

# 국가인권위원회법 해설집



국가인권위원회

## 발 간 사

국가인권위원회는 “모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적”으로 2001년 11월 출범하였다. 출범 이래 지난 4년여 동안 국가인권위원회에 접수된 진정·상담·안내 건수는 무려 9만 건에 육박하여 국가인권위원회에 대한 국민적 기대와 요구가 어느 정도인지 잘 보여 주고 있다. 이미 국내에서는 법원을 필두로 정부 내 각종 기관이나 위원회가 국민의 권리구제기관으로 활동 중임에도 불구하고 국가인권위원회로 슬한 하소연이 집중되고 있는 사실은 아직도 우리 사회에서 부당하게 차별받고 억울하게 권리침해를 당하는 사람들이 적지 않다는 사실과 이들을 위한 좀더 간이하고 편리한 구제기관이 왜 필요한가를 나타내주고 있다.

이제 국가인권위원회는 지난 4년간의 소속직원들의 헌신적인 노력을 바탕으로 어느 정도 선례도 집적되고 운영의 틀도 자리 잡혀 가고 있다고 평가된다. 그러나 입법·사법·행정 어느 부서에도 속하지 않는 독립적 기관으로 인권의 보호와 향상만을 전담하는 국가기관으로서의 국가인권위원회의 역할과 임무가 정확히 무엇인지에 대한 국민적 이해는 충분하지 않다고 판단된다. 정부내 공무원들도 『국가인권위원회법』 내용에 대한 오해를 가지는 경우가 있으며, 위원회 소속원들까지 때로는 법에 규정된 절차와 임무에 이견을 표출하는 사례 또한 없지 않다. 이에 위원회 자체도 『국가인권위원회법』에 대한 좀더 상세하고 표준화된 해설서의 필요성을 느끼게 되어, 지난 2005년 5월 발간위원회를 구성하고 해설서 간행 작업에 착수하였다. 우선 정인섭 인권위원이 위원장으로, 김엘림 한국방송대학교 교수, 정연순 변호사, 김형완 인권상담센터 소장이 기획위원으로 위촉되어 수차례의 협의를 통하여 집필자 선정과 집필 원칙, 내용 구성안을 확정하고 작업 진행을 계속한 끝에 오늘의 결과물을 상재하게 되었다.

이 책은 현행 『국가인권위원회법』을 조문순으로 해설하기로 하고, 그 내용 속에는 지난 4년간 국가인권위원회의 운영실제, 결정 선례, 헌법재판소 및 국내 법원의 관련 판례, 정부내 다른 기관과의 비교, 그간 국회로 제안되었던 개정 법률안의 내용, 외국 및 국제기관에서의 사례 비교, 국내외 학자들의 이론적 주장 등을 망라하여 담고 있다. 『국가인권위원회법』 자체뿐 아니라, 시행령, 시행규칙은 물론 자체내 각종 규정에 관한 내용도 포함시켰음은 물론이다. 조문의 성격에 따라서는 실제 결정 선례나 국내 판례에 치중하여 설명된 경우도 있고, 이론적 탐구가 중심이 된 경우도 있다. 참여 필자들로서는 이 책을 통하여 『국가인권위원회법』에 대한 일반인의 기본적 이해를 돕우는 한편, 국가인권위원회 소속직원들의 실제 업무처리에 있어서 지침서 역할을 제공하겠다는 목적의식 하에 원고를 작성하였다. 다만 이 책의 내용이 국가인권위원회의 공식적인 입장을 나타내는

것은 아님을 유의하기 바란다. 이 책을 작성하기 위하여 집필자들은 여러 차례 자체 의견 교환과 인권위원들에 대한 내용 회람, 소속직원들과의 협의 및 자문을 받았으나, 그 내용은 어디까지나 집필자의 의견이다.

이 책의 집필에 참여한 필자는 다음과 같다. 정인섭, 김엘림, 정연순 3인이 책임 집필 위원으로서 전체의 내용을 3분하여 정인섭은 『국가인권위원회법』 총론 제1절과 제3절, 제1장, 제2장, 제3장, 제5장 및 제6장의 집필책임을 담당하였다. 세부적으로는 임진원 및 김종수 양인이 집필에 참여하여 정인섭과 공동으로 작업을 수행하였다. 정연순은 제4장 제1절 권리침해행위부분과 제4장 제2절과 제3절의 집필책임을 담당하였다. 그중 제2절과 제3절의 집필에는 김진 변호사가 추가로 참여하였다. 김엘림은 총론 제2절과 제4장 제1절중 차별행위 관련부분의 집필책임을 담당하였다. 세부적으로 차별행위의 정의부분은 송석윤 교수(서울대학교), 종교, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색을 이유로 한 차별행위부분은 이승욱 교수(부산대학교), 나이, 사회적 신분, 병력, 출신지역을 이유로 한 차별행위부분은 조용만 교수(건국대학교), 장애를 이유로 한 차별행위부분은 박종운 변호사, 전과를 이유로 한 차별행위부분은 최정학 교수(울산대학교), 사상·정치적 의견을 이유로 한 차별행위부분은 김종철 교수(연세대학교), 성적 지향을 이유로 한 차별행위부분은 양현아 교수(서울대학교), 신체조건, 가족상황을 이유로 한 차별행위부분은 박선영 박사(한국여성개발원)가 추가로 참여하였다. 아울러 국가인권위원회 인권상담센터의 김형완 소장과 김정린, 김은희 3인도 제출된 원고에 대한 전반적인 내용검토와 부분적인 보완작업에 참여하였다. 이상 여러 집필자들의 참여에도 불구하고 이 책의 내용에 대한 최종적인 책임은 발간위원장인 정인섭을 비롯하여 김엘림, 정연순 3인의 책임집필자에게 있다.

참여 필자들로서는 『국가인권위원회법』 해설집 제작이라는 막중한 작업에 참여하게 된 것을 보람으로 느끼면서도, 한편 여러 가지로 부족하고 미흡한 부분이 적지 않은 이 책을 세상에 내 놓으면서 과연 한 줄 한 줄의 내용이 제대로 작성되었는가에 대하여 일말의 걱정도 금할 수 없다. 처음으로 제작되는 해설서인 만큼 앞으로 지속적인 수정과 보완을 통하여 좀더 완벽한 책자로 발전될 수 있기를 기대하며, 우선은 이 책자가 국가인권위원회의 보다 활발한 운영과 폭넓은 이용에 조금이라도 기여하기를 바라는 마음 간절할 뿐이다. 끝으로 이 책의 기획 단계부터 마무리에 이르기까지 모든 실무적인 지원에 헌신적인 노력을 기울인 인권상담센터 김형완 소장과 김정린, 김은희 3분에게 특별한 감사를 보낸다.

2005년 12월

『국가인권위원회법 해설집』 발간위원회를 대표하여

**정 인 섭**



- | 제 1 절 | 입법 취지 및 배경 ..... 1
  - 1. 국가인권위원회 설립의 국제적 배경 ..... 1
  - 2. 국가인권위원회의 설립 ..... 3
    - 가. 『국가인권위원회법』의 제정과정 ..... 3
    - 나. 국가인권위원회의 설립 의의 ..... 4
  - 3. 국가인권위원회의 운영 현황 ..... 4
  
- | 제 2 절 | 국가인권위원회법과 다른 국내법과의 관계 ..... 6
  - 1. 헌법과의 관계 ..... 6
  - 2. 다른 인권관계법과의 관계 ..... 6
    - 가. “인권”용어를 정의한 최초이자 유일한 법 ..... 6
    - 나. 인권보장구현에 관한 기본법 ..... 6
    - 다. 국민과 외국인의 인권을 구체적으로 보장한 법 ..... 7
  - 3. 다른 권리구제 관계법과의 관계 ..... 7
    - 가. 비사법기관에 의한 권리구제법 ..... 7
    - 나. 권리구제방법을 가장 다양하게 규정한 법 ..... 8
    - 다. 차별행위의 사유와 영역을 가장 폭넓게 규정한 법 ..... 9
    - 라. 차별시정의 전담기구법 ..... 9
    - 마. 성희롱에 관한 다른 법과의 관계 ..... 10
  - 4. 다른 위원회법과의 관계 ..... 11
  
- | 제 3 절 | 국제법 및 국제기준과의 관계(제2조 제1호) .....21
  - 1. 인권의 국내법적 연원 ..... 12
  - 2. 인권의 국제법적 연원 ..... 14
    - 가. 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 ..... 14
    - 나. 국제관습법에서 인정하는 인권 ..... 15

## 제 1 장 총 칙

제 1 절   정의(제2조) .....	17
1. 구금시설 .....	17
가. 교도소 .....	18
나. 소년교도소 .....	18
다. 구치소 .....	19
라. 유치장 .....	19
마. 군교도소 .....	20
2. 보호시설 .....	21
가. 지정치료보호시설 .....	21
나. 소년원 .....	22
다. 소년분류심사원 .....	23
라. 외국인보호소 .....	23
3. 다수인 보호시설 .....	25
가. 아동복지시설 .....	26
나. 장애인복지시설 .....	27
다. 정신보건시설 .....	28
라. 부랑인복지시설 .....	29
마. 노인복지시설 .....	30
바. 요보호자를 위한 복지시설 .....	31
사. 갱생보호시설 .....	33
아. 기타 문제되는 시설들 .....	34
4. 공공기관 .....	35
가. 국가기관 .....	35
나. 지방자치단체 .....	39
다. 각급 학교 .....	39
라. 공직유관단체 .....	40
제 2 절   국가인권위원회의 설립과 독립성(제3조) .....	14
1. 국가인권위원회의 설립 근거 .....	41

2. 위원회의 독립성 .....	41
가. 위원회의 독립성에 대한 일반적 고찰 .....	42
나. 업무수행의 독립성 .....	42
다. 의사결정의 독립성 .....	45
3. 파리원칙에서 나타난 위원회의 독립성 .....	46
<b>제 3 절   국가인권위원회법의 적용범위(제4조) .....</b>	<b>84</b>
1. 인적 관할의 범위 .....	48
가. 대한민국 국민 .....	48
나. 외국인 .....	49
다. 특수한 경우 .....	49
2. 대한민국 영역의 범위 .....	52
가. 영역의 의미 .....	52
나. 특수한 경우 .....	53
<b>제 2 장   위원회의 구성과 운영</b>	
<b>제 1 절   위원회의 구성(제5조) .....</b>	<b>5</b>
1. 위원회의 의의 .....	55
2. 위원회의 구성 .....	56
가. 상임위원 및 비상임위원의 구성 방법 .....	56
나. 여성위원의 선출 방법 .....	56
다. 위원장의 선출방법 .....	57
라. 인권위원의 지위 .....	58
마. 위원 임기가 만료된 경우 직무 수행 .....	59
<b>제 2 절   위원장의 직무(제6조) .....</b>	<b>60</b>
1. 위원장의 직무행위 .....	60
가. 위원장의 직무 .....	60

나. 직무대행 사유 .....	61
다. 직무대행자 .....	61
2. 국회 및 국무회의 출석권 및 출석의무 .....	63
가. 국회 출석권 및 출석의무 .....	63
나. 국무회의 출석권 .....	64
3. 예산관련 업무 .....	64
■ 제 3 절 ■ 위원장 및 위원의 임기(제7조) .....	6
1. 인권위원의 임기 .....	66
2. 위원이 결원된 경우 .....	66
■ 제 4 절 ■ 위원의 신분보장(제8조) .....	8
1. 취지 및 목적 .....	68
2. 장애로 인한 업무수행 불능 .....	68
■ 제 5 절 ■ 위원의 결격사유(제9조) .....	10
1. 위원의 결격 사유 .....	70
가. 대한민국 국민이 아닌 자 .....	70
나. 『국가공무원법』 제33조 각호의 1에 해당하는 자 .....	70
다. 정당의 당원 .....	71
라. 『공직선거및선거부정방지법』에 의하여 실시하는 선거에 후보자로 등록한 자 .....	71
2. 결격사유의 효과 .....	71
■ 제 6 절 ■ 위원의 겸직금지(제10조) .....	2
1. 위원의 겸직금지 .....	72
가. 상임위원이 종사할 수 없는 직 또는 업무 (겸직금지규칙 제2조 제1항) .....	72
나. 비상임위원이 종사할 수 없는 직 또는 업무 (겸직금지규칙 제2조 제2항) .....	73

다. 신고 의무 .....	73
2. 위원의 정치활동 금지 .....	74
가. 상임위원의 경우 .....	74
나. 비상임위원의 경우 .....	75
다. 퇴직 위원의 공직취임 제한 .....	76
<b>제 7 절   상임위원회 및 소위원회(제12조) .....</b>	<b>87</b>
1. 전원위원회 .....	78
가. 전원위원회의 운영 .....	78
나. 전원위원회의 심의 및 의결사항 .....	79
2. 상임위원회 .....	80
3. 소위원회 .....	80
가. 구성 및 업무 분장 .....	80
나. 소위원회의 의사진행 .....	81
4. 특별위원회 .....	82
5. 전문위원회 .....	82
가. 전문위원회의 구성 .....	83
나. 전문위원회의 운영 .....	83
6. 위원회의 서무처리 .....	84
<b>제 8 절   회의 의사 및 의결정족수(제13조) .....</b>	<b>88</b>
<b>제 9 절   의사의 공개(제14조) .....</b>	<b>87</b>
1. 의사의 공개 .....	87
2. 비공개해야 할 경우 .....	87
가. 회의의 비공개 사유 .....	88
나. 정보비공개처분의 취소소송 .....	88
3. 공개 회의의 방청 .....	91
가. 공개 회의의 방청 .....	91
나. 방청의 신청 및 허가, 준수사항 .....	92



제 10 절	자문기구(제15조)	9
1.	기능 및 구성	93
2.	회의 진행	94
제 11 절	사무처(제16조)	9
1.	사무처	95
2.	사무총장의 하부조직	95
3.	사무처의 조직	96
4.	임용권자 및 정원	102
제 12 절	징계위원회의 설치(제17조)	9
1.	징계의 종류 및 효력	104
2.	징계위원회의 설치, 구성 및 위원의 제척 등	104
가.	징계위원회의 설치 및 구성	104
나.	위원의 제척 등	105
3.	징계의결 절차	106
가.	징계의결의 요구	106
나.	징계의결 기한	106
다.	징계혐의자의 출석	107
라.	징계조사 절차	107
4.	징계위원회의 의결 및 집행	108
5.	심사 또는 재심사 청구	109
6.	인권위원회에 대한 징계	109
제 13 절	위원회의 조직과 운영(제18조)	9
1.	행정규칙의 법적 성질	110
가.	법규명령과 행정규칙	110
나.	헌법기관의 규칙제정권	111
2.	국가인권위원회의 규칙제정권	113

## 제 3 장 위원회의 업무와 권한

제 1 절	위원회의 업무(제19조)	15
1.	위원회의 업무	115
2.	정책 업무	116
가.	인권에 관한 법령(입법과정중에 있는 법령안을 포함한다) · 제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명(제1호)	116
나.	인권상황에 대한 실태조사(제4호)	117
다.	인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고(제6호)	118
라.	국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명(제7호)	119
3.	교육·홍보 업무	119
4.	조사·구제 업무	120
5.	교류·협력 업무	122
가.	대내적인 교류·협력	122
나.	대외적인 교류·협력	123
6.	그 밖에 인권의 보장과 향상을 위해 필요하다고 인정하는 사항	124
제 2 절	국가기관과의 협의(제20조)	125
1.	법령 제·개정시 통보	125
2.	관계기관등과의 협의	126
3.	인권정책관계자협의회	127
가.	협의회의 구성	128
나.	협의회의 업무	129
다.	협의회의 운영	129

제 3 절	정부보고서 작성시 위원회 의견청취(제21조)	11
1.	의의	131
2.	국제인권규약	131
제 4 절	자료제출 및 사실조회(제22조)	13
1.	의의	133
2.	자료제출	134
3.	사실조회	135
4.	출석요구	136
제 5 절	청문회(제23조)	137
1.	청문회의 의의	137
2.	청문회의 주체	138
3.	청문회의 개최	139
4.	진술인 선정	139
5.	청문회의 진행	140
6.	청문회의 기록	140
7.	공개 여부의 결정	141
제 6 절	시설의 방문조사(제24조)	142
1.	조사의 주체	143
2.	방문조사의 절차	144
가.	통지	144
나.	증표 제시	144
다.	조사방법	145
라.	조서 기재	145
3.	시설수용자와의 면담	145
가.	장소제공의무	145
나.	구금·보호시설의 직원의 입회	145
다.	불이익 방지 조치	146

4. 방문조사의 한계 .....	146
5. 방문조사의 거부 .....	147
<b>제 7 절   정책과 관행의 개선 또는 시정권고(제25조) .....</b>	<b>8</b>
1. 의의 .....	148
2. 권고의 법적 성격 .....	149
3. 권고내용에 대한 응답 .....	150
<b>제 8 절   인권교육과 홍보(제26조) .....</b>	<b>151</b>
1. 의의 .....	151
2. 인권교육 .....	152
가. 초·중·등교육에서의 “교육과정” .....	152
나. 고등교육 .....	153
다. 공무원의 인권교육 .....	153
라. 평생교육 .....	153
3. 인권 연구 .....	154
4. 홍보 .....	155
<b>제 9 절   인권자료실(제27조) .....</b>	<b>157</b>
1. 의의 .....	157
2. 구성 .....	158
3. 업무 .....	158
가. 인권에 관한 자료와 정보의 조사·수집·정리· 분석 및 보존 .....	158
나. 자료의 열람과 대출 .....	159
다. 위원회간행물의 발간등록 .....	160
<b>제 10 절   법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출(제28조) .....</b>	<b>161</b>
1. 의견제출 .....	162
2. 법률상의 사항, 사실상의 사항 .....	163

3. 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판 ..... 164

▣ 제 11 절 ▣ 보고서 작성(제29조) ..... 165

1. 보고서의 작성 ..... 165  
 2. 보고서 제출기관 ..... 166  
 3. 보고서의 공개 ..... 167

**제 4 장** 인권침해의 조사와 구제

▣ 제 1 절 ▣ 조사대상(제30조 제1항) ..... 169

1. 권리침해행위 ..... 169  
 가. 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 ..... 169  
 나. 헌법 제11조 평등권 ..... 186  
 다. 헌법 제12조 인신의 자유 ..... 186  
 라. 헌법 제13조 신체의 자유의 실체적 보장 ..... 206  
 마. 헌법 제14조 거주·이전의 자유 ..... 212  
 바. 헌법 제15조 직업선택의 자유 ..... 216  
 사. 헌법 제16조 주거의 자유 ..... 220  
 아. 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유 ..... 222  
 자. 헌법 제18조 통신의 자유 ..... 229  
 차. 헌법 제19조 양심의 자유 ..... 232  
 카. 헌법 제20조 종교의 자유 ..... 240  
 타. 헌법 제21조 표현의 자유 ..... 243  
 파. 헌법 제22조 학문과 예술의 자유 ..... 259  
 2. 차별행위 ..... 265  
 가. ‘평등권침해의 차별행위’의 정의와 예외(제2조 제4호) ..... 265  
 1) 평등권의 의미 ..... 265  
 2) 차별의 판단기준 ..... 267  
 3) 차별의 발생부문 ..... 270

4) 차별의 형태 .....	273
5) 차별의 예외 .....	275
나. ‘평등권침해의 차별행위’의 사유와 유형(제2조 제4호, 제7호) 277	
1) 성별을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	277
2) 종교를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	291
3) 장애를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	301
4) 나이를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	322
5) 사회적 신분을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	336
6) 출신지역을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	345
7) 출신국가를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	352
8) 인종·피부색·출신민족을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	359
9) 용모 등 신체적 조건을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	364
10) 혼인여부를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	372
11) ‘임신 또는 출산’을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	379
12) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	385
13) 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	393
14) 형의 효력이 실효된 전과를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	402
15) 성적(性的) 지향을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 ·	410
16) 학력을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	419
17) 병력(病歷)을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형 .....	428
다. 성희롱행위의 개념과 차별행위와의 관계 (제2조 제4호 내지 제6호) .....	434
라. 국가인권위원회의 진정대상으로서의 차별행위(제30조) .....	451
<b>제 2 절   조사의 절차와 방법 .....</b>	<b>453</b>
1. 조사의 개시 : 진정사건과 직권조사 (제30조 제1항, 제3항, 제4항) .....	453

가. 조항의 취지와 해설 .....	453
나. 진정사건 .....	454
다. 직권조사 .....	463
2. 시설수용자의 진정권(제31조) .....	467
가. 진정권의 보장 .....	468
나. 면전진정 .....	469
다. 진정 및 면담내용에 대한 비밀 보장 .....	471
3. 진정의 각하(제32조 제1항) .....	476
가. 각하 .....	477
나. 위원회의 업무범위와 관련된 각하사유 .....	477
다. 권리 구제의 이익과 관련된 각하사유 .....	494
라. 기간과 관련된 각하 사유 .....	496
마. 조사 중 각하 사유 발견의 경우 재량 각하 .....	498
바. 각하 사건에 대한 처리 .....	499
사. 국가인권위원회의 각하 결정에 대한 불복 .....	502
4. 다른 구제절차와 이송(제33조) .....	505
가. 법 제33조 제1항과 제2항의 이송 .....	506
나. 제32조 제2항의 이송(각하·이송)과의 관계 .....	507
다. 이송의 절차 .....	508
5. 수사기관과의 협조(제34조) .....	509
가. 의의 .....	509
나. 요건 .....	510
다. 수사의뢰의 절차 .....	512
라. “수사개시와 필요한 조치를 의뢰” .....	512
마. 수사의뢰의 효과 .....	513
6. 조사의 목적(제35조) .....	515
7. 조사의 방법(제36조 제1항~제6항) .....	516
가. 조사 방법의 종류와 효력 .....	517
나. 대인적 조사권(제1호) .....	519
다. 대물적 조사권(제2호) .....	519
라. 실지조사 또는 감정(제3호) .....	520

마. 사실·정보 조회(제4호) .....	520
바. 방문 조사·감정 및 실지 출석 요구·진술 청취 (제2항, 제5항) .....	520
8. 자료·물건 제출이나 조사·감정의 거부(제36조 제7항) .....	521
가. 의미 .....	521
나. 거부 사유 .....	523
다. 소명의무 및 사실확인 .....	524
9. 질문 검사권(제37조) .....	526
가. 의의·대상 .....	526
나. 질문·검사 .....	526
10. 위원의 제척 등(제38조) .....	527
가. 제척·기피·회피 .....	528
나. 위원의 제척 .....	529
다. 기피 .....	531
라. 회피 .....	532
<b>Ⅱ 제 3 절 Ⅱ 사건에 대한 처리</b> .....	<b>534</b>
1. 개관 .....	534
2. 진정의 기각(제39조) .....	534
가. 기각(棄却, rejection) .....	534
나. 기각의 사유 .....	535
다. 기각 결정의 절차·당사자 통보 .....	541
라. 기각 결정에 대한 불복 .....	542
3. 합의의 권고(제40조) .....	545
가. 의의 .....	545
나. 대상 .....	546
다. 합의 권고의 목적과 내용 .....	547
라. 합의의 성립 .....	548
4. 조정(제41조, 제42조 제1항, 제2항) .....	548
가. 조정의 의의·효용 .....	548
나. 조정위원회(제41조) .....	551



다. 조정절차의 개시(제42조 제1항) .....	552
라. 조정의 성립과 효력(제42조 제2항, 제43조) .....	558
마. 조정의 불성립 .....	561
바. 진정절차의 재개 .....	562
5. 조정에 갈음하는 결정(제42조 제3항, 제4항) .....	563
가. 의의 .....	563
나. 요건 .....	563
6. 구제 조치 등의 권고(제44조) .....	568
가. 의의 .....	568
나. 권고의 요건 및 절차 .....	569
다. 권고의 내용 .....	569
라. 권고에 대한 조치 .....	570
7. 고발 및 징계 권고(제45조) .....	572
가. 고발 .....	572
나. 징계 권고 .....	577
8. 의견진술기회의 부여(제46조) .....	580
가. 법 제46조의 의미 .....	580
나. 대심적(對審的) 성격의 구현 .....	580
다. 의견진술의 방식 .....	581
9. 피해자를 위한 법률구조 요청(제47조) .....	581
가. 의의 .....	581
나. 요건 및 절차 .....	583
다. 법률구조의 요청 .....	585
10. 긴급구제조치의 권고(제48조) .....	585
가. 의의 .....	586
나. 인권침해·차별행위 중지 권고 .....	588
다. 긴급 조치 및 권고 .....	592
라. 권고의 효과 .....	593
11. 기타 조사·조정 등의 원칙(제49조, 제50조) .....	594
가. 조사와 조정 및 심의의 비공개 .....	594
나. 처리 결과의 공표 .....	595

## 제 5 장 보 칙

제 1 절	자격사칭의 금지(제51조)	603
1.	위원 또는 직원의 자격사칭	603
2.	공무원자격사칭죄(형법 제118조)와의 관계	604
3.	위원회의 권한 행사	604
제 2 절	비밀누설의 금지(제52조)	606
1.	비밀	606
2.	누설	608
제 3 절	유사명칭사용의 금지(제53조)	609
1.	의의	609
2.	위원회가 아닌 자	610
3.	이와 유사한 명칭	610
4.	명칭의 사용	610
제 4 절	공무원 등의 파견(제54조)	612
1.	파견근무의 의의	612
2.	파견의 사유	613
3.	파견기간	613
4.	파견의 절차	614
5.	파견공무원 또는 직원의 지위	614
6.	파견관계의 소멸	615
7.	독립성	615
제 5 절	불이익 금지와 지원(제55조)	616
1.	불이익 금지	616
2.	보상금 지급	618

가. 보상금 지급의 대상 ..... 619  
 나. 보상금 지급의 절차 ..... 619  
 다. 보상금의 지급 ..... 619  
 라. 보상금의 환수 ..... 620  
 마. 비밀유지의무 ..... 621

**제 6 장    벌    칙**

▣ 제 1 절 ▣ 인권옹호업무방해죄(제56조) ..... 68

    1. 형법과의 관계 ..... 623  
 2. 제1호의 죄 ..... 624  
 3. 제2호의 죄 ..... 625  
 4. 제3호의 죄 ..... 626  
 5. 제4호의 죄 ..... 626  
 6. 친족간의 특례 ..... 627

▣ 제 2 절 ▣ 진정서 작성 등의 방해(제57조) ..... 68

    1. 의의 ..... 628  
 2. 행위태양 ..... 628

▣ 제 3 절 ▣ 긴급구제조치방해죄(제60조) ..... 60

▣ 제 4 절 ▣ 비밀침해죄(제61조) ..... 61

▣ 제 5 절 ▣ 벌칙적용에 있어서의 공무원 의제(제62조) ..... 8

▣ 제 6 절 ▣ 과태료(제63조) ..... 634

1. 과태료 .....	634
2. 과태료 처분의 법적 성질 .....	635
3. 과태료의 부과 .....	635
4. 과태료의 징수 .....	636
5. 이의신청 .....	637

**▶▶▶ 추 록**

국가인권위원회법 .....	639
국가인권위원회법시행령 .....	660





## 입법 취지 및 배경

국가인권위원회는 국내 최초의 인권 전담 국가기구로서 2001년 11월에 출범하였다. 국가인권위원회의 출범은 민주화와 인권 개선을 위한 국민들의 오랜 열망, 정부의 의지 및 국가인권기구 설립에 대한 국제사회의 관심과 더불어 수년간에 걸친 인권단체의 노력 등이 함께 어우러져 이루어낸 결과이다.

**제1조 (목적)** 이 법은 국가인권위원회를 설립하여 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.

### 1. 국가인권위원회 설립의 국제적 배경

국가인권기구의 선구라고 할 수 있는 옴부즈맨(Ombudsman) 제도는 19세기 초 스웨덴을 비롯한 스칸디나비아반도 국가들에서 출현하였다. 이 제도는 삼권분립 체제에 따라 형성된 기존의 국가권력으로부터 독립하여 국가권력의 남용을 감시하고 시정하는 기구의 필요성이 확산되면서 삼권분립 이론에 따른 국가 체제의 한계를 보완하는 방법론으로 채택되었다.<sup>1)</sup>

실질적인 국가인권기구의 문제가 국제사회에서 처음으로 논의된 것은 1946년 UN 경제사회이사회에서였다. 당시 경제사회이사회는 UN 인권위원회(Commission on Human Rights)의 활동에 회원국 정부의 적극적인 동참을 유도하기 위하여 각국은 국가별로 정보집단(information groups) 또는 인권위원회(local human rights committees)의 설치를 검토하라고 요청하였다.<sup>2)</sup> 1960년대와 1970년대에

1) 국가인권위원회, 『국가인권위원회 연간보고서, 2002』(국가인권위원회, 2003), 12쪽(이하 국가인권위원회, 연간보고서(2002)).

2) 1946년 6월 21일 경제사회이사회 결의 2/9. sect.5. 유엔인권고등판무관실(국가인권위원회 역), 『국가인권기구 안내서』(국가인권위원회, 2004), 24쪽(이하 유엔인권고등판



주요 인권조약들이 속속 만들어지자 국제사회에서는 이의 이행을 위한 논의가 활발해졌다. 이러한 흐름 속에서 1978년 제네바에서 인권의 증진 및 보호를 위한 국가 및 지역기구 관련 세미나가 개최되어 「국가인권기구의구조와기능에관한지침」이 승인되었다.<sup>3)</sup> 1980년대에 들어 적지 않은 국가에서 다양한 형태의 인권담당기구가 설립되었다.

1990년 UN 인권위원회는 인권의 증진과 보호를 담당하는 국가인권기구 및 지역인권기구들이 참여하는 워크숍의 개최를 권고하였다. 이에 따라 1991년 10월 제1차 인권의 증진 및 보호를 위한 국가인권기구들에 관한 국제적인 워크숍이 열렸다.<sup>4)</sup> 이 워크숍에서의 합의사항들은 UN인권위원회 결의 1992/54에 의해 「국가인권기구의지위에관한원칙」(이른바 ‘파리 원칙’)으로 승인되었으며, 이어서 1993년 12월 20일에 채택된 총회결의 48/134에 의해 재승인되었다.<sup>5)</sup> 파리원칙은 국가인권기구가 헌법이나 법률에 의해 명시적으로 인권의 증진과 보호를 위한 능력을 갖출 수 있어야 하고 가능한 한 광범위한 책무가 부여되어야 한다고 천명하고 있다.<sup>6)</sup> 파리원칙은 국가인권기구의 기본적인 요건들을 구체적으로 열거함으로써 국가인권기구 설립의 준거틀을 각 나라에 제시하고 있고, 한국의 「국가인권위원회법」도 기본적으로는 여기서 제시된 기준을 따르고 있다. 특히 1993년 비엔나 세계인권회의와 동시에 국가인권기구 회의가 개최되어 국가인권기구의 목적, 대표성과 접근성을 비롯한 적절하고 효율적 기능을 위한 핵심 요건들, 기구 간 활동의 조정을 위한 메카니즘 등이 주요 안건으로 논의되었다. 또한 회원국 정부들에게 국가인권기구의 역할을 강화하도록 권고하였고, 정보와 경험의 교환, 지역 인권기구들 및 유엔간의 협력, 국가인권기구들 간의 협력을 권고하였다.<sup>7)</sup>

무관실, 국가인권기구 안내서). 이 책은 유엔 인권고등판무관실이 발간한 A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights의 번역본이다.

3) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 25쪽.

4) E/CN.4/1992 및 Add.1 참조.

5) “파리원칙”은 국가인권기구의 권한과 책임, 구성의 독립성과 다원성의 보장, 운영방식, 준사법적 권한을 가진 국가인권기구의 지위에 관한 추가 원칙의 네 부분으로 구성되어 있다. 파리원칙은 국가인권기구가 다음과 같은 책무를 맡아야 한다고 규정한다. 1) 정부, 의회 및 기타 모든 관계기관에 인권문제와 관계있는 모든 사안에 관한 권고안(recommendation)·제안(proposal)·보고서(report)를 제출하고, 2) 국내법과 관행들을 국제인권기준에 더욱 일치하도록 할 것, 3) 국제기준의 비준과 이행을 위하여 노력할 것, 4) 국제인권체도의 보고절차에 기여할 것, 5) 인권교육 및 연구 프로그램들의 마련과 시행을 지원하고, 정보제공 및 교육을 통해 대중의 인권의식을 제고할 것, 6) UN, 대륙별 인권기구 및 다른 나라의 국가인권기구들과 협력할 것 등이다.

6) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 27쪽.



국가인권기구는 형식상 각 나라별로 운영되는 국내법상의 기구이지만 그 모체는 국제인권법이며, 활동의 기본 방향과 내용을 국제인권규범에서 찾을 수 있는 이중적인 특성을 갖는 국가기구이다. 즉 현재 운영되고 있는 각 나라의 국가인권기구는 자국의 필요성에 의해서만 설립된 것이 아니라, 국제사회의 인권보호시스템 구축 및 국제인권법의 발전의 결과물이라 할 수 있다.<sup>8)</sup>

## 2. 국가인권위원회의 설립

### 가. 『국가인권위원회법』의 제정과정

우리나라에서 국가인권기구의 설치에 관한 논의는 1993년 6월 비엔나에서 열린 세계인권대회에 민간단체 공동대책위원회가 참가하면서 제기되었다. 민간단체들은 UN 인권위원회 결의와 파리원칙이 정한 바에 따라 인권보호와 향상에 관하여 연구·조사 및 교육·홍보 등의 기능을 담당하는 독립적인 국가인권기구를 설치하기 위한 법률 제정을 요구하였다. 이후 국내에서는 민간단체를 중심으로 국가인권기구 설치의 필요성이 꾸준히 제기되었다. 김대중 전대통령은 1997년 대통령 선거 공약으로 ‘국민인권위원회 설립’을 제시하였고, 당선 후 ‘인권법 제정 및 국민인권위원회 설립’을 국민의 정부 100대 국정과제에 포함시킴에 따라 국가인권기구에 대한 논의가 확산되기 시작하였다.<sup>9)</sup>

법무부는 1998년 4월 ‘국민인권위원회설립준비단’을 발족시켰고, 같은 해 10월 인권법 제정 관련 공청회를 여는 등 정부 차원에서 인권기구 설립에 대한 노력이 가속화되었다. 그러나 국내 인권단체들은 인권기구가 법무부의 주도 하에 설립이 되면 기구의 독립성이 보장되기 어렵다고 판단하여 1998년 9월 ‘인권법 제정 및 국가인권기구 설치를 위한 민간단체 공동추진위원회’를 결성하였다. 인권법 제정을 둘러싼 인권단체와 법무부 간의 갈등은 상당 기간 계속되었다. 결국 격렬한 사회적 진통 끝에 2001년 4월 임시국회에서 입법·사법·행정부 어디에도 속하지 않는 독립된 국가기구의 설치를 규정한 『국가인권위원회법』이 통과되었고, 국가인권위원회는 2001년 11월 24일 정식으로 발족되었다.<sup>10)</sup>

7) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 29~30쪽.

8) 국가인권위원회, 연간보고서(2002).

9) 국가인권위원회 인권백서발간위원회, 『인권백서(2004 제1집)』(국가인권위원회, 2004), 47쪽(이하 국가인권위원회, 인권백서(2004 제1집)).

10) 국가인권위원회의 상세한 출범과정 일지는 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 261~267쪽 참조.





## 나. 국가인권위원회의 설립 의의

국가인권위원회 설립의 가장 큰 의의는 인권문제를 전담하는 독립적인 국가기관이 탄생하였다는데 있다. 이를 상세하게 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 국제인권규범의 국내적 실행, 즉 인권관련 '준국제기구'의 국내적 출범을 의미한다.<sup>11)</sup> 「위원회법」 제2조는 인권을 「헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리'라고 정의하여 인권의 헌법적 보장과 세계적 추세를 반영하고 있다. 둘째, 기존 권력기관을 견제·감시할 수 있도록 입법·행정·사법부 어디에도 속하지 않는 독립적인 인권전담 국가기관이 탄생하였다는데 중요한 의의가 있다.<sup>12)</sup> 셋째, '인권 사각지대'를 조명하고 인권침해를 예방할 수 있는 '인권 감시자'의 역할을 수행하는 동시에 인권옹호자로서의 기능을 수행한다.<sup>13)</sup> 국가기관, 지방자치단체, 구급보호시설의 업무 수행과 관련하여 발생하는 인권침해사안을 조사하고 구제할 뿐 아니라, 기존에 사회적으로 보호가 취약한 집단인 장애인·아동·노약자 등 소수자들의 차별 및 인권침해 사건에 해결책을 제시한다. 마지막으로 이러한 기능을 통하여 위원회는 국민들의 인권의식을 대변하고 성숙시키는 기구로서의 역할을 담당한다.<sup>14)</sup>

## 3. 국가인권위원회의 운영 현황

2001년 11월에 출범한 국가인권위원회는 위원회 출범 초부터 진정사건을 계속적으로 접수하여 왔고, 사회적으로 논란이 되는 인권관련 정책과 법령에 대한 개선 권고 등을 통해 우리 사회의 전반적인 인권향상을 위해 노력해 왔다. 2005년 11월 말 현재까지 위원회에 접수된 진정사건은 18,005건으로 해마다 증가하였고, 상담 및 안내의 이용도 꾸준히 늘고 있어 국민들의 현실적인 접근성이 용이해진 것으로 보인다.<sup>15)</sup> 또한 2003년에는 교육행정정보시스템(NEIS), 이라크 전쟁, 외국인노동자 문제, 호주제, 「테러방지법안」 등에 대한 의견을 표명하여 이들 법과 정책이 인권의 기준에 부합되도록 노력했고,<sup>16)</sup> 2004년에도 「국가보안법」과 「사

11) 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 17쪽.

12) 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 17~18쪽.

13) 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 18쪽.

14) 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 18쪽.

15) 2001.11.26.~2005.11.30. 누적 통계. 같은 기간 상담은 22,676건, 안내는 48,364건에 이르고 있다. 국가인권위원회, 진정·상담·안내 접수 현황보고 (2005.12.12).



회보호법』의 폐지를 권고하였다.<sup>17)</sup> 이 밖에도 위원회는 사형제도, 군사법제도, 비정규직, 「생명윤리법」 등 우리 사회의 주요 인권 현안에 대해 실태조사와 공청회, 토론회 등을 실시하고,<sup>18)</sup> 우리 사회의 인권의식의 제고를 위한 인권교육과 홍보 활동을 꾸준히 하고 있다. 한편 2005년에는 인권 관련 정책에 대한 국가인권정책 기본계획(NAP) 수립 작업이 결실을 맺어 2007년부터 2011년까지 5년 동안의 국가인권정책기본계획이 완성될 예정이다.<sup>19)</sup>

국가인권위원회 1기 위원들은 위원회의 전반적인 기틀을 세우는 과업을 성공적으로 수행하여 2004년 말 그 활동을 마무리하였고, 현재 2기 위원회가 구성되어 활동 중이다.

---

16) 국가인권위원회, 『2003 국가인권위원회 연간보고서』(국가인권위원회, 2004), 12쪽 (이하 국가인권위원회, 연간보고서(2003)).

17) 국가인권위원회, 『2004 국가인권위원회 연간보고서』(국가인권위원회, 2005), 13~14쪽(이하 국가인권위원회, 연간보고서(2004)).

18) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 17쪽.

19) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 17쪽.



## 1. 헌법과의 관계

「헌법」은 국민의 기본권과 국가의 운영원칙 및 통치구조 등 국가의 기본적 사항을 규정하고 있어 국가의 기본법이 된다. 또한 국가의 모든 법이나 명령, 행정조치나 판례는 헌법에 근거해야 하고 헌법에 위반되면 무효가 된다는 점에서 「헌법」은 국가의 최고법이 된다.

그런데 우리나라 「헌법」은 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 법 앞에 평등하고 모든 생활영역에서 차별받지 아니한다는 것과 대한민국은 민주법치국가임을 천명하고 있다.

「국가인권위원회법」은 국가인권위원회를 설립하는 목적을 “모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함”으로 규정하고 있다(제1조).

그러므로 「국가인권위원회법」은 「헌법」이 천명하고 있는 인권과 민주적 기본질서를 구체적으로 보장하고 실현하는 법이다.

## 2. 다른 인권관계법과의 관계

### 가. “인권”용어를 정의한 최초이자 유일한 법

우리나라 현행 법령 중 “인권”이란 용어를 포함하고 있거나 인권을 보장하는 법령 중 “인권”이란 용어가 무엇을 의미하는 지를 정의한 법은 「국가인권위원회법」 밖에 없다.

### 나. 인권보장구현에 관한 기본법

현재 우리나라에는 “기본법”의 명칭과 형태를 가진 법은 「여성발전기본법」, 「건



강가정기본법, 「사회보장기본법」 등 30종이 넘는다. 기본법은 「헌법」에 보장된 국민의 권리를 보장하기 위하여 국가기관 또는 지방자치단체가 해야 할 책무 등에 관한 기본적인 사항과 관계정책의 계획 및 시행의 체계와 정책의 기본시책에 관하여 규정한다. 또한 관계된 법령의 제·개정이나 정책의 수립·집행은 기본법에 부합하여 이루어지도록 함으로써 국가의 입법이나 정책을 체계화하는 기능을 가진다.

「국가인권위원회법」은 인권을 구체적으로 보장하기 위하여 (1) 인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명, (2) 인권침해행위와 차별행위에 대한 조사와 구제 (3) 인권침해행위와 차별행위의 유형과 판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고 (4) 인권상황에 대한 실태조사, (5) 인권에 관한 교육 및 홍보 (6) 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명, (7) 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력, (8) 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력 등의 업무를 행한다.

그리하여 「국가인권위원회법」은 인권을 구현하는 기본법의 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다.

## 다. 국민과 외국인의 인권을 구체적으로 보장한 법

「국가인권위원회법」은 “대한민국 국민과 대한민국의 영역안에 있는 외국인에 대하여 적용한다.”(제4조)라고 규정하여 외국인도 국내에 거주하는 동안 인권침해나 차별행위를 당하지 않도록 하고, 당했을 경우 권리구제를 받을 수 있는 법적 근거가 된다.

## 3. 다른 권리구제 관계법과의 관계

### 가. 비사법기관에 의한 권리구제법

권리구제제도란 법적으로 보장된 권리를 침해당하고 이와 관련하여 분쟁이 발생한 경우 피해자의 진정을 접수, 조사하여 분쟁을 적절히 해결하고 피해자의 권리를 원상회복시키는 절차와 기관을 말한다.

민주주의의 3권분립원칙에 의하면 사법기관에 의한 소송이 권리구제제도의 기본이 된다. 그러나 소송은 대체로 시간이나 비용이 많이 들고 절차가 복잡하여 국민이 쉽게 접근하여 활용하기 어려운 문제가 있다. 이러한 문제를 감안하여 권



리구제를 전문으로 담당하는 행정기관인 위원회가 국민의 고충을 신속·간편하고, 무료로 상담·처리하는 행정적 권리구제제도가 점차 늘어나고 있다. 「국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 의한 국민고충처리위원회, 「노동위원회법」에 의한 노동위원회, 「남녀고용평등법」에 의한 고용평등위원회, 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」에 의한 언론중재위원회, 「환경분쟁조정법」에 의한 환경분쟁조정위원회 등이 이에 해당된다.

그런데 「국가인권위원회법」은 국가인권위원회가 인권침해행위와 차별행위를 당한 피해자 등의 진정을 받고 상담, 조사와 권리구제를 할 수 있는 법적 근거가 된다. 이러한 업무를 수행함에 있어 국가인권위원회는 입법부, 사법부, 행정부에 독립된 국가기관이 된다. 뿐만 아니라 국가기관도 피진정인에 포함시키고 있다.

그러므로 「국가인권위원회법」은 비사법기관에 의한 권리구제를 규정한 법이라 볼 수 있다.

그런데 권리구제대상이 되는 “인권침해행위와 차별행위”는 포괄적이고 상당히 범위가 넓어 다른 법령에 근거한 권리구제기관과 업무가 중복될 수 있는 소지가 있다. 이러한 문제를 감안하여 「국가인권위원회법」은 “진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제절차가 진행중이거나 종결된 경우”(제32조 제1항 제5호)는 진정을 각하할 수 있으며 필요하다고 인정할 때에는 그 진정을 관계 기관에 이송할 수 있도록 규정하고 있다(제32조 제2항).

## 나. 권리구제방법을 가장 다양하게 규정한 법

현재 국내에 존재하는 비사법기관의 권리구제기관은 주로 조정이나 시정조치 권고에 의한 구제방법을 취하고 있다. 예를 들어 노동위원회는 구제명령과 조정·중재, 국민고충처리위원회는 조정·시정조치권고와 법령·제도·정책 등의 개선 권고 또는 의견표명, 언론중재위원회는 조정·중재·시정권고, 환경분쟁조정위원회는 알선·조정·재정의 구제방법을 가지고 있다.

그런데 「국가인권위원회법」은 합의의 권고(제40조), 조정과 조정에 갈음하는 결정(제41조 내지 제43조), 구제조치등의 권고(인권침해와 차별행위의 중지, 원상회복·손해배상, 그 밖의 필요한 구제조치, 동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발방지조치, 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선의 권고)(제44조), 고발 및 징계권고(제45조), 피해자를 위한 법률구조요청(제47조), 긴급구제조치의 권고(제48조) 등을 규정하여 권리구제의 방법을 가장 다양하게 규정하고 있다.

다만, 「노동위원회법」은 노동위원회가 심문결과 부당해고나 부당노동행위라고 결정하면 원직복귀와 해고기간 중 임금지급명령 등 원상회복적 구제명령을 내릴



수 있는 데 비해 「국가인권위원회법」은 그러한 시정명령권에 관해 규정하지는 않고 있다.

## 다. 차별행위의 사유와 영역을 가장 폭넓게 규정한 법

2005년 12월 현재, 우리나라 현행법 중 차별행위를 금지하고 있는 법은 17종(「헌법」, 「노동조합 및 노동관계조정법」, 「근로기준법」, 「고용정책기본법」, 「직업안정법」, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」, 「고령자고용촉진법」, 「남녀고용평등법」, 「여성발전기본법」, 「국가인권위원회법」, 「방송법」, 「아동복지법」, 「장애인복지법」, 「교육기본법」, 「행형법」, 「영유아보육법」, 「사회복지사업법」)이 있다.

그런데 「국가인권위원회법」은 제정될 때, 진정대상이 되는 차별사유를 “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)”과 같이 18가지로 명시하여 우리나라 법 중 가장 많은 차별사유를 규정하였다. 그중 “피부색, 출신민족, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향”은 우리나라 법에서 처음으로 규정된 차별사유이다.

그런데 2005년 7월 29일 개정된 법은 “학력”을 차별사유로 추가하고, 차별사유에 “등”을 부가하여 「국가인권위원회법」 제2조 제4호에 규정된 19가지 차별사유는 국가인권위원회가 진정접수, 조사하는 대상을 예시한 것임을 분명히 하였다. 그리고 차별사유를 “성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역(출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등”으로 개정하였다. 한편, 차별의 영역도 “고용, 재화·용역·시설 등, 교육시설·직업훈련기관의 이용”에서 “성희롱 행위”를 신설하고 아울러 “교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서”란 문구를 “교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여”로 변경하였다. 그리하여 우리나라 법 중 가장 넓은 차별영역을 규정하였다.

## 라. 차별시정의 전담기구법

「국가인권위원회법」이 2001년 5월 24일 제정되기 전에는 차별행위를 금지하는 우리나라 법의 대부분은 성차별을 금지하는 법이었으며, 차별행위에 관한 권리구제도 성차별에 관한 것밖에 없었다.



1987년 12월 4일에 제정된 「남녀고용평등법」에 의해 1988년 5월부터 가동된 고용평등위원회(1995년 8월 4일의 법개정전에는 고용문제조정위원회)는 6개 지방노동행정청에 설치되어 조정에 의해 「남녀고용평등법」의 규정(남녀차별금지규정, 직장내 성희롱 규정, 육아휴직과 보육시설 규정)과 관련된 분쟁을 처리하는 행정위원회이다. 1999년 2월 8일에 제정된 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」에 의해 1999년 7월부터 가동된 남녀차별개선위원회(2001년 1월 29일 법개정 전에는 남녀차별개선실무위원회)는 공공기관과 사용자에게 고용뿐 아니라 교육, 재화·시설·용역의 제공과 이용, 법과 정책의 집행에서의 남녀차별과 성희롱을 금지하고, 남녀차별과 성희롱에 관한 시정신청을 접수하여 합의의 권고, 조정, 시정조치의 권고, 성차별적 제도와 관행의 개선에 관한 의견표명, 소송지원 등의 권리구제를 하였다. 그 후 「국가인권위원회법」의 제정에 의해 2001년 11월 25일부터 가동된 국가인권위원회는 성차별과 성희롱을 포함한 다양한 차별행위에 관한 권리구제를 하였고, 그 권리구제방법은 남녀차별개선위원회의 것과 유사하였다. 그리하여 성차별과 성희롱에 관한 권리구제기관은 세 종류가 존재하게 되었다. 이러한 상황에 대해 국민에게 다양한 권리구제서비스를 제공하여 적절한 것을 선택케 하고 권리구제기관들 간의 경쟁을 통한 질적 발전을 도모할 수 있다는 의견과 국가기관의 권리구제가 효율적이고 체계적이기 위해서는 일원화하여야 한다는 의견이 있었다.

그런데 참여정부는 사회통합을 위한 차별방지를 국정과제로 세웠고 2005년에는 차별행위에 관한 권리구제의 일원화방침을 세웠다. 이러한 배경에서 2005년 3월 24일, 「정부조직법」 개정법률안과 함께 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」을 성희롱예방교육에 관한 규정을 제외하고는 폐지하는 법률안이 공포되었다. 그 법률안의 골자는 여성부가 여성가족부로 개편됨과 동시에 그동안 여성부가 수행하던 남녀차별개선 관련사무가 국가인권위원회로 이관된 것이다. 이에 따라 2005년 6월 23일에 남녀차별개선위원회가 폐지되었고, 2005년 7월 29일에 국가인권위원회가 성차별과 성희롱에 관한 조사·구제업무를 전문적으로 하기 위한 규정을 마련하기 위한 「국가인권위원회법」이 개정·공포되었다. 이에 의해 성희롱의 개념규정이 신설되고 소위원회의 하나인 차별소위원회에 성차별·성희롱에 관한 전문위원을 둘 수 있게 되었다. 한편, 2005년 11월에 노동부는 고용평등위원회를 폐지하는 「남녀고용평등법」의 개정법률안을 국회에 제출하였다.

#### 마. 성희롱에 관한 다른 법과의 관계

2005년 3월 24일 공포된 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」을 폐지하는 법률」



은 부칙에서 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」의 성희롱의 개념정의와 성희롱 예방교육에 관한 규정은 이 법률이 폐지되더라도 효력이 있다는 것을 규정하였다.

그리하여 현재 우리나라 법 중에서 성희롱이란 용어를 정의하고 있는 법은 「남녀고용평등법」, 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」을 폐지하는 법률」의 부칙, 「국가인권위원회법」이다. 그 중 「남녀고용평등법」은 고용과 관련하여 발생하는 ‘직장내 성희롱’의 개념을 규정하고 있다. 그 외 두 법은 고용뿐 아니라 재화, 용역, 시설, 교육 등과 관련하여 발생하는 성희롱의 개념을 동일하게 규정하고 있다.

그런데 「국가인권위원회법」은 성희롱을 평등권침해의 차별행위의 유형으로 규정하고 다양한 사유와 영역에서 발생하는 성희롱에 관하여 다양한 방법에 의한 권리구제를 규정하고 있다.

#### 4. 다른 위원회법과의 관계

「국가인권위원회법」은 국가인권위원회의 설립목적 및 조직과 기능, 업무 등에 관하여 규정한 조직법의 성격을 가진다.

그런데 「국가인권위원회법」은 2001년 5월 제정할 때부터 11인의 “위원 중 4인 이상은 여성으로 임명한다.”(제5조 제5항)라고 규정하였다. 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」이 2003년 5월 29일 개정·공포되면서 11인의 남녀차별개선위원회의 위원 중 여성부(현 여성가족부) 장관을 제외한 10인을 구성함에 있어 한 성(性)이 10분의 4미만이어서는 아니 된다는 것을 규정하였으나, 남녀차별개선위원회는 폐지되었다. 그러므로 「국가인권위원회법」은 우리나라 현행법 중 위원구성에 있어 여성의 수를 명시한 유일한 법이 되고 있다.

이와 같이 위원 구성에 있어 여성을 일정한 비율로 할당한 규정은 “적극적 조치”에 의한 성주류화(gender mainstreaming)를 효과적으로 실시하기 위한 입법조치이다. “적극적 조치”란 실질적 남녀평등을 효과적으로 실현하기 위해 사회참여의 기회나 대우에 있어 열세에 있는 특정 성(性)을 잠정적으로 우대하여 적극적으로 차별을 개선하는 조치를 말한다. 성주류화란 정책과 의사결정과정에서의 기획 및 결정·시행·평가의 과정에 심한 남성편중의 현실을 개선하고, 남성과 여성의 서로 다른 경험과 가치관, 입장을 균형있게 반영하고 이에 따른 권한과 책임을 분담하게 함으로써 성평등과 참여민주주의를 실현하기 위한 조치이다.

노르웨이와 스웨덴에서는 공적인 의사결정을 하는 위원회 등에서 남녀 어느 한 성이 40% 미만으로 구성되어서는 안 된다는 법을 마련하였고, 덴마크에서는 남녀를 동수로 위촉하되 그 수가 홀수인 경우 나머지 한 명은 그동안 그 위원회에 참여가 적은 특정 성(性)을 위촉하도록 하는 법을 마련하였다.



국제법 및 국제기준과의 관계  
(제2조 제1호)

**제2조 (정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “인권”이라 함은 「헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

인권의 개념이 매우 포괄적이고 다의적인 만큼 인권의 범위를 규정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 제2조는 국가인권위원회에서 다루는 인권의 범위를 ‘「헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리’로 규정하여 인권의 헌법적 보장과 함께 국제기준의 준수를 명확히 하고 있다.

## 1. 인권의 국내법적 연원

「헌법」은 국민의 기본권을 규정하고 있는 국가 최고의 법으로, 대한민국 「헌법」은 제2장에서 국민의 권리와 의무를 규정하고 있다. 「헌법」상 보장되는 권리는 그 내용면에서 행복추구권, 평등권, 자유권적 기본권, 경제적 기본권, 정치적 기본권, 청구권적 기본권, 사회적 기본권으로 나뉜다. 「위원회법」 제2조에서 규정하고 있는 인권은 기본적으로 「헌법」에 규정된 기본권을 모두 포함하며 모든 권리에 대해 위원회의 관할이 인정된다. 즉 위원회의 정책 또는 법령에 대한 개선 권고나 구금시설 등의 실태조사 때 대상이 될 수 있는 권리는 헌법에서 보장하고 있는 모든 기본권이다.

그러나 국가인권위원회의 조사와 구제의 대상이 되는 진정의 범위는 「위원회법」 제30조에 별도로 규정되어 있다. 즉 진정의 대상이 되는 인권의 범위는 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 권리에 한정된다.<sup>20)</sup> 「위원회법」 제30조 제1항

20) 제10조 (인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장), 제11조 (평등권), 제12조 (신체의 자



은 이를 두 가지로 구분하여 “인권침해”와 “차별행위”로 나눈다.<sup>21)</sup> 「인권침해및 차별행위조사규칙」 제2조 제1항은 “인권침해”를 ‘법 제30조제1항제1호에 정한 인권침해 가운데 헌법 제11조에 정한 인권침해를 제외한 나머지의 것’으로 규정한다. 같은 조 제2항은 “차별행위”를 ‘법 제30조제1항제1호에 정한 인권침해 가운데 헌법 제11조에 정한 인권침해 및 법 제30조제1항제2호에 정한 평등권침해의 차별행위’로 규정한다.<sup>22)</sup>

위원회 조사대상인 「헌법」 제10조 내지 제22조 외의 기본권 침해 즉, 선거권, 청원권, 노동3권 등과 관련하여 발생하는 문제에 대해서는 「위원회법」 제25조의 정책과 관행의 개선 또는 시정 권고기능을 통해 해결할 수 있다.

유), 제13조 (형벌불소급, 일사부재리, 소급입법의 금지, 연좌제금지), 제14조 (거주·이전의 자유), 제15조 (직업선택의 자유), 제16조 (주거의 자유), 제17조 (사생활의 비밀과 자유), 제18조 (통신의 자유), 제19조 (양심의 자유), 제20조 (종교의 자유), 제21조 (언론·출판·집회·결사의 자유), 제22조 (학문·예술의 자유, 저작권 등의 보호).

21) 「국가인권위원회법」 제30조 (위원회의 조사대상)

①다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.

1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우
2. 법인, 단체 또는 사인에 의하여 차별행위를 당한 경우.

22) 현재 국회에 계류되어 있는 최재천 의원 대표발의의 국가인권위원회법 개정안은 제30조를 비롯하여 각 조문에 규정되어 있는 인권침해에서 차별행위를 분리하여 구별하고 있는바, 이는 각 부처의 차별시정기능을 통합하는 상황에서 이 업무를 국가인권위원회에서 계속 수행한다는 점을 강조하기 위하여 별도로 분리규정한 것이다. 그러나, 이에 대해 법제사법위원회 전문위원이 다음과 같은 비판을 하였다. 국가기관 등이 평등권을 침해한 경우에는 당연히 인권침해에 포함되는 것이고 사인간의 법률관계에도 평등의 원칙과 평등권의 효력이 미친다는 점에서 볼 때 차별행위를 인권침해에서 분리하여 규정하는 것은 법리상 적절하지 않은 측면이 있다. 또 개정안은 “평등권 침해의 차별행위”를 구체적으로 설명하고 있는 현행법 제30조제2항을 개정안 제2조 4호로 옮겨서 “평등권 침해의 차별행위”를 정의하면서 이를 같은 조항에서 다시 “차별행위”로 약칭하고 있는 바, 이는 법제상 바람직하지 않다. 국회 법제사법위원회, 『국가인권위원회법 일부개정법률안 심사보고서(전문위원 검토보고)』, 5~6쪽; [http://search.assembly.go.kr/bill/doc\\_20/17/pdf/171379\\_200.HWP.PDF](http://search.assembly.go.kr/bill/doc_20/17/pdf/171379_200.HWP.PDF) 최종 방문일 2005. 8. 10.



## 2. 인권의 국제법적 연원

오늘날 각종 국제인권규약과 조약 등 국제인권기준은 각국이 인권관련정책을 수립하는데 지침이 되고 있다. 또한 한 나라가 다양한 국제인권기준을 얼마만큼 인정하고 이를 준수하는가는 그 나라의 인권상황을 측량하는 하나의 척도가 되고 있다. 이는 세계화 시대에 인권이 더 이상 단순한 국내 문제로 귀착되는 것이 아니며, 각 나라는 인권의 보편성에 입각하여 국제적으로 승인되고 약속된 인권 규약을 지켜야할 의무가 있음을 시사하는 것이다.<sup>23)</sup>

### 가. 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약

국제인권법의 발달로 인해 인권에 관한 국제조약의 수는 점점 증가하고 있다. UN에서 주요인권조약으로 분류하는 조약 중 우리나라가 가입·비준한 조약은 다음과 같다. 이른바 6대 인권조약이라고 불리우는 「경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약」, 「시민적및정치적권리에관한국제규약」과 「시민적및정치적권리에관한국제규약 선택의정서」, 「모든형태의인종차별철폐에관한국제협약」, 「여성에대한모든형태의차별철폐에관한협약」, 「고문및그밖의잔혹한·비인도적인또는 굴욕적인대우나처벌의방지에관한협약」, 및 「아동의권리에관한협약」 등에 한국은 모두 가입하였다. 이외에도 「집단살해죄의방지과처벌에관한협약」, 「부녀자의정치적권리에관한협약」, 「인신매매금지및타인의매춘행위에의한착취금지에관한협약」, 「무국적자의지위에관한협약」, 「난민지위에관한협약」, 「난민지위에관한의정서」, 「고용정책에관한협약(ILO협약 제122호)」, 「동일가치노동에대한남녀근로자의동일보수에관한협약(ILO협약 제100호)」, 「고용과직업상의차별에관한협약(ILO협약 제111호)」, 「기업의근로자대표에게제공되는보호및편의에관한협약(ILO협약 제135호)」, 「국제형사재판소에관한로마규정」, 「아동의무력분쟁관여에관한선택의정서」, 「아동매매·아동매춘및아동음란물에관한선택의정서」의 당사국이다.

#### <주요 인권 조약 현황>

조약 명	채택일	발효일	한국비준일	총당사국수
(1) 국제인권규약(경제적, 사회적 및 문화적 권리)	1966.12.16	1976.1.3	1990.4.10	151
(2) 국제인권규약(시민적, 정치적 권리)	1966.12.16	1976.3.23	1990.4.10	154
(2)-1 동 선택의정서	1966.12.16	1976.3.23	1990.4.10	105
(2)-2 동 제2선택의정서(사형폐지)	1989.12.16	1991.7.11	미비준	54

23) 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 17쪽.



조약 명	채택일	발효일	한국비준일	총당사국수
(3) 제노사이드협약	1948.12.9	1951.1.12	1950.10.14	138
(4) 난민지위에 관한 협약	1951.7.28	1954.4.22	1992.12.3	142
(4)-1 동 의정서	1967.1.31	1967.10.4	1992.12.3	143
(5) 무국적자 지위에 관한 협약	1954.9.28	1960.6.6	1962.8.22	58
(6) 무국적자 감소에 관한 협약	1961.8.30	1975.12.13	미비준	30
(7) 인종차별철폐협약	1966.3.7	1969.1.4	1978.12.5	170
(8) 여성차별철폐협약	1979.12.18	1981.9.3	1984.12.27	180
(8)-1 동 선택의정서	1999.10.6	2000.12.22	미비준	74
(9) 고문방지협약	1984.12.10	1987.6.26	1995.1.9	140
(9)-1 동 선택의정서	2002.12.18	미발효	미비준	16
(10) 아동권리협약	1989.11.20	1990.9.2	1991.11.21	192
(10)-1 무력분쟁개입에 관한 선택의정서	2000.5.25	2002.2.12	2004.9.24	104
(10)-2 아동매매, 매춘 등에 관한 선택의정서	2000.5.25	2002.1.18	2004.9.24	101
(11) 이주노동자 권리보호에 관한 협약	1990.12.18	2003.7.1	미비준	34

자료: UN Treaties Database 기준

작성 기준일: 2005년 12월 10일

아직 우리나라가 가입하지 않은 주요인권조약으로는 「사형폐지를 목적으로 하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서」, 「여성에 관한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약의 선택의정서」, 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리 보호에 관한 협약」, 「강제근로에 관한 협약(ILO협약 제29호)」, 「강제근로의 폐지에 관한 협약(ILO협약 제105호)」, 「결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(ILO협약 제87호)」, 「전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효부적용에 관한 협약」 등이 있다.

위원회는 설립 초기부터 정부에 대해 각종 인권관련 국제규약 및 조약의 가입과 준수를 촉구하고, 이미 비준된 조약에 대해서는 그 이행 여부를 점검해 왔다.<sup>24)</sup> 위원회는 우리나라가 가입한 인권관련 규약이나 협약 중 유보조항에 대해 정밀 검토하고 필요할 경우 유보조항의 철회를 권고하며, 또한 국제인권협약의 국내이행에 대한 법조인의 인식을 개선하기 위하여 관계기관과 협의를 진행해 나가고 있다.

## 나. 국제관습법에서 인정하는 인권

국제관습법이란 ‘법으로 수락된 일반 관행의 증거’로부터 발생한 법규범을 의미한다.<sup>25)</sup> 이는 단순한 관행이나 실행이 아니라 통일적이며 일관된 법형식을 말

24) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 40쪽.



하는 것이다. 국제관습법으로 성립되기 위해서는 어떤 특정의 실행이 확립된 국제법규로서 여러 국가의 일반적 승인을 얻은 것이어야 한다.<sup>26)</sup> 즉 ‘일반적 관행’과 ‘법적 확신’이 요구되는 것이다. 일반적 관행이란 동일한 형태의 실행이 반복되어 일반성을 가지게 된 것으로, 국가적 실행과 국제조직의 실행도 포함된다. 법적 확신이란 어떤 실행이 국제법상 필요하다는 신념을 가지고 행동하는 것으로서, 반복된 관행이 있더라도 여러 나라의 법적 확신이 수반되지 않는 경우에는 아직 국제관습법으로 성립되지 않는다.<sup>27)</sup>

국제인권법을 이해함에 있어 관습법은 매우 중요한 역할을 한다. 특히 기존에 관습법으로 존재하고 있던 규범들이 조약으로 발전하는 경우가 많아, 일반적인 규범을 담고 있는 조약일수록 그러한 관습이 선행하고 있었다고 해석할 수 있다.<sup>28)</sup> 예를 들어 「시민적및정치적권리에관한국제규약」같은 조약의 경우 당사국이 150여개가 넘는 조약으로 그 내용의 상당부분은 이미 국제관습법화 되었다고 평가될 수 있다.

25) 「국제사법재판소규정」 제38조 제1항 나호.

26) 이한기, 『국제법강의』(박영사, 2004), 86쪽.

27) 이한기, 앞의 책, 89쪽.

28) H.J.Steiner & P.Alston, International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals, Oxford University Press, 2000, pp.71~72.



## 정 의(제2조)

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. “구금·보호시설”이라 함은 다음 각목에 해당하는 시설을 말한다.
  - 가. 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소, 보호감호소, 치료감호시설, 소년원 및 소년분류심사원
  - 나. 경찰서 유치장 및 사법경찰관리가 그 직무수행을 위하여 사람을 조사·유치 또는 수용하는 데 사용하는 시설
  - 다. 군교도소(지소·미결수용실 및 헌병대영창을 포함한다)
  - 라. 외국인보호소
  - 마. 다수인보호시설
3. “다수인보호시설”이라 함은 다수의 사람을 보호·수용하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말한다.
6. “공공기관”이라 함은 다음 각목에 해당하는 기관을 말한다.
  - 가. 국가기관
  - 나. 지방자치단체
  - 다. 『초·중등교육법』 및 『고등교육법』 그 밖의 다른 법률에 의하여 설치된 각급학교
  - 라. 『공직자윤리법』 제3조제1항제10호의 규정에 의한 공직유관단체

### 1. 구금시설

현재 우리나라 행정 실무에서는 교정기관과 보호기관이라는 개념을 구분하여 사용하고 있다. 교정업무를 직접 수행하는 일선 교정기관으로 교도소, 소년교도소, 구치소, 유치장이 있고, 보호기관으로 소년원, 소년분류심사원 등이 있다.<sup>29)</sup>

29) 박상기·손동권·이순래, 『형사정책』(한국형사정책연구원, 1999), 401쪽.



## 가. 교도소

교도소는 협의로는 징역·금고·구류 등 자유형의 선고를 받고 그 형기 중에 있는 자를 수용하여 수용과 교정처우를 시행하는 장소를 말하고, 광의로는 그 밖의 형사피의자·피고인(미결수용자)·사형선고를 받은 자를 격리하여 구금하는 국가시설을 의미한다. 교도소는 수형자에 대한 형의 집행 등 행형에 관한 사무를 주된 임무로 한다. 광의의 의미로 사용되는 경우에는 그 본래 기능인 수용과 교정처우 외에 부수적인 기능으로서 미결수용실을 두어 형사피의자·피고인으로 수사 또는 재판의 대상이 된 자를 수용하고 처우하는 경우도 있고(「형법」 제66조, 「행형법」 제2조 제4항, 제5항),<sup>30)</sup> 사형집행을 하는 경우도 있다(「행형법」 제13조).

강릉, 경주, 공주, 광주, 군산, 대구, 대전, 마산, 목포, 부산, 수원, 순천, 안동, 안양, 영등포, 원주, 의정부, 장흥, 전주, 제주, 진주, 청송, 청주, 춘천, 홍성 등지에 교도소가 있고, 김천·천안에 2개의 소년교도소가 있다. 그 밖에 여자교도소 1개(청주)와 천안에 개방교도소 1개가 있다.<sup>31)</sup> 수형자는 그 성별에 따라 각기 남사와 여사에 격리수용된다(「행형법」 제4조).<sup>32)</sup>

## 나. 소년교도소

20세 미만의 소년수형자의 징역 또는 금고형의 집행을 위하여 일반 교도소와

- 30) 형사피의자는 기결수형자와는 달리 형이 확정될 때까지는 무죄로 추정되기 때문에, 미결수용실은 기결수용실과 별개의 시설로 독립시키는 것이 바람직하다(박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 405쪽).
- 31) 교도소 중에 수용자를 특수처우하기 위하여 그에 상응되게 수형자를 분류·수용하는 곳이 있다. 결핵 및 정신질환 수형자는 진주교도소에, 지체부자유자는 광주·부산·청주교도소에, 농아자는 안양교도소에, 확산범은 지역별로 지정된 교도소에, 외국인 수형자(한미행정협정사건을 제외)는 대전교도소에, 한미행정협정사건의 남자 수형자는 천안교도소·여자수형자는 천안구치소소에, 출입국관리법 위반의 수형자는 교도소 내에 부설된 수용실(출입국관리법 제73조)에 각각 수용한다. 소록도지소는 나환자를 수용하여 운영하였으나 인원감소 등의 이유로 수감자를 순천교도소로 이감하고 임시폐쇄된 상태에 있다(박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 406쪽).
- 32) 남사와 여사를 구분하는 방법에는 분리주의와 분계주의로 나누어진다. 분리주의라 함은 남사와 여사를 완전히 독립된 시설로 하여 나누는 것인데 반해, 분계주의는 남사와 여사를 동일시설 내에 병존시키되 양자사이에 장벽을 두어 방실을 별개로 하는 것을 말한다. 양자 중에서 재정적 뒷받침이 된다면 분리주의가 이상적이거나, 그렇지 못한 상황에서는 분계주의가 많이 활용될 수밖에 없다. 우리나라에서는 청주에 여자교도소를 설치하고, 다른 교도소 내에서는 여자수형자를 분계수용하고 있다(박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 405쪽).



는 독립된 시설로 설치된 교도소를 말한다. 소년교도소에서 형 집행 중 23세에 달한 때에는 일반 교도소에서 집행할 수 있다(『소년법』 제63조). 특별한 사정이 있는 때에는 6월을 초과하지 않는 범위 내에서 소년을 일반교도소에 수용할 수 있으나, 이 때에도 성인과 소년을 분리 수용한다(『행형법』 제2조, 제3조). 소년 교도소의 명칭·위치 및 직제에 관한 사항은 대통령령으로 정하고 있다(『행형법』 제2조 제5항).

충남 천안과 경북 김천에 소년교도소가 설치되어 있다. 천안소년교도소에는 만 20세 미만의 중학교 졸업(중퇴자 포함) 이상의 소년 초범자가 수용되어 있고, 김천소년교도소에는 미취학자, 초등학교 졸업 이하 및 누범자가 수용되어 있다. 두 교도소는 모두 남자만을 수용하고 있고, 여자소년범들은 일반 교도소에서 분계수용되어 있다.

## 다. 구치소

형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행을 받은 자(미결수용자)를 수용하기 위하여 법무부장관 소속하에 설치·운영되는 국가의 시설이다(『행형법』 제2조 제3항). 사형의 선고를 받은 자도 구치소에 수용한다(『행형법』 제13조). 수용의 목적과 미결수용의 목적은 서로 다르기 때문에 각각 별개의 수용시설에 따로 수용하는 것이 이상적이다. 다만 국가의 재정형편상 전국에 걸쳐 필요한 만큼의 구치소를 설치하기 어렵기 때문에 아직도 일부 지역에서는 교도소의 미결수용 시설으로써 경찰서 유치장을 대응하고 있다. 교도소에 본소와 지소가 있듯이 구치소에도 본소와 지소를 둔다. 현재 우리나라에서는 전국에 8개의 구치소(서울, 영등포, 성동, 부산, 인천, 울산, 수원, 대구)와 3개의 구치지소(천안, 평택, 논산)를 두고, 그 외의 지역에서는 교도소 내의 분계된 장소에 미결수용실을 두고 있다.

## 라. 유치장

법률이 정하는 절차에 따라 구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 경찰서에 두는 구금 장소를 말한다(『경찰관직무집행법』 제9조). 경찰서에 부설된 유치장 내에는 기결과 미결에 따라 분류하여 구금할 수 있는 것으로 전자를 대응교도소라 하고, 후자를 대응구치소라 한다.<sup>33)</sup>

33) 『행형법』 제68조는 경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다고 규정하고 있어 유치장도 미결수용시설의 하나가 된다. 그러나 이러한 대응교도소는 유치장의 관리 및 처우를 수사기관이 관장하여 수사에 편리하도록 처우할 수도 있어 인권침해의 우려가 있다(김용준, 『교정법학』(박영사, 2001), 321쪽).





여기에는 형사피의자·형사피고인, 형벌로서의 구류를 받은 자 또는 다른 수사기관의 의뢰 입감자 등이 유치된다. 유치인은 흉기 기타 위험물을 소지할 수 없고, 사건관련자·공범자·여자 등은 원칙적으로 분리되어 다른 방에 유치되며, 유치인의 신청이 있으면 수사상 지장이 없는 한 가족에게 신상에 관한 통지를 하여 준다. 한편 사법경찰관리가 그 직무수행을 위하여 사람을 조사·유치 또는 수용하는 데 사용하는 시설은 경찰서 보호실을 의미한다.<sup>34)</sup>

#### 마. 군교도소(지소·미결수용실 및 헌병대영창을 포함)

군행형에 관한 사무를 관장하기 위하여 국방부장관소속하에 군교도소를 두며, 교도소에는 필요에 따라 지소를 둘 수 있다(「군행형법」 제2조 제1항). 미결수용자를 수용하기 위하여 군교도소 및 대통령령이 정하는 부대 안에 미결수용실을 둘 수 있다(같은조 제7항).<sup>35)</sup> 군교도소는 당해 군 참모총장이 지휘·감독한다. 군교도소에는 군사법원에 의해 징역형·금고형 및 노역장유치와 구류형을 받은 자를 수용하여 행형과 교정처우를 시행한다. 필요한 경우에는 법무부장관의 승인을 얻어 수형자 또는 미결수용자를 일반교도소 또는 구치소에 수용할 수 있다(같은조 제4항). 현재 육군교도소(경기도 장호원)와 지소(부산)가 설치되어 있으며, 여기에는 타군 수형자 등도 함께 수용하고 있다(「육군교도소령」 제8조).<sup>36)</sup> 헌병대영창은 각 사단급 부대의 헌병대에 있는 구금장소로 영창은 징계 목적으로 군인의 신체를 일정한 장소에 구금하는 처벌을 의미한다.<sup>37)</sup>

34) 경찰서 유치장 외의 유치·수용시설에 사람을 수용하는 것은 현행법상 불법이다. 따라서 「국가인권위원회법」이 국회 법제사법위원회에 상정되었을 때, 이를 구금시설에 포함시키는 것은 법체계상 부적절하며 그러한 유치·수용시설에서의 인권침해에 대해서는 개별적인 사건의 조사시 실지조사의 대상이 될 수 있기 때문에 구금시설에 포함시키는 것이 큰 실익이 없다는 비판이 있었다. 국회 법제사법위원회, 「국가인권위원회법 심사보고서(전문위원 검토의견)」.

35) 「군행형법시행령」 제2조 (미결수용실의 설치)  
군행형법 제2조제7항의 규정에 의하여 미결수용실을 둘 수 있는 부대는 장관급장교가 지휘하는 부대 중에서 국방부장관이 정한다.

36) 박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 406쪽.

37) 「군인사법」 제57조 (징계의 종류)  
②병에 대한 징계처분은 이를 강등·영창·휴가제한 및 근신으로 구분하되, 징계종류별 내용은 다음 각호와 같다.  
2. 영창은 부대, 함정의 영창 기타 구금장에 감금함을 말하며 그 기간은 15일 이내로 한다.



## 2. 보호시설

### 가. 지정치료보호시설

2005년 8월 「사회보호법」이 폐지되고 「치료감호법」이 신설됨에 따라 기존의 치료감호소가 치료감호시설로 명칭이 바뀌었다.

#### 1) 보호감호소와 치료감호시설

기존의 보호감호소는 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있는 자에 대하여 특수한 교육, 개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자를 수용하는 시설이었다(「구 사회보호법시행령」 제3조). 보호감호소는 「구 사회보호법」에 의한 보호감호처분을 받은 자에 대한 수용·보호 및 사회복지에 필요한 직업훈련과 근로에 관한 업무를 수행하는 기관으로 청송 제1, 2보호감호소가 있었다.<sup>38)</sup> 치료감호시설은 「사회보호법」에 의한 치료감호처분을 받은 자들을 수용하여 치료하는 시설로서(「구 사회보호법시행령」 제5조),<sup>39)</sup> 범법자·정신질환자 등을 격리 수용하여 사회불안 요인을 제거하고, 효율적인 치료 및 사회적응훈련을 실시하여 정상인으로서 사회에 복귀시키고자 설립한 기관이다. 공주에 치료감호소가 있고, 수용기능뿐 아니라 이에 관한 조사, 연구 사무도 관장하였다.

#### 2) 「사회보호법」의 폐지<sup>40)</sup>

「사회보호법」상의 보호감호처분 등은 피감호자의 입장에서는 이중처벌적인 기능을 하고 있을 뿐만 아니라 그 집행실태도 구금위주의 형벌과 다름없이 시행되고 있어 국민의 기본권을 침해하여 왔다. 또한 「사회보호법」 자체도 지난 권위주의시대에 사회방위라는 목적으로 제정한 것으로 위험한 전과자를 사회로부터 격리하는 것을 위주로 하는 보안처분에 치중하고 있어 위헌적인 소지가 있다는 이

38) 보호감호처분은 상습범, 누범의 위험성이 있는 강력범 등이 자유형의 집행 종료 후에도 다시 범죄를 반복할 우려가 있는 경우에 일정한 시설(보호감호소)에 격리수용하는 것을 내용으로 하는 보호처분이다. 보호감호는 현행법상의 보안처분 가운데 가장 무거운 종류에 해당한다(허주욱, 『교정학』(법문사, 2002), 223쪽).

39) 치료감호란 정신질환 및 약물중독 등으로 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자들을 일정하지 않은 기간 동안 시설에 수용하여 치료 및 교정·교화하며 형벌을 대체 또는 보완하는 예방적인 기능을 수행하는 것으로, 일종의 보안처분이다(「구 사회보호법」 제2조, 제9조).

40) 「사회보호법폐지법률」(법률 제7656호). 이 법은 기존의 사회보호법을 폐지하는 법률로 2005년 8월 4일에 공포되어 공포 즉시 발효하였다.



유로 「사회보호법」이 폐지되었다.<sup>41)</sup>

이에 따라 보호감호소와 치료감호시설은 더 이상 존속하지 않게 되었다. 그러나 「사회보호법」에 따라 이미 보호감호 판결을 받은 자에 대하여는 사회방위 및 판결의 집행력 확보 등을 위하여 판결의 효력을 유지하도록 한편, 그 집행을 위하여 필요한 경과규정을 보완하도록 하였다.<sup>42)</sup>

## 나. 소년원

소년원은 소년법원에서 송치한 14세 이상 20세 미만의 범죄소년, 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 14세 미만의 촉법소년과 성격 또는 환경에 비추어 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상 20세 미만의 우범소년을 수용하여 교정교육을 담당하는 국가기관이다.<sup>43)</sup> 소년원은 「소년법」 및 「소년원법」에 따라 가정법원 및 지방법원 소년부의 보호처분에 의해 송치된 소년(보호소년)을 수용하여 교정교육을 행할 목적으로 설립된 법무부 산하 특수교육기관이다. 이에 반해 소년교도소는 자유형의 선고를 받은 소년을 수용하여 형을 집행하면서 교정교육을 행하는 행형시설이다.<sup>44)</sup>

소년원은 법무부장관이 관리한다(「소년원법」 제3조). 16세 미만의 자와 그 이상의 자, 남자와 여자는 각각 분리 수용한다(제8조). 소년원장은 보호소년이 23세

41) 기존에 제기된 「사회보호법」의 문제점을 구체적으로 보면 다음과 같다. 우선 보호감호의 요건을 범죄의 내용이나 종류를 불문하고 전과여부와 형량에 따라 기계적으로 과할 수 있게 한 것은 형사사법운용의 경직성을 드러낸 것이고, 치료감호의 기간을 정하지 않은 데에서도 마찬가지로 모습을 볼 수 있다. 결과적으로 재범자의 사회복귀보다는 사회로부터의 격리수용을 통하여 범죄를 예방하겠다는 초보적 특별예방주의의 한 표현으로서 이중처벌을 염두에 두고 제정하였다는 의심을 받을 수 있는 규정이다. 또한 치료감호의 경우에는 치료감호시설이 보호대상자의 치료에 적합한 시설을 갖추지 못하면 단순한 수용시설에 불과한데, 기존의 치료감호시설은 치료의 기능을 제대로 하지 못하였다는 비판을 받아왔다(박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 357쪽).

42) 「사회보호법폐지법률안」 부칙 제2조(피보호감호처분자 등에 대한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 제5조의 규정에 의하여 보호감호처분을 받거나 제10조제1항제1호의 규정에 의하여 보호관찰처분을 받은 자 중 그 집행 중에 있는 자에 대하여는 이 법 시행과 동시에 그 집행을 종료한다.

43) 박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 591쪽.

44) 소년원이 소년교도소와 다른 점은 사법적 기능보다 교육적 기능을 중시한다는 점에 있다. 그러므로 비행에 대한 추궁보다 국가가 소년의 보호자가 되어 엄격한 규율과 기본적인 교육훈련 및 생활지도, 직업훈련을 통하여 성격과 행동을 교정하는 데에 중점을 두고 있다(박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 592쪽).



에 달한 때에는 퇴원시켜야 한다(제43조). 법무부장관은 교정교육상 필요하다고 인정할 때에는 소년원을 교과교육소년원, 직업훈련소년원, 여자소년원 및 특별소년원 등 기능별로 분류하여 운영하게 할 수 있다(제4조).<sup>45)</sup>

## 다. 소년분류심사원

법원(가정법원 또는 지방법원) 소년부의 결정으로 위탁된 소년(위탁소년)을 수용하여 그 자질을 분류 심사하는 시설로 30일 동안만 구금이 가능하다. 소년분류심사원은 법무부장관이 관장하며, 그 명칭·위치·직제 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(『소년원법』 제3조). 법원소년부에서 소년보호사건을 조사·심리할 때는 소년분류심사원의 분류심사결과와 의견을 참작하도록 하고 있다. 법원소년부 판사·소년원장·보호관찰소장 및 갱생보호회 이외의 자가 소년의 분류심사를 요청한 때에는 이에 응할 수 있으며, 이 경우에는 법무부 장관이 정한 바에 따라 실비를 징수할 수 있다(같은법 제26조).

소년분류심사원이 설치되지 아니한 지역에서는 소년분류심사원의 업무를 소년원에서 행하고, 가위탁된 소년은 소년원의 구획된 장소에 수용한다(같은법 제52조). 요컨대 소년분류심사원에서의 분류심사는 소년법이 지향하는 소년사건 처리의 과학화 요청에 부응하여 소년의 신체, 성격, 소질, 환경, 학력 및 경력과 그 상호관계를 규명하여 보호소년의 교정에 관한 최선의 방침을 수립하는 것을 목적으로 하는 것이다.

## 라. 외국인보호소

### 1) 외국인보호소의 의미

외국인보호소는 「출입국관리법」에 의하여 퇴거강제의 대상인 외국인을 보호할 목적으로 설치된 시설로서 대통령령이 정하는 곳을 말한다(『출입국관리법』 제2조 제12호). 「출입국관리법」 제51조 제1항은 “출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각호의 1에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명

45) 종래에는 소년원을 교과교육소년원, 직업훈련소년원, 종합소년원으로 구분하여 교과교육 중심의 학교운영 체제를 유지하였으나, 2000년 9월 이를 특성화학교체제로 전환하여 인성교육과 함께 실용영어·컴퓨터교육을 집중 실시하고 있다. 특성화학교체제 전환 이후에 순수한 교과교육은 인문계중·고등학교인 청주소년원에서만 실시하고, 약물남용자 및 신체질환 보호소년을 위한 의료소년원이 안산에 있다(법무연수원, 『범죄백서 2003』(법무연수원, 2003), 377~380쪽).



령서를 발부 받아 그 외국인을 보호할 수 있다”고 규정하고 있고, 동법 제63조 제1항은 “사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 때에는 송환이 가능할 때까지 그를 외국인보호소, 외국인보호소 기타 법무부장관이 지정하는 장소에 보호할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>46)</sup> 이상에서 볼 수 있듯이, 외국인보호소는 강제퇴거명령을 받은 외국인을 일시적으로 보호하기 위하여 설립된 시설이다. 현재 경기도 화성과 충북 청주 등지에 외국인보호소가 설치되어 있다.<sup>47)</sup> 법시행규칙은 외국인보호소 이외의 ‘기타 법무부장관이 지정하는 장소’로 구치소와 교도소를 규정하고 있는데, 외국인을 일시적으로 보호한다는 성격에 부합되지 못한다는 문제점이 있다.<sup>48)</sup>

외국인 보호시설의 피보호 외국인은 「출입국관리법」 위반 사실이 확정되지 않았거나 행정처분인 강제퇴거의 대상이며, 도주 또는 도주할 염려가 있는 경우에 법관이 발부한 영장이 아닌 출입국관리사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장이 발부한 보호명령서에 의해 ‘보호’되고 있는 사람이다. 이러한 피보호자의 법적 지위에 근거할 때, 피보호 외국인의 기본적인 인권은 최대한 보장되어야 하고 그 권리를 제한하기 위해서는 법률의 명확한 규정과 내용의 적정성이 요구된다.<sup>49)</sup> 외국인보호시설 내에서 법률적 근거없이 강제력을 행사하거나 계구를 사용하는 것에 대한 비판이 지속적으로 제기되자,<sup>50)</sup> 법무부는 2004년에 피보호 외국인에 대한 계호업

46) 『출입국관리법시행규칙』 제59조 (보호장소의 지정)

법 제52조제2항 및 법 제63조제1항에서 “기타 법무부장관이 지정하는 장소”라 함은 구치소·교도소 그밖에 법무부장관이 따로 지정하는 장소를 말한다.

47) 1992년 8월 31일 서울외국인수용소로 설립된 뒤 1993년 3월 30일 서울외국인보호소로 명칭이 변경되었다가, 2000년 11월 20일 화성시로 이전하면서, 지금의 이름으로 변경되었다. 전국을 관할하며 외국인보호소에 보호하는 외국인에 대하여 적절한 처우를 행하기 위하여 필요한 사항은 외국인보호규칙에 규정되어 있다. 보호외국인에게 생활능력이 없는 어린이가 딸린 경우에는 그 어린이가 보호대상이 아니더라도 그 외국인과 함께 생활하도록 허가하며 남자와 여자가 방을 따로 쓰는데 특별한 사유가 있다고 인정되는 경우 그 가족에게 같은 방을 쓰도록 한다. 중국, 동남아시아, 중동 이슬람권 등 수용자 간의 마찰을 최소화하기 위해 국적, 인종, 종교별로 분리수용한다. 외국인 노동자들의 체불임금 해결을 위해서는 대한법률구조공단과 자원봉사 변호사 등이 법률상담을 해주며, 출국비용을 스스로 델 능력이 없는 사람에게는 한국 정부에서 국비 지원을 한다(국가인권위원회 인권상담센터, 『인권상담 가이드북』, 국가인권위원회, 2003, 31~32쪽(이하 국가인권위원회, 인권상담 가이드북)).

48) 이는 신병확보만을 목적으로 한 것으로, 보호의 취지를 살리기 위해서는 UN피구급자 보호원칙 “원칙 20”에서 규정한 ‘통상 주거에 상당히 가까운 시설’에 유치되도록 하여야 한다는 주장이 있다(서울지방변호사회, 『외국인보호시설 실태조사 보고서: 화성외국인보호소 편』(서울지방변호사회, 2002), 9쪽).

49) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 32쪽.

50) 서울지방변호사회, 앞의 책(2002)을 참조.



무에 관한 사항의 신설 등을 골자로 하여 「출입국관리법」을 개정하였다.<sup>51)</sup>

## 2) 출입국관리사무소내의 외국인보호실

외국인보호실은 외국인을 일시 보호할 목적으로 출입국관리사무소 또는 그 출장소에 설치한 장소를 말한다(「출입국관리법」 제2조 제11호). 「위원회법」 제2조 제2호는 ‘외국인보호소’만을 구금·보호시설의 한 종류로 규정하고 있는바, 외국인보호실도 법상 외국인보호소에 포함되는지 문제되었다. 「위원회법」 제2조 제2호의 조사대상인 구금보호시설은 특정되어 있다고 할 수 있으므로, 이를 엄격히 해석한다면 외국인보호실은 「위원회법」 제2조 제2호에 규정된 구금보호시설에 포함되지 아니한다.<sup>52)</sup> 그러나 두 시설은 외국인을 보호할 동일한 목적으로 설치되었으며 현실적으로 양자는 명칭에서만 차이가 있지 내용상 구별없이 운영되고 있다. 따라서 외국인보호소만이 국가인권위원회의 조사대상인 보호시설이요, 외국인보호실은 이로부터 배제된다는 결론은 불합리한 것이 사실이다. 이 부분은 국가가 운영하는 외국인보호시설 모두를 포함하는 방향으로의 입법적 해결이 바람직하다.<sup>53)</sup>

## 3. 다수인 보호시설

다수인보호시설은 다수의 사람을 보호·수용하는 시설로서, 그 구체적인 내용은 「위원회법시행령」 제2조에 상세히 지정되어 있다. 다수인보호시설 중에 국가 또는 지방자치단체가 운영하는 곳도 있으나, 적지 않은 시설은 사인(私人)이 국가의 허가 또는 인가를 받아 운영하는 것으로 운영자 자율에 맡겨진 영역이다.<sup>54)</sup> 이러한 시설에 대해 인권보호를 이유로 세세하게 규제하는 것이 과연 바람직한

51) 당시 위원회는 보호 외국인에 대한 강제력 행사의 요건과 종류, 신체 및 소지품 검사를 필요불가결한 경우로 제한하고 면회, 서신왕래 등은 최대한 보장하도록 개선이 필요하다는 의견을 표명하였으나, 개정 법률에 반영되지 않았다. 국가인권위원회, 「출입국관리법 개정안에 대한 의견표명」(2004.10.8.)

52) 국가인권위원회(법무담당관실), 「법령해석질의회신집」(국가인권위원회, 2005), 115~116쪽(이하 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005)).

53) 현재 국회에 계류중인 최재천안은 제2조제2호 라목을 ‘외국인을 보호할 목적으로 설치된 시설’로 규정하여 외국인보호실의 개념을 포함시켰다.

54) 1998년까지 이러한 시설은 국가 또는 지방자치단체가 설치, 운영하도록 되어 있었으나, 1998년 「사회복지사업법」이 개정되어 개인도 시장, 군수, 구청장에게 신고한 후 사회복지시설을 설치, 운영할 수 있게 되었다(같은 법 제34조 제2항).



것인지에 대해 입안 당시 논란이 있었다. 한편 이른바 미신고시설에 대해서도 국가인권위원회가 진정을 받고 실태조사를 할 수 있는지 여부에 대해서도 논의가 많았으나, 일단 「위원회법시행령」 제2조의 규정을 단순한 예시규정이 아닌 열거 규정으로 해석하는 한 위원회는 이에 열거되지 않은 다른 시설에 대해서는 인권 침해나 차별을 이유로 한 조사를 벌일 수 없다.

## 가. 아동복지시설

국가인권위원회가 진정을 받을 수 있는 아동복지시설은 「아동복지법」 제16조 제1항 제1호 내지 제6호에 규정된 아래의 시설이다.<sup>55)</sup> 현재 아동복지협회연합회에 신고된 아동복지시설은 275개소에 달하고, 모두 19,014명의 아동들을 수용하고 있다.<sup>56)</sup>

### 1) 아동양육시설

이는 보호를 필요로 하는 아동을 입소시켜 보호, 양육하는 것을 목적으로 하는 시설로서 고아원이나 보육원이 이에 해당한다.

### 2) 아동일시보호시설

이는 보호를 필요로 하는 아동을 일시보호하고 아동에 대한 향후의 양육대책 수립 및 보호조치를 행하는 것을 목적으로 하는 시설이다.

55) 시설보호란 요보호아동 중 입양, 가정위탁 및 소년소녀가정 지원 등 가정보호가 적합하지 않은 아동을 시설에 입소시켜 건전한 사회인으로 육성하기 위한 제도이다. 입소대상자는 크게 두 형태로 구분된다. 하나는 아동양육시설 및 일시보호시설로서 보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동, 보호자로부터 학대받은 아동, 보호자의 학대로 아동학대예방센터에 신고되어 동 센터가 시·도지사에게 보호조치를 의뢰한 아동(보호를 필요로 하는 아동, 「아동복지법」 제2조 제2호), 기초생활보장수급자로서 보호자의 질병, 가출 등으로 가정 내에서 보호하기 어려운 아동, 그리고 시·도지사 또는 시·군·구청장이 특별히 보호가 필요하다고 결정한 아동 등이다. 다른 하나는 자립지원시설로서 시설퇴소 아동 중 취업중인 아동과 취업준비중인 20-24세 미만인 자, 국민기초생활보장수급자로서 24세 미만인 자 등이다. 보호기간은 시설유형에 따라 상이한데, 일시보호시설은 3개월이며, 1회에 한해 3개월의 연장이 가능하다. 자립지원시설은 1년이며, 1회에 1년의 연장이 가능하다. 단기보호시설의 기간은 6개월이다(김승권 외 5인, 『아동복지시설 생활아동 복지증진방안 연구』(보건복지부 한국보건사회연구원, 2003), 69쪽).

56) 아동복지협회연합회 홈페이지(<http://www.kfcw.or.kr/main.asp> 2005. 7. 29일 방문). 이와는 별도로 2005년 1월 현재 전국적으로 1,209곳의 미신고아동복지시설에 모두 2만1900여명의 아동들이 생활하고 있다고 한다(국민일보 2005. 6. 30일자).



### 3) 아동보호치료시설

이는 불량행위를 하거나 불량행위를 할 우려가 있는 아동으로서 보호자가 없거나 친권자나 후견인이 입소를 신청한 아동 또는 가정법원, 지방법원소년부지원에서 보호 위탁된 아동을 입소시켜 그들을 선도하여 건전한 사회인으로 육성하는 것을 목적으로 하는 시설이다.

### 4) 아동직업훈련시설

이는 아동복지시설에 입소되어 있는 만15세 이상의 아동과 생활이 어려운 가정의 아동에 대하여 자활에 필요한 지식과 기능을 습득시키는 것을 목적으로 하는 시설이다.

### 5) 자립지원시설

이는 아동복지시설에서 퇴소한 자에게 취업준비기간 또는 취업 후 일정기간 보호함으로써 자립을 지원하는 것을 목적으로 하는 시설이다.

### 6) 아동단기보호시설

일반가정에 아동을 보호하기 곤란한 일시적 사정이 있는 경우 아동을 단기간 보호하며 가정의 복지에 필요한 지원조치를 하는 것을 목적으로 하는 시설이다.

## 나. 장애인복지시설

위원회법에서 말하는 장애인복지시설은 「장애인복지법」 제48조 제1항 제1호에 서 규정하고 있는 장애인생활시설을 의미한다. 이는 장애인이 필요한 기간 생활하면서 재활에 필요한 상담·치료·훈련 등의 서비스를 받아 사회복귀를 준비하거나 장애로 인하여 장기간 요양하는 시설로서 다음과 같이 구분할 수 있다.

### 1) 장애유형별 생활시설

장애유형이 같거나 또는 유사한 장애를 가진 사람들을 입소 또는 통원하게 하여 그들의 장애유형에 적합한 의료·교육·직업·심리·사회 등 재활서비스와 주거서비스를 제공하는 시설이다.

### 2) 중증장애인요양시설

장애의 정도가 심하여 항상 도움이 필요한 사람을 입소하게 하여 상담·치료





또는 요양서비스를 제공하는 시설이다.

### 3) 장애영유아생활시설

6세 미만의 장애영유아를 입소 또는 통원하게 하여 보호함과 동시에 그 재활에 필요한 의료·교육·심리·사회 등 재활서비스를 제공하는 시설이다.

## 다. 정신보건시설

### 1) 종류

위원회법시행령에서 규정하고 있는 정신보건시설은 「정신보건법」 제3조 제3호 내지 제5호에 규정된 다음의 시설을 말한다.

#### 가) 정신의료기관

「의료법」에 의한 의료기관 중 주로 정신질환자의 진료를 행할 목적으로 「정신보건법」 제12조 제1항의 시설기준 등에 적합하게 설치된 병원(“정신병원”)과 의원 및 병원급 이상의 의료기관에 설치된 정신과를 말한다.

#### 나) 정신질환자사회복귀시설(“사회복귀시설”)

「정신보건법」에 의하여 설치된 시설로서 정신질환자를 정신의료기관에 입원시키거나 정신요양시설에 입소시키지 아니하고 사회복귀촉진을 위한 훈련을 행하는 시설을 말한다.

#### 다) 정신요양시설

「정신보건법」에 의하여 설치된 시설로서 정신의료기관에서 의뢰된 정신질환자와 만성정신질환자를 입소시켜 요양과 사회복귀촉진을 위한 훈련을 행하는 시설을 말한다.

### 2) 미신고 정신요양시설

현재 국내에는 상당수의 법외 사설 정신요양시설이 적지 않은 사람을 수용하고 있고, 여기서의 인권침해 논란이 끊이지 않고 있다. 이른바 법외 미신고 시설은 법에 따라 폐쇄할 수 있으나, 갑작스러운 시설 폐쇄로 인한 후속대책이 마땅치 않아 사실상 방치되어 왔다고 하여도 과언이 아니다. 정부는 일단 2005년 7월 말까지 이들 시설을 요건을 갖추어 양성화한다는 정책을 시행하였으나, 의도대로



정리되기는 쉽지 않은 형편이다.

위원회에는 경기 가평군 “쉼터”로부터 진정이 접수된 바 있었다. 이 시설은 2002.9. 정신요양시설 형태로 가평군청에 신고되어 2002.10. “10인 이상 조건부 신고시설필증”이 발부되었고, 2005.7.31.까지 「정신보건법」에 의거 “정신요양시설”로써 허가를 얻어야 한다는 조건이 부가되었다. “쉼터” 시설은 신고 이전에도 정신질환자의 요양을 위한 시설로 운영되었고, 신고시 및 그 이후에도 정신질환자의 요양을 위한 시설로 운영되어 왔다. 그런데 정신요양시설로 신고 되었다 하더라도, 이는 「정신보건법」상 정신요양시설 또는 사회복지시설이 아닌 “「사회복지사업법」상 (미신고) 사회복지시설”로 볼 수밖에 없다. 그러나 「위원회법」 제2조 제3호의 다수인보호시설에는 「사회복지사업법」에 의한 사회복지시설은 대상에서 제외되어 있으므로, “쉼터” 시설은 위원회법상 조사대상이 되는 다수인보호시설에 포함되지 않는 것으로 보인다. 「위원회법시행령」 제2조에 규정된 다수인보호시설은 법상 소정의 요건을 갖추고 허가 또는 신고된 적법한 시설을 그 대상으로 하고, 국가 또는 지방자치단체의 사전 사후의 감독 관리이나 재정지원 등이 예정되어 있는 시설을 대상으로 한다고 보았을 때, “쉼터” 시설과 같은 법외(法外) 시설은 일단 조사대상에서 배제되어 있다고 해석된다.<sup>57)</sup> 실제로는 이러한 시설에서의 인권침해가 심각한 수준이라고 하므로 이러한 시설을 조사대상 시설로 포함시키려는 입법적 개선이 요구된다.

## 라. 부랑인복지시설

### 1) 의의

부랑인복지시설은 「사회복지사업법」 제34조 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 설치된 사회복지시설로서, 부랑인을 입소시켜 숙식을 제공하고 재활 및 자활 프로그램을 운영하는 등의 서비스를 제공한다. 국가 또는 지방자치단체 이외의 자도 「부랑인및노숙인보호시설설치·운영규칙」(보건복지부령)이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장에게 신고하여 시설을 설치·운영할 수 있다.

한편 외환위기 이후 우리 사회에는 부랑인과는 다른 노숙자라는 새로운 유형의 요보호집단이 발생하였다.

### 2) 부랑인과 노숙인의 개념 구별

「위원회법」 제정 당시에는 부랑인과 노숙자 간의 뚜렷한 개념 구별이 없었고, 관련법도 이를 구분하지 않았다. 법무부의 「부랑인및노숙인보호시설설치·운영

57) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 117~119쪽.



규칙」 제2조 제1호는 부랑인을 일정한 주거와 생업수단 없이 상당한 기간 거리에서 배회 또는 생활하거나 그에 따라 부랑인복지시설에 입소한 18세 이상의 자로 규정하고 있고, 제1의2호는 노숙인을 일정한 주거 없이 상당한 기간 거리에서 생활하거나 그에 따라 노숙인쉼터에 입소한 18세 이상의 자로 규정하고 있다. 사회통념상 대체로 과거부터의 만성적 노숙자를 부랑인으로 칭하였다면, 근래의 경제사정에 따른 실직을 이유로 노숙하게 된 이들을 노숙자로 구분하고 있다. 정부는 실직노숙자들에 대해서는 부랑인 정책과는 다른 ‘노숙자 정책’을 실시하며, 이들의 조기 사회복귀를 위해 부랑인 시설이 아닌 ‘노숙자 쉼터’를 설치·운영하고 있다. 노숙자들은 부랑인에 견주어 상대적으로 신체적·정신적·사회적으로 건강한 자로서 단기적 도움으로도 사회복귀가 가능한 자들이라고 판단하고 있다.

노숙인의 증가가 사회문제로 대두되자, 보건복지부에서는 「사회복지사업법」을 개정하여 기존의 부랑인복지시설 외에 사회복지시설의 한 종류로 노숙인보호시설을 추가하고, 개정된 「사회복지사업법」이 2004.7.부터 시행됨에 따라 2005.1. 기존의 「부랑인복지시설설치·운영규칙」을 「부랑인및노숙인보호시설설치·운영규칙」으로 개정하여 시행 중에 있다. 위 규칙에 따르면, 부랑인복지시설과 노숙인보호시설(쉼터)의 설치 및 운영은 「사회복지사업법」 제34조 제1항 또는 제2항에 근거한다. 부랑인에 대하여는 숙식을 제공하고 입퇴소심사위원회를 운영하도록 하고 있으나, 노숙인에 대하여는 숙소 및 1일2식을 제공하고 별도의 입퇴소심사절차는 규정하고 있지 아니한 점으로 미루어 부랑인과 노숙인을 구별하고 있다. 반면 「위원회법시행령」 제2조에서 ‘다수인보호시설’로서 부랑인복지시설을 포함한 7개의 시설을 특정하고 있고, 노숙인보호시설이 명문화되지 못한 채 현재에 이르고 있다. 이러한 관점에서 현재의 노숙인보호시설은 위원회가 진정을 접수할 수 있는 다수인보호시설에 해당되지 아니한다.<sup>58)</sup>

## 마. 노인복지시설

노인복지시설은 「노인복지법」 제32조에서 규정하고 있는 주거복지시설과 같은 법 제34조에서 규정하고 있는 의료복지시설로 나뉜다.

### 1) 노인주거복지시설(「노인복지법」 제32조 제1항 제1호 및 제2호)

#### 가) 양로시설

노인을 입소시켜 무료 또는 저렴한 요금으로 급식 기타 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설이다. 입소대상자는 생활보장대상노인 또는 생

58) 국가인권위원회. 법령해석질의회신집(2005), 111~112쪽.



활보장대상노인이 아닌 65세 이상의 자중 그 부양의무자로부터 적절한 부양을 받지 못하는 자로서 일상생활에 지장이 없는 자이다. 2004년 12월말 현재 전국 78개소에 3835명이 입소해 있다.<sup>59)</sup>

## 나) 실비양로시설

노인을 입소시켜 저렴한 요금으로 급식 기타 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설이다. 입소대상자는 본인 및 그 배우자와 부양의무자의 월소득을 합산한 금액을 가구원수로 나누어 얻은 1인당 월평균 소득액이 통계청장이 고시하는 전년도 도시근로자가구 월평균 소득을 전년도의 평균 가구원수로 나누어 얻은 1인당 월평균 소득액이하인 자(‘실비보호대상자’)로서 일상생활에 지장이 없는 65세 이상의 자이다. 2004년말 현재 전국 12개소, 230명이 입소해 있다.

### 2) 노인의료복지시설(『노인복지법』 제34조 제1항 제1호 및 제2호)

#### 가) 노인요양시설

노인을 입소시켜 무료 또는 저렴한 요금으로 급식·요양 기타 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설이다. 양로시설에서 제공하는 서비스 외에 치료의 서비스를 덧붙여 제공한다. 생활보장대상노인 또는 저소득 노인으로서 노인성질환등으로 요양을 필요로 하는 자가 대상이 된다. 2004년말 현재 전국 131개소 7880명이 입소해 있다.

#### 나) 실비노인요양시설

노인을 입소시켜 저렴한 요금으로 급식·요양 기타 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설이다. 실비보호대상자로서 노인성질환등으로 요양을 필요로 하는 65세 이상의 자를 대상으로 한다. 2004년말 현재 전국 42개소, 2310명이 입소해 있다.

### 바. 요보호자를 위한 복지시설

이 조항은 「위원회법」이 만들어진 당시 시행 중이던 「윤락행위등방지법」 제11조 제1항 제1호 내지 제3호의 규정에 의한 일시보호소·선도보호시설 및 자립자활시설을 규정한 것이다.<sup>60)</sup> 당시 「윤락행위방지법」에서는 ‘윤락행위의 상습이 있

59) 이하 노인복지시설 통계는 보건복지부, 「2005년도 노인복지시설현황」을 참조하였다 (기준일: 2004.12.31).



는 자'와 '환경 또는 성행으로 보아 윤락행위를 하게 될 현저한 우려가 있는 자'를 요보호자로 규정하여(같은 법 제2조) 이들에 대한 보호처분이나 선도보호조치를 하였다. 이러한 처분을 받은 요보호자를 관리하던 시설을 요보호자를 위한 복지 시설이었고, 국가인권위원회의 업무 대상으로 규정하였다.

그러나 「윤락행위등방지법」은 2004년 9월에 폐지되었고, 「성매매알선등행위의 처벌에관한법률」이 이를 대체하여 시행 중이다. 이 법은 성매매를 원칙적으로 금지하고 있어서 과거에 규정되었던 요보호자의 개념은 더 이상 존재하지 않고, 이를 성매매피해자로 본다. 또한 성매매피해자는 처벌의 대상이 아니라 보호의 대상으로 규정되어 있고, 이를 위해 「성매매방지및피해자보호등에관한법률」을 제정하였다. 이 법 제5조는 성매매피해자들을 위한 지원시설을 규정하고 있다. 성매매피해자들을 대상으로 6월 이내의 범위에서 숙식을 제공하고 자립을 지원하는 시설인 일반지원시설(제1호)과 성매매피해자들을 대상으로 자활에 필요한 지원을 제공하는 이용시설인 자활지원센터(제4호)가 있다. 특수한 계층의 피해자로서 청소년인 성매매피해자들을 대상으로 1년 이내의 범위에서 숙식을 제공하고, 취학·교육 등을 통하여 자립을 지원하는 시설인 청소년지원시설(제2호)과 외국인여성인 성매매피해자들을 대상으로 3월(성매매알선등행위의처벌에관한법률 제11조의 규정에 해당하는 외국인여성에 대하여는 그 해당기간) 이내의 범위에서 숙식을 제공하고, 귀국을 지원하는 시설인 외국인여성지원시설(제3호)이 규정되어 있다.

같은 법 부칙 제2조는 지원시설·상담소에 관한 경과조치를 두어 '이 법 시행 당시 종전의 「윤락행위등방지법」에 의하여 설치된 일시보호소 및 선도보호시설은 이 법에 의한 일반지원시설 또는 청소년지원시설로, 자립자활시설은 이 법에 의한 자활지원센터로, 여성복지상담소는 이 법에 의한 성매매피해상담소로 각각 본다. 다만, 이 법 시행일부터 2년 이내에 이 법에서 정한 시설기준을 충족하여야 한다.'고 규정하고 있다. 따라서 기존의 요보호자를 위한 복지시설은 그 명칭만 바뀐 채 운영 중이고, 여전히 위원회의 관리 대상이 된다. 「윤락행위등방지법」이 폐지되고 이를 대체하는 「성매매방지및피해자보호등에관한법률」이 신설된 만큼

60) 「구윤락행위등방지법」 제11조 (시설의 종류)

- ①요보호자를 위한 복지시설(이하 "시설"이라 한다)의 종류는 다음 각호와 같다.
1. 일시보호소 : 요보호자에 대한 일시보호와 상담을 행하는 시설
  2. 선도보호시설 : 제8조제1항의 규정에 의한 보호처분에 의하여 위탁된 자를 대상으로 선도보호를 행하는 시설과 제9조제1항의 규정에 의한 선도보호조치에 의하여 입소한 자를 대상으로 선도보호를 행하는 시설
  3. 자립자활시설 : 요보호자 또는 선도보호시설에서 퇴소한 자중 사회 적응이 곤란하거나 거주할 곳이 없는 자로서 본인이 희망하는 경우 6월의 범위내에서 숙식·직업알선등을 제공하여 사회 적응을 용이하게 하는 시설.



「위원회법 시행령」 제2조 6호상의 용어도 개정이 요망된다.

## 사. 갱생보호시설

갱생보호란 형사처분 또는 보호처분을 받은 자에 대해 자립갱생을 위한 숙식 제공, 여비지급, 생업도구·생업조성금품의 지급 또는 대여, 직업훈련 및 취업알선 등의 편의를 제공하는 것을 의미한다.<sup>61)</sup> 원칙적으로 숙식제공은 주거지가 없고 연고자가 없는 자 및 자립할 만한 경제적 기반이 없는 자에 대해 일정 기간(6월에서 1년 범위 내) 한국갱생보호공단 생활관에서 자유롭게 기거하게 하면서 피보호자에게 숙소·음식물·의복 등을 제공하는 것을 말한다.<sup>62)</sup>

「위원회법 시행령」 제2조 제7호의 갱생보호시설이란 「보호관찰등에관한법률」 제67조에 따라 갱생보호사업을 위해 법무부장관의 허가를 받은 사업자가 갱생보호 대상자를 수용하기 위해 일정한 숙식제공시설을 갖추고 운영하는 시설을 말하며, 수용시설을 갖춘 것에 한한다.<sup>63)</sup> 현재 다만선교회 등 5개 법인이 운영하는 생활관을 갖춘 시설이 이러한 갱생보호시설에 해당하는 것으로 파악된다.

한편 위 공단에서 운영하고 있는 생활관과 법무부장관의 허가를 받은 사업자가 운영하는 생활관은 동일한 목적을 갖는 갱생보호시설이라 볼 수 있으나, 「위원회법시행령」 제2조 제7호의 갱생보호시설은 「보호관찰등에관한법률」 제67조의 규정에 의한 갱생보호사업의 허가를 받은 자가 갱생보호사업을 위하여 설치한 시설'에 한정되므로, 한국갱생보호공단이 운영하는 생활관은 진정함 설치대상 시설에 해당하지 않는다고 해석된다.<sup>64)</sup>

61) 박상기·손동권·이순래, 앞의 책, 539쪽.

62) 출소자의 건전한 사회복귀촉진 등을 설립목적으로 하는 한국갱생보호공단은 「보호관찰등에 관한법률」 제71조에 의해 그 설립이 강제되는 공법인으로 법무부장관의 감독 하에 서울에 본부를 두고 각 지방검찰청 소재지에 13개 지부 8개 출장소 및 6개 컴퓨터, 19개 생활관을 운영하고 있는데 2005. 1. 31. 현재 전국적으로 537명이 수용되어 있다(한국갱생보호공단 홈페이지(<http://www.mojra.or.kr/> 최종방문일 2005. 8. 20.)).

63) 「보호관찰등에관한법률」 제67조 (갱생보호사업의 허가)

①갱생보호사업을 하고자 하는 자는 법무부령이 정하는 바에 의하여 법무부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

②법무부장관은 갱생보호사업의 허가를 할 때에는 사업의 범위와 허가의 기간을 정하거나 기타 필요한 조건을 붙일 수 있다.

64) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 114쪽.



## 아. 기타 문제되는 시설들

### 1) 북한이탈주민을 위한 정착지원시설인 ‘하나원’

하나원은 북한 이탈 귀순자들의 사회정착 지원을 위하여 1998년 7월에 개원한 통일부 소속기관이다. 하나원은 1994년 이후 대한민국으로 넘어오는 탈북자의 수가 급격히 늘어남에 따라 이들에 대한 사회적응 및 보호를 위한 지원의 필요성이 대두되어 『북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률』 제10조에 근거하여 설립되었다. 북한이탈주민은 하나원에 머무르는 2개월 동안 호적을 만들고 주민등록증을 취득하게 된다.<sup>65)</sup> 하나원은 원칙적으로 구급시설이 아니고 다수인보호시설로도 규정되어 있지 않으므로 위원회의 조사대상이 아니다. 그러나 『위원회법』 제25조 제1항에 따라 운영의 개선을 위한 권고는 가능할 것이다.

### 2) 미신고 사회복지시설

『위원회법』 제2조에서 규정된 다수인보호시설은 대부분 『사회복지사업법』의 규율을 받는 사회복지시설에 해당한다.<sup>66)</sup> 과거에는 이러한 시설 허가 기준이 허가제였으나, 1997년 법이 개정되어 신고제로 전환되었다.<sup>67)</sup>

65) 통일부 북한자료센터([http://unibook.unikorea.go.kr/bukhandb/bukhandb\\_06\\_26.jsp](http://unibook.unikorea.go.kr/bukhandb/bukhandb_06_26.jsp), 2005. 7. 29. 방문).

66) 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “사회복지사업”이라 함은 다음 각목의 법률에 의한 보호·선도 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담·부랑인 및 노숙인보호·직업보도·무료숙박·지역사회복지·의료복지·재가복지·사회복지관운영·정신질환자 및 한센병력자 사회복지에 관한 사업 등 각종 복지사업과 이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다.

가. 국민기초생활보장법

나. 아동복지법

다. 노인복지법

라. 장애인복지법

마. 모·부자복지법

바. 영유아보육법

사. 성매매방지및피해자보호등에관한법률

아. 정신보건법

자. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 (차.~거. 항 생략)

3. “사회복지시설”이라 함은 사회복지사업을 행할 목적으로 설치된 시설을 말한다. 제3조 (다른 법률과의 관계) ①사회복지사업의 내용, 절차 등에 관하여 제2조 제1호 각목의 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

②제2조 제1호 각목의 법률을 개정하는 경우에 이 법에 부합하도록 하여야 한다.



미신고 다수인 보호시설은 2005년 1월 현재 1,209개소가 있고, 약 21,896명이 수용되어 있다.<sup>68)</sup> 미신고시설의 경우 관련 부처의 관리가 미치지 않아 인권침해의 가능성이 크며, 그간 사회적 물의도 적지 않았다. 특히 알콜 중독자나 행려병자 등을 수용하는 기도원 등 종교시설의 경우 문제점이 적지 않다. 그러나 미신고시설은 수용능력이 부족한 사회복지시설의 법적 입소기준에 미달하여 보호를 필요로 하지만 보호받지 못하는 취약계층 복지대상자를 수용하여 기존 사회복지시설의 보완적인 기능을 하고 있다는 측면에서 그 역할과 기능을 무시할 수 없는 실정이다.<sup>69)</sup>

위원회는 적극적인 인권보호를 위해 이러한 시설들을 위원회 조사대상에 포함시킬 필요가 있다는 논의를 진행한 바 있다.<sup>70)</sup> 그러나 불법이라고 간주되는 시설에 대하여 그 시설이 적법하게 운영될 것을 바라면서 인권침해를 조사하는 것은 논리적으로 불법시설의 존재를 인정하는 문제가 발생할 수 있는 등 여러 가지 이유로 인해 위원회는 미신고시설을 위원회 조사대상으로 삼기는 어렵다는 결론을 내렸다. 단 미신고시설을 명시적으로 위원회의 조사대상으로 삼을 수 없다고 하더라도 미신고시설에서 일어나는 인권침해를 예방, 조사하여 시정하는 문제에 대해서는 위원회가 정책적인 차원에서 보건복지부, 경찰 및 검찰 등 관계 국가기관에 대하여 자료제출 및 사실조회권(위원회법 제22조), 협의권(위원회법 제20조 제2항), 정책 등의 개선권고(위원회법 제25조) 등을 적절히 활용하여 그 문제점의 개선을 시도할 수 있을 것이다.

## 4. 공공기관

### 가. 국가기관

#### 1) 국가기관의 의미

67) 이는 기존의 무허가 시설을 양성화하려는 의도였다. 법이 개정되기 전인 1996년 보건복지부 실태조사에 의하면 사회복지수용시설의 36%가 미허가 시설이었으나, 법이 개정된 이후 1998년에는 20% 정도의 시설이 미신고인 것으로 조사되었다(김미숙 외 3인, 『미신고 사회복지시설의 실태분석과 개선방안』(한국보건사회연구원, 2001), 50쪽).

68) 보건복지부, 『미신고시설 실태조사 결과』. (<http://www.mohw.go.kr/user.tdf> 2005. 8. 3.방문)

69) 김미숙 외 3인, 앞의 책, 50쪽.

70) 2002년 제19차 전원위원회 안건.





국가기관이라는 개념은 다의적으로 사용되나, 넓은 의미로 볼 때 국가의 통일적인 의사를 형성하기 위한 수단으로 ‘국가권력을 행사하는 기관’<sup>71)</sup> 또는 ‘국가의 사의 결정, 표시를 비롯한 모든 국가의 통치 작용을 담당하는 기관’으로 이해할 수 있다.<sup>72)</sup> 국가기관을 이렇게 광의로 이해한다면, 국가기관은 행정부의 각 기관에 국한되는 것이 아니라 국가의 권력작용을 담당하는 입법부 및 사법부 소속 기관까지 포함하게 된다.<sup>73)</sup>

국가인권위원회의 업무와 관련하여 국가나 지방자치단체에 의해 설립된 단체 또는 공단, 공사, 공기업 등이 국가기관에 해당하는지 여부가 종종 문제되어 위원회가 사안별로 판단을 하여왔다.<sup>74)</sup> 예를 들어 행정부 소속 기관의 경우에 대통령이나 국무총리 소속의 행정기관과 중앙행정각부 등 직접 행정기관만이 국가기관에 해당한다고 보아 중소기업협동조합중앙회,<sup>75)</sup> 국민체육진흥공단,<sup>76)</sup> 사립학교 교직원연금관리공단,<sup>77)</sup> 서울특별시지하철공사,<sup>78)</sup> 제주양돈축산업협동조합,<sup>79)</sup> 수도권매립지관리공사<sup>80)</sup>의 국가기관성을 인정하지 아니하였다. 반면 문화관광부의 업무 일부를 담당하고 있는 대한체육회<sup>81)</sup>나 금융감독원<sup>82)</sup>의 경우에는 국가기관으로 인정하였다. 정부투자기관이나 공공단체 등이 위원회법에서 말하는 국가기

71) 김철수, 1045쪽. 국가기관의 정의에 대해서는 행위주체의 외형에 따라 판단하는 형식설과 인권침해가 발생하는 업무나 기능의 내용에 따라 판단하는 실질설이 있다. 실질설에 따를 경우 객관적인 기준을 설정하기 어려워진다는 점에서 형식설에 의해 판단하는 것이 용이하나, 형식설만을 강조할 경우 국가기관의 범주를 축소하여 해석할 우려가 있다. 기관이 사인과 동등한 위치가 아닌, 사인보다 우월한 지위에서 공권력에 의한 권력작용으로 업무를 수행하는 경우, 즉 국가작용의 일부를 이양받아 수행하는 기관 등은 실질설에 따라 국가기관으로 볼 수 있다.

72) 국가인권위원회, 인권상담 가이드북, 26쪽.

73) 국가기관을 광의로 이해하는 이러한 입장과 달리 행정법에서는 국가를 시원적으로 행정권을 가지고 있는 행정주체로 보아, 대통령을 정점으로 하는 국가의 행정조직만을 국가기관으로 본다(김동희, 『행정법 I』(박영사, 2004), 76쪽).

74) 국가인권위원회, 인권상담 가이드북, 36쪽.

75) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 81쪽.

76) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 84쪽.

77) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 87쪽.

78) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 93쪽.

79) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 95~96쪽.

80) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 106쪽.

81) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 101쪽.

82) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 108~109쪽.



관에 해당하느냐 여부는 국가로부터 국가기능의 일부를 위임받은 범위내에서 활동하느냐를 기준으로 결정되어야 할 것으로 판단된다.<sup>83)</sup>

한편 대한민국 이외의 지역에 거주하는 대한민국 국민이 외국에 소재한 대한민국의 국가기관에 의해 인권침해를 받을 경우도 있다. 「위원회법」 제30조의 국가기관은 국정을 운영하기 위하여 설치한 입법·사법·행정기관을 통틀어 이르는 말이므로 국내에 있건 국외에 있건 문제가 되지 않는다. 따라서 외국에 있는 대한민국의 국가기관도 이에 포함된다.<sup>84)</sup>

## 2) 외국의 국가기관

「위원회법」에서 말하는 국가기관에는 국내에서 활동하는 외국의 국가기관도 포함되는가? 예를 들어 주한 각국 대사관이나 주한 미군 등 국내에 소재하는 외국의 국가기관도 「위원회법」상 국가기관에 해당하며, 이들 기관에 의한 인권침해 사실이 발생한 경우 위원회에 대한 진정조사대상이 되는가? 「위원회법」에서 이 점에 대한 명문의 답은 찾을 수 없다. 「위원회법」을 전반적으로 검토하여 보면 제20조, 제21조, 제26조, 제33조 등에 규정된 국가기관이란 명백히 내국 국가기관만을 가리킨다고 판단된다. 그러나 제10조 제2항, 제35조, 제36조 제7항, 제41조 제3항 1호 등에 규정된 국가기관이 반드시 내국 국가기관만을 한정하여 지칭하는지는 명확하지 않다. 이 점에 대하여는 「위원회법」의 전반적 취지에 맞추어 해석하여야 할 것이다.

국내에 소재하는 외국 국가기관은 대한민국 관헌의 강제관할권에 복종하는 국가기관과 이로부터 면제되는 국가기관으로 구분될 수 있다. 예를 들어 국내 소재 외국 대사관은 외교관계에 관한 비엔나 조약 및 국제관습법상 상대국의 동의가 없는한 대한민국 관헌의 강제관할권으로부터의 면제가 인정된다. 반면 국내에 소재한 일부 외국 문화원과 같이 외국의 국가기관이지만 대한민국의 관할권으로부터의 면제가 인정되지 않는 외국기관도 있다. 국가인권위원회의 진정조사도 일종의 공권력의 행사이다. 비록 최종적인 구제조치는 권고로서의 성격을 지니었지만 조사과정에서 관계자에 대한 출석요구, 자료제출 요구, 현지조사요구, 질문 및 검사권을 행사할 수 있으며, 위원회를 통한 조정은 재판상 화해와 같은 효력을 지닌다. 위원회의 업무를 방해하는 경우 형사처벌의 대상이 되며, 위원회의 조사에 협조하지 않는 경우 과태료 처분의 대상이 된다. 이 같은 위원회 업무의 성격을 감안할 때 평상시 대한민국 관헌의 강제관할권으로부터의 면제를 인정받는 외국기관은 자발적 동의가 전제되지 않는한 위원회의 진정조사대상에 포함되지 않는

83) 정인섭, 「국제인권규약과 개인통보제도」(사람생각, 2000), 57쪽 참조.

84) 국가인권위원회, 인권상담 가이드북, 129쪽.



다고 판단된다.

이와 관련하여 위원회는 지난 2002년 주한미군이 「위원회법」에 말하는 진정대상 국가기관에 해당한다고 판단하고 조사에 불협조를 이유로 과태료를 부과한 바 있다. 당시 주한미군에 의한 인권침해 진정이 접수되어 위원회가 주한미군 제2사단을 상대로 진정사건에 대한 자료 및 서면진술서 제출을 요구하였으나 주한미군 측은 이에 불응하였다.<sup>85)</sup> 이에 위원회는 정당한 이유없이 위원회의 진술서 제출요구에 응하지 아니한 자에 대해 과태료를 부과할 수 있는 「위원회법」 제63조에 근거하여 1000만원의 과태료를 부과하였다.<sup>86)</sup> 그러나 주한미군 제2사단 측은 과태료를 납부하지 않았고, 위원회의 강제집행력은 인정되지 않아 과태료 징수는 이루어지지 않았다.

당시 위원회는 외국의 국가기관이라 할지라도 국내에서 공권력을 행사하는 것에 준하는 지위를 가지게 되면 국가기관에 포함된다고 보고, 특히 주한미군은 「한미주둔군지위협정(SOFA)」 제22조 제10항에 의해 미군부대 및 시설 내에 있는 사람이라면 국적과 관계없이 주한미군이 경찰권을 행사할 수 있으므로 이러한 범위 내에서는 국가기관에 해당한다고 판단하였다. 그러나 이 점에 대하여는 좀 더 상세한 검토가 요망된다.

주한미군의 지위는 1차적으로 한미 양국이 합의한 주둔군지위협정(SOFA) 체제에 의하여 규율되고 있다. 현재 한미 SOFA에는 출입국, 관세, 통관, 외환관리 등 다양한 분야에 대한 특칙이 마련되어 있다. 그러나 주한미군 역시 한국의 법령을 존중하여야 하므로(SOFA 제7조) SOFA에 별다른 특칙이 없다면 주한미군에 대하여도 한국 헌법질서상의 인권존중의무가 당연히 부과된다. 그러나 주한미군에 대하여 국내법이 적용된다는 것과 이의 이행을 확보하기 위하여 한국의 국가기관이 곧 바로 관할권을 행사할 수 있다는 것은 별개의 문제이다. 이 사건은 외형상 한국의 국가인권위원회가 주한 미 제2사단에 대하여 과태료를 부과하였지만, 그 내용은 대한민국이 미합중국에게 과태료를 부과한 사건이다. 사건의 발단은 SOFA 제2조에 의하여 미군측에 공여된 군사시설 내의 보안과 안전을 확보하기 위한 미군측의 공무집행과정에서 발생하였으며, 미군 시설의 안전을 보호할 책임이 있는 대한민국 관헌의 임무소홀로 인하여 초래된 상황 속에서 발생한 사건이다. 한미 SOFA 시행에 관하여 양국간에 협의를 필요로 하면 SOFA 제28조에 의하여 양국 정부대표로 구성된 합동위원회에 1차적으로 회부되어야 한다.<sup>87)</sup>

85) 이 진정 사건은 2002년 6월26일 당시 '여중생 사망사건'을 취재하던 인터넷방송 '민중의 소리' 기자 2명이 시위 도중 미군영내에 진입하여 미군 제2사단 측이 이들을 체포·구금하는 과정에서 폭행 등 인권침해를 당했다고 진정을 제기한 것이다.

86) 국가인권위원회 2002. 8. 16일자 보도자료.

87) 이 사건을 문제의 미군병사에 의한 형사사건으로 취급하는 경우 SOFA 제22조 제3



합동위원회에서 문제가 해결되지 않을 경우 보다 고위급 정부간 협의에 회부된다. 이러한 절차는 특별법으로서의 지위를 가진다. 따라서 대한민국의 정부기관의 하나인 국가인권위원회가 이 진정건과 관련하여 조사를 실시하고자 하였다면, 절차적으로 합동위원회를 통하여 협조를 요청하는 것이 선행되었어야 한다고 판단된다.<sup>88)</sup>

## 나. 지방자치단체

지방자치단체는 국가의 영토의 일부인 일정 지역을 그 구성단위로 하여, 그 지역 안의 주민을 통치하는 포괄적 자치권을 가진 단체이다.<sup>89)</sup> 지방자치단체의 종류는 특별시·광역시·도와 시·군·구 두 종류로 대별되는데(「지방자치법」 제2조 제1항), 이를 보통 포괄적 행정권을 가지는 지방자치단체라고 한다. 지방자치단체조합과 같이 특정행정권만을 가지는 경우를 특별지방자치단체라 한다.<sup>90)</sup> 지방자치단체의 기관에는 의결기관(시·도의회 등)과 집행기관(시장·도지사 등)이 있어, 이 기관을 통하여 자치사무와 위임사무를 처리한다.

## 다. 각급 학교

「위원회법」은 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」 그 밖의 다른 법률에 의하여 설치된 각급학교를 공공기관에 포함시키고 있다. 「초·중등교육법」 제2조는 초등학교

항 가호에 의하여 미군 당국이 1차적 관할권을 갖는다. 미군병사의 공무집행중 위법행위에 대한 손해배상 사건으로 취급하는 경우 SOFA 제23조 제5항에 따라 청구인은 일단 미군 아닌 대한민국 정부를 청구권을 행사하여야 한다. 그러나 이 사건의 진정내용은 형사사건이나 민사사건으로 특정하기 어렵다고 본다. SOFA에 특정한 규정이 없는 경우 제28조에 의한 합동위원회로 회부된다.

88) 주권평등(主權平等)의 원칙상 국가는 스스로 동의하지 않는한 타국 법원의 관할권에 복종하지 않는다(sovereign immunity). 상업적 활동을 포함한 몇 가지 예외사유에 대하여는 주권면제를 제한하는 법리가 인정되고 있으나, 국가의 권력적 행위에 관하여 주권면제가 인정된다는 점만은 국제법상 확립된 원칙이다. 외국군대 역시 국가기관의 일종으로서 한국내에서 주권면제의 법리를 향유할 수 있음은 물론이다. 본건은 주한미군이 영내에 침입한 자를 통제하는 공무집행과정에서 발생한 사건이므로 주권면제의 법리가 당연히 적용될 대상이다. 결국 이 사건에 대하여는 미군 측의 자발적인 동의가 전제되지 않는 한, 대한민국의 최종적인 강제관할권은 인정되지 아니하며 과태료 부과 처분의 이행을 확보할 방법도 없다. 군대란 국가기관 중에서도 매우 특수한 존재로서 외국 주둔군 기관 자체에 대하여는 폭 넓은 면제가 부여되며, 현지 관현의 관할권 행사가 자제되는 것이 국제예양이다.

89) 김동희, 앞의 책, 76쪽.

90) 김동희, 앞의 책, 76~77쪽.



교·공민학교, 중학교·고등공민학교, 고등학교·고등기술학교, 특수학교, 각종학교를 열거하고 있고, 「고등교육법」 제2조는 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송대학·통신대학 및 방송통신대학, 기술대학 및 각종학교를 열거하고 있다. 각급 학교는 국립·공립·사립 학교를 모두 포함한다.<sup>91)</sup>

## 라. 공직유관단체

「공직자윤리법」 제3조 제1항 제10호에 규정되어 있는 공직유관단체도 공공기관의 범위에 포함된다. 이에 해당하는 기관은 가) 정부투자기관, 한국은행 및 정부의 출연·보조를 받는 기관·단체 기타 정부업무를 위탁받아 수행하는 기관·단체, 나) 「지방공기업법」에 의한 지방공사·지방공단 및 지방자치단체의 출연·보조를 받는 기관·단체 기타 지방자치단체의 업무를 위탁받아 수행하는 기관·단체,<sup>92)</sup> 다) 임원의 선임에 있어서 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장의 승인 등을 요하거나 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 임원을 선임하는 기관·단체가 있다.<sup>93)</sup> 「공직자윤리법시행령」 별표1에는 각 호에 해당하는 기관이 열거되어 있다.

91) 「초·중등교육법」 제3조 (국·공·사립학교의 구분)

제2조 각호의 학교(이하 “학교”라 한다)는 국가가 설립·경영하는 국립학교, 지방자치단체가 설립·경영하는 공립학교(설립주체에 따라 시립학교·도립학교로 구분할 수 있다), 법인 또는 사인이 설립·경영하는 사립학교로 구분한다.

「고등교육법」 제3조 (국·공·사립학교의 구분)

제2조 각호의 학교(이하 “학교”라 한다)는 국가가 설립·경영하는 국립학교, 지방자치단체가 설립·경영하는 공립학교(설립주체에 따라 시립학교·도립학교로 구분할 수 있다), 학교법인이 설립·경영하는 사립학교로 구분한다.

92) 88관광개발주식회사, 경기개발연구원, 광주과학기술원 등 150개 단체가 지정되어 있다. 「공직자윤리법시행령」 별표1 참조.

93) 공무원연금관리공단, 교통안전공단, 국방과학연구소 등 181개 단체가 지정되어 있다. 「공직자윤리법시행령」 별표1 참조.



## 국가인권위원회의 설립과 독립성(제3조)

**제3조 (국가인권위원회의 설립과 독립성)** ①이 법이 정하는 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하기 위하여 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

②위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.

### 1. 국가인권위원회의 설립 근거

국가인권위원회는 실질적으로 헌법적 기구로서의 역할을 담당하도록 예정하여 만들어졌으나 「헌법」에 그 근거가 마련되어 있지 않으므로, 「위원회법」 제3조 제1항은 위원회의 존립 근거가 되는 중요한 조항이다. 이미 국내에 설치되어 있는 다른 위원회와 달리, 국가인권위원회는 대통령 등의 다른 기관에 소속되어 있음을 명시하지 않아 독립적인 위원회로서의 면모를 보인다.<sup>94)</sup> 현재 국내에 입법·행정·사법 어느 부처에도 소속되지 않은 독립적인 위원회로 설치된 것으로는 국가인권위원회 외에 방송위원회가 있을 뿐이다(「방송법」 제20조).

현재 국가인권위원회는 법에 의해 업무의 독립성은 확보하였으나, 인사·조직·예산에 관해서는 다른 행정부처와 마찬가지로 행정자치부 등과 협의를 거쳐야 하는 등의 제약이 있다. 국가인권위원회가 당장 헌법기관으로 되기는 어렵다면 적어도 「국가공무원법」과 「예산회계법」 등 관련 법령을 개정하여 업무의 특성에 걸맞는 독립성과 자율성을 보장해 줄 필요성이 높다.

### 2. 위원회의 독립성

94) 예를 들어, 「부패방지법」 제10조(대통령 소속하에 국가청렴위원회를 둔다), 「독점규제및공정거래에관한법률」 제35조(국무총리 하에 공정거래위원회를 둔다).



## 가. 위원회의 독립성에 대한 일반적 고찰

「위원회법」 제3조 제2항은 위원회가 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다고 하여 위원회의 독립성을 규정하고 있다. 우선 위원회의 독립성 확보를 위하여는 어떠한 내용이 확보되어야 하는지 살펴보고자 한다. 일반적으로 위원회의 독립성의 내용으로써 의사결정의 독립성, 기관 운영의 독립성, 기능상의 독립성이 요구된다.<sup>95)</sup>

첫째, 의사결정의 독립성이란 대통령이나, 상급기관, 이익집단 등 외부집단의 영향력에서 벗어나 독립적인 결정을 할 수 있는지의 문제로서, 위원회의 구성과 임명이 중요하다. 미국의 경우 중요한 위원회의 경우 보통 위원의 임기를 임명권자인 대통령보다 길게 하는 등의 방법으로 위원회의 의사결정의 독립성을 보장하고 있다. 둘째, 기관 운영의 독립성이다. 즉 위원회는 인사, 예산, 조직 등에 관한 자율적인 권한을 최대한 확보하여야만 독립성을 유지할 수 있다. 위원회의 기능이 단순 의결이나 자문기능이 아닌 집행적 기능으로까지 확대되고 있는 경향에 비추어볼 때, 기관 운영의 독립성은 위원회의 독립성을 실질적으로 확보해 주는 중요한 부분을 차지한다. 한편 기능상의 독립성은 위원회가 소관업무를 수행하는 과정에서 관계부처 및 이익단체로부터 독립하여 독자적인 결정을 내릴 수 있는가의 문제이다.

## 나. 업무수행의 독립성

「위원회법」 제3조 제2항은 명시적으로 업무수행의 독립성을 보장하고 있다. 즉 국가인권위원회는 입법, 사법, 행정 3부 어디에도 소속되지 않은 국가기구로서 누구의 간섭이나 지휘를 받지 않고 「국가인권위원회법」에 정해진 업무를 독자적으로 수행하는 독립기구이다. 이 규정은 또한 직무의 독립성과 다양성을 보장하고 있다고 해석된다.

다음 과거에 문제가 제기되었던 몇 가지 사례를 검토한다.

### 1) 위원회가 「감사원법」에 의한 직무감찰의 대상인지 여부

「감사원법」에 규정된 감사원 감사 중 직무감찰이라 함은 법령상·제도상 또는 행정상의 모순이나 문제점을 적출하여 이를 시정, 개선하기 위한 행정사무 감찰과 공

95) 김영호, “위원회형 부처조직의 독립성 확보방안”, 정부개혁연구소 창립3주년 기념토론회 자료집, 2002(이은영, 「정부위원회 조직의 신설과 운영에 관한 연구:국가인권위원회·의문사진상규명위원회·민주화운동관련자보상심의위원회」, 서울대학교 행정대학원 석사학위논문, 2003, 15~16쪽에서 재인용).



무원의 위법·부당행위를 적발하여 이를 바로잡기 위한 대인감찰 두 가지가 있다.

먼저, 국가인권위원회가 직무감찰 중에서 행정사무 감찰에 관해서 감찰 대상이 되는지를 검토한다. 「감사원법」 제24조 제1항 제1호 전단에 의하면, 「정부조직법」 기타 법률에 의하여 설치된 행정기관의 사무를 감사원의 감찰대상으로 한다고 규정하고 있고, 같은 조 제1항 제4호 전단은 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 위탁하거나 대행하게 한 사무 역시 감찰대상으로 규정하고 있다. 여기서 말하는 행정기관이란 행정부 소속하에 있는 중앙행정기관 및 그 산하기관을 말한다고 보아야 한다. 그런데 정부내 다른 위원회와 달리 국가인권위원회는 법에 그 소속이 규정되지 않았고 대신 그 업무의 독립이 규정되어 있다는 사실과 성격상 행정부, 사법부, 입법부 어디에도 소속되지 않은 업무를 수행하므로 독립된 국가기관으로 보아야 한다. 따라서 국가인권위원회는 「감사원법」이 감찰대상으로 하는 정부조직법 및 기타 법률에 의하여 설치된 행정기관으로 볼 수 없다. 또한 위원회는 「감사원법」 제24조 제1항 제4호 소정의 법령에 의해서 국가나 지방자치단체로부터 위탁받은 사무 또는 대행하는 사무를 처리하는 기관이 아니고, 고유 사무를 처리하는 독립한 국가기관이므로 감사원의 행정사무 감찰대상이라고 볼 수 없다.<sup>96)</sup>

한편 위원회의 위원장과 상임위원 및 사무처 직원이 직무감찰 중 대인감찰의 감사대상이 되는지 여부를 검토한다. 「감사원법」 제24조 제1항 제4호 후단은 기타 법령에 의하여 공무원의 신분을 가지거나 공무원의 준하는 자의 직무를 감사한다고 규정하고 있다. 위원회의 위원장과 상임위원 및 사무처 직원은 기타 법령에 의하여 공무원의 신분을 가진 자에 해당하고, 같은 법 제24조 제3항에 대인감찰대상에서 제외되는 공무원을 법원, 헌법재판소, 국회에 속한 공무원으로 명기하고 있으므로 국가인권위원회 직원도 감사원의 대인감찰의 대상에는 포함된다고 해석된다.<sup>97)</sup>

## 2) 인권위원의 국외여행시 대통령 허가 여부

「국가공무원복무규정」 및 「공무원휴가업무예규」에 의하면 차관급 이상 공무원의 하계휴가 및 공무외 국외여행을 실시할 경우 대통령의 허가를 받도록 되어 있다. 이에 따라 국가인권위원회의 차관급 이상 공무원의 휴가실시 및 국외 여행시 대통령의 허가를 받아야 되는지 문제된 바 있다.<sup>98)</sup>

96) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 34~35쪽.

97) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 36쪽.

98) 청와대는 국가인권위원회 위원장과 사무총장 등 관계자 4인이 2002년 11월 9일부터 엿새간 인도 뉴델리에서 열린 아·태 국가인권기구포럼(APF) 제7차 연례회의에 참석하면서 「공무국외여행규정」에 따라 대통령의 사전허가를 받지 않았다는 이유로





국가인권위원회는 입법·사법·행정부 어디에도 소속되지 않은 독립국가기관으로서 『위원회법』 제3조 제2항에 따라 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행하므로, 그 법적 지위는 헌법기관에 준한다. 따라서 이러한 기관 본질이 손상되지 않는 한도 내에서 대통령령인 『국가공무원복무규정』과 이 규정의 세부사항을 정한 행정자치부예규인 『공무원휴가업무예규』가 선별적으로 적용된다. 특히 독립성이 강하게 요구되는 상임위원 및 위원장의 복무에 관한 부분에 있어서는 더욱 더 위와 같은 원칙이 적용이 필요하다.<sup>99)</sup> 『공무원복무규정』 제23조 단서 규정 및 『공무원휴가업무예규』 제5호 “라”목을 종합하면, 차관급 상당 이상 공무원의 공무원외의 국외여행은 휴가허가권자의 허가를 받아 실시하되, 중앙행정기관의 장은 허가내용을 대통령 비서실장 등에게 통보하도록 되어 있다. 『공무원복무규정』 제16조 제4항에 의하면 소속 공무원에 대한 휴가허가권자는 위원장이므로, 국가인권위원회 소속 공무원인 상임위원의 경우에는 위원장의 허가를 받아 실시하면 된다. 위원장의 경우는 휴가허가권자가 존재하지 않으므로 자체적으로 공무수행상 특별한 지정이 없는 한 휴가기간의 범위 내에서 실시할 수 있을 것이고, 별도의 대통령의 허가는 불필요하다.<sup>100)</sup> 위원장이 공무국외출장을 하는 경우 대통령의 허가를 받아야 하는가? 공무해외출장은 국내 출장과 마찬가지로 업무의 연속이다. 이의 허가를 받아야 한다면 위원회의 개개 업무수행 행위에 대하여 허가를 요구하는 것과 마찬가지로이다. 행정부에 특별히 소속되지 않은 국가인권위원회의

15일 이들에 대해 경고조치를 하였다(연합뉴스 2002. 11. 18).

99) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 24~25쪽. 휴가의 경우, 위원장은 『국가공무원법』, 『국가공무원복무규정』 등에 특별히 정한 바 없고, 행정부로부터 독립된 헌법기관인 선거관리위원회 위원장, 헌법재판소장 등의 휴가의 경우 대통령의 허가 없이 자체적으로 실시하고 있다. 이러한 점 등에 비추어 볼 때, 위 헌법기관들과 유사한 위치에 있는 국가인권위원회 위원장의 하계휴가도 공무수행상 특별한 지정이 없는 범위 내에서 자체적으로 실시하면 된다. 한편 『국가공무원복무규정』 제16조 제4항에 소속 공무원의 연가(하계휴가 등)는 기관장의 허가를 받아 실시하도록 되어 있다. 따라서 상임위원은 국가인권위원회 기관장인 위원장의 허가를 받으면 되고, 별도의 대통령의 허가는 필요하지 않다.

100) 다만, 상임위원 및 위원장의 휴가사항을 대통령 비서실장 등에게 통보할 의무가 있는지 여부에 대하여 살펴보면 『공무원휴가업무예규』 제5호 “라”목에 중앙행정기관의 장에 한하여 통보의무를 부과하고 있다. 중앙행정기관은 행정부 소속의 기관을 칭하는 바, 행정부로부터 독립된 기관인 위원회는 중앙행정기관에 해당되지 않는다 할 것이므로 대통령 비서실장 등에게 통보할 의무는 없다고 할 것이다. 그러나 헌법재판소장 및 대법원장의 경우 공무 또는 공무원외 국외여행시 업무협조차원에서 청와대에 그 사항을 통보하고 있다. 국가인권위원회가 차관급 상당이상 공무원의 국외여행사항을 대통령 비서실장 등에 통보한다고 하여 국가인권위원회의 독립성이 훼손되는 것은 아니므로, 헌법재판소 등과 같이 위원장의 국외여행 사항을 대통령 비서실장 등에게 통보하는 것도 무방하다. 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 26쪽.



위원장의 공무국외출장의 경우 별도의 대통령 허가는 필요하지 않다고 판단되나, 주요 국가기구 책임자의 소재지를 알릴 필요도 있다는 의미에서 이 사실을 통보하는 것은 무방하다고 판단된다.

## 다. 의사결정의 독립성

위원회의 독립성 여부와 관련하여 생각해야 할 문제는 위원회의 업무에 대한 다른 기관의 관여가 어느 정도 허용되는지 여부이다. 예를 들어 헌법재판소 또는 법원이 국가인권위원회의 진정 결정에 대해 본안판단을 할 수 있는가? 국가인권위원회 결정은 강제집행력이 인정되지 않는 단순한 권고 기능에 불과한데, 과연 이를 공권력 행사로 보아 법원의 판단 대상이 된다고 보아야 하는지 문제된다. 이 문제는 의사결정의 독립성이 직접적으로 문제되는 것은 아니나, 국가인권위원회의 의사 결정이 다른 기관에 의해 번복될 수 있는 가능성이 있다는 점에서 의사결정의 독립성과 관련된다.

이에 대해 법원 및 헌법재판소 모두 위원회 결정에 대해 본안심리를 하여 위원회의 결정을 번복할 수 있음을 시사하였다. 법원은 여성부남녀차별개선위원회에서 이관되어 온 성희롱 사건에서 남녀차별개선위원회의 성희롱결정 및 시정조치 권고는 행정처분에 해당하여 법원의 판단대상이 된다고 판시하였다.<sup>101)</sup> 헌법재판소 역시 국가인권위원회 결정에 대한 본안판단을 함으로써 국가인권위원회의 결정도 헌법재판소의 심판대상이 됨을 밝혔다.<sup>102)</sup> 헌법재판소는 국가인권위원회의 각하결정이 자신의 헌법상 기본권을 침해하였다고 주장한 헌법소원심판청구에서 본안 심리를 통해 기각 결정을 하였다. 이에 대해 각하결정을 해야 한다는 소수

101) 대법원 2005. 7. 8. 선고, 2005두487 판결. 『구남녀차별금지및구제에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6915호로 개정되기 전의 것)』 제28조 제1항에 의한 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 남녀차별개선위원회의 이러한 성희롱결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 남녀차별개선위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정처분에 해당한다. 법원은 『남녀차별금지및구제에관한법률 폐지법률』 부칙 제2조 등의 규정에 의하여 여성부남녀차별개선위원회의 남녀차별개선사무가 국가인권위원회에게 승계되었으므로 행정소송법 제14조 제6항, 제13조 제1항 단서의 규정을 각 적용하여 피고를 국가인권위원회로 경정하여 이와 같이 판시하였다.

102) 헌법재판소 2004.04.29. 선고, 2003헌마538. 이 사건은 『국가유공자등예우및지원에관한법률』에 의해 공상군경으로 결정되어 보상금을 지급받은 사람이 공상군경으로 결정되기 이전의 기간에 대해서도 보상금 지급을 요구하며 헌법소원, 행정심판, 국가인권위원회 진정을 거친 사안이다. 이곳에서는 국가인권위원회의 결정과 관련된 사항만 살피기로 한다.



의견이 있었으나, 국가인권위원회의 독립성을 이유로 한 것이 아니라, 헌법재판소가 기각결정을 한다고 하여도 국가인권위원회가 실제심리를 다시 할 사건이 아니기 때문에 각하결정으로 족하다는 의견이었다.

국가인권위원회의 인권전담 기구로서의 독립적인 위상과 강제집행력이 없다는 점을 고려한다면 이를 굳이 헌법재판소에서 다시 심리하도록 할 실익이 크지 않다고 보인다. 이 문제의 핵심은 위원회 결정이 처분성이 있느냐 여부이다. 이에 관한 상세한 논의는 해당 항목에서 진행한다.

### 3. 파리원칙에서 나타난 위원회의 독립성

국가인권기구의 지위에 관한 원칙(파리원칙)은 국가인권기구의 독립성 확보를 위한 가장 중요한 요건으로 적절한 재정과 공적인 구성원의 임명방식을 들고 있다.<sup>103)</sup>

재정적 자율성은 독립성과 밀접한 관계에 있다. 재정적인 자율권이 없는 국가인권기구는 재정적 통제권을 행사하는 정부부처 또는 기타 기구의 영향을 받게 된다. 파리원칙 해설서도 국가인권기구의 예산에 관한 사항은 가급적이면 설립법에 그 근거를 명시하는 것이 바람직하다고 하였다. 예컨대, 국가인권기구는 연간 예산을 자체 편성할 수 있도록 하고, 편성된 예산을 국회에 직접 제출하여 승인을 받도록 하라는 것이다. 이렇게 하면 국가인권기구에 재정적 통제권을 행사하는 기관의 역할은 재무제표의 심사와 평가로 국한된다.<sup>104)</sup> 현재 「국가인권위원회법」은 예산에 관한 규정으로 제6조 제5항에 “위원장은 위원회의 예산관련 업무를 수행함에 있어서 「예산회계법」 제14조의 규정에 의한 중앙관서의 장으로 본다”는 조항만 두고 있어,<sup>105)</sup> 충분한 독립성이 확보되어 있지 못하다.

103) 파리원칙 2. 국가인권기구는 그 원활한 운영에 필요한 하부구조, 특히 적절한 재정을 확보해야 한다. 적절한 재정을 확보하는 것은 국가인권기구가 자체적인 인력과 공간을 확보함으로써 정부로부터 독립하고, 그 독립성에 영향을 줄 수 있는 재정적 통제를 받지 않도록 하기 위한 것이다.

3. 국가인권기구의 독립성을 확보하는 데 필수적인 구성원의 안정적인 역할을 담보하기 위해서, 구성원의 임명은 특정한 임기를 보장하는 공적인 행위에 의하여 이루어져야 한다. 그들의 임기는 구성원의 다양성이 보장된다는 조건 아래 갱신될 수 있다.

104) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 45쪽.

105) 「예산회계법」 제14조는 중앙관서의 장에 관한 단순한 정의조항이므로 국가인권위원회의 예산상 독립성을 확보하기 위해서는 독립기관의 예산을 규정하고 있는 「예산회계법」 제29조를 준용해야 한다는 개정안이 국회에서 제안된 바 있다. 이에 따



여하한 경우에도 국가인권기구의 예산은 정부부처의 예산과 연계되지 않도록 함이 일반적으로 바람직하다. 나아가 국가인권기구 예산의 독립성을 확보하여 국가인권기구의 특정한 결정이나 활동이 예산 배정에 영향을 미치지 않도록 해야 한다. 이러한 재정적 독립성은 국가인권기구가 진정 절차나 대정부 권고기능을 보유하고 있을 때 특히 중요하다. 이러한 맥락에서 정부의 특정 부처와 국가인권기구가 어떠한 방식으로든 예산에 대한 이해관계를 가지고 있으면 심각한 충돌이 발생할 수 있다.<sup>106)</sup>

위원회의 독립성 확보를 위한 구성원의 임명과 관련하여 국가인권기구의 구성원들에게 적용되는 임명방법, 임명기준, 임기, 재임여부, 해임권자 및 해임사유, 특권과 면책 조건들은 설립법에 구체적으로 명시하여야 한다.<sup>107)</sup> 설립법에 투표 및 기타 절차를 비롯한 임명방법에 관한 모든 사항들이 명시되어야 한다. 임명기준에는 국가인권기구의 구성원으로 임명되기 위한 전제조건들(국적, 직업, 자격 등)이 명시되어야 한다. 임기의 경우, 고위 간부들은 확정임기를 보장받아야 하며, 그 기간은 짧지 않아야 한다. 기존 기구들의 경우, 1회에 한하여 재임하는 것이 일반적으로 허용된다. 해임권은 국가인권기구의 독립성과 밀접한 관련을 갖는다. 독립성이 훼손되는 것을 막기 위해서 설립법에 구성원의 해임 요건을 가능한 한 구체적으로 명시하여야 한다. 이러한 해임사유는 당연히 조사 가능한 중대한 과실과 연관되어야 한다.<sup>108)</sup> 현행 「국가인권위원회법」은 파리원칙의 요구에 부합된다고 판단된다.

한편 파리원칙 안내서에 따르면 국가인권기구 구성원들에게 일정한 특권과 면책을 부여하는 것도 독립성을 확보하기 위한 하나의 법적 장치이다.<sup>109)</sup> 국가인권기구의 구성원들은 공적으로 수행한 행위에 대해서는 민형사상의 책임을 면제받아야 한다. 그러나 현행 「국가인권위원회법」은 위원의 직무상 행위에 대한 면책을 규정하고 있지 않다.<sup>110)</sup>

르면 국가인권위원회 위원장은 「예산회계법」 제29조의 규정에 의한 독립기관의 장으로 간주하여 위원회의 세출예산요구액을 감액할 때에는 국무회의에서 위원장의 의견을 들도록 하였다(안 제6조제5항). [http://search.assembly.go.kr/doc\\_10/17/pdf/171149\\_100.HWP.PDF](http://search.assembly.go.kr/doc_10/17/pdf/171149_100.HWP.PDF) 2005. 8. 10. 방문)

106) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 45쪽.

107) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 46쪽.

108) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 47쪽.

109) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 47쪽.

110) 이미경의원안에서는 위원회 및 인권위원 등의 조사결과 및 보고서 등에 의하여 공개된 사항에 대하여는 허위사실에 대한 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 민사 또는 형사상으로 명예훼손의 책임을 지지 않는다는 규정을 두었으나, 채택되지 않았다.



### 제 3 절

## 국가인권위원회법의 적용범위(제4조)

**제4조 (적용범위)** 이 법은 대한민국 국민과 대한민국의 영역 안에 있는 외국인에 대하여 적용한다.

제4조는 「국가인권위원회법」의 인적관할의 범위를 규정하고 있고, 이와 아울러 국가인권위원회의 영역 관할의 범위를 한정하고 있다. 이에 대해 정확히 의미를 파악하기 위해서는 법 제30조 제1항의 ‘국가기관 등의 업무수행과 관련하여 발생한 인권침해’라는 물적 관할규정과의 유기적인 해석이 요구된다.

### 1. 인적 관할의 범위

#### 가. 대한민국 국민

‘대한민국 국민’은 원칙적으로 「국적법」에 따라 대한민국 국적을 가진 자를 의미한다.<sup>111)</sup> 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지는 이중국적자도 제4조에서 말하는 대한민국 국민에 포함되는가? 우리 「국적법」은 이중국적자에 대해 국적선택을 요구하고 일정기간내에 국적선택을 하지 않은 자는 대한민국 국적을 상실하도록 규정하고 있기 때문에 이중국적자는 제한된 기간동안만 발생하게 된다. 이러한 이중국적자 역시 대한민국 국민의 일부이므로 「위원회법」 적용으로부터 배제되지 아니한다. 대한민국 국민이라면 그 거주지를 불문하고 「위원회법」의 적용을 받는다.

111) 「국적법」 제2조 (출생에 의한 국적취득)

- ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득한다.
  1. 출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자
  2. 출생하기 전에 부가 사망한 때에는 그 사망한 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자
  3. 부모가 모두 분명하지 아니한 때 또는 국적이 없는 때에는 대한민국에서 출생한 자
- ② 대한민국에서 발견된 기아는 대한민국에서 출생한 것으로 추정한다.



## 나. 외국인

외국인이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자를 말하므로 외국적자 뿐 아니라 무국적자도 이에 포함된다. 외국인은 국내에서 권리행사에 있어 적지 않은 제약을 받으며, 법의 보호의 정도가 대한민국 국민과 상이한 경우도 적지 않다.<sup>112)</sup> 이러한 점에서 「위원회법」 제4조는 외국인에 대한 특별보호 규정으로 볼 여지도 있으나, 「위원회법」의 제정 목적이 개인이 가지는 불가침의 기본적인 인권을 보호하고 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하는데 있으므로, 대한민국 관할권 내에 있는 외국인이 특별히 배제될 이유가 없다는 점에서 제4조의 규정은 선연적, 주의적 규정이라고 판단된다.<sup>113)</sup>

## 다. 특수한 경우

### 1) 북한주민

북한을 독립한 국가로 인정하지 않고 있는 한국의 법제상 대한민국의 관할권 에 복종하게 된 북한 주민은 당연히 대한민국 국민으로 취급되고 있다.<sup>114)115)</sup> 그

112) ‘외국인’은 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고(「국가공무원법」 제35조, 「지방공무원법」 제33조, 「외무공무원법」 제9조), 거주이전의 자유(「헌법」 제14조, 「출입국관리법」 제7조, 제17조), 직업선택의 자유(「헌법」 제15조, 「수산업법」 제5조, 「도선법」 제6조), 재산권(「헌법」 제23조, 「외국인토지법」 제3조, 「특허법」 제25조, 「항공법」 제6조), 선거권 및 피선거권(「헌법」 제24조, 제25조, 「공직선거및선거부정방지법」 제15조, 제16조), 국가배상청구권(「헌법」 제29조 제2항, 「국가배상법」 제7조), 범죄피해자구조청구권(「헌법」 제30조, 「범죄피해자구조법」 제10조), 국민투표권(「헌법」 제72조, 제130조 제2항, 「국민투표법」 제7조) 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로 밖에 향유하지 못한다(헌법재판소 2000. 8. 31. 선고, 97헌가12 판결 참조),

113) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 170쪽.

114) 「남조선과도정부법률」 제11호 「국적에관한임시조례」 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 「제헌헌법」은 제3조에서 대한민국의 국민 되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있는바, 원고는 조선인을 부친으로 하여 출생함으로써 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 원고가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 이러한 사정은 원고가 대한민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다. 대법



러나 북한이 독립국가임을 부인할 수 없는 국제사회의 현실을 감안한다면 이 문제는 한국의 국내적 시각에서만 처리될 수 없고, 남북한간의 특수관계적 성격이 고려되어야 할 필요성도 크다. 따라서 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 북한 주민이 외국인으로 취급될 수 밖에 없는 경우도 있다.<sup>116)</sup>

일단 북한 또는 제3국에 체류하는 북한적자에 대하여 대한민국이 일방적으로 인적 관할권을 행사하는 것은 불가능하므로 이들에 대한 인권침해가 「위헌회법」상의 진정조사대상이 될 수는 없다. 그러나 제3국 소재 탈북자로서 북한 정부의 관할권을 이탈하고 대한민국 관할권으로의 복종의사를 명백히 한 경우에는 어떻게 취급하여야 할 것인가? 우리 정부가 제3국 소재 탈북자를 한국으로 귀국시키는 것이 박해받는 외국인을 입국시키는 것이 아니고, 내국민의 자격으로 입국시키는 것이라고 본다면 이들 역시 국가인권위원회의 인적 관할에 포함된다고 해석된다. 즉 이들이 제3국에서 대한민국 국가기관 등에 의하여 인권침해를 받았다면 위원회의 진정조사대상이 될 수 있을 것이다.

원 1996. 11. 12. 선고, 96누1221 판결.

115) 02진차102, 03진차2, 03진차602, 03진차647 병합. 탈북자들이 여권 지연발급 및 사회배출 후 5년 이상 되어야 복수여권을 발급하는 것과 탈북자의 주민번호 뒷자리가 모두 '1252'로 되어있어 신분이 노출된다는 진정을 제기한 사건에서 국가인권위원회는 1)여권발급과 관련하여 국정원이 2004. 4. 신원조사업무지침을 개정하여 신원조사를 요하는 북한이탈주민관련 신원특이자를 기존 '북한이탈주민보호및정착지원에관한법률'의 규정에 의하여 거주지 보호기간 중에 있는 자 또는 거주지보호기간이 만료된 자 중 신변안전이 우려되거나 공판계류 등으로 해외여행이 부적합하다고 판단되어 국정원장이 별도로 지정한 자'에서 '북한 이탈주민 중 사회배출 후 6개월이 경과되지 아니한 자 또는 신변안전이 우려되거나 공판계류 등으로 해외여행이 부적합하다고 판단되어 국정원장이 별도로 지정한 자'로 개정하여 사회배출 후 6개월이 경과한 자는 일반국민과 동일하게 처리하기로 하였으므로, 「국가인권위원회법」 제39조 제1항 제3호 '이미 피해회복이 이루어지는 등으로 별도의 구제조치가 필요하지 아니하다'고 인정된다고 판단하여 기각하였고, 2) 주민등록과 관련하여서는 탈북자들에 대한 주민등록번호 부여는 주민등록법에 의거 행하는 것으로 일반주민과 같은 절차로 이루어지고 있으므로, 「국가인권위원회법」 제39조 제1항 제2호 조사대상 인권침해행위에 해당하지 아니하는 경우로 보아 기각하였다.

116) 우리 「헌법」이 "대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다"는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 법 소정의 "외국"으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 "비거주자"로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다고 할 것이다. 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고, 2003헌바114 결정. 대법원 2004. 11. 12 선고, 2004도4044 판결도 동지.



## 2) 외국국적동포

외국국적동포도 국내 체류중에는 당연히 「위원회법」의 적용대상이 된다. 국외에 체류하는 외국국적동포도 위원회법의 적용을 받아 위원회에 진정조사를 요구할 수 있는가? 과거의 대한민국 국민이었다거나 혈통상 한국계라는 것만을 이유로 국외에 체류하고 있는 외국적 동포가 위원회법의 적용을 받을 여지는 없다.

현재 「재외동포의출입국과법적지위에관한법률」은 외국국적동포에게 일반 외국인과 다른 여러 가지 특혜를 인정하고 있으므로 이 법에 의한 재외동포 해당자는 해외 체류중에도 「위원회법」의 적용을 받을 여지가 있는가? 과거 위원회 법무담당관실은 해외체류자라 하여도 일단 재외동포법의 적용대상이 될 수 있으며, 이 과정에서 체류자격을 부여하지 않는 등의 행위는 불이익한 처분으로 이를 다룰 수 있다는 해석을 내린 바 있었다.<sup>117)</sup> 그러나 한국법의 적용대상이 된다는 사실만을 근거로 해외체류 외국인이 바로 「위원회법」의 의한 진정조사의 대상이 되는 것은 아니므로, 해외체류 외국적 동포는 제4조에서 말하는 외국인에는 포함되지 않는다는 것이 충실한 해석이다.<sup>118)</sup>

## 3) 조선적 재일동포

재일동포 중에서 국적을 선택하지 않아 조선적자가 된 사람들도 「위원회법」의 조사대상이 되는지 여부가 문제된 사례가 있었다.<sup>119)</sup>

117) 「위원회법」 제4조의 문맥상 대한민국에 있지 않은 외국인에게는 동조가 적용될 여지가 없는 것으로 보인다. 그러나 「재외동포의출입국과법적지위에관한법률」에 의하면 외국국적동포를 재외동포로 규정하여 외국인에 비하여 출입국, 체류, 부동산거래, 금융거래 및 의료보험에 있어서 특별한 지위를 부여하고 있다. 이러한 점을 고려한다면, 과거 대한민국 국민이었던 자로서 외국국적을 취득한 자는 대한민국 영역 밖에 있더라도 구체적으로 재외동포체류자격을 심사에 의하여 부여받는 것은 별도로 하더라도 일단 재외동포법의 적용대상이 될 수 있다. 이 과정에서 체류자격을 부여하지 않는 등의 행위는 불이익한 처분으로서 이를 다룰 수 있는 것이어서, 법 제4조의 규정은 재외동포법의 규정을 근거로 재외동포의 출입국과 관련한 범위 내에서는 그 외연을 확대하여 적용할 수 있다(국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 16~17쪽).

