국가인권위원회
결정례집

| 인권정책분야 |

제1집
2005



[발간에 부쳐]

일찍이 인권학의 대가인 소마세클러(B.V. Somasekher)는 “인권기구가 국민의 신뢰를 얻기 위해서는 그동안 아무도 풀지 못했던 인권의 숙제를 독자적으로 해결하는 본보기를 보여주어야 한다. 특히, 정부에 대한 발언에 주저함이 없어야 하고 어디든지 대담하게 접근하여 문제를 해결하는 능력을 발휘해야 한다.”고 말한 바 있습니다.

이 말처럼 국가인권위원회는 지난 3년 동안 우리 사회 곳곳에 도사리고 있는 비민주적·반인권적 문화의 청산과 인간다운 삶의 지표 제시라는 과제를 놓고 끊임없이 노력했습니다. 그 결과 미흡하나마 이제 국민의 가슴에 ‘인권 지킴이’로서 자리매김했다고 나름대로 자평합니다.

이 결정례집은 그 노력과 성과의 한 기록입니다.

이 책에 수록된 결정문들은 우리 위원회 출범 이후 2004년말까지 법령과 정책, 그리고 국제인권법의 국내 이행에 대한 인권위의 권고와 의견표명 만을 따로 뽑아 정리한 것입니다. 인권 개선을 위해서는 개별적인 침해와 차별 사건의 해결과 함께 법과 정책을 통해 인권 수준을 확고히 제도화해야 합니다. 국가기관의 각종 법령과 정책, 사회 제도 및 관행에 대한 점검과 개선은 그래서 매우 중요합니다.

테러방지법안, 이라크 전쟁, 교육행정정보시스템(NEIS), 국가보안법 등 인권위는 사회 현안에 대한 이의제기와 대안 제시, 국제인권법의 국내이행의 권고 등을 통해 정부의 법령과 정책 마련에 인권이 기준이 되도록 애썼습니다. 성과를 거뒀다면 거둔 대로, 아쉽다면 아쉬운대로 3년간의 분투의 흔적이 이 책에 담겨 있습니다.

처음으로 발간하는 결정례집인만큼 부족하고 아쉬운 점이 없지 않겠지만 사람이 사람답게 살아가는 세상을 만들어가는 과정의 ‘성장통’의 일부로 여

겨주시기 바랍니다. 좋은 의견을 주시면 참고해 보다 알찬 결정례집을 내도록 하겠습니다.

바라건대 이 결정례집이 관련 행정부처, 입법부, 사법부 등 국가기관과 지방자치단체의 입법활동 및 정책 입안과 법집행 과정의 참고자료로 활용돼 인권보호와 향상에 작은 밑거름이 되기를 바랍니다.

감사합니다.

2005년 1월

국가인권위원회 위원장 

[일러두기]

○ 국가인권위원회 결정례집『인권정책분야』제1집은 2002년 11월부터 2004년 12월까지의 인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 개선에 관한 권고 또는 의견 표명과 국제인권기준의 국내이행 권고 결정 79건을 주제별, 영역별로 새로이 분류해 수록했습니다.

○ 결정문의 수록 순서는 주제별, 영역별에 따라 총7장(과거국가권력에 의한 피해자의 인권보호, 정치 및 사회생활영역, 형사사법제도, 사회적소수자의 권리보호 및 차별시정, 사생활영역의 보호, 국제인권협약의 이행, 기타 주요 결정)으로 나누고, 다시 그 결정일자 순에 따라 배열하였습니다. 단, 제4장(사회적소수자의 권리보호 및 차별시정)과 제6장(국제인권협약의 이행)은 분야별로 다시 세부항목을 분류하여 배치하였습니다.

○ 결정문은 원문을 그대로 수록하되 결정내용을 사전에 쉽게 이해할 수 있도록 서두에 결정요지를 추가하였습니다. 다만 사건관계인의 인격권 보호 등의 보호를 위해 필요하다고 판단되는 경우 사건관계인의 이름, 소속기관, 주소 등 개인 및 단체를 특정할 수 있는 내용은 익명처리하였습니다.

목 차

제1장

[과거국가권력에 의한 피해자의 인권보호에 관한 결정]

1 의문사진상규명에관한특별법 개정에 대한 의견(2002.10.28.) / 3
국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조제1항에 따라, 2002. 9. 16. 의문사진상규명위원회의 법적인 활동시한이 종료됨에 따라 의문사 사건을 충분히 조사하여 실체적 진실을 밝히지 못한 채 종결하는 것은 의문사진상규명에관한특별법 제정의 취지에 어긋나므로 조사기간 연장 및 강제력이 있는 조사권의 도입을 위한 법개정을 권고한 사례

2 삼청교육 피해보상 관련 특별법 제정 권고(2003.3.10.) / 12
국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거 국회의장과 국방부장관에게 삼청교육 관련자들의 피해와 관련한 특별법 제정을 권고한 사례

3 ○○공작원 관련 특별법 제정 권고(2003.3.10.) / 19
국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거 국회의장과 국방부장관에게 ○○공작원과 관련한 특별법 제정을 권고한 사례

4 한국전쟁 전후 민간인 희생관련 통합특별법 제정 권고(2003.7.14.) / 28
한국전쟁 전후 민간인 희생에 대한 진상규명과 피해자의 명예회복 등을 위한 통합 특별법 제정을 권고함

5 군(軍) 의문사 관련 정책권고(2004.4.26.) / 43
[1] 군 의문사 방지를 위하여 군사법원법과 군검찰사무운영규정상의 소속 부대장의 군검찰에 대한 지휘·감독권 규정을 폐지하는 등 제도적 개선을 국방부장관에 권고하고,
[2] 과거 군의문사 진상규명과 유가족들의 명예회복을 위한 한시적 특별법을 마련할 것을 국회의장에게 권고한 사례

6 납북자 가족 관련 특별법 제정 권고(2004.4.26.) / 56
납북자가족들이 당한 인권침해의 실태파악과 그 진상규명을 통한 명예회복 및 보상 등을 내용으로 하는 특별법 제정을 권고한 사례

제2장

[정치 및 사회생활영역에 관한 결정]

1 테러방지법안에 대한 의견(2002.2.22) / 69
테러방지법안은 테러행위에 대한 개념규정과 형벌규정, 절차규정, 그리고 국가기능의 재편에 관한 규정 등 법안의 본질적인 내용이 국제인권법의 기준에 위반하여 인권을 침해하거나 침해할 소지를 내포하고 있으며, 인권침해의 대상자들에게 국제인권규약이 정한 바에 따른 적절한 구제조치가 제공되지 않고 있음. 따라서 테러방지법을 제정할 필요가 있는지, 있다면 그 내용은 어떻게 되어야 하는지에 관한 신중한 조사와 연구, 검토를 거칠 것을 권고한 사례

2 월드컵대회 관련 정부정책 중 인권관련 사항에 대한 의견(2002.5.27.) / 90
월드컵대회에 즈음하여 추진되고 있는 정부정책 중 공권력 확립방안 및 대회관련시설 특별치안구역 설정 운용, 노사평화선언 추진, 불법체류방지 종합대책은 국제인권법 등의 기준에서 벗어나 인권을 침해하거나 침해할 소지를 내포하고 있다는 의견을 표명한 사례

3 월드컵 대회 기간 중 집회·시위의 자유 보장과 관련한 의견(2002.7.23.) / 103
2002년 5월 27일 국가인권위원회에서 월드컵 대회 기간 중 내·외국인의 인권이 평등하게 보장되어야 함은 물론, 집회 및 시위의 자유는 최대한 보장 되어야 한다고 권고한 바 있음에도 불구하고 월드컵대회기간 중 집회·시위의 자유는 오히려 현저히 침해되었다고 판단하여, 이에 대해 유감을 표명하고 재발방지를 권고한 사례

4 사상전향제도 및 준법서약제도에 대한 의견(2002.8.27.) / 111
사상전향 제도와 준법서약서 제도는 시민적·정치적권리에관한국제규약 제18조 및 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유를 침해하는 제도라고 할 것이나 사상전향의 강요에 맞서 이를 거부한 행위만으로 인권신장에 기여한 행위라고 단정할 수 없다는 의견을 표명한 사례

5 테러방지법 수정안에 대한 의견(2003.10.22.) / 119
테러방지법 수정안은 기존 법안의 일부 조항을 삭제하는 등 형식적으로는 상당부분 축소 조정됐지만, 내용상으로는 정보기관의 권한을 강화하는 쪽으로 개악된 부분이 많고 국민의 기본권을 제한하는 상당수 조항이 그대로 남아 있음을 확인하고, 국회에 "테러방지법 제정 반대" 의견표명

6 집회및시위에관한법률개정안에 대한 의견(2003.11.28.) / 134
국회에서 개정심의중인 집회및시위에관한법률이 헌법과 국제인권법상 보장된 집회의 자유가 기본권 제한의 일반원칙 및 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 위배되어 과도하게 제한하고 있다고 판단하여 의견을 표명한 사례

7 정치관계법(공직선거및선거부정방지법, 정치자금에관한법률, 정당법) 개정에 대한 의견(2004.2.16.) / 148
[1] 공직선거및선거부정방지법중개정법률안 중 인터넷 언론사 의 선거게시판 등에 실명인증제는 도입되지 말아야 하고,
[2] 공직선거및선거부정방지법상 현재의 선거권 부여 연령 20세는 선거권 허용하한연령의 국제적 추세, 우리 사회의 정치·경제·사회·문화적 발전 정도와 향상된 국민의식에 부합하지 않으므로 사회적 합의를 통하여 적절하게 하향 조정되어야 하며,
[3] 공직선거및선거부정방지법, 정치자금에관한법률의 선거운동의 금지·후원회 설치·기탁금 등 현행의 규정은 신진 정치인이 국회에 진출할 수 있는 기회를 충분히 보장할 수 있도록 개정되어야 하며,
[4] 공직선거및선거부정방지법 및 정당법에서 다원화된 우리 사회의 제문제들을 다양한 시각에서 조정·통합하는 역할을 담당할 수 있도록 정당의 선거후보자 선출과정 등에 여성을 비롯한 장애인 등 다양한 계층의 대표성이 실질적으로 확보될 수 있는 제도가 마련되어야 한다고 권고한 사례

8 집시법시행령 및 집시법시행규칙중 개정령안에 대한 의견(2004.4.19) / 161
[1] 집회및시위에관한법률시행령개정령안 내용 중 확성기 등의 소음기준을 법률로 규정할 것이고,
[2] 집회및시위에관한법률시행령개정령안 내용 중 집회·시위 자문위원회의 구성 및 운영에 대하여 법률로 규정할 것을 권고한 사례

9 국가보안법 폐지 권고 결정(2004.8.23.) / 172
제정과정에서부터 '반민주성'으로 말미암아 태생적 문제점을 내포하고 있는 국가보안법은 그 동안 인권 침해 소지로 인하여 국내외에서 폐지 여론이 높았던 악법이므로 현재의 시대적 상황에 맞게 이를 폐지할 것을 권고한 사례

10 민법중개정법률안에 대한 의견(2004.10.25.) / 219
민법 개정법률안의 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 기대한다고 의견을 표명한 사례

제3장

[형사사법제도에 관한 결정]

1 형사소송법 · 형법개정안에 대한 의견(2002.12.30.) / 229

2 형의실효에관한법률시행령중개정령(안)에 대한 의견(2003.3.10.) / 255
소년법 제32조제5항 및 소년법 제70조제1항에 규정된 소년 보호의 취지를 감안하고, 성인이 아닌 소년의 범죄 등에 대하여는 성인의 경우와는 달리 취급할 필요가 있으므로 형의실효등에관한법률시행령중개정령(안)에 그 조회와 회보를 제한하는 규정을 신설하는 것이 소년의 인권보호에 바람직하다고 의견을 표명한 사례

3 수용자의 집필권 보장을 위한 법령 등 개정 권고(2003.8.25.) / 257
행형법 제33조의3 '수용자는 소장의 허가를 받아 문서 · 도화 등을 집필할 수 있다'는 규정은 헌법 제21조제2항의 취지에 비추어, 위헌의 소지가 있으므로 행형법 및 관련법령과 관련지침 등의 개정을 권고함.

4 수용자규율및징벌에관한규칙중규칙개정령안에 대한 의견(2003.1.26.) / 266
[1] 수용자규율및징벌에관한규칙중개정령안의 징벌사유로 규정하고 있는 규율위반행위가 명확성의 원칙, 죄형(징벌)법정주의, 기본권제한의 일반원칙, 위임입법의 원칙 등과 국제기준에 위배되며,
[2] 징벌부과기준이 수용자의 교정교화와 재사회화, 기본적 인권의 최대한 보장, 필요최소한의 원칙, 최소침해의 원칙에 반하며,
[3] 징벌시 참작사항과 징벌가중에 관한 내용이 명확성의 원칙과 최소 침해의 원칙에 반하며,
[4] 징벌혐의자에 대한 처우와 징벌위원회의 구성시 공정성과 객관성을 확보하고 있지 않으며,
[5] 금치 중 처우와 연속집행에 대하여 인간존엄성의 원칙 및 최소침해의 원칙에 반하는 등 일부조항이 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 이의 수정이 바람직하다는 의견을 표명한 사례

5 계구의제식과사용방법등에관한규칙제정령안에 대한 의견(2004.1.26.) / 291
[1] 계구의제식과사용방법등에관한규칙제정령안의 계구의 사용요건은 자의적 해석이나 남용의 여지가 있으며,
[2] 계구의 종류와 사용에 있어 사슬과 안면보호구는 잔혹한 형벌(징벌)금지의 원칙, 비례의 원칙, 최소침해의 원칙에 반하며,
[3] 계구의 사용을 일시 중지·완화할 수 있는 경우가 너무 제한적이거나 장기간 계구를 사용할 수 있도록 하는 것 등은 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 이를 수정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한 사례

6 사회보호법 폐지 및 치료감호 대체법안 마련 권고(2004.1.12.) / 309
사회보호법상 보호감호제도가 심각한 인권침해의 문제점으로 인해 제도 본래의 의미를 상실하였으며, 현재 보호감호의 집행 여건에서 볼 때도 개선에 한계가 있으므로, 사회보호법 폐지를 통해 보호감호제도를 없애고 치료감호 등에 대한 대체법안 마련을 권고한 사례

7 소년원법시행령중개정령안에 대한 의견(2004.5.12.) / 320
[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

8 수사·공판과정에서 아동성폭력 피해자의 2차 피해자화 관련 권고 (2004.5.27.) / 334
[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 보

호자에게 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

9 인권보호수사준칙개정안에 대한 의견(2004.5.27.) / 344
[1] 체포 등에 대한 신속한 통지를 위해 명확한 시간을 명문화하고, 급속을 요하는 경우의 통지방법을 추가로 규정해야 하고,
[2] 성폭력 등 피해자의 조사시 준수조항에서 13세 미만자 등을 조사할 때에 신뢰관계자의 동석, 중계장치를 갖춘 조사실에서의 조사, 성매매 피해여성에 대한 '지원시설 등의 이용가능사실' 고지 등을 추가 규정하도록 권고한 사례

10 소년원법시행규칙제정안에 대한 의견(2004.10.11.) / 353
[1] 소년원법시행규칙제정안 제12조 제7호를 삭제하여 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 직원에게 알릴 것인지 여부를 보호소년 스스로의 가치판단에 맡길 것과
[2] 퇴원, 가퇴원은 신체의 자유, 거주이전의 자유 등과 밀접하게 관련되므로 근거규정인 소년원법 제43조, 제44조에 퇴원, 가퇴원의 대략적인 내용을 예시할 것과
[3] 제정안 제87조제3항을 수정하여 수용기간 또는 수용일수 산정에 있어서 수용당일을 산입함은 물론 출원일 또한 산입할 것을 권고한 사례

제4장

[사회적 소수자 권리 보호 및 차별시정에 관한 결정]

1. 사회적 소수자 권리 보호

1 재외동포의출입국과법적지위에관한법중개정법률안에 대한 의견 (2001.12.21.) / 363
국회 법제사법위원회에서 심의 중인 재외동포법에 관한 두 건의 개정법률안 모두 국제인권법과 헌법재판소가 제시한 합리적인 차별의 범주를 충족시킬 수 없는 문제점을 가지고 있으므로, 헌법재판소가 재외동포법의 개정시한으로 제시한 2003.12.31.까지 아직 상당한 시한이 남아 있는 점을 고려하여 충분한 연구와 검토를 거친 후에 재외동포법을 개정할 것을 권고한 사례

2 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률시행령개정안에대한 의견 (2002.5.2.) / 371
[1] 북한이탈주민의보호및정책지원에관한법률시행령개정안중 제42조제2항 후단의 신설규정은 위임입법의 한계를 벗어나므로 철회되어야 함.
[2] 모법에 해외여행 제한에 관한 규정을 두어 시행할 수는 있으나, 투명한 운영을 위하여는 법체계상 여권법이나 출입국관리법에 의하여 이를 제한하는 방식을 취하는 것이 타당함.

3-1 국립소록도병원운영등에관한규칙제정안에 대한 의견(2002.5.2.) / 376
[1] 국립소록도병원운영규칙제정안은 한센병은 전염성이 거의 없음에도 불구하고, 전염성이 있는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보여지는 바, 환자들에 대해 다음과 같이 지나친 권리제한이 가해짐으로써 인권침해가 우려되며,
[2] 또한 형식적인 면에서 규칙안의 성질상 포함할 수 있는 범주를 넘어서는 규정들 - 자치회, 자립복지기금에 대한 규정 등- 을 포함하고 있고, 환자의 개념이 포괄적으로 되어 있어 입원하지 않은 환자에 대해서도 병원의 관할권이 확장되어 상위법의 근거가 없는 권리제한을 가져오게 됨. 그리고 입원환자에 대해서도 면회, 입퇴원, 외출, 외박 등과 관련하여, 환자의 의사가 존중되지 않고, 지나친 제한을 가하여 인권이 침해될 우려가 있으며, 원장의 권한이 비대한 반면 이를 견제할 장치와 절차가 전혀 없음.
[3] 이러한 입법은 적용대상 환자의 직접적인 인권침해를 가져오며, 한센병에 대한 사회일반의 인식을 오도하여 편견에 기한 차별을 가져올 우려가 있음. 이러한 차별은 같은 질병을 가진 다른 곳에서 치료를 받고 있는 환자들과 병력자들에 대해서도 인권침해를 가져올 수 있음.
[4] 따라서 국가인권위원회는 기존의 복지부훈령이나 병원 내규로 환자의 권리를 제한하였던 것을 규칙으로 제정하고자 하는 것에는 동의하지만, 그 내용에 관하여는 위에서 제안한 사항을 충분히 반영하여 제정하여 줄 것을 촉구함.

3-2 국립소록도병원운영등에관한규칙제정안에 대한 개선권고의견(2002.7.22.) / 387

4 부랑인복지시설설치・운영규칙중개정령안에 대한 개선권고 의견(2002.8.12.) / 390
부랑인복지시설설치・운영규칙중개정령(안)은 부랑인복지시설의 설치와 운영에 관하여 필요한 사항을 정하는 것에 한정되며, 그 설치・운영에 관한 행정적인 사항이 적용대상자들에게 영향을 미치는 경우에는 그 자유와 권리를 제한하는 내용으로 규정되어서는 아니된다는 의견을 표명한 사례

5 교육부 학교생활규정안에 대한 의견(2002.9.9.) / 394
학교생활규정은 실제 학교공동체에 미치는 영향이 관련법보다 더 크고, 학생인권의 악화 또는 침해소지가 있으므로, 정부는 학교규율이 청소년의 인간적 존엄성과 합치하고 동 협약에 부합하도록 운영되는 것을 보장하기 위한 적절한 조치할 것을 권고

6 청소년의성보호에관한법률중개정법률안에 의견(2002.9.24.) / 407

7 초중고교 제7차 교육과정 교과서 인권내용관련 직권 수정 권고(2002.10.28.) / 408
교육부의 초중고교 제7차 교육과정 교과서의 개정 내용 중 학생들의 인권존중의식 형성에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 소지가 있는 일부 부분에 대해 교육부장관에게 교과서 내용을 수정 협의할 것을 권고한 사례

8 생계유지곤란자의 병역감면관련 법령의 개선 권고(2003.24.) / 425
현행 병역법 시행령 및 생계유지곤란자병역감면처리지침에 따르면 병역감면 여부를 가늠하기 어렵고, 지방병무청장의 병역감면처분이 자의적으로 행해질 우려가 있으므로 병역법령을 개정할 것을 국방부와 병무청에 권고한 사례

9 산업안전보건법시행령개정안에 대한 의견(2003.4.14.) / 438
산업안전보건법시행령 개정안에 대하여 국가의 의무, 사업주 의무를 보다 강화함으로써 근로자의 안전권 등이 폭넓게 보장되도록 의견제시

10 독학에의한학위취득에관한법률개정안에 대한 의견(2003.4.28.) / 447
4단계 시험을 모두 합격해야 독학 학위를 취득하게 되는 상황에서 각 시험의 부정행위자들에 대하여 일률적으로 해당 시험의 응시자격을 3년간 정지하는 것은 인권침해 소지가 있으므로 교육부에 관련법령을 개정할 것을 권고한 사례

11 국민연금법중개정법률안에 대한 의견(2003.8.12.) / 460
[1] 교도소와 감호시설 수용자, 행방불명자들을 계속 납부예외 지역가입자로 유지하여 원하는 경우, 추후납부를 통하여 연금급여 혜택을 받을 수 있도록 하고,
[2] 국민연금 납부예외자를 교도소뿐 아니라 '행형법 제2조에 의한 교도소 등의 수용자'로 확대하여 구치소, 지소 수용자들이 일시적인 소득 감소에 따른 체납 처벌 등의 불이익을 받지 않도록 보건복지부장관에게 당해 법률조항을 개정해야 한다는 의견을 표명함.

12 아동복지법중개정법률안에 대한 의견(2004.1.26.) / 470
아동복지법중개정법률안은 아동인권 및 보호자등의 인권을 침해할 수 있으므로 폐기할 것을 권고한 사례

2. 성별 · 장애 · 외국인노동자 · 학벌 · 비정규직을 이유로 한 차별 시정

1 강릉시 조례안(장애인 복지시설의 위탁해지 관련 조항)에 대한 의견 (2002.7.20.) / 479

2 정부의 『외국인력제도 개선방안』에 대한 권고(2002.8.12.) / 480
정부가 2002. 7.15. 발표한 『외국인력제도 개선방안』이 외국인 노동자의 심각한 인권문제를 개선하기에는 크게 미흡하므로 최소한 산업연수생제도의 단계적 폐지, 차별논란이 없도록 취업관리제 보완, 불법체류자의 단계적 양성화 조치 등이 포함되도록 개선안을 재검토할 것을 권고

3 국내거주 외국인노동자 인권향상을 위한 정책권고(2003.2.10.) / 492
[1] 산업연수제 폐지 및 고용허가제 도입 재권고 및 입법촉구
[2] 불법체류 외국인노동자에 대한 최소한의 인권보장 대책 마련 및 이를 위한 공무원 통보의무 개정
[3] 외국인노동자 인권보호 기초자료 개발 및 번역

4 민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9,10)에 대한 의견(2003.3.10.) / 504
국가인권위원회법 제28조 제1항 소정의 법원, 헌법재판소 등에 의견을 제출할 권한에 의하여 헌법재판소에 계류 중인 호주제 사건과 관련하여 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해한 것이라고 판단하여 헌법재판소에 의견을 제출한 사례

5 도로교통법중개정법률안에 대한 의견(2003.4.14) / 510
도로교통법개정안의 정신장애인에 대한 운전면허결격사유와 재취득 제한규정, 초보운전자 관리기간제도 등의 관련 규정은 인권침해 소지가 있어 경찰청에 개정 권고한 사례

6 출입국관리법중개정법률안에 대한 의견(2003.7.14.) / 525
출입국관리법중개정법률안의 외국인지문날인대상자를 규정하고 있는 내용이 명확성의 원칙에 반하므로 인권침해 논란을 최소화하는 방향으로 개정하도록 법무부장관에게 의견 제시

7 장애인고용촉진및직업재활법시행령 · 시행규칙 개정안에 대한 의견 (2004.4.26.) / 533
[1] 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무에 있어 적용제외 규정은 장애인에 대한 차별을 초래하므로 삭제하는 것이 바람직하고,

[2] 장애인고용촉진 등의 서비스 제공에 필요한 전문인력의 자격요건에 있어 자격검증을 거친 인력을 더 포함시킬 수 있도록 권고한 사례

8 대학시간강사 제도 개선 권고(2004.5.24.) / 546
교원인적자원부 장관에게 대학 시간강사는 전임교원과 비교하여 근무조건・신분보장・보수 및 그 밖의 물적 급부 등에 있어서 차별적 대우를 받고 있고, 그 대우는 합리성을 잃은 것이어서 헌법상 기본권인 평등권 침해의 소지가 있으며, 또한 결과적으로 국민의 교육을 받을 권리도 훼손될 우려가 있어 조속히 개선되어야 한다고 판단하여 시간강사의 차별적 지위를 개선할 것을 권고한 사례

9 외국인 입국심사제도 개선 권고(2004.5.27.) / 555
현행 출입국관리법령 등은 입국심사에 대해 규정하면서 입국불허결정을 받은 외국인에 대하여 합리적인 불복절차에 관한 규정이 없어 법무부장관에게 입국 불허처분에 대한 외국인의 이의신청권 보장을 제도화할 것을 권고한 사례

10 건설기술관리법시행규칙 제15조의4 제2항 관련 별표11 개정 권고
(2004.7.26.) / 562
품질관리원의 자격요건에 있어서 기술자격자와 학・경력자에게 상이한 업무요건을 규정하는 것은 평등권 침해에 해당하므로 이를 개정할 것을 권고한 사례

11 성매매방지및피해자보호등에관한법률시행령・시행규칙안에 대한 의견
(2004.8.23.) / 567
[1] 성매매 예방교육과 관련하여 여성부가 교육인적자원부 등 관련부처와 연계하여 교재 및 자료 개발, 교육현황 파악 등의 지원을 담당하도록 보완하고, 여성부가 정기적으로 성매매 및 인신매매에 관한 실태보고서를 작성하여 공표하도록 하여 국가와 지자체 등이 성매매 예방의무를 충실히 이행하도록 하고,
[2] 성매매 피해여성 등이 자녀와 함께 지원시설에 입소할 수 있도록 보완하고 자녀의 적정연령을 정할 필요가 있다고 권고한 사례

12 출입국관리법중개정법률안에 대한 의견(2004.10.8.) / 573
출입국관리법중개정법률안의 내용 중 보호외국인에 대한 기본권의 제한은 불가피한 경우에 한하여 최소한도로 이루어 질 수 있도록 개선 보환이 필요하다고 판단하여 의견을 표명한 사례

3. 기타 차별 시정

1 국·공립사범대학 졸업자 중 병역의무 이행으로 인해 교원으로 미임용된 자에 대한 구제권고(2003.9.25.) / 583
1990년 10월 8일 헌법재판소의 구교육공무원법 제11조제1항 위헌결정 당시 이미 교사임용후보자명부에 등재되어 있던 국공립사범대학 졸업자 중 병역의무 이행으로 불이익을 받아 교원으로 미임용된 자들에 대하여 조속히 구제조치 방안을 마련하여 시행하도록 교육인적자원부 장관에게 권고한 사례

2 B형간염바이러스 보균자 차별시정을 위한 공무원채용 신체검사규정 개정 권고(2003.10.22.) / 591
공무원채용신체검사규정 제3조의2에 근거한 〈채용신체검사서〉에 간염검사를 명시하고 간염예방접종 필요여부를 표시하도록 한 것은 B형간염바이러스 보균자에 대하여 평등권 및 직업선택의 자유를 침해할 우려가 있으므로 본조 서식에서 간염검사 항목과 간염예방접종 필요여부 항목을 삭제할 것을 권고한 사례

3 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의2 제1항 개정권고(2004.3.17.) / 600
국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의2 제1항은 나이에 근거한 불합리한 차별이므로 이에 대한 개정을 권고한 사례

4 주택건설공사감리자지정기준 [부표] 감리자의 기술능력평가점수 산정기준 개정권고(2004.3.29.) / 606
주택건설공사감리자지정기준 [부표] 감리자의 기술능력 평가점수 산정기준에서 "감리원(책임감리원, 보조감리원)의 나이가 만 65세 이상인 경우 등급, 경력 및 실적 평가시 차순위 점수로 평가" 라는 규정은 나이에 근거한 합리적 이유없는 차별로서 평등권을 침해하므로 개정할 것을 권고한 사례

제5장

[사생활영역의 보호에 관한 결정]

1 운전면허 수시적성검사에 관한 권고(2002.7.30.) / 615
감사원의 개인정보이용 및 법령개정 권고, 경찰청의 자료의 요청 및 공단의 개인정보 제공, 경찰청의 수시적성검사 대상자 통보 등의 조치가 대상자의 사생활의 비밀과 자유를 침해할우려가 있으므로 이에 대한 개선을 권고한 사례

2 전기통신사업법개정안에 대한 의견(2002.8.13.) / 627
전기통신사업법 개정안의 일부 조항이 명확성의 원칙에 위배되어 자의적인 법집행 가능성이 있으므로 재검토를 권고한 사례

3 보험업법중개정법률안에 대한 의견(2002.9.25.) / 629
재정경제부가 입법예고한 보험업법개정법률안 중 금융감독위원회가 '보험사기조사'와 관련하여 공공기관에 대하여 가입자의 병력 자료 등 개인 정보의 제공을 요구할 수 있도록 한 것은 인권침해의 소지가 있다고 판단한 사례

4 생명윤리및안전에관한법률제정안에 대한 의견(2002.11.4.) / 633
생명윤리및안전에관한법률제정안은 인간개체복제금지 및 배아에 대한 보호를 핵심내용으로 하고 있어 여성의 난자에 대한 보호가 가장 필수적이라고 할 것이나, 여성의 난자 등에 대한 보호에 대해서는 구체적으로 언급하고 있지 않아, 난자 등의 제공, 채취, 관리, 감독 등에 대한 투명성을 확보할 수 있는 철저한 장치에 대해 동 개정안이 규정해야 한다고 판단한 사례

5 경찰청의 주민별 얼굴사진자료 수신관련 의견(2003.3.24.) / 639
행정자치부에서 관리되는 주민별 얼굴사진 자료를 경찰청이 일괄수신하여 활용하는 것은 프라이버시권 및 인격권 등의 침해로 인정하여 경찰청에 의견제시

6 교육인적자원부의 교육행정정보시스템(NEIS)에 관한 개선 권고(2003.5.12.) / 643
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

7 교육공무원인사기록및인사사무처리규칙개정규칙안에 대한 의견
(2003.10.22.) / 666
교육공무원인사기록및인사사무처리규칙개정규칙안의 별지 제1호 서식 교육공무원인사기록카드 항목의 신체사항 중 '혈액형', 가족사항 중 '성명', '관계', '생년월일', '직업'의 기재항은 교육공무원의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 우려가 있으므로 삭제하는 것이 타당하다는 의견을 표명한 사례

8 공공기관의개인정보보호에관한법률중개정법률안에 대한 의견(2003.11.10.) / 673
개정법률안은 헌법 제10조 및 제17조, 세계인권선언 제12조, 시민적·정치적 권리에관한국제규약 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유, 그 중 특별히 개인정보자기결정권(자기정보관리통제권)을 침해할 소지가 있으므로 정보주체의 권리를 실질적으로 보장할 수 있도록 새로운 개정안이 필요하다는 의견을 표명

9 공공기관의 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영 관련 정책 권고 (2004.4.19.) / 688
지방자치단체, 경찰청 등에서 범죄예방 및 범죄수사를 위하여 설치·운영하고 있는 CCTV 등 무인단속장비에 관하여, 그 설치·운영 기준을 주요내용으로 하는 법령을 제정하거나 공공기관의개인정보보호에관한법률을 개정하여 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영에 관한 법적 기준을 마련할 것을 권고한 사례

10 공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정제정안에 대한 의견 (2004.7.5.) / 705
[1] 공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정제정안 내용 중 공직후보자의 인물정보 구축목적·수록범위를 국가공무원법 제19조의3제1항의 범위로 축소 규정하도록 하고,
[2] 인물정보의 타 기관 제공시 요청기관에 대한 상세한 규정을 두고 정보제공자로부터 사전동의를 받거나 정보제공자에게 통지하도록 하며 활용 후 폐기하도록 권고한 사례

11 실종아동찾기지원법제정안에 대한 의견(2004.9.6.) / 713
실종아동의 조속한 귀가 및 귀가 이후의 원만한 사회적응을 도모함으로써 아동과 가정의 복지를 증진한다는 실종아동찾기지원법안의 목적을 달성하면서 헌법상의 기본권인 사생활의비밀과 자유의 침해를 방지하기 위해서는 법안의 개선 및 보완이 필요하다고 판단한 사례

12 교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안, 학교보건법중개정법률안에 대한 의견(2004.10.11) / 718
교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안 및 학교보건법중개정법률안을 검토한 결과 정보인권의 충분한 보장을 위한 개선 및 보완이 필요하다고 판단한 사례

제6장

[국제인권협약의 이행 등에 관한 결정]

1. 정부이행보고서 관련 의견

1 인종차별철폐협약 제11차 정부보고서에 대한 의견(2002.2.1.) / 729

2 고문방지협약 제2차 정부보고서에 대한 의견(2002.2.26.) / 738

3 여성차별철폐협약 제5차 정부이행보고서(안)에 관한 의견(2003.1.22.) / 753
국가인권위원회법 제21조 의거 외교통상부가 요청한 제5차 여성차별철폐협약 이행보고서(안)에 대해 의견을 표명한 사례

4 고문방지협약 제2차 정부보고서 수정안에 대한 의견(2003.12.8.) / 767
[1] 수정된 고문방지협약 제2차 정부보고서는 유엔의 정부보고서 작성지침을 충실히 따르며, 형식 및 편제에 있어서는 문제점이 없으나, 국가인권위원회의 1차 의견제시내용이 충실히 반영되지는 못하였고,
[2] 우리나라 고문관련 상황은 제도나 법령의 미비점보다는 수사관행과 구조의 문제가 크다고 할 것인데, 정부보고서는 법령, 훈령 및 예규 개선, 일부 법원의 판결을 제시하여 한국의 고문관련 상황이 개선되었다고 기술하고 있어, 현실상황에 대한 충분한 고려가 없고,
[3] 정부보고서에 제시된 통계가 근거가 불명확하거나 일부만 제시되고 있으므로 통계의 정확한 기간 및 기준이 된 자료를 적시할 필요가 있어 의견을 표명한 사례

5 시민적 · 정치적권리에관한국제규약 제3차 정부보고서에 대한 의견
(2004.2.23.) / 789
[1] 제3차 정부보고서는 체제와 형식에 있어 유엔인권이사회의 지침을 따르고 제2차 정부보고서 심의시 지적된 사항에 대하여 기술을 하고 있으나 이행상황의 진전을 제시하지는 못하고 있고, 전체적인 인권이행상황 조망에 어려움이 있으며,
[2] 유보조항, 협약이행상 장애요인 및 애로사항 제시 및 극복노력, 충분한 자료 및 통계제시, 규약내용에 대한 홍보 및 교육에 대한 기술이 부족하다고 하여 의견을 표명한 사례

2. 국제인권협약의 국내이행 관련 의견

1 국제형사재판소 규정 가입 권고(2002.6.3.) / 809
정부는 2000. 3. 8. 국제형사재판소규정에 서명한 상태이며, 이 조약이 중요한 국제인권조약으로 판단되어 국가인권위원회법 제19조제7호에 의거하여 그 가입을 권고하는 의견을 표명

2 국제형사재판소관할범죄의처벌등에관한법률(안)에 대한 의견 (2003.9.22.) / 815
[1] 대한민국 정부의 "국제형사재판소설립을위한로마규정" 가입 및 그 효력의 발효에 따라 마련된 국내이행법률안인 국제형사재판소관할범죄의처벌등에관한법률(안)이 금지되는 행위를 국민들이 이해할 수 있도록 로마규정에 따른 범죄구성요소를 참조하여 명확하게 하고,
[2] 로마규정의 전쟁범죄 중 법률안에 포함되지 않은 행위들, 특히 비국제적 무력충돌에서 민간인과 평화유지군, 제네바협약에 의거한 인도적 지원에 대한 보호조항을 포함시키는 것이 타당하다는 의견

3 여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고(2003.12.8.) / 824
[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

4 유엔인권협약 개인통보제도에 따른 국내구제절차마련 특별법 제정 및 고문방지협약 제21조와 제22조에 대한 수락선언권고(2003.12.8.) / 831
[1] 개인통보제도에 따른 유엔인권규약위원회 결정을 관보에 게재하고
[2] 그 결정을 이행할 수 있도록 하는 특별법을 제정하고,
[2] 고문방지협약 제21조 국가통보제도와 제22조 개인통보제도에 대하여 명시적 수락선언을 할 것을 권고한 사례

제7장

[기타 주요 결정]

1 이라크 전쟁에 대한 의견(2003.3.26.) / 843

2 공중위생관리법중개정법률안에 대한 의견표명(2003.8.25.) / 846
공중위생관리법개정안의 내용중 “선량한 풍속”, “필요한 제한”의 기준, 유형, 내용등을 명확하게 규정한 후 하위법령에 위임하도록 보건복지부장관에게 개정 필요의견 표명

3 행정절차법시행령중개정령안에 대한 의견(2004.6.9.) / 855
[1] 행정예고 대상에 노인, 아동, 장애인 등 사회적 소수자에 관한 정책을 포함하고, 국민에 불편을 주는 시설에서 장애인복지시설은 제외하며, 공청회 등 약식절차에 의한 의견수렴을 거치는 정책도 행정예고대상에 포함시켜야 하고,
[2] 정책관련 사항의 공표 예외 조건을 엄격히 규정하여 국민들의 알 권리를 확대해야 하고, 특정 정책이나 계획에 대한 국민들의 행정예고청구 가능규정을 신설하도록 의견 표명한 사례

제 1 장

과거국가권력에 의한 피해자의 인권보호에 관한 결정

1 의문사진상규명에관한특별법 개정에 대한 의견(2002.10.28.)

국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조제1항에 따라, 2002. 9. 16. 의문사진상규명위원회의 법적인 활동시한이 종료됨에 따라 의문사 사건을 충분히 조사하여 실체적 진실을 밝히지 못한 채 종결하는 것은 의문사진상규명에관한특별법 제정의 취지에 어긋나므로 조사기간 연장 및 강제력이 있는 조사권의 도입을 위한 법개정을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 의문사위에 접수된 85건의 조사대상 사건 중 30건에 대하여 조사기일에 쫓겨 실체적 진실규명을 못하고 종결함으로써 과거 공권력에 의해 인권을 침해당한 피해자 및 그 유가족의 명예를 회복시켜 주지 못한 것에 대해 유감을 표명함.

[2] 특히, 최근까지도 시민·인권단체를 비롯하여 학계, 정치계 등에서 토론회, 입법공청회 등을 통하여 의문사위 활동기간의 연장과 조사권 강화를 위한 법 개정을 요구하고 있는 등 접수된 사건에 대한 실체적 진실규명 없이 사건을 종결하는 것은 인권의 중요성을 고려할 때 적절하지 않다는 것을 분명히 밝힘.

[3] 의문사위의 조사기간을 2002. 9. 16.까지로 규정한 의문사특별법 제23조는 의문사 사건에 대하여 진실이 규명될 때 까지 의문사위가 조사활동을 할 수 있도록 개정 또는 폐지되어야 할 것임.

[4] 소환대상 참고인들 중 상당수가 의문사위의 출석요구에 불응하고, 관계기관들의 비협조로 사건의 실체적 진실발견에 어려움이 있었던 점을 고려할 때 강제력이 있는 조사권을 부여하는 법 개정이 있어야 할 것임.

【주 문】 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조제1항에 따라, 2002. 9. 16. 의문사진상규명위원회(이하 '의문사위'라 한다)가 의문사 사건에 대한 진상규명을 통한

국민화합과 민주발전이라는 설립목적을 이루지 못한 상황에서 법적인 활동시한이 종료됨에 따라 의문사 사건을 충분히 조사하여 실체적 진실을 밝히지 못한 채 종결하는 것은 의문사진상규명에관한특별법(이하 '의문사특별법'이라 한다) 제정의 취지에 어긋나므로 조사기간 연장 및 강제력이 있는 조사권 도입 등 아래에 열거한 점을 감안하여 법 개정을 검토할 것을 권고하기로 의결함.

1. 의문사위에 접수된 85건의 조사대상 사건 중 30건에 대하여 조사기일에 쫓겨 실체적 진실규명을 못하고 종결함으로써 과거 공권력에 의해 인권을 침해당한 피해자 및 그 유가족의 명예를 회복시켜 주지 못한 것에 대해 유감을 표명함.
2. 특히, 최근까지도 시민·인권단체를 비롯하여 학계, 정치계 등에서 토론회, 입법공청회 등을 통하여 의문사위 활동기간의 연장과 조사권 강화를 위한 법 개정을 요구하고 있는 등 접수된 사건에 대한 실체적 진실규명 없이 사건을 종결하는 것은 인권의 중요성을 고려할 때 적절하지 않다는 것을 분명히 밝힘.
3. 의문사위의 조사기간을 2002. 9. 16.까지로 규정한 의문사특별법 제23조는 의문사 사건에 대하여 진실이 규명될 때 까지 의문사위가 조사활동을 할 수 있도록 개정 또는 폐지되어야 할 것임.
4. 소환대상 참고인들 중 상당수가 의문사위의 출석요구에 불응하고, 관계기관들의 비협조로 사건의 실체적 진실발견에 어려움이 있었던 점을 고려할 때 강제력이 있는 조사권을 부여하는 법 개정이 있어야 할 것임.

【이　　유】

Ⅰ. 사실관계

□ 진정제기

○ 진정사건의 개요
- 사건번호 : 02진기190 입법요구
- 진정인 : ○○○
- 피진정인 : 국회
- 진정의 요지

진정인은 '전국민족민주유가족협의회' 의문사 피해자 회원으로 군 의문사 허원근 일병의 父인 자로, 조사대상 사건에 대한 진실규명을 못한 상태에서 조사기간이 종결되어 의문사에 대한 실체가 밝혀지지 못하였으며, 의문사위의 조사권한에 대한 강제력이 없어 실체적 접근에 어려움이 많으므로 조사권한 강화 등 법 개정이 필요하므로 인권위에서 법 개정에 대한 권고를 하여 줄 것을 요구함.

□ 관련법

<의문사진상규명에관한특별법>

제1조 (목적) 이 법은 민주화운동과 관련하여 의문의 죽음을 당한 사건에 대한 진상을 규명함으로써 국민화합과 민주발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제22조 (조사의 방법) ①위원회는 조사를 수행함에 있어서 다음 각호의 조치를 할 수 있다.

1. 진정인, 참고인, 피진정인에 대한 진술서 제출요구
2. 진정인, 참고인, 피진정인의 출석 요구 및 진술청취
3. 감정인의 지정 및 감정의 의뢰
4. 피진정인 또는 피진정인의 소속 기관, 시설, 단체 등에 대한 관련자료 또는 물건의 제출요구

②위원회는 필요하다고 인정할 때에는 위원 또는 소속직원으로 하여금 제1항 각호의 조치를 하게 할 수 있다.

③위원회는 필요하다고 인정할 때에는 위원 또는 소속직원으로 하여금 진정의 원인이 된 사실이 발생한 장소 기타 필요한 장소에서 관련자료나 물건 또는 시설에 대하여 실지조사를 하게 할 수 있다. 이 경우 위원회는 위원 또는 직원으로 하여금 대통령령이 정하는 바에 의하여 지정된 장소에서 진정인, 참고인 또는 피진정인의 진술을 청취하게 할 수 있다.

④위원 또는 직원이 제1항제2호 또는 제3항의 규정에 따라 피진정인의 진술을 청취한 경우에는 형사소송법 제147조 내지 제149조 및 제200조제2항의 규정을 준용한다.

⑤제3항의 규정에 의하여 실지조사를 하는 위원 또는 직원은 실지조사의 대상인 기관, 시설, 단체 등이나 그 직원에 대하여 필요한 자료나 물건의 제출을 요구할 수 있다. 이 경우 자료나 물건의 제출요구는 조사목적에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다.

⑥제1항 또는 제5항의 규정에 의하여 필요한 자료나 물건의 제출요구에 대하여는 형사소송법 제110조 내지 제112조, 제129조 내지 제131조 및 제133조의 규정을 준용한다.

⑦제3항 및 제5항의 경우 당해 위원 또는 소속직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 제시하여야 한다.

⑧위원회는 제1항제2호의 출석요구를 받은 자가 정당한 사유없이 출석요구에 응하지 아니하는 때에는 그 의결로 출석요구에 불응하는 자에 대하여 지정한 장소까지 동행할 것을 명령할 수 있다.

⑨제8항의 동행명령을 함에는 위원회의 위원장이 동행명령장을 발부한다.

⑩제9항의 동행명령장에는 대상자의 성명, 주거, 동행명령을 하는 이유, 동행할 장소, 발부연월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행하지 못하며 동행명령장을 반환하여야 한다는 취지와 동행명령을 받고 거부하면 과태료에 처한다는 취지를 기재하고 위원장이 서명·날인하여야 한다. 대상자의 성명이 분명하지 아니한 때에는 인상, 체격 기타 대상자를 특정할 수 있는 사항으로 표시할 수 있으며 주거가 분명하지 아니한 때에는 주거기재를 생략할 수 있다.

⑪동행명령장의 집행은 동행명령장을 대상자에게 제시함으로써 한다.

⑫동행명령장은 위원회 사무국의 소속직원으로 하여금 이를 집행하도록 한다.

⑬교도소 또는 구치소(군교도소 또는 군구치소를 포함한다)에 수감중인 대상자에 대한 동행명령장의 집행은 위원회 사무국 소속직원의 위임에 의하여 교도관리가 행한다.

⑭현역 군인인 대상자가 영내에 있을 때에는 소속 부대장은 위원회 사무국소속직원의 동행명령장 집행에 협력할 의무가 있다.

제23조 (조사의 기간) 위원회는 조사중인 사건에 대한 조사를 2002년 9월 16일까지 완료하여야 한다.

[전문개정 2002.3.25]

제37조 (과태료) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제17조의 규정에 위반하여 의문사진상규명위원회 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자

2. 정당한 이유없이 제22조제1항제4호 또는 제5항의 규정에 의한 자료나 물건의 제출요구에 응하지 아니하거나 허위의 자료나 물건을 제출한 자

3. 정당한 이유없이 제22조제3항의 규정에 의한 실지조사를 거부·방해·기피한 자

4. 정당한 이유없이 제22조제8항의 동행명령을 거부하거나 제3자로 하여금 동행명령장의 집행을 방해하도록 한 자

□ 관련기관들의 의견

<의문사진상규명위원회>

○ 조사기간의 연장

의문사 사건의 특성상(오랜기간 경과, 관련자 사망, 기록의 폐기 등) 단기간내 진상규명을 끝내기가 어려우므로 조사기간 연장이 불가피함.

○ 조사권한의 강화

소환대상 참고인 중 상당수가 출석에 불응하였음에도 강제적인 조사권한이 없어 실질적인 조사가 이루어지지 않았으므로 조사권한을 강화하는 법개정이 필요함.

<민주당 이창복의원 대표발의(안)>

○ 의문사진상규명에관한특별법중개정법률안 : 2002. 9. 7. 이창복의원

등 20인 발의

○ 제안이유

조사대상 사건에 대한 진상규명 없이 활동을 종료하는 것은 법 제정 목적을 달성하지 못한 상황이므로 실효성 있는 조사를 위해 조사기간 연장 및 조사권한을 강화하는 법 개정이 필요함.

○ 주요골자

- 의문사의 정의를 “민주화운동 또는 권위주의적 통치하의 정치·사회적 탄압 과정에서 발생한 의문의 죽음으로서 그 사인이 밝혀지지 아니하고 위법한 공권력의 직·간접적인 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 죽음을 말한다”로 하여 의문사특별법 제1조의 개념보다 조사대상을 확대

- 통화내역과 금융거래정보 제출 요구권 신설
- 강제구인권 신설
- 통신제한조치, 출국금지, 압수·수색 등 요청권 신설
- 청문회 개최권 신설
- 조사기간 삭제
- 재심청구와 추가진정권 신설
- 형사소송상의 공소시효와 민사소송상의 소멸시효의 적용 배제

<한나라당 김원웅의원 대표발의(안)>

○ 의문사진상규명에관한특별법중개정법률안 : 2002. 9. 10. 김원웅 의원 등 26인 발의

○ 제안이유

의문사 사건을 충분히 조사하여 실체적 진실을 밝히지 않은 채 종결하는 것은 법 제정의 취지에 어긋나기 때문에 조사기간을 제한하지 아니하고, 특별검사제를 도입하여 위원회의 권한을 강화하여 의문사 규명에 철저를 기하기 위함.

○ 주요골자

- 의문사의 정의를 “민주화운동 또는 권위주의적 통치하의 정치·사회적 탄압 과정에서 발생한 의문의 죽음으로서 그 사인이 밝혀지지 아니하고 위법한 공권력의 직·간접적인 행사로 인하여 사망하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 죽음을 말한다”로 하여 의문사특별법 제1조의 개념보

다 조사대상을 확대
- 특별검사제 도입
- 조사관에게 사법권 부여
- 강제구인권 신설
- 통화내역과 금융거래정보 제출 요구권 신설
- 청문회 개최권
- 조사기간 삭제
- 재심청구와 추가진정권 부여
- 의문사로 인정된 자는 민주화운동 관련자로 간주
- 손해배상청구권 소멸시효의 적용을 배제

□ 최근 시민단체 여론

○ 한국 정부와 국회의원에 드리는 공동 호소문(2002. 10. 20.)

- 주관 : 제6회 동아시아평화인권국제학술회의여수대회가자 중 외국인 학자 55명

- 내용 : 총 83건의 의문사 조사대상 사건 중 30건은 실체에 접근하지도 못한 채 활동을 중단할 위기에 처해 있으므로 국회는 조사기간 연장 및 조사권한을 강화하는 의문사특별법을 개정하고 재발방지를 위한 역사적 책임을 다할 것을 촉구함.

○ 인권단체 공동성명(2002. 10. 12.)

- 주관 : 국제민주연대 등 26개 단체

- 내용 : 조사권한을 강화하고 충분한 조사기한을 부여하는 것으로 의문사특별법을 개정할 것을 촉구함.

  ・특별검사제, 강제구인권 및 허위진술 처벌권 도입

  ・통화제한조치, 출국금지 및 압수수색권 부여

  ・공소시효 적용 배제

○ 의문사특별법 개정 촉구를 위한 광주・전남 사회단체 성명서(2002. 10. 14.)

- 주관 : 광주전남통일연대 등 47개 단체

- 내용 : 조사권한 강화없는 법 개정은 진정한 진상규명을 할 수 없음.

  ・특별검사제, 강제구인권 도입

・통신제한조치, 압수수색권 및 청문회권 부여
・공소시효의 적용 배제

○ 대한변호사협회(2002. 10. 9.)

의문사위의 활동시한이 종료됨에 따라 의문의 죽음을 당한 수많은 사건의 진상이 규명되지 못하고 있으므로 위원회 활동시한은 연장되어야 하고, 이를 위해 조속한 법 개정을 촉구함.

○ 광주광역시 의회 성명서(2002. 9. 16.)

의문사위의 활동기한의 마감으로 적지 않은 의문사 사건들이 어두운 역사 속으로 묻혀 버릴 위기에 놓여 있으므로, 활동시한을 연장하고 조사권한을 강화하는 재입법을 추진할 것을 촉구함.

Ⅱ. 위원회의 판단

□ 정부의 인권정책과 의문사규명의 의의

○ 의문사 진상규명은 과거 권위주의 통치로 비롯된 국민의 피해를 규명하고, 그 피해를 보상하여 사회적 화합을 이루어 인권국가로서의 위상을 높이려는 국민의 정부의 인권정책의 맥락에서 비롯된 것임.

○ 의문사 사건에 대한 진실규명과 그 결과를 토대로 정권의 창출이나 유지를 위해서라면 국민의 인권과 생명까지도 경시했던 과거 권위주의 통치역사에 대한 반성이 필요함.

○ 의문사 진상규명이 과거의 부정적 잔재를 청산하고 국가기관의 신뢰도를 제고하기 위한 역사적 과제라는 점을 고려하면, 인권국가를 지향하는 현 시점에서 의문사위의 활동은 국가적 차원에서 협력하여 추진하여야 할 역사적 과제임이 분명함.

□ 의문사특별법 개정의 필요성

○ 의문사위가 조사한 85건의 사건은 전체 의문사 사건의 일부임. 따라서 권한과 자료의 부재 등으로 진상규명 불능으로 결정된 사건은 물론 조사대상이 되지 못한 사건의 경우에도 향후 의문사 사건의 조사대상으로 되어야 할 것임.

○ 의문사특별법은 한시법이 갖는 내재적 한계로 인해 제한된 권한과 범위내서 의문사 사건에 대한 진상규명이 이루어진 만큼 과거를 청산하고 제도를 개선할 정도의 충분한 조사가 이루어지지 못한 것은 사실임.

○ 의문사 사건은 권위주의 통치하에 국가 공권력이 죽음의 과정에 직접 개입하였거나, 그 진상을 조직적으로 은폐하였을 것이라고 의혹을 받고 있는 사건으로, 그 특성상 현재 일어난 범죄혐의를 조사하는 통상적인 조사활동과는 비교할 수 없을 정도로 많은 어려움이 있는 것은 사실임. 따라서 국가기관의 비협조적인 행위로부터 진실을 규명하기 위해서는 직·간접적 증거수집에 불가피한 강제권한을 부여하는 조사권한 강화가 요청되고 있음.

○ 의문사 사건에 대한 진상규명은 잘못된 과거에 대하여 국가가 반성하고 국민의 인권을 침해한 제도나 관행을 개선하는 계기가 되어야 할 것임. 따라서 의문사 사건은 죽음에 대한 의혹이 완전히 사라질 때 까지 진행되어야 하고, 특별법에 따라 이루어진 의문사위의 활동기간 연장 및 조사권한 강화는 과거 우리의 어두운 역사를 청산할 중요한 계기가 될 것임.

Ⅲ. 결 론

○ 이상에서 살펴본 바와 같이 의문사위의 조사활동은 국민의 생명권 침해라는 가장 극단적인 인권침해에 대하여 진실을 밝혀냄으로써 권위주의 통치의 폐해 및 민주주의와 인권보장의 소중함을 재확인하여 과거역사를 청산하고 보다 성숙한 인권국가로의 발전을 이루는 초석이 될 것이므로 주문과 같이 권고함.

2002. 10. 28.

국가인권위원회 정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

2 삼청교육 피해보상 관련 특별법 제정 권고(2003.3.10.)

국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거 국회의장과 국방부장관에게 삼청교육 관련자들의 피해와 관련한 특별법 제정을 권고한 사례

【결정요지】

1980년 해직공무원의보상등에관한특별조치법(1989.3.29. 법률 제4101호), 5·18민주화운동등에관한특별법(1995.12.21. 법률 제5029호), 광주민주화운동관련자보상등에관한법률(2000.1.12. 법률 제6122호), 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률(2000.1.12. 법률 제6123호), 시국사건관련교원임용제외자채용에관한특별법(2001.3.28. 법률 제6435호), 거창사건등관련자의명예회복에관한특별조치법(1996.1.5. 법률 제5148호), 제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법(2000.1.12. 법률 제6117호) 등과 같이 국가권력에 의한 피해자들에 대한 구제를 위하여 여러 종류의 특별법들이 제정되어온 점 등을 고려할 때, 모든 법적 구제수단을 차단당한 삼청교육피해자들을 위하여 삼청교육 피해관련 특별법을 제정하여 삼청교육 과정에 대한 진상규명과 피해자 및 그 유가족들에 대한 구제조치가 이루어질 수 있도록 특별법 제정을 권고함.

【주 문】 국가인권위원회는, 2003. 03. 10. 국회의장과 국방부장관에 대하여 삼청교육 진상규명, 명예회복 및 보상 등을 포함하는 특별법 제정을 권고합니다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. ○○교육대인권운동연합(약칭 ○○○) 회장 전○○은 2001. 12. 17. 국가인권위원회에 대검의 삼청교육 수사에 대한 촉구와 더불어 진상조사를 내

용으로 하는 진정을 접수하여 현재 국가인권위원회에 계류 중입니다. 그 밖에도 삼청교육으로 인한 피해와 관련하여 총 6건의 진정이 접수되었으나, 대부분 19○○년대에 일어난 인권침해에 대한 보상을 요구하는 사안으로서 국가인권위원회법 제23조의 기간 도과로 인해 각하되었습니다.

2. 또한 ○○○ 회장 전○○은 2002. 11. 30. 삼청교육대피해자의명예회복및피해배상특별법안이 정부입법으로 제정될 수 있도록 국가인권위원회에 요청하였습니다.

3. 이에, 국가인권위원회는 삼청교육 피해자들에 대한 인권침해의 심각성을 감안하여, 국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거, 당시 피해 현황 및 정부의 피해보상 추진 과정을 검토하고, 피해자들의 요구 및 정부, 법원, 의문사진상규명위원회의 의견 등을 종합하여, 정부와 국회에 아래와 같은 이유를 들어 삼청교육 피해관련 특별법 제정을 권고합니다.

Ⅱ. 삼청교육 피해 현황

1. 19○○. 8. 4. 국가보위비상대책위원회는 '사회악 일소 특별조치'를 발표하고, '계엄포고령 제13호' 및 '삼청5호 계획'하에 전국 각지에서 ○명의 시민들을 영장 없이 체포하였습니다. 이들에 대해 등급을 분류, ○명은 군사재판에 회부하였고 ○명을 국가보위비상대책위원회가 ○개 군부대에 설치한 삼청교육대로 분산 수용하여 강제적인 순화교육을 받게 하였습니다.

2. 군부대 내 순화교육 중 가혹행위 등으로 인한 장파열, 뇌진탕, 질식사 등의 현장사망자 ○명, 후유증 사망자 ○명, 행방불명자 ○명, 정신질환자 등 각종 질환자 ○명과 당시 강제 연행된 피해자 ○명, 미성년자 ○명 그리고 순화교육 종료 후 재판없이 보호감호처분을 받은 ○명 등이 현재까지 파악된 삼청교육으로 인해 발생된 피해 현황입니다.

Ⅲ. 삼청교육 피해보상에 대한 정부의 조치

1. 19○○. 11. 26. ○○○ 대통령의 '삼청교육 피해자의 명예회복과 보상실

시' 특별담화에 따라 동년 12. 3. 삼청교육대 피해보상 계획이 발표되고 국방부가 ○명의 피해자 신고를 접수한 바 있으나 보상 등과 관련한 후속조치는 없었습니다.

2. 이후, 19○○. 1. 전국삼청교육피해자모임은 당시 ○○○ 대통령 당선자에게 삼청교육 피해보상 관련 특별법안의 입법청원을 하였고 동년 7. 부터 동년 11. 까지 3차에 걸친 탄원서를 제출하였습니다. 이러한 과정에서 19○○. 12. 15. ○○○ 대통령은 삼청교육 피해자를 비롯한 국가의 직무상 불법행위로 인한 집단적인 피해를 보상하는 포괄적 입법을 하도록 지시하였으나, 후속조치가 없었습니다.

Ⅳ. 삼청교육 피해관련 특별법(안)을 위한 입법 활동

1. 19○○. 11. 8. 제13대 국회에서 김○ 의원 외 34인이 특별조치법안(의안번호 130652)을 발의하고 제9차 국방위원회에 상정, 제안설명・검토보고 후 법안심사 소위에 회부하였으나, 소위에서 보상입법에 대한 합의를 보지 못하고 제13대 국회의원 임기만료로 폐기되었습니다.

2. 19○○. 11. 2. 제14대 국회에서 이○○ 의원외 94인이 제안한 특별법안(의안번호 140127)이 국방위원회에 다시 회부되었고 19○○. 11. 4. 이○○ 의원외 61인이 발의한 특별법안(의안번호 141295)이 국방위원회에 회부되었으나, 19○○. 12. 5. 법안심사소위에서 삼청교육 사망자와 상이자가 아닌 단순 순화교육이수자(○명)도 삼청교육피해자로 보상하는 문제에 대해 법원에 계류 중인 사건의 결과를 기다리자는 국방부의 의견으로 인해 법안이 계류 중 국회의원 임기만료로 모두 폐기되었습니다.

3. 19○○. 11. 11. 제15대 국회에서 임○○ 의원 외 73인이 발의한 특별법안(의안번호 150247)이 국방위원회에 회부되었으나, 국회의원 임기만료로 폐기되었고, 20○○. 6. 16. 제16대 국회개원 이후 현재까지 삼청교육 관련 피해보상 특별법안은 발의된 바 없습니다.

Ⅴ. 삼청교육 관련 쟁점

1. 피해자 요구사항

가. 삼청교육피해자 중 일부 현장사망자에 대하여 의문사진상규명위원회의 직권조사가 있었으나, 피해자 명예회복 및 배상을 위하여 그 전 단계로서 삼청교육 전과정의 진상규명이 정부차원에서 이루어져야 한다는 것입니다.

나. 19○○년 8월 국보위에 의해 자행된 삼청교육의 수많은 희생자와 유족의 정신적·물질적 피해배상 및 명예회복과 함께 국가적 비극을 마무리하기 위해 삼청교육피해자의배상등에관한특별법의 제정을 요구하고 있습니다.

다. 삼청교육과 같은 반인도적 국가범죄에 의한 피해의 경우에는 손해배상 청구에 있어서 민법 제766조의 청구시효와 관련하여 예외적 적용을 해야 하며, 그러한 국가범죄에 대하여는 형법상의 공소시효가 배제되어야 한다는 것입니다. 이와 관련하여 ○○교인권위원회 등 ○여개 인권·사회단체는 20○○. 3. 8. 반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 입법 착수 등을 촉구하였으며 20○○. 5. 21. 국내 13개 인권·사회단체로 구성된 '반인도적 국가범죄 배제운동 사회단체협의체'는 국회에 '반인도범죄등의시효등에관한특례법'을 입법 청원을 하였습니다.

라. 당시 삼청교육대에서 민간인을 폭행치사한 군인 7명이 군재판에서 실형을 선고받았으나 소속부대 지휘관들에 의해 형집행이 면제되었습니다. 따라서 당시 책임자에 대한 적절한 형사처벌이 이루어져야 한다는 것입니다.

2. 정부의 입장

가. 삼청교육 피해자에 대한 배상 등과 관련하여 정부의 재정부담능력 등 현실적 어려움이 있다는 것입니다.

나. 19○○. 당시 삼청교육 관련 피해자가 국가를 상대로 제기한 민사소송이 대법원에 계류 중에 있어 그 최종 판단결과를 보고 관계부처의 의견

을 모아 처리방안을 결정한다는 입장이었습니다(대법원 1996. 12. 19. 선고, 94다○○○○○○판결).

다. 19○○. 12. 국가권력의 불법행위로 인한 피해자들에 대하여 하나의 법 속에서 종합적으로 구제할 수 있는 방안을 마련하라는 ○○○ 전 대통령의 지시에 따라, 해직언론인, 해직예비군중대장, 복직된 전교조 교사들의 해직기간 중 보상 문제 등과 함께 통합법으로 다루기로 하였으나 어떤 진전도 없었습니다.

Ⅵ. 법원의 판단

1. 청구시효 소멸

가. 비상계엄이 해제된 19○○. 1. 이후에는 강박상태가 종료되어 정상적인 권리구제가 가능할 수 있었으므로 청구소멸시효가 지났다고 판결하였습니다(대법원 1992. 11. 27. 선고, 92다○○○○ 판결, 대법원 1996. 10. 11. 선고, 95다○○○○ 판결).

나. 2002. 10. 서울지법 민사29부(곽○○ 부장판사)는 삼청교육대 피해자 114명이 국가를 상대로 한 손해배상 청구소송에서 보상시점이 ○○○ 전 대통령의 퇴임시기인 93. 2.이므로 손해배상 소멸시효인 5년이 경과했다고 하며 원고패소를 판결하였습니다(서울지법 2002. 10. 24 선고, 2001가합○○○○ 판결).

2. 국가가 신뢰를 깨뜨린 데 대한 손해배상

가. 2001. 7. 대법원1부(주심 ○○ 대법관)는 삼청교육피해자 5명이 국가를 상대로 한 손해배상 청구소송 상고심에서, 청구시효는 비록 소멸되었으나 대통령이 특별담화를 통한 대국민 약속을 이행치 않아 국가가 신뢰를 깨뜨린 점에 대한 정신적 피해에 따른 위자료 명목으로 개인당 200만~1000만원을 국가가 지급토록 판결하였습니다(대법원 2001. 7. 10. 선고, 98다○○○○ 판결).

나. 2002. 7. 부산지법 민사7부(○○○ 부장판사)는 삼청교육대 피해자 50명이 국가를 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 “국가가 국민을 상대로 약속을 어겨 신뢰를 깨뜨리는 것은 불법행위”라며 손해배상청구권은 16대 국회개원 1년 후인 2001년 7월에서 2004년 6월까지 유효하다며 국가는 피해자들에게 1000만~2000만원씩 배상하라고 판결하였습니다(부산지방법원 2002. 7. 3. 선고, 2002가합○○○ 판결).

다. 또한, 2002. 11. 대구지법 민사3부(재판장 ○○○ 등 판사 2인)에서도 위와 같은 취지로 손해배상청구권은 16대 국회개원 1년여가 지난 때에 비로소 발생하였다고 볼 것이며, 이 사건 소는 그때로부터 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간인 3년이 경과하기 전인 2001. 9. 15. 제기되었으므로 원고에게 위자료 명목으로 1,000만원을 국가가 지급토록 판결한 바 있습니다(대구지방법원 2002. 11. 20. 선고, 2002나○○○○ 판결, 대구지방법원 2002. 5. 17 선고, 2001가단○○○○ 판결).

Ⅶ. 의문사진상규명위원회의 결정

1. 20○○. 9. 15. 결정에 의해 삼청교육 중 의문사한 자를 민주화운동과 관련하여 공권력의 위법한 행사로 사망한 것으로 공식 인정하였으며, 삼청교육 실시에 대한 진상조사와 피해자 구제 등에 대한 조치를 정부에 권고하였습니다.

2. 또한 의문사진상규명위원회는 민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회에 삼청교육으로 인해 의문사한 자 및 그 유족에 대한 명예회복 및 보상 등의 심의를 요청하였습니다.

Ⅷ. 결 론

1. 이상에서 살펴본 바와 같이, 삼청교육 피해와 관련하여 정부는 대통령의 대국민담화문을 통한 보상 확약 및 국방부의 피해자 신고・접수시행에도 불구하고 아무런 후속 보상조치를 하지 않았습니다.

2. 그러나, 하급법원의 삼청교육 관련 피해자들에 대한 위로금 지급판결, 의문사진상규명위원회의 의문사 인정 및 민주화운동 관련자로서 명예회복 및 보상 심의 요청 등과 같이 삼청교육 피해의 구제조치 결정이 있었습니다.

3. 19○○. 12. ○○○ 전 대통령이 80년 해직 언론인, 5공 시절 대량 해직된 예비군중대장, 복직한 전교조교사와 함께 삼청교육 피해문제에 대한 통합입법을 지시하였으나, 이는 입법 대상에 있어 각각의 성격 및 기준의 상이성 등으로 인하여 통합입법이 어려운 점이 있습니다.

4. 따라서 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법(1989. 3. 29 법률 제4101호), 5·18민주화운동등에관한특별법(1995. 12. 21 법률 제5029호), 광주민주화운동관련자보상등에관한법률(2000. 1. 12 법률 제6122호), 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률(2000. 1. 12 법률 제6123호), 시국사건관련교원임용제외자채용에관한특별법(2001. 3. 28 법률 제6435호), 거창사건등관련자의명예회복에관한특별조치법(1996. 1. 5 법률 제5148호), 제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법(2000. 1. 12 법률 제6117호) 등과 같이 국가권력에 의한 피해자들에 대한 구제를 위하여 여러 종류의 특별법들이 제정되어온 점 등을 고려할 때,

5. 모든 법적 구제수단을 차단당한 삼청교육피해자들을 위하여, 삼청교육피해관련 특별법을 제정하여 삼청교육 전과정에 대한 진상규명과 피해자 및 그 유가족들에 대한 구제조치가 조속히 이루어져야 할 것이므로, 국가인권위원회법 제19조제1호의 규정에 따라 국방부장관과 국회의장에게 주문과 같이 삼청교육 피해관련 특별법 제정을 권고하는 바 입니다.

2003. 3. 10.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유시춘

위 원 조미경 위 원 김오섭 위 원 신동운 위 원 정강자 위 원 김덕현

3 ○○공작원 관련 특별법 제정 권고(2003.3.10.)

국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거 국회의장과 국방부장관에게 ○○공작원과 관련한 특별법 제정을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 세계인권선언 제1조, 헌법 제10조 및 국가인권위원회법 제1조의 규정에 의하면, 인간의 존엄과 가치의 구현을 천명하면서 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무가 국가에 부여되어 있으므로, 과거 ○○공작원에 대한 인권유린 문제에 대하여 소극적인 자세로 임해서는 아니되고, 국가를 위해 목숨을 건 특수임무에 투입되었던 그들을 국익을 위해서라는 명목으로 외면하고 방기한다면 부도덕한 국가라는 비난을 면치 못할 것임.

[2] 국가유공자등예우및지원에관한법률(2002. 01. 26. 법률 제6648호로 개정된 것) 및 참전유공자예우에관한법률에 의한 ○○공작원 문제해결에 한계가 있으므로, ○○공작원 관련 특별법을 제정하여 ○○공작원에 대한 진상규명과 명예회복 및 보상 등이 이루어질 수 있도록 특별법 제정을 권고함.

【주 문】 국가인권위원회는 2003. 03. 10. 국회의장과 국방부장관에 대하여 ○○공작원의 실체인정, 명예회복 및 보상 등을 포함하는 특별법 제정을 권고합니다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. ○○부대 소속 등 ○○공작원은 특수 임무를 띠고 ○○지역에 파견된 무장첩보원을 말합니다.

2. 당시 ○○공작원은 국가의 필요에 따라 비정상적인 방법으로 채용된 자로서 인권이 유린되는 혹독한 양성과정을 거친 후, 파견되었다가 사망・실종되거나, 생환하였다 하더라도 정신적・신체적 장애를 입거나, 기타 양성과정만을 거치고 파견되지 아니하였음에도 불구하고 과거 자신의 신분을 밝힐 수 없는 “음지의 전사” 또는 “군번없는 전사”로 불리며 사회적응에 많은 어려움과 고통을 겪어 왔습니다.

3. 냉전시기에 요인암살, 납치, 테러 공작 등이 다반사로 행해진 것은 전세계 특수기관의 공통사항이라 하여도 과언이 아님에도 불구하고, 아직도 국가는 정전협정 위반을 들어 과거 ○○공작원의 실체와 그 피해규모를 공식적으로 밝히는데 소극적인 입장입니다.

4. 따라서, 국가인권위원회는 이제라도 과거 국가에 의해 인권이 침해된 피해자들에 대한 명확한 실체파악을 비롯한 진상규명, 명예회복, 피해보상 등을 위한 특별법을 제정하는데 국가가 적극적으로 나서주기를, 아래와 같은 이유를 들어 권고합니다.

Ⅱ. ○○공작원의 실체[1)]

1. 『○○공작원』이란 한국전쟁 중인 19○○년부터 19○○년 7・4남북공동성명 발표때까지 ○○지역에 파견되어 활동한 무장첩보원을 말하는 것으로서, 7・4남북공동성명 전까지 ○년 동안 파견된 공작원 가운데 실종자만도 ○명[2)]으로 추정되고, 19○○년까지도 양성훈련이 실시되었으며, 실종 ○○공작원 ○명 중 수백 명 이상이 ○○에 생존하고 있을 가능성이 높은 것으로 추정됩니다.

---

1) 김○○의원의 20○○년도 국감자료집1과 그동안의 언론보도 내용을 많이 참조하였다. 김○○의원은 ○○당 ○○공작원 대책특위위원장을 맡고 있으며, 20○○년 국정감사시에 이 문제를 거론한 뒤 ○○공작원의 실상파악과 관련법령개정 등에 노력을 기울였다.

2) 김○○의원의 20○○년도 국감자료집1에 의하면, ○○공작원 실종자수는 모두 ○명인데 19○○~19○○ 사이 ○명, 19○○~19○○ 사이 ○명이라고 한다.

2. ○○공작원들은 한국전쟁 당시 남한의 빨치산처럼 ○○의 후방을 교란시킬 목적으로 양성되었으며, 적 생포 및 사살, 주요시설물 폭파, 적지에서 각종 테러를 통한 사회혼란 야기, 첩보수집 및 첩보망 구축 등이 주된 임무였다고 합니다.

3. 19○○년대 파견자는 조직편제나 운영이 다소 엉성하고 주로 ○○산부대 출신 등 대부분 월남한 ○○출신으로 이루어졌고, 19○○년대 이후 파견자는 고아 등 무연고자, 범죄자 등으로 선발되었는데, 채용전담자가 대상자를 물색하여 일대일로 면담한 뒤 평생생활보장 등의 명목으로 채용되었으며, 그 후에는 고아나 전과자의 경우 파견후 전향하는 경우가 많아 ○○공작원 선발대상에서 제외되고 정상적인 가정에서 생활한 사람들이 대상이 되었다고 합니다.

4. ○○공작원 채용시 계약기간을 3년 또는 4년 등 일정기간으로 정하였고, 상당한 보수가 지급되었으며, 작전성과가 뛰어날 경우 성과급도 지급되었으며, 계약기간이 끝나면 특채되는 경우도 있었으나 비밀유지 각서를 쓰게 한 뒤에 재계약을 하지 않았다고 합니다.

5. ○○공작원 및 유족 관련단체는, 현재 『대한민국○○○공작○동지회』, 『○○참전국가유공자연대』 등 18개 정도인 것으로 알려지고 있으며, 이 중에는 ○○첩보부대 출신으로 구성된 단체도 1개 있다고 알려져 있습니다.

Ⅲ. 현재의 보상수준 및 생사확인 등

1. 보상경위

가. 2002년도 국정감사시에 ○○당 김○○의원이 이 문제를 제기한 이후, ○○공작원관련 18개단체 등과 회의를 통해 보상금지급수준에 대한 의견수렴(당시 관련단체의 요구금액 최소 3억8천만원 ~ 10억원까지)을 하였고,

나. 2002. 01. 26. 국가유공자등예우및지원에관한법률이 개정된 후 국가안전보장회의(NSC)를 열어 '특수민원위로보상규정'을 의결한 후 기획예산처를 통해 1,300억원 정도의 예산을 확보하였습니다.

2. 지급대상

가. 지급대상자는 19○○. 3월 부대창설이후 19○○년도 입대자까지 포함하되, 대상자를 아래와 같이 구분하여 지급하기로 하였고,

(1) 6·25전쟁시기의 전시참전
(2) 휴전 후 준전시 특수임무수행기간
(3) 7·4공동성명 이전까지의 비전시 특수임무수행기간
(4) 19○○년까지의 안보대비 양성기간

나. 사망자와 상이자에게도 국가유공자등예우및지원에관한법률에 의한 연금이외에 별도의 보상금을 지급할 수 있도록 하였습니다.

다. 그러나, 위로보상금지급신청이 접수되면, 과거 자료와 보관된 필름자료 등을 통해 부대원근무 확인을 하고 있으나, 자료가 워낙 오래되어 확인이 되지 않는 경우도 있는 실정입니다.

3. 보상금액 산정

가. 보상금액산정은 생활지원금(기초생활보장 생계비 월 166,000원) + 임무수행성과금(1천만원) + 위로금(근무기간 *월 160만원정도 책정)로 되어 있고,

나. 실제로 20○○. 1.부터 대상자들로부터 위로보상금 지급신청서를 접수받아 20○○. 11. 부터 보상금을 지급하고 있으며,

다. 현재까지 ○여명이 신청하여 ○명 정도가 보상금을 지급받았고, 지금까지 최고지급금액은 6,500만원입니다.

라. 그러나, 관련단체는 보상금책정에 있어서 기초생활생계비 기준으로 월 166,000원을 산정한 것은 현재 보건복지부에서 시행하고 있는 최저생계비 월 300,000원에 비해 너무 적고, 임무수행성과금도 큰 폭으로 상향조정되어야 한다는 입장입니다.

4. 생사확인 및 통지문제

가. ○○임무수행 중 사망, 실종된 공작원들의 생사확인과 유족들에 대한 사실통지문제는 임무수행 중 이탈한 자도 행불로 처리되어 있어 행정자치부에 ○천명 정도를 소재 확인하였으나, 1968년 주민등록법이 개정되었고, 당시 부대원 중 가명을 사용하는 경우도 있어 그 중 10%정도만 확인이 가능합니다.

나. 또한, 이북에서 임무수행 중 사망하거나 포로로 잡힌 자의 생사확인은 ○○공작원의 실체를 인정해야 하므로 대북관계에 큰 문제가 될 수 있다는 사정으로 인하여 통일부 등을 통해 확인요청을 할 계획은 아직 없는 상태입니다.

5. 추모사업

공작활동 중 사망·행불자에 대한 추모사업의 일환으로 20○○. 3. 충혼탑을 건립(판교소재 정보사 자체 교육단 부지)한 후, 20○○. 11. 국가현충시설로 지정하여 국가예산으로 관리를 하고 있으며, 매년 6월6일 현충일날 참배행사시에 부대에서 행사지원을 해주고 있습니다.

Ⅳ. ○○공작원 관련단체의 주장 및 요구

1. 당시 ○○공작원 양성과정에서, ○○공작원들은 휴가·외출·면회금지 및 구타·가혹행위 등 인권유린을 당하였고, 부대내에서 벌어진 인권유린행위와 사망자 등에 대한 불법적인 사후처리, 제대 후에도 국가기밀이란 이유로 자행된 협박・명예훼손 행위 등이 있었다고 주장하고 있습니다.

2. 아울러, 피해자와 가해자 및 제3의 기관이 참여하는 '진상규명위원회'를 구성하여 ○○공작원의 실체규명, 명예회복 및 보상 등의 문제를 해결하도록 국가에 요구하고 있습니다.

3. 기타 ○○공작원의 사망·실종사실 통보, 생존공작원들의 거주지 파악, 분산·봉안된 공작원 위패의 집결·봉안, ○○공작원 묘지의 국립묘지화, 민간인 신분으로 파견된 자들에게 계급과 군번 부여 및 훈장 수여, ○○공작원의 국가유공자 등록, ○○공작원 관련단체를 국방부나 국가보훈처 산하의 사단법인으로 인가 및 복지사업 지원, 후손들의 애국정신 고취를 위해 동지회관 건립 등을 요구하고 있습니다.

Ⅴ. ○○공작원에 대한 국가의 대응 노력

1. 국방부

북한에 생사여부 확인 등을 위해서는, ○○공작원의 실체를 인정해야 하므로, 정전협정 위반을 공식적으로 인정하게 되는 결과가 되어 국익에 어긋나므로, ○○공작원 문제는 비공식적으로 조용한 보상이나 해결을 모색해야 한다는 입장입니다.

2. 국가보훈처 및 국회

가. 국가유공자및예우에관한법률이 2002. 01. 26. 개정(2002. 03. 01.시행)됨에 따라, 민간인신분이더라도 부대원근무확인이 되면, 동법 제74조 제1항 제3호에 규정된 '애국단체원'에 ○○공작원을 포함시켜 국가유공자로 등록이 가능하도록 하였습니다.

(1) 개정 전에는 19○○. 12. 31. 이전에 전투 또는 이에 준하는 행위로 인하여 사망하거나 상이를 입은 자에 한하여 적용되었으나,

(2) 기간제한을 삭제하고 19○○. 1. 1. 이후에 동일한 사유로 사망하거나 상이를 입은 자와 이와 관련된 교육훈련 중 사망한 자 및 상이를 입고 등록신청 이전에 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자도 적용대상자에 포함(동법 제74조 제1항 제3호)시켰습니다.

나. 또한, 참전군인등지원에관한법률중개정법률(안)을 2001. 09. 의원입법으로 발의하여 동법 제2조제2호의 참전군인의 범위에 '19○○년 6월 25일 이후 민간인 신분으로 ○○지역에 특수임무를 위해 파견되어 활동

한 사실이 있다고 국방부장관이 인정한 자'를 포함시키려는 노력도 있었습니다.

3. 국군정보사

가. 국방부 산하 국군정보사에서는 ○○공작원 문제와 관련, 20○○. 10. 부터 '민원발전위원회'를 구성, 현재까지 ○여건의 위로금지급신청서를 접수받은 것으로 되어 있습니다.

나. 그밖에 충혼탑 건립(20○○. 10.), 6·25전쟁 중 활동한 자에 대한 참전증 수여, 무공훈장 찾아주기 등의 사업을 추진하기도 하였습니다.

4. 사법부

서울행정법원 12부는 20○○. 2. 김○○가 ○○공작원으로 훈련을 받다 장애인이 됐는데도 국가유공자로 인정해 주지 않았다며 의정부보훈지청을 상대로 낸 국가유공자등록신청 기각처분 취소 청구소송에서 원고승소 판결을 한 바 있습니다.

Ⅵ. 결 론

1. 인권보호를 위한 국가의 의무

세계인권선언 제1조, 헌법 제10조 및 국가인권위원회법 제1조의 규정에 의하면, 인간의 존엄과 가치의 구현을 천명하면서 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 국가에 부여하였으므로, 국가는 과거 ○○공작원에 대한 인권유린 문제에 대하여 더 이상 소극적인 자세로 임해서는 아니 될 것입니다.

국가를 위해 목숨을 건 특수임무에 투입되었던 그들을 이제는 국익을 위해서라는 명목으로 외면하고 방기한다면 부도덕한 국가라는 비난을 면치 못할 것입니다.

2. 국가의 문제해결 방식의 소극성

가. 국가유공자등예우및지원에관한법률(2002. 01. 26. 법률 제6648호로 개정된 것)에 의하여 국가유공자로 등록될 수 있는 대상은 사망자와 상이자(장애등급 7급이내)입니다.

따라서, 실종자와 생존자중 국가유공자로 등록되지 못한 ○○공작원은 그 수혜자가 되지 못하는 문제가 있고, 국가유공자로 인정받기 위한 사법적 구제도 시간과 비용이 많이 들어 바람직한 해결책은 아니라고 판단됩니다.

나. 특수민원위로보상규정에 의한 보상금지급, 각종 추모사업 지원 등은 단기적·잠정적인 것으로서 근본적인 해결책이 되지 못합니다.

다. 그리고, 국회에서 개정 시도를 한 바 있는 참전유공자예우에관한법률에서 ○○공작원을 참전유공자의 범위에 포함시킨다고 하더라도 동법에 의해 누릴 수 있는 혜택은 의료비감면, 부양의무자가 없는 경우 양노시설에서 보호, 국립묘지 등에 안장, 고궁등의 이용시 무료이용 또는 할인, 70세 이상 참전유공자에 대한 소액의 참전명예수당 지급 등에 불과하므로 실질적인 응분의 보상을 받을 수 없고,

또한, 동법에서는 참전유공자의 범위를 6.25전쟁이나 월남전에 참전한 자로 한정하고 있으므로 위 전쟁에 참전하지 못한 자(○○공작원 대부분)는 제외되는 난점이 있습니다. 따라서, 이 또한 근본적인 해결책이 되지 못함은 자명한 것입니다.

부득이 ○○공작원을 참전유공자에 포함시키려면 입법기술적으로 동법의 부분개정이 아닌 전문개정이 필요하다 하겠습니다.

3. 국가인권위원회의 특별법 제정 권고

가. 그렇다면, 위에서 언급된 국가유공자등예우및지원에관한법률과 서울행정법원 제12부 판결 및 특수위로보상규정에 따라 ○○공작원중 일부가 그 수혜자가 되었고, 어느정도의 보상과 함께 ○○공작원의 실체가 사실상 인정된 점과

나. ○○공작은 민족분단과 냉전비극의 한 단면이고 ○○공작원은 비정상적인 방법으로 국가에 의해 채용됨으로써 그 양성과정 및 공작임무수행 과정에서, 그동안 드러내 놓지 못하고 음지에서 겪었을 정신적·육체적 고통과 인권유린 상황을 감안할 때,

다. ○○공작원 피해관련 특별법을 제정하여 ○○공작원에 대한 진상규명과 명예회복 및 보상 등을 규정함으로써 피해자 및 그 유가족들에 대한 명예회복과 응분의 보상 등이 조속히 이루어져야 할 것이므로, 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 국방부장관과 국회의장에게 특별법 제정을 권고하는 바 입니다.

2003. 3. 10.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유시춘

위 원 조미경 위 원 김오섭 위 원 신동운 위 원 정강자 위 원 김덕현

4 한국전쟁 전후 민간인 희생관련 통합특별법 제정 권고 (2003.7.14.)

한국전쟁 전후 민간인 희생에 대한 진상규명과 피해자의 명예회복 등을 위한 통합 특별법 제정을 권고함.

【결정요지】

한국전쟁 전후 공권력의 잘못된 행사로 인하여 수많은 민간인 희생자가 발생하였다는 의혹이 제기되어온 것에 대하여 그 진상을 조사하고 억울한 희생자에 대한 명예회복 등의 조치를 강구하여 주는 일은 국가의 최소한의 책무임. 아울러, 관련사건들이 전국적으로 산재해 있는 점을 중시하여 전국적인 희생 규모와 실태 등 진상규명을 위해서는 통합 특별법을 통하여 해결되어야 할 것이며 국가공권력에 의한 민간인 희생의 실체가 규명되었을 경우, 억울한 희생자에 대한 명예회복 등의 조치가 뒤따라야 할 것임.

【주 문】 국가인권위원회는 국회의장과 국무총리에 대하여 한국전쟁 전후 민간인 희생과 관련한 진상규명과 억울한 피해자에 대한 명예회복 등을 주된 내용으로 하는 통합 특별법의 제정을 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토 배경

1. 2003. 07. 14. 현재 국가공권력(국군, 경찰, 국제연합군 등)에 의한 한국전쟁 전후 민간인 희생 관련 진정사건이 국가인권위원회에 68건이 접수 되었으나, 동 사건들은 진정의 원인이 발생한 시기가 50년 또는 그 이상이 경과된 사안들로서 국가인권위원회법(제32조 제1항 제4호)상 각하사유에 해당되며, 공소시효 및 민사상 시효도 모두 완성된 상태입니다.

2. 한국전쟁 전후 민간인 희생에 대한 명예회복 및 피해구제 등과 관련하여서는 1960년 4·19직후 국회에서 양민학살사건 조사특별위원회를 구성, 민간인 희생에 대하여 조사한 바가 있습니다.

3. 또한, 최근 거창사건등관련자의명예회복에관한특별조치법(1996. 01. 05. 법률 제5148호)과 제주4.3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법(2000. 01. 12. 법률 제6117호) 제정을 통한 진상규명 및 명예회복을 위한 노력이 있었으며, 관련 민간단체·지역·언론 등에서의 문제제기 및 국가에 대한 통합특별법 제정 촉구가 빈발하여 오고 있습니다.

4. 이러한 정치·사회적 상황과 인권의 보호와 향상이라는 국가인권위원회의 설립목적을 감안할 때, 국가인권위원회는 한국전쟁 전후의 민간인 희생사건을 중대한 인권문제로서 인식하여 주요 정책의제로 검토하였습니다.

Ⅱ. 검토 대상

1. 한국전쟁 전후(주로 대한민국 정부가 수립된 1948. 08. 15.부터 한국전쟁이 종료된 1953. 07. 27.까지) 민간인 희생사건에 대한 검토는 특별법으로 제정된 거창사건과 제주4.3사건을 제외하고는 그 전모를 알 수 없는 상태에서 출발하였고, 어느 특정한 지역에서의 개별사건으로서가 아니라 한국전쟁 전후 시기에 광범위하게 일어났던 여러 사건들을 종합하여 하나의 단위로서 인식하여 접근을 시도하였습니다.

2. 또한, 민간인 희생사건의 사실관계의 객관성을 유지하기 위하여 가능한 한 국가기관의 활동결과와 그에 기하여 작성된 공식적인 자료를 통하여 민간인 희생사건에 접근하려고 노력하였습니다.

Ⅲ. 민간인 희생관련 기존의 국회 활동 결과

1. 1960년 양민학살사건 조사특별위원회 구성 및 활동결과

가. 국회는 1960. 05. 27. 양민학살사건 조사특별위원회를 설치하고 경

북・경남・전남의 3개 조사반을 편성하여 민간인 희생사건을 조사한 후 그 결과와 대정부 건의안을 1960. 06. 21. 제42차 본회의에 보고한 바 있습니다.

나. 조사결과는 사건의 전모와 피해에 대한 전체적이며 정확한 실정과 숫자를 파악하기에는 상당한 시일과 인원이 요할 것으로 사료된다는 것이었으며, 인명피해 규모는 경상남도, 경상북도, 전라남도, 전라북도, 제주도 일부지역에서 총 1,878명으로 보고 되었습니다.

다. 대정부 건의는 ▲ 양민의 생명과 재산상 손해를 끼친 관련자 및 피해자와 피해상황을 조속한 시일 내에 조사하고, ▲ 관련자의 처벌과 피해자에 대한 보상 제도를 설정하기 위하여 기존 법률에 의한 일사부재리 원칙이나 시효의 저촉규정에 관계없이 특별법을 제정하여야 한다는 내용을 담고 있었습니다.

2. 민간인 희생관련 특별법의 제정

가. 거창사건등관련자의명예회복에관한특별조치법

거창사건등이라 함은 공비토벌을 이유로 국군병력이 작전수행 중 주민들이 희생당한 사건(법 제2조제1호)으로서 동 법은 1996. 01. 05. 법률 제5148호로 제정되어 거창사건등과 관련하여 공비토벌을 이유로 한 국군병력의 작전수행 중 희생된 주민과 그 유족의 명예회복에 중점을 두고 있습니다(법 제3조).

거창사건등과 관련하여 “주민들을 즉결처분하도록 명령을 하달한 명령권자와 그 명령을 수행한 자에 대하여 전장도의를 소홀히 하여 인권을 유린한 죄를 적용”하여 1951. 12. 16. 대구고등법원 중앙고등군법회의에서 각각 무기징역과 유기징역이 선고된바 있습니다.

나. 제주 4・3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법

제주 4・3사건이라 함은 1947년 3월 1일을 기점으로 하여 1948년 4월 3일 발생한 소요사태 및 1954년 9월 21일까지 제주도에서 발생한 무력충돌과 진압과정에서 주민들이 희생당한 사건(법 제2조제1호)으로서,

동법은 2000. 01. 12. 법률 제6117호로 제정되었는 바, 동 법에서는 진상규

명 및 명예회복과 함께 의료지원금 및 생활지원금을 지급할 수 있는 근거를 두었습니다(법 제9조).

3. 6·25전쟁전후민간인희생사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법안 및 한국전쟁전후민간인희생사건진상규명및피해자명예회복등에관한특별법안

가. 2개 법안에 의할 경우 "6·25전쟁전후민간인희생사건이라 함은 대한민국 정부가 수립된 1948. 08. 15.부터 6·25전쟁이 종료된 1953. 07. 27.까지 군인·경찰·국제연합군 기타 대통령령이 정하는 자의 작전수행 과정에서 민간인들이 희생당한 사건이고, 한국전쟁전후민간인희생사건이라 함은 1948. 08. 15.부터 1953. 07. 27.까지 국군·경찰·그 밖의 공무원, 한국전쟁에 참가한 국제연합군, 준군사조직의 구성원, 비정규 전투조직 구성원에 의하여 작전수행 그 밖의 조직적 활동과정에서 불법적으로 민간인이 희생당한 사건"으로 규정하고 있습니다.

나. 2개 법안에 대하여 국방부는 다음과 같은 의견을 국회에 제출한 바가 있습니다.

위 2개 법안은 헌법상 보장된 국민의 법적 안정성 및 소급효금지원칙을 침해할 우려가 있는 등 다음과 같은 문제점이 있어 법률제정의 필요가 없다고 판단됨.

첫째, 전시에 발생한 민간인 희생사건에 대하여는 헌법 제29조 및 국가배상법에 따라 처리할 수 있음에도 불구하고 전쟁발생 50년이 지난 후에 사실규명을 하겠다는 것은 법적 안정성을 침해하여 국가질서를 문란하게 할 우려가 있으며,

둘째, 구체적 사실 및 증거가 있는 거창사건이나 제주 4.3사건 등 개별사건에 관한 진상규명이 아니라 구체적 증거가 없는 민간인 희생 전반적 사항에 대하여 조사한다는 것은 기존 사법체계와 맞지 않는 것이며 사실상 진실규명이 어려워 국가행정의 효율성 및 예산 측면에서 바람직하지 않고,

셋째, 위 2개 법안의 제정으로 인하여 국난극복을 위한 호국영령 및 그 유족들에 대한 평가를 폄하할 가능성이 있고 오히려 국군, 경찰 등이 국가위기시 국토방위 및 국민의 생명과 재산을 보호하기 위한 전시작전 수행을

보호하지 못하는 결과를 초래할 수 있음.

국가혼란시 민간인의 억울한 희생은 인정하나, 6.25발발 반세기후에 와서 진실을 규명하겠다는 것은 사실상 불가능한 것이며, 이 법으로 인해 군인의 충정, 애국심이 폄하될 우려가 있으므로 6.25전쟁은 역사적 사실로 묻어두는 것이 준칙이며 역사를 되돌리려고 하는 것은 아니됨

불가피하게 진상조사를 해야 할 사건에 대해서는, 명확한 증거가 있는 사건만 개별 특별법을 제정하여 정밀한 조사를 통해 명백한 진상이 확인되어야 함“

4. 기타 민간인 희생 관련 국회 계류 중인 특별법안

가. 함평사건진상규명및희생자명예회복등에관한특별법안

함평사건이라 함은 1950. 12. 06.부터 1951. 01. 14.사이에 전남 함평군에서 공비토벌 중 500여명의 주민이 살해되고 1,450여 채의 가옥이 소실된 사건으로서 국회에 계류 중인 동 법안에서는 위령사업을 지원하고 희생자에게 의료지원금 및 생활지원금을 지급 할 수 있도록 하고 있습니다.

나. 여수・순천10・19사건진상규명및사상자명예회복에관한특별법안

여수・순천10・19사건이라 함은 1948. 10. 19. 전라남도 여수시 신월동 주둔 국방경비대 제14연대가 주동한 반란사건을 기점으로 하여 1948. 10. 27.까지 전라남도 여수・순천에서 발생한 무력충돌과 진압과정 및 반란군 가담자 처형과정에서 주민들이 희생당한 사건으로서 국회에 계류 중인 동 법안에서는 위령사업을 지원하고 희생자에게 의료지원금 및 생활지원금을 지급할 수 있도록 하고 있습니다.

Ⅳ. 국가인권위원회의 조사를 통한 피해규모 추정

우리 위원회는 자체 조사를 통하여 한국전쟁 전후 민간인 희생사건의 일부의 확인과 가해자・피해자・가해행위의 유형 및 지역별・형무소별 피해규모를 추정하였습니다.

다만, 50여년이 지난 사건이어서 사건 전모에 대한 철저한 진상조사는 추후 정부가 추진하는 것은 별론으로 하고, 여러 가지 제약으로 말미암아 사

건의 전모를 확인하기보다는 일부사건의 윤곽을 확인하는데 그쳤습니다.

특히, 247개 시군 및 시군구 의회에 요청한 “한국전쟁 전후 민간인 희생사건 자료제출요청”에 대한 시군 및 시군구 의회의 회신결과(19개 기관 회신, 128개 기관 미회신)와 정부기록보존소에 보존된 재소자인원일표의 주요내용 확인 결과는 다음과 같습니다.

1. 지역별

전북일원 11개 시군에서 군・경에 의해 희생된 민간인은 3,000여명으로 조사된바 있으며(전라북도 의회 ‘6.25양민학살진상실태조사특위) 경북일원(경상북도 양민학살진상규명특위), 함양일원(함양군의회 조사), 경북 보문・감천면, 포항시 등에서도 자체 조사 결과 다수의 민간인 희생이 조사된 결과가 있었습니다.

2. 교도소별

정부기록보존소 부산지소에 소장된 관련기록 및 언론보도 등에 의하면, 부산교도소, 대구형무소, 전주교도소 등에서 희생된 재소자는 주로 국가보안법 위반으로 기결 또는 미결신분이었거나 피의자 신분이었던 자로 추정되는 바, 이들은 당시 “국민보도연맹”과 많은 관련이 있었던 것으로 추정됩니다.

가. 부산교도소의 경우

(1) 재소인원이 1950. 09. 25.에 최고치(5,900명)에 이르렀고 같은 해 11. 13. 최저치(2,057)를 기록했다가 그 이후에는 전쟁 전과 비슷한 수준을 유지한 것으로 분석되었으며 1950. 09. 25.을 기점으로 첫 일주일 만에 1,400여명이 감소되었고, 그 후 일주일 간격으로 300명 내외에서 600명 내외의 재소인원이 같은 해 11. 13.까지 꾸준히 감소된 것으로 확인할 수 있었습니다.

(2) 또한 국가보안법 형사피고인의 감소인원(2,013명)은 총 감소된 재소인원(3,843)의 52%을 차지하고 있었으며, “재소인원일표”에는 1950년 9월 말부터 11월 중순사이에 형사피고인은 큰 변화가 없는 것으로 되어 있으나, “형사피고인사건명별표”에는 국가보안법 형사피고인이 2,013명이 감소된 것을 보여주고 있어 서로 모순 되는 결과를 나타내 주고 있었습니다.

나. 대구형무소의 경우

(1) 1950년 7월 1일 ~ 31일까지 재소자 1,213명의 감소가 있었으며 총 감소된 재소인원 대부분이 1950. 07. 31. 하루 만에 감소된 것이 특징이며, 국가보안법 형사피고인의 감소인원(780명)은 총 감소된 재소인원(1,213명)의 54%을 차지하고 있었습니다.

(2) 경산시의회가 2002. 09. 23.부터 2003. 02. 06.까지 실시한 경산시 평산동 코발트광산 민간인 학살 진상조사 청원심사 특별위원회의 청원심사결과 보고서에 의하면, "수직갱 확인(깊이 100m, 가로 2m, 세로 4m 정도)과 1950년 7월 ~ 9월 초에 군・경에 의하여 3,500여명의 민간인(대구・경북일원의 보도연맹원, 수감자, 기타)이 희생되었다는 유족들의 증언이 있었으며, 수직굴 갱도 안까지 특위위원들이 들어가 다수의 유골을 확인"한 바가 있습니다.

다. 전주교도소의 경우 1950년도 재소자인원일표는 11월과 12월분만이 있었고, 부산교도소와 대구형무소의 경우와는 달리 나머지 1월부터 10월까지의 자료는 보관되어 있지 않았습니다.

Ⅴ. 민간인 희생의 구제 관련 국내 및 국제법 적용 검토

1. 사실인정 문제

가. 한국전쟁 전후 민간인 희생사건의 구분

(1) 종합적으로 검토 시, 민간인희생사건이라 함은 한국전쟁 전후(주로 대한민국 정부가 수립된 1948. 08. 15.부터 6・25전쟁이 종료된 1953. 07. 27.까지)에 국군・경찰・그 밖의 공무원, 한국전쟁에 참가한 국제연합군, 준군사조직의 구성원, 비정규 전투조직 구성원에 의하여 작전수행 그 밖의 조직적 활동과정에서 불법적으로 민간인이 희생당한 사건이라고 할 수 있습니다.

(2) 제주4.3사건 관련 헌법재판소 결정(헌법재판소 2001. 9. 27. 2000헌마238)에 의하면, 희생자로 볼 수 없는 경우를 ▲수괴급 공산무장병력지휘관 또는 중간간부로서 군경의 진압에 주도적・적극적으로 대항한 자, ▲모험적 도발을 직・간접적으로 지도 또는 사주함으로써 제주4・3사건 발발의 책임이 있는 남로당 제주도당의 핵심간부, ▲기타 무장유격대와 협력하여

진압 군경 및 동인들의 가족, 제헌선거관여자 등을 살해한 자 및 경찰 등의 가옥과 경찰관서 등 공공시설에 대한 방화를 적극적으로 주도한 자로 구분하고 있습니다.

나. 사실관계

(1) 1996. 01. 05. 법률 제5148호로 제정된 거창사건등관련자의명예회복에관한 특별조치법에 의하면, “거창사건등”이라 함은 공비토벌을 이유로 국군병력이 작전수행 중 주민들이 희생당한 사건(법 제2조제1호)으로 정의하였는 바, 이는 국가공권력에 의한 생명권 침해를 최초로 인정하였다는데 그 의미가 있습니다.

(2) 2000. 01. 12. 법률 제6117호로 제정된 제주4.3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법에 의하면, “제주4.3사건”이라 함은 1947년 3월 1일을 기점으로 하여 1948년 4월 3일 발생한 소요사태 및 1954년 9월 21일까지 제주도에서 발생한 무력충돌과 진압과정에서 주민들이 희생당한 사건(법 제2조제1호)으로 정의하여 국가공권력에 의한 생명권 침해가능성을 내포하고 있습니다.

(3) 민간인 희생의 사실관계에 대해서는 국회 등을 통해 여러 차례 조사가 진행되었고 제주4.3사건과 거창사건 등의 경우에만 국가공권력에 의한 민간인 희생(생명권 침해 등)의 객관성이 인정되어 법률이 제정되었으나, 그 외의 사건에 대해서는 국회조사, 시도 및 시군구 의회의 조사, 언론보도 등을 통하여 일부 윤곽이 드러났으나, 아직까지도 사실관계가 대부분 전모를 알 수 없는 미확정 상태로 남아 있습니다.

(4) 다만, 각 시도 및 시군구 의회로부터 제출된 그동안 조사된 민간인 희생관련 자료에 의하면, 한국전쟁 전후 광범위하게 민간인 희생이 이루어졌음을 추정할 수 있었고, 그 가해주체가 국군, 경찰, 국제연합군 등 국가공권력에 의한 것임을 추정할 수 있었습니다.

정부기록보존소 부산지소의 보존 자료에 의하면, 한국전쟁 초기에 각 교도소 또는 형무소에서는 많은 수의 재소자가 감소된 것으로 기록되어 있는데, 그 많은 수의 재소자의 행방을 대부분 알 수 없는 상태로서 많은 의혹이 있을수 있음을 확인할 수 있었습니다.

(5) 이와 같이 사실 관계가 분명하지 않은 상황에 대해 법률적 적용 가능성을 살펴보는 것은 적절하지 못하다는 의견이 있을 수 있으나, 거창사건등

과 제주4.3사건 및 일반적으로 조사·연구된 사실들에 근거하여, 몇 가지 사실을 전제로 민간인 희생 당시의 국내법 및 국제법을 통한 구제 가능성이 검토될 수 있을 것입니다.

2. 국내법을 통한 구제 가능성

가. 관련법령

(1) 제헌헌법 제9조, 제27조 및 제28조(이상 1948. 07. 17. 헌법 제1호로 제정되어 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 전문 개정되기 이전의 것)

(2) 구 국가배상법 제1조 및 제2조(1967. 03. 03. 법률 제1899호로 폐지 제정되기 이전의 것)

(3) 의용민법 제724조(1958. 02. 22. 법률 제471호로 제정되기 이전의 것)

(4) 의용형사소송법 제281조(1954. 09. 23. 법률 제341호로 제정되기 이전의 것)

나. 헌법상의 생명권 보장과 그 침해에 대한 구제

(1) 한국전쟁 당시 우리 헌법에는 생명권 보장에 관한 명문의 규정이 없었지만, 최근 통설과 판례(헌법재판소 1996. 11. 28. 95헌바1)는 헌법해석론으로서 생명권을 헌법상의 권리로 인정하고 있습니다.

(2) 한국전쟁 당시 인간의 생명권 보장은 신체의 자유를 규정한 제헌헌법 제9조 그리고 헌법에 열거되지 아니한 권리까지도 경시되어서는 아니 된다는 제28조(이상 1948. 07. 17. 헌법 제1호로 제정되어 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 전문 개정되기 이전의 것) 등에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다 할 것입니다.

(3) 또한, 공무원이 생명권을 불법적으로 침해한 경우에는 그에 대한 형사처벌과 더불어 국가가 손해배상을 규정하고 있습니다(헌법 제27조 후단의 규정, 1948. 07. 17. 헌법 제1호로 제정되어 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 전문 개정되기 이전의 것).

다. 행위시 법에 의한 민·형사상 시효도과 여부

(1) (구)국가배상법 제1조·제2조 및 의용민법 제724조의 규정을 종합해 보면, 공무원이 그 직무를 행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하

여 타인에게 손해를 가하였을 때에는 국가 또는 공공단체는 그 손해를 배상할 책임이 있고, 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자 또는 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 때부터 3년간 이를 행사하지 아니하는 때 또는 불법행위의 때로부터 20년을 경과한 때에는 시효로 인하여 소멸한다고 되어 있고, 의용형사소송법 제281조의 규정에 의하면, 공소시효는 범죄의 종류에 따라 15년 내지 6월을 경과함으로 인하여 완성된다고 되어 있습니다.

(2) 그러나, 한국전쟁 전후 민간인 희생사건은 앞서 살펴보았듯이 지금으로부터 50여년 전에 일어난 사건이므로 공소시효 및 민사상 시효가 모두 완성되었다고 할 것인 바, 행위시 법상으로나 현행법상으로나 한국전쟁 전후 민간인 희생자 등에 대한 직접적인 구제가능성은 어렵다고 할 것입니다.

라. 생명을 보장해야 하는 국가의 의무

질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우 제한(헌법 제28조 후단의 규정, 1948. 07. 17. 헌법 제1호로 제정되어 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 전문개정되기 이전의 것)이 따를 수 있으나, 생명권은 기본권 중의 기본권으로서 모든 국가권력을 직접 구속하는 효력을 가지고 있다 할 것이므로 국가는 국민의 생명을 최대한으로 보장해야 하는 의무를 지고 있습니다.

마. 민간인 희생사건에 대한 최초의 법원 판결

(1) 창원지방법원 진주지원 제1민사부 2001. 10. 26.선고 2001가합430 판결에 의하면, “거창사건 자체로 인한 위자료 청구권에 소멸시효제도의 적용이 배제되어야 한다고 보아야 할 근거가 없고, 국제인권법상 민간인 학살행위에 대하여 소멸시효제도의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 결국 민법상 소멸시효가 완성된 손해배상청구권을 부활시키는 문제는 국회의 특별법 제정으로 해결할 수 밖에 없을 것이다”라고 판시한 바 있으며,

(2) 또한, 동 판결에 의하면, “이른바 민간인 학살사건은 그 가해자가 한 개인이 아니라 국민에 대하여 우월한 지위를 가지는 국가 자신이므로, 이러한 민간인 학살행위에 대하여 국가는 학살사건 이후에 적어도 첫째, 민간인 학살행위의 진상을 공식적으로 규명하고, 둘째, 희생자의 명예를 회복시켜주고 적절한 배상을 하며, 셋째, 학살의 책임자를 처벌하고, 넷째, 재발방지책을 마련할 의무를 진다고 할 것임”을 언급하고,

“거창사건 희생자들에 대한 명예회복이나 손해배상에 관한 국가의 보호조치 등을 소홀히 함으로써 희생자 유족들의 신원권 내지 알 권리 및 희생자들에 대한 명예회복, 손해배상, 재발방지를 위한 사후조치를 취할 것을 요구할 권리 등을 계속적으로 침해하여 거창사건 유족들에게 정신적인 고통을 입게 하였다고 할 것이므로, 피고는 위와 같은 권리 내지 법적 이익의 침해로 인한 유족들 고유의 손해에 대하여 금전지급으로 나마 위자할 의무가 있다”라고 판시한 바 있습니다.

바. 소결론

(1) 한국전쟁 전후 민간인 희생과 관련한 사건들은 행위시 법이나 현행법상으로 공소시효 및 민사상 시효가 완성되어 이에 대한 직접적인 구제가능성이 없습니다.

(2) 현재 국회에서는 진상 규명을 위한 통합 법률안을 마련하고자 하고 있으나, 다른 측면에서는 명확한 증거가 있는 사건에 대해서만 개별 특별법을 제정하여 정밀한 조사를 통해 진상확인이 되어야 한다고 하는 의견도 있습니다.

(3) 그러나, 민간인 희생을 입증할 결정적인 자료가 처음부터 존재했을 가능성이 희박하고, 50여년이 지난 오늘날 자료가 있었다 해도 인멸되었을 가능성이 크며, 또한 한국군과 국제연합군 등의 자료는 접근이 쉽지 않은 상황입니다.

(4) 국가가 국민에 대한 보호 의무를 다하지 아니한 결과, 희생자들에 대하여 피해를 발생시킨 것에 그치지 아니하고, 살아남은 피해자나 그 유족들에 대하여도 파생된 피해를 계속적으로 야기하는 경우에는 이로 인한 고통에 대하여 적극적으로 피해규모의 파악과 이에 대한 보호 의무를 다 하여야 할 것입니다.

(5) 따라서, 국가의 의무 등을 소홀히 함으로써 ▲ 국가공권력에 의하여 희생자를 발생하게 하였거나, ▲ 희생자 유족들의 신원권 내지 알 권리 및 희생자들에 대한 명예회복, 손해배상, 재발방지를 위하여 마땅히 국민의 생명을 보호하여야 할 의무가 있는 국가가 적극적으로 나서야 하는 것은 지극히 당연한 이치라 할 것입니다.

3. 국제법에 의한 직접적 구제 가능성

가. 6·25 전쟁 전후 시점에서 전투원 등 군병력에 의한 민간인 희생과 관련하여 일견 검토해 볼 수 있는 국제법규범으로, 무력충돌에 관해서는 전투의 수행방법에 주안점을 둔 1907년 육전에관한헤이그협약과 전쟁 희생자의 보호에 역점을 둔 1949년 4개 제네바협약(戰地군대의상병자의상태개선에관한조약(제1조약), 해상병력중의상병자및난선자의상태개선에관한조약(제2조약), 포로의대우에관한조약(제3조약) 및 전시에있어서의문민의보호에관한조약(제4조약))이 있고, 1950년 유엔국제법위원회에서 채택된 뉘른베르크원칙(뉘른베르크 국제 군사재판소 조례와 동 재판소 판결에서 인정된 원칙이 채택됨)중 인도에 반하는 죄를 규정한 제6원칙 c가 있으며, 時際法(inter-temporal law)상 행위시의 법에 한정한다면, 그 후에 형성 발전된 국제법은 고려 대상이 되지 아니합니다.

나. 1907년 육전에관한헤이그협약은 그 적용범위가 교전국간에만 적용하는 것으로 되어 있어(제2조 참조), 남한 지역 내에서의 국군 등에 의한 민간인 희생에는 적용될 수 없습니다.

다. 1949년 4개 제네바협약중 전시에있어서의문민의보호에관한조약은 국제적 무력충돌 시 점령지에서 발생 가능한 피점령국 민간인 피해를 방지하기 위한 것이고, 우리나라에는 1966. 08. 16. 발효된 조약이나. 그 보호대상자를 “충돌당사국 또는 점령국의 국민이 아닌 자”로 한정(제4조)함으로써, 남한지역 내에서의 우리 국민에 대하여 발생시킨 희생은 조약의 적용대상으로 볼 수 없습니다.

◎ 전시에있어서의문민의보호에관한조약은 1950.10.12. 발효, 1966년 08월 16일 우리나라에 발효, 조약 제218호. 따라서 6·25 전쟁 발발 후 발효되었고 전쟁 중에는 우리나라에 구속력 없었음. 다만 전쟁 발발 직후 UN 사령부와 대한민국은 제네바 4개 협약의 공통 3조를 존중하면서 전투를 수행하겠다는 의지를 밝힌 적이 있으나, 조약의 구속력을 인정하는 법적 절차를 밟히지 않고 단순히 선언한 것에 그침

라. 오늘날 국제관습법적 지위를 갖는다고 주장되는 뉘른베르크원칙(뉘른베르크국제 군사재판소 조례와 동 재판소 판결에서 인정된 국제법원칙으

로 1950년 유엔국제법위원회에서 채택함) 제6원칙 c에 의하면 인도에 반하는 죄는 다음과 같습니다.

“전쟁 전 또는 전쟁 중 행한 민간주민에 대한 살육, 섬멸, 노예적 혹사, 추방 및 기타의 비인도적 행위 또는 정치적 인종적 이유에 의거한 박해행위로서 평화에 대한 죄 또는 전쟁범죄의 수행 가운데서 또는 그와 관련하여 행해진 것”

따라서, 한국전쟁 전 또는 전쟁 중 국군 등이 군사작전 중, 공비토벌과정 등에서 발생한 민간인 희생이 “민간주민에 대한 살육, 섬멸”에 해당하지만, 인도에 반하는 죄의 성립요건은 이것만으로는 부족하고 이러한 범죄가 평화에 대한 죄 또는 전쟁범죄의 수행 가운데서 또는 그와 관련하여 행해진 것이라고 보기는 어렵기 때문에 당시 국제법상 인도에 반하는 죄에 해당하는 것으로 보기는 어렵다 할 것입니다.

마. 결론적으로, 한국전쟁 전후에 발생한 민간인 희생과 관련해 국내법적 책임과는 별도로 민간인 희생과 관련하여 국제법적 구제를 직접적으로 적용하기는 어렵다고 볼 것입니다.

Ⅵ. 결 론

1. 진상규명의 필요성

가. 거창사건과 제주4.3사건을 제외한 대부분의 민간인 희생 관련 사건이 그 전모가 불확정 상태이나, 산발적인 조사와 의혹이 지속적으로 제기되어 오고 있으며, 일부 지방자치단체, 민간단체, 개인 등에 의해 조사되고 확인된 바도 있었으며 우리 위원회의 자체 조사 결과로서도 한국전쟁 전후 전국적으로 대규모의 민간인 희생이 존재했을 가능성과 의혹이 제기 될 수 있음을 확인하였습니다.

나. 한국전쟁 전후 공권력의 잘못된 행사로 인하여 수많은 민간인 희생자가 발생하였다는 의혹이 제기되어온 본 사안의 경우, 그 진상을 조사하여 의혹을 해소하고 억울한 희생자에 대한 명예회복 등의 조치를 강구하여 주는 일은 국가의 최소한의 책무라 하겠습니다.

다. 나아가, 진실 규명의 과정에서 우리 사회구성원 모두가 희생자들의 고통을 나누어 가질 수 있는 기회를 갖고 그러한 과정을 통하여 유사한 사건의 재발을 막을 수 있도록 인간 존엄성에 대한 인식을 높일 수 있는 새로운 계기가 될 것입니다. 또한 우리가 안고 있는 상처를 치료함으로써 진정한 사회적 화합과 과거 청산에 이르는 길이 될 수 있을 것이며 국가 도덕성 회복은 물론 평화통일에도 크게 기여할 수 있을 것입니다.

라. 이러한 대의(大義)와 인권의 보호와 향상을 위한 국가인권위원회법의 제정목적을 상기하고, 헌법 제10조・제12조 및 세계인권선언 제1조・제3조, 인권의 신장・보호를 위한 국제 규약과 일련의 원칙들의 취지 및 이에 규정된 인간의 존엄과 가치, 생명권과 신체의 자유를 누릴 권리를 보장해야 할 국가의 의무, 그에 기하여 파생된 희생자와 그 유족들의 신원권 등에 비추어 보면, 국가에 의한 진상규명의 필요성은 더욱 분명해진다 할 것입니다.

2. 진상규명 등을 위한 통합 특별법 제정의 필요성

가. 한국전쟁 전후 민간인 희생의 사건들은 전국적으로 산재하여 그로 인한 계속되어온 고통과 진실의 규명, 더 나아가 피해 구제의 문제가 지속적으로 제기되어 오고 있는 상황에서 민간인 희생에 대한 일시적인 접근이 아닌 법률적 뒷받침에 의한 국가적 차원의 집중적 조사 등을 통한 노력이 요청된다고 할 수 있습니다.

나. 진상규명을 위한 국가적인 주요 노력은 과거 1960년 국회에 구성된 양민학살사건 조사특별위원회의 일부지역에 대한 조사 및 특별법 제정 건의와 최근거창사건과 제주4.3사건 등 개별 지역 사건과 관련한 특별법 제정 등에 그치고 있는 실정입니다.

다. 이러한 상황에서 일부 지역 및 사건에 한하여 그 진상이 나타날 경우 개별특별법의 제정으로 실체의 조사와 추후 조치를 해나가는 접근은 지금까지 민간인 희생에 대한 전국적이며 구체적 실체 파악을 위한 국가적 차원의 노력이 없었던 상태에서 국가의 진상규명 노력과 책무를 방기하는 또 하나의 모순을 야기할 수 있을 것입니다.

라. 따라서, 다수의 불확정 상태의 한국전쟁 전후 민간인 희생사건들을 중시하고, 각종 유사 입법례를 염두에 두면서, 국민의 생명을 보장해야 할 의무가 있는 국가가 개별적 사안에 대한 접근이 아닌 전국적인 민간인 희생의 규모와 실태 등 진상규명을 위한 통합 특별법을 적극적으로 제정하여야 할 것입니다.

마. 아울러 진상규명을 하는 경우, 우선적으로 민간인 희생사건의 본질과 진상에 대한 역사적 의의, 사회적 공감대 형성 등을 신중하게 고려하고, 민간인 희생자의 구분은 우리 헌법상의 자유민주적 기본질서를 훼손하지 않도록 진행되어야 하며, 형평성 문제가 제기되지 아니하도록 명확한 기준, 절차 및 방법에 따라 이루어져야 할 것입니다.

바. 또한, 현재까지 실질적인 고통을 받고 있는 희생자와 그 가족을 고려할 때, 사건 발생이후 오랜 기간의 경과에도 불구하고 국가공권력에 의한 민간인 희생의 실체가 규명되었을 경우, 억울한 희생자에 대한 명예회복 등의 조치가 뒤따라야 할 것입니다.
이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 주문과 같이 권고하는 바입니다.

2003. 7. 14.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유시춘

위원 조미경 위 원 이홍록 위 원 김오섭 위 원 신동운

위 원 정강자 위 원 김덕현

5 군(軍) 의문사 관련 정책권고(2004.4.26.)

[1] 군 의문사 방지를 위하여 군사법원법과 군검찰사무운영규정상의 소속 부대장의 군검찰에 대한 지휘·감독권 규정을 폐지하는 등 제도적 개선을 국방부장관에 권고하고,
[2] 과거 군의문사 진상규명과 유가족들의 명예회복을 위한 한시적 특별법을 마련할 것을 국회의장에게 권고한 사례

【결정요지】

[1] 군 의문사 방지를 위하여 현행 군사법원법과 군검찰사무운영규정상의 소속 부대장의 군검찰에 대한 지휘·감독권 규정을 폐지하고 군검찰이 헌병 등 군사법경찰관리에 대하여 실질적인 수사지휘권을 행사할 수 있도록 개선할 것과 군 보안규정을 탄력적으로 적용하여 유가족들에게 수사내용을 가능한 공개토록 하고 사체검안·부검시 민간전문가의 입회 또는 참가를 원칙으로 하며, 수사기록에 대한 유가족과 변호인 등의 열람·등사권이 최대한 보장되도록 하여 군 수사의 공정성을 확보할 것과 군 사망사고 발생시 과학적이고 철저한 초동수사를 위하여 군 수사 인력의 전문성을 제고하고 자살 동기에 대한 철저한 수사가 이루어 질 수 있도록 '군내 사망사고 발생시 처리지침'을 개정할 것과 군 수사기관과 일반 장병들에게 동 지침에 대한 교육을 충실히 하여 군 수사의 전문성을 제고하도록 국방부장관에게 권고하고,

[2] 현재 국방부내의 '민원제기 사망사고 특별조사단'이 객관적이고 공정한 조사를 하기에는 한계가 있음을 지적하고 과거 군의문사 사건의 진상규명과 유가족들의 명예회복을 위해서 공정한 제3의 기관이 필요하다고 판단, 그와 같은 기관에 의한 조사와 유가족들의 명예훼복이 가능하도록 군의문사 진상규명을 위한 한시적인 특별법을 마련할 것을 국회의장에게 권고함.

【참조결정 및 판례】 대법원 1999. 6. 8. 선고 99두3331 판결, 대법원 1999. 9. 21. 선고98두3426 판결, 헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 결정

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조제1항, 제37조, 세계인권선언 제3조, 제5조. 제8조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제6조, 제7조, 제9조

【주 문】 국가인권위원회는,

1. 국회의장에게,
   과거 군의문사 사건의 진상 규명과 유가족들의 명예회복이 이루어질 수 있도록 군의문사 진상규명을 위한 한시적인 특별법을 마련하고,
2. 국방부장관에게,
   가. 군 사망사고의 공정한 수사를 위해서는 군검찰의 독립성이 확보되어야 하는 바, 현행 군사법원법과 군검찰사무운영규정에 각 규정되어 있는 군검찰에 대한 소속 부대장의 지휘·감독권 조항을 각 폐지하고 군검찰이 헌병 등 군사법경찰관리에 대하여 실질적인 수사지휘권을 행사할 수 있도록 개선하며,
   나. 군 사망사고 발생시 과학적이고 철저한 초동수사를 위한 군 사망사고 수사 인력의 전문성을 제고하고, 자살 동기에 대한 철저한 수사가 이루어 질 수 있도록 '군내 사망사고 발생시 처리지침'을 개정할 것과 군 수사기관 및 일반 장병에 대하여 동 지침에 대한 교육을 충실히 하고,
   다. 군 보안규정을 탄력적으로 적용하여 유가족에게 수사내용을 가능한 공개토록 하고, 사체검안, 부검시 민간 전문가가 원칙적으로 입회 또는 참가하도록 하며, 유가족과 변호인 등의 수사기록에 대한 열람·등사권을 최대한 보장할 것을 각 권고한다.

【이　　유】

Ⅰ. 검토 배경

국가인권위원회는 2003년 9월까지 군 의문사와 관련한 54건의 진정을 접수하였다. 이중 상당수의 사건들은 군 수사가 진행·종결되었거나, 진정의 원인이 된 사실이 발생한 날로부터 1년 이상이 경과된 사안이어서, 국가인권위원회법(제32조제1항 제4호, 제5호) 상 각하사유에 해당된다.

그러나 국가인권원회는 1998년 이후 군 사망사고 가운데 자살자 비율이 40%를 상회하고 있고, 2002년도에는 50%까지 이른 점과 최근 군기사고의 비율과 부대 내 문제가 자살원인이 되는 사고의 비율이 높아지고 있는 점, 군 의문사와 관련하여 의혹이 끊이지 않는 점을 주목, 본 사안을 중대한 국가적 인권문제로 인식하고, 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항에 의거하여 검토하였다.

Ⅱ. 검　토

1. 개념 정의

군 사망사고는 군인으로서 복무하는 중 자연사 이외의 사고에 의하여 사망한 것을 말하고, 군 의문사는 군 사망사고 가운데 사망원인이 명확하지 아니하다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 죽음을 말한다고 정의할 수 있다[군의문사진상규명을위한특별법(안) 제2조]. 군 의문사 재발방지 대책은 국회 국정감사에서 최근 3~4년간 연속 지적 사항이었으며 2002년도 중점 지적사항 가운데 하나이다.

2. 군 사망사고 및 의문사 현황

가. 최근 5년간 군인 사망자 현황 및 사망 사유

국방부가 국회에 2002년, 2003년 각 국정감사에 제출한 '최근 5년간 군인 사망자 현황 및 사망 사유' 자료에 따라 각 연도별로 보면, 군 전체 사망자 가운데 안전사고로 인하여 사망한 사람은 1998년도 136명(54.8%), 1999년

도 116명(50.5%), 2000년도 96명(52.7%), 2001년도 95명(57.9%), 2002년도 72명(45.5%), 2003년도 42명(53.1%, 2003. 1. 1.~7. 31.)이며, 군기사고로 사망한 사람은 1998년 112명(45.2%), 1999년 114명(49.5%), 2000년 86명(47.3%), 2001년 69명(42.1%), 2002년 86명(54.4%), 2003년 37명(46.8%, 2003. 1. 1.~7. 31.)으로 2002년부터 군기사고에 의한 사망자가 안전사고보다 많아진 것을 알 수 있다.

나. 총 사망자와 자살 처리율

군 사망사고 가운데 사망원인이 명확하지 아니하다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 군 의문사는 거의 자살 처리된 사망사고 중에서 발생한다는 점에서도 그 증가율은 의미가 있는 바, 국방부가 국회에 2002년, 2003년 각 국정감사에 제출한 자료에 따라 연도별로 보면, 1996년 사망자수는 359명, 자살처리는 103건으로 자살처리율은 28.7%, 1997년 사망자수는 273명에 자살처리는 92건으로 자살처리율은 33.7%, 1998년 사망자수는 248명, 자살처리는 102건으로 자살처리율은 41.1%, 1999년 사망자수는 230명에 자살처리는 101건으로 자살처리율은 43.9%, 2000년 사망자수는 182명, 자살처리는 82건으로 자살처리율은 45.1%, 2001년 사망자수는 164명에 자살처리는 66건으로 자살처리율은 40.2%, 2002년 사망자수는 158명, 자살처리는 79건으로 자살처리율은 50.0%, 2003년 7월31일까지 사망자수는 79명에 자살처리는 34건으로 자살처리율은 38.9%로 나타났다.

1996년부터 현재까지 매년 군에서 발생한 사망자 수는 점차 낮아지는 추세이나 총사망자 대비 자살처리 비율은 오히려 늘고 있고, 그 비율 역시 1998년 이후부터 전체 사망사고 대비 자살처리 비율이 40%를 상회하고 있다.

2001년 보건신문사가 발행한 보건연감에 따르면 의학적으로 죽음은 자연적인 죽음을 의미하는 내인사와 인체 외부에서 사망의 원인이 발생한 외인사로 나뉘어 지는데, 우리나라 국민들의 사망원인 중 외인사가 차지하는 비율은 2000년 현재 24만7천3백46건 중 2만8천8백74건(11.6%)이다. 그러나 외인사 가운데 자살한 사람의 수는 6천4백60명이며, 이는 전체 사인 대비 2.6%, 외인사 대비 22.3%이다.

그런데 1998년 이후 외인사라고 할 수 있는 군 사망자 가운데 자살처리 비율이 40%이상을 차지하고 점차 그 비율이 증가하고 있다는 것은 문제가 있다.

또한 2003년 9월 국회 사무처 예산정책국에서 발간한 2003년도 국정감사 자료집(국방위원회소관)에 따르면, 군인자살의 원인은 크게 부대관계(복무부적응, 처벌우려, 사적제재)와 개인관계(가정사정, 염세비관, 신병비관, 여자관계)로 나뉘는데, 1970년대에는 부대관계가 29.6%, 개인관계가 70.4%인 반면, 1980년대는 부대관계가 36.1%, 개인관계가 63.9%이며, 1990년대 후반에서 최근까지는 부대관계가 43.4%, 개인관계가 56.6%를 차지하는 것으로 나타나 부대관계에 의한 자살율이 높아지고 있음을 알 수 있다.

다. 군 의문사 관련 민원제기의 현황

국가인권위원회는 2003. 9. 30.까지 총 54건의 군 의문사 관련 진정사건을 접수하였고, 천주교인권위원회에는 2003. 4. 24.까지 총 89건의 진정사건이 접수되었다.

한편, 1999년 4월 국방부 및 각 군에 설치된 '민원제기 사망사고 특별조사단'(이하 특조단이라 함)은 2003년 6월까지 총 264건의 사망사고 관련 민원을 접수하였는데 그 중 205건에 대한 재조사를 완료하였고 그 가운데 50건은 재조사 결과에 유족들이 부동의 하였다고 보고 된 바 있다.

3. 군 의문사의 원인

가. 군 사망사고 수사과정의 개관

군대에서 사망사고가 발생하면, 대체로 사건발생부대의 사건조사절차, 각군본부 인사참모부의 사망구분절차, 각 군의 영현절차, 국가보훈처의 보훈수혜결정절차 등을 거치게 된다. 군인의 사망사고 또는 군내 사망사고가 발생하면 민간과 마찬가지로 군검찰관이 '검시'를 실시한다.

검시를 거쳐 사인이 명백하고 그 사인에 대하여 유족이 수긍하는 경우에는 사인규명 후 유족에게 사체를 인도함으로써 사망사고 조사가 종결되게 되나, 사인이 명백하지 아니하거나 그 사인에 대하여 유족이 수긍하지 않는 경우에는 유족 동의 하에 부검을 거쳐 정확한 사인을 규명하게 된다.

그런데 군인의 사망사고는 수사기관의 입장에서 수사의 단서가 됨과 동시에 부대의 인력관리 측면에서 전투력의 상실을 가져오는 중대한 사건으로서 취급된다. 이러한 전투력 관리의 측면에서 국방부전사상자처리규정 제5조제1항은 "소속부대의 장은 사망자가 발생한 때에는 그 사실을 24시간

내에 소속 군 참모총장에게 전문 보고한 후 7일 내에 사망확인조서에 사망진단(시체검안)서를 첨부하여 서면보고 한다"고 규정하고 있다.

이와 같은 국방부 규정에 따라 사망사고를 조사하는 군 수사기관은 가능한 한 신속하게(24시간 이내) 사망원인을 비롯한 결론을 1차적으로 도출하여야 하고, 적어도 7일 이내에는 소속부대장으로 하여금 소속 군 참모총장에 대한 서면보고가 가능하도록 수사를 종결하여야 한다. 그리고 이와 같은 사망확인조서에는 국립묘지 안장 및 국가보훈 수혜 여부에 결정적인 영향을 기치는 사망원인과 사망구분을 기재하도록 하고 있다.

나. 군 수사의 공정성 문제

○ 군검찰의 비독립성

1998년 이후 전체 사망사고 대비 자살처리 비율이 40%를 상회하고 있는 원인과 군 의문사 문제가 끊이지 않고 제기되는 원인 가운데 중요한 것은 군사법원법(제38조, 제40조, 제238조, 제284조)과 군검찰사무운영규정(제2조)상 군 지휘관으로부터 군 검찰의 독립이 확보되어 있지 않다는 점을 들 수 있다.

군대에서는 사망사고와 같은 중요사건을 비롯한 거의 모든 사건에 있어서 당해 지휘관의 직접적인 지휘를 받는 헌병이 1차적으로 초동수사를 하고 그 결과를 부대장에게 지휘보고를 한다. 이러한 지휘보고시 사실상 당해 사건의 처리방향 및 관련자의 처벌수위(구속 여부를 비롯한 형사처벌 또는 징계여부)가 결정된다.

그러나 지휘관은 자기 휘하에 있는 부대에서 발생한 사건이 자신의 진급평정에 영향을 미칠 수 있다는 점, 지휘관 스스로가 처벌을 받아야 할 상황도 있을 수 있다는 점 때문에 이를 축소, 은폐하고자 하는 유혹을 떨치기 어려울 것이다.

특히 전방 사단급 법무참모는 검찰부장을 겸임하는 경우가 많은데, 지휘관은 자신의 지휘 하에 있는 검찰부장 겸 법무참모를 통해 자신의 의도를 쉽게 관철할 수 있는 바, 이는 공정한 군 검찰권 행사의 구조적인 장애로 여겨지고 있다.

위에서 본 바와 같이 지휘권과 수사권이 독립되어 있지 않아 군 사망사고에 대하여 책임이 있는 지휘관은 자신의 지휘책임을 면하기 위하여 진실규명보다는 사건을 은폐 내지 축소할 가능성이 높으며, 이 경우 군내 사망

사고의 철저한 초동수사는 기대하기 어려운 실정이기 때문에 그로 인하여 유족들이 군내 사망사고에 대한 해당부대의 조사결과를 신뢰하지 못하고 있다.

○ 자살 동기에 대한 수사 미진

자살동기에 대한 수사는 타살 여부, 자살 군인과 유가족의 명예와 관련되어 있을 뿐만 아니라 국가보훈처의 보훈수혜결정, 국가의 손해배상 책임 그리고 동료, 상관 및 지휘관 등 관련자들의 책임유무 등에 중대한 영향을 미치게 되므로 군 당국과 유가족들의 중요한 문제로 대두된다.

대법원도 군인이 공무로 인하여 우울증을 얻어 자살에 이르게 된 사안에서 국가유공자등예우및지원에관한법률 제4조제1항제5호의 순직군경으로 인정하기 위해서는 공무와 질병, 사망 사이의 상당인관관계를 추단할 수 있으면 되고, 그 상당인과관계를 추단함에 있어서는 자살자의 주위상황, 자살에 이르게 된 경위 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시한 바 있다(대법원 1999. 6. 8. 선고 99두3331 판결).

자살로 발표된 군의문사 사건들 대부분이 유서가 발견되지 않은 사건이며 목격자가 없는 사건들인데, 군은 이 사건들에 대해 타살의 혐의를 발견할 수 없으므로 자살이라고 판정을 내리면서도 자살 동기에 대한 철저한 수사는 미진하다. 수사기록에 부대관리나 사병관리의 문제, 구타나 가혹행위, 따돌림 등이 죽음의 일차적인 원인으로 등장하는 경우는 드문 실정이다. 즉, 국방부의 '군내 사망사고 발생시 처리지침(2002. 12. 23. 인근 33163-3385)'상에는 헌병의 초동수사시 '사인이 불분명한 사망사건은 일단 타살 가능성에 중점을 두고 초동수사 실시'를 지침으로 규정하고 있음에도 제대로 준수된다고 볼 수 없다.

위와 같은 실정은 사망사고를 조사하는 기관 또는 해당 부대에 사인, 특히 사망동기를 명확히 밝히고자 하는 의지가 부족하다고 불 수 있다. 특히 자살의 경우 자살동기를 파헤치다 보면 부대 내의 경직되고 강압적인 분위기, 근절되지 않는 폭행, 억압 등이 쟁점으로 부각될 수밖에 없기 때문에, 문책을 당할 가능성이 있는 해당 부대 지휘관으로서는 사망의 원인 또는 책임을 당사자의 개인적인 원인으로 돌리려는 경향이 있음을 알 수 있다. 그리고 문제를 야기한 사람이나 부대원들이, 조직과 부대원들을 보호하기 위하여 진술을 거부한다면 자살의 동기를 정확히 밝혀내기란 거의 불가능하다.

이러한 조건하에서 군 수사기관의 수사에 있어 실체적 진실을 발견하고자 하는 강력한 의지가 무엇보다도 중요한데, 군 수사기관은 "애정문제 비관, 가정문제 비관, 군복무 염증"이라는 천편일률적인 자살동기 조사에서도 드러나는 바와 같이 그 의지가 부족하다고 볼 수 있다. 따라서 유가족들이 수사결과를 믿지 않고, 수사의 목적이 진상을 밝히는 데 있다기보다 군의 책임을 최소화하는 데 있다고 생각하게 된다.

○ 민간전문가 등의 사체검안·부검 절차 참여 저조

'군내 사망사고 발생시 처리지침'에 따르면 사고관할 헌병대는 유가족 요구시 유가족이 지정한 전문가를 참여토록 조치하도록 하고, 사고대책반의 사체 검안시에는 반드시 유가족 입회하에 검안을 실시토록 하며, 사체부검시에는 유가족이 요구하는 의사, 교수, 경찰의 입회와 국립과학수사연구소를 비롯한 민간감식기관 등의 부검 참가 요구를 수용하도록 하고 있다.

그러나 2003년 국방부 국정감사시 제출한 자료에 따르면 2003년 1월부터 9월까지 발생한 군 사망자 총 43건 가운데 유가족 요구로 민간 전문가 등이 입회 또는 참가한 경우는 9건(20.9%)에 그치고 있다.

○ 군 보안규정에 따른 제약

군에서 사망사고가 발생했을 때 유가족들은 군사시설보호법 제7조의 규정에 따라 해당 부대장의 승인을 얻어야만 현장에 들어갈 수 있으며, 군사시설보호법 제8조에 의해 군사시설의 촬영·묘사·녹취를 금지 당하고 있다. 군 수사기관에 의한 현장사진, 비디오 촬영이 제대로 이루어지지 않고 있고, 현장보존이 제대로 이루어지지 않는 현실에서 군의 보안규정으로 말미암아 유가족들의 의혹 해소를 위한 현장사진, 비디오 촬영은 매우 어려운 실정이다.

다. 군 수사의 전문성 문제

○ 수사인력의 전문성 부족

군내 사망사고에 대해서는 1차적으로 헌병대에서 수사를 개시하게 되는데, 군대의 헌병은 군 사법경찰관리로서 민간의 경찰과 대응되는 수사기관이다. 헌병 인력은 장교의 경우 대체로 사관학교 또는 학사장교 출신 인력으로, 실질적인 수사를 담당하는 부사관(준사관 포함)은 대체로 고등학교를 졸업한 뒤 부사관 과정을 마친 인력으로 구성되고, 의무복무를 위해 징집된 병사들 중 차출되어 소정의 별도 교육을 받은 병사들이 피의자 호송, 영창

관리 등과 같은 업무를 수행하게 된다.

이와 같은 헌병의 인적구성, 인력충원 절차 및 보수교육 수준 등에 비추어 볼 때, 사인이 불명확한 사망사고를 조사·처리할 수 있는 충분한 전문성이 갖추어져 있다고 보기는 어렵다.

군내에서 이루어지는 수사기관에 대한 정기적인 과학수사기법에 대한 교육을 실시하고는 있으나, 혈흔·머리카락 등에 대한 유전자 감식 등 전문적인 수사를 할 수 있는 기관이 없기 때문에 그 한계가 있다.

○ 현장 훼손

현장보존은 범죄현장에 남아있는 수사자료 및 증거를 보존하여 과학적으로 진상을 밝히기 위한 필수적인 절차임에도 군의문사 사건들의 경우 이러한 현장보존이 제대로 이루어지지 않고 있다.

군내 사망사고 발생시 처리지침(2002. 12. 23. 인근33163-3385) 나.의 (2)항을 보면 '유가족 도착시까지 사고현장 원형변경 금지'를 규정하고 있으나, 일선 부대에서 동 지침이 제대로 준수되지 않아 유가족들의 의혹을 부추기고 있다.

○ 부검 절차의 문제

부검은 사인이 명백하지 않을 경우 자·타살 여부를 가리기 위해 진행되는 필수적인 절차인데 군의문사에 있어서 부검제도가 문제가 되는 것은 근본적으로 부검의의 소견이 사실상 수사결론이 된다는 점에 있다.

자·타살 여부는 부검의의 소견만이 아니라 사망자의 건강, 주변관계 등 인적사항은 물론 현장 상황 등에 대한 내사결과를 종합해서 내려야 할 것인데도 군의문사의 경우에는 여러 가지 참고자료의 하나가 되어야 할 부검결과가 수사관들의 수사결론에 과도한 영향을 미치고 있다.

또한 현행 부검절차는 직접적인 사인 못지않게 죽음에 이르기까지 인과관계가 중요시되는 군의문사의 특성이 전혀 고려되지 않고 있다.

○ 수사 시간 부족과 성급한 결론

위와 같은 수사능력과 전문기관의 부재와 함께 군내 사망사고의 조사에 있어 심각한 것은 수사시간이 짧다는 점이다. 앞서 본 바와 같이 사망사고가 발생하면 일단 24시간 이내에 사망원인과 사망구분을 잠정적으로 결론지은 보고가 각 군 참모총장에게 이루어져야 하며, 이러한 제약을 충족시키기 위하여 초동수사를 담당하는 헌병으로서는 12~18시간 동안에 일응의 결론을 내려야 한다.

그런데 군 조직의 경직성으로 인하여 위와 같이 내려진 '잠정적' 결론이 결국 7일 내의 서면보고상의 결론 또는 최종결론으로 이어지는 경우가 많고, 이러한 이유 때문에 검찰관의 검시 또는 부검절차는 요식행위에 지나지 않는 경우가 많다. 그런데 이와 같은 헌병의 사망확인조서 내용이 망자와 유족에 대한 국가보훈혜택 여부를 결정짓는 가장 중요한 자료가 되므로 그 내용이 충분한 조사와 심사숙고 끝에 작성되어야 한다는 점을 상기할 때 현재와 같은 사망사고 보고절차와 그로 인한 촉박한 수사기간은 문제점으로 지적되고 있다.

라. 소결론

현행 군 사망사고와 관련한 군 당국의 처리 관행과 관련 법령은 군 사망사고 수사의 공정성과 전문성 측면에서 문제가 있어 헌법과 국제규약에 보장된 군인의 생명권을 침해할 여지가 있고, 사망한 군인 유가족들의 헌법 제10조에 보장된 인격권 및 행복추구권을 침해하고 헌법 제12조에서 보장하고 있는 적법절차의 원칙에 배치된다고 할 것이다.

4. 개선 방안

가. 군 수사의 공정성 제고

○군 검찰의 독립

군 사망사고의 공정한 수사를 위한 군검찰의 독립성을 확보하기 위하여 군사법원법과 군검찰사무운영규정상 군검찰에 대한 부대장의 지휘·감독권 규정을 폐지하여야 한다.

아울러 군검찰이 헌병 등 군사법경찰관리에 대하여 실질적인 수사지휘권을 행사할 수 있도록 하여 수사의 공정성 및 투명성을 제고시켜야 한다.

○기타 수사의 공정성 확보를 위한 개선사항

군 사망사고 가운데 자살의 경우, 그 동기가 천편일률적이어서 유가족들의 불신을 사고 있음은 앞서 지적한 바와 같다. 따라서 자살 사고 발생시 그 특수성을 고려하여 수사과정 및 부검에 있어서 죽음에 이르기까지 인과관계를 파헤치는데 중점을 두어 자살 동기에 대한 철저한 수사가 이루어져야 할 것이다.

또한 군 보안규정을 합리적이고 탄력적으로 적용, 각종 정보에 대한 유가

족의 접근권을 최대한 보장함으로써 불필요한 의혹이나 시비가 생기지 않도록 해야 한다.

군내 사망사고 발생시 유족이 의혹을 제기할 경우 초동수사 단계부터 객관성과 중립성을 확보할 수 있는 민간 전문가나 인권단체의 참여를 원칙적으로 보장할 수 있도록 해야 할 것이다.

그리고 의혹이 제기되는 군내 사망사고의 경우 유가족 요청 시 수사기록은 수사결과 발표 후 공개할 수 있도록 해야 한다. 종결된 수사기록에 대한 열람·등사 청구를 건별로 구체적인 사유를 밝히지 아니한 채 거부하는 것에 대하여 헌법재판소와 대법원은 청구권자의 알권리 등을 침해하는 것이라고 밝힌 바 있다(헌법재판소 1997. 11. 27. 94헌마60 등, 대법원 1999. 9. 21. 선고 98두3426 판결).

나. 군 수사의 전문성 제고

○ 현장보존 등 초동수사 강화

사망사고의 경우 국방부의 '군내 사망사고 발생시 처리지침'에 따라 현장보존이 철저히 이루어질 수 있도록 해야 한다. 이러한 초동수사 강화와 관련하여 군 수사관 및 일반 장병들에 대한 교육이 이루어져야 할 것이다.

○ 과학적 수사기법

또한 진술에 의존하는 현 수사 관행을 탈피하고 면밀한 감식 작업과 정밀부검 등 과학적인 수사를 지향해야 하고 이를 위하여 헌병대 수사관들의 자질 향상 및 장비 확충이 뒤따라야 할 것이다.

다. 군의문사 진상규명을 위한 특별법 제정

○ 국방부 '민원제기 사망사고 특별조사단'의 한계

현재 유가족들이 민원을 제기하는 사건에 대하여는 국방부에 '민원제기 사망사고 특별조사단'(이하 '특조단'이라 함)에서 재조사를 하고 있는데, 2001. 10. 9. 국방부가 발행한 '민원제기 사망사고 조사결과 보고서'를 보면, 특조단은 1999년 7월부터 2000. 3. 31.까지 총 166건의 사망사고 관련 민원을 접수하였음을 알 수 있다.

민원이 제기된 166건 가운데 타살의혹제기, 사고사 주장과 자살이유가 불분명하다는 내용의 민원이 131건에 달하여 전체 민원의 78.9%에 달하고 있다.

그런데 조사 결과를 살펴보면 총 166건 가운데 군인 아닌 사망사건으로 회송 및 이첩한 5건을 제외한 161건 가운데, 최초 수사결과와 다르게 처리된 사건은 24건에 불과, 특히 자살에서 순직 또는 변사로 판명된 사건은 4건에 불과함을 알 수 있다.

특조단의 재조사는 조사단이 군 관계자들로만 구성되어 있다는 점, 특조단이 수사기록을 열람할 수 있는 권한만 가졌을 뿐 강제수사를 할 수 없다는 점 등의 사유로 특조단 재조사에 의한 진상규명은 유가족들의 의혹과 불신을 해소하기에는 충분하다 할 수 없다.

○ 군의문사 진상규명에 관한 특별법 제정

위에서 본 바와 같이 지금까지 해결되지 않고 합리적인 의혹이 제기되는 군의문사 사건에 대한 진상규명을 함에 있어 군 의문사 진상규명 특별법의 제정을 통해 객관적이고 공정한 제3의 기관이 진상을 규명하도록 하는 것이 바람직하다.

따라서 과거 군의문사 사건의 진상 규명과 유가족들의 명예회복을 위해서 군의문사 진상규명을 위한 한시적이나마 관련 특별법을 조속히 마련해야 한다.

Ⅲ. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 군 의문사의 발생 원인은 △군 검찰의 비독립성 △자살동기에 대한 수사미진 △수사과정과 수사결과의 투명성 부족 등으로 군 수사의 공정성이 떨어지고, △군 수사인력의 전문성 부족, △현장보존과 부검절차의 문제 등 군 수사의 전문성이 부족한데서 비롯한 것이다. 특히, △사망사고 발생시 24시간 이내에 각 군 참모총장에게 잠정적인 사망원인과 사망구분에 대한 보고가 이루어지고 7일 이내에 서면보고가 이어져야 하기 때문에 초동수사를 담당하는 헌병 등은 12-18시간 동안에 촉박하게 결론을 내려야만 하는 것도 문제점으로 지적되고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

따라서 군 의문사 방지를 위해서는 △현행 군사법원법과 군검찰사무운영규정상의 소속 부대장의 군검찰에 대한 지휘·감독권 규정을 폐지하고, 군검찰이 헌병 등 군사법경찰관리에 대하여 실질적인 수사지휘권을 행사할 수 있도록 개선하여야 하며 △군 보안규정을 탄력적으로 적용하여 유가족

들에게 수사내용을 가능한 공개토록 하고, 사체검안·부검시 민간전문가가 원칙적으로 입회 또는 참가하도록 하며, △수사기록에 대한 유가족과 변호인 등의 열람·등사권이 최대한 보장되도록 하여 군 수사가 공정성을 갖도록 해야 할 것이다.

또한 △군 사망사고 발생시 과학적이고 철저한 초동수사를 위하여 군 수사 인력의 전문성을 제고하고, 자살 동기에 대한 철저한 수사가 이루어 질 수 있도록 '군내 사망사고 발생시 처리지침'이 보완·개정되어야 하며 △군 수사기관과 일반 장병들에게 동 지침에 대한 교육을 충실히 하여 군 수사의 전문성이 제고되어야 할 것이다.

아울러 현재 국방부 내의 '민원제기 사망사고 특별조사단'이 객관적이고 공정한 조사를 하기에는 한계가 있으므로 과거 군의문사 사건의 진상규명과 유가족들의 명예회복을 위해서는 공정한 제3의 기관이 필요한 바, 그와 같은 기관에 의한 조사와 유가족들의 명예회복 등이 가능하도록 군의문사 진상규명을 위한 한시적인 특별법이 마련되어야 할 것이다.

따라서 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항의 규정에 의하여 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2004. 2. 16.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

6 납북자 가족 관련 특별법 제정 권고(2004.4.26.)

납북자가족들이 당한 인권침해의 실태파악과 그 진상규명을 통한 명예회복 및 보상 등을 내용으로 하는 특별법 제정을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 납북자가족들이 일상생활에서의 감시를 통해 사생활을 침해당하고 연좌제로 인해 공직 진출과 출국제한 등 개인의 생계 및 신상과 관련된 제분야에서 제한을 받아온 사례들이 드러나고 있어 이에 대한 정부차원의 실태파악이 필요하고,

[2] 감시로 인한 사생활침해, 신원조회에 의한 신분상의 차별과 직업선택의 자유 침해, 고문으로 인한 신체의 자유에 대한 침해 등에 대한 정부차원의 명확한 진상규명이 필요하고,

[3] 이러한 실태파악과 진상규명을 하고, 인권침해가 명확한 부분에 대해 명예회복 및 적절한 보상을 하고, 납북자 가족 및 송환된 납북자에 대한 조사과정에 고문이 이루어진 부분에 대해서는 명예회복과 적절한 보상을 하기 위한 특별법 제정을 권고함.

【참조조문】 헌법 제12조 제1항, 제14조, 제15조, 제17조, 시민적·정치적 권리에관한국제규약 제2조 제3항, 제7조, 제9조 제1항,제9조 제5항, 제12조, 제17조, 제23조 제1항, 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약 제2조, 고문및그밖의잔혹한·비인도적인또는굴욕적인대우나처벌의방지에관한협약 제2조, 제14조 등

【주 문】 국회의장과 국무총리에게
납북자가족들이 당한 인권침해의 실태파악과 그 진상규명을 통한 명예회복 및 보상 등을 내용으로 하는 특별법 제정을 권고한다.

【이　　유】

Ⅰ. 검토배경

2002년 11월 4일 납북자가족모임(대표 최○○)은 납북자가족의 연좌제 등의 피해와 관련된 진정을 제기하였다(사건번호 : 02진인1892).

이에 국가인권위원회법 제19조에 의거, 납북자가족의 인권과 관련, 다음과 같이 정책검토를 실시하게 되었다.

Ⅱ. 검토기준

1. 국내법령

가. 헌법

제12조제1항, 제14조, 제15조, 제17조

나. 국가인권위원회법

제19조 제1호 위원회는 다음 각호의 업무를 수행한다.

1. 인권에 관한 법령(입법과정중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명

2. 국제인권협약

가. 시민적·정치적권리에관한국제규약

제2조 제3항

3. 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

(a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것.

(b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국, 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한 있는 당국

에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것.

(c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것

제7조(고문받지 않을 권리) 어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.

제9조 제1항(신체의 자유와 안전에 대한 권리)

1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.

제9조 제5항(불법적 체포에 대해 보상받을 권리)

5. 불법적인 체포 또는 억류의 희생이 된 사람은 누구든지 보상을 받을 권리를 가진다.

제12조(이동 및 거주의 자유)

1. 합법적으로 어느 국가의 영역 내에 있는 모든 사람은, 그 영역 내에서 이동의 자유 및 거주의 자유에 관한 권리를 가진다.

2. 모든 사람은 자국을 포함하여 어떠한 나라로부터도 자유로이 퇴거할 수 있다.

3. 상기 권리는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 필요하고, 또한 이 규약에서 인정되는 기타 권리와 양립되는 것을 제외하고는 어떠한 제한도 받지 아니한다.

4. 어느 누구도 자국에 돌아올 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다.

제17조(사생활의 자유)

1. 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니한다.

2. 모든 사람은 그러한 간섭 또는 비난에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

제23조 제1항(가정을 보호받을 권리)

1. 가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.

나. 경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약

제2조(신분 등에 의한 차별)

2. 이 규약의 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.

다. 고문및그밖의잔혹한・비인도적인또는굴욕적인대우나처벌의방지에관한협약

제2조(고문방지조치)

1. 당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문행위를 방지하기 위하여 실효적인 입법・행정・사법 또는 그 밖의 조치를 취한다.

2. 전쟁상태, 전쟁의 위협, 국내의 정치불안정 또는 그 밖의 사회적 긴급상황 등 어떠한 예외적인 상황도 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다.

3. 상관 또는 당국의 명령은 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다.

제14조(고문에 대한 공정하고 적절한 배상)

1. 당사국은 자기 나라의 법체계 안에서 고문행위의 피해자가 구제를 받고, 또한 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장한다. 고문행위의 결과로 피해자가 사망한 경우, 피해자의 부양가족이 배상받을 권리를 가진다.

2. 이 조의 어떠한 규정도 피해자나 그 밖의 개인들이 국내법에 따라 배상을 받을 수 있는 권리에 영향을 미치지 아니한다.

Ⅲ. 국가인권위원회의 판단

1. 헌법상 연좌제 폐지

연좌제란, 범죄인과 특정한 관계에 있는 사람에게 연대책임을 지도록 하고 처벌하는 제도로 과거 이승만, 박정희 정권에서 강력한 사회통제제도로 작동, 잠재적 저항세력을 거세하고 이로써 체제안정을 도모하는 목적으로 시행되었다.

주로 신원조회를 통한 신분상의 불이익과 감시를 통해 이루어졌던 연좌제는 당사자들에게 큰 정신적 족쇄로 작용했으며, 연좌제 대상자는 주로 제주4·3사건, 거창, 함평, 문경 등 양민학살 피살자의 유족, 월북자나 부역자 가족, 국가보안법 등 간첩혐의 연루자의 가족 등이다.

2000년 제주4·3도민연대에서 실시한 '연좌제 피해관련 설문조사' 결과 86%가 연좌제 피해를 겪고 있다고 응답하고, 이들이 겪는 연좌제 피해는 주로 각종 신원조회(60%), 일상생활에서의 감시(30%), 공무원 임용시험(26%), 사관학교 등 각종 입학시험(23%) (복수응답)인 것으로 조사되었다.

이와 같은 연좌제 피해에 대해 정부는 1980년 제5공화국 헌법 제12조제3항에서 "모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다"고 하여 연좌제 폐지를 명문화하였으며, 이는 현행 헌법 제13조제3항에서 똑같이 명시하고 있다.

이같이 헌법에서조차 연좌제 금지를 규정한 것은, 1980년 헌법이 개정되기 이전에 그만큼 연좌제로 인한 피해가 있었다는 것을 의미하는 것이라 할 수 있다.

한편, 현재에도 각종 신원조회와 관련된 국내법령은 다음과 같다. 국가정보원법 제3조 제2항의 규정에 의하여 보안업무 수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하는 보안업무규정 제31조는 "국가보안을 위하여 국가에 대한 충성심·성실성 및 신뢰성을 조사하기 위하여" 신원조사를 행한다고 규정하고 있으며, 대상이 되는 사람은 공무원임용예정자를 비롯하여 해외여행예정자, 법인의 임원 등을 명시하고 있다.

동규정 제32조에 의해 조사는 국정원장이 관계기관장의 요청에 의해 실시하게 된다. 동규정 제33조와 정보및보안업무기획·조정규정 제5조는 각각 국가정보원장의 신원조사업무에 관한 사항을 국방부장관과 경찰청장, 행정자치부와 국방부가 행할 수 있도록 위임 및 조정하고 있다.

신원조사 결과는 보안업무규정 제34조에 의해 국가안전보장상 유해로운 정보가 있음이 확인된 자에 대해 관계기관장에게 통보하도록 하고, 특히, 대법원 비밀보호규칙 제68조 제5항은 국가안전보장상 지극히 유해로운 정보가 신원조사에 의해 발견된 때에는 법원행정처 보안담당관이 임용권자에게 배정 또는 임용의 보류를 건의할 수 있도록 하고 있다.

더불어, 학생군사교육단무관후보생규칙 제8조, 군종장교요원선발규칙 제5조도 신원조사를 마친 후에 선발하도록 규정하고 있다.

2. 납북자가족 증언수집

현재까지 정부차원의 납북자가족에 대한 실태조사가 실시된 바가 없었다. 더구나, 발생시점이 60-70년대로 오랜 시간이 흘러 납북자가족모임 측에서도 체계적으로 사례를 수집한 바가 없었기 때문에 증거수집에 어려움을 겪었다.

국가인권위원회는 2003년 12월 19일『납북자 관련 인권문제와 해결방안에 관한 공청회』와 2004년 4월 9일 '납북자가족 인권침해 증언청취를 위한 비공개 간담회'를 개최하여, 납북자가족들에 대한 인권침해 사례를 증언으로 수집하였으며, 납북자가족들에 일일이 전화를 해서 사례를 수집하였다.

납북자가족의 피해사례에 관한 증언을 종합해보건대, 크게 (1)신원조사에 의한 신분상의 피해, (2)감시, (3)고문으로 나눌 수 있으며, 신원조사에 의한 피해는 다시 공무원임용 제한, 사관학교 입학제한, 취업제한, 선원수첩 미발급, 군대배치 제한, 출국제한으로 나눌 수 있다.

가. 신원조사에 의한 신분상의 피해

1) 공무원임용 제한

납북자 박○○(납북일자 : 1972년 12월 28일, 오대양 61호)의 처 옥○○은, 1977년 아들 박○○이 면사무소 공무원으로 지원하였으나 신원조회 결과 탈락하자, 장목파출소로 찾아가 납북자가족이라는 사실이 공직임용에 영향을 미치지 않도록 적극 요청하였다. 그리하여, 박○○은 면사무소 공무원으로 임용될 수 있었다.

2) 사관학교 입학 제한

정부가 공식적으로 인정하고 있는 납북자 중 대부분이 납북어부로 그 가족들은 가장이 실종된 상황에서 생계를 유지하기 조차 힘든 가정이 많아, 고등교육을 마치고 사관학교에 지원할 수 있을 정도로 생활이 여의치 않았기 때문에 사관학교에 지원한 경우가 거의 없다.

경제적 상황이 허락한다 하더라도, 당시 상황이 납북자가족은 공무원이나 사관학교에 지원을 해봐야 신원조회에 걸려서 탈락한다는 생각이 만연한 사회적 분위기였기 때문에 아예 지원조차 하지 않은 경우가 대부분이다.

더구나 수시로 형사들이 집을 찾아와 감시를 했기 때문에 납북자의 자녀들이 보통 가정의 학생들과 같은 정신적·심리적 안정을 취할 수 없었다고

하겠다. 일부 납북자 자녀의 경우 뭘 해봐야 되지 않을 거라는 친척과 주위 사람들의 반응 때문에 학교에서도 공부도 제대로 하지 않고 포기해 버렸다고 증언한다.

납북자가족모임 대표 최○○은 사촌형인 이○○이 아버지 최○○(납북일자 : 1967년 6월 5일, 풍복호)가 납북된 이후로 1970년 경 육군사관학교에 지원했으나 탈락했다고 증언했다.

3) 선원수첩 발급 제한

정부가 공식적으로 발표한 486명의 납북자 중 435명이 어부였기 때문에, 가족들 중에도 선원이 많다. 가족 중 일원이 납북된 후 생계를 유지해야 하는 상황임에도 지방해양수산청이 발급하는 선원수첩 발급에 제한을 받아 가족의 생계를 연명해 가기가 힘들었다고 한다.

납북어부 유○○(1972년 12월 28일, 오대양62호)의 처 김○○은 아들 유○○이 25세 되는 해에 외국선박을 타기 위해 선원수첩을 신청하였으나 발급되지 않았다고 증언했다.

4) 군대배치 제한

납북자가족 중 군입대를 한 경우, 6주간의 훈련을 받은 후 자대배치를 받는데 전방배치를 희망했던 납북자가족은 신원조회를 통해 전방으로 배치될 수 없었다고 한다. 납북귀환자 김○○의 동생 김○○는 1979년 3월 23일 군입대를 해서 교육을 마친 후 전방배치를 받기 원했으나 신원조회 때문에 배치받지 못했다고 증언했다.

5) 출국제한

1970~80년대 중동의 노동자로 나가는 경우가 많았는데, 납북자가족이 중동의 노동현장으로 출국하려 했을 경우나 혹은 일반적인 해외여행을 하는 경우, 출국수속을 밟는 과정에서 신원조회에 의해 제한을 받아 출국을 할 수 없었다고 한다.

납북자 박○○(1972, 오대양호)의 동생 박○○과 납북자 장○○(1974년 2월 15일, 수원33호)의 동생 장○○이 1976-79년에 몇차례 해외로 나가려고 여권신청을 했으나 번번이 거절되었으며, 이○○(납북일자 : 1970년 4월 29일, 봉산22호, 납북후 귀환자)의 형 이○○이 1977,8년 사우디아라비아로 가는 노동자를 모집하는 곳에 응시하였으나 여권이 발급되지 않았다고 주장했다.

나. 일상생활에서의 감시

과거 정부는 납북자가 간첩으로 돌아오는 것이 아닌가 하는 의심으로 남아있는 가족의 동태를 살피기 위해 수시로 집과 일터를 방문하고, 재산이 늘면 그 경위를 묻는가 하면, 이사를 하더라도 관할경찰서가 바뀌어 가며 감시를 지속하였다고 한다.

납북자 박○○(납북일자 : 1971년 1월 6일, 휘영37호)의 딸 박○○은 아버지가 납치된 이후로 명절 때마다 형사가 찾아와 질문하고 돌아가는 등 감시를 받아왔고, 집을 사거나 결혼을 앞두고도 비용에 대한 경찰의 질문을 받아야 했으며, 1976년까지 경남 남해에 살다가 부산으로 이사를 했는데 해당지역 형사가 재배치되어 감시를 했다고 증언했다.

김○○(1972년 2월 4일, 안영36호)의 처 송○○은, 1972년 당시 젊은 가정주부로 10개월 된 아이를 두고 있었는데 납북사고 이후 어선의 소속회사나 정부로부터 아무런 보상을 받지 못하고, 오히려 남편이 간첩으로 남파되지 않을까라는 혐의를 두면서 경찰이 수시로 찾아와 감시하는 바람에 정상적인 삶을 살 수가 없었다고 한다. 송씨는 경남 남해의 시골마을에서 부산으로 거처를 옮기고, 부산의 학교 구내식당에서 일했는데 그곳까지 경찰이 찾아와 정기적으로 조사를 해갔다고 했다.

다. 고문

1969년 납북된 복순호 선원 임○○의 동생 임○○은 지난 2002년 충남 서천군 서해병원에서 고문에 의한 후유증으로 사망하였다. 형 임○○이 납북된 후 당국의 감시를 받던 임○○은 1972년 신고하지 않고 거주지역을 떠났다는 이유로 ○○경찰서 지하 취조실에 감금되어 12일간 고문을 겪은 후, 후유증으로 그간 병원에서 산소호흡기로 연명하다가 2002년 11월 27일 사망하였다. 이때, 박○○ 전 통일부장관은 100만원의 위로금을 직접 전달하기도 하였다.

3. 관련부처 입장

통일부는 그동안 납북자 송환과 관련하여서는 노력을 기울여왔으며 앞으로도 납북자송환 및 가족상봉과 관련한 노력을 기울일 것이라고 밝혀왔다. 납북자가족과 관련한 통일부의 조치는 (1) 2000년 9월 이후 납북자 남측가

족을 위한 방문위로 지원금으로 추석이나 연말을 계기로 납북자1인 1가족을 기준으로 총 21가족에 50만원 또는 100만원을 일회성으로 지급하거나 혹은 납북자가족에 월 20만원씩 총 380만원을 지급한 바 있다. (2) 앞서 고문후유증으로 사망한 임○○의 경우, 통일부장관 명의로 100만원의 위로금을 지급한 바 있다. (3) 납북자와 남측의 가족간의 상봉을 위해 남북이산가족방문단 교환시 납북자가족 3인을 포함하여 가족상봉을 성사시킨 바 있으며, 앞으로도 이산가족에 납북자가족을 포함하여 상봉을 성사시킬 계획을 가지고 있다고 했다.

국가정보원, 경찰청, 행정자치부, 국방부는 모두 납북자가족 관리를 위한 내부지침이나 신원조회로 인한 공무원임용, 사관학교입학 제한과 관련한 자료는 없다고 답변했다. 다만 1960-70년 당시 연좌제로 인한 납북자가족의 각종 신원상 제약이 있었던 부분에 대해서는 어느 정도 공감을 했다. 그러나 현재로서는 납북자가족 관리를 위한 내부지침 등의 자료가 남아있지 않다고 답했다.

Ⅳ. 결 론

국가인권위원회는 납북자가족에 대한 인권침해 문제의 발생시점이 1960~70년대로 오랜 시간이 경과되어 결정적인 증거자료가 없을 뿐더러, 납북자가족 측에서도 체계적인 사례수집을 하지 않아 증거수집에 많은 어려움을 겪었다.

그러나, 국가인권위원회에서 수집한 납북자가족들의 증언에 의하면, 상기 언급된 바와 같은 각종 신원상의 제약, 감시 그리고 고문 등 과거 정부로부터의 인권침해에 관한 상당한 사례가 발견되었다.

그럼에도 불구하고, 아직까지 개별적 차원의 위로금 지원만이 있었을 뿐 정부차원의 납북자가족에 관한 실태조사가 실시된 바 없었다는 것은 가장 큰 문제점으로 인식되었다.

이에, 아래와 같은 내용의 납북자가족 관련 특별법제정을 권고하는 바이다.

1. 납북자가족 실태파악

그동안 납북자가족들은 가족 중 일원이 납치된 아픔을 겪었으며 과거 정부로부터 보호를 받아야 하는 대상임에도 불구하고 일상생활에서의 감시를 통해 사생활침해를 받아왔고,

납북자가족은 연좌제 때문에 국가시험에의 응시와 사관학교에 지원해봤자 되지 않는다는 생각이 만연한 사회적 풍토로 인해 아예 지원할 생각조차 하지 못하였으며,

선원수첩 발급제한, 출국제한, 군대입대 후 자대배치에서 전방배치 제한 등 개인의 생계 및 신상과 관련된 제 분야에서 제한을 받아온 사례들이 드러나고 있다.

그럼에도 불구하고 지금까지 위에 언급된 바와 같이 납북자가족이 당한 인권침해에 대한 정부차원의 실태파악 노력이 없었기 때문에, 우선 납북자가족 전반에 대해 정부차원의 정확한 인권침해 실태 파악이 필요하다.

2. 납북자가족 인권침해 진상규명

국가인권위원회가 수집한 납북자가족 인권침해와 관련한 증언내용을 분류하면, 감시로 인한 사생활침해, 신원조회에 의한 신분상의 차별과 직업선택의 자유 침해, 고문으로 인한 신체의 자유에 대한 침해 등으로 볼 수 있는데, 이에 대한 정부차원의 명확한 진상규명이 필요하다.

3. 명예회복 및 보상

납북자가족들이 국가의 보호대상이 되어야 함에도 불구하고 오히려 감시와 각종 신분상의 제한을 받아 온 데 대한 정부차원의 명확한 실태파악과 진상규명 및 인권침해가 명확한 부분에 대한 명예회복 및 적절한 보상을 하기 위한 특별법 제정이 바람직하다.

또한, 납북 직후 송환된 납북자 본인 및 미송환 납북자의 가족에 대한 정보기관의 조사과정에서 고문이 이루어진 부분에 대해서는 정부가 명예회복과 함께 충분히 보상하여야 한다.

이에 국회의장과 국무총리에게 납북자가족들이 당한 인권침해의 실태파

악과 진상규명을 통한 명예회복 및 보상 등을 내용으로 하는 특별법 제정을 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항의 규정에 의하여 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2004. 4. 26.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

제 2 장

정치 및 사회생활영역에 관한 결정

1 테러방지법안에 대한 의견(2002.2.22)

테러방지법안은 테러행위에 대한 개념규정과 형벌규정, 절차규정, 그리고 국가기능의 재편에 관한 규정 등 법안의 본질적인 내용이 국제인권법의 기준에 위반하여 인권을 침해하거나 침해할 소지를 내포하고 있으며, 인권침해의 대상자들에게 국제인권규약이 정한 바에 따른 적절한 구제조치가 제공되지 않고 있음. 따라서 테러방지법을 제정할 필요가 있는지, 있다면 그 내용은 어떻게 되어야 하는지에 관한 신중한 조사와 연구, 검토를 거칠 것을 권고한 사례

Ⅰ. 검토의 배경

국가정보원이 발의한 테러방지법안(이하 “법안”)이 2001.11.28. 정부에 의하여 국회에 제출되어 현재 국회 정보위원회에서 의안번호 161251호로 심의를 받고 있습니다.

1. 법안은 “테러를 예방·방지하고 테러사태에 신속하게 대응하기 위하여 테러대책기구의 구성, 테러의 예방, 테러사건의 발생에 따른 구조활동, 테러범죄에 대한 수사 및 처벌 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국가의 안전을 확보하고 국민의 생명과 재산을 보호하는 것을 목적으로”하고 있습니다(법안 제1조).

2. 이 법안이 목적으로 삼고 있는 “국민의 생명과 재산을 보호하는 것”은 말할 것도 없고, 목적달성을 위한 수단으로 삼고 있는 “테러대책기구의 구성, 테러의 예방, 테러사건의 발생에 따른 구조활동, 테러범죄에 대한 수사 및 처벌” 역시 인간의 존엄과 가치 및 자유와 권리에 직접 또는 간접으로 밀접하게 관련되어 있습니다.

3. 국가인권위원회법 제19조 제1호는 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한

사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을 국가인권위원회(이하 “위원회”)의 업무로 규정하고 있는바, 법안은 국가인권위원회법 제19조 제1호에서 말하는 “(제정과정 중에 있는) 인권에 관한 법령안”에 해당한다는 데 의문의 여지가 없습니다.

4. 위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호에 따른 임무를 수행하기 위하여 이 법안을 심의하고 있는 국회에 이 법안에 대한 의견을 표명하기로 하고 이 법안에 대하여 연구・검토하면서 다음과 같은 절차를 거쳤습니다.

가. 2001.11.30. 국회의장 및 국회 정보위원회에 공청회 등 신중한 절차에 따라 이 법안을 심의하도록 권고

나. 2001.12.6. 이 법안을 발의한 국가정보원의 실무책임자로부터 의견 청취

다. 2001.12.7. 청문회를 열어 국가정보원, 국방부, 경찰청, 새천년민주당, 한나라당, 대한변호사협회 및 시민단체와 학계 전문가의 의견을 청취

라. 한국헌법학회 및 국제인권법학회의 의견 조회

5. 위와 같은 연구・검토 및 정부기관, 시민단체, 학술단체 및 전문가의 의견청취와 조회를 거쳐 위원회는 이 법안에 대한 의견을 다음과 같이 표명하니 법안의 심사과정에서 참고하시기 바랍니다.

Ⅱ. 국가정보원의 테러방지법(안) 제안 이유와 내용

6. 정부가 이 법안을 제안한 이유는 다음과 같습니다.

“최근 발생되는 테러는 무차별・극단적으로 자행되는 전쟁수준의 양상을 보이고 있어 기존의 대응체제로는 테러에 효율적・체계적으로 대처하기 어려우므로 테러대책기구의 구성, 테러의 예방, 테러사건의 발생에 따른 구조활동, 테러범죄에 대한 수사 및 처벌 등 테러의 예방・방지와 신속한 대응에 필요한 사항을 정함으로써 테러로부터 국가의 안전을 확보하고 국민의 생명과 재산을 보호하려는 것임”(법안 제안이유).

7. 법안은 먼저 “테러” 및 “테러단체”의 개념을 정의하고 테러관련 범죄를 처벌하는 조항들을 두었으며 테러범죄혐의자에 대한 특별한 조치를 규정하고 있습니다. 또 최근 국제사회의 추세에 맞추어 테러자금에 대한 규제를 정하고 있으며 국가정보원을 중심으로 테러대책기구를 설치한 다음 테러에 대한 진압 등을 위하여 수사권은 물론 군병력과 특수부대에 대한 통제권을 부여하고 있습니다.

Ⅲ. 테러방지법(안)에 대한 평가의 원칙

테러행위에 대한 국가의 책임과 의무

8. 1999.12.17. 유엔총회의 결의(54/164)가 규정한 바와 같이 테러리즘은 인권과 기본적 자유, 그리고 민주주의를 파괴하며 국가의 영토적 통일성과 안전을 위협할 뿐 아니라 정부의 안정을 침해하고 다원적인 시민사회의 기초를 훼손하며 경제·사회적 발전을 저해하는 행위입니다. 나아가 2001.9.11. 미국에서 일어난 테러행위에 대하여 같은 달 28. 유엔 안전보장이사회가 채택한 결의(1373)가 규정한 바와 같이 대량살상을 수반하는 일련의 테러행위는 유엔헌장에 규정한 바, 국제평화와 안전에 대한 위협을 구성하고 있습니다.

9. 국가는 이와 같은 테러행위를 예방하고 테러행위를 진압하며 테러행위로 인한 피해를 신속하게 구제함으로써 모든 사람의 생명과 신체의 안전 및 재산을 보호할 의무가 있으며 그 의무를 효율적·체계적으로 수행하기 위하여 국내에서는 물론 국제적으로 필요한 조치를 취할 책임이 있습니다.

10. 테러행위로부터 모든 사람의 생명과 신체의 안전, 그리고 재산을 보호하기 위하여 필요한 조치를 취할 국가의 책임은 단지 테러행위를 범죄로 규정하고 사법기관 및 군대를 통하여 이를 처벌 또는 진압하는 것에 한정해서는 안됩니다. 마약통제 및 범죄예방을 위한 유엔사무소(UN Office for Drug Control and Crime Prevention)의 테러예방국(The Terrorism Prevention Branch)에 의하면 테러를 예방하고 진압하기 위한 국가의 조치는 다음과 같은 영역에 걸쳐 체계적·종합적으로 이루어질 수 있습니다.

첫째, 테러행위를 유발할 수 있는 정치적 불안요인을 해소하고 분쟁을 평화적으로 해결할 수 있는 제도를 도입하는 등 정치적 조치

둘째, 고용의 확대·차별방지를 위한 제도도입·빈곤퇴치 정책·테러행위에 대한 자금조달수단의 차단 등과 같은 사회경제적 조치

셋째, 인권을 존중하는 가치관의 보급과 교육·불만집단에 대한 표현의 자유보장·테러반대 캠페인과 같은 심리·교육적 조치

넷째, 테러행위를 진압하기 위한 군사적 조치

다섯째, 테러의 예방과 수사, 처벌을 위한 입법 및 사법적 조치

여섯째, 경찰과 행형기관의 테러대책 능력 강화

일곱째, 대테러 정보수집 기술과 방법의 향상 및 정보교환·조기경보체제의 구축 등 정보관련 조치.

11. 앞서 본 유엔 안전보장이사회의 결의 1373(2001)은 테러행위에 대하여 각 국에 다음과 같은 조치를 취할 것을 요구하고 있습니다.

첫째, 테러행위에 대한 자금조달을 예방하고 진압하기 위한 조치.

둘째, 테러집단의 충원 등 테러행위에 개입된 단체나 개인을 지원하는 일체의 행위 금지; 다른 나라와의 정보교환을 통하여 테러행위에 대한 조기경보를 제공하는 조치; 테러행위에 대한 비호금지; 테러행위자 등의 이동 저지.

셋째, 테러행위에 대한 정보교환 등 국제협력, 테러관련 국제조약과 의정서의 비준 및 이행.

12. 테러의 예방과 진압, 수사와 처벌을 위한 국가의 조치는 필연적으로 그 대상이 되는 사람은 물론 일반인들에 대하여 직접 또는 간접으로 국가권력을 행사하게 되며, 그 과정에서 인권을 침해할 가능성을 내포하고 있습니다. 특히 유엔의 테러와 인권에 관한 특별보고관의 보고(E/CN.4/Sub.2/1999/27, 7 June 1999, para. 24)에 의하면 테러는 무고한 민간인을 향한 무차별적인 살상을 동반하는 경우가 많아 일반 대중에게 공포와 두려움을 갖게 하며 국가권력 역시 테러에 대응하는 과정에서 과도한 물리력을 사용하여 인권을 침해하게 되는 경향을 나타내고 있습니다. 때로는 테러를 저지르는 측에서 국가의 과민한 반응과 인권침해를 일으키도록 유도함으로써 테러와 인권침해가 악순환을 일으키면서 상승작용을 하여 대규모 인권침해를 야기하는 경우도 드물지 않습니다.

13. 유엔 인권위원회(Commission on Human Rights)가 국가의 대테러대책은 국제인권법에 엄격하게 일치해야 한다고 거듭 선언한 것처럼(Commission resolution 2000/30; 2001/37) 국가는 테러행위를 예방하고 진압하며 처벌하는 과정을 포함하여 국가권력을 행사하는 과정에서 세계인권선언과 시민적·정치적권리에관한국제규약(이하 "국제규약") 등 국제인권법이 보장한 실체적 및 절차적 인권을 보장해야 할 책임이 있습니다. 국제규약 제2조 제1항은 규약의 당사국에 대하여 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 어떠한 종류의 차별도 없이 국제규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 의무를 부과하고, 제2항은 "현행의 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취하기 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이 규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할" 의무를 부과하고 있으며 제3항은 국제규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보하고(a), 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한 있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시키며(b), 구제조치가 허용되는 경우, 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 의무(c)를 부과하고 있습니다. 따라서 국가는 대 테러대책의 수립에서부터 집행에 이르기까지 모든 과정에서 첫째, 불합리한 차별을 해서는 안되며, 둘째, 입법, 사법, 행정의 모든 조치를 통하여 국제인권법에 정한 실체적 및 절차적 인권을 보장하여야 하며, 셋째, 권리침해에 대하여 사법적 구제조치를 중심으로 한 효과적인 구제조치를 제공할 의무가 있습니다.

14. 다시 말하면 테러행위와 관련된 국가의 책임과 의무는 적극적인 측면과 소극적인 측면에 걸쳐 다양한 내용을 포함하고 있으며 이 두 가지 측면 모두에 걸쳐 국내법은 물론 국제법에 의한 규제를 받고 있습니다. 먼저 적극적인 측면은 테러행위를 예방하고 진압·처벌함으로써 모든 사람의 인권을 보호하는 것을 말하며 소극적인 측면은 적극적인 측면의 입법·사법·행정권의 행사과정에서 국제인권법이 정한 바에 따라 인권을 보장하고, 인권이 침해된 경우 효과적인 구제조치를 제공하는 것입니다. 특히 유엔의 특별보

고관이 지적한 것처럼 국가의 대 테러대책은 인권을 침해하는 방향으로 권력을 남용하는 경향이 있기 때문에 인권침해로부터 구제받을 수 있는 효과적인 구제조치를 제공하는 것이 매우 중요한 문제로 제기됩니다.

15. 이와 같은 위원회의 문제의식은 선진 각국이 이 법안과 유사한 내용의 테러관련법을 제정하는 과정에서 검토하는 원칙 또는 조건과도 일치하고 있습니다. 예컨대, 영국의 테러방지법(Prevention of Terrorism Act)에 관하여 검토한 젤리코 보고서 (Jellicoe Report on the Review of the Operation of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1976)는 테러방지법과 같은 법률이 정당화되기 위해서는 ① 그 법률이 실효적일 것, ② 그 법률의 목적이 일반법률에 의하여 달성될 수 없을 것, ③ 그 법률이 시민적 자유를 부당하게 침해하지 않을 것, ④ 그 법률의 악용가능성을 최소화할 수 있는 실효적인 보장장치를 완비할 것의 조건이 갖추어져야만 한다고 하고 있는바, 위원회가 검토하는 이 법안 역시 이상과 같은 조건을 충족하고 있어야만 입법이 정당화될 수 있을 것입니다.

테러방지법(안)과 관련된 국내법과 제도

16. 이 법안의 제정 필요성을 검토하기 위하여 반드시 고려해야 할 것은 테러 대책과 직접 또는 간접으로 관련된 행정・정보・경찰・형사사법 및 군사에 관한 국내법과 제도의 현황입니다.

17. 관련 법령에 의하면, 치안의 유지 및 범죄에 대한 수사와 기소를 통하여 테러행위를 예방하고 수사・진압 및 처벌하는 일반적 기능을 가진 경찰과 검찰 외에 다음과 같이 다양한 국가기관이 테러대책을 수립・집행할 책임과 권한을 가지고 있습니다.

가. 대검찰청(공안부 공안기획관) : 국제테러범죄조직과 연계된 위해 사범 및 방해책동의 사전차단

나. 법무부(출입국관리국) : 출입국관련 대 테러 및 경호안전대책지원

다. 건설교통부(항공국) : 항공기의 피납방지 대책 및 대테러 예방대책 수립

라. 관세청(조사감시국) : 총기류・폭발물 등 테러관련 물품의 반입방지

마. 해양경찰청(경비구난국) : 해상에서의 테러예방 및 진압

바. 경찰청(경찰특공대) : 테러예방 및 진압대책의 수립・지도

사. 국가정보원 : 테러조직에 관한 국내외의 정보 수집・작성 및 배포

18. 2002년월드컵축구대회지원법 제23조와 동법시행령 제20조는 월드컵대회를 위한 안전조치를 규정하고 있으며 이에 따른 안전대책위원회를 설치・운영하도록 하면서 그 위원장은 국가정보원장이 겸하도록 규정하고 있습니다.

19. 한편 군대도 관련 법령에 의하여 테러의 예방과 진압을 위하여 필요한 기능을 수행할 권한을 가지고 있으며 필요한 조치를 할 수 있도록 조직화되어 있습니다. 먼저 국군 기무사령부는 군사보안 및 군 방첩에 관한 사항, 군사법원법 제44조제2호에 규정된 범죄의 수사에 관한 사항과 군 및 군과 관련이 있는 첩보의 수집・처리에 관한 업무를 수행하는 과정에서 대테러에 관한 업무도 수행할 권한을 가지고 있습니다(국군기무사령부령 제1조).

20. 통합방위법(1997. 1. 13. 법률 제5264호)은 이 법안이 대상으로 하고 있는 테러행위를 포함하는 것으로 해석되는 “통합방위사태”에 대응하기 위하여 군과 경찰, 국가기관과 지방자치단체, 향토예비군, 민방위대, 일정한 범위의 직장 등 국가의 모든 “방위요소”를 통합하여 관리할 수 있도록 체제를 구축하고 권한을 부여하고 있습니다. 즉, 조직적으로는 중앙통합방위협의회, 지역통합방위협의회, 직장통합방위협의회를 설치・운영하는 동시에 통합방위본부, 통합방위지원본부 등을 설치하게 하고(제8저, 제9조), 통합방위사태가 선포될 경우 지상, 해상, 공중에서 통합방위작전을 수행할 수 있게 하며(제13조), 통제구역 설정(제14조), 대피명령(제15조), 국가중요시설의 경비・보안 및 방호(제15조의 2), 보도통제(제16조), 취약지역관리(제17

조), 검문소의 운영(제17조의 2) 등의 조치를 할 수 있도록 정하고 있습니다. 특히 거동수상자를 검문・검색할 수 있는 권한을 부여하였을 뿐 아니라 필요시 동행요구권을 행사할 수 있게 하는 등 광범위한 권한을 부여하고 있습니다(제13조 제4항 및 시행령 제19조).

21. 또한 테러행위를 처벌하기 위한 기존의 형사법 역시 다수가 존재합니다. 각종 테러를 범한 자는 형법, 폭력행위등처벌에관한법률, 군형법, 항공법, 항공기운항안전법, 철도법, 유해화학물질관리법, 원자력법, 전기통신사업법, 군사시설보호법 등 관계법률에 규정된 형에 처하도록 되어 있습니다. 구체적인 규정은 형법 제107조(외국원수에 대한 폭행 등), 제108조(외국사절에 대한 폭행 등), 제136조(공무집행방해), 제172조(폭발성물건과열), 제172조의2(가스・전기 등 방류), 제173조(가스・전기 등 공급방해), 제179조(일반건조물 등에의 일수), 제185조(일반교통방해), 제186조(기차, 선박 등의 교통방해), 제192조(음용수의 사용방해), 제 193조(수도음용수의 사용방해), 제258조제1항(중상해), 제259조제1항(상해치사), 제261조(특수폭행), 제262조(폭행치사상), 제278조(특수체포, 특수감금), 제281조제1항(체포・감금 등의 치사상), 제284조(특수협박), 제289조(국외이송을 위한 약취, 유인, 매매) 및 제367조 (공익건조물파괴) 내지 제369조(특수손괴)의 죄; 군형법 제54조(초병에 대한 폭행, 협박) 내지 제58조(초병에 대한 폭행치사상)의 죄; 항공법 제156조(항공상 위험발생 등의 죄)의 죄; 항공기운항안전법 제11조(항공기운항 저해죄)의 죄; 철도법 제80조(신호기 등에 대한 벌칙); 제81조(직무집행방해에 대한 벌칙) 및 제85조(발포하거나 돌 등을 던진자에 대한 벌칙)의 죄; 유해화학물질관리법 제45조(벌칙)의 죄; 원자력법 제115조(벌칙)의 죄; 전기통신사업법 제69조제2호(벌칙)의 죄; 군사시설보호법 제14조(벌칙) 등에서 이미 규정하고 있는 바와 같습니다.

22. 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률은 테러행위와 관련된 범죄로 인한 수익의 은닉, 가장, 수수 등을 적발, 처벌할 수 있게 하고 있으며, 특정금융거래정보의보고및이용등에관한법률은 역시 테러행위와 관련된 금융거래정보를 추적하여 처벌할 수 있게 하기 위하여 금융정보분석원을 설치하는 등 테러행위자나 단체의 자금을 차단하기 위한 조치를 하고 있습니다.

23. 범죄인인도법은 위에서 본 모든 종류의 테러범죄에 대하여 외국으로부터 범죄인의 인도청구가 있을 경우 법원의 인도심사절차를 거쳐 인도할 수 있게 함으로써 테러행위자의 수사와 처벌을 위한 국제협력체제를 건설하고 있습니다.

24. 이상에서 본 바와 같이 현행법과 제도는 테러행위에 관한 정보의 수집, 분석 배포에서부터 테러행위의 예방과 진압, 수사와 처벌을 위하여 다양한 국가기관에 전문적 기능을 부여하고 있을 뿐 아니라, 중대한 테러사태에 대비하여 군을 포함한 국가기관 및 지방자치단체, 경찰, 향토예비군, 민방위대, 직장 등을 포괄한 통합적인 체제를 구축하고 광범위한 권한을 부여하고 있습니다. 그런가 하면 형사법들은 다양한 종류의 테러행위를 범죄로 규정하여 형사처벌하게 하면서 테러행위로 인한 범죄수익은 물론 테러행위자나 단체의 금융거래 등을 조사하여 그 자금을 봉쇄할 수 있는 제도를 마련하고 있을 뿐 아니라 국제협력을 위한 제도로 마련하고 있습니다.

25. 반면, 테러행위를 예방, 진압 및 처벌하기 위한 국가권력을 행사하는 과정에서 인권을 보호하고 침해된 인권을 구제하기 위한 국내법과 제도는 전반적으로 국제인권법이 정한 수준에 미치지 못하는 것으로 평가됩니다. 그 주요한 내용은 첫째, 경찰력의 행사가 전반적으로 과도하여 국제인권규범에 위반되며, 둘째, 범죄피의자에 대한 구속수사기간이 지나치게 장기간이고, 셋째, 범죄수사과정에서 변호인 접견권의 보장 등 피의자의 인권보호장치가 미흡하며, 넷째, 국가보안법 등 국제인권조약이 보장한 인권을 침해하는 내용들이 포함된 형사법이 다수 있다는 것입니다. 이러한 내용들은 시민적·정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)에 따라 설치된 인권이사회(Human Rights Committee)의 의견(CCPR/C/79/Add.6, 25 September 1992; CCPR/C/79/Add.114, 1 November 1999), 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman Degrading Treatment or Punishment)에 의하여 설치된 고문방지위원회(Committee against Torture) 등의 국제기관이 대한민국 정부가 제출한 국가보고서를 심사한 후 발표한 의견(Initial Reports of States Parties due in 1996 : Republic of Korea. 30/05/96. CAT/C/32/Add.

1)들에서 인정된 바 있습니다. 따라서 한국 정부는 이러한 권고에 따라 국내법과 제도, 관행을 국제인권조약이 정한 수준으로 개선할 책임을 부담하고 있습니다.

테러방지법(안)을 평가하는 위원회의 원칙과 전제

26. 앞에서 본 바와 같이 국가인권위원회법은 위원회로 하여금 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을 할 임무를 부여하면서(제19조 제1호), “인권”의 개념에 관하여 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다”라고 규정하고 있습니다(제2조 제1호). 따라서 위원회는 대한민국 헌법과 법률뿐 아니라 “대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법”을 토대로 하여 이 법안을 평가해야 할 책임이 있습니다.

27. 따라서 위원회는 다음과 같은 문제의식에 근거하여 이 법안을 평가하였습니다.

첫째, 법안 제정이유의 타당성

① 이 법안이 예정하고 있는 테러의 발생가능성이 어느 정도인가 ?

② 테러에 대응하기 위한 기존의 법체제가 테러에 효율적·체계적으로 대처하는 데 어떤 문제점을 가지고 있는가 ?

③ 이 법안은 테러행위를 예방, 진압 및 처벌함으로써 모든 사람의 생명과 신체의 안전 및 재산을 보호하는 국가의 의무를 효과적으로 달성할 수 있는가 ?

둘째, 법집행과정의 인권보장

④ 테러대책의 수립과 집행과정에서 인권을 보장하고 인권침해를 일으키지 않도록 충분한 예방조치가 마련되어 있는가 ?

⑤ 인권침해에 대하여 충분한 구제조치를 제공하고 있는가 ?

Ⅳ. 테러방지법(안)의 문제점

테러와 테러단체의 개념규정

28. 이 법안은 “테러”의 개념을 정의하고 있는바, 이 법안에 의한 테러가 되기 위해서는 첫째, 아래 각 호에 해당하는 행위로서, 둘째, 정치적·종교적·이념적 또는 민족적 목적을 가진 개인이나 집단이, 셋째, 그 목적을 추구하거나 그 주의 또는 주장을 널리 알리기 위하여, 넷째, 계획적으로 행하는 행위로서, 다섯째, 국가안보 또는 외교관계에 영향을 미치거나 중대한 사회적 불안을 야기하여야 합니다(제2조 제1호).

가. 대통령령이 정하는 국가요인·각계 주요인사·외국요인과 주한 외교사절에 대한 폭행·상해·약취·체포·감금·살인

나. 국가중요시설, 대한민국의 재외공관, 주한 외국정부시설 및 다중이용시설의 방화·폭파

다. 항공기·선박·차량 등 교통수단의 납치·폭파

라. 폭발물·총기류 그 밖의 무기에 의한 무차별한 인명살상 또는 이를 이용한 위협

마. 대량으로 사람과 동물을 살상하기 위한 유해성 생화학물질 또는 방사능물질의 누출·살포 또는 이를 이용한 위협

29. 이 법안은 또 “테러단체”에 관하여 “설립목적의 여하를 불문하고 그 구성원이 지속적으로 테러를 행하는 국내외의 결사 또는 집단을 말한다”고 규정한 다음(제2조 제2호) 테러단체의 수괴는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하는 등 테러단체의 구성·가입 및 가입지원과 가입권유 등의 행위를 처벌하고 있습니다(제19조).

30. 이 법안의 가장 큰 특징은 국제사회의 오랜 연구와 논쟁에도 불구하고 여전히 합의된 개념규정에 실패하고 있는 테러행위에 대하여 포괄적인 정의를 내리고 있다는 점입니다. 그러나 이 법안은 사회정책적인 법안이 아니라 테러행위 및 테러단체에 적용되는 형벌법규의 성격을 가지고 있으므로 죄형법정주의의 원칙에 따라 그 구성요건을 엄격하게 한정하여야 할 것임에도 불구하고 그 내용이 불확정적일 뿐 아니라 본질적으로 불법적인 요소를 가지고 있지 않은 정치, 사회학적 요소를 도입함으로써 오히려 그 내용을 더욱 불명확하게 만들고 있습니다.

31. 이 법안의 테러에 대한 정의 가운데 제2조 제1호 각 목의 객관적 행위유형 및 결과를 제외한 요소들, 특히 “정치적·종교적·이념적 또는 민족적 목적”과 “그 목적을 추구하거나 그 주의 또는 주장을 널리 알리기 위하여”라는 요소는 범죄의 지표로 삼을 만한 아무런 내용도 포함하지 않고 있기 때문에 테러행위를 한정할 수 있는 구성요건이라고 보기 어렵습니다. 또한 행위의 결과로 제시된 “국가안보 또는 외교관계에 영향을 미치거나 중대한 사회적 불안을 야기”한다는 것 역시 불확정하고 모호하여 정상적인 사람이 이해하기 힘든 점에서는 변함이 없습니다. 이 조항에서 “국가안보”, “외교관계”, “영향”, “중대한”, “사회적 불안” 등의 모든 용어가 죄형법정주의의 요구에 따라 명확하게 개념규정을 할 수 없는 것들입니다.

32. 이처럼 이 법안은 목적과 동기, 행위의 실행과정, 그리고 행위유형과 결과의 측면에서 테러의 개념을 규정하고 있으나 이 개념규정들은 여전히 모호하여 집행기관에 의한 자의적인 해석 및 적용의 위험을 피하기 어렵게 되어 있습니다. 따라서 이 조항은 헌법과 국제인권법에 위반한다는 의심이 제기되는 조항이라고 하겠습니다.

33. 테러단체에 관한 규정은 더욱 막연하고 포괄적이어서 죄형법정주의의 원칙에 정면으로 위반된다고 평가하지 않을 수 없습니다. 법안은 테러단체에 관하여 “설립목적의 여하를 불문하고 그 구성원이 지속적으로 테러를 행하는 국내외의 결사 또는 집단을 말한다”고 하고 있는데, 먼저 “설립목적을 불문”한다는 요건은 테러단체의 범위를 한정하는 것이 아니라 그 반대로 모든 종류의 단체에 다 적용될 수 있도록 무한정 확장할 수 있는 것이기

때문에 그 자체 죄형법정주의에 위배된다고 하지 않을 수 없습니다. 그 다음에 제시된 구성요건 역시 애매하고 막연하여 자의적인 확장해석이 불가피합니다. “구성원”이란 어떤 지위와 직책, 역할을 하는 사람을 말하는지, 그는 언제 그 구성원이 되었을 것을 요구하는지, 그가 저지르는 테러행위는 그 단체의 조직적 의사결정의 산물일 것을 요구하는지, 조직적 의사결정이 없이 개인적인 결단에 의하여 저질러져도 무방한지 불분명합니다. “지속적”이라고 하는 것은 여러 번에 걸친 테러행위가 어떤 방식으로 이루어질 것을 요구하는지 분명하지 아니합니다. “결사” 또는 “집단”이라는 것 역시 어느 정도 숫자의 사람들이 어느 정도의 결속력을 가진 것을 요구하는지 이해하기 어렵습니다. 테러단체의 개념을 이처럼 포괄적으로 규정한 다음 테러단체를 구성하거나 구성원으로 가입한 경우 사형에서부터 2년 이상의 유기징역에 처한다는 것은 죄형법정주의에 위반한 자의적이고 과도한 형벌권의 행사라고 평가하지 않을 수 없습니다.

34. 이 법안의 개념규정을 그대로 적용할 경우 예컨대, 친목을 도모하기 위한 사적 결사체에 구성원으로 가입한 특정 개인이 그 결사체의 의사와 무관한 개인적인 판단에 따라 이 법안에서 정한 “테러행위”를 “지속적으로” 행할 경우 그 단체는 “테러단체”로 규정되고 그 단체의 대표와 간부들은 법안 제19조 제1항 각호에 따라 가혹한 형사처벌을 받을 수도 있다는 결과가 됩니다.

