시 외에 다른 방법이 채택될 수도 있을 것이다. 예를 들어, 이름과 주민등록번호를 확인하는 것이거나, 신용카드 정보를 통하거나, 공인인증서에 의한 전자서명제도(전자서명법 참조)를 이용하여 미성년자 여부를 확인하는 방법이다. 그러나 주민등록번호를 확인하는 방법은 타인의 신상정보를 도용할 우려가 있고, 신용카드를 이용하는 경우는 신용카드정보가 쉽게 노출되는 위험이 있고 신용카드가 없는 성인도 이용할 수 없으며, 공인인증서에 의한 전자서명은 아직 광범위하게 이용되는 것이라 보기 어렵다. 또한 이러한 대체방법들에 의한 비용 부담은 대부분 인터넷사이트 운영자가 지출하게 될 것이다. 그렇다면 이 사건 고시의 전자적 표시방법 외에 위와 같은 방법들이 청구인과 같은 정보제공자들의 표현의 자유를 덜 제약하면서도 같은 입법목적 달성을 할 수 있는 것이라고 단정하기는 어렵다.

한편 기술발전 속도가 매우 빠른 인터넷 환경에서 국가가 PICS와 같은 특정 기술표준과 특정 메타태그를 지정하도록 하는 것은 부적절한 측면이 있다. 즉 그러한 차단 기술을 벗어나는 새로운 기술이 언제든지 가능할 수 있고 또 국가가 새로운 기술발전을 가로막는 결과가 될 수 있는 것이다. 그러나 현재로서는 달리 다른 방식으로 이 사건 고시가 추구하는 입법목적 달성을 수단이 명백히 존재한다고 보기 어렵다고 할 것이다. 그렇다면 결국 이 사건 고시가 정하는 전자적 표시방법이 다른 덜 제약적인 방법이 있음에도 불구하고 불필요하게 청구

인의 표현의 자유를 제한한다고 볼 수 없다.

(마) 기본권을 제한하는 입법은 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 하므로(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260), 이 사건 고시에 의한 제한이 공익과 사익 간의 비례성을 갖추고 있는지를 살펴본다.

이 사건 고시는 청소년에게 유해한 인터넷 정보로부터 청소년을 보호하기 위한 것이므로 그 공익적 목적의 중요성이 인정된다. 반면 이 사건 고시에 의한 전자적 표시의무는 해당 정보의 내용에 관하여 통제하는 것이기보다는 그 사후 조치로서 그러한 유해매체물이 청소년에게 차단될 수 있는 기술적 방법만을 정하고 있는 것이다. 또한 이 사건 고시에 의한 전자적 표시의 효과는 부모나 성인이 차단소프트웨어를 설치했을 때에만 나타나고 설치된 차단소프트웨어도 임의로 제거될 수 있을 것이므로, 전자적 표시를 하였다고 해서 미성년 자녀를 둔 모든 성인들에게 해당 정보를 차단하는 것이 아니며 정보의 차단 여부는 결국 각 성인이 스스로 정하게 된다.

그렇다면 기본권 제한의 효과와 내용면에서 볼 때 이 사건 고시가 추구하는 공익은 사익에 비하여 균형을 벗어난 것으로 볼 수 없다.

(바) 따라서 시행령 제21조 제2항 및 이 사건 고시는 청구인의 표현의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

라. 기타 청구인의 주장에 관한 검토

(1) 청구인은 동성애에 관한 정확한 정보제공, 동성애에 대한 편견의 제거를 위해서는 청소년이라고 하더라도 동성애 사이트에 대한 정보접근이 선행되어야 하는데, 정보통신윤리위원회가 엑스존에 대하여 전자적 표시를 하여야 한다고 통지함으로써 동성애에 관한 알권리 및 양심의 자유를 침해하였다고 주장한다.

우선 청구인이 자신의 동성애 사이트가 왜 청소년유해매체물로서 청소년에게 차단되어야 하는지를 다투는 취지라면 이는 이 사건 심판대상과 무관하다. 즉 청소년유해매체물의 심의·결정은 「청소년보호법」 및 그에 따른 구체적, 개별적인 행정처분(고시)으로 이루어지고 있는데, 「청소년보호법」상의 청소년유해매체물제도가 청구인을 청소년유해매체물로 고시한 처분 자체는 이 사건 심판

의 대상이 아니다. 비록 이 사건은 엑스존이 청소년유해매체물로 결정된 것에서 비롯되었으나, 청구인은 이들을 심판대상에 포함시키지 않았으며, 이 사건에서 헌법재판소가 직권으로 이들을 심판대상으로 포함시켜 본안에서 판단할 만한 사정이 있다고 보기 어렵다.

한편 청구인이 '전자적 표시' 자체가 자신의 양심의 자유를 침해하는 것이라 주장하는 것이라 해도, '전자적 표시' 의무는 청소년유해매체물 제도의 후속적인 방법적 제약에 불과하므로 이러한 전자적 표시를 강요한다고 해서 청구인의 여하한 양심의 자유를 침해한다고 볼 만한 사정은 없다. 다시 말해 그러한 '전자적 표시방법'의 부과가 표현의 자유를 제한할 수는 있으나, 해당 사이트의 운영에 관련된 청구인의 양심의 자유를 제한하는 것은 아닌 것이라 볼 것이다.

(2) 청구인은 청소년의 알권리 침해를 주장하나, 청소년이 주장하는바 엑스존과 같은 동성애사이트를 볼 권리의 제한은 이미 청소년유해매체물 심의·결정제도 및 구체적인 고시에 의하여 이루어진 것이고, '전자적 표시의무'는 그 후속적인 표현 방법상의 제한에 해당하므로 이 사건 고시 자체가 청소년의 알권리를 새로이 제한하는 것이라고 보기 어렵다.

또한 청구인은 성인의 알권리 침해를 주장하나, 이 사건 고시에 의한 전자적 표시제도는 통상 성인이 차단소프트웨어를 설치하였을 경우에만 작동되는 것이고, 이미 설치된 차단소프트웨어도 다시 제거할 수 있으므로, 이 사건 조항이 성인의 알권리를 제한할 수 있다고 보기 어렵다.

(3) 청구인은 청소년유해매체물에 따른 전자적 표시에 의한 청소년 차단방법이 「헌법」이 허용하지 않는 인터넷 내용등급제라는 취지로 주장한다.

청소년유해매체물 분류제도가 인터넷 내용등급제의 하나인지 여부는 논란이 있을 수 있다. 그런데 이 사건 조항에 따른 전자적 표시의무가 등급제 자체라고는 할 수 없고, 이는 선행된 청소년유해매체물 결정의 후속 결과로서 나타난 것이다. 따라서 이 사건 조항에 의한 전자적 표시방법은 등급제와 직접 관련이 없으므로 청구인의 위 주장은 부적절하다.

(4) 청구인은 청구서에서 이 사건 조항이 「헌법」 제22조 제1항 학문과 예술의 자유를 침해한다고 기재하고 있으나(자세한 언급은 없다), 이 사건에서 청구인이 운영하는 사이트에 대한 전자적 표시의무를 부과하는 것은 표현방법의 제

한이기는 하나 청구인의 학문과 예술의 자유에 대한 제한이라고 볼 만한 사정은 없다.

또한 청구인은 「청소년보호법시행령」상 음반, 비디오 등이 청소년유해매체물인 경우에 시청 또는 관람 불가 연령을 기재하도록 한 반면, 이 사건 조항은 전자적 표시의무를 부과하고 접속자체를 차단하므로 다른 매체물과의 관계에서 형평성의 원칙에 반하다고 주장하나, 이 사건 조항은 인터넷 매체가 가지는 특징에 기인하여 일반적인 표시의무에 부가하여 기술적, 전자적 표시를 하도록 하는 것이므로 합리적인 이유를 지니고 있는 것이다. 그렇다면 그러한 차별이 자의적인 것이라고 볼 수 없다.

5. 결 론

이상의 이유에서, 이 사건 심판청구 중 법 제42조, 시행령 제21조 제2항, 제3항의 '제2항' 부분, 정보통신부고시(2001. 10. 12. 제2001-89호) 중 '2.의 나. 전자적 표시방법' 부분에 대한 심판청구는 이유 없으므로 기각하고, 법 제64조에 대한 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하므로 각하하기로 하여, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권성 김효종(주심) 김경일 송인준 주선희 전효숙

㉔ 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청

【판시사항】

[1] 청소년 성매수자에 대한 신상공개를 규정한 「청소년의 성보호에 관한 법률」(이하, '법'이라고만 한다) 제20조 제2항 제1호가

- (1) 이중처벌금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
- (2) 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
- (3) 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
- (4) 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하는지 여부(소극)
- (5) 적법절차원칙에 위반되는지 여부(소극)

[2] 신상공개의 시기·기간·절차 등에 관한 사항을 대통령령에 위임한 법 제20조 제5항이 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

[1] 법 제20조 제2항 제1호에 관하여

재판관 윤영철, 하경철, 김효종, 김경일의 합헌의견

(1) 이중처벌금지의 원칙 위배 여부

「헌법」 제13조 제1항에서 말하는 '처벌'은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 '처벌'에 포함시킬 수는 없다.

법 제20조 제1항은 "청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 제도"가 신상공개제도의 주된 목적임을 명시하고 있는바, 이 제도가 당사자에게 일종의 수치심과 불명예를 줄 수 있다고 하여도, 이는 어디까지나 신상공개제도가 추구하는 입법목적에 부수적인 것이지 주된 것은 아니다. 또한, 공개되는 신상과 범

죄사실은 이미 공개재판에서 확정된 유죄판결의 일부로서, 개인의 신상 내지 사생활에 관한 새로운 내용이 아니고, 공익목적에 위하여 이를 공개하는 과정에서 부수적으로 수치심 등이 발생된다고 하여 이것을 기존의 형벌 외에 또 다른 형벌로서 수치형이나 명예형에 해당한다고 볼 수는 없다. 그렇다면, 신상공개제도는 「헌법」 제13조의 이중처벌금지 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 과잉금지의 원칙 위배 여부

신상공개제도는 범죄자 본인을 처벌하려는 것이 아니라, 현존하는 성폭력위험으로부터 사회 공동체를 지키려는 인식을 제고함과 동시에 일반인들이 청소년 성매수 등 범죄의 충동으로부터 자신을 제어하도록 하기 위하여 도입된 것으로서, 이를 통하여 달성하고자 하는 '청소년의 성보호'라는 목적은 우리 사회에 있어서 가장 중요한 공익의 하나라고 할 것이다.

이에 비하여 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도를 살펴보면, 법 제20조 제2항은 "성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지"를 공개하도록 규정하고 있는바, 이는 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 국가가 공익 목적으로 공개하는 것으로 공개된 형사재판에서 밝혀진 범죄인들의 신상과 전과를 일반인이 알게 된다고 하여 그들의 인격권 내지 사생활의 비밀을 침해하는 것이라고 단정하기는 어렵다.

또한, 신상과 범죄사실이 공개되는 범죄인들은 이미 국가의 형벌권 행사로 인하여 해당 기본권의 제한 여지를 일반인보다는 더 넓게 받고 있다. 청소년 성매수 범죄자들이 자신의 신상과 범죄사실이 공개됨으로써 수치심을 느끼고 명예가 훼손된다고 하더라도 그 보장 정도에 있어서 일반인과는 차이를 둘 수밖에 없어, 그들의 인격권과 사생활의 비밀의 자유도 그것이 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다.

그렇다면 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 청소년 성보호라는 공익적 요청에 비해 크다고 할 수 없으므로 결국 법 제20조 제2항 제1호의 신상공개는 해당 범죄인들의 일반적 인격권, 사생활의 비밀의 자유를 과잉금지의 원칙에 위배하여 침해한 것이라 할 수 없다.

(3) 평등원칙의 위배 여부

신상공개가 되는 청소년 대상 성범죄를 규정한 법률조항의 의미와 목적은 성인이 대가관계를 이용하여 청소년의 성을 매수하는 등의 행위로 인하여 야기되는 피해로부터 청소년을 보호하려는 데 있는 것이고, 이에 비추어 볼 때 청소년 대상 성범죄와 그 밖의 일반 범죄는 서로 비교집단을 이루는 '본질적으로 동일한 것'이라고 단언하기는 어려우며, 나아가 그러한 구분기준이 특별히 자의적이라고 볼 만한 사정이 없다.

또한 청소년 대상 성범죄자 가운데 공개대상에서 제외되는 경우는 그 행위의 대상이나 형태에 있어서 청소년 성매수 행위의 공범적 성격의 것들로서 행위불법성의 차이 등을 고려한 것으로 보이므로, 청소년 대상 성범죄자 중 일부 범죄자의 신상이 공개되지 않는다 하더라도 그러한 차별입법이 자의적인 것이라거나 합리성이 없는 것이라고 단정하기 어렵다.

신상공개제도로 인하여 기본권 제한상의 차별을 초래하나, 그 입법목적과 이를 달성하려는 수단간에 비례성을 벗어난 차별이라고 보기 어렵고, 달리 평등권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

(4) 법관에 의한 재판받을 권리의 침해 여부

제정법원은 신상공개제도가 청소년보호위원회에 의하여 이루어진다는 점에서 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한 것이라고 하나, 앞서 보았듯이 신상공개제도는 '처벌'에 해당한다고 할 수 없으므로 이 제도가 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한 것이라 할 수 없다.

(5) 적법절차 위배 여부

법 제20조 제3항은 청소년보호위원회가 신상 등의 공개를 결정함에는 범행동기, 범행 후의 정황 등을 고려하도록 하고 있고, 제5항은 구체적인 절차 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 하위 법규에서는 이러한 범의 취지에 따라 신상공개 대상자로 선정된 자에 대하여 10일 이상의 기간을 정하여 서면에 의한 의견진술기회를 주도록 하고, 지정된 기일까지 의견진술을 하지 않은 자에 대하여는 의견이 없는 것으로 간주하며, 의견진술을 한 자에 대하여는 재심의를 하여 신상공개 여부를 결정한다고 규정하고 있다.

한편 청소년보호위원회는 최소한의 독립성과 중립성을 갖춘 기관이고(청소년

보호법 제29조, 제32조 등 참조), 신상공개결정에 대해서는 행정소송을 통해 그 적법 여부를 다툴 기회가 보장되고 있으며, 이미 법관에 의한 재판을 거쳐 형이 확정된 이후에 신상공개가 결정된다.

그렇다면 법 제20조 제2항 제1호의 신상공개제도는 법률이 정한 형식적 절차에 따라 이루어지며 그 절차의 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 것이라고 볼 것이므로 절차적 적법절차원칙에 위반되는 것이라 할 수 없다.

재판관 한대현, 김영일, 권성, 송인준, 주선희의 위헌의견

(1) 인격권의 침해

(가) 사회활동을 통한 개인의 자유로운 인격발현을 위해서는, 타인의 눈에 비치는 자신의 모습을 형성하는 데 있어 결정적인 인자가 될 수 있는 각종 정보자료에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리, 다시 말하여 사회적 인격상에 관한 자기결정권이 보장되어야 한다. 그런데 이 사건 신상공개제도는 이러한 사회적 인격상에 관한 자기결정권을 현저하게 제한함으로써 범죄인의 인격권에 중대한 훼손을 초래한다.

(나) 신상공개제도는 소위 '현대판 주홍글씨'에 비견할 정도로 수치형과 매우 흡사한 특성을 지닌다. 즉, 현행 신상공개제도는 대상자를 독자적 인격의 주체로서 존중하기보다는 대중에 대한 전시(展示)에 이용함으로써 단순히 범죄되치수 단으로 취급하는 인상이 짙다. 그러나 이는 비록 범죄인일망정 그가 지니는 인간으로서의 기본적인 존엄과 가치를 보장하는 것이 국가적 의무임을 천명한 우리 「헌법」의 이념에 정면으로 배치되는 것이라 아니할 수 없다.

(다) 청소년 성매매의 폐습을 치유함에 있어서는, 형벌이나 신상공개와 같은 처벌 일변도가 아니라, 성범죄자의 치료나 효율적 감시, 청소년에 대한 선도, 기타 청소년 유해환경을 개선하기 위한 정책 추진과 같은 다양한 수단들을 종합적으로 활용하는 것이 얼마든지 가능하고, 오히려 전체 청소년 성매수 사건 중 적발되는 사건의 비율이 극히 미미한 현실에 비추어 볼 때 이와 같은 근본적인 예방책에 치중하는 것이 더 바람직한 것으로 보인다. 그러함에도 국가가 이러한 노력을 다하기도 전에 개인의 인격권에 중대한 침해를 가져올 수 있는 신상공개라는 비정상적인 방법을 동원하는 것은 최소침해성의 관점에서 문제가 있다.

(라) 무릇 형벌은 개인의 자유와 안전에 대한 중대한 침해를 가져오는 탓에 국가적 제재의 최후수단(ultima ratio)으로 평가된다. 그런데 이미 그러한 형벌까지 부과된 마당에, 형벌과 다른 목적이나 기능을 가지는 것도 아니면서, 형벌보다 더 가혹할 수도 있는 신상공개를 하도록 한 것은 국가공권력의 지나친 남용이다. 더구나, 신상공개로 인해 공개대상자의 기본적 권리가 심대하게 훼손되는 데에 비해 그 범죄억지의 효과가 너무도 미미하거나 불확실한바, 이러한 점에서도 법익의 균형성을 현저히 잃고 있다고 판단된다.

(마) 결국 청소년 성매수자에 대한 신상공개는 대상자의 인격권을 과도하게 침해하고 있다고 할 것이다.

(2) 평등원칙 위반

법 제20조 제2항 제1호는 범죄방지를 이유로 청소년 성매수자의 사회적 인격상에 관한 자기결정권을 제한한다. 그런데 일반 범죄자 및 일부 청소년 대상 성범죄자(이하 '일반범죄자등'이라 한다)에 대해서는 신상공개를 통한 위와 같은 제한을 허용하고 있지 않다. 그러나 범죄방지의 필요성은 일반범죄자등의 경우에도 마찬가지로 인정된다. 그러므로 양자를 차별하는 것이 과연 정당화될 수 있는지는 헌법상 해명의 필요가 있는 바, 청소년 성매수자가 신상공개되는 것은 일반범죄자등보다 죄질이나 법정형이 더 무겁거나 재범의 위험성이 보다 더 높아서가 아니다. 그리고 청소년에게 성매수행위의 상대방이 되도록 유인·권유한 자(법 제6조 제4항) 등은 모두 청소년 성매매를 유발·조장하는 범죄자들로써, 청소년 성매수자보다 더 무거운 법정형이 예정되어 있는 데도, 신상공개는 되지 않는 점에서 '청소년의 성 보호'라는 보호법익의 특수성이 신상공개 여부를 나누는 결정적인 기준이 되고 있다고 할 수도 없다.

결국 일반범죄자등과 청소년 성매수자를 차별할 만한 다른 합리적 이유는 찾기 어렵고, 다만 성인 남성들에게 청소년 성매수행위를 하지 말라는 강력한 경고의 메시지를 전하려는 입법의도만 유일한 차별근거가 아닌가 생각된다.

그러나 이러한 입법의도가 청소년 성매수자에 대한 신상공개를 정당화할 만큼의 성질이나 비중을 가지고 있지 않음은 이미 앞에서 인격권의 침해 여부를 논하면서 살펴본 바와 같다.

따라서 일반범죄자등과는 달리 청소년 성매수자만 차별하여 신상공개를 하는 것은 그 차별의 이유와 차별의 내용 사이의 적절한 균형관계를 인정할 수 없으므로 평등원칙에 위배된다고 할 것이다.

[2] 법 제20조 제5항에 관하여

재판관 윤영철, 하경철, 김효종, 김경일의 합헌의견

법 제20조 제5항에서 위임되는 "구체적인 시기·기간·절차 등"은 신상공개에 있어서 본질적 부분은 아니며 어디까지나 부수적인 부분이라고 볼 것이다. 그리고 대통령령에 규정될 "시기"는 법 제20조 제1항("계도문을 연 2회 이상 작성")을 고려하면 연 2회 이상으로서 각 확정판결 후 이에 가까운 때가 될 것으로 예상되고, "기간"은 입법목적에 달성하기에 합리적인 기간으로서 위 조항이 "연 2회 이상"이라고 정하고 있으므로 통상 6개월 범위 내일 것이 예측될 수 있으며, "절차"는 제3항 등 범상의 제 규정을 참조할 때 그 절차의 일반적 내용의 대강이 예측될 수 있고, "등"은, 시기, 기간, 절차와 유사하게, 신상공개시 필요한 그 밖의 사항이 대통령령으로 규정될 것이 어느 정도 예측될 수 있으므로, 결국 대통령령에 규정될 내용의 대강이 예측가능하다 할 것이다.

따라서 법 제20조 제5항은 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

재판관 한대현, 김영일, 권성, 송인준, 주선회의 위헌의견

신상공개제도에 있어서 그 시기·기간·절차 등은 단순한 부수적 사항이 아니라 신상공개제도의 전반적 성격 및 운용방향을 결정짓는 본질적 내용에 해당할 뿐만 아니라, 대상자의 기본권에 직접적인 영향을 주는 중요한 사항이다. 그럼에도 법 제20조 제5항은 이러한 시기·기간·절차 등에 관하여 그 기본내용이나 범위를 구체적으로 정함이 없이 일체를 대통령령에서 정하도록 위임하고 있고, 따라서 하위법령을 보지 않고 법만 가지고서 신상공개의 구체적 시기·기간·절차 등에 관한 내용의 대강을 파악한다는 것은 불가능하다.

그렇다면, 위 법률조항은 포괄위임입법규정으로서, 헌법상 위임입법의 정당한

한계를 벗어났다.

【참조판례】

- [1] (1) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바38 결정; 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11 결정; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바67 결정
- (2) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정; 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165 결정; 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95 결정
- (3) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정
- (4) 헌재 1998. 5. 28. 96헌바4 결정
- [2] 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등 결정; 헌재 1999. 1. 28. 97헌가8 결정; 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95 등 결정; 헌재 2000. 8. 31. 99헌바104 결정

【참조법령】

청소년의 성보호에 관한 법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제20조 제1항, 제2항 제2호 내지 제7호, 제5조, 제2조, 제6조 제4항, 제7조 제2항 제1호·제2호·제3호

【심판대상조문】

청소년의 성보호에 관한 법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제20조 제2항 제1호, 제3항, 제4항, 제5항

【당 사 자】

제청법원 서울행정법원제청

신청인 두○균 (대리인 변호사 최○백 외 2인)

【당해사건】 서울행정법원 2001구28240 신상등공개처분취소

【주 문】

1. 청소년의 성보호에 관한 법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제20조 제2항 제1호, 제5항은 「헌법」에 위반되지 아니한다.
2. 나머지 위헌여부심판제청을 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 2000. 7. 1. 청소년에게 6만원을 제공하고 1회 성교행위를 하여 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제5조를 위반하였다는 혐의로 2000. 8. 18. 전주지방법원에서 벌금 500만원을 선고받았고, 같은 달 26. 이 판결은 그대로 확정되었다.

(2) 청소년보호위원회는 2001. 5. 3. 위 법률 제20조에 근거하여 제청신청인의 성명, 연령, 생년월일, 직업, 주소 등과 범죄사실의 요지를 관보에 게재하고 역시 같은 내용을 청소년보호위원회의 인터넷 홈페이지에 6개월간, 정부중앙청사 및 특별시·광역시·도의 본청 게시판에 1개월간 게시하기로 하는 결정을 하였다.

(3) 이에 제청신청인은 2001. 7. 16. 서울행정법원에 청소년보호위원회를 상대로 위 신상등 공개처분의 취소를 구하는 소를 제기한 후(2001구28240), 그 소송 계속중에 위 법률 제20조에 대한 위헌여부심판제청을 신청하였다(2002아15). 위 법원은 위 법률 제20조 제1항에 대하여는 신청을 기각하고, 같은 조 제2항 제2호 내지 제7호에 대하여는 신청을 각하하였으며, 같은 조 제2항 제1호, 제3항, 제4항, 제5항에 대하여는 신청을 받아들여 2002. 7. 26. 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

나. 심판대상

심판의 대상이 사건 심판대상은 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제20조 제2항 제1호, 제3항, 제4항, 제5항이 「헌법」에 위반되는지 여부이며, 심판대상 조항 및 관련규정의 내

용은 다음과 같다.

법 제20조(범죄방지 제도) ① 청소년보호위원회는 청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 계도문을 년 2회 이상 작성하여 관보게재를 포함한 대통령령이 정하는 방법으로 전국에 걸쳐 게시 또는 배포하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 계도문에는 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 범한 자의 성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지를 그 형이 확정된 후 이를 게재하여 공개할 수 있다. 다만 죄를 범한 자가 청소년인 경우에는 그러하지 아니하다.1. 제5조의 규정을 위반한 자2.~7. (생략)

③ 청소년보호위원회는 제2항의 규정에 의한 신상 등의 공개를 결정함에 있어서 공개대상자 및 대상 청소년의 연령, 범행동기, 범행수단과 결과, 범행진력, 죄질, 공개대상자의 가족관계 및 대상 청소년에 대한 관계, 범행후의 정황 등을 고려하여 공개대상자 및 그 가족 등에 대한 부당한 인권침해가 없도록 하여야 한다.

④ 제2항의 규정에 의한 신상공개의 경우 제5조 내지 제10조의 규정에 의한 죄의 대상청소년과 피해 청소년의 신상은 공개할 수 없다.

⑤ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 계도문 게재 등과 관련한 구체적인 시기·기간·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제5조(청소년의 성을 사는 행위) 청소년의 성을 사는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

청소년의 성보호에 관한 법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6479호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "청소년"이라 함은 19세 미만의 남녀를 말한다.
2. "청소년의 성을 사는 행위"라 함은 청소년, 청소년을 알선한 자 또는 청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품 기타 재산상 이익이나, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 이를 약속하고 다음 각 목의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.

가. 청소년과의 성교행위나, 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위

3. (생략)

2. 위헌심판제청이유와 이해관계인들의 의견

가. 제청법원의 제청이유의 요지

(1) 청소년의 성을 사는 행위를 한 자(이하 '청소년 성매수자'라 한다)에 대한 신상공개는 특별예방의 효과와 일반예방의 효과를 기하고 있으므로 그 실질적인 속성은 형벌이다. 한편, 청소년 성매수자에 대한 형사처벌과 그 형의 확정 후 이루어지는 신상공개는 그 대상행위 및 보호법익이 같다. 그러므로 청소년 성매수자에 대한 신상공개는 「헌법」 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다.

(2) 신상공개가 형벌적 속성을 가지는 이상, 행정청인 청소년보호위원회가 신상공개 여부를 결정하는 것은 법관에 의한 재판을 받을 권리의 침해 및 적법절차원칙의 위반에 해당한다.

나. 제청신청인의 의견

(1) 청소년 성매수자의 성명·연령·생년월일·직업·주소와 그 범죄사실의 요지는 사생활의 비밀에 해당하고, 이것이 그 의사에 반하여 외부에 공표될 경우 청소년 성매수자로서는 심한 인격적 수모를 느끼게 된다. 그러므로 청소년 보호라는 입법목적 달성을 위한 수단이라고 하더라도, 그로 인한 기본권 침해를 최소화하기 위해서는 새로이 신상공개제도를 도입할 것이 아니라 기존의 형사처벌과 보안처분제도를 잘 활용하는 방법을 택하는 것이 바람직하다. 만일 형사처벌 외에 신상공개제도를 도입하는 경우에 있어서도 죄질이나 재범의 위험성에 따라 단계적으로 공개하는 등의 방법을 취해야 할 것이다. 그럼에도 현행 신상공개제도는 벌금형과 같은 비교적 가벼운 형을 선고받은 경우나 초범 등과 같은 경우에도 전국적 공개를 규정하고 있는바, 이는 청소년 성매수자의 인격권 내지 사생활의 비밀을 과도하게 침해하는 것으로서, 위헌이다.

(2) 법 제20조 제2항은 청소년 대상 성범죄자의 신상을 공개할 것을 규정하고 있지만, 이보다 불법성이 더 큰 여러 범죄들, 예컨대 미성년자 살해행위, 미성년자 약취유인행위, 미성년자를 대상으로 한 인질강도행위 등에 관하여는 범죄자의 신상이 공개되지 않는다. 그러나 위의 범죄들은 모두 청소년 보호라는 법익을 침해하는 행위인 점에 있어서는 본질적으로 다르지 않다. 그럼에도 성범죄자에 대해서만 신상을 공개하도록 하는 것은 평등원칙에 위배된다.

또한, 법 제20조 제2항은 청소년 대상 성범죄들 중에서도 일부에 대해서만 신상공개를 하도록 규정하고 있는바, 신상공개 대상이 되는 성범죄와 그렇지 않은 성범죄는 그 보호범익이 청소년의 보호라는 점에서는 동일하지만, 양자를 나누는 기준은 모호하므로, 결국 여기서도 평등원칙 위배의 문제가 발생한다.

(3) 그 밖에는 제청법원의 제청이유와 대체로 같은 의견이다.

다. 청소년보호위원장의 의견

(1) 현행 신상공개제도는 청소년의 성보호를 달성하기 위해 입법정책적으로 채택된 것으로서, 처벌·보안처분 등 전형적인 형사제재 이외의 새로운 형태의 범죄예방수단이라 할 것이고, 그 본질·목적·기능에 있어서 형벌과는 다른 의의를 지니므로 형벌부과와 별도로 청소년 대상 성범죄자의 신상을 공개한다고 하더라도 이중처벌금지원칙 위반이 되지 않는다.

(2) '청소년의 성보호'를 달성하기 위한 여러 가지 수단 중 하나로서, 형사처벌과 보안처분을 강화하는 방법을 생각할 수 있으나, 이것이 현행 신상공개제도와 비교하여 기본권을 덜 침해하는 수단이라고 단정하기는 어렵다. 또한, 전국적 일반공개가 아니라 일정한 행정당국이 그 명단을 등록·보관하면서 청소년 대상 성범죄자가 거주하는 지역의 주민들에게만 정보를 공개하는 방법도 생각할 수 있으나, 이 방법은 실효성 획득을 위해 현재의 것보다 훨씬 자세하고 구체적인 정보가 공개될 것을 요구하는바, 그렇게 될 경우 현행 신상공개제도보다 덜 침해적이라고 보기 어렵다. 그러므로, 이들 방법을 취하지 않고 현행 신상공개제도를 취한 것이 피해의 최소성에 반한다고 할 수 없다.

나아가, 현행 신상공개제도는 우리 사회에 있어서 가장 중요한 공익인 '청소년의 성보호'를 위한 것이고, 공개대상항목은 성명, 연령 및 생년월일, 직업, 주소(확정판결문에 기재된 것을 기준으로 시·군·구까지만 포함됨), 범죄사실의 요지 등으로서, 법원의 확정판결문에서 공개되는 대상항목의 범위를 초과하지 않는다. 또한, 현실적으로 재판을 받는 과정에서 혹은 구속 또는 수사를 받는 과정에서 주변 사람들에게 범죄행위가 알려지는 것이 보통인 점 등을 감안할 때, 현행 신상공개제도가 범익의 균형성을 상실한 제도라고 하기 어렵다. 따라서 과잉금지원칙에 위반하여 성범죄자의 기본권을 침해한다고 할 수 없다.

(3) 청소년 대상 성범죄에 있어서 보호법익은 청소년의 성보호에 있지만, 미성년자 살해행위, 미성년자 약취유인행위, 미성년자를 대상으로 한 인질강도행위 등은 각각 그 보호법익이 미성년자의 생명, 자유, 재산 등에 있으므로, 결국 위 두 가지는 본질적으로 서로 다르므로 양자를 달리 취급하더라도 평등원칙에 위배되지 않는다.

또한, 신상공개 대상이 되는 청소년 대상 성범죄와 그렇지 않은 청소년 대상 성범죄를 나눈 것은 행위의 대상·목적·태양 등의 차이점에 근거한 것으로서, 합리적 차별에 해당하므로 평등원칙에 위배되지 않는다.

(4) 신상공개는 처벌이나 형벌이 아니므로 법관에 의해 신상공개 여부가 결정될 필요는 없다. 또한, 법관에 의한 재판은 거쳐 형이 확정된 이후에 신상공개가 결정되고, 「신상공개사전심의위원회운영규정」 제9조 제3항에 의하여 신상공개 대상자로 선정된 자에 대해 의견진술기회가 부여되며, 행정소송을 통해 신상공개결정의 적법 여부를 다툴 기회가 보장되고 있다. 이러한 점들에 비추어 볼 때, 법관에 의한 재판을 받을 권리가 침해되었다거나 적법절차원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

3. 적법 요건에 관한 판단

가. 법 제20조 제2항 제1호에 관하여

이 조항은 청소년 성매수자의 신상을 공개할 수 있게 하는 직접적인 근거조항이므로 재판의 전제성이 인정된다.

나. 법 제20조 제3항, 제4항에 관하여

제청법원은 법 제2항 제1호를 위헌으로 결정할 경우 법 제20조 제3항 및 제4항도 더 이상 적용할 수 없게 된다는 이유를 들어 이들 조항에 대해 위헌여부심판을 제청하였다. 그러나 법 제20조 제2항 중 제2호 내지 제7호에 대해서는 위헌심판제청이 없는 점을 감안할 때, 설사 위 같은 항 제1호가 위헌으로 결정된다고 하더라도, 법 제20조 제3항 및 제4항에 대해서까지 부수적 위헌선언을 할 것은 아니다.

한편, 제3항은 신상공개를 결정함에 있어서 제반 사정을 고려하여 공개대상자

및 그 가족 등에 대한 부당한 인권침해가 없도록 해야 한다는 규정이고, 제4항은 피해청소년의 신상을 공개할 수 없다는 규정으로서, 이들 조항의 내용은 이 사건에서 문제되고 있는 청소년 성매수자에 대한 신상공개의 위헌성과는 아무런 관련이 없는 것으로 판단되며, 이들 조항의 위헌 여부에 따라 당해사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것으로 보이지도 않는다. 그렇다면 이 조항들은 재판의 전제성이 없어 이 부분 위헌여부심판제청은 부적법하다.

다. 법 제20조 제5항에 관하여

이 조항은 신상공개의 시기, 기간, 절차에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 그런데 이 조항이 위헌이라면, 그에 근거한 대통령령의 관련 규정들 및 신상공개처분도 위법한 것으로 평가될 것이다. 그렇다면, 이 조항은 당해사건에 적용되는 법률조항으로서, 그 위헌 여부가 당해사건의 재판에 영향을 미칠 수 있다고 할 것이므로, 재판의 전제성이 인정된다.

4. 신상공개제도의 개관

가. 신상공개제도의 내용

청소년보호위원회는 청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 계도문을 연 2회 이상 작성하여 관보게재 등의 방법으로 전국에 걸쳐 게시 또는 배포하여야 한다. 그 계도문에는 청소년에 대한 강간·강제추행·성매수·성매수알선과 청소년이용음란물의 제작·배포 등의 죄를 범하고 그 형이 확정된 자의 신상도 게재하여 공개할 수 있도록 되어 있다(법 제20조 제1항, 제2항). 이를 위해 청소년보호위원회는 매년 반기별로 법무부, 국방부 등 관계기관의 장에게 법 제20조 제2항 각호의 죄를 범하여 형이 확정된 자에 관한 자료를 제출할 것을 요청하고(법시행령 제2조 제1항), 관련자료를 제출받은 날로부터 5월 이내에 계도문을 작성하여 이를 게시 또는 배포해야 한다(법시행령 제3조 제1항).

신상공개 대상자의 구체적인 선별은 청소년보호위원장이 위촉한 범조계, 학계, 시민단체 등 관계 전문가 9인으로 구성된 청소년보호위원회 산하 신상공개사전심의위원회(이하 '심의위원회'라 한다)에서 이루어진다. 청소년보호위원회 예규인 '신상공개사전심의위원회운영규정'(이하 '운영규정'이라 한다)에 의하면 심의위원회는 소위 '신상공개심의기준표'에 따른 평가를 거쳐 형량, 범죄유형, 대상청소년

의 연령, 범행동기·수단·결과 및 죄질, 범죄전력 등으로 구성된 필요적 합산항목(총 100점)과 기타고려항목(총득점의 10% 가감)을 합산한 점수가 60점 이상인 자를 공개대상자로 선정한다(운영규정 제9조 제1항 등 참조).

공개대상자로 선정된 자에 대하여 청소년보호위원회는 10일 이상의 기간을 정하여 서면에 의한 의견진술기회를 주어야 한다(운영규정 제9조 제3항). 지정된 기일까지 의견진술을 하지 않은 자에 대하여는 의견이 없는 것으로 간주하고, 의견진술을 한 자에 대하여는 재심의를 하여 신상공개 여부를 결정한다(운영규정 제9조 제4항). 공개대상자가 확정되면 청소년보호위원회는 그 사실을 당사자에게 송달하여야 하며, 그 송달의 효력 발생일로부터 60일이 경과한 후에 신상 공개를 하여야 한다(법시행령 제4조).

이 때에 공개되는 내용은 대상자의 성명(한글 및 한자로 표기하되, 외국인의 경우 한글과 알파벳 또는 한자로 표기한다), 연령 및 생년월일, 직업(확정판결문에 기재된 것을 기준으로 한다), 주소(확정판결문에 기재된 것을 기준으로 시·군·구까지만 포함한다)와 범죄사실의 요지 등이다(법 제20조 제2항 본문, 법시행령 제3조 제2항 참조). 공개방법은 '관보게재'를 비롯하여 '청소년보호위원회의 인터넷 홈페이지에 6월간 게재'와 '정부중앙청사 및 특별시·광역시·도의 본청의 게시판에 1월간 게시' 등에 의한다(법 제20조 제1항, 법시행령 제5조 제1항 참조).

나. 신상공개 현황

2001. 8. 30. 처음 신상공개가 실시된 이래 이 결정 선고시까지 총 4회에 걸쳐 실시되었는데, 제1회부터 제3회까지 신상공개 대상자의 범죄유형별 현황은 다음의 표와 같다.

구 분	강간		강제추행		성매수		성매수 알선		음란물 제작		계	
	대상	공개	대상	공개	대상	공개	대상	공개	대상	공개	대상	공개
제 1 차	82	65 (79.2%)	93	61 (65.5%)	109	27 (24.7%)	16	16 (100%)	-	-	300	169 (56.3%)
제 2 차	183	150 (81.9%)	162	120 (74.1%)	424	123 (29.0%)	56	49 (87.5%)	1	1 (100%)	824	443 (53.7%)

제 3 차	241	214 (88.8%)	263	167 (63.5%)	626	178 (28.4%)	113	111 (98.2%)	1	1 (100%)	1,244	671 (53.9%)
계	506	429 (84.8%)	518	348 (67.2%)	1159	328 (28.2%)	185	176 (95.1%)	2	2 (100%)	2,368	1,283 (54.1%)

한편, 2003. 4. 9. 실시된 제4회 신상공개에서는 1,221명의 심사대상자 중에서 강간 208명, 강제추행 200명, 성매수 155명, 성매수알선 70명, 청소년이용음란물 제작 10명 등 643명의 신상이 공개되었다. 범죄유형별 공개비율을 보면 전체 대상자 중 강간·강제추행은 약 89%, 성매수알선과 음란물제작은 1명을 제외하고 모두가 공개되는 반면, 성매수는 22.7%가 공개되었다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효중, 재판관 김경일의 의견

가. 신상공개제도의 입법배경 및 입법목적

입법부는 1999. 11.경 당시 이른바 '원조교제'라는 명칭으로 이루어지는 성인과 청소년간의 매매춘행위 및 청소년을 이용한 음란물 제작 등 청소년을 대상으로 하는 성범죄가 심각한 사회적 문제로 등장하자, 이에 대처하기 위하여 메간법(Megan's Law)으로 알려진 미국의 성범죄자등록법제와 같은 정보공개제도를 참조하여 청소년 대상 성범죄자의 신상공개제도를 도입하기로 하고, 2000. 2. 3. 「청소년의 성보호에 관한 법률」을 제정하였다(같은 해 7. 1.부터 시행).

법은 청소년을 대상으로 하는 성범죄로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 하고 있고(제1조), 여기서 청소년이란 19세 미만의 자를 말하며, 그러한 목적을 달성하기 위하여 제20조 제1항에서 청소년보호위원회로 하여금 청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위하여 계도문을 작성하여 관보에 게재하고 대통령령이 정하는 방법으로 전국에 걸쳐 게시 또는 배포하도록 하고, 그러한 계도문에는 청소년의 성을 사는 행위를 한 자 등의 성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지를 그 형이 확정된 후 이를 게재하여 공개할 수 있도록 하였다(제20조 제2항 본문. 이하 이를 '신상공개제도'라 한다).

입법자는 19세 미만의 청소년을 대상으로 한 성인의 성매수 행위라는 심각한 사회적 병폐를 방지하기 위해서는 종래의 형사처벌이나 보안처분 등과 같은 전형적인 형사제재로는 불충분하고, 그러한 새로운 형태의 범죄를 예방하기 위한 수단으로서 계도(啓導) 조치가 필요하다고 보고, 그 계도조치로서는 해당 범죄인의 신상을 공개하는 것이 범죄예방을 위한 효과적인 방법이라고 판단하여 청소년 대상 성매수자 등의 신상을 공개하는 방법을 채택한 것이다.

나. 법 제20조 제2항 제1호의 위헌 여부

이 사건에서는 동 조항상의 신상공개제도가 이중처벌금지의 원칙에 위배되는 것은 아닌지, 인격권 등을 과잉 제한하는 것은 아닌지, 평등원칙에 위배되는 것이 아닌지 등이 문제된다.

(1) 이중처벌금지의 원칙 위배 여부

「헌법」 제13조 제1항은 "모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다."고 하여 '이중처벌금지의 원칙'을 규정하고 있다. 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 '일사부재리의 원칙'이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이다. 그런데 「헌법」 제13조 제1항에서 말하는 '처벌'은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 '처벌'에 포함시킬 수는 없는 것이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627).

신상공개제도는 형의 종류를 정하고 있는 형법 제41조에 해당되지 않으나, 해당 범죄자에게 확정된 유죄판결 외에 추가적으로 수치감과 불명예 등의 불이익을 주게 되는데, 이러한 불이익이 실질적으로 수치형이나 명예형에 해당되는지 여부를 살펴봄에 있어서는 신상공개제도의 입법목적, 공개되는 내용과 유죄판결의 관계 등이 고려되어야 할 것이다.

법 제20조 제1항은 "청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 계도"가 신상공개제도의 주된 목적임을 명시하고 있는바, 이 제도는 유사한 범죄예방을 위한 하나의 방법으로 도입된 것이며, 이로써 당사자에게는 일종의 수치심과 불

명예를 줄 수 있지만 이는 어디까지나 신상공개제도가 추구하는 입법목적에 부수적인 것이지, 주된 것은 아니라고 볼 것이다.

실제로 지금까지 행해진 신상공개의 실상을 보면, 이는 대국민 범죄방지의 계도를 위하여 개인에 대한 부분적인 자료를 공개한 것으로서, 일종의 사례공개를 하는 정도에 불과한 것이었다.

신상공개제도에서 공개되는 신상과 범죄사실은 「헌법」 제109조 본문에 의해 이미 공개된 재판에서 확정된 유죄판결의 내용의 일부이며 달리 개인의 신상 내지 사생활에 관한 새로운 내용이 아니고, 위에서 본 바와 같이 공익적 목적을 위하여 이를 공개하는 과정에서 부수적으로 수치심 등이 발생된다고 하여 이것을 기존의 유죄판결 상의 형벌 외에 또 다른 형벌로서 '수치형'이나 '명예형'에 해당한다고 볼 수는 없다.

통상 어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 입법자에게 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되는 것으로(헌재 1995. 4. 20. 91헌바 11, 판례집 7-1, 478, 487 ; 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 711-712), 입법자에게는 특정 사회적 현상에 대처하기 위해 범죄예방 조치를 택할 수 있는 입법형성의 자유가 허용된다고 볼 것이고, 신상공개제도는 후술하듯이 인권을 침해하는 위헌적인 제도로 파악되기 어려운 이상, 비록 범죄자의 수치심과 불명예를 수반한다고 하더라도 입법자가 19세 미만의 청소년의 성매수 범죄와 같은 새로운 형태의 반사회적인 범죄에 대처하기 위하여 선택할 수 있는 입법형성의 범위 내에 속하는 것이라고 보아야 할 것이다.

이상의 이유에서, 신상공개제도는 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌에 해당한다고 단정할 수 없으므로 「헌법」 제13조의 이중처벌금지 원칙에 위배되지 않는다.

참고로, 미국 연방대법원은 알래스카주의 메간범이 성범죄자로 하여금 이미 유죄확정되어 대중에게 개방된 판결자료 중 자신의 신상과 유죄판결에 관한 사항에 관하여 관할 당국에 등록하도록 하고(위반시 형사처벌), 그 자료를 당국이 인터넷에 공개한다고 되어 있어도 이를 수치형이나 명예형으로 볼 수는 없다고

판단한 바 있다.

(2) 과잉금지의 원칙 위배 여부

(가) 제한되는 기본권

「헌법」 제10조 제1문은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."고 규정하고 있는데, 이 조항이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310 ; 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 526-527).

또한 「헌법」 제17조는 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."고 규정하고 있다.

신상공개제도는 국가가 개인의 신상에 관한 사항 및 청소년의 성매수 등에 관한 범죄의 내용을 대중에게 공개함으로써 개인의 일반적 인격권을 제한하며, 한편 사생활의 비밀에 해당하는 사항을 국가가 일방적으로 공개하는 것이므로, 이는 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유를 제한하는 것이라 할 것이다.

(나) 과잉금지 원칙의 내용

이러한 권리와 자유의 제한은 그 제한의 목적과 방법 등에 있어서 「헌법」 제37조 제2항에서 규정한 과잉금지 내지 비례의 원칙에 어긋나서는 아니된다.

과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 「헌법」 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 수단이 효과적이고 적절하여야 하며(수단의 적합성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 수단을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260 참조).

(다) 입법목적의 정당성 위배 여부

신상공개제도의 입법목적은 해당 범죄인의 신상과 범죄행위를 일반에게 공개함으로써 어린이나 청소년 대상 성범죄행위에 대하여 일반 국민에게 경각심을 주어 유사한 범죄를 예방하고, 이를 통하여 청소년을 보호하기 위한 것이다.

법 제정 당시 성인들이 청소년의 성을 매수하는 범죄의 규모나 증가추세가 매우 심각한 양상이었고, 청소년에 대한 성범죄가 청소년의 성장에 미치는 중대한 해악에 대한 인식부족과 때마침 인터넷과 같은 매체의 급속한 발달과 맞물려 도덕성의 심각한 해이 현상을 일으켰고, 더 이상 성인이나 청소년들의 도덕성에만 그 개선을 기대할 수 없는 지경에 이르러 법적 제재장치를 통하여 예방될 필요성이 대두되었다.

청소년들의 성을 매수하는 등의 행위는 비록 그들의 형식상 동의에 의한 것이라 해도 정신적 판단력이 약하고 금전적 유혹에 빠지기 쉬운 청소년들에게 있어서는 그것이 진정한 동의에 해당된다고 보기 어려울 뿐 아니라, 그들의 정신과 육체 등의 건전한 성장에 중대한 해악을 주게 된다. 이러한 행위는 돈이면 무엇이든 가능하고 돈을 위해서라면 청소년의 성매매도 할 수 있다는 매우 위험한 배금주의의 표상으로서, 공동체의 사회적 규칙과 범질서에서 심히 벗어나 우리사회의 근본적 도덕성을 타락시키고 선조들이 가꾸어 온 전통문화를 훼손하므로 이에 대한 적극적인 대처를 하지 않고 방치하였을 때는 우리 사회가 타락한 사회로 변할 수 있다는 점에서 매우 우려할 만한 것이다.

입법자는 이러한 사회적 병폐현상에 대처하여 장차 국가의 장래를 책임지게 될 우리의 청소년들을 보호하고 우리 사회의 성문화에 대한 최소한의 도덕성을 지키기 위하여 그와 같은 입법을 한 것으로 볼 것이다.

그렇다면 이러한 입법목적은 「헌법」 제37조 제2항의 공공복리를 위하여 필요한 것으로서 그 정당성이 인정된다.

(라) 수단의 적합성 위배 여부

신상공개제도가 그러한 입법 목적을 달성하기 위한 가장 효과적이고 적절한 수단에 해당하는지는 의문의 여지가 없지 않으나, 상식적으로 볼 때 해당 범죄인의 신상을 대중에게 공개하는 제도는 일반 성인들에게 미성년자 성매수자가

되지 않도록 하는 위하적 내지 예방적 효과를 줄 것이라는 점을 인정할 수 있으므로, 신상공개제도는 과잉금지 원칙에서 요구되는 수단의 적합성을 갖춘 것이라 볼 것이다.

오늘날 성매매 등 아동에 대한 성착취 문제는 전 세계의 관심사가 되고 있고 여러 나라에서 신상공개제도와 유사한 새로운 입법수단을 마련하고 있는 바, 1989년 유엔 '아동권리조약(Convention on the Right of the Child)'은 조약 체결국이 아동을 성매매나 기타 성적 착취행위로부터 보호할 의무를 규정한 바 있고(제34조), 한편 1996년 스웨덴 스톡홀름에서 개최된 '상업적 성착취에 대항하는 제1차 세계 대회'에서는 참가국들이 상업적 성착취의 희생자가 되는 아동의 수를 감소시키는 등의 조치를 향후 5년 이내에 개발할 것을 선언하였다. 미국의 경우 성범죄자들로 하여금 직접 관할 당국에 주기적으로 자신의 성명, 주소, 직장, 유죄판결 내용을 등록하게 하며 등록자들은 사진과 지문까지 찍고 그러한 내용들은 인터넷에 공개되고(알래스카주의 경우), 대만의 경우에도 「아동 및 소년 성교역 방제 조례」(兒童及少年性交易防制條例, 2000. 11. 8. 수정 공포된 것)에 의하면, 18세 이상의 자가 대가를 받고 아동(12세 미만자)이나 소년(18세 미만자)과 성교 혹은 외설행위, 그 밖에 동법상 아동이나 소년의 성(性)에 관련된 범죄행위를 한 경우에는 형사판결 확정 후 주관기관이 범죄자의 이름과 사진 그리고 판결요지를 공고하도록 규정하고 있다(제34조).

이러한 입법례는 종래의 형벌이나 보안처분 등의 형사제재 수단만으로는 아동과 청소년의 성을 보호하기 위한 입법목적 달성을 불충분하다는 것을 반영하는 것이고, 이는 청소년 성매수 범죄와 그 피해자의 특수성에 기인하는 것이라 볼 수 있다.

한편 현행 제도는 얼굴이나 사진 등 공개대상자에 대한 구체적인 정보를 제공하는 것도 아니고 성매수의 상대방인 청소년을 차단하는 효과도 없어 범죄 예방의 효과가 없다는 지적이 있으나, 이 제도의 목적 자체가 이른바 메간법의 경우와 같이 출소한 성범죄자로부터 잠재적인 피해자와 지역사회를 보호하기 위해 정보제공을 한다는 구체적이고 특징적인 것이라기 보다는 청소년의 성을 매수하는 행위의 해악과 심각한 문제점을 계도함으로써 청소년의 성을 보호, 구체하여 궁극적으로 청소년의 인권을 보장하고 이들이 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 한다는 보다 일반적 차원에서의 청소년 성매수 범죄의 방지에 있

고, 신상공개제도가 일반인으로 하여금 청소년 대상 성범죄의 충동을 억제하게 하는 효과가 있다고 할 것이므로 수단의 적합성이 인정되는 것이다.

(마) 피해의 최소성 위배 여부

이 문제를 살펴봄에 있어서는 신상공개제도가 우리 사회에서 심각하게 황폐화되고 있는 청소년의 성을 보호하기 위한 것이라는 앞서 본 바와 같은 극히 중요한 입법목적에 기인한 것인 점을 주목할 필요가 있다.

구체적으로 위와 같은 청소년 성 보호라는 중대한 입법목적은 효과적으로 달성함에 있어 신상공개제도 외에 명백히 덜 제한적인 다른 수단이 있는지 살펴본다.

앞서 보았듯이 형벌이나 보안처분만으로는 그 입법목적을 달성하는데 충분하다고 하기 어렵고, 가령 청소년 대상 성범죄자의 치료나 효율적 감시체계 확립, 청소년에 대한 선도 등의 정책을 생각해 볼 수 있으나, 청소년 대상 성범죄자에 대한 전문적인 교정 인력의 부족 등 물적·인적 시설이 미비하고, 청소년들의 성에 대한 지나친 개방적 사고와 배금주의적 행태, 성을 상품화하는 잘못된 소비풍조, 어른들의 왜곡된 성의식 등 사회문화적 부문에서의 보다 근본적이고 전반적인 개선에는 많은 시간과 노력이 걸리므로, 현재 증가하고 있는 청소년 대상 성범죄를 예방하기 위해서는 신상공개제도와 같은 입법적 수단이 불필요하다고 단정할 수 없는 것이다.

또한 행정당국이나 경찰당국에 범죄자의 명단을 등록케 하고, 지역주민 등의 요청에 의해서 정보를 공개하는 경우를 상정해 보면, 이러한 방법의 실효성을 달성하기 위해서는 지역주민들에게 해당 범죄자에 대한 상세한 정보가 알려져야 하고 이를 위해서는 관보나 인터넷 이상으로 쉽게 접근할 수 있는 신문이나 방송과 같은 공개수단이 선택될 필요가 있다고 보여지는데, 이러한 제도가 현행 제도보다 명백히 덜 침해적이라고 보기 어렵다.

뿐만 아니라 법 제20조 제3항은 신상공개 결정에 있어서 공개대상자 및 대상 청소년의 연령, 범행동기, 범행수단과 결과 등을 감안하여 공개대상자 및 그 가족 등에 대한 부당한 인권침해가 없도록 할 것을 규정하고 있고, 후술하듯이 하위 법령에 의하면 신상공개 대상자로 선정된 자에 대하여 의견진술기회가 부여되는 등 신상공개제도로 인한 당사자의 불이익을 최소화하기 위한 장치를

마련하고 있다.

그렇다면 신상공개제도가 달리 다른 입법수단이 있음에도 불구하고 해당 범죄인들의 기본권을 더 제한하는 것이라고 단정할 수 없고, 가능한 여러 가지 수단 가운데 무엇이 보다 덜 침해적이라고 보기 어려운 상황에서 어떠한 수단을 선택할 것인가는 입법자의 형성의 권한 내라 할 것이므로, 신상공개제도는 피해의 최소성 원칙에 어긋나지 아니한다.

(바) 법익의 균형성 위배 여부

성인에 의한 청소년의 성매수 행위는 앞서 언급하였듯이 빠른 속도로 확산되며, 그러한 범죄행위는 청소년의 정신적, 육체적, 사회적 성장에 평생 치유될 수 없는 심각한 위협을 줄 수 있다. 신상공개제도는 범죄자 본인을 처벌하려는 것이 아니라, 현존하는 성폭력위험으로부터 사회 공동체를 지키려는 인식을 제고함과 동시에 일반인들이 청소년 성매수 등 범죄의 충동으로부터 자신을 제어하도록 하기 위하여 도입된 것으로서, 이를 통하여 달성하고자 하는 '청소년의 성보호'라는 목적은 우리 사회에 있어서 가장 중요한 공익의 하나라고 할 것이다.

이에 비하여 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도를 살펴보면, 법 제20조 제2항은 "성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지"를 공개하도록 규정하고 있는바 이는 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 국가가 공익 목적으로 공개하는 것으로 공개된 형사재판에서 밝혀진 범죄인들의 신상과 전과를 일반인이 알게 된다고 하여 그들의 인격권 내지 사생활의 비밀을 침해하는 것이라고 단정하기는 어렵다.

또한, 신상과 범죄사실이 공개되는 범죄인들은 이미 국가의 형벌권 행사로 인하여 해당 기본권의 제한 여지를 일반인보다는 더 넓게 받고 있다. 청소년 성매수 범죄자들이 자신의 신상과 범죄사실이 공개됨으로써 수치심을 느끼고 명예가 훼손된다고 하면서 법적 구제를 요청할 경우, 이들의 인격과 사생활도 보호되어야 하지만, 그 보장 정도에 있어서 일반인과는 차이를 둘 수밖에 없는 것이다. 현행법상 유죄로 확정된 범죄인에게 선거권을 제한하는 등 다른 기본권의 제한이 일반인보다 더 넓게 가능하다면, 특정 성범죄에 있어서는 인격권과 사생

활의 비밀의 자유도 그것이 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다고 보아야 한다. 그렇다면 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 청소년 성보호라는 공익적 요청에 비해 크다고 할 수 없으므로 범익의 균형성 원칙에 어긋나지 않는다.

(사) 결론

법 제20조 제2항 제1호상의 신상공개제도는 해당 범죄인들의 일반적 인격권, 사생활의 비밀의 자유를 「헌법」 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배하여 침해한 것이라 할 수 없다.

(3) 평등원칙의 위배 여부

신상공개의 대상이 되는 성범죄보다 불법성이 더 크다고도 할 수 있는 청소년 대상 일반 범죄들, 예컨대 미성년자 살해행위, 미성년자 약취유인행위 등의 범죄자의 신상은 공개하지 않고, 범상의 청소년 대상 성범죄 가운데에서도 청소년 성매수의 장소제공 또는 알선한 자 등 일련의 행위의 범죄자의 신상은 공개되지 않는다는 점에서 평등원칙 위배여부가 문제된다.

신상공개가 되는 청소년 대상 성범죄를 규정한 법률조항의 의미와 목적은 성인이 대가관계를 이용하여 청소년의 성을 매수하는 등의 행위로 인하여 야기되는 피해로부터 청소년을 보호하려는 데 있는 것이고, 이에 비추어 볼 때 청소년 대상 성범죄와 그 밖의 일반 범죄는 서로 비교집단을 이루는 '본질적으로 동일한 것'이라고 단언하기는 어려우며, 나아가 그러한 구분기준이 특별히 자의적이라고 볼 만한 사정이 없다.

또한 청소년 대상 성범죄자 가운데 청소년에게 성매수 행위의 상대방이 되도록 유인·권유한 자(법 제6조 제4항), 영업으로 청소년 성매수 행위를 하도록 유인·권유 또는 강요한 자(법 제7조 제2항 제1호), 청소년 성매수 행위의 장소를 제공하거나 또는 성매수 행위를 알선을 한 자(법 제7조 제2항 제2호, 제3호) 등, 공개대상에서 제외되는 경우는 그 행위의 대상이나 형태에 있어서 청소년 성매수 행위의 공범적 성격의 것들로서 행위불법성의 차이 등을 고려한 것으로 보이므로, 청소년 대상 성범죄자 중 일부 범죄자의 신상이 공개되지 않는다 하더라도 그러한 차별입법이 자의적인 것이라거나 합리성이 없는 것이라고 단정하기 어렵다.

신상공개제도로 인하여 기본권 제한상의 차별을 초래하나, 기본권의 제한의 여지는 앞서 본 바와 같이 일반인에 대해서보다 성매수자에 대해서는 상대적으로 더 큰 것이고, 공개되는 대상이 이미 형사재판에서 드러난 것이며, 다른 범죄 행위에 대하여 특별히 아동 성매매 행위자에 대해서만 불이익을 주려는 의도로 입법된 것이 아니고, 여기서의 차별은 그러한 범죄를 예방할 제도적 조치를 입법하는 과정에서 발생한 부수적, 간접적인 차별에 해당되는 것이다.

따라서 법 제20조 제2항의 신상공개제도가 가져오는 차별은 그 입법목적과 이를 달성하려는 수단 간에 비례성을 벗어난 차별이라고 보기 어렵고, 달리 이것이 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙을 위배하거나 평등권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

(4) 법관에 의한 재판을 받을 권리의 침해 여부

「헌법」 제27조 제1항은 "모든 국민은 「헌법」 과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정한다. 이 조항은 법관에 의하지 아니하고는 민사·행정·선거·가사사건에 관한 재판은 물론 어떠한 처벌도 받지 아니할 권리를 보장한 것이라 해석된다(헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 618). 제청법원은 신상공개제도가 청소년보호위원회에 의하여 이루어진다는 점에서 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 것이라고 하나, 앞서 보았듯이 신상공개제도는 '처벌'에 해당한다고 할 수 없으므로 이 제도가 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 것이라 할 수 없다.

(5) 적법절차 위배 여부

신상공개제도가 절차적 적법절차에 위배되는 것인지 여부에 관하여 살펴본다(실체적인 측면의 적법절차 문제는 이 사건에서는 앞에서 본 비례의 원칙 위배 여부에 대한 판사와 같이 볼 것이므로 생략한다).

법 제20조 제3항은 청소년보호위원회가 신상 등의 공개를 결정함에는 범행 동기, 범행 후의 정황 등을 고려하도록 하고 있고, 제4항은 구체적인 절차 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 하위 법규에서는 이러한 법의 취지에 따라 신상공개 대상자로 선정된 자에 대하여 10일 이상의 기간을 정하여 서면에 의한 의견진술기회를 주도하도록 하고(운영규정 제9조 제3항),

지정된 기일까지 의견진술을 하지 않은 자에 대하여는 의견이 없는 것으로 간주하며, 의견진술을 한 자에 대하여는 재심의의를 하여 신상공개 여부를 결정한다(운영규정 제9조 제4항)고 규정하고 있다.

한편 법상 구체적인 신상공개절차가 법원에 의하지 않고 행정위원회에 의하여 행해지며 동 위원회가 그 과정에서 재량권을 갖는다 하더라도, 신상공개제도가 형벌의 일종이 아니고, 청소년보호위원회가 최소한의 독립성과 중립성을 갖춘 기관이고(청소년보호법 제29조, 제32조 등 참조), 신상공개결정에 대해서는 행정소송을 통해 그 적법 여부를 다툴 기회가 보장되고 있고, 이미 법관에 의한 재판은 거쳐 형이 확정된 이후에 신상공개가 결정된다.

그렇다면 법 제20조 제2항 제1호의 신상공개제도는 법률이 정한 형식적 절차에 따라 이루어지며 그 절차의 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 것이라고 볼 것이므로 절차적 적법절차원칙에 위반되는 것이라 할 수 없다.

다. 법 제20조 제5항의 위헌 여부

법 제20조 제5항은 같은 조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 계도문 게재 등과 관련한 구체적인 시기·기간·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 이 사건에서는 그러한 위임입법이 「헌법」 제75조에서 금지되는 포괄위임입법이 아닌지가 문제된다.

「헌법」은 제75조에서 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다.

헌법재판소는, '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항'이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다고 하였다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591 ; 헌재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8). 또한 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상

법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 2000. 8. 31. 99헌바104, 판례집 12-2, 233, 241).

이 사건에서 법 제20조 제5항에서 위임되는 "구체적인 시기·기간·절차 등"은 신상공개에 있어서 본질적 부분은 아니며 어디까지나 부수적인 부분이라고 볼 것이다. 왜냐하면 이미 신상공개제도 자체는 법률에서 규정되고 있고, 이러한 공개의 범위도 법 제20조 제2항 본문에서 자세히 명시되고 있는데, 이러한 내용들이 신상공개제도의 핵심적 내용에 해당된다고 볼 것이기 때문이다. 이미 특정 유죄판결 내용의 신상이 대중에게 일률적으로 공개되는 이상, 법 제20조 제5항이 대통령령으로 언제, 어느 기간 동안, 어떠한 절차에 의해 공개되는지를 정하게 하더라도 이는 그들의 인격권 내지 사생활의 비밀의 제한에 있어서 부수적 문제라 할 수 있는 것이다.

나아가 여기서 대통령령으로 정해질 사항은 "구체적인 시기, 기간, 절차 등 신상공개에 있어서 그 밖에 필요한 사항"이므로 "구체적으로 범위를 정하여" 위임된 것이라 볼 수 있다. 또한 대통령령에 규정될 "시기"는 법 제20조 제1항("제도문을 연 2회 이상 작성")을 고려하면 연 2회 이상으로서 각 확정판결 후 이에 가까운 때가 될 것으로 예상되고, "기간"은 입법목적을 달성하기에 합리적인 기간으로서 위 조항이 "연 2회 이상"이라고 정하고 있으므로 통상 6개월 범위 내일 것이 예측될 수 있으며, "절차"는 제3항 등 법상의 제 규정을 참조할 때 그 절차의 일반적 내용의 대강이 예측될 수 있고, "등"은, 시기, 기간, 절차와 유사하게, 신상공개시 필요한 그 밖의 사항이 대통령령으로 규정될 것임이 어느 정도 예측될 수 있으므로, 결국 대통령령에 규정될 내용의 대강이 예측가능하다 할 것이다.

이상의 이유에서 법 제20조 제5항은 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

라. 결 론

법 제20조 제2항 제1호 및 제5항은 「헌법」에 위반되지 않는다.

6. 재판관 한대현, 김영일, 권성, 송인준, 주선회의 의견

가. 법 제20조 제2항 제1호의 위헌성

(1) 인격권의 침해

(가) 인격권의 침해(가) 제한되는 기본권

우리 「헌법」 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있음을 천명하면서, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있음을 강조하고 있다. 따라서 인간은 누구나 각자의 자유의지에 따라 스스로 운명을 개척하고 자신의 인격을 자유롭게 발현하여 행복을 추구해 갈 수 있다. 그리고 이러한 권리는 타고난 용모나 재능, 학력, 빈부, 성별 등을 가리지 않으며, 심지어 범죄인에게까지도 한 인간으로서 가지는 기본적인 존엄과 가치는 존중되고 보장되어야 하는 것이다. 이것이야말로 우리 「헌법」이 추구하는 최고의 가치이자 지향하는 기초적 이념이라고 할 수 있다.

그런데 국가가 범죄사실과 같이 개인에 대한 사회적 평가에 중대한 영향을 미치는 정보자료를 함부로 일반에 공개할 경우, 그 개인의 긍정적인 면을 포함한 총체적인 인격이 묘사되는 것이 아니라 단지 부정적인 측면만이 세상에 크게 부각됨으로써 장차 그가 사회와 접촉·교류하며 자신의 인격을 자유롭게 발현하는 것을 심대하게 저해할 수 있다. 그러므로 사회활동을 통한 개인의 자유로운 인격발현을 위해서는, 타인의 눈에 비치는 자신의 모습을 형성하는 데 있어 결정적인 인자가 될 수 있는 각종 정보자료에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리, 다시 말하여 사회적 인격상에 관한 자기결정권이 보장되어야 하고, 국가는 이를 최대한 보장할 책무가 있다.