118) 예를 들어 한국으로의 입국을 신청하는 모든 외국인은 한국의 출입국관리법에 근거한 비자발급을 받아야 한다. 이 과정에서 권리침해나 차별대우가 발생하였다고 하여도 이는 위원회법 제4조가 말하는 외국인에는 포함되기 어렵다(국가인권위원회 2003. 7. 28. 02진인2181, 03진인1124(병합) 결정 참조).

119) 조선적 재일동포가 한국유학을 위해 주일도쿄영사관에 여행증명서 발급을 요청했을 당시 영사관 측은 임의적으로 발급회수를 제한하고 국적변경을 요구하였고, 다른 사건에서는 조선적 재일동포가 한국방문을 위해 주일요코하마영사관에 여행증명서 발급을 요청할 때 국적전환을 하지 않는 이유 등을 물으면서 인격 침해





이에 대해 위원회는 다음과 같은 이유에서 조선적 재일동포는 조사대상이 아니라는 답변을 하였다. 「재외국민취적·호적정정및호적정리에관한특례법」 제2조 제1항에 의하면 재외동포가 법상 재외국민으로서의 신분을 가지기 위해서는 대한민국국민으로서 「재외국민등록법」의 규정에 의하여 등록될 것을 요한다. 동법에 따라 등록을 하지 않는 조선적 재일동포는 대한민국과의 관계를 부인하면서, 북한의 국민으로 인정받고자 하는 경우이다. 국적에 기초한 국가의 대외적 인적관할권은 해외거주 국민이 임의로 부인한다고 하여 그 관할권이 부정되지 않는다. 그러나 「남북교류협력에관한법률」 제30조에 의하면 “북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원은 이를 북한의 주민으로 본다”고 규정하는데 이 때 “북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원”은 조총련계 재일동포로 소위 조선적 재일동포가 이에 해당한다. 이 규정의 해석상 조선적 재일동포는 남북한의 특수관계를 감안할 때 국적 여부와는 관계없이 사실상 대한민국의 인적관할권에 직접 속하지 않음을 보여준다.<sup>120)</sup> 따라서 외국에 거주하며 대한민국의 인적관할권을 부인하고 있는 조선적 재일동포는 「위원회법」의 적용상 내국인으로 보기 어렵기 때문에 「위원회법」의 조사대상에 해당하지 않는다는 해석이었다.

결국 이 사건의 요체는 진정한 대한민국 국민인가 여부에 있는 것이다. 진정한 「국적법」상 대한민국 국적을 인정받을 가능성이 있는 경우라도 그것이 곧 현재의 국적에 대한 증거가 되는 것은 아니므로, 이 건의 경우와 같이 진정한 대한민국 국민을 확인할 수 있는 일체의 행위를 거부하고 있다면 그러한 일종의 확인이 이루어지기 전까지는 「위원회법」의 조사대상에 포함되기 어렵다는 결론이 타당하다고 판단된다.

## 2. 대한민국 영역의 범위

### 가. 영역의 의미

한 국가의 영역은 그 국가의 법이 적용되는 공간적 범위를 의미하면서 통치권의 물적 대상을 의미하기도 한다.<sup>121)</sup> 영역은 영토·영해·영공으로 구성된다. 영토는 국가영역의 기초가 되는 일정한 범위의 육지를 말하고, 우리 「헌법」 제3조는 ‘대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다’고 규정하고 있다. 영해는

적 발언을 하였다고 주장하여 문제가 되었다(국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 11쪽).

120) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 13~14쪽.

121) 권영성, 120쪽.



영토에 접속한 일정한 범위의 해역을 말하는바, 『영해및접속수역법』은 한반도와 그 부속도서의 육지에 접한 12해리까지를 영해의 범위로 정하고 있다. 영공은 영토와 영해의 수직상공을 말한다. 한편 공해상의 대한민국 국적의 선박과 항공기 내도 관할권의 행사에 관한한 대한민국 영역의 일부로 간주될 수 있다.

‘대한민국의 영역 안에 있는 외국인’과 관련하여 체류시점이 문제된다. 『위원회법』 제30조의 대한민국의 국가 기관 등의 업무수행은 원칙적으로 대한민국의 영역 안에서 이루어질 것이므로, 이에 의해 인권을 침해받은 외국인이 위원회의 인적관할에 속한다는 것을 의미한다. 이렇게 본다면 이 규정에서 대한민국 영역 안에 ‘있는’ 시점은 진정접수 당시나 조사의 당시 또는 위원회의 판단시가 아닌 인권침해 원인사실의 발생시를 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.<sup>122)</sup>

한편 제4조에서 말하는 ‘영역’은 영토의 개념이 아니라 ‘관할권’의 개념으로 해석된다. 따라서 외국에 위치한 대한민국의 국가기관(대사관 등)에 의해 인권을 침해당한 경우도 위원회의 업무관할에 속한다.<sup>123)</sup>

## 나. 특수한 경우

### 1) 북한지역

대한민국의 영역에는 북한지역도 포함되는가? 『헌법』 제3조는 한반도와 부속도서 전체를 대한민국 영역으로 규정하고 있고, 법원도 북한지역이 대한민국의 주권범위 내에 포함된다고 해석하고 있다.<sup>124)</sup> 북한지역은 규범적으로는 대한민국의 영역이라고 할 수 있으나, 실효적으로는 대한민국의 주권과 법률이 미치지 못하고 있으므로 『위원회법』 적용과 관련하여 당연히 대한민국의 영역에 속한다고 보기는 어렵다. 따라서 현재 북한지역 내에서 발생한 인권침해행위나 차별행위가 당연히 『위원회법』상의 진정대상이 된다고 볼 수는 없다.<sup>125)</sup>

한편 현재 사회 일각에서는 국가인권위원회가 북한의 인권실태에 대한 의견표

122) 국가인권위원회 인권상담센터, 『인권상담 가이드북2』(국가인권위원회, 2004), 156쪽 (이하 국가인권위원회, 인권상담 가이드북2).

123) 국가인권위원회, 인권상담 가이드북, 128쪽.

124) “...저작권재산권의 존속기간을 규정한 『저작권법』 제36조 제1항, 제41조, 제42조, 제47조 제1항의 효력은 『대한민국헌법』 제3조에 의하여 여전히 대한민국의 주권범위 내에 있는 북한지역에도 미치는 것이므로...”(대법원 1990. 9. 28. 선고, 89누6396 판결).

125) 이는 남북한의 특수관계상 개별법의 적용에 있어서는 북한지역을 외국에 준하는 지역으로 보아야 한다는 헌법재판소 2005. 6. 30 선고, 2003헌바114 결정 및 대법원 2004. 11. 12 선고, 2004도4044 판결과 같은 입장이다.



명 내지는 북한인권 개선을 위한 사업의 추진을 요구하고 있다. 북한 인권문제가 과연 위원회의 업무 추진 범위에 속하는가에 대하여는 논란의 여지가 있다. 일단 북한지역과 북한의 국가기관이 위원회법상의 관할대상에 포함된다고 보기는 어려우므로 북한 정부를 상대로 한 직접적인 권고결정 등을 할 의무는 없을 것이다. 그러나 「위원회법」 제19조 1호는 “인권에 관한 법령, 제도, 정책에 관한 조사와 연구 및 그 개선에 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”을 할 수 있는 권한을 위원회에 부여하고 있고, 제10호는 일반적으로 “인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항”을 위원회의 업무로 인정하고 있으므로, 위원회는 인권과 관련된 폭 넓은 권한을 행사할 수 있다. 대한민국이 북한에 대하여 현실적인 관할권을 행사할 수 없을지라도, 우리의 헌법체제나 남북한의 특수관계상 북한을 반드시 외국으로만 볼 수도 없다. 따라서 적어도 대한민국 정부(또는 국회)의 북한인권 정책 및 법률과 관련하여 권고나 의견표명의 형식으로 위원회의 입장을 전달할 수는 있을 것이다.

## 2) 대한민국영역 이외의 외국

대한민국 이외의 지역에 거주하는 대한민국 국민이 현지 외국 국가기관으로부터 인권침해를 받는 경우도 진정조사대상이 될 것인가? 「위원회법」 제30조에서 말하는 국가기관은 1차적으로 내국 국가기관을 말하며 설사 외국 국가기관이 포함된다 할지라도 국내 소재시에 한정된다고 해석되므로 위와 같은 경우는 위원회의 조사대상에 포함되지 않는다.<sup>126)</sup>

한편 외국에서의 인권침해 상황에 대한 위원회 차원의 권고 내지 의견표명은 가능한가? 이와 관련하여 위원회는 2003년 3월 26일 미국과 영국의 이라크 침공을 반인도적 행위로 규정하고 「위원회법」 제19조 제1호 및 제25조 제1항에 근거하여 정부와 국회에 대해 「이라크전쟁에 대한 국가인권위원회의 의견 - 반전, 평화, 인권」을 표명한 바 있다. 이러한 의견표명이 과연 위원회의 업무 범위에 포함되는 것이냐에 관하여 논란이 있었다. 당시 이라크에 한국군의 파병이 검토되고 있었으므로, 내국인인 한국군의 파병 및 활동이 인권적 차원에 합치되는가 여부에 관한 검토는 위원회의 임무범위에 포함된다는 해석도 가능할 것이다. 그러나 당시 위원회 차원에서의 의견 표명이 나온 이유는 이라크 파병에 대한 반대의사를 밝히기 위한 것으로서 이는 본질적으로 정부의 외교정책에 관한 의견표명이 아닌 인권에 관한 정책을 대상으로 하였다고 보기 어렵다고 전제한다면 당시 위원회의 의견표명은 부적절하였다는 해석도 가능하다.

126) 국가인권위원회, 인권상담 가이드북, 129쪽.



국가인권위원회는 「국가인권위원회법」을 기준으로 하여 「국가인권위원회법시행령」과 「국가인권위원회운영규칙」을 제정하여 위원회의 구성 및 운영지침을 마련하고 있다. 국가인권위원회는 2001년 11월 25일에 출범하여 현재 4년여의 기간 동안 운영되어 왔다. 우리 헌법 및 국가체계상 국가인권위원회와 같은 인권을 전담하는 독립적 기구는 최초로 설립된 것이다. 특히 인권 분야의 경우 정부의 공권력 행사가 인권침해를 야기하는 상황이 종종 연출되므로 위원회는 다른 국가 기관을 감시하여야 하는 독특한 성격을 가진다.

## 제 1 절

### 위원회의 구성(제5조)

- 제5조 (위원회의 구성)** ①위원회는 위원장 1인과 3인의 상임위원을 포함한 11인의 인권위원(이하 “위원”이라 한다)으로 구성한다.
- ②위원은 인권문제에 관하여 전문적인 지식과 경험이 있고 인권의 보장과 향상을 위한 업무를 공정하고 독립적으로 수행할 수 있다고 인정되는 자중에서 국회가 선출하는 4인(상임위원 2인을 포함한다), 대통령이 지명하는 4인, 대법원장이 지명하는 3인을 대통령이 임명한다.
- ③위원장은 위원 중에서 대통령이 임명한다.
- ④위원장과 상임위원은 정무직 공무원으로 보한다.
- ⑤위원중 4인 이상은 여성으로 임명한다.
- ⑥위원의 임기가 만료된 경우에는 그 후임자가 임명될 때까지 그 직무를 수행한다.

#### 1. 위원회의 의의

위원회법에서 ‘위원회’라고 규정하는 경우, 이는 일반적으로 「위원회법」 제5조



제1항에 의해 구성된 11인의 위원으로 구성된 회의체를 의미한다(협의의 위원회). 그러나 「위원회법」의 여러 조항에서 원래 의미의 위원회와 사무처 전체를 포괄하여 국가인권위원회를 의미하는 경우로도 사용된다(광의의 위원회). 예를 들어, 제1조나 제3조, 제6조, 제17조, 제18조 등에서의 위원회는 그 설립과 업무에 관한 포괄적인 의미를 담고 있으므로 단순히 11인 위원의 회의체만을 의미하는 것이 아니라, 사무처까지 포함하는 광의의 위원회를 의미하는 것으로 이해된다. 그러나 위원회의 구성을 규정한 제5조나 의사정족수를 규정한 제13조, 의사의 공개를 규정한 제14조에서는 협의로 사용되었다.

그러나 업무와 권한을 규정하고 있는 조항의 경우 위원회라는 표현의 의미가 협의의 위원회인지 광의의 위원회인지를 구분하기 모호한 조항도 있다. 위원회의 업무는 사무처를 포함한 전체 위원회를 통해 이루어지기 때문이다. 이 점에 대하여는 좀더 세심한 입법적 구분이 있는 것이 바람직할 것이다.

## 2. 위원회의 구성

### 가. 상임위원 및 비상임위원의 구성 방법

위원회는 위원장 1인과 3인의 상임위원을 포함한 11인의 위원으로 구성된다. 구체적으로 국회가 선출하는 4인, 대통령이 지명하는 4인, 대법원장이 지명하는 3인을 대통령이 임명하게 된다. 이중 국회가 상임위원 2인을 선출한다는 것은 명시되어 있으나, 위원장을 제외한 나머지 1인의 상임위원에 대한 지명권이 어느 기관에 있는가는 「위원회법」상 명확하지 않다. 국가인권위원회가 처음 제1기 위원회를 구성할 때 국회는 법규정에 따라 상임위원 2인과 비상임위원 2인을 선출하였고, 대통령이 위원장 1인, 상임위원 1인, 비상임위원 2인을 지명하였고, 대법원장이 비상임위원 3인을 지명하는 방식이 사용되었고, 이는 2기 위원을 구성할 때도 동일하게 적용되었다. 국회 선출분을 제외한 상임위원 지명권의 소재에 대하여 명문의 법적 근거는 찾을 수 없으나, 현실에서는 일종의 관행으로 이루어지고 있다고 해석될 수 있다. 이 점에 관하여는 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다.

### 나. 여성위원의 선출 방법

11인의 위원중 최소 4명의 위원은 여성으로 임명하여야 한다. 위원회가 진정으로 대표성을 확보하기 위해서는 다원성뿐만 아니라 다양성을 존중해야 하는 바,<sup>127)</sup> 여성위원 4인 이상의 임명은 이러한 목적을 위한 것이다.<sup>128)</sup> 현재 행정부



에 설치되어 있는 각종 위원회 중 여성위원의 최소수를 명문화하고 있는 기관은 국가인권위원회가 유일하다. 이는 인권전담 기구로서의 국가인권위원회의 성격을 보여주는 것이라 할 수 있다. 「위원회법」은 여성위원의 수를 규정하고 있으나, 구성방법에 대해서는 침묵하고 있고 하위 규칙에서도 이에 대한 언급을 찾을 수 없다. 제1기 위원회 구성시 일종의 양해사항으로 국회에서 2인의 여성위원을 선출하였고, 나머지는 대통령이 1인, 대법원장이 1인을 지명하였는데, 국회가 선출하는 여성위원 중 1인은 상임위원으로 선출되었으며, 제2기 위원회 구성시에도 같은 원칙이 적용되었다. 이 역시 명문의 법적 근거는 없으나 일종의 관행으로 이루어지고 있다고 평가된다. 각 기관에서 선출 또는 지명하는 여성위원 수는 최소수를 의미하므로 그 이상의 여성위원을 선출하거나 지명하는 것은 무방하다. 만약에 국회에서 3명의 여성위원을 선출하면 이 결과를 본 대통령이나 대법원장은 여성위원의 지명을 회피할 수 있는가? 그렇게 할지라도 「위원회법」에 규정된 4인 이상의 여성위원이라는 구성요건이 위배되는 것은 아니다. 그러나 위원 임명에 관한 권한을 3부에 고루 할당하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 여성위원에 관하여도 3부에서 골고루 임명추천이 이루어져야 할 것이다. 또한 여성위원을 포함시키는 것은 추천권을 가진 각부에 부과된 의무사항이라고 해석할 때, 어느 부처가 이를 외면하는 것은 「위원회법」 제5조의 취지와는 배치된다고 판단된다.

#### 다. 위원장의 선출방법

위원장은 위원 중에서 대통령이 임명한다. 국가인권위원회의 경우 다른 기관과는 달리 독립성이 특히 강조되고 있는데, 이러한 기관의 장을 대통령이 단독으로 임명하는 것이 적절한가?

대부분의 대통령 또는 국무총리 소속 위원회의 장은 대통령이 위촉 또는 지명하여 임명하는 것이 일반적이다. 대통령 직속 위원회인 중앙인사위원회의 위원장은 대통령이 임명하고(「국가공무원법」 제8조), 국가청렴위원회의 위원장 역시 대통령이 임명하며(「부패방지법」 제12조),<sup>129)</sup> 규제개혁위원회의 경우 당연위원장인

127) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 48쪽.

128) 현재 국회에 계류중인 「국가인권위원회법」에 대한 김애실의원 개정안은 위원 중 남성 또는 여성의 비율이 10분의6을 초과하지 않도록 한다고 규정하고 있다. 이 개정안이 입법화되면 현재 위원 중 남성 7인은 그 비율이 10분의6을 초과하는 것이므로 위원 중 최소한 남성 1인이 감소하고 여성이 현재 4인에서 5인으로 증가하게 된다.

129) 국가청렴위원회는 기존의 부패방지위원회가 명칭을 바꾸고 2005년 7월에 새롭게 출범한 위원회이다.



국무총리 외의 1인의 위원장은 대통령이 위촉한다(『행정규제기본법』 제25조). 국무총리 직속 위원회의 경우, 공정거래위원회의 위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고(『독점규제및공정거래에관한법률』 제37조), 금융감독위원회 위원장은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 임명하고(『금융감독기구의설치등에관한법률』 제4조), 국민고충처리위원회의 위원장은 대통령이 임명한다(『국민고충처리위원회의설치및운영에관한법률』 제7조).

그러나 대통령이 임명권을 가진 경우에도 행정부에 속하지 않는 기관의 장을 선임하는 경우 대통령의 권한 행사에는 일정한 통제책이 마련되어 있음을 발견할 수 있다. 예를 들어 헌법기관인 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고(『헌법』 제104조 제1항), 헌법재판소장 역시 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(『헌법』 제111조 제4항). 중앙선거관리위원회의 경우에도 위원 중에서 위원장을 호선한다(『헌법』 제114조 제2항). 국가인권위원장의 경우도 대통령의 권한행사에 대한 일정한 통제책이 마련되는 것이 독립기관으로서의 국가인권위원회 설립취지에 합당하다고 판단된다.

## 라. 인권위원의 지위

위원장 및 상임위원은 정무직으로 보한다. 정무직공무원이란 특수경력직공무원의 한 유형으로, 선거에 의하여 취임하거나 임명에 있어서 국회의 동의를 요하는 공무원 또는 고도의 정책결정업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률 또는 대통령령(대통령비서실의 조직에 관한 대통령령에 한한다)에서 정무직으로 지정된 공무원을 말한다(『국가공무원법』 제2조 제3항 제1호). 위원장은 장관급에 해당하고, 상임위원은 차관급에 해당한다(『국가인권위원회와 그소속기관직제』 별표1).

비상임위원은 이러한 규정이 없으므로 신분상 공무원이 아니나, 형법 그 밖의 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다는 의제규정을 두고 있다(『위원회법』 제62조). 비상임위원이 신분상 공무원은 아니더라도 위원회의 공무를 수행하는 경우 이에 대한 방해는 공무집행방해죄에 해당한다.

위원회는 비상임위원들에게 “전문가 자격”으로 개별법령에 대한 자문을 요청하고 자문료를 지급할 수 있는지, 아니면 위원회는 “위원” 자격에 근거하여 자문 요청을 당연히 할 수 있고 요청받은 위원은 별도의 수당없이 이를 당연히 해야 하는가?<sup>130)</sup> 소관부서에서 요청한 업무가 비상임위원의 직무 및 이와 관련한 직무에 속한다고 판단되면 비상임위원에게 당연히 요청할 수 있고 비상임위원은

130) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 36~38쪽.



이에 응할 의무가 있다. 그러나 비상임위원의 직무와 당연히 관련된 사항이 아니라면 이에 관해서는 “전문가 자격”으로 자문을 요청할 수 있고 당해 비상임위원이 자문에 응하면 소관부서에서는 다른 외부전문가에 대한 자문료 지급 관례에 따라 이에 상응하는 자문료를 지급할 수 있다고 해석된다.<sup>131)</sup>

#### 마. 위원의 임기가 만료된 경우 직무 수행

위원의 임기가 만료된 경우에는 그 후임자가 임명될 때까지 그 직무를 수행한다. 위원의 임기만료로 인한 공백의 발생에 대비하기 위한 조항이다. 그러나 임기만료후 직무가 연장될 수 있는 최대기간이 명시되어 있지 않아 장기간 임무수행이 계속될 수 있고 그렇게 된다면 위원의 임기를 규정한 법조항의 취지가 무색해진다. 현재로서는 위원 추천권을 가진 기관이 예정된 시한 이내에 적절히 추천권을 행사하고, 대통령이 적기에 이들을 임명할 것을 기대하는 방법 외에는 별다른 대책이 없다. 『위원회법』 제7조 제2항은 위원이 결원된 때에는 대통령은 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다는 조항이 있으나, 이는 위원의 임기 만료전 결원이 발생한 경우에 대비한 조항이며 더욱이 대통령 지명 몫의 위원을 제외한 나머지 7명의 위원은 단독으로 임명할 수도 없으므로 이 조항은 혼시조항에 불과하다고 판단된다.

131) 『행정규제기본법시행령』 제28조 “공무원이 아닌 위원장 및 위원과 전문위원·조사요원·이해관계인·참고인 및 관계공무원 등에 대하여는 예산의 범위 안에서 수당·여비 기타 필요한 경비를 지급할 수 있다. 다만, 공무원이 그 소관업무와 직접 관련되어 위원회에 출석하는 경우에는 그러하지 아니하다.”





## 위원장의 직무(제6조)

**제6조 (위원장의 직무)** ①위원장은 위원회를 대표하며 위원회의 업무를 통할한다.

②위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 위원장이 미리 지명한 상임위원이 그 직무를 대행한다.

③위원장은 국회에 출석하여 위원회의 소관 사무에 관하여 의견을 진술할 수 있으며, 국회의 요구가 있을 때에는 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다.

④위원장은 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며, 그 소관사무에 관하여 국무총리에게 의안(이 법의 시행에 관한 대통령령안을 포함한다)의 제출을 건의할 수 있다.

⑤위원장은 위원회의 예산관련 업무를 수행함에 있어서 예산회계법 제14조의 규정에 의한 중앙관서의 장으로 본다.

### 1. 위원장의 직무행위

#### 가. 위원장의 직무

위원장은 국가인권위원회를 대표하며 위원회의 업무를 통할한다. 위원장이 위원회를 대표하여 실질적 의미의 행정에 관한 처분을 하는 범위에서 행정청에 해당한다. 행정청이란 국가 또는 공공단체의 행정에 관한 의사를 결정·표시할 수 있는 권한을 가진 행정기관을 말한다. 법원이나 국회 등 국가기관 자체가 행정청이 되는 것이나, 그 기관의 장(국회 사무총장, 법원 행정처장)도 실질적 의미의 행정에 관한 처분을 하는 경우에는 (소속직원의 임면, 법무사 인가 등) 여기서 말하는 행정청에 포함된다.<sup>132)</sup>

132) 김동희, 앞의 책, 660~661쪽.



## 나. 직무대행 사유

「위원회법」은 위원장이 ‘부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때’를 상정하여 직무대행자를 미리 지명하도록 규정하고 있다. 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우란 통상 어떠한 경우일까? 임기 만료의 경우에는 후임자가 임명될 때까지 직무를 수행하도록 예정되어 있으므로 이는 해외 출장이나 질병과 같은 경우를 염두에 둔 조항이라고 판단된다. 위원장이 사의를 표명하였으나 아직 사직서가 수리되지 않은 경우도 직무대행을 임명해야 할 경우에 해당하는가? 단순한 사의 표명이 직무를 수행할 수 없는 부득이한 사유라고는 반드시 볼 수 없으므로 위원장이 계속 그 직을 수행하여도 무방하다고 판단되나, 이미 퇴직을 확고히 결심하고 더 이상 기관장으로서의 일상적 역할의 수행이 어려운 사정이라고 판단된다면 직무대행의 임명도 가능하다고 판단된다. 부득이한 사유로 직무를 집행할 수 없다는 것은 누가 결정하게 될까? 원칙적으로는 위원장 자신이 1차적으로 결정할 수 밖에 없다. 아울러 「위원회법」 제8조에 따르면 신체상 또는 정신상의 장애로 직무수행이 어려운 경우 전체위원 3분의2 이상의 찬성을 통한 의결로 위원의 퇴직을 결정할 수 있으며 이에 위원장도 해당된다.

미리 지명한다는 것은 무엇을 의미하는가? 위원장은 언제 발생할지 모르는 유고사태에 대비하여 상시적으로 직무대행을 지명해 두어야 하는가? 아니면 일정한 사태 발생이 임박하였음이 예정되었을 때 그 때 그 때 미리 직무대행을 정하면 되는 것인가? 법문의 취지가 무엇인지 명확하지는 않으나, 후자의 해석이 통상적인 관례에 합당하다고 판단된다. 상시적으로 직무대행을 지명해 두면 직무대행의 업무개시 여부 내지 시점이 항상 다툼이 생길 소지가 크다. 통상 직무대행이 필요하다고 판단되는 경우 그 시점을 명기하여 임명하는 것이 보통일 것이다.

직무대행자는 상임위원 중에서 임명하여야 한다. 이 경우 위원장은 3인의 상임위원 중 누구라도 임명할 수 있는가? 이에 대한 특별한 제한은 없으므로 위원장이 재량으로 선임할 수 있다.

## 다. 직무대행자

위원장이 미리 직무를 대행할 상임위원을 지정한 경우에는 그 상임위원이 위원장의 직무를 대행한다. 만약 미리 직무대행자를 지명하지 아니한 때에는 상임위원 중 연장자 순으로 위원장의 직무를 대행한다(「국가인권위원회운영규칙」 제17조). 다른 위원회의 경우에도 대부분 위원장이 지정한 위원이나 선임상임위원 순으로 직무대행자를 규정하고 있다.<sup>133)134)</sup>

133) 중앙인사위원회는 상임위원, 위원장이 미리 지정한 비상임위원 순으로 직무를 대행



위원장의 직무대행자 지정행위가 특별한 절차를 요구하는 행위인가? 명시적인 규정은 없으나, 이는 구두로도 가능하고 그때 그때 상황에 따라 다양한 방법으로 가능한 것으로 해석된다.

직무대행자의 대행범위도 논란이 된다. 대통령 직무대행자의 경우 임시대리의 성질로 보아 잠정적인 현상유지에만 국한되고, 정책의 전환, 인사의 이동과 같이 현상유지를 벗어나는 직무를 대행할 수 없다고 보는 것이 일반적인 견해이다.<sup>135)</sup> 한편 업무대행자가 지정되어 있는 경우에도 위원장은 자신의 직무를 수행할 수 있을까? 예를 들어 위원장이 직무대행자를 지정하고 해외출장을 간 경우에도 전화나 이메일을 통해 직무대행자의 의사와 배치되는 업무 지시를 할 수 있는가?<sup>136)</sup> 직무대행자를 둔 취지는 비상시의 원활한 결재 및 회의 진행 등을 통한

한다(『국가공무원법』 제8조). 규제개혁위원회의 경우 국무총리가 지명한 위원이 그 직무를 대행한다(『행정규제기본법』 제25조 제6항). 국가청렴위원회는 위원장이 지명한 상임위원이 그 직무를 대행한다(『부패방지법』 제13조 제2항). 국민고충처리위원회는 위원장이 미리 지명한 위원, 사무처장을 겸직하는 상임위원 순으로 직무를 대행한다(『민원사무처리에관한법률』 제19조 제2항, 『국민고충처리위원회운영규정』 제5조). 공정거래위원회의 경우 부위원장, 선임상임위원순으로 직무를 대행한다(『독점규제및공정거래에관한법률』 제38조 제3항). 금융감독위원회 부위원장, 금융감독기구의설치등에관한법률 제4조 제1항 제5호의 위원, 금융감독위원회가 미리 정한 위원의 순위로 직무를 대행한다(『금융감독기구의설치등에관한법률』 제5조).

134) 국회의 위원회의 경우에 위원장이 직무대리자를 지정하지 않은 때에 위원회 의결로 위원장 직무대리를 정하거나 위원회 간사가 교대로 위원장 직무를 대행한 예가 있다(국회정책조정위원회 편, 『국회선례집』(국회사무처, 2000), 183쪽).

135) 김철수, 앞의 책, 1207쪽; 권영성, 앞의 책, 911쪽. 다만, 권영성 교수는 권위인 경우에는 그 대행이 현상유지적일 이유가 없다고 보고 있으나, 『국가인권위원회법』 제6조의 경우는 권위를 상정하고 있지 않으므로 직무대행자의 대행범위는 현상유지에 한정된다고 보는 것이 타당하다.

136) 직무대행 행위를 임시대리의 성질을 가지는 것으로 이를 내부위임으로 본다면 「내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명이자인 행정청이 피고가 되어야 한다(대법원 1994.6.14. 선고 94누1197 판결)」는 판례의 취지에 따라 원행정청인 위원장이 최종적인 행정행위의 주체가 되므로 직무대행자와 배치되는 업무를 하는 것이 가능하다. 즉 대리권을 수여받은 직무대행자가 자신의 명의로 행위를 하여도 이의 귀속주체는 위원장이 되기 때문에 위원장이 이와 배치되는 업무 지시를 하여도 무방한 것이다. 한편 위원장의 배치되는 업무지시를 행정행위의 철회로 볼 수 있을까? 행정행위의 철회라 함은 하자없이 적법하게 성립한 행정행위를 행정청이 후발적 사유에 기하여 원칙적으로 장애에 향하여 그 효력을 상실시키는 별개의 행정행위이다. 취소는 행정행위의 원시적 하자를 이유로 하는데 대하여, 철회는 후발적 사유에 기하여 그 효력을 소멸시키는 것이다. 행정행위의 철회는 처분청만이 할 수 있다(김동희, 앞의 책, 337~342쪽). 행정행위의 철회는 처분을 한 주체가 자신의 행



위원회 업무의 항상성 유지를 위한 것이지 위원장의 직무 행위를 금지하기 위한 것이 아니므로, 그 취지에 따라 직무대행자가 지정되었을지라도 필요한 경우 위원장의 업무 집행은 가능하다고 본다.

## 2. 국회 및 국무회의 출석권 및 출석의무

### 가. 국회 출석권 및 출석의무

「위원회법」 제6조 제3항은 위원장은 국회에 출석하여 위원회의 소관 사무에 관하여 의견을 진술할 수 있으며, 국회의 요구가 있을 때에는 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 국무총리·국무위원 또는 정부위원의 국회출석권 및 출석의무를 인정한 「헌법」 제62조와 대법원장·헌법재판소장·중앙선거관리위원회위원장·감사원장의 국회출석을 규정한 「국회법」 제121조 제4항의 규정과 유사하다.<sup>137)</sup> 대통령제 정부형태에서 정부구성원의 국회출석 및 질문에 관한 권한과 더불어 그 의무를 규정한 것은 이례적인 것이나, 행정부와 국회가 긴밀한 협조관계를 유지하고, 국회의 행정부 통제의 실효를 거두게 하기 위한 것이다.<sup>138)</sup> 출석과 답변을 요구받은 국무총리·국무위원이 이에 응하지 아니한 때에는 해임건의나 탄핵소추 사유가 될 수 있다고 보나,<sup>139)</sup> 국가인권위원회 위원장이 국회 출석요구에 응하지 않았다고 하여 해임건의의 대상이 된다고 볼 수 있을지는 의문이다. 한편 국무총리·국무위원 또는 정부위원의 국회 본회의 출석요구를 위해서는 국회의원 20인 이상의 서면발의가 요구되며, 위원회의 경우 의결로써 출석을 요구할 수 있다(「국회법」 제121조). 대법원장 등의 출석요구안 발의에 관해서는 명문의 규정을 두고 있지 않으나 국무총리 등의 출석요구조항과의 균형적인 해석을 고려할 때, 이 경우에도 같은 기준이 적용되어야 할 것으로 해석된다.<sup>140)</sup> 국가인권위원회 위원장의 경우도 동일한 기준이 적용되어야 할 것으로 판단된다.

위의 효력을 소멸시키는 것이기 때문에 이 경우에 적용하기는 어렵다고 보인다.

137) 국회가 「국회법」에 규정된 기관 이외의 정부기관의 출석을 요구한 예가 있다. 1973년 제9대 국회에서 주월국군사령관과 중앙정보부장을, 1981년 제11대 국회에서 제24회 서울국제올림픽대회유치단장의 출석을 결의하였다. 국회정책조정위원회 편, 앞의 책, 385~386쪽.

138) 권영성, 앞의 책, 873쪽.

139) 권영성, 앞의 책, 873쪽; 정호영, 『국회법론』(법문사, 2000), 406쪽.

140) 정호영, 앞의 책, 406쪽.



## 나. 국무회의 출석권

위원장은 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며, 그 소관사무에 관하여 국무총리에게 의안의 제출을 건의할 수 있다. 국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의하는 헌법상 기관이고(『헌법』 제88조 제1항), 법률안 및 대통령령안을 검토하는 등의 기능을 한다. 국가인권위원회 위원장도 국가인권위원회 사무와 관련하여 출석하여 발언할 수 있고, 위원회법 시행에 관한 대통령령안의 제출을 국무총리에게 건의할 수 있다.

## 3. 예산관련 업무

『위원회법』에서 인권위원회의 예산과 관련된 규정은 제6조 제5항에서 ‘위원장은 위원회의 예산관련 업무를 수행함에 있어서 『예산회계법』 제14조의 규정에 의한 중앙관서의 장으로 본다’고 규정한 것에 불과하다. 『위원회법』 제정시에 인권위원회 예산편성의 독립성에 대한 조항이 제안되어 있었으나 반영되지 않았다.<sup>141)</sup> 『예산회계법』 제14조는 중앙관서의 장의 정의조항일 뿐 구체적인 권한이 명시되어 있지 않고,<sup>142)</sup> 『위원회법』 제6조 제5항의 의미는 다만 『예산회계법』 적용을 받기 위한 중앙관서의 장으로 인정하는 것에 불과하다. 이에 반해 국회, 대법원, 헌법재판소, 감사원, 중앙선거관리위원회(이하 ‘독립기관’)의 예산에 대해서는 『예산회계법』 제29조에서 따로 규정하고 있다. 독립기관의 세출예산요구액을 감액할 때에는 국무회의에서 당해 독립기관의 장의 의견을 구하여야 한다고 하

141) 이미경의원안 제20조는 위원회의 경비에 관한 다음의 조항을 두었다.

- ①위원회의 경비는 독립하여 국가예산에 계상하여야 한다.
- ②위원회의 예산편성에는 위원회의 독립성과 자율성을 존중하여야 한다.
- ③위원장은 위원회의 예산관련업무 수행에 관하여 예산회계법 제14조 규정에 의한 중앙관서의 장으로 보며, 기획예산처 장관이 위원회의 예산요구액을 감액할 경우에는 위원장의 의견을 들어야 한다.

142) 『예산회계법』 제14조 (중앙관서의 장의 정의)

- ①이 법에서 “중앙관서의 장”이라 함은 국회의장, 대법원장, 헌법재판소장, 중앙선거관리위원회위원장, 헌법 또는 정부조직법 기타 법률에 의하여 설치된 중앙행정기관의 장을 말한다.
- ②국회의장·대법원장·헌법재판소장 및 중앙선거관리위원회위원장은 국회의 사무총장·대법원의 법원행정처장·헌법재판소의 사무처장 및 중앙선거관리위원회의 사무총장에게 이 법에 의한 직무를 위임할 수 있다. 이 경우 국회의 사무총장·대법원의 법원행정처장·헌법재판소의 사무처장 및 중앙선거관리위원회의 사무총장은 그 위임받은 범위안에서 제1항의 중앙관서의 장으로 본다.



여 예산 감액시 기관의 의견이 반영됨을 규정하고 있다. 이는 예산확보의 독립성을 위한 권한으로 국가인권위원회의 위원장에게도 동일한 권한이 인정될 필요가 있다.<sup>143)</sup>

---

143) 현재 국회에 계류중인 최재천의원안은 이러한 권한을 규정한 조항을 담고 있다. ‘위원장은 위원회의 예산관련 업무를 수행함에 있어서 예산회계법 제14조 및 제29조의 규정에 의한 중앙관서의 장 및 독립기관의 장으로 본다’ (최재천의원안 제6조 제5항).



## 위원장 및 위원의 임기(제7조)

**제7조 (위원장 및 위원의 임기)** ①위원장 및 위원의 임기는 3년으로 하고, 1차에 한하여 연임할 수 있다.  
 ②위원이 결원된 때에는 대통령은 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다.  
 ③결원이 된 위원의 후임으로 임명된 위원의 임기는 새로이 개시된다.

### 1. 인권위원의 임기

위원장 및 위원의 임기는 3년으로 하고, 1차에 한하여 연임할 수 있다. 이러한 내용은 국가청렴위원회(「부패방지법」 제15조 제2항), 국민고충처리위원회(「국민고충처리위원회의설치및운영에관한법률」 제9조), 공정거래위원회(「독점규제및공정거래에관한법률」 제39조), 금융감독위원회(「금융감독기구의설치등에관한법률」 제6조)도 동일하다. 규제개혁위원회(「행정규제기본법」 제25조)의 경우 위원 중 공무원이 아닌 위원의 임기는 2년으로 하되, 1차에 한하여 연임할 수 있다고 규정하고 있다. 연임만 제한하고 있으므로 2기 동안의 임기를 마치고, 일정한 기간이 지난 후 다시 위원으로 임명될 수도 있는가? 이 규정의 본래의 입법취지가 어떠한지 현 규정만으로는 그 같은 임명도 가능하다. 이러한 사태를 막으려면 1차에 한하여 중임할 수 있다고 규정하였어야 한다.

### 2. 위원이 결원된 경우

제2항의 위원이 결원된 경우는 제5조 제6항의 임기 만료와는 구분되는 개념이다. 위원이 임기도중 금고이상의 형의 선고를 받아 면직되거나, 신체상 또는 정신상의 장애로 직무수행이 곤란하다고 인정되어 전체위원의 의결에 의해 퇴직하거



나(「위원회법」 제8조), 외국 국적을 취득한다던지 또는 국회의원 선거에 출마하는 등의 이유로 당연퇴직되거나(「위원회법」 제9조), 자발적으로 사직하는 경우 등이 이에 해당한다. 위원이 결원된 때에는 대통령은 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다.<sup>144)</sup> 그러나 이 규정은 훈시규정에 불과하다. 현실적으로 결원 후에도 30일 이내에 후임자가 임명되지 않은 경우가 몇 차례 있어, 그동안 위원회 운영에 어려움이 제기되었다. 임기 만료의 경우에 후임자가 임명될 때까지 계속 그 업무를 수행한다는 「위원회법」 제5조 제6항이 위원이 결원된 경우에도 준용될 수 있을까? 그러나 임기만료의 경우와는 달리 결원이라는 사유에 비추어 볼 때 계속적인 업무 수행은 어려울 것이다. 위원이 결원이 되면 특히 소위원회 운영에 다대한 지장을 초래하므로 신속한 후임자 임명이 필요하다.

144) 「국가인권위원회법」은 다른 법에 비해 위원이 결원된 경우 후임자 임명의 시기를 명확하게 규정하고 있다. 국가청렴위원회는 위원이 결원된 때에는 지체없이 새로운 위원을 임명 또는 위촉하여야 한다고 규정하고 있고(「부패방지법」 제12조 제5항), 금융감독위원회는 임명직 위원에 결원이 있는 때에는 새로 임명하되, 새로 임명된 위원의 임기는 임명된 날부터 기산한다고만 규정하고 있다(「금융감독기구의 설치등에관한법률」 제6조 제2항).





## 위원의 신분보장(제8조)

**제8조 (위원의 신분보장)** 위원은 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 면직되지 아니한다. 다만, 위원이 신체상 또는 정신상의 장애로 직무수행이 현저히 곤란하게 되거나 불가능하게 된 경우에는 전체 위원 3분의 2 이상의 찬성에 의한 의결로 퇴직하게 할 수 있다.

## 1. 취지 및 목적

이 조항은 인권위원의 신분을 보장함으로써 국가인권위원회의 독립적인 활동과 운영을 최대한 확보하기 위하여 마련되었다. 독립성이 인정되는 기구라고 하더라도 위원의 신분이 임명권자에 의해 쉽게 좌우될 수 있다면 실질적인 독립성을 유지하기 힘들기 때문이다. 금고 이상의 형이 선고되면 당연 면직되나, 벌금형의 선고를 이유로는 면직되지 아니한다. 또한 형의 선고가 있기 전까지는 재판중이라 할지라도 면직되지 아니한다.

## 2. 장애로 인한 업무수행 불능

위원의 독립적인 신분보장이 인정되는 것은 위원회의 원활한 활동을 보장하기 위함이다. 따라서 위원이 신체상 또는 정신상의 장애로 직무수행이 현저히 곤란하게 되거나 불가능하게 된 경우까지 이를 보장할 필요가 없고, 오히려 위원회의 원만한 업무수행을 위해서는 업무수행이 불가능한 위원을 대신하여 다른 위원으로 대체되어야 한다. 신체상 장애나 정신적 장애의 경우 그 기준이 문제가 되겠지만, 구체적인 기준을 미리 설정하는 것은 곤란하다. 따라서 「위원회법」은 전체 위원의 3분의2 이상의 찬성의결에 따른 퇴직을 규정하고 있고, 이는 합리적인 방법이다.



일정한 독립성이 보장되어야 할 다른 위원회의 경우도 대체로 국가인권위원회와 유사하게 형의 선고 또는 심신상의 장애를 면직사유로 규정하고 있다(『행정규제기본법』 제27조에 의한 규제개혁위원회 위원, 『민원사무처리에관한법률』 제20조에 의한 국민고충처리위원회 위원, 『독점규제및공정거래에관한법률』 제40조에 의한 공정거래위원회 위원 등) 그러나 국가인권위원회의 경우 주관적 판단이 가미될 수 밖에 없는 심신상의 장애 발생에 대하여는 전체 위원 2/3 이상의 찬성을 추가로 필요로 한다. 이는 위원의 신분보장을 한층 강화하기 위한 조치이다. 국가인권위원회는 위에 열거된 다른 위원회와는 달리 그 임명이 대통령 단독으로 실시되는 것이 아니라, 대통령, 국회, 대법원 3부의 협조를 통하여 임명된다는 차이가 있다. 국가인권위원회와 같이 그 구성에 3부 협조가 요구되는 부패방지법상의 국가청렴위원의 경우도 심신상의 장애로 면직될 때에는 다른 위원 2/3 이상의 찬성을 필요로 한다(『부패방지법』 제15조).



## 위원의 결격사유(제9조)

**제9조 (위원의 결격사유)** ①다음 각호의 1에 해당하는 사람은 위원이 될 수 없다.

1. 대한민국 국민이 아닌 자
2. 국가공무원법 제33조 각호의 1에 해당하는 자
3. 정당의 당원
4. 공직선거및선거부정방지법에 의하여 실시하는 선거에 후보자로 등록한 자

②위원이 제1항 각호의 1에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직한다.

### 1. 위원회 결격 사유

#### 가. 대한민국 국민이 아닌 자

인권위원회는 대한민국 국민이어야 한다. 외국인이나 무국적자는 인권위원회가 될 수 없다. 이중국적자의 경우 대한민국 국민이 아닌 자라고 할 수 없으나, 현행 국적법은 일시적 과도적으로만 후천적 이중국적을 인정하고 있고, 이중국적자가 법정 기간내 국적선택을 하지 않으면 대한민국 국적을 자동상실하므로 실제로 이중국적자의 자격 여부가 문제될 가능성은 거의 없다.

#### 나. 「국가공무원법」 제33조 각호의 1에 해당하는 자

「국가공무원법」 제33조는 공무원의 결격사유를 열거하고 있다. 1) 금치산자 또는 한정치산자, 2) 파산자로서 복권되지 아니한 자, 3) 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자, 4) 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자, 5) 금고 이상의 형의 선고유예를 받는 경우에 그 선고유예기간



중에 있는 자, 6) 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자, 7) 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 자, 8) 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 자가 이에 해당한다.

#### 다. 정당의 당원

국회의원선거권이 있는 자는 공무원 기타 그 신분을 이유로 정당가입 기타 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에도 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다(『정당법』 제6조).

#### 라. 『공직선거및선거부정방지법』에 의하여 실시하는 선거에 후보자로 등록된 자

『공직선거및선거부정방지법』은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 적용된다(제2조). 인권위원이 이 중 하나의 선거에 후보자로 등록하게 되면 즉시 위원직을 당연퇴직한다.

## 2. 결격사유의 효과

인권위원에게 위의 결격사유에 해당하는 사유가 발생하면 위원직이 당연퇴직된다. 퇴직이라 함은 광의로는 특별한 절차없이 사유가 발생하면 법상 당연히 위원으로서의 지위와 신분을 상실하는 경우를 말하는 바, 위원의 사망이나 임기만료도 광의의 퇴직에 속한다.<sup>145)</sup> 제9조에서 규정하는 당연퇴직은 협의의 퇴직으로 위원의 결격사유가 발생하면 위원으로서의 지위와 신분을 자동으로 상실하게 된다.

145) 정호영, 앞의 책, 130쪽.



## 위원의 겸직금지(제10조)

**제10조 (위원의 겸직금지)** ①위원은 재직 중 다음 각호의 직을 겸하거나 업무를 할 수 없다.

1. 국회 또는 지방의회의 의원
  2. 다른 국가기관 또는 지방자치단체의 공무원(교육공무원을 제외한다)
  3. 그 밖에 위원회 규칙으로 정하는 직 또는 업무
- ②인권위원회는 정당에 가입하거나 정치운동에 관여할 수 없다.

### 1. 위원회 겸직금지

인권위원회는 국회의원이거나 지방의회 의원을 겸직할 수 없고, 교육공무원을 제외한 다른 국가기관 또는 지방자치단체의 공무원 등을 겸직할 수 없다. 이는 인권위원회로서 공정성과 독립성을 확보하기 위한 장치이다. 또한 위원회는 「국가인권위원회인권위원의겸직금지예관한규칙(이하 ‘겸직금지규칙’)」에서 인권위원이 겸할 수 없는 직과 업무를 상세히 규정하고 있다.

#### 가. 상임위원이 종사할 수 없는 직 또는 업무(겸직금지규칙 제2조 제1항)

상임위원은 국가기관·지방자치단체 또는 정부투자기관이 설치·운영하는 각종 위원회의 위원이 될 수 없고, 각종 법인·단체 등의 고문·임원 또는 직원의 직을 겸할 수 없다. 또한 상업·공업·금융업 기타 영리적인 업무를 경영하거나, 상업·공업·금융업 기타 영리를 목적으로 하는 사기업체의 이사·감사·업무를 집행하는 무한책임사원·발기인 등 임원이 되거나 지배인 기타 사용인이 되는 일을 할 수 없다. 상임위원은 그 직무와 관련이 있는 타인의 기업에 투자하는 일을 비롯하여 계속적으로 재산상의 이득을 목적으로 하는 업무에 종사하는 일



을 할 수 없다.<sup>146)</sup> 이러한 업무 외에도 국가인권위원회의 독립성을 저해하거나 인권위원으로서의 품위를 손상시킬 수 있는 직 또는 업무에 종사할 수 없다. 어떠한 업무나 직이 여기에 해당하는지 의문이 드는 경우에 위원장은 이를 전원위원회에 회부하여야 하고, 그 해당여부에 관하여는 전원위원회의 의결로 정한다(『겸직금지규칙』 제2조 제5항). 상임위원은 정무직공무원이므로 『국가공무원법』의 적용을 함께 받는다. 따라서 상임위원은 공무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며 소속기관의 장의 허가없이 다른 직무를 겸할 수 없다(『국가공무원법』 제64조 제1항).

#### 나. 비상임위원이 종사할 수 없는 직 또는 업무(겸직금지규칙 제2조 제2항)

비상임위원은 그 신분이 공무원이 아니기 때문에 상임위원에 비해서 제약을 덜 받아 영리적인 업무에 종사하는 것이 허용된다. 그러나 비상임위원은 다른 국가기관, 지방자치단체 또는 정부투자기관에서 운영하는 위원회 중 국가인권위원회의 업무와 특별한 이해관계가 있다고 판단되는 각종 위원회의 위원을 겸직할 수 없다. 국가인권위원회의 업무와 특별한 이해관계가 있다는 의문이 드는 때에는 위원장은 이를 전원위원회에 회부하여야 하고, 그 해당여부에 관하여는 전원위원회의 의결로 정한다(『겸직금지규칙』 제2조 제5항). 상임위원과 마찬가지로 국가인권위원회의 독립성을 저해하거나 인권위원으로서의 품위를 손상시킬 수 있는 직 또는 업무에 종사할 수 없다.

#### 다. 신고 의무

상임위원과 비상임위원 모두 인권위원으로 임명된 날로부터 30일 이내에 자신이 종사하고 있는 직 또는 업무에 관한 사항을 국가인권위원회에 신고하여야 한다(『겸직금지규칙』 제2조 제3항). 또한 인권위원으로 임명된 후에 새로운 직 또는 업무에 종사하고자 하는 때에는 미리 국가인권위원회에 신고하여야 한다(『겸직금지규칙』 제2조 제4항).

146) 이는 영리업무의 금지를 규정한 『국가공무원복무규정』 제25조의 내용과 합치된다. 이 규정 제26조에 의하면 공무원은 담당직무수행에 지장이 없는 경우에 한하여 소속기관의 장의 사전 허가를 받아 제25조의 영리업무에 해당되지 아니하는 다른 직무를 겸직할 수 있다.



## 2. 위원의 정치활동 금지

정치적 자유권은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.<sup>147)</sup>

### 가. 상임위원의 경우

인권위원회는 정당에 가입하거나 정치운동에 관여할 수 없다. 상임위원은 정부 직공무원이기 때문에 「국가공무원법」의 적용을 받아 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없고(「국가공무원법」 제65조 제1항), 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 선거운동을 할 수 없다.<sup>148)</sup> 「국가공무원법」에서 규정하고 있는 정치운동은 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유운동을 하는 것, 서명운동을 기도·주재하거나 권유하는 것, 문서 또는 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것, 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것, 타인으로 하여금 정당 기타 정치단체에 가입하게 하거나 또는 가입하지 아니 하도록 권유운동을 하는 것이다(같은 법 제65조 제2항).<sup>149)</sup> 또한 공무원은 다른 공무원에게 이에 위배되는 행위를 하

147) 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 정치적 표현의 자유도 절대적인 것은 아니기 때문에 「헌법」 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 선거운동 기간 중의 정치적 표현의 자유는 그 자체가 선거운동의 의미를 가지기 때문에 선거의 공정성을 확보하기 위하여 상당한 제약을 가하는 것은 불가피하다(헌법재판소 2004.03.25. 2001헌마710결정).

148) 「헌법」 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 즉, 공무원은 국민전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 입장에 있으며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 봉사하는 입장이 아님을 분명히 밝히고 있는 것이다. 한편, 「헌법」 제7조 제2항은 “공무원의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 명시하고 있다. 이와 같은 공무원의 정치적 중립성의 요청은 정권교체로 인한 행정의 일관성과 계속성이 상실되지 않도록 하고, 공무원의 정치적 신조에 따라서 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하기 위함이다(헌법재판소 1995. 5. 25. 91헌마67 결정).

149) 국가공무원복무규정 제27조 (정치적 행위)

①법 제65조의 규정에 있어서의 정치적 행위는 다음 각호의 1에 해당하는 정치적 목적을 가진 것을 말한다.



도록 요구하거나 또는 정치적 행위의 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 안 된다.

## 나. 비상임위원의 경우

비상임위원은 상임위원과 달리 공무원이 아니므로 「국가공무원법」의 적용을 받지 않는다. 그렇다면 제10조에서 금지하고 있는 정치운동의 실제적인 한계가 상임위원의 그것과 다른 지 문제된다. 별칙조항에서 비상임위원에 대해 공무원의제규정(「위원회법」 제62조)이 있는 것처럼 정치운동 금지에 있어서도 이를 공무원으로 보아 상임위원과 동일한 취급을 하는 것이 타당한가?

이를 위해 다른 위원회의 위원에 대한 한계를 살펴보기로 한다. 「국가공무원법」 제65조 제4항에 따르면 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 각각 정하도록 규정되어 있다. 「법원공무원규칙」(대법원규칙)은 공무원은 공무의 능률을 해롭게 하거나 공무에 대하여 부당한 영향을 주거나 공무원의 품위를 손상할 우려가 있는 모든 정치운동 기타 정치적 행위를 할 수 없다고 규정하여 엄격한 정치운동 금지를 표방한다(제90조). 「선거관리위원회공무원규칙」(제233조) 및 「헌법재판소규칙」(제102조)은 국가공무원복무규정 제27조와 동일한 내용을 담고 있다.

공무원에 대해 정치운동을 금지하는 것은 정치운동으로 인해 공무원의 직무상의 능률을 저해하고, 공무에 대한 부당한 영향을 미치며, 정부에 대한 불명예스러운 영향을 초래할 우려가 있는 행위를 방지하고자 하는데 있다. 특히 국가인권위원회 위원의 경우 다른 기관에 비해 독립성과 공정성이 더욱 요구된다고 보므로 비상임인권위원회에 대해서도 상임위원과 마찬가지로의 정치운동의 한계를

1. 정당의 조직·조직의 확장 기타 그 목적달성을 위한 것
  2. 특정정당이나 정치단체를 지지 또는 반대하는 것
  3. 법률에 의한 공직선거에 있어서 특정의 후보자를 당선하게 하거나 낙선하게 하기 위한 것
- ②제1항에 규정된 정치적 행위의 한계는 제1항의 규정에 의한 정치적 목적을 가지고 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함을 말한다.
1. 시위운동을 기획·조직·지휘하거나 이에 참가 또는 원조하는 것
  2. 정당 기타 정치단체의 기관지인 신문 및 간행물을 발행·편집·배부하거나 이와 같은 행위를 원조하거나 방해하는 것
  3. 특정정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하거나 공직선거에 있어서 특정후보자를 지지 또는 반대하는 의견을 집회 기타 다수인이 모인 장소에서 발표하거나 문서·도서·신문 기타의 간행물에 게재하는 것
  4. 정당 기타 정치단체의 표지로 사용되는 기·완장·복식 등을 제작 또는 배부하거나 이를 착용·착용권유 또는 착용을 방해하는 행위등 기타 명목 여하를 불문하고 금전 또는 물질로 특정정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하는 것





준수할 것이 요구된다.<sup>150)</sup>

## 다. 퇴직 위원의 공직취임 제한

**제11조 (퇴직 인권위원의 공직취임 제한)** 위원은 퇴직후 2년간 교육공무원이 아닌 공무원으로 임명되거나 공직선거및선거부정방지법에 의한 선거에 후보자로 출마할 수 없다. [삭제]

이 조항의 입법취지는 국가인권위원회의 독립성을 보장하기 위한 것이었다.<sup>151)</sup> 그러나 기존에 검찰총장의 공직취임 제한 규정을 두고 있던 검찰청법이 위헌 선언되었던 것과 마찬가지로 이유로,<sup>152)</sup> 인권위원의 공직취임 제한 규정 또한 2004년에 헌법재판소에서 위헌임을 확인하였다.

헌법재판소는 제11조가 국민생활에 기초가 되는 중요한 기본권인 참정권과 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 수단의 적합성이 결여되었고, 위 기본권 제한으로 인한 피해가 최소화되지 못하였으며, 동 피해가 중대한 데

150) 헌법재판소는 정당에 가입할 수 있고, 그 직을 유지한 채 공직선거의 후보자가 될 수 있는 국민건강보험공단의 상근직원의 선거운동을 금지한 「공직선거및선거부정방지법」 제60조 제1항 제9호에 대해 합헌이라고 선고하였다(헌법재판소 2004. 4. 29. 2002헌마467 판결). 국민건강보험공단의 공익적 업무 담당을 강조하여 부당한 영향력 행사 가능성을 배제하고, 공단의 정치적 중립성 유지를 위해 선거운동을 금지하였다는 취지에 비추어 보아, 비상임위원의 정치운동에 대해서도 엄격하게 결정하여야 할 것이다.

151) 이미경의원안 제안이유 참조.

152) 「검찰청법」 제12조 제4항은 검찰총장 퇴임후 2년 이내에는 법무부장관과 내무부장관직 뿐만 아니라 모든 공직에의 임명을 금지하고 있으므로 심지어 국·공립대학교 총·학장, 교수 등 학교의 경영과 학문연구직에의 임명도 받을 수 없게 되어 있다. 그 입법목적에 비추어 보면 그 제한은 필요 최소한의 범위를 크게 벗어나 직업선택의 자유와 공무담임권을 침해하는 것으로서 헌법상 허용될 수 없다. 검찰총장 퇴직후 일정기간 동안 정당의 발기인이나 당원이 될 수 없도록 하는 검찰청법 제12조 제5항, 부칙 제2항은 과거의 특정신분만을 이유로 한 개별적 기본권제한으로서 그 차별의 합리성을 인정하기 어렵고, 검찰권 행사의 정치적 중립이라는 입법 목적을 얼마나 달성할 수 있을지 그 효과에 있어서도 의심스러우므로, 결국 검찰총장에서 퇴직한지 2년이 지나지 아니한 자의 정치적 결사의 자유와 참정권(선거권과 피선거권) 등 우월적 지위를 갖는 기본권을 과잉금지원칙에 위반되어 침해하고 있다고 아니 할 수 없다(헌법재판소 1997. 7. 16. 97헌마26 결정(「검찰청법」 제12조 제4항 등 위헌확인)).



반하여 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려는 공익적 효과는 상당히 불확실한 것으로서 과잉금지의 원칙에 위배된다고 판시하였다.<sup>153)</sup> 그러나 상임위원은 정무직공무원이므로 여전히 「공직자윤리법」의 적용을 받게 되어 영리사기업체에의 취업은 제한된다.<sup>154)</sup>

---

153) 헌법재판소 2004. 1. 29. 2002헌마788 결정.

154) 「공직자윤리법」 제17조(퇴직공직자의 유관사기업체 등에의 취업제한)

①대통령령이 정하는 직급 또는 직무분야에 종사하였던 공무원과 공직유관단체의 임·직원은 퇴직일로부터 2년간 퇴직전 3년 이내에 소속하였던 부서의 업무와 밀접한 관련이 있는 일정규모이상의 영리를 목적으로 하는 사기업체(이하 “영리사기업체”라 한다) 또는 영리사기업체의 공동이익과 상호협력 등을 위하여 설립된 법인·단체(이하 “협회”라 한다)에 취업할 수 없다. 다만, 관할공직자윤리위원회의 승인을 얻은 때에는 그러하지 아니하다.

③제2항의 경우 소속부서의 업무범위 등을 정하고 이를 적용함에 있어서는 퇴직공직자의 자유와 권리가 부당하게 침해되지 아니하도록 유의하여야 한다.



## 상임위원회 및 소위원회(제12조)

- 제12조 (상임위원회 및 소위원회)** ①위원회는 그 업무 중 일부를 수행하게 하기 위하여 상임위원회와 침해구제위원회, 차별시정위원회 등의 소위원회(이하 “소위원회”라 한다)를 둘 수 있다.
- ②상임위원회는 위원장과 상임위원으로 구성하고, 소위원회는 3인 내지 5인의 위원으로 구성한다.
- ③상임위원회와 소위원회에는 심의사항을 연구·검토하기 위하여 성·장애 등 분야별 전문위원회를 둘 수 있다.
- ④상임위원회·소위원회 및 전문위원회의 구성·업무 및 운영과 전문위원의 자격·임기 및 위촉 등에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

그 동안 여성부 등 여러 부처에 분산되어 있는 차별시정 기능을 통합하여 국가인권위원회에서 관장하게 되었다. 이러한 차별시정기능의 통합·일원화에 따라 2005년 2월 「남녀차별금지및구제에관한법률」이 폐지되었고, 남녀차별개선위원회 관련업무는 국가인권위원회로 이관되었다. 이러한 변화에 따라 기존의 제1소위원회·제2소위원회·제3소위원회의 명칭을 바꾸어 각각 정책위원회, 침해구제위원회, 차별시정위원회로 개정하였다.

### 1. 전원위원회

#### 가. 전원위원회의 운영

전원위원회는 국가인권위원회 위원장을 포함한 인권위원 전원으로 구성되는 회의체로서(「국가인권위원회운영규칙」 제2조, 이하 ‘운영규칙’), 위원회 전반에 관한 사항 또는 소위원회에서 다루기 어려운 사항들을 다룬다. 전원위원회 회의



는 위원장이 주재하며, 재적 인권위원 과반수의 찬성으로 의결한다(「운영규칙」 제3조). 전원위원회의 정기회의는 매월 2회 전원위원회가 미리 정한 날에 개최한다. 소위원회 또는 3인 이상 위원의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 임시회의를 개최할 수 있다(「운영규칙」 제5조). 전원위원회는 위원장이 소집한다. 위원장이 회의를 소집하고자 하는 때에는 회의 개최 3일 전까지 회의의 일시·장소 및 안건을 각 위원에게 통지하여야 한다. 다만, 긴급을 요하거나 부득이한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니한다. 통지방법은 위원장이 정한다(「운영규칙」 제6조). 사무총장은 위원회 또는 소위원회에 출석하여 사무처의 업무에 관하여 의견을 진술할 수 있다(「운영규칙」 제9조).

## 나. 전원위원회의 심의 및 의결사항

전원위원회는 1) 위원회의 운영에 관한 기본 정책, 2) 위원회의 예산과 결산에 관한 사항, 3) 이 법의 시행에 관한 대통령령안 및 국무총리에게 제출할 의안에 관한 사항, 4) 위원회 규칙의 제정과 개정에 관한 사항, 5) 소위원회·상임위원회 및 특별위원회의 설치 및 운영에 관한 사항, 6) 자문위원의 위촉에 관한 사항(법 제15조), 7) 조정위원의 위촉에 관한 사항(법 제41조제2항), 8) 위원회의 결정으로 전원위원회에서 의결하도록 한 사항, 9) 정책위원회, 침해구제위원회, 차별시정위원회의 구금보호시설에 대한 방문조사·인권침해 또는 차별행위 조사 사건(운영규칙 제12조 제1호, 제13조 제1호, 제14조 제2호)에 관한 구제조치의 권고(법 제44조)와 고발·징계권고 및 그 시행에 관한 사항(법 제45조), 10) 상임위원회 또는 소위원회의 결정으로 전원위원회에 회부하거나 소위원회에서 의결되지 아니한 사항, 11) 법, 시행령 또는 위원회 규칙에서 전원위원회가 심의·의결하도록 정한 사항, 12) 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고에 관한 사항(법 제19조 제6호), 13) 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명(법 제19조 제7호)에 관한 사항, 14) 법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출의 업무에 관한 사항(법 제28조)을 다룬다.

여기서도 각 호의 “위원회”가 11인 위원의 회의체를 말하는 것인지, 아니면 사무처를 포함한 광의의 위원회를 의미하는 것인지 명확하게 구분되어 있지 않다. 그 업무의 범위상 제1호, 제2호, 제4호의 위원회는 광의의 위원회를, 제8호의 위원회는 협의의 회의체를 말한다고 해석된다.



## 2. 상임위원회

상임위원회는 위원장 및 상임위원으로 구성하며 위원장이 주재한다(『운영규칙』 제10조 제1항). 상임위원회는 다음 사항에 관하여 심의·의결한다(『운영규칙』 제10조 제2항). 1) 긴급구제조치의 권고 및 시행에 관한 사항(법 제48조), 2) 전원위원회가 상임위원회에 회부한 사항, 3) 위원회의 운영에 관하여 위원장이 회부한 사항, 4) 인권상황에 대한 실태조사의 업무에 관한 사항(법 제19조 제4호), 5) 인권에 관한 교육 및 홍보의 업무에 관한 사항(법 제19조 제5호), 6) 직권조사에 관한 사항 중 긴급을 요하는 경우의 직권조사 개시 결정(법 제30조 제3항).

상임위원회는 2인 이상의 상임위원의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에 개최한다(『운영규칙』 제10조 제3항). 상임위원회는 위원장을 포함한 3인 이상의 출석과 3인 이상의 찬성으로 의결한다(『운영규칙』 제10조 제4항). 상임위원회 소관 심의·의결사항 중 권고 또는 의견의 표명이 필요한 사안에 대해서는 상임위원회 명의로 이를 행한다(『운영규칙』 제10조 제5항). 상임위원회가 전원위원회에 회부함이 없이 자체 처리한 안전에 대하여는 상임위원회의 명의로 의결·공표한다(『운영규칙』 제16조의2).

## 3. 소위원회

### 가. 구성 및 업무 분장

소위원회로는 정책위원회, 침해구제위원회 및 차별시정위원회를 둔다(『운영규칙』 제11조 제1항). 각각의 소위원회는 3인내지 5인의 위원으로 구성되고(법 제12조 제2항), 위원장이 소위원회의 위원장 및 위원을 지정하고 필요한 경우에는 위원을 변경할 수 있다(『운영규칙』 제11조 제2항). 필요에 따라 한명의 의원이 다수의 소위원회의 위원이 될 수 있으며, 통상 상임위원은 소위원회에도 배속되어 위원장의 역할을 담당한다. 각 소위원회는 소관 심의·의결사항 중 권고 또는 의견의 표명 등이 필요한 사안에 대해서는 해당 소위원회 명의로 이를 행한다(『운영규칙』 제11조 제3항). 각 소위원회의 업무분장은 다음과 같으나, 위원장은 필요한 경우 심의 안전을 각 소위원회에 적정하게 배당할 수 있다(『운영규칙』 제14조의2).

#### 1) 정책위원회의 업무

정책위원회는 1) 인권에 관한 법령 (입법과정중에 있는 법령안을 포함)·제



도·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명에 관한 사항(법 제19조 제1호), 2) 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력사항(법 제19조 제8호), 3) 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력업무에 관한 사항(법 제19조 제9호), 4) 구금·보호시설에 대한 방문조사 및 조사결과 처리에 관한 사항(법 제24조), 5) 전원위원회 또는 위원장이 정책위원회에 회부한 사항, 6) 보상금 지급에 관한 사항을 심의·의결한다(『운영규칙』 제12조).

## 2) 침해구제위원회의 업무

침해구제위원회는 1) 구금·보호시설에 대한 방문조사 및 조사결과 처리에 관한 사항(법 제24조), 2) 인권침해를 이유로 한 진정에 대한 조사 또는 직권조사에 관한 사항(다만, 헌법 제11조에 정한 인권침해는 미포함, 법 제19조 제2호, 제30조 제3항), 3) 제2호의 조사사건에 대한 합의권고 및 조정위원회 회부, 법률구조의 결정 및 그 시행에 관한 사항, 4) 전원위원회 또는 위원장이 침해구제위원회에 회부한 사항, 5) 보상금 지급에 관한 사항을 심의·의결한다(『운영규칙』 제13조).

## 3) 차별시정위원회의 업무

차별시정위원회는 1) 구금·보호시설에 대한 방문조사 및 조사결과 처리에 관한 사항(법 제24조), 2) 헌법 제11조에 정한 인권침해(평등권 침해)를 이유로 한 진정에 대한 조사 및 법 제30조 제3항에 의한 직권조사에 관한 사항(법 제19조 제3호), 3) 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우에 따라 제기된 진정에 대한 조사 및 직권조사에 관한 사항, 4) 평등권침해 관련 조사사건에 대한 합의권고 및 조정위원회에 회부, 법률구조의 결정 및 그 시행에 관한 사항, 5) 전원위원회 또는 위원장이 차별시정위원회에 회부한 사항, 6) 보상금 지급에 관한 사항을 심의·의결한다(『운영규칙』 제14조).

## 나. 소위원회의 의사진행

소위원회는 위원장 또는 소위원회 위원의 요청이 있거나 소위원회 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에 개최한다. 소위원회의 의사는 소위원회 위원장이 주재한다. 소위원회는 구성위원 3인 이상의 출석과 3인 이상의 찬성으로 의결한다. 소위원회는 상정된 심의안건 중 사안의 내용이 중대하거나 파급효과가 광범위할 것으로 예상되는 것이어서 전원위원회의 의결을 거치는 것이 타당하다고



판단되는 경우에는 그 안건을 전원위원회에 회부한다. 소위원회가 소관업무에 관한 사항을 전원위원회에 회부하는 경우 소위원회 위원장은 그 사항을 위원장에게 통보하여야 한다. 소위원회는 법, 시행령, 위원회규칙 및 전원위원회의 의결의 범위 안에서 소위원회의 운영에 관한 사항을 자율적으로 정할 수 있다(『운영규칙』 제15조). 각 소위원회(상임위원회를 포함)가 전원위원회에 회부함이 없이 자체 처리한 안건에 대하여는 각 소위원회의 명의로 의결·공표한다(『운영규칙』 제16조의2).

#### 4. 특별위원회

위원회는 특정한 사안에 관한 한시적인 업무를 처리하기 위하여 3인 이상 5인 이내의 위원으로 구성되는 특별위원회를 둘 수 있다. 특별위원회의 존속기간은 1년 이내로 하되, 위원회의 의결로 연장할 수 있다. 위원장은 특별위원회의 위원장 및 위원을 지정하고 필요한 경우에는 위원을 변경할 수 있다. 특별위원회의 의사에 관하여는 소위원회의 의사진행에 관한 제15조를 준용한다(운영규칙 제16조). 특별위원회는 아니라도 위원회는 과제수행팀(Task Force Team)을 구성하여 이와 유사한 기능을 담당하게 한 예도 있다.<sup>155)</sup>

#### 5. 전문위원회

2005년 6월 법개정으로 인해 전문위원회 규정이 신설되었고, 이에 관한 사항을 규정하기 위해 『국가인권위원회전문위원회규칙』(이하 ‘전문위원회규칙’)이 만들어졌다.

155) 위원회는 주요 인권 현안 중 사회적으로 찬반양론이 첨예하게 대립하고 있는 주제에 대한 합리적인 해결방안을 모색하기 위해 Task Force Team(TFT)을 운영하여 왔다. TFT에서 논의할 과제가 선정되면, 과제별로 팀장(상임위원), 팀원(비상임위원포함), 법조계, 학계 및 관련 분야 시민단체 전문가 3~4인, 실무간사, 행정비서 등 10명 내외로 팀을 구성하게 된다. TFT의 운영방식은 과제별로 6~10개월의 기간을 확보하여 필요시 연구용역, 공청회 또는 청문회, 워크숍 등을 통해 해결방안을 마련하게 된다, 이 과정에서 국내외 판례 및 사례 등이 광범위하게 연구·논의되며 필요시 관련 분야 및 쟁점에 대한 실태조사도 포함된다. 2003년에 『국가보안법』 TFT, 『사회보호법』 TFT, 비정규직노동자 TFT가 구성되어 활동한 후 『사회보호법』 TFT는 해체되었고, 『국가보안법』 TFT와 비정규직노동자 TFT는 2004년까지 활동을 계속하였다(국가인권위원회, 연간보고서(2002), 213쪽; 국가인권위원회, 연간보고서(2003), 221~228쪽).



## 가. 전문위원회의 구성

### 1) 일반 전문위원회

상임위원회에는 인권교육전문위원회를, 정책위원회에는 국제인권전문위원회를, 침해구제위원회에는 검·경수사전문위원회, 교정전문위원회, 다수인보호시설 관련전문위원회, 군관련전문위원회를, 차별시정위원회에는 차별전문위원회, 성차별전문위원회, 장애차별전문위원회를 둔다(「전문위원회규칙」 제2조 제1항). 국가인권위원회위원장은 전문위원회별로 5인 내외의 전문위원을 위촉하고,<sup>156)</sup> 전문위원의 임기는 2년으로 한다(「전문위원회규칙」 제2조 제2항, 제3항). 전문위원회 위원장은 위원장이 인권위원 중에서 지명한다(「전문위원회규칙」 제2조 제4항).

### 2) 특별전문위원회

위원장이 특히 필요하다고 인정하는 경우 특별전문위원회를 둘 수 있다. 위원장은 5인 내외로 특별전문위원회의 전문위원을 위촉하고, 그 위원 임기는 소속 특별전문위원회의 존속기간으로 한다. 특별전문위원회위원장은 위원장이 인권위원 중에서 지명한다(「전문위원회규칙」 제3조).

## 나. 전문위원회의 운영

전원위원회·상임위원회 및 소위원회는 전문위원회의 연구·검토가 필요하다고 인정하는 경우 전문위원회에 해당 안건의 검토를 요청할 수 있다(「전문위원회규칙」 제4조 제1항). 전문위원회의 검토를 요청한 위원회는 해당 전문위원회의 전문위원으로 하여금 위원회 회의에 출석하여 검토결과를 보고하도록 요청할 수 있다(「전문위원회규칙」 제6조). 전문위원회위원장은 회의를 소집하고 그 의장이 되며, 전문위원회 회의의 사무를 처리하게 하기 위하여 전문위원회별로 간사를 둔다(「전문위원회규칙」 제5조). 전문위원에게는 예산의 범위 안에서 수당을 지급할 수 있다(「전문위원회규칙」 제7조).

156) 전문위원회 자격요건은 다음과 같다(「전문위원회규칙」 제2조 제2항).

1. 성차별, 장애차별 등 차별분야, 수사분야, 교정분야, 사회복지분야, 국제인권분야, 기타 인권분야와 관련된 업무에 5년 이상 종사하거나, 관련단체에서 5년 이상 활동한 자
2. 각 전문위원회 관련 분야에 대하여 전문적인 지식이나 경험이 있다고 인정되는 자





## 6. 위원회의 사무처리

전원위원회·소위원회·상임위원회 및 특별위원회의 사무를 처리하기 위하여 간사 및 서기를 둔다. 간사 및 서기는 위원회 사무처 직원 중에서 사무총장이 지명한다. 간사는 전원위원회 및 소위원회의 의사를 보좌하고 의사일정표를 작성하여 위원장 또는 소위원회 위원장의 결재를 받아 이를 위원장, 인권위원, 사무총장 및 사무처 각 해당 부서에 배포한다. 전원위원회 및 소위원회의 심의·의결사항에 관하여도 또한 같다(『운영규칙』 제7조).

서기는 전원위원회 및 소위원회·상임위원회 및 특별위원회 회의록을 작성하여 관리하여야 한다. 회의록에는 회의명, 회의 소집자, 일시 및 장소, 출석한 인권위원 및 회의에 참석 또는 배석한 사람의 명단과 직책, 회의진행순서, 상정안건, 토론내용, 의결사항 및 표결방법과 표결내용, 서면발언과 질문, 답변 기타 필요한 사항 및 위원장 또는 소위원회·특별위원회 위원장 및 서기의 서명, 날인을 기재하여야 한다. 토론내용은 요지를 기재하고 녹음기록은 별도로 보관한다. 회의록은 전원위원회 또는 소위원회·상임위원회 및 특별위원회의 다음 회의에 제출하여야 하며 회의록의 내용에 관하여 이의가 있는 경우에는 위원장 또는 소위원회 위원장이 정정여부를 결정한다(『운영규칙』 제8조).



## 회의 의사 및 의결정족수(제13조)

- 제13조 (회의 의사 및 의결정족수)** ①위원회의 회의는 위원장이 주재하며, 이 법에 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ②상임위원회 및 소위원회의 회의는 구성위원 3인 이상의 출석과 3인 이상의 찬성으로 의결한다.

제13조 제1항에서 말하는 위원회는 협의의 회의체로서의 위원회를 의미한다. 상임위원회와 소위원회를 제외한 나머지 위원회는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 전원위원회의 경우 위원 11명 중 6명 이상의 찬성이 있어야 한다. 출석 과반수가 아니라 재적 과반수이므로 위원의 출장, 질병 등으로 결석이 발생한다 하여도 의결정족수가 완화되지 않는다. 일시 위원 1인의 결원이 발생하여 표결결과가 가부동수가 되는 경우 의결은 성립되지 않으며, 위원장의 캐스팅보트권은 인정되지 않는다.<sup>157)</sup> 다른 위원회의 경우 공정거래위원회도 재적위원 과반수의 찬성을 요하나(『독점규제및공정거래에관한법률』 제42조 제1항), 국민고충처리위원회(『민원사무처리에 관한 법률』 제22조), 국가청렴위원회(『부패방지법』 제16조) 및 행정심판위원회(『행정심판법』 제6조 제5항)는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

소위원회 회의의 경우 기존에 구성위원 전원의 출석과 출석위원 전원의 찬성을 의결정족수로 규정하였으나, 2005년의 법개정을 통해 구성위원 3인 이상의 출석과 3인 이상의 찬성으로 개정되었다. 소위원회가 3인으로 구성되는 경우 전원출석, 전원찬성의 의결정족수는 변함이 없게 된다. 그러나 현행 「위원회법」은

157) 행심 61240-AN10(회신일 1999. 3. 18). 특정한 행정심판사건의 의결에 있어 위원장을 포함하여 6인의 위원이 출석한 경우 의결을 하기 위해서는 인용 등의 의결중의 하나에 과반수인 4인 이상이 참석하여야 하고, 만약 3대3으로 과반수의 찬성을 얻은 견해가 없는 경우에는 의결을 할 수 없으므로 다음 위원회에 다시 상정하여 더 심리한 후에 다시 의결하여야 할 것이다(법제처, 『행정심판 질의응답집』(법제처, 2003), 265쪽).



소위원회를 3인 내지 5인으로 구성한다고 규정하고 있으므로 개별 소위원회의 위원 정수를 고려하지 않고 의결정족수를 일률적으로 3인 이상의 찬성으로 규정한 것이 합리적인지는 의문이다. 국민고충처리위원회(『민원사무처리에관한법률』 제22조)와 공정거래위원회(『독점규제및공정거래에관한법률』 제42조 제2항)의 경우 소위원회의 회의는 구성위원 전원의 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 의결하고 있다.



## 의사의 공개(제14조)

**제14조 (의사의 공개)** 위원회의 의사는 공개한다. 다만, 위원회·상임위원회 또는 소위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 공개하지 아니할 수 있다.

### 1. 의사의 공개

국가인권위원회의 의사는 공개를 원칙으로 하고 비공개를 예외적으로 인정한다. 의사공개 원칙은 방청의 자유를 인정하며, 의사에 대한 보도의 자유, 위원회 회의자료 및 회의록의 공표나 배부의 자유 등의 원칙을 포함한다. 운영규칙 제8조의2 제1항은 전원위원회, 정책위원회(단, 침해, 차별 등에 대한 진정구제사건은 제외한다)의 회의는 공개를 원칙으로 하되, 위원회가 특히 필요하다고 인정하여 의결한 경우에는 회의를 공개하지 아니할 수 있다고 규정한다(운영규칙 제8조의2 제1항). 국회의 경우 공개회의시 회의록 작성에 있어서 비공개회의 및 비밀을 요한다고 의결한 부분은 배부용회의록에는 게재하지 아니하고 별도로 작성하여 회의록 원본과 같이 보존한다. 이는 국가인권위원회의 회의에도 동일하게 적용되어야 할 것이다.<sup>158)</sup>

반면 「위원회법」 제30조 제1항에 의한 진정 및 같은 조 제3항에 의한 직권조사 사건에 대한 전원위원회와 소위원회의 조사·심의는 비공개 원칙으로 하되, 위원회가 필요하다고 인정하여 의결한 경우에는 회의를 공개할 수 있다(운영규칙 제8조의2 제2항). 위원회의사록이나 기타 문서 자료는 「공공기관의정보공개에관한법률」 규정에 따라 정보공개청구를 할 수 있다.

### 2. 비공개해야 할 경우

158) 국회정책조정위원회, 앞의 책, 364쪽.



## 가. 회의의 비공개 사유

위원회는 회의의 내용이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 의결로 회의의 비공개를 결정할 수 있다(운영규칙 제8조의2 제3항). 1) 국가기밀에 해당하거나 공개될 경우 국가의 안전보장이나 국가기관의 업무수행에 중대한 지장을 초래할 위험이 있는 사항,<sup>159)</sup> 2) 공개될 경우 개인의 명예 또는 사생활이나 법인 또는 단체의 신용 또는 업무수행에 중대한 지장을 초래할 위험이 있는 사항, 3) 법령에 의하여 비밀로 분류되거나 공개가 제한된 사항, 4) 의사결정과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 위원회의 공정한 의사결정 또는 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 사항이다(운영규칙 제8조의2 제3항). 과거에는 단순한 행정적 회의에 관한 사항도 비공개 대상이었으나 삭제되었다.<sup>160)</sup> 실제로 구체적 인권침해·차별사건의 논의시 당사자의 프라이버시 침해를 막기 위해 실명 기타 개인정보를 비공개로 하고 있고, 북한인권사항과 같은 정치적으로 민감한 의미를 지닌 사항도 비공개로 논의하고 있다.

## 나. 정보비공개처분의 취소소송

위원회를 상대로 하여 위원회의 정보비공개처분의 취소를 구하는 소(訴)가 여러 건 있었다. 법원은 일련의 사건에서 「공공기관의정보공개에관한법률」 제9조(개정전 제7호)<sup>161)</sup> 각호의 비공개정보에 대해 구체적인 판시를 하였다. ‘의사결정

159) 국회 본회의를 비공개로 진행한 예를 살펴보면 국방정책전반에 관한 질문, 무장공비사건, 한·미교섭, 남북회담 등 주로 국가안보와 관련된 사안들이었다(국회정책조정위원회, 앞의 책, 238~240쪽).

160) 한편 법원은 “국가인권위원회운영규칙에 따라 행정적 회의사항을 비공개하기로 결정한 운영규칙은 위원회법 제18조의 위임에 따라 위원회의 운영에 관하여 필요한 사항을 정한 내부규정에 불과하고 대외적인 구속력은 없다”고 보았다(서울고등법원 2004.10.21. 선고, 2003누20021 판결(확정)).

161) 「공공기관의정보공개에관한법률」 제9조 (비공개대상정보)

- ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.
1. 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보
  2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보
  3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
  4. 진행중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의



과정에 제공된 회의자료나 의사결정과정의 기록된 회의록 등'이 문제가 된 사안에서 법원은 이를 「공공기관의정보공개에관한법률」 제7조 제1항 제5호에 해당한다고 보아 의사가 결정되거나 의사가 집행된 경우에는 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고 할 수 없으나, 의사결정과정에 준하는 사항으로서 비공개 대상정보에 포함될 수 있다고 판시하였다.<sup>162)</sup> 그러나 「국가인권위원회법」 제19조에서 열거하고 있는 인권업무와는 직접적인 관련이 없는 국가인권위원회의 조직, 운영, 예산 등 행정적 사항에 관한 회의록으로 외부에 공개되었다고 하여 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장 받을 우려가 있다고는 보이지 않으므로 이에 관한 문서는 공개하여야 한다고 판시하였다.<sup>163)</sup> 같은 호에서 규정하고

집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
  6. 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.
    - 가. 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보
    - 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보
    - 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보
    - 라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위
    - 마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로써 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업
  7. 법인·단체 또는 개인(이하 “법인등”이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 정보를 제외한다.
    - 가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해보부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
    - 나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
  8. 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보
- 162) 국가인권위원회위원들간의 업무와 관련된 의사결정을 하는 과정에서 이루어진 문답과 토의, 의견개진을 기록한 회의록은 비공개정보에 해당한다고 보는바, 회의가 종료된 이후에도 누가 어떤 발언을 하였는지가 외부에 공개되면 심리적 부담 때문에 솔직하고 자유로운 의사교환이 이루어질 수 없는 등 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장 받을 우려가 있다고 보인다(서울행정법원 2003.10.23. 선고, 2002구합39521).



있는 ‘공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우’라 함은, 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 의미한다. 여기에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국민의 알권리의 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등의 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단되어야 할 것이다.<sup>164)</sup> 진정사건의 심리도중 관련자료에 대해 정보 비공개처분을 한 위원회의 처분에 대해 법원은 「위원회법」 제49조의 취지에 따라 비공개처분을 인정하였다.<sup>165)</sup> 진정사건 관련 기록 중 조사결과보고서 또한 비공개대상이라고 보았다.<sup>166)</sup> 반면, ‘진정인의 일방적인 주장을 기재하거나, 진정인의 진정 내용을 요약한 것, 진정인의 진정 내용이 사실인지 여부를 확인하는 것’은 형의 집행이나 교정 자체에 관한 사항에 해당한다고 보기 어렵고, 그 내용이 공개되더라도 교도관 등의 직무수행을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르게 된다고 볼 수 없다고 판시하였다. 종결된 진정사건기록에 편철되어 있는 문서 또한 이를 공개하여도 위원회 업무를 공정하게 수행하는데 현저한 지장을 초래한다고 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>167)</sup>

한편, 행정심판위원회는 「행정심판법」 제26조의2 및 「동법시행령」 제23조의2

163) 서울행정법원 2003.10.23. 선고, 2002구합39521.

164) 서울고등법원 2004.10.21. 선고, 2003누20021 판결(확정).

165) 「위원회법」 제49조(진정에 대한 조사는 비공개로 한다)의 취지는 진정사건이 최종적으로 의결되어 처리결과가 공표 또는 권고되기 전까지는 위원회의 진정자료가 조사과정 중에 누설됨으로써 진정인, 피진정인, 피해자, 참고인 등이 받을 불이익을 최소화하고, 국가인권위원회위원이나 담당조사관 등의 업무수행에 지장을 받지 않도록 하고자 하는데 있다(서울행정법원 2004. 4. 1. 선고, 2003구합30880 판결(확정)).

166) ‘사건예비조사결과보고’는 「공공기관의정보공개에관한법률」 제7조 제1항 제5호가 정하고 있는 의사결정과정에 있는 사항 그 자체는 아니지만 의사결정과정에 제공된 자료로서 이를 공개할 경우 원고의 알권리 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등의 이익이 있다고 하더라도, 위 조사국의 조사과정이 공개된다면 직원들을 공개에 대한 부담으로 인한 심리적 압박 때문에 적극적으로 충실하게 조사하거나 자유롭게 그 의견을 개진할 수 없게 될 우려가 있고, 위 ‘사건예비조사결과보고’는 의사결정과정에 제공된 검토의견에 불과하여 위원회가 실제로 한 의사결정이 위 ‘사건예비조사결과보고’상의 조사국 의견과 일치하지 아니할 경우가 발생할 수도 있는데, 이와 같은 자료가 그대로 공개될 경우 불필요한 논란을 불러일으킬 소지가 있을 뿐 아니라 일반 국민의 행정 불신을 초래할 우려마저 있는 등 조사 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 고도의 개연성이 있다(서울고등법원 2005. 2. 3. 선고, 2004누6589 결정(확정)).

167) 서울행정법원 2004. 5. 25. 선고, 2003구합13274 판결.



제1호에서 비공개 대상으로 하고 있는 정보의 내용을 문의한 질의에서 다음과 같이 회신하였다.<sup>168)</sup> 이 규정에서 정한 비공개대상이 되는 정보는 회의록이나 녹음 기록 등 그 형태를 불문하고 위원회 및 소위원회 회의에서 위원이 발언한 내용을 말하며, 이를 비공개하는 취지는 회의에 참석한 위원의 발언내용이 공개될 경우에 발생할 수 있는 외부의 압력 또는 항의 등의 부작용을 막아 위원들이 위원회 회의에서의 공정한 심리를 할 수 있도록 하기 위한 것이다.<sup>169)</sup>

### 3. 공개 회의의 방청

#### 가. 공개 회의의 방청

위원회(소위원회 포함)의 회의는 공개됨이 원칙이다. 위원장 또는 소위원회 위원장은 공개되는 회의의 질서유지를 위하여 필요하다고 인정하거나 방청석의 사정을 고려하여 방청객의 수와 방청의 방법을 제한할 수 있다(운영규칙 제8조의2 제4항). 운영규칙 제8조의2 제1항에 의하여 공개되는 위원회의 회의를 방청하고자 하는 자는 위원회가 정하는 바에 따라 방청하여야 하며, 위원회가 회의를 공개하지 아니하기로 의결한 때에는 신속히 퇴장하여야 한다(운영규칙 제8조의2 제5항). 위원장 또는 소위원회 위원장은 회의장 및 방청석의 질서유지에 방해가 될 우려가 있는 자에 대해서는 방청을 허용하지 않을 수 있고 회의의 원만한 진행을 방해하는 행위를 하는 방청인에 대하여는 퇴장을 명할 수 있다(운영규칙 제8조의2 제6항).<sup>170)</sup> 위원회는 공개되는 회의에 대한 국민의 방청권을 보장하기 위하여 미리 회의의 의사일정을 공개하여야 한다. 다만, 위원장 또는 소위원회장은 긴급을 요하거나 상당한 필요가 있는 경우 미리 공개하지 아니한 안건에 대하여도

168) 『행정심판법』 제26조의2 (발언 내용 등의 비공개)

위원회에서 위원이 발언한 내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항으로서 대통령령이 정하는 사항은 이를 공개하지 아니한다.

169) 국행심 61240-499 (회신일: 2002. 5. 15.); 법제처, 앞의 책, 269쪽.

170) 국가인권위원회 회의장에서 방청인의 퇴장을 명한 예는 아직까지 없으나, 국회에서 방청인의 퇴장을 명한 예가 있다. 제15대 국회 1999년도 국민연금관리공단 국정감사시 보건복지위원장은 식품의약품안전청에 대한 보건복지위원회 국정감사 내용에 대해 시민단체(국정감사모니터링시민연대)가 일간신문에 발표한 국정감사 내용 평가가 객관성과 공정성을 상실하고 위원들의 순위를 매기는 등 자의적으로 행해져 위원들의 국정감사업무를 위축시켜 감사일정에 차질을 줄 우려가 있다고 하여, 여·야 간사합의와 전체 위원들의 의견을 물어 감사장 내에서 시민단체의 퇴장을 명하였다(국회정책조정위원회, 앞의 책, 201쪽).





이를 상정하여 의결할 수 있다(운영규칙 제8조의2 제7항).

## 나. 방청의 신청 및 허가, 준수사항

회의에 방청을 하고자 하는 자는 그 회의를 주관하는 부서의 장에게 회의개최 1시간 전까지 해당 서식 또는 공문으로 방청을 신청하여야 한다. 회의 주관부서의 장은 이러한 신청이 있는 경우 전원위원회 및 상임위원회는 사무총장의 지휘를, 기타 소위원회 회의는 각 소위원장의 지휘를 받아 방청 허용여부를 결정하되, 방청석의 수용능력 및 회의진행상황 등 제반사정을 고려하여 결정한다.<sup>171)</sup> 회의 주관부서의 장은 방청 허용여부를 결정한 때에는 적절한 방법으로 그 결과를 방청 신청자에게 통지하여야 한다(국가인권위원회방청규정 제2조, 이하 ‘방청규정’이라 한다). 각 회의장에 입장하고자 하는 방청인은 회의 주관부서의 장에게 주민등록증, 운전면허증 등 자신의 신분을 확인할 수 있는 증표를 제출 하여야 한다. 회의 주관부서의 장은 신분이 확인된 방청인에 한하여 증표를 보관한 후 출입증을 교부하고, 방청인이 각 회의장에 입장할 때에는 출입증을 패용하여야 한다(방청규정 제3조). 외국인이라 하여 방청자격이 부인될 이유는 없다.

방청인은 방청석에서 다음 사항을 준수하여야 한다. 1) 사전허가 없이 카메라, 녹음기, 캠코더 또는 부피가 큰 물품을 휴대하지 못한다. 2) 위원의 발언에 대하여 가부 의견을 표시하거나 박수를 치는 등 의사진행에 방해가 될 수 있는 행동을 하여서는 아니된다. 3) 방청인은 회의장의 질서유지 및 원활한 회의진행을 위하여 회의주관부서 소속공무원의 안내에 따라야 한다(방청규정 제4조). 이러한 규정을 위반하거나, 사전허가 없이 촬영·녹음장비 및 부피가 큰 물품 등을 휴대한 경우, 술을 마신 것이 명백하거나 기타 회의진행 및 회의장 질서유지에 방해가 될 우려가 있는 경우에는 회의주관 부서의 장은 제3조에 의하여 회의방청이 허용된 방청인이라 하더라도 그 방청인에 대하여 회의방청을 제한할 수 있다. 방청인은 방청이 제한된 경우와 전원위원회 등이 회의를 공개하지 아니하기로 의결한 의안을 심의할 때에는 회의 주관부서 소속 공무원의 안내에 따라 회의장에서 신속히 퇴장하여야 한다(방청규정 제5조).

171) 1999년도 제15대 국회 임시회 기간 중 농림해양수산위원회에서 「농업인협동조합 법안」을 심의하는 과정에서 관련기관 및 단체관계자 등으로부터 방청신청이 쇄도하여 방청신청자 수가 방청석을 초과함에 따라, 관계기관 및 단체별로 꼭 필요한 인원만 회의장에 입장토록 방청인원을 제한한 사례가 있다(국회정책조정위원회, 앞의 책, 445쪽).



## 자문기구(제15조)

**제15조 (자문기구)** ①위원회는 그 업무수행에 필요한 사항의 자문을 위하여 자문기구를 둘 수 있다.  
 ②자문기구의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

### 1. 기능 및 구성

제15조에 따라 국가인권위원회에는 자문위원회를 둘 수 있다. 자문위원회는 정책자문위원회와 실무자문위원회의 2종으로 한다. 자문위원회는 국가인권위원회의 정책 및 운영에 관한 사항, 인권의 보호와 향상을 위하여 필요한 사항, 기타 국가인권위원회 위원장이 필요하다고 인정하는 사항에 대하여 국가인권위원회의 자문에 응한다(『국가인권위원회자문위원회운영규칙』 제3조, 이하 ‘자문위원회 운영규칙’). 자문위원의 임기는 1년으로 하되, 연임할 수 있다. 그러나 이에 불구하고 국가인권위원장은 자문위원회의 운영상 필요하다고 인정할 경우 임기만료전이라도 전원위원회의 심의·의결을 거쳐 자문위원을 해촉할 수 있다(『자문위원회운영규칙』 제4조제2항).

자문위원회는 100인 이내의 위원으로 구성한다. 국가인권위원장은 국가인권위원회 전원위원회의 심의·의결을 거쳐 인권의 보호와 향상에 기여하거나, 인권정책에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람으로서 정책자문위원은 해당 분야의 원로급에 속한 자 중에서 40인 내외를, 실무자문위원은 해당 분야의 실무적인 지식과 경험을 갖춘 자 중에서 60인 내외를 각각 자문위원으로 위촉한다(『자문위원회운영규칙』 제4조제1항). 현재 20인 내외의 정책자문위원회만이 구성되어 있다.

실무자문위원회는 영역별로 분과위원회를 설치하여 운영할 수 있으며, 분과위원회별 위원의 배치는 국가인권위원장이 정한다. 분과위원회는 위원장 1인을 포함하여 10인 내외로 구성한다. 아직까지 실무자문위원회는 구성되어 있지 않다.



자문위원회위원장 또는 분과위원회위원장은 자문위원 중에서 호선한다. 자문위원회 위원장은 자문위원회를 대표하고 자문위원회의 의사를 주재한다. 자문위원회 위원장이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원장이 지정하는 위원이 그 직무를 대행한다(『자문위원회운영규칙』 제6조).

## 2. 회의 진행

자문위원회 회의는 국가인권위원장이 소집한다. 국가인권위원장, 인권위원, 사무총장, 기타 국가인권위원장이 지명하는 사무차직원은 자문위원회에 출석하여 의견을 진술할 수 있다. 정책자문위원회와 실무자문위원회의 간사는 인권정책국 정책총괄과장이 되고, 각 분과위원회의 간사는 소관 부서의 담당과장이 된다. 간사는 자문위원회의 의사를 보좌하고 회의록을 작성하여 유지한다(『자문위원회운영규칙』 제7조). 회의에 출석한 자문위원에 대하여는 예산의 범위 내에서 수당을 지급할 수 있다(『자문위원회운영규칙』 제8조). 자문위원회의 운영세칙 등 국가인권위원회 『자문위원회운영규칙』의 시행에 관하여 필요한 사항은 국가인권위원장이 정한다(『자문위원회운영규칙』 제9조).

법개정을 통해 상임위원회와 소위원회에 전문위원회를 둘 수 있게 되어 실무자문위원회와의 기능이 중복될 가능성이 있다.



## 사무처(제16조)

- 제16조 (사무처)** ①위원회의 사무를 처리하게 하기 위하여 위원회에 사무처를 둔다.
- ②사무처에 사무총장 1인과 필요한 직원을 두되, 사무총장은 위원회의 심의를 거쳐 위원장의 제청으로 대통령이 임명한다.
- ③소속 직원중 5급 이상 공무원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하며, 6급 이하 공무원은 위원장이 임명한다.
- ④사무총장은 위원장의 지휘를 받아 사무처의 사무를 관장하고 소속 직원을 지휘·감독한다.

### 1. 사무처

위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 사무처를 둔다. 사무처에 사무총장 1인을 두며, 사무총장은 1급상당 별정직국가공무원으로 보한다. 사무총장은 위원장의 지휘를 받아 사무처의 사무를 관장하고 소속 직원을 지휘·감독한다(『국가인권위원회와그소속기관직제』 제5조). 사무처에는 인권정책본부·행정기획본부·침해구제본부·차별시정본부·인권교육본부를 두고, 사무총장 밑에 인권상담센터·운영지원팀·홍보협력팀 및 법무감사담당관을 둔다(『국가인권위원회와그소속기관직제』 제6조).

### 2. 사무총장의 하부조직

인권상담센터에는 소장을 두고, 소장은 진정사항의 안내 및 상담, 진정서 등의 접수·분류 및 송부, 진정사건의 기초조사 및 조정사무의 처리, 민원업무의 처리에 관하여 사무총장을 보좌한다(『국가인권위원회와그소속기관직제』 제7조). 인권



상담센터 전문상담원은 「위원회법」 제31조에 규정한 소속직원에는 해당되지 않으므로 독자적으로 면전진정 업무를 수행할 수 없으나,<sup>172)</sup> 사무처 직원의 업무 보조자로서 동행하여 면전진정업무를 수행하는 것은 가능하다.<sup>173)</sup>

운영지원팀은 1) 문서 및 관인의 관리 2) 물품의 구매·조달 및 관리 3) 세입·세출 예산의 운용과 결산 및 회계 4) 위원회의 의사일정 및 안전관리 5) 보안업무 및 비상대비, 직장 예비군, 민방위대의 관리 6) 그 밖에 다른 부서의 주관에 속하지 않는 사항에 관하여 사무총장을 보좌한다(「국가인권위원회와그소속기관직제」 제8조).

홍보협력팀은 국민, 언론 및 인권관련 기관·단체에 대한 인권정책의 홍보 및 협력과 인권정책에 대한 의견 수렴 및 정책홍보 과제 발굴에 관하여 사무총장을 보좌한다(「국가인권위원회와그소속기관직제」 제9조).

법무감사담당관실은 1)위원회 관련 법령안의 입안·심사 및 협의 2)소송 및 행정심판 관련 사무의 총괄 3)위원회 소관 법령 질의·회신 및 그 밖의 법무관련 사항 4)위원회 결정 및 조정사례의 분석 5)위원회 및 그 소속 기관에 대한 자체 감사 6)징계위원회의 운영 및 징계안전에 관한 사항 7)각종 감사대상 행위 및 업무에 대한 사정예방 활동 및 지원 8)그 밖에 위원장 및 사무총장이 감사에 관하여 지시한 사항의 처리에 관하여 사무총장을 보좌한다(「국가인권위원회와그소속기관직제」 제10조).

### 3. 사무처의 조직

사무처에는 인권정책본부, 행정기획본부, 침해구제본부, 차별시정본부, 인권교육본부를 둔다(「국가인권위원회와그소속기관직제」 제6조 제1항). 그 각 부서의 임무는 아래 직제령에 표시된 바와 같다. 다만 위원장이 필요하다고 인정하는 때에는 일시적으로 각 부서사무의 일부를 다른 부서로 하여금 처리하게 할 수 있다(「국가인권위원회와그소속기관직제」 제17조). 예를 들어 1 부서의 업무가 일시 폭

172) 법무담당관실의 회신(법무 11000-104).

173) 전문상담원위촉및운용에관한규정에 의하면 전문상담원은 국가인권위원장이 1) 상담센터에서의 전화상담, 대면상담, 진정접수 및 이와 관련한 업무, 2) 위원회가 접수한 사건(진정인등)에 대한 전화상담 및 대면상담, 3) 인권상담센터 소장이 정한 업무를 수행토록 하기 위하여 위촉한 명예직이다. 전문상담원위촉및운용에관한규정 제8조에 의해 면전진정업무와 유사한 대면상담업무를 수행하고 있으므로 면전진정업무와 관련하여서는 전문상담원은 자신의 이름으로 면전진정접수 등은 할 수 없지만 위원회 소속 직원의 지시를 받아 부수적인 보조업무는 수행할 수 있다(국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 62~64쪽).



주하여 신속한 처리가 어려운 경우 다른 부서로 그 사무를 일시 분장시킬 수 있다.

㉠ 「국가인권위원회 직제령」

**제12조 (인권정책본부)** ①인권정책본부에 본부장 1인을 두고, 본부장 밑에 정책총괄팀·국제인권팀 및 인권연구팀을 둔다.

②본부장은 이사관·부이사관 또는 2급상당·3급상당 별정직 국가공무원으로 보한다.

③팀장은 부이사관·서기관·사무관 또는 3급상당·4급상당·5급상당 별정직국가공무원으로 보한다.

④정책총괄팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 인권정책 중장기전략의 수립·종합
2. 인권정책의 추진에 대한 분석·평가 및 조정
3. 인권 관련 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선에 관한 사항의 총괄
4. 대통령 및 국회에 대한 인권상황 개선대책 보고

⑤국제인권팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 국제인권조약·기준 및 국제인권기구 권고사항의 조사·분석과 국내이행에 관한 사항
2. 국제인권조약 가입 및 이행에 관한 연구와 의견 표명
3. 인권 관련 국제기구, 외국의 인권기구·단체(개인 포함)와의 교류·협력에 관한 사항

⑥인권연구팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 사회권 분야 및 중장기 인권 현안 관련 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 개선
2. 정부출연기관 또는 각종 연구단체 등에 대한 연구요청 및 공동연구
3. 인권 관련 연구기관·전문가 등과의 교류 및 협력

**제13조 (행정기획본부)** ①행정기획본부에 본부장 1인을 두고, 본부장 밑에 혁신인사팀·재정기획팀 및 정보관리팀을 둔다.

②행정기획본부장은 이사관·부이사관 또는 2급상당·3급상당 별정직국가공무원으로 보한다.



③팀장은 부이사관·서기관·사무관 또는 3급상당·4급상당·5급상당 별정직국가공무원으로 보한다.

④혁신인사팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 위원회 혁신 업무의 총괄·조정 및 지원
2. 조직·인사운용 효율화 방안 연구 및 기획
3. 소속직원의 임용·복무·성과관리·교육훈련 그 밖의 인사사무
4. 조직 및 정원의 관리

⑤재정기획팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 주요행정업무계획의 수립·종합 및 조정
2. 예산의 편성 및 집행의 조정
3. 국회관련 업무의 총괄·조정
4. 중장기 재정운용계획의 수립

⑥정보관리팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 위원회 홈페이지·행정정보시스템의 구축 및 관리·운영
2. 정보화관련 제도개선 및 정보통신 보안활동 등

**제14조 (침해구제본부)** ①침해구제본부에 본부장 1인을 두고, 본부장 밑에 침해구제총괄팀·침해구제1팀·침해구제2팀 및 침해구제3팀을 둔다.

②본부장은 이사관·부이사관 또는 2급상당·3급상당 별정직 국가공무원으로 보한다.

③팀장은 부이사관·서기관·사무관 또는 3급상당·4급상당·5급상당 별정직국가공무원으로 보한다.

④침해구제총괄팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 침해구제 관련 기본계획의 수립·총괄·조정
2. 침해구제 관련 조사절차 및 기법의 연구와 개선에 관한 사항
3. 침해구제 조사 및 구제와 관련된 통계의 유지·관리
4. 침해구제본부의 각 팀이 분장하지 않은 인권침해 행위 관련 다음 각 목의 업무
  - 가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력



나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항

⑤침해구제1팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 검찰·경찰·국정원·특별사법경찰·군헌병대·군검찰·국군기무사령부·군 교도소·군 구치소·기타 군대 내부의 인권침해 행위 관련 다음 각 목의 업무

가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력

나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항

⑥침해구제2팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 교정·구금시설(다만, 제7항에 의한 군 관련 구금시설은 제외한다)에서의 인권 침해 행위 관련 다음 각 목의 업무

가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력

나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항

⑦침해구제3팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 다수인 보호시설에서의 인권침해 행위 관련 다음 각 목의 업무

가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력

나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항





**제15조 (차별시정본부)** ①차별시정본부에 본부장 1인을 두고, 본부장 밑에 차별시정총괄팀·성차별팀·장애차별팀·신분차별팀 및 인종차별팀을 둔다.

②본부장은 이사관·부이사관 또는 2급상당·3급상당 별정직 국가공무원으로 보한다.

③팀장은 부이사관·서기관·사무관 또는 3급상당·4급상당·5급상당 별정직국가공무원으로 보한다.

④차별시정총괄팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 차별시정 관련 조사 및 구제에 관한 기본계획의 수립·총괄·조정
2. 차별시정 관련 조사절차 및 기법의 연구와 개선에 관한 사항
3. 차별시정 조사 및 구제와 관련된 통계의 유지·관리

⑤성차별팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 성별, 혼인여부, 임신·출산, 가족상황, 성적지향을 이유로 한 차별 행위 관련 다음 각 목의 업무
  - 가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력
  - 나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항

⑥장애차별팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 장애, 병력을 이유로 한 차별 행위 관련 다음 각 목의 업무
  - 가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력
  - 나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항

⑦신분차별팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 학력, 출신지역, 사회적신분, 전과를 이유로 한 차별 행위 관련 다음 각 목의 업무
  - 가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력
  - 나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항



⑧인종차별팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 출신국가, 민족, 인종, 피부색, 나이 그밖에 차별시정본부의 각 팀이 분장하지 않은 차별행위 관련 다음 각 목의 업무가. 진정사건 등 조사·구제, 그와 관련된 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 권고·의견 표명과 이행실태의 점검, 관련 국내외 협력
- 나. 진정사항의 조사와 관련된 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보 제공자에 대한 보상금 지급, 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항

**제16조 (인권교육본부)** ①인권교육본부에 본부장 1인을 두고, 본부장 밑에 학교교육팀·공공교육팀 및 시민교육팀을 둔다.

②본부장은 이사관·부이사관 또는 2급 상당·3급상당 별정직 국가공무원으로 보한다.

③팀장은 부이사관·서기관·사무관 또는 3급상당·4급상당·5급상당 별정직국가공무원으로 보한다.

④학교교육팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 인권교육기본계획 수립을 위한 계획·협력 및 시행
2. 학교 인권교육 강화를 위한 법령·제도·정책·관행 개선사항 연구 및 위원회 권고·의견 표명, 관련 국내외 협력
3. 학교 인권교육 관련 기관과의 협의 및 교육 자료의 개발·보급

⑤공공교육팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 공공부문 인권교육 강화를 위한 법령·제도·정책·관행 개선 사항 연구 및 위원회 권고·의견 표명, 관련 국내외 협력
2. 공공부문 인권교육 관련 기관과의 협의 및 교육 자료의 개발·보급

⑥시민교육팀장은 다음 사항을 분장한다.

1. 시민 인권교육 강화를 위한 법령·제도·정책·관행 개선사항 연구 및 위원회 권고·의견 표명, 관련 국내외 협력
2. 시민 인권교육 관련 기관과의 협의 및 교육 자료의 개발·보급



#### 4. 임용권자 및 정원

“임명”은 특정인에게 공무원의 신분을 부여하여 공무원관계를 발생시키는 행위이고, “임용”은 국가공무원법 및 공무원임용령에 의하면 신규채용(임명), 승진 임용, 전직, 전보, 강임, 휴직, 복직 및 파면 등을 총칭한다. 5급 이상의 공무원은 위원장의 제청으로 중앙인사위원회와 협의를 거쳐 국무총리를 경유하여 대통령이 임명하며, 6급 이하의 공무원은 위원장이 임명한다(「국가공무원법」 제32조 제1항, 제2항).

위원회에 두는 공무원의 정원은 국가인권위원회공무원정원표에 규정되어 있다. 위원장은 위원회에 두는 4급 또는 5급의 복수직급정원과 5급 이하 공무원의 계급별 정원 중 30퍼센트의 범위 안에서 계약직공무원으로 대체할 수 있다.



## 징계위원회의 설치(제17조)

- 제17조 (징계위원회의 설치)** ①위원회 직원의 징계처분을 의결하기 위하여 위원회에 징계위원회를 둔다.
- ②징계위원회의 구성, 권한, 심의절차, 징계의 종류 및 효력 그 밖의 징계에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

위원회 소속 일반 직원 및 기능직 공무원의 징계에 관하여는 「국가인권위원회 징계규칙」(이하 ‘징계규칙’)이 마련되어 있다. 한편 국가인권위원회 직원은 공무원이므로 징계에 관한 「국가공무원법」 제10장(제78조 내지 제83조의3)도 적용된다. 위원회 소속 공무원의 징계에 있어 「징계규칙」과 「국가공무원법」간의 상호관계가 문제될 수 있다. 「국가공무원법」에는 국가인권위원회 직원의 징계에 대한 별도의 규정은 없고, 기관별 징계위원회의 설치와 그 절차 등 구체적인 사항에 대하여는 대통령령이나 각 기관의 규칙에 위임되어 있다. 따라서 징계에 관한 일반적인 사항은 「국가공무원법」이 적용되나, 구체적인 사항은 「위원회법」에 따라 제정된 「징계규칙」이 적용될 것이다.<sup>174)</sup> 단 위원회 「징계규칙」이 「국가공무원법」상의 규정을 위반할 수는 없다.

174) 「국가공무원법」 제81조에서 징계위원회의 설치, 징계의 절차 등 구체적인 사항에 관하여는 대통령령 또는 각 기관(국회, 대법원, 헌법재판소, 중앙선관위)의 규칙으로 위임하고 있으며, 따라서 대통령령 또는 각 기관의 규칙 간에는 우열이 없다. 「국가공무원법」에는 국가인권위원회에 근무하는 공무원의 징계에 관하여는 특별한 규정이 없으므로 일반법, 특별법의 원리에 의하여 징계에 관한 일반적인 사항은 「국가공무원법」을 적용하되, 위원회법에 직접 규정된 징계위원회의 설치 기타 필요한 사항에 관하여는 국가인권위원회의 규칙의 적용을 받을 것이다. 따라서 대통령령 및 징계규칙 간에 국가공무원법 및 위원회법에서 위임한 사항이 상호충돌할 경우에는 위원회 규칙이 우선 적용되어야 한다(국가인권위원회, 법령해석질의해석집(2005), 356쪽).



## 1. 징계의 종류 및 효력

징계는 파면·해임·정직·감봉·견책으로 구분된다(「징계규칙」 제2조). 정직은 1월 이상 3월 이하의 기간으로 하고 정직처분을 받은 자는 그 기간 중 공무원의 신분은 보유하나 직무에 종사하지 못하며 보수의 3분의 2를 감한다. 감봉은 1월 이상 3월 이하의 기간 보수의 3분의 1을 감한다. 견책은 전과에 대하여 훈계하고 회개하게 한다.

공무원은 징계의결의 요구 또는 징계처분기간 중에 있는 때에는 승진 임용될 수 없다. 공무원으로서 징계처분을 받은 자에 대하여는 징계처분기간은 승진 소요 최저 연수에 산입하지 아니한다. 공무원으로서 징계처분을 받은 자는 징계집행이 종료된 날로부터 정직 18월, 감봉 12월, 견책 6월의 기간이 경과하지 아니하는 경우 승진임용 또는 승급할 수 없다. 징계에 관하여 「국가공무원법」 또는 그 외 다른 법령의 적용을 받는 공무원이 이 규칙에 의한 공무원이 된 경우 종전의 신분에서 강등처분을 받은 때에는 그 처분 종료일로부터 24월, 근신·영창 기타 이와 유사한 징계처분을 받은 때에는 그 처분 종료일로부터 6월의 기간 승진 임용될 수 없다. 이에 의하여 승진임용 제한기간 중에 있는 자가 다시 징계처분을 받은 경우의 승진임용 제한기간은 전처분에 대한 제한기간이 만료된 날부터 기산한다. 공무원이 징계처분을 받은 이후 당해 계급에서 「상훈법」에 의한 훈장 또는 포장을 받은 공적, 정부표창규정에 의하여 국무총리 이상의 표창을 받은 공적, 국가인권위원회 위원장표창을 받는 경우에는 최근에 받은 가장 중한 징계처분에 한하여 제6항 및 제7항에서 규정한 승진임용 제한기간의 2분의 1을 단축할 수 있다.

징계에 관하여 「국가공무원법」 또는 그 외 다른 법률의 적용을 받는 공무원이 이 규칙의 징계에 관한 규정의 적용을 받는 공무원이 된 경우에는 「국가공무원법」 또는 그 외 다른 법률에 의하여 받은 징계처분은 그 처분일로부터 이 규칙에 의한 징계처분을 받은 것으로 본다. 특수경력직공무원이 경력직공무원으로 임용된 경우에는 당해 특수경력직공무원의 징계를 규율하는 법령에 의하여 받은 징계처분은 그 처분일로부터 이 규칙에 의한 징계처분을 받은 것으로 본다(「징계규칙」 제3조).

## 2. 징계위원회의 설치, 구성 및 위원의 제척 등

### 가. 징계위원회의 설치 및 구성



국가인권위원회 소속 공무원의 징계사건을 심의·의결하기 위하여 국가인권위원회에 고등징계위원회와 보통징계위원회를 둔다. 고등징계위원회는 5급 이상 일반직 공무원의 징계사건을 심의·의결한다. 보통징계위원회는 6급 이하 일반직 공무원 및 기능직 공무원의 징계사건을 심의·의결한다. 2인 이상이 관련된 징계 사건으로서 관련자의 관할 징계위원회가 서로 다른 경우에는 고등 징계위원회에서 심의·의결한다. 6급 이하 일반직공무원 및 기능직공무원에 대한 중징계 요구 사건은 고등징계위원회에서 심의·의결한다(「징계규칙」 제4조).

각 징계위원회는 각 위원장 1인과 위원 4인으로 구성한다. 고등징계위원회의 위원장은 국가인권위원회위원장이 지명하는 상임위원이 되고, 위원은 국가인권위원회위원 중에서 국가인권위원회위원장이 지명하는 3인과 사무총장이 된다. 보통징계위원회 위원장은 사무총장이 되고, 위원은 3급 이상의 일반직공무원 또는 3급 상당 이상 별정직공무원 중에서 국가인권위원회 위원장이 임명한다(「징계규칙」 제5조). 징계위원회의 위원장은 징계위원회를 대표하며 회무를 통할한다. 징계위원회의 회의는 징계위원회위원장이 이를 소집하고 그 의장이 된다(「징계규칙」 제13조). 징계위원회위원장이 사고가 있을 때에는 징계위원회위원장이 미리 지정한 위원, 출석한 위원 중 최상위자, 먼저 임명받은 위원의 순으로 이 그 직무를 대행한다(「징계규칙」 제14조). 각 징계위원회에 간사 1인을 둔다. 고등징계위원회의 간사는 국가인권위원회사무처(이하 “사무처”라 한다) 총무과장으로 한다. 단, 필요시 국가인권위원회 과장급 공무원중에서 국가인권위원회위원장이 지명하여 임명할 수 있다. 보통징계위원회의 간사는 사무처 총무과 인사담당 4급 또는 5급 공무원으로 한다. 단, 필요시 국가인권위원회 4급, 5급 이상 또는 이에 상당하는 공무원 중에서 국가인권위원회위원장이 지명하여 임명할 수 있다. 간사는 징계위원회 위원장의 명을 받아 징계에 관한 기록 기타 서류의 작성 및 보관에 관한 사무에 종사한다(「징계규칙」 제6조).

## 나. 위원의 제척 등

징계위원회의 위원 중 징계혐의자의 친족이나 그 징계사유와 관계가 있는 자는 그 징계사건의 심의·의결에 관여하지 못한다. 징계혐의자는 징계위원회위원장 또는 위원 중에 불공정한 의결을 할 우려가 있다고 인정할만한 상당한 사유가 있을 때에는 그 사실을 서면으로 소명하고 기피를 신청할 수 있다. 이러한 사유가 있을 때에는 징계위원회위원장 또는 위원은 회피를 신청할 수 있다. 기피 또는 회피의 신청이 있을 때에는 징계위원회의 의결로 당해위원장 또는 위원의 기피 및 회피여부를 결정하여야 한다. 이 경우에 기피신청을 받은 자 및 회피신청을 한 자는 그 의결에 참여하지 못한다. 징계위원회위원이 제척·기피로 말미암



아 「징계규칙」 제12조 제1항에 규정한 의사정족수에 이르지 못하게 된 때에는 국가인권위원회 위원장은 징계위원회에 참여할 수 없는 위원에 갈음하여 임시위원을 임명하여야 한다(「징계규칙」 제15조).

### 3. 징계의결 절차

#### 가. 징계의결의 요구

국가인권위원회위원장은 소속 공무원이 「국가공무원법」(이하 “법”이라 한다) 제78조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유(이하 “징계사유”라 한다) 및 국가인권위원회공무원윤리강령을 위반하여 징계합이 상당하다고 인정되는 경우에는 관할 징계위원회에 징계의결을 요구하여야 한다. 징계의결요구는 징계사유에 대한 충분한 조사를 한 후 입증에 필요한 관계서류를 첨부하여 해당 서식에 의한 징계의결 요구서를 관할 징계위원회에 제출하여야 한다. 필요한 관계서류는 공무원 인사기록카드 사본, 혐의내용을 입증할 수 있는 공문서 등 관계증거자료, 혐의내용에 대한 조사기록 또는 수사기록, 관련자에 대한 조치사항 및 그에 대한 증거자료, 관계법규·지시문서등의 발췌문, 징계혐의자의 평소의 소행·근무성적·공적 개전의 정 기타 정상을 참작할 수 있는 자료 등이다. 이때 중징계 또는 경징계로 구분하여 요구하여야 한다. 이 경우 중징계란 파면·해임 또는 정직, 경징계란 감봉 또는 견책을 말한다. 단, 「감사원법」 제32조제1항 및 제10항의 규정에 의하여 감사원장이 「법」 제79조에서 정한 징계의 종류를 구체적으로 지정하여 징계요구를 한 경우에는 그러하지 아니하다. 국가인권위원회위원장은 징계의결요구와 동시에 징계의결요구서의 사본을 징계혐의자에게 송달하여야 한다. 다만 징계혐의자가 그 수령을 거부하는 경우에는 국가인권위원회위원장은 관할 징계위원회에 그 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 문서로 통보하여야 한다(「징계규칙」 제7조).

#### 나. 징계의결 기한

징계위원회는 징계의결요구서를 접수한 날로부터 30일 이내에 징계에 관한 의결을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있을 때에는 당해 징계위원회의 의결로 30일에 한하여 그 기간을 연장할 수 있다. 징계의결이 요구된 사건에 대한 징계 절차의 진행이 법 제83조제2항의 규정에 의하여 중지된 때에는 그 중지된 기간은 제1항의 징계의결기한에 산입하지 아니한다(「징계규칙」 제8조).



## 다. 징계혐의자의 출석

징계위원회가 징계혐의자의 출석을 명할 때에는 출석통지서를 송달하되, 징계위원회 개최일 3일전에 징계혐의자에게 송달되도록 하여야 한다. 징계위원회는 출석통지서를 징계혐의자에게 직접 송달하는 것이 주소불명 기타 사유로 곤란하다고 인정될 때에는 출석통지서를 징계혐의자의 소속부서의 장 또는 직근 상급자에게 송부하여 교부할 수 있다. 이 경우 소속부서의 장 또는 직근 상급자는 지체 없이 징계혐의자에게 이를 교부한 후 교부상황을 관할 징계위원회에 회보하여야 한다. 출석통지서를 받은 자가 정당한 사유로 출석할 수 없다는 신고를 한 때에는 다시 기일을 정하여 출석할 수 있도록 하여야 한다.

징계위원회는 징계혐의자가 그 징계위원회에서의 진술을 위한 출석을 원하지 아니할 때에는 진술권 포기서를 제출하게 하여 기록에 첨부하고 서면심사만으로 징계의결을 할 수 있다. 징계혐의자가 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에는 그 사실을 기록에 명시하고 서면심사만으로 징계의결을 할 수 있다. 징계혐의자가 국외체재, 형사사건으로 인한 구속, 여행, 기타 사유로 50일 이내에 출석할 수 없을 때에는 서면에 의한 진술만으로 징계의결을 할 수 있다. 이 경우에 서면에 의하여 진술하지 아니할 때에는 그 진술 없이 징계의결을 할 수 있다. 징계혐의자의 소재가 분명하지 아니한 때에는 출석통지서 관보에 의하여야 한다. 이 경우에는 관보에 게재한 날로부터 10일이 경과하면 징계심의 및 의결을 할 수 있다. 징계혐의자가 출석통지서의 수령을 거부한 경우에는 징계위원회에서의 진술권을 포기한 것으로 본다. 다만, 징계혐의자는 출석통지서의 수령을 거부한 경우에도 당해 징계위원회에 출석하여 진술할 수 있다. 징계혐의자의 소속부서의 장 또는 직근 상급자가 출석통지서를 교부할 경우에 징계혐의자가 출석통지서의 수령을 거부할 때에는 출석통지서 교부상황을 회보할 때에 수령을 거부한 사실을 증명하는 서류를 첨부하여야 한다(「징계규칙」 제9조).

## 라. 징계조사 절차

징계위원회는 심의기일에 출석한 징계혐의자에게 혐의내용에 관하여 필요한 심문을 할 수 있고, 필요하다고 인정할 때에는 관계인의 출석을 요구하여 심문할 수 있다. 징계위원회는 징계혐의자에게 충분한 진술을 할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 징계혐의자는 서면 또는 구술로서 자기에게 이익이 되는 사실을 진술할 수 있고, 증거를 제출할 수 있다. 징계혐의자는 증인의 심문을 신청할 수 있다. 이 경우에 징계위원회는 그 채택여부를 결정하여야 한다. 징계의결요구자는 필요하다고 인정할 때에는 징계위원회에 출석하거나 서면으로 의견을 진술할 수 있





다(「징계규칙」 제10조).

징계위원회는 필요하다고 인정할 때에는 소속직원으로 하여금 사실조사를 하게 하거나 특별한 학식·경험이 있는 자에게 감정 또는 감정을 의뢰할 수 있다. 징계위원회는 소속직원으로 하여금 사실조사를 하게 하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 징계혐의자에게 출석을 명할 수 있다(「징계규칙」 제11조).

#### 4. 징계위원회의 의결 및 집행

징계위원회는 위원장을 포함한 위원 4인 이상의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하되, 의견이 분립하여 출석위원 과반수에 달하지 못하는 때에는 출석위원 과반수에 이르기까지 징계혐의자에게 가장 불리한 의견에 차례로 유리한 의견을 더하여 그 가장 유리한 의견을 합의된 의견으로 본다. 의결은 징계의결서로 행하며, 그 이유란에는 징계사유와 증거의 요지를 명시하여야 한다(징계규칙 제12조). 징계위원회의 회의는 공개하지 아니하고(「징계규칙」 제19조), 징계위원회의 회의에 참여한 자는 직무상 알게된 비밀을 누설하여서는 아니 된다(「징계규칙」 제20조).

징계위원회가 징계사건을 의결함에 있어서는 징계혐의자의 비위의 유형, 비위의 정도 및 과실의 경중, 평소의 성품과 소행·근무성적·공적·개전의 정 기타 정상을 참작하여야 한다. 다만, 징계혐의자의 비위의 정도가 가볍고 과실에 의한 행위로서 성실하고 능동적인 업무처리 과정에서 발생되었거나 행위 당시의 여건 기타 사회통념상 적법하게 처리할 것을 기대하기가 극히 곤란하다고 인정되는 때에는 징계의결을 하지 아니할 수 있다. 견책에 해당하는 비위를 불문으로 의결한 때에는 징계의결서의 의결주문란에 “불문으로 의결한다. 다만, 경고할 것을 권고한다” 라고 기재한다(「징계규칙」 제16조).

징계위원회가 징계의결을 한 때에는 지체 없이 징계의결서의 정본을 첨부하여 국가인권위원회위원장에게 이를 통보하여야 한다(「징계규칙」 제17조). 국가인권위원회위원장은 징계의결서를 받은 날로부터 15일 이내에 이를 집행하여야 한다. 다만, 5급 이상의 파면·해임의 경우에는 국가인권위원회 고등징계위원회 의결을 거쳐 임용권자가 행한다.<sup>175)</sup> 국가인권위원회위원장은 징계의결을 집행함에 있어

175) 「국가공무원법」 제78조 제4항에 의하면 5급 이상은 소속장관이, 6급 이하는 소속기관의 장 또는 소속상급기관의 장이 징계의결을 요구한다. 「국가인권위원회징계규칙」 제7조에 의하면 국가인권위원회위원장이 징계의결을 요구한다. 「국가공무원법」 제82조 제1항에 의하면 징계위원회가 설치된 소속의 장이 행하되, 파면·해임은 징계위원회의 의결을 거쳐 각 임용권자 또는 임용권을 위임한 상급 감독기관의



징계처분 사유설명서에 징계의결서의 사본을 첨부하여 징계대상자에게 교부하여야 한다(『징계규칙』 제18조). 국가인권위원회위원장은 징계위원회에서 징계사건을 심의·의결한 결과 그 공무원이 공무로 보관중인 금품 또는 물품을 망실, 훼손하였다고 인정한 때에는 그 사실을 감사원에 통고하여야 한다(『징계규칙』 제22조).

## 5. 심사 또는 재심사 청구

국가인권위원회 위원장은 법 제82조제2항의 규정에 의하여 심사(고등징계위원회의 의결에 대하여는 재심사)를 청구하고자 할 때에는 징계의결을 통보받은 날로부터 15일 이내에 징계의결 심사(재심사) 청구서에 사건관계 기록을 첨부하여 고등징계위원회에 제출하여야 한다. 심사청구서에는 심사 또는 재심사 청구의 취지, 심사 또는 재심사 청구의 이유 및 입증방법, 징계의결서 사본, 규칙 제16조의 규정에 의한 제 정상을 기재하여야 한다.

징계혐의자는 징계위원회의 의결에 불복하여 고등징계위원회에 심사(재심사) 청구를 할 수 있다. 이 경우 국가인권위원회 측의 절차 규정을 준용한다(『징계규칙』 제24조).

## 6. 인권위원회에 대한 징계

국가인권위원회 징계규칙은 일반 공무원만을 대상으로 하고 있으므로 인권위원회가 징계사유에 해당하는 경우에는 어떻게 처리하여야 하는가? 이에 관하여는 특별한 규정이 마련되어 있지 않으며, 인권위원으로서의 임무와 그 신분보장에 관한 취지에 비추어 볼 때 징계에 관한 절차가 적용되지 않는다고 본다. 중한 사유에 해당할 때는 스스로 위원직 사퇴 등을 통한 일종의 정치적 책임을 져야 할 것으로 본다.

---

장이 이를 행사한다. 따라서 5급 이상인 국가인권위원회 공무원의 파면·해임의 경우에는 국가인권위원회 징계위원회의 의결을 거쳐 대통령이 행하되, 5급 이상의 국가인권위원회 공무원에 대한 나머지 징계(정직, 감봉, 견책)의 경우 및 6급 이하 공무원에 대한 모든 징계는 국가인권위원회 위원장이 행한다(국가인권위원회, 『법령해석질의해석집(2005)』, 358쪽).



## 위원회의 조직과 운영(제18조)

**제18조 (위원회의 조직과 운영)** 이 법에 규정된 사항 외에 위원회의 조직에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 위원회의 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

제18조의 규정에 의하여 국가인권위원회의 조직과 직무범위 그 밖에 필요한 사항을 규정하기 위해 「국가인권위원회와그소속기관직제」를 제정하고, 위원회 운영과 관련하여 「국가인권위원회운영규칙」을 제정하였다. 제18조는 위원회의 운영에 관한 사항에 대해서만 위원회의 규칙제정권을 인정하고 있는바, 이와 관련하여 위원회 규칙의 법적성질과 제정 범위 등이 문제된다.

### 1. 행정규칙의 법적 성질

#### 가. 법규명령과 행정규칙

행정부나 정부기관이 제정하는 법규를 행정입법이라고 하며 행정입법은 그 법적 성질에 따라 법규명령과 행정규칙으로 나뉜다. 법규명령이란 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규의 성질을 가지는 것을 말한다. 이는 국민과 행정권을 구속하고 재판규범이 된다.<sup>176)</sup> 헌법상 인정되는 법규명령으로 대통령의 긴급명령, 긴급재정·경제명령(「헌법」 제76조), 대통령령(「헌법」 제75조), 총리령, 부령(「헌법」 제95조), 중앙선거관리위원회규칙(「헌법」 제114조 제6항)이 있다. 일반적으로 시행령은 대통령령에 해당하고, 시행규칙은 부령에 해당한다. 이에 반해 행정규칙은 행정조직 내부에서 상급 행정기관이 하급 행정기관에 대하여 그 조직이나 업무처리의 절차 기준 등에 관하여 발하는 일반·추상적 규정을 말한다.<sup>177)</sup> 행정규칙의 종류는 조직규칙, 근무규칙, 영조물규칙으로 나뉜다. 이중 행

176) 김동희, 앞의 책, 132쪽.



정규칙의 대부분이 근무규칙에 해당한다. 근무규칙은 훈령(상급기관이 하급기관에 대하여 상당히 장기간에 걸쳐서 그 권한을 일반적으로 지휘 감독하기 위하여 발하는 명령), 지시(상급기관이 직권 또는 하급기관의 문의로 하여 개별적·구체적으로 발하는 명령), 예규(법규문서 이외의 문서로서 반복적 행정사무의 기준을 제시하는 것), 일일명령(당직·출장·시간외근무 등 일일업무에 관한 명령)으로 나뉜다.<sup>178)</sup> 국가인권위원회 또한 「국가인권위원회법」과 그 시행령을 정점으로 필요한 사항에 관한 다양한 규칙, 훈령, 예규(지침)을 두고 있다.

## 나. 헌법기관의 규칙제정권

헌법기관이 제정하는 규칙 중에서 대국민적 구속력을 가지는 규칙은 법규명령에 해당하는 규칙이기 때문에 그러한 규칙을 제정하려면 헌법적 근거가 있어야 한다. 반면 대국민적 구속력이 없는 내부규율이나 사무처리를 위해 제정되는 규칙은 행정명령에 해당하는 규칙으로 헌법적 근거를 요하지 않는다.<sup>179)</sup>

### 1) 국회의 규칙제정권

국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다(「헌법」 제64조 1항). 국회에 규칙제정권을 부여한 것은 권력분립의 결과 국회의 자주성과 독립성을 존중하기 위한 것이다. 국회규칙은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 제정되어야 하므로, 그 형식적 효력은 명령 또는 규칙과 동일하다. 그 중 명령에 해당하는 규칙은 국회의 구성원뿐만 아니라 의사당이나 원내에 입장하는 제3자에게도 적용되지만, 본래의 규칙은 국회의 구성원에게만 적용된다.<sup>180)</sup>

### 2) 중앙선거관리위원회의 규칙제정권

중앙선거관리위원회는 법령의 범위 안에서 선거관리·국민투표관리 또는 정당사무에 관한 규칙을 제정할 수 있으며, 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서

177) 행정규칙을 광의로 보면 행정조직 내부뿐 아니라 특별권력관계 내부 관계도 규율하는 일반·추상적 규정이 포함된다. 그러나 특별권력관계를 규율하는 행정규칙은 그 성질이 일반 행정규칙과 상이하므로 일반적으로 행정조직 내부관계를 규율하는 행정규칙만을 행정규칙의 범위로 한다(김동희, 앞의 책, 146쪽).

178) 김동희, 앞의 책, 146~147쪽.

179) 권영성, 앞의 책, 1132~2쪽.

180) 권영성, 앞의 책, 839쪽.



내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다(「헌법」 제114조 6항). 이중 선거관리 등에 관한 사무관리규칙은 국민의 권리·의무에 영향을 주는 법규의 성질을 갖는 법규명령이다. 그러나 선거관리위원회 내부관계를 규율하는 규칙은 외부적 법규성이 인정되지 않는다.<sup>181)</sup>

### 3) 대법원과 헌법재판소의 규칙제정권

대법원은 법률에서 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(「헌법」 제108조). 대법원의 규칙제정권은 법원의 자주성과 독립성 확보를 위한 것으로, 법원의 사무처리에 관한 사항이라든가 내부규율에 관한 사항은 국민의 권리의무와 직접 관계가 희박할 뿐 아니라 전문적 기술적 사항이므로 재판의 실정에 정통한 최고법원인 대법원이 실정에 적합한 규칙을 제정할 수 있도록 하며 사법부 내에서의 대법원의 통제권과 감독권을 강화하고 그 실효성을 확보하기 위한 것이다.<sup>182)</sup> 헌법재판소 또한 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(「헌법」 제113조 제2항).

법원의 소송에 관한 절차나 헌법재판소의 심판절차에 관한 규칙은 대국민적 구속력이 인정되는 법규명령에 해당하지만 내부규율과 사무처리에 관한 규칙은 행정명령에 해당하여 국민이나 다른 국가기관을 구속하지 않는다.<sup>183)</sup>

### 4) 감사원의 규칙제정권

헌법에 규칙제정권이 규정되어 있는 다른 기관과는 달리 감사원 규칙제정권은 「감사원법」 제52조에 규정되어 있다. 감사원은 감사에 관한 절차, 감사원의 내부규율과 감사사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

감사원규칙의 법적 성격에 대해서는 법규명령으로 보는 견해와 행정명령으로

181) 「공직선거에관한사무처리예규」는 각급선거관리위원회와 그 위원 및 직원이 공직선거에 관한 사무를 표준화·정형화하고, 관련법규의 구체적인 운용기준을 마련하는 등 선거사무의 처리에 관한 통일적 기준과 지침을 제공함으로써 공정하고 원활한 선거관리를 기함을 목적으로 하는 것이므로, 개표관리 및 투표용지의 유·무효를 가리는 업무에 종사하는 각급 선거관리위원회 직원 등에 대한 업무처리지침 내지 사무처리준칙에 불과할 뿐 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙이라고 할 것이어서 이 예규부분은 헌법소원 심판대상이 되지 아니한다(헌법재판소 2000.06.29. 2000헌마325결정(「공직선거및선거부정방지법」 제179조 제3항 제3호 등 위헌확인)).

182) 권영성, 앞의 책, 1046~1047쪽.

183) 권영성, 앞의 책, 1132~2쪽.



보는 견해가 나뉜다. 후자의 견해에 의하면 감사원규칙이 법규명령이기 위해서는 헌법에 그에 관한 근거규정이 있어야 하는데 헌법에 그에 관한 근거규정이 없기 때문에 감사원규칙은 단지 비법규명령인 행정명령 내지 행정규칙에 해당한다고 보는 것이다. 따라서 국민의 권리의무에 관한 사항을 규정할 필요가 있을 때에는 대통령령으로써 해야 하고, 만일에 감사원규칙이 국민의 권리 의무에 관한 법규 사항을 규정한다면 그것은 헌법위반임을 면할 수 없다고 한다.<sup>184)</sup> 반면 전자의 견해에 의하면 법령에 기하여 그 내용을 보완하거나 그 구체적인 사항에 관하여 규정하는 법규범이 정립되어도 그것이 국회입법원칙에 대한 실질적인 침해가 된다고 볼 수 없는 점에서 그 실질적 내용에 비추어 당해 규칙을 법규명령으로 보아도 문제가 없다고 한다.<sup>185)</sup> 이 견해에 의하면 「공정거래위원회규칙」, 「방송위원회규칙」 등도 이들이 대외적 사항에 관하여 규정하고 있으면 그 한도에서 법규로서의 성질이 인정된다고 본다.<sup>186)</sup> 이러한 입장에 따른다면 「국가인권위원회규칙」도 법규명령에 해당할 수 있을 것이다.

## 2. 국가인권위원회의 규칙제정권

「위원회법」 제18조에 규정되어 있는 국가인권위원회의 규칙제정권은 어떻게 해석하여야 할 것인가? 우선 현행 「위원회법」상 위원회 규칙은 법규성이 인정되지 않는 행정규칙에 해당하는 것으로 보는 입장이 있을 수 있다. 왜냐하면 「위원회법」 제18조는 법규명령과 행정규칙의 구분을 염두에 두어 위원회의 조직에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 위원회의 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다고 규정하고 있기 때문에, 법규성이 인정되는 사항은 대통령령으로 규정하여야 하고, 위원회규칙은 운영에 관한 내부사항만을 규정할 수 있다고 보는 것이다. 또한 판결은 “의사의 비공개기준을 규정하고 있는 국가인권위원회운영규칙에 대해 이는 「위원회법」 제18조의 위임에 따라 위원회의 운영에 관하여 필요한 사항을 정한 것일 뿐 제14조 단서의 필요하다고 인정하는 경우를 정한 것이라 할 수 없고, 대외적 구속력도 없다”고 판시한 바 있다.<sup>187)</sup>

한편 입법, 사법, 행정 어느 부에도 소속되지 않고 독립성을 갖고 활동하여야 하는 국가인권위원회의 특성상 법규명령적 성격의 규칙 제정권을 인정하는 방향

184) 권영성, 앞의 책, 991~992쪽.

185) 김동희, 앞의 책, 134쪽.

186) 김동희, 앞의 책, 135쪽.

187) 서울행정법원 2003.10.23. 선고, 2002구합39521 판결.



으로 제18조를 해석하여야 한다는 입장도 있을 수 있다. 이는 감사원의 규칙을 법규명령으로 볼 수 있다는 입장과 상통하며, 국가인권위원회의 특성상 자체 규칙이 국민의 권리 의무에 관한 직접적인 형성에 관계될 가능성도 없다고 본다.

한편 위원회 법무담당관실은 별건의 질의회신에서 ‘제18조의 위원회의 운영에 필요한 사항이라 함은 위원회의 소집, 회의운영방식, 의안의 심리절차 등 실제적인 사항이 아닌 절차적인 사항에 한정된 것이라고 본다’는 입장을 밝힌 바 있다. 이는 현행 법규정을 충실히 해석한 것이나 위원회 운영에 관한 사항이 꼭 법규성을 가지지 않는 내부 사항에 국한되는 것 만이라고 할 수 없다고 본다면, 위원회가 내부규율 사항에 그치지 않는 법규적 성질을 갖는 운영사항에 대하여도 규칙을 제정하는 경우 이 규칙이 내부적 구속력 이상의 외부적 구속력도 지닐 수 있는 지는 논란의 여지가 있다.<sup>188)</sup>

---

188) 최재천의원안 제18조 이 법에 규정된 사항 외에 위원회의 조직과 운영 및 인사에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다고 규정하고 있다. 이는 위원회의 자율성을 좀더 신장하는 방향으로의 개정안으로, 위원회규칙의 법규명령성을 지지하는 입장을 강화시킬 수 있는 개정안이다.



## 위원회의 업무(제19조)

**제19조 (업무)** 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. 인권침해행위에 대한 조사와 구제
3. 차별행위에 대한 조사와 구제
4. 인권상황에 대한 실태조사
5. 인권에 관한 교육 및 홍보
6. 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고
7. 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명
8. 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력
9. 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력
10. 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위해 필요하다고 인정하는 사항

### 1. 위원회의 업무

원칙적으로 위원회는 위원장 1인과 3인의 상임위원을 포함한 11인의 인권위원으로 구성된 회의체 기관을 말한다(법 제5조 제1항) 위원회의 사무를 처리하게 하기 위하여 사무처가 설치되어 있으므로, 넓은 의미에서의 위원회는 사무처를 포함하는 의미가 될 수도 있다(법 제16조 제1항) 그러나 사무처는 위원회의 사무를 처리하는 보조적인 기관에 불과하므로, 원칙적으로 위원회라 함은 좁은 의미의 위원회를 가리킨다고 보아야 한다.

제19조는 국가인권위원회가 담당하고 있는 임무에 관한 조항이다. 파리원칙에





따르자면 국가인권기구의 책임에 관한 조항으로 이해해야 할 것이다. 이런 점에서 제16조의 위원회의 ‘사무’와 다르다. 제19조에 의해 인권위원회의 담당분야가 설정되고, 이 분야의 업무를 수행하기 위해서 구체적으로 필요한 개개의 일을 사무라고 지칭하는 것이다.

이에 대하여 국제적으로는 업무영역관할(Subject-matter jurisdiction)이라는 표현을 쓰고 있다.<sup>189)</sup> 이와 유사한 사항에 대하여 「헌법재판소법」은 제2조에 ‘관장사항’으로, 「감사원법」은 제20조에 ‘임무’로, 「방송위원회법」은 제27조에 ‘위원회의 직무’라고 기술하고 있다. 따라서 입법론적으로 ‘업무’라는 표제보다는 임무 또는 직무가 더 어울리는 표현일 것이다.

## 2. 정책 업무

### 가. 인권에 관한 법령(입법과정중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명(제1호)

‘인권’이라 함은 「헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다(법 제2조 제1호). 인권에 ‘관한’ 법령·제도·정책·관행(이하 법령등)을 폭 넓게 이해하면 현행 법령중 행정조직에 관한 법령을 제외한 대부분의 법령이 포함된다. 여기서는 원칙적으로 ‘인권의 보호와 향상에 긍정적 또는 부정적 영향을 미치는’ 내용을 포함하고 있는 법령을 가리킨다고 볼 수 있다.

‘법령’이란 국회에서 제정한 형식상의 법률뿐 아니라, 규칙, 명령, 조례 등이 모두 포함된다. 파리원칙 역시 같은 입장이다(제3조 제(a)항 제(i)호). ‘제도’란 사회의 성원(成員) 사이에서 여러 가지 생활영역을 중심으로 한 규범(規範)이나 가치 체계에 바탕을 두고 형성되는 복합적인 사회규범의 체계를 말한다. 오늘날 대부분의 제도는 법령을 통해 규범화가 되어 있어 ‘법령’의 경우와 구별하기 쉽지 않다. 예를 들어 형사사법제도, 선거제도, 공무원제도, 호주제도, 가족제도 등이 이에 해당한다. ‘정책’이란 아직 법령으로 구체화 된 것은 아니지만, 특정한 문제에 대하여 정부가 앞으로 나아갈 노선이나 취해야 할 방침을 의미한다. ‘관행’이란 명시적인 법령으로 구체화된 것은 아니지만, 일정시간 동안 동일한 사안에 대하여 동일한 행위가 반복하여 행해짐으로써, 이후 암묵적으로 동일한 행위가 반복

189) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 48쪽.



되는 것을 말한다.

제도·정책·관행(이하 제도등)이라 할 때 국가기관과 지방자치단체의 제도만을 가리키는가? 아니면 사기업체의 제도도 포함되는가? 「위원회법」 제20조 제2항 및 제22조 제1항에 따르면 국가인권위원회는 업무수행을 위해 필요한 경우에는 국가기관 뿐만 아니라 사단체에 대하여도 협의를 요청하거나 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 사단체는 이러한 협의요청·자료제출요구 및 출석요구가 있을 경우에 이에 응하여야 하며(법 제20조 제3항, 법 제22조 제3항), 인권침해행위 중 차별행위에 대한 진정사건의 경우에는 사단체와 사인에 의한 차별행위까지도 조사대상(법 제30조 제1항 제1호)으로 하는 등 그 범주를 광범위하게 인정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 국가기관은 물론 사단체의 내부적 규율에 그치는 제도·계획·관행이라 할지라도 차별과 관련된 것일 경우에는 「위원회법」 제19조 제1호 소정의 제도 등에 포함되는 것으로 해석함이 타당하다.<sup>190)</sup>

개선이 필요한 사항에 대해서는 「위원회법」 제25조에 따라 정책과 관행의 개선 또는 시정권고를 할 수 있지만, 본 조항에 의해서도 법령과 제도의 개선 또는 시정권고를 할 수 있다. 필요하다면 새로운 입법, 현행 법률의 개정도 권고할 수 있다. 또한 「위원회법」 제28조는 법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출을 할 수 있도록 하고 있어, 사법부를 통한 인권의 보장과 향상을 꾀할 수 있게 하고 있다.

또한 국가인권정책기본계획(National Action Plans for the promotion and protection of human rights, 이하 NAP)의 추진과 수립도 본회의 업무에 포함된다.<sup>191)</sup> NAP 추진은 “각 나라의 정치적·문화적·역사적 환경과 실정에 맞는 국가인권정책기본계획을 수립하도록 한다”는 1993년 비엔나 세계인권대회 권고안에서 비롯된 것이기 때문이다. 2001년 5월 유엔의 경제적·사회적·문화적권리위원회는 2006년 6월 30일까지 NAP를 수립하여 보고할 것을 한국 정부에 권고한 바 있다.<sup>192)</sup>

## 나. 인권상황에 대한 실태조사(제4호)

인권상황에 대한 실태조사는 다양한 인권문제에 대해 그 실태를 정확하게 파악함으로써 위원회 사업방향 수립의 기초자료를 축적하고, 위원회가 행하는 각종 법령·정책 관련 권고에 구체적인 근거를 마련하기 위한 업무이다<sup>193)</sup>. 실태조사는 위원회가 직접 수행할 수도 있고, 연구용역의 방식으로 외부기관에 위탁하여

190) 국가인권위원회 사무총장, 「2005. 4~5월 중 법령 질의·회신 내용 보고」, 국가인권위원회 전원위원회(의안번호 제05-36호), 2005.6.13, 10쪽.

191) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 99쪽 참조.

192) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 189쪽.



수행할 수도 있다.

## 다. 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고(제6호)

아직 이 업무는 본격적으로 개발되고 있지 않으며, 이를 위한 직접적인 세부규정도 존재하지 않는다.<sup>194)</sup> 그러나 국가인권위원회의 업무인 이상 본조에 근거하여 지침의 제시 및 권고가 가능하다.<sup>195)</sup>

본 조항에서는 ‘인권침해’라 함은 우선 「위원회법」 제30조 제1항 제1호 소정의 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우를 가리킬 것이다. 문제는 「위원회법」 제30조 제1항 제2호 평등권 침해의 차별행위도 본 조항의 ‘인권침해’에 포함되는지 여부이다. 개정 전 구법에서는 인권침해와 차별행위를 엄밀히 구별하지 아니하고, 차별행위도 평등권 침해라는 인권침해의 한 유형으로 사용하였으므로 차별행위도 본 조항에 포섭된다고 해석하는데 무리가 없었다. 그러나 2005년 법 개정시 다른 조문들에서는 인권침해와 차별행위를 별도로 나열하여 규정하였는데, 본 조항에서만 ‘인권침해’로 남아있다. 그렇다고 하여도 과거와 같이 본 조항의 ‘인권침해’에는 ‘차별행위’가 포함되는 것으로 해석함이 합리적일 것이다. 차후 법개정시 6호의 인권침해는 “인권침해 및 차별행위”로 수정하는 것이 다른 조문의 규정방식과 균형을 이룰 것이다.

193) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 41쪽.

194) 이미경 의원안(제16대 국회 법제사법위원회, 의안번호 518, 2000.12.13.) 에는 이와 관련된 아래와 같은 조항이 있었다.

제28조(일반지침의 작성과 권고) ①위원회는 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정할 경우, 특정한 분야에 관하여 인권침해행위의 유형과 판단기준, 인권의 침해를 예방하거나 인권을 보호하기 위하여 관계기관이 해야 할 조치의 내용, 업무수행의 절차와 방법에 관하여 일반적인 지침을 작성할 수 있다.

②위원회가 제1항의 지침을 작성할 경우, 관계기관 등과 이해관계인의 의견을 들어야 한다.

③위원회는 제1항의 지침을 공표하고, 관계기관 등의 장에게 시행을 권고할 수 있다.

④제3항에 의한 위원회의 권고에 관하여는 제25조 제2항 내지 제5항을 준용한다.

195) 국가인권위원회는 2003년에 「구금시설 내 인권침해 유형 및 지침」과 「수사과정과 보호시설에 관한 침해유형 분석과 예방조치를 위한 일반지침」을 개발할 계획을 세운 바 있다(국가인권위원회, 연간보고서(2003), 80쪽).



## 라. 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명(제7호)

국제인권조약의 가입과 그 실천은 국내 인권상황 향상에 중요한 디딤돌 역할을 한다. 특히 주요 인권조약은 정기적 국가보고서의 제출과 이에 대한 국제적 심사를 예정하고 있다. 국가인권위원회는 이 과정에서 국가보고서가 적절하게 작성되었나를 검토하고, 인권조약에 비추어 본 국내 상황의 개선요구를 표명할 수 있다. 또한 미가입 인권조약이나 기존 조약에 대한 한국의 유보내용에 대한 검토와 권고도 주요한 업무이다. 국가인권위원회는 국가기관과의 협의(법 제20조 제2항)를 통해서 국제인권조약에의 가입 및 조약의 이행을 촉구할 수 있으며, 제25조의 시정권고를 이용할 수 있다. 또한 법은 국제인권규약의 규정에 따라 관계 국가기관이 정부보고서를 작성할 때에는 위원회의 의견을 듣도록 하고 있다(법 제21조). 국가인권위원회는 2002년 국제형사재판소에관한로마규정에 대해서<sup>196)</sup>, 2003년 아동의무력분쟁관여에관한선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict), 아동매매, 아동성매매 및 아동포르노그래피에관한선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography), 여성차별철폐협약에대한선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)에 대하여 가입할 것을 권고하였다.<sup>197)</sup>

### 3. 교육·홍보 업무

「유엔 인권교육 10개년 계획」(1995-2004, Plan of Action for United Nations Decade for Human Rights Education)의 정의에 따르면 ‘인권교육’이란 인권과 기본적 자유에 대한 존중, 인종·국가·민족·종교·언어 집단간의 이해와 관용, 성별 평등과 우호의 증진, 평화 유지를 위한 유엔 활동의 촉진, 보편적 인권문화 건설을 목표로 하는 교육적 노력이다. 따라서 인권교육은 단순히 지식을 전달하는 차원이 아니라 한 사회 구성원의 가치와 태도 및 신념을 형성하는 것이며, 그것을 기반으로 적극적 행동을 이끌어 내는 새로운 차원의 학습기법을 포괄적으로 의미하는 것이다.<sup>198)</sup> 인권교육 실시, 이를 위한 인력기반으로서의 강사단 구축

196) 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 66쪽.

197) 국가인권위원회, 연간보고서(2003), 53쪽 참조.



및 물질 기반이 되는 인권교육 자료개발 등이 이에 포함된다.

홍보란 조직체가 커뮤니케이션 활동을 통하여 스스로의 생각이나 계획·활동·업적 등을 널리 알리는 활동을 말한다. 홍보 전략으로는 자료의 수집, 생산 및 배포, 홍보행사의 조직과 지역 사회의 인권운동 장려, 언론매체와의 협력, 국가인권기구 및 그 활동에 대한 홍보를 예로 들 수 있다.<sup>198)</sup>

이에 따라 「위원회법」은 제5호에 ‘인권에 관한 교육 및 홍보’를 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있고, 이를 위해서 「초·중등교육법」 제23조 규정에 의한 학교 교육과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위한 교육인적자원부장관과의 협의(법 제26조 제2항), 인권교육과 연구의 발전을 위하여 「고등교육법」 제2조의 규정에 의하여 설립된 학교의 장과 협의(법 제26조 제3항), 공무원의 채용시험, 승진시험, 연수 및 교육 훈련과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 설립된 학교의 장과 협의(법 제26조 제3항), 공무원의 채용시험, 승진시험, 연수 및 교육 훈련과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 국가기관 및 지방자치단체의 장과 협의(법 제26조 제4항), 「정부출연연구기관등의설립·운영및육성에관한법률」 및 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 연구기관 또는 연구회의 장과 협의하여 인권에 관한 연구요청 또는 공동연구(법 제26조 제5항), 「평생교육법」에 의한 평생교육단체 또는 평생교육시설의 교육 내용에 인권 관련 사항을 포함하도록 권고(법 제26조 제6항) 할 수 있다.

실제로 NAP 인권교육 분야 권고안 마련, 사이버 인권교육 시스템의 콘텐츠 개발, 교육자료 개발, 인권교육연구학교 운영 및 교사연수, 인권교육 실천사례 및 인권문예작품 공모, 공공기관 종사자 인권교육, 기업차별 예방교육 시행을 위한 연구, 인권문화콘텐츠 개발 및 보급, 월간 “인권” 발간, 인권감수성 제고를 위한 인권홍보 등의 활동을 하고 있다.

#### 4. 조사·구제 업무

인권침해행위는 협의로는 「위원회법」 제30조 제1항 제1호의 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해하는 행위를 말하고, 광의로는 「위원회법」 제2조 제1호의 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관

198) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 152쪽.

199) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 70~77쪽 참조.



습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 침해하는 행위를 말한다. 제4호의 정책수립을 위한 실태조사와는 달리 제2호에서는 인권침해행위에 대한 구제를 목적으로 하는 조사를 말하는 것이기 때문에, 제2호의 인권침해행위는 제6호의 경우와 달리 협의로 해석하여야 한다.

차별행위는 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역(출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다(법 제2조 제4호).

- 가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
- 나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
- 다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
- 라. 성희롱 행위

위원회는 인권 침해당한 사람으로부터 진정을 받아서 조사할 수도 있고, 진정이 없는 경우에도 인권침해가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 직권으로도 조사할 수 있다(법 제30조).

구제조치는 조사대상 인권침해나 차별행위의 중지, 원상회복·손해배상 그 밖의 필요한 구제조치, 동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치 등이 있다.(법 제42조 제4항) 이 구제조치를 당사자에게 제시하고 합의를 권고하는 방법(법 제40조), 조정을 하는 방법(법 제42조), 구제조치를 권고하는 방법(법 제44조) 등이 있다. 또한 진정을 접수한 후 조사대상 인권침해나 차별행위가 계속중에 있다는 상당한 개연성이 있고, 이를 방지할 경우 회복하기 어려운 피해발생의 우려가 있다고 인정할 때에는 그 진정에 대한 결정 이전에 진정인이나 피해자의 신청에 의하여 또는 직권으로 피진정인, 그 소속기관 등의 장에게 긴급구제조치를 권고할 수도 있다(법 제48조).



## 5. 교류·협력 업무

### 가. 대내적인 교류·협력

국가인권위원회는 제8호의 교류·협력을 위하여 2003년부터 ‘민간경상보조사업’과 ‘시민실천프로그램개발 용역사업’을 추진하고 있다.

‘민간경상보조사업’은 인권단체가 추진하는 사업 중 예산부족으로 수행하기 어려운 사업에 대해 단체를 선정, 보조금을 지원하는 사업이다. 보조금예산의 편성·교부신청·교부결정 및 사용등에 관하여는 상위법으로 「보조금의예산및관리에관한법률」 및 동 시행령이 존재하며, 국가인권위원회는 훈령으로 「민간보조금 운영에관한규정」(이하 보조금규정)을 제정하고 있다. 이 훈령 제17조는 「보조금의예산및관리에관한법률」 및 같은 법 시행령을 준용하도록 하고 있다.

지원사업 분야로는 인권신장을 위한 새로운 분야의 개발과 활성화가 필요한 사업, 국제기구 및 단체 등과 연대강화를 위한 사업, 국제조약 관련 및 국민적 파급효과가 큰 사업, 지역 연대사업 등 네트워크 구축효과가 큰 사업 등이다(「보조금규정」 제3조).

보조사업을 수행할 수 있는 보조사업자는 인권옹호와 신장을 위해 활동하는 비영리민간단체로 1년 이상 활동 실적이 있고, 대표자·상근자·사무실 등 사업수행을 위해 기본적인 요건을 구비한 단체, 「비영리민간단체지원법」에 의거 등록한 단체<sup>200)</sup>, 제1호 및 제2호 단체의 소속원이 아닌 개인 중 인권업무에 전문성이 있다고 판단되는 자이다(「보조금규정」 제4조). 보조금은 그 목적 외에 사용할 수 없으며(「보

200) 제2조 (정의) 이 법에 있어서 “비영리민간단체”라 함은 영리가 아닌 공익활동을 수행하는 것을 주된 목적으로 하는 민간단체로서 다음 각호의 요건을 갖춘 단체를 말한다.

1. 사업의 직접 수혜자가 불특정 다수일 것
2. 구성원 상호간에 이익분배를 하지 아니할 것
3. 사실상 특정정당 또는 선출직 후보를 지지·지원할 것을 주된 목적으로 하거나, 특정 종교의 교리전파를 주된 목적으로 설립·운영되지 아니할 것
4. 상시 구성원수가 100인 이상일 것
5. 최근 1년 이상 공익활동실적이 있을 것
6. 법인이 아닌 단체일 경우에는 대표자 또는 관리인이 있을 것

제4조 (등록) ①이 법이 정한 지원을 받고자 하는 비영리민간단체는 그의 주된 공익활동을 주관하는 장관(이하 “주무장관”이라 한다), 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 등록을 신청하여야 하며, 등록신청을 받은 주무장관 또는 시·도지사는 그 등록을 수리하여야 한다.

②주무장관 또는 시·도지사는 비영리민간단체가 제1항의 규정에 의하여 등록된 경우에는 관보 또는 공보에 이를 게재함과 동시에 행정자치부장관에게 통지하여야 한다. 등록을 변경한 경우에도 또한 같다.



조금규정』 제8조), 위원장은 보조금의 사용감독을 할 수 있다(『보조금규정』 제7조). 또한 보조사업자는 사업을 개시·중지 또는 폐지하였을 때, 단체에 있어서 그 명칭·사무소의 위치·정관 또는 규약이나 임원이 변동된 때, 단체가 해산되거나 개인이 사망한 경우 변경사항을 신고하도록 하고 있고(『보조금규정』 제10조), 보조사업을 종료한 경우에는 사업의 실적보고서와 경리상황보고서를 위원장에게 제출하도록 하고 있어(『보조금규정』 제9조) 보고사업에 대한 감리감독을 철저히 하고 있다.

그리고 규정에 위반하는 행위를 한 때, 지시·감독행위에 위반한 때, 사업의 전부 또는 일부를 중지한 때, 목적달성이 불가능한 때, 사기 기타 부정행위에 의하여 보조금을 지급받거나, 허위신고 또는 허위보고를 한 때에는 보조금을 지급정지하거나 보조금의 일부 또는 전부를 반환하게 할 수 있다. 보조금을 반환하게 하는 경우에는 국세체납의 예에 따라 징수하도록 규정하고 있다.<sup>201)</sup>

또한 민간경상보조사업의 선정과 운영의 투명성을 위하여 사업심사위원회를 구성하고 있다(『보조금규정』 제12조). 사업심사위원회는 위원장 1인을 포함하여 9인 이내의 위원으로 구성하되, 위원장은 위원 중에서 호선하도록 하고 있고, 위원은 일정 경력에 해당하는 자<sup>202)</sup> 중에서 위원장이 위촉하는 자와 위원회사무처 소속의 교육협력국장이 한다. 위원장 및 위원의 임기는 2년으로 하고, 1차에 한하여 연임할 수 있다(『보조금규정』 제12조). 사업심사위원회는 보조사업 및 보조사업자의 선정, 지원금액의 결정, 당해 연도 보조사업의 평가 및 기타 보조사업 운영에 관한 사항을 심의·의결한다.

‘시민실천프로그램개발 용역사업’은 일상생활에서 실천할 수 있는 다양한 인권 프로그램을 제작 보급하여, 국민의 인권의식을 향상시키고 인권 문제에 대한 관심을 확산하고자 2003년부터 실시하고 있는 사업이다.<sup>203)</sup>

## 나. 대외적인 교류·협력

제9호는 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력을 규정하고 있다. 제8호가 국내의 인권단체와의 교류·협력을 규정하고 있다면, 제9호는 국제적인 교류와 협력을 국가인권위원회의 업무로 규정하고 있다. 인권과 관련된 국제기구로는 대표적으로 UN을 들 수 있겠다. UN에는 인권위원회를 포함

201) 이에 대한 자세한 내용은 제63조의 해설 중 과태료징수 부분 참조.

202) 비영리법인 또는 비영리민간단체에서 3년 이상 활동한 경력이 있는 자, 대학이나 연구기관 등에서 조교수 이상의 직 또는 이에 상당하는 직에서 관련 분야에 재직할 경력이 있는 자, 비영리 민간단체 또는 인권관련 분야에서 활동한 경력이 있는 변호사 또는 공인회계사, 정부의 위원회나 평가단에서 활동한 경력이 있는 자.

203) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 168쪽.





하여 조약감시기구인 아동권리위원회, 인종차별철폐위원회 및 경제적·사회적 및 문화적 권리위원회 등이 있다. 또한 지역적 국제기구로서 아시아·태평양 국가인권기구포럼(the Asia-Pacific Forum of National Human Rights Institutions, 약칭 APF)이 있다. 민간국제기구로는 홍콩에 소재한 아시아인권위원회(AHRC), 세계사회포럼(WSF) 등이 있다.

외국의 인권기구는 국가간기구와 민간기구를 모두 포함하는 개념이다. 따라서 외국의 국가인권기구와 여러 인권에 관련된 NGO들을 포함한다. 법문에는 인권기구라 하여 일정한 조직체를 가진 경우를 전형적인 경우로 상정하고 있으나, 국제인권보호를 위한 교류와 협력이라는 측면에서 아직 조직체를 이루지 않고 있다고 하여도 인권을 위해 활동하고 있는 활동가라면, 여기에 포함된다고 볼 수 있다. 다만 「위원회법」 제4조의 적용범위와 관련하여, 대한민국 국민이 아니고, 대한민국의 영역 안에 있지 아니한 외국인에 대한 인권침해에 대해서 국가인권위원회의 권한을 직접 행사할 수는 없다. 다만 관계당국에 조치를 촉구하는 연대서한을 발송하는 등의 행위는 이 조항의 업무에 해당한다.<sup>204)</sup>

## 6. 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위해 필요하다고 인정하는 사항

국가인권기구의 지위에 관한 원칙(파리원칙) 제2조에 의하면 국가인권기구는 그 구성과 권한의 범위를 명확하게 규정하고 있는 헌법 또는 법률의 규정에 따라, 가능한 한 광범위한 역할을 부여 받아야 한다는 점과 “인권”의 내용이 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”라는 점을 비추어 볼 때(법제2조 제1호), 「국가인권위원회법」의 목적에 반하지 않는 인권과 관련된 모든 활동이 국가인권위원회의 업무로 볼 수 있을 것이다.<sup>205)</sup>

204) 실제로 2002년에는 16통, 2003년에는 14통의 연대서한을 발송하였다.