35. 한편 법안 제5조 제1항 각 호에 의하여 “테러단체”의 활동은 대테러센터에 의한 정보의 수집・작성 및 배포의 대상이 될 것이 명백합니다. 그런데 법 제19조에 의하여 기소되어 법원의 판단을 받지 않는 경우 어떤 단체가 테러단체인지 아닌지를 판단하고 결정할 권한이 누구에게 있는지, 그리고 그렇게 판단하는 절차는 무엇인지에 관하여 아무런 규정도 두지 않고 있습니다. 결국 이 법에 따라 대테러활동을 수행하는 대테러센터의 공무원들의 자의적인 판단에 따라 정보의 수집・작성 및 배포의 대상이 됨으로써 그 구성원들의 인권이 침해될 가능성을 안고 있습니다. 그런 반면, 테러단체로 지목되어 대테러센터의 활동대상이 된 대상자들의 경우 그에 대한 불복절차가 전혀 마련되어 있지 않아 인권침해에 대한 구제조치를 제공하여야 한다는 국제인권법에 위반하고 있습니다.

인권침해의 가능성이 높은 실체법적 조항들

36. 법안 제17조가 규정한 테러행위들은 기존 법률, 즉 형법, 폭력행위등처벌에관한법률, 군형법, 항공기운항안전법, 철도법, 유해화학물질관리법, 원자력법, 군사시설보호법 등의 규정에 의해 이미 범죄로 규정되어 형사처벌하는 행위들로서 이 법안은 그 형을 가중하고 있습니다. 그러나 기존의 법률에 의하여 이미 형사처벌하는 일련의 행위에 대하여 형을 가중하는 이유가 무엇인지를 이해하기 어렵습니다. 이 법안이 정당성을 가지려면 기존 형벌법규의 법정형이 범죄의 질에 비하여 너무 낮을 뿐 아니라, 그로 인하여 문제된 범죄행위를 예방 또는 처벌하는 데 효과를 거두지 못하고 있다는 점을 먼저 설명할 수 있어야 할 것입니다. 그러나 정당한 이유없이 범죄구성요건에 대하여 특별법으로 법정형을 가중하는 것은 올바른 형사사법정책이라고 하기 어려우며 양형의 과정에서 비례의 원칙을 침해할 가능성을 높이고 있습니다.

37. 법안 제21조는 테러를 미연에 방지할 수 있음에도 불구하고 방치하여 테러를 발생하게 한 경우 테러범죄미신고죄로 형사처벌하고 있으나, 이 조항의 구성요건의 하나인 “실행저지가능성”에 대한 판단기준이 불명확하여 자의적인 법집행의 소지가 있습니다. 이 조항은 헌법 제19조 및 국제인권규약 제18조가 보장하는 양심의 자유를 구속하는 조항으로서 국내외적으로 많은 비판을 받았을 뿐 아니라 그 개폐논의가 진행되고 있는 국가보안법상의 “불고지죄”와 유사한 조항으로서 인권침해의 소지가 많은 조항이라고 하겠습니다.

38. 제22조의 허위신고 처벌 조항은 허위사실의 범위에 대한 기준이 애매하고 그 인지여부가 구성요건에 해당하는지도 불명확하여 죄형법정주의에 위배된다는 의심이 제기됩니다. 특히 이 조항은 제21조에 규정된 테러범죄의 미신고죄에 대한 처벌 규정과 논리적으로 충돌하는 측면을 가지고 있습니다. 다시 말하면 “허위사실”의 개념이 애매모호하여 신고를 하면 허위신고에 해당하고 신고를 하지 않으면 미신고죄에 해당하는 경우가 생길 가능성도 부정할 수 없습니다.

인권침해의 가능성이 높은 절차법적 조항들

39. 대테러센터의 공무원과 대테러활동을 담당하는 경찰관은 테러와 관련되었다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에 대하여 “그 소재지·국내체류동향 등”을 확인할 수 있으며, 확인결과 테러를 할 우려가 있다고 판단되는 외국인에 대하여는 대테러센터의 장 또는 경찰청장이 법무부장관에게 출국조치를 하도록 요청할 수 있습니다(제11조). 그러나 이 조항 역시 국내에 체류중인 외국인에 대하여 주관적으로 “테러와 관련되었다고 의심할 만한 상당한 이유”가 있다는 이유만으로 실질적인 감시·사찰을 할 수 있게 함으로써 구제의 가능성을 배제한 가운데 인권침해 가능성이 매우 높다고 하겠습니다.

40. 법안 제11조 후반부에 규정한 외국인의 출국조치 요청제도 역시 문제점을 가지고 있습니다. 먼저 이 조항은 미국(USA Patriot Act)이나 영국의 유사한 법(Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001)들과 달리 외국인을 출국시키는 절차 및 그 대상이 되는 외국인의 인권을 보호하기 위한 구제절차를 전혀 마련하지 않고 있어 자의적인 권력행사와 인권침해가 일어날 가능성을 내포하고 있습니다. 이 조항에 의하면 첫째, 출국조치의 요청 이전에 그 외국인을 구금(출입국관리법상의 표현으로는 “보호”)할 수 있는지, 둘째, 구금할 수 있다면 어떠한 절차를 밟아야 하며 구금여부를 누가 결정하는지, 셋째, 구금조치에 불복하는 경우 구제절차는 무엇인지, 넷째, 법무부장관이 출국(출입국관리법상으로는 “강제퇴거”)조치 결정을 하는 경우 어떠한 절차를 밟아야 하는지(예를 들어 출입국관리법상의 강제퇴거에 적용되는 절차를 준용하는지), 다섯째, 법무부 장관이 관련 외국인의 강제퇴거를 결정할 경우 사법심사 등의 구제절차를 이용할 수 있는지 등의 사항에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있는바, 이는 결국 인권침해로 이어질 가능성이 매우 높다고 하지 않을 수 없습니다.

41. 법안 제25조는 “외국으로부터 테러범죄로 신병인도를 요구받은 자에 대하여는 내외국인을 막론하고 국내 수사기관에 인계하거나 신병인도국에 인도하여야 한다”고 규정하고 있습니다. 이는 항공기 납치 범죄 등에 관련된 국제조약에 널리 채용되고 있는 “인도 아니면 소추”(aut dedere aut

judicare)의 원칙을 테러범죄에 대하여 적용한 것으로 그 필요성은 인정할 수 있을 것으로 보입니다. 그러나 외국으로부터 범죄인 인도 요청이 있는 경우 범죄인인도법 제3장(인도심사절차), 제4장(범죄인의 인도구속) 및 제5장(범죄인의 인도)에 규정되어 있는 각종 절차가 테러범죄 혐의자에게도 적용되는지가 법문상 명확하지 않은데 만일 범죄인인도법의 조항을 적용하지 않는 취지라면 외국으로부터 인도를 요청받은 자의 인권을 심각하게 침해할 가능성을 내포하고 있습니다. 따라서 이 조항의 경우에는 "이 경우 인도절차에 관하여는 범죄인인도법에 의한다"라는 단서를 반드시 붙여야만 이 조항의 존재근거가 인정될 수 있을 것입니다.

국가조직체계의 재편성

42. 법안은 효과적인 대테러정책의 수립과 집행 등을 위하여 국가조직체계와 기능을 재편성하고 있습니다. 그 주요한 내용은 첫째, 대통령 소속하에 국가대테러대책회의를 두고 이를 정점으로 하여 국가기관은 물론 지방자치단체에 이르기까지 모든 기관을 일련의 조직체계로 편성하고 둘째, 테러의 진압 등을 위하여 특수부대와 군병력 등이 계엄을 통하지 않는 방법으로 치안유지활동에 동원될 수 있는 길을 열어 놓았으며, 셋째, 이 모든 국가체계 재편성에서 국가정보원이 핵심적인 기능을 맡게 됨으로써 국가정보원법에서 규정한 기능과 권한을 크게 확대하고 있습니다.

43. 법안에 의하면 대테러대책에 관한 중요사항을 심의·의결하기 위하여 국무총리를 위원장으로 하는 국가대테러대책회의("대책회의")를 대통령소속하에 설치하고, 국가대테러대책회의에 상임위원회를 두어 대책회의로부터 위임받은 사항을 심의·의결하게 하며(제4조), 국가정보원에 관계기관의 공무원으로 구성되는 대테러센터를 설치하여 국가의 대테러활동을 기획·조정하게 하고(제5조), 특별시·광역시·도와 공항 및 항만에는 대테러대책협의회를 구성하도록 하고, 테러가 발생하거나 발생이 예상되는 경우에는 관계기관에 분야별 테러사건대책본부를 설치(제6조 및 제8조)하고 있습니다.

44. 이러한 조직체계에 의하면 국가기관과 광역 지방자치단체, 그리고 공항과 항만 뿐 아니라 주요 관계 기관별로 테러관련 협의회나 대책본부가 설

치되어 국가의 주요 기관들이 대테러대책의 이름으로 하나의 조직체계속에 강력하게 통합되는 양상을 나타내게 됩니다. 우선 이러한 국가체계 재편성은 국가기관간의 견제와 균형의 원리를 무너뜨리고 국가권력을 통합하게 하여 국가권력을 남용하고 인권을 침해하는 방향으로 작용할 가능성이 높아지게 된다는 점을 지적할 수 있습니다.

45. 다음으로 이렇게 강력하게 재편성된 국가권력체계가 국민의 감시로부터 은폐된 비밀조직의 성격을 가지고 운영되게 되어 있다는 점입니다. 우선 대테러대책의 핵심적인 역할을 하는 대테러센터는 그 자체 조직과 정원이 공개되지 않는 국가정보원에 둘 뿐 아니라(국가정보원법 제6조) 대테러센터의 조직 및 정원을 공개하지 않을 수 있게 하고(법안 제5조 제6항), 테러진압을 위한 특수부대의 운영·훈련 등에 관한 사항을 공개하지 아니하므로(제7조 제2항) 결국 재편성된 국가행정체계의 가장 핵심적인 부분이 국민의 감시로부터 은폐된 가운데 운영되게 되어 공개행정의 원칙에 위반될 위험이 있습니다.

46. 국방부장관은 테러진압을 위하여 특수부대를 지정하거나 설치할 수 있으며(제7조 제1항), 테러사건이 발생한 경우 대테러센터의 장은 이 특수부대의 장의 출동을 소속기관의 장에게 요청할 수 있습니다(제14조). 또 경찰만으로 국가중요시설 등을 테러로부터 보호하기 어려운 경우에는 당해 시설의 보호 및 경비에 필요한 최소한의 범위안에서 군병력을 지원하여 불심검문·보호조치 및 위험발생 방지조치 등을 할 수 있도록 하되, 군병력을 지원할 때에는 미리 국회에 통보하도록 하고, 군병력을 지원한 후 국회의 요청이 있는 때에는 군병력을 철수하도록 하였습니다(제15조).

47. 우선 이 조항들은 헌법에 위반될 가능성이 높습니다. 헌법은 군과 경찰의 기능을 분리한 다음 "전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여" 대통령이 계엄을 선포할 수 있게 하고 계엄을 선포한 때에는 지체없이 국회에 통고하되 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 계엄을 해제하도록 정하고 있습니다(헌법 제77조). 그런데 위에서 본 법안의 조항들은 헌법이 정

한 계엄에 의하지 않고 군병력을 민간에 대한 치안유지의 목적으로 동원할 수 있게 하고 있습니다. 특히 법안 제14조는 국회에 대한 통보조차도 없이 대테러센터의 장, 즉 국가정보원장의 판단에 따라 특수부대가 출동할 수 있게 하고 있습니다. 그리고 이렇게 출동한 특수부대 또는 군병력들은 검문검색 등 민간인에 대한 통제를 할 수 있게 되어 있어 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없습니다.

48. 다음으로 이러한 국가체계 재편성의 과정에서 국가정보원이 핵심적인 기능을 차지하여 정보기관인 국가정보원이 수사는 물론 일반 국가기관 및 지방자치단체의 행정에까지 개입할 수 있는 수단을 제공하고 있으며 나아가 군 특수부대와 군 병력에 대한 통제권까지 장악하는 결과를 초래하고 있습니다. 대테러대책기구의 정점에 있는 국가대테러대책회의는 상임위원회를 중심으로 운영되게 되는데, 상임위원회 위원장은 대책회의의 의장이 지명하는 자가 된다고 하고 있으나(제4조 제5항) 전반적인 법안의 체계에 비추어 볼 때 상임위원회 위원장은 국가정보원장으로 예정되어 있다고 보아야 할 것입니다. 또 테러징후의 탐지 및 경보, 테러관련 국내외 정보의 수집·작성 및 배포, 대테러활동의 기획·지도 및 조정 등의 기능을 수행하면서 대테러대책의 핵심적인 기능을 담당하는 대테러센터도 국가정보원에 두게 되므로 국가정보원은 국가정보원법에 정한 정보 및 보안업무와 제한된 범위의 수사권을 넘어 국가기능 전반에 대한 "기획·지도 및 조정" 기능을 수행하게 됩니다. 또 군 특수부대의 출동을 요청하고(제14조) 대책회의와 상임위원회를 통하여 군병력의 지원을 대통령에게 건의하는 권한을 가지므로(제15조 제1항) 실질적으로 군에 대한 지휘권까지 갖게 되어 정보기관의 한계를 넘어 국가의 물리적 집행력을 장악하는 데에 이르게 됩니다. 또 대테러센터의 공무원은 사법경찰관리의 직무를 수행하게 되므로(제16조) 국가정보원은 이 법안이 규정한 광범위한 테러행위에 대하여 수사권을 가지게 됩니다.

49. 그러나 이 법안 및 이 법안을 뒷받침하는 자료를 통해서는 이러한 국가기능 재편성을 정당화할 수 있는 이유를 발견하기 어렵습니다.

첫째, 기존의 국가기능의 분담체계에 어떤 문제가 있는지 알 수가 없고,

둘째, 국가정보원이 테러에 관한 정보의 수집·작성 및 배포(국가정보원

법 제3조 제1항 제1호)를 넘어 직접 다른 국가기관들의 기능에 대하여 기획·지도 및 조정을 해야만 대테러대책을 올바르게 수립하고 집행할 수 있는 특별한 이유를 찾기 어려우며,

셋째, 국가정보원이 국가기관 및 지방자치단체의 행정에 개입하지 않고 효율적으로 테러방지대책에만 국한하여 업무를 수행할 수 있다고 판단할 근거가 없습니다.

넷째, 국가정보원을 정점으로 재편된 국가전반의 체계가 기존의 국가기능을 혼란에 빠뜨리고 막대한 낭비를 초래할 가능성이 있을 뿐 아니라 통합방위법에 의한 조직체계와는 어떤 관계가 있는지도 합리적으로 추론하기 어렵습니다.

다섯째, 국가정보원이 군 특수부대 혹은 군병력 출동을 요청하거나 건의하는 등 군에 대한 지휘권을 행사하거나 혹은 광범위한 수사권을 가져야만 테러의 진압과 테러에 대한 수사가 제대로 될 수 있다는 점을 입증할 근거가 없습니다.

여섯째, 더구나 공개행정의 원리에서 벗어나 그 조직과 정원 및 활동을 비밀로 하여 운영되는 정보기관이 공개의 원칙에 따라 운영되어야 하는 수사기능과 일반 행정에 대한 감독 및 집행기능에 개입하거나 직접 수행하는 것은 그 자체 국가권력의 구성원리에 어긋날 뿐 아니라 그 상대방이 되는 국민의 인권을 심각하게 침해할 가능성을 내포하고 있습니다.

Ⅴ. 결 론

50. 이상에서 본 바와 같이 테러방지법안은 이 법안의 본질적인 내용들, 즉 테러행위에 대한 개념규정과 형벌규정, 절차규정, 그리고 국가기능의 재편에 관한 규정들이 국제인권법의 기준에 위반하여 인권을 침해하거나 침해할 소지를 내포하고 있습니다. 그런 반면 인권침해의 대상자들에게 국제인권규약이 정한 바에 따른 적절한 구제조치가 제공되지 않고 있습니다.

51. 이 법안은 스스로 내세우고 있는 입법의 전제조건들을 충족시키지 못하고 있습니다. 이 법안은 “기존의 대응체계로는 테러에 효율적·체계적으로 대처하기 어렵”다고 주장하고 있으나, 기존의 대테러 대응체계는 테러행위를 처벌하는 실체법적 규정은 물론 테러조직의 자금을 차단하고 테러행위

자를 인도하는 등의 절차적 규정과 각 분야에 걸쳐 일어날 수 있는 다양한 테러에 대응하기 위한 국가기관 사이의 기능분배와 협력을 담보하는 데 특별히 부족함이 있다고 볼 만한 사정이 없습니다.

52. 한편 국가정보원이 “전쟁수준의 양상”을 보이고 있다고 평가하는 테러행위가 한국에서 자행될 위험이 있는지, 있다면 어느 정도인지 알 수 없습니다. 특히 테러에 대하여 기존의 법과 제도에 의한 관계 국가기관들의 대처능력은 어떠하며 어떤 취약점을 가지고 있는지에 관하여도 아무런 자료를 찾을 길이 없어 설령 테러가 발생하였다 하더라도 국가정보원이 군대를 지휘하거나 테러방지법과 같은 특별형법을 만들지 않으면 대처할 수 없다는 주장은 논리적 근거가 부족하다고 할 것입니다.

53. 더구나 이 법안이 제정된다고 하더라도 실제로 테러행위를 예방하거나 진압하는 데 어떤 효과가 있을지 예측하기 어렵습니다. 오히려 조직의 중복과 인력 및 예산 낭비의 가능성이 크다고 할 것입니다.

54. 위원회가 문제점을 지적한 조항들을 빼면 이 법안은 제정될 필요성을 상실할 것으로 보입니다. 따라서 위원회로서는 이 법안의 제정에 반대하는 의견을 국회에 표명하고자 합니다. 위원회의 의견에 따르면 첫째, 이 법안은 그 제정을 위한 전제조건이 성립하지 않으며, 둘째, 이 법안의 목표를 효율적으로 달성할 수 있을 것으로 예상하기 어렵고, 셋째, 기존의 법과 제도, 국가기관의 체계가 대테러대책을 수립하고 집행하는 데 별다른 문제점을 가지고 있지 않고, 넷째, 이 법안의 각 조항들이 국제인권법과 헌법이 보장한 인권을 침해할 가능성이 매우 높기 때문에 그러한 문제점을 전면 제거하지 않는 이상 이 법안을 제정해서는 안 된다고 할 것입니다.

55. 그 대안으로 위원회는 테러행위의 양상이 변화하면서 그에 의한 살상의 규모와 성격이 대규모로 잔혹하게 진행되고 있는 점 등을 고려하여 새로운 테러방지법을 제정할 필요가 있는지, 있다면 그 내용은 어떻게 되어야 하는지에 관한 신중한 조사와 연구, 검토를 거칠 것을 제안합니다. 그 조사와 연구는 다음과 같은 내용에 관하여 이루어질 수 있을 것이며 그 과정에서 관계 국가기관은 물론 시민단체와 학술 및 전문가 단체, 학자들의 의견을

충분히 들어 인권침해의 소지가 없도록 해 주시기 바랍니다.

첫째, 국제 테러리즘의 양상과 원인, 주체

둘째, 한국에서 혹은 한국과 관련하여 야기될 위험이 있는 테러의 양상과 원인, 주체

셋째, 한국에서 테러의 위험을 제거하거나 축소시키고, 테러를 진압하고 수사처벌하며, 테러의 피해를 신속하게 구제하기 위한 법과 제도의 현황과 문제점

넷째, 대테러대책에 관련된 국가기관의 기능과 권한 및 체계, 그리고 그 문제점과 대안

다섯째, 대테러대책에 적용되는 국제인권법의 원칙과 내용들

2002. 2. 22.

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

2 월드컵대회 관련 정부정책 중 인권관련 사항에 대한 의견 (2002.5.27.)

월드컵대회에 즈음하여 추진되고 있는 정부정책 중 공권력 확립방안 및 대회관련시설 특별치안구역 설정 운용, 노사평화선언 추진, 불법체류방지 종합대책은 국제인권법 등의 기준에서 벗어나 인권을 침해하거나 침해할 소지를 내포하고 있다는 의견을 표명한 사례

Ⅰ. 검토배경

1. 정부에서는 월드컵 개최(2002. 5.31 ~ 6.30)에 즈음하여 치안관계장관회의, 사회관계장관회의, 12개부·청 및 10개 월드컵 개최도시 관계관 회의를 잇따라 개최하여 “최근의 시위양상에 대한 대책”, “월드컵 대비 노사안정 추진대책”, “월드컵·아시안게임 대비 정부 특별안전대책” 등을 논의, 범정부 차원에서 추진하고 있으며 각 부처별로는 소관 분야에 대하여 각종 정책을 추진하고 있습니다.

2. 경찰청에서는 집회시위 현장을 엄격하게 관리하기 위하여 사전에 치밀한 검문·수색 실시, 강성시위 예상시 처음부터 진압복 투입 등 “공권력 확립방안”을 마련하여 추진하고 있으며, 대회관련시설 주변을 특별치안구역으로 설정 운용하는 “월드컵 및 아시안게임 대비 안전관련 특별대책”을 추진하고 있습니다.

3. 노동부에서는 월드컵 기간동안 노사분규 제로(Zero), 부당노동행위 제로(Zero)의 산업현장을 유지할 수 있도록 기업, 업종, 지역 단위에서 “노사평화선언”을 채택하도록 적극 지도하고 노사분규가 발생하지 않도록 행정력을 총동원할 것을 지시한 바 있습니다.

4. 그리고 법무부에서는 월드컵 대회와 아시안 게임을 앞두고 불법취업 외국인의 급증으로 예상되는 외국인 범죄 증가 등 심각한 사회적 부작용

을 방지하기 위하여 “불법체류방지 종합대책”을 마련하여 추진하고 있습니다.

5. 월드컵에 즈음하여 정부가 추진하고 있는 “공권력 확립방안”, 월드컵 및 아시안 게임 대비 특별안전대책중 “대회관련시설 특별치안 구역설정운용”, “노사평화선언”, “불법체류자종합대책”은 인간의 존엄과 가치 및 자유와 권리에 밀접하게 관련되어 있습니다.

6. 이에 국가인권위원회는 위원회법 제19조 제1호에 규정된 임무를 수행하기 위하여 위 정책들에 대한 연구・검토를 거쳐 정부에 대하여 다음과 같이 위원회의 의견을 표명합니다.

Ⅱ. 월드컵대회 관련 정부정책중 인권관련 주요 내용

7. 경찰청, 노동부, 법무부에서 추진하고 있는 월드컵대회 관련 정책중 인권과 관련된 주요 내용은 다음과 같습니다.

8. 경찰청의 공권력 확립방안 및 대회관련시설 특별치안구역 설정 운용

가. 집회시위의 단계별 엄정 대응

① 신고단계부터 준법집회 여건 조성

② 불법시위요인 사전 제거(주변 차량・사람에 대한 치밀한 검문・수색 등)

③ 불법・폭력시위 예상시 처음부터 진압복 투입

④ 합법집회도 악성시위로 변질시 즉각 진압부대 투입

나. 공권력을 무시하는 불법행위는 폭력시위 대비차원 엄정 대처

불법행위 계속시 주동자 현장검거・의법 조치(의도적 자극 또는 몸싸움기도 시 등)

다. 대회관련시설 특별치안구역 설정 운용

① 경기장 반경 1km, 수소 및 FIFA총회장 반경 600m를 특별치안구역

으로 설정하여 집중적인 방법 활동 추진

② '02. 2. 1부터 대회 종료시까지 특별치안활동기간 설정, 가스 충전소 등 취약대상 사전 파악 및 특별관리, 불법집회정보 수집 등 외사·보안·정보활동 강화 등

9. 노동부의 노사평화선언 추진.

가. 월드컵 성공개최 기원 지역별 노사대표 노사평화 공동선언(4.25)

현대건설 등 전국 34개사 노사대표 100여명이 참여, 월드컵을 기업과 근로자의 발전, 그리고 일등국가로의 도약을 위한 기회로 활용하기 위해 노사는 월드컵 기간 동안 노사평화와 그 확산을 위해 최선을 다한다고 선언

나. 사회장관회의 개최, 월드컵 대비 노사안정 추진대책 논의(4.30)

월드컵 기간중 파업자제 적극 권장, 지역·연맹 및 개별 사업장 차원의 자율적인 "노사평화선언" 추진, 갈등사업장에 대한 노무진단서비스 등 현장중심의 신노사문화 정착 등

다. 노동부 전국기관장회의 개최(5. 6)

① 월드컵 기간중 노사분규 제로(Zero), 부당노동행위 제로(Zero)의 산업현장을 만드는데 행정력 총동원

② 월드컵 기간동안 임단협 교섭이 예상되는 사업장을 대상으로 "월드컵 노사평화선언" 채택 적극 지도

임단협 체결시 월드컵 노사평화선언 채택, 임단협 미타결시 교섭시기를 월드컵 이후로 연기하거나 분규 자제

③ 부당노동행위는 신속 공정한 조사 후 엄정조치, 불법파업도 법과 원칙에 따라 대응

④ 월드컵 대비 노동상황실 설치, 폐막일까지 비상체제 유지 등

10. 법무부의 불법체류방지 종합대책

① 불법체류 외국인 자진신고기간('02. 3.25~5.25) 설정

신고자(불법체류자 및 고용주) 처벌면제 및 최장 1년간 출국준비기간 부여

② 관계기관 합동 단속반 구성, 지속적인 단속 실시

③ 엄정한 처벌을 통해 불법입국이나 불법취업을 막기 위하여 금년중 출입국관리법 개정

④ 위장입국 저지를 위해 초청자 등에 대한 사증발급 심사 강화

⑤ 불법체류 외국인 인권보호를 위해 인권침해신고센터 설치·운영 및 외국인근로자인권대책위원회 활동 강화 등

Ⅲ. 월드컵대회 관련 정부정책에 대한 평가 원칙

유엔이 요구하는 법집행공무원의 행동준칙

11. 1979년 유엔총회(General Assembly)가 채택한 "법집행공무원의행위규정(Code of Conduct for Law Enforcement Officials, 이하 행위규정)"은 경찰관을 포함한 법집행공무원이 따라야 할 기본적 행동준칙을 다음과 같이 간명하게 제시하고 있습니다.

첫째, 행위규정 제2조에는 "법집행공무원은 자신의 의무를 수행함에 있어서 인간의 존엄을 존중·보호하고 모든 인간의 인권을 보존·후원해야한다"고 규정되어 있는 바, 여기서 말하는 인권의 수준은 특정 국가 내에서 보장되는 "국민의 자유와 권리"의 수준을 넘어서 각종 국제적 인권선언, 예를 들어 "세계인권선언", "시민적·정치적권리에관한국제규약" 등에서 보장되는 인권의 수준이라는 것입니다.

둘째, 행위규정 제3조에는 법집행공무원의 강제력(force)은 엄격하게(strictly) 필요한 경우에 예외적으로만 사용되어야 하며, 그리고 자신의 의무수행을 위하여 요청되는 범위 내에서만 허용된다라고 규정하여 '필요성'의 원칙과 '비례성'의 원칙(principle of proportionality)을 명시하고 있으며, 제3조 주석에서 비례성'에 관한 개별 국가의 법규나 원칙이 존중되어야 함을 인정하면서도, "어떠한 경우에도 행위규정 제3조가 정당한 목적을 달성하는데 비례하지 않는 강제력의 사용을 허가하는 쪽으로 해석되어서는 안된다"라고 못박고 있어 국제적 원칙인 '행위규정'의 취지를 왜곡하는 개별 국가의 비례성 관련 법규는 용납되지 않는다는 것입니다.

셋째, 행위규정 제5조에는 어떠한 법집행공무원도 "고문 또는 기타 잔인하고 비인도적인 또는 모멸적인 처우 또는 형벌을 부가, 선동 또는 묵인해

서는 안되며“, 이러한 처우 또는 형벌 등을 정당화하기 위하여 "전쟁의 위협, 국가안보의 위협, 국내의 정치적 불안정 또는 여타의 공공의 긴급상황 등과 같은 예외적 상황에 의존, 호소해서는 안된다"라고 규정하고 있습니다.

시민적・정치적권리에관한국제규약

12. 한국정부는 시민적・정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 “자유권 조약”)에 1990. 4.10. 가입(사형제도 폐지에 대한 제2선택의정서는 미가입, 제14조5항의 상소권 보장 조항, 제14조7항의 일사부재리 조항, 제22조 결사의 자유 조항, 제23조4항의 혼인중 및 해소시의 남녀평등 조항은 가입시 유보, 이후 1993. 1.21 제23조4항과 제14조7항에 대한 유보해제)하였으므로 자유권 조약 제21조에 규정된 평화적 집회의 권리를 보장하여야 할 책임과 의무가 있습니다.

13. 한편, 유엔인권이사회(Human Rights Committee)는 1992년 7월 정부의 최초 보고서 심의결과 자유권 규약과 헌법의 일치를 위해 노력해야 하며, 평화적 집회・시위를 보장할 것 등을 내용으로 하는 권고사항을 채택한 바 있으며, 1999년 11월 정부의 2차보고서 심의결과 집회장소 제한을 폐지하고, 공무원에 대한 인권교육을 제공하는 노력을 계속하여야 한다는 등의 권고사항을 채택하였습니다.

14. 또한, 유엔인권위원회(Human Rights Commission) 표현의 자유 특별보고관은 1995.11.21. 한국정부에 노조활동 보장을 위해 노동쟁의법, 노동조합법 개정, 자유권 조약과 국내법 일치노력, 국제인권법 교육 등을 권고하였습니다.

경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약

15. 한국정부는 경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 사회권 조약")에 1990. 4.10. 아무런 유보조항 없이 가입하였으므로 제2조의 규정에 따라 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색 등에 의한 어떠한 종류의 차별없이

보장하도록 노력하여야 하며, 제8조의 결사의 자유를 비롯한 노동3권, 제9조의 사회보장에 대한 권리를 보장하도록 노력하여야 할 책임과 의무가 있습니다.

16. 한편, 유엔 경제적·사회적·문화적권리위원회(the Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 1995년 5월 한국 정부의 최초보고서 심의결과 사회권 규약의 국내법적 지위보장, 모든 국내법과 사회권 규약의 일치노력, 단결권, 파업권 보장, 외국인 노동자 동등대우 및 사회보장과 관련, 외국인 노동자의 사회적 고립 및 취약성을 고려한 특별한 관심 필요 등을 권고사항을 채택한 바 있으며, 2001년 5월 한국 정부의 2차보고서 심의결과 사회권 규약에 모든 국내법(특별법, 규약가입보다 먼저 제정된 법 포함) 보다 우선적인 지위 보장, 파업권 보장 등을 권고사항으로 채택하였습니다.

모든형태의인종차별철폐에관한국제협약

17. 한국정부가 1979.1. 4. 가입한(가입시 제14조를 유보하였으나, 1997 유보해제) 모든형태의인종차별철폐에관한국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 이하 "인종차별철폐협약")에 따라 설치된 인종차별철폐위원회는 한국정부가 제출한 제9차·제10차 보고서 심의결과 인종, 피부, 혈통, 출신국가, 출신민족에 의한 차별을 명백히 금지하고 이를 처벌하는 규정 도입, 외국인 노동자에 대한 차별철폐 대책 마련, 인종차별 피해자에 대한 법률지원 등을 권고사항으로 채택한 바 있습니다.

헌법적·국내법적 원칙

18. 집회의 자유(시위의 자유를 포함하여)는 언론·출판·결사의 자유와 함께 넓은 의미의 표현의 자유에 속하며, 따라서 집회나 시위의 자유를 규제할 때는 다음과 같은 일반 원칙이 적용된다 할 것입니다.

첫째, 명확성의 원칙, 즉 표현의 자유에 대한 규제는 불확정개념이나 막연한 용어를 사용하여 그 의미를 추정할 수밖에 없는 경우에는 막연하므로

무효(void for vagueness)가 된다 하겠습니다.

둘째, 과잉금지의 원칙, 즉 위법한 표현행위를 규제하기에 충분한, 보다 완곡한 제재방법이 따로 있음에도 불구하고 과도한 제재를 과하는 것은 자유로운 표현을 질식시키는 사회적 효과(chilling effect)를 가져오기 때문에 자유의 제한은 필요 최소한에 그쳐야 합니다.

셋째, 법익형량이론, 즉 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 의거하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등 공익을 보호할 필요가 있는 경우에만 허용되지만, 표현의 자유를 제한함에는 표현의 자유라는 법익보다 더 큰 공익을 유지하기 위하여 필요한 경우라야 합니다.

넷째, 명백ㆍ현존하는 위험의 원칙, 즉 표현행위를 규제하기 위해서는 표현이 법률상 금지된 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 가지고 있음을 입증하여야 하며 명백ㆍ현존의 위험이 존재함에도 불구하고 명백성, 현존성, 특히 위험성의 범위와 정도에 따라 표현의 사회적 가치가 그 위험성보다 우월할 때에는 당해 표현은 법적으로 시인될 여지가 있다는 것입니다.

20. 또한 헌법 제33조에 의거, 노동자는 노동조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권・단체교섭권・단체행동권을 가지므로 자주적인 노동3권에 대한 관여는 헌법정신에 맞지 않을 소지가 있습니다.

월드컵대회 관련 정부정책을 평가하는 위원회의 원칙과 전제

21. 우선, 월드컵대회가 갖고 있는 다음과 같은 의의를 충분히 감안하였습니다.

첫째, 월드컵대회는 전세계인의 축제로 대회 기간을 전후로 전세계 60억 인구의 이목이 한국으로 집중되며 수십만명의 관광객의 방문이 예상됩니다.

둘째, 모든 국민의 바램인 월드컵대회의 성공적 개최는 축구 그자체로 끝나는 것이 아니라 국가이미지 제고와 수출 및 투자의 증가 등 국가경제발전에 큰 영향을 미칩니다.

22. 그러나, 앞에서 본 바와 같이 국가인권위원회법은 위원회로 하여금 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함)・제도・정책・관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을

할 임무를 부여하면서(제19조 제1호), “인권”의 개념에 관하여 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다”라고 규정하고 있음(제2조 제1호). 따라서 위원회는 대한민국 헌법과 법률뿐 아니라 “대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제 관습법”을 토대로 하여 정부정책을 평가해야 할 책임이 있습니다.

Ⅳ. 월드컵대회 관련 정부정책의 문제점

공권력 확립방안 및 대회관련시설 특별치안구역 설정 운용

23. 공권력 확립방안(이하 ”방안“)에는 신고단계부터 준법집회여건을 조성한다고 되어 있는 바, 중복집회의 경우 목적이 상반되거나 방해가 된다고 인정될 때에는 뒤에 신고된 집회에 대하여 금지통고할 수 있다는 집회및시위에관한법률(이하 “집시법”) 제8조제2항에 의거 관행적으로 중복신고된 집회에 대해서는 무조건적으로 금지통고를 한다는 논란이 제기되고 있고, 또한 현행 집시법상 20개가 넘는 과도한 신고사항, 보완통고제도 등은 신고제의 의미를 상실하여 사실상 허가제 처럼 운영되고 있다는 비판이 일고 있는 상황에서(신고사항 미비나 신고범위 일탈이라는 이유로 한 경찰의 강제해산 등 제지행위는 위법이라는 대법원 판례, 선고98다 2029, 2001.10.9) 동 방안은 집회시위의 자유를 더욱 축소시킬 우려가 있습니다.

24. 동 방안에는 불법시위요인을 사전에 제거하기 위하여 행사장 주변 차량·사람에 대한 치밀한 검문·수색을 실시한다고 되어 있는 바, 안전한 월드컵대회를 위해서는 훌리건이나 국제 테러 등에 대응해야 할 필요가 있으나 치밀한 검문 수색이라는 용어가 자의적으로 해석되어 불법적인 검문을 야기하고 사생활 침해 가능성이 있으며, 관행적으로 검문·검색대상을 모두 범죄시 하거나 권위적인 자세를 취할 가능성이 있습니다.

25. 또한 동 방안에는 불법·폭력시위 예상시 처음부터 진압복 투입, 합법집회도 악성시위로 변질 시 즉각 진압부대 투입, 의도적 자극 또는 몸싸움 기도시 등 불법행위 계속 시 주동자 현장검거·의법 조치한다고 되어 있는

바, 이는 집회시위의 자유를 규제하는 표현으로는 모호하고, 개인적이고 감정적일 수 있는 기준으로써 자의적 해석의 소지가 내포되어 명확성의 원칙에 위배될 소지가 있습니다.

26. 한편, 대회관련시설을 특별치안구역으로 설정·운용함으로써 이번에도 아셈정상회의 등 각종 국제회의나 국가적 행사시 마다 관행적으로 집회시위의 자유가 제한되었다라는 논란이 되풀이 될 가능성이 크며, 더욱이 외국관광객이 많다고 해서 집회 및 시위의 자유를 제한할 타당한 근거가 없으므로 제한은 필요최소한에 그쳐야 된다고 봅니다.

27. 따라서 이번 월드컵대회를 계기로 그동안 국제회의나 국가적 행사시 마다 집회시위의 자유가 광범위하게 제한되었다라는 논란이 제기되지 않기 위해서는 앞에서 지적한 공권력 확립방안 및 경기관련시설 특별치안구역 설정운용 정책의 문제점에 대한 획기적인 보완 대책이 마련되어야 한다고 생각합니다.

노사평화선언 추진

28. 노동부의 전국기관장회의(2002. 5. 6)자료에 의하면, 월드컵 기간중 노사분규 제로(Zero), 부당노동행위 제로(Zero)의 산업현장을 만드는데 행정력을 총동원하며, 월드컵 기간동안 임단협 교섭이 예상되는 사업장을 대상으로 "월드컵 노사평화선언" 채택을 적극 지도한다고 되어 있습니다. 물론 노사가 말 그대로 자율적으로 대회기간을 전후로 노사평화선언을 한다면, 전 세계인의 축제인 월드컵 대회의 성공적 개최에 큰 도움이 될 것입니다.

29. 그러나, 행정력을 동원하여 노사평화선언을 추진하는 과정에서 월드컵이라는 국가적인 행사를 명분으로 정당한 노동기본권을 축소할 우려가 있으며, 특히, 성격상 사용자의 부당노동행위는 크게 부각되지 않고 노동자들의 정당한 권리가 행정지도를 통해 제지될 가능성이 농후합니다.

30. 더욱이 노동계에서는 정부와 사용자의 진지한 교섭자세나 현안을 해결하려는 노력이 보이지 않으면 대회기간을 전후로 파업 등 대규모 집회를 개최하겠다는 상황을 감안하여야 할 것입니다.

31. 다만, 최근 노동부에서 월드컵대회가 끝나는 6월말까지를 부당노동행위 집중단속기간으로 설정하여 사용자의 부당노동행위에 대하여 엄단하기로 한 것은 바람직한 조치로 평가하나 이것이 일회성으로 끝나지 않고 지속적으로 추진됨으로써 노동계의 노동행정에 대한 신뢰가 높아지기를 기대합니다.

불법체류방지 종합대책

32. 불법체류방지 종합대책(이하 "대책")에는 월드컵 대회와 아시안 게임을 앞두고 불법취업 외국인의 급증시 외국인 범죄 증가 등 심각한 사회적 부작용을 방지하기 위하여 실시한다고 되어 있는 바, 이는 불법체류자를 사회적 불안을 야기하는 잠재적 범죄자로 취급하는 듯한 표현으로, 실제로 입증되지 않은 외국인에 대한 또는 인종에 근거한 편견에 기인한다는 오해의 소지가 있습니다.

33. 또한, 동 대책에 의하면, 불법체류 외국인 자진신고기간('02. 3.25~5.25)을 설정하여 신고자의 경우 최장 1년간 출국준비기간을 부여한다고 되어 있는 바, 20만 여명으로 예상되는(법무부 추정) 자진신고자가 일시에 출국할 경우 이른바 3D 업종을 비롯한 국내 산업계의 대혼란 가능성에 대한 진지한 고민이 보이지 않으며, 특히, 동 대책이 외국인 노동자 고용정책에 관한 논의와 유기적으로 연계되지 않아 불법체류자 문제의 근원적인 해결방안이 되지 못하는 것으로 보입니다.

34. 그리고 동 대책에 의하면, 자진신고기간 이후 관계기관 합동으로 단속반을 구성하여 지속적인 단속을 실시한다고 되어 있는 바, 월드컵을 전후로 외국인 관광객이 대거 입국하는 시기에 외국인 노동자에 대한 과도한 단속에 따른 인권침해문제가 제기될 경우 성공적인 월드컵 개최에 오히려 부정적인 인상을 줄 수 있습니다.

35. 따라서 월드컵대회의 성공적인 개최를 위해서는 대회기간 전후나 자진신고기간이 종료된 이후 불법체류자에 대한 과도한 단속으로 인한 인권침해 문제가 발생되지 않도록 유의하여야 하며, 불법체류자 문제해결과 외국인 노동자의 인권을 보장할 수 있는 보다 근본적인 정책 마련이 시급하다고 생각됩니다.

Ⅴ. 결 론

36. 전세계인의 축제인 월드컵 대회는 모든 국민의 바램대로 성공적으로 개최되어 국가이미지 제고와 수출 및 투자의 증가 등 국가경제발전에 바람직한 결과를 낳아야 합니다. 이를 위해서도 내·외국인 모두의 안전과 인권이 보호되어야 하는 것이 무엇보다도 필요하다고 봅니다.

37. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 월드컵대회에 즈음하여 추진되고 있는 정부정책중 공권력 확립방안 및 대회관련시설 특별치안구역 설정 운용, 노사평화선언 추진, 불법체류방지 종합대책은 국제인권법 등의 기준에서 벗어나 인권을 침해하거나 침해할 소지를 내포하고 있으므로 이에 대한 우리 위원회의 의견을 표명하고자 합니다.

38. 공권력 확립방안 및 대회관련시설 특별치안구역 설정 운용과 관련하여 국무총리·행정자치부장관·경찰청장에게 다음과 같이 우리 위원회의 의견을 표명합니다.

가. 월드컵 대회 기간중 집회 및 시위의 자유를 침해하는 조치는 없어야 하며, 특히, 경기장 1km이내, 숙소 600m이내 등 대회관련시설을 특별치안구역으로 설정하여 운용한다는 경찰청의 월드컵 특별대책이 국민의 기본권을 침해하는 방향으로 작용되지 않도록 특별한 주의와 지침이 필요하고, 국제회의나 국가적인 행사가 있을 때마다 경찰의 과잉 진압과 외국인 과잉보호, 위장집회의 유도 등에 대한 논란이 있었다는 사실을 상기하기 바랍니다.

나. 집시법 제8조제2항의 규정은 목적이 상반되는 동시집회라도 언제나 금지되는것은 아니므로, 당사자들에게 통보하여 상호간 협의할 수 있는 기회를 주는 방향으로 현행법을 탄력적으로 운용함으로써 중복신고 집회에 대하여 무조건적으로 금지통고 한다는 관행의 개선이 필요하다고 봅니다. 그리고 국제회의나 국가적인 행사시 마다 위장집회로 집회시위의 개최를 원천 봉쇄하였다는 논란이 금번 월드컵 대회 때에는 제기되지 않기를 기대합니다.

다. 집회신고 내용과 관련해서는 대법원 판례(선고98다 2029, 2001.10.9.)의 정신을 존중하여 신고사항의 미비나 신고범위를 일탈한 집회이더라도 그 신고내용과 동일성이 유지되는 한 신고하지 않은 것으로 보아서는 안되며, 또한 미비나 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위험에 초래된 경우에 한하여 필요한 최소한도의 제한조치를 취하는 데 그쳐야합니다.

라. 불심검문시 경찰관집무집행법 제3조에 규정된 준수사항을 확실히 이행하면서 검문의 필요성에 대한 국민들의 이해와 협조를 구한다는 홍보활동 의 병행이 필요하므로 국무총리 또는 경찰청장 명의로 산하기관에 이에 대한 지침시달이 있어야 한다고 생각합니다.

마. 기타 '치밀한 검문・수색, 불법 폭력시위 예상시, 악성시위로 변질시, 의도적 자극' 등의 용어는 표현이 모호하거나 자의적으로 해석될 우려가 있어 인권침해 소지를 내포하고 있으므로 보다 정치하고 적확한 용어로 된 지침을 마련하는 것이 바람직합니다.

바. 그리고 이상과 같이 표명한 위원회의 의견이 현장에서 어떻게 반영되고 있는지 확인하기 위하여 월드컵대회 기간을 전후로 위원회의 인권위원이 포함된 "인권현장확인반"을 구성하여 확인할 계획이 있음을 알려드립니다.

39. 노사평화선언은 그야말로 노사자율로 추진되어야 하나 행정력을 총동원하여 추진하는 과정에서 정당한 노동기본권 행사를 침해할 소지가 있으므로 우리 위원회는 국무총리・행정자치부장관 또는 노동부장관 명의의 구체적인 지침 시달로 이를 방지할 수 있도록 하여야 한다는 의견을 표명합니다.

40. 외국인 노동자 문제는 국내적으로나 국제적으로 더 이상 유예할 수 없는 사안으로 우리 위원회는 이 문제의 해결을 위하여 진정사안의 긴급 조사・구제조치, 실태조사 등 금년도 주요사업으로 추진하고 있음을 알려드리며, 국무총리・법무부장관・노동부장관에게 특별히 월드컵 기간중 과도

한 외국인 불법체류 단속의 자제와 인권보호 노력을 보다 강화할 필요가 있으며, 불법체류자 문제의 근원적인 해결은 보다 인권친화적인 외국인력 도입제도가 마련되어야 가능하다고 판단됩니다.

41. 특히, 월드컵대회가 끝난 이후 불법체류자에 대하여 관계기관 합동으로 단속을 실시한다고 하더라도 단속과정에서 외국인 노동자에 대한 인권침해 문제가 발생하지 않도록 각별한 주의와 보완책 마련이 필요하다고 판단됩니다.

2002. 5. 27.

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3 월드컵 대회 기간 중 집회·시위의 자유 보장과 관련한 의견 (2002.7.23.)

2002년 5월 27일 국가인권위원회에서 월드컵 대회 기간 중 내·외국인의 인권이 평등하게 보장되어야 함은 물론, 집회 및 시위의 자유는 최대한 보장 되어야 한다고 권고한 바 있음에도 불구하고 월드컵대회기간 중 집회·시위의 자유는 오히려 현저히 침해되었다고 판단하여, 이에 대해 유감을 표명하고 재발방지를 권고한 사례

Ⅰ. 집회 및 시위의 자유 보장과 관련한 국가인권위원회의 권고

1. 전세계인의 축제인 월드컵 대회는 대회기간 중 경찰청의 만반의 안전 대책 추진 등에 힘입어 모든 국민의 바램대로 성공적으로 개최되었으나, 지난 5월 27일 우리 위원회에서 월드컵 대회 기간 중 내·외국인의 인권이 함께 보장되어야 하며, 특히 집회 및 시위의 자유는 최대한 보장 되어야 한다고 권고한 바 있음에도 불구하고 경찰청 및 시민단체들이 제출한 자료 등을 살펴보면, 월드컵대회기간 중 집회·시위의 자유는 오히려 현저히 침해되었음을 알 수 있는 바, 이에 대해 유감을 표명합니다.

2. 집회 및 시위의 자유는 집단적인 의사표현을 통하여 공동의 이익을 추구하고 자유민주국가에 있어서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 효과적인 역할을 하는 것이므로 민주정치의 실현에 기여하는 매우 중요한 기본권이며, 특히 대중매체에 접근할 기회가 제한 또는 박탈되어 있는 소수집단의 권익과 주장을 옹호하는 가장 유효한 기본권으로서 기능을 하는 것입니다.

3. 따라서, 헌법 제21조 제1항은 '모든 국민은 집회 및 결사의 자유를 가진다'고 하여 집회와 결사의 자유를 보장하고, 제2항에서는 '집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다'라고 하여 집회·결사의 허가제를 금지하고 있는 것입니다.

4. 또한, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제21조는 평화적인 집회의 권리를 인정하면서, 이 권리행사는 법률에 따라 부과되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호, 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 외 어떠한 제한도 과해져서는 아니 된다고 규정하고 있습니다.

5. 아울러 집회 및 시위의 자유는 언론·출판·결사의 자유와 함께 넓은 의미의 표현의 자유에 속하며, 따라서 이를 규제할 때는 헌법적·일반법적 원칙으로 형성된 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 법익형량이론 및 명백하고 현존하는 위험의 원칙 등을 적용하여 국민의 집회 및 자유의 권리를 최대한 보장해야 하는 것입니다.

6. 그러므로 국가인권위원회에서는 국민의 집회 및 시위의 자유보장과 관련하여 경찰청에 다음과 같이 권고합니다.

(1) 경찰청이 제출한 자료에 의하면 월드컵 대회 기간에 총 10,599건의 집회신고 중 391건에 대하여는 주관단체가 과거폭력 시위를 개최한 전력이 있다는 이유 등을 들어 금지 통고 하였는데, 이는 헌법 제21조가 집회의 허가제는 인정되지 아니한다고 규정하고 있음에도 불구하고 사실상 허가제로 운영하고 있는 것으로밖에 볼 수 없습니다.

(2) 특히, '공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위협'이라는 사유로 금지된 집회의 수가 작년 같은 기간에는 1건인데 반해, 올해에는 150건으로 무려 150배 증가하였고, 과거 폭력 시위를 개최한 전력이 있다는 이유로 집회 금지결정이 내려지고, 같은 장소에서 유사한 문제를 다루려는 집회의 경우에도 집회 주최자가 누구인가에 따라 선별적으로 집회가 허용되거나 금지되었습니다. 이러한 잘못된 관행을 개선하기 위해서는 금지 사유인 '공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위협'이라는 기준에 대한 구체화·객관화된 지침서를 마련해야 할 것입니다.

(3) 중복신고집회를 이유로 작년 같은 기간에 금지한 집회는 16건이었으나, 이번 월드컵 기간 중에는 113건으로 7배 정도 급증 하였는바, 목적이 상반되는 동시집회라도 당사자들에게 통보하여 상호간 협의할 수 있는 기회를 주는 방향으로 현행법을 탄력적으로 운용함으로써, 중복신고 집회에 대하여 무조건적으로 금지통고 하는 관행을 개선해야 합니다.

(4) 또한, 우리 위원회에서 인권현장확인반을 운영하는 과정에서 대회기간 중 사전신고조차 필요치 않은 가장 평화적인 1인 시위에 대한 제한 또는 시위자를 연행한 사건이 발생 하였는 바, 시위자가 대중매체에 접근할 기회가 제한 또는 박탈되어 있는 소수집단의 권익과 주장을 옹호하기에 가장 유효한 기본권인 집회의 자유를 보장받지 못하는 경우에 1인 시위를 하는데, 이를 금지하는 것은 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유를 침해하는 것입니다.

(5) 아울러, 경찰청은 우리 위원회에서 지난 5.27일 표명한 의견을 받아들여, 평상시뿐 아니라 특히 앞으로 개최될 아시안게임기간 및 국제행사시에도 국민의 집회와 시위의 자유가 최대한 보장되길 재차 권고합니다.

(6) 마지막으로, 우리 위원회에서는 월드컵 대회기간 중 집회 및 시위의 자유가 현저히 침해당한 사실을 심각하게 여겨 집회및시위에관한법률과 동 시행령에 대한 심도있는 연구와 검토를 할 예정임을 알려드립니다.

Ⅱ. 권고의 배경

7. 국가인권위원회에서는 5월 27일 월드컵 대회관련 정부정책 중 인권관련 사항에 대한 인권위의 권고문을 정부에 통보한 바 있으며, 특히 월드컵 대회 기간 중 집회·시위 보장과 관련해서 경찰청장에게

첫째, 월드컵 대회 기간 중 집회 및 시위의 자유 최대한 보장

둘째, 특별치안구역의 신중한 설정·운용 및 불심검문시 적법절차 준수

셋째, 중복신고 집회에 대한 탄력적 법운용

넷째, 집회금지 통고 시 필요한 최소한의 제한조치

다섯째, 상기 내용을 적시한 지침시달 등을 권고한 바 있습니다.

8. 또한, 국가인권위원회에서는 월드컵 대회 기간(5.31~6.30) 중 인권위원 및 직원으로 인권현장확인반을 구성하여, 집회현장에서 5차에 걸쳐 인권현장확인 활동을 하였습니다.

9. 우리 위원회에서는 월드컵 대회기간 중 집회·시위금지관련 자료를 경찰청 및 민주노총 등에 요청하였고(7월 2일), 7월 10일 경찰청 및 민주노총 등에서 보내온 자료를 중심으로 국가인권위원회의 권고문 반영여부를

검토한 후, 아래와 같은 문제점들이 확인되었기에 재차 권고를 하게 되었습니다.

Ⅲ. 집회·시위자유 보장과 관련한 인권위 권고문 반영여부 검토결과

10. 월드컵 대회 기간 중 국민의 집회의 자유가 현저히 침해

가. 인권위에서는 지난 5.27. 월드컵 대회의 성공적 개최는 내·외국인 모두의 인권이 최대한 보장되어야 한다는 의견을 표명한 바 있으나, 귀청이 보낸 자료로 전년 동기와 비교해보면 금년 월드컵 대회기간 중 집회 금지 통고 건수가 대폭 증가하였음을 알 수 있습니다.

나. '01년 총집회신고건수 7,607건 중 108건 금지 통고했으나, '02년 총집회신고건수 10,599건 중 391건 금지 통고하였고,

다. 금지통고한 집회 건수는 362% 증가, 총 신고대비 금지비율은 1.4%('01년)에서 3.7%('02년)로 약 3배 급증하였습니다.

라. 특히, 불법폭력시위가 명백하게 예상된다는 이유로 집회를 금지통고한 건수는 전년 동기의 1건에서 금년에 150건으로 150배나 증가하였습니다.

마. 대우자동차판매노조에서 전국 67곳에 신고한 집회에 대하여는 동 노조의 과거 시위전력을 들어 '월드컵 행사 관련자에 대한 집단적 폭력으로 공공의 안녕질서를 직접적으로 위협할 것이 명백하여 금지 통고'하였습니다.(서울마포경찰서 정보63600-369, 강원도지방경찰청 정보63640-808 등)

바. 이는 집시법 제5조 제1항 제2호의, 집회의 가부를 결정하는 '공공의 안녕질서에 대한 직접적이고 명백한 위협'이라는 기준에 대한 구체적 지침이 없이 행정당국에 광범위한 재량이 주어져, 행정기관이 그 집회자의 경향이나 집회내용에 관하여 법관처럼 위법여부를 판단하여 금지하는 경우가 있어, 헌법이 특별히 집회의 허가제를 금지하고 있음에도 실제 허가제의 형식으로 운영되고 있음을 방증하는 것입니다.

사. 또한, 1인 시위는 집시법 상 신고조차 필요치 않는 가장 평화적인 시위임에도 시위자가 경찰에 연행되거나, 경찰에 고착된 채 시위를 하여야 하였습니다.

11. 월드컵 대회기간 중 집회 및 시위의 자유가 제한되지 않도록 특별한 지침이 필요하다는 권고와 관련

가. 국가인권위원회에서는

첫째, 월드컵 대회기간 중 대회관련시설을 특별치안구역으로 설정 운용함에 있어 국민의 기본권을 침해하지 않도록 지침이 필요하며,

둘째, 불심검문시 경찰관직무집행법 제3조에 규정된 준수사항을 확실히 이행하기 위한 지침 및

셋째, 기타 '치밀한 검문·수색, 불법 폭력시위 예상시, 악성시위로 변질시, 의도적 자극' 등의 용어는 표현이 모호하거나 자의적으로 해석될 우려가 있어 인권침해 소지를 내포하고 있으므로 보다 정치하고 적확한 용어로 된 지침을 마련, 시달할 것을 권고한 바 있습니다.

나. 그러나 이와 관련하여 경찰청장 또는 국무총리 명의의 지침시달이 전혀 없었습니다.

12. 특별치안구역 설정 운용 관련

가. 국가인권위원회에서는 월드컵 대회기간 중 경기장 1km이내, 숙소 600m이내 등 대회관련시설을 특별치안구역으로 설정 운용한다는 경찰청의 대책에 대해, 국민의 기본권을 제한하는 방향으로 작용하지않도록 특별한 주의와 지침이 필요함을 권고한 바 있습니다.

나. 그러나, 경찰청이 우리 위원회에 제출한 자료에 의하면 집시법 제11조 금지장소와 관련하여 금지된 집회의 수가 작년 동기 16건에서 금년에는 32건으로 증가하였고

특히, 인권현장확인반에서 확인한 바와 같이 미대사관 앞은 타대사관 앞과는 달리 1인 시위자까지 방패로 고착하는 등 특별치안구역 설정 운용과 관련한 인권침해가 있었습니다.

다. 또한, 대우자동차판매노조가 제출한 5.20~7.5간 김포공항 국내선 청사 지하철입구 앞 인도에서의 집회신고에 대해, 서울 강서경찰서는 옥외집회 금지 근거(집시법 제5조 제1항 2호) 및 이유에서, 과거 시위전력 및 '특히 김포공항은 월드컵기간 중 외국귀빈 및 선수들의 입·출국이 빈번한 공항으로서 그들의 입·출국 방해를 위한 연좌시위 및 불법폭력시위가 우려됨'을 이유로 집회를 금지하였습니다.

라. 이에 대한 이의신청이나 행정당국의 재량남용 및 일탈문제 등에 관한 것은 별론으로 하고, 위와 같은 사실은 경찰청이 시위단체에 대해 합법적인 집회·시위를 최대한 보장하기 위한 노력을 하지 않고 있음을 보여주는 것입니다.

13. 집회신고경합 관련

가. 국가인권위원회에서는 집시법 제8조 제2항의 규정상 목적이 상반되는 동시집회라도, 당사자들에게 통보하여 상호간 협의할 수 있는 기회를 주는 방향으로 운용할 것을 권고한 바 있습니다.

나. 그러나 집회신고 경합을 이유로 '01. 5. 31~6.30까지 금지한 집회 수는 16건 이었으나, 이번 월드컵 기간 중에는 무려 113건이나 됩니다.

다. 또한, 미개최건수는 작년 동기 6,088건으로 작년 신고건수 대비 80%였으나, 올해는 9,159건으로 신고대비 86.4%로 증가하였습니다.

라. 이와 관련하여,

전남경찰청이 대우자동차노조에 보낸 옥외집회 금지통고에 대한 재결심사 결과 통보내용에 의하면(전남도경찰청 정보63640-382), '신청인이 월드컵이라는 국제적 행사를 볼모로 집단이익을 관철하려는 의도가 명백하여 집회·시위 권리의 남용이라고 인정되고, 신고장소로부터 200m 상거지점에 선신고된 월드컵 성공개최 기원집회의 목적과 상반되어 상호간 마찰 등 방해가 된다'고 적시하였고,

마포경찰서에 신고한 대우자판노조 집회금지이유서에도 과거 시위전력

과 타집회와 시간 및 장소가 경합되고, 목적이 상반되어 집회개최시 서로 방해될 우려가 있음을 이유로 금지하였습니다. 이는 우리 위원회가 동시집회신고의 경우에도 집회의 기회를 부여하는 방향으로 운영할 것을 권고한 의견을 전혀 고려하지 않은 것이라 할 수 있습니다.

Ⅳ. 인권현장확인반 활동결과

14. 인권현장확인반이 활동한 집회현장에서는 경찰측이 불심검문을 하지 않고 병력을 시위 현장에서 보이지 않는 곳에 배치하는 등 과잉진압을 자제하는 태도를 보였습니다.

15. 또한, 1인 시위 현장인 미대사관 앞의 4차 활동현장에서는 그동안 방패로 시위자를 고착시켰던 것과 달리, 방패를 휴대하지 않은 채 시위장소만 통제하는 등 비교적 온건하게 대처하였습니다.

16. 5차 활동 중 시위대측이 모의감옥을 시연하려 하자 제지 하려는 경찰과 이를 관철하려는 시위대측이 충돌하려는 것을 현장 확인반이 중재, 평화집회가 가능하였습니다.

17. 집회 주관단체 측에서도 차선점거 자제 등 집회·시위를 평화적으로 진행하려는 노력이 역력했습니다.

18. 3차 활동현장에서는 가두행진 중 정복경찰이 캠코더를 들고 있는 것을 본 시위대가 초상권 침해를 막기 위해 캠코더를 탈취하며 몸싸움이 있었으나, 확인반에서 종로경찰서 정보과장 및 시위대측을 중재하여 캠코더를 돌려주고 상황이 종료하였습니다.

19. 우리 위원회에서는 특히 지난 6월 20일 MD저지공대위 주관 1인 시위현장(미대사관 앞)에서 경찰이 사전 신고조차 필요치 않은 1인 시위자를 둘러싸고 시위자를 고착시켰던 사건에 대해 유감을 표명하는 바입니다.

Ⅴ. 경찰청 자료

- 월드컵 개최 시·도 집회 신고 및 처리 현황통보('02.7.10, 정일63600-123)
(서울·경기·인천·부산·대구·충남·전남·전북·울산·제주)

○ 현 황

○ '01 금지사유(108건)

· 5조1항2호(불법폭력시위가 명백하게 예상되는 집회) : 1건
· 8조1항(보완통고 불이행) : 13건
· 8조2항(집회신고 경합) : 16건

구 분	신고건수	개최건수	未개최건수	금지건수
'01. 5.31~6.30	7,607 (100%)	1,519 (20%)	6,088 (80%)	108
'02. 5.31~6.30	10,599 (100%)	1,440 (13.6%)	9,159 (86.4%)	391
대 비	+ 2,992	- 79	+ 3,071	+ 283

· 8조3항(제한통고) : 12건
· 11조(금지장소) : 16건
· 12조1항(교통질서유지 조건통보) : 50건

○ '02 금지사유(391건)

· 5조1항2호(불법폭력시위가 명백하게 예상되는 집회) : 150건
· 8조1항(보완통고 불이행) : 2건
· 8조2항(집회신고 경합) : 113건
· 8조3항(제한통고) : 62건
· 10조(금지시간) : 30건
· 11조(금지장소) : 32건
· 12조1항(교통질서유지 조건통보) : 2건

2002. 7. 23.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

4 사상전향제도 및 준법서약제도에 대한 의견(2002.8.27.)

사상전향 제도와 준법서약서 제도는 시민적·정치적권리에관한국제규약 제18조 및 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유를 침해하는 제도라고 할 것이나 사상전향의 강요에 맞서 이를 거부한 행위만으로 인권신장에 기여한 행위라고 단정할 수 없다는 의견을 표명한 사례

【주 문】 의문사진상규명위원회에,

「1. 1998. 10. 10. 가석방심사에관한규칙이 개정되기 전까지 시행된 사상전향 제도는 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유를 침해하는 제도입니다.

2. 준법서약서 제도는, 사상전향 제도보다 형식적으로 진전된 제도이지만, 양 제도의 대상, 목적, 방법 등에 비추어 본다면 서로 유사성이 있다고 할 것입니다.

3. 준법서약서 제도는 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유와 1990. 7. 10. 조약 제1007호로 발효된 시민적·정치적권리에관한국제규약 제18조에서 보장하는 사상의 자유를 침해하는 제도입니다.

4. 사상전향을 강요할 시 이를 거부한 행위만으로 인권신장에 기여한 행위라고 단정할 수 없습니다.」

라는 의견을 표명한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

2002. 5. 30. 의문사진상규명위원회로부터 조사중인 사건과 관련하여 다음과 같은 사항에 대해 국가인권위원회의 의견을 요청한 사실이 있음.

- 다 음 -

1. 권위주의 정부에 의하여 진행된 전향제도는 반인권적 제도인가?
2. 전향을 강요할 시 이를 거부한 행위는 인권의 신장에 기여한 행위인가?
3. 국가인권위원회는 현재 시행되는 준법서약서와 전향제도는 관련성이 있다고 보는가?
4. 준법서약서는 국제인권규약이나 국가인권위원회법상 반인권적인 제도인가?

Ⅱ. 검토사항

1. 우리나라가 가입한 조약과 이에 반하는 국내법의 관계에서 어떤 효력을 인정할 것이지, 국제연합 인권이사회의 권고에 대해 법적 구속력이 있는지 여부에 대한 검토

2. “전향을 강요할 시 이를 거부한 행위는 인권의 신장에 기여한 행위인가?”라는 질문에 대해 국가인권위원회에서 답변을 할 필요가 있는지 여부에 대한 검토

3. 위 의결주문(안)이 의결된다면, 이를 일반에 공개하는지 여부

Ⅲ. 검토의견

1. 사상전향 제도의 위헌성

가. 사상전향 제도의 역사

1) 사상전향 제도는 식민지 시대에 독립운동을 탄압하기 위해 일제에 의해 마련된 것으로 1936년 조선사상범보호관찰령을 제정하여 일제의 제국주의와 군국주의에 반대하는 생각을 가진 공산주의자, 민족주의자 등을 사상범으로 규정하여 사상활동을 제한하고 감시하는데 활용하였습니다.

2) 해방후 사상전향제도는 남북분단과 동서냉전이라는 상황에서 반공이라는 이름으로 아무런 법적 근거 없이 계속되어 왔으며, 1974. 7. 4. 가석방심사등에관한규칙을 제정하면서 규칙 제14조 제2항에 “국가보안법위반 등

수형자에 관하여는 특히 그 사상의 전향 여부에 대하여 심사하고 필요한 때에는 전향에 관한 성명서 또는 감상록을 제출하게 하여야 한다"고 명문으로 사상전향 제도에 대해 규정하였습니다.

나. 사상전향 제도의 폐지

1) 사상전향 제도는 1998. 10. 10. 가석방심사에관한규칙을 개정하면서 폐지되었고, 당시 정부(법무부장관)가 공식적으로 밝힌 사상전향제도 폐지 이유의 요지는 다음과 같습니다.

'첫째, 사상전향 제도는 우리 헌법이 보장한 양심의 자유를 침해하기 때문이다. 둘째, 사상전향 제도는 인권국가로서의 한국의 이미지를 훼손해 왔다. 셋째, 사상전향 제도는 위헌적 제도라는 비판과 국가의 이미지 실추를 감수해 가면서까지 유지해야 할 실효성이 없다. 넷째, 사상전향 제도의 폐지로 안보에 허점이 생길 것이라는 주장은 지나친 걱정이다.'

2) 사상전향 제도는 인간의 내심의 사상을 국가권력에 의해 강제로 표현하도록 했다는 점에서 양심의 자유를 침해하는 것입니다. 한편, 사상전향 제도는 역사적으로 일제 식민지 시대의 사상 탄압의 산물로서 독재권력에 의해 비판 세력을 제거하기 위해 악용되어 왔고, 비전향 사상범에 대해서는 무한정의 구금생활을 강요했다는 점에서 그 형식과 내용 자체가 인간의 존엄성과 가치에 위배되는 제도입니다.

2. 사상전향 제도와 준법서약서 제도의 관련성

가. 준법서약서 제도의 도입 배경

1) 정부는 1998. 10. 10. 가석방심사에관한규칙을 개정하면서 사상전향제도를 폐지하였으나, 사상범 석방 후 재범을 막는다는 목적으로 준법서약서 제도를 도입하게 되었습니다. 준법서약서 제도를 마련하면서 준법서약의 대상을 집회및시위에관한법률위반 수형자에게까지 확대한 점에서 국가보안법위반 수형자에 한정하여 적용한 사상전향 제도와 차이가 있습니다.

2) 정부는 준법서약서 제도가 도입된 이후인 1999. 12. 29. 특별사면을 하면서 남파간첩 2명을 포함한 공안사범 9명을 석방하였으나, 준법서약서를 받지 않은 사실이 있고, 그 후에도 준법서약서 없이 공안사범을 석방한 사실이 있습니다.

나. 준법서약서 제도와 사상전향 제도의 차이

1) 준법서약서 제도는 단순히 '대한민국의 국법질서를 준수한다'라고 서약한다는 점에서 과거 내심에 있는 사상 포기를 요구하는 사상전향 제도와 다르며, 형식적으로 본다면 준법서약서 제도는 사상전향 제도보다는 진전된 제도입니다.

2) 그러나, 준법서약서 제도와 사상전향 제도가 이른바 공안사범을 적용대상으로 예정하고 있는 점, 공안사범의 석방 이후 재범방지를 목적으로 한다는 점, 법적 구속력은 없으나 국가권력이 가석방을 조건으로 개인의 내심의 의사를 전향서, 서약서 등의 문서 형식을 빌려 밖으로 표현할 것을 사실상 강요한다는 점 등에서 유사점이 있습니다.

3. 준법서약서 제도와 양심의 자유

가. 양심의 자유

1) 서구의 입법례와는 달리 우리 헌법에는 사상의 자유에 대한 명문 규정이 없지만, 사상의 자유는 헌법 제19조가 보장하는 양심의 자유에 포함되어 있다고 해석되고 있습니다. 따라서 양심의 자유에서 말하는 양심은 단순한 도덕적·윤리적 선악에 관한 판단만을 말하는 것이 아니라 정치적 신념이나 세계관과 같은 사상도 포함하는 것입니다. 따라서 자유민주주의 가치관은 물론 이와 상반되는 가치관도 일단은 양심의 자유에 의해 보호되는 양심의 범위에 포함된다고 보아야 할 것입니다.(헌법재판소에서는 양심은 '개인적인 세계관·주의·신조 등은 물론 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단까지 포함하여야 할 것이다.'라고 판단한 바 있습니다.)

2) 양심의 자유는 양심 결정의 자유와 침묵의 자유와 함께 양심적 결정을 외부로 실현할 자유도 포함합니다. 양심 실현의 자유는 헌법에 의해 제한이 가능하지만, 양심 결정의 자유와 침묵의 자유는 양심의 자유의 본질적 내용으로서 헌법 제37조에 의해서도 제한할 수 없으며, 누구에 의해서 어떠한 사유와 방식에 의해서도 시험되거나 간섭되거나 침해될 수 없는 기본권입니다. 따라서 단지 한 개인의 사상이 의심스럽다는 이유로 우리는 그에게 도덕적 비난을 할 수 있을지는 몰라도, 법적 처벌을 할 수 없음은 물론 생각을 바꿀 것을 강요할 수도 없습니다.

나. 준법서약서 제도와 양심의 자유

1) 준법서약 여부에 대해 법적 강제력이 없으며, 거부에 대해 불이익이 없다고 해도, 준법서약은 가석방을 조건으로 서약이라는 표현된 형식을 요구함으로써 개인이 자기의 사상을 포기할 것인지, 국법을 준수하겠다고 표현할 것인지에 대한 양심을 시험하는 것이며, 개인이 가지는 양심의 자유를 간섭하는 것입니다.

2) 준법서약서 제도는 위에서 보았듯이 사상전향제를 대체하면서 만들어진 제도입니다. 하지만 양 제도가 명칭과 표현 양식의 변화에도 불구하고, 비전향 사상범의 입장에서 본다면 준법서약서 제도는 자기의 사상을 포기할 것을 명시적으로 강제하지는 않지만 국법질서를 준수한다고 서약함으로써 최소한 간접적으로 자기의 사상을 포기하는 것을 선언하는 것이라고 볼 수밖에 없을 것입니다. 그렇다면 수형자가 아닌 일반인의 입장에서 본다면 준법서약서는 단순히 국민으로서 국법질서를 지키겠다는 단순한 표현에 불과할지 몰라도, 비전향 사상범의 입장에서는 준법서약서는 사상을 포기하는 서약서라고 할 수밖에 없을 것입니다. 결국 제도의 형식과 문구가 바뀌었다고 해도 준법서약서 제도는 사상전향 제도가 가지는 위헌성을 그대로 내포하고 있다고 할 것입니다.

다. 국제인권법적 고려

1) 어떠한 사회조건에 있든 모든 인간이 누구라도 단지 인간이기 때문에 평등하고 양도 불가능한 권리를 갖고 있다는 인권의 보편성은 국제사회의 확실한 가치로 인식되어 가고 있으며, 각국의 경계 내에서 이루어지는 인권문제도 이제는 더 이상 한 나라의 헌법질서 속에서 규정되는 국가의 전속적인 국내관할의 문제가 아니라, 국제적 수준에서 모든 개인에게 균등한 보장이 요구되는 국제인권법 차원으로 고양되었습니다.

2) 그리고, 우리 헌법 제6조에서는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 규정하고 국제법질서를 존중한다는 입장을 천명하고 있으며, 또 국가인권위원회법 제2조 제1호에서 “인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.”고 규정함으로써 우리나라의 인권보장을 국제적 수준으로 보장할 것을 확인하고 있습니다.

3) 또한, 우리나라는 국제연합에 가입하였을 뿐 아니라, 1990. 7. 10. 조약 제1007호로 발효된 시민적·정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)은 국내법과 같은 효력이 있으므로, 우리나라는 위 조약의 내용을 지켜야할 의무를 부담하고, 그 조약의 모든 내용을 적당한 방법에 의하여 국내에 실현할 의무를 부담하게 되었습니다. 또한 조약의 규정들은 국내법과 비슷한 용어를 사용하고 있더라도 국내법의 의미에 구속되는 것이 아니라 조약 나름대로의 독자적인 뜻을 가진 것으로 해석해야 합니다. 따라서 위 규약에 가입한 우리나라는 규약의 독자적인 뜻을 살려 인권을 실질적으로 보장할 의무를 부담하는 것이며, 자국의 국내법의 해석을 이유로 하여 의무를 이행하지 않아서는 안 되는 것입니다. 이 점은 1980. 1. 27. 조약 제697호로 발효된 조약에관한비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제27조에서도 규정하고 있습니다.(위 협약 제27조 "어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 안된다.")

4) 시민적·정치적권리에관한국제규약 제28조에 의하여 설립된 인권이사회(Human Rights Commitee)는 규약 규정의 의미를 해석하고 적용기준을 제시하는 기능을 합니다. 위 이사회는 1999. 10. 29. 한국 정부의 2차 정기보고서에 대한 최종 견해를 밝히면서 준법서약서 제도는 사실상 위 규약에 합치되지 않는 법을 따르겠다는 서약을 사람들에게 요구하는 것이라는 점에서 우려를 표명함과 동시에 이의 폐지를 권고하였습니다. 권고의 법적 강제력이 없다고 하더라도 위에서 보았듯이 우리나라는 위 규약의 내용을 적당한 방법에 의해 국내에 실현할 의무를 부담하고 있습니다. 그렇다면, 인권이사회의 위 권고는 인권의 실질적 보장이라는 측면에서 준법서약서 제도를 해석하는 지침이 될 수 있다는데 의의가 있을 것입니다.

5) 시민적·정치적권리에관한국제규약 제18조 제1항에 의하면, "모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다."고 규정되어 있으며, 제2항에서는 "어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다."고 규정되어 있습니다. 위에서 보았듯이 준법서약은 형식적으로 단순한 국법질서를 준수한다는 서약에 불

과할지 몰라도 준법서약을 하는 당사자의 입장에서는 최소한 간접적으로 자기의 사상을 포기를 강제하는 것이고, 이 점은 위 조항에서 절대적으로 보장하는 개인의 신념을 강제할 수 없다는 규정을 명백히 위반하는 것입니다.

4. 사상전향 거부행위와 인권신장의 관련성

1) 과거 사상전향서 제출을 거부한 행위로 인하여 이 제도가 일반에게 알려지게 되었고, 이 제도가 지닌 본질적 문제점을 사회가 주목하게 만들었으며, 궁극적으로 이 제도의 폐지를 초래하였다는 측면에서 볼 때에는 사상전향 거부행위가 인권신장과 관련이 있음을 부인할 수 없을 것입니다.

2) 하지만, 사상전향 거부행위가 인권신장이나 민주화 운동에 기여했다고 평가하기 위해서는 구체적인 사상전향 거부행위에서 그 행위의 동기나 목적을 먼저 명확히 규명해야 할 것입니다. 사상범이 일반범과 다른 특수성을 가지는 것을 부인하는 것은 아니지만, 인권신장의 동기나 목적 없이 단순히 자기의 사상을 지키겠다는 신념에서 사상전향을 거부했다면 그 행위를 인권신장을 위한 행위라고 평가할 수 없을 것입니다. 그리고, 사상전향 제도가 폐지되지 않았다고 하더라고 인권신장을 위해 사상전향 제도의 폐지를 주장하고 전향 거부행위를 했다면, 그 행위는 인권신장에 기여하지 않았다고 평가할 수 없을 것입니다. 그렇다면, 사상전향 제도의 폐지 여부와 전향 거부행위만으로는 그 행위가 인권신장에 기여한 것이라고 단정할 수 없을 것입니다.

Ⅳ. 결 론

1. 1998. 10. 10. 가석방심사에관한규칙이 개정되기 전까지 시행된 사상전향 제도는 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유를 침해하는 제도입니다.

2. 준법서약서 제도는, 사상전향 제도보다 형식적으로 진전된 제도이지만, 양 제도의 대상, 목적, 방법 등에 비추어 본다면 서로 유사성이 있다고 할 것입니다.

3. 준법서약서 제도는 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유와 1990. 7. 10. 조약 제1007호로 발효된 시민적·정치적권리에관한국제규약 제18조에서 보장하는 사상의 자유를 침해하는 제도입니다.

4. 사상전향을 강요할 시 이를 거부한 행위만으로 인권신장에 기여한 행위라고 단정할 수 없습니다.

2002. 8. 27.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

5 테러방지법 수정안에 대한 의견(2003.10.22.)

테러방지법 수정안은 기존 법안의 일부 조항을 삭제하는 등 형식적으로는 상당부분 축소 조정됐지만, 내용상으로는 정보기관의 권한을 강화하는 쪽으로 개악된 부분이 많고 국민의 기본권을 제한하는 상당수 조항이 그대로 남아 있음을 확인하고, 국회에 "테러방지법 제정 반대" 의견표명

【결정요지】

테러방지 대책은 현행법과 제도로도 가능하다고 판단하여 테러방지법 수정안은 내용상으로 특수부대 출동 요청 등의 위헌 소지와 그로 인한 국민의 기본권 침해 우려가 있고, 정보기관의 권한 강화에 따라 국민의 기본권이 제한될 소지가 많으며, 상당수 조항들에 헌법 및 국제인권법 위반 소지가 여전히 남아있어 입법 필요성에 대한 논리적 근거가 빈약하므로 국회에 테러방지법의 제정에 반대하는 의견을 표명함.

【주 문】

1. 국가인권위원회는 2001.11.28 국가정보원이 발의한 기존 테러방지법안과 최근 재상정되어 심의예정인 테러방지법 수정안을 대비 검토한 결과, 현재의 수정안이 기존 법안의 일부 조항을 삭제하는 등 형식적으로는 상당부분 축소 조정됐지만, 내용상으로는 국가정보원의 권한을 강화하는 쪽으로 개악된 부분이 많고 국민의 기본권을 제한하는 상당수 독소 조항이 그대로 남아 있음을 확인하고, 국가인권위원회법(제19조제1호)에 의거 국회에 "테러방지법 제정 반대" 의견을 표명하는 바임.
2. 테러방지법 수정안의 문제점으로는 첫째, 헌법에서 규정한 죄형법정주의 위배 등 국민의 기본권 침해 가능성이 있는 조항을 여전히 다수 내포하고 있는 점, 둘째, 수정안에서 규정하고 있는 테러대책기구의 권한에 대해 제도적으로 제어할 장치가 없으며 이는 자연히 국민의 기본권

제한으로 이어질 수 있다는 점, 그리고 수정안에는 외국인에 대한 차별 소지가 더 강화된 반면, 기본권을 제한함에 있어 필수적인 절차법적 규정이 여전히 빠져 있다는 점 등이 지적되고 있음.

3. 따라서 테러방지법 수정안은 ①현행법과 제도로 테러방지 대책이 가능하기 때문에 별도의 입법 추진은 그 근거가 부족하다는 점 ② 특수부대 출동 요청 등의 위헌 소지와 그로 인한 국민의 기본권 침해 우려 ③ 정보기관의 권한 강화에 따라 국민의 기본권이 제한될 소지가 많아졌다는 점 ④ 상당수 조항들에 헌법 및 국제인권법 위반 소지가 여전히 남아있는 점 등에서 입법 필요성에 대한 논리적 근거가 빈약하므로 입법에 반대하는 의견을 표명하는 것임.

【이 유】

Ⅰ. 검토의 배경

○ 국가정보원이 최초 발의한 테러방지법안이 2001.11.28. 정부에 의하여 국회에 제출(의안번호 162151)된 바 있으며, 최근 수정안(이하 “법안”)이 다시 국회에 상정될 예정으로 있습니다.

○ 법안은 “테러로부터 국가의 안전보장과 국민의 생명・재산을 보호하기 위하여 테러 대응체제와 테러의 예방 및 대응활동 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로”하고 있습니다(법안 제1조).

○ 이 법안이 목적으로 삼고 있는 “국민의 생명・재산 보호”는 물론, 목적달성을 위한 수단으로 삼고 있는 “테러대책기구의 구성, 테러의 예방, 테러사건의 발생에 따른 구조활동, 테러범죄에 대한 수사 및 처벌” 등은 인간의 존엄과 가치 및 자유와 권리에 직접 또는 간접으로 밀접하게 관련되어 있습니다.

○ 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 국가인권위원회(이하 “위원회”)

의 업무로 규정하고 있는 바, 법안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “(제정과정 중에 있는) 인권에 관한 법령안”에 해당합니다.

○ 위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호에 따른 임무를 수행하기 위하여 이 법안을 심의 예정인 국회에 이 법안에 대한 의견을 표명하니 법안의 심사과정에서 참고하시기 바랍니다.

Ⅱ. 정부의 테러방지법 수정안 제안 이유

○ 정부가 이 법안을 제안한 이유는 다음과 같습니다.

“새로운 국가안보 위협요인으로 등장한 이슬람 테러조직의 활동무대가 최근 서남아에서 동남아지역으로 이동되고 있고, 이라크전 이후 이슬람 과격테러단체의 지도자들이 미국의 대테러전쟁 참전・지원국에 대한 보복테러를 공공연하게 선동하고 있으며 국내에 산재한 미국 및 서방시설 또는 우리나라 항공기 등에 대한 테러기도 가능성이 상존하며 국내에서 테러가 발생할 경우 국가이미지 실추는 물론 안보・경제에 치명적 결과를 초래할 가능성이 있고 국가위기관리 차원에서 각 부처에 산재되어 있는 대테러업무를 총괄적으로 컨트롤할 수 있는 범정부적 대응체계구축 및 전담조직을 설치・운영하는 한편 위험물질 안전관리, 국가중요시설・다중이용시설 보호, 테러혐의자 동향관리 및 규제, 주요 국제행사 안전 활동 등 테러예방활동을 위한 법적근거 확보 및 사전 대처가 필요하고 우리나라는 지난 2002.6. UN안보리에 테러방지법 입법 추진 중임을 정식으로 보고한 바 있어, 국제사회와의 약속 이행 및 신뢰 구축 차원에서도 조속한 입법필요성이 대두” (법안 제안이유)

Ⅲ. 테러방지법(안)에 대한 평가의 원칙

테러행위에 대한 국가의 책임과 의무

○ 테러의 예방과 진압, 수사와 처벌을 위한 국가의 조치는 필연적으로 그 대상이 되는 사람은 물론 일반인들에 대하여 직접 또는 간접으로 국가권력을 행사하게 되며, 그 과정에서 인권을 침해할 가능성을 내포하고 있습니다. 특히 유엔의 테러와 인권에 관한 특별보고관의 보고(E/CN.4/Sub.2/

1999/27, 7 June 1999, para. 24)에 의하면 테러는 무고한 민간인을 향한 무차별적인 살상을 동반하는 경우가 많아 일반 대중에게 공포와 두려움을 갖게 하며 국가권력 역시 테러에 대응하는 과정에서 과도한 물리력을 사용하여 인권을 침해하게 되는 경향을 나타내고 있습니다.

○ 유엔 인권위원회(Commission on Human Rights)가 국가의 대테러대책은 국제인권법에 엄격하게 일치해야 한다고 거듭 선언한 것처럼 (Commission resolution 2000/30; 2001/37) 국가는 테러행위를 예방하고 진압하며 처벌하는 과정을 포함하여 국가권력을 행사하는 과정에서 세계인권선언과 시민적·정치적권리에관한국제규약(이하 "국제규약") 등 국제인권법이 보장한 실체적 및 절차적 인권을 보장해야 할 책임이 있습니다.

○ 유엔총회는 2002년 12월, 57차 회기에서 "대테러시 인권과 기본적 자유의 보호에 관한 결의"(Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism (2002.12.18, A/RES/57/219)를 채택한 바 있습니다. 결의 내용은 국가의 어떠한 대테러대책도 국제인권법, 난민법, 인도주의법 하의 의무에 부합해야 함을 강조하였으며 또한 유엔인권고등판무관으로 하여금 테러와의 전쟁시 인권의 보호 문제를 모니터하고 정부와 유엔 기구들에 관련 사항을 권고하도록 하였습니다. 이러한 유엔 결의의 연장선상에서 코피 아난 유엔 사무총장은 2003년 8월, 58차 회기 총회 보고(2003.8.8, A/58/266)에서 전세계적으로 확산된 대테러 정책 수행에 있어서 국민의 생존권, 고문받지 않을 권리, 정식 재판받을 권리, 난민의 권리 등이 위협을 당하고 있다고 보고하면서, 대테러 전략의 효율적 수행을 명분으로 인권 침해가 발생하는 것을 막아야 한다고 강조한 바 있습니다.

○ 유엔의 특별보고관이 지적한 것처럼 국가의 대 테러대책은 인권을 침해하는 방향으로 권력을 남용하는 경향이 있기 때문에 인권침해로부터 구제받을 수 있는 효과적인 구제조치를 제공하는 것이 매우 중요한 문제로 제기됩니다. 예컨대, 영국의 테러방지법(Prevention of Terrorism Act)에 관하여 검토한 젤리코 보고서 (Jellicoe Report on the Review of the Operation of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1976)는 테러방지법과 같은 법률이 정당화되기 위해서는 ① 그 법률이 실효적일 것, ② 그 법률의 목적이 일반 법률에 의하여 달성될 수 없을 것, ③ 그 법률이 시민적 자유를 부당하게 침해하지 않을 것, ④ 그 법률의 악용가능성을 최소화할 수 있는 실효적인 보장 장치를 완비할 것의 조건이 갖

추어져야만 한다고 하고 있는바, 위원회가 검토하는 이 법안 역시 이상과 같은 조건을 충족하고 있어야만 입법이 정당화될 수 있을 것입니다.

○ 한편, 총 99개 국내 시민단체로 구성된 「테러방지법 제정 반대 공동행동」은, 이번 테러방지법 수정안이 국정원 내에 대테러센터를 설치해 관계기관의 대테러활동을 총괄적으로 기획・지도・조정하도록 하고 비밀정보기관이 경찰, 군대 등을 지휘하도록 하며 외국인에 대한 사찰활동을 가능케 하는 것은 곧 "민주주의와 인권에 대한 위협"이라는 공개 성명(2003.9.30)을 발표하는 한편, 국가인권위원회에 테러방지법안 관련 대책을 두 차례에 걸쳐 접수한 바 있습니다.

○ 또한 2003.10.10. 국제 앰네스티(Amnesty International)는 공개성명을 통하여 과거 중대한 인권침해 사례들에 대하여 책임이 있는 대한민국 국가정보원이 대테러센터를 운영하고자 하는 것에 우려를 표하며 다음 사항을 지적하고 있습니다. 먼저, 테러방지법안은 테러리스트로 의심되는 비시민(외국인)의 권리(비호를 구할 권리 등) 침해 가능성이 있다는 것입니다. 즉 법안 제8조에 따르면 대테러센터의 장은 당해 외국인에 대해 비호를 구하고 공정한 절차를 통해 난민 인정 심사를 받을 권리를 보장하지 않은 채 그 외국인의 추방을 요청할 수 있는 바, 이 규정은 강제송환의 위험성을 내포하고 있다고 보았습니다. 난민협약과 고문방지협약의 당사국인 한국은 외국인이 공정한 절차에 따라 난민인정심사를 받지 못한 채 추방당하지 않도록 보장할 의무가 있음을 또한 상기시키고 있습니다. 또한 국제 앰네스티는 허위신고 관련 처벌을 규정한 제13조는 실수나 착오, 또는 정신질환자가 허위신고를 한 경우 등의 상황에 대한 보호 장치가 없으며, 그 대상이 정치운동가에 대한 감시, 시민단체 활동가를 포함한 시민사회 통신 수단에 대하여 정부 감시・감독을 강화할 수 있는 가능성이 있음을 우려하며, 인권침해 소지를 가중시키는 테러방지법안에 대해 입법추진을 반대하는 공개성명을 발표한 것입니다.

테러방지법(안)과 관련된 국내법과 제도

○ 한국 정부는 이상에서 살펴 본 국제사회의 권고에 따라 국내법과 제도, 관행을 국제인권조약이 정한 수준으로 개선할 책임을 부담하고 있습니다.

○ 아울러 이 법안의 제정 필요성을 검토하기 위하여 반드시 고려해야 할 것은 테러 대책과 직접 또는 간접으로 관련된 행정・정보・경찰・형사사법 및 군사에 관한 국내법과 제도의 현황입니다. 관련 법령에 의하면, 치안의 유지 및 범죄에 대한 수사와 기소를 통하여 테러행위를 예방하고 수사・진압 및 처벌하는 일반적 기능을 가진 경찰과 검찰 외에 다음 도표에 기술된 바와 같이 다양한 국가기관이 테러대책을 수립・집행할 책임과 권한을 가지고 있습니다.

소관 법령	테러 관련 업무내용	담당기관 (부서)
국가정보원법	테러조직에 관한 국내외의 정보 수집・작성 및 배포	국가정보원
경찰청과그소속기관등직제	테러예방 및 진압대책의 수립・지도 (대통령훈령제47호)	경찰청 (경비국 경찰특공대)
검찰청사무기구에관한규정	국제테러범죄조직과 연계된 위해사범 및 방해책동의 사전차단	대검찰청 (공안부 공안기획관)
관세청과그소속기관직제	총기류・폭발물 등 테러관련 물품의 반입방지	관세청 (조사감시국)
해양경찰청과그소속기관직제	해상에서의 테러예방 및 진압	해양경찰청 (경비구난국)
법무부와그소속기관직제	출입국관련 대 테러 및 경호안전대책지원	법무부 (출입국관리국)
건설교통부와그소속기관직제	항공기의 피납방지 대책 및 대테러 예방대책 수립	건설교통부 (항공국)
국가안전보장회의법	각종 국가위기의 예방 및 관리체계에 관한 기획 및 조정업무와 긴급사태 발생시 상황전파 등의 초기조치, 국가재난・재해 관리체계의 종합조정, 상황실의 운영 및 유지업무	국가안전보장회의사무처 (위기관리센터)
재난관리법	국민의 생명이나 재산에 피해를 주는 재난의 예방이나 수습 기타 재난관리에 관한 정부 중요정책의 심의 및 총괄・조정	중앙안전대책위원회 (국무총리 산하기구, 각 부처 장관들로 구성)

소관 법령	테러 관련 업무내용	담당기관 (부서)
국군기무사령부령	군사보안 및 군 방첩에 관한 사항, 군사법원법 제44조제2호에 규정된 범죄의 수사에 관한 사항과 군 및 군과 관련이 있는 첩보의 수집·처리에 관한 업무를 수행하는 과정에서 대테러에 관한 업무 수행	국군기무사령부
통합방위법	테러행위를 포함하는 것으로 해석되는 "통합방위사태"에 대응하기 위하여 군과 경찰, 국가기관과 지방자치단체, 향토예비군, 민방위대, 일정한 범위의 직장 등 국가의 모든 "방위요소"를 통합하고 지휘체계를 일원화 하여 관리할 수 있도록 체제 구축 및 권한 부여	중앙통합방위협의회(국무총리 산하 기구, 각 부처 장관들로 구성)

○ 특히 통합방위법(1997.1.13. 법률 제5264호)의 경우, 국가방위요소를 통합하고 지휘체계를 일원화하여 조직적으로는 중앙통합방위협의회, 지역통합방위협의회, 직장통합방위협의회를 설치·운영하는 동시에 통합방위본부, 통합방위지원본부 등을 설치하게 하고(제8조, 제9조), 통합방위사태가 선포될 경우 지상, 해상, 공중에서 통합방위작전을 수행할 수 있게 하며(제13조), 통제구역 설정(제14조), 대피명령(제15조), 국가중요시설의 경비·보안 및 방호(제15조의 2), 보도통제(제16조), 취약지역관리(제17조), 검문소의 운영(제17조의 2) 등의 조치를 할 수 있도록 정하고 있습니다. 또한 거동수상자를 검문 등을 할 수 있는 권한을 부여하였을 뿐 아니라 필요시 동행요구권을 행사할 수 있게 하는 등 광범위한 권한을 부여하고 있습니다(제13조 제4항 및 시행령 제19조).

○ 국가안전보장회의 사무처는 국가안전보장 관련 현안정책 및 업무의 조정과 국가위기예방·관리대책의 기획 및 조정 업무 등을 수행하고 있고 그 산하에 전략기획실, 정책조정실, 정보관리실, 위기관리센터를 운영하며 각 기구에 모두 국가정보원 직원이 참여하고 있으며, 특히 '위기관리센터'는 각종 국가위기의 예방 및 관리체계에 관한 기획 및 조정업무와 긴급사태 발생시 상황전파 등의 초기조치, 국가재난·재해 관리체계의 종합조정, 상황실의 운영 및 유지업무를 담당하고 있습니다.

○ 또한「재난관리법」에 의하면 중앙안전대책위원회 외에 지역안전대책위원회를 둘 수 있고 긴급구조필요시 중앙긴급구조본부(행자부장관산하)

및 지역긴급구조본부, 긴급 재난 예방 및 수습 조치 위해 중앙사고대책본부와 지역사고대책본부를 운영할 수 있습니다.

○ 또한 아래 도표에 제시한 바와 같이 테러행위를 처벌하기 위한 기존의 형사법 역시 다수가 존재합니다.

소관 법령	해당 조항 및 내용
형법	제107조(외국원수에 대한 폭행 등), 제108조(외국사절에 대한 폭행 등), 제136조(공무집행방해), 제172조(폭발성물건과열), 제172조의2(가스·전기 등 방류), 제173조(가스·전기 등 공급방해), 제179조(일반건조물 등에의 일수), 제185조(일반교통방해), 제186조(기차, 선박 등의 교통방해), 제192조(음용수의 사용방해), 제 193조(수도음용수의 사용방해), 제258조 제1항(중상해), 제259조제1항(상해치사), 제261조(특수폭행), 제262조(폭행치사상), 제278조(특수체포, 특수감금), 제281조제1항(체포·감금 등의 치사상), 제284조(특수협박), 제289조(국외이송을 위한 약취, 유인, 매매) 및 제367조(공익건조물파괴) 내지 제369조(특수손괴)의 죄
군형법	제54조(초병에 대한 폭행, 협박) 내지 제58조(초병에 대한 폭행치사상)의 죄
항공법	제156조(항공상 위험발생 등의 죄)의 죄
항공기운항안전법	제11조(항공기운항 저해죄)의 죄
철도법	제80조(신호기 등에 대한 벌칙), 제81조(직무집행방해에 대한 벌칙) 및 제85조(발포하거나 돌 등을 던진 자에 대한 벌칙)의 죄
출입국관리법	제4조(출국의 금지), 제11조(입국의 금지 등), 제29조(외국인출국의 정지), 제46조(강제퇴거의 대상자)
범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률	테러행위와 관련된 범죄로 인한 수익의 은닉, 가장, 수수 등을 적발, 처벌
특정금융거래정보의보고및이용등에관한법률	테러행위와 관련된 금융거래정보를 추적하여 처벌할 수 있게 하기 위하여 금융정보분석원을 설치(제3조)하는 등 테러행위자나 단체의 자금을 차단하기 위한 조치
범죄인인도법	모든 종류의 테러범죄에 대하여 외국으로부터 범죄인의 인도청구가 있을 경우 법원의 인도심사절차를 거쳐 인도할 수 있게 함으로써 테러행위자의 수사와 처벌을 위한 국제협력체제를 건설

※ 기타 유해화학물질관리법 제45조(벌칙)의 죄; 원자력법 제115조(벌칙)의 죄; 전기통신사업법 제69조제2호(벌칙)의 죄; 군사시설보호법 제14조(벌칙) 등에서 이미 테러범죄에 대한 처벌을 규정하고 있습니다.

○ 이상에서 본 바와 같이 현행법과 제도는 테러행위에 관한 정보의 수집, 분석 배포에서부터 테러행위의 예방과 진압, 수사와 처벌을 위하여 다양한 국가기관에 전문적 기능을 부여하고 있을 뿐 아니라, 중대한 테러사태에 대비하여 군을 포함한 국가기관 및 지방자치단체, 경찰, 향토예비군, 민방위대, 직장 등을 포괄한 통합적인 체제를 구축하고 광범위한 권한을 부여하고 있습니다. 그런가 하면 형사법들은 다양한 종류의 테러행위를 범죄로 규정하여 형사처벌하게 하면서 테러행위로 인한 범죄수익은 물론 테러행위자나 단체의 금융거래 등을 조사하여 그 자금을 봉쇄할 수 있는 제도를 마련하고 있을 뿐 아니라 국제협력을 위한 제도로 마련하고 있습니다.

테러방지법(안)을 평가하는 위원회의 원칙과 전제

○ 앞에서 본 바와 같이 국가인권위원회법은 위원회로 하여금 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을 할 임무를 부여하면서(제19조제1호), “인권”의 개념에 관하여 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다”라고 규정하고 있습니다(제2조제1호). 따라서 위원회는 대한민국 헌법과 법률뿐 아니라 “대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법”을 토대로 하여 이 법안을 평가해야 할 책임이 있습니다.

Ⅳ. 원안보다 개악된 현 테러방지법 수정안의 문제점

○ ‘인권 관련’ 법령을 제정할 때는 헌법과 국제인권법에 비추어 인권침해 요소가 없어야 한다는 전제에서 볼 때, 이번 수정안이 기존 테러방지법안(이하 “원안”)보다 더 개악된 부분을 살펴보면 다음과 같습니다.

자의적 법 집행에 따른 기본권 침해 가능성 있는 조항들

○ 수정안 제12조에는 원안 제15조 제3항 및 제4항에 규정된 군병력의 활동 및 업무범위 내용이 삭제되어 있습니다. 이는 원안에서 그나마 규정했던 군병력의 활동 범위에 대한 제한을 두지 않음으로써 출동한 군 병력의 자의적인 업무 집행 소지를 남기고 있으며 그로 인한 국민의 기본권 침해

가 우려됩니다.

○ 원안에서는 “대 테러활동”을 “국내외에서의 테러의 예방・방지, 테러의 진압, 테러사건현장에서의 인명구조・구급조치 등 주민보호 등을 위한 제반 활동”으로 보다 구체적으로 정의하고 있으나, 수정안은 “테러혐의자 규제, 테러에 이용될 수 있는 위험물질의 안전관리 및 시설・장비의 보호, 국제행사 안전 확보 및 테러위협에의 대응・무력진압 등 테러예방과 대응에 대한 모든 활동”으로 규정하고 있어 그 범위가 확대됨으로써 역시 자의적 법집행 소지가 강화되었다고 판단됩니다.

○ 아울러 테러방지법의 제정 목적을 명시한 제1조(목적) 부분에서 원안은 “테러를 예방・방지하고 테러사태에 신속하게 대응하기 위하여”로 구체적인 범위가 한정되어 있으나, 수정안은 “테러로부터 국가의 안전보장과 국민의 생명・재산을 보호하기 위하여”로 바꿈으로써 법 적용 범위가 광범위해졌으며 이 역시 자의적인 법 집행의 우려가 더 커졌다는 점을 의미한다고 볼 수 있습니다.

○ 국제적으로 아직 ‘테러’에 관한 개념이 합의되거나 정립되지 않은 상태에서, 수정안 제2조(정의)는 우리나라가 아직 비준하지 않은 조약(수정안 제2조 제1호 ‘자’목의 「폭탄테러행위의억제를위한국제협약」)규정의 범죄 개념을 인용하고 있고, 제2조 제3호 ‘테러자금’ 정의 역시 미비준 조약인 「테러자금조달의억제를위한국제협약」을 근거로 법률용어의 개념을 정의하고 있는 바, 이는 국내법과 같은 효력이 없는 미비준 국제협약을 그대로 국내법에 적용함으로 인해 죄형법정주의의 범위를 벗어났다고 볼 수 있습니다.

○ 제13조의 허위신고 처벌 조항은 허위사실의 범위에 대한 기준이 애매하고 그 인지여부가 구성요건에 해당하는지도 불명확하여 죄형법정주의에 위배된다고 봅니다. 물론 이 규정이 허위신고를 막기 위한 일련의 조치일 수는 있지만, 실수나 착오 또는 정신질환자가 허위신고를 한 경우 등의 상황에 대한 보호 장치가 거의 없다는 점이 우려되는 부분입니다.

○ 아울러 수정안 부칙 제2조제3항에 규정에 따르면, 앞에서 지적한 바와 같이 자의적 적용 가능성이 있는 테러의 범주를 통신비밀보호법의 적용 대상에 포함시키고 있어서 국민의 통신의 자유와 비밀을 광범위하게 침해할 가능성이 있습니다.

국민의 기본권 제한으로 이어질 수 있는 조항들

○ 수정안에는 원안 제3조(다른 법률과의 관계) 부분을 삭제하여 외형적으로 개선된 것처럼 보이나, '신법 우선 원칙'을 따르는 우리나라의 법체계상 '신법'인 테러방지법이 다른 법률(원안에서는 「통합방위법」이 테러방지법보다 우선이었음)보다 우선시될 수 있는 여지가 있습니다. 이는 '인권 침해' 논란이 계속되고 있는 테러방지법안이 제정되면 다른 어떤 법률보다도 우선 적용될 소지가 있어 이전보다 더 개악된 부분으로 평가됩니다.

○ 또한 수정안 제3조에서는 국가대테러대책회의의 의결 권한(원안 제4조)을 삭제하고 심의기능만 남김으로써, 국무총리가 의장인 국가대테러대책회의를 자문기구화 하여 사실상 유명무실한 기구로 전락시켰습니다. 이는 중요한 의사 결정시 '상급 기관'의 '의결' 절차를 생략할 수 있도록 만들었기 때문에 상대적으로 대 테러센터의 장(국정원장)의 권한을 제어할 제도적 장치를 없앴다고 볼 수 있습니다.

○ 원안 제6조에는 '분야별 테러사건대책본부'를 두어 관계기관의 장이 조정·지휘(예, 국외테러의 경우 외교통상부 소관)하도록 하고 있으나, 수정안에는 본 항목이 빠짐으로서 각 대책본부가 국정원에 종속될 우려가 있습니다. 아울러 원안 제10조 제2항은 '국가중요행사의 대 테러대책'을 협의·조정하기 위하여 필요한 경우, "관계기관 합동으로" 대책반을 편성·운영할 수 있도록 규정하고 있으나, 수정안 제7조 제2항은 단지 "관계기관으로 구성"되는 대책기구를 설치·운영할 수 있다고 규정함으로써, 관계기관이 국정원에 대해 "협력"관계가 아닌 "종속"관계로 되는 결과를 초래하게 됩니다.

○ 또한 수정안 부칙 제2조 제1항의 '특정금융거래정보의보고및이용등에관한법률'에 국정원장을 포함시키는 것은 국정원이 정보·경제·금융에 관한 정보까지 독점할 수 있는 여지를 남기고 있습니다.

인권 침해 소지가 높은 절차법 조항

○ 수정안 제8조에 따르면, 대테러센터의 장은 당해 외국인에 대해 비호를 구하고 공정한 절차를 통해 난민인정심사를 받을 권리를 보장하지 않은 채, 그 외국인의 추방을 요청할 수 있습니다. 원안 제11조에서는 '국내에 있

는' 외국인의 '출국조치'로 한정돼 있으나, 수정안 제8조(외국인 출입국 규제)는 '국외에 있는' 테러단체 구성원의 '출입국 규제'로 그 범위가 확대됐으며, 이러한 기본권 제한 시에 국제법상 지켜야할 '난민인정 심사' 등 절차법적인 내용이 빠져있다는 점에서 외국인에 대한 차별 소지를 안고 있습니다. 이러한 규정은 난민협약 및 고문방지협약에서 금지하고 있는 강제송환의 위험성을 증가시키는 조항으로 평가됩니다. 한국정부는 난민협약과 고문방지협약의 당사국으로서 외국인의 비호권이 침해당하지 않도록 해야 하며, 비호신청인이 공정한 절차에 따라 난민인정심사를 받지 못한 채 추방당하지 않도록 보장할 의무가 있습니다.

국가조직체계의 재편성

○ 이상의 개악된 부분과 더불어 위원회에서 지난 번 2002.2.20 의견 표명한 내용 중에서 이번 수정안에 전혀 수렴이 되지 않은 중요한 부분을 다시 한번 살펴보면 다음과 같습니다.

○ 법안은 효과적인 대테러정책의 수립과 집행 등을 위하여 국가조직체계와 기능을 재편성하고 있습니다. 그 주요한 내용은 첫째, 대통령 소속하에 국가대테러대책회의를 두고 이를 정점으로 하여 국가기관을 일련의 조직체계로 편성하고 둘째, 테러의 진압 등을 위하여 특수부대와 군병력 등이 계엄을 통하지 않는 방법으로 치안유지활동에 동원될 수 있는 길을 열어놓았으며, 셋째, 이 모든 국가체계 재편성에서 국가정보원이 핵심적인 기능을 맡게 됨으로써 국가정보원법에서 규정한 기능과 권한을 크게 확대하고 있습니다.

○ 다음으로 이렇게 강력하게 재편성된 국가권력체계가 국민의 감시로부터 은폐된 비밀조직의 성격을 가지고 운영되게 되어 있다는 점입니다. 우선 대테러대책의 핵심적인 역할을 하는 대테러센터는 그 자체 조직과 정원이 공개되지 않는 국가정보원에 둘 뿐 아니라(국가정보원법 제6조) 대테러센터의 조직 및 정원을 공개하지 않을 수 있게 하고(법안 제4조제3항), 테러진압을 위한 특수부대의 운영·훈련 등에 관한 사항을 공개하지 아니하므로(법안 제5조제5항) 결국 재편성된 국가행정체계의 가장 핵심적인 부분이 국민의 감시로부터 은폐된 가운데 운영되게 되어 공개행정의 원칙에 위반될 위험이 있습니다.

○ 국방부장관, 경찰청장, 해양경찰청장은 테러진압을 위하여 특수부대를 지정하거나 설치할 수 있으며(법안 제5조제2항), 테러사건이 발생한 경우 대테러센터의 장은 이 특수부대의 장의 출동을 소속기관의 장에게 요청할 수 있습니다(법안 제11조). 또 경찰만으로 국가중요시설 등을 테러로부터 보호하기 어려운 경우에는 당해 시설의 보호 및 경비에 필요한 최소한의 범위안에서 군병력을 지원할 수 있도록 하되, 군병력을 지원할 때에는 미리 국회에 통보하도록 하고, 군병력을 지원한 후 국회의 요청이 있는 때에는 군병력을 철수하도록 하였습니다(법안 제12조)

○ 우선 테러방지법안에서 규정한 특수부대 출동 문제는 국민의 기본권 침해 및 위헌 소지가 있습니다. 군통수권자인 대통령에 대한 건의나 국회에 대한 통보조차도 없이 대 테러센터 장인 국가정보원장의 판단에 의해 군의 특수부대 출동을 요청하는 것은 위헌의 소지가 있고,

- 또 법안 제12조(군 병력 등의 지원) 는 계엄 상태가 아닌 상황에서 군병력을 동원할 수 있어서 또한 위헌의 소지가 있으며, 이로 인한 국민의 기본권 제한 가능성이 높다고 볼 수 있습니다.

○ 이러한 국가체계 재편성의 과정에서 국가정보원이 핵심적인 기능을 차지하고 나아가 군 특수부대와 군 병력에 대한 통제권까지 장악하는 결과를 초래하게 되어 있어 최근 국가정보원의 개혁 방향에도 역행하는 부분이라고 할 수 있습니다.

Ⅴ. 결 론

○ 이상에서 본 바와 같이 테러방지법안은 이 법안의 본질적인 내용들, 즉 테러행위에 대한 개념규정과 절차규정, 그리고 국가기능의 재편에 관한 규정들이 헌법 및 국제인권법의 기준에 위반하여 인권을 침해하거나 침해할 소지를 내포하고 있습니다. 그런 반면 인권침해의 대상자들에게 국제인권규약이 정한 바에 따른 적절한 구제조치가 제공되지 않고 있습니다.

○ 위원회의 의견에 따르면 첫째, 현행법과 제도로 테러방지 대책이 가능하기 때문에 별도의 입법 추진은 그 근거가 부족하다는 점, 둘째, 특수부대 출동 요청 등의 위헌 소지와 그로 인한 국민의 기본권 침해 우려, 셋째, 정보기관의 권한 강화에 따라 국민의 기본권이 제한될 소지가 많아졌다는 점, 넷째, 상당수 조항들에 헌법 및 국제인권법 위반 소지가 여전히 남아있는

점 등 문제점을 전면 제거하지 않는 이상 이 법안을 제정해서는 안 된다고 보고 있습니다.

○ 구체적으로 설명하면 첫째, 이미 국내법과 제도상 다양한 국가기관이 관련 법령에 의해 테러대책을 수립·집행할 책임과 권한을 가지고 있으며, 따라서 현 시점에서 각종 법령 및 제도들과 중복적 기능을 수행하게 되는 테러방지법을 제정할 이유 및 필요성에 대한 논리적 근거가 빈약하다고 판단했습니다. 즉 현행법과 제도를 보면, 테러행위에 관한 정보의 수집, 분석·배포에서부터 시작하여 테러행위의 예방과 진압, 수사와 처벌을 위하여 국가정보원, 검찰, 경찰 등 다양한 국가기관에 전문적 기능을 부여하고 있을 뿐 아니라, 「통합방위법」 등에 명시한 바처럼, 중대한 테러사태에 대비하여 군을 포함한 국가기관 및 지방자치단체, 경찰, 향토예비군, 민방위대, 직장 등을 포괄한 통합적인 체제를 구축하도록 광범위한 권한을 부여하고 있는 체제를 갖추고 있다는 점을 지적하고 있습니다. 이번 수정안에서 가중처벌의 근거제시 부족으로 원안에 있던 벌칙 규정을 거의 삭제한 것을 보면, 기존 법령으로도 테러방지 대책 및 처벌이 충분히 가능하다는 사실을 법안 입안자 스스로 인정하는 것이라고 볼 수 있을 것입니다.

○ 둘째, 테러방지법안에서 규정한 특수부대 출동 문제는 국민의 기본권 침해 및 위헌 소지가 있다고 판단했습니다. 즉 군통수권자인 대통령에 대한 건의나 국회에 대한 통보조차도 없이 대 테러센터 장인 국가정보원장의 판단에 의해 군의 특수부대 출동을 요청할 수 있도록 하는 것은 위헌의 소지가 있고, 또한 계엄 상태가 아닌 상황에서의 군병력을 동원할 수 있도록 한 것은 위헌의 소지가 있으며, 이로 인한 국민의 기본권 제한 가능성이 높다고 볼 수 있습니다.

○ 셋째, 정보기관인 국가정보원이 군대는 물론 일반 국가기관의 행정에까지 개입할 수 있는 수단을 제공함으로써, 현재 정보 수집·배포 등에 한정돼 있는 국정원의 권한이 크게 강화될 수 있다는 점을 또한 우려하고 있습니다. '테러예방·방지'라는 이름 아래 국가조직체계를 재편함으로써 국가기관간의 견제와 균형을 무시하고 정보기관이 권력을 남용할 소지가 있으므로 이는 민주적 국가기관의 조직과 운영의 원리에 어긋나는 것이라고 판단한 것입니다.

○ 마지막으로, 상당수의 법 조항들이 헌법 및 국제인권법의 기준에 어긋나며, 따라서 인권침해의 소지가 여전히 크다는 점입니다. '테러'의 개념에

아직 국제적인 기준이나 합의가 없는 현재, 테러관련 국제협약 특히 그 중 우리나라가 아직 비준하지 않은 일부 조약의 내용을 법률 용어의 정의로 인용하는 것은 죄형법정주의에 어긋나며, 테러혐의가 있는 외국인의 출입국 규제 규정 등은 외국인 차별 소지가 있다는 점, 그리고 테러에 대한 감청 조항은 국민의 통신의 자유와 비밀을 광범위하게 침해할 가능성이 있다는 점 등을 지적하고 있습니다.

○ 위원회가 문제점을 지적한 조항들을 빼면 이 법안은 제정될 필요성을 상실할 것으로 보입니다. 따라서 위원회로서는 이 법안의 제정에 반대하는 의견을 국회에 표명하고자 합니다.

2003. 10. 22.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

6 집회및시위에관한법률개정안에 대한 의견(2003.11.28.)

국회에서 개정심의중인 집회및시위에관한법률이 헌법과 국제인권법상 보장된 집회의 자유가 기본권 제한의 일반원칙 및 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 위배되어 과도하게 제한하고 있다고 판단하여 의견을 표명한 사례

【결정요지】

장기간의 집회독점을 막기 위한 집회신고 시한의 제한행위는 자유로운 집회의 개최를 침해할 수 있고, 집회목적을 기준으로 금지통고할 수 있도록 하는 것은 집회를 포괄적으로 금지할 수 있기 때문에 그 정당성이 인정되지 않고, 집회장소의 거주자 등이 요청하는 경우 금지통고를 할 수 있는 경우를 보다 엄격히 제한하여야 하며, 질서유지인을 두어도 심각한 교통불편을 야기하는 경우에 집회를 제한하는 것은 집회의 자유를 무력화시킬 수 있기 때문에 최소침해의 원칙에 반할 수 있으며, 소음규제는 집회주최자의 자기결정권을 침해할 수 있는 사항이므로 법률로 정해야 할 것이며, 경찰관의 집회장소에의 출입 및 집회개최자 등에 대한 명령권 부여는 삭제되어야 함.

【주 문】 국가인권위원회는 2003. 11. 19. 제243회 국회 행정자치위원회에서 대안으로 심의된 집회및시위에관한법률 개정안에 국한하여 검토해 본 결과 개정법률안은 헌법과 국제인권법상 보장된 집회의 자유가 기본권제한 일반원칙 및 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 위배되어 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1항의 규정에 따라 다음과 같이 “일부조항에 대하여는 반대하고 일부조항에 대하여는 재고”의 의견을 표명합니다.

1. 개정법률안 제6조제1항은 현행대로 유지하고 추후 장기집회나 위장집회를 방지하기 위한 새로운 대안을 모색해야 하고
2. 개정법률안 제6조제3·4·5항을 “신고서에 기재된 집회

시간전에"라는 문언을 규정하기보다는 "신고서에 기재된 집회시간전이나 집회중 집회의 사유가 소멸한 때"로 개정하고

3. 개정법률안 제8조제1항단서는 삭제해야 하고, 다만 동일단체가 동일목적으로 집회를 할 경우에는 집회금지통고가 가능할 것임.
4. 개정법률안 제8조제3항각호의 "~심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우"를 "~심각한 피해가 발생할 것이 명백하고 현존하는 경우"로 각각 개정하여야 하고
5. 개정법률안 제11조제4호단서의 "외교기관"과 단서 가목의 "외교기관"을 각각 "외교기관이나 외교사절의 숙소"로 개정하여야 하고
6. 개정법률안 제12조제2항단서를 삭제하고
7. 개정법률안 제12조의3의 내용은 "~대통령령이 정하는 소음기준"에 따르고 있으나 각 소음기준에 대하여 대통령령이 아닌 법률로서 규정하여야 할 것이며, 이를 위한 공청회 등의 의견수렴을 거쳐야 할 것이고
8. 개정법률안 제17조제1항을 삭제하고
9. 개정법률안 제18조의2는 수정하여 공정성과 객관성이 담보될 수 있도록 위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한에 대하여 법률로서 정하여야 할 것이라는 의견을 표명합니다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 국회 행정자치위원회 법안심의 의결

국회는 제232회(임시회) 제1차위원회(2002. 7. 19)에서 법안심사소위원회를 구성하고, 제243회(정기회) 제2차 법안심사소위원회(2003.11.18)에서 2001년 11월 31일 박종희의원이 대표발의한 집회및시위에관한법률중개정

법률안, 2003년 5월 29일 박진의원이 대표발의한 집회및시위에관한법률중개정법률안, 2003년 8월 16일 안상수의원이 대표발의한 집회및시위에관한법률중개정법률안, 2003년 8월 21일 박승국의원이 대표발의한 집회및시위에관한법률중개정법률안을 각각 심사한 결과 4개의 법률안을 각각 본회의에 부의하지 아니하기로 하고, 그 내용을 통합·보완하여 제243회국회(정기회) 제12차위원회(2003.11.19)에서 법안심사소위원회의 심사결과를 받아들여 집회및시위에관한법률중개정법률안을 위원회 대안으로 심사·의결하였습니다.

2. 인권관련 법령

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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 "인권에 관한 법령안"에 해당하여 다음과 같이 집회및시위에관한법률 개정안에 대하여 다음과 같이 검토하였습니다.

Ⅱ. 검토·분석의 기준

1. 헌법규정

헌법 제21조제1항에서는 집단적 표현의 자유로써 집회와 결사의 자유를 보장하도록 규정하고 있고, 헌법 제21조제2항에서는 집회와 결사의 허가제를 금지하고 있습니다.

2. 국제인권법규정

국제인권선언 제20조는 "1. 모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다. 2. 어느 누구도 어떤 결사에 소속될 것을 강요받지 아니한다"고 규정하고 있고, 시민적·정치적권리에관한국제규약(B규약) 제 제21조는 "평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법

률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다"고 규정하고 있으며, 인권및기본적자유의보호에관한유럽규약 제11조제1항은 "모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다"고 규정하고 있습니다.

3. 집회의 자유에 대한 제한 원리

위와 같은 헌법규정과 국제인권법의 규정에 따라 형성되는 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 법익형량이론, 명백하고 현존하는 위험의 원칙 등에 따라 개정법률안을 검토하면 다음과 같습니다.

Ⅲ. 개정법률안 개별조항에 대한 검토의견

1. 개정법률안 제6조제1항(집회신고기간의 보충)

가. 개정법률안의 내용

개정법률안 제6조(옥외집회 및 시위의 신고 등) ①옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업과 연사의 주소·성명·직업·연제, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 360시간(15일)전부터 48시간전에 관할경찰관서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할지방경찰청장에게 제출하여야 하고 2이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

나. 검토의견

○ 개정법률안 제6조제1항은 기본적으로 그동안 문제가 되었던 장기간의 집회독점과 위장집회를 방지하기 위하여 "옥외집회 또는 시위의 360시간

(15일)전부터 48시간 전”에 제출하도록 규정하고 있습니다.

○ 하지만 집회신고서 제출시한의 최대시간 제한은 문제의 본질을 잘못 접근한 것으로서, 집회개최 신고서를 언제 제출할 것인지의 문제는 원칙적으로 집회개최자의 자기결정권에 맡겨 두어야 하고 집회개최신고서 제출의 최대시간을 설정할 경우, 집회개최자의 다양한 개별적 사정들이 도외시될 수 있으며 그럴 경우 그것이 도리어 자유로운 집회의 개최를 침해하는 결과를 초래하게 될 것이므로, 현행대로 유지하고 장기집회나 위장집회를 방지하기 위한 새로운 대안을 모색해야 할 것입니다.

2. 개정법률안 제6조제3·4·5항(미개최집회의 통지의무 신설)

가. 개정법률안의 내용

개정법률안 제6조(옥외집회 및 시위의 신고 등) ③제1항의 규정에 의하여 신고한 옥외집회 또는 시위를 아니하고자 하는 경우에는 신고서에 기재된 집회시간전에 관할경찰관서장에게 통지하여야 한다.

④제3항의 규정에 의하여 취소통지를 받은 관할경찰관서장은 그 옥외집회 또는 시위와 경합됨을 이유로 제8조제2항의 규정에 의하여 금지통고된 집회 및 시위가 있는 경우에는 그 금지통고를 받은 주최자에게 이 사실을 즉시 통지하여야 한다.

⑤제4항의 규정에 의하여 통지를 받은 주최자는 그 금지통고된 집회 및 시위를 최초에 신고한 대로 개최할 수 있다. 다만, 금지통고 등으로 인하여 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로이 정하여 집회 또는 시위의 24시간전에 관할 경찰관서장에게 신고함으로써 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

나. 검토의견

○ 개정법률안 제6조제3항·제4항·제5항은 집회 및 시위의 취소에 따른 절차를 보완하기 위해, 신고된 옥외집회 및 시위를 개최하지 않을 경우 관할경찰관서장에게 취소통지하도록 하고, 동 집회 및 시위와 경합됨을 이유로 금지통고를 받은 주최자는 최초에 신고한 대로 집회 및 시위를 개최할 수 있도록 규정하고 있습니다.

○ 하지만 집회가 진행되어 집회완료일 이전에 집회가 소멸됐을 경우, 집회시간 전이 아니기 때문에 관할경찰관서장에게 통지할 수 없고 집회소멸

사유가 발생한 때부터 집행완료시까지는 누구도 집회를 할 수 없게 되기 때문에, “신고서에 기재된 집회시간 전에”라는 문구를 명시하기보다는 “신고서에 기재된 집회시간 전이나 집회중 집회의 사유가 소멸한 때”로 규정하는 것이 타당합니다.

3. 개정법률안 제8조제1항단서 (폭력적인 집회와 같은 목적의 집회에 대한 금지통고 규정 신설)

가. 개정법률안의 내용

제8조(집회 또는 시위의 금지 또는 제한통고) ①제6조제1항의 규정에 의한 신고서를 접수한 관할 경찰관서장은 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 때로부터 48시간이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있다. 다만, 이미 진행중인 집회라도 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래한 경우에는 남은 기간의 당해 집회·시위와 동일 목적의 다른 집회·시위에 대하여 금지통고 할 수 있다.

나. 검토의견

○ 현행법 제18조제1항제1호, 제5조제1항제2호에서는 폭력적인 집회를 금지하고, 또 해산사유로 하고 있습니다.

○ 개정법률안 제8조제1항단서에 따르면, 집회 또는 시위가 집단적 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래할 경우에는, 금지통고를 하도록 하여 폭력적인 집회를 예방하려는 의지를 법제화하고 있습니다.

○ 하지만 이는 현행법 제18조제1항제1호, 제5조제1항제2호에 의하여 금지되는 집회인 경우로서, 관할경찰관서장은 자진해산을 요청하고 이에 응하지 않는 경우에 해산을 명할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 개정해야 할 필요성이 없다. 또한 개정법률안은 동일한 목적의 다른 집회 및 시위를 금지통고할 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 타당성이 없습니다.

○ 집회신고자가 아직까지 어떠한 공공에 위해한 행위를 하지 않았음에

도 집회의 목적을 기준으로 금지통고를 하는 것은, 모든 집회를 예방적·포괄적으로 금지하는 것으로 제한목적의 정당성이 인정되지 않은 것으로 이는 헌법 제21조(집회의 자유)를 침해하는 것입니다. 따라서 개정법률안 제8조제1항단서가 삭제되어야 하고, 다만 동일단체가 동일목적으로 집회를 할 경우에는 집회를 금지하는 것이 가능할 것입니다.

4. 개정법률안 제8조제3항(주거지역 등 주변에서의 집회 금지·제한 통고)

가. 개정법률안의 내용

제8조 ③제6조제1항의 신고서에 기재된 장소가 다음 각호의 1에 해당하는 경우로서 그 거주자 또는 관리자가 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지·제한을 통고할 수 있다. 제1항은 집회 또는 시위의 금지통고에 대하여 이를 준용한다.

1. 타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소로서 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우

2. 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 학교시설 주변으로서 그 시설이나 학습권에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우

3. 군사시설보호법 제2조 및 제18조의 규정에 의한 군사시설 주변으로서 그 시설이나 군작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우

나. 검토의견

○ 개정법률안 제8조제3항은 학교시설이나 군사시설 주변에서의 집회·시위로 인한 피해를 방지하기 위하여 신고서에 기재된 집회장소가 초·중등교육법 제2조에서 규정한 학교시설, 군사시설보호법 제2조 및 제18조의 규정에 의한 군사시설 주변으로서 그 시설 등에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우로서 그 거주자 또는 관리자가 시설 등의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지·제한을 통고할 수 있도록 규정하고 있습니다.

○ 그 동안 특히 집회로 인하여 정상적인 학교교육이 장애를 받고, 또 한총련의 미군부대기습시위를 계기로 군사시설주변에서의 집회를 금지하여야 한다는 의견을 반영한 입법입니다.

○ 이와 같은 규정은 명확성의 원칙과 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 위배되기 때문에, 각호의 “심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우”를

“심각한 피해가 발생할 것이 명백하고 현존하는 경우”로 각각 변경해야 합니다.

5. 개정법률안 제11조(집회금지장소에 대한 개정규정)

가. 개정법률안의 내용

제11조(옥외집회 및 시위의 금지장소) 누구든지 다음 각호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소
2. 대통령공관, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관
3. 국무총리공관. 다만, 행진의 경우는 예외로 한다.
4. 국내주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우로서 외교기관의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 명백히 인정되는 때에는 예외로 한다

가. 당해 외교기관을 대상으로 하지 아니하는 경우
나. 대규모 시위로 확산될 우려가 없는 경우
다. 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최되는 경우

나. 검토의견

○ 개정법률안 제11조제4호는 외교기관주변 집회·시위의 전면적인 금지가 위헌이라는 헌법재판소 결정(2003.10.30 선고, 2000헌바67, 2000헌바83(병합))취지를 고려하여 당해 외교기관을 대상으로 하지 아니하거나, 대규모 시위로 확산될 우려가 없는 경우, 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최되는 경우로서 당해 외교기관의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 명백히 인정되는 때에는 예외적으로 집회·시위를 허용하는 규정입니다.

○ 그러나 다른 한편 외교기관이나 외교사절의 숙소에서는 여전히 집회를 원칙적으로 금지하는 규정을 신설하였고, 이는 외교관계의 존중이라는 목적을 갖는다고 볼 수 있습니다.

○ 또한 “외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최되는” 집회로서 “외교기관의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 명백히 인정되는 때”에는 집회가 가능하게 되는데, 각호규정에 외교사절의 숙소는 각목의 1에 해당되지

않기 때문에 외교기관의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 명백히 인정된다 하더라도 집회가 불가능하게 되므로 과잉금지원칙에 반하기 때문에, 개정안 제11조제4호 단서의 “외교기관”과 단서 가목의 “외교기관”을 각각 “외교기관이나 외교사절의 숙소”로 변경해야 합니다.

6. 개정법률안 제12조제2항(교통소통을 위한 집회규제규정 보충)

가. 개정법률안의 내용

제12조(교통소통을 위한 제한) ①관할경찰관서장은 대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통소통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이를 금지하거나 교통질서유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다.

②집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항의 규정에 위한 금지를 할 수 없다. 다만, 제1항의 규정에 의한 도로에서 질서유지인을 두는 경우에도 당해 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 것이 예상되는 때에는 그러하지 아니하다.

나. 검토의견

○ 개정법률안 제12조제1항은 집회로부터 원활한 교통소통을 목적으로 하고, 이를 위하여 질서유지인을 두는 경우에도 교통소통에 장애를 주어 심각한 교통불편을 야기할 경우에는 행진을 금지할 수 있도록 규정하고 있습니다.

○ 행진으로 인한 심각한 교통소통장애 등을 방지하기 위하여 고속도로 등 주요도로에서 질서유지인을 두고 행진한 경우에도 당해 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 것이 예상되는 때에는 이를 금지할 수 있도록 한 개정법률안 제12조제1항은 교통소통을 위해 집회를 금지할 수 있는 원칙이고, 제2항 본문은 심각한 교통불편을 줄 것이 예상되더라도 질서유지인을 두고 있는 경우는 금지할 수 없도록 한 예외규정이며, 제2항 단서는 질서유지인을 두는 경우에도 교통소통의 심각한 장애가 예상되는 경우를 예외로 둠으로써 제2항 본문의 내용을 무력화하고 있는데, 이는 원활한 교통소통을 위하여 집회의 자유를 제한한다 하더

라도 그 피해가 최소한에 그쳐야 하는데 집회의 자유가 사실상 무력화되었다면, 헌법 제37조제2항의 최소침해의 원칙에 반한다고 할 수 있기 때문에 단서 내용을 삭제해야 할 것입니다.

7. 개정법률안 제12조의3(소음규제 규정신설)

가. 개정법률안의 내용

제12조의3(확성기 등 사용의 제한) ①집회 또는 시위의 주최자는 확성기·북·징·꽹과리 등 기계·기구의 사용으로 대통령령이 정하는 소음기준을 위반하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주어서는 아니된다.

②관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항의 규정에 의한 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 적정 수준의 소음 유지 또는 확성기 등의 사용중지를 명하거나 이를 위하여 필요한 조치를 할 수 있다.

제21조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

1.~4. (생 략)

5. 제12조의3제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해 또는 기피한 자

나. 검토의견

○ 집회주최자가 확성기 등을 사용하여 지나치게 높은 소음을 유발하고, 이 때문에 공공의 안녕질서에 피해를 방지하고자, 소음기준을 대통령령에 위임하고 있고, 적정수준을 넘는 경우 확성기 등의 사용중지등의 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있습니다.

○ 소음으로 인한 시민들의 피해를 방지하기 위하여 집회 또는 시위의 주최자가 확성기 등 기계·기구의 사용으로 대통령령이 정하는 소음기준을 위반하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우 적정수준의 소음유지 또는 확성기 등의 사용중지를 명하거나 필요한 조치를 할 수 있도록 한 개정법률안 제12조의3 및 개정법률안 제12조의3제2항을 위반할 시 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하게 된다면, 집회 또는 시위에 있어서 의사표현의 수단을 선택할 수 있는 집회주체자의

자기결정권을 침해한 것입니다.

○ 또한 집회의 자유는 공공의 안녕질서와 직접적으로 심각하게 충돌을 일으켜 또 다른 법익침해를 초래한 경우, 헌법 제37조제2항에 따라 법률로서 제한할 수 있으나, 개정법률안은 소음기준에 관한 모든 것을 대통령령에 위임해 두고 있는 것은 사실상 집회의 자유를 제한하여 무력화 하고 있습니다.

○ 따라서 개정법률안 제12조의3의 내용은 “대통령령이 정하는 소음기준”에 따르고 있으나, 각 소음기준은 대통령령이 아닌 법률로서 규정해야 할 것이고 이를 위해 공청회 등의 의견수렴 절차를 거쳐야 할 것입니다.

8. 개정법률안 제17조제1항(사복경찰관의 집회출입)

가. 개정법률안의 내용

제17조(경찰관의 출입) ①경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 출입할 수 있고, 질서유지를 위하여 주최자 및 참가자에게 필요한 지시를 할 수 있다. 다만, 옥내집회장소에의 출입은 직무수행에 있어서 긴급성이 있는 경우에 한한다.

나. 검토의견

○ 현행법은 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 “…정복을 착용하고 출입할 수 있다”에서 개정법률안은 “…출입할 수 있고, 질서유지를 위하여 주최자 및 참가자에게 필요한 지시를 할 수 있다”로 규정하여, 사복경찰관을 포함한 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 당해 현장에 출입할 수 있도록 하고 있습니다.

○ 사복경찰관을 포함한 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 당해 현장에 출입할 수 있도록 한 개정법률안 제17조제1항에 따르면, 경찰관의 경우 사복을 입고도 집회 또는 시위의 현장에 출입할 수 있게 함으로써 집회의 자유에 대해 그 침해의 정도를 높이고 있으며, 개정안은 집회의 자유와는 전혀 양립되지 않는 집회개최자 또는 집회참여자에 대한 명령권(그것도 어떠한 경우에 어떠한 조건하에 명령이 가능한지 전혀 구체화되어 있지 않은 포괄적 명령권)을 국가권력에 부여하고 있습니다. 이는 최소침해의 원칙에 반하기 때문에 삭제해야 합니다.

9. 개정법률안 제18조의2(자문위원회의 구성)

가. 개정법률안의 내용

제18조의2(집회시위 자문위원회) ①집회 및 시위의 권리와 공공의 안녕질서가 조화되도록 하기 위하여 각급경찰관서에 다음 각호의 사항에 관한 자문 등을 하는 집회시위 자문위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)를 둘 수 있다.

1. 제8조의 규정에 의한 집회 및 시위의 금지 또는 제한통고에 대한 자문
2. 제9조제2항의 규정에 의한 이의신청에 대한 재결에 대한 자문
3. 집회 및 시위과정에서 주최자·질서유지인 및 참가자에 대한 관련 법규의 준수 촉구
4. 집회 및 시위가 끝난 후의 평가
5. 그 밖에 집회 및 시위 업무의 처리와 관련하여 객관성과 공정성 및 신뢰성을 유지하기 위하여 필요한 사항

②위원회는 위원장 1인을 포함한 5인 이상 7인 이하의 위원으로 구성한다.

③위원장 및 위원은 시민단체 등에서 추천하는 사람, 변호사·교수와 관계전문가 등 가운데 각급경찰관서장이 전문성 및 공정성 등을 고려하여 위촉하는 사람이 된다.

④그 밖에 위원회의 구성과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나. 검토의견

○ 개정법률안 제18조의2의 집회시위 자문위원회는 경찰관서에 의한 집회의 위헌·위법적인 제한과 방해를 예방·교정하고, 집회주최자와 집회참여자를 공공의 안녕질서와의 조화로운 집회에로 유도하는 바람직한 기구설립의 목적을 가지고 있습니다.

○ 자문위원회의 구성은 위원장 1인을 포함한 5인 이상 7인 이하의 위원으로 하고, 위원장 및 위원은 시민단체 등에서 추천하는 사람, 변호사·교수와 관계전문가 등 가운데 각급경찰관서장이 전문성 및 공정성 등을 고려하여 위촉하는 사람으로 하고 있고, 그 밖에 위원회의 구성과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고 있습니다.

○ 집회 및 시위의 금지 또는 제한통고에 대한 자문 등의 업무를 수행하

기 위하여 각급경찰관서에 시민단체 등에서 추천하는 사람 등으로 구성된 집회 및 시위 자문위원회를 설치하도록 한 개정법률안 제18조의2에 대해, 개정안을 수정하여 자문위원회가 공정성과 객관성이 담보될 수 있도록 자문위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한을 법률로서 정해야 합니다.

Ⅳ. 결 론

따라서 국가인권위원회는 2003. 11. 19. 제243회 국회 행정자치위원회에서 대안으로 심의된 집회및시위에관한법률 개정안에 국한하여 검토해 본 결과 개정법률안은 헌법과 국제인권법상 보장된 집회의 자유가 기본권제한 일반원칙 및 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 위배되어 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1항의 규정에 따라 다음과 같이 “일부조항에 대하여는 반대하고 일부조항에 대하여는 재고”의 의견을 표명합니다.

1. 개정법률안 제6조제1항은 현행대로 유지하고 추후 장기집회나 위장집회를 방지하기 위한 새로운 대안을 모색해야 하고

2. 개정법률안 제6조제3·4·5항을 “신고서에 기재된 집회시간전에”라는 문언을 규정하기보다는 “신고서에 기재된 집회시간전이나 집회중 집회의 사유가 소멸한 때”로 개정하고

3. 개정법률안 제8조제1항단서는 삭제해야 하고, 다만 동일단체가 동일목적으로 집회를 할 경우에는 집회금지통고가 가능할 것임.

4. 개정법률안 제8조제3항각호의 “~심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우”를 “~심각한 피해가 발생할 것이 명백하고 현존하는 경우”로 각각 개정하여야 하고

5. 개정법률안 제11조제4호단서의 “외교기관”과 단서 가목의 “외교기관”을 각각 “외교기관이나 외교사절의 숙소”로 개정하여야 하고

6. 개정법률안 제12조제2항단서를 삭제하고

7. 개정법률안 제12조의3의 내용은 “~대통령령이 정하는 소음기준”에 따르고 있으나 각 소음기준에 대하여 대통령령이 아닌 법률로서 규정하여야 할 것이며, 이를 위한 공청회 등의 의견수렴을 거쳐야 할 것이고

8. 개정법률안 제17조제1항을 삭제하고

9. 개정법률안 제18조의2는 수정하여 공정성과 객관성이 담보될 수 있도록 위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한에 대하여 법률로서 정하여야 할 것이라는 의견을 표명합니다.

2003. 11. 28.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

7 정치관계법(공직선거및선거부정방지법, 정치자금에관한법률, 정당법) 개정에 대한 의견(2004.2.16.)

[1] 공직선거및선거부정방지법중개정법률안 중 인터넷 언론사의 선거게시판 등에 실명인증제는 도입되지 말아야 하고,

[2] 공직선거및선거부정방지법상 현재의 선거권 부여 연령 20세는 선거권 허용 하한연령의 국제적 추세, 우리 사회의 정치·경제·사회·문화적 발전 정도와 향상된 국민의식에 부합하지 않으므로 사회적 합의를 통하여 적절하게 하향 조정되어야 하며,

[3] 공직선거및선거부정방지법, 정치자금에관한법률의 선거운동의 금지·후원회 설치·기탁금 등 현행의 규정은 신진 정치인이 국회에 진출할 수 있는 기회를 충분히 보장할 수 있도록 개정되어야 하며,

[4] 공직선거및선거부정방지법 및 정당법에서 다원화된 우리 사회의 제 문제들을 다양한 시각에서 조정·통합하는 역할을 담당할 수 있도록 정당의 선거후보자 선출과정 등에 여성을 비롯한 장애인 등 다양한 계층의 대표성이 실질적으로 확보될 수 있는 제도가 마련되어야 한다고 권고한 사례

【결정요지】

[1] 인터넷 언론사 선거게시판 실명제(공직선거및선거부정방지법중개정법률안 제82조의6)는 선거게시판에 의견을 게시하고자 하는 모든 국민을 허위정보 및 타인에 대한 비방을 유포하는 자라는 사전적인 예단을 전제로 하는 것으로, 사전검열에 해당하며 익명성에서 기인하는 인터넷상의 표현의 자유와 여론형성의 권리를 제한하여, 세계인권선언 제19조와 헌법 제21조의 표현의 자유에 반하고, 또한 개인정보가 본래의 수집 목적에서 벗어나 개인의 의사와 관계없이 광범위하게 이용될 수 있다는 점에서 헌법 제17조의 개인의 자기정보 관리 통제권을 침해할 우려가 있으며, 헌법 제37조의 국민의 기본권 제한의 원칙에도 어긋나고,

[2] 20세부터 선거권을 부여하는 것이 입법재량권의 영역이고 위헌에까지

이르지는 않는다고 하더라도 선거연령을 현행보다는 하향하는 것이 국민의 참정권을 비롯한 기본적 인권수준을 향상시켜야 한다는 당위성뿐만 아니라 아동권리협약, 외국의 입법례, 다른 법령과의 형평성에 비추어 타당하고, 우리 사회의 정치・경제・사회・문화적 발전 정도와 향상된 국민의식에 부합하기 때문에 사회적 합의를 통하여 적절하게 하향 조정되어야 하고,

[3] 선거운동의 포괄적 금지, 후원회 설치 및 기탁금 기준(공직선거및선거부정방지법 제56조, 제59조, 제111조, 제141조, 정치자금에관한법률제5조 및 제6조의 3) 등 신진 정치인들에 대한 높은 진입장벽은 모든 시민이 평등 조건하에서 자국의 공무에 취임할 동등한 권리를 인정한 세계인권선언 제21조와 시민적・정치적권리에관한국제규약 제25조에 부합된다고 보기 어렵고, 우리 헌법 제11조의 평등권, 제24조의 선거권, 제25조의 공무담임권, 제41조와 제67조의 보통・평등・직접・비밀・자유선거의 원칙과 헌법 제10조의 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무에 어긋나는 것이므로 신진 정치인이 국회에 진출할 수 있는 기회를 충분히 보장할 수 있도록 개정되어야 하고,

[4] 세계인권선언 제21조는 국민의 의사는 정부의 권위의 기초가 된다는 점을, 우리 헌법 제1조는 대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 점에서 진정한 국민주권의 실현을 위해서는 정당이나 국회 등 공적인 정치공간에서 다양한 계층의 대표성이 확보(공직선거및선거부정방지법 제47조 및 정당법 제31조)될 수 있도록 정당의 선거후보자 선출과정 등에 여성을 비롯한 장애인 등 다양한 계층의 대표성이 확보되어야 함.

【참조조문】 헌법 제1조, 제10조, 제11조, 제17조, 제21조, 제24조, 제25조, 제37조, 제41조, 제67조, 제118조, 공직선거및부정방지법 제1조, 정당법 제1조, 정치자금에관한법률 제1조, 세계인권선언 제7조, 제19조, 제21조, 경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약 제1조, 시민적・정치적권리에관한국제규약 제25조, 아동의권리에관한 협약 제1조, 여성에대한모든형태의차별철폐에관한협약 제3조, 제7조

【주 문】 국가인권위원회는 현행의 공직선거및선거부정방지법, 정당법, 정치자금에관한법률 및 국회 정치개혁특별위원회의 관련 개정안을 검토한 결과, 일부 조항이 국제인권법과 헌법상 보장된 평등권, 표현의 자유, 참정권과 공무담임권 등 기본권을 침해할 우려가 있고, 참정권과 공무담임권을 비롯한 정치적 기본권의 수준을 향상시키기 위해 개선이 필요하다고 판단되어, 국가인권위원회법 제19조제1항의 규정에 따라 아래와 같이 국회에 의견을 표명합니다.

1. 공직선거및선거부정방지법중개정법률안 제82조의 6과 관련하여 인터넷 언론사의 선거게시판 등에 실명인증제는 도입되지 말아야 합니다.
1. 공직선거및선거부정방지법 제15조와 관련하여, 현재의 선거권 부여 연령 20세는 선거권 허용 하한연령의 국제적 추세, 우리 사회의 정치·경제·사회·문화적 발전 정도와 향상된 국민의식에 부합하지 않으므로 사회적 합의를 통하여 적절하게 하향 조정되어야 합니다.
1. 공직선거및선거부정방지법 제56조, 제59조, 제111조, 제141조, 정치자금에관한법률 제5조 및 제6조의 3 등과 관련하여, 선거운동의 금지·후원회 설치·기탁금 등 현행의 규정은 신진 정치인이 국회에 진출할 수 있는 기회를 충분히 보장할 수 있도록 개정되어야 합니다.
1. 공직선거및선거부정방지법 제47조 및 정당법 제31조와 관련하여, 현행 정당과 국회가 다원화된 우리 사회의 제 문제들을 다양한 시각에서 조정·통합하는 역할을 담당할 수 있도록 정당의 선거후보자 선출과정 등에 여성을 비롯한 장애인 등 다양한 계층의 대표성이 실질적으로 확보될 수 있는 제도가 마련되어야 합니다.

【이 유】

1. 검토의 배경

○ 2003. 6. 19. 2004년 총선출마 예정자 124명이 공직선거및선거부정방

지법, 정당법, 정치자금에관한법률(이하 정치관계법)이 참정권 등 기본적 인권의 보호와 그 수준 향상을 위해 정치관계법의 개정을 권고해 달라는 취지로 진정을 제기하였습니다.

○ 2004. 2. 2. ○○○○○○○○○○○○○○공동대책위원회와 같은 달 11일과 12일 ○○○○는 선거게시판 실명제에 대하여 우리 위원회에 의견표명을 요청하였습니다.

○ 국가인권위원회법 제1조는 설립목적으로 '모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지한다'고 규정하고 있고,

○ 국가인권위원회법 제19조는 '인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견표명을 국가인권위원회의 업무'로 규정하고 있으며

○ 참정권과 공무담임권을 비롯한 시민적·정치적 권리는 그 자체가 인권의 고유한 내용이며 인권의 보편적 실현과 향상을 위해서는 실질적인 민주주의의 확립이 전제되어야 하므로

○ 우리 위원회에서는 정치관계법 및 그 개정안에 대하여 다음과 같이 검토하게 되었습니다.

2. 검토의 기준

가. 국제기준

○ 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)

제7조 모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언을 위반하는 어떠한 차별에 대하여도, 또한 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다.

제19조 모든 사람은 의견과 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 간섭받지 않고 의견을 가질 자유와 모든 매체를 통하여 국경에 관계없이 정보와 사상을 추구하고 접수하고 전달하는 자유를 포함한다

제21조 1. 모든 사람은 직접 또는 자유롭게 선출된 대표를 통하여 자국의 통치에 참여할 권리를 가진다.

2. 모든 사람은 자국의 공무에 취임할 동등한 권리를 가진다.

3. 국민의 의사는 정부의 권위의 기초가 된다. 이 의사는 보통 및 평등 선거권에 의거하며, 또한 비밀투표 또는 이와 동등한 자유로운 투표절차에 따라 실시되는 정기적이고 진정한 선거를 통하여 표현된다.

○ 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

제1조 1. 모든 인민은 자결권을 가진다. 이 권리에 기초하여 모든 인민은 그들의 정치적 지위를 자유로이 결정하고, 또한 그들의 경제적·사회적·문화적 발전을 자유로이 추구한다.

○ 시민적·정치적권리에관한국제규약

The Inter-national Covenant on Civil and Political Rights

제25조 모든 시민은 제2조에 규정하는 어떠한 차별이나 또는 불합리한 제한도 받지 아니하고 다음의 권리 및 기회를 가진다.

(a) 직접 또는 자유로이 선출한 대표자를 통하여 정치에 참여하는 것

(b) 보통·평등 선거권에 따라 비밀투표에 의하여 행하여지고, 선거인의 의사의 자유로운 표명을 보장하는 진정한 정기적 선거에서 투표하거나 피선되는 것

(c) 일반적인 평등조건하에 자국의 공무에 취임하는 것

○ 아동의 권리에 관한 협약

제1조 이 협약의 목적 상, 아동이라 함은 아동에게 적용되는 법에 의하여 보다 조기에 성인 연령에 달하지 아니하는 한 18세 미만의 모든 사람을 말한다.

○ 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약

제3조 당사국은 여성이 남성과 동등하게 인권과 기본적 자유를 행사하고 향유하는 것을 보장하기 위한 목적으로 모든 분야, 특히 정치적·사회적·경제적 및 문화적 분야에서 여성의 완전한 발전 및 진보를 확보해 줄 수 있는 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

제7조 당사국은 국가의 정치적 및 공적 생활에서 여성에 대한 차별을 철폐하기 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 하며 특히 남성과 동등한 조건으로 다음의 권리를 여성에게 확보하여야 한다.

(a)모든 선거 및 국민투표에서의 투표권 및 선거에 의해 선출되는 모든 공공기구에의 피선거권

(b)정부정책의 입안 및 동 정책의 시행에 참여하며 공직에 봉직하여 정부의 모든 직급에서 공공직능을 수행할 권리

(c)국가의 공적, 정치적 생활과 관련된 비정구기구 및 단체에 참여할 권리

나. 헌법

○ 헌법 제1조(국호・정체・국체・주체), 제10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장), 제11조(평등권, 특수계급제도의 부인, 영전의 효력), 제17조(사생할의 비밀과 자유), 제21조(언론・출판・집회・결사의 자유), 제24조(선거권), 제25조(공무담임권), 제37조(국민의 자유와 권리의 존중・제한) , 제41조(국회의 구성), 제67조(대통령의 선거, 피선거권), 제118조(지방자치단체의 조직・운영) 등

다. 정치관계법

○ 공직선거및선거부정방지법

제1조 이 법은 헌법과지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

○ 정당법

제1조 이 법은 정당이 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 확보하고 정당의 민주적인 조직과 활동을 보장함으로써 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

○ 정치자금에관한법률

제1조 이 법은 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출상황을 공개함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

라. 국가인권위원회법

○ 제1조 이 법은 국가인권위원회를 설립하여 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.

○ 제2조 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입・비

준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

3. 검토

가. 인터넷 언론사 선거게시판의 실명인증제 도입

○ 국회 현행 정치개혁특별위원회는 공직선거및선거부정방지법에 82조의 6을 신설하여 인터넷언론사 게시판·대화방의 실명확인 제도를 도입할 계획입니다.

○ 구체적으로 △인터넷언론사는 당해 인터넷사이트의 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견게시를 할 수 있도록 해야 하며, △의견게시자의 성명과 주민등록번호의 확인은 행정자치부장관과 신용정보업자가 인터넷언론사가 요청할 경우 해주되 △인터넷 언론사는 실명확인에 필요한 기술적 조치를 취해야 함을 강제사항으로 규정한다는 것입니다.

○ 위의 인터넷 언론사는 △정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제고하거나 매개하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자와 △이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자로서 그 범위가 매우 광범위합니다.

○ 인터넷 선거게시판 실명제 도입목적은 인터넷을 통한 선거운동과 정책홍보, 유권자의 선거에 대한 자유로운 의견표시를 활성화하되, 이 게시판을 통하여 허위정보나 근거 없는 비방의 게시와 유통이라는 부작용이 발생하는 것을 예방하기 위한 것입니다.

○ 인터넷이라는 매체는 개인의 표현의 자유 확대에 기여할 뿐만 아니라 정치의 공론의 장에서 유권자가 토론과 설득의 민주적 의사결정 과정에 능동적으로 참여할 수 있는 보다 확장된 공간을 허용함으로써 국민의 정치적 권리 실현에도 기여하고 있습니다.

○ 한편, 인터넷상에서의 이와 같은 표현의 자유와 여론형성 참여의 권리는 인터넷의 접근성과 익명성이라는 열린 구조에서 기인하며, 헌법 제21조는 표현의 자유를 보장하기 위하여 허가나 검열을 부인하고 있습니다.

○ 그러나 인터넷 언론사 선거게시판 실명제는 선거게시판에 의견을 게시하고자 하는 모든 국민을 허위정보 및 타인에 대한 비방을 유포하는 자라는 사전적인 예단을 전제로 하는 것으로, 명백한 사전검열에 해당하며 익명성에서 기인하는 인터넷상의 표현의 자유와 여론형성의 권리를 제한하여, 세계인권선언 제19조와 헌법 제21조의 표현의 자유에 반하고

○ 개인정보가 본래의 수집 목적에서 벗어나 개인의 의사와 관계없이 광범위하게 이용될 수 있다는 점에서 헌법 제17조의 개인의 자기정보 관리 통제권을 침해할 우려가 있으며,

○ 다음과 같이 헌법 제37조의 국민의 기본권 제한의 원칙에도 어긋납니다.

- 인터넷 실명제의 목적이 근거 없는 비방이나 흑색선전을 방지하고 선거범죄를 억지하는데 있다 할지라도 범죄적 목적을 가지고 타인의 주민등록번호를 사용하는 경우를 구별해 낼 수 없어 기본권 제한의 원칙인 도입목적의 적합성에 부합하지 않고

- 중앙선거관리위원회가 선거게시판 감시활동을 통하여 불법게시물에 대한 검색과 그에 대한 대응활동을 하고 있고, 불법적인 정보게시와 유통에 대하여는 현행의 법체계로서 사후적으로 처벌이 가능하며 현재의 기술적 수준에서 개인정보를 침해하지 않는 범위 내에서 사후적으로 네티즌 신원을 확인할 방식을 모색할 수 있으므로 최소침해의 원칙에 위배되며

- 실명인증제를 도입해야 하는 대상도 특정 인터넷 언론사만이 아니라 언론의 기능을 담당하는 시민단체나 개인 등 선거게시판을 운영하는 광범위한 다수로서 그 정의가 불분명하여 명확성의 원칙에도 위배됩니다.

○ 인터넷이라는 매체는 개인의 표현의 자유 확대에 기여할 뿐만 아니라 국민의 정치적 권리 실현에도 기여하고 있으므로, 국가는 규제나 검열 대신 이러한 기본권의 확대를 위해 적극적으로 지원하고 보호하는 역할을 담당해야 할 것입니다.

○ 따라서 인터넷 언론사의 실명인증제는 도입되지 말아야 합니다.

나. 선거연령의 하향조정

○ 공직선거및선거부정방지법 제15조는 대통령 및 국회의원의 선거권을 20세 이상의 국민에게만 허용하고 있습니다.

○ '아동의 권리에 관한 협약(Convetion on the Rights of the Child)'은 아동을 18세 미만의 자로 규정하고 있어, 18세 이상의 경우 국제인권 협약

상으로도 성인으로 취급되고 있습니다.

○ 오늘날 미국, 캐나다, 프랑스, 호주, 독일, 영국, 중국, 인도, 필리핀 등 100개국이 18세의 자에게 선거권을 부여하고 있습니다.

○ 또한 현재의 선거연령은 국내의 다른 법령과의 형평성 문제도 있습니다. 병역법 제8조는 18세부터 병역의 의무를 부여하고 있으며, 공무원임용및시험시행규칙 제3조는 8급 및 9급 공무원이나 기능직 7등급이나 8등급 이하의 공무원이 될 수 있는 자격을 부여하고 있습니다. 공무담임권권을 부여 받는 자가 선거권을 가질 수 없다는 것은 참으로 모순적인 것입니다.

○ 선거권연령의 규정은 입법자가 사회·문화적 상황, 국민의 의식과 교육의 수준, 정치적 제도화 등 여러 가지 사항을 종합하여 합리적 수준을 결정하는 것입니다. 그런데, 우리나라의 경우, 선거연령이 20세로 규정된 것은 1960년입니다. 이 연령이 상식적으로 우리 사회의 40여 년간의 변화와 발전을 반영하고 있다고 보기 어렵습니다.

○ 중등 교육을 받은 국민이라면 누구나 정치적 문제에 있어서 스스로 자신의 견해를 가질 수 있게 되고 독자적 판단능력을 가질 수 있음은 헌법재판소도 이미 인정한 바 있습니다. 선거권의 부여는 독자적으로 선거권을 행사할 수 있는 정치적 판단능력이 있는가에 따라 결정될 것이므로 반드시 민법상의 성년의 연령과 일치시킬 필요가 없습니다.

○ 따라서 선거권을 20세까지 부여하는 것이 입법재량권의 영역이고 위헌에까지 이르지는 않는다고 하더라도 선거연령을 현행보다는 하향하는 것이 국민의 참정권을 비롯한 기본적 인권수준을 향상시켜야 한다는 당위성에 비추어 타당합니다.

다. 신인정치인에 대한 공무담임권 확대

○ 공직선거및선거부정방지법 제59조는 과열, 혼탁선거의 방지를 위해 법정선거운동 기간 이외의 사전선거운동을 포괄적으로 제한하고 있으며, 제111조는 선거기간을 제외하고 국회의원의 의정활동 보고를 허용하고 있으며, 제141조는 당원집회는 선거일전 30일부터 금지하고 있습니다.

○ 공직선거및선거부정방지법 제56조는 후보자의 난립을 방지하고 깨끗한 선거를 이룩한다는 취지로 국회의원 선거 시 후보자가 1천 500만원의 기탁금을 납부하도록 규정하고 있습니다.

○ 한편, 정치자금에관한법률률 제5조 및 제6조의 3은 국회의원과 정당

의 시・군・구 지구당에 후원회를 둘 수 있도록 하고, 평상시에는 3억원을 선거 시에는 추가로 3억원을 더 모집할 수 있도록 하고 있습니다.

○ 현행의 규정에 의하면, 신진 정치인들은 공직선거에 출마하는 데 다음과 같은 문제점이 있습니다.

- 먼저, 현역 또는 정당소속 정치인은 의정활동 보고나 당원집회를 통하여 선거운동 기간 전에 유권자에게 자신을 알릴 수 있어 사실상의 선거운동이 가능한 반면, 선거기간 외의 선거운동을 포괄적으로 금지하고 있는 현행법에 의해 신진 정치인들은 유권자에게 자신을 홍보할 기회가 거의 없습니다.

- 둘째, 현역 국회의원의 경우 후원회를 둘 수 있으나 예비 후보자는 후원회를 둘 수 없어 후원회를 통한 선거비용 마련이 불가능 합니다.

- 셋째, 국회의원 선거의 후보자는 입후보시 1천 5백만 원의 기탁금을 예치해야 하므로 어느 정도의 경제적 능력이 있어야만 자유로운 입후보가 가능합니다.

○ 이러한 문제점들은 모든 시민이 평등 조건하에서 자국의 공무에 취임할 동등한 권리를 인정한 세계인권선언 제21조와 시민적・정치적권리에관한국제규약 제25조에 부합된다고 보기 어렵고, 우리 헌법 제11조의 평등권, 제24조의 선거권, 제25조의 공무담임권, 제41조와 제67조의 보통・평등・직접・비밀・자유선거의 원칙과 헌법 제10조의 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무에 어긋나는 것입니다.

○ 헌법재판소(88헌가6)는 국회의원 선거법에 규정하는 선거제도의 여하는 민주주의의 사활의 문제이고 국민의 정치적 생존권에 관계되는 문제이며 자유민주주의의 기본질서와 법치주의를 구현하는 근본이라고 판시한 바 있습니다. 그러므로 선거법의 개정은 국민의 자유와 권리를 확대하는 방향으로 이루어져야 합니다.

○ 헌법이 보장하고 있는 국민의 참정권과 공무담임권을 확대하고 역동적인 민주주의를 실현하기 위해서 모든 국민에게 정치적 출마의 자유와 그 기회를 공정하게 보장해야 하며, 다음과 같은 조건이 허용되어야 합니다.

- 선거후보자들이 유권자들에게 자신을 알릴 수 있는 충분한 기회를 갖을 수 있도록 해야 합니다. 우려되는 과도한 선거운동으로 인한 부작용은 선거비용의 총액이나 구체적으로 문제적인 선거운동의 방법을 금지하는 방법으로 예방될 수 있습니다. 이것은 유권자에게 후보자에 대한 충분한 정보

를 제공하여 올바른 선택을 할 수 있는 기회를 보장한다는 의미이기도 합니다.

- 현역의원이 아닌 예비후보자에 대하여도 일정기간 후원회 설치를 허용해야 하고, 기탁금도 참정권을 제한하지 않는 범위에서 최소화 하도록 개선하는 것이 필요합니다.

라. 다양한 계층의 대표성 확보

○ 공직선거및선거부정방지법 제47조는 정당이 후보자 추천 시 정당법 제31조의 규정에 따라 민주적인 절차에 의할 것과 정당이 비례대표 시·도의원 선거에 후보자를 추천하는 때에는 여성후보자를 추천하도록 규정하고 있습니다.

○ 정당법 제31조는 여성후보를 비례대표전국선거구 국회의원 선거후보자는 100분의 30이상을 추천하도록 하며, 비례대표 선거구 시·도의회 의원 선거후보자는 100분의 50이상을 추천하되 명부 순위에 따라 2인마다 여성 1인이 되도록 하고, 지역구 시·도의회 의원 선거후보자는 100분의 30이상을 추천하도록 규정하고 있습니다.

○ 정당은 사회적 갈등과 균열을 표출하고 대변하며, 공익과 공공선에 대한 경쟁적인 논의와 이슈들을 정책대안으로 조직하는 역할을 하고, 민주주의는 다양한 사회적 이해와 갈등을 정당을 비롯한 정치의 틀 안으로 통합하여 합의를 만들어 간다는 점에서 권위주의와 구별됩니다.

○ 오늘날 우리 사회는 교육, 사회복지, 실업과 고용, 통일과 평화, 사회통합 등의 산적한 문제에 직면해 있습니다. 이러한 문제에 대한 최적의 해결책은 사회를 바라보는 다양한 집단의 시각과 이해가 상호 경쟁 속에서 조정되고 타협될 때 만들어질 수 있을 것입니다.

○ 다양한 이해와 갈등이 합리적인 의사소통의 과정 속에서 합의를 이뤄가는 정치를 이뤄가기 위해서는 다양한 계층의 대표성이 정당이나 국회 등 공적인 정치공간에서 확보되어야 합니다.

○ 세계인권선언 제21조는 국민의 의사는 정부의 권위의 기초가 된다는 점을, 우리 헌법 제1조는 대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 점을 선언하고 있습니다. 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약 제1조는 모든 인민의 자결권과 이 권리에 기초하여 정치적 지위를 자유로이 결정하고 경제적·사회적·문화적 발전을 자유로이 추

구한다는 점을 규정하고 있습니다.

○ 예컨대, 현재와 같이 유권자의 51%인 여성들이 국회에서 5.9%의 대표성을 갖는 현실은 평등권, 행복추구권, 참정권, 공무담임권에 대한 침해일 뿐더러 현재의 정당과 국회의 공정한 대표성에 의문을 갖게 합니다. 장애인 등 다른 사회적 취약계층의 경우에도 마찬가지입니다.

○ 따라서 다양한 계층의 대표성을 확보하기 위해서는 여성을 비롯한 장애인 등의 대표성이 적절히 보장될 수 있도록 하는 제도적 장치가 선거제도와 정당의 지역구 또는 비례대표 후보자 공천과정에 마련되고, 국고보조금의 운용을 통해서 이러한 제도가 정착될 수 있도록 해야 할 것입니다.

4. 결 론

가. 헌법 정신을 구현하기 위한 수단으로서 정치제도와 기본권

○ 헌법의 가장 본질적인 정신은 국민의 기본권 보장입니다. 추상적인 문구로 제시된 헌법 정신에 생명력을 부여하는 것은 국민의 기본권을 실질화시키기 위한 우리 사회의 노력이라고 할 수 있습니다.

○ 이러한 의미에서 헌법재판소는(88헌가6) '권력원리의 분석과 주권이론에 대한 본질적인 통찰과 대책이 없이 인권이나 자유나 평등을 아무리 주장한다 하더라도 그것은 공허한 주장이 되기 일쑤이며, 헌법전상 인권규정이 아무리 풍부히 열거되고 예리한 해석론으로 뒷받침되고 있다 하더라도, 권력이나 주권 자체가 실제로 국민의 것이 되지 아니하는 한 인간의 존엄성과 자유의 침해는 근절되기 어렵다는 것은 역사와 이론이 증명하고 있다' 고 언급한 바 있습니다.

○ 헌법 정신의 실질적 구현을 위한 현실적 제도들 가운데 가장 중요한 것 중의 하나가 정치제도입니다. 정치 제도는 국민의 기본 생활을 규정하고 이를 통해 국민의 권리에 막대한 영향을 미친다는 점에서 헌법상 기본권을 실현하는 실질적 절차와 수단이라는 의미를 갖습니다.

○ 진정의 제기와 의견표명의 요청과 더불어 우리 위원회에서 현행 정치관계법의 개정에 관심을 두어야 할 이유가 바로 여기에 있습니다.

나. 의견

○ 국가인권위원회법 제19조에 의거, 정치관계법을 개정 중인 국회에 대

하여 다음과 같은 의견을 표명합니다.

1. 공직선거및선거부정방지법중개정법률안 제82조의 6과 관련하여 인터넷 언론사 등의 선거게시판에 실명인증제는 도입되지 말아야 합니다.

1. 공직선거및선거부정방지법 제15조와 관련하여, 현재의 선거권 부여 연령 20세는 선거권 허용 하한연령의 국제적 추세, 우리 사회의 정치·경제·사회·문화적 발전 정도와 향상된 국민의식에 부합하지 않으므로 사회적 합의를 통하여 적절하게 하향 조정되어야 합니다.

1. 공직선거및선거부정방지법 제56조, 제59조, 제111조, 제141조, 정치자금에관한법률제5조 및 제6조의 3 등과 관련하여, 선거운동의 금지·후원회 설치·기탁금 등 현행의 규정은 신진 정치인이 국회에 진출할 수 있는 기회를 충분히 보장할 수 있도록 개정되어야 합니다.

1. 공직선거및선거부정방지법 제47조 및 정당법 제31조와 관련하여, 현행 정당과 국회가 다원화된 우리 사회의 제 문제들을 다양한 시각에서 조정·통합하는 역할을 담당할 수 있도록 정당의 선거후보자 선출과정 등에 여성을 비롯한 장애인 등 다양한 계층의 대표성이 실질적으로 확보될 수 있는 제도가 마련되어야 합니다.

2004. 2. 16.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

8 집시법시행령 및 집시법시행규칙중 개정령안에 대한 의견 (2004.4.19)

[1] 집회및시위에관한법률시행령개정령안 내용 중 확성기 등의 소음기준을 법률로 규정하고,
[2] 집회및시위에관한법률시행령개정령안 내용 중 집회·시위 자문위원회의 구성 및 운영에 대하여 법률로 규정할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 집회및시위에관한법률시행령개정령안 제8조의3(확성기등의소음기준)은 위헌성이 명확히 드러나 있는 개정집시법 제12조의3을 근거로 하고 있고, 확성기 등의 사용 중지명령에 위반되거나 필요한 조치를 거부·방해할 경우에 6월이하의 징역 또는 50만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하게 되어 있는 바, 집회의 자유를 제한할 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 근거하여야 하는데 소음기준이 집회의 제한기준이 되므로 소음기준에 대하여 대통령령이 아닌 법률로서 규정하여야 할 것이고, 이를 위한 공청회 등의 의견수렴을 거쳐야 할 것이고,
[2] 집회및시위에관한법률시행령안 제10조(집회·시위 자문위원회의 구성 및 운영 등)는 개정집시법 제18조의2에서 공정성과 객관성을 담보할 수 있도록 규정하지 않으므로 인해 그 신뢰성과 실효성 등 기구 존립의 전제조건들이 갖추어지지 않았기 때문에 위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한에 대하여 법률로 규정하도록 권고한 사례

【참조결정 및 판례】 국가인권위원회 2003. 11. 28.자 집회및시위에관한법률개정안에대한 국가인권위원회의 의견표명 결정

【참조조문】 헌법 제21조, 제37조 제2항, 제75조, 세계인권선언 제20조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제21조, 인권및기본적자유의보호에관한유럽협약 제11조 제1항, 집회및시위에관한법률 제12조의3, 제18조의2, 제21조

【주 문】 2003년 11월 28일 국가인권위원회는 제243회 국회 행정자치위원회에서 심의된 집회및시위에관한법률(이하 '집시법'이라 한다) 개정안에 대하여 의견표명을 하였습니다. 국가인권위원회가 표명한 의견 중 집회신고기간, 집회취소통지, 주요도로행진, 확성기 등 소음기준, 집회·시위 자문위원회 등의 내용은 수용되지 않았고, 폭력시위제한, 사복경찰출입 등의 내용을 수용한 상태로 개정되었습니다. 집시법 개정(2004. 1. 29. 법률 제7123호)에 따라 경찰청은 집시법에서 위임한 확성기 등 소음기준 및 집회·시위 자문위원회의 구체적인 구성·운영 등을 주요내용으로 하는 집시법시행령(안) 및 집시법시행규칙(안)을 마련하고 우리 위원회에 의견을 조회하였습니다.

이에 국가인권위원회는 개정 집시법을 구체화하고 있는 집시법시행령및시행규칙중개정령(안)을 검토한 결과, 지난 2003. 11. 28. 집시법개정안에 대하여 국가인권위원회가 표명하였던 의견 중 수용되지 않은 부분에 대하여 재확인을 하고, 집시법시행령중개정령(안)에 대하여 다음과 같이 의견을 표명합니다.

1. 집시법시행령개정령안 제8조의3(확성기 등의 소음기준)은 위헌성이 명확히 드러나 있는 개정집시법 제12조의3을 근거로 하는 있고, 확성기 등의 사용 중지명령에 위반되거나 필요한 조치를 거부·방해할 경우에 6월이하의 징역 또는 50만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하게 되어 있는 바, 집회의 자유를 제한할 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 근거하여야 하는데 소음기준이 집회의 제한기준이 되므로 소음기준에 대하여 대통령령이 아닌 법률로서 규정하여야 할 것이고, 이를 위한 공청회 등의 의견수렴을 거쳐야 할 것입니다.
2. 집시법시행령안 제10조(집회·시위 자문위원회의 구성 및 운영 등)는 개정집시법 제18조의2에서 공정성과 객관성을 담보할 수 있도록 규정하지 않으므로 인해 그 신뢰성과 실효성 등 기구 존립의 전제조건들이 갖추어지지 않

았기 때문에 위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한에 대하여 법률로 규정하여야 할 것입니다.

※ 단 이 검토는 집시법시행령중개정령(안) 및 집시법시행규칙중개정령(안)에 한정한 것입니다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 집시법 개정과 인권위 의견표명

제243회 국회(정기회) 제12차위원회(2003.11.19)는 법안심사소위원회의 심사결과를 받아들여 집회및시위에관한법률중개정법률안을 위원회 대안으로 심사·의결하였고, 이에 국가인권위원회는 개정안을 검토한 결과 "일부조항에 대하여는 반대, 일부조항에 대하여는 재고"의 의견을 표명(2003. 11. 28.)하였습니다.

국가인권위원회의 의견표명 내용중 폭력시위제한, 사복경찰출입 등 일부를 수용하고, 집회신고기간, 집회취소통지, 주요도로행진, 확성기 등 소음기준, 집회·시위 자문위원회 등의 내용은 수용되지 않은 채, 국회(제244회 임시회) 본회의에 상정되어 표결·통과되었습니다.

2. 집시법시행령·시행규칙에 대한 의견조회 및 입법예고

경찰청에서는 집시법의 개정(2004. 1. 29. 법률 제7123호)에 따라 개정 집시법에서 위임한 확성기 등 소음기준 및 집회·시위 자문위원회의 구체적인 구성·운영 등을 내용으로 집시법시행령 및 집시법시행규칙을 마련하고 우리 위원회에 의견을 조회하였고, 집시법시행령중개정령(안)과 집시법시행규칙중개정령(안)에 대하여 입법예고를 하였습니다.

민주노총·참여연대 등 86개 단체로 구성된 "개악집시법 대응 연석회의"는 개정된 집시법이 헌법에 보장된 집회 및 결사의 자유를 침해한다고 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였습니다.

3. 인권관련 법령

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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정집시법 및 집시법시행령및시행규칙중개정령(안)은 국가인권위원회법 제19조제1호의 “인권에 관한 법령”에 해당합니다.

Ⅱ. 검토·분석의 기준

1. 헌법규정

헌법 제21조 제1항에서는 집단적 표현의 자유로서 집회와 결사의 자유를 보장하도록 규정하고 있고, 헌법 제21조 제2항에서는 집회와 결사의 허가제를 금지하고 있습니다.

또한 헌법 제37조 제2항에서는 기본권제한의 일반원칙을 규정하고 헌법 제75조에서는 포괄적 위임입법금지의 원칙을 규정하고 있습니다.

2. 국제인권법규정

세계인권선언 제20조는 “1. 모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다. 2. 어느 누구도 어떤 결사에 소속될 것을 강요받지 아니한다”고 규정하고 있고, 시민적·정치적권리에관한국제규약(B규약) 제21조는 “평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다”고 규정하고 있으며, 인권및기본적자유의보호에관한유럽규약 제11조 제1항은 “모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다”고 규정하고 있습니다.

3. 집회의 자유에 대한 제한 원리

위와 같은 헌법규정과 국제인권법의 규정에 따라 형성되는 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 법익형량이론, 명백하고 현존하는 위험의 원칙, 포괄적 위임입법금지의 원칙 등에 따라 검토하면 다음과 같습니다.

Ⅲ. 집시법령의 검토

1. 확성기 등 소음기준

가. 집시법령의 내용

1) 집시법시행령중개정령안

제8조의3(확성기 등의 소음기준) 법 제12조의3의 규정에 의한 소음의 기준은 별표 2와 같다.

※ 집회및시위에관한법률시행령중개정령(안) 제8조의3의 별표 2

<별표 2>

(단위 : dB(A))

대 상 지 역	소 음	
	주간(일출후~일몰전)	야간(일몰후~일출전)
주거지역, 학교	65 이하	60 이하
기타지역	80 이하	70 이하

비고 1. 현장소음은 관할경찰관서장(현장경찰관)이 측정한다.

2. 규제기준치는 대상지역을 기준으로 적용한다.

3. 소음측정 장소는 피해가 예상되는 자가 위치한 건물의 외벽에서 소음원 방향으로 1~3.5m 떨어진 지점으로 하되, 소음도가 높을 것으로 예상되는 지점의 지면위 1.2~1.5m의 높이에서 측정한다.

4. 3의 규정에도 불구하고 피해가 우려되는 곳이 2층이상의 건물인 경우 등으로서 3의 규정에 의한 장소에 비하여 소음도가 더 큰 장소가 있는 경우에는 소음도가 높은 곳에서 소음원 방향으로 창문·출입문 또는 건물벽 밖의 0.5~1m 떨어진 지점으로 한다.

5. 소음측정은 5분이상 하되 대상소음의 발생시간이 5분이내인 경우에는 그 발생시간동안 측정·기록한다.

6. 측정소음도가 배경소음보다 3~9dB 차이로 크면 아래의 보정치를 보정한 후 대상소음도를 구한다.

측정소음도와 배경소음도의 차	3	4	5	6	7	8	9
보정치	-3	-2		-1			

7. 기타 소음의 측정방법과 평가단위와 관련하여 필요한 사항은 소음·진동규제법 제7조(소음·진동공정시험방법)에서 정하는 바에 따르되, 생활소음 규제기준 측정방법에 의한다.

2) 개정집시법

제12조의3(확성기 등 사용의 제한) ① 집회 또는 시위의 주최자는 확성기·북·징·꽹과리 등 기계·기구의 사용으로 대통령령이 정하는 소음기준을 위반하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주어서는 아니된다.

② 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항의 규정에 의한 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 적정 수준의 소음 유지 또는 확성기 등의 사용중지를 명하거나 이를 위하여 필요한 조치를 할 수 있다.

제21조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

1. ~ 4. (생 략)

5. 제12조의3제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해 또는 기피한 자

나. 검토의견

1) 집시법시행령중개정령안

○ 집시법시행령 제8조의3은 개정집시법 제12조의3의 규정에 의한 소음의 기준을 별표 2로 설정해 놓고 있는데, 이는 집회 또는 시위의 현장에서 사용하는 확성기 등에서 나오는 소음의 기준을 법령에 의하여 일률적으로 규정한다는 것은 입법기술상 불가능하고, 위임입법의 범위와 한계가 지켜지지 않고 있으므로 인해 집시법시행령에 의하여 또 다른 위헌사태의 발생가능성을 현실화시키고 있습니다.

○ 집시법시행령은 소음기준을 대상지역을 주거지역, 학교와 기타지역으로 구분하고, 시간대를 주간과 야간으로 구분한 후, 주거지역과 학교는 주간 65dB 이하, 야간 60dB 이하로 하고, 기타지역은 주간 80dB 이하, 야간 70dB 이하로 하고 있습니다.

○ 집회 또는 시위의 규모와는 관계없이 일률적인 기준으로 소음규제를 하고 있을 뿐만 아니라, 그 기준 또한 사실상 확성기 등의 사용을 통한 집회 또는 시위를 불가능하게 할 정도로 낮습니다. 왜냐하면 일상적인 대화가 60dB, 가정에서의 음악감상이 85dB, 소리가 큰 록 밴드가 110dB이기 때문입니다. 이는 확성기의 사용없이 진행이 불가능한 대규모 집회 또는 시위를 불가능하게 하는 기준치로써, 이로써 대규모 집회 또는 시위의 본질적

내용이 침해(헌법 제37조 제2항)되고 있습니다. 따라서 집시법시행령개정령안 제8조의3은 위헌성이 명확히 드러나 있는 개정집시법 제12조의3을 근거로 하고 있고, 확성기 등의 사용 중지명령에 위반되거나 필요한 조치를 거부·방해하는 경우에는 6월이하의 징역 또는 50만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하게 되어 있는 바, 집회의 자유를 제한할 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 근거하여야 하는데 소음기준이 집회의 제한기준이 되므로 소음기준에 대하여 대통령령이 아닌 법률로서 규정하여야 할 것이고, 이를 위한 공청회 등의 의견수렴을 거쳐야 할 것입니다.

2) 개정집시법

○ 집회주최자가 확성기 등을 사용하여 지나치게 높은 소음을 유발하고, 이 때문에 공공의 안녕질서에 피해를 방지하고자, 소음기준을 대통령령에 위임하고 있고, 적정수준을 넘는 경우 확성기 등의 사용중지등의 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있습니다.

○ 소음으로 인한 시민들의 피해를 방지하기 위하여 집회 또는 시위의 주최자가 확성기 등 기계·기구의 사용으로 대통령령이 정하는 소음기준을 위반하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우 적정수준의 소음유지 또는 확성기 등의 사용중지를 명하거나 필요한 조치를 할 수 있도록 한 개정집시법 제12조의3 및 개정집시법 제12조의3 제2항을 위반할 시 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하게 된다면, 집회 또는 시위에 있어서 의사표현의 수단을 선택할 수 있는 집회주최자의 자기결정권을 침해한 것입니다.

○ 또한 집회의 자유는 공공의 안녕질서와 직접적으로 심각하게 충돌을 일으켜 또 다른 법익침해를 초래한 경우, 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 제한할 수 있으나, 개정집시법은 소음기준에 관한 모든 것을 대통령령에 위임해 두고 있는 것은 사실상 집회의 자유를 제한하여 무력화하고 있습니다.

○ 따라서 개정집시법 제12조의3의 내용은 “대통령령이 정하는 소음기준”에 따르고 있으나, 각 소음기준은 대통령령이 아닌 법률로써 규정해야 할 것이고 이를 위해 공청회 등의 의견수렴 절차를 거쳐야 할 것입니다.

2. 집회·시위 자문위원회

가. 집시법령의 내용

1) 집시법시행령중개정령안

제10조(집회·시위 자문위원회의 구성 및 운영 등) ① 법 제18조의2제2항의 규정에 의한 집회·시위 자문위원회(이하 이 조에서 "위원회"라 한다)의 위원장 및 위원의 임기는 2년으로 한다.

② 위원장은 위원회를 대표하며, 위원회의 업무를 통할한다.

③ 위원장이 부득이한 사유로 업무를 수행할 수 없는 때에는 위원중 연장자순으로 위원장의 직무를 대리한다.

④ 위원회의 회의는 각급경찰관서장의 요청에 따라 위원장이 소집한다. 다만, 시간이 촉박하거나 기타 불가피한 사정으로 인하여 위원회 소집이 어려울 경우에는 전화·모사전송 등으로 의견을 청취할 수 있다.

⑤ 위원회는 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 출석하게 하여 그 의견을 들을 수 있다.

⑥ 위원회의 회의는 재적의원 과반수의 출석으로 개의하고 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.

⑦ 각급경찰관서장은 위원회의 위원 등에 대하여 예산의 범위안에서 수당·여비 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다.

⑧ 이 영에서 정한 사항 외에 위원회의 운영 등에 관하여 필요한 사항은 경찰청장이 정한다.

2) 개정집시법

제18조의2 (집회·시위 자문위원회) ① 집회 및 시위의 자유와 공공의 안녕질서가 조화되도록 하기 위하여 각급경찰관서에 다음 각호의 사항에 관하여 각급 경찰관서장에게 자문등을 하는 집회·시위 자문위원회(이하 이 조에서 "위원회"라 한다)를 둘 수 있다.

1. 제8조의 규정에 의한 집회 또는 시위의 금지 또는 제한통고에 대한 자문

2. 제9조제2항의 규정에 의한 집회 또는 시위의 금지 또는 제한통고에 대한 자문

3. 집회 또는 시위에 대한 사례 검토

4. 그 밖의 집회 또는 시위 업무의 처리와 관련하여 필요한 사항

② 위원회는 위원장 1인을 두되, 위원장을 포함한 5인 이상 7인 이하의 위원으로 구성한다.

③ 위원장 및 위원은 각급경찰관서장이 전문성 및 공정성 등을 고려하여 다음 각호의 사람 중에서 위촉한다.

1. 변호사
2. 교수
3. 시민단체에서 추천하는 사람
4. 관할지역의 주민대표

④ 위원회의 구성과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나. 검토의견

1) 집시법시행령중개정령안

○ 집시법시행령안 제10조(집회·시위 자문위원회의 구성 및 운영 등)는 개정집시법 제18조의2에서 집회・시위 자문위원회가 공정성과 객관성을 담보할 수 있도록 규정하지 않으므로 인해 그 신뢰성과 실효성 등 기구 존립의 전제조건들이 갖추어지지 않았기 때문에 위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한에 대하여 법률로 규정하여야 할 것입니다.

2) 개정집시법

○ 개정법률안 제18조의2의 집회・시위 자문위원회는 경찰관서에 의한 집회의 위헌・위법적인 제한과 방해를 예방・교정하고, 집회주최자와 집회참여자를 공공의 안녕질서와의 조화로운 집회에로 유도하는 바람직한 기구설립의 목적을 가지고 있습니다.

○ 자문위원회의 구성은 위원장 1인을 포함한 5인 이상 7인 이하의 위원으로 하고, 위원장 및 위원은 변호사・교수와 시민단체에서 추천하는 사람, 관할지역의 주민대표 중에서 각급경찰관서장이 전문성 및 공정성 등을 고려하여 위촉하고 있고, 그 밖에 위원회의 구성과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고 있습니다.

○ 집회 및 시위의 금지 또는 제한통고에 대한 자문 등의 업무를 수행하기 위하여 각급경찰관서에 시민단체 등에서 추천하는 사람 등으로 구성된 집회 및 시위 자문위원회를 설치하도록 한 개정집시법 제18조의2를 개정하여 자문위원회가 공정성과 객관성이 담보될 수 있도록 자문위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한을 법률로써 정해야 합니다.

Ⅳ. 결 론

따라서 국가인권위원회는 제243회 국회 행정자치위원회에서 심의된 집회및시위에관한법률(이하 집시법이라 한다) 개정안에 대하여 2003. 11. 28. “집회취소통지 등에 대하여 반대, 집회신고기간 등에 대하여 재고”의 의견표명을 하였습니다. 국가인권위원회가 표명한 의견 중 집회신고기간, 집회취소통지, 주요도로행진, 확성기 등 소음기준, 집회・시위 자문위원회 등의 내용을 수용하지 않고, 폭력시위제한, 사복경찰출입 등 일부를 수용하여 개정안을 본회의에 상정하였고, 그 결과 집시법이 개정되었습니다. 집시법 개정(2004. 1. 29. 법률 제7123호)에 따라 경찰청은 집시법에서 위임한 확성기 등 소음기준 및 집회・시위 자문위원회의 구체적인 구성・운영 등을 주요 내용으로 하는 집시법시행령(안) 및 집시법시행규칙(안)을 마련하고 우리 위원회에 의견을 조회하였습니다.

이에 국가인권위원회는 개정 집시법을 구체화하고 있는 집시법시행령 및 시행규칙중개정령(안)을 검토한 결과, 지난 2003. 11. 28. 집시법개정안에 대하여 국가인권위원회가 표명하였던 의견 중 수용되지 않은 부분에 대하여 재확인을 하고, 집시법시행령중개정령(안)에 대하여 다음과 같이 의견을 표명합니다.

1. 집시법시행령개정령안 제8조의3(확성기 등의 소음기준)은 위헌성이 명확히 드러나 있는 개정집시법 제12조의3을 근거로 하는 있고, 확성기 등의 사용 중지명령에 위반되거나 필요한 조치를 거부・방해할 경우에 6월이하의 징역 또는 50만원이하의 벌금・구류 또는 과료에 처하게 되어 있는 바, 집회의 자유를 제한할 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 근거하여야 하는데 소음기준이 집회의 제한기준이 되므로 소음기준에 대하여 대통령령이 아닌 법률로서 규정하여야 할 것이고, 이를 위한 공청회 등의 의견수렴을 거쳐야 할 것입니다.

2. 집시법시행령안 제10조(집회·시위 자문위원회의 구성 및 운영 등)는 개정집시법 제18조의2에서 공정성과 객관성을 담보할 수 있도록 규정하지 않으므로 인해 그 신뢰성과 실효성 등 기구 존립의 전제조건들이 갖추어지지 않았기 때문에 위원회의 구성과 운영 및 위원회의 실질적인 견제권한에

대하여 법률로 규정하여야 할 것입니다.

※ 위 의견은 국가인권위원회법 제19조 제1호[인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명]에 근거하여 의견을 표명합니다.

2004. 4. 19.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

9 국가보안법 폐지 권고 결정(2004.8.23.)

제정과정에서부터 '반민주성'으로 말미암아 태생적 문제점을 내포하고 있는 국가보안법은 그 동안 인권 침해 소지로 인하여 국내외에서 폐지 여론이 높았던 악법이므로 현재의 시대적 상황에 맞게 이를 폐지할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 일제시대 '치안유지법'을 모태로 탄생한 국가보안법은 그 제정과정에서부터 문제점을 안고 있었을 뿐만 아니라, 형법이 제정된 이후에 이루어진 수차례의 개정도 국민적 합의를 거치지 않은 절차적 정당성을 결한 것이어서 법률로서의 규범력이 부족하고,

[2] 각 조항은 죄형법정주의에 위배되고 사상과 양심의 자유 및 표현의 자유 등 인간의 가치와 존엄성을 해할 소지가 많은 반인권적 법률이고,

[3] '국가안보'에 관련된 범죄는 형법 등 다른 형벌법규로 의율이 가능하여 국가보안법이 폐지되더라도 처벌 공백은 거의 없다고 볼 수 있음. 다만, 필요한 경우 미흡한 부분이 생긴다면 형법의 관련 조항을 개정·보완하는 방안을 강구할 수도 있을 것이고,

[4] 우리나라는 국제사회의 일원으로서 국제사회의 여론과 결정을 수용할 필요가 있으며, 시대적 상황변화에 부응하는 자세로 북한에 대한 대응책을 마련해야 하므로

[5] 현행 국가보안법은 몇 개 조항의 개정만으로는 위에서 지적한 문제점들이 치유될 수 없으므로 이를 폐지하는 것이 시대적 요청이라고 판단됨

【참조결정】 대법원 1959. 7. 18. 선고 4292형상180 판결, 대법원 1971. 9. 28. 선고 71도1498 판결, 대법원 1983. 3. 22. 선고 82도3036 판결, 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정, 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 90헌가11 결정, 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌가160 결정, 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 89헌가8

결정, 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 89헌마240 결정, 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바6,26, 93헌바34,35,36 결정, 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 98헌바66 결정

【참조조문】 헌법 제10조 내지 제22조, 제37조, 세계인권선언 제18조, 제19조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제9조, 제18조, 제19조 등

【주 문】 국회의장과 법무부장관에게 국가보안법을 폐지할 것을 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토의 배경과 경위

1948. 12. 1. 공포·시행된 국가보안법은 제주도 4·3 사건과 여수·순천 군봉기 사건이 계기가 되어 소위 불순분자의 처벌을 목적으로 제정된 비상조치법이었다. 그러나 법제정 당시부터 인권침해의 소지가 있다는 논란을 가져온 국가보안법은 법 운용과정에서의 반민주성 및 빈번한 인권침해 사례 때문에 그동안 위헌 시비가 끊이지 않았고, 유엔 인권기구를 비롯한 국제사회에서도 한국의 인권문제를 논의할 때마다 국가보안법을 도마에 올려 국제인권규약에 위배된다는 이유로 수차에 걸쳐 우리 정부에 그 개폐를 권고한 바 있다.

2001. 11. 25. 국가인권위원회(이하 '위원회'라 함)가 발족한 이래 국가보안법 폐지를 요청하는 40여 건의 진정이 접수되었다. 이에 위원회는 2003. 1. 7. 전원위원회 워크숍에서 국가보안법에 대한 조사·연구를 위하여 외부 전문가를 포함한 태스크포스 팀(Task Force Team)을 발족시키기로 결의한 다음 위 태스크포스 팀을 중심으로 국가보안법에 대한 체계적·심층적 검토를 시작하게 되었다.

2003. 2. 3.부터 활동을 시작한 위 태스크포스 팀은 2004. 7.까지 총 16회에 걸친 회의와 3회의 공청회 및 간담회, 그리고 법운용에 관한 실태조사

등을 거쳐 2004. 7. 26. 위원회에 325장에 달하는 보고서를 제출하였는데 그 결론은 '국가보안법 폐지'였다.

위원회는 위 보고서를 검토한 후 '국가보안법 개폐에 관한 논의' 안건을 제1소위원회에 상정하고, 제1소위원회는 이를 전원위원회에 회부하였으며, 전원위원회는 3회에 걸친 심의 끝에 이 결정에 이르게 되었다.

Ⅱ. 판단의 준거

국가인권위원회법은 '인권'의 정의를 다음과 같이 규정하고 있다.

"인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다"(위원회법 제2조 제1호).

따라서 위원회가 국가보안법의 개폐 문제를 판단하는 준거로서 헌법 및 법률에 규정된 기본권 외에 국제인권법에서 인정하고 있는 인권의 범위를 포괄하였다. 즉, 헌법에 규정된 국민의 기본권 뿐만 아니라, '인류사회의 모든 구성원이 갖는 인간으로서의 고유한 존엄과 평등하고 양도할 수 없는 권리'를 명시하고 있는 세계인권선언, 시민적·정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR)과 동 규약 제1선택의정서(First Optional Protocol to the ICCPR)를 비롯한 국제인권규약, 그리고 이에 기반을 둔 유엔의 결정 및 권고 내용 등을 그 판단의 준거로 삼았다.

1. 헌 법

우리 헌법은 행복추구권(제10조), 평등권(제11조), 신체의 자유(제12조), 죄형법정주의(제12조, 제13조), 거주이전의 자유(제14조), 직업선택의 자유(제15조), 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심 및 종교의 자유(제19조, 제20조), 언론출판 및 집회결사의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등 국민의 기본적 권리 내용을 규정하고 있다.

그리고 이러한 기본적 권리는 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으나, 부득이 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 못 하도록 되어 있다(헌법 제37조 제2항).

2. 국제인권법

대한민국은 유엔이 채택한 세계인권선언의 정신에 따라 제정된 시민적·정치적권리에관한국제규약 및 동 규약 선택의정서에 1990. 7. 10. 가입하여 동 규약의 당사국이 됨으로써 동 규약에 따른 자유권규약위원회의 권한을 인정하고, 동 규약에서 인정되는 권리를 국내에서 실현하기 위해 필요한 조치를 취하여야만 하는 실질적인 국제법상의 의무를 부담하게 되었다. 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 우리나라의 국내법과 동일한 효력을 갖기 때문이다(헌법 제6조 제1항).

3. 국제인권법의 규정에 따른 유엔의 결정 및 권고

가. 1992. 7. 29. 유엔 자유권규약위원회(Human Rights Committee)는 한국정부의 '시민적·정치적권리에관한국제규약 최초 보고서'를 심의한 후, "... 인권규약에 명시된 권리들을 완전히 실현시키는 데 있어 국가보안법이 주요 장애물이라고 인정되며, 기본권이 침해되지 않도록 궁극적으로 국가보안법을 점진적으로 폐지하기 위한 진지한 시도가 있어야 한다"고 결의한 바 있다.

나. 1995. 11. 21. 유엔 의사표현의 자유에 관한 특별보고관 아비드 후세인(Abid Hussain)은, 한국방문 결과 보고서에서 "국가보안법의 입법과 시행은 세계인권선언 제19조, 한국이 1990년 가입한 시민적·정치적권리에관한국제규약 제19조 등의 국제 인권법에 규정된 사상과 표현의 자유에 대한 적절한 보호를 부여하는 데 실패하였다. 한국 정부가 국가보안법을 폐지할 것을 강력히 권고한다. 그리고 세계인권선언과 시민적·정치적권리에관한국제조약에 일치하는 다른 수단을 통해서 국가안보를 보장할 것을 권고한다"고 하였다.

그리고 위 보고서는 1996년 유엔 인권위원회 제52차 회의에서 공식문서(ECOSOC, E/CN.4/1996/39/Add., 1995.11.21)로 채택되었다.

다. 1999. 11. 1. 한국 정부의 '시민적·정치적권리에관한국제규약 제2차 보고서'를 검토한 유엔 자유권규약위원회는 "남북한이 대치하고 있는 한국

의 특수한 상황을 감안하더라도 국가보안법의 단계적 폐지가 필요하다…이 법의 제7조에 있는 '반국가단체 찬양'은 그 처벌 범위가 불합리하게 광범위하고, 국가안보를 위해 필요한 정도를 넘어서는 것으로 표현의 자유에 관한 규약 제19조(의사표현의 자유)의 요건을 충족하지 못하고 있으며 … 한국 정부는 인권규약에 맞도록 국가보안법 제7조를 반드시, 시급하게 개정해야 한다"고 권고한 바 있다.

라. 유엔 자유권규약위원회는 국가보안법에 관련된 세 차례의 개인통보제도(Individual Communication)에 대한 심의를 마친 후, 박태훈, 김근태, 신학철 등의 각 국가보안법위반 사건에 대한 유죄판결은 위 규약 제19조(표현의 자유) 위반이라는 결정을 내리면서 한국 정부에 대하여 손해배상 등의 구제조치를 권고한 바 있다.

Ⅲ. 국가보안법의 역사

1. 국가보안법 제정의 목적과 그 과정

가. 국가보안법은 대한민국 정부가 수립된 직후인 1948. 9. 20. '대한민국의 국체보전'을 명분으로 '내란행위특별처벌법안'이 발의되었다가 같은 해 10. 19. 여수 순천 지구 제14연대가 봉기를 일으키자 입법 작업을 서둘러 같은 해 11. 9. 법률의 명칭을 국가보안법으로 한 법 제정안이 제출되고(그 당시는 형법이 제정되기 전이었다) 같은 해 11. 20.까지 자구수정을 끝내고 같은 해 12. 1.자로 공포·시행하게 되었다.

나. 국가보안법 제정 당시의 국회 속기록에 의하면, 한 의원이 "우리가 이 법을 만드는 동기는 전남사건을 필두로 봉기하는 불순분자의 선동으로 말미암아 일어나는 사태를 막아보자는 것"이라는 발언에 대하여, 다른 한 의원은 "이 법을 가지고 혹은 정부를 전복하고자 했느니, 혹은 빨갱이니, 혹은 북조선인민공화국을 지지하는 사람이니 등등 구체적 사실이 없음에도 불구하고 혐의를 받고 곤란한 처지에 떨어질 그러한 사태를 염려하여 마지 않는다"는 등 법 집행에 있어서의 인권침해 우려를 제기함으로써 법 제정안에 대한 찬반 토론이 벌어졌고, 일부 의원들이 제기한 법 제정안폐기동의안이 가 37, 부 69의 표차로 부결되기도 하였다.

다. 국가보안법은 형법이 제정되기 전의 비상조치로서 한시법적 성격을 가진 것이었다. 국가보안법 제1차 개정안을 심의하던 1949. 12. 2. 국회 본회의에서 당시 법무부장관 권승열이 법 개정안을 설명하면서 "이것은 물론 평화 시기의 법안은 아닙니다. 비상 시기의 비상조치니까 인권 옹호상 조금 손상이 있더라도 불가불 건국에 이바지하지 않으면 안 되리라 생각합니다"라는 대목에서 국가보안법의 한시법적 성격이 그대로 드러난다.

2. 국가보안법 개정의 역사 및 절차적 정당성 문제

국가보안법은 지난 56년 동안 총 7차례에 걸쳐 개정되었는데 그 주요 내용은 다음과 같다.

가. 제1차 개정

국가보안법이 제정된 지 1년 만에 단행된 1차 개정(1949)은 국가보안법 사범에 대한 단심제 실시, 법정 최고형으로 사형제 신설, 경미한 사안의 좌익사범을 전향시키기 위한 보도구금제 실시 등이 그 주요 내용이었다.

나. 제2차 개정

1950년에 단행된 제2차 개정에서는 단심제를 폐지하여 심급제로 바꾸고, 재판지연 문제를 해결하기 위해서 단독심을 확대하고, 구류갱신 제한 등을 담고 있다.

다. 제3차 개정

1958년 제3차 개정 때에는 악화된 여론 속에서 대통령 선거를 앞두고 야당과 언론을 탄압하기 위해 '인심혹란죄' 규정 등을 추가하여 법 개정을 시도하였는데, 이 과정에서 무술경관을 동원하여 야당의원들을 국회의사당 밖으로 끌어낸 후 여당의원만으로 3분 만에 통과시킨 소위 '2·4 파동'이 발생하였다.