그러나 이 사건 신상공개제도는 본인이 밝히기를 꺼리는 치부를 세상에 공개하여 위와 같은 사회적 인격상에 관한 자기결정권을 현저하게 제한함으로써 범죄인의 인격권에 중대한 훼손을 초래한다고 볼 것이다.

(나) 입법목적의 불명확성

청소년 성매수자의 신상공개는 '성매수행위의 방지를 통한 청소년의 보호'

에 그 목적이 있다. 그러나 구체적인 제도의 취지와 관련해서는, 성매매의 심각성에 대한 일반인의 경각심을 불러일으키기 위한 것이라든가, 청소년 성매수자에 대한 공개를 통해 징벌 및 위하의 효과를 거두기 위한 것이라든가, 또는 성범죄의 방지를 위해 그 잠재적 피해자로 하여금 사전에 정보를 얻도록 하자는 데 입법취지가 있다고 하는 등 그 견해가 분분하다. 이처럼 불분명한 입법의도로 말미암아 통상적으로 이 제도에는 위와 같은 입법목적들이 모두 혼재하는 것으로 인식되고 있으나, 바로 이 때문에 신상공개는 그 어떤 목적에도 적합하지 않은 제도로 운용되는 근본적인 문제를 안고 있다.

(다) 과잉금지원칙의 위반

1) 먼저, 순수히 일반인의 경각심을 불러일으키고자 하는 제도의 목적이라고 하면, 굳이 성매수자의 신상을 공개할 필요는 없다. 비록 사례의 소개가 제도의 효과를 증대하는 데 도움이 될 수 있다고 할지라도, 당사자의 실명이 아니라 가명을 사용하는 등 익명성을 보장해 주더라도 성매매의 심각성을 인식시키기 위한 제도의 목적은 얼마든지 달성할 수 있기 때문이다. 따라서 이렇게 보는 한, 신상공개는 불필요하게 기본권을 제한하는 것이어서 과도하다.

2) 다음으로, 정보제공으로 잠재적 피해자의 보호에 그 목적이 있다고 하면, 현행 신상공개제도는 오히려 불충분한 정보제공으로 실효성이 거의 없다는 비판을 면하기 어렵다. 공개되는 정보가 성명·연령·생년월일·직업·주소(시·군·구까지만)·범죄사실의 요지로 한정되고 있어, 통상 이 자료만으로는 잠재적 피해자 측이 공개대상자를 식별하는 것은 매우 힘들기 때문이다. 더구나 이 중 직업과 주소는 확정판결문에 기재된 것을 공개하는데, 그 후에 직업과 주소가 변경된다면 그나마 오히려 잘못된 정보를 제공하는 셈이 된다.

또한, 매년 반기별로 형이 확정된 시점에 즈음하여 확일적으로 최장 6월간만 공개하는 조치도 범죄인의 재범의 위험성으로부터 잠재적 피해자를 보호한다는 목적과는 거리가 멀다. 비교적 경미한 형(벌금, 집행유예 등)을 선고받아 재범위험성이 적은 자의 경우에는 정보제공의 필요성이 그다지 크지 않을 터인데도 신상공개로 당장 대상자의 정상적인 사회생활에 큰 지장을 주는 데 반하여, 재범위험성이 높아 수년의 징역형이 확정된 자의 경우에는 정보제공의 의미가 별로 없는 교도소 수용기간 동안에만 신상을 공개하고, 정작 그가 출소하여 정보제공의 필요성이 있을 때에는 아무런 정보제공이 없어 잠재적 피해자 보호라

는 임무를 방기하는 결과를 낳기 때문이다.

따라서 이러한 관점에서 보는 한, 현행 신상공개제도는 별로 실효성이 없어, 수단의 적합성을 인정하기 어렵다.

3) 반면에, 체면을 중시하는 우리 사회에서 범죄사실과 함께 그 신상을 일반공중에 공개하는 제도적 조치는 현실적으로 상당한 제재 및 위하의 효과를 가진다고 보아야 할 것이다. 그런데 현행 신상공개제도의 주된 목적과 기능이 이처럼 범죄인에게는 창피를 주고 일반국민에 대해서는 '청소년 성매수자는 이렇게 망신을 당한다'고 하는 위하의 효과를 거두는 데 있다고 한다면, 이는 곧 소위 '현대판 주홍글씨'에 비견할 정도로 수치형과 매우 흡사한 특성을 지닌다.

그러나 공개적으로 범죄인의 체면을 깎아내려 그에 대한 대중의 혐오를 유발하고 그 결과 세인의 경멸과 사회적 배척이 가해지도록 하는 수치형의 기본구조는 본질적으로 심각한 문제점들을 안고 있다. 즉, 수치형은 범죄인의 주관적 명예감정이나 그의 사회적 관계 여하에 따라 혹은 범죄인에 대한 대중의 혐오감이 얼마나 광범하고 강렬하게 표출되느냐에 따라 처벌의 강도가 크게 좌우되는 단점이 있다. 그리고 법에 의한 지배원리를 경시하고, 사인에 의한 무절제한 보복행위 내지 자경행위(自警行爲)를 조장할 위험도 내포하고 있다. 무엇보다도 가장 근본적인 오류는 범죄행위의 반가치와 범죄인 인격의 무가치를 혼동하는 것이다. 비록 범죄인일망정 윤리적 책임능력을 갖춘 인격체로 보는 것은 형벌권 행사의 기본 전제이자 궁극적 한계라 할 수 있다. 또한, 사회에서 진정으로 근절해야 할 대상은 엄밀한 의미에서 범죄행위이지 범죄인 본인은 아니라고 할 것이다. 그럼에도 수치형은 이를 분별함이 없이 범죄인을 하나의 인격체로서가 아니라 한낱 범죄퇴치의 수단으로 취급하고 그를 대중의 조롱거리나 경멸의 대상으로 만들어 필경 사회적 매장으로 몰고 가려는 의도가 짙다. 이는 단지 범죄인의 인격을 황폐화시키는 것에서 끝나는 것이 아니라, 사회 전체에 인간존엄성에 대한 불감증을 만연시킬 수 있다. 그리하여 수치형은 19세기 초까지 유럽 등지에서 성행하다가 그 이후부터는 자격형(자격정지, 자격상실 등)으로 변모하기에 이른다. 그런데도 성매수자에 대한 신상공개를 제도화하여 근대 형사제도의 발전과정에서 자취를 감췄던 수치형의 기본구조를 답습하는 것은 시대의 흐름에 맞지 않고, 앞서 본 수치형의 문제점들을 거의 그대로 재현할 우려가 있다.

즉, 현행 신상공개제도는 대상자를 독자적 인격의 주체로서 존중하기보다

는 대중에 대한 전시(展示)에 이용함으로써 단순히 범죄피치수단으로 취급하는 인상이 짙다. 공개대상자는 주변의 경멸을 시작으로 직장 또는 삶의 근거지를 옮기거나 이혼 기타 가정파탄을 겪는 등 한 개인이 오랫동안 가꿔온 사회적 지위와 환경을 하루아침에 박탈당할 수 있다. 더 나아가서, 죄 없는 가족들에게까지 함께 정신적 고통을 겪게 하거나 그 생활기반을 상실시키는 결과가 초래될 수도 있다. 이렇게 볼 때, 신상공개제도는 국가가 단지 범죄행위만이 아니라 범죄인 본인까지 악으로 규정짓고 사회에서 근절할 대상으로 삼고 있다는 의문을 갖기에 충분하다. 이는 비록 범죄인일망정 그가 지니는 인간으로서의 기본적인 존엄과 가치를 보장하는 것이 국가적 의무임을 천명한 우리 「헌법」의 이념에 정면으로 배치되는 것이라 아니할 수 없다.

4) 사회 일각에서는 신상공개야말로 뿌리깊은 청소년 성매매의 폐습을 바로잡기 위한 효과적인 대책이며, 그와 같은 극약처방을 도입하는 것이 불가피하다는 주장도 강하게 제기되고 있다. 물론 이러한 지적에도 일면 소홀히 넘어갈 수 없는 부분이 분명히 있다. 그러나 청소년 성매매가 성행하는 것은 어른들의 왜곡된 성의식이나 성 충동 억제력의 부족, 청소년들의 성에 대한 지나친 개방적 사고와 배금주의적 행태, 그리고 남성우월주의에 기초하여 여성을 지배의 대상으로 보는 논리와 10대의 성을 상품화하는 극도의 소비자본주의풍조 등이 모두 한 데 맞물려 나타난 병폐현상이라 할 것이다. 따라서 이에 대한 근원적 치유는 위와 같은 각 요인에 대처하는 다각적 접근을 통해서만 가능할 것이다. 구체적으로, 형벌이나 신상공개와 같은 처벌 일변도가 아니라, 성범죄자의 치료나 효율적 감시, 청소년에 대한 선도, 기타 청소년 유해환경을 개선하기 위한 정책 추진과 같은 다양한 수단들을 종합적으로 활용하는 것이 얼마든지 가능하고, 오히려 전체 청소년 성매수 사건 중 적발되는 사건의 비율이 극히 미미한 현실에 비추어 볼 때 이와 같은 근본적인 예방책에 치중하는 것이 더 바람직한 것으로 보인다. 그러함에도 국가가 이러한 노력을 다하기도 전에 개인의 인격권에 중대한 침해로 가져올 수 있는 신상공개라는 비정상적인 방법을 동원하는 것은 최소 침해성의 관점에서도 문제가 있다.

5) 다른 한편, 신상공개는 이미 형사처벌된 범죄행위 외에 추가적으로 요구하는 대상자의 행위요건이 없어, 동일한 범죄행위에 대하여 거듭 제재를 가하는 경우에 해당한다. 게다가, 일반적인 행정제재의 경우와는 달리 행정상 의무이행 확보를 목적으로 하는 것이 아니라 범죄방지 그 자체를 직접적인 목적으로

하며, 그것도 계도나 정보제공보다는 주로 징벌 및 위하의 효과를 통해 그러한 목적을 추구하는 점에서 그 목적과 기능이 형벌과 상당히 중복된다.

그러나 형사처벌 후에 신상공개까지 한다고 해서 과연 얼마나 더 범죄억지의 효과를 거둘 수 있을지는 미지수다. 신상공개는 일반예방이나 특별예방의 효과가 거의 없고 오히려 당해 범죄인으로 하여금 더욱 파괴적인 행위로 나아가게 할 우려가 있다는 범죄심리학적 분석도 있거니와, 실제로 법 시행 후 지금까지 4회에 걸쳐 신상공개가 실시되었지만 성범죄율이 감소하는 징후는 아직 포착되고 있지 아니하다. 그리고 지난 제4회 신상공개에서는 제2회 및 제3회 신상공개 당시 명단에 들었던 4명이 다시 공개대상이 되는 일이 발생하였는바, 이 역시 현행 신상공개제도의 범죄억지 효과가 매우 회의적임을 여실히 보여주고 있다.

무릇 형벌은 개인의 자유와 안전에 대한 중대한 침해로 가져오는 탓에 국가적 제재의 최후수단(ultima ratio)으로 평가된다. 그런데 이미 그러한 형벌까지 부과된 마당에, 형벌과 다른 목적이나 기능을 가지는 것도 아니면서, 형벌보다 더 가혹할 수도 있는 신상공개를 하도록 한 것은 국가공권력의 지나친 남용이다. 더구나, 신상공개로 인해 공개대상자의 기본적 권리가 심대하게 훼손되는 데에 비해 그 범죄억지의 효과가 너무도 미미하거나 불확실한바, 이러한 점에서도 법익의 균형성을 현저히 잃고 있다고 판단된다.

6) 신상공개제도를 옹호하는 입장에서는 최근 미국 연방대법원이 소위 메간법(Megan's Law)에 대해 합헌판결을 한 것에 주목할 필요가 있다고 주장한다. 그러나 메간법은 그 구체적인 입법방향이나 내용에 있어서 우리의 신상공개제도와 현격한 차이가 있을 뿐만 아니라, 미국 연방대법원의 판결은 사후입법처벌금지조항(Ex Post Facto Clause)과 절차적 적법절차원칙(Procedural Due Process)의 위반 여부만 쟁점으로 다루었기 때문에, 우리의 신상공개제도가 과잉금지원칙이나 평등원칙에 위배되는지 등과 관련해서는 전혀 참고가 되지 못한다.

7) 이에 반하여, 영국의 소위 사라법(Sarah's Law)의 제정 사례는 공공의 안전과 범죄인의 인격권이 어떻게 조정되어야 하는지에 대한 하나의 본보기가 될 수 있다.

즉, 1997년에 영국 의회가 통과시킨 성범죄자법(Sex Offender Act of 1997)은 일반적인 통지제도는 규정하지 않고, 그 대신 경찰이 예외적인 경우 그 지역에 거주하는 아동 성범죄자에 관한 ○○학교나 기타 특정인에게 통지할 수 있도록 하는 규정만 두고 있었다. 그리고 이에 관한 영국 내무부의 실무지침에 의하면, 경찰은 사안별로 범죄의 위험성을 구체적으로 판단하여 단지 예외적으로만 정보를 공개할 수 있을 뿐이었다. 그런데 2000년 7월에 사라 페인(Sarah Payne)이라는 8살 난 소녀가 실종 16일만에 성폭행 후 살해된 채로 발견되는 사건이 발생하였고, 이에 영국의 시민들은 의회에 더욱 엄중한 조치를 마련할 것을 부르짖으며 메간법과 같은 일반적인 통지제도를 도입하라고 촉구하였다. 그러나 들끓는 여론에도 불구하고 영국 의회는 2000년 말에 성범죄자법에 대한 개정안을 통과시키면서 끝내 일반적인 통지제도는 도입하지 않았다. '사라법'이라고 이름 붙여진 동 개정법은 그 대신 단지 지역별 성범죄자들의 숫자만 일반인들에게 공개할 수 있도록 하였다. 이는 한편으로는 성범죄자가 신상공개로 인해 사회적 박해를 당할 위험에 노출되는 것을 피하면서, 다른 한편으로는 일반대중에게 그 지역에 성범죄의 위험이 있음을 주의시키기 위함이었다. 즉, 영국 의회는 일반적인 통지제도에 대한 반성적 고찰 끝에 유권자들의 목소리에 쉽게 쫓리지 않고 아동의 보호에 관한 이익과 성범죄자의 정상적인 사회복귀에 관한 이익을 나름대로 조화롭게 절충하고자 했던 것이다.

이러한 영국의 입법례는, 우리의 신상공개제도가 범죄의 위험성을 개별·구체적으로 평가함이 없이 단지 국민의 도덕성을 회복하고 경각심을 제고한다는 막연한 명분을 내세워 획일적으로 전국에 걸친 일반적인 공개를 함으로써 범죄인의 인격권 및 정상적인 사회복귀를 소홀히 취급하고 있는 것과는 뚜렷한 대조를 이루는 점에서 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

(라) 소결론

청소년 성매수행위는 자라나는 청소년들의 심신을 병들게 하고 일생에 돌이킬 수 없는 후유증을 남기는 부당한 성적 착취행위일 뿐 아니라, 국가 전체적인 차원에서도 성윤리를 파괴하고 국가의 장래를 어둡게 만드는 범죄라는 점은 누구도 부정할 수 없다. 그러나 그렇다고 해서 청소년 성매수자에 대한 어떠한 기본권 제한도 다 정당화될 수 있는 것은 아니다.

현행 신상공개제도는 청소년 성매매의 심각성을 인식시키기 위한 순수한 계도의 목적을 벗어난 것이고, 공개대상자의 선정 기준이나 공개시점·기간·범위 등에 비추어 보건대 대상자의 구체적 재범위험성에 대처하기 위한 수단도 아니며, 단지 한 개인의 치부를 국가가 직접 적극적으로 일반대중에게 폭로하는 극히 비정상적이고 선정적인 방법을 동원함으로써 징벌 및 위하의 효과를 극대화하는 데에만 주된 초점을 맞추고 있다.

그러나 현행 신상공개제도가 실제로 범죄의 억지나 예방에 실효성이 있다는 증거는 어디에서도 찾아보기 어렵다. 반면에, 신상공개는 이미 형사처벌을 받아 응분의 죄값을 치른 자를 대상으로 또 다시 '사회적 사형선고'를 하는 것과 같은 폐해를 가져온다. 이는 국가공권력에 허용되는 최후수단의 한계를 넘어서는 것일 뿐만 아니라, 그 내용에 있어 오늘날 문명국가에서는 용납되기 힘들 정도의 잔인함과 가혹함이 있다.

이러한 견지에서 청소년 성매수자에 대한 신상공개는 그 구체적 입법목적의 정당성이나 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등의 요건을 충족하였다고 인정하기 어려우므로 대상자의 인격권을 과도하게 침해하고 있다고 할 것이다.

(2) 평등원칙 위반

(가) 문제의 소재

법 제20조 제2항 제1호는 범죄방지를 이유로 청소년 성매수자의 사회적 인격상에 관한 자기결정권을 제한한다. 그런데 일반 범죄자 및 일부 청소년 대상 성범죄자(이하 '일반범죄자등'이라 한다)에 대해서는 신상공개를 통한 위와 같은 제한을 허용하고 있지 않다. 그러나 범죄방지의 필요성은 일반범죄자등의 경우에도 마찬가지로 인정된다. 그러므로 양자를 차별하는 것이 과연 정당화될 수 있는지는 헌법상 해명의 필요가 있다.

(나) 심사의 기준

「헌법」에서 특별히 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준이나 차별이 금지되는 영역을 제시하고 있는 경우 또는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한이 초래되는 경우에는, 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확

인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이의 적절한 균형 여부까지 살피는 비례원칙에 의한 심사를 함이 적절하다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 등 참조).

이 사건의 경우, 「헌법」이 금지하는 차별의 기준이나 영역이 적용되고 있지는 않다. 그러나 형이 확정된 자의 범죄사실을 그 실명과 함께 일반에 공개하는 것은 공개대상자의 사회적 인격상에 부정적 영향을 미쳐 그의 자유로운 인격발현을 현저히 가로막을 수 있다는 점에서 인격권이 중대하게 제한되는 경우에 해당한다. 더구나, 모든 범죄에 대해서가 아니라 특정 유형의 범죄에 대해서만 신상공개를 할 경우, 그 대상자는 일반대중의 뇌리에 다른 범죄자보다 더 위험하거나 추잡한 인물로 각인되어 사회적 낙인의 효과가 그만큼 더 증폭된다고 볼 것이므로, 결과적으로 선별적 신상공개는 그 대상자를 특별히 사회적 배척의 표적이 되도록 지목하는 의미를 가진다. 그렇다면, 이 사건에서는 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한이 초래되고 있다고 할 것이므로, 비례원칙에 의한 심사기준을 적용함이 상당하다.

(다) 구체적 검토

이러한 전제에서 이 사건의 경우를 살펴보면, 다음과 같은 점에서 과연 차별의 합리적 이유가 존재하는지부터 의문스러운 면이 있다.

우선, 청소년 성매수죄가 신상공개가 되지 않는 다른 범죄들보다 죄질이나 법정형이 반드시 더 무거운 것도 아니다. 그 예로, 미성년자에 대한 살인이나 인질강도죄는 신상공개는 되지 아니하나, 그 죄질이나 법정형은 오히려 청소년 성매수죄보다 훨씬 더 무겁다.

다음으로, 청소년 성매수죄는 성매매에 관해 상대 청소년의 동의가 있을 것을 요건으로 하는 점에서 폭력성이나 불특정인이 불의의 피해자가 될 위험성이 거의 없다. 그리고 예컨대 상습폭행이나 상습강·절도와 같이 재범의 위험성이 보다 더 높은 범죄들도 신상공개까지 되는 것은 아니라는 점에 비추어 보면, 청소년 성매수자에 대해 신상공개를 하는 것이 재범의 위험성 때문이라고 보기도 어렵다.

마지막으로, '청소년의 성 보호'라는 보호법익의 특수성이 신상공개 여부를 나누는 결정적인 기준이 되고 있다고 할 수도 없다. 왜냐하면, 청소년에게 성매

수행위의 상대방이 되도록 유인·권유한 자(법 제6조 제4항), 영업으로 청소년 성매수행위를 하도록 유인·권유 또는 강요한 자(법 제7조 제2항 제1호), 청소년 성매수행위의 장소를 제공하거나 청소년 성매수행위를 알선한 자(법 제7조 제2항 제2호, 제3호) 등은 모두 청소년 성매매를 유발·조장하는 범죄자들로서, 청소년 성매수자보다 더 무거운 법정형이 예정되어 있는 점에서 위 보호법익을 더 중대하게 침해하는 것으로 평가될 수 있음에도, 신상공개는 되지 않기 때문이다.

그렇다면 결국 일반범죄자등과 청소년 성매수자를 차별할 만한 다른 합리적 이유는 찾기 어렵고, 다만 성인 남성들에게 청소년 성매수행위를 하지 말라는 강력한 경고의 메시지를 전하려는 입법의도만 유일한 차별근거가 아닌가 생각된다.

그러나 이러한 입법의도가 청소년 성매수자에 대한 신상공개를 정당화할 만큼의 성질이나 비중을 가지고 있지 않음은 이미 앞에서 인격권의 침해 여부를 논하면서 살펴본 바와 같다. 즉, 신상공개는 인간존엄성을 보장하는 헌법정신에 위배되는 측면이 아주 강할 뿐만 아니라, 이미 한번 형사처벌을 받은 자의 정상적인 사회복귀를 지나치게 가로막는 등의 부작용이 큰 반면, 범죄의 억지나 예방에는 그다지 실효성이 없는 제도로서, 위와 같은 입법의도를 실현하기 위한 수단으로서는 너무나 과도하다고 아니할 수 없다.

(라) 소결론

그렇다면 일반범죄자등과는 달리 청소년 성매수자만 차별하여 신상공개를 하는 것은 그 차별의 이유와 차별의 내용 사이의 적절한 균형관계를 인정할 수 없으므로 평등원칙에 위배된다고 할 것이다.

나. 법 제20조 제5항의 위헌성

(1) 문제의 소재

법 제20조 제5항은 신상공개의 구체적인 시기·기간·절차 등에 관한 일체의 사항을 대통령령에서 정하도록 위임하고 있는바, 이 법률조항에 대하여는 그러한 위임이 헌법상 정당화될 수 있는지가 문제된다.

(2) 위임입법의 한계

「헌법」 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정함으로써 위임입법의 근거와 동시에 그 한계를 명시하고 있다. 즉, 의회입법의 원칙과 법치주의를 실현하려는 위 조항의 취지에 비추어 볼 때, '구체적으로 범위를 정하여'라 함은 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 기본적인 사항을 법률에서 구체적이고도 명확하게 규정해 놓고 있어야 한다는 뜻으로 풀이된다. 위임입법의 구체성·명확성이 요구되는 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라져야 할 것이로되, 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성이 강하게 요구된다고 할 것이다(헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등 판례집 12-1, 16, 36-37).

(3) 구체적 검토

(가) 신상공개제도에 있어서 그 시기·기간·절차 등이 가지는 의미는 단순한 부수적 사항 이상의 의미를 내포하고 있다.

먼저, 신상공개의 '시기'와 관련하여서는, 대상자에게 형이 확정된 때에 바로 신상공개절차에 들어갈 것인지 아니면 미국의 메간법처럼 대상자가 형을 마친 후 석방될 무렵에 비로소 신상공개절차에 들어갈 것이냐가 문제된다. 그런데 이는 신상공개를 함에 있어서 계도나 위하에 초점을 맞출 것인가 아니면 잠재적 피해자의 자기방어에 필요한 정보제공에 초점을 맞출 것인가와 관련된 것으로서, 신상공개제도의 전반적인 성격을 좌우할 수도 있는 매우 중요한 사항이다.

또한, 신상공개는 일단 행해지고 나면 그로 인한 손해를 돌이키기 어려운 특성이 있는바, 만일 공개대상자 선정 후 행정심판 청구기간이나 행정소송 제소기간이 경과하기도 전에 곧바로 공개를 한다면, 이는 대상자로부터 실질적인 권리 구제의 기회를 사실상 박탈하는 것이나 다름없다는 점에서, 대상자를 선정하고 얼마나 지난 후에 공개를 할 것인가 하는 문제도 신상공개의 시기와 관련하여 중요한 쟁점이 된다고 할 것이다.

다음으로, '기간' 역시 신상공개제도의 핵심적 사항에 해당한다. 신상공개제도의 본질은 개인의 사회적 인격상에 부정적 영향을 미칠 수 있는 정보를 '누구든지 접근하기 쉽게 만든다'는 데 있다. 바로 그러한 정보접근의 용이화로 말미암아 대상자는 심리적으로 위축되거나 혹은 예측하지 못한 사회적 박해를 받을

위험에 노출되게 되는 것이다. 그런데 이처럼 신상공개제도의 요체가 일반대중의 정보접근을 용이하게 만드는 데 있다고 한다면, 신상공개가 어떠한 방법으로, 얼마 동안 행해지느냐는 그러한 정보접근의 용이성에 중대한 영향을 미친다는 점에서 신상공개 효과의 좌우하는 중요 요소가 아닐 수 없다.

마지막으로, 법 제20조 제5항에서 '절차 등'이라고 함은 신상공개가 이루어지기까지의 전과정을 포섭하는 의미로 보인다. 즉, 신상공개에 필요한 자료는 어떻게 수집하고, 그 자료를 어떠한 심사기구에서 어떠한 기준으로 심사하며, 선정과정에서 당사자에게 의견진술 기회를 주지 여부 혹은 어떤 방식으로 의견진술 기회를 줄 것인지에 관한 모든 사항들이 다 여기에 포함된다고 할 것이다. 그런데 이러한 일련의 사항들 역시 신상공개제도의 중요한 내용을 이룬다고 판단된다. 공개대상자 선정 기준을 구체적 재범의 위험성에 초점을 둘 것인지 아니면 죄질의 정도에 초점을 둘 것인지, 심사기구의 구성에 있어서 어떻게 중립성 및 전문성을 확보할 것인지, 선정과정에서 당사자의 의견표명이 있을 때에 그것을 절차에 어떤 식으로 반영할지 등은 신상공개제도의 전체적인 운용방향 및 그 공정성 확보와 밀접한 관련을 가지기 때문이다.

(나) 이처럼 신상공개 시·기간·절차 등은 신상공개제도의 전반적 성격 및 운용방향을 결정짓는 본질적 내용에 해당할 뿐만 아니라, 대상자의 기본권에 직접적인 영향을 주는 중요한 사항이다. 그리고 이들 사항에 있어서는 그 규율 대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질을 지닌다고 볼 수도 없어 위임의 구체성, 명확성이 보다 엄격히 요구된다고 할 것이다. 그럼에도 법 제20조 제5항은 이러한 시·기간·절차 등에 관하여 그 기본내용이나 범위를 구체적으로 정함이 없이 일체를 대통령령에서 정하도록 위임하고 있다. 따라서 하위법령을 보지 않고 법만 가지고서 신상공개 시·기간·절차 등에 관한 내용의 대강을 파악한다는 것은 실로 불가능하다.

(4) 소결론

그렇다면, 위 법률조항은 포괄위임입법규정으로, 헌법상 위임입법의 정당한 한계를 벗어났다고 할 것이다.

다. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이, 법 제20조 제2항 제1호는 대상자의 인격권을 과

도하게 침해할 뿐만 아니라, 정당한 이유 없이 일반범죄자등에 비해 청소년 성매수자만을 불리하게 차별함으로써 평등원칙에도 위배되고, 같은 조 제5항은 신상공개와 시기·기간·절차 등에 관한 기본내용 및 범위를 구체적으로 정함이 없이 일체를 대통령령에 위임함으로써 「헌법」 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 위배되므로 각 위헌선언을 함이 상당하다.

7. 결 론

이 사건 위헌여부심판제청 중 법 제20조 제3항, 제4항에 관한 부분은 재판의 전제성이 없어 부적법하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 이를 각하하기로 하고, 법 제20조 제2항 제1호, 제5항에 관하여는 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김경일은 「헌법」에 위반되지 아니한다는 의견이고, 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 권성, 재판관 송인준, 재판관 주선회는 「헌법」에 위반된다는 의견인바, 위헌론이 다수의견이기는 하지만 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정의 정족수에 이르지 못하여 「헌법」에 위반되지 아니한다고 선고할 수밖에 없으므로 이에 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권성 김효종 김경일 송인준(주심) 주선회

㉔ 헌법재판소 2003. 9. 25. 선고 2002헌마533 「형법」 제9조 위헌확인 등

【판시사항】

14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있는 「형법」 제9조가 청구인의 재판절차진술권 및 평등권을 침해하여 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

제9조는, 육체적·정신적으로 미성숙한 소년의 경우 사물의 변별능력과 그 변별에 따른 행동통제능력이 없기 때문에 그 행위에 대한 비난가능성이 없고, 나아가 형사정책적으로 어린 아이들은 교육적 조치에 의한 개선가능성이 있다는 점에서 형벌 이외의 수단에 의존하는 것이 적당하다는 고려에 입각한 것이다. 그리고 일정한 정신적 성숙의 정도와 사물의 변별능력이나 행동통제능력의 존부·정도를 각 개인마다 판단·추정하는 것은 곤란하고 부적절하므로 일정한 연령을 기준으로 하여 일률적으로 형사책임연령을 정한 것은 합리적인 방법으로 보인다.

형사책임이 면제되는 소년의 연령을 몇 세로 할 것인가의 문제는 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속하는 것인바, 형사미성년자의 연령을 너무 낮게 규정하거나 연령 한계를 없앤다면 책임의 개념은 무의미하게 되고, 14세 미만이라는 연령기준은 다른 국가들의 입법례에 비추어 보더라도 지나치게 높다고 할 수 없다는 점을 고려할 때 이 사건 법률조항은 입법자의 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 보기 어려우며, 따라서 청구인의 재판절차진술권이나 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 전효숙의 보충의견

이 사건 법률조항이 입법자가 명백히 불합리하게 입법형성권을 행사한 것으로 보기 어려우므로 합헌이라는 다수의견에 원칙적으로 찬성한다.

그러나, 최근 들어 조기교육의 활성화와 교육제도의 발달, 물질의 풍요 등으로 인간의 정신적·육체적 성장속도가 점점 빨라지고 있으며, 범죄의 저연령화·흉폭

화 등이 문제되고 있는 현실을 고려하면 통상 중학교 1-2학년까지의 소년에 해당하는 14세 미만이라는 책임연령은 이제는 현실적으로 높다고 하지 않을 수 없다.

그리고 이 사건 법률조항은 소년법상의 보호처분대상을 12세 이상으로 한정하고 있는 현행 법체계와 결합하여 범죄행위자가 12세 미만인 경우에는 피해자가 국가로부터 어떠한 보호도 받지 못하는 결과를 초래하고 있다. 12세 미만의 청소년범죄가 증가하는 추세에 있음에도 국가가 12세 미만의 소년의 범죄행위에 대하여 아무런 조치도 취하지 않고 방치하는 것은 범죄피해자의 생명·신체에 대한 보호 의무를 완전히 저버리고 있는 것이며, 이는 범죄행위자의 나이에 근거하여 피해자에 대한 보호의 정도를 부당하게 차별하는 것이다. 이러한 점에서 범죄행위자의 연령으로 인하여 피해자가 생명·신체라는 기본권적 범익을 보호받지 못하는 일이 없도록 관련 「형법」 및 「소년법」 규정을 재검토하고 이를 보완하는 입법적 시정조치가 있어야 한다.

【참조판례】

헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정; 헌재 1993. 3. 11. 92헌마48 결정; 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등 결정

【참조법령】

헌법 제11조 제1항, 제27조 제5항

소년법 제4조, 제49조 제1항

【심판대상조문】 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제9조

【당 사 자】 청구인 정○숙 (대리인 법무법인 ○화 담당변호사 강○훈)
피청구인 서울지방검찰청 의정부지청 검사

【주문】 청구인의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

【이유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구의 김○수의 법정대리인인 청구인은, 고양시 일산구 ○○동 소재 ○○초등학교 6학년이던 재학 중인 학생들이던 별지 기재 피고소인들 9명이 2001. 4. 23. 부터 같은 해 12. 3.까지 당시 같은 초등학교 1년생이던 위 김○수가 부모의 보호를 받지 못하는 시간인 평일 14:50경부터 17:30경 사이에, 위 초등학교 뒤편 ○○공원 ○○ 등에서 위 김○수를 주먹과 돌로 폭행하여 항거불능하게 한 후 성폭행하였다고 주장하면서 위 피고소인들을 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 위반의 혐의로 고소하였다.

피청구인이 2002. 3. 7. 위 피고소인들에 대하여 「형법」 제9조 소정의 형사미성년자라는 이유로 "죄가안됨" 불기소처분을 하자, 청구인은 12, 13세 소년이라고 하더라도 「소년법」에 의해 보호사건으로 처리할 수 있는데도 피청구인이 위와 같이 불기소처분을 한 것은 부당하다고 주장하면서 위 불기소처분에 불복하여 「검찰청법」에 정하여진 절차에 따라 항고·재항고를 제기하였다. 그러나 위 항고 및 재항고가 모두 기각되자 위 불기소처분의 취소 및 14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있는 「형법」 제9조가 청구인의 헌법상 보장된 평등권 및 재판절차진술권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 「형법」(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제9조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 및 서울지방검찰청 의정부지청 2002년 형제16724호 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반 피의사건에 대한 피청구인의 2002. 3. 7.자 죄가안됨 불기소처분(이하 '이 사건 불기소처분'이라 한다)의 위헌 여부이고, 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

형법 제9조(형사미성년자) 14세되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항에 대하여

이 사건 법률조항은 만 14세 미만이면 그 의사능력이 성인과 달라 그 행위에 따른 책임을 지우는 것이 부당하다는 근거에서 규정된 것으로 보이나, 이 사건 법률조항이 처음 마련될 때와 비교하여 지금은 경제적 발전과 생활의 풍족에 따른 신체적 성장, 문화적 발달과 교육여건의 호전, 매스미디어의 발달, 나아가 인터넷의 발달 등으로 정신적 성장이 매우 빨라진 점을 고려할 때 만 14세를 기준으로 그 미만을 별하지 않는 것은 매우 불합리한 결과를 초래한다.

성범죄의 경우 가해자가 만 14세 미만인 경우가 급속히 늘어나고 있으며, 만 14세 미만인 경우에 신체적, 정신적 성장이 자신의 행위에 책임을 지기에 충분한 어린이도 있다. 그럼에도 불구하고 어린이의 성장정도, 구체적인 경우의 책임능력은 살피지 아니한 채 14세 미만의 가해자라 하여 별하지 아니하는 것은 피해자의 입장에서는 가해자의 연령에 따라 불공평한 대우를 받는 것으로서 이는 「헌법」이 보장하는 평등권을 침해하는 것이며, 가해자의 연령이 만 14세가 되지 아니하였다는 이유로 실체적 발견을 위한 더 이상의 수사를 하지 아니하고 피해자가 진술할 기회조차 주지 않는 것은 「헌법」 제27조 제5항에서 보장하고 있는 피해자의 재판절차진술권을 침해하는 것이다.

(2) 이 사건 불기소처분에 대하여

「소년법」 제4조 제1항 제2호는 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 14세 미만의 소년은 소년부의 보호사건으로 심리하도록 규정하고 있으며, 이 사건 피고소인들은 대부분 12, 13세로서 검사가 수사한 결과 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우에는 관할 소년부에 송치하여야 한다. 그럼에도 피청구인이 아무런 수사를 하지 않고 보호처분에 해당하는지 여부를 판단하지 않은 채 '죄가안됨' 처분을 한 것은 수사미진에 해당하며 이는 청구인의 평등권 및 재판절차진술권을 침해하는 것이다.

나. 서울지방법검찰청 의정부지청장의 의견

(1) 이 사건 법률조항에 대하여

이 사건 법률조항이 근대에 처음 마련될 때와 지금은 여러모로 다르고, 경제적 발전과 생활의 풍족에 따른 신체적 성장 및 정신적 성장이 빨라져 만 14세 미만자의 경우에도 자신의 행위가 위법한 행위로 그 사회적인 책임을 지울 만큼 성장한 어린이도 있을 수 있다. 그러나, 일률적으로 만 14세 미만을 형사적인 책임을 지울 만큼 충분히 성숙한 어린이라고 평가하기에는 아직 이르며, 어린이에 따라 형사책임을 지울 수 있는 경우와 그렇지 못한 경우를 구분하여 처벌하는 것 또한 법적 안정성면에서 매우 불합리하다. 그리고 인간의 이성적 발달정도에 비추어 만 14세 미만자의 책임능력을 인정하지 아니한 것은 합리적 평등이라 할 것이다.

(2) 이 사건 불기소처분에 대하여

소년부 송치결정은 범죄행위를 범한 만 12세 내지 14세 미만인 촉법소년들에 대하여 결손가정이거나 보호자의 반사회적 성향 등의 사유로 인하여 보호자들의 적절한 지도 감독을 받지 못할 경우 수용시설에 수용하여 그들을 교화하고자 할 경우에 비로소 소년들을 적절히 지도하고 순화시키려는 교육적 차원에서 행하여지는 것이지 촉법소년들을 처벌하기 위한 것은 아니며, 이 사건에서 피고 소인들은 보호자들의 충분한 지도와 감독을 받고 있으므로 수용시설에 별도로 수용할 필요성이 없다. 또한 소년부 송치결정은 행정처분으로서 이러한 결정이 행하여진다 해도 피해자의 재판상 진술권 보장과는 무관하다. 따라서 피청구인이 피고소인들에 대하여 소년부 송치결정을 하지 않은 것은 정당하다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항에 관한 부분

(1) 이 사건 법률조항의 입법취지

(가) 범죄란 "구성요건에 해당"하고 "위법"하여 "책임있는" 행위를 말한다. 범죄성립요건의 세 번째 요건인 책임은 행위자가 법에 따라 행위할 수 있었음에도

불구하고 범죄충동을 억제하지 않고 위법하게 행위하였다는 규범적 평가, 다시 말하면 구성요건에 해당하는 불법의 비난가능성에 책임의 본질이 있다. 이러한 책임은 범규범에 따라 행위할 수 있는 능력인 책임능력을 전제로 하며, 따라서 행위자에게 책임능력이 없을 때에는 책임도 없다.

(나) 사람의 정신적 발육은 개인에 따라서 다르지만 「형법」은 14세를 기준으로 하여 14세 미만의 자를 책임무능력자로 하여 그 행위를 벌하지 않고 있다. 즉, 14세 미만이기만 하면 「사물의 변별능력과 그 변별에 따른 행동통제능력」이 없다고 의제하고 있다. 육체적·정신적 미성숙이라는 생물학적 요소를 고려하여 책임무능력을 인정하고 있는 것이다.

이와 같이 일정한 연령을 기준으로 하여 일률적으로 형사책임연령을 정하고 있는 것은 유소(幼少)한 자의 정신의 발육·성숙과정은 정신장애의 존부(存否)나 정도와는 달라서 정상적인 과정이며, 나아가 개인차가 심하므로 일정한 정신적 성숙의 정도와 사물의 변별능력이나 행동통제능력의 존부·정도를 각 개인마다 판단·추정하는 것은 곤란하고 부적절하기 때문이다.

또한 이 사건 법률조항은, 어린 아이들의 경우 그 감수성이 강하고 상처받기 쉬운 정신상태에 있고 반사회성도 고정화되어 있지 않으므로 상당한 정도로 책임이 있는 경우에도 교육적 조치에 의한 개선가능성이 있다는 점에 비추어 볼 때 형벌 이외의 수단에 의존하는 것이 적당하다는 형사정책적 고려를 가미한 규정이다.

(2) 이 사건 법률조항에 대한 특별규정

형사미성년자의 행위는 책임이 조각되므로 형사미성년자에게는 일체의 형사 책임이 배제되지만 소년법상의 보호대상이 된다. 「소년법」 제4조에 의하여 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 20세 미만의 촉법소년, 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상의 우범소년은 소년보호사건의 대상이 된다.

(3) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(가) 쟁 점

범죄행위자가 14세 미만이면 형법상 책임이 조각되어 처벌을 받지 않게

되나, 그 결과 행위자가 형사미성년자라는 이유로 헌법상 보장된 피해자의 재판절차진술권이 제한되게 된다. 또한 범죄행위자의 나이에 따라 피해자가 재판절차진술권을 행사함에 있어서 차별적 취급을 가져오게 되는데 이것이 헌법적으로 정당화되는 차별인지가 문제된다.

(나) 재판절차진술권의 침해 여부

1) 「헌법」 제27조 제5항에서는 "형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다"라고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있다. 이러한 형사피해자의 재판절차진술권은 범죄로 인한 피해자가 당해 사건의 재판절차에 증인으로 출석하여 자신이 입은 피해의 내용과 사건에 관하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 말하는데, 이는 피해자 등에 의한 사인소추를 전면 배제하고 형사소추권을 검사에게 독점시키고 있는 현행 기소독점주의의 형사소송체계 아래에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 형사재판절차에 참여하여 증언하는 이외에 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사범의 절차적 적정성을 확보하기 위하여 이를 기본권으로 보장하는 것이다(헌재 1989. 4. 17. 선고, 88헌마3, 판례집 1, 31 참조).

2) 「헌법」 제27조 제5항이 정한 법률유보는 법률에 의한 기본권의 제한을 목적으로 하는 자유권적 기본권에 대한 법률유보의 경우와는 달리 기본권으로서의 재판절차진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다(헌재 1993. 3. 11. 92헌마48 판례집 5-1, 121, 130). 따라서 「헌법」이 보장하는 형사피해자의 재판절차진술권을 어떠한 내용으로 구체화할 것인가에 관하여는 입법자에게 입법형성의 자유가 부여되고 있으며, 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법목적은, 육체적·정신적으로 미성숙한 소년은 사물의 변별능력과 그 변별에 따른 행동통제능력이 없기 때문에 그 행위에 대한 비난가능성이 없고, 나아가 형사정책적으로 어린 아이들은 그 감수성이 강하고 상처받기 쉬운 정신상태에 있고 또한 반사회성도 고정화되어 있지 않으므로 상당한 정도로 책임이 있는 경우에도 교육적 조치에 의한 개선가능성이 있다는 점에 비추어 볼 때 형벌 이외의 수단에 의존하는 것이 적

당하다는 고려에 입각한 것이다. 그리고 육체적·정신적 성숙정도는 소년 개인마다 차이가 심하므로 일정한 정신적 성숙의 정도와 사물의 변별능력이나 행동통제능력의 존부·정도를 각 개인마다 판단·추정하는 것은 곤란하고 부적절하기 때문에 위 입법목적을 달성하기 위하여 이 사건 법률조항과 같이 일정한 연령을 기준으로 하여 일률적으로 형사책임연령을 정한 것은 합리적인 방법으로 보인다.

다만 형사책임연령을 14세 미만으로 하지 않고 그보다 더 낮출 수 없는가 하는 의문이 있을 수 있다.

주요 국가들의 입법례를 살펴보면, 독일은 형사책임연령을 14세 미만으로, 프랑스는 13세 미만, 일본은 14세 미만으로 하고 있다. 이에 비해 영국과 호주는 형사책임연령을 10세 미만으로 하고 있으며, 10세에서 14세 사이의 소년에 대해서는 원칙적으로는 책임능력이 없는 것으로 추정된 후(doli incapax 추정) 범죄 행위 당시 소년이 악의(惡意)로 행위를 하였다는 것이 증명이 되면 추정이 번복될 수 있도록 하고 있었는데, 영국에서는 이러한 doli incapax 추정이 1998년 폐지되었으나 호주에서는 아직 유지되고 있는 것으로 보인다. 미국은 대부분의 주에서 형사책임연령에 관한 규정을 두지 않거나 형사책임하한연령에 관한 규정이 있는 주의 경우에는 7세부터 14세 사이로 규정하고 있다.

위와 같은 입법례들을 살펴보면 일률적인 형사책임연령을 정하는 것이 일반적이라고 할 수 있으며, 다만 구체적인 연령에 있어서 차이가 나는데, 이는 각국의 역사적, 사회적, 문화적 환경의 차이에서 비롯된 것으로 보인다.

이처럼 형사책임이 면제되는 소년의 연령을 몇 세로 할 것인가의 문제는 소년의 정신적·신체적 성숙도, 교육적·사회적·문화적 영향, 세계 각국의 추세 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 입법정책의 문제로서 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속하는 것이다. 그런데, 형사미성년자의 연령을 너무 낮게 규정하거나 연령 한계를 없앤다면 책임의 개념은 무의미하게 될 것이며, 14세 미만이라는 연령기준은 다른 국가들의 입법례에 비추어 보더라도 지나치게 높다고 할 수 없다는 점을 고려할 때 형사미성년자를 14세 미만으로 정하고 있는 이 사건 법률조항이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 보기 어렵다.

따라서 인간의 능력은 점진적으로 발달하고 개인차이가 있는데도 불구하고 입법자가 이 사건 법률조항에서 형사미성년자를 14세를 기준으로 획일적인 구분을 한 것은 실질에 부합하지 않는 경우가 있을 수 있겠지만, 법률관계의 안정과 객관성을 위한 부득이한 조치라고 할 것이다.

(다) 평등권 침해 여부

일반적으로 아동의 성장발달 속도가 빨라지고 있다고 인정되는 현 시점에서 형사미성년자의 연령을 만 14세 이하로 낮추는 문제를 검토해 보아야 할 문제라고 생각되나 이는 입법자가 우리의 시대상황과 경제·문화여건 등 제반사항을 고려하여 정할 입법정책의 문제이며, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 입법자가 재량의 범위를 넘어서 명백히 불합리하게 입법형성권을 행사한 것으로 보기 어려우므로, 가해자가 형사미성년자인지 여부에 따라 피해자의 재판절차진술권의 행사에 있어서 차별이 발생하나 이는 합리적인 근거에 기한 것이므로 평등권을 침해한다고 보기 어렵다.

나. 이 사건 불기소처분에 관한 부분

(1) 「검찰사건사무규칙」 제69조 제3항 제3호에 의하면 검사가 사건을 불기소 처분하는 경우에 「피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우」에는 "죄가안됨" 처분을 하도록 규정하고 있다. 따라서 14세 미만의 형사미성년자에 의한 범죄피의사실에 대해서는 책임이 조각되므로 '죄가안됨' 불기소주문을 내리게 된다.

한편 「소년법」 제4조에 의하면 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 20세 미만의 촉법소년(觸法少年), 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상의 우범소년(虞犯少年)은 소년보호사건의 대상이 되며, 「소년법」 제49조 제1항에 의하면 검사는 소년에 대한 피의사건을 수사한 결과 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정할 때에는 사건을 관할 소년부에 송치하여야 한다.

(2) 청구인은 이 사건 피고소인들이 대부분 12, 13세로서 피청구인이 수사한 결과 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우에는 관할 소년부에 송치하여야 함에도 피청구인이 아무런 수사를 하지 않고 보호처분에 해당하는지

여부를 판단하지 않은 채 ‘죄가안됨’ 처분을 한 것은 수사미진에 해당하는 것이라고 주장한다.

피고소인 중 이○엽, 김○훈은 행위 당시 11세로서 촉범소년연령에 해당하지 않으므로 이들은 소년법상의 보호사건대상으로 될 수 없다. 따라서 이들에 대해 ‘죄가안됨’ 불기소처분을 내리고 소년부로 송치하지 않은 피청구인의 결정은 타당하다고 할 것이다.

피고소인 이○수, 이○우, 임○준, 이○진, 최○욱, 이○준, 정○성은 행위 당시 12세로서 소년법상의 촉범소년연령에는 해당한다. 그러나 소년에 대한 피의사건을 보호처분의 필요가 있어 소년부로 송치할 것인가는 피청구인의 재량에 맡겨져 있다고 할 것인데, 피청구인이 위 피고소인들에 대하여 ‘죄가안됨’ 불기소처분을 한 것은 보호처분의 필요성을 인정하지 않은 것이라 할 수 있다. 기록을 자세히 살펴보아도 피청구인이 위 피고소인들에 대하여 보호처분의 필요성을 인정하지 않고 ‘죄가안됨’ 불기소처분을 한 것과 관련하여 수사미진이나 자의적인 증거판단의 잘못이 있다고 보기 어려우며, 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없다.

4. 결 론

이상의 이유로 청구인의 이 사건 심판청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 전효숙의 이 사건 법률조항에 대한 아래 5.와 같은 보충의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 전효숙의 보충의견

나는, 14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 입법자가 재량의 범위를 넘어서 명백히 불합리하게 입법형성권을 행사한 것으로 보기 어려우므로 합헌이라는 다수의견에 원칙적으로 찬성한다.

가. 그러나 최근 들어 조기교육의 활성화와 교육제도의 발달, 물질의 풍요 등으로 인간의 정신적·육체적 성장속도가 점점 빨라지고 있으며, 범죄의 저연령화·흉폭화 등이 문제되고 있다. 2002년도 국정감사 자료집에 의하면 12세-14세 청

소년이 저지르는 범죄는 2001년의 경우 6,000건에 달하고, 12세 미만의 청소년범죄도 상당수 발생하고 있다고 한다. 형법상 책임능력이 행위와 시비선악을 변별하고 그 변별에 따라서 행동을 통제할 수 있는 능력이라는 점에서 통상 중학교 1-2학년까지의 소년에 해당하는 14세 미만이라는 책임연령은 이제는 현실적으로 높다고 하지 않을 수 없다.

나. 한편, 이 사건 법률조항에 의해 14세 미만의 자의 범죄행위는 그 책임능력이 조각됨으로써 형벌에 의한 처벌을 받지 않게 되고, 「소년법」 제4조에서는 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상의 소년만을 보호처분의 대상으로 하고 있기 때문에 12세 미만의 소년은 범죄행위를 하더라도 어떠한 형사적인 처분이나 제재로부터 면책되고, 그 결과 가해자가 12세 미만일 때에는 피해자로서는 가해자에 대한 어떠한 처벌도 구하지 못한 채 모든 피해를 감내해야만 하는 부당한 처지에 놓이게 된다.

「헌법」 제10조의 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다", 제37조 제1항의 "국민의 자유와 권리는 「헌법」에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다."는 규정 및 제30조 범죄피해자의 국가구조청구권의 내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다. 그리고 국가는 이 기본권 보호 의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 「헌법」이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니 된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 과소보호금지라는 헌법상의 원칙을 준수하여야 한다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등 판례집 9-1, 90, 126, 130 참조).

국가는 국민에게 기본권을 실제로 보장하기 위하여 사인에 의한 침해, 특히 범죄의 피해로부터 국민을 보호할 의무를 이행하기 위하여 형벌법규를 제정하여 범죄의 예방에 힘쓰고, 이미 범죄가 발생한 경우에는 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 국민을 보호하여야 한다.

그런데 형사미성년자에 대하여 육체적·정신적 발달미성숙이라는 소년의 특성과 교육적 조치에 의한 개선가능성이라는 형사정책적 고려하에 형벌을 과하지 않기로 하더라도, 그 범죄행위에 나타난 반사회성을 제거하고 건전하게 육성하기 위하여 보호처분을 할 필요성은 인정될 수 있으며, 범죄행위자가 12세 미만

의 소년이라고 하여 그러한 보호처분의 필요성이 부정되어야 할 이유는 없다고 할 것이다. 그리고 과거에 비하여 12세 미만의 청소년범죄가 증가하는 추세에 있음에도 국가가 12세 미만의 소년의 범죄행위에 대하여 아무런 조치도 취하지 않고 방치하는 것은 범죄피해자의 생명·신체에 대한 보호의무를 완전히 저버리고 있는 것이며, 나아가 이는 범죄행위자의 나이에 근거하여 피해자에 대한 보호의 정도를 부당하게 차별하는 것이라 하지 않을 수 없다.

그러므로, 「형법」에 형사미성년자 규정을 두면서도 소년법상 보호의 대상이 되는 소년의 연령에는 하한을 두지 않고, 소년법원은 범죄소년 또는 촉법소년에 대한 보호사건의 피해자 등이 피해에 관한 심정, 기타 사건에 관한 의견의 진술을 신청한 때에는 스스로 그 의견을 듣거나, 조사관에게 명하여 그 의견을 듣도록 소년보호사건에서 피해자의 진술권을 인정하는 등, 육체적·정신적으로 미성숙한 소년의 보호를 추구함과 아울러 피해자의 보호에도 만전을 기하는 조치를 취할 필요가 있다고 할 것이다.

다. 결론적으로, 기본권의 상황은 시대와 환경의 변화에 따라 그 위험의 원천이나 위험의 정도가 달라지기 때문에 그 변화에 순응하여 입법부는 기존의 입법에 대해 기본권적 범익의 보호에 필요한 입법의 개선을 하거나 입법이 없는 경우 새로운 입법을 함으로써 기본권이 적절하고 효율적으로 보장될 수 있도록 해야 한다. 범죄가 저연령화 되어가고 있는 사회 상황을 고려하면 14세미만의 자를 형사미성년자로 규정하는 것은 그 연령기준이 높을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 소년법상의 보호처분대상을 12세 이상으로 한정하고 있는 현행 법체계와 결합하여 범죄행위자가 12세 미만인 경우에는 피해자가 국가로부터 어떠한 보호도 받지 못하는 결과를 초래하고 있다. 비록 이러한 문제가 이 사건 법률조항 자체의 위헌성에서 비롯되는 것은 아니지만, 이 사건 법률조항에 대한 검토를 계기로 범죄행위자의 연령으로 인하여 피해자가 다른 여타 기본권들의 전제이자 기초가 되는 생명·신체라는 기본권적 범익을 보호받지 못하는 일이 없도록 관련 「형법」 및 「소년법」 규정을 재검토하고 이를 보완하는 입법적 시정조치가 있어야 한다는 의견을 밝히는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선회(주심) 전효숙

㉔ 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1 「학교보건법」 제6조 제1항 제2호 위헌제청, 「학교보건법」 제19조 등 위헌제청

【판시사항】

- [1] 「학교보건법」 상 학교 및 극장의 의미
- [2] 학교 정화구역 내에서의 극장시설 및 영업을 금지하고 있는 「학교보건법」 제6조 제1항 본문 제2호 중 '극장'부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 중 대학의 정화구역에서도 극장영업을 일반적으로 금지하고 있는 부분이 직업의 자유를 과도하게 침해하여 위헌인지 여부(적극)
- [3] 유치원 및 초·중·고등학교의 정화구역 중 극장영업을 절대적으로 금지하고 있는 절대금지구역 부분이 극장 영업을 하고자 하는 자의 직업의 자유를 과도하게 침해하여 위헌인지 여부(적극)
- [4] 학교정화구역내의 극장 시설 및 영업을 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 정화구역 내에서 극장업을 하고자 하는 자의 표현의 자유 내지 예술의 자유를 침해하는지 여부(적극)
- [5] 학교정화구역내의 극장 시설 및 영업을 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 학생들의 행복추구권을 침해하는지 여부(적극)
- [6] 법률조항의 일부분에 대하여는 단순위헌결정을 하면서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 부분에 대하여는 헌법불합치결정을 한 사례

【결정요지】

- [1] 「학교보건법」 제5조 제1항은 학교의 보건·위생 및 학습환경을 보호하기 학교경계선으로부터 200미터를 초과하지 않는 범위에서 대통령령이 정하는 바에 학교환경위생정화구역을 설정하여야 할 의무를 부과하고 있다. 이 법에서 정하는 '학교'의 「학교보건법」의 입법목적 및 학교보건법시행령의 규정의 취지를 종합하여 살펴 볼 때 학교보건법시행령 제2조에 규정된 모든 학교 즉, 유치원·초·중·고등학교 및 대학을 포함하는 개념이다. 또한 이 사건 법

률조항은 누구든지 정화구역 안에서 극장시설 및 영업을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있는바, 여기서의 '극장'이란 그 사전적 의미 및 이 사건 법률조항의 입법취지를 종합하여 살펴볼 때 연극 등의 공연을 위한 무대공연시설과 영화상영을 위한 극장 시설을 모두 포함하는 개념이다.

[2] 이 사건 법률조항은 대학 부근 정화구역 내의 극장을 일반적으로 금지하고 있다. 그런데 대학생들은 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있는 자 중에서 선발되므로 신체적·정신적으로 성숙하여 자신의 판단에 따라 자율적으로 행동하고 책임을 질 수 있는 시기에 이르렀다고 할 것이다. 이와 같은 대학생의 신체적·정신적 성숙성에 비추어 볼 때 대학생이 영화의 오락성에 탐닉하여 학습을 소홀히 할 가능성이 적으며, 그와 같은 가능성이 있다고 하여도 이는 자율성을 가장 큰 특징으로 하는 대학교육이 용인해야 할 부분이라고 할 것이다. 따라서 대학의 정화구역에 관하여는 「학교보건법」 제6조 제1항 단서에서 규율하는 바와 같은 예외조항의 유무와 상관없이 극장에 대한 일반적 금지를 둘 필요성을 인정하기 어렵다. 결국, 대학의 정화구역 안에서 극장시설을 금지하는 이 사건 법률조항은 극장운영자의 직업수행의 자유를 필요·최소한 정도의 범위에서 제한한 것이라고 볼 수 없어 최소침해성의 원칙에 반한다.

[3] 이 사건 법률조항은 유치원 및 초·중·고등학교의 정화구역 내의 극장시설 및 영업도 일반적으로 금지하고 있는바, 그 정화구역 중 금지의 예외가 인정되는 구역을 제외한 나머지 구역은 어떠한 경우에도 예외가 인정되지 아니하는 절대금지구역이다. 그런데 국가·지방자치단체 또는 문화재단 등 비영리단체가 운영하는 공연장 및 영화상영관, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 전용공연장 등을 포함한 예술적 관람물의 공연을 목적으로 하는 공연법상의 공연장, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 「영화진흥법」상의 전용영화상영관 등의 경우에는 정화구역 내에 위치하더라도 초·중·고등학교 학생들에게 유해한 환경이라고 하기보다는 오히려 학생들의 문화적 성장을 위하여 유익한 시설로서의 성격을 가지고 있어 바람직한 방향으로 활용될 가능성이 높다는 점을 부인하기 어렵다. 그렇다면 정화구역 내의 절대금지구역에서는 이와 같은 유형의 극장에 대한 예외를 허용할 수 있는 가능성을 전혀 인정하지 아니하고 일률적으로 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 그 입법목적 달성을 위하여 필요한 정도 이상으로 극장운영자의 기본권을 제한하는 법

를이다.

- [4] 이 사건 법률조항은 극장운영자의 표현의 자유 및 예술의 자유도 필요한 이상으로 과도하게 침해하고 있으며, 표현·예술의 자유의 보장과 공연장 및 영화상영관 등이 담당하는 문화국가형성의 기능의 중요성을 간과하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 표현의 자유 및 예술의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이다.
- [5] 오늘날 영화 및 공연을 중심으로 하는 문화산업은 높은 부가가치를 실현하는 첨단산업으로서의 의미를 가지고 있다. 따라서 직업교육이 날로 강조되는 대학교육에 있어서 문화에의 손쉬운 접근가능성은 중요한 기본권으로서의 의미를 갖게 된다. 이 사건 법률조항은 대학생의 자유로운 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해하고 있다. 아동과 청소년은 부모와 국가에 의한 단순한 보호의 대상이 아닌 독자적인 인격체이며, 그의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 「헌법」 제10조에 의하여 보호된다. 따라서 「헌법」이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리, 그리고 자유롭게 문화를 향유할 권리를 부여한다고 할 것이다. 이 사건 법률조항은 아동·청소년의 문화향유에 관한 권리 등 인격의 자유로운 발현과 형성을 충분히 고려하고 있지 아니하므로 아동·청소년의 자유로운 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해하고 있다.
- [6] 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌의 판단이 내려진다면 극장에 관한 초·중·고등학교·유치원 정화구역 내 금지가 모두 효력을 잃게 됨으로써 합헌적으로 규율된 새로운 입법이 마련되기 전까지는 학교정화구역 내에도 제한상영관을 제외한 모든 극장이 자유롭게 설치될 수 있게 될 것이다. 그 결과 이와 같이 단순위헌의 결정이 내려진 후 입법을 하는 입법자로서는 이미 자유롭게 설치된 극장에 대하여 신뢰원칙 보호의 필요성 등의 한계로 인하여 새로운 입법수단을 마련하는 데 있어서 제약을 받게 된다. 이는 이 결정의 취지에서 정당한 목적으로서 인정된 공익의 측면에서 비추어 보아도 바람직하지 아니하다. 따라서, 이 사건 법률조항 중 「초·중등교육법」 제2조에 규정된 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌의 판단을 하기보다는 헌법불

합치결정을 하여 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우라고 할 것이다. 따라서 초·중·고등학교·유치원 정화구역 부분에 관하여는 헌법불합치결정이 타당하다.

【참조판례】

- [4] 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17 결정
- [5] 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등 결정
- [6] 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81 결정

【참조법령】

헌법 제10조, 제15조, 제21조, 제31조 제1항, 제37조 제2항
학교보건법 제5조, 제6조 제1항 단서

【심판대상조문】 학교보건법 제6조 제1항본문 제2호 중 "극장" 부분

【당 사 자】

제청법원 광주지방법원(2003헌가1) 서울중앙지방법원(2004헌가4)
제청신청인 최○선(2003헌가1) (대리인 변호사 임○숙)

【당해사건】

광주지방법원 2002고단1864 학교보건법위반(2003헌가1)
서울중앙지방법원 2003고단1007 학교보건법위반(2004헌가4)

【주 문】

1. 「학교보건법」 제6조 제1항 본문 제2호 중 '극장' 부분 가운데 「고등교육법」 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 「헌법」에 위반된다.

2. 「학교보건법」 제6조 제1항 본문 제2호 중 '극장' 부분 가운데 「초·중등교육법」 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 「헌법」에 합치하지 아니한다.

법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 부분 법률 조항의 적용을 중지하여야 한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌가1 사건

(가) 제청신청인은 1996. 12.경 광주 동구 충장로5가 62에 있는 광주극장을 인수하여 운영하고 있는 사람인바, 위 광주극장은 그곳 정문으로부터 19m 떨어진 곳에 '보문유치원'이란 교육기관이 위치하고 있다.

(나) 제청신청인은 동인이 운영하는 위 극장이 위치하는 곳은 「학교보건법」 소정의 학교환경위생정화구역이므로 극장영업행위 또는 시설을 하여서는 아니되고 기존 시설의 경과조치규정에 의해 이전·폐쇄 유효기간 내에 이전·폐쇄하여야 하는 시설임에도 불구하고 1999. 1. 24.부터 2001. 9. 7.까지 위 극장을 운영하여 영업행위를 하였다는 이유로 기소되어 그 소송이 현재 광주지방법원에 계속 중이다(2002고단1864).

(다) 제청신청인은 위 소송계속 중 「학교보건법」 제6조 제1항 제2호 중 '극장' 부분이 「헌법」 제15조의 직업의 자유 등의 기본권을 침해하는 조항으로서 위헌이라고 주장하면서 위 법원에 위헌심판제청신청을 하였고, 위 법원은 위 신청을 받아들여 2003. 1. 2. 위헌심판제청결정을 하였다.

(2) 2004헌가4 사건

(가) 2003고단1007 「학교보건법」 위반 사건의 피고인 정재진은 학교환경위생정화구역 내에서는 극장업을 운영할 수 없음에도 불구하고 2001. 8. 14.부터 2002. 11. 20.경까지 서울사대부속초등학교와 10m 가량 떨어진 곳에 위치한 서울 종로구 연건동 178의 1에 있는 대학로극장을 운영하여 영업행위를 하였다는

이유로 서울중앙지방법원에 기소되었다.

(나) 위 사건에 대한 재판을 담당하고 있는 서울중앙지방법원은 2004. 2. 10. 「학교보건법」 제6조 제1항 제2호 ‘극장’ 부분, 제19조의 위헌여부가 위 재판의 전제가 된다고 하여 직권으로 위헌여부심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 「학교보건법」 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 (이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부이다.

한편, 2003헌가1 사건의 제청법원은 이 사건 법률조항에 대하여만 위헌제청을 한 데 대하여, 2004헌가4 사건의 제청법원은 이 사건 법률조항과 함께 이 사건 법률조항을 위반한 행위에 대한 처벌규정인 「학교보건법」 제19조에 대하여도 그 위헌여부심판을 제청하였다. 그런데 위 2004헌가4 사건의 제청법원의 제청이유를 살펴보면 처벌규정인 「학교보건법」 제19조 자체의 위헌여부를 문제삼는 것이 아니라 동 조항을 처벌규정으로 삼고 있는 금지규정인 이 사건 법률조항이 위헌이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 하여 위헌제청하고 있는 것이다.

그렇다면 이 사건 위헌법률심판에서는 이 사건 법률조항의 위헌성 판단으로 족하다고 할 것이고, 제청법원이 그 고유한 위헌사유를 다투고 있지 아니한 「학교보건법」 제19조에 대한 별도의 위헌성여부의 판단이 반드시 필요한 것은 아니라고 할 것이므로 「학교보건법」 제19조는 심판의 대상에서 제외하기로 한다.

이 사건 법률조항의 내용 및 관련규정의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

제5조(학교환경위생정화구역의 설정) ① 학교의 보건·위생 및 학습환경을 보호하기 위하여 교육감은 대통령령이 정하는 바에 따라 학교환경위생정화구역을 설정하여야 한다. 이 경우 학교환경위생정화구역은 학교경계선으로부터 200미터를 초과할 수 없다.

② 제1항의 규정에 의한 교육감의 권한은 대통령령이 정하는 바에 따라 교육장에게 위임할 수 있다.

제6조(정화구역 안에서의 금지행위 등) ① 누구든지 학교환경위생정화구역 안

에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다. 다만, 대통령령이 정하는 구역 안에서는 제2호, 제4호, 제8호 및 제10호 내지 제14호에 규정한 행위 및 시설 중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

1. 대기환경보전법 및 수질환경보전법에 의한 배출허용기준 또는 소음·진동 규제법에 의한 규제기준을 초과하여 학습과 학교보건위생에 지장을 주는 행위 및 시설
2. 극장, 총포화약류의 제조장 및 저장소, 고압가스·천연가스·액화석유가스 제조소 및 저장소
3. 도축장, 화장장
4. 폐기물수집장소
5. 내지 13. (생략)
14. 기타 제1호 내지 제13호와 유사한 행위 및 시설과 미풍양속을 해하는 행위 및 시설로서 대통령령으로 정하는 행위 및 시설

제19조(벌칙) 제6조 제1항의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제청법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 2003헌가1 사건

(가) 이 사건 법률조항이 학교환경위생정화구역 내에서 극장시설을 금지하고 있는 이유는 변별력과 의지력이 미약한 청소년 학생이 영화에 빠져 학습을 소홀히 하는 것을 방지함으로써 학교교육의 능률화를 기하려는 데 있는 것으로 추측된다.