205) 최재천 의원안(제17대 국회 법제사법위원회, 의안번호 1149, 2004.12.10.)에 의하면, ①제출된 인권영향평가에 관한 서류(이하 “인권영향평가서”)의 검토 및 개선·시정권고 또는 의견의 표명, ②인권영향평가서의 작성·제출 불이행시 당해 법령의 제정·폐지·개정 또는 제도·정책·사업의 입안(이하 “법령·정책 등의 제정·입안”이라 한다)의 중지 권고, ③국가인권정책기본계획안의 작성 및 평가, ④의문사의 조사와 구제, ⑤세계인권선언기념일의 지정 및 행사에 관한 사항을 업무로 추가하고 있다.

그러나 1, 2번은 기존의 정책업무 즉 제1호에 해당하는 것이고, 인권영향평가서에 관한 규정을 권한에 추가하면 될 문제이고, 5번은 제5호에 해당하는 업무일 것이다.



## 국가기관과의 협의(제20조)

- 제20조 (국가기관과의 협의)** ①관계국가행정기관 또는 지방자치단체의 장은 인권의 보호와 향상에 영향을 미치는 내용을 포함하고 있는 법령을 제정 또는 개정하고자 하는 경우 미리 위원회에 통보하여야 한다.
- ②위원회는 그 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 국가기관·지방자치단체 그 밖의 공·사단체(이하 “관계기관 등”이라 한다)에 협의를 요청할 수 있다.
- ③제2항의 요청을 받은 관계기관 등은 정당한 사유가 없는 한 이에 성실히 응해야 한다.
- ④위원회는 제2항의 규정에 의한 협의를 효율적으로 수행하기 위하여 관계기관등의 장 또는 그가 지명하는 자와 외부전문가로 구성된 협의회를 설치·운영할 수 있다.
- ⑤제4항의 규정에 의한 협의회 구성 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

### 1. 법령 제·개정시 통보

관계 국가행정기관 또는 지방자치단체의 장은 인권의 보호와 향상에 영향을 미치는 내용을 포함하고 있는 법령을 제정 또는 개정하고자 하는 경우 미리 위원회에 통보하여야 한다.(제1항) 이는 국가인권위원회의 업무 중 ‘인권에 관한 법령(입법과정중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명’ 업무를 실질화하기 위한 조항이다. 여기의 법령에는 형식상의 법률, 규칙, 명령, 조례 등이 모두 포함된다고 보아야 한다.

통보의 주체는 “관계 국가행정기관 또는 지방자치단체의 장”이라고 되어 있다.



“관계 국가행정기관”이란 광의로는 입법부, 사법부를 모두 포함하여 가리킬 수도 있지만, 본조항의 문언상 행정부 소속의 행정기관을 의미한다고 해석된다.<sup>206)</sup> 실제로 행정부의 경우에만 법령 제개정시 통보를 하고 있다. 여기서 ‘장’이라 함은 법령제정권한자 또는 그 제안권한을 가진 기관의 장을 의미하는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 국회의원이 제안하는 법률에 대하여는 사전통고가 의무화되지 않아 이 조항의 실효성을 반감시키고 있다.

또한 조례와 관련해서 “지방자치단체의 장”이라고 법률에 규정되어 있으므로, 문언상 지방의회의 장은 이에 포함되지 않는 것으로 해석된다. 따라서 지방의회의원이 제안하여 의결된 조례의 경우, 지방자치단체의 장은 지방의회가 의결한 조례안을 이송받은 때에 이를 통보할 수 있다. 이 경우 교육·학예·과학에 관한 것은 교육감을 지방자치단체의 장으로 보아야 할 것이다.(『지방교육자치에 관한 법률』 제9조)

사전통보 하지 않는 경우에 대한 제재는 규정되어 있지 아니하다. 따라서 사전통보를 하지 않아도 이를 강제할 만한 수단이 없으며,<sup>207)</sup> 사전통보를 하지 않았다고 해서 법령의 효력에 영향이 있는 것도 아니다. 위원회로서는 이미 제정된 법령이 인권침해나 차별행위에 해당하는 경우 『위원회법』 제19조 제1호에 의해 시정권고나 의견표명을 할 수 있을 뿐이다.

## 2. 관계기관등과의 협의

행정법상 협의는 대등한 권한관계에 있는 행정기관 사이에 의사통일을 도모하는 방법이다. 특정사항이 둘 이상의 대등한 행정관청의 권한에 관련될 때에는 관계행정청 사이의 협의에 의하여 처리하게 된다.<sup>208)</sup> 그러나 본조의 규정은 행정기관 사이에서의 협의뿐만 아니라 국가기관·지방자치단체 그 밖의 공·사단체(이

206) 이미경 의원안 제23조에는 “관계 국가기관”으로 되어 있고, 정대철 의원안(제16대 국회 법제사법위원회, 의안번호 630, 2001.2.) 제22조 제1항에는 “국가행정기관”으로 되어 있다. 현행법의 조항은 정대철 의원안을 받아들인 것인데, 정대철 의원안에서 “국가행정기관”으로 가리키고 있는 것은 “지방자치단체”와 대립적인 의미로, “중앙행정기관”을 의미하는 것으로 보인다.

207) 최재천 의원안은 사전통보를 하지 않은 경우에 중지권고를 할 수 있도록 규정하고 있다.

법 제20조 ②위원회는 관계국가행정기관 또는 지방자치단체의 장이 제1항의 규정에 의한 사전통보를 하지 아니한 경우에 당해 국가기관 또는 지방자치단체의 장에 대하여 추진하고 있는 법령·정책 등의 제정·입안을 중지할 것을 권고할 수 있다.

208) 김동희, 『행정법II(제9판)』(박영사, 2003), 30쪽.



하 관계기관 등)와의 협의까지 포함하고 있어 그 범위가 더 넓다. 공·사단체와의 협의는 일종의 행정지도가 될 것이다.

협의의 목적은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 권고의 대상기관을 상대로 권고의 실질적 규범력을 상승시키기 위하여 그 기관과 협의하는 것이고, 다른 하나는 인권에 관련된 정보를 교환하고 자문을 받기 위해 협의하는 것이다(시행령 제20조 제1항 참조). 물론 두 가지의 기능이 명백히 구별되는 것은 아니다. 따라서 협의의 대상이 되는 공·사단체는 권고의 대상이 되는 단체와 인권관련 기관·단체가 될 것이다. 물론 그 범위에는 제한이 없다. 협의를 요청하면, 이에 대해 요청을 받은 관계기관 등은 정당한 사유가 없는 한 이에 성실히 응하여야 한다(법 제20조 제3항).

일반적으로 협의 요청은 대등한 관청 사이에서 하나의 관청이 직무수행상 필요한 특정행위, 필요한 공무원의 파견근무 기타 일반적 협력을 다른 관청에 요구하는 등의 넓은 의미의 행정응원으로 볼 수 있다.<sup>209)</sup> 『행정절차법』은 행정응원에 관한 일반적 조항을 두고 있으며, 이러한 행정응원 요청에 대한 거부사유로서 ① 다른 행정청이 보다 능률적이거나 경제적으로 응원할 수 있는 명백한 이유가 있는 경우, ② 행정응원으로 인하여 고유의 직무수행이 현저히 지장받을 것으로 인정되는 명백한 이유가 있는 경우를 들고 있다.(같은법 제8조) 공·사단체에 대해서도 동일하게 협의에 성실히 응할 의무가 부과된 이상 이 규정이 준용될 수 있다고 생각한다. 따라서 협의의 요청을 받은 관계기관등이 협의를 거부하는 경우에는 위원회에 그 사유를 통지하여야 한다(같은법 제8조 제4항 참조). 그러나 협의를 정당한 사유 없이 거부한 경우에 이를 강제할 만한 명문의 규정도 없으며, 협의를 강제하는 것은 협의의 본질에도 맞지 않는다. 따라서 그런 경우 국가인권위원회는 제22조의 자료제출 및 사실조회 요구 등 다른 수단을 사용할 수밖에 없다.

### 3. 인권정책관계자협의회

개별적인 사안에 따라서 관계기관에 협의를 요청할 수도 있지만, 상시적인 업무에 대한 협의를 효율적으로 추진하기 위하여 위원회에 인권정책관계자협의회(이하 “협의회”라 한다)를 둔다(시행령 제19조 제1항). 국가인권정책기본계획(National Action Plans for the promotion and protection of human rights, 이하 NAP) 권고안의 작성에 대한 정책협의를 이행의 실효성을 담보하기 위해 2004년 개정을 통해 본 조항이 신설되었다.<sup>210)</sup>

209) 김동희, 앞의 책, 30쪽.



나아가 시행령 제20조에서는 이 외에도 “인권위원회가 행하는 권고에 관한 사항, 인권에 관한 정보의 교환 및 공유 그 밖에 인권의 보호 및 향상을 위하여 필요한 사항”을 협의회의 기능으로 규정하고 있어, 협의회를 통해 행정기관의 협조를 얻어 위원회의 업무를 효과적으로 수행할 수 있게 되고, 위원회 업무수행의 실효성 확보를 위해 가장 중요한 수단이 될 수 있을 것이다. 아울러 위원회도 각 행정기관의 사정을 청취함으로써 구체적 타당성이 있는 권고를 할 수 있게 되어, 결과적으로 위원회의 신뢰성을 높이는 역할을 하게 될 것이다.

### 가. 협의회의 구성<sup>211)</sup>

협의회는 의장 1인을 포함한 150인 이내의 위원으로 구성한다(인권정책관계자 협의회운영규칙, 이하 협의회규칙 제2조). 협의회의 의장(이하 “의장”이라 한다)은 위원회 사무총장이 된다(시행령 제19조 제2항). 의장은 협의회를 대표하며, 협의회의 업무를 통할한다. 의장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 국가인권위원회인권정책국장이 그 직무를 대행한다(『협의회규칙』 제4조).

위원은 중앙행정기관의 국장급 이상 공무원으로서 그 중앙행정기관의 장이 지명하는 자, 특별시·광역시 또는 도의 국장급 이상 공무원으로서 특별시장·광역시장 또는 도지사가 지명하는 자, 인권에 관한 학식과 경험이 풍부한 자로서 위원장이 위촉하는 자가 된다(『시행령』 제19조 제2항). 위촉위원은 인권정책 등에 관하여 전문적인 지식을 갖춘 자, 인권의 보호와 향상에 다년간 경험을 가진 자, 인권관련 기관·단체 등에서 추천한 자, 기타 위원장이 적합하다고 인정하는 자 중에서 위촉한다. 위촉위원의 임기는 1년으로 하되, 연임할 수 있다. 다만, 위원의 임기중 결원이 생겨 위촉되는 위원의 임기는 위촉한 날부터 1년으로 한다. 위원장은 제2항의 규정에도 불구하고 위촉위원이 본인이 사직하고자 할 때, 해외출장 등 6개월 이상 직무를 수행할 수 없을 때, 기타 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에 임기만료 전이라도 위원을 해촉할 수 있다(『협의회규칙』 제3조).

협의회의 위원구성을 살펴보면 행정기관에서 지명한 자와 위촉위원으로 나누어 볼 수 있는데, 행정기관에서 지명된 자는 각 행정기관에서 인권담당업무를 총괄하며, 인권정책을 조율해 나가는 역할을 할 수 있으며, 위촉위원들은 자문의 역할을 담당할 수 있을 것이다. 또한 법 제20조 제2항의 협의회가 필요한 공·사단체의 경우에는 행정기관과 달리 단체의 장에 지명권이 없으므로, 해당단체의 장이

210) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 189~190쪽.

211) 협의회는 2005년 8월 18일 현재 국가인권위원회 사무총장을 의장으로 하여, 지명 위원 총 63명, 위촉위원 총 34명으로 구성되어 있다.



추천하면 국가인권위원회 위원장이 위촉하는 형식을 취할 수 밖에 없다. 만약 각 행정기관에서 인권관련업무를 전담하는 공무원이 없는 경우, 해당 행정기관에 인권관련업무 전담공무원을 둘 것을 권고할 수 있을 것이다. 대상기관은 시행령에서 중앙행정기관으로 규정되어 있으므로 국회나 사법부는 협의회 구성대상에서 제외된다.

협의회에는 간사 1인을 두되, 간사는 위원장이 그 소속공무원중에서 임명한다. (『시행령』 제20조 제2항) 협의회 간사는 위원장이 따로 임명하는 경우를 제외하고는 위원회 소속 정책총괄과장이 된다(『협의회규칙』 제6조).

## 나. 협의회의 업무

협의회는 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안의 작성, 국가인권위원회가 행하는 권고에 관한 사항, 인권에 관한 정보의 교환 및 공유 그 밖에 인권의 보호 및 향상을 위하여 필요한 사항에 대하여 협의한다(『시행령』 제20조 제1항). 그 밖에 인권의 보호 및 향상을 위하여 필요한 사항은 위원회가 업무를 수행하기 위하여 협의를 필요하다고 인정하는 사항과 기타 인권의 보호와 향상을 위하여 협의가 필요하다고 인정하는 사항을 말한다(『협의회규칙』 제5조).

## 다. 협의회의 운영

협의회는 의장이 필요하다고 인정하는 때에 소집한다(『시행령』 제21조 제1항). 특별히 필요한 경우가 아니면 상정의안과 관련되는 위원만으로 회의를 소집하고, 의장이 회의를 소집할 때에는 회의일시·장소 및 상정의안을 정하여 회의개최 7일전까지 위원에게 서면·모사전송 또는 전자우편으로 통지하여야 한다(『협의회규칙』 제7조). 간사는 회의 개최 3일전까지 의안을 위원에게 배포하여야 한다(『협의회규칙』 제8조). 다만, 긴급을 요하거나 대외적으로 기밀을 요하는 등의 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

의장은 원활한 업무협의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 관계공무원 또는 전문가 등을 회의에 참석하게 하여 의견을 듣거나 관계기관·단체 등에 대하여 필요한 자료 또는 의견의 제출 등을 요청할 수 있다(『협의회규칙』 제9조). 협의회의 회의에는 관련부서 직원이 배석할 수 있다. 다만, 의장은 회의운영상 필요하다고 인정하는 때에는 배석하는 직원의 수를 제한할 수 있다(『협의회규칙』 제10조). 이 규칙에 규정한 것 외에 협의회의 운영에 관하여 필요한 사항은 의장이 정한다(『협의회규칙』 제11조).



협의회에 출석하는 위원과 협의회에 참석하여 발언하는 관계전문가 등에 대하여는 예산의 범위 안에서 수당과 여비 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다. 다만, 공무원이 그 소관업무와 직접 관련되어 참석하는 경우에는 그러하지 아니하다(『시행령』 제21조 제2항).



## 정부보고서 작성시 위원회 의견청취(제21조)

**제21조 (정부보고서 작성시 위원회 의견청취)** 국제인권규약의 규정에 따라 관계 국가기관이 정부보고서를 작성할 때에는 위원회의 의견을 들어야 한다.

### 1. 의의

국제인권규약의 규정에 따라 관계 국가기관이 정부보고서를 작성할 때에는 위원회의 의견을 들어야 한다. 정부보고서 작성시 위원회의 의견청취를 요구하는 목적은 국제조약 및 협약 등과 관련된 국내법과 현실 제도의 실행을 전반적으로 검토하여 그 개선방안을 모색하고, 법과 제도에 관한 형식적인 기술을 넘어서 실제 협약의무의 이행상황을 점검하는 데 있다.<sup>212)</sup>

### 2. 국제인권규약

「위원회법」에는 국제인권규약이라고 규정하고 있으나 이는 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Right)만을 지칭하는 고유명사로서의 국제인권규약이 아니고, 「위원회법」 제2조 제1호에 규정하고 있는 “대한민국이 가입·비준한 국제인권조약”으로 해석하여야 할 것이다. 실제로도 그렇게 운용되고 있다. 따라서 법문상의 용어를 “국제인권조약” 혹은 “대한민국이 당사국인 국제인권조약”으로 개정하는 편이 바람직하다. 「위원회법」 제19조 제7호에서는 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명이라고 하여, “국제인권

212) 국가인권위원회, 연간보고서(2003), 51쪽.





조약”을 사용하고 있다.<sup>213)</sup>

현재 우리나라가 정부보고서를 작성해야 하는 국제인권조약은 UN 인권규약으로서 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Right), 「고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적 또는 굴욕적 대우나 처벌의 방지에 관한 협약」(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), 「아동의 권리에 관한 협약」(Convention on the Rights of the Child), 「모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제협약」(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)이 있다.<sup>214)</sup> ILO의 규약도 법 제2조 제1호의 인권에 관련된 국제인권조약으로 볼 수 있으므로<sup>215)</sup>, ILO에 대한 연례보고서를 작성할 때에도 국가인권위원회의 의견을 청취해야 한다.

의견 청취의 시기와 방법에는 법령상 제한이 없으나, 법령의 취지상 정부보고서의 초안 작성 후 이에 대한 심사를 받는 것이 타당할 것이다. 그러나 위원회의 의견을 청취하지 않았다고 하더라도, 정부보고서의 대외적 효력에 영향을 주는 것은 아니다.

213) 최재천 의원안은 “국제인권조약”으로 법문을 개정하고 있다.

214) 국가인권위원회, 국가인권기구 안내서, 97쪽.

215) 국가인권위원회, 연간보고서(2003), 312~314쪽.



## 자료제출 및 사실조회(제22조)

- 제22조 (자료제출 및 사실조회)** ①위원회는 그 업무를 수행하는 데 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 필요한 자료 등의 제출을 요구하거나 사실에 관하여 조회할 수 있다.
- ②위원회는 위원회의 업무를 수행하는 데 필요한 사실을 알고 있거나 전문적 지식 또는 경험을 가지고 있다고 인정되는 사람에게 출석을 요구하여 그 진술을 들을 수 있다.
- ③제1항의 규정에 의한 요구 또는 조회를 받은 기관은 지체없이 이에 응하여야 한다.

### 1. 의의

「위원회법」 제36조에서는 진정에 관한 조사의 방법으로 자료제출, 사실조회, 출석요구에 대하여 규정하고 있는 것에 비하여, 본조의 자료제출 및 사실조회는 인권상황에 대한 실태조사를 위한 것으로 ‘행정기관이 적정한 행정작용을 실행하기 위하여 필요로 하는 자료·정보 등을 수집하기 위한’ 행정조사이다. 이와 유사한 유형의 행정조사로는 「고용정책기본법」의 인력수급실태조사<sup>216)</sup>, 「독점규제및 공정거래에관한법률」의 독과점시장구조조사<sup>217)</sup> 등을 들 수 있다. 이 경우의 행정

216) 제10조 (인력의 수급동향등의 작성)<개정 1998.2.20>

①노동부장관은 인력의 수급에 영향을 미치는 경제·산업의 동향 및 그 전망등이 포함된 인력의 수급동향 및 전망을 매년 작성·공표하여야 한다. <개정 1998.2.20>

②노동부장관은 제1항의 규정에 의한 인력의 수급동향 및 전망의 작성을 위하여 필요하다고 인정될 때에는 관계행정기관, 교육·연구기관, 사업주 또는 사업주단체, 노동조합 기타 관계기관에 대하여 필요한 자료의 제공을 요청할 수 있다. <개정 1998.2.20>

③제2항의 규정에 의하여 자료의 제공을 요청받은 자는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

217) 제3조 (독과점적 시장구조의 개선등)



조사는 임의적이며, 「위원회법」 제24조의 방문조사가 직접조사인 것에 비해서 본조의 조사는 간접조사방식이다.<sup>218)</sup>

제1항은 관계기관 등에 자료의 제출을 요구하거나, 사실의 조회를 할 수 있다고 규정하고, 제2항은 전문적 지식을 가진 사인에 대하여도 진술을 요청할 수 있다고 규정하고 있으나, 이에 응할 의무는 “기관”에 대하여만 부과된다(제3항). 자료제출 의무가 부과되는 기관에는 사기관도 포함되는 것인가? 위원회의 조사대상이 되는 사기관도 여기서 말하는 의무기관에 포함된다고 판단되나, 이러한 요구에 불응하는 경우에 대한 제재방안이 없기 때문에 사기관의 포함 여부가 커다란 의의는 지니지 못한다. 참고로 「헌법재판소법」 제32조는 “다른 국가기관 또는 공공단체의 기관”에게, 「남녀차별금지및구제에관한법률」 제23조는 “공공기관 또는 사용자”에게 자료제출 등을 요구할 수 있다고 규정하고 있으며, 「경찰관직무집행법」 제8조는 “경찰관서의 장은 직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 국가기관 또는 공사단체 등에 대하여 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다”고 규정하고 있다.

## 2. 자료제출

- ① 공정거래위원회는 독과점적 시장구조가 장기간 유지되고 있는 상품이나 용역의 공급 또는 수요시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 수립·시행하여야 한다.
  - ② 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의한 시책을 추진하기 위하여 필요한 경우에는 관계행정기관의 장에게 경쟁의 도입 기타 시장구조의 개선등에 관하여 필요한 의견을 제시할 수 있다.
  - ③ 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의한 시책을 수립·추진하기 위하여 시장구조를 조사하여 공표한다. <신설 1999.2.5>
  - ④ 공정거래위원회는 사업자에 대하여 제3항에 의한 시장구조의 조사·공표를 위하여 필요한 자료의 제출을 요청할 수 있다.<신설 1999.2.5>
  - ⑤ 공정거래위원회는 제3항 및 제4항의 사무를 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 기관에 위탁할 수 있다. <신설 1999.2.5>
- 218) “직접조사는 직접적으로 사람의 신체 또는 재산 등의 실력을 가함으로써 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하는 행정조사를 말한다. 답변이 강요된 질문을 한다거나 가정 또는 신체에 대한 수색을 하는 것 등은 직접조사의 예이다. 이에 반하여 간접조사는 사람의 신체 또는 재산에 직접적으로 실력을 행사함이 없이 일정한 사항에 대한 보고 또는 자료를 제출하게 한다거나 검사를 함으로써 행하여지는 행정조사이다. 이 경우에는 행정기관에 의한 보고제출요구 또는 검사에 대한 거부나 방해행위에 대하여 일정액의 벌금을 과하여 간접적으로 관계인을 강제함으로써 행정조사의 목적을 달성하려 한다.” (이상규, “행정조사와 기본권”, 『사법행정』 제4권 제11호(한국사법행정학회, 1963), 34쪽).



자료제출은 필요한 자료를 직접 위원회에 제출하는 것으로서 여기의 자료에는 증거물, 문서, 시청각자료 등을 모두 포함한다. 자료제출 요구의 경우, ‘국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우와 범죄수사나 계속 중인 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우’에는 자료 등의 제출을 거부할 수 있다고 보는 것이 「위원회법」 제36조 제7항과의 균형상 타당하다. 이 경우 위원회는 관계 국가기관의 장에게 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있으며, 요구를 받은 국가기관의 장은 이에 성실히 응하여야 한다(법 제36조 제7항). 또한 그 자료가 개인정보일 경우에는 ‘정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는 제공을 거부할 수 있다(「공공기관의개인정보보호에관한법률」, 이하 「개인정보보호법」 제10조 제2항 단서)’. 그러나 이 경우 자료제공을 거부할 수밖에 없는 구체적인 사정을 국가인권위원회에 통보하여야 할 것이다.<sup>219)</sup> 위원회는 관계 국가기관의 장에게 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있으며, 요구를 받은 국가기관의 장은 이에 성실히 응하여야 할 것이다.

### 3. 사실조회

자료제공이 가지고 있는 자료를 직접 제출하는 것을 의미한다면, 사실조회는 관계기관등에게 필요한 사항의 확인을 요구하는 것이다. 조회를 받은 상대방에게는 보고의 의무가 있고, 조회할 수 있는 사항에는 제한이 없다.<sup>220)</sup> 그러나 이 보고의무의 이행을 강제할 방법이 없다. 「형사소송법」 제199조 제2항은 수사에 관하여 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다고 하고 있다. 사실조회는 일종의 전문으로서 증거로서 가치는 떨어진다. 「형사소송법」의 경우에는 전문증거의 경우 원칙적으로 증거능력을 부정한다(동법 제310조의2). 「남녀차별금지및구제에관한법률」 제24조<sup>221)</sup>는 표제를 ‘조사의 한계

219) 참고로 법원의 송부촉탁에 대해서 「검찰사무보존규칙」(법무부령) 제21조 제3항에서는 법원의 송부촉탁에 응하지 아니하는 때에는 그 이유를 법원에 구체적으로 명시하도록 되어 있다.

220) 이재상, 『형사소송법(제6판)』(박영사, 2004), 213쪽.

221) 제24조 (조사의 한계와 사실조회)

①위원회가 제23조 제1항 제1호·제2호, 동조 제2항의 규정에 의하여 설명을 요구하거나 관계 자료·서류등의 제출을 요구하거나 그 실지조사를 하고자 하는 경우 관계공공기관의 장 또는 사용자로부터 당해 자료 또는 서류등이 공개되면 국가안전보장·국방·통일·외교관계등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다는 내용의 확인서가 위원회에 제출된 때에는 위원회는 그 자료나 서류등의 제출을 요구하



와 사실조회'라고 하면서, 자료나 서류 등의 제출을 요구하거나 자료 또는 서류 등에 대한 실지조사를 할 수 없는 경우로서 필요하다고 인정할 때에는 관계공공기관의 장 또는 사용자에게 조회하여 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 국가인권위원회에 대하여도 같은 취지가 적용된다고 볼 수 있다.

#### 4. 출석요구

위원회는 업무 수행에 필요한 사실을 알고 있거나 전문적 지식 또는 경험을 가진 사람에게 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 다만 요구를 받은 자가 법률상 출석의 의무를 지지는 않는다. 그 이유는 제36조의 진정조사의 경우와 달리 본조의 출석요구는 해당 사항의 전문가의 의견을 청취하기 위한 수단이기 때문이다. 따라서 그 성격은 「위원회법」 제23조 제1항의 청문회의 경우와 동일하다.<sup>222)</sup> 그러나 청문회의 경우 진술인 등에 대하여 예산의 범위 안에서 비용 등을 지급할 수 있는 규정이 마련되어 있는 반면(「국가인권위원회청문회운영규칙」, 이하 청문회규칙 제6조), 본 조의 경우는 이러한 규정이 없다. 그러나 동일한 기준에서 비용 등을 지급할 수 있어야 할 것이다. 「형사소송법」 제168조는 소환받은 증인은 법률의 규정한 바에 의하여 비용, 일당과 숙박료를 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 그 상세는 「형사소송비용등에관한법률」에 규정되어 있다.

거나 그 자료 또는 서류 등에 대한 실지조사를 할 수 없다.

②위원회는 제1항의 규정에 의하여 자료나 서류 등의 제출을 요구하거나 자료 또는 서류 등에 대한 실지조사를 할 수 없는 경우로서 필요하다고 인정할 때에는 관계공공기관의 장 또는 사용자에게 조회하여 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있다.

222) 김치원, 「인권위원회법 이미경 의원안 검토보고서」, 국회의안정보시스템, 2001.2. 10쪽.



## 청문회(제23조)

**제23조 (청문회)** ①위원회는 그 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 관계기관 등의 대표자, 이해관계인 또는 학식과 경험이 있는 자 등에 대하여 출석을 요구하여 사실 또는 의견의 진술을 들을 수 있다.

②제1항에 따라 위원회가 실시하는 청문회의 절차와 방법에 관하여는 위원회 규칙으로 정한다.

## 1. 청문회의 의의

청문(hearing)이라 함은 어떤 사안에 대한 결론을 내리기 위한 과정의 중간절차에서 찬·반의 주장이나 증거가 되는 사실을 청취하는 것을 일반적으로 지칭하는 말이다. 따라서 청문회라는 개념은 비단 의회 절차에 고유한 것이 아니고 사법절차나 행정절차에도 널리 도입되어 활용되고 있는 제도라고 볼 수 있다.<sup>223)</sup> 다만 행정기관에서 행하는 청문은 등록 취소와 같은 불이익한 행정처분의 전단계에서 당사자의 의견을 청취하기 위한 것임에 비하여(『행정절차법』 제2절 참조), 인권상황 전반에 대한 국가인권위원회의 조사과정에서 필요한 관계인의 의견을 들을 수 있는 절차를 법제화 한 것으로서 오히려 『국회법』상의 공청회와 유사하다.

본 조항이 청문회라는 이름을 사용하여 『국회법』상의 청문회 제도를 도입한 것으로 보인다는 견해도 있으나,<sup>224)</sup> 본 조항의 내용을 살펴보면 제1항에서 위원회는 그 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 관계기관 등의 대표자, 이해관계인 또는 학식과 경험이 있는 자 등에 대하여 출석을 요구하여 사실 또는 의견의 진술을 들을 수 있다고 하여 그 조문내용이 공청회와 유사하다. 출

223) 국회운영위원회, 『의회대사전』(국회, 1992), 1324~1325쪽.

224) 김치원, 앞의 보고서, 10쪽.



석대상의 범위에 있어서 특정안건에 대하여 찬·반의 이해를 가지는 자나 전문적인 지식 또는 경험을 가진 자를 그 대상으로 하고, 진술인의 출석이나 선서를 강제시키지 못한다는 점에서 「국회법」상 공청회 제도를 도입한 것으로 보아야 한다. 또한 「행정절차법」상의 공청회도 「국회법」상 공청회 제도와 유사하게 행정청이 공개적인 토론을 통하여 일정행정작용에 대하여 당사자 등, 전문지식과 경험을 가진 자, 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차를 말한다(제2조 제4호)고 하고 있으며, 따라서 「행정절차법」상의 규정들이 보충적으로 적용될 수 있을 것이다.<sup>225)</sup> 그런 의미에서 이미 「위원회법」 제22조 제2항에 업무수행에 필요한 사람 또는 전문가에게 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있는 규정이 있으므로 제23조의 청문회 조항은 별도의 실익이 크지 않다는 지적도 가능하다.<sup>226)</sup>

## 2. 청문회의 주체

청문회를 개최할 수 있는 권한은 위원회에 인정되는 권한이다. 소위원회도 독자적으로 청문회를 개최할 수 있는가? 「국회법」상 공청회의 경우 종전에는 명문규정이 없어 해석론상 이견<sup>227)</sup>이 있었으나, 2000년 제33차 「국회법」개정시 소위원회도 공청회를 개최할 수 있도록 명문화하였다(「국회법」 제64조 제1항 본문).<sup>228)</sup> 그러나 「위원회법」은 「국회법」과 달리 소위원회의 업무 및 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정하도록 하고(법 제12조 제2항), 「인권위원회운영규칙」은 소위원회의 운영에 대해서 법, 시행령, 위원회규칙 및 전원위원회 의결의 범위 안에서 소위원회의 운영에 관한 사항을 자율적으로 정할 수 있다고 규정하고 있다. 소위원회는 소관사항 중 권고나 의견의 표명 등이 필요한 사안에 대해서는 해당 소위원회 명의로 이를 행할 수 있는 행정청에 해당한다. 그런데 「행정절차법」 제22조에 따르면 행정청이 처분을 함에 있어서 다른 법령 등에서 청문·

225) 다만 최재천 의원안 제66조 제3항에는 “위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항은 「행정절차법」을 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있다.

226) 김치원, 앞의 보고서, 10쪽.

227) “공청회는 위원회의 회의로 한다는 국회법 제64조 제4항의 규정을 근거로 원칙적으로 소위원회는 공청회를 개최할 수 없다는 견해와 소위원회는 위원회가 의결로 정한 범위에 한하여 활동할 수 있고(국회법 제57조 제4항), 국회법에서 다르게 정하거나 성질에 반하지 아니하는 한 위원회에 관한 규정이 적용된다는 규정(국회법 제57조 제6항)을 근거로 위원회가 특히 의결로 허용한 경우에는 소위원회도 공청회를 개최할 수 있다고 보는 견해가 있었으나 소위원회가 공청회를 개최한 선례는 없다.”(국회사무처, 『국회법해설』(국회, 1996), 193쪽).

228) 정호영, 앞의 책, 500쪽.



공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우와 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우에 청문·공청회를 개최할 수 있다고 규정하고 있으므로, 국가인권위원회내 소위원회도 독자적으로 청문회를 개최할 수 있다고 해석된다.

### 3. 청문회의 개최

청문회는 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 개최할 수 있으므로 「위원회법」 제19조의 업무와 관련성이 있는 모든 주제를 대상으로 청문회를 개최할 수 있다. 청문회 개최시기와 관련하여 명문규정은 없으나 안건심사에 대한 결론을 내야 할 시점으로부터 충분한 여유가 있는 시기를 선택하는 것이 바람직하다. 국회의 경우 질의종결 후 토론에 들어가기 전 단계가 가장 바람직한 것으로 보고 있는데<sup>229)</sup>, 국가인권위원회 역시 최종결정에 들어가기 전 단계가 바람직할 것이다.

청문회의 개최요건은 특별히 법에 규정되어 있지 아니하다. 따라서 위원회의 의결정족수, 즉 재적위원 과반수의 찬성으로 청문회를 열 수 있으며, 소위원회에서 청문회 개최를 결정하는 경우는 구성위원 전원의 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 의결해야 한다(법 제13조). 위원회는 청문회의 개최 7일전까지 청문회의 주제, 개최일시, 장소 등을 공고하여야 한다. 다만 긴급한 사안일 경우에는 그러하지 아니하다(청문회규칙 제2조). 여기서 긴급한 사안이라는 것은 7일간의 공고기간을 두게 되면, 청문회의 목적을 달성할 수 없는 경우를 의미한다.

공고는 위원장의 명의로 하되, 공고방법에 대하여는 법이나 규칙에 특별한 규정이 없다. 「행정절차법」 제38조는 관보·공보·인터넷 또는 일간신문 등에 공고하는 등의 방법으로 널리 알려야 한다고 규정하고 있다. 그 내용은 제목, 일시 및 장소, 주요내용, 발표자에 관한 사항, 발표신청 방법 및 신청기한, 정보통신망을 통한 사전의견제출 그 밖에 필요한 사항이 되겠다.

### 4. 진술인 선정

청문회는 이해관계자 또는 학식과 경험이 있는 자 등 진술인으로부터 의견을 청취하기 위하여 열리므로, 진술인은 위원회에서 당사자의 동의를 얻어 선정하는

229) 국회사무처, 『위원회편람』(국회, 1996), 261쪽.





것이 일반적이지만 그 외에 일반인도 의견의 진술을 신청할 수 있다. 진술인의 선정에 있어서는 의견진술을 신청한 자와 그 외의 자 중에서 안전에 대한 찬성·반대와 각계각층을 고려하여 한편에 치우치지 않도록 균등한 기회를 주도록 하여야 할 것이다(『행정절차법』 제38조 제2항). 최종적인 선정은 위원회가 한다. 진술인등에 대하여는 예산의 범위안에서 비용등을 지급할 수 있다(청문회규칙 제6조). 『국회법』상 청문회의 경우, 증인에 대하여 동행명령을 할 수 있고(『국회에서 증언·감정등에관한법률』 제6조), 증인이 정당한 이유없이 출석하지 않은 경우는 3년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(『국회에서 증언·감정등에관한법률』 제12조 제1항). 그러나 『행정절차법』이나 『국회법』상의 공청회와 같이 『위원회법』상의 청문회는 선정된 진술인이 출석을 거부하는 경우에 이를 강제할만한 수단이 없다.

## 5. 청문회의 진행

청문회는 국가인권위원장 또는 위원장이 지명한 인권위원이 주재한다(청문회규칙 제4조 제1항). 청문회의 주재자는 청문회를 공정하게 진행하여야 하며, 청문회의 원활한 진행을 위하여 진술내용을 제한할 수 있고, 질서유지를 위하여 필요한 조치를 할 수 있다(『행정절차법』 제39조 제3항).

진술자는 청문회의 내용과 직접 관련된 사항에 한하여 발표하여야 한다(『행정절차법』 제39조 제2항). 진술자의 의견진술은 본인을 원칙으로 하여야 하겠으나 특정한 기관이나 법인이 대표자를 선정한 경우에는 그 대리인이라도 무방할 것이며 사고로 인하여 출석할 수 없을 경우에는 문서의 제출로 대신하는 것도 가능하다.<sup>230)</sup> 한편 청문회에서 위원은 진술인에 대하여 질의를 하거나 토론을 행하는 등 발언을 할 수 있으며, 이 경우 위원의 질의는 그 성격상 진술내용을 명백히 파악하는 데 필요한 범위에 한정해야 하며, 진술내용에 대해 찬성 또는 반대하거나 자기 의견을 주장한 후 진술인의 동의를 구하는 식의 질의를 해서는 안 된다.<sup>231)</sup> 그 밖에 운영에 관하여 상세한 사항은 위원회의 위원장이 정한다(청문회규칙 제7조).

## 6. 청문회의 기록

위원회는 청문회에서 진술인들이 한 진술과 제출한 자료 및 토론내용을 녹음

230) 국회사무처, 『국회법해설』, 196쪽.

231) 국회사무처, 『위원회편람』, 263쪽.



하여 보존하여야 한다(「청문회규칙」 제5조). 청문회의 기록의 공개에 관한 특별한 규정이 없지만, 의사의 공개의 원칙에 의하여 청문회의 기록도 공개되어야 한다. 다만 비공개 청문회의 기록의 경우는 당연히 공개되지 아니한다.

## 7. 공개 여부의 결정

청문회는 원칙적으로 공개한다. 이는 「위원회법」 제14조의 의사의 공개 원칙을 재확인한 것이다. 의사공개 원칙은 방청의 자유, 보도의 자유, 청문회회의록의 공표·배포의 자유 등을 그 내용으로 한다. 그러나 공개원칙은 절대적인 원칙이 아니다. 다만, 청문회의 내용이 ① 국가기밀에 해당하거나 공개될 경우 국가의 안전보장이나 국가기관의 업무수행에 중대한 지장을 초래할 위험이 있는 사항 ② 공개될 경우 개인의 명예 또는 사생활이나 법인 또는 단체의 신용 또는 업무수행에 중대한 지장을 초래할 위험이 있는 사항 ③ 법령에 의하여 비밀로 분류되거나 공개가 제한된 사항 ④ 의사결정과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 위원회의 공정한 의사결정 또는 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 사항일 경우에는 위원회의 의결 또는 청문회 주재자의 결정으로 그에 해당하는 부분을 비공개로 할 수 있다(「청문회규칙」 제3조). 다만 형식적으로 비밀에 분류되어 있는 사안이라고 할지라도, 실질적으로 비밀로서 가치가 없는 경우에는 국민의 알권리를 보장하는 차원에서 공개할 수도 있을 것이다.<sup>232)</sup>

위원장 또는 청문회의 주재자는 청문회장의 질서유지를 위하여 또는 방청석의 사정을 고려하여 필요하다고 인정할 때에는 방청객의 수와 방청의 방법을 제한할 수 있다. 청문회를 방청하고자 하는 자는 위원회 또는 청문회의 주재자가 정하는 바에 따라 방청하여야 하며, 청문회를 공개하지 아니하기로 의결한 때에는 신속히 퇴장하여야 한다. 또한 청문회 주재자는 위험한 물건을 소지한 자, 음주를 한 자, 기타 청문회장의 질서유지에 방해가 될 우려가 있는 자에 대해서는 방청을 허용하지 않을 수 있고 청문회의 원만한 진행을 방해하는 행위를 하는 방청인에 대하여는 퇴장을 명할 수 있다(「청문회규칙」 제4조).

232) 이 경우 「형법」 제127조 공무상비밀누설죄에 해당할 수 있으나 판례는 비밀로서 보호할 가치가 있는지, 즉 그것이 통상의 지식과 경험을 가진 다수인에게 알려지지 아니한 비밀성을 가졌는지, 또한 정부나 국민의 이익 또는 행정목적 달성을 위하여 비밀로서 보호할 필요성이 있는지 등이 객관적으로 검토되어야 한다(대법원 1996.10.11. 선고, 96누7171 판결)고 하여 그 요건을 완화하고 있다.



## 시설의 방문조사(제24조)

**제24조 (시설의 방문조사)** ①위원회(소위원회를 포함한다)는 필요하다고 인정하는 경우 그 의결로 구금·보호시설을 방문하여 조사할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 방문조사를 하는 위원은 필요하다고 인정하는 소속직원 및 전문가를 동반할 수 있으며, 구체적인 사항을 특정하여 소속 직원 및 전문가에게 조사를 위임할 수 있다. 이 경우 조사를 위임받은 전문가가 그 사항에 대하여 조사를 할 때에는 소속직원을 동반하여야 한다.

③제2항의 규정에 의하여 방문조사를 하는 위원, 소속직원 또는 전문가(이하 이 조에서 “위원 등”이라 한다)는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 제시하여야 하며, 방문 및 조사를 받는 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 즉시 방문 및 조사에 필요한 편의를 제공하여야 한다.

④제2항의 규정에 의하여 방문조사를 하는 위원 등은 구금·보호시설의 직원 및 구금·보호시설에 수용되어 있는 자(이하 “시설수용자”라 한다)와 면담할 수 있고 구술 또는 서면으로 사실 또는 의견을 진술하게 할 수 있다.

⑤구금·보호시설의 직원은 위원 등이 시설수용자를 면담하는 장소에 입회할 수 있다. 다만, 대화내용을 녹음하거나 녹취하지 못한다.

⑥구금·보호시설에 대한 방문조사의 절차와 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

위원회(상임위원회 및 소위원회를 포함한다)는 필요하다고 인정하는 경우 그 의결로 구금·보호시설을 방문하여 조사할 수 있다(제1항). 방문조사를 통해 보호·구금시설에서의 진정제기의 근본 원인을 파악하고 효과적인 해결 방안을 모



색하여, 사전예방적 조사구제를 할 수 있으며, 법령 및 지침의 준수 여부를 확인할 수 있으며, 권고사항이 현장에 반영되었는지 여부도 확인할 수 있다.

## 1. 조사의 주체

방문조사를 하는 위원은 필요하다고 인정하는 소속직원 및 전문가를 동반할 수 있으며, 구체적인 사항을 특정하여 소속 직원 및 전문가에게 조사를 위임할 수 있다. 이 경우 조사를 위임받은 전문가가 그 사항에 대하여 조사를 할 때에는 소속직원을 동반하여야 한다(제2항). 방문조사를 하는 위원·소속직원 또는 전문가(이하 “위원등”이라 한다)는 필요하다고 인정되는 때에는 관계행정기관의 장에게 필요한 지원을 요청할 수 있다(「시행령」 제3조 제2항).

방문조사를 하는 전문가는 ‘특정 행정의 수행을 위하여 관계법규상 일정한 공권력이 부여된 사인’으로서 이른바 공무수탁 사인(私人)으로 볼 수 있다.<sup>233)</sup> 「정부조직법」 제6조 제3항은 “행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관련되지 않은 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다”고 규정하고 있다. 본 조항에서 조사업무를 위임하는 것도 동일한 성격이다. 이 경우 사인(私人)은 수임권한의 한도 내에서는 공권력을 행사하게 되어, 공무수탁 사인(私人)의 행위는 행정처분으로서의 법적 성격을 지닌다.

또한 전문가는 「위원회법」에 근거하여 국가인권위원회의 사무에 종사하는 자로서 형법상 ‘공무원’의 개념에 포섭되기 때문에, 이들의 직무집행을 방해하는 경우, 공무집행방해죄에 해당하는지 문제가 된다. 이와 관련하여 「형법」상 뇌물죄에 대한 다음과 같은 판례가 있다. 즉 “중앙약사심의위원회 소분과위원회의 개최를 앞두고 소분과위원회 위원으로 위촉된 사람은 그 때부터 보건사회부장관이 지문을 구한 당해 안건의 심의가 끝날 때까지의 기간 동안은 근거 법령<sup>234)</sup>에 의하여 공무에 종사하는 자로서 「형법」 제129조에 규정된 수뢰죄의 주체인 공무원이라고 할 것이다”라고 하여, 「형법」상 수뢰죄의 공무원 개념을 신분(身分) 중심이 아니라 공무(公務) 중심에서 파악하였다.<sup>235)</sup> 이러한 판례의 취지에 입각할 때

233) 김동희, 『행정법I(제10판)』(박영사, 2004), 78쪽.

234) 구 약사법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제14조, 그 법시행령(1992. 6. 2. 대통령령 제13659호로 개정되기 전의 것) 제18조, 제23조, 그 법시행령(1994. 7. 7. 대통령령 제14319호로 개정되기 전의 것) 제17조, 그 법시행령(대통령령 제14319호) 제15조.

235) 대법원 2002. 11. 22. 선고, 2000도4593 판결.



전문가의 업무 수행을 방해한다면 공무집행방해죄가 성립될 것이다. 다만 「국가인권위원회법」 제56조상의 인권옹호업무방해죄에는 해당되지 않는다. 왜냐하면 제56조는 보호의 객체를 ‘위원 또는 직원’으로 한정하고 있는데, 죄형법정주의의 원칙상 형벌규정은 엄격하게 해석하여야 하므로 전문가를 직원으로 볼 수는 없기 때문이다.

## 2. 방문조사의 절차

### 가. 통지

방문조사를 하고자 하는 때에는 당해 구급·보호시설의 장 또는 관리인에게 그 취지·일시·장소 등을 미리 통지하여야 한다(「시행령」 제3조 제1항). 미리 통지를 하는 이유는 행정조사 당사자에게 미리 행정조사를 예고함으로써, 행정조사로 인해 받을 여러 불편함과 불이익을 알려 주는 것이고 동시에 조사자의 협조를 얻기 위한 것이다.

긴급을 요하는 경우와 미리 통지를 하면 조사의 목적달성이 어렵다고 인정되는 경우에는 통지를 하지 않아도 된다(「시행령」 제3조 제1항). 긴급을 요하는 경우라 함은 인권침해 발생의 가능성이 절박하여, 미리 통지를 할 만한 시간적 여유가 없는 경우를 말한다.

조사의 목적달성이 어렵다고 인정되는 경우라 함은 사전예방적 조사구제나 법령 및 지침의 준수 여부에 대한 확인과 관련하여, 통지를 하게 될 경우에는 실제적 진실발견이 어렵다는 것이 예측 가능한 경우를 말한다.

### 나. 증표 제시

위원 등은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 제시하여야 하며, 방문 및 조사를 받는 구급·보호시설의 장 또는 관리인은 즉시 방문 및 조사에 필요한 편의를 제공하여야 한다(제3항). 증표의 제시에 의하여 당해 공무원은 조사를 할 수 있는 정당한 권한이 있음을 입증하게 되며, 그에 따라 상대방에게 조사에 대한 구체적 수인의무가 발생하게 된다.<sup>236)</sup> 따라서 행정조사의 경우 대부분 증표제시를 요구하고 있다.<sup>237)</sup> 증표에 대한 세부적인 방법은 「국가인권위원회

236) 김동희, 앞의 책, 443쪽.

237) 「풍속영업의규제에관한법률」 제9조 제2항, 「총포·도검·화약류등단속법」 제44조 제2항, 「국세징수법」 제25조, 「식품위생법」 제17조 제2항, 「근로기준법」 제105조 제3항.



등증표에 관한 규칙』에서 자세하게 규정하고 있다.

## 다. 조사방법

위원 등은 구금·보호시설의 직원 및 구금·보호시설에 수용되어 있는 자(이하 “시설수용자”라 한다)와 면담할 수 있고 구술 또는 서면으로 사실 또는 의견을 진술하게 할 수 있다(제4항). 구체적으로 위원 등은 ① 시설수용자 등의 진술을 듣는 일, ② 구금·보호시설의 장 또는 관리인에게 필요한 자료의 제출을 요구하고 이를 받는 일, ③ 녹음, 녹화, 사진촬영, 시설수용자의 건강상태조사 등 필요한 물건·사람·장소 그밖의 상황을 확인하는 일 등을 통해 조사를 할 수 있다(시행령 제3조 제3항). 이 때 녹음 또는 녹화한 내용은 당해 진술의 취지 또는 조사대상의 상태를 확인하는 등 조사의 목적으로만 사용하여야 하며, 당초 녹음 또는 녹화된 상태 그대로 공표하여서는 아니된다(동조 제4항).

## 라. 조서 기재

구금·보호시설에 대하여 방문조사를 마친 때에는 그 내용을 방문조사조서에 기재하여야 한다(동조 제5항). 방문조사조서의 작성에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정하도록 하고 있으나(동조 제6항), 이에 대한 위원회 규칙은 아직 마련되지 않았다.

# 3. 시설수용자와의 면담

## 가. 장소제공의무

위원 등이 시설수용자와 면담하는 경우 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 자유로운 분위기에서 면담이 이루어질 수 있는 장소를 제공하여야 한다(「시행령」 제4조 제1항).

## 나. 구금·보호시설의 직원의 입회

변호인의 경우 입회나 감시가 절대로 허용되지 않는 것에 반하여<sup>238)</sup>, 「국가인

238) “행형법 제18조 제3항이 미결수용자의 변호인과의 접견교통시에 교도관이 참여할 수 있게 한 것은 구속을 당한 미결수용자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다”라고 위헌으로 결정하였다(헌법재판소 1992.1.28. 91헌마911 결정).



권위원회법』은 구금·보호시설의 직원의 입회를 허용하고 있다(제5항). 입회의 허용한계에 대하여는 구체적인 조항이 없다. 다만 진정조사에 관한 「국가인권위원회법」 제31조 제6항은 대화 내용의 청취와 녹취를 금하는 반면, 본조항에 의한 방문조사에 관하여는 시설직원의 입회를 허용하나 녹음과 녹취만을 금하고 있다는 차이에 주목한다면 가칭거리 내에서 감시를 할 수 있다는 해석도 가능하다. 그러나 진정조사의 경우와 방문조사의 경우 시설직원의 입회범위에 차이를 두는 것은 오히려 부적절하다. 양자 공히 시설직원의 입회 또는 감시를 인정하는 것은 조사자에 대한 시설수용자의 돌발적 폭력행사 등을 막기 위한 취지이지, 조사자와 시설 수용자간의 대화를 감시하거나 청취하려는 취지는 아니다. 즉, 제24조에 의한 방문조사시에도 시설직원의 대화내용 청취는 금지된다고 판단되며, 따라서 가칭거리 밖에서 입회하여야 할 것이다.<sup>239)</sup>

시설수용자를 면담하는 위원 등은 구금·보호시설의 장 또는 관리인에게 면담 장소에 입회하는 구금·보호시설의 직원의 수를 제한하도록 요구할 수 있으며, 구금보호시설의 장 또는 관리인은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다(시행령 제4조 제2항). 위원 등이 시설수용자와 면담하는 장소에 입회하는 구금·보호시설의 직원은 위원 등의 승낙 없이는 면담에 참여할 수 없으며, 자신의 의견을 개진하는 등의 방식으로 시설수용자의 진술을 방해하여서는 안된다(동조 제3항). 입회한 자가 시설수용자의 진술을 방해한 경우, 정당한 이유 없이 실지조사를 방해한 것이 되어 법 제63조에 의해 1천 만원 이하의 과태료에 처할 수 있다.

#### 다. 불이익 방지 조치

시설수용자를 면담하는 위원은 면담을 하였다는 이유로 구금·보호시설의 직원 또는 시설수용자가 신체·건강상의 위해 그 밖의 불이익을 받을 우려가 있는 경우 구금·보호시설의 장 또는 관리인에게 이를 방지하기 위한 조치를 취하여 줄 것을 요청할 수 있다(시행령 제5조 제1항). 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 제1항의 규정에 의한 조치를 취한 때에는 그 내용을 위원회에 즉시 통보하여야 한다(동조 제2항). 여기서 불이익이라 함은 종전의 통례 또는 다른 시설수용자와 비교하여 불이익하게 처우하는 것을 말한다.

### 4. 방문조사의 한계

방문조사를 실시함에 있어서 국가인권위원회는 일정한 내재적 한계를 준수하

---

239) 최재천 의원안에서는 제31조 제6항의 규정을 준용하도록 하고 있다.



여야 할 것이다. 즉 첫째, 방문조사를 함에 있어 그 목적의 정당성이 인정되어야 한다. 방문조사를 행하는 목적에 따라 부합되게 방문조사가 행사되어야 함은 물론이다. 둘째, 방문조사를 함에 있어 수단의 상당성 내지는 방법의 적정성이 인정되어야 한다. 조사목적 달성을 위하여 적절한 수단으로서 방문조사가 행해져야 한다. 셋째, 방문조사를 함에 있어 피해의 최소성이 고려되어야 한다. 구금·보호시설의 업무를 최소한으로 저해될 수 있는 방법으로 행해져야 한다. 넷째, 방문조사에 있어 법익의 균형성이 요구된다. 행정청이 방문조사를 함에 있어 목적의 정당성과 수단 내지는 방법의 적정성이 인정되며 또 그 필요성도 인정되는 경우라 하더라도 다시 방문조사가 의도하는 유용성과 방문조사에 의하여 야기되는 구금·보호시설의 불이익과는 서로 비교형량하여, 양자의 사이에는 이성적인 판단에 기초한 합리적인 관계가 존재하여야 한다.

## 5. 방문조사의 거부

대상기관이 방문조사를 거부하는 경우 국가인권위원회는 강제력을 동원하여서라도 조사를 강행할 수 있는가? 행정조사에 있어 강제수단의 동원은 법률유보의 원칙상 반드시 법률에 근거가 있어야 하므로 실력으로 상대의 저항을 배제하고 필요한 조사를 강행할 수는 없다.<sup>240)</sup> 다만 정당한 이유없이 방문조사를 거부, 방해 또는 기피한 자에 대해서 1천만원 이하의 과태료를 처할 수 있을 뿐이다(법제63조 제1항 제1호).

방문조사가 한계를 일탈하여 위법, 부당한 경우나 방문조사로 인하여 업무수행이 현저하게 지장을 받게 될 경우에는 방문조사를 거부할 수 있다. 방문조사를 거부할 경우에는 국가인권위원회에 그 사유를 미리 통고하여야 할 것이다(『행정절차법』 제8조 제4항). 사후적으로 방문조사에 대한 거부가 정당하였는지 여부에 대해서는 과태료 처분 당시에 의견진술을 하게하여 정당한 이유가 있었음을 소명하게 하고(『과태료규칙』 제4조), 최종적으로는 이의제기절차를 통해 다룰 수 있을 것이다(『과태료규칙』 제6조).

240) 김동희, 앞의 책, 444쪽.





## 정책과 관행의 개선 또는 시정권고(제25조)

**제25조 (정책과 관행의 개선 또는 시정권고)** ①위원회는 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 한다.

③제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장이 그 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명하여야 한다.

④위원회는 필요하다고 인정하는 경우 제1항의 규정에 의한 위원회의 권고와 의견표명 및 제3항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장이 설명한 내용을 공표할 수 있다.

### 1. 의의

인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 국가인권위원회는 관계기관 등에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있다(제1항). 법령이나 정책, 제도 등에 관한 개선 권고나 의견표명은 많은 진정을 사전에 예방할 뿐만 아니라 법상의 요건에 의해 각하될 수밖에 없는 진정에 대한 포괄적인 구제를 가능하게 한다.<sup>241)</sup>

권고나 의견 표명은 강제적인 효력을 가지지 못한다는 점에서 동일하다. 그러나 의견표명과 권고의 효력의 측면에서 차이가 있다. 의견표명의 경우 관계기관의 장이 그러한 의견을 청취하고 재량으로써 이를 반영하면 된다는 점에서 구속력이 전혀 없다. 이에 비해 권고를 받은 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 하고(제2항), 권고를 받은 기관의 장이 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명하여야 한다(제3항). 국가인권

241) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 22쪽.



위원회는 필요한 경우 권고를 받은 기관의 장이 설명한 내용을 공표함으로써(제4항) 간접적인 강제력을 행사할 수 있다.

법조문은 정책과 관행에 대해서만 개선 또는 시정권고를 할 수 있는 것처럼 되어 있으나, 『위원회법』 제19조 제1호에 의해 법령, 제도에 대한 권고나 의견표명도 할 수 있다고 보아야 한다.<sup>242)</sup>

## 2. 권고의 법적 성격

권고는 “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용”으로서 행정지도의 일종이다.

행정지도의 경우 원칙적으로 처분성을 인정하지 않는 것이 대법원 판례의 입장이다. 대법원은 “항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하며 기타 법률상의 효과를 발생케 하는 등 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 말하는 것이고 행정권 내부에서의 행위나 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 될 수 없다”고 한다.<sup>243)</sup>

실제로 서울행정법원<sup>244)</sup>은 “위원회의 권고는 권고를 받은 기관의 장이 성실한 이행노력을 촉구하는 것에 그칠 뿐 권고를 받은 기관의 장을 기속할 수 있는 어떠한 법적 효력을 가지고 있지 않을 뿐만 아니라 권고를 받은 기관의 장이 권고내용을 이행하지 않는 경우 과징금 등 일정한 제재조치를 가함으로써 권고내용을 간접강제할 수 있는 수단도 부여되어 있지 않다.…(중략)… 위원회의 권고결정이 실질적으로는 사실상의 기속력을 갖고 있어 권고를 받은 소속기관의 장 등에게 권고내용의 이행을 강제하는 효과를 갖는다고 하더라도 이는 모든 개인의 기본적 인권을 보호하고자 노력하는 소속기관의 장 등이 인권신장에 대한 국민의 기대를 감안하고 인권 관련 업무에 있어서의 위원회의 전문성, 독립성, 공정성

242) 이미경의원안 제24조에는 법령에 대한 자문·권고의 근거규정이 있었고, 제25조에는 본조와 같이 정책과 관행의 개선 또는 시정권고의 근거규정이 있었다. 그러나 이후 논의과정에서 아무런 보완 없이 제24조 규정이 삭제되어, 이런 입법의 흠결을 낳게 되었다. 최재천 의원안에서는 다시 법령·제도를 추가하고 있다.

243) 대법원 1993.10.26. 선고, 93누6331 판결.

244) 서울행정법원 2004.8.19. 선고, 2004구합13202.



등을 존중하여 위원회의 권고결정을 존중하고 그것을 이행하려고 노력하는 것에 기인한 것이지 위원회의 권고결정 자체가 어떤 법적 효력을 갖기 때문은 아니라 할 것이고, 달리 위원회의 권고결정 또는 기각결정으로 인하여 원고에게 어떠한 법률상의 효과가 발생한다고 볼 만한 근거가 없다”고 하면서 권고에 대한 처분성을 부정하였다.

본조에 따른 권고는 진정사건에서의 책임자 징계권고 등과는 달리 관계기관에 대한 정책과 관행의 개선이나 시정의 권고이므로 결과적으로 불이익을 받게될 대상이 없으며, 권고 등에 응하지 않는다고 하여도 별다른 강제수단이 없다. 권고에 따른 간접적인 법률효과조차 발생하지 않는다. 따라서 권고의 적법성을 행정소송 등을 통하여 다툴 대상이 되지 못한다.

### 3. 권고내용에 대한 응답

권고를 받은 기관의 장이 그에 대해 언제까지 응답을 해야 하는지에 대한 기한은 정해져 있지 않다. 물론 권고의 성격에 따라 그 권고를 검토하고 결정을 내리는 데 드는 시간이 다양하기 때문에 획일적 기간을 정하기는 어려운 측면도 있다. 그러나 ‘상당한 기간’이 지났음에도 불구하고 권고를 이행하려고 노력하지 않고, 부작위로 일관한다면 이를 권고내용의 불이행으로 간주해야 할 것이다. 그리고 동조 제3항은 강행규정이므로 위원회는 지금까지 해태한 이유를 문서로 설명할 것을 요구할 수 있다. 입법론적으로 일정기간이 지난 경우에는 어느 정도로 권고사항에 대한 업무가 진척되었는지 국가인권위원회에게 통보하도록 하는 것이 바람직할 것이다.<sup>245)</sup>

245) 최재천 의원안에서는 권고를 받은 기관의 장은 권고를 접수한 날부터 60일 이내에 그 권고사항의 이행여부 및 이행결과(불이행시 그 이유를 포함한다)를 위원회에 문서로 통보하도록 하고 있다.



- 제26조 (인권교육과 홍보)** ①위원회는 모든 사람의 인권의식을 깨우치고 향상시키기 위하여 필요한 인권교육과 홍보를 하여야 한다.
- ②위원회는 「초·중등교육법」 제23조의 규정에 의한 학교 교육과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 교육인적자원부장관과 협의할 수 있다.
- ③위원회는 인권교육과 연구의 발전을 위하여 필요한 사항을 「고등교육법」 제2조의 규정에 의하여 설립된 학교의 장과 협의할 수 있다.
- ④위원회는 공무원의 채용시험, 승진시험, 연수 및 교육훈련과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 국가기관 및 지방자치단체의 장과 협의할 수 있다.
- ⑤위원회는 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 및 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 연구기관 또는 연구회의 장과 협의하여 인권에 관한 연구를 요청하거나 공동으로 연구할 수 있다.
- ⑥위원회는 「평생교육법」에 의한 평생교육단체 또는 평생교육시설에 대하여 그 교육내용에 인권에 관하여 필요한 사항을 포함하도록 권고할 수 있다.

## 1. 의의

위원회는 모든 사람의 인권의식을 깨우치고 향상시키기 위하여 필요한 인권교육과 홍보를 하여야 한다(제1항). 「유엔 인권교육 10개년 계획」(1995-2004, Plan of Action for United Nations Decade for Human Rights Education)의 정의에 따르면 ‘인권교육’이란 인권과 기본적 자유에 대한 존중, 인종·국가·민족·종교·언어 집단간의 이해와 관용, 성별 평등과 우호의 증진, 평화 유지를 위한 유



엔 활동의 촉진, 보편적 인권문화 건설을 목표로 하는 교육적 노력이다. 따라서 인권교육은 단순히 지식을 전달하는 차원이 아니라 한 사회 구성원의 가치와 태도 및 신념을 형성하는 것이며, 그것을 기반으로 적극적 행동을 이끌어 내는 새로운 차원의 학습기법을 포괄적으로 의미하는 것이다. 보편적 인권문화를 일궈내기 위해서는 인권교육 실시, 이를 위한 인력기반으로서의 강사단 구축 및 물질기반이 되는 인권교육 자료개발이 삼위일체를 이루어야 가능하다.<sup>246)</sup> 인권교육의 필요성에 대한 인식과 인권교육의 사회적 인프라를 확대하기 위해서 국가인권정책기본계획(NAP)에 인권교육을 포함시키고 있다.<sup>247)</sup>

## 2. 인권교육

인권교육은 교육과정 전반을 통해서 이루어져야 한다. 위원회는 초중고등학교의 교육과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 교육인적자원부장관과 협의할 수 있으며(제2항), 대학 등에서는 인권교육과 연구의 발전을 위하여 필요한 사항을 학교의 장과 협의할 수 있다(제3항). 한편 평생교육단체 또는 평생교육시설에 대하여 그 교육내용에 인권에 관하여 필요한 사항을 포함하도록 권고할 수 있다(제6항).

### 가. 초중등교육에서의 “교육과정”

‘교육과정(curriculum)’이란 교육목표를 달성하기 위하여 선택된 교육내용과 학습활동을 체계적으로 편성·조직한 계획이다. 교육과정은 교육인적자원부장관이 기준과 내용에 관한 기본적인 사항을 정하며, 교육감은 교육인적자원부장관이 정한 교육과정의 범위 안에서 지역의 실정에 적합한 기준과 내용을 정할 수 있다(『초중등교육법』 제23조 제2항). 그러나 교육과정의 핵심인 학교의 교과는 대통령령으로 정하도록 되어있다(동법 제23조 제3항). 대통령령으로 정해진 학교의 교과는 다음과 같다(동법 시행령 제43조).

1. 초등학교 및 공민학교 : 국어, 도덕, 사회, 수학, 과학, 실과, 체육, 음악, 미술 및 외국어(영어)와 교육인적자원부장관이 필요하다고 인정하는 교과
2. 중학교 및 고등공민학교 : 국어, 도덕, 사회, 수학, 과학, 기술·가정, 체육, 음악, 미술 및 외국어와 교육인적자원부장관이 필요하다고 인정하는 교과

246) 국가인권위원회, 연간보고서(2002), 157쪽.

247) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 145쪽.



3. 고등학교 : 국어, 도덕, 사회, 수학, 과학, 기술·가정, 체육, 음악, 미술 및 외국어와 교육인적자원부장관이 필요하다고 인정하는 교과

4. 특수학교 및 고등기술학교 : 교육인적자원부장관이 정하는 교과

『위원회법』은 교육과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 교육인적자원부 장관과 협의할 수 있다고만 규정하고 있으므로 인권교육의 활성화를 위하여는 국가인권위원회측의 적극적인 요구와 제안이 선행될 필요가 있다. 실제로 초·중·고등학교의 인권교육을 위해서 교육자료의 개발<sup>248)</sup>, 인권교육과정 개발연구(2003), 인권교육 연구학교 운영 및 교사연수(2004)등의 활동이 이루어졌다.

## 나. 고등교육

고등교육이란 학교교육의 최종단계로서 대학교육(전문대학·교육대학·4년제 대학)과 대학원교육 등을 총칭하는 말이다. 고등교육법 제2조의 규정에 의하여 설립된 학교란 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송·통신대학, 기술대학, 각종학교가 있다. 여기서 각종학교란 고등교육을 위한 학교로써 앞에서 열거된 대학에 포함되지 않는 학교를 말한다. 초·중등교육의 경우와 달리 이 경우에는 국가인권위원회가 각 학교의 장과 개별적인 협의를 통하여 인권교육의 연구와 발전에 필요한 사항을 논의하여야 한다.

## 다. 공무원의 인권교육

공무원의 채용시험, 승진시험, 연수 및 교육훈련과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 국가기관 및 지방자치단체의 장과 협의할 수 있다(제4항). 공무원은 국민 전체의 봉사자로서 국민의 인권을 보장하고 향상시켜야 할 의무가 있기 때문에 공무원에 대한 인권교육은 더욱 중요한 의미를 갖는다. 공무원의 인권교육은 주로 경찰, 교정, 검찰, 군대 등 인권보장과 밀접한 관계가 있는 공무원을 상대로 이루어져 왔다. 한편 2004년에는 보건복지부와 협의하여 전국의 조건부 신고시설 담당공무원에게도 인권특강을 실시하였다.<sup>249)</sup>

## 라. 평생교육

‘평생교육’이라 함은 학교교육을 제외한 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말

248) 2002년 『교사를 위한 인권교육길잡이』, 2004년 『교사를 위한 학교 인권교육의 이해』, 『교사를 위한 인권교육 기본용어』 및 인권동화책, 매뉴얼 등이 있다.

249) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 152쪽.



한다. ‘평생교육단체’라 함은 평생교육을 주된 목적으로 하는 법인·단체를 말하며, ‘평생교육시설’이라 함은 이 법에 의하여 인가·등록·신고된 시설과 학원 등 다른 법령에 의한 시설로서 평생교육을 주된 목적으로 하는 시설을 말한다(「평생교육법」 제2조). 따라서 앞에서 말한 초·중·고등학교시설을 제외한 나머지 교육시설은 모두 평생교육시설에 속한다. 각급 정부기관 및 공공단체와 각 산업체 및 사회단체에서 실시하는 각종 교육사업이나 학교교육 이전의 유아교육도 평생교육의 범주에 들어간다. 「평생교육법」은 평생교육의 형태에 대하여 사내대학형태(제21조), 원격대학형태(제22조), 사업장부설(제23조), 시민사회단체부설(제24조), 학교부설(제25조), 언론기관부설(제26조), 지식·인력개발사업관련(제27조)으로 나누어 자세히 규정하고 있다.

### 3. 인권 연구

인권 연구와 관련된 기관은 「고등교육법」 제2조의 규정에 의하여 설립된 학교와 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 및 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 연구기관 또는 연구회이다.

“정부출연연구기관”이라 함은 정부가 출연하고 연구를 주된 목적으로 하는 기관을 말한다(「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제2조). “정부출연 연구기관”에는 한국개발연구원, 한국조세연구원, 대외경제정책연구원, 통일연구원, 한국형사정책연구원, 한국행정연구원, 한국교육과정평가원, 산업연구원, 에너지경제연구원, 정보통신정책연구원, 한국노동연구원, 한국직업능력개발원, 한국해양수산개발원, 한국법제연구원, 한국여성개발원, 한국청소년개발원, 한국교통연구원, 한국환경정책·평가연구원, 한국교육개발원, 한국농촌경제연구원, 국토연구원, 과학기술정책연구원이 있다(동법 제8조 제1항 별표). 그리고 연구회란 연구기관을 지원·육성하고 체계적으로 관리하기 위하여 설립하는 것으로서(동법 제18조), 연구회는 연구기관을 지도·관리한다(동법 제19조). 2005년 개정법 이전에는 연구분야별로 경제사회연구회와 인문사회연구회가 설립되어 있었으나, 현재는 양자가 통합되어 하나의 연구회로만 설치되어 있다.

“과학기술분야 정부출연연구기관”이라 함은 정부가 출연하고 과학기술분야 연구를 주된 목적으로 하는 기관을 말하고, “연구회”라 함은 정부가 출연하고 과학기술분야 정부출연연구기관(이하 “연구기관”이라 한다)의 지원·육성 및 관리를 주된 목적으로 하는 기관을 말한다(「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제2조). 이 법에 의한 연구기관은 한국과학기술



연구원, 한국표준과학연구원, 한국기초과학지원연구원, 한국식품연구원, 한국천문연구원, 한국해양연구원, 한국생명공학연구원, 한국지질자원연구원, 한국과학기술정보연구원, 한국기계연구원, 한국한의학연구원, 한국항공우주연구원, 한국생산기술연구원, 한국에너지기술연구원, 한국전자통신연구원, 한국전기연구원, 한국건설기술연구원, 한국화학연구원, 철도기술연구원이 있다(동법 제8조 제1항 별표). 연구회는 연구분야별로 기초기술연구회, 산업기술연구회, 공공기술연구회를 설립하도록 하였다(동법 제18조 제1항).

#### 4. 홍보

홍보란 조직체가 커뮤니케이션 활동을 통하여 스스로의 생각이나 계획·활동·업적 등을 널리 알리는 활동을 말한다. 인권홍보는 국가인권위원회의 활동을 널리 알림으로써 대중의 주의를 환기시키고, 인권의식을 제고하기 위한 활동이다.

국가인권기구 안내서는 홍보전략으로서 크게 4가지의 방법을 설명하고 있다.<sup>250)</sup>

첫째, 자료의 수집, 생산 및 배포이다. 위원회는 인권에 관한 광범위한 정보 자료들을 보유해야 하며, 이러한 정보를 효율적, 효과적으로 보급할 수 있는 능력이 있어야 한다. 이러한 역할은 주로 제27조에 규정된 인권자료실에서 담당하고 있다.

둘째, 홍보행사를 조직하고 지역 사회의 인권운동을 장려해야 한다. 위원회는 영화, 만화, 광고, 포스터 및 리플렛과 같은 인권문화 콘텐츠 사업을 벌여왔으며, 홈페이지를 통한 홍보도 이용하고 있다.

셋째, 언론매체와 협력해야 한다. 언론은 국가인권기구의 존재, 기능, 각종 활동을 일반인들에게 알리고, 일반인에게 자신들의 인권, 타인에 대한 의무, 또 그러한 권리와 의무를 행사하고, 준수하기 위한 제도에 관한 교육을 실시하며, 인권에 관한 일반적인 정보와 함께 조사결과를 포함하는 국가인권기구의 의견과 권고안을 배포하고, 국내 또는 국제 인권 상황이나 현안들을 중점 보도하고, 그러한 상황 또는 현안에 대한 위원회의 의견을 발표함으로써, 위원회의 활동에 기여할 수 있다. 위원회를 홍보의 수단으로 언론매체를 적극적으로 활용하여야 한다.

마지막으로 국가인권위원회의 존재와 활동에 대해 널리 홍보해야 한다. 위원회는 일반대중이 자신의 존재를 알지 못하면 제 기능을 발휘할 수 없다. 그렇기 때

250) 국가인권위원회, 국가인권기구 안내서, 70~77쪽.





문에 위원회는 자신의 존재를 널리 알리기 위한 정책목표를 세워야 한다. 그 다음에는 그러한 정책목표를 달성하기 위해 위원회로부터 수혜를 받을 가능성이 가장 높은 개인 또는 집단들을 대상으로 하는 전략이나 프로그램을 수립해야 한다.



## 인권자료실(제27조)

**제27조 (인권자료실)** ①위원회는 인권자료실을 둘 수 있다.

- ②인권자료실은 인권에 관한 국내외의 정보와 자료 등을 수집·정리·보존하여 일반인의 이용에 제공할 수 있다.
- ③인권자료실은 도서관및독서진흥법에 의한 도서관으로 본다.
- ④인권자료실의 설치와 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

## 1. 의의

『위원회법』 제27조와 『국가인권위원회와그소속기관직제령』 제2조에 의하여 국가인권위원회는 인권자료실(이하 “자료실”이라 한다)을 두고 있다. 자료실은 인권 전문 기본 장서를 수집하고, 자료를 체계적으로 관리하며, 효율적인 정보서비스를 제공하는 역할을 한다. “자료”라 함은 단행본(학술도서 및 일반도서), 연속간행물(학술지, 잡지 등), 비도서자료(보고서, 회의자료, 각종 매체자료), 참고자료(사전류, 연감, 편람, 목록집 등), 위원회 발간자료 및 정부간행물등 기타자료를 의미한다(자료실규칙 제3조). “정보”는 문서(전자문서를 포함한다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다(『정보공개법』 제2조 제1호). 따라서 자료와 정보의 개념은 외연이 거의 같다.

인권자료실은 『도서관및독서진흥법(이하 “도서관법”)]에 의한 도서관의 성격을 지닌다(제3항). 인권자료실에서 도서관 기능수행을 위해 소장·비치하여 직원 및 일반의 이용·열람에 제공하는 도서등의 자료는 그것이 위원회에서 발간한 자료인지 여부를 불문하고 이에 대한 열람·이용은 『공공기관의정보공개에관한법률(이하 “정보공개법”)]이 아닌 『도서관법』에 따른다. 자료복사료 문제도 다른 도서관의 예에 따라 운영할 수 있다.<sup>251)</sup>



## 2. 구성

자료실에는 실장 1인을 두되, 실장은 위원회사무처(이하 “사무처”라 한다) 사무총장을 통하여 위원회 위원장의 명을 받아 소관사무를 관장하고 소속직원을 지휘·감독한다(『국가인권위원회인권자료실에관한규칙』, 이하 “자료실규칙” 제2조). 자료실장은 자료실 운영에 있어서 자문을 받기 위하여 사무처 직원으로 구성된 인권자료운영자문단(이하 “자문단”이라 한다)을 둘 수 있다(『자료실규칙』 제5조).

자문단은 국가인권위원회 사무총장을 자문단장으로 하여, 국가인권위원회 사무처 소속의 각 국장, 총무과장, 인권상담센터소장, 공보담당관, 인권자료실장을 자문단위원으로 하여 구성된다(『인권자료운영자문단에관한규정』 제2조, 제3조). 자문단의 사무를 처리하기 위하여 간사 1인을 두며, 간사는 인권자료실 소속의 당해업무 담당자가 된다(동 규정 제4조). 자문단은 인권자료실의 주요 정책 및 운영에 관련된 전문사항을 심의 의결하는 기구로 2006년도부터 외부전문가가 자문단의 위원으로 참여할 수 있도록 관련 규정 개정작업이 진행될 예정이다.

또한 인권자료실이 수집하는 자료의 선정에 관한 사항을 심의하기 위하여 자료선정위원회를 둔다(『인권자료실자료선정위원회규정』 제2조). 위원장은 국가위원회 사무총장이 되며, 위원은 국가인권위원회 소속 직원, 인권분야 전문가, 특정 언어 전문가, 기타 자료선정에 필요하다고 국가인권위원회 위원장이 인정한 자 중에서 위원장이 임명하거나 위촉한다(동 규정 제3조, 제4조). 인권자료실 직원은 간사가 된다(동 규정 제6조).

## 3. 업무

자료실은 ① 인권에 관한 자료와 정보의 조사·수집·정리·분석 및 보존, ② 국내외도서관 및 시민사회단체 등과의 인권관련 자료의 교환 등, ③ 자료의 열람과 대출, ④ 인권자료목록의 발간 및 자료실 홍보, ⑤ 기타 자료실 운영에 관한 사항등의 업무를 수행한다(『자료실규칙』 제4조).

### 가. 인권에 관한 자료와 정보의 조사·수집·정리·분석 및 보존

자료실장은 연 2회 이상 자료의 수요조사를 실시하여 수집 대상자료의 목록을 작성하고 그 자료의 수집에 필요한 조치를 하여야 한다(『자료실규칙』 제6조 제1

251) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 300~301쪽.



항). 인권자료실이 수집하는 자료의 선정은 인권자료실자료선정위원회의 심의를 거친다(「인권자료실자료선정위원회규정」 제2조 제1호). 자료의 수집은 구입, 교환, 수증 기타 방법에 의한다(「자료실규칙」 제6조 제2항). 사무처 각 부서(이하 “각 부서”라 한다)의 장은 소관업무 수행상 필요한 자료가 있을 때에는 자료실장에게 구입을 의뢰하고, 자료실장은 자체선정자료 및 각 부서에서 업무수행상의 필요에 따라 구입을 의뢰받은 자료들은 소장자료와의 중복, 기존자료의 이용가능성 여부 및 구입 필요성 등을 검토하여 구입여부를 결정한다(「자료실규칙」 제7조). 자료실장은 자료수집을 위하여 도서관 및 연구단체 등과 상호협력체계를 구축하여 필요한 자료를 교환하고 기증받을 수 있다(「자료실규칙」 제8조).

자료실장은 수집된 자료를 검수·등록·분류하고 자료의 검색, 대출 및 반납, 자료의 통계 등을 효율적으로 관리하기 위하여 지속적으로 전산화를 추진하여야 한다(「자료실규칙」 제10조). 자료실장은 연 1회 이상 관리중인 장서점검을 실시하고 불필요한 자료는 이관 또는 폐기할 수 있다(「자료실규칙」 제16조). 자료의 이관 또는 폐기에 관한 사항은 자문단의 자문을 받을 수 있다(「자료실규칙」 제5조 제2항).

## 나. 자료의 열람과 대출

자료의 열람은 위원회 직원과 일반인을 대상으로 하며, 개가식으로 운영한다(「자료실규칙」 제11조). 위원회 직원에 대한 자료대출은 1인 5책 이내, 대출기간은 14일 이내를 원칙으로 하고, 일반인에 대한 대출은 자료실장이 필요하다고 인정할 경우에 대출목적, 반환가능성, 인적사항 등을 파악한 후 대출을 허가할 수 있다. 그러나 미정리자료, 참고자료, 제본되지 않은 연속간행물, 기타 자료실장이 지정한 자료는 대출할 수 없다. 다만, 위원회 직원으로서 자료실장의 허가를 받은 자에 대해서는 그러하지 아니하다(「자료실규칙」 제12조). 각 부서의 장은 소관업무 수행상 필요하고 항시 사용하여야 할 자료에 대하여는 자료실장에게 장기대출신청을 하여 필요한 권수를 대출받아 2개월 이내에 해당 부서에 비치할 수 있다(「자료실규칙」 제13조). 자료를 대출받은 자는 대출기간 만료 전에 이를 반납하고 자료실 직원의 확인을 받아야 한다. 자료실장은 자료를 대출받은 자가 대출기간이 경과하여도 반납하지 아니하는 경우에는 즉시 반납독촉을 하고 독촉하여도 반납하지 아니하는 자에 대하여는 향후 대출을 제한할 수 있다(「자료실규칙」 제14조). 자료를 대출 받은 자가 그 자료를 망실 또는 훼손하였을 때에는 동일한 자료로 변상하여야 한다. 다만, 동일한 자료로 변상할 수 없는 경우에는 가치와 주제가 비슷한 자료 등으로 변상하여야 한다(「자료실규칙」 제15조). 장서점검기간 중에는 자료의 열람 및 대출을 중지하고, 대출한 자료의 반납을 요구할 수 있



다(「자료실규칙」 제16조).

그러나 인권자료실 비치자료라 하더라도 그 내용이 「정보공개법」에서 정의한 “정보”에 해당되는 경우에는 「정보공개법」이 적용되므로 비치자료 중 일부내용이 「정보공개법」에서 규정한 비공개정보에 해당될 경우에는 비공개하여야 한다.<sup>252)</sup> 「정보공개법」의 “정보”는 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다(동법 제2조 제1호). 그렇다고 하더라도 인권자료실에 비치된 자료는 그 자료를 생산한 부서에서 일반인에 대한 공개를 전제로 하여 제출된 자료이므로 인권자료실은 비치자료 하나하나에 대해 제3자와 관련되거나 다른 공공기관이 생산한 비공개대상자료가 포함되어 있는지 여부를 살펴야 할 의무까지 부담하는 것은 아니다. 그러나 비치자료에 대해 제3자 또는 다른 공공기관으로부터 비공개정보임을 이유로 비공개정보로 처리할 것을 요청받거나 우연히 비공개정보에 해당될 개연성이 있는 자료를 발견하였을 경우에는 일단 그 비치자료에 대해서는 일반인 열람제한조치등을 취한 후 그 자료를 생산한 부서에 위와 같은 사실을 알리어 그 부서로 하여금 「정보공개법」에서 정한 조치를 취하도록 하고, 인권자료실은 그 결과에 따라 업무를 처리하고 있다.<sup>253)</sup>

#### 다. 위원회간행물의 발간등록

각 부서의 장은 정기·부정기의 간행물을 발간하고자 하는 때에는 인쇄 전에 자료실장에게 간행물발간 등록신청을 하여야 하며, 이 경우 자료실장은 「간행물발간목록」에 이를 등록하고 각 부서의 장에게 발간등록번호를 부여하여야 한다. 「공공기관의기록물관리예관법률」(이하 “기록물법”)에 의하면 공공기관에서 발행하는 기록 및 간행물 등은 기록유산의 안전한 보존과 기록정보의 효율적 활용을 도모하기 위해 기록물관리기관에 등록해야 한다(동법 제16조). 이 법에서는 전문관리기관을 중앙기록물관리기관과 특수기록물관리기관으로 나누고 있다(동법 제2조). 중앙기록물관리기관은 행정자치부장관 소속하에 두고 있으며(동법 제5조), 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회, 국가안전기획부 또는 군기관은 기록물을 중앙기록물관리기관으로 이관하지 아니하고 직접 관리하는 것이 적합하다고 인정되는 경우에는 특수기록물관리기관을 설치·운영할 수 있도록 하고 있다(동법 제6조). 위원회는 그 성격상 독립된 국가기관으로써 특수기록물관

252) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 294쪽.

253) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 295~296쪽.



리기관을 설치·운영할 수 있어야 할 것으로 판단되나, 『기록물법』은 아직 국가인권위원회를 특수기록물관리기관으로 분류하고 있지 않고 있다. 따라서 특수기록물관리기관으로 설치·운영하는 것을 명확하게 하기 위한 법 개정이 필요하다.<sup>254)255)</sup>

간행물을 등록·발간하면 각 부서의 장은 발간일로부터 10일 이내에 당해 간행물 10부를 자료실장에게 제출하여야 한다. 이 경우 특별한 사유가 없는 한 간행물 내용을 수록한 파일을 함께 제출하여야 한다. 각 부서의 직원은 업무상 취득한 자료 및 기타사유로 취득한 자료 중 활용할 가치가 있다고 판단되는 자료는 자료실장에게 제출하여야 한다(『자료실규칙』 제9조).

254) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 368쪽.

255) 공공기관의 기록물관리예안 법률개정(안)입법예고안(행정자치부공고 제176호)에 따르면 국회·대법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회는 특수기록물관리기관에서 헌법기관기록물관리기관으로 명칭을 변경하고, 국가기록물의 통합적 관리를 위하여 기록관리 표준준수 등의 의무를 부과함(개정안 제9조)이라고 되어 있음. 따라서 국가인권위원회는 입법·사법·행정 등 어느 곳에도 소속되지 않은 특수독립기구(『위원회법』 제3조)로써, 헌법기관과 같은 영구기록물관리 기관을 설치 운영할 수 있도록 관련 법 개정을 요청 중에 있다.



## 법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출(제28조)

**제28조 (법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출)** ①위원회는 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.

②제4장의 규정에 의하여 위원회가 조사 또는 처리한 내용에 관하여 재판이 계속중인 경우, 위원회는 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 법원의 담당재판부 또는 헌법재판소에 사실상 및 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다.

### 1. 의견제출

① 위원회는 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판이 계속 중인 경우와 ② 「위원회법」 제4장의 규정에 의하여 위원회가 조사 또는 처리한 내용에 관하여 재판이 계속 중인 경우, 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에, 법원의 담당재판부 또는 헌법재판소에 의견을 제출할 수 있다. 그러나 전자의 경우에 대해서는 법률상의 사항에 대해서만 의견을 제출할 수 있는데 비하여, 후자의 경우에는 사실상 및 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다.

영미법계에서는 법정조언자(amicus curiae)라고 하여 재판과정상 필요하거나 계속중인 소송에 중요한 이해관계에 있는 자는 법원의 요청에 의하여 또는 요청이 없는 경우라도 자신의 법률적 견해를 전하는 경우가 많다. 국가인권기구 안내서 역시 이러한 방법을 통하여 인권문제와 관련된 국내적 및 국제적 인권기준을 법원에 알리는 것을 국가인권기구의 중요한 역할로 설명하고 있다.<sup>256)</sup> 우리 위원

256) 유엔인권고등판무관실, 국가인권기구 안내서, 124쪽.



회 역시 헌법재판소에서의 호주제도 위헌제청 사건에 위헌의견을 전달한 바 있다.<sup>257)</sup>

국가인권위원회가 제출하는 의견은 특별한 학식·경험이 있는 제3자의 보고로서 일종의 ‘감정’이다. 법원이 국가인권위원회에게 의견제출을 요청하는 것은 감정촉탁으로 볼 수 있다(『민사소송법』 제341조, 『형사소송법』 제179조의2). 그러나 감정의무가 있는(『민사소송법』 제334조 제1항, 『형사소송법』 제169조) 감정과는 달리 국가인권위원회의 의견제출은 재량행위이다. 법원은 국가인권위원회의 의견을 증거로서 사용할 수 있다. 다만 자유심증주의의 원칙상 법원과 헌법재판소 재판관은 『헌법』과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하며(『헌법』 제103조), 국가인권위원회의 의견에 기속되어 재판하지는 않는다.

또한 위원회는 법원 등의 요청이 없더라도 의견제출을 할 수 있다. 이는 적법한 위원회의 권한행사로써 계속중인 재판에 대한 부당한 관여는 아니다. 따라서 위원회는 이미 재판이 계속 중인 사건이라도 의견제출을 목적으로 조사를 실시할 수 있으며, 이는 진정의 원인이 된 사실에 관하여 재판이 진행중인 사건에 대한 진정은 이를 각하하여야 하는 것과는 구별된다.

## 2. 법률상의 사항, 사실상의 사항

법률상의 사항이란 사실관계에 대한 법규적용사항인 법률적 관점을 의미한다.<sup>258)</sup> 즉 구체적 사실의 존부문제인 사실문제가 아니라, 사실에 대한 평가적 판단 또는 그에 기하여 법률상 어떠한 법률효과를 인정할 것인가의 해석에 관한 사항을 의미한다.<sup>259)</sup> 사실상의 사항이란 위원회가 조사 또는 처리한 과정에서 사건에 대해 알게 된 사실에 관한 내용을 말한다. 제2항의 경우에도 어디까지나 사실상의 사항에 대한 의견이므로 이를 근거로 법원이나 헌법재판소가 국가인권위원회의 기록이나 자료의 제출을 요구할 수는 없다. 그 같은 필요가 있다면 법원이나 헌법재판소는 『민사소송법』 제352조<sup>260)</sup>나 『헌법재판소법』 제32조<sup>261)</sup>의 규정

257) 헌법재판소 2005. 2. 3. 2004헌가5 결정.

258) 이시윤, 『신민사소송법』(박영사, 2003), 201쪽.

259) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』(2005), 29쪽.

260) 제352조 (문서송부의 촉탁) 서증의 신청은 제343조의 규정에도 불구하고 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 보내도록 촉탁할 것을 신청함으로써도 할 수 있다. 다만, 당사자가 법령에 의하여 문서의 정본 또는 등본을 청구할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

261) 제32조 (자료제출요구등) 헌법재판소의 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공





을 이용하여야 한다. 이 경우 국가인권위원회는 촉탁이나 요구에 응할 일반 국법상의 의무를 부담한다.

### 3. 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판

인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판인지 여부는 각 사안에 따라 다르게 취급될 수밖에 없으나<sup>262)</sup>, 인권침해나 차별행위의 중대성, 사회적 영향력 등을 고려하여 위원회가 판단하여야 한다. 인권의 보호와 향상에 관하여 법원의 판결이나 헌법재판소의 선례가 될 수 있는 사건, 사회일반에 잘 알려지지 않은 사안으로 사회적 반향이 큰 사건 등이 이에 해당할 것이다(보상금규칙 제6조 참조).

---

공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다.

262) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집(2005), 29쪽.



## 보고서 작성(제29조)

**제29조 (보고서 작성 등)** ①위원회는 해마다 전년도에 활동내용과 인권 상황 및 개선대책에 관한 보고서를 작성하여 대통령과 국회에 보고하여야 한다.

②위원회는 제1항의 규정에 의한 보고 이외에도 필요하다고 인정하는 경우 대통령과 국회에 특별보고를 할 수 있다.

③관계기관 등은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 보고에 관한 의견, 조치결과 또는 조치계획을 위원회에 제출할 수 있다.

④위원회는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 보고서를 공개하여야 한다. 다만, 국가의 안전보장, 개인의 명예 또는 사생활의 보호를 위하여 필요하거나 다른 법률에 의하여 공개가 제한된 사항은 공개하지 아니할 수 있다.

### 1. 보고서의 작성

국가인권위원회는 전년도에 활동내용과 인권상황 및 개선대책에 대한 보고서를 작성하여 대통령과 국회에 보고하여야 한다. 파리원칙도 보고서의 제출을 국가인권위원회의 책임으로 규정하고 있다(제3조 (a)항). 파리원칙은 좀더 자세하게 이 보고서는 (i) 인권의 보호를 유지하고 확대하기 위하여 제정된, 사법과 관련된 조항은 물론 법률 및 행정입법의 조항들 (ii) 국가인권기구가 다루기로 결정한 모든 인권침해상황 (iii) 전반적인 인권상황과 구체적인 국내 인권문제에 관한 보고서의 준비 (iv) 국내의 어떤 지역에서든 인권이 침해되는 상황에 대한 정부의 관심을 촉구하고 그러한 상황에 끝내는 데 필요한 조치를 권고하고 필요한 경우 정부의 입장과 행동에 대한 의견표명과 같은 영역에 관련이 있어야 한다고 규정하고 있다. 『위원회법』 제19조의 업무를 고려해 볼 때, 파리원칙에서 열거하고 있는 것들은 모두 위원회의 고유 업무로서 연간보고서에 포함될 수 있을 것이다.

한편 위원회는 필요하다고 인정하는 경우 특별보고도 할 수 있다. 이 특별보고



는 위원회의 일상적인 업무가 아니라, 인권의 보장과 향상에 매우 중요하고, 사회적으로도 중요한 이슈가 된 사항에 대해서 국회나 대통령의 도움을 구하기 위해 보고를 하는 것이다. 이 보고의 내용에 대해서는 구체적으로 규정된 바는 없으나, 제1항을 미루어 보았을 때, 인권상황이나 그 개선대책에 관련된 시급한 사항이나 중대한 사항이 대상이 될 것이다.<sup>263)</sup> 이는 「위원회법」 제25조의 권고나 의견표명과는 다른, 그야말로 특별한 조치에 해당한다.

## 2. 보고서 제출기관

오스트레일리아, 뉴질랜드, 캐나다는 보고서를 법무부장관에게 제출하는데 비하여, 남아프리카공화국은 대통령과 의회에게 제출한다. 우리 입법은 후자의 예를 따르고 있다. 이처럼 대통령과 국회에 보고서를 제출하는 것은 감사원이 매년 세입·세출의 결산을 검사하여 대통령과 차년도 국회에 그 결과를 보고하는 것과 유사하다(「헌법」 제99조). 위원회는 법무부장관이 아니라 대통령과 의회에 대하여 보고함으로써 독립기관으로서의 위상을 유지할 수 있다. 이는 감사원이 감사결과를 국민적 정당성을 직접적으로 확보하고 있는 대통령과 국회에 보고함으로써 독립성을 확보하는 것과 동일한 이치이다.<sup>264)</sup>

위원회의 연간보고서를 통해 현재의 인권상황과 각 국가기관이 인권의 보장과 향상을 위해서 노력한 정도를 알 수 있다. 제3항에서 관계기관 등은 보고에 관한 의견, 조치결과 또는 조치계획을 위원회에 제출할 수 있다고 규정한 것도 결과보고서의 실효성을 제고시키는 기능이다. 또한 국회에 사업내용을 설명함으로써, 위원회의 활동을 국회에 알리고 예산편성 및 필요한 법령의 제개정에 있어서 도움을 받을 수 있다.

263) “2005년도 국회의장에 대한 특별보고서의 내용을 살펴보면 ‘I. 일반 현황, II. 국가인권위원회의 성격, III. 주요 업무실적, IV. 비전과 주요 현안과제, V. 건의 사항’으로 되어 있다. 건의사항이 이 특별보고서의 결론에 해당하는데, 건의사항의 내용은 ‘1. 국가인권위원회법 개정(안) 6월 임시국회 통과 지원 2. 국가인권위원회의 위상 강화 지원 3. 국가인권위원회 권고사항 최대한 반영 요망 4. 국회(의원)와 국가인권위원회의 상시적 업무협력 채널 구축 5. 국회 인권활동 활성화’로서 위원회의 활동을 위해 국회에 요청할 사안들을 담고 있었다. 이처럼 특별보고는 특별한 시기의 주된 사항들을 전달하는 유용한 수단으로 쓰일 수 있다.” 이상의 내용은 국가인권위원회 정책총괄과, 『2005년 국회의장 특별업무보고』, 국가인권위원회 홈페이지, ([http://www.humanrights.go.kr/policy/policy/poli03\\_04\\_view.jsp](http://www.humanrights.go.kr/policy/policy/poli03_04_view.jsp)), 2005.5.6.

264) 성낙인, 『헌법학(제3판)』(법문사, 2003), 875쪽.



### 3. 보고서의 공개

위원회는 보고서를 공개하여야 한다. 보고서의 공개는 국민들에게 현재의 인권 상황을 알린다는 계몽적인 역할과 아울러, 이에 기반하여 형성된 여론을 바탕으로 인권향상에 비협조적인 관계기관을 압박할 수 있다. 다만, 국가의 안전보장, 개인의 명예 또는 사생활의 보호를 위하여 필요하거나 다른 법률에 의하여 공개가 제한된 사항은 공개하지 아니할 수 있다(제4항). 따라서 「정보공개법」의 비공개정보(「정보공개법」 제9조)와 「개인정보보호법」에 따라 보호되는 개인정보는 공개하지 아니할 수 있다.





## 조사대상(제30조 제1항)

### 1. 권리침해행위

**제30조 (위원회의 조사대상)** ①다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.

1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우

인권침해의 주체인 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설과 관련한 설명은 이미 앞부분에서 설명하였으므로 해당 부분을 참고하기로 하고, 여기에서는 침해의 대상인 기본권인 「헌법」 제10조에서 제22조에 이르는 기본권의 내용에 대하여 설명하기로 한다.

#### 가. 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치, 행복추구권

**헌법 제10조 (인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장)** 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.



## 가) 인간의 존엄과 가치

### ① 의의

헌법의 인간상은 고립된 주권적 개인도, 전체의 한 부품으로서의 인간도 아닌 타인과의 관계 속에서 자신을 실현시켜 나가는 인격체로서의 인간이며, 이런 의미에서 생물학적인 모든 인간의 존엄과 가치는 보호되어야 한다. 인간의 존엄성은 근대 인권선언에서는 자명한 전제로 명시되지 않았으나 제1, 2차 세계대전 및 전체주의의 경험에 대한 반성으로 국제적인 인권협약과 각국 헌법에 명시되기 시작했다. 우리나라도 1962년의 헌법에서 인간의 존엄과 가치를 규정하기에 이르렀다.<sup>265)</sup>

### ② 내용

#### i) 인간의 존엄과 가치의 일반적인 내용

인간의 존엄성에 따라 우선 인간은 인간임이 보호되어야 한다. 따라서 인간을 물건처럼 취급하거나 인간의 가치보다 물질 법익을 우선시하는 것은 허용되지 아니한다. (예: 인신매매, 인간실험 등의 금지) 또한 인간은 주체이자 목적으로 보호되어야 한다. 따라서 인간을 단순한 객체나 수단으로 전락시키는 것은 허용되지 아니한다.(예: 형사절차상 물리적 강제수단의 사용 제한, 전체주의 이념의 불허),<sup>266)</sup>

#### ii) 일반적 인격권의 도출

헌법재판소는 인간의 존엄과 가치와 행복추구권으로부터 구체적인 권리로서 ‘일반적 인격권’이 도출된다고 보고 있다.<sup>267)</sup> ‘일반적 인격권’이라 함은 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익, 즉 생명·신체·건강·명예·성명·초상·사생활의 비밀과 자유 등의 향유를 내용으로 하는 권리를 말한다.<sup>268)</sup>

265) 1945년의 국제연합헌장 전문, 1948년의 세계인권선언 제1조, 1966년의 국제인권규약(경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약, 이하 A규약) 전문은 인간의 존엄성을 규정하고 있다.

266) 계희열, 『헌법학(중)(신정판)』(박영사, 2004), 197쪽.

267) 헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’라고 규정하여 모든 기본권 보장의 종국적 목적이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다(헌법재판소 1990. 9. 10. 자 89헌마82 결정).

268) 권영성, 『헌법학원론(전정판)』(법문사, 2004), 377, 445쪽.



### ③ 침해형태

역사적으로 볼 때 인간의 존엄성에 대한 전형적 침해영역은 다음과 같이 나누어 살펴볼 수 있다.<sup>269)</sup>

첫째, 인간의 법적 평등이 존중되지 않을 때 존엄성은 침해된다. 노예제도, 인종차별, 입양아의 상업적 중개행위 등은 존엄성의 침해행위이다.

둘째, 인간의 신체적 완전성이 침해될 때 존엄성은 침해된다. 이와 관련하여 최근에 크게 발전한 유전공학은 많은 문제를 제기하고 있다.<sup>270)</sup>

셋째, 인간의 정신적 정체성이 침해될 때 존엄성은 침해된다. 따라서 당사자의 동의 없는 거짓말탐지기의 사용이나 최면술의 적용은 금지된다.<sup>271)</sup>

넷째, 법치국가적 절차에 따르지 않은 국가권력의 행사로 존엄성은 침해된다. 따라서 무엇보다도 형사절차에 있어서 피의자의 권리가 보장되어야 한다.

다섯째, 개인적·사회적 생활이 보장되지 않을 때 존엄성은 침해된다. 열악한 수용시설, 인간다운 생존을 위해 필요한 최소한의 수입에 대한 과세가 그 예이다.

### ④ 인간의 존엄과 가치의 주체

「헌법」 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다’고 규정하고 있으나 이는 인간의 권리로서 외국인도 주체가 된다. 다만 존엄권은 육체와 정신의 총체인 자연인만이 가질 수 있으며, 법인은 그 주체가 될 수 없다. 존엄권과 관련하여 제기되는 특별한 문제는 태아와 죽은 사람의 경우이다.

#### i) 태아

태아는 행위능력이 없으므로 존엄권을 부정하는 견해도 없지 않으나, 존엄권이

269) 계획열, 앞의 책, 199쪽.

270) 생명윤리및안전에관한법률(2004. 1. 29 제정)은 ①인간을 복제하기 위하여 체세포 복제배아(핵이 제거된 인간 또는 동물의 난자에 인간의 체세포를 이식하는 체세포 핵이식행위에 의하여 생성된 배아)를 자궁에 착상·유지 또는 출산하는 행위를 금지하고 있고(법 제11조), ②임신 외의 목적으로 배아를 생성하는 행위, 특정의 성을 선택할 목적으로 정자와 난자를 선별하여 수정시키거나 사망한 자 또는 미성년자의 정자와 난자로 수정시키는 행위 및 매매의 목적으로 정자 또는 난자를 제공하는 행위 등을 금지하고 있으며(법 제13조), ③희귀·난치병 등의 질병치료를 위한 연구목적 외에는 체세포핵이식행위를 금지하며, 체세포핵이식행위를 이용할 수 있는 연구의 종류·대상 및 범위는 국가생명윤리심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하도록 하고 있다(법 제22조).

271) 대법원은 거짓말 탐지기의 사용결과의 증거능력은 피의자의 승낙과 더불어 엄격한 요건 하에서만 인정될 수 있다고 판시하고 있다(대법원 1979. 5. 22. 선고, 79도547 결정 참조).





권리를 사실적으로 행사할 능력을 전제로 하지는 않는다는 점에서 헌법적으로 생명의 시기(始期)를 수태로 보는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 태아도 생명권의 주체가 된다.<sup>272)</sup> 나아가 최근 인공수정이나 인간복제연구와 관련하여 생명의 시기를 보다 빠른 단계에서 보호할 필요성이 증가함에 따라 다수의 학자들은 의학이 발전한 오늘날 인간의 존엄성은 ‘모체에서 수태되기 전의 수정란’의 단계에서부터 보호되어야 한다고 보고 있다.<sup>273)</sup>

## ii) 죽은 사람(死者)

인간의 사체에는 인격성이 없기 때문에 원칙적으로 사자의 존엄권은 인정되지 아니한다. 이와 관련하여 새롭게 논란의 대상이 되는 것은 장기이식, 혹은 시체해부의 경우이다. 물론 본인이나 유족의 동의가 있고 법규에 따른 경우에는 문제될 것이 없으나, 생전의 동의나 법적 근거가 없는 경우에도 시체의 해부와 실험이 허용되어야 한다는 주장이 대두되어 논란이 되고 있다.<sup>274)</sup> 이에 대해서는, 공익이라는 허용 기준이 모호하여 시체의 산업적 이용을 낳을 수 있으므로 엄격한 기준에 따라 제한적으로 허용되어야 한다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>275)</sup>

### ㉠ 인간의 존엄성에 관한 헌법재판소 결정례

1. 경찰서 유치장 내 불충분한 차폐시설의 사용 강제(헌법재판소 2001. 7. 19. 자 2000헌마546 결정); 경찰서 유치장에 수용되어 있는 동안 차폐시설이 불충분하여 사용과정에서 신체부위가 다른 유치인들 및 경찰관들에게 관찰될 수 있고 냄새가 유출되는 실내화장실을 사용하도록 강제한 행위는 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 전체적으로 볼 때 비인도적·굴욕

272) 김병욱, “생명권과 관련된 몇 가지 문제점들”, 『공법연구』 제28집 제4호 제2권 (2000), 96쪽.

273) 수정란은 자궁에 착상하기 이전에는 생물학적 특성상 생명체로 보기 어렵기 때문에 형법 적용에서 배제되어 있고, 현행형법상 수정란에 대한 조작 및 침해행위는 낙태죄나 상해죄로 처벌받지 아니한다. 그러나 헌법상으로는 생명체로 간주되어 인간의 존엄성 보장의 주체가 된다(권영성, 앞의 책, 377쪽).

274) 이러한 견해를 정리해보면, 첫째 순수한 의학적 연구를 위한 해부와 실험은 당사자나 유족의 동의 없이 허용될 수 없다고 보지만, 둘째 사인이나 질병의 원인에 대한 병리학적 규명을 위한 해부와 실험은 동의 없이도 허용된다는 견해와 반대하는 견해가 갈리며, 셋째 타인의 생명을 구하기 위한 이식은 동의 없이도 허용된다는 경향을 보이고 있다.

275) 권영성, 앞의 책, 377쪽.



적일 뿐만 아니라 동시에 비록 건강을 침해할 정도는 아니라고 할지라도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

2. 피의자에 대한 과잉신체수색(헌법재판소 2002. 7. 18. 자 2000헌마327 결정); 청구인들이 유치장에 재수용되는 과정에서 흉기 등 위험물이나 반입 금지물품을 소지·은닉할 가능성이 극히 낮았음에도 불구하고, 청구인들을 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 한 이 사건 신체수색은 그 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 명백하게 벗어난 조치로서, 이로 말미암아 청구인들에게 심한 모욕감과 수치심만을 안겨주었다고 인정하기에 충분하므로 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권 및 제12조의 신체의 자유가 침해된 것으로 판단된다.
3. 민법 제746조 명예훼손에 대한 구제수단으로서 사죄광고(헌법재판소 1991. 4. 1. 자 89헌마160 결정); 사죄광고과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위하여 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성의 분열이 필연적으로 수반되게 된다. 민법 제764조가 사죄광고를 포함시키는 취지라면 그에 의한 기본권 제한에 있어서 그 선택된 수단이 목적에 적합하지 않을 뿐 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙이 정한 한계를 벗어난 것으로...(중략)...인격권의 침해에 이르게 된다.
4. 청소년의성보호에관한법률 상의 성매수자 신상공개(헌법재판소 2003. 6. 26.자 2002헌가14 결정); 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 청소년 성보호라는 공익적 요청에 비해 크다고 할 수 없으므로 결국 법 제20조 제2항 제1호의 신상공개는 해당 범죄인들의 일반적 인격권, 사생활의 비밀의 자유를 과잉금지의 원칙에 위배하여 침해한 것이라 할 수 없다. 다만 반대의견으로서는 국가가 개인의 치부에 의한 정보를 함부로 공개함으로써 사회가 그 개인을 바라보는 인격상 형성에 관한 자기결정권을 침해하게 되므로 개인의 인격권의 침해에 이르고, 그 정보의 내용이 불충분하여 입법 목적을 달성하기 어려운 반면, 개인에게 미치는 불이익은 지나치게 커서 과잉금지의 원칙에 반한다는 의견이 있었다.



### ㉠ 인간의 존엄성과 가치에 관한 국가인권위 결정례

- ▶ 관행적인 밤샘조사와 폭언 등의 가혹행위(2003.3.21.자 02진인1188 결정); 관행적인 밤샘조사와 폭언 등의 가혹행위에 대하여 헌법 제12조 제1항 및 형사소송법 제309조를 위반한 것으로 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 인정된다.
- ▶ 피의자 체포 후 이송과정에서의 폭언(2003.11.10.자 03진인161 결정); 경찰관이 폭력혐의자를 자신의 승용차에 태워 경찰서로 이송하는 과정에서 5회 정도에 걸쳐 폭언을 한 것이 경찰공무원복무규정 제4조(예절)에서 규정하고 있는 국민에 대한 친절의무를 위반한 것이고, 연장자인 혐의자에 대하여 사회상규상 용인될 만한 수준을 넘어서 피의자의 인격적 가치를 훼손한 것으로 판단된다.
- ▶ 유치인에 대한 알몸신체검사(2002.10.14.자 02진인664 결정); 경찰서 유치장에서 가운을 입지 않은 상태에서 바지와 팬티를 내리게 하는 방법 등의 알몸신체검사를 통해 진정인들에게 수인하기 어려운 정도의 모욕감과 수치심을 안겨준 경찰관들의 직무권한 행사는 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등 과잉금지의 원칙에 위배되는 것으로, 유치인의 헌법상 보장된 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것이다.
- ▶ 자의적인 판단에 따른 과도한 신체검사(2003.4.7.자 02진인501 결정); 경찰관이 자해우려 등에 대한 자의적인 판단으로 진정인에게 가운도 입히지 않은 상태에서 가슴이 드러나게 하는 등의 과도한 방법으로 신체검사를 실시한 것은 관련 규칙과 지시사항을 위반한 행위이며 진정인에게 심한 모욕감과 수치심을 준 것으로 볼 수 있고, 아울러 그 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 벗어난 것으로 판단되므로 헌법 제10조 및 제12조가 보장하는 진정인의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것이다.
- ▶ ‘성범죄 수사 피해자 보호에 관한 지침’ 위반(2003.3.31.자 02진인2290 결정); 경찰이 성폭행 피해자인 진정인을 조사하면서 비인격적으로 대우하고 동인에 대한 보호조치를 소홀히 한 것은 경찰청 제정의 ‘성범죄 수사 시 피해자보호에 관한 지침’을 위반한 행위이며, 진정인에게 모멸감, 불안감, 자괴감, 성적 수치심 등 정신적 고통을 준 것은 헌법 제10조가 보장하는 기본권을 침해한 것으로 판단된다.
- ▶ 강간피의사건에 대한 무리한 대질조사와 장시간조사(2004.5.10.자 02진인928 결정); 피진정인이 미성년 강간피해자를 조사함에 있어서 장시간 조사, 가해자와의 대질조사 및 보호자 입회불허 등으로 피해자에 대한 보호조치를 소홀히 한 것은 대검찰청 예규 제290호(성범죄조사및 공판관여시 피해자보호에 관한지침)를 위반한 행위일 뿐만 아니라 이로 인해 피해자



에게 불안감, 성적 수치심, 육체적 고통을 안겨 준 것으로서 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄과 가치로부터 유래되는 인격권을 침해한 것이고, 아울러 헌법 제12조에 규정된 신체의 자유로부터 유래된 신체의 안전을 보호받을 권리를 침해한 것으로 판단된다.

- ▶ 경찰청에 대한 사면·복권자 명단 통보지체(2004.3.31.자 03진인5034 결정); 검찰의 전과정보처리 지연으로 경찰청에서 관리하는 수사자료표에 피해자의 사면·복권정보가 신속히 변경되지 아니함으로써, 결국 수사실무자들이 변경 전의 전과정보를 잘못 사용하여 피해자에게 모욕감과 수치심을 주는 등으로 헌법 제10조에서 연유하는 인격권이 침해된 점이 인정된다.
- ▶ 무연고환자 보호조치에서 자의적 판단에 따른 정신의료기관 이송 관행(2003.2.5.자 02직인1, 02진인516 결정); 경찰관이 경찰관직무집행법 제4조에 의거 무연고환자 보호조치를 함에 있어, 정신질환여부를 자의적으로 판단하여 직접 정신의료기관으로 이송하는 현행 관행은 정신의료기관에 입원할 필요성이 없는 무연고환자를 정신의료기관에 장기간 입원수용하게 하거나 혹은 응급을 요하는 환자가 적절한 응급조치를 받지 못함으로써 사망에 이르게 하는 등 무연고환자의 인권을 침해할 소지가 있다고 판단된다.
- ▶ 지체 1급 장애인에 대한 부당구금(2003.2.15.자 03진인295 결정); 지체1급 장애인인 피해자를 불구속상태로 수사할 수 있었음에도 구속수사를 하고 있는 바, 피해자는 배뇨 및 배변을 혼자서 쉽게 처리할 수 없는 상태에 있으므로 이러한 중증장애인에 대하여 아무런 편의시설이 없는 구금시설에 수용하는 것은 부당하고 구치소에 계속 구금할 경우 인간으로서의 기본적인 품위유지조차 어렵게 할 뿐만 아니라 건강에 대해서도 심각하거나 또는 돌이킬 수 없는 악영향을 주는 등 국가인권위원회법 제30조 제1항 소정의 헌법 제10조에서 보장된 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것이라 판단된다.
- ▶ 동명이인에 대한 부당한 소재수사(2004.4.30.자 03진인87 결정); 피진정인들은 수차례의 경찰관 방문, 고소인과의 통화 등을 통하여 진정인과 피고소인이 동명이인임을 확인한 바 있고, 담당 검사가 2차례나 부당소재수사의 잘못을 인정하고 사과를 함과 아울러 향후 진정인에 대한 소재수사 중지 등을 약속하였음에도 불구하고, 기록검토 내지 인수인계 소홀 등으로 4회에 걸쳐 진정인에 대하여 반복적으로 소재수사를 실시한 것은 진정인의 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.
- ▶ 구금시설의 징벌실 내 화장실 칸막이 미설치(2003.2.10.자 02진인1089 등 결정); 구금시설의 징벌실 내 화장실 칸막이 등을 설치하지 아니한 것과



소방(小房)의 거실과 화장실 사이에 50cm 정도의 가림막만을 설치한 것은 수용자로 하여금 기본적 품위를 지키지 못하고 수치심이나 굴욕감을 느끼게 하는 등 헌법 제10조에 보장된 인격권을 침해한 것이다.

- ▶ 의료행위 과정에서의 수용자 비하와 모욕적인 발언(2003.3.4.자 02진인1029 결정); 인격권은 인간의 존엄과 가치를 바탕으로 하며, 모든 국가작용의 가치적 실천기준으로서의 성격을 지니고 있다는 점에 비추어 보면, 구금시설의 의료담당 인력이 수용자에 비해 현저히 부족한 현실적인 어려움을 감안한다고 하더라도 구금시설에서 수용자들에 대한 의료행위를 하는 과정에서 진정한 등 수용자들을 비하하고 인격적인 모욕감을 주는 발언을 한 행위는 수용자들의 헌법 제10조에 보장된 인격권을 침해하는 행위이다.
- ▶ 구금시설 수용자에 대한 진료상의 주의의무 소홀(2004.1.16.자 03진인399 결정); 구금시설은 수용자의 건강을 위해 각별히 주의를 기울여야 함에도 진료상의 주의의무를 소홀히 함으로써 수용자가 외부치료 등 적절한 진료를 받지 못하고 오랫동안 고통을 받은 점이 인정되므로, 구금시설의 위와 같은 행위는 헌법 제10조에 보장된 인간의 존엄과 가치를 침해한 경우에 해당한다.
- ▶ 0.9평 미만의 전국 교도소 및 구치소 징벌실(2004.2.27.자 03진인7966 결정); 법무부장관에게 0.9평 미만의 전국 교도소 및 구치소 징벌실에 대해서는 조속한 시일내에 ‘법무시설기준규칙’이 정하는 기준에 부합 하도록 증·개축할 것을 권고하고, 피진정인 진주교도소장에게 교도소 징벌실의 증·개축 이전까지 징벌실에 2인 이상 수용되지 않도록 하고, 수용자가 정상적인 수면자세를 취할 수 있도록 징벌실을 개·보수할 것을 권고한다.
- ▶ 피보호자들에 대한 외국인보호소 소속 직원들의 정당한 이유없는 비디오 촬영(2003.7.14.자 02진인1961 결정); 외국인보호소 소속 직원들의 피보호자에 대한 비디오 촬영은 보호업무 수행을 위하여 필요 최소한도로 제한되어야 함에도 불구하고 시험작동 또는 합리적 이유없이 피보호자들을 비디오 촬영한 행위는 이들의 인격권을 침해한 행위이다.
- ▶ 공항여객터미날에 상주하는 직원에 대한 소지품 개장검색(2003.1.9.자 02진인1367 결정); 공항여객터미날에 상주하는 직원에 대해서 매일 근무를 마치고 나올 때마다 소지품 등을 공항세관으로부터 공무를 위탁받은 특수경비원이 개장검색하는 것은 권한없는 자의 권력적 사실행위이고, 심증적·자의적인 검색방법이므로 국가인권위원회법 제30조 제1항 및 제2항 소정의 헌법 제10조 인격권 및 제11조 평등권을 침해한 것으로 판단된다.



- ▶ 피해자가 부정입학했다는 내용의 유인물을 배포한 행위(2004.11.8.자 04진인3883 결정); 학생회 임원 및 학생들을 대상으로 피해자의 부정입학 의혹과 관련하여 ‘무시험’ ‘낙하산’ 등으로 표현하고 피해자 측이 부정입학을 무마하기 위해 금품을 제공하였다고 오인할 수 있는 언동을 하고 유인물을 배포하여 피해자에게 상당한 정신적 고통을 입힌 행위는 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단된다.
- ▶ 조선인동포강제퇴거(2002.8.9.자 02진인1382); 술에 취해 있던 조선족 중국인의 단순한 욕설행위 등이 출입국관리법 제11조 제1항 제3호 및 제4호, 제46조 제2호 소정의 외국인에 대한 강제퇴거사유에 해당되지 않는다. 출입국관리사무소장의 강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 제기한 경우, 이의신청 및 행정소송 등 필요한 구제조치가 종결되기 전에 강제퇴거명령이 집행되면 피해자들에게 회복할 수 없는 피해발생이 예상되므로 강제퇴거명령의 집행이 구제조치에 대한 절차가 종결될 때까지 정지됨이 상당하다.
- ▶ 이주노동자강제퇴거(2002.8.24.자 02진인1467); 대한민국 영역안에 있는 외국인이 내국인과 다투던 중 상해를 입고 입힌 행위가 출입국관리법 제11조 제1항 제3호 및 제4호, 제46조제2호 소정의 외국인에 대한 강제퇴거사유에 해당되지 않는다. 출입국관리사무소장의 강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 제기한 경우, 이의신청 및 행정소송 등 필요한 구제조치가 종결되기 전에 강제퇴거명령이 집행되면 피해자들에게 회복할 수 없는 피해발생이 예상되므로 강제퇴거명령의 집행이 구제조치에 대한 절차가 종결될 때까지 정지됨이 상당하다.
- ▶ 불법체류자 강제퇴거(2002.12.9.자 02진인1487); 불법체류 외국인노동자라 하더라도 진정한이 폭행사건의 실질적 피해자로 상해에 대한 민사적 권리구제조치 및 임금체불이 청산되지 않은 상황에서 강제퇴거를 집행하는 것은 헌법 제10조의 인간의 존엄 및 행복추구권을 침해하는 경우로 판단된다.

## 나) 행복추구권

### ① 의의

행복추구권이란 인격에 따라 상이할 수밖에 없는 행복을 인격적 행동을 통해 얻으려는 권리로서, 다시 말해 행복 그 자체가 아니라 행복을 추구하는 개인의 활동을 보호하는 기본권이다. 따라서 행복추구권은, 적극적으로는 행위를 통하여 인격을 자유롭게 발현할 자유인 일반적 행동자유권을 보장내용으로 하고, 소극적



으로는 개인이 인격을 자유롭게 발현할 수 있는 조건과 상태를 보장하는 일반적 인격권을 그 보장 내용으로 한다.<sup>276)</sup>

행복추구권은 하나의 독자적인 기본권이지만 다른 기본권과 달리 포괄적인 일반 조항이기 때문에 다른 개별적 기본권에 대해 보충적으로 적용된다.<sup>277)</sup> 다만 헌법재판소는 행복추구권은 어디까지나 자유권의 일반조항이므로 행복추구권으로부터 ‘국민이 필요한 급부를 국가에 요구할 권리’가 도출되는 것은 아니라고 하였다.<sup>278)</sup>

## ② 내용

### i) 일반적 인격권과 그 내용으로서 자기결정권

인격의 자유로운 발현을 위한 일반적 인격권의 구체적 내용은 크게 자기표현권, 자기유지권, 자기결정권으로 나누어 볼 수 있다.<sup>279)</sup> ‘자기표현권’은 자신을 왜곡하거나 자신의 의사에 반하는 자신에 대한 공개적인 표현에 대하여 방어할 수 있는 권리이다. 여기에는 개인의 명예에 대한 보호, 초상권, 도청과 은밀한 녹취로부터 보호받을 권리, 반론권 및 정정요구권, 개인정보에 대한 포괄적인 자결권이 포함된다. ‘자기유지권’은 개인이 사생활 영역으로 돌아가 은거하고 홀로 있을 권리이다. 이 내용과 관련해서는 「헌법」 제17조의 사생활의 비밀과 자유가 특별

276) 헌법재판소는 종래 다수의 결정(헌법재판소 1991. 6. 3. 자 89헌마204 결정 및 그 이후의 다수 결정)에서 행복추구권의 구체적인 내용으로서 ‘일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권’을 언급하면서, 한편으로는 일부 결정(헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 자 결정; 1997. 7. 16. 자 95헌가6등 결정; 1997. 3. 27. 자 95헌가14등 결정)에서는 ‘개인의 인격권 및 행복추구권’이라고 표현하여 인격권과 행복추구권을 병렬적으로 언급함으로써 ‘행복추구권’, ‘일반적 행동자유권’, ‘개성의 자유로운 발현권’, ‘인격권’이 서로 어떠한 관계에 있는지 명확히 하고 있지 않다(한수웅, “헌법상의 인격권- 특히 헌법 제10조의 행복추구권, 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 보호에 관하여-”, 『헌법논총』 제13집(헌법재판소, 2002)).

277) 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로, 공무담임권이라는 우선적으로 적용되는 기본권이 존재하여 ... 그 침해여부를 판단하는 이상, 행복추구권 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다(헌법재판소 2000. 12. 14. 자 99헌마112등 결정).

278) 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가지므로 국민에 대한 일정한 보상금의 수급기준을 정하고 있는 「국가유공자예우등에관한법률」 제9조가 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다(헌법재판소 1995. 7. 21. 자 93헌가14 결정).

279) 계획열, 앞의 책, 218쪽.



기본권으로서 우선 적용된다. ‘자기결정권’은 삶과 죽음, 인생의 설계, 생활 방식의 결정 등에 있어서 개인이 자율적으로 자신의 생활 영역을 결정·형성할 수 있는 권리이다. 헌법재판소는 이러한 의미의 자기결정권에 성적 자기결정권<sup>280)</sup>, 혼인에서 상대방을 선택할 권리<sup>281)</sup>, 소비자의 자기결정권<sup>282)</sup> 등이 포함된다고 판시하고 있다.

우리사회에서 자신의 삶을 결정할 권리로서 사회적 문제가 되고 있는 사례는 성장기 청소년의 복장이나 두발에 대한 규제이다. 이에 대하여 국가인권위원회는 두발자유는 학생의 기본적 권리이므로, 각급 학교 내에서의 두발 제한과 단속이 교육의 목적상 필요최소한의 범위 내에서 이루어지도록 할 것, 각급 학교의 두발 제한과 관련된 학칙 또는 학교생활규정 제·개정시 인권침해가 있다고 인정되는 경우에 지도·감독 기관이 그 시정을 요구할 수 있도록 할 것, 두발 관련 학칙 또는 학교생활규정의 제·개정시 학생의 의사가 실질적으로 반영될 수 있는 제도를 마련할 것, 학생의 의사에 반한 강제이발은 인권침해이므로 재발방지를 위한 적극적 조치를 마련할 것을 권고한 바 있다.

## ii) 일반적 행동자유권

행복추구권의 보호영역에 속하는 한 범주로서의 일반적 행동의 자유란 비정형적인 행동의 자유를 보장하는 것으로서, 헌법에 열거된 기본권들 중 어느 하나의 보호영역 내에 포섭되지 않는 행동들을 포괄하는 보호영역을 말한다. 여기에서 말하는 행동의 자유란 적극적으로 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉 부작위의 자유도 의미한다.<sup>283)</sup> 일반적 행동자유권의 구체적인 보호내용으로는 행복추구의 수단이 될 수 있는 개별적 기본권 외에 헌법에 열거되지 아니한 것들이 포함되는데, 평화적 생존권·휴식권<sup>284)</sup>·수면권·일조권 등

280) 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권 또한 포함되어 있다(헌법재판소 1990. 9. 10. 자 89헌마82 결정).

281) 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권을 그 전제로 하고 있으며, 이 자기운명결정권에는 성적 자기결정권 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다(헌법재판소 1997. 7. 16. 자 95헌가6등 결정).

282) 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 소비자의 자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보호된다(헌법재판소 2002. 10. 31. 자 99헌바 76등 결정).

283) 헌법재판소 1991. 6. 3. 자 89헌마204 결정.

284) ‘휴식권’은 헌법상 명문의 규정은 없으나 포괄적 기본권인 행복추구권의 한 내용으





개인의 생활조건에 관한 권리와 위험한 스포츠를 즐길 권리와 같은 위험한 생활 방식으로 살아갈 권리 등이 여기에 포함되며, 헌법재판소는 일반적 행동자유권으로부터 계약의 자유가 파생된다고 보고 있다.<sup>285)</sup>

### ③ 주체

행복추구권을 인격의 자유발현권으로 본다면 인격의 소유자인 자연인만이 그 주체가 될 수 있는 것은 당연하다. 다만 법인도 경우에 따라 예외적으로(가령 계약의 자유) 주체가 될 수 있다. 행복추구권은 권리를 실현하려는 적극적 권리이기 때문에 사자는 그 주체가 될 수 없으나 태아는 잠재적 활동능력을 갖고 있기 때문에 그 주체가 될 수 있다.<sup>286)</sup>

### ④ 제한과 한계

‘자기보존’을 내용으로 하는 인간의 존엄이 절대적 보호대상인데 반하여, ‘자기발현’을 내용으로 하는 행복추구권은 타인과의 관계에서 제한될 수 있다는 특징을 갖는다.<sup>287)</sup> 따라서 행복추구권이 반국가적·반사회적·반도덕적 행위로 나타날 경우에는 「헌법」 제37조 제2항에 따라 이를 제한할 수 있다.

#### ☞ 행복추구권에 관한 헌법재판소 결정례

1. 동성동본 금혼제 (헌법재판소 1997. 7. 16.자 95헌가6 결정); 이는 현대의 자유민주주의사회에서는 이제 사회적 타당성 내지 합리성을 상실하고 있음과 아울러 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법이념 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립·유지라는 헌법규정에 정면으로 배치될 뿐 아니라, 남계혈족에만 한정하여 성별에 의한 차별을 함으로써 헌법상의 평등의 원칙에도 위반되며, 그 입법목적은 이제 혼인에 관한 국민의 자유와 권리를 제한할 사회질서나 공공

로 볼 수 있을 것이다(헌법재판소 2001. 9. 27. 자 2000헌마159 결정).

285) 행복추구권은 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하며 또한 일반적인 행동자유권에는 당사자 자신이 자유롭게 계약을 체결할 수 있고 원하지 않는 계약을 체결하지 않을 자유인 이른바 계약자유 원칙이 포함된다(헌법재판소 2001. 2. 22. 자 99헌마365 결정).

286) 계획열, 앞의 책, 224쪽.

287) 헌법이 보장하는 행복추구권이 공동체의 이익과 무관하게 무제한의 경제적 이익의 도모를 보장하는 것이라고 볼 수 없다(헌법재판소 1995. 7. 21. 자 94헌마125 결정).



복리에 해당될 수 없다는 점에서 헌법 제37조 제2항에도 위반된다.

2. 자의적인 기소유예처분과 피의자의 행복추구권(헌법재판소 1989. 10. 27. 89헌마56); 범죄혐의가 없음이 명백한 사건인데도 이에 대하여 검찰관이 자의적이고 타협적으로 기소유예처분을 했다면 이는 헌법 제11조 제1항의 평등권, 헌법 제10조의 행복추구권을 침해한 것이다.

### ㉠ 행복추구권에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 피의자 조사과정에서의 폭언과 무리한 야간조사(2004.6.9.자 03진인6345); 경찰관이 피의자를 조사함에 있어서 범죄혐의를 부인하던 나이 어린 피의자에게 폭언을 하고, 야간조사를 할 만한 부득이한 사유가 없었음에도 불구하고 동의를 받지 아니하고 적절한 휴식을 제공하지 않은 것은 헌법 제10조에 연유하는 피해자의 인격권, 수면권 및 휴식권을 침해한 것으로 인정된다.
- ▶ 시력이 나쁜 유치인으로부터의 안경 회수(2003.2.10.자 02진인407); 경찰서 유치장에 수용된 시력이 나쁜 유치인에게서 안경을 회수한 것은 시력이 나빠 안경을 착용하지 않으면 일상생활을 제대로 할 수 없고, 안경도 의족, 의수, 의안처럼 신체의 일부분이라고 할 수 있으므로 유치장내에서 안경을 착용하지 못하게 하여 이러한 ‘볼 권리’를 박탈하는 것은 국가인권위원회법 제30조 제1항 소정의 헌법에서 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 신체의 자유를 침해하는 행위이다.
- ▶ 교도소 내규를 이유로 한 안경테 휴대 불허(2003.11.28.자 03진인1040); 피해자들이 타교도소에서 허가를 얻어 구입·착용중인 안경테를 교도소에서 철심이 들어있다는 이유로 안경의 휴대를 불허한 것은 헌법상의 최소침해성의 원칙에 어긋나고, 시력이 나쁜 사람에게는 안경이 신체의 일부라 할 수 있으므로 피해자들의 볼 권리와 신체의 자유(헌법 제10조 및 제12조)를 침해한 행위라 판단되어 당해 수용자가 안경을 휴대할 수 있도록 허가할 것을 권고한다.
- ▶ 수용자들에게 기초생활용품의 미지급(2004.11.8.자 04진인2801); 기초적인 생활용품인 베개 및 세면도구 등을 필요로 하는 수용자에게 적절히 지급하지 아니한 행위는 수용자의 침구류 및 생활필수품 지급 등에 관한 행형법, 동법시행령, 유엔의 피구금자처우에관한최저기준규칙 등 관련 규정에 위반됨은 물론 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치)에서 연유하는 인간으로서 최소한의 품위를 유지하고 평안하게 휴식을 취할 것을 보장한 유치장 수용자의 인격권과 수면권을 각 침해한 것으로 판단된다.



- ▶ 교도소 수용자의 취침시 조도 미조절(2004.1.16.자 03진인1067, 5053 병합): 교도소에서 수용자 취침시에 일몰후 생활시와 동일하게 조도를 밝게 유지한 행위는 법무시설기준규칙에 위반될 뿐만 아니라 외국의 사례에 비추어도 과도하다고 인정되고, 헌법상 원칙인 비례의 원칙을 위반하여 수용자의 헌법 제10조가 보장하는 행복추구권의 내용 중 수면권을 침해한 것으로 판단하여 교도소장에게 교정시설의 조명시설을 개선하여 폭행, 자살, 자해, 도주 우려 등 교정사고 발생의 위험이 현저한 경우를 제외하고는 수용자의 수면권이 침해되지 않도록 취침시 조도를 낮출 것을 권고한다.
- ▶ 조사실에 수용중인 수용자에 대한 운동·목욕 금지(2004.2.11.자 03진인5055): 조사실에 수용중인 수용자에 대하여 운동·목욕을 허용하지 않은 것은 운동금지가 기본권을 침해할 소지가 있고, 목욕은 조사실에 수용 중이라고 하여 이를 전면적으로 금지할 수 있는 대상이 아니고, 수용자에게 최소한 행형법시행령 제95조가 정하고 있는 횟수 이상의 목욕이 실질적으로 가능하도록 되어 있으므로 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 침해한 것이다.
- ▶ 수용자의 자비에 의한 외부진료 요구 묵살(2004.4.2.자 02진인1524): 구금시설의 의료인력이나 장비로는 통증의 원인규명이 불명확한 상황에서 수용자가 자비에 의한 외부병원 검사 및 진료를 수차례 요청하였음에도, 특별한 이유없이 이를 거부 또는 묵살한 것은 헌법 제10조에 규정된 ‘인간으로서의 존엄과 가치’ 및 행복추구권을 침해한 것이고, 구금시설의 의무과장 및 의무관의 사직 등 내부 사정이 수용자에 대한 외부병원 진료를 지연하고 제한하는 합리적인 이유에 해당한다고 보기 어렵다.
- ▶ 구금시설 독거실의 협소한 창문(2004.4.17.자 03진인5167): ○○교도소 독거사동의 창문 크기가 협소하여 수용자 건강권을 침해하고 있다고 판단하여 전국 다수의 구금시설에서도 독거실 창문 크기가 국제기준에 미달하고 있으므로 자연채광과 신선한 공기를 향유할 권리는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(생명권, 건강권)의 본질적 내용에 해당한다고 판단하여 법무부장관과 ○○교도소장에게 시설 개선 및 기준 마련 등 구제조치의 이행을 권고한다.
- ▶ 다른 교도소에서 사용허가기준에 적합한 영치품 사용의 불허(2004.4.30.자 03진인5231): 수용자가 영치된 운동화를 착용함으로써 치료에 도움을 받았다거나 이를 착용하지 못함으로써 병증세가 악화되었다고 인정할 만한 객관적인 입증자료는 없으나, 다른 교도소 수용중 의료적 관점에서 사용허가를 받아 착용했던 운동화로서, 부정물품 우려는 없어 보이고, 수용자의 운동화는 영치품 사용허가 기준에 적합하다고 판단되므로 이의 착용



을 불허하는 것은 헌법 제10조에서 정한 수용자의 행복추구권을 침해한 행위라고 판단된다.

- ▶ 수용자합동접견에 대한 과도한 제한(2003.2.10.자 02진인948, 965 병합); “규율 위반행위로 징벌을 받은 수용자는 징벌집행 종료일로부터 1년 이내에는 합동접견 대상자로 선정할 수 없다”고 규정한 수용자합동접견시행지침(법무부예규 제578호) 제6조제3항은 징벌을 받은 수용자의 합동접견을 지나치게 제한하여 헌법 제10조에 보장한 행복추구권 및 개인의 기본적 인권을 침해하는 것이다.
- ▶ 징벌실 수용시 일상생활의 과도한 통제(2003.6.16.자 02진인643, 1096, 1575 병합); 징벌의 대상행위에 관한 규정이 지나치게 포괄적이고 수용자의 일상생활을 과도하게 통제하고 있으므로, 피진정인들의 감독기관의 장인 법무부장관에게 명백히 교도소의 안전과 질서유지에 반하는 행위에 대해서만 징벌이 부과될 수 있도록 하고 금치의 집행내용이 수용자의 기본권을 지나치게 제한하고 있다고 판단되므로 접견, 서신수발, 집필, 운동등의 기본권을 허용하고 규율위반행위에 대한 징벌양정기준을 완화하도록 하며, 객관성 및 공정성을 담보할 수 있도록 징벌위원회를 구성하는 등 수용자 징벌관련 제도를 개선할 것을 권고한다.
- ▶ 혼거실 내 징벌자 발생시 과도한 연대책임(2004.2.27.자 03진인5188); 교도소 혼거실 수용자 중 조사수용자 또는 징벌자가 발생할 경우에 혼거실에서 TV시청 제한 기준이 지나치게 포괄적이고 타 수용자에게 연대책임을 묻기 어려운 경우에도 적용되고 있으며, 특히 여름철에는 선풍기 사용까지 아울러 제한하고 있는 것은 자기책임의 원칙 및 비례의 원칙에 어긋나고 수용자간 협동심 고취보다는 오히려 반목을 초래할 수 있다고 하여 TV시청 및 선풍기의 사용을 제한하는 조치를 폐지할 것을 권고한다.
- ▶ 정신질환증세를 호소 수용자에 대한 연속징벌과 치료요구거부(2004.6.4.자 03진인1328); 정신질환 증세를 호소하는 수용자에 대하여 3회 연속하여 징벌을 부과하여 약4개월에 이르는 기간동안 운동, 접견, 서신, 집필, 독서, TV시청 등 진정인의 기본권을 포괄적으로 제약하는 등 헌법 제10조에서 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등 기본권을 침해한 사실이 인정되고, 이로 인해 정신질환 증세에 대한 적절한 치료와 수용 처우도 이루어지지 아니하여 진정인의 건강권 또한 침해된 것이다.
- ▶ 국가인권위원회에의 진정권 행사의 방해(2002.8.26.자 02진인740, 1073(일부) 병합); 헌법에서 규정한 행복추구권의 향유는 정신적·신체적 상황과 무관하므로 신체장애자, 정신장애자, 유아, 미성년자, 범죄자 등에 관계없이 모든 인간에게 적용되므로 국가인권위원회에의 진정권이 구금시설 수



용자가 누릴 수 있는 행복추구권의 범주에 해당된다고 할 것이고, 이에 방해는 행복추구권에 대한 침해라고 할 것이다.

- ▶ 가출소 취소결정의 지체(2004.11.8.자 03진인1296, 5388, 5389, 5390 병합); 보호감호제도는 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있는 자의 사회복귀를 촉진하고 그러한 자로부터 사회를 보호하기 위하여 인정되는 제도라는 점에 비추어볼 때, 피진정기관은 보호감호 가출소 취소결정을 취소사유 발생 후 합리적인 기간 내에 행하여야 할 것이나 취소사유 발생일로부터 각 22개월, 23개월, 7개월, 5개월 이상 뒤늦게 결정함으로써, 형기종료 및 집행유예 선고 이후 진정인의 법적 지위의 안정성 및 사회복귀노력이 과도하게 제약되어 진정인의 헌법 제10조 행복추구권을 침해한 것으로 판단된다.
- ▶ 독거수용기간 중 과도한 일상생활의 제한(2003.2.10.자 02진인1869); 공군영창관리규정 중 신입감자에 대하여 3일간 독거수용을 시키고 독거기간 중 독서, 목욕, 옥외운동 등 각종 행동을 제한하도록 규정한 제14조 제2항 등 인권침해의 소지가 있는 조항에 대하여 신속하게 개정 내지 삭제하고, 영창수감자에 대한 인권침해를 방지할 수 있도록 영창운영실무자 및 관련 직원에 대하여 인권교육을 실시하도록 권고한다.
- ▶ 국내에서 사실혼 관계에 있고 자녀를 출산한 한국계 중국인에 대한 사증발급 불허처분(2004.8.16.자 04진인1581); 대사관 영사부에서 결혼동거 목적, 단기사증발급 신청과 관련하여 한국인 배우자의 재정능력(직업, 재산 현황 등) 교제경위 및 생활실태 파악을 법무부 출입국관리사무소에 의뢰하여 동 기관의 조사결과를 참고하여 사증발급을 불허한 것은 국제규약 및 헌법에서 규정하고 있는 가정에 대한 국가의 보호, 보장의무에 위배되는 조치일 뿐 아니라, 아동의 권리를 규정한 국제규약 및 아동복지법에 위배되는 조치로 진정인 및 피해자들에 대하여 헌법 제10조에 보장된 행복추구권을 침해하는 것이라 인정된다.
- ▶ 학교내 ‘장애인등’을 위한 승강기등 편의시설 미설치(2003.5.21.자 03진인 26); 학교내 ‘장애인등’을 위한 편의시설이 설치되지 않은 것에 대하여 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단하여 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제8조제1항 및 같은 법 시행령 제4조에 의한 대상시설별 편의시설의 종류 및 설치기준에 따라 승강기 등 ‘장애인등’을 위한 편의시설을 조속히 설치하고, 관련 시설이 완비될 때까지 교사 및 학생의 신규임용·전보 및 입학·전학시에 ‘장애인등’에게 승강기 등 편의시설이 완비된 학교를 우선적으로 선택할 수 있도록 조치할 것을 권고한다.



- ▶ 장애인용 휠체어 리프트의 부실설치 및 관리의무위반(2002.11.18.자 02진인1402); 지방자치단체의 도시철도공사사장과 지방자치단체장이 지체가 부자유스러운 장애인들이 사용하는 휠체어 리프트를 부실하게 설치·운영하고 관리 및 감독을 잘못된 경우, 장애인들의 헌법상 보장된 기본적인 권을 침해하였다고 판단된다.
- ▶ 대학교수의 제자에 대한 성희롱행위(2003.9.27.자 03진인1082); 피진정인의 성희롱에 대한 피해자의 일관된 주장과 제3의 피해자가 실재하는데 반하여 피진정인의 진술이 일관되지 못하고 신뢰성이 떨어져 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률 제2조제2호 등에 규정한 성희롱행위로, 헌법 제10조 인격권 및 성적 자기결정권을 침해한 것으로 판단하여 진정사건 조사중이던 2003. 10. 피진정인이 '해임'처분되어 진정인 및 피해자의 요구사항이 대부분 충족된 점을 고려하여 ○○대학교총장에게 대학 내 성희롱 예방 교육 계획을 수립하여 이를 실시하고, 이 사건과 동일 또는 유사한 성희롱행위의 재발을 방지하는 조치를 취할 것을 권고한다.
- ▶ 유치장에 수용된 자의 흡연권 제한(2003.2.24.자 02진인368); 유치장에 수용된 흡연자들의 흡연권에 대해서도 유치장에서의 미결구금은 형사소송법에 기하여 도주 또는 증거인멸의 방지를 목적으로 하여 피의자의 거주를 한정하는 것으로서 유치장에서는 다수의 피구금자를 수용하여 이를 집단 관리함에 있어 그 질서를 유지할 필요가 있으므로 피구금자의 신체적 자유뿐만 아니라 필요한 한도 내에서는 다른 자유에 대하여도 합리적 제한을 가하는 것은 불가피하다고 할 것이므로 흡연금지라는 정도의 자유의 제한은 필요하고 합리적인 것으로 판단된다.
- ▶ 대학병원 측의 정당한 조치로 인한 의사교체(2003.9.22.자 03진인915, 917 병합); 환자들의 자기의사 결정권으로서의 진료의사선택권은 인정하지만 진료의사의 해임으로 인하여 진료받을 수 있는 모든 권리를 봉쇄당하였다고 판단되지 않고 병원측의 해임조치가 적법하고 정당할 뿐만 아니라 환자들에게 이러한 사정을 통지하여 다른 의료기관이나 진료의사를 선택할 수 있도록 조치하였으므로 환자들의 생명권이나 진료의사선택권을 침해했다고 볼 수 없다.



## 나. 헌법 제11조 평등권

**헌법 제11조 (평등권, 특수계급제도의 부인, 영전의 효력)** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

이에 대하여는 후술할 2. 차별행위<sup>288)</sup>를 참고한다.

## 다. 헌법 제12조 인신의 자유

**헌법 제12조 (신체의 자유, 자백의 증거능력)** ① 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.

② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다.

288) 2. 차별행위의 해당 페이지 지정 요??



⑥누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

⑦피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

## 가) 생명권<sup>289)</sup>

### ① 의의

생명권에 관해서는 「헌법」에 명문규정이 없지만, 생명권은 신체의 자유의 당연한 전제일 뿐 아니라 인간의 존엄성을 핵심가치로 하는 기본권 질서의 논리적인 기초이다. 따라서 「헌법」은 명문규정을 두고 있지 않지만 생명권을 헌법상 자명한 권리로 볼 수 있다.<sup>290)</sup> 구체적인 생명권의 근거로는 「헌법」 제10조의 인간의 존엄과 가치와 「헌법」 제12조 제1항의 신체의 자유, 그리고 「헌법」에 열거되지 아니한 권리까지도 경시되어서는 아니된다는 「헌법」 제37조를 들 수 있다.<sup>291)</sup>

### ② 내용

#### i) 생명의 개념

언제부터 언제까지를 생명으로 볼 것인가의 문제는 인권 개념과 관련하여 많은 논란을 낳는 문제이다. 생명의 시기와 종기에 대하여 가치판단을 우선시 하는 종교나 또는 세포나 물질적인 반응의 관점에서 생명을 탐구하는 자연과학자들의 시각과 별도로, 헌법은 하나의 법익으로 보호하기 위한 법적 개념으로 생명권을 규정하고 있다. 즉 어느 시점에서 생명의 시기와 종기를 정하는 것인가 하는 문제는 법적 가치 판단의 문제로 귀결된다. 물론 생명의 시기와 종기와 관련하여 인권의 개념이 법적 개념과 동일시 될 것인지 아니면 더 나아갈 것인지는 그 사회 각 구성원의 합의 지점의 모색에 달려 있다고 할 수 있다.

일단 헌법이 정하고 있는 생명권의 대상이 되는 생명의 시기와 종기에 대한 일

289) 1948년의 세계인권선언(제3조), 1950년의 유럽인권규약(제2조), 1966년의 인간의시민적·정치적권리에관한협약(제6조) 등은 명시적으로 생명권을 규정하고 있다.

290) 헌법재판소 1996. 11. 28. 자 95헌바1 결정.

291) 권영성, 앞의 책, 407쪽.





반적 견해는 다음과 같다. 우선 생명의 시기(始期)와 관련하여 독일의 연방헌법 재판소가 태아의 주체성을 인정한 이래 생명의 시기를 수태시로 보는 것이 일반적인 견해이다. 다만 현대과학의 발달에 따라 모태에 이식되지 않은 체외 수정란의 경우에도 생명으로 인정하여 그 존엄성을 보호해야 할 필요성이 대두되고 있다. 생명의 종기(終期)와 관련하여서도 역시 의학의 발달에 따라 심장이 정지하는 것과 뇌가 사망하는 것 사이의 불일치가 일어남으로써 ‘심장사설’과 ‘뇌사설’이 대립하고 있다. 우리나라는 1999년에 제정된 장기등 이식에 관한 법률에서 장기 이식의 요건으로 사실상 뇌사를 ‘죽음’의 한 형태로 인정하고 있으나, 일반적인 생명의 종기 개념으로 뇌사를 인정할 것인가는 여전히 문제로 남아 있다.

## ii) 생명권의 보호영역

생명권이란 생명에 대한 모든 형태의 국가적 침해를 방어하는 권리를 그 내용으로 할 뿐 아니라 나아가 적극적으로 국가에 대하여 생명의 보호와 유지를 요구할 수 있는 권리(생명에 대한 국가의 보호의무)를 그 내용으로 한다.

## ③ 생명권의 침해형태와 관련한 특수 문제

### i) 태아의 생명권과 인공임신중절

인공임신중절은 태아의 생명권과 임부의 자기결정권이 대립하는 사안으로서, 이에 대한 정책적 태도는 다양하지만<sup>292)</sup> 크게 일정 기간 내의 임신중절이면 사유를 불문하고 허용하는 기간해결방식과 정당화 사유에 따라 임신중절을 허용하는 적응해결방식으로 나누어진다. 우리나라의 경우 적응해결방식을 택하여, 이를 원칙적으로 금지하되, 다만 태아의 생명권 제한을 정당화할 모자보건법상의 사유가 있는 경우<sup>293)</sup> 제한적으로 이를 허용하고 있다.<sup>294)</sup>

292) 독일의 경우 임신 12주 내의 낙태를 허용하는 개정형법규정을 제정하였으나 연방헌법재판소는 이를 위헌으로 판결하였고, 미국의 연방대법원은 1989년 Roe vs. Wade 판결에서 기간을 나누어 임신초기 3개월간은 의사와 임신부가 자유롭게 낙태시킬 수 있다고 판시한 바 있다.

293) 구 모자보건법 제14조는 정당한 임신중절사유로서 i) 본인 또는 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ii) 본인 또는 배우자가 전염성질병이 있는 경우, iii) 강간 또는 준강간에 의해 임신된 경우, iv) 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우, v) 임신의 지속이 모체의 건강을 심히 해하거나 해할 우려가 있는 경우를 들고 있다.

294) 정당화 사유를 엄격하게 해석하고 있는 대법원 1985. 6. 11. 선고, 84도1958 결정; 모자보건법 제8조 제1항 제5호 소정의 인공임신중절수술 허용한계인 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우



## ii) 사형제도

사형제도를 위헌이며 인권침해로 보는 견해는 생명권은 절대적 기본권으로서 이를 제한할 수 없다고 보고, 생명권의 제한이 가능하다더라도 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이자 침해의 최소성 원칙에 반하는 과도한 제한이라고 본다.<sup>295)</sup> 이에 대하여 사형을 합헌이자 생명권과 다른 기본권내지 사회질서와의 불가피한 이익형량으로 보는 견해는 생명권은 상대적 기본권으로서 제37조 제2항에 따라 제한 가능하다고 보며<sup>296)</sup>, 사형제도는 비례원칙에 따른 정당한 생명권의 제한이라고 본다. 그러나 「헌법」은 ‘비상계엄 하에서의 군사재판은 단심으로 할 수 있지만 사형 선고의 경우에 예외로 한다(제110조 제4항)’라고 하여 간접적이지만 사형 제도를 인정하고 있다. 헌법재판소도 이를 근거로 사형은 합헌이라고 보고 있다.<sup>297)</sup>

## iii) 안락사

안락사란 고통을 덜어주기 위하여 환자의 생명을 인위적으로 단축시키는 것을 말하며, 크게 의사가 적극적으로 생명을 단축시키는 적극적 안락사와 생명 연장 조치를 취하지 않음으로써 사망을 초래하는 소극적 안락사로 구분되기도 한다. 안락사의 유형별로 헌법상 허용 여부를 둘러싸고 학설이 대립하고 있다<sup>298)</sup>.

### ➤ 생명권에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 구치소내 의문사 진상규명(2001.12.27.자 01진인2); 구치소 내 수용자가 구치소 입소 후 누군가에 의하여 가혹행위를 당하여 상당한 정도의 외상을 입은 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있고, 또한 피해자가 병사에 입소 후 위급한 상태에서 상당기간 적절한 의료조치를 받지 못하고 방치되는 등의 구치소 측의 직무유기 혐의가 있다고 믿을 만한 상당한 이유도

라 함은 임신의 지속이 모체의 생명과 건강에 심각한 위험을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여는 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우를 말하며, 이러한 판단은 치료행위에 임하는 의사의 건전하고도 신중한 판단에 위임되어 있다.

295) 계획열, 앞의 책, 277~278쪽.

296) 권영성, 앞의 책, 409쪽.

297) 헌법재판소 1996. 11. 28. 자 95헌바1 결정.

298) 이에 관한 보다 자세한 내용에 관하여는 김병욱, 앞의 글, 102쪽 참조.



있다고 판단하여 국가인권위원회법 제34조 제1항의 규정에 의하여 검찰총장에게 수사개시를 의뢰한다.

- ▶ 구치소의 환자방치로 인한 생명권침해(2002.10.28.자 02진인138); 구치소 측이 수용자에 대해서 적절한 의료행위를 방치한 경우, 헌법 제10조, 행정법 제8조 제2항, 제26조, 제29조 제1항 규정 취지로 보아 국가인권위원회법 제30조 제1항 소정의 인권침해행위에 해당한다.
- ▶ 연속 징벌, 과도한 계구사용, 징벌집행 전후에 진단 미 실시(2003.2.10.자 02진인962); 교도소 수용자에 대하여 폭언과 소란을 이유로 집행된 10여 개월간의 연속적인 징벌, 과도한 계구사용, 징벌집행 과정 및 전후에 의무관의 진단을 실시하지 않은 것 등은 정신질환이 있는 피해자에게 견디기 힘든 가혹행위가 되었을 것으로 판단되고, 이러한 상황을 벗어나기 위해 자살을 시도하였고 그로 인해 문제수로 지정되었음에도 교도소 직원들이 관리감독을 소홀히 하여 자살을 시도, 사망에 이르렀다면 이는 국가인권위원회법 제30조 제1항 소정의 구금시설의 업무수행과 관련하여 헌법 제10조의 생명권을 침해한 것이다.
- ▶ 수용자의 자살을 방지하지 못한 관리 소홀 (2004.1.16.자 02진인1026); 사고 당시까지 6개월간의 연속 징벌 중에 있던 수용자가 육체적, 정신적으로 심각한 위험을 초래할 가능성이 큼에도 불구하고, 교정시설에서 수용자에 대하여 금치 2월의 징벌을 2, 3회씩 연속적으로 집행하고, 징벌기간 중 필요 이상으로 과도하게 계구를 사용한 것은 신체의 자유에 대한 과도한 제한으로 판단되고 문제수용자에 대한 관리감독을 철저히 하여 구금시설 내 교정사고를 예방할 의무가 있음에도 이를 소홀히 하여 수용자의 자살을 방지하지 못함으로써 수용자의 생명권 침해를 야기한 책임이 있는 것으로 판단된다.
- ▶ 의료조치 미흡으로 인한 생명권침해(2004.8.23.자 02진인142); 피해자의 병증이 급작스럽게 발병한 것이기는 하나, 교도관 및 의무관의 관찰 소홀, 진료부주의로 인해 피해자가 적절한 시기에 적절한 진료를 받지 못한 것이 사망에 이르게 된 한 원인이 되었다고 인정되는바, 그 피해자에 대한 권리침해의 정도와 피진정인의 책임 정도를 정하는데 있어 보다 실질적이고 효율적인 구제를 위하여 피해자 및 직계가족에 대한 법률구조를 요청한다; 유사결정 2004.8.23.자 03진인31.
- ▶ 위암수용자의 항암 투약비 지급 없이 계속 수용(2004.4.16.자 03진인5418 결정); 위암말기의 약물치료는 생명유지를 위해서는 반드시 치료가 필요할 것으로 인정되는 바, 교도소의 의료비 예산상 현실적으로 수용자들의 자변치료로 규정하고 있으나, 수용자가 자변치료를 할 경제력이 없고, 의



료비란 질환의 경중과 시급성 여부에 따라 우선적으로 사용되어야 할 것이므로 항암치료제 약값은 교도소에서 부담하여야 할 것으로 판단된다. 위암말기 환자로 예상수명이 얼마 남지 않은 수용자에 대하여 적절한 치료를 해 주지도 못하면서 계속 교도소에 있게 하는 것은 생명권 침해의 소지가 있으므로 교도소 측에서 필요시 관할 지방검찰청 검사장에게 수용자의 형 집행 정지를 건의해야 할 것으로 판단한다.

## 나) 신체를 훼손당하지 않을 권리

우리 헌법이 명문의 규정을 두고 있지는 아니하나 신체를 훼손당하지 않을 권리 또한 헌법상 도출되는 권리로 인정되고 있다. 다만 그 근거로서 헌법상의 신체의 자유에 속하는 하부 권리로 보아야 하는지와 아니면 인간의 존엄성이나 행복추구권으로 도출시킬 수 있는지에 관해서는 견해가 대립된다.<sup>299)</sup> 신체를 훼손당하지 않을 권리는 신체의 완전성을 훼손당하지 않을 권리로써 ‘보건에 관하여 국가의 보호를 받을 권리’에 우선하며, 본인의 승낙없이 강제로 이루어지는 불법 훼손의 금지를 의미한다. 즉, 형벌로서의 태형, 화형과 같은 신체형, 거세나 일방적 불임시술, 의학적 실험, 모발의 절단등은 모두 신체를 훼손하는 행위가 된다.

## 다) 신체의 자유<sup>300)</sup>

### ① 의의

신체의 자유는 생명권과 더불어 인간생존의 기본적인 조건이며 모든 기본권의 전제가 되는 기본권이다. 이에 따라 신체의 자유는 근대헌법에서부터 보장되어 왔으며, 우리 헌법도 건국헌법 이래 신체의 자유를 규정하고 있다.

### ② 보호영역과 침해형태

신체의 자유란 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말한다.<sup>301)</sup> 신체의 자유의 보호영역에는 적극적 자유만이 아니라 소

299) 신체의 자유에 포함된다고 보는 견해는 권영성, 앞의 책, 373쪽; 포함되지 않는다고 보는 견해는 김철수, 앞의 책, 410쪽.

300) 1950년 유럽 인권규약(제5조), 1966년의 인간의 시민적·정치적 권리에 관한 협약(제9조) 등은 신체의 자유를 규정하고 있다.

301) 헌법재판소 1992. 12. 24. 자 92헌가8 결정.



극적 자유도 포함된다. 그러나 신체의 활동과 관련된 각종 의무의 부과는 신체의 자유의 침해가 아니다. 가령 행정기관에의 신고 의무를 지우는 것, 정해진 시간에 건강진단을 받을 의무, 병역의 의무, 교육을 받을 의무 등은 일반적 행동의 자유나 기타 기본권 등에 대한 침해를 초래하는 것은 별론으로 하고 신체의 자유를 침해하는 것이 아니다.<sup>302)</sup>

신체의 자유를 제한하는 예로는 헌법에 규정된 불법 체포, 구속, 수색, 심문, 처벌, 보안처분, 강제노역 이외에도 수사과정에서의 임의동행과 보호실유치, 부당한 장기구금, 체포 및 구인기간의 구속기간 불산입, 변호인 접견권 내지 열람등사권의 제한, 제1회 공판기일 전 증인신문 등을 들 수 있다.<sup>303)</sup> 이처럼 신체의 자유는 공권력의 행사 ‘절차’에 의해 가장 많이 침해되기 때문에 「헌법」 제12조는 신체의 자유의 절차적 보장을 상세히 규정하고 있는 것이다.

### ③ 구체적인 내용

#### i) 적법절차의 원칙 (「헌법」 제12조 제1항)

적법절차원칙은 원래 신체의 자유가 가장 많이 침해되는 형사소송절차의 절차적 적정성을 보장하는 것이었으나 오늘날에는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어 적법할 것을 요구하는 확장된 개념으로 이해되고 있다.<sup>304)</sup> 또한 적법절차원칙의 적용영역은 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정<sup>305)</sup> 등 국가의 모든 공권력의 작용에 적용되며, 그 적용대상은 체포·구속·압수·수색·심문·처벌·보안처분 또는 강제노역에 국한되지 않고 본인에게 신체적·정신적 또는 재산상 불이익이 되는 모든 제재(질서벌, 집행벌, 징계벌)에 적용된다.<sup>306)</sup> 나아가 적법절차는 비단 「헌법」 제12조 신체의 자유에서만 아니고 모든

302) 계획열, 앞의 책, 288쪽.

303) 허영, 『한국헌법론(제3판)』(박영사, 2003), 341쪽.

304) 헌법재판소 1998. 7. 16. 자 97헌바22 결정.

305) 적법절차가 행정절차에도 적용되느냐에 대하여는 적용설과 비적용설의 대립이 있는데, 처벌이란 본인에게 불이익이 되는 모든 제재를 의미하고, 또한 오늘날 행정국가화의 경향으로 인하여 행정권이 국민의 자유와 권리를 침해할 위험성이 증대되고 있는 현실을 생각할 때 행정권력을 적법절차의 적용대상으로 보아야한다는 것이 다수의 견해이다(권영성, 앞의 책, 424쪽. 허영, 앞의 책, 341쪽). 헌법재판소 또한 변호사에 대한 일방적 업무정지명령에 관한 헌법소원 사건에서 “법무장관의 일방적 명령에 의하여 변호사업무를 정지시키는 것은 징계절차에서 해당 변호사가 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회가 보장되지 아니하여 적법절차를 존중하지 않은 것이 된다.”라고 판시하여 적법절차원칙이 행정절차에도 적용됨을 분명히 하고 있다(헌법재판소 1990. 11. 19. 자 90헌가48 결정).



기본권보장과 관련된다.<sup>307)</sup>

㉠ 적법절차 원칙에 관한 헌법재판소 결정례

1. **공소 제기된 사립학교교원에 대한 직위해제(헌법재판소 1994. 7. 29. 93헌가3등)**; 공소제기된 사립학교교원을 반드시 직위해제 하는 것으로 규정한 사립학교법 제58조의2 제1항 단서는 징계절차에서와 같은 청문의 기회가 보장되지 아니하여 당해 교원은 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 방법조차 없는 것이니 그러한 의미에서 적법절차가 존중되고 있지 않다고 할 것이다.
2. **중형사건에 대한 결석재판 허용제도(헌법재판소 1996. 1. 25. 자 95헌가5)**; 중형에 해당되는 사건에 대하여 피고인에게 출석 기회조차 주지 아니하여 답변과 입증 및 반증 등 공격·방어의 기회를 부여하지 않고, 피고인에게 불출석에 대한 개인적 책임을 전혀 물을 수 없는 경우까지 결석재판을 행할 수 있게 한 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법 제7조 제5항은 절차의 내용이 심히 적정하지 못하여 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차의 원칙에 반한다.
3. **관세법상 몰수대상인 압수물의 일방적 국고귀속(헌법재판소 1997. 5. 29. 자 96헌가17 결정)**; 비록 범인의 출두를 확보하고 범인의 도주를 방지함으로써 관세법에 대한 형벌권의 신속하고도 적절한 행사를 도모하려는 입법목적은 지닌다 할지라도, 재판이나 청문의 절차도 밟지 아니하고 압수한 물건에 대한 피의자의 재산권을 박탈하여 국고귀속시킴으로써 그 실질은 몰수형을 집행한 것과 같은 효과를 발생하게 하는 것은 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차의 원칙에 위배된다.
4. **형사재판의 증인으로 채택된 자를 검사가 소환하여 유치(헌법재판소 2001. 8. 30. 자 99헌마496 결정)**; 형사재판의 증인으로 채택된 자를 검사가 소환하여 검사실에 유치하여, 증인의 증언 전에 일방 당사자만이 증인과의 접촉을 독점하게 되면, 상대방은 증인이 어떠한 내용을 증언할 것 인지를 알 수 없어 그에 대한 방어를 준비할 수 없게 되며 상대방이 가하는 예기치 못한 공격에 그대로 노출될 수밖에 없으므로, 헌법이 규정한 “적법절차의 원칙”에 반한다.

306) 권영성, 앞의 책, 423쪽.

307) 헌법재판소 1990. 11. 19. 자 90헌가48 결정.



6. 무죄판결 선고에도 불구하고 교도소 연행(헌법재판소 1997. 12. 24. 자 95헌마247 결정); 무죄 등 판결 선고 후 석방대상 피고인이 교도소에서 지급한 각종 지급품의 회수, 수용시의 휴대금품 또는 수용 중 영치된 금품의 반환 내지 환급문제 때문에 임의로 교도관과 교도소에 동행하는 것은 무방하나 피고인의 동의를 얻지 않고 의사에 반하여 교도소로 연행하는 것은 헌법 제12조의 규정에 비추어 도저히 허용될 수 없다.
7. 금치 처분을 받은 수형자에 대한 징벌로서의 운동 금지(헌법재판소 2004. 12. 16.자 2002헌마478 결정); 금치 처분을 받은 수형자에 대한 절대적인 운동의 금지는 징벌의 목적을 고려하더라도 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어난 것으로서, 수형자의 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 안전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

#### ii) 영장제도 (「헌법」 제12조 제3항)

영장제도는 공정하고 독립적인 지위를 가진 법관의 판단에 따라 발부한 영장을 사전에 제시하고서만 체포·구속·압수·수색을 행하게 함으로써 수사기관에 의한 불법적인 신체의 자유 제한을 방지하려는 데 그 의의가 있다.<sup>308)</sup>

「형사소송법」은 인식구속의 남용을 막기 위하여 구속영장에는 구체적 사항을 명시하도록 규정함으로써(「형사소송법」 제75조) 이른바 일반 영장은 금지된다. 또한 구속전 피의자심문제도를 규정함으로써(「형사소송법」 제201조의2, 영장실질심사제도) 인신구속에 대한 실질적인 사법적 억제가 가능하게 되었다.

그러나 영장제도에는 다음의 예외가 인정되는데, 현행법 체포와 긴급체포의 경우에는 체포영장 없이 체포가 가능하되 48시간 이내에 구속영장을 청구하도록 규정하고 있고(「헌법」 제12조 제3항 단서), 비상계엄의 경우 영장주의가 제한될 수 있다(제77조 제3항).<sup>309)</sup>

308) 행정상 즉시강제와 같은 행정절차에도 영장제도가 적용되는가가 문제되는데, 이에 대하여는 영장필요설과 영장불요설이 대립되고 있다. 행정상의 즉시강제의 목적과 형사소송의 목적이 경합할 경우, 즉 행정상의 즉시강제의 수단으로 행해지는 압수·수색 등이 동시에 범죄수사로서의 목적을 가지는 경우에는 영장을 필요하다고 보는 것이 다수의 견해이다(권영성, 앞의 책, 428쪽; 계희열, 앞의 책, 307쪽).

309) 그러나 이 경우에도 법관에 의한 영장제도 자체를 전면적으로 배제할 수 없다(권영성, 앞의 책, 429쪽).