라. 제4차 개정

1960년 4·19혁명 직후 단행된 제4차 개정에서는 정보수집죄나 인심혹란죄 등이 폐지되었지만 불고지죄를 신설하였고, 1961년에는 '국가재건최고

회의'에서 반공법이 제정되어 찬양·고무죄, 회합·통신죄 등이 포함됨으로써 국가보안법이 보완·강화되었다.

마. 제5차 개정

1962년 제5차 개정에서는 재범자에 대하여 특수가중 처벌할 수 있도록 하되 최고 사형까지 선고할 수 있도록 하였다.

바. 제6차 개정

1980년 '국가보위입법회의'에 의해서 단행된 제6차 개정에서는 반공법을 국가보안법으로 통합하였으며, 찬양·고무 조항을 비롯한 반공법의 처벌 조항은 모두 국가보안법으로 흡수되어 형량이 가중되었을 뿐만 아니라 처벌 범위 또한 광범위해졌다. 1961년 5·16 쿠데타 직후 국회가 아닌 '국가재건최고회의'를 통해 제정된 반공법의 처벌 조항들이 고스란히 국가보안법으로 흡수된 것인데 이 개정안은 민주적 정당성이 없는 '국가보위입법회의'에서 통과된 것으로 상정·제안 설명·가결에는 5분이 채 걸리지 않았다.

사. 제7차 개정

1991년에 단행된 제7차 개정에서는 '목적' 요건 추가, '국가변란' 개념 추가, 불고지죄의 일부 축소 등을 주 내용으로 하고 있다. 당시 여당의 개정안에 반대하면서 국가보안법의 폐지를 주장하는 야당의원들에게 심의·표결에 참여할 기회조차 주지 않고, 국회의장이 법안에 대한 설명과 심사보고, 수정제의 보고 등 모든 절차를 서면으로 대체하면서 표결 절차를 생략한 채 불과 35초 만에 날치기 방법으로 통과시켰다.

이처럼, 국가보안법을 개정한 시기들은 대체적으로 정치적 반대 세력을 억압하거나 쿠데타를 일으킨 직후, 또는 집권세력이 그 정권을 연장시키기 위하여 초헌법적인 조치를 취한 정치적 상황과 맞닿아 있다. 또한 이러한 개정 절차는 대체로 국민의 대표기관이자 입법기관인 국회가 아닌 국가재건최고회의나 국가보위입법회의 등 비정상적인 기구를 통하여 입법되었거나 국회를 통과했다고 하더라도 절차적인 정당성이나 민주적인 적법성을 갖추지 못한 채 이루어진 개악의 과정이었다.

3. 형법 제정 당시 폐지가 예정되었던 국가보안법

가. 국가보안법은 형법이 제정되기 전 임시조치로 만들어진 특별법이었다. 대한민국 정부 수립 직후 대통령령으로 법전편찬위원회를 만들어 형법 등 제정 작업을 해왔는데 형법제정안이 국회에 상정되어 심의를 처음 시작한 1953. 4. 16. 국회 본회의에서 법전편찬위원회 위원장으로서 형법 등 제정 작업에 깊이 관여하였던 김병로 당시 대법원장이 국회의 요청에 따라 형법안에 대한 설명을 한 바 있다. 이 자리에서 김병로 대법원장은 형법안과 국가보안법에 관하여 다음과 같은 발언을 한 바 있다.

"지금 6·25 사변을 당해... 특수한 법률로 국가보안법 혹은 비상조치법 이러한 것이 국회에서 임시로 제정하신 줄 안다. 지금 와서는 그러한 다기다난한 것을 다 없애고 이 형법만 가지고 오늘날 우리나라 현실 또는 장래를 전망하면서 능히 우리 형벌법의 목적을 달할 수가 있겠다는 고려를 해보았다. 지금 국가보안법이 제일 중요한 대상인데 이 형법과 대조해 검토해 볼 때 형에 가서 다소 경중의 차이가 있을런지도 모르나 이 형법전 가지고 국가보안법에 의해서 처벌할 대상을 처벌하지 못할 조문은 없지 않은가 하는 그 정도까지 생각했다."

나. 당시의 형법 입안자(법전편찬위원회)들은 형법안을 마련함에 있어서 국가보안법을 비롯한 각종 형사특별법을 형법전에 흡수시킨다는 기본 방침을 가지고 있었다. 국가보안법을 형법전 속에 흡수하기로 한다는 입법의 기본방침은 형법전 심의의 마지막 단계인 부칙심사 과정에서 뚜렷하게 드러난다.

당시 형법 부칙 제12조는 '본법시행 직전까지 시행되던 다음의 법률, 포고 또는 법령은 폐지한다'고 규정한 다음 그 폐지 대상 법령 15개를 열거하였다. 즉, ① 구형법, ②구형법시행법, ③폭발물취체벌칙, ④외국에서유통하는화폐·은행권의위조·변조및모조에관한법률, ⑤ 우편법중 제48조, 제55조제1항중 제48조의 미수죄, 동조 제2항, 제55조의 2와 3, ⑥ 인지범죄처벌법, ⑦ 통화및증권모조취제법, ⑧ 결투죄에관한건, ⑨ 폭력행위등처벌에관한법률, ⑩ 절도등의방지및처분에관한죄, ⑪ 미군정포고 제2호(제헌국회에서 이미 폐지), ⑫ 미군정법령 제19호(폭리취체 관련 포고), ⑬ 미군정법령 제70호 (부녀매매에 관한 범죄), ⑭ 미군정법령 제120호 (재

판관할권, 벌금 불납입 경우 유치기간 등), ⑮ 국가보안법 등이 그 폐지 대상이었다.

다. 그런데 1953. 7. 8. 국회 본회의에서 위 부칙을 심의할 때 국가보안법 폐지 여부가 논란의 대상이 되었다. '형법에 모두 포함시켰으므로 폐지해도 지장이 없고 법체계상 폐지가 옳다'는 취지의 법사위원장의 설명에 대하여 한 의원이 "법체계보다는 국민정신을 고려하여 존치시키자"는 반론을 제기한 것이다. 결국 국가보안법 폐지안은 논란 끝에 표결에 부쳐져 재석 102명 중 찬성 10, 반대 0, 기권 92로 부결되고 말았다. 대부분의 의원들이 기권을 하게 된 주된 이유는 '전시의 치안상태 및 국민에게 주는 심리적 영향'을 고려한 것이었고 당시의 상황은 휴전을 목전에 두고 치열한 전투가 전개되고 있던 때였다.

4. 국가보안법의 남용 실태

가. 현행 국가보안법 제1조는 이 법의 목적을 "국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보"하기 위한 것이고, 그 해석·적용에 있어서는 "목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며 이를 확대하거나 헌법상 보장되는 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니 된다"고 명시하고 있다.

그러나 위원회가 2003년 실시한 국가보안법 적용상에 나타난 인권실태 조사보고서에 따르면, 그 운용의 실상은 법 집행자의 자의적 판단으로 인하여 국민의 기본권을 부당하게 침해하거나 제한하여 온 사례가 많았고, 권위주의 정부 시절에는 국가보안법이 국가안보보다는 정권 안보에 기여한 측면이 적지 않았으며 특히 제7조의 적용에 있어서 인권침해의 논란이 심하였다.

나. 1980년부터 1987년까지 제5공화국 시절 전체 국가보안법 입건자 2,041명 가운데 제7조(찬양·고무등)가 적용된 인원은 1,882명으로 전체의 92.2%를 차지하였고, '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 주관적 요건을 추가함으로써 확대해석의 위험성을 제거했다고 하는 1991년 제7차 개정 이후에도 이러한 경향은 달라

지지 않았다(위 주관적 요건은 헌법재판소의 법 제7조에 대한 한정합헌 결정 취지에 맞추어 개정되었다).

문민정부와 국민의 정부 시절 10년간(1993.2.25. - 2003.2.24.)의 통계를 보더라도 국가보안법 관련 전체 구속자 3,047명 중 제7조 관련 구속자는 2,762명으로 90.6%에 이른다.

다. 제7차 개정(1991. 5. 31) 이후의 제7조 적용 사례

헌법재판소는 현행 국가보안법 제7조 제1항에 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서' 라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었다는 입장을 견지해 오고 있다(1997. 1. 16. 92헌바6,26. 93헌바34,35,36 및 1999. 4. 29. 98헌바66 등 참조). 그러나 다음과 같은 몇몇 사례만 보더라도 위와 같은 주관적 요건도 결국은 법집행자의 주관적·자의적 판단에 맡겨져 남용되어 왔음을 알 수 있다.

① 진주경상대 교양 교재 <한국사회의 이해> 사건

- 1994. 7. 27. 경남경찰청은 진주 '우리서점'에서 <한국사회의 이해> 13권 90여 권의 서적을 압수하고 서점 대표 정대인을 이적표현물소지죄로 연행 조사

- 같은 해 8. 2. 대검 공안부는 위 서적을 집필한 장상환 교수 등 9명을 국가보안법위반 혐의로 내사 중이라고 발표

- 같은 해 8. 31. 검찰은 위 장상환 외 1명에 대하여 이적표현물제작 및 반포 혐의로 구속영장 청구

- 법원이 '교재에 급진좌경적인 내용이 포함되어 있으나 이는 진보적 사회과학 서적이나 간행물에서도 쉽게 볼 수 있는 것들' 이라는 이유로 영장청구를 기각하자 검찰은 이들을 불구속 기소

- 법원 제1,2심 각 무죄 선고

② 초등학생용 통일교육 교재 - 이장희 교수 사건

- 1997년 대선을 앞둔 11월 25일 서울지검 공안1부는 <나는야 통일 1세대>의 저자 이장희 교수와 출판사 편집장 김지화에 대하여 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항 위반 혐의로 사전구속연장을 청구하였으나 법원이 '이적성 여부를 단정할 수 없다'는 이유로 기각

- 같은 해 12. 3. 검찰은 영장을 재청구하였다가 기각되자 불구속 기소
- 법원은 이장희 교수 및 김지화 편집장에게 무죄 선고

③ <진실인식과 논술방법> - 광주대 박지동 교수 사건

- 1997. 11. 위 서적의 내용이 주체사상과 유물론에 의거, 남한의 역사를 왜곡비난하였다는 이유로 제7조 제1항 및 제5항 위반 혐의로 박지동 교수 구속
- 2003. 8. 제1심 무죄 선고

④ 제주도 4·3 사건을 다룬 다큐멘터리 <레드 헌트> 사건

- 1998. 1. 제2회 인권영화제 상영작인 <레드 헌트>에 대하여 위 영화제 집행위원장 서준식과 김동원 감독을 제7조 제5항 위반 혐의로 구속 기소
- 2003. 6. 대법원 무죄 확정

⑤ 조정래 <태백산맥> 사건

- 1994. 4. <태백산맥>이 이적표현물이라는 이유로 작가 불구속 입건
- 검찰 수사 중

⑥ 노래패 <천리마> 사건

- 노래 가운데 북한가요 일부를 개사하여 불렀다는 이유로 1996. 10. 경기남부총학생회연합 산하 <천리마> 단장 강상구(아주대)와 연출팀장 한선희(중앙대) 등 10명을 제7조 제1항 및 제3항 위반 혐의로 구속
- 1998. 5. 제2심 무죄 선고

⑦ 정보잡지 <미래통신> 사건

- 1997. 12. 사회주의 이론 소개 등을 이유로 제7조 제5항 위반 혐의로 기소
- 법원 제1,2심 무죄 선고

⑧ 천리안 전자게시판에 <공산당선언>을 올린 사건

- 1993. 9. 공산당선언 전문을 올린 네티즌을 구속 기소
- 법원 제1심 유죄, 제2심 무죄(검찰 상고포기)

위 사건들 외에도 법원의 유죄판결을 받았거나 재판 계류 중 또는 입건된 상태이지만 학문의 자유, 표현의 자유 및 양심의 자유 등 기본권을 침해하는 부당한 법 적용이라는 비판이 제기된 사례 일부를 들어 보면 다음 표와 같다.

<국가보안법 제7조 적용 사례>

사건 내용(일자)	적용 조항	주요 내용
서울사회과학연구소 연구원 연구논문에 대한 이적표현물 적용 사건 (1991.6.)	제5항	1991년 6월 서울사회과학연구소 소속(출신) 연구자들의 학위논문과 연구과정에서 쓴 연구물들을 '이적표현물'로 규정하여 입건
6·25전쟁에 대한 북한의 입장 소개 내용을 회보에 실었다 구속된 법타스님 사건 (1994.7.)	제5항	통일원에 정식등록된 단체인 '조국평화통일추진 불교인협의회'의 회보 <하나로> 11호(5, 6월호)에 "김일성 저작선집" 5권 147쪽 '조국해방전쟁' 일부를 게재한 사안
한국현대사 기행 자료집 관련 글을 문제삼은 사건 (1995.3.)	제1항 제5항	역사학연구소가 만든 기행 자료집 <빨치산 역사기행> 가운데 방통대 역사학과 강사인 김무용이 집필한 "한국현대사와 빨치산 활동"이라는 글에 대해 반국가단체인 북한을 찬양·고무 했다는 혐의, 역사학자의 연구활동을 '이적표현물'로 인정
'국가보안법 철폐' 주장을 입건한 사건(1996.5.)	제1항 제5항	나라사랑청년회의 기관지 <장산곶매>에 실린 연방제 통일 방안 관련 기사, 국가보안법 철폐 주장 기사, 그리고 90년부터 8·15광복절을 앞두고 매년 열어온 '범민족대회' 관련 기사내용 등이 북한을 찬양고무 했다는 이유
인터넷에 올린 대학교재에 이적표현물 적용 (1998.4.)	제5항	한양대 사학과 학생이 PC통신 하이텔 '인터내셔날' 동호회 게시판에 1997년 6월경부터 「Race and Class」(민족과 계급, 캘리니코스 저), 「광란의 자본주의」(크리스 하먼 저, 책갈피 출판사) 등 합법적으로 출판된 책의 내용 가운데 일부를 요약하여 게시한 것에 대해 이적표현물 적용, 구속 * 문제가 된 책들은 시내 유명서점에서 판매되고 있었고, 국회도서관이나 국립중앙도서관은 물론 대학 도서관 어디에서나 열람이 가능하도록 비치되어 있었음.
현대사 연구 도서에 대한 이적표현물 적용-대동출판사 사건(1998.4.)	제5항	대동출판사 발행인 이상관이 출소장기수들의 증언록 『끝나지 않은 여정』과 북한여성의 생활상을 담은 자료집인 『북한여성들은 어떻게 살고 있을까』등 도서 11종을 발행해 판매했다는 이유로 구속

사건 내용(일자)	적용 조항	주요 내용
레닌 저서 등 번역서 출판으로 입건된 풀무질 출판사 사건(1998.11.)	제5항	풀무질 출판사에서 출판한『일보전진 이보후퇴』(레닌 저) 등 8종의 번역서 출판 건에 대해 전 편집장인 양효식(대학강사, 역사학)을 구속 * 위 도서들은 그 당시 출판된 지 2~3년이 지났을 뿐 아니라 교보문고, 종로서적 등에서 판매되고 있었음.
국립중앙도서관・국회도서관 등 소장 도서를 출판하였다가 입건된 '책갈피 출판사' 사건 (1998.11) (1999.6.)	제5항	책갈피 출판사가 출간한『마르크스 혁명적 사상』(알렉스 캘리니코스 저, 정성진 역),『레닌1』,『트로츠키 사상의 이해』 등 11종의 서적 출판을 이유로 출판사 대표 두 차례(98년,99년) 구속 * 위 책들은 국립중앙도서관, 국회도서관 등이 소장・보관하고 있는 도서로서 열람이 자유로우며, 일부 대학의 대학교재로 사용되고 있었음.
민주노총 홈페이지에서 퍼온 글을 인터넷 카페에 올린 것에 대해 '이적표현물' 로 입건 (2003.7.)	제5항	- 2003년 7월 건국대 학생투쟁위원회 김종곤, 김용찬 등이 인터넷상에 개설한 동아리 카페에 올려놓은 수련회 자료집 등 각종 문서들이 '국가변란을 선전 선동'하는 이적표현물이라는 이유로 입건 * 그러나 이적표현물로 지목된 문서들은 민주노총 등의 홈페이지에서 퍼온 것들로 밝혀짐.
다른 사이트에서 복사하여 게시한 글에 이적표현물 적용(2002.3.)	제5항	이재윤(인쇄업자)이 인터넷 사이트 다음(daum) 카페 <북한사랑>, <통일로 가는 길>에 회원으로 가입하여, 자유게시판이나 자료실 등에 북한 관련 글을 직접 작성(4종)하거나 다른 사이트에서 복사한 자료를 전재(20여 종)하는 방법으로 이적표현물을 게시(반포 또는 제작 및 반포)하였다는 혐의 * 대부분의 게시물은 자유게시판에서의 토론 등 대화 내용들임.

사건 내용(일자)	적용 조항	주요 내용
군부대 휴식시간 중 동료 병사들과 북한찬양 발언한 이병 이영규를 구속 기소한 사건 (2002.9.)	제1항 제5항	- 제17보병사단 소속 이병 이영규가 신병 교육대 막사 내무실 등에서 훈령병인 동료들과 휴식 등을 취하는 자리에서 북한이 주장하는 미국축출론, 고려연방제 통일방안, 6.25전쟁 북침설, 미국의 남한 식민지론에 동조하는 취지의 발언을 했다는 사안 - 이영규 이병의 고향집을 수색하여 『다시 쓰는 한국현대사 2, 3』, 『변증법적유물론』, 『임노동과 자본』, 『참된시작』, 『자본주의란 무엇인가』, 『마르크스 엥겔스 저작선』 등을 압수 이적표현물 소지 죄 추가 * 위 서적은 대부분 대학에서 교재로 쓰이거나 서점에서 쉽게 구할 수 있는 책임.

Ⅳ. 법률적 측면에서 본 국가보안법

국가보안법의 각 조항들 중에서도 특히 제2조, 제3조, 제4조, 제7조, 제10조는 민주주의의 기본 전제이자 근대 시민형법의 최고 원리인 죄형법정주의에 반하고 양심・언론・출판・집회・결사・학문・예술의 자유 등의 기본적 자유와 권리에 대한 침해의 소지가 있으며, 나머지 조항들은 위 조항들에 대한 보완적 성격을 가지는 것으로서 대부분 형법 등 다른 법률에 의해 의율이 가능한 조항들로 구성되어 있다.

1. 제2조, 제3조 및 제4조 (반국가단체)

법 제2조는 '반국가단체'를 정의하면서 '정부를 참칭'하거나 '국가를 변란할 목적'이라는 개념을 사용하고 있다. 그러나 어느 경우가 정부 참칭에 해당하는지의 여부와 국가 변란의 수단・방법・범위 등이 불명확하다. 헌법 제12조 제1항은 "법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌・보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"고 규정하고 있고 이는 죄형법정주의의 원칙을 천명한 것이다. 죄형법정주의는 어떤 형태로든 법률만 만들면 형벌권

을 행사할 수 있다는 것이 아니라 자의적인 해석의 여지가 없고, 예측가능하도록 법규의 내용을 명확하게 규정해야 한다는 '명확성의 원칙'을 그 내용으로 한다. 따라서 명확성의 원칙에 반하는 제2조 내지 제4조의 규정은 죄형법정주의에 위배된다는 비판이 있다.

그리고 뒤에서 언급하는 바와 같이 북한을 겨냥한 '반국가단체'의 개념은 시대적 상황변화에도 맞지 않는다고 하겠다.

2. 제7조(찬양·고무 등)

가. 국가보안법 제7조는 헌법상의 언론·출판·학문·예술과 관련된 표현의 자유 및 양심의 자유를 위축시킬 염려와 형벌과잉을 초래할 우려가 농후하다. '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 주관적 요건이 있기는 하나, 이 기준 자체가 모호할 뿐 아니라 '정을 알면서'라는 요건 역시 명백·현존의 위험의 원칙에 부합되지 아니하여 헌법상 표현의 자유를 침해하고 있다는 비판이 계속 제기되고 있다.

또한 제7조는 폭력적 행위 여부라는 합리적 기준에 의하여 형사처벌 여부를 결정하는 것이 아니라 특정 사상·이념에 찬성하는지 여부의 기준에 따라 처벌을 규정하고 있어 객관적 구성요건보다는 주관적 판단에 의하여 범죄의 성립 여부가 좌우되게 함으로써 법집행자의 자의적 판단의 여지가 큰 규정이며 이는 앞에서 살펴본 적용사례들에 비추어 볼 때 의문의 여지가 없다고 할 것이다.

결론적으로 제7조는 자유민주주의의 근간을 이루는 사상·양심의 자유와 표현의 자유를 크게 제약함은 물론 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에도 부합하지 않는 반인권적 조항이라 할 수 있다.

더구나 제7조는 국제사회로부터 여러 차례에 걸쳐 시민적·정치적권리에관한국제규약 제19조(표현의 자유)에 위반된다는 판정을 받은 바 있다.

나. 헌법재판소는 제7조 제1항 및 제5항에 대한 여러 차례에 걸친 위헌심판제청 및 헌법소원심판청구 사건에서, 위 주관적 구성요건이 추가된 1991. 5. 31. 개정 전에는 "각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다" 하고(1990. 4. 2.

89헌가113 및 1990. 6. 25. 90헌가11), 또는 “이미 2회에 걸쳐 ... 축소제한 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였는데 이제 와서 달리 판단하여야 할 필요가 있다고 인정되지 아니하므로 종전의 결정을 그대로 유지한다”고 하였으며(1992. 1. 28. 89헌가8 및 1997. 1. 16. 89헌마240), 위 개정 후의 사건(5건 병합)에서는 “... 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었다. ... 그래도 남는 용어의 추상성은 법적용・집행자의 합리적 해석에 맡겨도 된다고 본다”고 판시하였다(1997. 1. 16. 92헌바 6,26. 93헌바34,35,36). 그리고 1999. 4. 29. 에 선고한 98헌바66 사건에서는 “위 결정을 변경해야 할 아무런 사정변경도 없으므로 이를 그대로 유지한다”고 하였다.

그러나 위 주관적 구성요건을 추가함으로써 그 뜻이 더욱 명확해졌고 확대해석의 위험이 거의 제거되었다고 볼 수 없다. 그 이유는 앞에서 살펴본 것처럼 주관적 목적 요건 추가의 법 개정 이후에도 제7조 위반으로 입건되는 남용 사례가 조금도 줄지 않고 있고 제7조에 대한 위헌심판 헌법소원도 여전히 줄을 잇고 있기 때문이다.

3. 제10조(불고지죄)

국가보안법 제10조는, ‘제3조(반국가단체구성・가입), 제4조(목적수행), 제5조 제1항(자진지원), 제3항(자진지원의 미수), 제4항(자진지원의 예비음모)의 죄를 범한 자라는 정을 알면서도 수사기관에 신고하지 아니한 경우’를 처벌하도록 규정하고 있다.

이 조항에서 규정하고 있는 불고지죄는 국가보안법에 대한 비판적 가치평가를 허용하지 않을 뿐만 아니라 친척이나 친구에 대하여도 신고하도록 하여 사회의 건전한 인륜도덕, 직업윤리에 반하도록 강제한다. 즉 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리, 사상・양심을 자유롭게 형성・유지할 권리를 침해한다.

침묵의 자유 혹은 묵비의 권리는 인간의 가장 내밀한 내심의 영역을 외부의 간섭으로부터 보호하고자 하는 인간 본연의 존엄과 가치에 대한 존중으로부터 나오는 인권이다. 헌법재판소도 이러한 입장에 따라 “양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서

는 안 되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제 받지 않는 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다"(1991. 4. 1 89헌마160)고 판시한 바 있다. 국가보안법 제10조는 헌법에 규정된 양심의 자유를 심각하게 침해하고 있는 대표적 악법 조항이다.

4. 국제인권법과의 관계

가. 국제인권법과 저촉되는 국가보안법

헌법 제6조 제1항은 "헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다"고 규정함으로써 국제법을 국내법에 수용하고 이를 존중하는 국제법존중주의 입장을 취하고 있다. 대한민국은 1990. 7. 10. 시민적·정치적권리에관한국제규약 및 동 규약 선택의정서에 가입하여 동 규약의 당사국이 됨으로써 동 규약에 따른 자유권규약위원회의 권한을 인정하고 동 규약에서 인정되는 권리를 국내에서 실현하기 위한 필요한 조치를 취하여야 하는 실질적인 국제법상의 의무를 부담하게 되었다. 그런데 국가보안법은 동 규약과 충돌하는 모순된 법률이다. 즉, 국가보안법은 동 규약 제9조(신체의 자유), 제18조(사상·양심의 자유), 제19조(표현의 자유)와 양립할 수 없어 국가보안법을 폐지하거나 아니면 대한민국이 위 규약에서 탈퇴하지 않으면 안 된다는 것이 국제인권기구의 지속적인 평가 및 권고를 통하여 확인되고 있다.

앞서 언급한, 한국 정부보고서에 대한 유엔 자유권규약위원회의 2회(1992년 및 1999년)에 걸친 평가와, 유엔의 특별보고관(Special Rapporteur)의 보고서가 대표적 사례이다.

나. 유엔의 개인통보제도(Individual Communication)에 따른 자유권규약위원회 (Human Rights Committee)의 판단

① 개인통보제도란 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1선택의정서에 규정된 제도로서 국가에 의해 인권을 침해받았다고 주장하는 개인이 자국 내의 구제절차를 거친 후 자유권규약위원회에 'communication' 이라는 이름의 진정을 할 수 있는 제도이다. 자유권규약위원회가 진정을 접수하면 해당 국가에 부본을 송부하고 그 부본을 송부받은 국가는 답변서를 제출할

의무를 진다. 자유권규약위원회가 심의한 결과 위 규약위반이라고 판단할 경우 당해 국가에 대하여 진정인에 대한 피해보상 등의 조치를 취할 것을 요구하게 된다.

② 한국인이 국가보안법과 관련하여 개인통보를 한 것은 모두 3건인데 자유권규약위원회는 3건 모두 위 국제규약 제19조(표현의 자유) 위반이라는 판단을 하였다.

첫째는 재미유학생 박태훈이 미국에서 재미한국청년연합 회원 활동과 평화적 시위를 한 것에 대하여 국가보안법 제7조 제1항 및 제3항 위반으로 처벌한 사안이고(CCPR/C64/D/628)

둘째는 재야운동가 김근태가 전국민족민주운동연합 연례회의에서 반정부 유인물을 배포한 행위를 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항으로 처벌한 사안이며(CCPR/ C/674/574)

셋째는 민중화가 신학철이 그린 '모내기' 그림을 국가보안법 제7조 위반으로 처벌한 사건이다(CCPR/C/80/D/926/2000)

③ 우리가 여기에서 주목할 것은 위 첫째 사건에 대한 자유권규약위원회의 최종견해 채택이 1998. 10. 20.에 이루어졌고, 그 견해 말미에 '향후 유사한 침해사례가 발생하지 않도록 <당사국>의 의무'를 상기시키고 있음에도 불구하고 한국 법원은 1999. 11. 26. 셋째 사건에 대하여 유죄 판결을 하였다는 사실이다.

대한민국이 가입 비준한 국제조약은 국내법과 동일한 효력(헌법 제6조)이 있는 것이므로 위 세 사건은 위 규약 제19조를 들어 얼마든지 무죄 선고를 할 수도 있는 것이었다.

④ 세계화 시대를 들먹일 필요도 없이 국제사회의 일원으로서 대한민국은 국제규약 당사국으로서의 국제법적 의무를 계속 위반하고 있는 점에 대해 깊은 반성과 성찰이 있어야 할 것이다.

Ⅴ. 현실적 측면에서 본 국가보안법

1. 국가보안법 폐지 시의 처벌공백 문제

가. 형법 등 관련법 규정에 의한 대체

국가보안법에서 보호하고자 하는 법익을 비롯한 규제행위대상은 원칙적

으로 형법의 내란죄와 외환죄 및 공안을해하는죄의 장(章)과 중복된다.

국가보안법에 규정된 각 처벌 조항(특히 제3조부터 제13조)을 형법 등 다른 법률의 유사 조항에 대비시켜 보면 다음과 같다.

국가보안법	형법 등 관련법 규정
제3조(반국가단체의 구성등) ○ 반국가단체구성·가입죄 (제1항) ① 반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 다음의 구별에 따라 처벌한다. 1. 수괴의 임무에 종사한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다. 2. 간부 기타 지도적 임무에 종사한 자는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다. 3. 그 이외의 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ○ 반국가단체가입권유죄 (제2항)	○ 형법 제114조(범죄단체조직·가입죄) 제 87조(내란) 제92조(외환유치) 제102조(준적국) 등으로 처벌가능하며 형량도 거의 동일함. ○ '반국가단체 구성등죄'는 대부분 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직)나 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 8(단체등의 조직) 로도 처벌 가능 ○ 다만, 국가보안법상의 '반국가단체(정부참칭 또는 국가변란)' 개념과 형법상의 '내란(국토참절 또는 국헌문란 + 폭동)' 개념의 차이로 인해, 처벌의 폭이 좁아질 수는 있음. 이 부분 또한 대부분은 형법 제90조의 '내란의 예비·음모'(제1항), '내란의 선전·선동'(제2항) 목적의 단체로 보아 형법 제114조로 의율 가능 ○ 법원도 형법상 간첩죄(제98조)를 적용함에 있어 북한을 '준적국'으로 보고 있어(대법원 71도 1498호, 82도 3036호 등), '외환의 죄'에 의한 규율이 불가능하지는 않음. ○ 형법 제30조(공동정범) 제31조(교사범) 제32조(종범) 제33조(공범과 신분) 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중)규정으로 처벌 가능 ○ 형법 제25조(미수범), 제29조(미수범의 처벌) 제89조 및 제100조(미수범) 규정으로 처벌 가능

국가보안법	형법 등 관련법 규정
② 타인에게 반국가단체에 가입할 것을 권유한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ○ 미수죄(제3항) ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ○ 예비·음모죄(제4,5항) ④ 제1항제1호 및 제2호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ⑤ 제1항제3호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.	○ 형법 제90조 및 제101조(예비,음모,선동,선전) 규정으로 처벌 가능 ※ 국가보안법상 반국가단체구성죄는 내란죄의 예비·음모죄에 해당되는 바, 반국가단체구성죄의 예비·음모 처벌은 내란죄의 예비·음모를 위한 예비·음모까지 처벌하는 것임.
제4조 (목적수행) ○ 목적수행죄(제1항) ① 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.	○ 대부분 형법상의 해당범죄와 중복됨, 단지 법정형(처벌정도)에서 차이가 나고 있는데, 국가보안법에서 해당범죄에 대해 가중처벌하고 있음.
1. 형법 제92조(외환유치) 내지 제97조(물건제공이적)·제99조(일반이적)·제250조제2항(존속살해)·제338조(강도 살인·치사) 또는 제340조 제3항(해상강도 살상)에 규정된 행위를 한 때에는 그 각조에 정한 형에 처한다.	○ "그 각 조에 정한 형에 처한다"고 규정, 형법과 처벌 범위가 완전히 중복되고 법정형도 동일함.
2. 형법 제98조(간첩)에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지·수집·누설·전달하거나 중개한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다. 가. 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기징역에 처한다.	○ 간첩행위의 객체는 국가기밀인 바, 형법 제98조의 간첩죄에 있어서나 국가보안법 제4조 제1항 제2호에 있어서나, 그 국가기밀의 개념을 동일하게 해석함이 판례(대법원 71도1498호, 82도3036호 등)이고 통설이므로, 이 점에서 적용범위가 같음.

국가보안법	형법 등 관련법 규정
나. 가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년이상의 징역에 처한다.	○ 형법상 해당범죄에 대한 단순 가중 처벌 조항임.
3. 형법 제115조·제119조제1항·제147조·제148조·제164조 내지 제169조·제177조 내지 제180조·제192조 내지 제195조·제207조·제208조·제210조·제250조제1항·제252조·제253조·제333조 내지 제337조·제339조 또는 제340조제1항 및 제2항에 규정된 행위를 한 때에는 사형·무기 또는 10년이상의 징역에 처한다.	○ "중요시설 파괴"와 관련해서는 형법 제96조(시설파괴이적 : 적국을 위하여 전조에 기재한 군용시설 기타 물건을 파괴하거나 사용할 수 없게 한 경우), 제115조(소요죄 : 다중이 집합하여 폭행·협박 또는 손괴한 경우), 제367조(공익건조물파괴죄 : 공익에 공하는 건조물을 파괴한 경우) 등 형법에 의해 처벌 가능하며, 국가보안법에서는 단지 이를 가중처벌하고 있을 뿐임.
4. 교통·통신, 국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴하거나 사람을 약취·유인하거나 함선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동·취거한 때에는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다.	○ "약취와 유인"과 관련해서는 형법 제287조 내지 294조(약취와 유인의 죄)로 처벌 가능 ○ "물건의 이동·취거"와 관련해서는 이동·취거는 형법 제366조(손괴죄 : 타인의 재물·문서 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 경우), 제367조(특수손괴죄), 제185조(일반교통방해죄), 제186조(기차등 교통방해죄) 등으로 처벌 가능
5. 형법 제214조 내지 제217조·제257조 내지 제259조 또는 제262조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때에는 3년이상의 유기징역에 처한다.	○ 전단은 해당범죄에 대한 단순 가중처벌 조항이며, 후단 "국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때"의 경우는 형법 제141조 제1항(공용서류등무효죄), 제225조 내지 제237조의 2(문서에 관한 죄), 제366조(재물·문서등 손괴죄)에 대한 특별 규정으로, 이를 가중처벌하는 조항임.
6. 제1호 내지 제5호의 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때에는 2년이상의 유기징역에 처한다.	○ 형법 제90조 및 제101조의 예비·음모·선동·선전죄로 처벌 가능
○ 미수죄(제2항) ② 제1항의 미수범은 처벌한다.	

국가보안법	형법 등 관련법 규정
○ 예비・음모죄(제3,4항) ③ 제1항제1호 내지 제4호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ④ 제1항제5호 및 제6호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.	○ 형법 제25조, 제89조, 제100조 규정으로 처벌 가능 ○ 형법 제90조, 제101조 (예비・음모・선동・선전)규정으로 처벌 가능
제5조 (자진지원・금품수수) ○ 자진지원죄(제1항), 금품수수죄(제2항) ① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적으로 자진하여 제4조제1항 각호에 규정된 행위를 한 자는 제4조제1항의 예에 의하여 처벌한다. ② 국가의 존립・안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수한 자는 7년이하의 징역에 처한다. ○ 미수죄(제3항) ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ○ 예비음모죄(제4항) ④ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.	○ 국가보안법 제5조는 제4조 (목적수행죄)의 공범(공동정범 또는 방조범)을 가중처벌하는 성격이므로 국가보안법 제4조와 관련한 형법 제30조 내지 제34조 등 위 규정이 적용됨 ○ 이는 국가보안법 제4조 목적수행의 공범(공동정범, 종범)의 성격이 있으므로 역시 형법상 내란・외환의 죄 등으로 처벌가능하고, 경우에 따라 지원과 금품수수가 내란 또는 외환목적인 때에는 내란의 예비음모죄(형법 제90조) 또는 외환의 예비음모죄(제101조)로도 처벌 가능 ○ 형법의 미수죄(제25조, 제89조, 제100조)로 처벌 가능 ○ 형법의 예비음모죄(제90조, 제101조)로 처벌 가능
제6조 (잠입, 탈출) ○ 단순잠입탈출(제1항) ① 국가의 존립・안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 자는 10년이하의 징역에 처한다. ○ 특수잠입탈출(제2항)	○ 여권법 제13조, 출입국관리법 제93조의2 내지 제95조, 남북교류협력에관한 법률 제9조, 제27조에 의해 처벌 가능, 다만 법정형(처벌정도)은 국가보안법에서 가중 처벌 ○ 나아가 내란 또는 외환목적인 때에는 내란의 예비음모죄(형법 제90조) 또는

국가보안법	형법 등 관련법 규정
② 반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 잠입하거나 탈출한 자는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다.	외환의 예비음모죄(제101조)로도 처벌 가능. 간첩의 목적인 경우에는 '간첩의 예비음모'죄(101조)로 처벌가능
○ 미수죄(제4항) ④ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.	○ 출입국관리법 제99조(미수범등)에 의해 미수범 및 예비·음모죄 처벌 가능
○ 예비음모죄(제5,6항) ⑤ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년이하의 징역에 처한다. ⑥ 제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다.	○ 내란 또는 외환 목적인 때에는 내란의 예비음모죄(형법 제90조) 또는 외환의 예비음모죄(제101조)로도 처벌 가능. 간첩의 목적인 경우에는 '간첩의 예비음모'죄(101조)로 처벌 가능
제7조 (찬양·고무등) ○ 찬양·고무·선전·선동 등(제1항) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다. ② 삭제[1991·5·31]	○ 내란·외환 목적인 경우에는 형법 제90조, 제101조 규정 '내란·외환의 선전선동'죄로 처벌가능 ○ 국가의 존립 안전이나 기본질서를 위협할 정도로 심각하고 집단화되어 폭력성을 띨 경우에는 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 경범죄처벌법 등으로 의율 가능
○ 이적단체구성가입(제3항) ③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년이상의 유기징역에 처한다.	○ 대부분 형법 제114조(범죄단체조직가입죄)나 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직죄)로 처벌 가능하고, 그 외 그러한 단체의 결성이나 가입이 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제101조 제1항(외환의 예비음모)으로 의율 가능

국가보안법	형법 등 관련법 규정
○ 허위사실날조유포(제4항) ④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다.	○ 내란・외환 목적인 경우에는 '내란・외환의 예비음모나 선전선동'죄(형법 제90조, 제101조)로 처벌 가능 ○ 타인의 명예를 훼손하게 되는 경우에는 형법 제307조 제1항(허위사실에 의한 명예훼손), 제308조(사자의 명예훼손), 제309조 제2항(출판물에의 허위사실에 의한 명예훼손)으로 규율 가능
○ 이적표현물취득등(제5항) ⑤ 제1항・제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서・도화 기타의 표현물을 제작・수입・복사・소지・운반・반포・판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.	○ 내란・외환 목적인 경우에는 '내란・외환의 예비음모나 선전선동'죄(형법 제90조, 제101조)로 처벌가능 ○ 내란・외환 목적이 없는 경우에는 사상・양심・표현의 자유에 대한 중대한 침해임.
○ 미수죄(제6항) ⑥ 제1항 또는 제3항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.	○ 형법의 미수범(제25조, 제89조, 제100조,)으로 처벌 가능
○ 예비음모죄(제7항) ⑦ 제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년이하의 징역에 처한다.	○ 형법의 예비음모죄(제90조, 제101조)로 처벌 가능
제8조 (회합・통신등) ○ 회합통신죄(제1항) ① 국가의 존립・안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합・통신 기타의 방법으로 연락을 한 자는 10년이하의 징역에 처한다.	○ 남북교류협력에관한법률 제9조(남・북한 왕래) 제13조(반출・반입의 승인) 제17조(협력사업의 승인)제20조(수송장비의 운행)의 규정 위반시 제27조(벌칙)에 따라 처벌 가능 ※ 국가보안법에서 가중 처벌 ○ 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합・통신・연락한 행위는 내란・외환을 목적으로 한 경우 내란・외환의 예비・음모죄(제90조, 제101조)로, 회합・통신으로 국가기밀정보를 제공한 경우 간첩죄(제98조)로 처벌 가능
○ 미수죄(제3항) ③ 제1항의 미수범은 처벌한다.	○ 형법 미수범(제25조, 제89조, 제100조,)규정으로 처벌 가능

국가보안법	형법 등 관련법 규정
제9조 (편의제공) ○ 무기등 편의제공죄(제1항),일반편의제공죄(제2항) ① 이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 총포·탄약·화약 기타 무기를 제공한 자는 5년이상의 유기징역에 처한다. ② 이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 금품 기타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공한 자는 10년이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.	○ 형법 제30조(공동정범) 제31조(교사범) 제32조(종범) 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중)에 따라 처벌 가능 ○ 형법 제95조(시설제공이적) 제97조(물건제공 이적) 제99조(일반이적) 등에 의해 처벌 가능 ○ 내란·외환 목적인 경우에는 '내란·외환의 예비음모'죄(형법 제90조, 제101조), 간첩을 위한 경우에는 간첩 '방조'죄(형법 제98조)로 처벌 가능 ○ 예컨대, 그러한 편의제공이 간첩활동을 방조할 의사로 그를 원조하는 경우일 때는 형법 제98조 간첩죄의 방조범으로서 간첩죄와 동일한 형(사형, 무기 또는 7년 이상의 징역)으로 처벌될 것이고, 구금된 자를 탈취하거나 도주하도록 원조하는 경우일 때는 형법 제147조(도주원조죄)나 제151조(범인은닉죄 : 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 경우)에 해당할 것이며, 회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하는 경우에는 그에 해당한 형법이나 특별법 처벌규정의 공동정범 또는 방조범으로 처벌 가능
○ 미수죄(제3항) ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ○ 예비음모죄(제4항) ④ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 1년이상의 유기징역에 처한다.	○ 형법의 미수범(제25조, 제89조, 제100조)으로 처벌 가능 ○ 형법의 예비음모죄(제90조, 제101조)로 처벌 가능

국가보안법	형법 등 관련법 규정
제10조 (불고지) 제3조, 제4조, 제5조제1항・제3항(제1항의 미수범에 한한다)・제4항의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 수사기관 또는 정보기관에 고지하지 아니한 자는 5년 이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.	○ 타법률에 관련 규정 없으나 이 조항은 사상・양심의 자유를 중대・명백하게 침해하고 있는 '반인권성'으로 말미암아 폐지되어야함.
제11조 (특수직무유기) 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이 이 법의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 그 직무를 유기한 때에는 10년이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.	○ 형법의 직무유기죄(제122조)로 처벌 가능, 다만 법정형(처벌정도)에서 국가보안법은 가중 처벌
제12조 (무고, 날조) ○ 무고, 위증, 날조, 인멸, 은닉죄(제1항) ① 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 이 법의 죄에 대하여 무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조・인멸・은닉한 자는 그 각조에 정한 형에 처한다. ○ 직권 남용(제2항) ② 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이나 이를 보조하는 자 또는 이를 지휘하는 자가 직권을 남용하여 제1항의 행위를 한 때에도 제1항의 형과 같다. 다만, 그 법정형의 최저가 2년미만일 때에는 이를 2년으로 한다.	○ 형법 제152조(위증, 모해위증) 제154조(허위의 감정, 통역, 번역) 제155조(증거인멸등과 친족간의 특례) 제156조(무고)와 완전히 중복됨. 법정형에서 국가보안법은 가중 처벌하고 있음. ○ 형법상 직권남용죄(123조)와 중복됨. 단 법정형에서 차이가 있을 뿐임.
제13조 (특수가중) 이 법, 군형법 제13조・제15조 또는 형법 제2편제1장 내란의 죄・제2장 외환의 죄를 범하여 금고이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자가 제3조제1항제3호 및 제2항 내지 제5항, 제4조제1항제1호중 형법 제94조제2항・제97조 및 제99조, 동항제5호 및 제6호, 제2항 내지 제4항, 제5조, 제6조제1항 및 제4항 내지 제6항, 제7조 내지 제9조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.	○ 국가보안법 제13조(특수가중)는 단지 '처벌받은 후 5년 이내에 다시 국가보안법 등(내란, 외환, 국가보안법, 군형법상 일부 범죄)을 위반하는 누범자'에 대해 '사형'을 법정형으로 추가하는 규정일 뿐, 단순한 가중처벌에 불과함. ○ 결국 이 조항은 5년 이내의 국가보안법의 누범에 대하여 사형을 법정형으로 규정한 가중처벌규정일 뿐임. 더욱이 이 조항 중 찬양고무죄와 이적표현물소지등죄 부분은 헌법재판소가 위헌으로 선언하여 효력을 상실하였음(헌재 2002.11.28. 선고 2002헌가5).

앞의 표에서 볼 수 있듯이, 국가보안법 제3조부터 제13조까지의 처벌규정은 대부분 형법 등 다른 법률의 처벌조항과 중복되거나 가중 처벌하는 것일 뿐이고, 특히 형법 각칙(各則)편 제1장 '내란의 죄'와 제2장 '외환의 죄'의 적용·해석을 통해 충분히 규율이 가능하므로 처벌공백이 생기는 부분은 거의 없다. 다만, 국가보안법 제10조(불고지)의 경우에는 현행법상에서 처벌공백이 생긴다고 할 수 있으나, 이 규정은 양심의 자유를 심각하게 침해하고 있기 때문에 반드시 폐지되어야 하므로 사실상 존치하여야 할 조항은 없게 된다.

나. 국가보안법을 폐지할 경우, 그동안 북한 관련 안보범죄를 처벌할 때 이용해온 국가보안법상의 '반국가단체' 관련 개념을 형법으로는 담아낼 수 없다는 일부의 지적이 있다. 그러나 '북한은 간첩죄의 적용에 있어서 이를 국가에 준하여 취급하여야 한다'는 것이 대법원의 견해이므로(대법원 1959.7.18.선고4292형상180판결, 대법원 1971.9.28.선고71도1498판결, 대법원 1983.3.22.선고82도3036호판결 등)형법의 규정으로 해결이 가능하다 할 것이다.

다. 설령, 일부분에 약간의 처벌 공백이 생긴다 할지라도 국가보안법은 국가안보를 위한 전체 법체계의 일부일 뿐이고, 형법 각칙편 제1장 '내란의 죄'와 제2장 '외환의 죄'가 국가안보를 위태롭게 하는 범죄 대부분을 예정하고 있으며 그 외 여러 특별형법에도 국가안보를 위해 작동하는 처벌조항이 다수 있다. 오히려 국가보안법은 형법 각칙편 제1장과 제2장에 규정된 죄의 전(前)단계 또는 전전(前前)단계를 처벌하려다 보니 그 구성요건의 불명확성과 추상성을 심히 내재하게 되어 자의적 적용과 남용의 위험을 항시 노정하고 있다는 점에서, 국가보안법의 폐지는 '국가안보법'의 무장해제가 아니라 '국가안보법체계의 합리적 개선'을 가져올 수 있을 것이다.

2. 경과조치 문제

국가보안법을 폐지할 경우, 현재 유죄판결을 받고 수용되어 있거나 재판계류 중인 사범들에 대한 후속 처리 문제가 불거질 수 있다.

형법 제1조 제2항은 '범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구

성하지 않거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다'고 규정하고, 제3항에서는 '재판확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다'고 규정하고 있어서, 국가보안법이 폐지되는 즉시 재판에 계류 중인 사람에 대하여는 면소판결을 하여야 하고, 유죄판결이 확정되어 복역 중인 사람에 대하여는 형의 집행을 면제하고 석방하여야 하며, 형의 집행을 종료한 사람은 재심의 대상이 될 수도 있다.

그러나 죄명은 '국가보안법위반'으로 되어 있더라도 범죄 사실이 내란, 외환, 범죄단체조직 또는 무고 등으로 가벌성이 있는 경우에는 형법 제1조 제2항 및 제3항의 적용을 배제하여야 할 것이므로, '국가보안법폐지에관한법률' 부칙에 경과규정을 두어야 할 필요가 있다.

3. 국민정서 문제

가. 국가보안법을 폐지할 경우, "광화문 네거리에서 '김정일 만세'를 외치거나 인공기를 흔드는 행위"를 처벌할 수 없게 되어 국민정서에 반한다는 일부의 주장이 있다.

그러나 대법원은 국가보안법 제7조의 적용 한계로 '실질적 위험성의 원칙'을 제시하고 있고, 헌법재판소는 더 나아가 '명백하고 현존하는 위험의 원칙'을 요구하고 있는 바, 위와 같은 행위로 인해 국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서가 위태롭게 될 '실질적 위험' 또는 '명백하고도 현존하는 위험'이 있다고 보는 것은 우리 사회의 건강성과 다양성을 지나치게 우려하는 태도라고 볼 수 있다. 민주사회에서의 국가안보와 사회질서는 오히려 사상의 자유를 폭넓게 인정함으로써 다양한 이념과 사상이 비판적 토론의 과정을 거쳐 소화해 내도록 함으로써 보장될 수 있다. 물론 위의 행위들이 국가의 기본질서를 위협할 정도로 심각하고 집단화되어 폭력성을 띨 경우에는 형법 제115조(소요) 또는 제116조(다중불해산) 등의 '공안을 해하는 죄'로 처벌할 수 있을 것이며 경우에 따라서는 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 경범죄처벌법 등으로도 의율할 수 있을 것이다.

나. 북한의 대남전략 및 법체계의 변화 없이 국가보안법을 폐지하는 것은 형평성에 맞지 않는다는 주장도 있다. 그러나 북한에는 우리의 국가보안법과 같은 안보특별법이 없고, 북한의 헌법이나 형법에는 남한 자체를 부정하

거나 반국가단체로 보는 규정도 없다. 북한 헌법 제9조는 사회주의 건설의 범위를 북한지역으로 한정시키고 있고, 북한 형법에 '공화국'을 전복하려는 무장 폭동, 테러, 간첩행위 등 '국가주권을 반대하는 범죄'와 '민족해방에 반대하는 범죄'를 규정하고 있으나, 이들은 우리 형법의 내란, 외환, 간첩죄와 기본적으로 동일한 내용이다. 따라서 국가보안법 폐지가 북한 법체계와의 형평성에 맞지 않는다는 주장은 그 근거가 박약하다.

4. 시대적 상황변화와 그 대응 문제

가. 1991년 9월 18일 남북한 양측은 동시에 유엔에 가입하였다. 유엔헌장 제4조에 따르면, 유엔가맹국의 자격요건은 국제법상의 주권국가로서 유엔헌장의 의무를 수락하고 이러한 의무를 이행할 능력과 의사가 있는 것으로 되어 있다. 당시 북한도 '조선민주주의인민공화국'이란 이름으로 유엔에 가입함으로써 국제법적으로 공식 인정된 독립국가 지위를 가지게 된 것이다. 물론 유엔 가입 이전에도 국제관습에 비추어 보면 북한 당국이 북한지역에 대하여 사실상의 '통치권'을 행사하고 있었음은 부인할 수 없는 사실이다. 1990년까지 대한민국과 수교를 맺은 나라가 132개국인 데 비하여 북한을 대등한 국가로 인정하고 수교를 맺은 나라가 102개 국가에 이른다는 사실도 고려해야 할 것이다. 또한 북한은 한반도 주변국과의 각종 국제회담에도 일방 당사자 국가로서 빠지지 않고 참가하고 있으며, 최근의 6자 회담에서도 이러한 사실은 확인되고 있다. 즉 북한은 '한반도의 북측 지역을 무단으로 점령하고 있는 반국가단체'가 아니라 국제법적으로는 '사실상의 국가'로 보는 것이 변화된 시대적 환경과 국제법 질서에 맞는 해석이라고 할 것이다.

나. 국내적으로 보더라도 1972년 남한의 박정희 대통령과 북한의 김일성 주석이 7·4 남북공동성명을 통해 '사상, 제도, 이념의 차이를 초월하여 평화적 방법에 의한 민족 통일'을 하기로 합의한 이래, 2004년 7월까지 정치·경제·군사·사회 분야에서 각종 남북총리급회담, 남북고위회담 등이 총 440회나 진행되어 왔고, 1991. 12. 12. '남북화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서'와 2000. 6. 15. 남북 정상회담까지 이루어진 현실에서 북한을 여전히 반국가단체라고 주장하는 것은 우리 스스로 논리적 모순에 빠질 수도 있다.

다. 또한 현재 남한 내부에는 냉전과 반북을 전제하는 국가보안법이 존재하면서 동시에 탈냉전과 통일을 지향하는 남북기본합의서나 '남북교류협력에관한법률' 등이 존재함으로써, 완전히 모순되는 두 개의 법 가치·체계가 병존하고 있으며, 따라서 현재 북한은 '반국가단체'·'적'이면서 동시에 통일을 위한 대화와 협상의 대등한 주체라는 이중적·모순적 법적 지위가 부여되어 있는 상태로서 분단 당시나 냉전체제 당시와는 그 시대적 상황이 크게 변했다는 사실을 솔직히 인정해야 한다.

Ⅵ. 결 론

앞에서 살펴본 바와 같이 국가보안법은 그 제정과정에서부터 태생적인 문제점을 안고 있었을 뿐만 아니라, 형법이 제정된 이후에 이루어진 수차례의 개정도 국민적 합의를 거치지 않은 절차적 정당성을 결한 것이어서 법률로서의 규범력이 부족하며, 죄형법정주의에 위배되고 사상과 양심의 자유 및 표현의 자유 등 인간의 가치와 존엄성을 해할 소지가 많은 반인권적 법률이라는 비난을 면치 못한다. 국가안보에 관련된 범죄는 형법 등 다른 형벌법규로 의율이 가능하여 국가보안법이 폐지되더라도 처벌 공백은 거의 없다고 볼 수 있다. 다만, 필요한 경우 미흡한 부분이 생긴다면 형법의 관련 조항을 개정·보완하는 방안을 강구할 수도 있을 것이다. 그리고 우리나라는 국제사회의 일원으로서 국제사회의 여론과 결정을 수용할 필요가 있으며, 시대적 상황변화에 부응하는 자세로 북한에 대한 대응책을 마련해야 한다.

현행 국가보안법은 몇 개 조항의 개정만으로는 위에서 지적한 문제점들이 치유될 수 없으므로 전면 폐지하는 것이 시대적 요청이라고 본다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 국회의장과 법무부장관에게 국가보안법의 폐지를 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

Ⅶ. 위원 조미경, 위원 김오섭의 반대의견

1. 1991. 5. 31. 개정 전의 국가보안법은 헌법부칙 제5조의 규정에 비추어 그 제정절차에 하자가 있음을 이유로 하여 이를 다툴 수 없고, 1991. 5. 31. 개정 후의 국가보안법은 그 개정절차에 위헌적 요소가 없다는 것이 헌법재판소의 결정이다(헌재 1997. 1. 16. 선고 92헌바6, 26, 93헌바34·35·36(병

합) 결정). 따라서 국가보안법이 그 제정과정에서부터 태생적인 문제점이 있다거나 수차례의 개정도 정당성을 결한 것이어서 법률로서의 규범력이 부족하다는 것은 국가보안법을 폐지할 이유로 내세울 것이 못된다.

국가보안법은 국민의 자유와 권리를 제한하는 것이지만 원래 국민의 자유와 권리는 국가안전보장을 위하여 제한할 수 있는 것이고(헌법 제37조제2항), 국가보안법은 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에만 적용되는 것이므로 국가보안법을 반인권적 법률이라고 볼 것은 아니다(대법원 1993. 10. 8. 선고 93도1951 판결 참조).

정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 반국가단체라고 정의하고 있는 국가보안법 제2조의 규정이 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 북한이 정부를 참칭하고 국가를 변란할 것을 목적으로 하고 있는 이상 시대적 상황변화가 있었다는 이유만으로 그 반국가단체성을 부인할 수 없다. 국가보안법 제7조는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 하는 행위만을 처벌하는 것이므로 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것이 아니며, 특정 사상·이념에 찬성하는지 여부의 기준에 따라 처벌하는 규정이 아니다. 국가보안법 제7조가 반인권적 조항이라는 주장은 8차에 걸친 그동안의 헌법재판소의 결정에도 반하는 것이다(헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정, 1990. 6. 25. 선고 90헌가11 결정, 1992. 1. 28. 선고 89헌가8 결정, 1997. 1. 16. 선고 92헌바6, 26, 93헌바34, 35, 36(병합) 결정, 1997. 1. 16. 선고 89헌마240 결정, 1999. 4. 29. 선고 98헌바66결정, 2004. 8. 26. 선고 2003헌바85 결정, 2004. 8. 26. 선고 2003헌바102 결정 참조). 국가보안법 제10조는 국가의 안전을 위태롭게 하고 국가의 존립에 치명적 위해를 초래할 중대한 범죄에 대한 것만 처벌하는 규정이므로 그것이 양심의 자유를 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다. 1991. 5. 31. 법률 개정으로 처벌대상이 축소되기 전의 규정도 여러 가지 국내외 정세의 변화에도 불구하고 남·북한의 정치·군사적 대결이나 긴장관계가 여전히 존재하고 있는 우리의 현실, 구 국가보안법 제10조가 규정한 불고지죄가 보호하고자 하는 국가의 존립·안전이라는 법익의 중요성, 범인의 친족에 대한 형사처벌에 있어서의 특례설정 등 제반사정에 비추어 볼 때 구 국가보안법 제10조가 양심의 자유를 제한하고 있다 하더라도 그것이 헌법 제37조제2항이

정한 과잉금지의 원칙이나 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지의 원칙에 위반된 것이라고 볼 수 없다는 것이 헌법재판소의 결정이었다(헌재 1998. 7. 16. 선고 96헌바35 결정 참조).

국가보안법의 규정 중 “국가를 변란”, “찬양・고무・동조”, “국가의 존립・안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”와 같은 말들이 형법에 나오는 “국토를 참절”, “국헌을 문란”, “중요한 임무”, “부화수행”, “사변”, “교사”, “방조”와 같은 말보다 더 애매모호한 것도 아니다. 분명한 것처럼 보이는 민법이나 형법의 규정도 생각보다 애매하고 해석의 여지가 많다. 대법원도 국가보안법의 각 범죄구성요건의 개념이 애매모호하고 광범위하여 죄형법정주의의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 하였다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96도2673 판결 참조).

국가보안법은 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에만 적용되는 것이므로 절대적으로 준수해야 할 법률이다. 남북교류협력에관한법률의 제정으로 국가보안법이 상대적 금지의 법률로 되었다고 보는 것은 잘못이다. 남북교류접촉행위가 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것이 아니라면 남북교류협력에관한법률이 없더라도 국가보안법에 의한 처벌대상이 되지 않을 것이다. 반대로 정부의 승인을 얻은 교류접촉이라도 대한민국의 체제전복행위의 일환으로 행하여지는 것이라면 국가보안법에 의한 처벌대상이 될 것이다. 남북교류협력에관한법률은 남북한간의 왕래, 교역, 협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 적용되고, 이 요건을 충족하지 아니하는 경우에는 동법의 적용이 배제되는 것이므로 국가보안법과 남북교류협력에관한법률은 서로 모순되는 것이 아니다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2419 판결 참조). 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체이므로 남북교류협력에관한법률이 제정되었다고 하여 국가보안법의 필요성이 없어지는 것도 아니다(헌재 1997. 1. 16. 선고 92헌바6・26, 93헌바34・35・36 결정 참조).

2. 국가보안법을 폐지한다면 국가보안법이 처벌대상으로 규정한 것 중의 상당한 부분은 형법 등 다른 법률로도 처벌할 수 없게 된다. 다수의견은 남북기본합의서나 남북교류협력에관한법률 등의 존재로 북한을 "반국가단체", "적"으로 보는 것이 법적으로 모순적이라고 주장하면서도 북한도 간첩죄의 적용에 있어서 국가에 준하여 취급해야 한다는 것이 대법원의 견해이므로 국가보안법을 폐지하더라도 형법의 규정으로 해결이 가능하다고 스스로 모순된 주장을 하고 있다. 그러면서도 국가보안법을 폐지할 경우 일부 처벌공백이 생기는 것은 시인하고 있다. 그러나 북한을 적국으로 보아 북한에 대한 이적행위를 형법 제93조 내지 제101조에 의하여 처벌할 수 있게 된다고 하더라도 국가보안법을 폐지하면 다음과 같이 국가보안법에 의한 처벌대상의 상당한 부분은 사실상 형이 폐지되는 결과가 된다.

국가보안법	다른 법률에 의한 처벌의 가능성
제3조 (반국가단체의 구성등) ①반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 다음의 구별에 따라 처벌한다. 1. 수괴의 임무에 종사한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다. 2. 간부 기타 지도적 임무에 종사한 자는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다. 3. 그 이외의 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ②타인에게 반국가단체에 가입할 것을 권유한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ④제1항제1호 및 제2호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ⑤제1항제3호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.	정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 단체를 구성하거나 가입하더라도 그 수단·방법이 폭력행위등처벌에관한법률에 규정된 범죄를 목적으로 하지 않는 이상 폭력행위등처벌에관한법률 제4조로 처벌할 수 없다. 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 8은 타인의 재물을 절취할 목적의 단체 등의 조직을 처벌하는 규정이므로 이 규정으로 반국가단체의 구성 등을 처벌할 수 없다. 형법 제90조는 내란 또는 내란 목적의 살인의 음모, 예비, 선동, 선전을 처벌하는 규정이므로 반국가단체를 구성하거나 이에 가입하더라도 폭동을 의도하지 않는 이상 형법 제90조로 처벌할 수 없다. 반국가단체의 구성 등을 형법 제101조로 처벌할 여지도 없다. 반국가단체가 형법 기타 법률에 의한 범죄를 목적으로 하는 것이 아닌 이상 형법 제114조로 처벌할 수는 없다.

국가보안법	다른 법률에 의한 처벌의 가능성
제4조 (목적수행) ①반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.<개정 1991・5・31> 1. 형법 제92조 내지 제97조・제99조・제250조제2항・제338조 또는 제340조제3항에 규정된 행위를 한 때에는 그 각조에 정한 형에 처한다. 2. 형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지・수집・누설・전달하거나 중개한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다. 가. 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 나. 가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형・무기 또는 7년이상의 징역에 처한다. 3. 형법 제115조・제119조제1항・제147조・ 제148조・제164조 내지 제169조・제177조 내지 제180조・제192조 내지 제195조・제207조・제208조・제210조・제250조제1항・제252조・제253조・제333조 내지 제337조・제339조 또는 제340조제1항 및 제2항에 규정된 행위를 한 때에는 사형・무기 또는 10년이상의 징역에 처한다. 4. 교통・통신, 국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴하거나 사람을 약취・유인하거나 함선・항공기・자동차・무기 기타 물건을 이동・취거한 때에는 사형・무기 또는 5년이상의 징역에 처한다.	북한 이외의 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행을 위한 행위를 처벌할 수 없다. 형법조항에 규정된 행위가 아닌 경우, 즉 국가기밀을 누설・전달하거나 중개한 때, 함선・항공기・자동차・무기 기타 물건을 이동・취거한 때, 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴・은닉・위조・변조한 때, 그러한 행위를 선동・선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때 및 위와 같은 행위를 예비, 음모한 때에는 대부분 형법으로 처벌할 수 없다. 손괴는 재물 자체에 유형력을 행사할 것을 요하는 것이며 물체에 영향을 미치지 않고 재물의 기능을 훼손하는 것은 손괴가 되지 않는 것이므로 함선 등을 이동・취거하는 것만으로는 손괴죄로 처벌할 수 없다. 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품이 모두 공무소에서 사용하는 것이 아니고 공문서 또는 권리・의무와 사실증명에 관한 사문서도 아니므로 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품의 손괴・은닉・위조・변조를 모두 형법 제141조제1항, 제225조 내지 제237조의2로 처벌할 수 없다.

국가보안법	다른 법률에 의한 처벌의 가능성
5. 형법 제214조 내지 제217조·제257조 내지 제259조 또는 제262조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때에는 3년이상의 유기징역에 처한다. 6. 제1호 내지 제5호의 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때에는 2년이상의 유기징역에 처한다. ②제1항의 미수범은 처벌한다. ③제1항제1호 내지 제4호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ④제1항제5호 및 제6호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.	
제5조 (자진지원·금품수수) ①반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적으로 자진하여 제4조제1항 각호에 규정된 행위를 한 자는 제4조제1항의 예에 의하여 처벌한다. ②국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수한 자는 7년이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31> ③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ④제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.	제5조제1항의 처벌대상의 상당한 부분은 제4조제1항에 관하여 위에서 본 바와 같이 다른 법률로 처벌할 수 없다. 제5조제2항의 처벌대상은 다른 법률로 처벌할 수 없다.
제6조 (잠입, 탈출) ①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 자는 10년이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31>	북한 이외의 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터의 잠입이나 그 지역으로 탈출한 자에 대하여는 남북교류협력에관한법률을 적용할 수 없다. 북한 이외의 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 제3국을 거치지 않고 직접 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 때에는 여권법이나 출입국관리법으로 처벌할 수 없다.

국가보안법	다른 법률에 의한 처벌의 가능성
②반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 잠입하거나 탈출한 자는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다. ③삭제<1991.5.31> ④제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.<개정 1991.5.31> ⑤제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년이하의 징역에 처한다. ⑥제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다.	
제7조 (찬양·고무등) ①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31> ②삭제<1991.5.31> ③제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.<개정 1991.5.31> ④제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다.<개정 1991.5.31> ⑤제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.<개정 1991.5.31> ⑥제1항 또는 제3항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.<개정 1991.5.31>	내란, 외환의 목적이 없는 경우는 형법으로 처벌할 수 없다.

국가보안법	다른 법률에 의한 처벌의 가능성
⑦제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년이하의 징역에 처한다.	
제8조 (회합·통신등) ①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락을 한 자는 10년이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31> ②삭제<1991.5.31> ③제1항의 미수범은 처벌한다.<개정 1991.5.31> ④삭제<1991.5.31>	내란, 외환의 목적이 없는 경우는 형법으로 처벌할 수 없다. 북한을 제외한 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신, 기타의 방법으로 연락을 한 경우는 남북교류협력에관한법률 제9조, 제13조, 제17조로 처벌할 수 없다.
제9조 (편의제공) ①이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 총포·탄약·화약 기타 무기를 제공한 자는 5년이상의 유기징역에 처한다.<개정 1991.5.31> ②이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 금품 기타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공한 자는 10년이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.<개정 1991.5.31> ③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ④제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 1년이상의 유기징역에 처한다.	제3조 내지 제8조의 죄 중 다른 법률로 처벌할 수 없는 자에게 편의를 제공한 경우는 다른 법률로 처벌할 수 없다.
제10조 (불고지) 제3조, 제4조, 제5조제1항·제3항(제1항의 미수범에 한한다)·제4항의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 수사기관 또는 정보기관에 고지하지 아니한 자는 5년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.	다른 법률로 처벌할 수 없다.

따라서 다수의견은 단순히 동일한 대상에 적용될 수 있는 두 개의 법률 중에서 한 개를 폐지하여 나머지 한 개만으로 처벌하자는 것이 아니라 국가보안법의 적용대상 중 위와 같이 형법 등 다른 법률로 처벌할 수 있는 것을 제외하고는 처벌하지 말자는 뜻이 된다. 국가보안법의 폐지로 생기는 이와 같은 처벌공백은 우리 국가의 안보상황에 비추어 결코 무시할 수 없는 것이다. 다수의견에 의하면 반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자도 일부는 처벌하지 않게 되고, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자도 내란 또는 외환의 목적이 있는 경우를 제외하고는 처벌하지 못하게 된다는 것인데, 도대체 그러한 것을 처벌하지 않고 허용해야 할 이유가 무엇인지 알 수 없다.

3. 국가보안법은 우리 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 지키기 위한 법률이다. 법률의 명칭이나 내용은 다를지 몰라도 국가의 안보와 체제를 지키기 위한 법률은 어느 나라에나 있는 것이다. 따라서 국가보안법의 폐지를 권고하려면 첫째, 국가보안법을 폐지하더라도 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 지킬 수 있어야 하고, 둘째 국가보안법을 개정하는 것만으로는 인권침해요소를 제거할 수 없어야 할 것이다. 그러나 북한은 아직도 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있으므로 국가보안법을 폐지할 경우 우리 국가의 안보가 위태롭게 될 것은 명백하다. 그리고 국가보안법은 그동안 규정의 개정과 헌법재판소의 결정, 법원의 판결 등에 의하여 규정의 의미와 적용한계가 명백히 되어 인권침해 요소는 이미 제거되었다고 할 것이다.

국가보안법이 과거 정치적 반대세력의 탄압을 위하여 이용된 사례가 있었다고 하더라도 현재는 정치적 반대세력의 탄압을 위하여 이용되고 있지 않으며 앞으로도 그럴 가능성은 없을 것이다. 국가보안법 위반자 중 제7조 위반자가 많다고 하더라도 그러한 사정만으로 제7조가 남용된다고 볼 수는 없을 것이다. 한총련을 이적단체로 보는 것이 현재도 국가보안법이 남용되고 있는 사례라는 의견이 있다. 그러나 그 의견에는 한총련 사건에서 국가보안법이 어떻게 남용되었다는 것인지 아무런 설명이 없고, 한총련을 이적

단체로 인정한 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결[3]을 읽어 보아도 국

3) 제10기 한국대학총학생회연합이 이적단체인지 여부에 관한 판시는 다음과 같다. "한국대학총학생회연합(통상 '한총련'이라고 부르나, 아래서는 '총학생회연합'이라고 한다)은 이 법원이 1998. 5. 15. 제5기 총학생회연합을 국가보안법 소정의 이적단체로 선언한 이래 2001년의 제9기에 이르기까지 이 법원에 의해 그 이적단체성이 그대로 유지되어 왔는바, 원심이 유지한 제1심판결의 채용증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 의장으로 선출된 2002년의 '제10기 총학생회연합'(아래서는 '제10기'라고만 하고, 다른 기수의 경우도 이와 같다)은 그 강령 및 규약의 내용과 표현을 온건한 방향으로 개정하려고 시도(피고인이 구속된 뒤 실제로 개정이 이루어진 것으로 보인다)한 바 있으나 아래와 같은 사정들에 비추어 볼 때 이는 남북관계 등 여건의 변화에 적응하여 부득이하게 취한 조치이거나 합법적인 단체로 인정받아 활동의 자유를 확보하려는 의도에서 나온 조치일 뿐 그것만으로 종전 총학생회연합의 이적단체성이 청산되어 그 성격이 근본적으로 변화되었다고 보기 어렵고, 오히려 제10기의 의장인 피고인이 소지하고 있던 문서들 중 북한의 대남혁명전위대인 '한국민족민주전선(약칭 한민전)'의 대남방송인 '구국의 소리' 방송을 녹취한 '전국민에게 드리는 서한', '한국민족민주전선 중앙위 선전국이 전국민에게 드리는 글', '한국민족민주전선 중앙위원회 축하문' 등의 글·김정일의 연설내용을 발췌한 '당의 령도체계를 철저히 세울데 대하여'라는 글·나아가 '대담하고 또 대담하라', '동지애의 구호를 높이들고 나가자', '동지애의 천만리' 등의 노동신문 기사나 사설 등은 모두 국가보안법 제7조 제5항에서 정한 이적표현물에 해당하는 것들인데, 이 문서들이 그 간부의 의식화 및 사상교육 자료로 사용되고 투쟁노선의 설정 및 행동지침의 마련 등에 참고된 것으로 보이는 점, 제10기 명의로 작성된 각종 문서들의 내용 역시 여전히 종전의 총학생회연합 노선을 그대로 답습하여 우리 사회를 미제국주의의 식민지로, 우리 정권을 친미예속 식민지 파쇼정권으로 규정하고, 투쟁목표를 반미투쟁, 반통일 보수세력의 척결 및 민족통일전선의 강화 등으로 설정한 다음, 주한미군 철수·반미반전반핵 투쟁·북미평화협정 체결·국가보안법 철폐·총학생회연합에 대한 이적규정의 철회·각계 각층과의 공동연대투쟁의 강화를 통한 민족민주전선의 형성 등을 투쟁방향으로 삼고 있어 제10기도 궁극적으로는 북한이 주장하여 온 민족해방인민민주주의혁명(NLPDR)과 그 궤를 같이하는 민중민주주의의 실현을 그 목적으로 삼고 있는 것으로 보이는 점, 제10기의 의장을 비롯한 임원들이 이적단체인 조국통일범민족연합(약칭 '범민련') 산하 조국통일범민족청년학생연합(약칭 '범청학련') 남측본부의 주된 구성원으로서 의장인 피고인은 범청학련 남측본부의 상임부의장을 맡고 총학생회연합 산하 각 지역대학총학생회연합의 의장들은 그 부의장단을 구성하는 등 범청학련 남측본부의 집행부를 장악하고 북한 조선노동당 통일전선부의 산하단체인 범청학련 북측본부와 지속적인 통신연락을 유지하면서 활동한 점, 제10기 소속 학생들이 북한의 김정일 찬양 구호인 '수령 결사옹위'에서 인용한 것으로 보이는 '결사옹위'라는 문구를 가로 114㎝, 세로 89㎝의 흰 천에 쓴 혈서(血書)를 만들어 의장으로 선출된 피고인에게 선물하고 피고인은 이를 소지하고 다니는 등 그 행동양식에 있어서도 북한을 추종하고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 그 강령과 규약의 일부 변경에도 불구하고 제10기 역시 그 사상과 투쟁목표에 있어서 종전의 총학생회

가보안법이 남용되었다고는 생각되지 않는다. 그리고 국가보안법은 앞으로 남용될 가능성이 있으므로 폐지해야 한다는 의견도 있다. 그러나 국가보안법이 현재 남용되지 않고 있는 것은 일시적으로 우연히 그렇게 된 것이 아니라 수차의 개정으로 규정이 정비되고, 법원의 판례 및 헌법재판소의 결정 등에 의하여 적용기준이 명확하게 되고, 민주화가 진전되어 그렇게 된 것이므로 현재 남용되고 있지도 않은 국가보안법이 장래에 남용될 가능성이 있다는 막연한 이유로 이를 폐지할 것은 아니다.

사실 법이 남용될 가능성이 있다는 것은 어느 법이나 그런 것이지 국가보안법만 그런 것도 아니다. 국가보안법의 해석, 적용에 있어서 남용의 가능성이 있다면 적용범위가 좀더 구체화되도록 개정을 하거나 해석, 적용을 좀더 엄격히 하도록 노력할 일이지 법을 폐지할 것이 아니다. 가사 국가보안법이 남용될 경우가 있다고 하더라도 그 남용으로 인한 폐해는 결코 국가보안법의 폐지로 초래될 국가적 재앙에 비할 것이 못된다. 국가변란이 초래되어 자유민주적 기본질서가 파괴되고 나서 이를 원상으로 회복하는 것은 불가능한 일이다. 국가보안법을 폐지할 경우에 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서가 위태롭게 될 위험이 있을지 없을지, 있다면 얼마나 클지 국가보안법을 폐지하여 시험해 볼 문제도 아니다. 국가의 안전이 보장되고 자유민주적 기본질서가 유지되는 가운데 적화를 걱정함이 없이 사는 것이 우리의 가장 기본적인 인권이다.

4. 법률적 측면에서 국가보안법을 폐지하여야 한다는 다수의견은 결국 모두 대법원 판례와 헌법재판소의 결정에 반하는 것이다. 헌법재판소의 결정은 헌법의 최종적인 유권해석으로서 모든 국가기관과 모든 국민을 구속하는 효력이 있는 것이다. 그리고 국가보안법 폐지로 인한 처벌공백은 현재의 안보여건에 비추어 결코 방치할 수 없을 정도로 큰 것이므로 현실적 측면에서도 국가보안법을 폐지할 수는 없다. 북한정권의 존재를 부정할 수는 없지만 북한을 국가로 승인하고 있는 것은 아니며 북한이 적화야욕을 버리지 않고 있는 이상 북한이 유엔에 가입하고 북한을 국가로 인정하고 수교를 맺은 나라가 많다고 하더라도 우리에게 북한은 반국가단체라고 하지 않을

연합과 근본적인 변화가 있었다고 볼 수 없고, 그 지향하는 노선이 반국가단체인 북한의 통일노선과 그 궤를 같이함으로써 북한의 활동을 찬양·고무·선전하거나 적어도 이에 동조하는 행위를 목적으로 하는 이적단체라고 판단할 수밖에 없다."

수 없는 것이다. 국가보안법 폐지에 반대한다는 것이 “광화문 네거리에서 ‘김정일 만세’를 외치거나 인공기를 흔드는 행위”를 모두 처벌하자는 뜻은 아니다. 그러한 행위도 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 무해한 경우에는 국가보안법으로 처벌할 수 없다. 그러나 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 위험이 있는 경우에는 가사 그 정도가 다중이 집합하여 폭행·협박 또는 손괴의 행위를 하거나 그런 행위를 할 목적으로 다중이 집합하여 형법 제114조나 제115조에 의하여 처벌할 수 있는 단계에 이르지 못하더라도 국가보안법으로 처벌하여야 한다. 국제기구의 의견도 국가보안법의 점진적 폐지를 위한 진지한 시도, 국가보안법의 폐지와 다른 수단을 통한 국가안보의 보장, 국가보안법의 단계적 폐지이지 무조건적인 폐지가 아닐 뿐 아니라 국제기구의 의견이라고 해서 우리의 안보여건을 고려함이 없이 무턱대고 수용할 것이 아니다. 국가보안법은 1991. 5. 31.의 개정으로 국가의 존립과 안위를 해치는 경우에만 처벌하도록 적용범위와 대상이 구체화되었고 헌법재판소의 결정이나 학설, 법원의 판례에 의하여 개념이 정립되었다. 국가보안법이 과거 인권을 부당하게 침해한 사례가 많았다고 하더라도 국가보안법은 국가의 안보를 지키기 위한 가장 중요한 법률이므로 이를 폐지하려면 먼저 국가보안법이 현재도 남용되고 있는지, 남용되고 있다면 그 이유는 무엇인지, 남용을 방지할 방법은 어떠한 것들이 있는지, 조문의 개정으로 남용을 막을 수 없는지 검토해 보아야 한다. 그러한 것들은 진지하게 검토해 보지도 않고 근거 없이 조문의 개정으로는 문제점이 치유될 수 없다고 단정하고, 처벌공백에 대한 아무런 대비도 없이 국가보안법을 폐지하는 것은 경솔하고 무책임한 일이다. 국가보안법의 폐지에 반대한다.

Ⅷ. 다수의견의 보충의견

1. 위원 신동운의 보충의견

가. 반국가단체의 구성·가입죄 등과 형법의 내란죄 등 사이에 처벌의 공백이 생길 수 있다는 소수의견에 대하여

소수의견은 반국가단체의 구성·가입 행위 가운데 형법이나 폭처법 또는 특가법의 조문으로 처벌할 수 없는 부분이 있다고 주장한다. 국가보안법 제

2조 제1항은 '반국가단체'를 정의하여 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체라고 정의하고 있다. 이에 대하여 형법 제87조의 내란죄는 '국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동'하는 단체를 범죄의 주체로 예정하고 있다. "정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적"으로 하는 것과 "국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적"의 내용이 국가의 존립・안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하려는 것에 있어서 공통되는 점에는 의문의 여지가 없다.

이제 반국가단체구성죄와 내란죄를 비교하면 전자는 단순히 반국가단체를 "구성"하기만 하면 성립하는 범죄임에 대하여 내란죄는 내란단체의 구성을 넘어서서 "폭동"에 나아가야 한다는 점에서 차이가 있다. 그런데 "폭동"의 개념은 단순한 물리력의 행사에 그치는 것이 아니다. 여기에는 넓은 의미의 협박도 포함된다. 대법원은 1997. 4. 17. 선고 96도3376(판례공보 1997년 1303(1327))에서 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행・협박을 말하는 것으로, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이라고 판시한 바 있다.

대법원의 판례에 따를 때 내란죄의 '폭동' 개념이 포함하고 있는 최광의의 협박은 일반 국민에게 자유민주적 기본질서 하에서 보장되는 기본적 자유를 위태롭게 하는 해악을 고지하는 것으로도 족하다. 예컨대 계엄선포를 통하여 시민들의 자유를 제한하려고 하는 것도 내란죄의 협박에 해당하여 '폭동' 개념을 충족시킨다는 것이 대법원의 태도이다. 반국가단체란 바로 자유민주적 기본질서에 의하여 보장되고 있는 시민의 기본적 자유와 권리를 무시하는 체제를 지향하는 단체이므로 이들의 행위내용 중 대부분은 협박을 내용으로 하는 "폭동"에 포함된다고 하지 않을 수 없다.

한편 형법상 내란죄는 단순히 실제로 "폭동"으로 나아간 경우만을 처벌하는 것은 아니다. "폭동"으로 나아가기 전에 이를 예비・음모하는 행위를 처벌한다(형법 제90조 제1항). 여기에서 한 걸음 더 나아가 형법은 내란죄의 선동・선전행위를 처벌한다(형법 제90조 제2항). 내란죄의 선동・선전행위는 아직 단체구성의 차원에도 이르기 전 단계에서 형법적 개입을 시도하는 것이므로 반국가단체의 '구성'을 전제로 하는 국가보안법의 규율영역을 충분히 포착하고도 남음이 있다.

나. 반국가단체의 구성·가입죄와 형법의 범죄단체 조직죄와의 간격도 문제라는 소수의견에 대하여

소수의견은 반국가단체가 형법 기타 법률에 의한 범죄를 목적으로 하는 것이 아닌 이상 형법 제114조로 처벌할 수 없다고 주장한다. 그러나 '폭동'의 개념이 폭행과 협박을 포함하는 넓은 의미로 이해되고 그에 대한 예비·음모·선동·선전 등의 행위가 범죄로 처벌되고 있는 상황에서 형법 제114조의 범죄단체조직죄가 규율하는 영역은 대단히 넓다. 반국가단체구성죄가 폐지된다고 하여도 형법에 의한 규율은 충분하다고 생각된다.

반국가단체구성죄와 형법상의 내란죄 관련 범죄단체구성죄를 비교해 보면 폭행·협박을 내용으로 하는 영역 이외에서 활동하는 범죄단체가 문제영역으로 등장한다. 그러나 형법상 내란죄의 폭행·협박은 가장 넓은 의미의 개념으로 이해된다. 물리력의 행사나 장래에 대한 해악의 고지는 형법상 내란죄의 '폭동' 개념에 이미 포함되어 있다.

이제는 폭행·협박 이외의 영역에 대한 규율의 필요성이 논의될 차례이다. 그러나 이 부분은 소위 평화적으로 자신의 주장을 피력하는 차원에서 행해지는 행위의 영역에 속한다. 이 영역에서는 설사 그 주장하는 내용이 자유민주적 기본질서를 다소 위태롭게 하는 경우가 있다고 하더라도 자유민주적 기본질서가 자랑으로 삼고 있는 사상의 시장경제 원리에 맡겨서 대처하면 족하다. 만일 사상의 자유로운 경쟁이라는 차원을 넘어서서 그 사상의 주장행위가 실력행사로 나아가 폭행이나 협박의 수준에 이른다면 이 때에는 즉시 형법이 개입하게 될 것이다. 이 개입은 현실적인 폭행·협박의 시점이 아니라 그보다 훨씬 앞선 단계, 즉 폭행·협박의 선동·선전, 예비·음모라는 초기단계에서 이루어지게 되는 것이다.

다. "북한 이외의 반국가단체의 행위를 처벌할 수 없다"는 소수의견에 대하여

소수의견은 국가보안법이 폐지되면 북한 이외의 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행을 위한 행위를 처벌할 수 없다고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 지극히 형식논리적인 논변이라고 생각한다. "북한 이외의 반국가단체"란 북한과는 완전히 무관한 자생적 공산주의자 집단을 의미할 것이다. 그러나 이러한 집단에 대해서까지 형법적 규율을 가할 필요가 있는가 하는 점에는 의문이 있다.

자생적 공산주의자의 집단은 그 단체가 단순한 사상피력의 단체에 머무르고 있는 한 역시 사상의 시장경제 원리에 맡겨야 하고 굳이 형법적 규율을 가할 필요가 없다. 자생적 공산주의집단에 대해서까지 자유민주적 기본질서에 위해를 가하리라는 우려를 가지는 시민은 그렇게 많지 않으리라고 본다. 그러나 만일 이러한 단체가 단순한 사상피력의 차원을 넘어서서 실력행사를 주장하게 되는 경우에 이른다면 그 때에는 당연히 형법이 개입하게 된다.

소수의견의 형식논리적 구성은 형법조항에 규정된 행위가 아닌 행위, 예컨대 함선·항공기 등의 이동·취거 등 일련의 행위들에 대해서 처벌할 수 없다는 부분에서도 확인할 수 있다. 이 부분에 대한 소수의견의 논리구성은 이미 결론을 앞세우고 거꾸로 입론을 해 가는 것이라고 할 수 있다. 예컨대 함선·항공기 등의 이동·취거 등 일련의 행위는 형법상 내란죄나 외환죄의 예비·음모 등 각종 규정을 통하여 포섭이 가능하다. 그런데 소수의견은 이러한 가능성을 원천적으로 봉쇄한 채 "형법조항에 규정된 행위가 아닌 행위"라는 개념을 사용한다. 이러한 접근방법은 상대방의 주장에 처음부터 귀를 닫아 버리는 것에 다름 아니다. "형법조항으로 포섭할 수 있는 행위"에 대하여 처음부터 "형법조항에 규정된 행위가 아닌 행위"라고 강변하기 때문이다.

소수의견이 전개하고 있는 바, "손괴", "은닉", "위조", "변조"에 대한 해석론에도 문제가 있다. 이들 개념은 그 개념이 사용되는 문맥에 따라서 신축성 있게 해석된다. 이 때문에 소유권을 보호법익으로 하는 손괴죄의 손괴개념은 공무집행방해죄의 일종을 이루는 공용물손상죄의 경우에 사용되는 손괴개념과 다소 차이를 보이게 된다. 같은 논리는 문서와 관련한 "위조", "변조"의 개념에도 그대로 해당된다.

라. "사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때"에는 국가보안법이 폐지되면 처벌할 수 없다는 소수의견에 대하여

끝으로, 국가보안법 제4조 제1항 제6호가 규정하고 있는바, "사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때"의 부분에 관하여 본다. 이 조문의 연혁을 거슬러 올라가 보면 일제하의 치안유지법과 의용형법에서 비롯함을 알 수 있는데, 소위 인심혹란죄(人心

惑亂罪)가 바로 그것이다. 정부는 형법전을 제정함에 있어서 인심혹란죄를 정부초안에 삽입시켰다. 그러나 인심혹란죄의 구성요건이 언론의 자유를 침해할 우려가 크다는 점에 의견이 일치하여 형법전을 심의하던 제2대 국회는 이 인심혹란죄를 삭제하였다.

인심혹란죄는 이후 1958년 소위 2·4파동을 통하여 국가보안법이 탈법적으로 통과될 때 다시 국가보안법에 삽입되었다. 이 인심혹란죄는 자유당 정권이 영구집권을 획책하는 과정에서 언론탄압의 도구로 국가보안법에 들어오게 된 것으로서, 바로 이 때문에 야당의원들이 국가보안법의 통과를 결사적으로 저지하려고 하였던 것은 널리 알려진 사실(史實)이다. 이러한 경위를 가진 인심혹란죄가 국가보안법의 폐지를 통하여 사라지게 된다고 염려하는 것은 소수의견 스스로 국가보안법의 태생과 역사적 전개과정을 도외시한 채 기존 실정법의 체제유지에 급급한 법률기술자적 시각에 사로잡혀 있음을 웅변하는 것이라고 생각된다.

2. 위원 이홍록의 보충의견

국가보안법의 미비점을 부분적으로 개정하면 되고 전면 폐지하여서는 안된다는 소수의견의 요점은 다음과 같다.

남북한의 정치·군사적 대결과 긴장관계가 존재하는 이상 시대상황의 변화에도 불구하고 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화 협력의 동반자임과 동시에 대남 적화 노선을 고수하면서 우리의 자유 민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가 단체이므로 국가보안법은 절대 필요하다.

국민의 자유와 권리는 국가의 안전보장을 위하여 제한할 수 있는 것이므로 국가보안법을 반인권적 법률이라고 볼 것은 아니다. 국가보안법을 전면 폐지하면 형법 기타 법률로는 감당할 수 없는 처벌의 공백이 생겨서 큰일난다.

국가보안법 때문에 과거에는 인권침해의 폐단이 혹 있었지만 1991.5.31 개정에 의하여 법도 많이 좋아졌고 헌법 재판소와 대법원도 엄격한 기준에 따라 법을 해석 적용하고 있으므로 크게 걱정할 것이 없다.

국제인권법과의 저촉이나 유엔 자유권 위원회의 평가와 유엔의 특별보고관의 보고서를 통한 국제사회의 충고도 우리의 국가현실에 비추어 개의할 필요가 없다.

과연 국가보안법을 특별법으로 따로 두면서 부분적으로 개정만 해도 괜찮은가? 본 위원은 다음과 같은 이유로 국가보안법은 반드시 폐지하여야 한다고 주장한다.

가. 국가보안법이 대한민국을 지킨 것이 아니다.

국가의 존립과 안전은 반드시 지켜야 한다. 그러나 나라를 지키는 힘은 정치・군사・외교・경제를 포함한 총체적 국력으로부터 나오는 것이다. 그리고 무엇보다 나라를 지키겠다는 국민의 단결된 의지가 있어야 되는 것이다. 국가보안법을 폐지하면 금방 나라가 어떻게 된다고 생각하는 것은 미신이다. 법이면 무엇이든지 할 수 있다는 잘못된 법 만능주의 사상도 버려야 한다.

나. 공산주의 독재를 막는다는 핑계에 속아서 반인권적 독재악법을 그대로 두고 쓸 수는 없다.

우리가 공산주의를 배격하는 이유는 독재가 싫고 인권유린이 싫기 때문이다. 대한민국의 최고 가치는 헌법 제1조의 민주공화국의 이념이다. 민주주의의 핵심 알맹이는 인권이며 민주주의의 이상은 사람이 사람답게 사는 사회의 실현이다.

자유 형법의 뼈대인 죄형법정주의에 결정적 결함을 가지고 있는 국가보안법을 그대로 두고서는 민주주의 국가라고 할 수 없다. 우리는 지킬 가치가 있는 나라를 지키고 발전시켜야 한다.

다. 국가보안법은 수리해서 쓸 만한 가치가 전혀 없는 낡은 흉가이다.

국가보안법은 비상한 시기에 한시법으로 출발하여 민주주의와 인권에 끼친 해독이 너무나 크기에 아예 헐어 없애야 할 흉가이다. 소수의견은 건국 이래 민주화 투쟁과정에서 국민이 흘린 피와 눈물, 국가보안법 때문에 치렀던 희생에 대하여 너무 안이한 인식을 가지고 있다. 또한 민주화가 이만큼 진전된 현재에는 국가보안법이 특별법으로 따로 있어도 그 피해는 없지 않느냐고도 한다.

1991.5.31 국가보안법 개정 이후에도 발생한 그 수많은 국가보안법 사범이 다 국가의 안전과 존립을 위협하는 공산주의자와 그 동조 세력이라고 생각할 수 없다. 또 억울한 국가보안법 사건이 발생하지 않고 국가보안법이

부당하게 발동하지 않는다면 그 법률이 있어도 아무런 피해가 없지 않느냐고도 한다. 호랑이를 엉성한 우리에 넣어서 장터 가운데 두고서도 무서울 것이 없다고 말할 수 있는가?

국가보안법은 폐지하고 꼭 필요한 것은 정상적인 형법 체계 안에 넣어야 한다.

라. 법은 시대와 환경에 따라 변해야 한다.

소수의견도 동의하듯이 시대와 환경이 변했다. 공산주의 독재체제는 현실세계에서 거의 소멸 내지 변화하였고, 북한의 형편과 실상은 그 많은 탈북자를 보아도 알 만하다. 우리는 북한을 대남적화 노선을 고수하면서 우리의 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라고 단정하면서 유효한 대처수단이 되지도 않는 법을 그대로 가지고 있을 것이 아니라 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임을 인정한다면 북한을 적대시하는 국가보안법을 폐지하는 것이 마땅하다. 형제라도 혹 나쁜 행동을 할까 경계는 해야 하지만 북한을 원수이자 형제라고 공언하는 모순적 태도는 체통 있는 국가가 취할 바 못된다.

국가보안법이 기대는 헌법적 근거가 없지 않아 있다. 그것은 헌법 제3조 '대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다'는 영토 조항이다. 그에 의하면 북한은 대한민국 영토 안에서 정부를 참칭하는 반국가 단체가 된다. 그런데 우리 헌법은 또 제4조에서 '대한민국은 통일을 지향하며 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다'고 규정하고 헌법전문과 대통령의 취임 선서 규정에도 같은 정신이 들어 있다. 헌법 자체가 가지고 있는 심각한 모순이다.

국가보안법은 시대와 환경에 따라 폐지하되 헌법 제3조의 영토 조항은 조국의 평화통일이 완성될 때 통일조국의 최종적인 영토로 상정한 미래 지향적, 통일 지향적 헌법 규정으로 해석함이 타당하다는 견해(최창동 저, '법학자가 본 통일문제' 제1권, 49쪽~63쪽)는 경청할 만하다.

2004. 8. 23.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위원 박경서 위원 최영애 위원 조미경 위원 김오섭
위원 신동운 위원 정강자 위원 김덕현 위원 이홍록 위원 김만흠

⑩ 민법중개정법률안에 대한 의견(2004.10.25.)

민법 개정법률안의 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 기대한다고 의견을 표명한 사례

【결정요지】

[1] 가족의 범위와 관련해서는 일정한 범위의 혈족과 생활공동관계있는 일정한 범위의 인척에 대해 '가족의 범위' 규정을 두는 것이 바람직함.
[2] 자녀의 성과 본에 관해서는 현재 사회적으로 자녀의 성 변경 제도의 도입 및 모의 성을 따를 수 있는 방안 마련이 시급하다는데 동의함.
[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 바람직함.

【참조결정】 (대법원 및 헌법재판소 판례 포함)

【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 생활공

동관계에 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 조처를 취하여야 하며, 특히 남녀 평등의 기초위에 다음을 보장하여야 한다.

3) 부모의 혼인상태를 불문하고 자녀에 관한 문제에 있어 부모로서의 동일한 권리와 책임 : 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함.

4) 아동권리협약

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 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 법조항들을 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, 노회찬 의원안 제865조의2)

법무부 개정안과 이경숙 의원안은 자녀의 성과 본에 대해 부의 성과 본을 따르는 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 성결정에 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 침해받고 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 재혼가정에서 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 성년자인 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 신

설은 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 위원 박경서 위원 최영애 위원 조미경 위원 김오섭
위원 신동운 위원 정강자 위원 김덕현 위원 이홍록 위원 김만흠

제 3 장

형사사법제도에 관한 결정

1 형사소송법 · 형법개정안에 대한 의견(2002.12.30.)

【결정요지】

[1] 수사참여제도 도입에는 찬성하나, 단순 입회만으로는 불충분하고 조언과 상의 답변을 인정하여야 하며 변호인 참여제한사유는 제한되어야 함.

[2] 또한, 변호인이 참여하여 서명 날인한 사법경찰관 작성, 신문조서에 대해 증거능력을 인정하여야 함.

[3] 구속기간 연장, 참고인 강제구인제 도입, 허위진술등에 의한 공무집행방해죄를 신설하는 등의 내용에 대해서는 동의하지 아니함.

Ⅰ. 국가인권위원회 주요 의견

1. 4대 중요 내용

가. 辯護人의 被疑者訊問 參與 (형사소송법 개정안 제243조의 2)

첫째, 변호인 참여권의 명문화에 찬성함.

다만, 참여신청자는 변호인 이외에 형사소송법 제30조에 의해 변호인을 선임할 수 있는 자에게도 인정해야 됨.

둘째, 그러나 변호인 참여권 내용은 실질화 되어야 함.

○ 단순 입회만으로는 불충분하고

○ 묵비권 행사 여부에 대한 조언과 상의 답변을 인정하여야 함.

셋째, 변호인 참여 제한사유는 제한되어야 함.

▶ 체포 후 48시간내 변호인 참여 제한에 대하여

- 실무상 대다수 범죄는 48시간 이내 영장청구등 수사종결됨에 비추어
- 변호인 참여 제도의 본질을 훼손하는 것이라 할 것임.
- 또한 체포 또는 구속된 자는 “즉시” 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정한 헌법 제12조제4항에 합치하지 않으므로 위헌소지 있음.

▶ 제한사유에 있어서도

○ 증거인멸등의 문제는

- 법원의 재판 사유를 수사기관 임의의 제한사유로 설정하는 것이고
- "염려가 있는 경우"라는 판단기준의 개념도 매우 불명확함.

○ 피해자, 참고인등의 생명, 신체등에 위험이 있는 경우는

- 변호인 참여와의 상관관계가 불명확하고
- 변호인 접견에 대한 범죄의심의 기초하에 변호인의 도덕성을 의심하는 내용으로 찬성하지 아니함.

○ 법무부(안)의 변호인 참여 제한사유는 광범위하고, 개념이 명확하지 않으며 대다수 범죄에 대하여 변호인 참여없이 수사를 종결하겠다는 의지의 표명이라는 비난을 면할 수 없음.

▶ 이에 국가인권위원회는 변호인 참여 제한사유로

- 국가기밀 방해
- 타인의 명예훼손의 위험성
- 수사의 부당한 지연의 경우로 한정함이 상당함을 권고함.

넷째, 공동변호인 선임방식에 있어서

○ 수사기관 직권선정은 수사기관 선호 변호인 선정의 위험성이 있음.

○ 대표변호인 선정권한은 형사 피의자 본인에게 유보하여야 함.

다섯째, 변호인 참여제도에 대한 국가인권위원회의 추가 의견

▶ 변호인 참여 사법경찰관 작성 신문조서 증거능력의 전면 인정

○ 변호인이 참여하여 서명 또는 날인한 사법경찰관 작성 신문조서에 대해 증거능력을 전면적으로 인정하여야 함.

○ 중복수사 회피등으로 피의자의 인권을 실질적으로 보장하는 길이고, 내용부인의 경우 휴지화하는 사경작성 조서에 대한 수사 경제적 이유와 변호인 수사 참여제도의 실효성 보장을 위해서도 그 필요성이 절실함.

▶ 최소 참고인에 대한 변호인 수사참여 인정

○ 피의자의 배우자와 직계존비속을 활용하여 수사하는 경우등에 필요함.

○ 피의자 인권의 실질적 보장을 위해, 피의자의 배우자와 직계존비속등 최소 참고인에 대한 변호인 참여권을 인정함이 상당함.

나. 구속기간 연장(형사소송법개정안 제205조제2항, 제92조)

○ 변호인 수사참여제도 도입으로

- 사실관계와 법률관계에 대한 쟁점정리가 가능하고
- 피의자의 무익한 부인이 시정될 것이며
- 철저한 내사, 자금추적, 적법절차에 의한 감청등 수사기관의 과학수사능력 배양의 계기가 될 것임.

○ 그러므로 현재보다 장기수사기간이 필요하다고는 보여지지 아니하고
- 헌법상의 “신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제3항)
- B규약상의 “부당하게 지체됨이 없이 재판을 받을 권리”에도 부합하지 아니하는 구속기간 연장에 대해 동의하지 아니함.

다. 참고인 구인제도(형사소송법개정안 제221조제2항)

○ 경미사건이라도 대다수 모든 참고인이 당해 사건에서는 중요참고인으로 전 참고인의 강제구인이 가능해 질 수 있음.

○ 채찍이 아닌 당근으로 다루어야할 사안에 대해 일방적 진실의무를 부과하는 것으로 대표적 인권 보호 후퇴조항이라 할 것임.

동의하지 아니함.

라. 허위진술등에 의한 공무집행방해죄(형법개정안 제137조의 2)

○ 범죄수사를 적법절차에 의한 의식(儀式)으로 간주하는 미국과 대한민국은 인권토양과 풍토가 다르고,

○ 수사기관에 허위진술한 경우 위계에의한공무집행방해죄를 인정하지 않는 대법원의 이념적 공평성의 기초가 변호인 수사참여제도 도입으로 변경된다고 보이지도 않음.

동의하지 아니함.

마. 소 결어

○ 변호인 수사참여제도 도입에는 찬성하나 동 제도의 도입을 계기로
- 구속기간 연장
- 참고인 강제구인죄 도입
- 허위진술등에 의한 공무집행방해죄를 신설하는 등으로

현행 형사소송법체계에서보다 손쉬운 수사를 하고, 서울지방검찰청 고문치사사건을 통하여 교훈을 얻고 인권보장을 강화하려는 생각이 아니라 수사기관의 숙원을 달성하려는 계기로 활용하려는 비난을 면할 수 없는 개정

안에 대해서는
동의하지 아니함.

2. 그 밖의 개정사항에 대한 국가인권위원회 의견

가. 保釋문제(형사소송법개정안 제97조제3항)

○ 보석결정시 검사 의견 조회제도는 폐지되어야 함.

○ 이유

- 실무상 검사의견 조회제도는 검사의견 개진의 불충실, 재판부의 검사의견에의 불기속등으로 형식적으로 운용되고

- 의견조회 소요 기간만큼 보석 허부에 대한 결정이 지체되어 피고인에게 불이익하고

- 법원의 직권 보석제도와도 부조화

- 보석신청사실을 검사에게 통지하고, 의견진술기회 부여로 대체함이 보석대상자에 대한 신속한 인권확보에 부합함.

나. 釋放 制度의 統合(형사소송법개정안 제101조의 2)

동의하나, 피의자에 대해서도 준용하여야 함.

다. 國選辯護의 擴大문제(형사소송법개정안 제282조)

동의하나,

변호인 수사참여제도의 제도적 정착을 위해 경제적 능력등으로 변호인을 선임 할 수 없는 피의자의 경우에도 확대하여야 함.

라. 無罪事件의 費用補償制度 新設(형사소송법개정안 제194조의2,3,4,5)

동의하나,

무죄판결에 대한 보상재판은 피고인의 청구이외에 담당 재판부의 직권에 의해서도 할 수 있도록 함이 상당함.

마. 緊急逮捕 制度의 改善(형사소송법개정안 제200조의4)

○ 緊急逮捕 후 '遲滯없이' 拘束令狀을 請求하도록 함에는
동의하나

○ 긴급체포된 모든 피의자에 대해서는

- 拘束令狀을 請求하지 아니하기로 한 때에는 被疑者를 卽時 釋放하도록 하는 것만으로는 부족하고

- 석방하는 모든 경우에도 반드시 법관에게 사후 체포영장을 청구하도록 사법통제를 강화하여야 함.

바. 書類・證據物의 閱覽・謄寫權 擴大(형사소송법개정안 제35조제1항, 제274조의 2)

○ 서류. 증거물등의 열람・등사권 확대에
동의하나

○ 열람. 등사에 대한 신청주체로 변호인 이외에 피고인등 당사자를 추가함은 긍정적이나 신청 허가 주체로 검사이외에 판사도 인정하여야 하고, 실효성 담보를 위하여 열람, 등사의 불허를 형사소송법 제417조의 준항고 사유의 하나로 규정해야 함.

○ 검사의 불기소처분에 대한 항고・재항고 및 헌법소원의 경우에 항고인, 재항고인 및 헌법소원신청인에게 열람・등사권을 주어야 함.

사. 재정신청 제도의 개편(형사소송법개정안 제260조제1항)

재정신청 대상범죄는 제한 없이 전면적으로 확대해야 함.

3. 추가 개정권고 의견

가. 미란다 고지 원칙 도입(형사소송법개정안 제200조의 5)

○ 변호인 수사참여제 도입에 따라 체포시 지체없이 가족 등에 통지할 의무를 피의사실 고지와 함께 보장하여야 함.

○ 지체없는 통지방법으로 “서면”이외에 “전화, 모사전송등” 신속성을 담보할 수 있는 방식이 규정되어야 함.

○ 고지의무의 충실한 이행을 담보하기 위하여

- 고지의무 불이행시 증거능력 배제 원칙

나. 체포적부심사제도 개선(형사소송법개정안 제214조의 2 제1항)

○ 현행 형사소송법은 “체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는

구속된 피의자에게만 체포적부심사 청구권이 부여되어 있으나

○ 영장을 불문하고 단순히 “체포”등 된 자에도 청구권을 부여함이 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부심사를 법원에 청구할 수 있다”는 헌법의 취지에도 부응함.

다. 필요적 구속영장심사제도 도입(형사소송법 제201조의 2)

○ 구속영장심사를 피의자등의 재량이 아닌 필요적 사항으로 개정하여야 함.

○ 대한민국이 가입한 “시민적·정치적권리에관한국제규약(1966)” 제9조 제3항도 피체포자에 대해 법관 등에게 신속히 인치하도록 함.

Ⅱ. 주요 개정 사항에 대한 보충 의견

1. 변호인의 피의자신문 참여

가. 형사소송법 개정안

第243條의 2(被疑者訊問과 辯護人의 參與)

①檢事 또는 司法警察官은 辯護人의 要請이 있는 경우 被疑者의 訊問에 辯護人을 參與하게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 事由가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 被疑者를 逮捕 또는 拘束한 후 48時間 이내인 경우
2. 證據의 湮滅, 隱匿, 造作 또는 造作된 證據의 사용, 共犯 도주의 염려가 있는 경우
3. 被害者, 參考人 또는 그 親族의 生命, 身體 또는 財産에 대한 危險이 있는 경우

②檢事 또는 司法警察官은 辯護人이 訊問에 參與하는 때에 第1項 但書에 해당하는 사유가 發生하거나, 辯護人이 訊問에 개입하는 등 搜査에 顯著한 지장을 초래하는 경우 辯護人에게 退去를 要求하고 辯護人의 參與없이 訊問할 수 있다.

③被疑者訊問에 參與하고자 하는 辯護人이 2인 이상 있는 때에는 檢事 또는 司法警察官은 職權 또는 辯護人의 申請에 의하여 被疑者 訊問에 參與할 代表 辯護人 1인을 指定할 수 있다.

나. 피의자신문시 변호인참여권의 의미에 관하여

피의자신문시 변호인참여권은 다음과 같이 접근해야 할 필요가 있음.

(1) 피의자의 권리로서 변호인참여권의 명문화 필요

변호인참여권의 명문화에 찬성하나, 참여 신청자는 변호인 이외에 형소법 제30조에 의해 변호인을 선임할 수 있는 자에게도 인정해야 함.

피의자가 원하는 경우 반드시 변호인이 참여토록 명문화하는 것이 필요. 즉 피의자가 변호인참여를 요구하였는데도 변호인참여 없이 작성된 신문조서는 증거능력을 배제하는 방안이 필요함.

(2) 참여권의 범위

(가) 답변내용 등 변호인과 상의

참여 변호인이 신문과정을 곁에서 지켜보는 것만으로는 변호인참여 제도의 실익이 없으므로 적어도 묵비권행사 여부와 답변내용을 변호인과 상의할 수 있도록 해야 할 것임.

(나) 참여 변호인의 신문조서 서명・날인

변호인참여 신문조서는 그 신빙성이 담보된다 할 것이므로 참여 변호인이 조서에 서명 또는 날이토록 함이 상당하고, 그렇지 않을 경우 잠시 입회했다 나간 경우에도 '참여'로 인정할 우려가 있음.

(다) 48시간 이내 변호인 참여 불허용의 위헌성

대부분의 가혹행위는 피의자의 체포 또는 구속 직후에 발생하고 있고, 체포 또는 구속 직후 '당직변호사'가 수사기관에 찾아가 조력을 주고 있으나 신문에 참여하지는 못하는 등, 변호인을 가장 필요로 하는 때에 변호인의 참여를 제한하는 규정은 위헌소지 있음.

(3) 사법경찰관의 피의자신문 시 변호인 참여의 경우 그 신문조서의 증거능력 부여 여부

(가) 사법경찰관 작성의 신문조서의 증거능력 제한

검사이외의 수사기관(사법경찰관) 작성 피의자신문조서는 공판정에서 피고인 또는 변호인이 내용을 인정하는 경우에만 증거능력을 인정하는 것은, 사법경찰관의 자질이 검사보다 떨어진다고 본 데에서 연유하나, 사법경찰관 작성 신문조서가 대부분 휴지화 하는 현실은 소송경제사 손해일뿐더러 국력의 낭비라는 비판도 있음.

(나) 실체적 진실 발견을 위하여

피의자의 인권은 반드시 보호되어야 할 가치이나 범인을 가려내어 단죄함으로써 선량한 시민은 물론 국가・사회를 보호해야 할 법익도 경시되어서는 안됨.

범인이 사실을 털어놓는 확률은 초동수사단계에서 가장 크므로 이 단계에서의 신문조서를 백지화하는 것이 바람직한가의 관점에서 볼 필요가 있음.

검사작성 피의자신문조서의 상당부분이 실은 참여주사(입회서기)가 직접 신문하여 만들어지고 있기 때문에 끊임없는 시비거리가 되어왔으나, 경찰의 자질도 그동안 많이 향상(대통령당선자도 경찰의 수사권독립 공약)되었으므로, 사법경찰관 작성 신문조서중 변호인이 참여하여 서명 또는 날인한 것에 대하여는 증거능력을 인정하면 위와 같은 문제들은 상당부분 해소될 수 있음.

문제는 변호인을 선임할 경제적 능력이 없는 자에 대한 배려인데 수사단계에서의 국선변호제 도입 및 현행 당직변호사제가 그 역할을 할 수 있을 것임.

다. 문제점

(1) 48시간 이내 변호인 참여 불허(안제243조의 2 제1항제1호)

수사초기의 48시간은 인권침해의 소지가 가장 큰 시점이고 실제 서울지검 고문치사사건도 이 단계에서 발생한 것임. 자백조서를 확보하여 구속영장을 청구하는 관행에 기초한 것임. 따라서 48시간 이내의 시점은 변호인의 조력이 가장 절실하게 요청되는 시점임.

현행 실무상 복잡하고 관련자가 다수인 사건 이외의 대다수 범죄에 대한 수사는 사실상 48시간 이내에 종결되는 것에 비추어 동 규정은 사실상 대다수의 범죄에 대하여 변호인의 피의자신문 참여 없이 수사를 종결하겠다는 취지로 곡해될 소지도 다분하다고 하지 않을 수 없음.

헌법상 신체구속된 자는 누구든지 “즉시” 변호인의 조력을 받을 권리를 가지며(헌법 제12조제4항) 피의자신문시 변호인의 참여권은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 영역에 위치하므로 48시간 동안 변호인의 참여를 불허하는 것은 “즉시” 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적 영역을 침해하는 것으로 위헌소지가 있음.

또한 48시간 이내의 제한이 그 규정 내용상 변호인의 면접 등은 허용하되 신문 참여제한이라고 하여도 실제 운용상으로는 변호인의 조력을 제한할 근거 등으로 악용될 가능성도 농후하고, 헌법상의 변호인 “조력”의 내용을 하위법인 형사소송법이 임의로 재단하는 것으로(즉 법무부(안)은 그 반대해석상 변호인 신문참여는 헌법상 규정된 변호인 조력의 내용이 아니라

는 것을 명백히 하는 결과가 됨) 이것은 명백히 헌법 제12조제4항에 위반하는 내용이라고 할 수 있음. 나아가 현재 수사단계에서 변호인의 참여를 시간제한없이 허용하는 경찰서 등에서의 변호인 참여제도에 비추어 이러한 시간제한을 하는 것은 피의자신문시 변호인참여제도의 의미를 훼손시키는 것이라고 판단됨.

(2) 증거의 인멸 등의 염려가 있는 경우 및 피해자 등에 대한 위험이 있는 경우의 변호인 참여배제(안제243조의 2 제1항제2호, 제3호)

개정안은 "변호인 참여로 증거인멸 등 사유가 발생하거나 그 염려가 있는 때에는 참여할 수 없고, 참여한 이후 그와 같은 사유가 발생한 때에는 수사기관이 변호인의 퇴거를 요구"할 수 있도록 한다고 규정하고 있음. 그러나 그 판단 주체는 법문상 수사기관임이 명백한 바, 그것은 결국 궁극적으로는 적법한 재판에 의하여 판명될 내용(증거인멸죄등)에 대한 판단권까지도 수사기관(경찰을 포함함)이 가지고, 판단 기준도 "염려가 있는 경우" 등으로 자의적 해석이 가능한 것으로 합리적 근거가 미약하고 자의적 판단에 의한 해석이 가능하여 수사기관에 의하여 변호인 참여권이 형해화 될 위험성이 있음.

거시 사유들이 왜 변호인의 신문참여 제한 사유로 작동되는 것인지 객관적 상관관계성에 대한 의문이 제기 되고, 오히려 동 사유는 수사기관 편의에 의해 수사기관이 피해자, 참고인등을 명시, 묵시적으로 이용하여 변호인의 참여권을 제한하려고 하는 등 오용의 단초로 작동될 수도 있음.

개정안의 제한사유는 변호인의 도덕성을 도외시하고 변호인의 참여가 또다른 범죄를 야기할 수도 있다는 범죄의심의 기초위에서 규정된 것이라고 지적하지 않을 수 없음.

변호인의 수사참여 제한에 대한 외국의 입법례를 보면, 미국은 "공공의 안전"의 경우를, 대만은 "국가기밀 방해, 증인과의 연락, 타인의 명예훼손 등"을 이유로 참여를 제한 할 수 있다고 하고, 독일은 검사의 피의자 신문시에만 변호인 참여를 인정하는 바, "테러범죄와, 변호인의 참여로 인하여 피의자가 실체적 진실에 반하는 진술을 할 것으로 우려되거나 수사가 부당하게 지연되는 등 수사결과가 위태롭게 될 경우"에 한해 제한하는 등 개정안처럼 변호인의 수사참여를 일반적으로 광범위하게 제한사유로 하고 있지는 않음.

(3) 신문 개입시 변호인 참여제한(안제243조의2 제2항)

개정안은 “검사 또는 사법경찰관은 .... 변호인이 신문에 개입하는 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 경우 변호인에게 퇴거를 요구하고 변호인의 참여 없이 신문할 수 있다”고 규정함.

“수사에 현저한 지장을 초래하는 경우”의 판단주체를 수사기관으로 하는 것은 대립적 관계에 있는 수사기관에게 판단권을 부여한 것으로 이는 자기판단의 금지라는 사법(司法)의 기본원칙에 비추어 타당하지 아니하며,. “수사에 현저한 지장을 초래하는 경우”를 구체적으로 제한하는 표지가 전혀 없어서 자의적 판단이 행해질 우려가 현저하며, 이에 대한 불복방법 및 견제장치가 전혀 없음.

독일의 경우 피의자신문에 참여한 변호인은 적극적으로 질문, 조언, 언급, 충고 등의 변호행위를 할 수 있고, 미국의 경우 피의자가 변호인의 입회를 요청하였다면 단순히 변호인과 면담을 하게 하는 것으로는 부족하고, 신문과정에 실제로 변호인이 입회하도록 하여야 한다고 판시하였음(Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146(1990))

또한 우리나라에 2003년 2월 1일자로 발효예정인 국제형사재판소규정 제55조(수사중인 사람의 권리) 제2항 제4호는 피의자에게 “임의로 포기하지 않는 한 변호인의 입회하에 신문을 받는다”는 점을 반드시 통보하도록 규정하고 있음.

(4) 공동변호인중 대표변호인 지정(안제243조의 2 제3항)

변호인이 2인 이상일 경우 피의자신문에 참여할 대표변호인 1인이 지정되도록 함은 이해될 수 있으나 대표변호사 선정 방법에 있어서 “검사 또는 사법경찰관이 직권”으로 피의자 신문에 참여할 대표변호인을 지정할 수 있도록 함은 문제임.

수사기관의 편의에 따라 대표변호인을 지정할 우려를 배제할 수 없고, 피의자등 당사자 이외에 가족 친지들에 의한 중복 선임의 경우 등 개별적 문제가 있는 경우 등에 있어 저간의 사정을 모르는 수사기관이 직권으로 수사참여 변호인을 지정하게 한다 함은 변호인 선임권 내용의 무력화로도 작용가능 함.

(5) 일부 참고인에 대한 변호인의 조사참여권 인정 필요

수사기관에서 피의자의 가족들을 활용하여 수사하는 경우 등에 있어서는 피의자에 대한 참고인중 최소한 배우자 및 직계가족에 대해서는 피의자에

대한 신문참여권의 연장선상에서 참고인에 대한 변호인의 조사참여권을 인정하는 것이 바람직함.

독일의 일부 학설상 참고인에 대한 변호인 조사참여를 인정한다라고 하고, 미국은 소위 배우자를 이용한 신문이 문제된 Mauro 사건에서 쟁점은 '신문'의 존부이기는 했으나 소수의견은 미란다 권리가 침해되었다고 판시한 사례도 있음.

라. 검토의견

피의자신문시 변호인참여권의 명문화에 찬성하나, 변호인 참여권의 신청자로는 형소법 제30조에 의해 변호인을 선임할 수 있는 자에게도 인정해야 함.

변호인참여권의 내용이 실질화 되기 위하여는 참여변호인이 신문과정을 곁에서 지켜보는 것만으로는 변호인 참여제도의 실익이 없으므로, 적어도 묵비권 행사 여부와 답변내용을 변호인과 상의할 수 있도록 해야 하며,

변호인참여 신문조서는 그 신빙성이 담보된다 할 것이므로 참여 변호인이 조서에 서명 또는 날인토록 함이 상당.

또한 사법경찰관 작성의 신문조서도 변호인이 참여하여 서명 또는 날인한 것에 대해 증거능력을 인정해야 할 것임.

체포후 48시간 이내에 변호인 참여를 제한하는 규정은 삭제하여야 하고, 그 밖의 변호인 참여 제한사유도 광범위하고, 정당성이 모호하므로 삭제하여야 함.

대표변호인 지정은 형사 피의자 본인의 의견이 최우선적으로 고려되어야 할 것임.

2. 구속기간 연장

가. 형사소송법 개정안

第205條(구속기간의 연장) 第2項을 第3項으로 하고, 第2項을 다음과 같이 新設한다.

地方法院 判事는 第1項의 규정에도 불구하고 刑法 第129條 내지 第133條의 罪, 特定犯罪加重處罰등에관한法律 第2條 내지 第6條, 第8條, 第10條 내지 第12條의 罪, 特定經濟犯罪加重處罰등에관한法律 第3條 내지 第9條의 罪, 特定强力犯罪의處罰에관한特例法 第2條에 규정된 特定强力犯罪 및 麻藥類不法去來防止에관한特例法 第2條에 규정된 麻藥類犯罪, 航空機安全運航法 第8條 내지 第12條의 罪에 대하여는 檢事의 申請에 의하여 搜査를 繼續함에 相當한 理由가 있다고 認定되는 경우 1個月을 超過하지 아니하는 限度에서 第203條에 규정된 拘束 期間의 延長을 許可할 수 있다. 다만, 檢事의 拘束 期間이 모두 합하여 6個月을 넘지 못한다.

第92條(拘束期間과 更新) 第1項중 "審級마다 2次"를 "第1審은 2次에 限하여, 第2審과 上告審은 3次"로 하고, 第3項중 "期間은"를 "期間 및 第202條, 第203條, 第205條의 規定에 의한 搜査 機關의 拘束 期間은"으로 한다.

나. 문제점

(1) 피의자 구속기간의 연장

(가) 국민에 대한 기본권의 제약

개정안은 증거 수집에 특히 장시간이 소요될 것으로 예상되는 뇌물, 마약, 강력 범죄, 조직 범죄, 테러 범죄, 특정 경제범죄 등에 한하여 검찰 구속기간을 6개월의 한도 내에서 1개월 단위로 법원의 허가를 받아 연장할 수 있도록 하나(안제205조 제1항), 구속기간의 연장문제는 전체 국민에 대한 기본권의 제약과 관련하여 중대한 문제이므로 공론화를 충분히 거쳐서 결정해야 할 것임.

(나) 경미사건의 경감을 통한 수사 및 심리의 충실화 도모필요

개정안은 연장될 기간에 대한 합리적 근거제시가 없고, 구속기간연장의 필요성은 사건부담과 관련하는 경우가 많으므로 경미사건의 부담을 줄여서 집중적인 수사를 하게 되면 구속기간의 연장은 크게 필요하지 않을 것임.

또한 경미사건 처리절차를 개발하여 우회적으로 구속기간 연장의 효과를 거둘 수 있도록 해야 할 것임.

(2) 피고인 구속기간의 연장

(가) 합리적 근거의 결여

개정안은 구속기간을 제1심은 2차에 한하여, 제2심과 상고심은 3차에 한하여 결정으로 갱신할 수 있도록 하여(안 제92조 제1항, 제3항), 현행법에 비하여 총 6개월간 구금기간이 연장되는 효과가 발생하나, 사실심의 충실화가 중요한 것이며, 법률심 관계로 3차까지 구속기간을 연장하는 것은 합리적인 이유가 없음.

(나) 경미사건의 경감에 의한 심리충실화 도모

심리기간의 확보는 법원의 업무량 축소로부터 접근해 들어가야 하고, 심리가능한 분량의 사건이 재판부에 배당되어야 하고, 경미사건의 신속한 처리를 위한 별도의 절차를 마련하여야 함.

일단 선별된 중요한 사건을 재판부에 배당하면 사건심리의 소요기간은 훨씬 단축될 것임.

(3) 구속기간 연장의 논거에 대한 검토

개정안의 구속기간 연장의 핵심적 논거는 변호인 참여제도가 수사 장애요인임을 전제로 하는 것이나 변호인의 수사참여로 사실관계와 법률관계에 대한 쟁점이 사전에 명백히 정리되고 피의자의 무익한 부인을 시정하는 등 실제적 진실발견 및 신속한 수사에 오히려 많은 도움이 될 수 있다는 것을 간과한 것임.

더욱이 수사단계에서의 변호인 참여제도는 수사기관의 과학수사 능력을 배양하는 계기가 될 것이 명백하여 종래의 자백위주 수사에서 철저한 내사와 자금추적, 적법절차에 의한 감청 등 객관적 증거 수집에 의한 수사가 이루어질 것임. 그러한 관점에서 보면 개정안에서 열거한 범죄 중 뇌물, 마약 등의 범죄는 물론이고 충분한 내사를 할 것으로 예상되는 강력범죄, 조직범죄, 특정경제범죄등에 대하여 반드시 현재보다 수사기간이 장기간 소요될 것이라는 객관적 증거나 논거는 없는 상태임.

(4) 국제적 기준

시민적・정치적권리에관한국제규약 제9조제3항은 “형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은...합리적인 기간내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다”고 명시하고, 제14조 제3항은 “부당하게 지체됨이 없이 재판을 받을 것”을 규정하였고, 헌법 제27조제3항은 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있음. 따라서 국가는 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 보장할 의무가 있음.

다. 검토의견

국민의 기본권 제약 가능성이 크므로 구속기간 연장에 동의하지 아니함. 개정불필요, 현행 형사소송법 유지

3. 참고인 구인제도

가. 형사소송법개정안

> 第221條의 題目중 "第3者의 出席要求"를 "第3者의 出席要求 및 拘引"으로 하고 第2項 내지 第5項을 다음과 같이 新設한다.
> ②犯罪의 搜査에 없어서는 아니될 중요한 事實을 안다고 명백히 인정되는 被疑者 아닌 者가 第1項의 出席 要求를 받고 正當한 理由없이 2회 以上 出席 要求에 不應한 때에는 檢事는 管轄地方法院判事에게 請求하여 拘引을 위한 拘束令狀을 發付받아 拘引한 후 陳述을 들을 수 있고, 司法警察官은 檢事에게 申請하여 檢事의 請求로 管轄地方法院判事의 拘束令狀을 發付받아 拘引한 후 陳述을 들을 수 있다. 다만, 第147條의 규정에 依하여 證人 資格이 없거나, 第148條, 第149條의 규정에 依하여 證言을 拒否할 수 있는 者에 대하여는 그러하지 아니하다.
> ③第2項의 規定에 의하여 被疑者 아닌 者를 拘引한 후 24時間이 經過하면 그를 釋放하여야 한다.
> ④檢事 또는 司法警察官은 第1項의 規定에 依하여 出席하거나, 第2項의 規定에 依하여 拘引된 자가 보복을 당하거나 危害를 입을 憂慮가 있는 경우 特定犯罪申告者등保護法에 정한 바에 따라 身邊 安全 措置를 취하여야 한다.
> ⑤第72條, 第73條, 第74條, 第75條, 第76條, 第81條 第1項 本文, 第82條, 第83條, 第85條, 第86條 및 第201條 第2項 내지 第5項의 규정은 第2項의 경우에 이를 準用한다.

나. 문제점

(1) 인권보호의 후퇴

시민의 사법협력의무는 형사처벌의 위협을 통하여 강제할 수 있는 것이 아니며, 범죄 피의자도 불구속 수사 원칙임에도, 비록 일정 요건이 필요하지만, 다양한 연유로 참고인이 된 사람에 대해 중요 참고인이라는 이유로 수사기관 편의에 의해 강제구인 할 수 있도록 하는 것은 부당.

(2) 판단기준의 자의성

대다수의 모든 참고인에 대하여 당해 사건의 피의사실에 있어서는 "중요하다"는 이유로 강제구인의 대상이 될 우려가 있고, "자기부죄의 진술이 아

닌 경우"로 한정 운영한다고 하나, 자기부죄의 진술인가, 제3자로서의 진술인가는 미묘한 문제이고, 그 제1차적 판단주체를 수사기관으로 하는 것은 자의적 운용의 가능성이 있으며, 강제구인 면제를 이유로 한 수사기관과 참고인간의 협상 폐해도 예상될 수 있음.

(3) 현행제도의 활용가능성

현행 형사소송법상 참고인 불출석에 대비하여 제1회 공판전 증인신문절차가 마련되어 있음(형사소송법 제221조의2 제1항). 현행법의 테두리에서 충분히 해결할 수 있는 문제임.

(4) 박종철씨 고문치사사건의 교훈

박종철씨 고문치사사건에서 박종철씨가 수사기관에 의해 참고인으로 연행되어 조사를 받다가 사망한 역사적 전례가 있고, 외관은 참고인 구인이지만 실제상 피의자에 대한 수사가 진행될 우려가 있음. 서울지검 고문치사사건을 계기로 형사소송법을 개정하면서 고문치사의 전비(前非)를 가진 참고인 구인제도를 도입하는 것은 국민 정서상 합당하지 아니함.

다. 검토의견

개정안의 참고인 구인제도에 동의하지 아니함.

4. 허위진술등에 의한 공무집행방해죄(소위 사법방해죄)

가. 형법 개정안

第137條의2(虛僞陳述 등에 依한 公務執行妨害)

①他人의 刑事事件을 搜査하는 공무원에게 虛僞의 진술을 하거나 虛僞의 資料를 提出한 자 또는 他人의 刑事事件을 裁判하는 法院에 虛僞의 資料를 提出한 자는 3년 이하의 懲役 또는 500만원 이하의 罰金에 處한다. 다만, 본인의 犯罪 嫌疑가 인정되는 것을 避하기 위하여 한 경우에는 그러하지 아니하다.

②犯罪搜査나 裁判에 不當한 영향을 미칠 목적으로, 他人으로 하여금 搜査機關이나 法廷에 출석하지 아니하게 하거나, 陳述·證言·資料提出을 하지 아니하게 한 자도 第1項의 刑과 같다.

③被告人 또는 被疑者를 謀害할 목적으로 第1項, 第2項의 罪를 犯한 자는 5년 이하의 懲役 또는 1천만원 이하의 罰金에 처한다.

④第1項, 第2項 또는 第3項의 罪를 犯한 자가 當該 事件의 搜査 종결 前, 또는 裁判 確定 前에 自白이나 自首한 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除한다

나. 문제점

(1) 허위 여부의 판단시점

개정안은 수사기관에 대한 허위진술이나 허위의 자료제출을 처벌하기 위한 조문을 신설하려는 것이나, 진술이나 자료의 허위 여부는 당해 사건이 종료한 후에 비로소 판단 가능한 경우가 많고, 당해 사건의 조사 도중에 허위진술 등을 이유로 수사기관이 수사에 나서는 것은 문제가 있고, 허위진술이나 허위자료 자체에 대한 수사가 아니라 원래 사건의 수사를 위한 압박수단으로 변질될 우려가 있음.

(2) 법원심리와의 관계

법원 면전에서의 허위진술은 그 자체로 처벌되지 않고, 선서하고 행하는 허위진술만을 위증죄로 처벌하므로 선서 없이 수사기관 면전에서 행하는 허위진술을 처벌하는 것은 법원의 경우와 비교하여 균형이 맞지 않음. 허위자료의 제출은 증거인멸죄(형법 제155조제1항) 등으로 대처가 가능함.

(3) 불필요한 범죄양산

허위 여부를 피의자와 대립관계에 있는 수사기관으로 하여금 판단하게 하는 것은 무기대등의 취지와 맞지 않고, 불필요한 파생범죄를 양산할 염려가 있고 현행의 무고죄나 위증죄로 처벌가능한 경우가 많이 있음.

(4) 적법절차 준수 풍토의 미비

법무부가 허위 진술죄의 모태로 들고 있는 미국의 경우는 피의자 체포 후 즉시 법관에게 인치하지 않고 구금 중에 받은 자백의 증거능력이 부정되고, 변호인 선임권과 접견 교통권 및 진술권을 고지하지 않은 상태에서 이루어진 자백은 배제된다는 미란다 법칙이 작동되는 바, 이는 수사기관 종사자들이 절대적 사명으로 여기는 실체적 진실발견보다는 '적법절차'에 따라 형사사법 정의를 지키겠다는 원칙들임.

이러한 정의관이 지배하는 풍토에서는 국가기관이 적법절차를 지키므로 허위진술죄를 대하는 국민의 법감정은 당연한 처벌쪽으로 갈 법적 풍토가 조성되어 있다고 할 수 있음.

그러나 인권 토양이 미국과 다른 우리의 경우 허위 진술죄의 도입은 물증을 과학적으로 찾으려는 노력은 하지 않고 관계인의 진술과 자백에 의존하는 구시대적 수사기법에 안주하려는 발상이라는 비난을 면키 어려움.

(5) 입법례

독일 형법상 허위진술죄(독일형법 제145조d)는 범죄사실이 있음을 허위

로 진술하여 국가의 사법작용에 낭비를 초래하는 행위를 처벌하기 위한 범죄유형임. 범죄사실을 부인하기 위한 허위진술이나 허위자료의 제출에 대한 처벌은 독일의 허위진술죄와 무관한 것임.

다. 검토의견

허위진술등에 의한 공무집행방해죄의 도입에 동의하지 아니함.

Ⅲ. 그 밖의 개정안에 대한 의견

1. 보석제도

가. 형사소송법 개정안

第95條 第1號중 "長期 10년이 넘는"을 "長期 10年이 넘고 短期 1年 以上의"로, 第2號중 "累犯에 該當하거나 常習犯인"을 "累犯에 該當하는"으로 한다.

第98條의 題目 "(保釋과 保證金)"을 "(保釋과 保證金等)"으로 하고, 同條에 第3項을 다음과 같이 新設한다.

③第1項의 規定에 불구하고 法院은 特別한 사정이 있는 경우 保釋 保證金의 納入 대신, 被告人 이외의 者가 提出하는 出席 保證書를 받고 被告人의 保釋을 許可할 수 있다.

第99條 중 "被告人의 住居를 制限하고" 를 "被告人의 住居 制限, 지정된 日時, 場所로의 출석"으로 하고, 但書를 다음과 같이 新設한다.

다만, 第98條 第3項의 規定에 의한 保釋의 경우에는 위 條件을 附加하여야 하며, 被告人으로부터 出席 誓約을 받아야 한다

나. 검토의견

개정안에 찬성하나 형사소송법 제97조제3항의 검사의견조회 제도의 폐지를 통한 신속한 인권보호 필요

검사의 의견 조회(형사소송법 제97조제1항)의 개정필요

현행 형사소송법은 "보석에 관한 결정을 함에는 검사의 의견을 물어야 한다. 단 검사가 3일이내에 의견을 표명하지 아니한 때에는 보석허가에 대하여 동의한 것으로 간주한다(형사소송법제97조제1항)"고 규정하고 있음.

그러나 현행 실무상 검사의견 조회제도는 검사의견 개진의 불충실, 재판부의 검사의견에의 불기속등으로 형식적으로 운용되고 있을 뿐만 아니라,

오히려 의견조회에 따라 필요한 기간만큼 보석 허부에 대한 결정의 지체로 필요적 보석 대상인 경우에도 석방이 지체되는 경우가 허다함. 그러나 수사가 끝나 기소된 피고인에 대한 신병결정을 함에 있어서 검사의 의견을 필요적으로 들을 필요는 없고 보석신청사실을 검사에게 알려 필요하다면 의견진술기회를 부여함으로써 보석에 관한 검사의 의견을 반영하면 된다라고 할 것이고, 직권 보석의 경우에는 검사의 의견을 들을 필요성이 더욱 적은 것이 실무 현실임.

2. 석방제도의 통합

가. 형사소송법 개정안

第101條의2(釋放審査)
法院은 第93條 또는 第94條의 규정에 의한 請求가 있는 경우 第93條, 第95條, 第96條, 第101條가 규정한 事由 중 어느 하나에 該當할 때에는 職權으로 해당 규정에 따라 被告人을 釋放할 수 있다.

나. 검토의견

개정안에 동의하나. 단 피의자에 대해서도 준용해야 할 것임.

피고인의 석방과 관련하여 구속취소, 보석, 구속집행정지 등의 여러 장치를 통합적으로 운용하기 위한 것임. 같은 취지의 규정을 피의자 석방과 관련하여 도입할 필요가 있음. 개정안 제200조의6의 준용대상 규정 가운데 제101조의2를 포함하도록 수정할 필요가 있음.

3. 국선변호의 확대

가. 형사소송법 개정안

第282條 本文중 "死刑, 無期 또는 短期 3年 以上의"를 "被告人이 拘束中이거나 死刑, 無期 또는 短期 3年 以上의"로 한다.

나. 문제점

개정안은 필요적 변호의 범위를 구속중인 피고인에게까지 확대하였으나,

피의자에 대해서는 적용되지 않음. 변호인을 선임하지 못한 피의자의 대부분이 자력이 없는 사람들이기 때문에 이들에 대해 국선변호제도를 확대하지 않으면, 경제력의 차이로 신체의 자유를 차별하는 것이 되어 헌법 제11조의 평등원칙에 반할 우려가 있음.

헌법 제12조 제4항 단서는 '형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다'고 규정하고 있음. 국선변호인 제도는 헌법이 보장하고 있는 국선변호인선임의뢰권을 구체화한 것이며, 사선변호인제도를 보충하여 피의자・피고인의 변호권을 강화하기 위한 것임.

헌법이 피고인에게 국선변호를 인정하고 있는 것은 국선변호의 최저 보장을 규정한 것이지, 피의자에 대하여 국선변호제도를 확대하는 것을 금하려는 의도라고는 할 수 없을 것이므로 변호인의 조력을 받을 권리를 피의자에게 인정하면서 국선변호인의 조력을 받을 권리는 피고인에게만 인정한다면, 공정한 재판을 통하여 국민의 신체의 자유를 보장하고자 하는 헌법 이념에 맞지 않음.

다. 검토의견

개정안에 동의하나,

변호인 수사참여제도의 제도적 정착을 위해 경제적 능력 등으로 변호인을 선임할 수 없는 피의자에게도 이를 확대해야 함.

4. 무죄사건의 비용보상제도

가. 형사소송법 개정안

第194條의3(費用補償의 節次 等)
①第194條의 2 第1項의 補償은 被告人이었던 자의 請求에 의하여 無罪判決을 선고한 法院의 合議部에서 決定으로 한다.

나. 검토의견

안 제194조의2, 제194조의4, 제194조의5에 대하여는 동의하나,

무죄판결에 대한 보상재판은 피고인의 청구이외에 담당 재판부의 직권에

의해서도 할 수 있도록 규정 필요함.

특히 수사기관의 명백한 잘못에 의한 기소범죄 전부 무죄의 경우에는 직권 보상원칙이 더 필요하다고 사료됨.

5. 긴급체포제도

가. 형사소송법 개정안

第200條의4 第1項 前行을 第1項으로, 第1項 後行을 第2項으로, 第2項 및 第3項을 第3項 및 第4項으로 하고, 第1項중 "逮捕한 때로부터 48時間 이내에"를 "지체없이"로, 第2項(종전의 第1項 後行)중 "檢事가"를 "第1項의 規定에 의하여 檢事가"로, 第3項(종전의 第2項)중 "請求하지 아니하거나"를 "請求하지 아니하기로 하거나"로, 第4項(종전의 第3項)중 "第2項의 規定에 의하여"를 "第1項 但書 및 第3項의 規定에 의하여"로 하며, 第1項에 但書를 다음과 같이 新設한다.

다만, 逮捕한 때로부터 48時間 이내에 拘束令狀을 請求하지 아니하면 被疑者를 釋放하여야 한다.

나. 문제점

(1) 자의적 운용 가능성

구속영장신청을 하지 않는 경우에 수사기관은 종전과 마찬가지로 사후통제를 받음이 없이 피의자를 석방해버릴 수 있는 길이 그대로 남아있음. 즉, 긴급체포시에 긴급체포 요건을 충족하였는지, 적정한 절차에 따라 체포하였는지, 체포 후 석방시까지 가혹행위가 있었는지에 대해 적절한 사후 통제수단이 결여되어, 자의적 운용을 초래할 위험이 있음.

(2) 사후영장제도 확립의 필요성

헌법은 현행범 및 긴급체포의 경우에도 사전영장에 대한 예외로서 "사후에 영장을 청구할 수 있다"고 규정함(헌법 제12조 제3항 단서). 따라서 긴급체포 후 반드시 법관의 사후영장을 받도록 해야 함. 사후영장 발부시에 법관은 수사기관의 피의자에 대한 권리고지, 가족에의 통지 등의 의무이행을 확인할 수 있는 바, 이는 초동수사 단계의 가혹행위를 방지하기 위한 필수적 장치임.

다. 검토의견

긴급체포 후 '지체없이' 구속영장을 청구하도록 함에는 동의하나

긴급체포된 모든 피의자에 대해서는

- 구속영장을 청구하지 아니하기로 한 때에는 피의자를 즉시 석방하도록 하는 것만으로는 부족하고

- 석방하는 모든 경우에도 반드시 법관에게 사후 체포영장을 청구하도록 사법통제를 강화하여야 함.

6. 서류・증거물의 열람・등사권 확대

가. 형사소송법 개정안

第35條(書類, 證據物의 閱覽, 謄寫) 本文을 第1項으로 하여 第1項중 "辯護人은"을 "被告人과 辯護人은"으로 하고, 第2項을 다음과 같이 新設한다.

②被告人의 法定代理人, 第28條의 規定에 의한 特別代理人, 第29條의 規定에 의한 補助人 또는 被告人의 配偶者, 直系親族, 兄弟姉妹와 戶主로서 被告人의 委任狀 및 身分關係를 證明하는 文書를 提出한 자도 第1項과 같다.

第274條의 2(公訴提起後 證據提出前 書類・證據物의 閱覽・謄寫)

①公訴가 提起된 후 法院에 證據가 提出되기 前이라도, 被告人 또는 辯護人은 檢事가 보관하고 있는 자료 중 장차 法院에 證據調査를 申請할 書類 및 證據物에 대하여 檢事에게 閱覽 또는 謄寫를 請求할 수 있다.

②前項의 경우에 檢事는 書類 및 證據物의 閱覽 또는 謄寫로 인하여 證人脅迫 등 證據湮滅의 염려가 있거나 기타 書類 및 證據物의 閱覽 또는 謄寫를 許容하지 아니할 相當한 理由가 있는 때에는 그 理由를 명시하여 閱覽 또는 謄寫를 拒否할 수 있다.

나. 검토의견

소송서류 열람, 등사권의 주체에 변호인 이외에 피고인을 추가한 것(안제35조제1항) 에 동의하나,

- 신청 허가 주체로 검사이외에 판사도 인정하여야 하고, 실효성 담보를 위하여 열람, 등사의 불허를 형사소송법 제417조의 준항고 사유의 하나로 규정해야 함.

- 검사의 불기소처분에 대한 항고・재항고 및 헌법소원의 경우에 항고인, 재항고인 및 헌법소원신청인에게 열람・등사권을 주어야 함.

7. 재정신청 제도의 개편

가. 형사소송법 개정안

> **第260條** 第1項중 "刑法 第123條 내지 第125條의 罪에 대하여"를 "刑法 第122條 乃至 第128條, 國家保安法 第11條, 第12條 第2항, 暴力行爲等處罰에關한法律 第9條, 警察官職務執行法 第12條의 罪에 대하여"로 한다.

나. 문제점

1973년 개정되기 전까지 재정신청 대상범죄는 모든 고소, 고발사건이었음. 유신헌법 시행과 함께 형법 제123조 내지 제125조로 신청대상이 축소된 것임. 민주화의 정착에 따라 유신(維新) 이전의 상태로 환원할 필요가 있음.

다. 검토의견

재정신청 대상범죄는 제한 없이 전면적으로 확대해야 함.

Ⅳ. 추가 개정권고 의견

1. 미란다 고지 원칙

가. 형사소송법 개정안

> **第200條의5(逮捕와 被疑事實 等의 告知)**
> 檢事 또는 司法警察官이 被疑者를 逮捕하는 경우에는 被疑事實의 要旨, 逮捕의 理由와 辯護人을 選任할 수 있음을 말하고 辨明할 機會를 주어야 한다.

나. 검토의견

체포와 피의사실 등의 고지를 명문으로 규정하는 것은 찬성하나,

체포시 지체없이 가족 등에 통지할 의무를 피의사실 고지와 함께 보장할 필요가 있음. 이 때 가족에의 지체없는 통지는 "서면"에 의한 것이 아니라, "전화, 모사전송"등 신속성을 담보할 수 있는 방식이 규정되어야 하며, 고지의무의 충실한 이행을 담보하기 위하여 고지의무 불이행시 증거능력 배제 원칙의 규정이 필요함.

2. 체포적부심사제도 개선(형사소송법 제214조의2 제1항)

가. 문제점

(1) 체포적부심사 대상자의 확대(형사소송법 제214조의2 제1항)

형사소송법은 체포・구속 적부 심사를 규정하고 있으나, 청구권자로서 체포영장 또는 구속영장에 의해서 체포 또는 구속된 피의자에 한하여 체포・구속적부심사에 의한 사법적 통제를 인정하고 있을 뿐(형사소송법 제214조의2 제1항), 긴급체포 및 현행범으로 체포된 피의자에 대하여는 체포적부심사청구를 명문으로 보장하고 있지 않음(대법원은 후자의 경우에도 체포・적부심사청구권이 있다고 인정함 -대법원1997. 8. 27. 97모21). 따라서 체포적부심이 있더라도, 긴급체포 및 현행범으로 체포된 자의 체포는 그 적법성이 체포적부심으로 통제되기 어려운 상황임.

(2) 헌법규정의 실현(헌법 제12조제6항)

체포・구속적부심사는 수사기관의 불법한 체포・구속에 대한 시정책으로서의 의미를 갖는 것이므로, 오히려 영장없는 체포의 경우에 그 필요성이 더 크다고 할 수 있음.

이와 같이 적용하는 것이 헌법 제12조 제6항에서 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다'는 규정에 합치하는 것임.

나. 검토의견

헌법의 취지에 맞추어 적부심 대상자를 단순히 "체포 또는 구속된 피의자"로 개정할 필요가 있음.

3. 필요적 구속영장심사제도(형사소송법 제201조의 2)

가. 문제점

형사소송법 제201조의2 제1항은 '제200조의2・제200조의3 또는 제212조의 규정에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원 판사는 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주의 신청이 있을 때에는 피의자를 심문할 수 있다. 이 경우 피의자 이외의 자는 피의자의 명시한 의사에 반하여서도

그 심문을 신청할 수 있다'고 하여, 구속영장 심사청구권을 규정하고 있음. 이 규정에 의하면 구속영장심사는 피의자 및 일정한 범위의 관련자가 심사를 청구하고, 판사가 필요를 인정하는 경우에 가능하게 됨.

영장재판은 헌법상 보장된 신체의 자유를 제한하는 재판의 일종이므로 당자자주의의 원칙상 피의자가 법관을 대면하여 진술할 기회가 보장된 것이어야 함. 서면심사에 의할 경우에는 피의자는 당사자지위에서의 방어기회를 박탈당하게 되고, 특히 긴급체포된 상황에서 수사가 진행될 경우에는 앞에서 언급한 바와같이 체포적부심사청구가 명문으로 보장되지 않아, 방어할 기회를 전혀 갖지 못하게 됨. 따라서 피의자의 청구가 있어야만 피의자를 심문할 수 있도록 한 제도는 피의자의 권리를 침해할 우려가 있음.

나. 영장심사에 관한 국제기준 및 입법례 등

(1) '사법기관'에 의한 통제

시민적·정치적권리에관한국제규약(1966) 제9조 제3항은 '형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 공무원에게 신속히 회부되어야' 한다고 규정하고 있음.

여기서 말하는 '기타 공무원'에 대해서는 법관과 유사한 기능을 수행하는 자이어야 한다고 해석하는 것이 통설임. 동일한 내용을 다루고 있는 유럽인권협약 제5조 제3항은 '본조 제1항에 의해 체포 ·억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 공무원에게 신속히 회부되어야 하며...(Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power...)'라고 규정하고 있음. 시민적·정치적권리에관한국제규약은 이를 모델로 한 것으로 유럽인권협약(1950)은 시민적·정치적권리에관한국제규약의 해석을 위한 중요한 기준이 될 수 있음.

유럽인권재판소는 1990년 Huber 판결에서(Judgement of 23 October 1990, Huberv Switzerland, No.19/1989/179/237) '협약은 구속을 명한 사법공무원이 다른 임무를 수행하는 것을 배제하지 아니하나, 만일 그가 소추기관으로서 후속하는 형사소송에 관여할 권한이 있는 경우에 그의 공정성은 의심받을 여지가 있다'고 하면서, 검사가 기타 공무원에 해당하지 않는다고

판시하였음(이후의 판결들도 이와 같은 논지를 따르고 있음(2002. 6. 27. Eryk Kawka v. Poland, No.33885/96; 2002. 7.2. Dacewicz v. Poland, No.34611/97).

이와 같은 해석에 따르면, 우리나라의 검사 역시 소추기관으로서 후속하는 형사소송에 관여하여 소송의 당사자가 되므로 기타 공무원이 될 수 없다고 보게 될 것임. 결론적으로 체포된 자는 법관에 인치되어야 할 것임.

(2) 인신(人身)의 인치(引致)

정치적및시민적권리에관한국제규약은 제9조 제3항에서 '형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은(Anyone arrested or detained) 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 공무원에게 신속히 회부되어야' 한다고 규정하고 있는데, 이것은 서류가 아닌 인신이 직접 판사 등의 면전에 인치되어야 한다는 필요적 심문을 원칙으로 규정하고 있는 것임.

따라서 서류로 심사하는 것을 허용하는 현행 영장심사제도는 이러한 원칙에 부합하지 않음. 뿐만 아니라, 유엔인권이사회도 '오로지 피구금자가 요구하는 경우에만 사법부의 심사를 받도록 하는 형사소송법은 협약 제9조 제3항에 반한다'고 하면서 '협약 제9조가 정하는 피구금자의 모든 권리를 존중할 수 있도록 해당법률을 개정해야 한다'고 권고한 바 있음(CCPR/C/79/Add.114).

피의자는 수사의 대상이 되기는 하지만, 단순한 수사의 객체만이 아니라 방어권의 주체로서 인정해야 하며, 수사절차에서 실질적 방어권의 주체로 승인하기 위해서는 제3자인 법관이 개입하여, 수사권 남용을 억제할 필요가 있고, 이를 위해서는 구속여부를 수사자료 만으로 판단해서는 안되며, 법관이 직접 피의자를 대면하여 그 진술을 듣고 그로 하여금 유리한 자료를 제출할 수 있도록 해야 할 것임.

구속영장실질심사제도는 헌법상의 적법절차 및 영장주의의 핵심적 내용으로서 자의적 체포 또는 구금으로 인한 인권침해행위에 대한 강력한 사전 억제장치가 될 수 있을 것임.

미국의 경우 연방형사소송규칙 제5조에서 영장에 의해 또는 영장에 의하지 않은 모든 체포된 자를 치안판사에게 인치하도록 하고 있으며, 일본의 경우에도 형사소송법 제61조가 '피고인의 구류는 피고인에 대하여 피고사건을 고하고 이에 관한 진술을 들은 후가 아니면 이를 할 수 없다'고 규정하

고 있으며, 독일의 경우에도 체포된 피의자는 판사에게 인치되어야 하며, 판사는 인치된 피의자를 심문하여야 함(독일형사소송법 제128조 제1항). 심문 후에 판사는 체포가 부당하거나 체포사유가 소멸한 경우에는 피의자를 석방하고, 그렇지 않으면 검사의 청구 또는 직권에 의하여 구속영장을 발부하여야 함(동법률 제128조 제2항).

다. 검토의견

이상과 같이 구속영장실질심사제도는 영장주의의 실효성을 확보하여 피의자의 권리를 보호하기 위한 제도라고 할 것이므로, 임의적 심문은 제도의 취지에 반하는 것으로 보이며, 따라서 필요적 심문으로 하는 것이 헌법 제12조 제6항에서 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다'는 규정의 취지에 부합할 것임.

또한 구속영장심사시에는 피의자의 신청이나 법관의 재량에 의해서가 아니라 반드시 피의자를 법관에게 대면하도록 하고, 진술을 할 수 있도록 하여야 할 것임.

2002. 12. 30.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위원 박경서 위원 최영애 위원 조미경 위원 김오섭
위원 신동운 위원 정강자 위원 김덕현 위원 이홍록 위원 김만흠

2 형의실효에관한법률시행령중개정령(안)에 대한 의견(2003.3.10.)

소년법 제32조제5항 및 소년법 제70조제1항에 규정된 소년 보호의 취지를 감안하고, 성인이 아닌 소년의 범죄 등에 대하여는 성인의 경우와는 달리 취급할 필요가 있으므로 형의실효등에관한법률시행령중개정령(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 제19조제1호 및 제20조의 규정에 의하여 법무부가 입법예고(2003. 02. 06)한 형의실효등에관한법률시행령중개정령(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. 형의실효등에관한법률(2002. 12. 05. 법률 제6747호로 개정된 것, 2003. 03. 06. 시행) 및 동법 시행령(안)이 소년범에 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 제32조제5항 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

모법에 범죄경력자료의 범위에 대해 소년에 대한 특칙을 규정하고 있지 아니 하지만, 소년법 제32조제5항 및 소년법 제70조제1항의 규정에 의한 소년 보호의 취지를 동법 시행령(안)에 반영할 필요성이 있고, 또한 독일의 경우, 유죄판결 등을 등록하는 "연방중앙등록법" (Bundeszentral-registergesetz)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

3 수용자의 집필권 보장을 위한 법령 등 개정 권고(2003.8.25.)

행형법 제33조의3 '수용자는 소장의 허가를 받아 문서·도화 등을 집필할 수 있다'는 규정은 헌법 제21조제2항의 취지에 비추어, 위헌의 소지가 있으므로 행형법 및 관련법령과 관련지침 등의 개정을 권고함.

【결정요지】

행형법 제33조의3의 규정에 의한 수용자의 집필에 대해서 교도소장의 허가를 받도록 하는 것은 헌법상의 기본권제한의 일반원칙에 반하고, 언론출판에 대한 허가나 검열을 금지하는 헌법 제21조제2항의 취지에 반하기 때문에 행형법 제33조의3 중 '교도소장 허가' 부분 및 단서규정을 삭제해 수용자의 집필권을 전면 보장할 것과 집필권 보장의 취지에 맞춰 관련법령과 관련지침 등을 개정할 것을 법무부장관에게 권고함.

【주 문】 법무부장관에게

1. '수용자는 소장의 허가를 받아 문서·도화 등을 집필할 수 있다'는 취지의 행형법 제33조의3 규정은, 언론·출판에 대한 허가나 검열을 금지하는 헌법 제21조 제2항의 취지에 비추어 위헌의 소지가 있으므로 집필에 관한 허가제를 폐지하는 방향으로 위 행형법 규정을 개정하고
2. 행형법시행령, 수용자규율및징벌에관한규칙, 수용자집필제도운영지침 및 계호근무준칙 가운데 수용자의 집필에 관련된 규정을 위 제21조 제2항의 취지에 맞도록 개정할 것을

각 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 집필관련 진정 사건

국가인권위원회가 설립된 이후 구금시설 수용자의 집필관련 진정은 162건(2003년 7월 현재)으로 집필권의 침해문제가 빈발하는 것으로 나타났다. 집필관련 진정내용을 분석한 결과 첫째, 집필의 예비과정이라 할 수 있는 집필보고문 작성을 교도관들이 허가해 주지 않는다는 사실을 알 수 있었는데, 집필보고문 작성을 불허하면 고소장·진정서, 청원서, 서신 등의 집필이 원천적으로 불가능하다. 둘째, 교도소의 문제점이나 개선점 및 교도관에 대한 불만족을 기술하거나, 수용자 스스로의 권리를 구제하기 위한 집필은 그 대상을 교도소의 직원으로 하고 있는 경우가 대부분이기 때문에 교도관들에 의한 회유, 협박 등으로 집필권행사가 방해되고 있는 사실을 알 수 있었다. 셋째, 집필에 필요한 용구를 과도하게 제한하고 있어 자유로운 집필을 하기가 어렵다는 사실이 나타났다. 넷째 징벌과 징벌조사 중에는 집필이 불허되어 본질적인 기본권에 해당하는 집필권이 침해당하고 있다는 사실도 알 수 있었다.

2. 현행법 상 집필관련 규정 내용

행형법 제33조의3은 수용자가 문서 또는 도화를 작성하거나 문학·학술 기타 사항에 관한 집필을 하기 위해서는 소장의 허가가 필요하고, 집필용구의 관리와 집필한 문서등의 보관 및 외부제출에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있고, 동법시행령 제67조는, 수용자가 집필한 문서등은 교도소에 영치함을 원칙으로 하되 수용자가 수용 중에 이를 외부에 발송하고자 하거나 석방 시에 가지고 나가고자 하는 때에는, 그 내용이 교도소등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있거나 기타 교화 상 부적당한 경우, 그리고 법령에 저촉되는 경우, 도주·증거인멸 또는 허가되지 아니한 물품의 반입을 기도하는 경우, 수용자의 처우 기타 교도소등의 운영실태에 관하여 명백한 허위사실을 포함하는 경우등을 제외하고는 허가하도록

규정하고 있다.

한편, 금치처분을 받은 경우와 규율위반사실에 대한 진상을 조사하는 경우에는 당해 수용자의 집필을 제한하고 있고(행형법시행령 제145조, 수용자규율및징벌에관한규칙 제7조), 수용자집필제도운영지침에는 소송서류의 작성, 서신의 작성, 문학작품등 창작활동, 청원서, 민원서류 등의 작성, 교육 및 직업훈련 등에 필요한 학습활동, 교도작업 및 교도관의 업무보조 활동의 사유가 발생하였을 때에 집필을 하고자 할 때에는 사전에 소장의 허가를 받아야 한다고 되어 있으며(제2조, 제3조), 교도소장이 수용자 1인에게 소지를 허가할 수 있는 필기용구를 검정색 볼펜 1자루, 집필용도에 적합한 규격용지 매월 30매 1권, 학습용 노트 매월 30매 1권으로 제한하고 있다(제5조).

3. 구금시설 수용자의 집필권의 의미

수용자가 구금시설의 처우에 불복하거나 제도적으로 보장된 권리구제절차를 밟기 위해서는 우선 집필을 할 수 있어야 한다. 현행 제도에 의하면 구금시설의 수용자가 집필을 하기 위해서는 보고문(집필허가신청서)을 작성하여 반드시 교도소장의 집필허가를 받아야 하고, 교도소장의 집필허가를 받지 않고 집필한 경우에는 수용자규율및징벌에관한규칙 제3조 제33호에 따라 처벌(징벌)을 받게 된다. 계호근무준칙 제17조는 수용자가 담당교도관에게 집필허가신청을 하도록 하여 수용자의 집필권을 제한하고 있다. 수용자 자신의 권리를 구제받기 위한 절차가 법률에 보장되어 있다 하더라도, 권리구제를 위한 첫 단계인 집필을 자유롭게 하지 못하게 되면 사실상 자신의 권리구제는 어렵게 된다.

또한 수용자의 집필은 외부와의 교통을 하기 위한 첫 단계 절차이며, 청구권 등 다른 권리의 보장을 위한 권리이기 때문에 수용자가 구금시설의 처우에 불복하거나 제도적으로 보장된 권리구제절차(소장면담, 청원, 고소, 고발, 행정심판, 행정소송, 민사소송, 민원제기)를 밟기 위해서는 수용자의 집필이 보장되어야 한다.

Ⅱ. 판단의 준거틀

1. 기본권으로서의 집필권

집필은 문학, 학문, 예술, 문서작성 등 개인의 의견이나 사상을 문자등으로 표현하는 행위이다. 따라서 집필의 자유는 자신의 의견이나 사상을 표현하고 전달하는 고도의 정신활동영역에 있어서 의사표현의 한 방식이다.

집필권은 헌법 제21조의 언론·출판의 자유, 헌법 제22조의 학문·예술의 자유, 헌법 제17조의 사생활의 자유, 헌법 제19조의 양심의 자유, 헌법 제26조의 청원권, 헌법 제27조의 재판청구권 등의 내용으로 볼 때 헌법 상 기본권으로 인정할 수 있다.

또한 세계인권선언 제19조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제19조, 피구금자처우에관한최저기준규칙 제36조 제3항에서도 집필을 기본적인 권리로 인정하고 있다.

집필권은 헌법 제10조 소정의 인간의 존엄과 가치를 유지하고 자유로운 인격발현에 필요한 개성신장의 수단이며 표현의 자유의 한 형태로서, 고도의 정신적 기본권이자 대국가적 방어권(자유권)의 성격을 지니고 있다.

2. 집필권 제한의 한계

집필권은 정신적 자유권의 중핵일 뿐만 아니라 민주사회의 초석이 되므로 그 본질적인 내용을 침해하여서는 아니되며, 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가나 검열을 인정하지 않고 있다.

가사 집필권을 법률로써 제한한다 하더라도 다른 권리에 비하여 우월적 지위를 갖는 집필권의 특성상, '막연하기 때문에 무효인 원칙', '보다 덜 제한적인 방법 선택의 원칙', '법익형량의 원칙', 그리고 '명백하고 현존하는 위험의 원칙' 등을 지켜야 한다.

Ⅲ. 집필허가제도의 문제점과 개선방안

1. 집필허가제도

가. 문제점

집필권은 인간존엄에 필요한 자유로운 개성의 신장과 고도의 정신적 기본권인 표현의 자유등에 해당하므로 교도소 수용자라는 특수한 신분을 가졌다는 이유로 이를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해하여서는 아니되며, 사전허가제는 헌법 제21조 제2항의 규정에 정면으로 배치된다 하겠다.

설령 법률로써 집필권을 제한한다 하더라도 그 내용이 명확해야 하는데 “교도소 등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우”는 그 뜻이 불명확하기 때문에 ‘명확성의 원칙’과 ‘막연하기 때문에 무효인 원칙’에 반한다. 수용자에게 “교도소등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우”까지 집필을 허용해야 하는가 하는 문제가 제기될 수 있는데, 수용자가 교도소 내에서 문서를 집필하여 소지하는 것과 집필의 결과물을 외부에 반출하는 것은 전혀 다른 문제이다. 왜냐하면 집필은 인간의 내면을 표현하는 것이기 때문에 집필을 통해서 표현했다고 해서 “교도소등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우”라고 보기 어렵고, 그러한 내용을 교도소 내에서 서로 주고받거나 외부로 반출하는 행위가 일어나야 안전과 질서를 해칠 수 있을 것이다. 집필을 하는 것과 그 집필물을 외부에 반출하는 문제를 다르게 접근하는 것은 행형법의 구조와 체계에서도 마찬가지이다. 집필결과물의 외부반출은 행형법 제4장(접견과 서신)에, 집필은 행형법 제7장(교육과 교회)에 각각 규정하고 있다. ‘기타 교화 상 부적당한 경우’라는 이유로 집필행위를 포괄적으로 금지하는 것은 행형의 목적을 달성하기 위한 범위를 초과하여 집필의 자유를 과도하게 제한하고 있어 오히려 수용자의 인격권 형성에 역기능을 초래하게 되고 ‘피해 최소성의 원칙’에 반한다고 할 수 있다.

나. 개선방안

행형법 제33조의3 제1항 본문 중 ‘소장의 허가를 받아’를 삭제하고 동조 동항의 단서규정을 삭제하여 “수용자는 문서 또는 도화를 작성하거나 문학・학술 등 기타사항에 관한 집필을 할 수 있다”는 취지로 개정하여야 하

고, 수용자규율및징벌에관한규칙 제3조 제33호 “집필허가를 받지 아니하고 문서 또는 도화를 작성하거나 문학・학술 등에 관한 집필을 하여서는 아니 된다”를 삭제하여야 한다.

행형법 제33조의3 제1항의 단서조항을 삭제하더라도 ① 집필된 문서를 외부로 반출하는 경우 서신에 대한 검열로써 행형의 목적에 부적절한 문서를 주고 받는 행위를 제한할 수 있다. 즉, 서신을 통해 외부로 반출되는 집필문서가 “교도소의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우”와 “교화 상 부적당한 경우”일 때는 서신검열을 통하여 차단이 가능하다(행형법 제18조의2, 행형법시행령 제62조 참조), ② 또한 형벌규정에 저촉되는 문서를 집필한다 하더라도 저촉내용의 집필문서를 주고받지 않는 한 교도소의 안전과 질서를 해치거나 교화 상 부적당한 것으로 볼 수 없고, 형벌규정 저촉 문서를 작성하여 서로 주고받는다 하더라도 다른 조항, 즉 수용자규율및징벌에 관한규칙 제3조 제11호, 제19호, 제21호 등으로 필요한 규제가 가능하다. 그리고 집필문서등의 내용이 행법 등 다른 법률에 위반되는 경우에는 그 법률이 규정에 따라 규제하면 될 것이다.

2. 집필의 범위

가. 현행법의 규정

행형법 제33조의3 제1항에서는 집필의 범위를 “문서 또는 도화를 작성하거나 문학, 학술 기타 사항”으로 규정하고 있는 바, 그 입법취지 상 가능한 집필에는 ① 서신, 소송서류・청원서・진정서 등의 문서, ② 도표, 회화(동양, 서양화), 서예 등의 도화, ③ 독후감, 시, 동요, 수필, 희곡, 소설 등의 문학, ④ 정치, 경제, 사회, 문화 등 각종 잡지, 전문서적 원고작성 등의 학술, 그리고 ⑤ 일기, 연습장 작성 등의 기타사항이 있다.

또한 수용자집필제도운영지침 제2조에서는 집필의 범위를 소송서류의 작성, 서신작성, 문학작품 등 창작활동, 청원서・민원서류 등 작성, 교육 및 직업훈련 등에 필요한 학습활동, 교도작업 및 교도관의 업무보조 활동으로 제한하고 있다.

나. 문제점

행형법 제33조의3 제1항을 그대로 두고 본다 하더라도, 집필가능한 문서

는 동조항 단서규정(“교도소의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우”와 “교화상 부적당한 경우”)을 제외한 모든 문서이다. 그런데 이를 구체화하고 있는 수용자집필제도운영지침 제2조에서 그 범위를 열거적으로 나열하여 한정하고 있어 사실상 상위법에서 인정한 권리의 범위를 하위법에서 제한하는 결과를 낳고 있다.

또한 소장(訴狀)등 자신의 권리구제를 위한 집필이나 교도소를 소재로 하는 집필은 내용에 허위사실이 있다는 이유로 허가를 받지 못하는 경우가 많은 것이 실정이다. 그러나 피구금자처우에관한최저기준규칙 제36조에 “모든 피구금자는 내용의 검열을 받지 않고 적합한 형식에 맞추어 허가된 경로에 따라 중앙교정당국, 사법관청 또는 기타 관청에 청원하거나 불복 신청하도록 허용되어야 한다”고 규정하고 있다. 소장(訴狀) 내용에 다소 과장이 있거나 허위의 사실이 기재되어 있다고 하더라도, 또는 제소 자체가 실익이 없다고 하더라도 수용자의 재판청구권 보장을 위해서는 소장 작성과 제출을 최대한 허용하여야 한다. 허위나 실익여부와 그에 대한 조치는 청원이나 재판 등 권리구제를 하는 기관과 본인이 판단할 문제이지 교도관이 판단할 문제라고 볼 수 없다.

다. 개선방안

행형법 제33조의3 제1항을 개정하고 수용자집필운영지침을 전면 개정하여, 모든 문서를 작성할 수 있도록 하고 특히 교도소와 교도관의 문제점을 소재로 하는 집필이 가능하도록 할 필요성이 있다.

3. 집필 용구

가. 행형법령등의 규정

행형법 제33조의3 제2항에서는 집필용구의 관리에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 동법 시행령 제67조 제3항은 교도소장은 다 쓴 필기구와 집필용지의 회수・폐기 등 집필용구의 관리상태를 수시로 점검하도록 규정하고 있다. 수용자집필제도운영지침 제5조는 교도소장이 수용자 1인에게 소지를 허가할 수 있는 필기용구를 검정색 볼펜 1자루, 집필용도에 적합한 규격용지 매월 30매 1권, 학습용 노트 매월 30매 1권으로 제한하고 있다.

나. 문제점

위에서 본 규정들은 집필용구를 지나치게 제한함으로 인하여 결과적으로 자유로운 집필을 제한하는 결과를 초래한다. 실질적으로 행형법에서는 집필의 범위를 광범위하게 하고 있으나 집필을 위한 용구를 위와 같이 제한할 경우 자유로운 집필활동을 할 수 없을 뿐 아니라 도화등은 원천적으로 불가능하다. 이는 상위법에서 인정한 집필의 범위를 하위법에서 제한하는 것으로서 과잉금지의 원칙을 위배하는 것으로 볼 수 있다.

다. 개선방안

수용자집필제도운영지침 제5조에서 수용자 일인이 소지할 수 있도록 허용하고 있는 집필용구의 종류와 수량을 대폭 확대하여 실질적으로 자유로운 집필을 할 수 있는 여건을 마련하여야 한다.

4. 징벌기간 중 · 징벌조사기간 중 집필권의 제한

가. 시행령과 규칙상 규정

금치의 처분을 받은 자는 징벌실에 수용하고 그 기간 중 집필을 금지하며(행형법시행령 제145조 제2항), 수용자의 규율위반사실에 대한 진상조사 중 집필을 제한·금지할 수 있다(수용자규율및징벌에관한규칙 제7조 제2항).

나. 문제점

금치기간 중 집필을 금지하는 것은 징벌의 목적 달성과 직접 관련성이 있다고 보기 어렵고, 규율위반사실의 진상조사 시의 집필이 교도소의 안전과 질서를 해치거나 교화 상 부적당하다고 볼 수 없기 때문에 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 일반원칙인 과잉금지의 원칙에 위배된다. 뿐만 아니라 집필권 행사를 원천적으로 금지하고 있는 것은 집필권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 할 수 있다.

특히 징벌조사기간에 집필을 제한·금지하는 것은 아직 징벌자로 결정되기도 전에 집필을 제한·금지하는 것으로 부당하다(수용자규율및징벌에관한규칙 제7조 제2항에 대하여 국가인권위원회는 2002. 12. 9. 법무부장관에게 이를 삭제하고 개정하도록 권고한 바 있으나 현재까지 이행되지 않고 있다).

다. 개선방안

따라서 행형법시행령 제145조 제2항에서 규정하고 있는 징벌자에 대한 집필금지부분을 삭제하여 징벌기간 중일지라도 집필이 가능하도록 하여야 하며, 또한 수용자규율및징벌에관한규칙 제7조의 집필부분을 삭제하여야 한다.

Ⅳ. 결 론

행형법 제33조의3등에서 규정하고 있는 수용자에 대한 집필허가제도는 언론·출판에 대한 허가나 검열을 금지하는 헌법 제21조 제2항의 취지에 비추어 위헌의 소지가 있어 '수용자는 소장의 허가를 받아 문서·도화 등을 집필할 수 있다'는 취지의 행형법 제33조의3의 규정을 개정함과 아울러 행형법시행령, 수용자규율및징벌에관한규칙, 수용자집필제도운영지침 및 계호근무준칙 가운데 수용자의 집필에 관련된 규정을 위 취지에 맞도록 개정하는 것이 상당하다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1항 및 제25조 제1항의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2003. 8. 25.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 조미경 위 원 김오섭

위원 신동운 위원 정강자 위원 김덕현 위원 이홍록 위 원 김만흠

4 수용자규율및징벌에관한규칙중규칙개정령안에 대한 의견 (2004.1.26.)

[1] 수용자규율및징벌에관한규칙중개정령안의 징벌사유로 규정하고 있는 규율위반행위가 명확성의 원칙, 죄형(징벌)법정주의, 기본권제한의 일반원칙, 위임입법의 원칙 등과 국제기준에 위배되며,

[2] 징벌부과기준이 수용자의 교정교화와 재사회화, 기본적 인권의 최대한 보장, 필요최소한의 원칙, 최소침해의 원칙에 반하며,

[3] 징벌시 참작사항과 징벌가중에 관한 내용이 명확성의 원칙과 최소침해의 원칙에 반하며,

[4] 징벌혐의자에 대한 처우와 징벌위원회의 구성시 공정성과 객관성을 확보하고 있지 않으며,

[5] 금치 중 처우와 연속집행에 대하여 인간존엄성의 원칙 및 최소침해의 원칙에 반하는 등 일부조항이 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 이의 수정이 바람직하다는 의견을 표명한 사례

【결정요지】

[1] 수용자규율및징벌에관한규칙중개정령안(이하 징벌규칙안이라 한다) 내용 중 징벌사유로 규정하고 있는 규율위반행위가 헌법상 명확성의 원칙, 죄형(징벌)법정주의, 기본권제한의 일반원칙, 위임입법의 원칙 등과 세계인권선언, 시민적·정치적권리에관한국제규약 등의 국제기준에 위배되기 때문에 구체적 내용으로 수정되어야 하며,

[2] 징벌부과기준 중 수용자에 대한 최고금치기간은 인간이 감내할 수 있는 한계인 30일을 초과하지 않도록 해야 하며, 작업상여금의 중요한 목적이 수용자들의 사회정착금인데, 징벌을 받은 자에 대해서 장기간의 작업상여금을 삭감하는 것은 수용자의 교정교화와 재사회화에 반하고, 헌법과 유엔피구금자처우에관한규칙최저기준규칙의 최소침해의 원칙에 반하므로 작업상여금의 삭감은 최고 4월 이내로 한정하는 것이 바람직하고,

[3] 징벌시 참작사항과 징벌가중에 관한 내용이 불명확하여 참작기준을 설정하기 어렵우므로 헌법 제12조제1항의 명확성의 원칙에 반하기 때문에 수정되어야 하며,

[4] 조사실수용기간을 징벌기간에 산입하는 것을 소장의 임의적 재량사항으로 하는 것은 징벌혐의자에 대한 징벌가중이 소장의 재량에 따라 좌우되는 결과를 낳게 되므로 의무적 사항으로 규정해야 하며, 징벌위원회의 구성시 외부인사 위촉을 의무적 사항으로 규정할 필요가 있으며,

[5] 금치중이라도 권리구제를 위한 최소한의 권리인 집필은 제한될 수없으며, 수용자의 건강을 유지하기 위한 운동도 불허해서는 안되며, 금치의 집행시 인간으로서의 존엄성이 무시되는 제한은 피해야 하는 등 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있는 내용은 수정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명함.

【참조결정】 국가인권위원회 2002. 12. 9.자 02진인1064・02진인126(부분병합) 결정, 국가인권위원회 2003. 2. 10.자 02진인948, 02진인965 결정, 국가인권위원회 2003. 6. 16.자 02진인643, 1096, 1575(병합) 결정, 국가인권위원회 2003. 6. 9.자 2001헌마163 사건에 대한 의견제출, 국가인권위원회 2003. 7. 14.자 02진인126,02진인329,02진인76,02진인100,02진인1245(병합) 결정

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조제1항・제3항, 제37조제2항, 제75조, 제95조, 세계인권선언 제1조, 제3조, 제5조, 시민적・정치적권리에관한국제규약 제7조, 제10조 제1항・제3항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 27조, 제29조, 제30조제1항・제2항, 제31조, 제32조제1항・제3항, 형법 제57조, 형사소송법 제482조, 행형법 제1조, 제1조의3, 제46조제1항・제2항・제3항・제4항, 행형법시행령 제96조, 제143조, 제145조 제2항・제3항

【주 문】 국가인권위원회는 2003. 12. 30. 법무부에서 마련하고 국가인권위원회에 의견조회를 요청한 수용자규율및징벌에관한

규칙중개정령안(이하 징벌규칙안이라 한다)을 검토한 결과 징벌규칙안 중 일부조항이 헌법과 국제인권법상 보장된 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1항에 따라 다음과 같이 수정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명합니다.

- 다 음 -

1. 징벌규칙안 제3조의 징벌사유(규율위반행위)에 대하여
   (가) 징벌규칙안 제3조제2항제1호 “협박 또는 위협을 가하는 행위”에서 ‘위협’부분을 삭제하고,
   (나) 징벌규칙안 제3조제2항제4호 “교도소 등의 질서를 해칠 목적으로 이 규칙의 규정에 따른 규율위반행위를 모의하거나 연락하는 행위”, 제3조제3항제3호 “교도소 등의 안전 또는 질서를 해칠 목적으로 다중을 선동하거나 소란을 피우는 행위”, 제3조제4항제3호에서 징벌사유로 하고 있는 “교도소등의 질서를 해칠 목적의 자해행위”를 각각 삭제하고, 행형법 제46조제1항도 개정하고,
   (다) 징벌규칙안 제3조제4항제5호 “교도소 등의 시설이나 물품을 훼손하거나 고의로 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하거나 현저한 재산상의 손실을 초래하는 행위”를 “교도소 등의 시설이나 물품을 고의로 훼손하거나 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하거나 현저한 재산상의 손실을 초래하는 행위”로 수정하고,
   (라) 징벌규칙안 제3조제4항제9호 “소장이 법무무장관의 승인을 얻어 교도소 등의 질서유지를 위한 규율로 고지한 사항을 위반하는 행위”를 삭제하고,
2. 징벌규칙안 제4조의 징벌부과기준에 대하여
   (가) 다양한 종류의 징벌(예를 들면 경고, 독서제한 등)을 개발하여 금치를 대체할 수 있도록 행형법 제46조제2항을 개정해야 하고, 징벌규칙안 제4조제2항의 별표 중 ‘30일 이내의 금치’에 해당하는 부분을 모두

'20일 이내의 금치'로 수정하고,

(나) 징벌규칙안 제4조제2항 별표 2, 별표 4의 '작업상여금의 삭감'의 기간을 최고 4개월 이내로 한정하도록 하고,

3. 징벌규칙안 제5조 및 제8조의 징벌시 참작사항과 징벌가중에 대하여

(가) 징벌규칙안 제5조제1항제5호 "조사기간 중 제한 또는 금지된 처우의 내용"과 제6호 "그 밖에 수용자의 교화에 필요한 사항을 참작하여야 한다"를 삭제하고,

(나) 징벌규칙안 제5조제2항 중 "~징벌기간에 산입할 수 있다"를 "~징벌기간에 산입하여야 한다"로 수정하고,

(다) 징벌규칙개정안 제8조제2항제2호 "야간에 또는 흉기 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 규율을 위반한 때"와 제3호 "단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 규율을 위반한 때"를 삭제하고,

4. 징벌규칙안 제10조 및 15조의 징벌혐의자와 징벌위원회에 대하여

(가) 징벌규칙안 제10조 "소장은 징벌혐의자가 증거인멸의 우려, 다른 수용자를 해칠 우려 그 밖에 조사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 징벌혐의자를 따로 독거수용하거나 거실수용을 달리 할 수 있다"를 "소장은 징벌혐의자가 증거인멸의 우려, 다른 수용자를 해칠 우려가 있는 경우에는 징벌혐의자를 따로 독거수용하거나 거실수용을 달리 할 수 있다"로 수정하고, 행형법 제143조도 개정하고,

(나) 징벌규칙안 제15조제1항 "~2인 이상의 외부인사를 징벌위원회 위원으로 위촉할 수 있다"를 "~2인 이상의 외부인사를 징벌위원회 위원으로 위촉하여야 한다"로 수정하고, 징벌위원회 구성시 외부인사에 대한 자격기준을 명시하여 변호사 및 법과대학 전임강사 이상의 교정에 관한 학식과 경험이 풍부한 인

력이 징벌위원회에 참여할 수 있도록 하고,

5. 징벌규칙안 제24조 및 제25조의 금치 중 처우와 연속집행에 대하여

(가) 금치 중 처우와 관련해서 징벌규칙안 제24조제1항에서 “소장은 행형법시행령 제145조제2항 단서의 규정에 따라 금치처분을 받은 자에 대하여 교화상 또는 처우상 필요한 경우에는 다음 각호의 처우(1. 집필, 2. 서신수발, 3. 종교·학술·문학 등 교양도서의 열람, 4. 수용자의 비용을 구입한 세면도구 등 생활필수품의 사용, 5. 식사도구 등 일상생활에 필요한 물품과 의약품의 비치 또는 그 사용)를 허가한다. 다만, 규율위반행위와 직접 관련된 처우의 경우에는 그러하지 아니하다”를 “소장은 행형법시행령 제145조제2항 단서의 규정에 따라 금치처분을 받은 자에 대하여 다음 각호의 처우(1. 집필, 2. 서신수발, 3. 종교·학술·문학 등 교양도서의 열람, 4. 수용자의 비용으로 구입한 세면도구 등 생활필수품의 사용, 5. 식사도구 등 일상생활에 필요한 물품, 6. 운동, 7. 접견, 8. 의료와 관련된 자비부담물품의 비치 또는 그 사용)를 하도록 하여야 한다”로 수정하고,

(나) 징벌규칙개정안 제25조제4항 “소장은 제1항 및 제2항의 규정에도 불구하고 금치처분을 연속하여 집행하고자 하는 경우에는 시행령 제146조 또는 제148조의 건강진단 결과를 덧붙여 법무부장관에게 보고하고 그 승인을 얻어야 한다. 다만, 이 경우에도 연속하여 집행하는 기간은 2월을 초과할 수 없다”는 삭제하여야 할 것이다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 국가인권위원회의 권고 미수용

징벌과 관련하여 이미 국가인권위원회는 징벌조사기간 중에도 변호인과의 접견 및 서신수발과 미결수용자의 소송서류의 작성·제출은 가능하도록 하며(2002. 12. 9), 징벌자의 합동접견 제한기간을 완화하고(2003. 2. 10), 구금시설이 징벌권을 남용하지 않도록 수용자 징벌관련 제도를 개선할 것을 권고하였으나(2003. 6. 16) 아직 괄목할만한 조치가 이루어지지 않았습니다.

2. 법무부의 의견조회

법무부는 최근 행형관련 법령을 정비하겠다는 의지를 표명한 바 있으며, 그 일환으로 징벌·계구와 관련된 규칙에 대하여 우선적으로 규칙개정령안을 마련하고, 징벌규칙안에 대하여 국가인권위원회에 2003년 12월 30일 의견조회를 하였습니다.

3. 의견표명의 근거

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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 징벌규칙안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령안”에 해당하기 때문에 징벌규칙안에 대하여 다음과 같이 검토하였습니다.

Ⅱ. 검토의 기준

1. 헌법규정

제10조, 제12조제1항, 제12조제3항, 제37조제2항

2. 국제인권법규정

(1) 세계인권선언 제1조, 제5조
(2) 시민적·정치적권리에관한국제규약 제7조, 제10조제1항 및 제3항
(3) 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 제27조, 제29조, 제30조제1항·2항, 제31조 제1항·2항·3항

3. 행형법령 규정

(1) 행형법 제1조, 제1조의3, 제46조제3항
(2) 행형법시행령 제145조제3항

Ⅲ. 개별조항에 대한 검토내용

징벌규칙안을 위와 같은 판단기준과 원칙에서 분석한 결과 다음과 같은 문제점과 개선방안이 있다고 판단됩니다.

1. 징벌사유(징벌규칙안 제3조 : 규율위반행위)

가. 징벌규칙안 제3조제2항제1호
(1) 규정내용
징벌규칙안 제3조제2항제1호에서는 “협박 또는 위협을 가하는 행위”를 규율위반행위로 규정하고 있습니다.
(2) 검토내용
징벌규칙안 제3조제2항제1호에서는 '협박'은 현행 규칙에서도 규율위반행위로 규정하고 있는데 '위협'은 이번 징벌규칙안에 추가되었습니다. 그러

나 법률적으로 협박에 대해서는 비난 가능성이 있는 행위라고 합의가 된 반면, '위협'은 대화 내용에 있어서 실질적인 해악을 포함하는 협박에서부터 대화 방법 또는 대화 분위기가 다소 험악한 경우까지를 전부 포함할 수 있으므로 그 범위가 넓고 판단하기가 모호합니다.

따라서 '위협'의 경우까지 징벌사유에 포함시키는 것은 신체의 자유를 제한할 경우에는 그 내용이 명확하고 특정되어야 한다는 헌법 제12조제1항의 명확성의 원칙에 위반되고, 징벌이 일상생활에 광범위하게 적용되어 헌법 제37조제2항에서 규정하고 있는 필요최소한의 원칙에 반하며, 안전한 구금과 질서는 소내 생활유지를 위해 필요한 한도를 넘어서는 안된다는 유엔 피구금자처우에관한최저기준규칙 제27조에도 반합니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제3조제2항제1호 "협박 또는 위협을 가하는 행위"에서 '위협' 부분을 삭제하고, "협박을 가하는 행위"로만 한정하도록 수정하여야 합니다.

나. 징벌규칙안 제3조제2항제4호

(1) 규정내용

징벌규칙안 제3조제2항제4호에서는 "교도소 등의 질서를 해칠 목적으로 이 규칙의 규정에 따른 규율위반행위를 모의하거나 연락하는 행위"를 규율위반행위로 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

여기에서 행행법 제46조제1항에서는 징벌부과사유를 "1. 형법·폭력행위등처벌에관한법률 등의 형벌규정에 저촉되는 행위, 2. 자해행위, 3. 정당한 이유없이 작업·교육 등을 거부하거나 태만히 하는 행위, 4. 흉기·주류 등 허가되지 아니하는 물건을 제작·소지·사용·수수 또는 은닉하는 행위, 5. 기타 법무부장관이 정하는 규율을 위반하는 행위"라고 규정하고 있는 것을 보면, 행형법 제46조제1항제5호에서 위임하고 있는 사항 이외의 징벌사유는 구체적으로 명시하고 있습니다. 이에 반하여 징벌규칙안 제3조제2항제4호는 "질서를 해칠 목적과 모의하거나 연락하는 행위" 등의 표현은 지나치게 포괄적이며 그 한계를 설정하기가 곤란합니다.

행형법 제46조제1항제5호에 따라 위임된 징벌규칙은 최소한 행형법 제46조제1항보다는 더 구체적으로 특정되어야 하는데, '질서를 해칠 목적'과 같이 특정되지 않고 행형법 제46조제1항보다 더 일반적·추상적으로 규정하

고 있는 것은 헌법 제75조 및 제95조에서 규정하고 있는 위임입법의 원칙에 반합니다.

또한 신체의 자유를 제한하는 경우에는 그 요건과 내용이 구체적이고 명확하지 않으면 남용될 소지가 있습니다. 따라서 “질서를 해칠 목적과 모의하거나 연락하는 행위”는 규율이 법령에서 위임된 범위 내에서 구체적으로 명시하여야 합니다. 하지만, “질서를 해칠 목적과 모의하거나 연락하는 행위” 등 불명확한 조항을 규칙에서 새로 정하고 이러한 불명확한 조항을 위반한 경우 징벌을 가하도록 한 것은 헌법 제12조제1항에서 규정하고 있는 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙을 위반하고 있다고 판단됩니다.

수용자의 기본적 인권을 그 요건과 내용이 명확하지 않은 내용과 표현으로 제한하는 것은 헌법 제10조, 세계인권선언 제1조, 시민적・정치적권리에 관한국제규약 제10조, 행형법 제1조의3에서 규정하고 있는 인간(수용자)의 기본적 인권의 최대한 보장원칙에 반합니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제3조제2항제4호 “교도소 등의 질서를 해칠 목적으로 이 규칙의 규정에 따른 규율위반행위를 모의하거나 연락하는 행위”를 삭제하여야 합니다.

다. 징벌규칙안 제3조제3항제3호

(1) 규정내용

징벌규칙안 제3조제3항제3호에서는 “교도소 등의 안전 또는 질서를 해칠 목적으로 다중을 선동하거나 소란을 피우는 행위”를 규율위반행위로 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

앞서 언급한 바와 같이 행형법의 위임으로 징벌사유를 구체화하는 징벌규칙은 행형법 제46조제1항보다는 더 구체적으로 특정되어야 합니다. ‘질서를 해칠 목적’과 같이 특정되지 않고 행형법 제46조제1항보다 더 일반적・추상적인 규정을 하위규칙에 두는 것은 헌법 제75조 및 제95조에서 규정하고 있는 위임입법의 원칙에 반합니다.

또한 '선동'을 하는 행위가 구체적으로 명시되어 있지 않습니다. 즉, 교도소 등의 안전 또는 질서를 해칠 목적으로 '무엇' 즉, '구체적인 행동'(예를 들어 도주, 폭행 등)을 선동하는 경우를 징벌사유로 명시하여야 하는데, 그

구체적인 행동에 대하여 규정하고 있지 않습니다. 교도소의 안전 또는 질서 유지를 위하여 선동을 방지한다 할지라도 그 내용은 명확하게 구체화되어야 할 것이고, 그렇지 않을 경우 자의에 의한 판단으로 남용될 가능성이 높아 명확성의 원칙에 위배됩니다.

그리고 '소란'의 개념도 명확하지가 않아 징벌이 남용될 우려가 높습니다. 단순히 큰소리를 낸다는 것은 징벌의 사유가 될 수 없으며, 폭행 또는 협박, 직무방해 등 구체적으로 부정적인 결과가 드러날 때 징벌의 대상이 되어야 합당한데, 이미 이와 같은 행위들은 다른 조항에서 징벌 사유로 규정하고 있기 때문에 '소란'과 같은 불명확한 내용을 삭제한다 하더라도 질서유지를 위한 징벌을 할 수 있습니다.

따라서 신체의 자유를 제한하는 경우에는 그 요건과 내용이 구체적이고 명확하지 않으면 남용될 소지가 있는데, '선동'과 '소란'은 구체적이고 명확하다고 보기 어렵기 때문에 앞에서 본 바와 같이 헌법 제12조제1항에서 규정하고 있는 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙을 위반하고 있다고 판단됩니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제3조제3항제3호 "교도소 등의 안전 또는 질서를 해칠 목적으로 다중을 선동하거나 소란을 피우는 행위"를 삭제하여야 합니다.

라. 징벌규칙안 제3조제4항제3호

(1) 규정내용

징벌규칙안 제3조제4항제3호에서는 "교도소등의 질서를 해칠 목적의 자해행위"를 규율위반행위로 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

징벌대상 자해행위를 '교도소 등의 질서를 해칠 목적의' 자해행위로 제한하고 있다는 점에서 징벌규칙은 현행 징벌규칙에 비하여 진일보한 점은 있으나, 자해행위 자체를 징벌사유로 삼고 있는 것에는 여전히 문제점이 있습니다.

구금시설 내에서 자해행위가 발생하는 원인을 살펴보면, 대개 수용자가 교정당국의 부당한 처우에 대한 자신의 억울함을 외부세계에 알리려는 극단적인 의사표현인 경우가 많고, 자살기도와 마찬가지로 자해행위는 치료 내지 상담의 차원에서 접근하여 해결할 문제입니다.

따라서 '교도소 등의 질서를 해칠 목적'이라는 표현이 모호하고 불확실하기 때문에 헌법 제12조제1항의 명확성의 원칙에 반하고, 헌법 제10조, 세계인권선언 제1조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조의 인간(수용자)의 존엄성 보장원칙에 반하며, 헌법 제37조제2항의 최소침해의 원칙에 반합니다.

한편, 자해행위를 징벌규칙의 모법(母法)인 행형법 제46조제1항제2호에서 징벌사유의 하나로 명시하고 있습니다. 따라서 자해행위를 징벌대상으로 하지 않고 근원적인 접근을 통해서 방지하거나 해결하기 위해서는 징벌규칙을 개정하는 것만으로는 부족하고 행형법을 개정하여야 합니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제3조제4항제3호 "교도소등의 질서를 해칠 목적의 자해행위"를 삭제하고, 행형법 제46조제1항도 개정하여야 합니다.

마. 징벌규칙안 제3조제4항제5호

(1) 규정내용

징벌규칙안 제3조제4항제5호에서는 "교도소 등의 시설이나 물품을 훼손하거나 고의로 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하거나 현저한 재산상의 손실을 초래하는 행위"를 규율위반행위로 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

징벌규칙안 제3조제4항제5호 "교도소 등의 시설이나 물품을 훼손하거나 고의로 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하는 행위"에서 '물품을 낭비하는' 경우는 고의성을 가져야만 징벌사유가 되고, '훼손하는' 경우는 고의뿐만 아니라 과실로 훼손하는 경우도 징벌사유로 하고 있습니다.

물품을 훼손하는 경우도 고의성이 없다면 징벌의 대상이 되어서는 않됩니다. 고의성이 있는 행위에 국한하지 않고 '과실에 의한 훼손'까지 징벌대상에 포함하고 있는 것은 행형의 목적 즉 교정과 재사회화에 어긋나고, 징벌은 그 목적 달성을 위하여 최소한의 수단을 강구해야 함에도 불구하고 그 범위가 필요이상으로 넓은 것은 헌법 제37조제2항과 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 27조의 최소침해의 원칙에 반합니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제3조제4항제5호 "교도소 등의 시설이나 물품을 훼손하거나 고의로 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하거나 현저한 재산상의 손실을 초래하는 행위"를 "교도소 등의 시설이나 물품을 고의로 훼손하거

나 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하거나 현저한 재산상의 손실을 초래하는 행위"로 수정하여야 합니다.

바. 징벌규칙안 제3조제4항제9호

(1) 규정내용

징벌규칙안 제3조제4항제9호에서는 "소장이 법무무장관의 승인을 얻어 교도소 등의 질서유지를 위한 규율로 고지한 사항을 위반하는 행위"를 규율위반행위로 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

징벌은 형사질서벌에 해당하여 수용시설에 수용된 것 보다 더 많은 신체적 제약과 고통이 수반되기 때문에 징벌사유는 법률의 규정과 법률의 구체적인 위임이 있어야 하고, 특정되고, 명확하게 한정되어야 합니다.

행형법(특히 제46조)에 명시적으로 위임되지 않고, 단지 교도소장이 고지하는 규율을 위반했다는 이유로 징벌을 부과할 수 있다면 이는 징벌의 특정화요구에 역행하며 징벌의 근거가 되는 규율위반행위를 명확하게 하려는 징벌규칙안의 개정취지에 정면으로 반합니다.

수용자에게 징벌을 부과할 경우 법령이나 규정에 명시하지 않고 소장이 고지한 사항을 징벌사유로 하게 되면, 교도소 마다 징벌사유가 달라지게 되어 징벌의 통일성 및 예측가능성이 없게 되기 때문에 헌법 제12조제3항의 적법절차의 원칙에 반하게 되고, 헌법 제12조제1항과 유엔피구금자처우에 관한최저기준규칙 제29조 및 행형법 제46조제1항・제2항・제4항에서 규정하고 있는 죄형(징벌)법정주의에 위반됩니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제3조제4항제9호 "소장이 법무무장관의 승인을 얻어 교도소 등의 질서유지를 위한 규율로 고지한 사항을 위반하는 행위"를 삭제하여야 합니다.

2. 징벌부과기준(징벌규칙안 제4조)

가. 금치와 징벌기간(징벌규칙안 제4조제2항 별표 1~별표4)

(1) 규정내용

징벌규칙안 제4조제2항에서 징벌규칙안 제3조제1항에 위반되면 별표1의

징벌기준에, 제3조제2항에 위반되면 별표2의 징벌기준에, 제3조제3항에 위반되면 별표3의 징벌기준에, 제3항 제4조에 위반하면 별표4의 기준에 따라 각각 금치를 부과할 수 있도록 하고 있고, 금치기간을 10일, 15일, 20일, 30일이내의 금치를 하도록 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

행형법 제1조는 수용목적을 교정교화와 재사회화로 규정하고, 행형법 제1조의3은 수용자의 기본적 인권을 최대한 보장하도록 규정하고, 행형법 제46조제3항은 징벌목적을 달성하는데 그 수단은 필요최소한의 원칙을 규정하고, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조제3항은 재소자의 교정과 사회복귀를 기본적인 목적으로 하고 있습니다.

하지만 모든 규율위반행위에 대해서 금치를 부과할 수 있도록 하고 있다는 점에서 현행 징벌규칙과 큰 차이를 보이지 않으며, 현재와 같은 '금치 중심의 징벌관행'으로부터 벗어나기는 어렵다고 판단되며, 특히 별표1, 별표2의 제1항·제2항, 별표3, 별표4의 1항~3항 중 규율위반의 정도가 무거운 경우에는 금치이외의 징벌내용이 없기 때문에 금치중심의 징벌이 될 수밖에 없습니다. 광범위한 내용의 징벌부과기준에 다른 종류의 징벌을 부과할 수 있도록 하여 금치가 남용되는 것을 방지할 필요가 있습니다.

한편, 행형법 제46조제2항에서 규정하고 있는 징벌의 종류는 경고, 1월이내의 신문 및 도서열람의 제한, 2월이내의 신청에 의한 작업의 정지, 작업상여금의 전부 또는 일부의 삭감, 2월이내의 금치로 규정하고 있는 바와 같이 5가지 유형밖에 없기 때문에 징벌의 종류를 다양화하여 금치위주의 징벌관행에서 벗어나려면 행형법 제46조제2항을 동시에 개정하여야 합니다.

장기간의 징벌방수용(독방구금)은 신체적·정신적 건강을 해칠 위험성이 높기 때문에 금치기간이 1월 이상 지속되면, 수용자의 육체적 건강은 물론 정신적 건강에도 해(害)를 끼칠 가능성이 높습니다. 즉, 장기간의 독방구금은 심리적으로 큰 충격을 주기 쉽고, 징벌집행종료 후에 대인기피증과 같은 후유증이 나타나기도 합니다.

하지만 징벌규칙안 제4조제2항 별표1~별표4와 징벌규칙안 제8조제2항에서 가중 처벌하게 되면 최고 금치기간이 45일에 달하게 되므로 일반적으로 인간이 감내할 수 있는 한계인 30일을 초과하게 됩니다. 따라서 본 징벌규칙안이 위 헌법과 국제적 기준에서 제시하고 있는 수용자의 교정교화와 재사회화, 기본적 인권의 최대한 보장, 필요최소한의 원칙을 지키고 있다고

보기 어렵기 때문에 가중 처벌을 하더라도 금치 최대기간이 30일이 넘지 않도록 징벌규칙안 제4조제2항 별표1～별표3중에서 '금치 30일이내'를 '금치 20일 이내'로 하는 수정하는 것이 바람직합니다.

(3) 개선방안

다양한 종류의 징벌(예를 들면 경고, 독서제한 등)을 개발하여 금치를 대체할 수 있도록 행형법 제46조제2항을 개정해야 하고, 징벌규칙안 제4조제2항의 별표 중 '30일 이내의 금치'에 해당하는 부분을 모두 '20일 이내의 금치'로 수정하여야 합니다.

나. 작업상여금의 삭감(징벌규칙안 제4조제2항 별표2, 별표4)

(1) 규정내용

징벌규칙안 제4조제2항의 별표2와 별표4에서 규율위반행위에 대한 징벌부과기준을 3월이내, 6월이내, 9월이내, 12월이내의 작업상여금을 삭감하도록 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

금치 중심의 징벌관행으로부터 벗어나기 위해서는 다양한 징벌의 종류를 개발하여 사용하는 것이 바람직하고, 그 일환으로 징벌규칙안과 같이 '작업상여금의 삭감'을 금치의 대안으로 활용하려는 점은 긍정적으로 평가할 수 있습니다.