(나) 위 학교환경위생정화구역의 설정기준이 되는 '학교'에는 초·중등교육법, 고등교육법에 규정되어 있는 바와 같이 유치원에서부터 대학에 이르기까지 여러 종류가 있고 각 학교마다 교육의 목적, 과정이 서로 다르며, 학생의 연령이나 신체 및 지능의 발달 정도에 큰 차이가 있어 극장이 학교교육에 미치는 영향

이 학교의 종류를 불문하고 모두 같을 수는 없는 것이다.

(다) 특히 초·중등교육법상의 유치원에 통학하는 유치원생이 단독으로 영화관을 이용할 가능성은 거의 없어 이들이 이로 인하여 학습을 소홀히 하게 된다는 일은 상상하기 어렵고, 극장시설 자체가 유치원생의 학습이나 보건위생에 어떠한 나쁜 영향을 미친다고 볼 수도 없다. 따라서 유치원을 포함하여 일률적으로 학교환경위생정화구역 안에서 극장시설 및 영업을 하지 못하도록 기본권을 제한하는 것은 입법목적의 달성을 위하여 필요하고 적정한 방법이라고 보기 어려워 이 사건 법률조항은 「헌법」상 보호되는 기본권인 직업행사의 자유를 침해하는 조항이다.

(2) 2004헌가4 사건

(가) 연극공연장까지 모두 극장의 범주에 놓아 일률적으로 정화구역 내에는 설치·운영하지 못하게 하는 이 사건 법률조항은 공공복리상의 필요한 정도를 넘어서는 과도한 금지규정으로서 「헌법」 제10조, 제15조, 제21조, 제22조에서 정하는 국민의 행복추구권이나 직업의 자유, 예술의 자유를 필요한 정도를 넘어서 제한하는 위헌적인 규정이다.

(나) 국가는 국민에 대하여 평생교육을 진흥하여야 할 의무를 부담하는바(헌법 제31조 제1항), 이러한 평생교육은 학교시설뿐 아니라 다양한 문화시설들을 통하여서만 실질적으로 이루어질 수 있을 것이므로 가까운 주변에 되도록 많은 문화시설들이 갖추어져 있도록 하여야 할 필요성이 있으며, 예술의 자유를 실질적으로 보장하기 위한 측면에서도 다양한 종류의 공연시설을 설치·운영하여야 할 의무를 부담한다고 할 것이므로 개인이나 단체에 의한 문화공연시설의 설치·운영을 권장하고 보호·육성하여야 할 것이다.

나. 교육인적자원부장관 및 광주지방검찰청 검사장의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 학교경계선으로부터 200m 이내의 학교환경위생정화구역 안에서만 극장시설을 금지하는 데 불과하므로 기본권제한의 정도가 크지 않은 데 비하여, 학생들이 자주 접할 수 있는 학교환경위생정화구역 안에서 극장시설을 금지하면 변별력과 의지력이 약한 학생들을 선정적·폭력적인 오락물의 유혹으로부터 보호하는 효과가 크다.

(2) 극장의 개념에는 공연장도 포함되는데, 연극 등도 선정적·폭력적인 내용을 다룸으로써 청소년의 인격과 정신적·신체적 건강에 해를 끼칠 우려가 있으므로 연극 등을 공연하는 공연장도 학생·청소년의 보호를 위하여 금지할 필요성이 있다.

(3) 유치원의 교육과정은 유아의 흥미와 요구, 주변의 인적·물적 자원을 통하여 학습하는 통합적 교육이므로 유아주변의 지역적 교육환경은 어느 시기의 교육기관보다 학습자에게 미치는 영향이 크다고 할 것이므로, 비록 유아 혼자서 극장에 출입하는 것이 불가능하다고 하더라도 선정적인 영화간판, 벽보 등 성인 홍보물을 보면서 성장할 때 유아의 정서에 나쁜 영향을 미칠 수 있으므로 이 사건 법률조항이 유치원을 포함하여 규제한다고 하여 잘못된 것이라고 하기 어렵다.

3. 판 단

가. 우리 「헌법」상 문화국가원리와 그 실현

(1) 우리 「헌법」상 문화국가원리의 의의

우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 「헌법」의 기본원리로 채택하고 있다. 우리 헌행 「헌법」은 전문에서 “문화의 ... 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다(제9조).

또한 「헌법」은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다[헌재 2000. 4. 27. [98헌가16](#), 98헌마429(병합), 427, 445-446 참조].

(2) 문화국가원리의 실현과 문화정책

문화국가원리는 국가의 문화국가실현에 관한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는바, 국가의 문화정책과 밀접 불가분의 관계를 맺고 있다. 과거 국가절대주의

사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 오늘날에 와서는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다. 오늘날 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다.

문화국가원리의 이러한 특성은 문화의 개방성 내지 다원성의 표지와 연결되는데, 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함된다. 따라서 엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다.

나. 교육 및 청소년보호에 대한 국가의 책임

「헌법」 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있다. 교육을 받을 권리는 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구하고(헌법 제10조) 인간다운 생활을 영위하는 데(헌법 제34조 제1항) 필수적인 전제이자 다른 기본권을 의미 있게 행사하기 위한 기초이고, 민주국가에서 교육을 통한 국민의 능력과 자질의 향상은 바로 그 나라의 번영과 발전의 토대가 되는 것이므로, 「헌법」이 교육을 국가의 중요한 과제로 규정하고 있는 것이다.

「헌법」 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 함으로써 국가에게 학교제도를 통한 교육을 시행하도록 위임하였고, 이로써 국가는 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여받았다. 따라서 국가는 「헌법」 제31조 제6항에 의하여 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 가지고 있다[헌재 2000. 4. 27. [98헌가16](#), 98헌마429(병합), 427, 449-450 참조].

한편, 우리 「헌법」은 “국가는 …… 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다(헌법 제34조 제4항).”, “연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다

(헌법 제32조 제5항).”라고 규정하여 국가의 아동·청소년 보호의무를 개별적으로 규정하고 있다. 따라서 국가는 아동·청소년의 건전한 성장을 위한 정책을 개발하고 실시하여야 한다.

다. 이 사건 법률조항의 입법배경과 그 내용

(1) 이 사건 법률조항의 입법연혁

「학교보건법」은 학교의 보건관리에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원 건강을 보호함으로써 학교교육의 능률화를 기하기 위하여 1967. 3. 30. 법률 제1928호로 제정되었다. 제정 당시의 법 제6조는 누구든지 학교위생정화구역에서는 소음·진동·악취 등의 발생으로 학생의 학습에 지장이 있다고 인정되는 행위와 학교보건위생에 영향을 끼치는 비위생적인 시설 및 행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 있을 뿐 과연 구체적으로 어떠한 시설 및 행위가 그에 해당할 것인지에 관하여는 구체적으로 규정하지 아니하였다.

1970. 9. 14. 문교부령 제268호로 발령된 학교보건법시행규칙 규정은 처음으로 금지되는 행위 및 시설을 구체적으로 규정하였다. 즉, 동 규칙 제2조 제3호는 도살장·화장장·총포화약류의 제조장 및 그 저장소 등과 함께 극장을 금지시설로 규정하였다. 1981. 2. 28. 법률 제3374호로 개정된 「학교보건법」은 위 학교보건법시행규칙에 규정되어 있었던 정화구역 내의 시설에 대한 금지를 법률의 단계로 끌어올려 「학교보건법」 제6조 제1항 제2호에 규정하였는바, 극장에 관한 금지를 규정한 이 사건 법률조항도 이때 제정되었다.

(2) 이 사건 법률조항의 의미

(가) 개 요

「학교보건법」 제5조 제1항은 교육감에게 학교의 보건·위생 및 학습환경을 보호하기 위하여 학교경계선으로부터 200m를 초과하지 않는 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 학교환경위생정화구역(이하 ‘정화구역’이라고 한다)을 설정하여야 할 의무를 규정하고 있다. 같은 법 제6조 제1항은 “누구든지 정화구역 안에서 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있는바, 그 제2호에서 ‘극장’을 규정하고 있다.

한편, 같은 항(제6조 제1항) 단서는 정화구역 가운데 대통령령이 정하는 구

역 안에서는 본문 각 호에 해당하는 행위 및 시설 중 일정한 행위 및 시설에 대하여 교육감 등이 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습 등에 나쁜 영향을 미치지 않는다고 인정한 경우에는 그 행위 또는 시설이 금지되지 않는 것으로 규정함으로써 그 제한을 완화하는 규정을 두고 있다. 이 사건 법률조항의 규율대상인 극장의 경우도 위 단서에 의한 제한의 완화가 가능한 시설이다.

「학교보건법」의 위임에 따라 제정된 대통령령인 학교보건법시행령은 위법 제5조 제1항의 규정에 의하여 교육감이 정화구역을 설정할 때에는 절대정화구역과 상대정화구역으로 구분하여 설정하되, 절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50m까지의 지역으로 하고, 상대정화구역은 학교경계선으로부터 직선거리로 200m까지의 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역으로 할 것을 정하고 있으며(제3조), 법 제6조 제1항 단서에서 정한 제한이 완화되는 구역이란 위 상대정화구역을 의미하는 것으로 정하고 있다(제4조).

(나) 학교의 의미

「학교보건법」상 학교의 의미가 어느 범위까지 포함하는 것인지 문제이다. 「학교보건법」은 학교의 정의에 관하여 특별한 규정을 두지 아니하였으므로 이는 결국 관련법령을 종합적으로 해석하여 밝혀야 할 것이다.

학교보건법시행령 제2조는 정의조항을 두어 이 영에서 '학교'라 함은 「초·중등교육법」 제2조 및 고등교육법 제2조에 규정한 각 학교를 말한다고 규정하고 있다. 「초·중등교육법」에서 규율하는 학교는 유아교육 및 초·중등교육을 실시하기 위한 학교인바, 동법 제2조는 학교의 종류로서 유치원·초등학교·중학교·고등학교 등을 정하고 있다. 또한 고등교육법에서 규율하는 학교는 고등교육을 실시하기 위한 학교들인바, 동법 제2조는 그 학교의 종류로서 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학 등을 정하고 있다.

학교의 보건관리와 환경위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원들의 건강을 보호·증진하게 함으로써 학교교육의 능률화를 기하고자 하는 「학교보건법」의 입법목적(법 제1조 참조) 및 학교보건법시행령의 규정의 취지를 종합하여 살펴보면 「학교보건법」상 학교의 의미는 학교보건법시행령 제2조에 규정된 이들 모든 학교를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다고 할 것이다.

(다) 극장의 의미

1) 이 사건 법률조항은 정화구역 내의 '극장'시설 및 그 영업행위를 금지하고 있는바, 여기서 극장의 의미가 문제된다.

일반적으로 '극장'의 사전적 의미는 연극이나 영화 따위를 전문으로 상연하는 건물이나 시설이다(어문각, 우리말 큰 사전, 한글학회 지음). 즉, '극장'이라는 단어는 연극, 무용 등 무대예술을 공연하는 시설 및 영화를 상영하는 시설이라는 두 가지의 사전적 의미를 갖고 있으며, 각각의 의미 혹은 두 가지 의미를 모두 포함하는 하나의 단어로써 혼용하여 사용하고 있는 것이 일상적인 용례라고 할 것이다.

2) 이 사건 법률조항의 입법목적은 다음에 보는 바와 같이 청소년들에게 그들의 주요 활동공간인 학교주변의 일정지역이라는 최소한의 범위를 정하여 그 범위 내에서 학생 및 교직원들에게 평온하고, 건강한 환경을 마련해 줌으로써 학교교육의 능률화를 기하고자 하는 취지인바, 그 취지에서 보면 입법자가 이 사건 법률조항으로써 규제하고자 하는 범위가 반드시 영화상영관 혹은 공연장의 어느 한 가지 시설에 국한된다고 단정하기 어렵다. 학교주변의 영화상영관 혹은 공연장이 청소년들의 성장에 영향을 주는 환경이라는 측면에서 유사한 성질을 지니고 있기 때문이다.

또한 학교정화구역 내의 극장시설을 금지하는 규범은 1970. 9. 14. 문교부령 제268호로 발령된 학교보건법시행규칙 규정(동 규칙 제2조 제3호)에 의하여 처음 도입된 이후, 1981. 2. 28. 법률 제3374호로 개정된 이 사건 법률조항에 입법화되었는바, 당시에는 영화상영관과 공연장의 구분이 모호하여 동일한 시설이 양자의 목적으로 혼용되는 경우가 적지 아니하였다. 실제로 이 사건 법률조항의 입법 당시는 물론 최근까지도 「공연법」은 영화상영시설과 무대공연시설을 모두 포함하는 하나의 개념으로서 공연장을 규정하였으며, 이와 같은 공연장의 개념에서 영화상영관이 분리된 것은 「영화진흥법」과 「공연법」이 개정된 2002. 1. 26.부터이다. 그리하여 현행 「공연법」에서는 극장의 사전적 의미 가운데 연극·무용 등 무대예술을 공연하는 시설로서 '공연장'이라는 용어를 사용하고 있는바, 공연장이란 '공연을 주된 목적으로 설치하여 운영하는 시설'이고, 공연이란 '음악, 무용, 연극, 연예, 국악, 곡예 등 예술적 관람물을 실연에 의하여 공중에게 관람하도록 하는 행위'로 정의하고 있다(공연법 제2조 제1호 본문, 제4호 참조). 또한 「영화진흥법」에서는 '영화상영관'이라는 용어를 사용하면서 이를 '영리의

목적으로 영화를 상영하는 장소 또는 시설'로서 정의하고 있다(영화진흥법 제2조 제13호).

3) 그렇다면 입법자는 이 사건 법률조항의 입법 당시 공연장과 영화상영관의 양자를 포괄하는 의미로서 '극장'이라는 용어를 사용하였다고 할 것이며, 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 볼 때 이를 영화상영시설 또는 무대공연시설의 어느 하나의 시설로 제한하여 볼 수 없는 이상, 양자 모두를 포함하는 것이라고 보는 것이 자연스러운 해석이라고 할 것이다. 결국 이 사건 법률조항에 규정된 '극장'의 의미는 무대공연시설과 영화상영시설을 모두 포함하는 개념이라고 해석함이 타당하다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 이 사건 위헌법률심판에서 문제되는 기본권

(가) 이 사건 법률조항은 정화구역 내에서 극장시설 및 영업행위를 금지하고 있는바, 이 사건 위헌법률심판의 쟁점은 우선 이 사건 법률조항이 정화구역 내에서 극장영업을 하고자 하는 자의 직업의 자유를 침해하여 위헌인지 여부이다. 아울러 학생들의 문화향유에 관한 행복추구권도 문제가 된다고 할 것이다.

(나) 한편, 극장의 자유로운 운영에 대한 제한은 공연물·영상물이 지니는 표현물, 예술작품으로서의 성격에 기하여 직업의 자유에 대한 제한으로서의 측면 이외에 표현의 자유 및 예술의 자유의 제한과도 관련성을 가지고 있다.

이와 같이 하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 기본권경합의 경우에는 기본권침해를 주장하는 제청신청인과 제청법원의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것이다(헌재 1998. 4. 30. [95헌가16](#), 판례집 10-1, 327, 336-337).

살피건대, 이 사건 법률조항에 의한 표현 및 예술의 자유의 제한은 극장 운영자의 직업의 자유에 대한 제한을 매개로 하여 간접적으로 제약되는 것이라 할 것이고, 입법자의 객관적인 동기 등을 참작하여 볼 때 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 가장 큰 주된 기본권은 직업의 자유라고 할 것이다. 따라서 이하에서는 직업의 자유의 침해여부를 중심으로 살피는 가운데 표현·예

술의 자유의 침해여부에 대하여도 부가적으로 살펴보기로 한다.

(2) 직업의 자유의 침해여부

(가) 직업의 자유의 제한 및 그 한계

1) 「헌법」 제15조에 의한 직업의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다(헌재 1993. 5. 13. [92헌마80](#) ; 1996. 8. 29. [94헌마113](#) ; 1997. 3. 27. 94헌마196등 참조). 여기서 '직업'이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. [92헌마80](#) 참조).

공연장 또는 영화상영관을 의미하는 극장의 운영은 직업을 수행하는 활동임이 명백하며, 이 사건 법률조항은 학교부근에 설정된 정화구역 안에서 극장시설을 금지하여 그 영업을 하지 못하게 하는 것이므로 직업의 자유를 제한하는 것임이 분명하다. 다만, 이 사건 법률조항은 학교부근의 정화구역 내에서의 극장시설 및 그 운영행위를 금지하는 것으로서 학교부근이라는 한정된 지역에서의 극장시설 및 운영행위만을 제한하고 있을 뿐 그 이외의 지역에서의 극장업에 관하여는 아무런 제한을 가하지 않고 있으므로 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하고 있다고는 볼 수 없고, 영화상영관을 자유롭게 운영할 수 있는 제청신청인 등의 직업수행의 자유를 일부 제한하고 있다고는 할 것이다(헌재 1998. 3. 26. [97헌마194](#), 판례집 10-1 302-319, 314-315 참조).

2) 「헌법」 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서 기본권제한입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다는 것이며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 「헌법」에 위반된다(헌재 1993. 12. 23. [93헌가2](#) 참조).

일반적으로 직업행사의 자유에 대하여는 직업선택의 자유와는 달리 공익 목적을 위하여 상대적으로 폭넓은 입법적 규제가 가능한 것이지만, 그렇다고 하더라도 그 수단은 목적달성에 적절한 것이어야 하고 또한 필요한 정도를 넘지 지나친 것이어서는 아니된다(헌재 1993. 5. 13. [92헌다80](#) ; 1995. 2. 23. 93헌가1등 참조). 살피건대, 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권은 단순히 직업의 자유만이 제한되는 것이 아니라 제한되는 직업의 성질상 표현의 자유 및 예술(예술표현)의 자유에 대한 제한과 불가분적으로 결합되어 있다. 또한 이 사건 법률조항의 제한방법은 일정한 지역에서의 극장영업을 금지하는 방법인바, 극장의 시설은 일정한 규모 이상의 건물시설을 반드시 필요로 하기 때문에 단순한 직업수행의 자유에 대한 제한의 효과를 초과하는 경우가 발생할 수 있다. 결국, 직업의 자유에 대한 이 사건 법률조항의 제한은 「헌법」 제37조 제2항의 비례의 원칙에 기한 기본권제한의 입법적 한계 심사에 의하여야 할 것이다.

(나) 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성

1) 이 사건 법률조항의 입법목적 및 그 정당성

「학교보건법」 제1조는 동법의 입법목적은 학교의 보건관리와 환경위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원의 건강을 보호·증진하게 함으로써 학교교육의 능률화를 기하는 데 있는 것으로 밝히고 있다. 결국 「학교보건법」의 제정목적 및 제정배경에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항의 입법목적은 청소년, 특히 그 가운데 대다수를 형성하고 있는 학생들에게 그들의 주요 활동공간인 학교주변의 일정지역이라는 최소한의 범위를 정하여 그 범위 내에서 유해환경을 방지하고 학생들에게 평온하고, 건강한 환경을 마련해 주어 번별력과 의지력이 미약한 청소년학생을 보호하여 궁극적으로 학교교육의 능률화를 기하기 위한 취지라고 할 것이며, 이와 같은 입법목적은 공공복리를 위한 정당한 입법목적이라고 할 것이다.

2) 방법의 적정성

가) 우리 사회는 많은 유해환경으로 둘러싸여 있다. 특히 학교주변의 유해환경은 학교측과 당국의 자구적인 노력에도 불구하고 여전히 심각한 상태로 남아있다. 이러한 유해환경은 청소년들에게 유해환경출입의 기회를 제공함으로써 탈선의 가능성을 높여주는 것이다. 특히, 유해환경의 지리적 근접성은 대상에

대한 긍정적인 반응을 생성함으로써 일상성으로서의 유해환경을 당연시하게 되고, 결국 향락문화에 대한 잠재적인 소비자를 양산하고 범죄성을 심어주는 등 유해한 결과를 가져오게 된다. 따라서 학생들의 생활의 중심이 되는 지역인 학교주변을 정화구역으로 지정하여 그 구역 내에 유해환경을 조성하는 시설의 영업을 금지하는 것은 아동 및 청소년의 건강한 성장을 위한 적절한 방법이라고 할 것이다.

나) 극장시설은 부정적으로 작용할 경우 유해환경으로서의 특성을 갖고 있다. 그렇다면 정화구역 내에서 이와 같은 특성을 갖는 극장시설을 운영하지 못하도록 하는 이 사건 법률조항은 청소년학생들의 생활의 중심이 되는 지역인 학교주변을 평온하고 건강한 환경으로 만들어 변별력과 의지력이 미약한 청소년 학생을 보호하여 궁극적으로 학교교육의 능률화를 기하기 위한 입법목적에 달성에 적절한 수단이라고 할 것이다.

(다) 최소침해성원칙의 위반여부

1) 문화시설로서의 공연장 및 영화상영관

가) 음악·무용·연극·연예·국악 등 대부분의 무대예술을 포괄적으로 지칭하는 '공연'은 예술의 자유의 핵심적 보호대상이 된다고 할 것이며, 문화정책수립의 중요한 대상이라고 할 것이다. 또한 공연장 및 영화상영관 운영자의 자유로운 공연장 등의 운영은 예술의 자유와 직접적으로 관련되어 있다. 예술의 자유는 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회·결사의 자유 등을 그 내용으로 하는바, 그 가운데 자유로운 예술작품의 연주·공연·상영 등을 보장하는 것을 내용으로 하는 예술표현의 자유는 공연장 및 영화상영관의 존재와 자유로운 운영을 그 필수적인 요건으로 한다. 다양하고 자유로운 공연·영상예술은 그와 같은 예술을 관람하는 관객, 그리고 공연할 수 있는 시설을 전제로 하기 때문이다.

나) 한편, 영화의 경우 복사 및 전송이 자유로운 영상매체라는 매체 자체의 특성 및 제작과정에 대규모의 자본이 투여되는 등의 특성으로 인하여 공연물에 비하여 그 상업성 및 오락성이 강한 것이 일반적이다. 하지만, 과거 순수오락물로서 치부되었던 영화는 오늘날 예술의 한 장르인 영상예술로서의 가치를 인정받고 있다. 따라서 이와 같은 영화를 관람할 수 있도록 만들어진 공연장과

영화상영관은 단순한 오락시설로서의 의미 이외에 문화·교육시설로서의 의미를 가지고 있다.

다) 이와 같이 문화시설로서의 특성도 함께 지니고 있는 극장은 비록 아동·청소년에게 유해한 영향을 미치는 환경으로서의 특성도 지니고 있다고 할지라도 이는 절대적이고 보편적인 것이 아니라 상대적인 것이라고 할 것이다. 즉, 극장의 유해환경으로서의 판단기준은 아동·청소년의 연령이나 정신발달의 정도 및 사회적·문화적 환경에 따라 달라질 수 있는 것인데, 각 학교는 교육의 목적·과정이 서로 다를 뿐 아니라, 학생의 연령이나 신체 및 지능의 발달정도에 큰 차이가 있어서 극장이 학교교육에 미치는 영향은 학교의 종류에 따라 크게 다를 수밖에 없다. 그렇다면 이하에서는 각 학교별로 이와 같은 정화구역에서의 극장 시설 및 운영금지가 비례의 원칙, 특히 최소침해성 원칙을 준수하는 것인지 여부에 관하여 보기로 한다.

2) 「학교보건법」 제6조 제1항 단서의 예외와 최소침해성 원칙의 위반 여부

가) 「학교보건법」 제6조 제1항 단서의 예외

「학교보건법」 제6조 제1항 단서는 이 사건 법률조항의 일반적 금지의 예외를 규정하고 있다. 즉, 정화구역 가운데 대통령령이 정하는 구역 안에서는 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 경우 그 금지가 해제된다. 법 제6조 제1항 단서에서 이와 같은 예외를 인정하는 것은 입법자가 「헌법」에서 정하고 있는 국가의 교육책임, 아동·청소년의 보호의무를 실현하기 위하여 극장운영자의 직업수행의 자유를 제한하는 경우에도 필요한 최소한의 범위에서 제한하기 위한 취지라고 할 것이다.

나) 「고등교육법」 제2조에서 정하고 있는 대학 및 이와 유사한 교육기관의 경우

이 사건 법률조항이 정하는 학교에는 대학 및 이와 유사한 교육기관도 포함된다고 함은 앞서 살펴본 바와 같다. 따라서 이 사건 법률조항은 대학부근 정화구역 내의 극장도 일반적으로 금지하고 있다.

① 위에서 본 바와 같이 극장은 문화시설의 하나로서 그 시설자체가 학습이나 학교의 보건위생에 나쁜 영향을 끼치는 것이 아니라, 학생이 극장을 이용하는 경우 공연물 내지 영화가 지닌 오락성으로 인하여 학습을 소홀히 하고 극장주변의 유해환경으로부터 나쁜 영향을 받을 소지가 있을 뿐이다. 그런데 대학생들은 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있는 자 중에서 선발되므로(고등교육법 제33조 등) 신체적·정신적으로 성숙하여 자신의 판단에 따라 자율적으로 행동하고 책임을 질 수 있는 시기에 이르렀다고 할 것이다.

이와 같은 대학생의 신체적·정신적 성숙성에 비추어 볼 때 대학생이 영화의 오락성에 탐닉하여 학습을 소홀히 하고 극장주변의 유해환경으로부터 나쁜 영향을 받을 위험성이 있다고 할 것인지 의문이 아닐 수 없으며, 가사 그와 같은 가능성이 있다고 하여도 그와 같은 가능성이 있는 시설환경 속에서 그 환경을 자율적으로 유용하게 활용하는 것 또한 자율성을 가장 큰 특징으로 하는 대학교육의 한 부분이라고 아니할 수 없다.

② 앞서 살펴본 바와 같이 「학교보건법」 제6조 제1항 단서는 이 사건 법률조항의 일반적 금지의 예외를 규정하고 있다. 그러나 초·중·고등학교 및 유치원의 경우와는 달리 대학의 정화구역에 관한 판단에서는 법 제6조 제1항 단서에서 규율하는 바와 같은 예외조항의 유무와 상관없이 과연 그와 같은 일반적 금지를 둘 필요성을 인정하는 것이 쉽지 아니하다고 할 것이다. 적어도 제한상영관의 영화가 아닌 한 대학생들은 그 연령이나 지적인 수준에 비추어 극장으로 인하여 학습에 지장을 받을 가능성이 희박하다고 할 것일 뿐 아니라, 극장이 대학생의 학습에 영향을 미칠 것인가에 관한 사항은 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 판단할 문제가 아니라 대학생 스스로의 자율적인 판단과 책임에 맡길 사항이라고 할 것이기 때문이다. 아울러 극장이 대학의 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 경우도 쉽게 상정하기 어렵다고 할 것이다. 결국, 대학의 정화구역 안에서 극장시설을 금지하는 이 사건 법률조항은 극장운영자의 직업수행의 자유를 필요·최소한 정도의 범위에서 제한한 것이라고 보기 어렵다.

③ 한편, 대학생 가운데에는 예외적으로 신체적·정신적으로 미성숙한 낮은 연령의 청소년이 있을 수 있다. 이들 낮은 연령의 대학생의 경우에는 비록

다른 능력에 기하여 대학의 입학이 허용되었다고 하여도 변별력과 의지력이 그들의 모든 결정을 자율에 맡기기에 부족할 수 있다.

하지만, 「영화진흥법」 제21조 제1항은 영화는 상영 전에 영상물등급위원회로부터 상영등급을 분류받아야 한다고 규정하고, 그 제3항에서는 구체적인 상영등급을 그 연령에 따라 전체관람가, 12세 관람가, 15세 관람가, 18세 관람가 등으로 분류하고 있다. 따라서 예외적으로 연령이 18세 미만인 대학생의 경우는 18세 관람가 영화의 관람이 허용되지 않는다. 또한 「공연법」 제5조는 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 공연물을 18세 미만의 자에게 관람시키는 것을 금지하고 있다(공연법 제2조 제4호, 청소년보호법 제10조 등 참조).

그렇다면 비록 완전하다고 하기는 어려울 것이나 이들의 보호를 위한 등급제 등 별도의 제도가 마련되어 있으며, 비록 연령이 다른 대학생들에 비하여 낮다고 하여도 이미 대학의 자율적인 교육의 환경 속에서 성장하고 있는 이상 이들의 보호를 위하여 대학 정화구역 내의 극장일반을 제한하는 이 사건 법률조항은 극장운영자의 직업수행의 자유를 필요한 최소한의 정도로 제한하는 법률조항이라고 하기 어렵다.

다) 「초·중등교육법」상의 유치원, 초등학교, 중학교, 고등학교 및 이와 유사한 교육기관의 경우

「초·중등교육법」상의 유치원, 초등학교, 중학교, 고등학교 및 이와 유사한 교육기관에 재학 중인 학생들은 아직 변별력 및 의지력이 미약한 청소년들이다. 따라서 학교주변에 영화상영관 내지 공연장이 있으면 영화 및 공연물의 오락성·상업성 등으로 인하여 이에 자주 출입하면서 학습을 소홀히 할 가능성이 있으며, 극장의 광고물 등으로 인하여 나쁜 영향을 받을 가능성도 있다. 그렇다면 「헌법」 제31조 제6항에서 정한 국가의 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한 및 「헌법」 제34조 제4항 등의 국가의 아동·청소년 보호의무 등을 구체적으로 실현하여야 할 책임이 있는 입법자가 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는 경우의 예외를 인정하는 전제 하에서 정화구역 내의 극장을 금지하는 것 그 자체는 직업수행의 자유 등을 과도하게 침해하는 것이라고 하기 어렵다.

3) 예외를 허용하지 않는 절대적 금지와 최소침해성

가) 「학교보건법」 제6조 제1항의 단서는 예외적 해제가 가능한 구역의

범위를 정화구역 가운데의 일정한 범위의 구역으로 정하고 있기 때문에 결국 이 사건 법률조항은 모든 극장의 영업을 절대적으로 금지하는 일정한 범위의 정화구역(이하 '절대금지구역'이라고 한다)을 예정하고 있는 것이다.

이 사건 법률조항 가운데 대학부근의 정화구역에서 극장을 금지하는 부분은 예외의 허용여부를 불문하고 위헌적이라고 함은 이미 위에서 살펴본 바와 같으므로 아래에서는 초·중등교육법상의 초등학교, 중학교, 고등학교 및 유치원의 경우를 중심으로 하여 살펴보기로 한다.

나) 초·중등교육법상의 초등학교, 중학교, 고등학교의 경우

① 오늘날 우리사회의 경제적인 성장과 더불어 일반인들의 문화에 대한 관심이 고조되었으며, 그에 따라 문화생활이 일상생활에서 차지하는 비중이 날로 높아져 가고 있다. 이와 같은 문화에 관한 높은 인식수준 속에 종래 문화로서 인정받아왔던 순수예술의 공연뿐 아니라, 오락으로 치부되어왔던 공연, 예를 들어 대중가수의 공연과 영화도 문화와 예술로서 인정받고 있으며, 그들이 우리 사회에서 실제 담당하는 문화·예술적인 비중이 날로 높아져 가고 있는 것이 오늘날의 현실이다. 특히 초·중·고등학교의 학생들은 오늘날 대중음악 등 대중문화의 가장 중요한 소비자 및 향유자라는 점에서 성인에 비하여도 뒤지지 않는 높은 수준의 문화적 욕구를 가지고 있음을 알 수 있다.

② 한편, 오늘날 청소년들은 인터넷의 광범위한 보급과 그에 따른 음란·폭력물의 무차별적인 전파, 그리고 비디오방, 비디오대여점 등을 통하여 선정적·폭력적인 영상물을 어렵지 않게 접할 수 있게 됨으로써 광범위한 영상매체 유해환경에 노출되어 있다. 그런데 아동·청소년들이 외부와 차단된 혹은 밀폐된 공간에서 유해한 영상매체에 접할 경우 공중장소에서 상영되며 등급제 등에 의하여 그 유해성이 완화된 극장의 영상물 등에 비하여 이들의 정서에 더욱 해로운 영향을 미칠 것임은 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 이와 같은 현실에서 청소년의 보호를 위하여 공연과 영화의 상영을 제한하는 것보다는 양질의 공연물 및 영상물에 보다 쉽게 접할 수 있는 기회를 제공하는 것이 바람직한 청소년보호정책이라고 할 수 있다.

③ 그렇다면 입법자로서는 청소년들이 쉽게 접근할 수 있는 학교부근에 공연장과 영화상영관이 있는 경우 그 종류 등을 불문하고 모든 공연장과 영화상

영관을 일체 금지할 것이 아니라 공연장 및 영화상영관의 종류를 구분하여 그로 인한 폐해와 혜택을 형량하여 그 폐해의 정도가 심하지 않으면서도 아동·청소년들의 문화향유에 도움을 줄 수 있는 경우에는 일반적·절대적 금지로부터 제외시켜 그 금지에 대한 예외적인 허가를 허용하도록 규정해야 할 것이며, 그와 같이 규율함이 이 사건 법률조항의 입법 목적을 효과적으로 달성하면서도 당해 극장운영자의 기본권을 최대한 존중하는 바람직한 방법이라고 할 것이다. 이는 또한 청소년의 보호와 문화국가원리를 조화시키는 바람직한 방안일 것이다.

④ 오늘날 어린이·청소년을 대상으로 하는 공연물에 대한 수요가 점차 높아져 이들 어린이·청소년 공연물의 비중이 전체 공연물 가운데 차지하는 비중이 높아지고 있을 뿐 아니라, 이들 어린이·청소년을 대상으로 하는 공연물만을 전문으로 공연하는 극장 등이 점차 확산되고 있는 추세에 있다. 또한 순수예술 내지 실험예술을 지향하는 연극인들이 하나의 공연장을 중심으로 극단을 형성하여 예술활동을 하는 예를 어렵지 않게 발견할 수 있다.

입법자도 이들 공연이 우리 문화에서 담당하는 기능을 평가하여 「공연법」 제10조 제2항에서는 공연예술의 발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 공연자에 대한 보조금지금 및 공연장 설치·경영을 장려하기 위한 재정지원 및 보조에 관한 규정을 두고 있다. 이들 예술공연물을 전문으로 공연하는 공연자 및 공연장의 경우에는 우리사회 문화의 다양성을 지탱하는 기초라고 할 것이고, 그와 같은 공연장은 아동·청소년의 문화수준과 문화의 다양성에 대한 의식을 고양시켜 줄 것임을 인정할 수 있다. 아울러 「공연법」은 누구든지 청소년보호법의 기준에 따른 연소자 유해공연물을 연소자에게 관람시킬 수 없으며, 같은 기준에 의한 선전물을 공중이 통행하는 장소에 공공연히 설치, 부착, 배포할 수 없음을 규정하고(제5조 제1항, 제2항), 이에 위반한 자에 대하여 공연장의 운영의 정지 및 형사처벌을 과할 수 있음을 규정하고 있다(제33조 제1호, 제40조 제1호, 제41조 제1호).

⑤ 한편, 국가·지방자치단체도 공연장을 설치하여 운영하는 경우가 있으며(공연법 제9조 제1항 참조), 국가·지방자치단체 이외에도 비영리단체인 문화재단 등이 공연장 및 영화상영관을 설치하여 운영하는 예를 어렵지 않게 찾아볼 수 있는바, 공연장 및 영화상영관의 아동 및 청소년 성장에 대한 유해성판단에 있어 당해 공연장의 목적이 영리를 위한 것인지 여부는 중요한 기준이 된다

고 할 것이다. 일반적으로 선정적·폭력적인 공연물 등을 공연하는 이유는 영리의 목적에 기초하는 상업적인 것이며, 비영리공연장·영화상영관 등의 경우에는 그 시설의 성격상 순수예술의 공연물 등을 주로 그 공연의 대상으로 삼는 것이 일반적이기 때문이다.

⑥ 영화의 경우에는 일반적으로 공연물에 비하여 그 상업성 및 오락성이 강한 것이 일반적이다. 하지만, 영화의 경우에도 다른 예술 장르에 못지않게 순수한 영상예술을 추구하는 경우가 적지 않으며 최근에는 그와 같은 영화예술의 창작이 폭 넓은 관객층의 호응에 힘입어 점차 늘어가고 있는 추세이다. 이와 같은 순수예술로서의 영화는 순수예술의 공연물과 마찬가지로 우리 문화의 다양성의 기초를 형성한다고 할 것이다.

또한 아동·청소년들을 성인들의 선정적·폭력적인 영상문화로 보호하는 방법으로는 등급제와 같이 아동·청소년을 일정한 등급 이상의 영화관람으로부터 배제시키는 방법도 있을 수 있으나, 이들이 마음놓고 영화를 관람할 수 있는 예술·청소년 전용영화관을 마련함이 보다 효과적인 방법이라고 할 것이다.

그리하여 「영화진흥법」은 정부가 아동 및 청소년 관객의 보호와 영화예술의 확산을 위하여 전용상영관의 설치와 운영을 지원할 수 있도록 정하고 있다(영화진흥법 제27조 참조).

⑦ 이상에서 살펴본 바와 같이 국가·지방자치단체 또는 문화재단 등 비영리단체가 설치한 공연장 및 영화상영관, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 전용공연장 등을 포함한 예술적 관람물의 공연을 목적으로 하는 「공연법」상의 공연장, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 「영화진흥법」상의 전용영화상영관 등의 경우에는 정화구역 내에 위치하더라도 초·중·고등학교 학생들에게 유해한 환경이라고 하기보다는 오히려 이들 학생들의 문화적 성장을 위하여 유익한 시설로서의 성격을 가지고 있어 바람직한 방향으로 활용될 가능성이 높다는 점을 부인하기 어렵다. 그렇다면 정화구역 내의 절대금지구역에서는 이와 같은 유형의 극장에 대한 예외를 허용할 수 있는 가능성을 전혀 인정하지 아니하고 일률적으로 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 정도 이상으로 극장운영자의 기본권을 제한하는 법률이라고 하지 않을 수 없다.

⑧ 한편, 극장은 그 성질상 극장주변에 유동인구를 집중시키게 하고, 이에 따라 교통량 및 소음 등이 다소간 증대되며 식당 등 새로운 업소를 파생시키게 되는데, 이와 같은 현상은 학교교육에 바람직한 현상이라고 보기 어렵다는 점을 긍정하지 않을 수 없다. 이와 같은 유동인구집중의 문제 등은 보다 넓게는 학교의 교육환경을 배려하는 도시계획을 수립하지 못한 정책의 빈곤에 기초한 문제로서 우리나라 대도시에 위치한 학교일만이 직면하고 있는 문제이다.

하지만, 「학교보건법」이 정화구역 내에 극장을 금지하고 있는 이유가 극장의 그와 같은 특징에 기하고 있는 것이라고 보기는 어렵다. 만일 이 같은 사정만으로 극장 자체를 금지시키는 것이 정당화된다고 할 경우에는 극장의 경우보다 오히려 학교부근의 물리적인 환경에 미치는 악영향이 더욱 현저한 것으로 평가할 수 있는 학교부근의 중·대형병원, 각종의 학원, 심지어 학교인근의 학교(예를 들어 유치원·초·중·고등학교 부근의 대학교) 역시 금지대상으로서의 조건을 갖추는 것이라고 보아야 할 것이다.

이 사건 법률조항에서 학교부근의 극장을 도축장, 폐기물수집장 등과 같이 학생 및 교직원의 건강에 유해한 영향을 줄 가능성이 명백한 시설과 같이 취급하여 금지하고 있는 진정한 이유는 극장의 물리적 환경이 끼치는 나쁜 영향에 있다고 하기보다는 극장에서 공연되는 대중문화나 영화가 교육에 해로운 영향을 준다고 보았던 이 사건 법률조항의 입법 당시의 사회인식을 반영하는 것이라고 할 것이다. 그러나 살펴본 바와 같이 공연문화 및 영상문화에 대한 사회인식은 근본적인 변화를 겪었다고 할 수 있으며, 특히 국가·지방자치단체 또는 문화재단 등 비영리단체가 설치한 공연장 및 영화상영관, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 전용공연장 등을 포함한 예술적 관람물의 공연을 목적으로 하는 「공연법」상의 공연장, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 「영화진흥법」상의 전용 영화상영관 등의 경우에는 초·중·고등학생들의 교육·문화적인 환경에 나쁜 영향을 준다고 하기 어려울 뿐 아니라, 그 비상업성 등의 특징으로 하여 물리적인 환경에도 심각한 영향을 준다고 평가하기 어려운 것이다.

다) 「초·중등교육법」상의 유치원의 경우

「초·중등교육법」상의 유치원 및 이와 유사한 교육기관에 입학할 수 있는 아동은 만3세부터 초등학교 취학 전까지의 유아로 한다(초·중등교육법 제

36조).

한편, 극장은 선전 포스터, 극장 간판, 광고 전단지 등을 통하여 공연물과 영상물을 광고하는바, 이 광고들이 선정적이거나 폭력적인 경우가 많고 이들 광고는 유치원생들의 정서에 좋지 않은 영향을 미칠 가능성이 있다. 따라서 그 연령에 비추어 유치원생의 경우 부모나 보호자를 동반하지 아니하고 직접 공연장 또는 영화상영관을 이용하는 경우를 상정하기는 어렵다고 할 것이지만, 이 사건 법률조항에서 정화구역 내의 극장운영을 제한하는 것 자체가 비례의 원칙에 위반하는 것으로 판단하기는 어렵다.

그러나 이 사건 법률조항은 절대금지구역에서는 모든 극장을 예외없이 금지하고 있는바, 위에서 허용되어야 할 유형으로 살펴본 극장들의 경우에는 아동의 정서에 해를 미칠 수 있는 내용의 광고로 인한 유해환경발생의 가능성 역시 줄어든다고 할 것이다. 그렇다면 절대금지구역에서 이와 같은 유형의 극장을 금지의 예외로서 허용할 수 있는 가능성을 전혀 인정하지 아니하고 일률적으로 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 정도 이상으로 극장운영자의 기본권을 제한하는 법률이라고 하지 않을 수 없다.

라) 법익균형성원칙의 위반 여부

이 사건 법률조항은 개별적인 경우 보호법익이 위협을 받는가와 관계없이 특정 장소에서의 극장영업을 전면적으로 금지함으로써 개별적 극장의 유형 및 학교의 종류 등 구체적 상황을 고려하지 아니하고 있다. 결국, 입법자는 이 사건 법률조항을 입법함에 있어 상충하는 법익간의 조화를 이루려는 노력을 기울리하여 공익에 대하여만 일방적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적절한 균형관계를 달성하지 못하였다.

마) 소 결

결국, 이 사건 법률조항은 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 직업의 자유를 침해하고 있으며, 법익균형성의 원칙도 위배하였다고 할 것이다.

(3) 예술의 자유·표현의 자유 등의 침해 여부

「헌법」 제22조는 예술의 자유를 기본권으로 보장하고 있는바, 예술의 자유

는 예술창작품을 표현하는 예술표현의 자유를 포함한다. 또한 「헌법」 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다. 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 견해이다. 즉, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다고 할 것이다(헌재 1993. 5. 13. [91헌바17](#), 판례집 5-1, 275, 284 ; 2001. 8. 30. [2000헌가9](#), 판례집 13-2, 134, 146-147).

이 사건 법률조항은 학교정화구역 내의 극장영업을 금지하고 있다. 극장은 영상물·공연물 등 의사표현의 매개체를 일반 공중에게 표현하는 장소로서의 의미가 있다. 따라서 극장의 자유로운 운영에 대한 제한은 공연물, 영상물이 지니는 표현물, 예술작품으로서의 성격에 기하여 표현의 자유 및 예술의 자유의 제한효과도 가지고 있음을 부인할 수 없다.

살피건대, 이 사건 법률조항이 극장운영자의 직업의 자유를 침해하는지 여부와 극장운영자의 표현의 자유 및 예술의 자유를 침해하는지 여부의 문제는 동전의 양면과도 같이 연관되어 있는 문제라고 할 것이다. 이 사건 법률조항은 위 직업의 자유의 침해여부에서 이미 살펴본 바와 마찬가지로 극장운영자의 표현의 자유 및 예술의 자유를 필요한 이상으로 과도하게 침해하고 있다. 아울러 입법자는 표현·예술의 자유의 보장과 공연장 및 영화상영관 등이 담당하는 문화국가형성의 기능의 중요성을 간과하고 학교교육의 능률성의 보호라는 입법목적의 측면만을 지나치게 강조함으로써 상충하는 여러 가지 이익을 적절하고 공정하게 형량하여 규율하였다고 보기 어렵다. 따라서 이러한 관점에서 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위반되어 표현·예술의 자유를 과도하게 제한하는 규정이다.

(4) 대학생 및 초·중·고등학교 학생의 행복추구권 등 침해여부

이 사건 법률조항은 극장이용자의 위치에 있는 초·중·고등학생 및 대학생 등이 학교부근에서 손쉽게 극장관람을 하는 것을 실질적으로 제한함으로써 이들 학생들의 행복추구권을 제한하고 있다.

(가) 대학생의 경우

대학생의 입장에서 문화를 자유롭게 향수하는 것은 직업교육으로서의 의미도 가지고 있다. 오늘날 영화 및 공연을 중심으로 하는 문화산업은 높은 부가가치를 실현하는 첨단산업으로서의 의미를 가지고 있다. 또한 문화산업은 높은 전방·후방의 산업연관효과를 갖고 있기 때문에 공연·영화 등 문화를 많이 접하고 향유함으로써 문화적인 소양을 쌓는 것은 넓은 분야의 직업교육으로서의 의미도 갖게 되었다. 또한 문화산업 그 자체는 아니라고 하여도 일반기업 및 공무원이 담당하는 업무에 있어서도 문화적인 소양은 일반적으로 갖추어야 하는 필수적인 능력으로서의 의미를 갖게 되었다. 따라서 직업교육이 날로 강조되는 대학교육에 있어서 문화에의 손쉬운 접근가능성은 중요한 의미를 갖는 기본권으로서의 의미를 갖게 된다.

이 사건 법률조항은 살펴본 바와 같이 대학교육의 능률성을 위한다는 입법목적을 위하여 극장운영자의 기본권을 과도하게 침해하고 있을 뿐 아니라, 대학생의 자유로운 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해하고 있는바, 그 정당화 사유를 찾기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 이 점에서도 위헌적인 법률이라고 할 것이다.

(나) 초·중·고등학교 학생의 경우

1) 아동과 청소년은 되도록 국가의 방해를 받지 아니하고 자신의 인격, 특히 성향이나 능력을 자유롭게 발현할 수 있는 권리가 있다. 아동과 청소년은 인격의 발전을 위하여 어느 정도 부모와 학교의 교사 등 타인에 의한 결정을 필요로 하는 아직 성숙하지 못한 인격체이지만, 부모와 국가에 의한 단순한 보호의 대상이 아닌 독자적인 인격체이며, 그의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 「헌법」 제10조에 의하여 보호된다(헌재 2000. 4. 27. [98헌가16](#)등, 판례집 12-1, 427, 455-456). 따라서 「헌법」이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리, 그리고 자유롭게 문화를 향유할 권리를 부여한다고 할 것이다.

2) 이 사건 법률조항은 학교부근의 극장을 금지하고 있으므로 아동·청소년들로서는 학교에서 일정한 거리 이상 떨어져 있는 곳에서 영업을 하고 있는

극장을 방문하여 문화를 향유할 수 있는 가능성을 갖고 있다. 하지만, 오늘날 우리의 청소년들은 입시교육의 압력과 중압감 속에서 생활하고 있다. 이와 같은 현실 하에 있는 우리의 청소년들에게 문화시설과 학교 또는 자택과의 거리는 문화시설에 도착하고 다시 귀가하는 데에 소요되는 단순히 물리적인 시간만으로 계산할 수 없는 심리적 거리를 창출한다고 할 것이고 이는 결국 아동·청소년들의 문화로부터의 소외를 가져오는 한 요인이 된다고 할 것이다.

3) 물론 우리사회의 아동·청소년이 건전한 공연문화와 영상문화를 마음껏 향유하지 못하는 보다 궁극적인 책임은 우리사회의 궁핍한 문화환경, 입시위주의 교육과 지나친 교육열의 문제라고 할 수 있을 것이나, 이 사건 법률조항과 같이 아동·청소년의 문화향유에 관한 권리 등 인격의 자유로운 발현과 형성을 고려하지 않은 입시교육을 궁극적인 목적으로 하는 보호위주의 입법정책에도 적지 않은 책임이 있다고 할 것이다.

4) 이 사건 법률조항은 국가·지방자치단체 또는 문화재단 등 비영리단체가 설치한 공연장 및 영화상영관, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 전용공연장 등을 포함한 예술적 관람물의 공연을 목적으로 하는 「공연법」상의 공연장, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 「영화진흥법」상의 전용영화상영관 등과 같은 경우에도 절대금지구역에서의 영업을 예외없이 금지하고 있는바, 이는 초·중·고등학교 학생의 자유로운 문화향유에 관한 권리로서 등 행복추구권을 제한하는 입법이라고 할 것이고, 그 제한을 정당화하는 사유를 찾기 어렵다고 할 것이므로 이 점에서도 위헌적인 법률이라고 할 것이다.

마. 중간결론(이 사건 법률조항의 일부에 대한 헌법불합치결정과 적용중지명령)

(1) 이 사건 법률조항은 극장운영자의 직업의 자유, 표현의 자유, 예술의 자유 등의 기본권, 그리고 대학생 및 아동·청소년의 행복추구권을 침해하는 법률로서 위헌적인 법률조항이다. 하지만, 아래에서 살펴보는 바와 같이 이 사건 법률조항의 일부에 대하여는 단순위헌결정을 하기보다는 헌법불합치결정을 할 필요가 있으므로 이에 관하여 보기로 한다.

(2) 헌법불합치결정은 「헌법재판소법」 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서(헌재 1989. 9. 8. [88헌가6](#), 판례집 1, 199, 261), 심판대상이 된 법률조항이

실질적으로는 위헌이라 할지라도 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 「헌법」에 합치하지 아니한다는 선언에 그침으로써 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 효력상실을 제한적으로 적용하는 변형위헌결정의 주문형식이다. 법률이 평등원칙에 위반된 경우가 헌법재판소의 불합치결정을 정당화하는 대표적인 사유라고 할 수 있다. 반면에, 자유권을 침해하는 법률이 위헌이라고 생각되면 무효선언을 통하여 자유권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있고, 이 경우에는 평등원칙위반의 경우와는 달리 헌법재판소가 결정을 내리는 과정에서 고려해야 할 입법자의 형성권은 존재하지 않음이 원칙이다. 그러나 그 경우에도 법률의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주주의원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있는 경우에는 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성권이 헌법불합치결정을 정당화하는 근거가 될 수 있다(헌재 2002. 5. 30. [2000헌마81](#), 판례집 14-1, 528, 546-547).

(3) 이 사건 법률조항이 초·중·고등학교·유치원 부근의 정화구역에 관하여 적용되는 경우 그 위헌성이 인정되는 부분은 금지의 예외를 인정하지 아니함으로써 구체적으로 학교의 교육에 나쁜 영향을 미치지 않을 수 있는 유형의 극장도 모두 금지한다는 점이다. 그런데 이와 같은 이유로 하여 단순위헌의 판단이 내려진다면 극장에 관한 초·중·고등학교·유치원 정화구역 내 금지가 모두 효력을 잃게 됨으로써 합헌적으로 규율된 새로운 입법이 마련되기 전까지는 학교 정화구역 내에도 제한상영관을 제외한 모든 극장이 자유롭게 설치될 수 있게 될 것이다. 그 결과 이와 같이 단순위헌의 결정이 내려진 후 입법을 하는 입법자로서는 이미 자유롭게 설치된 극장에 대하여 신뢰원칙보호의 필요성 등의 한계로 인하여 새로운 입법수단을 마련하는 데 있어서 제약을 받게 될 것이다. 이는 우리가 이 결정의 취지에서 정당한 목적으로서 긍정적인 공익의 측면에서 비추어 보아 바람직하지 아니하다.

그렇다면 이 사건 법률조항 중 「초·중등교육법」 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌의 판단을 하기보다는 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우라고 할 것이다. 따라서 초·중·고등학교·유치원 정화구역 부분에 관하여는 헌법불합치결정을 함이 타당하다고 판단된다.

다만, 이 사건 법률조항은 「학교보건법」 제19조와 결합하여 형사처벌조항을 이루고 있으므로 잠정적으로 적용하게 할 경우 위헌성을 담고 있는 이 사건 법률조항에 기하여 형사처벌절차가 진행될 가능성을 부인하기 어려우며 이와 같은 사태가 바람직하지 아니함은 물론이다. 따라서 입법자가 새로운 입법에 의하여 위헌성을 제거할 때까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 헌법불합치결정이 내려진 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.

4. 결 론

이 사건 법률조항 중 「고등교육법」 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 「헌법」에 위반되고, 이 사건 법률조항 중 「초·중등교육법」 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 「헌법」에 합치하지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 사건 법률조항 중 헌법불합치결정이 내려진 위 부분의 적용을 중지함이 상당하다.

그러므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일(주심) 권성 김효중 김경일 송인준 주선희 전효숙 이상경

㉔ 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가5-6(병합) 전원재판부, 「민법」 제 781조 제1항 위헌제청

【판시사항】

- [1] 「민법」 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분이 「헌법」에 위반되는지 여부(적극)
- [2] 심판대상 법률조항에 대해 헌법불합치를 선고하면서 그 법률조항의 잠정적용을 명하였으나 헌법불합치 주문에 대한 이유에 있어 재판관들의 의견이 상이한 사례

【결정요지】

[1] 가. 재판관 윤영철, 김효종, 김경일, 주선희, 이공현의 의견

- (1) 양계 혈통을 모두 성으로 반영하기 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 인식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려할 때 「민법」 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 성의 사용 기준에 대해 부성주의를 원칙으로 규정한 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다.
- (2) 출생 직후의 자(子)에게 성을 부여할 당시 부(父)가 이미 사망하였거나 부모가 이혼하여 모가 단독으로 친권을 행사하고 양육할 것이 예상되는 경우, 혼인외의 자를 부가 인지하였으나 여전히 모가 단독으로 양육하는 경우 등과 같은 사례에 있어서도 일방적으로 부의 성을 사용할 것을 강제하면서 모의 성의 사용을 허용하지 않고 있는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해한다.
- (3) 입양이나 재혼 등과 같이 가족관계의 변동과 새로운 가족관계의 형성에 있어서 구체적인 사정들에 따라서는 양부 또는 계부 성으로의 변경이 개인의 인격적 이익과 매우 밀접한 관계를 가짐에도 부성의 사용만을 강요하여 성

의 변경을 허용하지 않는 것은 개인의 인격권을 침해한다.

- (4) 이 사건 법률조항의 위헌성은 부성주의의 원칙을 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라 부성의 사용을 강제하는 것이 부당한 것으로 판단되는 경우에 대해서까지 부성주의의 예외를 규정하지 않고 있는 것에 있으므로 이 사건 법률조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하되 이 사건 법률조항에 대한 개정 법률이 공포되어 2008. 1. 1. 그 시행이 예정되어 있으므로 2007. 12. 31. 까지 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명함이 상당하다.

나. 재판관 송인준, 전효숙의 의견

- (1) 이 사건 법률조항은 모든 개인으로 하여금 부의 성을 따르도록 하고 모의 성을 사용할 수 없도록 하여 남성과 여성을 차별취급하고 있으면서도 그와 같은 차별취급에 대한 정당한 입법목적은 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 양성의 평등을 명하고 있는 「헌법」 제36조 제1항에 위반된다.
- (2) 이 사건 법률조항은 혼인과 가족생활에 있어 개인의 성을 어떻게 결정하고 사용할 것인지에 대해 개인과 가족의 구체적인 상황이나 의사를 전혀 고려하지 않고 국가가 일방적으로 부성의 사용을 강제하고 있음에도 그와 같은 부성 사용의 강제에 대한 구체적인 이익을 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 개인의 존엄을 보장한 「헌법」 제36조 제1항에 위반된다.
- (3) 이 사건 법률조항이 「헌법」에 위반되므로 위헌결정을 하여야 할 것이지만 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 성의 결정과 사용에 대한 아무런 기준이 없어지게 되어 법적 공백과 혼란이 예상되므로 이 사건 법률조항이 개정되어 시행되기 전까지는 그 효력을 유지시켜 잠정적인 적용을 허용하는 내용의 헌법불합치결정을 선고함이 상당하다.

[2] 이 사건 법률조항이 부성주의(父姓主義)를 원칙으로 규정한 것 자체는 「헌법」에 위반되지 아니하나 부성주의를 강요하는 것이 부당한 경우에 대해서도 예외를 규정하지 않은 것이 「헌법」에 위반되므로 헌법불합치를 선고하고 잠정적용을 명하여야 한다는 재판관 5인의 의견과 이 사건 법률조항이 부성주의(父姓主義)를 원칙으로 규정하고 있는 것이 「헌법」에 위반되므로 위헌을 선고하여야 하지만 법적 공백과 혼란의 방지를 위해 헌법불합치를

선고하고 잠정적용을 명하여야 한다는 재판관 2인의 의견으로 헌법불합치를 선고하고 잠정적용을 명한 사례

재판관 권성의 반대의견

가족제도 중에도 부성주의는 「헌법」에 선행하는 문화이다. 기존의 문화 내지 제도가 후행의 헌법적 가치에 어긋난다는 의심을 받는 경우에는 기존의 문화가 가지는 합리성을 확인하고 그 합리성과 헌법적 가치 사이의 간극의 크기를 측정할 후, 그 간극의 크기가 더 이상 용납하기 어려운 경우에 그 간극을 해소하는 기술의 합리성을 확인하며, 그 다음으로 시기의 적합성을 판단하여야 한다. 부성주의는 출산과 수유라는 사실로 인해 외관상 확인가능한 모와의 혈통관계에 비해 본질적으로 불확실한 부와의 혈통관계를 대외적으로 공시하고 부와 자녀간의 일체감과 유대감을 강화하여 가족의 존속과 통합을 보장한다. 기호체계에 불과한 성이 여성의 실제적인 법적 지위나 법률관계에 영향을 미친다고는 볼 수 없으며, 부성의 사용으로 인해 재혼이나 입양 등의 경우에 있어서 개인이 받는 불이익은 재혼이나 입양에 대한 사회적 편견 내지 사시(斜視)가 그 원인이지 부성주의가 그 원인은 아니다. 추상적인 자유와 평등의 잣대만으로 우리 사회에서 여전히 유효하게 존속하면서 그 가치를 인정받고 있는 생활양식이자 문화 현상인 부성주의의 합헌성을 부정하는 것은 시기상조(時機尙早)의 부적절한 일이다.

【심판대상조문】

「민법」(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제781조(자의 입적, 성과 본)

【참조조문】

헌법 제9조, 제10조, 제36조 제1항

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제781조(자의 입적, 성과 본)

호적법 제49조(출생신고의 기재사항)

【참조판례】

- [1] 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14 등 결정; 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등 결정; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26 결정; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 결정; 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등 결정

【당 사 자】

제 청 범 원 서울지방법원 북부지원
제청신청인 곽○구(2003헌가5)
 곽○혜(2003헌가6)
 법정대리인 친권자 이○호 외 1인
 대리인 법무법인 ○백 담당변호사 김○근 외 1인

【당 해 사 건】

서울지방법원 북부지원 2002호파84 호적정정(2003헌가5)
서울지방법원 북부지원 2002호파85 호적정정(2003헌가6)

【주 문】

1. 「민법」 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자는 부의 성과 본을 따르고” 부분은 「헌법」에 합치되지 아니한다.
2. 위 법률조항은 2007. 12. 31.까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌가5

이 사건 제청신청인 곽○구는 1989. 1. 18. 부(父) 곽○진과 모(母) 김○진 사이에서 출생하여 곽○진의 호적에 입적되었다. 그 후 곽○진이 사망하고 김○진은

이○호와 2001. 6. 28. 재혼하면서 같은 날 이○호가 곽○구의 법정대리인인 김○진의 승낙을 얻어 곽○구를 입양하였다. 제청신청인 곽○구는 양부(養父)인 이○호의 성(姓)을 따르기를 원하면서 2002. 1. 9. 서울지방법원 북부지원에 호적정정신청을 하고(2002호파84) 그 사건 계속 중 「민법」 제781조 제1항 본문이 「헌법」에 위반된다고 주장하며 서울지방법원 북부지원 2002호파261로 위헌법률심판제청을 신청하였다. 이에 위 법원은 「민법」 제781조 제1항 본문 중 “자는 부의 성과 본을 따르고” 부분에 대해 위헌법률제청신청을 받아들여 2003. 2. 13. 이 사건 심판 제청을 하고 「민법」 제781조 제1항 본문 중 나머지 부분에 대해서는 재판의 전제가 되지 않는다는 이유로 각하하였다.

(2) 2003헌가6

이 사건 제청신청인 곽○혜는 위 2003헌가5 사건의 제청신청인 곽○구의 동생으로서, 부(父) 곽○진과 모(母) 김○진 사이에서 1990. 4. 24. 출생하였다. 곽○혜는 위 2003헌가5 사건과 같은 경위로 서울지방법원 북부지원에 호적정정신청(2002호파85)을 하고 서울지방법원 북부지원 2002호파262로 위헌법률심판제청신청을 하자 위 법원이 이 사건 심판을 제청하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 「민법」 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자는 부의 성과 본을 따르고” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 「헌법」에 위반되는지 여부인바, 이 사건 심판대상 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

민법 제781조(자의 입적, 성과 본) ① 자는 부(父)의 성과 본을 따르고 부가(父家)에 입적한다. 다만 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가(母家)에 입적한다.

[관련조항]

별지와 같다.

2. 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 「헌법」 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있고, 제11조 제1항에서는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 하며, 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있는바 이는 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것으로 전통적인 부계혈통 중심의 혼인 및 가족생활로부터 개인의 존엄과 양성 평등을 기초로 하여 현대 산업사회에 적합한 혼인 및 가족생활로 전환하기 위해 혼인 및 가족제도의 기본원리를 「헌법」에 규정한 것이다.

(2) 그런데 혼인의 경험이 있는 자들이 재혼하여 새로운 가정을 이루는 경우에, 남편이 전처와의 사이에서 낳은 자녀를 새로운 재혼 가정에서 양육하는 때에는 문제되지 않으나, 부인이 전남편과 사이에서 낳은 자녀를 새로운 재혼 가정에서 양육하는 때에는 이 사건 법률조항으로 인해 그 자녀들이 생부의 성과 본을 따라야 하고 새로운 아버지의 성과 본을 따를 수 없는 불이익을 받게 되어 있다. 이와 같은 성불변의 원칙은 과거 충효정신을 기반으로 한 농경 중심의 가부장적 계급사회에서 사회질서를 유지하기 위한 수단으로서 기능하였으나 신분적 계급제도와 남존여비사상이 배척되고 혼인에 대한 관념이 ‘집안과 집안간의 결합’에서 ‘인격 대 인격의 결합’으로 바뀌었으며 가족의 형태도 가부장적 대가족에서 분화된 핵가족으로 바뀐, 자유와 평등을 근본이념으로 하는 현대 자유민주주의 사회에서는 그 사회적 타당성이나 합리성이 상실되었다.

(3) 이 사건 법률조항은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 「헌법」 제10조 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립과 유지를 규정한 「헌법」 제36조 제1항에 반하며, 부계혈족의 유지만을 강조하여 성별에 의한 차별을 함으로써 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙에도 위반된다.

나. 법원행정처장의 의견

(1) 성은 그가 속하고 있는 혈통관계를 구별하는 기준이며 특히 우리 나라의 성씨제도의 특색으로 볼 수 있는 혈통명으로서의 성과 그 혈통의 구별을 보다 정확하게 하기 위한 지명으로서의 본관을 사용하는 성씨제도는 전통적인 신분등록의 방법으로서 안정적 가족관계의 유지에 이바지 하였다. 이러한 성본제도는 가(家)제도와는 무관한 것으로 이보다 더 뿌리 깊은 제도이고, 이름과 함께 개인을 특정하는 요소로서 기본적인 사회질서에 속하는 사항이다.

(2) 우리 나라는 고려시대부터 자(子)는 부(父)의 성(姓)을 따르는 부자동성의 원칙을 기본으로 하여왔으며 기존의 성 부여 방식을 변경하는 것은 신분관계에 중대한 영향을 미치게 되어 가족질서나 사회적으로 커다란 혼선과 파장이 예상되는 점을 충분히 고려하여야 한다.

(3) 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 것처럼 부자동성의 원칙을 유지할 것인지 아니면 일본 「민법」 제790조와 같이 “자는 부모의 성씨를 칭한다.”라고만 정하고 부의 성을 따를 것인지 모의 성을 따를 것인지를 국민의 선택에 맡길 것인지 여부는 법률문제 이전에 현재 우리의 사회적 합의에 따라야 할 것으로 우리 사회의 공동체 저변에 자리잡고 있는 보편적인 가치의 공감대에 귀착될 문제이므로 신중한 접근이 필요하다.

다. 여성가족부장관의 의견

(1) 혼인한 남녀 사이에 출생한 자는 부 또는 모 어느 한 사람의 혈통만을 승계하는 것이 아님에도 불구하고 현행 「민법」 조항은 자녀의 성을 부의 성으로 할 것을 강제하고 있는바 이는 부계혈통주의와 남계혈통주의를 강제하는 것으로 개인과 가족의 자율적 결정권을 침해하고 있다.

(2) 이에 관한 외국의 입법례를 살펴보면 부부가 공동의 성을 혼인성으로 사용해온 나라에 있어서도 부부가 공동의 혼인성을 쓸 것인지 혼인전의 성을 각자 그대로 사용할 것인지 여부를 개인의 판단에 맡기는 예가 늘고 있으며 부부가 각자의 성을 그대로 사용하는 경우 자녀가 아버지의 성을 따르도록 강제하는 입법례는 점차 사라지고 부모의 합의에 따라 자녀의 성을 정하도록 하는 경우가 대부분인 상황이다. 이것은 가족법 분야에서 불필요한 국가적 강제를 줄

이고 가족의 자율적 합의를 존중하는 경향이 강화되고 있는 것에 따른 것이다.