㉠ 영장주의에 대한 헌법재판소 결정례

1. **검사의 10년 이상 구형으로 무죄판결에도 불구하고 구속영장의 효력이 지속되도록 한 법률 (헌법재판소 1992. 12. 24. 자 92헌가8 결정)**; 형사소송법 제331조는 무죄 등의 판결이 선고된 경우에도 검사로부터 10년 이상의 징역형 등에 해당한다는 의견진술이 있는 경우에는 구속영장의 효력을 지속하도록 하고 있다. 헌법에 명문으로 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미하므로 그밖에 검사나 다른 국가기관의 의견에 의하여 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다.
2. **등급분류를 받지 아니한 게임물의 수거·폐기(헌법재판소 2002. 10. 31. 자 2000헌가12 결정)**; 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제24조 제3항 4호 중 게임물에 관한 규정 부분은 불법게임물에 대하여 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 행정상의 강제집행으로 나아가는 원칙적인 방법으로는 목적달성이 곤란한 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 위 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.

iii) **구속이유 등의 고지 제도 (「헌법」 제12조 제5항)**

고지 제도는 인권침해수사를 방지하고 피의자에게 방어수단을 마련할 기회를 주기 위해 마련된 것으로서, 피고인을 구속한 때에는 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 중 피고인이 지정한 자에게 피고사건명, 구속일시, 장소, 범죄사실의 요지, 구속의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있다는 취지를 알려야 하며, 이러한 통지는 서면으로 지체없이 하여야 한다(「형사소송법」 제87조).

iv) **체포·구속적부심 제도 (「헌법」 제12조 제6항)**

체포·구속적부심제이란 피구속자 또는 관계인의 청구가 있으면 법원이 본인과 변호인이 출석한 공개법정에서 구속의 이유를 밝히도록 하고 구속의 이유가





부당하거나 위법할 때에는 법관이 직권으로 피구속자를 석방하는 사후구제 제도이다. 인신구속제도에 있어서 사전영장주의를 채택하고 있으면서도 별도로 구속적부심사제도를 두는 이유는 인신구속에 더욱 신중을 기하기 위함이다. 따라서 구속적부심사는 원칙적으로 영장을 발부한 법관이 아닌 다른 법관에 의해 구속영장을 재심사하게 함으로써, 영장제도를 보완하는 기능을 한다.

v) **불리한 진술거부권(헌법 제12조 제2항)**

이는 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하고 검사와 피고인 간의 무기평등을 보장하기 위한 것이다. 여기서 거부권 행사의 대상이 되는 ‘진술’이라함은 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 말한다.<sup>310)</sup> ‘불리한 진술’은 형사상 유죄판결의 기초가 되는 사실이나 형사상 불리한 사실 등의 진술을 말하며 단순히 자기의 명예가 훼손될 염려가 있거나 행정상의 처분을 받을 우려가 있는 사실에 대해서는 진술을 거부할 수 없다.<sup>311)</sup>

이러한 진술거부권은 형사절차에서만 보장되는 것은 아니므로 행정절차이거나 국회에서의 질문 등 어디에서나 그 진술이 자기에 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니할 국민의 기본권으로 보장된다. 또한 진술거부권은 고문 등 폭행에 의한 강요는 물론 법률로써도 진술을 강요당하지 아니함을 의미한다.<sup>312)</sup>

➡ **진술거부권에 대한 헌법재판소 결정례**

1. 「**독점규제및공정거래에관한법률**」상의 범위반사실 공표명령(헌법재판소 2002. 1. 31. 자 2001헌바43 결정); 이 사건 공표명령은 ‘특정의 행위를 함으로써 공정거래법을 위반하였다’는 취지의 행위자의 진술을 일간지에 게재하여 공표하도록 하는 것으로서 그 내용상 행위자로 하여금 형사절차에 들어가기 전에 범위반행위를 자백하게 하는 것이 되어 진술거부권을 침해하는 것이다.

310) 헌법재판소는 음주측정은 호흡측정기에 호흡을 불어 넣음으로써 신체의 물리적 상태를 그대로 드러내는 행위에 불과하므로 이를 두고 “진술”이라 할 수 없어, 주취운전 혐의자에게 주취 측정에 응할 의무를 부과한 도로교통법 제41조 제2항은 합헌이라고 판시하였다(헌법재판소 1997. 3. 27. 자 96헌가11 결정 참조).

311) 헌법재판소 1990. 8. 27. 자 89헌가118 결정; 1995. 5. 25. 자 91헌바20 결정 참조.

312) 헌법재판소 1990. 8. 27. 자 89헌가118 결정; 2001. 11. 29. 자 2001헌바41 결정 참조.



2. **교통사고시 신고의무의 부담(헌법재판소 1990. 8. 27. 자 89헌가118 결정)**; 교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호는, 범죄발각의 단서를 제공하는 등 진술거부권을 침해할 소지가 없지 않지만, 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.

vi) **변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항)**

이는 국가형벌권의 행사에 있어서 국가권력, 특히 수사기관과 대등한 지위를 확보해 줌으로써 피의자 등의 신체의 자유를 보장하려는 데 그 의의가 있다.

변호인의 조력을 받을 권리에는 기본적으로 변호인선임권과 변호인접견교통권이 포함되며, 이를 보완하는 국선변호인 제도와 변호인의 자유로운 활동을 보장하는 변호인의 소송기록 열람권이 포함된다. 헌법재판소는 헌법상의 피의자·피고인의 접견교통권은 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없는 헌법상 권리로 보고 있지만, 변호인 자신의 구속된 피의자·피고인과의 접견교통권은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없으며 단지 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임에 그친다고 판시하고 있다.<sup>313)</sup>

㉠ **변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법재판소 결정례**

1. **미결구금자와 변호인 간 서신검열이 위헌이 되는 경우 (헌법재판소 1995. 7. 21.자 92헌마144 결정)**; 변호인의 조력을 받을 권리 등에 비추어 볼 때, 미결구금자가 수발하는 서신이 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 서신임이 확인되고 미결구금자의 범죄혐의 내용이나 신분에 비추어 소지 금지품의 포함 또는 불법내용의 기재 등이 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 없음에도 그 서신을 검열하는 행위는 위헌이다.
2. **변호인의 수사기록 열람 제한이 위헌이 되는 경우 (헌법재판소 1997. 11. 27.자 94헌마60 결정)**; 청구인의 변호인이 1994. 3. 22. 국가보안법 위반죄로 구속 기소된 청구인의 변론준비를 위하여 피청구인인 검사에게 그가 보관중인 수사기록일체에 대한 열람·등사신청을 하였으나 같은 달

313) 헌법재판소 1991. 7. 8. 자 89헌마181 결정.



26. 피청구인은 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 이를 전부 거부한 것은, 청구인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.
3. **변호인과의 접견 시 관계공무원의 가청거리에서의 참여 (헌법재판소 1992. 1. 28. 자 91헌마111 결정)**; 관계공무원은 구속된 자와 변호인의 대담내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리에 있어서는 아니 되며 계호나 그 밖의 구실아래 대화 장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서도 아니 될 것이다. 국가안전기획부 소속직원이 접견에 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 접견교통권을 침해한 것이다.
4. **구속적부심 절차에서의 수사 기록 비공개결정 (헌법재판소 2003. 3. 27.자 2000헌마474 결정)**; 이 사건에서는 고소사실이 사인 사이의 금전 수수와 관련된 사기에 관한 것이고 증거자료를 별첨하고 있기 때문에 특별한 사정이 없는 한 고소장이나 피의자신문조서를 변호인에게 열람시켜도 이로 인하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 위험을 가저올 우려라든지 또는 사생활침해를 초래할 우려가 있다고 인정할 아무런 자료가 없다. 또한 이 사건에서는 고소장과 피의자신문조서를 공개한다고 하더라도 증거인멸, 증인협박, 수사의 현저한 지장, 재판의 불공정 등의 위험을 초래할 만한 사유 있음을 인정할 자료를 기록상 발견하기 어렵다. 따라서 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정은 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 침해하여 헌법에 위반된다.
5. **기결수의 변호인의 조력을 받을 권리 주체성 부정 (헌법재판소 1998. 8. 27.자 96헌마398 결정)**; 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다. 다만, 수형자의 경우에도 재심절차 등에는 변호인 선임을 위한 일반적인 교통·통신이 보장될 수도 있겠으나, 청구인이 교도소 내에서의 처우를 왜곡하여 외부인과 연계, 교도소내의 질서를 해칠 목적으로 변호사에게 이 사건 서신을 발송하려는 것이었다면 이와 같은 경우에는 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되는 경우에 해당한다고 할 수 없다.

vii) **고문금지와 자백의 증거능력 및 증명력 제한 (『헌법』 제12조 제2항, 제7항)**



「헌법」 제12조 제2항은 고문금지를 규정하고, 제7항은 자백의 증거능력 및 증명력 제한을 규정하고 있다. 과학적 수사와 신문 없이 고문에 의하여 자백을 얻어내던 관행은 아직도 남아있으며 이를 금지하기 위한 국제적 차원에서의 노력도 활발하다. 314) 이에 따라 「헌법」은 고문, 폭행, 협박에 의한 자백이나 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 임의로 진술되지 않은 자백에 관하여서는 그 증거능력을 부정하고 법관이 충분한 심증을 가지더라도 그 자백이 유일한 증거일 때는 범죄사실을 인정할 수 없게 하여 그 증명력을 제한하고 있다.

#### ④ 신체의 자유의 제한과 한계

신체의 자유도 「헌법」 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률에 의하여 제한될 수 있다. 그러나 그 경우에도 비례원칙은 준수되어야 하며, 본질적 내용을 침해할 수는 없다.

##### ㉓ 신체의 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 긴급체포 요건의 흠결(2004.4.16.자 02진인1144); 긴급체포 당시의 제반사정을 고려하여 인권의 침해가 없도록 신중을 기하여야 함에도 불구하고 형사소송법 제200조의3 제1항에 규정하고 있는 긴급체포의 요건에 부합하지 않는 상황에서 진정인을 긴급체포한 것은 적법절차를 위반한 위법한 행위로서 신체의 자유를 침해한 것이므로, 피진정인에게 위원회에서 실시하는 인권교육을 수강할 것을 권고한다; 유사결정 2003.11.17.자 02진인1853; 2003.12.29.자 02진인2147.
- ▶ 긴급체포와 압수수색의 요건 결여와 사건조사과정에서의 폭행(2004.2.23.자 03진인836); 경찰관들이 사건을 조사하는 과정에서 공모하여 피해자를 폭행하고 그로 인하여 치료일수 미상의 타박상 등을 입게 한 것은 가혹행위에 해당하고, 피해자를 구타한 야구방망이를 폐기한 것은 증거인멸죄를 구성한다. 경찰관들이 피해자의 거주지 및 물품에 대하여 압수 수색을 함에 있어 압수절차도 없이 임의로 가져와 그 중 일부 물품을 폐기한 것은 형사소송법 제215조, 제216조 및 제218조 소정의 절차를 위반한 것이고, 피해자를 참고인 조사를 하던 중 피의자로 간주하여 긴급체포한 것은 같은 법 제216조 및 제200조의3에 의한 긴급체포의 요건을 위반한 것이다; 유사결정 2002.10.28.자 02진인1041.

314) 1948년의 국제인권선언 제5조, 1950년의 유럽인권규약 제3조, 1973년의 12월 10일의 고문금지를 위한 국제엠네스티선언 등.



- ▶ 긴급체포과정에서의 물리력 행사(2004.1.26.자 03진인5445); 경찰관들이 피의자를 긴급체포하는 과정에서 도주 및 저항의 의사를 표출하였다고 단정할 만한 정황이 아니었음에도 물리력을 행사함으로써 상해를 입힌 사실이 있는 것으로 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 판단하여 이러한 경찰관들의 행위는 헌법 제10조 및 제12조가 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권, 행복추구권 및 신체의 자유로부터 유래하는 신체의 안전 등 피의자의 기본적 인권을 침해한 사실이 인정된다.
- ▶ 체포이유에 대한 불고지와 체포과정에서의 선제폭행(2003.6.16.자 03진인682); 체포이유에 대한 고지도 없이 도주나 흉기사용의 위험이 표출되지도 않았음에도 불구하고 진정인을 선제 폭행하여 긴급체포한 것은 적법절차에 의한 정당한 법집행으로 볼 수 없고, 강력범죄 피의자의 체포라는 목적에 비추어 보아도 필요이상의 과도한 물리력의 행사라고 판단, 피진정인들을 징계토록 권고한다.
- ▶ 미란다 원칙 미준수와 자백강요, 기타 피의자 권리행사 방해(2003.2.24.자 02진인2, 02진인1882, 1889, 1891); 범죄혐의의 상당성, 필요성, 긴급성과 같은 긴급체포의 요건이 결여된 상태에서 피해자들을 긴급체포하면서 그 체포과정에서도 범죄사실의 요지, 체포이유, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고지하지 않은 것과 살인사건의 실제적 진실발견만을 앞세워 피해자들을 조사하면서 자백을 강요하며 변호인의 조력을 받을 권리, 체포적 부심을 청구할 권리, 진술거부권 등 피해자들의 권리의 행사를 방해한 것은 헌법 제12조 신체의 자유를 침해한 것으로 국가인권위원회법 제30조 제1항 소정의 인권침해행위에 해당한다.
- ▶ 피의자 긴급체포 후 가족 등에게 미통지나 통지 지연(2004.3.31.자 03진인1242); 피의자를 긴급체포한 후 가족 등에게 체포통지를 하지 않거나 지연한 행위는 헌법 제12조 제5항 및 형사소송법 제87조 등에서 규정하고 있는 체포·구속 사실 통지를 위반한 것이고, 그 제도의 취지가 피의자의 적절한 방어수단 강구, 당사자와 가족의 정신적 고통 방지 및 변호인 조력권의 실질화 등에 있으므로 피의자의 신체의 자유를 중대하게 침해한 행위라 판단된다; 유사결정 2004.5.10.자 02진인968; 2004.11.8.자 03진인2668.
- ▶ 불법감금과 조사중 폭행행위(2004.2.23.자 02진인1243); 피진정인이 진정인을 수사하는 과정에서 영장이나 체포절차 없이 70시간 가까이 조사를 진행한 것은 임의에 의한 조사였다고 보기 어렵고 이는 불법감금죄에 해당한다 하겠고, 조사과정에서 이루어진 면벽반성 등의 가혹행위는 헌법 제12조 제1항에 보장된 신체의 자유를 침해한 것이라고 보아 검찰총장에게 수사개시를 의뢰한다.



- ▶ 범죄사실의 요지 불고지(2004.4.30.자 03진인5559); 피진정인이 피의자심문용구속영장의 집행시 범죄사실의 요지 등을 고지하지 않고 확인서를 작성하지 않은 것은 적법절차위반으로서 인권을 침해한 것으로 판단하여 해당 경찰서장에게 피진정인에게 자체교육을 실시할 것을 권고한다.
- ▶ 동향관찰업무의 한계를 일탈한 이동 제한(2004.2.23.자 03진인500); 국민의 기본권의 제한은 법률에 의한 것이어야 하고, 수단 및 방법 등에 있어서도 비례의 원칙에 위배되지 않아야 할 것임에도 불구하고 인신구속에 관한 직무를 행하는 경찰관이 동향 관찰업무의 한계를 넘어 직권을 남용하여 진정인으로 하여금 일정한 장소로부터 벗어날 수 없게 함으로써 신체적 활동의 자유를 제한한 것은 형법 제124조에 정한 불법감금죄를 구성하여 헌법 제12조에 정한 신체의 자유를 침해한 것으로 판단하여 불법감금 혐의에 대하여 검찰총장에게 수사개시를 의뢰한다.
- ▶ 영장 없는 압수 수색(2003.12.29.자 02진인1806); 피진정인이 행한 압수행위는 임의제출형식이라 볼 수 없고, 사전에 영장을 제시하고 행하여야 할 상황임에도 전혀 영장제시가 없었던 바, 이는 헌법 제12조에서 규정하고 있는 법률과 적법절차에 의한 압수 수색에 해당하지 아니하는 인권침해 행위임이 인정되어 피진정인에게 국가인권위원회가 실시하는 특별인권교육 수강을 권고한다.
- ▶ 변호인과의 접견장소에서 임의로 대화내용을 기록한 행위(2004.3.31.자 03진인6458); 행형법 제66조 제1항 및 제68조 등의 규정에 의하면 피구속자와 변호인과의 접견에는 수사관 등이 그 내용을 청취 또는 녹취를 할 수 없고, 접견교통권이 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장하여 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통해서만 가능한 제도라는 점을 고려할 때에 경찰관이 체포되어 조사 중인 자와 그의 변호인간의 접견장소에 임의로 들어가 그 대화내용을 기록한 행위는 헌법 제12조 제4항에 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용인 변호인 접견교통권을 침해한 것이다.
- ▶ 구속전 피의자신문신청권의 침해(2004.5.10.자 03진인6337); 경찰관이 작성한 1차 피의자신문조서에는 진정인이 구속전 피의자신문을 신청하는 취지가 기재되어 있으나, 다른 경찰관이 작성한 진정인에 대한 구속영장 신청서에는 신문신청이 반영되지 않았으며, 이후 진정인은 구속전 피의자신문절차를 거치지 아니한 채 법원의 판사에 의해 당일로 구속영장이 발부되었고, 다만, 진정인의 구속전 피의자신문 신청이 결과적으로 묵살된 것이 경찰관들의 고의에 의해서라기보다는 인신구속에 있어서의 적법절



차 준수 의무를 소홀히 함으로써 위 진정인의 신청을 간과한 잘못으로 보  
이므로 경찰서장에게 진정인의 구속전 피의자 심문신청권을 침해한 소속  
경찰관들에 대하여 자체 인권교육을 실시할 것과, 감독기관인 ○○지방경  
찰청장에게 구속전 피의자 심문신청권을 침해하는 사례가 재발하지 않도  
록 대책을 강구하여 시행할 것을 각 권고한다.

- ▶ 자의적인 피의자접견등 금지 결정(2004.6.23.자 03진인6268); 피진정인들  
이 진정인의 면회를 금지할 사유가 없었음에도 불구하고 면회금지를 한  
행위에 있어, 업무착오와 관련규정을 지키지 않고 구두 상으로 해 오던  
관행에 의해 비롯된 것이라고 판단하고, 헌법 제10조 및 시민적및정치적  
권리에관한국제규약 제14조 제2항에서 연유하는 기본권인 비변호인과의  
접견교통권을 침해한 것으로 판단한다.
- ▶ 변호인과의 접견교통권에 대한 과도한 제한(2004.11.23.자 04진인2644);  
진정인에 대한 조사를 사실상 완료하여 진정인의 접견권을 제한할 필요  
성이 적어진 이후까지 계속해서 진정인에 대하여 가족 등과의 접견을 금  
지한 것은 진정인의 접견교통권을 과도하게 제한한 것으로 헌법 제10조,  
제27조 제4항, 피구금자 보호원칙 제15조, 제19조, 피구금자처우에관한최  
저기준규칙 제37조에 위반된다고 판단된다.
- ▶ 피의자주거진술서 작성전 진술거부권 미고지(2004.8.23.자 03진인6361);  
주거진술서도 피의자신문에 해당하는 것으로서 피의자주거진술서 작성시  
진술거부권이 있음을 고지하여야 함에도 사전 고지없이 피의자주거진술  
서 작성을 강요하는 것은 형사소송법 제200조 제2항 및 헌법 제12조에 규  
정된 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리를 침해하는 것으로 판단.
- ▶ 유치인에게 자의적인 수갑 사용(2003.3.3.자 02진인1033); 유치장담당직원  
들이 면회시의 유치인에게 과도하게 자의적으로 수갑을 사용하는 것은  
이로 인해 유죄가 확정되지 않은 미결수인 유치인들이 수치심을 느끼지  
않을 수 없고, 수갑사용으로 인하여 심리적으로 위축되고 압박감을 느낄  
수 있다는 점에서 유치장 내 수갑사용은 필요한 최소한의 범위 내에 그쳐  
야 함에도 불구하고, 피진정인들은 관행적으로 면회시의 유치인들에게 수  
갑을 채움으로써 도주·자해방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에  
대한 항거의 억제 등 상당한 이유가 있을 때에만 수갑 등을 제한적으로  
사용할 수 있도록 규정한 경찰관직무집행법 및 피의자유치및호송규칙 등  
을 위반하였으며 헌법 제10조 및 제12조에 보장된 진정인의 인격권 및 신  
체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.
- ▶ 검사조사실에서 예외없는 계구 사용의 강제(2003.5.7.자 02진인630); 검사  
조사실에서 구속피의자 및 피고인에 대해 예외없이 계구사용을 강제하고,



계구사용에 대한 수사검사의 재량권마저 박탈하고 있는 계호근무준칙 제 298조 제1호 및 제2호의 규정은 수사와 계호근무상 필요한 최소한의 범위를 넘어 신체의 자유를 침해한 것으로 인정된다. 피진정인에게 계호근무준칙 제298조 제1호 및 제2호에 대하여 검사조사실에서는 구속 피의자 및 피고인에게 계구를 시용하지 못하며, 다만 구속 피의자 및 피고인이 폭력을 행사하거나 도망할 염려가 있다고 인정되는 경우에만 예외적으로 계구를 사용할 수 있고, 검사가 구속 피의자 및 피고인에 대한 계구의 해제를 요구하는 때에는 이에 따르도록 하는 내용으로 개정할 것을 권고한다.

- ▶ 구속사유와 조사계획이 없이 유치장 강제 수용(2003.7.21.자 02진인1823 결정); 피진정인이 사안이 경미하고 구속사유도 없어 구속영장을 신청할 계획도 없는 진정인을 아무런 조사도 하지 않으면서 24시간 동안이나 유치장에 수용한 것은 헌법 제12조에 의하여 보장된 신체의 자유를 침해한 행위이다.
- ▶ 조사실이 아닌 장소에서 사전 승인 없이 피의자 조사(2004.4.2.자 03진인 6383); 경찰관들이 조사실이 아닌 장소에서 소속 경찰관서장의 사전 승인을 받지 않고 피의자를 조사한 행위는 범죄수사규칙의 규정을 위반한 것으로서, 이는 형사절차에 있어서 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리를 보장하고 있는 헌법 제12조 제7항 및 모든 공권력 작용상의 절차적 적법성을 규정한 헌법 제12조 제1항 후단(적법절차의 원칙)을 위반함으로써 진정인의 인권을 침해한 것이다.
- ▶ 수배해제조치의 지연으로 인하여 발생한 검거 등의 행위(2004.2.11.자 03진인1370); 경찰관이 진정인에 대한 검사의 불구속 수사지휘 이후 즉시 수배해제를 하지 않고 9일 후에 수배해제 조치를 취하였으며, 그 과정에서 진정인은 불심검문에 적발, 검거되었고 파출소에서 사실 확인 후 방면되었던 사실이 인정되는 바, 경찰관의 이러한 행위는 비록 사무착오에 기인한 것으로 보이기는 하나, 결과적으로 헌법 제10조 및 제12조가 보장하고 있는 진정인의 인간의 존엄성, 신체의 자유를 침해한 것으로 판단하여 당해 경찰관에게 자체 인권교육 수강을 권고한다.
- ▶ 장애인 청소년 피의자를 조사 과정에서 소홀한 보호조치(2004.10.11.자 04진인1589); 소년법 제9조 및 사법경찰관리집무규칙 제41조 등에 규정한 소년사건 처리에 관한 특별규정에 의거 청소년 피의자의 성격, 경력, 가정 환경, 심신상태 등 제반사정을 면밀히 파악하여 특별한 배려를 하여야 하고, 체포사실을 가족에게 알려 접견 및 조력을 받을 수 있도록 적극적인 보호조치를 강구하여야 함에도 피진정인들이 미성년 정신지체2급 장애인 피해자에 대하여 적절한 보호조치를 강구하지 않은 사실이 인정된다.





- ▶ 부당한 불심검문(2004.6.9.자 02진인556, 565, 03진인5251, 6567 병합); 경찰청장에게 경찰관들이 경찰관직무집행법에 규정된 불심검문의 요건과 절차를 준수하도록 각 지방경찰청 및 각급 경찰교육기관을 통하여 자체 인권교육을 실시할 것과 불심검문을 실시할 경우 정북경찰관은 물론이고 전·의경도 반드시 신분증을 제시하도록 산하기관에 교양할 것을 권고한다.
- ▶ 조사실 수용자의 소란, 난동행위에 대한 가축수갑 사용(2004.2.11.자 03진인5055); 조사실에 수용중인 수용자가 자해를 하는 등 소란, 폭행이 있었다고는 하나 수용자의 소란, 난동 행위는 정신과 진료결과 정신적·심리적 요인에 의한 것으로 보이는데도 그 발생 원인을 고려함이 없이 금속수갑과 가축수갑을 동시에 사용한 것은 과잉금지의 원칙을 위반하여 헌법 제10조 인간의 존엄성 및 제12조 신체의 자유에 대한 침해의 소지가 있다.
- ▶ 구치소의 수용자 의료방치(2004.6.4.자 03진인878, 1170 병합); 경찰관이 응급치료가 덜 끝난 피의자를 연행한 것은 인권침해라고 판단되나 당시 여러 사정을 참작하여 경찰관에 대한 징계 등 책임을 묻는 것은 과도하다고 판단되므로 재발 방지의 차원에서 자체 특별인권교육을 실시할 것을 권고한다. 구치소 수용자가 폭행으로 턱이 아프다고 호소를 했으나 구치소 의무과장이 이를 2개월 이상 치과치료 방치한 것은 인권침해에 해당되나, 여러 사정을 참작할 때에 책임정도가 중하지 않다고 판단하여 구치소장에게 향후 유사사례가 발생하지 않도록 의무과장을 경고조치할 것을 권고한다.
- ▶ 상황 종료 후 구금시설 수용자에 대한 계구 장기간 시정(2003.7.14.자 02진인126, 329, 76, 100, 1245 병합); 계구의 사용이 개시된 당시의 상황에 비추어 계구사용 자체를 위법한 직무집행이라 할 수 없다 하더라도, 위 상황이 종료되었음에도 계구가 계속 사용되었다면 이는 보충성의 원칙 및 비례성의 원칙에 어긋나는 것으로 판단된다. 계구는 수용자의 헌법 제10조가 보장하는 인간으로서의 존엄성 및 제12조의 신체의 자유를 침해할 우려가 크므로 법률에 계구사용 요건을 명확히 하고 보충성과 비례성의 원칙을 명시하여 계구의 종류 중 사슬과 가축수갑을 폐지하는 등 관련 법령을 개정할 것을 권고한다.
- ▶ 계구의 변형사용(2004.5.19.자 03진인5132); 교도소 측이 수용자가 계속하여 난동을 부리는 상황이었다 하더라도 진정인은 이미 가축수갑과 금속수갑을 하고 있어 행동의 제약과 고통이 수반되는 상황이었고, 그 상태에서 소란행위가 계속되어 다른 수용자의 생활을 방해한다 하더라도 이를



제지하기 위하여는 필요한 다른 계구의 사용이나 일시적 격리와 같이 육체적·정신적 피해를 최소화할 수 있는 방법을 생각할 수 있었음에도 불구하고 계구의제식및사용방법에관한규칙에 규정되어 있지 않는 일명 ‘족지승’의 방법을 사용하여 진정인에게 육체적 고통을 가중시키고 하반신을 완전히 제압함으로써 신체의 기본적 기능을 훼손하는 것은 계구의 사용 목적을 일탈하여 신체의 자유를 침해한 것이다.

- ▶ 약 6개월 동안 금속수갑 착용 강제(2004.6.14.자 03진인6186); 중형선고가 예상되는 수용자에 대하여 약 6개월 동안 계속하여 금속수갑을 착용한 채 수용생활을 하도록 한 것은 구치소 및 교도소 측의 관행으로 보여지고, 사고를 방지하려는 목적이라 하더라도 이는 그 목적달성에 필요한 범위를 넘은 것으로서 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄과 가치·행복추구권 및 제12조에 규정된 신체의 자유를 침해한 것이다.
- ▶ 교도관의 구타(2003.5.7.자 02진인1649); 진정인이 재판대기실에서 다른 공범과 싸웠다는 이유로 재판을 마치고 귀소한 뒤 사무실 휴게실에서 자술서를 쓰는 도중에 교도관이 진정인을 2, 3차례 구타한 것은 진정인의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 신체의 자유를 침해한 것이다.
- ▶ 정신의료기관의 장의 무연고환자 강제 이송 행위(2003.1.13.자 02직인1, 02진인516); 정신의료기관의 장 등이 무연고환자를 입원 수용함에 있어, 뒤늦게 나타난 환자 가족의 퇴원 요구를 거절하거나 환자의 의사에 반하여 타 정신의료기관에 강제 이송한 행위는 입원환자의 신체의 자유를 침해한 행위이다.
- ▶ 정신병원수용자에 대한 입·퇴원 과정에서의 불법행위(2004.6.4.자 04진인586); 피진정인 환자들의 입·퇴원 시 보호자의 동의를 구하지 않고 처리하는 등, 입·퇴원 경로가 부적정하며, 환자가 최초 입원시 ‘입원후 3개월 이전에는 퇴원을 할 수 없다’는 내용의 각서를 환자보호자에게 청구한 것은 정신보건법 제24조 제3항 위반한 사실이 인정되므로 검찰총장에게 고발조치하고, 피진정인에게 입·퇴원 절차 및 방법을 개선할 수 있는 방안을 마련할 것을 권고한다.
- ▶ 집회강제해산의 일환으로 피해자들을 원거리 이격(2004.6.14.자 02진인1793); 경찰관들이 주간에 불법집회로 강제해산된 피해자들이 동일 장소에 모여 있으므로 불법집회로 이어질 가능성이 있다고 하더라도 피해자들의 구체적 행위가 없는 상태에서 예방조치 및 강제해산의 일환으로 피해자들을 강제로 원거리 이격한 행위는 공권력 행사의 법적근거가 미약한 것이므로 피해자들의 기본적인 신체의 자유를 침해한 행위로 판단된다.
- ▶ 밤샘조사·기합·폭언·구타 등 가혹행위 및 기망에 의한 수사(2003.9.15.



자 03진인256); 지방경찰청 소속 경찰공무원들이 피해자들을 조사함에 있어 계속하여 집중적인 밤샘조사를 실시하고, 경찰서의 체력단련실 및 특수경찰대 사무실 등에서 자백을 강요하며 대걸레 막대기, 주먹, 구둣발 등으로 구타하고, 전기고문 등으로 피해자를 협박하고, 다리를 벌려 허리를 펴고 엉덩이를 땅에 대는 기합을 가하고, 살인죄 및 권총절도죄를 선택하라며 기망에 의한 수사를 한 당해 경찰공무원들의 행위는 헌법 제10조 및 제12조가 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권, 행복추구권 및 신체의 자유로부터 유래하는 신체의 안전 등 피해자들의 기본적 인권을 침해한 것이다.

## 라. 헌법 제13조 신체의 자유의 실체적 보장

### 헌법 제13조 (형벌불소급, 일사부재리, 소급입법의 금지, 연좌제금지)

- ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.
- ② 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.
- ③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

헌법은 신체의 자유의 실체적 보장을 위하여 「헌법」 제13조 제1항에서 죄형법정주의와 일사부재리의 원칙을 규정하고 있으며 제2항과 제3항에서 소급입법에 의한 참정권과 재산권의 박탈 금지, 연좌제 금지를 규정하고 있다.

죄형법정주의란 “법률 없으면 범죄없고 법률 없으면 형벌없다”는 표현으로 요약될 수 있는데, 이는 예측가능성을 확보하여 법적 안정성을 기하기 위한 것이며, 그 중요한 내용으로는 i) 성문법주의, ii) 형벌불소급의 원칙, iii) 명확성의 원칙, iv) 유추해석의 금지, v) 절대적 부정기형의 금지를 들 수 있다.

### 가) 죄형법정주의

#### ① 형벌법규의 성문법 주의



형벌법규의 성문법주의는 모든 구성요건과 형벌이 관습법이 아닌 형식적 의미의 법률로 규정될 것을 요한다. 여기의 형벌에는 행정질서벌은 포함되지 않으며,<sup>315)</sup> 형벌의 종류 및 범위를 결정함에 있어서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정된다.<sup>316)</sup>

그러나 형벌법규의 성문법주의는 하위법규에의 위임을 완전히 금지하는 것이 아니므로, 필요한 경우 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것은 허용된다. 헌법재판소도 형벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 판시하고 있다.<sup>317)</sup>

## ② 형벌불소급의 원칙

「헌법」은 소급입법에 의한 참정권의 제한 또는 재산권의 박탈만을 금지하고 있지만(제13조 제2항), 헌법이 택하고 있는 죄형법정주의의 정신상 소급입법에 의한 형벌의 강화도 허용되지 아니한다. 보안처분 중 보호감호처분에도 형벌과 마찬가지로 동원칙이 적용된다.<sup>318)</sup> 이와 관련하여 과거에 벌어진 반인권적인 국가범죄나 대량학살등의 가해자에게 형법상의 공소시효의 진행을 정지시키는 법률이 소

315) 죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데, 이 사건 법률조항이 정하고 있는 과태료는…중략… 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다(헌법재판소 1998. 5. 28. 자 96헌바83 결정).

316) 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다든 등 헌법상의 평등의 원리 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안된다, 따라서 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중여부를 판정하여서는 아니 될 것이다(헌법재판소 1995. 4. 20. 자 91헌바11 결정).

317) 헌법재판소 1991. 7. 8. 자 91헌가4 결정.

318) 상습범 등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다 (헌법재판소 1989. 7. 14. 자 88헌가5 결정).



급효가 금지되는 실체형벌규정인지가 문제되고 있다. 국가권력에 의한 범죄에 공소시효 규정을 그대로 적용하는 것은 국가가 범죄를 승인하는 결과가 되며, 범인도 형벌을 받았다기 보다는 오히려 권력자로서 상당한 사회적 지위를 누려오는 등 공소시효제도의 취지에 부합하지 않는 현실이 많기 때문에 헌법 위반이 아니라는 주장과 그럼에도 불구하고 과거의 범죄에 대해서 소급하여 적용하는 것은 헌법 위반이라는 주장이 대립되고 있다. 한편 헌법재판소는 5.18특별법 사건에서 형벌불소급 원칙의 적용대상이 아니라고 판시한 바 있다.<sup>319)</sup>

### ③ 명확성의 원칙

명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 그 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다. 그러나 순수한 기술적 요소만으로 규율하는 것은 이론상 불가능하며 다양하게 변화하는 생활관계를 제대로 규율할 필요성이 있으므로, 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 일반적 개념을 사용하였더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 예측가능하다면 명확성의 원칙에 위배되지 않는다. 이러한 명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 법률의 성격이나 제정배경에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있다.<sup>320)</sup>

#### ☞ 명확성 원칙과 관련된 헌법재판소 결정례

1. 국가보안법 제7조의 찬양·고무죄(헌법재판소 1990. 4. 2. 89헌가113):  
국가보안법 “제7조 제1항의 찬양·고무죄는 ‘구성원’, ‘활동’, ‘동조’, ‘기타의 방법’, ‘이롭게 한’ 등 무려 다섯 군데의 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하다…문언을 그대로 해석·운영한다면… 법 운영 당국으로서 가장 경계하여야 할 편의적·자의적 법 운영이 가능할 수 있다… 그러나 제7조 제1항의 그 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면위헌으로 완전 파기되어야 할 규정으로는 보지 않으며…국가의

319) 소급입법의 금지에 관한 헌법의 규정은 행위의 가벌성에 관한 것이기 때문에 소추 가능성에만 연관될 뿐 가벌성에는 영향을 미치지 않는 공소시효에 관한 규정은 원칙적으로 그 효력범위에 포함되지 않는다(헌법재판소 1996. 2. 16. 자 96헌가2, 96헌바7·13 병합 결정).

320) 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다(헌법재판소 1992. 2. 25. 자 89헌가104 결정).



존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우로 축소 제한하는 것이 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다.

2. **군사기밀보호법상의 ‘군사상 기밀’(헌법재판소 1992. 2. 25. 89헌가 104)**; 군사기밀보호법 제6, 7, 10조상의 ‘군사상 비밀’은 그 범위의 광범성이나 내용의 애매성이 문제될 소지가 있지만 그 대상에 대하여 군사기밀인 표지를 갖추게 하고 있으니 실제에 있어 그 애매성이 문제될 소지는 크지 않은 것이며, 다만 그 범위의 광범성에 있어서는 “그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있을 것”이라는 요건이 헌법 합치적으로 해석된다면 헌법 제37조 제2항에 저촉되지 않으면서 동 법률조항의 존립목적이 달성될 수 있다.
3. **구 노동조합법 제46조의3의 ‘단체협약에 위반한 자’(헌법재판소 1998. 3. 26. 96헌가20)**; 개별적 및 집단적 노사관계의 모든 사항에 관하여 노사는 자율적으로 특별한 제약 없이 단체협약을 체결할 수 있는 것이어서, 단체협약에 위반하는 행위란 전혀 특징이 불가능할 정도로 그 범위가 넓고 단체협약 위반행위의 처벌 가능한 범위가 이렇듯 포괄적이고 광범위하므로 과연 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어려워 죄형법정주의의 본질적 요소인 예측가능성을 전혀 보장하지 못하고 있다.
4. **미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화(헌법재판소 2002. 2. 28. 자 99헌가8 결정)**; ‘잔인성’에 대하여는 아직 판례상 개념규정이 확립되지 않은 상태이고 그 사전적 의미는 “인정이 없고 모쪼”이라고 할 수 있는바, 여기에 ‘조장’ 및 ‘우려’까지 덧붙여지면 사회통념상 정당한 것으로 볼 여지가 많은 것까지 처벌의 대상으로 할 수 있게 되는데, 이와 같은 경우를 모두 처벌하게 되면 그 처벌범위가 너무 광범위해지고, 일정한 경우에만 처벌하게 된다면 어느 경우가 그에 해당하는지 명확하게 알 수 없다. 다음으로 불량만화에 대한 정의 중 후단 부분의 “범죄의 충동을 일으킬 수 있게”라는 표현은 그것이 과연 확정적이든 미필적이든 고의를 품도록 하는 것에만 한정되는 것인지, 인식의 유무를 가리지 않고 실제로 구성요건에 해당하는 행위로 나아가게 하는 일체의 것을 의미하는지, 더 나아가 단순히 그 행위에 착수하는 단계만으로도 충분한 것인지, 결과까지 의욕하거나 실현하도록 하여야만 하는 것인지를 전혀 알 수 없어 그 규범내용이 확정될 수 없는 것이다. 그러므로, 이 사건 미성년자보호법 조항은 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.



5. 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신(헌법재판소 2002. 6. 27.자 99헌마480 결정); “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념은 너무나 불명확하고 애매하다. 여기서의 “공공의 안녕질서”는 위 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와, “미풍양속”은 전혀 구체화되어 있지 않다. 또한 전기통신사업법 제53조 제2항은 “제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있는바 행정입법자는 다분히 자신이 판단하는 또는 원하는 “안녕질서”, “미풍양속”의 관념에 따라 헌법적으로 보호받아야 할 표현까지 얼마든지 규제대상으로 삼을 수 있게 되어 있다.

### ⑤ 유추해석의 금지

유추해석의 금지도 예측가능성을 통한 법적 안정성을 확보하기 위한 것으로서, 이는 실체법규만 적용되므로 절차법규의 유추해석은 죄형법정주의에 반하는 것이 아니다. 이와 관련하여 재정신청의 공소시효 정지규정(『형사소송법』 제262조의 2)을 헌법소원심판에 유추적용할 수 있는지가 문제되는데, 우리 헌법재판소는 공소시효 규정의 실체법적 성격을 들어 이를 부정한 바 있다.<sup>321)</sup>

### ⑥ 절대적 부정기형의 금지

절대적 부정기형은 금지되지만 상한과 하한이 법정되어있는 상대적 부정기형은 허용된다. 우리 헌법재판소는 보안처분의 부정기형은 그 본질적 요소로서 적법절차에 위반되지 않는다고 판시하고 있다.<sup>322)</sup>

321) 공소시효제도는… 비록 절차법인 형사소송법에 규정되어 있으나 그 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 갖고 있는 것이다. 법률에 명문으로 규정되어 있지 아니한 경우 다른 제도인 재정신청에 관한 위 법조의 규정을 피의자에게 불리하게 유추적용하여 공소시효의 정지를 인정하는 것은 유추적용이 허용되는 범위를 일탈하여 법률이 보장한 피의자의 법적 지위의 안정을 법률상의 근거 없이 침해하는 것이 되고, 나아가서는 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항이 정하는 적법절차주의, 죄형법정주의에 반하여 기소되고 처벌받는 결과도 생길 수 있을 것이다(헌법재판소 1993. 9. 27. 자 92헌마284 결정).

322) 보안처분의 본질적 요소인 행위자의 재범의 위험성은 그가 장래에 다시 범죄를 범할 개연성을 의미하는 것으로서 장래의 예측에 따른 불확실성을 가지고 있음을 부정할 수 없으므로, 보안처분을 선고하는 때에 미리 재범의 위험성의 소멸시기를 예측한다는 것은 거의 불가능한 것이어서 보안처분은 그 본질상 집행단계에서 기간



## 나) 일사부재리의 원칙

일사부재리의 원칙이란 일단 확정판결이 내려지면 동일 사건에 대하여 거듭 심판할 수 없다는 원칙으로서 이에 따라 이중처벌은 금지된다. 이에 따라 무죄판결을 받았거나 이미 처벌을 받은 행위에 대하여 다시 형사책임을 물을 수 없고(『형사소송법』 제326조 제1호) 유죄의 확정판결이 내려진 사건의 재심은 그 선고를 받은 자의 이익을 위해서만 가능하다(동법 제420조). 그러나 일사부재리의 효력은 확정판결이 있을 때에 발생하는 것이므로 검사가 1차 무혐의처분을 하였다가 다시 공소를 제기한 것이 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다.

『헌법』 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다.<sup>323)</sup> 헌법재판소의 견해에 따르면 ① 형벌과 보호감호를 서로 병과하여 선고하는 것, ② 외국에서 형사처벌을 과하는 확정판결을 받은 동일한 행위에 대하여 우리나라 법원에서 형을 선고하는 것, ③ 소속 기관장으로부터 징계처분을 받은 동일한 행위에 대하여 형을 선고하는 것 등은 모두 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다.

## 다) 소급입법에 의한 참정권 제한·재산권 박탈의 금지

소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있다. 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, 기존의 법에 의하여 이미 형성된 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이다.<sup>324)</sup>

이 확정되는 부정기입을 면할 수 없다(헌법재판소 1989. 7. 14. 자 88헌가5 결정).

323) 헌법재판소 1994. 6. 30. 자 92헌바38 결정.

324) 다만 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다(헌법재판소 1999. 7. 22. 97헌바76등).





### 라) 연좌제의 금지

연좌제란 근대 형법의 형사책임 개별화의 원칙에 따른 것으로 자기 자신의 행위가 아닌 친족의 행위를 이유로 한 형사처벌을 포함한 불이익한 처분을 금지한다. 이러한 연좌제의 금지는 신체의 자유뿐만 아니라 다른 기본권(가령 거주·이전의 자유나 직업의 자유)의 보장에도 적용된다.<sup>325)</sup>

### 마. 헌법 제14조 거주·이전의 자유<sup>326)</sup>

**헌법 제14조 (거주·이전의 자유)** 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.

#### 가) 의의

거주·이전의 자유란 국가권력의 간섭을 받지 않고 자신이 원하는 곳에 거주지와 체류지<sup>327)</sup>를 정할 수 있는 자유를 말한다. 거주·이전의 자유는 자신의 생활영역을 스스로 결정할 수 있는 개인적 자결권이다. 또한 거주·이전의 자유는 인격의 자유로운 발현의 전제일 뿐만 아니라 인격적 정신적 자유를 보완해주는 기능을 한다(가령 정치적 망명). 또한 거주·이전의 자유는 노동력과 자산의 자유로운 이동성을 보장하는 경제질서의 기초가 되기도 한다.

#### 나) 내용

##### ① 적극적 자유와 소극적 자유

거주·이전의 자유는 우선 적극적으로 장소를 선택할 자유를 말한다. 따라서 거주·이전이 어떤 조건이나 허가에 종속되는 경우 이는 침해된다. 또한 거주·이전의 자유는 소극적으로 장소를 변경하지 않을 자유도 포함한다. 따라서 거주지를 직장에 종속시키는 타지거주의무는 거주·이전의 자유에 대한 침해가 된다.<sup>328)</sup>

325) 계획열, 앞의 책, 296쪽.

326) 1948년의 세계인권선언 제13조, 1966년의 국제인권규약(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 이하 B규약) 제12조, 1963년의 유럽인권규약 제4차 부속의정서 제2조, 유럽공동체법 제48조-58조 등은 거주·이전의 자유를 규정하고 있다.

327) 거주·이전의 자유에서 체류란 어느 정도 시간적 계속성을 요구한다는 점에서 신체의 자유와 구별된다.

328) 계획열, 앞의 책, 499쪽.



## ② 국내 거주·이전의 자유

대한민국의 영토는 헌법상 한반도와 그 부속도서라고 되어있지만, 대한민국의 통치권은 현실적으로 휴전선 남쪽에만 미치기 때문에 국내에서의 거주·이전의 자유가 북한 지역까지 포함하지 않는다.<sup>329)</sup>

## ③ 국외 거주·이전의 자유

우선 출국의 자유가 보장되는데, 여기에는 정치적 망명권이 포함된다. 출국의 자유와 관련하여 병역의무자의 출국을 제한하는 것은 「헌법」상의 국방의 의무(헌법 제39조)와 「병역법」상 병역의무를 성실히 이행하게 하기 위한 불가피한 조치로서 거주·이전의 자유를 침해하는 것이 아니다.<sup>330)</sup>

출국의 자유를 전제로 해외여행의 자유와 국외이주의 자유가 보장된다. 해외여행과 관련하여 여권법이나 출입국관리법 등의 필요성 자체는 인정되나 여권 발급을 어렵게 하여 사실상 출국허가제가 되는 경우 거주·이전의 자유는 침해된다.

마지막으로 입국의 자유란 일단 출국한 사람이 여행이나 해외거주를 마치고 돌아올 수 있는 자유를 말하므로 입국의 자유도 당연히 보장된다. 또한 입국의 자유는 대한민국의 영토이면서도 대한민국의 통치권이 미치지 못하는 북한지역의 주민에게 우리 통치지역으로 들어올 수 있는 자유를 보장한다.<sup>331)</sup>

## ④ 국적변경의 자유

국적변경의 자유란 대한민국의 국적을 포기하고 외국국적을 취득할 수 있는 자유를 말한다.<sup>332)</sup> 그러나 무국적의 자유까지 여기에 포함된다고 볼 수는 없다.<sup>333)</sup>

329) 국가보안법은 반국가단체의 지배하에 있는 지역에서의 잠입·탈출죄를 규정하고 있다(국가보안법 제6조).

330) 대법원 1990. 6. 22. 선고, 90마310 결정.

331) ‘북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률’은 ‘북한에 주소·직계가족·배우자·직장 등을 두고 있는 자로서 북한(군사분계선이북지역)을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자’를 북한이탈주민으로 규정하고(법 제2조 제1호) 이들을 보호하고 있다.

332) 대한민국 국적과 외국국적을 취득한 이른바 이중 국적자가 자유의사에 의해 대한민국국적을 이탈할 수 있는 국적이탈의 자유는 헌법상 인정되는 거주, 이전의 자유의 하나에 해당하므로, 법률로써만 제한할 수 있다(대법원 2000. 12. 22. 선고, 99두 2826 결정).

333) 무국적자는 개인의 이익을 보호하기가 어려울 뿐만 아니라 국가 간의 관계에서도 그 처리가 어려운 문제들을 발생시키고 있기 때문에 오늘날 국제사회의 국적주의의 원칙에 따라 무국적의 자유는 포함되지 않는다는 것이 다수의 견해이다(권영성,



## 다) 거주·이전의 자유의 주체

거주·이전의 자유는 인간의 권리가 아니라 국민의 권리이다. 국민인 이상 자연인만이 아니라 국내 사법인도 그 주체가 될 수 있다. 거주이전의 자유에 관하여 외국인에게 자국민과 동일한 권리를 인정하지 않는 것 국제 관습법상 확립된 원칙으로서, 외국인에게도 자국민과 동일한 권리를 인정해주는 경우 그것이 국토 방위나 사회방위에 미치는 영향이 크기 때문이다. 다만 전(全)지구적으로 하나의 단일 시장이 형성되어가고 경제적, 정치적 요인에 따라 자의적, 타의적으로 국가 간 거주 이전이 빈번해지는 현재의 상황이 특히 빈국에서 부국으로 이동하는 이주노동자들을 양산하고 있는 반면, 이에 대한 부국의 규제가 인권침해적 요소를 발생시키고 있다는 지적이 있어 이에 대한 정책을 인권적 시각에서 확립할 필요가 있다.

## 라) 제한과 한계

거주·이전의 자유도 「헌법」 제37조 제2항에 따라 필요한 경우 법률에 의하여 제한<sup>334)</sup>될 수 있고 대통령의 긴급명령이나 비상계엄의 선포로 제한될 수 있다(「헌법」 제76조, 제77조). 그리고 특별권력관계에 있는 사람(수형자, 군인 등)은 해당법률에 의해 제한될 수 있다. 그러나 그 경우에도 비례원칙을 준수해야 하며, 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다.

### ㉠ 거주·이전의 자유와 관련된 헌법재판소 결정례

1. 해직공무원의 보상금산출기간 산정에 있어 이민에 따른 제한(헌법재판소 1993. 12. 23. 자 89헌마189 결정); 1980년 해직공무원의보상등에 관한특별조치법 제2조 제5항은 그 자체 청구인이나 대한민국 국민 누구에게도 거주이전의 자유를 제한하는 것이라거나 국외이주를 제한하는 규정이 아니므로, 동 조항에 따른 보상의 차별이 있더라도 동 규정이 헌법상 재외국민의 평등권을 침해하였다고 할 수 없는 것과 마찬가지로 거주이전의 자유를 침해한 것이라 할 수 없다.

앞의 책, 463쪽; 허영, 앞의 책, 441쪽).

334) 거주이전의 자유에 대한 제한이라고 하기 위해서는 그 제한이 직접성을 띠어야 하며, 간접적인 방해와 제약만으로 충분하지 않다(헌법재판소 1996. 6. 26. 자 96헌마 200 결정).



2. 거주지 중심의 학군제(헌법재판소 1995. 2. 23. 자 91헌마204 결정); 거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 교육법시행령 제71조 및 제112조의6 등의 규정으로 인하여 위 규정이 적용되는 학교에 자녀를 입학시키고자 하는 학부모는 생활상 발생할 수 있는 여러 가지 불이익을 감수하면서도 당해 학교 소재지로 거주지를 이전하여야 하나, 학부모는 원하는 경우 언제든지 자유로이 거주지를 이전할 수 있으므로 그와 같은 생활상의 불이익만으로는 거주·이전의 자유를 제한한다고 할 수 없다.
3. 지방자치단체장의 피선거권 자격요건으로서 90일 이상 주민등록(헌법재판소 1996. 6. 26. 자 96헌마200 결정); 직업에 관한 규정이나 공직취임의 자격에 관한 제한규정이 그 직업 또는 공직을 선택하거나 행사하려는 자의 거주·이전의 자유를 간접적으로 어렵게 하거나 불가능하게 하거나 원하지 않는 지역으로 이주할 것을 강요하게 될 수 있다 하더라도, 그와 같은 조치가 특정한 직업 내지 공직의 선택 또는 행사에 있어서의 필요와 관련되어 있는 것인 한, 그러한 조치에 의하여 직업의 자유 내지 공무담임권이 제한될 수는 있어도 거주·이전의 자유가 제한되었다고 볼 수는 없다.

㉠ 거주·이전의 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 청와대 통행권 장시간 제지(2002.10.18.자 02진인666); 청와대 ○○초소를 경유하는 길은 일반인들이 06:00-24:00까지 자유로운 통행이 가능한 지역으로 피진정인이 위해요소를 판단할 상당한 이유나 구체적 기준 없이 진정인의 통행권을 장시간 동안 제지한 것은 헌법 제14조 거주이전의 자유에 대한 인권침해로 인정된다고 판단된다.
- ▶ 미국시민권자 입국불허(2003.7.28.자 02진인2181, 03진인1124 병합); 출입국의 자유 및 국적변경의 자유가 외국인에 대하여도 일반적으로 인정되는 기본권이라고는 보기 어렵고, 특히 입국의 경우 각 주권 국가는 자국에 있어서 바람직하지 않다고 인정하는 외국인의 입국을 거부할 권한을 가지고 있다는 것이 국제관습법상 확립된 원칙이다. 따라서 미국 시민권자인 위 유○○에게 대한민국의 입국의 자유가 있음을 전제로 한 이 건 진정은 기각한다.
- ▶ 인간복제에 관한 대중강연 관련 외국인 입국불허(2004.4.17.자 03진인6284); 라엘이 인간복제회사인 ‘클로네이드사’의 창시자이고, 이미 한차례



방한하여 인간복제 실험관련 기자회견을 한바 있고, 라엘리안무브먼트가 인간복제를 신봉하는 단체인 점, 2003.8.현재 ‘생명윤리및안전에관한법률’이 제정되어 인간복제를 금지하는 사회적 합의가 도출된 상황에서 인간복제에 관한 대중강연 및 활동은 사회윤리의 근간을 훼손할 우려가 있다는 이유로 입국금지 처분을 한 것은 인권침해 행위로 볼 수 없다고 판단된다.

## 바. 헌법 제15조 직업선택의 자유<sup>335)</sup>

**헌법 제14조 (직업선택의 자유)** 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

### 가) 의의

직업선택의 자유는 단순히 생활수단을 보호하는데 그치지 않고 노동을 인간의 인격과 관련시켜 전체적으로 보호함으로써 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장할 뿐만 아니라 자유로운 사회경제질서를 형성하는 기본적 요소가 된다.

### 나) 내용

#### ① ‘직업’

일반적으로 직업이란 생활의 기본적인 수요를 충족시키기 위한 지속적인 소득활동을 말한다. 즉 헌법에서 보장되고 있는 직업으로 인정되기 위해서는 그 개념요소로서 ‘생활수단성’과 ‘계속성’이 요구된다. ‘생활의 기본적인 수요를 충족시키기 위한 소득활동’이라는 개념표지는 넓게 해석되어야 하며 따라서 직업에는 생활수단이 되지 못하는 예술가의 작품활동이나 부업도 포함된다. ‘계속적’이라는 개념요소도 넓게 해석되어야 하며 따라서 직업에는 일시적으로 고용된 근로자의 소득활동이나 휴가기간 및 수습기간 중의 소득활동도 포함된다.<sup>336)</sup>

이외에 직업선택의 자유에서 직업에 해당하기 위하여는 사회적으로 해롭지 않다는 ‘공공무해성’이 인정되어야 한다고 보는 견해가 있으나 헌법재판소는 ‘생활

335) 1948년의 세계인권선언 제23조, 1966년의 국제인권규약(B규약) 제8조 제3항, 1950년의 유럽인권규약 제4조 제2항, 제3항, 1961년의 유럽사회헌장 제2장 제1조~제4조, 제10조는 직업선택의 자유를 규정하고 있다.

336) 계획열, 앞의 책, 509~510쪽.



의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동인 이상 그 종류나 성질을 묻지 않는다'고 하여 공공무해성을 요구하지 않는다.<sup>337)</sup>

## ② 직업 '선택의 자유'<sup>338)</sup>

헌법은 문구상 직업'선택'의 자유만을 보장하는 것처럼 규정하고 있지만 직업의 선택은 곧바로 직업의 행사와 연결된다는 점에서 「헌법」 제15조는 직업과 관련된 포괄적인 자유를 보장한다. 그러나 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하고 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있음을 그 내용으로 하는 것이지, 특정인에게 배타적·우월적인 직업선택권이나 독점적인 직업활동의 자유까지 보장하는 것은 아니다.<sup>339)</sup> 직업선택의 자유에는 좁은 의미에서의 직업선택의 자유와 직업행사의 자유가 포함된다.

좁은 의미에서의 직업 선택의 자유란 외부의 영향을 받지 않고 원하는 직업을 자유롭게 선택할 수 있는 것을 말하며, 여기에는 직업선택·개시·계속·포기·변경의 자유, 겸직의 자유, 직업교육장 결정의 자유가 포함된다.

직업행사의 자유는 영업활동상의 모든 자유를 말하며, 구체적으로 직장선택의 자유<sup>340)</sup>, 경쟁의 자유, 광고의 자유 등을 포함한다.

그 외에 직업을 가지지 않을 자유, 즉 무직업의 자유가 헌법상 보장되는지 문제되는데 이 문제는 헌법상 의무인 근로의 의무와 관련되어 있다. 다수설에 의하면 근로의 의무는 법적인 의무가 아니라 도덕적인 의무에 불과한 것으로 파악되므로 적극적으로 직업을 선택할 자유뿐만 아니라 소극적으로 직업을 갖지 않을 자유, 즉 무직업의 자유도 포함된다.

### 다) 주체

직업선택의 자유는 인간의 권리가 아닌 국민의 권리로서 외국인은 자유의 주체가 될 수 없다는 것이 다수설이지만, 장기체류 외국인에 대하여는 필요한 범위 내

337) 헌법재판소 1993. 5. 13. 자 92헌마80 결정.

338) 직업선택의 자유의 내용 구분과 관련하여는 허영, 앞의 책, 448쪽 이하를 참조하였음.

339) 헌법재판소 2001. 9. 27. 자 2000헌마152 결정.

340) 직장선택의 자유는 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 한다. 그러나 이 기본권은 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다(헌법재판소 2002. 11. 28. 자 2001헌바50 결정).



에서 직업선택의 자유를 인정할 수 있다는 견해<sup>341)</sup>가 점차 많이 주장되고 있다.<sup>342)</sup>

### 라) 제한과 한계

헌법재판소는 독일연방 헌법재판소가 ‘약국판결’(BVerfGE 7, 377)에서 확립한 단계이론을 수용하고 있다.

‘단계이론’이란 직업의 자유 제한에 대하여 단계별로 심사기준을 달리 하는 것이다. 이에 따르면 직업의 자유에 대한 제한은 3단계로 나눌 수 있는데, 1단계는 직업행사의 자유에 대한 제한이고(영업 내용과 영업 방식의 제한), 2단계는 주관적 조건에 의한 직업선택의 자유 제한이며(자격요건과 같이 주관적 노력에 의해 극복될 수 있는 제한), 3단계는 객관적 조건에 의한 직업선택의 자유 제한이다(개인의 능력과 노력과는 무관하게 객관적 허가조건에 따른 제한).

이에 따르면 「헌법」 제15조상의 직업결정의 자유를 제한하는 경우, 가장 약한 직업행사의 자유를 제한하여 목적을 달성해 보고 그것으로 목적달성이 어려운 경우 다음 단계인 주관적 조건에 따른 직업결정의 자유 제한을 시도하여야 하며, 최후 단계에서야 객관적 조건에 따른 직업결정의 자유 제한이 정당화될 수 있다. 또한 제한의 강도가 높아질수록 입법자의 형성의 자유는 줄어들어 제한의 정당화 요건은 더욱 엄격해진다.<sup>343)</sup>

앞서 말한 필요하고 적합한 제한의 단계를 넘어서는 경우 직업의 자유의 제한의 한계를 침해하는 것이 된다. 또한 직업의 자유를 제한하는 경우에도 그 본질적 내용은 제한할 수 없다.

341) 허영, 앞의 책, 445쪽; 계획열, 앞의 책, 517쪽.

342) 장기체류 외국인의 직업선택의 자유와 관련하여 가장 문제가 되는 것은 과거 ‘산업연수생 제도’ 하에서부터 현행 ‘고용허가제’(2004년 8월 시행)에 이르기까지 유지되고 있는 ‘외국인 노동자의 사업장 이동 제한’이다. 과거 ‘산업연수생 제도’ 하에서의 ‘사업장 이동 제한’이 국제인권규약(A규약) 제6조와 국제연합의 이주근로자 권리협약 제52조, 국제노동기구의 이주근로자 보충협약 제14조의a 등에 규정되어있는 외국인 근로자의 직업선택의 자유를 침해할 수 있다는 지적과 관련하여 김지충, “외국인 노동자의 헌법상 기본권 보장”, 『저스티스』 제70호(2002), 7쪽 참고.

343) 2단계 제한에 대한 심사기준으로서 헌법재판소 1995. 6. 29. 자 90헌바43 결정 : 어떤 직업의 수행을 위한 전제요건으로서 일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있도록 제한하는 경우에는 주관적 요건 자체가 그 제한목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다.

3단계 제한에 대한 심사기준으로서 헌법재판소 2002. 4. 25.자 2001헌마614 결정 : 당사자의 능력이나 자격과 상관없는 객관적 사유에 의한 제한은 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위험을 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있다. 따라서 헌법재판소가 이 사건을 심사함에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙, 즉 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 된다.



㉠ 단계이론을 적용한 헌법재판소 결정례

**제1단계 - 국산영화의 의무상영제(헌법재판소 1995. 7. 21. 자 94헌마125 결정)**; 입법목적의 달성을 위한 필요한 최소한도의 제한이라 아니할 수 없고, 이러한 제한으로 입게 되는 손해는 그 대가로서 기대되는 민족공동체 전체의 이익과 합리적인 비례의 관계에 있다고 할 수 있어 과잉금지의 원칙에 반하거나 직업의 자유의 본질적 내용이 침해된 것이 아니다.

**제2단계 - 유료직업소개업의 허가제(헌법재판소 1996. 10. 31.자 93헌가 13 결정)**; 유료직업소개사업은 노동부장관의 허가를 받아야만 할 수 있도록 제한하는 것은 그 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 합리적인 제한이라고 할 것이고 그것이 직업선택자유에 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

**제3단계 - 한약업사의 영업지 제한 (헌법재판소 1991. 9. 16.자 89헌마 231 결정)**; 한약업사의 허가 및 영업행위에 대하여 지역적 제한을 가한 내용의 약사법 제37조 제2항은, 한약업자는 처음부터 지역적 제한과 인원제한이 있음을 전제로 시험을 치르고 영업허가를 받는 점, 약사법체계상 한약업사의 지위는 약사가 없는 제한된 지역에서 약사업무의 일부를 수행하는 보충적인 직종에 속하는 것으로 보여지는 점 등을 볼 때, 국민건강의 유지·향상이라는 공공의 복리를 위하여 마련된 것이고, 그 제한의 정도 또한 목적을 달성하기 위하여 적정한 것이라 할 것이므로 헌법 제15조의 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

㉡ 직업선택의 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 전 소속단체의 선수 이적동의서 발급거부(2003.6.16자 03진인411); 체육계의 묵시적인 관행 및 사전 협의가 없었다는 등의 이유로 이적동의서 발급을 거부한 행위는 헌법 제10조 및 제15조가 보장하고 있는 운동선수의 자기운명결정권 내지 행복추구권, 직업선택의 자유 등 진정한 인권을 침해하는 것으로 판단되므로 이적동의서를 발급해 주도록 권고한다.
- ▶ 본인 동의없는 지방공무원 전출(2003.9.8.자 03진인1106); 지방공무원의 전출입이나 인사교류가 공무원 본인의 동의없이 이루어져 행복추구권 및





직업선택의 자유를 침해한 것으로 판단하고, 해당지방자치단체의 감독기관장인 행정자치부장관에게 지방공무원법 제29조의3, 제30조의2 및 지방공무원임용령 제27조의5를 해석상 다툼의 여지가 없도록 개정하거나 행정자치부의 명확한 기준을 각 지방자치단체에 공문으로 시달하는 등의 필요한 조치를 취할 것을 권고한다.

▶ 재판중인 병역기피자에 대한 취업제한(2004.8.23.자 04진인1566); 병역법 제76조 등 병역의무 불이행자에 대한 제재조치는 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”는 우리 헌법 제27조 제4항을 위배한 것이고, 또한, 병역법 제76조의 ‘취업제한’ 조치는 우리 헌법 제37조 등에서 규정하고 있는 과잉금지의 원칙에도 어긋나는 것으로, 헌법 제10조 행복추구권 및 제15조 직업선택의 자유를 침해한 것이라고 판단되며, 그 위헌의 소지가 크고 이에 근거한 위헌적 행정처분이 반복될 우려가 있어 피진정인의 감독기관인 국방부장관, 국회의장에게 병역법 관련 조항을 개정하도록 권고한다.

### 사. 헌법 제16조 주거의 자유<sup>344)</sup>

**헌법 제16조 (주거의자유)** 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

#### 가) 의의

주거의 자유는 개인의 인격의 발현과 자주적인 생활형성을 위한 공간적 기초를 보장해준다. 우리 헌법은 건국헌법에서부터 주거의 자유를 규정해오고 있다.

#### 나) 내용

##### ① 주거의 개념

프라이버시와 밀접한 관계를 갖고 있는 공간이 점점 확대됨에 따라 오늘날 ‘주거’의 개념은 폭넓게 이해되고 있다. 따라서 ‘주거’란 공간적으로 외부와 구획된

344) 1948년의 세계인권선언 제12조, 1966년의 국제인권규약(B규약) 제17조 I, 1950년의 유럽인권규약 제8조은 주거의 자유를 규정하고 있다.



모든 사적인 생활공간을 말한다.<sup>345)</sup> 따라서 사업장이나 영업소의 공간도 주거의 개념에 포함된다고 보아야 할 것이다.<sup>346)</sup>

## ② ‘불가침’의 의미

주거의 ‘불가침’이란 주거의 자유의 주체의 동의나 승낙이 없는 경우 누구도 주거에 들어가는 것이 금지된다는 의미이다. 거주자의 승낙은 명시적인 것만이 아니라 가령 상점에 손님이 들어가는 경우와 같이 추정적인 것도 포함된다. 그러나 거주자의 동의가 있거나 일반에 출입이 개방된 영업장에 영업시간 중 들어간 경우라도 불법행위를 할 목적으로 들어간 경우에는 이에 대하여 거주자의 진정한 동의가 있었다고 볼 수 없기 때문에 주거의 침입에 해당된다.<sup>347)</sup>

## ③ 침해형태

주거의 자유는 직접뿐만 아니라 기술적 보조수단을 통해 간접적으로 주거에 들어가는 경우에도 침해된다. 주거에 대한 압수·수색은 국가권력에 의한 침해의 전형적인 예이다. 기술의 발달과 더불어 주거 내에 도청기를 설치하여 대화를 녹음하는 것도 주거의 자유의 침해가 된다.<sup>348)</sup>

### 다) 주체

주거의 자유의 주체는 모든 자연인이다. 이와 관련하여 누가 주거의 자유를 주장할 수 있는 권한을 갖느냐가 문제된다. 원칙적으로 직접적인 소유자를 보호하지만, 주거 내에 세입자가 거주할 경우 이들이 주거의 자유의 보호를 받게 된다. 가족의 경우 모든 구성원이 주체가 되나, 사업자의 경우 사업주에게 인정된다.<sup>349)</sup>

345) 허영, 앞의 책, 364쪽.

346) 독일연방헌법재판소도 노동이 인간의 자아실현을 위해 갖는 의미에 비추어 이를 긍정한 바 있고(BVerfGE 32, 54(68)), 유럽인권법원도 유럽인권규약 제8조에 따라 사업장을 포함시키고 있다.

347) 대법원은 간통을 하기 위해 처의 동의를 얻어 주거에 들어간 경우를 주거침입죄로 처벌한 바 있고(대법원 1958. 5. 23. 선고, 4291형상117 결정 참조), 또한 대리시험자의 시험장입장을 주거침입죄로 처벌한 바 있다(대법원 1967. 12. 19. 선고, 67도 1281 결정).

348) 권영성, 앞의 책, 458쪽.

349) 계획열, 앞의 책, 406~407쪽.



### 라) 주거의 자유의 제한과 한계

주거의 자유는 「헌법」 제16조 제2문에 따라 영장에 의거한 적법한 압수 또는 수색에 의해 제한될 수 있다. 다만 영장주의의 예외로서 수사기관이 현행범을 체포하거나 긴급체포할 경우에는 영장없이 주거에 대한 압수나 수색이 허용된다. 또한 「헌법」 제37조 제2항에 따라 필요한 경우 법률에 의하여 제한될 수 있고, 그 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

### 아. 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유<sup>350)</sup>

**헌법 제17조 (사생활의 비밀과 자유)** 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

#### 가) 의의

사생활의 비밀과 자유는 19C말 미국에서 프라이버시(privacy)라는 이름 아래 하나의 권리로 인정되기 시작했는데, 오늘날 매스미디어의 발달 및 정보화의 급속한 진행으로 과거보다 사생활의 비밀과 자유가 침해될 위험이 커짐에 따라 우리 나라를 비롯한 몇몇 국가는 명시적으로 이를 규정하고 있다. 사생활의 비밀과 자유는 자신의 사생활을 공개당하지 않을 소극적인 개념에서 자신에 관한 정보를 스스로 통제할 수 있는 권리까지도 포함하는 적극적 개념으로 확장되고 있다.

#### 나) 내용

##### ① 사생활의 비밀의 불가침<sup>351)</sup>

사생활의 비밀은 사생활을 공개당하지 않을 권리로서, 크게 1) 사적 사항의 공개 금지 2) 사적 사항의 왜곡 공개 금지 3) 인격적 징표의 영리적 이용 금지로 나누어볼 수 있다. 첫째, 사적 사항의 공개가 불법행위가 되기 위해서는 통상인의 감수성을 기준으로 심리적 부담을 주는, 아직 공표되지 않은 사적 사항을, 공공연하게 공표한 사실이 있어야 하고 그 동일성(identification)이 입증되어야 한다.<sup>352)</sup>

350) 1948년 세계인권선언 제12조, 1966년의 국제인권규약(B규약) 제17조, 1950년의 유럽인권규약 제8조 제1항, 제6조 제1항은 사생활의 비밀과 자유를 규정하고 있다.

351) 사생활 비밀의 불가침에 관하여는 권영성, 앞의 책, 448쪽을 참조하였음.

352) 사적 사항의 공개와 관련하여 전과가 문제된다. 전과는 명예와 신용에 직접 관련되기 때문에 범죄의 종류·경중을 불문하고 모든 전과를 보고하는 것은 공권력의 위



둘째, 사적 사항의 왜곡 공개가 불법행위가 되기 위해서는 사실을 과장·왜곡한 사실이 있어야 하고, 그것이 수인한계를 넘어야 한다. 셋째, 인격적 징표의 영리적 이용이 불법행위가 되기 위해서는 본인의 것과 일치하는, 혼하지 않은 인격적 징표를, 영리목적으로 이용하였음을 입증해야한다.<sup>353)</sup>

## ② 사생활의 자유의 불가침

사생활의 자유의 불가침이란 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해 또는 간섭받지 아니할 권리를 말한다. 가령 결혼, 이혼, 임신, 피임, 낙태, 성생활, 자녀의 양육, 교육, 의복형태, 취미생활 등의 자유가 간섭 또는 방해받아서는 안된다는 것을 의미한다. 이런 의미에서 사생활의 자유란 사적 영역에 있어서의 인격의 자유발현권을 의미한다.

## ③ 자기정보통제권

자기정보통제권이란 개인을 직접 또는 간접적으로 식별할 수 있는 개인정보의 공개와 유통을 스스로 결정하고 통제할 수 있는 권리를 말한다. 개인정보보호를 위해서는 우선 1) 개인에 관한 정보의 자의적 수집이 배제되어야 하고 2) 자신에 관한 정보가 잘못되었는지를 확인할 수 있도록 자유로운 열람이 가능해야하며 3) 자신에 관한 정보에 오류가 있는 경우 그 정정, 사용중지, 삭제를 요구할 수 있어야 한다. 우리나라에서는 공공기관이 보관중인 개인정보의 보호를 위해 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」이 제정되어 시행중이다.<sup>354)</sup>

---

법한 행사에 해당한다. 따라서 공개가 허용되는 경우에도 공정한 재판의 실현에 있어 필수불가결하고 다른 입증방법이 없을 때, 필요최소한의 범위에 한정하여 공개해야 할 것이다(정영화, “헌법상 프라이버시에 관한 고찰”, 『고시계』 2002년 4월호, 11쪽).

353) 인격적 징표의 영리적 이용과 관련하여, 제3자가 대가 없이 성명·초상이 가진 재산적 가치를 활용하는 것을 방지하기 위하여 최근에는 정보전달의 사용을 승낙하고 경제적 이익을 누릴 권리로서 퍼블릭시티(publicity)권, 즉 초상계재권이 주장되기도 한다(정영화, 앞의 글, 14쪽).

354) 이에 따라 공공기관은 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 개인 정보 화일을 보유할 수 있지만(동법 제5조), 개인의 기본적 인권을 현저히 침해할 우려가 있는 개인의 사상이나 신조는 정보주체의 동의가 없는 한 수집이 금지되며(제4조), 정보 주체는 서면으로 개인 정보를 보유하고 있는 공공기관의 장에게 열람 및 정정을 요구할 수 있다(제12조, 제14조).



㉠ 보호받아야 하는 사생활의 자유가 아니라고 한 헌법재판소 결정례

1. **선거운동과정에서의 대외적 해명행위(헌법재판소 2001. 8. 30.자 99헌바92 결정)**; 선거운동 과정에서 자신의 인격권이나 명예권을 보호하기 위하여 대외적으로 해명을 하는 행위는 표현의 자유에 속하는 영역이라고 할 수 있을 뿐 이미 사생활의 자유에 의하여 보호되는 범주를 벗어난 행위라고 볼 것이므로, 선거와 관련하여 문서·도화 등의 배부 등의 행위를 제한하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제93조 제1항은 사생활의 자유를 침해하지 않는다.
2. **존속상해치사죄와 같은 범죄행위(헌법재판소 2002. 3. 28. 자 2000헌마53 결정)**; 이 사건 법률조항의 입법목적이 정당하고 그 형의 가중에 합리적 이유가 있으며 직계존속이 아닌 통상인에 대한 상해치사죄도 형사상 처벌되고 있는 이상, 그 가중처벌에 의하여 가족관계상 비속의 사생활이 왜곡된다거나 존속에 대한 효의 강요나 개인 윤리문제에의 개입 등 외부로부터 부당한 간섭이 있는 것이라고는 말할 수 없으므로, 존속상해치사죄에 대한 가중처벌은 헌법 제17조의 사생활의 자유를 침해하지 아니한다.

#### 다) 주체

사생활의 비밀과 자유는 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장하기 위한 것이므로 원칙적으로 주체는 모든 자연인이고, 이는 인격권의 보호를 목적으로 하기 때문에 사자(死者)도 경우에 따라 그 주체가 된다. 법인이 주체가 될 수 있는지에 대하여는 견해가 대립하는데, 법인의 명칭이나 상표 등이 타인에 의해 영리적으로 이용되는 경우 이 기본권이 적용된다는 견해<sup>355)</sup>와 인격권이 없는 법인은 동기본권의 적용을 받을 수 없으므로 해당 법률에 의해 보호되어야 한다는 견해<sup>356)</sup>가 있다.

#### 라) 제한

##### ① 제한의 원칙

사생활의 비밀과 자유는 「헌법」 제37조 제2항에 따라 필요한 경우 법률에 의해 제한된다. 뿐만 아니라 헌법의 다른 기본권 규정(가령 언론의 자유, 특히 알 권리)에 의해 제한될 수 있는데, 이 경우 헌법의 통일성에 비추어 양법익을 비례적

355) 권영성, 앞의 책, 447쪽.

356) 계획열, 앞의 책, 394쪽.



으로 조정하여 모두 최대한 실현시키기 위한 규범조화적 해석이 요청된다.

## ② ‘언론의 자유’와의 관계

사생활에 관한 사항이라도 뉴스의 가치가 있으면 이를 보도하는 것은 정당화된다. 사생활의 공개를 정당화할 만한 뉴스성이 있는지 여부를 판단하는 기준으로는 공공이익 이론, 공적인물 이론, 공적사항 이론을 들 수 있다.

‘공공이익 이론’은 뉴스를 보도적 가치·교육적 가치·오락적 가치로 나누어 보도적 가치는 사생활의 비밀보다 우월하고 교육적 가치는 사생활의 비밀과 비교형량하여야하며 오락적 가치보다는 사생활의 비밀이 우월하다는 것이다.

‘공적인물 이론’은 연예인·정치인·범죄자와 같은 공적 인물은 일반인에 비해 사생활 공개시 수인해야 할 범위가 넓다는 것이며, ‘공적 사항 이론’은 가령 출생·결혼·주민등록·군복무 기록과 같이 공적 기록에서 얻은 자료의 공표는 원칙적으로 사생활의 비밀을 침해하는 것이 아니라는 것이다.

헌법재판소도 명예훼손적 표현이 공적 인물의, 공적인 관심 사안에 관한 것인지에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 한다고 하여 이를 수용하고 있다.<sup>357)</sup>

## ③ 국정감사·조사권과의 관계

국정감사·조사로 인한 사생활의 비밀 제한은 필요한 최소한에 국한되어야 하며, 『국정감사및조사에관한법률』도 감사 또는 조사는 개인의 사생활을 침해하여서는 안된다(제8조)고 규정하고 있다.

## ④ 행정조사와의 관계

행정의 전산화가 급속히 진행되면서 행정기관에 보관된 개인 정보의 노출의 위험이 커지고 있다. 따라서 행정기관은 필요 이상의 개인에 관한 정보를 수집해서는 안되고 이 정보를 유출시켜서는 안 될 것이다.<sup>358)</sup>

357) 언론에 의한 명예훼손의 경우 개인 대 개인의 사적 관계에서는 명예보호라는 인격권이 우선하지만, 그 표현이 공공적·사회적·객관적인 의미를 가진 정보에 해당하는 것은 그 평가를 달리 해야한다. ...즉 공적 인물과 사인, 공적인 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사 기준에 차이를 두어야 한다. 공적 인물이 그의 공적 활동과 관련된 명예훼손적 표현은 그 제한이 완화되어야 하는 등 개별 사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다(헌법재판소 1999. 6. 24. 자 97헌마265 결정).

358) 독일연방헌법재판소는 인구조사판결을 통해 필요 이상의 정보수집과 정보의 양도를 금지시키고 정보에 관한 자기결정권을 확립시켰다. 우리나라의 경우에 관해서



㉠ 다른 기본권과 사생활의 비밀·자유에 대한 판결·결정례

1. **일반 국민의 알 권리(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다 42789 결정)**; 구 국군보안사령부가 군과 관련된 첩보 수집, 특정한 군사법원 관할 범죄의 수사 등 법령에 규정된 직무범위를 벗어나 민간인들을 대상으로 평소의 동향을 감시·파악할 목적으로 지속적으로 개인의 집회·결사에 관한 활동이나 사생활에 관한 정보를 미행, 망원 활용, 탐문 채집 등의 방법으로 비밀리에 수집·관리한 경우, 이는 헌법에 의하여 보장된 기본권을 침해한 것으로서 불법행위를 구성한다. 공적 인물에 대하여는 사생활의 비밀과 자유가 일정한 범위 내에서 제한되어 그 사생활의 공개가 면책되는 경우도 있을 수 있으나, 이는 공적 인물은 통상인에 비하여 일반 국민의 알 권리의 대상이 되고 그 공개가 공공의 이익이 된다는 데 근거한 것이므로, 일반 국민의 알 권리와는 무관하게 국가기관이 평소의 동향을 감시할 목적으로 개인의 정보를 비밀리에 수집한 경우에는 그 대상자가 공적 인물이라는 이유만으로 면책될 수 없다.
2. **금연구역을 설정하는 국민건강증진법 시행규칙(헌법재판소 2004. 8. 26.자 2003헌마457 결정)**; 흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다. 금연구역의 지정에 관하여 규정하고 있는 국민건강증진법시행규칙 제7조는 국민의 건강을 보호하기 위한 것으로서 목적의 정당성을 인정할 수 있고, 일정한 내용의 금연구역을 설정하는 방법의 적정성도 인정할 수 있으며, 달성하려는 공익이 제한되는 사익보다 커 법익균형성도 인정되고, 금연구역 지정의 대상과 요건을 고려할 때 최소침해성도 인정되므로, 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

㉠ 사생활 비밀과 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 국민건강보험공단의 개인정보 제공과 경찰청의 본래 목적 외 이용(2002.7.25.자 02진인1036 등 병합); 중대한 개인정보를 다량 보유하고 있는 국민건강보험공단이 그 보호 의무를 지키지 않고 경찰청에 진정인들의 개인정보를 제공하고 경찰청이 이를 제공받아 본래의 목적 이외의 용도로 이용한 행위는 진정인들의 천부적 인권인 헌법상 사생활 비밀과 자유를 심대하게 침해하는 행위이다.

는 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 참조.



- ▶ 경찰이 개인의 범죄경력자료를 무단 취득하여 제3자에게 누설한 행위(2003.7.7.자 02진인1373); 사생활의 비밀과 자유의 보장은 소극적으로는 사생활의 내용·명예·신용 등을 침해받지 아니할 것도 내용으로 하는 것으로 경찰이 진정인의 범죄경력자료를 무단취득하여 제3자에게 누설한 행위는 헌법 제17조가 보장하고 있는 진정인의 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 판단하여 피진정인을 징계토록 권고한다.
- ▶ 경찰관들의 보건소에 비치된 건강검진결과발급대장에 대한 포괄적인 열람, 사본발급 요청(2004.2.2.자 03진인1800); 경찰관들이 특정한 사건의 수사와 관계없이 일상적으로 기소중지자의 검거만을 위하여, 관행적으로 각 지역 보건소에서 비치된 건강진단결과발급대장에 기재된 개인정보를 열람 또는 복사하는 행위는 헌법 제17조에 보장된 사생활의 자유를 침해하는 것으로 인정된다.
- ▶ 구금시설의 수용자의 서신에 검열도장을 날인하는 행위(2002.12.23.자 02진기6); 서신에 검열도장을 날인하는 행위는 일반인에게 발신인이 교도소 등 구금시설에 수용되어 있다는 것을 알릴 수 있는 가능성이 있고, 수용자의 의사에 반하여 발신인의 수용 사실을 외부에 알리는 결과를 가져오며, 이는 수용자의 사회관계를 파탄시키는 원인이 될 수 있으므로, 수용자가 외부로 발송하는 서신에 검열도장을 날인하는 행위는 수용자의 인격권에 대한 침해라고 할 것이다.
- ▶ 교도소의 수용자 개인정보 임의 수집과 관리소홀(2004.7.14.자 03진인 1424, 5104 병합); 교도소 측이 교도소 작업장 등에서 명확한 법률적 근거 없이 수용자 개인의 중요한 사생활 정보가 포함된 신상명세서를 임의로 작성하는 행위는 교도관의 업무 수행 범위를 벗어나는 과도한 개인정보 수집 행위라고 판단되고, 신상명세서를 교도관 이외에 같은 수용자인 반장 또는 집필보조수용자가 대신 작성하거나 이에 접근할 수 있도록 한 것은 수용자 개인의 사생활의 비밀과 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등을 침해한 것이다.
- ▶ 구금시설 내 CCTV 설치·운영(2004.10.12.자 03진인971, 833, 5806 병합); 구금시설에서 임의로 수용거실 안에 CCTV를 설치·운영하고 있는 행위는 수용자의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권, 적법절차의 원리, 사생활의 비밀과 자유 등 인권침해행위로 판단하여 법무부장관에게 구금시설 내 CCTV 설치·운영에 관한 법률적 근거와 기준을 마련할 것과, 교도소 측에게는 CCTV 촬영범위 제한 운영 등 인권침해 방지 대책을 마련하여 시행할 것을 권고한다.





- ▶ 현행 가처분 결정의 공시방법(2003.9.22.자 02진인2004); 가처분 결정의 공시방법이 진정인들의 인격권 내지 사생활의 비밀을 침해할 소지가 크다 하더라도 이는 위임을 받은 집행관이 가처분결정에 따라 이루어진 것이므로 피진정인에게 그 책임을 물을 수 없어 당해 진정을 기각하되, 앞으로 이러한 사례가 발생하지 않도록 하기 위해서는 민사집행규칙의 개정 또는 새로운 대법원규칙의 제정이 필요하다고 판단되므로 이를 법원행정처장에게 권고한다.
- ▶ 주차위반과 관련하여 진정인의 직장으로 공문서를 발송한 행위(2004.4.17.자 04진인78); 주차위반과 관련하여 지방자치단체가 우편물의 반송으로 진정인의 전출사실의 확인이 가능하였음에도 이를 고려하지 않고 반송우편에 한하여 일률적으로 직장으로 공문을 재발송하여 민감한 개인의 정보를 공표한 행위는 재량권을 남용하거나 재량권의 한계를 일탈한 것으로 헌법 제10조 및 17조에 따른 인권침해를 한 것으로 판단하여 지방자치단체에게 행정절차인 통지절차 및 방법의 개선을 권고한다.
- ▶ 시립도서관 측에서 실명이 거론된 인신공격성 글을 임의로 인쇄하여 공공장소에 전시한 행위(2004.7.14.자 03진인6416); 비록 인터넷 게시판 등에 이미 공개된 글이라 하더라도 이를 제3자가 인쇄하여 특정한 의도에 입각하여 공공장소에 전시, 공중에게 보인 행위는 하나의 새로운 사회적 행위로서 발현된 것이므로 당사자의 동의나 허락 없이 진정인에 대한 인격적 비난 내용이 내포된 글을 무단으로 인쇄, 전시하여 도서관을 이용하는 불특정 다수의 공중이 이를 열람할 수 있도록 유포한 행위는 진정인의 명예 등 인격권과 사생활의 비밀을 침해한 행위에 해당한다.
- ▶ 병사와 독거실의 불룩거울(2003.5.7.자 01진인432, 545, 02진인722); 병사와 독거실에 불룩거울이 설치되어 있어서 수용자들이 이용할 때 순찰중인 교도관이 이따금 거울을 통하여 수용자를 시찰하는 것은 수용자의 사생활 침해이며 모욕감을 느끼고 있다고 주장하나, 수용자의 도주 및 자살 등 시설내의 규율 및 안전사고 방지를 위해 수용자 거실내부의 상황을 수시로 시찰할 필요가 인정되므로 이는 사생활 침해라고 할 수 없다.
- ▶ 일반수용자에게 일정한 수번을 부여하거나 특이수용자에게 특정색깔의 명찰을 착용하도록 한 행위(2004.8.9.자 04진인1032); 법무부가 일반수용자에게 일정한 수번을 부여하거나 특이수용자에게 특정색깔의 명찰을 착용하도록 한 것은 수용질서 유지 및 수용자의 보호 등 원활한 관리에 그 목적이 있다고 판단되는바, 사회적 상규에 비추어 위화감 및 프라이버시 침해라는 진정인의 주장은 받아들이기 어렵다.



## 자. 헌법 제18조 통신의 자유

**헌법 제18조 (통신의 자유)** 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.

### 가) 통신의 자유의 의의

통신의 비밀에 대한 보호는 우선 제3자가 부당하게 통신에 간섭하는 것을 막음으로써 사생활을 보호하는 데 그 의의가 있다. 그러나 사생활의 비밀과 자유는 통신수단을 이용하지 않은 개인간의 사적인 대화까지 보호한다는 점에서 구별된다. 다음으로 통신의 자유는 통신기기를 통한 의사교환을 제3자가 인지하지 못하도록 보호한다는 점에서, 언론의 자유와의 관계가 있다. 그러나 언론의 자유는 보다 대외적인 표현의 자유를 보호한다는 점에서 구별된다.<sup>359)</sup>

그러나 무엇보다 통신의 비밀을 보호하는 결정적인 동기는 공공복리를 이유로 국가에 의해 행해지는 정보통제를 방지하고자 함이다. 이에 따라 헌법도 1948년의 헌법에서부터 통신의 비밀 규정을 두고 있다.

### 나) 내용

‘통신’이란 공간적으로 상호 떨어져 있는 사람들 사이에 의사나 정보를 인편이나 우편 또는 유·무선 전자파의 매체 등을 이용하여 문자, 음성, 영상 등의 형식으로 전달 또는 교환하는 것을 말한다. 신서, 전보, 전화, 텔렉스, 팩스, 기타 우편물 등 다양한 통신수단이 이에 포함되는데, 이중 전신의 비밀의 경우 특히 국가기관이나 정보기관에 의한 도청이 문제가 된다.

통신의 ‘비밀’이란 내용에만 국한되는 것이 아니라 모든 자료가 포함되는데, 가령 우편물의 내용뿐만 아니라 우편의 이용사실 자체, 송·수신자, 운송의 종류와 방법, 이용의 장소와 시간, 특정발송물의 발신회수 등도 보호범위에 포함된다.<sup>360)</sup>

다음으로 통신의 ‘비밀의 불가침’이란 발신자와 수신자 사이의 의사나 정보의 전달 또는 교환이 당사자의 의사에 반하여 사인이나 관청에 의해 인지되어서는 안 된다는 것을 말한다. 인지된 내용은 외부에 누설되고 이용될 수 있기 때문이다.<sup>361)</sup>

359) 권영성, 앞의 책, 464쪽.

360) 이와 관련해서는 「우편법」 제3조, 제51조 참조

361) 통신의 비밀의 불가침을 열람의 금지, 누설의 금지, 정보공개의 금지로 세분하기도



### 다) 제한

「통신의 비밀」을 보장하는 것이 사생활의 보호와 더 나아가 인간의 인격권과 존엄성을 보호하는 데 있어서 대단히 중요하지만, 통신의 비밀을 부당하게 사용하여 국가안전보장이나 헌법질서를 침해하고 범죄의 수단으로 이용하는 것 등은 허용될 수 없으므로, 통신의 비밀은 제한될 수밖에 없다. 헌법은 독일기본법과 같은 헌법유보조항이 없으므로 「헌법」 제37조 제2항에 의해 공공복리를 위해 필요한 경우 법률로써 제한할 수 있도록 하고 있다.<sup>362)</sup>

법률에 의한 제한의 대표적인 예로 「통신비밀보호법」이 있다. 특히 정보통신기술의 발달로 도청 등을 통해 통신의 자유를 침해하는 경우가 증가하고 있으므로 「통신비밀보호법」에서는 전기통신의 감청<sup>363)</sup>에 대해 엄격한 절차로써 이를 규제하고 있다. 이에 따르면, 우편물의 검열과 전기통신의 감청은 일정한 범죄의 수사 또는 국가안전보장을 위해 필요한 경우에 한하여 법원의 허가나 고등법원 수석부장판사의 허가 또는 대통령의 승인을 얻어야 하며(「통신비밀보호법」 제5조 내지 제8조), 이에 위반한 불법검열이나 불법도청에 의해 수집한 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없으며(「통신비밀보호법」 제4조), 적법절차를 거쳐 수집한 내용도 그 목적이 되는 범죄수사나 징계 또는 통신당사자가 제기하는 손해배상소송에 사용하는 이외에는 그 사용이 제한된다(「통신비밀보호법」 제12조). 다만 통신사실 확인자료의 제공은 법원의 허가 없이도 검사나 사법경찰관, 정보수사기관의 장은 전기통신사업자에게 열람이나 제출을 요구할 수 있다(「통신비밀보호법」 제13조).

---

한다. 열람금지란 통신의 내용을 알기 위해서 통신물을 열거나 도청하는 행위를 금하는 것이고, 누설금지란 통신업무 때문에 알게 된 사실을 남에게 알리는 행위를 금하는 것이고, 정보공개금지란 통신업무내용을 정보활동의 목적에 제공하거나 제공받는 행위를 금지하는 것이다(권영성, 앞의 책, 465쪽; 허영, 앞의 책, 373쪽 참조).

- 362) 통신의 자유를 제한하는 우편물의 검열·압수 또는 전기통신의 감청의 경우 영장주의가 적용되는가의 문제가 제기되는데, 이와 관련하여 적어도 형사소추를 위하여 통신의 자유를 제한하는 우편물의 검열과 전기통신의 감청의 경우에는 영장주의가 적용된다고 할 것이다(권영성, 앞의 책, 469쪽 참조).
- 363) “감청(監聽)”이라 함은 합법적으로 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치·등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말하고 “도청”이라 함은 불법적으로 다른 사람의 전기통신의 내용을 지득하거나 해독하는 것을 말한다(통신비밀보호법 제2조 제7호).



㉠ 구금시설 서신 검열과 통신의 자유 관련 헌법재판소 결정례

1. 수형자에 대한 서신검열(헌법재판소 1998. 8. 27.자 96헌마398 결정); 징역형 등이 확정되어 교정시설에서 수용중인 수형자도 통신의 자유의 주체가 된다. 그러나 수형자를 구금하는 목적은 자유형의 집행이고, 자유형의 본질상 수형자에게는 외부와의 자유로운 교통·통신에 대한 제한이 수반된다. 따라서 행형법 제18조 제3항에 의하여 수형자가 수발하는 서신에 대한 검열로 인하여 수형자의 통신의 비밀이 일부 제한되는 것은 국가안 전보장·질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 부득이할 뿐만 아니라 유효 적절한 방법에 의한 최소한의 제한이며 통신의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니다.
2. 교도소 수용자가 국가기관에 발송하는 서신을 검열대상에서 제외하지 않는 것(헌법재판소 2001. 11. 29. 자 99헌마713 결정); 교도소 수용자의 도주를 예방하고 교도소내의 규율과 질서를 유지하여 구금의 목적을 달성하기 위해서는 서신에 대한 검열이 불가피하다. 만약 국가기관과 사인에 대한 서신을 따로 분리하여 국가기관에 대한 서신의 경우에는 검열을 하지 않는다면 국가기관의 명의를 빌려 검열 없이 보낼 수 있게 됨으로써 검열을 거치지 않고 사인에게 서신을 발송하는 탈법수단으로 이용될 수 있게 된다. 따라서 이는 통신의 자유에 위반된다고 할 수 없다.
3. 미결수용자의 서신에 대한 검열(헌법재판소 1995. 7.21. 자 92헌마144 결정); 질서유지 또는 공공복리를 위하여 구속제도가 헌법 및 법률상 이미 용인되어 있는 이상, 미결수용자의 서신에 대한 검열은 그 필요성이 인정된다고 할 것이고, 이로 인하여 미결수용자의 통신의 비밀이 일부 제한되는 것은 질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 불가피할 뿐만 아니라 유효적절한 방법에 의한 최소한의 제한으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

㉡ 통신의 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 교도소 측의 자의적인 소장부분의 발송 불허(2003.4.7.자 02진인977); 교도소 측에서 서신(소장부분) 발송 등에 관한 규정을 자의적으로 해석하여 합리적인 이유 없이 가족에 대한 서신 발송을 불허한 것은 수용자의 외부 교통권을 침해한 것이므로 헌법 제10조 및 제18조가 보장하고 있는 행복추구권 및 통신의 자유를 침해한 것이다.



- ▶ 수용자에게 교부되어야 할 서신의 지체(2003.4.21.자 03진인133); 수용자에게 교부되어야 할 서신이 지체된 것에 대하여 수용자서신업무처리지침 제7조 및 제11조를 위반하여 진정인의 외부교통권을 침해한 것으로 판단하여 국가인권위원회법 제44조 제1항 제1호 소정의 규정에 의거 국가인권위원회에서 실시하는 특별인권교육을 수강하도록 권고하기로 한다.
- ▶ 수용자의 선고기일 연기 요청 서신에 대한 지연처리(2003.5.21.자 01진인498); 진정인이 재판부에 선고기일의 연기를 요청하는 서신을 발송하고자 피진정인에게 제출한 위 서신은 교도소내 성명불상인의 과실로 인하여 지연 처리된 점이 인정되며, 이로 인하여 헌법 제18조가 보장하는 통신의 자유가 침해되었고 또한 진정인의 형량에 영향을 미치게 될 변론재개 가능성마저 박탈당한 것으로 판단되고, 이러한 결과는 피진정인의 책임으로 보기는 어려우며 서신처리업무상의 제도적인 미비로 발생한 것이라 판단된다.
- ▶ 법무부장관에 대하여 구금시설의 서신수발 관련 제도를 수용자의 통신의 자유가 최대한 보장될 수 있도록 개선할 것을 권고한 사례 (2003.5.7.자 01진인432, 545, 02진인722); 법무부장관에 대하여 상위 법률인 행형법과 모순되는 행형법시행령 제62조 제3항을 개정하여 발송이 불허된 서신도 일정기간 보관 후 석방 시 본인에게 교부될 수 있도록 하고, 발송이 허가되지 아니하는 사유에 관하여 자의적인 해석이나 판단이 이루어지지 않도록 명확히 규정하여 수용자의 통신의 자유가 최대한 보장될 수 있도록 수용자 서신수발 관련 제도를 개선 권고하기로 한다.
- ▶ 정신의료기관의 장이 전화통화 제한, 서신 열람, 필기구 소지를 금지한 행위(2003.1.13.자 02직인1, 02진인516); 정신의료기관의 장이 간호사 등 병실관리자들에게 입원환자의 전화통화 내용을 옆에서 듣고 그 내용을 전화기록부에 기재 관리토록 하거나 전화통화 제한, 서신열람, 필기구 소지를 금지한 행위는 입원환자의 통신의 자유를 침해한 행위이다.

### 차. 헌법 제19조 양심의 자유

**헌법 제19조 (양심의 자유)** 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

#### 가) 의의



### ① ‘양심’의 개념

「헌법」 제19조에서의 양심은 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐으로, 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 강요가 있어서는 아니되는 인간의 윤리적 내심영역이다.<sup>364)</sup> 또한 헌법이 보호하려는 양심은 개인의 인격형성에 관계되는 가치적 판단이기 때문에 단순한 사실관계의 확인과 같이 가치적·윤리적 판단이 개입될 여지가 없는 경우는 물론, 다소의 가치관련성을 가진다고 하더라도 개인의 인격형성과는 관계가 없는 사사로운 의견 등은 그 보호대상이 아니라고 할 것이다.<sup>365)</sup>

### ② 양심의 개념에 사상이 포함되는지 여부

양심의 특징은 자신의 행태에 대한 주관적 자각으로서 윤리적 확신을 나타낸다는 점이다. 그로 인해 양심은 종교적 확신을 나타내는 신앙과 구별되고 세계관적 확신을 의미하는 사상과도 구별된다. 다만 윤리적 확신은 세계관적 동기에서 비롯될 수 있기 때문에 양심과 사상을 구별하기가 어렵고 헌법이 사상의 자유를 별도로 규정하고 있지 않다는 점에서, 양심의 자유에 사상이 포함되는지에 대해 윤리적 양심설과 사회적 양심설이 대립하나 후자가 지배적인 견해이다.

### ③ 양심의 자유의 보호영역 판단 기준

양심에 따른 어느 작위 또는 부작위가 실정법의 요구와 서로 충돌할 때 과연 어떤 요건하에 어느 정도 보호하여야 하는가가 문제된다. 이런 경우 양심의 자유가 침해되었다고 하기 위해서는, 첫째 문제된 당해 실정법의 내용이 양심의 영역과 관련되는 사항을 규율하는 것이어야 하고, 둘째 이에 위반하는 경우 이행강제·처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 법적 강제가 따라야 하며, 셋째 그 위반이 양심상의 명령에 따른 것이어야 한다.<sup>366)</sup>

364) 헌법이 보호하고자 하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서의 절박하고 구체적인 양심을 말한다. 따라서 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다(헌재 1997. 3. 27. 자 96헌가 11 결정).

365) 헌법재판소 1997. 3. 27. 자 96헌가11 결정 참조.

366) 헌법재판소 2002. 4. 25. 자 98헌마425등.



㉠ 양심의 자유 보호영역에 대한 헌법재판소 결정례

1. **주취운전혐의자의 음주측정에 응할 의무(헌법재판소 1997. 3. 27. 자 96헌가11 결정)**; 음주측정에 응해야 할 것인지, 거부해야 할 것인지 그 상황에서 고민에 빠질 수는 있겠으나 그러한 고민은 선과 악의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정을 위한 고민이라 할 수 없으므로 그 고민 끝에 어쩔 수 없이 음주측정에 응하였다 하여 내면적으로 구축된 인간양심이 왜곡·굴절된다고 할 수도 없다. 따라서 음주측정요구와 그 거부는 양심의 자유의 보호영역에 포괄되지 아니하므로 이 사건 법률조항을 두고 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.
2. **선거운동 과정에서의 대의적 해명행위(헌법재판소 2002. 4. 25. 자 98헌마425 결정)**; 자신의 태도나 입장을 외부에 설명하거나 해명하는 행위는, 진지한 윤리적 결정에 관계된 행위라기보다는 단순한 생각이나 의견, 사상이나 확신 등의 표현행위라고 볼 수 있어, 그 행위가 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것이라는 이유로 이를 하지 못하게 된다 하더라도 내면적으로 구축된 인간의 양심이 왜곡·굴절된다고는 할 수 없다는 점에서 양심의 자유의 보호영역에 포괄되지 아니한다.
3. **국가보안법 제7조 제1항(헌법재판소 1990. 4. 2. 자 89헌가113 결정)**; 국가보안법 제7조 제1항이 국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계없는 경우까지 확대 적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 있다는 것은 분명히 헌법 제37조 제2항을 어겨 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유와 헌법 제22조 제1항의 학문·예술의 자유를 침해할 개연성 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 헌법 제19조의 양심의 자유의 침해가능성을 남기는 것이다.
4. **준법서약에 관한 「가석방심사등에관한규칙」(헌법재판소 2002. 4. 25. 자 98헌마425 결정)**; **다수의견** - 당해 실정법이 특정의 행위를 금지하거나 명령하는 것이 아니라 단지 특별한 혜택을 부여하거나 권고 내지 허용하고 있는 데에 불과하다면, 수범자는 수혜를 스스로 포기하거나 권고를 거부함으로써 법질서와 충돌하지 아니한 채 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있으므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다 할 수 없다. 이 사건 규칙조항은 내용상 당해 수형자에게 하등의 법적 의무를 부과하는 것이 아니며 이행강제나 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등의 방법에 의하여 준법서약을 강제하고 있는 것이 아니므로 당해 수형자의 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다.

**반대의견** - 준법서약서제도는 개인의 세계관·인생관·주의·신조 등이 내심에 있어서의 윤리적 판단을 그 대상으로 하고 있다는 점에서 내심



의 자유를 직접 제한하는 것이라고 볼 수 있다. 비록 준법서약서라는 ‘표현된 행위’가 매개가 되지만, 이는 국가가 개인의 내심의 신조를 사실상 강요하여 고백시키게 한다는 점에서, 양심실현 행위의 측면이라기 보다는, 내심의 신조를 사실상 강요하는 것에 다름 아니다. 달리 말하면 국가가 가석방의 조건으로서 특정 개인에게, 외형적인 복종을 요구하는 데 그치는 것이 아니라 복종의 당위성에 대한 내적인 확신을 강요하는 것이 된다. 스페인 헌법 제16조 제2항은 “누구도 자신의 이데올로기, 종교 혹은 신념의 고백을 강요당하지 않는다”고 규정하며, 유엔인권규약 B규약 제18조 제2항이 “누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 않는다”고 규정한 것, 또한 독일기본법 제4조 제1항이 “.....세계관적 고백의 자유는 불가침이다”고 규정한 것은, 그러한 신념의 고백의 강요가 가져오는 내심의 자유의 침해성을 방지하기 위한 것이다. 이는 ‘십자가 밟기’와 같은 신앙고백 등을 방지하려는 헌법의 역사적 귀결에 해당한다. 준법서약서제도는 내심의 의사를 고백하게 하거나 혹은 침묵하지 못하게 하는 것이므로, 신념의 고백 여부에 관한 자유를 침해하는 것이며, 따라서 내심의 의사의 표현행위와 관련된 것이라기 보다는 내심의 의사자체와 직접 관련되는 것이라고 보아야 할 것이다. 그렇게 보지 않는다면, “당신의 신념이 무엇인지는 묻지 않겠으나, 갑(甲)인지 아닌지만 표현해 달라”고 강요하는 경우는 어느 때나 내심의 자유와 무관한 것이 된다는 논리가 가능하게 된다. 그러나 이는 내심의 자유의 고백 여부에 관한 제한으로서 결국 양심의 자유의 내면적 영역을 건드리는 것이므로 그 본질적 내용에 연관되는 것으로 보아야 할 것이다.

## 나) 양심의 자유의 구체적인 내용

### ① 체계

학설의 경우 양심형성의 자유·양심유지의 자유·양심실현의 자유로 나누는 견해와 양심형성의 자유·소극적 양심활동의 자유·적극적 양심활동의 자유로 나누는 견해 등이 있다. 헌법재판소에 따르면 헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유 뿐만 아니라, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유로 나뉘며 양심실현의 자유는 또다시 소극적 자유와 적극적 자유로 나뉜다.<sup>367)</sup>

367) 헌법재판소 1998. 7. 16. 자 96헌바35 결정.





## ② 양심형성의 자유

양심형성의 자유는 외부로부터 어떠한 간섭이나 압력을 받지 않고 스스로의 판단에 따라 무엇이 옳고 그른가에 대한 내면적 확신에 도달하는 것을 말한다. 사물의 선악, 정오의 판단에 관한 자유로운 분위기와 양심의 다수화 금지가 양심형성의 자유의 핵심적인 내용이다.<sup>368)</sup> 양심형성의 자유와 관련해서는 사상전향제가 양심의 자유를 침해하는 것이 아닌지가 문제되는데, 대법원은 구사회안전법 제 7조 제 1호에 의거 보안처분 기간의 갱신 여부를 결정함에 있어 처분대상자의 신념이나 사상을 신문하고 전향의 의사를 확인하는 것을 양심의 자유를 침해하는 것이 아니라고 보았으나,<sup>369)</sup> 이 판결은 양심의 자유의 본질적인 부분에 대한 그릇된 이해에 기한 것이라는 비판적 의견들이 있었으며, 정부는 1998년 사상전향제도를 폐지하고 준법서약제도를 도입하였다.

## ③ 소극적 양심실현의 자유

소극적 양심실현의 자유는 양심표명을 강제당하지 않을 자유, 즉 부작위의 자유를 말하며 양심유지의 자유<sup>370)</sup> 등으로 표현되기도 한다. 성질상 양심형성의 자유와 마찬가지로 절대적으로 보호되어야 할 것이지만, 그동안 침해되었던 예가 적지 않으며, 현재도 많은 영역에서 논란이 되고 있다.

소극적 양심실현의 자유에는 1) 양심을 언어로 표명하지 않을 자유 즉 침묵의 자유가 있다. 침묵의 자유는 양심상의 결정을 침묵할 수 있다는 말이고 자기가 알고 있는 객관적 사실에 대해 침묵할 수 있다는 것을 의미하지 않기 때문에 범죄수사 또는 재판절차에 있어서 사실에 관한 증인의 증언거부나 신문기자의 취재원에 관한 증언거부 등은 침묵의 자유에 의해 보장되지 않는다. 2) 양심을 간접적인 행동으로 표명하지 않을 자유 즉 양심의 추지금지(推知禁止)가 있다. 가령 기독교인을 가려내기 위해 십자가밟기를 강요하는 것은 금지된다. 3) 양심에 반하는 행동을 강제당하지 않을 자유가 있다. 이 경우 양심을 이유로 일정한 행동을 거부하는 것은 기존의 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있으므로, 모든 경우에 이를 인정하기는 어렵고 사안에 따라 판단할 수 밖에 없다. 국기에 대한 경례를 하지 않은 학생에 대하여 내린 퇴학처분이 적법한 처분이라는 대법원 판결이 있으나<sup>371)</sup>, 국기에 대한 경례가 권고의 수준이 아니라 일정한 불이

368) 허영, 앞의 책, 380쪽.

369) 대법원 1997.6.13. 선고, 96다56115호 판결.

370) 허영, 앞의 책, 381쪽.

371) 대법원 1976.4.27. 선고, 75 누 249 판결.



익을 수반하는 사실상 강요된 행위라면 양심의 자유의 침해라고 하여야 할 것이다. 또한 「국가보안법」상의 불고지죄에 대하여서도 양심의 자유 침해와 기본권의 본질적 내용의 침해가 아니라는 헌법재판소의 결정<sup>372)</sup> 또한 재고되어야 할 것으로 보인다.

소극적 양심실현의 자유와 관련하여 현재 가장 크게 문제가 되는 것은 양심적 병역거부의 문제이다. 남북분단과 이데올로기 대립이라는 특수한 환경 속에서 양심적 병역거부의 문제를 제기하는 것이 우리 사회에서 쉽지 아니하였으나 민주화의 진전에 따라 최근 양심적 병역거부 운동이 사회 일각에서 일어난 바 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 입영하지 아니하는 자를 예외없이 모두 처벌하도록 한 「병역법」 제88조 제1항을 합헌으로 판시하였으나<sup>373)</sup>, 한편으로는 “그러나 입법자는 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있다”고 하여 우리 사회에 대하여 그 입법적 대안을 조속히 고민할 것을 촉구한 바 있다. 한편, 세계적인 흐름을 살펴 보면 양심에 따라 병역을 거부할 수 있는 권리는 국제법상 권리로서 수용되고 있는 실정이다. 1948년의 세계인권선언 제18조나 1966년의 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약 제18조를 근거로, 유엔인권위원회(UN Commission on Human Rights)는 여러 국가들에게 양심적 병역거부권을 인정할 것을 권고하였으며, 국제사면위원회(Amnesty International)은 병역거부로 인하여 투옥된 사람을 ‘양심수’로 규정하고 있다. 이에 따라 징병제가 있는 나라 가운데에서는 독일·대만·이스라엘 등 30여개 국이 양심적 병역거부를 인정하고 있고 징병제가 없는 나라 가운데에는 미국·네덜란드 등이 이를 위한 입법을 마련하여 대체복무를 허용하고 있다. 다만 양심적 병역거부를 인정하는 경우에도 특정전쟁, 특정종류의 전쟁참가를 거부하는 선별적 병역거부는 허용 범위에 포함시키지 않는 것이 보통이다.<sup>374)</sup>

#### ㉠ 소극적 양심의 자유와 관련된 헌법재판소 결정례

1. 명예훼손에 대한 구제로서 사죄광고(헌법재판소 2002. 4. 25. 자 98헌마425 결정); 민법 제764조가 사죄광고를 포함하는 취지라면 그에 의한

372) 헌법재판소 1998.7.16.자 96 헌바 35 결정.

373) 헌법재판소 2004. 8. 26. 자 2002헌가1 결정.

374) 오종권, “양심과 병역거부”, 『인권과 정의』 2003년 3월 제319호, 46쪽; 이재승, “양심적 병역거부에 관한 지상토론회 중 양심적 병역거부권에 대한 옹호”, 『고시계』 2004년 7월호, 145쪽.



기본권제한에 있어서 그 선택된 수단이 목적에 적합하지 않을 뿐만 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙이 정한 한계를 벗어난 것으로 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없는 것으로서 헌법 제19조에 위반되는 동시에 헌법상 보장되는 인격권의 침해에 이르게 된다.

2. 양심적 병역거부(헌법재판소 2004. 8. 26. 자 2002헌가1 결정); 다수의

**견** - 양심의 자유의 경우 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합될 수 없다. 따라서 양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 ‘양심의 자유’와 ‘공익’ 중 양자택일 즉, 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 ‘강요받는가 아니면 강요받지 않는가’의 문제가 있을 뿐이다. 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 대단히 중요한 공익으로서, 이러한 중대한 법익이 문제되는 경우에는 개인의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 할 것을 요구할 수 없다. 따라서 병역법 제88조 제1항은 양심의 자유를 침해하지 않는다.

**반대의견** - 양심의 내용에 대한 외부인의 평가에 따라 양심인지 여부가 좌우될 수 없고 그 가치의 고하가 가려져서도 아니 된다. 강력하고도 진지한 마음의 소리가기만 하면 양심으로 보아야 하며 사회와 국가 또는 인류에 유익한 것인지 등은 보호대상이 되는 양심인지 여부를 가릴 때 고려되지 않는다. 다만 내용에 대한 평가는 양심실현을 자유로이 허용할 경우 국가안전보장이나 사회질서 또는 공공복리에 어떠한 영향을 미칠 것인가의 측면에서 이루어질 수 있다. 그러한 점에서 내면에 머무르는 양심은 절대적 자유로 인정되며 제한이 허용되지 않는 데 반해 표명여부나 작위·부작위 등에 의해 양심을 실현하는 경우에는 다른 대부분의 자유권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 의해 제한될 수 있다고 보아야 한다. 물론 어떠한 행동이 제한이 가능한 양심에 따른 것이라 하여 가볍게 취급할 수는 없다. 사람은 내면의 세계만으로 살아가는 것이 아니라, 주변세계와 관련을 맺고 살아가는 것이며, 마음과 행동은 서로 연결되어 있으므로 행동이 내면과 일치하여야 그 마음이 보전될 수 있기 때문이다. 다만 내심에 따른 행동은 ‘다른 사람의 기본권이나 사회질서에 피해를 줄 가능성’이 있다는 점에서 내심의 생각에 머무른 것에 비하여 사회적 관련성이 크므로 상대적으로 제한될 수 있을 뿐이다....(중략)....입법자가 이 사건 법률조항에 의해 구체화된 병역의무의 이행을 강제하면서 사회적 소수자인 양심적 병역



거부자들의 양심의 자유와의 심각하고도 오랜 갈등관계를 해소하여 조화를 도모할 최소한의 노력도 하지 않고 있다고 판단하므로 이들에게도 일률적으로 입영을 강제하고 형사처벌을 하는 범위에서는 이 사건 법률조항이 위헌임을 면치 못한다고 생각한다.

#### ④ 적극적 양심실현의 자유

적극적 양심실현의 자유란 형성된 양심을 적극적으로 표명하고 그에 따라 행동할 자유, 즉 작위의 자유를 말한다. 사람들이 각기 다른 양심상의 결정을 실현할 경우 서로의 범익과 충돌할 수 있고 타인의 권리를 침해할 수 있다는 점에서 적극적 양심실현의 자유를 양심의 자유에 포함시킬 수 없다는 부정설<sup>375)</sup>이 있으나 양심의 자유를 실효성 있게 보장하기 위해 포함시켜야한다는 긍정설<sup>376)</sup>이 타당하다.

헌법재판소는 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유(forum internum) 뿐만 아니라 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유(forum externum)를 포함한다고 보면서, 다만 내심적 자유와 달리 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 「헌법」 제37조 제2항에 따라 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 판시하고 있다.<sup>377)</sup>

#### 다) 양심의 자유의 제한과 한계

양심의 자유가 제한 가능한지에 대해서는 양심이 내심의 작용으로 머물러 있는 경우에도 제한을 받는다는 내재적 한계설과 외부에 표명되는 경우에도 일체의 제한을 받지 않는다는 절대적 보장설, 내심의 작용으로 머물러 있는 경우에는 제한을 받지 않지만 외부에 표명되는 경우에는 제한받는다는 내재적 무한계설이 있다. 헌법재판소는 위에서 밝힌 것처럼 양심의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유이나, 양심실현의 자유는 제한이 가능하다는 입장이다. 한편 양심실현의 자유를 제한하는 경우에도 「헌법」 제37조 제2항에 따라 그 제한은 필요최소한에 그쳐야 하고 그 본질적 내용을 침해해서는 아니 된다.

375) 권영성, 앞의 책, 479쪽.

376) 허영, 앞의 책, 382쪽.

377) 헌법재판소 1998. 7. 16. 자 96헌바35 결정; 1997. 11. 27. 자 92헌바28 결정.



㉓ 양심의 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 공무원이 자기결정권을 행사한 것에 대한 부당한 인사조치(2002.11.27.자 01진인467); 공무원이 공직생활을 하면서 업무추진비, 사회복지시설개보수공사, 성과급 지급, 직장협의회 문제 등을 제기하는 등 자기결정권을 행사한 것에 대하여 합리적인 이유 없이 부당한 인사조치한 것은 헌법 제10조의 행복추구권 및 제19조의 양심의 자유를 침해한 것으로 판단한다.
- ▶ 지방자치단체의 장이 우월적 지위를 이용하여 소속 공무원 및 그 가족에 대하여 원전시설 등의 견학을 강제한 것(2004.10.12.자 03진인5359, 04진인7 병합); 지방자치단체의 장이 우월적 지위를 이용하여 소속 공무원 및 그 가족에 대하여 실시한 원전시설 등의 견학을 강제한 것은 헌법 제10조에 보장된 행복추구권 및 제19조의 양심의 자유를 침해한 것으로 판단한다.

카. 헌법 제20조 종교의 자유

**헌법 제20조 (종교의 자유)** ①모든 국민은 종교의 자유를 가진다.  
 ②국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

가) 종교의 자유<sup>378)</sup>

① 의의

종교의 자유는 기본권의 역사에 있어서 가장 오래된 것일 뿐만 아니라 정신적 기본권 보장의 역사에 있어서 매우 중요한 역할을 하였다. 헌법은 건국헌법 이래 종교의 자유를 양심의 자유와 함께 규정하였다가, 1962년의 헌법에서부터 종교의 자유가 분리되어 독자적 기본권으로 오늘에 이르고 있다.

종교의 자유는 내면적 확신 중에서도 특히 피안(彼岸)에 대한 우주관적 확신을 그 내용으로 한다는 점에서 양심의 자유 중 특히 종교에 관한 것(가령 여호와의 증인 신도의 병역거부 등)은 종교 자유의 보호를 받는다. 여기서 종교의 핵심을 이루는 신앙이란 초월적 세계의 힘에 대한 주관적 확신을 말하며, 종교의 자유는 크게 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유, 종교적 집회·결사의 자유로 나누어진다.<sup>379)</sup>

378) 1948년의 세계인권선언 제18조, 1966년의 국제인권규약(B규약) 제18조, 1950년의 유럽인권규약 제9조는 종교의 자유를 규정하고 있다.



## ② 내용

### i) 신앙의 자유

신앙의 자유는 위에서 말한 주관적 확신을 형성함에 있어 어떤 형태의 국가적 영향력 행사도 금지된다는 것을 그 내용으로 하며, 여기에는 신앙 선택·변경·포기·침묵의 자유 등이 포함된다.<sup>380)</sup>

### ii) 종교적 행위의 자유

종교적 행위의 자유란 내심의 신앙을 여러 가지 형태로 외부에 표명하고 신앙에 따라 행동하며 신앙을 실천하는 자유를 말한다. 여기에는 신앙고백<sup>381)</sup>·종교의식·종교교육과 선교의 자유가 포함된다. 국가나 지방자치단체가 국·공립학교에서 특정 종교교육을 실시하는 것은 정·교 분리 원칙에 따라 금지된다(『교육법』 제5조 제2항). 그러나 종교교육을 목적으로 사립학교를 설립하거나 이러한 사립학교에서 특정 종교교육을 실시하는 것은 허용된다. 다만 사립학교의 경우에도 자유선택에 의해서가 아니라 강제로 배정된 사립학교에서 특정 종교교육을 실시하는 것은 다른 종교를 가진 학생의 종교의 자유를 침해하는 것이 된다.

### iii) 종교적 집회·결사의 자유

종교적 집회·결사의 자유는 일반적 집회·결사의 자유(『헌법』 제21조)에 대해 특별법에 해당하며, 따라서 보다 특별한 보호를 받는다. 가령 종교적 집회에 대하여는 『집회및시위에관한법률』의 규정을 적용하지 않는다(동법 제13조).

#### ☞ 종교의 자유와 관련된 헌법재판소 결정례

1. 사법시험 시험 시행일을 일요일로 공고한 것(헌법재판소 2001. 9. 27. 자 2000헌마159 결정); 종교적 행위의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니다. 피청구인이 사법시험 제1차 시험 시행일을 일반적인 공휴일인 일요일로 정하여 공고한 것은 다수 국민의 편의를 위한 것이므로 청구인의 종교의 자유가 제한된다고 하더라도 이는 공공복리를 위한

379) 헌법재판소 2001. 9. 27. 자 2000헌마159 결정.

380) 권영성, 앞의 책, 482쪽.

381) 신앙고백의 자유는 신앙을 외부로 표현하는 것이기 때문에 종교적 행위의 자유로 보는 견해도 있고(계희열, 앞의 책, 347쪽); 신앙의 자유에 포함시키는 견해도 있다(권영성, 앞의 책, 436쪽).



부득이한 제한으로 비례의 원칙에 벗어난 것이거나 청구인의 종교의 자유의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없다.

2. 종교단체가 운영하는 교육기관도 예외 없이 학교 설립 인가를 받도록 한 것(헌법재판소 2000. 3. 30. 자 99헌바14 결정); 헌법 제31조 제6항이 교육제도에 관한 기본사항을 법률로 입법자가 정하도록 한 취지, 종교 교육기관이 자체 내부의 순수한 성직자 양성기관이 아니라 학교 혹은 학원의 형태로 운영될 경우 일반국민들이 받을 수 있는 부실한 교육 피해의 방지, 현행 법률상 학교 내지 학원의 설립절차가 지나치게 엄격하다고 볼 수 없는 점 등을 고려할 때, 위 조항들이 청구인의 종교의 자유 등을 침해하였다고 볼 수 없다.

㉓ 종교의 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 불교교리 공부를 위한 학습용 재생전용 카세트의 사용 제한(2002.10.10.자 02진인1458); 헌법상 보장된 종교의 자유는 최대한 보장되어야 하고, 불교교리 공부를 위한 학습용 재생전용 카세트의 사용이 그 자체만으로 다른 수용자들의 수용생활을 방해한다거나 수용질서를 저해할 상당한 위험성이 있다고 보이지 않으므로 특별한 사정이 없는 한 수용자에 대하여 테이프 등에 대한 교리학습이 허용되어야 한다고 판단하여 합의 권고한다.

③ 종교의 자유의 제한

종교의 자유는 인간의 내적 자유인 신앙의 자유를 의미하는 한도 내에서는 밖으로 표현되지 아니한 양심의 자유에 있어서와 같이 제한할 수 없는 것이지만 그것이 종교적 행위로 표출되는 경우에 있어서는 대외적 행위의 자유이기 때문에 질서유지를 위하여 제한을 받으며, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로써 이를 제한할 수도 있다.<sup>382)</sup>

나) 국교의 부인과 정교분리의 원칙

① 의의

‘국교 부인과 정교 분리’는 종교와 국가의 결합이 종교의 타락과 타종교의 자유

<sup>382)</sup> 대법원 1995. 4. 28. 선고, 95도250 결정, 대법원 1982. 7. 13. 선고, 82도1219 결정.



에 대한 침해가 된다는 반성에서 비롯된 것이다. 「헌법」상 제20조 제1항의 종교의 자유규정이 제2항의 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 당연히 포함하고 있는지에 대하여 견해가 대립하나, 연혁상 이는 종교의 자유를 간접적으로 보장하기 위한 것으로 종교의 자유에 포함된다고 보는 것이 타당하다.<sup>383)</sup>

## ② 내용

‘국교부인’이란 국가가 특정 종교를 지정하여 특별히 보호하고 각종의 특권과 특혜를 부여하는 것을 금지함을 말한다. ‘정교분리’란 국가와 종교가 아무 관계를 가져서는 안된다는 것이 아니라 국가가 종교에 대해 중립을 지켜야한다는 것을 의미한다.

국교부인과 정교분리 원칙에 따른 구체적인 내용으로서 국가에 의한 특정종교의 차별이 금지되고<sup>384)</sup> 국가에 의한 특정 종교교육과 특정 종교활동이 금지된다.

타. 헌법 제21조 표현의 자유 (언론·출판·집회·결사의 자유)

**헌법 제21조 (언론·출판·집회·결사의 자유)** ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

가) 언론·출판의 자유<sup>385)</sup>

383) 계희열, 앞의 책, 354~355쪽.

384) 종교법인이 일정한 면세조치를 받는 것(가령 민법 제32조의 비영리법인에 대한 법인세면제)은 내국 공익법인·기타 법인에 대한 면세조치의 일환으로 허용되는 것일 뿐이며 특별한 우대조치가 아니다. 또한 문화재보호를 위해 사찰에 국고를 지출하는 것(가령 문화재보호법 제28조 제1항)은 결과적으로 사실상 우대가 되지만, 이는 문화재 보호라는 별개의 이익 때문에 허용된다(계희열, 앞의 책, 356쪽 참조).

385) 1948년의 세계인권선언 제19조, 1966년의 국제인권규약(B규약) 제19조 I, 1950년의 유럽인권규약 제10조 등은 언론·출판의 자유를 규정하고 있다.





## ① 의의

언론·출판의 자유가 갖는 의의는 무엇보다도 민주주의의 불가결한 요소로서 민주주의의 존립요건이며 인격의 자유로운 발전을 가능하게 하는 전제가 되는 정신적 자유권이라는 점이다.<sup>386)</sup> ‘언론’이란 구두에 의한 표현을 말하고 ‘출판’이란 문자나 형상에 의한 표현을 말하지만, 보통 ‘언론·출판의 자유’란 사상이나 의사를 어떤 방법으로든지 자유롭게 표현하는 모든 것을 말한다. 언론·출판의 자유는 사상·의견을 표명할 자유, 정보의 자유(알 권리), 언론매체의 자유(신문의 자유 및 방송·방영의 자유, 언론매체에 대한 액세스권)를 그 내용으로 한다.<sup>387)</sup>

## ② 내용

### i) 사상·의견을 표명할 자유

사상·의견을 표명할 자유는 자신의 의사를 자유롭게 표현하고 전달할 적극적 권리뿐만 아니라 자신의 의사를 표현하지 않을 소극적 자유를 보호한다. 여기에서 의사란 자신의 의견·판단·예견을 포함하는 의사형성의 기초자료를 말하는 데, 이와 관련하여 ‘사실’의 주장이 의사의 개념에 포함되는지 견해가 대립된다.

표현과 전파는 개인에 대한 발표와 일반에 대한 발표를 의미하며 그 방법에는 제한이 없으므로 상징적 표현(가령 흑색 리본의 패용, 유니폼의 착용, 연좌데모 등)도 여기에 포함되며, 상업적인 광고도 의사표현을 담고 있으면 여기에 포함된다.

### ii) 정보의 자유(알 권리)

언론·출판의 자유는 의사형성에 필요한 정보를 수집할 수 있을 때에만 그 실효성을 기대할 수 있다는 점에서 정보의 자유(알 권리)는 언론·출판의 자유의 필연적인 전제가 된다. 헌법재판소도 알 권리를 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 권리로서 언론·출판의 자유의 당연한 내용이 된다고 보고 있다.<sup>388)</sup>

알 권리란 첫째, 신문·잡지·방송·영화·도서관 등 일반적으로 접근할 수 있는 정보원로부터 방해받지 않고 정보를 수령할 소극적인 권리(정보수령권) 둘째, 일반적으로 접근가능한 정보원으로부터 능동적으로 정보를 수집할 수 있는

386) 언론의 자유는 바로 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 특징이다(헌법재판소 1991. 9. 16. 자 89헌마163 결정).

387) 언론·출판의 자유의 내용 분류와 관련해서는 성낙인, “표현의 자유”, 『헌법재판연구』 제6권(헌법재판소, 1995)를 참조하였다.

388) 헌법재판소 1989. 9. 4. 자 88헌마22 결정.



권리(정보수집권) 셋째, 비자발적 정보원에 대해 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리(정보공개청구권)를 말한다.<sup>389)</sup>

정보공개청구권과 관련하여 정보공개를 위한 독립된 법률을 가진 나라는 미국, 프랑스 정도로 많지 않은데, 우리나라에서는 일찍부터 헌법재판소가 국민의 알권리로부터 도출되는 정보공개청구권을 인정하여왔으며<sup>390)</sup> 1996년에는 「공공기관의정보공개에관한법률」을 개정·공포<sup>391)</sup>하였으나, 그 실제적인 운용에 있어서는 폐쇄적이고 보수적이라는 비판이 있다.

정보공개청구권은 정보에 대해 직접적 이해관계를 갖는 일정범위의 사람이 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리(개별적 정보공개청구권)와 이해관계에 관계없이 정보공개를 청구할 수 있는 권리(일반적 정보공개청구권)로 나뉘는데, 헌법재판소는 일반적 정보공개청구권이 알 권리의 핵심적인 부분이라고 하였다.<sup>392)</sup>

#### ㉠ ‘알 권리’와 관련된 헌법재판소 결정례

1. **토지조사부의 열람·복사(헌법재판소 1989. 9. 4.자 88헌마22 결정);**  
토지조사부는 알 권리의 대상이 되는 정보자료로서 이의 열람·복사 신청에 대해서 다른 사람의 사생활의 비밀이나 기밀 등 공익이 침해될 소지가 있는지에 대하여 충분한 검토 없이 무조건 묵살 또는 방치하는 방법으로 불응한 부작위는 알 권리를 침해한 것이다.
2. **소송기록의 열람청구권(헌법재판소 1991. 5. 13. 자 90헌마133 결정);**  
현행 실정법상 청구인에게 형사확정소송기록을 열람·복사할 수 있는 권리를 인정한 명문규정이 없다는 것만을 이유로 하여 위에서 본 바와 같이 요구되는 검토를 구체적으로 행함이 없이 무조건 청구인의 복사신청을 접수조차 거부하면서 복사를 해줄 수 없다라고 한 행위는 헌법 제21조에 의하여 보장되고 있는 청구인의 “알 권리”를 침해한 것이다.

389) 성낙인, “알 권리”, 『헌법논총』 제9집(헌법재판소, 1998).

390) ‘알 권리’의 실현은 법률의 제정이 뒤따라 이를 구체화시키는 것이 충실하고도 바람직하지만, 그러한 법률이 제정되어 있지 않다고 하더라도 불가능한 것은 아니고 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다고 하는 것이 헌법재판소의 확립된 견해인 것이다(헌법재판소 1991. 5. 13. 자 90헌마133 결정).

391) 공공기관의정보공개에관한법률 제7조(비공개 대상정보)에 따르면 정보가 공개될 경우 국가의 안전이나 국방 또는 외교관계에 중대한 이익을 해할 우려가 있는 정보, 국민의 생명·신체·재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 정보 및 그 밖에 여러 가지 정보는 공개대상의 예외가 된다.

392) 헌법재판소 1991. 5. 13. 자 90헌마133 결정.



3. 군사기밀의 범위(헌법재판소 1992. 2. 25. 자 89헌가104 결정); 군사기밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 알 권리의 대상영역을 최대한 넓혀 줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것이며, 따라서 군사기밀보호법 제6조 등은 “군사상의 기밀”이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위협을 초래한다고 불만족의 실질가치를 지닌 것으로 인정되는 경우에 한하여 적용된다 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다.
4. 여론조사결과의 공표금지(헌법재판소 1995. 7. 21. 자 92헌마177 결정); 대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간 동안 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하는 것 자체는 부득이하다고 할 수 있으므로 그 금지기간이 지나치게 길지 않는 한 이를 두고 위헌이라고 할 수는 없다.

### iii) 언론매체의 자유 - 신문의 자유, 방송·방영의 자유, 액세스(access)권

신문의 자유는 「정기간행물의등록등에관한법률(이하 ‘정간법’),의 규율을 받으며, 신문의 제도적 자립성 보장, 신문기업 설립 및 존재의 보장, 언론 활동의 자유를 내용으로 한다. 활동의 자유는 다시 보도·논평·취재·편집의 자유로 나눌 수 있는 바, 특히 취재의 자유와 관련하여 취재원비닉권(取材源秘匿權)이 언론·출판의 자유에 의해 보호되는지가 문제된다. 정보제공의 기피를 방지하기 위하여 보호된다는 견해와 재판의 공정성 확보를 위해 보호되지 않는다는 견해가 대립되고 있다.

방송·방영의 자유는 「방송법」의 규율을 받으며, 원칙적으로 신문의 자유에 준하여 판단된다. 다만 방송·방영의 자유의 경우 전파매체의 기술적·경제적 특성을 고려하여 특별한 제한 조치가 뒤따를 수 있고 전파매체의 신속성, 용이성, 직접성과 강력성 때문에 신문과 달리 규제되어야 한다.<sup>393)</sup>

최근에는 신문의 자유와 방송·방영의 자유 외에도 온라인매체의 자유가 문제되어 기존매체와 다른 특성을 지니고 있는 온라인매체를 인쇄매체와 동일하게 규제할 수 있는지 논란이 되고 있다. 현재 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」은 음란불법정보와 청소년유해정보, 사이버 상의 명예훼손과 스팸메일 등을 규제하고 있는데 인터넷 등 온라인매체의 경우에는 자율적 규제가 강화되어야 한다는 인식이 전세계적인 추세일 뿐 아니라 타율적 규제와 자율적 규제는 상호 보완적인 것이어야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다.<sup>394)</sup>

393) 계획열, 앞의 책, 444쪽.



언론매체에 대한 액세스(access)권은, 국민과 국가의 관계에서가 아니라 국민과 언론매체의 관계에서 발생하는 문제이다.<sup>395)</sup> 액세스권은 넓게는 누구든지 언론매체에 접근하여 언론매체를 이용할 수 있는 권리를 말하고, 좁게는 구체적으로 자기 자신과 관계되는 보도에 대하여 해명 내지 반론의 기회를 요구할 수 있는 권리를 말하는데, 이를 보장하기 위하여 언론관계법은 반론보도청구권(「정간법」 제16조, 「방송법」 제91조)과 추후보도청구권(「정간법」 제20조, 「방송법」 제91조 제4항)을 규정하고 있다.<sup>396)</sup>

#### ④ 주체

언론·출판의 자유의 주체는 그 개별내용에 따라 다르다. 의사표현의 자유와 알 권리의 주체는 모든 인간이므로 외국인과 사법인도 포함되고 공법인인 언론매체도 그 주체가 된다. 그러나 언론매체가 갖는 언론활동의 자유의 주체는 언론매체에 종사하는 모든 사람과 법인 그 자체이다.<sup>397)</sup>

#### ⑤ 제한과 한계

##### i) 사전 제한의 금지

사전제한이란 사전허가와 사전검열을 말한다. 오늘날 표현물에 담긴 사상이나

394) 헌법재판소는 “전기통신사업법 제53조 등 위헌확인사건”에서 다음과 같이 판시한 바 있다.

「인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다(헌법재판소 2002.06.27. 자 99헌마480 결정)」

395) 허영, 앞의 책, 533쪽.

396) 정간법상의 정정보도청구권은 그 표현의 형식에도 불구하고 그 내용을 보면 언론기관의 사실적 보도에 의한 피해자가 그 보도내용에 대한 반박의 내용을 게재하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리로서 이른바 ‘반론권’을 입법화한 것이다. 따라서 여기서 말하는 정정보도 청구는 그 보도내용의 진실여부를 따지거나 허위보도의 정정을 청구하기 위한 것이 아니다(헌법재판소 1996. 4. 25. 자 95헌바25 결정).

397) 계획열, 앞의 책, 449쪽.



의사가 발표도 되기 전에 국가기관이 그 내용을 심사·선별하여 허가하는 소위 사전검열제는 오늘날 민주주의 국가에서는 어떤 이유로도 허용될 수 없다. 현행 「헌법」은 제21조 제2항에서 언론·출판의 자유에 대한 허가나 검열은 인정되지 않는다고 명시적으로 금지하고 있다.

헌법재판소는 검열이란 “행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도”를 말한다고 하며, 검열의 판단기준으로 (a) 일반적으로 허가를 받기 위한 표현내용의 제출 의무 (b) 행정권이 주체가 된 사전심사절차 (c) 사전허가 (d) 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 (e) 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단을 들고 있다.

이에 따라 (a) 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능하고<sup>398)</sup> (b) 행정권이 주체가 되지 않은 민사소송법상의 가처분 등은 검열에 해당되지 않으며<sup>399)</sup> (c) 표현 내용에 대한 사후 제한은 허용된다.

한편 이러한 검열의 성격을 띠지 아니한 심사절차의 허용 여부는 표현의 자유와 이와 충돌되는 다른 법익 사이의 조화의 문제이므로 헌법상의 기본권제한의 일반적 원칙인 「헌법」 제37조 제2항에 의하여 상충하는 다른 법익과의 교량과정을 통하여 결정되는바,<sup>400)</sup> 사전허가나 사전검열과 달리 등록이나 신고는 허용되지만, 가령 등록요건이 너무 엄격하여 언론·출판에 대한 실질적 제한이 되는 경우에는 위헌의 문제가 제기될 수 있다.

현행 제도 중 헌법재판소가 사전검열이라고 판정한 것으로는 공연윤리위원회의 사전심의제도,<sup>401)</sup> 음반에 대한 등급심사제도,<sup>402)</sup> 비디오물에 대한 공연윤리위

398) 헌법재판소 2002. 12. 18. 자 2000헌마764 결정.

399) 구 민사소송법 제714조 제2항에 근거한 방영금지가처분은 비록 제작 또는 방영되기 이전, 즉 사전에 그 내용을 심사하여 금지하는 것이기는 하나, 이는 행정권에 의한 사전심사나 금지처분이 아니라 개별 당사자간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리, 결정하는 것이므로 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당하지 아니한다(헌법재판소 2001. 8. 30. 자 2000헌바36 결정).

400) 헌법재판소 1996. 10. 4. 자 93헌가13 결정.

401) 공윤이 민간인으로 구성된 자율적인 기관이라고 할지라도 법에서 영화에 대한 사전허가제도를 채택하고, 공연법에 의하여 공륜을 설치토록 하여 행정권이 공윤의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 하였으므로 공윤은 검열기관으로 볼 수밖에 없다. 영화에 대한 심의제의 내용은 심의기관인 공륜이 영화의 상영에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대하여는 상영을 금지할 수 있고, 심의를 받지 아니하고 영화를 상영할 경우에는 형사처벌까지 가능하도록 한 것이 그 핵심이므로 이는 명백히 헌법 제21조 제2항이 금지한 사전검열제도를 채택하고 있다고 볼 수밖에 없다(헌법재판소 1996. 10. 4. 자 93헌가13 결정).



원회의 심의제도,<sup>403)</sup> 비디오물에 대한 한국공연예술진흥협회의 사전심의,<sup>404)</sup> 영상물등급위원회의 심의,<sup>405)</sup> 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도<sup>406)</sup> 등이 있고, 사전 심의가 아니라고 한 것으로는 정기간행물의 등록제도,<sup>407)</sup> 정기간행

402) 청소년 등에게 부적절한 내용의 음반에 대하여는 청소년에게 판매할 수 없도록 미리 등급을 심사하는 이른바 등급심사제도는 사전검열에 해당하지 아니한다. 그러나 심의기관인 공윤이 음반의 제작판매에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 음반에 대하여는 제작판매를 금지하고, 심의를 받지 아니한 음반을 제작판매할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 규정하고 있는 것으로서 명백히 헌법 제21조 제2항이 금지한 사전검열제도를 채택하고 있다고 볼 수밖에 없다(헌법재판소 1996. 10. 31. 자 94헌가6 결정).

403) 심의기관인 공연윤리위원회가 비디오물의 제작·판매 등에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 비디오물에 대하여는 제작·판매 등을 금지하고, 심의를 받지 아니한 비디오물을 제작·판매할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 규정하고 있는 것은 사전검열제도를 채택한 것으로서 언론·출판에 대한 검열 금지의 원칙을 규정한 헌법 제21조 제2항에 위반된다(헌법재판소 1998. 12. 24. 자 96헌가23 결정).

404) 한국공연예술진흥협회는 그 구성, 심의결과의 보고 등에 있어서 약간의 차이는 있으나, 공연법에 의하여 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있는 점에 있어서 큰 차이가 없으므로, 한국공연예술진흥협회도 검열기관으로 보는 것이 타당하고, 따라서 한국공연예술진흥협회가 비디오물의 제작·판매에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 비디오물에 대하여는 제작·판매를 금지하고, 형사처벌까지 할 수 있도록 규정한 음반법 제17조 제1항과 제25조 제2항 제3호는 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 사전검열제도를 채택한 것이다(헌법재판소 1999. 9. 16. 자 99헌가1 결정).

405) 영상물등급위원회는 위원을 대통령이 위촉하고, 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 국가예산으로 그 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 그 검열절차를 형성하고 있다(헌법재판소 2001. 8. 30. 자 2000헌가9 결정).

406) 영화진흥법 제21조 제4항이 규정하고 있는 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도는, 영상물등급위원회가 영화의 상영에 앞서 영화를 제출 받아 그 심의 및 상영등급분류를 하되, 등급분류를 받지 아니한 영화는 상영이 금지되고 만약 등급분류를 받지 않은 채 영화를 상영한 경우 과태료, 상영금지명령에 이어 형벌까지 부과할 수 있도록 하며, 등급분류보류의 횟수제한이 없어 실질적으로 영상물등급위원회의 허가를 받지 않는 한 영화를 통한 의사표현이 무한정 금지될 수 있다. 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도는 ‘허가를 받지 아니한 의사표현의 금지’ 및 ‘심사절차를 관철할 수 있는 강제수단’이라는 요건도 충족시켜, 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당한다(헌법재판소 2001. 8. 30. 자 2000헌가9 결정).

407) 정간법상의 등록제도는 정기간행물의 발행인들에 의한 무책임한 정기간행물의 난



물의 납본제도,<sup>408)</sup> 국정교과서제도,<sup>409)</sup> 영화 등급제도,<sup>410)</sup> 방송사업의 허가제,<sup>411)</sup> 게임물 판매업에 대한 등록제도<sup>412)</sup> 등이 있다.

## ii) 언론·출판의 자유에 대한 사후제한의 한계

우선 다른 자유권 규정과는 달리 「헌법」 제21조 제4항 제1문은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”는 규정을 특별히 두고 있다(이렇게 헌법에 특별히 제한가능성을 정하는 것을 ‘개별

립을 방지함으로써 언론·출판의 공적 기능과 언론의 건전한 발전을 도모할 목적으로 제정된 법률규정으로서, 헌법상 금지된 허가제나 검열제와는 다른 차원의 규정이고 단순히 정기간행물의 등록을 위하여 행정업무상 필요한 사항을 등록하게 하고 이를 규제하기 위하여 벌칙을 설정하고 있는 것이며 언론·출판의 자유를 본질적으로 침해하는 것도 아니고, 헌법상 제37조 제2항에 반하는 입법권행사라고 한 것이라 단정할 수 없다(헌법재판소 1992. 6. 26. 자 90헌가23 결정).

408) 위 제도는 등록된 정간물은 자유로이 발행할 수 있으며 다만 발행한 후에 그 정간물 2부를 납본하도록 하고 있음에 불과하다. 즉 정간물이 외부에 공개 내지 배포되기 이전에 그 표현내용을 심사하여 그 발행금지 내지 어떤 제한이나 제재가 가해지는 것은 아니다. 결국 발행된 정간물을 공보처에 납본하는 것은 그 정간물의 내용을 심사하여 이를 공개 내지 배포하는데 대한 허가나 금지와는 전혀 관계없는 것으로서 사전검열이라고 볼 수 없다(헌법재판소 1992. 6. 26. 자 90헌바26 결정).

409) 교과용도서의 적격여부를 검·인정제도의 방법으로 심사한다고 하더라도 개인은 자신이 연구한 결과를 얼마든지 책자로서 발표할 수 있는 것이므로 이를 검열에 해당한다고 할 수는 없다(헌법재판소 1992. 11. 12. 자 89헌마88 결정).

410) 심의기관에서 허가절차를 통하여 영화의 상영 여부를 중국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 영화의 상영으로 인한 실정범위반의 가능성을 사전에 막고 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다. 설사 등급심사를 받지 아니한 영화의 상영을 금지하고 이에 위반할 때에 행정적 제재를 가하는 경우(예컨대 새 영화진흥법 시안 제11조의 등급심의)에도 검열에는 해당하지 아니한다(헌법재판소 1996. 10. 4. 자 93헌가13 결정).

411) 종합유선방송은 종래의 주류적 방송인 지상파방송에 비하여 상대적으로 정보유통통로의 유한성이라는 특성이 약하고, 유료가입신청제로 운영된다는 점에서 방송매체에 대한 또 다른 규제근거로 논의되는 ‘사회적 영향력’도 상대적으로 높게 평가할 수 없지만, 적어도 현재로서는 이러한 방송매체로서의 특징들을 무시할 수 있는 단계는 아니며, 한편 방송시설기준을 법률로 정하도록 한 헌법 제21조 제3항이 규정하는 바에 비추어 보더라도 이에 대한 진입규제로서의 사업허가제를 두는 것 자체는 허용된다(헌법재판소 2001. 5. 31. 자 2000헌바43 결정).

412) 「음반·비디오물및게임물에관한법률」의 등록규정이 정한 등록사항을 살펴보면, 유통관련업자의 외형적이고 객관적인 사항에 한정되어 이 사건 등록제가 게임물의 내용을 심사 선별하여 게임물을 사전에 통제하기 위한 규정이 아님이 명백하다(헌법재판소 2002. 2. 28. 자 99헌바117 결정).



적 법률유보'라고 함). 즉 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우에만 언론·출판의 자유를 법률로써 제한할 수 있다는 것이다.<sup>413)</sup>

한편 사후검열을 통한 언론·출판의 자유에 대한 제한은 허용되지만, 이 경우에도 기본권 제한의 일반원칙에 따라야 하는 것은 당연하다. 그렇지만 언론·출판의 자유는 민주주의에 불가결인 정신적 기본권으로서 그 우월적 지위를 지니고 있으므로 제한입법이 합헌적인지는 더욱 엄격하게 판단되어야 한다.

이에 따라 첫째, 언론·출판의 자유에 대한 제한은 “명백하고 현존하는 위험”(clear and present danger)이 존재하는 경우에만 정당화될 수 있다. 따라서 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 그 표현의 해악을 시정하는 1차적 기능은 시민사회 내부에 존재하는 사상의 경쟁메커니즘에 맡겨져 있기 때문이다.<sup>414)</sup>

둘째, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 “명확성의 원칙”(void for vagueness)은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할과 기능에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제로 인해 보호되는 다른 표현도 위축하는 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.<sup>415)</sup>

#### ➡ 표현의 자유와 관련된 헌법재판소 결정례

1. 중계유선 방송사업자의 방송범위 제한(헌법재판소 2001. 5. 31. 2000헌바43등); 중계유선 방송사업자가 방송의 중계송신업무만 수행하고 보도·

413) 「형법」은 출판물에 의한 명예훼손죄를 처벌하고 있으며(제309조) 다만 언론·출판이 타인의 명예를 훼손한 경우에도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다(제310조). 또한 형법은 음란물 반포, 판매, 전시를 처벌하고 있으며(제243조), 이에 위반한 음란물은 「출판사및인쇄소의등록에관한법률」에 의해 등록을 취소할 수 있다(동법 제5조의2 제5호).

414) 그러나 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하더라도 그 표현의 해악이 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현은 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받을 수 없고 국가에 의한 내용규제가 광범위하게 허용된다(헌법재판소 1998. 4. 30. 자 95헌가16 결정).

415) 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16





논평·광고는 할 수 없도록 제한하는 것은 본래적 의미에서의 방송사업을 수행하는 종합유선방송사업에 대해서 허가제를 둔 목적을 달성하기 위한 적절하고도 합리적인 수단이라고 할 수 있고 규제의 정도가 과도하다고 보기도 어려우므로 중계유선방송사업자의 방송의 자유, 직업수행의 자유를 침해하였다고 할 수 없다.

2. **출판사 등의 등록취소 사유로서 ‘음란’ 개념(헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16)**; 『출판사및인쇄소의등록에관한법률』상의 ‘음란’이란 ... ‘인간 존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’을 의미한다... 위 법 제5조의2의 ‘음란’ 개념은 적어도 수범자와 법 집행자에게 적정한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은 그것이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.
3. **공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480)**; 『전기통신사업법』 제53조 제1항은 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신’을 금하는바, 여기서의 ‘공공의 안녕질서’와 ‘미풍양속’은 너무나 불명확한 개념이어서 수범자인 국민으로 하여금 어떤 내용의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못하므로 명확성 원칙에 위배되고, 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다 함께 규제하게 되므로 과잉금지원칙에 어긋난다.

☞ 표현의 자유에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 본인의 진술조서에 대한 등사권을 제한하는 검찰 규칙(2004.6.9.자 03진인 5060); 사건 당사자등 사건과 정당한 이해관계가 있는 자의 수사기록에 대한 열람·등사 청구는 헌법상 보장되는 “알 권리”에 해당되고 진술조서 확보는 방어권 및 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 매우 중요한 수단임에도, 현행 검찰보존사무규칙 및 대검예규 제296호 “사건기록 열람 등사에 관한 업무처리” 지침은 본인의 진술조서에 대한 등사권을 제한하고 있는 바, 법무부장관 및 검찰총장에게 관련 규정을 개정하여 본인의 진술조서에 대한 열람·등사권을 보장하도록 권고한다.
- ▶ 수용자의 집필 시 허가를 받도록 한 행형법(2003.8.25.자)416) ; 행형법 제 33조의3의 규정에 의한 수용자의 집필에 대해서 교도소장의 허가를 받도



록 하는 것은 헌법상의 기본권 제한의 일반원칙에 반하고, 언론출판에 대한 허가나 검열을 금지하는 헌법 제21조제2항의 취지에 반하기 때문에 행정법 제33조의3 중 ‘교도소장 허가’ 부분 및 단서규정을 삭제해 수용자의 집필권을 전면 보장할 것과 집필권 보장의 취지에 맞춰 관련법령과 관련지침 등을 개정할 것을 법무부장관에게 권고한다.

- ▶ 수용자가 구독하는 신문기사 삭제의 근거 규정을 구체적으로 표현할 것을 권고(2003.9.15.자 03진인150, 499, 513, 515, 522, 902 병합); 교도소 측은 수용자들이 구독하고 있는 신문의 일부 기사를 삭제하고 교부하였는 바, 삭제의 근거가 된 “수용자신문열람지침 제9조”의 표현이 ‘...나쁜 영향을 미칠 수 있는’ 혹은 ‘...심적 안정을 해칠 수 있다고 판단되는’ 등과 같이 지나치게 추상적이고 불명확하여 자의적으로 남용될 소지가 있다고 판단하여, 수용자의 알 권리가 교도소의 질서유지와 보안에 대한 공익을 위해 최소한으로 제한될 수는 있다 할 것이나 위와 같은 표현은 열람제외 기사에 대한 자의적 판단을 가능케 하는 것으로 이의 남용시 과잉금지 원칙에 반하여 수용자의 알 권리를 침해할 우려가 있으므로 이를 구체적으로 표현할 것을 권고한다.

## 나) 집회의 자유

### ① 집회·결사의 자유의 의의

집회·결사의 자유는 언론·출판의 자유와 함께 민주적 공동체를 구성하는 정치적 자유권 중 하나이다. 집회·결사의 자유는 자유주의 시대에 들어와서야 보장되기 시작한 기본권으로 나라마다 보장의 정도에 차이가 있다. 인간의 집단적 공동작용의 전형적 형태인 집회와 결사는, 비록 전자가 일시적인 목표를 추구하고 후자가 지속적인 목표를 추구한다는 차이가 있기는 하나 밀접한 관계를 갖고 있다.

### ② 집회의 자유의 내용

416) 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 헌법상 기본권으로 인정할 수 있다. 또한 세계인권선언 제19조, 시민적및정치적권리에관한국제규약 제19조, 피구금자처우에관한최저기준규칙 제36조 제3항에서도 집필을 기본적인 권리로 인정하고 있다.



### i) ‘집회’의 개념

집회의 개념은 헌법적으로 규정되어야 하는 바 ‘공동의 목적’을 가진 ‘다수인’의 ‘자발적인 일시적 모임’이라고 말할 수 있다. ‘공동의 목적’은 공적 사항에 관한 공동의 의사형성과 의사표현이어야 한다는 견해도 있지만, 집회의 보호영역을 지나치게 좁게 보므로 공동의 의사형성과 의사표현이면 족하다고 보는 견해가 통설이다. ‘다수인’에 관하여는 1인 이상이면 족하다는 견해와 2인 이상, 3인 이상으로 보는 견해가 나뉜다.<sup>417)</sup> 집회는 ‘일시적 모임’이라는 점에서 계속적 모임인 결사와 구별된다.

집회에는 시위뿐만 아니라 행진도 포함되며, 옥내집회와 옥외집회, 주간집회와 야간집회, 공개집회와 비공개집회 모두 집회의 자유의 보호영역에 포함된다. 우발적 집회가 포함되는지 여부에 대해서는 견해가 대립되는데, 집회의 목적이 자유민주적 기본질서와 조화될 수 있는 것이고 그 방법이 위법하지 않은 순수한 우발적 집회는 허용되는 것으로 보는 것이 다수설이다. 그러나 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이므로 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다.<sup>418)</sup>

### ii) 집회의 자유의 보호영역

집회의 자유는 우선 집회를 주최·진행하고 참가할 수 있는 적극적 자유를 보호한다. 특히 집회에서의 행해지는 토론이나 연설 등은 집회의 본질적 내용에 속하므로 집회에서의 토론·연설은 언론의 자유가 아닌 집회의 자유에서 우선적으로 보호되어야 한다. 뿐만 아니라 집회의 자유는 집회를 주최하지 않고 참가하지 않을 소극적 자유를 보장한다.

집회의 자유는 주로 옥외집회와 관련하여 그 침해가 문제되는데, 우선 신고제를 부당하게 운영하여 사실상 허가제가 되게 하는 경우가 침해에 해당된다. 또한 집회를 부당하게 해산하거나 금지하는 것, 집회에 참가하는 것을 감시하여 방해하거나 제한하는 것도 침해의 한 형태이다.

### ③ 주체

집회의 자유는 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있다는 견해가 있고<sup>419)</sup>

417) 후자에 따르면 1인 집회 또는 1인 시위는 집회의 개념에 들어가지 않기 때문에 집회및시위에관한법률의 규율대상에서 제외된다고 본다(계희열, 앞의 책, 468쪽).

418) 헌법재판소 2003. 10. 30. 자 2000헌바67·83 결정.

419) 권영성, 앞의 책, 530쪽.



국민의 권리로서 내국인만이 주체가 될 수 있다는 견해가 있다.<sup>420)</sup> 부정하는 입장에서 외국인의 집회의 자유를 원천적으로 부정하지는 않고 있으며 다만 헌법적 차원에서가 아니라 법치국가적 테두리에서 법적 보호를 받는다고 본다. 법인의 경우 집회의 주체나 참가의 형식으로 주체가 될 수 있다.

#### ④ 제한과 한계

##### i) 허가제의 금지

집회의 일반적 금지를 전제로 하여 당국의 재량에 따라 예외적으로 금지를 해 주며 허가제는 헌법에 의해 금지되고 있다(제21조 제2항). 집회의 자유는 민주적 공동체의 필수적 기능요소이기 때문이다. 이에 반해 신고제는 필요하며 무방하다. 그러나 신고제가 사실상 허가제의 기능을 하게 되면 집회의 자유에 대한 침해가 된다.

##### ii) 집회의 자유 제한 법률

비상계엄이 선포된 경우 집회의 자유는 제한될 수 있을 뿐 아니라(「헌법」 제77조 제3항), 「헌법」 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률에 의하여 제한될 수 있다. 집회의 자유를 제한하는 중요한 법률로는 「집회와시위에관한법률(이하 ‘집시법’으로 약칭)’, 「형법」, 「국가보안법」이 있다. 그런데 현행 「집시법」은 지나치게 많은 집회의 제한이 규정되어 있어, 기본권의 본질적 침해를 가져온다는 비판이 제기되고 있다.

#### ☞ 집시법 관련 헌법재판소 결정례

1. ‘국내 주재 외국의 외교기관’ 부분 위헌소원 (헌법재판소 2003. 10. 30. 자 2000헌바67·83 결정); 첫째, 이 사건 법률조항의 문제점은 집회금지 구역 내에서 외교기관이나 당해 국가를 향의의 대상으로 삼지 않는 다른 목적의 집회가 함께 금지된다는 데 있다. 둘째, 소규모의 평화적 집회의 금지를 정당화할 수 있는 근거를 발견하기 어렵다. 셋째, 예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴일에 행해지는 경우 외교기관에의 자유로운 출입 및 원활한 업무의 보장 등 보호법익에 대한 침해의 위험이 일반적으로 작다고 할 수 있다. 따라서 예외 없이 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 최소침해의 원칙에 위반되어 집회의 자유를 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다.

420) 계획열, 앞의 책, 478~479쪽.



2. **현저히 사회적 불안을 야기시킬 집회 또는 시위(헌법재판소 1992. 1. 28. 자 89헌가8 결정)**; 규제대상이 광범위하고 제한의 폭이 넓고, 집회의 자유를 위축시킬 수 있고, 법운영 당국의 편의적·자의적 법운영이 가능한 것이므로 집회 또는 이동하는 집회를 뜻하는 시위의 자유를 과잉 제한하는 것이나, 그 조문의 합헌적이고 긍정적인 면이 있으므로, 집회·시위 가운데서 공공의 안녕과 질서유지에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.
3. **‘옥외집회’의 개념(헌법재판소 1994. 4. 28.자 91헌바14 결정)**; 집시법이 옥외집회의 정의 규정에 장소적 제한개념을 추가하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있다고 인정되고, 그것이 옥외집회의 주최자를 시위의 주최자보다 합리적 이유 없이 불리하게 차별한 것이라든가 또는 옥외집회의 개념을 너무 넓게 규정하여 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하였거나 그것을 필요 이상으로 과도하게 제한하였다고는 볼 수 없으므로, 집시법 제2조 제1호는 평등의 원칙이나 헌법 제21조 제1항, 제2항 및 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다 ... 야간의 옥외집회·시위라는 특수한 상황조건으로 인하여 기본권 제한입법의 목적원리가 강화될 수밖에 없는 논리적 측면에서, 현행 집시법 제10조가 과거처럼 어떠한 경우에도 야간의 옥외집회·시위를 일률적으로 금지하지 아니하고 집회의 성격상 부득이한 경우에는 일정한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후의 옥외집회를 허용할 수 있는 단서규정을 두고 있는 점, 이 단서규정에 따른 야간옥외집회의 허용 여부는 헌법이념 및 조리상 관할 경찰관서장의 편의재량사항이 아니고 기속재량사항이라고 해석되는 점, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등에 관한 집회에는 이러한 금지규정이 적용되지 않을 뿐만 아니라(집시법 제13조) 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용되는 점 등을 고려할 때, 야간의 옥외집회·시위의 금지에 관한 집시법 제10조의 규정이 집회의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이라고는 볼 수 없다.

#### 다) 결사의 자유<sup>421)</sup>

- 421) 국제인권규약(B규약) 가입 당시 한국은, 교원과 공무원의 노조 결성권을 금지하고 있는 국내법을 이유로 결사의 자유를 규정한 제22조를 유보하였다. 1999년 7월부터 「교원의노동조합설립및운영등에관한법률」이 시행됨으로써 교원노조 결성은 허용되었으나 일반공무원 노조는 국내법상 아직도 금지되고 있으며, 한국 정부는 여전히 제22조에 대한 유보를 유지하고 있는 실정이다. 이에 대해 유엔인권이사회는 한국 정부의 2차보고서에 대한 최종 견해(1999년 10월 29일 1802차 회의)를 통해
- ① 교사들의 노동조합 결성을 허가하고 공무원들이 작업장 협회를 결성하는 것을



## ① 결사의 자유의 내용

### i) ‘결사’의 개념

결사의 자유는 단체의 형태로 인격을 자유롭게 발현시킬 수 있는 자유권을 말한다. 여기에서 결사란 다수의 자연인 또는 법인이 공동의 목적을 가지고 자발적으로 상당한 기간 계속하여 단체를 형성하고 그 조직의 의사에 복종하는 것을 말하며 민법상의 법인, 사단 등 모든 단체가 결사에 포함된다. 구체적으로 공동의 목적은 넓게 이해되어야 하며, 다수인은 2인 이상으로 족하다는 것이 다수설이다. 단체는 자발성, 계속성, 결합성을 가져야 한다.

### ii) 결사의 자유의 보호영역<sup>422)</sup>

결사의 자유는 우선 집단적 자유권으로서 결사 자체를 보호한다. 따라서 국가가 결사에 고유한 활동을 어렵게 하는 등으로 결사 자체에 침해는 가하는 경우 이는 곧바로 개인의 결사의 자유에 대한 침해로 이어진다.

또한 결사의 자유는 개인적 자유권의 측면에서 결성·가입·존속·활동·해산의 자유를 보호하며 나아가 단체에 가입하지 않을 소극적 자유도 보장한다. 그러나 의사회, 변호사회, 상공회의소와 같이 자발성 없이 가입이 강제되는 공법상 결사의 경우에는 「헌법」 제21조의 보호를 받지 못하므로, 소극적 결사의 자유가 인정되지 않는다고 보는 것이 헌법재판소와 다수 학자의 견해이다.<sup>423)</sup>

## ② 주체

결사의 자유의 주체도 인간의 권리로서 외국인이 포함된다는 견해와 국민의

---

허용하도록 한 법의 변화를 주목하되, ② 공무원의 결사의 자유에 관해 남아있는 기타의 제약들이 이 규약의 제22조를 충족시키지 않으므로, ③ 아직도 남아있는 유보사항인 규약 제14조 제5항과 제22조에 대하여 그 철회를 검토할 것을 강력히 권고한 바 있다. 이상 B규약 제22조의 유보와 공무원의 노조결성권에 관한 보다 자세한 내용으로는 정인섭, “국제인권규약 가입 10년의 회고”, 『국제인권법』 제3권 (국제인권법학회, 2000), 28쪽~29쪽 참고.

422) 헌법 제21조에서의 결사는 일반적 결사를 의미하기 때문에 정치적 목적의 결사 중에서도 정당(제8조), 종교적 결사(제20조), 학문적 및 예술적 결사(제22조), 근로자의 단결체(제33조) 등은 특수 결사로서 각기 해당 기본권에 의해 보호된다.

423) 농지개량조합은 공법인에 해당하므로 헌법상 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체로 볼 수 없고, 따라서 이 사건에서 농지개량조합이 「농업기반공사및농지관리기금법」에 의해 해산됨으로써 청구인이 조합원의 지위를 상실하였다고 하더라도 이로써 그의 결사의 자유가 침해되었다고 할 것은 아니다(헌법재판소 2000. 11. 30.자 99헌마190 결정).



권리로서 외국인이 포함되지 않고 내국인에게만 보장된다는 견해가 대립하지만, 외국인도 포함된다고 보는 것이 일반적이다. 유럽인권규약 제11조도 결사의 자유를 인간의 권리로 규정하고 있다.<sup>424)</sup> 법인의 경우에는 결사의 자유의 보호를 받는다.

### ③ 제한과 한계

결사의 자유도 민주적 공동체의 질서를 구성하는 불가결의 요소이기 때문에 결사의 자유를 본질적으로 제한하는 허가제는 금지된다(『헌법』 제21조 제2항). 이 밖에 결사의 자유는 대통령의 긴급명령 또는 비상계엄으로 제한될 수 있고(『헌법』 제76조 및 제77조) 비례원칙에 따라 필요한 경우 법률에 의하여 제한될 수 있다(헌법 제37조 제2항). 그러나 이 경우에도 그 본질적 내용은 제한할 수 없다. 결사의 자유를 제한하는 중요한 법률로는 「형법」, 「국가보안법」 등이 있고 이에 따라 범죄단체의 조직(『형법』 제114조), 반국가단체의 구성(『국가보안법』 제3조 이하)은 금지된다.

#### ☞ 결사의 자유 관련 헌법재판소 결정례

**주택조합의 조합원자격 제한(헌법재판소 1994. 2. 24.자 92헌바43 결정);**  
『주택건설촉진법』상의 주택조합은 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 모든 국민의 주거수준의 향상을 기한다는 공공목적을 위하여 법이 구성원의 자격을 제한적으로 정해 놓은 특수조합이어서 이는 헌법상 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체가 아니며 또한 주택건설촉진법 제3조 제9호가 위 법률 소정의 주택조합 중 지역조합과 직장조합의 조합원 자격을 무주택자로 한정하였다고 해서 그로 인하여 유주택자가 위 법률과 관계없는 주택조합의 조합원이 되는 것까지 제한받는 것이 아니므로 위 법률조항은 유주택자의 결사의 자유를 침해하는 것이 아니다.

#### ☞ 국가인권위원회 결정례: 집회의 자유 침해 사례

- ▶ 평화적인 1인 시위자를 다른 장소로 밀어낸 행위(2003.3.24.자 02진인 1691); 경찰관들이 외국대사관 정문 앞 인도상에서 평화적이고 합법적인 방법으로 1인 시위를 하고 있는 진정인을 방패를 사용하여 다른 장소로

424) 권영성, 앞의 책, 531쪽.