그러나 작업상여금의 중요한 목적 중 하나가 수용자들의 사회정착금인데, 이러한 사회정착금으로서의 의미를 갖는 작업상여금에 대하여 9월 또는 12월에 해당하는 '장기간'의 작업상여금을 삭감하는 것은 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조제3항에서 규정하고 있는 형벌(징벌)목적이 교정교화와 재사회화원칙에 반하고, 행형법 제1조의 교정교화 및 재사회화 및 사회복귀의 목적에도 위배됩니다.

작업상여금은 수용자들이 출소할 때 유일하게 사회정착금으로 사용되고 있다는 점에서 징벌의 내용으로 '과도한 작업상여금의 삭감'은 범죄예방을 위한 정책의 측면에서도 타당하지 않습니다.

장기간의 작업상여금을 삭감하는 것은 너무 지나치기 때문에 헌법 제37조제2항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 27조에서 규정하고 있는 최소침해의 원칙에 반한다 할 수 있습니다.

(3) 개선방안

금치의 대안으로 '작업상여금의 삭감'을 징벌의 일종으로 활용할 수 있게 허용하더라도 그 기간은 단기(短期)여야 하고, 행형법 제46조제2항제3호에서 신청에 의한 작업정지 기간이 2월인 점을 감안하여 작업상여금의 삭감을 최고 4월 이내로 한정하는 것이 바람직합니다.

3. 징벌시 참작사항과 징벌가중(징벌규칙안 제5조 및 제8조)

가. 징벌시 참작사항(징벌규칙안 제5조제1항)

(1) 규정내용

징벌규칙안 제5조제1항에는 "제4조제2항의 규정에 따라 징벌을 부과하는 경우에는 1. 징벌혐의자의 연령・성향・지능 및 환경, 2. 규율위반행위의 동기・수단 및 결과, 3. 자수 등 규율위반행위 후의 정황, 4. 행형성적 및 수용생활태도, 5. 조사기간 중 제한 또는 금지된 처우의 내용, 6. 그 밖에 수용자의 교화에 필요한 사항을 참작하여야 한다"고 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

이는 수용자의 입장에서 징벌을 감당할 수 있는지, 징벌의 효과가 있는지 등을 고려할 수 있도록 하는 긍정적 측면을 갖고 있지만 징벌규칙안 제5조제1항제5호에 따라 조사기간 중 제한 또는 금지된 처우의 내용은 그 기준이 불명확하여 헌법 제12조제1항 명확성의 원칙에 반합니다.

또한 조사기간중 처우는 대부분 교도관에 의하여 결정되므로 이에 따라 징벌기간을 참작할 경우 징벌대상자의 상황을 고려하여 징벌기간을 단축하겠다는 입법취지에 비추어 타당성을 결여하고 있습니다.

징벌규칙안 제5조제1항제6호의 그 밖에 수용자의 교화에 필요한 사항은 그 내용이 불명확하고 모호하여 참작판단의 기준을 설정하기 어렵고, 징벌위원회에서 판단한다고는 하지만 교정실무상 교도소장과 실무담당자의 판단에 의존하고 있기 때문에 교도소장의 광범위한 재량권으로 말미암아 부작용을 야기할 수 있어 징벌규칙안 제5조제1항제6호는 헌법 제12조제1항의 명확성의 원칙에 반한다 할 수 있습니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제5조제1항 중 제5호 "조사기간 중 제한 또는 금지된 처우의

내용",와 제6호 "그 밖에 수용자의 교화에 필요한 사항을 참작하여야 한다"를 삭제하여야 합니다.

나. 조사실수용기간의 산입문제(징벌규칙안 제5조제2항)

(1) 규정내용

징벌규칙안 제5조제2항에서 "징벌혐의자가 조사기간 중 격리수용되어 일부 처우가 제한 또는 금지된 경우에는 그 내용을 참작하여 조사기간의 일부 또는 전부를 징벌기간에 산입할 수 있다"라고 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

징벌규칙안은 현행과는 달리 조사실수용기간의 징벌기간에 산입하는 것을 임의사항으로 규정하고 있는데, 징벌혐의자는 징벌규칙안 제10조에 따라 격리수용될 수 있고, 또 실제로도 대부분의 징벌혐의자들이 조사기간 동안 조사실에 수용되고 있는 현실입니다.

그리고 징벌규칙안 제11조에 따라 조사기간은 최장 14일 이내까지 가능하고, 조사기간 동안 징벌혐의자가 받는 처우는 징벌규칙안 제12조에 의해 소장의 재량으로 금치의 징벌을 받는 자와 동일한 정도의 권리제한이 가능합니다.

이러한 상황에서 조사실수용기간을 징벌기간에 산입하는 것을 소장의 임의적 재량사항으로 한다면, 이는 조사에 의한 징벌혐의자에 대한 징벌 가중이 소장의 재량에 따라 좌우되는 결과를 낳게 되며, 이는 헌법 제12조제1항의 명확성의 원칙에 반합니다.

한편, 범죄수사에 있어서 수사일수를 구금일수에 산입하도록 형법 제57조와 형사소송법 제482조에서 규정하고 있는 내용을 원용해 보아도 마찬가지로 조사기간을 구금시설에 산입해야만 합니다. 다만 조사실에 수용되지 않고 조사를 받는 경우도 있으므로 "조사실 수용기간에 한하여" 산입하도록 해야 할 것입니다.

이렇게 함으로써 무분별하게 조사실에 수용하여 각종 권리를 제한하는 관행이 개선될 수 있을 것이며, 조사실 수용을 임의사항으로 규정한 징벌규칙안 제10조의 취지를 살릴 수 있습니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제5조제2항 중 "…징벌기간에 산입할 수 있다"를 "…징벌기간에 산입하여야 한다"로 수정하여야 합니다.

다. 징벌가중(금치기간)의 문제(징벌규칙안 제8조제2항)

(1) 개정내용

징벌규칙안 제8조제1항에서 “2이상의 규율위반행위가 경합된 때에는 그 중 가장 중한 징벌에 처하되, 가장 중한 규율위반행위에 정한 징벌의 장기의 2분의 1까지 가중할 수 있다”고 규정하고, 제2항 제2호에서 “야간에 또는 흉기 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 규율을 위반한 때”와 제3호에서 “단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 규율을 위반한 때”에는 징벌의 1/2까지 가중할 수 있도록 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

‘야간에 또는 흉기 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 규율을 위반한 때’를 가중사유에 추가하였고 ‘집단규율위반자 중 주동자’에 가중처벌을 하던 현행 규칙에 비하여 더 광범위하게 징벌을 가중할 수 있게 하였으며, 특히 ‘집단을 가장하여’ 등의 모호한 표현을 가중사유로 하는 것은 헌법 제12조제1항에서 규정하고 있는 명확성의 원칙에 위반되고, 헌법 제37조제2항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 27조에서 규정하고 있는 최소침해의 원칙에 위반됩니다.

현행 징벌규칙에 있는 바와 같이 징벌에 의하여 생활개선이 되지 않을 경우 가중처벌을 하는 경우를 제외하고 특별한 사유를 별도로 가중하는 것은 행형상의 의미를 찾기 어려운 반면 징벌만 과도하게 할 가능성이 있기 때문에 헌법 제37조제2항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 27조에서 규정하고 있는 필요최소한의 원칙에 위반됩니다.

(3) 개선방안

징벌규칙개정안 제8조제2항제2호 “야간에 또는 흉기 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 규율을 위반한 때”와 제3호 “단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 규율을 위반한 때”를 삭제하여야 합니다.

4. 징벌혐의자와 징벌위원회(징벌규칙안 제10조 및 제15조)

가. 징벌혐의자의 격리수용(징벌규칙안 제10조)

(1) 개정내용

징벌규칙안 제10조는 “소장은 징벌혐의자가 증거인멸의 우려, 다른 수용

자를 해칠 우려 그 밖에 조사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 징벌혐의자를 따로 독거수용하거나 거실수용을 달리할 수 있다"고 규정하고 있어 징벌혐의자를 격리 수용할 수 있도록 합니다.

(2) 검토내용

징벌혐의자를 독거수용하거나 거실수용을 달리한다는 것은 징벌과 관련하여 외부의 도움을 받을 수 있는 기회를 차단하는 것이므로, 매우 엄격하고 특정하게 이루어져야 합니다. 따라서 그 사유를 "증거인멸의 우려", "다른 수용자를 해칠 우려"로 한정하는 것이 필요하고, 실제 "그 밖에 조사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우"는 그 표현이 매우 모호하여 남용의 우려가 있습니다.

한편 행형법시행령 제143조는 "소장은 징벌혐의자로서 조사중에 있는 수용자에 대하여는 조사실에 수용하여야 한다"고 규정하고 있는데, 조사실에 수용된다는 것은 수용자가 평소 생활하는 일상공간으로부터 격리된다는 의미이기 때문에 조사실 수용 자체가 수용자의 권리에 대한 제한조치에 해당합니다.

현행 징벌규칙 제7조에 의하면 조사실에 수용된 징벌혐의자에 대해서는 포괄적인 권리제한이 가해질 수 있으며, 그렇게 되면 조사실 수용 자체가 징벌과 동일하게 됩니다. 조사실과 징벌실은 이론적으로 다른 곳이지만, 현실적으로는 조사실수용을 징벌(금치)집행에 준하여 취급하여 왔기 때문에 징벌혐의자라 하더라도 일률적으로 조사실에 수용하도록 규정한 행형법시행령 제143조의 규정은 개정되어야 합니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제10조 "소장은 징벌혐의자가 증거인멸의 우려, 다른 수용자를 해칠 우려 그 밖에 조사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 징벌혐의자를 따로 독거수용하거나 거실수용을 달리 할 수 있다"를 "소장은 징벌혐의자가 증거인멸의 우려, 다른 수용자를 해칠 우려가 있는 경우에는 징벌혐의자를 따로 독거수용하거나 거실수용을 달리 할 수 있다"로 수정하여야 하고, 행형법시행령 제143조도 개정되어야 합니다.

나. 징벌위원회의 구성(징벌규칙안 제15조)

(1) 개정내용

징벌규칙안 제15조제1항에서 "소장은 2인 이상의 외부인사를 징벌위원

회 위원으로 위촉할 수 있다. 이 경우 위원의 임기는 2년으로 하되 연임하게 할 수 있다"고 규정하고 있어 외부인사를 위촉을 임의사항으로 하고 있습니다.

(2) 검토내용

외부인사의 참여를 임의사항으로 할 경우, 교정당국이 분쟁의 당사자임에도 불구하고 교정당국의 구성원만으로 징벌위원회가 구성되는 모순이 발생할 수 있으므로 교정당국이 분쟁의 한쪽 당사자인 경우에는 외부인사의 참여가 필수사항이 되도록 규정할 필요가 있습니다.

또한 외부위원에 대한 최소한의 자격기준을 마련하기 않고 외부위원을 소장이 자유롭게 위촉할 수 있다면 징벌위원회에서의 공정성과 객관성을 담보하기 어렵습니다.

외부위원이 공정한 판단에 근거하여 공정성과 객관성을 확보하기 위해서는 외부인사의 자격기준을 변호사, 대학교수 등 교정에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 등과 같이 명확히 할 필요가 있습니다.

(3) 개선방안

징벌규칙안 제15조제1항 "2인 이상의 외부인사를 징벌위원회 위원으로 위촉하여야 한다. 이 경우 위원의 임기는 2년으로 하되 연임하게 할 수 있다"로 수정하여야 합니다.

또한 징벌위원회 구성시 외부인사에 대한 자격기준을 설정하여 변호사 및 법과대학 전임강사 이상의 자격을 가진 자로서 교정에 관한 학식과 경험이 풍부한 인력이 징벌위원회에 참여할 수 있도록 하여야 합니다.

5. 금치 중 처우와 연속집행(징벌규칙안 제24조 및 제25조)

가. 금치 중인 자에 대한 처우(징벌규칙안 제24조)

(1) 개정내용

징벌규칙안 제24조제1항은 "소장은 행형법시행령 제145조제2항에 따라 금치 중에는 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 운동, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전시청 및 자비부담 물품의 사용을 금지하고 후문 단서조항에 의거하여 교화상 또는 처우상 필요한 경우에는 다음 각호의 처우(1. 집필, 2. 서신수발, 3. 종교·학술·문학 등 교양도서의 열람, 4. 수용자의 비용을 구입한 세면도구 등 생활필수품의 사용, 5. 식사도구 등 일상생활에

필요한 물품과 의약품의 비치 또는 그 사용)를 허가한다. 다만, 규율위반행위와 직접 관련된 처우의 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

집필은 고도의 정신적 자유에 해당하는 표현의 자유이며 권리구제를 위한 최소한의 권리이므로 이는 어떠한 경우에도 제한할 수 없는 기본권에 해당하므로 금치기간 중에도 이를 제한할 경우 최소침해의 원칙에 위배됩니다. 시행령에서 원칙적으로 제한하고 시행규칙에서 제한적으로 허가하는 것은 결과적으로 기본권을 소장의 재량사항으로 한다는 것이므로 이는 기본권 제한의 원칙에 위배된다 할 수 있습니다. 따라서 금치기간 중에도 최소한의 권리를 보장하기 위해서는 규칙에서 집필을 '허가한다'가 아니라 집필을 '하도록 하여야 한다'로 개정하여야 합니다.

금치중 집필이 허용되는 것과 같은 맥락에서 볼 때 운동은 수용자들의 건강을 유지하기 위한 매우 중요하고도 유일한 수단입니다. 행형법시행령 제96조는 독거수용자에 대해서는 운동시간을 2시간까지 연장할 수 있게 규정하고 있는데, 그 취지는 독거수용이 수용자의 정신 및 육체적 건강에 좋지 않은 영향을 미칠 수 있기 때문입니다. 따라서 운동도 금치 중 허용되어야 할 것입니다.

그리고 징벌규칙안 제24조제1항에서 접견이 제외되어 있는데 행형법시행령 제145조제2항 단서에서도 접견은 허가할 수 있도록 규정되어 있음에도 불구하고 규칙에서 접견을 허가하지 못하도록 하고 있는 것은 상위법과의 모순이라 할 수 있기 때문에 인적 범위의 제한없이 접견이 가능하도록 하여야 합니다.

또한 금치의 집행시 기본권이 제한되더라도 인간으로서의 존엄성이 무시되는 제한은 피해야 할 것이다. 특히 의료와 관련된 자비물품을 사용치 못하게 된다면 이는 헌법 제10조의 인간존엄과 가치를 무시하게 되고, 징벌의 목적과 취지를 넘어서는 과도한 행위로서 헌법 제37조제2항의 최소침해의 원칙에 반하게 되므로 의료와 관련된 자비물품을 비치하고 사용할 수 있도록 하여야 할입니다.

국가인권위원회에서는 행형법시행령 제145조제2항에 대하여 금치의 집행내용이 수용자의 기본권을 지나치게 제한하고 있다고 보고, 접견, 서신수발, 집필, 운동, 의료와 관련한 자비부담물품의 사용 등을 허용하도록 기 권

고한 바 있습니다(국가인권위원회, 2003. 6. 16. 02진인643, 1096, 1575(병합) 결정 참조).

그런데 행형법시행령 제145조제2항을 그대로 둔 채로 징벌규칙을 통해 이러한 사항을 허가하여 실질적인 처우를 개선하려 하는 것으로 판단되나 금치처분을 받은 자에 대한 처우를 개선하기 위해서는 궁극적으로 규칙이 아니라 행형법시행령을 개정하여야 합니다.

(3) 개선방안

금치 중 처우와 관련해서 징벌규칙안 제24조제1항에서 “소장은 행형법시행령 제145조제2항 단서의 규정에 따라 금치처분을 받은 자에 대하여 교화상 또는 처우상 필요한 경우에는 다음 각호의 처우(1. 집필, 2, 서신수발, 3. 종교・학술・문학 등 교양도서의 열람, 4. 수용자의 비용을 구입한 세면도구 등 생활필수품의 사용, 5. 식사도구 등 일상생활에 필요한 물품과 의약품의 비치 또는 그 사용)를 허가한다. 다만, 규율위반행위와 직접 관련된 처우의 경우에는 그러하지 아니하다”를 “소장은 행형법시행령 제145조제2항 단서의 규정에 따라 금치처분을 받은 자에 대하여 다음 각호의 처우(1. 집필, 2. 서신수발, 3. 종교・학술・문학 등 교양도서의 열람, 4. 수용자의 비용으로 구입한 세면도구 등 생활필수품의 사용, 5. 식사도구 등 일상생활에 필요한 물품, 6. 운동, 7. 접견, 8. 의료와 관련된 자비부담물품의 비치 또는 그 사용)를 하도록 하여야 한다”로 수정하여야 하고, 행형법시행령 제145조제2항도 개정되어야 합니다.

나. 연속집행과 장기징벌 집행금지(징벌규칙안 제25조)

(1) 개정내용

징벌규칙안 제25조제1항・제2항에서 연속징벌의 집행을 금지하면서도, 제4항에서 “소장은 제1항 및 제2항의 규정에도 불구하고 금치처분을 연속하여 집행하고자 하는 경우에는 행형법시행령 제146조 또는 제148조의 건강진단 결과를 덧붙여 법무부장관에게 보고하고 그 승인을 얻어야 한다”고 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

징벌기간에서 기술하였듯이 장기간의 징벌방수용(독방구금)은 신체적・정신적 건강을 해칠 위험성이 높기 때문에 징벌규칙개정안이 연속징벌을 원칙적으로 금지하고 있다는 점은 긍정적 평가를 할 수 있습니다.

그러나 1개월 이상의 연속집행을 허용할 경우 최대 금치기간을 초과하여 징벌을 집행하는 편법으로 사용될 수 있기 때문에 연속집행은 금지해며, 건강진단을 덧붙여 법무부장관에게 승인을 받는다고 하여 정당화될 수 없습니다.

(3) 개선방안

연속집행 자체는 물론 예외적으로도 허용되어서는 안되므로 징벌규칙개정안 제25조제4항 “소장은 제1항 및 제2항의 규정에도 불구하고 금치처분을 연속하여 집행하고자 하는 경우에는 시행령 제146조 또는 제148조의 건강진단 결과를 덧붙여 법무부장관에게 보고하고 그 승인을 얻어야 한다. 다만, 이 경우에도 연속하여 집행하는 기간은 2월을 초과할 수 없다”는 삭제하여야 합니다.

또한 행형법 제46조의 금치기간 상한선 2개월은 지나치게 과잉하므로 1월로 하향조정해야 되도록 개정하여야 합니다.

Ⅳ. 결 론

따라서 국가인권위원회는 2003. 12. 30. 법무부에서 마련하고 국가인권위원회에 의견조회를 요청한 수용자규율및징벌에관한규칙중개정령안(이하 징벌규칙안이라 한다)을 검토한 결과 징벌규칙안 중 일부조항이 헌법과 국제인권법상 보장된 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1항의 규정에 따라 다음과 같이 수정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명합니다.

1. 징벌규칙안 제3조의 징벌사유(규율위반행위)에 대하여

가. 징벌규칙안 제3조제2항제1호 “협박 또는 위협을 가하는 행위”에서 ‘위협’부분을 삭제하고,

나. 징벌규칙안 제3조제2항제4호 “교도소 등의 질서를 해칠 목적으로 이 규칙의 규정에 따른 규율위반행위를 모의하거나 연락하는 행위”, 제3조제3항제3호 “교도소 등의 안전 또는 질서를 해칠 목적으로 다중을 선동하거나 소란을 피우는 행위”, 제3조제4항제3호에서 징벌사유로 하고 있는 “교도소

등의 질서를 해칠 목적의 자해행위"를 각각 삭제하고, 행형법 제46조제1항도 개정하고,

다. 징벌규칙안 제3조제4항제5호 "교도소 등의 시설이나 물품을 훼손하거나 고의로 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하거나 현저한 재산상의 손실을 초래하는 행위"를 "교도소 등의 시설이나 물품을 고의로 훼손하거나 낭비하여 다른 수용자가 사용하지 못하게 하거나 현저한 재산상의 손실을 초래하는 행위"로 수정하고,

라. 징벌규칙안 제3조제4항제9호 "소장이 법무무장관의 승인을 얻어 교도소 등의 질서유지를 위한 규율로 고지한 사항을 위반하는 행위"를 삭제하고,

2. 징벌규칙안 제4조의 징벌부과기준에 대하여

가. 다양한 종류의 징벌(예를 들면 경고, 독서제한 등)을 개발하여 금치를 대체할 수 있도록 행형법 제46조제2항을 개정해야 하고, 징벌규칙안 제4조제2항의 별표 중 '30일 이내의 금치'에 해당하는 부분을 모두 '20일 이내의 금치'로 수정하고,

나. 징벌규칙안 제4조제2항 별표 2, 별표 4의 '작업상여금의 삭감'의 기간을 최고 4개월 이내로 한정하도록 하고,

3. 징벌규칙안 제5조 및 제8조의 징벌시 참작사항과 징벌가중에 대하여

가. 징벌규칙안 제5조제1항제5호 "조사기간 중 제한 또는 금지된 처우의 내용"과 제6호 "그 밖에 수용자의 교화에 필요한 사항을 참작하여야 한다"를 삭제하고,

나. 징벌규칙안 제5조제2항 중 "~징벌기간에 산입할 수 있다"를 "~징벌기간에 산입하여야 한다"로 수정하고,

다. 징벌규칙개정안 제8조제2항제2호 “야간에 또는 흉기 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 규율을 위반한 때”와 제3호 “단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 규율을 위반한 때”를 삭제하고,

4. 징벌규칙안 제10조 및 15조의 징벌혐의자와 징벌위원회에 대하여

가. 징벌규칙안 제10조 “소장은 징벌혐의자가 증거인멸의 우려, 다른 수용자를 해칠 우려 그 밖에 조사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 징벌혐의자를 따로 독거수용하거나 거실수용을 달리 할 수 있다″를 ” 소장은 징벌혐의자가 증거인멸의 우려, 다른 수용자를 해칠 우려가 있는 경우에는 징벌혐의자를 따로 독거수용하거나 거실수용을 달리 할 수 있다“로 수정하고 행형법 제143조도 개정하고,

나. 징벌규칙안 제15조제1항 “~2인 이상의 외부인사를 징벌위원회 위원으로 위촉할 수 있다”를 “~2인 이상의 외부인사를 징벌위원회 위원으로 위촉하여야 한다”로 수정하고, 징벌위원회 구성시 외부인사에 대한 자격기준을 명시하여 변호사 및 법과대학 전임강사 이상의 교정에 관한 학식과 경험이 풍부한 인력이 징벌위원회에 참여할 수 있도록 하고,

5. 징벌규칙안 제24조 및 제25조의 금치 중 처우와 연속집행에 대하여

가. 금치 중 처우와 관련해서 징벌규칙안 제24조제1항에서 “소장은 행형법시행령 제145조제2항 단서의 규정에 따라 금치처분을 받은 자에 대하여 교화상 또는 처우상 필요한 경우에는 다음 각호의 처우(1. 집필, 2, 서신수발, 3. 종교・학술・문학 등 교양도서의 열람, 4. 수용자의 비용을 구입한 세면도구 등 생활필수품의 사용, 5. 식사도구 등 일상생활에 필요한 물품과 의약품의 비치 또는 그 사용)를 허가한다. 다만, 규율위반행위와 직접 관련된 처우의 경우에는 그러하지 아니하다”를 “소장은 행형법시행령 제145조제2항 단서의 규정에 따라 금치처분을 받은 자에 대하여 다음 각호의 처우(1. 집필, 2. 서신수발, 3. 종교・학술・문학 등 교양도서의 열람, 4. 수용자의 비용으로 구입한 세면도구 등 생활필수품의 사용, 5. 식사도구 등 일상생

활에 필요한 물품, 6. 운동, 7. 접견, 8. 의료와 관련된 자비부담물품의 비치 또는 그 사용)를 하도록 하여야 한다"로 수정하고,

나. 징벌규칙개정안 제25조제4항 "소장은 제1항 및 제2항의 규정에도 불구하고 금치처분을 연속하여 집행하고자 하는 경우에는 시행령 제146조 또는 제148조의 건강진단 결과를 덧붙여 법무부장관에게 보고하고 그 승인을 얻어야 한다. 다만, 이 경우에도 연속하여 집행하는 기간은 2월을 초과할 수 없다"는 삭제하여야 할 것이다.

2004. 1. 26.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

5 계구의제식과사용방법등에관한규칙제정령안에 대한 의견 (2004.1.26.)

[1] 계구의제식과사용방법등에관한규칙제정령안의 계구의 사용요건은 자의적 해석이나 남용의 여지가 있으며,

[2] 계구의 종류와 사용에 있어 사슬과 안면보호구는 잔혹한 형벌(징벌) 금지의 원칙, 비례의 원칙, 최소침해의 원칙에 반하며,

[3] 계구의 사용을 일시 중지·완화할 수 있는 경우가 너무 제한적이거나 장기간 계구를 사용할 수 있도록 하는 것 등은 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 이를 수정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한 사례

【결정요지】

[1] 계구의제식과사용방법등에관한규칙제정령안의 계구의 사용요건에 있어 '도주의 우려', '우려가 현저한 때' 등은 자의적 해석이나 남용의 여지가 있어 헌법 제37조제2항 등에서 보장하고 있는 필요최소한의 원칙에 반하기 때문에 구체적 제한규정으로 수정되어야 하며,

[2] 계구의 종류와 사용에 있어 사슬은 그 자체가 반인권적 도구이기 때문에 잔혹한 형벌금지의 원칙과 인간의 존엄성에 위반되며, 헌법 제37조제2항에서 규정하고 있는 비례의 원칙에도 반하기 때문에 폐지되어야 하며, 포승이나 수갑과 중복 사용할 수 있도록 한 안면보호구는 시민적·정치적권리에관한국제규약의 잔혹한 형벌 금지의 원칙과 헌법 제37조제2항에서 규정하고 있는 비례의 원칙과 최소침해의 원칙에 반하기 때문에 폐지되어야 하며,

[3] 계구의 사용을 일시 중지·완화할 수 있는 경우가 너무 제한적이거나 장기간 계구를 사용할 수 있도록 하는 것 등은 헌법과 국제인권법 상 보장된 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 이의 수정이 바람직하다는 의견을 표명함.

【참조결정 및 판례】 국가인권위원회 2003. 7. 14.자 02진인126,02진인329,02진인76,02진인100,02진인1245(병합) 결정, 대

법원 1998. 1. 20. 선고, 96다18922 판결, 대법원 1998. 11. 27. 선고, 98다17374 판결, 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고, 2001헌마163 결정

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조제1항·제3항, 제37조제2항, 세계인권선언 제1조, 제3조, 제5조, 시민적·정치적처리에관한국제규약 제7조, 제10조 제1항·제3항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 제27조, 제29조, 제30조제1항, 제31조, 제32조제2항·제3항, 제33조, 제34조, 행형법 제1조, 제1조의3, 제14조제1항·제2항·제3항, 제14조의2, 제46조제3항

【주 문】 국가인권위원회는 2003. 12. 30. 법무부에서 마련하고 국가인권위원회에 의견조회를 요청한 계구의제식과사용방법등에관한규칙제정령안(이하 계구규칙안이라 한다)을 검토한 결과 계구규칙안 중 일부조항이 헌법과 국제인권법 상 보장된 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1항의 규정에 따라 다음과 같이 수정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명합니다.

- 다 음 -

1. 계구규칙안 제4조의 계구사용의 요건에 대하여
   (가) 계구규칙안 제4조제1항제1호를 “도주하거나 도주하려고 할 때”로 수정하고,
   (나) 계구규칙안 제4조제1항제3호~제5호의 “자살 또는 자해의(다른 사람을 폭행할, 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴할) 우려가 현저한 때”라는 표현을 각각 “자살 또는 자해를 하거나 하려고 하는 때, 다른 사람을 폭행하거나 하려고 하는 때, 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴하거나 하려고 하는 때”로 수정하고,
   (다) 계구규칙안 제4조제1항제6호의 “교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때”를 삭제하고,

2. 계구규칙안 제2조 및 제5조의 계구의 종류와 사용에 대하여
   (가) 계구규칙안 제2조제1항제3호의 “사슬은 긴 사슬과 짧은 사슬로 구분한다”와 제5조제3항제1호의 “짧은 사슬은 외부병원에 입원중인 수용자의 도주방지 등을 위하여 필요한 때에 별표 8의 방법으로 사용한다. 이 경우 해당 수용자의 치료에 지장이 없도록 특히 유의하여야 한다”와 제5조제3항제2호의 “긴 사슬은 제4조제1항제3호의 경우, 포승을 사용하면 이를 자살 또는 자해의 수단으로 이용할 개연성이 크고, 달리 자살 또는 자해를 방지할 수단이 없다고 판단될 때에 별표 9의 방법으로 사용한다”를 삭제하고, 제5조제5항중 단서 “포승과 사슬은 같이 사용할 수 없다”를 삭제하고, 사슬을 계구의 일종으로 규정하고 있는 행형법 제14조제2항을 개정하고,
   (나) 계구규칙안 제2조제1항제4호의 “안면보호구는 머리보호형 안면보호구와 소란방지형 안면보호구로 구분한다”와 제4조제1항6호의 “교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때”와 제5조제4항의 “안면보호구는 다음 각호에 정하는 방법으로 사용하여야 한다. 1. 머리보호형 안면보호구는 벽이나 철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 자해할 우려가 있는 때에 별표 10의 방법으로 사용한다. 2. 소란방지형 안면보호구는 제4조제1항제6호에 해당하는 때에 별표 11의 방법으로 사용한다. 3. 안면보호구를 사용하는 때에는 해당 수용자가 이를 임의로 해제하지 못하도록 포승 또는 수갑을 같이 사용할 수 있다”를 각각 삭제하고,
3. 계구규칙안 제11조 및 제13조의 계구의 사용절차에 대하여
   (가) 계구규칙안 제11조제2항의 “소장은 목욕, 식사 등을 위하여 필요한 범위 안에서 계구를 사용중인 수용자에 대하여 계구사용을 일시 중지하거나 완화할 수

있다”를 “소장은 목욕, 식사, 운동, 용변, 집필 등을 위하여 필요한 범위 안에서 계구를 사용중인 수용자에 대하여 계구사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다”로 수정하고,

(나) 계구규칙안 제13조제2항의 “소장은 특정수용자에 대한 계구사용 기간이 7일을 초과하는 때에는 관할 지방교정청장에게 계구를 계속 사용해야 할 이유를 보고하여야 한다”를 “소장은 특정수용자에 대한 계구사용 기간이 1일을 초과하는 때에는 관할 지방교정청장에게 계구를 계속 사용해야 할 이유를 보고하고, 지방교정청장은 그 적정성에 대하여 심사하여야 하고 그 결과에 따라 시정명령할 수 있다”로 수정하여야 할 것이다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 국가인권위원회의 권고 미수용

국가인권위원회는 계구와 관련하여 구금시설 내 부당한 계구사용방지를 위하여 행형법상 계구사용의 요건을 명확히 하고, 보충성·비례성원칙을 명시하도록 하며, 사슬과 가죽수갑을 폐지할 것을 개선권고(2003. 7. 14)하였으나 아직 괄목할만한 조치가 이루어지지 않았습니다.

2. 법무부의 의견조회

법무부는 최근 행형관련 법령을 정비하겠다는 의지를 표명한 바 있으며, 그 일환으로 징벌·계구와 관련된 규칙에 대하여 우선적으로 규칙개정령안을 마련하고, 계구규칙안에 대하여 국가인권위원회에 2003년 12월 30일 의견조회를 하였습니다.

3. 의견표명의 근거

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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 계구규칙안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령안”에 해당하기 때문에 계구규칙안에 대하여 다음과 같이 검토하였습니다.

Ⅱ. 검토의 기준

1. 헌법규정

(1) 제10조, 제12조제1항·제3항, 제37조제2항

2. 국제인권법규정

(1) 세계인권선언 제1조, 제3조, 제5조
(2) 시민적·정치적권리에관한국제규약 제7조, 제10조제1항·제3항
(3) 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 제27조, 제29조, 제30조제1항, 제31조, 제32조제2항·제3항, 제34조

3. 행형법령 규정

(1) 행형법 제1조, 제1조의3, 제14조제3항

Ⅲ. 개별조항에 대한 검토내용

1. 계구의 사용요건(계구규칙안 제4조제1항)

가. 도주의 우려(계구규칙안 제4조제1항제2호)
(1) 제정내용
계구규칙안 제4조제1항제1호에서 계구사용요건으로 “이송, 출정, 그 밖

의 교정시설 외의 장소로 수용자를 호송하는 때"라고 규정하고 있고, 제2호는 "도주의 우려가 현저한 때"라고 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

위 제1호에 의하면, "이송, 출정, 그 밖의 교정시설 외의 장소로 수용자를 호송하는 때"에는 도주의 우려와 무관하게 무조건 계구를 사용할 수 있는 것처럼 규정되어 있고, 제2호에서는 "도주의 우려가 현저한 때" 계구를 사용할 수 있도록 일반요건을 두고 있습니다.

그러나 행형법 제14조제1항에서도 분명히 계구의 사용 요건을 "도주·폭행·소요 또는 자살의 방지"라고 규정하고 있는바, 이송 등의 경우에도 도주를 방지하기 위한 목적에 계구사용을 한정하여야 합니다.

계구규칙안 제4조제1항제1호가 "이송, 출정, 그 밖의 교정시설 외의 장소로 수용자를 호송하는 때" 계구사용을 명할 수 있도록 하고 있으므로 제2호의 "도주의 우려가 현저한 때"란 결국 "교정시설 내에서 도주의 우려가 있는 경우"를 의미합니다. 교정시설 자체가 이중 삼중으로 보안조치를 취하고 있는 상황에서 "도주의 우려"를 계구사용요건으로 삼고 있는 것은 논리적 모순일 뿐만 아니라 필요최소한의 조치라고 보기 어렵다고 판단되기 때문에 비례의 원칙에 반합니다. 신체의 자유가 제한된 구금시설의 수용자는 본질적으로 누구나 도주를 할 가능성이 잠재하고 있기 때문에 현실적으로 계구남용의 근거로 적용될 가능성이 높습니다.

헌법재판소는 도주한 데 대한 응보이며 고통을 주기 위한 목적에서 이루어진 "계구사용행위는 기본권 제한의 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고, 나아가 인간의 존엄성을 침해한 것"이라며 위헌 결정(헌법재판소, 2003.12.18선고, 2001헌마163 결정)을 내린바 있습니다.

위와 같이 계구규칙안 제4조제1항제2호에서 "도주의 우려"를 계구사용의 요건으로 규정할 경우 이와 같은 다른 목적(징벌)의 계구사용을 은폐하는 계기가 될 수 있습니다. 현실적으로 보아도 교정사고 가운데 도주의 경우는 전체 행형시설에서 매년 한 두건에 불과한 정도이고 1998년, 1999년, 2001년에는 단 한건의 도주사고도 발생하지 않았습니다. 이처럼 극소수의 경우에 대비해서 계구사용을 허용하는 것은 분명 필요성의 원칙에 어긋나며 남용의 원인이 되고 있을 뿐입니다.

외국의 입법례를 보아도 '도주의 우려'를 계구사용의 요건으로 규정한 국가는 없고, 다만 '도주'를 계구의 사용요건으로 하고 있는 일본국이 경우에도 "도주의 우려가 있을 때"가 아니라 "현실적으로 도주하거나 도주하려고 할 때 "를 계구사용요건으로 하고 있습니다. 또 독일의 경우에는 도주의 위험이 있을 때 결박도구 등의 계구를 사용하는 것이 아니라 평소의 완화된 구금형태에서 보다 강화된 구금형태를 적용하도록 규정하고 있습니다.

또한 도주방지를 계구사용의 목적으로 규정하고 있기 행형법 제14조제1항을 살펴보아도 '도주의 우려'가 있는 경우에 계구를 사용하는 것은 과잉대응이라 밖에 볼 수 없습니다. 설사 행형법에서 도주의 방지라고 규정할지라도 시행규칙에서는 이를 "이송 중의 도주방지"로 제한할 필요가 있고, 이렇게 함으로써 행형법의 모호한 부분을 보완하여야 할 것입니다(물론 장기적으로는 행형법의 조문 자체가 보다 명확하게 개정되어야 할 것임).

유엔의 피구금자처우최저기준규칙 제33조 (a)도 "이송중 도주방지를 위한 수단으로" 계구를 사용할 수 있다고 규정하고 있으며, 교정시설 내에서의 도주방지를 위한 목적으로 계구를 사용하는 것을 금지하고 있습니다.

따라서 계구규칙안 제4조제1항제2호 "도주의 우려가 현저할 때"는 헌법 제37조제2항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 제34조 등에서 규정하고 있는 필요최소한의 원칙에 반합니다.

(3) 개선방안

계구사용규칙안 제4조제1항제2호를 "도주하거나 도주하려고 할 때"로 수정하여야 합니다.

나. 자살, 자해・폭행・손괴우려(계구규칙안 제4조제1항제3호~5호)

(1) 제정내용

계구규칙안 제4조제1항제3호에서 "자살 또는 자해의 우려가 현저한 때", 제4호에서 "다른 사람을 폭행할 우려가 현저한 때", 제5호에서 "교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴할 우려가 현저한 때" 등을 각각 계구사용으로 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

위 계구사용요건을 살펴보면, "우려가 현저한 때"라는 표현은 자의적 해석과 남용의 여지가 있기 때문이고, 자살이라는 충동적 행위에 대해 그 우려가 현저한지를 판단하는 기준을 객관적으로 제시하기 어렵고, 자해・폭

행·손괴의 경우에도 그 우려가 현저한지를 판단하는 기준이 모호합니다.

행형법 제14조제1항에서는 "교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다"라고 규정하고 있는 것은 '자살·폭행의 방지'를 위하여 계구를 사용할 수 있는 것이고 '자살·자해·폭행·손괴의 우려가 있는 경우'에 계구를 사용하는 것은 과잉대응이라 볼 수 있습니다.

'자살·폭행의 방지'와 '자살·자해·폭행·손괴의 우려가 있는 경우'는 다르고 행형법 제14조제1항에서 '자살·폭행의 방지'를 계구사용목적으로 하고 있는데 규칙에서 이를 '자살·자해·폭행·손괴의 우려가 있는 경우'까지 확대하게 되면 행형법의 범위를 넘어서게 되므로 위임입법의 원칙에 반합니다. 계구사용은 긴급한 상황에 대처하기 위한 일시적 수단이 되어야 하므로 행형법 제14조의2 제1항을 참조하여 그 요건을 구체화할 필요가 있습니다.

계구규칙안 제4조제1항제3호~5호는 계구사용시 꼭 필요한 경우에 최소한에 그쳐야 하는 헌법 제37조제2항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 제34조, 행형법 제14조의2 제1항, 행형법 제46조제3항에서 규정하고 있는 필요최소한의 원칙에 반합니다.

따라서 계구규칙안 제4조제1항제3호~5호의 "~우려가 현저한 때"라는 표현을 "…하거나 하려고 하는 때"라는 표현으로 수정하는 것이 계구사용의 긴급성을 고려하면 훨씬 더 명확하고 구체적인 규정이 될 것입니다.

(3) 개선방안

계구규칙안 제4조제1항제3호~5호의 "자살 또는 자해의(다른 사람을 폭행할, 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴할) 우려가 현저한 때"라는 표현을 각각 "자살 또는 자해를 하거나 하려고 하는 때, 다른 사람을 폭행하거나 하려고 하는 때, 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴하거나 하려고 하는 때"로 수정하여야 합니다.

다. 계속적인 고성(高聲)의 제지(계구규칙안 제4조제3항제6호)

(1) 제정내용

계구규칙안 제4조제3항제6호에서는 계구사용요건으로 "교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때"를 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

계속적인 고성방지를 위하여 계구를 사용하는 것은 옳지 않습니다. 계속해서 고성을 발함으로써 수용시설의 안전과 질서를 해치는 것이 계구사용의 필요성에 해당한다고 볼 수 없습니다. 계속해서 고성을 발하는 경우에는 계구를 사용하지 않고 별도의 격리된 방음시설에 갖추어진 공간에 구금함으로써 타인의 안전과 질서를 확보할 수 있을 것입니다.

따라서 고성을 발한다 해서 안면보호구를 착용하게 하는 것은 목적에 비해 수단이 지나치게 가혹한 것으로 비례원칙의 수단의 적절성에 어긋나며, 따라서 계구사용보다 기본권침해가 덜한 수단을 강구해야 할 것이며, 그러한 수단으로는 방음장치가 되어 있는 공간에 수용하는 보안조치 등이 있습니다.

(3) 개선방안

계구규칙안 제4조제3항제6호 “교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때”를 삭제하여야 합니다.

2. 계구의 종류 및 사용(계구규칙안 제2조 및 제5조)

가. 사슬(계구규칙안 제2조제1항제3호 ; 제5조제3항)

(1) 제정내용

계구규칙안 제2조제1항제3호는 계구의 일종으로 ‘사슬’을 인정하고, “사슬은 긴 사슬과 짧은 사슬을 구분한다”고 규정하고 있고, 계구규칙안 제5조제3항에서 제1호에서 “짧은 사슬은 외부병원에 입원중인 수용자의 도주방지 등을 위하여 필요한 때에 별표 8의 방법으로 사용한다. 이 경우 해당 수용자의 치료에 지장이 없도록 특히 유의하여야 한다”라고, 제2호에서는 “긴 사슬은 제4조제1항제3호의 경우, 포승을 사용하면 이를 자살 또는 자해의 수단으로 이용할 개연성이 크고, 달리 자살 또는 자해를 방지할 수단이 없다고 판단될 때에 별표 9의 방법으로 사용한다”라고, 제5조제5항 단서에서는 “다만, 포승과 사슬은 같이 사용할 수 없다”라고 각각 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

사슬사용 자체가 수용자의 인권에 대한 중대한 침해이기 때문에 결코 허용되어서는 안됨에도 불구하고 행형법이 개정되어 새로운 계구가 도입되기

전까지 짧은 사슬과 긴 사슬을 한시적이며 제한적으로 사용하겠다는 것은 수용자의 기본적 인권보장의 관점에서 문제가 있습니다.

특히 계구규칙안 제5조제3항제2호 긴 사슬의 사용요건으로 “포승을 사용하면 이를 자살 또는 자해의 수단으로 이용할 개연성이 크고, 달리 자살 또는 자해를 방지할 수단이 없다고 판단될 때”는 논리적 타당성도 결여하고 있습니다. 포승이 자살・자해의 수단이 된다면, ‘긴 사슬’도 자살・자해의 수단으로 활용될 수 있습니다.

실제로 계구규칙안에서 규정하고 있는 사슬의 사용방법을 보면 계구의 필요성은 더욱 근거가 빈약함을 알 수 있습니다. 계구별 사용방법을 규정하고 있는 계구규칙안 제5조 중에서 제3항에 의하면 짧은 사슬은 외부병원에 입원중인 수용자의 도주방지를 위해 필요한 경우에 수용자의 발목을 병원 등의 침대에 결박하는 방법으로 사용하도록 되어 있습니다. 입원치료 중인 수용자를 이런 식으로 결박하는 것이, 설혹 도주의 위험이 있다 하더라도, 환자치료라는 인도적 관점이나 인권존중이라는 관점에서 허용할 수 없습니다. 입원실의 출입문과 창문 등을 통제하고 계호인력을 두는 방법으로 도주방지의 목적은 달성될 수 있을 것이며, 그렇다면 사슬로 환자인 수용자의 발목을 침상에 묶는 것은 필요 이상의 지나친 수단일 것입니다.

따라서 계구로써의 사슬의 사용은 금지되어야 합니다. 왜냐하면, 사슬은 그 자체로 반인권적인 도구이기 때문에 잔혹한 형벌을 금지하고 있는 세계인권선언 제5조에 위반되기 때문에 사슬의 사용은 중단되어야 할 것이며 관련 조항은 모두 삭제되어야 합니다.

또한 국가인권위원회도 계구의 종류 중 사슬과 가죽수갑 등을 폐지할 것을 법무부장관에게 권고한 바 있습니다(국가인권위원회 2003.7.14. 02진인126,02진인329,02진인76,02진인100,02진인1245(병합))권고결정). 사슬은 그 자체가 인간존엄성을 규정하고 있는 헌법 제10조에 위반이고, 사슬의 사용은 긴급한 상황에서의 일시적 제압이라는 계구사용의 목적과 수단의 관련성이 희박해 보이기 때문에 헌법 제37조제2항에서 규정하고 있는 비례의 원칙을 침해하는 것일 뿐 아니라 기본적 인권의 존중을 규정한 행형법 제1조의3의 규정에 어긋나는 것입니다.

(3) 개선방안

계구규칙안 제2조제1항제3호 “사슬은 긴 사슬과 짧은 사슬로 구분한다”와 제5조제3항제1호 “짧은 사슬은 외부병원에 입원중인 수용자의 도주방지

등을 위하여 필요한 때에 별표 8의 방법으로 사용한다. 이 경우 해당 수용자의 치료에 지장이 없도록 특히 유의하여야 한다"와 제2호 "긴 사슬은 제4조제1항제3호의 경우, 포승을 사용하면 이를 자살 또는 자해의 수단으로 이용할 개연성이 크고, 달리 자살 또는 자해를 방지할 수단이 없다고 판단될 때에 별표 9의 방법으로 사용한다"를 삭제. 계구규칙안 제5조제5항중 단서조항인 "포승과 사슬은 같이 사용할 수 없다"를 삭제하여야 하고, 사슬을 계구의 일종으로 규정하고 있는 행형법 제14조제2항을 개정하여야 합니다.

나. 안면보호구(계구규칙안 제2조제1항제4호 ; 제5조제4항제2호)

(1) 제정내용

계구규칙안 제2조제1항제4호 "안면보호구는 머리보호형 안면보호구와 소란방지형 안면보호구로 구분한다"와 제4조제1항6호 "교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때"와 제5조제4항 "안면보호구는 다음 각호에 정하는 방법으로 사용하여야 한다. 1. 머리보호형 안면보호구는 벽이나 철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 자해할 우려가 있는 때에 별표 10의 방법으로 사용한다. 2. 소란방지형 안면보호구는 제4조제1항제6호에 해당하는 때에 별표 11의 방법으로 사용한다. 3. 안면보호구를 사용하는 때에는 해당 수용자가 이를 임의로 해제하지 못하도록 포승 또는 수갑을 같이 사용할 수 있다"라고 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

계구규칙안 제5조제4항제1호에서 "머리보호형 안면보호구는 벽이나 철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 자해할 우려가 있는 때에 별표 10의 방법으로 사용한다"고 규정하고, 계구규칙안 제5조제4항제2호에서 "소란방지형 안면보호구는 제4조제1항제6호에 해당하는 때에 별표 11의 방법으로 사용한다"고 규정함으로써 순전히 수용자의 고성을 방지할 목적으로 안면보호구를 사용할 수 있도록 하고 있습니다.

또한 계구규칙안 제5조제4항제3호는 "안면보호구를 사용하는 때에는 해당 수용자가 이를 임의로 해제하지 못하도록 포승 또는 수갑을 같이 사용할 수 있다"고 함으로써 포승 또는 수갑의 중복사용을 허용하고 있습니다.

계구규칙안 제2조제1항제4호는 안면보호구를 머리보호형과 소란방지형으로 구별하고 있고, 계구규칙안 제5조제4항은 머리보호형의 경우 벽이나

철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 자해할 우려가 있는 때에, 소란방지형은 고성을 발하는 수용자에게 사용하도록 규정하고 있습니다.

머리보호형의 경우 2cm이상 두께의 솜을 누빈 재료를 사용해서 머리전체를 둘러싸도록 되어 있는데, 이 정도의 재료로 단단한 벽이나 철격자 등에 머리를 부딪쳤을 때 머리가 보호된다고 확신할 수 없으며, 그보다는 이러한 계구로 속박되었을 때 수용자가 겪는 신체적·정신적 고통이 매우 클 것으로 판단되기 때문에 자해방지의 목적에 비해 그 수단이 적정하지 않습니다.

반면 자해에 대비하여 머리보호형 안면보호구를 사용할 것이 아니라 머리를 부딪혀도 충격이 크지 않은 벽으로 된 방(안정실)등의 방법을 강구해야 하며, 자해행위등 정신과적 병리현상으로 간주하고 즉시 적절한 의료조치를 가하여야 합니다.

소란방지형의 경우도 소란행위를 저지르는 수용자를 격리수용하는 것으로 그 목적을 달성할 수 있을 것이며, 안면보호용 계구사용은 소란방지의 목적에 비해 그 수단이 지나치게 가혹하다 할 수 있습니다.

수용자의 계속적인 고성을 방지할 목적으로 안면보호구를 사용한다면 계구사용의 일반요건에 어긋나고, 위와 같은 안면보호구 등의 방법은 그 수단이 가혹하고 인권침해의 여지가 매우 크기 때문에 머리보호형이나 소란방지형의 안면보호구 사용 모두 그 자체가 매우 비인도적인 것으로, 그 목적에 비해 수단이 지나치게 가혹하다고 판단됩니다. 참고로 미국, 캐나다, 영국, 싱가폴, 독일 등에서는 모두 안면보호구를 사용하지 않고 있습니다.

또한 고성을 계속 발한다고 해서 안면보호구를 착용시키는 것은 목적에 비해 수단이 지나치게 가혹하여 그 정도를 넘어서고 있으므로 헌법 제10조, 세계인권선언 제1조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조, 행형법 제1조의3에서 규정하고 있는 인간(수용자)의 존엄성 보장원칙과 행형법 제1조의3에서 규정하고 있는 수용자의 기본적 인권의 최대한 존중원칙에 위반되고, 더욱이 포승이나 수갑을 함께 중복 사용할 수 있도록 하고 있는 것은 세계인권선언 제5조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제7조, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 제31조에서 규정하고 있는 잔혹한 형벌(징벌)금지의 원칙과 헌법 제37조제2항, 유엔피구금자처우에관한최저기준규칙 27조·제34조, 행형법 제14조의2제1항, 행형법 제46조제3항에서 규정하고 있는 비례의 원칙과 최소침해의 원칙에 반합니다.

따라서 안면보호구는 폐지되어야 하고, 계호근무규칙 제10조에서도 고성을 지르는 수용자에 대해 보호실 수용을 규정하고 있기 때문에 이러한 계구의 사용보다는 계호근무규칙상의 보호실이나 독일의 안정실 등의 시설을 갖추는 것이 보다 합리적인 수단이 될 것이라 판단됩니다.

(3) 개선방안

계구규칙안 제2조제1항제4호 “안면보호구는 머리보호형 안면보호구와 소란방지형 안면보호구로 구분한다”와 제4조제1항6호 “교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때”와 제5조제4항 “안면보호구는 다음 각호에 정하는 방법으로 사용하여야 한다. 1. 머리보호형 안면보호구는 벽이나 철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 자해할 우려가 있는 때에 별표 10의 방법으로 사용한다. 2. 소란방지형 안면보호구는 제4조제1항제6호에 해당하는 때에 별표 11의 방법으로 사용한다. 3. 안면보호구를 사용하는 때에는 해당 수용자가 이를 임의로 해제하지 못하도록 포승 또는 수갑을 같이 사용할 수 있다”를 각각 삭제하여야 합니다.

3. 계구의 사용절차(계구규칙안 제11조 및 제13조)

가. 계구의 계속사용 제한(계구규칙안 제11조제2항)

(1) 제정내용

계구규칙안 제11조제2항은 “소장은 목욕, 식사 등을 위하여 필요한 범위안에서 계구를 사용중인 수용자에 대하여 계구사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다”고 규정하고 있습니다.

(2) 검토내용

계구의 계속사용은 원칙적으로 금지되어야 함. 계구는 긴급한 상황을 제압하기 위한 일시적 사용에 그 목적이 한정되어야 하기 때문에 원칙적으로 금지한다는 것은 일시적 사용의 시간적 길이가 특정될 수 없기 때문일 뿐이며 계구사용의 필요성이 사라졌을 때에는 계구를 즉시 해제하여야 합니다. 계구를 사용하여 긴급한 상황을 제압한 후 일정한 격리공간에 구금했으면 계구를 계속 사용할 필요가 없는 것이므로 계속사용은 일정한 격리공간에 구금할 때까지만 가능한 것으로 보아야 합니다.

계구규칙안 제11조제2항은 목욕이나 식사 등을 할 때 계구의 연속사용을

전제하고 제정된 조항이므로 원칙적으로 삭제되어야 합니다. 다만 이송 등 연속사용이 있을 경우 혹은 교도소의 사정 등으로 계구사용요건을 해결하지 못하여 계속 사용을 하여야 할 때 그 완화조건으로 목욕이나 식사시간 이외에도 운동이나 용변시에도 계구사용을 일시적으로 해제할 필요가 있습니다.

'목욕, 식사 등을 위하여'라는 표현을 사용하고 있으므로 '운동'이나 '용변'시에도 계구사용을 일시적으로 중지하거나 완화할 수 있다고 해석할 수는 있다. 그러나 실무에서 '목욕이나 식사'시간이 아닌 경우에는 계구사용을 일시적으로 해제해 주지 않으려 할 가능성이 높습니다.

또한 국가인권위원회에 진정을 한다든가 사법당국에 제출할 소장(訴狀)을 작성한다든가 하는 이유로 집필을 꼭 해야 할 때도 역시 계구사용을 일시적으로 해제해주거나 완화해줄 필요성이 있습니다.

계구사용으로 인한 인권침해의 논란이 일어나는 것은 거의 대부분 계구를 오랜 시간동안 계속적으로 사용하는 데 그 원인이 있습니다.

대법원은 "교도소장이 교도관의 멱살을 잡는 등 소란행위를 하고 있는 수용자에 대하여 수갑과 포승 등 계구를 사용한 조치는 적법하나, 수용자가 소란행위를 종료하고 독거실에 수용된 이후 별다른 소란행위 없이 단식하고 있는 상태에서 수용자에 대하여 더 이상 계구를 사용할 필요는 없는 것이고, 그럼에도 불구하고 수용자에 대하여 9일 동안이나 계속하여 계구를 사용한 것은 위법한 행위이다"라고 판시하였고(대법원 1998. 1. 20 선고, 96다18922 판결), "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 해당한다"고 판시하고 있습니다(대법원 1998. 11. 27 선고, 98다17374 판결).

따라서 계구의 계속사용은 원칙적으로 금지되며, 계구는 다만 긴급한 상황이 제압되고 수용자가 별도의 격리공간에 수용되는 등 문제 상황이 해결될 때까지만 일시적으로 사용되어야 한다는 관점에서 재검토되어야 합니다.

(3) 개선방안

계구사용규칙안 제11조제2항 “소장은 목욕, 식사 등을 위하여 필요한 범위 안에서 계구를 사용중인 수용자에 대하여 계구사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다”를 “소장은 목욕, 식사, 운동, 용변, 집필 등을 위하여 필요한 범위 안에서 계구를 사용중인 수용자에 대하여 계구사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다”로 수정하여야 합니다.

즉, 목욕이나 식사 이외에 운동이나 용변 또는 집필을 위해서도 계구사용을 일시적으로 해제할 수 있도록 명시하여야 합니다.

나. 지방교정청의 감독(계구규칙안 제13조)

(1) 제정내용

계구규칙안 제13조제2항에 따르면, “소장은 특정수용자에 대한 계구사용기간이 7일을 초과하는 때에는 관할 지방교정청장에게 계구를 계속 사용해야 할 이유를 보고하여야 한다”고 규정함으로써 지속적인 계구사용을 감독관청에서 통제할 수 있는 장치를 마련하였습니다.

(2) 검토내용

계구의 부당한 장기사용을 억제하고 감독관청에 의한 통제를 받도록 한다는 취지는 바람직하지만, 계구사용기간이 7일을 초과한 때로 규정하고 있는 것은 문제가 있습니다.

계구는 일시적으로 위험을 예방하기 위하여 사용하는 긴급수단에 불과한 것인데도 감독관청의 통제 없이 7일이나 되는 장기간 계속적으로 계구를 사용하게 하는 것은 너무 큰 재량을 주는 것입니다.

유엔 피구금자처우에관한최저기준규칙 제34조는 “계구의 제식 및 그 사용방법은 중앙행형당국이 정하여야 한다. 이러한 계구는 엄격히 필요한 시간을 초과하여 사용되어서는 안된다”라고 규정하고 있는 바와 같이 계구사용은 위험방지를 위해서만 사용되어야 하고 그 위험이 해소되면 계구는 즉시 해제하여야 합니다.

일반적으로 교도소등이 수용자의 교정에 충실하고 법적인 목적을 충실히 수행한다면 이송을 제외하고는 ‘폭행, 자살 또는 자해할 우려가 현저한 상

태'가 장기간 지속되어서는 안되며 이를 제지할 수 있는 처치(상담, 진정, 치료, 격리 등)를 하여야 합니다.

또 소장이 지방교정청장에게 계구의 계속적인 사용이유를 단순히 '보고'만 하도록 하고 있는데 지방교정청장에게 심사의무와 시정요구권한을 주지 않은 채 이와 같이 해당 소장에게 보고의무만 부여하는 것은 계구의 계속 사용 금지에 있어서 실효성을 거두기 어렵습니다.

(3) 개선방안

계구사용기간이 '1일'을 초과하면, 그 계구사용이유를 보고하도록 해야 하고, 보고를 받은 지방교정청장은 즉시 그 계구사용이유의 적정성에 대하여 심사하고 필요하면 시정명령할 수 있도록 하여야 합니다.

계구사용규칙안 제13조제2항의 "소장은 특정수용자에 대한 계구사용 기간이 7일을 초과하는 때에는 관할 지방교정청장에게 계구를 계속 사용해야 할 이유를 보고하여야 한다"를 "소장은 특정수용자에 대한 계구사용 기간이 1일을 초과하는 때에는 관할 지방교정청장에게 계구를 계속 사용해야할 이유를 보고하고, 지방교정청장은 그 적정성에 대하여 심사하여야 하고 그 결과에 따라 시정명령할 수 있다"로 수정하여야 합니다.

Ⅳ. 결 론

따라서 국가인권위원회는 2003. 12. 30. 법무부에서 마련하고 국가인권위원회에 의견조회를 요청한 계구의제식과사용방법등에관한규칙제정령안(이하 계구규칙안이라 한다)을 검토한 결과 헌법과 국제인권법상 보장된 수용자의 기본적 인권을 과도하게 제한하고 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1항의 규정에 따라 다음과 같이 수정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명합니다.

다 음

1. 계구규칙안 제4조의 계구사용의 요건에 대하여

가. 계구규칙안 제4조제1항제1호를 "도주하거나 도주하려고 할 때"로 수정하고,

나. 계구규칙안 제4조제1항제3호～제5호의 “자살 또는 자해의(다른 사람을 폭행할, 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴할) 우려가 현저한 때”라는 표현을 각각 “자살 또는 자해를 하거나 하려고 하는 때, 다른 사람을 폭행하거나 하려고 하는 때, 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴하거나 하려고 하는 때”로 수정하고,

다. 계구규칙안 제4조제1항제6호의 “교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때”를 삭제하고,

2. 계구규칙안 제2조 및 제5조의 계구의 종류와 사용에 대하여

가. 계구규칙안 제2조제1항제3호의 “사슬은 긴 사슬과 짧은 사슬로 구분한다”와 제5조제3항제1호의 “짧은 사슬은 외부병원에 입원중인 수용자의 도주방지 등을 위하여 필요한 때에 별표 8의 방법으로 사용한다. 이 경우 해당 수용자의 치료에 지장이 없도록 특히 유의하여야 한다”와 제5조제3항제2호의 “긴 사슬은 제4조제1항제3호의 경우, 포승을 사용하면 이를 자살 또는 자해의 수단으로 이용할 개연성이 크고, 달리 자살 또는 자해를 방지할 수단이 없다고 판단될 때에 별표 9의 방법으로 사용한다”를 삭제하고, 제5조제5항중 단서 “포승과 사슬은 같이 사용할 수 없다”를 삭제하고, 사슬을 계구의 일종으로 규정하고 있는 행형법 제14조제2항을 개정하고,

나. 계구규칙안 제2조제1항제4호의 “안면보호구는 머리보호형 안면보호구와 소란방지형 안면보호구로 구분한다”와 제4조제1항6호의 “교도관의 제지에도 불구하고 계속하여 고성을 발함으로써 다른 수용자의 정상적인 생활을 곤란하게 하는 때”와 제5조제4항의 “안면보호구는 다음 각호에 정하는 방법으로 사용하여야 한다. 1. 머리보호형 안면보호구는 벽이나 철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 자해할 우려가 있는 때에 별표 10의 방법으로 사용한다. 2. 소란방지형 안면보호구는 제4조제1항제6호에 해당하는 때에 별표 11의 방법으로 사용한다. 3. 안면보호구를 사용하는 때에는 해당 수용자가 이를 임의로 해제하지 못하도록 포승 또는 수갑을 같이 사용할 수 있다”를 각각 삭제하고,

3. 계구규칙안 제11조 및 제13조의 계구의 사용절차에 대하여

가. 계구규칙안 제11조제2항의 “소장은 목욕, 식사 등을 위하여 필요한 범위 안에서 계구를 사용중인 수용자에 대하여 계구사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다”를 “소장은 목욕, 식사, 운동, 용변, 집필 등을 위하여 필요한 범위 안에서 계구를 사용중인 수용자에 대하여 계구사용을 일시 중지하거나 완화할 수 있다”로 수정하고,

나. 계구규칙안 제13조제2항의 “소장은 특정수용자에 대한 계구사용 기간이 7일을 초과하는 때에는 관할 지방교정청장에게 계구를 계속 사용해야 할 이유를 보고하여야 한다”를 “소장은 특정수용자에 대한 계구사용 기간이 1일을 초과하는 때에는 관할 지방교정청장에게 계구를 계속 사용해야할 이유를 보고하고, 지방교정청장은 그 적정성에 대하여 심사하여야 하고 그 결과에 따라 시정명령할 수 있다”로 수정하여야 할 것이다.

2004. 1. 26.
국가인권위원회 제1소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

6 사회보호법 폐지 및 치료감호 대체법안 마련 권고(2004.1.12.)

사회보호법상 보호감호제도가 심각한 인권침해의 문제점으로 인해 제도 본래의 의미를 상실하였으며, 현재 보호감호의 집행 여건에서 볼 때도 개선에 한계가 있으므로, 사회보호법 폐지를 통해 보호감호제도를 없애고 치료감호 등에 대한 대체법안 마련을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 사회보호법은 도입시부터 인권침해의 논란을 야기해 왔고 보안형으로써 형법상 형벌가중규정과의 병과는 이중처벌금지원칙에 반할 수 있으며, 사회보호위원회의 가출소, 감호면제 등의 결정은 헌법 제12조제1항의 적법절차의원칙, 제27조 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하며 사회보호법의 원칙적 행형법 준용은 과잉처벌금지원칙 등에 반하고,

[2] 보호감호의 집행현실은 보호감호집행 대상범죄군의 실태, 가출소 현황 및 재범율 등에서 볼 때 본래의 목적에서 벗어난 과잉처벌로 볼 수 있으며, 보호감호소의 지리적 위치, 수용생활 및 시설·환경, 재사회화를 위한 교육과 사회적응 프로그램 등의 실태는 헌법 제10조 및 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조 등에 반하고 유엔이 제시하고 있는 피구금자처우에관한최저기준규칙에도 크게 못 미치는 상태임.

[3] 현재 보호감호제도는 본연의 목적달성에 실패하였으며 보호감호 집행현실에 비추어 볼 때도 개선을 통한 인권침해 방지와 인권보호에는 한계가 있으므로 국회의장과 법무부장관에게 보호감호제도를 없애고, 그 근간이 되는 사회보호법을 폐지하는 것이 보다 국가의 책무에 부합하며 동법에서 규정하고 있는 치료감호제는 별도의 대체법안을 마련하도록 권고함.

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조, 제13조, 제27조, 세계인권선언 제3조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제9조, 제10조, UN피구금자처우에관한최저기준규칙

【주 문】 국회의장과 법무부장관에게
사회보호법을 폐지하고, 치료감호에 대한 대체법안을 마련할 것을 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 사회보호법상 보호감호제도는 전형적인 보안처분 제도로서 1980년 신군부의 집권과정에서 입법화되었으나, 이중처벌금지원칙 위반여부 등 제도 자체의 문제점과 피보호감호자 처우 등 집행현실의 문제 등으로 인해 제정 당시부터 현재에 이르기까지 많은 인권침해의 논란이 있어 왔다.

2. 우리 위원회는 국가인권위원회법 제19조에 의거, 보호감호제도의 인권침해 논란과 관련하여 이를 주요 인권현안으로 선정하고 사회보호법 Task Force Team 구성과 보호감호제도 전반의 실태조사 등을 통하여 이론적·현실적 검토 및 객관적 판단을 통한 해결책 마련을 위해 노력해 왔다.

Ⅱ. 검토기준

1. 사회보호법상 보호감호제도는 기본권이 제약될 수 있는 전형적인 제도로서 인권침해의 가능성이 크다. 그러므로 동 제도는 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약 등에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 침해하지 않아야 한다.

2. 따라서 동 제도에 대해서는 세계인권선언 제3조, 헌법 제10조, 제12조, 제13조 및 제27조, 시민적·정치적권리에관한국제규약(CCPR) 제9조(신체의 자유와 안전 등), 제10조(자유를 박탈당한 모든 사람의 인간의 고유한 존엄성 존중 등) 그리고 사회보호법 제1조(목적), 유엔이 제시한 피구금자처우에관한최저기준규칙 등이 주요한 검토기준이 된다.

Ⅲ. 보호감호제도에 관한 검토의견

1. 사회보호법상 보호감호제도의 도입의 정당성 문제

사회보호법은 1980년 신군부의 집권과정에서 계엄포고 13호에 의거 실행된 '삼청교육'과 이들에 대한 사회격리를 위한 청송보호감호소의 설치 및 보호감호처분 등을 위해 국회가 아닌 국가보위입법회의에서 제정되었다. 이는 사회보호법이 진정으로 사회에 위험한 누범이나 상습범에 대한 재사회화와 사회보호라는 본연의 목적을 위해서라기보다는 신군부의 집권과정에서의 왜곡된 의도에 의해 제정된 것으로 볼 수 있다. 따라서 도입목적과 그 과정에 있어 정당성이 결여된 것이다.

이후 현재까지 5차례의 개정이 있었으나, 필요적 보호감호제가 폐지되었을 뿐, 보호감호제의 골격은 그대로 유지되었다.

2. 보호감호제도의 문제점과 인권침해성

가. 이중처벌금지원칙 및 적법절차원칙 침해의 문제

1) 사회보호법은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선이 필요하다고 인정되는 자(동법 제1조)에게 법원으로 하여금 일정한 요건 하에 보호감호처분을 선고하게 하고 있다(동법 제5조). 또한 형의 선고와 함께 보호감호를 선고할 경우 보호감호는 형을 집행한 다음 집행하도록 하고 있다(동법 제23조)

2) 오늘날 형벌사상은 응보가 아니라 범죄인의 개선·교육 및 그를 통한 사회방위를 목적으로 하고 있다. 우리 형법 제51조에 양형의 조건에서 피해자에 대한 관계나 범행의 결과보다는 오히려 범인의 연령, 성행, 지능과 환경 등을 참작사유로 규정하고 있는 점과 행형법 제1조에서도 수형자를 격리하여 교정·교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하는 것을 목적으로 한다고 규정한 것에서도 이를 확인할 수 있다.

사회보호법상 보호감호제도 역시 보호감호시설에 격리수용하여 감호·교화하고 사회복귀에 필요한 교육·훈련 등을 과하는 점에서 형벌제도와 본질에 있어 동일한 교육형으로서 실질적인 차이가 없다고 봐야 할 것이다.

3) 따라서 형법 및 특별형법에 누범과 상습범을 가중처벌 할 수 있는 조항들을 규정하고 있음에도 불구하고, 동시에 보호감호를 인정하고 있는 것은 한 사람의 상습누범이 사회방위 등의 목적을 위해 또 다시 다른 평가와 처벌을 받는 것이다.

이는 헌법 제13조 동일범죄에 대하여 거듭처벌 받지 아니한다는 이중처벌금지에 반할 수 있을 뿐만 아니라, 세계인권선언 제3조에 부합되지 못하고 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조, 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치를 침해하며 헌법 제12조제1항에 규정된 적법절차에 의한 보안처분에 해당될 수 없다고 할 것이다.

나. 법관에 의한 재판받을 권리 등의 침해

1) 사회보호법 제5조는 보호감호 판결시 재범의 위험성 유무의 판단을 법관에게 주고 있으나, 동 법 제25조에 의하면 피보호감호자에 대한 가출소, 집행면제 등을 법무부장관이 임명·위촉(사회보호법 제32조, 동법시행령 제15조)하는 사회보호위원회가 심사하여 결정하도록 하고 있다.

이는 법원이 아닌 보호감호집행기관이 가출소 여부 등을 결정하는 것으로서 헌법 제12조 제1항 적법절차 및 제27조 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다고 볼 수 있다.

2) 아울러 범죄인의 범죄성향과 위험성예측은 보호감호 규정과 그 집행에서 본질적인 부분이라고 볼 것이다. 따라서 보호감호의 가출소 등에 있어 전문적이고 객관적인 감정과 판단이 수반되어야 할 것이다. 그러나, 우리 위원회의 피보호감호자 전수조사 등 실태조사에서도 확인된 바, 피보호감호자 대부분은 보호감호처분의 전과정에서 전문가의 감정을 받아본 적이 없는 것으로 나타났다.

결국, 보호감호의 본질인 재범 위험성의 판단에 있어 전문적인 대책을 위한 제도적·현실적 여건들이 흠결된 상태에서 보호감호 처분 및 그 집행이 왜곡되거나 남용될 위험을 항상 내포하고 있으며, 이는 헌법 제12조와 궁극적으로 헌법 제10조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조 등에 반하여 인권침해를 야기하고 있는 것이다

다. 행형법 준용 규정 등에 의한 과잉처벌금지 위반의 문제

1) 형벌과 보호감호제도가 추구하는 목적과 제도의 본질에 있어 차이를

인정할 경우, 보호감호는 형벌과 달리 보안처분으로서의 성질과 목적·취지에 알맞게 제도화되어야 한다. 그러나 보호감호처분의 내용이나 그 집행에 관한 법규정이 그 성질 및 목적을 무시하고 일반형벌의 내용 내지 행형(行刑)과 동일한 형태로 규정되고 집행된다면 헌법상 과잉처벌금지에 반할 수 있는 것이다.

2) 사회보호법은 제42조에서 특별한 경우를 제외하고는 원칙적으로 행형법을 준용토록 하여 피보호감호자의 수용생활과 직접 관련된 의료, 징벌, 집필, 귀휴, 계구 사용 등에 있어 교도소와 다르지 않다. 또한 접견, 전화, 서신 등의 처우에 대한 규정인 '피보호감호자 분류처우규칙' 또한 '수형자 분류처우규칙'과 내용이 거의 동일하다.

3) 보호감호 집행은 일반 교도관이 담당하고 있고 이들은 사회보호법의 취지에 맞는 별도의 훈련이나 교육과정 없이 근무하며, 피보호감호자 처우와 집행의 최종 책임도 일반 교도소를 총괄하는 법무부 교정국이 담당하고 있으며 가출소 부분만을 보호국이 처리하고 있는 실정이다.

4) 아울러 사회보호법 제7조 보호감호의 내용이 행형법 제1조(목적) 규정과 내용면에서 유사하다. 이는 보호감호처분의 내용과 집행이 자유형과 다름이 없음을 나타내며, 동 제도에 관한 법규정이 보호감호 목적에서 벗어나 형벌과 내용면에서 다르지 않은 보호감호를 부과함으로써 헌법상 과잉처벌금지원칙에 위반된다고 할 것이다.

3. 보호감호 집행 현실에서의 인권침해성

가. 보호감호 대상과 집행에 있어서의 문제

보호감호제도는 재범의 위험성이 있고 특수한 교육과 개선이 필요하다고 인정되는 범죄인에 대하여 실시되어야 하며, 오직 사회복귀를 촉진하는 범위 내에서만 피보호감호자의 기본권이 제한되어야 한다.

그럼에도 불구하고 우리 위원회의 실태조사 등에서도 확인된 바, 보호감호 집행 대상에 대한 분석과 집행 현장인 청송보호감호소의 현실 면에서 볼 때 기본권의 과잉제한의 소지가 있다.

나. 보호감호집행 대상범죄군의 부적합성과 과잉처벌의 문제

1) 청송보호감호소(법무부)의 피보호감호자 일반 현황 통계자료에 의할

경우 죄명별 수용현황에서 절도죄가 압도적이며 1987년에는 전체 감호원인 범죄 중 84.1%, 2003년에는 76.5%를 점하고 있으며 지속적으로 70%~80% 대에 머물고 있다. 또한 범수(犯數)별 수용 현황은 전체적으로 보아 4~7범 사이의 전과회수 피보호감호자가 가장 높은 비율을 차지하고 있다.

2) 또한 국가인권위원회가 2003년 11월 피보호감호자 총 1,037명을 대상으로 한 설문조사 및 표본적으로 피보호감호자 총 478명의 분류지표에 기초하여 분석한 결과, 피보호감호자들은 최초로 범행을 저지른 시기가 20세 미만이 68.8%로 비교적 이른 청소년기에 범행을 저지르는 경우가 많으며, 감호원인범죄가 대부분 단순재산범이고 학력이 낮은 상태였다.

보호감호의 원인죄명은 사기, 횡령, 배임 등, 특가법(절도), 폭력행위 등의 범죄가 92.7%를 차지하고 있고 그 중 대부분은 특가법상 절도죄이다. 특히 특가법상 절도는 상습범을 대상으로 하고 있음에도 불구하고 이들에 대해 다시 보호감호처분을 내리는 결과가 되고 있으며, 전형적인 보호감호대상범죄라 할 수 있는 특정강력범죄, 방화죄 등 매우 위험한 범죄는 7.1%에 불과하였다.

피감호자의 대부분은 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용하지 않은 경우가 60.3%로서 피보호감호자의 많은 수는 사람의 생명이나 신체에 대한 직접적인 위험성은 그리 크지 않은 것으로 평가될 수 있다. 공범여부에서 볼 때 약 70%가 단독범인 경우여서 범행이 조직화되지 않은 경우가 훨씬 많았다.

범행으로 인해 발생한 피해정도는 91%가 경미한 정도이고 피해가 전혀 없는 경우도 2.7%여서 양자를 합해 93.7%는 침해된 법익이 심각하지 않았다.

3) 결국, 현재 보호감호처분을 받는 많은 수의 피보호감호자는 불우한 환경으로 인해 청소년시기부터 누적적으로 범죄를 저질러 수회의 전과가 있지만 단순재산범인 경우가 많으며, 또한 이들의 범죄성향은 사람에 대한 공격성과 폭력성을 드러내지 않았고 조직화되지 않았으며 피해의 정도도 경미하다고도 볼 수 있다.

따라서 이러한 정도의 범죄인들에게 사회적 위험성으로 인한 형법상 상습범가중처벌과 병렬적으로 개인의 자유를 박탈하는 보호감호를 부과하는 것은 비례성의 원칙에 어긋나며 헌법상 과잉처벌금지의 원칙에도 위배될 소지가 크다고 할 수 있다.

다. 가출소 등 현황 분석에서 본 재범위험성 판단 실태의 문제

1) 1993년부터 2003년까지 연도별 감호집행 기간별 가출소와 죄명별 가출소현황 및 연도별 범죄횟수별 가출소 현황 등에서 볼 때, 일정기간이 지나면 기계적으로 가출소가 이루어지고 있으며, 2003년 강도와 폭력행위 등의 범죄인도 155명 가출소된 사실에서 볼 때 재범의 위험성과 그에 대한 침해가 우려되는 법익의 중대성은 크게 고려되지 않은 것으로 볼 수 있다.

2) 청송제1보호감호소의 1995년부터 2001년까지의 출소자와 청송제2보호감호소의 1998년부터 2000년까지의 가출소자의 3년이내 재범률을 분석한 결과, 재범률이 약 40%를 나타내고 있어 재범의 위험성 예측이 그만큼 실패했다고 볼 수 있다. 아울러 이 수치는 가출소한 피보호감호자만을 대상으로 한 것이기 때문에 재범의 위험성이 없는데도 수용되어 있는 피보호감호처분자들까지 고려한다면 잘못된 재범의 위험성 예측은 훨씬 많아질 것이다.

3) 결국, 보호감호처분이 재범의 위험성에 대한 고려라기보다 실무에서 보호감호를 단지 부족한 형벌을 메우는 보충적 수단으로 인식하고 실행되어져 왔다는 것을 반증하고 있다고도 할 수 있다.

라. 보호감호소의 생활과 처우의 문제

1) 보호감호의 목적은 피보호감호자에 대한 사회로부터의 격리가 아니라 교육과 개선을 통한 사회복귀에 있다. 따라서 보호감호소의 생활은 일반 사회생활과 사이에 되도록 차이가 없도록 사회와 접촉이 쉽고 자주 이루어져야 한다.

그러나 청송보호감호소는 오지(奧地)에 위치하여 사회로부터 단절된 위치에 있고 보호감호소의 일과표는 교도소와 다를 바가 없으며, 서신교환은 교도소와 마찬가지로 소장 허가를 전제하며 접견 시간제한 및 접견실 시설 등 수용시설 환경도 일반 교도소와 동일하거나 더 열악한 상태이다.

2) 의료시설 면에서 볼 때, 장기간 수용으로 많은 피보호감호자들이 각종 질환자가 다수임에도 불구, 예산 및 인력 부족으로 감호소 내 진료는 불가능한 상태로서 적절한 진료가 결여되어 있으며, 외부진료 경우 비용부담과 오지의 특성 때문에 진료를 포기하는 경우도 많은 실정이다. 또한, 피감호자 건강을 위한 기본요건으로서 운동시간은 취업자의 경우 1일 40분, 미취업자의 경우 1일 1시간을 허용하고 있을 뿐이며 운동여건 또한 열악한 실

정이다.

3) 보호감호소 내 피보호감호자의 작업은 모두 단순작업에 불과해 숙련된 기술을 배울 수 있는 일이 없으며, 오지에 위치하여 인근 공장(외부통근제도)도, 작업을 위탁하는 사업주도 찾기 힘든 상태이다. 또한 피보호감호자들의 2003년도 근로보상금은 작업등급을 7등급으로 나누어 1일 1,400원에서 5,800원으로 정해져 있는데, 최저임금법 제10조에 의거한 2003년 7월 노동부 최저임금액 고시(제2003-25호)상 일급(8시간 기준) 20,080원과 비교시, 출소 후 사회정착의 기초 비용에도 못 미치고 있다.

4) 피보호감호자들의 출소 후 재범의 방지를 위해 실제 시행되고 있는 교육은 기본과정과 교재 지원이 절대적으로 부족하며 오지에 위치한 지역적 특성으로 인해 외부강사 방문이 어려운 상태이다. 또한 직업훈련에 있어 정보화교육, 타일, 건축도장, 보일러, 미용 등의 자격증 취득이 가능하나 이론과 실습이 모두 불충분해 자격증을 취득하여도 유명무실한 상황이다.

5) 장기간 격리된 피보호감호자들의 사회적응을 위한 출소준비로서 귀휴제도와 사회견학 등의 프로그램을 두고 있으나, 귀휴 사유를 가족 경조사와 각종 훈련 및 시험 등으로 한정하고 기간도 수용기간 중 3주 이내로 제한하여 실제 활용되는 경우가 거의 없으며, 사회견학도 농촌 일손 돕기 등으로 이뤄져 본래 취지로 보기 어려운 상태이다.

6) 이러한 보호감호의 집행 현실은 제도 본래 취지에 부합되지 못하며 궁극적으로 헌법 제10조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조에 반하며 유엔이 제시한 피구금자처우에관한최저기준규칙에 크게 못미치는 열악한 상태로서 피보호감호자들의 재범 방지와 사회복귀 및 그로 인한 사회보호의 기능을 충족시키지 못한 채 지속적으로 인권침해를 야기하고 있는 것이다.

이와 같은 상황은 현재의 보호감호의 집행이 범죄인에 대한 교육개선이 아닌, 사회로부터 격리와 출소 후 범죄의 악순환을 양산하는 심각한 상황이라고까지 평가할 수 있다.

4. 보호감호를 통한 재사회화의 실패 및 제도개선의 한계

가. 보호감호처분 대상 및 재범위험성 판단의 실패

1) 보호감호 집행현실이 열악하다고 해도 재범 위험성이 있는 사람들에 대

한 교육·개선 및 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하고자 하는 독자적인 목적을 가진 보호감호제도가 곧바로 인권침해적인 것은 아니며, 그 개선을 통해 문제점을 해결해 나가는 것이 바람직한 형사정책이라는 입장이 있을 수 있다.

2) 그러나, 피보호감호자 수용 실태에서도 확인되었듯이 사회보호법 제정 당시부터 현재까지 보호감호처분 대상범죄군이 보호감호의 본래 취지에서 벗어난 단순재산범 등에 집중되어 있음은 동 제도의 유지와 운영을 정당화 할 수 없는 반증을 제시하고 있다.

아울러 보호감호소 출소자 및 가출소자의 재범율이 지속적으로 높게 나타나고 있는 것 또한 우리의 보호감호제도가 범죄인의 재사회화를 통한 사회보호라는 본연의 목적에 부합되지 못한 상태에서 인권침해를 야기하고 있음을 나타내고 있는 것이다.

나. 보호감호제도 개선에 의한 인권보호의 한계

1) 우리의 미흡한 교도행정의 현실을 고려할 때, 향후 보호감호제를 유지하면서 인권유린을 방지한다는 것은 비현실적인 주장이라 할 것이다. 보호감호제도의 근본적 개선을 위한 관련 예산문제, 보호감호를 위한 시설마련과 프로그램 운용의 한계, 일반 교도소와의 형평성 논란 등을 고려하여 볼 때 보안처분의 모델이 되고 있는 유럽 수준의 보호감호시설을 실행하고 운영하는 것은 어렵다고 봐야 할 것이다.

2) 또한 보호감호제를 당장 폐지할 경우 재범 위험성이 높은 피감호자들을 일시에 사회에 내놓게 되어, 일반 국민들의 불안감을 높이고 절도 등 범죄의 급격한 증가를 우려하는 시각이 있을 수 있다. 그러나 보호감호제를 당장 폐지한다고 해도 누범과 상습범의 가중 처벌 규정이 존재하며 법원에서는 이를 양형에 고려하게 될 것이다. 인권침해논란이 끊이지 않는 제도를 유지하는 것이야말로 오히려 사회적 혼란과 불안감을 가중시킬 것이다.

Ⅳ. 결 론

1. 보호감호제도는 본래 상습범죄자와 특별히 위험성 있는 범죄자에 대해서 응보형 제도의 결함을 보충하기 위해 고안된 제도이나, 오늘날의 형벌사상과 우리의 도입목적과 형사정책 및 특수한 여건 등을 고려해서 재검토될 필요성이 있다.

2. 사회보호법은 그 목적과 과정에 있어 정당성이 결여된 채 도입됨으로써 제정당시부터 인권침해의 논란을 야기해 왔다. 또한 오늘날 형벌과 보안처분이 그 본질에 있어 실질적 차이가 없다고 볼 때 우리 형법체계상 누범·상습범에 대한 보안형으로서 형벌가중규정이 있음에도 불구하고 보호감호를 부과함은 헌법 제13조(이중처벌금지)에 반할 수 있는 소지가 크다고 할 것이다.

3. 더구나 법원이 아닌 법무부 사회보호위원회에서 보호감호에 대한 가출소, 감호면제 등을 결정함은 헌법 제12조제1항의 적법절차에 의한 보안처분으로 볼 수 없으며 제27조 헌법상 보장된 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하는 것이다. 또한 사회보호법이 원칙적으로 행형법을 준용토록 하여 보호감호가 일반 형벌과 동일한 형태로 규정되고 집행됨으로써 헌법상 과잉처벌금지원칙에 반할 수 있는 것이다.

또한 보호감호 제반 과정에서 가장 중요한 부분인 재범위험성 예측에 전문적이고 객관적인 판단을 위한 규정 등이 결여됨으로써 헌법 제12조 및 시민적·정치적권리에관한국제규약 제9조(신체의 자유와 안전 등)와 궁극적으로 헌법 제10조를 침해하여 인권침해성이 심히 우려되고 있다.

4. 보호감호의 집행현실에 있어서도 인권침해가 심각한 상황이다. 보호감호집행 대상범죄군의 실태에서 볼 때, 보안처분으로서 보호감호제도의 목적에서 벗어나 비례성원칙에 반한 과잉처벌로 볼 수 있으며, 가출소 현황 및 재범율 등은 피보호감호자들에 대한 재범위험성 예측이 형식적으로 시행돼 왔으며 실무적으로 보호감호가 형벌에 대한 보충적 수단으로만 인식되거나 실행되어 왔다고 볼 수 있다.

5. 아울러 청송보호감호소의 지리적 위치, 수용생활, 의료시설, 작업환경, 근로보상금의 비현실성, 재사회화를 위한 교육 전반과 사회적응 프로그램의 내용과 운영 등 피보호감호자에 대한 현실적 처우 및 생활의 실태는 보호감호제도의 본래 취지에서 벗어날 뿐만 아니라, 헌법 제10조(인간의 존엄성, 행복추구권) 및 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조(자유를 박탈당한 모든 사람의 인간의 고유한 존엄성 존중 등) 등에 반 하고 유엔이 제시하고 있는 피구금자처우에관한최저기준규칙에도 크게 못미치는 열악한 상태에서 인권침해를 야기하고 있다.

6. 국가인권위원회가 외부 전문가들과 함께한 전문적 검토와 실태조사, 관련 실증자료 등에 대한 분석 등을 기초로 할 때, 지금까지 시행된 보호감호제도는 재범의 위험성을 낮추고, 범죄자의 사회복귀를 준비하고, 사회를 방위한다는 본연의 목적달성에 실패한 것으로 평가될 수 있다.

따라서, 현행 사회보호법상 보호감호제는 제도로서도 그 의미를 상실하였다고 보며, 아울러 현재 보호감호 집행 현실에 비추어 볼 때 그 개선을 통한 시급한 인권침해 상태의 방지와 향후 인권보호를 위한 제도의 개혁은 한계를 예정한다고 판단하였다.

그러므로 보호감호제도를 없애고, 그 근간이 되는 사회보호법을 폐지하는 것이 보다 국가의 사회보호와 인권보호의 책무에 부합할 것이다. 아울러 동 법에서 규정하고 있는 심신장애자 등에 대한 치료감호제는 별도의 대체법안을 마련할 수 있도록 하여야 할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조제1호의 규정에 따라 주문과 같이 권고한다.

2004. 1. 12.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유시춘

위 원 조미경 위 원 김오섭 위 원 이홍록 위 원 신동운

위 원 정강자 위 원 김만흠 위 원 김덕현

7 소년원법시행령중개정령안에 대한 의견(2004.5.12.)

[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 이탈·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 그대

로 위임하고 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·정치적권리에관한국제규약 제10조, 아동의인권에관한국제협약 제37조b, 소년사법운영에관한국제연합최저기준규칙 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 일률적으로 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 관련하

여 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 모법으로 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, 제12조제1항・제3항, 제37조제2항

2. 시민적·정치적권리에관한국제규약 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) 제37조b : 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. 소년사법운영에관한국제연합최저기준규칙(북경규칙 : United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, The Beijing Rules)

- 제17조제1항b : 소년의 자유제약은 신중한 고려 끝에만 이루어지고 가능한 한 최소한에 한정되어야 한다.
- 제17조제1항c : 소년이 타인에 대한 폭력을 수반하는 중대한 행위 또는 중대한 범죄를 지속적으로 범하였음이 인정되는 경우로서 다른 적당한 방

법이 없는 때가 아닌 한 소년의 자유를 박탈할 수 없다.

- 제19조제1항c : 소년을 시설에 수용하는 것은 항상 최후에 취하여야 하는 조치로서 필요최소한의 기간이어야 한다.

- 제13조제2항 : 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. 판 단

1. 분류수용 관련(개정안 제6조)

가. 개정내용

분류수용의 기준을 법무부령에 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 법무부령에 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 수형자의 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 수갑, 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 법원 또는 검찰의 조사・심리, 이송 기타 사유로 호송을 하는 경우 수갑, 포승을 사용할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 역시 보호소년과 성인 범죄자를 동일하게 취급하고 있는 것이라고 할 것이다. 따라서 모든 대상소년들에게 일률적으로 수갑, 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 사용은 가급적 자제하도록 엄격하게 규정하는 것이 타당할 것이다.

○ 따라서 제3호는 법집행자의 자의적 해석・적용의 방지를 위하여 기본권 제한 입법이 준수해야 하는 명확성의 원칙에 부합하도록 연령, 지능, 성격, 건강상태, 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 제36조제2항에서는 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 제37조제1호 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 제37조제2호에서는 “보호소년등의 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 제37조제2항에 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 관련하

여 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 제117조제1항에 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 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 건강증진

을 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.

- 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.

- 제2호의 경우 감호장비의 사용을 일률적으로 규정할 것이 아니라 소년의 연령, 지능, 성격 등을 참작하여 사용의 기준을 마련하여야 한다.

- 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 또다시 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.

- 제1호의 경우 주관적인 해석이 가능하므로 이의 삭제가 필요하다.
- 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 제19조제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 5. 12.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

8 수사·공판과정에서 아동성폭력 피해자의 2차 피해자화 관련 권고(2004.5.27.)

[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 실체적 진실발견에 접근하기 위해서도 수사담당자들의 전문성 함양

이 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 해바라기 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 제반 권리 및 피해자 조력기관 등에 대한 정보 등을 고지하

도록 하는 규정을 마련할 것을 권고한다.

3. 여성부장관에게,
긴급의료지원센터 및 성폭력 피해자의 치료를 위한 전담 의료기관의 실효성 있는 운영을 위한 대책을 강구할 것을 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 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 법절차의 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 강구하여야 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 범죄와권력의남용에의한피해자권리선언 등에 의거하였다.

Ⅲ. 판 단

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 접수처리되고 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 책임전가식 변호에 대한 피해자의 인격권을 보장하기 위한 측면에서라도 그 필요성이 크다.

2) 가해자 신변에 대한 통보

소송 진행 중이거나 법적절차를 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 위험으로부터 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 제반 권리에 대하여 고지를 하도록 하고, 그 가족에게 일정사항을 통지하도록 규정(형사소송법 제72조, 제87조)되어 있다. 그러나 피해자들에게는 피해자 권리에 대한 고지규정이 형사소송법 상 규정되어 있지 않고, 가정폭력 사건의 경우에만 피해자에게 가해자에 대하여 향후 임시조치를 신청할 수 있는 권리가 있음을 통지하는 의무규정(가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제5조제4호)이 있을 뿐이다.

그런데, 아동성폭력 피해자와 그 가족은 피해자의 권리 및 피해자 지원기관, 형사사건의 진행절차 등에 관하여 충분히 알고 있지 못한 경우가 대부

분이며, 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 위한 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

범죄수사및공판관여시피해자보호에관한지침(대검예규제290호, 강력61100-413)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 보장하여야할 것이다.

2) 피해 사건에 대한 정보의 제공

범죄 피해의 당사자인 아동성폭력 피해자 및 보호자에게 다음과 같은 알 권리가 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 물

건에 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 아동 피해자의 2차 피해자화를 방지하기 위하여

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

Ⅳ. 결 론

가. 성폭력특별법 개정, “성폭력 전담 재판부”지정・운영, “해바라기아동센터”개원 등으로 아동성폭력 범죄에 대한 수사・공판과정에서의 피해자의 2차 피해자화 문제가 일부 개선될 전망이나,

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 명

시되어 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 담당 의사 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 실체적 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

9 인권보호수사준칙개정안에 대한 의견(2004.5.27.)

[1] 체포 등에 대한 신속한 통지를 위해 명확한 시간을 명문화하고, 급속을 요하는 경우의 통지방법을 추가로 규정해야 하고,

[2] 성폭력 등 피해자의 조사시 준수조항에서 13세 미만자 등을 조사할 때에 신뢰관계자의 동석, 중계장치를 갖춘 조사실에서의 조사, 성매매 피해여성에 대한 '지원시설 등의 이용가능사실' 고지 등을 추가 규정하도록 권고한 사례

【결정요지】

[1] 개정안 제12조의 체포 등에 대한 신속한 통지 조항에서 '지체없이' 라는 용어는 법령의 명확성의 원칙에 위반하므로 명확한 시간을 명문화하고, 서면통지가 늦어질 경우 뿐만 아니라 "급속을 요하는 경우"에도 전화나 팩시밀리 등을 이용하여 통지하도록 규정하고,

[2] 개정안 제16조의2 성폭력 등 피해자 조사시 준수 조항에서, 13세미만자 등에 대해서는 신뢰관계자의 동석을 필요적 사항으로 규정하고, 중계장치를 갖춘 조사실의 설치와 이러한 조사실에서의 조사를 명문화하며, 성매매피해여성에게 "지원시설 등의 이용가능사실" 도 고지사항으로 추가 규정하도록 권고함.

【참조조문】 헌법 제12조, 형사소송법 제87조, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제22조의3, 제22조의4, 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제10조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제7조, 제9조, 제10조, 형사소송규칙 제51조

【주 문】 법무부의 인권보호수사준칙개정안에 대한 의견 요청이 있어 아래와 같이 국가인권위원회의 의견을 표명합니다.

- 아 래 -

1. 개정안 제12조의 체포 등에 대한 신속한 통지조항에서

"지체없이" 라는 용어는 명확성의 원칙에 위반하므로 명확한 시간을 명문화하고(형사소송규칙 제51조 제2항 참조), 서면통지가 늦어질 경우뿐만 아니라 "급속을 요하는 경우"에도 전화나 팩시밀리 등을 이용하여 통지하여야 한다는 것을 추가해야 할 것임(형사소송규칙 제51조 제3항 참조).

2. 개정안 제16조의2 성폭력 등 피해자 조사시 준수조항에서, (1) 같은 조 제4항 13세미만자 등에 대해서는 신뢰관계자의 동석을 필요적 사항으로 규정하고(성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제22조의3제3항 참조), (2) 같은 조 제5항 중계장치를 갖춘 조사실의 설치와 이러한 조사실에서의 조사를 명문화하고, (3) 같은 조 제6항 성매매 피해여성에게 "지원시설 등의 이용가능사실"을 고지사항으로 추가규정하고(성매매알선등행위의처벌에관한법률 제10조 제3항 참조), (4) 기타 용어 사용과 관련하여, 같은 조 제3항 및 제4항에서 검사의 재량을 강조하는 "가급적"이라는 용어를 삭제하여, 성폭력피해자와 가해자의 대질심문을 금지하고 신뢰관계 있는 자의 동석을 허용한다는 것을 명확하게 하고, 예외가 필요한 경우에 대해서는 단서로 규정하며, 같은 조 제6항에서 "성매매 여성"이라는 용어보다는 "성매매 피해자"나 "성매매 피해여성" 이라고 하여 법령 용어를 통일해야 할 것임(성매매알선등행위의처벌에관한법률 제2조제1항제4호 참조).

【이 유】

Ⅰ. 판단 배경

2004. 4. 21. 법무부로부터 "인권보호수사준칙개정안"에 대한 의견조회 요청 공문을 접수하였다(검찰제2과-1623).

Ⅱ. 판단 대상 및 판단 기준

1. 판단 대상

인권보호수사준칙개정(안)

2. 판단 기준

가. 헌법 제12조(신체의 자유)

나. 형사소송법 제87조(구속의 통지), 형사소송규칙 제51조(구속의 통지)

다. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제22조의3(신뢰관계에 있는 자의 동석), 제22조의4(비디오 등 중계장치에 의한 증인 신문)

라. 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제10조(불법원인으로 인한 채권 무효)

마. 시민적·정치적권리에관한국제규약 제7조(고문금지), 제9조(신체의 자유와 안전), 제10조(자유박탈자에 대한 존중)

Ⅲ. 판 단

1. 체포 등에 대한 신속한 통지 (안 제12조)

개정안 제12조는 “검사는 피의자를 체포하거나 구속한 경우에는 지체 없이 그 가족 등에게 죄명, 체포하거나 구속한 일시와 장소, 범죄사실의 요지 등을 서면으로 통지하고, 서면 통지가 늦어질 경우에는 우선 전화나 팩시밀리 등을 이용하여 체포·구속한 기관과 담당 공무원을 알려주도록 한다. 외국인 피의자의 경우에는 해당 외국어로 통지한다.”고 하여, 체포·구속사실의 통지에 관하여 “지체 없이” 통지할 것을 규정하고 있다.

이 “지체 없이” 라는 용어는 시간적 한계가 불분명하여 명확성의 원칙과

관련되어 문제가 있다. 헌법재판소는 “법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정되어야 하는 것이다(헌법재판소 1992. 4.28.선 90헌바27결정 등)” 라고 판시한 바 있다.

개정안의 “지체 없이” 라는 용어는 체포・구속사실의 통지에 대한 시간적 한계가 막연하여 시간 범위에 대해 적용대상자가 정확하게 알 수 없고 법집행자의 자의적 해석을 초래할 수 있으므로, 명확성의 원칙을 위반하고 있다.

이러한 체포・구속사실의 통지와 관련하여 형사소송규칙 제51조제2항은 “구속의 통지는 구속을 한 때로부터 늦어도 24시간 이내에 서면으로 하여야 한다” 고 규정하고 있으며, 동조 제3항에서 “급속을 요하는 경우에는 구속되었다는 취지 및 구속의 일시・장소를 전화 또는 모사전송기 기타 상당한 방법에 의하여 통지할 수 있다” 고 규정하고 있다.

즉, 형사소송규칙은 구속사실의 통지에 대하여 “24시간”이라는 시간을 명시하고, “급속을 요하는 경우에” 통지방법 또한 규정하고 있는 것이다.

이에, 개정안 제12조는 “지체없이” 가 아니라 시간을 명확하게 정하여 규정하되, 형사소송규칙을 고려하여 그 시간은 늦어도 24시간을 한계로 해야 할 것이고, 급속을 요하거나 서면통지가 늦어질 경우에는 우선 전화나 팩시밀리 등을 이용하여 통지하는 내용을 추가하여 규정하는 것이 인권보호와 향상을 위하여 바람직할 것이다.

2. 성폭력 등 피해자 조사시 준수사항 (안 제16조의2)

개정안 제16조의2는 성폭력 등 피해자 조사시 준수사항을 구체적으로 열거하고 있는데, 인권보호의 향상을 위하여 다음과 같은 점을 고려하여 개선하는 것이 바람직하다.

가. 신뢰관계 있는 자의 동석

개정안 제16조의2제4항은 “검사는 제1항의 피해자 또는 법정대리인에게

피해자와 신뢰관계에 있는 사람의 동석을 희망하는지 여부를 확인하고, 원하는 경우에는 가급적 동석을 허용하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

피해자의 조사과정에서 신뢰관계자의 동석허용과 관련하여, 2003년 12월 11일 개정되어(법률 제6995호) 2004년 3월 12일부터 시행되고 있는 “성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 ‘성폭력특별법’ 이라 함)”은 제22조의3(신뢰관계에 있는 자 등의 동석) 제2항에 “수사기관이 제1항의 피해자를 조사하는 경우에는 피해자 또는 법정대리인의 신청에 의하여 피해자가 지정하는 자를 동석하게 할 수 있다”고 규정하고, 동조 제3항에 “법원 또는 수사기관은 제21조의2제2항의 요건에 해당하는 피해자(13세 미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 때)를 신문 또는 조사하는 때에는 재판이나 수사에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다” 라는 조항을 신설하고 있다.

즉, 성폭력특별법 제22조의3제2항은 피해자와 법정대리인이 신뢰관계있는 자의 동석을 신청할 수 있도록 규정하고 있으며, 동법 동조 제3항은 피해자가 13세 미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 때에는 신뢰관계 있는 자의 동석을 검사의 재량사항이 아니라 반드시 동석하게 하여야 하는 필요적 사항으로 규정하고 있는 것이다.

그런데, 개정안 제16조의2제4항은 성폭력특별법 제22조의3제2항만을 반영하고 제3항은 고려하지 못한 것으로 보인다.

따라서, 개정안 제16조의2제4항 단서 또는 별도의 항을 신설하여 “검사는 13세 미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 제1항의 피해자를 신문 또는 조사하는 때에는 재판이나 수사에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.”라는 조항을 마련하는 것이 바람직하다.

나. 촬영 가능한 조사실의 설치

개정안 제16조의2제5항에서는 “피해자가 청소년이거나 신체 장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 때에는 피해자측이 원하지 않는 경우를 제외하고는 그 진술내용과 조사과정을 촬

영・보존하여야 한다” 고 규정하고 있다.

이와 관련하여 개정 성폭력특별법은 제21조의2(영상물의 촬영・보존)를 신설하여, 제2항에서 “피해자가 13세 미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 때에는 피해자의 진술내용과 조사과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치에 의하여 촬영・보존하여야 한다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 않는 의사를 표시한 때에는 촬영을 하여서는 아니된다” 고 규정하고 있다.

또한, 개정 성폭력특별법은 제22조의4(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문)를 신설하여, 제1항에서 “법원은 제2조제1항제3호 내지 제5호의 규정에 의한 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문할 수 있다. 제1항의 규정에 의한 증인신문의 절차・방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다”고 규정하고 있다.

이에 따라 대법원은 2004년 3월 12일 대법원규칙 제1878호로 “성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률제22조의4제1항의증인신문에관한규칙”을 제정하여 시행하고 있다.

동 규칙 제3조는 “법원은 증인을 법정 외의 장소로서 비디오 등 중계장치가 설치된 증언실에 출석하게 하고” 라고 하여 법정 외의 장소에 증언실을 설치하도록 규정하고 있다.

이에 비추어 볼 때, 개정안 제16조의2제5항이 이행되기 위해서는 수사기관에도 중계장치가 있는 조사실의 설치가 요구되므로, 대법원의 증인신문 규칙을 참조하여 성폭력 등 피해자 조사와 관련해서는 검찰청 내외에 중계장치가 있는 조사실의 설치를 명문화할 필요가 있다.

현재 검찰은 5월 1일부터 일선 검찰청에서 수사과정 녹음・녹화를 시범실시하고 있으며, 13세 미만 아동과 장애인 성폭력 피해자의 진술과정은 이미 4월 12일부터 녹화하여 법원에 증거로 제출하고 있는 상황이다.

따라서, 개정안 제16조의2제5항을 보완 또는 항을 신설하여 수사기관은 피해자를 검찰청 내외의 적당한 장소에 비디오 등 중계장치가 설치된 조사실에 출석하게 하여 조사해야 한다는 내용을 보완함으로써, 중계장치가 있는 조사실의 설치를 명문화하는 것이 바람직할 것이다.

다. 선불금 등 성매매와 관련된 채권무효 고지

개정안 제16조의2제6항은 “검사는 성매매 여성을 조사하는 경우 선불금 등 성매매와 관련된 채권이 법률적으로 무효임을 미리 알려주어야 한다”고 규정하고 있다.

이와 관련하여 “성매매알선등행위의처벌에관한법률” 제10조제3항은 “검사 또는 사법경찰관은 성을 파는 행위를 한 자나 성매매피해자를 조사할 때에는 제1항의 채권이 무효인 사실과 지원시설 등을 이용할 수 있음을 본인 또는 법정대리인 등에게 고지하여야 한다.” 라고 규정하고 있다.

따라서, 채권무효사실 뿐 아니라 지원시설 이용권에 대해서도 고지가 필요하므로, 개정안 제16조의2제6항을 “검사는 성을 파는 행위를 한 자나 성매매피해자를 조사할 때에는 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제10조제1항의 채권이 무효인 사실과 지원시설 등을 이용할 수 있음을 본인 또는 법정대리인 등에게 고지하여야 한다.”라고 수정하는 것이 성매매 피해 여성의 인권 보호를 위해 바람직할 것이다.

라. 용어에 관하여

개정안 제16조의2는제3항에서 “검사는 … 가급적 대질 조사는 피하여야 한다”, 제4항에서 “검사는 … 원하는 경우에는 가급적 동석을 허용하여야 한다” 라고 하여 “가급적” 이라는 용어를 사용하고 있다.

이처럼 “가급적” 이라는 용어를 조항 본문에 포함시키는 것은, 검사의 재량사항임을 강조함으로써 준칙 이행에 소극적이라고 오해받을 수 있으므로, 원칙과 예외를 분리하는 표현을 사용하는 것이 수사준칙이 의도하는 바를 정확하게 전달할 것으로 보인다.

따라서, 개정안 제16조의2제3항에서 “검사는 … 대질 조사는 피하여야 한다”, 제4항에서 “검사는 … 원하는 경우에는 동석을 허용하여야 한다” 라고 하고, 단서를 두어 대질조사가 불가피한 경우나 신뢰관계에 있는 자의 동석을 허용할 수 없는 경우를 분명하게 하는 것이 바람직할 것이다.

또한, 개정안 제16조의2제6항은 “검사는 성매매 여성을 조사하는 경우 …” 라고 하여 “성매매 여성”이라는 용어를 사용하고 있는데, “성매매알선등행위의처벌에관한법률” 제2조제1항제4호에는 “성매매피해자”라는 용어를 사용하고 있다.

따라서, “성매매 여성”이라는 용어를 “성매매피해자” 또는 “성매매 피해 여성”이라는 용어로 수정하는 것이 바람직할 것이다.

Ⅳ. 결 론

수사과정에서 인권의 보호와 향상을 위하여, 법무부의 “인권보호수사준칙개정안”은 다음과 같이 보완하는 것이 바람직할 것이다.

○ 개정안 제12조의 체포 등에 대한 신속한 통지

개정안은 검사가 피의자를 체포・구속한 경우에 “지체없이 ” 통지하도록 규정하고 있는 바, “지체 없이” 라는 용어는 그 시간적 한계가 명확하지 않아 ‘명확성의 원칙’을 위반하므로, 이와 관련한 형사소송규칙 제51조제2항 및 제3항에 유의하여 “지체 없이” 라는 막연한 용어대신 명확한 시간을 명문화하고, “급속을 요하는 경우에” 도 전화나 팩시밀리 등을 이용하여 통지하여야 한다는 것을 추가하는 것이 바람직할 것이다.

○ 개정안 제16조의2 성폭력 등 피해자 조사시 준수사항

첫째, 개정안 제16조의2제4항에서 신뢰관계 있는 자의 동석과 관련하여, 개정 성폭력특별법 제22조의3제3항이 13세미만자 등에 대해서는 필요적 사항으로 규정하고 있으므로, 이를 고려하여 개정안 제16조의2에 항을 신설하거나 단서를 두어 13세미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자에 대해서는 신뢰관계 있는 자의 동석이 검사의 재량이 아니라 반드시 동석하게 하여야 하는 필요적 사항으로 규정해야 할 것이다.

둘째, 성폭력 사건에서 피해자 등 특별한 배려가 필요한 사람들을 조사하는 경우에 개정 성폭력특별법 제22조의4에서 비디오 등 중계장치에 의한 증인 신문을 신설하였음을 고려하여, 개정안 제16조의2제5항에서 중계장치를 갖춘 조사실의 설치와 이러한 조사실에서의 조사를 규정하는 내용을 보완하는 것이 바람직할 것이다.

셋째, 개정안 제16조의2제6항은 검사가 성매매 여성을 조사하는 경우 선불금 등 성매매와 관련된 채권이 법적으로 무효임을 고지하도록 규정하고 있다. 이와 관련하여 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제10조제3항은 채권무효사실뿐 아니라 “지원시설 등의 이용가능사실”도 고지토록 하고 있다. 따라서, “지원시설 등의 이용가능사실”도 고지내용에 추가하는 것이 성매매 피해여성의 인권보호를 위해 바람직할 것이다

넷째, 용어와 관련하여, 제16조의2제3항 및 제4항에서 “가급적” 이라는 용어를 사용하여, 검사 재량을 강조함으로써 준칙이행에 소극적이라고 오해될 수 있으므로, “가급적” 이라는 용어를 삭제하여, 성폭력피해자와 가해자의 대질심문을 피하고 신뢰관계자의 동석을 허용한다는 것을 명확하게 하고, 예외가 필요한 경우를 단서로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

또한, 제16조의2제6항에서는 “성매매 여성” 이라는 용어를 사용하고 있는데, 성매매알선등행위의처벌에관한법률은 “성매매 피해자” 라는 용어를 사용하고 있으므로, “성매매 여성” 이라는 용어를 “성매매 피해자” 또는 “성매매 피해여성” 이라는 용어를 사용하는 것이 바람직할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다

2004. 5. 27.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

⑩ 소년원법시행규칙제정안에 대한 의견(2004.10.11.)

[1] 소년원법시행규칙제정안 제12조 제7호를 삭제하여 다른 보호소년의 범법·규율위반행위를 직원에게 알릴 것인지 여부를 보호소년 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 제87조제3항을 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 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 위반되므로 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 위임하는 것이 타당하며,

[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 아동의인권에관한국제협약 등에 위반될 수 있으므로 동항을 수정하여 수용기간 또는 수용일수 산정에 있어서 수용 당일을 산입함은 물론 출원일 또한 산입하여야 할 것임.

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조제1항·제3항, 제19조, 제37조제2항, 제95조, 형법 제8조, 제85조, 세계인권선언 제1조, 제3조, 제18조, 시민적·정치적권리에간한국제규약 제1조, 아동의권리에관한협약 제37조b, 소년사법운영에관한국제연합최저기준규칙 제17조제1항b, 소년자유보호에관한국제연합규칙 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
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 아동의인권에관한국제협약 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, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1조, 아동의인권에관한국제협약 제37조 b, 소년사법운영에관한국제연합최저기준규칙 제17조 1항 b, 제19조 1항 c, 소년자유보호규칙 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 양심결정의 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 시민적·정치적권리에 관한국제규약 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 규

정 자체를 삭제하고 오히려 그보다 하위법령인 시행규칙제정안에 그 세부 요건 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 입법목적을 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.

아동의인권에관한국제협약에서 소년의 자유의 박탈은 “가장 짧은 적당한 기간만 이용하도록” 하고 있으며 소년사법운영에관한국제연합최저기준규칙이 “필요최소한의 기간”, 소년자유보호규칙이 “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 제1소위원회의 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 소년원법시행규칙으로 형법 제8조에 대한 예외규정을 두는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 적법절차의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 아동의인권에관한국제협약 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

제 4 장

사회적 소수자 권리 보호 및 차별시정에 관한 결정

1. 사회적 소수자 권리 보호

- 소외계층 · 아동 청소년 · 수형자의 인권 / 재외한인 등

1 재외동포의출입국과법적지위에관한법중개정법률안에 대한 의견(2001.12.21.)

국회 법제사법위원회에서 심의 중인 재외동포법에 관한 두 건의 개정법률안 모두 국제인권법과 헌법재판소가 제시한 합리적인 차별의 범주를 충족시킬 수 없는 문제점을 가지고 있으므로, 헌법재판소가 재외동포법의 개정시한으로 제시한 2003.12.31.까지 아직 상당한 시한이 남아 있는 점을 고려하여 충분한 연구와 검토를 거친 후에 재외동포법을 개정할 것을 권고한 사례

【주 문】 국회 법제사법위원회에서 심의 중인 재외동포법에 관한 두 건의 개정법률안 모두 국제인권법과 헌법재판소가 제시한 합리적인 차별의 범주를 충족시킬 수 없는 문제점을 가지고 있다는 점을 지적하면서, 헌법재판소가 재외동포법의 개정시한으로 제시한 2003.12.31.까지 아직 상당한 시한이 남아 있는 점을 고려하여 충분한 연구와 검토를 거친 후에 재외동포법을 개정할 것을 권고하는 바입니다.

【이 유】

1. 헌법재판소는 2001.11.29. 재외동포법 제2조 제2호 및 재외동포법 시행령 제3조에 대하여 헌법에 합치하지 아니하며 2003.12.31.을 시한으로 입법자가 위 조항을 개정할 때까지 적용된다는 헌법불합치결정(99헌마494)을 선고하였습니다. 이 결정에 따라 재외동포법에 대한 두 건의 개정법률안이 제출되었는바 그 중 하나는 이주영 의원 등 22인이 발의한 법안(의안번호 1270호)이며 다른 하나는 송석찬 의원 등 24인이 발의한 법안(의안번호 1310호)입니다.

2. 재외동포법은 “재외동포”의 개념을 설정하고 이들에게 일정한 특혜를 부여하는 내용으로 되어 있습니다. 재외동포법 제2조 및 이 조항의 위임에 의하여 재외동포의 개념을 정하고 있는 법 시행령 제3조는 다음과 같습니다.

재외동포법 제2조(정의) 이 법에서 “재외동포”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자(이하 “재외국민”이라 한다)
2. 대한민국의 국적을 보유하였던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령이 정하는 자(이하 “외국국적동포”라 한다)

재외동포법시행령 제3조(외국국적동포의 정의) 법 제2조 제2호에서 “대한민국의 국적을 보유하였던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령이 정하는 자”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 대한민국 정부수립 이후에 국외로 이주한 자 중 대한민국의 국적을 상실한 자와 그 직계비속
2. 대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 자 중 외국국적 취득 이전에 대한민국의 국적을 명시적으로 확인받은 자와 그 직계비속

3. 이들 조항에 의하면 재외동포법의 적용을 받는 “재외동포”는 “재외국민”과 “외국국적동포”의 두 가지 범주로 나누어지게 됩니다. “재외국민”은 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자(법 제2조 제1호)이며 “외국국적동포”는 대한민국의 국적을 보유하였던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령이 정하는 자(법 제2조 제2호)인데 외국국적동포에 대하여는 법 시행령 제3조에서 대한민국 정부수립 이후에 국외로 이주한 자 중 대한민국의 국적을 상실한 자와 그 직계비속(같은 조 제1호) 및 대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 자 중 외국국적 취득 이전에 대한민국의 국적을 명시적으로 확인받은 자와 그 직계비속(같은 조 제2호)으로 구분하고 있습니다.

4. 한편 재외동포재단법(1997. 3. 27. 법률 제5313호) 제2조는 “재외동포”를 “대한민국 국민으로서 외국에 장기체류하거나 영주권을 취득한 자”(제1호) 및 “국적을 불문하고 한민족의 혈통을 지닌 자로서 외국에서 거주·생활하는 자”(제2호)로 규정하고 있습니다. 여기에서 전자는 재외동포법의 “재외국민”의 정의에 해당하며 후자는 재외동포법의 “외국국적동포”의 정의에 해당한다고 할 수 있으나 재외동포법 및 시행령의 규정들은 재외동포재판법에서 말하는 “재외동포” 가운데 일부를 적용대상에서 제외하고 있습니다. 다시 말하면 재외동포법의 “재외동포”의 개념은 재외동포재단법의 “재외동포”의 범주에서 “대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 자 중 외국국적 취득 이전에 대한민국의 국적을 명시적으로 확인받지 않은 자와 그 직계비속”(이하 ‘정부수립이전이주동포’라 한다)을 제외하고 있는 것입니다.

5. 재외동포법이 이처럼 “정부수립이전이주동포”를 적용대상에서 제외함으로써 차별대우하고 있는 것에 대하여 헌법재판소는 그 차별의 기준이 법이 제시하는 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있다고 할 수 없고, 차별의 정도 또한 적정한 것이라고 볼 수 없다는 이유로 헌법 제11조의 평등원칙에 위배된다고 판시하였습니다.

6. 따라서 국회 법제사법위원회에서 심의 중인 두 개의 개정법률안을 평가하는 기준은 원래의 재외동포법이 가진 불합리한 차별대우의 문제점을 인권의 관점에서 합리적으로 극복하는 기준을 마련하고 있는가 하는 점이 되어야 할 것입니다. 그러나 우리 위원회는 이 점에 관하여 부정적인 결론에 이르렀습니다.

7. 재외동포법 및 두 개의 개정법률안이 부여하고자 하는 각종 특별대우는 기본적으로 대한민국 국민이 아닌 외국인에 대한 대우를 정하는 내용입니다. 외국인에 대한 대우는 원칙적으로 세계인권선언, 시민적·정치적권리에관한국제규약, 경제적·사회적·문화적권리에관한국제조약, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 등을 비롯한 국제조약과 외국인의 체류국 및 국적국 사이에 체결된 우호통상항해조약, 그리고 체류국의 국내법에 의해 규율됩니다.

8. 일반적인 원칙에 의하면 각 국은 외국인에게 부여하는 혜택의 범위를 확대할 수 있습니다. 그러나 특정 외국인에 대한 혜택부여는 내정간섭이라는 외교문제를 불러일으킬 소지가 있을 뿐 아니라, 그 혜택을 받지 못하는 외국인과의 사이에서 필연적으로 차별대우가 되기 때문에 그 차별이 합리적인 차별인가 하는 점에 관하여 헌법은 물론 우리나라가 비준한 국제인권조약 및 일반적으로 승인된 국제법의 원칙에 합치해야 할 것입니다.

9. 어떠한 차별대우가 합리적 차별로서 평등권 침해를 구성하지 않기 위해서는 헌법재판소가 판시한 바와 같이 첫째, 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 것이어야 하며, 둘째 차별의 기준이 그 목적을 실현하는 데 실질적인 관계가 있어야 하며, 셋째, 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 합니다. 여기서 차별 목적의 정당성을 해석하는 데 반드시 고려해야 할 것은 그 차별의 사유가 국제인권법에서 허용하는 정당한 것이어야 하는가 하는 점입니다.

10. 이주영 의원 등이 제출한 의안번호 1270호는 “외국국적을 취득한 자 중 대한민국의 국적을 보유하였던 자 및 그 직계비속과 부모의 쌍방 또는 일방이 한민족의 혈통을 가졌음을 확인받은 자로서 대통령령이 정하는 자”로 재외동포의 개념을 설정하고 있습니다. 다시 말하면 이 법안은 재외동포의 기본적인 기준으로 국적을 제시하면서 보충적인 기준으로 한민족의 혈통보유 여부를 제시하면서 혈통보유 여부의 확인을 하위입법에 위임하고 있습니다.

11. 그러나 이 법안은 “한민족의 혈통”이라는 개념을 재외동포에 대한 특혜부여의 기준으로 제시함으로써 무엇보다도 먼저 재외동포법의 제정과정에서 문제로 제기되었던 인종주의에 바탕을 둔 입법이라는 비판을 받을 여지가 있습니다. 널리 알려진 바와 같이 인종을 토대로 한 차별대우는 세계인권선언을 필두로 한 현대 국제인권법에서 무엇보다도 먼저 금지하는 차별사유에 해당하는 것입니다.

12. 세계인권선언은 제2조에서 “모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지

위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다." 라고 규정하고 있습니다. 또 우리나라가 비준하여 국내법과 같은 효력을 가진 시민적·정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)도 제2조에서 "이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다." 라고 정하여 "인종"은 어떠한 경우에도 차별의 사유가 될 수 없다는 원칙을 선언하고 있습니다.

13. 이러한 원칙을 구체화한 국제조약인 "모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 이하 "인종차별철폐협약")은 제1조 제1호에서 "이 협약에서 '인종차별'이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우" 라고 선언한 다음 제2조 제1항 (a)호에서는 모든 체약국에 대하여 "인종차별을 규탄하며 모든 형태의 인종차별 철폐와 인종간의 이해증진 정책을 적절한 방법으로 지체없이 추구할 책임"을 부여한 다음 이 목적을 위하여 "인간이나 인간의 집단 또는 단체에 대한 인종차별 행위를 하지 않을 의무 또는 인종차별을 실시하지 않을 의무를 지며 또한 모든 국가 및 지방공공기관과 공공단체가 그러한 의무에 따라 행동하도록 보증할 의무"를 부과하고 있습니다.

14. 인종차별철폐협약은 더 나아가 제5조에서 "제2조에 규정된 기본적 의무에 따라 체약국은 특히 아래의 제 권리를 향유함에 있어서 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 구별없이 만인의 권리를 법 앞에 평등하게 보장하고 모든 형태의 인종차별을 금지하고 폐지할 의무를 진다."고 규정한 다음 인종을 이유로 한 차별이 금지되는 기본권의 영역을 광범위하여 열거하고 있습니다.

(a) 법원 및 기타 모든 사법기관 앞에서 평등한 대우를 받을 권리

(b) 정부 관리에 의해 자행되거나 또는 개인, 집단 또는 단체에 의해 자행되거나 간에 폭행 또는 신체적 피해에 대하여 국가가 부여하는 인간의 안전 및 보호를 받을 권리

(c) 정치적 권리 특히 선거에 참가하는 권리, 보통·평등 선거의 기초 위에서 투표하고 입후보하는 권리, 각급 공공업무의 행사는 물론 정부에 참여하는 권리 그리고 공공업무에의 평등한 접근을 할 권리

(d) 기타의 민권 특히

(ⅰ) 당해 체약국 국경 이내에서의 거주이전의 자유에 대한 권리

(ⅱ) 자국을 포함 모든 국가로부터 출국하고 자국으로 귀국하는 권리

(ⅲ) 국적 취득권

(ⅳ) 혼인 및 배우자 선택권

(ⅴ) 단독 및 공공재산 소유권

(ⅵ) 상속권

(ⅶ) 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리

(ⅷ) 의견과 표현의 자유에 대한 권리

(ⅸ) 평화적인 집회와 결사의 자유에 대한 권리

(e) 경제적, 사회적 및 문화적 권리 특히

(ⅰ) 근로, 직업 선택의 자유, 공정하고 알맞는 근로조건, 실업에 대한 보호, 동일노동, 동일임금, 정당하고 알맞는 보수 등에 대한 권리

(ⅱ) 노동조합 결성 및 가입권

(ⅲ) 주거에 대한 권리

(ⅳ) 공중보건, 의료, 사회보장 및 사회봉사에 대한 권리

(ⅴ) 교육과 훈련에 대한 권리

(ⅵ) 문화적 활동에의 균등 참여에 대한 권리

(f) 운송, 호텔, 음식점, 카페, 극장 및 공원과 같은 공중이 사용하는 모든 장소 또는 시설에 접근하는 권리

15. 그런데 위 법안(의안번호 1270호)에서 말하는 “부모의 쌍방 또는 일방이 한민족의 혈통을 가졌음을 확인받은 자”라 함은, 그 혈통의 확인방법을 어떤 기준과 절차에 따라서 정한다고 하더라도 앞에서 본 국제인권법, 특히 인종차별철폐협약 제1조 제1호에서 말하는 “인종에 근거를 둔 우선권”에

해당하며, 이 법안의 적용을 받는 재외동포가 누리는 다양한 혜택은 결국 위 협약 제5조에서 차별을 금지하는 인권의 영역에 속한다고 볼 여지가 있다고 하겠습니다.

16. 한편, 이 개정법률안에 의한 재외동포법이 재외동포에게 보다 축소된 혜택을 부과한다고 하더라도 결국 외국인 사이에 혈통, 즉 인종을 바탕으로 한 차별대우에 해당하기 때문에 이 개정안이 통과되어 시행될 경우 이 법에 의한 혜택에서 제외되는 외국인 노동자들이 이 법안에 따른 재외동포에게 적용되는 수준의 대우를 요구하며 위헌론을 제기할 가능성도 높아 보입니다.

17. 한편 송석찬 의원 등이 제출한 의안번호 1310호의 법률안은 “대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 자로 외국국적을 취득한 자와 그 직계비속 중 대통령령이 정하는 자”로 재외동포에 드는 사람의 범주를 확대하고 있습니다. 이 법안에 의하면 현행 재외동포법의 헌법불합치결정을 불러온 중국 또는 러시아 등지에 거주하는 재외동포들을 포괄할 수 있게 되는 반면, “대한민국정부수립 이전에 국외로 이주한 자로 외국국적을 취득하지 아니한 자”, 즉, 재일동포들 가운데 대한민국은 물론 북한의 국적을 취득하지 않고 그대로 남아 있는 이른바 “조선적”을 가진 사람들을 배제하게 되는 문제점이 있습니다.

18. 이른바 “조선적”을 가진 동포들은 조국의 분단상황을 거부하면서 남과 북 어디도 선택하지 않고 다양한 불이익을 감수하면서도 체류국의 국적 취득을 거부하며 살아온 사람들로서 이들에 대한 대한민국 정부의 보호의무는 다른 범주의 동포들에 대한 것과 조금도 다르지 않다고 할 수 있습니다. 따라서 이들을 이 법의 적용대상에서 제외할 경우 또다시 위헌론이 제기될 것이고 이 개정법률안의 기준은 불합리한 차별이 될 수 있다.

19. 이 점에 본다면 이주영 의원 등이 제출한 개정법률안(의안번호 1270호)은 조선적의 동포를 포괄할 수 있는 장점은 있으나 앞에서 본 것과 같이 인종주의에 바탕을 둔 법이라는 문제점을 가지고 있습니다.

20. 헌법재판소가 요구하는 바와 같이 재외동포법을 국제인권법의 기준에 합치하는 법률로 개정하기 위해서는 이른바 “조선적”을 가진 사람들을 포함하는 기준을 마련할 필요가 있습니다. 그리고 더 나아가 대한민국법 상 외국인에 해당하는 이상 재외동포에 대한 특혜가 국내에 거주하는 다른 외국인과의 관계에서 불합리한 차별에 해당할 소지는 없는지 면밀하고 신중하게 검토할 필요가 있다고 하겠습니다. 이러한 문제는 대한민국이 일본의 강점으로부터 해방됨으로써 성립되었다는 점에서 대한제국(조선)의 국민이었던 사람들이 일본의 병합에 따라 일본국적을 취득하였으며 이들이 국외로 이주하고 새로운 국적을 취득하거나 혹은 취득하지 않은 과정 등에 관하여 깊은 연구와 검토를 함으로써 해결해야 할 것입니다.

21. 따라서 우리 위원회로서는 귀 위원회에서 의견을 요청하신 두 법안이 모두 국제인권법과 헌법재판소가 제시한 합리적인 차별의 범주를 충족시킬 수 없는 문제점을 가지고 있다는 점을 지적하면서, 헌법재판소가 재외동포법의 개정시한으로 제시한 2003.12.31.까지 아직 상당한 시한이 남아 있는 점을 고려하여 충분한 연구와 검토를 거친 후에 재외동포법을 개정할 것을 권고하는 바입니다.

2001. 12. 21.

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

2 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률시행령개정안에대한 의견(2002.5.2.)

[1] 북한이탈주민의보호및정책지원에관한법률시행령개정안중 제42조제2항 후단의 신설규정은 위임입법의 한계를 벗어나므로 철회되어야 함.

[2] 모법에 해외여행 제한에 관한 규정을 두어 시행할 수는 있으나, 투명한 운영을 위하여는 법체계상 여권법이나 출입국관리법에 의하여 이를 제한하는 방식을 취하는 것이 타당함.

Ⅰ. 검토배경

1. 검토경위

통일부에서는 2002.4.22. “북한이탈주민 관련 법률시행령 개정안”을 국가인권위원회에 통보하였습니다(통일부 정착 31630-197). “북한이탈주민의 사회적응을 제고하기 위한 정착지원 방안을 강구하고 직업훈련제도 및 취업보호 절차 등을 보완·정비함으로써 법령 시행상의 문제점을 해소”하고자 한다는 것이 통일부의 개정안의 제안이유 및 주요골자입니다.

이에 국가인권위원회는 개정안을 검토하였고, 개정안의 제42조제2항의 후단 신설규정이 모법인 “북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률”(이하 “법”)의 위임범위를 벗어난 것으로 판단하였고, 아울러 개정되지 않는 부분의 시행령에 대해서도 약간의 의견을 형성하게 되었습니다.

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호에 따라 위 개정안 및 시행령에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 개정안 제42조제2항

“② 제1항의 규정에 의한 신변보호에 관하여 필요한 사항은 통일부 장관과 국가정보원장이 협의하여 정하되, 필요하다고 인정되는 경우 해외여행 제한등에 관한 사항은 외교통상부장관 또는 법무부장관의 의견을 들을 수

있다.”

이 신설규정은 법의 보호대상자에게 해외여행을 제한할 수 있는 근거를 만들려고 하고 있으며, 이것은 법제22조의 “거주지보호”와 관련한 사항으로, 해외여행 제한시 협의대상기관으로 출입국 관련부처인 외교통상부장관과 법무부장관을 명시하고 있습니다.

Ⅱ. 신설규정의 법형식상 문제점

위 개정안의 근거가 되는 법제22조에는 거주지보호와 관련하여 “보호대상자가 정착지원시설로부터 그의 거주지로 전입한 후 정착하여 스스로 생활하는데 따른 애로사항의 해소 기타 자립·정착에 필요한 보호를 실시할 수 있다.”고 규정하는 것처럼, 보호대상자에게 도움을 줌으로써 그 정착을 지원하도록 한다는 의미이지 북한이탈주민의 자유와 권리를 제한할 수 있다는 뜻을 담고 있는 것으로는 해석되지 아니합니다. 또한 시행령 개정안에서 추가하고자 하는 해외여행 제한에 관한 사항이 법에 규정되어 있지 아니합니다. 해외여행을 제한하기 위하여는 반드시 법에 명료한 근거가 있어야 할 것입니다. 따라서 시행령개정안은 법의 위임범위를 일탈한 것으로 판단됩니다.

Ⅲ. 신설규정의 내용상 문제점

1. 국민의 해외여행 제한

국민의 거주·이전의 자유(헌법 제14조)는 국민의 기본권으로서 여기에는 자기 나라를 포함하여 어떠한 나라로부터도 자유로이 떠날 권리를 포함하는 것으로 해석됩니다(시민적·정치적권리에관한국제규약 (제12조제2항)). 국가가 이를 제한하기 위해서는 헌법 제37조제2항 및 시민적·정치적권리에관한국제규약 제12조제3항에 따라 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써” 제한할 수 있을 뿐입니다.

2. 북한이탈주민에 대한 해외여행 제한

원칙적으로 북한이탈주민에 대한 해외여행 제한은 국민에 대한 해외여행 제한과 동일하게 취급되어야 하며, 만약 북한이탈주민의 해외여행의 자유를 제한할 합리적인 필요가 있다면 다른 경우와 마찬가지로 여권법이나 출입국관리법에 의하여 규율되어야 하는 것이 올바른 방향입니다.

다만 북한이탈주민에게 일반인과 달리 규정해야 할 내용적 특수성이 있다면 근거법에서 해외여행의 자유를 제한할 수 있는 근거규정과 그 절차와 방법, 대상자의 권리를 보호하기 위한 절차와 방법에 관한 기본적인 사항을 규정해야 할 것입니다.

3. 해외여행의 자유에 대한 제한의 주무기관에 관하여

북한이탈주민의 지원 등의 주체가 통일원과 국가정보원이므로 해외여행 등의 제한에 관한 사항의 주무도 양 기관이 되는 것으로 상정하고 있으나, 법률상 여권 및 출입국관리 업무를 맡는 기관이 있으므로 그 제한도 여권법이나 출입국관리법 쪽에서 정하되, 통일부장관과 국가정보원장의 요청에 의하여 출국제한을 협의할 수 있는 시스템이 바람직할 것입니다.

Ⅳ. 의 견

이상 지적한 문제점처럼, 시행령개정안중 제42조제2항 후단의 신설규정은 위임입법의 한계를 벗어나므로 마땅히 철회되어야 할 것입니다. 또한 모법에 해외여행 제한에 관한 규정을 두어 시행할 수는 있으나, 투명한 운영을 위하여는 법체계상 여권법이나 출입국관리법에 의하여 이를 제한하는 방식을 취하여야 할 것입니다.

Ⅴ. 부수의견– 시행령개정안에 포함되지 않은 문제점에 대하여

1. 시행령 제10조, 특히 제3호 : “기타 긴급한 사유가 있는 경우”

시행령 제10조는 북한이탈주민의 보호신청을 반드시 본인이 하게 함으로

써, 대리인을 통하여 자기의 권리를 행사할 자유를 법률의 근거 없이 제한하고 있다는 문제점이 있습니다. 나아가 제10조제3호는 본인이외의 자가 보호신청을 할 수 있는 사유로 “기타 긴급한 사유가 있는 경우”라고만 추상적으로 규정하여 본인이 직접 보호신청을 하기 힘든 사정에 있는 북한이탈주민들이 제3자나 자신의 대리인을 통하여 보호신청을 하는 것을 지나치게 제한하거나 혹은 그러한 보호신청에 대하여 통일부장관이 보호신청을 받아들이지 않을 수 있게 하고 있습니다.

2. 제17조 : 보호신청이 거부된 자에 대한 통보 문제

북한이탈주민이 한 보호신청에 대한 통일부장관의 결정은 북한이탈주민의 자유와 권리에 중대한 영향을 주는 행위이므로 자신의 신청이 받아들여지지 않은 북한이탈주민은 이의신청 및 행정소송의 제기 등을 통하여 그 처분의 합법성과 타당성을 다투고 권리를 보호받을 수 있는 기회가 제공되어야 할 것이며 법 제32조도 그러한 내용을 정하고 있으므로 보호신청을 거부당한 사람이 자신의 권리를 보호받을 수 있기 위해서는 통일부장관이 보호신청을 받아들이지 않은 이유를 신속하고 상세하게 본인이나 그 대리인에게 통보하는 것이 필수적입니다. 하지만 시행령 제17조는 통일부장관이 보호를 결정한 경우에만 그 권리와 의무, 처우내용을 고지하게 하고 있어 보호신청이 거부된 북한이탈주민의 권리보호에 미흡합니다.

3. 제21조 : 정착지원시설의 인권보호와 권리구제 절차

법상 북한이탈주민을 정착지원시설에 입소시켜 일정기간 “보호”하는 조치는 한편으로는 정착을 지원하는 것이지만 동시에 북한이탈주민의 자유와 권리를 일시적으로 제한하는 조치에 해당합니다. 그리고 이 과정에서의 직접·간접의 인권침해 발생소지를 방지하기 위해서는 법에 근거규정이 있다면 가장 바람직하겠지만, 시행령에라도 정착지원시설의 입소절차와 그 입소기간 중의 권리의무, 교육과 질서유지를 위한 조치의 범위, 그리고 북한이탈주민의 권리침해에 대한 구제절차와 방법 등을 규정하는 것이 바람직하다고 할 것입니다. 이런 점에서 본다면 정착지원시설에 단지 “고충분야상담실을 운영”할 수 있게 해 놓았을 뿐인 시행령 제21조의

내용은 북한이탈주민의 자유와 권리를 보호하기 위하여 극히 미흡하다고 할 것입니다.

4. 제41조 : 실태조사

이 조항 역시 법 제22조제1항에 근거한 것인데 법 제22조제1항은 문자 그대로 북한이탈주민의 애로사항을 해소하고 자립과 정착을 지원할 수 있다는 내용을 담고 있을 뿐입니다. 그런데 시행령 제41조의 실태조사규정은 비록 실태조사가 북한이탈주민의 자립과 정착을 지원하는 데 필요한 부분이 있다고 하더라도 그 실태조사의 내용과 절차, 방법에 따라서는 대상자의 자유와 권리를 침해할 가능성을 내포하고 있습니다. 따라서 이 조항 역시 조사의 대상이 되는 북한이탈주민의 자유와 권리를 침해할 가능성이 없도록 조사의 내용과 절차, 방법, 권리구제의 절차와 방법을 명확하게 규정하는 방향으로 개정하는 것이 바람직 할 것 입니다.

2002. 5. 2.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3-1 국립소록도병원운영등에관한규칙제정안에 대한 의견(2002.5.2.)

[1] 국립소록도병원운영규칙제정안은 한센병은 전염성이 거의 없음에도 불구하고, 전염성이 있는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보여지는 바, 환자들에 대해 다음과 같이 지나친 권리제한이 가해짐으로써 인권침해가 우려되며,

[2] 또한 형식적인 면에서 규칙안의 성질상 포함할 수 있는 범주를 넘어서는 규정들 - 자치회, 자립복지기금에 대한 규정 등- 을 포함하고 있고, 환자의 개념이 포괄적으로 되어 있어 입원하지 않은 환자에 대해서도 병원의 관할권이 확장되어 상위법의 근거가 없는 권리제한을 가져오게 됨. 그리고 입원환자에 대해서도 면회, 입퇴원, 외출, 외박 등과 관련하여, 환자의 의사가 존중되지 않고, 지나친 제한을 가하여 인권이 침해될 우려가 있으며, 원장의 권한이 비대한 반면 이를 견제할 장치와 절차가 전혀 없음.

[3] 이러한 입법은 적용대상 환자의 직접적인 인권침해를 가져오며, 한센병에 대한 사회일반의 인식을 오도하여 편견에 기한 차별을 가져올 우려가 있음. 이러한 차별은 같은 질병을 가진 다른 곳에서 치료를 받고 있는 환자들과 병력자들에 대해서도 인권침해를 가져올 수 있음.

[4] 따라서 국가인권위원회는 기존의 복지부훈령이나 병원 내규로 환자의 권리를 제한하였던 것을 규칙으로 제정하고자 하는 것에는 동의하지만, 그 내용에 관하여는 위에서 제안한 사항을 충분히 반영하여 제정하여 줄 것을 촉구함.

1. 검토의 배경

가. 보건복지부는 2002. 4. 12.에 국립소록도병원운영등에관한규칙(안)(이하 “규칙안”)을 제정하면서 국가인권위원회에 협의를 요청(질병 65341-204)하였습니다.

나. 규칙안 중 한센병환자등의 입・퇴원의 기준과 절차, 자치회의 활동, 일반인의 출입통제와 관련한 여러 조문에 인간의 존엄과 가치 및 자유와 권리에 관련된 사항들이 다수 포함되어 있습니다.

다. 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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 규칙안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령안”에 해당하는 것입니다.

라. 국가인권위원회는 관련 전문가 및 학자의 자문을 거쳐 규칙안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 규칙의 내용

가. 보건복지부의 규칙안 제정사유는 다음과 같습니다.
“국립소록도병원에서 치료를 받고 있는 한센병환자등에 관한 사항을 국립소록도병원운영규정(보건복지부훈령 제690호)과 국립소록도병원운영세칙(국립소록도병원예규 제108호)등으로 규정하여 오다가 한센병환자등의 입・퇴원과 면회 및 외출・외박, 일반인의 출입통제 등에 관한 규정은 환자의 권리와 의무에 관한 사항으로서 상위법령에 근거가 있어야 할 것이므로 한센병환자의 치료와 지원에 관한 사항을 보건복지부령으로 제정하려는 것임.”

나. 규칙안은 “환자”의 정의를 규정하고, 입・퇴원 절차, 환자의 면회와 외출・외박, 자치회, 자립복지기금, 사망자의 처리, 방문자의 준수사항 등을 규정하고 있습니다.

3. 검토 기준 및 근거

가. 법적인 기준
(1) 헌법상 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를

보장할 의무를 지며(제10조) 특히 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회보장, 사회복지의 증진에 노력해야 하며 질병 등의 사유로 생활능력이 없는 국민을 보호해야 할 의무가 있습니다(제34조).

(2) 경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)은 특히 모든 사람의 건강에 대한 권리를 명시적으로 인정하고 있으며(제12조), 국가는 이에 따른 의무를 부담합니다.

(3) 국제보건기구 한센병 전문위원회(WHO Expert Committee on Leprosy)는 한센병환자와 한센병력자가 고용, 교육, 이동과 같은 영역에서 제한을 받아서는 안되며, 한센병에 대한 편견을 증가시킬 수 있는 특별한 법적 조치들은 폐지되어야 한다고 권고한 바 있습니다.

(4) 헌법은 '국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장・질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(제37조)'고 하고 있습니다.

(5) 전염법예방법은 전염병환자의 인권을 존중하고 보호할 국가의 의무를 규정하고 있는데(제3조의2,제1항), 전염병환자의 인권을 제한하는 것은 기본적으로 이 법률에 따라야 합니다.

(6) 한센병 환자에 대한 처우 역시 이러한 법적인 원칙에 근거하여 설정되고 판단해야 합니다.

나. 한센병의 특성 및 환자의 대우

(1) 전염병의 발생과 유행을 방지하기 위해 환자의 권리를 제한하려면그 병이 어느 정도 전염성이 있는지가 우선하여 검토되어야 합니다.

(2) 전문가의 견해에 의하면, 한센병은 약간의 투약으로 전염성을 무시할 수 있을 정도로 낮출 수 있기 때문에 전염병예방법에서 말하는 격리수용의 필요가 없습니다. 규칙안도 기본적으로는 강제 격리수용을 배제하고 환자의 자발적 의사에 의한 입원을 전제로 하고 있는 것처럼 보입니다. 따라서 강제 격리수용과 같은 효과를 내서 환자의 자유와 권리를 침해할 가능성이 있는 내용이 포함되어서는 안될 것입니다.

(3) 한센병이 전염성이 없다고 한다면, 소록도병원은 스스로 치료 또는 요양할 능력이 없거나 한센병의 특수성으로 인하여 치료를 받은 후 노동능

력을 물리적으로 혹은 사회적으로 상실한 자를 위하여 국가가 진단과 치료, 요양, 재활 등을 지원함으로써 그들의 인권을 보호하는 국가의 의무를 이행하는 기관으로 이해해야 할 것입니다. 따라서 규칙안은 이러한 목적을 달성하는 데 필요한 범위에서 병원의 운영 및 운영과 관련하여 환자들이 지켜야 할 사항을 규정하는 데 그쳐야 할 것입니다.

(4) 국립소록도병원은 국가가 설치하여 운영하는 공공시설이므로 그 목적달성과 질서유지를 위하여 필요한 범위에서 환자들의 권리의무를 일정한 범위에서 제한할 수 있을 것입니다. 그러나 효과적인 치료와 보호, 합리적인 범위의 질서유지목적을 넘어서는 제한을 가해서는 안 될 것입니다.

(5) 일정한 공적 목적달성을 위하여 필요하다고 하더라도 정부조직법을 근거법으로 삼아 행정기관의 조직과 정원, 운영에 관한 사항을 정할 수 있을 뿐인 규칙안의 성격상, 한계를 벗어나는 내용을 담아서는 안된다는 본질적 제한이 있습니다.

4. 규칙안의 문제점

가. 형식상의 문제점

(1) 법체계상의 문제

(가) 규칙안은 정부조직법에 근거하여 보건복지부의 직제와 정원을 규정한 대통령령인 보건복지부및그소속기관직제(이하 “직제”)와 그 아래의 부령인 보건복지부와그소속기관직제시행규칙(이하 “직제시행규칙”)의 제7장에 정한 국립소록도병원에 관한 규정들의 시행과 관련된 것입니다.

(나) 따라서 이 규칙안은 보건복지부의 소속기관인 소록도병원의 조직과 운영에 관한 구체적인 사항을 정할 수 있을 뿐이며, 그 운영에 관한 행정적인 사항이 소록도병원에 입원하거나 그 병원에서 치료를 받는 사람들에게 간접적으로 영향을 미칠 경우 앞에서 본 바와 같은 법원칙에 합치해야 할 것입니다. 그런데 규칙안은 그러한 법체계와 형식의 한계를 뛰어넘어 환자들의 자유와 권리를 직접 제한하고 의무를 부과하는 내용의 규정을 두고 있는 바, 이는 행정기관의 조직과 운영에 관한 사항을 정하는 규칙의 한계를 벗어난 것입니다.

(2) 법적용 범위의 문제

(가) 관련 행정기관에 문의한 바에 따르면, 소록도는 보건복지부의 직

속관할로 되어 있고, 소록도 전체를 병원 시설로 보고 있다고 하며, 규칙안 역시 병원의 관할권이 소록도 전체에 미치는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보입니다. 그러나 이는 사실에 반할 뿐 아니라 법리상 성립할 수 없는 것입니다.

(나) 법률상으로나 의학적으로나 한센병환자들이 더 이상 강제격리될 수 있는 사람들이 아닌 만큼, 소록도병원에 입원하지 아니한 채 소록도에 거주하는 주민에게까지 소록도병원규칙을 적용하는 것은 잘못된 일이라고 평가됩니다.

(다)소록도라는 행정구역 자체를 소록도병원으로 파악하는 것이 잘못된 일인 만큼 소록도병원장의 권한이 소록도라는 섬 전반에 미치는 것과 같은 오해를 불러일으킬 수 있는 조항들도 수정되어야 할 것입니다.

(3) 개별 조항의 검토

(가) 자치회의 운영

규칙안 제12조는 자치회의 조직과 운영에 관하여 규정하고 있습니다. 그러나, 자치회에 관한 사항은 기본적으로 이 규칙안으로 규율할 수 있는 사항이 아니라고 판단되며, 규율할 수 있다고 하더라도 그 내용은 병원의 운영에 필요한 최소한의 사항에 국한해야 하는 것이며 그 범위를 넘어서는 안 될 것입니다.

병원장의 고유권한에 대하여는 규칙안에 규정을 두지 않더라도 자치회가 관여할 수 없는 것이므로, 이를 빌미로 자치회의 활동범위를 제한한다거나 대표자를 포함한 임원의 숫자와 선출방법, 대표자 및 자치회 회칙에 대한 원장의 승인 등을 정한 것은 규칙안에서 정할 수 있는 법적인 한계를 벗어났다고 하겠습니다.

자치회는 환자들의 권익을 대표하는 기구로서 대내적인 민주성과 대외적인 독립성을 갖추어 자치적으로 운영되도록 해야 할 것입니다.

(나) 방문자의 준수 사항

규칙안 제18조는 방문자의 준수사항을 규정하고 있습니다. 그러나 제18조는 소록도병원의 관리 및 운영에 관한 병원장의 권한에 속한다고 볼 수 없는 사항을 규정한 것이라 하겠습니다. 이러한 규정을 두지 않더라도 방문자는 당연히 주거시설 거주자들의 사생활과 주거의 안전을 해쳐서는 안되며, 공공시설을 훼손해서는 안되는 것입니다.

환자가 거주하는 지역에 대한 출입을 통제할 병리학적인 이유는 없으므

로, 이에 관한 사항은 자치회에서 통제하는 것이 타당할 것입니다. 병원은 방문객이 병원건물 내에서 진료 및 치료에 지장을 주는 경우에 이를 통제할 수 있다고 하겠습니다.

(다) 자립복지기금의 운영

자립복지기금 역시 소록도병원의 예산으로 지원한 부분이 있다면 그 부분의 적정한 사용에 관하여 병원장이 감시 내지 감독할 수 있는 여지가 있을 수 있겠으나, 그 밖의 사항을 규칙안에 정하거나 원장에게 보고하도록 하는 것은 권한을 넘은 규정들이라고 하겠습니다.

나. 내용상의 문제점

(1) “환자”의 개념

(가) 규칙안에서는 “환자”를 한센병환자(피부도말 검사결과 세균지수가 양성으로 나타나거나 활동성 임상증후군이 나타나는 자)와 한센병력자(활동성 임상증후군이 없어지고 그 증상의 진행이 정지된 자)를 포함하는 개념으로 규정하고 있습니다(제2조).

(나) 그러나, 전문가의 의학적 의견에 따르면, 전염성 여부에 있어서 한센병환자를 규칙안에서 규정하는 바와 같이 구분하는 것은 불합리한 것으로 보입니다. 이러한 구분에 따르면 소록도에 있되 입원하지 않은 병력자도 입원환자와 같이 규칙안의 적용을 받게 될 수 있습니다. 이러한 오해의 소지가 없도록 환자의 개념을 병원에 입원한 환자와 병원에 입원하지 않은 소록도 거주자로 구분하는 것이 적절하다고 생각됩니다.

(다) 병원규칙은 환자들의 진료와 치료, 재활, 요양 등의 목적을 달성하는 데 필요한 범위안에서 환자들의 권리의무에 영향을 미치는 병원의 운영에 관한 사항을 정할 수 있을 뿐입니다. 따라서 원칙적으로 그 적용대상은 입원환자가 되어야 하며, 입원하지 않은 병력자의 경우에는 통원치료에 관한 사항에 한하여 적용할 수 있을 것입니다.

(2) 입원에 대한 제한

(가) 규칙안은 입원에 관하여 원장이 환자의 입원적격여부를 심사하여 적격자에 대하여는 입원조치를 하여야 한다고 하고 있습니다(제5조). 그러나 한센병의 성질상 입원여부는 치료받고자 하는 환자의 의사(意思)와 증상에 따라 결정되어야 하는 것입니다.

(나) 별지1호 서식을 보면 "신청인(입원환자와의 관계)"라고 하여 가족

등 환자가 아닌 제3자가 입원신청을 할 수 있는 것처럼 되어 있습니다. 그리고 입원신청이 있는 경우 "적격자에 대하여는 입원조치하여야 한다"고 정하여 결국 환자가 자신의 의사에 반하여 가족 등 제3자의 신청으로 강제입원될 수 있는 것처럼 해석될 여지가 있는바, 이는 법리상 불가능한 것이므로 오해의 소지가 없도록 규정해야 할 것입니다.

(3) 병사 및 주거시설 배치

(가) 규칙안은 원장이 환자를 주거시설이나 병사에 배치할 때, 치료와 거주 이동 등 환자의 편익을 고려하도록 되어있습니다(제6조). 그런데, 이것은 환자의 의사가 전혀 반영되지 않아 인권침해의 소지가 있습니다. 병사에 배치하는데 있어서 환자의 의사를 최대한 반영하도록 하여야 할 것입니다. 또한 제6조제2항에서 임상증상이 진행 중에 있는 자라 할지라도 전염성이 없는 경우에 다른 환자와 분리하여 치료하는 것은 근거없는 자유의 제한이 될 것입니다.

(나) 주거시설에 배치할 때 원장이 관여하는 것은, 정당한 근거없이 헌법(제14조)과 시민적·정치적권리에관한국제규약(제12조제1항)이 규정하고 있는 "거주이전의 자유"를 침해하는 결과를 가져옵니다. 다른 지역의 정착마을에서 누구를 어디에 배치하는지에 대해서 보건소장이나 군수 등이 아무런 권한이 없는데, 소록도의 병력자들에 대해서만 이러한 제한이 가해져야할 특별한 이유는 없을 것입니다.

(4) 치료 및 검사

규칙안은 제7조에서 한센균 검사를 환자의 의무사항으로 규정하고 있습니다. 명시적이지는 않지만, 이를 치료판정 기준으로 사용하는 것으로 보여집니다. 그러나 전문가의 의견에 의하면 치료판정은 단순한 균의 유무가 아니라 균의 형태지수를 산정하여, 치료유무를 판단하여야 합니다. 그리고 이러한 경우에도, 일단 항생제 치료를 한 환자의 경우에는 전염성이 없으므로 이를 강제할 근거는 없는 것으로 보입니다.

(5) 환자의 면회

(가) 규칙안 제9조는 환자에 대한 면회를 원장의 허가사항으로 정하고 있는데, 여기서 말하는 환자의 범위는 조문의 목적상 "입원환자"로 특정하는 것이 옳습니다. 거주시설 병력자의 면회와 숙박에 대해서 원장이 개입하는 것은 정당한 근거가 없는 사생활 침해가 될 것입니다.

(나) 환자에 대한 면회제한은 환자뿐만 아니라 그 가족 등 제3자의 기

본권을 제한하는 효과를 가지므로 필요한 경우에 최소한으로 제한하는 것이 타당하며, 특히 한센병 환자들이 장기간 입원할 가능성이 높다는 점을 고려하면 면회의 제한은 더욱 신중할 필요가 있다고 하겠습니다.

(다) 따라서 타인에 대한 전염가능성이 있는 환자와 그렇지 않은 환자를 구분하여 합리적으로 병원의 질서있는 운영에 필요한 범위 안에서 그 제한의 사유와 절차를 구체적으로 정하는 것이 옳을 것입니다.

(6) 환자의 외출・외박 제한

(가) 제10조에서는 환자의 외출과 외박에 관한 규정을 두고 있습니다. 한센병의 의학적 특성을 고려할 때 외출 또는 외박을 15일의 범위로 제한해야 할 정당한 사유가 없는 것으로 판단됩니다.

(나) 특히 한센병환자의 입원과 퇴원이 환자의 자유의사에 따라 이루어져야 한다는 원칙에 비추어 보면 원장이 이를 “허가”한다고 규정한 것은 물론 “외출외박증”의 교부와 반환을 규정하고 있는 규칙안은 적절하지 않다고 하겠습니다. 병원의 질서유지와 환자의 상황을 파악하기 위한 범위에서 외출과 외박의 상황을 병원측이 파악하는 것은 정당하지만, 외출외박증을 교부하고 반환하게 한다는 것은 환자의 외출과 외박이 원칙적으로 자유롭지 않고 그를 토대로 외출과 외박을 하는 환자의 행동의 자유를 통제할 수 있다는 뜻을 내포하고 있는 것으로 보이기 때문입니다.

(7) 퇴원에 대한 제한

(가) 제14조 제1항에 의하면 "퇴원을 하고자 하는 환자는 원장의 허가를 받아 퇴원할 수 있다"고 하고 있습니다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 한센병 환자가 강제격리의 대상이 될 수 없다고 한다면, 당연한 논리적 귀결로 퇴원은 환자의 자유의사에 따라 결정되어야 할 것이며, 병원장은 행정적 목적을 위하여 환자가 미리 퇴원의사를 통보하게 하는 것 이상의 규제를 할 수는 없다고 할 것입니다.

(나) 따라서 퇴원에 대한 병원장의 “허가”라는 개념은 적절하지 않으며, 만일 병원균을 타인에게 전염시킬 가능성이 있어 퇴원을 막아야 할 정당한 의학적 근거가 있을 수 있다면, 그 경우에는 환자의 권리를 보호하면서 의학적으로 타당한 검증을 거쳐 결론을 낼 수 있는 절차에 따라 퇴원여부를 “허가”하는 것이 이론적으로 가능할 것입니다. 그러나 이 문제는 전염병예방법의 하위법령에 규정되어야 할 문제이며 행정기관의 설치와 운영에 관한 규칙안에서 정하는 것은 법체계상 적절하지 않다고 하겠습니다.

(다) 규칙안에서는 다음의 경우에 환자 본인의 의사에 불구하고 퇴원조치를 할 수 있도록 규정하였습니다(제14조). '1. 제10조의 규정에 의한 외출 또는 외박 환자 중 복귀하지 아니한 자. 2. 무단 이탈자. 3. 병원 운영 및 다른 환자보호에 상당한 지장을 초래할 우려가 있다고 판단되는 자.'

(라) 규칙안에서는 대상 환자의 범위가 광범위하고 입원의 개념이 모호하기 때문에 퇴원이 퇴도를 의미할 우려가 있습니다. '퇴원'이 '퇴도'를 의미하는 경우에는, '강제 퇴원'을 당하면 주거의 자유를 침해당하는 결과를 가져올 것입니다. 소록도의 상황으로 볼 때 거주시설에 있는 환자들의 경우에는 그곳을 생활터전으로 하고 있기 때문입니다. 이러한 점에서 거주시설 병력자는 규칙안의 적용대상이 아님을 분명히 할 필요가 있음을 다시 한번 강조합니다.

(마) 또한 '퇴도'와 구분되는 개념의 '퇴원'으로 본다고 하더라도, 병원은 병원 운영과 질서유지를 위해 필요한 범위내에서 환자를 강제퇴원 시킬 수 있을 것입니다.

(8) 퇴원환자의 관할 시·군·구청장에 대한 통보 및 보건소의 관리

(가) 제15조에 의하면 소록도 병원에서 퇴원한 환자에 대하여는 거주지 관할 구청장등에게 통보하여 보건소가 관리하도록 되어 있습니다.

(나) 그러나 이러한 통보와 관리는 자칫하면 한센병 환자에 대한 국가기관의 감시와 관리로서 인권침해를 일으킬 소지가 충분하다고 하겠습니다. 따라서 이러한 조치를 하기 위해서는 법률에 근거를 두어야 하는데 규칙안에 이 내용을 정하는 것은 법체계상 옳지 않다는 것은 별론으로 하더라도, 이 내용은 전염병예방법상 제1군 전염병환자에 대한 조치보다도 더 엄격한 내용으로서 그 자체 정당화되기 어렵다고 하겠습니다.

(9) 사망자의 처리

(가) 제17조는 사망자의 처리에 대해서 유족에게 통지한 후 36시간이 경과하여도 연락이 없거나 사체인수를 거부한 경우 또는 유족 등의 소재불명 등 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 소록도병원의 장례절차를 따르도록 규정되어 있습니다.

(나) "소록도병원의 장례절차에 따라 처리"한다는 것은 인권을 침해할 가능성이 대단히 높다고 생각됩니다. 이 조항은 적어도 다음과 같은 이유에서 극히 불합리하며 인권보호의 기준에 미달하므로 전면적으로 수정되어야 할 것입니다.

첫째, 이 내용은 소록도병원규칙안에서 정할 수 있는 사항이 아니라고 판단됩니다. 둘째, 장사등에관한법률과 시행령, 시행규칙, 시체해부및보존에관한법률과 시행령, 시행규칙 등에 정한, 인수자가 없는 사체처리 원칙과 절차에 관한 최소한의 기준조차도 충족하지 않고 있습니다. 셋째, 소록도병원에 입원한 환자의 경우 장기간 입원할 가능성이 많고, 평소 그의 가족 등의 소재 등을 병원이 충분히 파악할 수 있고, 또한 많은 경우 사망의 결과발생을 미리 예견할 수 있다는 점에서 다른 법률보다도 더 엄격한 기준이 적용되어야 함에도 그러하지 아니합니다. 넷째, 지리적 여건, 한센병환자들의 상황, 소록도병원이 국가행정기관의 하나로서 일단 입원을 하면 어느 정도의 강제력이 행사될 여지가 높다는 점에서 환자들에 대한 인권침해의 가능성이 있는 일종의 “다수인보호시설”이라고 할 수 있고 따라서 인권침해에 의한 사망사고 발생시에 그 원인과 책임소재를 규명할 수 있는 엄격한 절차가 요구되는데 그에 대한 대책이 전혀 없습니다. 다섯째, “소록도병원의 장례절차”에 관하여 어떠한 기준도 제시되어 있지 아니하므로 인권의 보호와 향상에 관한 사항을 정하기 위한 조항으로서 최소한의 요건도 갖추지 않고 있습니다.

(10) 원장의 권한

(가) 이미 해당 부분에서 지적하였지만, 소록도병원규칙안은 그 법형식 및 명칭과 달리 환자들의 인권에 직접 중대한 영향을 미치는 내용들을 포함하고 있는데도, 규칙 전반에 걸쳐 원장의 권한은 너무 비대한 반면, 이를 견제 내지 통제하고 침해된 권리를 효과적이고 신속하게 구제받을 수 있는 장치와 절차는 전혀 갖추어져 있지 아니합니다.

(나) 기본적으로 병원장이 가질 수 없는 권한들을 부여하고 있는 문제점 외에도 행정적 권한 뿐 아니라 의학적 판단에 관한 권한까지도 객관성과 공정성을 담보할 장치가 없이 병원장이 독점하고 있다는 점, 소록도병원은 한센병환자에 대한 보호기관의 성격을 가진다고 보아야 하고, 특히 장기간 입원하여 사실상 그 안에서 생활하는 환자가 많을 것이라는 점에서 일정한 범위에서 병원운영에 환자들이 참여하고 그들의 의사와 이해관계를 반영할 필요가 크다는 점에서 이 규칙안은 심각한 문제점을 가지고 있다고 판단됩니다.

5. 결론 및 제안

(가) 동 규칙안은 한센병은 전염성이 거의 없음에도 불구하고, 전염성이 있는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보여지는 바, 환자들에 대해 다음과 같이 지나친 권리제한이 가해짐으로써 인권침해가 우려됩니다.

(나) 첫째, 형식적인 면에서, 규칙안의 성질상 포함할 수 있는 범주를 넘어서는 규정들- 자치회, 자립복지기금에 대한 규정 등- 을 포함하고 있습니다. 둘째, 환자의 개념이 포괄적으로 되어 있어 입원하지 않은 환자에 대해서도 병원의 관할권이 확장되어, 상위법의 근거가 없는 권리제한을 가져오게 됩니다. 셋째, 입원환자에 대해서도 면회, 입퇴원, 외출, 외박 등과 관련하여, 환자의 의사가 존중되지 않고, 지나친 제한을 가하여 인권이 침해될 우려가 있습니다. 넷째, 원장의 권한이 비대한 반면, 이를 견제할 장치와 절차가 전혀 없습니다.

(다) 이러한 입법은 이상과 같이 적용대상환자의 직접적인 인권침해를 가져올 뿐 아니라, 한센병에 대한 사회일반의 인식을 오도하여 편견에 기한 차별을 가져올 우려가 있습니다. 이러한 차별은 같은 질병을 가진 다른 곳에서 치료를 받고 있는 환자들과 병력자들에 대해서도 인권침해를 가져올 수 있다고 생각됩니다.

(라) 따라서 국가인권위원회는 기존의 복지부훈령이나 병원 내규로 환자의 권리를 제한하였던 것을 규칙으로 제정하고자 하는 것은 환영하지만, 그 내용에 관하여는 위에서 제안한 사항을 충분히 반영하여 제정하여 줄 것을 촉구합니다.

2002. 5. 10

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3-2 국립소록도병원운영등에관한규칙제정안에 대한 개선권고의견(2002.7.22.)

1. 검토의 배경

가. 보건복지부는 2002. 4. 12.에 국립소록도병원운영등에관한규칙(안)(이하 “규칙안”)을 제정하면서 국가인권위원회에 협의를 요청(질병 65341-204)하였습니다.

나. 이에 우리 위원회에서는 2002. 5. 10. 보건복지부에 규칙(안)에 대한 의견을 제시한 바 있습니다.

다. 보건복지부는 2002. 7. 16. 우리위원회의 의견을 반영한 수정안을 작성하여 이에 대한 의견을 요청해 왔습니다.

라. 규칙수정(안)은 인권위원회의 의견을 많이 고려하여 작성되었으나, 우리 위원회의 한센병환자 및 소록도 병원에 대한 기본적인 인식이 미반영된 것을 유감스럽게 생각합니다.

마. 이에 국가인권위원회는 수정된 규칙안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 규칙(안)에 대한 의견

가. 동 규칙안은 소록도 전체를 병원 시설로 보고 있으며, 이에 따라 병원의 관할권이 소록도 전체에 미치는 것으로 파악하여 규정하고 있습니다.

나. 현재, 소록도에는 소록도병원직원과 그 가족 및 한센병환자와 한센병력자만이 거주하고 있습니다. 오랜동안 유지된 이러한 상황은 소록도라는 섬에서 격리되어 치료받아온 한센병환자, 병력자 및 그 가족들에 대한 일반

인의 편견과 오해를 야기시켜옴으로써, 한센병력자의 사회복귀를 저해해왔습니다.

다. 오늘날 한센병은 치료약의 개발과 약간의 투약으로 전염성을 무시할 수 있을 정도로 낮출 수 있기 때문에 격리수용이 필요없으며, 한센병환자들은 더 이상 격리할 필요가 있는 사람들은 아니며, 특히 병원시설내에 입원하지 않고 통원치료를 받는 한센병력자는 더욱 그러할 것입니다. 현재와 같이 소록도에 거주하는 한센병환자와 한센병력자 모두를 계속 환자로 인식하여 운영한다면, 이는 한센병환자와 병력자 및 그 가족들에 대한 편견 및 오해를 계속 유지시키는 결과를 초래할뿐만 아니라 이를 통해 한센병력자들의 사회복귀를 방해할 것입니다.

라. 소록도에 거주하는 한센병환자 및 병력자에 대한 편견과 오해를 없애고, 보건복지부가 한센사업의 목적으로 하는 "한센병 환자의 조기발견과 치료로 한센병의 전파방지 및 장애를 예방하고, 한센병력자의 등록관리를 통한 재활치료, 생계지원 등 복지차원의 보호로 건전한 사회인으로 조기복귀를 도모" 하고자 한다면, 소록도 주민들 모두가 환자라는 인식부터 철폐해야 할 것이며, 이러한 인식철폐로부터 한센병력자의 사회복귀가 가능해질 것입니다. 이는 국가의 몫이며, 이를 위한 담당국가행정기관의 노력이 있어야 할 것입니다.

마. 소록도 병원은 스스로 치료 또는 요양할 능력이 없거나 한센병의 특수성으로 인하여 치료를 받은 후 노동능력을 물리적으로 혹은 사회적으로 상실한 자를 위하여 국가가 진단과 치료, 요양, 재활 등을 지원함으로써 그들의 인권을 보호하는 국가의 의무를 이행하는 기관으로 이해해야 할 것입니다. 따라서 규칙안은 이러한 목적을 달성하는 데 필요한 범위에서 병원의 운영에 관련한 사항을 규정하는데 그쳐야 할 것임을 다시 한번 강조합니다.

바. 따라서, 규칙(안)의 환자의 정의(제2조)에서 주거시설에 거주하면서 통원치료중이거나 치료를 마치고 재활을 준비하는 한센병력자는 제외되어야 할 것이며, 자치회의 운영 및 회칙에 관한 원장의 승인권(제12조 제2항),

방문자 준수사항(제18조) 등에서, 병원운영이나 환자치료와 관련없는 병원장의 권한은 제한되어야 할 것입니다.

2002. 7. 22.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

4 부랑인복지시설설치·운영규칙중개정령안에 대한 개선권고 의견(2002.8.12.)

부랑인복지시설설치·운영규칙중개정령(안)은 부랑인복지시설의 설치와 운영에 관하여 필요한 사항을 정하는 것에 한정되며, 그 설치·운영에 관한 행정적인 사항이 적용대상자들에게 영향을 미치는 경우에는 그 자유와 권리를 제한하는 내용으로 규정되어서는 아니된다는 의견을 표명한 사례

1. 의견제시의 배경

가. 보건복지부는 2002. 7. 9.에 부랑인복지시설설치·운영규칙(이하 "개정령안")을 개정하면서 "인권의 보호와 향상에 영향을 미치는 내용을 포함하고 있는 법령을 제·개정하는 경우에 우리 위원회에 통보"하도록 규정하고 있는 국가인권위원회법 제20조제1항에 근거하여 국가인권위원회에 협의를 요청(지원 65136-285)하였습니다.

나. 개정령안에는 부랑인의 개념, 입·퇴소 등과 관련한 조문에 인간의 존엄과 가치 및 자유와 권리에 관련된 사항들이 포함되어 있습니다.

다. 국가인권위원회법 제19조제1호는 "인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명"을 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정령안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 "인권에 관한 법령안"에 해당하는 것입니다.

라. 국가인권위원회는 관련 전문가 및 학자의 자문을 거쳐 동 개정령안(입법예고)에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 개정령안에 대한 의견

가. 전반적인 의견

(1) 동 규칙은 사회복지사업법 제34조 제4항에서 보건복지부령으로 정하도록 명시한 “부랑인복지를 위한 시설의 설치・운영에 관한 사항과 부랑인 보호를 위한 시설의 입・퇴소의 기준・절차 및 직업보도 등에 관하여 필요한 사항”을 규정하고 있습니다.

(2) 규칙은 부랑인복지시설의 설치와 운영에 관하여 필요한 사항을 정하는 것에 한정되며, 그 설치・운영에 관한 행정적인 사항이 적용대상자들에게 영향을 미치는 경우에는 그 자유와 권리를 제한하는 내용으로 규정되어서는 안될 것입니다.

(3) 동 개정령안은 부랑인 시설의 운영상 나타난 미비점을 개선・보완하고자 한 것으로서, 시설운영자와 행정기관의 관점에서 행정편의를 위한 개정이라고 볼 수 있는 요소가 많습니다.

(4) 이러한 관점에서의 개정은 부랑인의 인권보호를 간과하기 쉬우며, 동 개정령안 역시 적용대상자의 인간으로서의 존엄, 자유와 권리를 제한할 우려가 있는 내용의 규정을 두고 있는 바, 이는 복지시설의 설치・운영에 관한 사항을 정하는 규칙의 한계를 벗어난 것입니다.

(5) 한편, 이러한 개정이 부랑인의 인권보호와 보다 나은 복지서비스의 제공으로 연결되는 것은 신고시설에 대한 전문인력 투입과 부랑인의 요구에 적합한 프로그램의 운영-예컨대, 부랑인에게 필수적인 의료지원과 관련하여 개정령안의 소규모 시설에 대한 지역 국・공립의료기관과의 협조체계 구축 등- 을 위한 충분한 예산을 확보・지원하는데 달려 있으며, 이는 행정기관의 노력이 필요한 부분입니다. 부랑인 시설에 대한 행정기관의 지원과 감독이 효과적으로 어우러져야 할 것입니다.

나. 개별 조항에 대한 의견

(1) 부랑인 개념에 노숙자 포함 문제(안 제2조제1호)

(가) 동 개정령안은 노숙자를 부랑인으로 보아, 부랑인의 개념에 ‘노숙자’를 포함시켜, 노숙자에 대한 법적 근거를 마련하여 노숙자를 관리하고자 하였습니다.

(나) 현재, 우리 사회에서 부랑인과 노숙자에 대한 정확한 구별은 존재하지 않으나, IMF를 기준으로 이전의 만성적 노숙자를 '부랑인'으로, 이후의 실직을 이유로 노숙하게 된 자들을 '노숙자'로 구분하여 사용하고 있다고 볼 수 있습니다. 그리고, 이들 실직노숙자에 대해서는 부랑인 정책과는 다른 '노숙자 정책'을 실시하고 이들의 조기 사회복귀를 위해 부랑인 시설이 아닌 '노숙자 쉼터'를 설치·운영하고 있습니다. 이러한 정책차이는 부랑인과 노숙자의 특성차이가 존재한다는 증거일 것입니다.

(다) 노숙자들은 부랑인에 견주어 상대적으로 신체적·정신적·사회적으로 건강한 자로서 단기적 도움으로도 사회복귀가 가능한 자들입니다. 이들을 부랑인으로 규정하고 같은 시설에 혼합수용하는 것은, 노숙자들의 특성을 무시한 처우로서 이들의 사회복귀를 저해할 것입니다.

(라) 따라서, 일정한 주거와 생업수단없는 모든 노숙자를 부랑인에 포함시키는 것은 신중한 검토가 필요한 문제라고 하겠습니다. 이에 개정령안 제2조제1호에서 규정하는 "노숙하는" 이라는 의미에 속하는 노숙자를 분명히 정의하거나 특정해야 할 것입니다.

(2) 퇴소사유(안 제9조제2항, 제10조)

(가) 개정령안은 "신체적·정신적 상태로 인하여 특별보호를 필요로 하는 입소자"에 대해 언급하면서, 특별보호를 필요로 하는 입소자가 퇴소를 원하는 경우에는 입퇴소위원회의 심사를 받으며, 특별보호가 필요없는 입소자는 당연퇴소할 수 있도록 규정하고 있습니다

(나) 이러한 내용을 규정하면서 개정령안은 특별보호가 필요한 신체적·정신적 상태에 대해서는 구체적인 언급을 두고 있지 않으며, 마치 시설의 장이 일방적으로 판단할 수 있는 것같은 해석여지를 두고 있습니다. 이것은 퇴소심사사유인 '사회복귀가 가능하다고 인정되는 자'의 판단에서도 마찬가지입니다.

(다) 이러한 해석여지는 시설의 장의 일방적 판단에 따라, 입소자는 그 의사에 관계없이 퇴소대상에서 제외되어, 장기간 수용이라는 인권침해를 야기할 수 있습니다.

(라) 따라서, 개정령안은 "신체적·정신적 상태로 인하여 특별보호가 필요한 입소자, 특별보호가 필요없는 입소자, 사회복귀가 가능하다고 인정되는 입소자"에 대한 판단근거로서, 예컨대 자격있는 의사의 진단서나 시설운영위원회(있는 경우)의 결정 등과 같은, 합리적 판단근거를 제시하도록

해야 할 것이며, 시설의 장의 단독판단에 따른 퇴소대상 선정을 지양해야 할 것입니다.

2002. 8. 12.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

5 교육부 학교생활규정안에 대한 의견(2002.9.9.)

학교생활규정은 실제 학교공동체에 미치는 영향이 관련법보다 더 크고, 학생인권의 악화 또는 침해소지가 있으므로, 정부는 학교규율이 청소년의 인간적 존엄성과 합치하고 동 협약에 부합하도록 운영되는 것을 보장하기 위한 적절한 조치할 것을 권고

Ⅰ. 학교생활규정안 전반에 대하여

1. 학교생활규정은 실제 학교공동체에 미치는 영향이 관련법보다 더 크고, 학생인권의 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 정하는 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 강구되어야 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 학교생활규정안 구체적 조항에 대하여

1. 학교생활규정의 목적

<예시안>

• 학생·학부모·교직원이 준수해야할 제반 사항을 규정, 학생들이 21세기 주역으로서학교·지역사회·국가발전 및 법치주의 사회실현에 기여함(§2)

<평가>

- 유엔아동권리협약(제29조)에서는 교육의 목적을 '아동의 인격, 재능 및 정신적·신체적 능력의 최대한의 계발'과 '인권과 기본적 자유에 대한 존중'을 하게 하는데 두고 있으며, 우리나라의 교육기본법(제2조)은 '자주적 생활 능력과 민주시민으로서 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) • 생활지도협의회의는 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 바람

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, 놀권리 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, 놀권리 및 문화권과 관련된 조항을 학교생활규정에 담아 학교생활이 즐겁고 보람 있는 삶의 현장이 되길 바람.

- 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 '두발형태의 변형을 가하지 않은 범위 내'라는 규정은 자의적인 판단의 여지를 넓힘으로써 자의적 벌점규정으로 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 교·내외생활로 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 살아 가는데 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 첨단기자재 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.

- 현행법에서 참정권은 만 20세 이상인 성인에게 있는 권리이고, 정당법은 '국회의원 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 '국

가안보에 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 제7항은 "학교의 장은 … 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 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 예를 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 존재하

는 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 져야하고, 본인 부주의로 발생한 사고는 본인이 책임지도록 규정. (실업고예시안 §30)

<평가>

- 위 규정은 기업체와의 계약서 등에 규정해야 할 내용이며, 학교생활 규정으로 적절한 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 위 조항만 달리 규정한 것은 실업교육이 주변부로 소외되어 있

는 현실을 도외시하고 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, 학생회활동을 학교운영위원회에 보고하도록 해야 함. 이를 위해서는 학교운영위원회에 학생회 대표가 참여해야 할 것임.

- 학교생활규정 제·개정시 특히 학생이 자신들에게 미칠 결정에 참여하게 함으로써 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

1. 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

⑵ 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 ①아동최선이익, ②생존·발달, ③차별금지, ④아동의견존중 원칙 및 각 권리보장 여부

⑴ 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.

⑵ 동 협약 제6조는 모든 아동은 생명권을 가지며, 당사국은 최대한도로 아동의 생존과 발달을 보장할 것을 규정. 이것은 시민적·정치적 권리의 성격 및 경제적·사회적·문화적 권리로서의 성격도 아울러 가지는 것임.

⑶ 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.

⑷ 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 아동 자신의 참여를 의미하는 것임.

2. 헌법의 어린이·청소년 권리관련 조항 및 기타 어린이·청소년관련법

2002. 9. 9.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

6 청소년의성보호에관한법률중개정법률안에 의견(2002.9.24.)

1. 국가인권위원회법 제20조에 근거하여, 청소년보호위원회가 청소년의성보호에관한법률을 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.

2002. 9. 24.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

7 초중고교 제7차 교육과정 교과서 인권내용관련 직권 수정 권고(2002.10.28.)

교육부의 초중고교 제7차 교육과정 교과서의 개정 내용 중 학생들의 인권존중의식 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·정치적권리에관한국제규약(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.

【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 교

과서의 내용이 과거 어떤 교육과정의 교과서보다 민주주의의 원칙을 충실히 반영하려고 한 점, 그리고 교육부 자체적으로 교과서 질관리를 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 수정협의할 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·정치적권리에관한국제규약(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 수

정・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, 더나아가 타인의 명예나 권리를 훼손하였을 경우에는 제한을 당한다’는 의미의 표현으로 수정하는 것이 적절할 것으로 판단됨

○ 의결이유

- 이는 헌법상의 인권보장 법리를 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 국가목적을 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 대치하여야 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 아니함. 근대법의 역사는 "악법은 법이 아니다"라는 역사이며, 오히려 악법에 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 삭제하고 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 조화시켜내는 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". 궁리 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 대체하는 것이 바람직할 것으로 보임.

○ 의결이유

- 본문의 내용은 선생님의 마음을 헤아리고 그 고마움을 생각해보자는 취지에서 제시한 글이지만, 교사가 마치 학생들 전체를 절도 행위의 피

의자 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, 177족, 254쪽, 259쪽 사진자료에 제시된 물품의 상표명

○ 수정내용

- 상기 지적한 사진자료에 과학실험의 도구로 제시된 아이스크림 상자, 정수기, 소금봉지, 설탕봉지, 물병, 간장병, 자동차 부동액 등에 나타난 상품명의 삭제 및 상품명이 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 등은 주부의 일이 되는데, 이는 '아동의 양육에는 남성, 여성 및 사회전체가 책임을 분담해야 한다'(여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 전문)는 인권조항에도 위배된다고 보임.

(2) 고등학교 교과서

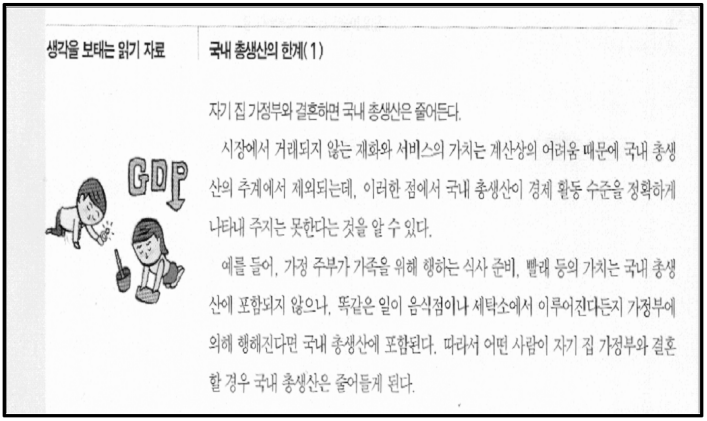
1) 사회 1학년 (디딤돌) 220쪽 "국민경제와 합리적 선택 - 국내 총 생산의 한계(1)" 생각을 보태는 읽기 자료 : "자기 집 가정부와 결혼하면 국내 총 생산은 줄어든다" ... 예를 들어, 가정주부가 가족을 위해 행하는 식사 준비, 빨래 등의 가치는 국내 총생산에 포함되지 않으나, 똑같은 일이 음식점이나 세탁소... 가정부에 의해 행해진다면 국내 총생산에 포함된다. 따라서 어떤 사람이 자기 집 가정부와 결혼할 경우 국내 총생산은 줄어들게 된다.

○ 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


생각을 보태는 읽기 자료

국내 총생산의 한계(1)

자기 집 가정부와 결혼하면 국내 총생산은 줄어든다.

시장에서 거래되지 않는 재화와 서비스의 가치는 계산상의 어려움 때문에 국내 총생산의 추계에서 제외되는데, 이러한 점에서 국내 총생산이 경제 활동 수준을 정확하게 나타내 주지는 못한다는 것을 알 수 있다.

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

문제되는 삽화 및 예시

2) 사회과 1학년 (중앙교육) 214쪽 "현대정치의 과제-우리나라의 정치적 상황" (자료사진 설명) 보호받아야 할 장애자의 권익 : 자질이나 능력이 정상인과 대등하다면, 단지 장애인이라고하여 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 차별받지 않을 권리에 위배됨



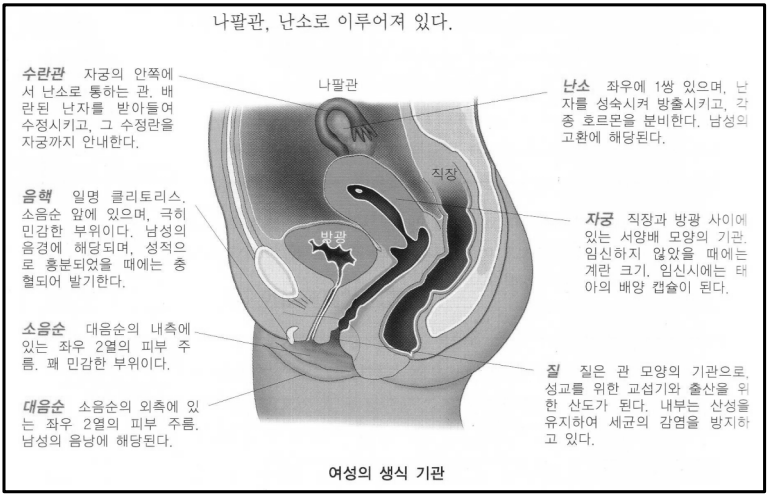
3) 체육과 1학년 (교학사) 294쪽-295쪽 “올바른 성의식-성적 성숙”
여성의 변화 : 음핵- ...남성의 음경에 해당하며, 성적으로 흥분되었을 때는 충혈되어 발기한다. 소음순-... 꽤 민감한 부위이다.
남성의 변화 : 음경- ...배뇨를 위한 기관. 성인의 비발기시의 길이는 약 3cm 정도라고 한다.

○ 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 특정 색을 '살색'으로 명명한 것은 헌법 제11조의 평등권을 침해한 것이라며 기술표준원에 한국산업규격(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 다른데도 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. 맹수

에 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·정치적권리에관한국제인권규약의 정신을 일깨워 주는 것이 교육적일 것임

Ⅳ. 교과서 내용 분석 기준

1. 국제인권규약 및 헌법의 기본권 조항

가. 내용

(1) 우리나라가 1990년 비준한 「시민적·정치적권리에관한국제규약(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, 질서유지 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 ①인간으로서의 존엄과 가치 ②생명권, ③신체의 자유와 안전의 권리, ④사상·양심 및 종교의 자유, ⑤사생활의 자유, ⑥거주이전의 자유, ⑦학문과 예술의 자유, ⑧표현의 자유, ⑨정치적 권리, ⑩청구권적 권리, ⑪경제적 자유, ⑫차별을 받지 않을 권리에 위배되는지의 여부

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

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

(4) 교과서의 인권에 반하는 내용분석은 인권분석기준에 비추어 교과서 내용 기술이 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

8 생계유지곤란자의 병역감면관련 법령의 개선 권고(2003.24.)

현행 병역법 시행령 및 생계유지곤란자병역감면처리지침에 따르면 병역감면 여부를 가늠하기 어렵고, 지방병무청장의 병역감면처분이 자의적으로 행해질 우려가 있으므로 병역법령을 개정할 것을 국방부와 병무청에 권고한 사례

【결정요지】

[1] 본인이 아니면 가족의 생계유지가 곤란한 자에 대한 제2국민역 편입처분(병역감면)의 세부기준이 병무청장의 훈령에 규정되어 있고, 그 기준이 불명확하여 대한민국 남성의 헌법상 보장된 평등권 및 신체의 자유 등을 침해함.

[2] 현재 훈령에 규정된 사항 가운데 절차규정을 제외한 나머지 생계유지곤란의 판단기준과 관련된 중요규정(지침 제14조, 제16조 내지 제26조)을 병역법시행령이나 동 시행령으로부터 구체적으로 위임받은 시행규칙에 규정함이 필요하다고 판단되므로 당해 지침의 수정·보완이 필요한 지침 제14조 제3항 제5호'6월이상'을 삭제, 지침 제17조 제3항의'재산액의 기준'을 구체화, 지침 제22조와 관련한 병역감면처리의 특례 처분의 객관적 기준 설정, 병역감면위원회와 관련한 병역감면처리 특례처분의 공정성과 객관성이 담보될 수 있도록 지침 제23조, 제25조를 전면 개정할 것을 권고함.

Ⅰ. 국가인권위원회 주요 의견

1. 문제의 소재

본인이 아니면 가족의 생계유지가 곤란한 자에 대하여 제2국민역편입 처분(병역감면)의 세부기준이 법령이 아닌 병무청장의 훈령에 규정되어 있고 그 기준이 불명확하여 일반인이 예측하기 어렵고 지방병무청장의 자의적인 감면 처분이 이루어질 우려가 있습니다.

2. 검토 방향

가. 병역법 시행령 제130조 제1항 제7호에서 '재산・소득' 기준과 '사실상 생계유지 곤란자'의 기준을 훈령에 위임한 것이 기본권 제한의 법률주의 원칙과 포괄금지 원칙에 위배되는지 여부,

나. '생계유지곤란자 병역감면처리 지침'은 법령에서 위임하지 않는 예외 규정을 다수 두고 있어 동 지침이 위임범위의 한계를 일탈하고 있는지 여부,

다. 지침 내용과 관련 생계유지곤란자의 '재산・소득' 기준이 명확한지 여부,

라. 지침 상에 병역감면위원회를 설치하여 '사실상' 생계유지 곤란 여부를 심의・의결하고 있으나 그 구성과 운영면에서 객관성과 공정성이 담보되는지 여부 등입니다.

3. 검토 의견

가. 사안의 중요성

헌법 제39조 제1항은 '모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다'라고 하여 국민의 국방의 의무를 규정하고 있습니다. 국방의 의무는 주권자로서의 국민이 스스로 국가공동체를 방위한다는 적극적인 성격을 가지고 있음과 동시에 국가의 자의적이고 일방적인 징집으로부터 국민의 신체의 자유 등을 보장한다는 소극적인 성격을 함께 가지고 있습니다.

국방의 의무 가운데 병력(兵力)형성의무는 병역법에 의한 징집대상자인 대한민국 남성만이 부담하고 있는데, 이에 관한 법률이 병역법임. 병역의무는 국가 방위 측면에서 뿐만 아니라 대한민국 남성의 신체의 자유와 직결되어 있습니다. 그 때문에 병역법 제3조 제2항에서도 '이 법에 의하지 아니하고는 병역의무에 대한 특례를 규정할 수 없다'고 규정하고 있습니다.

따라서 병역의무 이행을 위한 대한민국 남성의 징집여부에 관하여 병역법령은 병무청에 의한 엄정하고 명확한 징집 처분이 행하여질 수 있도록

규정하여야 할 것입니다. 그러나 현행 병역법은 생계유지곤란을 이유로 한 병역감면과 관련하여 아래와 같은 문제점을 가지고 있습니다.

나. 관련 법 조항의 체계적 검토

(1) 병역법 제62조 제1항

병역법(이하 '법'이라고 함) 제62조 제1항은 현역병입영대상자로서 원에 의하여 본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람에 대하여는 제2국민역으로 처분할 수 있다고 규정하고 있으며(현역병 복무중인 경우 등 포함 - 법 제63조), 제3항에서는 가족의 범위, '생계유지곤란의 기준' 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있습니다.

(2) 병역법 시행령 제130조 제1항

이에 따라 병역법 시행령(이하 '령'이라고 함) 제130조 제1항은 '본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람'에 관하여 '재산・수입'과 '부양비율'이라는 조건을 설정하여 범위를 정하면서, '부양비율'의 대강은 규정하면서도 '재산・소득'과 관련하여서는 동항 제7호에서 '생계를 유지할 수 없는 사람의 재산 또는 수입 등의 범위와 기준은 가족의 재산 또는 수입과 본인의 학력, 직업, 생계유지방법 등을 참작하여 병무청장이 정하도록 하고 있습니다.

한편 동조 제3항에서는 지방병무청장은 동조 제1항의 규정에 의한 기준에 해당되지 아니하는 경우에도 '사실상' 생계를 유지할 수 없다고 인정되는 사람에 대하여는 그 사실을 확인한 후 법 제62조제1항 제1호의 규정에 의하여 제2국민역에 편입할 수 있다고 규정하고 있습니다.

(3) 생계유지곤란자 병역감면처리 지침

이에 따른 생계유지곤란자 병역감면처리 지침(병무청 훈령 제488호, 이하 '지침'이라고 함)은 본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람의 병역감면에 관하여 병무청장에게 위임된 '재산・수입' 사항의 세부기준(가족의 범위와 기준, 재산의 범위와 기준, 수입의 범위와 기준, 사실상 생계유지 곤란자에 대한 병역감면처리의 특례)과 동 규정의 처리를 위하여 필요한 절차를 규정하고 있습니다.

병역법 시행령

제130조 (가사사정으로 인한 제2국민역편입 등) ①법 제62조제1항제1호의 규정에 의한 "본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람"의 범위는 가족을 다음 제1호 내지 제3호·제5호 및 제6호의 규정에 의한 기준에 따라 부양의무자·피부양자 또는 자활가능자로 구분한 후 그 가족 중 부양의무자가 없고 피부양자만 있는 경우 또는 부양의무자가 있더라도 제4호의 규정에 의한 부양능력을 초과하는 경우로서 제7호의 규정에 의한 재산 및 수입의 범위 안에 해당하는 사람으로 한다. <개정 2002.8.21>

1. 20세이상 54세까지의 남자와 20세이상 44세까지의 여자는 부양의무자로 본다.
2. 19세이하의 남녀와 60세이상의 남자 및 50세이상의 여자는 피부양자로 본다.
3. 55세이상 59세까지의 남자 및 45세이상 49세까지의 여자는 부양의무자 또는 피부양자가 아닌 자활가능자로 본다.
4. 부양의무자 1인의 부양능력을 초과하는 피부양자의 범위는 다음과 같다.

구분	부양의무자	부양능력을 초과하는 피부양자의 수
남자	20세부터 54세까지	3인이상
여자	20세부터 44세까지	2인이상

5. 부양의무자 또는 자활가능자중 질병 또는 심신장애로 인하여 6월 이상 치료를 요하는 사람은 피부양자로 본다.
6. 상근예비역 또는 공익근무요원으로 소집된 사람(공익근무요원소집통지서를 받은 사람 및 공익근무요원소집통지서를 받지 아니한 사람으로서 제132조의 규정에 의한 생계유지곤란사유병역감면원서를 제출한 사람을 포함한다)은 피부양자로 보며, 현역병(현역병입영통지서를 받은 사람을 포함한다)은 자활가능자로 본다.
7. 생계를 유지할 수 없는 사람의 재산 또는 수입 등의 범위와 기준은 가족의 재산 또는 수입과 본인의 학력, 직업, 생계유지방법등을 참작하여 병무청장이 정한다.

②삭제 <2002.8.21>

③지방병무청장은 제1항의 규정에 의한 기준에 해당되지 아니하는 경우에도 사실상 생계를 유지할 수 없다고 인정되는 사람에 대하여는 그 사실을 확인한 후 법 제62조제1항제1호의 규정에 의하여 제2국민역에 편입할 수 있다. 이 경우 제2국민역에 편입하는 기준 등은 병무청장이 정한다. <개정 2002.8.21>... 하략

다. 문제점

(1) 포괄위임금지원칙 위반

(가) 문제의 소재

앞서 본 바와 같이 법 제62조 제3항은 생계유지 곤란을 사유로 한 병역감면에 있어서 가장 핵심적인 '생계유지곤란의 기준'에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있습니다.

이에 따른 령 제130조 제1항은 생계유지곤란자의 범위를 규정하면서 '부양비율'에 관하여 제1호에서 제4호에 걸쳐 일정한 기준에 의하여 가족을 피부양자, 부양의무자로 나누면서 '본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람'을 피부양자만 있는 경우 또는 부양의무자가 있더라도 제4호 규정에 의한 부양능력을 초과하는 경우로서 제7호의 규정에 의한 재산 및 수입의 범위 안에 해당하는 사람으로 한다고 하고 있습니다.

그러나 제7호에서는 '재산·수입' 기준과 관련하여 '생계를 유지할 수 없는 사람의 재산 또는 수입 등의 범위와 기준은 가족의 재산 또는 수입과 본인의 학력, 직업, 생계유지방법 등을 참작하여 병무청장이 정한다'고 규정하여 병역감면 여부 판단에 있어서 가장 핵심적이라고 할 수 있는 '재산·수입'에 관한 사항을 다시 병무청장에게 포괄적으로 위임하고 있습니다.

또한 같은 조 제3항에서는 법에는 규정된 바 없는 '사실상 생계를 유지할 수 없다고 인정되는 사람'을 인정하여 그 사람을 제2국민역으로 편입하는 기준도 병무청장이 정하도록 하고 있습니다.

(나) 포괄위임금지

헌법 제39조 제1항에서는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 규정하고 있고, 제37조 제2항은 국민의 기본권 제한은 원칙적으로 법률로서만 가능하도록 하고 있는 바, 생계유지곤란을 이유로 한 제2국민역편입(병역감면)은 병역의무와 신체의 자유 등 자유권적 기본권과 직결되는 사안이므로 원칙적으로 법률 또는 구체적으로 위임받은 명령, 규칙에 의하여 정해져야 할 것입니다.

따라서 법에 의하여 위임받은 '생계유지곤란의 기준'에 관하여 가장 핵심적인 '재산과 수입'에 관한 사항을 병역법 시행령에서 구체적인 기준을 정함이 없이 규칙제정권이 없는 병무청장으로 하여금 훈령으로 정하도록 포괄적으로 위임하는 것은 헌법 제75조의 포괄위임금지의 원칙에 위배된다고 할 것입니다.

법률의 구체적인 위임에 따라 시행령이나 시행규칙으로 규정되어야 할 사항을 훈령에 의하여 규율하는 경우, 소관기관의 장에 의한 제정, 개정이 용이한 반면 법제처의 심사나 입법예고, 관보에 게재, 공포절차를 거치지 않아도 되어(법령등공포에관한법률, 법제업무운영규정 참조) 그 국민에 대한 절차적 정당성이 현저히 약할 수밖에 없습니다. 따라서 시행령이나 시행규칙으로 규정되어야 할 사항을 훈령에 의하여 규율하는 경우는 실무상 또는 입법기술상 부득이한 경우에 제한되는 것이 타당합니다(이른바 법령보충규칙).

(다) 소결론

결국 대한민국 남성의 병역의무와 신체의 자유 등 자유권적 기본권과 직결된 사항을 시행령이나 시행규칙에 규정하지 않으면서 구체적 위임 없이 병무청장 훈령인 '생계유지곤란자 병역감면처리 지침'으로 규율하는 것으로서 기본권 제한의 법률주의원칙과 포괄위임금지원칙에 위배된다고 할 것입니다.

⑵ 위임범위의 한계 일탈

(가) 지침 제14조 제4항 및 제5항

위에서 본 바와 같이 령 제130조 제1항에서는 "본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 사람"의 범위를 규정하면서 가족을 일정한 연령에 따라 부양의무자와 피부양자로 나누고 있습니다. 그런데 지침 제14조 제3항을 보면 위 조항에 따른 구분에도 불구하고 일정한 사람을 피부양자로 본다고 하는 한편 동조 제5항에서는 부양의무자로 간주하는 경우의 사람을 규정해놓고 있습니다.(제4호와 제5호, 제4항은 법령에 없는 내용).

(나) 지침 제16조

또한 제16조에서는 가족 가운데 일정한 경우의 사람을 부양비 계산에서 제외한다고 규정하고 있는 동시에 일정한 경우에는 부양비 계산에서 피부양자 1인을 2인으로 보고 있습니다.

(다) 소결론

이는 상위 법령에서 위임하지 않은 새로운 사항을 규정(부양비율의 변경을 초래)해놓은 것으로서 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 보지 않을 수 없습니다. '생계유지곤란의 기준'에 관한 판단에 중요한 영향을 줄 수 있는 위와 같은 사항은 상위 법령에 규정되어야 할 사항으로 보는 것이 타당합니다. 아울러 지침 제14조 제5호는 '6월 이상' 임신부의 태아를 피부양자로 보고 있는데 위 기간을 앞당겨 인정할 필요가 있음을 부기합니다.

제14조 (부양의무자와 피부양자의 연령등)

①영 제130조제1항의 규정에 의한 부양의무자와 피부양자 연령구분은 아래와 같다. 이 경우 연령계산은 출생일을 산입하여 기산한다.