(3) 부계혈통주의는 남자가 역사를 지배하는 과정에서 형성된 역사적 산물로써 오늘날 여성의 사회적, 법적 지위가 향상되고 양성평등의식이 확산되면서 부계혈통주의도 변화할 수밖에 없다. 동서양을 막론하고 부계혈통주의를 법으로 강제하는 나라는 거의 없으며 자녀의 성 결정은 부모의 고유한 친권에 속하는 문제이므로 부모의 의사를 존중해야 하는 것이다. 한편 자녀의 성을 부모의 협의에 따라 정할 수 있도록 할 경우의 사회적 혼란을 우려하는 견해도 있지만 가족성을 부부의 협의로 정하도록 한 일본의 경우에 있어서도 전체 국민의 98% 이상이 남편의 성을 가족성으로 하여 자녀는 부의 성을 사용하고 있는 것을 볼 때 우리 나라 역시 부모가 협의하여 자녀의 성을 정하도록 하더라도 국민 정서상 대부분의 국민은 부의 성을 따를 것이므로 사회적 혼란은 일어나지 않을 것이다.

3. 판 단

가. 재판관 윤영철, 김효종, 김경일, 주선희, 이공현의 의견

(1) 이 사건 법률조항의 내용

(가) 성(姓)과 본(本)에 대한 「민법」 규정

「민법」은 이 사건 법률조항에서 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고”라고 하여 모든 사람들로 하여금 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 자신의 성(姓)과 본(本)으로 사용할 것을 규정하고 있다. 이어 부(父)를 알 수 없는 자(子)는 모(母)의 성과 본을 따르고(제781조 제2항 전단) 부모를 모두 알 수 없는 경우에는 법원의 허가를 얻어 성과 본을 창설하며(제781조 제3항 본문 전단) 성과 본을 창설한 후 부 또는 모를 알게 된 경우에는 부 또는 모의 성과 본을 따르도록 하였다(제781조 제3항 단서). 그리고 부가 외국인인 경우에는 모의 성과 본을 따를 수 있도록 하는 한편(제781조 제1항 단서) 처(妻)가 그 친가(親家)의 호주(戶主) 또는 호주승계인(戶主承繼人)이고 부(夫)가 처(妻)의 가(家)에 입적(入籍)한 이른바 ‘입부혼’의 경우에 그 부부사이에 출생한 자(子)는 모(母)의 성과 본을 따르도록 규정하고 있다(제826조 제3항 단서·제4항).

(나) 성(姓)과 본(本)의 개념

사회적 존재로서 인간의 모든 생활관계는 개인의 동일성을 인식하고 특정하는 것에서부터 시작된다. 개인의 동일성을 식별하는 가장 기본적인 기호로 흔히 성명(姓名)이 사용되는데 성명(姓名)은 개인의 혈통을 상징하는 기호인 성(姓)과 개인의 개별성을 상징하는 이름(名)으로 구성된다. 이름(名)은 개인 한 사람 한 사람에게 대한 고유한 명칭으로 부여됨에 비해 성(姓)은 일정한 범위의 혈연집단에 대한 명칭으로 사용된다. 다만 사람은 부와 모로부터 혈통을 이어받고 부계와 모계의 혈연집단에 동시에 귀속되는데 부의 혈통과 모의 혈통 가운데 어떠한 혈통을 성으로 나타낼 것인지는 성의 개념으로부터 직접 도출되지 않는다.

한편 본(本)은 흔히 본관(本貫) 또는 관향(貫鄉)이라고 하는 것으로 시조(始祖)의 발상지(發祥地)를 의미한다. 본(本)은 성의 지연적(地緣的) 표지(標識)라 할 수 있는데 흔히 전혀 다른 혈통을 가지는 집단들이 서로 동일한 성(姓)을 사용하는 경우가 적지 않고 이와 달리 동일한 혈통의 연원을 가지고 같은 성(姓)을 사용하지만 이미 분화하여 서로를 별개의 혈연집단으로 인식하게 되는 경우도 있어 성(姓)만으로 혈통의 동일성이 곧바로 식별되지는 않는 경우가 많다. 따라서 본(本)에 의해 특정된 성을 통해 혈통의 동일성을 식별할 수 있으므로 일반적으로 혈통의 동일성을 상징하는 기호로서의 성(姓)은 본(本)에 의해 특정된 성을 의미한다(이하에서 성과 본의 구별 없이 '성'이라 하면 본을 포함한 성을 의미한다).

(다) 부성주의원칙의 선언

「민법」은 이 사건 법률조항을 통해 모든 사람이 부(父)의 성을 자신의 성으로 결정하고 사용하도록 하고 부성(父姓) 이외의 성을 사용할 수 없게 하는 '부성주의(父姓主義)'를 선언하고 있다. 따라서 부성주의에 예외를 특별히 인정한 경우가 아닌 한 모든 사람은 이 사건 법률조항으로 인해 부의 성을 자신의 성으로 사용하여야 하며 부성 이외의 성을 자신의 성으로 정하거나 부성을 다른 성으로 변경할 수 없다.

(2) 성(姓)의 사용에 관한 입법형성의 자유와 그 한계

(가) 성에 관한 규율의 입법형성권

성명은 개인의 동일성을 식별하는 기호로서 개인의 정체성과 개별성을 상징

한다. 사회 속에서 개인이 어떠한 성명으로 상징되고 인식되는가는 누구보다도 그 성명을 사용하는 개인에게 중요한 문제라고 할 것이므로 개인은 원칙적으로 자신이 원하는 내용으로 성명을 결정하여 사용할 수 있어야 한다. 따라서 성명의 구성요소인 성(姓)도 개인의 의사에 따라 자유롭게 결정하고 사용할 수 있다고 할 것이다.

그러나 한편으로 성명은 인간의 모든 사회적 생활관계 형성의 기초가 된다는 점에서 중요한 사회질서에 속한다. 성명의 특징은 사회 전체의 법적 안정성의 기초이므로 이를 위해 국가는 개인이 사용하는 성명에 대해 일정한 규율을 가할 수 있으며 그러한 제한은 불가피한 것이기도 하다. 결국 개인이 성명의 구성요소인 성을 결정하고 사용하는 것에 대해서도 국가가 개입하여 규율할 수 있으며, 다만 그와 같은 규율에 있어 국가가 어느 정도로 개입할 수 있을 것인지가 문제될 뿐이다.

그런데 성은 기호가 가지는 성질로 인해 개인의 권리의무에 미치는 실질적인 영향력이 크지 않으며, 성의 사용에 대한 입법은 주로 새로운 규율을 창설하는 것이라기보다는 이미 존재하는 생활양식을 반영하는 형태로 이루어진다는 점에서 성의 사용에 관한 규율에는 폭넓은 입법형성의 자유가 인정된다고 할 것이다.

(나) 성의 사용에 관한 입법형성의 한계

「헌법」은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다.”고 규정하여 모든 국민이 자신의 존엄한 인격권을 바탕으로 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 보장하고 있는데(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193, 204 참조) 성명은 개인의 정체성과 개별성을 나타내는 인격의 상징으로서 개인이 사회 속에서 자신의 생활영역을 형성하고 발현하는 기초가 되는 것이라 할 것이므로 자유로운 성의 사용 역시 「헌법」상 인격권으로부터 보호된다고 할 수 있다. 그리고 「헌법」 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족제도를 헌법적 차원에서 보장하고 있는바, 성은 혈통을 상징하는 기호로서 개인의 혈통관계를 어떻게 성으로 반영할 것인지의 문제이며 이는 가족제도의 한 내용을 이루는 것이다.

성에 관한 규율에 대해 폭넓은 입법형성의 자유가 인정된다고 하더라도 그것이 헌법적 이념과 가치에 반하는 것일 수는 없으므로 개인의 인격권을 침해하는 것이거나 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 내용으로 가족제도를 형성할 수 없다는 한계를 가진다.

(3) 부성주의 자체의 위헌 여부

(가) 양계 혈통 반영의 문제점

인간은 부와 모로부터 혈통을 이어받고 개인의 혈통은 부계와 모계, 양계의 혈통으로 이루어진다. 출생의 계통을 거슬러 올라가면 개인에게는 무수히 많은 생물학적 조상이 존재하지만 그들과의 혈통관계는 부와 모를 통해 이어지는 것으로 모든 사람의 혈통은 결국 부의 혈통과 모의 혈통으로 구성된다고 할 수 있다.

그런데 부(父)의 성을 개인의 성으로 사용하는 경우에는 부의 혈통만이 성으로 표현되고 모의 혈통은 성에 반영되지 않게 되어 개인의 혈통관계가 모두 성에 반영되지 못한다. 이러한 문제점은 모(母)의 성을 따라 개인의 성을 정하는 경우에도 역시 동일하게 나타나며 다만 부의 혈통과 모의 혈통에 대한 효과만이 정반대로 바뀔 뿐이다. 부성주의와 모성주의는 개인의 혈통을 반영한다는 점에 있어서 그 어느 쪽도 완전하지 못하며 동일한 한계를 가진다.

한편 부모의 혈통을 모두 성으로 표현하고자 하는 경우에도 성의 기능면에서 불완전하기는 마찬가지다. 성을 사용함에 있어 단순히 부의 성과 모의 성을 결합하여 사용하는 방법을 택할 경우, 세대를 거치면서 개인의 모든 생물학적 조상의 존재가 성으로 표현되어 성은 끝없이 길어져 개인을 특정하는 기호로는 매우 적합하지 않게 된다. 이러한 문제점에 대한 대책으로 개인이 부모의 성을 결합하여 성을 사용하되 그 자녀에게 성을 물려줄 때는 자신이 사용하고 있는 부모의 성 가운데 어느 하나를 선택하여 물려줌으로써 세대를 거치더라도 부와 모로부터 각각 하나의 성을 부여받아 성이 무한히 길어지는 것을 막을 수 있으나 현재 사용 중인 부모의 성 가운데 자녀에게 물려줄 성을 어떤 기준에 의해 선택할 것인지의 문제가 남아 있을 뿐 아니라 무엇보다도 자녀와 부모, 조부모 등 종적 혈연집단의 구성원 상호간, 부계와 모계의 횡적 혈연집단의 구성원 상호간에 각자 다른 성을 사용하게 되는 경우가 대부분이 될 것이어서 부모의 혈통을 모두 상징하려는 의도와 달리 성의 혈통 상징 기능 자체가 약화될 것으로 보인다.

이와 같이 성을 통해 인간의 혈통을 모두 반영하는 것은 사실상 불가능할 뿐 아니라 성을 사용하는 제도적 의의가 오로지 인간의 생물학적 혈통의 공시에 있는 것은 아닌 한, 성이 개인의 혈통을 제한된 범위에서만 반영하는 것도 허용된다고 볼 것이다. 따라서 부성주의가 모의 혈통을 반영하지 못하는 한계를 가진다고 해서 그 자체로 성의 본질에 반한다거나 입법형성의 한계를 벗어난 것이라 할 수는 없다.

(나) 성에 관한 사회 일반의 의식

동서양의 많은 문화권에서 그러하였던 것처럼 우리 나라에서도 부성주의는 규범으로서 존재하기 이전부터 생활양식으로 존재해 온 사회문화적 현상이었다. 이와 같은 생활양식은 오랜 역사를 거쳐 형성되고 유지되어 온 결과 대부분의 사람들의 의식 속에서 성은 곧 부의 성을 의미하는 것으로 인식되기에 이르렀다.

부성주의는 가부장적 가치질서가 지배하는 남성 중심의 사회에서 형성되고 유지되어 온 생활양식으로서 산업화, 도시화, 정보화로 표현되는 현대 사회에서는 적합하지 않은 생활양식이라는 지적이 제기되고 점차 설득력을 얻어 가는 것으로 보이지만, 개인의 자유와 남녀평등을 강조하는 오늘날에 있어서도 부의 성을 사용하는 것이 개인의 권리의무에 직접적인 영향을 미치지 않고 부의 성을 사용함으로써 인한 구체적인 불이익이 문제되지 않으므로 대다수의 사회 구성원은 여전히 부성주의를 자연스러운 생활양식으로 받아들이고 있는 것으로 보여 진다. 또한 오랜 기간 부성주의가 자리 잡아 오면서 종친회, 종중 등과 같은 부의 성을 기준으로 한 집단적 혈연 주체가 현재에도 사회적 실체를 가지고 여러 가지 법률관계를 형성하며 존속하고 있는 상황이다.

결국 사회상의 변화와 지배적 가치질서의 변화에도 불구하고 오늘날에 있어서도 부성주의는 여전히 우리 사회의 대다수 구성원이 자연스럽게 받아들이고 있는 생활양식이라고 판단되는 상황에서 이 사건 법률조항은 그와 같은 생활양식을 반영하여 성의 사용에 대한 원칙 규정으로서 부성주의를 규정한 것이라 할 것이다.

(다) 부성주의로 인한 구체적인 권리침해의 부존재

「민법」이 가족과 친족을 정의하고 그 범위를 정함에 있어서는 물론(제767

조 내지 제777조, 제779조) 자에 대한 부모의 친권(제909조)과 재산의 상속(제1000조) 등을 비롯한 가족제도에 있어서의 개인의 구체적인 권리의무를 규정함에 있어 성(姓)은 아무런 기준이 되지 않으며 어떤 성(姓)을 사용하느냐에 따라 가족법상의 권리의무나 법적 지위가 달라지지 않는다.

가족생활이나 친족관계의 현실을 살펴보더라도, 자녀가 부의 성을 사용함으로써 가족 내부의 생활관계에서 자녀에 대한 모의 권리의무나 법적 지위가 부에 비해 열등해진다고 할 수 없으며 부계혈연집단 구성원과의 관계가 모계혈연집단 구성원과의 관계에 비해 반드시 우월적이라고 보기 어렵다.

다만, 동일한 성을 사용하는 혈연집단에 대한 유대감과 귀속감, 혈통 계승의식이 동일한 성을 사용하지 않는 혈연집단에 대한 그것들에 비해 보다 강화될 것이므로 그와 같은 범위에서는 남성주의가 부계혈연집단과 모계혈연집단을 사실상 차별하는 결과를 낳는다고 볼 수도 있으나 혈연집단에 대한 유대감, 귀속감, 혈통 계승의식 등과 같은 것은 지극히 추상적인 가치들로서 그러한 가치들에 대한 영향을 확인하기 어려울 뿐 아니라 구체적인 권리의무와 법적 지위와 직접 관련된 것들로 볼 수는 없다.

이와 같이 남성주의는 개인의 구체적인 권리의무나 법적 지위에 실제적인 영향을 미치지 않으므로 남성주의로 인한 사실상의 차별적 효과가 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해하는 정도에 이른다고 볼 수 없다.

(라) 소 결

위에서 본 바와 같이 양계 혈통을 모두 성으로 반영하기는 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 의식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려하여 이 사건 법률조항이 성의 사용 기준으로서 남성주의를 원칙으로 규정한 것은 성에 관한 규율을 정하는 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없어 이 사건 법률조항 자체는 「헌법」 제10조, 제36조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

(4) 예외적 상황에 대한 배려 없는 남성주의의 위헌성

(가) 남성주의에 대한 예외의 필요성

이 사건 법률조항이 성에 관한 규율에 있어서 남성주의를 원칙으로 규정한

것 자체는 입법형성의 자유를 벗어난 것으로 볼 수 없어 「헌법」에 위반되지 않는다 하더라도 일부 예외적인 상황하에서는 부성주의의 강요가 개인의 인격권을 침해하고 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것으로 판단될 가능성이 존재한다. 앞에서 본 바와 같이 부성주의 자체가 개인의 자유와 평등에 대한 과도한 제한이 되지 않는 것은 혼인과 출산 등에 있어 통상적인 부모와 자녀 사이를 상정한 것이다.

그러나 신뢰와 애정관계에 기초하여 성립되고 유지되는 가족관계 역시 인간의 다른 모든 생활관계와 마찬가지로 예기치 못한 장애나 불가피한 변동이 발생하기 마련이다. 그리고 통상적인 가족관계에서 개인의 권리의무나 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않거나 극히 사소한 제한만을 가하던 요소들이 장애와 변동이 발생한 가족관계에 있어서는 개인의 자유와 권리에 심각한 타격을 가하는 것으로 그 성질이 변질되어 나타날 가능성이 있다.

예컨대 부부간의 동거, 부양, 협조의무(민법 제826조 제1항)는 통상의 가정에 있어서는 개인의 자유를 제한하는 것으로 여겨지지 않거나 극히 부차적이고 경미한 제한으로 이해되지만 혼인관계가 파탄에 이른 부부에게 있어서는 심각한 자유의 제한으로 부각되며, 이러한 경우를 위해 법은 혼인을 규정하면서도 이혼에 대해 규정하지 않을 수 없다. 또 부모와 자(子)의 관계란 출생이란 자연적 사실로 결정되는 것으로서 당사자 간의 계약 등을 통해 형성할 수 있는 성질의 것이 아님에도, 예외적인 상황에서는 부모와 자(子)의 관계와 같은 법적 지위를 형성할 필요성이 인정되어 입양제도를 두는 것도 같은 이유에서다.

그런데 이 사건 법률조항은 통상적인 가족관계의 형성과 존속을 전제로 부성주의를 규정하면서도 극히 제한된 예외만을 둬으로써 부성의 사용이 강제됨으로 인해 개인의 자유와 평등에 대한 심각한 침해 가능성이 있는 예외적 상황에 대한 배려를 실질적으로 거의 규정하고 있지 않다.

(나) 부성주의에 대한 극히 제한된 예외 조항

「민법」은 부(父)를 알 수 없는 자(子)는 모의 성과 본을 따르도록 하고(제781조 제2항 전단) 부모를 모두 알 수 없는 자는 법원의 허가를 얻어 성과 본을 창설하도록 하고 있으나(제781조 제3항 본문 전단) 이러한 경우는 부의 성을 따르고자 하여도 부의 성을 따르는 것이 불가능한 경우에 부성주의를 보충하는 규정이다.

로 부성주의의 예외라고 보기 어렵다.

「민법」이 부성주의에 대한 예외로 인정하고 있는 경우는 부가 외국인인 경우에 모의 성을 따를 수 있도록 한 것(제781조 제1항 단서)과 처(妻)가 그 친가(親家)의 호주(戶主) 또는 호주승계인(戶主承繼人)이고 부(夫)가 처(妻)의 가(家)에 입적(入籍)한 이른바 ‘입부혼’에서 출생한 자(子)가 그 모(母)의 성을 따르도록 하고 있는 것(제826조 제3항 단서·제4항)이 전부다.

한편 자신이 사용하고 있던 부의 성을 다른 성으로 변경할 수 있을 것인지에 대해서는 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」 제8조 제1항이 「아동복지법」에 의해 보호를 필요로 하는 아동으로서 「국민기초생활보장법」에 의한 보장시설이나 입양기관에 보호 의뢰된 자의 입양에 있어 양친이 원하는 경우에 양친의 성을 따를 수 있다고 규정하고 있을 뿐 「민법」은 이에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 「민법」에 의한 입양 기타 어떠한 경우에도 이 사건 법률조항에 따라 부성주의가 그대로 적용된다.

이와 같이 법률이 인정하고 있는 부성주의에 대한 예외는 그 범위가 지나치게 한정되어 있다.

(다) 부성주의의 강제가 문제되는 예외적 상황

1) 예외적인 모성(母姓) 부여(附與)의 필요성

출생 직후의 자(子)에게 성을 부여할 당시 부(父)가 이미 사망하였거나 부모가 이혼하여 모가 단독으로 친권을 행사하고 양육할 것이 예상되는 경우, 혼인 외의 자를 부가 인지하였으나 여전히 모가 단독으로 양육하는 경우 등에 있어서 모(母)는 자신의 성을 그 자(子)의 성으로 부여할 수 없다.

이와 같은 사례들에 있어서 모의 성을 사용할 수 없는 것이 곧바로 개인의 자유에 대한 중대한 불이익을 가하고 양성의 평등을 침해한다고 일률적으로 말할 수는 없다. 그러나 생활관계의 구체적인 상황에 따라서는 부 또는 부계 혈연집단과의 유대나 교류를 전혀 기대할 수 없고 부성의 사용이 단순히 생부의 성을 확인하게 하는 기능 이외에는 달리 아무런 의미를 갖지 아니하는 반면, 모의 양육에 의해 모와 함께 생활하면서 모계의 혈연집단을 중심으로 생활관계를 형성할 것이 명확히 예상되는 경우에는, 가족관계의 변동으로 말미암아 통상적인 가족관계에서

추상적인 가치를 가지는 것에 불과하던 성의 사용 문제가 부성의 사용에 대해서는 그 이익이 거의 없어졌음에 반해 모성의 사용에 대해서는 구체적인 이익으로 나타나는 상황이 되었다고 볼 수 있다. 이러한 경우에 대해서도 일방적으로 부의 성을 사용할 것을 강제하면서 모의 성의 사용을 허용하지 않고 있는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해하는 결과가 될 수 있다.

2) 예외적인 부성(父姓) 변경(變更)의 필요성

성의 변경은 개인의 동일성을 식별하는 기호의 변경을 의미하므로 성의 변경을 아무런 제한 없이 자유롭게 허용할 수는 없으며 성의 변경에 대하여 일정한 제한을 가하는 것은 사회 전체의 법적 안정성을 위해 불가피하다. 또한 성이 혈통을 상징하는 기호라는 점에서 자신의 혈통과 무관한 성을 사용하는 것을 내용으로 하는 성의 변경은 성의 본질에 부합하지 않을 수 있다.

그러나 이 사건 법률조항은 부성주의에 대한 예외로서 다른 성으로의 변경 가능성을 전혀 규정하지 않고 있는데, 가족관계의 변동과 새로운 가족관계의 형성 등 구체적 상황에 따라서는 성의 변경을 허용할 필요가 있고, 그 경우 법적 안정성에 대한 위협이 문제되지 않거나, 성이 생물학적 부의 혈통을 상징하는 것보다 훨씬 더 큰 이익과 관련되어 있는 경우에는 부성의 변경을 허용하여야 할 것이다.

입양으로 인한 양부모와 양자의 관계는 생물학적 부자관계가 인정되지 않음에도 법률이 부모와 자의 관계로 인정하고 있는 경우이다. 양자는 친족관계, 상속 기타 법률관계에서 친생자와 아무런 차이가 없다. 모든 입양의 경우를 동일하게 평가할 수는 없으나 입양의 동기나 양자의 연령, 친생부모와의 관계, 입양 후의 생활관계의 형성 등 구체적 사정에 따라서는 생물학적 친생부모와의 관계가 완전히 단절되고 향후 입양을 통해 형성된 양부모와의 생활관계만이 양자의 실질적인 가족관계와 친족관계를 구성하는 경우도 있을 수 있다.

또 부가 사망하거나 부모가 이혼한 후 모가 양육하고 있던 자를 데리고 재혼하는 경우, 재혼한 모의 자(子)가 계부(繼父)의 성을 따르고자 하는 경우도 있다. 물론 이 경우는 입양의 경우와 달리 법률상으로도 부자관계를 인정할 아무런 근거가 없어 입양에 비해 그 필요성이 다소 낮다고 본다 하더라도 역시 구체적인 상황에 따라서는 계부가 실질적인 부(父)로서의 역할을 수행하고 재혼한 모(母)의 자

(子) 역시 계부와 그 가족들과 항구적인 생활관계를 형성하는 경우도 있다.

이러한 구체적인 사정들에 있어서 양부 또는 계부의 성을 사용함으로써 비록 혈통관계는 존재하지 않으나 동일한 성(姓)의 사용을 통해 새로 형성된 가족의 구성원임을 대외적으로 나타내고자 하는 것은 개인의 인격적 이익과 매우 밀접한 관계를 가지는 것이다. 한편 이와 같은 경우에도 개인의 생활관계에 실질적으로 아무런 의미를 갖지 못하는 생물학적 부의 혈통을 성으로 상징하도록 강요함으로써 새로이 형성된 가족이 사용하는 성을 사용하지 못하게 되어 내부적으로 정서적 통합에 방해가 되고 대외적으로는 가족의 구성에 관련된 비우호적인 호기심과 편견을 유발하기도 한다.

이러한 사정들이 엄연히 존재하고 있음에도, 성의 사용을 규율하는 입법함에 있어 부부와 친생자로 구성되는 통상적인 가족만을 상정하고, 그 밖의 예외적인 상황에 처한 가족의 구성원이 겪는 구체적인 불이익에 대해서는 실질적이고 궁극적인 해결책을 마련하지 않은 것은 입법형성의 한계를 벗어나 개인의 인격권을 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다.

(라) 소 결

이와 같이 이 사건 법률조항이 부성주의를 규정한 것 자체는 「헌법」에 위반된다고 할 수 없으나 가족관계의 변동 등으로 구체적인 상황 하에서는 부성의 사용을 강요하는 것이 개인의 가족생활에 대한 심각한 불이익을 초래하는 것으로 인정될 수 있는 경우에도 부성주의에 대한 예외를 규정하지 않고 있는 것은 인격권을 침해하고 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서 「헌법」 제10조, 제36조 제1항에 위반된다.

(5) 결 론

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 위헌성은 부성주의의 원칙을 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라 부의 성을 사용할 것을 강제하는 것이 부당한 것으로 판단되는 경우에 대해서까지 아무런 예외를 규정하지 않고 있는 것에 있다 할 것이다. 그런데 이 사건 법률조항에 대하여 위헌을 선고할 경우 부성주의원칙 자체에 대해서까지 위헌으로 선언하는 결과를 초래하게 되므로 헌법불합치결정을 선고하되 이 사건 법률조항에 대한 개선 입법이 있을 때까지 이 사건 법률조항의 효력을 유지시키기로 하는바, 이 사건 법률조항에 대한 개정 법률이 이미 공포되어

2008. 1. 1. 그 시행이 예정되어 있으므로 2007. 12. 31.까지 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명함이 상당하다.

나. 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 의견

(1) 「헌법」 제36조 제1항의 의미

「헌법」은 모든 국가 질서의 바탕이 되는 국가사회 최고의 가치체계이므로 역사와 문화에 뿌리박은 가족제도일지라도 헌법적 심사를 회피할 수는 없다. 「헌법」 제9조에 따라 계승·발전시켜야 할 전통 또는 전통문화란 이 시대의 제반 사회·경제적 환경에 맞고 오늘날에 있어서도 보편타당한 윤리 내지 도덕관념이라 할 것이다. 따라서 역사적으로 오랜 기간 유지되어 온 전통적 가족제도라 할지라도 그것이 가족제도에 관한 오늘날의 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것일 수는 없다는 자명한 한계를 가진다(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 19; 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 15 참조).

「헌법」 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도가 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명하여 가족생활이 '양성의 평등'을 기초로 성립, 유지될 것을 명문화한 것으로 입법자가 가족제도를 형성함에 있어서는 이를 반드시 고려할 것을 요구하고 있다(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 182).

특히 우리 재판소는 자(子)의 부가입적(父家入籍)과 처(妻)의 부가입적(夫家入籍)을 주된 내용으로 한 호주제에 대한 헌법불합치결정에서 「헌법」 제36조 제1항이 의미하는 '양성의 평등'과 '개인의 존엄'에 대해 다음과 같이 명확히 판시한 바 있다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 18-23).

「헌법」 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에서 양성의 평등대우를 명하고 있으므로 남녀의 성을 근거로 하여 차별하는 것은 원칙적으로 금지되고, 성질상 오로지 남성 또는 여성에게만 특유하게 나타나는 문제의 해결을 위하여 필요한 예외적 경우에만 성차별적 규율이 정당화된다. 과거 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 즉 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별은 허용되지 않는다.

혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역이다. 이

러한 영역에서 개인의 존엄을 보장하라는 것은 혼인·가족생활에 있어서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 의미이다.

국가는 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 더 가까운 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하다. 따라서 혼인·가족제도가 지닌 사회성·공공성을 이유로 한 부득이한 사유가 없는 한, 혼인·가족생활의 형성에 관하여 당사자의 의사를 무시하고 법률의 힘만으로 일방적으로 강제하는 것은 개인의 존엄에 반하는 것이다。」

(2) 이 사건 법률조항의 위헌성

(가) 이 사건 법률조항의 의의

이 사건 법률조항은 자(子)는 부(父)의 성(姓)을 따를 것을 규정하고 있다. 이 사건 법률조항에 따라 부(父)는 자신의 성(姓)을 그 자(子)에게 부여하고 자(子)는 부(父)의 성(姓)을 자신의 성으로 사용하게 된다. 이러한 내용의 부성주의(父姓主義)는 부(父)의 혈통을 기준으로 개인의 혈통을 인식하고 부계(父系)를 중심으로 혈통을 계승하도록 하는 부계혈통주의(父系血統主義)의 핵심이 된다.

한편 「민법」은 부(父)가 외국인인 경우에 모(母)의 성을 따를 수 있도록 하고(제781조 제1항 단서), 모(母)가 그 친가(親家)의 호주 또는 호주승계인으로서 부(父)가 모(母)의 가에 입적(入籍)한 이른바 '입부혼'에서 출생한 자(子)는 모(母)의 성을 따르도록(제826조 제4항) 하여 부성주의에 대한 극히 제한된 예외만을 인정하고 있다.

(나) 양성평등원칙 위반

1) 부계혈통주의에 의한 여성의 차별

성은 개인의 혈통을 상징하는 것이므로 부성주의는 곧 부의 혈통을 기준으로 개인의 혈통을 인식함을 의미한다. 인간은 생물학적으로 부와 모 양계(兩系)로부터 함께 혈통을 이어받지만 부(父)의 성(姓)을 사용하여 자신의 혈통을 표시함으로써 개인의 혈통 계승 인식은 부계를 중심으로 형성되고 유지된다. 곧 부성주의(父姓主義)는 부(父)의 혈통 계승을 의미하므로 세대를 이어 부성주의가 적용될 경우 결국은 남계(男系)를 통한 혈통 계승을 의미하게 된다. 따라서 부성주의는 부

(父)와 남성(男性)을 기준으로 가족제도를 구성하는 부계혈통주의의 핵심을 이룬다. 물론 동일한 성을 사용하지 않는다고 해서 모 또는 모계 친족과의 혈통관계가 부인되는 것은 아니지만, 동일한 성으로 표현되는 혈통에 대한 계승의식이 훨씬 강력하고 지속적인 것이 될 것임은 두말할 나위가 없다.

흔히 '대(代)를 잇는다'고 표현되는 가계(家系)의 계승(繼承)도 성(姓)으로 상징되는 혈통의 계승을 의미하는데, 예외 없는 부성주의의 관철은 남성을 통해서만 가계의 계승이 보장되는 결과를 가져와 결국 딸을 통해서는 그 다음 세대에 대하여 혈통의 상징인 성(姓)을 물려줄 수 없어 그 가계의 계승이 단절되는 것으로 인식되어 남아선호(男兒選好)의 관념을 낳게 하고 가족 내부에 있어서의 딸의 지위를 아들의 지위에 비해 부차적이고 열등한 것으로 만든다. 부(父)가 그들의 자녀에 대해 자신의 성을 부여하는 것은 당연한 사실로 받아들여지지만 모(母)는 자신의 성을 그 자녀에게 부여할 수 없다는 사실은 자녀에 대한 관계에 있어 모의 지위가 부의 지위에 비해 명백히 차별받고 있다는 것을 의미한다. 또한 자녀는 부의 성을 따름으로써 부를 가족의 중심으로 여기게 되고 부와 자녀가 동일한 성을 사용하여 혈연적 일체감이 자연스럽게 드러남에 비해 모(母)는 자신의 가족들과 다른 성을 사용하게 되어 심리적으로 소외감을 느끼는 경우도 적지 않을 수 있다.

나아가 부성의 사용을 통해 동일한 성을 사용하는 부계의 혈연집단 구성원들 상호간의 혈연적 일체감과 귀속감은 일반적으로 모계의 혈연집단 구성원 상호간의 그것에 비해 우선하게 된다.

이와 같이 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 부성주의는 부(父)와 남성(男性)을 중심으로 한 혈통 계승을 강제하여 부와 남성을 가족의 중심에 놓게 하여 가부장적(家父長的) 가치질서를 유지, 강화하고 가족 내 여성의 지위를 남성에게 비해 부차적이고 열등한 것으로 놓이게 하여 여성을 차별하고 있다. 그런데 아래에서 보는 바와 같이 그와 같은 차별을 정당화할 수 있는 아무런 구체적인 이익을 찾을 수 없다.

2) 차별취급의 정당한 목적 부재

가) 이 사건 법률조항이 자(子)에 대한 성의 부여에 있어서 부(父)와 모(母)를 차별취급하고 있는 유일한 기준은 오직 남성과 여성, 즉 성별(性別)이다. 그러나 생물학적 혈통관계에서 볼 때 부의 혈통과 모의 혈통은 개인에게 동시에 전달

되어 존재하는 것이므로 남녀의 생물학적 성별의 차이를 근거로 하여 부성주의를 정당화할 수는 없다.

나) 한편 우리 사회의 생활양식이나 사회 구성원의 의식 구조에 비추어 볼 때 부성주의가 정당하다는 주장이 있을 수 있다. 농경사회라는 사회 구조를 바탕으로 가부장적 가치질서가 지배하던 근대 이전까지의 사회에 있어서는 부성주의가 나름대로의 생활양식과 의식 구조에 부합하는 것으로 평가될 수도 있었다. 정치·경제·사회·문화의 모든 생활 영역에서 활동의 주체는 남성이었고 가족생활과 친족관계의 형성도 남성(男性)과 남계혈족(男系血族)을 중심으로 이루어졌으며 종법사상(宗法思想)과 가부장적(家父長的) 권위에 기초한 유교적(儒教的) 가치체계가 보편적 가치질서로 받아들여지고 있던 사회에서 남성과 여성의 지위와 역할은 동등한 것으로 인식되지 않았다. 그에 따라 부계(父系)를 중심으로 개인의 혈통을 파악하고, 개인은 부계의 혈통을 계승하는 것으로 인식하는 것은 자연스러운 현상이었을 것으로 짐작된다.

그러나 산업화, 도시화, 정보화로 대표되는 현대 사회에 있어서 산업 구조는 변화하였고 경제활동 기타 사회적 활동영역에서 남녀의 생물학적 차이는 무의미하게 되었다. 이미 많은 수의 여성이 남성과 대등한 지위로 사회적 활동에 참여하고 있으며 국가와 사회 역시 여성의 사회적 활동을 적극적으로 보호하고 있다. 가족생활 내부에 있어서도 부(父) 또는 남성(夫)의 일방적인 권한과 우월적인 지위는 부정되고 부부를 중심으로 한 가족 구성원 개개인의 자율적인 의사가 존중되는 모습으로 변화되었으며, 친족관계에서도 남성과 남계혈족을 중심으로 한 친족관계가 항상 우선하는 것이 아니라 구체적인 생활관계에서의 실질적인 교류 정도에 따라 모계의 친족관계가 중요한 비중을 차지하는 경우도 있다. 또한 개인의 자유와 양성의 평등을 기초로 한 민주주의와 합리주의는 이미 대다수 사회 구성원의 의식을 지배하는 공감대적 가치로 자리 잡았으며 제도와 규범 역시 모든 생활영역에 있어서 잔존하는 남녀 사이의 불평등을 일소해 나가고 있다. 이와 같은 사회적 생활상과 의식의 변화는 가족제도에도 반영되어 「민법」은 친족의 범위에 있어 부계혈족과 모계혈족 또는 부(夫)의 혈족과 처(妻)의 혈족에 대한 차별을 두지 않고 재산상속에 있어서도 남녀의 차별을 없애는 것으로(제777조, 제1009조) 개정되기에 이르렀다(1990. 1. 13. 법률 제4199호).

결국 개인의 자유와 양성의 평등이 보편적으로 받아들여지고 실질적으로

실현되고 있는 오늘날의 사회상에 비추어 볼 때 부성주의의 강제는 우리의 생활양식과 의식구조와도 부합하지 않는다.

다) 역사적으로 오랜 기간 전통적으로 부성주의를 취해왔다는 사실로부터 부성주의로 인한 차별취급을 정당화하려는 견해도 그 근거를 인정할 수 없다. '동성동본금혼 규정'에 대한 헌법불합치결정과 '호주제'에 대한 헌법불합치결정에서 이미 우리 재판소가 이미 판시한 바와 같이, 역사적으로 오랜 기간 유지되어 온 가족제도라는 사실만으로 그 제도가 곧바로 헌법적으로 정당화 될 수는 없으며 그 제도가 오늘날의 가치에 부합하고 헌법이념에 반하지 않는 것이어야 한다는 한계를 가진다(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 19; 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 15 참조).

부성주의가 오랜 기간 유지되어 왔으므로 오늘날에도 정당화 될 수 있다는 주장은 전통적으로 남성과 여성을 차별취급 해 왔으므로 현재도 그 차별취급이 정당하다는 논리에 지나지 않는다.

3) 소 결

이 사건 법률조항은 모든 개인으로 하여금 부의 성을 따르도록 하고 모의 성을 사용할 수 없도록 하여 남성과 여성을 차별취급하고 있으면서도 그와 같은 차별취급에 대한 정당한 입법목적은 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 양성평등을 명하고 있는 「헌법」 제36조 제1항에 위반된다.

(다) 개인의 존엄 위반

1) 부성(父姓) 사용의 일방적 강제

가) 성(姓)은 혈통을 상징하는 기호이면서 개인의 동일성을 식별하는 성명(姓名)의 구성요소로서, 자(子)의 성을 결정함에 있어 직접적인 이해관계를 가지는 자는 그 자(子)에게 혈통을 부여한 부와 모 그리고 그 성(姓)을 자신의 성명의 일부로 사용할 자(子) 자신이다. 특히 성의 결정과 사용에 있어 자(子) 자신이 가장 큰 이해관계를 가진다고 할 것이지만, 성이 출생 직후의 개인에게 부여된다는 점에서 볼 때 현실적으로는 자의 성을 결정함에 있어 그 부모의 의사와 독립된 자(子)의 지위를 인정할 실익은 없다. 한편 일정한 범위의 혈연관계에 있는 부계와 모계의 친족들도 이해관계를 가지는 것으로 볼 수도 있으나 그들은 어디까지나 자

(子)의 부와 모를 매개로 한 간접적인 이해관계를 가지는 것에 지나지 않는다.

그러므로 부모의 합의를 통해 그 자(子)에게 부여할 성을 결정한다면 성의 결정에 이해관계를 가진 개인들의 의사는 모두 합치되었다고 볼 수 있다. 그 자녀에게 부의 혈통을 성으로 부여할 것인가, 모의 혈통을 성으로 부여할 것인가는 본질적으로 개인이 자신의 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 대한 것으로 사적(私的) 생활영역에 속하는 문제라고 할 것이다. 예컨대 부모가 합의를 통하여 그 자(子)가 모의 성을 따르기로 하였다고 해서 그러한 결정이 가족제도에 관한 사회질서에 위협을 초래한다거나 기타 공공의 이익에 구체적인 위협을 발생시킨다고 볼 수 없다.

나) 부모의 합의가 존재하지 않는 경우에도 자가 모의 성을 따르는 것을 인정할 필요성이 인정되는 경우는 얼마든지 존재할 수 있다.

부(父)의 사망, 부모의 이혼, 혼인외의 자 등의 경우에 있어서 모가 단독으로 양육할 것이 예상되는 경우에는 부모의 합의가 없더라도 자(子)에게 자신의 성을 부여하고자 하는 모(母)의 의사를 존중할 필요성이 커진다. 부모의 이혼과 모의 재혼 또는 입양 등을 통해 자(子)가 새로운 가족의 구성원이 된 경우에도 자(子)가 장차 자신에 대해 사실상의 부의 역할을 가지게 될 계부(繼父)나 양부(養父)의 성으로 변경하고자 한다면, 자(子) 자신의 복리를 위해서는 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 현재 사용 중인 부성의 변경을 허용하여야 한다.

그러나 이 사건 법률조항은 개별적인 가족관계와 개인이 처한 구체적인 상황에 있어서 모(母) 또는 자(子)의 이익을 위한 모성의 선택 가능성이나 부성의 변경 가능성을 전혀 고려하지 않고, 어떠한 구체적 사정에서의 개인의 의사도 묻지 않고 일방적으로 부성의 사용만을 강제하고 있다.

2) 부성(父姓) 사용 강제의 구체적 이익 흠결

이와 같이 이 사건 법률조항이 개인의 의사를 무시한 채 부성의 사용을 강제하고 있으나 그러한 강제에 대한 구체적 이익을 발견하기는 어렵다.

우선 개인이 모의 혈통을 기준으로 하여 그 가계를 계승하고자 하는 것을 금지하면서 모든 국민으로 하여금 부계를 통해 가계를 계승하도록 함으로써 얻을 수 있는 구체적 이익이 무엇인지 불명확하다. 부성주의를 모든 개인과 가족에게

관찰할 경우 개인의 성은 곧 그 부의 성을 의미하는 것으로 누구나 이해할 수 있다는 정도의 추상적인 이익을 고려해 볼 수 있지만, 성이 부의 성을 의미하는 것으로 이해되는 것은 부성주의를 강제하고 있는 규범의 결과 형성된 성(姓)의 상징 내용에 대한 고정관념일 뿐, 그와 같은 고정관념이 변화하더라도 성의 사용과 관련한 사회질서에 혼란이 생기게 된다고 할 수는 없다.

그리고 부성을 기준으로 하여 수백 년간 이어져 온 족보와 같은 역사적 가치를 인정할 수 있는 문화재나 종중, 종친회 등과 같이 현실적으로 존속하는 실체로서의 문화 현상들을 부성주의를 유지함으로써 보호할 수 있다고도 하지만 그러한 자료나 문화적 현상들은 부성의 사용에 따른 부수적인 결과물일 뿐 부성주의 목적이 될 수 없으며 부성주의를 굳이 강제지 않더라도 개인은 부의 성을 사용할 수 있고 부계 혈통의 계승과 부계 혈연집단의 존속을 얼마든지 유지, 발전시켜 갈 수 있다는 점을 보더라도 역사적 가치있는 자료나 문화 현상 자체가 부성주의 강제의 목적이 될 수는 없다.

또한 조상숭배나 경로효친의 미풍양속이 반드시 부성주의의 존재를 전제로 하는 것은 아니며 숭배나 효친의 대상을 부계의 조상에만 한정해야 할 이유도 없는 이상 조상숭배나 경로효친과 같은 미풍양속의 보존을 위해 부성주의를 강제해야 한다는 주장도 설득력이 없다.

3) 소 결

이 사건 법률조항은 혼인과 가족생활에 있어 개인의 성을 어떻게 결정하고 사용할 것인지에 대해 개인과 가족의 구체적인 상황이나 의사를 전혀 고려하지 않고 국가가 일방적으로 부성의 사용을 강제하면서도 그와 같은 부성 사용의 강제에 대한 구체적인 이익을 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 개인의 존엄을 보장하고 있는 「헌법」 제36조 제1항에 위반된다.

(3) 결 론

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 혼인과 가족생활에 있어서의 개인의 존엄을 침해하고 양성의 평등에 반하여 「헌법」 제36조 제1항에 위반된다.

그런데 법률이 「헌법」에 위반되는 경우, 「헌법」의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을

통해 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418; 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 186 참조).

이 사건 법률조항은 개인의 성을 정하고 사용하는 원칙을 규정한 조항인바, 만약 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 이 사건 법률조항은 그 효력을 상실하게 되어 성의 결정과 사용에 대해 아무런 기준이 없어지게 되는 법적 공백과 혼란이 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항이 개정되어 시행되기 전까지는 이 사건 법률조항의 효력을 유지시켜 잠정적인 적용을 허용하는 내용의 헌법불합치결정을 선고함이 상당한바, 이 사건 법률조항에 대한 개정 법률이 공포되어 2008. 1. 1. 그 시행이 예정되어 있으므로 2007. 12. 31.까지만 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명함이 상당하다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하고 2007. 12. 31.까지 이 사건 법률조항의 잠정적인 적용을 명하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 재판관 권 성의 아래 5.와 같은 반대의견이 있었다.

5. 재판관 권 성의 반대의견

부성주의를 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 「헌법」에 위반되지 않는다고 나는 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 문화가 「헌법」에 선행(先行)하는 경우

문화가 항상 「헌법」에 선행하는 것은 아니다. 그러나 선행하는 경우도 있다. 가족제도, 그 중에도 부성주의(父姓主義) 같은 것은, 분명히 「헌법」에 선행하는 문화의 하나이다.

기존의 문화 내지 제도가 후행의 헌법적 가치에 어긋난다는 의심을 받는 경우에는 다음과 같은 단계적 사고가 필요하다. 제1단계는 기존의 문화가 가지는 합리성

을 확인하고 그 합리성과 헌법적 가치 사이의 간극의 크기를 측정하는 것이다. “존재하는 모든 것은 합리적이다.”라는 진리를 이 경우에 도외시할 이유가 없기 때문이다. 제2단계는 그 간극의 크기가 더 이상 용납하기 어려운 경우에는 그 간극을 해소하는 기술의 합리성을 확인하는 일이다. 사회제도의 상호 유기적 관계를 고려할 때 자칫 교각살우(矯角殺牛)의 우를 범할 수도 있기 때문이다. 제3단계는 시기의 적합성을 판단하는 일이다. 만사 너무 늦어도 안되지만 너무 빨라도 안되기 때문이다.

나. 선행하는 여성주의 문화의 합리성

인간은 부(父)와 모(母) 두 사람으로부터 혈통을 이어받는다. 그런데 모와의 혈통 관계, 즉 모자관계의 존재는 출산과 수유라는 자연적이고 객관적이며 외관상 확인 가능한 일반적 사실을 통하여 대외적으로 명확히 인식됨에 반하여 부와의 혈통 관계, 즉 부자관계는 그 존재를 객관적으로 인식케 할 수 있는, 출산 및 수유와 같은, 외관상 명백한 일반적 사실이 없어서 대부분 추정에 근거하여 인식될 뿐이다. 따라서 부자관계의 존재에 대한 인식은 모자관계의 그것에 비하여 본질적으로 불확실할 수밖에 없고 이것은 남성과 여성의 생리적 차이, 구체적으로는 임신과 출산의 생리적 메카니즘, 그리고 임신의 사전단계로 진행되는 행위의 은밀성을 보장하는 사회제도와 문화에서 오는 불가피한 현상이다.

「민법」이 부자관계에 대해서는 추정규정을 두고(제844조) 그 추정을 부인할 수 있도록 하면서(제846조) 재혼금지기간위반의 경우에 출생한 자(子)의 부(父)를 결정하는 절차(제845조)를 두고 있는 것도 부자관계 존부의 불확실 가능성을 전제로 하고 있는 것이다.

자(子)의 부가 누구인가 하는 것이 불확실하다고 하는 것은 그 자(子)의 양육과 보호를 모 이외의 누가 책임져야 하는가 하는 문제가 불확실해짐을 의미하고 이것이 불확실한 상태로 계속 남아 있는 것은 일부일처제도를 기초로 하고 있는 가족의 형성과 유지를 위협하고 나아가 가족제도를 기초로 하고 있는 사회공동체의 존속과 안정 자체를 위협한다. 뿐만 아니라 자(子)의 부가 누구인가 하는 것이 불확실하다는 것은, 자기의 혈통을 이어 받은 자손을 뒀으로써 자기 생명의 유한성을 극복하고 이로써 자기 존재의 영속적 가치를 확인하고자 하는 인간의 - 그 중에서도 남성 인류의 - 본능적 염원이 경우에 따라서는 실현될 수 없다는 것을 의미하고 이것은 인간존재의 가치를 상당한 정도 모호하게 만드는 부작용을 빚는다. 특

히 자식을 위하여 산다고 생각하는 많은 평범한 인간들의 경우에는 더욱 더 그렇다.

여기서 자(子)의 부가 누구인가를, 한편으로는 사회에 대하여 인식케 하고, 다른 한편으로는 사회로부터 인정받게 하는, 대외적 공시의 필요성이 대두된다.

이러한 사회적 필요에 응하여 등장한 인류의 문화적 발명의 하나가 바로 부성주의라고 할 것이다. 그러므로 자(子)가 부의 성을 사용한다고 하는 것은 그 자(子)가 특정한 부의 혈통을 이어받은 사실을 공시하는 효과를 갖는 것이고 이러한 의미에서 성은 기호로서의 본질을 갖는 것이다. 환언하면 자(子)는 부(父)의 성(姓)을 사용함으로써 부자관계의 존재를 대외적으로 명확히 공시할 수 있고 그 공시에 따른 공신력을 상당한 정도로 사회로부터 인정받게 되는 것이다. 따라서 혈통관계의 공시의 필요성에 부합하는 측면에서는 자(子)가 부의 성을 사용하는 것이 모의 성을 사용하는 것 또는 그 어떤 다른 것보다도 훨씬 더 효과적이고 실용적이다.

또한 출산과 수유 같은 생리적 기능을 갖지 못하는 남자는 그런 기능을 수행하는 여자에 비하여 자녀와의 관계에서 일체감과 유대감이 원천적으로 약할 수밖에 없고 가정에 대한 소속감 역시 마찬가지로 약할 수밖에 없다. 모자관계에 비해 상대적으로 소원하거나 결속력이 약할 수 있는 부자관계는 자(子)가 부의 성을 사용함으로써 그 일체감과 유대감이 자연히 강화되고 부(父)의 자(子)에 대한 책임의식이 더욱 고취되어 결과적으로 가족 전체의 통합과 결속이 강화될 수 있다.

이와 같이 부성주의는 자(子)의 부계혈통을 대외적으로 공시하는 기능을 가지는 동시에 생래적으로 모에 비해 약화되기 쉬운 부와 그 자녀간의 일체감과 유대감을 강화하여 가족의 존속과 통합을 보장하는 기능을 가진다.

요컨대 부성의 사용은 부계혈통의 공시를 필요로 하는 사회적 수요에 응하는 하나의 기술적 기호의 채택에 불과하고 이러한 기술을 채택한 것은 모계혈통의 공시 필요성이 부계혈통의 공시 필요성보다 상대적으로 적다는 자연적·사회적 상황에 따른 문화적 결단인 것이다. 그렇다면 부성주의는 나름대로 그 합리성을 충분히 인정할 수 있다.

다. 부성주의와 헌법적 가치의 상호 간극

(1) 부성주의로 인하여 초래되는 차별

부성주의를 취할 경우 모의 혈통은 성(姓)에 반영되지 않는다는 점에서 여성에 대한 차별적 효과가 발생하는 것은 부인할 수 없다. 그러나 성은 사람을 식별하는데 사용되는 여러 기호체계의 하나일 뿐이다. 단지 이 기호에 부계혈통의 공시기능과 상당한 공신력이 부여되어 있을 뿐이다. 이러한 기호의 채택이 여성이라는 존재가 갖는 인간으로서의 존엄성의 실체에 무슨 영향을 미칠 수 없다는 것은 기호의 본질상 자명한 일이다.

실제의 측면을 본다면, 부성주의가 유지되고 발전되어 온 과거의 역사를 살펴 보더라도 성(姓)의 사용과는 별개로 개인의 출계(出系)를 인식함에 있어서 부계와 모계에 대해 차별이 없었고 모계에 대해서도 친족관계나 혈연관계가 부인되지 않았다. 조선시대의 중기에 이르기까지도 재산상속에 있어 남녀의 차별이 없었을 뿐 아니라 조상에 대한 봉사(奉祀)도 자녀(子女)의 윤행(輪行)으로 외손(外孫)에 의한 봉사도 가능했으며 혼인을 하더라도 여성은 남편의 성을 따르지 않고 자신의 성을 그대로 사용하였다. 한편 오늘날에 있어서도 친족의 범위, 친권의 행사, 상속 등에 있어 부계와 모계를 차별하지 않고 있어 친족·상속법상 실제적인 법적 지위는 물론 공사(公私)의 법률관계에 있어 여성 또는 모의 법적 지위가 부성주의로 인해 영향을 받지 않는다.

그러므로 부성주의 자체로 인하여 초래되는 여성에 대한 차별은 이를 찾아보기 어려운 것이고 설혹 그러한 차별이 존재한다고 하여도 앞에서 본 부성주의의 본질상 이러한 차별과 부성주의 사이에 무슨 선형적인 인과의 관계가 있다고 단정하기는 어렵다.

(2) 재혼과 입양에 따른 문제의 본질

오늘날 재혼이나 입양의 증가로 인하여 자녀가 생부(生父) 아닌 사람과 사실상 부자관계를 형성하고 생활하는 경우가 많게 되었다. 이에 따라 생부의 성을 따르던 것을 계부(繼父)나 양부(養父)의 성으로 변경하는 것을 허용해야 한다는 주장이 있다. 그러한 주장의 주된 근거는, 입양 가족 또는 재혼을 통해 새로 구성된 가족의 경우에 그 자녀가 사실상의 부(父)와 성을 달리 사용함으로써 입양이나 재혼 사실이 다른 사람에게 노출되는 불이익을 받게 되고 이것이 입양이나 재혼 가정의 통합을 저해하는 요소가 된다는 것이다.

그러나 재혼이나 입양 사실이 노출됨으로써 개인이 받는 불이익이라는 것은

재혼이나 입양에 대한 사회적 편견 내지 사시(斜視)가 그 원인이지 부성주의가 그 원인은 아니다. 물론 계부나 양부의 성으로 성을 변경하지 못하면 재혼이나 입양 사실이 노출될 가능성이 커질 수 있지만 성의 변경을 허용한다고 해서 그러한 사실이 노출될 가능성을 전부 막을 수도 없거니와 경우에 따라서는 성의 변경 사실 자체가 오히려 그 개인의 가족사를 그대로 노출할 수도 있다. 재혼 가정이나 입양 가정의 가족 구성원이 받는 불이익의 직접적인 원인이 이와 같이 따로 있음에도 불구하고 그와 같은 불이익의 발생에 간접적이고 우연적인 연계를 가질 뿐인 부성주의를 여기에 끌고 들어와 그 위헌성을 비난하는 것은 문제의 소재와 비난의 대상을 잘못 파악한 것이다.

(3) 부성주의에 대한 예외의 인정

한편 이 사건 법률조항은 부성주의를 규정하고 있지만 「민법」 기타 법률에 서는 부성주의에 대한 예외도 인정하고 있다. 부(父)가 외국인인 경우에 모의 성을 따를 수 있도록 하였고(민법 제781조 제1항 단서) 또한 모가 친가(親家)의 호주이거나 호주승계인이어서 부(夫)가 처(妻)의 가에 입적한 경우에 그 사이에 태어난 자녀는 모의 성을 따르도록 하였다(민법 제826조 제4항). 이것은 가족 형성의 구체적인 사정에 따라 부성(父姓)의 사용을 통해 부계(父系)의 가통을 계승하는 것보다 모성(母姓)의 사용을 통해 모계(家系) 가통을 계승할 필요가 더 큰 것으로 인정되는 경우에 대하여 모성의 사용을 인정하고 있는 것이다. 그 밖에도 요보호아동 기타 친생 부모와의 관계가 실질적으로 단절될 것으로 보이는 아동의 입양에 있어 입양되는 아동의 성을 양친의 성으로 변경할 수 있는 길을 마련해 두고 있다(입양 촉진 및 절차에 관한 특별법 제8조 제1항). 이러한 여러 규정은 부성주의의 획일적 적용으로 초래될 수 있는 일부의 폐단을 시정하는 의미를 갖는다.

(4) 소 결

결국 이 사건 법률이 규정하는 부성주의는 그 내용과 헌법적 가치 사이에 무슨 위헌의 문제를 일으킬 정도의 간극이 존재한다고 볼 수 없어 위헌이라고 보기 어렵다.

라. 대체수단과 시기의 부적절

(1) 대체수단의 부적절

평등원칙 위반을 이유로 부성주의가 부당하다고 주장한다면 모성주의도 그 대안이 될 수 없음은 명백하다. 도식적인 평등 요구를 충족시키고자 한다면 부와 모의 성을 동시에 사용하여야 할 것이다. 그러나 이렇게 되면 몇 세대를 거치기도 전에 성이 길어지게 되어 성은 기호로서의 기능을 상실하고 개인의 생물학적 혈통을 총망라하는 것 이외의 의미를 더 이상 갖지 못할 것이다. 성이 그와 같이 길어지는 것을 방지하자면 어떠한 방법이 되었든 간에 자녀에게 부여할 성을 선택하는 문제가 다시 나타나게 된다.

한편 각각의 개인이나 가정마다 성의 결정 방식을 달리할 수 있도록 한다면 개인이나 가족마다 성이 상징하는 내용이 각각 달라질 것이어서 그 내용에 대한 공통된 인식을 전제로 하는 사회적 기호(記號)로서의 성의 기능은 퇴색되고 개인의 혈통에 대한 사회적 인식에 혼란이 생겨날 것이다. 뿐만 아니라 경우에 따라서는 가족 내부에서나 사회적으로 능력있는 여성은 그 자녀에게 자신의 성을 부여할 수 있고 그렇지 못한 여성은 여전히 자신의 성을 부여할 수 없게 될 수도 있어 새로운 형태의 불평등이 야기될 수도 있다.

무엇보다도 성의 변경을 허용할 경우 혈통관계가 전혀 없는 성을 사용하게 될 터인데 이는 혈통관계의 존재를 반영한다는 성의 본질에 반하게 된다.

다만, 입양이나 재혼을 통하여 새로이 구성된 가족의 통합을 위해 필요하다면 공식적으로 공시되는 부(父)의 성(姓)은 그대로 보유하되 일정한 생활영역에서 다른 성을 사용할 수 있도록 하는 것과 같이 복수(複數)의 성을 사용할 수 있도록 허용하는 것에 대해서는 입법론적으로 검토해 볼 수 있을 것이다.

따라서 부성주의에 대한 대안으로 생각해 볼 수 있는 제도들도 부성주의가 갖는 문제점과 불평등의 요소를 완전히 배제하는 것으로 볼 수 없으며 부성주의와 마찬가지로 한계를 가질 수밖에 없다.

부성주의는 다른 가족제도와 유기적으로 결합되어 있다. 그러므로 부성주의의 폐지가 다른 제도에 미칠 영향을 충분히 고려하고 가족제도의 붕괴를 초래하지 않을 합리적인 대안을 마련하여야 한다. 합리적인 대안의 마련 없이 부성주의를 폐지한다면 이는 교각살우(矯角殺牛)의 위험이 있다. 서양에서는 “돼지를 굽기 위하여 집을 태운다(Burning the house to roast the pig).”는 말로 그 위험을 경계한다.

부성주의와 일부일처주의 그리고 이를 공시하는 기왕의 우리 나라의 호주 및 호주제도는, 물론 일부 개선의 여지를 갖긴 하지만, 전체로서의 이들 제도와 장치는 인류 그리고 우리 나라가 성취시킨 고도의 합리성을 갖는 문화적 산물 내지 장치로서 그 이상의 합리적 대안을 당분간은 발견하기 어려울 것이라고 나는 믿는다.

결국 부성주의에 대한 적절한 대안은 현재로서는 찾기 어렵다고 보아야 한다. 이 점에서도 부성주의는 위헌이라고 볼 수 없다.

(2) 시기의 부적절

우리의 역사를 살펴보면 부성주의는 성이 사용되기 시작할 무렵부터 형성되고 발전하여 오늘날에 이르기까지 계속 유지되어 온 가족제도의 한 내용이다. 부성주의는 모성주의 기타 다른 제도와는 선형적 비교를 통해 논리적 판단에 따라 선택된 결과가 아니라 구체적 생활관계에서 자연스럽게 그 합리성이 인정되어 형성되고 발전된 생활양식이며 규범 이전에 존재하는 문화적 현상이다. 이러한 생활양식과 문화로서의 부성주의는 사회 구성원의 생활관계와 의식 속에서 구체적인 행동 기준으로 자리 잡음으로써 규범으로 반영되기에 이르렀고 그와 같은 규범으로서의 부성주의가 바로 이 사건 법률조항인 것이다.

그러므로 시대의 변천과 사회 구성원의 구체적인 생활상의 변화에 따라 생활양식과 문화의 변화가 선행된다면 생활양식과 문화현상을 반영하는 규범도 변화된 생활양식과 문화를 따라 자연스럽게 변화되는 것이 사물의 자연스러운 이치이다. 이러한 이치와는 달리 의도적인 규범의 변경을 통하여 생활양식과 문화의 변화를 앞장서서 강제하고자 하는 것은 새로운 규범이 만인 공감의 고도의 합리성을 갖는 것이 아닌 한 수없이 많은 새로운 문제와 심지어는 불법까지를 야기한다.

그러므로 부성주의를 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 합헌성 여부를 판단하기 위해서는, 생활양식과 문화 현상으로서의 부성주의가 오늘날 우리 사회의 일반적인 의식과 생활상에 부합하여 그 존재 가치를 가지느냐에 대한 검토가 필요하며 단순히 일면적 법논리에 의해서만 평가할 수는 없다.

성의 사용과 관련한 오늘날 우리 사회의 생활양식과 의식 구조를 살펴보면, 성(姓)은 곧 부성(父姓)을 의미하는 것으로 인식될 정도로 부성주의는 자연스럽게 받

아들여지고 있으며 부성을 기준으로 한 종중(宗中), 종친(宗親), 족보(族譜)의 간행 등을 통해 종적으로는 수백 년에 걸친 수십 세대의 조상들로부터의 혈통 계승의식이 존재하고, 횡적으로는 보다 넓은 범위의 친족들과 유대감을 형성하고 있다. 반면 부의 성을 사용하면서도 모계를 기준으로 한 혈연집단이나 친족집단과의 정서적 친밀감과 유대감의 형성에 아무런 제한을 받지 않으며 가족생활과 사회생활에 있어서 양성의 평등이 그 어느 때보다도 실질적으로 실현되고 있지만 사회 일반의 의식은 자녀가 부의 성을 사용하는 것으로 인해 개인의 자유와 평등에 심각한 제한이 가해지는 것으로 받아들이고 있지는 않다.

부성주의는 우리 사회에서 여전히 유효하게 존속하며 그 가치를 인정받고 있는 생활양식이며 문화 현상으로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 추상적인 자유와 평등의 잣대만으로 부성주의를 규정하고 있는 규범의 합헌성을 부정하는 것은 규범의 변경을 통해 생활양식과 문화 현상의 변화를 일거에 성취하고자 하는 반문화적인 공권력의 행사에 해당하고 이는 시기상조(時機尙早)의 부적절한 일이다.

마. 결 론

그러므로 부성주의를 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 위반되지 아니한다고 나는 생각한다. 뿐만 아니라 대다수의 사회일반이 부성주의를 아직도 합당한 우리의 문화 일부로 수용하고 있는 현실점에서 다른 합리적인 대안을 미처 마련하지 아니한 채 이 규정을 일거에 폐지하는 것은 매우 잘못된 일이라고 생각한다. 제도는 성인(聖人)이 만든다고 하는 말은 무엇을 경계하는 말인가. 법이 기분이 아니라 이성(理性)의 산물이라고 하는 것은 무엇을 의미하는가. 단순히 구 체제를 보수(保守)하기 위해서가 아니라 합리(合理)의 온존을 위하여 깊이 생각할 일이다.

재판관 윤영철(재판장) 권성 김효종 김경일 송인준 주선회(주심) 전효숙 이공현

㉠ 헌법재판소 2003. 7. 24. 2003헌마90 전원재판부 불기소처분취소

【당 사 자】

청 구 인 백 ○ 일 외 1인

청구인들 대리인 법무법인 ○○법률 담당변호사 정○현, 조○한

피청구인 청주지방검찰청 충주지청 검사

【주 문】 청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 수사기록(청주지방검찰청 충주지청 2002년 형제 5594호 불기소사건기록)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 청구인들은 2002. 6. 11. 청구외(피고발인) 김○배외 3인을 업무상 과실치사죄로 고발하였는데, 그 고발사실의 요지는,

피고발인 김○배는 충주시 상모면에서 ○○리조트를 운영하는 주식회사 ○○마을의 대표이사, 같은 유○수는 위 ○○마을의 시설관리과장, 같은 이○원은 서울 광진구 자양2동 소재 ○○초등학교의 교사로서 5학년 1반 담임교사, 같은 박○연은 같은 초등학교에 근무하는 특수학급 지도교사인바, 공동하여,

2001. 6. 18.경부터 같은 달 20.경까지 위 ○○리조트에서 2박 3일간의 일정으로 개최된 위 초등학교 하계 학생수련회에 같은 학교 4, 5학년 학생 367명이 참가하게 되었는바, 그곳 학생숙소용 건물로부터 약 80미터 떨어진 곳에 스키장 제설용 담수조가 설치되어 있고, 그 무렵 비가 많이 내려 위 담수조에 깊이 5미터 가량의 물이 고여 있었으며, 또한 참가학생 중에는 평소 친구들과 잘 어울리지 않고, 높은 곳이나 외진 곳을 혼자 찾아다니는 등 자폐증상이 있는 5학년 1반 학생 백○기 등 지체아동들이 여럿 포함되어 있었으므로 이러한 경우 위 ○○리조트를 관리하는 피고발인 김○배, 같은 유○수로서는 성인에 비해 호기심이 많고 사리분별력이 떨어지는 초등학생들이 담수조에 접근하여 사고가 발생하

지 않도록 담수조 주변에 접근방지 시설 및 위험 경고 표지판 등을 설치하는 등 사고를 미연에 방지하여야 할 업무상주의의무가, 또한 담임교사인 피고발인 이○원, 특수학급 지도교사인 같은 박○연으로서 수련회 활동 중 위 백○기의 동태를 잘 살펴 동인이 일행들과 떨어져 혼자 돌아다니거나 위 담수조 등 위험 시설에 접근하지 못하도록 관리감독하여야 할 업무상주의의무가 있음에도 불구하고 이를 각 게을리한 과실로, 같은 달 20. 11:45경 수련회 활동을 마치고 위 ○○리조트 숙소 2층 210호에서 다른 학생들과 함께 귀교 준비를 하던 위 백○기가 그곳 숙소를 혼자 이탈하여 위 담수조에 접근하다 실족하여 그곳에 빠지게 함으로써 동인으로 하여금 그 시경 익사에 의한 호흡부전으로 사망에 이르게 하였다는 것이다.

나. 피청구인은 2002. 8. 23. 위 고발사건에 관하여 각 혐의없음의 불기소처분을 하였다.