떨어 낸 행위는 헌법 제21조에 보장된 표현의 자유를 침해한 것이며, 원하는 장소에서 시위를 하려는 진정인의 신체활동의 자유를 부당하게 억압·방해하였다는 점에서 헌법 제12조에 규정된 신체의 자유를 침해한 것으로 판단한다.

- ▶ 재외공관으로부터 일정거리 떨어진 장소의 집회 불허(2003.7.7.자 02진인 983); 재외공관으로부터 100미터 이상 떨어진 장소를 특정하여 집회개최 장소로 신고하는 집회에 대해서 「집회및시위에관한법률」 제11조에 해당된다는 이유로 집회를 불허한 것은 헌법 제21조가 보장하는 집회의 자유를 침해한 것으로 판단하여 집회를 금지하지 않을 것을 권고한다.

## 과. 헌법 제22조 학문과 예술의 자유

**헌법 제22조 (학문·예술의 자유·저작권등의 보호)** ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.  
② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

### 가) 학문의 자유

#### ① 의의

학문의 자유는 진리를 탐구할 수 있는 권리를 말하며, 이는 개인이 정신적·문화적 생활영역에서 자신의 인격을 자유롭게 발전시킬 수 있는 권리이다. 「헌법」도 제22조 제1항에서 학문의 자유를 규정하고 있으며, 제31조의 교육을 받을 권리와 함께 제4항에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다라고 규정하고 있다.

#### ② 내용과 효력

##### i) ‘학문’의 개념

학문이란 그 내용과 형식으로 보아 진리의 탐구를 위한 진지하고 계획적인 모든 활동으로 정의할 수 있다. 헌법에 있어서 학문의 개념은 중립적, 다원적이고 오류에 개방적이며 근본에 있어 자율적이다. 학문과 관련된 활동은 기본적으로 연구와 교수, 연구결과 발표와 학문 활동을 위한 집회·결사로 나눌 수 있다.





## ii) 학문의 자유의 보호영역

‘연구의 자유’는 국가로부터의 어떠한 간섭 없이 연구과제의 자유로운 선택, 연구의 방법, 기간, 장소 등을 자유롭게 선택하고 결정할 수 있는 자유를 말한다.<sup>425)</sup> 헌법재판소는 연구의 자유도 신앙의 자유나 양심의 자유처럼 내심의 자유로서 어떤 이유로도 제한될 수 없는 절대적 자유라고 판시하고 있다.<sup>426)</sup> 이와 관련하여 핵이나 인간복제와 같이 연구결과가 공공의 안녕과 질서와 충돌할 수 있는 경우에는 연구의 자유의 내재적 한계를 인정하여 연구방법 등을 법률로 규율하려는 시도가 없지는 않으나, 아직까지는 연구의 자유를 절대적 자유로 보장하고 학문의 자율적인 통제에 우선적으로 맡기자는 것이 국내의 다수 견해이다.<sup>427)</sup>

‘교수의 자유’란 학문적 인식을 어떠한 방해나 영향도 받지 않고 전달할 수 있는 자유를 말한다. 교수의 자유는 연구를 통해 얻은 결과를 전달하는 행위이지 그 자체가 진리를 탐구하는 학문적 과정이기 때문에 단순한 지식의 전달을 그 내용으로 하는 교육과는 구별된다. 따라서 헌법재판소도 대학에서의 교수의 자유와 초·중·고등학교에서의 수업의 자유를 구별하고 있다.<sup>428)</sup>

‘연구결과 발표의 자유’는 표현의 자유의 한 형태이지만 학문과의 관련성 때문에 학문의 자유로서 특별히 보호되고 있으며, 학문 활동을 위한 집회·결사의 자유는 일반적인 집회·결사의 자유와 달리 특별히 보호된다.

425) 순수한 학문연구의 목적으로 반국가단체를 이롭게 하는 내용의 문서·도서·기타 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득하는 행위는 국가보안법 제7조 제5항에 위반되지 않는다(대법원 1983. 2. 8. 선고, 82도2894 결정); 학문의 연구는 기존의 사상 및 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 것을 창출하려는 노력이므로 그 연구의 자료가 사회에서 현재 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉된다고 하여도 용인되어야 할 것이고, 한편 반공법 제4조 제2항의 죄는 목적범으로 위와 같은 경우에 있어서의 그 불법목적의 인정은 엄격한 증명을 요하는 바이니, 대학생이 학문연구를 위하여 시내 일반서점과 대학도서관에서 구입 또는 대출받아 보관한 연구자료가 반국가단체 또는 국외공산계열의 사상과 가치체계에 관한 것이라는 사실만으로써는 그 불법 목적을 인정할 수 없는 것이다(대법원 1982. 5. 25. 선고, 82도 716 결정).

426) 헌법재판소 1992. 11. 12.자 89헌마88 결정.

427) 김선택, “생명공학시대에 있어서 학문연구의 자유”, 『헌법논총』 12집(헌법재판소, 2001).

428) 수업의 자유는 두텁게 보호되어야 합당하겠지만 그것은 대학에서의 교수의 자유와 완전히 동일할 수는 없을 것이며 대학에서는 교수의 자유가 더욱 보장되어야 하는 반면, 초·중·고교에서의 수업의 자유는 제약이 있을 수 있다(헌법재판소 1992. 11. 12. 자 89헌마88 결정).



### iii) 학문의 자유의 전제가 되는 대학의 자치

학문연구는 역사적으로 대학에서 주로 행해졌기 때문에 학문의 자유는 대학의 자유를 의미하게 된다. 대학의 자유란 인사, 학사<sup>429)</sup>, 관리<sup>430)</sup>, 교수의 신분 등 대학 운영에 관한 모든 사항을 외부의 간섭없이 자율적으로 결정할 수 있는 자유 즉 대학의 자치를 말한다. 대학자치의 헌법적 근거와 관련해서는 제31조 제4항의 대학의 자율성에서 찾는 견해와 제22조 제1항의 학문의 자유에서 찾는 견해가 있으나, 헌법재판소는 대학의 자치가 학문의 자유에서 도출되며 제31조 4항은 이를 재확인한 것이라고 보고 있다.

### ③ 주체

학문의 자유의 주체는 대학의 구성원뿐만 아니라 학문적으로 활동하려고 하는 모든 사람일 수 있다. 그러나 기술이나 교양의 전수를 위한 교육기관이나 초·중·고등학교의 학생과 교사는 그 주체가 되지 못한다. 특히 대학생이 대학의 자치의 주체가 될 수 있는지가 문제되는데, 학생을 대학이 제공하는 역무의 이용자로만 보는 것은 불합리하므로 학생도 대학 자치의 일주체라고 보는 견해가 다수이다.

### ④ 학문의 자유의 제한

학문의 자유도 내심적 자유인 연구의 자유가 아닌 이상 「헌법」 제37조 제2항에 따라 법률로 제한이 가능하나, 그 본질적 내용은 침해될 수 없다.

### 나) 예술의 자유

#### ① 의의

예술의 자유는 인간의 창조적 정신의 표현인 예술활동을 보장하는 것을 그 내용으로 한다. 예술의 자유도 학문의 자유와 마찬가지로 인간의 문화적 자유로운 발현을 가능하게 하는 권리로서, 헌법은 건국헌법 이래 이를 독립된 기본권으로 규정하고 있다.

429) 대학은 관계법령과 학칙의 범위 내에서는 입학지원자가 모집정원에 미달한 경우라고 하더라도 입학사정기준에 미달되는 자에 대하여는 입학할 수 있다(대법원 1982. 7. 27. 선고, 81누398 결정).

430) 대학의 자치에 따라 대학 내에서의 질서유지에 대한 책임과 권한은 원칙적으로 대학이 갖는다. 그러나 명백히 범죄로 인정되는 행위의 우려가 있는 긴급한 경우 경찰권이 예외적으로 개입할 수 있다(계희열, 앞의 책, 367쪽).



## ② 내용

예술의 자유는 예술창작 및 표현을 보호한다. 예술창작의 자유는 예술창작활동을 할 수 있는 자유로서 창작소재, 창작형태, 창작과정 등에 대한 임의로운 결정권을 포함한 모든 예술창작활동의 자유를 그 내용으로 한다. 예술표현의 자유는 창작한 예술품을 일반대중에게 전시·공연·보급할 수 있는 자유이다.<sup>431)</sup> 또한 예술의 자유는 예술적 집회·결사를 보호한다. 따라서 이는 일반 집회·결사의 자유보다 특별한 보호를 받는다.

## ③ 주체

예술의 자유는 인간의 권리로서 모든 자연인이 그 주체가 되는데, 교향악단, 작가협회, 미술관, 박물관, 극장과 같은 단체가 예술의 자유의 주체가 될 수 있는지 문제된다. 예술 창작 및 표현과 관련하여서는 음반업자 및 예술출판사 등의 법인이나 단체도 예술의 자유의 주체가 되고 보급활동이 보호를 받는다고 보는 것이 지배적이다.<sup>432)</sup> 그러나 예술적 집회·결사의 자유의 경우에는 견해가 대립된다.<sup>433)</sup>

## ④ 제한과 한계

예술의 자유가 다른 법익과 충돌하는 경우 제한이 불가피하며 따라서 예술의 자유도 「헌법」 제37조 제2항에 따라 필요한 경우 법률에 따라 제한될 수 있다.<sup>434)</sup> 그러나 이 경우에도 그 본질적 내용은 침해할 수 없다.

431) 상업광고가 예술표현의 자유에 포함되는지에 대해서는 견해가 대립된다. 여기에는 예술의 자기목적성을 강조하며 상업광고물은 예술의 자유로 보호되지 않는다고 보는 견해와(허영, 앞의 책, 408쪽) 근세 이전의 예술 또한 종교적, 정치적 목적으로 창조되었다는 점을 이유로 상업광고물도 어느 정도의 예술성을 가지는 이상 예술에 포함된다는 견해(계희열, 앞의 책, 378쪽)가 있다.

432) 헌법재판소 1993.05.13. 자 91헌바17 결정.

433) 예술적 집회·결사의 자유의 경우에는 단체의 주체성 인정여부를 둘러싸고 견해가 대립되는 바, 단체도 독립적으로 주체가 될 수 있다는 견해(계희열, 앞의 책, 381쪽)와 단체의 구성원만이 예술적 집회·결사의 자유의 주체가 된다는 견해(허영, 앞의 책, 409쪽)가 대립된다.

434) 예술의 자유는 헌법이 보장하는 기본적 권리에긴 하나 무제한한 것이 아니므로 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한도 내에서 자유와 권리를 제한하는 것으로 해석하는 한 위헌이라고 볼 것이 아닌 바, 반국가단체의 활동을 찬양·고무하거나 이에 동조한다는 인식 내지 목적 아래 발언하고 그와 같은 내용이 표현된 표현물을 제작·전시·배포한 행위는 헌법이 보장하는 자유의



㉠ 수용자의 저작권 침해에 관한 국가인권위원회 결정례

- ▶ 교정작품전시회 출품작관련 수용자저작권 침해(2004.8.16.자 03진인5021); 저작자의 허락없이 또는 그 허락의 범위를 넘어서는 행위를 하는 경우에는 헌법에서 보장하는 저작권의 침해행위가 되고, 교정당국이 제작비의 일부(표구비 등)를 지원하여 제작된 작품이라 하더라도 그 작품이 특정 수용자에 의해 창작된 작품의 경우 저작권은 당연히 그 저작물을 창작한 수용자에게 귀속되므로, 이러한 저작물을 환경미화 등의 용도로 건축물의 벽면 등 공개된 장소에 전시하거나 외부에 기증하기 위해서는 반드시 저작자의 동의 또는 저작권의 양도를 득해야 할 것이므로 추후 저작자의 의사에 따라 처리하도록 하고, 작품제작비 지원시 사전에 지원 조건을 구체적으로 명시하여 사후에 문제가 발생하지 않도록 관련 규정을 마련하여 시행할 것을 법무부 장관에게 권고한다.

한계를 벗어난 행위로서 국가보안법 제7조 제1항 및 제54항 소정의 구성요건을 충족하는 것이다(대법원 1990. 9. 25. 선고, 90도1586 결정).





## 2. 차별행위

### 가. ‘평등권침해의 차별행위’의 정의와 예외(제2조 제4호)

#### 1) 평등권의 의미

##### 가) 평등권의 헌법상 근거

우리나라 「헌법」은 제11조에서 평등권을 규정할 뿐 아니라 전문과 제31조, 제32조, 제36조, 제41조, 제67조, 제119조 제2항 등에서도 관련규정을 두고 있다. 이 조항들은 단순히 법원리를 선언하는데 그치는 것이 아니라, 주관적 공권으로서의 기본권인 평등권이 인정됨을 확인하는 규정들이다.

헌법재판소가 평등을 “국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석하거나 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에 ... 국민의 기본권 중의 기본권”이라고 하는 이유는 평등의 원리가 「헌법」 제11조에 국한되지 않고 헌법의 전 체계 속에 퍼져서 그 핵심원리를 이루고 있기 때문이다.

##### 나) 평등권의 의의

「헌법」은 평등이 구체적으로 무엇을 의미하는가에 대해서 언급하지 않고 이를 「헌법」의 해석에 위임하고 있는데, 평등권에 관한 기본규정이라고 할 수 있는 「헌법」 제11조 제1항을 구체적으로 살핌으로써 평등권의 의미를 이해할 수 있다.

「헌법」 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있으므로 평등권은 ‘법 앞에 평등할 권리’라고 할 수 있다. 여기서 첫째 ‘법’의 의미가 무엇인지, 둘째 ‘법 앞에’의 의미가 무엇인지(입법자에 대한 구속여부), 셋째 ‘평등’의 의미가 무엇인지가 문제된다.

첫째, ‘법’이란 단순히 국회에서 제정한 법률뿐만 아니라 모든 법규범을 포괄하는 것으로서 법률, 명령, 조례, 규칙 등 모든 형태의 법규범은 평등의 원리에 위반되어서는 아니 됨을 의미한다.

둘째, ‘법 앞에’ 평등하다는 의미에 대해서, 단순히 법적용 내지 법집행에서의 평등만을 의미한다는 법적용평등(입법자 비구속)설도 있으나, 행정, 사법뿐만 아니라 입법자까지도 구속하는 법내용평등(입법자구속)을 의미한다는 것이 오늘날 다수학자의 견해이며 헌법재판소의 입장이기도 하다. 즉 만들어진 법을 차별 없이 적용하면 된다는 의미에 그치는 것이 아니고, 법을 만들 때 그 내용 자체도 평



등권을 침해하는 것이 아니어야 한다는 의미이다.

셋째, ‘평등’의 의미에 대해서, 모든 사람을 모든 점에 있어서 무차별적으로 균등하게 대우해야 한다는 절대적 평등설이 있을 수 있다. 하지만 절대적 평등은 불가능할 뿐만 아니라 오히려 불합리할 수 있으므로 1인 1투표권과 같은 특별한 경우를 제외하고는 정당한 이유가 있고 합리적인 근거에 기한 차별은 허용된다는 상대적 평등으로 이해함이 일반적인 견해이다. 다르게 취급한다고 해서 모두 평등권의 침해행위인 것이 아니고, 다르게 취급하는 행위 중에서 합리적인 이유가 없는 경우가 평등권을 침해하는 행위이다. 그 결과 평등권은 합리적 이유 없는 차별을 당하지 아니할 권리를 의미한다. 따라서 평등권의 침해행위인지를 판단함에 있어서 문제의 핵심은 단순히 차별이 있었는가보다는, 차별에 정당한 이유가 있는지에 있게 된다.

#### 다) 평등권의 효력

평등권은 개인뿐만 아니라 법인과 법인격 없는 단체, 그리고 상호주의의 제한 하에서 외국인이 가지는 기본권이다. 따라서 국가가 법을 만들고, 집행하고, 재판함에 있어서 평등권을 침해하는 경우 또는 다른 사인이 평등권을 침해하는 차별행위를 하는 경우에 피해자는 자신을 부당하게 차별하지 말고 평등하게 대우할 것을, 나아가 평등하게 대우하도록 규제하고 조치해줄 것을 국가에 요구할 수 있다.

#### 라) 평등권의 제한

평등권도 헌법상의 다른 기본권처럼 제한될 수 있다. 먼저 「헌법」상 예외적으로 특권이 인정되는 경우가 있는데 정당의 특권(제8조 제3항), 대통령의 형사상 특권(제84조), 국회의원의 불체포특권 및 면책특권(제44, 45조), 국가유공자, 상이군경 및 전몰군경 유가족의 우선취업권(제32조 제6항) 등이 그 예이다.

또한 특정 집단에 속하는 사람들의 권리가 헌법과 법률에 의해 상대적으로 넓게 제한되는 것이 인정되는 경우도 있다. 공무원, 군인·군무원, 재소자의 경우가 대표적인 예이다.

#### 마) 소결론

결국 평등권의 의미는 모든 영역에 있어서 합리적 이유 없는 차별을 받지 아니할 권리로서, 합리적 이유 없는 차별을 받은 경우에는 그것을 다투고 평등한 처우를 요구할 수 있는 기본권을 의미한다.



## 2) 차별의 판단기준

### 가) 문제의 소재

「국가인권위원회법」 제2조 제4호의 ‘평등권침해의 차별행위’는 차등행위에 합리적 이유가 없음을 요건으로 한다. 차별취급은 무조건 금지되는 것이 아니며 불가피하게 필요한 경우도 있다. 예를 들어 특정 기능이 필수적인 직업에서 당해 기능에 대한 자격증을 소지한 사람만을 채용하는 경우, 또는 소방대원처럼 진화 작업에 필요한 신체적 능력을 갖춘 사람만이 지원 가능한 경우가 있다. 이 때 그런 조건에 미달하는 사람을 배제하는 것은 차별에 있어서 합리적인 이유가 있는 경우로 평등권을 침해하는 것이 아니게 된다. 그런데 합리적인 이유가 있는지에 대한 판단은 주관적 요소에 의해서 달리 판단할 가능성이 있으므로 이에 대한 적절한 기준을 마련할 필요가 있다.

여기에서는 국내외의 학설과 판례를 통해 형성된 평등권 침해에 대한 심사기준을 살펴봄으로써 「국가인권위원회법」 제2조 제4호의 평등권침해의 차별행위의 요건으로서 ‘합리적인 이유없이’의 판단 기준에 대해서 검토해보도록 한다.

### 나) 고전적 심사기준

평등권에 대한 심사기준은 자유권과 별도로 논해지고 있다. 자유권의 심사구조는 보호영역에 대한 국가의 제한이 문제되고 그 다음에 국가의 기본권제한이 어떻게 정당화할 것인가가 문제되므로 ‘보호범위, 그에 대한 제한, 제한의 정당성’으로 구성된다. 반면에 평등권은 국가의 침해로부터 보호하려는 고유한 보호범위가 존재하지 않으며, 보호범위를 형성하는 구체적 생활영역과의 연관성이 없기 때문에, 국가의 입장에서 행해지는 불평등대우가 정당화될 수 있는가하는 문제로 바로 연결되고, 그 결과 심사기준이 자유권의 심사기준과 다르고 상대적으로 추상적일 수밖에 없다. 이러한 특성 때문에 평등권에 대한 심사기준은 공동체의 구성원 누구나 납득하고 동의할 수 있는 최소한의 기준을 설정하여 거기에 벗어나는 것을 배제하는 소극적 방법부터 출발하였다. 미국에서는 평등심사의 기준으로 전통적으로 차별은 불합리한 차등(unreasonable classification)이라는 합리적 근거 심사기준(rational basis test)을 적용하여 입법자의 형성영역을 넓게 인정하여 왔다. 독일의 연방헌법재판소 역시 상당기간 동안 일반적 평등원칙을 ‘본질적으로 서로 같은 것을 자의적으로 불평등하게 또는 본질적으로 서로 다른 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것의 금지’라는 자의금지(willkürverbot) 원리로 이해하였다. 우리나라의 헌법재판소 역시 합리적 근거 심사와 자의금지의 원칙을 평등심사의 기본기준으로 삼아왔다.





헌법재판소는 구(舊) 「병역법」 제71조 제1항 단서 위헌소원(헌재 2002.11.28. 2002헌바45)에서, “평등원칙의 위반여부에 관한 심사기준은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 범위에 따라서 달라지게 되는데, 위에서 본 바와 같이 국방의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적인 징집대상자를 선정하는 사항은 우리 헌법상 입법자에게 매우 광범위한 입법형성권이 부여된 영역이다. 따라서, 이 사건 법률조항의 평등원칙위반여부에 관하여는 그 차별에 관하여 현저한 불합리성이 있는지 여부, 즉 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 심사하면 족하다. 일반적으로 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 한편, ①의 요건에 관련하여 두개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다”고 하여 자의금지원칙을 평등권침해 여부의 판단기준으로 삼고 있다. 자의금지원칙만으로 심사할 경우 차별이 존재하는 경우에 차별할 적절한 이유와 필요가 있는지를 살펴보고, 이유나 필요가 있거나 하면 차별이 평등권을 침해하지 않는다고 판단하게 된다.

## 다) 새로운 심사기준

평등의 원리가 지니고 있는 성격상 입법자에게 폭넓은 재량영역이 인정되어 왔지만 특히 사회적 소수자의 차별철폐를 위해서는 보다 적극적인 사법심사가 필요하다는 새로운 경향이 등장하였다. 이에 따라 차별에 대한 새로운 심사기준이 형성되었다.

### (1) 미국

새로운 심사기준은 유색인종에 대한 구조적 차별의 문제를 지니고 있던 미국에서 먼저 개발되었다. 1938년의 *Carolene Products* 판결은 합리적 근거 심사기준을 넘는 엄격한 사법심사의 대상이 되는 세 가지의 분야를 제시하였다. 첫째는 헌법상 특수한 금지조항으로 되어 있는 최초의 수정헌법 10개 조항들이었고, 둘째는 정치적 과정을 규제하는 법률이었으며, 셋째는 소수자의 권리를 규제하는 법률이었다. 이러한 엄격심사(strict scrutiny)의 기준은 인종과 타고난 국적에 근거한 차별의 경우에 적용되었다. 이후 미국 연방대법원은 전통적인 합리적 근거 심사기준보다는 엄격하지만 엄격심사기준에 의하여 해결하기는 정도가 약한 영역에 적용되는 이른바 중간심사(intermediate scrutiny)의 기준을 제시하였다. 이



기준은 1976년의 Craig v. Boren 판결에서 정립되어 주로 성차별과 적서(嫡庶)차별에 적용되고 있다.

## (2) 독일

독일 연방헌법재판소는 초기부터 자의금지의 원칙에 따라 평등원칙 위배의 심사기준을 정하여 왔다. 자의금지원칙에 따른 평등심사를 통해서 입법자의 구속을 실효성 있게 관찰할 수 없다는 비판이 제기됨으로써, ‘인적 평등’의 경우에는 보다 엄격한 비례성의 심사기준을 적용하고(비례성심사), ‘물적 평등’의 경우에는 여전히 전통적인 자의금지원칙을 적용하려는 ‘새로운 정식’을 채택한 바 있다. 하지만 인적 평등의 침해와 물적 평등의 침해를 명확하게 서로 구별하는 것은 불가능하다는 비판이 제기되었다. 이후 독일 연방헌법재판소는 ‘최신의 정식’을 통해서 인간과 행위를 구별하지 않고 이를 달리 대우하는 것이 헌법적으로 보호되는 자유의 행사에 불리하게 작용할 수 있는 정도가 클수록 입법자의 형성영역에 대해 보다 엄격한 제한이 따르게 됨을 천명하였다. 이러한 과정을 통해 독일에서는 완화된 심사(großzügige Prüfung)와 엄격한 심사(strenge Prüfung)이라는 이중의 심사기준으로 정착되었다.

## (3) 한국

### (가) 엄격한 심사척도의 도입

헌법재판소는 이른바 군가산점제도를 규정한 「제대군인지원에 관한 법률」 제8조 제1항 등의 위헌확인사건에서 평등권위반심사에서 자의금지의 원칙이라는 기존의 완화된 심사척도와 비례의 원칙을 적용하는 엄격한 심사척도를 구별하고 그 기준을 최초로 제시하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라 지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야”한다고 하면서 가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 ‘근로’ 내지 ‘고용’의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이므로 이 두 가지의 경우에 모두 해당하여 엄격한 심사척도가 적용된다”고 하였다(1999.12.23. 98헌마363, 헌판집11-2, 770, 787면).

헌법재판소는 나아가 「헌법」 및 법률에서 여성과 장애인의 차별을 극복하려는 전반적인 체계가 형성되어 있음을 지적하면서 “여성과 장애인에 대한 차별금지



와 보호는 이제 우리 법체계내에 확고히 정립된 기본질서라고 보아야 한다”고 지적하고 있다. 이러한 근거에서 헌법재판소는 가산점제도가 결과적으로 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으므로 우리 법체계의 기본질서와 체계부조화성을 일으키고 있다고 판단하였다.

#### (나) 비례의 원칙

평등권 침해여부에 대한 엄격한 심사척도로 비례의 원칙을 적용하면 당해 차별행위의 목적의 정당성과 수단의 적합성, 수단의 필요성, 법익의 균형성을 심사하여 이 중 하나라도 문제가 되면 평등권을 침해하는 것이 된다. 즉 차별의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 차별이 효과적이고 적절한 방법이어야 하며(방법의 적절성), 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 평등권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 차별에 의하여 보호하려는 공익(公益)과 침해되는 사익(私益)을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성). 즉 차별의 필요성이 있더라도 그 필요성이 차별 취급을 받는 자의 불이익보다 중요하게 판단되는 경우에만 합리적인 이유가 있는 것이 되므로 자의금지원칙보다 엄격한 심사기준이다.

#### (4) 소결론

「국가인권위원회법」 제2조 제4호의 ‘합리적인 이유없이’에 대한 판단 기준은, “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 「헌법」에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야”한다는 헌법재판소의 견해에 따르는 것이 옳다고 생각한다. 다만 차별의 사유와 영역에 따른 특수성을 고려하고 개별유형의 차별이 지니는 성격을 정확하게 이해하여 목적과 수단의 비례성을 판단해야 할 것이다. 특히 적극적 평등조치는 과거의 차별에 대한 보상과 실질적인 평등을 위한 조치라는 점을 역차별의 위헌성을 심사함에서 적극적으로 감안해야 할 것이다.

### 3) 차별의 발생부문

#### 가) 고용 관련부문



「국가인권위원회법」은 제2조 제4호 가목에서 고용이 “모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다.”는 것을 명시하고 있다.

2005년 3월 24일 폐지된 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」(이하 「남녀차별금지법」) 제3조에서 말하는 “고용”에 관해 여성부장관이 고시한 남녀차별금지기준은 “정규직, 임시직, 계약직 등 모든 형태의 근로계약관계를 포함하며, 근로계약체결에 이르기 위한 모집·채용 등 근로계약개시 이전 단계, 근로관계의 종료 및 이와 관련하여 구체적으로 파생된 절차가 완료되기까지의 모든 과정을 포함하는 것”으로 정의한 바 있다.

## 나) 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용 관련부문

### (1) 재화의 공급이나 이용

“재화”(goods)란 의복, 음식, 건물, 책, 컴퓨터 등과 같이 사람이 쓸 수 있는 구체적인 물건으로서 눈으로 보거나 만질 수 있는 유형의 것을 말한다. 재화는 강학상 대가지불여부를 기준으로 공기처럼 그 존재량이 무한히 많아 돈이나 노력을 들이지 않고 얻을 수 있는 “자유재”와 돈이나 노력을 들여야 얻을 수 있는 “경제재”로 분류된다. 또한 그 용도에 따라 소비자의 소비에 사용되는 “소비재”와 생산자의 생산활동에 사용되는 “생산재”로 분류되기도 한다.

「국가인권위원회법」 제4조 제2호 소정의 “재화”라 함은 “자유재”와 “경제재”, “소비재”, “생산재”를 모두 포괄하는 것으로 볼 수 있다.

「남녀차별금지기준」은 “재화”에 관해 “공공기관 및 사용자가 복지증진, 재산형성 등을 위하여 제공하는 금품”, “근로자에 대한 생활 보조적·후생적 금품의 지급 등 근로자복지제도”를 예시한 바 있다.

### (2) 용역의 공급이나 이용

“용역”(service)이란 의사진료, 이발, 피아노 연주 등과 같이 그 행위를 눈으로 볼 수 있으나 형태를 알 수 없는 무형의 것으로서 사람에게 유용하게 쓰이는 것을 말한다.

「국가인권위원회법」 제4조 제2호 소정의 “용역”이라 함은 교수의 강의, 의사의 진료와 같이 인간으로부터 직접 나오는 직접용역과 전신, 전화 등 특정재화를 매개시켜야만 필요를 충족시킬 수 있는 간접용역을 모두 포괄하는 것으로 볼 수 있다. 실정법상 용역의 구체적인 종류에 관해서는 「부가가치세법 시행령」 제25조



내지 제35조에서 자세하게 규정하고 있다.

「남녀차별금지기준」은 “용역”(service)에 관해 “금전대출, 신용카드 발급, 보험 가입, 자동차 할부판매 등 기타 금융제공”, “노무의 제공”을 예시한 바 있다. 그 외 정보 및 통신서비스이용, 의료서비스, 법률서비스 등이 해당된다.

### (3) 교통수단의 공급이나 이용

“교통수단”에 대해 「교통약자의 이동편의증진법」(제정 2005.1.27, 시행일 2006.1.28)의 제2조에서 “사람을 운송하는데 이용되는 것으로서 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 운송수단을 말한다. 가. 여객자동차운수사업법 제3조제1항제1호의 규정에 의한 노선여객자동차운송사업에 사용되는 승합자동차 나. 도시철도법 제3조제1호의 규정에 의한 도시철도의 운행에 사용되는 차량 다. 철도산업발전기 본법 제3조제4호의 규정에 의한 철도차량중 여객을 운송하기 위한 철도차량 라. 항공법 제2조제1호의 규정에 의한 항공기중 민간항공에 사용하는 비행기 마. 해운법 제2조제2호의 규정에 의한 해상여객운송사업에 사용하는 선박 바. 그 밖에 대통령령이 정하는 운송수단”으로 정의하고 있다.

그러므로 제2조 버스·열차, 지하철, 승용·승합·화물·특수자동차 등 어떠한 형태의 교통수단도 모두 해당되는 것으로 해석된다.

### (4) 상업시설의 공급이나 이용

「국가인권위원회」의 법규나 「건축법 시행령」의 시설분류기준에도 ‘상업시설’에 관한 의미를 규정하고 있지 않다. 이에 관해 국가인권위원회 법무담당관실은 <법령질의회신집>에서 “상업의 사전적 의미를 보면 상품(재화 및 용약을 포함함)을 사고 파는 일을 통하여 이익을 얻는 업을 말하는 것이므로 ‘상업시설’이라 함은 영리를 목적으로 하여 설치된 시설을 의미하는 것으로 해석할 수 있을 것이며 따라서 상업시설 이용관련 진정에 있어서는 그 시설의 설치목적과 운영형태 등을 고려하여 상업시설 해당여부를 판단해야 될 것으로 사료된다”는 의견을 제시하고 있다. 이에 따라 군인체력장인 골프장의 경우는 일반골프장과는 달리 이윤창출을 목적으로 하는 상업시설이라기 보다는 군인후생복지시설에 더 가깝다는 판단을 내린 바 있다.

### (5) 토지의 공급이나 이용

여기서 토지(land)란 농작물의 경작용 여부와 관계없이 모든 형태의 토지를 말한다.



## (6) 주거시설의 공급이나 이용

여기서 주거시설이란 아파트, 단독주택, 다세대 주택, 빌라, 기숙사 등 주거를 주된 목적으로 하는 모든 형태의 시설을 말한다.

### 다) 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련

2005년 7월 29일에 공포된 「국가인권위원회법」의 개정법은 종전의 “교육시설이나 직업훈련기관의 이용과 관련하여...”라는 문구(제30조 제2항 제3호)를 “교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여...”라는 문구(제2조 제4호 다목)로 변화시켜 이 법에서의 차별행위와 진정의 대상을 단순히 시설의 이용에 한정하지 않고 교육·훈련과 관련한 행위에 까지 확대시켰다.

#### (1) 교육시설의 교육·훈련이나 그 이용

여기서 교육시설이란 「교육기본법」에 기초한 「초·중등교육법」, 「고등교육법」을 비롯하여 「사회교육법」, 「직업교육훈련촉진법」 등 기타 다른 법률에 의하여 설치된 학교, 교육원, 학원, 연구소, 도서관 기타 이와 유사한 사실을 말한다(「건축법」 제2조 제2항 및 동법 시행령<별표1>)

#### (2) 직업훈련기관의 교육·훈련이나 그 이용

여기서 직업훈련기관이란 「산업교육촉진법」 및 「근로자직업훈련촉진법」 기타 법령에 의하여 학생 및 근로자 등에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식, 기술 및 태도를 습득, 향상시키기 위하여 실시하는 직업교육 및 훈련을 실시하는 기관 및 시설을 말한다(「직업훈련촉진법」 제2조 제1호, 제2호).

## 4) 차별의 형태

### 가) 직접차별

직접차별이란 특정한 사안에서 동일하다고 생각되는 다수의 집단에 각각 다른 기준을 적용하여 달리 취급하는 것을 의미한다. 직접차별은 「국가인권위원회법」 제2조 제4호가 규정한 ‘평등권침해의 차별행위’의 전형적인 경우에 해당한다. 직접차별은 “특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”의 형태로 이루어진다. 예를 들어 고용과 관련해서는 대학이상의 학력을 가진 사람만이 지원가능하다고 하든지, 승진에 필요한 근무연수를 남자와 여자를 다르게 정하는 경우, 정년을 학력이나 성별에 따라 달리 정하는 경우가 여기에 해당한다.

직접차별에서는 다른 기준을 적용하여 차별하려는 의도가 명백하게 드러나는



것이 일반적이다. 하지만 차별하려는 의도 또는 불이익을 주려는 주관적인 의도가 반드시 전제되는 것은 아니다.

## 나) 간접차별

### (1) 간접차별의 의의

2001년 8월 개정된 「남녀고용평등법」은 “사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다”고 하여 간접차별의 개념을 도입하고 있다.

(구)「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」제2조 제1호도 2003년 5월 법개정될 때 간접차별의 개념을 도입하여 “남성과 여성에 대한 적용조건이 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 이를 남녀차별로 본다”고 규정한 바 있다.

이러한 간접차별조항들은 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 기준, 특정 성에 속하는 다수에 대한 불리한 결과, 기준의 정당성 결여라는 세 가지의 개념요소를 제시하고 있는데 이는 유럽공동체법원이 간접차별에 대해 제시하는 세 가지의 개념징표(차별과 직접 연관되지 않는 중립적인 차별기준, 특정성에 속하는 다수의 구성원이 사실상의 피해를 볼 것, 차별의 조건에서 객관적 정당성의 결여)와 일치한다.

예를 들면, 교도관을 채용함에 있어서 남자와 여자에게 동일한 키와 몸무게를 요구하는 경우 남자가 훨씬 유리할 수밖에 없고, 소득공제의 대상을 부양가족이 있는 세대주로 제한하는 경우 세대주라는 별개의 제도 때문에 소득공제에 있어서는 동일한 기준이 적용되더라도 여성이 차별받는 경우 등이 여기에 해당한다. 헌법재판소에 의하여 위헌 판결을 받은 군가산점제도 역시 비제대군인에 대한 제대군인의 특혜라는 형식을 지니지만 사실상 사회적 약자인 여성과 장애인을 차별하는 결과를 가져오게 된다는 점에서 간접차별이 문제된다.

하지만 이러한 요건에도 불구하고 어느 정도 불평등한 결과가 있는 경우를 간접차별로 볼 것인지에 대한 문제가 여전히 남아있다. 왜냐하면 집단사이의 ‘동일하지 않음’은 일반적인 경우이며, 따라서 일정범위를 벗어난 결과상의 불평등이 있을 때에만 차별의 경우로 볼 수 있을 것이기 때문이다.



## (2) 국가인권위원회법 제2조 제4호의 간접차별에의 적용가능성

「국가인권위원회법」 제2조 제4호가 ‘평등권침해의 차별행위’를 “특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”로 규정하여 간접차별이 여기에 포함되는지의 여부가 문제될 수 있다.

그런데 직접차별과 마찬가지로 간접차별도 특정한 사람을 “불리하게 대우하는 행위”이기 때문에 「국가인권위원회법」 제2조 제4호에 간접차별이 포함되는 것으로 해석된다. 즉 동법 제2조 제4호의 각호의 행위 중 다른 기준을 적용함으로써 특정인을 차별취급하는 경우뿐만 아니라, 동일한 기준을 적용하였지만 성별 등에 대한 사회적 고정관념이나 제도 등이 원인이 되어서 일정정도 이상의 차별이 발생한 간접차별의 경우도 역시 규제의 대상이 된다고 해석할 수 있다.

하지만 동법 제2조 제4호가 규정하고 있는 모든 차별사유와 행위에 간접차별이 적용될지는 논의의 대상이 될 수 있다. 참고로 유럽연합에서는 2000년에 「유럽공동체조약」 제13조를 개정하여 남녀차별 이외에도 인종, 종교, 세계관, 장애, 나이, 또는 성적 취향을 이유로 하는 직접차별 및 간접차별을 직업생활의 영역에서 금지하고 있다. 간접차별에 대한 규정을 명문화하는 것이 보다 적절하다고 보인다.

### 다) 성희롱 행위

2005년 7월에 개정된 「국가인권위원회법」 제2조 제4호 라목은 성희롱 행위를 ‘평등권침해의 차별행위’의 하나로 규정하고 있다. 성희롱은 성적 언동 등에 의해 특정한 사람을 다르게 대우하여 불이익을 주므로 이는 직접차별 개념의 확대와 연결되어 있다. 또한 소수자에 대한 차별과 밀접한 관련이 있다는 점에서 평등권의 침해행위로서 문제될 수 있다. 성희롱행위에 관한 상세한 설명은 이책의 해당 부분에서 하기로 한다.

## 5) 차별의 예외

### 가) 적극적 우대(평등실현)조치

「국가인권위원회법」 제2조 제4호 단서는 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다.)로 보지 아니한다”고 규정하고 있다. 소위 적극적 조치(적극적 우대조치 또는 적극적 평등실현조치)로 일컬어지는 행위는 평등권침해의 차별행위는 차별의 예외로 본다는 의미이다.

적극적 조치는 역사적으로 사회로부터 차별을 받아 온 특정 집단에 대하여 차별로 인한 불이익을 보상해주기 위하여 그 집단의 구성원에게 취업·학교입학





등 사회적 이익을 직접 또는 간접적으로 부여함으로써 상대적, 실질적 평등을 실현하려는 조치이다. 이는 기회의 평등보다는 결과의 평등·실질적 평등을 추구하는 정책이고, 개인보다는 집단에 초점을 맞춘 개념이다. 또한 일반적으로 항구적 정책이 아니라 구체목적을 달성하게 되면 종료하게 되는 잠정적 조치이다.

평등은 형식적으로만 동일하게 취급함을 뜻하는 것이 아니라 실질적인 기회의 균등을 의미한다. 따라서 적극적인 개입 없이는 앞으로도 지속될 차별의 고리를 끊고 실질적인 평등이 가능한 전제를 마련해준다는 점에서 적극적 평등실현조치 자체가 평등권의 침해라고 할 수는 없다.

### 나) 역차별의 문제와 심사기준

하지만 적극적(우대)조치에서 혜택의 대상이 된 자와 그렇지 못한 자 사이의 차별, 즉 역차별이 문제된다. 「국가인권위원회법」 제2조 제4호의 단서는 적극적(우대)조치를 행하는 입법과 정책을 차별행위로 보지 않는다고 하지만 모든 적극적 우대조치가 차별행위의 예외로서 헌법상 허용되는 것은 아니다. 개별적인 경우에 그것이 지나쳐서 역차별에 이르지 않는지는 여전히 헌법적 판단의 대상이 된다. 이 단서조항은 적극적 우대조치가 지나친 역차별을 가져와서 평등권의 침해행위에 이르지 않음을 전제로 한다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 적극적(우대)조치가 합리적 차등인가를 심사하는 기준이 무엇인가가 문제된다. 적극적(우대)조치의 취지가 구조적이고 역사적인 차별을 받아 온 소수 집단에 대한 사회적 보상의 의미가 있으므로 소수집단에 대한 차별여부를 심사할 때보다는 완화된 심사기준이 적용되어야 한다고 생각된다. 하지만 적극적(우대)조치가 이로 인해 차등대우를 받게 되는 사람의 기본권을 중대하게 침해하는 경우에도 차별행위의 예외로 인정하기는 어려울 것이다. 이것이 적극적(우대)조치를 역사적으로 구조화된 차별이 심대한 경우에 한정하여 실시해야 하는 이유이다.

### 다) 입법론적 문제점

「국가인권위원회법」 제2조 제4호 단서의 규정은 적극적 평등실현조치만을 차별행위의 예외로 규정하고 있다. 그렇다면 적극적 평등실현조치가 아니면서 차별취급이 정당화 되는 경우에는 모두 차별행위에 속하게 되는가에 대한 의문이 생긴다.

이는 차별행위에 대한 구체적인 규정을 두고 그에 대한 예외를 규정하고 있는 「국가인권위원회법」의 지위와 규율범위에 대한 혼란을 야기할 수 있다. 적극적 평등실현조치 외에도 차별취급이 필요하고 정당화되는 경우가 있을 수 있음은 물론이다. 「남녀고용평등법」은 모성보호와 직무상 특정성이 불가피하게 요구되는 행위도 차별의 예외로 규정하고 있다. 「국가인권위원회법」의 입법취지가 국가



인권위원회에게 차별행위에 대한 종합적인 규제권한을 부여하여 처리과정에서의 혼란을 막고 효율성을 높임으로써 국민의 인권보장에 보다 충실하려고 했던 것이라면, 차별행위에 대한 예외규정에 있어서 보다 일반적이고 탄력적인 규정을 두어야 할 것이다. 차별행위의 예외가 동 단서조항 이외의 경우에도 인정된다면 ‘평등권침해의 차별행위’를 규제하는 기본법으로서의 「국가인권위원회법」의 지위와 관련하여 문제가 있을 수 있다.

## 나. ‘평등권침해의 차별행위’의 사유와 유형(제2조 제4호, 제7호)

### 1) 성별을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

#### 가) ‘성별’의 의미

「국가인권위원회법」은 제정될 때부터 “성별”을 평등권침해의 차별사유의 하나로 규정하였다. 그 외 13개의 법률(「헌법」, 「노동조합 및 노동관계조정법」, 「근로기준법」, 「고용정책기본법」, 「직업안정법」, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」, 「남녀고용평등법」, 「여성발전기본법」, 「방송법」, 「아동복지법」, 「교육기본법」, 「행형법」, 「영유아보육법」)이 있다. 그중에서 성별을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 그러나 어떠한 법률도 “성별”이 의미하는 바를 규정하고 있지 않다.

국내외에서 “성별”의 의미는 흔히 세 가지로 논의되고 있다. 하나는 생물학적인 의미의 “성”(sex)으로서 남성 또는 여성이 각자 서로 다르게 가지는 생리적, 생리적 특성을 의미한다. 예를 들어 여성이 임신, 출산하는 기능을 가지고 남성은 여성보다 대체로 키가 크다는 등의 신체적 특성을 말한다. 두 번째는 사회문화적인 성(gender)으로서 남성 또는 여성에 대하여 사회적으로 다르게 요구되고 평가되는 역할과 행동 및 능력과 기질 즉 여성다움과 남성다움을 말한다. 예를 들어 “남성은 책임감이 크고 논리적이며 사회활동에 적합하다.” “여성은 섬세하고 비논리적이며 사회활동 보다는 가사노동에 더 적합하다.” 등의 사회통념이 이에 해당된다. 세 번째는 성적인 의미의 성(sexuality)으로서 남성과 여성은 성적인 욕망과 이를 표현하는 방법, 능력, 반응이 서로 다르며 또한 달라야 한다고 인식하는 통념을 말한다.

그런데 “임신 또는 출산”은 생물학적으로 여성만이 할 수 있으므로 “성별”에 포함되는 것으로 볼 수 있다. 「캐나다 인권법」은 “성별(임신 또는 출산 포함)”을 차별사유로 규정하고 있다. 그러나 「국가인권위원회법」은 차별사유로서 “성별”을 “임신 또는 출산”과 별개로 규정하고 있다. “임신 또는 출산”을 별개의 차별사유



로 하는 것은 임신 또는 출산한 여성과 남성과의 불합리한 차별 뿐 아니라 임신 또는 출산한 여성과 그렇지 않은 여성사이의 불합리한 차별도 진정대상이 될 수 있다는 것을 의미한다.

## 나) ‘성별’을 이유로 한 차별행위의 의미와 예외

남녀평등권이란 남성 또는 여성이 성과 관련하여 차별과 폭력, 소외를 당하지 않고 인간으로서의 존엄과 권리 및 자유를 동등하게 누릴 수 있는 인권을 말한다. 남녀간의 평등에는 남녀를 무조건 동일하게 대우하는 절대적·형식적 평등과 남녀간의 차이와 다른 상황을 고려하여 형평을 도모하는 상대적·실질적 평등이 있다. 상대적·실질적 평등을 도모함에 있어서 남녀간에 특성과 상황이 같은 경우에는 같게, 다른 경우에는 다르게 대우하여야 한다. 문제는 그 차이가 무엇인가인데 그에 관한 생각은 시대와 가치관에 따라 변화하여 왔다.

성차별이란 성별에 의한 차별로서 남성 또는 여성에 대하여 성(sex, gender, sexuality)과 관련하여 합리적 이유없이 남녀평등권을 침해하여 불이익을 주는 행위라고 정의할 수 있다.

성차별의 의미와 예외에 관하여 규정하고 있는 국제협약은 UN의 「여성차별철폐협약」과 ILO의 「고용과 직업의 차별에 관한 협약」이다. 우리나라의 현행법 중에는 「남녀고용평등법」과 「국가인권위원회법」이 있다. 1999년 2월 8일 제정된 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」도 남녀차별의 개념과 예외<sup>435)</sup>를 규정하였으나, 그동안 이 법에 근거하여 여성부가 수행하던 남녀차별개선관련사무를 국가인권위원회로 이관하기 위해 2005년 6월 23일에 성희롱예방교육의 실시에 관한 조항들만을 제외하고는 폐지되었다. ILO의 「고용과 직업의 차별에 관한 협약」과 UN의 「여성차별철폐협약」은 우리나라가 비준하여 국내법과 같은 효력을 가진다.

### (1) UN의 「여성차별철폐협약」에서의 성차별의 의미

435) 이 법률은 “남녀차별”을 “정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 인간으로서의 기본적 자유를 인식·향유하거나 권리를 행사함에 있어서 합리적인 이유없이 성별을 이유로 행하여지는 모든 구별·배제 또는 제한”이라고 정의하였다(제2조 제1호). 2003년 5월 29일 개정된 법은 “남성과 여성에 대한 적용조건이 양성중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 남녀차별로 본다.”라는 규정(제2조 제1호 후단)을 신설하여 간접차별개념도 명시하였다. 다만, “특정성이 불가피하게 요구되는 경우”와 “다른 법률에 규정된 남녀평등을 촉진하기 위한 적극적 조치 등은 이 법에 의한 남녀차별로 보지 아니한다.”(제8조)라는 예외규정을 두었다.



UN이 1979년 12월에 채택한 「여성차별철폐협약」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)은 국가에게 여성에 대한 차별을 철폐하여 남녀평등권을 보장하기 위한 조치를 취할 의무를 부과하고 여성에게는 성차별을 받지 아니할 권리를 보장하는 국제협약이다. 현재 세계 대다수 국가(170여개국)가 비준하고 있다.

이 협약은 전문(前文)에서 “여성에 대한 차별”은 평등권과 인간의 존엄의 존중 원칙에 위배되며, 여성이 남성과 동등한 조건으로 정치적, 사회적, 경제적, 문화적 생활영역에 참여하는 데 장애가 되며, 사회와 가정의 발전을 어렵게 하며, 국가와 인류에 대한 봉사에 있어서 여성의 잠재력의 완전한 계발을 어렵게 한다는 것을 규정하고 있다.

이 협약의 제1조는 “여성에 대한 차별”을 “정치적·경제적·사회적·문화적·시민적 또는 기타 모든 분야에 있어서 혼인 여부와 관계없이 남녀평등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식·향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별·배제 또는 제한”(any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other fields)(제1조)으로 정의하고 있다. 그런데 ILO의 「고용과 직업의 차별에 관한 협약」과 달리 이 협약이 “우대”(preference)를 차별의 형태로 명시하지 않고 있다. 이것은 여성들이 오랫동안 차별을 받아왔기 때문에 이를 제거하기 위한 적극적 평등실현조치로서의 잠정적 우대가 필요하다는 논의에 기초한 것이다.<sup>436)</sup>

아울러 이 협약은 모성보호와 함께 “남성과 여성사이의 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 국가가 한 잠정적 특별조치”는 차별로 보지 아니하되, 그 특별조치의 결과 불평등한 또는 별도의 기준이 유지되어서는 결코 아니 되며 기회와 대우의 평등의 목적이 달성되었을 때 이 조치는 중지되어야 한다고 규정하였다(제4조).

## (2) ILO의 「고용과 직업의 차별에 관한 협약」에서의 성차별의 의미

ILO가 1958년 6월 25일에 채택한 「고용과 직업의 차별에 관한 협약」(Convention Concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation)(제110호)은 고용차별문제에 관한 최초의 종합적 국제협약이다. 이 협약은 “차별대우”를

436) 廣瀬和子, “女子差別の定義”, 『女子差別撤廢條約註解』(國際女性の地位協會編, 1992), 44面 참조.



“인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국 또는 사회적 신분을 이유로 행해지는 모든 구별, 배제 또는 우대로서, 고용과 직업에 있어서 기회 또는 대우의 평등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 것”(any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation)으로 정의하였다.

한편, 이 협약은 고유한 요건에 의한 구별, 배제 또는 우대와 아울러 ILO 총회가 채택한 다른 협약 또는 권고로 정한 보호나 원조에 관한 특별한 조치는 차별로 간주되어서는 안된다는 것을 규정하였다. 그외 가입국에게 노사단체와 협의하여 성, 연령, 폐질, 부양책임 또는 사회적·문화적 지위로 인하여 일반적으로 특별한 보호와 원조가 필요하다고 인정되는 자의 특정한 요구의 충족을 목적으로 하는 특별한 조치를 차별대우로 보지 않는다고 결정할 수 있도록 하였다. 이에 따라 여성의 고유한 임신, 출산, 수유의 모성기능에 대한 보호와 ILO가 채택한 「모성보호에 관한 협약」, 「여성의 야간근로에 관한 협약」 등에 의한 근로여성의 보호조치는 이 협약에서 말하는 성차별의 예외가 된다.

### (3) 남녀고용평등법에서의 성차별의 의미와 예외

#### (가) 성차별의 의미

1987년 12월 4일에 제정된 「남녀고용평등법」은 1989년 4월 1일 개정될 때, 차별의 정의규정을 신설하였다가 2001년 8월 14일의 법개정시 차별의 정의규정을 정비하였다. 현행법은 “이 법에서 차별이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우를 말한다. 이 경우에 사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우도 차별로 본다.”(제2조 제1항)라고 규정하고 있다.

이러한 차별규정은 직접차별과 간접차별의 형태를 포함하는 것이다. 직접차별(direct discrimination)이란 비교대상 사이에 같거나 실질적으로 차이가 없음에도 다르게 대우하여 불이익을 주는 경우를 말한다. 예를 들면, 은행원을 모집, 채용하면서 여성에게 지원을 못하게 하는 경우가 이에 해당된다. 간접차별(indirect discrimination)이란 직접차별의 법적 규제를 회피하려는 의도에서 또는 차별할 의도 없이 사회통념이나 편견에 의해 외형상 동일한(중립적) 기준을 실질적으로 동일하게 적용할 수 없는 집단에게 적용하여 결과적으로 불이익을 초래하는 경



우를 말한다. 예를 들면, 은행원을 모집·채용하면서 남녀 모두에게 응시기회를 주되, 은행원의 직무수행에 필요하지도 않는 ‘키 170cm 이상’을 채용조건으로 제시하여 결과적으로 다수의 여성들이 채용되지 못하는 경우가 이에 해당된다.

어떠한 경우가 이 법에서 말하는 고용에서의 성차별에 해당되는 가 즉 고용상의 성차별의 구체적 유형은 현재 노동부의 「남녀고용평등업무처리규정」(예규)에서 예시되고 있다.

#### (나) 성차별의 예외

한편, 「남녀고용평등법」은 “ 1. 직무의 성질상 특정성이 불가피하게 요구되는 경우 2. 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우 3. 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정성을 우대하는 조치를 취하는 경우에는 차별로 보지 않는다.”라고 규정하고 있다(제2조 제1항 단서).

##### ① 직무의 성질상 특정성이 불가피하게 요구되는 경우(진정직업자격)

「남녀고용평등법」에서 말하는 “직무의 성질상 특정성이 불가피하게 요구되는 경우”란 많은 외국입법례에서 차별의 예외로 인정하고 있는 “진정직업자격”을 말한다.

예를 들면 미국의 「민권법」 제7편(Civil Rights Act VII)은 진정직업자격(Bona Fide Occupational Qualification : BFOQ)을 “종교, 성 또는 국적이 특정 사업 또는 기업의 정상적 운영(normal operation)을 위해서 합리적으로 필요한 (reasonably necessary)”경우로 규정하였다(제703-e-1). 「민권법」 제7편을 시행하기 위해 설치된 행정기구인 고용기회평등위원회(EEOC)가 제정한 「성차별에 관한 지침」(guideline)은 이 예외를 신중하고 엄격하게 해석할 것을 요구하였다. 그리고 그에 해당되는 구체적 경우를 남성역할을 표현하기 위해 남성만을 배우로 모집하는 경우와 같이 직무수행이라는 사실적이고 순수한 목적을 위해 성에 따른 다른 대우를 하는 경우로 규정하였다. 반면, 1)여성의 이직률이 남성보다 높다는 등의 상대적 근무특성을 이유로 한 여성의 고용거부 2) 개개인의 능력에 따라 평가하지 않고 남성은 여성보다 복잡한 장비의 조립을 못하며, 여성은 남성보다 적극적 판매술이 부족하다는 등의 양성의 특성에 관한 고정관념(stereotyped characterization)에 근거한 고용거부 3) 동료들, 고용주, 의뢰인 또는 고객들의 선호(preference)를 이유로 한 고용거부는 진정직업자격요건으로 볼 수 없다고 하였다.<sup>437)</sup>

437) 그외 「민권법」 제7편은 1991년의 법개정시에 직무관련성을 보다 엄격히 하고자 업



이를 참조하여 미국 법원은 특정 직종에서 여성 또는 남성에 대해 성을 이유로 제외하거나 고용을 거부할 때 일차적으로 판단하는 것은 문제가 된 직무수행에 있어 모든 또는 실질적으로 관련된 여성이나 남성이 그 본질적 직무를 안전하고도 효율적으로 수행할 수 없다는 것을 사용자가 입증하는 지의 여부를 판단하며 진정직업자격이 성고정관념의 유지와 사용자의 단순한 기업경영상의 필요에 의해 사용되는 것을 방지하는 데 유의하고 있다.<sup>438)</sup>

이러한 진정직업자격은 영국의 「성차별금지법」(Sex Discrimination Act) 과 이에 기초하여 설립된 기회평등위원회(EOC)가 제정한 「고용에서 성 및 혼인을 이유로 하는 차별의 철폐 및 기회균등의 촉진을 위한 행위준칙」(Code of Practice)은 Genuine Occupational Qualification(GOQ)라는 표현으로 보다 구체적으로 규정되고 있다. 즉 GOQ는 1) 직업의 본질적 속성이 신체적 이유(힘이나 스테미너 제외)로서 특정한 성을 요구하거나 연극이나 기타 예술홍업에서 사실성을 이유로 특정한 성을 요구하고 다른 성이 수행하면 실질적(materially)으로 차이가 생기는 경우 2) 직무중 육체적 접촉이 필요한 상황에서 프라이버시나 품위유지를 이유로 상대방 성이 거부되는 경우 3) 직무의 수행자가 모두 옷을 벗거나 위생상의 도구를 사용하여 상대방 성이 거부되는 경우 4) 업무수행이 가정집에서 이루어져 신체적, 사회적 접촉이 불가피하거나 환자와 간호인의 관계처럼 업무에 개인적인 친밀감의 필요성이 인정되는 경우에 인정된다.<sup>439)</sup>

무상 필요적 항변(Business Necessity Defense : BND)을 차별의 예외로 제시하였다. 이것은 사용자측이 진정한 성적주의(merit) 또는 선임권제(seniority)에 따라 보수 기타 고용조건을 다르게 하거나 또는 전문적으로 개발된 능력심사의 결과에 따라 상이한 고용행위를 하는 경우에 해당되며 사업상의 편의성(convenience)과는 구별된다.

438) 치트우드 대 중서부 전신전화국 판례(Cheatwood vs So. Cent Bell Tel & Tel Co.)는 회사측이 여성을 고용하지 않은 것은 술집이나 도박장과 같은 곳에서 동전을 수급하고 무거운 동전상자를 교체해야 하는 판매대행업의 업무가 여성에게 위험하고 부적합하기 때문이라고 주장한 데 대해 법원은 모든 또는 관련된 여성들이 모두 안전하고 효율적으로 직무를 수행할 수 없음을 사용자가 입증할 수 없었기 때문에 진정직업자격요건을 인정하지 않는다고 하였다. 한편, 항공사의 객실승무원은 여성에게 적합하고 승객도 여성을 선호한다는 이유로 남성을 배제한 사건(Diaz vs. Pan Am World Airway Inc.)에서 법원은 항공서비스의 가장 중요한 기능은 승객의 안전수송에 있으므로 남성 객실승무원이 항공수송능력을 감소시키거나 위태롭게 하지 않는 것이 증명되지 않으면 진정직업자격요건이 인정되지 않는다고 하였다. (정금나, “고용에서의 성차별판단기준에 관한 연구,” 이화여자대학교 대학원 석사학위청구논문, 1999, 80~83쪽; Lindgren & Taub, *The Law of Sex Discrimination*, West publishing Co., 1998, p.127.).

439) 이에 관한 논의는 Halen Collins, *The Equal Opportunities Handbook-A Guide to Law & Best Practice in Europe*, 1992, pp.13~98.



우리나라의 노동부예규인 『남녀고용평등업무처리규정』은 “직무의 성질상 남성 근로자가 아니면 업무의 정상적인 수행이 곤란하여 당해 직종에 남성만을 채용하는 경우로서 예술·예능분야에서 신체적 특성에 따른 표현의 진실성이 요청되어 남성을 고용하는 것이 당연한 직업, 근로의 중요한 부분이 특정성에 대한 배려를 필요로 하는 직업, 기타 운동경기상의 필요 등 남성으로 하는 것이 불가피하다고 인정되는 직업”으로 표현하고 있다.

② 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우

국제협약이나 국내외의 법에서 공통적으로 사용되는 ‘모성보호’(maternity protection)라는 용어는 여성의 고유한 임신, 출산, 수유기능과 같은 모성기능에 대한 보호를 말한다. 그러므로 모성보호는 여성에 대한 모든 보호나 우대조치 또는 육아나 가사노동을 지원하는 조치와는 구별된다. 이 구별은 모성보호만이 여성의 특별보호로 해야 되고 그 외는 남녀공통의 보호로 해야 한다는 입장에 기초한 것이다.

모성보호에 대하여 국제협약이나 국내외의 법은 공통적으로 남녀차별로 보지 아니하며, 모성보호규정의 다양화와 강화를 도모하고, 그 비용의 사회적 분담화를 규정하고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

① 남녀간의 본질적 차이는 여성의 모성기능에 있으므로 모성기능에 관해서는 남녀를 다르게 대우하여야 실질적, 상대적 평등이념에 합치된다.

② 여성이 건강한 상태에서 임신, 출산, 수유할 수 있도록 하는 것은 여성은 물론 태아와 신생아의 건강보호를 위해서 필요한 일이며, 건강한 인력을 가정, 기업, 사회, 국가에게 제공하는 사회적 기능과 중요성을 가진다. 그러므로 모성기능은 국가적 차원에서 보호되어야 하며, 그 비용은 사회가 분담하여야 한다.

③ 모성보호는 여성이 임신, 출산, 수유로 인하여 취업이나 직장생활 등의 사회참여를 못하거나 중단하는 일이 없도록 하여 여성의 근로권과 사회참여권을 보장한다. 아울러 여성이 임신, 출산, 수유를 기피하는 문제를 경감시키고 여성의 인력활용을 통하여 사회와 국가의 지속가능한 발전을 도모할 수 있게 한다.

이러한 모성보호에 관한 입장은 남녀고용평등이 강조되면서 여성노동보호는 어떠한 이유로 어느 범위에서 남녀평등과 양립될 수 있는가, 주로 일정한 기간이나 직종에 여성의 사용을 금지하거나 제한하는 형태를 취하였던 기존의 근로여성보호규정들이 과연 여성의 취업과 남녀평등에 도움이 되는 가라는 논란에 대한 UN과 ILO 등의 정리된 견해이다.

이와 관련하여 1991년 7월에는 유럽재판소가, 1992년 1월에는 독일 연방헌법재판소가 여성에 대해서만 야간근로를 금지하는 규정이 남녀평등원칙과 직업선택





의 자유에 위반한다는 결정을 내렸다. 그 후 독일·일본 등의 외국에서는 임신부와 육아 또는 가족간호의 책임을 가진 근로자에게 심야업과 휴일근로에 대하여 특별한 배려를 하고, 그 외 일반여성에 대해서는 근로시간의 단축조치, 근로자의 건강이나 모성보호 및 가정생활의 양립에 관한 대책과 함께 심야업과 휴일근로의 금지를 해제하는 입법이 이루어졌다.

한편, 우리나라 「헌법」은 1948년 제정될 때부터 지금까지 남녀평등원칙과 동시에 여성근로에 대한 특별한 보호를 명시하고 있다(헌법헌법 제31조 제4항). 이에 의해 「근로기준법」은 1953년 5월 제정될 때부터 근로여성에 대한 다양한 특별보호규정들을 두었다. 이 보호규정들은 주로 1947년에 일본에서 제정된 「노동기준법」의 여성보호규정들과 유사하게 만들어졌다. 그리하여 생리휴가규정과 해고당한 여성에 대한 귀향여비규정과 같이 국제노동기준에는 없는 일본의 독특한 여성보호규정이 도입된 한편, 그 외는 국제노동기준에 미흡한 여성보호규정들을 두게 되었다. 또한 그 보호규정들은 주로 직종이나 직무에 관계없이 모든 여성에 대하여 일정한 기간이나 직무에 취업이나 근로를 제한하는 형태로 이루어져 있고, 구체적인 시행기준이나 방법이 마련되어 있지 않았다. 그리하여 여성보호규정들은 사용자가 실시하지 않으면 벌칙에 처해지는 강행규정이었음에도 노동현장에서 거의 시행되지 않았다. 더구나 출산휴가 중의 소득보장을 사용자에게 전적으로 책임지게 함으로써 사용자들이 여성의 고용을 기피하거나 혼인, 임신, 출산한 여성에 대하여 불이익을 주는 관행이 발생하였다. 그럼에도 여성보호규정들은 거의 변함없이 40여 년간 유지되어 왔다. 이에 따라 그 실효성과 타당성이 크게 문제되어 왔고, 남녀고용평등이 강조되면서 더욱 논란의 대상이 되어 왔다.

이러한 사정을 감안하여 1999년 2월에 개정될 때, 실효성과 타당성이 없던 여성귀향여비규정이 삭제되었다. 또한 2001년 8월 14일에 「근로기준법」의 제5장이 법제정 이래 48년 만에 크게 개정되었다. 그 개정방향은 모성보호규정은 강화하고 그 외의 여성보호규정은 여성의 취업촉진과 남녀평등을 위해 완화하는 것이었다. 이때 여성보호규정들에서 ‘여자’라는 용어는 보다 진취적이고 사회적인 의미의 성(gender)을 내포하는 ‘여성’으로 변경되었다.

그 후 2003년 9월 15일에 주 40시간 근로시간제를 도입할 때 많은 논란 끝에 유급생리휴가규정에서 ‘유급’이라는 문구가 삭제되었다. 이에 따라 2004년 7월부터 주 40시간 근로시간제(주 5일 근무제)를 실시하는 사업장에서는 생리휴가를 실시하는 여성에 대해 사용자가 임금을 공제할 수 있게 되었다

그런데 「남녀고용평등법」과 「근로기준법」, 「고용보험법」이 2005년 5월 31일 개정되었다. 이에 의해 2006년부터 중소기업에서 출산휴가를 받은 여성근로자들은 휴가기간동안 급여를 고용보험에서 월 135만원 한도로 지급받게 된다. 월 135만원보다 임금이 많은 여성은 임금과 산전후휴가급여액과의 차액을 사용자로부터



터 받게 된다. 또한 임신 16주 이후 자연유산 또는 사산한 여성은 2006년부터 휴가와 고용보험에 의한 급여를 제공받게 된다.

현행 「근로기준법」의 여성보호규정의 형태는 크게 세 가지가 있다. 첫째는 위험유해업무로부터의 보호이며 위험유해업무의 여성사용금지(제63조), 여성의 갱내근로의 금지(제70조), 경이한 근로전환(제72조 제5항)과 같은 규정이 있다. 둘째는 근로시간의 보호로서 탄력적 근로시간제의 적용제외(제50조), 시간외근로(제67조)와 심야업 및 휴일근로(제69조)의 제한과 같은 규정이 있다. 셋째는 근로의무에 대한 면제로서 생리휴가(제71조), 출산휴가와 유. 사산휴가(제72조), 수유(육아)시간(제73조)과 같은 규정이 있다.

한편, 국가공무원복무규정(대통령령)은 여성공무원의 보건휴가(생리휴가와 임신중 건강검진휴가)에 관하여 규정하고 있다.

이와 같은 현행법의 모성보호규정에 관한 상세한 내용은 후술한다.

### ③ 현존하는 차별을 해소하기 위하여 잠정적으로 특정성을 우대하는 조치(적극적 조치)

‘적극적 조치’란 남녀평등을 효과적으로 실현하기 위해 사회참여의 기회나 대우에 있어 열세에 있는 특정성을 잠정적으로 우대하여 적극적으로 차별을 개선하는 조치를 말한다. 이 조치는 남녀의 차별을 금지하거나 기회의 평등을 제공하는 것만으로는 오랫동안 고정관념과 편견이나 사회구조적으로 이루어진 차별로 인해 현재 발생된 남녀간의 현저한 지위상의 차이나 특정성의 과소대표성을 해소하기 어렵다는 인식과 경험에서 등장하여 외국에서 널리 사용되고 있다. 미국·호주·캐나다의 Affirmative Action, 유럽지역 국가의 Positive Action과 같다.

현행 「남녀고용평등법」은 적극적 조치를 차별로 보지 아니한다는 것을 규정하고 있다. 그런데 노동부는 2005년 11월에 일정한 규모의 기업과 공기업이 남녀차별시정계획의 수립을 의무화하고 이를 이행하는 기업에 대하여 인센티브를 제공하는 것을 골자로 하는 「남녀고용평등법」의 개정을 추진하고 있다.

한편, 현행 「정당법」은 정당에게 국회의원과 광역지방의회 의원의 비례대표후보를 공천할 때 여성을 50%이상으로 해야 하는 여성공천할당제를 규정하고 있다. 또한 「공무원임용시험령」과 「지방공무원임용령」에 의하여 1996년부터 2002년까지 실시된 여성채용목표제에 이어 2003년부터 2007년까지 한시적으로 양성채용목표제가 실시되고 있다. 이 제도는 행정고등고시, 외무고등고시, 기술고등고시, 7·9급 공개경쟁채용시험 등에 남성 또는 여성의 합격률이 일정비율(30%) 이하일 때 특정성을 정원 외로 합격시켜 최소한 일정비율의 성비균형을 맞추는 것이다. 이러한 변경은 공무원임용시험에 있어 공직내 양성의 평등을 제고하고 직렬 또는 기관별로 남녀의 성비가 균형을 이룰 수 있도록 하려는 것이다. 또한 「여



성발전기본법』은 “국가 및 지방자치단체는 각종 위원회 등 정책결정과정에서 여성의 참여를 확대하기 위한 방안을 강구하여야 한다.”(제15조 제1항)라고 규정하고, 동법 시행령은 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장은 당해 기관에 소속된 위원회에 여성위원의 참여를 확대하기 위한 연도별 목표를 수립하고 이를 시행하여야 한다는 것을 규정하고 있다(제27조). 이에 근거하여 정부위원회의 여성참여목표제가 1997년부터 시행되고 있다. 그 외 2002년 12월에 제정된 「여성과학기술인의 육성 및 지원에 관한 법률」과 동법 시행령은 여성과학기술인을 국공립대학과 정부출연연구기관 등에 일정비율 채용하도록 하는 채용목표제에 관해 규정하고 있다. 그외 「교육공무원법」과 동법 시행령에 의해 국공립대학교의 여교수임용목표제가 시행되고 있다.

#### (4) 국가인권위원회법에서의 성차별의 의미

「국가인권위원회법」은 성별에 의한 차별행위의 의미를 명시하고 있지 않다. 그러나 평등권침해의 차별행위의 용어정의규정(제2조 제4호)을 통해 “합리적인 이유없이 성별을 이유로 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위와 성희롱을 하는 행위”로서 평등권을 침해하는 행위라고 정의할 수 있다.

그런데 「국가인권위원회법」은 「남녀고용평등법」과 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」과 달리 간접차별개념을 구체적으로 규정하지 않아 차별개념에 간접차별이 포함되는가 여부에 관한 논란의 소지가 있다. 그러나 「국가인권위원회법」은 차별의 방식을 “특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”로 규정하고 있으므로 “우대·배제·구별”과 같이 특정한 사람을 다르게 대우하여 불이익을 주는 직접차별 뿐 아니라 동일하게 대우하더라도 그 적용조건이 합리적이지 않아 특정성에게 결과적으로 불리하게 대우하는 간접차별도 포함하고 있는 것으로 해석된다.

한편, 「국가인권위원회법」은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다.”(제2조 제4호 단서)라고 규정하고 있다.



## 다) ‘성별’을 이유로 한 차별행위에 대한 법적 규제

### (1) 「헌법」

「헌법」은 “모든 국민은 법앞에 평등하고 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활영역에서 성별, 신앙, 사회적 신분에 의하여 차별을 받지 아니한다.”(제11조 제1항)는 규정과 여자는 고용·임금 및 근로조건에서 부당한 차별을 받지 아니한다는 규정(제32조 제4항), “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”(제36조 제1항)는 규정을 두고 있다.

한편, 「헌법」은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받는다”(제32조 제4항), “국가는 여자의 복지와 권익향상을 위하여 노력하여야 한다.”(제34조 제3항), “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”(제36조 제2항)는 규정도 두고 있다.

### (2) 「국가인권위원회법」

이 법은 성별 등을 이유로 한 평등권침해의 차별행위의 용어를 정의하고(제2조 제4호), 이러한 차별행위가 1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설과 그 종사자가 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 한 경우와 2. 법인 및 단체의 소속 직원 또는 그 외의 개인이 한 경우에는 국가인권위원회가 피해진정을 접수, 조사하고 권리구제를 할 수 있다는 것을 규정하고 있다(제30조).

### (3) 「남녀고용평등법」

이 법은 사업주가 모집·채용(제7조), 임금 외에 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품지급 또는 복리후생(제9조), 교육·배치·승진(제10조), 정년·퇴직·해고(제11조 제1항)에서 남녀를 차별하는 것을 금지한다. 그런데 이 법은 사업주에게 여성에 대한 차별을 금지하는 두개의 규정을 두고 있다. 하나는 여성근로자를 모집·채용함에 있어서 모집·채용하고자 하는 직무의 수행에 필요로 하지 아니하는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 그 밖에 노동부령이 정하는 조건을 제시하거나 요구하는 행위를 금지하는 규정(제7조 제2항)이다. 그 외 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하는 것도 금지한다(제11조 제2항).

그런데 이 법은 임금에서의 성차별에 관해서는 동일가치노동에 대한 남녀동일 임금규정을 두고 있다. 즉 이 법은 제8조에서 “① 사업주는 동일한 사업내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다. ② 동일가치노동의 기준은 직무수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등으로 하고, 사업주



가 그 기준을 정함에 있어 제25조의 규정에 의한 고충처리기관의 근로자를 대표하는 자의 의견을 들어야 한다.”라고 규정하여 우리나라 법 중 유일하게 동일가치노동에 대한 동일임금을 명시하고 있다.

이와 같은 성차별금지규정에 위반하는 자는 벌칙을 받게 된다. 이 법은 “이 법과 관련된 분쟁해결에서의 입증책임은 사업주가 부담한다.”(제19조) 는 차별의 입증책임의 사업주전환도 규정하고 있다.

#### (4) 「근로기준법」

「근로기준법」은 성차별의 금지를 3개의 규정에서 명시하고 있다.

첫째는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못한다.”(제5조) 는 남녀균등처우규정을 두고 위반자에 대한 5백만원 이하의 벌칙규정도 두고 있다.

둘째는 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다.”(제30조 제1항)라고 규정하고, 위반자에 대한 5년 이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌칙을 규정하고 있다. 성차별을 이유로 하는 해고는 정당한 이유없는 해고에 해당된다.

셋째는 경영상의 이유에 의한 해고의 제한규정(제31조 제2항)에서 “사용자는 해고를 회피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.”라는 성차별금지의 요건을 명시하였다.

#### (5) 기타 성차별을 금지하는 법

그 외 「여성발전기본법」, 「노동조합 및 노동관계조정법」, 「고용정책기본법」, 「직업안정법」, 「과건근로자보호 등에 관한 법률」, 「교육기본법」, 「방송법」, 「아동복지법」, 「영유아보육법」, 「행형법」에서도 성별을 이유로 한 차별을 금지하고 있다.

#### 라) 현행 여성우대규정의 성차별에 관한 논란

##### ① 유족연금에서의 부부간의 차별

「국민연금법」은 유족연금을 받을 수 있는 배우자의 요건을 규정하면서 남편의 경우는 “60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당하는 자에 한한다.”(제63조 제1항 제1호)라는 제한을 두었다. 그리하여 유족연금의 수급권자인 처는 남편이 사망하면 5년간 유족연금을 지급받고 그 후는 50세에 달할 때까지 지급을 정지당한다. 다만, 당해 수급권자가 ① 장애등급 2급 이상인 때, ② 가입자 또는 가입자이었던 자의 18세 미만 또는 장애등급 2급 이상인 자녀의 생계를 유지한 때, ③ 대통령령이 정하는 소득이 있는 업무에 종사하지 아니한 때에는 지급을 정지하



지 아니한다(제66조 제1항). 반면, 남편은 연금가입자인 처가 사망하더라도 60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당되어야 유족연금을 받는다.

이러한 남녀차등은 여성은 남성에 비해 경제적 능력이 없거나 부족하므로 남편이 사망하면 생계유지와 자녀부양이 곤란하게 된다는 인식에 기초한 것이다. 그러나 경제적 능력의 차이는 성별 차이보다 개인간의 차이가 더 크다는 관점에서 보면, 성별에 따라 일률적으로 유족연금수급요건을 다르게 규정한 것은 남녀차별로 볼 수 있는 소지가 있다.

미국에서는 이와 유사한 규정을 남녀평등에 위반한다는 이유로 1973년에 폐지하였다.

유럽사법재판소는 1990년에 기업연금제도에 있어 남녀에 대해 차등적인 연금 수령연령을 정하는 것은 임금에서의 남녀평등원칙을 규정한 로마조약 제119조에 위반한다는 판결을 내렸다.

## ② 소득세법의 기본공제에서의 성차별

「소득세법」은 종합소득공제의 기본공제에 관한 조항(제50조 제3호)에서 생계를 같이하는 부양가족의 요건 중 직계존속의 연령을 남자는 60세 이상, 여자는 55세 이상으로 규정하여 남녀차이를 두고 있다. 또한 추가공제에 관한 조항(제51조 제1항 제3호)에서는 배우자 없이 가족을 부양하는 여성세대주와 배우자가 있는 근로 여성에 대해 세액을 공제하는 규정을 두고 있다. 이러한 세액공제조항들이 과연 남녀평등에 합치되는가, 즉 남성차별이 아닌가 하는 논란이 있다. 특히 배우자가 있는 근로여성에 대한 세액공제제도는 배우자가 있는 남성근로자에 대한 성차별은 물론 배우자가 없는 여성 또는 남성근로자에 대한 혼인차별의 소지도 있다.

유럽사법재판소는 1990년에 회사연금제도에 있어 남녀에 대해 차등적인 연금 수령연령을 정하는 것은 임금에서의 남녀평등원칙을 규정한 「로마조약」 제119조에 반한다는 판결을 내렸다.

## 마) ‘성별’을 이유로 한 차별행위에 대한 처리사례

### 사례 1 구직자가 모집·채용차별을 고소한 사례

1989년 11월, 서울지역 여대생대표자협의회는 지원자격을 남자로 한정하여 신문에 사원모집광고를 낸 4개 기업에 대하여 「남녀고용평등법」 위반으로 검찰에 고소하였다. 검찰은 기업들이 그 직종이 여성에게 부적합하다고 볼 수 없기 때문에 위법행위임을 인정하고 4개 기업체 법인과 그 대표 4명에 대하여 각각 벌금 100만원으로 약식기소하였다. 이에 형사지방법원은 벌금



100만원의 약식명령을 내렸다. 이 사건은 우리나라에서 처음으로 사업주가 성차별로 인해 처벌받은 사례이며 또한 처음으로 구직자에 의해 제기된 사건이다.

### 사례 2 대법원의 동일가치노동의 남녀동일임금원칙의 인정판례

성별에 따라 일률적으로 책정된 일당을 적용하여 여성에게 남성보다 낮은 임금을 지급하는 사업장에 종사하는 여성들이 대표이사를 「남녀고용평등법」 위반으로 고소하였다. 이에 대하여 2003년 3월, 대법원(2003.3.14, 2002도 3883)은 남자들이 특별히 높은 노동강도나 기술과 경험을 필요로 하는 노동을 하여 ‘작업조건’, ‘책임’, ‘기술’과 ‘노력’의 면에서 임금 차별을 정당화할 만한 실질적 차이가 있지 않는 한, 남자에게 여자보다 더 높은 임금을 주는 것은 정당화되지 않는다고 판시하였다. 그리하여 원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 사건을 다시 심리·판단하도록 환송함으로써 우리나라 최초로 동일가치노동 동일임금원칙에 따라 남녀차별을 인정한 판결을 남겼다.

### 사례 3 국가인권위원회가 성차별로 인정한 결정례

- (1) 2002년 11월, 국가인권위원회는 얼굴에 흉터가 남아 정신적 공통 및 제약이 남정보다 여성이 더 크다는 사회적 통념은 의학적 타당성 및 근거가 없음에도 동일한 수준의 얼굴흉터에 대해 남정보다 여성에 대한 재해보상등급을 높게 정한 「산업재해보상보험법 시행령」 제31조는 용모를 이유로 남성을 차별하여 평등권을 침해한 것이 인정되므로 관련규정의 개정을 노동부장관에게 권고하였다. 이에 따라 그 시행령이 개정되어 남녀 동일한 재해보상등급이 마련되었다.
- (2) 2004년 5월, 국가인권위원회는 서울YMCA가 그 정체성이 남성단체라는 이유로 여성회원들에 대하여 총회의결권 등을 배제한 것은 평등권을 침해하는 남녀차별행위라고 결정하고, 서울YMCA에 대하여 여성회원들에 대하여 총회 의결권 등을 허용할 것을 권고하였다.



## 2) 종교를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) “종교”의 의의

『국가인권위원회법』 제2조 제4호에서는 합리적인 이유 없이 종교를 이유로 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 ‘평등권침해의 차별행위’로서 국가인권위원회의 구제대상이 되는 위법행위로서 설정하고 있다.

종교를 이유로 한 차별행위는 대표적인 차별행위의 하나인 성별, 가족상황 등 혼인상 지위, 나이, 장애 등을 이유로 한 차별과 달리 성질상 이른바 적극적 조치가 차별의 예외사유로 되지 않는다. 특정 종교에 대한 적극적 우대조치는 다른 종교에 대한 부당한 차별적인 조치로 바로 연결되어 국가의 종교중립의무 등에 위반될 우려가 있고 잠정적 우대조치의 전제가 되는 종교와 관련한 “현존하는 차별”이 사회통념상 존재하고 있다고 인정하기는 곤란하기 때문이다. 따라서 법 제2조 제4호 단서는 성질상 종교차별에 대해서는 적용되지 않는다고 해석하여야 한다.

차별이 금지되는 사유로서의 “종교”는 인간의 형이상학적인 신앙을 내용으로 하며, 신(神)과 피안(彼岸)에 대한 우주관적 확인을 전제로 하는 것으로, 이와 관련성이 없으면 그것이 아무리 내적 확신에서 나온 것일지라도 사상 내지 양심에는 해당될 수는 있으나, 종교에는 해당하지 않는다.<sup>440)</sup> 그러나 종교의 개념에 대해서는 종교학, 철학에서도 다양한 견해가 주장되어 견해의 일치를 보지 못하고 있고, 외국에서 전개된 일련의 종교의 개념은 주로 기독교를 중심으로 한 구성요소로 이루어져 우리나라에서의 종교개념에 반드시 부합하는 것이라고 하기는 어렵기 때문에 외국의 입법례에서 종교의 개념에 관한 시사점을 발견하는 데에도 한계가 있다.

한편에서는 양심 내지 사상과 구별하는 독자성을 가지면서 다른 한편에서는 조직화된 전통적인 의미의 종교로 한정되지 않아야 한다는 요구에 상응하는 종교개념을 법적으로 모색할 필요가 있다. 하지만, 종교 개념을 법적으로 정의하는 것은 결코 용이한 것이 아니다.<sup>441)</sup> 종교차별을 최초로 금지한 미국의 1964년 「민권법」 제7편도 종교에 관한 정의규정을 두는 대신, “종교행사와 종교행위 및 중

440) 권영성, 『헌법학원론』(법문사, 2005), 481쪽.

441) 종교학 및 미국 판례법상 종교 개념에 대하여 자세한 것은 이영진, “종교의 자유의 한계와 정교분리에 관한 연구 -미연방대법원판례를 중심으로 한 각국 판례의 비교-”, 성균관대학교 법학박사논문, 10쪽 이하 참조.





교적 신념의 모든 측면”을 차별금지대상으로 하고 있는 방식을 취하고 있다(42 U.S.C.A. §2000e-(j)).

미국의 고용기회평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission: EEOC)는 그 가이드라인에서 종교에는 기독교, 가톨릭교, 유대교, 이슬람교, 몰몬교, 불교와 같은 확립되고 조직화되어 있는 신앙 외에도 “무엇이 바르고, 무엇이 틀린 것인가에 대한 도덕적 또는 윤리적 신념으로서 전통적인 종교적 관점에서 볼 때 지지하게 믿는 행위...어떤 종교집단도 그러한 신념을 지지하지 않는다는 사실 또는 개별 신자가 소속된 종교집단이 그러한 신념을 받아들이지 않을 수 있다는 사실은 그 신념이 종교적 신념인지 여부를 결정하지 못한다”고 규정하여(29 CFR §1605.1), 전통적 의미의 종교에 국한하지 않고 광의로 종교개념을 설정하고 있다.

차별행위의 보호대상이 되는 종교에는 신앙, 종교행사, 종교집회·결사, 선교활동 등 적극적인 행위만이 아니라 무신앙, 정교행사, 종교집회·결사 또는 선교활동을 강요받지 아니할 소극적인 자유까지 그 내용으로 한다고 볼 수 있다.<sup>442)</sup> 종교행위는 종교에 의해 공식적인 의무에 한하는 것이 아니다. 당사자가 특정한 종교행위를 종교적 의무의 일부로서 스스로 판단하고 있다면 법의 보호대상이 되는 종교에 해당한다고 해석되어야 한다. 예컨대 주일, 안식일이나 성토요일의 준수, 성경공부를 시키는 것 또는 교회집회에 참석하는 것과 같은 행위는 “종교행위”에 해당한다고 해석된다.<sup>443)</sup>

이에 대하여 스포츠행사나 소풍과 같은 사회적 또는 세속적 활동은 교회 등 종교기관이 후원하는 경우에도 “종교행위”가 될 수 없다.<sup>444)</sup> 또한 정치적 신념이나 활동은 종교의 범주에 포함되지 않는다. 「국가인권위원회법」에서는 종교 이외의 사상 또는 정치적 의견도 보호대상으로 하고 있기 때문에 정치적 신념 등에 기한 차별은 그러한 사유에 의해 보호받는다. 그러나 종교차별의 보호대상이 되는 윤리적 믿음(ethical belief)과 종교차별의 보호대상이 아닌 정치적 신념 사이의 구별은 용이한 것이 아니다. 예컨대 “여호와 신자”의 양심적 병역거부가 종교차별에 해당하는지 여부로 다루어질 수도 있으나, 우리나라에서는 일반적으로 양심의 자유의 문제로서 논의되고 있다.<sup>445)</sup> 미국에서는 종교적 신념에 기한 군복무등록

442) 권영성, 앞의 책, 482쪽.

443) Redmond v. GAF Corp. 7th Cir. 1978.

444) Wessling v. Kroger Co.(E.D.Mich. 1982).

445) 예컨대 헌법재판소 2004.8.26, 2002헌가1 결정에서는 “양심적 병역거부가 종교의 교리나 종교적 신념에 따라 이루어진 것이라면...양심적 병역거부자의 종교의 자유도 함께 제한된다. 그러나 양심의 자유는 종교적 신념에 기초한 양심뿐만 아니라 비종교적인 양심도 포함하는 포괄적인 기본권이므로...양심의 자유를 중심”으로 판단하고 있다; 한인섭, “양심적 병역거부: 헌법적·형사법적 검토”, 안경환·장



거부는 종교차별의 보호대상으로서 인정되고 있다.<sup>446)</sup> 종교적 이유에서 낙태에 반대하는 행위에 대한 불이익조치도 종교차별의 보호대상이다.<sup>447)</sup>

## 나) “종교를 이유로 한 차별”의 성립요건

### (1) 종교차별의 개념

『국가인권위원회법』 제2조 제4호에서는 “종교……등을 이유로” 하여 이루어지는 특정인에 대한 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위(이하 ‘불리한 대우등’)를 금지하고 있기 때문에 종교를 이유로 하는 차별이 인정되기 위해서는 특정인에 대한 불리한 대우등과 종교 사이에 인과관계가 인정되어야 한다. 여기에서 말하는 인과관계는 법의 목적이나 취지를 고려할 때 광의로 해석되어야 한다. 즉 차별행위자의 직접적인 차별의사가 있는 경우만이 아니라 상황적으로 볼 때 차별행위자의 차별의사를 추정할 수 있는 경우도 포함되며, 나아가 차별행위자의 차별의사가 없다고 하더라도 차별피해자에 대해 차별적인 효과를 가지는 경우까지 포괄하는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

이런 관점에서 종교, 장애, 나이 또는 성적 지향을 이유로 한 차별에 대하여 EU차원에서의 「고용과 직업에 있어서 평등대우를 위한 일반적 제도를 설정하기 위한 2000년 11월 27일 유럽이사회 지침 2000/78/EC」 제2조 제2항에서는 직접차별만이 아니라 간접차별도 금지의 대상으로 하고 있다. 영국의 「2003년 고용평등(종교 또는 신념) 규칙」(Employment Equality(Religion or Belief) Regulation 2003)에서도 마찬가지로 간접차별까지 금지의 대상으로 하고 있다(제3조).

『국가인권위원회법』의 해석에 있어서도 종교를 이유로 한 차별은 종교가 차별의 동기가 되어 다른 종교에 속하는 자에 비하여 특별한 종교 또는 무종교에 속하는 자에 대해 고용상 불이익 등 불리하게 대우하거나 다르게 대우하는 행위, 즉 직접차별만이 아니라 간접차별도 포함된다고 해석하는 것이 합리적이다. 따라서 동일한 종교에 속하지 않은 자에 대해서 적용되거나 적용될 수 있는 조항, 기준 또는 관행을 적용하지만, 동일한 종교에 속하는 다른 자와 비교할 때 그 종교에 속하지 않은 자에 대해 특별한 불이익을 초래하고 차별행위를 하는 자가 그러한 조치가 정당한 목적을 달성하기 위한 적정한 수단이라는 것을 입증할 수 없는 경우에도 종교차별이 인정된다. 나아가 종교차별에 대하여 “위원회

복회판, 『양심적 병역거부』, 사람생각, 2002, 20쪽 이하에서도 양심의 자유의 관점에서 헌법적 검토를 하고 있다.

446) American Postal Workers Union, San Francisco Local v. Postmaster General, 781 F.2d 772(9th Cir. 1986).

447) Wilson v. U.S. West Communications(8th Cir. 1995).



에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우 그밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익”(제55조)을 가하는 보복(victimization)도 종교차별의 한 유형으로 포섭된다.

그런데 「국가인권위원회법」하에서 종교에 기한 간접차별을 인정하는 것이 타당하다고 하더라도 명문의 규정이 없고 간접차별에 관한 법리가 명확하게 형성되어 있지 않은 현재의 상태에서 종교에 기한 간접차별법리를 운용하는 것은 용이한 일이 아니고, 특정한 종교가 지배적인 유럽과 달리 다양한 종교가 혼재하여 통계적 패턴을 발견하기가 어려운 우리나라에서는 종교에 기한 간접차별법리가 반드시 유용하다고 할 수 없는 측면도 있다. 여기에서 미국의 이른바 합리적 편의제공법리가 법운용에 상당한 시사점을 제공할 수 있다.

미국의 「1964년 민권법」 제7편에서는 종교에 대해 간접차별을 명문으로 인정하고 있지는 않지만, 사용자에 대해 근로자의 종교행위 등에 대한 동등한 “합리적 편의제공”(reasonable accommodation) 의무를 부과함으로써(42 U.S.C.A. §2000e-(j)) 간접차별과 유사하게 근로자의 종교행위 등이 해당 사업장에 미치는 효과와 관련한 사용자의 일반적인 관행이나 취업규칙 등을 점검하고 변경할 의무를 부과하는 방식을 통하여 간접차별과 유사한 접근방식을 채택하고 있다. 「국가인권위원회법」의 해석과 운용에 있어서도 종교차별과 관련하여서는 차별행위자의 합리적 편의제공의무법리를 적극적으로 수용할 필요가 있다.

한편, 「국가인권위원회법」의 제2조 제4호에서는 “평등권 침해의 차별행위”에 대하여 “합리적인 이유”가 있는 경우 또는 잠정적 우대조치에 해당하는 경우에는 특정인에 대하여 불리한 대우 등을 허용하고 있다. 앞에서 본 바와 같이 종교차별과 관련하여서는 잠정적 우대조치는 성질상 인정되지 않는다고 보아야 하기 때문에 종교차별인지 여부와 관련하여 쟁점이 되는 것은 불리한 대우 등을 정당화하는 “합리적인 이유”가 어떤 경우에 인정될 수 있는가 하는 것이다. 「국가인권위원회법」에서는 명문의 규정에 의해 간접적인 차별행위를 규정하고 있지 않기 때문에 “합리적인 이유”의 유무에 따라 차별행위 여부를 판단하는 것은 외견상 직접차별만을 법의 금지대상행위로 하는 것처럼 보이지만, 앞에서 본 바와 같이 해석상 간접차별도 포섭하는 것으로 파악하는 것이 타당하다는 관점에서 보면, 「국가인권위원회법」의 제2조 제4호에서 차별의 예외사유로서의 “합리적 이유”를 설정하고 있는 것은 입법론적으로 타당한 것이라고 하기는 어렵다. 차별행위자의 주관적 의사가 없는 결과적 차별 역시 금지된다고 하여야 하기 때문이다.

이러한 관점에서 본다면, 직접차별에 대해서는 「국가인권위원회법」의 제2조 제4호에서 규정하고 있는 “합리적인 이유”가 있는 경우에는 법이 금지하는 차별행위로 되지 않지만, 차별행위자의 주관적 “이유”가 없는 간접차별은 어떠한 경우에



도 금지되는가 하는 문제가 발생할 수 있다. 종교를 이유로 한 간접차별은 결과 내지 운영에 있어서의 차별적인 효과를 시정하기 위하여 고안된 개념이기 때문에<sup>448)</sup> 결과에서의 차별적인 효과가 있다고 하더라도, 그것이 “정당”하다는 것을 차별행위자가 입증할 수 있는 경우에는 차별에서 배제하는 것이 타당하다.<sup>449)</sup> 즉 종교를 이유로 한 직접차별에 대해서 차별을 허용하는 예외사유로 인정되기 위해서는 차별행위자는 “합리적 이유”를 입증하여야 하고, 종교에 의한 간접차별에 대해서는 차별행위자는 일정한 기준 등의 “정당성”을 입증하여야 한다.

나아가 고용차별과 관련하여서는 종교가 그 직무의 진정한 직업상 요건(Bona Fide Occupational Qualification(BFOQ) 내지 Genuine Occupational Qualification(GOQ))이 되는 경우도 있을 수 있기 때문에 그러한 경우에도 차별행위는 허용된다. 이는 직접차별 및 간접차별 양자에 대해 인정된다.

## (2) 종교차별의 성립요건

종교차별이 인정되기 위해서는 첫째, 차별피해자의 행위가 그 성질상 “종교적”이라는 사실이 인정되어야 한다. 종교의 의미에 대해서는 위에서 살펴본 바와 같이 기존의 확립된 종교만이 아니라 신흥종교, 무종교까지 포괄하는 광의의 개념으로 이해되어야 한다.

둘째, 차별피해를 주장하는 자의 종교적 신념이 진지하여야 한다. 이것이 인정되기 위해서 차별피해자가 종교를 신봉하고 있는 기간이 반드시 장기간이어야 할 필요는 없지만, 오랜 기간에 걸쳐 특정한 종교적 믿음을 가지고 있는 경우에는 종교적 신념의 진지성이 인정되기가 더 용이할 것이다. 종교적 신념의 진지성은 불리한 대우 등이 이루어진 시점에서 인정되면 족하고, 그 이후에 차별피해자의 종교가 변경된 경우에도 이로써 바로 종교적 신념의 진지성이 부정되는 것은 아니다.<sup>450)</sup>

셋째, 종교적 신념이 차별행위자가 설정한 기준, 조건, 관행 등에 반하여 불이익 등을 받아야 한다. 즉 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다), 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불

448) Griggs v. Duke Power Co. 401 U.S. 424 (1971) 참조.

449) 남녀고용평등법에서도 동일한 접근방식을 취하고 있다(제2조 제1항 참조). 다만 이러한 결론을 해석상 도출하는 데에는 한계가 있을 수 있기 때문에 국가인권위원회 법에 간접차별에 관한 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다.

450) EEOC v. IBP, Inc., 824 F.Supp. 147 (C.D. III. 1993).



리하게 대우하는 행위의 대상이 되어야 한다(『국가인권위원회법』 제2조 제4호 각목 참조).

넷째, 차별행위자가 자신의 요구와 차별피해자의 종교행위 사이의 충돌을 알고 있어야 한다. 종교에 기한 직접차별이 인정되기 위해서는 차별행위자의 의사를 전제로 하기 때문에 차별행위자의 인식을 전제로 하여야 한다. 여기에서 차별행위자는 차별피해자의 구체적인 종교를 알 필요는 없고, 차별피해자의 종교행위와 자신의 요구 사이에 충돌이 존재한다는 사실을 이해하고 있을 정도의 차별피해자의 종교적 수요에 대한 정보만 인식하고 있으면 족하다.<sup>451)</sup>

### (3) 종교차별의 예외

이상의 종교차별의 요건을 갖추어 종교에 기한 차별이 인정되는 경우에도 차별 사유로서의 종교의 특수성에 비추어 다음과 같은 예외를 해석상 인정할 수 있다.

첫째, 종교단체에 대해서는 합법적으로 종교에 기한 차별이 허용된다고 해석된다. 예컨대 종교단체에서 종교활동과 직접적으로 관련된 업무를 수행하기 위하여 특정한 종교를 신봉하는 자를 우대하는 것은 종교차별이 아니다. 예컨대 신학교 교수,<sup>452)</sup> 종교담당교사,<sup>453)</sup> 가톨릭대학교에서의 신학담당교수<sup>454)</sup>와 같이 교회의 영적 및 정신적 임무에 중요한 직책에 대해 특정 종교인을 우대하는 것은 종교차별에 해당하지 않는다. 이러한 것은 진정직업자격이 인정되는 경우에 해당한다. 그러나 종교단체의 세속적인 활동에 대해서는 이러한 적용제외가 인정되지 않는다. 예컨대 종교단체의 운전기사는 종교목적과 직접적으로 관련되는 업무를 수행하는 것이 아니기 때문에 그 자의 종교를 이유로 불이익대우를 하면 법 위반으로 인정된다.<sup>455)</sup> 그러나 종교단체에서 세속적인 활동인지 여부를 구별하는 것은 용이한 일이 아니고, 케이스 바이 케이스로 판단되어야 한다. 종교를 목적으로 한 교육기관의 경우에는 당해 기관의 소유관계, 종교단체와의 관계, 정관상 목적, 교수와 학생의 종교, 학생활동, 커리큘럼 등 제반사정을 고려하여 당해 단체의 목적과 성격이 주로(primarily) 종교적인지 여부를 판단하게 된다.<sup>456)</sup>

451) Heller v. EBB Auto Co., 8 F.3d 1433, 1439 (9th Cir. 1993).

452) EEOC v. Southwestern Baptist Theological Seminary 5th Cir. 1981.

453) EEOC v. Catholic University of America (D.C.Cir. 1996)(교회법 교수).

454) Pime v. Loyola University of Chicago, 803 F.2d 351 (7th Cir. 1986). 이 사건에서 법원은, Loyola 대학이 『민권법』 제702조 (a)에 기한 종교기관 적용제외에 해당하지 않는다고 하더라도, 예수회(Jesuit) 구성원의 “존재”가 대학의 성공적인 운영에 중요하다는 이유에서, 철학과에 예수회 구성원 3명의 쿼터를 두도록 한 것은 법위반이 아니라고 판단하였다.

455) Weissman v. Congregation Shaare Emeth 8th Cir. 1994.



둘째, 차별행위자가 차별피해자의 종교를 합리적으로 수용하기 위한 편의제공을 하였다고 인정될 때에는 차별로 해석되어서는 아니된다. 미국의 「1964년 민권법」에서는 사용자가 종교차별의 책임을 면하기 위해서는 “근로자의 종교적 행사 또는 행위에 대하여 사용자 사업에 대해 부당한 어려움(undue hardship)이 없이 편의제공을 합리적으로 할 수 없다”는 사실을 입증하도록 하고 있다(42 U.S.C.A. §2000e-(j)). 따라서 종교와 관련한 사용자의 편의제공이 사용자에게 부당한 사업상의 어려움을 야기하는 경우에는 종교차별에 해당하지 않게 된다. 그런데 미국에서는 사용자의 합리적 편의제공의무를 매우 좁게 인정하고 있다. 예컨대 미국 연방대법원은 “법문 그 자체에 의해 법은 사용자에게 의한 일체의 합리적인 편의제공이 있으면 그 편의제공의무를 다하였다고 인정하기에 족하다고 규정하고 있다”고 판시하고 있다.<sup>457)</sup> 따라서 법원이 “합리적”이라고 인정한 ‘일정한’ 편의제공을 사용자가 제공하였다면, 그 편의제공이 차별피해자의 종교적 신념에 필요한 수요를 완전하게 충족하지 못하는 경우에도 편의제공의무를 인정하고 있다. 미국 연방대법원에 따르면 일단 사용자가 “근로자의 종교적 수요에 대해 합리적으로 편의제공을 하였다면, 법적 의무는 종료한 것이다. 나아가 사용자는 근로자의 각 대체적인 편의제공이 부당한 어려움을 야기하게 될 것이라는 점을 입증할 필요는 없다”고 하고 있다.<sup>458)</sup> 따라서 편의제공의무의 면제요건으로서의 사용자 사업에 ‘부당

456) EEOC v. Kamehameha Schools/Bishop Estate, 990 F.2d 458 (9th. Cir. 1993). 이 사건에서는 “학교의 교사는 항상 프로테스탄트 종교인이어야 한다”는 기부자의 의사에 따라 설립된 학교에서 프로테스탄트인이 아닌 교사를 해고한 것이 문제되었다. 법원은 그 학교가 민권법 제702조 (a)의 목적을 위한 종교시설이 아니라고 판단하였는데, 그 근거로서 법원은 그 학교의 “소유관계, 목적, 시설, 학생회, 학생활동, 커리큘럼은 종교와 관련되는 한 본질적으로 속세적이거나 또는 중립적인 것이다”고 판단하였다(990 F.2d at 461). 종교적 성격이 인정되기 위해서는 “최소한, 상대적으로 비교하여 많은 종교교육, 정기적인 기도 및 종교행사, 학교 정관에서의 개종요구 등이 있어야 한다……명목상으로 프로테스탄트 교사가 존재한다는 것만으로 (그 학교가 종교기관이 아니라는 결론을) 변경하지는 못한다”(990 F.2d at 463). “종교에 관한(about) 과정 및 선량한 가치를 교육하는 일반적인 노력은, 특히 프로테스탄트 신자가 아닌 학생을 개종시키려는 것에 대한 학교의 명시적인 부인 조항이 확실히 있다는 점을 고려하면, 종교를 선전하는 커리큘럼에 해당하지 않는다”(990 F.2d at 465)고 하여 민권법상 종교차별의 적용대상이 된다고 판단하였다.

457) Ansonia Bd. of Educ. v. Philbrook, 479 U.S. 60 (1986).

458) Ansonia Bd. of Educ. v. Philbrook, 479 U.S. 60 (1986) 사건에서 원고인 Philbrook은 1년에 6일 동안 종교집회에 참석하여야 하는 종교의 신자였다. 단체협약에서 사용자는 종교행사를 위한 3일의 유급휴일을 규정하고 있었다. 연방대법원은 사용자가 제공한 3일의 유급휴가는 Philbrook의 수요를 완전하게 충족시키지는 않지만 합리적인 편의제공이라고 인정하고, 원고가 요구하는 대로 추가적인 3일의 유급휴가를 제공할 경우 사용자에게 부당한 사업상 어려움을 야기하는지 여부는 판단할



한 어려움'을 야기하는지 여부는 사용자가 근로자에 대해 일체의 편의제공을 하지 않는 경우에만 문제된다. 사용자의 종교에 대한 편의제공이 '부당한 어려움'에 해당하는지 여부에 대해서도 미국 연방대법원은 매우 엄격하게 해석하여, 최소한의 비용기준(de minimis cost standard)을 적용하고 있다. 즉 종교에 대하여 편의제공을 함에 있어서 최소한의 비용을 넘는 일체의 비용은 사용자에게 부당한 사업상 어려움을 야기하는 것으로 인정하는 것이다.<sup>459)</sup> 미국 판례법상의 엄격한 제한적 해석에도 불구하고 차별행위자에 대해 부당한 어려움을 야기하지 않는 경우에는 특정한 종교의 신자에 대해 종교적인 편의제공을 부여하도록 노력하여야 할 의무를 인정하는 것이 실질적인 종교의 자유 행사를 위하여 필요불가결하다고 할 수 있다. 이와 같은 종교적 편의제공의 예로는 다음과 같은 것이 있을 수 있다.

- 작업스케줄의 조정

추가적인 비용이 소요되지 않고 편의제공이 다른 근로자에게 문제를 야기하지 않을 경우에는 사용자는 특정한 종교행사나 종교행위에 대해 편의제공하기 위해 근로자의 작업스케줄을 조정하여야 할 의무를 부담할 수 있다. 다만 사용자는 다른 근로자의 종교행위에 대해 편의제공하기 위하여 다른 근로자의 작업스케줄을 변경할 의무까지 부담한다고 해석할 수는 없다. 그 경우에는 특정한 종교인에 대한 부당한 우대가 될 수 있기 때문이다.

- 휴일, 휴가의 조정

사용자에게 부당한 어려움을 야기하지 않는 범위에서, 사용자는 근로자에 대하여 주일, 안식일 준수를 위해 비번일을 조정하거나 또는 휴가를 이용할 수 있도록 하여야 한다.

- 개인의 종교적 복장

사용자 등은 업무수행과 정당한 안전요구를 방해하지 않는, 종교적인 의상과

필요가 없다고 판시하였다.

459) Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, 432 U.S. 63 (1977) 사건에서 사용자는 제 7안식일교인(a Saturday Sabbatarian)의 수요일을 충족시키기 위하여 비행스케줄에 대해 일체의 편의제공을 제공하지 않았으나, 연방대법원은 근로자를 충족시킬 수 있는 일체의 편의제공이 최소한의 비용 기준 (de minimis cost standard)에 반한다고 판단될 때에는 부당한 어려움에 해당한다고 판단하였다. "TWA사가 Hardison에게 토요일 휴무를 제공하기 위해서는 최소한의 비용을 넘어서는 비용을 TWA사가 부담하여야 하는 것이고 이는 부당한 어려움에 해당한다".



복장관습을 허용하여야 한다.

● 도덕적 반감에 대한 대처와 관련한 편의제공

부당한 어려움을 야기하지 않는 범위에서 사용자들은 근무조건에 대해 도덕적 반감의 대상이 되는 근로자들에 대해 과도한 욕설에 대한 노출을 피하도록 하는 등의 편의제공을 하여야 한다.

다) “종교를 이유로 한 차별”의 유형과 사례

종교기관에서 종교목적의 핵심과 직접적으로 관련되는 업무와 같이 종교가 진정직업자격으로 인정되는 예외적인 경우를 제외하고는 차별행위자는 차별희생자에 대해 특정한 종교를 강요할 수 없다. 예컨대 비신자 또는 다른 종교의 신자에게 일과 도중에 기도를 강요함으로써 피해자에게 종교적 신앙을 강제할 수 없으며,<sup>460)</sup> 차별행위자의 종교적 신앙과 상충하는 사적 활동에 관여하였다는 이유로 차별하여서는 아니된다.<sup>461)</sup>

㉠ 국가인권위원회가 종교차별로 인정한 사례

구금시설에서 천주교·개신교·불교 신도에 대해서는 외부인사의 참여하에 구금시설내에서 종교집회를 갖도록 하는 데 반하여, 양심적 병역거부로 구금된 여호와의 증인 신도들에 대하여는 이를 허용하지 않아 진정이 제기되었다. 국가인권위원회는 소수종교를 신봉하고 있는 수용자들은 종교집회 참여를 통한 고통의 극복이나 교정교화의 기회에서 원천적으로 배제되는 불이익을 당하고 있다고 인정하면서, 구금시설내의 시설 부족 문제는 구금시설의 운영·관리자가 개선하여야 할 문제이지 이를 명분으로 국민의 기본권을 침해해야 할 만큼 절박한 것이 아니며 피진정인이 주장하는 시설부족의 문제는 구금시설 내의 강당 등 기존 시설을 공동으로 이용하거나 다종교실 등을 설치하는 등 합리적인 운영 방안을 마련하면 충분히 해결할 수 있다고 판단하였다. 그리하여 위원회는 법무부장관에 대해 구금시설 내에 수용중인 여호와의 증인 수용자들에 대하여 종교집회를 허용할 것을 권고하였다.

(2002.10.14, 01진차2)

460) E.E.O.C. v. Townley Engineering & Mfg. Co. 946 F.2d 898 (9th Cir. 1991).

461) Little v. Wuerl, 929 F.2d 944 (3d Cir. 1991). 이 사건에서는 가톨릭계학교의 교사가 이혼후 재혼하였다는 이유로 재채용을 거부한 것이 다투어졌으나, 법원은 사생활영역에 속하는 것에 대한 종교차별이라고 인정하고 있다.





이 결정은 차별행위자의 ‘합리적인 편의제공’의 범위가 쟁점으로 된 것이라고 할 수 있는데, 미국의 판례에 비하여 상당히 폭넓게 행위자의 편의제공의무의 범위를 설정하고 있는 점에서 주목된다.

사회적으로 큰 반향을 불러일으킨 사건으로서는 K군 사건이 있다. 교회재단에서 설립한 D고교에서는 교양과목으로 ‘종교’ 과목만을 설치 운영하고 있으며, 매주 수요일 전교생이 의무적으로 참석하는 예배를 1시간씩 진행하고 있고, 매일 아침 실시되는 학급예배에는 담임교사의 지도로 50%의 학생들이 참석하고 있으며, 10개 미만의 반에서는 학생의 종교신념과 관계 없이 번호순으로 기도를 하도록 강요하고 있는 것에 대해 K군이 비신자의 예배선택권을 주장하면서 2004년 46일에 걸친 단식투쟁을 한 사건이다. 종교재단이 학교를 설립하고 운영하는 것은 자유이지만, 고교평준화로 인해 학생의 학교선택권이 없는 상황에서는 신자인지 여부에 관계없이 의무적으로 예배참석을 강요하는 것은 전형적인 종교차별에 해당한다고 할 수 있다. 학교법인이 종교차별을 면하기 위해서는 다른 종교인 또는 무종교인에 대해 합리적인 편의제공을 하여야 한다.

한편, 「근로기준법」은 신앙을 이유로 하여 근로관계 존속 중 근로조건 등에 대한 차별대우를 특히 금지하고 있다(제5조). 「노동조합 및 노동관계조정법」에 의해 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 종교에 의하여 차별대우를 받지 아니하며 (제9조), 「과건근로자보호 등에 관한 법률」에 의해 근로자과건에 있어서 사용자업주는 과건근로자의 종교를 이유로 근로자과건계약을 해지하여서는 아니된다(제22조 제1항). 「직업안정법」에서는 누구든지 종교를 이유로 직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다고 규정하고 있다(제2조).

## 라) 기타

「국가인권위원회법」 제2조 제4호 라목에서는 “평등권침해의 차별행위”의 예로서 “성희롱행위”만을 규정하고 있으나, 이는 입법론적인 재고가 필요하다. 특정인의 고유한 성격을 이유로 한 희롱행위 내지 괴롭힘은 성에 기인하는 것에 한정되는 것이 아니라 종교, 성적 지향, 인종, 피부색 등 다양한 사유에서 발생한다. 따라서 “성적”인 굴욕감이나 혐오감 또는 모욕감 이외에도 “인종적”, “종교적”, “성적 지향”, “피부색”, “출신국가”, “출신민족”, “장애”, “출신지역”, “나이” 등 다양한 사유에서 기인하는 굴욕감이나 모욕감도 보호의 대상으로 할 필요가 있기 때문이다. 따라서 입법론적으로는 “평등권침해의 차별행위”의 유형으로서 “괴롭힘”(또는 희롱)이라는 일반적인 개념을 사용하여 종교 등을 이유로 피해자의 명예감을 침해하



거나 적대적인 환경을 조성하는 행위 일반에 대해 금지하는 것이 바람직하다.

EU차원에서 「고용과 직업에 있어서 평등대우를 위한 일반적 제도를 설정하기 위한 2000년 11월 27일 유럽이사회 지침 2000/78/EC」에서도 차별행위의 유형으로서 “괴롭힘(harassment)”이라는 일반적인 형태로 규정하고 있고(제2조 제3항), 이를 받아 제정된 영국의 「2003년 고용평등(종교 또는 신념) 규칙」(Employment Equality(Religion or Belief) Regulation 2003)에서도 마찬가지로 “종교나 신념을 이유로 한 괴롭힘”(harassment on grounds of religion or belief)을 차별행위의 대상으로 규정하고 있다(제5조).

### 3) 장애를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

#### 가) ‘장애’의 의미에 관한 관점

비장애인에 비해 상대적으로 소수이자 육체적·사회적·경제적 약자인 장애인은 비장애인 중심의 사회에서 비장애인 중심으로 형성된 사회의 구조 속에 소외될 수밖에 없으며, 비장애인 중심의 사회는 소외되는 장애인을 향해 열등하고 무능력하다고 낙인찍고 만다. 이러한 낙인에 의해 장애인에 대한 편견은 가중되고 편견은 다시 장애인에 대한 차별로 이어져 차별의 고리는 완성이 된다

‘장애’의 의미를 ‘차별’의 관점에서 다룬다는 것은, ‘차별’은 인권침해에 속하므로 결국 ‘장애’를 ‘인권’의 시각에서 본다는 것이다. 따라서, 신체적·정신적 기능의 손상 혹은 결함을 가진 장애인들을 국가 및 지방자치단체가 적극적인 급부를 통해 돌본다는 취지의 시혜적이고 복지적인 관점과는 다르게 되고 실제로 달라야 한다. 시혜적이고 복지적인 관점은, 장애인이란 ‘보호’받고 ‘재활’되어야 할 대상이라는 패러다임에서 비롯되었으므로 신체적·정신적 기능의 손상, 결함에 초점을 맞추게 된다. 그러나 ‘장애’의 의미를 ‘인권’의 관점에서 다룬다는 것은, 신체적·정신적 기능의 손상이나 결함의 관점을 넘어서, 장애인이 현실에서 부딪히는 장애는 신체적·정신적 기능 손상의 결과물이라기보다는, 사회적인 배제(social exclusion)라는 차별적 기제의 작동에 의한 것이고, 그 때문에 장애인은 불이익을 당하고 불평등한 삶을 살아가게 된다는 관점 위에 서는 것이다. 나아가 장애인 당사자가 현실에서 부딪히는 장애에 대해 인권의 시각에서 바라보고 차별 시정을 요구하고, 차별로 인해 침해받은 권리를 구제받을 수 있다는 것을 의미한다.

결국, 추상적이고 가치중립적인 것으로 생각하기 쉬운 ‘장애’의 의미는, ‘장애인’과 결합할 때에 생명을 얻게 되고, 단순히 신체적·정신적 기능의 손상, 결함이



아니라 차별 감수성을 가지고 바라보고, 인권으로 인정할 때에 올바른 개념 정립이 가능할 것이다.

## 나) ‘장애’의 정의<sup>462)</sup>

### (1) 「국가인권위원회법」상의 장애의 정의

「국가인권위원회법」 제2조 제4호에 평등권 침해의 차별행위로서 규정된 ‘장애’의 정의를 어떻게 볼 것인가 하는 문제의 출발점은, 차별 내지 평등권 침해라고 하는 인권적 관점이어야 한다. 따라서, ① 신체·정신적 발생 요인, ② 사회·문화적 발생요인, ③ 발생 기간, ④ 평등권 상실이라는 4가지 핵심 요소가 모두 포함되어야 할 것이다. ① 발생요인에 있어서 신체적·정신적 요소뿐만 아니라 사회·문화적 요소가 포함되어야 하고, ② 발생기간에 있어서 장·단기간 혹은 일시적, 과거와 현재, 미래를 포괄하여야 하며, ③ 그 결과로 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 가져오는 상태를 초래함으로써 평등권 등 인권이 침해된다는 것을 드러내야 한다.

그런데 2005년 7월 29일 개정된 「국가인권위원회법」 제2조 제7호는 “‘장애’라 함은 신체적·정신적·사회적 요인에 의하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 상태를 말한다.”고 규정함으로써 위와 같은 요구를 일정 부분 충족시키려 노력한 것으로 보인다. 다만, ① 단기간 혹은 일시적인 장애를 어떻게 포섭할 것인가, ② 신체적·정신적·사회적 요인을 어떻게 해석할 것인가의 문제는 남아 있고, ③ 영역별로 보다 구체화시킬 필요성이 있다고 판단된다.

### (2) 「장애인복지법」상의 장애의 정의

「장애인복지법」은 장애인에 대해 시혜적이고 복지적인 관점으로 접근한 종합법이라 할 수 있다. 이 법은 제2조(장애인의 정의)에서 “① 장애인은 신체적·정신적 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 자를 말한다. ② 이 법의 적용을 받는 장애인은 제1항의 규정에 의한 장애인 중 다음 각호의 1에 해당하는 장애를 가진 자로서 대통령이 정하는 장애의 중

462) 사회 일반인들은 ‘장애인’이라고 하면, 정상인에 비해 신체적, 정신적으로 뭔가 부족하고, 비정상적인 사람을 연상한다. 엠파스 열린검색에 의하면, ‘장애(障)란 국어사전에는 “(무슨 일을 하는데) 거처적거리어 방해가 되는 일, 또는 그것”, “신체상의 고장”, 한자사전에는 “가로막아서 거처적거림”, ‘장애인’이란 “신체의 일부에 장애가 있거나 정신적으로 결함이 있어서 일상생활이나 사회생활을 하는데 상당한 제약을 받는 사람”이라고 정의되고 있다.



류 및 기준에 해당하는 자를 말한다. 1. 신체적 장애라 함은 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애등을 말한다. 2. 정신적 장애라 함은 정신지체 또는 정신적 질환으로 발생하는 장애를 말한다.”고 규정하고 있다. 이에 의해 동법 시행령 제2조 제1항과 [별표 1]에서는 장애인의 종류 및 기준에 대해 규정하고<sup>463)</sup>, 시행령 제2조 제2항과 시행규칙 제2조, [별표 1]에서는 장애인의 등급에 대해 장애의 정도에 따라 제1급에서 제6급까지 정하고 있다.

「장애인복지법」상의 장애인은 ① 장애인등록신청(동법 제29조, 시행규칙 제3조 제1항), ② 「의료법」 제3조의 규정에 의한 의료기관 또는 「지역보건법」 제7조 및 제10조의 규정에 의한 보건소 및 보건지소 중 보건복지부장관이 정하는 장애 유형별 해당 전문의가 있는 의료기관에 장애인진단의뢰(시행규칙 제3조 제2항), ③ 장애인진단서 발급, ④ 장애인등록증 교부 등의 절차를 거쳐 장애인으로 등록하여야 하고, 장애인으로 등록하게 되면 그에 따른 복지 혜택을 국가 및 지방자치단체로부터 받게 된다.

그런데 「장애인복지법」 제2조에서 ‘장애’의 의미를 살펴보면, 신체적 장애는 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등을, 정신적 장애는 정신지체 또는 정신적 질환으로 발생하는 장애를 말하는 것이므로, 결국 순환 논법에 빠지게 된다. 따라서, ‘장애’에 대해 명확하게 규정하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 설사 ‘장애’의 의미를 추출해낼 수 있다고 하더라도 의학적인 분류에 한정되고 있어, 차별과 인권의 관점에서 볼 때 협소하다는 비판을 받을 수밖에 없다.

### (3) 세계보건기구(WHO)의 장애의 정의

세계보건기구(WHO)는 1981년에 장애를 신체적 손상(impairment), 능력의 장애(disability), 사회적 불리(handicap)로 정의하고 세부적으로 800여개의 장애로 분류한 바 있다. 이에 대해 장애를 의학적인 측면에 치중하여 분류하고 사회적 측면을 중하게 고려치 않았다는 비판을 받았다.

그리하여 세계보건기구는 최근에 의학적인 분류에 대한 대안으로, ‘장애’를 신체적 손상(impairment, 신체 구조나 물리적, 심리적 기능상의 상실이나 비정상성을 의미하는데, 주로 신체 기능 혹은 신체 구조와 관련된 것으로서 이러한 기능상의 제한, 신체 혹은 신체 부분의 기본적인 기능을 수행하는데 따른 불능을 손

463) ① 지체장애인(지체장애인), ② 뇌병변장애인(뇌병변장애인), ③ 시각장애인(시각장애인), ④ 청각장애인(청각장애인), ⑤ 언어장애인(언어장애인), ⑥ 정신지체인(정신지체인), ⑦ 발달장애인(발달장애인), ⑧ 정신장애인(정신장애인), ⑨ 신장장애인(신장장애인), ⑩ 심장장애인(심장장애인), ⑪ 호흡기장애인(호흡기장애인), ⑫ 간장애인(간장애인), ⑬ 안면장애인(안면장애인), ⑭ 장루·요루장애인(장루·요루장애인), ⑮ 간질장애인(간질장애인) 등 15개 종류의 장애인을 규정함



상이라 함)의 장애, 활동(activity, 일상의 과업에서 기대되는 개인의 통합적 활동으로서, 걷기에서부터 쇼핑, 직무완수 등의 활동에 이르기까지 때로는 행위의 차원을 넘어선 것 포함)의 장애, 참여(participant, 개인의 참여 정도, 참여를 촉진하거나 방해하는 사회적 반응 등 사회적 현상으로서 물리적, 사회적, 태도 등 환경적 요인을 포함)의 장애로 분류하고, 이를 다시 각 항목에 따라 수십 개, 혹은 수백 개의 장애로 분류하고 있는데, 세계보건기구의 장애 유형은 약 1500여 가지에 달하고 있다.<sup>464)</sup>

#### (4) 외국입법례의 정의

##### (가) 캐나다 인권법

이 법은 ‘장애’, ‘신체장애’에 대해 “이전의 또는 현재의 정신적 및 육체적 장애를 의미하며 이는 손상된 외모나 마약 또는 알코올 중독증도 포함한다.”고 규정하고 있다.<sup>465)</sup>

##### (나) 호주의 장애인차별금지법

이 법은 ‘장애’에 대해 “(a) 신체나 정신적 기능의 전체 또는 일부 상실, (b) 신체의 한 부분의 전체 또는 일부 상실, (c) 신체에 장애나 질병을 일으키는 기관의 존재, (d) 신체에 장애나 질병을 일으킬 수 있는 기관의 존재, (e) 신체의 일부분의 기능 장애나 기형 또는 용모 손상, (f) 학습 장애나 그러한 결과를 초래하는 기능 장애, (g) 사고 과정, 현실 인식, 감정 판단에 영향을 주거나 결합이 있는 행동을 야기시키는 장애나 질병, (h) 현재 존재하는 장애, (i) 과거에 존재했지만 더 이상 존재하지 않는 장애, (j) 장래에 존재할 수 있는 장애, (k) 유전적인 장애”라고 구체적으로 나열하고 있다.<sup>466)467)468)</sup>

464) 차별연구모임, 『국가인권위원회법의 차별 판단을 위한 지침』(국가인권위원회, 2002), 46~48쪽, [ICIDH-2 : International Classification of Impairments, Activities, and Participation. Beta-1 draft for field trials, (Geneva : World Health Organization, 1977)].

465) 국가인권위원회 국제협력담당관실, 『외국 차별금지법령집』(국가인권위원회, 2004), 71쪽.

466) 국가인권위원회 국제협력담당관실, 『외국 차별금지법령집』, 290쪽.

467) 호주 북부 준주 차별금지법에서는 ‘손상(impairment)’에 대해 “(a) 신체 기능의 전체적 또는 부분적 상실, (b) 질병을 일으켰거나 일으킬 수 있는 신체 기관의 존재, (c) 질병에 저항하는 기능이 약하거나 약해질 수 있는 신체 기관의 존재, (d) 신체의 전체적 또는 부분적 상실, (e) 신체 일부분의 기능 불량이나 기능 장애, (f) 신체 일부분의 기형이나 손상, (g) 맹도견, 휠체어, 또는 기타 치료 기구에 의존, (h) 신체적 또는 정신적 장애, (i) 영구적이거나 일시적인 정신적 또는 심리적 질병이나 장애,



## (다) 미국의 장애인법(The Americans with Disabilities Act, 이하 ADA)

이 법은 고용관계에서의 차별을 금지하고 있는 제1장에서 그 보호대상을 ‘유자격 장애인[qualified individual with a disability]’, 장애를 가지고 있으면서도 ‘합리적인 편의(reasonable accommodation)’를 제공받거나 받지 않고 자기가 담당하고 있거나 원하는 고용상의 직위의 본질적 기능(essential functions)을 수행할 수 있는 사람]으로 하면서 이때의 장애는 “(a) 개인의 생활상의 주요한 활동 중 하나 이상을 상당한 정도로 제한하는 신체적·정신적 손상, (b) 그러한 손상이 있다는 기록 또는 (c) 그러한 손상이 있는 것으로 간주되는 것”을 말한다고 규정하고 있다.<sup>469)</sup>

## (라) 홍콩의 장애인차별금지법

이 법은 ‘장애(Disability)’를 사람과 관련된 용어로 사용될 때에는 “1. 신체적 또는 정신적 기능의 전부 또는 일부의 상실, 2. 신체부분의 전부 또는 일부의 상실, 3. 질병의 원인이 되는 유기체의 체내(體內) 존재, 4. 질병을 일으킬 가능성이 있는 유기체의 체내존재, 5. 신체 일부분의 기능부전, 기형 또는 변형, 6. 부조(不調) 또는 기능부전(機能不全)이 없는 사람과는 다른 학습 효과를 가져오는, 개인의 학습상의 어려움을 야기하는 부조나 기능부전, 또는 7. 사고 과정, 현실 감각, 정서 또는 판단에 영향을 주는 부조, 질병 또는 행동의 교란을 유발하는 부조나, 질병을 말하며, ① 현재 존재하는 장애, ② 과거에 존재하였으나 더 이상 존재하지 않는 장애, ③ 향후 발생 가능한 장애, ④ 개인에게 원인이 있는 장애를 포함한다.”고 규정하고 있다.<sup>470)</sup>

## (마) 영국의 장애인차별금지법

이 법은 ‘장애’를 “실제적이고 장기적으로 개인의 일상적인 활동을 수행하는 능력을 방해하는 효과를 가져오는 신체적 혹은 정신적 손상”이라고 규정하고 있다.<sup>471)</sup>

(j) 기능 불량이거나 기능 장애가 없는 사람에 비해 학습 기능이 불량하거나 그 기능장애 또는 그러한 상태”라고 규정하고 있다.

468) 국가인권위원회 국제협력담당관실, 『외국 차별금지법령집』, 338쪽.

469) 이호영 “미국장애인법 개설”, 국가인권위원회 차별조사국, 『차별행위 이론과 실제 (1)』(국가인권위원회, 2002. 12), 173쪽.

470) 송영욱 역, 『장애인차별금지법(홍콩 - 1995년도 법률 제86호)』(아태장애인10년연구모임, 1998).

471) 영국 변호사협회 영국 장애인차별금지법(1995) 해설(“The Disability Discrimination Act 1995 An Essential Guide for Solicitors”, Second Edition, May 2001, Prepared for the Law Society)



### (5) 입법안의 장애의 정의

2003년 4월 15일 결성되어 장애인 당사자들이 제안하는 장애인차별금지법 제정을 위해 노력해 온 장애인차별금지법제정추진연대(이하, 장추련)에서는, ‘장애’의 의미를 두고 많은 논의와 입법안이 제안되었다. 결국 장애인 차별을 효과적으로 방지하고 그 권리구제를 위하여 2005년 9월 경 민주노동당 노회찬 의원이 대표발의되어 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률안」(이하 ‘발의안’)이 마련되었다. 이 ‘발의안’에서는 ‘장애’를 “장·단기간 혹은 일시적으로 발생한 신체적·정신적 손상, 기능상실, 질병 등이 사회적 태도나 문화적, 물리적 장벽으로 인하여 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 가져오는 상태”로, ‘장애인’을 “현재 장애를 가지고 있거나, 과거 장애 경험으로 인하여 차별을 받을 가능성이 있는 사람”으로 각 규정하고 있다(제2조 제1항 1-2호). 이러한 ‘발의안’은 ① 신체·정신적 발생 요인(신체적·정신적 손상, 기능상실, 질병 등), ② 사회·문화적 발생 요인(사회적 태도나 문화적, 물리적 장벽), ③ 발생 기간(장·단기간 혹은 일시적), ④ 평등권 침해(일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 가져오는 상태)라는 4가지 핵심 요소를 모두 포함하되 기존의 ‘장애’ 개념에서 지나치게 앞서가지 않도록 가다듬은 결과에 의한 것이다.<sup>472)</sup>

### 다) “장애를 이유로 한 차별”의 금지규정

#### (1) 장애인복지법

이 법의 제8조(차별금지 등)는 “① 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니된다. ② 누구든지 장애인을 비하·모욕하거나 장애인을 이용하여 부당한 영리행위를 하여서는 아니되며 장애인의 장애를 이해하기 위하여 노력하여야 한다.”고 규정함으로써 차별금지를 선언하고 있다. 그러나 이 법은 시혜 및 복지의 관점에서 선언적으로 접근하고 있으므로 차별금지 및 구제에 관한 법이라 할 수 없을 뿐만 아니라 구체적으로 차별행위가 무엇인지에 대해서는 언급하고 있지 않다.

#### (2) 특수교육진흥법

이 법은 제13조(차별의 금지 등)에서 “① 각급학교의 장은 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 하는 경우에는 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을

472) 박종운, 「장애인차별금지및권리구제등에관한법률(안)의 의미 및 내용」, 장추련 자료집, 2005. 8.



거부하거나 입학전형합격자의 입학을 거부하는 등의 불이익한 처분을 하여서는 아니 된다. ② 각급학교의 장은 특수교육대상자의 입학전형 및 수학 등에 있어서 특수교육대상자의 장애의 중별 및 정도에 적합한 편의를 제공하여야 한다.”고 규정하고 있다.

### (3) 장애인고용촉진 및 직업재활법

이 법은 제4조(사업주의 책임)에서 “① 사업주는 장애인의 고용에 관한 정부의 정책에 협조하여야 하며, 장애인이 가진 능력을 정당하게 평가하여 고용의 기회를 제공함과 동시에 적절한 고용관리를 행할 의무를 가진다. ② 사업주는 근로자가 장애인이라는 이유로 채용·승진·전보 및 교육훈련 등 인사관리상의 차별대우를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다

### (4) 기타

그 외 「교통약자의 이동편의증진법」,<sup>473)</sup> 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률」 등에서는 이동편의, 편의증진에 있어서 직·간접적으로 차별행위에 대해 밝히고 있다.

## 라) 장애를 이유로 한 차별의 의미

### (1) 국가인권위원회법

「국가인권위원회법」제2조 제4호는 “평등권 침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유 없이 ... 장애... 를 이유로 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 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”라고 규정하고 있다.

이러한 규정은 원칙적으로 직접차별에 대해서만 규율하는 듯한 형식으로 되어 있고 행위 영역도 많지 않아, 장추련의 논의에 비해 지나치게 협소하다는 비판을 면할 수 없다. 다만, 위 규정들을 열거적이고 제한적인 규정으로만 볼 당위성은

473) 특히, 제8조(연차별시행계획의 수립)는 “①시장 또는 군수는 지방교통약자이동편의증진계획을 집행하기 위한 연차별시행계획을 수립하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 연차별시행계획의 수립·변경·시행 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다.





없으므로, 예시적으로 보아 동일 유사한 영역에도 적용이 가능하다고 보아야 할 것이다.

## (2) 입법안

발의안 제2조(정의) 제1항에서는 "① 이 법에서 "차별"이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다. 다만, 장애인의 실질적 평등권을 실현하기 위하여 다른 법령 등에 정한 내용은 이 법에 의한 차별로 보지 아니한다. 1. '장애인 및 장애인 관련자'(이하 "장애인등"이라 한다)를 장애인 아닌 사람과 구별하여 제한·배제·분리·거부 등 불리하게 대하는 경우, 2. 장애인등에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등 다르게 대하지 않지만 장애가 없는 사람과 확실적인 기준을 적용함으로써 정당한 사유 없이 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우, 3. 과도한 부담, 현저히 곤란한 사정 등의 정당한 사유 없이 장애인등에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우, 4. 장애인 등에 대한 차별행위를 부추기는 문서, 도화, 영상, 공연, 음반, 전기·전자 매체 등을 통한 표현물, 기타 물건을 배포·판매·임대하거나, 공연히 전시·상영하는 경우"라고 하여 "과도한 부담", "현저히 곤란한 사정" 등 "정당한 사유"를 차별 판단을 제한하는 사유로 삼입하였다.<sup>474)</sup> 그리고 이와 같은 차별의 개념은 ① 보호 내지 보장 대상, ② 손해배상과 입증책임 등 구제 수단과 직결되기 때문에 매우 중요한 쟁점이 아닐 수 없다.

## (3) 외국의 입법례

### (가) 홍콩의 장애인차별금지법

이 법은 제6조(장애인에 대한 차별등)에 "본 법의 규정을 적용함에 있어, 관련된 모든 상황을 고려할 때 사람을 장애를 이유로 해서, 비장애인을 대하거나 대하려 할 때보다, 불리하게 대하는 경우와 비장애인에게 적용할 조건을 장애인에게 적용함에 있어 ① 그 조건에 부합되는 장애인의 비율이, 그에 부합되는 비장애인의 비율보다 상당한 정도로 적거나, ② 그 조건이 적용되는 사람의 장애유무와 관계없이 그 조건이 정당한 것임을 증명 할 수 없거나, ③ 장애인이 그 조건에 부합될 수 없기 때문에 그 사람에게 손해가 되는 경우, 또는 관련자(associate)의 장애를 이유로, 장애가 없는 사람을 대하거나 대하려 할 때보다 불리하게 대하는 경우에는 다른 사람(장애인)을 차별하는 것으로 본다."라고 규정하고 있다. 그리고 제7조(장애인의 희생을 초래하는 차별)에서 "1. 본 법 규정을 적용함에 있어, 누구든지(차별자) 관련된 어떤 상황에서나, 동일한 상황에서 다른 사람을 대하거

474) 박종운, "장애인차별금지법 제정의 과제와 전망", 『국제인권법』 제7호(국제인권법학회, 2004. 12), 71~72쪽 참조.



나 대하려고 하는 것 보다 불리하게, 피해자를 대하거나, 희생자 또는 어떤 다른 사람이 본 법에 기하여 차별자 또는 제3자에 대하여 소송을 제기하였거나, 어떤 사람이 본 법에 기하여 차별자 또는 제3자에 대하여 제기한 소송절차에서 관련 증거 또는 정보를 제공하였거나, 차별자나 기타인과 관련하여 본 법에 기한 또는 본 법을 인용한 행위를 하였거나, 차별자나 기타인이(주장을 그렇게 표현하였는지 여부에 불구하고) 본 법에 위배되는 행위를 범하였다고 주장하였음을 이유로 그를 불리하게 대우하거나, 경우에 따라, 차별자가 피해자 또는 제3자가 상기 행동 중의 어느 행동을 하려고 함을 알거나, 경우에 따라, 희생자 또는 제3자가 상기 행동 중의 어느 행동을 하였거나 하려는 혐의가 있음을 안다는 이유로, 그를 불리하게 대한다면, 그(차별자)는 그 사람(피해자)을 차별한 것으로 본다. 2. 제1호는 어떤 사람의 주장이 허위이고 또한 선의에서 나온 것이 아니었다면, 그 주장을 근거로 그의 장애인을 대하는 태도에 관하여 적용되지 아니한다.”고 하면서, 고용을 중심으로 각 차별영역에 대해 구체적으로 규정하고 있다.<sup>475)</sup>

#### (나) 호주의 장애인차별금지법

- 제5조(장애인 차별) : ①본 법에서 어떤 사람[이하 ‘차별행위자(discriminator)’]이, 동일 환경에서 또는 실질적으로 다르지 않은 환경에서 다른 사람[이하 ‘피해자(aggrieved person)’]의 장애를 이유로 불리하게 대우하는 것은 장애인 차별이다. ②제1항에서 실질적으로 다르지 않은 환경이라 함은 장애인이 다른 수용시설(accommodation)이나 용역을 요구할 수 있는 경우를 말한다.
- 제6조(간접적인 장애인 차별) : 본 법에서 어떤 사람(이하 ‘차별행위자’)이 장애를 가진 다른 사람(이하 ‘피해자’)에게 다음 각호의 조건에 따를 것을 요구한다면, 이는 장애를 이유로 한 차별이다.
  1. 장애를 갖지 않은 사람들 중 극소수가 따르거나 따를 수 있는 조건
  2. 상황에 비추어볼 때 불합리한 조건
  3. 장애인이 따르고 있지 않거나 따를 수 없는 조건
- 제7조(고통완화 및 치료 장치와 보조기구) : 본 법에서 어떤 사람(이하 ‘차별행위자’)이, 다른 사람(이하 ‘피해자’)을 다음 각호의 기구(장애인에 의해, 또는 그 관련 문제로 인해 사용되는 기구를 말한다)를 동반하거나 소유했다는 이유로 불리하게 대우한다면, 차별행위자의 습관이라 하더라도, 이는 장애를 이유로 한 차별이다.
  1. 고통 완화 및 치료 장치

475) 송영욱 역, “장애인차별금지법(홍콩 - 1995년도 법률 제86호)”, 아태장애인10년연구모임, 1998.



## 2. 보조 기구

- 제8조(통역자, 낭독자, 보조자) : 본 법에서 어떤 사람(이하 ‘차별행위자’)이 장애를 가진 다른 사람(이하 ‘피해자’)을 다음 각호의 1에 해당하는 사람 (장애나 관련 문제로 인해, 피해자에게 통역이나 낭독, 기타 용역을 제공하는 사람을 말한다)의 동반으로 인해 불리하게 대우한다면 그것이 관행이라 할지라도 차별행위가 된다.

1. 통역자
2. 낭독자
3. 보조자
4. 보호자

- 제9조(맹도견 (guide dogs), 청도견 (hearing assistance dogs) 및 훈련된 동물) : ①본 법에서 어떤 사람(이하 ‘차별행위자’)이 시각 장애, 청각 장애 기타 장애를 가진 사람(이하 ‘피해자’)을 다음 각호의 1의 소유나 동반으로 인해 불리하게 대우한다면, 그것이 습관이든 아니든, 장애인 차별이 된다.

1. 맹도견
  2. 청력이 필요한 활동에서 또는 그 사실과 관련된 어떤 문제 때문에 차별 당하는 사람을 보조하기 위해 훈련된 개
  3. 장애의 영향을 완화하기 위해 또는 그와 관련된 문제로 인해 차별 당하는 사람을 보조하기 위해 훈련된 기타 동물
- ②제1항은 장애의 영향을 완화하기 위해 또는 그와 관련된 문제로 인해 장애인을 보조하는 개나 기타 훈련된 동물에 의한 재산의 피해에 대해 장애인은 책임을 지지 아니한다.

그밖에 제42조의 괴롭힘(victimization), 제43조의 차별행위나 금지행위의 선동, 제44조의 차별행위를 하려는 의도를 나타내거나 나타내는 것으로 이해될 수 있는 광고물이나 게시물을 발행, 게시하거나 또는 발행, 게시를 야기하는 행위 등은 범죄행위로 보고 있다.<sup>476)</sup>

## (다) 호주 복부 준주 차별금지법

이 법의 제4조는 ‘차별행위(prohibited conduct)’의 정의를 “(a) 본 법의 적용이 면제된 차별 이외의 차별 (b) 성희롱 (c) 괴롭힘(victimization) (d) 차별적인 광고 (e) 불필요한 정보의 요구 (f) 특별한 요구의 거절 (g) 차별을 조장하는 행위”로 규정하고 있다.<sup>477)</sup>

476) 국가인권위원회 국제협력담당관실, 『외국 차별금지법령집』, 293~295쪽 참조.



### 마) “장애를 이유로 한 차별”의 예외

차별을 시정하고 평등을 실현해야 한다는 명제에 대해서는 과연 평등이 무엇인가 문제된다. 이에 대해서는 ① 기회의 평등 ② 조건의 평등 ③ 결과의 평등이 논의되고 있다. 그런데 ① **기회의 평등**을 주장하게 되면, 동등한 기회가 부여되고 어느 정도 직접적인 차별은 해소될지 모르나, 형식적인 기회의 평등은 간접적인 차별을 낳을 수밖에 없는 한계가 있다. ② **조건의 평등**은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 생각의 기초 위에, 수학적, 기계적인 평등이 아니라 상대적 평등이 강조되면서, 실질적인 평등을 이루어지도록 하는 것이다. 이러한 조건의 평등은 장애인이 비장애인과 동등한 권리를 누릴 수 있는 선결조건을 제공할 것을 요구하나, 조건이 평등하다고 해도 사회 구성원의 가치 체계가 여전히 차별적인 상황 속에서는 완전한 평등을 이루는 데에 한계가 있다. ③ **결과의 평등**은 실질적으로 평등해지기 위해서는 결과적으로 평등하게 대우할 필요가 있다는 것이다. 그런데, 결과의 평등을 위해서는 제도적 차원의 강제성을 띤 적극적 조치를 필요로 한다. 지금까지 불평등이 구조화된 세상에서 앞으로 실질적인 평등을 실현하려면, 그동안 불평등한 구조 속에 놓여 있던 개인이나 집단을 다른 개인이나 집단보다 잠정적으로 우대해야 할 필요가 있다. 그래야만 실질적으로 평등하게 되는 날을 앞당기게 될 것이다. 이러한 사고로 인해 결과의 평등은 자유시장적 경쟁의 개념으로 볼 때 일종의 ‘역차별’이며, 헌법이 보장하는 평등의 개념에 모순된다는 비판도 있다. 하지만, 보다 많은 인간들이 보다 평등한 삶을 누리기 위해서는 태어날 때부터 가지고 있는 능력, 성장환경, 신체적 조건 등의 다름을 인정하되, 능력위주의 경쟁사회가 요구하는 조건들을 갖지 못한 사람들의 자연적, 우연적 불평등을 지배와 착취의 구실로 삼을 것이 아니라, 그 차이들에 대해 적절한 배려를 하는 것이 사회정의에 합치된다고 할 것이다. 또한, 적극적 조치는 영구적인 조치가 아니라 실질적인 평등이 달성될 때까지의 잠정적인 조치라는 점에서 전세계적으로 그 타당성이 인정되고 있다.

우리나라 법에서도 형식적으로는 차별 혹은 역차별로 보이더라도 실질적인 평등을 실현하기 위한 조치에 대해서는 차별의 예외로 본다는 규정을 두고 있는 경우가 있다. 2005년 7월 29일 개정된 「국가인권위원회법」은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다.”(제2조 제4호 단서)라고 규정하고 있다.

헌법재판소는 제대군인가산점제도에 관하여 위헌결정을 내리면서 다음과 같이

477) 국가인권위원회 국제협력담당관실, 『외국 차별금지법령집』, 340쪽 참조.



결정이유를 밝혔다. “특히 여성과 장애인은 이른바 우리 사회의 약자들이다. 헌법은 실질적 평등, 사회적 법치국가의 원리에 입각하여 이들의 권익을 국가가 적극적으로 보호하여야 함을 여러 곳에서 천명하고 있다. 성별에 의한 차별을 금지하고 있는 헌법 제11조, 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 헌법 제34조 제1항 외에도, 위 헌법 제32조 제4항, 헌법 제34조 제3항, 헌법 제34조 제5항, 헌법 제36조 제2항 등이 여기에 해당한다. 그럼에도 불구하고 여성과 장애인은 각종의 제도적 차별, 유·무형의 사실상의 차별, 사회적·문화적 편견으로 생활의 모든 영역에서 어려움을 겪고 있고, 특히 능력에 맞는 직업을 구하기 어려운 것이 현실이다. 이러한 현실을 불식하고 평등과 복지라는 헌법이념을 구현하기 위하여 여성·장애인 관련분야에서 이미 광범위한 법체계가 구축되어 있다. 「여성발전기본법」, 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」, 「남녀고용평등법」에서 여성의 사회참여 확대, 특히 공직과 고용부문에서의 차별금지와 여성에 대한 우대조치를 누차 강조하고 이를 위한 각종 제도를 마련하고 있으며, 「장애인복지법」, 「장애인고용촉진 등에 관한 법률」은 장애인에 대한 차별금지와 보호장치를 규정하고 있다. 어떤 입법 목적을 달성하기 위한 수단이 헌법이념과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계와 저촉된다면 적정한 정책수단이라고 평가하기 어려울 것이다. UN의 「여성에대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」등의 각종 국제협약, 헌법규정과 법률체계에 비추어 볼 때 여성과 장애인에 대한 차별금지와 보호는 이제 우리 법체계 내에 확고히 정립된 기본질서라고 보아야 한다. 그런데 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침없이 제대군인을 지원하려 한 나머지 결과적으로 이른바 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으므로 우리 법체계의 기본질서와 체계부조화성을 일으키고 있다고 할 것이다.”고 판시함으로써 이와 같은 조치가 합헌임을 확인한 바 있다.<sup>478)</sup>

장애인 관련 법령을 살펴보면, 장애인복지법은 물론이고, 「교통약자의 이동편의증진법」, 「장애인·노인·임산부등의 편의증진보장에 관한 법률」, 「특수교육진흥법」, 「장애인고용촉진 및 직업재활법」 등에서는 복지, 이동편의, 편의증진, 교육, 고용의 영역에서 장애인을 우대하는 정책들을 규정하고 있다.

「교통약자의 이동편의증진법」에는 장애인등 교통약자를 위한 특별한 조치들을 규정하고 있는데, 먼저, 장애인 등 교통약자들에게 이동권을 보장<sup>479)</sup>하면서 노선버스 이용보장(제14조), 도시철도 이용보장(제15조), 보행우선구역 지정(제18조), 자가운전지원(제27조) 등을 특별히 규정하고 있다.<sup>480)</sup>

478) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정(제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인).

479) 동법 제3조(이동권)는 “장애인 등 교통약자는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인 등 교통약자가 아닌 사람들이 이용하는 모든 교통수단, 여객시설 및 도로를 차별없이 안전하고 편리하게 이용하여 이동할 수 있는 권리를 가진다.”고 규정하고 있다.



「장애인·노인·임산부등의 편의증진보장에 관한 법률」에는 장애인·노인·임산부등이 생활을 영위함에 있어 안전하고 편리하게 시설 및 설비를 이용하고 정보에 접근하도록 보장하기 위한 여러 가지 조치들을 규정하고 있는데, 먼저 장애인등에게 접근권을 보장<sup>481)</sup>하면서, 각종 편의시설을 설치하고, 장애인등에 대한 편의를 제공하도록 특별히 규정하고 있다.<sup>482)</sup>

「특수교육진흥법」 제10조에 따른 특수교육대상자는 특별전형제도를 이용하여 대학에 입학할 수 있고, 「고등교육법 시행령」 제29조 제2항은 “다음 각호의 1에 해당하는 자의 입학의 경우에는 제28조 제1항의 규정에 불구하고 그 정원이 따로 있는 것으로 본다.”고 규정하면서 제4호에 「특수교육진흥법」 제10조의 규정에 의한 특수교육대상자를 포함하고 있다. 이러한 특별전형제도는 장애인의 경우, 주로 중증장애인들에게 고등교육의 기회를 제공하기 위해 마련된 적극적인 조치라 할 것이다.

「장애인고용촉진 및 직업재활법」은 고용의 영역에서 장애인 고용을 촉진하기 위하여 의무고용 및 부담금 제도를 실시하고 있는바, 국가 및 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원 정원의 100분의 2이상 고용하여야 하고(제23조 제1항), 상시 50인 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 5의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율<sup>483)</sup> 이상에 해당하는 장애인을 고용하여야 하며(제24조 제1항), 의무고용률에 미달하는 장애인을 고용하는 사업주는 대통령령이 정하는 바에 의하여 매년 노동부장관에게 장애인고용부담금을 납부하여야 한다(제27조 제1항). 이것은 기업이 장애인의 고용을 꺼리거나 장애인에 대한 편견에 의해 고용이 기피될 경우를 위해서 만든 규정이며, 이러한 규정이 없을 경우 장애인에 대한 편견과 기피가 사라지지 않는 한 우리 사회의 주류를 이루고 있는 비장애인의 힘에 밀려 장애인의 취업은 불가능하게 되므로, 장애인에 대한

480) 한편, 도로교통법 제10조(도로의 횡단) 제2항 단서에는 “다만, 지하도 또는 육교 등의 도로횡단시설을 이용할 수 없는 지체장애인의 경우에는 다른 교통에 방해가 되지 아니하는 방법으로 도로횡단시설을 이용하지 아니하고 도로를 횡단할 수 있다.”고 규정되어 있다.

481) 동법 제4조(접근권)는 “장애인등은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인등이 아닌 사람들이 이용하는 시설과 설비를 동등하게 이용하고 정보에 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 가진다.”고 규정하고 있다.

482) 예컨대, 동법 제17조 제1항은 장애인 전용 주차 구역에 대해 규정하고 있는데, 이는 보행이나 이동이 불편하거나 제한이 있는 장애인이 이용 가능한 출입구에서 가장 가까운 곳에 마련된 장애인 전용 주차 구역을 이용함으로써 보다 안전하고 편리하게 이용할 수 있도록 하기 위함이다.

483) 동법 시행령 제24조(사업주의 의무고용률)에 의하면 현재 동법 제24조 제1항의 규정에 의하여 사업주가 고용하여야 할 장애인 상시근로자 의무고용률은 100분의 2이다.



의무고용제도는 장애인의 고용 보장을 위한 최소한의 조치이다.<sup>484)</sup> 이러한 의무 고용은 비장애인에 대한 차별로 보지 아니한다.

그 밖에 장애를 이유로 한 우대 정책<sup>485)</sup>을 살펴보면, ① 공무원임용시험 장애 인분리 실시(「공무원임용령」 제2조, 「지방공무원임용령」 제42조, 「선거관리위원회 공무원규칙」 제58조, 「장애인고용촉진 및 직업재활법」 제23조), ② 안마사 자격제도<sup>486)</sup>(「안마사에 관한 규칙」 제3조), ③ 선거관련 장애인선거인 편의제공(「공직선거 및 선거부정방지법」 제38, 70, 72, 75, 151조, 「공직선거관리규칙」 제74조), ④ 군 수용시설에서의 장애인 공동수용 금지(「군행형법 시행령」 제21조), ⑤ 농아인에 대한 형사법상 우대(「형법」 제11조, 「형사소송법」 제33조 제3호, 제181조, 「공증인법」 제28조) 등이 있다.

이처럼 장애인 등을 특별히 보호하고 우대하는 정책들은 다수 존재하고, 그러한 정책들은 비장애인을 장애인에 비해 차별하는 것처럼 보이기도 한다. 그러나 그러한 적극적인 조치나 합리적 배려 혹은 정당한 편의제공이 없다면 실질적 평등의 실현은 그림의 떡과 같아서 도저히 이루어질 수가 없게 된다. 따라서 이러한 적극적인 조치들은 차별로 보지 아니하는 것이다.

## 바) “장애를 이유로 한 차별”의 사례<sup>487)</sup>

### (1) 고용

고용영역에서 장애인차별 철폐운동의 뿌리는 1980년 제22차 사법시험에 합격하여 사법연수원을 수료한 4명의 장애인이 1982년 법관 임용에 있어 이유 없이

484) 차별연구모임, 「국가인권위원회법의 차별 판단을 위한 지침」, 63~64쪽.

485) 보다 상세한 것은, 국가인권위원회, 「차별 관련 법령 실태 조사」(2003년도 인권상황실태조사 연구용역사업보고서, 2003), 86~95쪽 참조.

486) 이에 대해 헌법재판소는 “시각장애인의 경우에는 안마사 이외에 다른 직업을 가지기 어려운 반면 시각장애인 아닌 자들은 안마사 자격대상에서 배제되더라도 다른 직업을 얻을 수 있으므로, 시각장애인 아닌 자들의 안마사업에 대한 직업선택의 자유권을 보호하는 것과는 비교할 수 없을 만큼 시각장애인들의 인간다운 생활을 할 권리를 보장해 주는 것이 우선되어야 한다는 점, 그에 따라 시각장애인들에 대한 우대조치를 취하는 것이 헌법 제34조에 의해 선언된 사회국가원리에 따라 장애인들을 특별히 보호해야 할 국가의 의무를 이행하는 것이 된다는 점 등에 비추어 보아도, 시각장애인에 한해 안마사 자격을 인정하는 위 안마사에관한규칙 제3조의 근거인이 사건 의료법 규정을 헌법에 위반된 것이라고 볼 수는 없다고 하겠다.”고 판시한 바 있다(헌재 2003. 06. 26. 2002헌가16 결정(구 의료법 제67조 등 위헌제청)).

487) 보다 상세한 것은, 박중운, “참여정부 하에서의 장애인 인권과 장애인차별금지법”, 「참여정부의 장애인정책 평가와 전망」(2005년 한국장애인복지학회 춘계학술대회 자료집, 2005. 6), 62~86쪽 참조.



탈락된 사건이다.<sup>488)</sup> 90년대 이후 중요한 의미를 갖는 사건으로는 두 가지를 들 수 있는데, ① 군가산점으로 헌법소원을 내서 승소를 한 정강용씨 사례<sup>489)</sup>와 ② 제천시 보건소장 승진임용에서 탈락된 이희원씨 사례이다.

국가인권위원회 진정 1호 사건으로 잘 알려진 이희원씨 사건은 장애인운동진영에서 ‘제천시장애인차별공동대책위원회’를 구성, 국가인권위원회 진정 과정에서 서부터 차별임을 알리며 적극적으로 대응했고, 국가인권위원회로부터 “장애로 인한 차별”임을 인정받은 첫 사례로 기록되었지만, 피해자를 위한 적극적인 구제조치가 이루어지지 않아 별도로 처분무효확인소송과 손해배상소송을 제기해야 했다. 처분무효확인소송의 경우, 1심(청주지법 2003. 11. 27. 선고, 2002구합986 판결)에서 기각돼 항소하였으나 기각되었고(대전고법 2005. 5. 12. 선고, 2004누20 판결) 현재 대법원에 계류중이다(대법원 2005두5741). 민사소송에서는 3,000만원의 배상책임이 인정되었는데(청주지법 제천시지원 2004. 2. 12. 선고, 2002가단2276 판결) 제천시에서 항소하였으나 기각·확정되었다(대전고법 2004. 11. 4. 선고, 2004나2968 판결).

최근, 2003년경에는 모든 근로자에 적용되는 최저임금제도에서 장애인을 예외로 허용할 수 있도록 한 최저임금법 해당 조항을 삭제하는 운동과 2004년경에는 장애인고용촉진기금 고갈현상을 토대로 장애인고용장려금을 축소하려는 움직임을 보이고 있는 노동부에 반발하여 장애인 고용장려금 축소를 저지하고 근본적인 변화를 요구하는 운동이 활발하게 전개되고 있다.

## (2) 이동권(접근권 포함)

최근 가장 활발하게 일어나고 있는 장애인 운동 영역이다. 장애인 이동권 운동의 뿌리는 1984년 휠체어 장애인이던故김순석씨가 “서울 거리의 턱을 없애 달

488) 1980년 제22차 사법시험에 합격한 장애인은 박은수, 박찬, 조병훈, 김신 등의 네사람의 장애인이었으며, 이들은 1982년 사법연수원을 수료하고 법관임용에 지원했으나 아무런 이유 없이 탈락되고 말았다. 이에 20여개의 장애인단체가 공동대책위원회를 결성, 다각적인 대응을 전개했고, 결국 법관으로 임용되었다.

489) 정강용씨(지체3급)는 1993년 대전시 7급 공무원 시험에 응시했으나 장애인이라는 이유로 군대에 갈 수 없는 상황이었음에도 불구하고 군면제자라는 이유로 군필 가산점이 부여되지 않아 점수 부족으로 공무원 임용에서 탈락되었다. 이에 정강용씨는 7년여의 소송을 거쳐 결국에는 군필 가산점에 대한 헌법 소원을 내 승소를 했다(헌재 1999. 12. 23. 97헌마136 결정(각하) (지방공무원채용시험 불합격처분취소); 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33 결정(위헌) (구 국가유공자에우등에관한법률 제70조 등 위헌소원)). 정강용씨의 길고 험란한 법정 투쟁은 장애로 인해 선택의 여지가 없는 군면제가 사회에서는 불이익으로 되돌아오는 장애인 차별 현실과의 싸움이었다고 할 수 있다.





라.”고 요구하며 자살한 사건이었다. 이 운동은 주로 법제정운동으로 승화되어, 「장애인·노인·임산부등의 편의증진보장에 관한 법률」의 제정(1997. 4. 10.) 및 개정, 「교통약자의 이동편의증진법」의 제정(2005. 1. 27.)으로 열매를 맺었다.

### (3) 교육

교육영역에서의 차별철폐운동의 뿌리는 1967년 부산중학교에 지원한 윤철군의 입학 거부에 대해 1968년 특수보육학회(현재 한국소아마비학회)의 강력규탄에서부터 출발했다. 1977년 12월 31일에 「특수교육진흥법」이 제정되었고, 그후 수차례 개정되었는데, 특히, 1997년 개정된 「특수교육진흥법」 제13조에 학교장 등은 장애를 이유로 입학할 것을 거절하지 못하도록 명문화되었기 때문에 장애를 이유로 한 입학거절은 정당성을 상실하게 되었다.<sup>490)</sup> 1995년 장애인특례입학제가 도입되고 많은 수의 장애인들에게 대학입학의 문이 활짝 열린 이후 대표적인 사례로는, 2001년 3월, 학내의 편의시설 부족으로 학습권을 침해받았다고 학교를 상대로 손해배상청구소송을 낸 박지주씨(지체장애1급) 사례이다.<sup>491)</sup> 이 사례 이후 대학 내 장애인의 학습권 보장에 대한 요구와 목소리가 커져가고 있다.

### (4) 참정권

장애인의 참정권 문제가 부각되기 시작한 것은 그리 오래되지 않았는데, 1997년 한국농아인연합회가 방송3사를 상대로 한 수화자막방송실시를 위한 가처분신청이 인용된 것을 시작으로 2000년 투표시설미비로 인한 참정권 침해소송에서부터 불거지기 시작했다. 2000년 제16대 총선에서 투표소가 2층에 설치돼 선거권을 행사하지 못한 중증장애인 8명이 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였고, 원고 중 서승연씨에게 국가의 손해배상책임이 인정됨으로써 국가에 참정권 보장

490) 이 조항으로 1999년 서원대에 원서자체를 접수하지 못했던 서주현(뇌병변1급)씨의 손해배상청구소송과 학교장에 대한 벌금형, 2000년 서울교대에 입학거절을 당한 김훈태씨, 2000년 청주대에 편입원서를 냈다가 거절당한 황선경씨(시각1급) 등이 장애우권익문제연구소와 함께 학교를 상대로 소송을 제기하여 학교로부터 편입학 권리를 획득하게 되었다.

491) 2002. 7. 26. 1심 법원은 편의시설과 관련, 장애학생에 대한 대학의 “배려의무”를 확인하고 “장애인용 책상 설치 등 비교적 손쉬운 요구를 배려하지 않아 원고가 신체적 불편과 정신적 피해를 본 점이 인정된다면서 “피고는 원고에게 250만원의 위자료 지급하라.”는 판결을 내렸고, 이 판결은 항소 및 상고를 거쳐 2003. 10. 9. 학교측이 위자료 250만원을 지급하는 것으로 확정되었다(대법원 2003. 10. 9. 선고, 2003다38337 판결). 2년이 넘도록 소송이 진행되었지만, 결국 학교 측은 “향후 신축 건물을 지을 때 편의시설을 잘 갖추겠다.”는 답변을 하였을 뿐, 구체적으로 피해자의 학습권을 보장하기 위해 개선된 사항은 전혀 없는 결과를 낳았다.



의 의무가 있다는 판결을 이끌어 냈다.<sup>492)</sup> 이 소송은 장애인 참정권보장에 대한 국가기관의 책임을 환기시키고, 장애인 선거권 확보에 대한 사회 일반의 높은 관심을 끌어낼 수 있었다. 2000년 7월에는 대전 한마음요양원에서 원생들을 대리해 투표한 혐의로 원장 및 생활교사를 「공직선거 및 선거부정방지법」 위반으로 고발하여 정신지체장애인에게 진정한 의미의 참정권 실현을 보장할 것을 촉구하기도 했지만, 시설을 운영하면서 장애인보호에 기여했다는 정상 참작으로 기소유예 처분과 벌금이라는 경미한 처벌을 받고 종결된 사건도 있었다.

### (5) 생존권

현재 장애인의 소득을 보장해 주는 중추적인 제도로는 국민기초생활보장제도와 장애 관련 수당제도가 있다. 국민기초생활보장제도는 최저생계비에 모자라는 소득자에게 모자라는 부분만큼 소득으로 직접 지원하는 제도인데, 최저생계비가 낮게 책정되어 있다는 일반적인 문제점도 있지만, 장애인에게 있어 보다 큰 문제점은 각 장애인의 특수성이 반영되지 않는다는 것이다. 기초생활수급자에 해당하는 장애인은 대부분 1인 가구에 해당할 뿐 아니라, 장애로 인해 추가로 들어가는 비용이 전혀 고려되지 않고 있기 때문에 그 현실은 더욱 암담할 수밖에 없다. 장애인은 장애라는 특성으로 인하여 추가적 비용이 발생하는데 반해, 소득 활동은 감소할 수밖에 없으므로, 이를 보전해 줄 수당제도가 필요하게 되고, 궁극적으로는 장애인의 소득에 관계없이 지급되는 장애인 연금 제도가 요구된다.

### (6) 소비자로서의 권리

민간영역에서의 권리침해에 적극적으로 대응하기 시작한 것은 최근의 일이다. 장애인들은 소비자이면서도 소비자의 지위를 박탈당해 왔는데 그 대표적 사례가 바로 ‘민간보험’이었고, 이에 적극적으로 대응한 사례가 바로 민간보험사의 보험가입상의 차별문제이다. 보험시장에서 보험사들이 장애인들의 보험가입을 거부해오고 있다는 것은 공공연히 알려져 온 사실인데, 특히 보험사들은 심신상실·박약자(정신지체장애인)를 피보험자로 한 보험계약은 무효라는 「상법」 제732조를 들어 보험가입을 거부해왔다. 이와 같이 민간보험 영역에서 장애인이 소비자 지위를 찾지 못하는 것에 대해, 1급 뇌성마비 장애인이라는 이유로 보험 가입을 거절당한 조병찬씨가 “장애인 차별로 정신적 고통을 겪었다.”며 푸르덴셜 보험사를 상대로 낸 손해배상 청구소송<sup>493)</sup>에서 재판부는 “보험사는 위자료 200만원을

492) 서울지법 2001. 3. 21. 선고, 2000가단146549 판결; 항소심 서울지법 2002. 1. 6. 선고, 2001나25718 판결(일부 승소), 대법원 2002. 5. 31. 선고, 2002다4375 판결(상소 기각).



지급하라”며 원고 일부승소 판결을 내렸다. 이는 사(私)보험처럼 계약자유의 원칙이 적용되는 범위에 속한다고 할지라도 「장애인복지법」 제8조에서 정한 차별 금지영역에 해당한다는 것과 회사 측이 장애인을 차별하지 않았음을 합리적 근거를 들어 입증해야 한다는 것을 명시적으로 밝혔다는 점에서 향후 사적 영역에서의 차별 시정에 있어서 획기적 발판을 마련해 주었다.

## 사) 헌법재판소 결정례

### (1) 저상버스 도입의무 불이행 위헌확인

(2002. 12. 18. 2002헌마52 각하 결정)

장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 ‘장애인을 위한 저상버스의 도입’과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없는 것이다. 국가에게 「헌법」 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다.

### (2) 도로교통법시행령 제45조 위헌확인

(2003. 06. 26. 2002헌마677 기각 결정)

이 사건 조문이 낮은 시력으로 인한 교통상의 위험을 방지하여 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하고 안전하고 원활한 도로교통을 확보함을 입법목적으로 하고 있고, 「도로교통법」이 자동차의 운전면허 취득을 그 요건으로 하고 있어 운전면허 취득단계에서 이를 규제하는 것이 위 입법목적의 달성에 효과적이고 적절하며, 운전면허는 운전업무에 종사하는 자에 대하여 일정한 자격을 설정한 것으로 볼 수 있는데 어떤 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가는 원칙적으로 입법형성의 자유에 속하는 것이고 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 기본권 침해 등의

493) 서울중앙지법 2004. 2. 12. 선고, 2003가단150990 판결, 확정됨, 생명보험회사가 뇌성마비 장애인인 보험청약인의 구체적·개별적 장애 상태와 정도, 장애등급(중복 장애로 인한 등급조정)에 대한 충분한 이해 없이 단지 그가 장애인복지법령에 의한 장애 1등급에 해당하고, 생명보험협회가 정한 장애인보험공통계약심사기준상의 거절사유에 해당한다는 사정만으로 종신보험계약의 청약에 대하여 그 승낙을 거절한 것은 절차적 과정에 있어서 합리성·적정성을 담보한 것으로 볼 수 없으므로 생명보험회사의 승낙거절이 장애인복지법 제8조에 위배된 위법한 행위에 해당한다고 한 사례.