구 분	부양 의무자	피 부 양 자	자활 가능자
남 자	20세 이상 54세 까지	19세 이하 60세 이상	55세 이상 59세 까지
여 자	20세 이상 44세 까지	19세 이하 50세 이상	45세 이상 49세 까지

②제1항의 규정에 의한 연령계산기준은 다음 각호와 같다.

1. 입영일자가 결정된 사람은 입영일
2. 입영일자가 결정되지 아니한 사람과 군복무중인 사람은 병역감면원 제출일

③제1항의 연령구분에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 피부양자로 본다.

1. 상근예비역으로 복무중인 사람
2. 공익근무요원중 행정관서요원으로 복무중인 사람(소집통지를 받은 사람과 소집대상자로서 병역감면원을 제출한 사람 포함)
3. 질병 또는 심신장애로 노동능력을 상실하였거나 6월이상 치료를 요하는 사람(병사용진단서에 의하여 확인하되, 외관상 명백한 질환으로 노동능력을 상실한 경우에는 시·군·구청장의 사실확인서 또는 징병전담의사의 신체검사결과서로 확인 가능)
4. 장애인복지법에 의한 장애인등록자로서 장애등급이 1급 내지 4급인 사람.(장애인등록증으로 확인)
5. 6월이상 임신부의 태아(현역병입영대상자와 공익근무요원 소집대상자는 출산시까지 기일연기후 확인처리)

④제1항의 부양의무자 연령구분에 불구하고 장애인복지법에 의한 장애인 등록자로서 장애등급이 5급 또는 6급인 사람은 자활가능자로 본다.

⑤다음 각호의 1에 해당하는 사람은 부양의무자로 본다.

1. 공중보건의사
2. 징병전담의사
3. 국제협력의사
4. 공익법무관
5. 전문연구요원 및 산업기능요원
6. 예술·체육요원

제15조 (부양능력을 초과하는 피부양자의 기준)

법 제62조제1항제1호에 해당하는 부양기준은 다음과 같다.

1. 남자 부양의무자 1인에 피부양자 3인이상
2. 여자 부양의무자 1인에 피부양자 2인이상
3. 가족중 부양의무자가 없을 때

제16조 (부양비의 예외)
① 다음 각호의 1에 해당되는 가족은 부양비 계산에서 제외한다.
1. 17세이후 주민등록증 미발급된 사람 또는 주민등록이 1년이상 말소되어 행방을 알 수 없는 사람
2. 천재·지변등 재난으로 1월이상 생사를 알 수 없는 사람
3. 현역에 복무중인 병
4. 사관생도(6월이내 임관예정자 제외)
5. 국제협력봉사요원
6. 형의 선고를 받고 잔여수형기간이 6월이상인 사람
7. 제14조제1항 또는 제4항의 자활가능자
②다음 각호의 1에 해당되는 가족은 부양비 계산에서 피부양자 1인을 2인으로 보되, 제1호 및 제2호의 경우 병사용진단서, 장애인등록증, 재원증명서, 시·군·구청장의 사실확인서 또는 징병전담의사의 신체검사결과서에 의하여 확인하여야 한다.
1. 전신기형자, 한센병환자, 앞을 못보는 사람, 말하지 못하는 사람, 듣지 못하는 사람, 팔꿈치 관절 또는 무릎 관절 이상을 결한 사람, 장애인복지법에 의한 장애인등록자로서 장애등급이 1급 또는 2급인 사람
2. 정신병등 불치의 질병으로 감시와 보호를 요하는 사람
3. 70세이상의 고령자
③<삭 제>

(3) 지침의 내용상의 문제

(가) 재산액의 기준

지침 제17조와 제18조에는 재산의 범위와 기준이 규정되어 있는데 지침 제17조 제3항을 보면 '병역감면에 해당하는 재산액의 기준은 매년 시가표준액, 개별공시지가 및 부동산 시가변동 상황 등을 고려하여 병무청장이 정한다'고 규정해놓고 있어 생계유지 곤란을 사유로 한 병역감면에 있어서 가장 핵심적인 사항인 재산액의 기준을 일반인이 그 대강이라도 예측할 수 없도록 해놓고 있습니다.

제17조 (재산의 범위와 기준)
①법 제62조제1항제1호의 병역감면에 해당하는 그 가족의 재산의 범위는 다음 각호와 같다.
1. 지방세법 제181조 규정에 의한 재산세 부과대상의 재산
2. 지방세법 제234조의8 종합토지세 부과대상이 되는 지적법에 의한 토지
3. 차량, 입목, 골프회원권, 콘도미니엄회원권, 광업권, 어업권등 기타의 재산
4. 부동산의 전세금, 월세 보증금

5. 현금, 예금, 보험(저축성 보험에 한한다), 기타 보상금
6. 유가증권
②제1항의 재산에 대한 재산액 산정기준은 다음 각호와 같다.
1. 제1호 및 제3호의 재산은 지방세법에 의한 시가표준액을 재산액으로 한다.
2. 제2호의 토지에 대한 재산은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 개별공시지가(해당 토지의 개별공시지가가 없는 경우에는 동법 제10조의 규정에 의하여 공시지가를 기준으로 하여 산정한 금액)를 재산액으로 한다.
3. 제1항제4호의 부동산의 전세금 등은 2분의 1을 재산액으로 한다. (주거목적의 전세금에 한함)
4. 제1항제5호의 현금 등은 그 금액(보험은 불입액)을 재산액으로 한다. 다만, 월세입자로서 제1항제1호 및 제2호의 재산이 없는 경우는 그 금액의 2분의 1을 재산액으로 한다.
5. 제6호의 유가증권은 실거래가격을 재산액으로 한다.
③병역감면에 해당하는 재산액의 기준은 매년 시가표준액, 개별공시지가 및 부동산 시가변동 상황 등을 고려하여 병무청장이 정한다.
제18조 (재산액 기준의 예외)
①가족중 부양의무자가 여자만 있는 경우에는 제17조제3항의 재산액 기준에 30%까지 가산 적용할 수 있다.
②제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 제17조제3항의 재산액 기준에 50%까지 가산 적용할 수 있다.
1. 가족중 부양의무자가 없는 경우
2. 가족중 부양의무자는 있으나 제16조제2항제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 사람이 있는 경우
③제2항의 규정에 불구하고 가족중 제16조제2항제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 사람만 있거나 제16조제2항제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 사람 이외의 잔여 가족이 피부양자만 있는 경우에는 제17조제3항의 재산액 기준에 100%까지 가산 적용할 수 있다.

(나) 사실상 생계유지곤란의 기준

앞서 언급한 바와 같이 령 제130조 제3항은 지방병무청장은 제1항의 규정에 의한 기준에 해당하지 아니하는 경우에도 사실상 생계를 유지할 수 없다고 인정되는 사람에 대하여는 그 사실을 확인한 후 제2국민역에 편입할 수 있다고 규정하면서 제2국민역 편입기준을 병무청장이 정하도록 하고 있습니다.

이에 따라 지침 제22조는 사실상 생계를 유지할 수 없다고 인정되는 사람에 대한 병역감면처리의 특례를 규정하면서 동조 제1항에서 지방병무청장으로 하여금 객관적 기준에 의하여 사안별로 심사, 병역감면처분을 할 수

있도록 하고 있습니다.

그러나 지침 제22조 제1항의 '객관적 기준'과 동조 제2항의 제한 사유 모두 명확하지 않습니다.

특히 지침 제22조 제2항을 보면 '이 규정에 의거 병역감면기준에 해당되어도 분가 전 본가의 재산이 많거나 본인 또는 가족구성원의 직업, 사회적 지위, 전문자격·면허 소지, 학력 등 사회적 신분상 병역감면처리가 불합리하다고 판단될 경우 이 규정에 의한 병역감면을 제한할 수 있다고 하고 있습니다.

그러나 ⅰ)분가 전 본가의 재산이 많다고 판단할 기준이 설정되어 있지 않고, ⅱ)'본인 또는 가족구성원의 직업, 사회적 지위'도 판단기준으로 명확하지 않을 뿐만 아니라, ⅲ)'전문자격·면허 소지'는 어떠한 자격 내지 면허를 가리키는지, ⅳ)'학력'은 어느 정도의 학력인지가 모두 불명확합니다. 또한 ⅴ)'사실상 생계유지 곤란'을 판단함에 있어 본인 또는 가족의 사회적 신분, 전문자격·면허 또는 학력이 순수하게 부양능력 판단에만 참작되지 않을 경우에는 불합리한 차별이 발생하여 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위반될 소지가 있으므로 이 부분도 명확하게 오해의 소지를 없애도록 규정하여야 할 것입니다.

(다) 병역감면심의위원회

지침 제22조 제2항에서는 지침상 병역감면 기준에 해당되어도 일정한 사유를 예시하면서 병역감면처리가 불합리하다고 판단될 경우 병역감면을 제한 할 수 있도록 하고 있습니다. 위 특례 처분을 심의하기 위해서 지침 제23조에서는 병역감면심의위원회를 설치하도록 하고 있습니다.

이는 병무사범방지심대책위원회의 설치근거가 법 제82조의 2에, 병역처분변경심사위원회가 시행규칙 제97조에 있는 것과 비교할 때, 병역감면위원회의 설치근거를 지침에 두는 것은 문제가 있고, 병역감면심의위원회가 비록 부속기관으로서 위원회라 할지라도 그 의결내용이 지방병무청장을 구속하는 효력이 있으므로(지침 제25조 제5호 참조) 위 위원회의 설치근거를 상위법령에 두는 것이 바람직합니다.

그리고 지침에 의해 설치된 병역감면심의위원회 위원장을 지방병무청 내부의 징병관 또는 해당분야 과장으로 하고 위원들은 과장 또는 6, 7급 직원들에서 임명토록 한 것은 동 위원회의 위상과 공정성 측면에서 문제가 있습니다. 더구나 위원회의 심의 기준조차 확립되어 있지 않음을 알 수 있습

니다.

또한 지방병무청장에게 위원회 의결시 가부동수일 경우 결정권과 심의 내용이 부당하다고 인정하는 때에는 재심의 요청권을 줌으로써 지방병무청장의 자의적인 판단이 개입할 여지가 있습니다.

(라) 소결론

따라서 위의 문제점들을 수정 보완함과 동시에,'생계유지곤란의 기준'과 '사실상 생계유지곤란의 판단 기준' 및 병역감면위원회의 설치 근거와 구성에 관하여는 시행령이나 구체적으로 위임받은 시행규칙에 세부적인 기준을 마련하여 지방병무청장이나 병역감면심의위원들의 자의적 판단 여지가 없도록 하는 것이 바람직하다고 판단됩니다.

제22조 (병역감면처리의 특례)

①이 규정에는 해당되지 않으나 사실상 생계유지가 극히 곤란하다고 판단되는 경우에 지방병무청장은 객관적인 기준에 의하여 사안별로 심사, 병역감면처분을 할 수 있다.

②이 규정에 의거 병역감면기준에 해당되어도 분가 전 본가의 재산이 많거나 본인 또는 가족구성원의 직업, 사회적 지위, 전문자격·면허 소지, 학력 등 사회적 신분상 병역감면처리가 불합리하다고 판단될 경우 이 규정에 의한 병역감면을 제한할 수 있다.

③<삭 제>

④병역감면대상자(병역감면처분자를 포함한다.)로서 재산 또는 수입의 허위신고, 허위진단서 발급 등 고의로 병역감면사유를 발생하게 한 사람에 대하여는 법 제68조의 규정에 의하여 병역감면처분을 하지 아니하며, 이미 병역감면처분된 사람은 영 제133조제5항의 규정에 의하여 처리한다.

제23조 (병역감면심의위원회 설치 및 구성)

①영 제130조제3항에 의한 사실상 생계유지곤란자 등에 대해 공정하고 투명한 병역감면 처리를 위하여 지방병무청(지방병무사무소를 포함한다. 이하 같다)에 생계유지곤란사유 병역감면심의위원회(이하 "심의위원회"라 한다)를 둔다.

②심의위원회는 5명 이상의 위원(위원장을 포함한다)으로 구성하되 위원장 및 위원은 다음 각호의 사람으로 한다.

1. 위원장은 징병관 또는 지방병무청장이 지정하는 징집 또는 소집분야의 과장
2. 위원은 지방병무청장이 과장 또는 생계유지곤란사유 병역감면업무를 처리한 경험이 있는 6급 또는 7급 직원중에서 임명

③심의위원회의 회무 및 위원장을 보좌하기 위하여 병역감면원 소관담당 1명을 간사로 둔다.

제24조 (심의위원회 심의대상)
심의위원회의 심의대상은 다음 각호와 같다.
1. 제22조제1항 또는 제2항의 규정에 해당되는 경우
2. 생계유지곤란 병역감면원 부결자로서 청원 등 이의제기자
3. 부양자와 피부양자의 구분, 사실상 생계를 같이하는 가족여부, 사실상 생계를 같이하지 아니하는 가족여부, 재산액 기준의 예외기준 적용여부, 채권·채무와 관련된 재산액의 평가, 가족의 수입액 계산, 수입액 기준의 예외기준 적용여부 등의 처리에 대하여 판단이 곤란한 경우

제25조 (심의위원회 운영)
심의위원회의 심의 절차는 다음 각호와 같다.
1. 지방병무청장은 심의위원회 심의를 거쳐야 할 병역감면서류에 대하여 최종결재를 보류하고 심의위원회 위원장에게 송부하여 심의하도록 요청
2. 심의위원회 위원장은 지방병무청장의 요청에 따라 심의위원회를 소집하며, 개회는 제23조제2항의 위원(위원장을 포함한다) 2/3이상의 출석으로 하고 출석위원 과반수이상의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 위원장이 결정한다.
3. 위원장은 심의위원회 개회를 선언하고, 간사에게 심의대상 병역감면원의 심의사유 등에 대하여 전 위원에게 자세히 설명(별지 제9호 서식에 의한 생계곤란 병역감면조사서 작성 활용)하도록 하여 공정하고 투명한 심의가 진행될 수 있도록 조치
4. 각 위원은 해당 병역감면원에 대하여 심층 검토한 후 심의의결서(별지 제10호 서식) 심의의견란에 병역감면 또는 병역감면제한 여부에 대한 의견을 기재하고 서명
5. 위원장은 심의위원회 심의결과를 즉시 지방병무청장에게 보고하여야 하며, 지방병무청장은 심의위원회의 의결내용에 따라 병역처분을 하여야 한다. 다만, 심의내용이 부당하다고 인정되는 경우에는 그 이유를 기재하여 재심의를 요청할 수 있다.

..하략

4. 결 론

현재 현역병 또는 보충역에 편입되어 입영대상인 사람, 또 현역병으로 복무중인 사람 가운데 본인 아니면 가족의 생계유지가 곤란하여 병역감면 처분을 받아 제2국민역으로 편입 받고자 할 때, 현재로서는 그에 관한 기준을 병역법 시행령이나 시행규칙을 통해서는 전혀 가늠하기 어렵습니다.

병역 감면 대상자가 병역감면 여부를 일반인이 접근하기가 쉽지 않은 훈

령을 통해서만 예측할 수 있다거나 그것도 최종적으로는 지방병무청장 또는 병역감면심의회 위원들의 객관성이 담보되지 않은 판단에 맡기는 것은 대한민국 남성의 병역의무 이행 여부가 불명확하게 하고 결국 헌법상의 신체의 자유를 침해할 소지가 있으며, 지방병무청장 또는 병역감면위원회 위원들의 자의적 판단으로 헌법상의 평등권을 침해할 소지가 있습니다.

이에 국가인권위원회에서는 현재 훈령에 규정되는 사항 가운데 절차규정을 제외한 나머지 생계유지 곤란의 판단기준, 병역감면위원회와 관련된 중요 규정(지침 제14조, 제16조 내지 제26조)을 병역법 시행령에 규정하거나 동 시행규칙에 구체적으로 위임할 것을 권고합니다.

그와 동시에 지침 내용상 보완하여야 할 사항으로 ⅰ) 지침 제14조 제3항 제5호의 '6월이상'을 삭제, ⅱ) 지침 제17조 제3항의 '재산액의 기준'의 구체화, ⅲ) 지침 제22조와 관련하여 병역감면처리의 특례 처분의 객관적 기준 설정, ⅳ) 병역감면위원회와 관련 병역감면처리 특례 처분의 공정성과 객관성이 담보될 수 있도록 지침 제23조, 제25조의 전면 수정·보완을 권고합니다.

2003. 3. 24.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

9 산업안전보건법시행령개정안에 대한 의견(2003.4.14.)

산업안전보건법시행령 개정안에 대하여 국가의 의무, 사업주 의무를 보다 강화함으로써 근로자의 안전권 등이 폭넓게 보장되도록 의견제시

【결정요지】

산업안전법시행령 개정안 중 사업장 공표대상 선정, 안전관리자 선임, 유해물질 표시의무 등에 대한 개정의 내용은 전반적으로 강화되어야할 규제가 오히려 완화되는 것으로서 산업안전보건법의 목적 및 헌법과 국제규약 등에 의해 요구되는 근로자 보호와 국가의 책무에 부합되지 못하고 있으므로 국가의 의무, 사업주 의무를 보다 강화하여 규제 강화를 통한 근로자의 안전권 등이 보다 폭넓게 보장되도록 함.

Ⅰ. 국가인권위원회 주요 의견

1. 검토 배경

가. 국가인권위원회법 제19조제1호는 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 시행령안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령”에 해당하는 것입니다.

나. 산업안전보건법은 산업안전·보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을 유지·증진함을 목적으로 하고 있습니다(법 제1조). 따라서 동 법 시행령은 근로자의 건강 및 생명과 직결된 근로기준을 구체적으로 마련하고 그 시행을 담보할 수 있도록 규정되어야 합니다.

다. 이에, 국가인권위원회는 시행령안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

Ⅱ. 검토 기준

1. 헌법 제10조, 제32조, 제34조, 제35조

가. 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : 이하 "A규약") 제7조 및 제12조

> 유엔 경제사회이사회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 우리 정부의 제1차(1995) 보고서에 대하여 높은 산업재해율에 대한 우려와 산업안전 규제 강화를 권고한 바 있으며 제2차(2001) 보고서에 대하여 산업재해율이 증가하고 있는 것에 대한 우려를 표명함[4)]

나. 공업 및 상업부문에서 근로감독에 관한 협약(Convention concerning Labour Inspection in Industry and Commerce, 1992.12 비준)

---

4) COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS CONSIDERATION OF REPORTS SUBMITTED BY STATES PARTIES UNDER ARTICLES 16 AND 17 OF THE COVENANT(1995/ 2001)

Principal subjects of concern(1995)
The Committee is alarmed that has been a relatively high incidence of accidents in workplace in Korea and that has been a failure to adequately address the problem. It is especially disturbing that various work-place regulation do not apply to the enterprises with fewer than 10 employees.

Suggestions and recommendations(1995)
The Committee recommends that the Republic of Korea extend the regulations on safety in the workplace and on minimum wages to enterprises with fewer than 10 employees.

Principal subjects of concern(2001)
The Committee is alarmed at the rising incidence of industrial accidents in recent years, which appears to be the result of a relaxation of the standards governing industrial safety and of the insufficient number of on-site inspectors

다. 산업안전보건법 제1조(목적), 제4조(정부의 책무), 제5조(사업주의 의무)를 비롯한 제반 규정 및 동 법의 제정 취지 등

Ⅲ. 검토 의견

1. 공표대상 사업장의 범위(안 제8조의3)

가. 산업안전보건법은 제9조의2를 신설(개정 2002.12), 노동부장관이 산업재해를 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 사업장의 산업재해 발생건수, 재해율 또는 그 순위 등을 공표할 수 있으며 공표의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 노동부령으로 정하도록 하고 있습니다.

나. 이에 따라 시행령안 제8조의 3은 공표 대상 사업장으로서 “연간 산업재해율이 동종 업종 평균 재해율 이상인 사업장, 법 제2조 제7호의 규정에 의한 중대재해 발생 사업장, 법 제49조의2의 규정에 의한 중대 산업사고 발생사업장, 법 제10조의 규정에 의한 산업재해발생보고를 하지 아니한 사업장, 기타 산업재해예방을 위하여 노동부장관이 필요하다고 인정하는 사업장”으로 정하고 있습니다.

다. 노동부장관의 재해 관련 사업장에 대한 공표의 목적은 산업재해 예방 및 근로자 안전을 위한 것으로서 산업안전보건법 취지(법 제1조)에 부합되는 국가의 필요적인 조치입니다. 이외에도 동 법은 사업장내 근로자 알권리 보장을 위한 사업주의 의무를 규정하고 있습니다(동법 제11조, 제20조 제1항, 제36조 제1항, 제42조 1항 등).

라. 그러나 산업안전보건법은 공표여부를 노동부장관의 재량(“공표 할 수 있다”)으로 규정함으로써 실효성을 담보하기 어렵게 하고 있는 문제점이 있습니다. 따라서 시행령은 최소한 공표대상 사업장을 법정화하여 공표토록 보완될 필요가 있음에도 불구하고 시행령안 제8조의3 제2항은 “노동부장관은 제1항 각호의 1에 해당하는 사업장 중에서 사업의 종류·규모 등을 고려하여 공표대상 사업장을 정할 수 있다”고 규정하여 공표대상 선정

에 있어 노동부장관의 결정사항으로 광범위하게 위임하고 있습니다.

마. 시행령안 제8조의3 규정은 재해예방을 위한 규정이며 근로자의 알권리를 통한 건강 및 생명권 보호에 주요 규정임에도 불구하고 산업안전보건법 제11조, 제20조 제1항, 제36조 제1항, 제42조 1항 등 근로자의 알권리 보장을 위한 사업주 의무규정과 비교시, 국가의 의무에 광범한 재량을 인정함으로써 헌법 제34조 국가의 재해예방 의무, 제35조 국민 건강권 및 A규약 제7조 안전하고 건강한 근로조건 보장, 제12조 국가의 조치 의무 등의 취지에 반하는 것으로 볼 수 있습니다.

바. 우리나라의 높은 산업재해율을 감안할 경우 시행령안 제8조의3 제1항 제1호~제4호에 관해서는 특별한 사유가 없는 한 의무적으로 공표토록 하는 것이 바람직 할 것입니다. 또한 시행령안 제8조의3 제1항 각호 사업장 이외에 노동부장관이 필요하다고 판단시, 추가로 사업장을 선정하여 공표할 수 있도록 하여야 할 것입니다.

2. 안전관리자의 선임 등(안 제12조)

가. 산업안전보건법 제15조 제1항은 사업주로 하여금 안전에 관한 기술적인 사항에 대하여 사업주 또는 관리책임자를 보좌하고 관리감독자 및 안전담당자에 대하여 이에 관한 지도·조언을 하기 위한 안전관리자를 두도록 의무화 하고 안전관리자를 두어야 할 사업의 종류·규모 및 안전관리자의 수·자격·직무·권한·선임방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있습니다.

나. 이에 따라 시행령은 제12조에 안전관리자 선임기준 등을 규정하고 있으나 산업안전 관련 규제들이 완화되면서 안전관리자 선임의무도 완화되어 왔습니다. 1997년 개정된 기업활동규제완화에관한특별조치법(이하 "특조법")에 의거하여, 산업안전보건법시행령 또한 "특조법 제32조 규정에 의한 산업단지 등에서 사업을 영위하는 3 이하의 사업장의 사업주가 공동으로 1인의 안전관리자를 둘 수 있다"고 함으로써 안전관리자 선임의무를 더욱 완화하였으나 시행령안은 이에 더 나아가 "동일 읍·면·동 지역 내 동일

사업주가 경영하는 2이상의 사업장"으로 규정함으로써 그 완화 범위를 보다 더 확대하고 있습니다.

다. 경제규제 완화를 위한 기본법으로 볼 수 있는 1997년 개정된 특조법은 제3장 의무고용 완화에 의해 가스, 전기, 소방 등 개별적인 위험업무를 다루는 안전관리자가 산업안전보건법상 산업안전 업무를 겸직(동법 제29조)하거나, 산업안전관리자가 다른 개별분야의 안전관리 업무를 겸직하도록 하고 있습니다(동법 제30조). 또한 산업보건의의 고용의무를 자율화하는 등(동법 제28조) 산업안전 관련 고용의무를 대폭 완화하고 있습니다. 이에 따라 산업안전보건법시행령상 안전관리자 의무고용(제12조) 기준이 완화되었습니다.

라. 특조법은 행정규제를 완화, 불필요한 중복고용을 줄이거나 면제하여 특히 중소기업의 비용부담을 줄여줌으로써 경제활동을 보다 활성화하고자 하는 것이었습니다(동법 제1조, 제3조).

그러나 산업안전보건은 궁극적으로 근로자의 건강 및 생명권을 보호하고자 하는 것으로서 산업안전보건법상 안전관리자 선임의무가 기업활동 비용 등 경제적 요인을 이유로 완화되거나 대체되는 경우 엄격한 조건하에 실현되어야 함에도 불구하고 특조법이 우선되어 산업안전규제를 광범하게 완화함으로써 산업안전보건체제 원래의 취지를 형해화시킬 우려가 있으며, 산업안전보건법 제1조 및 제4조의 취지에 구속되는 동 법 시행령이 산업안전규제완화를 더 확대시키는 것은 헌법 제35조 건강권, 제34조 국가의 책무, 공업및상업부문에서근로감독에관한협약 제9조의 취지, A규약 제7조 등에 의해 보호되는 근로자 인권에 반하는 결과를 가져올 수 있습니다.

마. 사업장의 안전 및 보건을 관리하기 위하여 산업안전보건법 이외에도 전기사업법(제73조), 고압가스안전관리법(제15조), 액화석유가스의안전및사업관리법(제14조), 소방법(제20조), 유해화학물질관리법(제25조) 등은 위험시설과 유해물질 안전관리를 위해 유자격자를 고용하도록 규정하고 있습니다.

그러나 산업안전보건법이외에 법률은 위험물과 위험시설 자체의 안전을 주목적으로 하는 것이며 근로자의 안전과 보건을 주목적으로 하는 것은 산

업안전보건법이 유일한 것입니다. 법정고용인의 선임방법에 있어 동 법은 사업장의 근로자의 수에 따라 안전관리자의 수를 결정하는 점에서도 그러한 차이는 명백히 파악될 수 있습니다. 따라서 동 법의 법정고용인의 기능과 타 법률의 법정고용인의 기능에는 중복이 없는 것으로 보아야 하며 특조법 등에 의한 안전관리자 선임의무 완화 조치는 근로자의 안전과 보건을 고려하지 않는 조치로서 헌법 제34조 및 공업 및 상업부문에서 근로감독에 관한 협약 등에 의해 부여된 국가의무, 헌법 제10조, 제35조, A규약 제7조 등에 의해 보호되는 근로자 인권을 궁극적으로 침해하는 결과를 가져옵니다.

바. 이러한 산업안전보건법 및 특조법의 문제점에서 볼 때, 산업안전보건법시행령은 제한된 범위 내에서 나마 규제완화의 결함이 보완되고 강화되어야함에도 불구하고 시행령상 완화의 폭을 더 넓히는 것은 근로자의 건강과 보건을 위한 국가의 책무를 방치하는 것일 수 있다는 점에서 재고되어야 할 것입니다. 따라서 원칙적으로 사업장내 전문 인력으로서 현장에 상주하면서 독립적인 안전관리자가 선임될 수 있도록 규제가 강화되어야 할 것입니다.

3. 도급금지 및 도급사업의 안전·보건 조치(안 제26조 제1항 제3호)

가. 산업안전보건법 제28조는 안전·보건상의 유해 또는 위험한 작업 중 대통령령이 정하는 작업은 노동부장관의 인가를 받지 아니하고는 그 작업만을 분리하여 도급을 줄 수 없다(제28조)고 규정하고 있습니다.

나. 이에 따라 시행령안은 도급 금지 및 도급사업의 안전보건 조치가 필요한 작업의 범위에 있어 법 제38조가 규정한 허가물질의 제조·사용하는 작업의 경우, 도급을 금지한 규정에 더하여 해체·제거하는 작업까지 추가하고 있습니다.

다. 산업안전보건법 및 동 법 시행령상 유해물질 등과 관련한 도급금지 규정은 유해한 작업을 분할하여 사내 하청 등의 방식으로 도급을 행함으로써 사업주가 안전보건 상의 의무와 책임을 면탈하려고 하는 간접 고용의 폐해로부터 근로자를 보호하고자 하는 규정입니다. 따라서 현대 산업분야

에서 사업의 종류가 더욱 세분화하는 점 등을 감안하여 시행령에 위임되는 도급 금지 대상이 되는 유해한 작업의 범위는 "…사용허가물질을 제조·사용·해체·제거·이동·운반 또는 저장하는 작업" 등과 같이 보다 더 확대하여 규정하는 것이 헌법 제34조 및 A규약 제12조, 아울러 산업안전보건법 제1조 및 제4조의 취지에 보다 더 부합할 수 있을 것입니다.

4. 명칭 등을 표시하여야 할 유해물질 표시 규정 삭제(안 제31조)

가. 산업안전보건법 시행령 제31조 근거 규정인 구 법 제39조는 유해물질 표시의무를 규정하고 있었으나 2002. 12. 동 법 개정시 유해인자에 대한 노동부장관의 관리의무와 고시, 공표 등에 관한 내용으로 전문 개정되었습니다. 구 법 제39조 유해물질 표시와 동 법 제41조 물질안전보건자료 작성·비치 등의 규정과 내용상 중복됨이 주된 이유였습니다.

나. 법 제41조에서 규정된 "화학물질 또는 화학물질을 함유한 제제(製劑)"의 개념에 구 법 제39조 유해물질이 포함될 수 있으며 화학물질 등에 대한 "안전·보건상의 취급주의 사항"등 물질안전보건자료 게시, 비치 의무에 유해물질 표시의무도 포함된 것으로도 볼 수 있는 점, 동 물질 등을 양도·제공하는 경우 물질안전보건자료도 함께 양도·제공하도록 의무화하고 있는 점 등에서 중복적일 수 있습니다.

그러나 법 제39조는 유해물질을 양도·제공하고자 하는 자에게 양도·제공하는 용기 또는 포장에 유해물질 표시의무를 규정하는 것으로서 법 제41조 사업주에게 부과되는 물질안전보건자료 게시, 양도 등의 의무와는 다른 것으로 볼 수 있습니다. 또한 개정된 법 제39조 유해인자의 관리 등은 의무주체가 노동부장관인 점, 유해인자 노출기준 고시 및 유해·위험성 평가와 결과 공표 등은 구 법 제39조의 유해물질 표시 보다 사업장내에서 유해물질을 취급하는 근로자의 안전 보호에 직접적이지 못합니다.

다. 구 산업안전보건법 제39조는 유해물질을 용기에 넣거나 포장하여 양도·제공하고자 하는 자에게 그 물질이 "인체에 미치는 영향" 등을 용기 또는 포장에 표시토록 함으로써 직접적으로 근로자의 알권리 및 건강·생명권 보호의미가 있었으나, 개정법 同條는 보다 강화되고 규제되어야할 유해

물질 등에 대한 표시의무가 노동부장관의 관리의무 등으로 대체되어 근로자의 생명과 직결될 수 있는 유해물질에 대한 알권리를 침해할 우려가 있으며 헌법 제34조 국가의 재해예방 의무, 제35조 국민 건강권 등과 A규약에서 보호되고 있는 제7조 안전한 근로조건, 제12조 건강권 등의 취지에 부합되지 않는 개정으로 볼 수 있습니다.

라. 따라서 시행령안 제31조는 근거 규정인 개정된 산업안전보건법 제39조의 문제점을 보완할 수 있도록 유해물질(인자)을 관리하거나 양도・제공하는 경우에 반드시 “인체에 미치는 영향”등을 표시하도록 하는 등 보다 구체화되고 강화된 관리 내용으로 보강되어 규정되어야 할 것입니다.

Ⅳ. 결 론

1. 산업안전 및 보건은 근로조건, 근로복지의 가장 기초를 이루는 것이며 근로자의 건강과 더 나아가 생명 등 인권과 직결된 것으로서 헌법 및 경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약 등에서도 근로자의 기본권으로 보호되고 있는 것입니다.

2. 산업안전보건에서 파생되는 문제점은 근로자의 인권뿐만 아니라 산업재해로 인한 기업의 경제적 손실과 노사분규 야기 등 국가의 직・간접비용으로 인한 노・사・정 모두의 피해를 초래할 수 있습니다. 따라서 현재까지 우리나라의 높은 산업재해율을 고려한다면 경제상황 등을 우선시 하여 규제완화 차원에서 진행되어온 산업안전보건관리체제의 근간인 법정고용인제도, 중대재해 유발 사업장에 대한 관리감독, 유해물질 관리 등에 있어 장기적 인식에 근거한 정비가 요구됩니다.

3. 시행령안의 사업장 공표대상 선정, 안전관리자 공동선임 범위, 유해물질 표시의무 규정에 대한 개정의 내용은 전반적으로 강화되어야할 규제가 오히려 완화되는 것으로 볼 수 있는 점에서 산업안전보건법의 목적 및 헌법과 경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약, ILO 주요 협약 중의 하나인 공업및상업부문에서근로감독에관한협약 등에서 요구되는 근로자 보호와 국가의 책무에 부합되지 못한 것으로 볼 수 있습니다. 따라서 국가의 의

무, 사업주 의무가 강화될 수 있도록 규제 강화를 통해 근로자의 알권리 및 안전권 등이 보다 더 폭넓게 보장될 수 있도록 하여야 합니다.

2003. 4. 14.
국가인권위원회 제1소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

⑩ 독학에의한학위취득에관한법률개정안에 대한 의견(2003.4.28.)

4단계 시험을 모두 합격해야 독학 학위를 취득하게 되는 상황에서 각 시험의 부정행위자들에 대하여 일률적으로 해당 시험의 응시자격을 3년간 정지하는 것은 인권침해 소지가 있으므로 교육부에 관련법령을 개정할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 독학에 의한 학사학위 취득은 단계별로 ①교과과정 인정시험 ②전공기초과정 인정시험 ③전공심화과정 인정시험 ④학위취득 종합시험에 순차적으로 각 시험에 합격해야 하는 바, 독학에의한학위취득에관한법률개정안 제8조는 각 시험에 있어서 부정행위 등을 한 사람에 대하여 시험의 종류·중요도와 부정행위의 태양·정도에 대한 고려 없이 일률적으로 해당 시험의 응시자격을 3년간 정지한다고 규정되어 있는 바, 당해 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙(특히 최소침해의 원칙과 협의의 비례원칙)을 위배하여 독학에 의하여 학위를 취득하려는 사람들의 헌법 제11조와 국제규약상의 평등권, 헌법 제10조의 개성의 자유로운 발현권, 헌법 제30조 제1항과 국제규약상의 교육을 받을 권리를 침해할 우려가 있고 헌법 제30조 제5항의 국가의 평생교육 진흥의무 규정 취지에 부합하지 않음.

[2] 독학에의한학위취득에관한법률개정안 제8조의 규정내용을 부정행위의 태양·정도 및 응시원서 허위기재 정도를 나누어, 해당 시험과목 또는 해당시간 시험과목만을 무효로 할 수 있는 규정을 두고 응시자격 제한을 시험의 중요도와 부정행위의 내용을 고려하여 일정 기간 범위 내에서 적정하게 양정할 수 있도록 규정하면서 구체적인 재량준칙은 향후 하위법령에서 마련할 것을 교육부에 권고함.

Ⅰ. 국가인권위원회 주요 의견

1. 검토배경

교육인적자원부가 독학에의한학위취득에관한법률(이하 '법'이라함.) 중 일부 조항을 개정하고자 마련한 「독학에의한학위취득에관한법률중개정법률안」(이하 '개정안'이라 함)[5]에 대한 의견유무를 문의하는 공문을 2003. 4. 11. 우리 위원회에 송부하였습니다.

2. 검토기준

가. 헌법 제10조 내지 제22조, 제30조, 제37조

나. 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약 제13조[6]

---

5) 주요 골자
가. 현재 독학에의한학위취득에관한법률시행령 제13조에 규정되어 있는 독학에의한 학위취득 시험의 무효와 일정기간(3년) 응시자격 박탈에 관한 사항을 모법에 규정함(개정안 제8조).
나. 응시원서 등에 허위기재를 한 자에 대하여 시험 무효, 응시자격 박탈처분을 할 때에는 청문의 기회를 주도록 함(개정안 제9조).

6) 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약 제13조
1. 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.
2. 이 규약의 당사국은 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 다음 사항을 인정한다.
a) 초등교육은 모든 사람에게 무상 의무교육으로 실시된다.
b) 기술 및 직업 중등교육을 포함하여 여러 가지 형태의 중등교육은 모든 적당한 수단에 의하여, 특히 무상교육의 점진적 도입에 의하여 모든 사람이 일반적으로 이용할 수 있도록 하고 또한 모든 사람에게 개방된다.
c) 고등교육은 모든 적당한 수단에 의하여, 특히 무상교육의 점진적 도입에 의하여, 능력에 기초하여 모든 사람에게 개방된다.
d) 기본교육은 초등교육을 받지 못하였거나 또는 초등교육의 전 기간을 이수하

(Internationational Conventant on Economic, Social and Cultural Rights)

다. 시민적·정치적권리에관한국제규약 제2조, 제26조[7]
(Internationational Conventant on Civil and Political Rights)

3. 검토요지

독학에 의한 학사학위 취득은 단계별로 ①교과과정 인정시험, ②전공기초과정 인정시험, ③전공심화과정 인정시험, ④학위취득 종합시험에 순차적으로 각 시험에 합격해야 하는 바, 각 시험에 있어서 부정행위 등을 한 사람에 대하여 시험의 종류·중요도와 부정행위의 태양·정도에 대한 고려 없이 일률적으로 해당 시험의 응시자격을 3년간 정지한다고 규정하고 있는 개정안 제8조는[8] 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙(특히 최소 침해의 원

지 못한 사람들을 위하여 가능한 한 장려되고 강화된다.
e) 모든 단계에 있어서 학교제도의 발전이 적극적으로 추구되고, 적당한 연구·장학제도가 수립되며, 교직원의 물질적 처우는 계속적으로 개선된다.
3. 이규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라서 법정후견인이 그들 자녀를 위하여 공공기관에 의하여 설립된 학교 이외의 학교로서 국가가 정하거나 승인하는 최소한도의 교육수준에 부합하는 학교를 선택하는 자유 및 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 수 있는 자유를 존중할 것을 약속한다.
4. 이 조의 어떠한 부분도 항상 이 조 제1항에 규정된 원칙을 준수하고 그 교육기관에서의 교육이 국가가 결정하는 최소한의 기준에 일치한다는 요건하에서 개인과 단체가 교육기관을 설립, 운영할 수 있는 자유를 간섭하는 것으로 해석되지 아니한다.

7) 시민적·정치적권리에관한국제규약 제2조
이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.
제26조 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

8) 독학에의한학위취득에관한법률 第8條 (不正行爲者 등에 대한 措置) ①敎育人的資源部長官은 試驗에 있어서 不正한 行爲를 한 者 또는 應試願書 등에 虛僞記載를 한 者에 대하여는 당해 試驗을 無效로 하고, 그 處分이 있은 날로부터 3년간

칙과 협의의 비례원칙)을 위배하여 독학에 의하여 학위를 취득하려는 사람들의 헌법 제11조와 국제규약상의 평등권, 헌법 제10조의 개성의 자유로운 발현권, 헌법 제30조 제1항과 국제규약상의 교육을 받을 권리를 침해할 우려가 있고 헌법 제30조 제5항의 국가의 평생교육 진흥의무 규정 취지에 부합하지 않습니다.

4. 검토의견

가. 독학에 의한 학위취득 제도의 개요

(1) 연혁

독학에 의한 학위 취득 제도는 헌법 제31조 제1항 교육을 받을 권리, 제5항 국가의 평생교육 진흥의무를 실현하는 제도로서 1990. 4. 7. 법이 제정, 시행됨에 따라 1990년부터 시행되어 왔으며, 1997년 학점인정에관한법률이 시행됨에 따라 학점인정제도와 연계되었습니다(구체적 연혁은 붙임1.참조).[9] 위 제도도입 당시 중국의 '자학고시제도(自學考試制度)'를 모델로 했는데 독학에 의한 학위 취득 제도는 한국과 중국 이외의 다른 나라에는 그 입법례가 없는 것으로 보고 되고 있습니다.[10]

(2) 학위취득시험

○ 이 제도는 독학자에게 학사학위 취득의 기회를 부여하는 제도로서 학사학위를 취득하기 위해서는 '독학자에 대한 학위취득시험'에 합격해야 합니다(법 제1조, 제3조, 제6조).[11]

應試資格을 停止한다.

②敎育人的資源部長官은 第1項의 規定에 의한 處分을 한 때에는 遲滯없이 그 理由를 處分을 받은 者에게 書面으로 通知하여야 한다.

9) 학점인정등에관한법률시행령 제7조에 따라 일정 학점이 인정되면 독학에 의한 학위취득시험 4단계 시험 중 일정 시험을 면제받고(독학에의한학위취득에관한법률시행령 제7조), 학위취득시험 일정 단계 시험에 합격하면 과목당 4-5학점을 인정하고 있음[학점인정등게관한법률시행령 제11조 별표(학점인정의기준), 동법시행규칙 제5조 제1항 별표(학점인정의 세부기준)].

10) 김종서, 최희선, 김신일, 강무섭, 성기로, 조선제, 강홍섭, 임철일, 이주헌, 김경이, "독학에 의한 대학학위 인정방안 연구", 한국방송통신대학교, 1989.
위원회 자체 동 제도의 입법례 조사결과 미국, 일본에는 동 제도가 존재하지 않았음.

11) 법 제1조(목적)
이 법은 독학자에게 학사학위(이하 "학위"라 한다)취득의 기회를 부여함으로써

○ 학위취득시험은 원칙적으로 4단계 과정별 시험(① 교과과정 인정시험 ② 전공기초과정 인정시험 ③ 전공심화과정 인정시험 ④ 학위취득 종합시험)[12]을 단계적으로 거쳐야 하며 최종적으로는 학위취득 종합시험에 합격하여야 학위가 수여됩니다(학위취득과정흐름도는 붙임2.와 같음).

○ 법 제3조 교육부장관의 학위취득시험 실시에 관한 권한은 한국방송통신대학교총장에게 위임되어 있으며(시행령 제4조 제1항), 현재 한국방송통신대학교 내 독학학위검정원이 설치되어 검정원에서 주관하고 있습니다.

○ 각 과정별 시험에서 최초로 1과목 이상 합격하였거나 면제를 인정받은 자는 독학학위검정원으로부터 학적을 부여받게 되고[13], 위 4단계 시험을 모두 합격(일부 시험면제의 경우 포함)하여 학사학위를 취득하기까지는 시험면제, 나이, 직업에 따라 일률적으로 볼 수 없지만 일반적인 경우에 4년이 소요된다고 합니다.[14]

평생교육의 이념을 구현하고 개인의 자아실현과 국가사회의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

제3조 (시험의 실시기관)

①교육인적자원부장관은 독학자에 대한 학위취득시험(이하 “시험”이라 한다)을 실시한다.

②제1항의 규정에 의한 시험의 실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제6조(학위수여 등)

①교육부장관은 교육법 제115조 제1항의 규정에도 불구하고 제5조 제1항 제4호의 규정에 의한 학위취득종합시험에 합격한 자에 대하여는 학위를 수여한다.

②제1항의 규정에 의한 학위수여 기타 학사관리에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

12) 법 제5조(시험의 단계 및 과목)

①시험은 다음 각호의 과정별 시험을 단계적으로 거쳐야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 학력 또는 자격을 가진 자에 대하여는 제1호 내지 제3호의 각 과정별 인정시험 또는 시험과목의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

1. 교과과정 인정시험 2. 전공기초과정 인정시험 3. 전공심화과정 인정시험 4. 학위취득 종합시험

②제1항의 규정에 의한 과정별 시험과목은 교육부장관이 정한다.

13) 독학에의한학위취득에관한운영규정 제12조(학적부여) 학적부여는 각 과정별 시험에서 최초로 1과목이상 합격하였거나 면제를 인정받은 자로 한다.

14) 한국방송통신대학교 독학학위검정원 고사운영팀 전화문의.

(3) 단계별 과정 시험응시자격

단계별 시험명	독학에의한학위취득에관한법률시행령(이하 시행령이라함) 제7조 (응시자격)
교과과정 인정시험	가. 고등학교졸업자 나. 초·중등교육법시행령 제98조제1항의 규정에 의하여 상급학교의 입학에 있어서 고등학교를 졸업한 자와 동등이상의 학력이 있다고 인정되는 자 다. 사회교육법시행령 제7조제1항의 규정에 의하여 고등학교를 졸업한 자와 동등한 학력이 인정되는 자 라. 소년원법 제29조제4항의 규정에 의하여 고등학교의 교육과정을 이수한 자와 동일한 자격을 가진 자
전공기초과정 인정시험	가. 교양과정인정시험과목중 3할이상의 과목에 합격한 자 나. 대학(고등교육법에 의하여 설립된 산업대학, 교육대학, 방송·통신대학 및 다른 법령에 의하여 설립된 대학을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 및 이에 준하는 각종학교(학력인정학교로 지정된 학교에 한한다. 이하 이 조에서 같다)에서 1년이상의 교육과정을 수료하였거나 35학점이상을 취득한 자와 이와 동등한 학력이 있다고 인정되는 자 다. 전문대학 및 이에 준하는 각종학교에서 1년이상의 교육과정을 수료하였거나 35학점이상을 취득한 자 라. 학점인정등에관한법률 제7조의 규정에 의하여 35학점이상을 인정받은 자 마. 외국에서 13년이상의 학교교육의 과정을 수료한 자
전공심화과정 인정시험	가. 전공기초과정인정시험과목중 3할이상의 과목에 합격한 자 나. 대학 및 이에 준하는 각종학교에서 2년이상의 교육과정을 수료하였거나 70학점이상을 취득한 자와 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정되는 자 다. 전문대학 및 이에 준하는 각종학교에서 2년이상의 교육과정을 수료하였거나 70학점이상을 취득한 자 또는 전문대학을 졸업한 자 및 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정되는 자 라. 학점인정등에관한법률 제7조의 규정에 의하여 70학점이상을 인정받은 자 마. 외국에서 14년이상의 학교교육의 과정을 수료한 자
학위취득 종합시험	가. 교양과정인정시험·전공기초과정인정시험 및 전공심화과정인정시험에 합격한 자 나. 대학 및 이에 준하는 각종학교에서 3년이상의 교육과정을 수료하였거나 105학점이상을 취득한 자 다. 수업연한이 3년인 전문대학을 졸업한 자 또는 이와 동등한 자격이 있다고 인정되는 자 라. 학점인정등에관한법률 제7조의 규정에 의하여 105학점이상을 인정받은 자 마. 외국에서 15년이상의 학교교육의 과정을 수료한 자

(3) 시험 부정행위 관련 규정

학위취득 시험의 부정행위자 등에 대하여 개정안 제8조(현행 시행령 제13조)는 “총장은 시험에 있어서 부정한 행위를 한 자 또는 응시원서 등에 허위기재를 한 자에 대하여는 당해 시험을 무효로 하고, 그 처분이 있은 날부터 3년간 응시자격을 정지한다”고 규정하고 있습니다.

나. 개정안 제8조 검토

(1) 문제의 소재

부정행위자 등에 대하여 당해 시험을 무효로 하는 외에 3년간 응시자격을 제한하고 있는 동 제재 규정이 지나치게 과도하여 정규 대학과정을 이수하여 학사학위를 취득하는 사람들과 비교할 때 독학에 의하여 학위를 취득하려는 사람들의 헌법 제11조와 국제규약상의 평등권과 헌법 제10조에서 도출되는 개성의 자유로운 발현권, 헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부와 헌법 제31조 제5항의 국가의 평생교육 진흥의무의 규정 취지에 배치하는지 여부.

(2) 평등권 등 침해 여부 검토

(가) 해당 규정의 해석

개정안 제8조(현행 시행령 제13조)는 “총장은 시험에 있어서 부정한 행위를 한 자 또는 응시원서 등에 허위기재를 한 자에 대하여는 당해 시험을 무효로 하고, 그 처분이 있은 날부터 3년간 응시자격을 정지한다”고 규정하고 있는 바, 위 규정대로라면 ① 교과과정 인정시험 ② 전공기초과정 인정시험 ③ 전공심화과정 인정시험 ④ 학위취득 종합시험 각 시험에 있어서 부정행위 등을 한 경우에는 처분 당국의 재량의 여지없이 3년간 해당 시험의 응시자격이 정지됩니다.

(나) 서울대학교와 한국방송통신대학교의 예

서울대학교와 한국방송통신대학교의 시험부정해위자의 징계규정과 절차에 대한 고찰은 독학에 의한 학위취득 시험에 있어서 부정행위자에 대한 제재와는 그 동일 차원의 것이 아니어서 단순한 평면적인 비교는 불가하나 형평성 측면을 고려하기 위한 참고 자료로서의 의미를 갖습니다.

○ 서울대학교의 경우

서울대학교의 경우 시험 부정행위자는 단과대학을 경유하여 학교학생징계위원회에 회부되는데 부정행위의 태양, 정도에 따라 시험의 무효와 함께

근신, 1월 이상의 유기정학, 무기정학 처분을 합니다.[15]

○ 한국방송통신대학교의 경우

학생이 시험과 관련하여 부정행위를 했을 경우 학생회지도위원회 또는 부교수회에 회부되고 부정행위의 정도에 따라 시험무효와 함께 근신에서 제명까지 처분할 수 있음. 참고로 '대리시험'의 경우에는 가장 중한 제명처분을 하고 있다고 합니다.[16] 제명처분이 된 사람은 제명된 날로부터 2년이

---

15) 서울대학교학칙

제98조 (징계) ①총장은 학생이 이 학칙을 위반하거나 학생의 본분에 어긋난 행위를 하였을 때에는 징계할 수 있다.

②총장은 징계에 관한 사항을 학(원)장에게 위임할 수 있다.

③징계는 근신, 정학 및 제명으로 한다.

④학생을 징계하고자 하는 경우에는 해당 학생에게 징계혐의 사실을 사전에 고지하고, 구두진술・증거제출・의견제출의 기회를 주어야 한다.

⑤징계절차 및 징계에 관한 세부사항은 따로 정한다.

서울대학교학생징계절차등에관한규정

제2조(징계사유 및 징계권자) 총장은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 서울대학교학생징계위원회의 심의・의결에 의하여 징계한다. 제1호 학업과 관련한 부정행위자 (2호-10호 생략)

제10조(징계의 종류 및 양정) ①학칙 제98조 제3항의 규정이 정하는 징계 중 근신은 7일 이상 1월 이하로 하고, 정학은 무기정학과 유기정학으로 하되, 기간은 1월 이상으로 한다.

②징계의 양정은 위반사항의 정도에 따라 정하되, 근신 이상의 처분을 2회 이상 받은 경우 정학을 의결할 수 있으며, 3월 이상의 정학처분을 2회 이상 받은 경우에는 제명을 의결할 수 있다.

③위원회는 징계를 심의 의결함에 있어서 학생의 평소 품행, 학업성적, 공적, 개전의 정, 기타 정상을 참작할 수 있다.

서울대학교학업성적처리규정

제9조(징계받은 자의 성적처리) ①징계를 받은 자의 성적처리에 관한 사랑은 소속대학의 교수회에서 정한다. 다만, 학기말 시험 이전에 수업 주수 4분의 1이상의 기간에 해당하는 정학 이상의 징계처분을 받은 자의 수강 신청에 관하여는 수강신청한 전 교과목을 취소한다.

②삭제

16) 한국방송통신대학교학칙

제67조(징계) ①총장은 학생의 본분에 어그러진 행위를 하거나 또는 학칙을 위반하였을 때에는 징계할 수 있다.

②징계의 종류는 근신・정학・제명으로 구분하되, 징계처분에 관한 사항은 총장이 따로 정한다.

③징계에 의하여 제명된 자는 제명된 날로부터 2년이 경과된 후 제63조에 규정한 학생회지도위원회 및 교수회의 심의를 거쳐 재입학 또는 편입학을 허가할 수 있다.

경과된 후 학생회지도위원회의 심의를 거쳐 교수회의동의를 얻어 재입학 또는 편입학을 허가 받을 수 있게 됩니다(한국방송통신대학교 학칙 제67조 제3항).

(다) 검토

① 교과과정 인정시험 ② 전공기초과정 인정시험 ③ 전공심화과정 인정시험 ④학위취득 종합시험 각 시험의 부정행위시 처분권자의 재량과 예외인정 여지없이 3년간 위 각 시험의 응시자격을 정지한다고 규정한 것은 다음과 같은 이유에서 지나치게 과도한 기본권 제한입니다.

첫째, 위 각 시험들은 학위 취득을 위하여 순차적으로 치러야 하는 시험이어서 그 독자적인 의미 보다는 학위 취득을 위한 4단계 과정 시험이라고 할 수 있고 수험생이 시험 부정행위로 인하여 어느 단계의 시험 응시자격을 3년간 정지당할 경우 부정행위를 한 수험생이 입게 되는 불이익(사익)[17]과 시험의 공정성 확보, 부정행위자에 대한 제재라는 공익을 비교하여 볼 때, 위와 같은 제한은 지나치게 공익성에 치중하여 수험생의 기본권을 필요 이상으로 제한하는 것으로 볼 수 있음.

둘째, 위 시험들은 1일에 걸쳐 매과목을 시간을 나누어 별개로 치르게 되는데(시험일정, 과목과 시간은 붙임3.과 같음), 한 과목 시험에서 부정행위를 하였어도 해당시험(전과목)을 무효로 하고, 해당시험(전과목)의 응시자격을 3년간 정지시키는 것은 입법권자가 선택한 기본권의 제한 조치가 입법목적달성을 위하여 적절한 것일지라도 보다 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요 최소한의 것이 되게 하여야 한다는 기본권 제

한국방송통신대학교학생징계에관한규정 제3조(징계양정) 징계의 사유별 징계양정은 별표1과 같다.

[별표 1]-시험관련부분만 발췌

시험 부정 행위자	시험의 공정성을 다소 해친자	근신(해당과목 성적몰수 병과)
	시험의 공정성을 상당히 해친자	유기정학(당해학기성적몰수 병과) 또는 무기정학(당해학기 취득학점 몰수 병과)
	시험의 공정성을 현저히 해친자	무기정학(당해학기 취득학점 몰수 병과)

17) 예를 들어 교양과목인정시험의 응시자격이 3년간 정지될 경우에 해당 수험생은 다음 단계의 전문기초과정인정시험, 전공심화과정인정시험, 학위취득종합시험을 응시할 수 없어 자연적으로 다음 단계 시험이 순연되어, 법이 의도하고 있는 대로 3년간만 응시자격이 정지되는 것을 넘어 3년 이상의 기간에 해당하는 만큼 불이익을 당한다고 볼 수 있음.

한의 피해 최소성에 부합하지 않음.

(예로 든 국립대학교 기말·중간 시험에 있어서 부정행위를 한 경우 해당 과목 시험만 무효가 되는 것과 그와 같은 징계규정을 가진 대학, 전문대학 그와 준하는 각종학교에서 학습과정을 이수하고 일정 학점을 인정받아 독학에 의한 학위취득 시험 가운데 일정 시험을 면제 받는 것과 비교)

셋째, 더욱이 개정안 제8조는 시험 응시자격을 '정지한다'라고 규정하여 처분 주체의 재량을 인정하고 있지 않고 있음. 그러나 고등학교졸업학력검정고시와 고등학교입학자격검정고시의 경우에는 2년간 응시자격을 정지 '할 수 있다'고 규정하고 있는 점[18], 부정행위는 그 태양과 정도가 다양하다는 점, 헌법상 국가의 평생교육진흥의무, 학위취득시험의 성격 등을 감안할 때 개정안 제8조가 처분 주체의 재량을 인정하지 않고 있는 것은 부정행위 등을 한 수험생의 기본권을 지나치게 제한할 우려가 있음.

넷째, 학점인정등에관한법률 제7조[19]의 시설·기관에서 학습과정을 이

---

18) 고등학교입학자격검정고시규칙 제13조, 고등학교졸업학력검정고시규칙 제15조

19) 학점인정등에관한법률

제3조(학습과정의 평가인정) ①교육인적자원부장관은 대통령령이 정하는 평생교육시설 및 직업교육훈련기관(이하 "교육훈련기관"이라 한다)이 설치·운영하는 학습과정에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 평가인정을 할 수 있다. <개정 2001.1.29, 2001.3.28>

②제1항의 규정에 의한 평가인정을 받고자 하는 교육훈련기관은 대통령령이 정하는 바에 따라 교육인적자원부장관에게 평가인정을 신청하여야 한다. <개정 2001.1.29>

③제1항의 규정에 의하여 평가인정을 받은 학습과정을 설치·운영하는 교육훈련기관은 제4항의 평가인정의 기준에 따른 평가인정사항을 변경하고자 하는 경우에는 교육인적자원부령이 정하는 바에 의하여 이를 미리 교육인적자원부장관에게 신고하여야 한다. <개정 2001.1.29, 2001.3.28>

④제1항의 규정에 의한 평가인정의 기준이 되는 교수 또는 강사의 자격, 학습시설·설비 및 학습과정의 내용은 대통령령으로 정한다.

제7조 (학점인정) ①교육인적자원부장관은 제3조제1항의 규정에 의하여 평가인정을 받은 학습과정을 이수한 자에게 그에 상당한 학점을 인정한다. <개정 2001.1.29>

②교육인적자원부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 자에게 그에 상당한 학점을 인정할 수 있다. <개정 2001.3.28>

1. 대통령령이 정하는 학교 또는 평생교육시설에서 고등교육법·평생교육법 또는 학칙이 정하는 바에 의하여 교육과정을 이수한 자
2. 외국 또는 군사분계선이북지역에서 대학교육에 상응하는 교육과정을 이수한 자

수하고 학점을 인정받아 학위취득에 필요한 시험을 면제받을 수 있는 것과 관련하여서도 학점인정등에관한법률시행령 제10조(학점인정절차)[20] 제3항은 “허위 기타 부정한 방법으로 제2항의 규정의 의하여 학점인정을 받은 경우 교육부장관은 이를 취소한다”고 규정하고 있고, 동 시행령 제15조(학위수여절차)[21] 제3항은 “허위 기타 부정한 방법으로 제2항의 규정에 의하여 학위를 받은 경우 교육인적부장관은 이를 취소할 수 있다”고 규정하고 있

---

3. 고등교육법 제36조제1항, 평생교육법 제21조 또는 제22조의 규정에 의하여 시간제로 등록하여 수업을 받은 자
4. 대통령령이 정하는 자격을 취득하거나 그 자격의 취득에 필요한 교육과정을 이수한 자
5. 대통령령이 정하는 시험에 합격하거나 그 시험이 면제되는 교육과정을 이수한 자
6. 문화재보호법 제5조의 규정에 의한 중요무형문화재의 보유자로 인정된 자와 그 문하생으로서 일정한 전수교육을 받은 자로서 대통령령이 정하는 자

③삭제 <2001.3.28>

④제1항 및 제2항의 규정에 의한 학점인정의 기준, 절차 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2001.3.28>

20) 학점인정등에관한법률시행령

제10조(학점인정절차) ①법 제7조의 규정에 의한 학점인정을 신청하고자 하는 자는 그 신청서에 교육인적자원부령이 정하는 서류를 첨부하여 교육인적자원부장관에게 제출하여야 한다. <개정 2001.1.29>

②교육인적자원부장관은 제1항의 규정에 의한 신청을 받은 경우 학점인정의 기준에 적합한지의 여부를 조사·확인하여 학점인정여부를 결정한 후 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 학점인정의 통지는 교육인적자원부령이 정하는 학점인정서를 교부함으로써 이에 갈음할 수 있다. <개정 2001.1.29>

③허위 기타 부정한 방법으로 제2항의 규정에 의하여 학점인정을 받은 경우 교육인적자원부장관은 이를 취소할 수 있다. <개정 2001.1.29>

21) 학점인정등에관한법률시행령

제15조(학위수여절차)①법 제9조제1항의 규정에 의한 학위수여를 신청하고자 하는 자는 그 신청서에 교육인적자원부령이 정하는 서류를 첨부하여 교육인적자원부장관에게 제출하여야 한다. <개정 2001.1.29>

②교육인적자원부장관은 제1항의 규정에 의한 신청을 받은 경우 학위수여요건에 적합한지의 여부를 조사·확인하여 학위수여여부를 결정한 후 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 학위수여의 통지는 교육인적자원부령이 정하는 학위증을 교부함으로써 이에 갈음할 수 있다. <개정 2001.1.29>

③허위 기타 부정한 방법으로 제2항의 규정에 의하여 학위를 받은 경우 교육인적자원부장관은 이를 취소할 수 있다. <개정 2001.1.29>

④법 제9조제2항의 규정에 의한 학위수여절차에 관하여는 당해 대학 등의 학칙이 정하는 바에 의한다. <개정 2001.6.29>

어 학점인정 신청자격이나 학위수여 신청 자격을 제한하고 있지 않음.

다섯째, 헌법 제34조 제5항 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다”고 하여 국가의 평생교육 진흥의무를 명시하고 있고, 독학에 의한 학위취득 제도는 국가의 평생교육 진흥의무를 실현하는 제도라고 할 수 있는 바, 위와 같은 과도하고 비탄력적인 응시자격 정지 규정은 독학에 의한 학위취득 제도가 갖는 위와 같은 헌법상의 의미와 어긋남.

여섯째, 우리나라가 독학에 의한 학위취득 제도를 도입할 당시 모델로 삼은 중국의 ‘자학고시제도’에서는 지역마다 조금씩 다르지만 일반적으로 경미한 부정행위자에 대하여는 경고, 2회 경고 시에는 ‘해당과목’ 영점처리, 중대한 부정행위자에 대하여는 그 정도를 다시 나누어 1년에서 3년 사이에서 정한 기간 응시자격 제한을 정하고 있음(기타 고등교육자학고시 제도와의 비교는 붙임4.참조).[22]

5. 결론

개정안 제8조 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙(특히 최소 침해의 원칙과 협의의 비례원칙)을 위배하여 독학에 의하여 학위를 취득하려는 사람들의 헌법 제11조와 국제규약상의 평등권, 헌법 제10조의 개성의 자유로운 발현권, 헌법 제30조 제1항과 국제규약상의 교육을 받을 권리를 침해할 우려가 있고 헌법 제30조 제5항의 국가의 평생교육 진흥의무 규정 취지에 부합하지 않습니다.

따라서 개정안 제8조의 규정내용을 부정행위의 태양·정도 및 응시원서 허위기재 정도를 나누어, 해당 시험과목 또는 해당 시간 시험과목만을 무효로 할 수 있는 규정을 두고 응시자격 제한을 시험의 중요도와 부정행위의 내용을 고려하여 일정 기간 범위 내에서 적정하게 양정할 수 있도록

22) 중국 교육위원회(교육청)에 문의 확인, 동신대학교 최영표 교수님 자문 의견도 동일.
고등교육자학고시임시조례 제37조 고등교육자학고시 응시자가 시험 중에 커닝페이퍼를 갖고 있고, 쪽지를 건네거나, 베껴 쓰고, 시험지를 바꾸고, 대리시험을 보는 등 부정행위를 하거나 아울러 기타 시험규칙을 위반하는 행위를 하면, 성고위에서 사건 경위의 경중을 살펴 경고, 시험성적취소, 1-3년간의 시험정지라는 처벌을 분별하여 부여한다.

규정하면서 구체적인 재량 준칙은 향후 하위법령에서 마련할 것을 권고합니다.

2003. 4. 28.
국가인권위원회 제1소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

11 국민연금법중개정법률안에 대한 의견(2003.8.12.)

[1] 교도소와 감호시설 수용자, 행방불명자들을 계속 납부예외 지역가입자로 유지하여 원하는 경우, 추후납부를 통하여 연금급여 혜택을 받을 수 있도록 하고,

[2] 국민연금 납부예외자를 교도소뿐 아니라 '행형법 제2조에 의한 교도소 등의 수용자'로 확대하여 구치소, 지소 수용자들이 일시적인 소득 감소에 따른 체납 처벌 등의 불이익을 받지 않도록 보건복지부장관에게 당해 법률조항을 개정해야 한다는 의견을 표명함.

【결정요지】

[1] 국민연금법 개정법률안에는 교도소의 수용자 및 사회보호법에 의한 보호감호시설 또는 치료감호시설의 수용자, 행방불명자를 국민연금 지역가입자에서 제외하고, 납부예외자에서도 제외하도록 되어 있으나 국민연금에 가입하여 연금급여의 혜택을 받는 것은 사회보장을 받을 권리 중 본질적인 내용이라 할 수 있으므로 교도소와 감호시설 수용자, 행방불명자들을 계속 납부예외 지역가입자로 유지하여 원하는 경우, 추후납부를 통하여 충분한 연금급여 혜택을 받을 수 있도록 하고,

[2] 국민연금 납부예외자를 교도소뿐 아니라 '행형법 제2조에 의한 교도소등의 수용자'로 확대하여 구치소나 지소 수용자들이 일시적인 소득 감소로 인한 체납 처벌 등의 불이익을 받지 않도록 하기 위하여

[3] 교도소 및 사회보호법에 의거한 보호감호시설 또는 치료감호시설 수용자, 행방불명자를 납부예외 지역가입자에서 제외시키는 신설조항을 삭제하고, 연금보험료 납부의 예외조항을 현행법 규정과 같이 그대로 존치시키되, "교도소에 수용중인 경우"는 "행형법 제2조에 의한 교도소 등의 수용자"로 개정하도록 의견을 표명함.

[4] 이 의견표명은 국민연금법개정법률안에 대한 일차적 의견표명으로서 국가인권위원회는 법률개정기간동안 지속적으로 보다 면밀한 검토를 실시하여 국민의 기본권을 비합리적인 이유로 제한할 가능성이 있다고 판단될 경우 권고를 실시할 것임.

【주 문】 ○ 보건복지부는 국민연금법을 개정하고자 개정법률안에 대한 국가인권위원회의 의견을 요청하여, 이에 대한 검토를 실시한 결과 개정법률안 제10조(지역가입자)의 신설조항 제5-6호는 삭제하고, 개정법률안 제77조의2(연금보험료 납부의 예외) 제1항의 삭제조항 제4-6호는 삭제치 말되, 단 제77조의2 제1항 제4호 “교도소에 수용중인 경우”는 “행형법 제2조에 의한 교도소등의 수용자”로 개정하는 것이 타당하다는 의견을 표명함.

○ 국민연금법 개정법률안에는 교도소에 수용중인 자 및 사회보호법에 의한 보호감호시설 또는 치료감호시설에 수용중인 자, 그리고 행방이 불명한 자를 국민연금지역가입자에서 제외하고, 납부예외자에서도 제외하도록 되어 있으나,

○ 교도소와 감호시설 수용자, 행방불명자들을 계속 납부예외 지역가입자로 하여 원하는 경우 추후납부를 통하여 충분한 연금급여 혜택을 받을 수 있도록 하고,

○ 납부예외자를 교도소 뿐 아니라 ‘행형법 제2조에 의한 교도소등’의 수용자로 확대하여 구치소나 지소 수용자들이 일시적인 소득 감소로 인한 체납 처벌등의 불이익을 받지 않도록 하기 위하여,

○ 교도소 및 사회보호법에 의거한 보호감호시설 또는 치료감호시설 수용자, 행방불명자를 납부예외 지역가입자에서 제외시키는 개정법률안 제10조(지역가입자)의 신설조항 제5-6호는 삭제하고, 개정법률안 제77조의2(연금보험료 납부의 예외) 제1항의 삭제조항 제4-6호는 삭제치 말되, 단 제77조의2 제1항 제4호 “교도소에 수용중인 경우”는 “행형법 제2조에 의한 교도소등의 수용자”로 개정하는 것이 타당하다는 의견을 표명함.

○ 이 의견표명은 국민연금법개정법률안에 대한 일차적 의견표명으로서 국가인권위원회는 법률개정기간동안 지속적으로 보다 면밀한 검토를 실시하여 국민의 기본권을 비합리적인 이유로 제한할 가능성이 있다고 판단될 경우 권고를 실시할 것임.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

○ 보건복지부에서는 국민연금법을 대폭 개정하고자 국민연금법중개정법률안을 작성해 우리 위원회에 송부하여(2003. 8. 7. 접수) 같은 해 8. 14.까지 검토의견을 회신하여 줄 것을 요청하였음.

○ 개정법률안의 개요는 인구구조의 급속한 고령화에 따른 대비와 세대간 형평성을 제고할 수 있도록 연금 급여수준과 보험료율을 조정하는 등 장기재정안정화 방안을 마련하고, 기금규모의 급증과 금융환경 변화에 적극적인 대응의 필요성이 높아짐에 따라 국민연금기금운용위원회를 상설화하여 책임성·전문성을 강화하는 등 현행 제도상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하여 국민연금제도를 내실 있게 발전시키기 위한 것임.

○ 개정법률안에 대해서는 충분한 시간을 두고 면밀하게 검토하여 의견제시를 하여야 하나, 교도소 수용자와 행방불명자를 지역가입자와 납부예외자에서 제외하는 조항은 시급하게 의견을 표명할 필요가 있다고 판단되어 긴급히 의견을 제시하고자 함. 추후 개정과정에서 지속적으로 면밀한 검토를 실시하여 국민 기본권을 비합리적으로 제한할 가능성이 있는 조항이 있다고 판단될 경우 권고를 할 예정임.

Ⅱ. 국민연금법의 개관

○ 국민연금은 우리 나라의 사회보장의 근간인 4대 사회보험(국민건강보험, 국민연금, 산업재해보상보험, 고용보험)의 하나로서 고령화 사회에 대비하여 전국민이 사고나 질병등으로 장애를 당하였거나 노쇠하여 경제활동을 할 수 없을 경우에 소득을 보장하기 위한 제도임.

○ 현행 국민연금은 전 국민을 대상으로 하고 있으며 이는 국민의 경제적 및 사회적 권리 보장의 측면에서 매우 중요한 제도임.

○ 경제활동을 할 수 있는 전국민이 보험료를 납부하여 기금을 형성하고 이 기금을 활용하여 소득이 낮은 이들의 소득을 보장하는 제도로서,

○ 스스로 보험료를 “저축”하여 그 결과로서 자신이 소득이 없어지는 노후에 소득을 보장받고자 하는 사적인 연금보험과는 달리,

○ 소득이 있는 이들이 기금을 형성하여 현재 소득이 없는 이들을 보장하고자 하는 “동시대적 연대”의 성격을 갖고 있음.

○ 사회보험은 원칙적으로 소득이 있는 이들을 대상으로 한 사회보장으로서 소득이 일정 수준 이하인 이들은 사회보험이 아닌 국민기초생활보장과 같은 공적 부조를 통하여 경제적 및 사회적 권리를 보장하고 있음.

○ 하지만 우리나라 사회보험은 선진외국과는 달리 국가주도형으로 발전하여 왔고 국민들의 인식수준이 다소 저조하여, 국민연금에 대해서도 자신이 “저축”한 만큼 급여를 받는 제도로 오해를 하고 있어 제도 운영이 어려운 현실임.

○ 우리나라 사회보장의 전반적인 기조가 일반 조세에 의한 공적 부조에 의존하지 않고 전국민 사회보험 방식을 채택하고 있는 한, 국민연금의 제도적 미비점이 있을 경우 이를 보완하여 반드시 유지하여야 할 제도임.

Ⅲ. 국민연금법중개정법률안 검토의 준거틀

1. 국민연금 재정안정화

○ 현재 국민연금이 재정 위기를 겪고 있다고 많은 전문가들이 지적하고 있는 점을 고려할 때 재정안정화를 통한 국민연금의 건전한 유지는 국민기본권 보장을 위해 반드시 필요한 일임.

○ 또한 국민연금의 취지와는 별도로 그 필요성에 대한 국민인식이 다소 저조한 바,

○ 국민의 권리가 다소 축소된다 하더라도, 그 내용이 국민연금의 재정안정화를 위하여 불가피한 경우이며 사회보장을 받을 권리를 본질적으로 혹은 비합리적으로 침해하는 내용이 아니면 인권상황을 악화시킨다고 보기 어려움

2. 전체 가입자 권리의 비합리적인 축소 여부

○ 국민연금은 국민의 노령·발질 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활안정과 복지증진에 기여함을 목적으로 하고 있기 때문에(국민연금법 제1조) 개정법률안이 헌법상 보장된 국민의 기본권인 사

회보장을 받을 권리를 본질적으로 제한하는지, 또한 권리가 비합리적으로 축소되는지 여부를 검토하여야 함.

○ 이를 위해서는 보다 면밀하고 전문적인 검토를 필요로 하므로 개정과정에 걸쳐 지속적으로 검토한 후 필요한 경우 별도의 과정을 통하여 의견을 개진할 필요가 있음.

3. 소수자 권리의 축소 여부

○ 국민연금은 사회보장의 중요한 한 부분으로서 사회적 연대의 견지에서 약자를 보호하고자 하는 사회보장의 본질적 취지를 고려할 때 특별히 소수자의 권리가 제한되는지 여부를 검토할 필요가 있음.

○ 특히 교도소등의 수용자와 치료·보호감호시설 수용자는 대표적인 소수자라 할 수 있으므로 인권위는 관련 조항을 우선 검토하여 다음과 같이 의견을 표명하고자 함.

Ⅳ. 수용자와 행방불명자 납부예외자 제외의 문제점

1. 국민연금의 설계

○ 국민연금은 국내에 거주하는 18세이상 60세 미만의 국민을 가입대상으로 하되, 다른 공적 연금을 자체적으로 가지고 있는 집단(공무원, 군인, 사립학교교직원 등)은 예외로 하고 있음(국민연금법<현행> 제6조)

○ 국민연금가입자는 사업장가입자와 지역가입자로 구분하며(동법 제8조, 제10조)

○ 지역가입자는 사업장 가입자가 아닌 자로서 18세이상 60세미만인 자는 당연지역가입자로 하고 있으며, 다음 각호의 1을 제외하고 있음(동법 제10조)

1. 다음 각목의 1에 해당하는 자의 배우자로서 별도의 소득이 없는 자
   가. 제6조 단서의 규정에 의한 국민연금 가입대상 제외자
   나. 사업장가입자, 지역가입자 및 제13조 제1항의 규정에 의한 임의계속가입자
   다. 별정우체국직원

라. 노령연금수급권자 및 퇴직연금수급권자

2. 퇴직연금수급권자

3. 18세이상 27세미만인 자로서 학생이거나 군복무 등으로 소득이 없는 자(연금보험료를 납부한 사실이 있는 자를 제외함)

4. 국민기초생활보장법에 의한 수급자

○ 지역가입자나 사업장 가입자가 아니라 하더라도 18세 이상 60세 미만인 자는 국민연금관리공단에 가입신청을 하는 경우 임의가입자가 될 수 있음(동법 제10조의 2)

○ 사업장 가입자와 지역가입자는 의무적으로 연금을 납부하여야 하며 연금보험료를 기한 내에 납부하지 아니하면 국민연금관리공단은 기한을 정하여 납부를 독촉하여야 하며(동법 제79조 제1항), 독촉을 받은 자가 징수금을 납부하지 않으면 국세체납처분의 예에 따라 징수할 수 있음(동법 제79조 제2항). 국세체납처분에 대해서도 따르지 않을 경우 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처하도록 되어 있음(동법 제104조 제2항)

○ 납부의무자 중에서 다음 각호의 1에 해당하는 사유로 연금보험료를 납부할 수 없는 경우 사유의 발생기간에 해당하는 연금보험료를 납부하지 아니할 수 있어, 그 경우는 벌칙을 받지 아니할 수 있음(동법 제77조의2 제1항)

1. 사업 중단, 실직 또는 휴직 중인 경우

2. 병역법 제3조의 규정에 의한 병역의무를 수행하는 경우

3. 초·중등 교육법 제2조의 규정에 의한 병역의무를 수행하는 경우

4. 교도소에 수용중인 경우

5. 사회보호법에 의한 보호감호시설 또는 치료감호시설에 수용중인 경우

6. 행방이 불명한 경우

7. 재해·사고 등으로 소득이 감소되거나 기타 소득이 있는 업무에 종사하지 아니하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

○ 납부예외자로서 납부를 하지 아니한 경우에도 추후납부를 신청하는 경우 예외 기간 동안 납부하지 않은 보험료를 납부할 수 있으며, 추후납부를 완납하게 되는 경우 연금급여금액을 산정하는 중요한 근거인 납부기간에 산입되어 연금급여혜택에서 손해를 보지 않을 수 있음(동법 제77조의3)

○ 하지만 지역가입자 자격이 박탈되면 납부예외자와는 달리 추후 납부를 할 수 있는 기회를 원천적으로 상실하게 되어 궁극적으로는 급여혜택에서 손해를 볼 여지가 있음.

2. 교도소 수용자의 국민연금가입자 제외 문제

○ 현행 국민연금법에서는 교도소 및 감호시설 수용자를 가입자로 하되 납부예외자로 하여 예외 사유가 종료되고 본인이 원하는 경우 납부예외기간에 해당하는 보험료를 추후에 납부하면 가입기간이 줄어들어 급여혜택이 줄어드는 일을 막을 수 있음.

○ 하지만 개정법률(안)에서는 이들을 가입자에서 제외하고 납부예외자로 하지않고 있기 때문에 추후납부의 기회가 박탈되어 수급권의 일부를 본인의 의지와 무관하게 제한하는 효과를 초래하게 됨

○ 기본권제한 원칙 위배

- 교도소등의 수용자는 형법 제41조에 근거한 징역과 금고의 형을 받은 이로서 징역형은 형무소 내에 구치하여 정역(定役)에 복무하게 하는 것이며(형법 제67조) 금고형은 형무소에 구치하는 것으로서(동법 제68조), 신체의 자유와 경제활동의 일부를 제한하는 것이 그 본질적인 내용으로서, 행형법 제1조의3에 의하면 형이 집행되는 수형자에 대해서 기본적 인권을 최대한 보장하여야 함.

- 또한 교도소 수용자중 다수는 형이 확정되지 않은 미결수로서 이들에 대해서는 특별히 헌법 제27조 제4항에 의거하여 무죄로 추정하고 구금시설에 수용되는 이외의 어떠한 기본권도 제한할 수 없음.

- 사회보호법 제2조에 의한 보호처분대상자는 수개의 형을 받거나 수개의 죄를 범한 자와 심신장애자 또는 마약류, 알코올 기타 약물중독자로서 죄를 범한 자로서, 동법 제3조에 의하면 보호처분을 보호감호, 치료감호, 보호관찰로 구분하고 있음.

- 동법 제7조에 의하면 보호감호의 내용은 보호감호소에 수용하여 감호·교화하고 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 과하는 것이며, 동법 제9조에 의하면 치료감호의 내용은 감호의 필요가 없을 정도로 치유될 때까지 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 하는 것으로서, 그 본질적인 내용은 신체의 자유와 경제활동의 일부를 제한하는 동시에 치료적 감호를 수행하는 것임.

- 또한 헌법 제37조 제1항에 의하면 헌법에 열거되지 아니한 이유로 국민의 자유와 권리가 경시되지 아니하며, 동법 동조 제2항은 “국민의 자유와 권리는 국가안전보장·사회질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경

우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다"고 하여, 기본권 제한의 요건을 "국가안전보장·사회질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우"라고 헌법에 명시하고 있음.

- 관리의 실익이 없다는 이유로 교도소 및 보호감호시설 수용자, 행방불명자들에 대하여 국민연금지역가입자에서 제외하고자 하는 개정법안의 취지는 "국가안전보장·사회질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우"에 해당하지 않으므로 헌법 제37조 제2항에 반하는 것으로 보임.

- 더욱이 국민연금은 국민의 생활안정과 복지증진에 기여함을 목적으로 하는 중요한 사회보장제도의 하나로 헌법 제34조에 명시되어 있는 사회보장을 받을 권리에 해당하므로 그 본질적인 내용을 침해할 수 없음.

○ 자유형의 한시성

- 교도소 및 보호·치료감호소 수용자들은 원칙적으로 언젠가는 사회로 복귀하도록 되어 있음.

- 이들을 가입자에서 제외하게 되면 추후납부의 기회마저 박탈되어 국민연금의 기본 설계인 가입기간에 비례하여 연금급여 혜택을 받을 권리의 상당부분이 제한됨

- 국민연금에 가입하여 연금급여혜택을 받는 것은 사회보장을 받을 권리 중 본질적인 내용이라 할 수 있어서 이는 헌법 제37조에 위배된다 할 수 있음.

○ 대상 집단의 특수성과 국민연금의 취지

- 교도소 및 시설 수용자는 수용생활자체로 인하여 장애나 조기 노쇠화할 가능성이 다른 집단보다 상대적으로 높으며, 특히 치료감호대상자는 본질적 특성상 장애나 질병 등을 가질 확률이 매우 높고 가족해체나 비합리적인 차별 등으로 인하여 출소 후 안정적인 생활을 영위하기가 어려운 집단으로서 사회에서 특별히 보호하여야 할 소수자임.

- 국민의 노령·발질 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활안정과 복지증진에 기여함을 목적으로 하는(국민연금법 제1조) 국민연금의 취지에서 볼 때에도 이들의 급여혜택을 결과적으로 줄이는 개정안은 타당하지 않음.

- 더욱이 이들이 계속 경제적으로 불안정할 경우 원만한 사회복귀가 어려워 재범의 가능성이 높아 사회통합에 저해요인으로 작용할 가능성이 있음.

3. 교도소 이외 구금시설 수용자 문제

○ 현행 국민연금법은 납부예외자를 ‘교도소’ 수용자에 국한하고 있어, 행형법에 의한 구치소, 지소 등(행형법 제2조에서는 이러한 시설들을 총칭하여 ‘교도소등’으로 하고 있음)의 수용자는 국민연금가입자 상태에서 납부예외의 혜택을 받도록 보장하지 못하고 있음.

○ 원칙적으로 구치소는 미결수를, 교도소는 기결수를 수용하게 되어 있으나 현행 행형체계 안에서 교도소와 구치소에는 모두 미결수와 기결수가 수용되어 있음. 이들은 모두 법률에 의하여 신체의 자유가 제한되어 있으되, 사회보장을 받을 권리마저 박탈되어 있는 것은 아님. 또한 이들은 경제활동의 일부를 제한받고 있기 때문에 수용당시에는 연금보험료를 납부할 능력을 갖지 못하는 경우가 대부분임.

○ 그러나 현행 국민연금법에 의하면 교도소가 아닌 구치소나 지소에 수용되어있는 이들이 연금보험료를 납부하지 못할 경우 연금보험료 체납에 따른 벌칙을 감수하여야 함.

○ 따라서 개정법률의 납부예외자는 교도소 수용자에 국한할 것이 아니라 행형법 제2조에 의한 교도소등의 수용자로 확대하여야 할 것임.

4. 행방불명자

○ 개정법률안에 의하면 행방불명자도 가입자에서 제외하고 납부예외자로 하지않고 있는데 이는 다음과 같은 점에서 타당하지 않음.

○ 행방불명자는 실질적으로 연금보험료를 납부할 수 없으나 이들 중 일부는 노숙자나 부랑인 혹은 불의의 사고를 당한 이들임.

○ 노숙자나 부랑인, 불의의 사고를 당한 이들은 신원이 복귀된 경우 장애나 노령으로 인한 연금의 필요성이 더욱 절실함.

○ 노숙자, 부랑인, 불의의 사고를 당한 이들은 스스로 원해서라기보다는 사회구조적인 이유로 그러한 상황에 이르기 때문에 더욱더 연금 혜택을 필요로 하는 사회적 소수자에 해당함.

○ 영구히 신원이 복귀되지 않는다면 국민연금의 급여 혜택을 받을 일이 발생하지 않기 때문에 재정적으로도 영향을 미치지 않을 것이며, 일부라도 신원이 복귀된다면 원하는 경우 추후납부를 통하여 충분한 국민연금 급여

혜택을 받을 권리가 있기 때문에 가입자와 납부예외자에서 제외하는 것은 타당치 않음.

Ⅴ. 의결사항

○ 위와 같은 검토결과를 종합하여

○ 교도소와 감호시설 수용자, 행방불명자들을 계속 납부예외 지역가입자로 유지하여 원하는 경우 추후납부를 통하여 연금급여 혜택을 받을 수 있도록 하고,

○ 납부예외자를 교도소뿐 아니라 행형법 제2조에 의한 교도소등의 수용자로 확대하여 구치소, 지소 수용자들이 일시적인 소득 감소에 따른 체납처벌 등의 불이익을 받지 않도록 하기 위하여,

○ 교도소 및 사회보호법에 의거한 보호감호시설 또는 치료감호시설 수용자, 행방불명자를 납부예외 지역가입자에서 제외시키는 개정법률안 제10조(지역가입자)의 신설조항 제5-6호는 삭제하고, 개정법률안 제77조의2(연금보험료 납부의 예외) 제1항의 삭제조항 제4-6호는 삭제치 말되, 단 제77조의2 제1항 제4호 “교도소에 수용중인 경우”는 “행형법 제2조에 의한 교도소등의 수용자”로 개정하는 것이 타당하다는 의견을 표명함.

2003. 8. 12.

국가인권위원회 상임위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유시춘

12 아동복지법중개정법률안에 대한 의견(2004.1.26.)

아동복지법중개정법률안은 아동인권 및 보호자등의 인권을 침해할 수 있으므로 폐기할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 아동복지법중개정법률안은 아동의 의사를 법위반의 중요한 판단기준으로 하면서 의사형성능력아동과 그렇지 못한 아동을 구분하지 않아 법집행자의 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, 제31조제2항, 제36조제1항, 아동복지법 제1조, 제2조, 제3조, 아동의권리에관한협약 제3조제1항, 제5조, 제7조제1항, 제9조제1항, 제12조

【주 문】 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제20조제1항에 따른 보건복지부의 아동복지법중개정법률안(이하 "개정법률안"

이라 함)에 대한 국가인권위원회의 의견 요청에 대하여, 이에 대한 검토를 실시한 결과 국가인권위원회법 제19조제1호에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

○ 개정법률안 제29조제12호 본문은 유엔아동권리협약의 규정대로 의사형성능력이 있는 아동과 그렇지 않은 아동을 구분하지 않아 법집행자의 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 제29조제12호의 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 제29조제12호 각목에 해당하는 행위를 한 경우 동개정안 제40조제4호에 따라 처벌하도록 하고 있으나, 제29조제12호 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】

Ⅰ. 검토 배경

○ 보건복지부에서 2003. 10. 21. 국가인권위원회법 제20조제1항에 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 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령안”에 해당하는 것이다.

Ⅱ. 검토 기준 및 근거

1. 헌법

○ 제31조제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다”고 하여 부모에게 자녀를 교육할 의무를 규정하고 있다.

○ 제36조제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 싱립되고 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 뷰장함을 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 제2조제1호), 아동복지법 제2조제3호는 “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 제3조제1항은 “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 제7조제1항은 “아동은 출생 후.. 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다”라고 하여 부모에게 양육받을 권리를 규정하고 있다.

○ 동협약 제9조제1항은 “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 하여 부모로부터의 분리금지원칙을 규정하고 있다.

○ 동협약 제12조는 제1항에서 “당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동

의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다"고 하여, 아동의 자기결정권을 인정할 것을 규정하고 있다.

Ⅲ. 개정 법률안에 대한 검토의견

1. "본인의 의사여 반하여" 에서 의사형성능력이 있는 아동과 그렇지 않은 아동에 대한 구분 부재(안 제29조제12호 본문)

○ 안 제29조제12호 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 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 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 제29조제12호 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 제29조제12호 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 허용 문제 (안 제29조제12호 단서)

○ 개정법률안 제29조제12호는 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 제29조제12호 단서에 열거한 집회들에 대한 철저한 점검없이 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 배려

를 아동에게 보장하고, 이를 위하여 모든 적절한 입법적・행정적 조처를 취하여야 한다" 고 규정하고 있다.

○ 또한, 동협약 제7조제1항은 "아동은… 가능한 한 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다" 고 규정하고 있으며, 제9조제1항은 "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 제29조제12호에 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 폐해와 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 제40조제4호)

○ 개정법률안 제40조에 제4호를 신설하여 “제29조제12호에 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 제13조제4항, 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.

Ⅳ. 결 론

○ 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

2. 성별 · 장애 · 외국인노동자 · 학벌 · 비정규직을 이유로 한 차별 시정

1 강릉시 조례안(장애인 복지시설의 위탁해지 관련 조항)에 대한 의견(2002.7.20.)

1. 시설조례안 제8조제1항제4호는 '기타 공익상 시장이 필요하다고 인정한 때' 위탁 계약을 해지하거나 필요한 조치를 취할 수 있으며, 이로 인한 사유로 수탁자에게 손해가 있더라도 이를 배상하지 아니한다고 규정하고 있습니다.

2. 그러나 동 규정은 포괄적이고 구체성이 없어, 남용될 우려가 있습니다. 그러한 경우에는 수탁자에게 일방적인 피해를 줄 우려가 있을 뿐 아니라, 결국 시설 이용자들에게까지 피해를 주게 될 수 있을 것입니다.

3. 따라서 동 조항을 가능한 명확하게 표현하도록 재고할 것을 권고합니다.

4. 또한 동 조례들의 이행에 있어서 항상 장애인의 복지를 우선적으로 고려하여 운영해 주시기 바랍니다.

2002. 7. 20.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

2 정부의 『외국인력제도 개선방안』에 대한 권고(2002.8.12.)

정부가 2002. 7.15. 발표한 『외국인력제도 개선방안』이 외국인 노동자의 심각한 인권문제를 개선하기에는 크게 미흡하므로 최소한 산업연수생제도의 단계적 폐지, 차별논란이 없도록 취업관리제 보완, 불법체류자의 단계적 양성화 조치 등이 포함되도록 개선안을 재검토할 것을 권고

【결정요지】

[1] 고용허가제 등 외국인력을 정당하게 고용하고 보호하는 근본적인 대책을 마련하고 산업연수생제도를 시급히 폐지하여야 함. 다만, 폐지시 일시적으로 중소영세업체의 인력난을 가중시키는 등 부작용 발생이 우려될 경우를 감안한다 하더라도 최소한 단계적으로 폐지하는 방안은 제시되어야 할 것임.

[2] 개선안중 취업관리제 도입방안은 외국국적 동포에게 합법적인 근로자 신분으로 취업하는 것을 허용한다는 점에서는 일응 진일보한 것이나, 국제규약과 헌법의 차별금지 조항에 배치하여 민족을 이유로 한 차별이라는 비난을 면키 어렵다는 점 등에서 많은 문제점을 야기할 소지가 있으므로 편법이 아닌 정당한 방법으로 국내의 인력수요에 알맞은 외국인력을 차별없이 활용할 수 있는 제도 마련을 권고함.

[3] 불법체류 자진신고자 26만여명 등 불법체류자를 전원 출국조치하고 단속을 강화하여 불법을 바로 잡겠다는 정부의 의지 표현으로 원칙적으로 동의나 외국인 개인 및 집단에 대한 인권침해가 예측된다는 사실 등을 감안할 때 사면조치 등을 통하여 시간을 갖고 단계적으로 출국조치하는 것이 합리적이라고 보임.

【주 문】 국가인권위원회는 정부가 2002. 7.15. 발표한 『외국인력제도 개선방안』(이하 개선안이라 한다)이 외국인 노동자의 심각한 인권문제를 개선하기에는 크게 미흡하다고 판단하여 국가인권위원회법 제25조에 의거, 아래에 열거한 점을 감안하

여 최소한 산업연수생제도의 단계적 폐지, 차별논란이 없도록 취업관리제 보완, 불법체류자의 단계적 양성화 조치 등이 포함되도록 개선안을 재검토할 것을 권고하기로 의결함.

1. 국내뿐만 아니라 국제사회의 초미의 관심사인 외국인노동자의 인권관련 기본정책을 확정하는 과정에서 사전에 국가인권위원회의 의견을 청취하려는 진지한 노력이 없었다는 사실에 대하여 유감을 표명함.
2. 특히, 최근까지도 시민・인권단체를 비롯하여 학계, 정치계 등에서 토론회, 입법공청회, 입법청원 등을 통하여 외국인노동자의 인권보호와 신장을 위한 각고의 노력을 경주하고 있다는 사실을 잘 알고 있으면서도 이해관계가 있는 정부부처 등이 참여하여 그것도 비공개적인 의견조율로 마련하여 발표한 정부의 개선안은 그 내용의 옳고 그름을 떠나 절차적으로 문제가 있다고 판단됨
3. 산업연수생제도는 연수라는 명목으로 사실상 근로에 종사케 하는 편법고용으로 그동안 인권침해를 유발하여 국제사회에 인권탄압 국가라는 부정적인 국가이미지 생성 등 구조적인 한계가 있다고 정부 스스로 인정한 바 있음에도 불구하고 오히려 농업, 축산업 등으로 확대 적용하겠다는 금번 개선안은 적절하지 못한 정책임. 따라서 고용허가제 등 외국인력을 정당하게 고용하고 보호하는 근본적인 대책을 마련하고 산업연수생제도를 시급히 폐지하여야 마땅함. 다만, 폐지시 일시적으로 중소영세업체의 인력난을 가중시키는 등 부작용 발생이 우려될 경우를 감안한다 하더라도 최소한 단계적으로 폐지하는 방안은 제시되어야 할 것임.
4. 개선안중 취업관리제 도입방안은 외국국적 동포에게 합법적인 근로자 신분으로 취업하는 것을 허용한다는 점에서는 일응 진일보한 것임. 그러나 동 제도는 ① 새로운 법률이 아니라 출입국관리법상의 방문사증 조항을 활용하여 편법적으로 실시한다는 점, ② 정작 인력부족률이 높은 제조업 등을 제외하고 서비스부문에만 적용하는 합리

적인 근거가 부족한 점, ③ 제조업에 종사하는 연수(취업)인력의 서비스부문으로의 이탈과 불법체류를 촉발할 개연성이 농후하다는 점, ④ 일부 업종을 재외 동포로 국한하여, 국제규약과 헌법의 차별금지 조항에 배치하여 민족을 이유로 한 차별이라는 비난을 면키 어렵다는 점 등에서 많은 문제점을 야기할 소지가 있으므로 편법이 아닌 정당한 방법으로 국내의 인력수요에 알맞은 외국인력을 차별없이 활용할 수 있는 제도 마련을 권고함.

5. 불법체류 자진신고자 26만여명 등 불법체류자를 2003. 3.31.까지 전원 출국조치하고 단속을 강화하겠다는 것에 대하여는 불법을 바로 잡겠다는 정부의 의지 표현으로 원칙적으로 동의함. 그러나 ① 지금까지 정부가 외국인력을 편법적으로 운영하고 불법취업을 사실상 묵인하여 왔다라는 사실, ② 불법취업자의 규모나 존재는 우리 사회의 현실적인 필요에 의한 고용에서 비롯되었다라는 사실, ③ 그리고 불법체류자를 일시에 강제출국 조치하는 과정에서 과잉단속, 검문검색 등으로 인한 외국인 개인 및 집단에 대한 인권침해가 예측된다는 사실 등을 감안할 때 사면조치 등을 통하여 시간을 갖고 단계적으로 출국조치하는 것이 합리적이라고 보이며, 특히 2002년 3월25일부터 5월25일까지 자진신고한 불법체류자에 대하여는 더욱 그러함. 또한 향후 불법체류자에 대한 강력한 단속과 예방조치는 고용허가제 등 합리적인 제도의 마련이 병행되어야 그 실효성 확보가 가능하다고 판단함.

【이 유】

Ⅰ. 사실관계

□ 정부는 지난 7.15 국무총리실 주관으로 수차례 관계부처 협의 등을 거쳐 확정된 『외국인력제도 개선방안』을 발표

○ 불법체류자 신고 결과, 현재 불법취업자가 취업하고 있는 업종별 인력은 우리 사회가 필요로 하는 외국인력 규모라고 보고, 그 수준 만큼은 산업연수생과 외국국적 동포에게 합법적으로 취업 허용

○ 총리실 주관으로 정부합동 단속을 수시로 실시하여 적발된 불법취업자와 송출업체·송출국가 및 고용주에 대해서는 법에 따라 엄히 처벌

□ 확정된 정부의 개선방안 주요내용

<산업연수제(연수취업제) 보완>

○ 산업현장에 근무하고 있는 외국인력규모(불법취업자 포함)를 총정원 산출시 최대한 반영하고 총정원으로 관리

- 중소제조업연수생 : 총정원 13만명이내
- 연근해어업연수생 : 현 정원(3,000명) 범위내
- 농·축산업연수생 : 총정원 5천명 범위 내에서 신규도입
- 건설업연수생 : 현 정원 2천5백명 → 총정원 7천5백명으로 증원

▲ 현재 정원 126,750명 → 총정원 145,500명(18,750명 증원)

○ 업종도 현행의 제조업, 연근해어업, 건설업에 농·축산업 추가

※ 위탁관리제를 폐지, 모집-입국-연수-출국에 이르는 전 과정에 대한 송출국가·기관의 책임을 강화

<서비스 부문에 취업관리제(고용허가제와 유사) 도입>

○ 취업자격 : 방문동거 사증(F1) 발급대상자인 재외동포

○ 취업업종 : 음식점업, 청소관련 서비스업, 사회복지사업 등 서비스업에 제한적 허용

○ 출입국관리법상 자격외 활동(취업) 허가로 추진

※ 사업장이동 및 가족동반 원칙적으로 금지

<불법체류 방지 및 단속강화>

○ 불법체류 자진신고자는 2003. 3.31까지 전원 출국조치

○ 총리실 주관의 범정부적 단속체제를 구축

- 주기적이고 지속적인 불시단속을 실시
- 단속강화방침·단속실시 결과 등을 지속적으로 홍보,불법취업·고

용의지 봉쇄

<외국인근로자 권익보호>

○ 임금체불 취약업체 수시점검 및 안전보건관리 강화대책 수립·추진

○ 외국인근로자인권대책위원회(위원장 법무부장관) 활성화, 지방노동관서에 전담 상담창구 설치·운영, 인권침해 기업체 불이익 조치 및 형사처벌 등

□ 최근 시민단체 등의 외국인노동자 관련 대책 마련 사례

○ 이주노동자 관련 입법공청회(2002. 7.12)

- 주관 : 민변, 민주노총, 국회 보건사회연구회

- 발제 및 지정토론 : 민주노총·한국노총 정책국장, 외노협 상임공동대표, 이호웅 의원, 노동부 고용정책심의관 등

- 필요한 인력은 도입하되, 업종·규모 등은 제한하고 도입인력에 대하여는 실질적인 노동권과 기본권 보장

○ 외국인노동자고용및인권보장에관한법률에 대한 특별토론회(2001. 12.18)

- 주관 : 국회 보건사회연구회

- 발제 및 토론자 : 노동인권회관소장, 이호웅의원, 노동부 고용총괄심의관 등

○ 외국인노동자 관련 입법청원(2000년, 국회계류중)

- 외국인노동자 지원단체에서「외국인노동자인권법(안)」입법 청원

※ 노동부,「외국인근로자의고용및관리에관한법률」제정 추진(2000년,당정협의자료)

- 외국인근로자 인권침해, 송출비리, 불법체류자 문제는 산업연수제도 운영의 잘못보다는『제도 자체의 결함』때문에 발생

- 고용허가제 도입은 아직은 시기상조라는 주장이 있으나, 고용비용의 상승, 연수생의 근로자 인정 판례 누적, 외국인력 편법 도입이라는 대내외적 비난 등으로 더 이상 연수취업제도 유지 곤란

Ⅱ. 정부안에 대한 분석틀

□ 세계인권선언

○ 모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있음.

□ 시민적·정치적권리에관한국제규약

○ 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 아래에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속함.

○ 외국인의 생명권보호, 고문의금지, 노예제도의 금지, 신체의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유 보장 규정 등

□ 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약

○ 이 규약의 권리들이 인종, 피부색, 민족적 또는 사회적 출신 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되어야 함.

○ 개발도상국은 인권과 국가경제를 충분히 고려하여 외국인에게 어느 정도까지 보장할 것인가 결정 가능

○ 노동의 권리, 동등한 보수와 근로조건을 향유할 권리, 노동조합 관련 권리, 사회보장권 관련 규정 등

□ 모든형태의인종차별철폐조약

○ '인종차별'이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과

기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우로 정의

○ 모든 체약국에 대하여 “인종차별을 규탄하며 모든 형태의 인종차별 철폐와 인종간의 이해증진 정책을 적절한 방법으로 지체없이 추구할 책임”을 부여

○ “인간이나 인간의 집단 또는 단체에 대한 인종차별 행위를 하지 않을 의무 또는 인종차별을 실시하지 않을 의무를 지며 또한 모든 국가 및 지방 공공기관과 공공단체가 그러한 의무에 따라 행동하도록 보증할 의무”를 부과

○ 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 구별없이 만인의 권리를 법 앞에 평등하게 보장하고 모든 형태의 인종차별을 금지하고 폐지할 의무

- 정부관리, 개인, 집단 또는 단체의 폭행 또는 신체적 피해로부터 안전하고 보호받을 권리, 국적취득권, 평화적 집회와 결사의 자유, 근로, 직업선택의 자유, 공정하고 알맞은근로조건, 실업에 대한 보호, 동일노동 동일임금, 주거에 관한 권리, 공중보건, 의료, 사회보장 및 사회봉사에 대한 권리 등을 차별금지 권리로 열거

□ ILO협약

○ 제19호 근로자재해보상에대한내외국인의균등대우에관한협약

- 산업재해로 인하여 신체의 상해를 입은자 또는 피부양자에게 자국민과 동일한 근로자의 보상에 관한 대우를 부여 규정 등

○ 제111호 고용및직업상차별대우에관한협약

- 고용 및 직업상의 모든 차별을 제거할 목적으로, 국내 여건과 관행에 적합한 방법으로 고용 및 직업상의 기회와 대우의 균등을 증진하기 위하여 국내 정책 선언 및 추구 규정 등

□ 유엔 인권기구 등의 권고사항

○ 경제적·사회적·문화적권리 위원회 권고사항(1995. 3)

- 노동조건의 개선사항은 자국노동자 및 비자국노동자 에게 동등하게 적용, 비자국 노동자들에 대한 차별적 관행 제거, 외국인노동자의 사회적

고립 및 취약성에 대한 특별한 관심 필요

○ 인종차별철폐위원회 권고사항(1999. 7.)

- 인종, 피부색, 혈통, 출신국가, 출신민족에 의한 차별을 명백히 금지하는 법의 부재
- 인종차별을 처벌하는 법의 부재
- 외국인 노동자와 그 거주자의 불안정한 지위

□ 헌법 등 기타

○ 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력

○ 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 따라 그 지위 보장

Ⅲ. 위원회의 판단

□ 산업연수제도의 유지 및 확대 문제

○ 중소기업협동조합중앙회 등을 비롯한 일부에서는 ① 외국인에 대한 인권문제와 송출비리는 산업연수제도 때문에 발생한 것이 아니고 고용허가제도하에서도 여전히 계속되며 ② 고용허가제도는 외국인 노동자의 국내 정착을 높여 사회불안과 경제적 부작용 초래할 가능성 높고 ③ 실제내용에서 고용허가제와 산업연수제는 크게 다를바 없으므로 현행의 연수취업제도를 개선하는 것이 바람직하다고 주장하고 있으나

○ 당초 제3세계와의 기술협력을 명목으로 도입된 산업연수제는 실제로는 저임금의 외국인 노동력 확보를 위한 표리부동한 편법정책임.

※ 연수제의 근거인 출입국관리법상 산업연수(D-3)는 기술협력을 위한 연수의 근거이지 편법노동력 확보를 위한 근거는 아님

※ 국제사회는 연수취업제도를 한국의『미숙련 외국인력 수입제도』로 간주함. 그러므로 한국이 단순 외국인력 수입을 회피하기 위하여 연수취업제도를 고수해야 한다는 주장은 궤변임(2000년 노동부 당정협의자료)

○ 또한 연수생은 사실상 근로에 종사함에도 불구하고 근로자 지위를 갖지 못한다는 이유로 노동3권 등 기본권이 실질적으로 보장되지 못하여 심

각한 인권침해 현상 빈발

- 산업연수생은 근로자 신분이 인정되어야 한다는 대법원판례, 각종 정부보고서의 통계에 연수생을 외국인력으로 계산하고 있음에도 근로자 지위 불인정

- 1999. 6. 유엔 경제적·사회적·문화적권리위원회에 제출한 제2차 정부보고서에서 사실상 근로를 제공하는 외국인 산업기술 연수생은 국내 근로자와 달리 인도적 차원에서 보호한다고 언급하고 있음.

○ 연수생제도는 저임금, 임금체불, 각종 인권침해 등으로 인하여 연수생 신분을 이탈, 구조적으로 불법체류를 유발

- 산업연수생 89천명중 58.4%인 52천명이 업체를 이탈 하여 불법 취업 중임(개선안 자료)

○ 합법연수자가 불법취업자에 비해 임금 및 근로시간 등에 있어 불리한 처지에 있게 되어 합법연수보다는 불법취업이 오히려 유리한 제도임.

※ 불법체류근로자는 내국인과 동등하게 근로기준법을 적용받고 있으나, 산업연수생은 근로기준법 일부 조항(폭행 및 강제근로금지, 연수수당 지급 및 금품청산, 휴일·휴게, 시간외·야간 및 휴일 연수)만 적용받음(2000년 노동부 당정협의자료)

- 합법적인 산업연수생중 68.9%가 보다 많은 임금 등을 위해 불법취업자가 될 계획이 있다는 조사결과(한국노동연구원 실태조사 2001)

○ 더욱이 실태조사결과 실제로 불법취업자를 고용하고 있는 중소제조업체의 경우 합법적인 외국인력 제도의 도입을 바라는 것으로 나타나고 있음.

※ 외국인노동자 합법고용업체, 불법고용업체 및 비고용업체의 54.2%가 불법취업자에 대한 해결방안으로 '합법적인 근로자 신분으로 외국인력 도입확대' 의견을 표명(한국노동연구원 실태조사 2001)

○ 그리고 앞에서 살펴본 바와 같이 유엔 인권기구 등으로부터 수차례에 걸쳐 외국인 노동자에 대한 인권보호와 차별철폐 권고를 받았으며, 국제인권회의시 마다 우리의 외국인 노동자에 대한 인권침해 사실에 대한 강도 높은 비판을 받고 있는 실정임.

⇒ 따라서 고용허가제 등 외국인력을 정당하게 고용하고 보호하는 근본적인 대책을 마련하고 산업연수생제도를 시급히 폐지하여야 마땅함. 다만, 폐지 시 일시적으로 중소영세업체의 인력난을 가중시키는 등 부작용 발생이 우려될 경우에라도 최소한 단계적으로 폐지하는 방안은 제시되어야 할 것임.

□ 외국국적 동포에게만 허용되는 취업관리제의 차별성

○ 고용허가제와 유사한 취업관리제를 도입한다는 것은 진일보한 측면이 있고 동포애적인 관점에서 긍정적인 측면도 있음.

○ 그러나 취업관리제를 재외동포에게만 적용한다는 것은 기본적으로 대한민국국민이 아닌 특정 외국인을 특별대우 한다는 것으로 외국인들 사이에 필연적으로 차별의 문제가 제기됨

- 물론 영국이 영연방 국가사람들에게는 다른 외국인들과 차별하여 특별대우하고 있기는 하지만 WTO 출범시 개도국을 중심으로 자본의 국경간 자유로운 이동보장과 병행하여 자연인의 국경간 자유로운 이동을 보장하여야 한다는 주장이 제기되어 현재 국제협상이 계속 진행중에 있는 형편임.

- 이러한 차별이 합리적인 차별인가는 헌법은 물론 우리가 가입 비준한 국제인권규약 및 일반적으로 승인된 국제법의 원칙에 합치해야함.

- 또한 합리적 차별인가 여부는 헌법재판소가 판시한 바와 같이 그 차별이 ① 차별 목적의 정당성 ② 차별기준과 차별로 인한 목적 실현과의 실질적인 관계성 ③ 차별정도의 적정성을 기준으로 판단하여야 함.

- 헌법 제11조제1항은 차별금지 사유로 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별을 제시하고 있으나 이것이 비인도적인 인종 또는 민족에 의한 차별이 합리적이라는 것은 아니라고 판단됨

- 인종을 토대로 한 차별은 세계인권선언을 필두로 한 현대 국제인권법에서는 무엇보다도 먼저 금지되는 차별사유임.

- 현실적으로 현재 서비스업종에 종사하는 외국인 노동자는 주로 중국이나 러시아 국적을 갖고 있는 조선적 노동자로서 이러한 조항을 명시적으로 하여도 실익은 없으면서도 인종 차별의 소지는 매우 높음.

- 또 외국국적 동포의 경우, 헌법재판소의 헌법불합치 판정을 받은 현행 재외동포의출입국과법적지위에관한법률의 외국국적 동포 개념규정과의 상충되어 현재 서비스 업종에서 일하고 있는 이들 중 많은 이들이 제외될 가능성이 높음.

○ 설사 외국국적 동포에 대한 특별대우가 평등권을 침해하는 차별인가 여부를 차치하더라도 취업관리제의 제도화를 독립된 법률이 아닌 일반법인 출입국관리법상의 조문을 활용하는 것은 편법이며 더욱이 일반법에 근거한 민족의 차별대우는 위헌소지가 있음.

- 특히 편법에 의한 취업관리제 실시는 정당한 근로자로서의 지위 확보가 불투명하여 근로기준법상의 노동3권 등의 보장여부가 의문시

○ 한편, 취업관리제를 제조업에는 적용하지 않고 서비스업에만 도입하는 합리성이 의문시

- 불법취업자의 취업현황을 토대로 취업관리제를 서비스부문에 도입하기로 방침을 정했다고 하지만

- 3D업종 등 중소제조업체들의 인력난을 해소하기 위한 당초의 외국인력 도입 취지에 반함.

⇒ 따라서 취업관리제는 편법이 아닌 정정당당한 방법으로 국내의 인력수요에 알맞은 외국인력을 차별 없이 활용할 수 있는 제도 마련이 바람직함.

□ 불법취업자 단속 및 예방 문제

○ 불법취업자가 전체 외국인력의 78.9%인 것은 심각한 사회문제임이 분명함.

○ 불법체류 자진신고자 26만여명 등 불법체류자를 2003. 3.31.까지 전원 출국조치하고 단속을 강화하겠다는 것에 대하여는 불법을 바로 잡겠다는 정부의 의지 표현으로 원칙적으로 동의함.

○ 그러나 ① 지금까지 정부가 외국인력을 편법적으로 운영하고 불법취업을 사실상 묵인하여 왔다라는 사실, ② 불법취업자 규모나 존재는 우리 사회의 현실적인 필요에 의한 고용에서 비롯되었다라는 사실 ③ 그리고 불법체류자를 일시에 강제출국 조치하는 과정에서 과잉단속, 검문검색 등으로 인한 외국인 개인 및 집단에 대한 인권침해가 예측된다는 사실 등을 외면할 수는 없을 것임.

○ 또한 향후 불법체류에 대한 강력한 단속과 예방조치는 고용허가제 등 합리적인 제도의 마련이 병행되어야 그 실효성 확보가 가능하다고 판단함.

○ 산업연수제를 도입하고 있는 일본의 불법취업률이 42.2%인데 반하여 연수제도가 아닌 다른 합법적인 외국인력 제도를 도입한 대만, 싱가포르의 경우는 각각 7.4%, 3.2%에 불과 한 점은 좋은 시사점을 준다고 판단됨

⇒ 따라서 사면조치 등을 통하여 시간을 갖고 단계적으로 출국조치하

는 것이 합리적이라고 보이며, 특히 자진신고한 불법체류자에 대하여는 더욱 그러함.

Ⅳ. 결 론

○ 이상에서 살펴본 바와 같이 정부의 외국인력제도 개선방안은 외국인노동자의 심각한 인권문제를 개선하기에는 크게 미흡하므로 주문과 같이 권고함.

2002. 8. 12

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3 국내거주 외국인노동자 인권향상을 위한 정책권고(2003.2.10.)

[1] 산업연수제 폐지 및 고용허가제 도입 재권고 및 입법촉구
[2] 불법체류 외국인노동자에 대한 최소한의 인권보장 대책 마련 및 이를 위한 공무원 통보의무 개정
[3] 외국인노동자 인권보호 기초자료 개발 및 번역

【결정요지】

[1] 외국인노동자 고용허가제를 도입하여 외국인력 수입기관을 정부기관으로 일원화하고 외국인 노동자에게 근로자 신분 부여, 노동3권 보장 및 최소한의 인권(사회보장포함) 보장을 위해 '외국인노동자의고용허가및인권보호에관한법률안' 제정을 촉구함.

[2] 불법체류 외국인 노동자 단속과정에서 한국인에게 적용되는 법적 규정을 준수하여 공권력에 의한 인권침해가 발생하지 않도록 할 것을 권고함.

[3] 외국인노동자 권리구제 담당공무원의 통보의무를 완화하도록 출입국관리법을 개정하여 불법체류자에게도 최소한의 권리구제절차를 합법적으로 제공하도록 권고함.

[4] 여성외국인노동자에 대한 E-6(예술흥행사증) 발급체계의 재검토를 권고함.

[5] 외국인노동자의 인권보호를 위한 자료를 개발하고 출입국 관련서류와 함께 10개국이상의 언어로 번역하여 출입국관리소등에 비치할 것을 권고함.

【주 문】 국가인권위원회는 2002. 8. 12. 정부의 「외국인력 제도 개선방안」에 대한 권고의견을 개진한 바 있고, 그 이후 정부는 2002. 11. 「외국인력 제도 보완대책」을 발표하였으나 국가인권위원회의 권고사항이 이행되었다고 보기 어려움. 국가인권위원회는 국내거주 외국인노동자에 대한 인권실태조사를

근거로 현행 산업연수제 폐지 및 고용허가제 도입을 재권고함과 아울러 불법체류 외국인노동자에 대한 최소한의 인권보장 대책 마련, 출입국관리법 제84조 제1항에 규정된 공무원의 통보의무규정의 개정, 외국인노동자 인권보호 기초 자료의 번역본 개발 등 다음과 같은 개선안을 마련하여 시행할 것을 권고함.

1. 국회의장에게 다음과 같이 권고함.

   외국인노동자에게 노동을 제한적으로 허가하는 고용허가 제도를 도입하여 외국인력 수입기관을 정부기관으로 일원화하고, 외국인노동자에게 근로자 신분을 부여하고 임금수준과 노동조건을 동일노동을 하는 한국인 수준으로 상승시키고 노동삼권을 보장하며 산업재해보상보험과 건강보험도 적용하여 최소한의 인권보장이 이루어지도록, 국회계류중인 '외국인근로자의고용허가및인권보호에관한법률안'을 보완하여 조속한 시일 내에 제정하여야 함.

2. 국무총리에게 다음과 같이 권고함.

   가. 불법체류 외국인노동자에 대한 단속과정에서 최소한의 인권이 보장되도록 한국인에게 적용되는 규정을 준수하여 검문시 반드시 신분과 목적을 밝히고, 타 지역 연행시 연행목적, 연행장소를 가족 또는 친지에게 알릴 기회를 부여하여야 함.

   나. 출입국관리법 제84조 제1항에는 밀입국자, 허위서류에 의한 초청자, 체류기간 초과자 등에 대한 공무원의 통보의무를 규정하고 있음. 그러나 불법체류 노동자라 하더라도 임금체불 등 근로기준법 위반 사항은 노동부에 구제 신청을 할 수 있도록 되어 있고, 불법체류자 자녀도 교육을 받을 수 있도록 하고 있음에도 불구하고 불법체류사실을 공무원이 관계 당국에 통지해야 하므로 불법체류 노동자 권리구제 요청시 강제출국을 감수하여야 함. 이에 정부는 이른바 '선 구제제도 후 통보원칙'을 취하고 있으나 지침 등의 규정으로 그칠 것이 아니라 법률 수준에서 명시적으로 규정하

도록 출입국관리법을 개정하여야 할 것임.

다. 산업연수제도를 통하여 들어온 산업연수생에게 실제로는 근로를 시키면서도 근로자로 인정하지 않고 있음. 현행 산업연수제도만으로는 우리 사회가 필요로 하는 외국 인력을 충분히 도입할 수 없으며 결과적으로 부족한 노동력을 미등록 노동자 활용을 통해 해결할 수밖에 없는 구조적 문제를 안고 있음. 산업연수생들과 미등록 불법체류 노동자들은 저임금, 장시간노동, 임금체불, 여권압류 등의 인권문제를 안고 있음. 따라서 외국인 노동자의 인권보호증진을 위하여 현행 산업연수제도를 폐지하고 고용허가제를 도입하여야 함.

라. 불법체류를 양산하는 과다한 입국비용을 현실화하기 위하여 외국 소재 송출기관(인력도입기관)을 정부기관으로 일원화하는 한편, 국내에서 필요로 하는 외국인력의 수와 조건을 정부 주도로 정확하게 파악한 후, 이에 적절한 인력을 수입하도록 하는 내용을 반드시 포함시켜야 함. 이를 통하여 외국인노동자 송출비리와 불법체류자 양산구조를 차단하여 외국인 노동자의 인권상황을 근원적으로 개선하는 한편, 동일 직종 한국인 노동자의 고용안정을 추구하여야 함.

마. 여성 외국인노동자의 인권보호 방안 강구 : 여성 외국인노동자 중 예술흥행사증(E-6)으로 입국하는 이들이 성매매 강요와 성폭력에 노출되는 경우가 많으므로 E-6 사증 체계의 전면 재검토를 통하여 발급기준을 강화하고, 예술흥행사증을 본래 목적과 다르게 사용하는 것을 엄격하게 처벌하여야 함.

바. 외국인노동자 인권보호를 위한 기본 자료로서 출입국 관련서류의 번역본을 송출국별로 10개 이상의 언어로 번역하여 비치하도록 하고, 외국인 노동자들이 필요로 하는 UN인종차별철폐협약, 국내사증의 설명, 국내 근로기준법 중 외국인노동자 관련 조항, 부당한 인권침해나 노동행위 발생시 구제방안, 외국인 노동자와

관련된 사회보장, 수사과정시 인권보호방안 등의 내용이 포함된 책자(외국인노동자인권보호지침)를 제작・배포하도록 함.

【이　　유】

Ⅰ. 검토 배경

1. 국가인권위원회는 정부가 2002. 7. 15. 발표한「외국인력 제도 개선방안」이 외국인 노동자의 심각한 인권문제를 개선하기에는 크게 미흡하다고 판단하여 산업연수생제도의 단계적 폐지, 차별논란이 없도록 취업관리제 보완, 불법체류자의 단계적 양성화 조치 등이 포함되도록 개선안을 재검토할 것을 권고한 바 있음. 그 이후 2002. 11.「외국인력제도 보완대책」을 발표하였으나 국가인권위원회의 권고사항이 이행되었다고 보기 어려움.

2. 국가인권위원회는 2002. 7. 25 ~ 2002. 12. 24. 까지 5개월간 외국인노동자대책협의회・전북대학교 사회과학연구소와 함께 1,078명의 외국인노동자를 대상으로 '국내거주 외국인노동자 인권실태조사'를 실시한 결과 외국인노동자에 대한 인권침해와 차별은 입국과 취업과정에서부터 노동환경, 주거환경, 일상생활 등에서 광범위하게 발생하고 있다는 점을 확인하게 되었음.

3. 외국인노동자의 인권실태조사는 법무부, 노동부, 중소기업협동조합중앙회의 정확한 기초 자료를 바탕으로 외국인노동자 고용사업장의 협조를 받아 진행되었으므로 그동안 단편적으로만 확인되어온 외국인노동자의 인권침해 현실을 적절하게 파악하는 데에 중요한 자료가 될 것임.

4. 국가인권위원회에 접수된 진정사건 중 외국인노동자와 직접 관련된 사건은 44건(2003. 1. 현재)으로 외국인노동자의 인격권 및 신체의 자유침해, 임금・고용・재화의 차별, 국적차별, 외국인산업연수제도 운영상의 문제점 등 다양한 형태의 인권침해와 차별이 상존하고 있음이 확인됨.

5. 한편 외국인노동자 문제와 관련하여 2002. 11. 14.에 새천년민주당 이재정의원 등 33인이 발의한 “외국인근로자의고용허가및인권보호에관한법률안”이 계류 중에 있음.

6. 이에 국가인권위원회는 인권실태조사 결과와 접수된 진정사건을 바탕으로 외국인 노동자에 대한 인권침해와 차별을 방지하기 위한 의견을 표명하고자 함. 인권침해와 차별은 그 사례가 많고 적음이 중요한 것이 아니라, 인권침해와 차별이 자행되고 있다는 사실에 주목하여 문제해결을 위해 적극적으로 노력하여야 하므로 국회의장과 국무총리에게 다음과 같이 의견을 표명하는 바임.

Ⅱ. 외국인노동자의 주요 인권침해 관련 내용

7. 외국인 노동자 인권실태조사 결과 : 국가인권위원회가 실시한 “국내거주 외국인노동자 인권실태조사” 결과 외국인노동자는 장시간 노동, 낮은 임금 수준, 빠른 작업속도, 열악한 작업환경, 임금체불, 산업재해, 직업병, 여권압류 등이 심각한 문제라고 답변해 노동관련 인권상황이 가장 큰 문제임을 알 수 있음. 특히 장시간 노동에 대해 외국인노동자의 절반 이상이 ‘한국에서 가장 큰 고충’이라고 답변했음. 외국인노동자 인권실태조사에 대한 간략한 결과는 다음과 같음.

1) 입국과정에서의 과다비용 지불 : 현재 중소기업협동조합중앙회 외국인산업연수협력단에 의해 허가된 송출기관에서는 산업연수생 입국과 관련하여 340~1,300달러의 수수료를 수령할 수 있게 되어 있음. 그러나 외국인노동자들이 한국입국 시 송출기관에 지불한 평균 비용은 3,800달러로 상당히 높음. 특히 한국계 산업연수생의 경우 평균 7,266달러로 가장 많은 비용을 지불하고 있음. 과도한 송출수수료, 입국수수료는 외국인노동자들에게 한국에서 장기체류할 수밖에 없다는 압박으로 작용하여 산업연수생 이탈을 부추기는 요인이 되고 있음.

2) 저임금, 장시간 노동 : 조사 결과 외국인노동자 전체의 시간당임금은 3,651원이었으며, 한국계 미등록노동자 4,575원, 비한국계 미등록노동자

3,565원, 한국계 산업연수생 3,021원, 비한국계 산업연수생 2,972원의 순으로 나타나 미등록노동자가 더 높은 임금을 받는 것으로 나타났음.

이와 같은 저임금은 곧 장시간노동으로 이어져 외국인노동자의 대부분이 주 51~60시간(23.3%), 71~80시간(22.3%), 61~70시간(21.1%)의 장시간 노동에 시달리고 있는 것으로 조사되었음. 특히 '휴일에는 일하지 않는다'는 응답이 29.8%에 불과하여 외국인노동자는 휴일에도 월 1, 2회 일을 하고 있으며 '공휴일에도 거의 쉬지 않고 일한다'는 응답이 전체의 22.2%를 차지하고 있음. 장시간 노동에 대해 외국인노동자의 45.7%(다소 심각한 편이다 30.6%, 매우 심각하다 15.1%)가 심각하다고 응답함.

3) 임금체불 : 외국인노동자들이 임금체불을 당한 경험은 전체의 51.4%에 이르며 산업연수생에 비해 미등록노동자가 임금체불을 당한 경험이 더 많아서 미등록노동자 10명 중 5명 이상이 임금체불을 경험한 것으로 조사되었음.

이러한 임금체불은 한국인노동자와 비교하여 차별적으로 행해지고 있는 것으로 나타났음. '한국인과 외국인노동자 모두 다 임금을 받지 못했다'는 응답은 20.2%에 불과한 반면, '한국인노동자는 제때 임금을 받고 나를 비롯한 외국인은 임금을 늦게 받는다'가 39.2%, '한국인노동자는 임금을 받았지만 나를 비롯한 외국인은 임금을 받지 못했다'는 응답이 전체의 40.6%로 조사됨.

4) 신분증 압류 : 여권 등 신분증 압류행위는 사업주들이 외국인노동자들의 이탈을 막기 위한 방법으로 사용되는 것으로 조사되었음. 외국인노동자들이 신분증을 압류당한 경험은 40.2%에 이르며 신분증 압류는 대부분(78.4%) 고용주에 의해 이루어지고 있음. 사업주의 강압적인 여권압류 요구에 대해 당당하게 거부할 수 있는 위치에 있지 못한 외국인노동자들(압류당한 경험이 있는 외국인노동자)은 그냥 참으며(57.2%) 어쩔 수 없이 자신의 여권이나 신분증을 내주고 있는 것으로 조사되었음.

5) 욕설, 조롱 : 직장 내에서 욕설이나 조롱을 받거나 들은 경험이 있는 외국인노동자는 절반(50.7%)에 이르며 미등록노동자들이 상대적으로 산업연수생에 비해 높은 수치를 보이고 있음. 외국인 노동자에게 조롱과 욕설을

한 사람은 동료한국인(67.3%), 직장상사(49.1%), 기타(5.7%) 순으로 조사되었으며, 특히 비한국계 외국인노동자들이 동료 한국인들로부터 조롱과 욕설을 많이 듣고 있는 것으로 조사됨.

6) 폭행, 구금 및 감금 : 외국인노동자에 대한 폭행은 우리사회의 배타적이고 폭력적인 분위기를 보여주는 인권침해로 이 문제에 대해 외국인노동자의 21.8%가 심각하게 느끼고 있는 것으로 조사됨.

7) 성희롱, 성폭행, 성매매 : 여성 외국인노동자가 입국 후 성희롱을 당한 경험은 12.5%에 이르며 이들에 대한 성희롱 가해자는 직장상사(45%), 한국인 직장동료(43%) 등으로 조사되었음. 성희롱은 대개 언어적 희롱(87.1), 추근거림(60.0), 신체접촉(33.3%)이 높은 비율을 차지하고 있고 성매매 요구도 27.1%에 이르는 여성 외국인 노동자가 경험한 것으로 조사되었음.

8) 산업재해 피해와 보상 : 조사대상 외국인노동자의 상당수는 자신의 사회보험 가입 여부를 모르고 있으며(산업재해보상보험・고용보험은 42.4%, 건강보험은 42.8%, 국민연금은 51.5%의 조사대상자가 각각 모르고 있었음) 산업재해를 1회 경험한 노동자는 51.3%, 2회 경험한 노동자는 32.5%에 이르고 있는 것으로 조사되었음. 또한 부상당한 외국인노동자의 경우 부상의 직접적인 이유는 작업에 사용되는 기계・기구의 안전설비 미비(34.7%)가 가장 높게 나타났으며 이러한 부상에 대해 '사업주가 치료비의 전액을 부담했다'는 응답은 전체의 31.4%, '전적으로 개인비용으로 처리했다'는 27.2%로 조사되었음.

9) 공권력에 의한 인권침해와 차별 : 출입국관리소 직원이나 경찰관에 의해 검문・검색을 당했다는 응답이 21.4%로 그 중에서도 한국계 미등록노동자가 가장 높은 비율로(45.7%)로 나타났음. 검문・검색 당시 경찰관, 출입국관리사무소 직원이 신분을 밝히지 않았고(50.9%) 검문・검색의 합당한 이유를 제시하지 않았으며(59.5%) 당시 다른 장소로 끌려갔다는 사람이 19.6%에 이르는 것으로 조사되었음.

10) 열악한 주거환경 : 외국인노동자가 현재 거주하고 있는 곳으로 기숙

사(36.8%) 다음으로 비거주용 건물 내 공간(공장, 상가, 식당, 여관 등)(16.3%)으로 조사되어 주거환경이 열악한 것을 알 수 있음.

11) 한국사회의 인종차별 : '외국인이기 때문에 식당이나 가게에서 의심받거나 불친절한 대우를 받은 경험이 있다'는 응답이 19.9%로 조사되었고, '식당이나 가게에서 한국인에게 이유 없이 무시당하거나 욕설을 들은 경험은 18.9%에 이른 것으로 조사되었음. 구체적인 내용으로는 불편한 감정을 행동이나 표정으로 표시한 경우가 39.6%, 모욕적인 언사가 23.7%, 조롱이 15.5% 순으로 조사되었음. 이중 한국계 외국인노동자가 비한국계 외국인노동자에 비해 차별당한 경험이 높게 나타나는데, 이는 한국인들에게 같은 민족이라는 점에서 높은 기대를 가지고 있고 한국어에 익숙하여 차별을 보다 민감하게 느끼고 있는 것으로 해석할 수 있음.

12) 조사결과를 요약하면, 외국인노동자는 높은 입국비용과 노동과정에서의 인권침해와 차별, 불법체류자 단속과정에서의 과도한 인권침해를 겪고 있을 뿐 아니라 우리 사회에 광범위하게 퍼져 있는 외국인에 대한 차별로 고통받고 있음. 즉, 높은 입국비용과 산업연수생의 열악한 노동조건이 불법체류자를 양산하고 있으며, 불법체류 상태는 다시 열악한 인권상황을 낳는 악순환의 고리로 작용하고 있음을 알 수 있음.

8. 진정사건에 나타난 인권침해 및 차별 : 외국인노동자와 관련하여 국가인권위원회에 접수된 진정사건은 총 44건(2003년 1월 현재)으로 인권침해사건 23건, 차별사건 21건임. 인권침해사건의 내용은 난민지위인정문제, 인격권침해, 수사권남용에 의한 인권침해, 강제출국의 부당성, 집회 및 결사의 자유침해, 보호소 내 가혹행위 등이고, 차별사건의 내용은 국적차별, 재화차별, 임금차별, 고용차별, 편파수사, 외국인산업연수생제도 개선요구 등으로 외국인노동자에 대한 인권침해와 차별이 만연함을 알 수 있음.

9. 국회 계류 중인 외국인노동자관련 법안 : 외국인과 관련하여 2002. 11. 14.에 새천년민주당 이재정의원 등 33인이 발의한 "외국인근로자의고용허가및인권보호에관한법률안"과 2001. 9. 11.에 새천년민주당 정대철의원 등 24인외 39인의 발의로 "장기체류외국인의영주권취득과그법적지위에관한

법률안”이 계류 중에 있음. 이들 법안 중 “외국인근로자의고용허가및인권보호에관한법률안”은 외국인노동자 인권과 직접 관련되어 있음에도 불구하고 답보상태에 있음. 이 법률안은 완전하지는 않으나 외국인노동자의 인권을 새롭게 전개할 수 있다고 판단되므로 이를 조속한 시일 내에 전향적으로 검토하는 것이 바람직하다고 봄. 특히 새로 제정되어야 할 법안에는 외국인력 도입을 관리하는 주체로써 공공성을 가진 정부기관을 명시하여 불법체류자 양산 및 외국인노동자 인권침해의 근원이 되고 있는 송출 비리를 막고 입국 비용을 절감할 수 있는 대책을 포함하여야 할 것임.

○ 외국인근로자의고용허가및인권보호에관한법률안

- 제안이유

◦ 국내 인력이 부족한 산업분야에 단순기능 외국인근로자를 고용할 수 있도록 함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형있는 발전을 도모하는 한편, 내국인근로자의 고용기회를 보호하면서 외국인근로자를 체계적으로 관리하고자 함.

◦ 외국인근로자에 대한 인권침해를 막고 권리를 보장하기 할 수 있는 제도적 장치를 마련하고자 함.

- 주요내용

◦ 외국인근로자의 고용관리와 권익보호에 관한 사항을 심의・의결하기 위하여 노・사・정・공익위원으로 구성된 외국인력고용정책심의위원회를 둠(안 제3조).

◦ 노동부장관은 외국인근로자를 고용할 수 있는 업종 및 사업장규모, 업종별 도입인원 등은 외국인력고용정책심의위원회의 심의・의결을 거쳐 외국인력 도입계획을 수립하여 매년 10월 1일까지 공표함(안 제4조).

◦ 외국인근로자를 고용하고자 하는 사용자는 노동부 직업안정기관에 구인등록을 미리 하여야 하며 내국인근로자의 고용보호를 위하여 부족인력확인서를 발급받아야 함(안 제5조).

◦ 사용자는 외국인근로자와 노동부장관이 정하는 표준근로계약서 양식을 사용하여 근로계약을 체결하여야 하고, 근로계약기간은 1년을 넘지 못하며 최대 3년의 범위 이내에서 갱신이 가능함(안 제7조).

◦ 사용자는 외국인근로자에 대한 출국만기보험 또는 출국만기일시금신탁에 가입하여야 하고, 외국인근로자는 귀국비용보험 또는 신탁에 가

입하여야 함(안 제9조 및 제11조).

◦ 사용자는 외국인근로자에 대한 건강보험에 가입하여야 함(안 제10조).

◦ 사용자는 외국인근로자라는 이유로 대한민국 국민인 근로자와 차별적 처우를 못하도록 함(안 제14조).

◦ 외국인근로자는 사용자와 계약된 임금 및 근로조건의 위반 등의 사유에 해당하는 경우 사업장을 변경할 수 있음(안 제15조).

Ⅲ. 외국인노동자 인권상황 개선을 위한 권고사항

10. 불법체류 외국인노동자 단속과정에서의 인권보호 : 불법체류 외국인노동자라 할지라도 단속과정에서 최소한의 인권을 보장하여야 함. 향후 단속과정에서 한국인에게 적용하여야 하는 원칙을 준수하여 검문 시에는 반드시 신분과 목적을 밝히고, 다른 곳으로 연행할 때 연행지를 밝히고 가족 또는 친지 등에게 알릴 기회를 부여하여야 함.

11. 불법체류자에 대한 공무원의 통보의무 조항 개정 : 출입국관리법 제84조 제1항은 “국가 또는 지방자치단체의 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 제46조 제1항 각호의 1에 해당하는 자 또는 이 법에 위반된다고 인정되는 자를 발견한 때에는 그 사실을 지체 없이 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장에게 통보하여야 한다”고 공무원의 통보의무를 규정하고 있음. 동법 제46조 제1항은 공공에 해를 입힐 수 있는 사항을 규정하고 있는데, 밀입국자, 허위서류에 의한 초청자뿐 아니라 체류기간 초과자도 이에 포함됨. 이 규정에 의한다면, 임금체불 등 근로기준법 위반 사항은 노동부에 구제신청을 할 수 있도록 되어 있으나, 상담자가 공무원이기 때문에 강제출국을 각오해야 하는 상황임. 또한 교육인적자원부에서는 지침을 통해 불법체류자 자녀도 교육을 받을 수 있도록 하였으나, 공립학교 교장은 공무원이므로 학교장이 이 사실을 알게 되면 당국에 고발하여야 함. 이에 대하여 노동부는 구제조치가 끝날 때까지 통보하지 않고, 교육인적자원부는 학교장이 관련 당국에 통보하지 않고 불법체류자 자녀를 입학시킬 수 있는 지침을 각각 수립하였으나, 이는 근원적으로는 상위법인 출입국관리법에 위배되는 사항이어서 향후 논란의 소지가 있음. 이러한 ‘선 구제제도 후 통보 원칙’은

하위법 수준에서 그칠 것이 아니라 법률 수준에서 명시적으로 규정하도록 출입국관리법을 개정하여야 함.

12. 산업연수제의 폐지 : 산업연수제를 통하여 들어온 산업연수생에게 실제로는 근로를 시키면서도 근로자로 인정하지 않고 있음. 산업연수제 안에서는 실제 우리 사회가 필요로 하는 외국 인력을 충분히 도입할 수 없으며 결과적으로 부족한 노동력을 미등록 노동자 활용을 통해 해결할 수밖에 없는 구조적 문제를 안고 있음. 산업연수생들과 미등록 불법체류 노동자들은 저임금, 장시간노동, 임금체불, 여권압류 등의 인권문제를 안고 있음. 따라서 외국인 노동자의 인권보호증진을 위하여 현행 산업연수제를 폐지하여야 함.

13. 고용허가제 등의 도입 및 입법의 촉구 : 외국인노동자에 대하여 귀국촉진정책 및 사회적 통합정책을 종합적으로 고려하여 외국인력을 사용하고자 하는 사업주는 일정한 조건을 갖추어 등록하도록 하고, 외국인노동자 고용을 허가하는 제도를 도입하도록 하여야 함. 고용허가제도 내에서 외국인 노동자에게 1) 근로기준법 상의 근로자 신분을 부여하여 2) 임금수준과 노동조건을 동일노동을 하는 한국인 수준으로 상승시키고 3) 노동삼권을 보장하고 4) 산업재해보상보험과 건강보험 등을 반드시 적용하여 최소한의 인권보장이 이뤄지도록, 국회계류중인 '외국인근로자의고용허가및인권보호에관한법률안'을 보완하여 조속한 시일 내에 제정하여야 함.

14. 외국인 노동자 관리기관의 공공화 : 1) 불법체류를 양산하는 과다한 입국비용을 현실화하기 위하여 외국 소재 송출기관을 정부기관으로 일원화하는 한편 2) 국내에서 필요로 하는 외국인력의 수와 조건을 정부 주도로 정확하게 파악한 후, 이에 맞는 인력을 수입하는 내용을 반드시 포함하여야 할 것임. 이를 통하여 1) 외국인 노동자 송출 비리를 근원적으로 차단하고 2) 산업연수생의 인권상황을 근원적으로 개선하는 한편 3) 불법체류자 양산구조를 차단하며 4) 동일 직종 한국인 노동자의 고용안정을 동시에 추구하여야 함.

15. 여성 외국인노동자의 인권보호 방안 강구 : 여성 외국인노동자 중 예술

흥행사증(E-6)으로 입국하는 이들이 성매매 강요와 성폭력에 노출되는 경우가 많으므로 E-6 사증 체계의 전면 재검토를 통하여 발급기준을 강화하고, 예술흥행사증을 본래 목적과 다르게 사용하는 것을 엄격하게 처벌하여야 함.

16. 외국인노동자 인권보호를 위한 기본자료 제공 : 외국인노동자 인권보호를 위한 기본 자료로 출입국 관련서류의 번역본을 송출국별로 10개 이상의 언어로 번역하여 비치하도록 하고, 외국인노동자들이 필요로 하는 UN인종차별철폐협약, 국내사증의 설명, 국내 근로기준법 중 외국인노동자 관련 조항, 부당한 인권침해나 노동행위 발생시 구제방안, 외국인 노동자와 관련된 사회보장 내용, 수사과정시 인권보호방안 등의 내용이 포함된 책자(외국인노동자인권보호지침)를 제작·배포하여야 함.

Ⅳ. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 현재 외국인노동자의 인권상황은 심각하여 그 개선안을 조속한 시일 내에 마련할 것을 주문과 같이 권고함.

2003. 2. 10.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유시춘

위 원 조미경 위 원 김오섭 위 원 류국현 위 원 신동운

위 원 정강자 위 원 곽노현 위 원 김덕현

4 민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9,10)에 대한 의견(2003.3.10.)

국가인권위원회법 제28조 제1항 소정의 법원, 헌법재판소 등에 의견을 제출할 권한에 의하여 헌법재판소에 계류 중인 호주제 사건과 관련하여 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해한 것이라고 판단하여 헌법재판소에 의견을 제출한 사례

【결정요지】

[1] 민법 제778조는 개인의 의사와는 무관하게 법률에 의하여 가족을 호주에, 여성을 남성에게 종속시키고 있으며, 민법 제781조 제1항 본문 후단은 "子는 父家에 입적한다" 고 규정하여 자녀에 대하여 부계중심원칙을 채택하여 모계를 차별하고 있고, 가족관계는 일반적인 계약관계와 달리 쉽게 벗어날 수 없는 것이고, 개인은 일생 동안 가족관계속에서 존재하게 되고, 개인은 평생 호주제도속에서 서열이 정해지고 차별 속에 있게 되는 것이므로 민법 제778조와 제781조 제1항 본문 후단은 개인에게 자신의 법적 지위를 스스로 형성할 여지를 전혀 부여하지 않음으로써 개인의 법률관계 형성의 자율성을 전면적으로 부인하고, 법규정에 따라 반드시 호주 또는 가족으로 규정하는 것을 강제하며 이혼여성자녀의 모계입적을 허용하지 않음으로써, 호주와 가족 모두의 존엄한 인격권, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해한 것임.

[2] 민법 제778조는 호주를 승계하도록 하고, 이를 위해 민법 제984조에서 직계비속 중 남자(嫡長子)를 호주승계 1순위자로 규정하고, 민법 제781조 제1항 본문 후단에서는 子의 父家 우선입적을 규정하는 등, 남계혈통계승 내지 부계혈통주의를 중심으로 하고 있어 여성을 차별하는 결과를 발생시키고 있고 여성차별은 자녀로서, 아내로서, 어머니로서의 여성에게 불리한 영향을 끼치므로, 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋남.

Ⅰ. 의견제출의 근거

가. 위 위헌법률심판의 대상 법조문은 호주제도에 관한 것으로서, 호주제도는 인간의 존엄과 행복추구권, 평등권 등, 인권과 관련하여 논란이 있습니다.

나. 국가인권위원회법 제28조 제1항은 “위원회는 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판이 계속중인 경우 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 법원의 담당재판부 또는 헌법재판소에 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다” 고 규정하고 있는 바, 동 사건에 대한 위헌법률심판은 국가인권위원회법 제28조 제1항에서 말하는 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”에 해당하는 것입니다.

다. 이에 국가인권위원회는 위 사건의 법률상 사항에 관하여 아래와 같이 의견을 제출합니다.

Ⅱ. 국가인권위원회의 의견

1. 헌법과 가족관계

우리 헌법은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있습니다.

이는 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이며(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등), 가족생활이 ‘양성의 평등’을 기초로 성립, 유지될 것을 명문화한 것으로 이해되므로, 입법자가 가족제도를 형성함에 있어서는 이를 반드시 고려할 것을 요구하고 있는(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12) 것입니다.

헌법은 국가의 조직, 구성, 작용에 관한 근본법이며 다른 법률로써 결코 변경할 수 없는 최고법규입니다. 사회공동체의 가치체계와 실생활에서의

규범 또한 헌법이념과 원리로부터 나온다고 할 수 있을 것입니다. 따라서, 개인의 존엄과 남녀평등을 바탕으로 성립되고 유지되어야 하는 가족제도에 어긋나는 민법중 친족편 규정은 국가가 마땅히 이를 적극적인 자세로 개선해야 할 것입니다.

2. 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)과 인권

가. 민주적 기본질서 침해

헌법의 근본이념인 민주주의의 원리는 공적인 법률관계뿐만 아니라 혼인과 가족생활이라는 사적 생활관계에서도 관철되어야 하는 것입니다.

민주적 기본질서는 기본적 인권의 존중을 핵심으로 하는 것이므로, '혼인과 가족생활에서 민주적 기본질서의 관철'이란 기본적 인권이 존중되는 가족관계의 확립을 의미할 것입니다.

혼인과 가족생활에서 기본적 인권이라 함은 평등하고 존엄한 각 개인의 자유로운 의사에 따라 혼인이 성립하고, 자녀를 포함한 가족구성원 모두가 인간으로서의 존엄성을 가진 독립된 인격체로 존재하는 가족공동체의 형성을 의미합니다.

자유로운 의사합치에 따라 남녀가 혼인하고 평등한 가족생활을 유지해야 하는 헌법이념과 달리, 민법 제778조는 "일가의 계통을 승계한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자는 호주가 된다"라고 규정함으로써, 혼인과 동시에 妻가 夫(예외적으로 부가 처에게)에게, 즉 일방을 호주로 하고 일방을 가족으로 구분하여 그들간에 종적 관계의 형성을 법으로 강제함으로써, 가족구성원의 자유의사를 통한 평등하고 존엄한 가족공동체를 형성할 수 없도록 하고 있습니다.

나. 개인의 존엄과 행복추구권 침해

헌법 제10조가 규정한 인간으로서의 존엄과 가치는 다른 헌법규정을 기속하는 최고의 헌법원리이고 헌법이념의 핵심이며, 개인의 일반적 인격권이 도출되는 근본원리입니다.

모든 국민은 각 개인의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지며, 가정생활과 신분관계에서도 이와 같은 개인의 인격권과 행복추구권은 보장되어야 합니다.

그러나, 민법 제778조는 개인의 의사와는 무관하게 법률에 의하여 가족을 호주에, 여성을 남성에게 종속시키고 있으며, 민법 제781조 제1항 본문 후단은 "子는 父家에 입적한다" 고 규정함으로써 자녀에 대하여 부계중심원칙을 채택하여 모계를 차별하고 있습니다. 가족관계는 일반적인 계약관계와 달리 쉽게 벗어날 수 없는 것이고, 개인은 일생동안 가족관계속에서 존재하게 되므로, 개인은 평생 호주제도속에서 서열이 정해지고 차별속에 있게 되는 것입니다. 따라서, 호주제도는 장구한 기간동안 개인의 평등한 가족관계 형성의 권리를 침해하는, 그 법익 침해가 거의 영구적인 것이라 하겠습니다.

또한, 민법 제778조로 인하여 호주를 공란으로 하거나 부부 모두를 호주로 하면 혼인신고자체가 수리되지 않으므로 개인은 혼인의 자유를 침해받고 있으며, 민법 제781조 제1항 본문 후단으로 인하여 이혼한 여성의 자녀는 여성의 호적으로 전적신고를 하는 것이 불가능하여 이러한 가족은 법률적으로 가족관계로 인정받지 못함으로써 가족형성의 자유를 침해받고 있습니다.

이처럼 민법 제778조와 제781조 제1항 본문 후단은 개인에게 자신의 법적 지위를 스스로 형성할 여지를 전혀 부여하지 않음으로써 개인의 법률관계 형성의 자율성을 전면적으로 부인하고, 법규정에 따라 반드시 호주 또는 가족으로 규정하는 것을 강제하며 이혼여성자녀의 모계입적을 허용하지 않음으로써, 호주와 가족 모두의 존엄한 인격권, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하고 있습니다.

다. 평등권 침해

헌법 제11조 제1항은 성별에 의한 차별을 금지하여 남녀평등을 선언하고 있습니다. 이 평등원칙은 법치국가질서의 근본요청으로서 모든 국가기관에게 법을 적용함에 있어서 정당한 근거없이 개인이나 일정한 인적 집단을 불평등하게 대우하는 것을 금지하며, 더 나아가 입법자에 대해서도 그가 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 법제정의 평등을 포함하는 것입니다(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12).

평등이란 합리적 근거없는 차별을 금지하는 상대적 개념으로서, 합리적 근거있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하지 않으며, 합리적 근거있

는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 않으면서 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단해야 합니다(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43 등).

민법 제778조는 호주를 승계하도록 하고, 이를 위해 민법 제984조에서 직계비속중 남자(嫡長子)를 호주승계 1순위자로 규정하고, 민법 제781조 제1항 본문 후단에서는 子의 父家 우선입적을 규정하는 등, 남계혈통계승 내지 부계혈통주의를 중심으로 하고 있음으로써, 여성을 차별하는 결과를 발생시키고 있습니다. 여성차별은 자녀로서, 아내로서, 어머니로서의 여성에게 불리한 영향을 끼치므로, 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋남이 분명하고 이러한 차별대우는 헌법이념과 원리에 반하는 것입니다.

법앞에서 남녀는 동등한 인격체로서 동등하게 대우받아야 함에도, 민법 제778조와 제781조 제1항 본문 후단은 이러한 양성평등을 표방하고 있는 헌법과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어서도 그 적합성과 합리성을 상실한 것이라 할 수 있습니다.

라. 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등 침해

가족생활・관계에서 남녀는 동등한 인격체로서 동등하게 대우받아야 함에도 불구하고, 민법 제778조, 민법 제781조 제1항 본문 후단은 가족의 長 또는 중심을 남성으로 하여 부계우선주의, 남계혈통계승만을 목적으로 함으로써, 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등원칙에 비추어 타당성이 없다고 할 것입니다.

또한, 가족관계에서 직계비속남자의 1순위 호주승계, 子의 父家 입적과 이혼가정의 경우에 모의 호적으로의 자녀 전적 불가는 父子간의 관계가 父女간의 관계보다 우선하고, 父子간의 관계가 母子간의 관계보다 우월함을 인정하는 것입니다. 이는 가족내에서의 여성의 지위를 열등하게 하고 母의 권리, 子의 권리를 침해하는 것입니다.

3. 결론

가족관계를 규율하는 법이 그 특성상 전통적인 관습을 반영할 수 밖에 없다고 하더라도, 그 관습을 입법화하여 강제할 것인가는 입법정책의 영역에 속하는 것이라 하겠습니다.

입법자에게는 헌법적 권리를 존중하여야 하는 독자적인 과제가 부여되어 있으며, 또한 관습과 여론을 초월하여 헌법적 요청에 충실하여야 할 의무가 있다고 할 것입니다.

이에, 현재까지 민법의 친족・상속편은 가족생활・관계의 급속한 변화와 양성평등의 요청을 조화롭게 수용하여 혼인과 친권, 상속 등 많은 규정들에서 딸과 아들, 아내와 남편, 어머니와 아버지에게 동일한 법적 지위와 권리를 인정함으로써 양성평등을 실현하는 방향으로 개정되어 왔음을 상기할 필요가 있습니다.

위에서 살펴본 바와 같이, 호주제 관련 규정인 민법 제778조와 제781조 제1항 본문 후단부분은 가족간의 종적 관계, 부계우선주의, 남계혈통계승을 합리적 이유없이 강제하여 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해하고 있습니다. 그러므로 헌법에 위배되며 인권을 침해한다고 하겠습니다.

2003. 3. 10.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위원 박경서 위원 유 현 위원 유시춘 위원 조미경

위원 김오섭 위원 신동운 위원 정강자 위 원 김덕현

5 도로교통법중개정법률안에 대한 의견(2003.4.14)

도로교통법개정안의 정신장애인에 대한 운전면허결격사유와 재취득 제한규정, 초보운전자 관리기간제도 등의 관련 규정은 인권침해 소지가 있어 경찰청에 개정 권고한 사례

【결정요지】

[1] '정신병자·정신미약자 또는 간질병자, 마약·대마·향정신성의약품 또는 알콜중독자'의 운전면허 결격을 규정하고 있는 법률(안) 제82조 제1항 제2호·제5호 등은 기본권 제한 법률의 명확성원칙, 특히 형사처벌과 관련하여 죄형법정주의원칙에 반하고 안전운전에 지장이 없는 정신장애인들의 평등권 등을 침해함.

[2] [1]의 결격사유가 있음에도 운전면허를 받은 사람은 운전면허가 취소되고 향 후 2년 동안 면허를 다시 취득하지 못하게 되며, 운전면허 취득 후 위의 결격사유에 해당되는 사람은 면허가 취소되고 향 후 1년 동안 면허를 다시 취득하지 못하도록 되어 있는 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되며, 안전운전에 장애를 초래하지 않을 정도로 회복된 사람들의 평등권 등을 침해함.

[3] 도로교통법개정안의 신설조항인 '초보운전자(면허취득 2년 미만) 관리기간제도'는 초보운전자에 대한 행정처분 기준 강화를 골자로 하여 도입한 것이나, 초보운전자의 사고율 감소라는 효과를 행정처분 기준 강화로 달성할 수 있다고 보기는 어려우므로 본 제도 도입 목적의 정당성을 인정할 수 없고, 행정처분 강화와 사고율 감소 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니하며 그 수단의 적절성과 피해의 최소성원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항을 위배한 것으로서 초보운전자들의 평등권을 침해함.

Ⅰ. 국가인권위원회 주요 의견

1. 검토배경

가. 국가인권위원회법 제19조 제1호는 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 경찰청이 도로교통법을 전면 개정하고자 마련한 도로교통법개정법률(안)[이하 ‘법률(안)’이라 함.]은 국가인권위원회법 제19조 제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령”에 포함되는 것입니다.

나. 도로교통법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장해를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 하고 있습니다. 그러한 목적 달성을 위하여 동법에서는 도로교통의 원활을 위한 규정과 국민의 기본권을 제한하는 여러 법적 장치를 두고 있는 바, 공익을 위한 국민의 기본권 제한 입법은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 등 헌법상의 제반 원칙을 준수하는 틀 속에서 이루어 져야 할 것입니다.

다. 이에 국가인권위원회는 경찰청이 의견 요청을 위하여 송부한 법률(안)에 대한 권고 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 검토기준

가. 헌법 제10조 내지 제22조, 제37조

나. 시민적・정치적권리에관한국제규약 제2조, 제9조, 제26조
(Internationational Conventant on Civil and Political Rights)

다. UN총회에서 결의한 정신장애인권리선언 제1조
(Declaration on the Rights of Mentally Retared Persons)

라. 정신보건법 제2조

마. 국가인권위원회의 경찰청에 대한 2002. 7. 22. 권고사항

3. 검토요지

가. 법률(안) 제82조 제1항 제2호・제5호 등에 대한 판단

'정신병자・정신미약자 또는 간질병자, 마약・대마・향정신성의약품 또는 알콜중독자'의 운전면허 결격을 규정하고 있는 법률(안) 제82조 제1항 제2호・제5호(제88조 제1항, 제89조 제1항, 제93조 제1항 제7호, 제9호, 제155조 제8호)는 기본권 제한 법률의 명확성원칙에 반하고, 특히 형사처벌 조항인 법률(안) 제155조 제8호, 제88조 제1항과 관련하여서는 헌법 제13조 제1항, 제12조 제1항의 죄형법정주의 내용인 구성요건 명확성의 원칙에 위배되며,

그 입법목적에 비추어 그 대상에 속하는 사람들만이 아니라 기본권을 제한할 이유나 필요가 없는 다른 특성을 가진 사람들까지 그 대상에 포함시킴으로써 불합리한 차별을 발생시켜 헌법 제11조의 평등권을 침해할 우려가 있고, 정신장애인의 부당한 차별을 금지하고 있는 정신보건법 제2조[23]의 기본이념에도 배치되며,

우리나라가 가입하고 비준한 바 있는 시민적・정치적권리에관한국제규약(Internationational Conventant on Civil and Political Rights,이하 'B규약'이라함) 제2조 제1항[24]의 국가의 평등 보장 규정, 제9조[25] 제1항의 죄형

---

23) 제2조 (기본이념) ①모든 정신질환자는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장받는다.
② 모든 정신질환자는 최적의 치료를 받을 권리를 보장받는다.
③ 모든 정신질환자는 정신질환이 있다는 이유로 차별대우를 받지 아니한다.
④⑤⑥ … 생략

24) Article 2
1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. (이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.)

25) Article 9

법정주의와 제26조[26]의 평등권 규정에도 배치됩니다.

또한 1971년 UN총회에서 결의한 정신장애인권리선언(Declaration on the Rights of Mentally Retared Persons, 이하 'UN의 정신장애인권리선언'이라 함.) 제1조[27]의 정신장애인 평등권 규정에도 배치되고, 그밖에도 안전운전에 장애가 없는 경증(輕症)의 사람들에 대하여도 헌법 제10조의 일반적 행동자유권, 인격권 제12조의 신체의 자유, 제15조의 영업의 자유 및 제17조의 프라이버시권 등을 침해할 소지가 있습니다.

나. 법률(안) 제82조 제2항 제5호・제6호에 대한 판단

운전면허 취득 전 이미 법률(안) 제82조 제1항 제2호, 제5호의 결격 사유에 해당하는 자가 운전면허를 받은 경우에는 법률(안) 제93조 제1항 제8호에 따라 운전면허가 취소되고, 법률(안) 제82조 제2항 제5호에 따라 취소 후 2년 간 일률적으로 운전면허를 취득하지 못하도록 하고 있으며,

또한 운전면허 취득 후 법률(안) 제82조 제1항 제2호, 제5호의 결격 사유에 해당하게 되면 법률(안) 제93조 제1항 제7호 규정에 의하여 면허가 취소

---

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and on accordance with such procedure as are established by law.(모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.)

26) Article 26
All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.(모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.)

27) "The mentally retarded person has, to the maximum degree of feasibility, the same rights as other human beings."(정신장애인은 가능한 한 최대한도로 일반인과 동등한 권리를 갖는다.)

되고 법률(안) 제82조 제2항 제6호에 따라 취소 후 1년 동안 일률적으로 면허를 다시 취득하지 못하도록 하는 것은, 증상의 정도, 회복 및 해당자 개인에 대한 구체적인 고려 없이 운전면허 재취득을 위한 기간을 지나치게 장기간으로 정하고, 어떠한 예외도 인정함이 없이 설정함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위배되는 기본권 제한으로,

안전운전에 장애를 초래하지 않을 정도로 회복된 사람들의 헌법 제11조와 B규약 제26에서 보장된 평등권, 제10조의 일반적 행동자유권, 제15조의 영업의 자유 등을 침해할 소지가 있고, 정신장애인의 부당한 차별을 금지하고 있는 UN의 정신장애인권리선언 제1조와 정신보건법 제2조의 이념과도 배치됩니다.

다. 신설 '초보운전자 관리기간 제도'에 대한 판단

[관련조문 : 법률(안) 제2조, 제73조, 제83조, 제93조 등]

○ 이 제도는 면허를 취득한지 2년 미만인 초보운전자의 사고가 전체 사고에서 차지하는 비중이 높다는 일반적 통계 수치를 바탕으로 초보운전자에 대한 행정처분 기준 강화를 골자로 하여 도입한 것이나, 초보운전자의 운전 기술 숙련을 통한 사고율 감소라는 효과를 행정처분 기준 강화로 달성할 수 있다고 보기는 어려우므로 이 제도 도입 목적의 정당성을 인정할 수 없습니다.

○ 행정처분 강화와 사고율 감소 사이에는 상당인과관계가 없어, 이 제도는 그 수단의 적절성과 피해의 최소성 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항을 위배하여 초보운전자에 대한 불합리한 차별 입법이라고 볼 수 있으므로 이 제도는 헌법 제11조와 B규약 제26조에서 보장하고 있는 초보운전자들의 평등권을 침해할 수 있습니다.

4. 검토 의견

가. 운전면허 결격사유와 관련한 조항 검토

[법률(안) 제82조 제1항 제2호, 제5호 등 관련]

(1) 국가인권위원회 권고의 미반영

(가) 국가인권위원회의 권고(2002. 7. 22.)

국가인권위원회는 2002. 7. 22. 경찰청에 운전면허수시적성검사 관련 권

고를 하면서 운전면허 수시적성검사와 관련된 법령의 개선 사항으로서,

첫째, 현행 도로교통법 제70조 운전면허 결격사유에 있어서는 결격 대상을 안전운행에 직접적인 관련이 있다는 근거가 분명한 사유로 한정할 것과

둘째, 수시적성검사와 관련한 동법 제74조의2와 제74조의3, 그리고 시행령 제52조의 5를 개정할 것을 권고한 바 있습니다.

(나) 경찰청의 회신(2002. 8. 31.)

위 권고에 대하여 경찰청은 2002. 8. 31. “인권위원회의 제도개선 권고에 대해서는 향후 전문기관의 연구용역 결과를 토대로 인권위원회, 도로교통안전관리공단, 신경정신의학회 등 관련기관의 의견을 수렴한 후 정신질환자 관련 수시적성검사 전반에 대해 개선방안을 마련할 예정”이라고 통보하였습니다.

(다) 도로교통법 개정법률(안) 미반영

그러나 경찰청은 법률(안)을 마련하면서 국가인권위원회의 법령 개정과 관련한 권고 내용을 반영하지 않았습니다.

즉, 문제로 지적한 현행 도로교통법 제70조, 제74조의2 및 제74조의3의 내용을 그대로 유지하고 있습니다[법률(안) 제82조, 제88조, 제89조와 비교].

(2) 구체적 검토

(가) 문제점

[법률(안) 제82조 제1항 제2호・제5호 등 관련]

○ 현행 도로교통법 제70조 제1항 제2호・제5호의 규정과 동일 내용을 그대로 답습하고 있는 법률(안) 제82조 제1항에 따르면 ‘정신병자・정신미약자・간질병자’(제2호)와 ‘마약・대마・향정신성의약품 또는 알콜중독자’(제5호)들은,

①운전면허를 받을 자격이 없음(제82조 제1항 제2호, 제5호, 제83조 제3항).
②이미 면허를 받은 후 운전면허 결격에 해당하는 경우에는 면허 취소 사유가 됨(제93조 제1항 제7호). 면허가 취소되면 1년 이내에는 면허를 재취득할 수 없음(제82조 제2항 제6호, 제93조 제1항 제7호).
③한편, 운전면허 결격자임에도 운전면허를 취득한 경우에는 면허가 취소되고(제93조 제1항 제8호), 면허가 취소되면 2년 이내에는 면허를 재취득할 수 없음(제82조 제2항 제5호, 제93조 제1항 제8호).

④수시적성검사의 대상이어서 수시적성검사를 받아야 함[제88조 제1항, 현행 도로교통법 시행령(이하 '령'이라고 함) 제52의 4 제1항 제1호].
⑤수시적성검사와 관련한 개인정보 통보 대상자가 됨(제89조, 령 52조의 5).
⑥수시적성검사를 받지 않을 경우에는 면허 취소가 되며(제93조 제9호), 1년 이내에는 면허를 재취득 할 수 없을 뿐만 아니라(제82조 제2항 제6호, 제93조 제1항 제9호), 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 형사처벌을 받게 됨(제155조 제8호, 제88조 제1항).
⑦적성검사 중 또는 면허시험 중에 위의 증상을 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우 전문의의 강제진단을 받을 수도 있음(제90조).

○ 이처럼 법률(안) 제82조 제1항 제2호・제5호 해당자들은 헌법상 보장된 일반적 행동자유권, 평등권, 신체의 자유 및 프라이버시권 등이 심각하게 제한되는데 비하여, '정신병자・정신미약자・간질병자'와 '마약・대마・향정신성의약품 또는 알콜중독자'라는 규정은 지나치게 포괄적이고 불명확합니다.

○ 붙임2.에서 볼 수 있듯이 한국 국민의 정신질환의 평생유병률은 약 40%에 달하는 것을 알 수 있음. 따라서 법률(안) 제82조 제1항 제2호・제5호 제2호・제5호와 같이 규정하게 되면 운전면허 결격 대상자의 범위가 너무 넓어져서 운전면허를 취득하여 운전을 하여도 도로교통상의 안전에 아무런 지장이 없는 사람들의 면허 취득까지도 제한하는 결과를 초래합니다.

○ 붙임3.에서 보는 바와 같이 다른 규정이나 법령에서는 가능한 한 명확하게 규정하려는 태도와 비교하여 볼 때 법률(안)의 해당 규정은 법률 규정의 명확성 원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없고, 운전을 제한할 필요가 없는 정신장애인의 평등권을 침해합니다.

(나) 헌법재판소의 결정(명확성의 원칙)

"법규의 내용이 애매하거나 그 적용범위가 지나치게 광범하면, 어떠한 경우에 법을 적용할여야 합헌적인 될 수 있는가를 법제정기관인 입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라, 사실상 법 운영 당국이 재량으로 정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨나는 것이다."(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104)

"형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며, 만약 범죄의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 재량과 적용범위가 과도하게 광범위하거나 불명확한

경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의의 원칙에 위배된다."(헌재 1998. 5. 28. 96헌바83)

"문리 그대로 적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적인 것이 되면 법운영 당국에 의한 자의적(恣意的) 집행을 허용할 소지가 생길 것이다. 차별적으로 법을 집행하는 이른바 선별집행이 가능할 수 있다. 법규의 문언대로 확대적용하느냐 한정적으로 축소적용하느냐는 법운영 당국의 재량의 여지가 있으므로 사람에 따라서는 법규의 문언 그대로 적용하여 합헌적인 행위까지도 처벌하여 기본적 인권을 침해할 수 있는가 하면, 그 운영당국은 가능한 한의 축소해석을 통해 위헌성을 띠는 행위마저 처벌을 면제시킬 수 있다. … 무릇 법운영에 있어서 객관적인 자의성을 주는 것은 법치주의 원리에 반하는 것이고 결국 법의 집행을 받는 자에 대한 헌법 제11조의 평등권 침해가 되는 것이다. 나아가 법규의 적용범위가 과도하게 광범위해지면 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는가 즉 법을 적용하여도 좋은 경우와 적용하여서는 안되는 경우가 법집행자에게도 불확실하고 애매해지는 사태가 온다. 이러한 의미에서도 과도한 광범성은 잠재적인 명확성 결여의 경우로 볼 수 있기 때문에 형벌법규에 관한 명확성의 원칙에 위배되는 한 가지 예에 해당될 수 있다."(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113)

(다) 전문가 자문 의견

○ 위 문제에 관하여 지속적인 관심을 가지고 있는 대한신경정신과개원의협의회에 자문한 결과(붙임4. 참조), 법률(안) 제82조 제1항 제2호, 제5호 규정은 불명확하고 광범위하다고 판단하고 동 조항 제2호는 '안전운전에 지장이 있는 정도의 정신질환자, 정신지체자 또는 간질병자'로 대치되어야 한다고 회신(세부적인 가이드 라인은 붙임4. 이하 참조)하였습니다.

→ 경증의 정신병자와 정신미약자는 전체 국민의 14%,

→ 제2호의 '정신미약'은 정신지체(장애인복지법시행령 제2조 별표1. 제6호 참조)로 대체되어야 함. 참고로 일본 도로교통법 제88조의 해당 규정은 '정신박약(저능)'으로 되어 있고 이는 정신미약과는 다른 의미임.

→ 간질 또한 유형과 치료경과에 따라 정도의 차이가 큼.

○ 동 조항 제5호의 '마약・대마・향정신성의약품 또는 알콜중독자'의 규정 역시 중독자의 범주를 명확히 규정짓는 단서조항이 필요하다고 보고 있습니다.

○ 또한 법률(안) 제90조의 표제도 '운전면허의 결격사유에 해당되는 사람에 대한 조치'로 바뀌어야 한다고 회신하였습니다.

○ 결론적으로 운전면허 결격사유에 해당하는 제반 경우에 대한 명확한 기준이 설정되어야 하고 이는 대한신경정신의학회와 논의를 해야할 것이라고 회신하였습니다.

(3) 소결론

법률(안) 제82조 제1항 제2호, 제5호 규정과 동 규정을 준용하고 있는 규정들은 기본권 제한 법률의 명확성원칙, 특히 헌법 제13조 제1항의 죄형법정주의 내용인 구성요건 명확성의 원칙에 위배되며,

그 입법목적에 비추어 그 대상에 속하는 사람들만이 아니라 기본권을 제한할 필요가 없는 다른 특성을 가진 사람들까지 대상에 포함시킴으로써 불합리한 차별을 발생시켜 헌법 제11조의 평등권을 침해할 우려가 있고(과다포괄적 차별), 정신보건법 제2조의 평등 이념에도 배치되며,

우리나라가 가입하고 비준한 바 있는 시민적·정치적권리에관한국제규약(이하 'B규약'이라함) 제9조의 죄형법정주의, 제2조 제1항의 국가의 평등보장에 관한 규정과 제26조의 평등권 규정에 위배될 뿐만 아니라, UN의 정신장애인권리선언 제1조의 정신장애인 평등권 규정과도 배치됩니다.

안전운전에 장애가 없는 경증(輕症)의 사람들의 헌법 제10조의 일반적 행동자유권, 인격권, 제12조의 신체의 자유, 제15조의 영업의 자유 및 제17조의 프라이버시권 등을 침해할 소지가 있습니다.

나. 운전면허 재취득 기간 제한과 관련한 조항 검토

[법률(안) 제82조 제2항 제5호, 제6호 등 관련]

(1) 관련 조문 체계

○ 법률(안) 제82조 제1항 제2호, 제5호 사유로 운전면허 결격자가 면허를 받았다가 제93조 제1항 제8호 규정에 의하여 면허가 취소되면, 무조건 2년 동안 면허를 다시 받지 못하게 하고 있습니다(제82조 제2항 제5호, 제93조 제1항 제8호).

○ 면허 취득 후 결격 사유에 해당하게 되어 면허가 취소된 경우에도 그 후 일률적으로 1년간 면허 재취득 기간을 제한하고 있습니다(제82조 제2항 제6호, 제93조 제1항 제7호).

(2) 검 토

정신장애인의 운전면허 재취득 기간을 제한하고 있는 위의 관련 규정들은 증상의 정도, 회복 및 해당자 개인에 대한 구체적인 고려 없이 운전면허 재취득을 위한 기간을 지나치게 장기간으로 정하여 어떠한 예외도 인정함이 없이 설정됨으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙과 관련하여 피해의 최소성, 법익 균형성 원칙을 위배하는 기본권 제한으로,[28]

안전운전에 장애를 초래하지 않을 정도로 회복된 사람들의 헌법 제11조와 B규약 제2조 제1항, 제26조에 보장된 평등권과 헌법 제10조의 일반적 행동자유권, 제15조의 영업의 자유 등을 침해할 소지가 있고, UN의 정신장애인권리선언 제1조와 정신보건법 제2조의 정신장애인 평등 이념과도 배치됩니다.

다. 신설된 초보운전자 특별 관리 규정 검토

[관련규정 : 법률(안) 제2조, 제73조, 제83조, 제93조 등]

(1) '초보운전자 관리기간' 제도의 도입

경찰청은 '초보운전기간에 안전운전 습관화를 유도'하려는 취지 하에, 이번 법률(안)에 초보운전자에 의한 교통사고를 예방하기 위하여 처음 운전면허를 받은 날로부터 2년이 경과되지 아니한 사람 등 초보운전자에 대하여 운전면허 취소·정지와 관련한 행정처분 기준(벌점, 안전교육)을 강화하는 규정을 마련하였습니다[법률(안) 제2조, 제73조, 제93조 제2항].

(2) 초보운전자의 평등권 침해 가능성 검토

'초보운전자 관리기간' 제도의 도입으로 초보운전자가 다른 운전자들과는 다른 행정처분 기준의 적용을 받도록 하는 것이 초보운전자의 평등권을 침해할 우려가 없는가와 관련하여, 위 제도 도입의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소성이라는 측면에서 검토하고자 합니다.

(가) 제도 도입 목적의 정당성 검토

○ 먼저 국무총리실 안전관리개선기획단에서 붙임5.와 같이 밝힌

28) 우리 헌법재판소의 확립된 판례에 의하면 기본권제한입법이 헌법 제37조 제2항에 근거를 두고 있는 과잉금지의 원칙에 위반하지 않으려면 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익 균형성을 갖추어야 하고 만일 기본권을 제한하는 법률이 이 중 어느 한 요건이라도 충족하지 못하면 그 입법은 위헌적인 입법이 된다고 한다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바17, 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17).

통계자료[운전면허 취득 경과년수별 교통사고발생현황(2000)]를 보면 면허취득 후 2년 미만의 운전자들의 사고발생률은 1.71%, 2년 이상 5년 미만 운전자의 사고발생률은 2.44%, 5년 이상 운전자들의 사고발생률은 1.16%입니다.

→ 2년 미만 운전자들의 사고율은 5년 이상 운전자들의 것보다 높으나 2년 이상 5년 미만 운전자들의 것보다는 낮음(기획단은 애초에 5년 미만 운전자들을 특별 관리하는 방안을 입안).

○ 다음으로 경찰청에서 붙임6.과 같이 밝힌 통계자료[운전경력별 교통사고 발생현황(1999-2001, 3년간 평균)]을 보면 면허취득 후 2년 미만의 운전자들의 사고율은 1.58%(사망사고율은 0.053%)로 2년 이상의 운전자들의 사고율 1.33%(사망사고율은 0.042%)보다 높습니다.

○ 안전관리개선기획단에서 밝힌 통계자료(붙임5.)에 따르면 2년 이상 5년 미만 운전자들의 사고율이 가장 높은데도, 이 제도가 2년 미만의 운전자들만을 특별 관리하는 제도라는 점, 초보운전자의 운전 기술 숙련을 통한 사고율 감소 효과를 행정처분(벌점) 기준 강화로 달성시킬 수 있다고 보기는 어렵다는 점에서 이 제도 도입 목적의 정당성을 인정할 수 없습니다.

즉, 초보운전자들의 사고율이 높은 것은 운전 경험의 부족과 운전 기술의 미숙이라고 할 수 있는데, 이 제도 도입 목적은 2년 미만의 초보운전자의 운전 경험이나 기술 숙련과는 관계가 적은 행정처분의 기준 강화를 통하여 사고율을 감소시키겠다는 것이어서 그 도입 목적의 정당성이 없습니다.

(나) 수단의 적절성 검토(행정처분 기준 강화와의 인과관계)

○ 이 제도는 '그 동안 초보운전자의 높은 사고율과 법규위반율(벌점 부과 대상이 되는 의무·지시위반) 사이의 상당인과관계가 있었다'는 사실이 명확하게 입증될 경우에만 수단의 적절성을 갖습니다.

○ 경찰청에서 붙임6.과 같이 밝힌 통계자료[운전경력별 교통사고 발생현황(1999-2001, 3년간 평균)]를 보면 면허취득 후 2년 미만의 초보운전자들의 법규위반율은 5.95%로 2년 이상의 운전자들의 위반율 8.08%보다 낮은데 이는 초보운전자의 사고율과 법규위반 사이에 상당인과관계가 없다는 점을 추단하게 합니다.

○ 그렇다면 법률(안)에서 신설되는 초보운전자 관리기간 제도의 골자는 운전면허의 취소·정지의 기준이 되는 행정처분(벌점) 강화와 기준 초과시 유료의 교통안전교육을 통하여 초보운전자의 사고율을 줄이겠다는

것인바,

이 제도가 실효성을 갖기 위해서는 벌점 기준 강화 수단으로 초보운전자의 사고율을 줄일 수 있어야 하는데, 초보운전자의 법규위반율이 2년 이상의 운전자들의 그것보다 낮은 것에서 알 수 있듯이 법규위반에 대한 벌점 강화와 사고율 감소사이에 상당인과관계가 있다는 다른 증명이 없으므로 그 수단의 적절성에 의문이 있습니다.[29]

(다) 피해의 최소성 검토

○ 이 제도의 내용을 살펴보면, 처음 면허를 취득하고 1년이 되지 않은 초보운전자의 경우 1회 벌점 30점으로 면허가 정지되고 교통안전교육 미수강시에는 바로 면허가 취소됩니다[법률(안) 제93조 제1항 제6호].

○ 이는 외국의 다른 입법례[30](미국 뉴욕주, 독일, 일본, 호주 입법례를 보면 초보운전자 면허정지 후 교육·강습을 1회 불이행할 경우 바로 면허를 박탈하지 않음.)에서는 볼 수 없는 강력한 면허박탈 처분으로서 기본권 제한 입법의 피해의 최소성[31]원칙 측면에서 볼 때 헌법 제37조 제2항의

---

29) "차별을 두는 입법은 그 차별에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 차별을 두기 마련인데, 국민의 기본권에 관한 차별에 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 한다"
[헌재 1996. 10. 4. 95헌가1, 4(병합)]
"이 사건 법률조항은 입법목적과 입법수단간의 인과관계가 막연하고, 입법목적을 달성할 수 있는가 하는 법률의 효과 또한 불확실하므로 … 적합성의 엄격한 요건을 충족시키지 못한 것으로 판단된다"(헌재 1999.12.23. 99헌마135)

30) ○ 미국(뉴욕주) : 신규면허자·면허정기기간 만료자 6개월 관찰기간 부과, 관찰기간 중 일정한 법규위반시 60일간, 음주운전시 90일간 정지.
○ 독일 : 신규면허자 2년 관찰기간 부과, 법규위반시 재교육 부과, 재교육후 법규위반시 재시험 부과, 재시험 불응이나 2회이상 불합격시 면허취소.
○ 일본 : 신규면허자 1년간 '초심운전자기간'지정-별도 면허증발급, 그 기간 중 일정 벌점합계 이상-'초심운전자강습'수강의무 부과, 강습 불응 또는 강습 후 일정 벌점합계 이상-초심운전자기간 종료시 재시험 부과, 재시험 미응시 또는 불합격시 면허취소.
○ 호주 : 신규면허자 2년 동안 예비면허-차량번호판에'P'표시, 그 기간 최고제한속도·혈중알콜농도 기준 다르게 적용, 예비면허 기간 일정 벌점합계 이상시 3개월 면허 정지

31) "입법자는 입법목적을 달성하기 위하여 고려되는 여러 가지의 방법 중에서 국민의 기본권을 가장 존중하고 가장 적게 침해하는 수단을 택해야 한다."(헌재 1999.12.23. 99헌마135)

과잉금지의 원칙에 위배됩니다.

(4) 전문가 자문의견 (전화)

○ 교통문화운동본부 박용훈 대표

이 제도의 도입 필요성이 있는 한편, 행정처분 기준의 과다한 강화는 해당자의 차별과 반발을 가져올 수 있음. 또한 초보운전자의 법규위반행위와 사고 사이에 연관이 없는 경우에는 더욱 문제가 될 수 있음.

○ 한양대 교통공학과 도로교통연구실 장명순 교수

이 제도는 일반적인 통계수치만을 근거로 초보운전자를 불합리하게 차별하는 것으로서 위헌적인 제도임. 외국의 예비면허제도는 도로안전과 관련한 범정부차원에서 모든 노력과 재정투자를 한 후에 선택하는 마지막 수단이고 그 또한 원칙적으로 정식면허의 획득을 지연시키는 수단일 뿐, 면허를 박탈하기 위한 제도가 아님.

따라서 초보운전자의 운전환경과 도로 교통 여건 상황에 대한 실태조사, 초보운전자의 사고 지역・원인 분석이 선행되어야 함. 현재 경찰청에서는 교통사고 통계보고서의 발간마저 중단하고 있는 실정임. 손해보험과 관련하여서도 이미 초보운전자들은 높은 할증률이 적용되고 많은 보험료를 납부해야 하는 불이익을 당하고 있음.

(5) 소결론

개정 법률(안)에서 도입하려는 '초보운전자 관리기간' 제도는 입법목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성 원칙에 위배되는 제도로서 '초보운전자의 법규위반'과 사고율 사이에 상당인과관계가 없음에도 불구하고 초보운전자에 대한 행정처분(벌점) 기준 강화를 골자로 한 이 제도는 초보운전자에 대하여 합리적인 차별 입법이라고 볼 수 없어 결국 헌법 제11조와 B규약 제2조 제1항, 제26조에서 보장하고 있는 초보운전자의 평등권을 침해할 가능성이 있는 입법입니다.

5. 결 론

가. 법률(안) 제82조 제2호・제5호 등에 대한 의견

(1) '정신병자・정신미약자 또는 간질병자, 마약・대마・향정신성의약품 또는 알콜중독자'의 운전면허 결격을 규정하고 있는 법률(안) 제82조 제2호・제5호(제88조 제1항, 제89조 제1항, 제93조 제1항 제7호, 제9호, 제155

조 제8호)는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 법률의 명확성원칙, 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항의 죄형법정주의에 반하고, 헌법 제11조와 B규약 제2조 제1항, 제26조에서 보장된 국민의 평등권, UN의 정신장애인권리선언 제1조, 정신보건법 제2조에서 보장된 정신장애인 평등권을 침해하고, 그 밖에도 국민의 헌법상 보장된 제10조의 일반적 행동자유권, 제12조의 신체의 자유, 제15조의 영업의 자유 및 제17조의 프라이버시권 등을 침해할 우려가 있습니다.

(2) 따라서 법률(안) 제82조 제2호, 제5호에 규정된 사항을 안전운전에 직접적인 장애를 주는 증세를 특정하거나, 운전면허 결격 사유가 어떠한 것인가를 일반인이 예측할 수 있을 정도로 구체적인 범위를 정한 후에 이를 시행령으로 위임해야 할 것입니다.

또한 운전면허 결격과 취소, 회복 여부를 판정하기 위한 의료자문위원회를 설치하는 방안과 안전운전에 지장이 없음에도 정신장애・약물 등 중독 등을 이유로 한 부당한 면허 신청 거부나 면허 취소에 대한 구제규정을 마련하는 방안을 권고합니다.

나. 법률(안) 제82조 제2항 제5호, 제6호에 대한 의견

(1) 증상의 정도와 회복 및 해당자 개인에 대한 구체적인 고려 없이 운전면허 재취득을 위한 기간을 지나치게 장기간으로 정하고, 어떠한 예외도 인정함이 없이 설정되어 있는 법률(안) 제93조 제1항 제7호, 제82조 제2항 제6호, 제93조 제1항 제8호, 제82조 제2항 제5호 규정은,

헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위배되는 기본권 제한 규정으로, 안전운전에 장애를 초래하지 않을 정도로 회복된 사람들의 헌법상 보장된 제11조의 평등권, 제10조의 일반적 행동자유권, 제15조의 영업의 자유 등을 침해할 소지가 있고, UN의 정신장애인권리선언 제1조, 정신보건법 제2조의 정신장애인 평등권 규정 취지에도 배치됩니다.

(2) 따라서 위 관련 규정들을 개정하여 정신 질환자의 운전면허 재취득 제한 기간을 탄력적으로 규정하여 증상의 호전이 가능한 경우, 그 증세의 호전 정도와 운전 적격에 관한 전문의 또는 의료심사위원회의 소견서를 제출하면 언제든지 면허를 재취득할 수 있도록 하는 방안을 마련할 것을 권고합니다.

다. 신설 '초보운전자 관리기간 제도'에 대한 의견

[관련규정 : 법률(안) 제2조, 제73조, 제83조, 제93조 등]

(1) '초보운전자 관리기간 제도'는 그 도입 목적의 정당성이 없고, 행정처분 강화와 사고율 감소 사이에 상당인과관계가 없어 수단의 적절성 원칙에 저촉되고 그 내용에 있어서도 피해의 최소성 원칙에 어긋남. 따라서 위 제도는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위배하여 초보운전자를 불합리하게 차별할 우려가 있는 입법이라고 할 것이므로 이 제도는 헌법 제11조와 B규약 제2조 제1항, 제26조에서 보장하고 있는 초보운전자들의 평등권을 침해할 수 있습니다.

(2) 따라서 '초보운전자 관리기간'이라는 단속위주의 제도 입법을 유보하고 그 이전에 초보운전자의 사고 원인 등에 대한 기초적 분석, 초보운전자의 운전 환경·도로 교통 여건 상황에 대한 실태조사와 그 개선 작업 및 초보운전자의 운전 숙련도 향상 방안 마련이 선행되어야 합니다.

2003. 4. 14.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

6 출입국관리법중개정법률안에 대한 의견(2003.7.14.)

출입국관리법중개정법률안의 외국인지문날인대상자를 규정하고 있는 내용이 명확성의 원칙에 반하므로 인권침해 논란을 최소화하는 방향으로 개정하도록 법무부장관에게 의견 제시

【결정요지】

출입국관리법중개정법률안의 등록외국인에 대한 지문날인제도를 원칙적으로 전면 폐지하여 인권침해 소지를 축소시켰다는 점에서 긍정적으로 판단되지만 안 제38조제1항은 그 문구가 확실하지 않고 포괄위임성을 지니고 있음으로써 수법자의 이해가능성 및 예측가능성을 제한하고 자의적이고 차별적으로 적용될 수 있다는 의심을 초래할 우려가 있어 명확성의 원칙에 반하므로 인권침해를 최소화하는 방향으로 개정할 것을 권고

1. 검토의 배경

가. 법무부는 2003. 5. 31.에 출입국관리법중개정법률안(이하 "개정안")을 입법예고하였고(법무부 공고 제2003-2호, 2003. 5. 31.), 이에 대한 관계부처 의견을 반영하여 수정한 후, 수정한 개정안을 법제처에 제출하였습니다.

나. 개정안은 외국인의 지문날인제도에 관한 것으로서, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 신체의 자유, 프라이버시권 등과 관련되어 있습니다.

다. 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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 "인권에 관한 법령안"에 해당하는 것입니다.

라. 이에 국가인권위원회는 동 개정안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

마. 다만, 표명하는 의견은 지문날인제도 전체에 대한 위원회의 의견이 아니라, 동 개정안에 한정된 의견임을 밝혀둡니다.

2. 법률안의 내용

가. 법무부의 법률 개정사유는 다음과 같습니다.

○ 입법예고 개정안 (2003. 5. 31. 법무부 공고 제2003-2호)

등록외국인에 대한 지문찍기 제도를 폐지하고 범법 외국인 등의 경우에도 그 대상을 최소화함으로써 외국인에 대한 인권침해적 요소를 제거하여 국가 이미지를 제고하며, 체류외국인 편의를 증진하여 외국인 투자를 촉진하는 등, 현행 외국인 체류관리에 관한 제도를 개선하고 규제를 완화하려는 것임.

○ 법제처 제출 개정안 (2003. 7. 3. 법제처 접수)

등록외국인에 대한 지문찍기 제도를 폐지하여 국가 이미지를 제고하고 체류외국인 편의를 증진하여 외국인 투자를 촉진하는 등 현행 외국인 체류관리에 관한 제도를 개선하고 규제를 완화하려는 것임.

나. 개정안의 주요내용은 다음과 같습니다.

○ 입법예고 개정안 (2003. 5. 31. 법무부 공고 제2003-2호)

현행 지문찍기 대상에서 외국인등록을 필한 자, 이 법을 위반한 자중 그 정도가 경미한 자 및 신원이 확실하지 아니한 자를 그 대상에서 제외하여 '강제퇴거 대상자, 다른 법률 위반으로 수사를 받고 있는 자, 국가 안전이나 이익을 위하여 특히 필요한 자'에 대해서만 지문찍기를 하도록 그 대상을 대폭 축소함.

○ 법제처 제출 개정안 (2003. 7. 3. 법제처 접수)

현행 지문찍기 대상에서 '1년이상 체류하는 20세 이상의 외국인으로서 외국인등록을 필한 자' 를 제외하여 그 대상을 대폭 축소함.

3. 검토 기준 및 근거

○ 법치국가는 국민의 기본권을 보장하기 위하여 입법원칙으로서 법령의 명확성의 원칙을 요구하고 있습니다.

○ 헌법재판소는 “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다(헌재 1998.4.30. 95헌가16)” 라고 판시한 바 있습니다.

○ 또한, 헌법재판소는 “법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정되어야 하는 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27 등)” 라고 판시하고 있습니다.

○ 명확성의 원칙을 관철하여야 할 가장 큰 이유는 법령의 수범자인 국민에게 예측불허의 불이익을 주지 않도록 하는 것에 있습니다.

○ 따라서, 법령은 그 수범자에 대하여 ‘공정한 고지’ 또는 ‘공정한 경고‘를 흠결해서는 안됩니다. 수범자가 어떠한 행위를 하기 이전에 그 행위가 어떠한 법령의 금지나 제재 대상에 포함되는지를 예견할 수 있는 가능성이 있어야 할 것입니다. 즉, 법령이 행위규범으로서 수범자에 대하여 금지되는 행위를 충분히 예고하고 있는지 여부를 판단할 수 있어야 합니다.

○ 또한, 명확성의 원칙이 준수되지 않는다면, 어떠한 법령이 그 문구가 확실하지 않음으로 인하여 자의적이고 차별적으로 적용될 수 있다는 의심을 초래할 수도 있습니다.

○ 법령은 적용자나 집행자에 대하여 신뢰할 수 있는 확고한 기초를 제시하여 그 법령이 원래 의미하고 목적하는 바 이상의 자의적인 적용을 방지할 수 있어야 합니다.

○ 법령을 통하여 행위가 어떤 결과를 초래할 지를 분명히 알려주지 않은 상태에서 초래되는 결과는 원상회복하기 어려운 경우가 많고, 당사자에게 주는 불안정과 위협이 크다고 할 수 있으므로 명확성의 여부가 판단되어야

할 것입니다.

○ 그러므로, 외국인에 대하여 지문날인이라는 불이익을 부과하고 있는 동법의 경우에 명확성의 원칙이 준수되지 않는다면 그 내용과 효력이 외국인의 인권에 바로 영향을 미치기 때문에 보다 명확하여야 한다고 보아야 합니다.

○ 출입국관리법중개정법률안 역시 기본권 보장을 위한 “명확성” 이라는 입법원칙에 근거하여 판단해야 합니다.

4. 법률안에 대한 의견

법제처에 제출한 수정된 개정안에 대한 의견입니다.

가. 전체적인 의견

○ 등록외국인에 대한 지문날인제도를 원칙적으로 전면 폐지하여 인권침해 소지를 축소시켰다는 점에서 긍정적으로 판단됩니다.

○ 그러나, 법령의 명확성의 원칙과 관련하여 안 제38조제1항은 가치판단을 수반하는 추상적 개념을 사용하고 있을 뿐 아니라 그 문구가 확실하지 않고, 포괄위임성을 지니고 있음으로써, 수범자의 이해가능성 및 예측가능성을 제한하고, 법집행자에 의해 자의적이고 차별적으로 적용될 수 있다는 의심을 초래할 우려가 있습니다.

○ 외국인에게 인권침해 논란이 있는 지문날인이라는 불이익한 행정처분을 부과하는 만큼, 법령에 일반적, 추상적 표현을 사용하는 경우나 포괄위임하는 경우에는 여러 가지 방법으로 최대한 명확성을 확보하여 인권을 보호하는 것이 필요하다고 할 것입니다.

나. 구체적인 의견

(1) 안 제38조제1항제1호

○ 인권침해 논란이 있는 지문날인제도를 등록외국인에 대하여 원칙적으로 폐지하였다는 점에서 바람직하다고 판단됩니다.

(2) 안 제38조제1항제2호

○ 안 제38조제1항제2호는 “이 법에 위반하여 조사를 받거나 기타 다른 법률에 위반하여 수사를 받고 있는 자” 라고 규정하고 있습니다.

■ 안 제2호 전단부분

○ 제2호 전단부분은 단지 “이 법에 위반하여 조사를 받거나” 라고만 규정하고 있을 뿐 그 내용을 짐작할 수 있는 어떠한 구체적인 내용도 이 규정 자체에서 담고 있지 않습니다.

○ 규정 자체에서 금지되는 행위의 유형을 어느 정도 예측할 수 있도록 요구하는 것은 행위유형의 구체성을 통해 법규 수범자는 자신의 어떠한 행위가 어떠한 결과를 낳는지 예측할 수 있게 합니다. 그러나, 이 경우에는 단지 “이 법에 위반하여” 라고 포괄적으로 규정하고 구체적 내용을 특정하지 않음으로써 행위유형의 실질을 파악할 수 없게 됩니다.

○ 더욱이 “조사” 라는 부분은 그 의미가 이 법 자체에서 “조사” 라는 용어를 사용하고 있는 경우만을 의미하는 것인지, 각 조항의 금지행위에 위반한 경우에 발생할 수 있는 조사 모두를 의미하는 것인지를 이 법의 다른 규정과 하위법령을 유기적·체계적으로 종합하여 볼 때 후자의 의미로 해석됩니다. 그렇다면, 지문날인 대상자는 광범위하므로, 지문날인대상자 축소라는 현재까지 이루어진 법개정 방향에 부합하지 않으며, 인권침해 우려 또한 높아진다고 하겠습니다. 이 법에 위반하는 행위를 하는 외국인들에 대해서는 벌칙조항이 대부분이 규정되어 있으므로, 벌칙조항으로 법이 의도하는 충분한 “관리” 가 이루어질 수 있다고 생각됩니다.

○ 따라서, 안 제38조제1항제2호 전단부분은 구체적인 조문을 적시하지 아니하고 추상적으로 규정하는 경우에 해당하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 것이므로, 삭제하는 것이 바람직하다고 하겠습니다.

○ 이와 관련하여 구체적인 조문을 적시하여 명확성의 원칙을 실현하기 위해서 입법예고 개정안 제38조제1항제1호를 고려할 필요가 있습니다. 현행 법률 제46조 규정의 강제퇴거의 대상자를 보면 명확성의 원칙을 실현하는 하나의 방법인 구체적 조문을 사용함으로써, 수범자가 조항의 내용으로부터 해당 행위를 예측할 수 있게 하고, 법집행자의 자의적·차별적 해석 여지도 제한하고 있습니다.

○ 또한, 동법 시행령 제47조에서는 “강제퇴거대상자가 지문날인하는 시기를 강제퇴거명령서를 발부하는 때” 라고 규정하여, 조사결과 확정된 강제퇴거대상자중 강제퇴거명령서를 받은 자만이 지문날인을 하도록 하고 있습니다.

○ 이러한 조항들을 고려할 때, 강제퇴거대상자에 해당한다고 의심받

는 용의자가 아닌 제46조의 규정에 의한 강제퇴거대상자로서 강제퇴거명령을 받은 자만을 지문날인대상자로 한정하는 것이 외국인 체류관리 개선과 규제 완화라는 개정취지와 현재까지의 법개정 방향인 지문날인대상자 축소에 부합하며, 인권침해 논란을 최소화할 수 있는 방법이라고 생각합니다.

○ 따라서 입법예고 개정안 제38조제1항제1호를 수정하여 “제46조 규정에 의한 강제퇴거명령을 받은 자” 라고 수정하여 개정내용에 포함할 필요가 있다고 판단됩니다.

■ 안 제2호 후단부분

○ 제2호 후단부분은 “기타 다른 법률에 위반하여 수사를 받고 있는 자” 라고 규정하고 있습니다.

○ 현재 형의실효등에관한법률”에 의하면, 사법경찰관은 원칙적으로 피의자에 대해 수사자료표를 작성하게 되어 있으며(제5조제1항 본문), 수사자료표에는 피의자의 지문을 채취한 지문원지도 포함되고, 지문채취 피의자의 범위 기타 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 하여(동 법률 제2조제4호 및 동시행령 제2조), 법무부령인 “지문을채취할형사피의자의범위에관한규칙” 제2조에 의하면 형법위반피의자와 동규칙이 정한 법률 위반 피의자는 원칙적으로 지문을 채취하도록 규정하고 있습니다.

○ 관련법령과의 관계에서 내국인 수사상 피의자 또한 지문날인을 하고 있는 상황이므로 내·외국인 지문날인의 형평성을 고려하여 현행대로 규정하는데 이견은 없습니다.

(3) 안 제38조제1항제3호

○ 안 제38조제1항제3호는 지문날인대상자로서 “신원이 확실하지 아니한 자” 를 규정하고 있습니다. 입법예고된 개정안에서는 삭제되었던 내용으로서 재규정된 것은 바람직하지 않다고 생각합니다.

○ 왜냐하면 신원이 확실하지 않다고 하는 것이 지문날인대상자가 되는 핵심적·본질적이고도 중요한 사항임에도 불구하고, 법의 다른 규정이나 하위법령에도 그 기준과 범위를 구체적으로 확정하지도 않고 또 그 최저기준을 설정하지도 않은 채, 단순히 “신원이 확실하지 아니한 자” 라고 불명확하고 포괄적으로 규정함으로써, 실질적으로 지문날인 여부에 대하여 법집행자의 재량과 자의적 해석을 가능하게 할 여지를 두고 있다고 판단되기 때문입니다.

○ 따라서 제3호는 입법예고 개정안처럼 삭제하는 것이 타당할 것입니다.

(4) 안 제38조제1항제4호

○ 안 제38조제1항제4호는 “기타 대한민국의 안전이나 이익을 위하여 특히 지문을 찍을 필요가 있다고 인정하는 자” 라고 규정하고 있습니다.

○ 이 부분은 안 제38조제1항제2호의 검토의견을 반영하는 경우에는 “제46조의 규정에 의한 강제퇴거명령을 받은 자” 내용 속에 이미 포함되어 있으므로 이중 규정할 필요가 없다고 판단됩니다.

○ 왜냐하면 현행 법률 제46조제2호에서 규정하고 있는 제11조제1항 각 호를 보면, 그 제3호에서 “대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 자,” 제8호에서 “기타 제1호 내지 제7호의 1에 준하는 자로서 법무부장관이 그 입국이 부적당하다고 인정하는 자” 라고 규정하고 있기 때문입니다.

○ 따라서 제4호 또한 삭제하는 것이 타당합니다.