다. 청구인들은 피청구인의 위 불기소처분에 불복하여 「검찰청법」이 정하는 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자, 2003. 2. 5. 피청구인의 위 불기소처분으로 인하여 「헌법」상 보장된 청구인들의 평등권과 재판절차상의 진술권을 침해받았다고 주장하며 위 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판단

기록을 자세히 살펴보아도 피청구인이 청구인들의 위 고발사건에 관하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나, 「헌법」의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하며, 달리 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없으므로 이로 말미암아 청구인들 주장의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

3. 결론

그렇다면 청구인들의 심판청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권성 김효중 김경일 송인준 주선희

㉔ 헌법재판소 2006. 2. 23. 2003헌바38-61(병합) 전원재판부 「민법」 제999조 제2항 위헌소원

【판시사항】

상속회복청구권에 대하여 단기의 제척기간을 규정하고 있는 「민법」 제999조 제2항을 적용함에 있어 공동상속인을 참칭상속인의 범위에 포함시키는 것이 진정상속인의 재산권 및 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

공동상속인을 참칭상속인의 범위에 포함시키는 경우 진정상속인은 단기의 제척기간을 적용받아 상속재산의 회복에 제한을 받게 된다. 반면 상속회복청구의 상대인 참칭상속인의 범위를 축소하게 되면 진정한 상속권자가 아닌 자로부터 상속재산을 취득한 제3자가 보호받지 못하게 되는 경우가 발생할 수 있다. 이와 같이 참칭상속인의 범위를 정함에 따라 진정상속인과 제3자의 이익 중 하나는 반드시 제한되게 되므로 어느 한 쪽을 선택하여 그 이익을 보호하는 것은 불가피한 측면이 있다. 공동상속인이라 하여도 자신의 상속분을 넘는 부분에 대하여 권리를 주장하고 있다면 그 부분에 관하여는 본질적으로 보통의 참칭상속인과 다를 것이 없다. 또한 전혀 무권리자인 참칭상속인이 상속회복청구권의 단기 제척기간에 의한 이익을 받는 점에 비추어 적어도 일부의 권리를 가지고 있는 공동상속인이 그러한 이익을 받는 것을 크게 불합리하다고 할 수는 없다.

따라서 상속회복청구권에 대하여 단기의 제척기간을 규정하고 있는 「민법」 제999조 제2항을 적용함에 있어 공동상속인을 참칭상속인의 범위에 포함시키는 것이 진정상속인의 재산권 및 재판청구권을 침해하지 않는다.

재판관 송인준의 위헌의견

「민법」 제999조 제2항에 의한 제척기간은 너무 단기간이어서 미성년자인 진정상속인의 이익을 사실상 보호할 수 없다. 특히 진정한 상속인이 유아 또는 어

린 소년이고 가까운 친인척에 의하여 상속재산의 침해가 발생한 경우, 이들이 성년이 된 이후 상속재산을 회복하려 하여도 제척기간 도과로 이미 구제받을 길이 없게 되는 사례가 허다한 것이 분명하므로 그 불합리성은 크다고 아니할 수 없다. 물론 「민법」상의 후견제도 등이 존재하여 미성년기간 중에 어느 정도 미성년자인 진정상속인의 이익을 보호할 수 있는 길이 열려있기는 하나 이들이 독자적으로 권리보호를 호소하기에는 너무 어리고 많은 경우 참칭상속인과 후견인간의 밀접한 친인척관계 탓에 사실상 제척기간 내에 상속재산의 회복이 쉽게 이루어질 수 없다.

【심판대상】

민법(2002. 1. 4. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조(상속회복청구권)

【참조조문】

헌법 제23조 제1항, 제27조 제1항

민법 제999조(상속회복청구권)

【참조판례】

헌재 2001. 7. 19. 99헌바9등 결정; 헌재 2002. 11. 28. 2002헌마134 결정; 헌재 2004. 4. 29. 2003헌바5 결정; 대법원 1985. 7. 23. 선고 83다632 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 박○열 외 7인(2005헌바38) (대리인 변호사 안○득 외 1인)
2. 한○호(2003헌바61) (대리인 변호사 안용득 외 2인)

【당해사건】

대법원 2002다43578 소유권말소등기

서울중앙지방법원 2002가합4943 소유권말소등기

【주 문】

「민법」(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항은 「헌법」에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 2003헌바38 사건의 개요

(1) 박○문은 부산 연제구 ○○동 산 175 임야 9단 3무보에 대하여 1917. 2. 1. 그 명의로 사정을 받았고 1923. 11. 27. 사망하여 그 장남인 박○택이 위 임야를 단독 상속하였다. 그 후 위 박○택이 1968. 2. 13. 사망하여 그 처인 김○상과 자녀들인 청구인 박○열, 박○희, 박○연, 박○임, 청구외 박○곤, 박○룡이 공동상속하였다가, 위 김○상이 같은 해 10. 16. 사망하여 그 자녀들인 위 박○열 외 5인이 다시 김○상의 몫을 공동상속하였다. 한편 위 박○룡은 1997. 1. 13. 사망하여 그의 처인 청구인 조○숙과 자녀인 청구인 박○리, 박○희, 박○정이 공동상속하였다. 그런데 위 임야는 부산지방법원 동부지원 동래등기소 1969. 4. 23. 접수 제11540호로 위 박○곤 단독명의로 소유권보존등기가 경료되었다.

(2) 청구인들은 위 박○곤을 상대로 상속분을 초과하는 등기부분은 무효라고 주장하며 각 상속분의 비율에 따라 진정한 등기명의로 회복을 원인으로 한 소유권이 전등기절차를 이행하라는 소송을 제기하였으나(부산지방법원 98가합7691) 위 청구는 「민법」 제999조가 규정하는 상속회복의 소에 해당하여 제척기간이 경과하였다는 이유로 각하되었다.

이에 청구인들은 위 판결에 불복하여 항소하였으나 기각되었고(부산고등법원 99나4252) 상소하여 대법원에서 파기환송 된 이후(2000다17605) 다시 항소기각되자(부산고등법원 2001나12164), 대법원 상고심 계속중 「민법」 제999조 제2항에 대하여 국민의 재산권 등을 침해한다는 이유로 위헌 여부의 심판제청신청(2002카기129)을 하였으며, 대법원은 2003. 5. 30. 상고를 기각함과 동시에 위헌법률심판제청신청을 기각하는 결정을 하였다. 이에 청구인들은 같은 해 6. 11. 공동상속인을 참

청상속인에 포함시켜 단기의 제척기간을 적용하는 것은 「헌법」에 위반된다고 주장하며 「민법」 제999조 제2항에 대하여 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 2003헌마61 사건의 개요

(1) 한○남이 1984. 4. 5. 사망하여 망인의 양자인 박○기와 망인의 딸인 망 박□기의 직계비속인 손자녀 한○선, 한○주가 공동상속인이 되었는데, 위 박○기는 1984. 9. 17. 자신이 단독으로 상속한 것처럼 상속 부동산에 대하여 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후 위 부동산 중 일부에 대하여 청구외 이○순 및 서울특별시에게 소유권이전등기를 경료하였다.

(2) 위 한○선이 1988. 8. 7. 사망하여 망인의 처 김○정, 자녀인 청구인 한○호, 청구외 한○원, 한○혜, 한○준이 공동상속인이 되었는데, 청구인 한○호는 박○기가 등기서류를 위조하여 단독으로 상속한 것처럼 소유권이전등기를 경료하였으므로 그의 상속지분을 초과하는 부분에 대한 등기 및 이에 터잡은 이○순, 서울특별시 명의의 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 서울중앙지방법원에 박○기, 이○순, 서울특별시를 상대로 하여 소유권이전등기말소등기청구소송을 제기하였고 소송 계속중 상속회복청구권의 제척기간을 정한 「민법」 제999조 제2항에 대한 위헌법률심판제청신청(2002카기6834호)을 하였으나, 위 법원은 2003. 6. 27. 위 소가 상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년이 경과하여 제기되었음을 이유로 각 하함과 아울러 위헌법률심판 제청신청을 기각하였다.

이에 청구인 한○호는 2003. 8. 9. “공동상속인 중 일부가 유일한 상속인인 것을 가장하여 다른 공동상속인의 상속재산을 침해한 경우에도 그 상속재산에 대한 침해의 배제를 구하는 소가 상속회복청구의 소라고 해석하고 「민법」 제999조 제2항의 제척기간을 적용하는 것은 위헌”이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 「민법」(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

민법 제999조(상속회복청구권) ① 상속권이 침해당한 자로 인하여 침해된 때에

는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.

② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년을 경과하면 소멸된다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 상속회복청구권에 대하여 집합권리설을 취하는 판례의 입장에 의해 볼 때, 이 사건 법률조항에 의하면 공동상속인 중 일부가 다른 공동상속인의 존재를 알면서도 문서를 위조하는 등의 불법적인 방법으로 단독상속등기를 경료한 경우 다른 상속인들이 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장하면서 위 일부 공동상속인들을 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 등을 청구하면 이는 상속회복청구의 소에 해당되어 단기간의 제척기간의 적용을 받게 된다. 이는 불법행위자의 보호를 위하여 진정한 상속인의 권리구제를 단기간에 봉쇄하는 것으로서 「헌법」상 기본권의 제한한계를 넘어서 국민의 재산권을 침해하는 것이며 나아가 「헌법」 제27조 제1항의 재판받을 권리를 침해하는 것이다.

(2) 상속에 의하여 취득한 소유권에 기하여 불법적인 침해를 배제하는 상속회복청구권의 경우 단기간의 제척기간에 걸리게 하는 것은 실질적으로 소유권을 시효에 의하여 소멸시키는 것과 마찬가지로 결과는 초래하므로 이는 소유권을 그 취득원인에 따라 소멸시효에 걸리는지 여부에 관하여 달리 취급하는 것이 된다. 또한 문서를 위조하는 등의 불법적인 방법으로 상속권을 침해한 경우에 그 침해자가 공동상속인인 경우 이 사건 법률조항의 적용을 받으나, 전혀 상속권이 없는 사람인 경우에는 적용을 받지 않아 결과적으로 공동상속인의 불법행위에 의하여 상속권의 침해를 입은 사람은 그 보호에 있어 불이익을 받는다. 따라서 이는 평등의 원칙에 반하는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항으로 개정되기 전의 「민법」 제999조 제2항 중 “상속이 개시된 날부터 10년” 부분(이하 ‘중전 규정’이라 한다)이 현재 2001. 7. 19. 99헌바9등 위헌결정으로 효력이 상실된 후 “상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년”으로 개정되기는 하였으나, 이는 10년이라는 기간을 그대로 둔 채 제척기간의 기산점만을 상속회복청구권자에게 다소 유리하게 개선한 것일 뿐이어서 그 위헌성이 완전

히 제거되었다고 보기 어려우며, 개정된 민법 부칙에서 별다른 경과규정을 두지 않았고 법원도 당해 사건에서 이 사건 법률조항을 적용함으로써 결과적으로 청구인의 상속회복청구권이 소멸되었다는 결론에 이르게 되었으므로, 이는 「헌법」 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권박탈금지원칙에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

일반적으로 상속제도나 상속권의 구체적 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하는 사항인 점, 헌법재판소 2001. 7. 19. 99헌바9등 위헌결정의 취지나 이로 인하여 「민법」 제999조 제2항 소정의 제척기간이 종래 '상속이 개시된 날로부터 10년'을 경과하면 소멸된다고 하던 것이 '상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년'으로 변경되어 합리성을 가지게 되었다는 점, 상속회복의 소에 제척기간을 두고 있는 목적이 상속인의 권익을 보장함과 아울러 재산상속으로 인한 법률관계를 조속히 확정하기 위한 것으로서 그 입법목적에 합리적 정당성이 있다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항이 입법재량의 범위를 일탈하여 재산권을 침해한다거나, 상속에 의하여 재산권을 취득한 자와 그 밖의 원인에 의하여 재산권을 취득한 자를 비합리적으로 차별한다고 볼 수 없고, 진정상속인의 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수도 없다.

다. 법무부장관의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항의 제척기간은 조속한 기간 내에 상속관계의 불안을 해소시켜 거래의 안전을 도모하자는 데에 그 입법취지가 있고, 개정된 규정은 종래보다 진정상속인을 보다 두텁게 보호하고 있으며, 공동상속인 중 1인 또는 일부가 다른 공동상속인의 상속분을 침해한 경우를 상속회복의 소에 해당하지 않는다고 하면 상속분을 침해한 공동상속인 중 1인으로부터 상속재산을 양수한 제3자는 보호되지 못하여 거래안전을 보호하지 못하는 결과가 된다. 또한 이에 의하면 제3자의 입장에서는 양도한 자가 외관상 상속인으로 보임에도 불구하고 공동상속인인지 여부에 따라 보호의 정도가 달라지며, 양도인이 공동상속인임이 분명한 경우 제3자로서는 상속받은 재산임을 더욱 믿게 됨에도 불구하고 보호받지 못하는 불합리한 결과가 발생한다. 게다가 다른 공동상속인들의 입장에서는 이러한 경우 보다 손쉽게 상속재산의 침해를 알 수 있으므로 이 사건 법률조항상의 제척기간은 충분한 기간이라 할 수 있다.

(2) 공동상속인 중 1인이 다른 공동상속인의 상속분을 침해한 경우를 상속회복의 소에 해당하지 않는다고 하면 공동상속인인 참칭상속인으로부터 상속재산을 양수받은 제3자가 공동상속인이 아닌 참칭상속인으로부터 상속재산을 양수받은 제3자보다 보호를 받지 못하는 결과를 낳게 되고, 공동상속인이 아닌 자가 스스로 외관을 조작하여 상속권을 침해한 경우에는 공동상속인들로서는 그와 같은 침해를 쉽게 인식하지 못하는 경우가 있을 수 있는데 반해 공동상속인에 의한 상속분 침해는 쉽게 인식할 수 있는 점에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 참칭상속인의 범위와 제한되는 기본권

(1) 상속회복청구의 상대방은 참칭상속인이며 그 구체적인 범위는 판례에 의하여 결정된다. 대법원 판례는 참칭상속인에 관하여 “정당한 상속권이 없음에도 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추거나 상속인이라고 참칭하면서 상속재산의 전부 또는 일부를 점유함으로써 진정한 상속인의 재산상속권을 침해하는 자”라고 개념정의하고 있다(대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19470 판결; 대법원 1994. 11. 18. 선고 92다33701 판결; 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다4688 판결; 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다37398 판결 등). 이에 의하면 첫째 재산상속인의 외관 또는 참칭과 둘째 상속재산의 점유라는 요건을 갖춘 자가 참칭상속인이 된다.

공동상속인 중의 1인 또는 일부가 다른 공동상속인들의 지분을 침해하여 상속부동산 전부를 1인 또는 일부만이 상속한 것과 같이 소유권 등기를 경료한 경우 판례는 그 침해한 공동상속인 역시 참칭상속인이라 하고 이에 대한 청구를 상속회복청구의 소에 해당한다고 보고 있다(대법원 1985. 7. 23. 선고 83다632 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 판결). 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년의 행사기간을 적용받게 되며, 위 기간은 제척기간에 해당하므로 위 기간이 경과된 후에는 상속분을 침해받은 공동상속인들은 더 이상 재판상 그 권리를 주장할 수 없고 오히려 반사적으로 참칭상속인인 공동상속인의 지위는 그대로 확정된다. 이는 결과적으로 상속재산의 등기나 처분 등을 강요하는 결과가 되므로 이 사건 법률조항에 의하여 공동상속인들은 재판청구권과 함께 재산권인 상속권을 제한받는다고 할 수 있다.

(2) 기본적으로 「헌법」 제23조 제1항에 의하면 「헌법」이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해진다. 물론 그렇다 하더라도 입법자가 재산권의 내용을 형성함에 있어서 무제한적인 형성의 자유를 가지는 것은 아니며 사적 유용성과 처분권을 본질로 하는 재산권은 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 인간의 자주적이고 주체적인 삶을 이루어나가기 위한 범위에서 헌법적으로 보장되어 있다. 따라서 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것은 헌법적으로 보장된 재산권의 내용을 구체화하면서 이를 제한하는 것이라 볼 수 있다. 다만 이러한 경우에도 사유재산제도나 사유재산을 부인하는 것은 재산권보장규정의 침해를 의미하고 결코 재산권 형성적 법률유보라는 이유로 정당화될 수 없다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44-45; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 843).

상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법 정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속하며, 권리의 행사기간을 정하고 그 적용대상을 어느 범위로 할 것인지의 여부는 진정한 상속인의 이익과 상속관계의 불안정한 법률상태를 제거함으로써 거래의 안전을 도모하고자 하는 이익을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제로서 이러한 점에 대한 판단·선택은 헌법재판소에서 구체적으로 가늠하기보다는 입법자에게 맡겨 두는 것이 옳다.

또한 재판청구권의 경우에도 재판을 청구할 수 있는 기간을 정하는 것은 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다(헌재 1996. 8. 29. 93헌바63등, 판례집 8-2, 63, 70-71; 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바38, 판례집 14-2, 689, 694; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바78, 판례집 16-2, 472, 485).

따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 그 내용이 합리적인 재량의 한계를 일탈하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 한다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 기본적으로 상속회복청구권은 재산상속이 관념적으로 이루어져서 진정한 상속인이 아닌 자가 상속인인 것처럼 외관을 갖추고 상속재산을 점유, 지배하고 있

는 경우가 많아, 그 재산이 피상속인의 점유에 속하고 있었다는 것만 입증하면 진정한 상속인이 침해된 상속재산을 일괄하여 회복할 수 있도록 하여 간편하고 신속하게 상속재산을 회복할 수 있도록 하기 위한 것이다. 그러나 이러한 상속회복청구권을 폭넓게 인정하게 되면 참칭상속인의 외관을 믿고 그로부터 상속재산을 전득한 제3자의 보호에 문제가 생길 수 있으므로 「민법」 제999조 제2항은 상속회복청구권의 제척기간을 일정하게 제한하여 양자의 이해관계가 조화를 이룰 수 있도록 하고 있다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌바5, 판례집 16-1, 509, 517 참조).

특히 공동상속인을 참칭상속인에 해당되는 것으로 보고 그에 대한 상속회복청구를 단기의 제척기간의 적용을 받도록 하는 것은 참칭상속인인 공동상속인으로부터 상속재산을 전득한 제3자의 이익과 거래의 안전을 보호함으로써 상속회복청구에 관한 이해관계를 합리적으로 조정하기 위한 것으로서 이는 정당한 공공의 이익을 위한 것이다.

(2) 공동상속인을 참칭상속인의 범위에 포함시키는 경우 진정한 상속인은 단기의 제척기간을 적용받아 상속재산의 회복에 제한을 받게 된다. 반면 상속회복청구의 상대인 참칭상속인의 범위를 축소하게 되면 진정한 상속권자가 아닌 자로부터 상속재산을 취득한 제3자가 보호받지 못하게 되는 경우가 발생할 수 있다. 이와 같이 참칭상속인의 범위를 정함에 따라 진정한 상속인과 제3자의 이익 중 하나는 반드시 제한되게 된다. 또한 동일한 재산을 대상으로 한다는 점에서 양자의 이익 중 어느 하나가 크게 우월하다고 볼 수도 없다. 이러한 상황에서 어느 한 쪽을 선택하여 그 이익을 보호하는 것은 불가피한 측면이 있다.

(3) 공동상속인이라 하여도 자신의 상속분을 넘는 부분에 대하여 권리를 주장하고 있다면 그 부분에 관하여는 본질적으로 보통의 참칭상속인과 다를 것이 없다. 또한 전혀 무권리자인 참칭상속인이 상속회복청구권의 단기 제척기간에 의한 이익을 받는 점에 비추어 적어도 일부의 권리를 가지고 있는 공동상속인이 그러한 이익을 받는 것을 크게 불합리하다고 할 수는 없다.

같은 맥락에서 상속인을 참칭한 전혀 무권리자인 제3자로부터의 전득자와 공동상속인으로부터의 전득자를 비교하여 볼 때 그 보호의 필요성은 후자가 전자보다 크다. 공동상속인의 경우 자신의 상속분에 관한 한 진정한 상속인이므로 그로부터 재산을 양수한 제3자가 매도인이 공동상속인임을 확인하였다면 전체가 적법한 상속재산임을 믿기 쉽고, 상대적으로 다른 상속권자와의 관계에서 매도인의 상속지분

까지 정확하게 확인하는 것을 기대하기는 어렵다. 특히 부동산의 경우 「민법」 상 등기의 공신력이 인정되지 않으므로 만약 공동상속인을 참칭상속인의 범위에서 제외한다면 공동상속인 간의 내부분쟁으로 말미암아 그로부터 상속재산을 전득한 제3자는 불이익을 받을 가능성이 매우 크다.

(4) 반면 상속재산을 침해한 자가 공동상속인인 경우, 공동상속인들 간에 상속재산을 둘러싼 다툼이 일어날 가능성이 크므로 진정상속인들은 참칭상속인이 전혀 무권리자인 경우에 비하여 상대적으로 상속재산의 침해가 있음을 보다 쉽게 알 수 있다고 할 수 있다.

게다가 판례는 등기원인이 상속이 아닌 매매, 증여 등 다른 원인으로 되어 있는 경우나(대법원 1982. 1. 26. 선고 81다851등 판결; 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다4688 판결) 제3자가 임의로 관계서류를 위조하여 공동상속인 중의 1인의 단독명의로 보존등기 한 경우(대법원 1994. 3. 11. 선고 93다24490 판결)와 같이 침해행위의 외관이 상속이 아니거나 당해 공동상속인에 의하여 외관이 형성된 것이 아닌 경우 참칭상속인의 성립을 부정하는 등 공동상속인인 참칭상속인의 범위를 제한하여 이 사건 법률조항에 의한 제척기간으로 말미암아 진정상속인이 상속재산을 회복할 기회가 불합리하게 축소되지 않도록 하고 있다.

또한 이 사건 법률조항은 진정상속인의 상속재산의 회복을 처음부터 완전히 봉쇄하는 것이 아니라 그 회복청구권의 행사기간을 제한한 것으로서, 종래 '상속개시일로부터 10년'으로 되어 있던 것이 법개정을 통하여 '상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년'으로 변경되었고, 이미 우리 헌법재판소는 그 행사기간이 결코 진정상속인들이 상속회복청구권을 행사하기에 불합리하게 짧은 것이라고 할 수 없다고 결정한 바 있다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌마134, 판례집 14-2, 756; 헌재 2004. 4. 29. 2003헌바5, 판례집 16-1, 509).

(5) 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 공동상속인인 참칭상속인에 대한 진정상속인들의 재산권 및 재판청구권 행사가 어느 정도 제한된다 하더라도 그것이 현저히 불합리하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다.

(6) 한편 일부 청구인들은 종전규정이 위헌선언으로 효력을 상실하여 일단 상속회복청구권에 대한 제척기간의 제한이 없어졌음에도, 이후 개정으로 인한 이 사건 법률조항에 의하여 자신들의 상속회복청구권이 소멸되었으므로 「헌법」 제13조

제2항의 소급입법에 의한 재산권박탈금지원칙에 위배된다고 주장하기도 한다.

그러나 헌법재판소 위헌결정(헌재 2001. 7. 19. 99헌바9등, 판례집 13-2, 1)의 취지는 상속회복청구권의 제척기간이 지나치게 단기간이어서 위헌이라는 것이고, 이에 따라 개정된 이 사건 법률조항은 상속회복청구권에 '제척기간'이라는 권리행사기간상의 제한이 전혀 없는 상태에서 제한을 새로 창설한 것이 아니라 다만 그 제척기간을 종전보다 상속회복청구권자에게 유리한 방향으로 형성한 것에 불과하므로 「헌법」 제13조 제2항에서 금지하고 있는 소급입법에 의한 재산권박탈에 해당한다고 보기는 어렵다.

더구나 개정 민법 부칙 제1조는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다”고 규정하고 있고, 제2조는 “이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하여 개정 「민법」의 효력의 불소급원칙을 밝히고 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 「헌법」 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권박탈금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(7) 그밖에 청구인들은 이 사건 법률조항에 의하면 상속을 원인으로 하여 취득한 소유권은 실질적으로 시효에 의하여 소멸하는 결과가 발생하며 이는 다른 원인에 근거하여 취득한 소유권에 비하여 불리한 취급을 받으므로 평등의 원칙에 반한다고 주장하나, 앞서 살펴본 바와 같이 상속회복청구권을 인정하고 그에 대한 행사기간을 정해 놓는 것 자체가 불합리하여 「헌법」에 위반되지 않는 이상 재산을 매매 등에 의하여 취득한 경우보다 그 재산권의 행사에 다소 제한이 된다 하더라도 그것이 평등의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

또한 문서를 위조하는 등의 불법적인 방법으로 상속권을 침해한 경우에 그 침해자가 공동상속인인 경우 이 사건 법률조항의 적용을 받으나, 전혀 상속권이 없는 사람인 경우에는 적용을 받지 않아 결과적으로 공동상속인의 불법행위에 의하여 상속권의 침해를 입은 사람은 그 보호에 있어 불이익을 받으므로 이는 평등의 원칙에 반한다고 주장하기도 하나, 무권리자인 제3자의 경우 재산상속인으로서의 외관 자체를 불법적인 방법으로 만들어내야 한다는 점에서 그러한 외관이 이미 존재하는 공동상속인과 같이 볼 수 없으므로 불합리한 차별이라고 할 수는 없다.

4. 결 론

이와 같은 이유로 이 사건 법률조항은 「헌법」에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 위헌의견이 있는 이외에는 다른 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 송인준의 위헌의견

나는 이 사건 법률조항이 2001. 7. 19. 위헌결정 이후 상속회복청구권자에게 다소 유리하게 개선된 것은 사실이나 이 개정 법률조항은 상속재산의 회복과 관련한 권리구제 특히 미성년자의 보호에 미흡한 반면 참칭상속인으로부터 상속재산을 양수한 제3자의 보호에만 치중한 나머지 진정한 상속인의 재산권을 보호하지 못하고 있어 그 위헌성이 완전히 제거되지 못하고 있다고 생각하므로 다음과 같이 의견을 밝힌다.

(1) 이 사건 법률조항에 의한 제척기간은 너무 단기간이어서 미성년자인 진정한 상속인의 이익을 사실상 보호할 수 없다. 특히 진정한 상속인이 유아 또는 어린 소년이고 가까운 친인척에 의하여 상속재산의 침해가 발생한 경우, 이들이 성년이 된 이후 상속재산을 회복하려 하여도 제척기간 도과로 이미 구제받을 길이 없게 되는 사례가 허다한 것이 분명하므로 그 불합리성은 크다고 아니할 수 없다. 물론 「민법」상의 후견제도 등이 존재하여 미성년기간 중에 어느 정도 미성년자인 진정한 상속인의 이익을 보호할 수 있는 길이 열려있기는 하나 이들이 독자적으로 권리보호를 호소하기에는 너무 어렵고 많은 경우 참칭상속인과 후견인 간의 밀접한 친인척관계 탓에 사실상 제척기간 내에 상속재산의 회복이 쉽게 이루어질 수 없다.

어린 소년기에 상속인이 되고 참칭상속인이 부 또는 모의 형제자매인 경우가 이에 해당하며 진정한 상속인들이 성년이 된 후 상속재산의 존재를 파악하여 실제 권리회복에 착수하는 것은 상당한 기간이 경과한 이후에야 가능하므로 결과적으로 권리구제가 사실상 어렵게 되는 것이다. 실제 당해 사건들을 보더라도 청구인 등 진정한 상속인들은 재산을 상속한 당시 일부는 미성년자들이 아니었음에도 불구하고 이들이 상속재산의 회복을 위한 소를 제기한 것은 이로부터 10년이 훨씬 넘는 오랜 기간이 경과된 후의 일이었다. 나아가 우리 재판소의 위헌결정 당시 소송계속 중인 사건으로 후에 권리구제를 받은 사안 4건의 경우를 살펴보아도 진정한 상속인

의 상속재산회복은 무려 10년 내지 25년 가량이 훨씬 지난 뒤에 제소를 통하여 이루어졌다.

프랑스와 독일이 상속회복청구권에 30년의 소멸시효를 적용하는 것과 같이 충분한 기간을 주고 있는 것은 이러한 문제를 고려하여 권리구제의 실효를 보장하기 위함에 이유가 있는 것으로 보인다. 이처럼 이 사건 법률조항에 의한 최장 10년의 단기 제척기간이 적용되고 있는 상황에서 미성년자인 진정상속인의 이익보호를 위한 장치가 보다 정치하게 마련되어 있지 않은 것은 큰 문제라 할 수 있다.

(2) 근본적으로 이 사건 법률조항의 단기제척기간은 참칭상속인의 외관을 신뢰한 제3자를 보호하기 위한 것이나 이로 인한 진정상속인의 불이익이 너무 크다.

참칭상속인으로부터 상속재산을 양수한 제3자의 경우 이 사건 법률조항이 아니더라도 상속재산이 동산이나 유가증권인 경우 선의취득에 의하여 보호받을 수 있고, 부동산 기타 다른 권리의 경우 취득시효의 규정을 원용하는 것도 가능하며, 최후의 방법으로 참칭상속인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수도 있으므로 일정 정도 이익을 보호받을 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있다. 반면 상속재산의 소유자로서 기본적으로 제척기간의 제한을 받지 않고 소유권을 보장받는 진정상속인의 경우 제척기간이 도과하면 귀책사유나 선의, 악의를 불문하고 상속재산을 일방적으로 상실하게 되며 달리 구제수단이 있는 것도 아니어서 지나치게 가혹한 결과가 발생하게 된다.

「민법」이 거래의 안전을 위해 진정한 권리자를 희생하는 규정을 두고 있는 것도 제3자가 선의인 경우와 같이 타당한 이유가 존재하는 경우에 한정된다. 참칭상속인에 의한 상속재산의 침해가 모두 이러한 예외적인 경우에 해당하지 않는 것은 물론이다.

따라서 이 사건 법률조항에 의한 단기제척기간은 합리적인 이유없이 필요 이상으로 진정상속인의 재산권을 제한하는 것으로서 헌법재판소의 위헌결정의 근본취지를 충분히 반영하지 못하고 아직도 기본권제한의 입법한계를 일탈하여 「헌법」에 위반되는 흠을 안고 있다고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 김효종 김경일 송인준 주선회 전효숙 이공현(주심) 조대현

㉔ 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2003헌바39 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제12조 제2항 위헌소원

【판시사항】

- [1] 재판의 전제성 여부에 관한 법원의 법률적 견해를 존중하여 재판의 전제성을 인정한 사례
- [2] 국가유공자의 자녀의 경우 유족연금지급 대상 자격을 "미성년인 자녀와 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 성인인 자녀"에 한정하고 있는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제12조 제2항 제1문(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다)이 평등원칙에 반하는지 여부(소극)
- [3] 이 사건 법률조항이 성인자인 유족의 교육을 받을 권리, 혼인하여 가족을 구성할 권리, 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

- [1] 재판의 전제성 판단은 법원의 이에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때가 아니라 법원의 견해를 존중하여야 할 것인바, 국가보훈처장은 행정청의 유족연금지급 거부처분이 행정소송의 대상이 되지 않는다고 주장하나, 이 사건에서 그렇게 단정하기 어려우므로 재판의 전제성이 인정된다.
- [2] 국가유공자의 자녀라 할지라도 그 자녀가 성년의 나이에 도달한 경우 신체적·정신적으로 성숙하여 스스로 생활을 영위할 수 있는 사회적 독립성과 근로능력을 갖춘 것이라 인정될 수 있으므로, 국가가 한정된 재원으로 국가유공자 유족연금제도를 운영하게 되는 것을 고려하면, 그 성인자들을 연금수급 대상에서 제외하는 것은 자의적이거나 비합리적인 것이라 보기 어렵다. 이 사건 법률조항은 성년의 자녀인 경우에도 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애를 지닌 성인에 대해서는 계속 유족연금을 지급하도록 하고 있으며, 또한 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」은 국가유공자의 자녀들에 대한 교육보호제도, 취업보호제도, 대부지원제도와 같은 지원제도를 병행하여 실시하고 있고, 또한 청구인과 같은 6·25전몰군경자녀가 처해야 했던 사정을 감안하여 성인인 자녀에 대해서도 생활정도를 감안하여 생활조

정수당을 지급하며, 성년 여부에 관계없이 매월 6·25전몰군경자녀수당을 따로 지급하고 있어 성년의 자녀를 유족연금수급권자로부터 배제함으로써 인해 발생할 수 있는 문제점을 보완하고 있다. 그렇다면 위 조항은 자의적이거나 비합리적인 차별을 하고 있다고 볼 수 없어 평등원칙에 위배되지 않는다.

- [3] 이 사건 법률조항이 성년자인 유족에게 연금수급권을 주지 않는다 하더라도 유족연금 자체가 교육비에 충당될 것을 예정하고 지급되는 것은 아니므로 유족연금의 지급 여부와 교육을 받을 권리의 침해 여부는 직접적 관련성을 가지지 못하며 청구인의 교육을 받을 권리가 침해되었다고 할 수 없다. 또한 국가유공자의 성년자녀에 대한 유족연금의 지급 여부와 혼인의 여부 역시 직접적 관련성을 인정하기 어려우므로 위 조항이 혼인하여 가족을 구성할 권리를 침해하였다고 할 수 없다. 한편 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에 대해 적극적으로 요구할 수 있음을 내용으로 하는 것은 아니므로 위 조항이 행복추구권을 침해하였다고 할 수 없다.

【참조판례】

- [1] 헌재 1999. 6. 24. 98헌바42 결정; 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33 결정
[2] 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 결정; 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정; 헌재 1999. 4. 29. 97헌다333 결정
[3] 헌재 1994. 2. 24. 93헌마192 결정; 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정

【참조법령】

헌법 전문, 제10조, 제34조 제1항·제2항, 제32조 제6항, 제11조 제1항, 제31조 제1항, 제10조

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제5조 제1항, 제11조, 제12조 제1항 제1호·제2호, 제13조 제1항, 제14조, 제16조의3, 제21조, 제22조 제1항 제4호, 제23조, 제28조, 제29조 제1항 제2호, 제30조, 제41조, 제46조, 제47조 제1항 제3호, 제49조

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률시행령 제27조의3

【심판대상조문】

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(1994. 12. 31. 법률 제4857호로 개정된 것) 제12조 제2항 제1문

【당 사 자】 청구인 이△수 (국선대리인 변호사 황○일)

【당해사건】 대전지방법원 2002구단1712

【주 문】

「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제12조 제2항 제1문(1994. 12. 31. 법률 제4857호로 개정된 것)은 「헌법」에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 대전지방보훈청장에게 청구인의 아버지가 1953. 3. 20. 강원 철원지구 전투에서 전사하였으므로 청구인이 국가유공자의 유족에 해당된다며 국가유공자 유족연금 지급을 신청하였으나, 대전지방보훈청장은 청구인이 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제12조 제2항이 정한 유족연금 지급대상인 국가유공자의 미성년자녀이거나 생활능력 없는 장애를 가진 성년자녀가 아님을 이유로 2002. 12. 5. 유족연금 지급거부처분을 하였다.

청구인은 이 처분의 취소를 구하는 소를 대전지방법원에 제기하여 그 재판계속 중 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나(2003카기728) 2003. 6. 3. 기각되자, 위 법률조항이 위 망인의 유일한 유족인 청구인의 행복추구권과 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2003. 6. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」(이하 이를 “예우법”이라 한다) 제12조 제2항(1994. 12. 31. 법률 제4857호로 개정된 것) 전부를 심판대상으로 삼고 있으나, 동 조항 제2문은 유공자의 제매에 관한 조항으로서 청구인과 무관하고 당해사건에 적용될 조항이 아님이 명백하므로 심판대상을 「예우법」 제12조 제2항 제1문(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부로 한정함이 상당하다. 이 사건 법률조항을 포함한 관련 조항들의 내용은 다음과 같다.

예우법 제12조(연금) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 연금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·제일학도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자
2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족중 선순위자 1인

② 제1항 제2호에 해당하는 유족중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

제5조(유족 등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼 후 당해 국가유공자외의 자와 사실혼 중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)
2. 자녀
3. 부모
4. 성년남자인 직계비속이 없는 조부모
5. 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매

제14조(생활조정수당) ① 국가유공자와 그 유족중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급

할 수 있다.

제16조의3(6.25전몰군경자녀수당) ① 1953년 7월 27일 이전 및 참전군인등지원에 관한 법률 별표의 규정에 의한 전투기간 중에 전사하거나 순직한 전몰군경 또는 순직군경의 자녀중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여 6·25전몰군경자녀수당을 지급하고 이 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 아니한다. 다만, 1998년 1월 1일 이후 유족중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경(전몰군경) 또는 순직군경의 자녀에 대하여는 지급하지 아니한다.

제64조(양육보호) 국가유공자의 미성년 자녀 및 미성년 제대중 부양의무자가 없는 자(부양의무자가 있으나 부양능력이 없는 경우를 포함한다) 또는 부양의무자가 양로보호를 받고 있는 자에 대하여는 국가의 양육시설에서 보호할 수 있다. 다만, 양육보호를 받고 있는 자로서 20세가 된 자가 고등학교·대학 또는 이에 준하는 학교에 재학중이거나, 20세가 되는 해에 대학 또는 이에 준하는 학교에 입학하게 되는 경우에는 당해 학교를 졸업할 때까지 양육시설에 계속 보호할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

「예우법」의 입법목적은 모든 유공자와 유족의 영예로운 생활이 유지되고 보장되도록 실질적인 보상을 하는 데 있다할 것인데, 연금지급권자인 자녀는 성년의 시점에 이르러 교육비나 결혼자금 등으로 인해 훨씬 많은 보호와 혜택을 필요로 함에도 불구하고 이 사건 법률조항이 성년인 자녀에 대해 연금지급권자로서의 지위를 박탈하는 것은 행복추구권과 교육을 받을 권리 및 혼인하여 가족을 구성할 권리를 침해하는 것일 뿐만 아니라, 가사 성년이 넘은 경우 「예우법」 제14조, 제16조의3 등에 의한 생활조정수단 등을 지급한다고 할지라도 이는 실질적인 평등이 아니라 실질적인 차별대우를 행하는 것으로서 국가유공자의 성년의 자녀만을 아무런 납득할 만한 이유 없이 자의적으로 불합리하게 차별한다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각이유

「예우법」의 목적과 이념, 취지와 그 내용을 종합하여 볼 때, 국가유공자의 유족인 자녀 중 미성년자인 자녀와 생활능력이 없는 장애를 지닌 성년의 자녀에 대하여는 이 사건 법률조항에 의하여 유족연금을 지급하도록 하고, 한편 성년의 자

녀에 대하여는 「예우법」 제14조, 제16조의3 등에 의하여 생활조정수당, 6·25전몰군경자녀수당 등을 지급하도록 하는 것은 그 보호의 필요성이라는 합리적인 사유와 기준에 합당하게 차등 있는 실질적인 보상을 실시하려는 취지로 보이며, 따라서 이 사건 법률조항은 합리적인 사유와 기준에 합당하게 차등 있는 보상을 함으로써 「헌법」상의 평등권을 실질적으로 구현하고 있다고 판단될 뿐, 국가유공자의 성년인 자녀를 자의적으로 불합리하게 차별대우하는 규정이라 볼 수 없다.

다. 국가보훈처장의 의견

(1) 청구인에 대한 유족연금 비대상 통보는 단순히 법령의 규정사항을 통보한 것에 불과하고 구체적 사실에 관한 범집행으로서 청구인에게 권리의 변동은 가져오는 공권력의 행사가 아니라고 할 것이므로, 결국 청구인은 행정소송의 대상이 되지 않는 사안을 원인으로 하여 위헌제청신청을 한 것으로서 무의미하여 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 요건에 해당하는 절차를 거친 것이라 할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항이 성년인 자녀를 연금지급대상에서 제외한 것은 자녀의 경우 민법상 성년이 되면 신체적·정신적으로 성숙하여 사회생활에 적응할 수 있고 근로능력을 갖추어 자립해 나갈 수 있다는 점, 「예우법」은 자녀들의 성장에 맞추어 사회적인 자립여건을 갖추 수 있도록 하기 위해 교육보호 및 취업보호와 같은 보훈제도를 보완적으로 실시하고 있다는 점, 자녀의 경우 성년이 되었을 경우에는 오히려 부양의 객체로부터 부양의 주체로 바뀌게 될 뿐만 아니라 성년자녀에게도 연금을 지급할 경우 현재 연금을 받고 있는 부모(성년자녀의 조부모)의 연금을 박탈하는 결과가 되어 국가유공자의 부모에 대해 국가가 부양을 행할 수 없게 된다는 점 등 보훈보상의 원칙과 체계를 고려한 것이다.

한편 청구인과 같이 6·25전몰군경자녀로서 불우하게 성장하고 고등교육을 받기 어려워 취업이 힘든 경우 등을 고려하여 「예우법」은 1998년도부터 다른 유족보다 많은 액수의 생활조정수당을 지급해오고 있으며 2001. 7.부터는 6·25전몰군경자녀수당제도로 발전시켜 현재에 이르고 있다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

「헌법재판소법」 제68조 제2항 헌법소원이 적법하기 위해서는 해당 법률조항의 위헌여부가 당해사건 재판의 전제가 되어야 한다. 재판의 전제성이 있다고 하려면 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우여야 한다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바41, 판례집 8-1, 190, 196).

성년의 자녀를 유족연금의 수급권자로부터 배제하고 있는 이 사건 법률조항에 대해 헌법재판소가 위헌결정이나 헌법불합치결정을 내리게 되면 당해사건 재판의 결론이나 주문 또는 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미치게 될 것이므로 재판의 전제성이 인정된다.

국가보훈처장은 청구인에 대한 유족연금 비대상통보가 청구인의 권리의 변동은 가져오는 공권력의 행사가 아니므로 이 사건은 청구인이 행정소송의 대상이 되지 않는 사안을 원인으로 하여 위헌제청신청을 한 것이므로 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 요건에 해당하는 절차를 거친 것이라 할 수 없어 심판청구는 부적법하다고 주장한다.

그러나 당해사건 법원이 명시적으로 재판의 전제성을 인정하고 있으며, 통상 위헌법률심판이나 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판에 있어서 위헌 여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소가 이를 직권으로 조사할 수 있다고 볼 것인바(헌재 1999. 6. 24. 98헌바42, 판례집 11-1, 742, 74; 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 744), 이 사건에서 행정청의 유족연금지급 거부처분이 행정소송의 대상이 되지 않는다고 단정하기 어려우므로 국가보훈처장의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 예우법상 국가유공자의 유족에 대한 보훈제도

「헌법」은 전문에서 “국민생활의 균등한 향상”을 기함으로써 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”한다고 선언하고, 제

34조 제1항에서 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정할 뿐만 아니라, 같은 조 제2항에서는 “국가는 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정함으로써 국가에 대해 사회보장 및 사회복지증진의 의무(입법의무)를 부과하며, 나아가 제32조 제6항은 “국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”고 규정하고 있는바, 이들 조항들은 국가유공자 등에 대한 국가의 우선적 보호이념을 명시하고 있는 것이다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 17).

「예우법」은 이러한 헌법정신을 실현하기 위해 제정된 것인데, 국가유공자의 유족이나 가족에 대한 보상을 국가유공자의 배우자, 자녀, 부모, 일정한 경우의 조부모, 일정한 경우의 미성년제매(未成年弟妹)로 한정하고 있다(제5조 제1항). 「예우법」에 따른 국가유공자 및 그 유족이나 가족에 대한 각종 보상 내지 보호 중에서, 보상금의 경우는 연금·생활조정수당·간호수당·보철구수당·무공영예수당·6.25전몰군경자녀수당 및 사망일시금으로 구분되어 지급되며(제11조), 연금은 전상군경·공상군경·제일학도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자(제12조 제1항 제1호), 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우 그 유족 중 선순위자 1인(제12조 제1항 제2호)에게 지급된다. 유족에게 지급되는 연금의 경우 수급자의 순위는 원칙적으로 「예우법」 제5조 제1항 각호에 정한 순위에 따른다(제13조 제1항).

또한 연금의 지급여부와 관계없이 별도의 지급 필요성에 따라 각종 수당이 지급되는데, 먼저 국가유공자와 그 유족 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당이 지급될 수 있으며(제14조), 전몰군경 또는 순직군경의 자녀 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대해 일정한 경우에는 6·25전몰군경자녀수당이 지급된다(제16조의3).

그 밖에 국가유공자와 그 유족등이 건전한 사회인으로 자립하기 위해 필요한 교육의 기회를 제공하기 위한 교육보호(제21조 이하), 취업과 관련된 각종 지원을 행하는 취업보호(제28조 이하), 의료혜택을 부여하는 의료보호(제41조 이하), 장기저리의 대부지원(제46조 이하) 등 금전적·비금전적인 보호가 병행되고 있다.

(2) 평등원칙의 위배 여부

(가) 「예우법」상의 연금을 지급받을 국가유공자 유족의 순위는 제5조 제1항

각호에 규정된 순위에 의하면 배우자, 자녀, 부모, 성년남자인 직계비속이 없는 조부모, 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매의 순위이다. 그런데 이 사건 법률조항은 다시 제2순위 유족연금수급자인 국가유공자 자녀를 미성년자로 제한하고, 성년자인 경우에는 그가 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 경우에 한해 유족연금의 수급권자가 되도록 하고 있다.

청구인은 ‘생활능력이 없는 정도의 장애’는 없는 성년자인데, 이 사건에서 「예우법」의 목적을 고려할 때 성년자인 유족에게도 「예우법」상의 보호와 혜택이 주어져야 하는데도 그렇게 하지 않고 있는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 주장한다.

이 사건 법률조항은 성년인 자녀(다만 생활능력이 없는 장애인은 제외)와 미성년인 자녀를 연금수급권에 있어서 차별하고 있음이 인정된다. 그렇다면 이 사건에서 그러한 차별이 헌법적으로 정당성을 지니고 있는 것인지가 문제된다.

(나) 「헌법」 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하여 법 앞의 평등원칙을 규정하고 있다. 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금한다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면 평등원칙에 위배된다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701).

그런데 국가가 국가유공자에게 지급할 구체적인 보상의 내용 등에 관한 사항은 국가의 재정부담능력과 전체적인 사회보장의 수준, 국가유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정하여질 수밖에 없으므로, 「예우법」상의 보상금수급권의 내용과 수급권자의 범위 등은 입법자의 입법형성의 자유 영역에 속하는 것으로서 기본적으로는 국가의 입법정책에 달려 있다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 21-22 참조).

그렇다면 이 사건에서 평등원칙 위배 여부를 판단함에 있어서는 이 사건 법률조항이 성년인 자녀와 미성년인 자녀 사이에 연금수급권자의 범위를 달리하는 것

이 과연 합리적 근거가 있는 차별인지 여부가 검토되어야 한다.

(다) 이 사건에서 이 사건 법률조항이 성년인 자녀를 유족연금지급대상에서 제외하고 있는 것은 합리적 근거가 있는 차별이라고 할 것이다.

국가는 한정된 재원으로 국가유공자의 유족연금제도를 운영하게 되는데, 국가유공자의 자녀라 할지라도 그 자녀가 성년의 나이(만 20세)에 도달한 경우에는, 신체적·정신적으로 성숙하여 스스로 생활을 영위해 나갈 수 있는 사회적 독립성과 근로능력을 갖춘 것이라 인정될 수 있으므로, 이들을 연금수급 대상에서 제외하는 것은 자의적이거나 비합리적인 것이라 할 수 없다.

또한 현실적으로 「예우법」은 모든 유족들에게 연금을 지급하는 것이 아니라 순위를 정하여 선순위자 1인에게만 지급하고 있는데(제12조 제1항 제2호), 그러한 제도를 유지하는 한, 만일 성년의 자녀에게도 유족연금수급권을 인정하게 되면 후순위의 유족은 계속해서 유족연금수급권이 부정되므로, 경우에 따라서는 국가유공자의 자녀보다 후순위인 국가유공자의 부모가 노령으로 생활능력이 상실된 경우에도 국가는 여전히 성년인 자녀에게만 연금을 지급하여야 하는 불합리한 결과가 야기될 수 있다.

「예우법」과 같은 사회보장법제는 국가의 재정능력을 감안하여 제정되는 것이며 유족연금의 내용과 수급자의 범위 등에 관한 사항은 입법자의 폭넓은 형성의 여지를 지니고 있는바, 이 사건 법률조항에 의한 차별은 그러한 입법형성권의 범위에서 벗어난 것이 아니다. 헌법재판소는 공무원연금법이 공무원의 자녀 중 유족급여수급권자를 18세 미만인 자와 18세 이상의 폐질상태에 있는 자로 한정하는 것은, 18세 이상의 자녀와 18세 미만의 자녀 사이에는 신체적·정신적 성숙도, 노동능력 등의 면에서 다르게 취급할 합리적 이유가 있으므로 입법형성의 한계를 일탈하여 평등권을 침해한 것이 아니라고 판단한 바 있다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 515-520). 이러한 판시취지는 국가유공자의 유족연금을 성년의 자녀에게 한정하고 있는 이 사건 법률조항에 대해서도 같이 적용될 수 있을 것이다.

한편 이 사건 법률조항은 성년의 자녀인 경우에도 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애를 지닌 성년에 대해서는 계속 유족연금을 지급하도록 하고 있으며, 또한 「예우법」은 국가유공자의 자녀들의 성장에 맞추어 사회적인 자립

여건을 갖추 수 있도록 하기 위한 조치로서 교육보호(제22조 제1항 제4호 및 제21조, 제23조 이하 참조)와 취업보호(제29조 제1항 제2호 및 제28조, 제30조 이하 참조), 대부지원(제47조 제1항 제3호 및 제46조, 제49조 이하 참조)과 같은 지원제도를 병행하여 실시함으로써 이 사건 법률조항이 성년의 자녀를 유족연금수급권자로부터 배제함으로써 인해 발생할 수 있는 문제점을 보완하고 있다. 또한 「예우법」은 청구인과 같은 6·25전몰군경자녀가 처해야 했던 특수한 고통 등 개별적·구체적인 사정을 감안하여 성년인 자녀에 대해서도 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급하며(제14조) 성년 여부에 관계없이 매월 6·25전몰군경자녀수당을 따로 지급하고 있다(제16조의3, 예우법시행령 제27조의3).

이상을 종합하면 이 사건 법률조항은 성년자와 미성년자라는 나름대로의 합리적인 기준에 따라 국가유공자의 유족자녀에게 연금지급을 차별하고 있는 것이며, 성인자녀라 할지라도 「예우법」상 다른 여러 가지 혜택이 마련되고 있으므로, 결국 이 사건 법률조항이 성년자녀에 대해서 유족연금을 지급하지 않는 것이 자의적이라거나 비합리적인 차별이라고 볼 수 없다.

한편 청구인은 심판청구서에서 자신이 국가유공자의 유일한 혈육이므로 성년자인 자신에게도 유족연금이 지급되어야 한다는 취지로 주장하나, 입법자는 이 사건 법률조항을 통하여 원칙적으로 생활능력 있는 성인과 그렇지 않은 자녀들을 구분하고 있는 것인데 그러한 기준이 합리적인 것이고, 앞서 본 바와 같이 「예우법」이 성년자녀들에게도 혜택을 주는 제도를 마련하고 있는 점을 볼 때, 유일한 혈육의 경우에 다시 예외를 인정하여 성년의 자녀에게 유족연금을 지급하지 않는다 하더라도, 이를 입법재량의 허용범위를 벗어난 것이라거나 자의적인 것이라 보기 어렵다.

(라) 그렇다면 이 사건 법률조항에 따른 국가유공자의 성년의 자녀에 대한 「예우법」상 연금의 지급 배제는 합리적 이유를 갖춘 차별에 해당하므로 평등원칙에 위배된 것이라 볼 수 없다.

(3) 교육을 받을 권리 등의 침해 여부

(가) 청구인은 연금수급권자인 자녀의 경우 성년의 시점에 이르러 교육비나 결혼자금 등 훨씬 많은 보호와 혜택이 필요함에도 불구하고 이 사건 법률조항이 성년인 자녀의 유족연금수급권을 박탈함으로써 사실상 교육을 받을 권리 내지 혼인

하여 가족을 구성할 권리를 침해한다고 주장한다.

「헌법」 제31조 제1항에서 보장되는 교육의 기회균등권은 '정신적·육체적 능력 이외의 성별·종교·경제력·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별하지 않고, 즉 합리적 차별사유 없이 교육을 받을 권리를 제한하지 아니함과 동시에 국가가 모든 국민에게 균등한 교육을 받게 하고 특히 경제적 약자가 실질적인 평등교육을 받을 수 있도록 적극적 정책을 실현해야 한다는 것'을 의미하므로(헌재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173, 177-178), 실질적인 평등교육을 실현해야 할 국가의 적극적인 의무가 인정되지만, 이러한 의무조항으로부터 국민이 직접 실질적 평등교육을 위한 교육비를 청구할 권리가 도출되는 것은 아니다. 청구인은 이 사건 법률조항이 위헌으로 선언됨에 따라 유족연금수급권자가 됨으로써 지급받은 유족연금을 자신의 교육비로 사용할 수 있을 것이나, 그와 같은 용도로 유족연금을 사용하는 것은 자신의 선택의 문제일 뿐 유족연금 자체가 교육비에 충당될 것을 예정하고 지급되는 것은 아니므로, 유족연금의 지급여부와 청구인의 교육을 받을 권리의 침해 여부는 직접적 관련성을 가지지 못한다고 볼 것이다. 그렇다면 청구인의 교육을 받을 권리가 침해되었다고 할 수 없다.

(나) 청구인은 혼인하여 가족을 구성할 권리의 침해를 주장하나 국가유공자의 성년자녀에 대한 유족연금의 지급여부와 혼인의 여부 역시 직접적 관련성을 인정하기 어려우므로 청구인의 주장은 이유가 없다.

(다) 청구인은 이 사건 법률조항에 의해 유족연금수급권이 박탈당함으로써 「헌법」 제10조가 보장하고 있는 행복추구권이 침해당했다고 주장하나, 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에 대해 적극적으로 요구할 수 있음을 내용으로 하는 것이 아니므로(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32), 이 사건 법률조항이 행복추구권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유에서 이 사건 법률조항은 「헌법」에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권성 김효종(주심) 김경일 송인준 주선회 전효숙

㉓ 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌라3 서울특별시와 정부간의 권한쟁의

【판시사항】

- [1] 정부의 법률안 제출행위가 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는 처분에 해당 하는지 여부(소극)
- [2] 의무교육 경비의 중앙정부 부담원칙이 「헌법」 상 도출되는지 여부(소극)
- [3] 교육재정제도에 관한 「헌법」의 위임과 입법형성권
- [4] 의무교육 경비를 교부금과 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금으로 충 당토록 규정한 지방교육재정교부금법 제11조 제1항 등이 교육재정제도에 관 한 「헌법」의 위임취지에 명백히 반하여 위헌인지 여부(소극)
- [5] 권한쟁의심판에서 처분의 위헌·위법성 판단과 권한침해 판단의 관계

【결정요지】

- [1] 「헌법재판소법」 제61조 제2항에 따라 권한쟁의심판을 청구하려면 피청구 인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 하고, 여기서 처분이란 법적 중요성을 지닌 것에 한하므로, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 처분이라 할 수 없어 이를 대상으로 하는 권한쟁의심판청구 는 허용되지 않는다. 정부가 법률안을 제출하였다 하더라도 그것이 법률로 성립되기 위해서는 국회의 많은 절차를 거쳐야 하고, 법률안을 받아들일지 여부는 전적으로 「헌법」상 입법권을 독점하고 있는 국회의 권한이다. 따 라서 정부가 법률안을 제출하는 행위는 입법을 위한 하나의 사전 준비행위 에 불과하고, 권한쟁의심판의 독자적 대상이 되기 위한 법적 중요성을 지닌 행위로 볼 수 없다.
- [2] 「헌법」 제31조 제2항·제3항으로부터 직접 의무교육 경비를 중앙정부로서 의 국가가 부담하여야 한다는 결론은 도출되지 않으며, 그렇다고 하여 의무 교육의 성질상 중앙정부로서의 국가가 모든 비용을 부담하여야 하는 것도 아니므로, 「지방교육자치에 관한 법률」 제39조 제1항이 의무교육 경비에 대한 지방자치단체의 부담 가능성을 예정하고 있다는 점만으로는 「헌법」

에 위반되지 않는다.

- [3] 「헌법」 제31조 제4항·제6항은 교육제도와 교육재정제도의 형성에 관하여 「헌법」이 직접 규정한 사항 외에는 입법자에게 위임하고 있으므로, 입법자는 중앙정부와 지방정부의 재정상황, 의무교육의 수준 등의 여러 가지 요소와 사정을 감안하여 교육 및 교육재정의 충실을 위한 여러 정책적 방안들을 구상하고 그 중의 하나를 선택할 수 있으며, 이에 관한 입법자의 정책적 판단·선택권은 넓게 인정된다.
- [4] 「지방교육재정교부금법」 제11조 제1항에서 의무교육 경비를 교부금과 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금으로 충당토록 규정한 것 및 같은 조 제2항 제3호에서 서울특별시·부산광역시와 그 밖의 지방자치단체를 구분하여 서울특별시의 경우에는 당해 시·도세 총액의 100분의 10에 해당하는 금액을 일반회계예산에 계상하여 교육비특별회계로 진출하도록 규정한 것은 교육재정제도를 형성함에 있어 의무교육을 받을 권리를 골고루 실질적으로 보장하라는 「헌법」의 위임취지에 명백히 반하는 자의적인 것이라 할 수 없어 위헌이 아니다.
- [5] 권한쟁의심판의 심판대상은 피청구인의 처분 또는 부작위로 인하여 청구인의 「헌법」상 또는 법률상의 권한이 침해되었는지 여부인바(헌법재판소법 제61조 제2항), 이 사건 본안판단의 대상으로 된 것은 피청구인 국회의 법률제정행위로서 그 위헌 여부가 문제되는데, 앞에서 본바와 같이 거기에 교육 및 지방자치에 관한 「헌법」에 위반되는 점이 없으므로 그로 인한 청구인 서울특별시의 권한침해는 인정되지 않는다.

【참조조문】

헌법 제31조 제2항·제3항·제4항·제6항, 제117조 제1항

【참조판례】

[3] 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88

【당 사 자】

청 구 인 서울특별시 대표자 시장 이○박

- 대리인 1. 법무법인 ○길 담당변호사 안○모 외 2인
2. 법무법인 김○유 담당변호사 정○식 외 4인

- 피청구인 1. 정부 대표자 법무부장관 천○배
대리인 법무법인 ○리법률 담당변호사 김○인
2. 국회 대표자 국회의장 김원기
대리인 법무법인 ○결 담당변호사 김○조 외 1인

【주 문】

피청구인 정부에 대한 심판청구를 각하하고, 피청구인 국회에 대한 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 피청구인 정부는 2004. 11. 12. 지방교육자치에 관한 법률중개정법률안(이하 '자치법안'이라 한다), 지방교육재정교부금법중개정법률안(이하 '교부금법안'이라 한다)을 제출하였고, 이 법안들은 같은 달 15. 국회 교육위원회에 회부되었다.

자치법안의 제안이유는, 의무교육에 관련되는 경비를 국가가 부담하고 단지 중학교 의무교육 경비의 일부를 지방자치단체로 하여금 부담시킬 수 있도록 하고 있던 당시의 「지방교육자치에 관한 법률」(이하 '구 자치법'이라 한다) 제39조 제1항을 개정하여, 의무교육 관련 경비의 부담주체를 국가 및 지방자치단체로 변경하려는 것이다.

교부금법안의 제안이유는, 중학교에 대한 의무교육이 전면 실시됨에 따라 지방교육재정의 지원구조를 재조정하려는 것으로서, 구체적으로는 ① 의무교육경비는 교부금 및 지방교육양여금으로 충당토록 하고, 의무교육기관 외의 공립학교 교원의 봉급에 관하여는 지방자치단체가 일부(단, 서울특별시는 전액) 당해 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금으로 충당하도록 하고 있던 당시의 「지방교육재

정교부금법」(이하 '구 교부금법'이라 한다) 제11조 제1항을 개정하여, 의무교육 경비를 교부금과 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금으로 충당케 하려는 것이며, ② 교육비의 재원 조성을 위하여 일률적으로 당해 시·도세 총액의 1,000분의 36에 해당하는 금액을 교육비특별회계전출금으로 계상하도록 한 구 「교부금법」 제11조 제2항을 개정하여, 서울특별시와 그 밖의 지방자치단체를 구분하여 전자의 경우에는 특별시세 총액의 100분의 10에 해당하는 금액을 일반회계예산에 계상하여 교육비특별회계로 전출하도록 하려는 것이다.

(2) 청구인은 2004. 11. 22. 피청구인 정부를 상대로, 위 개정법안은 의무교육 경비의 국가부담을 규정하고 있는 「헌법」 제31조 제3항, 지방자치의 보장에 관한 「헌법」 제117조 제1항, 지방재정의 건전운동을 보장하는 「지방자치법」 제113조 제2항에 위배되는데, 이러한 법안을 국회에 제출함으로써 청구인의 자주재정권을 침해하였거나 침해할 위험이 발생하였다고 하면서 ① 피청구인 정부의 위 개정법안(자치법안 제39조, 교부금법안 제11조 제1항·제2항) 제출행위, ② 그로 인하여 개정될 법률들이 모두 청구인의 권한을 침해하는 것이며, 나아가 무효라는 확인을 구하는 권한쟁의심판을 헌법재판소에 청구하였다.

(3) 피청구인 정부가 제출한 위 개정법률안은 각각 국회 교육위원회에 회부되어 제250회 국회(정기회) 제7차 교육위원회에 상정되었고, 검토보고와 대체토론을 거쳤으나, 2004. 11. 25. 동 국회 제9차 교육위원회에서 위 개정법률안을 모두 본회의에 부의하지 아니하기로 하되, 각 그에 상응하는 개정법률안(대안)을 위원회안으로 채택하기로 의결하였고, 같은 해 12. 8. 국회 본회의에서 위원회안대로 각 의결되어, 같은 해 12. 30. 일부 개정된 「지방교육자치에 관한 법률」(법률 제7252호로 개정된 것, 이하 '교육자치법'이라 한다) 및 「지방교육재정교부금법」(법률 제7251호로 개정된 것, 이하 '교부금법'이라 한다)이 각각 공포되었다.

(4) 이에 청구인은 2005. 4. 4. 이 사건 심판청구의 대상에는 피청구인 정부의 위 개정법률안 제출행위 뿐만 아니라 그로 인하여 개정된 위 개정법률들도 포함되어 있다면서 '피청구인 정부'를 '피청구인 정부 및 국회'로 경정하여 달라는 신청을 하였고, 헌법재판소는 같은 달 11. 이를 허가하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, ① 피청구인 정부가 2004. 11. 12. 자치법안과 교부금법

안을 제250회 국회(정기회)에 제출한 행위가 청구인의 권한을 침해하는지, 나아가 무효인지 여부, ② 피청구인 국회가 「교육자치법」(법률 제7252호) 제39조 제1항에서 의무교육 관련 경비의 부담주체를 국가 및 지방자치단체로 규정한 것, 「교부금법」(법률 제7251호) 제11조 제1항에서 의무교육 경비를 교부금과 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금으로 충당토록 규정한 것 및 같은 조 제2항 제3호에서 서울특별시와 그 밖의 지방자치단체를 구분하여 서울특별시의 경우에는 특별시세 총액의 100분의 10에 해당하는 금액을 일반회계예산에 계상하여 교육비특별회계로 전출하도록 규정한 것이 청구인의 권한을 침해하는지, 나아가 무효인지 여부이다.

「교육자치법」과 「교부금법」의 해당조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

교육자치법 제39조(의무교육경비 등) ① 의무교육에 종사하는 교원의 보수와 기타 의무교육에 관련되는 경비는 「지방교육재정교부금법」이 정하는 바에 의하여 국가 및 지방자치단체가 부담한다.

② 제1항의 규정에 의한 의무교육 외의 교육에 관련되는 경비는 「지방교육재정교부금법」이 정하는 바에 의하여 국가·지방자치단체 및 학부모 등이 부담한다.

부 칙

이 법은 2005년 1월 1일부터 시행한다.

교부금법 제11조(지방자치단체의 부담) ① 시·도의 교육·학예에 소요되는 경비는 당해 지방자치단체의 교육비특별회계에서 부담하되, 의무교육에 관련되는 경비는 교육비특별회계의 재원 중 교부금과 제2항의 규정에 의한 일반회계로부터의 전입금으로 충당하고, 의무교육 외의 교육에 관련되는 경비는 교육비특별회계의 재원 중 교부금, 제2항의 규정에 의한 일반회계로부터의 전입금, 수업료 및 입학금 등으로 충당한다.

② 공립학교의 설치·운영 및 교육환경개선을 위하여 시·도는 다음의 금액을 각각 매 회계연도 일반회계예산에 계상하여 교육비특별회계로 전출하여야 한다. 추가경정예산에 의하여 증감이 있는 경우에도 또한 같다.

1. 「지방세법」 제260조의3의 규정에 의한 지방교육세에 해당하는 금액
2. 담배소비세의 100분의 45에 해당하는 금액(도를 제외한다)

3. 서울특별시(특별시세 총액(지방세법 제6조 제1항 제2호의 규정에 의한 목적세에 해당하는 금액을 제외한다)의 100분의 10, 광역시 및 경기도는 광역시세 또는 도세 총액(지방세법 제6조 제2항 제2호의 규정에 의한 목적세에 해당하는 금액을 제외한다)의 100분의 5에 해당하는 금액, 그 밖의 도는 도세 총액의 1천분의 36에 해당하는 금액

부 칙

- ① (시행일) 이 법은 2005년 1월 1일부터 시행한다.
- ② (유효기간) 제3조 및 제11조의 개정규정은 2006년 12월 31일까지 그 효력을 가진다.

2. 청구인의 청구이유와 피청구인들의 답변

가. 청구이유

(1) 우리 「헌법」이 명시하고 있지 않으나 의무교육 비용부담의 주체가 국가라는 것은 당연하고, 대한민국 정부 수립 이후 교육재정정책은 이를 전제로 일관되게 유지되어왔는바, 2001. 12. 19. 개정된 구 자치법과 구 「교부금법」도 의무교육 기관 종사 교원의 보수는 국가가 부담한다는 원칙 하에(구 자치법 제39조 제1항 본문), 다만 2004. 12. 31.까지 한시적으로 중학교 의무교육 관련경비는 그 일부를 지방자치단체에 부담시키기로 하였을 뿐이다(구 자치법 제39조 제1항 단서, 부칙 제2항·제3항).

따라서 중학교 의무교육이 전면 시행되는 2005. 1. 1.부터는 마땅히 국가가 중학교 교원의 보수를 부담하여야 함에도 불구하고, 피청구인들은 「교육자치법」과 「교부금법」을 통하여 의무교육비용인 중학교 교원의 보수액 전부 또는 일부를 지방자치단체로 하여금 계속 부담하도록 하고 있는데, 이는 의무교육제도에 관한 「헌법」 제31조 제3항, 지방자치의 보장에 관한 「헌법」 제117조 제1항 및 교육관련법의 규정과 정신에 위반된다.

또한 「교부금법」은 서울특별시와 그 밖의 지방자치단체를 구분하여 유독 전자의 경우에만 특별시세 총액의 100분의 10에 해당하는 금액을 일반회계예산에 계상하여 교육비특별회계로 진출하도록 하고 있는데, 이는 평등원칙에 위배된다.