문제가 생길 수 있다고 할 것인바, 한쪽 눈의 시력(교정시력 포함)이 0.5 미만인 경우에는 일반적으로 시야, 원근감, 입체감, 깊이 감각 등의 상실이 발생하고 우발적인 상황에서의 시기능 상실 상태를 초래할 수 있으므로 이 사건 조문상의 기준이 입법형성의 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 설정된 것이라고 할 수 없고, 또한 이 사건 조문이 추구하는 질서유지 및 공공복리의 증진이라는 공익은 이로써 제한되는 좁은 의미의 직업선택의 자유라는 사익보다 훨씬 더 크다고 할 것이어서 기본권 제한의 입법한계인 비례의 원칙을 준수하였으므로 이 사건 조문은 좁은 의미의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

**(3) (구) 장애인고용촉진등에 관한 법률 제35조 제1항 본문 위헌소원  
(2003.07.24. 2001헌바96 합헌 결정)**

장애인은 그 신체적·정신적 조건으로 말미암아 유형·무형의 사회적 편견 및 냉대를 받기 쉽고 이로 인하여 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실이므로, 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위하여는 사회적·국가적 차원에서 조치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때, 자유민주적 기본질서를 지향하는 우리 헌법이 원칙적으로 기업의 경제활동의 자유를 보장(「헌법」 제119조 제1항)하고 개인의 계약자유 원칙을 천명(「헌법」 제10조 전문)하고 있다 하더라도 일정한 범위에서 이러한 자유를 제약하는 것은 불가피한 조치라고 할 수 있다. 청구인이 주장하는 계약자유 원칙과 기업의 경제상의 자유는 무제한의 자유가 아니라 「헌법」 제37조 제2항에 의하여 공공복리를 위해 법률로써 제한이 가능한 것이며, 국가가 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위해 규제와 조정을 할 수 있다고 천명(「헌법」 제119조 제2항)하고 있는 것은 사회·경제적 약자인 장애인에 대하여 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하고 나아가 인간다운 생활을 보장하기 위한 불가피한 요구라고 할 것이어서, 그로 인하여 사업주의 계약의 자유 및 경제상의 자유가 일정한 범위 내에서 제한된다고 하여 곧 비례의 원칙을 위반하였다고는 볼 수 없다.

**(4) 장애인고용촉진 및 직업재활법 제24조 제1항 단서 위헌소원  
(2003. 07. 24. 2002헌바82 합헌 결정)**

이 사건 법률조항에서 입법자가 직접 규정한 내용만 가지고서도 그 입법목적으로부터 노동부장관이 정할 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있고, 이 사건 법률조항이 내포하는 불명확성은 규율대상이 지극히 전문적·기술적인 문제이고 규율대상이 포함하는 사실관계가 매우 광범위하고 다양하다는 규율대상의 특성에 의하여 정당화되는 것이므로, 입법위임의 명확성을 요청하는 「헌법」 제75조에



위반되지 않는다.

(5) 2002년도 국민기초생활보장최저생계비 위헌확인<sup>494)</sup>

(2004. 10. 28. 2002헌마328 기각 결정)

보건복지부장관이 2002년도 최저생계비를 고시함에 있어서 장애인가구의 추가지출비용을 반영한 최저생계비를 별도로 정하지 아니한 채 가구별 인원수를 기준으로 한 최저생계비만을 결정·공표함으로써 장애인가구의 추가지출비용이 반영되지 않은 최저생계비에 따라 장애인가구의 생계급여 액수가 결정되었다 하더라도 그 생계급여액수는 최저생계비와 동일한 액수로 결정되는 것이 아니라 최저생계비에서 개별가구의 소득평가액 등을 공제한 차액으로 지급되기 때문에 장애인가구와 비장애인가구에게 지급되는 생계급여까지 동일한 액수가 되는 것은 아니라는 점, 이때 공제되는 개별가구의 소득평가액은 장애인가구의 실제소득에서 장애인가구의 특성에 따른 지출요인을 반영한 금품인 「장애인복지법」에 의한 장애수당, 장애아동부양수당 및 보호수당, 만성질환 등의 치료·요양·재활로 인하여 6개월 이상 지속적으로 지출하는 의료비를 공제하여 산정하므로 결과적으로 장애인가구는 비장애인가구에 비교하여 볼 때 최저생계비에 장애로 인한 추가비용을 반영하여 생계급여액을 상향조정함과 비슷한 효과를 나타내고 있는 점, 장애인가구는 비장애인가구와 비교하여 각종 법령 및 정부시책에 따른 각종 급여 및 부담감면으로 인하여 최저생계비의 비목에 포함되는 보건의료비, 교통·통신비, 교육비, 교양·오락비, 비소비지출비를 추가적으로 보전 받고 있는 점을 고려할 때, 국가가 생활능력 없는 장애인의 인간다운 생활을 보장하기 위한 조치를 취함에 있어서 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 또한 장애인가구와 비장애인가구에게 일률적으로 동일한 최저생계비를 적용한 것을 자의적인 것으로 볼 수는 없다. 따라서 보건복지부장관이 2002년도 최저생계비를 고시함에 있어 장애로 인한 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 가구별 인원수만을 기준으로 최저생계비를 결정한 것은 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

(6) 장애인운동능력측정검사불합격처분취소 등

(2005. 03. 31. 2003헌마746 각하 결정)

494) 이 결정례와 함께 기억해 둘 결정은 “국민기초생활보장최저생계비 위헌확인”(2002. 05. 30. 2001헌마849 기타 결정, 청구인이 최옥란인데, 청구인의 사망으로 종료됨)



운전적성판정을 위하여 장애인에 대하여 실시하는 운동능력측정검사에서의 불합격처분은 그 자체가 청구인에게 직접 법률상의 불이익을 초래하는 행위로서 행정처분에 해당하여 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 것이 가능하다고 할 것이므로 이 부분 심판청구는 헌법소원의 대상이 되지 않는 공권력 행사에 대한 청구로서 부적법하다.

#### 아) 국가인권위원회 결정례<sup>495)</sup>

(1) 지방자치단체장이 법률상 우선적인 임용 대상자에게 마땅히 주어야 할 승진의 기회를 신체적인 장애를 이유로 합리적인 이유 없이 제공하지 아니한 것은 평등권을 침해하는 차별행위에 해당한다고 인정하면서도, 지방자치단체장의 차별행위가 그 의사에 반하여 당해 직을 물러날 만한 사유가 되지 않고 차기 지방자치단체장 선거의 출마문제는 본인이 판단할 문제라고 판단하여 국가인권위원회가 권고할 수 있는 구제조치의 범위에 속하지 아니한다고 본 사례(2002. 4. 11. 01진차1 결정)

(2) 「도로교통법」상 자동차면허취득시 장애인의 신체상태에 따라 받을 수 있는 운전면허의 범위 및 조건부과기준과 운동능력측정기기 판정기준중 핸들조작의 합격기준은 장애인들의 운전면허 취득을 과도하게 제한하고 있으므로 진정한 평등권을 침해한 차별행위로 인정하고 경찰청장에게 관련 규정을 개정할 것을 권고한 사례(2003. 6. 30. 01진차45, 02진차58, 103, 03진차7, 47(병합) 결정)

(3) 피진정인 대학이 「특수교육진흥법」 제10조 제1항에 정한 장애 종류 가운데 특정 장애 종류에 대하여서만 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여한 것은 이 밖의 장애를 가진 장애인을 교육 시설 이용에서 차별한 행위임을 인정하고, 피진정인에게 「특수교육진흥법」에 의거, 시각·청각·지체부자유 장애인 외의 장애인에 대해서도 특수교육대상자 특별전형의 지원자격을 부여할 것을 권고한 사례(2004. 2. 16. 03진차27 결정)

495) 국가인권위원회 차별조사국, 「차별행위 사례집(2001. 11. 25. ~ 2003. 12. 31)」(국가인권위원회, 2004. 3), 81~97쪽; 국가인권위원회 차별조사국, 「차별행위 사례집(2004. 1. 1. ~ 2004. 12. 6.)」, 45~62쪽; 국가인권위원회 차별조사국, 「국가인권위원회 결정례집(차별행위분야) 제1집(2001. 11. ~ 2004. 12.)」(국가인권위원회, 2004. 12), 65~105쪽.



(4) 「공직선거 및 선거부정방지법」에 청각장애선거인을 위하여 자막 또는 수화통역을 임의적으로 방영할 수 있도록 한 규정이 청각장애인의 평등권을 침해할 우려가 있으므로, 동 규정을 의무규정으로 개정할 필요가 있다는 의견을 표명한 사례(2004. 10. 25. 04진차115 결정)

(5) 국립대학교에서 장애인을 지속적으로 승진에서 배제시킨 것이 장애를 이유로 한 「헌법」 제11조의 평등권을 침해한 것임을 인정하고, 진정인의 평정과 승진과정에서 누적적으로 가해진 장애인 차별행위를 중지할 것과 재발방지를 위하여 당해 대학교 근무성적평정지침 등에 실효성 있는 장애인 차별금지조항을 마련할 것을 권고한 사례(2004. 11. 8. 04진차53 결정)

(6) 공무원임용시험에서 지체장애 또는 뇌병변장애 등으로 필기에 어려움이 있는 자들을 위해 시험시간연장 등의 보완조치를 취하지 않는 것이 장애를 이유로 한 「헌법」 제11조의 평등권을 침해한 것임을 인정하고, 대필제, 워드프로세서 사용, 시간 연장 등의 필요한 조치를 강구할 것을 권고한 사례(2004. 11. 22. 03진기675, 04진차17(병합) 결정)

#### 4) 나이를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

##### 가) 나이의 용어정의

나이는 사전적(辭典的)이고 생물학적 의미를 넘어서 사회·경제적으로 일정한 지위를 부여하는 기준이 작용한다. 사전적 의미에서 나이는 사람이 태어나서 현재까지 경과한 기간을 연단위로 계산한 수치이다. 이러한 산술적 나이는 출생 이후 누적된 시간을 뜻하는 가치중립적 개념이다. 생물학적으로 나이는 정신적·심리적·육체적 성장과 변화를 반영한다. 예를 들어, 유아기, 아동기, 성년기, 중·장년기, 노년기라고 하는 생애구분은 생물학적 나이에 기초하여 사람들을 일정한 연령집단으로 분류한 것이라고 볼 수 있다. 경제학적으로 나이는 경제활동 가능 여부를 판별하는 기준으로 사용된다. 예컨대, 생산연령은 대부분의 경우 의무교육을 마치고 취업이 가능한 14세 내지 15세를 하한선으로 하고 있다.<sup>496)</sup> 그리고



일정한 연령(정년 또는 연금수급연령)에 도달하게 되면 직업생활에서 은퇴하여 사회적 부양의 대상이 된다. 한편, 사회학적 의미에서 나이는 사람에게 일정한 지위와 역할, 책임을 부여하는 중요한 잣대가 된다. 어느 사회나 구성원들에게 나이에 맞는 말과 행동을 요구하고, 나이에 따른 일정한 권한과 책임을 부여한다.

이는 법의 영역에서도 나타난다. 예를 들어, 「민법」(제4조)에서는 20세를 기준으로 성년자와 미성년자를 구분한다. 「형법」(제9조)에서는 형사책임을 질 수 있는 나이를 14세 이상으로 정하고 있고, 14세 미만자의 행위에 대해서는 처벌하지 않는다.<sup>497)</sup> 「공직선거 및 선거부정방지법」(제15조)은 20세 이상의 국민에게 선거권을 부여하고 있다.

나이는 성별, 장애, 인종 등과 달리 모든 사람과 관련된 인적 특성이고, 시간의 경과에 따라 증가하기 때문에 모든 사람이 잠재적인 차별대상자라고 할 수 있다. 국가인권위원회 출범 이후 2004년까지 접수된 차별행위 진정사건 총 936건 가운데 ‘나이’ 진정사건은 9.4%(88건)로 ‘기타’의 경우를 제외하면 ‘사회적 신분’ 진정사건 20%(187건), ‘장애’ 진정사건 11.2%(105건) 다음으로 높은 비중을 차지하고 있다.<sup>498)</sup>

다른 한편, 우리 사회에서 나이는 사회·경제적으로 이중적 의미를 가지기 때문에 ‘이중적 연령주의’에 주목할 필요가 있다. 능력과 생산성이 강조되는 경제적 영역에서 고령화는 능력쇠퇴 내지 무능력과 동일시되면서 연령차별을 초래한다. 즉 동일 연령층에 속하는 개인 사이에 능력의 차이가 있음에도 불구하고 이를 무시하고 동일시하는 것이다. 반면에 나이에 따른 위계질서가 강조되는 사회적 영역에서 나이는 권위·존중·우대와 동일시되면서 상대적으로 나이 적은 자를 배제하거나 구별·제한하는 연령차별을 초래한다. 특히 나이를 통한 위계질서관계가 강조되는 사회일수록 일상적인 연령차별이 보편화된다.

## 나) 나이를 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

496) 우리나라의 경우 만 15세 이상인 사람들 가운데 일할 능력이 있고 취업할 의사가 있는 인구를 경제활동인구로 보고 있다. 근로기준법(제62조)의 경우 원칙적으로 15세 미만인 자를 근로자로 사용하지 못하도록 금지하고 있다.

497) 14세 미만인 자가 범죄를 저질렀을 때는 형사책임을 배제되지만 범죄행위가 방치되거나 허용된다는 의미는 아니다. 20세 미만인 자의 범죄는 소년법에 의하여 가정법원이나 지방법원 소년부의 심판에 붙이며, 특히 12세 이상 14세 미만인 소년에 대해서는 보호사건으로 심리하여 보호처분을 내린다.

498) 국가인권위원회, 연간보고서(2004), 117쪽 [표 2-4-3] 참조.





나이차별에는 나이를 이유로 하는 직접차별뿐만 아니라 간접차별까지 포함된다. 특히 간접차별은 차별의도가 없는 경우에도 구조적이고 관행적으로 이루어지는 차별에 대한 책임을 물을 수 있는 유용한 개념이다. 그렇지만 현행 「남녀고용평등법」의 경우를 제외하고는 간접차별 판단을 위한 법적 기준이 명확히 설정되어 있지 않다. 「남녀고용평등법」상의 간접차별 개념을 나이차별에 대해서도 그대로 준용할 수 있는지도 의문이다. 따라서 나이를 이유로 하는 간접차별의 판단기준을 정립할 필요성이 있다.

다음으로 나이차별이 아니라고 볼 수 있는 경우, 즉 어떤 경우에 합리적이고 합법적인 나이차별로 인정되는지를 검토하여야 한다. 현행 「국가인권위원회법」에서는 현존 차별의 해소를 위한 잠정적인 적극적 조치를 일반적인 차별예외사유로 규정하고 있을 뿐이다. 그 외에도 나이차별에 해당하지 않는 사유 내지 기준을 구체화할 필요가 있다.

한편, 나이차별 해당 여부를 구체적 사안에서 결정(판단)할 때 핵심적 쟁점은 나이와 연관된 다른 요소를 이유로 하여 불이익이 발생하는 경우 이를 나이차별로 볼 수 있는가 하는 점이다. 예를 들어, 재직기간과 나이 사이에는 밀접한 관계가 있다. 재직기간이 늘어날수록 나이도 많아지게 되는데 일정 직급에서 재직기간이 많다는 이유로 승진에서 배제하거나 혹은 장기간 재직한 자를 우선적인 명예퇴직이나 고용조정 대상으로 삼는 경우 나이차별로 볼 수 있는지 문제된다. 또한 연공서열형 임금체계 하에서는 재직기간이 늘어남에 따라 임금도 상승하게 되는데 고임금 내지 인건비절감을 이유로 장기간 재직한 고임금 근로자를 우선적 고용조정 대상으로 삼는 것이 나이차별인지도 문제된다. 특히 연공서열형 임금제 하에서 일정한 나이에 도달하면 자동적으로 고용관계를 종료시키는 정년제 역시 나이차별인지가 쟁점으로 된다.

## (2) 나이차별의 개념과 성립요건

### (가) 국내법

나이차별이 무엇인지를 명문으로 정의하고 있는 실정법률은 없다. 다만, 「국가인권위원회법」 제2조 4호에 규정된 ‘평등권침해의 차별행위’라는 개념을 통해 나이차별의 의미를 간접적으로나마 도출해 볼 수 있다. 즉, 나이차별은 합리적 이유 없이 나이를 이유로 하여 고용, 재화·용역·시설 등의 공급·이용, 교육·훈련과 관련하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다. 나이를 이유로 의도적으로 불이익을 주는 행위(직접차별)뿐만 아니라 중립적인 기준이나 관행 등에 의해 결과적으로 특정 연령그룹이 배제·구별되거나 불이익에 처하게 되는 상황(간접차별) 역시 나이차별



에 해당한다.

(나) 국제기준과 외국의 입법례

직접차별과 간접차별의 정의에 기초하여 나이차별을 금지하는 국제기준으로 2000년에 유럽연합(EU)에서 제정된 「고용 및 직업에서의 평등대우에 관한 2000/78호 지침」<sup>499)</sup> 이 있다.<sup>500)</sup> 이 지침에 따르면 나이를 이유로 어떤 자를 유사한 상황에 있는 다른 자보다 불리하게 대우하는 것은 직접차별에 해당한다(제2조 제2항 (a) 참조). 그리고 외관상 중립적인 규정·기준 또는 행위에 의해 특정한 나이를 갖고 있는 자가 다른 자에 비하여 특정한 불이익에 처하게 되는 경우에는 간접차별이다(제2조 제2항 (b)).

한편, 2004년에 제정된 호주의 「나이차별금지법」(ADA: Age Discrimination Act)<sup>501)</sup>은 나이차별을 직접차별과 간접차별로 구분하여 정의하고 있다. 그 정의에 의하면 직접차별은 (a) 동일하거나 실질적으로 다르지 않은 상황에서 차별행위자(discriminator)가 다른 나이(또는 나이그룹)의 사람보다 차별피해자(aggrrieved person)를 불리하게 대우하는 하는 경우 (b) 차별피해자와 나이가 같은 사람들에게 일반적으로 속하거나 귀속되는 특성을 이유로 하여 차별피해자를 불리하게 대우하는 경우를 의미한다(제14조). 그리고 간접차별은 (a) 차별행위자가 어떤 조건, 요구 또는 행위를 강제하거나 강제하려고 하고 (b) 이러한 조건, 요구 또는 행위가 해당 상황에서 합리적이지 않으며 (c) 이러한 조건, 요구 또는 행위가 차별피해자와 나이가 같은 사람들에게 불이익한 영향을 주거나 그럴 가능성이 있는 경우를 의미한다(제15조 제1항). 이 경우 그러한 조건, 요구 또는 행위가 해당 상황에서 합리적이라는 점에 대한 입증책임은 차별행위자에게 있다(제15조 제2항). 한편, 어떤 행위가 두 가지 이상의 이유로 행하여지고 그 이유 중의 하나가 나이이자 해당 행위의 지배적인 이유인 경우 그 행위가 나이를 이유로 행해진 것으로 간주된다(제16조).<sup>502)</sup>

499) Council directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

500) 이 지침은 회원국에서 평등대우원칙의 시행을 목적으로 고용 및 직업과 관련하여 종교 내지 신조, 장애, 나이 또는 성적 지향을 이유로 하는 차별을 제거하기 위한 일반적 틀(즉, 최소한의 기준)을 설정하는 것을 목적으로 한다(동 지침 제1조).

501) 호주의 「나이차별금지법」은 고용, 교육, 재화·서비스의 제공 등 제 영역에서 나이를 이유로 하는 차별을 금지하는 연방법이다.

502) 호주의 「성차별금지법」(SDA), 「인종관계법」(RDA), 「장애차별금지법」(DDA)에서는 어떤 행위가 두 가지 이상의 이유로 행하여지고 그 이유 중 하나가 법이 금지하는 차별사유에 해당하면 족하지 반드시 지배적 내지 본질적 이유일 것을 요구하고 있지 않다.



(다) 소결

현행 「국가인권위원회법」 및 유럽연합의 지침과 호주의 입법례를 고려할 때, 나이차별은 ① 유사한 상황에서 나이를 이유로 하거나 동일 나이그룹의 일반적 특성을 이유로 불이익하게 대우하는 것, 또는 ② 외관상 중립적으로 보이나 실질적으로는 불합리한 기준을 적용·강제함으로써 특정한 나이그룹에 속하는 자들이 불이익한 상황에 처하게 되는 것을 의미한다.

나이차별의 성립요건과 관련하여 다음의 사항에 유의할 필요가 있다.

첫째, ‘나이를 이유로’ 한다는 것은 이익 내지 불이익을 부과하는 기준으로 특정한 나이를 설정하거나(예, 채용연령상한) 상대적 나이 차이를 고려하는 경우(예, 연소자 내지 연장자 우선)를 의미한다. 그 외에도 나이와 밀접하게 연관된 다른 요소(예, 연금수급자격, 재직기간 등)를 기준으로 하는 경우가 문제되는데, 밀접연관성을 갖는 다른 요소가 나이와 규범적으로 동일시할 수 있는 경우에는 나이를 이유로 하는 것으로 해석함이 타당하다.

둘째, ‘동일 나이그룹의 일반적 특성’은 현재적인 것이든 암묵적인 것이든 다른 연령층과 구별되는 특유한 특성에 근거하여 특정 연령층 내지 그에 속하는 자에 대한 고정관념을 의미한다.

셋째, ‘불이익한 대우’ 내지 ‘불이익한 상황’은 경제적 불이익뿐만 아니라 제반 생활상의 기회박탈이나 참여제한 등 비금전적인 불이익을 포함하는 것으로 보아야 한다.

넷째, 나이 이외에 성별, 장애 등 다른 사유가 복합되어 차별이 발생하는 경우에는 나이차별 뿐만 아니라 성차별, 장애차별 등이 동시에 발생한 것으로 보되, 나이가 해당 차별을 발생시킨 결정적이고 지배적인 이유였음이 명백한 경우에는 나이차별로 간주되어야 할 것이다.

(3) 나이차별의 예외

(가) 현존 차별의 해소를 위한 적극적 조치

「국가인권위원회법」은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위로 보지 아니 한다”고 규정하고 있다(제2조 제4호 단서).

국제기준이나 외국의 입법례를 보면 적극적 조치는 차별예외사유로 일반적으로 채택되고 있다. 예를 들어, 유럽연합(EU)의 「고용 및 직업에서의 평등대우에 관한 2000/78호 지침」은 실제상으로 완전한 평등을 달성하기 위한 목적으로 국가(회원국)가 동 지침상의 차별사유와 연관된 불이익을 예방하거나 보상하기 위한



특별조치를 유지 내지 채택하는 것은 평등대우원칙에 반하지 않는다고 규정하고 있다(제7조 제1항). 호주의 「나이차별금지법」은 (a) 특정 연령층에게 진정한 이익(a bona fide benefit)을 제공하는 경우,<sup>503)</sup> (b) 특정 연령층의 나이로부터 발생하는 필요를 충족시키기 위한 경우,<sup>504)</sup> 또는 (c) 특정 연령층이 경험하는 불이익을 감소시키기 위한 경우에는 위법한 나이차별에 해당하지 않는다고 규정하고 있다(제33조). 그리고 「캐나다 인권법」(Canadian Human Right Act)은 동법이 금지하는 차별사유<sup>505)</sup>와 관련한 불이익을 예방, 제거 또는 감소를 위한 특별 프로그램, 계획 내지 조치를 채택하거나 시행하는 것은 차별에 해당하지 않는다고 규정하고 있다(제16조 제1항).

#### (나) 직업자격

나이가 직업수행에 불가결한 자격기준에 해당하는 경우에는 나이차별이 아니다. 나이에 근거한 대우의 차이가 해당 직업의 성격 또는 그 직업이 수행되는 상황에 비추어 진정하고도 결정적인 직업자격(a genuine and determining occupational requirement)에 해당하고, 그 목적이 합법적이고 직업자격요건이 적절한 것인 한 차별이 아니다(EU 2000/78호 지침 제4조 1항).

미국의 경우 특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 나이가 합리적으로 필요한 ‘진정한 직업자격’(bona fide occupational qualification)에 해당하는 경우에는 다른 법령에 의해 금지되지 않는 한 나이차별에 해당하지 않는 것으로 본다(「고용상 나이차별금지법(ADEA)」 제623조 (f)(1)). 「캐나다인권법」 역시 ‘진정한 직업자격’에 근거한 고용관련 거부·배제·제명·자격정지·제한·특정·선호를 차별이 아닌 것으로 규정하고 있다. 호주의 「나이차별금지법」(ADA)에서도 나이가 고유한 직업자격요건에 해당하는 경우 이러한 요건을 충족하지 못한 것을 이유로 하는 차별은 위법하지 않다. 그리고 그 요건의 충족 여부를 결정함에 있어서는 다음의 요소, 즉 ① 특정의 고용과 관련한 해당인의 직업훈련경험, 직업자격 및 경력, ② 해당인이 사용자에 의해 이미 고용된 경우에는 피용자로서의 성과(performance), ③ 기타 합리적인 관련 요소들을 반드시 고려하여야 한다(호주 ADA 제18조 제5항, 제19조 제4항, 제20조 제3항).

#### (다) 기타

국제기준이나 외국의 입법례에서 적극적 조치 및 직업자격 외에 나이차별에

503) 동법에서는 이발사가 노인카드를 소지한 자에게 할인하는 행위를 그 예로 들고 있다.

504) 동법에서는 주거가 없는 청년층에게 복지서비스를 제공하는 행위를 그 예로 들고 있다.

505) 연령 외에 인종, 국적 혹은 민족, 피부색, 종교, 성, 성적 지향, 결혼 여부, 가족 상태, 장애 혹은 사면된 전과를 이유로 하는 고용차별과 그 외 영역에서의 차별(재화·용역·상업시설 또는 주거시설 등)을 포괄적으로 금지하고 있다.



해당하지 않는 것으로 제시하고 있는 예는 다음과 같다.

첫째, 나이에 근거한 대우의 차이가 국내법적 상황에서 고용정책·노동시장·직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인 경우이다('EU 2000/78호 지침' 제6조 제1항). 'EU 2000/78호 지침'은 그 예로 ① 청년, 고령근로자, 개호책임(caring responsibilities) 부담자의 직업적 통합을 촉진하거나 이러한 자의 보호를 목적으로 고용·직업훈련의 기회 및 근로조건(해고 및 임금 등)에 관한 특별한 요건을 설정하는 것 ② 고용기회 또는 고용 관련 특정 이익을 제공함에 있어서 나이, 직업경험 또는 재직기간에 대한 최저기준을 설정하는 것 ③ 해당 직무가 요구하는 훈련에 비추어 또는 은퇴(retirement) 이전의 합리적인 고용기간의 필요성 때문에 채용에서 최고 나이를 설정하는 것 ④ 직역(직업)사회보장제도(occupational social security schemes)에 있어서 연금의 가입 내지 수급의 연령을 설정하는 것<sup>506)</sup>을 제시하고 있다(제6조 제1, 2항). 아일랜드의 고용평등법에서 신입사원(recruit)이 ① 효과적으로 해당 직무를 수행할 수 있는 수준에 이르기까지 훈련시키는데 소요되는 비용과 시간 ② 해당 직무를 효과적으로 수행하기 위해서는 퇴직연령에 이르기 이전까지 일정한 합리적인 기간이 있어야 할 필요성 때문에 채용에서의 상한연령(maximum age for recruitment)을 정하는 것은 나이차별에 해당하지 않는다(2000/78호 지침 제34조 제5항).

둘째, 나이 이외의 합리적인 요소에 근거(based on reasonable factors other than age)하여 차이를 두는 경우에는 다른 법령에 의해 금지되지 않는 한 나이차별에 해당하지 않는다(미국 ADEA 제623조 (f)(1)). '연령 이외의 합리적 요소'에는 학력·경험과 같이 일률적으로 요구되는 자격, 직무수행의 능력이나 질 또는 양을 측정하는 시스템이 포함된다.<sup>507)</sup>

셋째, 진정한 선임권제도(bona fide seniority system)에 의거한 경우 나이차별에 해당하지 않는다(미국 ADEA 제623조 (f)(2)(A)). 선임권제도는 재직기간이 늘어남에 따라 근로자에게 더 많은 이익을 부여하는 단체협약상의 제도이다. 미국의 경우 단체협약상의 선임권제도에 근거한 '단기(短期) 근속자 우선해고의 원칙'(the last hired, first fired rule)이 일반화되어 있다.<sup>508)</sup> 아일랜드의 경우에도

506) 예컨대, 근로자 그룹 내지 범주에 따라 나이를 달리 설정하고 실제의 연금계산에서 나이기준을 사용하는 것 등은 성별에 근거한 차별을 초래하지 않는 한 이를 연령에 근거한 차별에 해당하지 않는 것으로 회원국은 규정할 수 있음.

507) Mack A. Player, *Federal law of employment discrimination*, 3rd ed. Minnesota: West, 1992, p.145.

508) Michael R. Carrell and Christina Heavrin, *Labor relations and collective bargaining*, 6th ed. New Jersey: Prentice-Hall, 2001, p.332 참조. 선임권제도의



상대적 연공이나 근속기간(relative seniority or length of service)에 기초하여 상이한 임금액(rates of remuneration)과 근로조건을 제공하는 것은 나이차별에 해당하지 않는 것으로 법에서 규정하고 있다(아일랜드 「고용평등법」 제34조 제7항).

넷째, 차별이 허용되지 않는다면 현저한 비용증가(significantly increased costs)가 초래된다고 하는 명백한 보험통계상의 증거 내지 기타 증거(clear actuarial or other evidence)가 존재하는 상황에서 나이차별은 불법적인 것으로 되지 않는다(아일랜드 「고용평등법」 제34조 제3항).

## 다) 나이를 이유로 한 차별의 유형과 사례

### (1) 고용관련 나이차별의 유형과 사례

#### (가) 고용관계의 성립

첫째, 모집·채용단계에서 발생하는 나이차별의 대표적 유형은 지원자의 나이(특히 상한선)를 제한하거나 특정 나이층을 선호하는 경우이다. 국가인권위원회의 결정례는 다음과 같다.

대학교원을 모집함에 있어 일정 연령을 초과한 자는 응시할 수 없도록 지원자격을 제한하는 행위에 있어서 나이를 기준으로 지원자격을 결정하는 것이 대학에 부여된 자율권의 범위에 속한다고 하더라도 ‘왜 일정 연령의 자를 절대적으로 배제하는 것이 대학의 연구기능과 교육목표를 달성하는데 필요 불가결한 요건인지’에 대한 논리적 정당성이 필요하다고 할 것이다. 본건에서는 대학에서의 교수능력이 나이와 밀접한 상관관계가 있고, 연구 및 교육의 성과에 비추어 불가피한 사정은 밝혀지지 않았고, 또한 지원자들에 대한 교육 효과, 업무특수성 등을 반영할 수 있는 심사기준을 정하여, 면접시험 등을 통해 지원자의 능력을 평가하는 등 다른 방법으로도 적임자를 선발할 수 있음에도 합리적이고 객관적인 기준을 마련하지 않은 채 일정 연령을 기준으로 지원자격을 제한한 것은 행정편의만 고려한 것으로서 합리성을 인정하기 어렵다(2002.11.18. 02진차1 결정).

내용에 따라서는 근속기간이 해고대상자 선정의 유일한 기준은 아니고 업적평가 등이 수반되기도 하지만 다른 평가결과가 대등한 경우에는 근속기간이 결정적 기준으로 작용한다.



그 외 「교육공무원임용령」 제11조의 2에서 교사의 신규채용을 위한 공개전형 응시연령을 40세 이하로 규정한 것에 대해서도 위와 같은 유사한 논리로 차별행위로 인정하였다(2004. 6. 28. 03진차119 결정).

외국의 사례를 보면 모집광고에서 “젊고 역동적인(a young and dynamic) …” 등 ‘젊은’(young)이라는 표현이 두 번 사용된 것에 대하여 그러한 표현은 젊지 않는 자, 즉 중년자 및 고령자를 배제하는 의도를 명백하게 나타내거나 그러한 의도를 드러내는 것으로 이해될 수 있으므로 나이차별로 결정한 예가 있다.<sup>509)</sup>

둘째, 모집·채용에서 명시적인 나이제한이 없더라도 인터뷰(면접)과정에서 나이에 대한 차별적인 질문이나 발언을 행하는 경우이다. 나이차별을 보여주는 직접증거의 가장 대표적인 예가 바로 나이에 대한 발언, 예컨대 “우리 기업은 당신과 같은 늙은 사람을 필요로 하지 않는다” 또는 “이 일을 하기에는 당신이 너무 늙었다” 등의 경우이다. 생년월일이나 나이를 묻는 것은 나이 많은 지원자를 배제하거나 나이에 근거한 차별을 드러내는 것일 수 있기 때문에 합법적 목적을 위해 정당화되지 않는 한 나이차별에 해당하게 된다.<sup>510)</sup>

셋째, 유사한 상황에 있음에도 불구하고 서로 다른 나이집단간에 채용율에서 현저한 통계적 차이가 존재하는 경우이다.<sup>511)</sup> 그 외에도 동일 자격조건임에도 불구하고 나이에 따라 다른 고용형태로 채용하거나 채용방법·경로를 달리하는 경우, 응모자 개인의 능력에 기초한 선발이 아니라 그 개인이 속한 나이집단의 일반적인 속성에 근거하여 채용기회·조건·방법 등을 달리하는 경우, 사용자나 동일 사업장에 근무하는 근로자집단 또는 모집의뢰인이나 고객의 선호를 이유로 나이에 따라 채용을 거부하는 경우 등을 들 수 있다.<sup>512)</sup>

#### (나) 고용관계의 유지

첫째, ‘동일가치노동 동일임금원칙’에 위반하는 임금차별의 경우이다. 「남녀고용평등법」(제8조 제2항)은 동일가치노동의 판단기준으로 ‘직무수행에 요구되는

509) 아일랜드 평등심사국의 결정사례로서(Equality officer decision, DEC-E/2000/ 14, Ryanair사건, 2000. 12. 29) 동 결정의 내용은 1998년 고용평등법에 의해 설치된 평등심사국(Office of the Director of Equality Investigations)의 홈페이지(<http://www.odei.ie>) 참고하였다.

510) EEOC Regulation Sec. 1625.4 and Sec. 1625.5 참조 ; Barbara T. Lindemann and David D. Kadue, *Age Discrimination in Employment Law* Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 2003, pp.1185~1186.

511) Madeleine Reid, *Legal Review 2002* Dubin: ODEI - the equality tribunal, 2003, p.73 참조.

512) 차별연구모임, 『국가인권위원회법의 차별판단을 위한 지침』 차별연구모임, 2002. 8, 73~74쪽.



기술, 노력, 책임 및 작업조건 등'을 규정하고 있고,<sup>513)</sup> 이러한 판단기준은 나이를 이유로 하는 임금차별 여부의 판단에도 준용될 수 있다. 그런데 특히 문제되는 사항은 근속년수에 따른 임금의 차등지급이 나이차별에 해당하는가 하는 점이다. 『남녀고용평등업무처리규정』(노동부예규)에서는 위에서 언급한 4가지 기준 외에 학력·경력·근속년수 등을 종합적으로 고려하도록 요구하고 있다(제5조 제3항). 동일·유사한 직무를 수행하더라도 근속년수의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등적으로 지급되는 경우에는 나이차별로 보기 어려운 측면이 있다. 근속년수에 따른 임금차이는 기업에의 공헌도에 근거한 보상의 차이라는 점에서 합리적 이유가 있는 차별로 볼 수 있기 때문이다. 그리고 근속년수의 차이가 곧 생산성의 차이와 동일시될 수 있다면 근속년수에 따른 임금차별은 합리적 이유가 있는 것이고, 나이를 이유로 하는 임금차별로 보기 어려울 것이다. 왜냐하면, 이 경우 근속년수는 연령이 아니라 생산성과 밀접한 관련성을 갖고 있기 때문이다. 또한 개별 근로자의 생산성을 측정·평가하는 것이 현실적으로 불가능하거나 무의미한 경우 근속년수의 차이에 따른 차등보상은 평가자의 주관에 개입될 여지가 상대적으로 적은 객관적 기준에 의한 차등대우라고 하는 점에서 오히려 합리적이라고도 말할 수 있다. 그러나 동일·유사한 직무를 수행함에 있어서 재직기간이 오래된 자가 그렇지 않은 자보다 반드시 생산성이 높다거나 기업공헌도가 크다고 단정할 수는 없다. 특히 동일·유사한 직무를 수행하는 비교 가능한 근로자간의 생산성의 차이가 객관적으로 존재함에도 불구하고 '생산성의 차이에 따른 임금격차' 보다도 '근속년수에 따른 임금격차'가 현저히 큰 경우에는 이를 합리화할 수 있는 이유·근거가 없는 한 나이차별로 볼 여지가 있다.

둘째, 임금피크제라고 불리는 임금조정제도가 나이를 이유로 하는 임금차별에 해당하는지 문제된다. 임금조정제도는 일정 연령 이상의 근로자에 대하여 정년을 보장하거나 정년을 연장하는 대신에 임금을 삭감·조정하여 근로자의 고용유지와 기업의 인건비부담 완화를 목적으로 하는 제도이다.<sup>514)</sup> 조기퇴직 내지 정리해

513) 남녀고용평등업무처리규정(노동부예규) 제5조는 동일가치노동에 대하여 “노동수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등의 기준에서 볼 때 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 거의 같은 성질인 노동 또는 두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동”으로 정의하고 있다. 이 경우 “기술, 노력, 책임 및 작업조건 등이라 함은 당해 업무가 요구하는 내용에 관한 것으로서” 기술은 “자격증, 습득된 경험 등 업무수행 능력 또는 솜씨의 객관적 수준”, 노력은 “업무수행에 필요한 육체적·정신적 힘의 작용”, 책임은 “업무에 내재된 의무의 성격·범위, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도”, 작업조건은 “소음, 열, 물리적·화학적 위험의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 작업환경”으로 정의되고 있다(노동부예규 제5조 제2항).

514) 임금피크제의 모델에 관한 보다 자세한 내용은 장지연 외, 『고령화시대의 노동시장과 고용정책(II)』(한국노동연구원, 2003), 244쪽 이하를 참고하기 바람.





고 등으로 중·고령근로자의 고용불안이 심각해지고 있는 상황에서 임금조정제도는 근로자의 고용유지 내지 고용안정에 기여하는 측면이 없지 않다. 특히 정년 연장을 목적으로 정년 이전의 일정 기간 동안 임금을 삭감·조정하는 제도(정년 연장형 임금조정제도)는 정년을 넘어서는 고용연장과 소득보장이라는 점에서, 그리고 정년 이전의 임금삭감액과 정년 이후의 임금수령액 사이에 균형이 이루어질 수 있다는 점에서 나이를 이유로 하는 임금차별이라고 단정하기 어렵다. 그러나 주로 고령근로자를 대상으로 정년보장을 목적으로 하여 정년 이전의 일정 기간 동안 임금을 삭감·조정하는 제도(정년보장형 임금조정제도)는 나이 이외에 그러한 임금삭감을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 존재하지 않는 한 나이를 이유로 하는 임금차별로 해석될 수 있다. 특히 개별 근로자의 생산성(능력)을 고려하지 않고 일률적으로 일정 연령 이상의 근로자에 대하여 정년까지 임금을 삭감하는 것은 특별한 사정이 없는 한 나이차별에 해당한다. 연공서열형 임금체계 하에서 사용자는 근로자의 직업생애 중 생산성이 높은 시기에 생산성보다 적은 임금을 지급함으로써 이득을 보게 되고, 이러한 이득은 직업생애의 후반기에 생산성보다 높은 임금을 지급함으로써 상쇄된다. 그런데 사용자가 근로자의 생산성이 높은 시기에 이득을 보고나서 직업생애 후반기에는 그러한 이득을 상쇄하는 임금액을 지급하지 않고 오히려 생산성의 저하를 이유로 임금을 삭감하는 행위는 나이를 이유로 하는 차별로 볼 수 있다.

셋째, 인사배치 및 승진에서의 나이차별이다. 일반적으로 나이차별은 나이가 많은 자(특히 40세 이상 자)에게 집중하여 발생한다. 물론 인사배치 또는 승진 등에서 사용자에게 의해 선호된 자와 그렇지 않는 자 사이에 나이의 차이가 있다는 사실만으로 차별이라고 할 수는 없다. 그렇지만 다음과 같은 경우에는 나이차별을 추정케 한다. 우선, 인사배치와 관련하여 직무수행상 필요불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 아니 하고 일정한 직무의 배치대상에서 특정 나이를 배제하거나 특정 나이를 편중하여 배치하는 경우, 동일 학력·자격으로 채용되었음에도 특정 나이층은 주로 기간업무에 배치하고 다른 나이층은 본인의 의사에 관계없이 단순 보조업무에 배치하는 경우, 특정 나이층만을 특정 직군에 배치하거나 지원하도록 종용하는 경우, 승진시험에 합격하거나 일정 경력에 이르렀음에도 특정 나이층에 대해서만 그에 상응하는 업무에 배치시키지 아니하는 경우 등이다.<sup>515)</sup> 다음으로, 승진과 관련하여 특정 나이층에 대하여는 승진 기회를 주지 아니하거나 객관적 기준 없이 승진대상자를 특정 나이층에 편중하는 경우, 특정 나이층보다 장기간 근속을 요건으로 하거나 특정 나이층에게만 승진시험을 통과해야 하는 요건을 부과하는 등의 방법으로 특정 나이층에게 상대적으로 불리한 승진조건이나 절차를 적용하는 경우, 특정 나이층에 대해서는 일정 직급 또는 직

515) 차별연구모임, 앞의 책, 74~75쪽.



위 이상으로 승진할 수 없도록 하거나 특정 나이층의 직급 또는 직위를 더 많은 단계로 세분화하여 결과적으로 승진을 불리하게 하는 경우에는 나이차별을 추정케 한다.<sup>516)</sup> 유사한 상황에 있음에도 불구하고 서로 다른 나이집단간에 승진률에서 현저한 통계적 차이가 존재하는 경우, 승진대상자의 업적을 평가함에 있어서 연령집단간에 일관성이 결여된 경우, 공식적인 승진선발기준과는 다른 기준을 특정 나이층에 대해 적용하는 경우에도 마찬가지로이다.<sup>517)</sup>

#### (다) 고용관계의 종료

고용종료와 관련하여 나이차별이 문제되는 것은 고용조정과정에서 장기근속자 내지 고령자를 명예퇴직이나 해고의 우선적 대상으로 삼는 경우와 정년제를 두어 일정 연령에 도달한 자를 강제적·자동적으로 퇴직케 하는 경우이다.

첫째, 장기근속에 따른 고임금은 연령 자체와는 구별되는 요소임에 틀림없지만 연공서열 임금체계에서 장기근속에 따른 고임금 근로자는 대부분 중·고령자이고, 장기근속자를 우선적 대상으로 하는 명예퇴직 내지 정리해고의 기준은 중·고령자에게 불이익한 결과를 초래하기 때문에 나이를 이유로 하는 간접차별을 추정케 하는 것으로 볼 수 있다. 더구나 동일직급에서 연령이 많은 자를 우선적으로 해고하는 기준은 나이를 이유로 하는 직접차별에 해당한다.

둘째, 일정한 나이에 도달하였다는 이유만으로 근로자의 의사에 반하여 강제적으로 근로관계를 종료시키는 정년제는 그것을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 없는 한 나이차별에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 생물학적 연령은 특정 개인의 업무수행능력을 보여주는 충분한 지표가 아니므로 연령에 근거한 강제퇴직은 자의적일 수 있다.<sup>518)</sup> 미국에서는 강제퇴직제를 나이차별로 보아 원칙적으로 금지하고 있다.<sup>519)</sup> 그런데 우리의 경우 연공서열 임금제도가 정년제를 합리적 이유가 있는 나이차별로 해석할 근거가 되는지 문제된다. 연공(근속년수)에 따른 임금상승이 개별 근로자의 생산성(능력)을 초과하여 무한정 계속되는 것은 경제적으로 용인될 수 없는 불합리성을 갖기 때문에 일정 연령에서 근로관계를 종료시키는 것이 오히려 합리적이고 연령차별에 해당하지 않는 것으로 볼 여지가 있기 때문이다. 직종에 따라서는 직무의 성격상 정년 설정이 불가피한 경우도 있다. 그러나 같은 나이의 근로자간에도 능력의 차이가 존재하기 때문에 일률적인 정년의 설정이 합리적인지 의문제기가 가능하다. 몇 세의 나이를 정년을 하는 것이 합리적

516) 차별연구모임, 앞의 책, 75쪽.

517) Madeleine Reid, op. cit., p.73 참조.

518) Barbara T. Lindemann and David D. Kadue, op. cit., p.217.

519) 주요 외국의 정년제에 관해서는 박종희 외, 『고령자고용과 정년제의 법적 과제』(한국법제연구원, 2003)를 참고하기 바란다.



인 것인지에 대한 입증 내지 평가도 용이하지 않다. 더구나 근로자의 능력은 교육·훈련 등을 통해 향상될 수 있기 때문에 초기에 설정된 일정 나이의 정년이 상당 기간 경과 후에도 합리적인 것으로 평가될 수 있는지 의문이라 하지 않을 수 없다. 또한 근로자의 노화에 따른 능력쇠퇴로 인해 업무를 감당할 수 없는 경우 사용자는 업무수행능력의 결여를 이유로 하여 해고할 수 있는 권한을 갖고 있다. 위와 같은 점들을 종합적으로 고려할 때, 일률적이고 강제적인 정년제는 원칙적으로 나이차별의 한 가지 유형으로 보아야 한다. 다만, 근로자도 언젠가는 노동 생활에서 자연스럽게 은퇴하지 않을 수 없기 때문에 사회적으로 바람직한 은퇴 연령을 정년과 연계시키는 것까지 나이차별로 볼 수는 없을 것이다.

## (2) 재화·용역·시설관련 나이차별의 유형과 사례

나이를 이유로 하여 주택임대의 거부, 상업시설의 이용제한, 보험가입의 거부·제한, 의료서비스의 이용제한 등이 발생할 수 있다. 그리고 나이차별은 본인 뿐만 아니라 그 가족의 나이를 이유로 하는 발생할 수도 있다. 가족 중 유아 내지 노약자가 있음을 이유로 주택임대를 거부하거나 아동을 동반한 경우 소란 등 영업지장이 있을 것이라는 가정하에 영업시설의 출입을 제한하는 경우 등이 그 예이다. ① 놀이터나 기타 유흥시설 등의 이용 및 제공과 관련하여 합리적인 이유 없이 나이에 따라 구별·배제·제한하는 경우, ② 합리적 이유 없이 나이를 이유로 연소자들의 집회나 기타 공동체 모임을 위한 토지나 건물 등의 이용을 제한, 부인하는 것, ③ 합리적 이유 없이 나이를 이유로 주택임대, 용역제공 등에서 구별·배제·제한 등 기타 불리한 대우를 하는 경우, ④ 공공시설 등에서 외모나 옷차림에 기반한 특정 나이에 대한 고정관념으로 부당한 연설이나 행위를 하는 경우, ⑤ 나이에 기초한 사회통념으로 굴욕감 또는 혐오감을 유발하는 언어나 행동을 하는 경우 등이 나이차별에 해당한다. 다만, 유흥 및 관련 상업시설의 이용에 있어서 관련법에 의거하여 연소자의 보호 등 합리적 이유가 증명될 때는 나이차별이 아니다.<sup>520)</sup>

외국의 입법례를 보면, 「캐나다인권법」은 일반 공중이 이용할 수 있는 재화·서비스·시설의 제공 내지 그 접근의 거부 또는 불이익하게 구별하는 것을 차별로서 금지한다(제5조). 상업용 또는 주거용 부동산의 제공에서 그 점유를 거부하거나 불이익하게 구별하는 것 역시 차별로서 금지된다(제6조). 재화 등의 제공에서 사람을 괴롭히는 것(harassment)도 차별에 해당한다(제14조). 그러나 위와 같은 거부 내지 불이익한 구별을 정당화하는 진정한 사유(bona fide justification)가 존재하는 때에는 차별로 보지 않는다(제15조 제1항 (g)). 다만, 이 경우 건강, 안전

520) 차별연구모임, 앞의 책, 77~78쪽.



및 비용에 비추어 어떤 개인이나 집단의 필요(needs)를 충족하여야 하는 자에게 과도한 곤란(undue hardship)을 초래한다는 점에 대한 입증이 있어야 한다(제15조 제2항).

아일랜드의 『평등지위법』(Equal Status Act)은 나이 등을 이유로 하는 재화, 서비스, 부동산, 시설 등의 제공·이용에서의 차별을 금지하고 있다(제5조, 제6조). 그러나 ① 연금, 보험 기타 위험평가와 관련된 사항에서 믿을만한 합리적 보험통계상 또는 통계학상 자료(data)에 근거하여 합리적으로 이루어지는 대우의 차이, ② 스포츠시설 또는 스포츠행사의 제공·조직과 관련하여 연령 등을 이유로 하는 대우의 차이가 해당 시설이나 행사의 성격에 비추어 합리적이고 필수적이고 그 목적에 부합하는 경우, ③ 연기 기타 연예(entertainment)와 관련하여 진정성(authenticity), 미학(aesthetics), 전통 또는 관습 때문에 합리적으로 요구되는 나이 등에 근거한 대우의 차이, ④ 아동의 필요와 관련하여 양부모의 자격을 정하는 합리적인 연령조건, ⑤ 호의 또는 선물에 의한 재화·부동산의 제공, ⑥ 오로지 특정한 사람들의 필요에 적합한 재화 또는 서비스라고 합리적으로 간주되는 경우에서의 대우의 차이 등은 차별에 해당하지 않는다(제5조 제2항, 제6조 제2항).

### (3) 교육·훈련 관련 나이차별의 유형과 사례

합리적 이유없이 나이를 이유로 교육기회제공에 있어 구별·배제·제한을 두거나 나이별로 교육대상 인원을 배정하는 것, 교육기관·직업훈련을 주관하는 기관이나 부서에서 나이에 따라 교육여건 제공과 교육활동에 대한 행·재정지원 등을 달리한 결과 특정 연령대의 사람들에게 불리한 결과가 나타나는 경우 등은 교육시설이나 직업훈련기관의 이용과 관련한 나이차별에 해당한다.<sup>521)</sup>

국가인권위원회는 대학신입생 모집과정에서 동점자가 발생할 경우 연소자를 우선으로 합격시킨다는 대학의 기준이 나이를 이유로 한 차별행위에 해당하는지가 문제된 진정사건에서 동기준이 행정편의적인 것임을 지적하고, 만일 신입생 선발에 있어 일반적인 기준임을 인정한다 하더라도 그것만으로 정당한 차별행위가 되는 것은 아니며, 연소자가 상대적으로 뛰어나다는 것은 객관성이 없는 가정이고, 대학의 자율성은 평등권의 범위 내에서 인정된다고 판단하였다.

그리고 대학당국자에게 가능한 빠른 시기에 모집인원 유동제 등에 의한 합격처리 등 입학지원자의 평등권 침해에 대한 구제조치의 이행을 권고하며,

521) 차별연구모임, 앞의 책, 79쪽.



대학신입생 모집과 관련하여 나이를 이유로 한 차별적 제도, 정책, 관행 등이 있는지를 조사하여 이를 시정·개선하고 나이를 이유로 차별행위를 하지 말 것을 권고하였다(2002.6.18. 02진차22 결정).

한편, 호주의 「나이차별금지법」은 나이를 이유로 하는 입학거부, 입학지원서의 수령거부, 입학자격(조건)에서의 차별, 해당 교육기관이 제공하는 이익에 대한 학생의 접근을 거부하거나 제한하는 것, 퇴학이나 기타 불이익에 처하게 하는 것 등을 금지하고 있다. 다만, 특정 연령 이상의 자를 대상으로 설립된 교육기관이 입학과 관련하여 연령 미달을 이유로 하는 차별은 동법이 금지하는 나이차별에 해당하지 않는다. 아일랜드의 「평등지위법」은 연령 등 9가지 차별사유에 근거한 교육에서의 차별을 금지하고 있는데, 교육기관은 ① 입학 또는 입학자격(조건), ② 해당 교육기관이 제공하는 교육과정, 설비 또는 이익, ③ 해당 교육기관에서의 학생의 참여조건, ④ 퇴학 또는 기타 징계와 관련하여 차별하여서는 아니된다(제7조 제2항). 다만, 체육시설 또는 스포츠행사의 제공·조직과 관련하여 성별, 연령 또는 장애에 근거한 학생대우의 차이가 해당 시설이나 행사의 성격에 비추어 합리적이고 필수적인 경우에는 차별에 해당하지 않는다(제7조 제4항).

## 5) 사회적 신분을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) 사회적 신분의 용어정의

‘사회적 신분’을 이유로 하는 차별은 「헌법」(제11조 제1항), 「국가인권위원회법」(제2조 4호), 「근로기준법」(제5조), 「고용정책기본법」(제19조) 등에서 금지하고 있다.

신분의 개념은 나라와 시대에 따라서 다르다. 역사적 개념으로서의 신분은 중세 봉건사회에서 볼 수 있듯이 세습에 의해 고정화된 사회적 지위를 말한다. 넓은 의미에서의 신분은 특정한 사회나 그 내부집단에서 개인이 차지하는 지위를 말한다.

사회적 신분의 의미에 대하여 선천적 신분설(출생에 의해 고정된 생래의 신분으로 한정하는 견해)<sup>522)</sup>도 있으나 후천적 신분설, 즉 선천적 신분은 물론 후천적으로 취득한 신분까지 포함하는 견해가 통설이다.<sup>523)</sup> 선천적 신분설은 사회적 신

522) 김형배, 『근로기준법』 제8판(증보신판)(박영사, 2001. 7), 77쪽.



분의 개념을 지나치게 협소하게 파악한다는 비판을 면하기 어렵다. 반면에 후천적 신분설에 대해서는 사회적 신분의 범위를 지나치게 확대할 우려가 있다는 비판이 제기될 수 있다. 따라서 어느 범위 내에서 후천적 신분을 사회적 신분으로 포함시킬 것이냐가 문제된다. 이에 관한 해석입장도 차이를 보인다. 헌법재판소는 사회적 신분을 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것”으로 해석하면서 전과자는 사회적 신분으로 해당한다고 보고 있다.<sup>524)</sup> 하급심 판결례는 사회적 신분을 “사람이 태어나면서부터 생래적으로 가지고 있는 지위 또는 후천적으로 가지게 된 지위로서 자신의 의사로도 피할 수 없는 것을 가리키는 것”으로 보면서 노조의 선출직 간부라는 일시적 지위는 사회적 신분으로 해당하지 않는다고 판단한 바 있다.<sup>525)</sup> 한편, 국가인권위원회는 사회적 신분을 “사람이 사회에 있어서 일시적이 아니고 장기적으로 차지하고 있는 지위”라고 전제하며 노동조합원은 후천적으로 취득한 신분이자 직장에서 일시적으로 차지하는 지위가 아니라 장기적으로 차지하고 있는 지위로 사회적 신분으로 볼 수 있다고 해석한 바 있다.<sup>526)</sup>

사회변화에 따라 법해석도 변화하지 않을 수 없다. 현재적 상황에 적합하게 사회적 신분 개념을 해석할 필요가 있다. 우선, 통설과 판례가 인정하고 있듯이 사회적 신분은 선천적인 것 외에 후천적인 것이 포함된다고 봄이 타당하다. 다음으로, 사회적 신분은 사회에서 일정기간에 걸쳐 지속되는 모든 지위(예, 학생, 공무원, 기간제 근로자 등)로서 일시적인 것은 제외되는 것으로 봄이 적절하다. 이 경우 지위는 사람의 의사에 좌우되지 않고 오랜 기간 동안 변화지 않는 고정적 지위로 엄격하게 해석하기 보다는 법이 명시하고 있지 않는 차별사유를 포괄할 수 있는 개방적 개념으로 이해하는 것이 차별금지법 제 취지에 부합한다.

국가인권위원회 출범 이후 2004년까지 접수된 차별행위 진정사건 총 936건 가운데 기타의 경우를 제외하면 ‘사회적 신분’을 이유로 한 진정사건이 187건(20%)으로 1순위를 차지하고 있다. <sup>527)</sup> 이는 국가인권위원회가 사회적 신분을 넓게 해석하여 진정사건을 접수·처리하였기 때문이다. 다시 말해, 「국가인권위원회법」에서 명시되고 있지 않는 차별사유는 대부분이 사회적 신분으로 해당하는 것으로 보아 처리되었던 것이다.

523) 성낙인, 『헌법학』(법문사, 2001. 8), 318~319쪽 참조.

524) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 93헌바43 결정.

525) 서울민사지방법원 1994. 9. 16. 선고 94가합40258 판결.

526) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』(국가인권위원회, 2005. 5), 268쪽.

527) 국가인권위원회, 『2004 국가인권위원회 연간보고서』(국가인권위원회, 2005. 4), 117쪽 [표 2-4-3] 참조.



## 나) 사회적 신분을 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

사회적 신분이라는 개념은 매우 추상적이고 일반적인 개념이다. 따라서 사회적 신분을 이유로 하는 차별의 의미를 파악함에 있어서는 사회적 신분의 개념이 갖는 이러한 특징을 고려하지 않을 수 없다. 사회적 신분을 폭넓게 파악하면 그만큼 차별의 범위도 확대되지만 불법적 차별과 합법적 차별의 경계선이 모호해질 우려가 있고, 결과적으로 차별금지의 실효성이 감소될 위험도 있다. 따라서 사회적 신분의 적정 범위를 정하는 해석기준이 필요로 된다.

### (2) 사회적 신분 차별의 개념과 성립요건

사회적 신분은 사회에서 일정기간에 걸쳐 지속되는 모든 지위(단, 일시적인 것 제외)를 뜻하고, 사회적 신분차별은 합리적 이유없이 이러한 사회적 신분을 이유로 고용, 재화·용역·시설 등의 공급·이용, 교육·훈련과 관련하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다. 다시 말해, 사회적 신분차별은 합리적 이유없이 사회적 신분을 이유로 의도적으로 불이익을 주는 행위(직접차별), 중립적인 기준이나 관행 등에 의해 결과적으로 특정한 사회적 신분에게 속하는 그룹이 배제·구별되거나 불이익에 처하게 되는 상황(간접차별)을 뜻한다.

사회적 신분차별의 개념 및 그 성립요건과 관련한 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 사회적 신분차별에서 ‘사회적 신분’이라는 개념은 일반적이고 불확정적인 개념이다. 이 개념은 차별행위를 정의하고 있는 「국가인권위원회법」(제2조 제4호)이 명시적으로 언급하지 않고 있는 사유에 기한 차별을 금지·구제할 수 있는 개방적 개념으로 기능할 수 있도록 해석되어야 한다. 다시 말해, 사회적 신분이라는 차별사유는 구제 및 시정의 대상이 되는 차별범위를 일정 정도 확대하는 근거가 될 수 있다. 다만, 차별에 대한 형사처벌이 문제되는 경우에는 「형법」의 대원칙인 죄형법정주의원칙에 따라 유추해석의 금지 및 엄격·명확한 해석이 요구되기 때문에 이러한 요구에 반하여 사회적 신분의 의미를 확대할 수는 없을 것이다.

둘째, ‘사회적 신분을 이유로’ 한다는 것은 이익 내지 불이익을 부과하는 기준으로 사회에서 일정 기간에 걸쳐 계속적으로 차지하는 지위(예컨대, 미성년자, 학생, 조교, 계약직 공무원 내지 직원, 군인 등)가 활용된다는 것을 의미한다. 다만, 이 경우 일정 기간은 해당 지위가 문제되는 구체적 상황을 고려하여 사회적 신분으로 간주되기에 족한 기간인지를 판단하여야 하고, 그 물리적 시간이 상대적으로 짧다는 이유만으로 일시적인 것으로 해석하여서는 아니될 것이다.



셋째, ‘특정한 사회적 신분에 속하는 그룹’을 대상으로 하는 간접차별의 경우 ‘사회적 신분을 이유’로 한다는 의미는 다른 사회적 신분의 그룹과는 구별되는 특유한 특성에 근거하여 해당 그룹에 속하는 사람들이 불이익에 처하게 되는 상황을 말한다.

넷째, ‘불이익한 대우’ 내지 ‘불이익한 상황’은 경제적 불이익뿐만 아니라 제반 생활상의 기회박탈이나 참여제한 등 비금전적인 불이익을 포함하는 것으로 보아야 한다.

### (3) 사회적 신분 차별의 예외

사회적 신분차별에 해당하지 않는 경우로 적극적 조치, 직업자격, 기타의 사유를 들 수 있다.

첫째, 『국가인권위원회법』은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위로 보지 아니한다”고 규정하고 있다(제2조 4호 단서). 따라서 현존하는 차별을 해소하기 위한 잠정적 우대(적극적 조치)는 사회적 신분차별에 해당하지 않는다. 예컨대, 비정규직 근로자의 고용불안정을 해소 내지 보상하기 위한 특별보상조치 내지 정규직 전환의 우선권부여 등을 그 예로 들 수 있다.

둘째, 사회적 신분이 직무수행에 불가결한 자격기준에 해당하는 경우에는 차별이 아니다. 해당 업무의 수행을 위해서는 일정한 지위가 필수적으로 요구되는 경우에는 사회적 신분을 이유로 하는 차별에 해당하지 않는다. 예를 들어, 노동조합과 사용자간에 합법적인 유니온숍(union shop)협정이 체결된 경우 종업원의 신분을 유지하기 위해서는 해당 노동조합에 가입하여 조합원자격을 유지하여야 하고, 만일 노동조합에 가입하지 않거나 탈퇴하여 조합원신분을 상실하게 되면 사용자에 의한 해고가 정당화가 되는 경우가 그 예이다. 다만, 사회적 신분이 직업자격 기준에 해당한다는 점에 대한 입증책임은 이를 주장하는 자(즉, 차별이 아님을 주장하는 자)에게 있다고 하겠다.

셋째, 그밖에 사회적 신분을 이유로 하는 대우의 차이가 고용정책·노동시장·직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인 경우에는 이를 차별로 보지 않을 수 있을 것이다.

#### 다) 사회적 신분을 이유로 한 차별의 유형과 사례





### (1) 고용관련 사회적 신분차별의 유형과 사례

「국가인권위원회법」(제2조 제4호)에 의하면, 사회적 신분을 이유로 하여 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함)과 관련하여 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 금지된다.

#### (가) 고용관계의 성립

사회적 신분을 이유로 채용을 거부하거나 채용자격을 달리하는 것 내지 과거의 직업경력을 인정하지 않는 것 등은 그것을 정당화하는 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당한다.

#### ① 국가인권위원회의 결정사례

입사전 경력이 정규직인 경우에는 그 경력이 현재의 업무와 동종 또는 이종 업무인지 여부를 구별함이 없이 경력을 인정하면서 계약직인 경우에는 비정규직이라는 이유로 전혀 인정하지 않는 것은 동일한 업무에 종사한 경력자라도 단지 입사 이전의 경력이 계약직 등 비정규직이라는 이유로 이를 전혀 인정하지 않는 것이기 때문에 불합리한 차별에 해당한다(2004.5.3. 03진차6 결정).

연구직 공무원의 초임호봉 획정을 위한 유사경력 산정에 있어 대학 등에서 시간강사로 근무한 경력을 유사경력으로 인정하지 않았던 사안에서 연구직 공무원은 행정업무를 담당한다 하더라도 연구업무를 지속적으로 수행하여야 하고, 시간강사 또한 주어진 과제에 대한 연구라는 동질성이 있는 등 객관적으로 입증할 수 있는 시간강사 경력을 비전임이라는 이유로 경력합산에서 배제하는 것은 시간강사라는 사회적 신분을 이유로 하는 차별행위에 해당된다(2004.9.20. 04진차192 결정).

대학교전임교원신규채용업무지침 중 “본교 교직원 은 지원 접수 시작일 1월 이전에 사직하여야 한다”하는 규정과 관련하여, 「교육공무원법」 제10조(임용의 원칙) 제2항은 ‘교육공무원의 임용에 있어서는 교원으로서의 자격을 갖추고 임용을 원하는 모든 자에 대하여 능력에 따라 균등한 임용의 기회가 보장되어야 한다’라고 규정하고 있음을 고려할 때 대학교 교직원이라는 이유로 전임교원 지원서 접수 1월 이전에 사직하게 하는 당해 규정은 능력에 따



른 균등한 지원의 기회를 부여하지 아니하여 특정한 사람을 불리하게 대우하는 것이므로 평등권 침해의 차별행위에 해당할 뿐만 아니라 직업선택의 자유에 대한 침해로 판단되었다(2003.10.15. 03진차95 결정).

## ② 헌법재판소의 결정례

한편, 국가유공자(그 유족) 등에 대해 국가기관 실시하는 채용시험에서 가산점을 부여하는 제도와 관련하여 헌법재판소는 이를 평등권침해의 차별에 해당하지 않는 것으로 보았다.

가산점제도의 입법목적이 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 부여를 통해 「헌법」 제32조 제6항이 규정하고 있는 우선적 근로의 기회를 제공함으로써 이들의 생활안정을 도모하고, 다시 한번 국가사회에 봉사할 수 있는 기회를 부여하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 이 가산점제도는 위와 같은 입법목적에 달성함에 있어 정책수단으로서의 적합성을 가지고 있으며, 「헌법」 제32조 제6항에서 국가유공자 등의 근로의 기회를 우선적으로 보호한다고 규정함으로써 그 이외의 자의 근로의 기회는 그러한 범위 내에서 제한될 것이 헌법적으로 예정되어 있는 이상 차별대우의 필요성의 요건을 엄격하게 볼 것은 아니므로, 차별대우의 필요성의 요건도 충족되었다(헌재 2001.2.22 선고, 2000헌마25 결정).

### (나) 고용관계의 유지

사회적 신분을 이유로 하여 임금, 퇴직금, 휴가, 휴직, 승진 등 근로조건에서 합리적 이유없이 차별하는 행위는 금지된다. 특히 임금과 관련해서는 동일노동가치 노동에 대한 동일임금원칙, 퇴직금과 관련해서는 차등적인 퇴직금제도의 설정금지원칙이 적용된다. 고용관계의 유지 단계에서 문제가 되었던 국가인권위원회의 결정사례를 살펴보면 다음과 같다.

기간제교원이 정규의 교원과 동일한 업무를 하고 있음에도 방학기간 중의 보수, 연가, 퇴직금, 호봉획정에 있어서 기간제교원을 정규의 교원에 비하여 불리하게 대우하는 것은 차별행위에 해당한다.



즉 기간제교원의 임용기간이 한 학기를 초과하는 경우 그 임용기간 중의 방학이 교재연구 및 학생지도준비 등 다음 학기를 위한 재충전의 기간이 되어야 함은 정규의 교원의 경우와 다를 것이 없다. 정규교원의 휴직으로 기간제교원을 1년 이상 임용할 필요가 있었고 방학이 끝난 후 재임용 하였음에도 방학기간 중 보수를 지급하지 않은 것은 달리 특별한 사정이 없는 이상 합리적 이유가 없는 차별행위에 해당한다. 정규교원의 연가가 학생들의 학습권을 보호하기 위해 휴가업무처리요령에 따라 학기말의 휴업일에 실시하도록 제한되고 있다고 하더라도 기간제교원에게 국가공무원복무규정에 규정된 연가를 전혀 인정하지 않는 것은 부당한 차별행위이다. 또한 정규교원의 경우 교원으로 근무한 경력을 인정하여 호봉을 책정하면서 기간제교원에 대하여 교원경력이 있음에도 불구하고 상한호봉을 10호봉으로 제한하는 것은 합리적 이유가 없는 차별행위에 해당한다(2003.3.24 02진차64 결정).

그 외 기간제교원 임용계약을 체결할 때 방학을 제외한 나머지 기간만 반복적으로 재임용하거나 형식상 계약기간이 1년을 초과하지 않게 하여 퇴직금을 지급하지 아니한 것은 차별행위이라는 결정이 있다.<sup>528)</sup>

일용잡급직으로 고용된 영양사의 급여를 식품위생직공무원으로 임용된 영양사에 비하여 현저히 낮게 지급하였던 사건에서 일용잡급직으로 고용된 영양사는 식품위생직공무원으로 임용된 영양사와 같이 영양사자격을 가진 자로서 담당업무에 차이가 없음에도 공무원 정원 때문에 일용잡급직으로 고용되었다 하여 식품위생직공무원으로 임용된 영양사들에 비하여 현저히 낮은 급여를 받는 것은 불합리한 차별행위이다(2004.5.24. 03진차111결정).

특수경력직공무원(정무직, 별정직, 계약직, 고용직 공무원)에게 국가공무원법 제71조가 정한 육아휴직을 허용하지 않았던 사건에서 육아휴직을 허용한다고 해서 특수경력직공무원의 신분불안이 가중된다고 볼 근거가 없고, 특수경력직공무원이 최초 임용 당시 육아휴직배제에 대한 동의가 있었다고 보기도 어려우며 달리 특수경력직공무원을 육아휴직제도의 적용대상에서 배제할 합리적 이유를 발견할 수 없으므로 특수경력직공무원을 육아휴직제도의 적용대상에서 배제하는 것은 특수경력직공무원을 합리적인 이유없이 경력직공무원보다 불리하게 대우하는 것으로서 차별행위에 해당하는 것으로 판단되었다(2003.9.22. 03진차76결정).

528) 국가인권위원회 2004.3.22. 03진차75, 85, 46 결정 참조.



#### (다) 고용관계의 종료

사직, 합의해지, 해고, 정년 등 고용관계의 종료에 있어서 사회적 신분을 이유로 불이익하게 대우하거나 불이익한 상황에 처하게 하는 것은 그것을 정당화하는 하는 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당한다.

업무능력이나 기업에 대한 공헌도를 고려하지 않고 단지 비정규직이라는 이유만으로 고용조정 내지 정리해고의 우선적 대상으로 삼는 것은 원칙적으로 사회적 신분을 이유로 하는 차별로 보아야 한다. 다만, 근로기준법(제31조 제2항)이 규정하고 있는 ‘합리적이고 공정한 해고기준’에 따라 해고에 따른 피해가 큰 근로자를 보호하기 위해 차원에서 비정규직 근로자가 우선적 해고대상으로 되었던 경우에는 차별에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 비정규직의 특성상 재직기간이 짧다는 이유만으로 또는 근로관계의 지속성을 기대하기 어렵다는 이유만으로 해고에 따른 보호의 필요성이 적다고 단정하여서는 아니되고, 해당 근로자의 나이 및 부양가족수, 업무능력, 기업공헌도, 담당 업무의 성격과 중요도 등을 종합적으로 고려하여 해고에 따른 보호 필요성을 판단하여야 할 것이다.

다음으로, 정년제 자체가 나이차별적 소지를 내포하고 있지만 설사 나이차별에 해당하지 않는다고 가정하더라도 사회적 신분에 따른 차등적인 정년제는 업무의 성격에 비추어 정당화되지 않는 한 차별로 보아야 한다.

그밖에 고용관계의 종료에 관한 국가인권위원회의 결정사례를 살펴보면 다음과 같다.

일반직공무원의 인사적체해소와 인사쇄신을 위해 별정직공무원에게 사직을 강요하고 업무에서 배제시킨 사건에서 진정인을 면직시킬 객관적이고도 합리적인 근거가 있다고 볼 만한 자료가 없고, 설사 그러한 사유가 있다고 하더라도 정식 면직처분의 절차를 밟지 아니하고 사직의사가 없는 진정인에게 계속적으로 사직서의 제출을 요구하고 업무에서 배제하는 방법으로 사직을 강요한 것은 차별행위이자 헌법이 보장하는 인격권 및 행복추구권, 직업선택의 자유를 침해하는 행위이다(2003.9.22. 03진차104 결정).

교원인사관리규정의 제정·공포 이전에 임용된 조교에 대해서는 재임용을 제한하지 아니하고 제정·공포 이후에 임용된 조교에 대해서는 재임용을 제한한 사건에서 교육공무원인 조교의 재임용은 근무성적, 업무수행실적 등에 의하여 균등한 기회가 보장되어야 함에도 교원인사관리규정의 제정·공포 이전 또는 이후에 임용되었는지 여부만을 기준으로 재임용 여부를 결정하는



것은 차별행위이자 직업선택의 자유에 대한 침해로 판단된다(2004.9.6. 04진차22 결정).

## (2) 재화·용역·시설관련 사회적 신분차별의 유형과 사례

재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 사회적 신분을 이유로 하여 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별에 해당한다. 재화 내지 용역은 권리의 객체가 될 수 있고 일정한 금전적 가치 내지 이익에 상응하는 모든 것을 의미한다. 재화, 용역 등의 제공이 유상인지 무상인지 여부는 중요하지 않다. 유·무상을 불문하고 재화를 대상으로 하는 모든 법적 작용, 그리고 모든 서비스가 적용대상이 된다. 재화·용역·시설과 관련한 차별은 재화 내지 서비스의 제공을 거부하는 경우뿐만 아니라 그 제공에 있어서 차별적 조건을 다는 행위까지 포함한다. 국가인권위원회의 결정사례는 다음과 같다.

공공시설 및 교통시설 이용요금의 할인에서 학생과 학생이 아닌 청소년을 구별하였던 사건에서 헌법 제11조의 평등권 보장규정 및 청소년 헌장중 청소년은 출신, 성별, 종교, 학력, 연령, 지역 등의 차이에 의해 차별받지 않는다는 청소년의 권리조항 등에 비추어 볼 때 공공시설 및 교통시설 이용요금을 학생들에게는 할인해 주면서 비학생 청소년에게는 할인해 주지 않는 것은 합리적 이유없는 차별행위로 판단하였다(2003.9.15. 03진차127 결정).

군복무자가 휴가기간 중 민간의료시설에서 진료를 받을 경우 국민건강보험법에 의한 보험급여를 하지 아니하는 것과 관련하여 헌법상 사회적 신분을 이유로 하는 차별금지(제11조) 및 병역의무의 이행에 따른 불이익한 처우금지(제39조 2항)에 비추어 군복무 때문에 의료서비스 이용에서 불이익을 받아서는 아니되며, 군복무기간에 포함되는 휴가나 외출·외박기간 중에 접근하기 편리한 민간의료시설에서의 진료에 대해서 국민건강보험법에 의한 보험급여를 제외시키는 것은 평등권 침해의 차별행위로 판단되었다(2003.9.8. 03진차13, 03진차15(병합 결정)).



### (3) 교육·훈련 관련 사회적 신분차별의 유형과 사례

교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 사회적 신분을 이유로 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 금지된다. 합리적 이유없이 사회적 신분을 이유로 교육기회제공에 있어 구별·배제·제한을 두거나 신분에 따라 교육대상 인원을 배정하는 것, 교육기관·직업훈련을 주관하는 기관이나 부서에서 사회적 신분에 따라 교육여건 제공과 교육활동에 대한 행·재정지원 등을 달리한 결과 특정한 신분의 집단에 속한 사람들에게 불리한 결과가 나타나는 경우 등은 교육시설이나 직업훈련기관의 이용과 관련한 차별에 해당한다.

『국가인권위원회법』에 학력이 차별사유가 명시되기 이전에는 학력차별은 사회적 신분을 이유로 하는 차별의 범주에 포함되어 진정사건이 처리되었는데 그에 관한 국가인권위원회의 결정사례는 다음과 같다.<sup>529)</sup>

대학교의 한의학과 편입에서 전문대 졸업자의 지원자격을 배제한 사건(지원자격을 국내 의학계열 의·치대 졸업자 내지 졸업예정자로 의사면허 취득자 내지 예정자로 한정)과 관련하여, 국가인권위원회는 학사편입(정원의 편입학)의 경우 『고등교육법시행령』 제29조 제2항 제3호에 “학사학위를 취득하고 제3학년으로 편입하는 자(전문대학의 경우를 제외한다)”로 규정하고 있고, 비단 전문대 졸업자뿐만 아니라 대학 2학년과 동등한 학력이 있다고 인정되는 모든 자에게 그 지원자격이 제한·적용되므로 전문대 학사에게 부당하게 편입지원자격을 부여하지 않는다는 진정인의 주장은 차별행위로 인정하기 어렵다고 판단하였다.

### 6) 출신지역을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

#### 가) 출신지역의 용어정의

일반적으로 출신지역은 사람이 태어난 지역 또는 성장한 지역을 뜻한다. 2005년 7월 29일 개정된 『국가인권위원회법』(제2조 4호)은 출신지역을 “출생지, 원적

529) 국가인권위원회 차별조사국, 『차별행위 사례집(2001.11.25~2003.12.31.)』 <내부용>(국가인권위원회, 2004. 3), 306쪽.



지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등”을 말하는 것으로 명시하고 있다. 본인이 실제로 태어나서 자란 지역이 아닐지라도 조상 대대로 살아온 고향(본적지), 최초의 본적 또는 부조(父祖)의 본적지(원적지)를 출신지역으로 포함하고 있다. 우리 사회에서 출신지역은 지역갈등의 문제를 야기하면서 심각한 사회문제의 하나로 부각되어 왔다는 점에서 위와 같이 출신지역을 넓게 파악하는 입법태도는 차별금지의 취지에 부합하는 것으로 타당하다고 볼 수 있다.

한편, 차별금지에 관한 국제기준이나 외국의 입법례를 볼 때 출신지역을 차별 사유로 규정하고 있는 예는 찾기 어렵다. 그럼에도 불구하고 사람의 출생지 내지 생활근거지와 같은 지역적 요소에 의한 차별은 인종적 차별 이상으로 비인도적이며, 사회통합에 역행하는 것이고 국민통합을 저해하는 것이며, 개인의 자유롭고 창의적인 능력발휘를 봉쇄하는 것이므로 보다 엄격히 금지되어야 할 필요가 있다.<sup>530)</sup> 출신지역은 생래적·선천적인 특성이라 할 수 있다. 이러한 점에서 출신지역을 이유로 하는 차별은 봉건적이고 카스트적인 차별의 성격을 갖는다. 그리고 출신지역차별은 권력과 사회적 자원의 배분에서 왜곡을 초래한다. 따라서 출신지역차별을 해소하기 위한 노력이 절실히 요구된다.

그럼에도 불구하고, 국가인권위원회 출범 이후 2004년까지 접수된 차별행위 진정사건 총 936건 가운데 ‘출신지역’을 이유로 한 진정사건은 13건(1.4%)으로 그리 큰 비중을 차지하고 있지는 못한 상황이다.<sup>531)</sup>

## 나) 출신지역을 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

출신지역은 사람이 나고 자란 뿌리라고 할 수 있다. 같은 출신지역에 기초한 동향의식은 흔히 동향 출신자에 대한 배려와 우대로 나타나고, 이는 다른 측면에서 타향 출신자에 대한 기피와 배제를 낳는다. 그런데 사람이 원래 나고 자란 지역과 현재 생활의 주된 기반으로 삼고 있는 지역은 다를 수 있다. 예를 들어, 지역주민에 한정하여 권리 내지 자격을 부여하거나 공공서비스를 제공하는 경우에 차별 여부가 문제될 수 있다. 따라서 현거주지를 이유로 하는 대우의 차이가 출신지역차별에 해당할 수 있는지 검토되어야 한다.

한편, 출신지역을 이유로 하는 대우의 차이가 차별에 해당하지 않는다고 볼 수

530) 헌법재판소 2001.11.29. 선고 99헌마494 결정상의 권성재판관의 별개의견에서 재 인용.

531) 국가인권위원회, 『2004 국가인권위원회 연간보고서』(국가인권위원회, 2005. 4), 117 쪽 [표 2-4-3] 참조.



있는 기준 역시 적극적 조치, 직업자격 등의 측면에서 검토할 필요가 있다. 나아가 기타 합법적인 목적을 달성을 위한 적당하고 필요한 수단에 해당하는 경우에도 차별예외로 설정될 수 있는데 이 경우 합법적 목적과 수단으로 볼 수 있는 경우가 무엇인지를 검토하여야 한다.

### (2) 출신지역차별의 개념과 성립요건

출신지역차별은 합리적 이유없이 출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 이유로 고용, 재화·용역·시설 등의 공급·이용, 교육·훈련과 관련하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다. 즉, 출신지역차별은 합리적 이유없이 출신지역을 이유로 의도적으로 불이익을 주는 행위(직접차별), 중립적인 기준이나 관행 등에 의해 결과적으로 특정한 출신지역에 속하는 그룹이 배제·구별되거나 불이익에 처하게 되는 상황(간접차별)을 뜻한다.

우선, ‘출신지역을 이유로’ 한다는 것은 「국가인권위원회법」이 명시적으로 열거하고 있는 출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 외에도 현재의 주거지(주민등록지)를 이유로 하는 경우까지 포함하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 왜냐하면, 법에서 열거하고 있는 사항이 명백히 예시적인 것이기 때문이다. 그리고 채용이나 시설의 이용과 관련하여 해당 지역주민에 한정하는 주거지제한을 하고 있는 사례가 많기 때문에 그에 따른 차별 여부 내지 합리성 판단을 위해서는 출신지역에 현주거지(주민등록지)가 포함되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

다음으로, ‘불이익한 대우’ 내지 ‘불이익한 상황’은 경제적 불이익에 국한되지 않는다. 제반 생활상의 기회박탈이나 참여제한 등 비금전적인 불이익을 포함하는 것으로 보아야 한다.

### (3) 출신지역차별의 예외

출신지역차별에 해당하지 않는 경우로 적극적 조치, 직업자격, 기타의 사유를 들 수 있다.

첫째, 「국가인권위원회법」은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위로 보지 아니한다”고 규정하고 있다(제2조 4호 단서). 따라서 현존하는 차별을 해소하기 위한 잠정적 우대(즉, 적극적 조치)는 출신지역차별에 해당하지 않는다. 예컨대, 동일한 자격 하에서 지방출신자를 우대하는 채용목표제를 예로 들 수 있다.

둘째, 출신지역이 직무수행에 불가결한 자격기준에 해당하는 경우이다. 해당





업무의 수행을 위해 일정한 지역출신이 필수적으로 요구되는 경우에는 출신지역을 이유로 하는 차별에 해당하지 않는다. 예컨대, 특정 지역의 생활관습이나 언어·문화에 정통하여야 해당 직무를 제대로 수행할 수 있는 경우 그 지역출신자를 채용조건으로 삼는 경우를 예로 들 수 있다.

셋째, 그밖에 출신지역을 이유로 하는 대우의 차이가 고용정책·노동시장·직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인 경우에는 이를 차별로 보지 않을 수 있을 것이다. 예컨대, 초·중등교육에서 진학학교배정시의 주거지 제한을 예로 들 수 있다. 그리고 지역의 실업해소 또는 고용창출을 목적으로 지역주민에게 우선적인 고용기회를 부여하는 경우도 그러하다.

## 다) 출신지역을 이유로 한 차별의 유형과 사례

### (1) 고용관련 차별의 유형과 사례

출신지역을 이유로 하여 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함)과 관련하여 합리적 이유가 없이 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별에 해당한다.

첫째, 출신지역을 이유로 채용을 거부하거나 채용자격을 특정의 출신지역으로 한정하는 것 등은 그것을 정당화하는 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당한다. 국가인권위원회의 결정사례(합리적 이유있는 차별인정 사안)를 살펴보면 다음과 같다.

지방의 지하철공사가 신규직원모집에서 응시자격을 모집공고일 1년 이전부터 최종시험일까지 해당 지방에 주민등록이 되어 있는 자로 한정된 사건에서, 지자체의 지방공무원 채용의 경우 해당 지역에 거주하거나 주민등록이 되어 있는 자로 응시자격을 한정하고 있는 것은 그 지역출신자에 대한 우대 조치로 전국의 지자체가 시행중에 있기에 합리적인 이유가 있다고 판단하였다(2004.6.17. 03진차581 결정).

지방공무원 응시자격과 관련하여 고위직(특히 연구직, 의사)은 거주지제한이 없음에도 하위직에는 거주지제한을 두는 것은 부당한 차별이라는 진정사



건에서, 지방공무원 선발시 각 지자체가 응시자격을 해당 지역 거주자에 한하여 선발하는 것은 그 지역출신자에 대한 우대조치의 일환으로 차별로 볼 수 없고, 고위직에만 거주지제한을 하고 있지 않다고 주장하고 있으나 그 직력의 경우 해당 시에서 거주지제한을 하였으나 응시자가 없어 선발하지 못하여 거주지제한을 하지 않은 것으로 합리적 이유가 있다고 판단하였다 (2004.6.14. 04진차13 결정).

그러나 거주이전의 자유, 공무원임권, 직업선택자유 보장이라는 측면에서 채용기준상의 거주지제한의 합리성은 보다 엄격하게 해석될 필요가 있다. 해당 지역출신자 내지 해당 지역주민자에 대한 우대조치는 채용가산제 등과 같은 보다 덜 차별적인 수단을 활용함으로써 가능하기 때문이다.

둘째, 출신지역을 이유로 하여 임금, 배치전환, 승진 등 근로조건에서 합리적 이유없이 차이를 두거나 불이익을 주는 것은 차별에 해당한다. 특히 승진에서 특정 지역출신자의 높은 비율은 차별을 추정케 하는 징표에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 또한 능력과 성과를 무시한 승진에서의 지역적 안배 역시 다른 합리적 이유가 없는 한 차별을 추정케 한다. 그러나 특정지역으로 배치전환하기 위한 대상자를 선정함에 있어서 해당 지역출신 여부를 고려하는 것 자체는 다른 위법한 이유에 의한 것이 아닌 한 차별로 보기 어려울 것이다. 도서, 벽지, 오지 등 생활환경과 근무환경이 열악한 지역으로 해당 지역의 출신자를 배치하면서 금전적으로 보상하기 위한 특수근무수당의 별도 지급은 역시 출신지역차별로 보기 어렵다.

셋째, 명예(희망)퇴직, 해고, 정년 등 고용관계의 종료에 있어서 출신지역을 이유로 불이익하게 대우하거나 불이익한 상황에 처하게 하는 것은 그것을 정당화하는 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당한다. 해고는 정당한 이유가 있어야 가능하고 출신지역은 원칙적으로 해고의 정당사유에 해당하지 않는다. 정년은 일정한 나이의 도달을 조건으로 하는 것이기 때문에 출신지역이 문제되는 경우는 드물 것이나 현지인 채용을 원칙으로 하는 하나의 기업에서 지역을 달리하는 사업장별로 정년을 달리하는 것은 다른 합리적인 이유가 없는 한 출신지역을 이유로 하는 차별을 추정케 한다.

## (2) 재화·용역·시설관련 차별의 유형과 사례

재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 출신지역을 이유로 하여 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 합리적 이유 없이 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별에 해당한다.



‘재화’는 사람이 쓸 수 있는 구체적인 물건으로서 눈으로 보거나 만질 수 있는 유형의 것으로, 자유재, 경제재, 소비재, 생산재를 모두 포괄한다. ‘용역’은 의사진료, 이발 등과 같이 그 행위를 눈으로 볼 수 있으나 형태를 알 수 없는 무형의 것으로서 사람에게 유용하게 쓰이는 것을 말하고 직접용역(인간으로부터 직접 나오는 용역)과 간접용역(전신, 전화 등 특정 재화를 매개하여 소비의 대상이 가능한 용역)을 모두 포함한다.<sup>532)</sup> 재화 내지 용역은 권리의 객체가 될 수 있고 일정한 금전적 가치 내지 이익에 상응하는 모든 것을 의미한다. 재화, 용역 등의 제공이 유상인지 무상인지 여부는 중요하지 않다. 유·무상을 불문하고 재화를 대상으로 하는 모든 법적 작용, 그리고 모든 서비스가 적용대상이 된다. 재화·용역·시설과 관련한 차별은 재화 내지 서비스의 제공을 거부하는 경우뿐만 아니라 그 제공에 있어서 차별적 조건을 다는 행위까지 포함한다.

재화, 용역, 시설의 공급을 공급하는 사업 내지 사업장이 그 소재지에 속한 지역주민에 대하여 가격할인제를 적용하는 것은 해당 재화·용역·시설을 자주 이용하거나 소비하는 주민들에 대한 일종의 우대조치에 해당하기 때문에 다른 지역주민에 대한 출신지역차별이라고 보기 어렵다. 그러나 공공기관이 일정 기간 이상의 거주를 조건으로 하여 서비스를 제공하는 경우에는 차별의 소지가 있게 된다. 이와 관련한 미국의 판결례는 다음과 같다. Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969년) 사건은 코네티컷주, 펜실베이니아주, 워싱턴 특별구가 주(州) 내에 1년 이상 거주한 자에게만 복지혜택을 제공하는 법률의 위헌 여부가 다투어진 사안이다. 연방대법원은 이러한 법률은 다음과 같은 이유로 위헌이라 판시하였다. ① 1년 이하 거주자에게 복지혜택을 부인함으로써 주 내로 유입되는 인구를 막으려는 입법목적은 이주권(移住權)이라는 헌법상 권리에 비추어 용납되지 않는다. ② 세금을 더 많이 낸 주민에게 복지혜택이 돌아가도록 한다는 입법목적은 세금납부실적에 따라 교육, 공원시설, 도서관, 경찰이나 소방서비스까지도 거부할 수 있다는 결과가 되므로 평등원칙상 허용되지 않는다. ③ 주간이주권(州間移住權)은 헌법상 권리고, 이러한 권리를 침해하는 차별은 오직 불가피한 정부이익을 달성하기 위해 필요한 경우에만 정당화될 수 있다. 이러한 엄격심사기준에 의하면 위 규정은 평등보호조항 위반이다. 다음으로, Zobel v. Williams, 457 U.S. 55 (1982년) 사건에서 알라스카는 주(州) 소유의 석유자원에서 벌어들인 수입을 주민들에게 배분하는 계획을 세웠는데 그것은 거주기간에 따라 오래 거주한 주민을 우대하고 새로 이주한 주민에게는 적게 지급하는 것이었다. 연방대법원은 다음과 같은 이유로 위헌이라 판시했다. ① 알라스카로 이주해오도록 또는 계속 알라스카 주민으로 남도록 재정적 유인을 준다는 주(州)의 이익은 본 사안의 차별

532) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』(국가인권위원회, 2005. 5), 245~246쪽 참조.



적 계획과 합리적 관련성이 없다. 주(州)의 천연자원을 소중하게 관리하도록 유도한다는 주의 이익도 본 사안의 차별적 계획과 합리적 관련성이 없다. ② 오래 거주한 자는 그만큼 주에 더 많이 기여하였으므로 그에 대한 보상이 정당하다고 주(州)는 주장하나 이는 정당한 주의 목적이 될 수 없다. 주(州)의 논리에 따르면 어떠한 권리나 서비스도 거주기간에 따라 달리 제공될 수 있다는 불합리한 결론에 이른다. 이는 카스트제도와 다를 바 없다.<sup>533)</sup>

### (3) 교육·훈련 관련 차별의 유형과 사례

교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 출신지역을 이유로 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당한다. ‘교육시설’은 학교, 교육원, 학원, 연구소, 도서관 기타 이와 유사한 사실을 말하고, ‘직업훈련기관’은 관계 법령에 의해 학생 및 근로자 등에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식, 기술 및 태도를 습득·향상시키기 위해 실시하는 직업교육 및 훈련을 실시하는 기관이나 시설을 말한다.<sup>534)</sup>

합리적 이유 없이 출신지역을 이유로 교육·훈련의 기회 내지 교육·훈련시설의 이용을 거부하거나 차별적 조건을 달아 제한하는 것은 원칙적으로 차별이다. 국가인권위원회의 결정사례(합리적 이유있는 차별 인정 사안)는 다음과 같다.

구립도서관이 서울지역시민에게만 도서대출을 허가하는 것과 관련하여 서울이 주된 생활근거지임에도 불구하고 단순히 주소지가 부산이라는 이유만으로 공공도서관이 도서대출을 금지하는 것은 부당한 차별행위라는 주장에 대해 공공도서관은 『도서관및독서진흥법』 제21조에 따라 지역사회의 정보제공 및 문화발전을 위해 설립하여야 한다고 명시하고 있고, 제22조에는 공공도서관의 운영비도 지방자치단체의 일반회계에서 부담하여야 한다고 규정하고 있는 점에 비추어 타지역주민과 주거 불확정자에게 도서대출을 허가할 경우 반납지연, 회수불가 등 도서관설립 취지를 달성할 수 없는 바, 타지역주민에 대해서는 자료열람만 서비스를 제공하고 자료대출 서비스를 제한하는 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다(2003.6.30. 02진차87 결정).

533) 미국 판결례에 관한 이상의 내용은 한국여성개발원(오정진 외), 『차별 관련 법령 실태 조사』(국가인권위원회 연구용역사업보고서, 2003. 9), 218~219쪽에서 재인용하였다.

534) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 285쪽 참조.



#### (4) 기타

개인택시면허발급 우선순위에서 관내 택시 무사고경력만 인정하는 것이 출신지역을 이유로 하는 차별 내지 직업선택의 자유에 대한 침해에 해당하는지가 문제되었던 사건에서 국가인권위원회는 지방자치단체에 개인택시운송사업면허를 신청하기 위해 당해 지방자치단체에서 2년 이상 거주하여야 한다는 『개인택시운송사업면허업무처리규정』은 관외 경력으로 개인택시면허 신청자들이 개인택시운송사업면허를 신청하는데 있어서 제한이 될 수 있으므로 개인택시면허 우선순위에서 관외경력을 인정하지 않는 것은 차별행위이자 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 판단하였다(2004.10.11. 04진차 104 결정).

### 7) 출신국가를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

#### 가) 출신국가의 의의

출신국가(national origin)를 이유로 한 차별은 일반적으로 오해되고 있는 바와 같이<sup>535)</sup> “국적”(nationality)을 이유로 한 차별, 즉 “외국인”(alien) 차별을 의미하는 것이 아니다. 출신국가는 우리나라 국적을 가진 국민과 다른 나라 국적을 가진 국민을 구분하는 기준으로 이용되는 것이 아니라 우리나라 국적을 가진 국민 중 대한민국 이외의 국가에서 출생한 자 또는 그 부모, 조부모 등이 다른 국가에서 온 자를 구별하기 위한 기준으로 이해되어야 한다.<sup>536)</sup> 즉 출신국가에 따른 차

535) 예컨대 국가인권위원회는 03진차25 결정에서는 중국 국적의 중국인에 대해 조교수 재임용심사를 하지 아니하고 계약기간 만료를 이유로 진정인을 해임한 것은 평등권을 침해한 차별행위로 인정하면서, “진정인이 외국인이기 때문에 취한 차별적 조치”라고 하고 있으며, 그 반대의견에서도 “재임용하지 아니한 것이 국적을 이유로 한 차별인지 여부”로 논의하고 있다. 그러나 이 결정의 다수의견이나 반대의견에서는 국가인권위원회법에서 금지하고 있는 차별행위가 “국적”을 이유로 한 차별이 아니라 “출신국가”에 의한 차별이라는 점을 간과한 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

536) 국제노동기구(ILO)의 입장(ILO: Equality in employment and occupation, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958, Report III (Part 4B), ILC, 75th Session, 1988, para.36)임과 동시에 미국 연방대법원의 입장(Espinoza v.



별은 외국인과 대한민국 국민간의 국적을 이유로 한 차별을 의미하는 것이 아니라 대한민국 국민 중 외국에서 귀화한 자와 그렇지 않은 자 사이 또는 대한민국 국적을 가진 국민 중 예컨대 A국가에서 귀화한 자와 B국가에서 귀화한 자 사이에서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 의미한다. 「국가인권위원회법」에서 “국적”을 이유로 한 차별 대신 “출신국가”를 이유로 한 차별을 규정하고 있는 취지도 여기에 있는 것으로 해석되어야 한다. “국적”을 이유로 한 차별은 “출신국가”에 기한 차별이 아니라 “사회적 신분”에 기한 차별의 문제로서 다루어져야 할 사안이다.

“국적”에 따른 차별은 오히려 우리 법체계 속에서는 당연한 전제로 되어 있다. 헌법재판소에 따르면 외국인은 “원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고(「국가공무원법」 제35조, 「지방공무원법」 제33조, 「외무공무원법」 제9조), 거주·이전의 자유(「헌법」 제14조, 「출입국관리법」 제7조, 제17조), 직업선택의 자유(「헌법」 제15조, 「수산업법」 제5조, 「도선법」 제6조), 재산권(「헌법」 제23조, 「외국인토지법」 제3조, 「특허법」 제25조, 「항공법」 제6조), 선거권 및 피선거권(「헌법」 제24조, 제25조, 「공직선거및선거부정방지법」 제15조, 제16조), 국가배상청구권(「헌법」 제29조 제2항, 「국가배상법」 제7조), 범죄피해자구조청구권(「헌법」 제30조, 「범죄피해자구조법」 제10조), 국민투표권(「헌법」 제72조, 제130조 제2항, 「국민투표법」 제7조) 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로 밖에 향유하지 못한다”고 판단하고 있다.<sup>537)</sup> 고용부분에서도 외국인 차별을 오히려 당연한 전제로 하고 있다. 「출입국관리법」은 외국인에 대해 정치활동의 금지(제17조), 고용의 제한(제18조) 등 특별한 제한을 부과하고 있고, 특히 고용에 대해서는 다양한 제한규정을 두고 있는 등(제18조 이하), 외국인과 대한민국 국민과의 차별을 전제로 하고 있다. 체류자격을 가지지 아니한 외국인을 고용하거나 고용을 알선·권유 등 소개행위를 하는 것은 금지되어 있으며(제18조 제3항, 제4항) 이에 위반한 경우에는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제94조). 체류자격이 있는 외국인을 고용한 자도 외국인을 해고하는 등 일정한 사유에 해당할 때에는 출입국관리사무소 등에 신고하여야 하고(제19조), 이에 위반한 때에는 과태료에 처하도록 규정하고 있다(제100조). 따라서 「출입국관리법」은 외국인에 대한 당연한 차별을 예정하고 있다. 「외국인근로자의고용등에관한법률」 역시 내국인 근로자와의 차별을 당연한 전제로 하여 제정된 법률이라고 할 수 있다.

Farah Mfg. Co., 414 U.S. 86 (1973))이다.

537) 헌법재판소 2001.11.29, 99헌마494; 이러한 헌법재판소의 입장에 대해서는 국민으로서의 권리와 인간으로서의 권리를 구별하는 기준이 무엇인가를 제시하고 있지 못하고 있다는 비판이 있다(정종섭, “한국에서 외국인이 보유하는 지위와 권리의 성질”, 「헌법의 규범력과 법질서」(허영교수정년기념논문집)(박영사, 2002), 40쪽 이하).



인권에 관한 국제조약에서도 “국적” 그 자체를 차별금지사유로 규정하고 있지는 않다. 예컨대 「자유권규약」은 제2조 제2항에서 “이 규약의 각 당사국은 이 규약에서 선언한 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 지위 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다”고 규정하고 있고, 「사회권규약」 제2조 제1항에서도 동일한 규정을 두고 있어, “국적” 그 자체를 차별금지사유로 하고 있는 것은 아니다.<sup>538)</sup>

이상에서 볼 때, 「국가인권위원회법」 제2조 제4호에서 금지하는 평등권침해의 차별행위는 외국 국적을 가진 자 또는 대한민국 국적을 가지지 아니한 자와 대한민국 국적을 가진 자 사이에서 “국적”을 이유로 하는 차별행위를 대상으로 하는 것이 아니고, 동일한 국적을 가진 자 상호간에서 출신국적을 이유로 한 차별행위를 대상으로 하는 것이다. 예컨대 귀화한 대한민국 국민과 그렇지 않은 대한민국 국민 사이 또는 화교출신으로 귀화한 대한민국 국민과 미국출신으로 귀화한 대한민국 국민 사이에서 이루어진 차별행위가 “출신국가”에 기한 차별행위로서 국가인권위원회의 진정대상이 된다.

그런데 대한민국 국적을 가지지 않은 외국인 또는 무국적자가 헌법상 기본권을 향유할 수 있는지 여부, 향유할 수 있다면 어떤 범위에서 향유할 수 있는지는 헌법과 법률의 해석에 달려 있는 문제이다. 우리 헌법재판소는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인은 기본권의 주체가 될 수 있다고 하여<sup>539)</sup> 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하고 있고, 특히 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이라고 하고 있다.<sup>540)</sup> 이러한 헌법의 해석에 의해 외국인도 일정한 기본권을 향유할 수는 있다. 따라서 외국인이 국적 이외의 사유, 예컨대 성별 또는 종교 등을 이유로 한 차별을 받은 때에는 국가인권위원회에 이를 이유로 한 구제를 신청할 수 있다. 그러나 「국가인권위원회법」에서 규정하는 “출신국가”를 이유로 한 차별에 기하여 구제를 신청할 수는 없다고 해석하는 것이 타당하다.

#### 나) “출신국가”를 이유로 한 차별의 의미

538) 그러나 그렇다고 하여 “국적”에 의한 차별이 당연히 허용된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 구체적인 내용은 정인섭, “외국인의 국제법상 지위에 관한 연구”(서울대 박사학위논문, 1992.2.) 참고.

539) 헌법재판소 1994.12.29. 93헌마120.

540) 헌법재판소 2001.11.29. 99헌마494.



### (1) 쟁점사항

이와 같이 국적은 “출신국가”와는 다른 개념으로서, 대한민국 국민과 외국인 사이의 국적을 이유로 한 차별은 “출신국가”를 이유로 한 차별이 아니기 때문에 국가인권위원회에 의한 구제대상이 될 수 없으나, 외국인 상호간의 차별, 즉 A국적을 가진 자와 B국적을 가진 자 사이의 차별행위가 국가인권위원회에 의한 구제의 대상이 될 수 있는지 여부는 문제될 수 있다.

헌법재판소는 대한민국 국적을 가지지 않는 정부수립이후의 이주동포와 정부수립이전 이주동포에 대해 차별적 대우를 하고 있는 「재외동포의출입국과법적지위에관한법률」에 대하여 헌법불합치결정을 함으로써 외국인 상호간의 차별도 헌법상 평등의 원칙에 반한다고 볼 수 있는 여지를 제공하고 있다.<sup>541)</sup> 상이한 국적을 가진 외국인 상호간에 합리적인 이유없이 상이한 국적을 가졌다는 이유만으로 차별행위를 하는 것은 국적 그 자체에 기한 차별에 해당할 뿐만 아니라 “출신” 국가를 이유로 한 차별에도 해당하기 때문에 국가인권위원회에 의한 구제대상이 된다고 해석하는 것이 타당한 것으로 보인다.

### (2) 출신국가를 이유로 한 차별의 성립요건

출신국가에 기한 차별이 인정되기 위해서는 첫째, 비교대상자와 차별피해자가 모두 동일한 국적법상 지위를 가지고 있어야 한다. 즉 국적법상 대한민국 국민인 자 사이에서 출생에 의하여 국적을 취득한 자에 대하여 귀화에 의하여 국적을 취득한 자를 차별하는 경우 또는 국적법상 외국인의 지위에 있는 자 사이에서 특정 국가에서 온 외국인이라는 이유로 차별하는 경우가 여기에 해당한다.

여기에서 외국국적을 가진 자에 대하여 대한민국 국민을 우대하는 행위가 「국가인권위원회법」이 금지하는 출신국가를 이유로 한 차별행위라고 할 수 있는지가 문제된다. 즉 “국적”을 이유로 차별하는 것이 허용되는지 여부가 문제될 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 국적은 원칙적으로는 「국가인권위원회법」에서 명시적으로 금지하고 있는 사유에 해당하지 않지만, 이는 개별적·구체적으로 접근되어야 한다.

예컨대, 「근로기준법」에서는 “국적”을 이유로 한 차별대우가 금지되어 있기 때문에(제5조), 「외국인근로자의고용등에관한법률」에 의해 적법한 고용허가를 받은 자와 내국인 근로자 간의 국적을 이유로 한 차별은 국가인권위원회에 의해 구제의 대상이 된다. 설령 「외국인근로자의고용등에관한법률」에 의한 고용허가를 받

541) 헌법재판소 2001.11.29. 99헌마494; 이 법이 “대한민국의 국적을 가졌던 자”에 대한 우대로서 “민족적 기원에 근거를 둔 차별”에 해당하여 국제인권규약 위반이라고 비판하는 견해로는 정인섭, “재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률”의 내용과 문제점, 『서울국제법연구』 제6권 제2호, 1999, 314쪽 이하.





지 아니한 자나 출입국관리법에 의해 적법한 체류자격이 없는 이른바 불법체류 근로자라고 하더라도, 근로관계가 존속되고 있는 도중에는 “국적” 또는 “체류자격”을 이유로 차별대우를 할 수 없다. 그러나 채용에 있어서 국적을 이유로 하여 외국인을 차별하는 것은 「근로기준법」에 의해 금지되지 않기 때문에 그 경우 국가인권위원회에 의한 구제대상이 될 수 있는지가 문제될 수 있다. 국가인권위원회는 당연히 적용대상이 된다는 것을 전제로 하고 있는 것처럼 보인다.<sup>542)</sup> 그러나 국내 기업이 채용에 있어서 외국인과 내국인을 차별적으로 취급하는 것이 「국가인권위원회법」에 위반하는지, 바꾸어 말하면 대한민국 국민을 외국인에 대해 우대하여 채용하는 것이 금지되는지에 대해서는 간단하게 긍정할 수 있는 성질의 것이 아니다.

미국의 경우 채용과 관련하여 내국인과 외국인에 대해 상이한 접근방식을 취하고 있다. 즉 국적을 이유로 미국 시민권을 가지지 않은 자의 채용을 거부하는 것은 민권법 제7편 위반의 차별행위로 인정하지 않으면서<sup>543)</sup> 미국 시민권자에 대해 외국국적을 가진 사람을 우대하는 것은 「민권법」 제7편 위반의 차별행위로 인정한다.<sup>544)</sup> 이는 채용에 있어서 국적을 이유로 한 차별이 당연히 인권으로서의 평등권 위반을 구성하는 것은 아니라는 것을 시사한다. 외국인의 취업은 입법정책에 의해 당연히 제한될 수 있는 성질의 것이고 헌법상 근로권이 ‘국민’에게 인정된 권리라는 점을 고려하면 노동시장에 있어서는 내국인우선의 원칙은 오히려 헌법상 요청이라고 할 수 있다. 따라서 채용에 있어서 외국인 차별 내지 대한민국 국민의 우대는 「국가인권위원회법」이 금지하는 평등권위반의 차별행위에 해당한다고 해석하기 어렵다.

한편, 사회보장분야에 있어서는 「사회보장기본법」에서 외국인에 대해서는 원칙적으로 상호주의원칙에 의하도록 규정하고 있다(제8조). 따라서 원칙적으로 “국적”을 이유로 한 차별을 전제로 하고 있다고 할 수 있다. 그밖의 분야에서는 행위의 목적, 취지, 내용 등을 종합적으로 판단하여 결정할 필요가 있을 것이다.

둘째, 출신국가를 이유로 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우받아야 한다.

셋째, 출신국가와 불리한 대우 사이에는 인과관계가 있어야 하기 때문에 차별행위자는 차별피해자의 출신국가에 대하여 알고 있어야 한다.

#### 다) “출신국가”를 이유로 한 차별의 유형과 사례

외국, 특히 미국에서 출신국가를 이유로 한 차별의 대표적인 유형은 영어구사

542) 예컨대 국가인권위원회 03진차25 결정.

543) Espinoza v. Farah Mfg Co. Inc. (S.Ct. 1973).

544) MacNamara v. Korean Air Lines, 863 F.2d 1135 (3d Cir. 1988).



능력과 관련하여 발생하는 차별행위이다. 즉 영어를 구사할 수 없는 자에 대한 고용상 차별,<sup>545)</sup> 이중언어를 사용하는 자에 대해 영어만을 사용하도록 하는 영어 전용규칙(English-only rule)의 적법성,<sup>546)</sup> 외국액센트가 있는 영어를 구사한다는 것을 이유로 한 차별<sup>547)</sup> 등이 여기에 해당한다.

우리나라에서도 출신국가를 이유로 한 차별의 유형은 귀화한 국민이 한국어에 능통하지 못한 것을 이유로 한 차별행위를 상정할 수 있다.

#### ① 고용관련부문

채용에 있어서는 국적을 이유로 한 차별은 내국인 고용우선은 「헌법」상 요청이라고 할 수 있기 때문에 허용된다고 해석하여야 하지만, 채용에 있어서도 “출신국가”를 이유로 한 차별은 허용되지 않는다. 즉 귀화하였다는 것을 이유로 또는 귀화 전의 출신국가를 이유로 채용에 있어서 차별하는 것은 평등권침해의 차별행위에 해당한다. 이에 대하여 근로관계의 존속 또는 종료와 관련하여서는 출신국가를 이유로 한 차별적 대우만이 아니라 “국적”을 이유로 한 차별적 대우까지 금지된다는 데 주의하여야 한다.

#### ② 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련부문

예컨대, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 한국어로만 기재된 이용계약서 등 또는 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련에서 한국어로만 교육하는 행위 등이 출신국가를 이유로 한 차별이 될 수 있는지가 문제될 수 있다. 그러나 미국과 달리 우리나라는 「국어기본법」 제3조 제1호에 의하여 국어, 즉 한국어가 공용어로서 설정되어 있기 때문에 공용어로서의 한국어가 이용되는 것 자체는 적법한 차별에 해당할 가능성이 많다. 그러나 언어소통의 장애로 인해 외국인에 대한 재화나 용역의 이용이나 교육에 대한 접근을 사실상 방해하는 것을 회피하기 위하여 외국어로 된 설명서를 제

545) *Garcia v. Rush-Presbyterian-St. Luke's Med. Ctr.*, 660 F.2d 1217 (7th Cir. 1981). 이 사건에서는 “영어는 대부분의 환자와 직원의 공통된 언어일 가능성이 가장 많으며 따라서 영어능력의 결여는 사용자에게 가장 문제가 될 가능성이 많은 언어능력의 결여이다”고 하여, 스페인어를 구사하는 직원에 대한 차별대우를 인정하였다.

546) 일반적으로 이 규칙의 적법성이 인정되고 있다. *Garcia v. Gloor*, 618 F.2d 264, 270 (5th Cir. 1980); *Garcia v. Spun Steak Co.*, 998 F.2d 1480 (9th Cir. 1993).

547) 일반적으로는 출신국가차별이라고 인정되고 있으나(*Berke v. Ohio Dept. of Public Welfare* (6th Cir. 1980); *Jiminez v. Mary Washington College* (4th Cir. 1995)), 진정직업자격으로 판단한 사례도 있다(*Jiminez v. Mary Washington College*, 57 F.3d 369 (4th Cir. 1995); *Bina v. Providence College*, 39 F.3d 21 (1st Cir. 1994)).



공하는 것이 보다 인권친화적인 접근이라고 할 수 있다.

국가인권위원회는 외국인근로자의 인권보호를 위하여 출입국관련서류나 『근로기준법』 등 부당한 인권침해나 노동행위 발생시 구제방안에 대하여 외국인근로자 송출국가별로 10개 이상 언어로 번역하도록 ‘국내거주 외국인근로자 인권향상을 위한 정책권고’를 하였다(2003.2.10).

재화·용역의 이용과 관련하여 인터넷전화이용시 주민번호 입력을 요구하는 것이 주민등록번호가 없는 외국인에 대한 출신국가를 이유로 한 차별행위인지 여부가 다투어진 사건에서 국가인권위원회는 회원가입에 있어서 주민등록번호를 입력하도록 한 것은 주민등록번호를 부여받을 수 없는 외국인들에게 인터넷 전화사용을 제한하는 행위이므로 합리적인 이유없이 출신국가를 이유로 한 재화·용역의 이용을 불리하게 대우하는 차별행위로 판단하였다(03진차567 결정).

그러나 외국인이라는 국적에 따른 차별은 “출신국가”에 기한 차별로서 처리하는 것 보다는 국적이라는 “사회적 신분”에 기한 차별로서 처리하는 것이 합리적인 방법이라고 생각된다.

한편, 『병역법』 시행령 제136조 제1항 제2호 마목에서 “귀화에 의하여 대한민국국적을 취득한 사람”을 현역병 입영대상자로 하는 대신에 보충역 또는 제2국민역으로 편입할 수 있도록 규정하고 있는 것이 출신국가를 이유로 한 차별행위에 해당할 가능성이 있다.

외국인노동자라는 이유로 직업재활훈련신청대상자에서 배제한 것은 출신국가를 이유로 한 평등권 침해의 차별행위로 인정하고, 이들에 대하여 직업재활훈련신청대상에서 배제하는 일이 없도록 직업재활훈련 대상자 선정제도를 개선할 것을 권고하였다(2003.3.10. 02진차31, 02진차31 병합).

용산구 이태원에 거주하고 있는 미국 국적을 가진 한국교포가 불법주차단속원이 불법주차단속을 하면서 한국인 소유 차량은 단속하지 않고 미군차량



만 단속하였다고 주장한 것에 대해 불법주차를 하고 있더라도 차량 안에 운전자가 있는 경우 또는 단속을 하는 도중 운전자가 나타나는 경우 등에는 단속하기 어렵고, 사건 발생일의 불법주차 단속실적 등을 감안할 때 이유없다고 판단하였다(2003.10.15. 03진차512).

미국인이 인터넷전화이용시 주민등록을 요구하여 서비스이용을 하지 않은 것에 대해 국내에서 주민등록번호를 부여받을 수 없는 외국인에게 인터넷전화사용을 제한하는 행위로서 출신국가를 이유로 한 재화·용역의 이용을 불리하게 대우하는 차별행위로 인정하였다(2003.12.29. 03진차567).

교도소가 외국인수용자에 대해서는 출역을 보내지 않고 한국인 수용자 거실에는 텔레비전과 선풍기가 있으나 외국인 수용자 거실에는 그것이 없는 점 및 외국인수용자에게는 점심과 저녁에 빵을 지급하지 않고 밥을 지급하는 것이 부당한지 여부에 대해 내국인수용자에 비하여 외국인수용자에 대해 식비에 많은 예산을 배정하고 외국인수용자의 식습관을 배려하는 조치가 이루어지고 있기 때문에 타당하지 않다고 판단하였다(2004.3.15. 03진차140).

## 8) 인종·피부색·출신민족을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) 인종, 피부색, 출신민족의 의의

인종과 피부색에 기한 차별, 출신민족에 기한 차별은 일반적으로 함께 다루어진다. 피부색의 차이는 인종의 차이를 전형적으로 보여주는 경우가 많고 민족이나 종족적 출신 역시 인종과 동일한 범주에 포함되는 경우가 많기 때문이다. 예컨대 우리나라도 비준한 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약」 제1조에서는 “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 경우이다”고 규정하여, 인종, 피부색, 민족이나 종족적 기원을 모



두 인종의 범주에 포함하고 있다. 국제노동기구(ILO)에서도 “인종”의 의미를 언어공동체 또는 그 동일성이 종교나 문화적 속성 또는 출신국적에 기하고 있는 집단으로 넓게 판단하고 있다.<sup>548)</sup>

그러나 동일한 인종 사이에도 피부색의 차이가 존재할 수 있기 때문에 인종과 피부색이 항상 동일하게 취급되는 것은 아니다. 예컨대 피부색이 상대적으로 짙다는 것을 이유로 한 동일 인종 내부에서 특정인을 우대하는 것은 위법한 “피부색” 차별이다.<sup>549)</sup>

“인종”과 “피부색” 차별은 그 조상 또는 인종적 성질에 기한 식별가능한 범주의 자 또는 피부색의 차이에 의한 식별가능한 범주의 자, 예컨대 아프리카 또는 아시아라는 인종적 출신을 이유로 차별하는 것을 말하며, “출신민족” 차별은 민족적 배경(ethnic background 또는 ethnic origin)을 이유로 차별하는 것을 말한다. 민족이 의식의 동질성 내지 정체성, 문화의 공통성, 언어공동체 등 객관적 성질과 함께 주관적인 성질을 포함하여 후천적인 성질, 즉 문화적 성질 및 생물학적 성질을 동시에 가지고 있는 반면, 인종 내지 피부색은 혈연 등 신체적 특징과 결부되어 후천적으로 변경할 수 없는 속성을 가지고 있다는 점에서 차이가 있다. 따라서 인종은 일반적으로 피부색, 신체 형태, 눈의 모양과 색깔, 모발의 유형, 코의 모습, 혈액형, 유전적 특질로 범주화되고 있으나, 절대적인 개념이 아닌 매우 모호하고 유동적인 개념이다.<sup>550)</sup> 예컨대 1950년 UNESCO는 “인종이라 함은 당사자가 특정 인종으로서 스스로 규정하기를 선택한 자의 집단”이라고 규정하여 사실상 인종에 대한 객관적인 정의를 부정하고 있다.<sup>551)</sup>

국제노동기준에서는 인종 등을 이유로 한 차별은 전형적인 금지사유로 설정되어 있다. 예컨대 ILO의 「1958년 차별금지(고용 및 직업) 협약」(제111호) (Discrimination(Employment and Occupation) Convention) 및 권고에서는 고용 및 직업에 관한 모든 형태의 차별을 금지하면서 인종, 피부색 등 7가지 사유에 의한 차별을 포괄적으로 금지하고 있다. 그밖에도 「1962년 사회정책(기본목적 및 기준)협약」(제117호)(Social Policy (Basic Aims and Standards) Convention)은 모든 사회정책의 목적은 인종, 피부색, 성별, 신념, 부족 또는 조합가입의 사유로 근로자간의 모든 차별을 철폐하여야 한다고 규정하고 있으며, 「1964년 고용정책협약」(제

548) ILO, *Fundamental rights at work and international labour standards*, 2003, p.61.

549) *Walker v. Secretary of Treasury*, 713 F. Supp. 403, 407 (N.D. Ga. 1989). 이 사건에서는 피부색이 옅은 흑인 근로자가 짙은 피부색의 흑인 사용자에 의해 해고된 것을 차별행위로 판단하였다.

550) M. McDougal, H.Lasswell & L. Chen, *Human Rights and World Public Order* Yale University Press, 1980, p.569.

551) M. McDougal, H.Lasswell & L. Chen, op. cit., p.570.



122호)(Employment Policy Convention)에서는 고용정책은 인종, 피부색, 성, 종교, 정치적 신념, 국적 또는 사회적 출신성분에 관계없이 근로자가 자신에게 적합한 직업을 위하여 필요한 자격을 갖추고, 이러한 직업에서 기술과 재능을 발휘할 수 있도록 하는 직업선택의 자유와 가능한 최대한의 고용기회의 확보를 목적으로 한다고 규정하고 있다. 또한 「1974년 유급교육휴가협약」(제140호) (Paid Educational Leave Convention) 제8조는 유급교육휴가는 인종, 피부색, 성, 종교, 정치적 견해, 국적 또는 사회적 신분을 이유로 거부되어서는 아니된다고 규정하고 있으며, 「1982년 고용종료협약」(제158호)(Termination of Employment Convention) 제5조는 인종, 연령, 성, 혼인, 가족부양책임, 임신, 종교, 정치적 견해, 국적 또는 사회적 신분, 모성휴가 및 조합가입 및 참가를 부당한 해고사유로 규정하고 있다.

영국에서는 인종차별에 대하여 「인종관계법」(Race Relations Act 1976)을 제정하여 인종차별을 이유로 한 직접차별과 간접차별을 금지하고 이를 담당하는 별도의 기관으로서 인종평등위원회(Commission for Racial Equality: CRE)를 두고 있다. 2000년 개정법에서는 국가, 지방자치단체에 대하여 인종차별을 철폐하고 인종간 평등의무를 촉진할 의무를 부과하고 있다. 미국에서는 인종과 관련한 고용상 차별에 대하여 「1964년 민권법」의 제7편 외에, 1866년 제정된 42 U.S.C. 제1981조, 제1983조, 제1985조 (c)가 여전히 유효하게 적용되고 있다.<sup>552)</sup>

미국이나 영국과 같은 다인종국가와 달리 우리나라는 단일민족으로 구성되어 있고, 「헌법」 역시 단일민족을 전제로 하여 제정되어 있기 때문에(예컨대 「헌법」 전문, 제9조, 제69조 등) 인종, 피부색, 출신민족 개념이나 이에 기한 차별행위는 다른 차별사유에 비하여 크게 문제로 되지 않고 있다. 그러나 최근 외국인근로자의 유입으로 인해 이러한 사유에 기한 평등권침해의 차별행위가 발생할 가능성이 없는 것은 아니다.

탈북자는 같은 한민족이기 때문에 탈북자에 대하여 발생하는 차별은 출신민족에 기한 차별이 아니라 출신국가에 의한 차별로 다루어져야 한다.

552) 인종차별을 금지하는 42 U.S.C. 제1981조는 남북전쟁 직후인 1866년 제정되었음에도 불구하고 오늘날에도 여전히 실효성을 가지고 적용되고 있다. 그 이유는 1964년 민권법 제7편에 의한 인종차별금지제도 보다 광의의 구제수단을 제공하고 있기 때문이다. 민권법 제7편에서는 진정직업자격 적용제외 등 광범위한 적용제외를 규정하고 있으나, 제1981조에는 그러한 적용제외가 없다는 점, 민권법 제7편은 EEOC에 의한 행정심판전치주의가 규정되고 있어 그 신청기간을 도래하면 구제를 받기가 곤란하지만, 제1981조에는 행정심판전치주의가 없다는 점, 민권법 제7편에 의한 구제에는 손해배상액의 상한이 규정되어 있으나, 제1981조에는 그러한 상한이 없다는 점 등에서 여전히 실효성이 있다.



## 나) 인종, 피부색, 출신민족을 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

인종, 피부색, 출신민족을 이유로 특정인에 대해 불리한 행위를 하거나 우대하는 것은 평등권위반의 침해행위를 구성한다. 예컨대 동일한 해고사유를 가진 자에 대해 인종별로 상이한 기준을 적용하는 경우(이러한 차별을 ‘인종플러스’ 차별(“race-plus” discrimination)이라고 한다)<sup>553)</sup> 또는 감독자와 근로자 사이의 사회적 또는 가족적 관계에 기하여 자격을 갖춘 흑인 지원자 보다 백인 지원자를 우대하는 경우(이러한 차별을 ‘사실상’의 차별(de facto discrimination)이라고 한다)<sup>554)</sup>에는 인종 등을 이유로 한 차별행위에 해당한다.

『국가인권위원회법』에서는 차별피해자의 인종, 피부색, 출신민족을 이유로 한 차별을 금지하고 있으나, 차별피해자의 배우자의 인종 등을 이유로 한 차별도 금지된다고 해석하여야 할 것이다.<sup>555)</sup>

### (2) 성립요건

다른 차별사유와 마찬가지로 인종, 피부색, 출신민족을 이유로 한 차별에 해당하기 위해서는 차별행위자가 차별피해자의 인종, 피부색, 출신민족을 알고 있어야 한다. 인종이나 피부색은 외관상 나타나기 때문에 비교적 용이하게 입증할 수 있으나, 출신민족을 이유로 한 차별행위를 인정하기 위해서는 차별행위자가 차별피해자의 출신민족, 예컨대 귀화한 화교라는 사실을 알고 있어야 한다.

종교나 성별과 같은 다른 차별사유와 달리 인종, 피부색은 고용에 있어서 진정 직업자격이 될 수 없다.<sup>556)</sup> 따라서 사업상 필요성이 있는 경우에도 인종이나 피부색을 이유로 고용상 차별을 하는 것은 평등권침해의 차별행위에 해당한다는 점에 유의할 필요가 있다.

인종별, 민족별로 구분된 시설을 유지하는 것은 당연히 차별행위에 해당하며,<sup>557)</sup> 혼혈아를 자녀로 두고 있다는 것을 이유로 근로자를 징계하거나 불이익대

553) McDonald v. Santa Fe Trail Transp. Co. (S.Ct. 1976).

554) Roberts v. Gadsden Mem. Hosp. (11th Cir. 1988).

555) 동일한 취지의 미국 판결로는 Parr v. Woodmen of the World Life Ins. Co. (11th Cir. 1986).

556) 미국의 민권법은 명문으로 이를 규정하고 있다(42 U.S.C.A. §2000e-2 (k)(2)).

557) 사용자가 인종별로 근로자에 대해 구분된 시설을 제공한 것이 차별에 해당한다는 미국의 판결로는 Motley v. Tractor Supply Co., 32 F. Supp. 2d 1026, 1056 (S.D. Ind. 1998).



우를 하는 것도 차별행위에 해당한다.<sup>558)</sup>

#### 다) 인종, 피부색, 출신민족을 이유로 한 차별의 유형과 사례

국가인권위원회에서 최초로 피부색에 관하여 다루어진 사례는 크레파스 회사의 피부색차별사건이다. 이 사건에서 한국 산업규격(KS)상 특정색의 색명을 ‘살색’이라고 명명하고, 크레파스 및 수채물감을 제품 중 특정 색깔의 제품을 ‘살색’이라고 표기한 것은 당해 특정한 색만이 피부색이라는 인식을 전달하는 것으로 이와 다른 피부색에 대한 차별행위를 조장하는 것이라고 인정하였다. 위원회는 한국산업규격(KS)상 ‘살색’ 색명은 1967년 한국산업규격 제정 당시 제반사항에 대한 고려없이 일본의 공업규격을 단순 번역한 것으로서 특정 색깔의 피부를 가진 인종의 사람에 대해서만 사실과 부합되는 색명이며, 이는 결과적으로 황인종이 아닌 기타 인종의 사람들에 대해서는 합리적인 이유없이 헌법 제11조에 보장된 평등권을 침해할 소지가 있는 것으로 판단하였고, 이 권고를 받아 기술표준원은 한국산업규격제도(KS) 살색을 연주황으로 개정하였다.<sup>559)</sup>

국가인권위원회는 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」에 대하여 혈통주의적 관점에서 재외동포에 대한 특혜부여의 기준을 설정한 것은 인종주의에 바탕을 둔 입법이라고 판단하고 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법 중 개정법률안에 대한 의견」을 표명하였다(2001.12.21.).

한편, 「병역법시행령」에서 현역병입영대상자인 자로서 “외관상 식별이 명백한 혼혈인”인 자는 보충역 또는 제2국민역으로 편입하도록 한 규정(제126조 제1항)은 전형적으로 인종이나 피부색에 기한 차별행위에 해당할 여지가 있기 때문에 제도적 보완이 필요하다.

#### 라) 기타

「국가인권위원회법」에서는 인종, 피부색, 출신민족을 이유로 한 괴롭힘에 대한

558) 미국의 판결로는 *Tetro v. Elliott Popham Pontiac, Oldsmobile, Buick, & GMC Trucks, Inc.*, 173 F.3d 988, 994-995 (6th Cir. 1999).

559) 사회적으로는 의미있는 권고라고 할 수 있지만, 과연 크레파스의 색깔을 ‘살색’이라고 부르는 행위가 「국가인권위원회법」에서 규정하는 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련한 차별행위에 해당하는지에는 의문이 있을 수 있다.





금지규정을 두고 있지 않으나, 외국의 사례를 보면 인종 등을 이유로 한 괴롭힘이 사회적·법적 문제가 되는 일이 다수 발생하고 있기 때문에 엄격한 금지의 대상으로 하고 있다. 우리나라에서도 인종 또는 민족을 조롱하는 노래, 표식, 농담, 그림 등 인종적인 괴롭힘 행위에 대하여 법에 차별행위로서 규정할 필요가 있다.

## 9) 용모 등 신체적 조건을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) “용모 등 신체적 조건”의 정의

시각적 요소, 즉 눈에 보이는 것에 근거한 눈에 보이지 않는 차별 중 대표적인 것이 용모·신체적 조건을 이유로 한 차별이다.

외모, 인상, 키, 몸무게, 체형과 같은 용모 등 신체적 조건은 개인 또는 성별, 인종간에 차이가 존재한다. 그러나 문제는 개인 또는 집단간에 존재할 수밖에 없는 차이를 ‘정상’과 ‘비정상’, ‘평균’과 ‘평균 이하’ 등으로 범주화함으로써 ‘정상’과 ‘평균’의 범주에 포함되지 않는 사람들이 눈에 보이지 않는 차별을 받게 된다는 것이다. 특히 우리사회의 신체적 조건과 능력에 대한 기준은 젊은 남성, 비장애인을 전제로 형성되어있는 경향이 있으므로, 이로 인해 여성, 장애인, 노인 등은 주변적 또는 없는 존재로 간주될 수 있다. 그렇기 때문에 여성, 장애인, 노인 등은 용모·신체적 조건을 이유로 차별받을 개연성이 높을 뿐 아니라 실제로도 차별을 많이 받고 있다.

또한 여성의 경우 남성보다 외모 등의 용모의 가치를 더 중요하게 생각하는 사회적 풍토를 생각할 때 용모 등 신체적 조건에 대한 요구가 여성에게 매우 높게 요구되고 있다는 점 또한 부정 할 수 없다.

용모 등 신체적 조건이란 일반적으로 “키, 몸무게, 체형, 외모, 인상, 모반, 흉터, 왼손잡이 등과 같은 신체적 특징과 체력 등의 신체적 능력”을 의미하는 것으로 정의된다.<sup>560)</sup>

외국의 경우에도 용모 등 신체적 조건을 이유로 하는 차별을 금지하고 있다. 그러나 그 내용에는 약간의 차이가 존재한다. 호주의 빅토리아주 평등기회위원회에서는 개인의 몸무게, 키, 체형, 수염, 외모, 모반 등의 신체적 특징을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 미국의 미시간주에서는 몸무게와 키를 이유로 한 차별을, 캘리포니아주 산타크로스 시에서는 몸무게 또는 신체적 특징을 이유로 한 차별

560) 차별연구모임, 앞의 책, 107쪽; Equal Opportunity Commission of Victoria, <http://www.eoc.vic.au>.



을, 콜롬비아(특별구)에서는 개인의 외모(용모)를 이유로 한 차별을 금지하고 있다<sup>561)</sup>. 그러나 문제는 ‘이러한 신체적 조건에 복장이나 스타일 등이 포함되느냐’이다. 신체적 조건에는 염색, 머리 모양, 수염, 화장, 장신구, 특정한 옷차림과 같은 것은 직접적으로 포함되지 않는다고 해석하는 견해<sup>562)</sup>가 있다. 그러나 사람의 외모, 인상 등에 있어서 그 사람의 복장이나 머리모양, 더 나아가 그 사람의 몸가짐 및 몸치장 방식 등이 미치는 영향을 부정할 수 없다. 사람의 외모나 인상을 판단할 때 전형화된 암묵의 기준이 존재한다는 점을 감안하면 복장, 머리모양, 스타일 등도 신체적 조건에 포함되는 것으로 해석된다.

## 나) “용모 등 신체적 조건”을 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

용모 등 신체적 조건을 이유로 하는 차별은 성, 나이, 장애, 종교, 인종차별이 함께 혼재되어 있기 때문에 중복 차별을 발생시킨다는 특징이 있다. 또한 성별이나 외국인, 나이 등의 차별과는 달리 외모나 인상, 체중은 스스로 통제 가능한 분야로 간주되어 차별자와 피차별자 모두 차별을 한다거나 차별을 받는다는 인식이 부족하다. 특히 외모와 인상에 의한 차별은 개인의 선호의 문제로 이해되기도 하기 때문이다. 따라서 용모 등 신체적 조건을 이유로 한 차별은 다른 차별에 비해 차별로서 가시화되기 어려운 구조를 가지고 있다.

### (2) “용모 등 신체적 조건”을 이유로 한 차별의 개념과 성립요건

용모 등 신체적 조건에 의한 차별은 합리적 이유 없이 외모, 인상, 머리모양, 모반, 흉터, 키, 몸무게, 체중, 체형 등의 신체적 특징과 체력 등의 신체적 능력 등을 이유로 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설, 교육시설, 직업훈련 기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

여기에는 용모·신체적 조건을 이유로 합리적인 이유 없이 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설, 교육시설, 직업훈련 기관의 이용에 있어서 다른 사람에 비해 불리하게 대우하는 것뿐만 아니라(직접차별) 정책, 규칙, 기준, 관행, 자격요건 등이 특정한 신체적 조건을 갖고 있는 사람에게 결과적으로 불리한 영향을 미치는 경우(간접차별)까지 포함한다. 또한, 직장이나 공공시설, 공공

561) Michael G.Colantuono, Anti-Discrimination Proposal with Respect to Weight. <http://www.cityofpaloalto.org/cityagenda/publish/cityattorney-reports/1132.pdf>

562) 차별연구모임, 앞의 책, 107쪽.



장소에서 특정한 신체적 조건을 갖고 있는 사람을 불쾌하게 하거나 공격하는 등 어떠한 형태로든 괴롭히는 행위, 신체와 관련된 별명, 농담, 비하, 조롱 등을 하는 행위(harassment)도 차별행위를 구성한다.

따라서 용모·신체적 조건을 이유로 비우호적인 대우를 한다거나 결과적으로 특정한 신체적 조건을 갖고 있는 사람에게 불리한 결과를 가져오게 하는 경우, 그것이 합리적인 차별이라고 입증할 수 없을 때는 차별이 성립된다.

### (3) “용모 등 신체적 조건”을 이유로 한 차별의 예외

진정직업자격이 입증되는 경우에는 용모 등 신체적 조건에 의한 차별에 해당되지 않는다. 매우 제한적으로 직무상 특정 신체 조건이 필수적이거나 건강과 안전의 보호를 위해 반드시 필요한 경우, 공연·모델·사진 작업등의 경우는 예외로 한다.<sup>563)</sup>

국가인권위원회는 경찰공무원 채용 신체검사서 우측 제4수지 한마디 절단을 이유로 불합격한 조치에 대한 진정사건에 대하여 “경찰공무원의 업무 특성상 보다 완전한 신체적 능력이 요구되고 열손가락 중 한마디라도 절단된 부위가 있을 경우, 특히 우측 제4수지 한마디가 절단된 경우 총기사용 등을 위한 신체적 능력 손실 등 경찰공무원의 업무상 장애가 있다는 의학적 근거가 인정되므로 이는 합리적 이유가 있는 차별”이라고 결정하였다.<sup>564)</sup>

## 다) “용모 등 신체적 조건”을 이유로 한 차별의 유형과 사례

### (1) 고용관련차별

용모·신체적 조건을 이유로 하는 고용상의 차별은 모집·채용에서 퇴직·해고의 전 과정에 나타난다. 특히, 서비스 산업의 증대와 발전에 의해 감성노동의 필요성이 그 어느 때보다 부각되고 있다는 점을 감안하면 근로자의 외모, 인상 등의 용모가 모집과 채용 등의 고용과정에서 차지하는 비중이 높아질 것으로 전망된다. 따라서 용모·신체적 조건을 이유로 한 고용상의 차별에 대한 다툼은 증가될 것으로 예측된다.

563) Equal Opportunity Commission of Victoria, “Physical features - Know your rights brochures”, <http://www.eoc.vic.au>.

564) 국가인권위원회 차별조사국, 『차별행위 사례집(2001.11.25~2003.12.31)』, 261~264쪽.



### (가) 모집 · 채용

용모 등 신체적 조건을 이유로 하는 차별은 그 특성상 모집 · 채용과정에서 가장 많이 발생한다. 모집 · 채용과 관련된 차별행위 유형으로는 첫째, 모집 · 채용에 있어서 직무 수행상 필요하지 않은 키, 몸무게, 용모 등의 신체조건을 채용기준으로 사용하는 경우이다.

국가인권위원회는 현행, 공무원 채용 시 응시자격으로 키와 몸무게를 제한하는 규정이 평등권 침해의 차별 행위인지에 대해 “각 기관의 몸무게 기준 설정의 근거와 키와 몸무게 제한과 체력검사와의 상관관계와 필요성에 대한 객관적인 자료 미비, 육체적인 능력이나 체력은 개개인마다 상이함과 키와 몸무게의 제한 정도가 각 기관별로 다른 것에 대한 이유가 없는 점” 등을 들어 공무원 채용 시 응시자격으로 키와 몸무게를 제한하는 것은 합리적인 이유 없이 평등권을 침해하는 차별행위라고 결정하고 각 기관에 불합리한 제한을 개선하도록 권고했다.<sup>565)</sup>

그 밖에도 여성경호원 채용시 응시자격을 키 170cm 이상이나 용모 단정을 제시하거나, 승강기 안내원의 응시자격을 신장 165cm 이상, 체중 50kg 이하, 시력 1.0 이상인자로 제한하는 것은 직무수행에서 키와 몸무게, 시력, 용모의 상관관계를 입증하지 않는 한 용모 · 신체적 조건을 이유로 하는 차별행위이다<sup>566)</sup>.

둘째, 채용 과정에서 특정 신체적 조건을 가진 사람에 대한 편견과 고정관념에 근거하여 이것을 기준으로 지원자를 평가하는 경우이다.

565) 국가인권위원회, “공무원 채용시 키 · 몸무게 제한은 평등권 침해”, 보도자료, 2004. 4.12, 각 공무원 채용 시 키와 몸무게 제한 현황은 아래 표와 같다.

	남		여		체력검사 실시여부
	키	몸무게	키	몸무게	
경찰	167cm 이상	57kg 이상	157cm 이상	47kg 이상	○
소방	165cm 이상	57kg 이상	154cm 이상	48kg 이상	○
교정직, 소년보호직	165cm 이상	55kg 이상	154cm 이상	48kg 이상	×
철도 공안직	165cm 이상	57kg 이상	157cm 이상	48kg 이상	×

566) 모집 · 채용과정에서 여성에게 모집 · 채용하고자 하는 직무의 수행에 필요하지 않는 용모 · 키 · 체중 등의 신체적 조건을 제시하거나 요구하는 행위는 그 합리성을 사용주가 입증하지 못하는 한 남녀고용평등법상의 성차별에 해당된다.



국가인권위원회는 15세 때 우측 허벅지와 좌측 종아리에 새긴 문신을 이유로 경찰공무원 채용 신체검사에서 탈락된 사건에 대해 “경찰공무원의 업무수행과 직접적 관련이 없는 문신으로 인해 경찰공무원 임용을 제한하는 것은 용모에 의한 차별로 행복추구권과 평등권을 과도하게 제한하는 것이며... 문신한 사람은 모두 범죄자 내지 공무수행에 적합하지 아니한 사람으로 간주하는 용모에 관한 고정화된 선입견으로 이를 이유로 경찰공무원 신체검사에서 불합격 처리하는 것은 지나친 제한”이며 “문신이 음란하거나 숫자가 많거나 경찰제복 착용 시 외부로 특별히 눈에 띌 정도이거나 시민 또는 동료 경찰공무원에게 불쾌감을 줄 수 있는 정도 등 문신의 위치 및 형태, 노출 여부, 문신이 의미하는 내용을 종합적으로 검토해 경찰관 채용 여부를 결정해야지 오로지 문신이 몸에 있다는 이유만으로 불합격시킨 것은 용모로 인한 차별행위”이다라고 결정하였다.<sup>567)</sup>

셋째, 채용 시 응시자격으로 키나 몸무게와 같은 신체적 조건에 대한 “최소 기준”을 제시함으로써 특정 집단에게 불평등한 효과를 가져오는 경우이다.

미국 교도관 응시자격을 키 최소 5.2피트 이상, 체중 120파운드 이상으로 제한한 것에 대해 미국 연방대법원은 특정 직무에 남녀에게 동일한 최소 키/ 몸무게를 요구하는 것은 남성보다 여성을 더 큰 비율로 제한하게 되는데 교도관 키의 제한은 미국내의 18-71세 사이 여성의 약 33.29%가 제외되는 반면, 같은 연령대의 미국 남성은 약 1.28%만이 제외된다. 체중 120파운드라는 조건도 여성 22.29%가 제외되는 반면, 남성은 2.35%만이 제외된다. 이러한 신장과 체중요건을 합하면 전체 미국여성의 42.13%가 제외되는 반면, 남성의 1% 정도가 제외된다. 따라서 이러한 기준은 특정 직무에 특정 인종과 여성을 배제하는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 기준은 여성에 대한 간접차별에 해당된다.<sup>568)</sup>

#### (나) 임금과 금품

자신의 노동력을 임금과 교환하는 근로자에게 있어서 임금이 갖는 중요성은 부언이 필요 없다. 임금이란 임금·봉급 기타 어떠한 명칭이든지 지급되는 일체의 금품을 말한다.

567) 국가인권위원회, 2004.4.12 보도자료.

568) Dohtard v. Rawlinson, 433 U.s.321(1977); 윤후정·신인령, 『법여성학-평등권과 여성(제3개정판)』(이화여자대학교 출판부, 2001), 378~379쪽; 차별연구모임, 앞의 책, 113쪽.



용모 등 신체적 조건에 의한 임금 차별의 유형으로는 전 직원에게 근무복과 작업화를 지급하는 회사나 기관에서 근무복과 작업화를 지급하는데 있어서 특정한 신체조건, 예컨대, 평균 이상의 혹은 이하의 키나 몸무게, 발의 사이즈를 가진 사람이나 임신한 여성의 신체적 조건에 맞는 근무복과 작업화를 별도로 지급하지 않는 경우, 이러한 행위는 합리성을 입증하지 않는 한 차별행위이다.

#### (다) 교육

교육은 직무능력을 습득, 향상시킬 수 있는 기회로, 업무배치, 순환, 인사고과, 승진 등의 전 과정에 영향을 미치는 것으로 중요한 의미를 갖는다.

교육에 있어서 차별행위의 유형으로는 비만 체중 등의 신체적 조건을 이유로 교육이나 해외연수 등의 기회에서 배제하는 경우이다. 예컨대, 과체중이기 때문에 장시간 탑승과 이동에 어려움이 있을 수 있기 때문에 해외연수에는 부적절하다고 판단하여 본인의 의사와는 무관하게 해외연수의 기회를 제공하지 않는 경우, 이러한 행위는 합리성을 입증하지 않는 한 차별행위에 해당된다.

#### (라) 배치

어떠한 업무에 배치되느냐는 자신의 진로와 발전 가능성을 결정짓게 하는 요소로서 중요한 의미가 있다.

배치에 있어서 차별행위의 유형은 다음과 같다. 직무수행에 필수적인 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 않고 일정한 직무 배치 대상에서 특정 용모 등 신체적 조건을 이유로 배제하거나 편중하여 배치하는 경우이다. 예컨대, 여성 키 160cm 이상, 몸무게 45kg 이하, 남성 키 175cm 이상, 몸무게 70kg 이하의 기준을 충족시키는 경우에만 대민 업무인 상담 업무에 배치하는 것은 직무수행상 그 필요성이 입증되지 않는 한 용모를 이유로 한 차별이다.

#### (마) 승진

승진은 기업 내에서 지위와 자격이 상승하는 것 뿐 아니라 근로의욕의 증대 및 능력개발의 촉진, 자기실현의 욕구 충족, 조직의 활성화에 기여할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

승진에 있어서 차별행위의 유형으로는 인상, 키, 용모 등을 이유로 승진에서 제외시키는 경우이다. 예컨대, 운동기구 판매회사에서 승진자격을 갖춘 대상자가 키가 작고 과체중이기 때문에 외견상 또는 업무능력상 문제가 있을 수 있다는 이유로 승진에서 탈락될 경우, 이러한 행위는 합리성을 입증하지 않는 한 차별행위에 해당된다.



(바) 해고 및 퇴직

해고·퇴직은 고용관계의 종결이라는 의미에서 근로자의 생존권과 밀접한 관계를 갖는다는 의미에서 매우 중요하다.

해고 및 퇴직에 있어서 차별 유형으로는 근로자의 키, 몸무게 등의 신체조건을 이유로 해고시키는 경우이다.

에어프랑스 항공사에서 근무한 일본인 여성승무원은 35세 이후 근로계약이 2번 갱신되었으나 3번째 갱신이 거절되었다. 그 이유는 “직업능력의 면에서는 문제가 없지만, 용모의 점에서 문제가 있고...체중의 초과에 의해 실루엣과 걷는 자세, 동작이 둔하고 이 임무에 적합하지 않다”는 것이었다. 동경지방법원은 본건의 갱신 거부하는 용모를 이유로 한 갱신거부권의 남용으로 무효라고 판결했다.<sup>569)</sup> 비슷한 예로 대형 할인매장에서 일하던 50대 여성이 키가 작고 뚱뚱해 눈에 거슬린다는 이유로 해고를 당한 경우, 이것은 신체적 조건을 이유로 한 차별에 해당된다.

(사) 희롱

직장에서 특정한 신체적 조건을 갖고 있는 사람을 불쾌하게 하거나 공격하는 등 어떠한 형태로든 괴롭히고, 신체와 관련된 별명, 농담, 비하, 조롱 등을 하는 행위(희롱)도 차별행위이다. 희롱(또는 괴롭힘, harassment)에 해당하는 행위는 다음과 같다. 첫째, 용모, 외모에 대한 지나친 언급을 통하여 모욕감을 유발하는 행위, 둘째, 용모, 외모와 관련하여 부적절한 말이나 농담을 하는 행위 등이다. 예컨대, 예쁘고 날씬한 사람이 일도 잘한다고 지속적이고 반복적으로 이야기를 한 다거나, 과체중 여성을 꽃돼지, 하마 등으로 놀리거나 하는 행위가 특정한 신체적 조건을 가진 사람에게 모욕감과 불쾌감을 주는 경우에는 차별에 해당된다.

(2) 재화·용역·시설의 공급이나 이용관련 차별

모든 사람을 ‘정상’ 또는 ‘평균’으로 범주화 할 수 없다. 따라서 모든 시설과 서비스는 어떠한 신체적 조건을 가진 사람들이건 이용하기 쉽고 공평한 서비스를 받아야 한다. 그러나 옷의 크기와 지하철, 비행기 좌석의 크기 등은 평균에서 벗어나는 몸무게나 키를 가진 사람이 이용하기 어렵게 되어있다.

재화·용역·시설의 공급이나 이용에 있어서 용모·신체적 조건을 이유로 한 차별행위의 유형은 다음과 같다. 첫째, 특정 신체조건을 가진 사람이 공공시설, 상업시설의 이용과 서비스를 제공받지 못하거나 다른 사람에 비해 그 이용과 서비스에 제한이 있는 경우이다.

569) 淺倉むつ子·今野久子著, 『女性労働判例ガイド』(有斐閣, 1997), 354頁; 東京地裁 昭和49年8月7日, 勞判 207号 34頁.



외모와 주민등록번호가 일치하지 않고 혐오감을 준다는 이유로 트랜스젠더 여성의 비행기 탑승을 거부한 경우<sup>570)</sup>에는 이것은 성적 지향에 의한 차별임과 동시에 용모·신체적 조건을 이유로 한 차별이기도 하다. 또한 병원에서 트랜스젠더인 것을 이유로 비상응급조치가 지연되고 병원 직원의 부주의로 인해 사망한 사건에 대해 배심원단은 이것을 용모·신체적 조건에 의한 차별로 인정하여 유족인 어머니에게 290만 달러의 위자료 지급을 인정했다.<sup>571)</sup> 그 밖에 결혼정보업체에서 키에서 100을 뺀 이상의 몸무게를 가진 여성을 회원으로 받지 않는 경우에도, 체중 등의 신체적 조건을 이유로 한 차별이다.

둘째, 공공시설, 상업시설 이용에 있어서 특정한 신체적 조건을 가진 사람에게 적대감을 표시하거나 모욕을 주는 등의 행위이다. 구체적으로 과체중의 여성에게 백화점 점원이 적의를 품은 듯한 태도를 보이고, 언어 사용에서 모욕감을 느끼게 하고, 매우 불친절한 태도를 보인 경우에는 차별에 해당된다.

### (3) 교육·훈련 기관의 이용

교육시설이나 직업훈련기관의 이용은 사회적 존재로서 자신을 성장시키는 과업과 동시에 자신의 능력을 개발시키기 위해 필요하다.

용모·신체적 조건을 이유로 한 차별행위의 유형은 다음과 같다. 첫째, 용모 등 신체적 조건을 이유로 교육기관이나 직업훈련기관에 지원 또는 입학이 제한되는 경우이다. 둘째, 학교 등 공공 교육 시설 및 훈련시설에서 책상과 의자 등과 같은 강의실내의 가구와 교육 도구, 운동기구 등이 특정한 신체적 조건을 가진 사람이 사용하기에 불편한 경우 이에 대한 시정을 요구할 때 이를 적절한 것으로 바뀌지 않는 것은 교육받을 기회를 침해하는 차별행위이다<sup>572)</sup>.

셋째, 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 용모, 외모에 대한 지나친 언급을 통하여 모욕감을 유발하는 행위, 용모, 외모와 관련하여 부적절한 말이나 농담을 하는 행위 등이다. 예컨대, 얼굴에 붉은 반점이 많이 나 있어 징그럽다는 이유로 학급에서 집단 따돌림을 당해 학교생활에 흥미를 잃고 삶의 의미마저 찾지 못해 자살한 경우, 이는 교육기관에서 용모를 이유로 학생을 희롱한 차별행위이다.

570) 트랜스젠더 000씨는 2000년 7월 주민등록번호를 문제삼아 항공기 탑승을 거부당한 행위는 평등권 침해의 차별행위에 해당된다며 국내 항공사를 상대로 2001년 11월 국가인권위원회에 진정을 하였다.

571) “Death Suit Costs City \$2.9 Million, Mother of Transgendered Man Wins Case,” Washington Post, 1998.12.12.

572) 차별연구모임, 앞의 책, 121쪽.





## 10) 혼인여부를 이유로 한 차별행위의 의미와 유형

### 가) ‘혼인여부’의 의미

캐나다와 뉴질랜드의 「인권법」(Human Rights Act), 호주의 「성차별금지법」(Sex Discrimination Act)과 「차별금지법」(Anti-Discrimination Act)은 “혼인상의 지위”(marital status)를 이유로 한 차별을 금지하고 있다. “혼인상의 지위”가 의미하는 바에 관해 외국의 입법례들은 “독신(single), 기혼(married), 별거(married but living separately and apart from one’s spouse), 이혼(divorced), 사별(widowed) 또는 혼인유사관계의 생활(in cohabitation, otherwise than in marriage)”로 규정하고 있다.

「국가인권위원회법」은 제정시에는 “혼인여부”를 평등권침해의 차별사유의 하나로 규정하였으나, 2005년 7월 29일 개정될 때 “혼인여부”를 “기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부”로 개정하여 “혼인여부”의 의미를 보다 구체적으로 규정하였다. 그러므로 외국의 입법례에서 말하는 “혼인상의 지위”(marital status)와 「국가인권위원회법」에서 말하는 “혼인여부”는 유사한 것으로 해석된다.

그런데 이러한 “혼인상의 지위” “혼인여부”는 반드시 현재의 혼인상태에 국한하지 않고 과거와 미래의 혼인의 여부 또는 상태도 포함되는 것으로 해석된다.

### 나) ‘혼인여부’를 이유로 한 차별행위의 의미와 법적 규제

#### (1) 외국의 입법례

“혼인상의 지위”를 이유로 하는 차별의 구체적 개념과 형태에 관해 직접차별과 간접차별로 나누어 구체적으로 규정한 입법례가 있다. 호주의 「성차별금지법」과 「차별금지법」은 ① 가해자가 혼인상의 지위 외에는 자신과 동일한 상황에 있거나 실질적으로 차이가 없는 상황에 있는 피해자에 대해 혼인상의 지위를 이유로 또는 피해자와 동일한 혼인상의 지위를 가지는 자들이 일반적으로 가지는 특성이나 일반적으로 가질 것으로 여겨지는 특성을 이유로 불리하게 대우하는 행위(직접차별)와 (2) 가해자가 피해자에 대해 피해자와 다른 혼인상의 지위를 가지는 자들의 대부분에 적용되거나 적용될 수 있는 요건이나 조건에 따를 것을 요구하고, 그 요구가 구체적인 상황을 고려해 볼 때 합리적이지 않고, 피해자가 그 요건이나 조건에 따를 수 없는 경우(간접차별)로 공통적으로 규정하고 있다. 다만, 호주의 「성차별금지법」은 이러한 혼인차별이 남녀간에 발생하는 경우를 금지하



고 있다.

영국의 「성차별금지법」(Sex Discrimination Act)은 이와 유사한 차별형태를 기혼자에 대한 차별로 제한하여 규정하고 있다. 즉 이 법은 (1) 기혼의 남성 또는 여성에 대해 그 혼인상의 지위를 이유로 동성의 미혼자에 비해 불리하게 대우하는 행위(직접차별)와 (2) 미혼자에게 적용하려는 조건에 적합한 기혼자의 비율이 그에 적합한 동성의 미혼자의 비율보다 현저히 적으며, 그로 인해 기혼자에게 불이익을 초래하고, 그 조건의 적용이 혼인상의 지위와 관계없이 정당한 것임을 사용자가 입증할 수 없는 경우에는 미혼자에게 적용하려는 조건을 기혼자에게 동일하게 적용하는 것(간접차별)은 기혼자에 대한 고용차별임을 명시하고 있다(제3조).

## (2) 헌법과 가족법의 혼인차별에 관한 규정

1987년 10월에 개정된 현행 헌법은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”(제36조 제1항)라고 규정하여 혼인과 가정생활에 관한 법적 규율의 기본방향을 제시하고 있다.

그럼에도 「가족법」(「민법」)은 호주제와 가족범위에 관한 규정에서 기혼인 딸을 출가의인으로서 가족이 아니도록 하여 호주승계를 할 수 없도록 규정하고 있다. 또한 여자는 혼인하면 그 친가의 호적에서 제적됨과 동시에 남편의 가(家) 또는 남편 호주의 가(家)에 입적하게 되고(제826조 제3항 본문), 자녀는 아버지의 가〔父家〕에 입적하고 아버지의 성과 본을 따른다(제781조). 또한 처는 전(前)남편의 자녀나 자신의 혼인의 자녀와 같이 남편의 혈족이 아닌 자신의 직계비속을 현남편의 호적에 입적시키려면 남편의 동의뿐 아니라 그 자녀의 호주의 동의도 얻어야 하나(제784조), 남편은 자신의 혼인의 자녀를 아내의 동의없이 임의로 입적시킬 수 있다(제782조). 미혼모는 자녀를 자신의 호적에 자신의 성을 따라 입적시킬 수 있으나, 그 자녀의 생부는 생모(미혼모)의 동의를 얻지 않고도 자신의 자녀라고 인정하는 인지신고를 하면 그 자녀는 생부의 호적에 생부의 성을 따라 입적하게 된다(제855조). 이러한 「가족법」의 규정들은 헌법에 상충하는 성차별이자 혼인차별로 지적되어 왔다.

헌법재판소는 「가족법」의 동성동본금혼규정(제809조 제1항)에 관해서는 1997년 7월 16일에, 호주제와 그에 관련한 자녀와 처의 입적에 관한 규정(제778조, 제781조, 제826조 제3항 등)에 관해서는 2005년 2월 3일에 바로 이러한 「헌법」 제36조 제1항의 규정에 불일치한다는 결정을 내린 바 있다. 이에 따라 2005년 3월 31일에 개정·공포된 「가족법」은 동성동본금혼규정을 삭제하고 2008년부터 호주제와 그에 관련한 자녀와 처의 입적에 관한 규정이 폐지되도록 하였다. 또한 여성에 대해서만 이혼 후 6월이 경과해야 재혼할 수 있도록 한 규정도 폐지하였다. 대



법원도 2005년 7월 21일에 내린 판결에서 여성에 대해 중중의 회원자격을 가지지 못하게 하거나 중중재산을 분배함에 있어서 여성을 불리하게 하는 것은 「헌법」 제36조 제1항의 규정에 위반되며, 여성도 중중회원이 될 수 있다는 입장을 표명하였다.

### (3) 국가인권위원회법의 혼인차별에 관한 규정

「국가인권위원회법」에서 의미하는 “혼인여부를 이유로 한 차별”은 평등권침해의 차별행위의 용어정의규정(제2조 제4호)을 통해 “합리적인 이유없이 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부를 이유로 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위와 성희롱을 하는 행위”로 정의할 수 있다.

이러한 혼인여부를 이유로 한 차별에는 직접차별과 간접차별의 유형이 포함되는 것으로 해석된다. 여기서 직접차별이란 혼인여부를 이유로 특정한 혼인상태에 있는 사람을 우대·배제·구별의 형태로 다르게 대우하여 불리하게 대우하는 행위를 말한다. 예를 들면, 은행원을 모집하면서 미혼자에게만 응시자격을 주고, 기혼자와 이혼자에게는 응시자격을 주지 않는 인사조치는 은행원의 직무수행에 미혼요건이 불가피한 요건이 아니므로 직접적인 혼인차별이 된다. 간접차별이란 혼인상태에 관계없이 동일한 기준을 적용하여 표면상 차별이 아닌 것처럼 보이나, 그 기준이 특정한 혼인상태에 있는 사람이 충족하기 어렵고, 결과적으로 특정한 혼인상태에 있는 개인이나 집단에게 불이익을 초래하며, 그 기준의 적용자가 그 기준의 적용이 혼인차별과 관계없는 정당한 것임을 입증하지 못하는 경우를 말한다. 예를 들면, 은행원을 모집하면서 기·미혼에 관계없이 “수시로 야근과 지방 및 해외지점의 근무가 가능한 자”를 응시요건으로 제시하는 경우는 우리나라 가족현실상 자녀양육과 가사노동의 책임을 가지는 기혼여성들의 상당수가 응시하기가 곤란하게 될 것인데, 이때 은행에서 그 요건이 은행의 운영상 또는 은행원의 직무특성상 불가피한 것이며 기혼여성을 차별하려는 것이 아님을 입증하지 못하면 그 응시요건의 제시는 간접적 혼인차별에 해당될 수 있다.

그런데 이 법은 차별사유로서 “혼인여부”와 “성별”을 구분하고 있으므로 이러한 혼인차별이 남녀간에 발생하는 것에 국한하지 않고, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등의 혼인상태에 있는 사람과 그렇지 않은 혼인상태에 있는 사람 사이에 차별을 의미한다.



이와 같은 혼인여부를 이유로 한 차별행위가 1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설과 그 종사자가 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판관을 제외한다)과 관련하여 한 경우와 2. 법인 및 단체의 소속 직원 또는 그 외의 개인이 한 경우에는 국가인권위원회가 피해진정을 접수, 조사하고 권리구제를 할 수 있다(제30조).

#### (4) 남녀고용평등법의 혼인차별규정

「남녀고용평등법」은 “차별”을 “사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리 하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우”(직접차별, 제2조 제1항 1문)와 “사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우”(간접차별, 제2조 제1항 제2문)로서 규정하고 있다.

그리고 사업주에게 모집·채용(제7조), 임금(제8조) 외에 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품지급 또는 복리후생(제9조), 교육·배치·승진(제10조), 정년·퇴직·해고(제11조제1항)에서의 남녀차별을 금지하고 있다. 또한 “사업주가 여성근로자를 모집·채용함에 있어서 모집·채용하고자 하는 직무의 수행에 필요로 하지 아니하는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 그밖에 노동부령이 정하는 조건을 제시하거나 요구하여서는 아니 된다.”는 규정(제7조 제2항)과 “근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약의 체결”을 금지하는 규정(제11조 제2항)을 두고 있다.

이 법에 근거한 「남녀고용평등업무처리규정」(노동부 예규)은 “혼인·임신·출산이나 일정한 연령에 달한 것을 이유로 본인의 의사에 반하여 여성근로자에 대해서만 불이익이 되도록 배치하는 경우”, “혼인·임신·출산 등을 이유로 여성을 해고하는 경우”를 「남녀고용평등법」이 금지하는 차별의 유형에 포함시켜 예시하고 있다.

한편, (구) 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」에 근거한 「남녀차별금지기준」은 법에서 금지하는 고용상의 남녀차별행위의 유형으로서 (1) “모집·채용에 있어서 … 혼인여부, 용모 등의 제한적인 조건을 부과하는 경우” (2) “혼인·임신·출산·연령 등을 이유로 특정성을 일정한 직무배치의 대상에서 배제하는 경우” (3) “특정성에 대하여 혼인·임신·출산 등의 이유로 해고하거나 퇴직을 강요하는 경우” (4) “정리해고의 객관적 기준을 정함에 있어서 동일 직장 내 배우자가 근무하는 자를 정리해고대상에 포함시킴으로써 사회관념 또는 당해 직업의 속성



상 특정성의 해고를 강요하거나 특정성이 우선적으로 해고되는 결과를 초래하는 경우”를 예시한 바 있다.

### (5) 직업안정법의 혼인차별규정

「직업안정법」은 “누구든지 성별·종교·사회적 신분 또는 혼인여부 등을 이유로 직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다.”(제2조)라고 규정하고 있다.

#### 다) ‘혼인여부’를 이유로 한 차별행위의 예외

「국가인권위원회법」은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다(제2조 제4호 단서).”라고 규정하고 있다. 그러므로 혼인여부를 이유로 특정한 사람에 대하여 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위가 이러한 단서규정에 해당되는 경우에는 차별로 보지 아니한다.

그런데 다음과 같은 현존하는 법규정이나 관행, 조치를 둘러싸고 혼인여부를 이유로 한 차별에 해당되는가 아니면 차별의 예외에 해당되는가에 관한 논란이 있다.

#### (1) 유족급여에서의 출가한 딸에 대한 차별

「독립유공자예우 등에 관한 법률」과 「국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률」은 출가한 딸 또는 손녀는 다른 유족이 없고 친가에 아들이 없는 경우에만 이 법에 의한 유족보상을 받을 수 있도록 제한하였으나, 2000년 12월 30일에 개정되어 출가한 딸 또는 손녀도 혼인여부와 관계없이 자녀들이 받을 수 있는 취업보호와 유족보상을 받을 수 있게 되었다. 그러나 연금의 지급 및 대부는 다른 유족이 없는 경우에 한하여 받을 수 있도록 하였다(제12조 제4항 신설, 제18조 개정). 즉 이러한 법률은 유족연금지급 순위를 배우자, 자녀, 손자녀 순위로 하되, 타가(他家)로 입적된 자의 경우 손자녀 보다 후순위로 하도록 규정하고 있다.

이에 대해 여성부의 남녀차별개선위원회는 2005년 1월 17일에 관련 차별시정 신청사건을 심의한 결과 여성의 경우 혼인에 의한 타가입적이 일반적인 우리 사회에서 이와 같은 순위 규정은 신청인과 같은 피해자가 다수 발생할 소지가 있는 것으로 보여 남녀차별소지가 있다고 판단하고 국가보훈처에 관련조항의 개정을 위해 절차를 진행하라는 의견을 표명하였다.



## (2) 가족수당지급에서의 비혼자의 차별

가족수당은 단체협약이나 취업규칙에 의해 사업주가 부양가족이 있는 근로자에게 지급하는 생활보장적 급여 또는 복리후생금품을 말한다. 그런데 그 지급대상인 ‘부양가족이 있는 근로자’란 통상 근로자에게 부모와 법률혼 배우자, 만 20세미만의 자녀, 배우자의 부모가 있는 경우를 말하되, 이 부양가족은 주민등록부상에 등재되어 있어야 한다. 다만, 사정상 부모 등이 주민등록부상에 등재되어 있지 않더라도 장남의 경우는 부양을 하고 있음을 추정하여 가족수당을 지급받을 수 있지만, 장남이 아닌 자 특히 비혼여자녀가 부모와 주민등록지를 달리 하는 경우에는 다른 부양의무자가 없이 실제로 부양을 하고 있더라도 부양하고 있음을 추정받지 못하여 가족수당은 지급되지 않는다. 또한 가족수당은 주민등록상에 신고된 배우자가 있어야 그 배우자에 대한 가족수당을 지급받을 수 있으므로 법률혼 상태에 있지 않은 사실혼, 동성혼 등의 배우자는 지급대상에서 제외한다.