5. 결론

○ 법령의 명확성 원칙은 기본권 보장을 위한 것으로서, “일반 국민의 이해가능성”을 기준으로 법률 그 자체의 문언상 표현의 명확성을 요구하는 것입니다. 이 원칙은 그 법률의 지위에 어울리는 용어, 문언 그 자체에 의한 판단이 가능해야 한다는 원칙, 판단대상과 기준 및 방법이 명확해야 한다는 내용을 포함하는 것입니다.

○ 또한 일반국민의 이해가능성을 위해서 권리 제한이나 의무 부과 법률의 경우에는 법률 그 자체에서 입법의도가 완결되어야 함을 입법자에게 요구하는 것이며, 예외적으로 위임하는 경우에도 내용이 예견가능하도록 구체적・개별적으로 이루어져야 하고, 위임의 긴급한 필요성, 타당성 및 부득이한 사정이 있어야 할 것을 요청하는 것입니다.

○ 지문날인이라는 의무를 부과하는 수정된 법률안 제38조제1항은 입법의 명확성 원칙에 반하는 것으로서, 추상적 용어를 사용하고 명확한 기준없이 포괄위임함으로써, 법의 내용을 불명확하게 하여 수범자 이해가능성 및 예측가능성을 제한하고, 법집행자의 자의적・차별적 해석을 가능하게 하고 있는 것으로 판단되므로 수정이 필요하다고 할 것입니다.

○ 따라서 안 제38조제1항은 지문날인대상자를 명확히 특정하여 “1. 제46조 규정에 의한 강제퇴거명령을 받은 자, 2. 다른 법률에 위반하여 수사를

받고 있는 자" 로 한정할 필요가 있습니다.

○ 향후 지문날인제도 전반에 걸친 검토후에 외국인의 지문날인제도에 대해서도 재논의가 필요하다고 할 것입니다.

2003. 7. 14.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

7 장애인고용촉진및직업재활법시행령 · 시행규칙 개정안에 대한 의견(2004.4.26.)

[1] 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무에 있어 적용제외 규정은 장애인에 대한 차별을 초래하므로 삭제하는 것이 바람직하고,
[2] 장애인고용촉진 등의 서비스 제공에 필요한 전문인력의 자격요건에 있어 자격검증을 거친 인력을 더 포함시킬 수 있도록 권고한 사례

【결정요지】

[1] 장애인고용촉진및직업재활법 및 동법시행령에서 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 적용제외 규정은 장애의 정도와 다양함에 대한 고려 없이 일정 직종에 장애인의 근무가 부적합하다고 사전적으로 규정함으로써 장애인에 대한 차별 인식을 전제하며, 그 제외 범위의 포괄성 등으로 인해 헌법 제11조, 제15조, 제25조 및 시민적 · 정치적권리에관한국제규약 제26조, ILO 장애인직업재활및고용에관한협약 제2조 내지 제4조 등에 반함. 따라서 동법 시행령(제21조)의 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 적용제외 조항은 삭제토록 하고 향후 법률개정을 통해 그 근거가 되어온 동법 관련 조항(제23조제4항) 또한 삭제하는 것이 바람직하고,

[2] 동법 시행규칙 개정안(제16조)에서 장애인에 대한 직업재활 등의 서비스를 제공할 전문인력의 자격자에 노동행정가를 주로 포함시키고 있는 것은 장애인 직업재활의 특수성에 비추어, 결과적으로 노동시장에서 장애인에 대한 차별을 초래할 수 있으므로 장애인 직업재활을 위한 전문적인 자격자로서 자격 검증을 거친 관련 자격자를 더 포함시킬 필요가 있음.

【참조조문】 헌법 제10조, 제11조, 제15조, 제25조, 제32조, 제34조, 세계인권선언 제1조, 제2조, 제7조, 제22조, 제23조, UN 장애인권리선언 제3조, 시민적 · 정치적권리에관한국제규약 제26조, 경제적 · 사회적 · 문화적권리에관한국제규약 제6조, 제9

조, ILO 장애인직업재활및고용에관한협약 제2조 내지 제5조, 장애인복지법 제1조, 제3조, 제8조, 제9조

【주 문】 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제20조 제1항에 따른 노동부의 장애인고용촉진및직업재활법(이하 '장애인고용법'이라 함)시행령·시행규칙 개정안에 대한 국가인권위원회의 의견 요청에 대하여 검토를 한 결과 국가인권위원회법 제19조 제1호에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

○ 현행 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 적용제외 규정은 장애인에 대한 차별 인식의 전제와 제외 범위의 포괄성 등으로 인해 헌법 제11조, 제15조, 제25조 및 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조, ILO 장애인직업재활및고용에관한협약 제2조 내지 제4조 등에 반한다. 따라서 장애인고용법시행령 제21조는 삭제토록 하고 향후 법률개정을 통해 동법 제23조 제4항 또한 삭제하는 것이 바람직할 것이다. 또한 법정 의무고용률의 상향조정을 위한 적극적 검토와 함께 정부부문 전체적으로 법정 의무고용률을 달성할 수 있도록 하여야 할 것이다.

○ 장애인고용법시행규칙 개정안 제16조는 장애인 직업재활 등을 위한 전문 인력에 노동행정가를 주로 포함시키고 있으나, 이는 장애인 직업재활의 특수성에 비추어, 결과적으로 노동시장에서 장애인 차별을 초래할 수 있으므로 장애인 직업재활을 위한 전문적인 자격자를 보다 더 포함시켜야 할 것이다.

【이 유】

Ⅰ. 판단배경

1. 2003.12.29. 장애인고용촉진및직업재활법이 국회에서 의원발의에 의해 개정됨에 따라 노동부는 동법 시행령 및 시행규칙의 개정안을 마련하고 이에 대한 의견을 2004.2.26. 국가인권위원회에 요청하였다.

2. 장애인고용법은 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진 및 직업재활을 도모함을 목적으로 하고 있다(동법 제1조). 따라서 장애인고용법시행령 및 시행규칙은 궁극적으로 장애인의 인간다운 생활의 근간이라 할 수 있는 취업 등의 지원과 보장을 통한 경제적 자립을 위한 참여와 실질적인 평등을 담보할 수 있도록 규정되어야 한다.

3. 장애인고용의 문제는 궁극적으로 장애인의 인간다운 생활과 행복추구 실현의 근간이자 주요 인권 사안이라는 점에서 관련 법령 및 정책에 대한 폭넓은 의견수렴과 검토가 요청된다. 다만, 이번 검토의견은 시행령・시행규칙 개정안의 내용에 한정한 것이며 향후 장애인고용법 및 관련 법령과 정책에 대한 지속적인 연구검토가 요청된다.

Ⅱ. 판단기준

1. 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치, 행복추구권), 제11조(평등권), 제15조(직업선택의 자유), 제25조(공무담임권), 제32조(근로의 권리, 근로조건의 인간 존엄성 보장), 제34조(인간다운 생활 권리, 신체장애자 등에 대한 국가의 보호의무)

2. 세계인권선언 제1조, 제2조, 제7조, 제22조, 제23조

제1조 모든 사람은 태어날 때부터 자유롭고, 존엄성과 권리에 있어서 평등하다. 사람은 이성과 양심을 부여받았으며 서로에게 형제의 정신으로 대하여야 한다.

제2조 모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다. 나아가 개인이 속한 나라나 영역이 독립국이든 신탁통치지역이든, 비자치지역이든 또는 그 밖의 다른 주권상의 제한을 받고 있는 지역이든, 그 나라나 영역의 정치적, 사법적, 국제적 지위를 근거로 차별이 행하여져서는 아니 된다.

제7조 모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언을 위반하는 어떠한 차별에 대하여도, 또한 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다.

제22조 모든 사람은 사회의 일원으로서 사회보장제도에 관한 권리를 가지며, 국가적 노력과 국제적 협력을 통하여 그리고 각국의 조직과 자원에 따라 자신의 존엄성과 인격의 자유로운 발전을 위하여 불가결한 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 실현에 관한 권리를 가진다.

제23조 1. 모든 사람은 근로의 권리, 자유로운 직업 선택권, 공정하고 유리한 근로조건에 관한 권리 및 실업으로부터 보호받을 권리를 가진다.

2. 모든 사람은 어떠한 차별도 받지 않고 동등한 노동에 대하여 동등한 보수를 받을 권리를 가진다.

3. 모든 근로자는 자신과 가족에게 인간적 존엄에 합당한 생활을 보장하여 주며, 필요할 경우 다른 사회적 보호의 수단에 의하여 보완되는, 정당하고 유리한 보수를 받을 권리를 가진다.

4. 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고, 가입할 권리를 가진다.

3. UN 장애인 권리선언(Declaration on the Rights of Disabled Persons, 1975) 제3조

3. 장애인은 인간으로서의 존엄이 존중되는 권리를 출생하면서부터 갖고 있다. 장애인은 그 장애의 원인・특질 또는 정도에 관계없이 동년배의 시민과 동등의 기본적 권리를 갖는다. 이 말은 먼저 가능한 한 일상적이고 또 만족스러운 생활을 할 수 있는 권리를 의미한다.

4. 시민적・정치적권리에관한국제규약 제26조

제26조 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

5. 경제적 · 사회적 · 문화적권리에관한국제규약 제6조, 제9조

제6조 1. 이 규약의 당사국은, 모든 사람이 자유로이 선택하거나 수락하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리를 인정하며, 동 권리를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취한다.

2. 이 규약의 당사국이 근로권의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는 제반조치에는 개인에게 기본적인 정치적, 경제적 자유를 보장하는 조건하에서 착실한 경제적, 사회적, 문화적 발전과 생산적인 완전고용을 달성하기 위한 기술 및 직업의 지도, 훈련계획, 정책 및 기술이 포함되어야 한다.

제9조 이 규약의 당사국은 모든 사람이 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다.

6. ILO 장애인직업재활및고용에관한협약

제2조 각 회원국은 국내조건 · 관행 및 가능성에 따라 장애인의 직업재활 및 고용에 관한 국가정책을 입안 · 이행하고, 이를 정기적으로 검토한다.

제3조 위에서 언급한 정책은 모든 범주의 장애인이 적절한 직업재활 방법을 이용하는 것을 보장하며, 공개노동시장에서 이들을 위한 고용기회를 증진시키는 것을 목적으로 한다.

제4조 위에서 언급한 정책은 장애인과 일반 근로자간의 동등한 기회의 원칙에 기반을 둔다. 남성 및 여성 장애인에 대한 기회 및 대우의 평등은 존중되어야 한다. 장애인과 다른 근로자간에 기회 및 대우에 있어서의 효과적인 평등을 달성하기 위한 특별한 적극적 조치는 다른 근로자들에 대한 차별대우로 간주되지 아니한다.

제5조 직업재활 활동에 종사하는 공 · 사설기관간의 협력 및 조정을 증진하기 위하여 취하여지는 조치를 포함하여, 위에서 말한 정책의 이행에 관하여 사용자 및 근로자의 대표적인 단체와 협의한다. 또한, 장애인의 대표적인 단체와도 협의한다.

7. 기타 장애인복지법 제1조(목적), 제3조(기본이념), 제8조(차별금지), 제9조(국가 및 지방자치단체의 책임) 등

Ⅲ. 판 단

1. 시행령 개정안 제21조 제1항

가. 개정 내용

국가 및 지방자치단체의 장애인 고용의무 적용제외 직종을 일반직공무원 중 공안직군 공무원, 특정직공무원 중 법관·검사·경찰공무원·소방공무원·지방소방공무원·군인 및 군무원, 유치원 및 초등학교에 근무하는 교육공무원, 정무직공무원으로 한정하였다.

나. 국가 및 지방자치단체 장애인고용의무 적용제외 문제점에 대한 검토

1) 장애인 고용부문에 있어 국가적 책무

가) 일반적으로 장애인이란 선천적이든 후천적이든 신체적·정신적 능력의 불완전으로 인하여 일상의 개인적 또는 사회적 생활에서 필요한 것을 스스로 완전히 또는 부분적으로 확보할 수 없는 사람으로 정의되고 있으며, 장애는 개인과 환경간의 관계로 파악되고 있다.

나) 오늘날 장애의 개념은 장애의 주요 원인이 현대 산업사회의 병리적인 사회경제구조에서 비롯됨에 주목하여 장애원인의 제거 및 회복에는 사회 연대적 차원에서 국가 책임이 필연적으로 수반된다는 것을 의미한다. 즉, 현대 산업사회에 상존하는 장애의 위험을 공평 부담의 견지에서 장애인의 완전한 참여와 평등을 국가가 확보할 수 있도록 해야 한다는 것을 의미한다.

다) 이러한 국가의 장애인에 대한 책임은 노동능력이 있는 장애인에 대한 고용보장책임과 노동능력을 상실한 장애인에 대한 부양책임을 의미한다. 특히 장애인의 고용문제는 장애를 가지고서도 경제사회활동에 참여할 수 있도록 장애인의 특성에 맞는 적절한 고용기회를 보장해 주는 것이 주된 내용이며 책무라 할 것이다.

2) 정부부문의 장애인 고용의무제도 시행 현황

가) 장애인 고용제도는 크게 두 가지로 볼 수 있으며 하나는 공공부문

이나 민간부문에서 일정 비율을 장애인으로 고용토록 의무화한 제도를 중심으로 장애인 고용대책을 추진하는 것이며, 다른 하나는 장애인 고용을 의무화하지 않고 장애인의 직업재활 서비스나 장애인 고용을 장려하기 위한 각종 대책을 강구하는 동시에 장애인에 대한 차별을 금지함으로써 장애인 고용을 추진하는 것이다.

나) 우리의 경우 장애인고용법에 의거하여 국가 및 지방자치단체는 장애인의 고용촉진 및 직업재활에 관한 지원과 필요한 조치를 하여야 하며 국가 및 지방자치단체와 민간 사업주에 대해 소속 공무원 또는 근로자의 2%이상 장애인을 의무적으로 고용하도록 하는 의무고용제를 기반으로 하고 있다.

그러나, 국가 및 지방자치단체에 고용돼 있는 장애인 공무원 수는 법정 의무고용률 2%에 못 미치는 1.33%(2000.1.1. 현재, 한국장애인고용촉진공단)에 그치고 있어 민간부문에 정부의 책임을 전가시키는 결과가 되고 있으며, 장애인고용의무제도의 전반적인 실적저하의 주된 요인이라고 볼 수 있다.

3) 장애인고용의무에 있어 정부부문의 적용제외 규정의 문제점

가) 장애인고용법은 국가 및 지방자치단체와 민간 사업주에 대해 장애인 고용의무를 규정하고 있으나, 민간 사업주에게 있어 장애인을 고용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 일정 비율의 적용제외를 인정하며(동법 제24조제1항), 국가 및 지방자치단체에 있어서도 직무의 성격상 장애인의 근무가 부적합한 직무분야・직종・직급 등에 대하여 적용제외를 인정하고 있다(동법 제23조제4항).

이에 따라 정부부문에 있어 전체 공무원 수의 66.7%(2000.1.1. 현재, 한국장애인고용촉진공단)를 고용의무 대상의 적용제외로 설정하고 나머지 부분에 대해서만 법정 의무고용율 2%를 적용하여 국가 및 지방자치단체가 책임져야 할 장애인 의무고용 인원수로 보고 있으나, 현재 고용률은 이에 미치지 못하고 있다.

나) 장애인고용법 및 동법 시행령 상 규정된 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 적용제외 규정은 장애인은 비장애인과 다르다는 것을 전제로 하여, 장애의 정도와 유형이 다양함에도 불구하고 이에 대한 고려 없이 일정 직종의 직무수행에 있어 장애인은 근무가 부적합하다고 사전적(事前的)으로 법령에 규정한 것으로 볼 수 있으며,

반대로 장애를 가지지 않은 모든 사람은 마치 모든 직무에 적합한 것처럼 인식되게 할 수 있다는 점에서 세계인권선언 제7조, 유엔(UN)의 장애인 권리선언 제3조 등의 취지에 반하며, 헌법 제11조(평등권), 제25조(공무담임권) 및 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조, 장애인고용법의 목적(동법 제1조)과 취지 등에 반하여 차별과 인권침해를 야기하고 있다고 볼 것이다.

다) 또한 직업의 선택에 있어 해당 직종에서 초래될 수 있는 위험 정도와 업무효율성은 직무의 성격과 이를 수행하고자 하는 해당 지원자의 개별적인 사정을 고려하여 결정되어야 함에도 불구하고 사전적으로 장애인의 근무 자체가 어렵다고 판단하여 법령에서 제외토록 규정하는 것은 직종 선택을 국가가 예단하여 막는 것으로서 헌법 제15조 직업 선택의 자유를 침해하며, 국제노동기구(ILO) 장애인직업재활및고용에관한협약(1983, 제159호 협약) 제2조 내지 4조 등에 부합되지 못한다고 할 수 있다.

라) 시행령 개정안 제21조는 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 적용제외 직종의 많은 부분을 축소하였으나 일정 직군(職群)을 여전히 적용제외로서 포괄적으로 규정하여 장애인권리선언 제2조 내지 제7조, 장애인직업재활및고용에관한협약 제3조, 장애인고용법의 목적과 취지 등에 반한다고 할 것이다.

마) 또한 법령 상 '적용제외'라는 용어를 사용함으로써 비장애인과 장애인 개념을 특정 직종과 관련하여 직무수행 가능여부에 대한 불합리한 판단의 기준으로 보아 장애에 대한 편견을 가중시키고 있는 점에서 헌법 제11조에 반하여 차별적인 소지가 크며 궁극적으로는 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 존중에 반하여 장애인의 인권 침해적 규정으로 볼 것이다.

바) 아울러 장애인고용법령상 국가 및 지방자치단체에서 장애인 고용의무의 법정 의무고용률을 지키지 못했을 경우 민간부문과 달리 어떠한 제재조치도 규정되어 있지 않은 상황에서 정부부문에 장애인 고용의무의 적용제외까지 폭넓게 인정함은 차별적인 것이다.

4) 국가 및 지방자치단체 장애인 고용의무 적용제외의 폐지

가) 장애인 고용의무제를 시행하고 있는 국가 중 현재 적용제외를 인정하고 있는 국가는 일본과 우리나라뿐이며 일본의 경우 2002년 관련 조항을 개정하여 향후 단계적으로 폐지토록 하고 있다. 독일의 경우는 1961년 관련법 개정을 통해 우리의 고용의무 적용제외와 유사한 업종별 의무고용

률 차등제를 이미 폐지한 바 있다.

나) 현실적으로 장애인의 근무가 어렵다고 인정되는 직종이 존재할 수 있으나, 이는 장애인의 근무가 불가능한 것이 아닌 장애인을 고용하는 여건이 상대적으로 어렵다는 의미로 보아야 할 것이다. 국내 5인 이상 사업체의 장애인 근로자 종사 직업을 한국표준직업분류 중(中)분류에 따를 때, 모든 직종에서 장애인 근로자가 근무하고 있다는 조사결과(2000년 장애인근로자 실태조사, 한국장애인고용촉진공단)도 이를 뒷받침하고 있다. 즉, 근무환경에 있어 개인별 장애의 유형과 정도에 따라 판단되어야 할 문제이며 이런 경우에도 장애인이 주어진 업무를 수행할 수 있도록 지원하여 고용을 촉진토록 하는 것이 장애인고용의 기본 취지라 볼 것이다.

다) 시행령 개정안 제21조에서 적용제외로 여전히 규정되고 있는 공안직 및 특정직 공무원의 경우 자격이 있는 장애인이 해당 업무를 수행하지 못할 근거가 없으며, 이들의 경우 임용을 위해 특정 자격을 요구하고 있는 경우가 대부분이므로 장애인고용법상 적용제외를 폐지하고 고용기회를 넓게 보장해 주는 것이 바람직 할 것이다. 아울러 선거에 의한 정무직 공무원의 경우처럼 고용을 의무화하는 것이 어려울 경우에도 다른 직군에 의무고용을 높여 전체 장애인 고용율을 높일 수 있을 것이므로 적용제외 폐지가 가능할 것이다.

라) 따라서 장애인고용법 제23조 제4항에서 국가 및 지방자치단체의 고용의무 적용제외의 구체적 범위를 시행령에 위임하고 있으나, 강제규정이 아닌 점에서 시행령 제21조 적용제외 조항의 삭제까지도 가능할 수 있을 것이며 향후 단계적으로 동 법률 제23조 제4항 적용제외 가능 규정을 폐지토록 하는 것이 헌법및장애인관련국제규약 등의 취지에 보다 부합할 것이다.

이와 함께 국가 및 지방자치단체는 장애인의 고용촉진에 있어 모범적이며 선도적인 역할을 담당할 수 있도록 장애인의 법정 의무고용율 달성에 노력함이 국가의 당연한 책무라 할 것이다.

2. 시행령 개정안 제21조 제2항

시행령 개정안 제21조 제1항에서 적용제외 범위가 축소됨에 따라 새로이 고용의무 적용을 받는 직종의 공개채용비율의 단계적 확대를 규정한 시행

령 개정안 제21조 제2항 신설 규정은 기존 정부부문에서 고용의무의 적용 제외 대상이었던 일부 직종에 법정 의무고용의 적용으로 인해 일정기간 장애인이 동일 직종에 집중 배치되는 역차별을 야기할 수도 있다. 따라서 전체적인 법정 의무고용율을 상향조정하는 것이 보다 바람직 할 것이다. 아울러 공공부문에 있어 법정 의무고용율에 미달할 경우 법적 제재를 향후 법률 개정을 통해 확보할 수 있도록 하여야 한다.

3. 시행규칙 개정안 제16조

가. 개정 내용

장애인고용촉진 및 직업재활을 위한 전문요원이 될 수 있는 자는 장애인직업생활상담원, 장애인직업재활실시기관종사자, 직업상담원, 사회복지전담공무원, 장애인 고용의무 사업체의 인사담당자 및 기타 노동부장관이 필요하다고 인정하는 자중에서 노동부장관이 정하는 전문요원 양성과정을 이수한 자로 한다.

나. 검토

1) 장애인고용법 제65조 제1항은 노동부장관으로 하여금 장애인의 고용촉진 및 직업재활을 위한 업무를 담당하는 전문요원을 양성하도록 의무화하고 있음. 이에 따라 동법 시행규칙 제16조는 전문요원의 종류와 전문요원이 될 수 있는 자격요건을 규정하고 있으나, 동법 시행규칙 제16조 개정안은 전문요원의 종류에 대한 규정을 없애고 전문요원이 될 수 있는 자격요건을 다시 규정하고 있다.

2) 장애인 고용과정은 노동시장 진입과정에서 비장애인 고용과는 다른 전문적인 직업재활과정의 서비스가 요청된다. 그러나 장애인고용법시행규칙 제16조 개정안은 장애인의 고용촉진 및 직업재활 업무를 위한 전문 인력의 자격요건으로서 비장애인에 대한 서비스와 유사하게 “장애인고용의무가 있는 사업체의 인사담당자, 사회복지사업법에 의한 복지전담공무원” 등 노동행정가로 규정하고 있다.

이에 따라 장애인에 대한 직업재활서비스의 질을 확보하기 어려울 수 있으며 이는 결과적으로 헌법및장애인권리보장을위한국제규약 등의 취지에 반하여 노동시장에서 장애인의 차별을 초래할 우려가 있다.

3) 장애인 고용 및 직업재활은 미국・독일 등의 경우 석사과정 수준에서의 전문 인력을 배출하고 있으며 국가면허 혹은 인증자격으로 재활관련학과 협의회 및 전문학회에서 자격검증을 실시하고 있다.

4) 따라서 시행규칙 개정안 제16조에는 전문 요원이 될 수 있는 자로서 “직업재활사자격증 소지자, 특수교육진흥법에 의한 직업담당교사” 등을 포함할 수 있도록 하여야 할 것이다.

4. 향후 관련 법률 검토 및 개정 논의 필요성

가. 장애인고용법시행령・시행규칙 개정안에 한정한 이번 검토에서는 벗어나는 사안이나 향후 장애인고용법 및 관계 법률의 개선논의가 요청된다. 즉, 장애인고용법시행령 개정안 제3조 및 제4조의 장애인 기준에 있어 산업재해장애인을 제외함은 장애 범주의 축소와 장애 원인에 따른 차별을 야기할 소지가 있다. 그러나 이는 시행령만이 아닌 관계 법률과의 종합적 재검토가 요청된다. 산재장애인과 구별을 두고자 하는 경우 장애인기준 범위에서의 제외보다 장애인고용법령상 관련규정에서 제한을 두거나 산업재해 관련 법률과 연계한 개선 논의가 필요하다.

나. 또한, 장애인고용법시행령 개정안 제4조의2는 궁극적으로 동법 제2조 근로자와 사업주 범주의 검토가 요청되는 문제이다. 근로자 정의 등은 관련 제도에 맞추어 재규정하는 경우가 일반적이라 할 때, 장애인고용법은 그 취지에 맞도록 (중증)장애인에 대한 보호적 근로조건을 확보하거나, 장애인들의 보호작업장에 대한 실질적인 지원과 보호를 담보할 수 있도록 법률상 관련규정의 개선 논의가 필요하다.

아울러, 장애인고용법 개정에 따라 확대된 장애인고용의무 적용대상인 사업장 모두를 고용부담금 납부대상에 모두 포함시키는 문제 등 향후 법률 개선의 검토가 요청된다 할 것이다.

Ⅳ. 결 론

1. 장애인고용법은 장애발생에 대한 제거와 회복에 있어 사회연대적 책임이라는 시각에서 국가에 대하여 장애인의 경제사회활동참여를 위한 고용보장 책임을 부과하고 있는 것이다. 이러한 국가적 책임은 궁극적으로 장애인의 인간존엄과 행복추구 보장을 위하여 장애인에 대한 차별 방지와 장애인에 대한 사회적·물리적 제약요인을 제거함으로써 완전한 사회참여가 구현되도록 하는 것이 핵심적 내용으로 볼 수 있다. 아울러 헌법, 국제인권규약, 유엔의 장애인권리선언, 국제노동기구(ILO)의 관련 협약 등 또한 이를 위한 국가의 책임과 적극적 정책의 구현을 촉구하고 있다.

2. 현행 장애인고용법은 장애인에 대한 국가 주요 정책으로서 민간사업주와 정부부문에 대하여 장애인 고용의무제도를 채택하고 있으나, 그 실적은 미흡한 수준이다. 더구나 국가 및 지방자치단체의 고용의무 적용제외 규정은 오히려 장애인에 대한 차별적인 인식이 전제되고 있다고 볼 수 있으며, 그 대상범위의 포괄성 등으로 인해 헌법 제11조, 제15조, 제25조 및 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조, ILO 장애인직업재활및고용에관한 협약 제2조 내지 제4조 등에 반하는 침해를 초래하고 있다고 볼 것이다. 따라서 특히 장애인고용법시행령 제21조는 삭제토록 하고 향후 법률개정을 통해 동법 제23조 제4항의 정부부문에 있어 장애인 고용의무 적용제외 가능 규정 또한 삭제하는 것이 장애인고용촉진과 직업재활을 위한 국가의 책무에 보다 부합할 수 있을 것이다.

그리고 정부부문이 장애인에 대한 고용보장을 확대할 수 있도록 동법 제23조 법정 의무고용률의 상향조정을 위한 법률규정의 적극적 검토가 요청되며, 이와 함께 정부부문 전체적으로 법정 의무고용율을 달성할 수 있도록 하여야 할 것이다.

3. 장애인고용법시행규칙 개정안 제16조에서는 장애인 사회참여의 핵심적 과정인 직업재활 등을 위한 서비스 제공에 있어 전문 인력에 비장애인에 대한 서비스와 유사하게 노동행정가를 주로 포함시키고 있다. 이는 결과적으로 노동시장에서 장애인에 대한 차별을 초래할 수 있다. 따라서 장애인의 직업재활을 위한 전문적인 양성과정 개발과 함께 노동행정가 이외에 전문

적인 자격자를 보다 더 발굴하여 포함시킬 수 있도록 하여야 할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호 규정에 따라 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 4. 26.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

8 대학시간강사 제도 개선 권고(2004.5.24.)

교원인적자원부 장관에게 대학 시간강사는 전임교원과 비교하여 근무조건·신분보장·보수 및 그 밖의 물적 급부 등에 있어서 차별적 대우를 받고 있고, 그 대우는 합리성을 잃은 것이어서 헌법상 기본권인 평등권 침해의 소지가 있으며, 또한 결과적으로 국민의 교육을 받을 권리도 훼손될 우려가 있어 조속히 개선되어야 한다고 판단하여 시간강사의 차별적 지위를 개선할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 대학의 시간강사에 대한 높은 의존율과 시간강사직의 직업화에도 불구하고 시간강사는 법적으로 신분이 보장되지 않는 일용직에 불과하고, 대학으로부터 국민의료보험이나 국민연금 등 4대 보험의 혜택을 받지 못하고 있으며, 보수도 강의를 준비하거나 평가하는 시간을 제외한 시간당 강의료만을 지급받는 등 대학 강의의 약 절반을 책임지고 있는 대학사회의 일원인데도 신분상의 불안과 최저생계비에도 못 미치는 저임금의 상태에 놓여있고,

[2] 자격요건, 자질, 경력 등 뚜렷한 차별의 기준도 없이 단지 시간강사라는 이유로 전임교원과 비교하여 근무조건·신분보장·보수 및 그 밖의 물적 급부 등에 있어서 차별적 대우를 받고 있고, 그 차별적 대우는 합리성을 잃은 것이어서 헌법상 기본권인 평등권 침해의 소지가 있으며, 또한 결과적으로 국민의 교육을 받을 권리도 훼손될 우려가 있어 조속히 개선되어야 함.

【참조결정】 국가인권위원회 2003. 3. 24.자 02진차64 결정, 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정

【참조조문】 헌법 제11조제1항, 제31조제1항 및 제6항, 세계인권선언 제7조, 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약 제13조2.(e), 고등교육법 제14조 및 제17조, 고등교육법시행령 제7조

【주 문】 교육인적자원부장관에게, 대학시간강사에 대한 근무조건·신분보장·보수 및 그 밖의 물적 급부 등에 있어서의 차별적 지위를 개선할 것을 권고한다

【이 유】

Ⅰ. 검토 배경

1. 2003. 5. 30. ○○대학교 시간강사 ○○○가 저임금과 고용상의 불안 등 불합리한 처우를 비관하여 자살하는 사건을 계기로 같은 해 6. 20. 한국비정규직대학교수노동조합은 대학시간강사의 급여와 복리후생, 법적인 신분 등 처우 상의 차별과 불안정한 지위를 개선할 수 있도록 실질적 대책을 마련할 것을 촉구하는 진정을 제기하였다.

2. 대학시간강사제도는 시간강사 개인에 대한 차별시정 및 처우개선과 관련된 문제일 뿐만 아니라 국민의 교육받을 권리의 보장과도 직결된 문제로서 우리 위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항의 규정에 따라 대학시간강사 제도의 차별성과 관련된 인권침해 여부를 검토하였다.

Ⅱ. 검토 기준

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.

○ 제31조제1항 : 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

제6항 : 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

2. 국제 인권법

○ 세계인권선언 제7조 : 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언을 위반하는 어떠한 차별에 대하여도, 또한 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다.

○ 경제적・사회적・문화적권리에관한국제규약 제13조2. (e) : 모든 단계에 있어서 학교제도의 발전이 적극적으로 추구되고, 적당한 연구・장학제도가 수립되며, 교직원의 물질적 처우는 계속적으로 개선된다.

○ 고등교원 지위에 관한 권고(A Recommendation concerning the Status of Higher -Education Teaching Personnel) (유네스코 1997) J. 72 : 고등교육기관 등에서 교육・연구・조사활동에 종사하는 자격을 갖춘 파트타임 교육담당자에 의해서 제공되는 서비스는 그 가치가 인정되어야 한다.

3. 국가인권위원회법

○ 제2조제1호(인권의 정의) : “인권”이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입・비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

○ 제30조제2항 : 평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효 된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.

1. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위

2. 재화・용역・교통수단・상업시설・토지・주거시설의 공급이나 이용에 있어서 특정한 사람을 우대・배제・구별하거나 불리하게 대우하는 행위

3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

Ⅲ. 대학 시간강사제도에 관한 검토

1. 현황 및 문제점

가. 대학시간강사제도의 본래의 취지는 특수한 교과목을 운영하거나 담당교수 휴직 및 해외파견 등으로 인한 공백을 보충하기 위한 것으로, 특수하고 한정된 범위에서 타교 교수나 기타 특수한 분야의 전문가를 일시적으로 위촉할 수 있도록 한 것이다.

나. 그러나 시간강사제도는 본래의 취지에서 벗어나 전임교수를 채용해야 하는 경우에까지 확대 적용되어, 대학 강의의 상당부분을 시간강사가 담당하게 되었다. 2003년 기준 4년제 대학의 시간강사 수는 55,095명이고 이 중 두 대학 이상에서 중복출강 하는 경우를 제외한 실제 시간강사의 수는 약 4만여명으로 추정된다. 전임교원의 수가 4만 5천여명이라는 점을 고려할 때 그 규모를 짐작할 만하다.

다. 한편, 80년대 초반까지는 교원의 신규임용이 박사인력의 배출을 능가하여, 시간강사직은 박사학위를 취득한 자가 대학교수직에 진입하기 전까지 일정기간 동안 교수업무를 수련하는 과정 정도로 인식되었으나, 이러한 인식은 그 기간이 장기화되고 직업화되면서 바뀌기 시작하였다.

라. 대학졸업정원제의 시행 이후 1980년대 후반부터 증가하기 시작한 박사인력의 배출 규모가 1990년대 초반부터는 급격하게 팽창한 반면 전임교원의 신규임용율은 매우 느리게 증가하였다. 대학은 학생 수의 증가에도 불구하고 전임교원 확보에 소극적이어서 2001년 전임교원확보율은 국립대학의 경우 64%, 사립대학의 경우 58.9%에 불과하여, 전임교원이 충원되는 대신 시간강사가 그 역할의 상당부분을 담당해 오고 있다. 이제 대학시간강사직은 교수임용 전의 일시적인 훈련과정이 아니라 하나의 고정적인 직업군이 되어버렸다.

마. 대학의 시간강사에 대한 높은 의존율과 시간강사직의 직업화에도 불구하고 시간강사는 법적으로 신분이 전혀 보장되지 않는 일용직에 불과하고, 대학으로부터 국민의료보험이나 국민연금 등 4대 보험의 혜택을 받지 못하고 있으며, 보수도 강의를 준비하거나 평가하는 시간을 제외한 시간당 강의료만을 지급받는 등 대학 강의의 약 절반을 책임지고 있는 대학사회의 일원인데도 신분상의 불안과 최저생계비에도 못 미치는 저임금의 상태에 놓여있다.

바. 위와 같은 상황 속에서 시간강사의 차별적 지위에 대한 문제는, 그동안 각계각층에서 끊임없이 제기되어 옴으로써 이제는 어떤 방법으로든지 해결하지 않으면 안 될 커다란 사회적 문제로 등장하게 되었다.

2. 차별적 지위에 대한 검토

가. 헌법재판소는 1991. 7. 22.선고 89헌가106 사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판사건에서 '교원의 지위는 교원의 직무의 중요성 및 그 직무수행능력에 대한 인식의 정도에 따라서 그들에게 주어지는 사회적 대우 또는 근무조건·신분보장·보수 및 그 밖의 물적 급부 등을 모두 포함하는 것이다' 라고 판시한 바 있다.

나. 대학의 시간강사 의존율을 보면, 4년제 대학 중 135개 대학에서 2002학년 1학기 교양과목의 약 55%, 전공과목의 약 31%를 시간강사가 담당하고 있는 바, 대학시간강사는 대학 내에서 학생을 직접 교육·지도하고 학문을 연구함으로써 일정한 교육적 역할과 기능을 수행하고 있으므로 그 역할에 걸 맞는 대우와 보장이 필요함은 당연하다 할 것이다.

다. 그러나 아래와 같은 사실들을 종합적으로 고려하여 볼 때 시간강사는 대학사회의 한 구성원임에도 불구하고 시간강사라는 신분 때문에 전임교원에 비하여 심한 차별적 대우를 받고 있는 것으로 판단된다.

(1) 고등교육법 제17조는 '학교에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제14조제2항의 교원(전임교원) 외에 겸임교원·명예교수 및 시간강사 등을 두어 교육 또는 연구를 담당하게 할 수 있다'라고 규정하고 있다. 한편, 같은

법 시행령 제7조는 위 법 제17조의 규정에 의하여 임용 또는 위촉할 겸임교원・명예교수 및 시간강사의 구분을 정하면서, 겸임교원은 '법 제16조의 규정에 의한 자격기준에 해당하는 자로서 관련분야에 전문지식이 있는 자' 라 하고, 명예교수는 '교육 또는 학술상의 업적이 현저한 자로서 교육인적자원부령이 정하는 자' 라고 그 자격기준 등을 명시였으면서 시간강사에 대해서는 '교육과정 운영상 필요한 자' 라고만 규정하고 있어서 시간강사의 법적 지위가 불분명하다.

그러나 2002년 시간강사들의 실태를 보면 박사학위 소지자가 약 43%이고 석사학위 소지자 및 박사과정 재학생이 약 53%로서 약 96% 정도가 석사학위 이상 소지자이며, 각 대학별 강사임용규정 상 요구되는 자격기준은 대부분 전임강사 이상, 박사학위소지자, 사계의 10년 이상 경력자이거나 석사학위 이상 또는 박사학위 과정에 있는 자로 그 임용자격 기준이 전임교원과 크게 다를 바 없다.

(2) 고용과 동시에 일정한 신분적 안정이 확보되는 전임교원에 비하여 대학 시간강사의 채용은 주로 고용상의 조건이 명시된 정식 계약서가 아닌 구두로 이루어지고 개별대학으로부터 학기별로 위촉된 뒤 학교 측으로부터 해촉이나 재위촉에 대한 아무런 사전통지를 받지 못한다.

(3) 2002년 시간당 평균 강사료의 기준에 따라 시간강사가 1주일에 9시간을 강의한다고 가정했을 때 월 평균 강사료는 약 90만 5천원이고, 연봉으로는 약724만원이 되며, 이를 다시 강사료를 지급받지 못하는 방학기간까지 합하여 1년 월평균으로 계산할 경우 60여만원에 불과한데, 이러한 임금수준은 2002년 보건복지부에서 발표한 4인 가구 최저생계비 98만 9천 700여원에도 못 미친다.

이를 최소 의무학점이 6학점에서 10학점인 전임강사의 임금수준에 비교할 때 최대 5분지 1에 불과하고, 대부분의 시간강사가 건강보험, 고용보험, 국민연금 등 사회보험의 적용을 받지 못하고 있으며 대학 내 부대시설의 이용이나 연구공간의 배정 등에 있어서도 대부분 혜택을 받지 못하고 있는 점을 고려하면 실질적인 임금격차는 훨씬 크다고 할 수 있다.

라. 헌법 제11조는 '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 있고,

국가인권위원회법 제30조제2항은 헌법 제11조 평등권 침해의 차별행위를 '합리적 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분 등을 이유로 하여 고용 등에 있어 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위' 라고 규정하고 있다.

마. 헌법 상 평등의 원칙이라 함은 법적용의 대상이 되는 모든 인간을 원칙적으로 공평하게 다루어야 한다는 법원칙으로서, 입법과 법의 적용에 있어 합리적 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻한다.

그리고, 평등권을 침해하는 차별을 가리는 잣대인 '합리적 차별 여부'에 대한 판단은 인간의 존엄성 존중이라는 헌법 원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법의 최고원리와 공공복리 등의 정당한 입법목적 달성, 수단의 적정성이라는 세 가지 복합적 요소를 기준으로 하여, 특정한 직무나 업무를 수행하는데 그 개인 또는 집단을 불리하게 대우하거나 배제하여야 할(또는 특별히 우대하여야 할) 필수적이고 합리적인 요소가 있는지 여부를 통하여 이루어져야 한다.

바. 그런데, 대학 내에서 전임교원과 시간강사의 보수체계나 물적급부 등이 강의의 질이나 자격, 경력 등과는 별개로 단지 교수임용이라는 채용의 장벽을 넘었는지의 여부에 따라 결정되고 있으며, 전임교원의 경력은 매해 호봉승급을 통해 반영되는 반면 시간강사의 경력은 급여에 거의 반영되지 않고 오직 시간강사라는 신분에 의하여 정해진 일정한 시급 강사료만을 받는 등 시간강사에 대한 합리적인 급여결정 기준도 전무하다.

사. 일반적으로 전임교원은 교육, 연구, 사회봉사라는 대학의 기능을 수행하기 위하여 강의, 학생 지도와 대학 내 행정관련 업무의 수행 등을 담당하므로 시간강사와 완전히 동일한 업무를 수행하고 있다고 보기는 어렵고 근무태양도 다른 것은 사실이다.

그러나 이러한 점을 고려하더라도 시간강사의 임금수준이 전임교원과 거의 동일한 강의시수 상태로 비교된 결과라는 점, 각 대학의 시간강사관련 규정 상 요구되는 자격기준이 대부분 전임강사 이상의 피임용 자격이나 일정한 교육 또는 연구경력이라는 점, 2001년 통계청의 '경제활동인구조사 부

가조사'에 근거하여 고용형태간의 임금격차를 분석한 연구결과 일반적으로 비정규직의 임금수준이 정규직의 50%내지 55%인 점 등을 고려할 때, 급여상 5배 이상의 격차는 그 합리성을 인정하기 어렵다.

또한 2002년 월평균 급여액이 정교수는 5,289천원(연봉 63,468천원), 부교수는 4,389천원(연봉 52,668천원), 조교수는 3,794천원(연봉 45,528천원), 전임강사는 3,141천원(연봉 37,692천원), 시간강사는 905천원(연봉 724만원)으로 정교수에서부터 전임강사까지 각 직급 간에 존재하는 차별적 대우의 정도에 견주어도 전임강사와 시간강사 간의 현격한 임금격차는 이를 정당화할 합리적인 이유를 발견하기 어렵다.

자격요건, 자질, 경력 등 뚜렷한 차별의 기준도 없이 단지 시간강사라는 신분을 이유로 전임강사의 1/5 이하의 임금을 지급하고 여러 가지 대우에 있어 불리하게 처우하는 것은 합리적인 차별이라고 보기 어려울뿐더러 차별의 정도가 자의금지(恣意禁止)의 원칙이나 비례(比例)의 원칙에도 위배된다 하겠다.

시간강사에 대하여 차별적 지위를 부여하는 이러한 현행 제도는 교원의 지위를 법률로 보장함으로써 교육의 자주성, 전문성, 중립성을 도모하고자 했던 헌법의 취지를 달성하기 위한 적정한 방법으로 보기 어렵다.

아. 1997. 11. 11. 제26차 유네스코 본회의에서 채택된 '고등교육 교원 지위에 관한 권고문'(A Recommendation concerning the Status of Higher Education Teaching Personnel)은 고등교육기관 등에서 교육・연구・조사 활동에 종사하는 자격을 갖춘 파트타임 교육 담당자에 의해서 제공되는 서비스 즉 교육활동의 가치가 인정되어야만 한다는 점을 명시하고 있고,

초・중등학교의 경우 기간제 교원, 강사 등에 대하여 비전임 교원으로서의 지위를 인정하고 보수나 대우를 전임교원의 그것에 비례하여 처우하고 있는 점에 비추어 보더라도 대학에서 일정기간 지속적으로 강의와 연구를 담당하고 있는 시간강사에 대한 지위와 교육활동의 가치를 인정하고, 전임교원에 비례하는 합리적 대우를 할 수 있도록 제도적 방안을 마련하여 차별을 개선하여야 할 필요가 있다.

자. 교육을 받을 권리가 교육제도를 통하여 충분히 실현될 때에 비로소 모든 국민은 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고

도로 발휘하게 되어 국민생활의 균등한 향상을 기할 수 있고 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 수 있다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 대학 강의의 절반가량을 시간강사에게 의존하면서도 시간강사들에게 강의나 연구역량을 재생산할 수 없을 정도로 차별적인 대우가 계속된다면, 시간강사의 자주성이나 전문성을 확보하기 어려울뿐더러 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약이나 헌법에서 규정하고 있는 국민의 실질적인 교육권은 위협받을 수밖에 없다.

Ⅳ. 결 론

위에서 본 바와 같이 대학 시간강사는 전임교원과 비교하여 근무조건·신분보장·보수 및 그 밖의 물적 급부 등에 있어서 차별적 대우를 받고 있고, 그 차별적 대우는 합리성을 잃은 것이어서 헌법상 기본권인 평등권 침해의 소지가 있으며, 또한 결과적으로 국민의 교육을 받을 권리도 훼손될 우려가 있어 조속히 개선되어야 한다고 판단되므로 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2004. 5. 24.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

9 외국인 입국심사제도 개선 권고(2004.5.27.)

현행 출입국관리법령 등은 입국심사에 대해 규정하면서 입국불허결정을 받은 외국인에 대하여 합리적인 불복절차에 관한 규정이 없어 법무부장관에게 입국 불허처분에 대한 외국인의 이의신청권 보장을 제도화할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 현행 출입국관리법령 등은 입국심사에 대해 규정하면서 입국불허결정을 받은 외국인에 대하여 합리적인 불복절차를 보장해주는 규정이 없는 바,

[2] 입국을 거부당한 외국인에게 최소한 준사법적 불복절차를 보장해 주는 것은 국제적인 추세일 뿐만 아니라 헌법상의 적법절차의 원칙, 외국인의 재판청구권, 세계인권선언의 공정하고 공개적인 재판을 평등하게 받을 권리 등에 부합하는 것이므로

[3] 헌법 및 국제인권 기준에 부합하도록 현행 출입국관리 관련 법령을 개정하여 입국불허 된 외국인이 신뢰성 있는 구제절차 내에서 자신의 성실성과 진실성을 소명할 수 있도록 법령으로 보장하는 것이 필요하다고 판단하여 법무부장관에게 입국 불허처분에 대한 외국인의 이의신청권 보장을 제도화할 것을 권고함.

【참조조문】 헌법 제12조 및 제27조, 세계인권선언 제7조 및 제10조, 시민적및정치권권리에관한국제규약 제14조, 출입국관리법 제12조

【주 문】 법무부장관에게 입국 불허처분에 대한 외국인의 이의신청권 보장을 제도화 할 것을 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 인천공항에서 입국심사를 받던 중 입국목적과 체류자격이 일치하지 않는다는 이유로 인천공항 출입국관리사무소로부터 입국을 불허당한 한국계 중국인이 2003. 2. 11. 그 부당함에 대하여 진정을 제기하였다.

2. 2003년 입국심사결과 입국이 불허된 외국인은 18,000여명이며, 이 중 입국목적 불분명자로 판단된 자는 15,000여명이다.

3. 출입국관리행정은 상당 부분 각 국가의 재량영역에 속하나 그 속성 상 외국인의 인권과 깊은 관계가 있어 국제인권규약 등에 위배되지 아니하도록 신중하게 행사될 것이 요구된다.

4. 그러나 출입국관리행정 중 외국인의 입국심사와 관련하여 입국 허·불허에 대한 기준과 판단절차의 표준화가 미흡하여 담당 심사관 등이 자의적인 판단을 할 우려가 있다는 점, 입국을 불허당한 외국인이 불복할 수 있는 절차가 충분하지 않다는 점 등이 문제로 제기되고 있다.

5. 이에 우리 위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항에 의거, 입국불허 외국인의 인권을 적극적으로 보호하기 위해 외국인 입국심사제도에 대하여 검토하였다.

Ⅱ. 검토기준

1. 헌법

○ 제12조(신체의자유·적법절차) 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.

○ 제27조(재판을 받을 권리) 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.

2. 국제기준

○ 세계인권선언 제7조(법 앞에 평등한 보호를 받을 권리) 모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다.

○ 세계인권선언 제10조(공정하고 공개적인 심문을 평등하게 받을 권리) 모든 사람은 자신의 권리와 의무, 그리고 자신에 대한 형사상의 혐의를 결정함에 있어서 독립적이고 편견없는 법정에서 공정하고도 공개적인 심문을 전적으로 평등하게 받을 권리를 가진다.

○ 시민적·정치권권리에관한국제규약 제14조(재판에 관한 권리) 1. 모든 사람은 재판에 있어서 평등하다. 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄의 결정 또는 민사상의 권리 및 의무의 다툼에 관한 결정을 위하여 법률에 의하여 설치된 권한 있는 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다.

3. 국가인권위원회법

○ 제2조(인권정의) 제1호 : “인권”이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

○ 제4조(적용범위) : 이 법은 대한민국 국민과 대한민국의 영역 안에 있는 외국인에 대하여 적용한다.

Ⅲ. 외국인 입국심사 제도 중 불복절차에 대한 검토

1. 현행 출입국관리법 및 동시행령 등 관련법은 입국불허결정을 받은 외국인의 이의신청이나, 행정적 재심사 등 합리적인 불복절차를 법제화하고 있지 않다.

가. 현행 출입국관리법은 입국거부요건(제11조), 입국심사(제12조), 조건부 입국허가(제13조), 일시보호(제56조)를 규정하고 있으나 입국심사의 재심 및 이의신청 절차에 대한 사항은 규정하고 있지 않고 있으며

나. 특히 입국거부에 대한 불복신청권 부여, 입국불허조치 후나 재심절차 진행 시 일시보호 외 입국거부 사유별 처우, 재심절차에 결과에 따른 후속조치 등 입국불허결정을 받은 외국인에 대한 법적 규율이 전혀 마련되어 있지 않다.

다. 다만, 출입국관리업무편람(1999)과 외국인 입국심사 절차 방안(1998) 등대외적 구속력이 없는 법무부의 내부규정에서 출입국관리지방사무소 내의 1차 심사 및 재심사 등을 규정하고 있다.

라. 그 결과 외국인이 일단 입국하여 불법체류자가 된 후에는 출입국관리법 제46조의 규정에 의한 강제퇴거 처분 및 그에 따른 보호명령을 받고 그 보호명령에 대하여 법무부장관에게 이의신청을 할 수는 있지만, 입국심사 단계 또는 입국 이전에 입국불허조치를 받은 경우에는 법무부장관에게 이의신청을 할 여지가 없다.

2. 한편, 주요 선진국들의 입법례들에 비추어 볼 때 입국을 거부당한 외국인에게는 최소한 준사법적 불복절차를 보장해 주는 것이 국제적인 추세이다.

가. 일본의 경우, 상륙조건 적합성에 해당되지 않는다고 판단된 상륙신청자에게 특별심리관에 의한 구두심리와 법무대신에 대한 이의신청절차를 통하여 그 심사의 적부를 따질 수 있는 기회를 출입국관리및난민인정법에 보장하고 있다.

나. 미국의 경우 즉시추방 대상자를 제외한 추방대상자에게 법무장관의 재량적 구제, 이민소청위원회에 행정상 불복신청 제기, 연방항소법원에 사법심사 제기 등의 기회를 이민및국적법에서 부여하고 있다.

다. 스위스의 경우, 비자가 거부되거나 취소되는 경우 소관 연방행정기관

은 신청인의 청구에 따라 수수료가 부과된 처분을 발하고 신청인이 수수료를 납부한 후부터 이의신청에 대한 심사를 개시하도록 연방외국인체류및거주법과 같은 법에 의한 외국인입국및등록령에 규정하고 있다.

3. 입국심사에 대해서 규정하면서 입국불허 처분의 공정성과 적정성을 기할 수 있는 절차나 행정처분에 대한 불복신청제도를 규정하고 있지 않은 현행 출입국관리법 제12조는 헌법상의 적법절차의 원칙, 외국인의 재판청구권, 세계인권선언의 평등하고 공개적인 재판을 받을 권리 등에 부합하지 않는 것으로 판단된다.

가. 헌법 제12조제1항은 적법절차의 원칙을 규정하고 있다. 적법절차라 함은 입법・집행・사법 등 모든 국가작용은 정당한 법률을 근거로 하고 정당한 절차에 따라 발동되어야 한다는 헌법원리로서, 모든 공권력의 행사는 절차상의 적법성을 갖추어야 하고 공권력 행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 함을 의미하며 이는 형사절차는 물론 행정절차에도 적용되는 것이다.

나. 헌법 제27조의 재판청구권은 외국인에게도 허용되는 기본권으로서 부당한 기본권의 회복 또는 구제를 위한 권리이다.

다. 세계인권선언 제7조는 모든 사람이 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 평등한 보호를 받을 권리를 가진다는 점을, 제10조는 모든 사람이 자신의 권리와 의무, 그리고 형사상의 혐의를 결정함에 있어서 독립적이고 편견 없는 법정에서 공정하고도 공개적인 심문을 전적으로 평등하게 받을 권리를 가진다는 점을 선언하고 있다.

4. 따라서 헌법 및 국제인권 기준에 부합하도록 현행 출입국관리 관련 법령을 개정하여 입국불허 된 외국인이 신뢰성 있는 구제절차 내에서 자신의 성실성과 진실성을 소명할 수 있도록 적정절차를 법령으로 보장하는 것이 필요하다.

5. 한편, 입국불허에 대한 합리적 불복절차로는 법무부장관에 대한 이의신

청과 같이 신속하고 용이한 절차가 적정할 것으로 판단된다. 행정소송과 같은 사법심사제도는 그 소요기간이 매우 길어 조건부 입국 혹은 단기간의 일시보호 등과 같은 상황 하에 있게 될 해당 외국인이 소를 계속하기 어려울뿐더러 장기간 소요된 소송결과의 실익 여부가 문제될 소지가 있기 때문이다.

6. 법무부는 외국인 입국심사절차에서 법무부장관에 대한 이의신청제도를 도입할 필요성에 대하여 외국인의 입국이 기본적 권리로 인정되지 않는다는 점, 무절제한 이의신청이 있을 때 행정능률이 저하될 수 있다는 점, 무절제하게 이의신청을 한 외국에 대한 심사결정기간에 장기간이 소요될 가능성이 크고, 심사시간이 길어질 경우 불안정한 신분상태에서 출국대기 기간도 길어져 또 다른 인권문제가 발생할 수 있다는 점을 들어 반대의견을 우리 위원회에 표명한 바 있다.

7. 그러나 기본적으로 법무부 장관에 대한 이의신청은 외국인의 입국권리를 인정하는 것이 아니라 입국거부에 대하여 공정한 심사를 받을 권리를 보장하는 것이고, 이의신청 규정을 신설할 경우 입국불허결정이 현 제도보다는 투명성과 합리성을 기대할 수 있으며 한번 입국거부 될 경우 다음 번 입국 시 불이익을 받을 가능성이 크다는 사실 등을 종합적으로 고려할 때, 입국불허에 대한 불복제도를 입법화하여 현행 입국심사의 절차적 적정성을 보장하도록 할 필요성이 인정된다.

8. 더욱이 입국불허에 이의를 제기하는 외국인에게 불복절차가 충분히 보장될 경우, 입국불허 판단의 자의성 문제도 상당부분 해소될 수 있을 것이다.

9. 따라서 대외적으로 우리나라 출입국관리행정의 법치국가적 정당성을 확보하기 위해서는 입국이 불허된 외국인에게 법무부장관에 대한 이의신청제도와 같이 최소한의 공정성을 담보할 수 있는 불복심사의 기회를 제도화하여 그 심사과정에서의 절차적 보장 및 심사결과의 설득력을 확보해 나갈 필요가 있다.

Ⅳ. 결 론

위에서 본 바와 같이 현행 출입국관리법 및 동 시행령 등은 입국심사를 규정하면서 입국을 불허당한 외국인에게 불복절차를 보장하지 않음으로써 헌법 상 기본권인 적법절차와 재판 청구권 등을 침해할 우려가 있어 조속히 개선되어야 한다고 판단된다.

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

2004. 5. 27.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

⑩ 건설기술관리법시행규칙 제15조의4 제2항 관련 별표11 개정권고(2004.7.26.)

품질관리원의 자격요건에 있어서 기술자격자와 학·경력자에게 상이한 업무 요건을 규정하는 것은 평등권 침해에 해당하므로 이를 개정할 것을 권고한 사례

【결정요지】

건설기술관리법시행규칙 제15조의4제2항 별표11 품질시험 및 검사를 위한 시설 및 인력기준 중 '시험·검사요원의 자격인정범위'에서 학력·경력자에게는 품질관리업무 수행을, 기술자격자에게는 건설공사업무 수행을 요건으로 하는 것은 품질관리원이라는 동일직종 동일업무를 수행하는 자격취득에서 학력·경력자에 대한 평등권 침해에 해당하므로 이를 개정할 것을 권고함.

【참조조문】 헌법 제11조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조

【주 문】 건설교통부장관에게,
건설기술관리법시행규칙 제15조의4 제2항 별표11 품질시험 및 검사를 위한 시설 및 인력기준중 '2.시험·검사요원의 자격인정범위'에서 학력·경력자에게는 품질관리업무 수행을, 기술자격자에게는 건설공사업무 수행을 요건으로 하는 것은, 품질관리원이라는 동일직종 동일업무를 수행하는 자격취득에 있어서 학·경력자에 대한 평등권 침해에 해당하므로, 이를 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 검토배경

2004. 2. 건설기술관리법시행규칙 제15조의4 제2항 관련 별표11 품질관리원의 자격인정범위에서 학・경력자의 경우에는 품질관리업무의 수행을, 일부 기술자격자의 경우에는 건설공사업무 수행을 품질관리원의 요건으로 규정하여, 특정 기술자격자의 경우에 '공무'나 '공사' 수행자가 일정기간 건설공사업무를 수행하면, '품질관리' 업무를 하지 않았더라도 품질관리원으로 선임되므로, 이는 품질관리업무종사자들에 대한 평등권 침해라는 민원을 접수하였다.

2. 검토대상 및 검토기준

가. 검토대상

건설기술관리법시행규칙 제15조의4 제2항 별표11 품질시험 및 검사를 위한 시설 및 인력기준

나. 검토기준

이 사안에 대하여 다음의 규정들을 검토기준으로 하였다.

⑴ 헌법 제11조

제1항 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별・종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적・경제적・사회적 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

⑵ 국가인권위원회법 제30조

제2항 평등권 침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.

⑶ 시민적・정치적권리에관한국제규약 제26조

모든 사람은 법앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

3. 판 단

건설기술관리법시행규칙 제15조의4 제2항 관련 별표11 품질관리원의 자격인정 범위에서 학력・경력자에게도 자격을 부여한 것은 건설분야에서 전문자격을 구비한 전문가에 대한 수요는 많으나 그러한 전문가의 확보가 어려운 상황이므로, 전문자격은 없으나 그 분야에서 일정한 학・경력이 있는 자를 전문가로서 활용하기 위한 정책적 차원의 조처이다.

그런데, 법령은 품질관리원의 자격요건으로 기술자격자와 학・경력자에 대하여 다른 요건을 부여하고 있다. 즉, 학・경력자는 품질관리업무 수행만을, 토목기사 등은 자격취득 이후 품질관리업무 수행 여부에 관계없이 포괄적으로 건설공사업무를 수행한 자라고 규정하고 있다.

법령에서 품질관리업무외에 다른 건설공사업무들을 수행했음에도(건설기술관리법시행령 별표1 건설기술자의 범위) 품질관리원 자격을 인정하는 기술자격자는 건설재료시험기사, 건설재료시험산업기사, 토목 또는 건축기사, 토목 또는 건축산업기사이다(이하 '토목기사 등' 이라 한다).

토목기사 등은 토목 및 건축분야에 관하여 주무부장관이 시행하는 기술자격검정에 합격한 자로서, 그 시험에는 품질관리과목이 포함되어 있다(국가기술자격법시행규칙 별표4 : 국가기술자격의 종목별 시험과목).

이에, 토목기사 등은 품질관리 과목이 포함된 자격시험을 통과함으로써 품질관리 업무를 담당할 수 있는 기본적인 지식과 기술을 인정받은 자라고 할 수 있다.

또한, 현재 건설관련 품질관리업무종사자는 토목기사 등의 자격을 취득할 수 있도록 규정되어 있다. 즉, 품질관리업무는 토목, 건축의 유사직무로 인정되어, 품질관리업무 종사자는 토목 및 건축 직무분야에 응시할 수 있다(국가기술자격법시행규칙 별표1의3).

따라서, 법령이 토목기사 등에 대하여는 품질관리업무외에 다른 건설공사업무를 수행한 자에게도 품질관리원 자격을 인정하는 것은, 이같은 품질관리 관련 기본지식 및 기술에 대한 인정과 함께, 토목기사 등이 건설공사 업무기간 동안 공무나 공사, 품질관리, 안전관리 등 중에서 한 가지 분야의 업무를 계속 담당하는 것이 아니라 이 모든 분야를 총괄적으로 경험하므로 총괄업무의 일부로서 품질관리업무를 수행했더라도 품질관리업무를 수행한 것으로 보기 때문으로 판단된다.

그러나, 품질관리원의 업무는 다른 건설공사업무 분야와 다른 고유하고 전문적인 면이 포함되어 있다고 판단된다.

이는 품질관리원과 유사하게, 건설기술관리법에서 자격인정범위 규정을 두어 기술자격자와 학·경력자에게 자격을 인정하고 있는 건설기술자와 감리원의 경우와 비교하면 유추할 수 있다.

즉, 건설기술자의 기술등급 및 인정범위(건설기술관리법시행령 별표1)와 감리원의 자격(건설기술관리법시행령 별표3)에서는 자격요건으로 기술자격자와 학·경력자에게 똑같이 '건설공사업무를 수행한 자' 라고만 규정하고 있다. 예컨대, 감리원의 자격에서는 학·경력자에게 '감리' 업무 수행을 요건으로 하고 있지 않다.

반면에, 품질관리원에 대해서는 학·경력자에게 '품질관리업무' 수행만을 요건으로 규정하고 있는 것은, 다른 건설공사업무 분야의 수행자가 수행하기 어려운 고유의 전문적인 업무요소가 있음을 전제하는 것으로 판단된다.

또한, 품질관리업무에는 콘크리트의 배합비율의 확인, 철근의 인장강도 확인 등 일반적인 업무와 용접, 비파괴검사, 화공 및 방직과 같이 고도의 전문성을 필요로 하는 업무가 있다. 이 특수분야의 품질관리원은 별도로 배치하도록 되어 있다. 이같이 품질관리업무의 전문성에 따라 품질관리원이 별도로 배치된다는 점에서도 품질관리업무가 건설공사에서 고유한 전문영역을 가지고 있다고 판단된다.

한편, 품질관리원의 체계를 보면 초급에서 특급까지 등급을 두고 있다. 이러한 등급체계는 품질관리업무 수행자의 숙련도와 전문성을 평가하여 등급에 비례하는 자격을 인정하는 것이다.

학·경력자의 경우에는 품질관리업무만을 수행할 것을 요건으로 하고 있으므로, 등급이 높을수록 업무의 숙련도가 높은 자임을 객관적으로 평가할 수 있는 반면에, 토목기사 등 기술자격자의 경우에는 다른 건설공사업무를

담당하더라도 일정기간이 경과하면 등급을 부여받기 때문에, 등급체계가 품질관리업무의 숙련도와 비례한다고 평가할 수 없다. 즉, 토목기사 등에 대해서는 그들의 품질관리원 등급으로는 품질관리업무 수행능력을 파악할 수 없는 것이다.

그렇다면, 토목기사 등이 그 자격취득후 건설공사에서 다른 분야의 업무만을 수행하고 품질관리분야의 업무를 수행한 경험이 없거나, 전체공사의 총괄역할을 수행하면서 그 총괄업무중 하나로 품질관리업무도 수행한 경우에도, 품질관리업무를 전문적으로 수행하는 품질관리원의 자격을 부여하는 것은, 품질관리업무 수행을 통해 품질관리원의자격을 취득하는 학·경력자에 대한 차별로서 평등권 침해에 해당하는 것으로 판단된다.

4. 결 론

품질관리원이라는 자격취득과 관련하여 기술자격자에게는 건설공사업무 수행을, 학·경력자에게는 품질관리업무 수행이라는 상이한 조건을 제시하는 것은, 동일직종 동일업무를 수행하는 학·경력자의 품질관리원 자격취득에 있어서 불리한 효과를 발생시키므로 평등권 침해에 해당한다고 할 것이다.

따라서, 품질관리라는 동일직종 동일업무를 수행함에 있어서 기술자격자나 학·경력자 모두 품질관리원의 자격을 취득하기 위해서는 품질관리업무 수행을 요건으로 하는 것이 타당하다. 현실적인 방안으로서 토목기사 등 기술자격자와 학·경력자 모두에게 일정기간 건설공사업무 수행중 일정기간 품질관리업무를 수행한 것을 요건으로 규정하는 것이 바람직할 것이다. 기술자격자와 학·경력자 각각에게 요구되는 업무수행기간 또한 합리적으로 정해야 할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항 규정에 의하여 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2004. 7. 26.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

11 성매매방지및피해자보호등에관한법률시행령 · 시행규칙안에 대한 의견(2004.8.23.)

[1] 성매매 예방교육과 관련하여 여성부가 교육인적자원부 등 관련부처와 연계하여 교재 및 자료 개발, 교육현황 파악 등의 지원을 담당하도록 보완하고, 여성부가 정기적으로 성매매 및 인신매매에 관한 실태보고서를 작성하여 공표하도록 하여 국가와 지자체 등이 성매매 예방의무를 충실히 이행하도록 하고,

[2] 성매매 피해여성 등이 자녀와 함께 지원시설에 입소할 수 있도록 보완하고 자녀의 적정연령을 정할 필요가 있다고 권고한 사례

【결정요지】

[1] 각급 학교에서의 성매매 예방교육을 실시하여야 할 필요성은 인정되나 현재 성폭력범죄의피해자보호등에관한법률에 따라 청소년 대상 성교육 및 성폭력예방 교육도 실시되고 있는 상황을 고려할 때 각급 학교에서는 성매매나 성폭력 예방교육, 성교육 등이 내용 상 차별성 없이 유명무실하게 운영될 가능성도 있으므로, 시행령안 제2조의 각급학교장의 연 1회 이상 성매매예방교육 실시의무를 삭제하고 성교육, 성폭력 예방교육 등과 포괄적으로 실시하되 교육이 실효를 거두도록 시행령의 소관부처인 여성부가 관련 부처와 협의하여 그에 필요한 교재 및 자료를 보급하는 등 지원을 담당하도록 수정보완 해야 하고,

[2] 성매매방지및피해자보호등에관한법률 제3조제1항제1호와 관련하여 현 시행령에 성매매 방지를 위한 국가책임을 명시한 법률취지를 반영하는 구체적 조항의 신설이 요구되므로 여성부가 정기적으로 성매매 및 인신매매 관련 실태를 파악하고 그 보고서를 작성하여 공표하도록 하여 성매매 현황 및 국가와 지방자치단체 등의 성매매 방지를 위한 노력의 결과 등이 종합적으로 파악될 수 있도록 규정할 필요가 있으며,

[3] 시행규칙안 제11조제3항과 관련한 별표4 지원시설 및 상담소의 운영기준에 성매매 피해여성 등의 자녀도 지원시설 등을 이용할 수 있도록 명기되어야 함.

【참조조문】 헌법 제10조, 세계인권선언 제1조, 여성에대한모든형태의차별철폐에관한협약 제6조

【주 문】 국가인권위원회는 성매매방지및피해자보호등에관한법률시행령·시행규칙안을 검토한 결과, 성매매를 방지하고 성매매피해자 및 성을 파는 행위를 한 자의 보호와 자립의 지원이라는 법률의 목적을 달성함으로써 성매매 피해자 등의 인권을 보호하고 향상시키기 위해서는 개선 및 보완이 필요하다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1항의 규정에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

1. 성매매방지및피해자보호등에관한법률시행령안의 제2조와 관련하여
   가. 성매매 예방교육이 실효성을 거두기 위해서는 초·중·고등학교에서 매년 1회 이상 실시하도록 의무화되어 있는 현재의 조항을 수정하여 성교육 또는 성폭력 예방 교육 등 타 법령에 규정되어 있는 교육과 통합하여 성교육 전반에 관한 포괄적인 교육으로 실시하도록 하며,
   나. 이 교육이 내실 있게 운영되도록 시행령의 소관부서인 여성부가 교육인적자원부등 관련부처와 연계하여 교재 및 자료를 개발하고 교육현황을 파악하는 등의 지원을 담당하도록 보완할 필요가 있다.
2. 성매매방지및피해자보호등에관한법률 제3조 제1항 제1호에 따라 국가와 지방자치 단체 등이 성매매 예방의무를 충실히 이행하도록 하기 위해 소관부처인 여성부가 정기적으로 성매매 및 인신매매에 관한 실태보고서를 작성하여 공표하도록 시행령에 명시적으로 규정할 필요가 있다.
3. 성매매방지및피해자보호등에관한법률시행규칙안 제7조 및 제11조 제3항과 관련하여 성매매 피해여성 등이 자녀와 함께 지원시설에 입소할 수 있도록 보완하고 자녀의 적정연령을 정할 필요가 있다.

【이　　유】

Ⅰ. 검토배경

성매매방지및피해자보호등에관한법률이 2004. 3. 22. 제정됨에 따라 후속 조치로 동법 시행령 및 시행규칙을 제정하면서 여성부가 2004. 7. 19. 위원회에 의견을 조회함에 따라 국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거 검토하였다.

Ⅱ. 검토기준

1. 국제인권기준

가. 세계인권선언 제1조 모든 사람이 존엄성과 권리에 있어서 평등하다고 규정하고 있으며

나. 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제6조는 여성에 대한 모든 형태의 인신매매 및 매춘에 의한 착취를 금지하기 위하여 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취하여야할 국가의 의무를 명시하고 있다.

2. 국내법

가. 헌법 제10조 국가가 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있고

나. 성매매방지및피해자보호등에관한법률 제1조는 법의 목적을 성매매를 방지하고 성매매피해자 및 성을 파는 행위를 한 자의 보호와 자립의 지원이라고 밝히고 있다.

3. 국가인권위원회법

제1조는 국가인권위원회가 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고 있다.

Ⅲ. 성매매방지및피해자보호등에관한법률시행령 및 시행규칙안 검토

1. 시행령안

가. 제2조 각급학교의 성매매 예방교육의 실시

1) 각급학교의 성매매예방교육의 의무를 명시한 법률 제4조에 따라 시행령안 제2조는 각급 학교장이 연 1회 이상 성매매 예방교육을 실시하도록 의무화하고 그에 필요한 교재 및 자료의 보급은 관계중앙행정기관장의 재량적 사항으로 규정하고 있다.

2) 시행령 제2조는 성매매를 근절하기 위한 예방적 규정으로 성매매가 현행법 상 불법으로 금지되고 있음에도 유흥향락산업 및 성매매 시장이 확대되고 성매매 산업에의 유입연령도 점차 낮아짐에 따라 성매매에 대한 국민의식을 변화시킬 수 있는 예방 프로그램의 일환으로 각급 학교에서의 성매매 예방교육을 실시하여야 할 필요성이 일면 인정된다.

3) 그러나 현재 성폭력범죄의피해자보호등에관한법률에 따라 청소년 대상 성교육 및 성폭력예방 교육도 실시되고 있는 상황을 고려할 때 시행령안이 확정될 경우 각급학교에서는 성매매나 성폭력 예방교육, 성교육 등이 내용 상 차별성이 없이 유명무실하게 운영될 가능성도 배제하기 어렵다.

4) 따라서 성매매 예방교육이 실질적이고 실효성 있게 운영되기 위해서는 굳이 연1회 이상 강제적으로 실시하기보다 성교육 및 성폭력 예방교육 등과 조화롭게 운영될 수 있도록 하고 관계부처가 아동의 발달단계에 맞는 내실있는 교육 내용 등을 각급학교에 제공하는 것이 더 시급한 것으로 판단된다.

5) 이와 같은 점에 비추어 본 조항에 따른 각급학교장의 연1회 이상 성매매예방교육 실시의무를 삭제하고 성교육, 성폭력 예방교육 등과 포괄적으로 실시하되 교육이 실효를 거두도록 시행령의 소관부처인 여성부가 관련

부처와 협의하여 그에 필요한 교재 및 자료를 보급하는 등 지원을 담당하도록 수정보완 해야 할 것이다.

나. 성매매 방지를 위한 국가 등의 책임

1) 법률 제3조 제1항 제1호는 국가와 지방자치단체는 성매매, 성매매알선행위 및 성매매 목적의 인신매매를 방지하기 위하여 조사・연구・교육・홍보를 하는데 필요한 법적・제도적 장치를 마련하고 필요한 행정적・재정적 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다.

2) 그러나 현 시행령에는 이러한 국가와 지방자치단체 등의 성매매 방지를 위한 노력이 적절하게 이루어 질 수 있도록 견인하는 규정이 없으므로 성매매 방지를 위한 국가책임을 명시한 법률취지를 반영하는 구체적 조항의 신설이 요구된다.

3) 구체적으로 신설조항에는 위와 같은 법률의 취지를 반영하여 시행령의 소관부처인 여성부가 정기적으로 성매매 및 인신매매 관련 실태를 파악하고 그 보고서를 작성하여 공표하도록 하여 성매매 현황 및 국가와 지방자치단체 등의 성매매 방지를 위한 노력의 결과 등이 종합적으로 파악될 수 있도록 할 필요가 있다.

2. 성매매방지및피해자보호등에관한법률시행규칙안 : 제7조 및 제11조 지원시설 입소・이용 대상자의 개선

가. 제7조는 지원시설에 입소 또는 이용할 수 있는 자를 성매매피해자 등으로 하고 구체적으로 ▲본인이 희망하는 경우, ▲법정대리인의 입소동의가 있는 미성년자의 경우, ▲상담소의 장으로부터 입소요청을 받은 경우, ▲검사나 사법경찰관이 시설보호가 필요하다고 판단한 성매매 피해자의 경우, ▲성매매알선등행위의처벌에관한법률 제14조 제1항에 의하여 보호처분 결정을 받은 경우로 규정하고 있다.

나. 또한 제11조 제3항과 관련한 별표4 지원시설 및 상담소의 운영기준에 의하면 지원시설에서는 입소자 외에 시설의 장 및 직원이외에는 거주하지 못한다고 규정하고 있다.

다. 이와 같은 규칙안에 따르면 지원시설 거주자격이 성매매피해여성과 시설의 장이나 직원에게만 주어져 성매매 피해 여성 등이 어린 자녀를 둔 경우에는 이들을 보호하고 부양하기 위해 지원시설을 이용하기 어려워질 수 있다.

라. 성매매피해여성들의 인권실태를 조사한 2004년의 한 연구에 의하면 성매매 여성들의 연령이 대부분 10대에서 30대 사이의 가임기 여성이며, 조사대상 여성들의 상당수가 자녀보호를 걱정하고 있는 것으로 나타났다. 이런 점 때문에 성매매 피해여성이 법률에서 규정하는 지원 프로그램의 참여가 어려운 경우가 발생할 가능성이 있다.

마. 따라서 성매매 피해여성 등의 심신의 안정과 신변호호 등을 위해 설치되는 지원시설이 제 기능을 하기 위해서는 시행규칙안 제7조나 제11조 제3항과 관련한 별표의 지원시설 거주자격에 성매매 피해여성 등의 자녀도 명기되어야 한다. 단, 거주자격이 주어지는 자녀의 적정한 연령에 대해서는 여성부가 정해야 할 것이다.

Ⅳ. 결 론

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 8. 23.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

12 출입국관리법중개정법률안에 대한 의견(2004.10.8.)

출입국관리법중개정법률안의 내용 중 보호외국인에 대한 기본권의 제한은 불가피한 경우에 한하여 최소한도로 이루어 질 수 있도록 개선 보완이 필요하다고 판단하여 의견을 표명한 사례

【결정요지】

[1] 출입국관리법중개정법률안 제57조는 보호외국인의 기본권 존중과 차별금지 원칙을 신설하면서 외국인보호실 또는 외국인보호소의 안전과 질서유지 및 다른 피보호자의 안전과 위생에 지장이 없는 범위 안에서 이를 존중한다는 포괄적인 제한조항을 규정하여 피보호자의 기본권이 부당하게 제한될 우려가 있으므로 포괄적인 기본권 제한사유를 삭제하고 보호외국인의 기본권존중과 차별금지 원칙만을 명시할 필요가 있음.

[2] 개정법률안 제57조의2는 보호외국인에 대한 강제력 행사의 법적 근거를 마련하기 위하여 신설된 조항이나 보호외국인에 대한 강제력 행사 요건과 종류 등을 폭넓게 규정하여 보호외국인의 기본권이 과도하게 제한될 소지가 크므로 보호외국인에 대하여 강제력의 행사가 남용되지 않도록 계구 등 그 사용요건 및 방법과 종류를 명확히 하고, 계구 사용 절차를 강화하는 등 전면적인 개선이 필요함.

[3] 개정법률안 제57조의3은 출입국관리공무원이 외국인 보호실 또는 외국인보호소 안의 안전과 질서유지를 위해 필요한 경우 피보호자의 신체, 의류 및 휴대품을 검사할 수 있도록 한 규정은 피보호자에 대한 보호실 또는 보호소의 보호과정 뿐만 아니라 일상 중에도 신체, 의류 및 휴대품 검사가 광범위하게 실시하도록 허용하고 있어 인격권 및 프라이버시권을 침해할 우려가 있으am로 보호 또는 퇴소과정과 생활과정 중의 검사를 분리하여 일상적인 검사에 대하여는 특히 그 요건을 보다 구체화하고 최소한도의 범위 내에서 정당한 방식으로 이루어 질 수 있도록 개선되어야 함.

[4] 개정법률안 제57조의4의 보호외국인의 면회, 서신왕래, 전화통화에 대

한 규정은 면회나 서신수발, 전화통화 등의 방식을 통한 타인과의 접촉과 소통의 욕구는 인간의 기본적 권리로서 보장되어야 하며 그 제한이 최소한도로 이루어져야 함에도 외국인보호실 또는 외국인보호소 안의 안전과 질서유지라는 행정상의 목적이나 피보호자의 안정, 건강, 위생을 위하여 이를 제한할 수 있도록 하여 기본권을 제한할 수 있는 여건을 광범위하게 인정함으로써 보호외국인의 면회 등의 권리가 형해화될 수 있어 개선이 요구됨.

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조, 제17조, 제18조, 제37조 제2항, 세계인권선언 제1조 및 제5조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조 제1항

【주 문】 보호외국인에 대한 기본권의 제한 역시 불가피한 경우에 한하여 최소한도로 이루어질 수 있도록 출입국관리법중개정법률안의 개선 및 보완이 필요하다고 판단되므로 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 아래와 같이 의견을 표명한다.

1. 출입국관리법중개정법률안 제57조는 포괄적인 제한사유를 삭제하고 '보호되어 있는 자의 기본권은 최대한으로 존중되어야 하며, 국적·성별·종교 또는 사회적 신분 등에 의한 차별은 금지된다'는 내용으로 수정하여 보호외국인의 기본권최대보장의 원칙이 분명히 명시되어야 할 것이다.
2. 출입국관리법중개정법률안의 제57조의2와 관련하여 보호외국인에 대한 강제력의 행사가 남용되지 않도록 계구 등 그 사용요건 및 방법과 종류를 명확히 하여 필요 최소한도로 제한하고, 계구사용결정권을 소장에게 두도록 하여야 할 것이다.
3. 출입국관리법중개정법률안 제57조의3의 내용은 피보호자의 신체 및 휴대품 검사 등이 안전과 질서유지를 해할 수 있다는 합리적인 의심이 들 경우에 피보호자의 명예

나 수치심을 침해하지 않는 범위 내에서 최소한도로 이루어질 수 있도록 그 요건과 방식이 구체적으로 보완되어야 할 것이다.

4. 출입국관리법개정법률안 제57조의4의 내용은 보호외국인의 보다 자유로운 면회, 서신왕래, 전화통화를 보장하고 그 횟수와 시간이 일과시간 내에서 최대한 이루어질 수 있도록 개선되어야 할 것이다.

【이　　유】

Ⅰ. 검토배경

1. 2004. 6. 22. 법무부는 보호외국인에 대한 인권존중 및 계호업무에 관한 사항의 신설 등을 주요골자로 한 출입국관리법의 개정법률안에 대하여 위원회의 의견을 조회하였다.

2. 한편, 위원회에서는 2004. 8. 4. 출입국관리법 제52조 및 제63조의 외국인 보호 규정이 모호하여 보호외국인의 기본권이 과도하게 침해되고 있으므로 개선이 필요하다는 취지의 진정이 제기되어 동 진정사건이 차별조사국에서 인권정책국으로 이첩된 바 있다.

3. 출입국관리법중개정법률안은 보호외국인에 대한 강제력의 행사 등 외국인 인권과 관련된 주요한 규정을 포함하고 있어 대한민국 영역 안에 있는 외국인의 인권보호와 향상에 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. 또한 국가인권위원회법은 대한민국 국민과 대한민국의 영역 안에 있는 외국인에 대하여 적용된다.

2. 따라서 본 개정법률안에 대한 보호외국인의 인권침해 가능성 여부를 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 제12조의 신체의 자유, 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 제18조 통신의 자유, 제37조 제2항의 기본권 제한 등과 세계인권선언 제1조의 인간존엄성과 제5조의 비인간적이거나 모멸적인 대우 또는 처벌금지, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제10조 제1항의 자유를 박탈당한 사람에 대한 인도적 대우 등 헌법과 국제인권기준에 의거하여 판단하였다.

Ⅲ. 판 단

1. 보호외국인의 법적 지위

출입국관리법에 의하면, 외국인 보호소나 보호실에서 보호중인 외국인은 출입국관리법 위반사실이 확정되지 않았거나 행정처분인 강제퇴거의 대상이며, 도주 또는 도주할 염려가 있는 경우에 법관이 발부한 영장이 아닌 출입국관리사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장이 발부한 보호명령서에 의해 일정한 지배 하에 '보호'되고 있는 자이다.

피보호자의 법적 지위에 근거할 때, 보호외국인이 행형법 상의 수형자나 미결수용자보다 기본권을 더 제한받을 합리적 이유가 없으며, 보호외국인의 기본적 인권은 최대한 보장하되 그 권리를 제한하기 위해서는 법률의 명확한 규정과 내용의 적정성이 요구된다.

2. 출입국관리법중개정법률안 제57조 : 보호외국인의 기본적 인권 존중

출입국관리법중개정법률안 제57조는 보호외국인의 차별금지와 외국인보호실 또는 외국인보호소의 안전과 질서유지 및 다른 피보호자의 안전과 위생에 지장이 없는 범위 안에서의 기본권 존중원칙을 신설하고 있다.

그러나 본 개정안처럼 질서유지와 안전 등에 지장이 없는 범위 내에서

피보호자의 기본권이 존중된다고 할 때, '외국인 보호실이나 보호소의 안전과 질서유지, 다른 피보호자의 안전과 위생'이라는 포괄적인 조건이 자의적으로 해석 될 여지가 많아 피보호자의 기본권이 부당하게 제한될 우려가 있다.

특히 구금시설의 수형자나 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정하고 있는 행형법의 경우 기본적 인권존중에 관한 조항에서 '행형법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미결수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야 하고 차별은 금지된다'고 규정하여 수형자 또는 미결수용자의 기본적 인권존중과 차별금지에 어떠한 제한이나 조건을 두고 있지 않다.

따라서 출입국관리법중개정법률안 제57조는 기본적 인권존중의 이념을 선언하는 규정이라는 측면에서 포괄적인 제한사유를 삭제하고 보호외국인의 기본권존중과 차별금지 원칙만을 명시하는 것이 법률의 개정취지에 부합하는 것으로 판단된다.

3. 출입국관리법중개정법률안 제57조의2 : 출입국관리공무원의 강제력의 행사

본 조는 보호외국인에 대한 강제력 행사의 법적 근거를 마련하기 위하여 신설된 조항으로, 보호외국인에 대한 강제력 행사를 필요최소한에 그치도록 한다는 단서조항에도 불구하고 강제력을 행사할 수 있는 요건과 종류 등을 폭넓게 규정함으로써 보호외국인의 기본권을 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항에 반할 우려가 크다.

가. 강제력 사용 범위와 종류

보호외국인에 대하여 강제력을 사용할 수 있는 경우는 자살 또는 자해행위를 하려고 하는 때, 다른 사람에게 위해를 가하거나 가하려고 하는 때, 도주하거나 하려고 하는 때, 출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 이유 없이 거부하거나 방해하는 때, 그 밖에 외국인보호실・외국인보호소 및 피보호자의 안전과 질서를 현저히 해치는 행위를 하거나 하려고 하는 때로서 그 범위가 매우 포괄적이어서 자의적인 해석이 가능하다.

특히 제4호 '출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 이유없이 거부하거나 방해하는 때'와 제5호 '그 밖에 외국인보호실・외국인보호소 및 피보호

자의 안전과 질서를 현저히 해치는 행위를 하거나 하려고 하는 때'는 구체성이 결여되어 상황에 따라 출입국관리해당공무원이 보호외국인의 행위에 대하여 강제력행사 여부를 임의적으로 해석할 수 있거나, 다른 적절한 수단을 강구하기보다 강제력 행사를 남용할 소지가 있다.

행형법에서 제14조의2는 교도관이 수용자에 대하여 강제력을 행사할 수 있는 경우를 자살을 하려고 하거나 또는 자해행위를 하거나 하려고 하는 때, 다른 사람에게 위해를 가하거나 가하려고 하는 때, 도주하거나 하려고 하는 때, 기타 교도관 및 수용자의 안전과 수용질서를 현저히 해치는 행위를 하거나 하려고 하는 때로 규정하고 있어 강제력의 사용이 본 조항보다 오히려 제한적이다.

예시적 입법에 있어서 구성요건의 일반 조항이 지나치게 포괄적이어서 해당공무원의 재량이 광범위하게 인정되어 자의적으로 그 적용범위를 확정할 가능성이 있는 경우라면 이는 법정주의의 원칙에도 부합한다고 보기 어렵다.

따라서 본 조항은 보충성과 비례성의 원칙에 의거하여 법정주의 원칙에 부합하도록 강제력 사용범위를 제한하는 내용으로 조정되어야 한다.

또한 신체적인 유형력 외에 보호외국인을 제압하기 위하여 사용하는 보안장구인 경찰봉, 가스분사용총, 전자충격기 등의 사용은 사회적인 통념상 피보호자의 집단도주와 같은 돌발적 상황 이외의 요건에 대하여 수단의 적절성을 인정하기 어렵다.

나. 계구사용

1) 계구사용 요건과 한계

제4항은 시설의 안전과 질서유지나 호송 시 필요한 경우에 계구를 사용할 수 있다고 하여 계구사용의 요건을 폭넓게 규정하고 있다. 계구의 사용은 보호외국인에 대한 중대한 신체적 제한을 가하는 것이어서 아주 불가피한 경우를 제외하고 그 사용에 신중함을 기해야 함에도 계구사용 요건을 포괄적으로 규정한 것은 명확성의 원칙에 반하며 외국인 보호소나 보호실 설립의 입법취지에 부합된다고 보기 어렵다.

특히 출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 이유없이 거부하거나 방해하는 때에 계구를 사용할 수 있도록 규정한 것은 계구를 징벌의 수단으로 사용할 가능성을 열어놓게 됨으로써 적절하지 않다.

이에 비해 행형법은 제14조에서 계구를 수용자의 도주・폭행・소요 또는 자살의 방지와 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 필요한 경우에 사용할 수 있다고 규정함으로써 계구사용에 대한 보다 구체적인 제한을 제시하고 있다.

위와 같이 본 조항이 명백하고 현존하는 위험이 없이도 외국인보호시설의 질서유지와 강제퇴거를 위한 호송 시에 계구를 사용할 수 있도록 규정하고 있는 것은 기본권 제한에 있어 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 부합한다고 보기 어렵다.

수형자에 대한 계구사용에 대한 연구들은 대체로 계구사용이 수용자의 육체적 정신적 건강을 크게 해치기 때문에 엄격한 요건 하에서 신중하게 이루어져야 함을 강조하고 있다. 따라서 계구의 사용은 다른 방법으로는 목적을 달성할 수 없는 경우에만 인정되어야 하며 침해를 최소화 하는 수단이어야 하고 예상되는 침해와 기대되는 효과가 균형을 이룰 때에 비로소 정당화 될 수 있는 것이다.

유엔의 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 제33조에 의하면 계구를 사용하는데 있어서 호송중 도주를 방지하기 위한 때, 의료상의 이유에 의하여 의사의 지시를 받은 때, 피구금자가 자기 또는 타인에게 침해를 가하거나 재산에 손해를 주는 것을 다른 수단으로 방지할 수 없는 때 소장이 명령하는 경우로 한정하고 있으며, 제34조는 계구사용은 필요한 시간을 초과해서 사용해서는 안된다고 규정하고 있다.

수형자의 신분도 아닌 피보호자로서의 보호외국인에 대하여 신체적 자유에 대한 심대한 제한인 계구를 사용해야 할 당위성이 인정되지 않으나, 피보호자의 생명과 안전을 위해 다른 방법을 강구할 수 없어 계구 사용이 불가피하다면, 그 사용방법, 결정책임자 등의 요건을 엄격히 강화하여 제한적으로 사용하도록 해야 할 것이다.

2) 계구의 종류와 사용절차

계구의 종류도 행형법에서 규정하고 있는 외에 가죽재갈이나 구속복까지 허용하고 있어 피보호인의 보호와 안전이라는 목적에 비해 수단의 적정성이 의문시 된다.

특히 행형법은 계구의 종류별 사용요건을 대통령령에서 규정하고 그 사용방법 등에 대하여는 법무부장관이 정하도록 하여, 그 사용에 대한 제한규정을 두고 있으나 출입국관리법개정법률안에서는 이와 관련한 구체적 규

정에 대한 언급이 없어 보호외국인에 대한 인권침해가 더욱 우려된다.

또한 계구사용 절차와 관련하여 본 조 제5항은 출입국관리공무원이 계구를 사용한 후 이를 소장에게 보고하도록 하고 있어, 계구사용의 타당성에 대한 판단을 전적으로 출입국관리공무원에게 부여함으로써 임의적 사용 가능성은 더욱 크다 할 것이다.

반면 행형법시행령 제47조는 계구는 당해 소장의 명령 없이 사용하지 못하고 긴급을 요하는 때에는 사용 후 즉시 소장에게 보고하도록 규정하여 계구 사용에 대한 제한을 출입국관리법보다 엄격하게 제한하고 있다.

계구 사용의 판단을 전적으로 출입국공무원이 결정하도록 하고 계구사용 요건을 불명확하게 규정하여 보호 외국인의 예측가능성을 해하며 공무원의 자의에 의하여 사용될 수 있다면 입법이 적당하다 할 수 없고 이는 헌법 제12조 제1항 및 제3항에 반한다 할 것이다.

따라서 계구사용과 관련한 출입국관리법중개정법률안 제57조의 2 제4항과 제5항은 위와 같은 내용을 반영하여 전면적으로 개정되어야 한다.

4. 출입국관리법중개정법률안 제57조의3 : 신체 등의 검사

출입국관리법중개정법률안 제57조의3은 출입국관리공무원이 외국인 보호실 또는 외국인보호소 안의 안전과 질서유지를 위해 필요한 경우 피보호자의 신체, 의류 및 휴대품을 검사할 수 있다고 규정하여 피보호자에 대한 보호실 또는 보호소의 보호과정 뿐만 아니라 일상 중에도 신체, 의류 및 휴대품 검사가 광범위하게 이루어질 가능성이 크다.

신체, 의류, 휴대품은 개인의 프라이버시에 관한 사항으로 안전과 질서유지를 위하여 필요할 경우 무제한적으로 허용될 것이 아니라 최소한도의 범위 내에서 피보호자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 행해져야 한다. 특별히 신체에 대한 검사는 다른 방법으로는 은닉한 물건을 찾아내기 어렵다고 볼 만한 사유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 하며, 검사를 행하는 방식에 대하여도 구체적으로 규정되어야 할 것이다.

그럼에도 이미 보호과정에서 신체 및 휴대품 검사 등을 마친 보호외국인에 대하여 일상생활 중에까지 보호실 또는 보호소 안의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에 신체, 의류 및 휴대품을 검사할 수 있다고 포괄적으

로 규정할 경우, 신체검사 등으로 인한 인권침해 논란이 제기될 가능성이 매우 농후하다.

외국인보호규칙 제30조에 의하면 면회는 면회실 안에서 담당공무원이 지켜보는 가운데 하여야 한다고 규정하고 있어 시설 내에 일단 입소한 후에는 신체 또는 휴대품 검사를 실시해야 할 필요성이 매우 줄어든다.

위와 같은 점에 비추어 본 조항은 보호외국인의 신체나 휴대품 검사를 폭넓게 허용함으로써 인격권 및 프라이버시권을 침해할 우려가 크므로 보호 또는 퇴소과정과 생활과정 중의 검사를 분리하여 일상적인 검사에 대하여는 특히 그 요건을 보다 구체화하고 최소한도의 범위 내에서 정당한 방식으로 이루어질 수 있도록 개선되어야 한다.

5. 출입국관리법개정법률안 제57조의 4 : 보호외국인의 면회 등

출입국관리법개정법률안 제57조의4는 보호외국인의 면회, 서신왕래, 전화통화는 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장의 허가사항으로 하되, 외국인 보호실 또는 외국인보호소 안의 안전과 질서유지, 피보호자의 안전・건강・위생을 위하여 부득이 하다고 인정되는 경우에 제한할 수 있도록 규정하고 있다.

면회나 서신수발, 전화통화 등의 방식을 통한 타인과의 접촉과 소통의 욕구는 인간의 기본적 권리로서 보장되어야 하며 그 제한이 최소한도로 이루어져야 함에도 외국인보호실 또는 외국인보호소 안의 안전과 질서유지라는 행정상의 목적이나 피보호자의 안정, 건강, 위생을 위하여 이를 제한할 수 있도록 하여 기본권을 제한할 수 있는 여건을 광범위하게 인정함으로써 보호외국인의 면회 등의 권리가 형해화될 위험이 존재한다.

따라서 면회, 서신왕래, 전화통화 등은 허가사항으로 하면서 광범위한 제한이 가능하도록 규정하기보다는 헌법상 기본권으로 인정된 취지를 살려 폭넓게 인정해야 하며, 그 시간도 일과시간 내에서 최대한 보장될 수 있도록 하되 불가피한 경우 엄격한 요건아래서만 그 제한이 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

Ⅳ. 결 론

따라서 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 결정한다.

2004. 10. 8.

국가인권위원회 상임위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 최영애

3. 기타 차별 시정

- 나이, 병력, 사회적 신분 등

1 국·공립사범대학 졸업자 중 병역의무 이행으로 인해 교원으로 미임용된 자에 대한 구제권고(2003.9.25.)

1990년 10월 8일 헌법재판소의 구교육공무원법 제11조제1항 위헌결정 당시 이미 교사임용후보자명부에 등재되어 있던 국공립사범대학 졸업자 중 병역의무 이행으로 불이익을 받아 교원으로 미임용된 자들에 대하여 조속히 구제조치 방안을 마련하여 시행하도록 교육인적자원부 장관에게 권고한 사례

【결정요지】

교육인적자원부장관은 1990년 10월 8일 헌법재판소의 구교육공무원법 제11조제1항 위헌결정 당시 이미 교사임용후보자명부에 등재되어 있던 국공립사범대학 졸업자 중 병역의무 이행으로 불이익을 받아 교원으로 미임용된 자들에 대한 구제조치 방안을 마련하여 시행 할 것과 이들에게 교사로서의 전문성을 함양하여 질 좋은 교육활동을 할 수 있도록 일정기간 재교육 기회를 부여하여 헌법 제31조제1항에 규정한 학생들의 수업권이 침해당하지 않도록 조치할 것과 이러한 구제조치들이 현재 교육공무원임용후보자선정경쟁시험을 준비하고 있는 수험생들에게 피해가 가지 않도록 조치하도록 권고함.

【주 문】 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조 제1항에 의거 교육인적자원부장관에게 다음과 같이 권고하기로 의결한다.

1. 교육인적자원부장관은 헌법 제39조제2항 “누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처분을 받지 아니한

다."라는 헌법정신에 따라서, 1990년 10월 8일 헌법재판소의 구교육공무원법 제11조제1항 위헌 결정 당시 이미 교사임용후보자명부에 등재되어 있던 국공립사범대학 졸업자 중 병역의무 이행으로 불이익을 받아 교원으로 미임용된 자들에 대하여 조속히 구제조치 방안을 마련하여 시행할 것

2. 또한, 이들에게 교사로서의 전문성을 함양하여 질 좋은 교육활동을 할 수 있도록 일정기간 재교육 기회를 부여하여 헌법 제31조제1항에 규정한 학생들의 수업권이 침해당하지 않도록 조치할 것
3. 이러한 구제조치들이 현재 교육공무원임용후보자선정경쟁시험을 준비하고 있는 수험생들에게 피해가 가지 않도록 조치할 것 등을,

각 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. 1990년 10월 8일 헌법재판소는 국공립사범대학 출신자를 교사로 우선 임용하도록 규정한 교육공무원법 제11조제1항이 국민의 평등권 및 직업선택의 자유를 보장한 헌법 제11조제1항 및 제15조에 위반된다는 결정(1990.10.8 89헌마89, 전원재판부)을 함에 따라 당시 문교부는 1990년 12월 31일 "교사의 신규 채용은 공개전형에 의한다."는 내용으로 동 법 제11조제1항을 개정(법률 제4304호) 하였다.

2. 헌법재판소의 상기 위헌결정 이전 이미 교원 임용에 따른 행정적 절차(교원연수 수료, 교사후보자명부 등재, 면접시험 실시 등)를 마치고 발령만을 기다리던 국공립사범대학 졸업자 중

가. 재학 중 군복무로 졸업이 늦어져 결과적으로 교원후보자명부에 후순위로 등재되어 교원임용을 받지 못한 자

나. 당시 문교부가 기득권 보호를 위하여 3년간(91년~93년) 경과규정을 둔 바 있으나 군복무로 인하여 기회를 전혀 제공받지 못하였거나 제한적으로 받은 자

다. 군 복무 기간 중 해당교육청으로부터 “배정지변경신청” 통지를 받지 못한 자 등이 있다.

3. 이들은 이와 같이 교원임용 제도가 변경되는 과정에서 병역 의무 이행으로 인해 교사임용에 차별과 불이익을 받았으므로 헌법 제39조제2항에 반한다는 이유로 2003.3.14 우리 위원회에 진정을 접수하였다.

4. 이에 따라 우리 위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항에 의거 본 사건을 검토하게 되었다.

Ⅱ. 사실관계

1. 대상자

가. 진정을 제기한 「전국교원임용후보명부등재군복무피해미발령교사원상회복추진위원회(이하 ‘군미추’라 한다)」는 1990년 10월 8일 헌법재판소의 구교육공무원법 제11조제1항 위헌판결 이전 이미 ▲ 국립사범대학교를 졸업하고 ▲교원후보자명부에 등재되어 학교배정을 기다리던 중 상기 위헌판결로 인해 당시 문교부가 교원임용 제도를 변경하는 과정에서 ▲ 군 복무로 인하여 불이익을 받아 교원으로 임용되지 못하였다고 주장하며 원상회복을 요구하는 단체(2002. 8. 25 결성)이다.

나. 이 단체는 현재 65명으로 구성되어 있으며 교육인적자원부는 이와 같은 대상자가 924명 정도에 이르는 것으로 파악하고 있다.

2. 불이익을 받은 사례

가. 재학중 군 입대로 인해 졸업이 늦어져 결과적으로 임용후보자명부에

늦게 등재되어 불이익을 받은 경우 즉, 국방의무에서 자유로웠던 여자동기, 군 면제자, 심지어 후배까지 교사로 임용되었음에도 불구하고 군복무로 인한 3년여의 공백기간으로 졸업이 늦어져 임용후보자명부에 후순위로 등재되어 교원으로 임용되지 못한 경우

나. 당시 문교부가 시행한「국립사범계대학 출신 군 복무자의 전형상 특례조치(1990.12.24)」의 기준은 헌법 제39조제2항이 규정한 "병역의무 이행으로 인한 불이익 처우를 받지 아니한다."라는 헌법정신에 따라 취해졌지만 구제대상을 임용순위 경과자로 한정함으로써 차별적인 대우를 받은 경우

다. 1990년 헌법재판소의 상기 위헌판결 이후 당시 문교부가 교육공무원법 개정시 기득권 보호를 위하여 교육공무원법 부칙에 경과규정을 둔 바 있으나, 경과기간 중(91년~93년) 군 복무로 인하여 경과 규정의 혜택을 제공받지 못하였거나 제한적으로 받은 경우

라. 군 복무 기간 중 해당교육청으로부터 "배정지변경신청" 통지를 받지 못한 경우 등 교사임용에 있어 불이익을 받은 사례가 있었다.

Ⅲ. 검토의견

1. 검토기준

가. 헌법

(1) 제10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장) 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 가치를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

(2) 제11조(평등권, 특수계급제도의 불인, 영전의 효력 등) ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

(3) 제13조(형벌불소급 등) ②모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 않는다.

(4) 제25조(공무담임권) 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.

(5) 제39조(국방의 의무)②누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

나.「시민적·정치적권리에관한국제규약」

(1) 제2조 1. 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토내에 있으며, 그 관할권하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.

(2) 제26조 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

2. 검토결과

가. 군미추의 경우가 헌법 제39조제2항에 적용되는지 여부

(1) 병역의무의 이행은 국민의 기본의무이지만 실제로 병역의무를 이행하는 자의 범위는 그다지 넓지 않은 것도 사실이며 여성의 경우는 의무자체가 부여되지 않고 있으며 따라서 기본의무임에도 불구하고 병역의무를 이행한 자에게 합리적인 범위 내에서 혜택을 부여(제대군인의 경우 3세의 범위 안에서 응시상한 연령을 연장)하는 것이 정당화될 수 있으며 또한, 헌법 제39조제2항은 병역의무의 이행으로 인한 불이익 처분 금지조항으로서 불이익을 당하지 않을 권리 조항(예, 변호사법 제10조제2항 위헌심판, 1989.11.20, 89헌가102)이기도 하다.

(2) 군미추 구성원들은 헌법재판소의 구 교육공무원법 제11조제1항에 대한 위헌판결(1990.10.8) 이전 국·공립사범대학을 졸업하고 교사임용후보자명부에 등재되어 학교 배정을 기다리고 있었던 자로서 이미 교육공무원 임용청구권(일종의 공무담임권)이라는 하나의 권리를 취득하고 있었다. 비

록 이것이 확정적 청구권이라 하지 않더라도, 그들은 최소한 보호받을 가치가 있는 교육공무원 임용 기대권을 가지고 있었다.

(3) 1999년 공무원 채용시험에 있어서 제대군인에 대한 군 가산점 부여조항이 위헌판결(1999.12.23, 98헌마363 전원재판부)을 받았음에도 불구하고 임용후보자 명부에 등재되어 있던 자는 전원 임용된 사례가 있었다.

(4) 뿐만 아니라, 1990.10.8. 헌법재판소의 교육공무원법 제11조제1항의 위헌결정에 따라 당시 문교부는 경과규정, 군복무자 특별 전형 등을 두어 임용기대권을 보호하기 위한 조치를 취한 바 있으나 동일한 요건을 갖춘 모든 자에게 동일한 기회가 부여되지 않음으로써 또 다른 차별을 야기하였다.

또한, 위헌결정 이전 동일한 입시제도·정책하에 입학하여 이미 교사로 임용된 바 있는 국공립사범대학 졸업자들과 비교하면 군미추 구성원들이 불평등한 대우를 받았다고 아니할 수 없을 것이다.

(5) 따라서, 군미추 구성원들이 여성 또는 군 면제자와 같이 병역의무를 부과 받지 않았더라면, 그들의 권리가 박탈되거나 열악해지는 상황은 초래되지 않았을 것이며 그런 점에서 그들이 교원으로 임용 받지 못한 것이 헌법 제39조제2항 병역의무 이행으로 인한 불이익 처우를 받지 않을 권리를 침해한 것이라는 군미추의 주장이 정당하지 않다라는 사유를 찾을 수 없다.

나. 헌법재판소의 국공립사범대 출신자 우선임용 위헌 판결에 따른 당시 문교부의 조치(전형상의 특례조치, 경과규정에 대한 조치 등)가 진정인의 기본권을 침해한 것인지 여부

(1) 1990.12.24 당시 문교부가 시행한 「국립사범계대학 출신 군 복무자의 전형상 특례조치」에 대하여 검토해 보면,

이러한 특례조치의 법적근거는 교육공무원법이나 이와 관련된 조항이 아닌 헌법 제39조제2항이 규정한 '병역의무 이행으로 인한 불이익 처우를 받지 아니한다'라는 헌법정신에 따라 취해졌지만 같은 시기 교사임용후보자 명부에 등재된 모든 군 복무자에게 동일한 기회를 제공하지 아니하고 구제대상을 임용순위 경과자로 한정하였으며,

또한, 임용순위 경과자의 기준을 헌법재판소의 위헌판결로 인해 당시 문교부가 이미 효력을 상실하였다고 주장한 교사임용후보자명부 순위를 기준으로 한 것은 논리적으로도 모순되며, 당시 문교부의 이러한 조치로 인해 군미추 문제가 발생되었다고 아니할 수 없다.

따라서, 군 복무로 인해 임용후보자명부에 늦게 등재된 국립사범계대학 졸업생들에게 교원임용에 차별적인 결과를 초래한 당시 문교부의 조치는 헌법 제11조와「시민적·정치적권리에관한국제규약」제2조 및 제26조에 명시된 평등권을 침해하는 것으로서 그 정당성을 찾을 수 없다 할 것이다.

(2) 1991년부터 3년간 시행한 경과규정에 따른 조치에 대하여 검토해 보면

당시 문교부는 교사임용후보자명부에 등재된 국립사범계 대학 졸업자들에 대한 임용기대권을 보호하기 위하여 1990.12.31 교육공무원법 개정(법률 제4304호)시 부칙에 경과규정을 두어 이들을 구제할 법적인 근거를 마련하였다.

하지만, 그 기간을 1993년까지로 한정함으로써 경과기간 중 군 복무로 인해 응시기회를 부여받지 못하였거나 제한받게 한 결과를 초래하였으며 이는 동일한 조건을 갖춘 모든 이에게 동일한 기회를 부여하지 아니한 불완전한 경과조치로서 이 또한 차별행위를 야기한 것이라 아니할 수 없다.

(3) 군복무 중인 자에게 "배정지변경신청" 미통지에 대하여 검토해 보면

1989년 전라북도 교육청에서 경기도 교육청 등 타 시·도 교육청의 요청에 따라 배정지 변경신청을 하면서 군 복무 중인자를 제외한 나머지 임용대기자들에게만 안내문을 발송한 것은 동일한 요건을 갖춘 모든 자에게 동일한 기회를 부여하지 아니함으로써 군 복무중인 자에게 불이익한 처분을 한 것으로써, 군 복무중인 자를 달리 취급하여야 할 하등의 이유가 없다고 하겠다.

Ⅳ. 결론

1. 이상에서 살펴 본 바와 같이, 본 사안은 헌법재판소의 국공립사범대학 출신자를 국공립교사로 우선 임용하도록 규정한 구 교육공무원법 제11조제1항이 국민의 평등권 및 직업선택의 자유를 보장한 헌법 제11조제1항 및 제15조에 위반된다는 결정에 따라 교원임용 제도와 정책을 변경하는 과정에서 발생하였다.

2. 하지만, 새로운 입법에 있어서 입법권자의 입법형성권을 존중하더라도 동일한 요건을 갖춘 모든 자에게 동일한 기회를 부여하지 않음으로써 국가가 평등을 보장하기 위하여 군미추 구성원들에게 또 다른 차별을 야기한

측면이 있다고 아니할 수 없다.

3. 만약, '군미추' 구성원들이 여성 또는 군 면제자와 같이 병역의무를 부과받지 않았거나 그들과 같은 동일한 기회를 부여 받았더라면 교원임용에 차별을 받지 않았을 것이다.

4. 더욱이, 군 복무중인 자는 자유의사결정이 제한될 수 밖에 없는 특수한 상황에서 새로운 법률이나 제도로 인하여 중대한 신분상의 불이익이 발생할 경우 국가는 헌법 제39조제2항에 따라 이들을 적극적으로 보호해 주어야 할 의무가 있다고 할 것이다.

5. 결론적으로, 1990년 헌법재판소의 교육공무원법 제11조제1항 위헌 판결로 교육인적자원부(당시 문교부)가 교원임용 제도와 정책을 변경할 당시 병역의무 이행자 또는 이행중인 자에 대한 정책적 착오로 인해 이들이 교원임용에 불이익을 받는 결과를 초래하였으며, 따라서 이들의 교원 미임용에 대한 책임이 교육인적자원부에게 없다고 아니 할 수 없으므로 헌법 제39조 제2항 '병역의무 이행으로 인한 불이익 처분금지' 규정에 입각하여, 국가는 이들에 대하여 조속히 구제조치를 강구하여야 할 것이다.

6. 하지만, 현실적인 측면을 고려해 볼 때, 이들이 사범대학을 졸업하고 10여년 이상의 공백으로 인해 새로운 교육과정 적응에 어려움이 있어 학생들의 학습권이 침해받을 소지가 없다고 할 수 없으므로 교사로서의 전문성 함양을 위한 재교육 기회를 제공하는 것이 바람직할 것이다.

7. 또한, 이들에 대한 구제조치로 인하여 현재 교사시험을 준비하고 있는 수험생들에게 피해가 발생되지 않도록 이에 대한 고려도 필요할 것이다.

따라서 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조제1호 및 제25조제1항의 규정에 따라 주문과 같이 권고한다.

2003. 9. 25.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

2 B형간염바이러스 보균자 차별시정을 위한 공무원채용 신체검사규정 개정 권고(2003.10.22.)

공무원채용신체검사규정 제3조의2에 근거한 <채용신체검사서>에 간염검사를 명시하고 간염예방접종 필요여부를 표시하도록 한 것은 B형간염바이러스 보균자에 대하여 평등권 및 직업선택의 자유를 침해할 우려가 있으므로 본조 서식에서 간염검사 항목과 간염예방접종 필요여부 항목을 삭제할 것을 권고한 사례

【결정요지】

공무원채용신체검사규정에 따른 B형 간염검사는 업무 적합성 판정과 무관한 것으로 동규정 제1조에서 제시하고 있는 '직무를 담당할 수 있는 신체상의 능력판정'이라는 목적에 부합하지 않고, 간염보균 여부에 대한 정보가 공무원 업무를 수행하는 데에 반드시 필요한 합리적인 것이라 할 수 없으므로 병력을 이유로 한 평등권 침해의 차별 소지가 있고, 설령 B형 간염을 앓고 있다 하더라도 우리나라에 흔한 알코올성간염, C형 간염 등 여러 간질환자 중 B형 간염 바이러스 감염여부만 검사할 경우 차별을 야기할 수 있으며 채용 이후 일상적인 직장생활에서 비합리적인 차별을 야기하고 할 수 있으므로 공무원 채용 신체검사에서 B형 간염바이러스 보균자에 대한 직접적인 불이익을 주지 않더라도 민간영역에 대하여 커다란 영향력을 발휘하고 있다는 점을 감안하여 본공무원채용신체검사 서식에서 간염 검사 항목과 간염예방 접종 필요여부 항목을 삭제할 것을 권고함.

【주 문】 행정자치부 장관에게

공무원채용신체검사규정 제3조의2에 근거한 <채용신체검사서>에 간염검사를 명시하고 간염예방접종 필요여부에 대한 표시를 하도록 한 것은 B형간염바이러스 보균자에 대하여 헌법 제11조 평등권 및 제15조 직업선택의 자유를 침해할 우려가 있으므로 본조 서식에서 '간염검사' 항목과 '간염

예방접종 필요여부' 항목을 삭제할 것을 권고한다.
이 권고는 공무원채용신체검사제도에 대한 일차적인 권고로서 국가인권위원회는 채용신체검사제도에 대한 보다 면밀한 검토를 실시하여 국민의 기본권을 제한할 소지가 있다고 판단되는 사안이 있을 경우 후속 권고를 실시할 것이다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

1. B형간염바이러스 보균자 차별에 대한 진정사건

국가인권위원회가 설립된 이후 B형간염바이러스 보균자에 대한 차별 진정은 총 12건(2003년 9월 기준)으로 진정의 주요 내용이 고용에서의 차별인 것으로 나타났다. 이는 B형간염바이러스 보균자가 생활상의 다양한 차별을 받고 있지만, 주로 고용분야에서 차별을 받고 있음을 보여준다.

진정사건에 나타난 B형간염바이러스 보균자에 대한 차별은 모집에서 해고에 이르는 고용단계 중에서도 채용과정에서 주로 발생한 것으로 드러나, 채용시 건강진단이 차별의 주요 촉발요인이 되고 있음을 알 수 있다.

2. B형간염바이러스 보균자 차별에 대한 실태조사

국가인권위원회가 2002년에 전문연구기관에 의뢰해 B형간염바이러스 보균자에 대한 고용차별 실태조사를 한 결과, B형간염바이러스 보균자에 대한 고용차별은 1차 선발 후 채용시 건강진단 과정에서 주로 발생하는 것으로 나타났다. 또한 B형간염이 식사나 술자리를 통하여 전염될 가능성이 거의 없음에도 불구하고 B형간염의 감염경로에 대한 일반국민의 인식이 매우 왜곡되어 있는 것으로 나타났으며, 이것이 B형간염바이러스 보균자에 대한 차별을 야기하는 주요인으로 지적되었다.

3. 정책적 검토의 필요성

B형간염바이러스 보균자에 대한 고용차별은 지속적으로 제기되어 온 문제라는 점, 국가인권위원회에도 B형간염바이러스 보균자 고용차별 진정이 계속 접수되고 있다는 점, B형간염에 대한 일반국민의 인식이 왜곡되어 있다는 점에 주목할 때, 근원적인 차별시정을 위하여 B형간염바이러스 보균자에 대한 차별 문제를 정책적인 측면에서 검토할 필요가 있다.

또한 많은 민간기업이 채용신체검사를 실시함에 있어 관행적으로 공무원 채용신체검사제도를 준거틀로 삼고 있다는 점을 고려할 때, 비록 공무원 채용 시의 차별이 크게 문제가 되지 않더라도 그 파급효과를 고려하여 정책검토의 우선대상으로 삼아야 한다.

Ⅱ. 관련 법령

1. 공무원임용령

공무원임용시험령 제10조 제1항은 “공무원을 채용할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의한 신체검사를 하여야 하며, 임용권자는 신체검사합격기준에 미달하는 자를 공무원으로 채용할 수 없다”고 규정하고 있다.

2. 공무원채용신체검사규정

공무원채용신체검사규정 제1조는 “국가공무원을 신규로 채용함에 있어 직무를 담당할 수 있는 신체상의 능력을 판단하기 위하여” 신체검사를 실시한다고 명시하고 있다. 동규정 제3조의2에 의하면 “신체검사를 실시하는 의료기관은 응시하는 직종등을 참작하여 별지서식(붙임1)의 채용신체검사서에 의하여 신체검사를 행하여야” 하며, “특히 필요하다고 인정되는 때에는 정밀검사를 실시할 수 있다.” 그리고 위 별지서식의 채용신체검사서는 간염을 검사항목으로 포함하고 있고 간염예방접종 필요여부를 표시하도록 하고 있다.

3. 전염병예방시행규칙

2000년에 전염병예방시행규칙이 개정되어, B형간염은 동규칙 제1조의5에 근거한 전염병진단기준에서 예방접종으로 예방가능한 제2군 전염병으로 분류되고 있다. 이에 따라 행정자치부는 공무원채용신체검사 업무처리요람(2000)에서 “B형간염바이러스 보유자는 원칙적으로 합격판정” 하도록 지침을 제시한 바 있다.

Ⅲ. 판단의 준거틀

1. 헌법에 보장된 기본권

헌법 제11조 제1항은 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니할 것을 규정하고 있어, 평등권을 국민의 기본적인 권리로 명시하고 있다.

또한 헌법 제15조는 모든 국민에게 직업선택의 자유를 부여하고 있다. 이는 국민 누구든지 자신이 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유를 명시한 것이다. 그리고 헌법 제37조 제2항은 이러한 자유를 제한할 때에라도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 하고 있다.

2. 평등권 침해의 차별행위

국가인권위원회법 제30조는 합리적인 이유없이 특정한 사람에 대하여 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권침해의 차별행위로 규정하고 있다.

3. 합리성 여부에 대한 판단

개인이나 집단이 가지고 있는 특정한 속성을 이유로 그 개인이나 집단에 대하여 불이익한 대우를 하거나 배제할 때 그 행위의 합리성 여부는 차별

의 판단에 있어 핵심적이다. 즉, 모든 차등 대우가 차별로 간주되는 것이 아니라, 합리적인 사유가 있을 때에는 차별로 판단하지 않는다. 이때 합리적인 사유라 함은 특정한 직무나 업무를 수행하는 데 있어 그 개인이 가진 속성이 직무를 수행하는 데에 반드시 필요하다는 것을 입증하는 경우나 특정 소수자집단을 우대하는 적극적인 조치 등을 말한다. 따라서 개인이나 집단의 특정한 속성이 어떤 직무를 수행하기에 반드시 필요한 조건임을 입증하지 못할 경우에는 합리적인 이유가 없다고 판단한다.

Ⅳ. B형간염의 특성

1. B형간염의 전파경로

B형간염은 B형간염바이러스(Hepatitis B Virus)에 의해 발생하는 우리나라 풍토병 중의 하나로서, B형간염의 전파경로는 출생기와 출생기 이후로 나눌 수 있다. 출생기 전파는 바이러스를 가지고 있는 산모가 아이를 출산할 때 산모의 체액이 태아의 상처를 통해 전염되는 경우로서 이를 수직적 전파라 한다.

출생기 이후에는 간염바이러스를 가지고 있는 타인의 체액이 다량 몸속으로 들어오는 경우 감염될 수 있다. 구체적으로는 B형간염바이러스 전염력을 가지고 있는 자와의 성적접촉을 하거나 혈액을 수혈 받았을 때, 사용중 상처를 일으킬 수 있는 도구(면도기, 칫솔 등)나 주사기를 간염보균자와 공동으로 사용하는 경우, 보건의료 인력이 B형간염 환자의 체액이 묻은 바늘이나 칼에 상처를 입었을 경우 등이 있다.

2. B형간염바이러스와 감염과의 관계

B형간염바이러스가 체내에 들어간다 하더라도 모두 감염이 되는 것은 아니다. 신생아 시기에는 간염바이러스에 대한 면역력이 낮아 바이러스가 체내에 들어오면 대개 감염이 된다. 이와 달리 성인이 되면 체내에 바이러스가 들어가더라도 감염이 되지 않는 경우가 많다. 또한 신생아기나 성인기에 체내에 바이러스가 들어간 직후 면역항체(immunoglobulin)를 투여하면 감염을 예방할 수 있는 확률이 높다.

그리고 모든 B형간염바이러스 보균자가 타인에게 전염력을 가지고 있는 것은 아니어서 일부는 B형간염바이러스 항원을 가지고 있어도 다른 사람들에게 전파력을 갖고 있지 않다. 이들은 태아나 성인과 접촉을 하더라도 전염을 일으키지 않는다.

3. B형간염의 일반적인 경과

B형간염바이러스에 감염이 되면 급성 B형간염을 앓게 된다. 대개의 경우 감기와 유사한 전신증상을 동반하지만 입원을 요할 정도가 아닌 가벼운 상태로 본인도 모르는 상태로 급성 B형간염을 앓고 지나간다.

그 이후에는 B형간염바이러스를 체내에 가지고 있으나 간에 염증이 발생하지 않는 상태인 B형간염바이러스 보균자가 되기도 하고, 바이러스가 간에 만성적인 염증을 일으키는 만성 B형간염 환자가 되기도 한다. 만성 B형간염 환자의 일부는 간경변증으로, 간경변증 환자의 일부는 간암으로 발전하는 것으로 알려져 있다.

4. 업무와의 관련성

앞서 언급하였듯이 B형간염바이러스 보균자는 B형간염바이러스를 체내에 가지고 있으면서 간에 염증을 일으키지 않는 상태를 일컫는다. 따라서 노동능력 측면에서 문제가 없기 때문에 이들을 노동에서 배제·분리할 과학적인 근거가 없다.

B형간염바이러스 보균자는 전염력이 있는 경우와 없는 경우로 나눌 수 있는데, B형간염의 전염가능성 유무는 현실에서 업무를 수행하는 데 있어 문제가 되지 않는다. 그렇기 때문에 전염성 유무와 상관없이 B형간염바이러스 보균자를 고용에서 배제하는 것은 불합리하다.

우선 전염력이 없는 B형간염바이러스 보균자를 노동에서 배제함이 불합리하다는 것은 자명하다. 뿐만 아니라 전염력이 있는 보균자라 할지라도 전염의 경로가 성적 전파등 일상적인 직장생활에서 일어나기 어려운 경우이기 때문에, 직장 동료나 민원인 등 다른 사람에 대한 전염가능성이 없어 이들을 노동에서 배제하거나 분리할 수 있는 합리적 근거 또한 없다.

현행 공무원채용신체검사제도는 B형간염바이러스 보균자에 대하여 2차

정밀검사를 통하여 만성간염 여부를 판정하고, 이를 직무와 연결시켜 판단하도록 하고 있다. 그런데 만성간염의 확인은 B형간염검사에 의해서가 아니라 간기능 검사, 자각 증상이나 객관적 소견 등에 대한 종합적인 판단에 따라 이루어진다. 따라서 B형간염바이러스로 인하여 만성간염을 앓고 있는 사람이 간에 손상을 줄 수 있는 물질이나 환경에 노출될 때 병이 악화될 수 있다는 점을 인정하더라도 B형간염바이러스 검사를 실시하여 만성간염 여부를 판단하는 것은 과학적이지 않다.

Ⅴ. 공무원채용신체검사서의 간염검사의 문제점

1. 불필요한 검사

공무원채용신체검사서에는 간질환검사, 간염검사, 간염예방접종 필요여부 항목을 모두 포함하고 있다. 우리나라에서 효과가 입증된 간염예방접종은 B형간염 뿐이며, 대체로 간염검사라 함은 B형간염을 의미하므로 동 서식의 간염검사는 B형간염을 의미한다 할 수 있다.

그런데 공무원채용신체검사규정에 근거한 공무원채용신체검사 업무처리요람(행정자치부, 2000)은 B형간염바이러스 보균을 채용 탈락사유로 하지 않을 것을 명시하고 있기 때문에 B형간염바이러스 감염여부에 대한 검사는 불필요한 검사라 할 수 있다.

2. 업무적합성 판정과 무관

공무원채용신체검사규정 제1조는 공무원채용 시 신체검사의 목적으로 직무를 담당할 수 있는 신체상의 능력 판단, 즉 해당직무에 대한 적합성(업무적합성) 평가라고 밝히고 있다. 업무적합성 평가는 해당업무에 종사함으로써 당해 공무원 및 동료공무원의 건강에 영향을 미치지 않으면서 신체적으로 당해 업무를 수행하기에 적합한가를 평가하는 것이다.

업무적합성 평가란 단지 어떤 사람의 전반적인 건강상태를 평가하는 것이 아니라 특정인의 건강상태가 해당업무를 수행함에 있어서 적격한지 여부를 판단하는 것이다. 따라서 검사 내용은 업무를 수행할 수 있는지 여부를 판단하는 직접적이고 합리적인 기준이 되어야 마땅하다.

그런데 위에서 언급한 B형간염의 특성을 고려할 때 B형간염바이러스 보균 유무와 예방접종 필요여부는 채용시 업무적합성과 무관하다. 따라서 채용신체검사서에 간염검사와 간염예방접종 필요여부를 기재하는 것은 불합리한 차별을 야기할 수 있다.

3. 일상생활에서 차별 야기

공무원채용시 B형간염이 불합격 판정의 주요인으로 되지 않더라도, 채용신체검사서에서 간염을 검사항목으로 설정하고 간염예방접종 필요여부를 표시하도록 한 것은 B형간염바이러스 보균자에 대한 차별을 야기할 수 있다. 실태조사에서 밝혀졌듯이 우리사회에는 B형간염의 전파경로에 대한 일반국민의 잘못된 인식이 만연하여 B형간염바이러스 보균자에 대한 낙인효과가 존재하고 있다. 따라서 채용신체검사를 통하여 B형간염바이러스 보균자라는 사실이 직장 내에 알려질 경우 일상생활에서 동료나 상급자에 의한 비합리적인 편견과 차별을 야기할 수 있다.

4. 민간부문에의 파급효과

공무원과 달리 민간부문의 근로자는 채용전 신체검사가 근로자가 되려는 이의 법적 의무사항이 아니다. 다만, 관행적으로 사업주가 채용단계에서 신체검사를 요구하고 있으며, 노동시장에 진입하려는 이들은 이를 거부할 수 있는 조건을 갖지 못한 실정이다. 그런데 대개의 경우 민간부문의 채용신체검사는 공무원채용신체검사를 준거틀로 활용하고 있으며, B형간염 검사를 포함하고 있다. 따라서 공무원 채용시 B형간염바이러스 보균자에 대한 직접적인 차별의 발생 확률이 적더라도 민간 영역에의 파급효과를 고려할 때 공무원채용신체검사에서 B형간염바이러스 보균자 차별의 소지가 있는 사항을 시정하여야 한다.

Ⅵ. 결 론

위와 같은 검토결과를 종합할 때, 공무원채용신체검사서에 간염 항목을 포함하고 간염예방접종 필요여부를 표시하도록 한 것은 다음과 같은 이유

로 B형간염바이러스 보균자에 대한 차별을 야기하여 헌법에서 보장하고 있는 평등권을 침해할 소지가 있다. 첫째, 간염검사는 불필요하며 업무적합성 판정과 무관한 것으로 공무원채용신체검사규정 제1조에서 제시하고 있는 '직무를 담당할 수 있는 신체상의 능력판정'이라는 목적에 부합하지 않는다. 둘째, 간염보균 여부가 업무를 수행하는데에 반드시 필요하고 합리적인 조건이라 할 수 없으므로 병력을 이유로 한 평등권침해의 차별행위에 해당한다. 셋째, 채용 이후 일상적인 직장생활에서의 차별을 야기할 수 있다. 넷째, 공무원채용신체검사가 B형간염바이러스 보균자에 대한 직접적인 차별을 야기하지 않는다 하더라도 민간영역에 대하여 커다란 영향력을 발휘하고 있다는 점을 감안할 때 결과적으로 차별을 야기할 소지가 있다.

또한 공무원채용신체검사서는 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해할 소지가 있다. 국가가 개인에게 특정 직업을 선택할 자유를 제한할 경우 그 정도는 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없고 필요 최소한도에 그쳐야 한다는 전제에서 볼 때, 업무적합성 판정의 기준으로써 B형간염 검사는 그 제한의 정도를 넘어서고 있다. 그리고 간염검사가 공무원채용신체검사규정이 입법목적을 달성하고 촉진시키기에 적합하고 효율적인 수단이라고 인정하기 어렵다.

이에 공무원채용신체검사서의 간염검사 및 간염예방접종 필요여부 항목을 삭제하도록 관련 규정을 개정하는 것이 상당하다고 판단하여 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항의 규정에 따라 주문과 같이 결정한다.

2003. 10. 22.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의2 제1항 개정권고(2004.3.17.)

국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의2 제1항은 나이에 근거한 불합리한 차별이므로 이에 대한 개정을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 평등권침해여부를 판단함에 있어 '나이'라는 기준은 완화된 비례심사를 함이 타당하고, 국가유공자등예우및지원에관한법률의 입법목적과 나이의 기준은 상당한 연관성을 갖고 있다고 보기 어려우므로

[2] 무공수훈자 가운데 60세 이상인 자에게만 무공영예수당을 지급토록 한 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의2 제1항의 규정은 합리적 이유가 없는 차별적 규정으로서 헌법 제11조 평등권을 침해할 소지가 있으므로 개정을 권고함.

【참조결정 및 판례】 헌법재판소 1991. 2. 11. 선고 90헌가27 결정, 헌법재판소 1991. 6. 26. 선고 89헌마 107 결정, 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정, 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌바33 결정, 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정, 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌마216 결정, 유엔인권이사회(UN Human Rights Committee) Broeks v. The Netherlands, Communication No.172/1984 결정

【참조조문】 헌법 제11조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제1조, 제2조

【주 문】 국가보훈처장에게

국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의2 제1항 "60세

이상 무공수훈자에 대하여는 무공의 영예를 기리기 위하여 무공영예수당을 지급한다"라는 규정은 나이에 근거한 불합리한 차별로서 헌법 제11조 소정의 평등권을 침해할 소지가 있으므로 이를 개정할 것을 권고한다.

【이 유】

1. 검토배경

국가유공자등예우및지원에관한법률(이하 "국가유공자예우법"이라 함) 제16조의2 제1항의 "60세 이상 무공수훈자에 대하여는 무공의 영예를 기리기 위하여 무공영예수당을 지급한다"라는 규정이 나이에 근거한 차별이므로 이의 개선을 요구하는 민원이 제기되어 이를 검토하였다.

2. 검토기준

가. 헌법 제11조 (평등권)

나. 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조

모든 사람은 법앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

다. 국가인권위원회법 제30조 제2항

평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.

라. 국가유공자등예우및지원에관한법률

제1조 (목적) 이 법은 국가를 위하여 공헌하거나 희생한 국가유공자와 그 유족에 대한 응분의 예우와 국가유공자에 준하는 군경등에 대한 지원을 행함으로써 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신함양에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조 (예우의 기본이념) 우리 대한민국의 오늘은 온 국민의 애국정신을 바탕으로 전몰군경 및 전상군경을 비롯한 국가유공자의 공헌과 희생위에 이룩된 것이므로 이러한 공헌과 희생이 우리들과 우리들의 자손들에게 숭고한 애국정신의 귀감으로서 항구적으로 존중되고, 그 공헌과 희생의 정도에 대응하여 국가유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상이 이루어져야 한다.

3. 판단

가. 무공수훈자에 대한 국가지원 현황

국가유공자예우법 제16조의2 제1항은 '60세 이상 무공수훈자'에게 무공영예수당을 지급토록 규정하고 있고, 여기에서 말하는 '무공수훈자'란 무공훈장을 받은 자를 지칭하며 국가유공자예우법에 따라 예우와 지원을 받는 '국가유공자'에 위 '무공수훈자'가 포함된다(같은 법 제4조 제1항). 한편, 무공훈장은 전시 또는 이에 준하는 비상사태 하에서 전투에 참가하여 뚜렷한 무공을 세운 자에게 수여되며 5등급이 있다(상훈법 제13조).

국가유공자예우법은 국가유공자에게 연금·생활조정수당·간호수당·보철구수당 및 사망일시금 등의 보상을 규정하고 있으며(같은 법 제11조), 국가유공자는 순국선열, 애국지사, 전몰군경, 군상군경, 순직군경, 공상군경, 무공수훈자, 6.25참전재일학도의용군인, 4.19혁명사망자, 4.19혁명부상자이다(같은 법 제4조 제1항).

국가유공자에게는 희생 혹은 공헌의 정도, 그리고 대상자의 생활정도를 기준으로 보상 또는 예우가 이루어진다. 개인의 희생, 즉 신체적 상이나 기회비용의 상실 등에 대해서는 연금, 생활정도에 따라서는 생활조정수당이 지급되며(같은 법 제7조), 무공영예수당은 현저한 무공을 세운 무공수훈자에게 그 영예를 기리기 위하여 지급된다(같은 법 제16조의2 제1항). 국가유공자예우법 제16조의2 제1항에 따른 무공영예수당 수급권자는 무공수훈자

로서 같은 법 제12조에 따른 연금을 지급받지 않는 자들로, 연금을 지급받지 않고 있다는 것은 신체상이나 기회비용의 상실이 없다고 간주되는 것이다.

이에 따라, 2004. 2. 29. 현재 무공영예수당을 받고 있는 자는 무공수훈자 총 41,899명 가운데 60세 이상 36,404명 중 보훈연금수령자 4,774명을 제외한 31,630명이며, 60세 미만의 무공수훈자 5,495명 중 보훈연금수령자 896명을 제외한 4,599명이 국가로부터 무공영예수당이나 연금의 지원을 받지 못하고 있다.

요컨대, 국가유공자예우법 제16조의2 제1항에 의하여 무공영예수당을 받는 무공수훈자는 연금수혜대상에서 제외된 무공수훈자들로, 60세를 기준으로 무공영예수당의 지급여부를 정하고 있는 현행 제도가 과연 타당한 것인지가 문제의 초점이다.

나. 나이기준의 평등권 침해 여부

일반적으로, 헌법 제11조의 평등권은 법률의 집행 및 적용하는 과정에서 국가권력으로부터 차별대우를 받지 않을 것뿐만 아니라 입법권까지 기속하는 권리라는 것에는 이견이 없으나, 다만 입법자에게 요구되는 평등의 원칙은 상대적 평등이므로 '같은 것'과 '같지 않은 것', '같이 취급할 사항'과 '다르게 취급할 사항'을 결정할 수 있는 넓은 입법 형성의 자유가 허용되고 있다.

헌법 제11조의 평등권침해여부를 심사할 때에는 자의금지의 원칙, 엄격한 비례의 원칙, 완화된 비례의 원칙 등 3가지 원칙을 사안에 따라 적용할 수 있다. 이번 검토의 대상이 된 국가유공자예우법 제16조의 2 제1항의 경우, '나이'라는 인적 표지를 사용하기 때문에 완화된 비례심사, 즉 차별기준의 합리성 여부를 입법목적에 비추어 판단하는 것이 타당하다.

한편 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조는 "모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다"라고 규정하고 있고, 이러한 법적 보호는 입법부의 법률 제정에 있어서 차별적인 내용이 담겨져서는 안되고, 그 내용이 시민적 및 정치적 권리에만 한정되지 않으며 사회보장에 관한 입법에도 적용되는 것으로 유엔인권이사회에 의해 해석되고 있다(Broeks v. The Netherlands, Communication No.172/1984).

또한, 국가인권위원회법 제30조 제2항은 현행 한국 법령 중 차별에 대하

여 가장 포괄적으로 규정하고 있는 조항으로서, 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효 된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)에 근거한 차별대우를 금하고 있다.

'합리적 이유'라 함은 자의적이지 않고, 입법목적에 비추어 정당하고 충분한 관련이 있는 기준에 근거하여, 같거나 유사한 상황에 있는 사람들을 유사하게 취급할 수 있어야 함을 말한다.

따라서, 입법목적과 차별의 기준이 상당한 관련성을 갖고 있는지를 판단하는 것이 필수적이다. 국가유공자예우법 제1조에서 목적을 밝히고 있는 바, "국가유공자에 대한 예우와 생활안정, 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신함양에 이바지함"이라고 규정하고, 제2조 예우의 기본이념에서 "공헌과 희생의 정도에 대응하여 국가유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상이 이루어져야 한다"라고 규정하고 있다.

국가유공자예우법 제16조의2 제1항의 무공영예수당 규정은 '무공의 영예를 기리기 위하여 무공영예수당을 지급한다'라고 하여, 위에서 서술한 국가유공자예우법의 목적과 예우의 기본이념에 부합하는 정당한 규정이라 할 것이다.

그러나, 무공영예수당의 지급기준인 '60세 이상'이라는 나이는 국가가 시혜적으로 보상기준으로 규정한 것이라 하더라도, 그 기준이 입법의 목적에 대한 정당하고 충분한 관련성이 있다고 보기는 어렵다. 적합한 지급의 기준을 찾는다면, '공헌과 희생'이 될 것이며 무공수훈자의 경우 국가의 강제에 의한 개인의 신체적, 경제적 희생은 없다는 가정을 두고 있으므로 그 공헌도, 즉 훈격에 따른 기준이 더욱 적합한 기준이 될 수 있을 것이다.

무공영예수당의 생계지원적 성격을 주장하여 60세라는 연령 기준을 다른 사회복지입법상 연령기준과 비교하여 적절하다고 할 수도 있으나, 무공영예수당이 기타 사회보장입법과 동일하게 경제활동이 불가능하다고 추정되는 연령을 기준으로 하는 것이 타당하지 않은 이유는 예우의 성격이 더 뚜렷하기 때문이다. 특히, 국가유공자예우법 제16조의2 제1항의 경우, '무공의 영예를 기리기 위해' 무공영예수당을 지급한다는 목적을 제시한 바, 그 목적이 타당하다면 분류기준도 목적과 상당한 관련성을 갖고 있는 기준, 즉 무공과 관련된 기준이어야 할 것이다.

국가유공자예우법 제16조의2 제1항의 규정에 따라 2004년 2월 29일 현재 무공훈장을 받은 자 가운데 생존자 41,899명 중 연금수혜자를 제외한 60세 이상 무공영예수당수혜자는 31,630이며 60세미만으로 무공영예수당미수혜자는 4,599명으로서, '나이' 기준에 의하여 약11%의 소수자를 국가수혜대상에서 제외하고 있다.

이는 '동일한 상황(무공수훈자)에 있는 사람들을 동일하게 취급'하여야 한다는 원칙에 위배된다고 할 것이다.

4. 결론

위에서 살펴본 바와 같이 무공수훈자 가운데 60세 이상인 자에게만 무공영예수당을 지급토록 한 국가유공자예우법 제16조의2 제1항의 규정은 합리적 이유가 없는 차별적 규정으로서 헌법 제11조 소정의 평등권을 침해할 소지가 있어 이를 개정할 필요가 있다고 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항에 따라 주문과 같이 결정한다.

2004. 3. 17.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

4 주택건설공사감리자지정기준 [부표] 감리자의 기술능력평가 점수 산정기준 개정 권고(2004.3.29.)

주택건설공사감리자지정기준 [부표] 감리자의 기술능력 평가점수 산정기준에서 "감리원(책임감리원, 보조감리원)의 나이가 만 65세 이상인 경우 등급, 경력 및 실적 평가시 차순위 점수로 평가" 라는 규정은 나이에 근거한 합리적 이유없는 차별로서 평등권을 침해하므로 개정할 것을 권고한 사례

【결정요지】

주택건설공사감리자지정기준 [부표] 감리자의 기술능력 평가점수 산정기준에서 감리원이라는 동일한 직종 동일한 직책에서 만 65세 이상이라는 나이를 기준으로 하여 감리원 기술능력평가항목 중 등급, 경력 및 실적 항목에서 차순위 점수를 부여하는 것은 고용 또는 직업에서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있고, 업무의 고유한 요건에 의한 차별사항에도 해당하지 않는 바, 이는 나이를 이유로 한 차별이므로 개정하여야 함.

【참조조문】 헌법 제11조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조, ILO 제111호 고용및직업에있어서차별대우에관한협약 제1조

【주 문】 건설교통부장관에게

주택건설공사감리자지정기준 [부표] 감리자의 기술능력 평가점수 산정기준에서 "감리원(책임감리원, 보조감리원)의 나이가 만 65세 이상인 경우 등급, 경력 및 실적 평가시 차순위 점수로 평가" 라는 규정은 나이에 근거한 합리적 이유없는 차별로서 평등권을 침해하므로 이를 개정할 것을 권고한다.

【이　　유】

1. 검토배경

주택건설공사감리자지정기준 [부표] 감리자의 기술능력 평가점수 산정기준에서 규정한 “감리원(책임감리원, 보조감리원)의 나이가 만 65세 이상인 경우 등급, 경력 및 실적 평가시 차순위 점수로 평가”에 대하여 나이에 근거한 차별이므로 개선을 요청하는 민원에 따라 이를 검토하였다.

2. 검토대상 및 검토기준

가. 검토대상

주택건설촉진법 제33조의6 및 동법시행령 제34조의6 제5항의 규정에 의한 주택건설공사감리자지정기준 제7조 제2항 관련 [별표] “감리자의 적격심사항목 및 배점기준”에 따른 [부표] “감리자의 기술능력 평가점수 산정기준”에서 “감리원(책임감리원, 보조감리원)의 나이가 만 65세 이상인 경우 등급, 경력 및 실적 평가시 차순위 점수로 평가” 한다는 규정

나. 검토기준

이 사안에 대하여 이하의 규정들을 검토기준으로 하였다.

⑴ 헌법 제11조

제1항 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

⑵ 국가인권위원회법 제30조

제2항 평등권 침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.

⑶ 시민적·정치적권리에관한국제규약 제26조

모든 사람은 법앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

⑷ ILO 제111호 고용및직업에있어서차별대우에관한협약 제1조

1. 이 협약 적용상, 차별대우란 다음 사항을 말한다.

㈎ 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국 또는 사회적 출신에 의거하여 행해지는 차별, 배제 또는 우대로서, 고용 또는 직업에 있어서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 것

㈏ 고용 또는 직업에 있어서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 다른 차별, 배제 또는 우대로서, 그 회원국이 대표적인 사용자 단체 및 근로자 단체가 있는 경우에 그 단체 및 기타 적합한 단체와 협의한 후 결정하는 것

2. 특정 업무와 관련하여 그 업무의 고유한 요건에 의한 차별, 배제 또는 우대는 차별대우로 간주하지 아니한다.

3. 이 협약에서, “고용” 및 “직업” 이라 함은 직업훈련을 받는 것, 고용되는 것 및 개개의 직업에 종사하는 것과 고용조건을 말한다.

3. 판 단

감리자의 기술능력 평가점수 산정기준에서 감리원 평가의 기준항목은 감리원의 ‘등급’, ‘경력 및 실적’, ‘행정제재감점’, ‘상훈가산’, ‘교육가산’ 항목 5가지이고, 감리원의 나이가 만 65세 이상인 경우 위 항목들 중 ‘등급’과 ‘경력 및 실적’ 평가에서 차순위 점수로 평가하고 있다.

위와 같이 나이에 따라 평가에 차등을 두는 것, 즉 65세 이상이라는 나이를 감리원의 ‘등급’과 ‘경력 및 실적’ 평가에서 낮은 평가를 받는 조건으로 설정하는 것은 감리회사의 감리용역 수주여부가 감리평가점수에 의하여 결정되는 상황에서, 만 65세 이상인 감리원의 고용을 저해하는 요인이 될 수 있다.

따라서, 동 규정은 만 65세 이상 감리원에게 고용 및 직업에서의 기회 및

대우에서 불이익을 줄 수 있으므로, 평등권 침해에 해당하는 나이차별인지, 아니면 합리적인 이유가 있는 차별인지가 문제의 핵심이라고 할 것이다.

가. 나이와 업무수행능력

인간의 정신적・육체적 능력은 나이가 들어감에 따라 쇠퇴하며, 이에 근거하여 고용상 나이를 기준으로 한 정년제도가 존재하고 있다.

규정에서 기준으로 삼고 있는 만 65세 이상의 감리원은 통상적으로 타 직종에서는 나이로 인하여 업무능력이 감소한다고 하는 정년 나이에 해당하므로, 이를 감안하여 평가에서 차순위 점수를 부여하고 있는 것으로 판단된다.

그러나, 나이에 따른 정신적・육체적 능력의 노쇠화는 개인마다 정도에 차이가 있는 것도 사실이고, 그렇기 때문에 정년이후에 그 경륜과 능력을 인정받아 재임용되거나, 전문능력을 바탕으로 창업을 하기도 한다.

이처럼 나이와 정신적, 육체적 능력은 개인차가 있기 때문에, 노령에 따른 개개인의 업무수행능력을 객관적으로 측정하거나 그 측정기준을 정하는 것은 어려운 일임에도, 일방적으로 나이만을 기준으로 삼아 등급, 경력 및 실적 평가항목에서 일괄하여 차순위 점수로 평가하는 것은 합리적이라고 하기 어렵다.

또한, ILO의 고용및직업에있어서차별대우에관한협약은 제1조 ㈎에서 고용 또는 직업에서 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 차별, 배제 또는 우대는 차별이라고 하고 있다.

동 규정처럼 감리원을 나이만을 기준으로 기술능력평가항목중 등급, 경력 및 실적 평가항목에서 차순위 점수를 부여하는 것은 감리회사가 만 65세 이상 감리원의 고용을 기피하게 하여 고용 또는 직업에서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과를 가져온다.

마찬가지로 ILO 동 협약은 제1조 ㈏에서 고용 또는 직업에서 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 다른 차별, 배제 또는 우대로서 그 회원국이 대표적인 사용자 단체 및 근로자 단체가 있는 경우에 그 단체 및 기타 적합한 단체와 협의한 후 결정하는 것도 차별이라고 하고 있다.

동 규정이 관계기관과 협의하여 규정한 것이더라도 고용 또는 직업에서 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있으므로, 차별대우

에 해당할 수 있다.

나아가, 감리원은 국가자격이 부여된 전문업종임에도 기술능력평가에서 나이를 기준으로 후순위로 기술능력을 평가받고 있는 반면에, 다른 전문업종 즉 의사, 약사, 변리사, 변호사 등의 전문가에 대해서는 나이를 능력평가 기준으로 삼고 있지 않다.

따라서, 개별 감리원의 정신적 육체적 능력으로 인한 기술능력이 나이와 반드시 일치한다고 판단할 수 없음에도, 동일 직종 동일 직책에서 각 개인별 능력 차이를 무시하고 획일적인 나이를 기준으로 삼아 평가항목에서 일괄적으로 차순위 점수를 부여하는 것은 합리적 이유있는 차별이라고 할 수 없다.

나. 나이와 감리원 업무

ILO의 고용및직업에있어서차별대우에관한협약 제1조 제2항은 특정 업무와 관련하여 그 업무의 고유한 요건에 의한 차별, 배제 또는 우대는 차별대우로 간주하지 않는다고 하고 있다. 이에 따라 만 65세 이상의 나이를 기준으로 차순위 점수를 부여하는 것이 감리원 업무의 고유한 요건과 관련한 것인지 문제된다.

일반적으로 감리원은 시공과정에서 검측, 자재확인, 설계도서 검토, 설계도서대로의 시공여부 확인, 민원처리 및 각종 법령·기준에 따른 공사 수행확인 등의 업무를 수행하여 기술지식 뿐만 아니라 건설현장의 시공과정을 직접 검토·확인하는 업무를 담당하고 있어 건설현장업무를 감당할 수 있는 활동성이 필요하다.

업무수행을 위한 활동성을 갖추고 있는지 여부와 관련하여 나이는 앞에서 본 바와 같이 개인차가 있는 영역이며, 만 65세 이상의 감리원으로서 특정건설공사의 감리원으로 지정받고자 하는 자는 업무에 필요한 활동성은 기본적으로 갖추고 있다고 보아야 할 것이다.

왜냐하면, 만 65세 이상의 감리원이 업무에 필요한 활동성을 갖추고 있지 않다면 어떠한 점수도 부여할 수 없을 것이며, 점수를 부여한다는 자체가 이들이 감리원 업무 수행에 필요한 기본적인 활동성을 갖추고 있음을 전제하고 있는 것이기 때문이다.

또한, 활동성이 감리업무의 고유 요건이라면, 나이를 기준으로 평가할 것이 아니라, 업무수행에 필요한 실질적이고 객관적인 체력 측정, 즉 건강검

진뿐 아니라 활동성을 측정할 수 있는 의학적 측정법 등의 사용, 이전에 수행한 감리업무 수행평가결과 반영, 기타 서류심사만이 아닌 면접 실시 등의 방안을 채택하여 활동성을 평가하는 것이 타당할 것이다.

그리고, 특히 책임감리원의 경우는 현장실사에 필요한 기초체력을 갖추고 있다면 육체적 능력보다는 감리경험과 업무지휘능력 등의 경륜이 보다 더 중요시 되는 측면이 존재하고 있다.

따라서, 이러한 책임감리원의 경우까지를 포함하여 만 65세 이상 이라는 획일적 나이를 기준으로 정하여 실질적 불이익을 당하게 하는 것은 그 업무의 고유한 요건에 따른 합리적 이유있는 차별에도 해당하지 않는다.

4. 결론

감리원이라는 동일한 직종 동일한 직책에서 만 65세 이상이라는 나이를 기준으로 하여 감리원 기술능력평가항목중 등급, 경력 및 실적 항목에서 차순위 점수를 부여하는 것은, 고용 또는 직업에서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있고, 업무의 고유한 요건에 의한 차별사항에도 해당하지 않음으로써, 나이를 이유로 한 합리적 이유없는 차별로서 평등권을 침해하는 것이므로 개정할 필요가 있다고 판단된다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항에 따라 주문과 같이 결정한다.

2004. 3. 29.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

제 5 장

사생활영역의 보호에 관한 결정

1 운전면허 수시적성검사에 관한 권고(2002.7.30.)

감사원의 개인정보이용 및 법령개정 권고, 경찰청의 자료의 요청 및 공단의 개인정보 제공, 경찰청의 수시적성검사 대상자 통보 등의 조치가 대상자의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 우려가 있으므로 이에 대한 개선을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 감사원의 경찰청에 대한 '감사결과 처분 요구와 권고·통보 사항 송부' 중 운전면허 수시적성검사와 관련한 감사지적 및 권고 사항이 부적절하여 대상자의 사생활의 비밀과 자유를 침해하게 하였을 뿐 아니라 정보주체들의 직·간접적 피해를 야기하였음을 고지함.

[2] 현행 공공기관의개인정보보호에관한법률(이하, 개인정보보호법)이 개인정보의 실질적인 보호효과를 거두기에 미흡하여 사생활 침해의 우려가 많다고 판단되므로 법을 전반적으로 개정하고, 도로교통법 상의 운전면허 수시적성검사와 관련된 법령을 개선할 것을 권고함.

【주 문】 1. 감사원장에게 다음과 같이 권고함.

가. 감사원의 경찰청에 대한 '감사결과 처분 요구와 권고·통보 사항 송부'(육사 16330-84, 2001. 9.24.) 중 운전면허 수시적성검사와 관련한 감사지적 및 권고 사항이 부적절하여 대상자의 사생활의 비밀과 자유를 침해하게 하였을 뿐 아니라 정보주체들의 직·간접적 피해를 야기하였음을 고지하며,

나. 감사원의 감사지적 및 권고 사항은 통보 받은 기관이 반드시 이행해야 하는 법적 강제력을 지니는 것은 아니나 사실상 국가기관이 감사원의 지적·권고 사항을 따를 수밖에 없는 실질적인 강제력을 지니고 있으므로 향후 이러한 일이 재발하지 않도록 신중을 기할 것

을 권고함.

다. 또한, 감사원직원들에게 사생활보호 관련 인권교육을 정기적으로 실시하여 개인정보보호 및 사생활보호의 중요성을 인식할 수 있도록 조치할 것을 권고함.

라. 나아가 앞으로 감사대상 기관들이 위법·부당한 개인정보 유출 등으로 사생활 침해를 야기하지 않는지에 유의하여 감사활동에 임할 것을 권고함.

2. 행정자치부 장관 및 경찰청장에게 다음과 같이 권고함.

가. 개인정보보호와 관련된 법령 및 운영상의 개선

1) 현행 공공기관의개인정보보호에관한법률(이하, 개인정보보호법)이 개인정보의 실질적인 보호효과를 거두기에 미흡하여 사생활 침해의 우려가 많다고 판단되므로 법을 전반적으로 개정하되, 특히 다음의 내용을 반영할 것을 권고함.

2) 공공기관이 개인정보를 수집할 때에는 ①직접, ②개인의 동의 하에, ③업무 목적 달성에 필요한 범위 내에서 수집하고, 수집된 정보를 공여·이용 할 때에는 ①개인의 동의 하에, ②업무 목적 달성에 필요한 범위에 국한하여, ③적절한 기술적 관리 하에, ④책임소재를 명확히 할 것을 권고함.

3) 동 개인정보보호법은 생존하는 개인에 관한 정보만을 대상으로 하여 망자 및 그 가족에 대한 정보는 공공연하게 유통되고 있는 바, 법의 대상을 망자까지 확대할 것을 권고함.

4) 동법 제10조제2항제2호의 '당해 처리정보를 이용할 상당한 이유가 있는 경우'를 보다 명시적인 내용으로 개정하여 공공기관의 자의적인 해석으로는 개인정보를 공여하지 못하도록 할 것을 권고함.

5) 현 개인정보보호법에서는 벌칙조항이 제한적이어서 제10조등을 위반할 경우 별다른 조치를 취할 수 없으므로 벌칙 조항을 강화할 것을 권고함.

6) 아울러 개인정보등의 전산처리로 개인정보의 침해

가 가속화 될 것으로 예상되는 바, 동법 제20조 및 동법시행령 제27조에 의거 운영중인 개인정보심의위원회의 구체적이고 실질적인 운영을 통해 개인정보를 둘러싼 공공기관 혹은 정보주체와 정부기관간에 발생 가능한 문제들을 심의할 수 있도록 조치할 것을 권고함.

나. 운전면허 수시적성검사와 관련된 법령의 개선

1) 도로교통법 제70조 운전면허 결격사유에 있어서는 결격 대상을 안전운행에 직접적인 관련이 있다는 근거가 분명한 사유로 한정하고,

2) 동법 제74조의2와 제74조의3, 그리고 시행령 제52조의5를 개정하여 수시적성검사를 위한 정보를 수집하는 과정에서 안전운전에 영향을 미치는 것이 명백한 정보내용과 보유기관으로 국한할 것을 권고함.

【이　　유】

Ⅰ. 사실관계

1. 감사원의 개인정보 이용 및 법령개정 권고

감사원장은 2001. 3. 17. 감사원법 제30조 '감사원은 국가 또는 지방자치단체의 기관 기타 감사대상기관의 장에게 감사상 필요한 협조와 지원 및 그 소속공무원 또는 임원이나 직원의 파견을 요구할 수 있다'는 규정에 따라 국민건강보험공단(이하, 공단) 이사장에게 정신질환자, 간질병환자 등의 진료명세를 요청(육사16330-33)하였음.

또한 감사원장은 경찰청에 대한 감사 후 2001. 9. 24. '감사결과처분요구와 권고・통보사항 송부'(육사 16330-84)를 통해 첫째, "치매등 정신질환자 25,510명에 대하여 국민건강보험공단으로부터 개인정보자료를 통보받아 수시적성검사대상자 지정여부를 정하고" 둘째, "국민건강보험공단이 도로교통법 시행령 제52조의5 개인정보통보 대상기관에 포함되도록 개정하는 방안을 강구"할 것을 권고하였음.

2. 경찰청의 자료의 요청 및 공단의 개인정보 제공

이에 따라 경찰청장은 2001. 11. 5. 및 2002. 3. 27. '공공기관의정보보호에관한법률' 제10조제2항제2호 및 감사원의 권고를 근거로 운전면허소지자 중 1998. 10.부터 2001. 12.까지의 기간 중 특수상병(알츠하이머병에서의 치매와 정신분열증)의 총 진료일수(투약일수 기준) 180일 이상인 사람 13,328명에 대한 전산정보(이름, 주민등록번호, 주소, 병명, 질환판정일, 치료기관, 치료시작일, 치료종료일)의 제공을 요청하고 공단은 이에 응하여 2002. 4. 12. 공단 이사장은 경찰청장에게 위 자료를 제공하였음.

3. 경찰청의 수시적성검사 대상자 통보

경찰청장은 감사원장의 "감사결과처분요구와 권고·통보사항"의 권고에 따라 공단으로부터 제공받은 위 전산자료를 각 관할 운전면허시험장에 보내 공단으로부터 정보를 제공받은 13,328명 중 약 12,800여 명에(이미 도로교통법시행령 제52조의5의 통보기관들로부터 개인정보를 통보받아 수시적성검사 대상자로 관리되고 있는 사람은 피통보 대상자에서 제외되었음) 대하여 2002. 5. ~ 6.에 걸쳐 수시적성검사 대상자로 통보하고 그 중 약 3,000여명은 이미 검사를 실시하였음.

또한, 경찰청이 감사원의 법령 개선 권고에 따라 공단을 수시적성검사를 위한 개인정보 통보기관에 포함시키는 도로교통법시행령 개정령안을 마련하였으나, 동 개정령안이 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 있어 심도있는 검토가 필요하다는 국가인권위원회의 권고에 따라 개정안에서 문제조항을 삭제한 바 있음.

4. 언론보도 및 피해자 진정

경찰이 정신질환 진료 경력자에 대한 운전면허 '수시적성검사'를 실시하는 과정에서 개인진료정보의 유출 경로가 불법적이라는 언론보도가 있었고(국민일보 2002. 5. 29., 조선일보 2002. 5. 30.) 같은 문제로 국가인권위원회(이하, 위원회)에 대한신경정신과개원의협의회를 비롯한 정신과 의사들의 비공식적인 질의등이 이어졌고, 또한 이와 관련하여 피해자 및 가족들이 국가인권위원회에 진정(총16건)을 제기함.

Ⅱ. 본 사안에 대한 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 말함(국가인권위원회법 제1조 및 제2조)

2. 따라서 본 사안의 인권침해 여부 판단은 헌법 제11조제1항과 시민적및정치적권리에관한국제협약(이하, 협약)제26조(평등권), 헌법 제17조와 협약 제17조(사생활 비밀과 자유보장), 헌법 제37조 제2항(기본권 제한 사유 및 본질적 내용 침해 금지), 개인정보보호와 관련해서는 국제적 기준인 OECD 가이드라인 등(붙임. 1 참조)과 현행 개인정보보호법에 의거함.

Ⅲ. 감사원 권고사항의 적절성 여부에 대한 위원회의 판단

1. 사생활 비밀과 자유 침해

가. 헌법은 제17조에서 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니할 권리를 명시적으로 보장하여 인간적 존재로서의 모든 국민이 자신의 사생활의 내용 및 명예・신용 등을 침해받지 아니하고, 적극적으로 자신이 원하는 대로 자유로운 활동과 생활을 영위할 것을 규정하고 있음.

나. 여기에서 문제가 된 것은 정신과 진료력으로 우리사회에 만연하는 정신질환자에 대한 사회적 편견을 고려할 때 단순히 일정기간 정신과 진료를 받았다는 사실 자체만으로도 비정상적이고 위험한 존재로 낙인찍히는 등 심각한 인권 침해가 야기될 수 있으므로 피해자들의 정신과 진료에 관한 사항은 중대한 사생활의 비밀에 해당함.

다. 진정사건 조사과정에서 피해자들이 진료 사실이 타인에게 공개되는 것을 크게 두려워하고 있으며, 이 사건 이후 치료를 중단하는 환자가 늘어났고 일부 환자의 증상이 악화되었으며 심지어 정신과 진료사실이 처에게 알려져 이혼위기에 처한 환자까지 있었던 사실이 확인됨

라. 이와 같이 중대한 개인정보를 다량 보유하고 있는 공단이 그 보호 의무를 지키지 않고 경찰청에게 피해자들의 개인정보를 제공하고 경찰청이 이를 제공받아 본래의 목적이외의 용도로 이용한 행위는 피해자들의 천부적 인권인 사생활 비밀과 자유를 심대하게 침해하는 행위라고 판단됨

2. 자료제공과 이용의 위법성

가. 보유목적 외의 이용

1) 개인정보보호법 제10조는 다른 법률에 의하여 개인정보를 보유기관의 내부에 이용하거나 보유기관 외의 자에게 제공하는 경우를 제외하고는 당해 개인정보의 보유 목적외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공하는 것을 금지하고 있음. 다만 제2항에 단서조항을 두어 당해 개인정보의 보유기관이 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나, 다른 기관에 제공할 수 있도록 하고 있는 바, 경찰청과 공단은 위 제2항제2호가 이 사건 전산자료의 제공과 이용의 법적 근거인 것으로 항변하고 있음.

2) 그러나 위 제2호는 개인정보 보유기관이 다른 법률에서 정하는 소관업무를 위 기관 스스로 수행하기 위하여 당해 처리 정보를 보유 목적외의 목적으로 이용할 상당한 이유가 있는 경우를 의미하는 것이지 위 개인정보를 다른 기관에 제공하는 근거로 삼을 수는 없음.

3) 설령, 위 개인정보 보유기관이 그 보유정보를 타기관에 제공할 수 있다고 가정하더라도 이를 위해서는 정당한 법적 근거가 있어야 할 것인데 이 사안은 법적 근거를 찾아볼 수 없으므로 명백한 위법임.

나. 다른 법률에서 정한 소관업무 수행에 필요한 상당한 이유

1) 또한 정보 보유기관이 다른 법률에서 정하는 소관업무를 수행하기 위하여 보유목적 이외의 목적으로 이용할 '상당한 이유'를 인정하기 위하여는 정신병력에 관한 개인정보가 개인에게 미칠 사생활 침해의 심각성에 비추어 정보제공이 되지 않을 경우 공공의 이익에 현저하고 명백한 위험성이 현존한다는 고도의 개연성이 입증되어야 할 것인바,

2) 객관적 증거 부족

공단에서 보유하고 있는 개인정보에 의거하여 수시적성 검사를 실시할 경우 교통사고율을 낮출 수 있다는 객관적 증거가 부재함.

3) 기존의 충분한 자료 존재

정신보건법 제25조제1항에 의하면 “정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신과전문의 또는 정신보건전문요원은 시・도지사에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수” 있으며 “제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시・도지사는 즉시 정신과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야” 함.

동법 제24조제3항에 의하면 정신의료기관의 장은 정신질환자가 입원한 후 6개월이 경과한 후 계속 입원이 필요할 경우 시・도지사에게 계속 입원치료에 대한 심사를 청구하도록 되어 있어 시도지사는 중증 정신질환자와 관련된 정보를 보유하고 있음.

또한 도로교통법 시행령 제52조의5제1항에 의하면 시・도지사는 수시적성검사와 관련된 자료를 경찰청장에게 통보하여야 하므로 현행 법체계 안에서 이미 중증정신질환자와 관련된 정보를 경찰청장이 보유하고 사용할 수 있음.

4) 논리적 타당성 결여

이번에 공여된 공단의 개인 정보는 다음과 같은 이유에서 운전면허 수시적성 검사의 기초 자료로 활용하기에 부적절함.

첫째, 공익을 위하여 일부 정신질환자에 대하여 이미 발급된 운전면허를 취소할 필요는 있음. 그러나, ‘현증 정신질환자’와 ‘정신질환 과거력’은 구분하여야함. 운전적성 여부 판단은 정신질환 과거력이 아니라 현재의 정신질환 상태를 근거로 하여야하나 3년 동안 공단에 정신질환으로 진료비가 청구된 자료는 과거력을 의미함.

둘째, 운전을 불허하는 것이 공익을 위해 바람직하다고 여겨지는 치매(알쯔하이머 병)나 반사회적 인격장애 환자 등은 통상적으로 정신과 진료를 받지 않게 되며 중증 정신질환자는 대개 빈곤층으로 전락하게 되므로 진료비에 의한 의료이용 장벽이 더욱 크게 작용하여 의료기관에서 진료를 받지 못하고 정신질환자사회복귀시설이나 미신고수용시설에 수용되는 경우가 많음. 이들 시설에 수용될 경우 정신질환 관련 개인정보는 공단의 진료비청구전산자료에 포함되어 있지 않음. 따라서 6개월 이상 진료를 받은 정신질환자에 관한 공단 자료는 교통사고를 야기할 만한 중증 정신질환자 발견을 위하여 적절하지 않음.

셋째, 특히 6개월 이상 입원을 하였거나 통원치료를 한 사람들은 정신질

환자 중에서 치료 순응도(compliance)가 높은 사람들로서 치료를 받지 않거나 다른 이유로 공단의 진료비청구전산자료에서 제외되어 있는 환자들에 비하여 현재 상태가 양호할 가능성이 높음. 따라서 공단의 진료비청구전산자료를 기초로 하여 운전면허취소 대상을 선정할 경우 전체 정신질환자 가운데에서 상대적으로 상태가 양호한 환자들이 선택되는 결과를 초래함.

다. "정보주체의 부당한 권리 침해"

1) 개인정보보호법 제10조제2항에 의하면 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는 어떠한 경우에도 정보를 이용하거나 제공할 수 없도록 되어 있음.

2) 해당 정보는 다음과 같은 이유로 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해하였음.

첫째, 제3자가 정신질환 과거력을 알게 됨에 따른 직접적인 피해

위원회에 진정된 사건에 따르면 15년전 정신분열병으로 입원하였다가 치료가 된 후 현상태 유지 목적으로 약물을 복용하고 있는 환자의 과거력이 부인에게 알려짐에 따라 가정불화를 초래하는 등 직접적인 피해 사실이 확인됨.

둘째, 의사 환자사이의 신뢰 상실로 인한 환자 상태 악화

정신질환은 다른 질환에 비하여 특히 의사-환자 관계가 중요하며 자신의 질병상태가 남에게 알려질 경우 그 사실 자체로 인하여 환자 상태가 악화되거나 치료에 지장을 초래할 수 있음. 이번 자료 공여로 인하여 환자들은 자신을 치료하던 정신과 의사들이 동의 없이 개인 정보를 경찰청에 제공한 것으로 간주하여 의사 -환자사이의 신뢰관계에 치명적인 영향을 주어 상태가 악화된 사례도 있음.

셋째, 치료의 기피 초래

정신질환 관련 자료가 통보된다는 사실이 밝혀짐에 따라 정신질환을 앓고 있는 환자들이 치료를 기피하게 되어 안전운행의 관점에서 더욱 위험한 상황을 초래할 수 있으며 나아가 환자가 적절한 치료를 받을 권리를 제한하는 결과를 초래함.

라. 개인정보보호와 관련된 국제적 기준(붙임. 1 참조)에 부합하지 않음

국제적 기준에 의하면 공공기관등이 공익을 목적으로 개인정보를 공여할 때에 다음과 같은 원칙을 따르도록 되어 있으나 이번 사건은 원칙에 부합하지 않음.

1) 정보의 직접수집의 원칙

공단이 보유하고 있는 개인진료정보는 공단이 정보주체를 대상으로 하여 직접 수집한 자료가 아니며 의료기관이 진료 후 진료비 청구를 위해 제출한 자료로 경찰청에 의해서도, 공단에 의해서도 개인으로부터 직접 수집된 자료가 아님

2) 정보주체의 동의

개인정보의 공여가 정보주체가 모르는 상태에서 이루어져 공공기관에서 개인정보를 공동 이용할 때에는 정보주체의 동의를 받을 것을 권고하고 있는 국제적 기준에 반함.

3) 목적 외 사용금지

병원이 진료비 청구를 위해 공단에 제출한 자료를 경찰청의 수시적성검사 통보 대상자 선정을 위한 자료로(개인정보보호법 제 10조제2항제2호) 사용해 개인정보의 목적 외 사용금지라는 국제적 원칙에 반함.

Ⅳ. 법령개정 및 운영개선에 대한 위원회의 판단

1. 개인정보보호법 개선 필요

가. 검토 범위

1) 동 법률은 OECD 권고안 및 외국의 입법례를 참조(붙임. 1 참조)하여 제정된 것으로 보이나, 그 운영과 해석을 둘러싸고 많은 문제점들이 있어 이를 개정할 필요가 있음.

2) 따라서 동 법률에 관하여는 프라이버시와 정보관련 법령 체계 전반적인 틀에서 검토하여야 하나, 여기에서는 일부 시급한 규정에 한하여 검토함.

나. 보호대상의 문제(제2조)

동 법률은 보호대상을 '생존하는 개인에 관한 정보'만으로 국한하고, 망

자에 대한 정보는 보호대상에서 제외하고 있으나, 망자에 대한 정보유통으로 인해 당사자의 명예훼손 등의 소지가 있을 뿐 아니라, 가족 등 관련자들의 인권을 침해할 우려가 있음.

다. 정보수집 자유 원칙 규정(제4조)

1) 제4조는 기본적 인권을 현저히 침해할 우려가 있는 경우라는 예외를 규정하면서, 원칙적으로는 국가기관이 개인정보를 자유로이 수집할 수 있도록 하고 있기 때문에 현재의 규정만으로는 사생활 침해의 우려가 있는 정보 수집을 예방하기에는 미흡함.

2) 국제적인 기준에 따라, 개인정보의 수집은 ①제한적으로, ②합법적이고 공정한 수단에 의해, ③ 정보주체의 동의 또는 인지하에 습득하는 것을 기본 원칙으로 하여야 함.

라. 정보이용 제한의 모호성 문제(제10조)

1) 제10조제2항 각호의 예외규정은 광범위하고 모호하여, 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 많음.

2) 사생활의 비밀은 침해되면 회복이 불가능한 경우가 많은데 비하여 동 조항은 별다른 조치없이 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때 외에는 정보를 제공할 수 있게 함. 따라서 공공기관이 자의적으로 판단하여 정보를 제공하게 됨으로써, 피해최소화를 담보할 수 없게 됨. 또한 회복할 수 없는 사생활 침해를 통하여 공공복리에 기여한다는 것은 법익의 균형에 맞지 않는 것임.

3) 기본권을 제한하는 법률은 최대한 명확하여야 함. 일반적으로 법률의 규정은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없지만, 동 법률 제10조제2항제2호의 경우와 같이 '상당한 이유'라는 표현은 자의적이거나 확대 해석을 가져올 우려가 큼. 위에서도 언급한 바와 같이 사생활의 비밀은 침해되면 회복이 불가능한 경우가 많으므로, 자의적인 해석이 되지 않도록 규정하는 것이 특히 중요함.

마. 개인정보심의위원회의 운영문제(제20조)

1) 제20조 및 동법시행령제27조에 기하여 설립된 개인정보심의위원회는 개인정보보호에 관한 정책 및 제도개선에 관한 사항, 처리정보의 이용 및

제공에 대한 공공기관간의 의견 조정 등에 관한 업무를 하도록 되어 있음.

2) 그러나 동 위원회는 1995년 제1회 심의위원회를 개최한 이래 2002년 4월까지(약7년간) 총 4회의 서면 심의회의를 가졌을 뿐임.

3) 개인정보심의위원회의 구체적이고 실질적인 운영을 통해 개인정보를 둘러싼 공공기관 혹은 정보주체와 정부기관간에 발생 가능한 문제들을 심의할 수 있도록 조치할 것을 권고함.

2. 도로교통법 개선필요

가. 도로교통법 제70조(운전면허의 결격사유), 제74조의2(수시적성검사), 제74조의3(개인정보의 통보)이 각 세부적인 조건없이 일괄적으로 정신병자・정신미약자・간질병자, 마약・대마・향정신성의약품 또는 알콜 중독자에 대해 운전면허를 취득할 기회를 주지 않고, 이들에 대한 정보를 간접적으로, 광범위하게 제공하도록 규정된 것은 헌법이 보장하는 평등권과 사생활의 비밀 및 자유에 대한 침해를 야기할 수 있음.

나. 기본권의 지나친 제한

1) 공공복리를 위한 제한 필요성

일정한 경우에 운전자격을 제한하는 것은 안전운행에 지장을 주는 자를 가려내어 교통안전에 기여하려는 것으로 헌법상의 권리를 공공복리를 위하여 제한하는 경우로 볼 수 있을 것임.

2) 광범위한 면허결격 사유의 규정

광범위하게 면허결격 사유를 두어 규제하거나(시행령 등에서 수시적성검사 대상 정보제공과 관련, 이를 구체화하고 있기는 하나, 전문가들의 견해에 의하면 이것 역시 광범위한 규정임), 적성검사를 받도록 하는 것은 방법의 적절성 원칙에 위배되는 것이라 판단됨.

법에서 일괄적으로 면허결격 사유를 규정하는 것이 효과적이고 적절한 것이 되기 위해서는 구체적인 질병이나 장애가 어떻게 안전운행에 지장을 주는지에 대한 객관적 근거가 있어야 함.

동법이 정하는 결격사유는 다음과 같은 이유에서 부적절함. 첫째, 정신질환자는 정신보건법 제3조에 의하면 '정신병(기질적 정신병을 포함한다)・인격장애・알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자' 라고

규정됨. 그러나 이러한 규정에 따른 정신질환의 평생유병률은 전인구의 40%에 달하는 것으로 밝혀져 그 범위가 지나치게 광범위함(붙임. 2의 정신질환유병률 참조).

둘째, 정신미약자는 법적·의학적으로 그 개념이 명확하지 않은 용어로서 운전면허 결격사유로 하기에 부적절함.

셋째, 정신질환자·간질·약물중독자 등도 적절한 치료 여부에 따라 호전되는 경우가 많아 치료여부를 불문하고 운전을 제한하는 것은 부당함.

넷째, 운전면허 적성평가에 필요한 것은 현재 상태에 관한 정보이지 과거력은 아님. 따라서 동 조항과 같이 현상태에 국한하지 않고 과거력을 포함할 수 있는 용어로 규정함은 부당함.

3) 헌법정신의 구현

개인의 사생활은 헌법에도 보장되어 있지만, 보건의료와 관련해서는 '자신의 신체·건강 및 사생활의 비밀을 침해받지 아니하며'(보건의료기본법 제13조), '누구든지 정신질환자이었다는 이유로 교육 및 고용의 기회를 박탈하거나 기타 불이익한 대우를 하여서는 아니된다'(정신보건법 제42조)고 헌법의 정신이 법률에서 특별히 구현되고 있음. 그러나 도로교통법은 이러한 헌법의 정신을 살리지 못하고 있음.

Ⅴ. 결 론

위와 같은 이유로 주문과 같이 권고하기로 의결한다.

2002. 7. 22.

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

2 전기통신사업법개정안에 대한 의견(2002.8.13.)

전기통신사업법 개정안의 일부 조항이 명확성의 원칙에 위배되어 자의적인 법집행 가능성이 있으므로 재검토를 권고한 사례

1. 개정안에 대한 수정 의견

□ 개정안 제53조 제1항 제3호 “타인의 의사에 반하여 반복적으로 공포심이나 불안감을 유발하는 내용의 전기통신”에 대해

○ ‘공포심이나 불안감을 유발한다’는 것은 당사자의 주관에 의해 좌우될 수밖에 없으므로 이 조항은 명확성의 원칙에 반하고 자의적으로 해석될 여지가 있다고 판단되므로 삭제가 바람직하다.

□ 개정안 제53조 제1항 제7호 “국가기밀을 침해하는 내용의 전기통신”에 대해

○ ‘국가기밀’이라는 말의 모호성으로 인해 과연 무엇이 국가기밀인지, 어떤 경우에 국가기밀을 침해했다고 판단할 수 있는지에 대해 알 수 없다. 이로 인해 이 조항은 법집행자에 의해 자의적으로 운용될 여지가 있다고 판단되므로 삭제가 바람직하다.

□ 개정안 제53조 제3항 본문 “정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 명령의 대상이 되는 전기통신사업자 및 이용자에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.”에 대해

○ 개정안 제53조 제3항의 내용으로 볼 때 사전에 의견제출의 기회를 주는 것으로 해석된다. 하지만 사전에 의견제출 기회를 주는 것을 명백히 하기 위해 “정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 명령의 대상이 되는 전기통신사업자 및 이용자에게 사전에 의견제출의 기회를 주어야 한다.”고 변경하는 것이 바람직하다.

□ 개정안 제53조 제3항 제2호 “의견청취가 현저히 곤란한 경우”에 대해

○ 위 조항은 행정절차법 제21조 제4항 제3호 “당해처분의 성질상 의견

청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우"를 참조하여 규정한 것으로 보인다. 하지만 통신제한 명령의 경우 그 성질에 비추어 의견청취가 현저히 곤란한 경우는 이용자가 불특정 다수이거나 이용자를 특정할 수 없는 경우라고 볼 수 있다. 그렇지 않다고 해석한다면 의견청취가 현저히 곤란한 경우는 법집행자에 의해 자의적으로 해석되고 남용될 가능성이 있다고 판단된다. 그러므로 위 조항은 "이용자의 성명, 주소 등을 알 수 없어 의견청취가 현저히 곤란한 경우"로 변경하는 것이 바람직하다.

2. 전기통신사업법상의 통신제한조치에 대한 일반 의견

○ 개정안 제53조 제3항 제1호 "공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우"에 사전 의견제출 기회 없이 통신제한조치를 할 수 있게 규정하고 있다. 공공의 안전과 복리를 위하여 긴급히 통신제한조치를 할 필요성은 있으나, 긴급히 통신제한 조치를 하는 것은 통신내용이 명백히 범죄에 해당하는 경우로 한정적으로 해석하여 운용해야 할 것이다. 그렇지 않다면, 긴급 통신제한 조치의 남용으로 인해 이용자의 사전 의견제출 기회의 원천적인 봉쇄가 우려된다.

○ 인터넷 등의 통신 수단이 기존의 매체와는 달리 정보의 접근가능성이 무제한이라는 점에서 일정한 통제가 필요한 것은 사실이다. 그렇지만, 사적 규제가 가능함에도 일률적으로 행정명령이라는 공적 규제에 의하여 통제하려고 하는 것은 행정규제의 최소화 원칙에 상치되며, 국민의 표현의 자유, 알권리 등을 현저히 침해할 가능성이 있으므로 바람직하지 않다. 또 인터넷이 국경과 시공을 초월하는 통신수단이라는 점에서 유럽연합(EU)과 인터넷내용등급연맹(Internet Content Rating Alliance) 등에서는 인터넷상의 음란물과 폭력물에 대해 국제적인 자율규제가 논의되고 있다. 그렇다면 우리도 국가 행정에 의한 통제보다는 정보통신사업자의 자율적인 규제의 방향으로 가는 것이 바람직할 것이다.

2002. 8. 12.
정책및대외협력소위원회
위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3 보험업법중개정법률안에 대한 의견(2002.9.25.)

재정경제부가 입법예고한 보험업법개정법률안 중 금융감독위원회가 '보험사기조사'와 관련하여 공공기관에 대하여 가입자의 병력 자료 등 개인 정보의 제공을 요구할 수 있도록 한 것은 인권침해의 소지가 있다고 판단한 사례

【결정요지】

공공기관의개인정보보호에관한법률에 의하여 보호되어야 할 공공기관 보유 개인정보를 타 공공기관이, 정보주체의 동의 없이 손쉽게 이동할 수 있는 형태로 법률을 개정하는 것은 방지되어야 하고, 공공기관의개인정보보호에관한법률에서 다루어야 할 사항을 보험업법개정법률(안)에서 다루는 것도 적절하지 않으므로, 신설되는 제165조 규정의 삭제를 권고함.

1. 의견제시의 배경

가. 국가인권위원회는 2002. 7. 2. 재정경제부가 입법예고한 보험업법개정법률안(이하 "개정안") 중 금융감독위원회가 '보험사기조사'와 관련하여 공공기관에 대하여 가입자의 병력 자료 등 개인 정보의 제공을 요구할 수 있도록 한 것은 인권침해의 소지가 있는 것으로 판단하였습니다.

나. 국가인권위원회법 제19조제1호는 "인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명"을 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 "인권에 관한 법령안"에 해당하는 것입니다.

다. 이에, 국가인권위원회는 관련 전문가 및 학자의 자문을 거쳐 동 개정안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 재정경제부의 보험업법개정법률안 중 제165조 제안 이유와 내용

가. 재정경제부는 개정안 중 본 규정을 제안한 이유를 “보험사기조사제도의 확립”이라고 밝히고 있습니다.

나. 본 규정은 금융감독위원회에게 조사를 위해 필요한 때 “공공기관의개인정보보호에관한법률 제2조제1호의 공공기관의 장”에게 개인정보의 제공을 요청할 수 있도록 권한을 부여하는 내용을 주요 골자로 하고 있습니다.

3. 보험업법개정법률안에 대한 국가인권위원회의 의견

가. 동 개정안은 금융감독위원회에 과다한 권한을 부여하고 있습니다

○ 현행 보험업법 제182조는 관계자에 대한 조사권한을 금융감독원장에게 부여, 진술서의 제출, 장부·서류 등의 제출 등을 요구할 수 있도록 하고 있습니다.

○ 개정안 제162조는 현행 보험업법 상의 조사권한을 금융감독위원회에 부여, 금융감독위원회가 직접 조사하거나 금융감독원장이 조사할 수 있도록 할 수 있게 하면서 물건 제출요구, 출석 요구권을 갖게 하는 등 그 권한을 더욱 강화, 준사법적 권한까지 갖게 하였습니다

○ 개정안 제162조에 의거 금융감독위원회 및 금융감독원장은 이미 효과적 조사권을 보유하게 되는데, 다시 제165조는 금융감독위원회에 광범위한 조사권을 주어 타 공공기관이 보유하고 있는 개인정보를 요청하고 이를 이용할 수 있도록 명시함으로써 과다한 권한을 부여하고 있습니다.

○ 그리고, 단지 “조사를 위하여 필요한 경우”에는 별다른 단서 없이 타 공공기관이 보유하는 정보를 취득할 수 있다고 명시하고 있어 목적을 달성을 통한 이익 보다 개인의 프라이버시 등이 침해당할 소지가 더 크다고 판단됩니다.

나. “공공기관의개인정보보호에관한법률(이하 개인정보보호법)”은 개인정보의 보호를 목적으로 마련된 법으로써 개인정보를 제공받기 위한 근거로 오용되어서는 안 됩니다.

○ 금융감독원은 개정안을 검토하는 과정에서, “개인정보보호법”제10조

제2항에 의거해 볼 때 공공기관 간의 개인정보 유통을 제한적으로 허용하고 있다고 해석하고 있는데,

○ 이 법은 공공기관 보유 개인정보가 보호되어야 한다는 원칙을 밝힌 법이며, 다른 공공기관에 자기 보유 개인정보를 넘겨 줄 수 있는 법리적 근거로 오용되어서는 안 됩니다.

※ 이 문제와 관련하여 경찰의 수시적성검사 통지발부와 관련하여 위원회의 권고의견을 밝힌바 있음(2002. 7.30.(화))

○ 꼭 필요한 경우 공공기관은 개인정보보호법과 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률이 허용하는 범위 내에서 개인정보를 사용해야 합니다.

○ 개별법에 의한 예외조항을 다수 규정하게 되면 개인정보보호에 관한 일반원칙이 형해화 될 우려가 있습니다.

○ 개정안은 개인정보의 이용 범위와 방법을 보험업법시행령에서 정할예정으로 있다고 명시하고 있습니다.

○ 그러나, '보험사기조사'와 관련된 개인정보란 주로 개인의 병력사항이나 치료정보에 관한 것으로, 이러한 정보는 각종 의료관계법에서 정보누설 등을 금지하고, 이를 위반할 경우 형사처벌까지 부과하고 있는 바, 개인정보 중에서도 보호해야할 필요성이 더 큰 내밀한 정보입니다.

○ 이를 대통령령에 위임하는 것은, 개인정보 유출이 대부분 안전장치의 설치 부재 여부에 좌우되는 것이 아니라 人的 요인에 의한 것임을 고려할 때, 민간기업으로의 개인정보 유출 등 심각한 인권침해 또한 우려되는 것입니다.

○ 또한, 개정안에서 규정하고 있는 것처럼 제공을 요구할 수 있는 정보의 범위가 특정되지 않는 경우, 사고 발생시 보험가입자의 입원여부 확인을 위해 전 입원환자의 기록을 요구할 소지도 있습니다.

다. 법률의 실효성이 우려됩니다

○ 현재 보험사기의 유형은 운전자 바꿔치기, 사고발생 후 보험가입, 사고차량 바꿔치기 등이 대부분입니다.

○ 이러한 경우 경찰청, 보험회사 지정병원 등에서 입수 가능한 정보로부터 조사가 가능하고,

○ 다른 공공기관에서 다른 목적으로 수집된 정보를 이용해야만 하는 이유가 명확하지 않습니다.

○ 위의 보험사기 유형을 고려할 때 공공기관(국민건강보험공단)이 보유하고 있는 개인정보가 꼭 필요하다는 당위성을 인정할 수 없으므로 법률의 실효성이 우려됩니다.

4. 결론

○ 따라서, 공공기관의개인정보보호에관한법률에 의하여 보호되어야 할 공공기관 보유 개인정보를 타 공공기관이, 정보주체의 동의 없이 손쉽게 이동할 수 있는 형태로 법률을 개정하는 것은 방지되어야 하고, 공공기관의개인정보보호에관한법률에서 다루어야 할 사항을 보험업법개정법률(안)에서 다루는 것도 적절하지 않으므로, 신설되는 제165조 규정의 삭제를 권고합니다.

2002. 9. 25.

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

4 생명윤리및안전에관한법률제정안에 대한 의견(2002.11.4.)

생명윤리및안전에관한법률제정안은 인간개체복제금지 및 배아에 대한 보호를 핵심내용으로 하고 있어 여성의 난자에 대한 보호가 가장 필수적이라고 할 것이나, 여성의 난자 등에 대한 보호에 대해서는 구체적으로 언급하고 있지 않아, 난자 등의 제공, 채취, 관리, 감독 등에 대한 투명성을 확보할 수 있는 철저한 장치에 대해 동 개정안이 규정해야 한다고 판단한 사례

1. 검토의 배경

가. 보건복지부는 2002. 9. 24.에 생명윤리및안전에관한법률제정안(이하 "법률안")을 입법예고하였습니다.

나. 법률안은 생명윤리 및 안전에 관한 것으로서, 인간복제, 유전자검사, 유전정보, 유전자치료 등, 관련한 여러 조문에 인간의 존엄과 가치 및 생명권 등에 관련된 사항들로 구성되어 있습니다.

다. 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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 법률안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 "인권에 관한 법령안"에 해당하는 것입니다.

라. 국가인권위원회는 관련 전문가 및 학자의 자문을 거쳐 법률안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 법률안의 내용

가. 보건복지부의 법률안 제정사유는 다음과 같습니다.
"생명과학기술의 발전이 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해

를 주는 것을 방지하고, 질병의 예방・치료 및 건강증진에 기여할 수 있도록 생명과학기술의 적용과정에 대한 투명성과 신뢰성 확보를 위한 제도적 장치를 마련하려는 것임.”

나. 법률안은 자기결정권, 인간복제, 배아 생산・이용, 유전자 검사, 유전정보 보호, 유전자 치료 등을 규정하고 있습니다.

3. 검토 기준 및 근거

가. 헌법상 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지며(제10조) 특히 인간다운 생활을 할 권리를 보장할 의무가 있습니다(제34조). 또한 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가지며, 저작자・발명가・과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호하고 있습니다(제22조).

나. 한편, 헌법은 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장・질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(제37조)’고 하고 있습니다.

다. 생명윤리및안전에관한법률안 역시 이러한 법적인 원칙에 근거하여 설정되고 판단해야 합니다.

4. 법률안에 대한 의견

가. 전체적인 의견

(1) 본 법안은 연구의 자유 침해, 연구의 사전검열제라는 비판을 받으면서도 생명윤리 및 안전이 인권을 위해 보다 중요한 사항임을 천명하고 중시하고 있습니다.

(2) 동 법안은 인간개체복제금지 및 배아에 대한 보호를 핵심내용으로 하고 있는데, 이를 위해서는 여성의 난자에 대한 보호가 가장 필수적이라고 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 여성의 난자 등에 대한 보호에 대해서는

구체적으로 언급하고 있지 않아, 난자 등의 제공, 채취, 관리, 감독 등에 대한 투명성을 확보할 수 있는 철저한 장치에 대해 규정해야 할 것입니다.

(3) 또한, 생명윤리 및 안전을 위해서는 생명관련업무에 대한 상업성의 배제도 당연히 포함되어 있다고 할 것입니다. 따라서, 법안에 규정된 생명관련업무에 대해서는 국가가 책임지고 담당해야 함에도, 국가기관이 아닌 상업적 기관에 등록・허가・신고 등으로 이윤을 추구하는 영업활동을 가능하게 함으로써 상업성을 배제하지 못하고 있으므로, 이후 영리를 추구하는 민간기관에 의해 인권침해가 발생할 우려가 있다고 생각됩니다. 이에, 상업적 기관에 대한 많은 부분의 업무위탁에 대해서는 재검토가 있어야 할 것입니다.

(4) 아울러, 생명윤리 및 안전의 준수를 위해 생명윤리 및 안전에 대한 대국민 홍보, 관련기관 및 업무담당자에 대한 교육문제 등에 대해서도 언급이 필요하며, 대통령령이나 보건복지부령에서 이에 대한 세부규정을 두어야 할 것입니다.

나. 개별 조항의 검토

(1) 총칙

- 제4조(국민의 자기결정권)에서는 국민이 생명과학기술의 대상이 되는 경우 그에 대해서 “알권리”의 내용중 하나인 “들을 권리”에 대해 규정하고 있으나, 자기결정권을 충분히 행사하기 위해서는 전체적인 “알 권리”, 즉 볼 권리, 읽을 권리

- 자료열람・수집・복사, 시청각자료시청- 등을 포함시켜 국민의 적극적인 알 권리를 규정하는 것이 인권보장을 위해 필요할 것입니다.

(2) 국가생명윤리자문위원회 및 기관생명윤리위원회

㈎ 국가생명윤리자문위원회 관하여

- 국가생명윤리자문위원회에 대해서도 심의의 공정성과 객관성을 위하여 기관위원회에 관한 제8조제3항의 심의대상인 연구 및 시술에 관여하는 위원은 해당 연구 및 시술과 관련된 심의에 참여하지 못하는 규정을 두어야 할 것입니다.

- 또한, 그 구성인원에 있어서도 여성의 난자 보호를 위해 적어도 여성위원이 어느 포함되어야 할 것이므로, 구성위원내 성별비율에 대한 언급도 있어야 할 것입니다. 각각 3인이상 또는 30%이상의 여성이 참여하도록

해야 할 것입니다.

㈏ 기관생명윤리위원회에 관하여

- 제7조 제2항 제2호에서 제공자로부터 적절한 동의서 확보여부에 “난자, 정자, 자궁 등”의 제공자도 추가·포함되어야 할 것입니다.

- 제7조제3항의 기관위원회의 자료제출 또는 보고의 요구에 대한 기관의 장 또는 연구책임자의 성실한 답변을 담보하기 위한 규정이 없으므로, 위원회의 기능 활성화를 위해서 제4항에서 “정당한 사유가 없는 한 성실히 응해야 한다” 는 의무규정을 두는 것이 바람직할 것입니다.

(3) 제8조제1항 위원의 구성에서 “보건의료인이 아닌 자 1인” 과 “해당기관에 종사하지 않는 자 1인” 이라는 용어는 모호하다 할 것입니다. 외부인사 2인이 포함되므로 객관성이 있다고 하지만, 생명공학에 관련된 사람이 모두 보건의료인이라고 할 수 없고, 또 해당기관에 종사하지 않는 자로서 다른 생명공학관련기관의 종사자인 경우가 있을 것이므로 객관성에 문제가 있습니다. 따라서, 철학, 신학, 법학, 사회과학 등의 연구자나 종교계, 시민단체 등으로 구체적으로 지정해야 할 것입니다.

(4) 인간배아의 생산, 이용

㈎ 제12조 제2항에서 열거된 것외에 기술의 발전으로 인간배아생산방법도 생명윤리나 안전을 침해하는 방법이 개발될 수 있으므로, 이를 방지하기 위해 “기타 자문위원회의 심의를 거쳐 대통령이 금지하는 행위”를 제4호에 신설하는 것이 바람직하겠습니다.

㈏ 여성의 난자 등의 제공에서의 불투명성을 제거하고 여성의 난자 등을 보호하여 여성의 인권침해를 방지하기 위해, 제12조제3항에 “타인의 자궁의 이용·제공”을 추가하고 “정자, 난자, 자궁 등의 제공에 대한 적법한 시스템 마련”을 위해 “그 요건 및 절차 등을 대통령령이나 보건복지부령으로 정한다”는 규정을 신설하는 것이 타당하겠습니다.

㈐ 제18조(배아의 폐기) 제4항에서 배아폐기에 관한 제반사항은 보건복지부령에서 정하되, 최소한 존엄과 가치가 존중되도록 한다는 선언적 규정을 두는 것도 배아에 대한 법안의 전체적 입장에 비추어 타당할 것입니다.

㈑ 제20조(준수사항)에서 제3항에 보고·자료제출 요구권, 조사·검사권을 규정하고 있으나, 이에 응하지 않는 경우의 담보규정이 없으므로 “제4항에서 “요청받은 기관의 장은 정당한 사유가 없는 한 성실히 응해야 한다” 는 의무규정을 두는 것이 바람직하겠습니다.

(5) 유전자 검사

㈎ 제22조(유전자 검사의 동의) 제2항에서 행위무능력자의 경우에 “가능한 본인의 동의를 받도록 노력해야 한다”로 되어 있는데, 이들의 인권보장을 위해서는 “이 경우에도 가능한 한 본인의 동의를 받아야 한다”로 규정해야 할 것입니다.

㈏ 제22조제4항제4호에서 기타 보건복지부령으로 서면동의없이 유전자 검사를 할 수 있게 하는 경우, 프라이버시권과 관련하여 문제가 발생할 우려가 있으므로, “자문위원회의 심의를 거쳐 대통령이 정하는 경우” 로 하는 것이 문제발생의 여지를 감소시킬 것입니다.

㈐ 제26조제1항제2호에서 상업적 목적으로 유전자검사를 실시하고자 하는 기관을 허용하고 있는데, 생명공학의 상업화에 의한 인간존엄침해를 방지하기 위한 이 법의 취지에 비추어 상업적 유전자검사기관의 인정은 이 법에 부합하지 않는 것으로 판단되므로 신중한 고려가 필요합니다.

㈑ 마찬가지로 제27조제2항의 유전자 검사의 허위·과대의 표시·광고 금지 규정 또는 유전자 검사의 상업화를 인정하는 취지이므로 재검토가 필요합니다.

(6) 인간유전정보 등의 보호 및 이용

㈎ 제29조 유전자은행은 보건복지부의 허가를 받은 상업적 기관도 가능하게 하고 있는데, 이 또한 영리추구와 관련되어 인권침해가 발생할 우려가 있으므로 재검토가 필요합니다.

㈏ 제31조제1항에서 직무상 알게 된 인간의 유전정보 등을 보호하도록 되어 있는데, 직무상외에 알게 된 인간의 유전정보도 보호되는 것이 법취지에 부합할 것입니다.

㈐ 제31조제2항의 단서 규정에서 질병의 진료 및 치료 목적으로 다른 의료기관에 제공할 수 있도록 되어 있는데, 이 경우에도 본인의 동의 또는 법정대리인의 동의를 얻어야 할 것입니다.

㈑ 제31조제3항 및 제4항 규정에 대해 제5항을 신설하여 관련자료제출을 요청받거나 조처를 당한 기관은 정당한 사유가 없는 한, 이에 성실히 응해야 한다“ 는 의무규정을 두는 것이 바람직하겠습니다.

(7) 유전자 치료

제32조(유전자치료의 범위)제3호 “자문위원회의 심의를 거쳐” 보건복지부장관이 정하도록 하는 것이 보다 효과적일 것입니다.

(8) 기타

㈎ 제36조(폐기명령)에서 “수입된 배아”라는 용어가 등장하는데, 법안 내용에서 배아수입을 금지하는지 허용하는지 여부에 대해 전혀 언급되고 있지 않기 때문에, 해석상 문제가 있습니다. 배아수입에 관해 법안에서 그 내용을 명확히 규정해야 할 것입니다.

㈏ 제44조(배아 및 유전자 관련업무의 위임)에서 그 위임받을 기관은 상업적 기관이 아닌 공익기관으로 한정하는 것이 이후의 상업적 인권침해 시비에 휘말리지 않을 것이라고 봅니다.

㈐ 제45조 비밀누설 금지에 대해 제재규정이 없으므로 마련해야 할 것입니다.

㈑ 생명윤리 및 안전에 대한 대국민 홍보에 대한 사항과 관련기관 및 업무종사자들에게 이에 대한 교육의무를 부과하는 규정을 마련해야 할 것입니다.

2002. 11. 4.

정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

5 경찰청의 주민별 얼굴사진자료 수신관련 의견(2003.3.24.)