의무교육기관인 중학교 교원의 보수를 전입금에 의해 강제로 부담하게 되면 그만큼 청구인은 주민의 복리를 위한 자주적인 예산편성에 제약을 받게 된다.

(2) 국가는 교육의 주체로서, 중등학교의 설립이나 교육과정, 내용 등 주요 교육 정책에 관하여 실질적으로 전권을 행사하고 있을 뿐만 아니라, 국·공립학교 교원의 법적 지위는 국가공무원이므로 그 교원의 봉급도 국가가 부담함이 마땅하다.

국가재정이 빈약하였던 1960년대에도 의무교육기관의 교원 봉급은 국가가 부담한다는 원칙을 견지하고 비의무교육기관의 교원 봉급도 절반을 국가가 부담하였는데, 국가예산이 비교할 수 없이 증대하였고 중등학교가 완전히 의무교육으로 전환된 2005년 이후에도 의무교육기관의 교원 봉급을 국가가 부담하지 않겠다는 것은 헌법정신과 지난 50년간 일관된 교육정책에 위반된다.

(3) 피청구인 정부의 법률안 제출행위 및 그로 인하여 개정된 법률은 「헌법」 및 「지방자치법」에 의하여 청구인에게 부여된 자주재정권을 침해하는 것으로서, 무효이다.

나. 피청구인 정부의 답변

(1) 이 사건은 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것이므로 서울특별시가 아닌 서울특별시 교육감이 권한쟁의심판의 당사자가 되어야 한다.

(2) 정부가 제출한 법률안은 제250회 국회(정기회) 교육위원회에서 본회의에 회부하지 아니하기로 되었고 대신 위원회안으로 채택된 대안이 개정법률의 기초가 되었을 뿐만 아니라, 청구인의 자주재정권은 법률안에 의해서가 아니라 개정, 공포되는 법률에 의하여 비로소 침해될 수 있고, 법률을 개정할 권한은 국회에 있으므로 정부를 상대방 당사자로 삼은 것은 잘못된 것이다.

(3) 의무교육 경비를 국가가 부담하여야 한다는 「헌법」의 규정이나 원칙은 없고, 법률로써 지방자치단체에 그 경비를 부담케 할 수 있다. 그 동안 국가가 의무교육 경비의 대부분을 부담해 온 것은 지방자치가 제대로 실시되지 않았고 의무교육 경비를 부담할 능력이 되지 못하였기 때문인바, 이제 지방자치가 활성화되고 중앙의 권한이 지방자치단체로 이양되고 있으므로 의무교육 경비 또한 지방자치단체가 부담하여야 할 것이다.

(4) 「지방자치법」 제9조 제2항 제5호에 의하면 교육에 관한 사무, 중학교 등 공립학교의 설립·운영·지도는 지방자치단체의 고유사무이므로 그 재원을 지방자치단체가 조달하여 부담함이 원칙이고, 교원이 국가공무원 신분이라는 이유만으로 국가가 그 봉급을 부담하여야 하는 것은 아니다.

(5) 청구인이 주장하는 자주재정권은 너무 추상적이어서 구체적 권한이라고 보기 어려우며, 개정안에 의하면 지방자치단체 부담의 전국 합계액이 종전보다 줄어들고 이는 청구인의 경우도 마찬가지여서 청구인의 권한을 침해하는 것이라 할 수 없다.

다. 피청구인 국회의 답변

피청구인 정부의 답변과 대체로 같다.

3. 적법요건에 관한 판단

(1) 피청구인들은 이 사건이 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무를 둘러싼 권한쟁의이므로 서울특별시가 아닌 서울특별시 교육감이 권한쟁의심판의 당사자가 되어야 한다고 주장하나, 이 사건 권한쟁의의 본질은 국가와 지방자치단체의 관계에서 교육·학예에 관한 재정부담을 어떻게 분배하느냐 하는 데에 있고, 청구인의 심판청구 취지도 피청구인들의 행위로 지방자치단체인 서울특별시 자신의 예산편성권이 침해되었다는 데에 있으므로 이 사건 권한쟁의는 「헌법재판소법」 제62조 제2항에 규정된 “권한쟁의가 지방교육자치에 관한 법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때”에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 피청구인들의 주장은 이유 없다.

(2) 「헌법재판소법」 제61조 제1항은 “권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있지만, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 「헌법」 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로 권한쟁의심판을 청구하려면 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 한다.

여기서 '처분'이란 법적 중요성을 지닌 것에 한하므로, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 '처분'이라 할 수 없어 이를 대상으로 하는 권한쟁의심판청구는 허용되지 않는다.

정부가 법률안을 제출하였다 하더라도 그것이 법률로 성립되기 위해서는 국회의 많은 절차를 거쳐야 하고, 법률안을 받아들일지 여부는 전적으로 「헌법」상 입법권을 독점하고 있는 의회의 권한이다. 따라서 정부가 법률안을 제출하는 행위는 입법을 위한 하나의 사전 준비행위에 불과하고, 권한쟁의심판의 독자적 대상이 되기 위한 법적 중요성을 지닌 행위로 볼 수 없다.

그렇다면 피청구인 정부가 2004. 11. 12. 자치법안과 교부금법안을 제250회 국회(정기회)에 제출한 행위를 다투는 심판청구 부분은 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 의무교육 경비 부담에 관련된 「헌법」 규정의 해석

「헌법」 제31조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.”고, 제3항은 “의무교육은 무상으로 한다.”고 규정하고 있을 뿐이어서, 위 「헌법」 문언들로부터 직접 의무교육 경비를 중앙정부로서의 국가가 부담하여야 한다는 결론은 도출되지 않는다.

그렇다고 하여 의무교육의 성질상 중앙정부로서의 국가가 모든 비용을 부담하여야 하는 것도 아니다. 원래 교육이란 것은 그 연원상 종교교육의 자유, 부모의 자녀교육권과 같은 사교육(私教育)에서 비롯된 것일 뿐만 아니라, 중앙집권적인 획일적인 교육의 지배는 교육의 본질과 이상에서 멀고 오히려 학부모인 주민 등의 참여에 의한 자치적 교육 운영이 보다 바람직한 것으로 인정될 수 있다. 우리 「헌법」도 제31조 제4항, 제117조 제1항을 통하여 지방교육자치를 헌법적으로 보장하고 있을 뿐만 아니라, 헌법재판소도 이 지방교육자치에 민주주의, 지방자치, 교육자주 라고 하는 세 가지의 헌법적 가치를 부여한바 있다(헌재 2000. 3. 30. 99헌바113, 판례집 12-1, 359, 368-3698; 2002. 3. 28. 2000헌마283, 판례집 14-1, 211, 223). 이러한 「헌법」의 보장은 「헌법」 제31조 제6항을 매개로 교육에 관한 구체적 법률들을 통하여 구현된다.

의무교육이 그 중핵을 차지하는 공교육의 경우에도 다르지 않다. 의무교육 무상의 보장은 모든 아동들에게 균등한 교육기회를 보장하기 위한 것이고, 이는 다시 의무교육 대상자 모두의 수요를 충족시킬 수 있도록 인적·물적 시설과 자원을 온 나라에 걸쳐 골고루 구비할 것을 요구하는데, 그렇다고 하여 반드시 그것을 중앙정부의 사무로 규정하여야 하는 것은 아니다. 모든 지방 단위 별로 수요를 충족할 수 있는 학교를 설립하고, 지역실정에 맞는 교육제도를 실시할 수 있다면 의무교육의 평균적 보장은 오히려 지방교육자치의 이념과 더 잘 조화될 수 있는 것이다.

이와 같이 원리적으로 일반교육이든 의무교육이든 그 교육을 받을 권리를 보장하기 위하여 그것이 중앙정부에 의하여 장악·관리되어야 할 이유가 없다.

의무교육 무상에 관한 「헌법」 규정은 의무교육의 비용에 관하여 학부모의 직접적 부담으로부터 전체 공동체의 부담으로 이전하라는 명령일 뿐, 그 공적 부담을 어떻게 구성할 것인지에 관하여는 중립적이다. 그러한 공적 부담의 재원을 어떻게 확보할 것인지에 관하여 「헌법」 제31조 제2항·제3항을 통하여 「헌법」이 직접 명령하고 있다고 보기 어렵다.

오히려 「헌법」 제31조 제4항은 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성은 “법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 하고 있고, 제6항은 “교육제도와 그 운영, 교육재정”에 관한 기본적인 사항을 법률로 정하도록 하고 있어, 교육제도와 교육재정제도의 형성에 관하여 「헌법」이 직접 규정한 사항 외에는 입법자에게 위임하고 있다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 774-775 참조). 이와 같이 「헌법」에서 교육관련 제도의 형성을 입법자에게 위임한 이상 입법자는 중앙정부와 지방정부의 재정상황, 의무교육의 수준 등의 여러 가지 요소와 사정을 감안하여 교육 및 교육재정의 충실을 위한 여러 정책적 방안들을 구상하고 그 중의 하나를 선택할 수 있으며, 이에 관한 입법자의 정책적 판단·선택권은 넓게 인정된다.

나. 개정된 의무교육비 부담 방식에 대한 평가

(1) 평가의 관점

의무교육 경비를 중앙정부가 부담하는 것과 지방정부가 부담하는 것의 상대적 장단점에 관하여는 교육학적·재정학적 관점에서 다양한 논의가 있을 수 있을 것

이다. 그리고 그것에 관하여는 각국의 국가형태(연방국가인지 아닌지, 중앙과 지방의 관계가 어떠한지), 교육제도와 법제, 재정의 구조 및 현상을 떠나 추상적·일률적으로 논단할 것은 아니다.

원리적으로 볼 때 지방교육자치가 바람직하다면, 또 지방교육자치를 제도로써 채택하고 있다면 지방교육재정 또한 지방에서 조달하는 것이 바람직하다 볼 수 있다. 지방정부가 교육의 주체라면 교육재정도 지방정부가 조달하여야 교육의 자치는 중앙정부에의 의존이나 간섭 없이 완벽을 누릴 수 있기 때문이다.

그러나 지방정부가 완벽하게 지방교육재정을 부담할 것을 기대하기 어려운 것이 세계 각국의 공통된 현상이므로 중앙정부는 교육조건을 구비할 책무를 일정하게 담당하고 있다. 그러므로 문제는 지방정부의 재정이 불충분한 현실을 전제로 어떻게 중앙과 지방의 부담과 권한을 분배하는 것이 공교육의 기회를 충실하게 보장하는 길이 될 것인지에 있다.

(2) 「교육자치법」 제39조 제1항

「교육자치법」 제39조 제1항은 의무교육에 종사하는 교원의 보수를 비롯한 의무교육관련 경비를 '국가 및 지방자치단체'가 부담하도록 규정하고 있다. 그 구체적 내용은 「교부금법」이 정하도록 위임하고 있지만 중앙정부와 지방자치단체의 분할 부담 가능성만큼은 동 조항에서 확정하고 있다.

위에서 본바와 같이 의무교육에 관한 헌법조항인 「헌법」 제31조 제1항 내지 제3항, 지방자치를 보장하는 조항인 「헌법」 제117조 제1항으로부터 직접 의무교육 경비를 중앙정부로서의 국가가 전부 부담하여야 한다는 결론은 도출되지 않는다. 따라서 「교육자치법」 제39조 제1항이 지방자치단체의 부담 가능성을 예정하고 있는 점만으로는 위 헌법조항들에 위반되지 않는다.

지방자치단체의 재정 부담 가능성을 천명한 이 조항은 지방자치제도나 지방교육자치의 이념에도 부합한다. 지방자치가 활성화되고 중앙의 권한이 지방으로 이양되는 과정에 있다면 중앙정부가 부담하였던 관련 재정부담도 지방자치단체로 이양되는 것은 자연스러운 일이다. 지난 50년간 중앙정부가 의무교육 경비를 부담해온 것은 그간 지방자치가 제대로 실시되지 않았고, 지방자치단체의 재정자립도가 낮아서 그 경비를 부담할 능력을 갖추지 못한 것과 관련이 있다. 현재의 사정도 크게 달라진 것은 아니지만 지방교육자치 추구에 발맞추어 지방의 재정부담 폭을

넓히려는 것은, 그로 인하여 의무교육 무상의 헌법적 명령이나 취지가 형해화되지 않는 한 적어도 원리적으로 잘못된 것이 아니다.

(3) 「교부금법」 제11조 제1항·제2항 제3호

다음으로 위 「교부금법」 조항에서 구체적으로 정한 재원조달의 방식이나 내용이 의무교육 무상, 교육재정법정주의를 규정한 「헌법」의 위임취지에 명백히 반하는 자의적인 것인지가 문제되는데, 의무교육재정에 관한 위임의 취지는 결국 의무교육을 받을 권리를 골고루 실질적으로 보장할 수 있도록 재정제도를 형성하라는 것으로 귀착되므로, 위 조항이 규정한 방식과 내용으로 인하여 의무교육을 실질적으로(교육재정의 안정적 확보의 관점), 또한 다른 사람과의 형평에도 크게 어긋나지 않게(전국적 평균성 보장의 관점) 받을 권리가 형해화되거나 현저히 방해받는 때에만 위헌이라 할 수 있을 것이다.

그러므로 살펴보면, 첫째, 「교부금법」 제11조 제1항은 의무교육 경비는 지방자치단체의 교육비특별회계에서 부담하도록 하고 있다. 지방자치단체의 일반회계로부터 독립된 회계에 의하여 수입·지출이 관리되므로 지방자치단체가 이 특별회계의 수입을 함부로 교육 외의 다른 사무를 위한 용도로 유출할 수 없음이 보장된다.

둘째, 의무교육 경비는 국고에서 나오는 교부금과 지방자치단체가 그 일반예산에서 부담하는 전입금으로 충당토록 하고 있으므로 국가가 의무교육 경비에 관하여 일체 책임지지 않는 것은 인정되지 않고 일정 부분 부담하도록 의무지우고 있다. 국가는 회계연도마다 지방교육을 위한 이러한 교부금을 국가예산에 계상하여야 한다(교부금법 제9조 제1항).

셋째, 교부금의 지급기준과 방식, 내용을 보면 교육재정확보의 안정성, 전국적 평균성을 상당한 정도로 보장하고 있음을 알 수 있다. 우리나라 교육재정의 구조적 특징의 하나로 교육비 중 인건비 등의 경직성 경비가 차지하는 비중이 월등히 높다는 점을 들 수 있는데(2005년도 세출예산 기준으로 인건비가 65.6%, 학교운영비가 14.4%를 차지), 교원 인건비, 학교운영비, 학교신설비 등 의무교육 경비의 대부분을 차지하는 항목에 대하여 교부금의 지급기준을 법정함으로써(교부금법 제2조 제1호, 제5조 제1항, 제6조 제1항, 제7조 제1항, 동법시행령 제4조 제1항, 별표 1) 의무교육 재정을 전국적으로 같은 기준 하에 안정적으로 조달하는 것을 보장하

고 있다. 한편 의무교육비의 대부분을 인건비가 차지하는 만큼 인건비가 증가할 때 그 만큼 교육재정의 총규모 또한 증가하여야만 의무교육 재정이 안정화된다. 그런데 인건비 소요에 현저한 변동이 있는 때에는 국가는 교부금의 교부율을 보정하도록 하고 있고(교부금법 제4조), 기준재정수요액을 측정함에 있어서도 교원인건비 가산금 항목을 두어 기준교원수를 초과하는 경우에는 초과교원의 수만큼 그 액이 늘어나도록 하고 있어 이에 대비한 규정도 두고 있다. 나아가 특별한 교육재정의 수요가 있을 경우에는 국가로 하여금 특별교부금을 교부토록 하고 있다. 교육관련 국가시책사업으로 인하여 특별한 재정수요가 있는 때, 특별한 지역교육현안 수요가 있는 때, 재해로 인하여 재정수요가 발생하거나 재정수입이 감소한 때에 각각 특별교부금을 교부토록 하고 있는 것이다(교부금법 제5조의 2).

넷째, 지방자치단체가 매 회계연도 일반회계예산에 계상하여 교육비특별회계로 전출하여야 하는 항목 중 당해 시·도세 총액의 비율에 관하여 서울특별시만 유독 100분의 10으로, 다른 지방자치단체에 비하여 높게 설정한 것이 불평등하다고 청구인은 주장하나, 서울특별시의 높은 지방재정자립도에 비추어 보면 이는 사리에 맞는 합당한 차등취급이다. 더군다나 이와 같이 재정자립도에 따른 차등을 유일하게 두고 있는 항목인 당해 시·도세 전입금이 교육비특별회계에서 차지하는 비중은 대단히 낮다. 서울특별시는 높은 재정자립도에도 불구하고 여전히 총교육재원의 절반 정도를 중앙정부에 의존하고 있다.

그렇다면 결론적으로 「교부금법」 제11조 제1항·제2항 제3호는 교육재정의 안정적 확보의 관점에서나 전국적 평균성 보장의 관점에서나 「헌법」 위반을 운위할 정도에는 크게 미치지 못한다.

다. 그 밖의 청구인 주장에 대한 판단

(1) 청구인은 국가가 교육의 주체로서, 중등학교의 설립이나 교육과정, 내용 등 주요 교육정책에 관하여 실질적으로 전권을 행사하고 있으므로 교원의 봉급도 국가가 부담함이 마땅하다고 주장한다.

「헌법」 제31조 제6항의 위임에 따라 중앙정부로서의 국가가 법률로써 교육제도에 관한 기본적인 사항을 규율하는 것은 그 권한일 뿐만 아니라 책무이기도 하다. 교육, 학교에 관한 국가의 일정한 규율권과 감독권은 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것으로서 공교육제도의 본질적 요소의 하나일 뿐만 아니라

사교육법제에서조차 일정 부분 인정되는 것이기도 하다. 또한 국가의 그러한 권한은 지방교육자치의 이념과 모순되는 것도 아니다. 국가는 교육과 학교의 기본조건과 구조를 정하고 지방교육기관은 그 안에서 구체적으로 교육활동과 행정을 수행해 나감으로써 양자는 조화되는 것이다.

초·중등교육에 관한 현행 교육법제를 보면, 국가는 학교의 종류 및 그 설립, 교육제정 등 교육여건 조성의 기본적 사항을 법률로 정하고 있으며(교육기본법 제7조, 제11조, 초·중등교육법 제2조, 제4조, 제12조, 교육자치법 제38조, 제39조 등), 교원의 자격, 교육과정, 학년제, 수업, 교과용 도서의 검·인정 등 교육내용의 표준을 법률로 규정하고 있다(초·중등교육법 제21조, 제23조, 제24조, 제26조, 제27조, 제29조 등). 또한 학교에 관한 지도·감독권을 국가 또는 지방자치단체에 부여하여 교육행정체계를 수립하고 있다(교육기본법 제17조, 초·중등교육법 제6조, 제7조 등).

한편 교육에 관한 지방자치단체나 지방교육기관의 권한을 보면, 학교의 설치·운영·지도는 지방자치단체의 자치사무로 되어 있고(지방자치법 제9조 제2항 제5호 가목, 교육기본법 제11조, 초·중등교육법 제12조), 교육감과 교육위원회는 교육예산의 편성이나 심의·의결, 교육규칙의 제정, 교육과정의 운영, 공·사립학교에 대한 지도·감독권 등 교육자치에 관한 여러 권한들을 가지고 있다(교육자치법 제8조 제1항, 제22조, 초·중등학교법 제6조, 제7조 등). 국가는 지방교육의 제정을 보조하며(교육자치법 제39조, 제41조 제1항), 지방교육기관에 대한 일정한 지도·감독권을 가진다(교육자치법 제47조, 제48조).

이러한 법체계는 공교육에 대한 국가의 권한·책임과 지방교육자치를 모두 포기할 수 없는 현행 교육법제의 이념과 제도를 반영한 것이지, 국가가 교육에 관하여 실질적 전권을 행사토록 하기 위한 것이 아니다. 국가가 교육과 학교의 기본조건과 구조를 정하고 일정하게 감독권을 행사하는 것은 그 교육책임을 다하기 위한 당연하고 보편적인 현상일 뿐이므로 이를 이유로 교육재원을 중앙정부 더러 모두 부담하라고 할 수는 없다. 실사 중앙정부가 필요 이상으로 교육의 내용이나 학교의 운영에 간섭하고 있는 것이 사실이라 할지라도 그 문제는 지방교육자치의 법리에 비추어 그러한 부분의 위헌 여부를 별도로 문제 삼아야 하고, 이를 교육재정 부담의 문제로 직결시킬 수는 없다.

(2) 청구인은 국·공립학교 교원의 법적 지위는 국가공무원이므로 그 교원의 봉

급도 국가가 부담하여야 한다고 주장한다.

국가가 설립하는 국립 초·중등학교나 지방자치단체가 설립하는 공립 초·중등학교의 교원은 모두 교육공무원으로서 특정직 국가공무원이다(국가공무원법 제2조 제2항 제2호). 공립의 대학 및 전문대학에 근무하는 교육공무원만 특정직 지방공무원이다(지방공무원법 제2조 제2항 제2호).

이와 같이 국·공립을 가리지 않고 초·중등 교원을 국가공무원으로 하는 것 또한 공교육 조건의 평균성 확보를 위한 것으로 볼 수 있다. 교원들을 그 설립주체에 따라 신분을 국가공무원과 지방공무원으로 이분하여 그 자격, 임용, 보수, 신분보장, 복무관계를 달리 규율한다면 교육의 인적 담당자인 교원에 관한 법률체계가 이원화된다. 물론 전반적 지방자치의 수준이 높고, 지방교육자치도 높은 수준에서 실현되어 중앙정부의 별다른 도움 없이 지방정부가 독자적으로 학교를 설립·운영할 수 있다면 그 소속교원의 임용, 보수, 신분보장 등을 독자적으로 규율하는 것도 가능할 것이다. 그러나 현재와 같은 정도의 지방자치 수준 하에서, 또한 지방교육 재원의 중앙 의존도가 높은 상황에서 공립학교 교원을 지방공무원으로 분류하여 별도로 규율한다면 오히려 교원의 자격, 보수, 신분보장 등의 면에서 국가공무원인 교원에 비하여 불리한 차등을 받을 염려가 있다. 이러한 상황은 공교육 여건의 평균성·형평성 보장에 문제를 초래할 수 있다.

현행법제는 초·중등 교원의 신분을 국가공무원으로 하여 전국적으로 동일한 법률관계 하에 규율하는 것이 교원의 지위나 신분 보장에 유리하고 이것이 공교육의 평등한 보장에 기여한다는 입장에서 교육공무원법을 통하여 교원의 자격, 임용, 보수, 신분보장, 복무관계 등을 통일적으로 규율하고 있다.

이와 같이 교원을 국가공무원으로 하기에 정당한 이유가 있을 뿐만 아니라, 교원의 신분 여하는 교육재정의 부담과 직결되는 문제도 아니다. 지방교육자치의 이념과 공교육 보장의 이념이 혼재하는 상황에서 교원의 신분은 교육재정 부담과 같은 궤도를 달릴 수도 있지만, 그렇지 않을 수도 있다. 지방교육재정교부금을 통하여 교원 보수의 대부분을 국가가 지원하는 상황에서 교원의 신분을 국가공무원으로 하는 것이 부자연스러운 것도 아니지만, 교원을 지방공무원으로 하면서도 지방재정의 사정에 따라서는 그 보수를 국가에서 부담할 수도 있는 것이다.

(3) 청구인은 또한 지방자치단체의 사무로부터 교육사무를 분리하여 그 권한을

교육자치기관에 부여하고 있어서 지방자치단체는 교육에 관한 권한이 없는데도 지방자치단체의 일반재원으로 교육비를 부담케 하는 것이 부당하다고 주장한다.

그러나 앞에서 본바와 같이 학교의 설치·운영·지도는 지방자치단체의 자치사무로 되어 있고, 지방자치단체는 학교에 관한 지도·감독권을 부여받고 있다. 또한 교육감은 지방자치단체의 일반회계와 관련되는 사항에 관한 의안을 교육위원회에 제출코자 할 때에는 미리 시·도지사와의 협의하여야 하며(교육자치법 제8조 제3항 제2호), 지방자치단체 일반회계의 전입금으로 충당되는 세출예산을 편성하는 때에는 미리 지방자치단체의 장과 협의하여야 한다(교부금법 제11조 제4항). 이와 같이 지방교육의 운영은 지방자치단체 스스로의 사무인데다, 지방자치단체는 교육에 관한 감독권, 교육예산 협의권 등 일정한 권한을 가지고 있다.

무엇보다도 지방교육자치를 실현하기 위하여 국가보조금 이외의 재원을 지방자치단체와 지방교육기관 간에 어떻게 분배할 것인지는 입법정책의 문제에 속한다. 지방교육기관에게 과세권을 인정하여 직접 조달케 할 수도 있는 반면, 지방자치단체의 일반회계로부터의 이전수입으로 충당케 할 수도 있다. 그것은 여러 사정, 특히 국가의 세제를 어떻게 가져갈 것인지의 문제와 결부되어 있기도 한바, 지방교육재원의 조달을 형해화함으로써 교육을 받을 권리를 침해하기에 이르지 않는 한 역시 정책선택의 문제라 할 것이다.

(4) 청구인은 나아가 지난 50년간 의무교육기관의 보수는 국가가 부담한다는 법제가 지속되어 이에 대한 신뢰를 가지게 되었고, 중학교 전면 의무교육 실시를 앞두고 정부가 당장 공립중학교 교원의 봉급을 부담하기 어렵다는 사정을 내세워 3년간 한시적으로 지방자치단체로 하여금 그 일부를 부담토록 하였다가 약속과 달리 국가부담원칙 자체를 변경하는 것은 신뢰보호원칙에 반한다고 주장한다.

그러나 법률은 일반적으로 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이어서(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 713), 오랜 기간 같은 내용으로 지속된 어떤 법률관계가 앞으로도 지속되리라는 막연한 기대는 「헌법」상 보호되는 신뢰라 하기 어려울 뿐만 아니라, 중학교 의무교육을 확대 실시함에 따라 종전에 지방자치단체가 부담하던 일부 중학교원 봉급까지 모두 부담하기에는 국가재정 운용상 무리가 따른다고 보아 지방자치단체의 일부 기존 부담을 그대로 한시적으로 유지하기로 한 것에 불과하므로 신뢰의 보호가치와 새 입법을 통해 실현코자 하는 공익목적의 비교형량할 때 신뢰원칙에 위반된다고

할 수 없다.

라. 권한침해 여부

권한쟁의심판의 심판대상은 '피청구인의 처분 또는 부작위로 인하여 청구인의 「헌법」상 또는 법률상의 권한이 침해되었는지 여부'인바(헌법재판소법 제61조 제2항), 이 사건 본안판단의 대상으로 된 것은 피청구인 국회의 법률제정행위로서 그 위헌 여부가 문제되는데, 앞에서 본바와 같이 거기에 교육 및 지방자치에 관한 「헌법」규정에 위반되는 점이 없으므로 그로 인한 청구인의 권한침해는 인정되지 않는다.

5. 결 론

피청구인 정부에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 피청구인 국회에 대한 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권성 김효종 김경일(주심) 송인준 주선희 전효숙 이공현 조대현

㉔ 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌마408 「주민등록법」 제8조 등 위헌확인

- 【청 구 인】** 1. 유 ○
2. 유□비
 미성년자이므로 법정대리인 친권자 부 유△, 모 강○에
3. 김○민
4. 김□호
 위 청구인들 대리인 변호사 범○철

【주 문】 청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 유○, 유○비 부분

청구인 유○은 전주시 완산구 풍남동에서 같은구 동완산동으로 이사하면서 주민등록전출신고를 하지 않았다. 청구인 유○의 채권자인 ○○카드주식회사로부터 채권추심을 의뢰 받은 서울신용평가정보주식회사는 채권추심과정에서 유○이 주민등록소재지에 실제 거주하지 않는다는 사실을 확인하고, 2003. 8. 21. 풍남동장에게 주민등록말소를 요청하였다. 풍남동장은 같은 해 10. 14. 사실조사를 실시하여 청구인 유○과 그 가족이 위 주소지에 거주하지 않는다는 사실을 확인한 후, 「주민등록법」 제17조의2 및 동시행령 제25조 규정에 따라 동사무소 게시판에 유○과 그 가족들이 포함되어 있는 무단전출자의 명단을 게시하고, 같은 해 10. 30.까지 주민등록신고의무를 이행할 것을 최고하였으나 아무런 신고가 없자, 같은 달 31. 「주민등록법」 제17조의2 제5항에 근거하여 이들에 대한 주민등록을 직권으로 말소하였다.

청구인 유○비는 청구인 유○의 딸로 2004년 초등학교 취학대상 아동이었으나 위와 같이 주민등록이 말소됨에 따라 2004. 2. 5. 풍남동장의 취학통지서를

수령하지 못하여 초등학교 취학에 곤란을 겪었다.

(2) 청구인 김○민, 김○민 부분

청구인 김○민과 그의 처 청구인 김○민은 2000. 11.경부터 주소지를 전주시 완산구 삼천동1가 에 두고 전주시 완산구 중화산동에 있는 청구인 김○민의 영업점에 거주하다가, 2002. 6.경 주소지는 그대로 둔 채 전북 완주군 삼례읍으로 거소를 이전하였다.

청구인 김○민은 2002. 12. 실시예정이던 제16대 대통령선거에 투표권을 행사하기 위해 같은 달 초순경 주소지를 전주시 덕진구로 이전하려고 위 동사무소에 전입신고를 하러 갔다가, 위 ○○아파트의 근저당권자인 국민은행(구 주택은행)이 위 건물에 대하여 한 임의경매신청과 관련하여 거주사실을 확인하는 과정에서 청구인들의 주민등록이 2002. 11. 8. 삼천2동장에 의해 직권말소 되었다는 사실을 알았다. 그리하여 청구인 김○민은 16대 대통령선거에서 투표권을 행사하지 못하였고, 청구인 김○민은 자기 소유 아파트의 경매절차에서 경매개시결정 및 경락통지서를 수령하지 못하였으며, 의료보험혜택도 받지 못하였다.

(3) 이에 청구인들은 2004. 5. 14. 「주민등록법」 제8조, 제11조와 행정자치부의 주민등록사무편람이 헌법상 보장된 청구인들의 교육권, 참정권, 인간의 존엄과 가치 등의 기본권을 침해한다며 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 「주민등록법」 제8조, 제11조(1991. 1. 14. 법률 제4314호로 개정된 것)와 행정자치부의 주민등록사무편람 중 '제3자인 타인에게 주민등록말소 신청권을 부여한 부분'으로 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제8조(등록의 신고주의 원칙) 주민의 등록 또는 그 등록사항의 정정이나 말소는 주민의 신고에 의하여 이를 행한다. 다만 이 법에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

제11조(신고의무자) 제10조의 규정에 의한 신고는 세대주가 그 신고사유가 발생한 날로부터 14일 이내에 이를 하여야 한다. 다만, 세대주가 이를 할 수 없을 때에는 그를 갈음하여 세대를 관리하는 자 또는 본인이 하여야 한다.

주민등록사무편람(행정자치부)

제1장 주민등록 사무처리 요령

제2절 주민등록사항

4. 말소

주민등록 말소는 주민등록된 사항의 말소사유가 발생한 때 주민의 신고에 의하거나, 행정기관의 직권조치에 의해 이루어지는 업무이다.

가-다. 생략

라. 이의신청에 의한 말소

직권조치에 의하여 주민등록을 하였으나 해당주민의 이의신청으로 주민등록을 말소하는 경우로 이때 사유는 "이의신청정정"으로 정리한다.

주민등록법 제2조(사무의 관장) ① 주민등록에 관한 사무는 시장(특별시장·광역시장을 제외한다. 이하 같다) 군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 관장한다.

② 시장, 군수 또는 구청장은 제1항의 규정에 의한 그의 권한의 일부를 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 의하여 구청장(자치구가 아닌 구의 구청장에 한한다) 읍·면·동장 또는 출장소장에게 위임할 수 있다.

제10조(신고사항) ① 주민은 다음 각호의 사항을 그 거주지를 관할하는 시장, 군수 또는 구청장에게 신고하여야 한다.

1. 성명

2. 성별

3. 생년월일

4. 세대주와의 관계

5.-9. 생략

10. 거주지를 이동하는 경우에는 전입전의 주소 또는 전입지와 그 연월일

11.-12. 생략

② 누구든지 제1항의 신고를 이중으로 할 수 없다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 「헌법」과 「초·중등교육법」에 따르면 취학 아동은 일정한 의무교육을 받을 권리가 있고, 그 부모는 친권자로서 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무가 있는바, 주민등록이 말소되면 취학 아동은 취학아동명부의 작성에서 제외되므로 취학통지를 받지 못해 의무교육을 받지 못하게 되고, 부모도 그 자녀에게 교육을 받게 할 의무를 이행하지 못하게 되는데, 이처럼 주민등록 말소는 취학아동과 취학아동 부모의 교육에 관한 권리(헌법 제31조)나 혼인과 가족생활의 보장을 받을 권리(헌법 제36조) 등을 침해한다. 또한 우리 「헌법」은 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니하도록 규정하고 있는데, 부에게 주민등록 말소사유가 발생하였다고 하여 그 자녀가 학교에 취학할 수 없는 불이익을 주는 것은 연좌제금지(헌법 제13조 제3항) 규정을 위반하는 것이다.

(2) 더욱이 주민등록의 말소로 20세 이상의 대한민국 국민이 선거권을 행사할 수 없도록 하는 것은 참정권을 침해하는 것이고, 의료혜택을 전혀 받을 수 없도록 하는 것은 인간의 존엄과 가치 및 가족생활기본권을 침해하는 것이며, 주민등록이 말소되었다는 이유로 경매개시결정 및 경락통지서를 수령하지 못한 상태에서 공시송달에 의하여 경매가 진행되게 하는 것은 국민의 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

(3) 이상과 같은 주민등록의 말소와 관련하여 「주민등록법」 제8조와 제11조가 주민등록에 대한 말소 신고를 제3자도 할 수 있게 한 것이라거나, 행정자치부 주민등록사무편람의 이의신청에 의한 말소 부분이 제3자에 의한 주민등록말소 신청의 근거가 되는 것이라면 이것은 인간의 존엄과 가치 및 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조) 등의 기본권을 침해하는 것이다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 「주민등록법」 제8조에서 말하는 말소는 신고에 의한 말소로서 주민신고에 의한 말소와 호적신고에 의한 말소를 의미하는 것이고, 무단 전출자에 대한 직권말소는 「주민등록법」 제17조의2 규정에 의해 이루어지게 되는데, 이 사건 청구인들에 대한 직권말소가 제3자의 신청을 계기로 하여 이루어진 것이라 하더라도

라도 이와 같은 제3자의 주민등록말소 신청은 「민원사무처리에 관한 법률」 제4조 및 동법시행령 제4조에 의한 단순한 일반민원에 불과하고 「주민등록법」 제8조상의 주민의 신고와는 관계가 없는 것이므로 「주민등록법」과 주민등록업무편람이 제3자의 주민등록말소신청을 허용하고 있다는 것을 전제로 한 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 취학을 앞둔 아동이 부모의 채무관계로 인해 주민등록이 말소되어 그 의사와는 상관없이 취학통지를 받지 못하였다 하더라도 「주민등록법」 제11조는 세대주가 주민등록 관계 사항을 신고할 수 없는 경우에는 그를 갈음하여 세대를 관리하는 자 또는 본인이 신고할 수 있도록 규정하고 있는바, 그럼에도 불구하고 이를 신고하지 않아 취학통지서를 받지 못한 것이라면 이것이 교육의 권리를 침해하였다거나 연좌제에 의한 불이익이라고 할 수 없다.

(3) 공직선거는 20세 이상의 국민으로서 선거인명부작성기준일 현재 주민등록이 되어 있는 자가 할 수 있는바, 선거인명부는 주민등록을 기준으로 작성하게 되므로 주민등록이 말소된 상태에서는 참정권을 부여하는 것이 어렵다고 할 것이고, 그렇다고 하더라도 주민등록이 말소된 당사자는 언제든지 말소지 또는 현 거주지 관할 읍·면·동사무소에 재등록을 신청하는 것이 가능하며, 재등록을 하게 되면 헌법 또는 법률상 부여된 모든 권한이 즉시 회복되므로 주민등록상 주소지와 실제거주지를 달리할 경우 직권말소 되도록 한 것이 청구인들의 기본권을 침해하였다고 볼 수는 없다.

(4) 주민등록제도의 목적은 주민을 등록함으로써 주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민 생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정을 도모하는데 있으므로 이러한 목적을 관철시키기 위한 주민등록법령상의 주민등록 직권말소제도는 국민의 본질적인 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 따라서 사생활의 비밀과 자유나 가족생활보장권 등을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

3. 판단

법령에 대한 헌법소원이 적법성을 갖기 위해서는 그 대상이 되는 법령이 구체적 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해

하여야 한다. 여기에서 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우란 법령에 의하여 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우를 말한다(헌재 1998. 2. 27. 97헌마101, 판례집 10-1, 199, 208-209; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 895). 법령에 대한 헌법소원에 있어서 '기본권침해의 직접성'을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504).

그런데 「주민등록법」 제8조, 제11조 그리고 주민등록사무편람(이하 '이 사건 규정들'이라 한다)은 제3자에게 주민등록의 말소에 관한 신청권을 부여하고 있지 않을 뿐만 아니라, 가사 청구인들의 주장처럼 이 사건 규정들이 그 신청권을 제3자에게 부여하고 있다고 하더라도 이 사건 규정들 자체는 직접적으로 청구인들의 자유 제한이나 의무 부과 또는 법적 지위를 박탈하는 내용을 담고 있지 않다. 즉, 주민등록 말소의 효력은 이 사건 규정들에 의한 주민등록 말소 신청 자체로 발생하는 것이 아니라, 「주민등록법」 제2조 제1항, 제2항에서 규정하고 있는 주민등록 사무를 관장하는 권한 있는 자의 주민등록말소처분이라는 집행행위가 매개되어야 비로소 그 효력이 현실적으로 나타나는 것이다. 그럼에도 불구하고 청구인들은 이 사건 규정들에 대해 직접 헌법소원을 청구하고 있으므로 이는 법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다 할 것이다.

4. 결론

그러므로 청구인들의 심판청구를 모두 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권성 김효중 김경일 송인준 주선희(주심) 전효숙 이상경 이공현

㉓ 헌법재판소 2006. 7.27. 선고 2005헌마1189 기소유예처분취소

【판시사항】

교사의 학생 체벌에 대한 기소유예처분이 정당하다고 판단한 사례

【결정요지】

교사가 학생의 행동을 바로 잡으려는 의도에서 체벌을 하였다고 하더라도 체벌의 불가피성이 인정되지 아니하고 절차와 방법이 적정하지 아니하며, 체벌의 정도도 가볍지 아니하므로 사회통념상 용인되는 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어려운 경우, 기소유예처분이 정당하다고 판단한 사례

【참조판례】

헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518 결정; 대법원 2004. 4. 25. 선고 98도2389 판결; 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결

【참조법령】 형법 제20조

【청 구 인】 김○숙(대리인 법무법인 ○산 담당변호사 권○근)

【피청구인】 부산지방검찰청 동부지청 검사

【주 문】 이 사건 청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록 및 부산지방검찰청동부지청 2005형제24383호 사건 수사기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 ○○고등학교 여교사(전공과목 ○○)이고 김○훈은 위 학교 1학

년 8반에 재학하던 남학생이었는데 그의 어머니는 청구인을 폭행죄 등으로 고소하였는바, 고소사실의 요지는 다음과 같다.

청구인은

(1) 2005. 5. 23. 09:25경 김○훈이 수업에 지각하였다는 이유로 손바닥으로 위 김○훈의 뺨을 1회 때려 약 2주간의 치료를 요하는 좌측 와우진탕의 상해를 가하고,

(2) 같은 달 26. 위 학교에서 김○훈을 교무실로 데리고 가 세워놓고 '너는 왜 그리 못되었느냐고 꾸지람을 하여 교무실에 있던 다른 교사들마다 지나가면서 위 김○훈의 머리를 주먹으로 쥐어박거나 막대기로 때리도록 함으로써 위 김○훈을 폭행하고,

(3) 같은 달 28. 위 학교에서 위 김○훈의 같은 반 급우들이 보고 있는 가운데 위 김○훈에게 '너는 내 손으로 뺨을 때렸지만 너 같은 것은 내 손으로 뺨을 때릴 가치도 없는 놈이다, 너의 행동은 퇴학감이다'라고 말을 하고 이어서 위 김○훈을 교무실로 데리고 가 교사들이 보고 있는 가운데 교무실에 있던 교사들에게 '김○훈 이거 퇴학감 맞지요'라고 소리치는 등 위 김○훈의 명예를 훼손하였다.

나. 피청구인은 수사결과 위 가.의 (2)항에 대하여는 청구인이 직접 폭행하지 아니하였다는 이유로, (3)항에 대하여는 관련자들의 진술이 엇갈려 혐의를 입증할 증거가 부족하다는 이유로 혐의없음 처분을 하고, 가.의 (1)항에 대하여는 그 기재된 바와 같은 유형력의 행사만으로는 상해와의 인과관계가 인정되지 않으나, 폭행죄의 혐의는 인정된다고 보고 여러 가지 정상을 참작하여 2005. 10. 21. 청구인에 대하여 기소유예처분을 하였으며, 청구인은 같은 해 12. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

다. 위 가.의 (1)항 사건 당시 김○훈은 강○규 등 3인과 함께 식당에서 라면을 먹고 청구인이 진행하던 1교시 수업시간에 25분 늦게 들어갔다. 이에 청구인은 흥분하여 다른 학생들이 보는 앞에서 자신의 손바닥으로 김○훈의 뺨을 때렸으나 피하자 강○규 등의 뺨을 한 대씩 때린 후, 김○훈에게 '너는 왜 피하느냐'고 화를 내며 다시 때릴 때 손끝에 뺨을 맞게 되자 김○훈은 욕설을 하며 교실을 나갔다.

라. 그 후 김○훈은 청구인과 담임 교사 우○호의 상담과 지도를 거부하다가 같은 해 5. 26.부터 학교에 다니기 싫다며 등교하지 않았고, 5. 31. 김○훈의 아버지가 학교에 찾아와 사과한 뒤 김○훈이 등교하였으나 수업시간에 잠을 자면서 교사의 지도에 따르지 않았다. 6. 17. 생활선도협의회에서 김○훈을 퇴학시키기로 결정하였는데, 그 때까지 김○훈은 전체 수업일수 91일 중에서 39일을 결석하였고, 지각 6일, 조퇴 2일, 수업시간 불참 21회였다.

마. 김○훈의 어머니는 같은 해 6. 18. 의사로부터 진단서를 발급받고, 학교에 자퇴처리를 요구하여 6. 28. 자퇴처리되자, 7. 4. 청구인을 상대로 위와 같이 고소하였다.

2. 당사자의 주장 및 답변

가. 청구인의 주장

청구인의 체벌행위가 징계권의 한계를 벗어나지 아니하는 정당행위로서 폭행죄가 성립되지 아니함에도 피청구인이 그 혐의를 인정하여 기소유예처분을 함으로써 청구인의 평등권과 재판청구권을 침해하였다.

나. 피청구인의 답변

체벌은 학생들의 기본권을 침해하는 것이므로 허용될 수 없을 뿐 아니라 교육관련 법령에 의하면 교육상 불가피한 경우에만 체벌을 할 수 있도록 규정되어 있는데, 청구인은 교육상 불가피한 사유가 없는데도 개인적인 감정을 이유로 흥분된 상태에서 체벌을 행하였으니 징계권의 범위를 일탈하여 사회상규에 위반된다. 청구인의 폭행죄 혐의를 인정하고 여러 가지 사정을 참작하여 기소를 유예한 이 사건 처분은 정당하다.

3. 판 단

가. 쟁 점

이 사건 쟁점은 교사인 청구인의 체벌행위가 정당행위에 해당하는지에 있다. 「형법」 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회 상규에 위반되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”고 규정하고 있는데, 사회상규에 위

반되지 아니하는 행위라 함은 범질서 전체의 정신이나 그의 배후에 놓여 있는 사회 윤리, 도의적 감정 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하는 것이어서, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는가는 구체적 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 한다.

나. 체벌 근거 법령의 내용

각국의 역사적, 사회적, 문화적인 배경과 국가의 성격에 따라 다소 차이는 있으나 동서양을 막론하고 체벌은 중세에 이르기까지 가장 효과적인 교육수단으로 여겨져 왔다. 근대에 이르러 많은 교육사상가들에 의해 체벌이 근본적인 비난을 받게 되면서 점차 완화과정을 견게 되었으며, 현대에 이르러서는 미국의 일부 주나 소수국가를 제외한 대부분의 선진국에서 체벌이 비인간적이고 학습에 부정적인 영향을 준다는 이유 등으로 법으로 금지하는 경향이 있다.

우리나라 사람들의 통념도 체벌에 대해서는 상당히 관용적이었는데, 해방 후 아동중심교육이념에 의거하여 체벌에 대해 부정적인 입장을 취하는 사람들이 늘어나고, 아울러 청소년들의 반사회적, 반윤리적 행동, 폭력범죄의 증가가 사회문제로 부각되면서 체벌에 대한 찬반 논쟁이 심화되었다. 이에 대통령 자문 교육개혁위원회는 1997. 6. 2.자 보고서에서 체벌은 “21세기를 살아가게 될 신세대의 감각에 맞는 효과적인 생활지도 수단이 아니며 교육적 효과보다는 학생의 정신적 상처를 유발시키고 폭력을 재생산하는 부작용을 초래할 수 있으므로 학생의 인간적 존엄성이 존중되는 풍토를 조성하기 위하여 학교 내에서의 체벌을 금지하고 이를 교육 관련법에 반영토록 한다”고 보고하였으며 그에 따라 교육관련 법령이 정비되기에 이르렀다.

「교육기본법」 제12조 제1항은 “학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교 교육 또는 사회교육과정에서 존중되고 보호된다”고, 제2항은 “교육내용, 교육방법, 교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다”고 규정하고 있고, 초·중·등교육법(1997. 12. 13. 공포, 1998. 3. 1. 시행) 제18조 제1항은 “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다”라고 규정하고, 그 시행령 제31조 제7항은 “학교의 장은 법 제18조 제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계

등의 방법으로 하여야 한다”라고 규정하였다.

즉, 징계방법으로서의 체벌은 허용되지 않으며, 기타 지도방법으로서도 훈육·
훈계가 원칙이고 학생에게 신체적 고통을 가하는 체벌은 교육상 불가피한 경우
에 예외적으로만 허용된다는 취지다. 이러한 법령들에는 시대적인 조류에 따라
교육과정에서 학생들의 기본적 인권을 특별히 존중하겠다는 입법자의 결단이 서
려있다.

한편, ○○고등학교는 학생생활규정 제58)조와 제59조 체벌의 기준·절차·방
법을 구체적으로 규정하여 2004. 3. 1.부터 시행하고 있다.

다. 정당행위 판단 기준

심한 체벌은 대상학생의 신체의 자유를 제한하고 인격권 내지 인격성장의 권
리에 손상을 가져 올 수 있다. 다만 정도가 심하지 않은 체벌은 체벌대상 학생
에게도 학습의 효과를 높여주고, 질서가 유지된 상태에서 공부할 수 있도록 함
으로써 다른 학생들의 학습권을 보호할 가능성이 있다. 또 교육목표를 실현하는
과정에서 훈계와 벌, 지도와 징계 등이 필요할 수 있으므로 교사는 체벌을 효과
적인 교육방법의 하나로 여길 소지가 있다. 이처럼 학교체벌에는 체벌대상 학생
과 교사, 다른 학생의 이해관계가 얽혀 있으므로 그 규율의 형식과 내용, 절차는
법령에 의해 엄격하게 정해져야 한다. 따라서 교사가 학생에게 체벌을 하려면
원칙적으로 위에 본 법령과 규정을 준수하여 행해야 한다. 물론 학생생활규정만
이 체벌의 정당성 여부를 판단할 때 절대적인 기준이 되는 것은 아니지만, 교사
가 이를 무시하고 직무상의 재량이라는 이유로 멋대로 체벌을 가하는 행위는 특
별한 사정이 없는 한 사회통념상 용인되기 어려울 것이다. 이미 교육관련 법령

8) 제58조(학생 체벌) 초·중등교육법시행령 제31조 제7항의 ‘교육상 불가피한 경우’를 체벌규정으로 정하고, 이를
특수하고 예외적인 상황으로 제한 해석하여야 하며, 학생에게 체벌을 주거나 할 때에는 각 호의 사항을 준수
해야 한다. (1) 교사는 감정에 치우친 체벌을 해서는 안 되며 체벌기준에 따라야 한다. (2) 교사가 체벌할 때
에는 사전에 학생에게 체벌 사유를 분명히 인지도킨다. (3) 체벌 시행은 다른 학생이 없는 별도의 장소에서
반드시 제3자(생활지도부장이나 교감)를 동반하여 해당 학생을 체벌해야 한다. (4) 체벌하기 전에 교사는 학
생의 신체적·정신적 상태를 점검해서 이상이 없는지를 반드시 확인해야 하며, 이상이 있다고 판단되는 경우
체벌을 해서는 안 되며, 이때 체벌을 연기하여 실시할 수 있다. (5) 체벌 도구는 지름 1.5cm 내외로 길이는
60cm 이하의 나무로 하며, 직선형이어야 한다. (6) 체벌 부위는 둔부로 한다. 단, 여학생의 경우는 대퇴부로
제한한다. (7) 1회 체벌봉 사용 횟수는 10회 이내로 하고, 해당 학생에게 상해를 입혀서는 안 된다. (8) 해당
학생이 대체벌을 요구할 수 있으며, 해당 교사는 학교장의 허가를 얻어 학생의 보호자를 내교토록 하여 학생
지도문제를 협의할 수 있다. 제59조(체벌의 기준) 체벌은 교육상 필요하고 다른 수단으로는 교정이 불가능한
경우에 한하며, 다음 각호의 기준에 따른다. (1) 교사의 훈계나 반복적인 지도에 변화가 없는 경우, (2) 남의
권리를 침해하거나 신체·정신·인격적 피해를 입히는 행위, (3) 다른 학생을 이유 없이 괴롭히는 경우, (4)
남의 물건 및 물품을 의도적으로 손상시키는 행위, (5) 학습태도가 불성실한 경우, (6) 본교에서 운영하는 별
점 규정에 의하여 벌점 기준을 초과했을 경우.~

에서 체벌은 자유롭게 선택할 수 있는 교육방법이 아니라 극히 제한적인 지도방법으로 정하였고 학생생활규정은 이를 구체화하였으며, 학교는 민주주의를 학습하는 기본적인 장소이므로 교사가 먼저 인권과 적법절차를 중시하는 모범을 보여야 하기 때문이다.

미성년의 학생들은 교육을 통하여 인격을 형성하여 가는 과정에 있는데, 정신적 신체적으로 감수성이 예민하고 행동을 절제하기 어려운 질풍노도의 시기에 있다. 사회환경이 급변하면서 오늘날의 청소년들은 자신의 개성과 자유를 중시하며 기존의 가치관념으로 분류하거나 이해하기 어려운 행동양식과 사고방식을 가지고 있다. 교사들이 관심영역과 개성이 다른 많은 학생들을 효과적으로 교육하기가 어려운 것이 현실이지만, 그렇다고 하더라도 학생들의 눈높이에 맞추어 적절한 교육방법을 택하지 아니하고 체벌로 쉽게 학생들을 통제하려는 것은 교육자로서의 바람직한 태도가 아니다. 또 벌받을 만한 행동이 반드시 맞을 짓은 아니며, 진정한 벌이나 지도란 학생이 스스로 깨달음을 얻도록 도와주는 것이다. 자칫 심각한 인권침해를 불러올 수 있는 체벌보다 학생의 잘못에 대해 책임을 일깨우고 민주적 가치와 인권의식을 체화시키는 대안적 훈육방법, 효과적인 학급경영기법 및 학생지도능력을 강화하여 개발하는 것이 바로 교육담당자의 직무인 것이다.

혹시 학생의 교사에 대한 폭력이나 불손한 행동으로 교사의 권위가 실추되는 예가 있음을 들어 체벌의 필요성을 강조하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 그와 같은 행위에 대해 징계를 하는 등으로 대처하여 교사의 권익을 보호할 필요가 있고, 또 교사나 다른 학생의 생명과 신체를 보호해야 할 긴급한 사정이 있는 경우에 행해지는 체벌 대상 학생에 대한 신체적 위해는 긴급피난이나 정당방위 등의 법리에 의해서 위법성이 조각될 수도 있다. 체벌로 교사의 권위를 세울 수 있다는 생각은 종래의 뿌리깊은 권위주의적 사고에 터잡아 교사의 권위를 그릇된 방법으로 강조한 것이다. 교사의 참된 권위는 학생들에게 신체적 고통을 가하는 데서 나오는 것이 아니라 학생들을 인격의 주체로 대하고 사랑과 관심을 베풀어 지도하려고 노력할 때에 학생들의 마음으로부터 우러나는 것이다.

그래서 학교체벌이 사회적 상당성을 충족할 수 있는 범위는 매우 좁다고 해야 할 것인데, 좀더 구체적으로 현행 교육관련 법령 아래서 사회통념상 체벌의 객관적 타당성 여부를 판단하는 기준을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 체벌은 “교육상 불가피한 경우”에만 행해져야 한다. “교육상 불가피한 경우”란 훈육이나 훈계 등 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하여 체벌을 할 수 밖에 없는 경우를 말한다. 교사의 성격에서 비롯되거나 감정을 내세워 행해지는 폭력행위는 교육상 필요한 목적을 위한 것이라고 하기 어렵고 다른 대체 수단으로 지도할 수 있음에도 체벌을 하는 경우에는 체벌의 불가피성을 충족하기 어렵다.

둘째, 체벌의 절차를 준수해야 한다.

체벌 전에 학생에게 체벌의 목적을 알리고 훈계하여 변명과 반성의 기회를 주고, 신체의 이상 유무를 살핀 후 시행해야 한다. 만약 학칙에서 정한 체벌 절차가 따로 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 한다.

셋째, 방법이 적정해야 한다.

체벌은 부득이한 사정이 없는 한 정해진 체벌 도구를 사용해야 하고 위험한 도구나 교사의 신체를 이용하여서는 아니 된다. 체벌의 장소는 가능한 한 비공개 장소에서 개별적으로 행해야 한다. 체벌 부위는 상해가 발생할 위험이 적은 둔부 등이어야 한다.

넷째, 그 정도가 지나치지 않아야 한다.

학생의 성별·연령·개인적인 사정에 따라 수인할 수 있는 정도이어야 하고, 특히 견디기 어려운 모욕감을 주어서는 아니된다[대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결(공2004하, 1187) 참고].

라. 청구인의 행위의 정당 여부

이제 위에서 검토한 법리를 이 사건에 적용해 본다.

우선, 체벌의 불가피성이 인정되지 아니한다.

김○훈이 수업시간에 지각한 행위는 지도를 요하는 행위임에는 틀림없으나, 그러한 행위를 고치기 위하여 반드시 뺨을 때려야 하는 것은 아니다. 수업시간에 또는 수업이 끝난 후 타이르거나 담임선생님이나 생활지도부에 넘겨 면담, 훈계 등을 받도록 할 수 있었음에도 뺨을 때린 것으로서 교육상 체벌을 해야 할

불가피한 사유가 있다고 보기 어렵다.

청구인은 그 동안 김○훈의 학습태도가 불량하여 계속적인 훈계에도 효과가 없어서 남학생에게 모욕을 가할 의사로 때렸다고 주장한다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 청구인은 당시 김○훈을 포함한 4명의 학생들이 지각했다는 이유로 때린 것이지 김○훈의 지속적인 학습태도 불량을 이유로 삼은 것이 아니다. 그래서 문제의 초점은, 이 사건 당시 수업시간에 지각한 학생들의 뺨을 때리지 않으면 안될 불가피한 사정이 있었는지에 있는 것이지 김○훈이 뺨 한 대 정도는 맞아도 될 만큼 평소 학습태도가 불량하다는 점에 있는 것이 아니다. 김○훈의 지속적인 학습태도 불량이 청구인의 기소 여부나 양형의 참작사유가 될 수도 있고, 그 자체가 지도를 요하는 행위로서 경우에 따라 체벌의 사유도 될 수 있을 것이나, 이는 별도의 문제다.

더구나 모욕감을 주기 위한 의도로 체벌한 것이라면 교육과정에서 학생들의 인권을 최대한으로 존중하도록 한 교육관련 법령의 취지에도 어긋난다.

또, 절차와 방법을 준수하지 아니하였다.

위 학생생활규정에, 교사가 체벌을 하려면 사전에 체벌의 사유를 분명히 인지시키고 체벌시행은 다른 학생이 없는 별도의 장소에서 반드시 제3자(생활지도부장이나 교감)를 동반하여 하되, 체벌 전에 학생의 신체적, 정신적인 상태를 점검하며, 일정한 규격의 나무 체벌봉으로 둔부에 시행하도록 규정되어 있으며, 교사의 신체를 이용한 체벌이나 얼굴에 가하는 체벌은 금지되어 있다. 이와 같이 체벌의 절차를 신중하게 하고 체벌도구나 체벌부위를 한정한 이유는 교사가 위엄을 유지하면서도 좀더 냉철한 마음으로 체벌의 필요성과 정도를 헤아려 학생에게 큰 피해가 가지 않는 범위 내에서 체벌을 가하도록 하고, 학생에게는 대체벌을 요구하거나 스스로의 잘못이 무엇인지를 깨달을 수 있는 시간적인 여유를 주기 위한데 있는 것으로 보인다.

그런데 이러한 절차를 지킬 수 없을 만큼 급박하거나 부득이한 사정이 있다고 할 수 없는데도 청구인은 김○훈 등이 수업시간에 늦게 들어오자 바로 다른 학생들이 주시하는 가운데 공개적으로 자신의 손바닥으로 뺨을 때렸다.

끝으로, 체벌의 정도가 가볍지 아니하다.

사람의 얼굴은 그의 정체성과 인격을 나타내는 부위로서 소중하게 여겨지는 바, 비록 남학생이라고 하더라도 감수성이 예민한 고등학교 1학년의 어린 학생이 공개적으로 뺨을 맞게 되면 신체적 고통보다 인격적인 모욕감을 더 느껴 마음에 커다란 상처를 입을 수 있다. 김○훈이 청구인의 체벌 이후 청구인과의 대화도 싫고 학교도 더 가기 싫어졌다고 진술하고 있는 점을 보더라도 체벌이 학생들의 정신에 미치는 영향의 크기를 짐작할 수 있다.

반면 지각한 학생들에게 일단 주의를 주고 수업을 진행한 후 수업이 끝난 뒤 훈육을 한다고 하여 학습분위기를 더 해친다고 볼 수도 없고, 고등학교 1학년 학생이라면 지각이나 그에 대한 제재의 의미를 알 수 있는 나이에 있으므로 체벌로 공포분위기를 조성하고 수업을 한다고 하여 본보기 효과가 크다고 단정할 수 없다.

따라서 청구인이 김○훈의 행동을 바로 잡으려는 의도에서 체벌을 하였다고 하더라도, 체벌의 불가피성이 인정되지 아니하고 절차와 방법이 적정하지 아니하며, 체벌의 정도도 가법지 아니하므로 사회통념상 용인되는 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어렵다.

4. 결 론

결국 피청구인이 청구인의 체벌행위를 폭행죄로 인정하고 평소 김○훈의 학습 태도나 청구인의 교사로서의 근무자세 등 여러 가지 사정을 감안하여 기소를 유예한 처분은 타당하다고 할 것이고, 이로써 청구인의 평등권이나 재판청구권을 침해하였다고 보기 어렵다.

그렇다면 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여 재판관 6인의 일치된 의견에 의한 것이며, 아래에 기재된 바와 같이 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 조대현은 반대의견을, 재판관 권성은 반대의견에 대한 보충의견을 표명하였다.

5. 재판관 권 성, 김효종, 조대현의 반대의견

청구인이 김○훈의 뺨을 때린 행위는 「형법」 제20조의 “사회상규에 위배되

지 아니하는 행위”에 해당되므로 이 사건 기소유예처분은 취소되어야 한다고 생각한다.

가. 교사의 학생 훈육 책임

초·중등학교의 교사는 학생들에게 지식을 가르침과 아울러 그들의 인격이 올바르게 형성되도록 지도하는 직무를 담당한다. 초·중등학교의 학생들은 인격을 형성하는 단계에 있으므로 그들의 인격을 올바르게 훈육하는 일은 학생에게 지식을 가르치는 것 못지않게 중요하다. 미성년 학생의 인격이 올바르게 형성되도록 지도·훈육하는 일은 교사의 소중한 직책이다.

우리 헌법질서에 맞는 인간상은 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민으로서 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체이다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정). 개인의 존엄과 가치를 존중하는 개인주의가 발달할수록 공동체의 질서를 존중하는 의식도 더욱 소중해진다. 그리고 가정교육이 제대로 이루어지지 않고 있는 요즘에는 학교의 인성교육이 더욱 필요하다. 그러므로 교사는 미성년의 학생들을 사회공동체의 질서를 존중하여 자신의 행위에 대하여 책임지고 남과 어울려 사는 건전한 사회인으로 육성하여야 한다.

학생의 인격을 올바르게 육성시키는 일은 학생 본인에게 유익할 뿐만 아니라 사회의 공동이익에 이바지하는 일이다. 그러므로 교사는 미성년 학생의 인격을 올바르게 형성시키기 위하여 또는 그릇된 인격을 바로잡기 위하여 필요한 경우에는 학생을 훈계할 수 있고 훈계하여야 한다. 교사는 훈계의 필요성 유무를 판단하고 훈계의 시기와 방법을 결정하여 시행하여야 하고, 필요한 경우에는 학생에 대하여 신체적·정신적 고통을 가하는 체벌을 훈계의 수단으로 선택하는 것도 허용되어야 한다. 이는 교사의 정당한 직무수행이고 책임이다.

교사는 학생의 인성교육에 관한 전문적인 식견과 능력을 갖춘 전문가이므로, 학생에 대한 훈계의 필요성과 훈계방법의 선택에 대한 교사의 판단은 존중되어야 한다. 「헌법」 제31조 제4항이 교육의 자주성과 전문성은 보장된다고 규정하고 있는 것도 그러한 취지이다.

나. 이 사건 체벌행위의 정당행위성

청구인이 김○훈의 뺨을 때린 행위는 폭행죄의 구성요건에 해당된다. 그런데 「형법」 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”고 규정하고 있다. 범질서 전체의 정신이나 사회윤리에 어긋나지 아니하는 행위는 위법성이 없다는 취지이다. 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 부정되기 위해서는, 행위의 동기나 목적이 정당하고, 행위의 수단이나 방법이 꼭 필요하고 상당하며 다른 수단이 없어야 하고, 보호이익과 침해이익이 법익균형성을 갖추어야 한다[대법원 2004. 4. 25. 선고 98도2389 판결(공2000상, 1345)].

그러므로 청구인의 김○훈에 대한 폭행행위가 정당행위의 요건에 해당되는지 살펴본다.

(1) 이 사건 체벌행위의 목적

청구인은 고등학교 1학년생인 김○훈을 가르치는 교사로서, 김○훈이 다른 학생 3명과 함께 수업시간에 25분이나 늦게 들어오자, 김○훈을 포함한 학생 4명에게 뺨을 한 대씩 때린 것이다. 김○훈 등 4명의 학생들이 수업시간에 관한 규칙을 어겼을 뿐만 아니라 정상적으로 진행되고 있던 다른 학생들의 수업을 방해한 것이다. 청구인이 김○훈이나 그와 함께 늦게 참석한 학생들에게 개인적인 불만을 가지고 있었다거나 교육적 훈계 이외의 목적으로 그들을 때렸다고 볼만한 자료도 없다. 이러한 사정을 종합하면 청구인이 김○훈의 뺨을 때린 목적은 김○훈의 잘못을 훈계하기 위한 것임이 명백하다.

청구인의 폭행은 교사의 교육목적의 훈계행위로서 정당한 직무행위에 해당되고 교육행위의 자주성과 전문성의 차원에서 존중되어야 한다. 적어도 일반인들 사이의 폭행행위와 동일한 기준으로 평가하여서는 안 된다.

(2) 이 사건 체벌행위의 불가피성과 상당성

학생의 인권도 존중되어야 하고 학생에게 신체적·정신적 고통을 가하는 체벌은 교육상 불가피한 때에만 허용되어야 함은 두 말할 필요가 없다. 체벌의 교육적 효과에 관해서는 논란이 있다. 그리고 교육수단으로서 채찍보다 사랑이 더욱 더 효과적이라는 점도 부정할 수 없다. 교육법령도 학생에 대한 체벌행위는 교육상 불가피한 때에만 예외적으로 허용하고 있다. ○○고등학교에서도 학생체

별에 관한 절차와 기준을 정해 놓고 있다.

그러나 학생체벌에 대한 교육적 평가와 형사법적 평가는 구분되어야 한다. 전자는 학생교육의 성과를 높이기 위한 것이고 후자는 체벌행위자의 형사처벌을 판가름하기 위한 것이기 때문이다. 학생체벌에 관한 교육적 기준은 체벌행위에 대한 형사법적 평가를 할 때에 참고자료로 될 수 있을 뿐이다. 학생체벌에 관하여 교육적 관점에서 마련된 규정을 준수하지 않았다고 하여 막바로 학생체벌에 대한 사회적 상당성을 부정하거나 형사처벌의 가벌성을 인정하여서는 안 된다.

김○훈 등 학생 4명은 식당에서 라면을 먹기 위하여 1교시 수업시간을 25분이나 지각했다. 김○훈 등 4인의 학생들이 수업시간에 관한 규칙을 어겼을 뿐만 아니라 정상적으로 수업을 진행하고 있던 청구인과 다른 학생들의 수업을 방해한 것이다. 김○훈 등의 이러한 행위가 잘못된 것이고 훈계의 대상이 된다는 점은 김○훈 등 4인의 학생들뿐만 아니라 정상적으로 수업을 받고 있던 다른 학생들에게도 명백한 일이다. 그러므로 김○훈 등 4인을 체벌하기 전에 체벌하는 이유를 설명하지 않았다고 하여 사회적 상당성을 잃었다고 보기 어렵다. 김○훈 등의 잘못이 이미 교실 내의 모든 학생들에게 공개되었으므로 김○훈 등에 대한 훈계를 은밀히 하지 않고 다른 학생들이 보는 앞에서 공개적으로 하였다고 하여 탓할 수도 없다. 오히려 교실 내의 모든 학생들에게 공개된 잘못에 대해서는 즉석에서 공개적으로 훈계함으로써 잘못된 학생뿐만 아니라 다른 학생들에 대해서도 교육적 효과를 미치게 할 필요가 있다.