## (3) 대출서비스에서의 혼인차별 사례

신용보증기금은 주택자금 대출자 신용평가지 혼인 여부를 주요 평가 기준으로 삼아서 이혼자와 사별자의 대출 보증을 사실상 제한하고, 35세 미만으로 부양가족이 없는 경우에는 이들 뿐 아니라 미혼자에게도 전세자금 대출 보증을 해주지 않고 있다. 그리고 신용보증기금은 주택자금 마련을 위한 보증서 발급신청자격을 부양가족이 있는 자에게만 부여하고 있으며, 기혼자의 배점을 미혼자보다 높게 책정하고 있다. 또한 2001년부터 기타 항목에 이혼과 사별 등의 항목을 추가해, 미혼보다 낮은 점수를 책정하고 있다.

그런데 30대 이혼남성인 A씨는 신용보증기금에 전세자금 대출 보증 신청을 했다가 처음에 ‘미혼’으로 기재해 보증서 발급 승인을 받았으나, 허위기재에 따른 불이익을 우려해 이혼, 사별 등이 포함된 ‘기타’ 항목으로 수정했다가 보증서 발급을 거절당하자 국가인권위원회에 2004년 2월 16일에 진정서를 냈다.

## (4) 소득세법의 소득공제에서의 혼인차별

「소득세법」의 인적 소득공제제도는 가족의 생존에 필요한 최저생활비를 과세에서 제외하고, 과세단위간의 상이한 인적 구성에 상응하는 공평한 소득세의 부담을 실현하기 위한 제도로서 기본공제와 추가공제, 소수자추가공제가 있다.

그 중 추가공제에 해당되는 부녀자공제는 배우자가 없고 부양가족이 있는 여성세대주와 배우자가 있는 취업여성을 그 대상으로 하며, 자녀양육비공제는 6세 이하의 직계비속이 있는 여성근로자와 6세 이하의 직계비속이 있고 배우자가 없는 남성 근로소득자가 대상이 된다. 배우자의 소득여하에 관계없이 배우자가 있



기만 하면 취업여성이 공제받게 되는 부녀자공제는 배우자가 없는 취업여성에 대한 혼인차별의 소지가 있다. 또한 배우자 공제조항은 법률혼 관계의 근로소득자에게 일정한 세제혜택을 부여하고 있어 사실혼이나 동성혼 관계에 있는 근로소득자에게는 세제상의 불이익을 초래하고 있다. 그 외 여성세대주에 대한 추가 공제제도와 자녀양육비 공제는 동일한 조건의 남성근로소득자에 대한 성차별의 소지가 있다.

이러한 문제에 대해 2004년 2월 12일 차별연구회<sup>573)</sup>는 현행의 소득공제제도가 혼인여부, 가족상황, 성적지향에 따라 차별하고 있다며 국가인권위원회에 진정서를 제출하고, “부양가족을 직계 존·비속과 20세 미만의 주민등록상 동거형제·자매로 규정하고 극히 제한된 법적 혈연가족에게만 소득공제 혜택을 주는 것은 가족관계가 다양해지는 상황에서 가족상황에 따른 차별행위라고 비판했다.<sup>574)</sup>

## 라) ‘혼인여부’를 이유로 한 차별행위에 대한 처리사례

### (1) 국가인권위원회의 결정례

국가인권위원회 차별조사2과는 기독교 교단의 부설 목회신학원이 이혼한 자의 입학을 불허한 조치가 혼인여부를 이유로 한 교육차별에 해당되는 가가 문제가 된 진정사건에서 목회신학원은 교단의 교리와 종교상의 신조나 행동수칙을 모범적으로 준수하고 전파하는 목회자를 양성하기 위한 특수한 설치목적 이 있고 그 교단은 부부의 인연은 하나님이 맺어 준 것이므로 이혼하는 것은 하나님의 뜻에 반하다는 신조를 가지고 있으므로 이혼한 자의 입학 불허한 조치는 합리적 이유없는 차별행위로 볼 수 없다는 입장을 취하였다.<sup>575)</sup>

이화여대의 학칙중에는 “미혼일 것”을 입학요건으로 하고 재학 중에 결혼한 자를 제적할 수 있게 하는 규정이 있었다. 이에 대해 국가인권위원회에 차별진정이 제기되자 위원회는 혼인여부에 의한 차별가능성이 있다고 판단하여 2003년 1월에 직권조사를 벌였다. 그 과정에서 이화여대는 학칙을 스스로 개정하여 재학 중 혼인하여 퇴학조치를 당한 자에 대한 재입학을 허용하고 재학 중 혼인도 허용하였다.

573) 고용차별 등 사회전반의 차별사례를 분석하기 위해 이화여대 여성학과 조순경 교수 등 여성학, 사회학 전공학자 5명으로 구성된 연구모임이다.

574) 2004년 2월 12일의 연합통신의 기사(‘연말정산 소득공제 차별’ 인권위 진정) 참조.

575) 앞의 법령해석질의회신집, 235~240쪽.



## (2) 다른 권리구제기관이 혼인차별로 인정한 사례

2000년 9월 8일, 대통령직속 여성특별위원회(여성부의 전신)는 독립유공자의 외손녀가 국가보훈처가 「독립유공자예우 등에 관한 법률」상의 손자녀의 범위에서 외손자녀를 제외하여 교육보호·취업보호에서 제외하는 것은 남녀차별이라며 진정한 사건에 대해 국가보훈처의 조치는 출가한 딸을 차별하는 부산물로서 성립한 남녀차별적인 법집행이라고 결정하고, 외손자녀도 손자녀가 받는 교육혜택, 취업혜택 등이 될 수 있도록 유족증명을 발급할 것을 권고하였다.<sup>576)</sup>

1991년 6월 17일, 부산지방노동위원회는 호텔측이 호텔여직원이 결혼을 통보하자 근무하고 있던 부서보다 근무조건이 나쁜 부서로 전보발령한 조치는 정당한 이유없이 혼인을 이유로 한 부당전직으로 결정하고 여직원인 신청인을 원직복귀하라는 구제명령을 내렸다.

또한 1998년 4월 7일, 서울지방노동위원회도 업무실적이나 능력이 저하되거나 동일한 상황에 있는 다른 사람들에 비하여 부족함이 없는데도 기혼여성인 신청인에 대해 사직을 종용하다가 신청인이 이에 불응하자 아무런 연고도 없는 지방으로 전보발령시킨 것은 인사권을 남용한 부당전직으로 결정하였다.

## 11) ‘임신 또는 출산’을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) ‘임신 또는 출산’의 의미

「국가인권위원회법」은 2001년 5월 24일 제정될 때부터 “임신 또는 출산”을 평등권침해의 차별사유의 하나로 규정하였다. 그런데 “임신 또는 출산”은 생물학적으로 여성만이 할 수 있으므로 “성별”에 포함되는 것으로 볼 수 있지만, 이 법은 “성별”을 “임신 또는 출산”과 별개로 규정하고 있다.

그런데 현행법 중 “임신” 또는 “출산”이 의미하는 바를 규정한 법은 없다. 다만, 현행 「모자보건법」은 “임산부”를 “임신중에 있는 여자와 분만후 6월미만의

576) 대통령직속 여성특별위원회(2001), 「남녀차별결정례집 1999년-2000년」, 68~72쪽 참조.





여자”로 규정하고 있다. 그런데 “임산부”근로자를 특별보호하는 규정을 두고 있는 「근로기준법」은 “임산부”를 “임신중에 있는 여성과 출산후 1년이 경과하지 않은 여성”으로 규정하고, ‘임신 또는 출산’과 관련된 보호로서 생리와 수유, 유산과 사산, 산후의 건강보호를 위한 규정들도 두고 있다.

## 나) ‘임신 또는 출산’을 이유로 한 차별행위의 의미와 유형

임신 또는 출산을 이유로 한 차별을 성별을 이유로 한 차별에 포함시키고 있는 「캐나다 인권법」과 달리 「국가인권위원회법」은 차별사유로서 “성별”을 “임신 또는 출산”과 별개로 규정하고 있다. “임신 또는 출산”을 별개의 차별사유로 하는 것은 임신 또는 출산한 여성과 임신 또는 출산하지 못하는 남성과의 불합리한 차별 뿐 아니라 임신 또는 출산한 여성과 그렇지 않은 여성사이의 불합리한 차별도 진정대상이 될 수 있다는 것을 의미한다.

그런데 ‘임신 또는 출산’을 이유로 한 차별행위의 의미나 유형에 관하여 명시적으로 규정하고 있는 법은 「UN여성차별철폐협약」과 「여성발전기본법」, 「남녀고용평등법」, 「국가인권위원회법」이 있다. 「UN여성차별철폐협약」과 「여성발전기본법」, 「남녀고용평등법」은 임신 또는 출산을 하거나 할 가능성이 있는 여성에 대한 차별의 금지와 여성의 고유한 임신 또는 출산기능(maternity protection)에 대한 사회적 보호를 전제로 하고 있다. 이러한 입법은 모성기능이 남녀가 본질적으로 다른 특성이며 그러므로 모성기능에 관하여 남녀를 다르게 대우해야 상대적, 실질적 평등이념에 부합되는 것이며, 모성기능은 가정과 사회에 인력을 창출하는 사회적 기능이 있으므로 사회적 보호가 필요하다는 공통된 입장에 기초한 것이다.

### (1) UN여성차별철폐협약에서의 ‘임신 또는 출산’ 차별행위

「UN여성차별철폐협약」은 “출산이 차별의 원인이 되어서는 아니 된다.” “모성 보호조치를 차별로 보아서는 아니 된다.”, “모성의 사회적 기능에 대한 적절한 이해가 가정교육에 포함되어야 한다.”는 것을 규정하고 있다. 또한 국가에게 “국가는 결혼 또는 모성을 이유로 한 여성에 대한 차별을 방지하며, 여성의 근로에 대한 유효한 권리를 확보하기 위하여 (a) 임신 또는 출산휴가, 혼인 여부를 이유로 한 해고를 금지하고, 위반시 제재를 가하도록 하는 것과 (b) 종전의 직업, 선임순위 또는 사회보장수당을 상실함이 없이 유급 또는 이에 상당하는 사회보장급부를 포함하는 출산휴가제를 도입하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.”(제11조 제2항)는 것을 규정하고 있다. 또한 “국가는 여성에 대해 임신 및 수유기 동안의 적절한 영양섭취를 하도록 하고 임신, 해산 및 산후조리기간과 관련하여 적절한



서비스를 제공하여야 하며, 필요한 경우에는 무상으로 이를 제공하여야 한다.”는 것도 규정하고 있다.

이러한 협약상의 ‘임신 또는 출산’에 관한 규정은 임신 또는 출산이 여성의 고유한 기능이자 특성이므로 임신 또는 출산을 이유로 한 차별은 곧 이 협약에서 금지하는 “여성에 대한 차별”이 된다는 점과 모성기능이 사회의 인력을 제공하는 중요한 사회적 기능이 있다는 점을 중시하여, ‘임신 또는 출산’이 여성에 대한 차별의 사유가 되어서는 아니되고 오히려 사회적 보호를 받아야 함을 의미한다.

### (2) 여성발전기본법에서의 ‘임신 또는 출산’차별행위

이 법은 1995년 12월 30일 제정될 때, “국가, 지방자치단체 또는 사업주는 여성의 임신, 출산, 수유기간 동안에 이들을 특별히 보호하며 이를 이유로 하여 불이익을 받지 아니하도록 하여야 한다.”(제18조 제1항)라고 규정하였다.

### (3) 남녀고용평등법에서의 ‘임신 또는 출산’차별행위

이 법은 “차별”을 “사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우”(직접차별, 제2조 제1항 1문)와 “사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우”(간접차별, 제2조 제1항 제2문)로서 규정하고 있다.

그러므로 사업주가 여성이 임신 또는 출산한 것 또는 할 것을 이유로 모집·채용(제7조), 임금(제8조), 임금 외에 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품지급 또는 복리후생(제9조), 교육·배치·승진(제10조), 정년·퇴직·해고(제11조 제1항)에서의 직접적으로나 간접적으로 불이익을 주면 이 법에서 금지하는 남녀차별에 해당된다. 이 법은 특별히 “임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약의 체결”(제11조 제2항)을 명시적으로 금지하고 있으며, 위반자는 벌칙을 받게 된다.

이 법에 근거한 「남녀고용평등업무처리규정」(노동부예규)은 “임신·출산을 이유로 본인의 의사에 반하여 여성근로자에 대해서만 불이익이 되도록 배치하는 경우”, “임신·출산 등을 이유로 여성을 해고하는 경우”를 「남녀고용평등법」이 금지하는 차별의 유형에 포함시켜 예시하고 있다.

한편, 이 법은 “근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우”를 이 법에서 말하는 차별로 보지 않는다는 것을 규정하고 있다.



#### (4) 「국가인권위원회법」에서의 ‘임신 또는 출산’차별행위

「국가인권위원회법」에서 말하는 ‘임신 또는 출산’에 의한 차별행위란 평등권침해의 차별행위의 용어정의규정(제2조 제4호)을 통해 “합리적인 이유없이 ‘임신 또는 출산’을 이유로 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위와 성희롱을 하는 행위”로서 평등권을 침해하는 행위라고 정의할 수 있다. 여기에는 임신 또는 출산을 한 자를 임신 또는 출산을 하지 않은 자보다 합리적 이유없이 배제, 구별 등 다르게 대우하여 불이익을 주는 직접차별뿐 아니라 차별행위자가 임신 또는 출산을 한 자와 하지 않은 자를 동일하게 적용되는 기준, 조건을 제시하였으나 그 기준의 적용이 정당한 것임을 입증하지 못하고 그 기준의 적용으로 임신 또는 출산을 한 자가 결과적으로 불이익을 받는 간접차별도 포함된다.

이러한 ‘임신 또는 출산을 이유로 한 차별행위가 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설과 그 종사자가 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판관을 제외한다)과 관련한 경우뿐만 아니라, 법인 및 단체의 소속 직원 또는 그 외의 개인에 의한 경우에도 국가인권위원회가 피해진정을 접수, 조사하고 권리구제를 할 수 있다(제30조).

#### 다) ‘임신 또는 출산’을 이유로 한 법적 보호

##### (1) 헌법

헌법은 1948년 7월 제정될 때, “여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.”(헌법 제32조 제4항)라는 조항을 두었다. 1987년 10월 개정될 때에는 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”(제36조 제2항)라는 규정을 신설하였다.

##### (2) 여성발전기본법

이 법은 1995년 12월 30일 제정될 때, 임신·출산을 이유로 한 차별을 금지할 뿐 아니라(제18조 제1항) “취업여성의 임신, 출산, 수유와 관련한 모성보호비용에 대하여 「사회보장기본법」에 의한 사회보험 및 재정 등을 통한 사회적 부담을 높여 나가도록 하여야 한다.”(제18조 제2항)라는 규정을 두었다. 그리하여 우리나라



법 중 최초로 모성보호의 범주를 “임신, 출산, 수유”로 규정하고 모성기능의 사회적 중요성을 감안하여 모성보호비용의 사회분담화를 규정한 입법의의의가 있다.

### (3) 건강가정기본법

2004년 2월 9일에 제정된 이 법은 제8조(혼인과 출산)에서 “① 모든 국민은 혼인과 출산의 사회적 중요성을 인식하여야 한다. ② 국가 및 지방자치단체는 출산과 육아에 대한 사회적 책임을 인식하고 모성보호와 태아의 건강보장 등 적절한 출산환경을 조성하기 위하여 적극적으로 지원하여야 한다.”고 규정하고 있다.

### (4) 일반근로여성의 모성보호법

현재 근로여성의 모성보호에 관하여 규정한 주요한 법은 「근로기준법」, 「남녀고용평등법」, 「고용보험법」이 있다.

#### (가) 근로기준법

##### ① 위험유해업무로부터의 보호

- 사용자는 임신 중이거나 산후 1년이 경과되지 아니한 여성(이하 ‘임산부’라 한다)과 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해위험한 사업에 사용하지 못한다. 또한 임산부가 아닌 18세 이상의 여성을 보건상 유해위험한 사업 중 임신 또는 출산에 관한 기능에 유해위험한 사업에 사용하지 못한다(제63조).
- 사용자는 여성과 18세 미만인 자를 갭내에서 근로시키지 못한다. 다만, 보건·의료, 보도·취재 등 대통령령이 정하는 업무를 수행하기 위하여 일시적으로 필요한 경우에는 그러하지 아니하다(제70조).
- 사용자는 임신 중인 여성근로자의 요구가 있는 경우에는 경이한 종류의 근로로 전환시켜야 한다(제72조 제5항).

##### ② 근로시간의 보호

- 탄력적 근로시간제는 연소자와 임신중 여성에 대해서는 적용하지 아니한다(제50조).
- 사용자는 산후 1년미만의 여성에 대해 1일에 2시간, 1주일에 6시간, 1년에 150시간을 초과하는 근로를 시키지 못하며(제67조), 임신 중의 여성에 대한 시간외 근로에 사용하지 못한다(제72조 제4항).
- 사용자는 심야업 및 휴일근로에 대해서는 18세 이상의 여성의 동의가 있는 경우에는 사용할 수 있으나, 임산부와 18세 미만자의 경우는 원칙적으로 사용하지 못한다. 다만, 18세 미만자와 산후 1년 미만의 여성의 동의가 있는 경



우, 임신 중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우에 사용자가 근로자의 건강 및 모성보호를 위하여 그 시행 여부와 방법 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장의 근로자대표와 성실하게 협의한 후 노동부장관의 인가를 얻은 경우에는 사용할 수 있다(제68조).

### ③ 근로의무에 대한 면제

- 사용자는 임신 중의 여성에 대하여 산전후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가기간의 배치는 산후에 45일 이상이 되어야 한다. 이 휴가 중 최초 60일은 유급으로 한다. 나머지 30일은 고용보험에서 산전산후 휴가급여가 지급되나, 지급최고액은 135만원이다. 2005년 5월 31일 개정된 법에 의하여 우선지원대상사업장(광업, 건설업, 운수·창고·통신업은 상시 근로자 300인 이하의 기업, 제조업은 500인 이하, 기타 산업은 100인 이하)의 경우는 출산휴가 90일 동안 고용보험에서 산전산후휴가급여가 지급된다. 다만, 최고금액은 135만원이며, 휴가전 소득과 급여사이의 차액은 사업주가 부담한다(고용보험법, 제72조). 사용자는 출산휴가기간과 그후 30일간은 임신 부근로자를 해고하지 못한다(제30조 제2항).
- 2006년부터 임신 16주 이후 자연유산 또는 사산한 경우에 휴가와 고용보험에 의한 급여가 제공된다. 『모자보건법』이 허용하는 임공임신중절의 경우에도 적용된다.
- 생리시 여성근로자는 월 1일의 휴가를 제공받을 수 있다(제71조).
- 생후 1년 미만의 유아를 가진 여성근로자의 청구가 있는 경우에는 1일 2회 각각 30분 이상의 유급 수유시간을 주어야 한다(제73조).

#### (나) 국가공무원복무규정의 모성보호

- 여자공무원은 매 생리기와 임신한 경우 검진을 위하여 매월 1일의 여성보건 휴가를 얻을 수 있다(제20조 제3항).
- 임신 중인 여자공무원에 대하여는 그 출산의 전후를 통하여 90일의 출산휴가를 허용하여야 한다(제20조 제2항).
- 2001년 10월 31일 개정된 『공무원휴가업무예규』는 출산휴가는 출산 후에 45일 이상 확보되도록 한다는 것과, 유산·사산·조산휴가를 인정하였다. 즉 여성공무원이 임신 8월 이후(197일)에 유산·사산·조산을 한 경우에는 정상적인 만기출산과 마찬가지로 출산 전후를 통하여 90일의 출산휴가를 허가하여야 하며, 임신 4월(85일)부터 임신 7개월(196일)까지의 기간 중에 유산·사산·조산을 한 경우에는 산모의 상태 등을 고려하여 90일 이내의 출



산휴가를 허가할 수 있다. 또한 임신 중에 심한 입덧이나 부작용 또는 안정의 필요성이 있을 경우와, 임신 4월 미만(84일까지)의 기간 중에 유산·사산·조산한 경우에는 일반병가를 허가할 수 있다.

- 생후 1년 미만의 유아를 가진 여자공무원은 1일 1시간의 육아시간을 얻을 수 있다(제20조 제4항).

## 라) ‘임신 또는 출산’을 이유로 한 차별행위에 대한 처리사례

전국의 초·중·고등학교 교사들이 2001년도에 산전후휴가 또는 육아휴직으로 직무에 종사하지 아니한 기간이 90일 이상이라는 이유로 2002년도 성과상여금 지급대상에서 제외된 것에 대한 진정에 대하여 남녀차별개선위원회는 산전후휴가의 경우 국가의 모성보호차원에서 법적으로 보장된 제도로 출산 당사자인 여성만 사용할 수 있는 것이고 시기·기간 등에 대한 선택의 여지나 다른 대안이 없다는 점에서 산전후휴가로 인한 미근무 기간이 성과금 지급제외대상기간에 포함된 것은 남녀차별에 해당한다는 결정을 2003년 4월 18일에 내렸다.<sup>577)</sup>

국가인권위원회는 여교사의 보건휴가사용과 관련하여 관계증빙서류 요구 등으로 사실상 보건휴가사용을 제한한 조치에 대한 진정사건에 대하여 평등권침해를 인정하고, 피진정인인 서울특별시 교육감에게 보건휴가제도가 원활하게 시행될 수 있는 방안을 마련할 것과 피진정인 초등학교장 등에게 보건휴가사용 제한행위의 중지 및 재발방지를 권고하였다(2003.11.17. 02진차 90, 02진차91, 02진차 92, 02진차 93(병합) 결정).

## 12) 가족형태 또는 가족상황을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) “가족형태 또는 가족상황”의 정의

‘가족형태’ 또는 ‘가족상황’이란 일반적으로 ‘가족구성의 형태, 가족의 구성원, 그리고 가족에 대한 책임과 관련한 상황’을 말한다.<sup>578)</sup> 즉, 한부모 가족, 재혼가족

577) 여성부 남녀차별개선위원회, 「2003년도 남녀차별결정례집」, 12~17쪽.



등의 가족형태와 부모, 남편, 아내, 또는 자녀라는 가족 내의 위치와 가족 구성원에 대한 책임 등으로 정의할 수 있다.

외국의 경우에도 ‘가족책임’ 또는 ‘가족상황’을 이유로 하는 차별을 금지하고 있다.<sup>579)</sup> 여기서 말하는 가족책임이란 ‘다른 사람을 돌봐야 하는 책임’이며, 가족상황이란 ‘친인척이 되거나 특정한 사람의 인척이 되는 상황’으로 정의하고 있다.<sup>580)</sup>

가족형태 또는 가족상황을 정의할 때 문제가 되는 것은 가족의 범위이다. 우리나라 현행 「민법」(가족법)은 가족의 범위를 “호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 그 가(家)에 입적한 자”라고 규정하고 있으며, 2005년 3월31일 법개정에 의해 2008년부터는 ①배우자, 직계혈족 및 형제자매, ②직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족, 배우자의 형제자매로서 생계를 같이하는 자로 변경된다. 2004년 2월 9일 제정된 「건강가정기본법」은 “가족”을 “혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위”라고 정의하고 있다. 즉 가족을 혼인과 혈연을 통해 맺어진 관계로 파악하고 있다. 그러나 가족의 범위를 혼인과 혈연관계로만 파악하는 것은 현실에 존재하는 다양한 가족을 포함하지 못하는 한계가 있다. 그러므로 외국의 경우처럼 가족의 범위를 법률혼, 사실혼에 의한 배우자, 형제자매 등의 친족관계 뿐만 아니라 인척 관계, 입양을 통한 비혈연 관계 등을 포함하는 것으로 해석하는 것이 바람직할 것이다.<sup>581)</sup>

## 나) “가족형태 또는 가족상황”을 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

578) 차별연구모임, 『국가인권위원회법의 「차별」판단을 위한 지침』, 172쪽.

579) 홍콩, 호주, 캐나다 등에서는 가족상황이나 가족책임 혹은 돌봐야 할 사람이 있는 자의 책임을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 특히 호주에서는 ‘돌봐야 할 사람이 있는 자의 책임’을 이유로 한 차별을 금지함으로써 가족구성원을 돌봐야 하는 여성들이 이를 이유로 하여 차별적 대우를 받지 않도록 하고 있다. 홍콩, 호주, 캐나다에서 가족상황을 이유로 하는 차별을 금지하고 있는 법률로서는 「캐나다인권법」, 홍콩의 「가족지위차별금지법령」, 호주의 「기회균등법」 등이 있다(국가인권위원회, 『외국 차별금지 법령집』, 2004).

580) Equal Opportunity Commission (Western Australia), <http://www.equalopportunity.wa.gov.au>.

581) 호주의 「반차별법」(Anti Discrimination Act)에 의하면 가족 구성원의 범위는 결혼에 의한 또는 사실혼에 의한 이성 혹은 동성의 배우자 혹은 이전의 배우자, 부모 또는 배우자의 부모, 이전 배우자의 부모, 형제 또는 배우자의 형제, 이전 배우자의 형제, 자매 또는 배우자의 자매, 이전 배우자의 자매, 손주 또는 배우자의 손주, 이전 배우자의 손주, 조부모 또는 배우자의 조부모, 이전 배우자의 조부모가 포함된다(차별연구모임, 앞의 책, 171쪽).



가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별이 발생하는 배경으로는 우리사회의 정상가족 이데올로기와 가족 구성원 상호간에 요구되는 역할의 차이가 존재한다. 부부와 그의 자녀들로 구성되는 혈연중심의 가족이라는 범주는 그 범주에 존재하는 한부모가족이나 재혼가족 등의 가족은 가족의 존재로서 공식, 비공식적 제도나 사회 문화적으로 차별의 대상이 된다. 또한 여성은 가족내 성별분업에 의해 자녀, 노인 등에 대한 돌봄이 강제되고 돌봄을 수행해야 한다는 것을 이유로 공적영역, 특히 고용상의 차별을 받는다. 이로 인해 가족상황 특히 가족책임을 이유로 발생하는 차별은 혼인여부, 임신·출산, 성차별과 중복 차별을 발생시키는 경우가 많다. 이런 이유에서 외국의 경우는 가족상황이 아닌 혼인상의 지위와 임신에 대한 차별금지 내용 속에 가족상황을 이유로 한 차별을 포함시키고 있다. 그러나 우리의 경우는 각기 독자적인 차별사유를 구성하고 있기 때문에 차별의 범위와 경계를 확정하기 어렵다. 또한 가족형태·가족상황에 의한 차별여부를 판단함에 있어서 가족의 범위를 어디까지로 할 것인가, 가족적 책임을 어디까지 보장해야 하는 가는 일률적으로 정할 수 없는 어려움이 있다. 그러나 차별의 개념이 시대와 상황에 따라 변화하는 것처럼 가족의 범위와 가족적 책임의 범위도 유동적인 점을 감안하면 그 범위를 점차적으로 확장시키는 것이 필요하다.

## (2) 차별의 개념과 성립요건

‘가족형태·가족상황’을 이유로 한 차별이란 합리적 이유 없이 가족 형태나 가족의 구성원, 그리고 가족에 대한 책임 등을 이유로 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설, 교육시설, 직업훈련 기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

여기에는 가족형태·가족상황을 이유로 합리적인 이유 없이 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설, 교육시설, 직업훈련 기관의 이용에 있어서 다른 사람에 비해 불리하게 대우하는 것뿐만 아니라(직접차별) 정책, 규칙, 기준, 관행, 자격요건 등이 특정한 가족형태·가족상황에 있는 사람에게 결과적으로 불리한 영향을 미치는 경우(간접차별)까지도 포함한다. 또한, 직장이나 공공시설, 공공장소에서 특정한 가족형태·가족상황에 있는 사람을 불쾌하게 하거나 공격하는 등 어떠한 형태로든 괴롭히는 행위, 그와 관련된 별명, 농담, 비하, 조롱 등을 하는 행위(harassment)도 차별행위를 구성한다.

따라서 가족형태·가족상황을 이유로 비우호적인 대우를 한다거나 특정한 가족형태·가족상황에 있는 사람에게 불리한 결과를 가져오게 하거나 희롱을 하는 경우, 그것에 합리성을 입증하지 못한 경우 차별이 성립된다.





### (3) 차별의 예외

가족형태·가족상황에 의한 차별의 예외가 되는 것은 다음과 같다. 특정 가족형태나 가족상황에 있는 사람에게 부여되는 권리나 특권, 특별한 요구에 부합하기 위한 조치, 친·인척간의 결탁이 사업의 불이익을 초래할 수 있는 경우, 자선단체의 가입과 혜택, 특정 종교인이 되기 위한 조건의 제한 등은 차별에 해당하지 않는다. 예컨대 한 부모 가족에 대한 지원 정책이나 육아휴직 기간 중에 지급되는 급여 및 기타 보호조치는 차별이 아니다.<sup>582)</sup> 그 밖에 종교적 신념상 종교인의 자격을 미혼이나 이혼 경력이 없는 자로 규정한 경우에는 가족형태·가족상황을 이유로 한 차별이 아니다.

## 다) “가족형태 또는 가족상황”을 이유로 한 차별의 유형과 사례

### (1) 고용관련 차별

가족형태·가족상황을 이유로 하는 고용상의 차별은 모집·채용에서 퇴직·해고에 이르기까지 고용의 모든 과정에서 나타난다. 특히 가족상황을 이유로 한 차별은 가족 구성원에 대한 책임감으로부터 발생하는 경우가 많다.

#### (가) 모집·채용

모집·채용과정은 고용의 입구로서 중요한 의미를 가질 뿐만 아니라 그 성격상 차별이 발생하기 쉬운 영역이다.

가족형태·가족상황을 이유로 하는 모집·채용과 관련된 차별행위 유형으로는 첫째, 모집·채용에 있어서 직무수행상 필요하지 않은 부양자 유무 등의 가족상황 등을 채용기준으로 사용하는 경우이다. 둘째, 특정인의 배우자란 이유로 또는 입사를 위해 지원하는 회사에 다른 가족구성원이 이미 근무하고 있다는 이유로 채용이 거절되는 경우이다. 셋째, 채용과정에서 특정의 가족형태나 가족상황에 있는 사람에 대한 고정관념과 편견에 근거하여 지원자를 평가하는 경우이다. 채용과정에서 업무와 관련 없는 가족구성, 가족의 수입 등의 상황, 가족의 직업, 학력<sup>583)</sup> 등을 지원서에 작성하게 하고 이를 근거로 특정 가족 상황에 있는 지원자를 조직 생활에 적합하지 않고, 업무에 충실할 수 없다는 이유로 채용을 거부하는 행위는 가족상황 등을 이유로 한 차별이다.

자녀가 있는 남성은 채용하고 자녀를 둔 여성은 채용하지 않는 것은 차별이다.

582) 차별연구모임, 앞의 책, 185~186쪽.

583) 이에 대하여 국가인권위원회는 대학입학원서에 부모의 학력기재란이 삭제되도록 교육부장관에게 권고한바 있다.



이 경우, 모든 남성과 비교했을 때 여성에 대한 차별은 아니지만 아이를 가진 남성과 비교할 때 아이를 가진 여성에 대한 차별이다. 이것은 아이를 가진 남성은 직장일에 지장을 받지 않지만 아이를 가진 여성은 직장생활을 성실히 수행할 수 없다는 통념에 기반한 것으로 성차별로 본 판결<sup>584)</sup>이 있다. 이는 가족상황을 이유로 한 성차별의 대표적인 유형이다.

#### (나) 임금과 금품

자신의 노동력을 임금과 교환하는 근로자에게 있어서 임금이 갖는 중요성은 부언이 필요없다. 임금이란 임금·봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급되는 일체의 금품을 말한다.

임금 등에서의 차별유형으로는 부양가족의 유무, 세대주·비세대주 기준에 의해 기본급이나 제반 수당 지급 대상에서 제외하는 경우이다. 부양가족의 유무, 세대주·비세대주를 구별하여 기본급에 차이를 두거나, 가족수당 등의 지급 대상자를 ‘세대주’로 한정하여 지급하는 것은 차별에 해당 된다.<sup>585)</sup> 이런 세대주 규정은 가족상황 등을 이유로 하는 차별임과 동시에 세대주의 대다수가 남성인 점을 감안하면 가족상황을 이유로 한 여성에 대한 간접차별이다.

가족수당 지급시 남성에게는 배우자의 직장에서 가족수당을 지급받는지 여부를 확인하지 않고 여성에게는 배우자의 ‘가족수당 미지급증명서’를 요구하는 것, 주택대여시 여성에게만 배우자 직장의 주택임대제도 유무를 확인하여 지급하는 것은 가족상황을 이유로 한 차별이다.

#### (다) 교육

교육은 직무능력을 습득, 향상시킬 수 있는 기회로 업무배치, 순환, 인사고과, 승진 등의 모든 과정에 영향을 미친다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

교육에 있어서 차별행위의 유형으로는 부양가족이 있다는 이유로 본인의 의사에 반하여 장기교육이나 해외연수 등의 기회에서 배제하는 경우이다. 해외연수 대상자 2명을 선발하기 위하여 어학시험을 실시한 뒤, 부양가족이 있는 여성 직원이 2등을 차지하자 그 직원을 제외시키고, 1등과 3등을 한 직원을 연수 보낸 경우는 차별에 해당한다. 반면 사용자가 일주일간의 장시간 교육과정을 조직하는데 있어서 교육기간 동안 육아보육시설을 제한적으로 제공한 것은 차별이 아니다.<sup>586)</sup> 그러나 근로자의 가족 책임을 지나치게 제한하는 근로조건은 가족상황을

584) Philips v Marietta Corporation, 1971; 차별연구모임, 앞의 책, 176쪽.

585) 淺倉むつ子・今野久子著, 『女性労働判例ガイド』(有斐閣, 1997), 141~142頁; 日産自動車事件・東京地裁 平成元年1月26日, 勞民集40卷1号1頁.

586) Kelly v. Dept of Social Community and Family Affairs, ODEI-the equality tribunal, *Legal Review 2002*, 우리의 경우도 행정해석에 의하면 여성이 자녀를 돌



이유로 하는 차별에 해당된다. 장애가 있는 자녀를 둔 여성의 근로시간을 그녀의 가족적 책임을 고려하지 않고 오전 근무(9시-3시)에서 오후 근무(1시-6시)로 변경한 것은 가족상황을 이유로 한 차별에 해당된다.<sup>587)</sup>

(라) 배치

어떠한 업무에 배치되느냐는 자신의 진로와 발전 가능성을 결정짓게 하는 요소로서 중요한 의미가 있다.

배치에 있어서 차별행위의 유형으로는 합리적 이유 없이 가족상황 등을 이유로 중요한 업무에 배정하지 않는 것이다. 전일제 근로자가 자녀를 입양하여 단시간근로로의 전환을 신청했으나, 현재의 직책에서의 전일제 근무 또는 낮은 직책에서의 시간제근무 중에서 선택을 강요받는 것은 가족책임을 이유로 한 차별이다.<sup>588)</sup>

(마) 승진

승진은 기업 내에서 지위와 자격이 상승하는 것 뿐 아니라 근로의욕의 증대 및 능력개발의 촉진, 자기실현의 욕구 충족, 조직의 활성화에 기여할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

승진에 있어서 차별행위의 유형으로는 가족상황 등을 이유로 승진에서 제외시키는 경우이다. 병원에 입원한 아내의 간병을 위해 휴가를 낸 기간 중에 승진인터뷰가 진행되어 10년간 근무하던 회사에서 승진하지 못한 경우에는 가족상황을 이유로 한 차별이다.

(바) 해고 및 퇴직

해고·퇴직은 고용관계의 종결이라는 의미에서 근로자의 생존권과 밀접한 관계를 갖는다는 의미에서 매우 중요하다.

해고 및 퇴직에 있어서 차별 유형으로는 첫째, 가족내 자녀 양육의 책임을 이유로 우선적으로 해고되는 경우이다. 둘째, 부부가 같은 직장에 근무한다는 이유로 또는 특정인의 배우자라는 이유로 고용계약이 갱신되지 않거나 해고되는 경우이다.

보아 줄 사람이 없다는 이유로 합숙교육에 불참한 것은 차별에 해당되지 않는다 (여정 68247-390, 2000.07.04.).

587) Health Sciences Association of British Columbia v. Campbell River and North Island Transition Society, ODEI-the equality tribunal, *Legal Review* 2004.

588) Equal Opportunity Commission (Western Australia), Examples of Family Responsibility Discrimination, <http://www.equalopportunity.wa.gov.au/pdf/familyresponsibility.doc>.



국가인권위원회는 2005년 3월 10일, 남편이 ○○대학교의 전임교수로 재직하고 있다는 이유로 초빙교수 재임용에서 탈락한 사건에 대해 부부교수 임용불가 방침에 따라 남편이 같은 대학에 교수로 재직하고 있다는 이유로 남편이 그 대학에 재직하고 있지 않는 다른 지원자들에 비해 낮게 평가되고 결과적으로 임용에서 배제된 것은 합리적인 이유 없이 가족상황을 이유로 한 차별이라고 결정했다.

또한 남편이 노동조합의 간부로 활동하고 있다는 것을 이유로 한 해고와 남편의 언행을 이유로 한 해고는 합리적인 이유가 없는 해고로서 무효이다.<sup>589)</sup>

#### (사) 희롱

직장에서 특정한 가족형태 또는 가족상황에 있는 사람을 불쾌하게 하거나 공격하는 등 어떠한 형태로든 괴롭히고, 신체와 관련된 별명, 농담, 비하, 조롱 등을 하는 행위(희롱)도 차별행위이다. 예컨대, 같은 직장에 근무하는 사내 부부에게 성적 농담을 지속적으로 하여 모욕감과 불쾌감을 주거나 가족 구성원의 장애, 전과, 정치적 신념 등을 이유로 농담과 비난을 하는 것을 통해 모욕감과 불쾌감을 주는 경우는 가족상황을 이유로 하는 차별에 해당한다.

#### (2) 재화·용역·시설의 공급이나 이용관련 차별

재화·용역·시설의 공급이나 이용에 있어서 차별유형은 다음과 같다.

첫째, 특정 가족형태나 가족상황에 있는 사람에게 주택을 임대하지 않고, 호텔 등의 숙박시설의 이용을 거부하거나 제한하는 경우이다. 자녀수가 많다는 이유로 주택임대를 거부하거나 레스토랑에서 자녀동반을 거부하는 행위는 차별이다.<sup>590)</sup>

둘째, 상속, 연금, 보험 등의 가입과 혜택에 있어서 가족상황을 이유로 불이익을 받는 경우이다. 오랜 기간 사실혼 관계가 인정됨에도 불구하고 법률상의 배우자가 아니라는 이유로 자동차 사고 보상금의 지급을 거부하는 것은 가족상황을 이유로 하는 차별이다.<sup>591)</sup>

589) 淺倉むつ子・今野久子著, 『女性労働判例ガイド』(有斐閣, 1997), 363~367頁; 米軍極東管區事件・横浜地裁 昭和46年4月28日(勞判133号6頁); 青山學院事件・東京地裁 昭和51年1月28日(判時807号96頁).

590) De Burca and Fernandez v. homelocators, Health Sciences Association of British Columbia v. Campbell River and North Island Transition Society, ODEI—the equality tribunal, *Legal Review* 2004.

591) Canadian Human Rights Commission, Miron v. Trudel., Supreme Court of Canada



셋째, 공공시설 및 상업시설의 이용에 있어서 특정 가족형태나 가족상황에 있는 사람에게 적대감을 표시하거나 모욕을 주는 등의 행위이다. 예컨대, 공공시설에서 빈곤층에 대한 편견을 담은 선전물이 장기간 게시되어 이것이 기초생활보장대상자 가족 구성원에게 모욕감과 불쾌감을 일으키는 경우에는 가족상황을 이유로 한 차별이다.

### (3) 교육·훈련 기관의 이용

교육시설이나 직업훈련기관의 이용은 사회적 존재로서 자신을 성장시키는 과정임과 동시에 자신의 능력을 개발시키기 위해 필요하다. 가족형태·가족상황을 이유로 한 차별행위의 유형은 다음과 같다.

첫째, 가족형태·가족상황을 이유로 교육기관이나 직업훈련 기관에 지원 또는 입학에 제한하는 경우이다.

둘째, 교육이수과정에서 결석 등을 정당화시킬 수 있는 이유로 가족적 책임의 필요성을 인정하지 않는 경우이다. 교육기관이 과제 제출일을 지킬 수 없었던 학생에게 아픈 동생을 돌봐야 했던 가족적 책임의 필요성을 과제 제출일을 지키지 못한 정당한 사유로 전혀 인정하지 않는 것은 차별에 해당한다.<sup>592)</sup>

셋째, 교육시설이나 직업훈련 기관의 이용에 있어서 가족형태·가족상황에 대한 지나친 언급을 통하여 모욕감을 유발하는 행위, 가족상황과 관련하여 부적절한 말이나 농담을 하는 경우이다. 학급에서 부모나 형제자매 중 장애가 있는 사람이 있다는 이유로 집단 따돌림을 당해 학교생활에 흥미를 잃고 자퇴를 한 경우에는 교육기관에서 가족형태 등을 이유로 학생을 희롱한 차별행위이다.

국가인권위원회는 「초·중등교육법 시행령」 제21조 제3항의 ‘보호자’를 친권자 또는 후견인만으로만 한정하여 적용하는 것은 친권자 또는 후견인이 아닌 보호자의 보호를 받고 있는 초등학교생의 「헌법」 제10조의 행복추구권과 제11조 제1항의 평등권을 침해하는 차별행위로 인정하고, 피진정인(교육인적자원부장관)에게 당해 시행령을 개정을 권고하였다(2003.5.7. 02진차 70결정).

Building Ottawa, Canada, 1995. <http://www.chrc-ccdp.ca/en/timePortals/milestones/137cmile.asp>.

592) Equal Opportunity Commission (Western Australia), Examples of Family Responsibility Discrimination, <http://www.equalopportunity.wa.gov.au/pdf/familyresponsibility.doc>.



### 13) 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

#### 가) “사상 또는 정치적 의견”의 개념

「국가인권위원회법」 제2조 제4호는 차별의 사유로서 “사상 또는 정치적 의견”을 제시하고 있다. “또는”이라는 접속어를 법문에서 사용하고 있으므로 그 의미를 살피는 것이 전체적인 의미를 밝히는 전제조건이 된다.

논리적으로 생각해 볼 수 있는 사상과 정치적 의견의 관계는 세 가지 차원이 있다. 첫째, 사상이 정치적 의견보다 넓은 개념으로서 엄밀한 의미에서 정치적 의견뿐만 아니라 경제적, 사회적, 문화적 사안에 대한 의견까지를 아우르는 그 무엇으로 인식될 수 있는 경우이다. 이때 따라오는 “정치적 의견”은 그 중요성이 다른 의견에 비해 각별하여 차별의 사유로 삼아서는 안된다는 점을 보다 명확히 강조하기 위해서 별도로 예시한 것으로 볼 수 있다. 둘째, 반대로 사상이 정치적 의견의 특수한 예로 파악되는 경우이다. 사상은 정치적 의견이 좀 더 구체화된 특별한 사고체계로서 정치적 파급효과가 큰 현실정치적 이념이나 이데올로기를 의미하는 것으로 이해될 수도 있다. 셋째, 양자간의 관계는 서로가 유사하여 중층적인 범위를 포섭하기는 하나 서로를 완전히 포섭하지는 않는 병렬적 의미로 이해될 여지도 있다. 사상은 정치적 의견을 제외하고 원리적·체계적 사유체계를 의미하여 정치적 의견과 다른 차원의 개념으로 이해될 수도 있다. 그러나 「국가인권위원회법」이 목적으로 하는 차별금지의 사유가 경제·사회·문화영역에서 차별의 기준으로 삼기에 합리적이지 아니한 것들을 예시하는 것이라면 첫 번째 의미로 양자간의 관계를 이해하는 것이 가장 바람직하다고 판단된다. 두 번째 및 세 번째 의미는 모두 차별의 사유를 지나치게 정치적인 의미로 축소시켜 차별해소의 목적에 부합하지 아니하기 때문이다. 따라서 사상 또는 정치적 의견에 의한 차별에서 중심개념은 사상이며 정치적 의견은 사상의 하나의 예시에 불과한 것으로 이해된다. 이 같은 해석론은 1948년 국제연합이 결의한 「세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)」 제2조 제1항이나 이를 지역간 인권조약으로 승인한 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제14조도 차별금지의 사유를 예시하면서 사상(thought)라는 표현은 쓰지 않고 “정치적 또는 그 밖의 의견”(political or other opinion)이라고 표현함으로써 정치적 의견 외의 의견을 차별금지의 사유로 폭넓게 인정하고 있는 것에 의해 뒷받침된다.

이런 해석론을 따를 때 사상의 의의를 그 사전적 의미에서 찾아도 무방할 것이다. 사상의 사전적 의미는 인간이 생각하는 과정에서 생긴 모든 현상을 의미한다. 좀 더 구체적으로는 세 가지 차원에서 사상이라는 용어가 사용된다. (i) 명확한



체계적 질서를 지닌 이론이나 학설, (ii) 인간이 살고 있는 세계나 인생을 바라보는 관점이나 견해, (iii) 일상생활에서 일을 처리할 때 필요한 사물에 대한 견해나 사고방식. 따라서 사상은 세계관, 인생관, 가치관, 사고방식, 주의, 신조, 이념, 이데올로기, 사고방식이다. 나아가 특정한 사안에 대한 구체적 의견의 개념을 포함한다. 사상이 사회적 차원의 사고라면 일상적으로 개인적이고 윤리적인 차원의 사고를 의미하는 양심은 사상의 기초를 이루는 한 요소가 된다. 또한 피안(彼岸)의 세계에 대한 특별한 사유체계를 의미하는 종교의 경우도 사고의 대상이 종교적이라는 것에 의해 다른 사고와 구별되는 특수한 형태의 사상이라고 할 수 있다. 「세계인권선언」이나 「유럽인권협약」 등 많은 인권헌장들이 종교를 별개의 차별금지사유로 제시하고 있는 점에서 우리나라의 경우에도 사상의 한 형태로 종교를 포함시키는 것이 인권의 보편화현상에 비추어 적절한 태도가 될 것이다.

사상을 넓은 개념으로 파악하고 정치적 의견을 그에 부수적인 개념으로 이해하면 정치적 의견의 의미를 굳이 심도있게 살필 필요성은 적다. 그러나 법의 해석 및 적용에 구체성이 요구된다면 정치적 의견의 의미도 구체화할 필요가 있다. ‘정치적’이라 함은 ‘정치와 관련된’이라는 뜻이므로 정치를 무엇으로 볼 것인지가 정치적 의견의 의미를 확정하는 전제조건이 된다.

‘정치란 무엇인가’라는 물음에 대한 해답은 관찰자·연구자의 경험이나 문제의 식에 따라서 달라진다. 즉, 정치란 개념은 아주 다양하게 사용되고 있지만 아리스토텔레스의 인간은 정치적 동물(zoon politikon)이라는 말 속에 그 일반적 의미가 가장 잘 녹아있다. 인간은 혼자서 생활할 수 없고 공동체를 꾸려서 살아갈 수밖에 없으며 공동생활은 필연적으로 공동관심사를 조율하고 충돌하는 이해관계를 조정하지 않을 수 없다는 의미로 해석된다. 이때 공동관심사를 조율하고 상충하는 이해관계를 조정하는 인간의 활동을 정치라고 볼 수 있다. 우리가 소속된 공동체가 다종다양하듯 정치의 차원도 공동체의 규모와 성질에 따라 다종다양하다. 그러나 우리가 특히 관심을 가지는 것은 국가라고 불리는, 정치적 통일을 목표로 하는 공동체의 활동단위를 중심으로 한 것이다. 국가는 공동체내의 갈등을 해소하고 질서 속에서 평화롭고 안전한 생활관계 속에서 공동선을 지향하기 위하여 필요한 정책들을 결정하고 집행하는 주체가 된다. 국가를 배경으로 필요한 정책을 결정하고 집행함으로써 공동체를 전반적으로 운영하는 것이 특히 우리의 관심을 끄는 정치의 실체라고 할 수 있다. 그러나 현대사회에서 정치는 국가의 정책결정과정뿐만 아니라 사회공동체의 여러 층위에서 이루어지는 의사결정과정을 일컫는 개념으로 확장되고 있다. 이런 확장된 개념에 의할 때 정치적 의견은 단순히 국가의 기능과 연계된 공적인 의사결정과정에 관한 의견뿐만 아니라 일반 사회활동에서의 의견표명도 포함할 수 있게 된다. 정치적 의견 표명을 넓게 해석하는 것은 결국 사상의 개념을 넓게 이해하는 것과 맞물려 사회공동체에서의 지



적·정신적 활동을 이유로 한 차별행위를 통제함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 양심의 자유를 보장하는 헌법적 이상을 폭넓게 구현하는 것이 된다.

### 나) “사상 또는 정치적 의견”을 이유로 한 차별금지의 법적 근거

우리 헌법은 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 선언하고 그 제19조에서 모든 국민은 양심의 자유를 가진다고 규정하였다. 또한 제20조에서 종교의 자유를 보장하고 있다. 명문으로 사상의 자유를 보장하고 있지 아니하지만 사상의 자유가 인간의 존엄과 가치의 기초를 형성하는 정신적 인권의 핵심이 되어 온 것이 인류 보편의 현상으로 이를 인정하는 각종의 인권선언이나 조약이 그 위상을 정당화하고 있다.

근대의 시작을 상징하는 프랑스혁명을 통해 인권보장의 핵심적 계기가 된 프랑스의 『인간과 시민의 권리 선언(La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen)』 제11조는 “사상 및 의견의 자유로운 전달은 인간의 가장 소중한 권리의 하나”라고 확인하고 있다.

1948년 『세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)』 제2조 제1항도 “정치적 또는 그 밖의 의견”을 이유로 누구도 차별을 당하지 않아야 함을 선언하는 한편, 제18조에서 종교, 양심, 사상의 자유를 보장하고 있다. 이런 정신을 이어 받아 실효적 장치를 갖춘 각종 인권조약이 계속 체결되는데 우리나라에도 1990년 조약 제1007호를 통해 발효한 『시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)』 제18조는 그 제1항에서 양심·종교의 자유와 더불어 사상의 자유를 일반적 인권으로 보장하는 한편 그 제2항에서 누구도 종교나 신념을 스스로 선택할 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다고 하여 사상선택의 자유를 분명히 보장하고 있다.

한편, 사상의 자유가 표현의 자유나 정치적 참여권을 기초를 형성하여 입헌민주주의의 핵심전제<sup>593)</sup>가 되기 때문에 그 근거를 헌법의 어느 규정에서 찾더라도 사상의 자유가 헌법적 지위를 가지는 기본적 인권임을 부인할 수 없다.

그런데 원래 기본적 인권의 보장 의무를 담당하는 것은 국가이므로 사상의 자유 또한 국가로부터의 자유를 의미하였다. 하지만 오늘날 헌법은 단순히 국가권력의 기초를 형성하는 기본법의 지위를 뛰어 넘어 사회공동체의 가치질서를 형성하는 원리로서의 기능도 수행하게 되면서 인권이 사인간에도 법적 효력을 가져야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다. 『국가인권위원회법』이 고용 등 경제영역이나 교육시설에서 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 차별을 금지하는 것도 이러한 인권의 사적 영역에서의 보장을 철저히 하려는 현대입헌주의의 이상을

593) 예를 들어 대법원 2004.8.30. 선고, 2004도3212 판결.





구현하는 것이다.

## 다) ‘사상 또는 정치적 의견’을 이유로 한 차별”의 의미

### (1) 쟁점사항

‘사상 또는 정치적 의견’을 이유로 한 차별이라 함은 공공 영역이든 사적 영역이든 개인이 가진 내심의 의사를 기준으로 불합리한 불이익을 주어서는 아니된다는 것이다. 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 차별이 특별히 문제되는 경우는 사상을 기준으로 한 사회적 대립이 극심한 사회에서 많이 발견된다. 우리나라의 경우도 남북대치상황 때문에 사상을 이유로 한 차별이 일상화된 사회에 속한다. 예를 들어, 지금도 효력을 유지하고 있는 『국가보안법』과 같은 사상의 자유를 제한하는 특별형법이 존재하는 사회에서 단순히 그와 관련된 전과가 있다는 사실을 이유로 고용에 불이익을 주는 것은 사회적 신분에 따른 차별을 직접적으로 구성하는 외에 사실상 사상에 의한 차별을 의미하는 경우가 적지 않다.

지금은 폐지되었으나 헌법재판소에 의하여 합헌결정을 받은 바 있는 준법서약서제도가 대표적인 경우이다. 2000년 4월 25일 현재는 『국가보안법』 위반자 등을 대상으로 대한민국의 법질서를 준수하겠다는 서약을 가석방의 요건으로 제시한 것이 합헌이라는 결정을 내렸다.<sup>594)</sup> 형식논리로 보면 범법자에게 법질서유지의 서약을 조건으로 가석방하는 것은 가석방제도의 취지에 부합하나 범법이 사상적 확산범을 대상으로 하는 경우 법질서유지의 확약은 결국 사상적 전향을 강제하는 것이어서 일반 형사범과는 질을 달리한다. 따라서 준법서약서제도는 사실상 사상을 이유로 한 차별의 대표적인 사례가 됨에도 불구하고, 헌법재판소는 준법서약제도와 사상의 자유와의 관련성 자체를 인정하지 아니하는 결정을 내려 많은 비판을 받고 있다(이책 232쪽 이하 참고 바람). 또한 경찰공무원, 국가정보원 소속공무원, 군장교 등 국가안보와 관련이 있는 공무원이나 예비공무원의 임용에 있어 사상의 건전성을 임용의 요건으로 하는 경우를 발견할 수 있다.<sup>595)</sup>

그러나 사상이나 정치적 의견을 근거로 하는 모든 차별이 헌법에 위반하거나 불법이 되는 것은 아니다. 차별금지란 합리적 이유없는 차별을 대상으로 하는 것이며 헌법 제37조 제2항이 요구하듯이 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우 과잉금지의 원칙을 준수하는 범위내에서 법률의 수권을 받아 차

594) 현재 2002.4.25. 98헌마425, 99헌마170·498(병합) 결정.

595) 예를 들어 경찰공무원법 제7조 제1항, 국가정보원직원법 제8조 제1항, 군인사법 제10조 제1항.



등대우함이 예외적으로 허용되는 경우가 있다. 국가안전보장과 관련한 공직의 경우에 있어 사상의 건전성을 요구하는 것은 모든 직업의 자유를 제한하는 것이 아니라 특정된 예외적 공직의 진출기회를 제한하는 것에 불과하므로 그 자체를 위헌이라고 할 수는 없다.

한편 사상의 경우 내심에만 존재하는 것으로는 의미가 없고 결국 표현의 자유와 결사의 자유와 같이 외적 활동과 결합하여야 그 실질적인 의미를 가질 수 있다. 따라서 사상이나 정치적 의견을 표현하는 행위와 그 결과를 기계적이고 형식적으로 분리하는 태도가 법실무계와 법학계에 존재하는 것이 사실이다. 그러나 사상의 자유의 본질은 의견의 표명 및 전파의 본질적 부분을 형성하므로 표현행위와 결사행위라는 행위에 초점을 둔 차별의 경우에도 그 행위들 자체에 대한 보장필요성 외에도 간접적으로 사상 또는 정치적 의견에 의한 차별을 구성할 수 있음에 유의하여야 한다. 특히 사상이나 정치적 의견이 행동화한 경우 그 행위의 결과가 다른 위법상황을 구성하는 것과는 별개로 그런 사상이나 의견이 표출된 사실만을 근거로 고용 등에 있어서 차별을 부과해서는 안된다는 것이 「국가인권위원회법」의 입법취지라고 보아야 한다.

## (2) 차별의 성립요건

사상이나 정치적 의견을 이유로 하는 차별이라고 하여 차별금지에서 요구되는 일반적 요건 외의 특별한 성립요건이 필요한 것은 아니다. 「국가인권위원회법」 제2조가 일반적으로 규정하고 있듯이 1. 고용이나 재화나 용역등의 공급 및 이용 등, 교육시설의 이용등과 관련하여 2. 사상이나 정치적 의견을 이유로 3. 합리적 이유없이 4. 불이익을 준 경우 「국가인권위원회법」이 금지하는 차별에 해당한다고 할 수 있다.

## (3) 차별의 예외

「국가인권위원회법」 제2조 제4항 단서는 소위 적극적 차별해소정책을 실현하기 위한 차별을 평등권침해의 차별행위에서 제외하고 있다. 사상이나 정치적 의견을 이유로 오랜 기간 집단적 불이익을 당한 계층에 대하여 차별의 결과를 시정하기 위한 잠정적인 우대조치를 생각해 볼 수 있다. 예를 들어, 민주화운동의 과정에서 「국가보안법」과 같은 사상의 자유를 침해하는 법률에 의해 유죄가 확정되어 복역한 후 출소한 자에 대하여 민주화운동을 보상하는 절차에 의한 보상을 받게 되었는데 그 한 방법으로 복직을 알선하고 만일 복직의 가능성이 없는 경우 정부 또는 정부산하기관에 관련자를 채용 또는 취업알선 하도록 대통령에게 건의할 수 있도록 하는 것<sup>596)</sup>이라든가 해당위원회에 관련자를 우선적으로 채용할



수 있도록 하는 것<sup>597)</sup> 등이 대표적인 예이다.

## 라) ‘사상 또는 정치적 의견’에 의한 차별”의 유형과 사례

### (1) 고용관련 차별행위

이 차별행위는 모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

경찰공무원, 국가정보원소속공무원, 군장교 등 국가안보와 관련이 있는 공무원이나 예비공무원의 임용에 있어 사상의 건전성을 임용의 요건으로 하는 경우가 대표적이거나 합리적 이유가 있는 것으로 볼 수 있다.

외국의 경우에도 고용에 있어 사상이나 정치적 의견을 이유로 불이익을 주는 사례들을 많이 발견할 수 있다.

#### ➡ Pickering v. Board of Education of Township High School District 205, 391 U.S.563(1968)

미국 연방대법원은 본 사건에서 정년보장 교원(tenured teachers)이 공적으로 중요한 사안에 대해 공개적인 의견을 표명하였다는 이유로 해고당해서는 아니된다고 판시하여 교원의 교육정책에 대한 표현의 자유를 보장하는 방법으로 정치적 의견에 따른 불이익의 가능성을 해소하였다. 이 사안에서 문제된 교사의 행위는 교육위원회의 재정정책을 비판하는 내용을 지방신문에 기고한 것이었는데 연방대법원은 교육기관의 재정정책에 대한 의견도 공적 사안에 해당된다고 보았다.

한편 미국의 몇몇 주의 헌법은 교육의 정치적 중립성을 확보하기 위하여 특정 정당의 당원으로서의 자격이나 정치성향심사를 임용조건이나 입학요건으로 하는 것을 금지하는 규정을 두고 있다. 예를 들어, Utah 주헌법 Art. X, Sec. 8이나 Arizona 주헌법 Art. 11, Sec. 7이 그러하다. 한편 Idaho 주헌법의 경우는 공립학

596) 『민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 시행령(일부개정 2005.4.15 대통령령 18792호)』 제5조의 3 제2항 참조.

597) 『민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 시행령(일부개정 2005.4.15 대통령령 18792호)』 제6조 제3항.



교에서 정파적 성격의 책이나 문건이 사용되거나 소개되지 못하도록 하는 규정을 두고 있다.<sup>598)</sup>

대부분의 주에서 교육의 정치적 중립을 확보하기 위한 주법을 채택하고 있다. 예를 들어, California 주교육법은 교사가 마르크스, 레닌, 스탈린주의에 따라 폭력혁명으로 미국헌정체계의 전복을 도모하는 것을 내용으로 하는 공산주의를 찬양하거나 학생들을 의식화하는 행위를 할 수 없도록 하는 규정을 두고 있지만,<sup>599)</sup> 교사가 정치적 의견이나 소속정당을 밝히도록 요구하는 교육당국의 조사나 설문에는 어떤 경우에도 응할 의무가 없음을 규정하고 있다.<sup>600)</sup>

마지막으로 고용과 관련하여 사상이나 정치적 이유를 이유로 차별하는 대표적 수단이 충성서약(loyalty oath)이다. 우리의 경우에도 준법서약서수준의 서약서를 요구하는 경우가 많지만 만일 그 서약이 『국가보안법』과 같이 사상의 자유를 침해하는 법률의 효과와 연계될 때 충성서약과 같은 효과를 발휘할 수 있다.

미국의 주들 가운데 교육자로 임용되기 위해서는 소위 충성서약을 요구하는 주법을 가진 경우가 있다. 이들 서약제도의 합헌여부는 서약의 내용에 따라 좌우된다. 충성서약을 위헌으로 판시한 미국의 사례들은 다음과 같다.

#### ○ 충성서약을 위헌으로 판시한 사례들

##### 1. *Cramp v. Board of Public Instruction*, 368 U.S. 278(1961)

주공무원에게 “공산당에 대한 어떠한 형태의 찬양 및 지원도 하지 않을 것”(aid, support, advice, counsel or influence to the Communist Party)을 서약하도록 요구하고 만일 서약을 거부한 공무원을 즉시 해임하도록 규정한 Florida 주법에 따라 교직으로부터 파면된 교원이 문제의 법률규정이 지나치게 애매모호하여 적법절차가 보장하는 권리를 침해하였다는 이유로 위헌소송을 제기하였다. 주대법원은 이 청구를 기각하였다. 연방대법원은 당해교원의 주장을 인용하여 주대법원의 결정을 파기하였다. Stewart판사가 대표집필한 연방대법원의 결정은 위헌심판의 대상이 된 법률에서 문제삼는 행위가 정부를 폭력적으로 전복시킬 것(violent overthrow of state or federal government)을 선동하거나 공산당에 가입하는 행위와 같이 객관적 판단의 기준(objective measurement)이 결여되어 있어 보통의 지능을 가진 사람들(men of common intelligence)이 그 해석 및 적용에 다른 생각을 가질 수 있

598) Constitution of the State of Idaho, Art. IX, Sec. 6.

599) California Education Code, Sec. 51530.

600) California Education Code, Sec. 49091.24.



을 정도로 애매한 표현으로 특정행위를 요구하거나 금지하는 법률로 적법절차의 가장 핵심적 요소(the first essential of due process of law)를 위반하고 있다고 판시하였다. 특히 관련된 행위가 연방헌법에 의하여 보호를 받는 자유권과 관련되기 때문에 애매모호한 표현에 의한 규제는 더욱 강한 위헌 혐의를 받게 된다고 판시하였다.

## 2. **Baggett v. Bullitt, 377 U.S. 360(1964)**

1931년 제정된 워싱턴 주의 한 법률은 모든 교원들에게 국기와 미국연방 및 워싱턴주의 제도에 대한 존중, 법과 질서의 준수 및 미국연방정부에 대한 충성을 맹세<sup>601)</sup>하도록 임용요건으로 강제하고 있었으며 1955년의 한 법률은 모든 주공무원들에게 “체제전복을 지향하는 사람”(subversive person)이 아니라는 내용의 선서를 임용요건으로 규정하고 있었다. 특히 1955년 법률은 “체제전복을 지향하는 사람”을 타인에게 폭력 혹은 혁명적 방법으로 입헌정부를 전복하거나 변경하거나 그 같은 행위를 방조할 의도를 가진 모든 행위를 저지르거나 방조하도록 교사하거나 유도하는 사람으로 적시하고 있었으며 공산당을 체제전복적 조직으로 규정하고 있었다. 연방지역법원은 1955년 법의 규정이 애매모호하지 않고 충분히 구체적이어서 수정헌법 제1조와 제14조를 위반하지 않았다고 결정하였고 1931년법에 대하여는 주법원의 해석이 있을 때까지 판단을 유보하였다. 연방대법원은 1931년법과 1955년법 모두가 애매모호하여 적법절차를 위반하였다고 판시하였다. 나아가, 연방대법원은 주가 피고용인에게 부적절하게 애매모호한 내용의 행위를 하지 않을 것을 서약하도록 강제하는 것은 일반적 사안의 경우에도 허용되지 않지만 특히 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 표현의 자유를 위축시킬 수 있는 경우에는 더더욱 허용되지 않는다고 보았다.

## 3. **Keyishian v. Board of Regents of New York, 385 U.S. 589(1967)**

New York 주 교육법 제3021조는 “반역적이며 치안교란적인”(treasonable or seditious) 언사나 행위는 공립학교제도내에서 해고의 원인이 될 수 있다고 규정하고 있었다. 뉴욕주립대학교 시간강사인 Keyishian은 현재 공산당원이 아니며 과거에도 공산당원이었던 사실이 없다는 서약을 거부하여 해고되었다. 연방지역법원은 이 법이 합헌이라고 보았으나 연방대법원은 무엇이 치안교란적인지에 대한 분명한 지침을 제공하지 못하여 애매모호한 규정이므로 위헌이라고 보았다.(597-604)

601) “I solemnly swear (or affirm) that I will support the constitution and laws of the United States of America and of the State of Washington, and will by precept and example promote respect for the flag and the institutions of the United States of America and the State of Washington, reverence for law and order and undivided allegiance to the government of the United States.” Wash.



그러나 일부 사안에서는 충성서약을 합헌으로 판시한 사례도 있다.

☉ 충성서약을 합헌으로 판시한 사례들

1. **Ohlson v. Phillips, 304 F.Supp.1152 (D. Colo. 1969), affirmed: 397 U.S. 317(1970)**

Colorado 주 연방지역법원은 공립학교 교원 및 대학교수에게 미국연방헌법 및 주헌법을 지지할(uphold) 것을 맹세하도록 강제하는 주법은 애매모호하지도 않고 다른 이유로도 헌법위반일 수 없다고 판시하였다. 지역법원은 서약의 내용이 헌법 및 조직법체계에 대한 단순한 인정에 불과하므로 연방헌법상의 표현의 자유 등을 침해하지 않는다고 보았다.

2. **Cole v. Richardson, 405 U.S. 676(1972)**

Massachusetts 주법이 공립학교 교원을 포함하여 모든 주공무원에게 미국연방헌법 및 Massachusetts 주헌법을 지지하고 위헌위법의 폭력적 수단으로 연방 및 주정부를 전복시키는 것에 반대한다는 취지<sup>602)</sup>의 충성서약을 요구한 것에 대하여 연방지역법원은 연방 및 주정부 전복과 관련된 규정은 애매모호하여 수정헌법 제1조상의 자유를 침해하기 때문에 위헌이라고 보았다. 그러나 연방대법원은 문제의 주법이 연방헌법위반이 아니라고 판시하였다. Burger 대법원장이 대표집필한 판결문은 지역법원이 위헌선언했던 정부전복 조항은 구체적인 상황에서 특정한 행위를 요구하는 규정이 아니라 공공의 신뢰를 받고 있는 지위에 있는 자들이 입헌정부의 절차를 준수할 것을 확인하는 것에 불과하므로 헌법위반이 될 수 없다고 보았다.

(2) 재화·용역·시설관련 사상 및 정치적 의견에 따른 차별의 유형과 사례

「국가인권위원회법」 제2조 제4호가 규정하듯이 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위의 예로는 특정 사상을 표방하는 단체에 대하여 건물 등의 임대 자체를 거부하는 경우가 예가 될 수 있겠다.

Laws 1931, c. 103([377 U.S. 360, 361-362]재인용)

602) “I do solemnly swear (or affirm) that I will uphold and defend the Constitution of the United States of America and the Constitution of the Commonwealth of Massachusetts and that I will oppose the overthrow of the government of the United States of America or of this Commonwealth by force, violence, or by any illegal or unconstitutional method.”



### (3) 교육·훈련관련 사상 및 정치적 의견에 따른 차별의 유형과 사례

특정 정당이나 사회단체에 가입하거나 특정사상을 신봉하는 것으로 우연히 밝혀진 사실에 바탕하여 입학자격을 박탈하는 학칙의 경우 사상이나 정치적 의견에 의한 차별의 가능성이 있다.<sup>603)</sup> 이러한 행위 자체는 표현의 자유와 결사의 자유와 직접적으로 연계되지만 그 실질은 이들 자유의 본질적 구성요소인 사상 및 정치적 의견의 자율적 형성에 대한 침해를 구성하게 된다.

## 14) 형의 효력이 실효된 전과를 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) ‘형의 효력이 실효된 전과’의 의미

#### (1) 전과기록

현행 「형의실효 등에 관한 법률」에 의하면 ‘전과기록’은 수형인명부, 수형인명표 및 범죄경력자료로 이루어져 있다(제2조 제7호). 그리고 ‘수형인명부’란 ‘자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명부로서 검찰청 및 군검찰부에서 관리하는 것’을 말하고, ‘수형인명표’는 ‘자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명표로서 수형인의 본적지 시·구·읍·면사무소에서 관리하는 것’을 말한다(제2조 제2호, 제3호). 또 ‘범죄경력자료’란 ‘수사자료표 중 벌금 이상의 형의 선고·면제 및 선고유예, 보호감호, 치료감호, 보호관찰 그 밖에 대통령령이 정하는 사항에 관한 자료’이다(제2조 제5호).<sup>604)</sup>

그런데 범죄경력자료가 수록된 ‘수사자료표’에는 그 외에도 ‘수사경력자료’가 포함되어 있다. 수사경력자료는 ‘수사자료표 중 벌금 미만의 형의 선고 및 검사의 불기소처분에 관한 자료 등 범죄경력자료를 제외한 나머지 자료’를 의미한다(제2조 제6호). 수사자료표는 ‘수사기관이 피의자의 지문을 채취하고 피의자의 인적사항과 죄명 등을 기재한 표(전산입력되어 관리되거나 자기테이프, 마이크로필름 그 밖에 이와 유사한 매체에 기록·저장된 표를 포함한다)로서 경찰청에서 관리하는 것이다. 그리고 이러한 수사자료표는 예외적인 경우<sup>605)</sup>를 제외하고는 입건

603) 국가인권위원회, 『차별행위 사례집(2004.12)』, 03진차663 합의사건.

604) 그 밖에 대통령령이 정하는 사항이란 ‘선고유예의 실효, 집행유예의 취소, 그리고 벌금 이상의 형과 함께 부과된 몰수·추징·사회봉사명령·수감명령 등의 선고 또는 처분’을 말한다(같은 법 시행령 제2조의 2).

605) 예외적인 경우란 ‘즉결심판대상자’와 ‘사법경찰관이 수리한 고소 또는 고발사건 중



이상의 수사절차가 진행된 모든 피의자에 대해서 작성되고 있고, 무엇보다 이른바 '신원조회'라고 불리는 범죄경력조회와 수사경력조회는 이 수사자료표의 내용으로 이루어진다.

따라서 결국 우리가 통상 전과기록으로 이해하는 것은 범죄경력자료 이외에 이와 같은 수사경력자료까지 포함하는 것으로 보아야 할 것이다. 나아가 후술하는 바와 같이 이러한 수사자료표는 법원의 무죄판결이나 검사의 불기소처분이 이루어진 경우<sup>606</sup>를 제외하고는 삭제 내지는 폐기가 되지 않는다. 따라서 유죄판결의 기록은 피의자의 일생동안 삭제되지 않고 경찰의 관리 하에 있으며, 그 만큼 남용의 위험이 크다고 할 수 있을 것이다.

## (2) 형의 효력이 실효된 전과

그런데 이와 같은 전과기록, 그 가운데에서 수형인명표와 수형인명부는 일정한 사유가 있는 경우에는 이를 폐기 또는 삭제하여야 한다. 그 사유에는 몇 가지가 있으나, 이를 크게 둘로 나누면 재판상 실효와 당연 실효가 있다.

### (가) 재판상 실효

「형법」 제81조는 '징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 피해자의 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 그 재판의 실효를 선고할 수 있다'고 규정한다. 따라서 이 때의 실효는 자동적으로 이루어지는 것이 아니며 재판에 의해서만 가능하다는 점에서 재판상 실효라 부른다. 실효의 대상은 징역과 금고형에 한하며, 피해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받지 않고 7년이 경과하여야 한다. 따라서 형의 집행종료 후 7년 이내에 집행유예의 판결을 받고 유예기간이 경과하였다 하더라도 형의 실효를 선고할 수 없게 된다.<sup>607</sup> 실효재판이 선고되면 전과기록이 삭제되고 기존의 형의 효력은 장래에 대하여 소멸된다. 즉 법적으로는 전과기록이 없는 것과 같이 되며, 후술하는 여러 법률에 의한 자격의 제한을 받지 않게 되는 것이다.

### (나) 당연실효

재판상의 실효 이외에 수형인이 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 자격정지 이상의 형을 받지 않고 일정한 기간이 경과하면 그 형은 자동적으로 실효된다(「형의실효 등에 관한 법률」 제7조). 일정한 기간이란 3년을 초과하

불기소처분사유에 해당하는 사건의 피의자'를 말한다(같은 법 제5조 제1항).

606) 이 때에도 5년이 지나야 비로소 해당 기록이 삭제될 수 있다(같은 법 제8조 제2항).

607) 대법원 1983.4.2. 선고, 83도8.





는 징역이나 금고의 경우에는 10년, 3년 이하의 징역, 금고는 5년, 벌금은 2년이다. 이외에 구류와 과료는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 때에 곧바로 실효된다.

이와 같이 일정한 기간이 지난 형벌의 효력을 자동적으로 상실하게 한 것은 한편으로 재범을 하지 않은 전과자들의 정상적인 사회복귀를 돕고, 다른 한편으로 불필요하게 과도한 전과기록을 효율적으로 관리하기 위한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 형의 효력이 실효되면 수형인명표와 수형인명부는 곧바로 삭제되어야 하고, 삭제되지 않은 범죄경력자료와 수사경력자료를 담은 수사자료표는 그 공개를 엄격히 제한하며, 원칙적으로 범죄의 수사나 재판, 형의 집행을 위해서만 활용되어야 하는 것이다. 그러나 이와 같은 수사자료표의 회보, 즉 신원조회가 사실상 여러 문제를 야기하고 있음은 위에 말한 바와 같거니와, 그 자세한 내용은 아래에서 다시 살펴보기로 한다.

#### (다) 기타 사유에 의한 실효

이 밖에 집행유예의 경우에 그 기간이 경과한 때, 또 자격정지형의 경우 역시 그 기간이 경과한 때, 그리고 일반사면과 특별사면 또는 복권이 있을 때에도 형의 효력은 실효되고 관련기록, 즉 수형인명표와 수형인명부는 폐기 내지는 삭제되어야 한다(『형의실효 등에 관한 법률』 제8조 제1항). 그러나 이 때에도 범죄경력자료와 같은 수사자료표의 내용은 삭제되지 않는다는 점은 위의 재판상 실효나 당연실효의 경우와 같다.

### 나) 실효된 전과로 인한 차별의 의미와 금지

#### (1) 전과로 인한 차별의 금지

‘전과기록’과 ‘형의 효력이 실효된 전과’의 개념이 위와 같다고 할 때, 이러한 전과로 인한 차별이 법적으로 어떻게 평가되고 있는지를 살펴보아야 할 것이다. 『국가인권위원회법』은 ‘형의 효력이 실효된 전과’로 인한 차별을 금지한다. 그러나 이것은 더욱 기본적으로 평등권을 규정하고 있는 헌법의 내용을 보다 구체화한 것으로 볼 수 있는데, 우리 헌법은 제11조에서 ‘누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 … 차별을 받지 아니한다’는 일반적인 평등조항을 두고 있다. 그리고 이 때의 ‘사회적 신분’에 범죄의 기록, 즉 전과기록이 포함된다는 것에는 별 이견이 없다.<sup>608)</sup>

608) 김철수, 『헌법학신론(제13전정신판)』(박영사, 2003), 289쪽; 권영성, 『헌법학원론(보정판)』(법문사, 2003), 373쪽; 성낙인, 『헌법학(제4판)』(법문사, 2004), 301쪽.



그렇다면 우리나라의 법질서는 일반적으로 전과에 의한 차별을 금지하고 있다고 보아도 무리는 없을 것이다. 다시 말해서 그것이 '실효된' 것이든, 아니면 아직 '실효되기 이전'의 것이든 전과를 이유로 하는 차별행위는 헌법에 위반되는 것이다. 따라서 어떤 이유로든 특정한 법률이나 제도가 형이 실효된 경우는 물론 실효되기 이전이라도 그 전과로 인한 불이익의 상황을 규정해 놓고 있다면, 곧바로 위헌이라는 의심이 제기될 수 있을 것이다. 이런 점에서 위의 「국가인권위원회법」은 다소 논란의 여지가 있다고 생각한다. '형의 효력이 실효된 전과'의 경우 명백히 차별금지사유라고 볼 수 있겠지만, 이렇게 전과기록을 실효된 것으로 한정할 경우 '실효되지 않은' 전과에 대해서는 차별이 가능한 것처럼 보일 수도 있기 때문이다. 그러나 2005년 7월의 법개정으로 이외의 사유로 인한 차별도 규율대상이 되었으므로, 형이 실효되지 아니한 전과로 인한 차별도 그 합리성이 인정되지 아니하는 한 금지되는 것으로 보아야 할 것이다.

사실 전과기록이란 겉으로 드러나지 않는 것인 만큼, 전과로 인한 차별이 발생하지 않도록 하는 가장 효과적인 방법은 이 기록을 잘 관리하는 것이다. 형의 효력이 실효된 경우에 그 기록을 삭제하도록 한 것은 바로 이와 같은 취지를 반영한 것으로 차별의 여지가 생겨날 수 있는 전과의 기록 자체를 없애버리겠다는 뜻으로 볼 수 있다. 그러므로 법적으로 형의 효력이 실효되었는가 아닌가 하는 점보다도 오히려 실효된 것이든 아니든 실제로 전과기록이 어떻게 통제되고 있는가 하는 문제가 전과로 인한 차별을 줄이기 위해서 더욱 중요한 것이다. 이미 반복하였지만, 우리의 경우에 실효된 전과라 하더라도 여전히 '수사자료표'를 통해 그 기록이 유지되며 이것이 실제 차별의 이유가 될 수 있다는 사정이 이를 잘 보여준다.

## (2) 차별금지의 예외 - 자격제한 법률들

그러나 일정한 경우에는 전과로 인해서 어떤 자격이 주어지지 않도록 한 법률들이 있다. 그 중 가장 대표적인 것으로 「국가공무원법」을 들 수 있는데, 이 법률은 제33조 제1항에서 '금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 않은 경우, 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 않은 경우, 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 경우, 그리고 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 경우'에는 공무원에 임용할 수 없다고 규정하고 있다. 그리고 이와 비슷한 자격제한 규정을 「지방공무원법」 제31조, 「경찰공무원법」 제7조, 「검찰청법」 제33조, 「군인사법」 제10조, 「법원조직법」 제43조 등이 두고 있다.<sup>609)</sup>

609) 이 밖에도 전과로 인한 결격사유를 규정한 공무원 관련법규로는 국회법 제43조, 국



국가의 공적 사무를 담당하는 공무원은 공익에 충실하고 공정하며 국민으로부터 신뢰받을 것이 기대된다는 점에서 전과기록을 그 결격사유로 삼는 것은 이해할 만한 일이다. 그러나 가능하면 범죄의 종류나 선고형량, 또 담당하는 사무의 성격이나 내용을 고려하여 보다 세분화된 규정을 두었으면 하는 바람이다. 예컨대 법을 해석하거나 집행하는 경찰, 검찰, 법원의 공무원과 단순 노무에 종사하는 고용직 공무원 또는 기술이나 연구, 일반행정을 담당하는 일반직 공무원을 다같이 취급하는 것이 과연 최선인가 하는 생각이 든다.

이 밖에 공무원 이외에도 전과로 인해 자격이 제한되는 업종들이 있다. 공인노무사, 공인회계사, 법무사, 변호사, 세무사, 약사, 의사, 건축사, 경비업, 관세사, 교수, 변리사, 부동산중개업, 수의사, 의료기사 등인데 이들은 각각 나름대로 사회적으로 중요한 전문직종이고 또 각각의 분야에 따라 자격이 제한되는 전과의 종류와 그 기간을 달리 정하고 있다.<sup>610)</sup> 따라서 결국 구체적인 직종에 따라 개별 법률이 얼마나 합리적인 제한 사유와 기간을 규정하고 있는가 하는 점이 문제로 될 터인데, 현재로서는 특별한 문제점이 있다고 생각되지는 않는다.

### (3) 범죄경력조회와 수사경력조회

위와 같이 전과로 인해 특정한 직업을 가질 수 있는 자격이 제한되는 경우, 그 확인을 위해서 전과기록을 조회해 볼 필요가 생겨나게 된다. 그런데 문제는 이것이 이와 같이 법률에 의해 허용되어 있는 경우 이외에도 일반 기업체 등에서 광범위하게 이루어지고 있다는 데에 있다. 전과기록의 관리가 전과로 인한 차별에서 갖는 중요성은 이미 위에서 지적한 바와 같거니와, 따라서 전과기록의 조회가 어떻게 이루어지는가를 살펴볼 필요가 있다.

「형의실효등에관한법률」에 의하면 범죄경력이나 수사경력이 조회될 수 있는 경우는 6가지로 한정되어 있다(제6조). 그 중 3가지는 범죄의 수사와 재판, 그리고 형의 집행을 위한 경우이고 나머지 3가지는 첫째 본인이 자신의 수사자료표의 내용을 확인하기 위한 경우, 둘째 다른 법률에서 범죄경력 및 수사경력조회를 할 수 있도록 규정한 경우, 셋째 그 밖에 국가안정보장과 질서유지, 기타 공무수행을 위해 조회가 불가피하여 대통령령으로 이를 허용한 경우 등이다. 이 가운데 둘째와 셋째는 그 범위가 너무 넓어질 수 있다는 문제점을 지적할 수 있겠으나 일단 그 사유가 법령에서 정할 정도로 정당성이 있는 것이라고 이해한다 하더라도, 가

가정보원직원법 제8조, 군무원인사법 제10조, 금융감독기구의설치등에관한법률 제8조, 한국은행법 제17조 등이 있다.

610) 예컨대 건축사법은 건축법과 건축사법의 위반전과를, 관세사법은 관세법과 관세사법의 위반을, 그리고 약사법은 약사법과 마약류관리에관한법률, 보건범죄단속에관한특별조치법 등의 위반을 자격제한 사유로 하고 있다.



장 문제가 되는 것은 첫번째, 즉 본인의 신청에 의한 경우이다.

자신의 정보를 확인하기 위한 권리를 부인할 수는 없겠지만, 이 규정으로 인해 일반 사기업체가 개인의 정보제출을 간접적으로 강제하는 것을 막을 수 없게 되기 때문이다. 따라서 실무에서는 이러한 경우에 “실효된 형을 이유로 민원인에게 불이익처분을 하여서는 안되고”, “전과기록의 목적외 사용 및 누설행위는 처벌을 받게 되며”, “외국기관이나 일반기업체 등에 제출용으로 사용할 수 없다”는 경고 문구를 날인하여 기록을 회보해 주고 있다. 또 「형의실효등에관한법률」은 전과기록의 규정외 사용을 금지하고, 이를 위반한 경우에는 회보 및 누설자에 대해서는 3년 이하의 징역과 3천만원 이하의 벌금, 취득 및 사용자에 대해서는 2년 이하의 징역과 2천만원 이하의 벌금으로 처벌하도록 하고 있다(제6조, 제10조). 그러나 이러한 규제만으로 기록의 용도와 사용이 효과적으로 통제될 수 있는지는 의문이다. 개개인에게 발급된 전과기록 회보서가 어디에 어떤 용도로 쓰였는지를 일일이 확인한다는 것은 불가능한 일이기 때문이다.<sup>611)</sup>

따라서 개인의 경우에 전과기록의 조회는 다만 열람만이 가능하도록 하고, 꼭 필요한 경우에는 개인과 기업체가 공동으로 혹은 개인의 동의를 얻어 기업체가 회보를 신청할 수 있도록 관련법을 개정하는 것도 검토할 만하다고 생각한다. 이 경우에도 전과기록의 조회가 허용되는 기업의 범위는 제한적으로 인정되어야 할 것이며, 법률로 규정되지 않은 경우에는 기록의 사용이 엄격하게 금지되어야 할 것이다. 예를 들면 금융관련업무나 교육관련업무 또는 어린이나 노약자와 같은 취약자의 보호업무 등이 우선적으로 고려될 수 있을 것이다.

한 가지 더 지적할 것은 현행 「형의실효등에관한법률」은 전과기록의 조회·회보에 있어서 ‘범죄경력자료’와 ‘수사경력자료’, 또 실효된 기록과 그렇지 않은 기록 사이의 구분을 명확히 하고 있지 않다는 점이다. 다만 ‘(조회와 회보는) … (기록의) 전부 또는 일부에 대하여 조회목적에 필요한 최소한의 범위 내에서’ 할 수 있도록 하고 있을 뿐이다(제6조). 그러므로 경우에 따라서는 전과기록 모두, 즉 ‘실효된’ ‘수사경력자료’까지 조회될 수 있는데, 이것은 대상자에게 예기치 못한 피해를 야기할 수가 있다.<sup>612)</sup> 그러므로 원칙적으로 전과기록의 조회·회보는 ‘실효되지 않은’ ‘범죄경력자료’에 한정하여 이루어지도록 하고, 특별한 이유가 있는 경우에만 -예컨대 본인이 자신의 기록을 확인하려 하는 경우처럼- 실효된 범죄경력자료나 기타 수사경력자료가 조회·회보될 수 있도록 관련규정을 세분화하

611) 지난 몇 년간 범죄경력 조회건수를 살펴보면 2001년 약 1190만 여건, 2002년 1914만 여건, 2003년 1591만 여건 등 엄청난 숫자에 이르고 있다(한겨레신문 2004.9.15.). 그리고 아마도 이 가운데 상당한 숫자가 본인에 의한 경력조회일 것으로 추측된다.

612) 예컨대 아래에서 소개하는 것처럼 이미 실효된 형의 전과를 이유로 교육공무원 임용이 거부될 수 있는 것이다.



여야 할 것이다.

#### 다) 전과로 인한 차별의 사례

전과로 인한 차별 사례가 보고된 경우는 그리 많지 않다. 여기에는 여러 이유가 있을 수 있겠지만, 무엇보다 당사자 자신이 그러한 차별행위가 자신의 권리를 법적으로 침해한 것임을 명확하게 인식하지 못하는 면이 있고, 또 다른 한편으로는 그러한 행위가 전과로 인한 차별행위에 해당하는지도 분명하지 않은 면이 있다.

분명한 것은 전과로 인한 차별의 대부분은 고용과 관련된 것이라는 사실이다. 가장 대표적으로 국가인권위원회에 진정된 사례를 소개한다.<sup>613)</sup>

L씨는 S학원 소속의 한 고등학교에서 실시한 2002년도 교원 신규모집에 응시하였다. 경상남도 교육청은 공개전형을 통해 L씨가 필기시험에서 유일하게 합격하였음을 S학원 측에 통보하였고, S학원의 이사장은 2002년 2월 L씨가 교원임용시험에 최종합격하였음을 공고하였다. 그러나 이후 L씨의 신원조회결과 「국가보안법」 위반의 죄명으로 형벌을 받았고 후에 사면·복권된 사실이 드러나자 해당 고등학교장은 L씨에게 학원 이사회에 임용제청을 하지 않겠다고 통보하였다.

이 사건으로 결국 L씨는 국가인권위원회에 진정을 하게 되었고, 국가인권위원회는 이미 사면·복권된 L씨의 범죄경력은 「형의실효등에관한법률」에 따라 실효되었다고 볼 수 있고, 이를 이유로 L씨를 임용하지 않기로 한 것은 ‘형의 효력이 실효된 전과로 인한 고용상의 차별’에 해당한다고 결론지었다.

어떤 면에서는 공무원이나 교원과 같이 관련규정이 명백히 존재하는 경우는 차별여부가 보다 쉽게 가려질 수 있을 것이다. 오히려 문제는 일반 사기업체의 취업관행이다. 사기업체에서는 법적으로는 허용되어 있지 않은 신원조회서를 취업당사자 본인을 통해 제출토록 하는 경우가 많다. 결국 이를 통해 전과기록이 있는 사람은 취업 자체가 대단히 어려운 일이 되는 것이다.

그럼에도 불구하고 이것이 ‘전과로 인한 차별’ 혹은 형 집행 종료 후 일정한 기간이 경과하였다면 ‘실효된 전과로 인한 차별’에 해당하는지는 분명하게 밝혀내

613) 이 사건의 보다 자세한 내용은 국가인권위원회 차별조사국, 『차별행위 사례집』(국가인권위원회, 2004. 3), 123쪽 이하를 참조.



기 어렵다. 왜냐하면 해당기업으로서는 전과기록 뿐만 아니라 여러 가지 기준을 가지고 당사자의 채용여부를 결정하였다고 주장할 것이며, 설령 전과기록이 탈락의 유일한 이유였다 하더라도 이를 객관적으로 증명하기란 대단히 어려운 일이기 때문이다.

그러므로 공식적으로 파악되지 않은 이와 같은 사례는 매우 많을 것으로 추측된다. 전과자의 사회 재적응이 대단히 어려운 일이며, 특히 이와 같은 취업의 어려움으로 인해 재범율이 55퍼센트를 넘는다는 사정<sup>614)</sup>이 이를 간접적으로 증명한다. 일단 취업에 성공했다 하더라도 범죄경력이 밝혀지면 직장으로부터 유·무형의 퇴직 압력을 받게 될 것이다. 전과기록의 관리가 전과로 인한 차별 문제에서 중요한 비중을 차지하는 이유는 바로 이런 탓이다.

### 라) 차별해소방안

지금까지 전과기록과 관련된 법률 규정들 그리고 대표적인 전과로 인한 차별 사례를 살펴보았다. 그렇다면 이러한 차별행위를 줄이고 전과자들에게 보다 실질적인 사회재통합의 기회를 부여해 주기 위해서는 어떤 대책을 생각할 수 있을까.

무엇보다 가장 근본적으로는 전과자에 대한 차별적인 의식의 개선이 필요할 것이다. 범죄경력을 가지고 있다는 것이 그가 장래에 또 다시 범죄행위를 저지를 것이라는 것을 예정하지는 않는다. 우리사회에 재범율이 높은 것은 위에서 지적한 것처럼 전과자에 대한 재적응의 기회가 그만큼 작은 데에서 연유하는 면도 크다. 그러므로 우선 전과자를 이미 자신의 잘못에 대해 충분한 대가를 치루었고, 이제 다시 우리 공동체에 정상적으로 재통합되어야 할 사람으로 바라보아야 할 것이다.

그러나 이와 같은 의식의 개선은 시간이 오래 걸리는 일일 것이다. 또 우리 사회뿐만 아니라 여러 나라의 모든 시대에 존재했던 매우 뿌리깊은 것이기도 하다.<sup>615)</sup> 그러므로 우선 당장 전과로 인한 차별을 줄이기 위한 제도적인 대책이 고안될 필요가 있다. 이와 관련하여 다음과 같은 세 가지를 제시해 보려 한다.

첫째, 정부기관, 예컨대 법무부 내에 전과자와 기업체를 연결해 주는 취업알선 기관을 설립하는 것이다. 전과자 가운데에는 특정 분야에 대한 기술이나 전문적인 경험을 가진 사람들이 상당수 있다. 또 기업체 중에서는 이러한 특정한 인력을 원하는 곳도 있을 것이다. 그러므로 전과자에 대한 개인 정보를 가장 잘 파악

614) 2001년 통계이다(『법무연감』(법무부, 2002), 352쪽).

615) 전과기록의 존재 자체가 전과자를 그 사회가 의식적으로 ‘관리’하는 데서 출발하였다고 할 수 있는데, 이것은 기본적으로 전과자에 대한 차별적인 의식을 드러내는 것이라고 볼 수 있는 것이다. 전과기록의 탄생에 대해서는 Terry Thomas, *The National Collection of Criminal Records: a question of data quality*, *Criminal Law Review* 48(11)(2001), pp.886~7을 참조.



하고 있는 정부가 이렇게 서로를 필요로 하는 전과자와 기업체를 연결해 주는 것은 사회적으로 인력의 효율적인 활용방안이 될 수 있을 뿐만 아니라 전과자의 사회 재적응을 돕는 효과적인 형사정책의 하나도 될 수 있을 것이다.

둘째, 현재 교도소에서 이루어지고 있는 수형자들의 직업훈련을 실질적으로 강화하는 것이다. 현재 전체 수형자의 약 10퍼센트 이상인 4000여명이 매년 직업훈련을 받고 있다고 한다. 그러나 문제는 이들에게 투자되는 인력이나 예산이 매우 부족하여 형식적인 교육이 이루어지고 있을 뿐만 아니라, 훈련분야가 사회적으로 별반 그 수요가 많지 않다는 점이다. 따라서 장기적으로는 직업훈련에 투자되는 예산이 증가하여야 하겠지만, 우선은 현재 이루어지고 있는 직업훈련이 보다 효과적이고 체계적으로 관리되어야 하며 수형자들이 사회에 돌아갔을 때 보다 실질적으로 도움이 될 수 있는 내용이 확보되어야 한다.<sup>616)</sup>

끝으로 셋째는 전과자들을 채용하지 않으려 하는 사용자들에 관한 것이다. 대부분의 사용자들은 전과자들을 취업에서 배제하는 것이 차별이라고는 생각하지 않을 것이다. 그러므로 이 점에 관하여 정부나 시민단체들의 적극적인 홍보가 필요하다고 생각한다.<sup>617)</sup> 더 나아가 정부로서는 전과자들을 고용하는 기업에 대해 약간의 인센티브를 -예컨대 세금을 감면해 주는 등- 제공하는 것도 고려해 볼 만하다고 생각한다. 이것이 위의 첫 번째에 제시한 취업알선과 함께 이루어지면 더욱 효과적일 것이다.

## 15) 성적(性的) 지향을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) ‘성적 지향’의 의미

‘성적’ 지향(sexual orientation)에서의 ‘성(性)’이란 섹슈얼리티(sexuality)를 뜻

616) 나아가 이와 같은 점들은 일반 수형자들을 대상으로 하는 교도작업에도 마찬가지로 지적될 수 있다.

617) 이와 관련하여 참고할 수 있는 외국의 예로는 Nacro, *Recruiting ex-offenders: the employer's perspective*(London, 2003); CRB(Chartered Institute of Personnel and Development), *Employing people with conviction: A good practice guide on the employment of people with criminal records*(London, 2001)이 있다. 그 간단한 내용은 최정학, 『전과로 인한 차별: 지워지지 않는 주홍글씨?』, 정인섭 편저, 『사회적 차별과 법의 지배』(박영사, 2004), 150쪽을 참조. 또 우리의 경우에 전과자들 스스로 ‘1기업체 1전과자 고용운동’을 전개하려는 시도도 있다. 말하자면 전과자들 스스로의 자구책인 셈이다.



하고, 이는 우리말에서는 서로 구분되지 않지만, 섹스(sex, 생물학적 성), 젠더(gender, 사회적 성)와 구분되는 개념이다. 성성(sexuality)이란 ‘성적 욕망의 성향’으로서 성적 취향으로 이해되기도 한다. 성성(性性)이란 각 사람마다 다르게 형성되는 개인적 취향이지만, 동시에 사회적으로 형성된 성향이기도 하여 성성도 일종의 사회제도라고 이해된다. 성성을 중심 연구대상으로 삼는 현대 정신분석학에서 성성은 생물학과는 다른 무의식적이고도 사회적인 작용 속에서 형성된다고 한다. 예컨대 이성 간에만 허용되는 혼인, 연애의 결론을 혼인과 동일시하는 태도, 법률적 금혼범위, 혼인연령에 대한 법률적 제한, 공공장소에서의 성적 표현 제한 등은 한 사회가 사회적으로 허용되는 ‘정상적’ 성성을 그 사회의 구성원들에게 훈련하기 위해 마련한 장치들이라고 할 수 있다. 성성이 개인적이라고 하기에는 각종의 교육, 미디어, 정치를 통해 한 사회는 그 성원들에게 무엇이 정상적인 성(性)인지를 끊임없이 주지시키고 있다.

여기서 한 사회의 다수자가 정상적이라고 규정하고 인지하는 성적 지향을 가지지 않았다는 것이 이유가 되어 차별이 발생할 수 있다. 이렇게 다수자의 성성을 공유하지 않는 사람들을 ‘성적 소수자(sexual minority)’라고 부르는데, 여기에는 동성애자(同性愛者), 즉 동성간에 성적으로 이끌리는 성적 성향을 가진 사람, 양성애자(兩性愛者), 즉 동성애자와 이성애자(異性愛者)의 성향을 모두 가진 사람, 트랜스젠더, 즉 생물학적 성(sex)과 자신 스스로 인지하는 성(gender)이 불일치하는 사람 등이 포함된다. 이외에도 소아애자, 새디스트, 이성복장선호 등 다양한 집단이 포함될 수도 있다.<sup>618)</sup> 여기서 우리는 성적 소수자란 단일한 집단이 아니라 성적 다수자와 ‘다른’ 성성을 가진 다양한 집단들을 이루며, 오히려 성적 다수자에 대한 여집단(餘集團)으로서 성적 다수자에 의해 ‘규정되는’ 집단이라는 것을 알 수 있다.

한국사회에서 다수자의 성성은 단연 이성애(heterosexuality)인데, 위에서 열거한 인간의 연애와 사랑, 성에 대한 제도는 사실 이성애제도에 대한 보호장치라고 할 수 있다. 이성애는 법과 문화, 교육과 정치에서 보호되고 장려됨에도 불구하고 마치 그러한 성애만이 유일하고 정상적이고 자연적인 성성이라는 신념이 만연해 있는 것이 사실이다. 그리고 이러한 신념의 강도에 비례하여 한 사회에서 성적 소수자가 비정상적이고 병리적인 성애를 가진 자로 인식될 가능성이 커질 것이다. 어떤 여성이 남성과 결혼하고 자식을 낳는 과정 속에서 온전히 정상적인 ‘여

618) 이와 같은 성적 소수자의 범위가 확정적인 것은 아니다. 성적 소수자에 동성애자, 양성애자, 트랜스 젠더 이상을 포함시키지 않고자 하는 집단도 있고 그보다 넓은 범위를 포함시키는 사람들도 있다. 이렇게 범위를 너무 넓게 잡지 않으려 하는 것도 성적 소수자에 대한 특정 사회 속에서의 억압에 따라 그들을 ‘비정상적’으로 보이지 않으려는 노력이라고 할 수 있다.





성'이며 혹은 그녀의 여성성이 의심되지 않는다는 사회적 경험에서 볼 때, 인간의 성성이야말로 어떤 인간을 여성답고 남성답다라고 인정받게 하는 잣대이며, 더 근본적으로는 그녀를 '정상인'이라고 판정받게 하는 기본이 아닌가 생각한다. 이런 관점에서 볼 때, 이성애주의가 강한 사회에서 성적 소수자들은 기본적으로 '사람취급'을 받기 어려울 것이다.<sup>619)</sup> 뿐만 아니라, 자신 스스로를 '누구'라고 규정하는 정체성의 핵심에 성적 지향이 놓여 있다고 할 때, 성적 소수자는 정체성 정립에 있어서도 긴 혼란과정을 겪게 될 것이다. 이런 경향은 이성애주의가 강한 사회, 여성과 남성에 대한 성역할과 고정관념이 강한 사회, 이성애 결혼이 모든 인간이 필히 가야할 길처럼 장려되는 사회, 가족네트워크와 문화가 강한 사회일수록 더 심할 것이다. 이렇게 가족 가부장제, 성차별이 강한 사회에서 성적 소수자에 대한 차별이 더욱 심하게 나타날 것이라고 예상할 수 있다. 이러한 성향이 현대의 한국사회에서 모두 발견된다고 할 때, 그동안 성적 소수자들에 대한 차별과 억압이 얼마나 극심했었는지 짐작할 수 있다.

#### 나) 성적 지향을 이유로 한 차별의 양태 및 성격

성적 지향에 따른 차별은 성별, 인종, 혹은 장애에 따른 차별 등과 비교할 때, '숨길 수 있는' 차별사유이다. 성성이 가진 개인적이고 사적인 성격에 따라 자신이 드러내지 않으면 차별받지 않을 수 있는 차별 사유라는 것이다. 이 점에서 성적 소수자의 고통은 무엇보다 자신의 성성을 외부에 드러내고 혹은 스스로에게 마저 인정하기를 꺼려하고 두려워하는 '억압'에 그 기초가 놓여 있다고 할 수 있다. 성적 소수자가 겪는 피해는 '말해지지 않는 차별'이라고 특징 지워질 정도이다. 이에 따라 성적 지향을 이유로 한 차별과 함께 이들의 성적 지향을 '드러내는 것'에 대한 괴롭힘 현상에 주목할 필요가 있다고 본다. 아래에서는 이제까지 드러난 성적 소수자의 피해사례에 기반하여, 성적 소수자에 대한 차별 양태를 크게 '괴롭힘'과 '차별'로 나누어 살펴볼 것이다. 특히 성적 소수자들이 겪는 억압과 폭력 행위에 주목하여 이를 '괴롭힘'이라는 개념으로 포섭하여 살펴보고자 하며, 이때의 괴롭힘에는 물리적, 언어적, 정신적 차원이 포함된다.<sup>620)</sup>

619) 한채윤(2003)은 이성애와 이성애주의를 구분하는데, 이성애는 성성의 한 종류라면, 이성애주의는 그것만을 유일 절대적인 성애라는 신념체계라고 할 수 있다. 따라서 이성애자라고 해도 모두 이성애주의자는 아니라고 할 수 있고, 동성애자라도 이념적으로는 이성애주의적 사고방식을 가질 수도 있다. 결국 성적 소수자에 대한 차별은 이성애주의에 대한 무반성적 발현이라고 하겠다(한채윤, "성적 소수자 차별의 본질과 실제 그리고 해소 방안"), 한인섭·양현아 편, 『성적 소수자의 인권』 서울대BK법학연구원 공익인권법센터기획(사람생각, 2003), 43~68쪽.

620) 따라서 여기서의 '괴롭힘'이란 성희롱(sexual harassment) 관련법에서의 희롱과 그



## (1) 괴롭힘의 양태: 억압과 폭력

### (가) 커밍아웃과 아웃팅의 공포

커밍아웃(coming out)이란 ‘옷장에서 나온다’라는 의미로 자신의 성적 지향을 다른 사람에게 알리는 행위 및 일련의 과정을 뜻한다. 우리사회에서 성적 커밍아웃이 어렵고 두려운 일이라는 것은 성적 소수자의 존재 자체를 인정치 않는 현실을 반영한다. 아웃팅(outing)이란 본인의 의도와 관계없이 강제로 타인에 의해 성적 소수자라는 정체성이 드러나는 것을 뜻한다. 스스로 커밍아웃할 준비가 되어 있는 상태에서 아웃팅이란 강제로 성적 정체성이 벗겨 벗겨지는 일종의 테러라고 할 수 있다.

### (나) 호모포비아(homophobia)

호모포비아란 동성애자들과 가까운 공간에 있는 것에 대한 두려움이라고 정의되는데, 이로 인해 동성애자에 대한 혐오감과 이들에 대해 처벌 또는 보복하고 싶은 욕구를 갖게 된다. 이는 정신분석학적으로 콤플렉스(complex)에 해당한다.<sup>621)</sup> 이런 심리현상은 혐오범죄와 같은 행위를 불러온다.

### (다) 혐오범죄(hate crime)

혐오범죄란 ‘특정 인종, 종교, 신체장애, 피부색깔, 국적, 또는 남녀성별, 성적 지향 등을 극단적으로 싫어하여 이들을 표적으로 하는 범죄’를 뜻한다. 다음과 같은 사건에서 우리사회에서 성적 소수자에 대한 혐오범죄가 존재함이 드러난다.

2001년 10월 최모씨(60세, 여)는 서울 동대문구 회기동 최모씨를 찾아와 자신의 딸에 대한 동성애적 감정을 표현하며 “함께 살게 해 달라”고 요청한 김모씨(48세, 여)를 1시간동안 때려 숨지게 했다. 최모씨는 구속되어 2001년 12월 징역 3년을 선고받았다.

이와 같이 성적 소수자에 대한 증오는 물리적 폭력으로 이어질 수 있고, 이런 현상은 가정이라고 등 예외가 아니며 직장, 군대 내에서도 발생할 수 있다. 최근 군대에서 성폭력이 심하다는 보고가 제출되고 있는데, 이는 군에서 남성 동성애

의미가 일치하지 않는다. 한편, 현재 준비 중인 「차별금지법안」에 ‘괴롭힘’은 “개인이나 집단에 대하여 수치심, 모욕감, 두려움을 야기하는 신체적·정신적·정서적인 가해행위”라고 정의된다.

621) Jeffrey Weeks, “Homophobia”, *Feminism and Psychoanalysis - A Critical Dictionary*, Elizabeth Wrights(ed.)(Oxford: Blackwell, 1992), pp.155~56.



자가 폭력 및 성폭력 피해를 볼 수 있다는 점을 시사하고 있어 앞으로의 면밀한 조사와 군당국의 정책수립이 요청된다.

(라) 가족에서의 추방

자신의 성적 지향을 드러낼 경우, 성적 소수자들은 우선 가족, 친지, 친구 등 가까운 관계의 사람들로부터 추방 내지 소외될 위협을 받는다. 성적 소수자들에게 가족은 보호의 울타리가 되지 못하고 오히려 커밍아웃을 가장 어렵게 하는 집단이 가족이라고 한다. 가족 안에서 멸시와 모멸감을 느낀 체험은 성적 소수자들에게 어렵지 않게 들을 수 있는 경험이다.

(마) 동성애자 표상(representation)

성적 소수자에 대한 표상은 이들에 대해 낙인 효과를 남기는 상징적, 언어적 폭력이라고 할 수 있다. 사회적 표상은 이들에 대한 편견을 드러내고 재생산하므로 사회적으로 호모포비아를 지속시키는 데 매우 중요하다.<sup>622)</sup> 교과서, 사전 등 각종 출판물, 편견을 담고 있는 법령<sup>623)</sup> 등은 이러한 표상의 예가 된다.

(라) 성적 파트너간 폭력

이성애자와 마찬가지로 성적소수자 파트너 간에도 성폭력이나 가정폭력의 가능성이 있다. 그런데 이성애자 파트너에 비해 동성애자 파트너 간에 폭력이 발생했을 때 이에 대해 대응할 수 있는 법과 정책이 미비한 실정이다.

A는 결혼생활을 한 정년퇴임을 앞둔 고등학교 여교사이다. 3년 전 남편과 별거를 한 상태에서 동성인 B를 만나기 시작했다. 얼마 지나지 않아 B

622) 2001년 ‘엑스존’이라는 인터넷상 동성애 사이트가 「청소년보호법시행령」 제7조와 「청소년보호법」 제10조 등을 근거로 하여 ‘청소년유해매체물’로 지정되자 이 사이트는 자진폐쇄하기에 이르렀고, ‘엑스존’은 이에 대해 행정소송을 낸 바 있다. 이 사건으로 문제된 「청소년보호법시행령」 제7조 다항의 ‘동성애’ 부분이 삭제되었고 이 시행령은 2004년 4월 30일부터 시행되었다.

623) 예컨대 「군인사법시행규칙」 별표1과 「징병신체검사등검사규칙」 별지2에 동성애는 일종의 장애로 취급되고, 「혈액관리법시행규칙」 서식2의 헌혈시 문진사항 15번에는 동성간 성접촉 유무를 묻는 질문 포함되어 있다. 이 질문은 동성간 성접촉이 있었다는 사실만으로 에이즈 바이러스에 감염될 수 있다고 해석될 소지가 있기에 동성애자인권연대는 2003년 보건복지부장관을 상대로 이 문진사항에 대해 진정하였고, 국가인권위원회는 해당 사항에 대해 합리적인 이유없이 헌법 제11조의 평등권을 침해한다는 판단을 내리고 이 문진사항을 개정하되, 최소한 동성간 성접촉의 질문을 남성에게만 한정할 것을 보건복지부장관에게 권고하였다.



와 동거를 시작했고 곧 남편과 이혼했다. 그런데 동서 후 B와 성격이 맞지 않았다는 것을 알게 되어, 한참을 고민한 끝에 B에게 헤어지자고 말했다. 그러자, B는 폭력을 행사하기 시작했다. 이후, 헤어지자는 말만 나오면 폭력을 휘두르고 A가 다니는 학교에 동성애자임을 알리겠다고 협박했다. 뿐만 아니라 A의 딸 인생을 망치겠다고 협박하고 A의 전남편과 시댁에까지 알리겠다고 협박했다. 현재 A는 학교를 그만두고 시골로 도망갈 계획이다.

위의 사례는 동성 파트너 간의 폭력과 아웃팅 협박의 예를 보여준다. 이는 동성애의 정체성 자체를 인정하지 않는 사회에서 동성애자들은 상대방 파트너에 의해서도 아웃팅을 당할 처지에 놓여 있다는 것을 말한다. 또한 동성애자 파트너 쉽의 법률적 관계가 정립되어 있지 않은 상황에서 이들의 관계는 이성애 관계에 비해 불안정해지기 쉽다. 현행 「가정폭력범죄의처벌등에관한법률」상의 ‘배우자’에 동성간 파트너는 포함되지 않다.<sup>624)</sup> 이러한 법의 부재(不在)는 동성 파트너 간에도 일어날 수 있는 가정폭력, 성폭력 행위를 규율하지 않음으로써 이런 행위를 방지하는 효과를 낳는다.

#### (마) 공권력 불신

성적 소수자들은 자신이 당한 불이익에 관해서 경찰에 고소하는 것을 주저하거나 두려움을 가진다. 수사과정에서 ‘동성애자’와 같은 성적 지향이 드러나기 쉽고, 수사관계자가 이런 정보를 자신의 가족 등에게 보호해 주지 않고 원치 않는 ‘아웃팅’을 당할 것이라는 예상을 할 수 있기 때문이라고 한다. 아래는 그러한 예를 보여준다.

A와 B는 같은 직장 선후배사이였다. A는 레즈비언이고 입사당시부터 교제하던 사람이 있었는데, 직속 남자선배인 B가 A에게 관심을 보였다. B는 스토킹 수준으로 A를 쫓아 다녔고 그러던 중 A의 성정체성을 알게 되었다. 이를 알고 B는 A를 더욱 괴롭혔는데, 자신을 만나주지 않으면 성정체성을 폭로하겠다고 협박했다. 그리고 A가 거절하거나 피하려고 하면 B는 A를 강간했고 이런 일은 몇 년 동안 반복되었다. 하지만 A는 아무에게도 자신의 피해를 이야기할 수 없었다. A가 경찰에 자신의 피해를 신고할

624) 성희롱을 규제하는 법률에서도 동성간 성희롱 규정은 발견할 수 없다.



수 있을 리 만무했다. 그걸 비밀로 지켜주어야 한다고 생각하는 경찰은 아무도 없을 거라는 생각이 들었기 때문이다.

이 사례는 동성애자에 대한 성폭력, 아웃팅 협박과 두려움이 서로 연관되면서 피해를 구성하고 있다. 이런 피해를 당하면서도 수사기관이 성적 소수자의 프라이버시와 인격을 존중할 것이라는 데 대한 신뢰가 없다는 것은 이들의 인권이 사실상 사각지대에 놓여 있다는 것을 말한다.<sup>625)</sup>

## (2) 차별의 양태

### (가) 고용관계

여기서 차별이란 합리적 사유 없이 이성애적이지 않은 성적 지향을 기준으로 하여, 고용, 직무배치, 승진, 근로계약 갱신 및 퇴직에서의 불리한 대우를 하였거나 불리한 결과를 야기하는 경우를 말한다. 고용관계 뿐 아니라 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에서, 또는 교육기관의 교육에서도 성적 지향을 이유로 한 차별이 발생할 수 있다. 우리나라에서는 이러한 차별사례가 많이 축적되어 있지 않은데, 그것은 차별행위가 발생하지 않아서가 아니라 정체성을 드러내는 것조차 어렵고 두려운 상황에서 자신이 당한 차별행위에 대해 권리주장을 하기 어려웠기 때문일 것이라고 사료된다. 우리사회에서 널리 알려진 부당해고의 사례는 홍석천씨의 경우이다. 홍씨는 당시 2000년 9월에 ‘커밍아웃’을 했는데, 당시 출연중이었던 KBS라디오 ‘우리집 식구는 아무도 못말려’와 MBC TV의 ‘뽀뽀뽀’에서 일방적으로 출연 계약을 해지당하였다.

### (나) 파트너십(partnership)과 가족구성

동성애자를 포함한 성적 소수자의 파트너십을 인정하는 법정책이 부재함에 따라, 한국에서는 장기간 동거하고 경제적 정서적 삶을 공유해 왔다고 해도 이들의 파트너 관계는 아무런 법적 보호를 받지 못하고 있다. 상호간 권리와 의무면에서 뿐만 아니라 세금감면 및 복지혜택에 있어서 ‘가족’과 같은 파트너라는 것이 전혀 인정되지 않는다. 이러한 현상은 이성애자 국민에 비해 비이성애자 국민들의 가족구성 및 파트너십 권리가 평등하게 보호받지 못하고 있다는 관점에서 해석될 수 있다.

625) 한편, 2004년 1월에 개정된 「인권침해및차별행위조사규칙」 제3조나 「인권보호수사준칙」 제6조에서 사건 관계인들의 명예와 사생활 보호에 관한 규정을 두고 있다.



### (3) 트랜스젠더의 성별 판정

트랜스젠더의 성별 판정을 포함한 인권 역시 중요한 쟁점이다.<sup>626)</sup> 우리나라에서는 연예인 하리수씨가 트랜스젠더라고 스스로를 밝혔고, 2002년 12월 그녀의 호적정정 및 개명신청이 법원에서 받아들여졌다. 이 결정에 따라 하씨는 호적상 성별을 남성에서 여성으로 전환할 수 있게 되었다. 이러한 판결로 인해 사회적으로 트랜스젠더를 용인하는 정도는 높아졌다고 할 수 있으나, “예쁘면 모든 것이 용서된다”는 식으로 성별 고정관념 속에 하리수씨를 바라보는 시선이라면, 외모나 정신적으로 이분법적 성별구분에 꼭 맞아 떨어지지 않는 트랜스젠더들의 인권고양에 큰 도움이 되지 못할 것이다.<sup>627)</sup> 또한 우리 법원에서 트랜스젠더의 성별 판정에 관한, 보다 인권에 부합하는 원리가 마련될 필요가 있다.<sup>628)</sup>

#### 다) 필요한 대책

이상과 같이 볼 때, 성적 지향에 따른 차별에 있어 문제의 핵심은 성적 소수자를 ‘존재하지 않아야 할 존재’로 부정하는 법과 사회의 태도에 있다고 보이는 바, 동성파트너십에 대한 법적 인정이 이러한 태도를 약화시키는 첫걸음이라고 사료된다. 현대사회의 친밀관계의 변화를 볼 때, 국가는 이성애관계가 아닌 파트너십에 대한 최소한의 권리보장의 길을 열어야만 한다. 성적 소수자 역시 보편적 인권을 누려야 할 ‘사람’이라고 인정한다면 말이다. 참고할 만한 외국의 입법대책과 판례는 다음과 같다.

#### (1) 파트너십의 인정

외국에서 동성 파트너십의 인정은 다음의 세 가지 방법을 통해 이루어졌다. 첫

626) Grand Chamber Judgement in the Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom 사건에 대하여 유럽인권재판소는 Goodwin에게 손해배상과 비용보존을 지급할 것을 결정하였다(2002.7.11). 굿윈은 그녀의 젠더전환(확정)과정에서 직장에서 성적 괴롭힘을 받았고 국가보험납부에서도 여러가지 어려움을 겪었으며, 자신의 NI 번호가 변경되지 않음으로 인해 고용주는 굿윈의 이전 이름과 젠더를 알 수 있었고 이는 수치심과 모욕을 초래하는 것이었다. 유럽인권재판소는 이 사건에 대해 유럽인권협약 제8조(사생활과 가족생활을 존중받을 권리), 제12조(혼인과 가족을 구성할 권리), 제13조(효과적 구제) 위반이 있었다고 판단하였다.

627) 2002년 11월 4일 김홍신 의원의 대표발의에 의해 「성전환자의 성별변경에 관한 특별법안」이 국회에 제출되었으나 제16대 국회의 종료와 함께 자동폐기되었다.

628) 트랜스젠더 여성에 대한 강간죄 성립 여부에 관한 대법원 판결(대법원 1996.6.11 선고, 96도791)에서는 피해자 트랜스젠더 여성을 “사회통념상 여자로 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다. 이는 형법상 ‘부녀(婦女)’ 개념이 생물학적 여성으로 한정되고 있다는 것을 시사한다.



째 동성 커플에게 동반자관계를 인정하는 새로운 국내법을 제정하는 경우, 둘째 국내 법원이 기혼의 이성 커플에게만 인정하던 혜택에 관한 법을 뒤집어 동성애 커플에게도 헌법상의 평등규범을 적용한 경우, 셋째 UN인권위원회나 유럽인권 재판소에 문제를 제기하는 등 국제소송을 통한 전략을 사용하는 경우이다.<sup>629)</sup>

파트너십 관계의 등록제를 둔 나라들은 덴마크, 아이슬란드, 독일, 노르웨이, 스웨덴, 미국(버몬트 주), 네덜란드 등이며, 동거관계의 등록제를 둔 나라는 미국(캘리포니아, 하와이 주), 캐나다, 프랑스, 스페인, 스위스 등이다. 이 들 중 네덜란드의 「혼인제도 개방법」(Act Opening the Institute of Marriage)은 2001년 4월부터 발표되었다. 동성혼인의 요건과 효과는 이성혼에 적용되는 것과 동일하다. 한편 프랑스법은 동성혼은 인정하지 않지만, 1999년 10월 의회는 ‘시민연대협정(Pacte Civile de Solidarite, PaCS)라 불리는 동반자법을 통과시켰다. 이는 전통혼의 법적 혜택의 일부를 동성혼에게 주는 것이다.<sup>630)</sup>

## (2) 상속권 및 복지수급권

동성간의 오랜 시간의 동거 후, 한 파트너가 사망했을 경우 생존 파트너의 상속권 내지 임대차관계의 유지가 절실히 필요하다. 혹은 서로의 관계가 파탄되었을 경우 재산분할을 할 수 있는 법적 장치의 마련이 필요하다.<sup>631)</sup> 앞서 본 파트너십 등록제는 이성혼과 마찬가지로 혹은 부분적으로 동성 파트너 간의 경제적 권리를 보호하고 있다. 파트너십의 법적 인정은 동성애 파트너간에도 세금감면 및 주택분

629) 세번째 방법과 관련하여 *Toonen v. Australia* 사건이 널리 알려져 있다. 본 사안에 대하여 19994년 UN인권이사회(Human Rights Committee)는 성인 남성간의 성적 접촉을 금지하는 호주 타스마니아 주의 법은 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’의 제2조 제1항과 제17조 제1항과 제26조의 의무를 위반했다고 결론내렸다. 해당 위원회는 규약 제2조의 성(sex)에 의해 보호되는 범주에 ‘성적 지향’이 포함되는 것으로 해석한다고 하였다. 이러한 인권이사회의 결정을 준수하여 타스마니아 주의회는 1997년 해당 주법을 무효화하였다.

630) 외국의 동성애자간 파트너십 입법동향은 다음을 참고할 것; 장복희, “동성간 동반자 관계(Same Sex Partnership)에 관한 국제인권법 및 비교법적 고찰”, 한인섭·양현아 편, 앞의 책, 133~167쪽.

631) 김민중(2004)은 현행 법률 속에서도 동성애 파트너십에 따른 권리가 보장될 수 있는 장치로서 민법 제1957조의 2의 “특별연고자”의 지위를 논한다. 또한 「주택임대차보호법」 제9조 제1항의 ‘임차인이 상속권자 없이 사망한 경우, 그 주택에서 가정 공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자는 임차인의 권리와 의무를 승계한다’는 조항을 두고 있다. 그러므로 동성애 파트너 일방이 사망했을 경우 그 상대방은 ‘사실상의 혼인관계에 있는 자’로 유추적용할 가능성이 있다는 것이다(김민중, “동성애자관계의 법적 보호에 관한 이론적 검토”, 『인권과 정의』(통권 333호), 2004. 5.



양우선권, 각종 사회보험에 있어서 파트너로서의 지위를 누릴 수 있게 한다.

### (3) 자녀입양

2002년 10월 16일, 동성애자와 독신자들의 자녀입양을 허용하는 법안(The Adoption and Children Bill)이 영국상원을 통과하였다. 또한 2002년 6월 5일 스웨덴 의회는 동성애자 커플의 입양을 허용하는 법안을 통과시켰다. 2003년 초부터 발효된 이 법에 의하면 파트너 관계로 등록(1995년 시행)한 동성애자 커플은 국내나 국외에서 아이를 입양할 수 있으며 배우자 자녀의 입양도 가능하다.

이렇게 한국사회에서 성적지향에 따른 차별을 논하기 전에, 또는 그를 논하기 위해서는 우선 성적지향을 드러내는 것조차 억압되는 현상에 주목해야 한다. 필요한 대책은 성적 소수자들의 인권이 사각지대에 있음을 깨닫고 이들에 대한 아웃팅, 폭행, 성폭력, 가정폭력과 같은 괴롭힘을 방지하고 처벌할 수 있는 대책이 수립되어야 한다. 이를 위해서는 성적 소수자에 대한 입법, 사법, 행정부의 인식 변화가 요청되며 군대, 학교, 각종 매체, 가정과 같은 영역에서도 새로운 인식을 가져야 할 것이다. 또한, 이런 정책과 인식변화에 있어 성적 소수자란, 침묵하는 시혜의 대상이 아니라 적극적으로 ‘발언하는 자’임이 받아들여져야 할 것이다.

## 16) 학력을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) 학력의 용어정의

‘학력’(學歷)은 졸업장이나 학위 등에 의해 표상되는 제도교육에서 일정한 교육 과정을 이수한 이력을 의미한다. 이에 비해 학력(學力)은 학습이나 경험으로 통해 실제로 획득된 지적 능력 내지 실력을 뜻한다. 차별의 관점에서 문제되는 것은 정규교육과정 이수의 이력을 의미하는 학력(學歷)이기 때문에 이하에서 학력은 이를 뜻하는 것으로 사용한다. 한편, 학력과 학벌(學閥)을 구별할 필요가 있다. 학벌은 같은 학교의 졸업을 계기로 형성되는 파벌이다. 학벌은 출신교가 동일하지 않으면 배제된다는 점에서 폐쇄적·배타적이고, 능력이나 업적에 관계없이 같은 학교 출신자를 우대한다는 점에서 비합리적인 속성주의를 특징으로 한다. 특히 우리의 경우 학벌은 출신지역과 긴밀하게 결합되는 특징을 갖는다.

국가인권위원회가 ‘차별’에 관한 국민의식을 조사(2003.12.)한 결과를 보면, 일반 국민들은 우리 사회에서 가장 심각한 차별로 장애인차별(20.9%), 학력·학벌





차별(18.5%), 전과경력에 의한 차별(8.7%) 순으로 꼽았으며, 전문가들은 학력·학벌차별(26.7%), 장애인차별(15.3%), 인종·피부색·출신국가·출신민족에 대한 차별(11.9%), 남녀차별(11.4%) 순으로 답했다. 차별의 직접적 경험을 묻는 질문에 대해서는 나이차별(39.1%), 학력·학벌차별(29.3%), 남녀차별(21.2%), 비정규직차별(16.6%), 신체조건에 대한 차별(16.0%) 순으로 나타났다.<sup>632)</sup> 이러한 조사결과는 차별인식이나 차별경험에서 학력이나 학벌을 이유로 하는 차별이 우리 사회에서 다른 어떤 차별 못지않게 심각한 상황임을 잘 보여주고 있다.

한국직업능력개발원의 조사(2003.11.)에 의하면, 국민의 상당수(64.8%)가 기업의 직원 채용시 학벌이 결정적인 요인이라고 응답하였다. 또한 국민 다수(61.0%)가 개인적인 능력이 동일한 경우 사회에서 성공·출세하는데 가장 중요한 요소로 학벌이라고 응답했는데, 이는 학력(15.9%), 지연(9.2%), 혈연(9.1%)보다 상대적으로 높은 요소로 인식하고 있다. 학벌의 상속으로 계층간 불평등을 심화시킨다는 주장에 대해 찬성의견(49.6%)이 반대의견(22.9%)보다 두 배 이상 높은 것으로 나타났다.

한국교육개발원이 기업종사 직원을 대상으로 한 조사 결과에 따르면, 38.7%가 “채용시 학벌을 중시한다”고 응답한 반면, “중시하지 않는다”는 응답은 23.4%에 그쳤다. 학벌을 중시하는 이유에 대해서는 “잠재능력이 높을 것이라는 믿음 때문”이라는 응답이 59%로 가장 많았고, “실제 생산성이 높을 것이라는 믿음 때문”(16.9%), “관례 때문”(14.3%), “좋은 인맥 때문”(9.8%)의 순이었다. 특히 “명문대 출신만 입사지원서 접수가 가능하다”는 응답도 13%에 달해 합격여부를 떠나 입사지원서 접수조차 학벌에 따라 기회를 달리 주고 있는 것으로 조사됐다.<sup>633)</sup>

한국노동연구원의 조사 결과에 따르면, 기업체들이 대졸 신입사원을 채용하는 과정에서 가장 중시하는 요소는 출신대학, 학교성적, 전공분야로 나타났고, 특히 출신대학을 중요도 1위 2위로 응답한 빈도가 133명으로 나타나 출신대학에 대한 차별이 선발과정에 잠재하고 있음을 보여주고 있다.<sup>634)</sup>

632) 국가인권위원회, “일반국민 장애차별, 전문가 학벌차별 ‘가장 심각’”, 2003.12.31.자 보도자료.

633) 홍연란 외, 『기업의 직원채용 및 승진 등에 학벌이 미치는 영향 연구』(한국교육개발연구원, 2002), 104~107쪽.

634) 한국노동연구원, “한국기업의 평가제도 및 인적자원관리 실태에 대한 설문 조사”, 1999 (<http://www.kli.re.kr>). 그렇지만 2002년의 조사결과에서는, 면접점수(71%)를 가장 먼저 꼽았고, 그 다음이 전공분야(50%), 적성검사(16%), 학교성적(16%), 출신학교(14%), 필기성적(9%)의 순(복수응답)이었다(한국노동연구원, 『인사시스템 변화조사』, 2002).



## 나) 학력을 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

학력에 대한 용어정의에서 언급했듯이 학력과 학벌은 그 의미가 다르다. 그리고 현행 「국가인권위원회법」에서 차별금지사유로 학력은 명문화되어 있지만 학벌은 빠져 있다. 그럼에도 불구하고 현실에서 학벌차별이 큰 사회문제로 부각되고 있다. 과연 학벌을 이유로 하는 차별을 학력차별의 범주에 포함시킬 수 있는지, 그 근거는 무엇인지 문제된다.

다른 한편, 학력은 사람의 능력(직무적격성 내지 업무수행능력 등)에 대한 객관적 평가 자료로 쓰이는데 학력에 따른 대우의 차이가 어떠한 경우에 허용될 수 있는지 그 판단기준을 설정할 필요가 있다.

### (2) 학력차별의 개념과 성립요건

2005년 7월에 개정·공포된 「국가인권위원회법」은 그 이전과 달리 학력을 차별금지사유로 명시하고 있다. 학력이 명시되지 않았던 구법 하에서는 국가인권위원회는 학력을 사회적 신분의 일환으로 파악하여 차별진정사건을 처리하였다.

학력차별을 금지 내지 규제하는 국제기준이나 외국의 입법례를 찾기는 어렵다. 따라서 학력차별에 대한 객관적이고 보편적인 정의를 내리기란 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 차별이라는 일반적 개념에 근거하여 학력차별을 정의하면 학력을 이유로 특정인 내지 특정그룹을 배제·구별하거나 기타 불이익하게 대우하는 것으로, 그러한 배제·구별 내지 불이익한 대우를 정당화하는 합리적 이유가 없는 경우를 학력차별이라고 말할 수 있다.

학력차별은 초등, 중등, 고등교육으로 구분되는 교육체계에서 어느 단계까지의 교육과정을 마쳤는가에 따라 사람을 구별, 배제, 분류하는 것이기 때문에 교육이력을 이유로 하는 ‘수직적 차별’이라고 할 수 있다. 반면에 학벌차별은 동일한 수준의 교육과정을 마쳤더라도 어느 학교 출신인가에 따라 사람을 구별, 배제, 분류하는 것이기 때문에 교육이력을 이유로 하는 ‘수평적 차별’이라고 할 수 있다. 그렇지만 교육이력을 이유로 하는 차별이라는 면에서 학벌차별은 넓은 의미의 학력차별에 포함시킬 수 있다. 다만, 동일한 학력을 갖고 있어도 출신학교가 다르다는 이유로 배제되거나 불이익을 받는다는 점에서 학벌차별은 학력차별에 비해 그 심각성이 더욱 크다고 할 수 있다. 한편, 출신학교가 이른바 명문학교인가에 따른 차별 역시 출신학교를 이유로 하는 차별이라는 점에서 학벌차별 내지 넓은 의미의 학력차별에 포함시킬 수 있다. 결국, 학력차별은 교육수준(저학력 내지 고학력), 교육과정(4년제 대학, 2년제 대학, 원격대학 등), 출신학교(동창학교, 명문학교, 수도권학교 내지 지방학교, 외국학교 내지 국내학교 등) 등을 이유로 불이



익하게 대우하거나 불이익한 상황에 처하게 하는 것으로, 이를 정당화하는 합리적 목적이나 사유가 없는 경우를 말한다.

학력·학벌차별은 우리 사회의 학벌주의 내지 학력주의 의식에 기초하고 있다. 학벌주의는 개인의 능력과 상관없이 출신학교에 따라 사회·경제적으로 차별 내지 배제가 행해지는 사회적 현상이다. 또한 학력주의는 개개인의 능력보다 학력이 과대평가됨으로써 사회 구성원들이 필요 이상으로 학력에 집착하는 사회적 현상이다. 학벌주의·학력주의를 따를 경우에 무조건 고학력을 얻으려는 교육수요의 상승욕구를 유발하게 되고, 본인의 타고난 능력을 계발하기 위한 학교선택 보다는 이른바 이름 있는 학교에 입학하기 위한 경쟁에 몰두하게 된다. 이러한 학벌주의 내지 학력주의로 인해 학벌·학력 차별이 실제로 발생하는 것 이외에도 많은 문제점들의 원인이 된다고 지적된다. 학벌주의의 고착화는 초·중등교육이 명문대 진학을 위한 입시위주 교육에 치중하고 사교육에 잠식되어 학부모의 사교육비 부담이 가중되고, 대학입학 이후에는 학벌구조의 영향으로 진정한 의미의 학력(學力)을 함양하는 대학 분위기 조성이 저해되는 등 초·중등 및 대학 교육 왜곡의 주요인이 된다. 이를 ‘공교육의 붕괴’, ‘대학간 서열화’로 인한 ‘지방대학의 붕괴’라고까지 말하기도 한다. 또한 명문대학 및 인기학과 선호는 개인의 역량개발, 능력에 따른 인력채용과 활용 등을 저해하고, 인적자원의 배분·활용의 왜곡으로 기업 및 국가 경쟁력의 약화를 초래한다. 나아가 학벌주의는 국민들의 심리적 박탈감과 열등감을 초래하고, 학벌의 세습화를 통한 사회계층간 불평등 의식이 심화되고, 공동체 의식의 약화로 사회발전의 기반인 사회적 신뢰 구축이 곤란해지는 등 학벌의 영향력의 지속시 사회계층간의 단절 및 양극화가 초래될 수 있다.<sup>635)</sup>

### (3) 학력차별의 예외

학력차별에 해당하지 않는 경우로 적극적 조치, 직업자격, 기타의 사유를 검토하고자 한다.

첫째, 현행 「국가인권위원회법」은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위로 보지 아니 한다”고 규정하고 있다(제2조 4호 단서). 따라서 현존하는 차별을 해소하기 위한 잠정적 우대(즉 적극적 조치)는 학력차별에 해당하지 않는다. 예컨대, 교육

635) 이상의 내용은 조용만 외, 『연령·학벌·학력 차별시정 국가정책계획수립을 위한 기초현황조사』 2003년도 국가인권위원회 연구용역보고서(국가인권위원회, 2004.6), 157쪽.



환경이 열악한 농촌·도서(島嶼)·산간(山間)·벽지의 학교출신자에 대한 대학입학우대, 동등한 능력과 자격을 갖고 있는 경우 지방학교 출신자에 대한 채용상의 우대 등이 그 예이다.

둘째, 학력이 직무수행에 불가결한 자격기준에 해당하는 경우이다. 직무의 성격에 비추어 업무의 정상적인 수행을 위해서는 일정 수준 이상의 학력(졸업장 내지 학위, 특정의 전공 등)이 필요로 되는 경우 학력을 이유로 하는 차별은 허용된다. 다만, 학력이 진정한 의미에서의 직업자격기준에 해당한다는 점에 대한 입증 책임은 이를 주장하는 자(즉 차별이 아님을 주장하는 자)에게 있다.

셋째, 그밖에 학력을 이유로 하는 대우의 차이가 고용정책·노동시장·직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인 경우에는 이를 차별로 보지 않을 수 있을 것이다.

## 다) 학력을 이유로 한 차별의 유형과 사례

### (1) 고용관련 학력차별의 유형과 사례

모집·채용의 기준으로 업무수행과는 무관한 과도한 학력을 요구하는 것은 저학력자의 취업기회를 박탈하는 대표적인 학력차별의 유형이다. 고졸 미진학 청년층(15~29세)의 고용·실업현황에 대한 연구결과에 의하면,<sup>636)</sup> 청년층의 전반적인 고학력화 추세 속에서 고졸 계층이 고용에서 상대적으로 소외되는 것으로 분석되고 있다. 특히 기존의 고졸 일자리가 전문대졸 중심으로 대체될 가능성이 높아지면서, 고졸 취업률 자체도 그리 높지 않은 것으로 나타나고 있다.<sup>637)</sup> 업무수행과 무관한 전공을 채용기준으로 요구하거나, 반대로 업무수행과 밀접한 관련성이 있는 전공을 무시한 학력(4년제 대학졸, 2년제 이상 대학졸 등)만으로 채용·응시자격을 정하는 것은 학력차별의 소지가 있다. 예를 들어, 『공무원임용 및 시험시행규칙』 제4조는 공무원 임용시험에서 학력제한을 두지 않는 것을 원칙으로 하면서도 그 예외를 인정하고 있고, 특히 관련 전공이나 경험과는 관계없이 학력만으로 해당 직급의 응시자격을 부여하고 있다.<sup>638)</sup> 한편, 모집·채용에서 1차 서

636) 전병유 외, 『고졸 미진학청년층의 고용·실업현황과 정책과제』, (한국노동연구원, 2002.10), 3~70쪽 참조.

637) 2001년의 경우 취업률(취업자수/노동력인구)은 대졸이 74.2%, 전문대졸 74.7%, 고졸 63.4%로 나타났고, 1994년의 경우 각각 71.3%, 74.9%, 65.3%와 비교해 보면, 대졸은 취업률이 증가하였고, 전문대졸은 거의 비슷한 수준을 유지고 있으며, 고졸은 취업률이 떨어졌다.

638) 이에 관한 보다 자세한 내용은 한국여성개발원(오정진 외), 『차별 관련 법령 실태조사』 국가인권위원회 연구용역사업보고서(국가인권위원회, 2003.9), 73~74쪽, 81



류전형절차를 통해 명문대 내지 수도권대 출신자 내지 졸업예정자에게만 면접이나 응시 기회를 부여하는 것 역시 학력(학벌)차별에 해당한다. 이러한 차별은 특히 지원서에 학교명을 기재하도록 요구하는 것에 의해 뒷받침되고 있다.

한편, 국·공립사범대학 출신자의 국·공립학교 교사 우선채용제와 관련하여 헌법재판소는 국·공립사범대학 등 출신자를 교육공무원인 국·공립학교 교사로 우선하여 채용하도록 규정한 「교육공무원법」 제11조 제1항은 사립사범대학 졸업자와 일반대학의 교직과정 이수자가 교육공무원으로 채용될 수 있는 기회를 제한 또는 박탈하게 되어 결국 교육공무원이 되고자 하는 자를 그 출신학교의 설립 주체나 학과에 따라 차별하는 결과가 되는 바, 이러한 차별은 이를 정당화할 합리적인 근거가 없으므로 헌법상 평등의 원칙에 어긋난다고 보았다.<sup>639)</sup>

다음으로 임금, 직무배정, 승진 등 근로조건에서 학력 내지 자격증에 따른 대우의 차이가 객관적인 업무능력의 차이를 반영하는 것이라면 차별이 아니지만 업무능력이나 업무성과와는 무관하게 고학력자라는 이유만으로 우대하거나 저학력자라는 이유만으로 불이익을 주는 것은 차별에 해당한다.<sup>640)</sup> 동일한 수준의 학력 내지 자격증임에도 불구하고 특정한 종류의 학위나 자격증을 인정하지 않음으로써 임금이나 승진에서 불이익을 주는 것 역시 차별에 해당한다.

승진차별과 관련하여 국가인권위원회는 교육공무원 승진후보자 명부작성을 위한 선택가산점 평정대상에서 국가기술자격인 워드프로세서 자격증 소지자는 인정하면서 검정기준 및 검정과목 등 검정수준이 국가기술자격인 워드프로세서에 상당한 국가공인 민간자격인 문서실무사 자격증 소지자를 제외하는 것은 차별행위에 해당하는 것으로 보고, 피진정인에게 공인민간자격인 문서실무사 자격증 소지자에게 관련 국가자격증 소지자와 동등한 선택가산점을 부여할 것을 권고하였다(2003.6.5, 02진차63, 03진차1 결정)

## (2) 재화·옹역·시설관련 학력차별의 유형과 사례

~82쪽 등 참고 바람.

639) 헌법재판소 1990. 10. 8. 89헌마89 결정.

640) 학력이 높을수록 높은 임금을 받는 직업에 종사하는 경향이 높아, 학력에 의한 소득의 불평등은 곧 계층의 불평등을 야기할 뿐만 아니라, 저소득층은 낮은 경제력과 사회적 배경으로 인하여 저학력과 저소득의 세습화를 초래할 가능성이 높아진다고 진단이 있다(이정규, 『한국사회의 학력·학벌주의 : 근원과 발달』(집문당, 2003), 146~158쪽).



재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 학력을 이유로 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 「국가인권위원회법」에 의해 금지된다. 특히 문제가 되는 것은 각종 자격부여의 기준과 관련된 차별이다. 각종 자격부여와 관련한 차별은 엄밀하게 말하면 재화·용역·시설관련 차별의 범주에 해당하지는 않지만 서비스의 제공이라는 측면에서 어느 정도 관련성을 갖기 때문에 여기서 그 내용을 언급하고자 한다.

자격부여와 관련한 국가인권위원회의 결정사항을 보면 다음과 같다.

독학사과정을 통해 학사학위를 취득한 후 교육대학원을 졸업하여도 학점을 인정받지 못하여 교원자격증을 취득할 수 없도록 한 관련규정이 차별에 해당하는지 여부에 대하여 국가인권위원회는 독학사제도는 일반대학에서 정상적으로 수강하여 학위를 취득하기 어려운 사람을 대상으로 학사학위 취득의 기회를 부여하고 국가가 시험에 합격한 사람에게 학위를 수여하여 대학에서 취득한 학위와 동등한 대우를 받도록 하는 제도이며, 관계법령에서 독학사는 일반학사학위와 동등성을 인정하고 있고 「학점인정등에관한법률」에서 독학사의 경우도 일정범위에서 학점을 인정하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 「교원자격검정령」에서 독학사를 학점인정대상에서 제외하는 것은 차별에 해당한다고 보았다(2003.12.29, 02진차62 결정).

「국가기술자격법 시행령」 별표4는 기사 등급 응시자격에서 4년제 대학 졸업자(산업기사 등급은 전문대학 졸업자)에게 해당분야 전공 및 실무경력에 관계없이 모든 종목에 응시할 수 있는 자격을 부여하고, 취득하고자 하는 자격증의 해당수준의 학력을 갖추지 못한 자(기사등급에서는 전문대학 졸업자 또는 고등학교를 졸업한 자, 산업기사등급에서는 고등학교를 졸업한 자)에 대하여는 해당분야를 전공하더라도 일정 기간 동안의 동일 직무분야 실무경력(기사등급의 경우 전문대학 졸업자는 2년 이상, 고등학교를 졸업한 자는 4년 이상의, 산업기사등급의 경우 고등학교를 졸업한 자는 2년 이상의 실무경력)을 요구하였다.

이에 대해 국가인권위원회는 취득하고자 하는 직무분야를 전공하였다고 하더라도 해당수준의 학력을 소지하지 못한 경우에는 따로 일정기간 동안의 실무경력을 갖추어야만 응시할 수 있고, 해당분야를 전혀 전공하지 아니하더라도 취득자격증의 해당수준의 학력을 갖춘 경우에는 아무런 제한 없이(동일 직무분야의 실무경력이 없더라도) 모든 직무분야에 응시할 수 있도록 요구하는 것은 기사 등급 응시자격에서 4년제 대학 졸업자를 전문대학 졸업자 및 고



등학교를 졸업한 자에 비하여 합리적 이유 없이 우대하고, 산업기사 등급 응시자격에서 전문대학 졸업자를 고등학교를 졸업한 자에 비하여 합리적 이유 없이 우대하는 것으로 차별행위에 해당하는 것으로 판단하였다(2003.9.1, 03진차129, 03진차98, 03진차102(병합) 결정).

「사회복지사업법 시행령」(별표1)의 사회복지사 2급 자격기준 규정이 2년제 원격대학 사회복지관련 학과 졸업생을 사회복지사 자격취득 대상에서 제외한 것과 관련하여 국가인권위원회는 사회복지사 자격취득 대상자를 결정하는 실질적인 기준이 사회복지관련 교과목의 이수임에도 불구하고 2년제 원격대학 사회복지관련 학과 졸업생들은 동일한 교과목을 이수하는 경우에도 자격취득 대상에서 배제하는 것은 차별에 해당한다고 결정하였다(2002.7.18, 01진차11 결정).

학력을 요건(필수요건 또는 우대요건)으로 하거나 학력의 기재를 요구하는 경우, 당해 제도의 목적과 취지에 비추어 학력에 대한 평가가 진정 필요한 것인지 재검토가 이루어져야 한다. 각종 자격제도에서 전공분야 등 학력의 차이에 따른 업무관련성의 제고 정도가 고려되지 않고 교육단계 졸업 여부만을 가지고 응시자격 등 자격을 제한하는 것은 저학력자에게 기회 자체를 배제하는 차별적인 요소가 있다. 또한 자격제도 관련 학력기준의 전문성과 관련되지 않는 고학력 배려 요소는 능력중심이 아니라 ‘고’학력주의를 유도함으로써 사회 전반적인 차별성을 강화시키게 된다.<sup>641)</sup>

### (3) 교육·훈련 관련 학력차별의 유형과 사례

교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 학력을 이유로 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 「국가인권위원회법」에 의해 금지된다.

동일한 학력수준임에도 불구하고 출신학교에 따라 입학자격을 달리 설정하거나 입학평가점수를 달리 매기는 것은 원칙적으로 합리적 이유가 없는 차별에 해당한다. 개개인의 수학능력을 평가·진단할 수 있는 공정한 방법이 있음에도 불구하고 학업능력평가를 위한 기준으로 추상적인 학교별등급제를 채택·적용하고, 이러한 등급제가 당락을 좌우하는 주요 기준으로 작용한다면 차별로 보아야 한다.

641) 조용만 외, 앞의 보고서, 224쪽.



그리고 교육기관 내지 직업훈련기관이 교육(훈련)과정의 이수를 위해 필요로 되지 않는 학력이나 전공을 요구하거나, 일정 전공이 불가피하게 요구되는 훈련 과정임에도 관련 전공자를 배제하고 전공과 무관한 고학력자를 선발하는 것은 합리적 이유가 없는 차별에 해당하는 것으로 보아야 한다.

대학교의 한의학과 편입에서 전문대 졸업자의 지원자격을 배제한 사건(지원자격을 국내 의학계열 의·치대 졸업자 내지 졸업예정자로 의사면허 취득자 내지 예정자로 한정)에 대해 국가인권위원회는 학사편입(정원의 편입학)의 경우 고등교육법시행령 제29조 제2항 제3호에 “학사학위를 취득하고 제3학년으로 편입하는 자(전문대학의 경우를 제외한다)”로 규정하고 있고, 비단 전문대 졸업자뿐만 아니라 대학 2학년과 동등한 학력이 있다고 인정되는 모든 자에게 그 지원자격이 제한·적용되므로 전문대 학사에게 부당하게 편입 지원자격을 부여하지 않는다는 진정인의 주장은 차별행위로 인정하기 어렵다고 보았다.<sup>642)</sup>

#### 라) 향후 검토사항

입사지원서에서 학력의 기재는 출신대학교를 명시함으로써 대학서열에 따른 학벌차별과 4년제 대졸, 2년제 대졸, 고졸 사이의 학력차별로 작용하여 왔다. 이런 점에서 입사지원서상의 학력란 폐지에 대한 검토가 필요하다. 물론 학력란의 폐지는 모든 학력란에 대한 폐지를 의미하는 것이 아니라 불필요한 학력란의 기재 폐지를 의미한다. 업무에 비추어 반드시 필요한 전문 학력이 있는 경우에는 입사지원서에 학력란을 만들 수 있도록 하여야 하나, 그러한 전문학력이 필요하기 때문에 차별이 아니라는 입증은 사용자가 하여야 한다. 또한 학력의 기재가 필요한 경우에도 출신학교의 명칭을 기재하는 것이 아니라, 특정 전공까지만 기재하도록 할 필요가 있다. 전공에 대한 전문성 여부는 채용시 면접, 실기 등을 통해 확인하거나 또는 시용단계에서 실무를 통해 확인하는 것이 가능하고 또 그러한 방식으로 기업 채용·인사가 이루어져야 학벌·학벌의 차별을 막을 수 있다. 굳이 출신학교의 기재를 요구한다는 것 자체가 출신학교의 이름을 전문성 능력의 기준으로 삼으려는 것이라면 이는 학벌 차별과 다름없다. 그리고 업무와 관련하여 반드시 요구되는 전문 학력의 필요성은 매우 엄격히 판단되어야 한다. 단지 대학의 특정 학과 졸업 또는 전공이라는 이력만으로 그러한 전문성이

642) 국가인권위원회 차별조사국, 『차별행위 사례집(2001.11.25~2003.12.31.)』(국가인권위원회, 2004. 3), 306쪽.





담보되는 것은 아니며, 대학에서의 전공 여부보다는 전문적인 자격증의 취득, 전문적인 교육훈련과정의 이수 등이 더 중요할 수 있기 때문이다.<sup>643)</sup>

## 17) 병력(病歷)을 이유로 한 차별행위의 의의와 유형

### 가) 병력의 용어정의

사전적 의미에서 병력(病歷)은 이제까지 걸렸던 병의 경력 또는 어떤 병이 발생하고 진행된 경과 내지 치료과정을 의미한다. 그런데 「국가인권위원회법」(제2조 4호) 및 「고용정책기본법」(제19조)에서 차별금지사유로 규정하고 있는 병력은 과거에 앓았으나 현재는 완치된 질병(즉, 병의 이력)만을 의미하는지 아니면 현재의 질병까지 포함하는 것인지 문제된다. 이와 관련하여 국가인권위원회는 신규 채용시험에 응시하여 서류전형 및 1차, 2차 면접시험에 합격한 후 실시한 신체검사에서 B형간염바이러스 보유자로 판명되어 채용에서 타락되었다는 진정사건에서, 병력이라 함은 과거에 걸렸던 질병의 이력이라고 할 것이고, 신체검사 당시 단순한 B형간염바이러스 보유자가 아니라 현재 감염을 앓고 있는 활동성 감염환자로서 입원 등을 통한 치료가 필요한 경우였던 바 이는 병력에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>644)</sup>

병력을 이유로 하는 차별과 관련하여 특히 문제가 되었던 것은 B형간염이다. 정부는 2000년 「전염병예방법 시행규칙」(제17조)을 개정하여 일상생활에 지장이 없는 B형간염을 취업제한 질병에서 제외하였고, 「산업안전보건법」상 채용신체검사에서 B형간염 항목이 제외되어 있음에도 불구하고 일부 기업에서는 감염보존자를 불합격처리하는 관행이 남아 있다. 한편, 행정자치부의 공무원채용 신체검사 <B형간염바이러스 보유자에 대한 판정기준>에 의하면 B형간염바이러스 보유자는 원칙적으로 합격판정을 하되, ‘만성활동성간염’의 경우에는 전염병 여부와 관계없이 해당 전문의가 검사대상의 간기능 등 건강상태가 공무원으로서 정상적인 직무수행이 가능한지 여부를 기준으로 합격, 불합격을 종합적으로 판정하도록 하였다. 그러나 사기업체 등에 대해서는 이와 같은 법적 기준이 확립되어 있지 않아서 업무수행 부적격이라는 자의적이고 모호한 이유로 불합격처리되는 경우

643) 이상의 내용은 조용만 외, 앞의 보고서, 189~190쪽 참조.

644) 국가인권위원회 2003. 3. 17. 02진차81 결정. 국가인권위원회의 행정해석 역시 같은 입장을 취하고 있는데 이에 관한 보다 자세한 내용은 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 282~283쪽을 참고하기 바람.



가 발생할 수 있다.<sup>645)</sup>

국가인권위원회 출범 이후 2004년까지 접수된 차별행위 진정사건은 총 936건이었다. 그 가운데 ‘병력’을 이유로 한 진정사건은 33건(3.5%)을 차지하고 있다.<sup>646)</sup> 사회적 신분, 장애, 나이, 성별 등과 비교해 볼 때 아직까지는 사건의 비중이 그리 높지 않다. 그리고 병력을 이유로 하는 차별이라는 결정이 내려진 사건 예도 아직까지는 존재하지 않는다.

## 나) 병력을 이유로 한 차별의 의미

### (1) 쟁점사항

현재 정상적인 직업생활 및 일상생활이 가능함에도 불구하고 지난 날의 병의 이력을 이유로 하여 차별하는 것은 원칙적으로 정당화될 수 없다. 이러한 점에서 병력은 일차적으로 질병의 이력을 뜻하는 것으로 해석할 수 있다. 그런데 현재의 질병 역시 그 진행경과에 따라 건강상태에 미치는 영향이 다르고, 현재의 질병을 이유로 하는 여러 가지 불합리한 불이익 내지 제한 역시 차별관점에서 규율될 필요가 있기 때문에 병력은 현재의 질병상태 내지 건강상태를 포함하는 개념으로 넓게 해석할 필요가 있지 않느냐 하는 의문이 제기될 수 있다.

다른 한편, 병력이 현재의 건강상태, 나아가 일상생활이나 직업생활에 일정한 영향을 미칠 수 있다. 이러한 경우 병력을 이유로 하는 불이익한 대우를 차별로 볼 수 있는지, 차별이 아니라면 그 근거는 무엇인지 문제된다.

### (2) 병력차별의 개념과 성립요건

병력차별은 병력을 이유로 고용, 재화·용역·시설 등의 공급·이용, 교육·훈련과 관련하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 합리적 이유 없이 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다. 다시 말해 병력차별은 합리적 이유 없이 병력을 이유로 의도적으로 불이익을 주는 행위(직접차별), 중립적인 기준이나 관행 등에 의해 결과적으로 특정한 병력을 갖는 그룹이 배제·구별되거나 불이익에 처하게 되는 상황(간접차별)을 뜻한다.

그런데 ‘병력을 이유로’ 하는 경우에 ‘병력’은 질병의 이력뿐만 아니라 현재의 질병상태 내지 건강상태를 포괄하는 것으로 넓게 해석할 필요가 있다. 그렇다고 하더라도 합리적인 이유가 인정되는 경우에는 현재의 질병이나 건강상태를 이유

645) 이상의 내용은 한국여성개발원(오정진 외), 앞의 보고서, 114쪽 참조.

646) 국가인권위원회, 『2004 국가인권위원회 연간보고서』, (국가인권위원회, 2005. 4), 117쪽 [표 2-4-3] 참조.



로 하는 차별이 허용될 수 있다.

다른 한편, 외국의 입법례를 보면 과거의 질병이력인 병력을 장애의 범주에 포함시켜서 장애차별금지의 관점에서 규율하고 있기도 하다. 예컨대, 미국의 1990년 「장애인법」(ADA)에서 장애는 ① 주요한 생활상의 행동을 실질적으로 제한하는 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities) ② 그러한 손상의 기록(record of such an impairment) ③ 그러한 손상이 있다고 여겨지는 것(being regarded as having such an impairment)을 의미한다(U.S. Code, 제42편 제12102조 제2항). 특히 ②와 관련하여 미국 연방대법원은 School Board of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273(1987년) 사건에서 결핵으로 인한 과거의 입원 및 20년 후의 재발은 비록 그 질병이 타인에게 영향(전염)을 미칠 수 있다고 하더라도 장애인법이 규정하는 장애개념에 해당한다고 보았다. 영국의 1995년 「장애인차별금지법」(DDA) 역시 장애(통상적인 일상 활동을 행할 능력에 실질적이고 장기적으로 불리한 영향을 미치는 신체적 또는 정신적 손상)가 현재는 없지만 과거에 갖고 있었던 자의 경우 동법의 적용대상으로 삼고 있다(제2조 및 부칙2).

### (3) 병력차별의 예외

병력차별에 해당하지 않는 차별예외사유는 다음과 같다.

첫째, 적극적 조치이다. 「국가인권위원회법」은 “현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단 포함)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위로 보지 아니 한다”고 규정하고 있다(제2조 4호 단서). 따라서 현존하는 차별을 해소하기 위한 잠정적 우대(즉, 적극적 조치)는 병력차별에 해당하지 않는다.

둘째, 일정한 건강상태가 직무수행에 불가결한 자격기준에 해당하고, 업무성격상 해당 병력이 정상적인 직무수행을 곤란케 하는 경우 그 병력을 이유로 하는 불이익한 대우는 차별에 해당하지 않는다. 이러한 자격기준에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다. 그러나 직업생활이나 일상생활에 지장을 초래하지 않는 병력을 이유로 하는 불이익한 대우는 다른 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당하는 것으로 보아야 한다.

셋째, 현재의 질병은 근로제한 등 차별적 대우를 정당화하는 합리적 이유에 해당할 수 있다. 현행 법령에서도 질병이나 질병에 따른 전염 등을 이유로 근로를 제한하는 규정을 두고 있다. 예컨대, 「공무원채용신체검사규정」(제5조)에서는 신체검사에 불합격판정을 받은 자의 채용을 금지하고 있다(단, 전상군경, 의사자, 장애인 등 직무수행에 지장이 없다고 인정되는 자는 제외). 「전염병예방법」 제30



조 1항은 전염병환자가 업무의 성질상 공중과 접촉이 많은 직업에 종사하는 것을 금지하고 있다. 「산업안전보건법」 제45조 1항에 의하면 사업주는 전염병, 정신병 또는 근로로 인하여 병세가 현저히 악화될 우려가 있는 질병으로서 노동부령이 정하는 질병에 이환된 자에 대하여는 의사의 진단에 따라 근로를 금지하거나 제한하여야 한다. 이러한 법규정은 현재의 질병을 이유로 근로자 본인이 근로하기가 곤란하거나 다른 사람들에게 전염시킬 우려가 있는 경우에 채용이나 근로를 금지 내지 제한하는 것이다. 외국의 입법례를 보면, 미국의 「장애인법」(ADA)은 음식물 취급을 통해 전달되는 전염병을 지닌 자의 경우 합리적인 편의조치에 의해 제거될 수 없는 전염병이라면 음식물취급관련 업무로부터 그러한 자를 배제할 수 있고, 이는 차별에 해당하지 않는다(제12113조 (d)(2)). 그리고 약물의 불법적 사용 여부 테스트(drug testing)는 금지되지 않으며, 테스트 결과에 기초하여 사용자가 고용상의 결정을 행하더라도 차별에 해당하지 않는다(제12114조 (d)).

## 다) 병력을 이유로 한 차별의 유형과 사례

### (1) 고용관련 병력차별의 유형과 사례

「국가인권위원회법」(제2조 제4호)에 의하면, 병력을 이유로 하여 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함)과 관련하여 합리적 이유없이 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별에 해당한다. 그리고 「고용정책기본법」 제19조(취업기회의 균등한 보장)에서도 사업주가 근로자를 모집·채용함에 있어서 합리적인 이유 없이 병력을 이유로 하는 차별을 금지하고 있다.

첫째, 병력을 이유로 하는 불합리한 채용거부는 병력을 이유로 한 차별의 대표적인 유형이다. 이와 관련한 국가인권위원회의 결정사례를 살펴보면 다음과 같다. 다만, 이하의 사례는 모두 차별에 해당하지 않는다고 결정하였던 것들이다.

① B형간염 환자라는 이유만으로 최종합격에서 타락시킨 것이 아니라 전문 의사의 소견(B형간염 및 간기능 저하로 내과진료 요함/불합격 판정)을 받은 후 그 결과에 따라 진정인을 건강상 직무수행의 부적격자로서 불합격 조치한 것은 차별이 아니라고 보았다(2003.12.1, 03진차585 결정).

② 활동성 B형간염보유자인 진정인이 채용될 경우 맡게 될 영업직 업무의 특성상 적합하지 않다고 하는 채용기준은 피진정인이 진정인을 불합격처



리하기 위하여 임시방편으로 채택한 것이 아니라 모든 지원자에 대하여 동일하게 적용된 기준이고, 피진정인은 진정인이 단지 B형간염보유자라는 이유로 고용에서 원천적으로 배제한 것이 아니라 진정인이 채용될 경우 맡게 될 업무의 특성상 부적격자로 판단하여 불합격처리하였다면 이러한 채용기준은 경영상 필요성에 비추어 합리적일 뿐만 아니라 진정인을 불합격처리하기 위해 임시방편으로 채택된 기준도 아니므로 차별이라고 인정하기 어렵다(2004.2.16, 03진차670 결정).

③ 진정인은 어릴 때부터 오른쪽 귀의 청력이 좋지 않았으나 업무수행에 지장이 있을 정도가 아님에도 불구하고 신체검사에서 불합격판정을 받아 최종합격에서 탈락되었다고 주장한 사건에서, 주행 중 발생하는 소음을 검사하는 차량품질관리업무의 특성상 청력은 개인능력의 한 부분으로 평가될 수 있고, 신차를 개발할 경우 통상 2년 내지 4년 동안 각 부분별 전문가들이 주행 중 발생하는 각종 문제점을 검사하게 되는데 소음검사의 경우도 신차개발에서 상당한 부분을 차지하게 되므로 개인의 청력과 소음검사라는 업무는 상관성이 없다고 할 수 없고, 진정인이 지원한 차량품질관리팀의 업무가 차량의 미세한 소음을 관리하는 부서라면 청력은 개인의 중요한 능력의 한 부분으로 평가될 것인데 이러한 이유로 오른쪽 귀를 전혀 듣지 못하는 진정인을 채용부적격자로 판단하였다면 단지 진정인의 병력만을 이유로 채용에서 원천적으로 배제하여 차별하였다고 인정하기 어렵다(2004.1.19, 03진차66 결정).

둘째, 병력을 이유로 하여 임금·배치전환·승진 등 근로조건에서 차이를 두거나 불이익을 주는 것, 명예(희망)퇴직·해고·정년 등 고용관계의 종료에 있어서 불이익하게 대우하거나 불이익한 상황에 처하게 하는 것 등은 그것을 정당화하는 하는 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당한다. 그렇지만 병력으로 인해 현실적인 직무수행능력이 저하되거나 업무수행이 곤란한 경우 이에 따른 배치전환이나 저임금, 때로는 해고까지 합리적인 것으로 인정될 수 있다. 다만, 해고의 최후수단원칙에 비추어 볼 때 병력에 따른 직무수행능력의 저하 내지 업무수행의 곤란을 이유로 곧바로 해고하기 보다는 적합한 다른 직무로 전환시켜 고용을 유지할 수 있도록 배려할 신의칙상이 의무가 사용자에게 있다고 보아야 할 것이다.

셋째, 외국의 입법례를 보면 병력이나 장애를 확인하기 위한 의학적 검사 내지 질문조사를 차별로 보아 금지하고 있다. 미국의 「장애인법」(ADA)은 채용지원자



또는 근로자에 대한 의료검사 및 질문조사에서의 일정한 행위를 차별의 한 유형으로 금지한다. 마약 등 약물 사용 여부의 테스트는 금지되는 의학적 검사에 해당하지 않는다(제12114조 (d)). 우선, 채용 이전 단계에서 장애(과거 질병이력 포함, 이하 동일)의 유무·종류·정도를 확인하기 위하여 채용지원자에 대한 의학적 검사 내지 질문조사를 행하는 것은 금지된다(제12112조 (d)(2)(A)). 그러나 채용지원자의 직무관련 수행능력을 조사하는 것은 허용된다(제12112조 (d)(2)(B)). 채용결정 이후 및 취로개시 이전에 이루어지는 의학적 검사는 ① 장애 유무에 관계없이 채용이 결정된 모든 자를 대상으로 실시되고, ② 검사결과가 비밀로 취급·관리되며, ③ 검사결과는 위법하게 사용되어서는 아니 된다는 조건 하에서 허용된다(제12112조 (d)(3)). 취로개시 이후 단계에서 장애 여부 또는 장애의 종류·정도에 대한 의학적 검사 내지 조사는 직무관련성 및 업무상 필요성이 없는 한 허용되지 않는다(제12112조 (d)(4)(A)). 예컨대, 버스 운전기사와 같이 안전에 주의를 기울여야 하는 직업에 종사하는 근로자에 대해서는 안전하게 직무를 수행할 수 있는 능력과 관련된 범위 내에서 정기적인 검사를 행할 수 있지만, 직무수행의 안전성과 무관한 검사는 허용되지 않는다.<sup>647)</sup> 한편, 사용자는 작업장에서의 근로자 건강관리차원에서 근로자 자발적 참여의 의학적 검사(voluntary medical examinations)를 행할 수 있고, 근로자의 직무수행 능력을 사용자가 조사하는 것도 허용된다(제12112조 (d)(4)(B)). 다만, 이 경우에도 검사 및 조사 결과에 관한 정보는 비밀로 취급·관리되어야 하고, 위법하게 사용되어서는 아니 된다(제12112조 (d)(4)(C)).

## (2) 재화·용역·시설관련 병력차별의 유형과 사례

재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 병력을 이유로 하여 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 합리적 이유 없이 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별에 해당한다.