행정자치부에서 관리되는 주민별 얼굴사진 자료를 경찰청이 일괄수신하여 활용하는 것은 프라이버시권 및 인격권 등의 침해로 인정하여 경찰청에 의견제시

【결정요지】

경찰청이 계획 중인 행정자치부에 대한 주민 사진자료 일괄 송부 요청 및 수사목적상 활용은 헌법 제10조 및 제17조, 개인정보 보호의 시민적·정치적권리에관한국제규약 제17조 등의 국제적 기준 등에 비추어 볼 때, 인권침해를 야기할 수 있으므로 신원파악이 지극히 곤란한 경우 등에는 사안별로 행정자치부에 자료를 요청하고, 개별적으로 제공받는 방법에 의하여 사진자료의 필요성이 해결되도록 하여야 함.

Ⅰ. 주민 사진자료 수신 및 수사목적상 활용의 가능성

1. 주민등록정보는 주민관리사무, 복지급여사무 등 주민생활의 편익과 행정사무의 적정한 처리를 위해 주민등록법에 의해 수집되는 정보이므로 목적외의 사용은 원칙적으로 금지됩니다.

범죄수사는 강력한 국가공권력의 행사이며, 인권침해의 가능성이 높기 때문에 그 절차는 형사소송법 등이 정하는 엄격한 기준에 따라야 합니다. 따라서 행정목적으로 수집된 주민등록정보를 수사목적으로 사용하는 것은 극히 제한적이어야 합니다.

2. 귀 청이 사진자료 수신 요청의 근거로 제시한 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률은 정보통신망을 통한 행정정보의 공동이용을 규정하고 있으나 이는 민원인에게 동일한 정보를 중복하여 제출하지 않도록 하기 위해서라고 봐야 합니다. 따라서 행정자치부의 주민 사진자료를

정보통신망에 의해 직접 제공 받아 수사목적에 활용하는 법률적 근거가 될 수 없습니다.

동법 제10조, 제11조 규정 내용에 대한 행정자치부의 발간자료(전자정부법의 이해와 해설, 2001.7.)를 통해서도 확인될 수 있습니다.

> 마. 행정기관 확인의 원칙(법 제10조)
> - 행정기관은 행정정보 공동이용을 통해 확인 가능한 경우에는 주민등록등초본, 사업자등록증, 과세증명 등의 입증 서류를 가급적 요구해서는 안된다는 취지로 규정된 것임.
>
> 바. 행정정보공동이용의 원칙(법 제11조)
> - 행정기관은 자신이 수집·보유하고 있는 행정정보를 이를 필요로 하는 다른 행정기관과 공동 이용하여야 하며, 다른 행정기관으로부터 신뢰할 수 있는 행정정보를 제공받을 수 있는 경우에는 동일한 내용의 정보를 따로 수집하여서는 아니됨
> - 정보의 중복 수집을 방지하고, 공동이용 활성화를 통한 구비서류 징구를 감소시키기 위하여 규정한 것임.

3. 또한, 사진자료는 사생활뿐만 아니라 인격권 등과도 관련된 개인정보이며 다른 주민등록정보와 달리 행정목적에 사용될 것을 예정하고 제공된 것으로 볼 수 없습니다. 즉, 신분확인을 위한 증서로서 주민등록증 발급을 위해 제공된 것이므로 이용목적에 보다 제한적인 성격을 갖는 것으로 볼 수 있습니다.

4. 따라서 주민등록법 제18조의 2 또는 전자정부법 제11조를 근거로 수사목적을 위해 행정자치부에 자료 송부를 요청하는 것은 동 법률의 규정 취지에 부합되지 않습니다.

Ⅱ. 주민 사진자료의 수신 범위에 대한 검토

1. 주민등록법은 다른 행정기관이 주민등록전산정보자료를 이용할 수 있는 절차를 규정하고 있으나, 시행령 제45조는 '필요한 최소한의 자료범위에 한하여' 제공할 수 있으며, 제공된 자료의 보관기관을 정해야 한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어, 주민등록전산정보자료를 정보통신망에 의해 직접

제공하지 않는 것을 전제로 하고 있다고 보아야 할 것입니다.

2. 또한 개인정보보호법 제10조는 개인정보의 목적외 사용이 허용되는 경우(범죄수사)에도 정보통신망에 의해 직접 제공 방식을 상정하고 있지 않은 것으로 해석하는 것이 그 입법취지에 부합할 것입니다.

3. 따라서 개인정보이용 한계 규정의 취지 등에 비추어 볼 때, 귀 청이 계획하는 바와 같이 사진자료 전체에 대한 수신은 관련 법령의 제한범위를 벗어난 것으로 볼 수 있습니다.

Ⅲ. 주민 사진자료 보호에 대한 국가적 책무

1. 개별법령의 기준에 의한 제한 외에도 국가는 오늘날 '자기와 자기 책임 하에 있는 자에 관한 정보를 통제할 수 있는 권리'로서 헌법 제10조 내지 제17조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제17조 등에 의해 보호되는 개인의 프라이버시가 침해되지 않도록 해야 합니다. 즉, 국민 개인정보의 관리 및 이용에 있어 그 목적을 명확히 하여야 하며, 정보를 제공한 국민의 의사에 반하지 않아야 하는 책무가 있습니다.

2. 행정자치부가 관리하고 있는 주민 사진자료의 일괄 수신과 수사목적상 이용은 국가에 등록하고 관리를 위임한 개인정보를 정보주체의 자발적 동의 없이 기계적으로 변화하여 목적외 이용되는 것으로서 정보의 직접수집 원칙 등 개인정보 보호의 일반원칙과 국제적 기준 등에 반하며,

3. 자료 수신의 목적이 공익 보호로서 정당성을 갖는 것으로 볼 경우에도, 귀 청의 일괄수신에 의한 활용은 과잉금지 원칙 등에 반하여 프라이버시의 주요 내용인 정보에 대한 자기결정권 및 인격의 자유로운 발전과 행복추구권을 침해합니다.

4. 따라서 사진자료의 경우 대상인의 신원파악이 지극히 곤란한 경우 등 특정 사안별로 행정자치부에 자료를 요청하고, 행정자치부가 이를 심사, 개별적으로 제공함으로써 귀 청의 수사목적상의 사진자료의 필요성이 해결되

어야 할 것입니다.

아울러 주민등록정보의 관리·이용 등과 관련하여 국제적 기준 및 개인정보 보호의 일반원칙에 부합되도록 귀 청의 관련 법령의 개선 등 인권침해 위험성에 대한 자체적인 검토가 선행되어야 할 것으로 판단됩니다.

2003. 3. 24.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

6 교육인적자원부의 교육행정정보시스템(NEIS)에 관한 개선 권고(2003.5.12.)

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·정치적권리에관한국제규약 제17조, 아동의권리에관한협약 제16조, 개인데이터의국제유통과프라이버시보호에관한가이드라인(OECD 가이드라인), 전자화된개인정보와관련된규정을위한UN가이드라인, 현행 공공기관의 개인정보보호에관한법률(개인정보보호법) 등에 의거하여 NEIS의 사생활 비밀과 자유 침해 여부, NEIS의 법적근거, NEIS 추진배경, NEIS 27개 개발영역 중 교육공무원 인사 영역의 인권침해 소지 여부, 교무/학사·입(진학)·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 '교육공무원인사기록및인사사무처리규칙'을 개정할 것을 교육인적자원부에 권고함.

Ⅰ. 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 연계처리하기 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, 시설현황,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, 인터페이스관리, 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 경우에라도 목적의 명확성, 피해의 최소성, 법익의 균형성, 수단의 적정성, 방법의 적절성 여부에 대한 검토가 필요하다고 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・정치적권리에관한국제규약 제17조, 아동의권리에관한협약 제16조, 개인데이터의국제유통과프라이버시보호에관한가이드라인(OECD가이드라인) 및 전자화된개인정보와 관련된규정을위한UN가이드라인과 현행 공공기관의개인정보보호에관한법률(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 아니한다”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 보호법익으로 하고, 나아가 사생활을 공개당하지 아니할 권리(사생활 비밀과 자유), 사생활의 평온한 유지 및 자유로운 형성을 방해받지 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 해석해야한다.

(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 기본적 인권침해가 특히 문제되는 영역은 교무/학사, 보건, 입(진)학 영역 등으로, 위 판단의 준거틀에 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 대법원96다42789 (1998.7.24)	프랑스 정보처리 파일 및 자유에 관한 법률 제31조 제1항 사람의 혈통, 정치적, 철학적 또는 종교적 견해, 조합의 소속 또는 품행을 직접 또는 간접적으로 노출시키는 기명데이터를 당사자의 명백한 동의 없이 정보시스템에 입력시키는 것은 금한다.
	주민등록번호				
	사진				
	성별				
	한자성명	학생지도			
	생년월일				
	학적구분(재학, 입학, 전입 등)				
	영문성명				
	생활보호대상자 여부		학생지도, 학자금혜택 등의 용도는 인정되나 ·알려지기를 꺼려하는 민감한 정보로 DB화 하기 곤란한 정보임.	헌법제10조 및 제17조, OECD 가이드라인 수집목적에 연관되는 내용을 수집(2)	
	보훈대상자 여부				
	소년·소녀가장 여부				

업무명	항목명	기록목적	검토	준거 틀	외국 입법 예
기본신상 관리	누가주소 등록	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음.	헌법제10조 및 제17조·는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 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) 체재생관리	기관명				
	기간				
현장실습 관리	기관명				
	기간				
공동실습소 입소관리	기관명				
	기간				
특수학급 대상자 신상관리	장애유형	학생지도	건강상태와 관련된 민감한 정보로 누출시	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과	보건관련사항은 거의 모든 나라의 프라이버시법
	장애등급				
	장애인등록번호				

업무명	항목명	기록목적	검토	준거 틀	외국 입법 예
	검사기관		회복하기 어려운 인권침해 우려 · 보건관련 기록으로 특별히 민감한 정보로 취급해야함.	자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음.	이 민감한 정보로 분류(프랑스, 호주, 캐나다, 영국, 독일 등)하여 누출의 소지를 최소화 하고 전염병의 예방과 연구목적을 위한 통계자료 외의 사용을 금함.
	지능지수				
	지능검사도구				
	장애원인				
	보장구				
	수반장애				
	복용약물				
특수교육 이수내역	기간				
	기관명				
	교육내용				
	특이사항				
	담당교사				
	연락처				
	휴대전화				
자치활동 누가기록	일자	학생지도 상급학교 진학	지극히 개인적인 정보로 누출시 정보주체에게 불이익을 줄 수 있음.	헌법제10조 및 제17조·는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음.	
	이수시간				
	활동내용				
	특기사항				
적응활동 누가기록	일자				
	이수시간				
	활동내용				
	특기사항				
행사활동 누가기록	일자				
	이수시간				
	활동내용				
	특기사항				
계발활동 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/학교활동 누가기록	기간				
	이수시간				
	활동내용				
단체활동 누가기록	기간				
	단체활동명				
	단체활동 내용				
	장소 또는 주관기관명				
	시간 또는 일수				

업무명	항목명	기록목적	검토	준거 틀	외국 입법 예
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.	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음.	
	본교친구				
	타교친구				
	주거환경				
	통학방법				
	통학시간				
	요선도여부				영국 데이터 보호법 제2조, 캐나다 프라이버시법 제3조,
	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 직접상담하지 않은 다른 교사가 열람하게 되므로 적절치 않음.	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음.	
	시간				
일반상담 누가기록	상담내용				
	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.	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 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				

업무명	항목명	기록목적	검토	준거 틀	외국 입법 예
인증관리	명칭 또는 종류	학생지도 상급학교 진학			
	취득연월일				
	번호 또는 내용				
	발급 기관				
	인증 구분				
수상관리	수상명	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.	
	등급				
장학생(금) 관리	장학금명				
	장학금액				
	수여일자				
	수여기관				
	수여일자				
	수여기관				
행동발달 관리	일자	학생지도 및 교사로서 학생에 대한 전문적 견해 표명	학생개인에 대한 교사의 견해 및 의견으로 지극히 개인적인 정보이며 누출시 양 당사자에게 심각한 불이익을 줄 수 있음.	헌법제10조 및 제17조	캐나다 프라이버시법 등 외국의 입법 예가 개인에 대한 타인의 견해 및 의견을 보호 받아야할 개인의 정보로 분류하고 있는 점을 고려할 때 본 항목은 학교생활기록부 및 NEIS 입력사항으로 적절하지 못함.
	행동발달 내용				
	행동특성 및 종합의견				
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.	헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음.	
교육과정 관리	과목별수강학생		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.	
	특기적성 지원자관리				

(2) 보건 영역

업무구분	업무명	항목명	목적	준거틀	검토(외국의 입법에 포함)
건 강 기록부	체격/체질 검사	키//몸무게/가슴둘레/앉은키/시력(나안)/시력(교정)/색각/청력/귓병/콧병/목병/눈병/피부병/영양상태/척추상태/가슴통/기관능력/정신장애/언어장애/알레르기성질환/종합소견/검진일자/의사성명	학생의 질병 또는 건강상 결함의 예방·발견 및 간이 치료와 건강 증진 및 체력 향상	·헌법제10조 및 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 ·아동권리협약16조는 법률에 의하지 않은 아동의 사생활 비밀의 자유 침해를 금하고 있음.	·보건관련 사항은 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 금하고 있는 만큼 집적 관리에 따른 누출의 위험 부담을 감수 할만한 필요성이 있는지 의문임.
	구강/병리 검사	치료할치아/빠진치아/치주질환/부정교환/기타질환유무/검사일자/치과의사성명/소변검사/결핵검사/간염검사			
	체력 검사	달리기/팔굽혀매달리기(중고/여) /윗몸일으키기/제자리멀리뛰기/앉아윗몸 앞으로 굽히기/오래달리기걷기/검사일/검사자 성명			
종합검진 등록	병력 기록	이환시작일/이환종료일/취학전후구분/병명/치료현황			
	건강 관리 가정 통신	송·수신일/지도 및 연락사항			
	학부모정보	보호자성명			
	판정 결과	비만/근골격질환/안과질환/신장·비뇨기질환/이비인후과질환/폐결핵·호흡기질환/피부과질환/빈혈·혈액질환/영양상태/당뇨내분비계질환/정신장애/고지혈(콜레스테롤)/언어장애/간·소화기질환/알레르기성질환/고혈압·순환기질환/구강질환/종합소견/검진기관명/검진의사/치과의사/가정조치사항			
	혈액, 혈압 및 소변검사	혈압(최고)/혈압(최저)/혈색소/식전혈당/총콜레스테롤/혈청지오티/혈청지피티/요당/요단백/요잠혈/요PH			
	기관 능력	호흡기/순환기/비뇨기/소화기/신경계/신생물질/내분비계/근골격계/혈액 및 조혈기/기관능력			
	흉부방사선 검사결과	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 전반에 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 민원사무처리에관한법률 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 민원사무처리에관한법률시행령 제11조 제2항이 민원사항을 접수한 다른 행정기관 또는 농협은 그 민원사항을 지체 없이 모사전송 또는 인터넷 등을 이용하여 소관기관에 송부하여야하고 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, 민원사무처리에관한법률 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 모순 되는 것이라 하겠다.

다. 따라서, 학교에서 수집·작성된 개인정보를 NEIS에 집적할 수 있는 법적근거는 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 하

였으나 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・고등학교생활기록부전산처리지침(교육인적자원부 훈령 제587호)학생건강기록부전산처리및관리지침(훈령584호)에 근거하고 있으며 초・중등학교종합정보관리시스템운영규정(훈령588)에 의거 운영되었고, 그 주된 내용은 다음과 같다.

초・중등학교종합정보관리시스템운영규정상의

・CS 개념 : 학교업무의 전자적처리(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 지장

을 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 개인정보보호를 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 가져 올 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·진

로지도・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 학부보, 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, 방법의 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 CS 정보의 누출에 비할바 없이 심대할 것이 자명하므로 CS의 보안체계 강화 방안을 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 법적근거를 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	독일연방데이터보호법, 호주프라이버시법	·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, 항시 변하는 재산상황을 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			

		준거틀	외국 입법 예	검 토
정당사회단체	가입단체성격	OECD 가이드라인 사용목적과 연관되는 내용이 아님(2) ·UN 가이드라인	스웨덴 개인정보보호법 제13조, 영국 데이터보호법 제2조, 독일연방데이터보호법, 호주프라이버시법이 민감한 정보로 분류	·사용목적에 부합하는 내용이 아님에도 불구하고, 사용목적인 '인사'업무에 영향을 미칠 수 있음. ·공무원의 경우 정당가입이 금지되어 있으므로 불필요한 항목이고, 사회단체 가입 여부 등을 기록하게 하는 것은 헌법 제21조, 세계인권선언 제19조, 시민적정치적권리에관한국제규약 제19조가 보장하는 표현의 자유를 제한할 소지가 있음. 대부분의 외국 프라이버시법이 민감한 정보의 하나로 특별히 보호하고 있음.
	가입단체명			
	직책명			
	가입 일자			
	탈퇴일자			·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)		·가족 사항은 불필요한 편견과 차별을 나을 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 (교육공무원인사기록및인사사무처리규칙의 인사기록카드 양식, 별표1서식)

(1) 기본사항

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

(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 또는 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 NEIS입력항목에서 제외되어야할 것이다.

따라서, 교육공무원인사기록및인사사무처리규칙의 인사기록카드 양식, 별지 제1호서식에 대한 개정도 필요한 것으로 판단한다.

Ⅳ. 교무/학사, 입(진학), 보건영역 입력제외로 인한 고려사항

가. 행정의 효율화를 위한 정보화 사업의 추진과 관련한 숙고

(1) 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률 제4조 제1항은 전자정부의 구현을 촉진하고 지식정보화시대의 국민의 삶의 질을 향상시키도록 이 법을 운영하고 관련 제도를 개선하여야하는 의무를 각 행정기관의 장에게 부여하고 같은 법 제8조 행정기관의 주요 업무는 전자화 되어야 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 정보화시 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, 설령, 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 숙고

(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 비젼에 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 운

영되고 있는 CSIS(California School Information Service)의 경우 학생의 정보를 집적 필요한 대학에 송부하고 있으나, 분명한 법적 근거가 마련되어 있고, 개인과 학교의 동의를 구하여 추진되는 공립학교 행정정보화 시스템으로 NEIS와는 차이가 있다.

(5) 이와 같은 이유로, 국가인권위원회는 집적되는 개인정보의 가치와 장래를 향한 교육 비젼의 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.

Ⅴ. 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 별지목록 기재 항목은 사생활의 비밀침해 등 인권침해 의 소지가 있으므로 입력항목에서 제외하도록 “교육공무원인사기록및인사사무처리규칙”을 개정함이 상당하며, 위 교무/학사, 입(진)학, 보건영역은 종전의 CS방식으로 하되 CS의 보안상 취약성을 보완할 필요성이 있으므로 주문과 같이 교육인적자원부장관에게 권고하기로 의결 한다.

2003. 5. 12.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위원 박경서 위원 유 현 위원 유시춘 위원 조미경

위원 김오섭 위원 신동운 위원 정강자 위원 김덕현 위원 이홍록

7 교육공무원인사기록및인사사무처리규칙개정규칙안에 대한 의견(2003.10.22.)

교육공무원인사기록및인사사무처리규칙개정규칙안의 별지 제1호 서식 교육공무원인사기록카드 항목의 신체사항 중 '혈액형', 가족사항 중 '성명', '관계', '생년월일', '직업'의 기재항은 교육공무원의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 우려가 있으므로 삭제하는 것이 타당하다는 의견을 표명한 사례

【결정요지】

[1] 개인 정보의 수집은 합법적이고 공정한 수단에 의하여 제한적으로 수집되어야 하고, 정보주체의 동의 또는 인지 하에 습득되어야하며, 개인정보의 내용은 사용목적과 연관된 내용이어야 하고, 그러한 목적에 필요한 범위내에서 정확, 안전, 최신의 것이어야 함.

[2] 국가인권위원회는 위의 기준에 의해 개정규칙안에 존치하고 있는 5개 항목(혈액형, 가족사항 중 성명, 관계, 생년월일, 직업)에 대한 검토를 실시한 결과, 본 항목을 존치시켜야할 필요성 또는 합리적인 이유를 발견하기 어려울 뿐만 아니라, 본 항목은 오히려 불필요한 정보를 수집함으로써 편견과 차별의 소지를 낳고 있음

[3] 따라서 국가인권위원회 제1소위원회는 2003.10.22. 본 개정규칙안에 관하여 개정의견을 표명할 것을 의결, 개정규칙안 별지 제1호 서식 교육공무원인사기록카드 항목의 신체사항 중 '혈액형', 가족사항 중 '성명', '관계', '생년월일', '직업'은 삭제하는 것이 타당하다는 의견을 표명함.

【주 문】 교육인적자원부는 국가인권위원회가 교육행정정보시스템(NEIS)과 관련한 권고(2003. 5.12.)에서 "교육공무원인사기록및인사사무처리규칙(이하 '규칙'이라함)"을 인권침해의 소지가 없도록 개정할 것을 권고함에 따라 인권침해소지가

있는 것으로 지적된 26개 인사기록항목 중 호주, 재산사항 등을 포함하는 21개 항목을 삭제하여 “교육공무원인사기록및사무처리규칙 개정규칙(안)(이하 ‘개정규칙(안)’이라 함)”을 입법예고 하였음.

개인의 정보는 헌법 제 17조 사생활의 비밀과 자유의 주요 보호 법익으로 이 권리를 제한하기 위해서는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리(헌법 제37조)의 필요불가결한 이유가 있어야함.

개인 정보의 수집은 합법적이고 공정한 수단에 의하여 제한적으로 수집되어야 하고, 정보주체의 동의 또는 인지 하에 습득되어야하며, 개인정보의 내용은 사용목적과 연관된 내용이어야만 하고, 그러한 목적에 필요한 범위내에서 정확, 안전, 최신의 것이어야함.

국가인권위원회는 위의 기준에 의해 개정규칙(안)에 존치하고 있는 5개 항목(혈액형, 가족사항 중 성명, 관계, 생년월일, 직업)에 대한 검토를 실시한 결과, 본 항목을 존치시켜야할 필요성 또는 합리적인 이유를 발견하기 어려울 뿐만 아니라 본 항목은 오히려 불필요한 정보를 수집함으로써 편견과 차별의 소지를 낳고 있음

따라서 국가인권위원회 제1소위원회는 2003.10.22. 본 개정규칙(안)에 관하여 개정의견을 표명할 것을 의결, 개정규칙(안) 별지 제1호 서식 교육공무원인사기록카드 항목의 신체사항 중 ‘혈액형’, 가족사항 중 ‘성명’, ‘관계’, ‘생년월일’, ‘직업’은 삭제하는 것이 타당하다는 의견을 표명함.

【이　　유】

1. 검토의 배경

가. 교육인적자원부는 2003. 7. 9 교육공무원인사기록및인사사무처리규칙개정규칙(안)(이하‘개정규칙(안)’)을 입법예고 하였습니다.

국가인권위원회는 '규칙' 중 사생활의 비밀침해 등 인권 침해 소지가 있는 일부 입력항목(교육공무원의 재산사항을 포함하는 26개 항목)의 삭제를 권고하였습니다.

이번 개정규칙(안)은 2003. 5.12. 국가인권위원회의 NEIS관련 권고 사항을 수용한 것입니다.

나. 교육인적자원부는 개정규칙(안)을 마련하며 국가인권위원회가 삭제 권고한 26개 항목 중 호주사항 및 재산사항을 포함하는 21개 항목을 삭제하고 '혈액형', 가족사항 영역 중 '가족관계', '성명', '생년월일', '직업' 등 5개 항목은 존치시키고 있습니다.

다. 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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정규칙(안)은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 "인권에 관한 법령안"에 해당하는 것입니다.

라. 이에 국가인권위원회는 동 개정규칙(안)에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 검토 내용

가. 교육인적자원부의 5개 항목 존치 사유는 다음과 같습니다.

(1) 신체사항 중 혈액형 : 응급, 건강관리상 필요사항으로 공무원증에도 표기토록 하고 있고, 인권과 무관하며 차별의 대상이 될 수 없음.

(2) 가족사항 중 성명, 관계, 생년월일, 직업 : 부부교원 및 자녀관계에 따라 교원 전보 발령 시에 참고할 필요가 있고, 가족수당의 지급 등 교원 보수 관련 전산시스템과 연계 등 인사관리 상 필요

나. 존치항목의 필요성 여부와 그 이유에 대한 5개 시·도 교육청(서울특별시 교육청, 광주광역시 교육청, 대구광역시 교육청, 대전광역시 교육청, 인천광역시 교육청)의 의견은 다음과 같습니다.

3. 검토 기준

본 사안의 인권침해 여부 판단은 헌법 제17조와 시민적및정치적권리에관한국제협약 제17조(사생활 비밀과 자유보장), 헌법 제37조 제2항(기본권 제한 사유 및 본질적 내용 침해 금지), 개인정보보호와 관련해서는 국제적 기준인 개인데이터의국제유통과프라이버시보호에관한가이드라인 (OECD가이드라인) 유엔 개인전산정보파일 규정에 대한 지침(UN 지침), 개인정보의 처리와 개인정보의 자유로운 유통에 관련된 개인보호 지침(EU지침)등(붙임자료 참조)과 현행 공공기관의개인정보보호에관한법률에 의거합니다.

4. 검토 의견

가. 전체적인 의견

개인정보보호에 관한 기본 원칙을 제안하고 있는 OECD 가이드라인, UN 지침 및 EU 지침은 개인정보수집과 관련하여 합목적성과, 제한적 수집을 천명하고 있습니다.

공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조는 공공기관은 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 개인정보를 보유할 수 있다고 명시하고 있습니다.

따라서, 교육인적자원부, 시·도교육청이 보유한 인사기록은 인사와 직접관련이 있는 개인정보만을 인사를 목적으로 수집·보유하여야 합니다.

프랑스 국가공무원 인사기록을 규정하고 있는 “loi du 14 décembre 1983”은 공무원의 정치적, 철학적, 종교적 견해에 대한 어떠한 기록도 하지 못하도록 명시하고 있고(제34조), 업무와 관련되는 사항 외에는 모두 증빙서류를 첨부하도록 되어 있습니다. (Règlement grand-duca 1984. 4.13.)

미국의 North Carolina 주 역시 공무원인사기록의 관리와 관련된 지침서를 통해 인사기록은 인사와 직접관련 된 사항의 기록으로 정의 하면서, 주 공무원의 이름, 나이 최초고용 부처 및 직위, 현재 보수 및 현재보수를 받게 된 최초의 날짜, 진급 및 전보에 관한 사항, 현재 근무 처 위치 등의 항목으로 구성되어 있습니다.

교육인적자원부가 존치시키고 있는 혈액형과 가족관련 사항은 교육인적자원부가 회신한 바와 같이 교육공무원의 건강관리, 수당의 지급 등의 필요

성은 인정되나 교육공무원의 인사와 직접관련 있는 사항이 아니며, 외국의 경우와 같이 혈액형은 건강기록과 함께 관리하고, 가족관련 사항은 필요한 범위 내에서 수집하면 되는 것으로 본 항목들을 반드시 존치시켜야할 합리적인 이유를 발견할 수 없습니다.

나. 구체적인 의견

○ 혈액형

- 첫째, 혈액형은 혈액검사를 통해서만 정확한 사항을 알 수 있는 것으로 본인의 기억에 의존하여 기록하는 인사서식에 포함시킬 성질의 것이 아니므로 인사기록에서는 제외시키는 것이 바람직합니다.

- 둘째, 교육인적자원부는 긴급수혈 등 교육공무원의 건강관리 상의 이유를 그 존치 이유로 들고 있는데, 통상적·일반적인 경우 반드시 채혈을 하여 검사과정을 거친 후(소요시간 2~5분) 수혈하도록 되어있어 응급수혈 등 건강관리 상의 필요에 의해 인사기록과 함께 기록하는 것은 납득하기 어려운 이유입니다.

- 그러나, 교육공무원의 건강관리 차원에서 다른 학교보건법 제7조제1항의 규정에 의한 신체검사결과 또는 신체검사에 갈음하는 건강진단의 결과와 함께 관리할 필요성은 인정되며

- 교육인적자원부가 주장하는 바와 같이, 신분증(해당 교육기관의 장이 발급하는 공무원증, 공무원증규칙 제4조 공무원증의 발급권자)에 혈액형을 표기함으로써 응급수혈(매우 드물기는 하겠지만)등에 참고할 유익이 있다고 생각합니다.

- 단, 이 경우에도 혈액형의 기록은 개인의 기억에 의할 것이 아니라 건강검진이나 헌혈 시 검사한 결과를 기재해야할 것입니다.

(붙임 자료 참조)

○ 가족사항 중 가족 관계, 성명, 생년월일

- 교육인적자원부는 가족수당의 지급 등 교원 보수 산출과 관련하여 필요한 사항이라 주장하고 있으나,

- NEIS 관련 권고를 통해 밝힌 바와 같이 해당 교육공무원의 가족에 대한 정보를 교육기관의 장이 수집할 근거가 없고,

- 가족수당의 지급을 위해서는 별도의 증빙서류를 필요로 하는바,

・예 1) 가족수당의 지급 : 가족수당을 지급받고자 하는 공무원은(...)

부양가족신고서를 소속기관장에게 제출하여야한다. 주양가족에 변동이 생긴 경우에도 또한 같다.(공무원수당등에관한규정 제10조제5항)

・예 2) 자녀학비보조수당 : 자녀학비보조수당을 지급받고자하는 공무원(...)은 당해 수당을 지급받을 사유가 최초로 발생한 때에 취학자녀의 공납금납입영수증 또는 공납금납입고지서(...)를 소속기관장(...)에게 제출하여 신고를 하여야 하며, (...)소속기관은 수당을 지급받을 자격을 확인하기 위하여 필요한 경우에는 주민등록등・초본 또는 호적 등・초본을 제출하게 할 수 있다.

- 인사기록상으로는 배우자, 본인 및 배우자의 직계 존속(남 : 60이상, 여55이상), 본인 및 배우자의 20세 미만의 직계비속, 부양을 요하는 형제・자매 여부와 그 수만을 기록하는 것으로 하는 것이 적절할 것입니다.

- 물론, 성명, 관계, 생년월일을 기록하여 보수관련 전산시스템과 연계하는 경우의 편의성은 인정되나, 보수관련 전산시스템의 기록은 증빙서류와 대조, 확인 과정을 거치는 경우가 보통이므로 그 효율성이 크게 증대한다 할 수 없어 법익의 균형성이 있다고 보여지지 않고 오히려 필요한 정보를 최소한으로 수집하여야 한다는 개인정보보호의 원칙에 반하는 것입니다.

○ 가족사항 중 직업

- NEIS 관련 권고를 통해 밝힌 바와 같이 해당 교육공무원의 가족에 대한 정보를 교육기관의 장이 수집할 근거가 없고,

- 대구광역시교육청의 의견과 같이 직업은 변할 수 있는 사항으로 개인정보는 최신의 것으로 하여야 한다는 OECD의 개인정보보호의 원칙에 반할 가능성이 크고,

- NEIS 관련 권고에서 밝힌 바와 같이 가족의 직업에 따른 불필요한 차별을 초래할 소지가 있으며,

- 부부 교사의 전보 발령 시 필요성을 이유로 한다면 부부교사의 경우만 명시적으로 표시 할 수 있도록 하면 될 것으로 법익균형성의 측면서도 본 항목을 존치할 필요성이 인정되지 않습니다.

5. 결 론

○ 개인정보보호와 관련한 국제 기준들은 개인정보의 수집은 사용목적과 연관된 내용을 제한적으로 하여야만 하고, 그러한 목적에 필요한 범위 내에

서 정확, 안전, 최신의 것이어야 한다고 하고 있습니다.

○ 개정규칙(안)이 존치시키고 있는 혈액형은 인사와 직접관련이 없는 항목으로 인사기록과 함께 관리할 유익이 없고, 개인의 기억에 의존하고 있는 경우가 많아 정확성을 담보하기에 어려움이 있습니다.

○ 가족사항 중 성명, 관계, 생년월일의 필요성을 가족수당 등 보수산정으로 들고 있는데 이는 가족 개인의 신상에 대한 상세한 기록 없이도 가능하고 반드시 증빙서류를 필요로 하는 바, 본 항목을 존치시킬 합리적인 이유가 없습니다.

○ 부부교원의 전보발령 등의 이유로 존치시키고 있는 가족의 '직업'은, 부부교원의 경우 명시적으로 표시하도록 하여 불필요한 개인정보의 수집을 제한하여야 할 것입니다.

○ 따라서, 개정규칙(안) 별지 제1호 서식 교육공무원인사기록카드 항목의 신체사항 중 '혈액형', 가족사항 중 '성명', '관계', '생년월일', '직업'은 삭제하여 개정해야할 것으로 의견을 표명합니다.

2003. 10. 22.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

8 공공기관의개인정보보호에관한법률중개정법률안에 대한 의견(2003.11.10.)

개정법률안은 헌법 제10조 및 제17조, 세계인권선언 제12조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유, 그 중 특별히 개인정보자기결정권(자기정보관리통제권)을 침해할 소지가 있으므로 정보주체의 권리를 실질적으로 보장할 수 있도록 새로운 개정안이 필요하다는 의견을 표명

【결정요지】

[1] 개인정보의 수집 및 이용 등에 관한 사항을 제·개정하고자 하는 경우 행정자치부장관과의 사전 협의를 거치도록 하고 있는(개정안 제4조의2) 등 행정자치부장관의 권한을 대폭 강화시키고 있어 문제의 소지가 있으며

[2] 개인정보의 수집과 관련한 원칙이 여전히 국제수준에 미치지 못하고 예외가 많아 실효성이 의심되며, 개인정보의 보유·제공에 대한 협의·감독이 모두 행정자치부 내에서 이루어져 그 기능의 한계가 예상되고 있으며,

[3] 정보주체에게 보장된 열람·정정·삭제 청구권 등이 보유 공공기관의 자의적 해석에 의해 제한될 여지가 있는 등 여러 부분에서 현실적으로 나타나는 개인정보의 침해로부터 이를 보호하기에 상당부분 미흡하고, 개인정보보호심의의 객관성·공정성 담보를 위한 독립성이 결여되어 국민의 헌법 제10조와 제17조 등에서 보장된 개인정보자기결정권을 충분히 보장하고 있지 못하므로 새로운 개선안을 강구할 것을 권고함.

【주 문】 행정자치부는 공공기관의개인정보보호에관한법률을 개정하고자 개정법률안에 대한 국가인권위원회의 의견을 요청하였음. 이에 대한 검토를 실시한 결과,

개정법률안은 개인정보보호의 적용범위에서 국가안전보장과 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보를 배제하여 자의적 해석의 여지를 존치시킴으로써 본 법의 적용 범위를 제한하고 있고

개인정보의 수집·이용·제공에 있어서 준수해야 할 개인정보보호의 원칙을 명시하였지만 다시 이에 대한 다수의 예외 규정을 두고 있어 정보주체의 권리를 실질적으로 보장하는데 미흡하며,

위법한 개인정보의 수집과 제공에 대한 처벌규정과 이에 따르는 구제의 절차 또한 미흡함.

또한 개정법률안은 '전자정부구현을위한행정업무등의촉진에관한법률'의 소관부처로 전자정부사업 촉진을 주요업무로 하는 행정자치부의 장에게 공공기관의 개인정보보호 정책과 관련한 사전협의 및 개인정보 침해에 대한 조사권을 부여함으로써, 전자정부 사업추진 소관부처장에게, 동시에 전자정부 사업 추진과정에서 발생할 수 있는 공공기관의 개인정보 오·남용에 대한 견제기능까지 부여하고 있어 문제의 소지가 큼.

이 밖에도 개정법률안은 개인정보보호심의위원회의 기능과 권한을 강화시키고 있는데, 지금까지 본 위원회는 조직 구성상의 한계 등으로 인하여 개인정보보호라는 본연의 기능을 제대로 수행하지 못했다는 지적을 받아왔음.

그런데, 개정법률안은 본 위원회의 운영상의 문제점, 즉 실질적으로 위원회 운영과 관련하여 행정자치부의 영향을 배제할 수 없는 상황에 대한 근본적인 개선 없이 본 위원회의 권한만을 강화시키고 있어, 결국 행정자치부의 관련 권한을 강화한 측면이 있으므로 심의에 공정성과 객관성을 담보할 수 있을지 의문임.

따라서, 개정법률안은 헌법 제17조, 세계인권선언 제12조, 시민·정치적권리에관한국제규약 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유, 그 중 특별히 개인정보자기결정권(자기정보관리통제권)을 침해할 소지가 있으므로 새로운 개정

안을 마련하여 정보주체의 권리를 실질적으로 보장할 필요성이 있고,
개인정보보호와 관련한 여러 국제기준이 권고하고 다수의 국가가 법률로 정하고 있는 바와 같이 독립된 개인정보보호기구를 설립, 개인정보 데이터베이스구축 및 변경시 이 기구와 협의하고 개인정보침해와 관련한 사항을 이 기구에서 처리하게 하고 개인정보보호와 관련한 정책 및 제도개선에 대한 사항을 심의하게 하여,
정보화 사회에서 개인의 사생활의 비밀과 자유 및 행복추구권이 실질적으로 보장되도록 하여야 할 것으로 판단하여 새로운 개선안을 마련할 것을 요청하는 의견을 표명함.

【이　　유】

1. 검토의 배경

가. 행정자치부는 2003. 8. 1. 공공기관의개인정보보호에관한법률중개정법률안(이하 “개정안”)에 대한 우리 위원회의 의견을 요청하였으며(정보화총괄담당관-757), 2003. 8.21. 동개정안을 입법예고하였습니다(행정자치부공고 제2003-124호).

나. 개정안은 헌법 제17조 개인의 사생활의 비밀과 자유, 제10조 행복추구권에서 유추되는 개인정보자기결정권(자기정보관리통제권) 및 국제인권규약이 보장하는 개인의 권리를 크게 제한할 소지가 있는 조항들을 담고 있습니다.

다. 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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령안”에 해당하는 것입니다.

라. 이에 국가인권위원회는 동 개정안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 개정안의 내용

가. 행정자치부의 법률 개정이유는 다음과 같습니다.

정부가 행정개혁의 일환으로 역점 추진하고 있는 전자정부사업은 행정정보의 공동이용을 핵심으로 하고 있고, 공동이용 대상 행정정보 중 그 대부분이 개인정보에 해당되어 국민들이 안전하고 신뢰할 수 있도록 제도적·기술적인 개인정보보호 대책이 마련되어야 전자정부사업이 성공적으로 추진될 수 있는 바, 전자정부 환경의 발전에 걸맞도록 공공기관의 개인정보보호제도를 전면적으로 재정비하고자 하는 것임.

나. 개정안의 주요내용은 다음과 같습니다.

(1) 개인정보수집의 최소성의 원칙, 목적 명확성의 원칙을 규정(개정안 제3조의2)

(2) 개인정보 수집의 법적근거, 목적, 이용범위, 정보주체의 권리 등을 서면 또는 인터넷 홈페이지 등을 통하여 안내(개정안 제4조 제1항 및 제4항)

(3) 공공기관의 장이 개인정보를 통합·유지 및 관리하거나, 별도의 개인정보데이터베이스를 구축하여 집적·운영하고자 하는 경우 행정자치부장관과 사전 협의(개정안 제4조의2)

(4) 중앙행정기관의 장이 소관법령 중 공공기관의 개인정보의 수집 및 이용 등에 관한 사항을 제·개정하고자 하는 경우 법제처 법령안 심사 요청 전 행정자치부장관과 협의(개정안 제6조의2)

(5) 공공기관의 장은 소관 개인정보의 보호 및 관리를 위하여 개인정보관리책임관을 지정·운영(개정안 제10조의3)

(6) 정보주체는 서면, 인터넷으로 개인정보 열람 청구 및 열람 가능(개정안 제12조)

(7) 행정자치부장관 소속하에 개인정보침해신고센터 설치 운영(개정안 제18조의3)

(8) 공공기관의 장이 개인정보를 통합 관리 또는 별도의 개인정보데이터베이스를 구축 운영하고자 하거나 중앙행정기관의 장이 개인정보 관련 법

령을 제·개정하고자 하는 경우 개인정보보호심의위원회에서 사전심의하게 함(개정안 제20조)

3. 검토의 기준

가. 헌법 제10조 및 제17조, 제37조

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

제37조 ①국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

나. 세계인권선언 제12조

어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 명성에 대한 비난을 받지 아니한다. 모든 사람은 이러한 간섭이나 비난에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

다. 시민적·정치적권리에관한국제규약 제17조(사생활·명예·평판의 존중)

아무도 자신의 사생활, 가정, 집 또는 통신에 대해 함부로 간섭당하지 않고 또 자신의 명예와 신용에 대해 공격당하지 않는다.

사람은 누구나 앞에서 말한 간섭 또는 공격에 대해 법률의 보호를 받을 권리를 가진다.

라. 개인데이터의국제유통과프라이버시보호에관한가이드라인(OECD가이드라인-붙임참조)

마. 전자화된개인정보와관련된규정을위한가이드라인(UN가이드라인-붙임참조)

4. 행정자치부 개정안에 대한 의견

가. 2002. 7. 22. 국가인권위원회의 행정자치부에 대한 법률개선 권고

경찰청이 공공기관의개인정보보호에관한법률에 근거, 국민건강보험공단으로부터 명단 제공받은 정신질환 병력자들에게 운전면허수시적성검사 받을 것을 통지한 것과 관련하여 국가인권위원회는 경찰청 등에 정책 개선권고를 하며 행정자치부에 다음과 같이 법률개선권고를 하였습니다.

1) 권고 내용

○ 정보수집 자유 원칙 규정(법 제4조)

법 제4조는 기본적 인권을 현저히 침해할 우려가 있는 경우라는 예외를 규정하면서, 원칙적으로는 국가기관이 개인정보를 자유로이 수집할 수 있도록 하고 있기 때문에 현재의 규정만으로는 사생활 침해의 우려가 있는 정보 수집을 예방하기에는 미흡합니다. 따라서 헌법과 국제적인 기준에 따라, 개인정보의 수집은 ①제한적으로, ②합법적이고 공정한 수단에 의해, ③정보주체의 동의 또는 인지 하에 습득하는 것을 기본 원칙으로 하여야 합니다.

○ 정보이용 제한의 모호성 문제(법 제10조)

제10조제2항 각호의 예외규정은 광범위하고 모호하여, 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 많습니다.

사생활의 비밀은 침해되면 회복이 불가능한 경우가 많은데 비하여 동 조항은 별다른 조치 없이 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때 외에는 정보를 제공할 수 있도록 하고 있습니다. 따라서 공공기관이 자의적으로 판단하여 정보를 제공하게 됨으로써, 피해최소화를 담보할 수 없게 됩니다. 또한 회복할 수 없는 사생활 침해를 통하여 공공복리에 기여한다는 것은 법익의 균형에 맞지 않는 것입니다.

기본권을 제한하는 법률은 최대한 명확하여야 합니다. 일반적으로 법률의 규정은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없지만, 동 법률 제10조 제2항 제2호의 경우와 같이 '상당한 이유'라는 표현은 자의적이거나 확대 해석을 가져올 우려가 큽니다. 위에서도 언급한 바와 같이 사생활의 비밀은 침해되면 회복이 불가능한 경우가 많으므로, 자의적인 해석이 되지 않도록 규정하는 것이 특히 중요합니다.

○ 개인정보심의위원회의 운영문제(법 제20조)

법 제20조 및 동법시행령제27조에 기하여 설립된 개인정보심의위원회는 개인정보보호에 관한 정책 및 제도개선에 관한 사항, 처리정보의 이용 및 제공에 대한 공공기관간의 의견 조정 등에 관한 업무를 하도록 되어 있습니다.

그러나 동 위원회는 1995년 제1회 심의위원회를 개최한 이래 2002년 4월까지(약7년간) 총 4회의 서면 심의회의를 가졌을 뿐입니다.

따라서, 개인정보심의위원회의 구체적이고 실질적인 운영을 통해 개인정보를 둘러싼 공공기관 혹은 정보주체와 정부기관간에 발생 가능한 문제들을 심의할 수 있도록 조치할 것을 요청하는 의견을 표명하였습니다.

2) 행정자치부의 회신(2002. 8. 12.)

위 권고에 대하여 행정자치부는 2002. 8. 12. “공공기관의개인정보보호에관한법률(이하 법이라 함)” 및 ”개인정보보호위원회“의 운영상의 개선점에 대하여 이를 적극 반영하는 한편, 개인정보관련 전문가 및 국민들의 의견을 충분히 수렴 후 내년도 법개정을 추진할 계획”이라고 통보한 바 있습니다.

3) 공공기관의개인정보보호에관한법률 개정법률안에 미반영

그러나 행정자치부는 개정안을 마련하면서 국가인권위원회의 권고 내용을 반영하지 않았습니다.

즉, 문제로 지적한 제4조 제10조 및 제20조 개선 의견을 충분히 반영하고 있지 않습니다. [개정안 제4조, 제4조의2, 제10조, 제10조의2, 제10조의3, 제20조와 비교]

나. 구체적 검토

1) 개정안 제3조 : 법 적용배제 범위의 모호

개정안 제3조 제2항은 국가안전보장과 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보의 보호에 관하여는 동법을 적용하지 아니한다고 종전대로 규정하고 있습니다.

그러나 헌법 제37조 제2항에서 기본권제한의 목적 가운데 하나인 ‘국가안전보장’이라는 개념을 법에서 구체화시키지 않고 그대로 쓰고 있는 것은 법률규정의 명확성 원칙에 반하는 것이고, 오히려 국가안전보장을 위한 기관의 감시와 개인정보의 침해가 심각한 점을 고려하면 ‘국가안전보장’이라는 사유는 지나치게 포괄적이고 추상적이므로 그 사유를 구체화시킬 필요

가 있으며, 동 법의 전면적 배제가 아니라 성질에 따라 개별적으로 배제하여야 할 것입니다.

2) 개정안 제4조 : 자기정보수집배제청구권

○ 동조 제1항 제3호는 '개인정보를 수집하지 아니하고서는 당해 법률에서 정하는 소관업무를 수행할 수 없는 경우'에는 개인정보를 수집할 수 있도록 규정하고 있습니다.

이는 행정기관이 소관업무를 수행하기 위하여 개인정보를 수집하는 것이 필요한가를 정보를 수집하려는 기관의 판단에 맡김으로써 개인정보의 수집을 제한하고 있는 헌법 및 국제적 기준을 유명무실하게 하고, 필요 최소한의 개인정보만을 수집할 것을 천명하고 있는 개정안 제3조의2에도 반하는 것이며, 국민의 자기정보수집배제청구권을 침해할 우려가 있습니다. 따라서 동조항 제3호는 삭제되는 것이 타당합니다.

○ 동조 제2항은 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다고 하면서도, 단서에서 "다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다"고 하여 여전히 국가기관이 개인정보를 자유로이 수집할 수 있도록 하고 있습니다.

"불법적이고 임의적인 차별을 유발할 수 있는 데이터 즉 단체/노동조합 가입 사항 뿐 아니라 인종적, 민족적 출신, 피부색, 성생활, 정치적 의견, 종교, 철학 혹은 기타의 신념에 대한 정보는 수집되어서는 안된다"고 명시하고 있는 UN의 개인정보 전산화 가이드라인 제5원칙을 언급하지 않더라도, 동조항 단서 규정은 개인이 공공기관에 대하여 개인정보 수집 요구를 거절한다는 것이 사실상 어려운 점 등을 고려할 때 헌법 제37조 제2항의 법익균형성원칙을 위배하여 자기정보수집배제청구권의 본질적 내용을 침해할 우려가 있습니다.

또한, 헌법 제37조 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"고 천명하고 있는 바, 개정안 제4조제2항 본문에서 명시한 바와 같이 "사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보"는 사생활의 비밀과 자유의 본질적인 내용을 이루므로 제4조제1항의 예외 조항으로서의 제4조제2항에 다시 예외 단서조항을 둔다는 것은 기본권의 본질

적 내용 침해금지의 원칙에 반할 소지가 있습니다.

○ 동조 제3항은 개인정보의 직접수집의 원칙을 “불이익한 행정처분 등이” 내려질 수 있는 경우로 한하고 있는데, 이는 개인정보의 수집과 이용에 관한 원칙들을 제대로 반영하고 있지 못한 것으로서, 자기정보수집배제청구권을 과도하게 제한하는 것입니다.

따라서, 원칙적으로 모든 경우에 직접 수집하는 것을 원칙으로 하되 부득이한 사유로 간접 수집된 경우에는 정보주체에게 수집된 내용과 목적 등에 대하여 통보하는 것이 적절한 것으로 생각합니다.

외국의 경우 캐나다 프라이버시법 제5조제(1)는 행정기관은 행정상 목적으로 사용하려는 개인정보를 가능한 한 관련 개인으로부터 직접 수집하여야 한다는 직접수집의 원칙을 규정하면서, 개인이 승인하거나, 공공이익이 공개로 인한 프라이버시 침해보다 가치 있음이 명백한 경우, 정보의 공개가 관련 개인에게 명백히 이로운 경우, 정부기관이 정보를 획득 또는 편집한 목적에 부합되게 공개하는 경우, 의회가 제정하는 법률 혹은 정보의 공개를 승인하는 규정에 따라 공개하는 경우, 법원 또는 정보의 생산을 강제할 수 있는 사람 및 기구의 소환장, 영장, 명령 혹은 기록의 생산에 관한 법원의 규칙을 준수하기 위하여 필요한 경우에 따라 기관에 공개된 개인정보의 경우를 예외로 규정하고 있습니다.

독일의 연방데이터보호법은 제13조(2)에서 개인정보 직접수집의 원칙을 규정하고 법률 규정에서 수집을 규정하거나 강제적인 전제로 삼은 경우, 수행되는 행정 업무의 특성상 다른 사람이나 기관으로부터의 데이터 수집이 필요한 경우, 데이터 주체에게서 데이터를 수집하는 데 막대한 노력이 필요한 경우, 데이터 주체의 중요한 법적 이익이 손상될 염려가 없는 경우 등을 예외의 경우로 명시하고 있습니다. 그러나 이 경우에도 요청하는 명확한 목적과 근거 법률을 명시하도록 하는 등의 단서를 두고 있습니다.

○ 동조 제4항은 “공공기관의 장은 개인정보를 수집하면서 정보주체에 대하여 개인정보 수집의 법적근거, 목적 및 이용범위, 정보주체의 권리 등에 대하여 서면 또는 인터넷 홈페이지 등을 통하여 그 내용을 안내”하도록 규정하고 있는데,

수집된 정보가 제3자에게 제공되는 경우에도 동일한 사항을 고지하여 정보주체의 권리를 보호할 필요가 있습니다.

그렇지 않은 경우 자기정보처리배제청구권을 부당하게 침해할 우려가 있

고 자기정보정정청구권을 제한할 수 있습니다.

3) 개정안 제4조의2 : 개인정보 분리원칙

개정안에서는 제3조의2 제5항에서 “특정 목적을 위해 수집된 개인정보는 당해 기관 또는 다른 기관에서 다른 목적을 위해 수집된 개인정보와 원칙적으로 통합되지 않고 분리된 상태로 유지 및 관리되어야 한다.”고 규정하고 있으면서도 제4조의2에서 개인정보의 통합관리에 관한 내용을 두어 결국은 동일한 개인정보를 수집하고자 하는 경우에는 이미 구축하여 운영중인 개인정보데이터베이스를 활용한다고 함으로써 개인정보를 수집의 목적을 불문하여 통합하도록 하고 있습니다.

공공기관간의 개인정보 유통을 용이하게 함으로써 개인정보의 통합으로 국가가 개인의 총체적 인격상을 손쉽게 파악할 위험성을 가지는 것으로 이는 개인정보분리의 원칙에 반하고, 헌법 제37조 제2항을 위배하여 개인정보자기결정권의 본질적 내용을 침해할 소지가 있습니다.

4) 개정안 제6조의3・제7조・제8조 : 시스템공개의 원칙

OECD 가이드라인은 개인정보의 보유와 관련하여 보유하고 있는 개인정보의 종류와 수집의 목적, 개인정보 보유기관의 명칭과 주소 등이 공개되어야한다고 명시하고 있습니다.

개정안은 공공기관의 장에게 개인정보보호방침을 작성하여 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 개인정보 수집의 적정성, 개인정보 이용 및 유통의 범위, 정보주체의 권리 등을 국민들에 대하여 홍보하고 명확히 인식시키도록 하고 있습니다(개정안 제6조의3).

개정안은 “공공기관의 장은 제6조제1항의 규정에 의하여 협의한 사항 및 제6조제2항의 규정에 의거하여 등록한 사항을 대통령령이 정하는 바에 따라 공고 하도록 하고 있습니다(개정안 제7조).

또한 개정안은 “보유기관의 장은 제6조 제3항 각호의 규정에 의한 개인정보 데이터베이스 등을 제외하고는 당해 기관이 보유하고 있는 개인정보데이터베이스 등별로 제6조 제1항 각호의 규정에 의한 사항을 기재한 대장을 작성하여 비치하고 인터넷 홈페이지 등에 게재하여 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다”고 규정하고 있습니다(개정안 제8조).

이상의 개정안 제6조의3, 제7조, 제8조에서 언급하고 있는 정보공개의 원칙(공공기관이 어떤 개인정보데이터베이스를 가지고 있으며, 개인정보의 내용과 목적, 보존기간 등)은 정보주체의 권리를 확립하는데 가장 중요한

전제 요소가 되는 것으로 최소한의 예외만을 남겨 두어야 하는 것입니다.

그러나, 제6조 제3항 각호에 광범위한 예외 규정을 두고, 사전통보의 예외를 인정함으로써 개인정보파일의 공고를 하지 않을 수 있으며(개정안 제7조 참조) 또한 개정안 제8조의 개인정보관리대장의 작성에 있어서도 같은 조항을 인용 다시 광범위한 예외를 인정하고 있어 정보공개의 원칙을 충분히 담보하고 있다고 판단할 수 없고, 개인정보자기결정권(자기정보정정청구권)을 침해할 우려가 있습니다.

따라서, 개인정보데이터베이스의 공개와 관련한 예외 규정에서 반드시 필요한 것, 예를 들어 국가안보를 위하여 해당 개인정보데이터베이스의 존재를 공개해서는 안 되는 사정이 인정될 수 있는 경우만을 제외하고는 개인정보화일의 보유와 제공에 관련되는 사항은 공개해야 할 것입니다.

5) 개정안 제10조 : 목적 명확화 원칙 등

○ 동조 제3항은 개인정보의 이용 및 제공의 제한에 대한 예외 사항을 규정(제1호～제9호)하며, 제2호에서 다른 법률의 규정에 의하는 경우 개인정보를 이용 및 제공 할 수 있도록 하고 있음에도 불구하고 다시 제3호에 “개인정보를 보유목적 외로 이용하거나 제공하지 않으면 당해 법률에서 정하는 소관업무를 수행할 수 없는 경우” 공공기관의 장은 보유하고 있는 개인정보를 보유목적 외로 타 기관에 제공할 수 있도록 하고 있습니다.

본 제3호의 예외규정은 여전히 광범위하고 모호하여 개인정보의 제공·이용 기관의 자의적 해석이 가능하여 법률 규정의 명확성의 원칙에 반하며, 개인정보보호의 원칙을 규정하고 있는 개정안 제3조의2의 “목적 명확화의 원칙”을 형해화 하여 헌법 제37조 제2항의 “기본권의 본질적 내용 침해금지 원칙”에 반할 소지가 있습니다.

또한 소관업무를 수행하기 위하여 개인정보를 제공받는 것이 필요한가를 어느 기관이 판단하는가가 명확하지 않고, 동조항 제2호 규정(다른 법률의 규정에 의하여 이용 또는 제공하는 경우)으로도 충분하므로 삭제하는 것이 타당합니다.

끝으로 동 조항 제9호는 “기타 대통령령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우”에도 목적외 이용을 허용하고 있는데 이것은 헌법 제75조의 “포괄위임금지원칙”에 반하는 것입니다.

6) 개정안 제13조 : 자기정보열람청구권

현행법 제13조는 제12조에서 언급한 처리정보의 열람권을 제한하는 규정

을 두고 있는데 개정안 13조 역시 이에 다르지 않습니다.

즉 조세의 부과·징수 또는 환급에 관한 업무, 교육법에 의한 각종 학교에서의 성적의 평가 또는 입학자의 선발에 관한 업무, 학력·기능 및 채용에 관한 시험, 자격의 심사, 보상금·급부금의 산정 등 평가 또는 판단에 관한 업무 등에 대한 열람청구권은 제한될 수 있다고 규정하고 있습니다.

그러나, 언급한 사항들은 국가기관과 해당 개인 간에 의견차이가 빈번한 경우로 그 기록을 통하여 실체적 진실 발견에 접근하고 잘못된 정보의 삭제청구와 손해배상청구시 의미를 가질 수 있으므로 그 보유기관 자신이 열람 가능 여부를 판단하여 열람을 제한하는 것은 문제의 소지가 있는 것입니다.

따라서, 열람제한 여부는 업무의 수행기관이자 업무수행 과정에서 개인정보의 보유기관이 된 기관이 아닌 독립된 개인정보보호기관에서 판단하는 것이 적절한 것입니다.

7) 개정안 제14조 : 자기정보의 정정·삭제 청구권

개정안 제14조는 개인정보의 정정·삭제에 관한 규정을 두어 정보정정 청구권만을 보장하던 현행법에 비해 정보주체의 권리를 신장시키고 있습니다.

그러나, 현행 개인정보보호법과 마찬가지로 정정·삭제 청구를 받은 보유기관의 장은 이를 처리하여 그 결과만을 당해 청구인에게 통지하도록 하고 있어 사실상 해당기관에 의해 자의적으로 기각될 소지를 안고 있습니다.

따라서, 기각의 범위를 제한적이고 명시적으로 천명하고, 청구를 기각할 경우 그 이유를 밝히는 것이 필요합니다.

8) 개정안 제4조의2·제6조·제6조의2·제18조의3 : 개인정보보호와 관련한 행정자치부장관의 권한강화

개정안 제4조의2는 공공기관의 장이 개인정보를 다른 개인정보와 통합 유지 및 관리하고자 하는 경우, 제6조는 개인정보데이터베이스 또는 개인정보시스템을 보유 또는 구축하고자하는 경우, 제6조의2는 중앙행정기관의 장이 소관법령 중 공공기관의 개인정보의 수집 및 이용 등에 관한 사항을 제·개정하고자 하는 경우 행정자치부 장관과 사전 협의 하도록 규정하고 있고,

개정안 제18조의3은 행정자치부장관 소속하에 개인정보침해신고센터를 설치·운영하여 침해신고의 접수·조사·처리, 관련 교육 및 홍보를 할 수 있도록 하여 공공기관 보유의 개인정보보호에 있어서 행정자치부 장관의

권한을 크게 강화시키고 있습니다.

그런데 행정자치부는 전자정부구현을위한행정업무등의촉진에관한법률의 소관 부서로 전자정부와 관련한 주무부서로 전자정부의 구현을 위한 사업을 촉진시키는 것을 주요 업무로 하는 기관입니다.

대부분의 공공기관의 개인정보 침해 사례가 전자정부의 추진 과정의 일환인 개인정보 데이터베이스 구축·통합 등으로부터 유발되고 있는 실정을 고려할 때,

개인정보보호법의 취지가 국가의 지나친 정보수집과 처리로부터 정보주체를 보호하는 것이라 할 때,

공공기관의 전자정부 사업 추진 및 운영을 수행·독려하는 행정자치부가 동시에 그 견제장치로서의 개인정보보호에 관한 법률에 의거하여 행정기관과 협의하고, 침해신고를 받는 등 개인정보보호에 관한 정책을 전반적으로 추진 한다는 것은 적절치 않다고 판단됩니다.

또한 행정기관에 의한 행정부 내부의 감시와 통제는 제한적이고 비효율적일 수밖에 없어 개인정보자기결정권을 충분히 보장하기 어려울 것입니다.

9) 제20조 : 개인정보보호심의 위원회

개정안 제20조는 “공공기관의 컴퓨터 또는 개인정보시스템에 의하여 처리되는 개인정보의 보호에 관한 사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 개인정보심의위원회(이하 위원회)”를 두도록 명시하고 5가지 기능을 제2항에 규정하고 있습니다.

개정안 제20조 제2항 제3호에 “제4조의2 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 공공기관의 장이 개인정보를 통합 관리 또는 별도의 개인정보데이터베이스를 구축 운영에 관한 사항” 같은 항 제4호에 “제6조의2의 규정에 의하여 중앙행정기관의 장이 개인정보 관련 법령을 제·개정하고자 하는 경우 이에 관한 사항”을 현행법상의 기능에 추가, 일견 위원회의 기능을 강화한 것으로 보입니다.

그러나, 지금까지 이 위원회는 개인정보보호와 관련한 사항에 대해 심의하도록 되어 있었으나, 개인정보보호라는 본연의 기능을 제대로 수행하지 못했다는 지적을 받아왔습니다.

가장 큰 원인은 위원회의 인적구성의 문제입니다. 동 위원회는 운영에 관한 사항을 규정한 동법 시행령에 의거, 위원회의 장을 행정자치부 차관으로 하고 있고 위원장에게 다른 위원들을 추천할 수 있는 권한까지 부여하고

있어 전자정부 사업추진과 관련한 공공기관의 무분별한 개인정보데이터베이스의 구축이나, 제공과 이용에 대응하여 실질적으로 개인정보를 보호하기 위한 정책의 심의 등의 기능을 수행할 수 없었던 것으로 판단됩니다.

이러한 상황임에도 불구하고, 개정안은 "행정기관에 의한 행정기관의 견제"라는 본 문제의 근본적인 해결 없이 본 기구의 권한만을 현행법 보다 강화시켜 결국 행정자치부의 관련 권한을 강화시키고 있습니다.

이 때문에 개인정보보호와 관련한 국제적 지침들(OECD · UN 가이드라인, EU지침 등)은 개인정보보호위원회가 기업의 이익이나, 공공의 이익을 강조하는 국가기구로부터의 완전한 독립성을 강조하고 있고 호주 · 캐나다 · 프랑스 · 독일 등은 독립된 개인정보보호 기구를 법률로 규정하고 있습니다.

따라서, 정보화 사회에 있어서 개인정보의 보호가 가지는 의의나, 관계법의 적용에 있어서 기술 · 법 · 사회 · 정치 등 여러 차원에 걸친 다수의 복합적인 문제가 제기될 수 있다는 점을 고려하면, 독립적인 지위와 실질적인 권한을 가지는 통제기관을 만들어 정보사회에서 개인정보자기결정권을 보장하고 강화하도록 해야 할 것입니다.

10) 정보주체의 피해에 대한 구제수단(이의신청 · 손해배상)과 처벌규정의 미비

개정안은 현행법과 마찬가지로 제23조에 벌칙 규정을 두어 "①공공기관의 개인정보처리업무를 방해할 목적으로 공공기관에서 처리하고 있는 개인정보를 변경 또는 말소한 자는 10년이하의 징역에 처한다. ②제11조의 규정을 위반하여 개인정보를 누설 또는 권한 없이 처리하거나 타인의 이용에 제공하는 등 부당한 목적으로 사용한 자는 3년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다. ③사위 기타 부정한 방법으로 공공기관으로부터 처리정보를 열람 또는 제공받은 자는 2년이하의 징역 또는 700만원이하의 벌금에 처한다"고 규정하고 있으나,

위법한 정보의 수집 · 처리 · 명시된 각 의무 위반에 대하여는 처벌 규정을 명시하지 않았습니다.

개인의 정보는 헌법상의 권리인 인격권과 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유와 밀접한 관련이 있는 것으로 법률에 언급한 보호법익을 위법하게 침해한 경우에 대한 강력한 벌칙규정이 명시되어야하고 신속한 권리의 구제 또한 법률로 규정되어야 할 것입니다.

5. 결론

개정안은 개인정보보호원칙인 수집의 최소성, 목적의 명확성 등 개인정보보호원칙을 구체적으로 명시(개정안 제3조의2)하고, 정보주체의 삭제청구권(개정안 제14조)을 포함시키는 등 현행법에 비해 개인정보를 보호하고자한 노력이 엿보이나,

개인정보를 수집 및 이용 등에 관한 사항을 제·개정하고자 하는 경우 행정자치부장관과의 사전 협의를 거치도록 하고 있는(개정안 제4조의2) 등 행정자치부장관의 권한을 대폭 강화시키고 있어 문제의 소지가 있습니다. 더욱이 행정자치부는 전자정부 추진과 관련한 주무부처로 행정자치부 자신이 이에 대한 견제기능을 맡게 되는 모순에 빠지게 됩니다.

또한, 개인정보의 수집과 관련한 원칙이 여전히 국제수준에 미치지 못하고 예외가 많아 실효성이 의심되며, 개인정보의 보유·제공에 대한 협의·감독이 모두 행정부 내에서 이루어져 그 기능의 한계가 예상되고 있으며, 정보주체에게 보장된 열람·정정·삭제 청구권 등이 보유 공공기관의 자의적 해석에 의해 제한될 여지가 있는 등 여러 부분에서 현실적으로 나타나는 개인정보의 침해로부터 이를 보호하기에 상당부분 미흡하고, 개인정보보호심의의 객관성·공정성 담보를 위한 독립성이 결여되어 국민의 헌법 제10조와 제17조 등에서 보장된 개인정보자기결정권을 충분히 보장하고 있지 못하므로 새로운 개선안이 강구되어야 할 것으로 판단합니다.

2003. 11. 10.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

9 공공기관의 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영 관련 정책 권고(2004.4.19.)

지방자치단체, 경찰청 등에서 범죄예방 및 범죄수사를 위하여 설치·운영하고 있는 CCTV 등 무인단속장비에 관하여, 그 설치·운영 기준을 주요 내용으로 하는 법령을 제정하거나 공공기관의개인정보보호에관한법률을 개정하여 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영에 관한 법적 기준을 마련할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영은 CCTV 등 무인단속장비에 의해 촬영되는 사람들의 초상권과 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해할 수 있으므로 공공기관이 CCTV 등 무인단속장비를 설치하고 촬영을 통하여 개인정보를 취득하고자 할 때에는 헌법 제12조제3항의 적법절차 원리, 헌법 제37조제2항의 법률에 의한 기본권 제한원칙과 침해의 최소성 원칙을 준수해야 하고,

[2] CCTV 등 무인단속장비가 설치 목적에 맞게 제한적으로 사용되고 개인의 초상권과 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유권을 침해하지 않도록 설치 주체, 설치장소, 설치 CCTV 등 무인단속장비의 종류, 운영방법 및 절차, 관리·통제방법, 감독기관의 감독 등을 내용으로 하는 법률을 제정하거나 CCTV 등 무인단속장비에 관한 공공기관의개인정보보호에관한법률을 개정하여, CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영에 관한 법적 기준을 마련해야 함.

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조 제1항 및 제3항, 제17조, 제37조 제2항, 세계인권선언 제12조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제17조

【주 문】 국회의장 및 행정자치부 장관에게

지방자치단체, 경찰청 등에서 범죄예방 및 범죄수사를 위하여 설치·운영하고 있는 CCTV 등 무인단속장비에 관하여, 그 설치·운영 기준을 주요내용으로 하는 법령을 제정하거나, 공공기관의개인정보보호에관한법률을 개정하여,
CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영에 관한 법적 기준을 마련할 것을 권고한다.

【이 유】

Ⅰ. 검토배경

서울시 강남구청은 강남경찰서와 협의하여 2002. 12. 강남구 논현1동 일대에 범죄예방을 위한 폐쇄회로 텔레비전(Closed Circuit Television, 이하 CCTV라 함) 5대를 시범설치·운영하였다. 2003년도에는 ○○1동, ○○1동. ○○4동 일대에 CCTV 37대를 추가로 설치하였고, 2004년 4월 30일까지 약 32억원을 들여 230대를 추가로 설치할 계획이다. 또한, CCTV 총 272대를 관리·운영할 70평 규모의 CCTV 관제센터를 약 4억7천5백만원을 들여 역삼동에 신축 중이다.

위와 같은 지방자치단체의 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영과 관련하여, 국가인권위원회에 그 인권 침해와 대응을 문의하는 질의와 정책제안이 접수되었다.

국가인권위원회법 제19조 제1호는 “인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을, 제25조 제1항은 “인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정 권고, 의견표명”을 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영은 국가인권위원회법 제19조 제1호에서 말하는 “인권에 관한 정책”이며, 제25조 제1항의 인권의 보호와 향상을 위하여 필요한 경우에 해당하므로 다음과 같이 검토하였다.

Ⅱ. 검토대상 및 검토기준

1. 검토대상

공공장소, 주택가 골목 등 비교적 넓은 공간에 대하여 범죄 예방을 위한 공공기관의 CCTV 등 무인단속장비의 설치・운영

2. 검토기준

이 사안에 대하여 이하의 규정들을 검토기준으로 하였다.

가. 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제3항 본문, 제17조, 제37조 제2항

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.

제3항 본문 체포・구속・압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

제37조 제2항 국민의 모든 자유와 권리를 국가안전보장・질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

나. 세계인권선언

제12조 어느 누구도 자신의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적인 간섭을 받지 않으며, 자신의 명예와 신용에 대하여 공격을 받지 아니한다. 모든 사람은 그러한 간섭과 공격에 대하여 법률의 보호를 받을 권리를 가진다.

다. 시민적·정치적권리에관한국제규약

제17조 제1항 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니한다.

제2항 모든 사람은 그러한 간섭 또는 비난에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

라. 개인정보보호관련 국제적 가이드라인과 외국의 CCTV 관련 기준

(1) 개인데이터의 국제유통과 프라이버시보호에 관한 가이드라인(Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD)

(2) 전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인(Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, UN)

(3) 개인정보의 처리 및 자유로운 전송에 관한 개인보호 지침(Directive of the European Parliament and the Council on the protection of individuals with regards to the processing of personal data and the free movement of such data, EU)

(4) CCTV카메라 단속 운영에 관한 시행기준(Code of Practices for Operation of Enforcement CCTV Cameras, 영국)

(5) 공공안전을 위한 CCTV와 지역사회경찰활동 가이드라인(CCTV for Public Safety and Community Policing Guideline, 미국 보안산업협회)

(6) 공공장소에서의 CCTV 설치 및 운영에 관한 호주 사우스웨일즈주의 정책과 기준(NSW Government Policy Statement and Guidelines for the Establishment and Implementation of CLOSED CIRCUIT TELEVISION (CCTV) IN PUBLIC PLACES)

Ⅲ. 판 단

1. 기본권 침해 여부

범죄 예방을 위하여 공공기관이 CCTV 등 무인단속장비를 공공장소에 설치·운영하는 것은 그 설치지역과 운영방법 등에 따라 개인의 초상 그

자체뿐만 아니라 특정시간에 어디서 어떤 모습으로 누구와 함께 있었는가에 관한 개인정보를 취득하는 것이며, 설치·작동 방법에 따라서는 개인의 사생활 영역내의 모습을 녹화·저장하는 것도 가능하다.

따라서, 범죄예방을 위한 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영은 CCTV 등 무인단속장비에 촬영되는 사람들의 초상권과 개인정보자기결정권 침해 문제를 야기할 수 있고, CCTV 등 무인단속장비의 설치 지역에 거주하는 주민의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 수 있다.

가. 초상권

초상권이란 사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적, 재산적 이익, 즉 사람이 자기의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되는 것을 방지함으로써(촬영거절권, 공표거절권, 초상영리권) 초상의 인격적 가치를 보호하는 것을 내용으로 하는 인격권의 일부로서, 헌법 제17조(사생활의 비밀과 자유의 불가침)와 제10조(인간의 존엄성)에서 연원한다.

사람은 무단으로 촬영되는 것을 아는 것만으로도 고통을 느끼는 경우가 있으므로 영상이 공표되지 아니하는 경우라도 초상을 촬영하는 자체만으로도 초상권의 침해에 해당할 수 있다.

또한, 길거리나 광장 등 공공장소에 나왔다는 사실만으로 초상권을 포기한 것이라고는 볼 수 없고, 사회통념상 상당한 정도와 방법을 벗어난 촬영은 그들의 초상권을 침해할 수 있다.

나. 개인정보자기결정권

공공기관이 범죄예방을 위해 CCTV 등 무인단속장비로 공공장소에 있는 사람을 촬영한 영상은 특정인의 초상과 함께 그 시간에 누구와 함께 어떤 방향을 향해 가고 있었다는 사실에 관한 개인적인 정보에 해당한다.

영국 정보보호법에 근거한 'CCTV 카메라 단속 운영에 관한 시행기준(Code of Practices for Operation of Enforcement CCTV Cameras)' 에서는 개인정보를 신분이 확인되거나 확인할 수 있는 사람 자체에 관련된 모든 정보를 의미한다고 하면서, 개인의 특징을 분간할 수 있는 이미지를 처리하거나 그 이미지를 통하여 개인의 신분을 확인할 수 있는 경우 그 이미지는 모두 개인 정보에 해당한다고 하고 있다.

이러한 개인정보에 대한 자기결정권이란 자신에 관한 정보를 보호받기 위하여 자신에 관한 정보를 자율적으로 결정하고 관리할 수 있는 권리를 의미하며, 이러한 의미의 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보를 함부로 침해당하지 아니하고(자기정보수집·분석·처리배제청구권), 자신에 관한 정보를 자유로이 열람하며(자기정보열람청구권), 자신에 관한 정보의 정정·사용 중지·삭제 등을 요구할 수 있고(자기정보정정청구권), 이러한 요구가 수용되지 않을 경우에 불복신청이나 손해배상을 청구할 수 있는 권리(이의신청권, 손해배상청구권)를 그 내용으로 한다.

이러한 관점에서 볼 때, CCTV 등 무인단속장비를 통하여 자신의 초상이나 행동이 입력되는 사람들은 자신의 동의 없이 자신의 개인정보를 취득당하기 때문에, 공공기관이 CCTV 등 무인단속장비를 이용하여 일정한 공간에 머물거나 통행하는 사람들의 이미지를 촬영하는 행위는 정보자기결정권의 침해를 야기할 수 있다.

다. 사생활의 비밀과 자유

헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 불가침은 사생활의 내용을 공개당하지 아니할 권리, 사생활의 자유로운 형성과 발전을 방해받지 아니할 권리 그리고 자신에 관한 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 등을 내용으로 한다.

공공기관이 CCTV 등 무인단속장비를 공공장소와 골목길 등에 설치·운영하는 경우, 설치 위치나 운영 과정에서 CCTV 등 무인단속장비 설치 지역에 거주하는 주민이 사생활의 내용을 공개하지 아니할 권리를 침해할 수 있다.

2. 국민의 기본권 제한 원칙에 대한 위반 여부

가. 적법절차의 원칙

헌법 제12조 제1항, 제3항 본문의 적법절차원리는 입법·사법·행정 등 모든 국가작용은 정당한 법률을 근거로 하고 정당한 절차에 따라 발동되어야 한다는 헌법원리를 의미한다.

헌법재판소도 “헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상 영역에 한정되지 않고 입

법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성 뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것…"이라고 결정한 바 있다(헌재 1992. 12.24. 92헌가8)

또한, 헌법 제37조 제2항은 기본권은 "…법률로써 제한할 수 있으며" 라고 규정하고 있다. 이러한 법률에 의한 기본권 제한의 원칙은 법치주의나 민주주의의 한 표현이다.

공공기관이 CCTV 등 무인단속장비를 설치·운영하여 범죄 수사 등에 활용하는 것은 국민의 초상권, 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유권을 제한하는 것임에도, 국회가 제정한 법률이 아니라 지방자치단체나 경찰서장의 재량에 근거해 CCTV 등 무인단속장비 설치를 결정하여 국민의 기본권을 제한하므로, 헌법 제37조 제2항에서 규정한 법률에 의한 기본권 제한 원칙 및 헌법 제12조 제1항, 제3항 본문에 규정된 적법절차원리를 위배하고 있다.

공공기관이 범죄예방을 위하여 골목길, 주택가 등 공공장소에 CCTV 등 무인단속장비를 설치하여 단속을 하는 경우, 그 단속의 성질은 행정경찰 가운데에서 보안경찰이라고 할 수 있고, CCTV 등 무인단속장비를 이용한 보안경찰활동은 그 단속 및 기기의 특수성에 비추어 볼 때 반드시 법적인 근거가 있어야 한다.

더욱이 최근의 카메라는 영상의 선명도가 높아지고 전송·저장이 용이하며 회전 및 줌(Zoom) 기능을 갖추는 등 갈수록 그 성능이 향상되고 있으므로, 그 설치지역의 선정이나 운영방법·절차에 따라서는 국민의 기본권 침해 위협이 커지고 있다.

그러므로, 공공기관이 CCTV 등 무인단속장비를 설치하여 촬영을 통하여 개인정보를 취득하고자 할 때에는 헌법 제12조 제3항의 적법절차원리, 헌법 제37조 제2항의 법률에 의한 기본권 제한 원칙에 따라야 할 것이므로, 공공기관의 방범 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영에 관한 법적 근거를 마련해야 한다.

나. 과잉금지원칙

헌법 제37조 제2항은 국민의 기본권은 "필요한 경우에 한하여" 법률로써 제한할 수 있다고 규정함으로써 필요부득이한 경우에 최소한으로만 기본권

을 제한할 수 있게 하고 있다.

CCTV 등 무인단속장비의 설치와 범죄수사에의 활용에 대해 법률에 근거를 두더라도 그 내용이 명확하고 상세하지 않으면 국민의 기본권에 대한 과잉제한이 된다.

범죄 예방이나 범죄 수사를 위한 CCTV 등 무인단속장비를 통한 개인초상이나 행동의 촬영은 앞서 범죄예방과 범죄수사의 효율성을 높이기 위한 원칙적이고 일반적인 조처들이 검토되고 강구된 후, 그러한 조처들로도 범죄예방과 수사라는 목적을 효율적으로 달성할 수 없는 "필요한 경우에 한하여" 동원되는 보충적 수단이어야 한다.

즉, 범죄수사에서 CCTV 등 무인단속장비에 찍힌 모든 통행인의 초상을 이용하지 않고도 범인을 잡아낼 수 있도록 범죄수사의 과학화, 범죄의 예방과 수사를 위한 인적·제도적 토대의 확충 등을 통해 범죄 예방과 범죄 수사를 해야 한다.

또한, CCTV 등 무인단속장비에는 범인의 초상이나 행동뿐만 아니라 범인 아닌 대다수의 선량한 통행인의 초상과 행동도 촬영되고 보관·관리되므로, 국민의 기본권 제한의 정도가 보다 덜 하도록 CCTV 등 무인단속장비에 의한 촬영에 대해 통행인들의 명시적 동의를 받고 설치하거나, 야간시간대에 촬영을 허용하는 방법들을 강구하여 침해의 최소성을 충족시켜 과잉금지의 원칙을 위배하지 않아야 한다.

Ⅳ. 결 론

현재 범죄예방을 위한 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영 계획은 경찰 혹은 지방자치단체 등에서 CCTV 등 무인단속장비의 필요성, 설치지역 및 운영방법, 절차 등을 임의로 판단하여 설치하고 있다. CCTV 등 무인단속장비가 행인의 초상과 행적에 관한 개인정보 및 그 설치·운영에 따라서는 사생활을 촬영·녹화할 수 있어서 국민의 기본권을 침해하고 있으며, 아무런 법적 규제 없이 확대 시행될 우려가 있다.

따라서, 범죄예방을 위한 CCTV 등 무인단속장비가 설치 목적에 맞게 제한적으로 사용되고, 개인의 초상권과 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유권을 침해하지 않도록 설치에 대한 법적 근거 마련 및 그 운영절차와 방법, 요건 등을 법률로 정할 필요가 있다.

즉, CCTV 등 무인단속장비가 단지 행정 효율성의 측면만을 강조하여 무분별하게 설치·운영되는 것을 막기 위해, CCTV 등 무인단속장비를 설치할 수 있는 주체, 설치장소의 적절성 여부, 설치할 수 있는 CCTV 등 무인단속장비의 종류, 그 운영방법 및 절차, 개인의 관리·통제 방법, 감독기관의 감독 등에 대하여 규정하는 등, 이하의 내용을 포함하여야 할 것이다.

1. CCTV 등 무인단속장비 설치 목적을 법률에서 명확히 규정하고, 특별한 경우를 제외하고는 목적 외 용도로 사용할 수 없도록 할 것

경제협력개발기구(OECD)의 '개인데이터의 국제유통과 프라이버시보호에 관한 가이드라인(이하 'OECD 가이드라인'이라 함)'은 "개인정보의 수집목적은 정보수집 및 그러한 목적의 이행에 국한된 추후 사용, 또는 그러한 목적과 상반되지 않으며 목적의 변경 때마다 명시된 목적의 이행에 국한된 추후 사용 시점까지 명시되어야 한다(제9항)"고 하고 있으며, 유엔의 '전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인(이하 'UN 가이드라인'이라 함)'은 "개인정보화일의 사용목적과 용도는 명확해야 하고, 적법해야 하며… (a)수집되고 기록된 모든 개인의 정보는 사용목적 및 용도와 관련성이 있고 적절해야 한다(제3항)"고 하여, "목적의 명확성"을 규정하고 있다.

현재 우리나라에서 공공기관이 설치하고 있는 CCTV 등 무인단속장비의 용도는 크게 교통흐름 조사용, 교통법규위반차량 단속용, 방범용, 쓰레기 무단 투기 단속용 등이 있다. CCTV 등 무인단속장비가 오용되는 것을 방지하기 위해서는 최초 설치된 목적 외 용도로 사용할 수 없도록 엄격히 규제해야 하며, 목적이 변경될 경우에는 새롭게 동의를 받는 등 오·남용의 가능성을 최소화해야 한다.

이와 관련하여 강남구청이 제출한 '해외 선진 사례 견학보고서'를 보면, 방범 CCTV 등 무인단속장비를 방범뿐만 아니라 교통·소방·청소·주민안전 목적으로도 사용함으로써 복합시스템화를 지향하고 있는 바, 이는 '목적의 명확성'이라는 원칙을 정면으로 위반하는 것이다.

미국의 '공공안전을 위한 CCTV와 지역사회경찰활동 가이드라인'(이하 '미국의 보안산업협회(SIA) 가이드라인' 이라 함) '일반원칙(General Principle) E.'에서도 안전과 보안을 위한 CCTV 사용은 사생활을 고려하는 동시에 용인된 법적 개념에 전문적이고 윤리적인 방식을 따라야 한다고 규

정하고 있다.

영국의 'CCTV카메라 단속 운영에 관한 시행기준(이하 '영국의 CCTV시행기준' 이라 함)'중 '초기설치운영에 관한 기준'에서도 CCTV 설치시 목적을 분명히 하여 문서화해야 하며, 최초 설치 목적을 벗어나 이용할 수 없도록 규정하고 있다.

호주의 '공공장소에서의 CCTV 설치 및 운영에 관한 호주 사우스웨일즈주의 정책과 기준(이하 '호주의 CCTV 가이드라인'이라 함)'중 '카메라의 위치'에 관한 기준에서도 카메라의 위치는 그 설치목적에 부합하도록 결정해야 한다(제9항)고 규정하고 있다.

2. CCTV 등 무인단속장비 설치에 대한 사전, 사후 고지 의무 및 촬영대상자의 동의절차를 갖출 것

OECD 가이드라인에서는 "개인정보는 … 정보주체의 동의 또는 인지 하에 습득되어야 한다(제7항)" 고 하고 있으며, UN 가이드라인에서는 "개인의 동의 없이는 개인의 정보가 사용목적과 용도 이외의 사유로는 누설되거나, 사용되어서는 안된다(제3항 (b))" 고 하여, 개인의 동의절차를 갖출 것을 규정하고 있다.

CCTV 등 무인단속장비를 설치하기 전에 그로 인해 영향을 받는 이들에게 사전에 설치사실을 충분히 고지하여야 한다. 고지의 내용은 설치목적, 장소, 기기의 성능, 관리책임자(기관) 등의 내용을 포함해야 하며 동의를 구해야 하는 경우에는 동의의 절차, 대상 등에 대해 규정해야 한다.

예컨대, 주택가 골목길에 CCTV 등 무인단속장비를 설치할 경우 그 길을 이용하는 이들이 대부분 그 지역 주민이라고 볼 수 있으므로, 비교적 동의를 구해야 하는 당사자가 명확하다고 볼 수 있다. 이 경우에도 동의를 구하는 범위를 동 단위로 해야 하는가 구 단위로 해야 하는가를 정하는 것이 명확하지는 않으나 작은 단위인 동 별로 동의를 구하는 것이 타당할 것이다. 반면, 시내 중심가 혹은 유동인구가 많은 곳에 설치할 경우에는 불특정 다수가 CCTV 등 무인단속장비에 노출되는 것이므로 동의를 구하는 것이 불가능하고 해당 지역 주민의 동의는 무의미할 수 있다. 이러한 경우에는 CCTV 등 무인단속장비 설치·운영에 관한 동의로 간주할 수 있는 별도의 법적 절차를 마련해야 한다.

또한, 정당한 법적 절차나 동의에 의해 CCTV 등 무인단속장비가 설치되었더라도 그곳을 지나는 모든 사람들의 동의를 받은 것은 아니므로, CCTV 등 무인단속장비에 의해 촬영되는 개인들은 특별한 사정이 없는 한, 최소한 자신이 촬영 지역에 있다는 사실을 명확히 알 수 있어야 한다. 따라서 최소한 자신이 카메라에 찍힐 수도 있다는 것을 알 수 있도록 감시카메라가 설치된 곳에 일정한 양식의 안내판을 설치해야 할 것이다.

영국의 CCTV 시행기준은 '카메라의 위치에 관한 기준'에서 CCTV 설치 시 이에 대해 알리는 표지판을 달 것을 규정하고 있는데(제7항 이하), 주변 상황에 따라 그 크기가 어느 정도이어야 하는지에 대한 예까지 구체적으로 제시하고 있다. 예를 들어, 건물의 입구에 설치하는 경우에는 A4 정도의 크기로, 주차장 입구의 경우에는 운전자가 쉽게 알아 볼 수 있도록 A3 정도의 크기로 표지판을 설치해야 한다고 규정하고 있다. 표지판에는 CCTV의 목적, 관리 주체, 책임자(부서) 연락처 등을 명시하여 공지하도록 하고 있다.

호주의 CCTV 가이드라인은 '카메라의 위치'에 관한 기준에서 확인된 범죄 다발지역, 고령자나 유아 등 잠재적 위험에 놓인 그룹이 자주 찾는 장소 등에 설치해야 한다고 규정하고 있다(제9항). '제표지판 설정' 기준에서도 표지판의 구체적인 위치, 크기, 내용 등을 상세히 규정하고 있다. 특히 표지판의 경우에는 감시되는 지역의 범위, 감시 시간에 관한 정보를 제공하도록 하고 있으며, 모국어를 사용하지 않는 사람도 이해할 수 있는 언어로 표기해야 하고, 큰 글씨로 표기하여 눈높이에 맞추어 잘 보이는 양지에 위치하도록 규정하고 있다. 또한 표지판에는 CCTV를 사용함으로써 공공안전이 개선되었음을 시사할 수 없도록 하고 있다(제14항).

3. CCTV 등 무인단속장비 관리에서 녹화·보존된 내용의 정확성을 확보할 것

OECD 가이드라인에서는 "개인정보는 …목적에 필요한 범위 내에서 정확하고… (제8항)" 라고 하여, "정보의 정확성"을 규정하고 있다.

CCTV 등 무인단속장비에 촬영된 자료는 범죄의 증거로 쓰일 수 있는 만큼 CCTV 등 무인단속장비에 기록된 내용이 사실과 다를 경우 억울한 사람이 범죄자로 누명을 쓰는 경우가 발생할 수 있다.

따라서, 화질, 촬영장소, 시간 등에 대한 기록이 정확해야 하고, 화질 등에 대하여는 최저한도의 화질 기준을 설정할 필요가 있다.

영국의 CCTV 시행기준은 '화질에 관한 기준'에서 CCTV로 수집된 정보의 정확성을 보장하기 위하여, 설치 시 CCTV의 정상 작동 여부를 반드시 점검하도록 하고 있으며, 이를 위해 화질에 관한 기준 관리일지를 기록해야 한다. 또한 테이프를 사용할 경우에는 좋은 품질의 녹화테이프만을 사용하도록 하고 있으며, 카메라의 위치, 날짜, 시간 정보 등을 정확하게 유지하도록 규정하고 있다.

4. 촬영범위를 제한할 것

최근의 CCTV 등 무인단속장비는 상하좌우로 자유롭게 조작이 가능하며 가시거리가 몇 백미터에 이를 정도로 가시성능과 줌(Zoom)기능이 뛰어나다. 따라서 모니터링 과정에 범죄혐의가 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우 외에는 화면에 잡힌 사람의 얼굴을 줌(Zoom) 기능을 이용하여 확대 촬영할 수 없도록 하거나, CCTV 등 무인단속장비가 공공 도로가 아닌 개인의 집안을 촬영할 수 없도록 회전 기능의 사용을 제한하는 규정을 둘 필요가 있다.

영국의 CCTV 시행기준은 '카메라의 위치에 관한 기준'에서 CCTV가 설치 목적을 넘어 다른 곳을 비추는 것을 금지하고 있으며, CCTV의 조작자가 규정된 곳 이외의 곳을 보기 위해 임의로 조작하는 것도 금지하고 있다. 부득이하게 목적을 넘어선 부분까지도 촬영하게 될 때에는 최대한 프라이버시를 보호하도록 규정하고 있다.

호주의 CCTV 가이드라인은 '카메라의 위치'에 관한 기준에서 특히 사적인 시설이 영상에 잡히는지 여부, 공공의 안녕에 영향을 미칠 가능성이 있는지를 고려해야 한다고 규정하고 있다(제9항). 또한, '카메라 관리 및 작동' 기준에서도 심각한 범죄 상황이 발생했거나 발생할 상당한 우려가 있는 경우 개인 또는 그 행동의 식별을 위하여만 개인 주거 지역을 영상에 잡을 수 있다고 규정하고 있다(제12항).

5. 녹음기능을 사용할 수 없도록 할 것

현재 방범용 CCTV 등 무인단속장비는 종류에 따라 기존의 감시카메라 기능에 더하여 경고방송, 음성녹취까지 가능하다고 한다.

통신비밀보호법은 수사기관의 통신이나 대화에 대한 감청이나 녹음을 엄격히 금지하며, 특정한 범죄에 대하여 범죄가 행해지고 있거나 행해졌다는 상당한 이유가 있고, 다른 수단을 사용하는 것이 곤란한 경우에 한하여 법원의 영장이 있어야만 허용하고 있다(제5조, 제6조).

범죄예방을 위하여 CCTV 등 무인단속장비가 음성녹취까지 가능하도록 운영하는 것은 위 통신비밀보호법의 취지를 무색하게 하는 것이며, 개인정보의 침해를 확대하는 것이다.

영국의 CCTV 시행기준 중 '카메라 위치에 관한 기준'은 일반인의 대화를 녹음하는데 CCTV를 사용하지 못하도록 규정하고 있다(제12항).

6. CCTV 등 무인단속장비로 촬영된 녹화기록물에 대한 제3자 제공에 대하여 엄격히 규제하고, 자료의 보유기간을 명시할 것

OECD 가이드라인에서는 "개인정보는 a) 정보 주체의 동의가 있는 경우, b) 법적 근거에 의한 경우를 제외하고 명시된 목적과는 다른 목적을 위하여 공개되거나 이용가능하게 되거나 또는 달리 사용되어서는 안된다(제10항)" 고 하고 있으며, UN가이드라인에서는 "개인정보의 소장기간은 명시된 사용목적을 달성하기 위한 기간을 넘어서는 안된다(제3항 (c))" 고 규정하고 있다.

CCTV 등 무인단속장비로 촬영된 녹화기록에는 개인의 초상 및 언제 어느 곳에 누구와 함께 있었는가에 관한 개인의 행적을 담고 있으며, 그 녹화기록물은 보유목적 외에 다른 행정목적이나 범죄 목적으로 사용될 가능성이 있으므로, 당사자의 동의나 적법한 근거에 따라서만 제3자에게 제공할 수 있도록 해야 한다.

보유기간에 대해서도 필요이상 오랜 기간 보유할 수 없도록 하고 수사나 재판자료로 사용되는 경우를 제외하고는 범죄예방이라는 목적과 무관함이 판명되는대로 신속하게 정보를 파기하도록 해야 한다.

영국의 CCTV 시행기준은 '제3자의 이미지 접근 및 공개에 관한 기준'에서 법에 명시적으로 밝혀진 경우 이외에 목적을 넘어선 제3자 공유를 금지하고 있다(제1항). 또한, '영상 처리에 관한 기준'에서는 필요이상으로 영상물을 보유하는 것을 금지하고 있는데, 예를 들어 도심이나 공공도로의 영상은 31일 이상 보유하지 못하도록 하고 있으며, 보유기간이 지나 삭제하는

경우에도 그에 대한 자세한 기록을 남기도록 하고 있다(제8항).

7. 기술적 보안 조치는 물론, 운영 권한, 촬영된 자료에 대해서 접근할 수 있는 권한을 제한하는 등 인적 보안 조치를 할 것

OECD 가이드라인에서는 “개인정보는 분실 및 불법적인 접근, 파괴, 사용, 변경 또는 공개와 같은 위험에 대비한 적절한 보안 유지 장치에 의하여 보호되어야 한다(제11항)” 고 하고 있으며, UN 가이드라인에서는 “ …정보에의 무단 접근, 정보의 사기적 오용… 등에 대해 정보를 보호하기 위하여 적당한 예방조처를 해야 한다(제7항)” 고 하여, 보안조처에 대해 규정하고 있다.

CCTV 등 무인단속장비를 운영하는 자가 개인의 초상권과 사생활을 침해하지 않도록 자격과 교육을 받은 사람만이 운영할 수 있게 엄격히 제한해야 하며, CCTV 등 무인단속장비에 의해 촬영되고 저장된 자료에 대해 접근할 수 있는 권한도 제한해야 한다.

특히 범죄 수사나 증거 확보를 이유로 녹화기록을 사후에 재생하는 경우에, 그 운영권한, 일지의 기록과 관리 등 요건과 필요한 절차에 관한 규정을 마련해야 한다.

영국 CCTV 시행기준은 ‘영상처리에 관한 기준’에서 관리 책임자 혹은 지정된 인원에 한해서만 모니터를 볼 수 있게 하고, 녹화기록에 대한 재생은 보다 엄격하게 규정하고 있으며(제5항 이하), ‘제3자의 영상에의 접근 및 공개에 관한 기준’에서는 이미지를 녹화한 장비에 대한 접근은 모두 문서화하도록 하고 있다(제2항).

8. CCTV 등 무인단속장비 시스템의 기본적인 사항에 대해 모든 사람이 알 수 있도록 공지할 것

OECD 가이드라인은 “개인정보와 관련된 제도개선, 실무 및 정책에 관하여 대체적으로 개방정책을 취해야 하며, 개인정보의 존재와 성격, 그것의 주요 사용 목적, 정보관리자의 신원 및 소재지를 즉시 파악할 수 있는 장치를 마련해야 한다(제12항)” 고 규정하고 있다.

현재 운영되는 다양한 행정목적의 CCTV 등 무인단속장비의 경우 그 성

능 및 제원, 기기의 관리 주체를 알 수 없는 경우가 대부분이다. 현재 우리나라에서는 경찰, 지방자치단체, 개인 등이 CCTV 등 무인단속장비를 운영하고 있는데, 국민일반이 그 운영주체를 쉽게 알 수 있는 방법이 없다. CCTV 등 무인단속장비의 제원과 성능, 설치 위치, 목적, 관리 책임자, 연락처 등에 대해서 관보, 홈페이지 등에 게시하고 정기적으로 최신의 상황을 업데이트 하도록 하며 정기적으로 국회 또는 지방 의회에 제반 사항을 보고하도록 해야 한다.

9. CCTV 등 무인단속장비 운영에 대하여 정보주체의 관리 통제권을 보장할 것

OECD 가이드라인에서는 "개인은 다음과 같은 권한을 행사할 수 있어야 한다. (a) 자신과 관계된 정보를 정보관리자가 보유하고 있는지의 여부에 대하여 정보관리자 당사자로부터 직접 또는 다른 경로로 확인함, (b) 자신과 관계된 정보가 적절한 시일 내에, 비용이 부과되는 경우 지나치지 않는 범위에서, 적절한 방식으로, 즉시 알아볼 수 있는 형태로 통보되도록 함, (c) 위의 (a)항과 (b)항이 거절되는 경우 그 사유를 물어 답을 구하고, 그러한 거절에 대하여 이의를 제기할 수 있음, (d) 자신과 관계된 정보에 이의를 제기하고, 이의가 받아들여질 경우 해당 정보가 삭제, 정정, 완성 또는 수정되도록 함(제13항)" 이라고 규정하고 있다.

또한, UN 가이드라인 '이해관계자 접근의 원칙'에서 "누구든지 본인임을 증명할 경우, 부당한 지체나 비용부담 없이 자신에 대한 정보가 가공(처리)되고 있는지에 대해 알 권리, 명료한 형태로 이를 열람할 권리를 갖고 있으며, 불법적, 불필요, 부정확한 정보가 기입되어 있을 때에는 이를 적정하게 삭제하거나 수정할 수 있는 권리가 있으며, …구제조처에 대한 규정을 두어야 한다(제4항)" 고 규정하고 있다.

CCTV 등 무인단속장비에 의해서 영향을 받는 모든 개인에게 그 운영에 관해 의견을 제시할 수 있는 권리를 보장해야 한다. 기본적으로 자신과 관련된 정보의 존재 확인, 열람요구, 이유부기, 이의제기 및 정정・삭제・보완 청구권을 가지며, 열람요구나 정정 신청 등을 거부할 경우 그에 대한 불복신청과 손해발생시 권리구제 절차를 규정해야 한다.

영국 CCTV 시행기준은 '정보주체의 접근에 관한 기준'에서 정보주체의

자신의 정보의 접근에 관하여 상세한 규정을 두고 있다(제7항). 관리자 등은 촬영당한 사람이 신청할 경우 이에 대해 21일 이내에 서면으로 답변을 해야 한다.

호주의 경우에도 CCTV 가이드라인에서 '불만사항 처리'의 접수와 처리 기준에서 상세한 규정을 두고 있다(제15항 이하).

10. 설치, 관리, 유지와 관련하여 그 주체와 자격을 명확히 할 것

CCTV 등 무인단속장비가 설치 목적에 부합하게 제한된 범위 내에서 적절하게 운영될 수 있도록 관리하고, CCTV 등 무인단속장비로 인한 문제가 발생하였을 경우 책임소재를 명확하게 할 필요가 있으므로, CCTV 등 무인단속장비의 설치, 관리, 유지와 관련하여 그 주체를 분명히 밝혀야 하고 자격요건도 명확히 해야 한다. 현재 우리나라의 경우 CCTV 등 무인단속장비로 인한 문제가 발생하는 경우에 책임소재가 명확하지 않아 서로 책임을 회피할 우려가 있다.

영국의 CCTV 시행기준은 '초기설치운영절차에 관한 기준'에서 CCTV 시행기준을 이행할 책임이 있는 사람이나 기관을 규정하고 문서화하도록 하고 있다(제7항).

11. 권한을 넘어선 불법적 행위에 대한 벌칙규정 및 감독 규정을 두고, 정기적·비정기적인 감사를 실시할 것

UN 가이드라인은 '감독 및 제재 조처'에서 "각국의 국내법체계에 의거하여, 각국은 상기에 명시된 원칙의 준수여부를 감시하는 감독기관을 법으로 지정해야 한다. …만약 상기원칙을 이행하는 국내법 규정을 위반한 경우에는 이에 대한 적절한 개인구제조처와 함께 형사상 또는 기타 벌금을 부과해야 한다(제8항)"고 규정하고 있다.

영상기록 정보에 대한 불법적인 접근, 목적 범위를 넘어선 제3자 제공, 법에 규정된 의무의 불이행 등, CCTV 등 무인단속장비의 오·남용 행위에 대해서 관련자를 사법적, 행정적으로 처벌해야 한다. 또한, CCTV 등 무인단속장비의 운영 주체에 따라 적절한 감독 기관을 지정하여 정기적·비정기적 감독을 실시하여 책임 있는 CCTV 등 무인단속장비 시스템의 운영을

보장해야 한다.

미국 보안산업협회 SIA의 가이드라인 '일반원칙(General Principle) E.'에서는 CCTV 사용과 관련된 사람은 적절한 훈련을 받아야 하고, 이 기술이 책임감 있게 사용되도록 엄중히 감시 받아야 한다고 규정하고 있으며, CCTV 운영 관련자들에 대한 훈련 프로그램을 세워 시행할 것을 규정하고 있다.

영국의 CCTV 시행기준은 'CCTV 감독 기준'에서 관리주체는 시행기준이 준수되고 있는지를 감독하기 위하여 문서화된 절차를 정기적으로 감독하고 정보주체에게 제공하여야 한다고 규정하고 있고, 시스템의 효율성에 대한 연간평가를 수행하여 공식적으로 공개할 것을 정하고 있다(제6항 이하).

이상의 내용에 유의하여, 지방자치단체, 경찰청 등에서 범죄예방 및 범죄수사를 위하여 설치·운영하고 있는 CCTV 등 무인단속장비에 관하여, 그 설치·운영 기준을 주요내용으로 하는 법령을 제정하거나, 공공기관의개인정보보호에관한법률을 개정하여, CCTV 등 무인단속장비 등의 설치·운영에 관한 법적 기준을 마련할 것을 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항의 규정에 의하여 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2004. 4. 19.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

⑩ 공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정제정안에 대한 의견(2004.7.5.)

[1] 공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정제정안 내용 중 공직후보자의 인물정보 수축목적·수록범위를 국가공무원법 제19조의3제1항의 범위로 축소 규정하도록 하고,

[2] 인물정보의 타 기관 제공시 요청기관에 대한 상세한 규정을 두고 정보제공자로부터 사전동의를 받거나 정보제공자에게 통지하도록 하며 활용 후 폐기하도록 권고한 사례

【결정요지】

[1] 공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정제정안 제2조제1호가 정보수집대상자 범위를 모법인 국가공무원법 제19조의3제1항에 규정된 목적의 범위를 넘어 규정하고 있을 뿐만 아니라 범위도 초과하여 규율함으로써 적법절차의 원칙에 위배되므로 국가공무원법 제19조의3제1항의 범위로 축소하여 규정하도록 하고,

[2] 공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정제정안 제12조제1항은 인물정보 타 기관 제공시 아무런 통제조항이 없어 "전자화된개인정보와관련된규정을위한가이드라인(UN가이드라인)"의 관련 개인에 의한 접근 원칙 등에 위배되므로 정보제공 요청기관에 대한 상세한 규정을 두고 정보제공자의 절차참여권을 보장할 것과 다른 목적 사용방지를 위해 사용 후 폐기하도록 권고함.

【참조조문】 헌법 제10조, 제12조제1항 및 제3항, 제17조, 제25조, 제37조제2항, 국가공무원법 제19조의3제1항, 공공기관의정보공개에관한법률 제19조, 세계인권선언 제12조, 전자화된개인정보와관련된규정을위한가이드라인(Guidelines for Regulation of Computerized Persons Data Files, UN Guidelines)

【주 문】 중앙인사위원회의 공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정 제정안에 대한 의견 요청이 있어 아래와 같이 국가인권위원회의 의견을 표명합니다.

- 아 래 -

1. 제정안 제2조 제1호는 모법인 국가공무원법 제19조의3 제1항에 규정된 목적의 범위를 넘어 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 범위도 모법의 위임 범위를 초과하여 규율함으로써 적법절차의 원칙에 위반되어 공무원과 공무원이 되고자 하는 일반 국민의 사생활의 비밀, 정보자기결정권, 인격권, 행복추구권, 공무담임권을 침해할 가능성이 있다.

   따라서 제정안 제2조 제1호의 “국가, 지방자치단체 및 정부산하하기관 등 공공기관의 직무를 희망하는 자”를 모법인 국가공무원법 제19조의3 제1항의 “정무직 공무원(선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외), 각종 국가고시 시험위원, 각종 위원회 위원 등의 직위를 희망하는 자”의 범위로 축소하여 규정하여야 할 것이다.

2. 제정안 제12조 제1항은 인물정보를 타 기관에 제공할 수 있도록 한 바 여기에 대한 통제조항이 없어 “전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인(UN가이드라인)”의 관련 개인에 의한 접근 원칙 등에 위배되어 정보제공자의 사생활관련 정보의 유출로 사생활의 자유, 인격권, 정보자기결정권, 행복추구권, 공무담임권을 침해할 수 있다.

   따라서 정보제공 요청기관에 대한 보다 상세한 규정을 두고 제보제공자의 절차참여권을 보장하기 위하여 정보제공자로부터 사전 동의를 받거나 정보제공자에게 통지를 하도록 하며 인물정보를 다른 목적에 사용하지 못하게 하거나 활용 후 폐기토록 한다는 조항을 삽입하여야 할 것이다.

【이 유】

Ⅰ. 판단배경

중앙인사위원회가 2004. 3. 11. 개정된 국가공무원법 제19조의3에서 대통령령으로 위임한 사항을 시행하기 위하여 “공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정”을 제정하면서 우리 위원회에 2004. 4. 26. 인권침해적 내용이 있는지 여부를 검토 후 회신하여 줄 것을 요청하였다.(인재조사과-296)

본 제정안은 국가공무원법 제19조의3에 의하여 공직후보자 등에 대한 인물정보를 수집·관리하기 위하여 필요한 사항을 규정하기 위한 것으로 공무원 및 동의에 의하여 국가인재 데이터베이스에 정보를 입력한 민간인의 정보자기결정권, 사생활의 자유, 인격권, 공무담임권 등과 밀접한 관련이 있는 법령이라 판단되어 국가인권위원회법 제19조 제1호에 의거하여 법령검토에 착수하였다.

Ⅱ. 판단기준

1. 헌법

제10조, 제12조 제1항·제3항, 제17조, 제25조, 제37조 제2항

2. 공공기관의정보공개에관한법률 제19조

제19조(제3자의 비공개요청 등) ①제9조 제3항의 규정에 의하여 공개청구된 사실을 통지받은 제3자는 통지받는 날부터 3일 이내에 당해 공공기관에 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 비공개요청을 공공기관이 당해 제3자의 의사에 반하여 공개하고자 하는 경우에는 공개사유를 명시하여 서면으로 통지하여야 하며, 공개통지를 받은 제3자는 당해 공개기관에 서면으로 이의신청을 하거나 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우 이의신청은 통지받은 날부터 7일 이내에 하여야 한다.

③제16조 제2항·제3항, 제17조 제1항 후단·제2항 내지 제4항 및 제18조 제2항·제3항의 규정은 제2항의 규정에 의한 이의신청, 행정심판 및 행정소송에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 "청구인"을 각각 "제3자"로 본다.

3. 세계인권선언 제12조(Universal Declaration of Human Rights)

1. 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 침해를 받지 아니한다.
2. 모든 사람은 그러한 간섭 또는 침해에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

4. 전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인(Guidelines for Regulation of Computerized Personal Data Files, UN가이드라인)

관련 개인에 의한 접근 원칙(Principle of Interested Persons Access) : 정보가 수집되거나 저장된 해당 개인은 이러한 정보가 어떻게 처리되며 사용되는지에 관하여 알 권리를 가지고 있으며 잘못되거나 정확하지 못한 정보의 삭제권 등 여러 보호권리들이 이러한 개인을 위하여 제공되어야만 한다.

Ⅲ. 판 단

1. 구축목적·수록범위가 모법을 넘어 확장(제정안 제2조 제1호)

<국가공무원법 제19조의3>
제19조의3(공직후보자 등의 관리) ①중앙인사위원회는 정무직공무원(선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외한다.) 각종 국가고시시험위원, 각종 위원회 위원 등의 직위를 희망하는 자를 체계적으로 관리하기 위하여 본인의 동의를 얻어 이들에 관한 정보를 수집하여 관리할 수 있다.
<제정안 제2조 제1호>
제2조(정의)
1. "인물정보"라 함은 국가, 지방자치단체 및 정부산하기관 등 공공기관

의 직무를 희망하는 자를 체계적으로 관리하기 위하여 본인 또는 관계기관으로부터 중앙인사위원회가 수집·관리하는 학력·경력·전문분야 등 개인에 관한 정보를 말한다.

가. 제정내용

공직후보자등의인물정보수집및관리에관한규정 제정안(이하 제정안이라 함) 제2조 제1호는 인물정보를 정의하면서 “국가, 지방자치단체 및 정부산하기관 등 공공기관의 직무를 희망하는 자를 체계적으로 관리하기 위하여” 라고 규정하고 있다.

나. 검 토

제정안의 모법인 국가공무원법 제19조의3 제1항은 정보수집의 목적을 “정무직공무원(선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외한다), 각종 국가고시시험위원, 각종위원회 위원 등의 직위를 희망하는 자를 체계적으로 관리” 하기 위한 것이라고 규정하고 있다.

“정무직공무원, 각종 국가고시시험위원, 각종 위원회 위원 등의 직위를 희망하는 자”는 제정안 “국가, 지방자치단체 및 정부산하기관 등 공공기관의 직무를 희망하는 자” 보다 그 범위가 좁은 개념이다. 따라서 제정안은 모법에서 위임한 권한의 범위를 벗어난 입법으로 판단된다.

이는 법령의 구체적 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙에 반한다 할 것이며 공무원이 되고자 하는 일반 국민의 개인정보가 수집·관리되는 과정에서 정보의 오·남용, 유출로 인하여 이들의 사생활의 비밀, 정보의 자기 결정권, 행복추구권, 공무담임권을 잠재적으로 침해할 가능성이 많다.

또한 국가공무원법 제6조 제1항에 의하면 중앙인사위원회의 직무범위는 “행정부 소속 공무원의 인사행정”에 한정되어 있음에도 불구하고 국가인재데이터베이스는 행정부 외의 다른 국가기관에 대해서까지 관리할 수 있도록 하였다.

이로써 제정안은 국가공무원법 제6조 제1항을 위반하여 국가인재데이터베이스에 수집되는 인물의 범위를 무한정하게 확대하고 있다.

이는 국가의 모든 공권력의 작용에 절차상의 적법성 뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는

헌법 제12조 제1항 및 제3항의 적법절차의 원리에 위반하여 행정부 이외 다른 국가기관 소속 공무원의 자기정보결정권, 사생활의 자유, 행복추구권, 공무담임권을 침해할 수 있다.

따라서 제정안 제2조 제1호의 “국가, 지방자치단체 및 정부산하기관 등 공공기관의 직무를 희망하는 자”를 모법인 국가공무원법 제19조의3 제1항의“정무직공무원(선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외한다), 각종 국가고시시험위원, 각종 위원회 위원 등의 직위를 희망하는 자”의 범위로 축소하여 규정하여야 할 것이다.

2. 인물정보의 제공과 관련한 통제 미비(제정안 제12조 제1항)

제12조(인물정보의 제공) ①위원회는 법 제19조의3에서 정하는 직무를 수행할 사람을 선발하기 위하여 필요한 경우 법령의 범위안에서 인물정보를 다른 기관에 제공할 수 있다.

가. 제정내용

제정안 제12조 제1항은 중앙행정기관과 그 소속기관, 지방자치단체, 정부산하기관 및 기타 위원회가 승인하는 특수법인과 공익단체에 한하여 인물정보를 공문으로 제공하도록 하고 있다.

즉 중앙인사위원회가 인사목적으로 국가인재데이터베이스를 활용하고자 하는 제3의 국가기관에 인물정보를 제공할 수 있도록 하는 수권을 하고 있다.

나. 검 토

본 조항은 문서에 의해서 정보를 제공한다는 통제조항을 두고 있을 뿐 제3자에 대한 인물정보제공과 관련하여 보다 구체적인 규율을 결여하고 있어 정보제공자의 사생활관련 정보의 유출 및 정보자기결정권, 인격권, 인간의 존엄성 및 행복추구권, 공무담임권의 침해를 낳을 수 있다.

공공기관의개인정보보호에관한법률 제19조에서 제3자의 비공개 요청을 규정하면서 공공기관에 대하여 자신과 관련된 정보를 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있도록 하여 개인의 정보공개에 대한 참가의 기회를 제공한 취지를 고려한다면 이 경우에도 정보제공자의 절차참여가 요청된다고 할 것이다.

제정안 제8조에서 인물정보 제공에 대한 동의를 받도록 하였으나 여기에서의 동의는 개별 정보 내지 데이터를 수록하는 것에 대한 동의이지 정보를 제3의 기관에 제공하는 것까지 포함하고 있다고 보이지 않는다.

“전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인(UN가이드라인)”의 관련 개인에 의한 접근 원칙(Principle of Interested Persons Access)에 의하면 정보가 수집되거나 저장된 해당 개인은 이러한 정보가 어떻게 처리되며 사용되는지에 대해 알 권리를 가진다고 규정하고 있으므로 정보가 제3의 기관에 넘어갈 경우 이를 통지하거나 동의를 받아야 할 것이다.

따라서 중앙인사위원회가 제3의 기관에 정보를 제공하는 경우 정보제공 전에 정보제공자로부터 사전에 동의를 받거나 정보제공자에게 통지를 하도록 하여 절차참여의 기회를 충분히 제공하는 것이 헌법상 적법절차의 원칙에도 맞는다 할 것이다.

뿐만 아니라 인물정보는 개인 프라이버시 내지 개인정보의 핵심에 해당하므로 정보제공 요청기관에 대한 보다 상세한 규정을 두어 정보제공자가 원하지 않는 정보유출을 막고 제공받은 기관이 제공받은 인물정보를 다른 목적에 이용하지 못하게 한다든지, 활용 후 당해 정보를 폐기하게 한다든지 등의 내용을 담은 조항을 삽입하여야 할 것이다.

Ⅳ. 결 어

1. 구축목적 · 수록범위의 축소(제정안 제2조 제1호)

제정안 제2조 제1호는 모법인 국가공무원법 제19조의3 제1항에 규정된 목적의 범위를 넘어 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 범위도 모법의 위임 범위를 초과하여 규율함으로써 적법절차의 원칙에 위반되어 공무원과 공무원이 되고자 하는 일반 국민의 사생활의 비밀, 정보자기결정권, 인격권, 행복추구권, 공무담임권을 침해할 가능성이 있다.

따라서 제정안 제2조 제1호의 “국가, 지방자치단체 및 정부기관 등 공공기관의 직무를 희망하는 자”를 모법인 국가공무원법 제19조의3 제1항의 “정무직 공무원(선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외), 각종 국가고시시험위원, 각종 위원회 위원 등의 직위를 희망하는 자”의 범위로 축소하여 규정하여야 할 것이다.

2. 인물정보 제공의 통제방안 마련(제정안 제12조 제1항)

제정안 제12조 제1항은 인물정보를 타 기관에 제공할 수 있도록 한 바 여기에 대한 통제조항이 없어 "전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인(UN가이드라인)의 관련 개인에 의한 접근 원칙 등에 위배되어 정보제공자의 사생활관련 정보의 유출로 사생활의 자유, 인격권, 정보자기결정권, 행복추구권, 공무담임권을 침해할 수 있다.

따라서 정보제공 요청기관에 대한 보다 상세한 규정을 두고, 정보제공자의 절차참여권을 보장하기 위하여 정보제공자로부터 사전 동의를 받거나 정보제공자에게 통지를 하도록 하며 인물정보를 다른 목적에 사용하지 못하게 하거나 활용 후 폐기토록 한다는 조항을 삽입하여야 할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 7. 5.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

11 실종아동찾기지원법제정안에 대한 의견(2004.9.6.)

실종아동의 조속한 귀가 및 귀가 이후의 원만한 사회적응을 도모함으로써 아동과 가정의 복지를 증진한다는 실종아동찾기지원법안의 목적을 달성하면서 헌법상의 기본권인 사생활의비밀과 자유의 침해를 방지하기 위해서는 법안의 개선 및 보완이 필요하다고 판단한 사례

【결정요지】

[1] 실종아동찾기지원법안 제11조제1항의 규정과 관련하여 유전자검사 대상을 좀 더 명확히 명시하여 실시 대상 아동의 범주를 필요 최소한으로 제한할 필요가 있음.

[2] 실종아동찾기지원법안 제11조제2항의 규정과 관련하여 유전자검사 결과 관리, 유전자정보 보호, 데이터베이스 구축 등의 사항은 법률에 구체적으로 명시하는 것으로 개정할 필요가 있음.

【참조조문】 헌법 제7조, 제75조, 공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조, 인간게놈과인권에관한보편선언 제7조, 개인데이터의국제유통과프라이버시보호에관한가이드라인

【주 문】 국가인권위원회는 실종아동찾기지원법안을 검토한 결과, 실종아동의 조속한 귀가 및 귀가 이후의 원만한 사회적응을 도모함으로써 아동과 가정의 복지를 증진한다는 실종아동찾기지원법안의 목적을 달성하면서 헌법상의 기본권인 사생활의비밀과 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, 공공기관의개인정보보호에관한법률 및 1997년 유네스코 총회가 채택한 “인간 게놈과 인권에 관한 보편선언”, 개인데이터의국제유통과프라이버시보호에관한가이드라인(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 유전자검사실시 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 공공기관의개인정보보호에관한법률(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 개인정보보호에 관한 사항은 제12조의 목적외 사용금지 조항뿐이다.

입법권의 위임은 의회의 입법부담을 덜어주고, 집행기관의 효율성을 증가시켜 전문적이고 기술적인 부분을 법체계에서 충분히 담보하면서도 상황의 변화에 신속하게 적응하는 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 행정 행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다'는 것을 의미한다.(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 헌재 2003.07.24. 2002헌바82)

헌법 제75조 및 이 조항에 대한 헌법재판소의 일관된 견해로 제11조제2항을 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 유전적사생활과차별금지에관한법 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 입법예와는 거리가 있는 것으로 판단된다.

따라서, 헌법 제75조 입법위임의 취지 및 공공기관의개인정보보호에관한법률 제정의 취지에 비추어 법안 제11조제2항에서 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.

Ⅳ. 결 론

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호 규정에 의하여 주문과 같이 의견표명하기로 결정한다.

2004. 9. 6.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

⑫ 교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안, 학교보건법중개정법률안에 대한 의견(2004.10.11.)

교육기본법중개정법률안, 초·중등교육법중개정법률안 및 학교보건법중개정법률안을 검토한 결과 정보인권의 충분한 보장을 위한 개선 및 보완이 필요하다고 판단한 사례

【결정요지】

[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 함.

[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 이루질 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 NEIS관련 권고에 부합하도록 개선함.

[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 함.

[4] 초·중등교육법중개정법률안 제25조 제3항의 학생선발에 이용하도록 상급학교에 제공된 학교생활기록 및 학교보건법중개정법률안 제7조

의2 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 함.

[5] 초・중등교육법중개정법률안 제60조의4 '보안대책'의 구체적 사항을 명시하고, 제60조의6 및 제60조의7의 금지규정에 대한 처벌규정이 마련하여야 하며, 제60조의8과 관련하여 전산자료를 제공・이용 또는 보유하는 자에 대한 지도・감독이 정기적으로 반드시 실시될 수 있도록 개선되어야 함.

【참조조문】 헌법 제10조, 제17조, 제37조제2항, 공공기관의개인정보보호에관한법률 제12조, 세계인권선언 제12조, 시민적・정치적 권리에관한국제규약 제17조제1항

【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.

1. 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 이루질 수 있도록 하고, 초・중등교육법중개정법률안 제25조 제2항 및 학교보건법중개정법률안 제7조의2 제2항은 교육정보시스템으로 작성, 관리된 학생의 학교생활

기록과 보건관련 자료의 관리와 운영의 책임주체가 학교의 장이고, 그 데이터가 학교 밖으로 유출될 수 없다는 점을 보다 구체적으로 명시하는 등 위원회의 NEIS관련 권고에 부합하도록 개선할 것이다.

1. 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.
1. 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 것이다.
1. 초·중등교육법중개정법률안 제60조의4 '보안대책'의 구체적 사항이 명시되어야 할 것이다.
1. 초·중등교육법중개정법률안 제60조의6 및 제60조의7의 금지규정에 대한 처벌규정이 마련되도록 한다.
1. 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 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 제37조 제2항의 기본권 제한의 원칙, 공공기관의개인정보보호에관한법률 등의 국내법과 세계인권선언 제12조, 시민적・정치적권리에관한국제규약 제17조 제1항의 사생활 보호 조항, UN의 전자화된 개인정보와 관련된 규정을 위한 가이드라인, OECD의 개인데이터의 국제유통과 프라이버시보호에 관한 가이드라인 등 국제인권기준에 의거하여 판단하였다.

Ⅲ. 판 단

1. 학생정보 보호의 원칙선언

교육기본법개정법률안 제23조의3은 '법률이 정하는 경우를 제외하고는 정보주체와 그 부모 또는 보호자의 의사에 반하여 제3자에게 제공되어서는 아니된다'고 규정함으로써 법형식 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 시도교육감에게, 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 가능

성 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 보장하려는 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.

공공기관의개인정보보호에관한법률 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 조처를 마련해야 할 필요성을 제시하면서 개인정보에 관한 가이드라인의 원칙을 이행하는 국내법 규정을 위반하는 경우에는 이에 대한 적절한 개인구제조처와 함께 형사상 또는 기타 벌금을 부과해야 한다고 명시하고 있다.

따라서 위 조항들의 실효성 확보를 위하여 적정한 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 법집행자의 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 공공기관의개인정보보호에관한법률 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.

Ⅳ. 결 론

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

제 6 장

국제인권협약의 이행 등에 관한 결정

1. 정부이행보고서 관련 의견

1 인종차별철폐협약 제11차 정부보고서에 대한 의견(2002.2.1.)

Ⅰ. 검토의 기본 방향

협약에 따른 제11차 정부보고서는 다음과 같은 관점을 토대로 작성되어야 한다는 것이 국가인권위원회의 견해임.

가. 협약의 규정에 따라 모든 형태의 인종차별을 해소하기 위하여 대한민국정부는 적절한 정책을 수립하여 이를 집행하고 있는가. 특히 인권선진국 건설을 국정의 주요목표로 삼고 있는 국민의 정부의 정책은 과거 정부에 비하여 어떤 차이를 가지고 있는가. 특히 관련 정부부처들은 상호간에, 그리고 시민사회 및 전문가들의 의견 및 제안을 적절히 수렴하여 정책을 수립 및 집행하고 있는가

나. 인종차별을 철폐하기 위한 법과 제도, 정책과 관행, 그리고 현실의 문제점을 정확하게 사실에 근거하여 설명하고 있는가

다. 인종차별철폐협약 제11차 정부보고서에는 제9차・제10차 정부보고에 대한 인종차별철폐위원회의 권고사항이 적절하게 반영되어 있는가

라. 협약 이행의 의지가 적절하게 표명되고 있는가, 이와 관련하여
첫째, 선언적인 내용에서 한 걸음 더 나아가 구체적인 이행 상황을 보고하고 있는가
둘째, 쟁점이 되고 있는 현행 법제도의 개선 계획이나 일정을 보고하고 있는가
국가인권위원회는 인종차별철폐협약 제11차 정부보고서를 다각적으로 검토하기 위하여 관련 전문가의 자문을 구하는 동시에 국가인권위원회 자체 검토과정을 거쳐 의견서를 제출하는 바임.

Ⅱ. 전체적인 평가

위에서 본 기본적인 관점에 따를 때 제11차 정부보고서에 대한 국가인권위원회의 전체적인 평가는 다음과 같음.

1. 주무 부서인 외교통상부 뿐 아니라 정부 전체의 권고사항 이행의지가 확인되지 않고 있어 보고서에는 현 정부 전체 차원의 노력이 보이지 않음.

2. 문제점에 대한 구체적 상황과 계획이 포함되지 않고 선언적인 내용에 그치는 경향이 있음.

3. 정부와 민간단체의 활동을 구분하지 않고 보고하여 오해의 소지를 남기고 있음.

4. 인종차별철폐문제에 국한하지 않고 전반적인 인권의 측면에서 보고서를 작성하였기 때문에, 인종차별철폐위원회의 주요관심사에 부응하는 보고서로 보기 어려운 측면이 있음.

5. 한국의 특수성이 지나치게 강조되어 인종차별철폐를 위한 이행의지가 적절하게 드러나 보이지 않는 측면이 있음.

6. 국가인권위원회에 대한 검토의견요청 절차와 관련하여 기일이 매우 촉박한 경우 자칫 형식적인 검토에 머무를 가능성이 있음. 향후 국가인권위원회의 내실 있는 검토와 의견수렴을 위해서는 충분한 시간을 두고 사전 협의를 거칠 필요가 있음. 특히 이 보고서의 수정에 있어서 본 검토의견제출 이후에도 국가인권위원회와 긴밀한 협의를 제안하는 바임.

Ⅲ. 구체적인 제안

○ 인종차별철폐위원회가 최종 평가서에서 제시한 주요 제안 및 권고사항은 크게 여덟 가지로 구분할 수 있음.

1. 차별금지의 명확한 법적 근거 및 처벌규정

2. 위원회 일반권고 19 관련 정보제공
3. 불법체류 외국인 문제
4. 인종적 소수자
5. 청원 및 법적 절차의 접근성
6. 교육 및 홍보
7. 협약 1조 이행 관련 사안
8. 난민

○ 이에 제11차 정부보고서에 대한 검토결과를 국가인권위원회의 제안 및 근거와 함께 권고사항 범주별로 제시하고자 함.

1. 차별금지의 명확한 법적 근거 및 처벌규정

○ 관련 조항 : 제11차 정부보고서 4항~5항, 8항, 20항~23항

○ 인권위 제안

출입국관리법 시행령 제12조에 의한 거주(F-2)비자 제도의 문제점에 관한 정부의 정책 또는 계획을 제시하는 것이 필요함.

현재 장기체류 외국인의 영주권 취득과 법적 지위의 개선을 위한 입법이 추진되고 있으므로(2001. 9. 13. 법사위 회부) 이와 관련하여 장기체류 외국인에 대한 정부 정책을 구체적으로 설명하는 것이 적절함.

○ 배경

헌법에 근거한 선언적 해석, '국적에 따라서 한국인에게만 적용되는 권리'에 대한 구체적 설명의 누락이 문제가 됨

이와 관련하여 인종차별철폐위원회가 요구하는 것은 선언 이상의 법적 실효성임.

따라서 출입국관리법의 개정 계획과 같은 구체적인 법개정의사 및 일정에 대한 언급이 있어야 협약이행의 의지를 보여줄 수 있음.

2. 위원회 일반권고 19 관련 정보의 제공

○ 관련조항 : 제11차 정부보고서 11항~13항, 15~16항, 18항~19항

○ 인권위 제안

인종차별철폐위원회 일반권고 19는 인종차별이 가져올 수 있는 모든 경

향에 대한 모니터링을 권하고 있고, 정부보고서의 내용은 구체적인 통계자료를 제시하지 아니하여 신뢰성 및 인종차별철폐위원회 일반권고 19의 내용을 적절히 반영하지 않은 점 등의 문제가 제기될 소지가 있음.

인종·피부색·혈통·국적·출신종족 등이 가져올 수 있는 수입의 차이, 주거형태의 차이 등을 포괄하는 통계자료 또는 조사계획을 제시하는 것이 필요함.

3. 불법체류 외국인 문제

○ 관련조항 : 제11차 정부보고서 14항, 29~30항, 34항~35항

○ 인권위 제안

<제안 1>

정부보고서 제14항은 불법체류자를 사회적 불안을 야기하는 잠재적 범죄자로 취급하는 듯한 표현을 사용하고 있는데, 이는 실제로 입증되지 않은 사실로서 외국인에 대한 혹은 인종에 근거한 편견에 기인하였다는 오해를 받을 소지가 있으므로 수정하는 것이 적절할 것임.

<제안 2>

인종차별위원회가 지목한 협약 제5조 중 특히 <표 1>의 항목들을 개선하기 위한 현황 파악, 개선대책 수립 및 이행계획을 언급하는 것이 적절할 것임.

- 배경

▷ 대부분의 불법체류자가 이주노동자라는 사실은 우리 사회의 노동력수급의 불균형에 따른 필연적 결과임. 즉, 타국의 경우와 달리 국가경제의 필요에 의해 이주한 노동자들이 많음. 이러한 현실을 무시하고 이주노동자의 노동생산력에 의존하지 않는 외국의 사례를 그대로 참조하여 불법체류자의 처리 관례를 정하는 것은 문제가 됨

▷ '산업연수제 철폐 및 노동허가제 도입'이 제기되는 상황에서 산업연수제의 부분적인 개선은 실질적 조치라는 평가를 받기 어려움

▷ 제5조는 B규약 관련 12개 항목, A규약 관련 7개 항목, 총 19개 항목으로 구성되어 있음. 이 가운데 특히 <표 1>의 항목들은 이주노동자인 불법체류자들의 불리한 처지를 개선하기 위한 최소한의 영역으로 국제사회가 주목하고 있는 사안들임.

<표 1> 협약 5조의 주요 항목과 기초 과제

항목		내용	개선 계획의 예시*
(b)		정부관리, 개인, 집단 또는 단체의 폭행, 신체적 피해로부터 안전하고 보호받을 권리	신고체계의 수립 및 처벌규정의 마련
(d)	(iii)	국적취득권	귀화의 요건 및 절차, 영주권 취득 요건 및 절차 등에 관한 규정의 마련
(e)	(ix)	평화적 집회와 결사의 자유	집시법, 근로기준법상의 관련 조항 검토 또는 예외규정의 마련
	(i)	근로, 직업선택의 자유, 공정하고 알맞은 근로조건, 실업에 대한 보호, 동일노동, 동일임금, 정당하고 알맞은 보수 등에 대한 권리	이주노동자들의 대다수가 영세사업장에 밀집되어 있는 현실을 감안하여 공적 지원을 포함한 실효성 있는 대책의 마련
	(iii)	주거에 대한 권리	물, 전기, 냉난방, 위생에 중점을 둔 주거의 최소 조건 확보를 위한 감독 및 지원 대책의 마련
	(iv)	공중보건, 의료, 사회보장 및 사회봉사에 대한 권리	긴급의료지원체계의 수립 및 보건소 등 공중보건의 이용을 위한 시스템 마련

* 이는 국가인권위원회의 최종 견해가 아니며, 문제가 되는 사안에 대한 개선계획 중 일부를 예시한 것일 따름임.

<제안 3>

- 퇴직보험제의 실질적 수혜상황에 대한 통계가 뒷받침되어야 함.
- 배경

▷ 퇴직보험제 도입에 대한 언급만으로는 형식적인 보고에 그치게 됨

<제안 4>

- 외국인 노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 UN협약의 비준 계획을 제시하는 것이 바람직함.
- 배경

▷ 위 협약은 현재 국내외에서 실질적으로 문제가 되고 있는 이주노동자의 법적 지위 등에 관한 협약으로서, 인종차별철폐협약만으로다루기 힘든 쟁점과 사안들을 포함하고 있음.

4. 인종적 소수자

○ 근거조항 : 제11차 정부보고서 37항~39항

○ 인권위 제안

<제안 1>

- 전국민을 대상으로 하는 간헐적인 캠페인에 의존하기보다는 학교 교과과정 정규 프로그램으로의 편성, 관련 인력(예 : 노동부, 출입국관리사무소 직원)에 대한 교육계획을 제시하는 것이 바람직함.

- 배경

▷ 인종적 소수자에 대한 편견과 언어폭력이 존재한다는 현실을 인정했음에도 불구하고 의식 캠페인에 관한 구체적인 성과 및 계획이 언급되지 않은 문제가 있음.

<제안 2>

- 긍정적인 효과가 있었던 캠페인('모두가 살색입니다')에 대해서는 적극적으로 할 필요가 있을 것임.

- 배경

▷ 공익광고협의회의 '모두가 살색입니다' 광고는 일반인의 무의식적 차별문제를 일깨워준 좋은 예이므로 보고 내용으로 적절하다고 판단됨

5. 청원 및 법적 절차의 접근성

○ 근거조항 : 제11차 정부보고서 44항~49항

○ 인권위 제안

- 제44항에서 지방 노동사무소의 외국인노동자상담센터 상담통계와 운영 실적을 제시할 것. 또한 상담활성화를 위한 후속조치 계획을 제시하는 것이 적절할 것임.

- 제45항 국가인권위원회 상담통계가 2001년 11월 26일부터 2001년 12월 31일까지 약 1달간의 진정건수라는 사실을 명기하는 것이 적절할 것임.

- 제46항 'The government ~ migrant foreign workers'까지를 삭제할 것

- 제46항 종교/시민단체의 성격을 띤 NGO로 the Council of Foreign Workers와 the Committee on Human Rights of Foreign Workers를 언급하는데, 구체적으로 어느 단체를 지칭하는지 명확한 영문 표기가 필요함.

- 제47항 The Council of Foreign Workers, established in 1995 under the initative of NGOs, ..., since its establishment in 1995.(표현이 중복됨.)

이 단체가 외국인노동자대책협의회(외노협)라면 p. 15의 54항과 같이 the Joint Committee for Migrant Workers in Korea(JCMK)로 표기해야 함.

- 제47항 The Team for Education of Foreign Workers는 실체가 애매하므로 정확한 사실 확인이 요구됨. 만일 외노협에서 주관한 것을 지칭한다면 NGO의 활동임을 명확하게 밝히는 것이 바람직함.

○ 배경

- 최종평가서 권고의 핵심은 청원 및 법적 절차의 접근성 제고임 따라서 이를 뒷받침할 제도적 틀이 마련되어 있는가, 이러한 제도적 틀이 실효성을 갖는가 하는 측면을 보고하여야 함.

- 44~46항들은 정부 부문의 활동과 비정부 부문의 활동을 적절하게 구분하여 보고하고 있지 않음.

- 신생 국가인권위원회 활동에 대하여 오해의 소지가 있음.

- NGO의 활동과 정부의 활동을 명확하게 구분하여 설명하고 NGO에 대한 정부 지원의 경우에는 구체적인 내용과 실적을 명시하는 것이 필요함.

- NGO활동과 정부 활동을 구분하지 않은 채 보고하는 모호성이 영문 표기에까지 이어지고 있으므로 이의 확인 및 수정이 필요함.

6. 교육 및 홍보

○ 근거조항 : 제11차 보고서 51~53항, 56항

○ 인권위 제안

- 보고서 53항에 기술된 세미나, 간담회, 심포지엄의 경우 인종차별철폐협약 관련 내용이 포함되어 있는지 정확한 사실과 실적을 파악한 후 보고하는 것이 바람직할 것임.

- 정부보고서와 위원회의 최종견해(원문과 국문 번역본)에 대한 정부측의 홍보활동 실적을 구체적으로 사실에 근거하여 명시하되 관련 NGO 활동과 구분하여 서술할 것을 권고함.

○ 배경

- 최종 평가서의 교육 및 홍보에 관한 권고는 인종차별철폐협약 자체에 관한 충분한 교육・홍보・훈련을 의미함 그러나 11차 보고서는 이를 일반적인 인권교육으로 보고하고 있어 초점이 분명치 않아 보일 수 있음.

- 정부보고서와 위원회의 최종견해가 여전히 관련 NGO를 통해 배포

되고 있는 실정임 제 9·10차 정부보고서와 이에 대한 위원회의 최종견해에 관한 홍보는 위원회의 주요 권고사항 중 하나임 그러나 이와 관련된 실적 혹은 계획을 구체적으로 명시한 바를 찾기 어려움

- 외국인을 위한 인권관련 법률 영문책자 배포에 대해서도 어떤 경로로 외국인이 받아볼 수 있는지 구체적인 배포경로를 기술하도록 위원회가 권고하고 있으나 이 역시 자료를 찾기 어려움

7. 협약 1조 이행 관련

○ 근거조항 : 제11차 보고서 25항, 27항~28항

○ 인권위 제안

- 협약 1조 관련 사안이 아니라면 특히 중국, 러시아 출신의 재외동포가 불법체류 이주노동자의 상당수를 점하고 있는 현실을 감안하여 불법체류 외국인 또는 이주노동자 문제를 보고하는 영역에서 함께 다룰 수 있음.

○ 배경

- '재외동포의출입국과법적지위에관한법률'과 관련된 일련의 보고내용이 인종차별철폐협약 1조에 관련된 사안인지 아니면 협약의 다른 조항에 대한 이행인지의 여부가 불분명함.

8. 난민

○ 근거 조항 : 제11차 보고서 17항, 40항~41항

○ 인권위 제안

- 제 41항에 난민신청과 조사절차의 문제점(난민인정신청서 접수거부, 신청자격과 난민인정기준을 동일시하는 태도, 통역문제, 난민인정절차 처리기구와 절차의 전문성과 독립성 문제 등)을 해결하기 위한 향후 일정 및 구체적인 계획을 포함시키는 것이 바람직할 것임.

○ 배경

- 난민인정절차와 심사방법이 개선되었음에도 불구하고 난민신청자 130명 중 현재까지 1명만이 난민으로 인정된 상황에 대한 충분한 해명이 이루어지지 않고 있음.

- 난민 불인정시 재심절차 혹은 증거자료 보완 등의 절차를 통해 다시

구제받을 수 있도록 별도의 절차를 마련하고 있다든가 하는 등의 설명이 있어야 난민인정의 폐쇄성에 대한 지적에 대응할 수 있음.

※ 표현을 수정할 곳

○ 28항과 29항 사이 및 보고서의 곳곳 : Migrant foreign workers → Foreign migrant workers(모든 곳에서 이렇게 표현됨)

○ 32항 : the Labor Standards Law → the Labor Standards Act (다른 곳에서는 정확하게 표현되어 있음)

○ 26항 : 한국전쟁 the Korean war → the Korean War (고유명사)

○ 26항 : 마지막 문장에 in 1952 라는 부사구 삽입(식민지 시대에 일본으로 건너가 머무르고 있던 재일 한국인・대만인들은 1952년 일본 국적이 박탈되어, 외국인 단기체류자와 마찬가지의 대우를 받게 되었음. 과거 그들은 식민지 국민이었으므로 일본인이었음)

○ 54항 : the Joint Committee for Migrant Workers in Korea → the Joint Committee for Migrant Workers in Korea (JCMK)

○ 54항 : "The Report on the Migrant Workers in Korea" and "The Report on Oppressed Human Rights of the Migrant Trainees Workers" on November 2001 → "The Report on the Migrant Workers in Korea" in November 2001 and "The Report on Oppressed Human Rights of the Migrant Trainee Workers" in March 2000 (두 권의 보고서가 출판된 시기가 다름, 그리고 "연수생 백서"이지 "연수생 노동자 백서"가 아님)

○ 54항 : Medical Mutual-Aid Union for Migrant Workers → the Medical Mutual-Aid Union for Migrant Workers under the JCMK (의료공제회의 정식명칭은 "외국인노동자대책협의회 의료공제회임)

고문방지협약 제2차 정부보고서 초안에 대한 의견 제출(2002.2.26.)

2 고문방지협약 제2차 정부보고서에 대한 의견(2002.2.26.)

Ⅰ. 국가인권위원회의 의견제시 과정

1995년 1월 대한민국이 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 이하 "고문방지협약")을 비준함(동년 2월 발효)

동 협약에 의거하여 우리나라 정부는 1996년 5월 제1차 정부보고서를 UN 고문방지위원회(Committee against Torture)에 제출함.

이에 대하여 UN 고문방지위원회는 1996년 11월 정부의 제1차 보고서를 심사한 후 최종평가서를 작성하여 발표함.

2002년 2월 8일 외교통상부가 제2차 정부보고서 초안에 대한 국가인권위원회의 의견을 요청함(유엔사 23650-131). 이는 국가인권위원회법 제21조에 따른 것임.

Ⅱ. 제2차 정부보고서에 대한 전반적인 평가

가. 평가의 전제

○ 고문방지협약을 포함한 국제인권조약에 따라 정부보고서를 제출하게 하여 조약감시기구(treaty monitoring bodies)로 하여금 심사하게 하는 목적은 다음과 같음.

첫째, 조약과 관련된 국내법과 제도를 전반적으로 검토하여 그 개선방안을 모색하고;

둘째, 법과 제도에 관한 형식적 기술을 넘어 실제 상황을 점검하며;

셋째, 조약의 이행을 위한 국가정책의 수립을 촉진하고;

넷째, 조약의 이행과정에 대한 사회적 감시를 확산시키며;

다섯째, 조약의 이행을 위한 국가 정책 및 조치에 진전이 있는지 여부 및 진전된 상황에 대하여 평가하고;

여섯째, 조약의 이행과 관련하여 개선해야 할 문제점이 있다는 사실을 관련 국가기관으로 하여금 인정하게 하며;

일곱째, 국내 및 국제적으로 조약의 이행상황 및 이행을 위한 제반 조치에 관하여 정보를 교환하게 함.

○ 따라서 고문방지협약에 의한 제2차 정부보고서 역시 위에서 본 바와 같이 국가보고제도의 목적을 달성할 수 있는 절차와 방법 및 내용으로 이루어지는 것이 바람직함.

○ 한편 고문방지위원회는 고문방지협약에 의하여 당사국 정부가 제출하는 정기보고서의 기술방법을 제시하고 있으므로(General Guidelines regarding the form and contencts of periodic reports to be submitted by state parties : 02/06/98. CAT/C/14/Rev.1, 2 June 1998) 정부의 제2차 보고서 역시 이 지침에 따라 작성되어야 할 것임. 고문방지위원회는 정기보고서의 편제를 제1부 내지 제3부로 나누고, 각 부에 담아야 할 내용을 다음과 같이 열거하고 있음.

제1부 : 고문방지협약 제1조 내지 제16조의 순서로 조약 또는 조약의 이행과 관련한 새로운 조치와 발전에 관한 정보

· 첫째, 전회 보고서 제출일부터 다음 보고서 제출시까지 조약의 이행을 위하여 정부가 채택한 새로운 조치 및 같은 기간 동안 조약의 이행과 관련하여 이루어진 새로운 발전

· 둘째, 특히 법집행공무원과 의료인에 대한 교육훈련의 면에서 조약을 이행하기 위하여 이루어진 입법 또는 제도적인 변화; 조약의 이행에 관련된 새로운 판례; 고문 및 그 밖의 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 대우 또는 처벌에 대하여 이루어진 고소, 조사, 기소, 심리절차, 선고, 보상, 배상; 국가가 조약에 따라 완전한 의무이행을 하는 데 대한 장애요인

제2부 : 전회보고서 심사 때 위원회가 요구한 추가정보

제3부 : 위원회의 결론과 권고에 대한 이행조치

나. 정부보고서에 대한 전반적인 평가

○ 정부의 보고서는 고문방지협약에 의한 국가보고서 심사제도의 목적을 달성할 수 있는 절차, 방법 및 내용으로 이루어져 있지 않음.

첫째, 이 보고서는 고문방지협약과 관련된 국내법과 제도를 전반적으로 검토하여 그 개선방안을 모색하지 않고 있으며;

둘째, 법과 제도에 관한 형식적 기술에 그쳐 그러한 법과 제도가 실제로 집행되는 상황에 관한 정보를 충실하게 제공하고 있지 않으며;

셋째, 고문 및 그밖의 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 처벌 또는 대우를 방지하기 위한 대한민국 정부의 종합적인 정책을 수립하도록 촉진하는 과정을 거치지 않은 것으로 보이며;

넷째, 정부보고서의 작성과정에서 언론기관, 시민인권단체, 학술단체, 전문가 등의 의견을 듣고 협의하는 과정을 거치지 아니하여 조약의 이행과정에 대한 사회적 감시를 확산시키지 못하고 있고;

다섯째, 제1차 보고서에 대한 고문방지위원회의 심사 이후 고문방지협약의 이행을 위한 국가 정책 및 조치에 진전이 있었는지, 그리고 진전이 있었다면 그 내용과 한계 및 개선해야 할 점은 무엇인지에 관하여 평가할 수 있는 정보가 담겨 있지 않으며;

여섯째, 조약의 이행과 관련하여 개선해야 할 문제점이 있다는 사실을 관련된 국가기관들이 충분히 인정하지 않고 있는 것으로 보이고;

일곱째, 국내 및 국제적으로 조약의 이행상황 및 이행을 위한 제반 조치에 관하여 교환할 만한 수준의 정보를 담고 있지 않음.

○ 특히 정부보고서 초안은 고문방지위원회가 최종평가서에서 제기한 우려 사항과 권고안에 대한 구체적인 설명을 담고 있지 않을 뿐 아니라 일부 사항에 대한 포괄적인 입장만을 제시하여 신뢰성에 의문을 제기할 여지가 있음.

○ 작성된 내용도 번호가 중복되어 있거나(12-14항이 두 번씩 들어가 있음), 국가인권위원회와 국가정보원 등 국가기관의 영문표기가 일관되지 않은 점 등 기술적인 문제점을 드러내어 성의 있는 보고서라는 평가를 받기 어려울 것으로 보임.

다. 정부보고서 작성 제출에 대한 국가인권위원회의 권고의견

○ 국가인권위원회는 고문방지협약에 의한 제2차 정부보고서를 작성하여 제출하는 과정에서 다음과 같은 절차를 거쳐 수정, 보완할 것을 권고함.

고문방지협약의 이행에 관련된 국가기관들이 고문방지협약 및 고문방지위원회의 최종평가서를 충실하게 검토하여 국내법과 제도, 정책과 관행에 관한 문제점을 점검하고 개선해야 할 사항 및 이를 위한 계획을 수립

이를 토대로 정부보고서 작성에 관한 고문방지위원회의 지침을 토대로 보고서를 다시 작성

그 과정에서 언론기관, 시민인권단체, 학술단체, 전문가 등의 의견을 충

실히 듣고 협의하여 의견을 반영

위의 각 절차를 거치는 과정에서는 물론 수정 보고서를 작성하는 과정에서 미리 충분한 시간여유를 두고 국가인권위원회에 통보하여 의견을 제시할 수 있도록 할 것을 요구하는 바임.

Ⅲ. 고문방지위원회의 최종평가 및 권고안과 관련된 국가인권위원회의 의견

○ 최종평가서의 주요내용은 1) 긍정적인 측면과 2) 우려 사항, 3) 권고안으로 구분할 수 있음.

○ 이에 국가인권위원회의 의견을 우려 사항과 권고안으로 나누어 제시하고, 마지막으로 사실 확인과 영문표기에 대한 의문점을 언급하였음.

가. 우려되는 점에 대한 의견 표명

○ 제2차 정부보고서에는 고문방지위원회가 우려하는 점에 대한 의견 표명이 있어야 할 것임.

○ 우려 사항이 사실이라면 그간의 개선 사항과 향후 개선 대책을 제시하여야 할 것이며, 사실과 다르다면 우려 사항에 대한 정부의 의견을 표명하여야 함.

○ 국가인권위원회는 고문방지위원회의 우려사항별로 내용을 구분하고, 그에 대한 구체적이고 적확한 의견표명 및 보고를 제안함.

1) '고문죄'에 관한 개념규정 부재(제55항)

○ 고문방지위원회 우려사항 : 대한민국 형법에는 협약 제1조에 명시되어 있는 '고문죄'에 관한 구체적인 개념규정을 추가하지 않음.

○ 정부보고서 내용 : 제5항, 제6항이 이에 해당

고문관련 범죄를 특별하게 정의하지는 않지만 형법에 이 내용이 포함되어 있음.

형법, 특정범죄가중처벌등에관한법률 등에 불법체포, 불법감금에 대해 규정하고 있음.

○ 국가인권위원회(이하 "인권위") 제안

- 형법 제124조에 의하면 ① 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처하도

록 되어 있으며 동법 제125조 (폭행, 가혹행위)에 의하면 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다고 되어있어 정부보고서에서는 이를 고문죄에 대한 간접적인 개념으로 보았음.

- 그러나 형법의 조항들만으로는 '고문'에 대한 명시적인 개념정의라 할 수 없음. 현행 형법에서 이를 강화하여 '고문죄'를 명시한다 하더라도 형법의 전반적인 법체계에 비추어 고문방지협약에서 말하는 고문의 개념적 정의를 정확하게 반영하기에는 어려움이 있고, 고문방지협약이 요구하는 국가의 의무사항을 포함하기는 어려움

- 고문은 주로 형법을 집행하는 과정에서 발생하므로, 형법에서 이를 다루는 것은 적절하지 않으며, 고문을 행하게 되는 주체는 주로 형 집행기구이므로, 고문을 방지하거나 고문죄를 다루는 기구는 형 집행기구가 아닌 별도의 기구가 되는 것이 바람직하며, 우리나라 상황에서 고문 관련법은 형법 뿐 아니라 형사소송법, 국가보안법 등 여러 법이 관련되어 있으므로 형사법에 '고문죄'에 관한 단일 규정을 포함하는 것만으로는 고문방지협약에 따른 국가의 의무를 이행하는 것으로 보기 어려움.

- 따라서 고문죄에 대한 개념을 명확하게 하고 고문의 예방과 처벌을 위한 전반적인 국가의 의무를 이행하기 위해서는 고문방지를 위한 특별한 법이 제정되고 그 안에서 고문에 관한 법적인 정의가 명백하게 제시되어야 함.

- 이상과 같이 고문방지위원회가 고문방지를 위한 법제정을 요구하는 취지에 따라 관련 정부기관이 충실한 검토를 거친 후 그에 대한 의견 또는 구체적인 계획을 정부보고서에 포함시키는 것이 바람직함.

2) 신문 관행 우려(제56항, 제57항, 제61항)

○ 고문방지위원회 우려사항

- 자백을 받는 수단으로 용의자 신문과정에서 고문이 행해지고 있다는 NGO의 보고에 대해 우려함. 또한 자백을 받아내기 위해 잠을 재우지 않는 고문이 일상적으로 행해지는 관행에 대해 우려함.

- 고발되기 전에 피의자가 오랫동안 신문을 받는 법체계를 우려함.

- 법원의 명령이나 승인 없이 용의자가 10일 이하 동안 구금될 수

있는 현실을 우려함.

○ 정부보고서 내용 : 반복되는 제12항, 제13항, 제14항이 이에 해당

- 법무부는 체포 없는 조사원칙 수립, 조사기간 동안 체포된 용의자의 수는 1999년에 20.4%까지 감소

- 최초보고서 제출이후, 조사과정에서 발생한 인권침해를 방지하기 위한 이중 인권 보호장치 수립. 인권침해에 대한 조사와 모니터링 실시

- 경찰청은 조사과정에서 인권보호를 위한 지침 제시 및 이행

○ 인권위 제안

- 한국사회에 고문이 만연해 있다는 최종평가에 대해 정부보고서가 신뢰성을 가지려면 국가의 고문방지 의지를 구체적인 사례를 통해 밝혀야 할 것임. 체포 없는 조사원칙에 의해 체포된 용의자 수는 몇 년도부터 감소한 내용인지, 연도별 변화상황은 어떠한지를 함께 제시하는 것이 바람직함. 20.4%라는 비율의 감소도 중요하지만 그 절대수가 몇 명인지를 기간별, 주요 죄명별로 함께 제시하여야 할 것임.

- 이중(two tier) 인권보호 장치에 대한 설명이 모호함. 대검찰청과 지방검찰청에 인권관련 부서를 지정하였다는 사실로 추정되는데, 그렇다면 이 사실만을 실질적인 고문방지대책으로 제시하기 어려움. 이를 고문방지대책으로 제시하기 위해서는 해당 부서의 업무 실적과 그에 의한 고문으로부터의 구제 사례를 함께 제시하여야 할 것임.

- 경찰청 조사과정의 인권보호 지침은 엄밀한 의미에서는 고문방지를 위한 조치로 보기 어려움. 수사과정에서의 인권침해는 고문에 비하여 훨씬 폭넓은 개념으로서, 실질적으로 고문방지와 관련된 어떠한 지침이 내려졌는지 기술하여야 할 것임. 또한 지침은 실질적인 개선 효과를 거두었는지 기술하여야 할 것임. 특히 경찰청의 지침은 예외조항들을 두고 있는바, 그 점에 관하여도 기술해야만 정직한 보고서라고 할 수 있을 것임.

3) 고문·학대 관련 책임자 처벌문제(제58항)

○ 고문방지위원회 우려사항

- 고문·학대 관련 책임자에 대한 편견 없는 신속한 조사가 이루어지지 못하여 기소가 실패하는 현실을 우려함.

- 고문 피해자가 정식으로 고소를 해야만 조사가 이루어지는 현실을 우려함.

○ 정부보고서 내용 : 제6항, 제7항, 제8항, 제9항, 제10항, 제11항, 제12

항이 이에 해당

- 인신구속에 관한 직무를 행하는 자의 직권남용은 형법 제123조, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2, 형법 제40조, 형법 제123조 등에 의해 처벌됨

- 형법에 고문 관련 규정이 없을지라도 공무원은 용의자의 신문기간 동안의 고문에 대해서는 유죄판결을 받은 예가 있으며 대표적인 예로 이근안 체포를 들 수 있음.

○ 인권위 제안

- 인신 구속 직무를 행하는 자의 직권남용에 대한 처벌규정과 그것의 실행여부는 별개의 것임. 따라서 단순히 관련법만을 나열하는 것이 아니라 그것이 얼마나 실행되었고, 관련자의 처벌은 어느 정도 이루어졌는지를 제시할 것을 권고함.

- 고문방지의 실효성을 거두려면 별도의 법이 제정되어야 함(관련 근거는 앞에 기술하였음)

- 고문에 관련된 법 조항은 구체적으로 다음과 같음. 1) 형법 제123조(직권남용)에 의하면 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하고, 2) 동법 제124조 (불법체포, 불법감금) 1항에 에 의하면 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. 또한 제125조 (폭행, 가혹행위)에 의하면 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처함.

- 또한 특정범죄가중처벌법 제4조의2 (체포・감금 등의 가중처벌)에 의하면 ① 형법 제124조・제125조에 규정된 죄를 범하여 사람을 치상한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처하며, ② 형법 제124조, 제125조에 규정된 죄를 범하여 사람을 치사한 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처하도록 되어 있음.

- 이러한 사실을 구체적으로 제시하는 것이 고문죄의 형량을 제시하기 위해 바람직할 것임.

- 그러나 현행 형법만으로는 고문방지의 실효성을 거두기 어려우므로 새로운 법적 장치가 마련되어야 할 것이며 이에 대한 계획을 제시하여야 할 것임. 이는 UN 고문방지위원회의 권고사항이기도 함.

- 또한 형법과 특정범죄가중처벌법에도 불구하고 대표적인 고문 가해자들이 처벌을 받은 사실이 있으나 1) 고문·학대 관련 책임자에 대한 편견 없는 신속한 조사가 이루어지지 못하여 기소가 실패하는 현실과 2) 고문 피해자가 정식으로 고소를 해야만 조사가 이루어지는 현실에 대해 지적한 UN의 우려사항에 충분히 답하지 못하였음.

- 따라서 고문행위를 신속하고 공정하게 조사하여 가해자를 처벌하고 피해자를 구제하기 위한 제도적 보완에 관하여 정부의 정책을 수립하고 이를 보고서에 반영하는 것이 필요함.

4) 현행법 조항의 임의성 : 국가보안법 문제(제59항)

○ 고문방지위원회 우려사항 : 국가보안법의 모호한 조항들이 자의적 해석과 집행의 위험을 안고 있기 때문에 대한민국이 국가보안법을 자의적으로 적용하지 않기를 촉구함.

○ 정부보고서 내용 : 제15항이 이에 해당

- 1999년 국가안전기획부를 국가정보원으로 바꿈. 국가보안법에 의해 영장 없는 체포·구금에 대해서는 7년 이상의 징역을 부여하도록 강화

○ 인권위 제안

- 국가안전기획부에서 국가정보원으로 개편되면서 바뀐 실질적 내용에 대한 언급이 필요함. 이러한 내용이 없으면 국가보안법의 우려사항에 대한 직접적인 응답으로 보기는 어려움.

- 고문방지위원회의 우려사항은 국가보안법의 모호한 조항이 자의적으로 해석될 여지가 있다는 점이므로 국가보안법이 자의적으로 적용되지 않는다는 “증거”를 담아야 함.

- 따라서 국가보안법이 자의적으로 적용되지 않는다고 볼 수 있는 사례를 구체적으로 제시하든가, 국가보안법에 모호한 조항이 있다고 하더라도 자의적으로 해석될 수 있는 가능성을 배제할 수 있는 방안을 제시하여야 함. 아니면 관련 조항의 개정 계획을 제시하여야 신뢰성 있는 보고서가 될 수 있음.

5) 고문 관련 피해자에 대한 구제가 비효율적임(제60항)

○ 고문방지위원회 권고사항

- 제1차 정부보고서는 고문과 관련해 보상이 이루어진 하나의 특정 사건을 싣고 있으나, 위원회는 피해자가 구제를 받는 기존의 방법이 비효율적임을 표명함.

○ 정부보고서 내용 : 관련 내용 없음.

○ 인권위 제안

- 제2차 정부보고서에는 고문관련 피해자가 구제를 받기 위한 방법을 구체적으로 담고 있지 못함.

- 고문 관련 피해자가 구제를 받을 수 있는 모든 방법을 제시하여야 하고, 만일 그 방법과 절차 및 내용에 문제가 있다면, 그것의 한계와 개선계획을 구체적으로 제시하여야 함.

- 의문사진상규명위원회와 민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회에 대한 고문관련 피해자의 심의 신청 절차와 실적, 문제점 등을 제시하여 고문피해자의 보상과정에 어떤 장애요인이 있고 그것을 개선하기 위한 노력은 무엇인지 구체적으로 제시하여야 함.

- 또한 위 두 위원회가 한시적이라는 한계가 있으므로 상시적인 고문피해자 보상절차가 마련되어야 하며, 이에 대한 정부의 계획을 밝히는 것이 필요함.

나. 권고안에 대한 의견 표명

1) 고문방지법의 미제정(제62항)

○ 고문방지위원회 권고사항

- 대한민국은 협약 제1조의 내용과 관련하여 고문방지법을 제정해야 함.

- 대한민국의 법은 고문방지협약은 물론 인권보호와 관련한 다른 기준에 비추어 재검토되어야 함.

○ 정부보고서 내용 : 제5항이 이에 해당

- 고문관련법을 제정하지는 않았으나 형법에 이 내용이 포함되어 있음.

○ 인권위 제안

- 형법에 고문관련 내용이 포함되어 있는 것과 고문방지법을 제정하는 것은 별도의 문제임. 고문방지법을 별도로 제정하여야 하는 이유는 앞에서 본 바와 같음.

- 이상과 관련하여 고문방지법을 제정할 의지가 있는지, 있다면 어떤 구체적인 계획을 가지고 있는지를 설명해야 할 것임.

- 고문방지법을 제정하지 못한 이유가 있다면, 이에 대해 좀더 명확히 설명해야할 것임. 최종평가서의 '장애요인'에도 서술되어 있듯이, 한반도 내 안보상의 문제와 긴장상태는 중요한 현실이지만 고문방지협약의 조건을 이행하지 못하는 예외적인 상황이 될 수는 없음.

2) 법에 대한 재검토(제63항)

○ 고문방지위원회 권고사항

- 대한민국의 법은 고문방지협약과 인권보호와 관련된 다른 기준에 비추어 재검토되어야 함.

○ 정부보고서 내용 : 제5항, 제6항, 제7항, 제8항, 제9항, 제10항이 이에 해당

- 전반적으로 형법, 특정범죄가중처벌등에관한법률 등을 설명하고 있으나 재해석을 하고 있지는 않음.

○ 인권위 제안

- 고문과 관련된 사항은 형법, 특정범죄가중처벌법등에관한법률 뿐 아니라 형사소송법, 국가보안법, 헌법, 국가인권위원회법 등 매우 다양한 영역에 걸쳐 있음.

- 따라서 전반적인 법을 모두 재검토하여 1) 고문을 사전에 방지하고 2) 고문이 발생할 가능성이 있는 절차를 충분히 모니터링하여 고문이 일어나지 않도록 하며 3) 고문이 일어났을 경우 신속하고 공정하게 조사하여 가해자를 엄중히 처벌하고 4) 피해자에게 신속하게 구제조치를 제공할 수 있는 법 체계가 만들어져야 할 것임.

- 제2차 정부보고서에는 이러한 검토사항을 모두 포함하고 그 계획을 구체적으로 제시하여야 할 것임.

3) 고문금지 관련 교육 실시(제64항)

○ 고문방지위원회 권고사항

- 협약 제10조에 의거하여 경찰조사관, 검사 등 법 집행공무원을 비롯한 의료인들에 대한 고문 금지와 관련된 교육이 이루어져야 함.

○ 정부보고서 내용 : 제16항, 제17항, 제18항, 제19항, 제20항, 제21항이 이에 해당

- 대한민국은 교육의 중요성을 인식, 다양한 조치를 취하고자 함.

- 법무부, 경찰, 국가안전기획부, 국방부에서 인권관련 교육을 실시하고 있음.

○ 인권위 제안

- 국가가 취하고자 하는 다양한 조치의 내용이 구체적으로 무엇인지를 서술하여야 보고서의 신뢰성을 높일 수 있음.

- 고문방지위원회가 요구하는 것은 각 부처에서 행하고 있는 포괄적인 인권교육의 내용이 아니라 “고문방지”를 위한 교육이어야 하므로 고문방지에 초점을 두어 기술하고 그 구체적인 내용을 제시하여야 함.

- 또한 고문방지와 관련된 교육 내용과 그 효과를 담아야 보고서의 신뢰성이 높아짐

- 고문방지를 위하여 특별히 교육을 하여야 할 대상이 누구이며 그들에게 적절한 교육이 이뤄졌는지를 기술하는 것이 필요함. 예를 들면 수사기관 종사자, 법조인, 의료인 등이 이에 해당함.

- 고문방지 교육이 현재 이루어지지 않고 있다면 장애요인은 무엇이고 앞으로의 계획은 무엇이 있는지, 그리고 예상되는 효과에 대해 구체적으로 기술해야 함.

4) 고문관련 조사(제65항)

○ 고문방지위원회 권고사항

- 독립된 정부기구가 구류시설과 구치소에 대한 조사를 수행하여야 할 것임.

- 고문과 관련해서 조사받을 수 있는 대상인 검사들은 관련 조사를 진두지휘해서는 안 될 것임.

○ 정부보고서 내용 : 제22항, 제23항, 제24항이 이에 해당

- 국가인권위원회가 설립되어 고문을 포함한 인권침해진정사건을 조사하고 구제할 수 있음.

- 국가인권위원회는 정기적으로 구금시설을 모니터링 할 수 있음.

○ 인권위 제안

- 국가인권위원회가 고문관련 사건을 조사·구제하고 구금시설을 정기적으로 모니터링한 사례 및 실적, 그리고 개선 효과를 제시할 필요가 있음. 국가인권위원회가 새로 설립된 기구라는 사실을 감안하여 구금시설에 대한 조사 실적을 제시하기 어렵다는 사실이라도 기술하여야 할 것임.

- 국가인권위원회법에 따르면 진정이나 직권조사에 의존하여 국가

인권위원회가 고문 사실을 확인하여도 이에 대한 수사를 직접 할 수 없으며, 결국은 검찰에 수사를 의뢰하거나 고발을 하여야 한다는 한계가 있음. 그 뿐 아니라, 수사기관이 인지의 방법에 의하지 않고 고문 등에 관하여 수사를 시작한 경우에 인권위의 조사가 배제되며, 인권위의 조사권한이 제한되어 있고, 인권위의 조사에 대하여 대상 기관의 광범위한 조사거부권이 인정되어 있다는 점 등의 중대한 한계가 있음.

- 따라서 국가인권위원회가 설립되어 고문사건을 조사하고 해결할 수 있다고만 표현할 경우 고문의 문제를 국가인권위원회가 모두 해결할 수 있다는 오해를 낳을 수 있으므로, 이러한 현실적인 한계에 대하여 정확하게 기술하는 것이 바람직함.

5) 과거 고문관련 진술에 대한 조사결과를 위원회에 전달할 것(제66항)

○ 고문방지위원회 권고사항 : 과거 학대에 관한 주장과 그 조사 내용이 기술되어 있지 않음.

○ 정부보고서 내용 : 제13항, 제14항이 이에 해당

민주화운동 기간 발생한 의문사에 대해 의문사진상규명에관한특별법 제정, 의문사진상위원회 설립

- 의문사진상규명에관한특별법에 따라 '의문사'의 개념 규정

○ 인권위 제안

- 단순히 '의문사'에 대한 개념규정에 그치는 것이 아니라 지금까지 의문사진상규명 신청서를 제출한 사람들의 수와 조사가 이루어지고 있는 상황, 문제점, 한계 등을 구체적으로 기술해야 의문사진상규명위원회의 설립 성과에 대해 설명을 할 수 있음.

- 과거 고문관련 주장 및 그에 대한 조사, 판결등의 내용이 보고서에 담겨있지 않음.

- 이러한 문제를 명백히 하기 위하여 의문사진상규명위원회와 민주화보상심의위원회의 조사 및 의결 내용 중 고문 관련 사항, 고문관련 재판기록, 고문을 이유로 한 각종 고소・고발 및 진정사건과 그에 대한 수사와 재판 경과, 국가인권위원회의 진정 내용 등을 참조하여 구체적인 사례와 통계를 제시하는 것이 필요함.

6) 신문기간 단축(제67항)

○ 고문방지위원회 권고사항 : 고소되기 전에 신문을 목적으로 용의자를 구금할 수 있는 기간(30일 혹은 50일)은 단축되어야 함.

○ 정부 보고서 내용 : 이에 대한 의견을 표명하고 있지 않음.

○ 인권위 제안

- 기소전 피의자를 구속하여 조사할 수 있는 기간을 단축하기 위한 형사소송법과 국가보안법의 개정계획을 구체적으로 제시하여야 할 것임.

- 현재 장애요인이 있다면 그 내용과 해결책이 함께 제시되어야 할 것임.

7) 피의자 신문 시 변호인 참석(제68항)

○ 고문방지위원회 권고사항 : 신문과정에 변호인의 참석을 허용할 것

○ 정부 보고서 내용 : 관련 내용 없음.

○ 인권위 제안

- 신문과정의 변호인 참석허용은 국제인권법상 일반적으로 인정되는 권리임.

- 현행 형사소송법에는 신문 과정에서 변호인 접견을 금지하는 조항도, 허용하는 조항도 없으나 단지 수사기관이 관행적으로 금지하고 있음.

- 이 권리를 인정하고자 하는 구체적인 계획이 있는지, 있다면 정부의 법해석 변화 내용은 무엇이고 법 개정, 정책, 제도개선 등의 내용이 무엇인지를 구체적으로 밝혀야 함.

- 그 내용의 한계와 앞으로의 계획도 명확하고 구체적으로 기술하여야 할 것임.

8) 협약 제21조와 제22조(청원관련) 선언 요구(제69항)

○ 고문방지위원회 권고사항

- 협약 제21조와 제22조 관련 선언을 할 것을 권고함.

○ 정부보고서 내용 : 제 22, 23, 24 항에 해당

- 국가인권위원회의 설립으로 고문과 인권침해에 관련된 조사와 구제가 가능함.

- 국가인권위원회는 고문을 포함한 인권침해사안에 대해서 독립적인 조사와 신속한 구제를 할 수 있음.

○ 인권위 제안

- 국가인권위원회가 설립되어 고문을 포함한 인권침해사안을 조사하고 구제할 수 있으나, 고문방지협약 제21조 및 제22조에 따라 고문피해자가 고문방지위원회에 직접 통보할 권리를 인정하거나, 다른 당사국이 고문사실을 통보하도록 허용하는 것과는 관련이 없음.

- 따라서 고문방지협약 제21조 및 제22조에 의한 선언을 하기 위한 계획을 구체적으로 제시하여야 함.

- 그 선언을 하는데 현실적인 어려움이 있다면 그 어려움이 무엇이고 어떻게 해결할 것인지를 기술하여야 할 것임.

다. 참고 : 영문표기 및 사실 확인이 필요한 내용

1) 1항 : Initial report of the Republic of Korea was submitted 10 February 1998.→ UN 인권고등판무관실의 인터넷에 게재되어 있는 고문방지협약 관련 대한민국 최초보고서는 1996년에 제출한 것으로 되어 있음. 정확한 날짜를 확인하고 수정하는 것이 요망됨

2) 15항 : 국가안전기획부, 국가정보원, 국가보안법 등의 영문표기를 정확하게 통일적으로 할 것.

3) 22항 : 국가인권위원회의 영문 공식표기는 'The National Human Rights Commission'임.

3 여성차별철폐협약 제5차 정부이행보고서(안)에 관한 의견 (2003.1.22.)

국가인권위원회법 제21조 의거 외교통상부가 요청한 제5차 여성차별철폐협약 이행보고서(안)에 대해 의견을 표명한 사례

【결정요지】

정부의 제5차 여성차별철폐협약 이행보고서(안)는 여성관련 법규 및 정책과 각종 구체적 통계자료에 대한 상세한 정보를 제공하고 있어 긍정적 평가를 받을 만하고, 작성하는 과정에서 시민단체 및 정부 각 부처 여성정책관련 담당자들과의 토론회 등을 통해 다양한 계층의 의견을 수렴한 점 또한 긍정적으로 평가할 수 있으나, 국내법에는 가족성 채택 및 최소혼인연령의 남녀차이 등 여성차별철폐협약과 일치하지 않는 법조항이 존재하고 있으며, 이를 개정하기 위한 정부의 법·정책적 과정에 대한 보다 구체적인 설명이 부족하고, 여성외국인노동자, 농촌여성, 비정규직여성인력 등에 대한 정부의 적극적인 대책마련이 시급한 점에 비추어 볼 때, 보호받지 못하는 여성들에 대한 정부의 정책, 제도 개선에 대한 추가적인 언급이 필요함.

Ⅰ. 국가인권위원회의 의견제시 과정

- 우리나라는 1985. 1. 26.부터 유엔 '여성에대한모든형태의차별철폐에관한협약(CEDAW : Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 이하 여성차별철폐협약)'의 당사국으로서, 여성차별철폐협약 제18조에 의해, 4년마다 한번씩 국가이행보고서를 제출해야 할 의무가 있음.

- 정부는 1998년 제3, 4차 정부이행보고서에 대한 '여성에대한모든형태의차별철폐에관한위원회(CEDAW Committee : Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 이하 여성차별철폐위원회)'의 최종평가서 이후, 제5차 여성차별철폐협약 정부이행보고서

제출을 위해 동보고서(안)을 작성하고 국가인권위원회의 의견을 듣고자 함.

- 이에, 국가인권위원회는 여성차별철폐협약 및 여성차별철폐위원회의 제3, 4차 대한민국 이행보고서에 대한 최종평가서, 정부이행보고서 가이드라인, 그리고 국내 여성단체의 의견을 참조하여, 국가인권위원회법 제21조에 의거, 동보고서(안)에 대한 의견을 내고자 함.

Ⅱ. 검토의 기본방향

협약에 따른 제5차 정부이행보고서는 다음과 같은 관점을 토대로 작성되어야 한다는 것이 국가인권위원회의 견해

가. 여성에 대한 모든 형태의 차별을 해소하기 위하여 우리정부는 적절한 정책을 수립하여 이를 집행하고 있는가. 특히 인권선진국 건설을 국정의 주요목표로 삼고 있는 국민의 정부의 정책은 과거 정부에 비하여 어떤 차이를 가지고 있는가. 특히 관련 정부부처들은 상호간에, 그리고 시민사회 및 전문가들의 의견 및 제안을 적절히 수렴하여 정책을 수립 및 집행하고 있는가

나. 여성에 대한 모든 형태의 차별을 철폐하기 위한 법과 제도, 정책과 관행, 그리고 현실의 문제점을 정확하게 사실에 근거하여 설명하고 있는가

다. 여성차별철폐협약 제5차 정부이행보고서(안)에는 제3차・제4차 정부이행보고서에 대한 여성차별철폐위원회의 최종평가서에서 지적한 사항이 모두 반영되어 있는가

라. 여성차별철폐협약 제5차 정부이행보고서(안)에는 북경선언 및 행동강령의 내용이 모두 포함되어 있는가

마. 협약 이행의 의지가 적절하게 표명되고 있는가, 이와 관련하여

첫째, 선언적인 내용에서 한 걸음 더 나아가 구체적인 이행 상황을 보고하고 있는가

둘째, 쟁점이 되고 있는 현행 법제도의 개선 계획이나 일정을 보고하고

있는가

국가인권위원회는 여성차별철폐협약 제5차 정부보고서(안)을 국가인권위원회 자체 검토과정을 거쳐 의견서를 제출하는 바임.

Ⅲ. 국가인권위원회의 의견

1. 전반적인 의견

- 동보고서(안)은 전반적으로 여성관련 법규 및 정책과 각종 구체적 통계자료에 대한 상세한 정보를 제공한 데 있어 긍정적 평가를 받을만함.

- 동보고서(안)을 작성하는 과정에서 2001. 12. 초안마련 후 13개 시민단체 및 정부 각부처 여성정책관련 담당자들과의 토론회 등을 통해 다양한 계층의 의견을 수렴한 점 또한 긍정적으로 평가할 만함.

- 그러나 아직까지도 국내법에 가족성 채택 및 최소혼인연령의 남녀차이 등 여성차별철폐협약과 일치하지 않는 법조항이 존재하고 있으며 이를 개정하기 위한 정부의 법·정책적 과정에 대한 보다 구체적인 설명이 부족함.

- 또한, 여성외국인노동자, 농촌여성, 비정규직여성인력 등에 대한 정부의 적극적인 대책마련이 시급한 점을 비추어볼 때, 보호받지 못하는 여성들에 대한 정부의 정책, 제도 개선에 대한 추가적인 언급이 필요함.

2. 구체적인 의견

가. 동성동본 금혼

정부는 제4차 정부이행보고서에서 동성동본금혼에 관한 헌법재판소의 헌법불합치 판결에 대해 언급했으나, 여성차별철폐위원회는 1998년 최종평가서에서 동성동본금혼에 대해 지속적으로 우려하고 있으므로, 현재 민법 제809조의 동성혼금지 조항이 남아있는 반면 효력이 상실된 점에 대한 추가적인 설명이 필요함.

나. 협약유보조항 협약 16조 (g) 가족성채택

정부는 제4차 정부이행보고서에서 여성차별철폐협약 제16조(g)를 유보하고 있는 데 대한 해명 및 여성단체의 캠페인에 관해 설명했으나, 여성차

별철폐협약위원회는 아직까지도 동유보조항에 대해 우려하고 있으며 철회할 것을 지속적으로 권고하고 있으므로, 정부의 입장을 보다 더 구체화시킬 필요가 있음.

다. '차별'의 정의

1) 여성차별철폐위원회 권고

여성차별철폐위원회의 최종평가서에는, 우리 헌법 및 여성관련 법규 내에 차별의 정의가 여성차별철폐협약 제1조의 의미가 모두 포함되지 않는 점을 우려하고, 이를 포함시킬 것을 권고함.

2) "결혼여부에 관계없이"의 정의

- "결혼 여부에 관계없이"의 의미가 포함된 관련규정은 '남녀고용평등법' 뿐이며, '헌법'과 기타 관련법규에 포함되어 있지 않음.

- 남녀차별을 규정해야 하는 '남녀차별금지및구제에관한법'에도 결혼의 여부에 따른 차별을 포함하고 있지 않음.

- 여성차별철폐위원회의 우려사항이었던 '남녀고용평등법' 상의 "종교의 자유, 정치적 선호, 나이 및 장애"로 인한 차별금지도 포함되어 있지 않음.

3) "구별, 배제 또는 제한"의 정의

'남녀차별금지및구제에관한법'만이 차별의 정의를 "구별·배제 또는 제한"으로 구체화시킨 반면, 헌법 및 기타 법규에는 이와 같이 구체화시키지 않음.

4) '차별'의 정의

헌법 및 여성관련 법규 상 '차별'의 정의를 여성협약 제1조와 비교하여 보다 더 구체화시킬 필요가 있음.

라. 사적인 영역에서 여성의 참여

여성차별철폐위원회의 최종평가서(para. 377)에 의하면, 사적인 영역에서도 여성의 참여를 늘리는 방안을 마련할 것을 권고하고 있으나, 동보고서(안)에서는 사적인 영역에서, 특히 비전통적 분야에서, 여성의 참여율에 관한 정보를 구체적으로 담고 있지 않음.

마. 성차별적 채용 및 광고 철폐

여성차별철폐위원회의 최종평가서(para. 379(e))에 의하면, 성차별적 채

용 및 광고를 철폐할 것을 권고하고 있으나, 동보고서(안)(2-15, 16, 19)에서는 직업안정법 제2조, 고용정책기본법 제19조, 방송법 제5조제2항에서 성차별적 채용 및 광고를 철폐할 것을 법적으로 규정하고 있다고만 밝히고 있으므로, 이의 실태에 관한 구체적 현황 및 자료를 제공이 필요함.

바. 직장 내 성희롱 근절에 대한 캠페인 및 훈련

여성차별철폐위원회의 최종평가서(para. 379(f))에 의하면, 직장 내 성희롱에 대한 보고와 근절을 위한 캠페인과 훈련을 권고했으나, 동보고서(안)(5-10)에서는 공공기관에서의 성희롱예방교육만을 나열하고 일반 직장내 성희롱예방교육 실시 등에 대한 정보를 제공하지 않음.

사. 고능력여성 일자리 부족

여성차별철폐위원회의 최종평가서(para. 378 (c), (d))에 의하면, 성차별적 직업구분과 고능력여성의 일자리 부족 등이 우려사항으로 지적되었으나, 동보고서(안)에는 구체적 자료가 제공되지 않음.

아. 농촌여성의 노동

근로기준법에 의해 농촌여성이 보호될 수 없다고 하더라도 농업・어업・축산업에 종사하는 지방여성의 발전과 관련하여 정부의 다양한 정책이 요구되는 바, 이에 대한 구체적인 설명이 필요함.

자. 최소혼인연령의 남녀차이

여성차별철폐위원회의 최종평가서(para. 382 (b))에 의하면, 결혼할 수 있는 최소연령이 남녀가 다른 것을 우려사항으로 지적하고 있으나, 이에 대한 정부의 입장을 구체적으로 설명하지 않음.

차. 비정규직 여성노동자에 대한 대책

동보고서(안)(6-28)에서는 2000년 8월 당시 전체 여성 중 비정규직의 비율이 73.3%에 달하고 그 수도 3백8십만이 넘는 등 시간제여성노동자의 현황만을 나타내고 있으나, 이들 여성에 대한 2000년 이후 통계자료의 경신 및 정부의 적극적 대책마련 등 종합적인 정보가 필요함.

카. 여성외국인노동자

최근 우리나라에 거주하는 여성외국인노동자의 인권유린에 대한 문제가 사회적으로 크게 확산되는 점으로 비추어볼 때, 이들에 대한 구체적인 자료 및 정부의 대책에 관한 부분이 미흡함.

동보고서(안)에서는 여성외국인노동자 부분을 다루지 않고 있으며, 인신매매 등 성산업과 관련된 외국인여성종사자들을 보호 및 외국인노동자 자녀의 교육권에 관한 정부의 정책 등 구체적 대책마련에 대한 설명이 필요함.

타. 여성관련 예산

동보고서(안)(3-18, 19, 20)에는 여성개발 예산이 1999년과 2000년 여성특별위원회가 각각 142억원, 109억원, 2001년 여성부가 318억원으로 간략하게 제공되고 있으나, 단순한 예산의 증가라고 결론짓기 보다는 여성개발 예산이 성인지적 관점에서 책정된 것인지의 여부와 전체 정부예산에 대비한 비율이 어느 정도인지 등 보다 구체적인 자료가 요구됨.

파. 기타

1) 각종 통계자료의 경신

동보고서(안)의 통계자료는 초안이 작성될 시기인 2000년까지로 가능한 한 최근자료로 경신되어야 함.

2) 수정된 남녀고용평등법

동보고서(안)(1-1)에서는 개정되기 이전의 남녀고용평등법을 인용하고 있으며, 2001. 8. 14. 개정된 법조항으로 바뀌어야 함.

※ <붙임 1> 제5차 정부보고서에 대한 평가의 전제

<붙임 2> 여성차별철폐위원회 제3, 4차보고서 심의결과 및 제5차보고서 반영여부. 끝.

<붙임 1> 제5차 정부보고서에 대한 평가의 전제

1. 1998년 여성차별철폐협약위원회의 최종평가서[32]에 제시된 우려사항 및 권고

가. 민법의 동성동본혼인금지 조항을 우려함.

나. 우리나라는 여성차별철폐협약 제16조(g)를 유보조항으로 남기고 있는데, 이를 철회(para. 389)할 것을 권고함.

다. 여성관련 법규 및 정책의 실제적 영향에 대한 불충분한 정보를 우려하고, 차기 이행보고서에서는 통계자료 등 과거와 현실의 비교분석을 포함한 여성관련 법규 및 정책의 이행과 집행에 대한 구체적인 정보를 제공할 것(para. 371)을 권고함.

라. 차별의 정의

여성차별철폐위원회는 헌법 내 '차별'의 정의가 협약 제1조의 정의와 합치되지 않고, 남녀고용평등법에도 종교의 자유, 정치적 선호, 나이 및 장애 등 차별의 정의가 포함되어 있지 않음을 우려함.

헌법 및 기타 관련법령에 협약 제1조의 차별의 정의를 모두 포함시킬 것과 국가인권위원회의 설립으로 차별행위로 인한 구제방안을 마련(para. 373)할 것을 권고함.

마. 한국사회에 만연한 여성에 대한 폭력을 우려하고, 사법부, 복지부 및 기타 사법집행 공무원의 성감수성 훈련 등을 포함한 포괄적 방안을 통해 여성에 대한 폭력이 근절되도록 해야 하며, 피해자들을 위한 보호소제공 및 교육・언론의 비폭력모델 활용(para. 375)을 권고함.

---

32) *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women : Republic of Korea*, 08/07/98, a/53/38/Rev.1, paras. 347-386.

바. 여성의 참여

사법체계를 포함 정치와 정책결정 구조에서 여성의 참여를 위해, 여성의 정치참여와 정치교육, 여성지도자에 대한 여론형성, 목표제와 할당제 운용, 정당의 여성비율이 최소 30%가 넘도록 하는 인센티브제, 사법체계에서 여성의 참여를 늘리기 위한 정책초안 마련(para. 377)을 권고함.

사적인 영역에서, 특히 비전통적 분야에서, 여성의 참여를 늘리는 방안을 마련(para. 377)할 것을 권고함.

사. 노동시장에서 여성의 위치

- 아시아 경제위기가 여성들에 미친 영향과 관련하여 직장내 성희롱, 여성노동자를 위한 사회적 보호 부족, 남녀직업구분, 고능력여성 일자리 부족, 동일노동임금차별, 여성기업가에 대한 지원부족, 농업여성의 환경, 조기퇴직 및 시간제근무의 증가를 우려함.

- 시간제근무여성의 증가에 대한 통계자료제공, 동일노동동일임금, 유급육아휴직, ILO협약 110과 111 비준, 성차별 고용 및 광고 철폐, 직장 내 성희롱 근절에 대한 캠페인 및 훈련(para. 379)을 권고함.

아. 정책결정/지도에 있어 지방여성의 참여가 부족한 점을 우려하고, 지방여성을 농업근로자로 인정하여 근로기준법을 적용할 것과 정책결정 및 보건·사회분야에서 여성의 접근이 용이하도록 할 것, 그리고 지방여성의 지위에 대한 연구를 활성화할 것(para. 381)을 권고함.

자. 기타

- 여성위원회의 위상, 성차별적 최소결혼연령, 높은 낙태율, 성차별적 상속법, HIV/AIDS 환자의 의료시설 이용현황 파악 부족을 우려하고, 장애여성에 대한 사회안전장치 실현 및 노인여성에 대한 다양한 프로그램 제공을 위한 정책을 마련(para. 384)할 것을 권고함.

- 마지막으로 여성차별철폐위원회는 권고문 홍보와 더불어 협약/일반권고/베이징선언 및 행동강령을 일반여성 및 여성단체에 유포(para. 386)할 것을 요청함.

2. 1995년 세계여성회의 북경선언 및 행동강령[33]

가. 북경행동강령 채택의 배경

- 1995년 북경에서 열린 제4차 세계여성회의에서는 제3차 나이로비회의에서 2000년을 향한 여성발전 미래전략(Nairobi Forward-Looking Strategies for the Advancement of Women)의 종합평가와 검토에 근거하여 전략목표와 행동계획으로 구성된 북경행동강령을 채택함.

- 북경행동강령에서는 중대한 여성문제와 관련된 전략적 목표와 행동을 12개의 영역으로 나누어 각 부문별 쟁점을 지적하고 정부 및 사회의 제분야가 행해야할 조치들을 제시함.

나. 여성관련 12개의 주요 영역에 대한 전략목표

1) 여성과 빈곤

빈곤여성의 요구와 노력이 관철되도록 정부의 경제정책과 발전전략에 대해 심사하고, 여성의 동등한 권리 및 경제자원에 대한 접근이 용이하도록 법규 및 행정처리를 시행하도록 할 것이며, 빈곤여성에 대한 연구를 활성화할 것을 목표로 함.

2) 여성의 교육과 훈련

교육에 대한 동등한 접근 보장, 문맹퇴치, 직업훈련・과학・기술 및 평생교육에 대한 여성의 접근기회 보장, 교육개혁을 위한 충분한 자원을 할당할 것을 목표로 함.

3) 여성과 건강

보건・의료서비스에 대한 여성의 접근기회 증진, 건강증진 예방 프로그램의 실시, HIV/AIDS 등 성 관련 질병에 대한 성인지적 조치의 실시, 여성건강관련 연구의 활성화 및 후속조치의 이행에 대한 모니터링을 목표로 함.

4) 여성에 대한 폭력

여성에 대한 폭력 예방 및 철폐를 위한 종합대책 강구, 연구의 활성화, 인신매매 근절 및 피해자 지원을 목표로 함.

---

33) *Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing,* 4-15/09/1995, A/CONF.177/20.

5) 여성과 무력분쟁

분쟁해결에 여성의 참여 증진, 분쟁상황의 여성 보호, 과도한 군비의 삭감 및 무장해제, 비폭력적 형태의 분쟁해결 도모, 분쟁상황에서의 인권남용 지양, 평화문화 조성에 여성의 기여, 난민여성의 보호와 지원을 목표로 함.

6) 여성과 경제

여성의 경제권 및 자립의 증진, 동등한 접근권 보장, 남녀직업구분과 고용차별의 철폐, 가족 내 동등한 역할분담을 목표로 함.

7) 권력 및 의사결정에서의 여성

권력구조 및 의사결정에의 동등한 접근과 참여 보장 및 여성의 능력 증진을 목표로 함.

8) 여성발전을 위한 제도적 장치

여성발전을 위한 국가기구의 설치, 법규 및 정책에 성관점 도입, 성별분리 자료의 생산 및 배포를 목표로 함.

9) 여성인권

여성차별철폐협약 및 모든 인권조약의 완전한 이행을 통한 여성인권의 증진, 남녀평등 및 차별금지의 실현, 법률문맹의 퇴치를 목표로 함.

10) 여성과 언론

언론 전반에 걸쳐 표현 및 의사결정 과정에서의 여성의 참여, 언론에 표출된 여성에 대한 균형 있고 비정형화 된 묘사를 목표로 함.

11) 여성과 환경

환경관련 의사결정 과정에서의 여성의 참여, 국가, 지역 및 국제적 차원에서 개발과 환경정책이 여성에 미치는 영향 평가를 목표로 함.

12) 여아

여아에 대한 차별 철폐, 여아의 권리증진, 보호 및 잠재력에 대한 인식제고, 아동노동을 통한 노동력 착취 근절, 직장에서의 여아의 보호, 폭력근절, 가정의 역할 강조를 목표로 함.

다. 북경행동강령은 또한 주요 관심분야 이외에도 국내적・지역적・국제적 단계에서의 제도적・재정적 장치를 마련하는 방안을 제시함.

3. 여성차별철폐협약 국가이행보고서 가이드라인[34]

가. 가이드라인의 배경

여성차별철폐위원회는 1996. 7. 26. 각국의 정부이행보고서 작성과 관련하여 종합적인 가이드라인을 마련하여 이를 따를 것을 권고함.

나. 가이드라인의 내용

- 여성차별철폐위원회는 정부의 이행보고서에 의해 협약의 이행과 관련하여 해당국의 여성인권에 대한 전체적인 조망을 할 수 있도록 하여야 한다고 규정함.
- 여성인권 증진과 관련하여 정부의 이행보고서에 포함되어야 할 내용은 구체적으로, 헌법・법률・행정적 조항, 발전사항 및 프로그램, 기구의 확충, 여성권리 실현과 관련한 정보, 법률적 위치가 아닌 사실적 지위, 제한과 한계, 여성단체의 참여와 관련한 종합적 정보임.
- 즉, 단순히 여성의 권리를 보장하는 법규를 나열하는 것이 아니라 실제로 그러한 법적 권리가 정치・경제・사회적 현실 속에서 어떻게 구현되고 있는지에 대한 구체적인 정보를 의미하는 것임.
- 또한, 북경선언 제323조에 의해, 행동강령 제3장에서 제시한 여성관련 12개의 주요영역을 충분히 고려하여야 함.
- 각국은 협약유보조항에 대한 설명과 관련하여 유보조항이 필요한 이유, 여타협약과의 일관성, 그로 인해 발생하는 법적・정책적 영향에 대해 자세히 언급해야 함.
- 정부의 차기이행보고서에는 초기보고서에 포함되지 않는 법률적 및 기타의 발전사항에 대해 나열해야 할 뿐 아니라, 실질적인 발전사항 및 잔류하는 한계, 제3, 4차 정부이행보고서에 대한 여성차별철폐위원회의 최종평가서, 북경선언 및 행동강령에 대해서도 자세히 언급해야 함.

---

34) *Guidelines for preparation of reports by States Parties : 26/07/96, CEDAW/C/7/Rev.3.*

4. 국내 여성단체의 의견

- 국내의 여성단체는 정부의 이행보고서와 관련하여, 1998. 6. 정부의 제3, 4차 이행보고서에 대한 반박보고서를 작성하고, 여성인권과 관련한 법률 제정 및 정책권고 등 활발한 활동을 벌이고 있음.

- 여성차별철폐위원회도 정부가 이행보고서를 작성할 시에, 국내 여성단체의 의견을 적극적으로 수렴하고 반영할 것을 권하고 있음.

- 국내 여성단체들은 올해 정부가 여성차별철폐위원회에 제5차 이행보고서를 제출할 것으로 보고 2004년경 반박보고서를 제출할 것을 계획하고 있음.

<붙임 2> 여성차별철폐위원회 제3, 4차보고서 심의결과 및 제5차보고서 반영여부

	우려사항	권고사항	제5차 보고서 반영여부
동성동본혼인금지	민법의 동성동본혼인금지 조항		2-28, 16-8
협약유보조항	협약유보조항	협약유보조항의 철회 (para. 389)	X 서문2
현황부족	여성관련 법과 정책의 실제적 영향에 대한 불충분한 정보	차기 이행보고서에 통계자료 등 과거와 현실의 비교분석을 포함한 여성관련 법규 및 정책의 이행과 집행에 대한 구체적 정보의 제공 (para. 371)	3~7, 10~14
차별의 정의	헌법 내 '차별'의 정의가 협약 제1조의 정의와 합치되지 않음.	헌법과 관련법에 협약 제1조의 차별의 정의를 모두 포함시킬 것 (para. 373)	X 2-1
	남녀고용평등법에도 역시 종교의 자유, 정치적 선호, 나이 및 장애 등 차별의 정의가 포함되어있지 않음.		1-1~2
		국가인권위원회의 설립으로 인해 차별행위로 인한 구제방안 마련 (para. 373)	2-41~42
폭력	한국사회에 만연한 여성에 대한 폭력	사법부, 복지부, 사법집행부 공무원의 성감수성 훈련 등을 포함한 포괄적 방안을 통해 여성에 대한 폭력이 근절되도록 해야 함 (para. 375)	5-8~23, 6-9~19, 10-17
		보호소제공 및 교육・언론의 비폭력적 내용 (para. 375)	6-20~25
정치참여	사법체계를 포함 정치와 정책결정 구조에서 여성의 참여	여성의 정치참여와 정치교육, 여성지도자에 대한 여론형성	7-3~5, 7-14
		목표와 할당, 정당의 여성비율이 최소 30%가 넘도록 하는 인센티브제	4-1~7
		사법체계에서 여성의 참여를 늘리기 위한 정책초안 마련 (para. 377)	7-10
		사적인 영역에서, 특히 비전통적 분야에서, 여성의 참여를 늘리는 방안 마련 (para. 377)	X
노동	조기퇴직 및 시간제근무의 증가	시간제근무여성의 증가에 대한 통계자료제공	11-7
	동일노동임금차별	동일노동동일임금	11-17~8
	여성노동자를 위한 사회적 보호 부족	유급육아휴직제도	11-11~2, 14, 19~20, 29

	우려사항	권고사항	제5차 보고서 반영여부
노동		ILO협약 110과 111 비준	11-2
		성차별적 채용 및 광고 철폐	X
	직장 내 성희롱	직장내 성희롱 근절에 대한 캠페인 및 훈련 (para. 379)	X
	고능력여성 일자리 부족		X
	지위적 차별		X
	농업여성의 환경		14-18~9
	여성기업가에 대한 지원부족		11-16
지방여성	정책결정/지도에 있어 지방여성의 참여 부족	농촌여성의 농업근로자 인정, 근로기준법 적용	X
		정책결정 및 보건·사회분야에서 여성의 접근 용이 (para. 381)	14-5~17
		지방여성의 지위에 대한 연구 및 통계자료 수집 (para. 381)	14-14~7
기타	여성위원회의 위상		3-1~3
	성차별적 최소혼인연령		X 16-41
	높은 낙태율		12-20
	성차별적 상속법		16-39~40
	HIV/AIDS 환자의 의료시설 이용현황 파악 부족		12-24
		장애여성에 대한 사회안전장치 실현 (para. 384)	11-22~4
		노인여성에 대한 다양한 프로그램 제공을 위한 정책 마련 (para. 384)	11-25~7
		권고문 홍보와 더불어 협약/일반권고/베이징선언/행동강령을 일반여성 및 여성단체에 유포 (para. 386)	서문9

2003. 1. 22.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

4 고문방지협약 제2차 정부보고서 수정안에 대한 의견 (2003.12.8.)

[1] 수정된 고문방지협약 제2차 정부보고서는 유엔의 정부보고서 작성지침을 충실히 따르며, 형식 및 편제에 있어서는 문제점이 없으나, 국가인권위원회의 1차 의견제시내용이 충실히 반영되지는 못하였고,

[2] 우리나라 고문관련 상황은 제도나 법령의 미비점보다는 수사관행과 구조의 문제가 크다고 할 것인데, 정부보고서는 법령, 훈령 및 예규 개선, 일부 법원의 판결을 제시하여 한국의 고문관련 상황이 개선되었다고 기술하고 있어, 현실상황에 대한 충분한 고려가 없고,

[3] 정부보고서에 제시된 통계가 근거가 불명확하거나 일부만 제시되고 있으므로 통계의 정확한 기간 및 기준이 된 자료를 적시할 필요가 있어 의견을 표명한 사례

【결정요지】

[1] 국가보안법과 양심수, 한총련 문제, 교정과 수용자 처우에 관한 문제, 구속수사 및 형사소송법개정안, 변호인의 피의자 신문참여권에 대한 기술, 신문시 잠안재우기 관행, 즉각적이고 불평부당한 공권력에 대한 조사여부, 의문사진상규명위원회에 대한 기술부분은 사실과 다른 부분이 있으므로 수정하는 것이 타당함.