게다가 김○훈은 결석과 지각·수업이탈이 잦았고 학교 규율을 지키지 않고 교사의 지도조차 거부하는 학생이었다. 청구인으로부터 뺨을 맞자 “씹할 좃갈네”라고 욕하면서 교실을 뛰쳐나가가기까지 했다. 그 후 부모와 교사의 설득에도 불구하고 교사의 지도를 거부하다가 학교 생활선도협의회로부터 퇴학결정까지 받았다. 이러한 김○훈의 성행에 비추어 보면 김○훈에 대한 체벌의 필요성과 불가피성은 매우 현저하였다고 볼 수 있다. 따라서 김○훈은 교사의 지도를 거부하는 학생이기 때문에 그를 훈육하기 위해서는 육체적·정신적 고통을 가하는 체벌이 불가피하고 유일한 훈계수단이라고 판단한 것이 부당하다고 보기 어렵다.

청구인은 손바닥으로 뺨을 한 대씩 때렸을 뿐이다. 김○훈이 피하는 바람에 맞지 않았기 때문에 다시 한번 더 때린 것이고, 이는 피하지 않고 뺨을 맞은 다

른 학생들과 형평을 맞추기 위한 것으로서 부당하다고 평가할 수 없다.

때린 사람은 여교사이고 맞은 학생들은 고등학교 1학년의 남학생들이다. 김○훈 등의 잘못을 훈계하기 위한 수단으로서 폭행의 정도가 지나치다고 보기 어렵다. 김○훈의 어머니는 김○훈이 좌우진탕이라는 상해를 입었다는 진단서까지 발급받아 청구인을 고소하였지만, 그 진단서는 이 사건 체벌행위가 있을 후 26일이 지난 뒤에 귀가 멍하다고 말하여 발급받은 것에 불과하다. 그래서 검사도 상해죄는 유죄로 인정하지도 않았다.

청구인은 이 사건 체벌 당시 김○훈 등의 규율위반으로 인하여 화가 났지만 그로 인하여 흥분하거나 흥분상태에서 구타한 것은 아니다. 오히려 남자 고등학생의 경우 신체적 고통보다 여교사로부터 맞는다는 창피감이 더욱 효과적이기 때문에 강하게 때리지 않았다는 취지로 진술하고 있다. 이러한 진술의 취지를 김○훈에게 모욕을 줄 목적으로 때렸다는 취지로 오해하여서는 안 된다.

청구인이 ○○고등학교의 학생생활규정이 정한 학생체벌의 절차와 방법을 지키지 않은 점은 있다. 그러나 김○훈 등의 규율위반행위는 수업시간 도중에 이루어져 수업을 받고 있던 모든 학생들에게 이미 공개되어 즉석에서 공개리에 훈계할 필요가 있었다고 볼 수 있으므로, 그러한 규정을 준수하지 않았다고 하여 청구인의 체벌행위가 사회적 상당성을 잃어 형사처벌의 대상에 해당한다고 보아서는 안 된다. 교사의 학생에 대한 체벌이 「형법」 제20조의 정당행위에 해당되는지 여부는 범질서 전체의 정신에 비추어 규범적으로 평가되어야 한다.

(3) 이 사건 체벌행위의 범익균형성

청구인의 체벌행위는 김○훈의 뺨을 한 대 때린 행위로서 형식적으로만 보면 김○훈에 대한 폭행죄를 구성하고 그의 신체의 자유를 침해한다. 그러나 그것은 교사가 김○훈을 올바르게 훈육하기 위한 훈계행위이다. 뺨 한 대로 침해되는 학생의 신체의 자유보다 학생의 잘못을 훈계하여 올바르게 훈육하는 것이 더 가치있는 일이라고 생각한다. 학생의 그릇된 성행을 방치하는 것보다 체벌을 통해서라도 그의 인격을 올바르게 훈육함으로써 인격의 가치를 높이는 것이야말로 학생의 인권을 더 존중하고 더욱 소중하게 여기는 길이라고 믿는다.

그리고 미성년 학생들에 대한 인성교육은 교사에게 맡겨진 직책이므로, 교사가 미성년 학생의 올바른 훈육을 위하여 체벌을 훈계수단으로 선택하였다고 하

더라도 학생의 신체의 자유보다 교사의 훈육책임을 더 중시하여야 한다. 교사의 체벌행위가 훈계권의 남용이라고 인정되지 않는 이상 정당한 직무행위로서 보호되어야 한다. 이것은 교사의 권리나 권위를 보호하기 위한 것이 아니라 학생을 올바르게 훈육하여 성숙한 사회적 인간으로 육성한다는 공익성 때문이다. 이 경우에 학생의 신체의 자유를 앞세워 교사의 체벌행위를 형사처벌하는 것은 가치체계를 전도시키는 것이고 학생들의 잘못에 대한 교사의 훈계를 주저하게 함으로써 학생들의 올바른 훈육을 포기하는 것이다. 그 결과는 국민들의 사회성을 빈약하게 하여 공동체 전체의 불이익으로 돌아갈 것이다.

(4) 결국 청구인의 김○훈에 대한 체벌행위는 직무상의 정당한 훈계행위로서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당된다고 보아야 한다.

다. 이 사건 기소유예처분의 취소

청구인의 김○훈에 대한 체벌행위는 「형법」 제20조의 정당행위에 해당됨에도 불구하고 이 사건 기소유예처분은 청구인의 직무상 훈계행위를 폭행죄의 유죄로 인정함으로써 청구인의 인격권을 침해하였다고 보지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 기소유예처분은 취소되어야 한다.

6. 위헌의견에 대한 재판관 권 성의 보충의견

가. 청소년에 대한 교육을 맡고 있는 선생님은 지식 이외에 덕망과 위엄, 이 두 가지를 함께 갖추고 교육의 현장에서 상황에 맞게 이 두 가지를 적절하게 활용하여야만 교육의 성과를 거둘 수 있다. 이 두 가지 중 하나라도 빠지면 그 교육은 온전하게 이루어질 수 없는 것이다. 인간은 성선(性善)의 본성과 성악(性惡)의 본성을 모두 가지고 있는 존재이므로 어려서부터 덕으로 선성(善性)을 권장하고 위엄으로 악성을 절제하여야만 올바른 인간으로 교육될 수 있기 때문이다. 선생님이 위엄이 없으면 학생은 태만과 건방짐의 부덕(不德)에 빠져드는 유혹을 받게 되며 이미 그러한 부덕에 빠진 학생은 선생님이 위엄으로 질책하고 덕망으로 포용하지 않으면 그러한 부덕에서 벗어나기 어렵다. 위엄과 덕을 베풀지 않는 선생님이 있다면 그는 보수를 목적으로 지식만을 판매하는 것에 불과하다는 비난을 면하기 어렵다.

그러므로 선생님은 교육의 현장에서 구체적인 상황에 대처하여 때로는 덕망으

로, 때로는 위엄으로, 때로는 이 양자를 함께 베풀어, 잘못을 저지른 학생을 올바른 방향으로 인도하여야만 하는데 그 구체적인 방법은 당연히 선생님이 그 재량으로 결정하고 선택하여야만 할 것이다.

그리하여 때로는 잘못을 못 본 척하는 것이 필요한 경우도 있을 것이고 때로는 엄히 잘못을 질책하여야만 할 경우도 있을 것이며 또한 그 양자 사이에는 여러 가지 다른 방법으로 대처하여야 할 많은 경우가 있을 것이다.

위엄으로 잘못을 질책하여야 할 경우에 반드시 체벌을 사용할 필요는 물론 없는 것이고 또한 체벌의 사용이 언제나 정당시되는 것도 아니다. 그러나 상황에 따라서는 체벌이 보다 효과적이거나, 체벌이 아니면 질책의 효과가 없다고 할 경우도 있을 것임은 사리상 당연한데 이 경우에 체벌의 필요성 유무에 대한 판단 및 체벌의 구체적 방법의 선택은 역시 선생님의 재량에 맡겨야 할 것이다. 물론 이러한 경우에 대비하여, 이러한 때에는 이런 방법을 쓰고 저러한 때에는 저러한 방법을 쓰도록 하라고, 미리 규정을 만들어 놓을 수도 있지만 구체적인 상황에 맞는 적절한 방법을 모든 경우에 걸쳐 다 망라하여 규정할 수도 없으려니와 이러한 고정된 규정만 가지고서는 다양한 실제의 상황에 적절히 대응하기 어렵기 때문에 이러한 규정은 본질적으로 선생님들을 위한 참고용의 가이드라인에 그칠 수밖에 없다고 보아야 한다.

나. 그러므로 문제는 실제의 경우에 행사된 선생님의 재량이 적절한 것이었는가 또는 재량의 한계를 일탈하거나 재량을 남용한 것은 아니었는가 하는 것에 귀착된다.

우선 첫째로, 체벌의 대상이 된 학생의 부덕 내지 비행이 얼마나 중대한 것인지 하는 점이 고려되어야 할 것이다. 아주 사소한 비행의 경우라면, 초기에 비행의 단서를 뿌리 뽑는 것이 교육상 필요하다는 특별한 사정이 없는 이상은, 체벌의 선택은 재량의 남용이라고 볼 소지가 많다.

둘째로, 실혹 잘못이 있다고 하여도 이를 덮어주고 모르는 척 하는 것이 오히려 잘못을 고치게 하는 더 효과적인 방법이 되는 경우도 있는 것처럼 과연 그 잘못에 대하여 체벌이 필요한 것이었는지 하는 점에 대한 검토가 있어야 할 것이다. 예컨대 체벌을 가하는 것으로는 이미 개선을 기대하기 어려운, 거의 교정이 불가능하다고 여겨지는, 심각한 비행에 대하여 체벌을 가하는 것은 오히려

체벌의 필요성에 대한 재량을 그르친 것이라고 보아야 할 것이다.

셋째로, 선생님 자신의 폭력적 성향을 충족시키기 위하여 또는 그러한 성향의 발로로 말미암아 의식, 무의식 간에 체벌이 선택된 것은 아니었는지 하는 점이 고려되어야 할 것이다. 선생님의 폭력적 성향이나 기질로 인하여 체벌이 행사되었다면 이는 재량의 남용에 해당할 경우가 많을 것이다.

넷째로, 잘못을 저지른 학생 이외의 다른 학생에 대하여 체벌이 미치는 교육적 효과 또는 반교육적 효과에 대하여 고려하여야 할 것이다. 사소한 잘못 또는 용서를 받아도 좋을 만한 잘못이라고 다른 학생들이 생각하는 부덕 내지 비행에 대하여, 선생님이 체벌을 가한다면 이는 다른 학생들의 공감을 얻기 어렵고 그 결과, 선생님을 무오류(無誤謬)로 믿고 싶어 하는 순진한 학생들의 신뢰를 저버리는 반교육적 효과를 일으킨다. 반대로 마땅히 엄히 질책되어야 할 비행을 선생님이 방치하는 것을 본 학생들에게는 이른바 ‘깨진 창문’ 이론이 제시하는 ‘무질서의 만연’을 당연시하는 반교육적 효과를 일으킨다. 잘못에 대한 체벌이 다른 학생들에게 경각심을 일으켜 자기절제를 유도하는 교육적 효과를 갖는 점에 대하여는 굳이 말할 필요가 없을 것이다. 다른 학생들에게 반교육적 효과를 일으키는 체벌이라면 이는 재량을 그르친 것이 될 소지가 있다.

끝으로, 체벌의 내용과 정도가 비행에 비하여 과도한 것은 아니었는지 하는 점이 검토되어야 할 것이다. 가혹하고 무자비하다고 일반적으로 여겨질 체벌은 어느 경우에도 재량의 정당성을 인정받기 어려울 것이다.

결국 이상에서 검토한 여러 가지 기준에 비추어 체벌의 선택과 행사가 현저히 재량을 남용하거나 재량의 한계를 일탈한 것이 아닌 한 선생님의 체벌행위는 최소한 「형법」상으로는 정당한 행위로서 폭행의 위법성을 조각한다고 보아야 할 것이다.

다. 이제 이 사건에 돌아와 살피건대 기록에 의하면 문제의 학생은 수업일수 91일 중 결석이 39일, 지각이 6일, 조퇴가 2일, 수업시간 불참이 21회나 되었고 평소 성행이 불량하고 교사의 지도에 불응하는 태도를 보였는데다가 사건 당일에는 다른 학생 3인과 함께 식당에서 라면을 먹고 1교시 수업시간에 25분이나 늦게 들어왔다는 것이다.

우선 이러한 경우에 이를 질책함이 없이 그대로 방임한다면 문제의 학생 자신

및 다른 학생들에게, 규칙을 무시하고 태만을 부리고 건방을 떨고 안하무인으로 행동하여도 괜찮다는 반교육적 분위기와 인식을 만연시킬 우려가 있어 이는 사소한 잘못이라고는 도저히 볼 수 없다.

나아가 청구인이 시도한 체벌이라는 것도 여자의 손바닥으로 뺨을 한차례 가볍게 때리는 것 정도이었으므로 이를 잘못에 비하여 과중한 체벌이었다고는 역시 도저히 인정하기 어렵다.

뿐만 아니라 청구인의 이러한 체벌행위가 그 자신의 폭력적 성향이나 기질에서 연유한 것이라고 볼 자료도 전혀 없다.

끝으로, 회초리(또는 나무막대)를 사용하는 대신 손바닥을 사용하는 것이 언제나 무방하다거나 바람직하다고는 물론 할 수 없다. 그러나 회초리를 휴대하지 않았거나 가까운 곳에 이것이 비치되어 있지 않은 경우, 상황에 따라서는, 즉석에서 체벌과정을 끝내고 곧이어 수업을 재개할 수 있도록 현장을 정리하기 위하여, 회초리의 사용 이외의 다른 대체수단을 재량으로 선택할 수도 있는 것이므로 청구인이 이 사건에서 한 바와 같은 선택을 재량의 남용이나 한계의 일탈이라고는 볼 수 없다.

그렇다면 청구인의 체벌행위는 체벌에 관한 선생님의 재량을 일탈하거나 남용한 것이 아니어서 최소한 「형법」의 적용 측면에서는 정당한 행위이고 따라서 폭행의 위법성을 조각한다고 보아야 한다.

만일 청구인이 한 것과 같은 이 정도의 체벌행위를 「형법」상 정당한 행위로 인정하지 아니하고 폭행죄가 된다고 한다면 선생님들은 교육의 현장에서 상당한 체벌을 가하여야 할 경우라고 생각되는 경우를 만나 이를 벌하기 위하여 손을 들거나 매를 들었다가도, “이렇게 했다가는 폭행죄로 고소당하거나 처벌되지 않을까” 하는 찝찝한 생각에 우물쭈물하다가 손을 내리고 마는 안일과 나약과 무책임 속으로 도피하게 되고 이렇게 되면, 그렇지 않아도 기강과 가치관의 심각한 붕괴 위기를 맞고 있는, 우리 청소년교육의 장래가 더욱 황폐화되지 않을까 우려된다. 한 걸음 더 나아가 생각할 때 이것은, 양을 훔친(攘羊) 아버지를 고발한 아들을 끈은 사람(直躬)이라고 사직당국이 평가하는 것과 같아서, 아들이 아버지를 숨겨주는 것 가운데에 끈음이 있다고 보는 도덕적 성찰을 근거에서 허무는 것이다.

라. 따라서 이 사건 기소유예처분은 청구인이 선생님으로서의 재량에 의하여 비행학생을 가벼운 체벌의 방법으로 적절히 훈계하여 교사로서의 본분을 다하고 이로써 보람과 행복을 찾고자 하는 「헌법」상의 행복추구권을 침해하여 위헌이므로 이는 마땅히 취소되어야 한다고 생각한다. 이에 위헌의견에 대한 보충의견을 제출하는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 권성 김효종 김경일 송인준 주선회 전효숙 이공현 조대현(주심)

㉠ 대법원 1993. 2.12. 선고 92다13646 손해배상(기)

【판시사항】

- [1] 학교에서 일어난 사고에 대한 학교의 교장이나 교사의 보호감독의무위반의 책임범위
- [2] 고등학교 2학년 학생이 점심시간에 장난으로 급우가 앉아 있던 의자를 걷어차 급우로 하여금 뒷머리부분을 교실벽에 부딪쳐 상해를 입게 한 사고에 대하여 교장이나 담임교사 등에게 보호감독의무위반의 책임을 물을 수 없다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 학교의 교장이나 교사의 학생에 대한 보호감독의무는 교육법에 따라 학생을 친권자 등 법정 감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 ○○학교 내에서의 학생의 전 생활관계에 미치는 것이 ○○학교에서의 교육활동 및 이와 밀접불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무 범위 내의 생활관계라고 하더라도 ○○학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호감독의무위반에 대한 책임을 진다고 할 것인바, 위외예측가능성에 대하여서는 교육활동의 때, 장소, 가해자의분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다.
- [2] ○○학교 2학년 학생이 점심시간에 장난으로 급우가 앉아 있던 의자를 걷어차 급우로 하여금 뒷머리부분을 교실벽에 부딪쳐 상해를 입게 한 사고에 대하여 교장이나 담임교사 등에게 보호감독의무위반의 책임을 물을 수 없다고 한 사례

【참조법령】 민법 제755조 제2항, 제756조

【원고, 피상고인】 허△ 외 3인 원고들 (소송대리인 변호사 오○현)

【피고, 상고인】 학교법인 한○학원 (소송대리인 ○익법무법인 담당변호사 김○규)

【원심판결】 서울고등법원 1992.3.11. 선고 90나27971 판결.

【주 문】

원심판결 중 피고패소부분을 파기하고 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

피고 소송대리인의 상고이유에 대하여

원심이 제1심판결 이유를 인용하여 확정된 사실관계를 보면, 원고 허◇은 ○○학교법인 한♡학원 산하 서울 ○○구 ○○동소재 ○○학교 2학년 15반에 재학 중이던 당시 17세 2월 남짓한 학생으로서 1988.10.13. 12:50 경 점심식사를 마치고 의자에 앉아 있는데, 같은 반 급우인 소외 김▽호(원심 공동피고)가 장난을 할 의사로 위 원고 모르게 그가 앉아 있던 의자를 손으로 잡고 우측발로 의자다리의 뒷부분을 갑자기 걷어 차는 바람에 뒤로 넘어지면서 뒷머리 부분을 세멘콘 크리트로 된 교실벽에 부딪쳐 그 충격으로 뇌좌상, 기억력상실증 등의 상해를 입게 되었다는 것이다.

그리하여 원심은 미성년자인 고등학생들을 맡아 교육을 담당하고 있는 피고학원으로서 그 교육의 한 부분인 학생들의 집단생활을 일반적으로 보호 감독하여야 하고, 학생들간의 심한 장난 등으로 생명이나 신체에 위험을 초래할 정도의 사고가 발생하기 쉬운 점심시간 등 휴게시간에는 특히 안전관리에 유의하여 담임교사나 기타 당직교사 또는 학생자치회 등을 통해 위와 같은 위험한 장난으로 인한 사고가 발생하지 않도록 감독을 게을리 하지 않아야 할 의무가 있음에도 불구하고 피고가 그 의무를 태만히 함으로써 사고가 발생하게 되었으니 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 하였다.

학교법인이 설치 ○○학교의 교장이나 교사는 학생을 보호 감독할 의무를 지는 것이나 이러한 보호 감독의무는 교육법에 따라 학생을 친권자등 법정 감독의

무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 의무로서, 학교내에서의 학생의 전 생활관계에 미치는 것이 ○○학교에서의 교육활동 및 이와 밀접불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무 범위내의 생활관계라고 하더라도 ○○학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성 (사고발생의 구체적 위험성) 이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호 감독의무위반에 대한 책임을 진다고 할 것이다.

위의 예측가능성에 대하여서는 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다. 이 사건 사고가 일어난 점심시간은 오후수업을 하기 위하여 점심을 먹고 쉬거나, 수업의 정리, 준비 등을 하는 시간이므로 교육활동과 질적, 시간적으로 밀접 불가분의 관계에 있어 그 시간 중의 교실내에서의 학생의 행위에 대하여는 교장이나 교사의 일반적 보호감독의무가 미친다고 할 수 있다.

그러나 기록에 의하면 가해자인 피고 김▽호는 1970. 3. 24. 생으로서 사고 당시 18세 6개월 가량된 ○○학교 2학년생이어서 충분한 분별능력이 있었고, 평소 성격이 온순 착실한 편이었으며, 피해자인 원고 허◇과도 친한 사이였다는 것이다. 이러한 가해자의 분별능력과 성행, 피해자와의 관계 등을 고려할 때 담임교사 등으로서 이 사건 사고발생을 예측하였거나 예측이 가능하였다고 보이지 아니한다. 평소 교실에서 학생들끼리 의자를 뒤로 빼놓는 장난을 더러 하고 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 이 사건 사고의 발생에 대한 구체적 위험성이 있다고 할 수도 없다.

그렇다면 이 사건 사고는 돌발적이거나 우연한 사고로서 교장이나 담임교사 등에게 보호 감독의무위반의 책임을 물을 수 없다고 할 것이다. 원심이 반대의 견해에서 ○○학교법인의 손해배상책임을 인정한 것은 교사의 보호 감독의무위반 책임에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이라 할 것이다. 논지는 이유 있다.

이상의 이유로 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

㉔ 대법원 1994. 8.23. 선고 93다60588 구상금

【판시사항】

- [1] 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 손해배상책임 요건
- [2] 학교에서 일어난 사고에 대한 교장이나 교사의 보호감독의무위반의 책임범위

【판결요지】

- [1] 「민법」 제755조에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 범정의 의무있는 자 또는 그에 갈음하여 무능력자를 감독하는 자가 지는 손해배상책임은 그 미성년자에게 책임이 없음을 전제로 하여 이를 보충하는 책임이고, 그 경우에 감독의무자 자신이 감독의무를 해태하지 아니하였음을 입증하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없는 것이나, 반면에 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임을 있다.
- [2] 학교의 교장이나 교사가 학생을 보호·감독할 의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 ○○학교 내에서의 학생의 전생활관계에 미치는 것은 ○○학교에서의 교육활동 및 이에 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하고, 그 의무의 범위 내의 생활관계라고 하더라도 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 ○○학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성이 있는 경우에만 교장이나 교사는 보호감독의무위반에 대한 책임을 지고, 위의 예측가능성에 대하여서는 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다.

【참조판례】

[1] 대법원 1994.2.8.선고93다1360전원합의체판결

[2] 대법원 1993.2.12.선고92다13646판결

【참조법령】 민법 제750조, 제755조

【원고, 피상고인】 이△민 외 1인

【피고, 상고인】 서울특별시 (소송대리인 변호사 조○락)

【원심판결】 서울민사지방법원 1993.11.5. 선고 93나 10124 판결

【주 문】

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점을 본다.

「민법」 제755조에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 범정의 의무있는 자 또는 그에 갈음하여 무능력자를 감독하는 자가 지는 손해배상책임은 그 미성년자에게 책임이 없음을 전제로 하여 이를 보충하는 책임이고, 그 경우에 감독의무자 자신이 감독의무를 해태하지 아니하였음을 입증하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없는 것이나, 반면에 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다고 할 것이다(당원 1994.2.8.선고 93다 13605 판결 참조).

이 사건에 있어서 원심은, 가해자인 소외 이◇형의 부모인 원고들과 피고의 피용자인 소외 남□옥은 각각 위 이◇형에 대한 감독을 게을리한 과실이 있고, 이로 말미암아 이 사건 사고가 발생하였으므로 공동불법행위자로서 손해배상책임이 있다고 판단하였는바, 기록에 나타난 증거관계에 비추어 보면 이러한 원심

의 인정과 판단은 정당하고 원심이 위 이◇형이 무능력자라고 인정하였음을 전제로 하여 비난하는 논지는 이유없다고 할 것이다.

상고이유 제2점을 본다.

지방자치단체가 설치 ○○학교의 교장이나 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는 것인 바, 이러한 보호감독의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 ○○학교 내에서의 학생의 전생활 관계에 미치는 것은 ○○학교에서의 교육활동 및 이에 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하고, 그 의무의 범위내의 생활관계라고 하더라도 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 ○○학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에만 교장이나 교사는 보호감독의무위반에 대한 책임을 진다고 할 것이고, 위의 예측가능성에 대하여서는 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다(당원 1993.2.12. 선고 92다 13646 판결 참조)는 것은 소론이 지적하는 바와 같으나, 원심이 거시 증거에 의하여 위 이◇형의 부모인 원고들의 법정감독의무의 해태로 인한 과실과 담임교사인 소외 남□옥의 보호감독의무의 해태로 인한 과실이 경합하여 이 사건 사고가 발생하였으므로, 원고들과 위 남□옥의 사용자인 피고는 공동불법 행위자로서 각자 그 손해를 배상할 책임이 있다는 전제하에 피고는 공동면책된 자기부담부분인 금 16,000,000원을 지급할 책임이 있다고 판시한 것은 정당하고, 거기에 소론이 지적하는 바와 같이 담임교사의 보호감독의무위반에 관한 범리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 논지는 이유없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장) 이돈희 이임수(주심)

3 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누7994 폐교처분취소

【판시사항】

- [1] 공립초등학교의 설치·폐지에 관한 권한의 소재(지방의회) 및 그 방법(조례)과 효력발생시기(공포)
- [2] 학교폐지 조례 공포 후 교육감이 한 분교장의 폐쇄, 직원의 인사이동, 급식 학교의 변경 등 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)
- [3] 경기도의회가 초등학교 두밀분교를 폐교하기로 한 조례가 재량권의 범위를 일탈하거나 교육을 받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없다고 한 원심판결을 수긍한 사례
- [4] 「도서·벽지교육진흥법」의 입법취지 및 그 법률에 의하여 도시벽지학교로 지정된 학교는 지방의회가 폐지할 수 없게 되는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 구 「지방자치법」(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것) 제15조, 제19조, 제35조 제1항 제1호, 제135조 제1항, 제2항, 구 「지방교육자치에 관한 법률」(1995. 7. 26. 법률 제4951호로 개정되기 전의 것)제2조, 제41조, 구 교육법(1995. 12. 29. 법률 제5069호로 개정되기 전의 것) 제8조 제4항 등의 규정들을 종합하면, ○○학교는 공공시설로서 그 설치·폐지에 관하여는 다른 법령에 규정이 없는 경우 지방자치단체인 시·도가 제정하는 조례의 형식으로 정하여야 하고, ○○학교의 설치·폐지는 지방의회에 의한 조례의 의결 및 그 공포로써 효력이 발생하여 완결되는 것이며, 구 「지방교육자치에 관한 법률」 제27조 제1호, 제5호에서 조례안의 작성 및 학교의 설치·폐지에 관한 사항을 교육감의 관장 사무로 규정하고 있더라도 그 규정을 시·도 ○○학교의 설치·폐지에 관한 결정 자체를 할 권한이 있는 것이라고 볼 수 없다.
- [2] ○○학교 분교의 폐지는 지방의회가 이를 폐지하는 내용의 개정 조례를 의결하고 교육감이 이를 공포하여 그 효력이 발생함으로써 완결되고, 그 조례

공포 후 교육감이 하는 분교장의 폐쇄, 직원에 대한인사이드 및 ○○학교의 변경지정 등 일련의 행위는 분교의 폐지에 따르는 사후적인 사무처리에 불과할 뿐이므로, 이를 독립하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로서의 폐교처분이라고 할 수 없다.

- [3] 경기도 가평군 ○○학교 두말분교의 폐지로 인한 교육조건 및 통학 조건의 변화, 학교의 적정 규모, 폐교로 인하여 지역 사회에 미치는 영향 등의 제반 사정을 검토한 후, 두말분교의 아동들이 ○○학교에서 교육을 받음으로써 발생하는 긍정적인 교육효과를 고려한다면 분교의 폐지로 인한 통학조건이 다소 악화되는 등의 부정적인 효과는 그다지 크다고 할 수 없으므로, 경기도의 회의 두말분교 통폐합에 관한 조례는 재량권의 범위를 일탈한 것이라거나 분교 학생들의 교육을 받을 권리 또는 의무교육을 받을 권리를 침해한 것이라고 볼 수 없다고 한 원심판결을 수긍한 사례.
- [4] 도서벽지의 의무교육을 진흥함을 목적으로 하는 「도서·벽지교육진흥법」의 취지는 ○○학교가 존속함을 전제로 그 학교에 교재, 교구, 통학, 교원의 우대 등 그 시설설비와 교원을 타에 우선하여 조치하고 그 경비를 지원한다는 것일 뿐이고, 그 법률에 의하여 ○○학교로 ○○학교를 폐지할 수 없거나 또는 교육부가 그 ○○학교에 대한 폐지권한을 부여받았다고 할 수 없다.

【참조법령】

- [1] 구 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것) 제15조, 제19조, 제35조 제1항 제1호, 제135조 제1항, 제2항: 구 지방교육자치에 관한 법률(19 95. 7. 26. 법률 제4951호로 개정되기 전의 것)제2조, 제27조 제1호, 제5호, 제41조: 구교육법(1995. 12. 29. 법률 제5069호로 개정되기 전의 것) 제8조 제4항
- [2] 행정소송법 제2조 제1항 제1호: 구 지방교육자치에 관한 법률(1995. 7. 26. 법률 제4951호로 개정되기 전의 것) 제41조
- [3] 구 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 제1호, 제135조, 구 지방교육자치에 관한 법률(1995. 7.26. 법률 제4951호로 개

정되기 전의 것) 제41조, 헌법 제31조

[4] 도서·벽지교육진흥법 제3조, 제4조

【원심판결】 서울고등법원 1995.5.16. 94구11554

【주 문】

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유를 본다.

1. 제1점에 대하여

「지방자치법」(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것) 제15조, 제19조, 제35조 제1항 제1호, 제135조 제1항, 제2항, 「지방교육자치에 관한 법률」(1995. 7. 26. 법률 제4951호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조, 제41조, 「교육법」(1995. 12. 29. 법률 제5069호로 개정되기 전의 것) 제8조 제4항 등의 규정들을 종합하면, ○○학교는 공공시설로서 그 설치·폐지에 관하여는 다른 법령에 규정이 없는 경우 지방자치단체인 시·도가 제정하는 조례의 형식으로 정하여야 하고, ○○학교의 설치·폐지는 지방의회에 의한 조례의 의결 및 그 공포로써 효력이 발생하여 완결되는 것이며, 「지방교육자치에 관한 법률」 제27조 제1호, 제5호에서 조례안의 작성 및 학교의 설치·폐지에 관한 사항을 교육감의 관장사무로 규정하고 있더라도 위 규정을 시·도 ○○학교의 설치·폐지에 관한 결정 자체를 할 권한이 있는 것이라고 볼 수 없다.

원심이 이와 같은 취지에서 원고들의 주위적인 폐교처분 취소청구에 대하여, 경기도 가평군 ○○학교 두밀분교의 폐지는 경기도의회가 ○○학교설치조례 제2조의 [별표 1 가평군 난 중 " ○○학교 두밀분교장" 난을 삭제하는 내용의 개정조례를 의결하고 피고가 이를 공포하여 그 효력이 발생함으로써 완결되었고, 위 조례 공포 후 피고가 한 두밀분교장의 폐쇄, 직원에 대한 인사이동 및 ○○학교의 변경지정 등 일련의 행위는 위 두밀분교의 폐지에 따르는 사후적인 사무

처리를 한 것에 불과할 뿐이므로 이를 독립하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로서의 폐교처분이라고 할 수 없으니 주위적 청구는 부적법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 ○○학교의 폐지권한 또는 행정처분에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 이 점을 다투는 논지는 이유 없다.

2. 제2점에 대하여

원심은 원고들의 예비적 청구인 조례무효확인 소에 대하여, ○○학교의 통폐합에 있어서는 교육행정의 성질상 상당히 광범위한 재량권이 있는 것이고, 그 ○○학교의 통학조건, 적정규모, 교육설비 등 교육조건 및 이를 뒷받침하는 재정조건 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 특정의 아동 내지 보호자에 대하여 현저하게 과중한 부담을 지우고 통학을사실상 불가능하게 하는 등 재량권의 범위를 일탈하여 특정인의 교육을 받을 권리나 의무교육을 받을 권리를 침해하였다고 볼 수 있는 경우에만 통폐합을 정한 조례가 위법하다고 전제한 다음, 증거들에 의하여 그 판시와 같이 두밀분교의 폐지로 인한 교육조건(교육내용, 교사의 수, 학교시설, 학업성취도, 1인당 학생교육비 등) 및 통학조건(거리, 시간, 교통사고의 위험성 및 겨울철의 눈으로 인한 통학불능의 가능성 등)의 변화, 학교의 적정규모(○○학교 및 복식학급의 장단점), 폐교로 인하여 지역사회에 미치는 영향 등의 제반 사정을 자세히 검토한 후, 결론적으로 두밀분교의 아동들이 ○○학교에서 교육을 받음으로써 발생하는 긍정적인 교육효과를 고려한다면 두밀분교의 폐지로 인한 통학조건이 다소 악화되는 등의 부정적인 효과는 그다지 크다고 할 수 없으므로, 통폐합에 관한 이 사건 조례는 재량권의 범위를 일탈한 것이라거나 두밀분교의 학생들인 원고들의 교육을 받을 권리 또는 의무교육을 받을 권리를 침해한 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

관계 법령 및 기록에 비추어 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 헌법상 교육을 받을 권리에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 이 점을 다투는 논지 역시 이유 없다.

3. 제3점에 대하여

도서벽지의 의무교육을 진흥함을 목적으로 하는 「도서·벽지교육진흥법」의 취지는 ○○학교가 존속함을 전제로 그 학교에 교재, 교구, 통학, 교원의 우대

등 그 시설설비와 교원을 타에 우선하여 조치하고 그 경비를 지원한다는 것일 뿐이고, 위 법률에 의하여 ○○학교로 ○○학교를 폐지할 수 없다거나 또는 교육부가 그 ○○학교에 대한 폐지권한을 부여받았다고 할 수 없다.

원심이 같은 취지에서 「도서·벽지교육진흥법」상의 의무교육 진흥대상인 ○○학교로 지정된 두말분교를 설립권자인 경기도가 이를 폐지하였다 하여 위 법에 위반된다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 「도서·벽지교육진흥법」이나 조례제정권의 한계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 이 점을 다투는 논지 역시 이유 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 천경송(재판장) 안용득 신성택(주심)

4 대법원 1996. 6. 3. 선고 96모32 항소기각결정에 대한 재항고

【판시사항】

- [1] 형사소송절차에 있어서 보충송달에 관한 「민사소송법」 제172조 제1항의 준용 여부 및 보충송달 수령자의 수송달능력
- [2] 10세 남짓된 아동에 대한 소송기록접수통지서 송달이 적법하다고 본 사례

【판결요지】

- [1] 형사소송절차에 있어서도 「형사소송법」 제65조에 따라 보충송달에 관한 「민사소송법」 제172조 제1항은 준용되어야 하므로, 피고인의 동거가족에게 서류가 교부되고 그 동거가족이 사리를 변식할 지능이 있는 이상 피고인이 그 서류의 내용을 알지 못한 경우에도 송달의 효력은 있다 할 것인바, 사리를 변식할 지능이 있다고 하려면, 사법제도 일반이나 소송행위의 효력까지 이해할 필요는 없다 하더라도 적어도 송달의 취지를 이해하고 영수한 서류를 수송달자에게 교부하는 것을 기대할 수 있는 정도의 능력은 있어야 한다.
- [2] 피고인의 아들이 이 사건 송달 당시 10세 정도라면 송달로 인하여 생기는 형사소송절차에 있어서의 효력까지 이해하였다고 볼 수는 없으나 그 송달 자체의 취지를 이해하고 영수한 서류를 송달을 받을 아버지(피고인)에게 교부하는 것을 기대할 수 있는 능력 정도는 있다고 볼 것이므로, 피고인에 대한 소송기록접수통지서의 송달은 적법하다고 본 사례.

【참조판례】

- [1][2] 대법원 1995. 8. 16.자 95모20 결정
- [1] 대법원 1963. 9. 19.자 63로3 결정 ; 대법원 1980. 10. 14. 선고 80누357 판결
- [2] 대법원 1968. 5. 7.자 68마336 결정

【참조법령】

[1] 형사소송법 제65조: 민사소송법 제172조 제1항

[2] 형사소송법 제65조: 민사소송법 제172조 제1항

【원심판결】 서울지방법원 1996.4.10. 96노1338

【재항고인】 정○영

【결정주문】 재항고를 기각한다.

【이 유】

재항고이유를 판단한다.

형사소송절차에 있어서도 「형사소송법」 제65조에 따라 보충송달에 관한 민사소송법 제172조 제1항은 준용되어야 할 것이므로(당원 1963. 9. 19.자 63로3 결정 참조), 피고인의 동거가족에게 서류가 교부되고 그 동거가족이 사리를 변식할 능력이 있는 이상 피고인이 그 서류의 내용을 알지 못한 경우에도 송달의 효력은 있다 할 것인바, 사리를 변식할 능력이 있다고 하려면, 사법제도 일반이나 소송행위의 효력까지 이해할 필요는 없다 하더라도 적어도 송달의 취지를 이해하고 영수한 서류를 수송달자에게 교부하는 것을 기대할 수 있는 정도의 능력은 있어야 한다고 할 것이다(당원 1995. 8. 16.자 95모20 결정 참조).

그런데 기록에 의하면, 피고인(재항고인)은 1996. 1. 26. 서울지방법원 서부지원에서 부정수표단속범위범죄 등으로 징역 10월을 선고받고, 같은 해 2. 1. 항소를 제기하였는데 그 사건에 대한 소송기록접수통지서가 같은 해 3. 5. 피고인에게 송달되었으나 피고인이 그때부터 기산되는 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니함에 따라 원심은 같은 해 4. 10. 피고인의 항소를 기각하는 결정을 한 사실, 위 소송기록접수통지서의 송달보고서에 의하면, 그 통지서는 피고인의 아들인 정△현이 수령한 것으로 되어 있는데, 위 정△현은 1986. 2. 11.생이어서 위 서류의 수령 당시 10세 남짓 된 연령이었던 사실을 알아볼 수 있는

바, 피고인의 아들인 정△현이 이 사건 송달 당시 10세 정도라면 송달로 인하여 생기는 형사소송절차에 있어서의 효력까지 이해하였다고 볼 수는 없으나 그 송달 자체의 취지를 이해하고 영수한 서류를 송달을 받을 사람인 아버지(피고인)에게 교부하는 것을 기대할 수 있는 능력 정도는 있다고 볼 것이므로(당원 1995. 8. 16.자 95모20 결정, 1968. 5. 7.자 68마336 결정 참조), 원심에 있어서의 피고인에 대한 소송기록접수통지서의 송달은 적법하다고 하겠다.

따라서 이를 전제로 피고인의 이 사건 항소를 기각한 원심의 결정은 정당하고, 재항고이유는 받아들일 수 없다.

그러므로 재항고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

대법관 정귀호(재판장) 김석수 이돈희 이임수(주심)

5] 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다17374 손해배상(기)

【판시사항】

- [1] 교도소 내 질서유지를 위한 계구 사용의 요건과 한계
- [2] 교도관이 소년인 미결수용자에 대하여 27시간 동안 수갑과 포승의 계구를 사용하여 독거실에 격리수용하였는데 위 미결수용자가 포승을 이용하여 자살한 경우, 위 계구 사용은 위법한 조치에 해당한다는 이유로 국가배상책임을 인정한 사례

【판결요지】

- [1] 구 「행형법」(1995. 1. 5. 법률 제4936호로 개정되기 전의 것) 제14조는 수형자의 도주, 폭행, 소요 또는 자살의 방지, 기타 필요한 경우에는 포승·수갑 등의 계구를 사용할 수 있음을 규정하고, 같은 법 제62조는 미결수용자에 대하여 이를 준용하고 있는바, 계구의 사용은 사용 목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다고 봄이 상당하다.
- [2] 소년인 미결수용자가 단지 같은 방에 수감되어 있던 다른 재소자와 몸싸움을 하는 것이 적발되어 교도관으로부터 화해할 것을 종용받고도 이를 거절하였다는 이유로 교도관이 위 미결수용자를 양 손목에 수갑을 채우고 포승으로 양 손목과 어깨를 묶은 후 독거실에 격리수용하였고 그 다음날 위 미결수용자가 수갑과 포승을 풀고 포승을 이용하여 자살하였는데, 위 미결수용자가 그 당시 폭행, 소요 또는 자살이나 자해를 행하려고 시도한 바 없었고, 장차 격리수용할 경우 위와 같은 행동을 감행할 염려가 있다고 볼 만한 정황이 없었던 경우, 설사 위 미결수용자가 다른 재소자와 재차 싸움을 벌일 염려가 있고 규율 위반으로 장차 징벌에 처할 필요가 있었다고 하더라도, 이러한 목적을 달성하기 위하여는 그들을 서로 격리수용하거나 독거수감하는 것만으로 족하고, 소년수인 위 미결수용자에 대하여 반드시 계구를

사용하였어야 할 필요성이 있었다고 보기 어렵다 할 것임에도 불구하고 교도관이 위 미결수용자를 포승으로 묶고 수갑을 채운 상태로 독거수감하였을 뿐 아니라, 그 이후 위 미결수용자가 별다른 소란행위 없이 싸운 경위의 조사에 응하고 식사를 하는 등의 상태에서는 더 이상 계구를 사용할 필요가 없다고 할 것임에도 그가 자살한 상태로 발견되기까지 무려 27시간 동안이나 계속하여 계구를 사용한 것은 그 목적 달성에 필요한 한도를 넘은 것으로서 위법한 조치에 해당한다는 이유로 국가배상책임을 인정한 사례.

【참조판례】

[1] 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다18922 판결(1984,520)

【참조법령】

- [1] 구 행형법(1995. 1. 5. 법률 제4936호로 개정되기 전의 것) 제14조, 제45조, 제46조, 제62조
- [2] 국가배상법 제2조 제1항: 구 행형법(1995. 1. 5. 법률 제4936호로 개정되기 전의 것) 제14조, 제45조, 제46조, 제62조

【원심판결】 서울고등법원 1998.2.27. 97나35247

【원고, 상고인】 이△홍 외 1인 (원고들 소송대리인 변호사 강용석)

【피고, 피상고인】 대한민국

【주 문】 원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

1. 원심판결의 요지

(1) 원심이 인정한 사실은 다음과 같다. 소외 이○식은 1990년부터 1991년까지 사이에 절도죄 등의 범죄 전력이 수차례 있는 자로서, 강도상해죄의 혐의로

1994. 3. 4. 구속되어 영등포구치소에 수감되었다가 1994. 6. 9. 제1심법원에서 징역 장기 3년, 단기 2년을 선고받고 항소함으로써 1994. 6. 15. 영등포교도소로 이감되었으며, 이종식은 당시 선천성심장판막증 수술 등으로 인하여 건강이 허약함을 호소하여 의무병동에서 치료를 받은 후 1994. 6. 20. 소년수 수용거실에 수용되었다.

위 이○식은 1994. 7. 19. 17:00경 같은 방에 함께 수감되어 있던 소외 정◇영이 자신을 별명인 '감자'라고 부르자, 이를 참지 못하고 서로 엉겨붙어 몸싸움을 하던 중 적발되어 교위 조○표로부터 그 싸움의 경위 등을 조사받은 다음 서로 화해할 것을 종용받았으나 이를 거절하였다. 이에 위 조○표는 같은 날 17:30경 이종식과 정◇영을 각자 양손목에 수갑을 채우고 포승으로 양손목과 어깨를 묶은 다음, 독거실인 1사 하층 6실과 18실에 격리수용하였다.

위 독거실은 넓이가 0.78평 가량으로 쇠창살로 된 환기창이 설치되어 있으며, 영등포교도소의 1사 하층에는 이와 같은 독방이 1실부터 차례로 33실까지 33개가 있다. 영등포교도소 교도 강○봉은 그 다음날인 1994. 7. 20. 21:00경 위 독거실을 시찰하다가 이○식이 수갑과 포승을 풀고 출입문 안쪽에 치약으로 "엄마 아빠 죄송합니다. 속만 썩혀드리다가 먼저 갑니다. 엄마 아빠 사랑해요. 사랑하는 동생들아. 너희들을 사랑한다."는 내용의 유서를 남기고, 양동이 위에 올라가 몸에서 풀 포승을 환기창의 쇠창살에 묶어 목을 맨 것을 발견하고, 그를 즉시 의무과로 옮겨 인공호흡을 시키고 인근 병원으로 후송하였으나, 그는 같은 날 21:45경 경부압박으로 인한 질식으로 사망하였다.

원고들은 이○식의 부모와 형제들이다.

(2) 위 이○식의 사망사고는 피고의 피용자인 교도관들의 위법한 업무집행 내지 직무수행상의 과실로 인하여 발생한 것이므로 피고는 손해배상책임이 있다는 원고들의 주장에 대하여, 원심은 다음과 같은 이유로 이를 배척하였다. 관계 법령에 의하면, 재소자 상호간에 싸움을 하는 경우에는 규율 위반으로서 징벌의 대상이 되고, 징벌사범으로 조사중에 있는 재소자 또는 계호상 필요하다고 인정되는 재소자에 대하여는 독거수용을 하여야 하거나 할 수 있고, 또한 포승·수갑 등의 계구는 재소자의 도주, 폭행, 소요 또는 자살의 방지 기타 필요한 경우에 소장의 명령에 의하여 사용할 수도 있도록 되어 있으며, 한편 교도관 조○표는 위와 같이 이○식이 정◇영과의 화해를 거절하므로, 징벌을 위하여 조사가 더

필요하고 자살 등의 우려가 있다고 판단하여 교도소장의 승낙을 받아 그를 포승으로 묶고 수갑을 채워 독거실에 수용하였고, 이○식은 다음날 다시 조사를 받고 저녁식사를 하는 등 별다른 이상 없이 생활하였으며, 그날 계호와 감시업무를 담당한 교도 강○봉과 교도 최○락은 서로 교대하며 1실에서 33실까지의 독거실을 순찰하다가 위와 같이 이○식이 사망한 것을 발견하게 된 사실을 인정할 수 있고, 이종식이 소년수 수용거실에 수용된 이후 독거실에 수용될 때까지 수용생활을 감내하기에 어려운 사정이 있었다고 볼 증거가 없으므로, 위 조○표가 이○식을 포승으로 묶고 수갑을 채워 독거실에 수용한 것은 위법한 것이라고 할 수 없고, 교도관들의 감시업무 태만으로 자살을 사전에 방지하지 못하였다고 볼 수 없다. 다만 이○식을 독거실에 수용한 이후 자살에 이르기까지 상당 시간 포승과 수갑으로 포박한 것이 행형목적이나 계구의 사용목적, 당시의 무더운 날씨 등에 비추어 지나친 면이 있었다고 하더라도, 자해행위 등을 방지하기 위하여 수갑과 포승으로 포박된 이종식이 그것을 풀고 그 포승을 이용하여 자살을 감행하리라고는 예견할 수는 없는 것이고, 이○식이 수용생활 중 자살을 기도하였다거나 평소 자살하겠다고 하는 내용의 언동을 하였다는 점 등에 관한 아무런 증거도 없으므로, 이○식의 자살은 위와 같은 상태에서의 독거실 수용과는 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다.

2. 이 법원의 판단

구 「행형법」(1995. 1. 5. 법률 제4936호로 개정되기 전의 것) 제14조는 수형자의 도주, 폭행, 소요 또는 자살의 방지, 기타 필요한 경우에는 포승·수갑 등의 계구를 사용할 수 있음을 규정하고, 같은 법 제62조는 미결수용자에 대하여 이를 준용하고 있는바, 계구의 사용은 사용 목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다고 봄이 상당하다(대법원 1998. 1. 20. 선고 96다18922 판결 참조). 그런데 원심이 인정한 바에 의하면, 이○식은 단지 같은 방에 수감되어 있던 정◇영과 몸싸움을 하는 것이 적발되어 교도관으로부터 화해할 것을 종용받고도 이를 거절하였을 뿐이라는 것이고, 기록을 살펴보아도 이○식은 그 당시 폭행, 소요 또는 자살이나 자해를 행하려고 시도한 바 없을 뿐 아니라, 장차 그들을 격리수용할 경우 이○식이 위와 같은 행동을 감행할 염려가 있다고 볼 만한 정

황을 찾아볼 수도 없는바, 사정이 그와 같다면, 설사 이○식이 정◇영과 제차 싸움을 벌일 염려가 있고 규율 위반으로 장차 징벌에 처할 필요가 있었다고 하더라도, 이러한 목적을 달성하기 위하여는 그들을 서로 격리수용하거나 독거수감하는 것만으로 족하고, 소년수인 이○식에 대하여 반드시 계구를 사용하였어야 할 필요성이 있었다고 보기 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 교도관이 이○식을 포승으로 묶고 수감을 채운 상태로 독거수감하였을 뿐 아니라, 그 이후 이○식이 별다른 소란행위 없이 싸운 경위의 조사에 응하고 식사를 하는 등의 상태에서는 더 이상 계구를 사용할 필요가 없다고 할 것임에도 그가 자살한 상태로 발견되기까지 무려 27시간 동안이나 계속하여 계구를 사용한 것은 그 목적 달성에 필요한 한도를 넘은 것으로서 위법한 조치라고 하지 않을 수 없다. 그리고 위 이○식은 건강이 좋지 못한 미성년자로서 교도소에 구금되어 신체의 자유를 박탈당하고 혐의 사실로 제1심에서 장기간의 실형을 선고받은 상태에서, 위와 같이 포승에 묶이고 수감이 채워진 채 장시간 동안 독거실에 수감되는 위법한 조치를 당하게 되었고, 한편 기록에 의하면, 수감은 원래 열쇠가 없이는 열 수 없는 것이지만 자물쇠를 여는 기능을 가진 자에게는 단순히 열리는 경우도 종종 있으며, 수감이 풀리면 포승은 스스로 풀 수도 있다는 것인바, 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 재소자의 교정업무를 담당한 교도관으로서 이○식이 처한 상황에 비추어 그가 위와 같이 위법한 처분을 당하고 자살을 결행할 수도 있을 것이라는 점을 전혀 예견할 수 없었던 것은 아니라고 할 것이고, 교도관의 위법한 조치와 이○식의 사망 사이에 법률상 인과관계를 부정할 수 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 위에서 본 바와 같은 판단 아래 불법행위의 성립을 인정하지 아니한 것은 채증법칙을 위반하였거나 불법행위의 성립요건에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 원고들의 상고는 이유가 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 천경송(재판장) 지창권 신성택(주심) 송진훈

[6] 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다68306 손해배상(기)

【판시사항】

- [1] 타인의 명예훼손행위에 있어서 위법성 조각사유
- [2] 신문보도에 의한 명예훼손에 있어서 그 신문보도 내용이 진실하지 않고 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 없다고 본 사례
- [3] 명예훼손에 의한 불법행위가 성립하기 위한 요건으로서의 피해자의 특정 정도

【판결요지】

- [1] 형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 그 행위에 위법성이 없고, 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 한다.
- [2] 신문보도에 의한 명예훼손에 있어서 그 신문보도 내용이 진실하지 않고 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 없다고 본 사례.
- [3] 명예훼손에 의한 불법행위가 성립하려면 피해자가 특정되어 있어야 하지만 그 특정을 위하여 반드시 사람의 성명을 명시하여야만 하는 것은 아니고, 성명을 명시하지 않은 경우라도 그 표현의 내용을 주위사정과 종합하여 볼 때, 그 표시가 누구를 지목하는가를 알아차릴 수 있을 정도라면 피해자가 특정되었다고 볼 수 있다.

【참조판례】

- [1] 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결; 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결 ; 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결; 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결

[3] 대법원 1982. 11. 9. 선고 82도1256 판결; 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다36622 판결

【참조법령】

[1] 민법 제750조, 제751조

[2] 민법 제750조, 제751조

[3] 민법 제750조, 제751조

【원심판결】 서울지방법원 2000.11.08 2000나37349

【주 문】

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유를 본다.

1. 제1점에 대하여

가. 형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 그 행위에 위법성이 없고, 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다(대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결 참조).

나. 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

원고는 피해아동에 대한 원심 판시와 같은 체벌을 가한 이틀 후인 1999. 4. 29. 그 부모를 만난 자리에서 3시간 여에 걸쳐 사죄하였고, 같은 해 5. 3. 피해아동의 ○○학교장을 ○○학교운영위원회의 건의에 ○○학교장이 그 권한 범위 내에서 취할 수 있는 최대한의 제재조치로서 원고를 담임직에서 해임하고, 일정기

간 수업지도권을 정지시키는 한편, 관할 교육청에 원고를 ○○학교로 전보발령하도록 내신하는 선에서 사건을 마무리하는 데에 동의하고 이에 따르겠다는 의사를 표명하는 자리에서도 다시 한 번 피해아동의 어머니에게 사과를 하였다.

그런데 같은 달 19. 피해아동의 ○○학교장을 다시 찾아와 그 어머니가 정신적 충격으로 병원에 입원한 동안 한 번의 병문안도 없었다는 이유로 껄뻐서 할 수 있는 온갖 방법을 다 동원하여 언론에 알리고 인터넷에도 올리겠다고 하면서 ○○학교운영위원회의 결정에 따르겠다던 의사를 번복하자, 원고가 같은 달 21. 피해아동의 집을 찾아갔으나 그 부모를 만나지 못한 채 돌아왔고, 같은 달 22. 및 25. 두 차례에 걸쳐 원고의 남편이 피해아동의 집을 찾아가 다시 사과를 하였음에도 피해아동의 아버지는 원고에게 사표를 제출할 것을 요구하였고, 같은 해 5. 29. 및 6. 9. 원고 또는 원고의 남편이 피해아동의 아버지를 만나 다시 한 번 사죄하였다.

그러나 피해아동의 아버지는 같은 해 6. 17. 중간에 제3자를 내세워 원고에게 피해아동과 그 어머니의 기왕 치료비 및 향후 치료비 등의 명목으로 550만 원을 요구하였고, 이에 대하여 원고측에서 200만 원 선에서 합의하여 줄 것을 요청하였으나 이에 응하지 아니한 채 같은 해 7. 3. 원고를 고소하였다.

피고는 원심 공동피고 주식회사 경△북부신문사 소속 기자로서 피해아동의 아버지로부터 원고의 과도한 체벌사실에 대한 제보를 받고 피해아동 및 그 부모로부터 사건 경위에 대하여 진술을 듣는 한편, 사건 처리에 관여한 '참교육을 위한 전국 학부모회' 의정부지부 지부장에게 사실 여부에 대하여 확인한 다음, 당사자인 원고의 진술을 듣기 ○○학교에 원고의 연락처에 대하여 ○○학교측에서 이를 가르쳐 주지 않자 원고 등을 상대로 더 이상 피해아동측에서 주장하는 사건 발생 후의 경과에 대하여 확인하여 보지 아니한 채, 원고의 체벌사실과 함께 " 피해아동의 어머니가 정신적 충격으로 쓰러져 입원하였음에도 불구하고, 원고가 전화 한 통 걸지 않을 정도로 처음부터 끝까지 너무 무성의한 태도로 일관하였다.", "오히려 ○○학교측의 징계로 자신이 피해자라고 주장하며 '마음대로 할 테면 하라.'는 식의 적반하장의 태도를 보이고 있다."고 하는 등 사건 발생 후 원고가 취한 태도와 관련하여 구체적인 사실을 적시하여 원고를 일방적으로 비난하는 내용의 기사를 작성하여 소속 회사가 주간으로 발행하는 지역신문인 1999. 7. 19.자 의정부시민신문에 게재·보도케 하였다.

다. 이와 같이 원고가 사건 발생 후 여러 차례에 걸쳐 피해아동의 부모를 찾아가 사죄하였고, 특히 원고에 대하여 교사로서는 극히 불명예스러운 담임직 해임 및 수업지도권 정지라는 제재조치가 결정된 후에도 이를 수용하고 피해아동의 어머니에게 다시 한 번 사과를 하였으며, 그 후 피해아동 측의 피해보상 요구에 대하여도 나름대로 상당한 합의금을 제시하는 등으로 자신의 행위에 대하여 사죄와 함께 사건 수습을 위하여 노력을 기울인 점에 비추어 볼 때, 문제의 기사내용은 진실한 것으로 볼 수 없고, 나아가 피고로서는 피해아동 측에서 원고를 상대로 형사고소까지 제기한 상황에서 피해아동 및 그 부모나 처음부터 피해아동 측을 대변하여 온 학부모단체 관계자의 말만 듣고는, 학교 측에서 원고의 연락처를 알려주지 않는다는 이유로 더 이상 원고 측의 해명을 들어 보려고 시도하지 않은 채 원고를 일방적으로 매도하는 기사를 게재한 것으로서, 피고로서는 문제의 기사 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 볼 수도 없다.

라. 이와 같은 취지에서 그 기사의 일부는 진실하다고 볼 수 없으며, 피고가 그 기사의 내용이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있다고 보기도 어렵다고 한 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 여기에 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하거나, 명예훼손에서 위법성조각에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다. 이 점을 다투는 상고이유는 받아들이지 아니한다.

2. 제2점에 대하여

명예훼손에 의한 불법행위가 성립하려면 피해자가 특정되어 있어야 하지만 그 특정을 위하여 반드시 사람의 성명을 명시하여야만 하는 것은 아니고, 성명을 명시하지 않은 경우라도 그 표현의 내용을 주위사정과 종합하여 볼 때, 그 표시가 누구를 지목하는가를 알아차릴 수 있을 정도라면 피해자가 특정되었다고 볼 수 있다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다36622 판결 등 참조). 기록에 의하면, 피고가 문제의 보도기사에서 비록 원고의 이름을 명시하지 않고 '최모 교사'라고만 표현하였으나, 그 기사내용이 최모 교사가 의정부시 소재 ○○학교에서 1학년 담임을 맡고 있던 중, 과도한 체벌이 문제되어 담임직 해임, 학습지도권 박탈 및 타학교로의 전출 내신 등의 제재조치를 받았고, 피해아동의 아버지가 형사고소까지 하였다는 내용으로 되어 있어 이 기사를 읽어 본 사람 중 적어도 원고를

아는 사람이라면 이 기사에서 말하는 '최모 교사'가 원고를 지목하는 것임을 쉽게 알아차릴 수 있는 상황이었다고 보지 않을 수 없다. 이 점을 들어 원심의 판단을 비난하는 상고이유도 받아들일 수 없다.

3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 윤재식(재판장) 송진훈(주심) 변재승 이규홍

7 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004다62597 가처분이의

【판시사항】

- [1] 「민사소송법」 제424조 제1항 제6호에 규정된 절대적 상고이유인 ‘판결에 이유를 명시하지 아니한 경우’의 의미 및 관계 법률이 위헌이라는 당사자의 주장에 대하여 법원이 판결이유에서 이를 반드시 명시적으로 판단하여야 하는지 여부(소극)
- [2] 가처분이의절차에 있어서 심리의 대상(=가처분신청의 당부) 및 그 당부 판단의 기준 시점(=변론종결시)
- [3] 대세적 권리의 침해행위에 대한 부작위청구권의 요건과 그 부작위명령의 대상
- [4] 학교를 설립·운영하는 법인과 그 교장은 자신들의 인격권을 침해하는 위법한 표현행위 등에 대하여 부작위청구권을 행사하는 권리주체가 될 수 있으며, 나아가 학교에 대한 운영주체로서 그 시설관리권 등에 근거하여 면학분위기를 해치는 위법행위에 대한 방해예방청구 등 부작위청구권을 행사할 수 있다고 한 사례
- [5] 언론·출판·집회·결사의 자유의 보장과 그 한계에 관한 「헌법」 제21조 제1항과 제4항의 규정 취지 및 언론·출판·집회·결사의 자유가 「헌법」 제37조 제2항에 근거한 법률적 제한을 받을 수 있는지 여부(적극)
- [6] 쟁의행위가 정당행위로서 「헌법」상 특별한 보호를 받기 위한 요건과 그 요건이 충족되지 아니한 경우의 규율 기준
- [7] 교원의 지위에 관한 규정인 「헌법」 제31조 제6항과 근로기본권에 관한 규정인 「헌법」 제33조 제1항의 관계 및 교원의 근로기본권에 관하여 보통의 근로자들과 달리 특별한 규율을 하는 것이 허용되는지 여부(적극)
- [8] 교원들이 전국교직원노동조합 활동을 한다는 명목으로 집단행동의 일종인 시위를 하는 것은 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제8조에 위배되는 것이고, 법원이 헌법적 특별규정에 근거한 위 법률 제8조를 문

면 그대로 적용한다고 하여도 위헌적 상황이 발생한다고 보기 어렵다고 한 사례

- [9] 전국교직원노동조합 소속 교원들이 '죽별재단 퇴진' 등과 같은 내용의 리본, 배지, 조끼를 패용·착용한 행위를 금지하는 것은 근로자나 노동조합의 적법한 단결권 행사에 어떠한 제한을 부과하는 것이 아니라고 한 사례
- [10] 학교의 시설물로 범위를 한정하여 이를 학교장의 승인 없이 전국교직원노동조합 활동을 위한 장소로 사용하는 행위를 금지한 원심의 판단을 수긍할 수 있다고 한 사례
- [11] 학생들의 교육에 직접적 영향을 미치는 수업시간이라는 시간적, 장소적으로 한정된 영역을 특정하여 학교운영자들의 인격권을 침해하는 전국교직원노동조합 소속 교사들의 일정한 행위를 금지한 원심의 판단을 수긍할 수 있다고 한 사례
- [12] 개별 당사자 간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리·결정하는 가치분결정에 따른 사전금지가 「헌법」 제21조 제2항에서 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 「민사소송법」 제424조 제1항 제6호 소정의 절대적 상고이유인 '판결에 이유를 명시하지 아니한 경우'라 함은 판결에 이유를 전혀 기재하지 아니하거나 이유의 일부를 빠뜨리는 경우 또는 이유의 어느 부분이 명확하지 아니하여 법원이 어떻게 사실을 인정하고 법규를 해석·적용하여 주문에 이르렀는지가 불명확한 경우를 일컫는 것이므로, 판결이유에 주문에 이르게 된 경위가 명확히 표시되어 있는 이상 관계 법률이 위헌이라는 당사자의 주장을 판단하지 아니하였다는 사정만으로 판결에 이유를 명시하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없고, 또한 당사자의 주장이나 항변에 대한 판단은 반드시 명시적으로만 하여야 하는 것이 아니고 묵시적 방법이나 간접적인 방법으로도 할 수 있다.
- [2] 가치분이의절차에서 법원의 심리대상이 되는 것은 가치분신청의 당부(當否)로서 그 변론종결시점을 기준으로 하여 가치분신청이 이유 있다고 판단하는

경우에 가처분결정을 유지하게 된다.

- [3] 인격권이나 시설관리권 등과 같은 대세적 권리를 침해하는 행위에 대한 부작위청구권은 대세적 권리에 대한 침해의 우려가 있다는 점 또는 이미 침해가 있었고 그 재발의 위험성이 있다는 점 등을 요건으로 하는 것이며, 이 경우 부작위명령의 대상이 되는 것은 가해자들이 이미 저지른 행위와 동일한 행위뿐만 아니라 그와 유사한 행위로서 장래에 저질러질 우려가 있는 행위를 포함한다.
- [4] 학교를 설립·운영하는 법인과 그 교장은 자신들의 인격권을 침해하는 위법한 표현행위 등에 대하여 부작위청구권을 행사하는 권리주체가 될 수 있으며, ○○학교에 대한 운영주체로서 그 시설관리권 등에 근거하여 면학분위기를 해치는 위법행위에 대한 방해예방청구 등 부작위청구권을 행사할 수 있다고 한 사례.
- [5] 「헌법」 제21조 제1항 및 제4항의 취지는 일반 국민들이 행사할 수 있는 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하되, 이러한 유형의 자유가 절대적인 자유가 아니고 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해할 수 없는 자체적인 한계가 있다는 점을 헌법적 차원에서 분명히 한 것으로서, 언론·출판·집회·결사의 자유가 절대적인 기본권이 아닌 이상 개인이 하고자 하는 표현행위가 아무런 제한 없이 허용되는 것이 아니고, 「헌법」 제37조 제2항에 근거한 법률적 제한을 받을 수도 있다.
- [6] 쟁의행위는 근로자들의 집단적인 행위로서 「형법」 제314조에 정한 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건을 충족하는 경우가 많을 것이나, 근로조건 등의 향상을 목적으로 한 단체행동권은 헌법상 특별한 보호를 받으므로 헌법과 관련 법률에 규정된 요건들을 충족시킨 근로조건외의 향상 등을 주된 목적으로 하는 쟁의행위의 경우에 한하여는 정당행위로서 형사처벌의 대상이 되지 않으며, 쟁의행위가 위에서와 같은 특별한 보호를 받기 위해서는 근로조건외의 향상을 주된 목적으로 하는 등 「헌법」과 「노동조합 및 노동관계조정법」 등에서 규정한 요건들을 충족시켜야 하고, 만일 이러한 요건들이 충족되지 아니한 경우에는 일반 국민의 경우와 동일한 기준에 따라서 규율된다.
- [7] 교원의 지위에 관련된 사항에 관한 한 「헌법」 제31조 제6항이 근로기본권

에 관한 「헌법」 제33조 제1항에 우선하여 적용되기 때문에, 입법자가 교원에 대하여 일반노동조합과 유사한 형태의 조합을 결성할 수 있음을 규정하되 그 규율방식을 달리하여 근로조건의 향상 등을 목적으로 하는 단결권 및 단체교섭권은 허용하면서도 단체행동권의 행사는 전면적으로 금지하거나, 혹은 개별 직장이 아닌 광역단위에 한하여 노동조합을 설립할 수 있도록 하는 등 이에 대하여 특별한 규율을 하는 것도 허용된다.