[2] 국가의 손해배상절차의 실효성 문제, 고문죄 정의, 노동조합과 시위진압, 구속기간, 구금시설 및 감옥에 대한 조사, 서울지방검찰청 살인용의자의 죽음, 기타 굴욕적이고 비인도적인 처우 및 고문방지협약 제21조와 제22조에 대한 수락선언을 하지 않은 이유에 관한 기술은 내용을 명확히 하고 내용을 보충할 필요성이 있음.

[3] 국가인권위원회와 관련하여, 국가인권위원회에 제기된 고문방지협약과 관련된 진정과 그에 대한 처리현황에 대한 통계를 포함시키고 국가인권위원회의 판단에 따라 권고, 고발, 징계권고, 수사의뢰, 법률구조조치를 할 수 있음을 명기하며, 국가인권위원회가 고문방지와 관련

하여 직권조사 및 시설에 대한 방문조사권을 보유하고 있음을 명기할 필요가 있다고 판단하여 의견표명함.

【이 유】

1. 국가인권위원회 의견제시 배경

○ 외교통상부는 국가인권위원회의 의견을 반영하여 수정한 제2차 정부보고서에 대한 검토를 요청함(유엔사 23650-1182)

○ 국가인권위원회의 의견제시는 국가인권위원회법 제21조(정부보고서 작성시 위원회 의견청취) "국제인권규약의 규정에 따라 관계 국가기관이 정부보고서를 작성할 때에는 위원회의 의견을 들어야 한다"에 따른 것임.

○ 이에 국가인권위원회는 제54차 전원위원회의(2003.12.8.)의 의결을 거쳐 다음과 같이 의견을 제출함.

2. 제2차 정부보고서 검토의 원칙

국가인권위원회의 의견 청취 등을 거친 후 수정된 제2차정부보고서를 검토함에 있어서 다음 네가지의 사항을 고려할 것임.

가. 정부보고서 및 고문방지위원회의 일반적 지침

(1) 유엔 각 인권규약위원회와 정부보고서 심의

○ 정부보고서를 심사하는 목적은

- 첫째, 조약과 관련된 국내법과 제도, 실행을 전반적으로 검토하여 그 개선방안을 모색하고;
- 둘째, 법과 제도에 관한 형식적인 기술을 넘어서 실제 협약 의무 이행상황을 점검하며;
- 셋째, 조약의 이행을 위한 국가정책의 수립을 촉진하고;
- 넷째, 조약의 이행과정에 대한 사회적 감시를 확산시키며;
- 다섯째, 조약의 이행을 위한 국가 정책 및 조치에 진전이 있는지

여부 및 진전된 상황에 대하여 평가하고;

- 여섯째, 조약의 이행과 관련하여 개선하여야 할 문제점이 있다는 사실을 관련 국가기관으로 하여금 인정하게 하며;

- 일곱째, 국내 및 국제적으로 조약의 이행상황 및 이행을 위한 제반 조치에 관하여 정보를 교환하게 하는 것임.

○ 유엔은 6대 인권협약에 따른 정부보고서에 대한 지침(Manual on Human Rights Reporting, United Nations, 1997)을 출간한 바 있고, 포괄적인 언어로 기술되어 있는 각 협약 조항에 대한 구체적인 내용과 의미하는 바, 요구하는 정보가 무엇인지에 대한 설명을 제공하고 있으므로 이를 참조하는 것이 협약가입에 따른 국가의 의무를 충실히 이행하는 것임.

○ 고문방지위원회는 고문방지협약에 의하여 정부보고서의 기술방법을 '당사국에 의해 제출되는 정부보고서의 형태 및 내용에 대한 일반지침(General Guidelines Regarding the Form and Contents of Periodic Reports to be Submitted by State Parties, CAT/C/14/Rev.1.)'에서 제시하고 있는 바,

· 제1부 : 고문방지협약 제1조 내지 제16조의 순서대로 조약 또는 조약의 이행과 관련한 새로운 조치와 발전에 관한 정보

- 전회 보고서 제출일부터 다음 보고서 제출시까지 조약의 이행을 위하여 정부가 채택한 새로운 조치 및 같은 기간 동안 조약의 이행과 관련하여 이루어진 새로운 발전

- 법집행공무원과 의료진에 관한 교육훈련과 구금시설과 관련하여 조약을 이행하기 위하여 이루어진 법령, 제도상의 변화; 조약의 이행과 관련된 새로운 판례; 고문 및 그 밖의 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 대우 또는 처벌에 대하여 이루어진 고소, 조사, 기소, 심리과정, 선고, 보상 및 배상; 국가가 조약가입에 따른 의무이행을 하는데 있어서의 장애요인에 대한 상세한 정보를 제공할 것.

· 제2부 : 전회보고서 심사때 고문방지위원회가 요구한 추가정보. 다른 경로를 통하여 제공되지 않았을 경우 이에 대한 정보를 포함하여야 함.

· 제3부 : 고문방지위원회의 결론과 권고에 대한 이행조치에 대한 정보를 포함하여야 함.

나. 고문방지위원회의 제1차 정부보고서에 대한 최종견해

정부보고서에 대한 고문방지위원회의 최종견해는 '우려사항(subjects of concern)'과 '권고(recommendation)'로 나눌 수 있음.

(1) 우려사항

○ 형법에 당 협약 제1조에 부합하는 명확한 정의를 가진 고문죄의 개념이 없음.

○ NGO의 계속되는 보고에 의해 특히 정치범들이 신문중 고문을 당하며, 특히 잠을 재우지 않는 행위는 고문이라고 할 수 있을 정도이며 수용할 수 없음.

○ 기소전 수사기간 중의 구금기간이 지나치게 긴 것에 대하여 우려함.

○ 고문 및 부당한 처우를 한 책임자에 대해 즉각적이고 불편부당한 수사 및 기소를 하지 않는다는 점과 고문피해자의 공식적인 고소만을 수사하는 것을 받아들일 수 없음.

○ 국가보안법의 자의적 적용 및 해석

○ 현재 고문피해자에 대한 보상절차가 비효과적임.

○ 영장없이 최장 10일간의 용의자 구금

(2) 권고

○ 당 협약 제1조와 합치하는 고문죄 정의한 법안제정

○ 모든 국내법과 기준들을 당협약 및 여타 인권기준에 맞게 재정비

○ 경찰, 검찰, 법집행자와 의료인들에 대해 특히 고문의 정의와 형사법상의 책임에 대하여 교육

○ 독립적 국가기구의 구금시설에 대한 감시, 특히 검찰은 이러한 감시에서 배제되어야 함.

○ 부당한 처우가 의심되는 모든 사건에 대하여 조사하고 그 결과가 위원회에 제출되어야 함.

○ 수사를 위하여 경찰서 유치장에 30-50일간의 구금기간은 단축되어야 함.

○ 수사과정 상 변호인의 참가가 보장되어야 함. 특히 당 협약 제15조 이행과 관련되어 있음.

○ 협약 제21조 및 제22조 관련하여 고문방지위원회의 권한 인정선언 요구.

다. 국가인권위원회 의견의 반영여부

○ 우리 위원회는 2002년 2월 26일, 고문방지협약 제2차 정부보고서 초안에 대하여 의견을 제시한 바 있음.

○ 정부보고서 심사의 목적과 UN 고문방지위원회의 정부보고서에 대한 지침을 고려하여 다음과 같이 권고한 바,

- 첫째, 고문방지협약의 이행에 관련된 국가기관들이 고문방지협약 및 고문방지위원회의 최종평가서를 충실하게 검토하여 국내법과 제도, 정책과 관행에 관한 문제점을 점검하고 개선해야 할 사항 및 이를 위한 계획 수립

- 둘째, 이를 토대로 UN 고문방지위원회의 정부보고서 작성 지침에 따라 언론기관, 시민인권단체, 학술단체, 전문가등의 의견 청취, 협의하여 그 의견을 반영한 후 보고서 재작성

- 셋째, 위의 절차 과정 및 수정 보고서 작성과정에서 충분한 시간여유를 두고 국가인권위원회에 통보하여 의견을 제시할 수 있도록 할 것을 제안

- 넷째, 고문방지위원회의 제1차 정부보고서 심사에 지적된 내용에 대하여 국가인권위원회가 구체적인 의견을 제시하였음.

라. 정부보고서의 현실반영여부

○ 정부보고서는 고문방지협약상 국가의 의무 이행을 충실하게, 가감없이 기술하여야 할 것이며

○ 특히, 통계자료나 실제 사건 및 판례를 적시함에 있어서 사실과 다르지 않고 구체적이어야 할 것임.

3. 정부보고서에 대한 평가 및 제안

가. 전반적인 평가

(1) 형식 및 편제

○ 수정된 제2차 정부보고서는 UN 고문방지위원회의 정부보고서 작성지침을 충실히 따르고 있음.

○ 특히 제2차정부보고서의 초안과 비교해 볼 때, 기술적인 문제점은 없다고 판단되므로 그 노력을 환영함.

○ 다만, UN 고문방지위원회의 작성지침 상, 고문방지위원회가 추가로 요청한 자료가 없음으로 인해(외교통상부 관계자의 확인) 제3부에 포함되

어야 할 우려 및 권고사항에 대한 조치가 제2부에 되어 있는데

○ 제2부 아래에 '해당없음'을 적시하고 제3부에 위원회 최종견해에 대한 내용을 포함시키는 방법을 고려할 수 있음.

○ 한편, 제3부의 위원회 지적사항에 대하여,

- 외교통상부는 1996년 12월 심의당시 고문방지위원회에서 추가로 요청한 자료가 없으며 심사후 고문방지위원회와 교신(communication)한 사실이 없다고 하였으나,

- 제1차 정부보고서 심의 후 고문방지위원회의 최종견해 제66항(para.66)에서 불법적 처우(ill-treatment)의 혐의가 있는 사건을 조사하고 그 결과를 위원회에 통보할 것을 권고하고 있는데 이 내용은 정부보고서에 포함되어 있지 않은 바,

- 현재까지 통보한 사실이 없다면 이번 정부보고서에 포함되어야 할 것으로 판단되며, 고문방지위원회가 주목한 모든 사건들과 그에 관한 판결, 처리 상황을 포함하여야 할 것임.

- 이러한 국가인권위원회의 지적을 수용한다면 현재 정부보고서 편제상 제2부는 제3부가 되어야 함.

(2) 전반적인 내용

○ 국가인권위원회가 1차 의견을 제시한 바, 각 소관 부처가 협약 상의 권리를 보장함에 있어서 미비한 점을 제시하고 그에 대한 대비책, 향후 추진 계획 등을 제공하지 않았음.

○ 우리나라의 고문관련 상황은 제도나 법령이 미비하다기보다는 '수사관행'의 문제, 구조적인 문제라고 할 수 있으나 그러한 점에 대한 고려가 없음.

○법령 및 훈령, 예규 개선과 일부 법원의 판결을 적시하고 있으나 관행 및 현실상황을 반영하지는 못하였다고 판단됨.

○ 또한 이러한 법령 및 훈령, 예규에서 인권 관련 조항이 차지하는 비중은 극히 일부분이며 그 중 당 협약의 내용과 관련되는 고문에 대한 것은 더더욱 작은데도, 이러한 조항이 일부 포함되어 있다는 것으로 관련 정부부처가 당 협약의 의무이행을 성실히 이행하였다는 주장을 계속하기에는 무리가 있다고 사료됨.

○ 정부보고서에 제시되어 있는 통계가 비율로서 제시되어 기준이 되는 통계의 근거자료가 명확하지 않고, 이번 보고서 기간 중 증감이 있는 사

례는 우리 정부에 유리한 부분만 발췌되어 제시되었다는 인상을 주고 있으므로 통계를 정확한 기간, 기준자료 등을 적시할 필요가 있음.

○ 국가인권위원회의 첫 번째 의견은 통계치, 편제, 포함되지 않아야 할 내용을 삭제하여야 한다는 등에 대한 부분은 잘 반영되어 있으나, 고문죄 정의, 포괄적인 인권보호를 위한 규정을 당협약 보호를 위한 국가의 노력으로 확대하여 기술하지 않는 것이 바람직하다는 의견은 잘 반영되지 않았음.

나. 쟁점 사안별 의견

(1) 국가보안법 및 양심수

○ 11항 전반부 : "현재, 국가보안법으로 복역하고 있는 장기수는 없다"라고 하였으나 사면된 자들이 이미 오랜기간의 징역생활을 끝낸 자들이라는 점을 호도함.

○ 또한 1999년과 2000년 사이 국가보안법에 의해 구속된 피의자 수가 감소했다는 통계를 들고 있으나 한총련사태로 인해 1996년, 1997년에는 그 수가 오히려 증가했었으며, 23퍼센트와 58퍼센트 감소했다는 통계의 기준년도가 명기되지 않음.

○ 따라서, 국가보안법 관련 부분에 대하여 지적한 바대로 재서술하고, 국가보안법 구속피의자에 대한 통계를 이번 정부보고서의 보고기간 동안의 연도별 숫자를 제공하는 것이 바람직함.

○ 김대중 정부 출범 이후 국가보안법 관련위반 구속자 수는 총 1,045명(2002. 12. 31.), 수배자는 총 200명이며 그들의 형량이 장기수(7년이상 복역)에 해당되지 않을지언정, 장기수가 없다는 점만을 언급하는 것은 피해야 할 것.

○ 1997년 이후 국가보안법 제7조제3항 '이적단체'로 규정된 한총련에 대한 기술이 필요함.

○ 특히 한총련사태관련 시위진압과정 및 연행과정, 조사과정에서 일어난 경찰과 검찰의 학생들에 대한 구타, 폭언, 성폭력, 자백강요, 시위와 무관한 시민들에 대한 불법체포 및 구타사례 등은 이미 당협약 특별보고관(Special Rapporteur)인 Mr. Nigel S. Rodley가 지적하고 우리정부와 교신한 바 있음(E/CN.4, 1998/38/Add.1).

○ 이에 대하여 정확한 정보를 제공하고, 한총련에 대한 국가보안법 적

용과 수배조치 등에 대하여 설명할 필요있으며,

○ 2003년 10월 현재 한국내 양심수가 115명이라는 국내·외 인권단체의 지적을 고려하여 그에 대한 기술도 포함되어야 할 것임.

○또한 제113항의 국가정보원의 권한이 국정원 개혁에 의해 경찰청으로 이양되었다는 서술을 하였는데, 구체적으로 어떠한 국가보안법 위반사항에 대한 조사가 경찰청의 조사대상이 되었는지와 여전히 국정원이 조사권을 가지고 있는 행위는 무엇인지 적시하는 것이 바람직함.

(2) 노동조합과 시위진압

○ 제12항에서 “정부는 경영자와 노동자의 각기 독자적인 권리를 존중하고 합의에 도달하며 그 합의를 존중한다. 심지어 불법시위의 경우에도, 그 시위가 폭력적이고 파괴적이지 않는 한, 정부는 노사간의 협상을 통해 평화적인 합의를 이루도록 노력해왔다. 이런 노력에도 불구하고, 쇠파이프와 다른 무기를 사용하는 폭력 불법시위가 있었고 비조합원과 사용자측과 충돌하였으며 생산시설을 파괴하였다. 이러한 경우에 정부는 대응을 할 수 밖에 없었으며, 대응에 있어서도 정부는 폭력을 선동한 조합지도자와 몇몇 타인에게 상해를 가한 극단적으로 폭력적인 노동자들만 구속할 때에도 사전에 세심한 조사를 마쳤다”라고 기술함.

○ 이는 사실과 다른 기술로 판단되며, 이번 제2차 정부보고서에서 다루고 있는 보고기간인 1997년부터 2000년(경우에 따라 2002년말) 사이 정부의 노동관련 정책이 일관적이지 않았으며 ‘여론’에 따라 때로 호의적인 정책과 사전에 불법시위를 막겠다는 식의 정책이 이루어졌고, 과잉진압의 논란을 빚은 상황도 다수 존재했음.

○ 노동조합의 문제가 중요한 사안임은 분명하지만, 노사문제의 평화적 해결노력과 과격 노동운동에 대한 형사소추의 문제는 고문방지협약과 직접적 관계가 없는 서술로 판단됨.

(3) 교정 및 수용자 처우

○ 정부보고서의 개괄 설명 부분에는 1998년 “교정시설 인권사각지대 해소지침”이 주요법령 발전 내용에 포함되어 있으나, 법무부 확인 결과 당 지침은 2002년 말 폐지되었으며, 교정 및 수용자 처우에 관한 각종 규칙, 예규에 인권보호 내용이 포함되었다고 확인하였으므로 수정하는 것이 타당함.

○ 협약 제11조에 대한 설명 부분

- 59항 및 60항에 기술된 1998년 “교정시설 인권사각지대 해소지침”

은 법무부 확인 결과 당 지침은 2002년 말 폐지되었으며, 교정 및 수용자 처우에 관한 각종 규칙, 예규에 인권보호 내용이 포함되었다고 확인하였으므로 수정하는 것이 타당함.

- 62항의 구금시설에 대해 법원 및 검찰의 조사가 이루어진 것에 대하여 그 결과가 어떠했으며 대책은 어떻게 마련되었는지를 추가하는 것이 바람직함.

- 한편, 수용자에 대한 금치처분, 징벌방이나 조사수용실에 수용하는 것이 목적에 합치한다하더라도 장기간이 될 때 고문방지협약 상의 고문 또는 비인도적 처우에 해당된다고 할 것임.

- 특히 구금시설 내 질서유지와 징벌의 목적, 사고예방이라는 명목하에 포승줄 등 계구를 사용하는 것이 과다하게 이루어지는 관행에 관해 정직하게 기술할 필요가 있음.

- 국가인권위원회는 한 수용자에 대하여 연속 466일간 계구를 착용한 채 독방수용을 한 것에 대하여 인권침해결정을 내린 바 있으며

- 계구 사용에 대하여 현재 헌법재판소에서 심의하고 있다는 사실을 적는 것이 타당함.

- 더불어 고문을 자행한 혐의로 고소, 고발된 사건의 통계와 그에 대한 처분도 포함하는 것이 바람직하다고 사료됨.

(4) 구속수사 및 국내법령 정비

○ 22항은 협약의 내용 및 고문방지위원회의 권고에 따라 제3부 위원회의 권고 사항 아래 '구속기간'에 대한 우려부분(제2부)에 포함되는 것이 타당하다고 판단됨.

- 22항 내용 중 검찰청의 1998년 지침의 정확한 명칭을 제공하고, 구속수사율의 감소에 대한 통계근거를 제시할 필요가 있음.

○ 또한 임의동행 및 긴급체포의 남용이 문제점으로 지적되어 온 바, 이에 대한 법무부의 해결방안은 어떠한 것인지를 포함하여야 할 것임.

○ 더불어 고문방지에 필수적 장치인 구속영장실질심사제도가 아직 전면적으로 실시되지 못한 점을 반드시 지적하여야 함.

○ 긴급체포의 경우에도 사후영장제도가 미비되어 있다는 점 또한 지적되어야 하며, 체포된 피의자에 대한 법관의 신속한 심문은 고문방지를 위한 필수적 장치임에도 불구하고 '판사에게 즉시 인치'를 규정하고 있는 규약상의 국가의무에 미비한 점을 지적하여야 함.

○ 구체적으로 제26항의 형사소송법 개정안에 대한 설명과 관련하여,

- 첫째, 구속영장실질심사제도의 시행에 대한 서술이 부정확하고 부실하며,

- 둘째, 구속영장실질심사제도는 형사소송법 제201조의2 신설에 의하여 1997년 1월 1일부터 시행된 바, 이는 체포피의자에 대한 판사의 피의자심문권한을 삭제하고 피의자에게 신청권을 부여하는 방식으로 변경한 것임.

- 셋째, 보고서에는 피의자에게 심문신청권을 부여한 1997년 12월의 형사소송법개정안이 피의자의 지위강화라고 서술하고 있으나 이는 오도된 것으로, 피의자에게 심문신청권을 부여하더라도 판사에게는 심문의 의무가 있는 것이 아님(대판 99도2029).

- 따라서, 이러한 사실을 정확하게 기술하고, 현재 법무부가 추진하고 있는 형사소송법의 개정안에 구속영장실질심사의 전면실시가 포함되어 논의되고 있음을 기술하여야 함.

○ 제3부의 국내법령정비 부분에 대한 서술은 협약내용에 상응하도록 국내관련 법령을 정비하라는 고문방지위원회의 견해에 대해 이번 정부부고서는 2002년 법무부의 형사소송법 개정안에서 변호인 입회권, 긴급체포제도 개선, 국선변호인제도 확대의 내용을 담고 있으며 그 내용을 국가인권위원회와 협의하였다고 기술함.

○ 위 기술 내용 중, 법무부의 형사소송법개정안은 고문방지위원회의 권고사항 때문이었다기보다는 2002년 10월의 서울지방검찰청 고문치사사건에 대한 대책으로 성안된 것임을 명기하여야 할 것임.

○ 국내법규의 정비와 관련하여 긴급체포후 48시간 내에 석방하기만 하면 법관에 의한 사후심사를 받을 필요가 없으며, 초동수사기간인 48시간 내에 피의자에 대한 폭행 및 가혹행위가 이루어지는 점을 고려한다면 긴급체포에 대한 사후영장제도가 불비된 점을 명기하여야 함.

○ 한편, 국가인권위원회는 형사소송법 개정안에 대하여 2003년 5월 법무부에 의견을 제출한 바 있음.

- 법무부의 형사소송법 개정안에는 변호인의 피의자 신문시 참여권을 부분적으로 보장하되 이와 더불어 인권침해의 가능성이 높은 참고인 구인제도, 사법방해죄 신설, 중대범죄에 대한 검찰 구속수사 기간을 6개월까지 연장시키는 등의 제도를 담아 비판에 직면한 바,

- 국가인권위원회와 시민단체의 의견을 참조하여 개정안을 재검토

하는 중임.

- 국가인권위원회의 의견은 본 개정안이 피의자 인권을 보장하기 위한 것보다는 수사편의를 위해 마련되었다는 것이었고, 변호인의 피의자 신문시 입회권을 허락하지 않는 사유가 광범위하고 자의적인 문제점을 가지고 있었다는 점을 고려하여 서술하는 것이 필요함.

(5) 고문발생시 '즉각적이고 불편부당한 수사'실시

○ 제12조에 대한 서술 부분에서

- 검찰이나 사법경찰관에 의해 고문이 이루어졌을 때 즉각적이고 불편부당한 수사가 이루어져야 한다는 것에 대해 제1차 정부보고서 기술내용을 언급하였는데 181-186항임을 적시함이 바람직.

- 제1차정부보고서의 상기 항목들의 내용은 '고문을 포함하여'라는 문구만 제외한다면 일반형사피의자에 대해 내사, 고소 및 고발 등에 의하여 수사가 개시되고 검찰의 지휘아래 수사 종결 및 기소, 불기소 결정 등에 대한 기술로 이루어져 있어 내용이 적절하지 않음.

- 즉, 협약 상의 고문주체는 국가공권력의 행사자, 곧 검찰 및 사법경찰관 등에 해당되는데 그들에 대하여 특히, 직권남용이나 가혹행위의 혐의가 있을 때 어떻게 '즉각적이고 불편부당한(prompt and impartial)' 조사가 이루어지는가에 대하여 충분히 설명되었다고 볼 수 없으며 오히려 검사를 검사가 수사하는 상황에서 중립적, 독립적 조사를 할 수 있는 과정에 대하여 적시하여야 할 것임.

○ 제3부 유엔 고문방지위원회의 지적과 관련하여,

・고문 및 부당한 행위에 대한 즉각적이고 불편부당한 조사가 이루어져야 한다는 고문방지위원회의 의견에 대해 정부보고서는 그에 상응하는 조처가 앞 부분에서 서술되었다는 점을 기술하였으며, 또 피의자가 고문행위가 있었다는 점을 공식적으로 고발할 때만 조사가 이루어진다는 고문방지위원회의 지적에 대하여 정부보고서는 제3자도 국가인권위원회에 진정을 할 수 있음을 서술함.

- 국가인권위원회에 진정을 하였을 때에, 국가인권위원회 조사결과 진정의 내용이 가혹행위에 해당하고 이에 대하여 형사처벌이 필요하다고 인정할 때에는 다시 검찰총장에게 수사기관의 고문행위에 대하여 고발할 수 있다는 점을 적시할 필요가 있음.

(6) 의문사진상규명위원회

○ 의문사는 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률에 규정된 바와 같이 과거 권위주의 정권에 대항하는 '민주화운동과 관련한 의문의 죽음으로서 그 사인이 밝혀지지 아니하고 위법한 공권력의 직·간접적인 행사로 인하여 사망하였다고 의심할만한 상당한 사유가 있는 죽음을 말한다' 라고 규정되어 있음.

○ 의문사진상규명에관한특별법안에 근거할 때, 첫째 이 법에 근거한 의문사진상규명위원회의 활동이 한시적이며, 둘째, 죽음이 민주화운동과 관련되어 있어야 한다는 점에 있어서 과거의 민주화운동과 관련이 되지 않은 죽음에 대해서는 구제의 실효성을 가진다고 볼 수 없음.

○ 또한 70항과 71항은 제1기 의문사진상규명위원회의 활동에 대한 자료 및 평가를 싣고 있는데 의문사 진상규명위원회가 조사대상 총 83건 중 19건에 대해서만 의문사를 인정하고 나머지 33건은 증거불충분, 30건에 대하여 조사불능의 결정을 내린 배경, 즉 조사권한의 미약함과 한시적인 활동의 한계가 있었으며 관련 부처의 협조가 원활히 이루어지지 않은 점을 염두에 둘 때, 의문사진상규명에관한특별법과 위원회의 활동이 선구적인 점과 민주화 정신을 계승한다는 점을 인정하지만, 기존의 고문 자행기관들의 비협조적이었던 자세는 지적되어야 할 것임.

○ 더불어 의문사진상규명위원회의 보상이 300만원에서 3000만원 수준에서 이루어졌다는 것은 보상의 실효성과 적절성에 논란이 있을 수 있는 사항임.

○ 법령 뿐만 아니라 의문사진상규명위원회가 밝혀낸 박영두사건, 최종길 교수 사건 등의 사례를 해당 내용 아래 제공하는 것도 고려할 수 있음.

(7) 변호인의 피의자 신문참여권

○ 이번 정부보고서 또한 헌법과 형사소송법에 보장되어 있는 변호인 교통권을 강조하고 그와 관련된 헌법재판소와 법원의 결정이 있었음과 대한법률구조공단, 국선변호인제도, 공익변호인제도 등으로 형사피의자가 법적조력을 받을 수 있음을 기술함.

○ 그러나, 고문방지위원회의 권고사항은 피의자의 신문과정에 변호인이 참여하여 강요나 고문에 의한 자백이 증거효력을 가질 수 없다는 협약 제15조를 보장하기 위한 것임.

○ 정부보고서가 제시한 경찰의 수사지침에서 변호인 참여권을 보장하

라는 것 역시 정부보고서가 기술한대로 광범위한 경찰의 자의적 판단재량을 허락하고 있음 (범죄수사규칙 경찰청 훈령 제57호, 92호, 103호, 128호, 161호, 187호, 196호, 201호, 301호, 384호).

○ 더구나 정부보고서에 기술된 바와 같이 “경찰청의 범죄수사규칙에는 변호인의 참여권을 국가보안법위반자, 조직범죄자, 증거인멸우려가 있을 경우, 변호인의 참여가 수사를 방해할 경우를 제외하고 인정한다”에 해당하는 내용을 찾아볼 수 없음.

○ 현행 형사소송법에서는 변호인의 피의자신문참여권에 대하여 명문규정이 없어, 실질적으로 이러한 권리는 보장되고 있지 않음.

○ 따라서, 사실대로 변호인의 피의자신문참여권이 보장되지 않는다는 점을 기술하고 2002년 법무부가 마련한 형사소송법 개정안에서 부분적으로 보장되도록 되어 있으나, 그 역시 검찰 스스로 판단하여 허용, 불허용을 결정하도록 되어 있는바 국가인권위원회와 인권단체들이 반대하였다는 점을 서술하는 것이 바람직함.

○ 또한 제124항에는 변호사의 조력을 받을 권리를 보장하기 위한 정부의 노력에 대한 구체적인 사례 및 내용의 제시가 없으며, 변호인참여권과 관련한 수사기관의 내부적 지침만을 소개하는 것은 불충분함.

○ 피의자신문시 변호인의 참여권을 확인한 2003모402 대법원판결을 언급하는 것을 고려할 수 있음.

(8) 고문죄 정의

○ 제1차 정부보고서 105-110항에 기술된 바와 같이 대한민국 형사법에 고문에 해당하는 가혹행위, 구타 등이 있으며, 협약과 같이 가혹행위의 미수범도 처벌한다는 내용이 포함되어 있어 협약 제1조의 고문보다 광범위한 행위에 대한 처벌이 가능하여, 관련 형사법 개정이 필요하지 않음을 기술하고 있음.

○ 상기 서술은 부분적으로 타당함. 즉, 불법체포감금죄(형법 제124조) 및 국정원 직원의 직권남용죄(국가정보원법 제19조)에는 미수범처벌조항이 있지만, 고문 기타 가혹행위에 대한 현행 형법상 직접 처벌규정인 폭행 및 가혹행위죄(형법 제125조)에는 미수범 처벌조항이 없으므로 정확하게 기술할 것이 요구됨.

○ 형법 제124(직권남용에 의한 불법 체포, 감금) 및 제125조(폭행, 가혹행위)를 정부보고서는 고문에 대한 간접적인 개념으로 보고 있고, 폭행,

강간, 협박, 명예훼손 등 기타 일반적 형사범죄행위에 의해서도 처벌이 가능하다는 점을 들어 협약의 고문의 정의보다 광범위하다는 주장을 하고 있으나

- 이들은 명시적인 개념정의라고 볼 수 없으며, 또한 고문방지협약에서 육체에 가하는 행위 뿐만 아니라 정신적인 고통을 야기하는 행위 또한 고문에 포함시키는데 비해, 우리나라 형법이 정신적 고문행위를 금지되는 행위로 규정하고 있다고 보기는 어려움.

- 현재 정부의 입장은 별도의 고문죄를 규정하는 법개정이나 특별법 제정이 필요하지 않다는 판단이며, 고문죄 정의를 포함하라는 유엔고문방지위원회의 권고를 수용하려는 움직임은 없으므로,

- 이번 정부보고서에는 고문죄에 상응한다고 기술되어 있는 국내형법상 가혹행위, 폭행의 정의를 명시적으로 표현하는 것이 바람직함. 제1차 정부보고서에 명확한 정의가 제시되지 않았으며, 정신적, 육체적 고통을 주는 모든 행위가 포함된다는 포괄적인 서술을 하였던 바, 구체적으로 우리에게 적용되는 형법의 정의가 어떠한지 제시하는 것이 타당함.

(9) 신문시 잠 안재우기 관행

○ 1부에서 서술된 여러 가지 정부의 법개정과 훈령등의 조처를 취했다고 기술함.

○ 훈령 등에도 불구하고 실제 관행상 조사에서 잠안재우기는 빈번하며 조사를 위하여 불가피하다고 판단되는 경우 허용한다는 훈령의 규정이 있어 원칙적인 금지라고 볼 수 없음.

○ 제107항의 고문방지를 위한 다양한 조치를 강구하였다는 부분은 지나치게 추상적이며 구체적인 내용이 없고, 또한 제시한 대법원판례(98도3584)가 불법하다고 판시한 밤샘조사의 관행도 여전히 행해지고 있으므로 그에 대한 고려가 필요함.

(10) 국가의 손해배상 절차의 실효성 문제

○ 정부보고서는 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률에 의거, 의료지원, 보상, 재정지원을 받고 있다고 서술함.

○ 영문 'rule'이 '민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률시행령'을 의미한다면 제정날짜는 2000년 7월 10일로 수정하며, 법을 언급하고자 한다면 영문명을 'act'로 수정하고 제정날짜는 2000년 1월 12일로 하는 것이 정확함.

○ 이 법에 따라 민주화 운동과 관련하여 고문의 피해자가 된 사람은 지원을 받는다고 하였는데 배상의 실효성 문제는 실질적인 국가배상의 문제를 말하는 것으로 현재까지 이 법안에 의해 몇 명이 얼마의 배상을 받았는지 자료를 제공하며

○ 과거 고문의 피해자가 모두 민주화 운동에 참여한 사람이라고는 볼 수 없으므로 공권력에 의한 고문피해자들의 경우 어떠한 배상을 받았는지에 대한 자료 및 관련 법, 정책을 제시할 필요가 있음.

(11) 구금시설 및 감옥에 대한 조사

○ 정부보고서는 국가인권위원회가 정기적으로 구금, 교정시설에 대한 조사를 할 수 있으며, 다른 정부기관은 국가인권위원회의 요구에 충실히 응하여야 하고, 진정을 접수받아 국가인권위원회가 조사할 수 있음을 제시함.

○ 보고서 내용은 사실과 부합하나, 국가인권위원회가 직권조사를 할 수 있다는 사실을 포함시키는 한편 국가인권위원회의 조사결과에 대한 국가인권위원회의 결정의 종류, 효력에 대한 서술을 포함하는 것이 적절함.

○ 즉, 국가인권위원회법에 따르면 진정이나 직권조사에 의하여 고문사실을 확인하여도 이에 대한 수사를 직접할 수 없다는 한계가 있음. 또한, 수사기관이 인지의 방법에 의하지 않고 고문에 대한 수사를 개시한 경우에 인권위원회의 조사가 배제되고 인권위원회의 조사대상이 되는 관계기관의 조사거부권이 광범위하게 인정된다는 한계가 있다는 사실을 적시하는 것이 바람직함.

(12) 구속기간

○ 30-50일간의 기소전 구금기간에 대한 우려에 대하여 정부는 1997년 고문방지위원회에 일반형사피의자의 최장구금기간이 30일이며, 국가보안법의 몇몇 범죄행위의 경우 법원의 허가를 받아 최장 50일까지 연장할 수 있음을 통보하였다고 기술함.

○ 국가보안법상 어떤 행위들의 경우 최장 50일까지 구금기간이 연장되는지 적시하는 것이 요구됨.

○ 이와 더불어 국가보안법 제19조 상의 형사소송절차에 대한 문제점 및 그에 대한 대책이 필요하다고 판단됨.

○ 즉, 국가보안법 제19조에 의해 국가보안법관련 사건에서 사법경찰관에게 최고 20일, 검사에게 최고 30일까지 구속기간을 연장할 수 있다고 하여 일반형사피의자의 경우보다 20일을 더 구속수사할 수 있도록 허용됨.

○ 또한, 국가보안법관련 피의자들은 국가정보원이나 경찰청 보안수사대에 연행되어 수사기관 조사실에서 24시간 조사를 받는 등의 사례가 빈번하고 변호인과의 접견교통권이 제한받음.

(13) 서울지방검찰청 살인용의자의 사망

○ 2002년 10월 서울지검에서 고문치사사건이 발생하였고, 그 사건이 대한민국 정부의 고문방지 노력에 어떠한 영향을 미쳤는지를 세부조항 기술에 염두에 두어야 할 것임.

- 이와 관련하여 이 사건 이후 마련된 고문방지대책, 즉, 형사소송법 개정안과 검찰의 훈령 등을 두고 유엔고문방지위원회 권고사항을 이행하기 위한 조치라고 설명하는 것은 솔직하지 않으며, 결과적으로 유엔고문방지위원회의 권고사항과 상당부분 일치되었음을 밝혀야 함.

○ 이 사건에 대하여 국가인권위원회가 직권조사를 실시하였던 점을 명기할 필요가 있음.

- 서울지검 고문치사사건에서 피고인들에 대한 제1심 및 항소심의 유죄판결이 있었음을 명기하고, 국가인권위원회의 고발과 불기소 처분등으로 사후 진행과정을 수정하는 것이 요구됨. 다음 적시한 국가인권위원회의 고발 및 수사의뢰 결정과 검찰의 불기소처분을 중심으로 36항, 37항, 38항을 재기술할 것을 요청함.

- 2002년 10월 26일 발생한 서울지검 피의자 사망사건에 대하여 국가인권위원회는 전 서울지검 검사 홍모씨와 수사관등을 고발 및 수사의뢰하였으며 서울지검 측은 2003년 6월 23일 '혐의없음'으로 불기소 처분을 하였으며 국가인권위원회는 7월 16일 서울고등검찰청에 항고, 서울고검은 10월 10일 '항고기각'결정을 내렸으며 이에 국가인권위원회는 대검찰청에 재항고를 결정하였음.

- 국가인권위원회는 검사 등 10인이 긴급체포 요건에 해당되지 않는 피의자를 긴급체포하고, 체포시 체포사유 및 변호인의 조력을 받을 권리를 고지하지 않았으며 조사실에서 자백강요, 폭행, 가혹행위를 하며 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적부심을 신청할 권리, 진술거부권등을 실질적으로 침해한 사실을 밝히고 이들을 직권남용 및 불법체포·감금혐의로 고발하였으나 불기소처분을 했음.

- 2003년 11월 5일 홍모 검사의 가혹행위 부분에 대하여 일심재판에서 3년의 실형이 선고되었음을 기술할 필요가 있음.

(14) 기타 굴욕적인 처우(제16조)

○ 정부보고서는 검찰의 가혹행위근절지침, 군대에서 폭력 및 가혹행위에 관한 규칙, 알몸수색 사건 세가지만을 언급하였으나, 실제 규약상 제16조는 가장 포괄적인 내용, 즉 고문에 상응하는 모든 형태의 비인도적, 굴욕적 처우를 포함하는 것임.

○ 그것을 고려할 때, 명백히 가혹행위나 폭행에 상응하지 않는 비인격적 언사나 처우 모든 것이 포함될 수 있고, 특히 국가보안법 형기를 마친 사람들에 대한 보안관찰처분과 사회보호법 등도 문제가 될 수 있는 내용임.

○ 보안관찰처분에 대하여서는 다양한 비정부기구들이 고문방지위원회에 문제를 제기한 바, 이에 대한 정부의 입장을 국가보안법과 관련하여 정리할 필요가 있다고 판단됨.

○ 구금시설 하의 비인격적, 굴욕적 처우에는 수용자에 대한 일상적인 폭언, 인격적 대우, 언사, 과밀수용, 장기수에 대한 차별대우, 폭행, 냉난방이 되지 않는 열악한 시설, 수용자의 의료권 보장 미비 등이 모두 포함될 수 있는 바, 구금시설 수용자에 대한 언급이 전무하므로 이에 대한 정보를 포함하는 것이 바람직함.

(15) 유보조항 관련

○ 정부보고서는 고문방지위원회의 권고사항인 고문방지협약 제21조(국가통보) 및 제22조(개인통보)에 대한 유보에 대하여 고려했으나 대한민국정부는 “현 상황이 유보철회를 하기에는 미성숙하다고 결론내렸다”고 기술하였음.

○ 이미 시민적・정치적권리에관한국제협약 제1의정서를 비준하고 인종차별철폐협약의 국가통보 및 개인청원을 받아들인 대한민국정부가 고문방지협약의 제21조 및 제22조를 수용하지 않는 근거가 미약하다고 판단됨.

○ 왜 ‘미성숙’하다고 판단하는지 구체적인 관련 법체계, 조항, 정책 등을 적시할 필요성이 있음. 1차 정부보고서 심의시 국가의 존엄(dignity), 안보문제등을 이유로 들었으나 고문방지위원회가 수용할 수 없는 근거라고 지적을 받은 바 있으므로 이에 대한 구체적 근거제시 및 심의에 대한 대비가 필요함.

○ 한편 대한민국은 이 조항들에 대하여 유보(reservation)를 한 것이 아니므로 제21조 및 제22조에 대하여서 고문방지위원회의 권한을 수락하는 국가의 의사를 명시적으로 선언(declaration)을 하는 것이 필요하며, 조약상

일부를 유보하여 그에 대한 철회를 선언하는 것과는 차이가 있음. 따라서 고문방지위원회에서 심의시 위원들이 유보라고 표현하는 것도 적절하지 못하며, 이러한 사실에도 불구하고 영문표기를 '철회(withdraw)'보다는 명시적 선언을 하지 않는 이유라고 밝히는 것이 타당함.[35]

○ 2002년 12월 채택된 고문방지협약의 선택의정서(고문방지소위원회를 설립하고 무제한적으로 구금시설에 대한 방문, 조사를 허용하는 의정서)에 대한 입장을 적시여부 혹은 그와 관련하여 제기될만한 문제점에 대한 대비가 필요함.

다. 기타 수정요망 사항

○ 제25항의 항목 가운데 "as provided in paragraphs 2 and 3 of Article 200"은 형사소송법 제200조의2 및 제200조의 3을 지칭하므로 "as provided in Article 200(2) and Article 200(3)"으로 표기하는 것이 더 적절함.

○ 30항 및 31항 순회당직변호사 제도

- 이 제도는 서울지방변호사회에서 당직변호사를 서울시내 30개 경찰서에 당직변호사를 파견하는 것으로 국가의 협약의무 이행이라기보다, 전문가인 변호사들이 자발적으로 인권보호를 위해 시행하는 제도라고 볼 수 있음.

- 따라서, 이 제도가 인권보호를 위하여 선진적인 제도라는 점에는 동의하지만 정부보고서에 포함되어야 하는 내용인지 의문임.

○ 제34항 '고문을 포함한 가혹행위에 관한 유죄판결'의 통계에 대한 근거를 제시할 필요가 있음.

○ 제6조

- 제1차 정부보고서 내용과 동일하다고 되어 있음.

---

35) 유보는 조약체결시 보통 다자간 조약의 특정한 국가의 의무에 대하여 국가가 동의할 수 없음을 밝히는 것이다. 따라서 조약의 권리와 의무에 변경을 가져온다. 그에 비해 조약체결시 하는 선언의 경우 한 국가의 조약상 권리와 의무에 대한 변경은 없다. 현재 고문방지협약에 대하여 대한민국은 유보한 사항이 없으며 제21조 및 제22조는 공히 "어떤 때에라도 조약당사국은 고문방지위원회의 권한을 인정한다는 선언을 할 수 있다"고 규정하였으므로 대한민국이 선언을 아직 하고 있지 않은 것이 그 조약에 대하여 유보를 표명하여 해당조항에 대한 의무를 유보한 것과는 다르며, 아직 선언을 하지 않은 것은 조약상의 국가 의무를 지속적으로 수행하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

- 제1차 정부보고서 129항의 'Minister of Home Affairs'는 1998년 내무부가 행정자치부로 바뀜에 따라 'Minister of Government Administration and Home Affairs'가 정식명칭임.

○ 제9조 43항

- 1차 보고서 이후 추가된 국가만 적시하였으나, 그 이전에 국제형사사법공조조약을 체결한 국가인 호주, 캐나다, 프랑스, 미국을 포함하여 서술하는 것이 심의편의상 바람직함.

- [표 상호공조] 중 2002년 통계에 있어서 2002년 12월 31일까지 대한민국으로 공조요청이 된 건수는 46건, 외국으로 한국이 공조요청을 한 것이 25건이므로 그 통계를 포함하여 총계 외국의 공조요청 188, 한국이 외국으로의 공조요청 149건으로 수정하고 통계시점을 표 옆에 적시함이 바람직함.

○ 제10조 46항

- The Legal Research and Training Institute는 법무부 산하의 법무연수원을 칭하며 이 기관에서는 검찰, 교정, 출입국관리사무소 직원대상의 교육을 하고 있음.

- 사실확인 결과, 법무연수원의 교육대상자는 맞으나, 그 교과과정중 인권과 관련되는 과목은 없음.

- 예로 든 "Human Rights and Public Order"와 "Women's Human Rights"와 같은 과목은 없으며, 교육과정은 수사실무, 교정실무, 검찰실무, 출입국관리실무 등과 컴퓨터, 무술, 영어 및 일어 회화 등으로 구성되어 있음.

- 따라서 위와 같은 사실을 법무부에 재확인하여 수정할 필요가 있다고 판단됨.

○ 제13조

・진정(고소와 고발) 서술 부분

- 제83항에서 기술한 326개의 불법체포, 감금에 대한 고발 혹은 고소(petition) 및 제84항의 폭행 및 가혹행위에 대한 고소 혹은 진정이 누구에게 이루어진 것인지 명확하지 않으므로 적시하는 것이 타당함.

- 고문의 피해를 입은 자들이 고소, 고발, 진정을 제기할 수 있는 국가기관이 국가인권위원회, 검찰, 경찰 등으로 다양하기 때문임.

- 또한 제84항의 통계항목 중 'others'에 대한 설명이 필요함.

・준기소절차 서술 부분

- 제87항의 재정신청사건에 대한 통계의 정확성을 재점검하고, 고문사건과 공직선거및선거부정방지법위반사건을 구별하여 재정신청사건의 통계를 제시할 필요가 있음.

- 또한, 재정신청사건에 대한 처리결과를 제시하는 것이 필요함.

- 제88항의 재정신청을 인용한 서울고등법원 판례를 적시하고, 불법체포에 대한 부심판결정에 관한 판례(2002모81)의 제시가 필요함.

○ 제14조제89항의 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률의 법안 제정 날짜는 2000년 1월 12일이며 그 후 4개월 후 효력이 발생하였으므로 1999년 12월을 수정할 것.

○ 제15조 하 제91항 국가배상사건 및 범죄피해자구조사건에 대한 통계는 고문 및 가혹행위 사건 자체에 대한 직접적인 통계가 아니므로, 이를 제시함은 오도된 정보라는 오해를 줄 염려가 있음.

○ 제96항의 강요된 자백의 증거능력배제는 이미 고문방지협약 제1차 보고서의 작성 이전부터 한국의 헌법과 형사소송법에 명시되어 있음을 적시함이 바람직함.

○ 제97항의 불법구금, 구금장소의 임의적 변경의 경우, 증거능력을 배제한다는 판례(96도561)는 증거능력을 실제로 배제한 사례가 아니므로, 서술이 부정확함.

- 보고서에 서술한 부분은 공소제기의 절차가 무효이어서 공소기각을 하여야 한다는 변호인의 주장을 배척함에 있어서 사용한 방론적 설시에 불과함.

- 불법한 긴급체포에 대하여 증거능력배제를 인정한 대법원판례(2000도5701)를 적시하는 것이 타당함.

○ 제98항의 'Supreme Court Judgement 96 GOHAP 165(대법원 96고합165)'는 수원지방법원 성남지원 96고합165 사건의 오기이며, 'Supreme Court Judgement 96 NO 2036(대법원 96노 2036)' 판례는 서울고등법원 96노2036판례의 오기임.

○ 제99항 사건번호 표기방식을 (99-DO-1108) 통일하여 99 DO 1108로 할 것.

○ 제101항의 1996년 10월 8일자 지침의 발령주체를 명기할 것.

○ 제122항의 체포, 구속시 통지하는 사항은 범죄사실의 요지, 체포 및 구속의 이유 등으로, 범죄사실의 입증자료(the evidence supporting those

charges)는 포함되어 있지 않으며, 또한 이 부분은 체포 및 구속의 이유(ground)로 표시되어야 할 것임.

4. 국가인권위원회 관련부분에 대한 제언

○ 제2조 : 국가인권위원회에 대한 개괄설명

- 20항의 2002년 11월 현재 총 2650건의 진정이 접수되었다는 기술에 있어서 인권침해주체별, 즉 검찰, 경찰, 군대 등 당 협약과 관련있는 기관들에 대한 진정통계를 부가설명하는 것이 바람직하다고 사료됨.

- 제2조 하 7쪽 진정처리절차 도표 중, 소위의 심의, 의결 후 기각결정, 합의권고, 전원위원회 회부(소위결정 또는 소위에서 의결되지 않은 경우), 권고, 고발, 징계권고, 수사의뢰, 법률구조조치를 이 보고서의 28쪽 도표와 같이 추가할 것을 요청함.

○ 제10조제1항 인권교육부분

- 53항 : 2002년 12월 31일, 인권길라잡이 : 검찰, 경찰, 교정 편이 각각 발행되었으므로 검찰편까지 추가요망.

- 또한 제53항 내용에 국가인권위원회가 설립이후 2003년 8월 31일까지 총 97회 10,878명의 법집행공무원(경찰, 검찰, 교도관과 피진정인대상)들에 대한 교육을 실시하였으며, 법조계, 학계, 인권단체의 인권전문가들 119명으로 인권교육강사단을 구성하여 강사들을 위한 워크숍을 실시하였다는 내용을 추가할 것을 요청함.

○ 제83항 진정, 고소 등에 대한 처리현황을 소개함에 있어서 국가인권위원회에 고문 및 가혹행위를 이유로 진정된 사건의 현황과 처리상황에 대한 통계를 적시하는 것이 타당함.

○ 제11조 및 제16조 관련

- 구금시설 수용자에 대한 실질적 고문과 비인격적이고 굴욕적인 처우에 해당하는 국가인권위원회의 결정 및 권고사항을 포함시킬 것을 요청함.

○ 또한, 국가인권위원회가 고문방지와 관련하여 직권조사 권한 및 시설에 대한 방문조사권을 보유하고 있음을 부각시킬 필요가 있음.

○ 국가인권위원회는 유엔의 고문방지협약선택의정서안 채택 과정 표결에서 국내 구금시설의 인권상황에 비추어 볼 때, 권한있는 국제기구의 실태조사와 개선을 위한 기술적 지원 및 협력이 필수적이라고 파악하여 표결

시 대한민국이 찬성하도록 의견을 제출한 바 있으므로, 이에 대한 고려가 요망됨.

2003. 12. 8

국가인권위원회 전원위원회

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

5 시민적·정치적권리에관한국제규약 제3차 정부보고서에 대한 의견(2004.2.23.)

[1] 제3차 정부보고서는 체제와 형식에 있어 유엔인권이사회의 지침을 따르고 제2차 정부보고서 심의시 지적된 사항에 대하여 기술을 하고 있으나 이행상황의 진전을 제시하지는 못하고 있고, 전체적인 인권 이행상황 조망에 어려움이 있으며,

[2] 유보조항, 협약이행상 장애요인 및 애로사항 제시 및 극복노력, 충분한 자료 및 통계제시, 규약내용에 대한 홍보 및 교육에 대한 기술이 부족하다고 하여 의견을 표명한 사례

【결정요지】

[1] 제1부 규약의 효력, 제3조 여성차별금지, 제10조 인신구속자에 대한 인도적 처우, 제14조 공정한 재판을 받을 권리, 제17조 사생활의 자유, 제18조 양심의 자유에 관한 기술은 다른 부분이 있으므로 수정하는 것이 타당하고,

[2] 외국인노동자, 비정규직 노동자의 인권실태, 사형폐지권고에 대한 정부 입장 및 정책, 사회복지시설에서의 강제노동, 보안관찰법에 대한 정부입장, 재정신청제도에 대한 설명과 실태, 한총련과 국가보안법, 집회및시위에관한법률 개정안, 남녀의 혼인가능연령과 관련된 민법개정움직임, 호주제, 불평등을 시정하기 위한 적극적 조치 및 사회적 배제근절을 위한 정부정책, 혼혈인과 화교에 대한 차별의 문제에 관련된 내용을 보충할 필요성이 있음.

Ⅰ. 국가인권위원회 의견제시 배경

○ 시민적·정치적권리에관한국제규약 정부보고서 담당 부처인 법무부에서 제3차 정부보고서의 한글 초안을 완성하여 국가인권위원회의 의견을 요청함 (2003. 11.21. 법무부 인권23650-889, 2004. 1. 13. 인권과-60)

○ 국가인권위원회의 의견표명은 국가인권위원회법 제21조(정부보고서 작성시 위원회 의견청취) “국제인권규약의 규정에 따라 관계 국가기관이 정부보고서를 작성할 때에는 위원회의 의견을 들어야 한다“에 따른 것임.

○ 국가인권위원회는 2004년 제4차 전원위원회(2004. 02. 23)의 의결을 거쳐 시민적・정치적권리에관한국제규약 제3차 정부보고서에 대한 국가인권위원회의 의견을 표명함.

Ⅱ. 제3차 정부보고서 검토의 원칙

1. 정부보고서에 대한 유엔인권이사회의 일반적 지침

가. 유엔 각 인권규약위원회와 정부보고서 심의 목적

○ 정부보고서를 심의하는 목적은 유엔 각 인권규약위원회와 규약 당사국간의 ‘건설적인 토론(constructive discussion)’이 될 수 있도록 하는 것이므로,

- 첫째, 조약과 관련된 국내법과 제도, 실행을 전반적으로 검토하여 그 개선방안을 모색하고;

- 둘째, 법과 제도에 관한 형식적인 기술을 넘어서 실제 협약 의무 이행상황을 점검하며;

- 셋째, 조약의 이행을 위한 국가정책의 수립을 촉진하고;

- 넷째, 조약의 이행과정에 대한 사회적 감시를 확산시키며;

- 다섯째, 조약의 이행을 위한 국가 정책 및 조치에 진전이 있는지 여부 및 진전된 상황에 대하여 평가하고;

- 여섯째, 조약의 이행과 관련하여 개선하여야 할 문제점이 있다는 사실을 관련 국가기관으로 하여금 인정하게 하며;

-일곱째, 국내 및 국제적으로 조약의 이행상황 및 이행을 위한 제반조치에 관하여 정보를 교환하게 하는 것임.

나. 정부보고서 작성에 대한 지침

(1) 정부보고서에 대한 지침(Manual on Human Rights Reporting)

○ 유엔은 6대 인권협약에 따른 정부보고서에 대한 지침(Manual on Human Rights Reporting, United Nations, 1997)을 출간한 바 있고, 포괄적

인 언어로 기술되어 있는 각 협약의 개별권리에 대한 구체적인 내용과 의미, 정부보고서에 포함해야 할 정보가 무엇인지에 대한 설명을 제공하고 있으므로 이를 참조하는 것이 타당함.

(2) 유엔인권이사회의 정부보고서에 대한 지침

○ 유엔인권이사회(Human Rights Committee)는 시민적·정치적권리에관한국제규약에 의하여 정부보고서의 기술방법을 '당사국에 의해 제출되는 정부보고서의 형태 및 내용에 대한 통합지침(Consolidated Guidelines for State Reports Under the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/66/GUI/Rev.2.)'에서 제시하고 있는 바, 다음 서술한 지침의 내용을 따라야 할 것임.

(가) 내용에 대한 일반지침

○ 각 조항과 그에 대한 인권이사회의 일반논평 (general comment)

○ 유보조항과 선언(reservations and declaration) : 유보조항을 지속하는 이유를 정당하게 설명하여야 함.

○ 비상유예조치(derogation) : 규약 제4조에 따른 비상유예조치로 한국은 해당되지 않음.

○ 협약이행상 장애요인 및 애로사항(factors and difficulties) 명기 및 극복하기 위하여 취한 조치

○ 규약상 권리 제한조치(restrictions or limitations) : 그 조치의 성격을 설명

○ 협약 이행상 진전사항을 설명할 수 있는 충분한 자료와 통계

○ 국가개황자료(Core Document) 중 특히 '일반법률구조(general legal framework)'와 '정보 및 홍보(information and publicity)'의 최근발전 상황

(나) 후속 이행보고서 관련지침

○ 이전 보고서 심의시 인권이사회의 최종견해와 회의록(Concluding Observations and Summary Records of the Committee's Consideration)을 토대로 작성

○ 규약 이행관련 진전사항과 현재의 상황(progress and current situations)에 대한 검토를 토대로 작성

○ 이행보고서는 규약의 조항별로 작성되어야 하며, 추가로 보고할 새로운 사항이 없는 경우는 동 사실을 명기하여야 함.

○ 규약과 관련하여 정치적, 법적 측면에서 근본적인 변화가 있는 경우, 새로운 법적, 행정적 조치가 도입된 경우에는 최초보고서에 준하는 상세한 기술이 필요하며 관련 법안이나 결정문을 첨부할 필요가 있음. (국가인권위원회의 설립이 이에 해당됨)

(다) 선택의정서

○ 제1선택의정서에 따른 개인통보의 내용과 인권이사회의 심의 결과, 그에 따른 당사국의 조치내역 포함 (우리나라의 경우, 박태훈, 김근태, 강용주의 개인통보에 대한 내용을 포함하여야 함)

○ 우리나라는 제2선택의정서의 당사국은 아니지만, 사형폐지에 관한 권고를 받은 바 있으므로, 사형제도에 대한 기술을 할 필요가 있음.

2. 유엔인권이사회의 제1차 및 제2차 정부보고서에 대한 최종견해

정부보고서에 대한 유엔인권이사회의 최종견해는 '우려사항(subjects of concern)'과 '권고(recommendation)'로 나눌 수 있으며, 이에 대한 대한민국 정부의 입장, 견해, 이에 대하여 취한 조처가 제3차 정부보고서에 충분히 반영되어야 함.

Ⅲ. 국가인권위원회의 제3차 정부보고서에 대한 의견

1. 전반적인 의견

가. 유엔인권이사회 지침의 준수 여부

○ 제3차 정부보고서는 체제와 형식에 있어서 유엔인권이사회의 지침을 따르고 있으나 몇가지 미비한 점이 있음.

첫째, 정부보고서는 규약에 보장된 권리와 관련된 행정・입법・사법부의 정책, 법률, 판결 등을 포괄적으로 제시하여 대한민국의 규약이행상황을 파악할 수 있도록 해야 할 것이나 행정부의 소관법령 및 정책위주로 기술되어 전체적인 인권이행상황 조망에는 어려움이 있음.

둘째, 유보조항과 관련하여서는 정부보고서 6쪽에 "...국내법 체계와 충돌되는 부분이 있어 유보하고 있음은 제1차 보고서에서 설명한 바와 같다"라고 기술하고 있는데, 유보를 철회하기 위한 심도있는 검토 및 관련 기관과

의 협의 등 유보사항철회노력에 대해 성의있는 언급이 필요함.

셋째, 유엔인권이사회는 협약이행상 장애요인 및 애로사항을 명기하고 이를 극복하기 위한 조치를 정부보고서에 포함할 것을 요구하고 있으나, 제3차 정부보고서는 이와 관련된 기술이 불충분하므로 보완이 필요함.

넷째, 협약이행상 진전사항을 설명할 수 있는 충분한 자료와 통계를 제시하도록 되어 있으나, 제3차 정부보고서의 통계는 보고기간인 1998년부터 2003년까지 권리 보장의 진전정도를 설명하기에는 미비함.

다섯째, 유엔인권이사회는 규약의 내용에 대한 홍보 및 교육에 중점을 두고 있는데 이번 정부보고서는 규약의 대국민 홍보 및 권리주체로서 인식 확산에 있어서 정부가 어떠한 역할을 하였는지에 대하여 설명하고 있지 않음.

나. 제2차 정부보고서 심의시 지적사항 반영여부

○ 제2차 정부보고서 심의(1999년)시 지적된 우려사항(concerns) 및 권고내용(recommendation)은 장기적인 협약이행계획을 세워 추진해야 할 사안들이므로 이 보고서에서는 지적된 사항이 해결되었는가, 실행되고 있는가를 논외로 하고 제3차 정부보고서에 현재까지의 진행상황 및 미해결된 이유에 대한 기술이 포함되었는지 여부만을 판단함.

- 규약의 지위, 국가보안법, 여성차별과 여성에 대한 보호, 사법부의 독립, 피구금자 고문금지, 준법서약제, 광범위한 도청문제, 유보철회 검토 등 제2차 정부보고서 심의시 유엔인권이사회의 '우려사항(concerns)'과 '권고(recommendation)'과 관련된 것은 제3차 정부보고서에서 언급함.

- 그러나, 권고사항 중 14조 및 22조에 대한 유보 철회 요청에 대하여는 언급하지 않고 있음.

- 또, 규약의 권리보호와 관련된 공무원, 사회복지사, 의료인, 인권관련 전문가에게 인권교육을 실행하라는 지적에 대해서도 언급하고 있지 않음.

○ 제3차 정부보고서는 관련 법률과 규정을 설명하였으나, 구체적인 인권의 보장 정도와 실제 이행상황을 제시하지 못한 것으로 판단됨.

○ 정부보고서 작성에 있어서 규약이 보장하고 있는 구체적인 권리와 그에 대한 일반논평을 고려하여 정확한 한국의 인권실태를 염두에 두고 작성해야 하는데, 보고서는 각 조항과 관련된 정부 정책만을 나열하여 기술하고 있으므로, 이와 함께 실제 보장받아야 할 권리와 그에 대한 이행조치, 문제점에 대한 해결방안 등의 통합적이고 체계적인 내용들도 기술하는 것이 바람직할 것임.

2. 세부조항별 의견

가. 일반조항(General Comments) 부분

(1) 규약의 효력

○ 정부보고서 11번 항목에서 “실제로는 국내법의 위헌심사시 다자조약인 국제규약은 종종 헌법과 함께 법률의 위헌 여부를 판단하는 중요한 기준이 됨으로써 국내법의 효력보다 사실상 우선하는 효력을 가지고 있다”라고 기술하고 있음.

○ 헌법재판소의 위헌법률심사에서도 국내에서 제정된 법률이 국제규약에 반한다고 하여 위헌법률심판청구시 인용된 사례가 거의 없는 점에서 상기 기술은 문제의 소지가 있음.

○ 또한, 국제인권규약이 재판에 원용된 경우에는 단독원용이 아니라 국내법령에 부수적으로 원용되므로 규약의 효력을 국내법보다 사실상 우선한다고 서술하는 것은 사법부의 판결과 다르다고 할 것임.

나. 규약 제1부(제1조 자결권)

○ 의견없음.

다. 규약 제2부

(1) 제2조

(가) 전반적 의견

○ 제2조 부분에 서술 내용은 법령의 제·개정과 법조항의 내용에 대해서만 기술되어 있을 뿐, 그것이 실제 어떻게 운용되고 있는지에 대한 설명이 부족함.

(나) 세부의견

○ 특수교육에 대한 기술에서는 특수교육이 필요한 장애인 아동의 전체수와 특수교육의 실태가 드러나지 않으며, 장애인에 대한 배려가 없이 이루어지는 정책과 사업추진에 대한 반성 및 그에 대한 해결책에 대한 언급이 없으므로, 이들 내용이 제시되어야 할 것임.

○ 고용정책기본법의 시행을 통한 고용상 장애인, 여성, 노령자에 대한 고용의 증가정도, 평등하게 법의 보호를 받고 있는지 등에 대한 언급이 있어야 할 것임. 즉, 300인이상 사업장의 사업주는 상시 근로자의 2/100이

상을 장애인으로 의무고용하도록 하였으나, 이 기준을 지키는 사업장이 거의 없는 실정을 고려할 때, 고용촉진을 위한 정부의 시행 정책 및 대책에 대한 기술이 있어야 할 것임.

○ 외국인 노동자에 대해서는 2003년 개정된 고용허가제만을 설명하고 있어서, 보고기간동안 외국인노동자들의 구체적 인권침해상황을 파악하기 어려움.

○ 비정규직 노동자에 대해서는 여성의 비율이 월등히 높은 현실이나 그들이 실제 받고 있는 차별대우 등에 대한 설명이 부족함.

(2) 제3조

(가) 전반적 의견

○ 규약 제3조, 제2조제1항, 제26조는 모두 '차별'을 금지하는 조항임. 특히 남녀간의 차별과 연관되어 있는 것이 제3조임.

○ 따라서 남녀차별과 관련된 정부보고서 작성을 함에 있어서 유엔 인권이사회의 일반논평 4 (Article3), 일반논평 18 (Non-discrimination)과 가정보호를 내용으로 하고 있는 제23조에 대한 일반논평 19(Article 23)를 검토하여 각 조항에 포함되어야 할 사안을 판단할 필요가 있음.

○ 특히, 유엔인권이사회가 우려를 표명한 '호주제'에 대해서는 언급하고 있지 않으며, 여성부의 설립과 여성정책기본계획도 향후 계획을 중심으로 언급하여 제1차 계획에 대한 평가가 없고 계획실행에서도 장애요인에 대한 분석이 미비함. 남녀간 임금격차의 존재이유에 대한 설명 등 심층적인 분석과 그에 대한 대안제시보다는 여성과 관련된 모든 정부의 정책을 나열하는 것에 그치고 있음.

- 이와 관련하여, 호주제도 폐지를 담은 민법개정안 내용을 소개할 필요가 있음. 즉, 호주제도를 폐지하고, 동시에 자녀의 성에서도 자의 최선의 복리를 위하여 필요한 경우의 모의 성과 본을 따를 수 있도록 개정안(안 제781조)을 마련하였음을 언급하여 남녀차별개선노력을 기술하는 것이 바람직함.

(나) 세부의견

○ 56번 항목에서 "2차보고서 심사 이후 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 제도적 개혁이 많이 이루어졌으며"라고 기술한 바, 구체적으로 어떠한 제도의 개혁이 이루어졌는지 파악하기 어려움.

○ 공공분야의 여성의 대표성제고에 대한 서술에서 64번 항목의 정

당법 개정사안에 대한 하단부분의 “개정된 정당법에 따라 2000년 제16대 국회의원 선거에서는 지역구에서 여성의원 5명이 당선되었고, 비례대표 중 11명(24%)의 여성의원이 선출되었으며, 2002년 6월 13일 지방선거에서는 여성기초단체장 2명이 선출되고, 시・도의회 의원 지역구에서 14명의 여성의원이 당선되었고, 비례대표 선거구 중 49명(67.1%)의 여성의원이 선출되었다”라는 설명은 사실과 부합하지 않음. 즉, 정당법은 비례대표전국선거구 국회의원선거후보자중 100분의 30이상을 여성으로 추천한다고 되어 있으며(정당법 제31조), 지역구 여성의원의 당선과는 무관하므로 수정할 필요가 있음.

- 65번 항목은 국회의원, 판사, 중앙행정기관의 여성공무원 비율 등이 차후 높아질 것으로 예상된다는 것만 제시하여, 정부의 정책과 추진방법, 이행감시방법 등을 구체적으로 파악하기 어려움.

○ 여성에 대한 차별금지 법률 관행개선에서 보고서에 포함해야 할 내용으로 호주제를 지적할 수 있으나 그에 대한 언급이 없음.

○ “폭력피해여성 보호 및 성매매방지를 위한 행정적 노력”이라는 제목 하의 기술은 그 범죄의 성격과 여성에 대한 지원 프로그램이 달라질 수밖에 없는 성폭력피해, 가정폭력피해, 성매매 피해여성에 대한 기술을 섞어 놓아 정부정책에서 여성에 대한 고려가 부족하다는 인상을 줄 수 있으므로, 뒷부분의 가정폭력에 대한 기술과 더불어 재배치할 필요가 있음.

- 성폭력 피해자에 대한 기술에서 특정범죄신고자등보호법(1998년 8월 31일 공포, 법률 제5997호)에 의하여 성폭력범죄를 위시한 특정범죄(동법 제2조제1항)의 피해자 보호를 위한 보좌인제도(동법 제6조), 영상물촬영방법(제10조), 증인신문의 특례(제11조) 등이 규정되어 성폭력피해자에 대한 보호노력에 대한 내용을 포함하는 것이 타당함.

○ 여성의 취업지원부분에서 여성근로자에 대한 직업훈련강화를 기술하고 있는데 실제 훈련이후 노동시장의 진입비율의 정도, 훈련의 실효성 여부를 파악할 수 없으며, OECD국가평균에 비해 낮은 여성의 경제활동참가율, 임시직이나 일용직에서 여성비중 증가의 원인 및 그 대책 등을 제시하지 못하고 있음.

- 통계에서는, 급간을 70년부터 95년까지 5년 단위로 하고, 98년 이후에는 1년단위로 하고 있어 타당한 통계도표로 보기 어려운 점이 있으며, 90번 항목에서 여성의 경제활동참가율이 크게 증가하였다는 기술은 제

시한 통계치가 95년이후부터 48-49%의 비율을 꾸준히 유지하고 있으므로 타당하지 않음.

○ 고용에서의 여성차별시정에서는 외환위기 이후 비정규직으로의 전환, 정리해고, 권고사직 등 여성이 남성보다 불이익을 얻은 사례가 급증하였다는 점을 감안할 때, 그러한 특수상황에서 정부가 적극적으로 양성평등을 이루기 위해 어떠한 노력을 하였는지 드러나지 않음.

- 특히, 2001년에 여성의 임금이 남성의 66.9%에 이르렀다고 하나, 이 통계가 동일노동에 대한 남녀의 임금차이를 보여주는 것인지 전체 근로자의 급여를 평균치로 단순 비교한 것인지 불명확하며, 전자라면 한국이 동일노동에 대한 동일임금의 원칙을 지키지 못한 이유, 그에 대한 정부대책이 없으며, 후자라면 고용시장 전반의 불균형과 구조적 문제를 드러내는 것이라 고용시장의 양성평등을 가져오기 위한 정부정책은 무엇인지 불명확함.

- 더불어 농촌여성과 관련된 ILO협약 110호(Plantation Convention) 및 고용분야에서 남녀차별을 규제하는 ILO협약 111호(Discrimination Convention) 비준에 관한 정부의 입장을 설명할 필요가 있음.

- 한편, 여성차별철폐위원회에서 성별을 제한하는 채용광고철폐를 요구한 바, 이와 관련된 정부정책을 제시하는 것이 바람직함.

○ 특히, 한국내 성적, 인종적 소수자인 외국인 여성노동자에 대한 고려가 없으며, 현재 그들이 받고 있는 이중의 차별, 폭력, 노동조건 문제 등이 심각한 실정임을 감안하면 이에 대한 정부의 대책에 대해 설명할 필요가 있음.

(3) 제4조 (비상사태 선언)

○ 의견없음.

(4) 제5조 (규약해석원칙)

○ 의견없음.

라. 규약 제3부 세부조항별

(1) 제6조 (생명권 및 사형제도)

○ 사형에 관한 서술과 관련하여, 사형선고를 받은 자의 인권문제에 대하여 시행하고 있는 정책에 대하여 추가하는 것이 내실있는 보고가 될 것이라 판단됨. 즉, 유엔인권이사회는 사형폐지를 권고하는 동시에 사형대기자의 심리적 고통 등의 실태(death row phenomenon)를 인권문제로서 우려

하고 있으므로 한국에서 장기간 감형되지 않고 사형집행을 대기하고 있는 수형자의 인권에 대한 고려 정책 등을 포함할 필요성이 있음.

○ 사형과 관련하여 현재 헌법재판소의 결정 및 대법원의 판결, 실태 등은 포함하고 있지만 사형을 폐지하라는 권고를 이행하기 위한 국가의 노력, 향후 정책추진계획은 포함하고 있지 않으므로 이를 포함하는 것이 타당함.

○ 사형수 중 사면 또는 감형된 자의 수는 제시하고 있으나 현재 사형선고를 받은 사람의 총계가 없으므로 포함시키고, 어떠한 죄목으로 사형선고를 받았는지에 대한 자료를 제시하는 것이 바람직함.

○ 또한, 의문사진상규명위원회에 관한 서술은 제1기 위원회가 조사대상 총 83건 중 19건에 대해서만 의문사를 인정하고 나머지 33건은 증거불충분, 30건에 대하여 조사불능의 결정을 내린 배경, 즉 조사권한의 미약함과 한시적인 활동의 한계가 있었으며 관련 부처의 협조가 원활히 이루어지지 않은 점은 지적되어야 할 것임.

○ 유엔인권이사회 일반논평6은 당 조항에 포함되어야 할 내용으로서, 국가가 전쟁금지를 위해 취한 노력(규약 제20조와 연결됨), 영아사망률을 줄이고 기대수명을 높이기 위하여 취한 정책, 또한 제2조제1항에는 핵무기나 비인도적 무기를 없애기 위하여 취한 노력을 포함시킬 것을 요구하고 있으나, 이러한 정책에 대한 고려가 없다고 판단됨.

○ 또한, 최근 증가하고 있는 자살, 특히 가족동반 자살에 대한 분석과 대책에 대해서도 기술해야 할 것임.

(2) 제7조 (고문 및 비인도적 처우금지)

(가) 전반적 의견

○ 법무부 및 검찰의 각종 인권보호조치가 2002년 서울지검 용의자 고문치사사건을 계기로 마련되었다는 것이 잘 드러나지 않으며, 국가인권위원회가 이 사건에 대하여 직권조사를 실행하였다는 점이 누락되어 있음.

○ 또한, 고문 및 가혹행위 주장들이 여전히 제기되고 있고, 법원에서 가혹행위 등을 이유로 하여 무죄가 선고되는 경우도 있으므로, 이러한 문제제기와 법원의 판결례 등을 정리하여 기술하여야 할 것임.

○ 이 조항의 내용에서는 본인의 동의를 받지 않은 어떠한 의학적, 과학적 실험에 이용되는 것을 금지하고 있으므로, 대규모 병원 등에서 신약 및 새로운 치료법을 환자에게 충분한 정보제공 없이 동의를 받거나 동의없이 시행하는 등의 행위에 대한 정부의 입장도 정리하여 언급해야 할 것임.

(나) 세부의견

○ 변호인의 참여권이 원칙적으로 허용되었다고 하지만, 변호인의 적극적인 조력을 수사단계에서 받는 것이 아니므로 변호인의 입회권인지 변호인의 참가를 인정하는 것인지 명확히 하여야 하며, 경찰 및 검찰의 자의적인 판단 및 재량에 따라 허용되는 등의 예외규정에 대한 설명이 요구됨.

- 특히 송두율 교수 사건에서 변호인의 참여를 제한한 검찰의 수사가 위법이며 변호인의 입회권을 인정한 판례(2003.11.11. 2003모402)를 적시할 필요가 있음.

○ “고문 또는 비인도적 처우를 당한 자의 구제조치”에서는 처벌된 수사기관 종사자의 숫자만 제시되어 있어 그 처벌의 실효성이나 처벌의 정도를 알 수 없음. 고문이나 비인도적 처우를 당했다고 주장하는 피해자의 진정 제기 건수와 그에 대한 처리결과를 종합적으로 제시하고 국가배상이 어떻게 이루어지며, 현황은 어떠한가에 대한 자료도 제시해야 할 것임.

○ “구금시설에 대한 감찰” 부분에서는 판사와 검사의 교도소 수시시찰 횟수, 그 시찰의 결과로 개선된 행형상 인권을 파악할 수 없으며, 국가인권위원회의 방문조사는 감찰에 해당한다고 할 수 없음.

(3) 제8조 (강제노동금지)

○ 교도소나 사회보호감호소에서의 낮은 수준의 급여는 강제노동에 준하는 것으로 볼 수 있으며, 또한 각종 사회복지시설에서도 감금하에 강제노동이 행해지는 예가 있으므로 이러한 상황에 대한 설명과 개선정책을 기술하는 것이 타당함.

(4) 제9조 (신체의 자유와 안전)

○ 체포영장주의에 대한 서술은 현행 형사소송법 상 긴급체포시에 사후영장제도가 결여되어 있는 점(형사소송법 제200조의3, 제200조의4 참조), 긴급체포의 비율이 높은 점을 감안하면 부적절한 것으로 판단됨.

○ 보안관찰법에 관한 서술 중 137항목은 법원의 판결에도 불구하고 ‘미처리’분류되어 있던 자들을 검사직권으로 면제결정을 청구하도록 지위를 개선하였다고 하지만, 이것은 행정적인 미비점을 보완한 것으로 실제 ‘미처리’분류된 자와 면제처분이 결정된 자의 인권이 개선되었다고는 볼 수 없음.

- 또한, 보안관찰법은 국가보안법 및 준법서약을 실질적으로 요구한다는 점에서 유엔인권이사회 및 국내외 시민단체의 지적을 받아온 바, 이번

정부보고서에는 사상과 양심의 자유, 2중 처벌의 성격, 재판받을 권리를 침해한다는 등의 논란에 대한 정부의 입장이 드러나지 않음.

○ 미결수의 구금억제와 관련하여 불구속 수사 및 기소원칙이 제대로 지켜지지 않고 구속수사가 많은 것이 현실을 고려할 때, 142 항목에서 제시한 통계의 경우에는 전체 형사사건을 모집단으로 할 것이 아니라, 즉결심판이나 약식명령사건을 제외한 구공판사건을 모집단으로 하여 구속사건의 비율을 산정해야 실태를 정확하게 판단할 수 있을 것임.

○ 구속전 피의자 심문제도와 관련하여서는 실제 구속자 수가 제시되지 않아 구속적부심사제도를 활용하는 비율을 확인할 수 없으며, 또한 긴급체포에 대한 사후영장제도의 미비도 지적해야 할 것임.

○ 보석 및 구속적부심제도와 관련하여서는 피의자가 체포·구속적부심사를 청구한 경우에 한하여 직권으로 보증금납입조건부 피의자 석방을 인정하는 것임을 분명하게 기술하여, 피의자의 보석청구에 의하여 보석을 허가하는 것이 아님을 명확히 해야 함.

(5) 제10조 (인신구속자에 대한 인도적 처우)

(가) 전반적 의견

○ 교도행정에서 드러나는 문제점 중, 과밀 수용 및 냉난방 미비, 의료권 등 인도적 차원에서의 최소요건 미비점을 언급하지 않고, 그에 대한 실태와 해결책의 제시가 미흡함. 즉, 187항목을 수용시설에 대한 문제점 지적 및 대책으로 보기에는 어려움이 있음.

○ 보고서는 기본법인 행형법이나 행형법 시행령만을 언급하고 법령과 큰 차이가 있는 수용시설의 현실을 고려하여 기술하지 않음으로써, 일반 재소자들이 받는 처우의 실태와 그에 대한 대책에 대한 언급이 없으므로, 이들 사항에 대한 기술이 필요함.

(나) 세부의견

○ 미결수용자의 지위와 관련하여, 미결수용자에 대해 사복 착용을 허용하였음에도 불구하고 현실적으로 이를 실행하고 있는 예가 많지 않으며, 피의자 신분임에도 과도한 계구사용(송두율 교수 사건 등)의 문제점 등은 무죄추정원칙에 반할 뿐 아니라 국제적 기준에도 어긋나는데, 이러한 현실과 동떨어진 행형법 규정과 법원의 판결만을 언급하고 있음.

○ 행형법개정을 통한 수용자인권신장의 165항목기술은 행형법 제1조의3 (기본적 인권의 존중 등) “이 법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미

결수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야 하며, 국적・성별・종교 또는 사회적 신분 등에 의한 수용자의 차별은 금지된다“가 신설되어 원칙을 확인하기는 하였으나, 이 기본이념이 행형법 시행령, 징벌 및 계구사용 규칙에 반영되지 못하여 수용자들의 인권상황이 크게 개선되었다고는 보기 어려우므로 현실에 부합하지 못한다고 할 수 있을 것임.

○ 수용자의 계구사용과 징벌제도 개선과 관련, 징벌 및 계구사용은 여전히 교도소장의 재량권에 따른 부분이 크며, 계구사용의 기준인 “기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우”가 지나치게 막연하여 인권침해의 요소가 많고, 계구 및 징벌이 남용되고 있다는 사실을 간과하고 있으며, 행형법시행령과 징벌규칙, 계구규칙 등에서는 징벌과 계구사용에 있어서 비례성의 원칙과 보충성의 원칙이 반영되었다고 볼 수 없으므로, 현실과 부합하지 않는 내용이라 할 것임.

○ 수용자의 교통권 확대 부분 중 특히 서신교통과 관련하여 국가인권위원회에 다수의 진정이 제기되었고, 그에 대하여 국가인권위원회가 의견을 표명한 바 있음. 보고서 183항목은 서신수발 제한을 엄격히 하고 있다는 점만을 기술하여 문제점을 간과하고 있으므로 국가인권위원회의 의견을 포함하여 재기술하는 것이 바람직함.

○ 수용자에 대한 기본적 처우 개선 부분은 의료권이나 냉난방 시설 미비 등으로 겪는 수용자의 건강권 문제를 간과하고 있으므로, 수용자 의료문제에 대한 정부의 개선책이 제시되어야 할 것임.

○ 소년원 교육과정의 개편에 대한 기술은 의료소년원과 예・체능소년원의 구체적 수요, 수용인원, 운영내용 등에 대한 자료제시가 없어 평가할 수 없음.

(6) 제11조 (채무불이행으로 인한 구금금지)

○ 의견없음.

(7) 제12조 (이동권, 거주이전의 자유)

○ 유엔인권이사회는 외국인의 거주이전의 자유와 관련하여 합법적으로 입국한 외국인에게도 국가내에서 이동할 권리가 있음을 인정하고 있으며, 거주지 등록제에 대한 설명을 정부보고서에 제시할 것을 요구하고 있으므로, 이에 대한 서술이 포함되는 것이 타당함.

(8) 제13조 (외국인의 추방)

○ 제13조는 자유권규약 중 유일하게 외국인에게 해당되는 조항으로

서, 대한민국 정부의 제1차 보고서 및 제2차 보고서를 제출한 때와 비교하여 외국인의 강제퇴거가 증가하였고, 그와 관련된 문제를 시민단체 등에서 많이 제기한 점 등을 고려한다면, 자세하고 성의있게 기술하는 것이 바람직할 것임.

○ 강제퇴거 대상 외국인에 대한 보호시설 수용에 관하여 서술이 필요함. 특히 보호시설에서의 처우는 당 규약 제10조와도 관련이 있음.

(9) 제14조 (공정한 재판)

○ “변호인 접견권과 변론준비를 위한 편의부여”에 대한 기술 중 대검찰청의 ‘공소제기 후 증거 제출 전 수사기록 열람·등사 업무에 관한 지침’은 검찰내부의 업무처리 통일성을 기하기 위한 예규에 불과한 것이며 피고인·변호인에게 열람 및 등사의 권리를 부여하는 법률상의 준칙이 아니므로 “열람·등사권을 최대한 보장함으로써.... 편의를 최대한 제공하도록 하였다”라는 기술은 사실에 부합하지 않는 것으로 판단됨.

○ “법관임명제도 및 신분보장”은 유엔인권이사회가 우려를 표명한 영역으로, 229항목의 판사연임에서 탈락한 3명의 탈락사유를 밝히고 그에 대한 분석을 제시하는 것이 판사의 신분보장이 되지 않음으로써 독립적이고 공정한 재판이 이루어지지 않을 것이라는 유엔인권이사회의 지적에 대한 성실한 답변이 될 것임.

○ 제3차 정부보고서에 포함되지 않은 사항으로서, ‘신속한 재판을 받을 권리’와 관련하여 평균적으로 구속 이후 형확정까지의 기간에 대한 통계가 있다면 포함하고, 미결구금일수를 형기에 산입하는 것 등의 관련 규정을 제시하며,

- 국선변호인제도 확대 적용의 개혁방안을 소개하는 것이 바람직하며,
- 미란다 원칙 및 무죄추정원칙과 관련된 대법원 및 헌법재판소의 판례를 제시하는 것이 타당함.

○ 또한, 지속적인 논란의 대상이 되어온 바, 제1차 및 제2차 정부보고서에 제대로 설명되지 않은 재정신청제도에 대한 설명과 실태, 통계 및 재심제도와 재심사유 제시, 재심으로 판결이 번복된 사례 등을 소개하는 것이 내실있는 정부보고서가 될 것임.

(10) 제15조 (형법불소급의 원칙)

○ 의견없음.

(11) 제16조 (인간의 존엄과 가치)

○ 의견없음.

(12) 제17조 (주거, 사생활, 통신의 자유)

(가) 전반적 의견

○ 제3차 정부보고서에 기술된 내용은 “정보통신망이용및정보보호등에관한법률”, “통신비밀보호법” 및 “형의실효등에관한법률”의 수사자료 관리에 관한 설명을 담고 있으며, 벱률규정에 대한 설명이 장황하며, 각종 개인정보 및 사생활의 자유와 관련된 제도 - 주민등록제도, 전자정부, 전자주민카드, 생체여권, 스마트카드 및 논란이 되고 있는 주정차 단속 및 범죄예방 CCTV 등 - 와 관련하여 정보화사회 및 기술의 발전, 행정의 효율성과 사생활 보호의 조화 방법 등에 대한 정부의 기본입장을 확인할 수 없음.

○ 또한, 유엔인권이사회가 우려를 표명한 수사기관에 의한 불법 도감청 사례 및 실제 도감청이 허용되는 범죄 및 국가비상사태에 대한 정의 및 적용례가 제시되어 있지 않아 불법도감청과 관련된 인권상황의 개선상태를 파악하기 어려움.

○ 또한, 불법 도감청 등 사생활 침해로 인한 피해 구제 방법, 공권력에 의한 불법도감청에 대한 정부의 피해보상 정책 등에 대한 정보가 제공되지 않음.

○ 한편, 제17조는 개인의 명예훼손에 대한 처벌 및 그에 대한 보호, 보상또한 규정하고 있는데, 정부는 제1차 보고서에서 관련 형법 및 민법 규정을 소개하였을 뿐 개인의 명예훼손 방지를 위한 사전적인 행정부의 대책은 제시되지 않음.

○ NEIS에 대해서는 인권침해와 관련하여 사회적으로 많은 논란이 있었는데도 정부의 입장만을 대변하고 있으며, 해킹 등 보완채택에 대한 언급만 있을 뿐임. 국가인권위원회는 NEIS의 인권침해와 관련하여 NEIS의 27개 개발영역 가운데 사생활의 비밀침해 등 인권침해 소지가 있는 교무/학사, 입(진)학 및 보건영역은 입력대상에서 제외하고, 교원인사 기록 중 별지목록 기재항목은 사생활의 비밀침해 등 인권침해 소지가 있으므로 입력항목에서 제외되도록 ‘교육공무원인사기록및인사사무처리규칙’을 개정하고, 개인정보의 누출로 인한 사생활 비밀침해 등 인권침해가 없도록 학교종합정보시스템(CS)에 대한 보안체계 강화 조치를 강구할 것을 권고한 바 있으므로, 이에 대해 기술할 필요가 있음.

(나) 세부 의견

○ 불법감청사범 단속 부분(242, 243 항목)은 “정보기관 등” 수사기관 및 공권력에 의한 불법감청을 검찰이 단속하였다는 사실만 기술하고 그 결과를 제시하지 않아 공권력에 의한 불법감청실태 및 그에 대한 대처를 알 수 없음.

○ 통신제한조치의 집행에 관한 통지 부분의 서술 중 245항목 “국가안전보장・공공의 안녕질서”와 같은 포괄적이고 광범위한 통지유예사유가 규정되어 있다는 점과 이러한 사유의 존부 판단을 법관이 아닌 관할 지방검찰청검사장이 내리고 있다는 점이 명기되어야 할 것임.

○ 대화당사자 일방의 동의를 얻어 대화를 녹음한 행위에 대하여 대법원이 범죄성립을 인정한 판례(대법원 2002.10.8. 2002도123)를 언급하고, 검사장의 승인만으로 통신사실 확인자료를 제공할 수 있도록 한 통신비밀보호법의 문제점을 적시하는 것이 타당함.

○ NEIS에 관한 서술 전반은 NEIS에 대한 일반 국민의 정서와 정부의 입장차이를 드러내고 있음. 서울지방법원이 ‘NEIS CD제작배포금지가처분 소송’에서 현재 정부가 추진하고 있는 NEIS와 그 자료배포행위가 근거법이 미약하다는 판시를 하였음에도 불구하고 컴퓨터 정보 방화벽 등의 보안대책만을 기술하는 것은 적절하지 않다고 판단됨. 국가인권위원회의 NEIS에 대한 권고내용을 포함하여 기술하는 것이 타당함.

(13) 제18조 (양심, 종교의 자유)

○ 양심적 병역거부자의 입영거부 현황 통계는 부정확한 것으로 판단됨. 즉, 이 통계에서 입영거부가 집총거부를 의미하는 것인지 징집거부를 의미하는 것인지 그 정의를 명확히 할 필요가 있음.

- 종전에는 집총거부를 하여 항명죄로 군사법원에서 처벌되었으나 최근에는 처음부터 소집을 기피하여 입영기피자로 일반법원에서 처벌을 받고 있으므로, 이러한 경향을 감안하여 통계자료를 제시해야 할 것임.

- 통계자료의 “입영거부”의 정확한 개념정의와 더불어 형사처분을 내린 기관, 통계수치의 출처확인이 필요함.

- 국방부가 국회 국방위원회에 제출한 ‘02년도 국감자료(요구자료 7, 49)에서 밝힌 종교적, 양심상의 이유로 인한 입영기피자/집총거부자의 현황은 다음과 같으며, 정부보고서의 통계자료와는 차이가 있음.

구 분	'02.6.30	'01	'00	'99	'98
계	288	662	644	513	474
입영기피자	285	396	2	-	-
집총거부자	3	266	642	513	474

또한 국방부는 입영기피자의 폭증 이유로 2000년 말 입영기피자에 대하여 일반법원이 제2국민역 편입기준인 징역1년 6월을 선고하면서 입영기피가 폭증하였다고 밝히고 있으므로, 이러한 이유를 통계와 더불어 제시함이 바람직함.

(14) 제19조 (표현의 자유)

○ 이 조항은 지속적인 문제영역으로 지적받은 권리이며 특히, 국가보안법과 관련된 유엔인권이사회의 우려 및 권고사항을 대한민국이 어떻게 이행하고 있는가에 대한 입장을 밝혀야 할 것임.

○ 국가보안법의 점진적 폐지 및 동법 제7조의 즉각적 폐지를 유엔인권이사회가 권고한 바, 제2차 정부보고서 심사 때의 정부 입장을 이번 보고서는 반복하고 있다고 판단됨.

○ 또한, 이번 정부보고서의 보고기간 중 유엔인권위원회(Commission on Human Rights)의 특별보고관(Special Rapporteur) 및 실무그룹(Working Group)이 민주노총의 단병호의장 구속, 한총련 관련자 수사 및 기소 상황에서 발생한 강제진압, 성추행, 폭력 등, 대통령에 대한 명예훼손 출판물발간으로 처벌을 받은 사례 및 언론출판의 자유에 관하여 유엔인권위원회에 보고한 바가 있는데, 이와 관련된 기술이 없음.

○ 국가보안법의 엄격적용 부분은 한총련과 관련된 기술이 빠져 있음. 특히 287항목의 통계는 96년 한총련사태로 수배자 명단에 오른 학생들과 그 이후 한총련 대의원이 되면서 국가보안법상 이적단체가입죄로 자동수배자가 된 학생들에 대한 고려가 없이 전체 통계로만 제시되어 인권실태를 잘 드러내지 못한다 할 것임.

(15) 제20조 (전쟁・폭력 등 선전・선동 금지)

○ 의견없음.

(16) 제21조 (집회의 자유)

○ 2003년 후반기 이루어진 집회및시위에관한법률 개정안 및 그에 대한 논의가 없음. 실제 동법률이 주요도로에서의 집회를 전면금지하고 확성

기사용을 금하는 등 집회의 자유를 제한하는 방향으로 개악되었다는 비판을 고려하여 기술해야 할 것임.

(17) 제22조 (결사의 자유)

○ 노사관계제도의 개정추진 부분은 노사정위원회 구성 및 법제정 추진 과정을 설명하고 있으나, 직접적으로 결사의 자유, 노동조합의 활동을 보장하는 국가의 법, 정책에 대한 설명으로는 부족함.

○ 특히, 한국의 노동조합및노동관계조정법 상 쟁의행위에 대한 수많은 금지조항과 형사처벌 조항이 있어서, 단체행동권을 금지하거나 제한하는 효과를 가져오고 있다는 점을 고려하여야 하며 노사관계진전방안이 사용자와 노동자의 권한을 어떻게 보장, 혹은 제한하는 방향으로 이루어지는지 설명되어야 할 것임.

- 노동유연성강화, 파업에 따른 노동조합 및 노조간부를 상대로 한 손해배상청구소송과 가압류로 생존권을 침해하는 상황 등에 대하여 정부의 입장과 정부의 노동자 보호정책, 정책의 진행 상황, 협의사항 및 결사의 자유 보장과 그 한계의 법률적 구성요건에 대하여 기술할 필요가 있음.

(18) 제23조 (가정의 보호, 혼인, 이혼)

○ 유엔인권이사회는 각 국가의 법 혹은 사회 통념 상 가족의 범위와 정의에 대한 정보를 제공할 것을 요구하고 있으며, 이에 대한 기술은 충분하지는 않지만 제2차 정부보고서에 포함되었음(제229항 민법 제779조 및 사회적 통념의 가족).

○ 동시에 유엔인권이사회는 제23조제1항에 대해 법률상 혼인이 아닌 실질적 혼인관계, 한부모가정이나 동거 가족을 보호하기 위한 법률과 정부의 정책을 제공할 것을 요구하고 있는데(일반논평19 참조), 저소득 모자가정에 대한 기술을 제외하고는 이에 대한 고려가 없으며 또한 아동입양과 양자 혹은 혼외출생자에 대한 정부정책의 변화가 서술되어 있지 않음.

- '가족' 및 한부모가정의 보호와 관련하여 2003년 11월 정부의 민법 개정안 제779조(가족의 범위)가 "부부, 그와 생계를 같이하는 직계혈족 및 그 배우자, 부부와 생계를 같이하는 형제자매는 가족으로 한다"고 규정하여, 한부모가정의 보호를 도외시하고 부부중심가정을 설정하여 협약이행상 장애요인이 될 수 있다는 점에 대한 문제제기가 있는 상황을 기술할 필요가 있음.

○ 제23조제2항의 내용은 특별히 민법상 혼인가능연령과 관련되어 있

으며, 현재 여성만 16세로 되어 있는 부모의 동의없이 혼인이 가능한 연령을 남녀 동일하게 18세로 하려는 민법개정움직임이 있으므로 그에 대한 기술을 포함하는 것이 바람직함.

○ 제23조의 기타 내용은 특히, 국가가 주도하는 가족계획정책, 가족상봉, 양육권 및 친권행사 등에 대한 서술이 포함될 것을 유엔정부보고서 지침서는 요구하고 있으며, 특히 혼인으로 인한 국적변동에 있어 남녀 차별행위와 관련된 기술을 요구하고 있는 바, 정부보고서 제3조에서 설명한 69-71 항목을 참조할 것을 명기하는 것이 바람직함.

○ 특히, 이혼이나 별거의 경우 자녀에 대한 양육권 문제, 위자료 문제에 대한 정부의 정책에 대한 정보를 제공하고, 이혼시 아동을 보호하는 관련법, 정책에 대한 정보를 제공하여야 하나, 이러한 사항에 대한 고려가 없음.

○ 호주제의 경우 정부가 마련한 민법개정안이 국회에 상정되지 않고 있는 상황에서 입법화하기 위한 대책과 그에 대한 입장이 정리되어야 할 것임.

(19) 제24조 (아동의 보호)

○ 이 조항에 대하여 정부보고서는 학교급식, 아동복지법 및 청소년보호법과 청소년보호위원회의 사업에 대한 설명을 주로 기술하고 있으며, 제24조제1항의 어린이에 대한 차별금지, 동조 제2항의 출생등록 및 이름을 가질 권리, 동조 제3항의 국적을 가질 권리에 대하여 관련법을 제2차 보고서에 설명한 것으로 그쳤다면 이번 제3차 정부보고서에서는 그와 관련하여 새로이 발전된 사항을 제시하여야 할 것이나 이에 대한 고려가 없다고 판단됨.

○ 특히, 제3항과 관련하여, 외국인과 결혼한 한국여성의 자녀의 출생등록 및 국적에 관한 문제가 어떻게 변경되었는지, 또한 불법체류 외국인의 자녀의 경우 국적취득 및 국가로부터 어떠한 보호를 받을 수 있는지 등에 대한 고려가 없음.

○ “아동보호를 위한 정책추진”과 관련하여, 초·중등교육법시행령 상 원칙적으로 금지되었다고 보고서는 기술하고 있지만, 이는 여전히 학내에 만연한 학교 체벌과 관련된 아동의 인권실태 부합하지 못하고 그에 대한 대책을 설명하였다고 보기 어려움.

(20) 제25조 (선거권, 피선거권)

○ 의견없음.

(21) 제26조 (법앞의 평등)

○ 유엔정부보고서에 대한 지침은 이 조항에 대하여 보고서가 제공할 내용은 명시적이지 않지만 실질적인 권리향유를 막고 있는 사회적 관행을 바로잡기 위한 행정부, 입법부, 사법부의 활동을 기술하며, 특히 적극적 조치(affirmative action)정책, 사회적 배제(social exclusion)를 근절하기 위한 적극적인 국가의 정책 및 불평등한 요소를 갖고 있는 현행 법령을 개정하기 위한 노력에 대하여 기술할 것을 요구하고 있는 바,

○ 사회 각 분야의 양성평등, 지역할당제 등을 포함하여 적극적으로 차별 및 불평등을 시정하려는 노력이 포함되어야 할 것임.

○ 특히, 외환위기 이후 증가한 빈곤층, 노숙자 등이 적극적으로 당 규약에 규정된 권리를 향유할 수 있도록 하는 정부정책이 포함되어야 할 것임.

(22) 제27조 (소수민족보호)

○ 인종차별철폐위원회는, 특히 혼혈인 문제(Amerasian)와 화교에 대한 차별을 문제영역으로 지적한 바 있는데, 이들에 대한 언급이 없음.

2004. 2. 23.

국가인권위원회 전원위원회

위원장 김창국 위 원 박경서 위 원 유 현 위 원 유시춘

위 원 조미경 위 원 김오섭 위 원 이홍록 위 원 신동운

위 원 정강자 위 원 김만흠 위 원 김덕현

2. 국제인권협약의 국내이행 관련 의견

1 국제형사재판소 규정 가입 권고(2002.6.3.)

정부는 2000. 3. 8. 국제형사재판소규정에 서명한 상태이며, 이 조약이 중요한 국제인권조약으로 판단되어 국가인권위원회법 제19조제7호에 의거하여 그 가입을 권고하는 의견을 표명

【결정요지】

대한민국이 ICC규정에 가입한다는 것은 분쟁발발가능성이 높은 한반도에서 ICC 규정상의 범죄가 발생하여서는 안된다는 우리나라의 의지를 대내외에 천명하는 것이고, 만약 그러한 범죄행위가 발생한다면 이를 반드시 처벌하겠다는 것으로서, 인도주의적 관점과 최소한의 인권 보호라는 관점에서 필요한 것임. 따라서 국제형사재판소규정에 비준 및 가입하는 것이 국제사회의 인권보호 노력에 동참하고, 국제사회 전체의 정의구현에 기여하고, 국제적 및 국내적 인권보호효과를 갖는다는 점을 고려하여, 정부의 관련 부처가 이 규정에의 조속한 가입을 위해 노력을 경주할 것을 권고함.

【주 문】 국가인권위원회는 국제형사재판소규정 가입과 관련하여 아래와 같이 권고의견을 표명하기로 의결함.

- 아 래 -

가. 대한민국이 ICC규정에 가입한다는 것은 분쟁발발가능성이 높은 한반도에서 ICC 규정상의 범죄가 발생하여서는 안된다는 우리나라의 의지를 대내외에 천명하는 것이고, 만약 그러한 범죄행위가 발생한다면 이를 반드시 처벌하겠다는 것으로서, 인도주의적 관점과 최소한의 인권 보호라는 관점에서 필요한 것이라 보입니다.

나. 이 규정에의 가입은 ICC 규정이 20세기에 군국주의 일본, 나찌 독일, 구 유고, 르완다 등에서 인류가 목격한 대

량학살, 인종청소 등 비인도적 만행에 대한 반성을 반영하고 있다는 점에서 국제사회의 국제인권 보호 노력에 동참하는 것이 될 것입니다.

다. 상설적인 국제형사재판소이 집단살해죄, 반인도 범죄 및 전쟁범죄를 범한 개인을 처벌한다면, 이러한 잔혹한 범죄에 대한 효율적인 사전예방효과를 기대할 수 있습니다.

라. 상기의 범죄 발생시에는 국제사회 전체의 정의구현 차원에서 처벌할 수 있고, 궁극적으로 국제적·국내적 인권을 보호하는 효과를 가져올 수 있을 것입니다.

마. 관련 국가가 잔학한 인권침해범죄에 대해 처벌할 의사나 능력이 없을 경우에는 국제형사재판소이 관련국가 내에서의 불처벌을 보완하는 것이 필요합니다.

바. ICC규정의 국내적 이행을 준비하는 과정에서 우리의 법제를 타국의 법제와 국제법상의 확립된 기준과 비교하게 될 것이므로 우리나라의 법제도에 대한 반성과 개선의 기회를 가질 수 있을 것입니다.

사. 우리나라가 이제 인권국가로서 탈바꿈하여 인권 존중의 기치를 높이 제창하고 있는 때, 국제인도법과 국제인권법상의 인간의 중대한 기본권을 말살하는 범죄에 대하여 전 지구적 차원에서 대항하려는 노력에 적극 참가하는 것은 인권수호국으로서의 우리나라의 이미지 제고에도 크게 기여할 것입니다.

아. 우리나라가 연내 가입함으로써 내년도 ICC 재판관 선출시 우리 국적의 재판관 선출도 기대할 수 있을 것입니다.

이상과 같이 국가인권위원회는 이 규정에 비준 및 가입하는 것이 국제사회의 인권보호 노력에 동참하고, 국제사회 전체의 정의구현에 기여하고, 국제적 및 국내적 인권보호효과를 갖는다는 점을 고려하여, 정부의 관련 부처가 이 규정에의 조속한 가입을 위해 노력을 경주할 것을 권고합니다.

【이　　유】

1. 제안이유

정부는 2000. 3. 8. 국제형사재판소규정에 서명한 상태이며, 국가인권위원회는 이 조약이 중요한 국제인권조약으로 판단되어 국가인권위원회법 제19조제7호에 의거하여 그 가입을 권고하는 의견을 표명하려는 것임.

2. 주요골자

가. 국제형사재판소규정은 금년 7. 1. 자로 발효될 예정이며, 향후 설립될 국제형사재판소은 국제적으로 중대한 범죄인 집단살해죄, 반인도범죄, 전쟁범죄를 기소·처벌하게 됨.

나. 이 규정에 대한민국이 가입하는 것은 한반도에서 상기의 범죄행위가 발생해서는 안된다는 점을 대내외에 천명하는 것이고, 인도주의적 관점, 최소한의 인권의 보호라는 점에서 필요함.

다. 국제적으로 중대한 인권침해범죄를 효과적으로 처벌함으로써 궁극적으로 국제적 및 국내적 인권을 보호하는 효과를 가져온다는 점에서 이 규정에의 가입이 필요함.

라. 규정에 가입함으로써 내년초 국제형사재판소 재판관 선출시 우리 국적의 재판관 선출도 필요함.

3. 검토배경

가. 국가인권위원회는 2002. 4. 8. 현재 56개 국가가 국제형사재판소규정(이하 “ICC규정”)에 비준한 상황에서, 우리나라도 이 규정에 비준함으로써 국제사회의 노력에 동참하는 것이 바람직하다는 관점에서 국가인권위원회법 제19조제7호에 의거하여 이를 검토하기 시작하였습니다.

나. ICC규정은 2002. 4. 11.에 비준국이 60 국을 넘음으로써 금년 7. 1. 부터 발효하게 되었으며, 전문에서 밝히고 있듯이 20세기에 수백만명의 아동과 사람들이 상상할 수 없는 잔학행위의 희생자가 됐었고, 이러한 중대한 범죄행위가 세계의 평화, 안전 및 안녕을 위협했다는 사실을 인정하여, 이들 범죄행위가 국내적으로 또는 국제적으로 반드시 처벌되도록 함으로써 불처벌상태를 종식시키고, 그러한 범죄의 예방에 기여할 것이라는 공감대에서 국제형사재판소이 설치됩니다.

다. 국가인권위원회는 반인도적 범죄자 등의 처벌을 위한 국제형사재판소의 설립에 동참하는 것이 우리나라의 인권보호 의지를 실현시키는 것임을 확신하고, 이미 우리 정부가 이 규정의 성안과정에 많은 노력을 기울였고, 2000. 3. 8. 이 규정에 서명한 점을 고려하여, 국가인권위원회법 제19조 제7호에 의거 다음과 같이 권고의견을 표명합니다.

4. 국제형사재판소규정의 대상범죄 행위자의 처벌 의의

가. 향후 구성될 국제형사재판소은 국제적으로 중대한 범죄인 집단살해죄, 반인도범죄, 전쟁범죄를 범한 자들을 기소・처벌하여 불처벌상태를 방지하기 위한 기능을 수행하게 될 것인 바, 궁극적으로 이러한 범죄행위의 발생을 억제하게 될 것입니다.

나. 상기 범죄들은 국제조약 및 국제관습법에 의하여 이미 국제적으로 중대한 범죄로 인정되어 왔으며, 우리나라가 집단살해죄의 처벌의지를 담은 “집단살해죄의방지와처벌에관한협약”에 1950. 10. 14. 가입하였고, 전시 민간인보호 등과 관련한 1949년8월12일자 제네바제협약에 1966. 8. 16. 가입하였으며, 동협약의 추가의정서가 우리나라에 1994. 3.1. 발효한 사실을 고려한다면, 상기 범죄자의 처벌에 대하여는 우리나라도 국제조약 및 국제관습법에 의해 이미 국제적 의무를 부담하고 있는 것으로 보입니다.

5. 가입의 필요성

가. 대한민국이 ICC규정에 가입한다는 것은 분쟁발발가능성이 높은 한반

도에서 ICC 규정상의 범죄가 발생하여서는 안된다는 우리나라의 의지를 대내외에 천명하는 것이고, 만약 그러한 범죄행위가 발생한다면 이를 반드시 처벌하겠다는 것으로서, 인도주의적 관점과 최소한의 인권 보호라는 관점에서 필요한 것이라 보입니다.

나. 이 규정에의 가입은 ICC 규정이 20세기에 군국주의 일본, 나찌 독일, 구 유고, 르완다 등에서 인류가 목격한 대량학살, 인종청소 등 비인도적 만행에 대한 반성을 반영하고 있다는 점에서 국제사회의 국제인권 보호 노력에 동참하는 것이 될 것입니다.

다. 상설적인 국제형사재판소이 집단살해죄, 반인도 범죄 및 전쟁범죄를 범한 개인을 처벌한다면, 이러한 잔혹한 범죄에 대한 효율적인 사전예방효과를 기대할 수 있습니다.

라. 상기의 범죄 발생시에는 국제사회 전체의 정의구현 차원에서 처벌할 수 있고, 궁극적으로 국제적·국내적 인권을 보호하는 효과를 가져올 수 있을 것입니다.

마. 관련 국가가 잔학한 인권침해범죄에 대해 처벌할 의사나 능력이 없을 경우에는 국제형사재판소이 관련국가 내에서의 불처벌을 보완하는 것이 필요합니다.

바. ICC규정의 국내적 이행을 준비하는 과정에서 우리의 법제를 타국의 법제와 국제법상의 확립된 기준과 비교하게 될 것이므로 우리나라의 법제도에 대한 반성과 개선의 기회를 가질 수 있을 것입니다.

사. 우리나라가 이제 인권국가로서 탈바꿈하여 인권 존중의 기치를 높이 제창하고 있는 때, 국제인도법과 국제인권법상의 인간의 중대한 기본권을 말살하는 범죄에 대하여 전 지구적 차원에서 대항하려는 노력에 적극 참가하는 것은 인권수호국으로서의 우리나라의 이미지 제고에도 크게 기여할 것입니다.

아. 우리나라가 연내 가입함으로써 내년도 ICC 재판관 선출시 우리 국적의 재판관 선출도 기대할 수 있을 것입니다.

이상과 같이 국가인권위원회는 이 규정에 비준 및 가입하는 것이 국제사회의 인권보호 노력에 동참하고, 국제사회 전체의 정의구현에 기여하고, 국제적 및 국내적 인권보호효과를 갖는다는 점을 고려하여, 정부의 관련 부처가 이 규정에의 조속한 가입을 위해 노력을 경주할 것을 권고합니다.

2002. 6. 3.

국가인권위원회 정책및대외협력소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

2 국제형사재판소관할범죄의처벌등에관한법률(안)에 대한 의견 (2003.9.22.)

[1] 대한민국 정부의 "국제형사재판소설립을위한로마규정" 가입 및 그 효력의 발효에 따라 마련된 국내이행법률안인 국제형사재판소관할범죄의처벌등에관한법률(안)이 금지되는 행위를 국민들이 이해할 수 있도록 로마규정에 따른 범죄구성요소를 참조하여 명확하게 하고,

[2] 로마규정의 전쟁범죄 중 법률안에 포함되지 않은 행위들, 특히 비국제적 무력충돌에서 민간인과 평화유지군, 제네바협약에 의거한 인도적 지원에 대한 보호조항을 포함시키는 것이 타당하다는 의견

【결정요지】

[1] 법무부의 국제형사재판소관할범죄의처벌등에관한법률(안)은 로마규정 원문을 비교적 충실히 따르고 있으나 법령이 적용자나 집행자에 대하여 신뢰할 수 있는 확고한 기초를 제시하여 자의적인 적용을 방지하고, 일반인이 금지된 행위를 이해할 수 있어야 한다는 명확성의 원칙에서 판단하면, 그 범죄행위를 구체적으로 이해하기 어려우므로 로마규정당사국회의에서 결정한 '범죄구성요소'를 참조하여 국민들이 범죄행위를 정확하고 이해하기 쉽게 규정하는 것이 타당하고,

[2] 과잉처벌과 기소남용을 막기 위하여 전쟁범죄가 '계획이나 정책의 일부로 대규모로 이루어졌을 때'라는 문구를 삽입하는 것이 타당하고, 로마규정 제8조 제2항 나호 (14)의 내용을 포함하여 적대국민의 소송권을 보장하고, 로마규정 제8조 제2항 마호의 (2)와 (3)을 비국제적 무력충돌에서의 전쟁범죄에 포함시키고, 법률안 제10조 제2항을 각기 국제적 무력충돌과 비국제적 무력충돌에 해당하는 범죄로 포함하도록 의견을 표명함.

【주 문】 법무부는 대한민국 정부의 "국제형사재판소설립을위한로마규정" 비준 및 그 효력의 발효에 따라 국내이행법률안을 제

정하고자 제정법률안에 대한 국가인권위원회의 의견을 요청하여, 이에 대한 검토를 실시한 결과, 아래와 같이 의견을 표명함.

- 아 래 -

○ 동 법률안과 같은 국민의 기본권을 제한할 수 있는 형사법에서는 헌법 제12조 및 제13조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제15조의 죄형법정주의를 충족하기 위한 명확성의 원칙이 준수되어야 하는 바, 그 처벌행위가 "일반인의 통상적인 해석"에 의하여 구체적으로 이해되기 어렵다는 문제점이 있으므로 로마규정의 원안을 충실히 따르는 것을 원칙으로 하되 로마규정 당사국 회의에서 결정한 '범죄구성요건'을 참작하여 동 법률의 지위에 어울리는 용어, 문어를 선택해야 할 것이라고 판단됨.

○ 위와 같은 원칙 하에 특히, 제9조 제1항 제11호의 "기타 반인도적 범죄"규정은 그 범위가 포괄적이며 자의적 해석의 우려가 있음. 따라서 이 문구는 삭제하되 동 조항을 "사람의 신체 및 정신에 대하여 중대한 고통이나 손상을 야기하는 행위로서 본 항 각 호에 규정된 행위와 유사한 성격의 다른 비인도적 행위를 하는 것"으로 수정하는 것이 타당함.

○ 법률안에서 비국제적 무력충돌시에는 범죄로 규정하고 있지 않은 행위, 즉 로마규정 제8조 제2항 마호 (2) "국제법에 따라 제네바협약의 식별표장을 사용하는 건물, 장비, 의무부대와 그 수송수단 및 요원에 대한 고의적 공격", 동 규정 제8조 제2항 마호(3) "국제연합헌장에 따른 인도적 원조나 평화유지임무와 관련된 요원, 시설, 자재, 부대 또는 차량이 무력충돌에 관한 국제법에 따라 민간인 또는 민간 대상물에 대하여 부여되는 보호를 받을 자격이 있는 한도에서 그들에 대한 고의적 공격"을 법률안 제10조 제2항에 포함하고 국제전에서 '시민적·정치적권리에관한국제협약' 제4조 제2항의 위반행위에 해당하는 로마규정 제8조 제2항 나호 (14) "적대당사국 국민의

권리나 소송행위가 법정에서 폐지, 정지 또는 불허된다는 선언"을 법률안 제10조 제3항에 포함하는 것이 타당함.

○ 로마규정 제8조 제1항은 "재판소는 특히 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 대규모 실행의 일부로서 범하여진 전쟁범죄에 대하여 관할권을 가진다"라 하여 국제형사재판소 관할 하의 전쟁범죄를 제한하고 있으나 법무부 법률안에는 포함되어 있지 않음. '특히'라고 한 것은 배타적인 성격의 '단지(only)'의 의미는 아니지만 전쟁범죄가 국가의 정책이나 대규모 실행의 일부로 행해진 경우라는 조항이 없을 경우 과중한 형벌을 규정하고 있는 동 법률안에 의한 기소남용의 우려가 있으므로, 로마규정 제8조 제1항의 내용, 즉 "계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 대규모 실행의 일부로서 범하여진 경우에 한한다"는 문구를 법률안 제10조에 포함하는 것이 타당함.

○ 법률안 제10조 제2항 제1호의 경우, 제10조 제2항이 국제전과 비국제적 무력충돌 모두에 해당됨에도 불구하고 "점령국"이라는 용어를 사용함으로써 국제전에만 해당되는 것으로 이해될 여지가 있음. 이에, 동 조항을 국제전과 비국제적 무력충돌을 구분하여 이에 해당하는 행위를 전쟁범죄로 규정한 로마규정에 따르는 것이 바람직하므로 국제전에서 발생한 행위는 법률안 제10조 제3항에, 비국제적 무력충돌에서 발생한 행위는 법률안 제10조 제4항을 신설, "비국제적 무력충돌과 관련하여 민간인 안전이나 긴요한 군사적 이유가 없음에도 불구하고 민간인 주민의 퇴거를 명령하는 행위"를 포함하는 것이 타당함.

【이　　유】

1. 검토 배경

가. 대한민국 정부가 1998년 7월 채택된 "국제형사재판소설립을위한로마

규정(The Rome Statute of the International Criminal Court : 이하 “로마규정”)”을 2000년 서명, 2002년 11월 비준하여 2003년 2월 1일부로 대한민국내에 효력을 갖게 되었으며, 이에 따라 로마조약의 국내이행입법의 필요성이 제기됨.

나. 법무부는 국내이행입법을 추진하면서 관계기관에 대하여 1차의견조회를 마친 후, 법안을 수정하여 2차 법령안인 “국제형사재판소관할범죄의 처벌등에관한법률안(이하 “법률안”)”에 대한 의견을 2003. 7. 16. 국가인권위원회에 요청함.

다. 이에, 국가인권위원회법 제19조제1호에 의거하여 동 법률안에 대한 의견을 표명함.

2. 법률안의 내용

○ 법률안은 로마규정 상의 국제형사재판소관할범죄인 집단살해죄(Genocide), 인도에반한죄(Crimes against humanity), 전쟁범죄(War crimes)를 규정하고 있음.

○ 또한 동 법률안은 국제형사재판소와의 협력 및 그 절차에 대하여 규정함.

3. 검토 기준 및 근거

가. 국제전쟁법 및 국제인권법

○ 국제전쟁법 혹은 국제인도법과 국제인권법은 서로 구별되는 역사적 발전을 해왔으며 그 내용이 다르다고 할 것이지만, 제2차 세계대전 후 국제전쟁법과 국제인권법은 서로 영향을 미치면서 인권과 인도주의의 증진에 관심을 쏟아옴.

○ 국내이행입법의 근거조약인 로마규정은 이러한 배경에서 탄생한 조약으로 전시와 평시를 불문하고 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 또 전쟁시의 범죄에 대하여 범죄가 행해진 때와 장소를 불문하고 처벌하여 국제사회의 정의를 실현하고자 하는 인류의 소망과 의지를 표현한 것이라 할 수 있음.

○ 특히, 우리위원회에서는 국제인권법에 주목하는 바, 전시나 공공 비상사태에도 유보할 수 없는 인권을 법률안이 보호해야 한다고 판단함. 특히 '시민적·정치적권리에대한국제협약' 제4조 제2항에서 명기된 인권들에 주목하는 바, '시민적·정치적권리에대한국제협약' 제4조 제1항은 국가가 '공공의 비상사태'에 인권을 제한할 수 있다는 규정을 둠과 동시에 제4조 제2항에서 어떠한 경우에도 침해될 수 없는 권리로서 제6조(생명권), 제7조(고문 및 비인간적이고 모욕적인 처우를 받지 않을 권리), 제8조(제1항 및 제2항 : 노예금지, 예속상태금지), 제11조(계약상 의무 이행불능만의 이유로 구금금지), 제15조(죄형법정주의), 제16조(법 앞에 인간으로서 인정받을 권리) 및 제18조(사상, 양심 및 종교의 자유)등이 명기되어 있으며 이러한 권리는 전시 및 공공비상사태에도, 보편적으로 보장되어야 할 권리임.

나. 로마규정 및 그 부속문서

○ 국제조약의 이행입법이라는 입법취지에 따라 로마규정의 내용에 법안이 합치하는 것이 법안을 제정함에 있어서 중요하다고 판단되며,

○ 로마규정 제17조에 규정된 바, 국제형사재판소 관할범죄 사건의 재판적격성을 판단하는 원칙인 '보충성의 원칙(complementarity)'을 고려할 때, 로마규정에 의한 국제형사재판소 관할범죄를 모두 포함하는 것이 우리나라가 우리나라 영역과 국민에 대한 형사주권을 우선적으로 행사할 수 있다고 판단됨.

다. 명확성의 원칙

○ 본 법률안이 중대한 범죄와 형량을 규정하는 형사법규라는 점을 고려할 때, 헌법 제12조, 제13조에 규정되어 있는 죄형법정주의에 따른 형사법의 중대한 원칙인 '명확성의 원칙'을 입법과정에서 준수하여, 예방법규와 처벌법규의 기능을 보장하고, 사회보호와 피의자 인권보호라는 목적을 달성하는 것이 필요함.

○ 본 법률안이 형사관련법안으로서 그 형량이 높으므로 특히, 죄형법정주의와 명확성의 원칙에 의거하여 범죄구성요소가 명기되어야 하고, 헌재 1992.4.28. 90헌바27, 헌재 1998.4.30. 95헌가16, 헌재2002.4.25. 2001헌바26 등, 헌법재판소의 판시와 같이 명확성의 원칙을 지켜 규범의 의미내용으로부터 금지되는 내용과 허용되는 내용을 수범자가 알 수 있어야만 법적 안

정성과 예측가능성을 확보하고 법집행당국에 의한 자의적 집행을 피할 수 있을 것임.

4. 법률안에 대한 의견

가. 전체적인 의견

○ 법률안은 비교적 충실히 로마규정의 해당범죄들을 포함하고 있음.

○ 그러나, 법무부의 법률안은 처벌법규는 특히 일반인의 통상적인 해석에 의하여 금지되는 행위를 이해하기 용이하여야 한다는 명확성의 원칙에 위배될만한 여지가 있음. 이에 따라, 로마규정을 따르되, 로마규정당사국회의에서 합의한 범죄구성요소(Elements of crimes)와 그 기록에 근거하여 범죄로 규정한 행위를 더욱 명확하게 하는 노력이 필요하다고 판단됨.

○ 또한 로마규정에서 범죄로 규정하고 있는 몇 가지의 행위가 법률안에서는 포함되어 있지 않은 바, 그것을 포함하는 것이 로마규정의 법취지와 목적에도 적합하며 우리나라의 형사주권을 행사하는 근거가 될 것임.

나. 구체적인 의견

○ 법률안 제9조 제1항 제11호 “기타 비인도적 행위, 즉 사람의 신체 및 정신에 대하여 중대한 고통이나 손상을 야기하는 행위로서 본 항 각 호에 규정된 행위와 유사한 성격의 기타 비인도적 행위를 하는 것”이라는 조항은 ‘기타 비인도적 행위’가 너무 포괄적이라 죄형법정주의에 반할 우려가 있고 범죄의 구성요건이 명확하지 않으므로 ‘기타 비인도적 행위’는 삭제하고, “사람의 신체 및 정신에 대하여 중대한 고통이나 손상을 야기하는 행위로서 본 항 각 호에 규정된 행위와 유사한 성격의 다른 비인도적 행위를 하는 것”으로 수정하는 것이 바람직하다고 생각됨.

○ 법률안 제10조의 전쟁범죄 조항에서 로마규정 제8조 제1항의 “특히 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 대규모 실행의 일부로서 범하여진 전쟁범죄”라는 Threshold 조항을 삽입하는 것이 바람직하다고 판단됨. 로마규정 당사국 회의에서도 논란이 된 바, 국제형사재판소 관할의 전쟁범죄가 “단지 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 대규모 실행의 일부로서 범하여진 전쟁범죄”라고 한정된 것은 아니지만, ‘특히’라는 단어를 사용함으로써 국제형사재판소에 제소될 사건을 줄이고, 또한 기

소남용을 막으려는 의도가 있었음. 로마규정 제8조 및 법률안 제10조의 전쟁범죄가 개별적이고 산발적으로 행해졌을 때, 기존의 형법이나 군형법에 의한 처벌, 1949년 제네바협약 당사국의 의무에 의한 전쟁범죄자 이송 등이 가능하기 때문에, 본 법률안에 의하여 개별 전쟁범죄를 처벌하는 것은 기소남용의 우려와 과잉처벌의 가능성이 있기 때문임.

○ 로마규정의 국제형사재판소 관할 범죄 중 특히, 세가지 조항이 법률안에는 빠져있음. 이에 다음 세가지 행위가 법률안에 포함되는 것이 타당하다고 생각됨.

- 첫째, 로마규정 제8조 제2항 나호 (14) “적대당사국 국민의 권리나 소송행위가 법정에서 폐지, 정지 또는 불허된다는 선언”이 반드시 포함되어야 한다고 판단됨. 그 근거로서 시민적·정치적권리에관한국제협약 제4조 제2항에 의해 적법한 재판을 받을 권리는 전시에도 유보할 수 없으며, 이러한 권리는 적국민과 자국민을 구분하지 않는 보편적인 권리임.

- 둘째, 로마규정 제8조 제2항 마호 (2) “국제법에 따라 제네바협약의 식별표장을 사용하는 건물, 장비, 의무부대와 그 수송수단 및 요원에 대한 고의적 공격”이 포함되어 있지 않음. 1949년 제네바협약이 최초로 적용된 전쟁이 한국전쟁이라는 점을 감안하고 우리나라가 제네바 협약의 당사국이라는 점을 고려할 때, 제네바협약의 표장을 사용하는 제반 시설 및 요원들에 대한 공격은 제네바협약에 의거해서도 중대한 범죄라고 할 수 있음. 또한, 최근 증가하는 종족, 인종간 분쟁에서 제네바 협약상 특수한 지위를 지닌 국제적십자사의 인도적 지원의 임무를 수행하는 국제적십자요원에 대한 테러가 전쟁의 수단으로 사용된다는 점을 상기한다면, 이에 대한 고의적 공격을 전쟁범죄로 포함하는 것에 이견이 없을 것으로 판단됨.

- 셋째, 로마규정 제8조 제2항 마호 (3) “국제연합헌장에 따른 인도적 원조나 평화유지임무와 관련된 요원, 시설, 자재, 또는 차량이 무력충돌에 관한 국제법에 따라 민간인 또는 민간 대상물에 대하여 부여되는 보호를 받을 자격이 있는 한도에서 그들에 대한 고의적 공격”이 비국제적 무력충돌시의 범죄행위에 포함되지 않음. 최근 발생한 이라크 유엔요원에 대한 테러사건에서 보듯이 평화유지군이나 인도적 원조 등의 임무를 하는 요원들에 대한 테러는 빈번해지고 있으며 냉전 이후 분쟁에서 국제기구의 평화유지요원이나 인도적 지원요원에 대한 공격과 살해가 빈번해져 유엔인권고등판무관실에서 특별히 주목하고 있는 문제임. 이 조항의 적용대상이 ‘무력충

돌에 관한 국제법에 따라 민간인 또는 민간 대상물에 대하여 보호를 받을 자격이 있는 한도에서'라고 한정되어있어 이러한 시설이나 국제기구의 요원들이 직접 무력충돌에 관련되었을 때에는 잠정적으로 이 조항의 해당사항이 되지 않는 것으로 이해됨. 따라서, 이 조항을 포함하는 것이 순수한 인도적 지원이나 평화유지 임무 요원과 세계의 평화와 안보유지라고 하는 제2차 세계대전 이후 국제연합의 존립목표를 함께 보장할 수 있음.

○ 법률안 제10조 제2항은 국제전과 비국제적 성격의 무력충돌에 모두 해당되는 범죄행위들을 규정하고 있음. 그러나, 법률안 제10조 제2항 제1호, "점령국이 자국의 주민을 점령지역으로 이전시키거나..."라는 조항은 비국제적 무력충돌에는 해당되지 않는 것으로 이해될 여지가 있고, 로마규정은 비국제적 무력충돌시에는 "관련 민간인의 안전이나 긴요한 군사적 이유상 요구되지 않음에도 불구하고, 충돌과 관련된 이유로 민간인 주민의 퇴거를 명령하는 행위"라는 상이한 표현으로 동일하게 강제이주를 금지시키고 국내난민을 보호하고자 하고 있음. 이에, 로마규정 원안대로 국제전과 비국제적 무력충돌의 경우를 구분하여 법률안에 상기 범죄행위를 각기 포함하는 것이 바람직함. 이에, 국제전에서 발생한 행위는 법률안 제10조 제3항에, 비국제적 무력충돌에서 발생한 행위는 법률안 제10조 제4항을 신설, "비국제적 무력충돌과 관련하여 민간인 안전이나 긴요한 군사적 이유가 없음에도 불구하고 민간인 주민의 퇴거를 명령하는 행위"를 포함하는 것이 타당하다고 판단됨.

5. 결론

○ 법무부의 당 법률안은 로마규정 원문을 비교적 충실히 따르고 있음. 그러나, 법령이 적용자나 집행자에 대하여 신뢰할 수 있는 확고한 기초를 제시하여 자의적인 적용을 방지하고, 일반인이 금지된 행위를 이해할 수 있어야 한다는 명확성의 원칙에서 판단하면, 그 처벌행위를 구체적으로 이해하기 어려우므로 로마규정당사국회의에서 결정한 '범죄구성요건'을 참조하여 범죄행위를 정확하고 이해하기 쉽게 규정하는 것이 타당함.

○ 또한 제9조 제1항 제11호, "기타 반인도적 범죄"라는 문구는 그 범위가 너무 포괄적이라 죄형법정주의 및 법령의 명확성의 원칙에 위반될 소지가 있으므로 "기타 반인도적 범죄" 문구를 삭제하고, "사람의 신체 및 정신

에 대하여 중대한 고통이나 손상을 야기하는 행위로서 본 항 각 호에 규정된 행위와 유사한 성격의 다른 비인도적 행위를 하는 것"으로 수정하는 것이 타당함.

○ 법률안 제10조의 전쟁범죄 조항에서 로마규정 제8조 제1항의 "특히 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 대규모 실행의 일부로서 범하여진 전쟁범죄"라는 Threshold 조항이 빠져 있음으로 인하여 과잉처벌과 기소남용의 우려가 있으므로 위 문구를 삽입하는 것이 바람직하다고 판단됨.

○ 법률안에서 범죄행위로 규정하고 있지 않은 행위, 즉 로마규정 제8조 제2항 마호 (2), (3)을 법률안 제10조 제2항에 포함하고, 로마규정 제8조 제2항 나호 (14)는 법률안 제10조 제3항에 포함하는 것이 타당함. 또한 법률안 제10조 제2항 제1호의 경우, 로마규정에 따라 국제전의 경우 제10조 제3항으로 옮기고, 비국제적 무력충돌 시에는 "관련 민간인의 안전이나 긴요한 군사적 이유상 요구되지 않음에도 불구하고, 충돌과 관련된 이유로 민간인 주민의 퇴거를 명령하는 행위"를 제10조 제4항에 신설하는 것이 타당하다고 판단됨.

2003. 9. 22.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3 여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고 (2003.12.8.)

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 여성인권침해 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 안전조처를 두고 아동인권을 보호할 수 있도록 하는 것이 바람직하고,

[3] 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 가입하여 아동의 인권을 보장하기 위하여 국가가 취하여야 할 조처들을 확대해 나가는 것이 바람직함.

【주 문】 국가인권위원회는 국무총리와 외교통상부장관 및 법무부장관에게 유엔여성차별철폐협약 선택의정서 및 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아

동성매매, 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 investigation)를 시작할 수 있는 조사절차(inquiry procedure)를 규정했는데, ①정당한 이유가 있고(warranted), ②당사국이 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 가입했을지라도 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 시민정치적권리에관한국제규약 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 제1선택의정서)

(1) 가입현황 및 진행상황

- 아동협약 제1선택의정서는 2002. 2. 12. 발효, 2003. 11. 2. 현재 가입

국이 57개국이며, 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 법령개정이 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 제38조제3항의 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 안전조처들을 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 병역근무를 수락받기 전에 연령에 관한 신빙성 있는 증거를 제출할 것”을 명시하고 있음으로써, 우리나라에서 17세인 사람이 자원입대를 할 경우에 동 의정서가 제시한 최소한의 안전조처를 만족하지 못하게 됨.

- 병무청은 현실적으로 17세인 사람이 자원입대하는 경우가 거의 없어 부모 또는 후견인의 동의통보를 받는다거나 하는 절차를 따로 마련하고 있지 않다고 하나, 법적으로 동의정서를 만족시키기 위해서는, 17세가 자원입대하는 경우에 (1) 입대가 자발적일 것, (2) 민법 제5조에서와 같이 법정대

리인의 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 안전조처를 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 특별조처 및 아동 피해자에 대한 보호 및 지원서비스를 제공하도록 규정함.

- 당사국은 선택의정서에 규정된 범죄들을 예방하기 위한 법률, 행정조처, 사회정책 및 계획을 채택・강화・시행・보급(제9조제1항), 정보제공, 교육 및 훈련을 통한 예방조처와 대중 인식 제고(제9조제2항), 피해자들의 사회복귀와 회복을 포함한 적절한 지원(제9조제3항), 차별없는 피해보상(제9조제4항)을 해야 함.

- 제12조는 동 의정서 발효 후 2년 내에 아동인권에 관한 포괄적 정보를 제공하는 최초보고서를 유엔 아동권리위원회에 제출해야 하며, 이후 매 5년마다 추가보고서를 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, 청소년의성보호에관한법률에 의한 미성년은 19세 미만, 민법은 20세를 성년으로 규정하고 있으므로, 우리나라 청소년 및 미성년의 범위는 아동협약의 아동의 범위를 포함하여 만족시킴.

(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) 청소년의성보호에관한법률

- 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 견

- 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 조처들을 확대해 나가는 것이 바람직함.

3. 결 론

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조제7호에 의하여, 조약이행을 위한 행정부처간의 협조가 필요하다는 점에서 국무총리에게, '외교통상부와그소속기관직제령' 제18조제3항에 의해 외교통상부장관과 '법무부와그소속기관직제령' 제9조제3항에 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 보호조처를 확대하고,
3. 인권과 기본적 자유를 완전하고 평등하게 향유하도록 하고 이러한 권리와 자유의 침해를 방지하는 효과적인 조처를 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 위원 유 현 위원 유시춘 위원 조미경
위원 김만흠 위원 신동운 위원 이홍록 위원 정강자 위원 김덕현 위원 김오섭

4 유엔인권협약 개인통보제도에 따른 국내구제절차마련 특별법 제정 및 고문방지협약 제21조와 제22조에 대한 수락선언 권고(2003.12.8.)

국무총리와 외교통상부장관 및 법무부장관에 대하여
[1] 개인통보제도에 따른 유엔인권규약위원회 결정을 관보에 게재하고
[2] 그 결정을 이행할 수 있도록 하는 특별법을 제정하고,
[2] 고문방지협약 제21조 국가통보제도와 제22조 개인통보제도에 대하여 명시적 수락선언을 할 것을 권고한 사례

【결정요지】

[1] 유엔인권규약위원회 결정을 관보에 게재하는 것은 우리나라가 동결정을 성실히 이행하고자 한다는 것으로 이해될 수 있고, 정부의 개인의 인권보호에 대한 약속을 관보에 게재함으로써 이를 확인할 수 있으므로 동결정을 관보에 게재할 것을 권고하고,

[2] 대한민국이 가입한 유엔인권규약에 근거한 개인통보제도에 따라 대한민국의 인권침해사실이 인정되더라도 국내이행근거가 없어서 실제적인 인권침해 피해를 입은 국민들이 배상을 비롯한 효과적인 구제조치를 받지 못하는 현실을 인정하여 정부는 국제조약에 가입한 국가의 이행의무를 다할 필요가 있으며, 시혜적인 정부 정책이 아닌, 개인에게 실질적인 구제조치를 할 수 있는 특별법의 제정을 권고하고,

[3] 고문방지협약의 국가통보제도를 규정한 제21조와 개인통보제도를 규정한 제22조에 대하여 명시적인 수락선언을 함으로써 고문방지협약이 규정하고 있는 인권침해구제절차가 국민에게 유효한 것이 되도록 함과 더불어 조약당사국의 성실이행의무를 이행할 것을 권고함.

【주 문】 국가인권위원회는 국무총리와 외교통상부장관 및 법무부장관에게

1. 개인통보제도에 따른 유엔인권규약위원회 결정을 관보에 게재하고 그 결정을 이행할 수 있도록 하는 특별법을 제정할 것과
2. 고문방지협약 제21조 국가통보제도와 제22조 개인통보제도에 대하여 명시적인 수락선언을 할 것을 각 권고한다.

【이 유】

1. 조약체결국의 의무

가. 국내법과 국제법의 관계

대한민국 헌법 제6조제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정하고 있다. 대한민국이 가입하여 공포된 조약은 대한민국이 해당 조약에 대한 동의 및 조약의 의무를 성실히 이행하겠다는 약속을 표명한 것이며, 이는 주권국가로서 자발적으로 행한 행위이다. 또한, 일반적으로 승인된 국제법규, 즉 국제관습법은 보통 국가의 일반적인 관행에 의하여 명시적, 지속적으로 반대의 의사를 밝히지 않은 이상 모든 국가에게 구속력을 가지는 국제규범이라 할 수 있다.

나. 국제인권장전

세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights), 시민적·정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights), 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)을 국제인권장전(International Bill of Human Rights)이라 하며, 이것은 제2차 세계대전 이후 광범위한 인권침해를 다시는 용인하지 않겠다는 인류 열망의 표현일 뿐만 아니라, 국제법 상으로 객체(object)에 불과했던 개인을 국제법상 인권(Human Rights)을 지닌 권리의 주체로 인정하였다는 혁명적인 사건이었다.

세계인권선언은 법적 구속력이 없는 선언에 불과하나, 이 선언은 국제관습법의 지위를 획득하는 과정에 있다고 인정되며, 이 선언이 보장한 권리는 시민적·정치적권리에관한국제규약, 경제적·사회적·문화적권리에관한

국제규약, 집단학살금지협약, 여성차별철폐협약, 인종차별철폐협약, 아동권리협약 등, 구체적인 권리를 규정하는 조약으로 탄생되었다. 대한민국은 이러한 인권규약에 당사국으로서 가입 및 공포의 절차를 거치고 당사국의 이행의무 중 하나인 정부보고서를 각 인권규약위원회에 제출해왔다.

다. 국제인권규약에 대한 이행의무 및 현실

정부보고서의 내용은 인권규약이 보장하고 있는 권리를 이행하기 위하여 국가가 행한 모든 행정, 입법, 사법 조치를 포함한다. 즉, 각 인권규약을 이행하기 위하여 행정부만이 아니라 입법부, 사법부를 포함한 국가가 그 관할권 내의 개인의 인권보장을 위하여 어떠한 이행노력을 하였는가를 기술하는 것이다. 따라서, 인권보장의 책임은 행정부, 입법부, 사법부 등 모든 국가기관의 책임이라고 할 수 있다. 대통령의 조약체결권은 국가원수로서의 행위이며, 국회가 비준하였다는 것은 입법권을 가진 국회가 그 조약의 법적 효력을 인정하는 입법적 행위라고 할 수 있다. 사법부는 헌법 제6조제1항에 의하여 국내법과 동일한 효력을 가진 조약을 법해석 및 적용에 대한 일반원칙(신법우선의 원칙, 특별법우선의 원칙)에 의거하여 사법행위에 적용해야 할 것이다.

유엔경제사회문화적 권리위원회는 일반논평 3호(General Comment No.3)에서 국가의무의 본질(The Nature of States Parties' Obligations)에 대하여 서술하면서, 시민적·정치적권리에관한국제규약 당사국의 국가의무란 동 규약 제2조제1항과 제3항에 의하여 규약이 보장하고 있는 권리와 자유를 침해당한 모든 개인에게 적절한 구제조치(effective remedy)를 제공해야 하는 것이라고 서술하고 있다. 유엔인권이사회에 따르면, 적절한 구제조치는 금전적 보상 뿐만 아니라 행정적, 입법적, 사법적으로 규약의 인권을 보장하기 위한 모든 조치를 포함한다. 이것은 우리나라가 가입한 시민적·정치적권리에관한국제규약에 의하여 설립된 유엔인권이사회의 견해이며 그것이 권위있는 기관의 권고이기 때문에 성실히 따르는 것이 바람직하다는 의미에서 뿐만 아니라, 우리나라가 가입, 비준한 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaty) 제26조 성실준수의무(Pacta sunt Servanda)에 따른 것이다. 또한 1969년 비엔나 협약 제27조는 "어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니된다"라고 규정하고 있어, 우리나라가 가입한

인권규약과 배치되는 국내법은 규약에 부합하도록 개정하여야 할 것이며, 추후에 규약과 배치되는 국내법을 제정하는 것은 조약 당사국의 의무를 성실히 수행하지 않는 것이라 할 수 있다.

2. 개인통보제도

가. 개인통보제도를 규정한 인권협약

개인이 자신의 인권을 침해한 국가를 대상으로 유엔규약위원회에 제소할 수 있는 '개인통보제도'는 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1의정서, 인종차별철폐협약 제14조 및 고문방지협약 제22조, 여성차별철폐협약 선택의정서에 규정되어 있다. 대한민국은 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1의정서에 1990년 가입하여 7월부터 발효되었으며, 1997년 인종차별철폐협약 제14조에 대한 수락선언을 함으로써 인종차별철폐협약의 개인통보제도도 대한민국국민이 제기할 수 있는 권리구제의 한 방법이다. 고문방지협약 제22조의 개인통보제도는 국가가 명시적인 수락선언을 했을 경우에 효력이 발생하는데 이에 대하여 대한민국은 수락선언을 한 바 없어 개인이 대한민국을 대상으로 고문사실을 유엔고문방지위원회에 제기할 수는 없다. 마찬가지로 여성차별철폐협약 선택의정서에도 대한민국은 2003년 12월 8일 현재 가입하지 않았다.

나. 개인통보제도의 내용

개인통보제도는 각 규약이 규정하고 있는 인권을 국가가 침해했을 경우에 유엔인권규약위원회(유엔인권이사회, 인종차별철폐위원회, 여성차별철폐위원회, 고문방지위원회)에 인권침해사실을 개인이 통보하고, 각 규약위원회가 이를 심사하여 형식요건을 갖추지 못하였을 경우 각하하고, 본안심리를 한다. 통보를 할 수 있는 경우는 첫째, 침해당한 인권이 해당 인권규약에 의해 보호받고 있는 권리일 때; 둘째, 동일한 사안이 다른 국제인권구제절차를 밟고 있지 않을 때; 셋째, 국내의 구제조치를 완료하였을 때이다. 이러한 형식적 요건을 갖추지 못하였을 때 개인통보는 각하되며, 본안심리에 따라 인권침해사실이 인정되면 국가는 개인에게 적절한 조치를 제공하고 심리의 대상이 되었던 국내법령에 대한 개정을 권고하는 결정을 내린다.

다. 대한민국을 대상으로 한 개인통보사례

2003년 12월 현재 대한민국을 대상으로 인권침해를 개인이 통보할 수 있는 것은 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1선택의정서 및 인종차별철폐협약 제14조에 의해서이지만, 인종차별철폐협약에 의거하여 대한민국 정부를 대상으로 개인통보가 제기된 바는 없다. 따라서, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1선택의정서에 따라 대한민국을 대상으로 유엔인권이사회에 개인통보가 제기된 바, 1990년부터 현재까지 총 10건의 사례가 있다. 이중 3건이 심리가능성 판단 전의 사례(admissibility, 즉 각하결정 전의 사례), 1건은 각하결정, 1건은 본안심리 중에 심리를 중지(discontinue)한 경우이다. 유엔인권이사회가 개인의 권리침해를 인정한 경우는 총 4건으로 손종규 (Communication No. 518/1992), 김근태 (Communication N. 574/1994), 박태훈(Communication No. 628/1995), 강용주(Communication No. 878/1999)이다. 손종규 건은 구 노동쟁의조정법 제13조의2 '3자개입금지조항'과 관련되어 있고, 나머지 세 건은 국가보안법등 관련이다. 특히 강용주의 개인통보에 대하여 2003년 7월에 인권침해사실이 결정된 바, 준법서약제도의 적용이 실질적인 차별이므로 규약 제26조 및 제18조제1항, 제19조제1항을, 전향거부로 인한 13년간의 독방구금이 규약 제10조제1항 및 동조 제3항을 침해하였다는 결정을 내린 바 있다.

그러나, 이러한 유엔인권이사회의 인권침해결정에도 불구하고 이미 국내법원의 판결과 헌법재판소의 구제절차를 거쳤으며, 대법원의 최고재판소로서의 위치, 삼권분립 등의 이유로 인하여 이들이 실질적인 구제를 받을 수 있는 가능성은 없다고 할 것이다. 특히 손종규는 개인통보결정이후 유엔인권이사회의 결정을 근거로 하여 국내법원에 다시 소를 제기한 바, 서울지방법원 1996.11.15.선고96나27512 판결 및 대법원 1999.03.26.선고96다55877판례에 따라, 대한민국 정부가 실질적인 구제조치를 한 것은 없으며, 현재 법체계 상 실질적인 구제조치는 현실적으로 불가능해 보인다.

3. 규약인권위원회의 권한과 당사국의 이행사례

가. 유엔인권이사회 및 인권규약위원회의 권한

국제법상 국가의 동의로 가입한 조약은 이행할 의무가 있으나 이행을 강제할 주체가 부재한다는 점에서 근원적인 한계를 가지고 있다.

또한, 유엔인권이사회 등은 사법적 기관이 아니라 준사법적 기관이며, 10~25인의 위원들이 인권침해사실을 판단하는 것으로 유엔인권이사회의 결정은 재판이 아니며, 대한민국 헌법상 유엔인권이사회의 결정을 사법부의 판결과 같이 받아들일 수는 없다. 다만, 유엔인권이사회의 인권침해사실을 판단하는 권능(competence)을 인정하는 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1선택의정서에 가입한 조약당사국으로서의 의무와 유엔인권이사회의 결정이행 여부를 판단하여야 한다.

조약체결국의 의무는 그 해당조약의 형식적인 이행의무를 이행하는 것과 조약내용을 구체적으로 이행하는 것으로 나누어 볼 수 있다. 즉, 정부보고서를 제출하거나 유엔인권이사회의 결정에 대한 정부의 견해를 90일 이내에 제출하라는 것에 대해 정부의 의견을 제출하는 정부의 행위는 조약국의 의무 중 형식 및 절차에 대한 의무이행이라 볼 수 있다면, 유엔인권이사회의 인권침해 여부를 판단하는 권한을 인정하였고 그 결정의 내용을 이행하고, 시민적·정치적권리에관한국제규약에 규정된 권리를 보장하기 위한 모든 절차를 즉각적으로 이행하는 것은 조약체결국의 구체적, 실질적 의무를 이행하는 것이라 볼 수 있다.

나. 당사국의 이행사례

유엔인권이사회는 1991년부터 개인통보제도에 대한 당사국의 이행상황을 검토하고 있으며, 통계적으로 약 30퍼센트의 결정이 이행되고 있다고 보고서에서 기술하고 있다.

(1) 개인에 대한 보상제공

유엔인권이사회는 Vuolanne(265/1987)과 Torres(291/1988)가 핀랜드 정부를 대상으로 제출한 개인통보사건에 대하여 핀란드 정부에게 적절한 보상을 할 것을 권고하였으며, 각각 행정소송절차를 이용하여 최고행정법원(Supreme Administrative Court)에서 승소하고 보상을 받게 되었다. 특히, 최고행정법원의 판결(KHO 1993 A 25)은 “유엔인권이사회에 개인통보를 제출, 인권이사회가 그 개인통보사건에 대해 심리채택을 한 자는 손해배상을 받을 자격이 있고, 핀란드 정부가 조약을 위반한 경우, 핀란드는 조약위반에 대해 손해를 배상할 의무가 있기 때문에 정부는 20,000핀란드 마르카와 소송비용 일체를 지급하라”고 하였으며, 이는 개인에 대하여 적절한 구제조치를 하는 것이 조약체결국의 의무라고 판시한 것이다.

(2) 해당 법령 개정

호주의 Toonen V. Australia (Communication No. 488/1992) 사건의 경우, Tasmia주(州) 형법에서 동성연애를 범죄행위로 규정하고 있는 바, 유엔 인권이사회는 규약 제2조제1항(동등한 보호를 받을 권리), 제17조(사생활의 권리), 제26조(동등한 보호 : 차별을 받지 않을 권리)를 위반하는 차별적인 행위라고 결정하였으며, 이에 따라 호주정부가 연방법을 개정함에 따라 Tasmia주의 형법은 자동폐기되었다. 핀란드의 경우, Vuolanne와 Torres의 개인통보 이후, 각기 인권침해의 소지가 있다고 유엔인권이사회가 판단한 '군사훈련절차법'과 그에 따른 명령, 외국인법(Aliens Act)의 해당조항을 개정하였다.

(3) 그 밖의 실질적 구제

에쿠아도르 정부를 대상으로 제출한 Balanos(Communication No. 238/1987)에 대하여 유엔인권이사회는 통보자에게 효과적인 구제조치를 하고 보상을 하라는 결정을 내렸다. 통보자 Balanos는 살인혐의로 체포되어 기소될 때까지 5년 6개월을 구금되어 있었으며, 재판이 진행중임에도 이는 '효과적인 국내구제조치'를 완료할 수 없는 상황이라고 유엔인권이사회가 판단하여 본안심의를 하였고, 유엔인권이사회는 Balanos의 유, 무죄를 판단하지 않고 오직 규약상 권리의 침해 여부만을 판단하여, 에쿠아도르 정부가 규약 제9조제1항 및 제3항, 제14조제1항 및 3항(c)를 위반하였다고 결정하였다. 이에, 에쿠아도르 정부는 효과적인 구제조치로서 Balanos를 즉시 석방하였고, 보상을 제공하였으며 장기간 구금되어 있었던 점을 감안하여 정부기관인 에쿠아도르개발은행(Ecuador Development Bank)에 일자리를 마련해 준 바 있다.

(4) 유엔등 국제인권기구의 결정을 이행하기 위한 특별법제정

콜롬비아의 경우에는 유엔인권이사회 등 국제조약에 의거한 인권침해 판단 기관의 결정이 있을 시에 정부간 협의회를 내무부, 외무부, 국방부 및 법무부로 구성하여 배상액을 결정하고, 만일 국제기관의 결정을 수용할 수 없을 때에는 해당기관에 다시 문의하여 배상을 하도록 하는 특별법을 제정해 두고 있다.

다. 대한민국 정부의 입장과 그에 대한 의견

대한민국 정부는 제2차 정부보고서 및 유엔인권이사회의 결정에 대하여

정부이행상황을 통보하면서 정부의 입장을 밝히고 있다. 대한민국 정부는 개인통보제도에 따른 유엔인권이사회의 결정을 이행함에 있어 통보자가 다시 국내법원에 소를 제기하는 절차를 밟는 것이 부당하다는 인권이사회의 지적에 대하여

- 첫째, 삼권분립 및 법치주의에 위배됨. 즉, 대한민국 사법부의 최종 결정에 반대되는 결정인 경우에는 최고재판소로서의 대법원의 위상 및 법치주의를 표방하고 있는 국내법 체계와 충돌하며;

- 둘째, 국가배상법 제2조의 입증책임은 피해를 주장하는 개인에게 있으며;

- 셋째, 예외적인 경우 특별법에 따른 행정절차에 의하여 국가에서 배상을 지급할 수 있는 수단, 즉 "민주화운동관련자명예회복 및보상등에관한법률'로서 구제를 받을 수 있음을 주장하고 있다.

현재 국내법체계와 배치된다는 주장에 대하여, 국내법원이 판단하는 사안과 유엔인권이사회가 판단하는 사안은 동일하다고 할 수 없다. 국내재판부의 판단에 대해서는 유엔인권이사회가 판단하는 경우가 드물고, 개인이 형사절차에 의하여 조사를 받고, 기소되며 재판을 받는 절차와 기소가 되는 근거법이 규약이 보장하고 있는 권리를 침해하는가만을 판단할 뿐이므로, 유엔인권이사회의 결정이 대법원의 최종판결을 번복하는 것이라고는 볼 수 없다.

또한, 현행법상 개인이 국가를 상대로 보상을 받으려면 국가배상법에 의하여 공무원의 과실이나 불법행위를 입증해야 하는 책임이 있다. 국내의 재판과정에서 인권침해를 당하고 헌법재판소의 심리까지 거친 후, 유엔인권이사회에 통보하여 대략 5년간의 기간이 걸린 후에 결정이 내려진다는 점을 감안할 때, 인권을 침해당한 개인이 겪는 물적, 심적 고통과 다시 소를 제기하여 배상을 받아야 함에도 불법행위를 소를 제기한 개인이 입증해야 한다는 것은 이중고통을 야기한다고 할 것이다. 또한, 국가기관의 인권침해에 대해 국내 구제절차를 완료하고 개인통보제도에 따라 결정이 날 때까지 국내법상 공소시효가 만료하는 경우가 대부분이라 할 것이다. 따라서, 국가배상법에 의하여 소송을 다시 제기하는 것은 실효성있는 구제가 아니라고 할 것이다.

특별법에 근거한 행정절차는 민주화보상심의위원회를 제외하고는 방법이 없으며, 민주화보상심의위원회의 활동도 한시적이기 때문에 유엔인권이

사회 등의 개인통보제도에 따른 결정을 이행하는 방법으로는 효과적이지 않다고 할 것이다.

4. 결 론

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조제7호에 의하여 조약이행을 위한 행정부처간의 협조가 필요하다는 점에서 국무총리에게, '외교통상부와그소속기관직제령' 제18조제3항에 의해 외교통상부와 '법무부와그소속기관직제령' 제9조제3항에 의해 법무부에 다음과 같은 내용의 권고를 하는 바이다.

가. 유엔인권이사회 등 규약 위원회의 개인통보제도 결정문 관보게재

'법령등공포에관한법률' 제11조 및 제12조에 따르면 조약은 관보에 게재한 날로부터 공포된다. 유엔인권이사회의 결정은 물론 국가가 동의한 조약은 아니지만, 우리나라가 그 권능(competence)을 인정한 인권이사회의 결정을 관보에 게재하는 것은 우리나라가 제2차 정부보고서에서 기술한바와 같은 '적법한 공시'에 해당되며, 이는 우리나라가 인권이사회의 결정을 성실히 이행하고자 한다는 것으로 이해될 수 있고, 국내에서는 정부의 개인의 인권보호에 대한 약속을 공식적인 관보에 게재함으로써 확인하는 행위이다. 또한 정부의 입법, 정책, 기타 행위는 관보를 통하여 국민에게 공식적으로 알려지는 바, 유엔인권이사회를 포함하여 유엔규약인권위원회의 개인통보제도에 따른 결정을 관보에 게재할 것을 권고한다.

나. 국가배상 등을 포괄하는 특별법 제정

유엔인권이사회나 인종차별철폐위원회의 결정이 있을 경우, 이를 바로 국내적으로 이행하는 법률을 제정함에 있어서 재판의 요건을 갖추지 못한 규약위원회의 결정을 그대로 수용하는 것은 타당하지 않을 것이다. 한편, 행정부가 은혜적으로 피해자의 피해를 전보시키는 것은, 단시간 내에 보상을 받을 수 있는 가능성은 증가할 것이나, 국가의 인권침해사실을 인정하거나 규약과 배치되는 국내법에 대한 검토없이 시혜적인 정부 정책으로 이루어진다는 점에서 실제 규약의 의무를 이행하는 것과는 거리가 있다고 할 것이다. 따라서, 개인통보제도에 따른 결정을 이행할 수 있도록 국무총리

및 법무부, 외교통상부에 개인에게 실질적인 구제조치를 할 수 있는 근거법안을 제정할 것을 권고한다.

다. 고문방지협약 제22조의 수락선언

고문방지협약 제22조는 개인통보제도를 규정하면서 조약 당사국의 명시적인 수락선언이 있을 경우에만 그 효력을 발휘하도록 규정하고 있는데, 우리나라는 고문방지협약의 당사국임에도 명시적인 수락선언을 하지 않아 우리나라 국민과 대한민국 거주 외국인이 권리구제를 받을 수 있는 효과적인 구제절차가 되지 못하고 있다. 이에 유엔고문방지위원회는 정부보고서 심의시에 제22조에 대한 명시적인 수락선언을 할 것을 권고하고 있는 바, 국가인권위원회는 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1선택의정서와 인종차별철폐협약 제14조에 대한 수락선언을 정부가 이미 하였다는 점을 고려할 때 고문방지협약 제22조에 대한 수락선언을 거부할 타당한 이유를 찾을 수 없다. 정부보고서상의 견해도 '수락선언을 하기에 상황이 미성숙(premature)'하다일 뿐 구체적인 관련법상 근거를 찾을 수 없다. 이에, 국가통보를 규정하고 있는 고문방지협약 제21조와 더불어 개인통보제도를 규정한 동 협약 제22조에 대한 수락선언을 함으로써 대한민국 국민과 대한민국 거주 외국인들의 인권보장과 권리구제를 위해 조약당사국의 의무를 완전히 수행할 필요가 있으므로 주문과 같이 결정한다.

2003. 12. 8.

국가인권위원회 전원위원회

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

제 7 장

기타 주요 결정

1 이라크 전쟁에 대한 의견(2003.3.26.)

이라크 전쟁에 대한 국가인권위원회의 의견

- 반전 · 평화 · 인권 -

국가인권위원회는 '인류가족 모든 구성원의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유, 정의, 평화의 기초'임을 천명한 세계인권선언의 정신에 따라 국민들의 인권을 보호하고 향상시키는 고귀한 임무를 국민들로부터 위임받았다.

우리는 또한 국민의 생명권과 안전권, 국제평화의 유지와 침략적 전쟁을 부인하는 대한민국 헌법의 이념과 가치를 수호해야 하는 국가기구로서의 의무와 책임을 지고 있다.

우리는 이라크에 대한 미국과 영국의 일방적 침공이 UN안전보장이사회의 승인을 받지 않은 전쟁이며 수십만의 생명을 유린할 수 있는 반인도적 행위임을 비판하는 국제적 여론에 주목한다.

우리는 미국의 이라크 침공으로 위협받고 있는 세계평화가 곧이어 한민족의 생존에 위협으로 다가오지 않을까 깊이 우려하면서, 국가인권위원회법 제19조 제1호 및 제25조 제1항의 규정에 따라 정부와 국회에 대하여 아래와 같은 의견을 표명하고자 한다.

1. 2002년 11월 채택된 UN안전보장이사회 결의안은 이라크의 대량살상무기 해체 불이행에 따른 무력침공을 명시하지 않고 있으며, 미국이 추진 중인 '후세인 제거' 와 관련해서도 무력행위와 간섭행위를 정당화하지 않고 있다. 주지하다시피 UN은 제2차 세계대전 이후 국제사회의 최고 협의기관이었으며, 미국은 필요할 때마다 UN의 결의사항을 앞세워 여타의 국가들을 압박해 왔다. 이에 국가인권위원회는 UN의 합법적 승인을 거치지 않은 채 시작된 전쟁에 반대한다.

2. 미국은 이번 전쟁에 최첨단 무기를 총동원하며 이라크 민간인의 희생은 최소한에 머물 것이라고 주장했다. 하지만 미국의 무차별 공중폭격이 시작된 이후 이라크 민간인들의 희생은 기하급수적으로 늘고 있다. 앞으로 본격적인 지상전이 시작될 경우 희생자의 수는 더 증가할 수밖에 없다. 국가인권위원회는 이라크 민간인의 무차별적 희생을 강요하고 있는 전쟁이 더 이상 지속되는 것에 반대한다.

3. 지금 전 세계는 반전 시위로 들끓고 있다. 대한민국의 700여개 시민사회단체 연대기구인 '전쟁반대 평화실현 공동실천' 등도 전쟁반대의 입장을 공식적으로 밝혔으며, 평화운동의 흐름은 시간이 갈수록 국민적 공감대를 얻고 있다. 이에 국가인권위원회는 대한민국 정부와 국회가 평화를 갈망하는 모든 사람들의 목소리를 깊이 되새길 것을 촉구한다.

4. 대한민국 헌법 전문은 세계평화와 인류공영에 이바지할 것을 다짐하고 있으며, 헌법 제5조 제1항은 '대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다'고 명시하고 있다. 따라서 국가인권위원회는 대한민국 정부와 국회가 이라크 전쟁과 관련된 사안을 결정함에 있어서 헌법에 명시된 반전·평화·인권의 원칙을 준수해 신중히 판단할 것을 권고한다.

5. 동서고금의 인류역사가 반증하는 것처럼 인권 없는 평화와 평화 없는 인권은 모두 허망한 착각에 불과하다. 국가인권위원회는 이라크의 인권문제를 미국이 주도하는 방식으로 해결하려는 것에 반대하며, 향후 이라크인들이 국제법과 국제인권기구의 협약에 따라 자국의 문제를 평화적·인도적으로 해결하기를 희망한다.

6. 1991년 걸프전 이후 수십만명에 달하는 이라크 민간인들이 질병과 기아로 사망했다. 그해 2월 13일 미군이 바그다드의 한 공습대피소에 떨어뜨린 폭탄에 희생된 민간인 400명 가운데 300명은 어린이였다. 또한 9·11 테러에 대한 보복공격으로 시작된 아프가니스탄 전쟁에서도 무려 13,000여명의 민간인이 희생됐다. 이렇듯 현대 전쟁은 아무리 과학적으로 진행된다 해도 대규모 희생을 피할 수 없다. 그럼에도 세계의 대부분 국가들은 승전국의 실리에 눈길을 보내면서도 패전국의 처참한 현실엔 관심을 쏟지 않았다. 국

가인권위원회는 대한민국 정부와 국회가 이라크 전쟁의 희생자들이 인도적으로 보호받을 수 있도록 국제사회에 적극적으로 의견을 표명할 것을 촉구한다.

7. 대한민국 정부와 국회는 현재 진행되고 있는 이라크 전쟁을 장래의 국익과 인도주의의 관점에서 숙고해야 한다. 이라크 사태는 향후 북한 문제와 직결될 수 있고, 지금의 결정은 한반도의 긴장이 격화될 경우 중요한 잣대가 될 수 있다. 이에 국가인권위원회는 대한민국 정부와 국회가 반전·평화·인권의 원칙에 입각해 이 문제에 접근할 것을 거듭 권고한다.

국가인권위원회는 이상의 7가지 원칙에 근거해 다음과 같이 의견을 밝힌다.

1. 우리는 이라크 국민의 생명과 안전을 위협하는 전쟁에 반대한다.

2. 우리는 이라크의 정치사회적 문제가 군사력이 아닌 평화적 방법으로 해결되기를 희망한다.

3. 우리는 대한민국 정부와 국회가 이라크 전쟁으로 희생된 사람들의 인권을 위해 노력할 것을 촉구한다.

4. 우리는 대한민국 정부와 국회가 이라크와 관련된 사안을 반전·평화·인권의 대원칙에 입각해 접근할 것을 권고한다.

2003. 3. 26.
국가인권위원회

2 공중위생관리법중개정법률안에 대한 의견표명(2003.8.25.)

공중위생관리법개정안의 내용중 "선량한 풍속", "필요한 제한"의 기준, 유형, 내용등을 명확하게 규정한 후 하위법령에 위임하도록 보건복지부장관에게 개정 필요의견 표명

【결정요지】

개정법률안 제9조의2(영업의 제한) 신설조항은 "공익, 선량한 풍속, 필요한 제한" 등 구체화되어 있지 않은 포괄적 용어를 사용함으로써 기본권제한 입법이 준수해야 할 법령의 명확성의 원칙에 위반되며, 또한 안 제20조제1항 제3호에서 안 제9조의2를 위반한 경우에는 벌칙도 규정하고 있으므로 죄형법정주의와 관련하여서도 보다 명확성의 원칙이 준수되어야 하는바, 안 제9조의2에서 "선량한 풍속"이나 이에 따른 "필요한 제한"에 대해 수범자가 예측가능하도록 구체적으로 그 기본사항에 관하여 명확하게 규정한 후 하위법령에 위임하도록 개정하는 것이 타당하다는 의견 표명

【국가인권위원회 의견】

○ 보건복지부는 공중위생관리법을 개정하고자 개정법률안에 대한 국가인권위원회의 의견을 요청하여, 이에 대한 검토를 실시한 결과, 개정법률안 신설조항 제9조의2(영업의 제한)에서 사용하고 있는 "공익, 선량한 풍속"의 개념이 매우 광범위하고, 특히 "선량한 풍속"은 전혀 구체화되어 있지 않은 매우 추상적인 개념이어서 선량한 풍속 유지상 필요한 것인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수 밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하는데도 어려움이 있는 점, 이에 따라 그 필요한 제한 역시 예측하기 어렵다는 점 등에서 기본권 제한입법이 준수해야 할 법령의 명확성의 원칙에 위반되며, 또한 안 제20조제1항제3호에서 안 제9조의2를 위반한 경우에는 벌칙도 규정하고 있으므로 죄형법정주의와 관련하여서도 보다 명확성의 원칙이 준수

되어야 하는 바, 안 제9조의2에서 “선량한 풍속” 이나 이에 따른 “필요한 제한”에 대해 수범자가 예측가능하도록 구체적으로 기본사항에 관하여 명확하게 규정한 후 하위법령에 위임하도록 개정하는 것이 타당하다는 의견을 표명함.

○ 공중위생관리법 개정법률안 제9조의2는 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 시·도지사는 보건복지부령이 정하는 공중위생영업자 및 그 종업원에 대하여 영업시간 및 영업행위를 제한할 수 있도록 하고, 안 제20조제1항제3호는 이에 위반한 경우에 1년이하의 징역이나 1천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하여,

○ 공중위생영업자에게 영업행위에 관해 제한을 부여하여 수입의 감소나 운영에 지장을 초래시키고 그 제한에 위반하면 형벌을 부과하는 등, 헌법이 보장하고 있는 직업선택의 자유의 한 내용인 직업수행의 자유를 제한하는 내용을 법률로 규정하고 있으나,

○ 안 제9조의2에서 규정하고 있는 “공익, 선량한 풍속 유지”의 개념이 매우 광범위하고, 특히 “선량한 풍속”은 전혀 구체화되어 있지 않은 매우 추상적인 개념이어서 선량한 풍속 유지상 필요한 것인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수 밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하는데도 어려움이 있어 그 내용, 범위, 기준 등에 대해 대강의 예측이 가능하지 않음으로써, 수범자가 어떠한 제한으로 인하여 어떠한 불이익을 입게 될 것인지 예견하기 어려우며, 제한이 확정되기전에는 제한과 불이익 등을 비교형량하여 그 기준을 대강이라도 예측할 수 없으므로,

○ 안 제9조의2는 직업선택의 자유를 제한하고 있는 규정임에도 수범자의 예측가능성을 결여하고 법집행자의 자의적 해석이 가능한 것으로서 기본권제한입법에 대하여 요구되는 명확성의 원칙에 위반하고 있다고 판단되며, 또한 제20조제1항 제3호에서 그 위반의 경우에 벌칙을 규정하고 있는 만큼 죄형법정주의와 관련하여 그 명확성이 더욱 요구되는 바, 안 제9조의2와 제20조제1항제3호와 관련하여 안 제9조의2 에서 “선량한 풍속” 이나 이에 따른 “필요한 제한”의 기준, 유형, 내용 등에 대해 수범자가 예측가능하도록 구체적으로 그 기본사항에 관하여 명확하게 규정한 후 하위법령에 위임하도록 하는 것이 타당하다는 의견을 표명함.

【이　　유】

1. 검토의 배경

가. 보건복지부는 2003. 7. 28.에 공중위생관리법중개정법률안(이하 “개정안”)에 대한 우리 위원회의 의견을 요청하였으며(질병65445-576), 2003. 8. 9.에 동개정안을 입법예고하였습니다(보건복지부 공고 제2003-94호).

나. 개정안은 공중위생영업자 및 종업원의 직업선택의 자유를 제한하는 내용을 담고 있습니다.

다. 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 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있는 바, 개정안은 국가인권위원회법 제19조제1호에서 말하는 “인권에 관한 법령안”에 해당하는 것입니다.

라. 이에 국가인권위원회는 동 개정안에 대한 의견을 다음과 같이 표명합니다.

2. 법률안의 내용

가. 보건복지부의 법률 개정사유는 다음과 같습니다.

지방이양추진위원회에서 추진하고 있는 중앙행정권한의 지방이양계획에 따라 중앙사무의 일부를 지방자치단체에 이양하고, 신종업종에 대한 위생적인 관리를 위하여 목욕장업의 서비스제공 범위를 확대하며 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 보완하려는 것임.

나. 개정안의 주요내용은 다음과 같습니다.

(1) 목욕장업에 돌 등을 가열하여 발생되는 열기 또는 원적외선 등을 이용하여 땀을 배출하는 시설 및 설비 등의 서비스를 포함하도록 함(안 제2조제1항제3호).

(2) 공중위생영업을 폐업하고자 하는 자는 시장·군수·구청장에게 그 폐업사실을 신고하도록 함(안 제3조).

(3) 이용사 및 미용사의 면허신청, 위생서비스평가실시 등의 권한을 시·도지사에서 시장·군수·구청장으로 이양함(안 제6조 및 안 제7조, 안 제12조, 안 제13조)

(4) 공중위생영업장의 출입검사 및 개선명령, 공중위생감시원 임명 등의 권한을 보건복지부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장에서 시장·군수·구청장으로 이양함(안 제9조 및 안 제10조, 안 제14조제3항 및 제4항, 안 제15조).

(5) 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 시·도지사는 보건복지부령이 정하는 공중위생영업자 및 그 종업원에 대하여 영업시간 및 영업행위를 제한할 수 있도록 함(안 제9조의2 신설).

(6) 이용사 또는 미용사면허를 받거나 공중위생영업의 신고 등을 하는 자는 시장·군수·구청장에게 수수료를 납부하도록 함(안 제19조의2 신설).

(7) 영업의 제한 규정(안 제9조의2)에 위반한 경우에 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처함(안 제20조제1항제3호 신설).

3. 보건복지부 개정법률안에 대한 의견

가. 전체적인 의견

○ 개정안은 중앙행정권한의 지방이양계획에 따라 중앙사무의 일부를 지방자치단체에 이양하고, 일반인들이 많이 이용하고 있는 찜질방업의 관리를 위하여 이에 대한 법규정의 미비를 시정하고자 한 것으로 판단됩니다.

○ 또한, 현행 제도의 운영과정에서 나타난 미비점을 보완하고자 안 제9조의2에서 영업의 제한 조항을 신설하고, 안 제20조제1항제3호에서 이를 위반하는 경우에 대한 벌칙조항도 신설하고 있습니다.

○ 그러나, 신설하는 안 제9조의2 조항 본문은 “시·도지사는 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 보건복지부령이 정하는 공중위생영업자 및 그 종업원에 대하여 영업시간 및 영업행위에 관한 필요한 제한을 할 수 있다”고 규정함으로써, 영업시간 및 영업행위를 제한하므로, 이는 직업선택의 자유 중 직업수행의 자유 제한과 관련되므로, 이에 대한 검토가 필요하다고 판단됩니다.

나. 구체적인 의견

(1) 직업의 자유에 대한 제한과 그 한계

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념입니다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 ; 1996. 8. 29. 94헌마113 ; 2002. 9. 10. 2000헌바80 등).

○ 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 합니다. 따라서, 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 통합을 미치는 것이기 때문에 공동체의 동화적 통합을 촉진시키기 위하여 필요불가결한 경우에는 헌법 제37조 제2항 전문규정에 따라 이에 대하여 제한을 가할 수 있습니다. 즉, 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위한 목적의 정당성이 인정되는 경우에는 그러한 목적을 달성하는데 필요한 범위 내에서 법률로써 국민의 기본권을 제한할 수 있습니다. 특히 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업수행의 자유에 대하여서는 공익을 위하여 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 하고 있습니다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 ; 1995. 2. 23. 93헌가1 등).

○ 그러나, 직업수행의 자유를 제한할 때에도 그 제한의 방법이 합리적이어야 합니다.(헌재 1989.11.20. 89헌가102 ; 1995. 7. 21. 94헌마125, 1996. 8. 29. 94헌마113 등). 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적을 달성하기에 적정해야 하고, 입법목적을 달성하기 위하여 똑같이 효율적인 수단 중에서 기본권을 되도록 적게 침해하는 수단을 사용하여야 합니다(헌재 1996. 12.26. 96 헌가18 등).

○ 이러한 점에 비추어 개정안을 살펴보면, 안 제9조의2 본문 부분과 안 제20조제1항제3호는 그 규정을 통하여 공중위생업자에게 영업시간 및 영업행위에 관해 제한을 부여함으로써 수입의 감소나 운영에 지장을 초래시키고, 그 제한에 위반하면 형벌을 부과하는 등, 불이익을 주는 제재적 처분으로서 헌법이 보장하고 있는 직업선택의 자유의 한 내용인 직업수행의

자유를 제한하는 내용을 법률로 규정하고 있으나, 그 내용이 불분명하여 불이익을 예측하기 어려운 점이 있습니다.

○ 즉, 안 제9조의2 규정에 의하여 공익과 선량한 풍속을 유지하기 위하여 공중위생영업자와 종업원이 영업시간과 영업행위에 대하여 어떠한 제한을 받을 것인지를 쉽게 예측할 수 있을 것인지 의문스럽다는 점에서 법령의 명확성의 원칙과 관련되어 문제됩니다.

(2) 직업선택의 자유에 대한 제한과 명확성의 원칙

○ 법령의 명확성 원칙은 기본권 보장을 위한 것으로서, “일반 국민의 이해가능성”을 기준으로 법률 그 자체의 문언상 표현의 명확성을 요구하는 것입니다. 이 원칙은 그 법률의 지위에 어울리는 용어, 문언 그 자체에 의한 판단이 가능해야 한다는 원칙, 판단대상과 기준 및 방법이 명확해야 한다는 내용을 포함하는 것입니다.

○ 또한, 일반국민의 이해가능성을 위해서 권리 제한이나 의무 부과 법률의 경우에는 법률 그 자체에서 입법의도가 완결되어야 함을 입법자에게 요구하는 것이며, 예외적으로 위임하는 경우에도 내용이 예견가능하도록 구체적・개별적으로 이루어져야 하고, 위임의 긴급한 필요성, 타당성 및 부득이한 사정이 있어야 할 것을 요청하는 것입니다.

○ 명확성의 원칙을 관철하여야 할 가장 큰 이유는 법령의 수범자인 국민에게 예측불허의 불이익을 주지 않도록 하는 것에 있습니다.

○ 이에 대하여 헌법재판소는 “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다” 라고 판시한 바 있습니다(헌재 1998.4.30. 95헌가16).

○ 또한, 헌법재판소는 “법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정되어야 하는 것이다(헌재 1992. 4.28. 90헌바27 등)” 라고 판시한 바 있습니다.

○ 따라서, 법령은 그 수범자에 대하여 ‘공정한 고지’ 또는 ‘공정한 경고

‘를 흠결해서는 안됩니다. 수범자가 어떠한 행위를 하기 이전에 그 행위가 어떠한 법령의 금지나 제재 대상에 포함되는지를 예견할 수 있는 가능성이 있어야 합니다. 즉, 법령이 행위규범으로서 수범자에 대하여 금지되는 행위를 충분히 예고하고 있는지 여부를 판단할 수 있어야 합니다.

○ 특히 위반에 대한 처벌이 규정되어 있는 경우에는 죄형법정주의와도 관련됩니다. 죄형법정주의는 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌의 내용을 국민의 대표로 구성된 입법부가 성문의 법률로 정하도록 함으로써 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형법의 기본원칙으로서, 형벌법규의 ‘보장적 기능’을 수행하는 것입니다. 따라서, 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며, 만약 범죄의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 내용과 적용범위가 과도하게 광범위하거나 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의의 원칙에 위배될 것입니다.

○ 그러므로, 국민의 직업선택의 자유중 직업수행의 자유(영업의 자유) 제한과 그 제한에 위반한 경우에는 징역과 벌금이라는 불이익을 부과하고 있는 동법의 경우에 명확성의 원칙이 준수되지 않는다면 그 내용과 효력이 국민의 인권에 바로 영향을 미치기 때문에 보다 명확하여야 한다고 보아야 합니다.

○ 안 제9조의2에 의하면 “공익상 필요하거나 또는 선량한 풍속의 유지를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 … 영업시간 및 영업행위에 관하여 필요한 제한을 할 수 있다” 고 규정하고 있으므로, 이러한 공익상, 선량한 풍속의 유지상 필요한 제한의 내용, 범위, 기준 등에 대해 대강의 예측이 가능한지 여부에 따라 위 명확성의 원칙이 지켜졌는지 여부가 가려질 것입니다.

○ 이 예측가능성의 유무는 해당 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적・체계적으로 종합・판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적・개별적으로 검토되어야 합니다(헌재 1995. 7. 29. 93헌가12 ; 1995. 7. 21. 94헌마125 등).

○ 위와 같은 사항들을 고려하여 살펴보면, 현행 공중위생관리법은 “공중이용하는 영업과 시설의 위생관리 등에 관한 사항을 규정함으로써 위생수준을 향상시켜 국민의 건강증진에 기여함”을 목적으로 하고 있습니다(제

1조). 따라서, 공중위생관리법의 주 규정은 위생관리에 관련된 내용입니다.

○ 그런데, 안 제9조의2에 의한 공중위생영업의 직업수행의 자유를 제한하는 “필요한 제한”의 경우에는 그 제한의 사유인 “공익, 선량한 풍속 유지”의 개념이 매우 광범위합니다. 특히 “선량한 풍속”은 전혀 구체화되어 있지 않은 매우 추상적인 개념이어서 선량한 풍속 유지상 필요한 것인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수 밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하는데도 어려움이 있습니다.

○ 그러므로, 안 제9조의2 본문부분은 수범자가 어떠한 제한으로 인하여 어떠한 불이익을 입게 될 것인지 예견하거나, 제한과 불이익 등을 비교형량하여 그 기준을 대강이라도 예측할 수 있도록 법률에 명확히 정하여야 하고, 하위 법령에 위임하는 경우에도 법령에 위임되는 기본내용을 파악할 수 있도록 정하여야 할 것인데, 이 점을 간과하고 있다고 할 것입니다.

○ 예컨대, 현행 법률 제11조(공중위생영업소의 폐쇄등) 제1항 본문은 “시장·군수·구청장은 공중위생영업자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하거나 또는 풍속영업의규제에관한법률·청소년보호법·의료법에 위반하여 관계행정기관의 장의 요청이 있는 때에는 6개월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지 또는 일부 시설의 사용중지를 명하거나 영업소 폐쇄 등을 명할 수 있다”고 규정하고 있고, 제2항에서는 “제1항의 규정에 의한 영업의 정지, 일부시설의 사용중지와 영업소폐쇄명령 등의 세부적인 기준은 보건복지부령으로 정한다” 고 규정하여 행정처분의 구체적 사유와 그에 따른 행정처분의 유형을 분명하게 명시하고, 행정처분의 유형에 따른 기준에 대해서 하위법령에 위임하고 있습니다.

○ 이러한 현행 법률 제11조 규정에 비하여, 안 제9조의2 규정에서는 그 필요한 제한 사유의 대강이나 제한의 대강의 유형이라도 예측할 수 있게 규정하지 아니한 채, 단지 “공익상 필요, 선량한 풍속 유지를 위하여 필요,” “필요한 제한” 이라고 포괄적으로 규정하고, 이에 대한 구체적 내용을 대통령령이나 부령에서 규정할 것을 위임하지도 않고 있음으로써, 이는 결국 일반국민의 예측가능성을 결여하여 직업선택의 자유라는 기본권을 제한하고 있는 입법이 준수해야 할 명확성의 원칙을 위반하고 있다고 할 것입니다.

4. 결 론

○ 법령은 적용자나 집행자에 대하여 신뢰할 수 있는 확고한 기초를 제시하여 그 법령이 원래 의미하고 목적하는 바 이상의 자의적인 적용을 방지할 수 있어야 합니다.

○ 안 제9조의2 규정은 직업선택의 자유를 제한하고 있는 규정임에도 “선량한 풍속,” “필요한 제한,” 등 포괄적 용어를 사용함으로써 수범자의 예측가능성을 결여하고 법집행자의 자의적 해석이 가능한 것으로서 기본권제한입법에 대하여 요구되는 명확성의 원칙에 위반하고 있다고 판단되며, 또한 제20조제1항제3호 규정에서 그 위반의 경우에 벌칙을 규정하고 있는 만큼 죄형법정주의와 관련하여 그 명확성이 더욱 요구되는 것입니다.

○ 따라서, 안 제9조의2 규정과 제20조제1항제3호 규정과 관련하여 안 제9조의2 규정에서 “선량한 풍속”이나 “필요한 제한”의 기준, 유형, 내용 등에 대해 수범자가 예측가능하도록 구체적으로 그 기본사항에 관하여 명확하게 규정한 후 하위법령에 위임하도록 개정하는 것이 타당하다고 판단됩니다.

2003. 8. 25.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

3 행정절차법시행령중개정령안에 대한 의견(2004.6.9.)

[1] 행정예고 대상에 노인, 아동, 장애인 등 사회적 소수자에 관한 정책을 포함하고, 국민에 불편을 주는 시설에서 장애인복지시설은 제외하며, 공청회 등 약식절차에 의한 의견수렴을 거치는 정책도 행정예고대상에 포함시켜야 하고,

[2] 정책관련 사항의 공표 예외 조건을 엄격히 규정하여 국민들의 알 권리를 확대해야 하고, 특정 정책이나 계획에 대한 국민들의 행정예고 청구 가능규정을 신설하도록 의견 표명한 사례

【결정요지】

[1] 개정안 제24조제1호는 여성의 지위향상을 행정예고 대상으로 규정하고 있는데, 이와 더불어 국가가 복지와 권리 이익 향상을 위해 힘써야 할 대상으로 헌법에서 규정하고 있는 노인, 아동, 장애인 등 사회적 소수자에 관한 정책도 행정예고 대상에 포함시키는 것이 바람직하고,

[2] 개정안 제24조제3호는 장애인 복지시설을 발전소·핵폐기물처리장·쓰레기소각장·매립장·공동묘지·화장장·납골시설 등 국민에 불편이나 부담을 주는 시설의 범주에 포함시키고 있는데, 이는 평등권을 규정한 헌법에 위배될 뿐만 아니라 장애인에 대한 차별을 금지하고 있는 장애인복지법에 배치되기 때문에 장애인복지시설 부분은 삭제되어야 하고,

[3] 개정안 제24조는 공청회, 공람, 토론회, 설명회 등의 의견수렴을 거치는 정책이나 제도는 행정예고를 하지 않을 수 있다고 규정하고 있는데, 행정예고가 행정청의 구체적 처리의무를 부과하는 정식절차인 반면에 행정청의 일방적인 설명회나 단순 공람절차는 약식절차이기 때문에 공청회, 공람, 토론회, 설명회 등 의견수렴을 실시할 수 있다고 규정하고 있는 정책이나 제도 및 계획 등도 행정예고 대상에 포함시켜야 하고,

[4] 개정안 제24조의3은 정책과 계획의 관련사항을 “특별한 사유가 없는 한 공표하여야 한다”고 규정하고 있는데, 특별한 사유가 무엇인지 불

분명하고 특별한 사유의 존재 여부가 행정청에 의해 판단된다는 점에서 행정청의 재량권을 과도하게 부여하여 적법절차의 원칙을 위배할 수 있으므로 공표 예외 조건을 보다 엄격히 규정해야 하고,

[5] 개정안 제24조제8호에서 “그 밖에 행정청이 행정예고가 필요하다고 인정하는 정책·계획 등”을 행정예고 대상으로 할 수 있다고 규정하는 등 행정예고 대상 규정이 행정청의 판단 위주로 되어 있는데, 이는 행정절차법이 지향하는 행정과정에의 국민의 직접참여 확대를 통한 행정의 민주성 증진과 국가의 정책에 대한 국민들의 자기결정권 강화라는 정신에 부합하지 못하므로 일정 수 이상의 국민의 연서를 통한 특정 정책이나 계획에 대한 행정예고 청구를 가능하게 하는 규정을 신설해야 할 것임.

【참조결정】 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정, 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정

【참조조문】 헌법 제1조, 제11조, 제12조, 제26조, 제34조, 시민적·정치적권리에관한국제규약 제1조, 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약 제1조, 행정절차법 제1조, 장애인복지법 제1조, 제8조, 부패방지법 제40조, 부패방지법시행령 제47조, 공공기관의정보공개에관한법률 제9조

【주 문】 행정자치부의 행정절차법시행령 개정안에 대한 의견 요청이 있어 아래와 같이 국가인권위원회의 의견을 표명합니다.

- 아 래 -

1. 개정안 제24조제1호는 여성의 지위향상을 행정예고 대상으로 규정하고 있는데, 이와 더불어 국가가 복지와 권리이익 향상을 위해 힘써야 할 대상으로 헌법에서 규정하고 있는 노인, 아동, 장애인 등 사회적 소수자에 관한 정책도 행정예고 대상에 포함시키는 것이 바람직할 것임.
2. 개정안 제24조제3호는 장애인 복지시설을 발전소·핵폐기물처리장·쓰레기소각장·매립장·공동묘지·화장

장·납골시설 등 국민에 불편이나 부담을 주는 시설의 범주에 포함시키고 있는데, 이는 평등권을 규정한 헌법에 위배될 뿐만 아니라 장애인에 대한 차별을 금지하고 있는 장애인복지법에 배치되기 때문에 장애인복지시설 부분은 삭제되어야 할 것임.

3. 개정안 제24조는 공청회, 공람, 토론회, 설명회 등의 의견수렴을 거치는 정책이나 제도는 행정예고를 하지 않을 수 있다고 규정하고 있는데, 행정예고가 행정청의 구체적 처리의무를 부과하는 정식절차인 반면에 행정청의 일방적인 설명회나 단순 공람절차는 약식절차이기 때문에 공청회, 공람, 토론회, 설명회 등 의견수렴을 실시할 수 있다고 규정하고 있는 정책이나 제도 및 계획 등도 행정예고 대상에 포함시켜야 할 것임.
4. 개정안 제24조의3은 정책과 계획의 관련사항을 “특별한 사유가 없는 한 공표하여야 한다”고 규정하고 있는데, 특별한 사유가 무엇인지 불분명하고 특별한 사유의 존재여부가 행정청에 의해 판단된다는 점에서 행정청의 재량권을 과도하게 부여하여 적법절차의 원칙을 위배할 수 있으므로 공표 예외 조건을 보다 엄격히 규정해야 할 것임.
5. 개정안 제24조제8호에서 “그 밖에 행정청이 행정예고가 필요하다고 인정하는 정책·계획 등”을 행정예고 대상으로 할 수 있다고 규정하는 등 행정예고 대상 규정이 행정청의 판단 위주로 되어 있는데, 이는 행정절차법이 지향하는 행정과정에의 국민의 직접참여 확대를 통한 행정의 민주성 증진과 국가의 정책에 대한 국민들의 자기결정권 강화라는 정신에 부합하지 못하므로 일정 수 이상의 국민의 연서를 통한 특정 정책이나 계획에 대한 행정예고 청구를 가능하게 하는 규정을 신설해야 할 것임.

【이 유】

Ⅰ. 판단배경

행정자치부로부터 2004. 5. 10. 행정절차법 시행령 개정안에 대한 의견조회 요청 공문을 접수하였다(공개행정과-326).

본 시행령 개정안은 행정예고 대상에 노인, 아동, 장애인 등의 지위향상 관련 규정이 없다는 점과 장애인복지시설을 국민기피 또는 혐오시설의 범주에 포함시키고 있다는 점에서 헌법에서 규정하고 있는 장애인과 사회적 소수자에 대한 국가의 보호 의무를 반영하지 못했고, 또한 개정안은 정책·계획 등 관련사항 공표 관련 조항에서 광범위한 적용제외 규정을 포함하고 있어서 고지(notice)와 청문(hearing)을 중심으로 하는 적법절차의 원칙을 위배하고 국민들의 알권리를 침해하는 등 인권과 밀접히 관련된 것으로 판단되어 국가인권위원회법 제19조제1호에 의거하여 법령 검토에 착수하였다.

Ⅱ. 판단기준

본 개정령안의 인권침해 여부 판단은 헌법 제1조제2항(국민주권), 헌법 제11조제1항(평등권), 헌법 제12조제1항(적법절차의 원칙), 헌법 제26조제1항(청원권), 헌법 제34조제3항·제4항·제5항 (여성과 노인, 청소년, 장애인 복지와 권익 향상을 위한 국가의무), 행정절차법 제1조(목적), 장애인복지법 제1조(목적), 장애인복지법 제8조(차별금지), 부패방지법 제40조(감사청구권), 부패방지법시행령 제47조(감사청구인), 공공기관의정보공개에관한법률 제9조(비공개대상정보), 시민적·정치적권리에관한국제규약 및 경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약 각 제1조제1항(자결권) 등에 의거하였다.

Ⅲ. 판단내용

1. 행정예고 대상에 노인과 아동, 장애자 등에 관한 정책과 계획 추가(개정안 제24조제1호)

개정안 제24조제1호는 국민생활에 커다란 영향을 미치는 정책과 계획을 행정예고 대상으로 구체적으로 예시하면서 여성의 지위향상을 포함하고 있다.

개정안 제24조제1호에 여성의 지위향상을 제시한 것은 여성의 권리와 지위향상에 관련된 정책에 대한 정보의 공개를 통해 정책의 투명화를 지향한다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

이러한 취지를 더욱 충분히 살리기 위해서는 헌법 제34조에서 여성(제3항)과 함께 국가가 그 복지와 권리 이익의 향상에 힘써야 할 대상으로 규정하고 있는 노인과 청소년(제4항), 장애자(제5항) 등에 대해서도 같은 기준을 적용하는 게 타당할 것이다.

따라서 개정안 제24조제1호에 '장애인, 노인, 아동 등의 권리와 지위향상과 관련된 정책과 계획'을 행정예고 대상에 포함시켜야 할 것이다.

2. 장애인 복지시설을 국민에 불편이나 부담을 주는 시설의 범주에서 삭제(개정안 제24조제3호)

개정안 제24조제3호는 장애인복지시설을 핵폐기물처리장, 쓰레기소각장, 묘지 등 일반적으로 국민에게 불편이나 부담을 주는 것으로 인식되고 있는 시설의 범주에 포함시키고 있다.

개정안 제24조제3호는 장애인에 대한 보호를 국가의 의무로 규정한 헌법 제34조제5항과 "장애인의 인간다운 삶과 권리 보장을 위한 국가와 지방자치단체 등의 책임"을 규정하고 있는 장애인복지법 제1조에 배치되는 것으로 장애인 인권을 심각하게 침해하는 것이다.

개정안 제24조제3호는 장애인에 대한 편견과 배제에 바탕한 발상으로 헌법 제11조에서 규정한 평등권과 장애를 이유로 하는 차별을 금지하고 있는 장애인복지법 제8조에 배치되는 것이다.

따라서 개정안 제24조제3호는 장애인권리 보호에 대한 국가의 책임을 위

반하는 것으로 이 조항에 장애인복지시설을 포함하고 있는 것은 적절하지 않으므로 장애인복지시설은 제외되어야 할 것이다.

3. 별도의 의견수렴 규정이 있는 정책과 계획도 행정예고 대상에 포함(개정안 제24조)

개정안 제24조는 행정예고의 대상이 되는 정책과 계획 중에서 공청회·공람·열람·토론회·설명회 등 별도의 의견수렴 절차를 규정하고 있는 것은 행정예고를 하지 않을 수 있다고 규정하고 있다.

행정예고는 국민들의 의견 제출과 그에 따르는 행정청의 구체적인 처리의무를 부과하는 '정식절차'에 해당되는 것으로 행정청의 일방적인 설명회나 단순 공람절차와 같은 '약식절차'와는 그 목적이나 기능이 상이하다.

따라서 시행령 개정을 통해 행정예고 기능을 강화시키고자 한다면 공청회·공람·열람·토론회·설명회 등을 통한 의견수렴 절차를 규정하고 있는 정책과 계획이라고 하더라도 행정예고의 대상에 포함시켜 정책결정 과정에 대한 보다 광범위한 국민 참여를 보장해야 할 것이다.

4. 정책과 계획 관련 사항 공표 배제 조항을 보다 명확히 규정(개정안 제24조의3)

개정안 제24조의3은 정책과 계획 관련 사항의 공표를 규정하면서 '특별한 사유가 없는 한' 공표하여야 한다는 단서 규정을 두고 있다.

이 단서 규정은 '특별한 사유가 있으면' 정책과 계획에 관련된 기준·진행절차·진행상황·담당자를 공표하지 않아도 된다고 해석될 수 있어 행정의 투명성과 민주성을 모색하는 행정절차법의 취지에 어긋난다고 할 수 있다.

'특별한 사유'가 무엇인지 불분명하고, '특별한 사유'가 있는지 여부가 행정청의 판단에 좌우되는 결과를 빚을 수 있는데, 이는 행정청이 정책과 계획에 관련된 사항을 자의적으로 공표하지 않을 근거로 활용될 수 있다는 점에서 국민생활에 커다란 영향을 미치는 정책수립에 대한 국민들의 알 권리와 자기결정권을 침해할 수 있다고 할 수 있다.

이처럼 '특별한 사유' 규정으로 인한 행정청의 과도한 재량권 부여는 '적

법한 절차'와 관련, "국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적합성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적 적법성이 있어야 한다"는 헌법재판소의 판결(92헌가8)에서 확인된 헌법 제12조제1항과 제3항의 적법절차의 원칙을 위배하는 것일 뿐만 아니라 고지(notice)와 청문(hearing)을 핵심으로 하는 적법절차의 원칙에 기초해 행정기관이 행하는 행정입법 및 행정행위에 대한 예고를 절차적으로 체계화한 행정절차법의 법 취지를 반영하지 못하고 있다.

따라서 개정안 제24조의3의 "특별한 사유가 없는 한" 이라는 규정은 더욱 구체적인 조건을 적시하는 것으로 변경되어야 할 필요가 있다. 예를 들어 공공기관의정보공개에관한법률 제9조를 참고하여 "1. 국가의 안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우, 2. 국민의 생명·신체 및 재산에 대한 현존하고 명백한 침해가 예상되는 경우, 3. 진행 중인 재판·수사·공소의 제기와 관련하여 공표될 경우 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 수 있는 경우, 4. 개인의 사생활의 비밀과 자유를 명백히 침해할 우려가 있는 경우 등"과 같이 제한규정이 보다 명확히 규정되어야 할 것이다.

5. 국민의 요구에 의한 행정예고 신청 가능 규정 신설(개정안 제24조 전반)

개정안은 제24조제8호에 "그 밖에 행정청이 행정예고가 필요하다고 인정하는 정책·계획 등"을 행정예고 대상으로 규정하는 등 전체적으로 행정예고의 대상이 행정청의 판단에 의해 결정되도록 규정하고 있다.

개정안은 행정절차법의 취지인 정책과 계획 시행 이전의 국민들의 의견수렴과 정책에의 반영을 통한 행정의 효율성과 민주성의 극대화를 이루는데 필수적인 국민에 의한 행정예고 요청에 대해서 규정하고 있지 않다.

이는 개정안이 헌법 제1조와 제26조의 규정에 의해 보장된 국민주권과 청원권 실현에 미흡하다는 점과 그동안 행정절차법의 한계로 지적되어 왔던 행정청에의 과도한 재량권 부여로 인한 행정청 주도의 행정예고라는 문제점을 여전히 개선하지 못하고 있다고 할 수 있다.

정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알 권리와 정보공개를 청구할 권리에 대해 헌법재판소는 "알 권리의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알권리 즉, 국민의 정부에

대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것"이라는 판결(헌법재판소 1989.9.4.선고 88헌마22결정)에 잘 규정되어 있다.

부패방지법 제40조제1항과 부패방지법시행령 제47조에 규정된 국민감사청구의 경우는 성인 300인 이상의 서명으로 감사원에 감사를 청구할 수 있도록 하고 있어 국민에 의한 행정절차 참여를 보장하고 있다.

따라서 부패방지법의 국민에 의한 감사청구권 보장을 참조, 개정안에 제24조제9호를 신설하여 "일정 수 이상의 국민이 연서를 통해 행정예고를 요청하는 정책·계획 등" 과 같은 규정을 두거나 모법인 행정절차법에 이 같은 조항을 포함시킬 필요가 있다.

Ⅳ. 결 론

1. 행정예고 대상에 노인과 아동, 장애자 등에 관한 정책과 계획 추가(개정안 제24조제1호)

여성의 지위향상 뿐만 아니라 국가가 복지와 권리 이익 향상을 위해 힘써야 할 대상으로 헌법에서 규정하고 있는 노인, 아동, 장애인 등 다른 사회적 소수자에 관한 정책을 행정예고 대상에 포함시켜야 할 것이다.

2. 장애인 복지시설을 국민에 불편이나 부담을 주는 시설의 범주에서 삭제(개정안 제24조제3호)

장애인 복지시설을 국민에 불편이나 부담을 주는 시설의 범주에 포함시켜 평등권을 규정한 헌법에 위배되고 장애인에 대한 차별을 금지하고 있는 장애인복지법에 배치되기 때문에 장애인복지시설 관련 규정은 삭제되어야 할 것이다.

3. 별도의 의견수렴 규정이 있는 정책과 계획도 행정예고 대상에 포함(개정안 제24조)

행정예고는 행정청의 구체적 처리의무를 부과하는 정식절차이므로 공청회, 공람, 토론회, 설명회 등 약식절차에 의한 별도의 의견수렴을 거치는 정책도 행정예고 대상에 포함시켜야 할 것이다.

4. 정책과 계획 관련 사항 공표 배제 조항을 보다 명확히 규정(개정안 제24조의3)

정책과 계획의 관련사항의 공표의무를 규정하면서 “특별한 사유가 없는 한”이라는 단서를 두는 것은 행정청의 재량권을 지나치게 부여하여 적법절차의 원칙을 위배한 것이므로 공표 배제 요건을 보다 엄격히 규정해야 할 것이다.

5. 국민의 요구에 의한 행정예고 신청이 가능한 규정 신설(개정안 제24조 전반)

행정예고 규정이 행정청의 판단 위주로 되어 있어 행정의 민주성과 국민들의 자기결정권 실현에 미흡하므로 일정 수 이상의 국민의 연서를 통한 특정 정책이나 계획에 대한 행정예고 요청이 가능하게 하는 규정을 신설해야 할 것이다.

이에 국가인권위원회법 제19조제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 6. 9.

국가인권위원회 제1소위원회

위원장 박경서 위 원 정강자 위 원 김덕현

판 권
소 유

국가인권위원회결정례집 (제1집)

2005년 1월 일 인쇄
2005년 1월 일 발행

발 행 국가인권위원회
편 집 인 권 정 책 국
인 쇄 대 종 파 이 오

ISBN 89-90475-61-9 94340 <비매품>
ISBN 89-90475-60-0 (세트)