[8] 보통의 근로자들과 달리 교원의 경우 '근로조건의 향상 등을 위한 단체행동권'을 행사하는 것도 현행법상 허용되지 않기 때문에, 교원들이 전△교직원노동조합 활동을 한다는 명목으로 집단행동의 일종인 시위를 하는 것은 그 시간, 장소, 방법 등과 관계없이 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제8조에 위배되는 것이고, 「헌법」 제21조, 제31조, 제33조, 제37조 등의 상관관계 등에 비추어 보면, 법원이 헌법적 특별규정에 근거한 위 법률 제8조의 문면 그대로 적용함으로써 위헌적 상황이 발생한다고 보기 어렵다고 한 사례

[9] 전△교직원노동조합 소속 교원들이 '족벌재단 퇴진' 등과 같은 내용의 리본, 배지, 조끼를 패용·착용한 행위는 단순히 노동조합의 내부적 단결을 위한 행위가 ○○학교운영자들에게 유형적 위력을 보이는 외부적인 집단행동에 해당한다고 볼 수 있고, 설령 위와 같은 리본 등의 패용·착용행위가 '단결권'에 관한 것이라 하더라도 근로조건의 향상과 별다른 관계가 없는 내용이므로 이를 금지하는 것은 근로자나 노동조합의 적법한 단결권행사에 어떠한 제한을 부과하는 것이 아니라고 한 사례

[10] 개별 사업장 별로 노동조합을 구성하여 그 사업장에 소속된 근로자들만의 근로조건의 향상 등을 목적으로 하여 근로3권을 행사할 수 있는 일반노동조합에 적용되는 법리와 전국 또는 시·도 단위로 노동조합을 구성할 수 있을 뿐 그 하부단위로 노동조합을 구성할 수 없고, 단체교섭권을 행사할 수도 없는 교원 노동조합에 적용되는 법리는 본질적인 차이가 있으므로, 학교의 시설물로 범위를 한정하여 ○○학교장의 승인 없이 전△교직원노동조합 활동을 위한 장소로 사용하는 행위를 금지한 원심의 판단을 현행 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」에 비추어 수긍할 수 있다고 한 사례

[11] 학생들의 교육에 직접적 영향을 미치는 수업시간이라는 시간적, 장소적으로

한정된 영역을 ○○학교운영자들의 인격권을 침해하는 전△교직원노동조합 소속 교사들의 일정한 행위를 금지한 원심의 판단을 수긍할 수 있다고 한 사례

[12] 개별 당사자 간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리·결정하는 가처분결정에 따른 사전금지 「헌법」 제21조 제2항에서 금지하는 사전검열에 해당하지 아니하고 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하지도 않는다.

【참조판례】

- [1] 대법원 1995. 3. 3. 선고 92다55770 판결(1984,520), 2004. 5. 28. 선고 2001다81245 판결(1988, 189)
- [5] 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 전원재판부 결정(1992, 1037)
- [6] 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결(공1988, 168), 대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2852 판결(공1993하, 2098)
- [7] 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 전원재판부 결정(공2000하, 1547), 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌바61 전원재판부 결정(공2003상, 1003)
- [12] 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌바36 전원재판부 결정(공1979, 11858)

【참조법령】

- [1] 민사소송법 제424조 제1항 제6호
- [2] 민사집행법 제283조, 제286조, 제300조, 제301조
- [3] 민사집행법 제300조, 제305조
- [4] 민사집행법 제300조, 제305조
- [5] 헌법 제21조 제1항, 제4항, 제37조 제2항
- [6] 헌법 제33조 제1항, 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제5호, 제6호, 형법 제20조, 제314조
- [7] 헌법 제31조 제1항, 제6항, 제33조 제1항, 교원의 노동조합 설립 및 운영 등

에 관한 법률 제4조, 제6조, 제8조

[8] 헌법 제21조, 제31조, 제33조, 제37조, 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제8조

[9] 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제6조, 제8조

[10] 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제4조, 제6조, 민사집행법 제300조 제2항

[11] 헌법 제21조, 제31조 제4항, 민사집행법 제300조 제2항

[12] 민사집행법 제300조 제2항, 헌법 제21조 제2항, 제37조 제2항

【원심판결】 서울고등법원 2004.10.12 2004카합375

【신청인, 피상고인】 신청인 1 학교법인 외 3인
(소송대리인 법무법인 미래 담당변호사 박장우외 4인)

【피신청인(선정당사자), 상고인】 피신청인 1외 4인
(소송대리인 변호사 하승수 외 3인)

【주 문】

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피신청인(선정당사자)들이 부담한다.

【이 유】

상고이유를 본다(상고이유보충서는 보충의 범위 내에서).

1. 이 사건 사실관계 등

가. 사실관계

원심판결을 기록에 비추어 살펴보면, 다음과 같은 사실이 소명된다.

(1) 신청인들은 이 사건 각 학교를 설립·운영하는 법인과 그 교장들이고, 선정

자들은 이 사건 각 학교에 재직하는 교사들로서 전△교직원노동조합(이하 '전교조'라고 한다)의 조합원이다.

(2) 선정자들은 신청인 범인이 학사 운영과 관련하여 비리를 저지르고 있다고 ○○학교 구내에 천막을 설치하여 농성하고, 학교 및 학교 주변에서 '죽벌재단 퇴진' 등의 구호가 적힌 피켓을 들고 시위를 하거나 이와 유사한 내용이 적힌 리본, 배지, 조끼 등을 패용·착용하였으며, 학교 시설물 중 일부를 전교조 사무실로 사용하면서 각종 시위용품을 보관하였다.

(3) 한편, 선정자들은 일부 신청인들의 집 앞 등을 비롯한 여러 장소에서 다양한 형태로 신청인들의 인격권 등을 침해하는 행동을 하였다.

나. 원심판결의 요지

선정자들로 하여금 이 사건 각 학교의 경계선 ○○학교장의 승인 없이 천막을 설치하는 등의 방법으로 농성 또는 시위를 하거나, 위와 같은 리본, 배지 및 조끼를 패용·착용하거나, 혹은 각종 시위용 물품을 반입, 보관하는 등 그 학교 시설물을 전교조 활동을 위한 장소로 사용하는 행위를 하여서는 아니 되고, 아울러 수업시간 등에 신청인들의 인격권을 침해하는 일정한 행위를 하여서는 아니 된다고 명한 원심의 가처분결정을 인가하는 취지이다.

2. 상고이유 제1점에 대하여

「민사소송법」 제424조 제1항 제6호 소정의 절대적 상고이유인 '판결에 이유를 명시하지 아니한 경우'라 함은 판결에 이유를 전혀 기재하지 아니하거나 이유의 일부를 빠뜨리는 경우 또는 이유의 어느 부분이 명확하지 아니하여 법원이 어떻게 사실을 인정하고 법규를 해석·적용하여 주문에 이르렀는지가 불명확한 경우를 일컫는 것이므로, 판결이유에 주문에 이르게 된 경위가 명확히 표시되어 있는 이상 관계 법률이 위헌이라는 당사자의 주장을 판단하지 아니하였다는 사정만으로 판결에 이유를 명시하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없고, 또한 당사자의 주장이나 항변에 대한 판단은 반드시 명시적으로만 하여야 하는 것이 아니고 묵시적 방법이나 간접적인 방법으로도 할 수 있으며(대법원 1995. 3. 3. 선고 92다55770 판결, 2004. 5. 28. 선고 2001다81245 판결 등 참조), 가처분이의절차에서 법원의 심리대상이 되는 것은 가처분신청의 당부(當否)로서 그 변론종결시점

을 기준으로 하여 가처분신청이 이유 있다고 판단하는 경우에 가처분결정을 유지하게 되는 것이다. 그런데 기록에 나타난 피신청인들의 이의사유는 결국 이 사건 가처분신청의 인용요건인 피보전권리 및 보전의 필요성이 존재하지 않는다는 취지인데, 원심판결은 그 판시 소명자료에 근거하여 심리대상인 가처분신청의 인용요건인 피보전권리 및 보전의 필요성 등이 적극적으로 소명된다는 취지의 이유를 적시함으로써 그 소송절차상 부인(否認)에 해당하는 이의사유에 대한 판단을 하였다고 보아야 하므로, 원심판결에 이유불비의 위법이 있다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

3. 상고이유 제2점 내지 제4점 중 사실판단에 관한 주장에 대하여

이 사건 가처분신청은 신청인들의 인격권 및 이 사건 각 학교에 관한 시설관리권 등과 같은 대세적 권리(對世的 權利)를 선정자들이 위법하게 침해할 우려가 있는 경우 신청인들이 해당 행위에 관한 부작위를 청구할 수 있다는 것을 전제로 하여 선정자들에 대하여 일정한 부작위를 명하는 임시의 지위를 정하는 가처분결정을 구하는 취지이고, 위와 같은 부작위청구권은 대세적 권리에 대한 침해의 우려가 있다는 점 또는 이미 침해가 있었고 그 재발의 위험성이 있다는 점 등을 요건으로 하는 것이며, 이 경우 부작위명령의 대상이 되는 것은 선정자들이 이미 저지른 행위와 동일한 행위뿐만 아니라 그와 유사한 행위로서 장래에 저질러질 우려가 있는 행위를 포함한다 할 것이다. 원심판결을 기록에 비추어 살펴보면, 원심은 그 판시와 같은 소명자료에 근거하여 선정자들이 과거에 저질렀던 신청인들의 인격권, 시설관리권 등에 대한 위법한 침해행위들을 구체적으로 명시한 다음, 이와 동일하거나 유사한 형태의 위법행위가 반복될 우려(재발의 위험성)가 있다고 판단하여 그와 같은 행위의 금지를 명한 것으로 보이는데, 이러한 원심의 사실인정 및 판단은 수긍할 수 있고, 부작위 명령의 대상이 선정자들이 이미 저지른 행위와 동일한 행위에 국한됨을 전제로 선정자들이 과거에 행하지 아니한 행위형태까지 금지명령에 포함시킨 것은 부당하다는 취지의 상고이유의 주장은 부작위청구권의 요건 등에 관한 법리를 오해한 것으로서 받아들일 수 없다.

4. 상고이유 제2점 내지 제4점 중 법리오해의 주장에 대하여

가. 이 사건 피보전권리의 구조 등 이 사건 피보전권리는 ① 신청인들의 인

격권 및 시설관리권 등과 같은 대세적 권리를 토대로 하여(부작위청구권의 권리주체 등에 관한 문제) ② 선정자들이 일정한 행위를 하지 못하도록 청구하는 구조(부작위청구권의 대상 등에 관한 문제)를 취하고 있는데, ①과 ②의 문제는 개념적으로 분리되는 것이다.

나. 부작위청구권의 권리주체 등에 관한 문제 신청인들은 자신들의 인격권을 침해하는 위법한 표현행위 등에 대하여 부작위청구권을 행사하는 권리주체가 될 수 있으며, 나아가 이 사건 각 학교에 대한 운영주체로서 그 시설관리권 등에 근거하여 면학분위기를 해치는 위법행위에 대한 방해예방청구 등 부작위청구권을 행사할 수 있다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다41708 판결 등 참조). 원심은 신청인들이 그 인격권과 시설관리권 등을 토대로 하여 선정자들에 대하여 부작위청구권을 행사하는 것으로 보아 이를 인용한 것으로 판단되고, 이와는 달리 원심에서 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 '교원노조법'이라고 한다), 학교보건법, ○○학교법 등에 근거하여 신청인들에게 부작위청구권을 인정하였다는 취지의 상고이유의 주장은 원심의 법리판단을 오해한 것으로서 받아들일 수 없다.

다. 부작위청구권의 대상 등에 관한 문제

(1) 이에 관한 상고이유의 주장은 원심판결 중 선정자들로 하여금 헌법상 보장되는 기본권 등을 구현하기 위한 정당한 행위를 할 수 없도록 금지한 부분이 있기 때문에 위법하다는 취지로 볼 수 있는데, 이에 관하여 먼저 전반적인 법률 관계를 살펴본 다음 개별 주장들에 대하여 순차적으로 검토하기로 한다.

(2) 「헌법」 및 관련 법률의 규정 등

(가) 일반 국민의 언론·출판·집회·결사의 자유에 관하여

「헌법」 제21조 제1항 및 제4항의 취지는 일반 국민들이 행사할 수 있는 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하되, 이러한 유형의 자유가 절대적인 자유가 아니고 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해할 수 없는 자체적인 한계가 있다는 점을 헌법적 차원에서 분명히 한 것으로서, 언론·출판·집회·결사의 자유가 절대적인 기본권이 아닌 이상 개인이 하고자 하는 표현행위가 아무런 제한 없이 허용되는 것이 아니고, 「헌법」 제37조 제2항에 근거한 법률적 제한을 받을 수도 있는 것이다(헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정 등

참조).

(나) 근로자에 대한 헌법상 특별규정 등

「헌법」 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정함으로써 일반 국민들 중 근로자에 해당하는 사람들에 대하여 ‘근로조건의 향상을 목적으로 한 단결권·단체교섭권 및 단체행동권’을 특별히 보장하고 있다. 위와 같은 「헌법」 제33조 제1항을 근거로 제정된 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’이라고 약칭한다)은 노동조합과 사용자 간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 ‘노동쟁의’로(제2조 제5호), 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 ‘쟁의행위’로 각 정의하고 있다(제2조 제6호). 이와 같은 쟁의행위는 근로자들의 집단적인 행위로서 「형법」 제314조 소정의 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건을 충족하는 경우가 많을 것이나, 근로조건 등의 향상을 목적으로 한 단체행동권은 헌법상 특별한 보호를 받으므로 「헌법」과 관련 법률에 규정된 요건들을 충족시킨 근로조건의 향상 등을 주된 목적으로 하는 쟁의행위의 경우에 한하여는 정당행위로서 형사처벌의 대상이 되지 않으며(대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결, 1991. 1. 29. 선고 90도2852 판결 등 참조), 헌법재판소도 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어나지 않은 집단행동만을 정당행위로 파악하는 것이 근로자들의 기본권을 침해하는 것이 아니라고 판시하고 있으므로(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정 등 참조), 쟁의행위가 위에서와 같은 특별한 보호를 받기 위해서는 근로조건의 향상을 주된 목적으로 하는 등 「헌법」 및 「노조법」 등에서 규정한 요건들을 충족시켜야 하고, 만일 이러한 요건들이 충족되지 아니한 경우에는 일반 국민의 경우와 동일한 기준에 따라서 규율된다고 하겠다.

(나) 교원에 대한 헌법상 특별규정 등 교원의 경우

「헌법」 제33조 제1항 및 「노조법」 제2조 제1호 소정의 ‘근로자’에 해당한다고 볼 수 있으나, 「헌법」 제31조는 교육 및 교원의 지위 등에 관하여 헌법적 차원에서 특별한 규율을 하고 있다. 「헌법」 제31조 제6항은 같은 조 제1항 소정의 국민의 교육을 받을 기본적 권리를 보다 효과적으로 보장하기 위

하여 교원의 보수 및 근무조건 등을 포함하는 개념인 '교원의 지위'에 관한 기본적인 사항을 법률로써 정하도록 한 것이므로, 교원의 지위에 관련된 사항에 관한 한 「헌법」 제31조 제6항이 근로기본권에 관한 「헌법」 제33조 제1항에 우선하여 적용되기 때문에, 입법자가 교원에 대하여 일반노동조합과 유사한 형태의 조합을 결성할 수 있음을 규정하되 그 규율방식을 달리하여 근로조건의 향상 등을 목적으로 하는 단결권 및 단체교섭권은 허용하면서도 단체행동권의 행사는 전면적으로 금지하거나, 혹은 개별 직장이 아닌 광역단위에 한하여 노동조합을 설립할 수 있도록 하는 등 이에 대하여 특별한 규율을 하는 것도 허용된다고 보아야 한다(구 ○○학교법의 위헌 여부에 관한 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정, 1999. 6. 24. 선고 97헌바61 결정 등 참조).

(3) 원심판결 중 학교경계선 내에서의 전교조 활동 제한부분에 대하여

(가) 학교경계선 ○○학교장의 승인 없이 선정자들이 시위·농성하거나 각종 시위용 물품을 반입, 보관하는 행위를 금지한 점에 대하여

1) 상고이유의 요지

원칙적으로 교원 노동조합에 대해서도 일반 노동조합에 관한 법리가 그대로 적용되는 것으로서, 비록 「교원노조법」 제8조는 교원으로 하여금 일체의 정의행위를 할 수 없도록 규정하고 있지만, 만일 위 법률조항을 문면 그대로 적용하면 교원의 단체행동권 등의 본질적 내용이 침해되기 때문에 헌법에 위반되는 것임에도 불구하고, 원심이 위 법률조항에 근거하여 선정자들로 ○○학교경계선 ○○학교장의 승인 없이 천막을 설치하는 등의 방법으로 농성 또는 시위를 할 수 없도록 함과 동시에 각종 시위용 물품을 반입, 보관할 수 없도록 금지한 것은 위법하다.

2) 판 단

보통의 근로자들과 달리 교원의 경우 '근로조건의 향상 등을 위한 단체행동권'을 행사하는 것도 현행법상 허용되지 아니하기 때문에, 선정자들이 전교조 활동을 한다는 명목으로 집단행동의 일종인 시위를 하는 것은 그 시간, 장소, 방법 등과 관계없이 교원노조법 제8조에 위배되는 것이고, 위에서 살펴본 헌법 제21조, 제31조, 제33조, 제37조 등의 상관관계 등에 비추어 보면, 법원이 헌법적 특별규정에 근거한 교원노조법 제8조를 문면 그대로 적용함으로써 위헌적 상황

이 발생한다고 보기 어렵다. 이 사건에 대하여 살펴보면, 현행법상 교원 노동조합의 활동범위 내에 '농성이나 시위' 등과 같이 유형적 위력을 보이는 집단행동이 포함될 수 없음에도 불구하고, 선정자들이 이 사건 각 학교에서 그 시설관리권자인 신청인 법인 등의 의사에 반하여 교원노조법 제8조를 위반하는 농성이나 시위와 같은 집단행동을 감행하여 왔고 더 나아가서 이러한 위법행위를 계속할 위험성이 있다는 점까지 소명되었으므로, 원심이 이 부분에 대한 가치분결정을 인가한 것은 정당하며, 이와는 다른 견해를 전제로 한 상고이유의 주장은 이유 없다.

(나) 학교경계선 ○○학교장의 승인 없이 '죽벌재단 퇴진' 등과 같은 내용의 리본, 배지, 조끼를 패용·착용하는 행위를 금지한 점에 대하여

1) 상고이유의 요지

선정자들이 위와 같은 리본, 배지, 조끼를 패용·착용한 행위는 쟁의행위가 아니라 노동조합의 단결권에 관련된 집단적 행위에 해당하는 것임에도 불구하고, 원심에서 이러한 선정자들의 행위를 쟁의행위에 해당한다고 보고 이를 금지한 것은 위법하다.

2) 판 단

이 사건에서 소명된 사실관계에 의하면, 선정자들이 위와 같은 리본, 배지, 조끼를 패용·착용한 행위는 단순히 노동조합의 내부적 단결을 위한 행위గా 아니라 신청인들에 대하여 유형적 위력을 보이는 외부적인 집단행동에 해당한다고 볼 수 있고, 또한 상고이유의 주장과 같이 리본, 배지, 조끼의 패용·착용 등이 '단결권'에 관련된 것이라고 하더라도, 헌법 및 법률에 의하여 특별히 보호되는 근로자의 단결권은 근로조건의 향상 등을 주된 목적으로 하여야 하는데, 원심은 이 사건 사실관계를 토대로 하여 근로조건의 향상과는 별다른 관계가 없는 내용의 리본, 배지, 조끼 등의 패용·착용행위를 금지한 것으로서 선정자들 및 전교조의 적법한 단결권행사에 어떠한 제한을 부과한 것이 아니므로, 원심판결이 이 부분에 대한 가치분결정을 인가한 것은 정당하고, 이와는 다른 견해를 전제로 한 상고이유의 주장은 이유 없다(상고이유에서 거시한 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결은 이 사건의 선례로서 적절한 것이 아니다).

(다) 학교장 승인 ○○학교시설물을 전교조 활동을 위한 장소로 사용하

는 것을 금지한 점에 대하여

1) 상고이유의 요지

교원 노동조합에 대해서도 원칙적으로 일반 노동조합에 관한 법리가 그대로 적용되므로, 선정자들이 속하는 개별 사업장으로 볼 수 있는 이 사건 각 학교시설에서 선정자들로 하여금 전교조 활동을 하는 것을 포괄적으로 금지하는 것은 헌법과 법률에 의하여 단결권과 단체행동권이 보장되는 노동조합의 존재 자체를 부인하는 것인바, 이러한 측면에서 원심판결이 이 사건 각 학교에 관한 '시설관리권'이 신청인 법인 등에게 배타적으로 귀속되는 것으로 파악한 것은 위법하고, 나아가 전교조 활동을 '학교시설물의 본래 목적 이외의 용도의 사용'으로 파악하고서 신청인들의 시설관리권을 토대로 ○○학교시설에서의 전교조 활동을 포괄적으로 금지한 것도 위법하다.

2) 판 단

우리나라에서는 교원에 대하여 보통의 근로자와 다른 법률적 규율을 하는 것이 헌법적으로 용인되는바, 현행 교원노조법에 의하면, 교원 노동조합의 경우 전국 또는 시·도 단위로 노동조합을 구성할 수 있을 뿐 그 하부단위로 노동조합을 구성할 수 없고(제4조), ○○학교단위(혹은 ○○학교법인에 소속된 ○○학교단위)에서 '○○학교의 교원들만의 근로조건의 향상'을 목적으로 하는 단체교섭권을 행사할 수도 없으며, 신청인들과 ○○학교 법인 ○○학교장 등은 단독으로 교원 노동조합의 단체교섭에 응할 수도 없는데(제6조 제1항), 이러한 측면에서 개별 사업장 별로 노동조합을 구성하여 그 사업장에 소속된 근로자들만의 근로조건의 향상 등을 목적으로 하여 근로3권을 행사할 수 있는 일반노동조합에 적용되는 법리와 위와 같은 교원 노동조합에 적용되는 법리는 본질적으로 차이가 있다. 그런데 원심이 채택한 소명자료에 의하면, 선정자들이 전교조 활동을 명목으로 하여 이 사건 각 학교시설 등에서 신청인 법인 등의 의사에 반하여 그 근로조건의 향상 등과 별다른 관계가 없을 뿐만 아니라 신청인들의 인격권을 침해하는 다양한 형태의 집단적인 위법행위를 계속함으로써 이 사건 각 학교의 면학분위기 유지를 목적으로 하는 신청인들의 시설관리권 등을 침해할 위험성이 있다는 점이 소명되었다고 볼 수 있고, 이러한 사실관계를 토대로 하는 경우 이 ○○학교 시설물로 그 범위를 한정하여(장소적 제한) ○○학교장의 승인 없이 선정자들의 전교조 활동을 위한 장소로 사용하는 행위를 금지한 원심의 판단은

현행 교원노조법의 취지에 비추어 수긍할 수 있다. 선정자들이 소속된 교원 노동조합인 ○○학교장의 승인을 얻어서 이 사건 각 학교시설 내에서 정당한 조합 활동을 할 수도 있고(○○학교장이 정당한 사유 없이 그 시설사용승인을 거절한다면 권한남용으로 평가될 수도 있을 것이다), 전국 또는 시·도 단위로 ○○학교법인들의 연합체를 상대로 하여 선정자들의 근로조건 향상을 주된 목적으로 하는 단체교섭권을 행사할 수도 있음이 분명한 이상, 위와 같은 원심판결이 선정자들에게 법률상 보장된 권리의 본질적 내용을 침해하였다거나 전교조 활동을 포괄적으로 금지하였다고 볼 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 이유 없다.

(4) 원심판결 중 선정자들이 수업시간에 학생들 앞에서 신청인들의 인격권을 침해하는 행위를 할 수 없도록 금지한 점에 대하여

(가) 상고이유의 요지

이 부분에 관한 원심판결은 피보전권리 등에 관한 충분한 소명이 이루어지지 아니한 상태에서 선정자들의 수업내용을 사전적·포괄적으로 제한하는 것으로서 「헌법」 제31조 제4항 등에서 규정한 교육의 전문성·자주성 존중의 원칙에 위배된다.

(나) 판단

우선, 이 부분에 관한 원심판결은 선정자들로 하여금 수업시간에 신청인들의 인격권 등을 침해하는 일정한 행위만을 한정적으로 금지하는 것일 뿐이므로, 상고이유의 주장과 같이 선정자들의 수업내용을 포괄적으로 제한하는 취지가 아님은 명백하다. 한편, 「헌법」 제21조에 규정된 언론의 자유 등은 절대적인 자유가 아니고 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해할 수 없는 자체적인 한계가 있다는 점을 헌법적 차원에서 확인하고 있으며, 나아가 「헌법」 제31조 제4항에 규정된 교육의 자주성·전문성 등은 그 자체가 내재적인 책임 등을 수반하는 것으로서, 미성숙한 아동을 포함한 교육대상자에 대한 교육에 영향을 미치는 영역에서는 일반 국민들이 향유하는 언론의 자유 등의 일부가 제한될 수 있지만 이는 명문의 헌법규정을 근거로 이루어지는 합리적인 규제라고 할 것인데(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정 참조), 선정자들이 여러 장소에서 다양한 형태로 신청인들의 인격권 등을 침해하는 불법적인 행동을 감

행하여 왔고 더 나아가서 이러한 위법행위를 계속하는 방법으로 동일한 범익을 침해할 위험성이 있다는 점까지 소명된 이 사건에서, 학생들의 교육에 직접적인 영향을 미치는 수업시간이라는 시간적, 장소적으로 한정된 영역을 특정하여 신청인들의 인격권을 침해하는 선정자들의 일정한 행위를 금지한 원심의 판단은 수긍할 수 있고, 이와는 달리 원심판결이 선정자들의 수업내용을 포괄적으로 제한하는 취지라든가 혹은 이 사건에서 피보전권리 등에 대한 소명이 제대로 이루어지지 아니하였다는 것을 전제로 한 상고이유의 주장은 이유 없다.

(5) 보전의 필요성에 관한 범리오해 주장에 대하여

(가) 상고이유의 요지

표현행위를 사전에 금지하는 임시의 지위를 정하는 가처분결정을 함에 있어서는 특히 이익형량 등 보전의 필요성에 관한 신중한 판단이 요구되는데, 이 사건에서 보전의 필요성 등에 대한 소명이 제대로 이루어지지 아니하였음에도 불구하고 원심이 그 판시와 같이 금지명령을 한 것은 가처분결정에 관한 범리를 오해한 것이다.

(나) 판 단

개별 당사자 간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리, 결정하는 가처분결정에 따른 사전금지는 「헌법」 제21조 제2항에서 금지하는 사전검열에 해당하지 아니하고 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하지도 아니하는데 (헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌바36 결정 등 참조), 원심의 사실판단에 관한 소명자료가 충분하다는 점은 위에서 살펴 본 바와 같고, 이러한 사실관계를 토대로 하는 경우 선정자들이 신청인들의 인격권을 훼손하는 모욕적인 언행과 면학분위기의 유지를 목적으로 하는 시설관리권을 침해하는 집단행동을 계속할 위험성이 있기 때문에 신청인들에게 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있을 뿐만 아니라, 또한 그에 대한 유효적절한 구제수단으로서 선정자들의 위법행위를 사전에 금지할 필요성 등도 인정되므로, 원심에서 이루어진 실질적인 이익형량과정 등에 위법이 있다고 할 수 없고, 나아가 원심은 신청인들의 대리인과 피신청인들 본인이 모두 출석한 상태에서 심문절차를 진행한 다음 원심결정을 하였고, 그 가처분이의절차에 관하여 다시 변론절차를 진행한 다음 원심판결을 선고하였다는 점 등에 비추어 보면, 원심판결에 그 재판에 영

향을 미친 절차적 위법이 있다고 할 수도 없다.

따라서 원심판결이 그 판시와 같이 보전의 필요성 등이 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 이와는 달리 이 사건에 관한 보전의 필요성 등에 관한 소명이 제대로 이루어지지 아니하였음을 전제로 한 상고이유의 주장 등은 받아들일 수 없다.

5. 결 론

이상의 이유로 상고이유의 주장은 모두 이유 없으므로, 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박시환(재판장) 대법관 이강국 손지열(주심)

8 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다24318 손해배상(기)

【판시사항】

- [1] 초등학교 내에서 발생한 폭행 등 집단 괴롭힘과 피해학생의 자살 사이에 상당인과관계를 인정한 사례
- [2] 책임능력 없는 미성년자의 법정감독의무자와 이에 대신하여 보호·감독의무를 부담하는 교사 등이 각각 부담하는 보호·감독책임의 범위 및 양자의 관계
- [3] 교장 또는 교사의 학생에 대한 보호·감독의무의 범위 및 손해배상책임의 인정 기준
- [4] 학교폭력 가해학생들의 부모의 과실과 담임교사, 교장의 과실이 경합하여 피해학생의 자살 사건이 발생하였다는 이유로, 부모들과 지방자치단체에게 공동불법행위자로서의 손해배상책임을 인정한 사례

【판결요지】

- [1] ○○학교 내에서 발생한 폭행 등 괴롭힘이 상당 기간 지속되어 그 고통과 그에 따른 정신장애로 피해학생이 자살에 이른 경우, 다른 요인이 자살에 일부 작용하였다 하더라도 가해학생들의 폭행 등 괴롭힘이 주된 원인인 이상 상당인과관계가 인정된다고 한 사례.
- [2] 「민법」 제755조에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 친권자 등 법정감독의무자의 보호·감독책임은 미성년자의 생활 전반에 미치는 것이고, 법정감독의무자에 대신하여 보호·감독의무를 부담하는 교사 등의 보호·○○학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것이 ○○학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 이와 같은 대리감독자가 있다는 사실만 가지고 곧 친권자의 법정감독책임을 면탈된다고는 볼 수 없다.
- [3] 지방자치단체가 설치·○○학교의 교장이나 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는데, 이러한 보호·감독의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정

감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 ○○학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것은 아니지만, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 속하고, 교육활동의 때와 장소, 가해자의 분별 능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 ○○학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측 가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에는 교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다.

- [4] 학교폭력 가해학생들의 부모의 과실과 담임교사, 교장의 과실이 경합하여 피해학생의 자살 사건이 발생하였다는 이유로, 부모들과 지방자치단체에게 공동불법행위자로서의 손해배상책임을 인정한 사례.

【참조판례】

- [2] 대법원 1969. 1. 28. 선고 68다1804 판결(1984,520)
- [3] 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다13646 판결(1988,189), 대법원 1994. 8. 23. 선고 93다60588 판결(1992,1037), 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다44433 판결(공1988, 168), 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다15258 판결(공1993하, 2098), 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다23895 판결(공2000하, 1547), 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다 44205 판결(공2003상, 1003), 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다5760 판결

【참조법령】

- [1] 민법 제750조
- [2] 민법 제750조, 제755조, 제760조 제1항
- [3] 민법 제755조, 제756조, 국가배상법 제2조 제1항
- [4] 민법 제755조, 제756조, 제760조 제1항, 국가배상법 제2조 제1항

【원심판결】 서울고등법원 2005.03.31 2004나52844

【원고, 피상고인】 원고 1외 2인 (소송대리인 변호사 이○락외 1인)

【피고, 상고인】 경기도외 3인 (소송대리인 법무법인 ○원 담당변호사 최○현)

【주 문】

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고들이 부담한다.

【이 유】

상고이유를 본다.

1. 피고 2, 3, 4의 상고에 대한 판단

가. 원심은, 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 망인은 가해학생들로부터 수개월에 걸쳐 이유 없이 폭행 등 괴롭힘을 당한 결과 충격 후 스트레스 장애 등의 증상에 시달리다 결국 자살에까지 이르게 되었음을 알 수 있고, 가해학생들은 위 사고 당시 만 12세 전후의 초등학교 6학년 학생들로서 자신의 행위로 인한 법률상 책임을 변식할 능력이 없는 책임무능력자라 할 것이므로, 가해학생들의 부모로서 그들을 감독할 법정의무가 있는 위 피고들은 보호감독자로서의 주의의무를 해태하지 아니하였음을 입증하지 못하는 이상 「민법」 제755조 제1항에 따라 가해학생들의 위와 같은 불법행위로 망인 및 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였는바, 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다. 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심리미진이나 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

그리고 초등학교 내에서 발생하는 폭행 등 괴롭힘은 통상 나이가 어리고 정신적으로 성숙하지 못한 피해자에게 육체적·정신적으로 상당한 고통을 주고, 그 폭행 등 괴롭힘이 상당기간 계속될 경우에는 그 고통과 그에 따른 정신장애로 피해자가 자살에 이를 수도 있다는 것은 예측이 가능하다 할 것인데, 이 사건에서 가해학생들은 12세 남짓 된 초등학교 6학년 학생들로서 비록 책임을 변식할 지능을 갖추지 못하고 있다고 하더라도 상당한 정도의 자율능력, 분별능력은 가지고 있다고 보아야 할 것이고, 당시 학교에서의 집단 괴롭힘이 사회문제화 되어 학교에서 이에 대한 예방교육이 실시되고 있었으며, 가해학생들 역시 그와 같은 교육을 받아 그 폐해를 잘 알고 있었다 할 것인바, 이러한 사정들을 종합

하여 보면, 가해학생들의 폭행 등 괴롭힘과 망인의 자살 사이에는 상당인과관계가 있다 할 것이다. 나아가 망인이 수학여행에서 다른 급우들로부터 따돌림을 당하였고, 자살 당일 부모로부터 꾸중을 듣는 등 다른 원인이 자살에 일부 작용하였다 하더라도 가해학생들의 폭행 등 괴롭힘이 주된 원인인 이상 상당인과관계는 인정된다 할 것이다. 같은 취지의 원심판결은 옳다. 원심판결에는 상고이유의 주장과 같은 손해배상책임에서의 상당인과관계 및 자살에 대한 예측가능성에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 부분 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 「민법」 제755조에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 친권자 등 법정감독의무자의 보호감독책임은 미성년자의 생활 전반에 미치는 것이고, 법정감독의무자에 대신하여 보호감독의무를 부담하는 교사 등의 보호감독책임은 학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것이 아니라, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 이와 같은 대리감독자가 있다는 사실만 가지고서 곧 친권자의 법정감독책임이 면탈된다고는 볼 수 없다 할 것이다.

이와 같은 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이 가해학생들의 부모인 위 피고들의 보호감독의무의 해태로 인한 과실을 인정하면서, 위 과실과 담임교사인 소외 1과 교장인 소외 2의 보호감독의무의 해태로 인한 과실이 경합하여 이 사건이 발생하였다는 이유로 위 피고들과 피고 경기도에게 공동불법행위자로서의 손해배상책임을 인정한 것은 정당한 것으로 수긍이 간다. 원심판결에는 부모와 담임교사 등의 미성년자에 대한 보호감독책임에 관한 법리오해나 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

다. 불법행위로 인한 손해배상사건에서 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다고 할 것이다(대법원 1993. 11. 26. 선고 93다1466 판결, 2000. 2. 22. 선고 98다38623 판결, 2002. 1. 8. 선고 2001다64493 판결 등 참조).

이와 같은 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 과실상계 사유에 관한 사

실인정이나 그 비율판단이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 볼 수 없으므로 거기에 채증법칙 위배나 심리미진에 의한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 받아들이지 아니한다.

2. 피고 경기도의 상고에 대한 판단

지방자치단체가 설치·경영하는 학교의 교장이나 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는데, 이러한 보호·감독의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 의무로서 학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것은 아니지만, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 속하고, 교육활동의 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에는 교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다고 할 것이다(대법원 1994. 8. 23. 선고 93다60588 판결, 2001. 4. 24. 선고 2001다5760 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 망인은 가해학생들로부터 수개월에 걸쳐 이유 없이 폭행 등 괴롭힘을 당한 결과 충격 후 스트레스 장애 등의 증상에 시달리다 결국 자살에까지 이르게 되었음을 알 수 있고, 가해학생들의 망인에 대한 폭행 등은 거의 대부분 학교 내에서 휴식시간 중에 이루어졌고, 또한 수개월에 걸쳐 지속되었으며 당시 학교 내 집단 괴롭힘이 심각한 사회문제로 대두되어 있었으므로, 망인의 담임교사인 소외 1로서는 학생들의 동향 등을 보다 면밀히 파악하였더라면 망인에 대한 폭행 등을 적발하여 망인의 자살이라는 결과를 사전에 예방할 수 있었던 것으로 보이며, 나아가 망인에 대한 폭행사실이 적발된 후에도 소외 1, 2는 망인의 정신적 피해상태를 과소평가한 나머지 망인의 부모로부터 가해학생들과 망인을 격리해 줄 것을 요청받기도 이를 거절하면서 가해학생들로부터 반성문을 제출받고 가해학생들의 부모들로부터 치료비에 대한 부담과 재발방지 약속을 받는 데 그치는 등 미온적으로 대처하였고, 또한 그 이후의 수학여행 중에도 망인에 대하여 보다 특별한 주의를 기울였어야 함에도 불구하고, 특별교우관계에 있는 학생을 붙여주는 이외에 별다른 조치를 취하지 아니함으로써 결과적으로 망인이 자살에 이르게 하도록 한 원인을 제공한 과

실이 있다고 할 것이므로, 피고 경기도는 「국가배상법」 제2조 제1항에 의하여 그 소속 공무원인 소외 1, 2의 위와 같은 공무수행상의 과실로 인하여 망인 및 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다. 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심리미진이나 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 또는 손해배상 책임에서의 상당인과관계 및 자살에 대한 예측가능성에 관한 법리오해나 교사 등의 안전의무 위반에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 부분 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

3. 결 론

그러므로 피고들의 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장) 양승태 김지형(주심) 전수안

9] 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다25298 손해배상(기)

【판시사항】

- [1] 학생의 학습권이 교원의 수업권보다 우월한 지위에 있는지 여부(적극) 및 교원이 수업을 거부할 자유가 인정될 수 있는지 여부(소극)
- [2] 교원의 수업거부행위의 위법성이 목적의 정당성이나 학생자치단체의 수업 거부 결의라는 사유로 조각되는지 여부(소극)
- [3] 학원비리 척결을 이유로 한 전국교직원노동조합 소속 교사의 수업거부 및 수업방해 행위로 인하여 학생들의 학습권과 학부모의 교육권이 침해되었다고 보아 위 교사들의 손해배상책임을 인정할 사례

【판결요지】

학생의 학습권은 ○○학교가 운영하는 교육과정을 이수할 권리에 그치지 않고 자신의 인간적인 성장·발달과 인격의 자유로운 발현을 도모하는 적극적이고 포괄적인 권리라고 할 것이나, 그렇다고 하여 교원이 이러한 포괄적 의미의 학습권 실현을 내세우면서 계획된 수업을 거부함으로써 명백히 법률에 위반되는 방법으로 학생이 정상적인 교육과정을 이수하지 못하게 하는 행위까지 허용되는 것은 아니며, 특단의 사정이 없는 한 이러한 행위는 오히려 학습권의 본질적인 내용을 침해하는 것이다. 또한 학생자치단체의 결의에 따라 일부 학생들이 수업에 참석하지 않았다는 이유만으로 나머지 학생들에 대한 교원의 수업거부행위가 정당화된다고 할 수는 없다. 학교교육에 있어서 학생의 학습권은 어디까지나 학생 개개인의 개인적 기본권이지 ○○학교에 재학중인 학생 전체의 집단적인 기본권이 아니어서 다수결에 의한 학생자치단체의 의사결정에 따라 함부로 제한될 수 있는 것이 아니기 때문이다. 더욱이 보통교육의 과정에 있는 초·중·고교의 학생들은 사물의 시비와 선악을 합리적으로 분별할 능력이 ○○대학생이나 사회의 일반 성인과는 달리 다양한 가치와 지식에 대하여 비판적으로 취사선택을 할 수 있는 독자적 능력이 부족하다 할 것인데, 이러한 학생들의 수업거부 결의가 초·중등교육법 제17조에 의하여 권장·보호되는 '학생의 자치활동'에 포함되는 것이

라고 볼 수는 없고, 또 이와 같이 미성숙한 학생들이 지식·덕성 및 체력의 함양과 향상을 통하여 그가 속한 시대와 사회의 건전한 인격체로서 독립·발전할 수 있도록 가르치고 보살피는 숭고한 직책을 수행하는 교원들로서는 자신들의 위법한 행위가 학생들의 자율적인 의사에 따른 것임을 내세워 그 정당성을 주장할 수 없다고 보아야 한다. 학원비리척결을 내세운 전교조 소속 교사들의 수업거부 및 수업방해(시위) 때문에 학생들의 학습권과 학부모들의 교육권이 침해되었다고 하여 위자료 청구를 인용한 원심판결은 정당하다고 판단한 사례.

【원심판결】 서울고등법원 2005. 3. 30. 선고 2003나42833 판결

【원고(선정당사자), 피상고인】 A

【피고, 상고인】 B 외 33인

【주 문】

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고들이 부담한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

「헌법」 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 기본권으로서의 학습권을 선언하고 있으며, 교육에 관한 국민의 권리·의무와 국가의 책임 등에 관한 기본적 사항을 정한 「교육기본법」은 “모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육받을 권리를 가진다”(제3조), “학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다”(제12조 제1항)라고 규정하고 있다.

이러한 학습권의 보장은 국민의 인간적 성장·발달 내지 인격의 자유로운 발현을 위한 것으로서, 우리 헌법이 지향하고 있는 문화국가, 민주복지국가의 이념 구현을 위한 기본적 토대이고, 국민이 인간으로서 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구하고 인간다운 생활을 영위하는데 필수적인 조건이자 대전제이다(헌법재판

소 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 결정, 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16등 결정 등 참조).

그리고 부모의 자녀에 대한 교육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않지만 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서, 혼인과 가족생활을 보장하는 「헌법」 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 「헌법」 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 「헌법」 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권인데, 이는 자녀의 행복이란 관점에서 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 것이다(위 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16등 결정 등 참조).

그런데 학교교육에 있어서 교원의 가르치는 권리를 수업권이라고 한다면, 이것은 교원의 지위에서 생기는 학생에 대한 일차적인 교육상의 직무권한이지만 어디까지나 학생의 학습권 실현을 위하여 인정되는 것이므로, 학생의 학습권은 교원의 수업권에 대하여 우월한 지위에 있다. 따라서 학생의 학습권이 왜곡되지 않고 올바르게 행사될 수 있도록 하기 위해서라면 교원의 수업권은 일정한 범위 내에서 제약을 받을 수밖에 없고, 학생의 학습권은 개개 교원들의 정상을 벗어난 행동으로부터 보호되어야 한다. 특히 교원의 수업거부행위는 학생의 학습권과 정면으로 상충하는 것인바, 교육의 계속성 유지의 중요성과 교육의 공공성에 비추어 보거나 학생·학부모 등 다른 교육당사자들의 이익과 교량해 볼 때 교원이 고의로 수업을 거부할 자유는 어떠한 경우에도 인정되지 아니하며, 교원은 계획된 수업을 지속적으로 성실히 이행할 의무가 있다(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정, 위 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 결정 등 참조). 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제8조가 “노동조합과 그 조합원은 파업·태업 기타 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정하고, 「사립학교법」 제58조 제1항 제4호에서 사립학교의 교원이 “집단적으로 수업을 거부한 때”를 면직사유로 규정함으로써 이러한 행위가 위법함을 나타내고 있는 것도 위와 같은 학습권 보장의 취지를 구체적으로 표현한 것이라 하겠다.

그리고 이러한 수업거부행위의 위법성은 그 행위의 목적이 정당하였다는 이유만으로 조각되는 것이 아니다. 물론 학생의 학습권은 단순히 학교가 운영하는 교육과정을 이수할 권리에 그치지 않고 자신의 인간적인 성장·발달과 인격의 자

유로운 발현을 도모하는 적극적이고 포괄적인 권리라고 할 것이나, 그렇다고 하여 교원이 이러한 포괄적 의미의 학습권 실현을 내세우면서 계획된 수업을 거부함으로써 명백히 법률에 위반되는 방법으로 학생이 정상적인 교육과정을 이수하지 못하게 하는 행위까지 허용되는 것은 아니며, 특단의 사정이 없는 한 이러한 행위는 오히려 학습권의 본질적인 내용을 침해하는 것이다.

또한 학습권의 주체인 학생은 비록 그가 아직 성숙하지 못한 아동 내지 청소년이라 하더라도 부모와 국가에 의한 교육의 단순한 대상이 아니라 독자적인 인격체로서 국가의 교육권한과 부모의 교육권 범주 내에서 자신의 교육에 관하여 스스로 결정할 권리를 가지므로(위 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16등 결정 참조), 학생들 스스로 수업에 참석하지 아니하는 바람에 교원이 계획된 수업을 이행하지 못한 때에는 원칙적으로 교원에게 그에 대한 책임을 물을 수 없을 것이다. 그러나 학생자치단체의 결의에 따라 일부 학생들이 수업에 참석하지 않았다는 이유만으로 나머지 학생들에 대한 교원의 수업거부행위가 정당화된다고 할 수는 없다. 학교교육에 있어서 학생의 학습권은 어디까지나 학생 개개인의 개인적 기본권이지 특정 학교에 재학중인 학생 전체의 집단적인 기본권이 아니어서 다수결에 의한 학생자치단체의 의사결정에 따라 함부로 제한될 수 있는 것이 아니기 때문이다. 더욱이 보통교육의 과정에 있는 초·중·고교의 학생들은 사물의 시비와 선악을 합리적으로 분별할 능력이 미숙하여 대학생이나 사회의 일반 성인과는 달리 다양한 가치와 지식에 대하여 비판적으로 취사선택을 할 수 있는 독자적 능력이 부족하다 할 것인데, 이러한 학생들의 수업거부 결의가 초·중등교육법 제17조에 의하여 권장·보호되는 '학생의 자치활동'에 포함되는 것이라고 볼 수는 없고 또 이와 같이 미성숙한 학생들이 지식·덕성 및 체력의 함양과 향상을 통하여 그가 속한 시대와 사회의 건전한 인격체로서 독립·발전할 수 있도록 가르치고 보살피는 숭고한 직책을 수행하는 교원들로서는(헌법재판소 2006. 12. 28. 선고 2004헌바67 결정 등 참조) 자신들의 위법한 행위가 학생들의 자율적인 의사에 따른 것임을 내세워 그 정당성을 주장할 수 없다고 보아야 한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거를 종합하여 다음과 같은 사실, 즉 2001년 4월, 5월 당시 원고(선정당사자, 이하 원고라고만 한다) 및 선정자들은 학교법인 C학원(이하 C학원이라고만 한다)이 운영하는 D여자상업고등학교(이하 D여상이라고 한다) 3학년 학생 또는 그 학부모였으며(이하에서는 그 당시

D여상 학생이었던 선정자들을 '원고 학생들'이라고 한다), 피고들은 교사로서 전국교직원노동조합(이하 전교조라고 한다) 서울시지부 사립강서지회 C학원 연합분회 구성원들이었던 사실, 2001년 4월3일경 피고들은 D여상 정문 앞에서 C학원 연합분회 창립기념 및 「사립학교법」 개정을 위한 쟁기대회를 개최하면서 C학원측에 대하여 예산결산공개, 인사위원회 구성, 단체협약안 실시 및 폭력교사 보직해임을 요구하는 결의안을 채택한 다음, 같은 달 4일부터 13일까지 하루 8시간 근무를 이유로 매일 오후 4시에 퇴근하고 학교 현관 앞에서 침묵시위와 피케팅 시위를 하던 중 같은 달 16일자로 D여상 교장직무대리 발령 인사가 이루어지자 그 부당함 등을 주장하며 부패재단 퇴진운동을 전개한 사실, 피고들은 위와 같은 주장을 관철하기 위하여 수업을 거부하기로 결의하고, 같은 해 4월16일부터 같은 해 5월3일까지 및 같은 해 5월14일부터 19일까지(5월4일부터 12일까지는 D여상이 가정학습기간으로 정하여 학교에서 수업을 하지 않았다) 담당 수업을 거부하였는데, 그 중 원고 학생들이 소속된 학급의 수업거부내역은 원심 판결 별지 '피고들 수업거부 내역표' 기재와 같은 사실, 또한 피고들은 학교 내에서 학생들의 참여를 유도하여 집회를 열기로 결의한 다음, 같은 해 4월 17일부터 28일까지 주로 오전 시간에 D여상 운동장에서 학생들과 함께 '전교조가', '임을 위한 행진곡' 등의 노래를 부르거나 스피커를 통하여 노래를 틀어놓고, C학원 측을 비방하는 구호를 외치고 마이크를 이용하여 C학원을 비방하는 연설을 하고 학생들이 북과 팽과리를 치며 운동장 및 수업 진행중인 교실의 복도를 행진하게 하고 시위에 참석한 학생 수가 적은 경우에는 학생들로 하여금 교실 쪽을 향하여 함성을 지르면서 '나와라, 나와라'라고 고향을 치게 하는 등의 시위를 한 사실 등을 인정한 다음, 위 인정사실에 의하면 피고들의 위법한 수업거부 및 수업방해 행위로 인하여 당시 대학진학을 앞둔 고등학교 3학년 학생이던 원고 학생들이 수업을 받지 못하고 평온한 환경에서 학습을 할 수 없게 되는 등 수험권이 침해되었을 뿐만 아니라 원고 학생들의 부모인 원고와 나머지 선정자들의 교육권 또한 침해되었고, 이로 인하여 원고 및 선정자들이 정신적 고통을 입었을 것임은 경험칙상 넉넉히 인정되므로 피고들은 원고와 선정자들의 고통을 금전으로나마 위자할 의무가 있다고 판단하였다.

나아가 원심은 손해배상책임이 없다고 다루는 피고들의 주장에 대하여, ① 피고들의 수업거부와 시위는 C학원의 비리의혹을 해소하고 교육환경을 개선하고자 노력하는 과정에서 발생하게 된 것으로 보이나, 학생들을 가르치는 교사인

피고들이 합법적인 절차나 수단에 의하지 아니하고 불법적인 방법을 사용한 이상 비록 C학원에 비리가 있었다 하더라도 그로 인하여 피고들의 행위의 위법성이 조각된다거나 책임을 면하게 된다고 할 수는 없고, ② D여상의 각 학급 반장 등 학생회 임원들이 참석한 학생들의 토론회(이 사건 원고 학생들 대부분이 속한 3학년 19반과 20반의 반장은 참석하지 아니하였다)에서 수업거부를 결의하였다는 사실만으로 위 대토론회에 참석하지 아니하고 수업거부에 찬성하지 아니한 학생들까지 수학을 포기한 것으로 보기는 어려우며, ③ 당시 피고들과 달리 수업거부 결의나 시위에 참여하지 아니한 D여상 교사들도 일부 수업을 하지 아니한 사실이 인정되나 이는 피고들의 수업거부 및 시위로 인한 학내 소란 때문인 것으로 보이고 또 피고들 중에는 원고 학생들이 속한 학급의 수업을 직접 담당하지 않은 사람이 많아 실제로 원고 학생들에 대한 수업을 거부한 것은 일부 피고들뿐이라 하더라도 피고들은 모두 공동불법행위자로서 이로 인한 손해를 연대하여 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이유설시에는 다소 미흡한 부분이 있으나, 피고들이 원고 및 선정자들의 학습권(수학권)과 교육권을 침해하였다고 판단한 원심의 결론 및 그 전제가 되는 사실을 인정함에 있어서 원심의 증거가치판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 학습권에 관한 법리오해, 채증법칙 위배 또는 이유모순 등의 위법이 없다.

그러므로 피고들의 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들이 부담하도록 정하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김황식(재판장) 김영란 이홍훈 안대희(주심)

㉔ 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 지방의회조례안재의결무효확인청구

【판시사항】

- [1] 지방자치단체가 세 자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안을 제정함에 있어서 법률의 개별적 위임이 필요한지 여부(소극)
- [2] 조례로 정하고자 하는 특정사항에 관하여 이미 법령이 존재하는 경우, 조례의 적법 요건
- [3] 군민의 출산을 적극 장려하기 위하여 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 내용의 '정선군세자녀이상세대양육비등지원에관한조례안'이 법령에 위반되지 않는다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 「지방자치법」 제15조에 의하면 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 그의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는바, 지방자치단체의 세자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안은 저출산 문제의 국가적·사회적 심각성을 심분 감안하여 향후 지방자치단체의 출산을 적극 장려토록 하여 인구정책을 보다 전향적으로 실효성 있게 추진하고자 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 것으로서, 위와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무 중 주민의 복지증진에 관한 사무를 규정한 「지방자치법」 제9조 제2항 제2호 (라)목에서 예시하고 있는 아동·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진에 해당되는 사무이고, 또한 위 조례안에는 주민의 편의 및 복리증진에 관한 내용을 담고 있어 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다.
- [2] 지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이

의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.

[3] 국민의 출산을 적극 장려하기 위하여 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 내용의 '정선군세자녀이상세대양육비등지원에관한조례안'이 법령에 위반되지 않는다고 한 사례.

【참조판례】

- [1] 대법원 1991. 8. 27. 선고 90누6613 판결(공1984, 1770), 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결(공1985, 759)
- [2] 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결(공1986, 793), 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결(공2001하, 2197)

【참조법령】

- [1] 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (라)목, 지방자치법 제15조
- [2] 지방자치법 제15조
- [3] 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (라)목, 지방자치법 제15조, 저출산·고령화사회기본법 제10조, 지방재정법 제17조 제1항

【원 고】 정선군수 (소송대리인 변호사 고○덕)

【피 고】 정△군 의회 (소송대리인 법무법인 ○○ 담당변호사 오○영)

【변론종결】 2006. 9. 14.

【주 문】

원고의 청구를 기각한다.

소송비용은 원고가 부담한다.

【청구취지】

피고가 2006. 6. 13.에 한 '정선군 세자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안에 대한 재의결은 그 효력이 없다.

【이 유】

1. 이 사건 조례안의 재의결 및 그 내용의 요지

감 제1 내지 5호증의 각 1, 2의 각 기재에 변론의 전 취지를 종합하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가. 피고가 2006. 4. 25. '정선군 세자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안(이하 '이 사건 조례안'이라 한다)을 의결하여 원고에게 이송하였고, 원고는 2006. 5. 15. 이 사건 조례안이 법령의 한계를 일탈하였다는 등의 이유로 피고에게 재의요구하였으나, 피고는 2006. 6. 13. 이 사건 조례안을 원안대로 재의결함으로써 이 사건 조례안이 확정되었다.

나. 이 사건 조례안은 저출산문제의 국가적·사회적 심각성을 심분 감안하여 정선군민의 출산을 적극 장려하고 인구정책을 보다 전향적으로 실효성 있게 추진코자 하며 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하기 위하여 제정된 것으로서(제1조), 재원은 당해연도 예산 사정을 감안하여 균비로 확보하고(제3조), 지원기준일 현재 군 관내에 주민등록을 마치고 실제 거주하고 있는 세대에 한하여 지원하며, 지원대상은 이 조례 시행일 이후 군 관내에서 출생한 자에 한하되 셋째 이후의 출생 자녀 모두로 하고(제4조), 지원액은 매년 지원대상 자녀 1명당 300만 원 범위 안에서 예산사정, 물가상승률, 출산실태, 인구증감률, 기타 군민의 평균적인 양육비 등을 참작하여 운영위원회 심의를 거쳐 군수가 최종적으로 결정하며, 매 분기 말에 금융기관 계좌를 통해 현금으로 지급함을 원칙으로 하고(제11조), 지원기간은 12세까지로 하되 친권자 또는 지원대상자가 군 관내를 벗어난 지역으로 전출할 때에는 지원대상자격을 상실하며(제12조), 자격상실자가 친권자와 함께 다시 거주할 목적으로 군 관내에 주민등록 전입신고를 하고 실태조사 결과 거주할 목적임이 확인될 경우 다시 지원대상 자격회복신청을 할 수 있도록 하는 것(제13조)을 주요 내용으

로 하고 있다.

2. 원고의 주장과 판단

가. 이 사건 조례안이 법령의 근거 없이 제정되었다는 점에 대하여 원고는 지방자치단체의 조례는 「헌법」 제117조 제1항과 「지방자치법」 제15조의 본문에 의하여 '법령의 범위 안에서'만 제정할 수 있고, 일정 사항에 관하여는 '법률의 위임'이라는 전제하에서만 제정할 수 있는 것인데, 상위 법령에 이 사건 조례를 제정할 수 있는 위임규정이 없으므로 이 사건 조례안은 위법하다고 주장한다.

살피건대, 「지방자치법」 제15조에 의하면, 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있되 주민의 권리제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있으므로, 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 그의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다 할 것인바(대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결 등 참조), 이 사건 조례안은 앞에서 본 바와 같이 저출산 문제의 국가적·사회적 심각성을 심분 감안하여 향후 정선군민의 출산을 적극 장려토록 하여 인구정책을 보다 전향적으로 실효성 있게 추진하고자 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 것으로서, 위와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무 중 주민의 복지증진에 관한 사무를 규정한 「지방자치법」 제9조 제2항 제2호 (라)목에서 예시하고 있는 아동·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진에 해당되는 사무라고 할 것이고, 또한 이 사건 조례안에는 주민의 편의 및 복지증진에 관한 내용을 담고 있어 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니라고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 조례안이 「저출산·고령사회기본법」에 위배된다는 점에 대하여 원고는 이 사건 조례안이 상위 법령인 「저출산·고령사회기본법」에 위배된다고 주장한다. 살피건대, 지방자치단체는 법령에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별

도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결 참조). 「저출산·고령사회기본법」은 저출산 및 인구의 고령화에 따른 변화에 대응하는 저출산·고령사회정책의 기본방향과 그 수립 및 추진체계에 관한 사항을 규정함으로써 국가의 경쟁력을 높이고 국민의 삶의 질 향상과 국가의 지속적인 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 법으로서(제1조), 국가는 종합적인 저출산·고령사회정책을 수립·시행하고, 지방자치단체는 국가의 저출산·고령사회정책에 맞추어 지역의 사회·경제적 실정에 부합하는 저출산·고령사회정책을 수립·시행하여야 하며(제4조), 국가 및 지방자치단체는 적정인구의 구조와 규모를 분석하고 인구변동을 예측하여 국가 및 지방자치단체의 지속적인 성장과 발전을 위한 인구정책을 수립·시행하여야 하고(제7조), 국가 및 지방자치단체는 모든 자녀가 차별받지 아니하고 안전하고 행복한 생활을 영위하며 교육과 인성함양에 도움을 주는 사회환경을 조성하기 위한 시책을 강구하여야 하며, 국가 및 지방자치단체는 자녀를 임신·출산·양육 및 교육하고자 하는 자가 직장생활과 가정생활을 병행할 수 있도록 사회환경을 조성·지원하여야 하고, 국가 및 지방자치단체는 자녀를 양육하려는 자에게 양질의 보육서비스를 제공하기 위한 시책을 강구하여야 하며(제8조), 국가 및 지방자치단체는 자녀의 임신·출산·양육 및 교육에 소요되는 경제적 부담을 경감하기 위하여 필요한 시책을 강구하여야 한다(제10조)고 규정하고 있는바, 위와 같은 「저출산·고령사회기본법」의 목적과 입법 취지 및 지방자치단체로 하여금 지역실정에 부합하는 저출산·고령사회정책을 수립·시행하도록 한 점 등 그 규정 내용에 비추어 볼 때, 지방자치단체인 정선군이 강원도 정선군민의 출산을 적극 장려하기 위하여 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원하도록 하는 내용의 이 사건 조례안은 「저출산·고령사회기본법」에서 정한 지방자치단체의 책무의 범위 안에서 자녀의 임신·출산·양육 및 교육에 소요되는 경제적 부담을 경감하기 위하여 필요한 시책을 강구한 것이라 할 것이므로, 이 사건 조례안이 「저출산·고령사회기본법」에 위배된다고 할 수 없다. 따라서 원고의 위 주장도 이유 없다.

다. 이 사건 조례안이 「지방재정법」 제17조 제1항에 위반된다는 점에 대하여 원고는, 이 사건 조례안에 따라 지급되는 양육비의 장려금은 보조금의 성격을 가진 것으로서 이는 지방자치단체는 개인에게 보조 또는 그 밖의 공금을 지출을 할 수 없다고 규정하고 있는 지방재정법 제17조 제1항에 위반된다고 주장한다. 살피건대, 「지방재정법」 제17조 제1항은 “지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 그 밖의 공금의 지출을 할 수 있다.”고 하면서 제1호에서 ‘법률에 규정이 있는 경우’를 규정하고 있는바, 강원도 정선군민의 출산을 적극 장려하기 위하여 세 자녀 이상의 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 내용의 이 사건 조례안의 규정에 의하여 지급되는 양육비의 보조는 「지방자치법」 제9조 제2항 제2호 (라)목 소정의 ‘아동·소년·부녀의 복지증진에 관한 사무’에 해당하여 지방자치단체의 사무에 속할 뿐만 아니라, 「지출산·고령사회기본법」 제10조에서 지방자치단체로 하여금 강구하도록 한 시책에도 해당될 수 있고, 따라서 이는 지방자치단체가 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금의 지출을 할 수 있는 경우를 규정한 「지방재정법」 제17조 제1항 제1호 소정의 ‘법률의 규정이 있는 경우’에 해당한다고 할 것이므로, 원고의 위 주장도 이유 없다.

라. 이 사건 조례안이 지방재정의 부담 등으로 위법하다는 점에 대하여 원고는 세 번째 자녀에게 3,900만 원을 지원하도록 규정한 이 사건 조례안은 지방재정에 과도한 부담이 될 뿐 아니라 지방자치단체 간의 불균형을 초래할 수 있고, 저출산 대책으로는 실효성도 없는 등의 문제점이 있어 이 사건 조례안은 위법하다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 조례안에 의하더라도 지원액은 매년 지원대상 자녀 1명당 300만 원 범위 안에서 예산사정, 물가상승률, 출산실태, 인구증감률, 기타 군민의 평균적인 양육비 등을 참작하여 운영위원회 심의를 거쳐 군수가 최종적으로 결정하고, 지원기간도 12세까지로 하도록 되어 있으므로, 이 사건 조례안의 시행으로 인하여 지방재정에 있어서 과도한 부담이 발생한다고 단정하기 어렵고, 그 밖에 원고가 주장하는 바와 같이 이 사건 조례안이 시행될 경우 양육비 지원에 있어서 다른 지방자치단체와의 형평에 반하거나 실효성이 없다는 등의 사정만으로는 이 사건 조례안이 상위 법령에 위배된다고 할 수도 없으므로, 원고의 위

주장도 이유 없다. 마. 기타의 점에 대하여 원고는 그 이외에도 이 사건 조례안이 「지방재정법 시행령」 제32조, 「지방자치법」 제99조, 제118조, 「지방재정법」 제5조, 제38조에 위배된다고 주장하나, 원고가 드는 위 법령들을 살펴보다도 이 사건 조례안이 위 법령들에 위배된다고 할 수 없으므로, 원고의 위 주장도 이유 없다.

3. 결 론

그러므로 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김지형(재판장) 고현철(주심) 양승태 전수안

III 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두3661 난민인정불허결정처분취소

- 【원 고】** 피상고인 1. ○○○
2. ○○○
3. ○○○

원고들 주소 서울 ○○○○ ○○○○ ○○○○-○○○. ○○○○
원고 3은 미성년자이므로 법정대리인 친권자 부모 ○○
원고들 소송대리인 변호사 정○○

【피 고】 상고인 법무부장관 (소송수행자 이○○)

【원심판결】 서울고등법원 2008. 1. 30. 선고 2007누18057 판결

【판결선고】 2008. 11. 13.

【주 문】

상고를 모두 기각한다.
상고비용은 피고가 부담한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

「출입국관리법」 제2조 제2호의2, 제76조의2 제1항, 「난민의 지위에 관한 협약」(이하 "난민 협약"이라 한다) 제1조, 「난민의 지위에 관한 의정서」 제1조의 규정을 종합하여 보면, 법무부장관은 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포로 인해 국적국의 보호를 받을 수 없거나 국적국의 보호를 원하지 않는 대한민국 안에 있는 외국인을 그 신청이 있으면 「난민협약」이 정하는 난민으로 인정하여야 한다.

이때 그 외국인이 받을 "박해"라 함은 생명, 신체 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별을 야기하는 행위라고 할 수 있다. 그러한 박해를 받을 "충분한 근거 있는 공포"가 있음은 난민인정의

신청을 하는 외국인이 증명하여야 할 것이나, 난민의 특수한 사정을 고려하여 그 외국인에게 객관적인 증거에 의하여 주장사실 전체를 증명하도록 요구할 수는 없고, 그 진술에 일관성과 설득력이 있고, 입국 경로, 입국 후 난민신청까지의 기간, 난민 신청 경위, 국적국의 상황, 주관적으로 느끼는 공포의 정도, 신청인이 거주하던 지역의 정치·사회·문화적 환경, 그 지역의 통상인이 같은 상황에서 느끼는 공포의 정도 등에 비추어 전체적인 진술의 신빙성에 의하여 그 주장사실을 인정하는 것이 합리적인 경우에는 그 증거가 있다고 할 것이다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두3930 판결 참조).

원심은, 제1심판결의 이유를 인용하여 그 채용증거에 의하여 인정되는 판시 사실관계 및 판시 사정들에 비추어 보면, 원고 ○○○가 서문립을 추종하는 중국 민주당원으로서 「난민협약」에서 정한 "박해를 받을 충분한 근거 있는 공포"를 가진 사람에 해당한다고 보아, 동 원고는 적어도 거주국에서 정치적 의견을 표명하는 등의 자신의 행동결과로 대한민국 현지에서 체재 중 난민이 되었고, 가족관계에 있는 나머지 원고들도 위 원고와 함께 난민으로서의 지위가 인정되어야 한다고 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면 원심의 이러한 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다.

상고이유의 주장은 사실심의 전권사항에 속하는 원심 사실인정의 당부를 다투거나 이를 전제로 원심의 법률해석의 당부를 다투는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 되지 못하고, 달리 원심판단에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 법리오해 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이홍훈 김영란 안대희 양창수(주심)

참고 : 아동 관련 법률

※ 시행령, 시행규칙이 있음/ 기재 법률 외에도 관련 법률들 다수 존재

1. 교육기본법
2. 초·중등교육법
 - 2-1. 교육정보시스템의 운영 등에 관한 규칙
3. 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률
 - 3-1. 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 시행령
4. 학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률
5. 아동복지법
6. 영유아보육법
7. 유아교육법
8. 장애인 등에 대한 특수교육법
9. 실종아동 등의 보호 및 지원에 관한 법률
 - 9-1. 실종아동 등의 발견 및 유전자 검사 등에 관한 규칙
10. 청소년기본법
11. 청소년보호법
12. 청소년복지지원법
13. 청소년의 성보호에 관한 법률
14. 청소년활동진흥법
15. 형법
16. 형사소송법
17. 풍속 영업의 규제에 관한 법률
18. 소년법
 - 18-1. 소년심판규칙
19. 보호소년 등의 처우에 관한 법률
20. 보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률
21. 민법
22. 입양촉진 및 절차에 관한 특례법
23. 한부모가족지원법
24. 학교급식법
25. 학교보건법
26. 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률