‘재화’는 사람이 쓸 수 있는 구체적인 물건으로서 눈으로 보거나 만질 수 있는 유형의 것으로, 자유재, 경제재, 소비재, 생산재를 모두 포괄한다. ‘용역’은 의사진료, 이발 등과 같이 그 행위를 눈으로 볼 수 있으나 형태를 알 수 없는 무형의 것으로서 사람에게 유용하게 쓰이는 것을 말하고 직접용역(인간으로부터 직접 나오는 용역)과 간접용역(전신, 전화 등 특정 재화를 매개하여 소비의 대상이 가능한 용역)을 모두 포함한다.<sup>648)</sup>

재화 내지 용역은 권리의 객체가 될 수 있고 일정한 금전적 가치 내지 이익에

647) Mark A. Player, *Federal law of employment discrimination*, 3rd ed.(Minnesota: West, 1992), p.165.

648) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 245~246쪽 참조.



상응하는 모든 것을 의미한다. 재화·용역 등의 제공이 유상인지 무상인지 여부는 중요하지 않다. 유·무상을 불문하고 재화를 대상으로 하는 모든 법적 작용, 그리고 모든 서비스가 적용대상이 된다. 재화·용역·시설과 관련한 차별은 재화 내지 서비스의 제공을 거부하는 경우뿐만 아니라 그 제공에 있어서 차별적 조건을 부여하는 행위까지 포함한다.

### (3) 교육·훈련 관련 병력차별의 유형과 사례

교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 병력을 이유로 특정한 사람(특정한 사람의 집단 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 합리적 이유가 없는 한 차별에 해당한다.

‘교육시설’은 학교, 교육원, 학원, 연구소, 도서관 기타 이와 유사한 사실을 말하고, ‘직업훈련기관’은 관계 법령에 의해 학생 및 근로자 등에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식, 기술 및 태도를 습득·향상시키기 위해 실시하는 직업교육 및 훈련을 실시하는 기관이나 시설을 말한다.<sup>649)</sup>

합리적 이유 없이 병력을 이유로 교육·훈련의 기회 내지 교육·훈련시설의 이용을 거부하거나 차별적 조건을 달아 제한하는 것은 원칙적으로 차별이다. 교육시설이나 직업훈련기관의 ‘이용’에서의 차별은 입학, 지도(teaching), 수학(learning), 커리큘럼, 평가, 징계 내지 퇴학 등 본래적인 교육훈련활동에서의 차별뿐만 아니라 장학금, 서클활동, 급식 등 부대시설이나 관련 서비스의 이용에서의 차별을 포함하는 것으로 넓게 보아야 할 것이다.

## 다. 성희롱행위의 개념과 차별행위와의 관계(제2조 제4호 내지 제6호)

### 1) “성희롱”의 의미

“성희롱”이란 국제사회에서 널리 사용되고 있는 “sexual harassment” 라는 용어를 우리나라 말로 번역한 것이다. 성희롱의 구체적인 의미와 범위는 각국의 법에 따라 다소 차이가 있다.

현재 우리나라 법 중에서 성희롱이란 용어를 정의하고 있는 법은 「남녀고용평등법」, 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률을 폐지하는 법률」의 부칙, 「국가인권위원회법」이다. 그 중 「남녀고용평등법」은 고용과 관련하여 발생하는 ‘직장내 성희롱’의 개념을 규정하고 있다. 그 외 두 법은 고용 뿐 아니라 재화, 용역, 시설,

649) 국가인권위원회, 「법령해석질의회신집」, 285쪽 참조.



교육 등과 관련하여 발생하는 성희롱의 개념을 동일하게 규정하고 있다.

현행 「남녀고용평등법」의 직장내 성희롱 개념은 2001년 8월 14일 개정된 것으로서 “사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것”(제2조 제2항)을 말한다.

「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」은 1999년 2월 8일에 제정되어 고용 뿐 아니라 교육·재화·시설·용역의 제공과 이용, 법과 정책의 집행에서의 남녀차별과 성희롱을 금지하고 아 법에 의해 사건을 조사·구제하는 남녀차별개선위원회가 설치·운영되었으나, 차별문제의 조사·시정업무를 국가인권위원회로 일원화하는 정부의 방침에 의하여 2005년 6월 23일에 성희롱의 개념과 예방교육에 관한 규정만을 제외하고는 폐지되었다. 이 법의 성희롱의 개념은 「국가인권위원회법」과 동일하다.

「국가인권위원회법」은 2001년 5월 24일 제정될 때에는 성희롱행위를 진정 및 조사의 대상으로 명시하지 않아 성희롱행위에 대한 조사·구제업무가 국가인권위원회의 소관사항인지 여부에 관하여 논란이 있었다. 그러나 국가인권위원회는 성희롱을 인권침해 또는 차별행위의 유형으로 해석하고 진정을 접수, 처리하여 왔다.

이러한 문제를 감안하고 남녀차별개선위원회의 남녀차별개선업무를 이관하기 위해 2005년 7월 29일에 개정될 때 성희롱을 진정 및 조사의 대상이 되는 “평등권침해의 차별행위”로 규정하였다. 그리고 성희롱을 “업무, 고용 그 밖의 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것”(제2조 제5호)으로 정의하였다.

그런데 고용과 관련하여 발생하는 성희롱을 규제하는 「남녀고용평등법」과는 달리 「국가인권위원회법」은 고용 뿐 아니라 재화·시설·용역·교육시설의 이용과 제공, 교육훈련 등에서의 성희롱을 대상으로 하므로 “고용상의 불이익을 주는 것”으로 피해를 한정된 것은 적절치 않으며 입법상의 오류이다. “고용상의”라는 문구를 삭제하는 것이 입법취지상 적절하다.

## 2) “성희롱행위”의 성립요건

어떠한 행위가 성희롱에 해당되며, 아울러 국가인권위원회가 진정접수·조사할 수 있는 성희롱행위에 해당되는 지를 판단하기 위해서는 「국가인권위원회법」에서 규정한 성희롱의 개념에 합치하여야 한다. 이 개념은 성희롱의 행위자, 발생





관계, 행위수단, 피해의 형태를 담고 있다. 그러므로 이러한 요건이 모두 성립되어야 「국가인권위원회법」의 “성희롱행위”가 된다.

### 가) 성희롱의 행위자

「국가인권위원회법」에서 말하는 성희롱은 “공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자”에 의한 성희롱이어야 한다. 비록 실제로는 남성이 여성을 대상으로 하는 성희롱이 많지만, “공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자”는 남녀 모두가 해당된다.

그런데 고객이나 거래처 관계자와 같은 제3자가 근로자에게 하는 성희롱은 「국가인권위원회법」에서 말하는 성희롱에 해당되지 않는다. 이것은 「국가인권위원회법」이 개정될 때 성희롱의 개념규정을 (구)「남녀차별금지및구제에관한법률」의 성희롱의 개념규정과 동일하게 했기 때문에 기인된 것이다. 제3자의 성희롱도 국가인권위원회의 진정대상이 되도록 입법상 재검토가 요망된다.

#### (1) 공공기관의 종사자

2005년 7월 29일 개정된 「국가인권위원회법」은 “공공기관”을 “국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」 그 밖의 다른 법률에 의하여 설치된 각급학교, 「공직자윤리법」 제3조 제1항 제10호의 규정에 의한 공직유관단체”(제2조 제6호)라고 규정하고 있다.

「공직자윤리법」은 “공직유관단체”를 “정부투자기관, 한국은행 및 정부의 출연·보조를 받는 기관·단체, 「지방공기업법」에 의한 지방공사·지방공단 및 지방자치단체의 출연·보조를 받는 기관·단체 기타 지방자치단체의 업무를 위탁받아 수행하는 기관·단체, 임원의 선임에 있어서 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장의 승인 등을 요하거나 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 임원을 선임하는 기관·단체”로 정하고 있다.

공공기관의 종사자에는 고용형태를 불문하고 공공기관에 현재 재직하고 있는 모든 사람을 말하며, 공공기관의 장도 포함된다.

#### (2) 사용자

「근로기준법」은 사용자를 “사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”(제15조)로 규정하고 있다. 「국가인권위원회법」상의 성희롱행위자로서의 사용자도 같은 개념이다.

##### (가) 사업주



「국가인권위원회법」에서 말하는 “사업주”란 공공기관의 장을 제외한 민간사업장의 사업 또는 사업장의 경영주체를 말한다. 개인기업의 경우에는 경영주, 회사 기타 법인체의 경우에는 법인 자체를 말한다. 사립학교 이사장이나 언론기관의 사주, 비영리단체의 장, 정당의 장도 사업주가 될 수 있다. 노동조합이 식당을 운영하고 종업원을 고용한 경우에는 노동조합 위원장도 사업주가 될 수 있다. 또한 아파트자치회가 관리인이나 청소미화원을 직접 고용하는 경우에는 그 장(長)도 사업주가 될 수 있다.

#### (나) 사업경영담당자

“사업경영담당자”란 사업주가 아니면서 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 일부 또는 전부에 대해 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말한다. 주식회사의 대표이사, 대표이사는 아니나 사실상 1인 주주(대법원 1989.4.25 선고, 87도2129)로 실제로 사업의 경영을 지배한 자, 상법상의 지배인, 학교법인이 경영하는 병원의 원장이 간호사들을 직접 채용한 경우(대법원 1990.10.2 선고, 90다1794)가 이에 해당한다.

#### (다) 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자

사업주 또는 사업경영담당자로부터 그 권한을 위임받아 자신의 책임아래 근로자를 채용하거나 해고 등 인사처분을 할 수 있고, 직무상 근로자의 업무를 지휘·감독하여 근로조건에 관한 사항을 결정하고 집행하는 자를 말한다. 대체로 법인이나 정부투자기관 등의 임원, 공장장, 학교장, 현장감독이 이에 포함된다. 이러한 책임과 권한의 유무는 부장 또는 과장이라는 형식적인 직위명칭에 따를 것이 아니라 구체적인 직무내용에 의해 판단되어야 한다.

### (3) 근로자

노동관계법상의 근로자의 개념은 크게 개별적 근로관계를 규율하는 「근로기준법」상의 개념과 집단적 노사관계를 규율하는 「노동조합 및 노동관계조정법」의 개념으로 구분된다. 두 개념의 공통점은 육체근로자는 물론 정신근로자도 포함하는 것이다.

그런데 「국가인권위원회법」에서 말하는 성희롱의 행위자가 되는 “근로자”는 개별적 근로관계를 규율하는 「근로기준법」상의 근로자를 말하는 것으로 보아야 할 것이다. 개별적 근로관계를 규율하는 「근로기준법」상의 근로자는 “직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자(제14조)”라고 포괄적으로 규정하고 있다. 여기에 해당되는 근로자란 임금을 받기 위해 사용자의 지휘, 명령을 받으며 실질적 종속관계에서 노무를 제공하고 있는 자



즉 현재 취업하고 있는 자로 보는 것이 현재 우리나라의 관례, 행정해석, 학설의 일치된 견해이다. 이러한 개념에 일치하는 한 정규직이든, 임시직, 계약직, 시간제 근로자든 모두 「근로기준법」의 적용을 받는다.

## 나) 성희롱의 대상자

「국가인권위원회법」의 성희롱 개념규정은 성희롱이 누구에게 대해 행하여져야 하는가의 문제, 즉 대상자에 관하여 명시하지 않고 있다.

「남녀고용평등법」은 직장내 성희롱을 사업주, 상급자 또는 근로자가 “다른 근로자”에게 하는 성적 언동 등으로 규정하고 있다. 이에 따라 근로자가 사용자에 대하여 한 성적 언동은 현행 「남녀고용평등법」상의 직장내 성희롱에 해당되지 않는다고 해석된다.

그런데 「국가인권위원회법」에서 성희롱의 행위자는 “공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자”이며, 성희롱이 고용과 관련하여서만, 그리고 권력보유자 또는 상급자에 의해서만 발생하는 것이 아니므로 성희롱의 대상자는 “공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자”와 업무, 고용 그 밖의 관계에 있는 사람 누구나가 대상자가 될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그 대상자에는 상급자, 사용자, 구직자, 학생, 학원수강생, 시민 모두가 포함된다. 또한 남녀를 불문한다.

## 다) 성희롱의 행위행태

성희롱은 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 “업무, 고용 그 밖의 관계에서 그 직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 하는 성적 언동 등”의 형태로 이루어진다.

### (1) “업무, 고용 그 밖의 관계”

“업무, 고용 그 밖의 관계”에 대해 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」에 의하여 여성부가 고시한 「남녀차별금지기준」은 “직업으로서 행하는 직무관계, 임금을 받고 일하는 관계 및 이에 준하는 관계”라고 정의한 바 있다. 그러므로 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 순전히 개인적으로 한 성희롱은 이 법률에 의한 성희롱에 해당되지 않는다.

「국가인권위원회법」의 진정과 조사대상이 되는 성희롱도 이와 마찬가지로 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 “직업으로서 행하는 직무관계, 임금을 받고 일하는 관계 및 이에 준하는 관계”에서 하는 성희롱이어야 할 것이다.



## (2) “직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여”

“직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여”라 함은 성희롱의 행위장소가 직장 내 인지, 행위시간이 근무시간 내인지 여부를 불문한다는 의미를 내포한다. 또한 성희롱의 행위는 직위가 있는 자가 그 직위를 이용하여 한 경우 뿐 아니라 업무 등과 관련된 모든 성희롱을 포함하는 것이다. 노동부는 출장중인 차안이나 업무와 관련이 있는 회식·야유회 장소에서 상대의 의사에 반하는 성적 언동 등으로 피해자가 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느꼈다면 직장내 성희롱으로 볼 수 있으며, 직장동료나 하급자가 근무시간외에 전화를 걸어 괴롭힌다든지 사업장의 장소에서 성적 접근을 하는 등 개인적으로 원치 않는 행위를 하는 경우에도 성희롱이 성립될 수 있는 것으로 해석하고 있다.

## (3) 성적 언동 등

“성적 언동 등”의 의미에 관해 『남녀고용평등법』의 시행규칙과 여성부가 고시했던 『남녀차별금지기준』은 “상대방이 원하지 아니하는 성적 의미가 내포된 육체적·언어적·시각적 언어나 행동”으로 규정하였다. 즉 “성적 언동 등”이라 표현했지만 성적인 언어나 행동만을 내포한 것이다. 그러므로 성적인(sexual) 의미가 내포되어 있지 않은 언동은 현행법상의 성희롱행위에 포함되지 않는다. 이와 같이 “상대방이 원하지 않는 성적 언동”을 성희롱의 성립요건으로 하는 해석은 ILO의 해설<sup>650)</sup>과 많은 국가의 관련법에서 표현된 것이다.

그러나 성희롱을 성적 의미가 내포된 성적 언동으로 제한하지 않는 입법례도 있다. EC(현 EU의 전신) 유럽이사회가 1991년 11월에 채택한 『직장에서 남성과 여성의 존엄의 보호에 관한 권고』는 직장내 성희롱을 직장에서 남녀의 존엄에 영향을 미치는 성적 성질을 가지는 행위와 성에 근거한 행동으로서 상대방의 의사에 반하는 무례하고 불쾌한 행동, 상대방이 그러한 행동을 거부한 것이 고용이나 근로조건에 불리하게 만드는 경우, 그 행동이 상대방의 고용환경을 적대적이거나 굴욕적으로 만드는 경우로 확대하였다. 그런데 유럽연합(EU)이 2002년에 제정한 『남녀평등대우에 관한 지침』(Directive 2002/73/ EC)은 성희롱을 “상대방이 원하지 않는 육체적, 언어적, 비언어적 행위 등 모든 형태의 성적 언동으로서 그 의도나 결과가 직장에서의 남녀의 존엄성을 침해하고 위협적, 적대적, 굴욕적 또는 모욕적인 환경을 조성하는 행위”로 정의하였다.

또한 일본의 『인사원규칙』은 “성희롱의 방지 등”이란 규정에서 ① 여성에 대해 “할머니”, “아줌마”, “야”로 부르는 행위와 “여자인 주제에”라는 말을 하는 경우 ② “여성에게는 가사나 내조, 양육”을, “남성에게는 가장의 역할, 힘”을 강조하는

650) ILO(1992), Conditions of Work Digest: Sexual Harassment at Work, Vol.11,



행위 ③ 차 심부름, 복사 심부름 등을 여성에게만 요구하는 등의 행위를 이른바 “성역할에 기반한 성희롱”(Gender Harassment)으로 예시하고 있다. 그러나 일본의 「남녀고용기회균등법」상의 직장내 성희롱에는 이러한 “성역할에 기반한 성희롱”을 포함시키고 있지 않다.<sup>651)</sup>

한편, 우리나라 「남녀고용평등법」의 직장내 성희롱에 관한 노동부의 지침에서는 성희롱이 성립되지 않는 경우의 예시로서 (i) 상호간의 우정이나 이끌림을 기반으로 한 교제는 그 수단이 성적인 언동이라도 두 사람의 동의에 의한 상호보완적인 것이기 때문에, (ii) 특정인에게 무조건 커피 심부름을 시키거나 반말을 하는 것은 직장 예의에 벗어나는 여성비하적인 행동으로 볼 수 있으나 성적 언동이 아니기 때문이라는 이유를 제시한 바 있다.

성희롱이 구체적으로 어떠한 성적 언동을 말하는가에 관해서는 「남녀고용평등법 시행규칙」과 여성부가 고시하였던 「남녀차별금지기준」에서 공통적으로 다음과 같이 예시되었다.

- ① 육체적 성적 언동 :
  - 입맞춤이나 포옹, 뒤에서 껴안기 등의 신체적 접촉
  - 가슴, 엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
  - 안마나 애무를 강요하는 행위 등
- ② 언어적 성적 언동 :
  - 음란한 농담이나 음담패설
  - 외모에 대한 성적인 비유나 평가
  - 성적 사실관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 유포하는 행위
  - 성적 관계를 강요하거나 회유하는 행위
  - 음란한 내용의 전화통화
  - 회식자리 등에서 무리하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위 등
- ③ 시각적 성적 언동 :
  - 외설적인 사진, 그림, 낙서, 음란출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위
  - 직접 또는 팩스나 컴퓨터 등을 통해 음란한 편지, 사진, 그림을 보내는 행위 등
  - 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위
- ④ 기타 : 사회통념상 성적 굴욕감을 유발하는 것으로 인정되는 언어나 행동

651)) 山崎 文夫, “セクシュアル・ハラスメントの 法理”, 日本労働法學會編, 『講座 21世紀 労働法 6- 労働者の人格と平等』(有斐閣, 2000), 112~127面; 김엘림, “성희롱관련법과 판례”, 『조정과 심판』 제7호(중앙노동위원회, 2001), 45~46쪽.



## 라) 성희롱의 피해

「국가인권위원회법」은 성희롱의 피해를 “성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것”으로 규정하고 있다.

### (1) 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 피해

“성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 피해”란 흔히 “환경형 성희롱”을 해당하는 성희롱의 피해를 의미한다.

그런데 1999년 2월 8일에 개정·공포된 「남녀고용평등법」은 “사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적인 언어나 행동 등으로 또는 이를 조건으로 고용상의 불이익을 주거나 또는 성적 굴욕감을 유발하게 하여 고용환경을 악화시키는 행위”로 정의하였다. 그러나 2001년 8월 4일에 개정될 때 ‘고용환경을 악화시키는 행위’라는 요건을 삭제함으로써 상대방이 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼기만 하더라도 성희롱이 성립되게 되었다.

이와 관련하여 성희롱의 성립이 상대방의 주관적 감정에 좌우된다는 논란이 발생하고 있다. 일반적인 사건에서는 피해자가 ‘합리적 인간’이라면 어떻게 반응하고 느꼈을 것인가를 판단기준으로 한다. 그러나 성문제에 관한 사건에서는 성적 언동에 대한 남성 또는 여성의 감수성과 반응이 다른 경우가 많기 때문에 피해자가 어떠한 성을 가졌는가를 고려하여 성희롱여부를 판단하여야 한다는 입장이 많이 나오고 있다. 미국 법원에 1991년의 판결(Ellison v. Brady(924 F. 2d 874 9th Cir)에서 ‘합리적 인간기준’은 남성편향이적이고, 여성의 경험을 무시하는 경향이 있기 때문에 “피해자와 같은 성을 가진 합리적 인간”의 관점을 판단기준으로 채택해야 한다는 입장을 표명하였다.

우리나라의 법률들은 대체로 성희롱의 판단기준에 관해 구체적으로 명시하고 있지 않다. 다만, 「남녀고용평등법」의 시행규칙 제2조와 관련한 별표(직장내 성희롱의 판단을 위한 기준의 예시)의 비고에서 “성희롱여부의 판단시에는 피해자의 주관적 사정과 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되는지를 검토하여야 한다.” 라는 것을 규정하였다.<sup>652)</sup>

652) 2001년 개정법에서 성희롱의 정의규정에 ‘고용환경을 악화시키는 행위’라는 요건이 삭제되었음에도 2001년 10월에 개정된 시행규칙에서 “결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되는지를 검토하여야 한다.”라고 규



또한 서울대 교수의 성희롱 사건에서의 대법원판결(1998. 2. 10. 선고)과 롯데호텔사건에서 서울지방법민사법원의 판결(2002.11.26 선고)은 “성적인 언동이 일상생활에서 허용되는 단순한 농담 또는 호의적인 언동의 범주를 넘어 위법한 것인지 여부를 판단함에 있어서는 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 기준으로 하여야 할 것이지만, 피해자의 주관적인 사정도 충분히 고려하여 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되었는지를 검토하여야 할 것이고, 구체적으로는 쌍방 당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 성적 동기나 의도의 유무, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 개별적 사정을 종합하여, 그것이 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 정도의 것인지 여부 즉 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반되는 것인지 여부에 따라 결정되어야 한다.”라고 판시하였다.

### (2) 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 피해

“성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것”은 보복형 성희롱의 피해를 의미한다. 그런데 직장내 성희롱을 규정한 「남녀고용평등법」과는 달리 「국가인권위원회법」에서의 성희롱으로 인한 불이익은 고용 뿐 아니라 재화·시설·용역·교육시설의 이용과 제공, 교육훈련 등에서 발생하는 것으로 해석해야 하며, 이를 명확히 하기 위해 “고용상의”라는 문구를 삭제하여 “불이익을 주는 것”으로 개정해야 한다.

### 3) 성희롱과 성폭력의 관계

성희롱과 성폭력은 피해자가 원하지 않는 성적인 언어나 행동으로서 피해자의 인격과 원하지 아니하는 성적 언동을 받지 아니하는 등 성적 행동에 관한 자율권(성적 자기결정권)을 침해하며, 또한 행위자가 주로 자기와 다른 성의 상대방을 대등한 인격체로 존중하지 않고 성적 대상화하여 발생하는 점에서 공통점이 있다.

그런데 성희롱(Sexual Harassment)이 강간과 추행 등 형법상의 성폭력(Sexual Violence)을 포함하는 넓은 개념의 성적 언동을 말하는가 아니면 기존의 형법상의 성폭력에는 해당되지 않는 경미한 성적 언동을 의미하는가 하는 것은 국가마다 입법상의 차이가 있다. 예를 들면, 독일의 「직장내 성희롱에 대한 근로자보호

정한 것은 입법취지와 상치된 것으로 볼 수 있다.



법』과 미국의 EEOC의 성희롱에 관한 지침에서는 전자의 유형인데 비해, 프랑스의 「형법」이나 UN이 1995년 9월에 북경에서 개최한 제4차 세계여성회의에서 채택한 행동강령(‘북경행동강령’)은 후자의 유형이다.

우리나라에서는 성폭력과 성희롱은 각기 이를 규제하는 법률과 규제방법에 있어 차이를 두고 있다. 즉 성폭력은 1994년 1월 5일 제정된 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」에 의해 범죄행위로서 처벌의 대상이 되고 있다. 반면, 성희롱은 「남녀고용평등법」과 (구)「남녀차별금지및구제에관한법률」에서 성차별의 유형으로서 규정되고 형벌부과의 대상이 되는 범죄행위보다는 경미한 성적 형태로 예시되었다. 「국가인권위원회법」은 성희롱행위를 성차별만이 아니라 모든 차별의 유형이나 형태로 규정하고 있다.

#### 4) 성희롱행위와 차별행위와의 관계

‘성희롱’은 여성의 사회진출이 활발해진 1970년대부터 미국에서 법여성학자들의 논의와 판결을 통해 직장내 성희롱의 주된 피해자가 여성이고 이로 인해 여성들이 남성보다 불리한 고용상황에 처하게 되는 문제는 성을 이유로 하는 고용상의 위법한 차별이라고 규정됨으로써 법적 규제의 대상이 되기 시작하다가 점차 국제사회로 확산되었다.

세계 대다수 국가가 가입한 UN(국제연합)과 ILO(국제노동기구)는 1985년 이후부터 다양한 국제회의와 문서들<sup>653)</sup>을 통해 성희롱은 인간의 존엄과 근로권, 평등권을 침해하는 남녀차별의 문제이자 여성에 대한 폭력의 일종으로 성격을 규정하고, 국가에게 성희롱을 예방하고 피해자를 구제하는 법과 정책을 마련, 시행할 것을 촉구하고 있다.

성희롱은 남성 또는 여성이 모두 피해자가 될 수 있지만, 주로 남성에 의하여 여성을 대상으로 하여 발생한다. 성희롱은 주로 남성들이 자신의 우세한 지위를 이용하거나 여성차별적이고 퇴폐·향락적인 남성중심의 문화속에서 여성을 대등한 인격체로 존중치 아니하고 성적 대상화하여 발생한다. 그리하여 여성에 대하여 불이익과 육체적, 정신적·심리적 손상을 초래하며, 인격의 존엄 및 성적 자기결정권 등의 인권침해를 초래하는 것이다.

우리나라 법은 성희롱의 성차별성을 크게 문제삼아 성희롱에 관하여 처음으로

653) UN의 「여성의 진보를 위한 나이로비 미래지향전략」(1985), 「여성에 대한 성폭력에 관한 일반 권고」(1992), 「비엔나 세계인권선언과 행동」(1993), 「여성에 대한 폭력철폐선언」(1993), 「세계여성행동강령」(1995); ILO의 「여성근로자의 기회 및 대우의 평등을 촉진하기 위한 결의」(1985), 「여성근로자를 위한 행동결의」(1991), 「직장내 성희롱에 관한 대책보고서」(1992), Conditions of Work Digest : Sexual Harassment at Work(1992), Violence Against Women in the World of Work(1999) 등.





규정한 「여성발전기본법」에서부터 「남녀고용평등법」과 (구)「남녀차별금지및구제에관한법률」에 이르기까지 성희롱을 성차별의 유형으로 규정하였다. 특히 「남녀차별금지및구제에관한법률」은 “성희롱을 남녀차별로 본다.”는 것을 명시하였다.

이러한 배경으로 「국가인권위원회법」도 성희롱을 평등권을 침해하는 차별행위의 유형으로 규정하고 있다. 법 제2조 제4호 라목의 해석상 “합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역(출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로”, “성희롱 행위”를 하면 “평등권침해의 차별행위”에 해당되는 것이다. 그러므로 성별을 이유로 해서만이 아니라 종교 등 다른 차별사유로 제2조 제5호의 규정에 의한 성적 언동을 하는 행위도 성희롱에 해당되는 것으로 해석된다.

그런데 캐나다 인권법은 ‘희롱(harassment)’과 ‘성희롱’을 모두 차별의 유형으로 규정하고 있다. 「국가인권위원회법」도 이러한 입법례를 참조하여 성적 의미를 가지지 않는 언어적, 육체적, 시각적 언동으로서 굴욕감 또는 수치심을 느끼게 하거나 이러한 언동을 거부한 것을 이유로 불이익을 주는 ‘희롱(harassment)’도 차별의 유형으로 규정할 필요가 있다.

## 5) 성희롱행위에 관한 현행법의 규율

우리나라 법령 중 성희롱행위에 관하여 규정하고 있는 법령은 「여성발전기본법」, 「남녀고용평등법」, 「남녀차별금지및구제에관한법률을폐지하는법률」의 부칙, 「국가인권위원회법」, 「교육공무원징계양정등에관한규칙」, 「아동복지법」과 「노인복지법」이 있다.

### 가) 여성발전기본법

이 법은 1995년 12월 30일에 제정될 때, 우리나라 법 중 처음으로 ‘성희롱’이란 용어를 법률에 명시하고, “국가·지방자치단체, 사업주는 성희롱의 예방 등 직장 내의 평등한 근무환경 조성을 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.”라고 규정함으로써(제17조 제3항), 성희롱의 예방을 남녀고용평등실현을 위한 정책과제로 명시하였다.

### 나) 남녀고용평등법



이 법은 1999년 2월 8일 개정될 때, 고용과 관련한 성희롱을 ‘직장내 성희롱’이라 처음으로 지칭하고 그 개념과 예방 및 규제에 관하여 규정하였다가 2001년 8월 4일에 개정될 때 관련규정들을 정비하였다. 현행법의 규율은 다음과 같다.

### (1) ‘직장내 성희롱’의 금지와 제재

이 법은 “사업주, 상급자 또는 근로자는 직장내 성희롱을 하여서는 아니된다.”(제12조)라는 금지규정을 두고 있다. 그런데 성희롱행위자에 대한 형벌은 규정하지 않고 있다. 다만 사업주가 성희롱을 한 경우에는 1천만원 이하의 과태료에 처해지며(제39조 제1항), 그 외 행위자에 대해서는 징계 기타 이에 준하는 조치를 받도록 하고 있다.

### (2) ‘직장내 성희롱’의 예방과 사업주의 의무

이 법은 사업주에 대하여 ① 연 1회 이상 직장내 성희롱의 예방교육을 실시할 의무(제13조, 영 제4조)와 ② 지체 없이 행위자에 대한 징계, 기타 이에 준하는 조치를 실시할 의무(제14조 제1항)를 부과하고 있다. 사업주가 성희롱예방교육을 실시하지 않은 경우에는 300만원이하, 행위자에 대하여 제재조치를 실시하지 않은 경우에는 500만원 이하의 과태료를 부과받는다. 그리고 이 법은 사업주가 피해근로자에 대하여 해고 기타 불이익한 조치를 하는 것을 금지시키고(제14조 제2항, 제3항), 위반자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다는 것을 규정하고 있다.

### 다) 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률을 폐지하는 법률의 부칙

「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률을 폐지하는 법률」이 2005년 6월 23일에 발효됨에 따라 그 부칙에 의하여 「남녀차별금지및구제에관한법률」 중 효력이 남아 있는 규정은 다음과 같다.

- (1) ‘성희롱’이라 함은 업무, 고용, 기타 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동, 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다(제2조 제2호).
- (2) ‘공공기관’이라 함은 국가기관·지방자치단체 기타 대통령령이 정하는 공공단체를 말한다(제2조 제3호).
- (3) ‘사용자’라 함은 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다(제2조 제4호).



(4) 공공기관의 장 및 사용자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 성희롱의 방지를 위하여 교육을 실시하는 등 필요한 조치를 하여야 하며, 공공기관의 장은 그 조치결과를 여성가족부장관에게 제출하여야 한다(제7조 제2항). 이와 관련하여 시행령 제4조는 성희롱예방교육은 연 1회이상 실시되어야 하되, 「남녀고용평등법」의 적용을 받는 사업 또는 사업장에 있어서의 성희롱 예방교육은 「남녀고용평등법」이 정하는 바에 따른다는 것을 명시하였다.

이에 따라 여성부(여성가족부 전신)가 공포한 「공공기관의 성희롱예방지침」은 공공기관의 장에게 1. 성희롱 상담·고충에 대한 전담창구의 마련 및 정기점검 2. 성희롱 상담자의 교육훈련에 대한 지원 3. 성희롱예방교육의 홍보용 자료의 게시 또는 비치 4. 성희롱 행위자에 대한 적절한 대처 및 재발방지대책의 수립 5. 성희롱과 관련된 피해자에 대한 불이익 조치의 금지 6. 제1호 내지 제5호를 포함한 자체 성희롱 예방지침 마련을 포함하는 조치를 취해야 할 의무를 부과하였다(제6조).

#### 라) 아동복지법과 노인복지법

「아동복지법」은 2000년 1월 12일 전문개정될 때, 누구든지 18세미만의 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱, 성폭행 등의 학대를 하는 행위를 하는 것을 금지하는 규정을 신설하고(제29조), 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는 1천 5백만원 이하의 벌금의 벌칙을 부과하고 있다(제40조).

「노인복지법」도 2004년 1월 29일 개정될 때, 누구든지 노인에게 성적 수치심을 주는 성폭행, 성희롱 등의 행위를 하는 것을 금지하는 규정을 신설하고, 5년 이하의 징역 또는 1천 5백만원 이하의 벌금의 벌칙을 부과하고 있다(제39조의9).

#### 마) 교육공무원 징계양정 등에 관한 규칙

교육인적자원부는 최근 교육공무원 특히 교원들의 성희롱, 성폭력 등이 학내문제 뿐 아니라 사회문제가 되자 이에 대한 징계기준을 강화하기 위하여 「교육공무원 징계양정 등에 관한 규칙」을 2005년 10월 5일 개정하였다.

개정된 규칙은 교육공무원징계위원회는 1) 징계혐의자의 비위의 유형, 비위의 정도 및 과실의 경중과 평소의 소행, 근무성적, 공적, 개전의 정 기타 정상을 참작하되, 개정전에는 공무원의 징계양정기준을 준용하도록 하였으나, 이 규칙에 정한 징계양정기준에 따라 징계를 의결해야 한다는 것을 규정하였다(제2조). 2) 징계의 감경에 있어서 “교육공무원이 징계처분이나 이 규칙에 의한 경고를 받은 사실이 있는 경우에는 그 징계처분이나 경고처분전의 공적은 감경대상공적에서 제외한



다”(제4조 제1항 단서)는 것과 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」 제2조의 규정에 해당되는 성폭력범죄를 범하여 징계의 대상이 된 경우는 징계를 감경할 수 없다는 것을 규정하였다(제4조 제2항 4호). 3) “품위유지의무 위반”에 해당되는 비위를 “성희롱”, “성폭력”, “학생에 대한 상습적이고 심각한 신체적 폭력”, “기타”로 세분화하고 「국가인권위원회법」 제2조 5호의 규정에 해당되는 성희롱과 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」 제2조의 규정에 해당되는 성폭력에 대한 징계양정기준을 다음과 같이 상향하여 규정하였다(제2조 관련 별표).

비위	비위의 도가 무겁고 고의가 있는 경우	비위의 도가 무겁고 중과실이거나 비위의 도가 가볍고 고의가 있는 경우	비위의 도가 무겁고 중과실이거나 비위의 도가 가볍고 중과실인 경우	비위의 도가 무겁고 중과실인 경우
성희롱	파면-해임	해임-정직	정직-감봉	견책
성폭력	파면	해임	해임-정직	감봉-견책
(중전) 품위유지의무위반	파면-해임	정직	감봉	견책

그런데 이러한 규칙을 개정하게 된 배경에는 교수의 성희롱, 성폭력에 대한 징계가 경미하다는 비판이 있었다. 종전의 「교육공무원에 대한 징계규정」은 교육공무원의 신분을 징계의 남용으로부터 보호하기 위하여 징계의 유형과 양형을 양극화시킴으로써 학교에서 중징계를 함부로 못하도록 하는 장치가 되어 왔다. 교수의 파면과 해임은 학교에서 퇴출시키는 것이며, 그중 파면은 연금혜택도 못받게 한다. 그런데 정직은 1월 이상 3월로 그 기간이 제한되어 있으며 이 기간 중 교원의 신분을 유지하되, 보수의 3분의 1만 받는다. 경징계에 속하는 감봉은 1월 이상 3월 이하의 기간에 보수의 3분의 2를 받는 조치이며, 견책은 교원에게 비위에 대해 훈계하고 회개시키는 조치이다. 이와 같이 징계양형에 따른 제재조치의 차이가 크고 또한 성희롱, 성폭력을 중대한 비위행위로 보지 않는 인식에서 학교에서 교수가 성희롱, 성폭력을 하였다고 하여 파면이나 해임결정을 하는 것은 매우 드물다. 다만, 교수의 성희롱, 성폭력행위가 학내문제나 사회문제로 비화되면 보통 정직 3월의 제재를 하는 경향이 있다. 그런데 당해 교수가 교원징계재심위원회에 재심요청을 하면 재심위원회에서 그 교수가 학교발전 및 학문진흥에 기여해 왔다는 등의 이유를 들어 징계양형을 감경하는 관례가 있었다. 이에 의해 교수가 정직 1월의 징계를 받은 후 학교에 복귀하면 학생들이 수업거부를 하는 등 학내소요가 재연되는 등의 문제가 있어 왔다.



## 바) 국가인권위원회법

「국가인권위원회법」은 지금까지 언급한 바와 같이 “성희롱 행위”를 “평등권 침해의 차별행위”의 유형으로 규정하고(제2조 4호 라목), “성희롱”의 개념정의(제2조 5호)와 “공공기관”의 정의(제2조 6호)를 규정하고 있다.

그리고 국가인권위원회의 진정접수 및 조사의 대상에 관하여 1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설이 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해하거나 차별행위를 한 경우와 2. 법인, 단체 또는 사인이 차별행위를 한 경우”로 규정하였다(제30조). 그러므로 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 종사자와 법인 및 단체의 소속 직원 또는 그 외의 개인이 성희롱을 하는 경우에 국가인권위원회가 피해진정을 접수, 조사하고 권리구제를 할 수 있다.

## 6) 성희롱행위에 관한 처리사례

### 사례 1 우리나라 최초의 성희롱 소송사건

우리나라 최초로 직장내 성희롱을 문제삼아 소송이 제기된 사건은 서울대의 계약직 조교가 담당교수에 의하여 직무상 불필요한 성적 언동을 받았고 이를 거부하자 보복적으로 해임당했다며 1993년 10월 18일에 민사소송을 제기한 사건이다.

이 사건에 대하여 제2심(서울고등법원 1995.7.25, 94나15358)을 제외한 제1심(서울민사지법 1994.4.18, 93가합77840), 제3심(대법원 1998.2.10, 95다39533), 제4심(1999.6.25, 98나12180)의 판례는 피고교수의 성적 언동은 원고로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하며 피고교수의 성적 언동에 대한 거부를 이유로 고용상의 불이익을 초래한 행위로서 피해자의 인격권과 평등권을 침해하고 정신적 고통 등의 손해를 발생시켰음과 그 불법행위성을 인정하였다. 특히 제1심 판결은 피고교수에게 3천만원의 손해배상지급을 명령하였다. 그러나 제2심은 증거가 불충분하고 교수의 행동이 경미하여 손해배상을 할 만한 ‘성적 괴롭힘’에 해당되지 않는다고 원고패소판결을 내렸다. 이에 대하여 대법원은 고등법원에 심리미진과 법리오류를 지적하고 사건을 환송파기하였다. 이에 제4심(최종심)은 교수의 행동이 성희롱에 해당된다는 것을 인정하면서 원고의 업무처리의 잘못도 있고 증거도 불충분하다며 피고교수에게 5백만원의 손해배상지급을 명하였다. 그런데 4개의 판결 모두 피고 서울대 총장과 대한민국의 사용자책임에 대해서는 인정하지 않았다.



## 사례 2 최초로 사용자책임을 인정한 판결

2000년 8월, 롯데호텔 여성노조원 270명은 회사임직원 12명으로부터 상습적으로 성희롱을 당했다며, 회사의 대표이사, 가해임직원을 상대로 서울지방법원에 17억 6천만원의 손해배상소송을 제기하였다. 그후 원고 중 230명이 소송진행중에 소를 취하하였다. 2002년 11월 26일, 서울지방법원은 피고들은 원고 19명에게 각각 1백만~3백만원씩 모두 2천7백만원을 지급하라는 원고 일부 승소 판결을 내렸으나, 원고 21명에 대해서는 청구를 기각했다(2002.11.26, 2000가합57462). 이 판결은 성희롱행위를 한 행위자 뿐 아니라 롯데호텔에 대해서도 사용자책임을 물은 최초의 판결이라는 의의가 크다. 그 판결이유의 요지는 다음과 같다.

- ☞ 사용자는 피용자의 인격을 존중, 보호하며 쾌적한 근로환경을 제공할 의무를 진다. 그 의무는 직장내 근무시간은 물론 회사가 그 비용을 지원한 공식적인 회식이나 야유회, 체육대회 또는 임원이나 간부가 공식적으로 주재하는 회식 등에까지 미친다고 할 수 있다. 그러나 사업주의 지배, 관리권이 미친다고 보기 어려운 친목모임이나 비공식적인 부서내 회식에 미친다고 볼 수 없다.
- ☞ 이사 등의 독립된 부서의 책임자가 공식적인 회식자리나 야유회 등에서 스스로 성적인 언동을 하였거나 회식을 주도하는 근로자들이 공개적, 집단적 언동을 하여 그 회식의 내용, 분위기가 일상생활에서 용인되는 범주를 넘어서 다른 근로자들로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 정도에 이르렀음을 알면서도 이를 방치하였거나, 그러한 사정을 알 수 있었음에도 미리 예방하지 못하였다면, 회사가 사용자책임을 져야 한다.
- ☞ 사용자는 부당한 성적 차별이나 희롱 등에 관하여 이를 예방하기 위하여 여러 가지 조치를 강구할 한층 높은 수준의 주의의무가 있으므로 단순히 성희롱예방교육을 정례적으로 실시한 것만으로는 그 의무를 다하였다고 볼 수 없다.

## 사례 3 국가인권위원회가 성희롱으로 인정한 결정례

2003년 9월 1일 국가인권위원회는 국립대학병원 교수이자 의사가 간호사들에 대한 성희롱 및 폭행·인격모욕·비하언동 등의 행위를 한 경우에 그 경위, 내용, 주위사정에 비추어 볼 때 공공기관의 종사자로서 업무관계에서



그 지위를 이용하거나 업무등과 관련하여 상대방에게 성적 굴욕감 등을 느끼게 하는 행위는 차별행위(성희롱) 및 인격권 침해행위라고 인정하였다. 그런데 국가인권위원회는 당해 교수가 대학에서 주임교수 면직발령과 병원검직 해제발령과 아울러 감봉 2개월의 징계처분을 받고 공식사과를 한 점을 고려하여 유사한 처분의 권고를 하지 않은 대신, 국가인권위원회가 주최하는 특별 인권교육을 받을 것을 권고하고, 관리감독 책임이 있는 대학총장 및 대학병원 장에게 성차별 및 인권침해행위의 예방을 위한 대책 수립과 사건발생시 공정한 조사·처리가 이루어질 수 있는 방안을 마련할 것을 권고하였다.

이러한 국가인권위원회의 결정후 당해 학교에서 성희롱행위자인 의과대 교수를 병원검직해제조치를 내린 것에 대해 환자들이 생명권과 진료받을 권리를 침해당했다며 항의시위를 하고, 국가인권위원회에 진정을 한 사건이 발생하였다. 이에 대해 국가인권위원회는 2003년 9월 23일 문제의 보직해임 조치가 성희롱행위의 피해자를 보호하며 재발방지를 위해 내린 적법하고 정당한 조치이며, 학교측이 이러한 사정을 진정인들에게 통보하고 다른 의료가 관이나 진료의사를 선택할 수 있도록 조치하였으므로 환자의 진료선택선택권을 침해하였다고 볼 수 없다는 결정을 내렸다.

#### 사례 4 국가인권위원회가 성희롱으로 인정한 결정례

2003년 9월 27일 국가인권위원회는 시립대학교수가 학생에게 「남녀차별금지및구제에관한법률」 제2조 제2호 등에 규정한 성희롱행위를 한 것으로 인정하고 그 행위는 헌법 제10조 인격권 및 성적 자기결정권을 침해한 것으로 판단하였다. 그런데 조사과정 중에 피진정인이 해임처분되어 진정인 및 피해자의 요구사항이 대부분 충족된 점을 고려하여 피진정인 소속대학교 총장에게 학교내 성희롱 예방교육 계획을 수립하여 실시하고, 동일 또는 유사한 행위의 재발방지 조치를 취할 것을 권고하였다.

#### 사례 5 성희롱혐의자의 명예훼손소송청구에 관한 판결

2000년 대구지역 2곳의 대학교수들은 자신들이 각각 조교와 학생을 성희롱하였다는 혐의를 받고 있는 사건을 인터넷상에 실명으로 공개한 여성단체들에 대하여 명예훼손으로 고소하였다. 여성단체 대표들은 1, 2심 법원으로부터 공익목적이라 하더라도 인터넷에서 허위사실을 적시하였다면 명예훼손에 해



당한다며 벌금형(1심에서 200만원씩, 2심에서 100만원씩)을 선고받고 대법원에 상소하였다. 이에 대법원은 2005년 4월 시민단체가 공인인 가해자의 실명과 사실을 적시해 유포했다라도 그것이 공공의 이익에 부합되면 명예훼손이 성립되지 않는다는 것을 판시하고, 다만 여성단체가 피해자의 진술만 믿고 확인되지 않은 내용을 인터넷으로 유포한 것은 명예훼손에 해당한다는 일부 무죄 취지의 판결을 내리고 환송하였다. 이를 환송받은 고등법원은 각 70만원의 벌금을 부과하였다.

## 라. 국가인권위원회의 진정대상으로서의 차별행위(제30조)

### 1) 진정대상의 차별행위의 유형

2005년 7월 29일 개정된 국가인권위원회법은 위원회의 진정접수와 조사의 대상에 관한 제30조를 개정하였다.

개정되기 전에는 제30조 제1항에서 위원회의 진정접수 및 조사의 대상을 “국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권이 침해된 경우”(제1호)와 “법인, 단체 또는 사인에 의하여 평등권을 침해하는 차별행위를 당한 경우”(제2호)로 규정하였다. 그리하여 헌법 제11조에 규정된 평등권을 침해하는 행위가 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행과 관련하여 이루어지면 “인권침해행위”로 되고, 법인, 단체 또는 사인에 의하여 이루어지면 “차별행위”로 분류되었다. 즉 차별행위는 인권침해행위의 유형인데도 개정전의 규정은 행위자에 따라 인권침해행위와 차별행위가 나뉘어지고 또한 두 행위가 마치 별개의 것으로 규정된 것처럼 해석될 소지가 있는 입법상의 문제가 있었다.

개정법은 제30조를 “다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다. 1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우 2. 법인, 단체 또는 사인에 의하여 차별행위를 당한 경우”로 규정하였다.

그런데 2005년 8월 2일 개정된 국가인권위원회의 「인권침해및차별행위조사규칙」은 “차별행위”를 제30조 제1항 1호(현행법 제30조 1호)에 정한 인권침해 가운데 헌법 제11조(평등권규정)에 정한 인권침해 및 법 제30조제1항 2호(현행법





제2조 4호)에 정한 평등권침해의 차별행위로 규정하였다.

그러므로 국가인권위원회가 진정을 접수하고 조사할 수 있는 차별행위의 유형은 두 가지가 있다. 하나는 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설이 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 평등권을 침해한 차별행위(제1호)이며, 다른 하나는 법인, 단체 또는 사인이 한 평등권침해의 차별행위(제2호)가 된다.

## 2) 피진정인

국가인권위원회의 「인권침해및차별행위조사구제규칙」은 “피진정인”을 “피해자에게 인권침해 또는 차별행위를 유발하였다고 진정인에 의하여 특정된 국가기관, 지방자치단체, 구금·보호시설, 법인, 단체 및 그 소속 공무원과 직원 또는 사인”(제2조 제4항)으로 규정하고 있다.



## 1. 조사의 개시 : 진정사건과 직권조사 (제30조 제1항, 제3항, 제4항)

**제30조 (위원회의 조사대상)** ①다음 각 호의 1의 경우에 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다. (생략)

②(생략)

③위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다.

④제1항의 규정에 의한 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

### 가. 조항의 취지와 해설

제30조는 위원회가 인권침해에 관하여 조사할 수 있는 경우를 ‘진정’에 의한 것 (investigating complaints)과 ‘직권’으로 조사하는 것(investigations or public inquiries suo moto) 으로 나누어 규정하고 있다.

이와 같이 국가기관의 권한 행사의 계기(契機)를 당사자 또는 국민의 신청(청구)에 의한 경우와 직권에 의한 경우로 나누어 보는 것은, 비단 위원회의 경우 뿐만 아니라 국가기관이 그 권한을 행사하는 모든 경우에도 적용된다. 이 때 당사자의 신청에 의한 경우에 관해서는 신청권을 가지는 당사자(국민)의 범위·신청권의 행사 방법·절차 등이 문제되고, 직권에 의한 경우는 그 권한의 범위가 문제되는 것이 보통이다.



## 나. 진정사건

### 1) “진정”의 일반적 의미

본래 진정(陳情, petition,<sup>654</sup> complaint)의 사전적 의미는 “실정을 털어 놓고 말을 한다”<sup>655</sup>는 뜻으로, 일반적으로 “국가 또는 지방공공단체에 사정을 진술하고 어떤 조치를 희망하는 일”<sup>656</sup>을 말한다. 현행 법령상 ‘진정’의 개념을 정의한 규정은 없으나, 각 정부부서의 직제를 정한 대통령령·부령에서는 ‘진정의 처리’ 권한을 규정하고 있고, 관공서의 업무의 하나로 국민의 진정 처리가 자리 잡고 있다.<sup>657</sup> 하지만 진정을 받아들여 구체적인 조치를 취할 것인지의 여부는 국가기관의 자유재량에 속한다.

#### ➤ 진정의 성격에 대한 대법원 판결례 - 대법원 1991.8.9. 선고, 91누4195 판결

진정을 수리한 국가기관이 진정을 받아들여 구체적인 조치를 취할 것인지는 여부는 국가기관의 자유재량에 속하고, 위 진정을 거부하는 “민원회신”이라는 제목의 통지를 하였다 하더라도 이로써 진정인의 권리의무나 법률관계에 하등의 영향을 미치는 것이 아니므로 이를 행정처분이라고 볼 수 없어 이는 행정소송의 대상이 될 수 없으므로 위 회신을 진정에 대한 거부처분으로 보아 그 취소를 구하는 소는 부적법하다.

한편 검찰은 법무부령인 「검찰사건사무규칙」에 일정한 경우의 진정을 ‘진정사건’으로 처리할 수 있도록 한 규정을 두고 있고,<sup>658</sup> 「의문사진상규명에관한특별

654) Petition : a formal written request or prayer for a certain thing to be done. As related to equity procedure, the petition is the functional equivalent of a complaint at law. It connotes an application in writing addressed to a court or judge, stating facts and circumstances relied upon as a cause for judicial action, and containing a prayer [formal request] for relief. - Barron's Law Dictionary / by Steven H. Gifis - 4th ed., Barron's, 1996), p.370.

655) EnCyber, 두산 동아 인터넷 국어사전.

656) EnCyber, 두산 동아 인터넷 백과사전.

657) 예를 들어 대통령령인 「건설교통부와 그 소속기관 직제」 제7조 (감사관) ... ② 감사관은 다음 사항에 관하여 차관을 보좌한다. ... 4. **진정** 및 비위사항의 조사·처리

658) 검찰사건사무규칙 (일부개정 2003. 7. 28. 법무부령 제532호)

제141조 (진정 등 수리) ①검사는 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에 관한 서류(진정인·탄원인 등 민원인이 있는 서류를 제외한다)를 접수한 때에는 이를 내사사건



법』도 (비록 한시적이기는 하지만) 다음과 같은 규정을 두어 ‘진정’을 조사의 주된 계기로 정하고 있다.

㉠ 의문사진상규명등에관한특별법

**제18조 (진정인의 적격 등)** ①의문사한 자와 친족관계에 있는 자나 의문사에 관하여 특별한 사실을 알고 있는 자는 위원회에 진정할 수 있다. 이 경우 친족관계에 있는 자와 특별한 사실을 알고 있는 자의 범위에 대하여는 대통령령으로 정한다.

②제1항의 규정에 의한 진정은 2000년 12월 31일까지 하여야 한다.

**제19조 (진정의 방식)** 위원회에 진정하고자 하는 자는 다음 각 호의 사항을 기재한 문서로 진정하여야 한다. 다만, 문서에 의할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 구술로 할 수 있다.

1. 진정인의 성명과 주소
2. 진정의 취지와 진정의 원인이 된 사실

으로 수리한다.

1. 수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항
2. 상급검찰청에서 조사 또는 보고를 명한 사항

②검사는 진정·탄원 또는 투서 등 진정인·탄원인 등 민원인이 제출하는 다음 각 호의 1에 해당하는 사항에 관한 서류를 접수한 때에는 이를 진정사건으로 수리한다.

1. 수사의 단서로서 조사할 필요가 있는 사항
2. 검찰청소속 공무원 또는 사법경찰관리에 관한 사항
3. 검사 또는 사법경찰관이 수사 중인 사건에 관한 사항
4. 편파적인 조사 등에 대한 시정을 희망하는 사항
5. 병합수사나 이송을 요구하는 사항
6. 법원에 재판이 계속 중인 사건에 관한 사항
7. 전과사실의 정정을 희망하는 사항
8. 상급검찰청으로부터 처리지시를 받은 사항
9. 그 밖에 제1호 내지 제8호의 사항과 유사한 사항

③검사는 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 이를 진정사건으로 수리할 수 있다.

1. 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의한 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우
2. 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우
3. 고소 또는 고발이 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니하는 경우
4. 동일한 사실에 관하여 이중으로 고소 또는 고발이 있는 경우



**제20조 (진정의 각하)** ①위원회는 진정이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 진정을 조사하지 아니하고 각하하여야 한다.

1. 진정이 위원회의 조사대상에 속하지 아니하는 경우
2. 진정의 내용이 그 자체로서 명백히 허위이거나 이유없다고 인정되는 경우

②위원회는 조사를 개시한 후에도 그 진정이 제1항 각호의 1에 해당하게 된 경우에는 그 진정을 각하하여야 한다.

**제21조 (조사의 개시)** ①위원회는 진정이 제20조제1항의 규정에 의한 각하사유에 해당하지 아니한 경우에는 지체없이 그 내용에 관하여 필요한 조사를 하여야 한다.

②위원회는 의문사에 해당한다고 인정할 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다.

## 2) 구별해야 할 개념

### ① 청원

이와 비슷한 것으로는 ‘청원’이 있는데, 법률상 ‘청원’은 헌법 제26조 및 청원법 규정에 의해 국가기관에 대해 일정한 사항에 관한 의견이나 희망을 진술할 권리를 말한다.<sup>659)</sup> 국가기관은 이를 수리하여 성실하게 처리하지 않으면 안 되기 때문에 청원권은 국가기관에 대해 일정한 행위를 요구할 수 있는 청구권적 기본권 중 하나이다.

헌법 제26조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다”고 하여 청원사항을 입법사항으로 하고 있고, 청원법 제4조는 청원사항을 ① 피해의 구제, ② 공무원의 비위의 시정 또는 공무원에 대한 징계나 처벌의 요구, ③ 법률·명령·규칙의 제정·개정 또는 폐지, ④ 공공의 제도 또는 시설의 운영, ⑤ 기타 공공기관의 권한에 속하는 사항이라고 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 예시적으로 해석하는 것이 통설이므로, 공공기관의 권한에 속하는 사항이면 모두 청원의 대상이 될 수 있다.<sup>660)</sup> 다만 ① 재판에 간섭하는 것이거나, ② 국가원수를 모독하는 것을 내용으로 하는 청원은 수리하지 아니하며(청원법 제5조), ③ 타인을 모해할 목적으로 허위사실을 적시한 청원은 할 수

659) 헌법재판소 1994.2.24. 93헌마213 결정.

660) 권영성, 앞의 책, 591쪽.



없다(제10조).

청원이 제기된 경우, 국가기관은 그 청원을 심사할 의무를 지고(헌법 제26조 제2항), 그 기관은 청원을 수리하여 성실·공정·신속히 심사처리하고 그 결과를 청원인에게 통지하여야 한다(청원법 제9조 제4항).

그러나 이러한 처리 결과에 대해 행정소송을 제기할 수 있는지에 관하여, 대법원은 “헌법 제26조 제1항의 규정의 의한 청원권은 국민이 국가기관에 대하여 어떤 사항에 관한 의견이나 희망을 진술할 권리로서 단순히 그 사항에 대한 국가기관의 선처를 촉구하는데 불과한 것이므로 같은 조 제2항에 의하여 국가가 청원에 대하여 심사할 의무를 지고 청원법 제9조 제4항에 의하여 주관관서가 그 심사처리결과를 청원인에게 통지할 의무를 지고 있더라도 청원을 수리한 국가기관은 이를 성실, 공정, 신속히 심사, 처리하여 그 결과를 청원인에게 통지하는 이상의 법률상 의무를 지는 것은 아니라고 할 것이고, 따라서 국가기관이 그 수리한 청원을 받아들여 구체적인 조치를 취할 것인지 여부는 국가기관의 자유재량에 속한다고 할 것일 뿐만 아니라 이로써 청원자의 권리의무, 그 밖의 법률관계에는 하등의 영향을 미치는 것이 아니므로 청원에 대한 심사처리결과의 통지 유무는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다”고 하여 부인하고 있다(대법원 1990.5.25. 선고, 90누1458 판결).

## ② 고소·고발

형사 사건에서 수사의 단서(端緒)가 되는 고소·고발은 피해자(고소)나 제3자(고발)가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시로서, 고소·고발이 있으면 수사기관은 즉시 수사를 개시하여야 한다는 점에서 수사기관에 대한 ‘진정’과 구별된다. 고소·고발은 반드시 형사 처벌 규정을 전제로 하고 수사기관에 해야 하며, 범죄사실을 특정해서 신고함과 동시에 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 해야 한다.

### 3) 국가인권위원회법에서의 진정

위원회법에서 진정은 인권침해를 조사하기 위한 가장 중요한 경로이고, 이렇게 ‘진정’의 접수로 조사대상이 된 경우를 ‘진정사건’이라고도 하며, 위원회법은 제30조 내지 제50조에 걸쳐 진정 사건의 처리 절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있다.

따라서 위원회법에서 말하는 ‘진정’은 위원회의 조사대상이 되는 ‘인권침해’를 위원회에 알리고 조사를 촉구하는 의사표시라고 할 수 있으며, 이런 의미에서 일반적인 의미의 진정을 의미하는 ‘petition’보다는 사법절차에서 ‘제소’에 해당하는 ‘complaint’에 해당한다고 할 수 있다.



#### 4) 적법한 진정의 요건

위원회가 조사를 개시할 수 있는 ‘진정사건’이 되기 위해서는 i) 인권침해의 경우에는 피진정인이 국가기관·지방자치단체 또는 구금보호시설이 되어야 하고 (차별행위 진정에 있어서는 사인도 될 수 있음), ii) ‘피해자’의 존재가 있어야 하며, iii) 헌법 제10조 내지 제22조의 기본권 침해행위를 대상으로 해야 하며(이 세 가지를 ‘진정의 성립요건’이라 할 수 있다),<sup>661)</sup> iv) 법에 정한 진정의 절차와 방식에 의하여야 한다.

이 중 피진정인 요건과 사항 요건인 기본권 침해행위는 앞서 상세히 서술하였으므로, 여기서는 진정권자 요건 및 그 절차·방법에 관하여 본다.

##### 가) 피해자의 존재

직접 인권침해를 당한 사람이 진정권이 있는 것은 물론이다. 이에 더하여 법은 “인권을 침해당한 사람 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체”도 진정인이 될 수 있다고 정하고 있다. 결국 제3자(사람 및 단체) 진정을 넓게 규정하고 있는 것이다. 그렇지만 ‘(인권침해) 사실을 알고 있는 사람이나 단체’도 ‘인권침해 사실’을 전제로 하고 있으므로, 진정을 위해서는 결국 ‘피해자’가 필요한 셈이다.

##### 나) 진정인의 자격 : 진정인 능력과 진정인 적격

일반적으로 법적 행위가 적법하게 성립하기 위해서는 그 당사자와 관련된 요건으로서 ‘능력’과 ‘적격’이 필요하다. ‘능력’은 그 행위의 주체가 될 수 있는 일반적인 능력을 말하는 것이고, 적격은 특정의 사건에 있어서 정당한 당사자로 법률·소송 행위를 수행하고 그 결과의 효과를 받기에 적합한 자격을 말한다.

##### ① 진정인 능력

위원회법에 진정인이 될 수 있는 능력에 대해 별도의 규정을 두지 않았기 때문에, 이론적으로는 진정인 능력에 관하여, i) 민법상 행위능력 없는(그 결과 민사소송법상의 소송행위 능력도 부정되는) 미성년자 등 행위무능력자(미성년자·금치산자·한정치산자)가 진정인이 될 수 있는지, ii) 민법상 권리능력 없는 단체의 경우에도 진정인이 될 수 있는지 하는 점이 문제될 수 있다.

행위무능력자의 경우 이 법의 보호대상인 ‘인권’은 물론 민법상 권리능력을 가진다고 해야 하므로 진정인이 되는 데는 문제가 없으나, 위원회법의 ‘진정’은 위에서 본 바와 같이 ‘위원회법에 의한 인권침해 조사의 신청’이라는 법률 효과를

661) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 42쪽.



목표로 하는 공법상 법률행위이므로 행위 무능력자가 단독으로 진정을 제기할 수 있는지의 여부가 문제될 수 있겠다. 그러나 국가인권위원회에의 진정의 제기는 자신의 인권에 대한 권리행사의 일환이므로 이는 기본권 행사능력의 문제이며, 헌법상 기본권 행사능력은 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률에 의하지 아니하고는 이를 제한할 수 없다는 점에서 미성년자도 단독으로 위원회에 진정을 제기할 수 있다. 실제 위원회에는 미성년자가 단독으로 진정을 제기한 예들이 있었으며, 위원회는 이들을 진정인으로 하여 절차를 진행하여 왔다.

또한 이론상으로는 진정인이 되는 ‘단체’가 반드시 권리능력 있는 사단이어야 하는지에 관하여도 문제가 될 수 있겠다. 그러나 엄격한 당사자능력을 요구하는 민사소송절차에서도 법인이 아닌 사단이나 재단의 당사자 능력을 인정하고 있고(『민사소송법』 제48조), 위원회법에서 단체는 ‘인권침해 피해자’가 아니라 제3자로서 “그 사실을 알고 있는” 것에 불과하므로, 사회통념상 최소한의 단체성(일정한 목적하에 이루어진 다수인의 결합체로서, 그 구성원의 가입·탈퇴에 관계없이 존속하며 대내적으로 그 결합체의 의사를 결정하고 업무를 집행할 기관에 관한 정함이 있고, 대외적으로 그 결합체를 대표할 대표자나 관리인의 정함이 있는 정도<sup>662)</sup>)을 갖추고 있으면 진정인이 될 수 있다고 하겠다.<sup>663)</sup> 다만 이 역시 제3자 진정이 널리 허용되고 있는 위원회법의 특성상 현실적으로 문제되는 일은 거의 없을 것이다.

한편 외국인이나 외국의 단체가 진정인이 될 수 있는지 하는 점이 있는데, 위원회법은 제4조에서 “이 법은 대한민국 국민과 대한민국의 영역 안에 있는 외국인에 대하여 적용한다”라고 규정하여 이를 법의 적용범위 문제로 해결하고 있다.<sup>664)</sup>

## ② 진정인 적격

민사·행정 소송과 같은 사법절차에서는 그 절차 개시를 시작할 수 있는 당사

662) 대법원 1991.5.28. 91다7750 판결 참조.

663) 국가인권위원회 규칙인 인권침해및차별행위조사구제규칙 제12조 제2항은 “단체(법인여부 및 형태 여하를 불문한다)가 진정할 때에는 대표자의 명의로 하여야 한다”고 하여 “법인 여부 및 형태 여하를 불문한다”는 점을 분명히 하고 있다.

664) 이와 관련하여 국내 체류 당시 발생한 인권침해 행위에 대한 피해구제를 원하는 진정을 한 후, 사건 조사 중에 당사자가 마약사범으로 실형을 받고 강제 출국했을 때 진정 사건 조사를 계속해야 하는지 문제된 사안에서 위원회는 “진정 원인이 된 사실이 대한민국 영역 내에서 발생하면, 그 피해자가 국민이건 외국인이건 진정을 제기할 수 있다는 점에서 진정제기 시점이나 조사시점에 해당 피해 주장 국민이나 외국인이 출국했다는 사실은 침해 사건의 경우 위원회법상 진정조사에서 종결에 이르기까지 법적 장애요인을 구성하지 않는다”고 하였다(국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 169~171쪽).





자가 될 수 있는 사람의 범위를 ‘법률상 이익 있는 자’로 매우 제한하고 있다(당사자 적격의 문제). 이는 판결의 효과를 현실적으로 받을 수 있는 자가 아니라면 소송을 해도 무의미한 것이고, 아무나 나서서 소송을 하는 이른바 민중소송을 막는 장치가 필요하기 때문이라고 한다.<sup>665)</sup> 그러나 위원회법에 의한 진정의 경우 제3자 진정을 널리 허용하고 있는 관계로 진정한 ‘적격’이 문제되는 경우는 없다고 보아야 한다.

#### 다) 제3자 진정

인권침해에 대한 확인과 구제를 요청하는 것은 원칙적으로 그 침해를 당한 자가 하는 것이 최선이다. 해당 인권침해행위에 관해 가장 잘 알고 있는 자는 바로 인권침해를 받았다고 주장하는 당사자이고, 진정의 여부를 결정할 권리를 가진 자도 피해 당사자이기 때문이다.

그러나 인권침해에 가장 취약한 자들은 진정절차와 같은 인권보호제도에 호소할 수 없는 입장인 경우(당사자가 아동인 경우, 신체적 또는 정신적 장애를 가진 사람, 실종된 경우, 외부와의 연락이 두절된 구금 상태에 있는 경우, 사망한 경우)가 많기 때문에,<sup>666)</sup> 위원회법은 피해자가 아닌 “그 사실을 알고 있는 사람이나 단체”도 인권침해 및 차별 행위를 진정할 수 있도록 하고 있다. ‘그 사실을 알고 있다’는 것에 다른 제한은 아무 것도 없기 때문에 그 침해행위를 직접 보거나 경험한 것이 아니어도 무방하고, 피해자의 동의를 얻을 필요도 없다. 이 점에서 엄격한 자기관련성·직접성을 요구하는 헌법재판소의 기본권 침해구제와 구별된다.<sup>667)</sup>

그러나 위원회법에 의한 제3자 진정 역시 피해자가 조사를 원하지 않는 것이 명백한 경우에는 각하 사유가 된다(법 제32조 제1항 제3호).

### 5) 진정의 절차와 방법

#### 가) 국가인권위원회 규칙

위원회법에는 진정의 절차와 방법에 관하여 더 이상의 상세한 규정은 두지 않고, 다만 제30조 제4항은 “진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다”고 한다. 이를 정한 위원회 규칙은 「인권침해및차별행위조사규

665) 이시윤, 『민사소송법(신정보판)』(박영사, 1995), 145쪽.

666) UN 인권고등판무관실, 국가인권위원회 번역, 『국가인권기구 안내서』(국가인권위원회, 2005), 107쪽.

667) 자기관련성에 관해서는 헌법재판소 1997.3.27. 94헌마277 결정 등; 직접성에 관하여는 헌법재판소 2000.4.27. 99헌마499 결정 등 참조.



제규칙(이하 ‘조사규칙’으로 약칭)이다.

○ 조사규칙 중 진정접수에 관한 규정

**제6조 (진정의 접수)** 진정은 문서(우편, 모사전송기 및 컴퓨터통신에 의한 것을 포함한다. 이하 같다), 구술 또는 전화의 방법으로 접수할 수 있다.

**제7조 (문서에 의한 진정)** ①진정인은 별지 제3호 서식에 의한 진정서를 작성하여 위원회에 우편, 모사전송기 또는 컴퓨터통신의 방법으로 제출함으로써 진정할 수 있다.

②진정인이 별지 제3호 서식에 의하지 아니한 문서를 제출하여 진정한 경우 접수담당자는 필요하다고 인정할 때에는 별지 제3호 서식에 의한 진정서를 작성하여 제출하도록 진정인에게 권고할 수 있다.

**제8조 (전화진정)** 전화로 진정을 접수하는 경우 접수담당자는 별지 제3호 서식에 의한 진정서에 진정인으로부터 듣고 확인한 내용을 기재한 다음, 진정인에게 접수번호와 접수담당자의 이름을 알려주어야 한다.

**제9조 (구술에 의한 진정)** 진정인이 직접 진정서를 작성할 수 없는 경우 접수담당자는 진정인으로 하여금 진정의 내용을 말하게 한 다음 별지 제3호 서식에 의한 진정서를 작성하여 진정인으로 하여금 내용을 확인하고 서명 또는 날인하게 하여야 한다.

위 규칙에 의하면 진정은 문서·구술·전화의 방법으로 접수할 수 있고, 문서를 제출하는 방식도 다양하게 선택할 수 있게 되어 있으며, 인터넷 홈페이지에서도 직접 진정접수가 가능하다. 실제 위원회에서는 등록된 장애인의 경우 화상·인터넷 전화·문자상담(실시간 채팅)을 통한 진정도 접수하고 있다.<sup>668)</sup>

방법	내용
전화	서울·경기 1331, 그 외 지역번호 + 1331
우편·방문	(우 100-842) 서울 중구 을지로1가 16번지 금세기빌딩 7층 국가인권위원회 인권상담센터
팩스	02) 2125-9811, 9812

668) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북1』, 126쪽.



방법	내용	
홈페이지 진정	www.humanrights.go.kr	
이메일	hoso@humanrights.go.kr	
면접	구금·보호시설 수용자가 시설관계자에 구두 신청	시설 수용자
화상	국가인권위원회 홈페이지에서 신청	장애인 등록자
인터넷 전화	국가인권위원회 홈페이지에서 신청	장애인 등록자
문자상담(채팅)	국가인권위원회 홈페이지에서 신청	장애인 등록자

우편으로 접수된 진정 외에는 접수하기 전에 인권상담센터 소장이 “진정이 법 제32조 제1항 제3호, 제6호, 제8호 및 제9호에 해당함이 명백하다고 판단되는 경우”라고 판단하는 경우에는 상담종결할 수 있으나(조사규칙 제6조의2 제1항), 그럼에도 불구하고 진정인이 진정사건으로 접수하여 줄 것을 요청하는 경우에는 그러하지 아니하기(제2항) 때문에, 결국 어떠한 방식으로든 진정이 제출되고 당사자가 상담 후에도 진정접수를 희망하는 경우에는 무조건 진정이 정식으로 접수되는 것이다.

한편 접수담당자는 진정내용이 특정되어 있지 아니하여 진정의 요지를 알 수 없을 때에는 진정인에게 구체적인 보완사항을 적시하여 10일 이내에 이를 보완할 것을 요구하여야 하고, 진정인이 이 기간 내에 보완하지 아니한 때에는 다시 10일 이내에 보완할 것을 재요구하여야 하며(제10조 제1항), 진정인이 그 기간 내에 진정내용을 보완하지 아니할 경우에 인권상담센터 소장은 당해 진정을 접수하지 아니하고 종결처리할 수 있다(제2항).

#### 나) 대리나 대표자를 통한 진정

진정인은 본인이 직접 진정하지 않고 대리인을 통해 진정할 수 있으며, 단체가 진정할 때에는 대표자의 명의로 해야 한다(조사규칙 제12조 제1, 2항). 다수의 진정인이 동일한 피진정인을 대상으로 동일한 내용의 진정을 하는 경우 진정인은 대표자를 선정할 수 있으며, 진정인이 대표자를 선정하지 아니하는 경우 위원회는 대표자를 선정할 것을 권고할 수 있다(제3항). 대리인 또는 대표자는 그 권한을 증명하는 문서를 제출하거나 적어도 접수담당자가 조서에 그 진술을 기재하여야 하며(제4항), 이렇게 선임된 대리인 또는 대표자가 그 권한 내에서 진정인을 위한 것임을 표시한 의사표시 또는 위원회가 진정인에 대한 것임을 표시하고 대리인 또는 대표자에게 한 의사표시는 진정인에 대하여 직접 효력이 생긴다(제5항).



### 다) 면전진정

위원회법이 정하는 특유한 진정방법으로는 법 제31조 제2항의 면전진정이 있다. 면전진정은 구술·전화에 의한 진정이 어려운 시설수용자들이 청구하는 경우 위원이나 위원회 소속 공무원이 구금·보호 시설을 직접 방문하여 구술 또는 서면 진정을 접수하는 것을 말한다. 이에 관해서는 제31조에 관한 해설 부분에서 상술한다.

### 라) 익명 진정의 문제

진정인이나 피해자가 정확하지 않으면 진정이 접수되더라도 피해사실을 조사하여 이를 구제할 수 없다. UN 인권고등판무관실은 “익명으로 진정을 할 수 없도록 하는 이유”에 관해 “익명 진정의 경우, 국가인권기구는 진정의 진위를 확인할 방법이 없고, 익명의 피해자를 구제할 방법이 없다”고 설명하면서, “그러나 이와 같이 익명으로 진정하는 것이 불가능하기 때문에 비밀보장을 위한 장치를 강구해야 한다”고 한다.<sup>669)</sup> 따라서 이름을 밝히지 않은 채 혹은 가명으로 접수된 진정은 위원회법 제32조 제6호에 의해 각하된다.

## 다. 직권조사

### 1) ‘직권’의 개념

일반적으로 ‘직권’이란 “(공무원 등이) 그 직무를 수행하기 위하여 가지고 있는 권한”<sup>670)</sup> 일반을 말하는데, 법령에서 ‘직권으로’라고 하면 당사자의 신청이 없는 경우에도 권한을 행사하는 것을 일컫는다. “직권으로 … 할 수 있다”<sup>671)</sup>고 하면 당사자의 신청이 없는 경우에도 그 재량에 의해 할 수 있다는 것을 의미하고, “직권으로 … 해야 한다”<sup>672)</sup>고 규정하면 당사자의 신청이 없어도 권한을 발동해야 할 의무가 부과된 것이다.

위원회법 제30조 제3항은 “제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다”고 하여, 위원회의 조사대상이 되는 인권침해나

669) UN 인권고등판무관실, 앞의 책 109~110쪽.

670) 두산 동아 EnCyber, 인터넷 국어사전

671) 『민사소송법』 제379조 (직권에 의한 증거보전) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 소송이 계속된 중에 직권으로 증거보전을 결정할 수 있다.

672) 『부동산등기법』 제177조 (직권말소) 제176조의 이의를 진술한 자가 없는 때 또는 이의를 각하한 때에는 등기관은 직권으로써 등기를 말소하여야 한다.



차별행위<sup>673)</sup>는 ‘진정’에 의한 것이 원칙이고, 일정한 요건을 갖추었을 때에는 당사자의 진정이 없는 경우에도 직권으로 조사할 수 있는 재량권이 있음을 명확히 하고 있는 것이다.

## 2) 직권조사의 의미

아동, 여성, 빈곤층, 노숙자, 정신 및 신체적 장애인, 수용자, 종교적 소수집단, 소수민족, 소수 언어 집단 등은 모두 그들의 불평등한 지위로 인하여 인권침해에 특히 취약한 집단이다. 그럼에도 인권침해 피해사실의 발생에도 불구하고 자신들의 이익을 대변해 줄 수 있는 대변자를 구하지 못하는 경우가 많고, 이의 구제를 위한 진정을 하기 위해 직접 공공기관을 찾는 것을 매우 꺼리게 된다. 그렇기 때문에 진정절차를 통한 파악이나 조사만으로는 현재의 인권상황을 정확하고 완전하게 파악할 수 없는 한계가 있다. 따라서 위원회의 직권조사제도는 취약집단들이 사회적 발언권을 갖게 하고, 모든 지역에서 발생하는 인권침해사실을 최대한 사회화한다는 면에서 큰 의미가 있다.

2005. 10. 현재까지 위원회가 처리한 직권조사사건은 모두 123건이며, 그 중 49건이 인권침해, 74건이 차별행위사건이다.<sup>674)</sup> 위원회가 보도자료를 통해 알린 직권조사는 사례로는, 공무원 및 공기업의 고용차별 직권조사결정(2005. 6. 13.), 육군훈련소 중대장 인분취식 강요행위(2005. 1. 21.), 장애인 보험가입 차별(2005. 1. 13.), 밀양여중생 집단성폭행 피해자 인권침해 직권조사 착수(2004. 12. 13.), 서울 지검 피의자 사망사건 관련 직권조사(2002. 11. 1.) 등이 있다.

## 3) 직권조사의 요건

법 제30조 제3항은 직권조사를 시작할 수 있는 요건을 “인권침해가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때”라고 규정한다. i) 인권침해의 상당한 개연성, ii) 인권침해의 중대성이 직권조사 개시의 요건인 셈이다.

여기서 말하는 ‘개연성’이나 ‘인권침해 내용의 중대성’ 또는 ‘상당한 근거’가 어느 정도여야 하는지에 관한 선행적인 기준은 없으므로, 지금까지 축적된 그리고 앞으로 축적될 선례들과 판단기준들에 근거하여 일응의 기준을 만들어 나가야 할 것이다.

673) 제정법에는 ‘인권침해’만 직권조사의 대상인 것처럼 규정되어 있었으나, 2005. 6. 29. 개정시 ‘차별행위’가 추가되었다.

674) 국가인권위원회 홈페이지(<http://www.humanrights.go.kr>)의 인권통계자료, 2005년 10월말 현재 사건처리 현황.



다만 위원회가 주관적 혐의나 여론에 따라서만 직권조사를 시작하는 것은 위조항의 취지에 부합한다 볼 수 없으므로, i) 최소한 구체적 사실과 객관적 자료에 기초하고, ii) 보호해야 할 인권의 목적·의미·기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에, iii) 구체적 사안 자체의 특수성도 고려하여 합리적으로 판단해야 할 것이다.<sup>675)</sup>

#### 4) 직권조사의 절차와 조사 결과의 처리

법은 위원회가 직권으로 조사할 수 있다고만 정하고 있을 뿐 구체적인 절차 등 직권조사에 관한 다른 규정은 전혀 두지 않았고, 직권조사 개시여부 결정의 절차에 관한 규정만 『국가인권위원회운영규칙』 등에 정하여져 있을 뿐이다.

이와 관련하여 “직권조사를 하기 위해서는 반드시 위원회의 의결을 거쳐 실시해야 하는지”가 문제되기도 하였으나, 직권조사를 하기 위해서는 법률에서 정한 직권조사권 발동의 요건(“인권침해가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때”)을 충족하는지에 관한 심사가 필요한데 이를 조사담당 공무원이 단독으로 해석할 수 있다고 보는 것은 무리가 있고, 위원회 운영규칙도 “직권 조사에 관한 사항”을 제2소위원회(인권침해조사 소위원회)와 제3소위원회(차별행위조사 소위원회)의 심의·의결 사항으로 규정하고, 조사구제규칙 제38조 제1항도 “국가인권위원회법 제30조 제3항에 의하여 위원회가 직권으로 인권침해 또는 차별행위를 조사하기로 의결한 경우, 위원회는 14일 이내에 직권조사 통보서를 피해자 및 인권침해 또는 차별행위를 유발하였다는 혐의를 받은 사람에게 송부하여야 한다”는 등의 규정을 두고 있는 것으로 보아 위원회의 의결없이 조사담당 공무원이 단독으로 직권조사 할 수는 없는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>676)</sup>

직권 조사를 시행하게 되는 경우 그 업무처리 순서는, i) 사건의 내용을 파악하기 위한 사전 정보수집 후, ii) 위원회에서 직권조사를 공식적으로 결정해야 하고, iii) 위원회가 직권조사를 의결한 경우 소위원회는 주심위원을 선정하고 해당 조사국에 사건을 배정하여 조사하게 하며(조사구제규칙 제38조 제2항), iv) 이렇게 직권조사 사건을 배정받은 조사담당자는 사건번호와 사건의 표제를 붙인 다음 이를 인권상담센터 소장에게 통보하도록 되어 있다(같은 규칙 제3항). 또한 이렇게 법 제30조 제3항에 의하여 위원회가 직권으로 인권침해 또는 차별행위를 조사하기로 의결한 경우, 위원회는 14일 이내에 직권조사통보서를 피해자 및 인권침해 또는 차별행위를 유발하였다는 혐의를 받는 사람에게 송부하여야 한다(제1항).<sup>677)</sup>

675) 하자의 중대성 판단 기준에 대한 대법원 1995.7.11. 선고, 94누4615 판결 참조.

676) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 214~215쪽도 같은 취지.



### 5) 진정관련 조항들의 적용 가능성

현행 위원회법의 조사 과정에 관한 조항이나 조사결과 처리(합의·조정·권고)에 관한 법 규정들은 모두 진정사건을 전제하고 있다.

인권침해 조사절차에 관한 위원회법상의 다른 규정은 직권조사에는 적용되지 않는 것인가. 예컨대 조사의 방법을 정한 제36조 제1항의 경우, 법문이 “위원회는 다음 각 호에 정한 방법으로 진정에 관하여 조사할 수 있다”고 하고 있다고 해서, 직권조사에서는 피해자·관계인의 출석 요구를 할 수 없는지가 문제될 수 있다.

그러나 ‘진정사건’인지 ‘직권조사’인지는 인권침해·차별행위에 대한 조사를 시작하는 단서·경로의 차이에 불과할 뿐, 위원회 조사권능의 범위에 있어서는 차이가 없다 할 것이므로,<sup>677)</sup> 나머지 규정 중 그 성질상 직권조사 사건에 대하여도 적용될 수 있는 것은 당연히 직권조사의 경우에도 적용되는 것으로 해석해야 할 것이다.<sup>679)</sup> 다만 법문을 명확하게 하기 위하여 ‘진정’ 사건에만 국한되는 것과 같은 문구를 사용하고 있는 부분은 개정되는 것이 바람직하다고 본다.

#### 조사과정 관련 조문들의 직권조사 적용 가능성

	조문번호	내용	법문	직권조사 적용 가능성
1	제36조 제1항	출석요구·자료제출	“진정에 관하여”	성질상 가능
2	제2항	방문	“조사를 위해 필요...”	법문상 가능
3	제37조 제1항	질문·검사권	“제36조의 조사에 필요한...”	법문상 가능
4	제38조 제1항	제청	“...진정의 심의의결에서...”	성질상 가능

677) 통지의무와 관련하여, 통보 대상인 ‘...혐의를 받는 사람’에 법인도 포함되는지가 문제된 적이 있었으나, 이 조항의 ‘사람’은 직권 조사의 대상을 총칭하는 것으로 보아야 하고, 직권조사 역시 진정사건과 마찬가지로 조사의 대상이 되는 것은 법인·단체·사인(국가인권위원회법 제30조 제1항 제2호)인 것이므로, 법인도 포함된다고 보는 것이 당연하다(동지 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 213쪽).

678) UN 국가인권기구의 지위에 관한 원칙(Principles Relating to the status of National Human Rights Institution) 중 ‘활동방식’ 부분은 “국가인권기구는 그 운영원칙에서 정부에 의해 제기되었거나 혹은 그 구성원이나 진정인의 제안에 따라 직권으로 채택한 사안이거나 불문하고 그 권한에 속하는 모든 사안을 자유로이 심리해야 한다”고 하고 있다(법무부, 『외국의 국내인권기구법제』(법무부, 1998), 110쪽).

679) 조사규칙 제38조 제4항은 “직권조사사건에 대한 조사 및 구제절차는 그 성질에 반하지 않는 범위에서 이 규칙에 의한다”고 하면서 이를 당연시하고 있고, “다만, 직권조사사건에 대하여 피해자가 조사·조정 및 심의를 원하지 않는다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 그 사건에 대한 조사를 종료하여야 한다”고 하여 ‘조정’ 절차도 적용됨을 전제하고 있다.



	조문번호	내용	법문	직권조사 적용 가능성
5	제38조 제2항	기피	“당사자는 ...기피신청을 ...”	법문상 가능
6	제40조	합의	“진정에 대하여...”	성질상 가능
7	제42조	조정	“진정에 대하여...”	성질상 가능
8	제44조	구제 권고	“진정을 조사한 결과...”	성질상 가능
9	제45조	고발 및 징계권고	“진정을 조사한 결과...”	성질상 가능
10	제47조	법률구조	“진정에 관한 위원회의조사...”	성질상 가능
11	제48조	긴급구제조치	“진정을 접수한 후...”	성질상 가능
12	제49조	조사·조정 비공개	“진정에 대한 조사...”	성질상 가능
13	제50조	처리결과의 공개	“진정의 조사 및...”	성질상 가능

## 2. 시설수용자의 진정권(제31조)

**제31조 (시설수용자의 진정권 보장)** ①시설수용자가 위원회에 진정하고자 하는 경우 그 시설에 소속된 공무원 또는 직원(이하 “소속 공무원 등”이라 한다)은 그 사람에게 즉시 진정서를 작성하는데 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하여야 한다.

③소속공무원 등은 제1항에 따라 시설수용자가 작성한 진정서를 즉시 위원회에 송부하고 위원회로부터 접수증명원을 발급받아 이를 진정인에게 교부하여야 한다.

시행령 제6조 (진정방법의 고지 등) ①구금·보호시설의 장 또는 관리인은 시설수용자를 최초로 보호·수용하는 때에는 시설수용자에게 인권침해사실을 위원회에 진정을 할 수 있다는 뜻과 그 방법을 고지하여야 한다.

②구금·보호시설의 장 또는 관리인은 인권침해에 관하여 위원회에 진정할 수 있다는 뜻과 그 방법을 기재한 안내서를 시설수용자가 상시로 열람할 수 있는 곳에 비치하여야 한다.

제7조 (진정함의 설치·운동) ①구금·보호시설의 장은 구금·보호시설 안의 적절한 장소에 진정함을 설치하고, 용지·필기도구 및 봉합용 봉투를 비치하여야 한다.





- ②구금·보호시설의 장 또는 관리인은 제1항의 규정에 의하여 진정함을 설치한 때에는 위원회에 진정함이 설치된 장소를 통보하여야 한다.
- ③구금·보호시설의 장 또는 관리인은 시설수용자가 직접 진정서를 봉투에 넣고 이를 봉합한 후 진정함에 넣을 수 있도록 하여야 한다.
- ④구금·보호시설에 소속된 공무원 또는 직원은 매일 지정된 시간에 시설수용자가 위원회에 제출할 목적으로 작성한 진정서 또는 서면이 진정함에 들어 있는지 여부를 확인하여야 하며, 진정함에 진정서 또는 서면이 들어 있는 때에는 지체없이 이를 위원회에 송부하여야 한다.
- ⑤제1항의 규정에 의한 봉합용 봉투의 양식은 위원회의 규칙으로 정한다.

### 가. 진정권의 보장

#### 1) 특별한 보호의 필요성

시설수용자는 신체의 자유가 제한되기 때문에, 인간으로서 자신을 보호할 수 있는 능력이 객관적으로 저하되고 일상적으로 크고 작은 불이익을 감수해야만 하는 상태에 놓여 있게 되며, 그만큼 인권침해의 가능성도 일반인보다 크다고 할 수 있다.

그런데 수용자는 교도소를 통하지 않고는 아무것도 할 수 없고, 밥 먹고 자는 일과 운동을 비롯한 모든 일상생활이 시설의 허락과 통제하에 이루어진다. 특히 서신·접견·출역 등 외부와의 접촉과 관련된 것은 더 높은 수준의 통제와 제한을 받게 되어, 인권침해사실을 알리고 구제를 구하는 ‘진정권’은 지극히 부자유스러운 상태에서 불완전하게 행사될 수밖에 없다.

이와 같이 수용자의 경우 인권침해의 가능성은 큰 반면 자신을 방어하고 권리를 구제받을 수 있는 현실적 능력은 감소된다는 점 때문에, 위원회법은 그 진정권을 실질적으로 행사할 수 있게 하기 위하여 수용시설 소속 공무원들의 시간·장소·편의제공의무를 규정하고(제31조 제1항), 그 구체적인 내용은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제8항).<sup>680)</sup>

680) 수용자는 위원회에 대한 진정 외에도 소장면담(행형법시행령 제9조 제1항), 청원(행형법 제6조 제1항), 행정심판이나 소송, 민사소송 등을 통해 권리를 구제받을 수 있으나 그 한계가 없지 아니하다.



## 2) 진정권의 고지와 안내서·진정함 비치

수용자가 실질적으로 진정권을 보장받을 수 있기 위해서 위원회법시행령은 우선, i) 입소시 고지의무(제6조 제1항)를 규정하고, ii) 진정권에 관한 안내서를 비치하게 하였으며(제6조 제2항), iii) 진정을 위한 필수적인 편의시설로 진정함 설치·운영(제7조)의 의무를 부과하고 있다.

진정권의 존재를 알려 권리 자체를 인식하게 하는 것은 실질적 권리 행사의 가장 중요한 출발점이 되므로 “최초로 보호·수용할 때”에 고지하도록 한 것이고, 일상적으로 다시 접할 수 있도록 안내서도 비치하게 한 것이며, 진정함을 설치하여 누구나 직접 진정서를 넣어 진정할 수 있게 하고, 매일 정해진 시간에 확인하여 즉시 위원회로 송부하는 의무를 규정하여 수용자들이 손쉽게 진정을 하고 신속하게 위원회로 전달될 수 있도록 한 것이다.

## 나. 면전진정

**제31조** ②시설수용자가 위원회 위원 또는 소속직원(이하 “위원 등”이라 한다) 면전에서 진정하기를 원하는 경우, 소속공무원 등은 즉시 그 뜻을 위원회에 통보하여야 한다.

③… 제2항의 통보에 대한 위원회의 확인서 및 면담일정서는 발급받는 즉시 진정을 원하는 시설수용자에게 교부하여야 한다.

④제2항의 규정에 의하여 통보를 받은 경우 혹은 시설수용자가 진정을 원한다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경우 위원회는 위원 등으로 하여금 구금·보호시설을 방문하게 하여 진정을 원하는 시설수용자로부터 구술 또는 서면으로 진정을 접수하여야 한다. 이때 진정을 접수한 위원 등은 즉시 접수증명원을 작성하여 진정인에게 교부하여야 한다.

⑤제4항의 규정에 의한 위원 등의 구금·보호시설의 방문 및 진정의 접수에 관하여는 제24조제3항 및 제4항의 규정을 준용한다.

시행령 제10조 (방문 진정 접수) 제3조 제3항 및 제4항의 규정은 법 제31조 제4항의 규정에 의하여 위원 등이 구금·보호시설을 방문하여 진정을 접수하는 경우에 관하여 이를 준용한다.



## 1) 의의

앞서 본 바와 같이 면전진정은 구술·전화에 의한 진정이 어려운 시설수용자들이 청구하는 경우 위원이나 위원회 소속 공무원이 구금·보호 시설을 직접 방문하여 구술 또는 서면진정을 접수하는 것을 말한다. 구금·보호 시설 수용자들의 지위를 고려하여 특별히 둔 제도로서, 국가인권위원회의 진정접수가 시작된 2001. 11. 26.부터 2005. 11. 30.까지 전국의 구금시설에서 10,429건의 진정신청되어 그 중 철회된 2,418건을 제외한 8,011건에 대해 구금·보호 시설의 방문이 이루어졌으며, 그 중 3,804건은 상담으로 종결되고 4,042건이 진정으로 접수되었다(165건은 미처리).<sup>681)</sup>

## 2) 요건 및 절차

방문 면담을 통해 면전 진정이 접수되는 경로는 크게 두 가지이다. 하나는 시설수용자가 면전진정을 신청하는 경우와 “시설수용자가 진정을 원한다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경우”가 그것이다.

시설수용자의 신청에 의한 경우는, i) 우선 시설수용자가 교도관 등 시설소속 공무원에게 면전진정 희망 의사표시를 하고, ii) 이를 들은 교도관이 즉시 그 뜻을 위원회에 통보하며(법 제31조 제2항), iii) 위원회가 이 통보를 받고 위원 등으로 하여금 구금·보호 시설을 방문하게 한 다음(제3항), iv) 위원 등은 구금·보호시설의 직원 및 시설수용자와 면담·의견 진술 등을 통해(제5항, 제24조 제3, 4항) 진정을 접수하는 순서로 진행된다. 실무상으로는 진정을 접수한 후에 시설 확인 및 기초 조사를 하고, 필요한 경우 교도소장·보안과장 등과 면담 및 진정 관련 서류까지 같은 날 수령하기도 한다.

면담 결과 진정내용이 위원회 조사대상이 아니거나, 각하사유에 해당하거나, 기 진정내용과 동일하거나 추가적인 내용, 수용자가 면담내용을 상담으로 마치는 것을 원할 경우, 현지에서 해결할 수 있는 경우에는 상담 종결 처리한다. 면전진정시 상담종결은 상담상담종결 처리는 조사에 들어가기 전에 수용자와 면담한 사람이 현지에서 판단할 수 있을 때 하는 조치라는 점에서, 위원회의 결정으로 하는 진정의 ‘각하’나 ‘기각’과 구별되는데, 진정의사를 가진 당사자의 의사를 요건 조사도 하기 전에 소속 공무원 등이 결정한다는 점에서 진정권을 침해할 수도 있으므로, 객관적으로 명백한 경우에만 예외적으로 행해져야 할 것이다.

한편 위와 같이 구금시설을 통해 시설수용자의 면전진정 희망의사를 통보받지 못한 경우에도 “시설수용자가 진정을 원한다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경

681) 국가인권위원회, 『면전진정 가이드북2』(국가인권위원회, 2004. 11), 31쪽.



우” 위원회는 위원 등을 방문하게 할 수 있다.

어떠한 경우가 이에 해당하는지에 관하여 확립된 원칙이나 기준은 없으나 교도소를 경유한 공식적인 통보는 없었지만 “만나서 자세한 진정을 하고 싶다”는 내용의 서신, 가족·제3자를 통해 그 의사를 확인한 경우 등이 해당할 것이다.

위원 등의 시설 방문조사에 관하여는 시설의 방문조사에 관한 법 제24조 및 시행령 제3조 제3, 4항의 준용한다(법 제31조 제5항).

## 다. 진정 및 면담내용에 대한 비밀 보장

**제31조 ⑥** 시설에 수용되어 있는 진정인(진정을 하려는 자를 포함한다)과 위원 등과의 면담에는 구금·보호시설의 직원이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 시설수용자를 감시할 수 있다.

⑦ 소속 공무원 등은 시설수용자가 위원회에 제출할 목적으로 작성한 진정서 또는 서면을 열람할 수 없다.

**제61조 (비밀침해)** 제31조 제6항 또는 제7항의 규정에 위반하여 비밀을 침해한 자는 1천 만원 이하의 벌금에 처한다.

시행령 제8조 (위원회가 보낸 서면의 열람금지) 구금·보호시설에 소속된 공무원 또는 직원은 위원회명의로의 서신을 개봉한 결과 당해 서신이 위원회가 진정인인 시설수용자에게 발송한 서신임이 확인된 때에는 당해 서신중 위원회가 열람금지를 요청한 특정서면은 이를 열람하여서는 아니된다.

시행령 제9조 (진정서의 자유로운 작성 및 제출) ① 시설수용자가 구금·보호시설의 장 또는 관리인에 대하여 위원회에 보내는 진정서 그 밖의 서면의 작성의사를 표명한 때에는 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 이를 금지하거나 방해하여서는 아니된다.

② 구금·보호시설에 소속된 공무원 또는 직원은 시설수용자가 위원회에 보내기 위하여 작성중이거나 소지하고 있는 진정서 또는 서면을 열람·압수 또는 폐기하여서는 아니된다. 다만, 제1항의 규정에 의하여 미리 작성의사를 표명하지 아니하고 작성중이거나 소지하고 있는 문서의 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 구금·보호시설에 소속된 공무원 또는 직원은 시설수용자가 징벌



혐의로 조사를 받고 있거나 징벌을 받고 있는 중이라는 이유로 위원회에 보내기 위한 진정서 또는 서면을 작성하거나 제출할 수 있는 기회를 제한하는 조치를 하여서는 아니된다.

### 1) 특별한 보호의 필요성

모든 인권침해진정, 특히 공무원에 의해 발생하는 인권침해의 경우에 있어서 피해자들은 진정을 하는 행위가 자신의 안전을 해치지 않을 것이라는 확신을 가질 수 있어야 하며, 조사절차에는 진정을 제출한 자 또는 조사에 참여하는 자들을 보복으로부터 안전하게 보호할 수 있는 구체적인 법적 보호수단을 제공하는 절차가 포함되어야 한다.<sup>682)</sup>

시설수용자의 진정은 대부분 바로 그 구금·보호 시설과 그 공무원들에 의한 경우가 많은데, 앞서 본 바와 같이 시설수용자는 모든 일상생활이 수용시설의 허락과 통제 하에 이루어지기 때문에, 진정 내용에 대한 비밀이 제대로 보호되지 않으면 자유로운 의사에 의한 진정이 이루어지기 어렵다. 이러한 특수성을 고려하여 위원회법은 면담시 청취 및 서면 열람을 금지하고(제31조 제6, 7항) 시행령에 보다 상세한 규정을 두고 있다.

### 2) 면담시 교도관의 입회

위원 등과의 면담시 교도관은 “보이는 자리에서 감시”할 수는 있으나, 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지는 못한다(법 제31조 제6항).

본래 구금·보호 시설 수용자들이 외부의 누군가와 만나는 것(이를 ‘접견’이라 한다)은 소장의 허가를 받아야 하고(행형법 제18조 제1항), 교도관이 참여하며(제3항), 그 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 행형법 시행령에서 정하고 있다(행형법 시행령 제54 내지 제60조).

그러나 시설수용자가 위원 등을 면담하고 진정하는 것은 수용자가 인권침해의 구제를 청하고 스스로를 방어하기 위한 권리구제 절차의 출발점이 되고, 이러한 면담은 자유로운 접견·교통이 가장 중요하므로, 위원회법은 이를 “변호인의 조력 받을 권리”<sup>683)</sup>에 준하여 행형법 제66조 규정과 유사한 면담내용 비밀보호 규정을 두고 있는 것이다.<sup>684)</sup>

682) UN 인권고등판무관실, 앞의 책, 110쪽, 265쪽.

683) 행형법 제66조 (변호인과의 접견 및 서신) ①미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 자를 포함한다. 이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 감시할 수 있다.



### ㉠ 변호인의 접견시 참여 방법에 대한 헌법재판소 결정례

관계공무원은 구속된 자와 변호인의 대담내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리에 있어서는 아니 되며 계호나 그 밖의 구실아래 대화 장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서도 아니 될 것이다. 국가안전기획부 소속직원이 접견에 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 접견교통권을 침해한 것이다(헌법재판소 1992. 1. 28. 91헌마111 결정).

### 3) 서면에 관한 비밀 보장

원래 수용자가 외부의 다른 사람과 서신을 주고 받기 위해서는 소장의 허가를 받아야 하고(행형법 제18조의 2 제1항), 소장은 수용자의 서신(변호사의 서신은 예외)을 열람할 수 있고(제3항), 소장이 교부를 허가하지 않은 서신은 폐기할 수 있다(제5항).<sup>685)</sup> 그러나 앞서 본 바와 같이 위원회에 대한 수용자의 진정권은 특

684) 한편 변호인이 자와의 접견 교통권이 헌법상 기본권인지에 관하여 헌법재판소는 “구속된 피의자 또는 피고인이 갖는 변호인이 아닌 자와의 접견교통권은 가족 등 타인과 교류하는 인간으로서의 기본적인 생활관계가 인신의 구속으로 인하여 완전히 단절되어 파멸에 이르는 것을 방지하고 또한 피의자 또는 피고인의 방어를 준비하기 위해서도 반드시 보장되지 않으면 안 되는 인간으로서의 기본적인 권리에 해당하므로 이는 성질상 헌법상의 기본권에 속한다고 보아야 할 것이다. 미결수용자의 접견교통권은 헌법재판소가 헌법 제10조의 행복추구권에 포함되는 기본권의 하나로 인정하고 있는 일반적 행동자유권으로부터 나온다고 보아야 할 것이고, 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항도 그 보장의 한 근거가 될 것”이라고 하여, 그 기본권성을 인정한 바 있다(헌법재판소 2003. 11. 27. 2002헌마193 결정).

685) 그러나 변호사와의 서신은 예외이며, 검열되어서는 안된다; “질서유지 또는 공공복리를 위하여 구속제도가 헌법 및 법률상 이미 용인되어 있는 이상, 미결수용자는 구속제도 자체가 가지고 있는 일면의 작용인 사회적 격리의 점에 있어 외부와의 자유로운 교통과는 상반되는 성질을 가지고 있으므로, 증거인멸이나 도망을 예방하고 교도소 내의 질서를 유지하여 미결구금제도를 실효성 있게 운영하고 일반사회의 불안을 방지하기 위하여 미결수용자의 서신에 대한 검열은 그 필요성이 인정된다고 할 것이고, 이로 인하여 미결수용자의 통신의 비밀이 일부제한되는 것은 질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 불가피할 뿐만 아니라 유효적절한 방법에 의한 최소한의 제한으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다...신체구속을 당한 사람에게 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는바, 이를 위하여서는 신체구속을 당한 사람에게 변호인(변호인)과 사이의 충분한 접견교통을 허용함은 물론 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것이며, 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 변호인과 미결수용자 사이의 서신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 할 것이다”(헌법재판소 1995. 7. 21.자 92헌마144 결정).



별히 보장할 필요가 있으므로, 시설수용자가 위원회에 제출하기 위해 작성한 진정서 또는 서면은 열람할 수 없게 되어 있다(법 제31조 제7항).

또한 수용자가 수용시설 내에서 집필을 하기 위해서는 소장의 허가<sup>686)</sup>를 얻어야 하고(『행형법』 제33조의 3), 집필시간·장소가 제한되지만(『행형법시행령』 제65조, 66조), 위원회에 제출하는 진정서 기타 서면은 자유롭게 보장되어야 하며 이를 방해해서는 안 되며(『법 시행령』 제9조 제1, 2항), 법원 기타 공무소로부터 수용자에게 송부되어온 문서는 이를 개봉한 후 본인에게 교부하여야 하나(『행형법』 시행령 제64조), 위원회가 수용자에게 보낸 서신 중에도 위원회가 열람금지를 요청한 특정서면은 열람할 수 없게 하고 있다(『위원회법 시행령』 제8조).

㉠ 현행 조사구제규칙 별표 제8호의 열람금지서면표지 문구는 다음과 같다.

열람 금지 서면 표지 (붉은색)
<p>이 표지가 붙어 있는 서면은 국가인권위원회가 국가인권위원회법에 따른 진정의 조사와 구제업무를 수행하기 위하여 아래에 표시한 수신인에게 송부하는 서면입니다.</p> <p>이 서면은 국가인권위원회법 시행령 제8조와 인권침해및차별행위조사구제규칙 제21조 제4항에 의한 열람금지서면으로서 수신인이 아닌 사람은 누구도 이 서면을 열람할 수 없으므로 관계자께서는 이 표지 및 서면을 즉시 수신인에게 교부하시기 바랍니다.</p> <p style="text-align: center;">수신인 : (수용번호 :            )</p> <p style="text-align: center;">국 가 인 권 위 원 회 위 원 장</p>

686) 그러나 이러한 허가권 역시 재량권의 한계를 일탈하거나 남용되어서는 안된다; “수용자가 외부인에게 서신을 발송하려는 목적이 교도소 내의 처우를 왜곡하여 이를 여론화함으로써 교정질서를 저해 또는 다른 재소자들을 선동하기 위한 것이거나, 그 기재 내용을 객관적으로 판단하여 교정질서를 저해할 구체적인 위험성이 있는 경우에는 행형법 제18조의 2에서 서신발송의 불허사유로 정한 ‘교화 또는 처우상 특히 부적당한 경우’에 해당하여 그 발송을 제한할 수 있다고 할 것인데, 수용자가 발송하려 한 서신 중에서 일부에 대해서는 위와 같은 목적 및 위험성이 인정되어 서신발송의 불허사유에 해당하고, 나머지 서신에 대해서는 다소 부정확하거나 감정적 또는 과장된 표현이 있더라도 전체적으로 보아 위와 같은 위험성이 있다고 볼 수 없으므로 이러한 서신에 대한 발송불허처분은 위법하다(서울중앙지방법원 2004. 6. 1. 선고, 2003나5930 판결: 확정)”.



#### 4) 징벌기간과의 관계

행형법상 징벌은 수용자의 교도소 내의 준수사항위반에 대하여 과하는 행정상의 질서벌의 일종(대법원 2000.10.27. 선고, 2000도3874 판결)으로서, 형법·폭력행위등처벌에관한법률 등의 형벌규정에 저촉되는 행위, 자해행위, 정당한 이유없이 작업·교육 등을 거부하거나 태만히 하는 행위, 흡기·주류 등 허가되지 아니하는 물건을 제작·소지·사용·수수 또는 은닉하는 행위, 기타 법무부장관이 정하는 규율을 위반하는 행위(687)를 하였을 때, 경고, 1월 이내의 신문 및 도서열람의 제한, 2월 이내의 신청에 의한 작업의 정지, 작업 상여금의 전부 또는 일부의 삭감, 2월 이내의 금치를 할 수 있다(행형법 제46조(688)).

그런데 이렇게 필요한 범위 내에서 징벌을 받더라도, 그 징벌 자체나 결정·집행 과정 또는 기타 인권침해에 대해 위원회에 진정하거나 이미 접수된 진정 사건과 관련한 서면을 제출할 필요성이 있을 것인데, 이 경우에는 다른 집행·서류 열람과는 달리 취급되어야 할 것이다. 위원회법시행령은 이를 위해서 구금·보호 시설에 소속된 공무원 또는 직원은 시설수용자가 징벌혐의로 조사를 받고 있거

687) 이에 따라 법무부령인 「수용자규율및징벌에관한규칙(이하 ‘징벌규칙’)」 제3조에는 수용자가 준수해야 할 규율을 정하고 있는데, 2004. 6. 29. 개정 전 구 징벌규칙 제3조에는 제1호에서 35호에 걸쳐 수용자가 준수하여야 할 규율을 정하면서, 제35호에서 ‘제1호 내지 제34호 외에 수용자의 안전과 수용질서를 유지하기 위하여 고지된 사항을 위반하는 행위를 하여서는 아니된다’는 포괄적 규정을 두고 있었으나, 2004. 6. 29. 개정으로 사유를 제1호 내지 제21호로 대폭 줄이고, 포괄적인 규정(제21호)도 “정당한 이유없이 교도관의 직무상 지시나 명령에 따르지 아니하는 행위”로 개정되었다. 또한 제4조에서는 금치의 기간을 1월 이내로 제한하는 등 징벌의 정도를 경감하였다.

688) 한편 국제연합(UN)의 「피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(이하 최저기준규칙이라 약칭한다)」과 EU의 「유럽형사시설규칙」, 국제연합의 「모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(이하 ‘보호원칙’)」은 공통적으로 “규율위반을 구성하는 행위(즉, 징벌원인이 되는 행위)를 법률이나 권한 있는 행정관청의 규칙으로 정해야 한다”고 규정하고, 특히 「보호원칙」은 정확히 공표될 것을 요청하고 있다. 이는 수용자에게 어떤 행위를 하였을 때에 징벌권이 발동될 것인지 예측가능성을 보장하고, 행형당국의 자의적인 징벌부과를 방지하여야 한다는 이른바 ‘징벌법정주의’를 선언한 것이다. 1995년 개정 전 행형법이 수용자가 규율을 위반한 때에는 징벌에 처한다고 하여 규율위반을 징벌의 요건으로 하면서 그 규율에 관한 사항은 법무부장관이 정하도록 한데 비해, 개정법이 제46조 제1항을 둔 것은 징벌요건을 법정하고, 법무부장관이 수용자의 규율을 정할 때 적어도 법 제46조 제1항 제1호 내지 제4호에 준하는 사항을 정하여야 한다는 의미로 볼 수 있다. 그러나 징벌규칙에서 정한 수용자 준수사항은 매우 광범위하고 여전히 제35호의 포괄적 규정을 둠으로써, 소장 권한에 의해 만들어진 내부규칙이나 교도관의 지시 등에 위반한 행위를 하였을 때에 징벌이 부과될 수 있어 행형당국의 자의적 조치를 완전히 배제하기는 부족하다.





나 징벌을 받고 있는 중이라는 이유로 위원회에 보내기 위한 진정서 또는 서면을 작성하거나 제출할 수 있는 기회를 제한하는 조치를 하여서는 아니된다(시행령 제9조 제3항)는 규정을 두고 있다.

### 3. 진정의 각하(제32조 제1항)

**제32조 (진정의 각하 등)** ①위원회는 접수한 진정이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 진정을 각하한다.

1. 진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우
2. 진정의 내용이 명백히 거짓이거나 이유 없다고 인정되는 경우
3. 피해자가 아닌 자가 한 진정에 있어서 피해자가 조사를 원하지 않는 것이 명백한 경우
4. 진정원인이 된 사실이 발생한 날부터 1년 이상 경과하여 진정한 경우. 다만, 진정원인이 된 사실에 관하여 공소시효 또는 민사상 시효가 완성되지 아니한 사건으로서 위원회가 조사하기로 결정한 경우에는 그러하지 아니하다.
5. 진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우. 다만, 수사기관이 인지하여 수사 중인 형법 제123조 내지 제125조의 죄에 해당하는 사건과 동일한 사안에 대하여 위원회에 진정이 접수된 경우에는 그러하지 아니하다.
6. 진정이 익명 또는 가명으로 제출된 경우
7. 진정이 위원회가 조사하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우
8. 진정인이 진정을 취하한 경우
9. 위원회가 기각한 진정과 동일한 사실에 관하여 다시 진정한 경우
10. 진정의 취지가 당해 진정의 원인이 된 사실에 관한 법원의 확정판결이나 헌법재판소의 결정에 반하는 경우



## 가. 각하

일반적으로 ‘각하’는 법률상 신청이나 청구가 그것이 갖추어야 하는 형식적 요건을 갖추지 못했을 때 내리는 결정을 말한다.

소송법에서는 소송요건을 갖추지 못한 ‘부적법’한 소일 때 각하를 하고(민사소송법 제219조), 고소·고발 사건에서는 죄가 안 되는 것임 명백한 경우 등에는 이를 각하할 수 있다(검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제5호).

위원회법에도 진정된 사건이 조사대상에 해당하지 않거나 형식적인 진정 요건이 갖추어져 있지 않을 때 더 이상 조사를 진행하지 않는다는 각하결정을 할 수 있는 근거 규정을 두고 있다(제32조).

이와 같이 각하제도를 두는 것은 위원회법이 요구하는 요건을 갖추지 못하여 조사 대상이 될 수 없는 진정(‘부적법한 진정’이라고 할 수 있음)에 대하여는, 조사를 시작하기 전에 사건심리 자체를 거절함으로써 사건을 보다 신속하고 효율적으로 종료하기 위한 것이다. 따라서 위원회는 인권침해가 실질적으로 존재하는지를 판단하기에 앞서, 이러한 각하 사유에 해당하지 않는지를 먼저 조사하게 된다.

위원회법이 정하고 있는 각하 사유는 모두 10가지인데, 그 중에서 제1, 5, 7, 10호는 위원회의 업무범위와 관련된 것이고, 나머지 중 제2, 3, 6, 8, 9호는 권리구제 이익에 관한 것이며, 제4호는 진정원인이 되는 사실의 발생으로부터 1년의 기간이 경과된 경우를 정하고 있다.

## 나. 위원회의 업무범위와 관련된 각하사유

### 1) 제1호 : 진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우

이 사유는 「위원회법」 제30조에서 정한 조사 대상이 아닌 것을 각하해야 한다고 정한다. 그동안 주로 문제가 된 것은, i) 인권을 침해했다고 하는 피진정인이 국가기관 등이 아니라 사인(私人)이거나(평등권 침해의 차별행위 제외), ii) 침해되었다고 주장하는 기본권이 법 제30조 제1항에 규정된 기본권 외의 권리가거나, iii) 국회의 입법 사항에 대해 진정한 경우, iv) 법원의 재판에 대하여 진정한 경우 등이 있다.

### 가) 사인간의 침해 행위

위에서 본 바와 같이 「위원회법」 제30조 제1항 제1호는 사인간의 침해에 대해서 원칙적으로 위원회의 조사대상으로 삼고 있지 않다(차별행위 제외). 그 이유에 관하여 “사인간 발생하는 권리침해의 문제는 개인의 의사와 자율성을 존중하



는 사적 자치에 의해 해결함이 타당하다”고 하는 견해도 있으며, 이들 기본권이 헌법상 기본권 중 국가권력의 자의적인 행사로부터의 자유라고 하는 소위 제1세대 기본권에 속하며 이른바 ‘기본권의 제3자적 효력’과 관계가 있다는 견해도 있다.<sup>689)</sup>

본래 헌법상 기본권이 사인의 법률행위나 사인 상호간의 법률관계에도 적용되는가 하는 이른바 ‘기본권의 대사인적(제3자적) 효력’에 관하여는 다음과 같은 논의가 전개되었다.<sup>690)</sup>

① 효력부인설 : 사인간의 법률관계에는 기본권 규정이 적용되지 않는다는 견해로서, i) 기본권은 대국가적 방어권이므로 국가기관만이 이에 구속된다는 것, ii) 사인간에서는 합의에 따라 자신의 자유를 스스로 제한하는 것이 반드시 부당하지 않다는 것, iii) 사인에 의한 침해행위로부터 기본권을 보호하는 것은 법률로서 충분하기 때문에 헌법차원의 특별한 보장이 불필요하다는 것 등을 그 논거로 들고 있다. 과거 독일에는 있었던 학설이지만, 현재 이런 주장을 하는 사람은 없다.

② 직접효력설 : 모든 기본권 규정이 예외 없이 사인간의 법률관계에 직접 적용되어야 하는 전면적 직접효력설을 주장하는 사람은 없으며, 기본권 규정 중 일정한 기본권 규정은 사인간의 법률관계를 직접 규율하는 효력을 가진다는 한정적 직접효력설이 일부학자와 독일 연방노동법원에 의하여 주장되고 있다. 그 논거는 i) 헌법은 국가적 공동체의 생활질서 전반에 관한 가치질서를 규정한 최고의 규범이므로, 국가 대 국민의 공법관계만이 아니라 사인 대 사인의 사법(私法)관계도 헌법규정에 위반되어서는 안 되고, ii) 개인의 자유와 권리가 사인간의 법률관계에서 전혀 보장되지 아니한다면 헌법상의 기본권보장은 그 의미가 반감되고 말 것이라는 점 등이다.

③ 간접효력설 : 사법(私法)은 헌법 체계에 대하여 기본적인 독자성과 고유법칙성이 있으나, 사법관계(私法關係)가 헌법에 위반해도 무방한 것은 아니며 사법행위(私法行爲)도 기본권 규정에 합치하여야 한다. 다만 기본권 규정이 사법(私法)질서에 적용되는 것은 직접 적용되는 것이 아니라 사법상의 일반조항(공서양속조항, 신의성실조항 등)을 통하여 간접적으로 적용되어야 한다. 이에 따르면 기본권 규정은 헌법 규범이 사법에 진입하는 ‘관문’이라고 할 수 있는 사법(私法)상의 일반원칙규정을 매개로 간접적으로 적용되어야 한다고 한다. 공서양속에 관한 민법 규정을 매개로 한다는 점에서 『공서양속설(公序良俗說)』이라고도 한다.

689) 한상희, “국가인권위원회법 제30조의 해석론 - 시민권으로서의 인권과 민주적 기본질서”, 『헌법학연구』 제8권 제4호(한국헌법학회, 2002), 95쪽.

690) 이 부분에 관하여는 권영성, 앞의 책, 324쪽 이하 참조



우리나라에서도 헌법에 명문이 없는 경우에는 간접적용설(공서양속설)에 따라 기본권 규정이 사법(私法)상의 일반원칙을 통해 사법관계(私法關係)에 적용된다고 보는 것이 다수설의 입장이며, 다만 헌법 제33조는 근로3권이 사용자와 근로자의 근로관계에 ‘직접 적용된다’고 명시적으로 규정하지는 않았지만 그 성격상 노사관계를 전제로 상대방(사용자)이 있는 권리이므로, 제3자인 사용자에 대해 직접 적용된다고 보고 있다. 성질상 사법관계(私法關係)에 적용될 수 있는 그 밖의 기본권들은 사법상의 일반원칙을 규정한 조항들(민법 제103조, 제2조, 제750조, 제751조)을 통해 간접적으로 적용되는 것으로 보고 있다.

헌법재판소나 대법원이 기본권의 대사인적 효력에 관하여 명시적으로 판단한 적은 없으나 환경권에 기해 청구된 골프연습장 설치 금지 가처분 사건에서 대법원은 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나...”라고 하여 직접 적용을 부인하고 간접적용설에 유사한 판시를 하였고(대법원 1995.5.23. 선고, 94마2218 결정),<sup>691)</sup> 이 사건의 원심에서는 “헌법상의 환경권은 국민의 대국가적인 공권으로서 기본권으로서의 환경권의 효력은 국민 개개인 상호간의 사적인 법률관계에서는 그 효력이 직접적으로 미치지 아니하고 다만 사적인 법률관계를 규율하는 사법의 일반규정 등을 통하여 간접적으로 사인간에 적용됨에 그친다. 따라서 현행의 사법체계 아래서는 상대방의 환경파괴가 민법상의 불법행위를 구성하거나 상린관계 규정에 해당되어 그에 따라 침해배제 등의 사법적인 청구권을 행사할 수 있음에 그치고 이를 초과하여 헌법상 기본권인 환경권에 의하여 직접 국민 개개인 상호간에 있어서 손해배상이나 침해의 배제를 청구할 수 있는 권리가 인정된다고는 보기 어렵다”고 하여 간접효력설을 명백히 확인하고 있다.

#### 나) 헌법 제10조 내지 제22조 권리가 아닌 경우

위에서 본 바와 같이 위원회법 제30조 제1항 제1호는 보호 대상인 ‘인권’을 헌법 제10조 내지 제22조의 범위로 제한하고 있다. 따라서 헌법 제23조 이하의 재산권, 참정권, 청구권적 성격의 기본권과 제31조 이하의 사회권적 기본권에 대한 침해는 위원회에 의한 조사·구제 대상이 되지 않는다.

이와 관련하여 위 법률 조항에 포함되는 기본권 중 제10조의 ‘인간으로서의 존

691) 이 판시 내용이 “종래의 통설이 헌법상의 기본권은 사인 간에는 직접적으로는 효력이 미치지 아니하고 단지 사법상의 일반조항 등을 통하여서 간접적으로만 적용된다고 하는 이른바 간접적용설과 궤를 같이하는 것”이라고 평가한 견해로는 윤진수, “환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용 여부”, 『대법원판례해설』 제23호(1995), 18쪽 참조.



엄과 가치’ 그리고 ‘행복추구권’은 그 성격에 있어 매우 포괄적인 내용을 담고 있기 때문에, 여기에 개별적 기본권으로 명시되지 않은 제23조 이하의 기본권이 포함되는지 문제된다. 즉 헌법재판소에 의하면 “인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”는 부분은 “모든 기본권보장의 종국적 목적이거나 할 수 있는 인간의 본질과 고유한 가치인 개인의 인격권을 보장하고 있고(헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 결정)”, “국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가지는 것(헌법재판소 2003. 9. 25. 2003헌마814등 결정)”이므로, 결국 위원회법에 열거되지 않은 헌법 제23조 이하의 기본권에 속하는 내용도 조사 및 구제의 대상이 될 수 있지 않은가 하는 점이 문제된다.

이에 관하여 보면, 행복추구권은 등장 당시에는 자유주의가 지배하던 시대적 배경에 비추어 당연히 자유권적 성격을 가졌으나 인간의 행복을 위한 모든 조건에 대한 추구의 권리라는 측면에서 현대 국가에 있어서는 이를 모든 기본권을 포괄하는 권리로 보는 것이 타당하다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 현재의 위원회법은 위원회의 조사대상에서 사회적 기본권을 제외시키고 있으므로 위와 같은 행복추구권의 사회적 기본권 포괄에도 불구하고 이를 조사대상으로 삼을 수 없는 문제가 있는 것이 사실이다.

반면에 위원회 조사·구제 대상인 ‘행복추구권’에 대하여 헌법재판소의 입장과 같이 헌법에 열거하지 아니한 기본권(헌법 제37조 제1항)이나 다른 기본권에서 파생되는 권리까지 포괄하는 일종의 일반적 기본권에 상당하는 포괄성을 부여한다면 위원회법에서 “제10조 내지 제22조”라고 하는 열거적 의미의 표현을 사용한 것은 전혀 무용한 것이 되어 버린다. 따라서 앞으로 이에 대한 입법 개선이 필요하며, 그때까지는 미흡하나마 위원회법상의 차별사유와 영역에 관한 법 제30조 제2항의 규정과 법령제도개선 권고에 관한 규정들을 활용해 문제에 대처하는 것이 바람직할 것이다.<sup>692)</sup>

또한 평등권의 경우 형식적 권리(모든 기본권을 균등하게 실현하기 위한 기능 내지 방법으로서 기본권 전반에 공통으로 작용되어야 할 기능적·수단적 권리는 점<sup>693)</sup>)으로서의 성격을 가지고 있는 만큼, 그 실체에 해당하는 개별기본권들은 상당부분 이 평등권의 보장조항을 통하여 위원회의 권한대상으로 포섭될 수 있는 여지를 확보하게 된다(이를테면 “균등하게 재판받을 권리”가 침해되었다면, 제30조 제1항 제2호에 의해 조사·구제 대상이 된다고 할 수 있다). 헌법재판소가 대부분의 기본권침해 주장 사건에 대하여, 평등권 혹은 평등의 원칙을 보충적

692) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 32쪽.

693) 권영성, 앞의 책, 390쪽.



으로 적용하여 심사하는 것이 관행처럼 굳어져 있다는 사실을 감안한다면 충분히 이해할 수 있는 일이다.<sup>694)</sup> 뿐만 아니라 소위 보조적 기본권 즉 기본권의 실현을 위한 기본권으로서의 재판청구권 등은 이 평등조항이라는 통과규정을 통하여 얼마든지 그 영역 안으로 포섭될 수 있다.

그러나 그렇다고 하여 법률이 명시적으로 “제10조 내지 제22조”라고 열거하여 규정한 것을 예시규정으로 해석하여 다른 기본권도 모두 조사·구제 대상이 된다고 보아서는 안 된다. 오히려 이 규정은 위원회의 주요 권한대상이 “제10조 내지 제22조”의 인권이며, 다른 인권 관련 규정들은 이러한 인권의 보장에 실질적으로 관련되는 한도 내에서 부수적으로 보장되는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

#### 다) 국회의 입법사항에 대한 진정

위원회법 제30조 제1항 제1호는 “국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우”라고 하여 ‘국회의 입법’을 조사·구제 대상에서 제외하고 있다. ‘법률’에 대한 입법권은 국민의 대표기관인 국회에 전속된 권한(헌법 제40조)이기 때문이며, 이 점에서 헌법에 의해 국회의 입법권에 대한 견제 권한도 부여받아 법률의 위헌여부까지 심판하는 헌법재판소의 권능과 구별된다(헌법 제111조 제1항 제1호). 여기서 ‘법률’에는 이미 제정된 법률뿐 아니라 필요한 법률을 제정하지 않고 있는 입법부작위<sup>695)</sup>도 포함되고, 국회에 의해 제정·개정되는 ‘법률’과는 달리 시행령이나 시행규칙과 같은 행정입법은 조사·구제의 대상이 된다.

694) 예를 들어, 공무원의 노동3권 제한의 위헌성에 관한 결정에서는 “국가공무원법 제66조 제1항이 ... 근로3권의 행사를 제한함으로써 일반 근로자 또는 사실상 노무에 종사하는 공무원과 달리 취급하는 것은 헌법 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐 아니라 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 헌법상 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니다(헌법재판소 1992.4.28. 90헌바27등)”고 하였고, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판 사건에서 소수의견 역시 “모든 고발사건을 차별 없이 성실하게 다루어야 할 검사가 검찰권행사에 있어 그 고발인을 차별대우하여 평등권을 침해한 것...(헌법재판소 1992.12.24. 92헌마186)”이라고 하고 있다.

695) 한편 ‘입법부작위’가 헌법소원 심판 청구의 대상인 ‘공권력의 행사·불행사’에 포함되는지에 관하여 헌법재판소는 “국민이 국회에 대하여 입법을 청원하는 것은 별도로 하고, 법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 원칙적으로 인정되지 아니한다”고 하였으나(헌법재판소 2000. 1. 27. 98헌바12 결정 등), ‘입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나, 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 이른바 ‘부진정 입법부작위(또는 결함이 있는 입법행위)’의 경우에는 헌법소원을 제기할 수 있다’는 입장을 취하고 있다(헌법재판소 2003. 2. 27. 2001헌마461 결정 등).



한편 위원회는 국회의 입법사항을 진정 대상에서는 제외하고 있으나 “인권에 관한 법령(입법 과정 중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명”의 권한이 있으므로(법 제19조 제1항 제1호), 진정이 입법 사항에 관한 것으로 판단되어 각하한 뒤에도 국회에 입법 권고를 할 수 있다.

## 라) 법원·헌법재판소의 재판에 대해 진정한 경우

위원회법은 국회의 입법과 함께 법원과 헌법재판소의 재판도 조사·구제 대상에서 제외하고 있다. 역시 권력분립의 원칙에 기하여 헌법에서 부여받은 법원과 헌법재판소의 재판권한을 침해할 수 없기 때문이며, 법원의 재판을 심판할 수 없는 것은 헌법재판소의 경우에도 마찬가지이다(헌법재판소법 제68조 제1항<sup>696</sup>). 인도의 국가인권위원회는 법원에 계속 중인 인권침해 관련 소송에 법원의 허가를 얻어 참가하는 권한을 가지고 있고, 오스트레일리아의 경우는 인도와 같은 재판개입권과 함께 경우에 따라서는 조정에 실패하여 위원회에서 종결된 진정 사건에 대한 재판에 참가하여 의견을 진술할 수 있는 제도인 아미쿠스(amicus curiae) 제도를 두고 있다고 한다.<sup>697</sup>

여기서 ‘재판’이라고 함은 판결뿐만 아니라 명령·결정도 포함되며, 소송절차의 파생적 및 부수적 사항에 대한 공권력이라고 할 수 있는 재판장의 소송지휘 또는 재판진행에 관한 명령이나 사실행위를 대상으로 하는 것도 제외된다.<sup>698</sup> 다만 재판 업무 외의 행정업무로 법원 청사 기타 시설의 설치·관리, 법관·법원 직원 임면·배치·감독 등의 인사행정, 법원의 예산·회계·경리, 등기 관련 업무, 호적 업무, 집행관의 업무, 공탁사무 등의 행정사무를 처리하는 이른바 ‘법원 행정’ 업무는 조사·구제 대상이 된다.

696) 그러나 헌법재판소가 1997. 12. 24. 이 조항 자체에 대해서 “헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다”는 한정합헌결정을 내림으로써, 재판도 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있게 되었다. 다만 대법원은 이에 반대하는 입장이다.

697) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 32쪽.

698) 헌법재판소 1998.2.27. 96헌마371 결정; 헌법재판소 2004.4.29. 2003헌마641 결정.



### ㉓ 재판을 진정 대상에서 제외한 것이 위헌인지에 관한 헌법재판소 결정

“국가인권위원회는 제대로 운영되고 있는 기존의 국가기관들과 경합하는 것이 아니라 보충하는 방법으로 설립되고 운영되는 것이 바람직하며, 법원의 재판을 포함하여 모든 인권침해에 관한 진정을 빠짐없이 국가인권위원회의 조사대상으로 삼아야만 국가인권기구의 본질에 부합하는 것은 아니다. 입법례를 살피더라도 국가인권기구가 각 나라의 실정에 따라 진정대상을 제한하는 것이 보편적이다.

구두심리절차와 엄격한 증거방법을 모두 채택하기 어려운 국가인권위원회가 법원의 재판의 당부를 판단하는 것도 곤란한 측면이 있으며, 국가인권위원회가 법원의 재판을 진정대상으로 삼는다면, 분쟁 또는 인권침해의 해결과정이 무한정 반복되고 지연될 가능성마저 있게 된다. 또한 국가인권위원회는 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 법원에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있고, 법원의 담당재판부에 사실상 또는 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다.

이러한 사정을 종합하면 입법자가 법원의 재판을 국가인권위원회의 조사 대상에 포함시키지 않은 것이 국민의 기본적 인권보장을 다하지 못한 것이라고 단언할 수는 없어, 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호 중 ‘법원의 재판을 제외한다’ 부분이 청구인의 기본권을 과도하게 침해하는 것이라고 할 수 없다 ... 법원의 재판도 국민의 기본권을 침해할 가능성이 없지 아니하나, 기본권침해에 대한 보호 의무를 담당하는 법원에 의한 기본권침해의 가능성은 입법기관인 국회나 집행기관인 행정부에 의한 경우보다 상대적으로 적고, 상급심법원이 하급심법원이 한 재판이 기본권을 침해하는지 여부에 관하여 다시 심사할 기회가 있다는 점에서 다른 기관에 의한 기본권침해의 경우와는 본질적인 차이가 있어 차별을 정당화하므로, 평등의 원칙에 위반된 것이라고 할 수 없다(헌법재판소 2004.8.26. 2002헌마302 결정).

### 2) 제5호 : 다른 권리 구제절차 진행 중 또는 종결된 경우

위원회법 제32조 제1항 제5호는 “진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우”를 각하 사유로 정하고 있다.

본래 법원이나 검찰, 기타 국가기관에도 인권침해에 대한 구제 절차가 있음에도 위원회에 또 하나의 구제 절차를 두는 것은, 인권침해 피해자들이 그 중 가장 적절한 제도를 선택하여 신속하고 효과적으로 권리 구제를 받게 하기 위함(접근





성, 유연성, 신속한 조치, 전문지식의 제공, 상대적으로 저렴한 비용 또는 무료 처리)이다. 그러나 업무 관할이 다른 기구의 관할과 중복되는 경우, 기술적인 충돌로 인해 양 기구 모두 효과성을 저해받기 때문에,<sup>699)</sup> 이 같은 충돌과 중복 문제를 해결하기 위해 명백한 규정을 둔 것이다. 특히 법원의 재판이 진행되고 있는 사안에 대해서는 위원회가 조사를 시작함으로써 공정한 재판 진행에 부당하게 관여하는 결과가 초래될 수 있으므로 이를 방지하기 위한 것이다.

법원이나 헌법재판소의 재판이 진행 중이거나 종결된 경우가 각하 사유가 되는 것은 분명하지만, i) 수사기관의 부당한 수사로 인해 인권침해가 있는 경우에도 각하되어야 하는지, ii) 그 밖의 권리구제절차의 범위는 어디까지인지, iii) 여기서 ‘종결된 경우’란 어떠한 경우를 의미하는지 등이 문제될 수 있다.

### 가) 수사기관의 수사

수사는 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견, 확보하고 증거를 수집, 보존하는 수사기관의 활동을 말한다. 수사는 그 단서(고소·고발, 현행범인의 체포, 변사자의 검시, 불심검문, 인지 등)가 있으면 수사기관(경찰 또는 검찰)에 의해 개시되는 것이며, 검사가 공사를 제기할 것인가를 판단할 수 있을 정도로 피의사건이 해명되었을 때 종결된다.<sup>700)</sup> 이러한 절차에서 ‘인권침해 행위’가 수사의 대상이 되었을 때, 이를 다시 위원회에 진정하여 조사를 하게 된다면 업무의 충돌·중복이 생길 수 있으므로 진정을 각하하게 한 것이다.

그런데 문제는 수사기관이 수사를 하는 과정에서 편파 수사·수사 미진 등이 있어 그 수사과정 자체에 의해 인권이 침해되었다고 주장하면서 불기소처분<sup>701)702)</sup>을 진정대상으로 삼은 경우에도 이 조항을 이유로 각하할 수밖에 없는지 하는 것이다(이는 수사과정에서 수사기관 소속 공무원에 의해 ‘가혹행위’가

699) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 91~94절, 50~52쪽.

700) 이재상, 『형사소송법(신정판)』(박영사, 1995), 185쪽.

701) 불기소처분과 달리 ‘기소(=공소의 제기)’는 법원에 대하여 특정한 형사사건의 심판을 구하는 검사의 소송행위이므로, 이로써 재판의 대상이 되어 기소의 적법·정당성에 대해서는 법원의 판정이 이루어지게 된다. 따라서 ‘기소처분’에 대한 다툼은 그 재판과정에서만 할 수 있고, 다른 방법으로 이에 불복할 수 없는 것이다.

702) 헌법재판소의 경우, 법원의 재판 등과는 달리 수사기관의 수사 내용(정확히 말하면 그 결과)을 ‘공권력의 행사’로 보아 기소유예처분이나 불기소처분에 대한 헌법소원 심판 청구를 인정하고 있다(다른 불기소처분에 관하여는 헌법재판소 2003.1.30. 2002헌마596 결정 등 다수) 기소유예 처분에 대해서는 헌법재판소 2003.9.25. 2003헌마43 결정 등 다수).



행해진 경우와는 구분하여 보아야 한다). 만약 그렇게 해석한다면 수사기관의 수사 내용과 결론에 대해서도 법원의 재판과 같은 특권적 지위를 부여하게 되고, 수사기관에 의한 인권침해의 경우를 구제할 수 없게 되는 결과를 초래하게 될 것이다.

이 법의 제정 당시 검토보고서에도 “다른 법률에 의한 권리구제절차에 의해서도 검사의 불기소처분 등으로 권리구제를 받지 못한 경우의 인권보호를 위해서는 권리구제절차가 종결된 경우에 대하여도 조사가 가능하도록 하여야 한다는 의견이 있으나, 검사의 불기소처분에 대하여는 헌법소원 및 재정신청 등 사법적 구제절차가 마련되어 있으므로 조사대상에서 제외하는 것이 타당하며, 수사기관이 인지수사 중인 형법 제123조 내지 제125조의 죄에 대하여만 예외를 두는 것은 바람직하지 않다는 반론이 있음”이라고 하여, 국회 심의 단계에서도 논란이 있었음을 보여주고 있다.<sup>703)</sup>

위원회에서도 실제 불기소처분에 대한 진정이 제기된 경우를 어떻게 처리할 것인지에 관하여 검토된 적이 있다. 즉 진정인이 검사의 불기소처분에 대해 재정신청이나 검찰 항고, 헌법소원 등 구제 절차를 진행하지 않고<sup>704)</sup> “불기소 처분 자체가 인권을 침해했다”는 취지로 진정을 한 경우, 이것이 제5호 각하 사유에 해당 하는지에 관한 것이다.<sup>705)</sup>

이에 대해 ① 불기소처분이 진정 대상이라고는 하지만 실질적으로는 수사의 대상이 되었던 분쟁에 대한 진정이 되므로 법문상 “수사기관의 수사 또는 권리구제절차가 종결된 경우”가 되므로 각하하거나 법 제33조 제1항에 의거 이송하는 것이 옳다는 견해(헌법학회, 대한변호사협회, 법무부), ② 진정원인 사실은 사인간의 분쟁이 아니라 검사의 불기소처분 자체이므로 이 자체를 다투는 것은 수사 대상이 된 사건과는 구별되어야 한다는 견해(신동운 위원, 시민단체) 등으로 의견이 나뉘었으나, 위원회 전원위원회에서는 제5호에 의거 각하해야 한다는 결론을 내렸다(국가인권위원회 2003.5.26. 제42차 전원위원회).

이와 비슷한 것으로 수사가 개시된 것은 아니라 내사<sup>706)</sup> 단계에서 공람종결한

703) 제16대 국회 법제사법위원회 전문위원 김치원, 국가인권위원회법안(정대철 대표발의)에 대한 검토보고서, 14쪽.

704) 검사의 불기소처분에 대해 항고·재항고·헌법소원 등을 제기해 다투고 있는 중이거나 종결되었다면 이는 진정 대상을 ‘검사의 불기소처분’이라고 보더라도 “그 밖의 법률에 따른 권리 구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우”에 해당하여 논란의 여지가 없다.

705) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 76쪽.

706) 법무부령인 검찰사건사무규칙에 의하면, 검찰에 처리되는 사건은 입건(=수사의 개시)된 형사 사건과 내사 사건, 진정 사건으로 나뉠 수 있으며(각주 5. 참조), 내사



사건을 “검사의 직무유기”라고 주장하며 진정한 사례에 대하여<sup>707)</sup> “수사기관의 수사가 종료된 것”으로 보아 각하할 것인지가 문제된 바 있었다(이 사건은 검찰청에 정식으로 ‘고소’를 하였는데 이를 ‘입건’조차 하지 않고 ‘내사 사건’으로 처리하여 공람종결로 종결한 것이었다).<sup>708)</sup> 법령상으로 보면 ‘내사’를 ‘수사기관의 수

및 진정 사건은 공람종결·불입건·내사중지 등으로 결론을 내리게 되어 있다.  
제143조(내사·진정사건의 처리 등) ①검사는 다음 구분에 의하여 내사사건을 처리하여야 한다.

1. 입건 : 이 경우에는 내사사건부의 비고란에 형제번호를 기재한다.
2. 입건유예 : 범죄의 혐의는 있으나 입건할 필요가 없는 경우
3. 혐의없음, 죄가안됨 또는 공소권없음 : 제69조제3항제2호 내지 제4호의 사유가 있는 경우
4. 내사중지 : 피내사자 또는 참고인등의 소재불명으로 내사불능인 경우
5. 이송 : 동일내용의 내사사건을 다른 검찰청의 검사가 내사중이거나 형사소송법 제256조 또는 제256조의2의 규정에 해당하는 사유가 있는 경우

②검사는 다음 구분에 의하여 진정사건을 처리하여야 한다.

1. 공람종결
  - 가. 3회 이상 반복 진정하여 2회 이상 그 처리결과를 통지한 진정과 같은 내용인 경우나. 무기명 또는 가명으로 한 경우
  - 다. 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니한 경우
  - 라. 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우
  - 마. 단순한 풍문이나 인신공격적인 내용인 경우
  - 바. 완결된 사건 또는 재판에 불복하는 내용인 경우
  - 사. 특정사건과 관련없는 청원 또는 정책건의를 내용으로 하는 경우
  - 아. 민사소송 또는 행정소송에 관한 사항인 경우
  - 자. 동일한 사실에 관하여 고소 또는 고발이 있는 경우
  - 차. 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우
2. 전과정정 : 전과사실을 정정하는 경우
3. 법원이첩 : 법원에 재판이 계속중인 사건에 대한 내용인 경우
4. 기록편철 : 검사가 조사중인 사건(검찰에 접수되어 사법경찰관리에 수사지휘한 사건을 포함한다)에 대한 내용인 경우. 이 경우에는 사건기록에 편철한다.
5. 다른 기관 이첩 : 사법경찰관리가 조사중이거나 법원·검찰청 또는 군검찰부외의 다른 기관의 소관사항에 관한 것인 경우. 이 경우 사법경찰관리가 조사중인 때에는 검사의 지휘사항을 명시하여 경찰에 송부하고, 법원·검찰청 또는 군검찰부 외의 다른 기관의 소관사항에 관한 때에는 해당 기관에 이첩한다.
6. 내사사건에 준하는 처리 : 제1항 각호의 1에 준하는 경우. 이 경우에는 제1항의 규정에 의한 내사사건처리의 예에 의한다.
7. 그 밖의 진정종결 : 제1호 내지 제6호에 해당하지 아니하는 경우

707) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 81쪽 이하.

708) 검찰사건사무규칙 제141조 ... ③검사는 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 이를 진정사건으로 수리할 수 있다.

1. 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의한 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우



사'로 볼 수는 없는 것인데, 이에 대해서도 ① 이 경우 헌법재판소는 이를 헌법소원의 대상으로 보고 있는데<sup>709)</sup> 위원회의 진정을 다른 구제절차를 원하는 것으로 보고 관계기관에 신속히 이송해야 한다는 입장(헌법학회, 법무부), ② 검사의 자의적 처분이므로 불공정 불기소처분과 동일하게 취급하여 사실조사를 시행해야 한다는 입장(신동운 위원, 시민단체), ③ 내사 사건의 종결처리는 수사기관의 내부적 사건처리 방식에 지나지 않고 그 처리 결과에 불만이 있으면 별도로 고소·고발할 수 있으므로 이에 대한 진정이 제기되는 경우 신속히 수사기관에 이송해야 한다는 입장 등으로 나뉘었으나, 이 역시 위원회 전원위원회는 각하하는 것으로 결론을 내렸다(국가인권위원회 2003.5.26. 제4차 전원위원회).

### 나) 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차

제5호 각하 사유의 “그 밖의 법률에 따른 권리구제절차”에 무엇이 포함되는지에 관하여 어떠한 절차가 이에 포함되는지가 문제된다. 헌법소원심판 청구의 요건인 ‘보충성의 원칙’에서 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원심판을 청구할 수 없다”고 할 때, ‘다른 법률에 있는 구제절차’는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 적법한 권리구제절차를 의미하는 것이고, 공권력의 행사 또는 불행사의 결과 생긴 효과를 원상회복하거나 사후적·보충적으로 구제하는 손해배상·손실보상 청구를 의미하는 것은 아니라고 하고 있고,<sup>710)</sup> 위원회에서도 이와 마찬가지로

2. 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 회망하는 의사표시가 없거나 처벌을 회망하는 의사표시가 취소된 경우
  3. 고소 또는 고발이 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니하는 경우
  4. 동일한 사실에 관하여 이중으로 고소 또는 고발이 있는 경우
- 709) 헌법재판소 1999.1.28. 98헌마85 결정, 헌법재판소, 2004.5.27. 2003헌마149 결정 그런데 이들 사건은, 공람종결 처분 자체가 헌법소원의 대상이 되는지에 관하여만 판단한 것으로, 그 결론에 있어서는 “헌법재판소가 이를 헌법소원의 대상으로 인정하고 있는 것”으로 단정하기는 어렵다. 즉 98헌마85 결정은 재판관 5인의 인용의견이 있었으나 6명에 미달하여 기각되었고, 2003헌마149 결정은 김영일·김효종 재판관만 인용의견이었다. 인용의견은 “피청구인이 자의적인 판단에 의하여 청구인의 적법한 고소를 고소사건으로 수리하지 아니하고 진정사건으로 수리하여 공람종결처분한 것은 헌행법이 전혀 예정하고 있지 아니한 간이절차를 창설한 것이 되어 헌행법이 명문으로 간이처리절차를 둔 취지를 몰각한 것일 뿐만 아니라, 고소인의 권리보호에 관한 규정을 형해화하는 것으로서 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하였다고 아니할 수 없으므로 취소되어야 한다”는 것이고, 기각의견은 “청구인의 고소장을 피청구인이 진정사건으로 수리하였으나, 피청구인이 고소사건으로 수리하여 처리하였다고 하더라도 공소를 제기할 사건으로 보이지 아니하므로 피청구인의 위 진정종결처분으로 인하여 청구인의 재판절차진술권과 평등권이 침해되었다고 볼 수는 없다”는 것이다.



가지로 보아 “피해자가 어떤 기관을 통하여 침해된 권리나 법률관계의 ‘효력’을 다룰 수 있고, 그 기관의 결정이 피해자와 상대방의 권리·의무관계나 법률관계 등에 구속력 있는 영향을 미칠 수 있는 법률상 구제 절차로 보고 있다.”<sup>711)</sup>

참고로 자유권 규약이나 유럽인권협약이 사건을 다루기 위한 전제조건으로 요구하는 ‘국내에서의 구제절차 완료(all available domestic remedies)’의 의미와 관련해서는 대체로 i) 사법적 성격을 갖고, ii) 통상적인 구제수단이어야 하며, iii) 보장된 권리의 직접적이고 신속한 보호를 기대할 수 있어야 한다는 원칙이 요구되고 있다.

이 각하 사유와 관련하여 국민고충처리위원회에 대한 민원제기와 중복되는 경우에도, 이를 ‘그 밖의 법률에 따른 권리구제절차’로 볼 것인지에 관한 사례가 있었는데, 이에 대해서는 대한변호사협회·공법학회·위원회 법무담당관실 모두 “각하 사유는 최대한 좁게 해석해야 하고, 고충위의 조치는 시정조치의 권고와 의견표명이므로 독자적으로 법률효과가 발생될 수 있는 최종적인 조치를 내리는 기관은 아니므로” 각하 사유가 되지 않는다는 의견을 냈다고 한다.<sup>712)</sup> 또한 수용자의 법무부 장관에 대한 청원이 이에 포함되는지에 관하여도 “청원권은 공권력과의 관계에서 일어나는 여러 가지 이해관계, 의견, 희망 등에 관하여 국가기관이 심사하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하며 재판청구권이나 준사법적 구제청구와는 성질을 완전히 달리한다”는 이유로 각하 사유가 되지 않는다고 판단하였다.<sup>713)</sup>

➡ 행정심판 전치주의<sup>714)</sup>에서 문제가 되는 행정심판에 고충 신청은 해당되지 않는다고 한 대법원 판결

“... 행정규제및민원사무기본법의 관계 규정을 종합하여 보면, 국민고충처리제도는 국무총리 소속하에 설치된 국민고충처리위원회로 하여금 행정과

710) “...헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 다른 법률에 의한 구제절차란 헌법소원의 목적물인 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 절차를 의미하는 것이지 최종목적을 달성하기 위하여 취할 수 있는 모든 우회적인 구제절차를 의미하는 것이 아니므로 설사 위의 경우 국가를 상대로 부당이득반환청구소송을 제기할 수 있다 하더라도 그에 대하여 바로 헌법소원을 청구하였다고 하여 보충성의 요건에 반한다고 할 수 없다”(헌법재판소 2000. 2. 24. 97헌마13 등)

711) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 91쪽.

712) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 92쪽.

713) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 166쪽.



관련된 국민의 고충민원을 상담·조사하여 행정기관의 처분 등이 위법·부당하다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 관계 행정기관의 장에게 적절한 시정조치를 권고하도록 함으로써 국민의 불편과 부담을 시정하기 위한 제도로서 행정심판법에 의한 행정심판 내지 다른 특별법에 따른 이의신청, 심사청구, 재결 신청 등의 불복구제절차와는 제도의 취지나 성격을 달리 하고 있으므로 국민고충처리위원회에 대한 고충민원의 신청이 행정소송의 전치절차로서 요구되는 행정심판청구에 해당하는 것으로 볼 수는 없다. 다만 국민고충처리위원회에 접수된 신청서가 행정기관의 처분에 대하여 시정을 구하는 취지임이 내용상 분명한 것으로서 국민고충처리위원회가 이를 당해 처분청 또는 그 재결청에 송부한 경우에 한하여 행정심판법 제17조 제2항, 제7항의 규정에 의하여 그 신청서가 국민고충처리위원회에 접수된 때에 행정심판청구가 제기된 것으로 볼 수 있다...”(대법원 1995. 9. 29. 선고, 95누 5332 판결)

#### 다) “종결된 경우”의 의미

제5호 각하사유가 다른 권리구제절차가 진행 중일 때뿐만 아니라 ‘종결된 경우’에도 진정을 각하하게 하고 있는 것은, 단순히 절차의 충돌·중복을 피하는 것이 아니라 위원회의 조사 결과가 다른 구제절차의 결과와 모순되거나 다른 절차의 재심처럼 활용되는 것을 방지하기 위한 것이다.

그런데 그렇다면 헌법재판소이나 법원 등에서 본안 판단 없이 부적법 각하된, 이른바 ‘형식 판결(결정)’으로 종결된 사건까지 ‘권리구제 절차가 종결된 경우’로 보아야 하는지, 그렇게 보는 것이 지나치게 엄격한 것은 아닌지 문제될 수 있을 것이다.

원래 위원회는 기존의 권리구제절차보다 그 범위를 확대하여 인권침해 조사·구제의 범위를 확대한다는 데 기본적인 의의를 두고 있고, 이 같은 경우까지 각하한다면 복수의 권리 구제 기관을 두고 조사 절차를 정하면서 각각의 요건(예컨대 청구기간이나 청구인 적격)을 달리 하는 취지를 훼손하게 될 우려가 있다는 점 등을 고려하여 긍정적으로 판단해야 한다.

한편 판결 이외의 방법, 즉 소의 취하, 재판상 화해, 조정, 청구의 포기·인낙, 당사자의 사망 등 당사자에 의한 소송 종료의 경우에도 제5호의 ‘재판의 종결’로

714) 행정소송을 하기 전에 반드시 행정심판을 먼저 해야 한다는 원칙으로, 1998년 행정소송법 제정 이전에는 모든 행정소송에 적용되었으나, 법 제정 이후 일부 절차에만 남아 있게 되었다.



볼 수 있을지가 문제될 수 있는데, 이 중에서 재판상 화해·조정·포기·인낙 등 판결과 동일시될 수 있는 실체 판단으로 종결된 경우라면 이에 포함되겠지만, 소의 취하(1심 판결 전)의 경우는 이에 포함시켜서는 안 된다. 민사소송을 먼저 또는 함께 제기했던 피해자가 위원회의 권리구제절차를 이용하기로 선택하여 절차를 바꾸는 경우를 각하해서는 안 될 것이기 때문이다.

### 라) “동일한 사안”

동일한 사안인지 여부는 형식적으로 (위원회에 대한) 진정인과 (다른 구제절차에 대한) 신청인이 같은 사람인지, 피해의 원인이 된 기준이나 행위가 무엇이었는지에 따라 가릴 것이 아니라, 제3자 진정의 경우를 고려하여 ‘피해자’가 동일한지, 그 원인이 된 기초적 사실관계에 있어 동일한 것인지를 종합적으로 판단해야 할 것이다.

한편 위원회는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구한 사건과 관련하여 청구인이 아닌 진정인이 동일원인을 이유로 위원회에 진정한 사건에 대하여, “민사소송법은 개별소송의 원칙에 의한 절차법으로 당사자 이외의 자가 소송에 관여하기 위하여는 다수인이 당사자가 되는 공동소송의 방법에 의하여야 하고 이는 헌법재판소법에서도 준용되고 있으며(제40조 제1항), 또한 어느 두 사건이 동일하다고 하기 위하여는 한 사건에 관한 결정의 효력이 다른 사건에 관하여도 동일하게 발생하는 것을 의미한다고 할 것인데, 타인의 소송에 참가하지 아니한 진정인에게까지 그 재판의 효력이 미치지 아니하므로 각하사유에 해당하지 않는다”는 의견을 제시하였다.<sup>715)</sup> 헌법재판소도 “중복되는 법률조항에 대한 헌법소원 사건이라도, 두 사건들의 청구인이 동일하지 아니하므로 두 사건은 동일한 것이 아니고, 따라서 일사부재리에 위반되지 않는다”고 판시한 바 있다.<sup>716)</sup>

### 마) 예외 : 수사기관이 인지하여 수사 중인 형법 제123조 내지 제125조 사건

위원회법 제32조 제1항 제5호는 다른 절차가 진행중이거나 종결된 경우를 각하 사유로 규정하면서, 그 단서로 “수사기관이 인지하여 수사중인 형법 제123조 내지 제125조의 죄에 해당하는 사건과 동일한 사안에 대하여 위원회에 진정이 접수된 경우”에는 각하하지 않는다는 예외 규정을 두고 있다.

대상이 된 범죄는 공무원의 직권남용(형법 제123조), 불법체포·감금(제124조), 폭행·가혹행위(제125조)에 제한되며, 이들은 넓은 의미에서 모두 ‘직권남용죄’의

715) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 137쪽.

716) 헌법재판소 1997.8.21. 96헌마48 결정.



범주에 들어가며, 형사소송법상 재정신청을 할 수 있는 범죄와 일치한다(형사소송법 제260조). 형사소송법상 재정신청은, 검사의 기소독점주의·기소편의주의를 견제하기 위한 ‘준기소절차’<sup>717)</sup>로, 공무원의 직권남용죄 등에 대하여 검사가 불기소처분을 한 경우 그 고소·고발인이 법원에 신청을 하여 법원이 결정(부심판결정, 付審判決定)을 하면 공소가 제기가 있는 것으로 간주하는 제도이다(형사소송법 제263조).

재정신청을 위 세 개의 범죄에 한하여 인정<sup>718)</sup>하는 이유에 관하여는 “직권남용죄에 대하여는 기소유예율이 높아 공정을 기대할 수 없다는 것”이라고 하는데,<sup>719)</sup> 위원회가 이들 범죄를 예외로 정한 것 역시 비슷한 관점에서 비롯된 것으로 보인다. 즉 수사기관이 수사 중이라고 해도, 그 범죄의 성격상(같은 일에 종사하는 공무원에 의한 범죄일 가능성이 큼) 공정한 수사나 재판에 대한 기대가 낮고, 따라서 대안적 권리구제 절차에의 진입을 허용할 이유가 되기 때문이다. 한편 이 예외 조항은 “수사기관이 인지(고소·고발·자수 이외의 수사단서가 있는 경우에 범죄의 혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시하는 것)”로 한정하여, 고소·고발에 의한 경우를 제외하고 있는데, 이는 당사자가 고소·고발을 통해 형사 절차를 선택한 경우에는 그 절차를 통해 구제받도록 하기 위함으로 보인다.

### 3) 제7호 : 진정이 위원회가 조사하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우

위원회법 제32조 제1항 제7호의 각하 사유는 형식상으로는 위원회의 조사 대

717) “... 기소편의주의를 채택하고 있는 우리 법제하에서 검사는 범죄의 혐의가 충분하고 소송조건이 구비되어 있는 경우에도 개개의 구체적 사안에 따라 형법 제51조에 정한 사항을 참작하여 불기소처분(기소유예)을 할 수 있는 재량을 갖고 있기는 하나, 그 재량에도 스스로 합리적 한계가 있는 것으로서, 이 한계를 초월하여 기소를 하여야 할 극히 상당한 이유가 있는 사안을 불기소 처분한 경우, 이는 기소편의주의의 범리에 어긋나는 부당한 조치라 하지 않을 수 없고, 이러한 부당한 처분을 시정하기 위한 방법의 하나로 우리 형사소송법은 재정신청제도를 두고 있다(대법원 1988.1.29. 86도98 결정).”

718) 제정 당시 형사소송법은 모든 고소·고발 사건에 대하여 재정신청을 허용하였으나(구법 제260조 제1항), 형사소송법 제3차 개정시(1973. 1. 25.)에 이 세 개의 범죄로 한정하였으며, 그로 인해 그 법적 기능이 그만치 약화되었다 - 대법원은 재정신청의 대상인 죄를 한정한 것이 위헌은 아니라고 판시하였고(대법원 1983. 7. 14. 자 83도23 결정), 헌법재판소도 이에 동의하고 있다(헌법재판소 1997. 8. 21. 자 94헌바 2 결정) - 조국, “재정신청부심판절차와 관련된 두 가지 문제”, 『판례월보』 제351호(1999), 33쪽.

719) 김용대, 『준기소절차의 제 문제』(사법연수원 사법연수생논문집, 1989), 168쪽.





상이 되지만, 그 내용이나 상황이 ‘조사하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우’를 규정하고 있다. 그러나 이는 매우 포괄적인 판단 재량권을 부여하고 있는 것인 만큼 매우 신중하게 행사되어야 할 것이다.

위원회는 이미 인용(기각한 사건에 대해서는 각하 사유 제9호 참조)한 사건과 동일·유사한 진정 사건에 있어서, ① 법령 개정이나 제도 개선 등 전국적으로 시행되어야 할 사항으로서 중앙부처 행정기관의 장에게 이미 개선 권고를 한 진정과 유사한 사건은 피진정기관의 수용여부와 상관없이 제7호를 적용하여 각하하기로 하고, ② 중앙부처 행정기관의 장에게 전격 시행될 사항이 아닌 것으로 진정의 내용은 유사하지만 진정인이나 피진정인이 다른 경우는 개별적으로 판단하여 결정하기로 하는 기준을 정하고,<sup>720)</sup> 위원회의 산업연수제도 폐지 권고 결정(2003. 2. 10.)에도 불구하고 재차 그 폐지를 권고해 달라는 내용으로 접수된 진정을 제7호 사유로 각하하였다.<sup>721)</sup>

한편 국가기관이나 지방자치단체의 업무집행과 관련된 것으로서, 법령상 그 기관의 재량행위에 속하는 것(예컨대 강제철거 과정에서의 공권력 투입의 방법이나 시기 판단 문제, 교도소 수용자의 이송 여부 결정과 관련된 문제, 행정기관장의 인사운영상 재량사항과 관련된 문제 등)이 위원회의 조사 대상이 되는지가 문제되었는데, 위원회는 이를 제7호가 아니라 제1호 사유로 각하 결정한 바 있다. 그러나 재량행위라고 무조건 각하할 것인지, 각하한다면 제1호 사유로 할 것인지, 제7호 사유로 할 것인지 등 그 처리 방안을 확실적으로 정한 것은 아니라고 한다.<sup>722)</sup>

법규 형식상 행정청에게 재량권을 부여하고 있는 경우, 공익판단의 여지를 감안해야 하는 것은 맞지만 그 재량권 한계의 일탈이나 남용이 위법한지 가릴 수 없는 것은 아니고,<sup>723)</sup> 바로 그 재량권의 일탈·남용을 심사하는 가장 중요한 기

720) 2004. 1. 26. 제2차 전원위원회

721) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 100쪽.

722) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 104쪽.

723) “... 행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속 재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다 ... (대법원 2001.2.9. 선고, 98두



준이 ‘피해자의 인권 침해가 비례·평등 원칙에 위반되지 않는지’가 되므로, ‘각하’ 결정으로 조사 대상에서 제외하기 보다는 조사를 통해 재량권 행사의 제 조건을 검토하여 그 한계를 넘지 않았는지 실질 판단(인용 또는 재량권 범위 내일 때에는 기각)을 하는 것이 바람직하다.

#### 4) 제10호 : 진정의 취지가 당해 진정의 원인이 된 사실에 관한 법원의 확정판결이나 헌법재판소의 결정에 반하는 경우

제10호는 ‘당해 진정의 원인이 된 사실’에 관한 법원의 확정 판결이나 헌법재판소 결정이 있을 때를 각하 사유로 하고 있는데, 이와 같이 확정판결이나 결정이 있을 때에는 “진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판… 종결된 경우(제5호)”에 해당하여 각하하면 되는 것이므로<sup>724)</sup> 이는 무의미한 조항이 아닌지의 의문이 제기된다.

그러나 한편으로는 제10호가 ‘진정의 취지’와 ‘진정의 원인이 된 사실’을 구별하여 기술하고 있다는 점에 주목하여, 소송에서 청구취지와 청구원인을 구별하는 것과 같은 맥락에서 이 규정을 해석하는 입장도 있을 수 있다. 이는 제5호의 진정의 원인이 된 사실의 범위를 어디까지로 볼 것인지의 문제와 연동되는 것으로, 각하 여부의 결정에는 영향이 없다고 할지라도 법적용의 일관성상 어느 호를 적용할 것인지를 정리할 필요는 있다고 본다.

나아가 위원회는 ‘당해 사건’이 아닌 ‘유사 사안’에 대한 확정 판결이 있는 경우에 진정을 각하할 수 있는지에 관하여 검토하고 실제로 동일한 법령에 대한 진정 사건에 대해 각하 결정을 한 예도 있다고 하나,<sup>725)</sup> 법문은 명백하게 ‘(진정원인이) 동일한 사건’이 아니라 ‘당해 사건’<sup>726)</sup>으로 못 박고 있으므로 이를 확대하여 “진정의 원인이 된 사실에 관한 헌법재판소 결정에 반하는 경우”로 확대할 수는 없다. 따라서 이러한 경우 적어도 제10호를 적용하여 각하해서는 안 된다.

17593 판결)”

724) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 123쪽에서는 제5호의 ‘종결’의 의미를 제10호와의 관계에서 “종국 판결에 의한 확정을 제외한 소송의 종료로 해석하는 것이 타당”하다고 하고 있으나, 면밀한 검토가 필요하다.

725) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 119쪽 이하.

726) “상급법원의 재판에 있어서의 판단은 **당해 사건**에 관하여 하급심을 기속한다”고 규정한 법원조직법 제8조 관련 재판에서 법원은 “파기판결의 기속력은 파기의 직접 이유가 된 원심판결에 대한 소극적인 부정 판단에 한하여 생긴다”고 하는 등, ‘당해 사건’이라 함은 동일한 당사자에 의해 제기되어 동일한 절차 내에서 진행되는 바로 그 사건이라는 점을 당연한 전제로 하고 있다(대법원 2003.2.26. 선고, 2001도1314 판결 등).



뿐만 아니라 내용상으로도 위와 같은 이유로 각하한다면, 이는 법원의 판결이나 헌법재판소의 결정에 부여되는 일사부재리·기관력의 범위보다도 각하 범위를 넓히는 것이어서 국가인권위원회법의 제정 취지와도 맞지 않는다.

## 다. 권리 구제의 이익과 관련된 각하사유

### 1) 제2호 : 진정의 내용이 명백히 거짓이거나 이유 없다고 인정되는 경우

제2호는 진정의 내용의 진실성과 주장의 상당성을 기준으로 각하할 수 있다는 규정을 두고 있으나, 어떠한 경우 ‘명백한’<sup>727)</sup> 거짓이고 ‘이유 없는’ 것인지에 관해서는 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다. 이 또한 위원회의 재량 판단 여지가 주어진 각하 사유이므로 신중하게 적용해야 할 것이다. 위원회의 판단이 필요 없을 만큼 누가 보기에 명백한 거짓이라고 확신할 수 있는 경우이거나, 진정 내용 자체가 일관성이 없어 그 내용의 파악조차 어려운 상황 정도에 이르러야 한다.

### 2) 제3호 : 제3자 진정에서 피해자가 조사를 원하지 않는 것이 명백한 경우

위에서 본 바와 같이 위원회법은 인권침해행위나 차별로 인하여 피해를 입은 당사자뿐만 아니라 이를 목격했거나 알고 있는 사람이나 단체(제3자)도 진정할 수 있도록 규정하고 있는데(제30조 제1항), 이는 피해 당사자가 구제절차에 대해 쉽게 접근할 수 없는 상황을 고려한 것이지 당사자의 의사에 반하여 진정할 수 있다는 것은 아니므로, 반대의사가 명백하게 확인되는 경우에는 각하하여야 한다.

한편 위원회법은 ‘진정을 접수한 때(제32조 제1항)’와 ‘조사를 시작한 후(제32조 제3항)’를 나누어 전자의 경우에는 ‘각하한다(필요적 각하)’고 하고 후자의 경우에는 ‘각하할 수 있다(재량적 각하)’고 정하고 있기 때문에, 피해자가 진정 당시부터 조사를 원치 않았는지 아니면 위원회 조사 이후 불이익에 대한 염려 때문에 심경의 변화를 일으켜 조사를 원치 않게 되었는지를 확정하는 것이 필요하게 된다. 후자에 해당한다면, 위원회는 피해자의 외면적 의사표시보다는 국민의 인권 보호라는 측면에서(특히 당해 진정 사안이 공익적인 문제로서 다수인의 인권 침해와 관련되는 경우가 그러하다) 조사·각하 여부를 신중하게 판단해야 하기 때문이다. 이러한 점 때문에 아예 제32조 제3항의 “진정에 대한 조사를 시작한 후”를 “진정을 접수한 후”로 해석하자는 견해도 있으나, 피해자의 의사는 빨라도 “진

727) 행정소송에서 하자 있는 행정처분이 당연 무효가 되기 위한 요건으로, ‘하자의 중대·명백성’을 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다고 한다(대법원 1996.11.12. 선고, 96누1221 판결 등).



정을 접수한 후”에 확인되는 것이 보통이라는 점을 고려하면(물론 “처음부터 반대했느냐, 마음이 바뀌었느냐”고 확인할 수는 있겠지만, 주관적 의사의 형성 시기를 외부에서 확정한다는 것이 쉬운 문제는 아니다), 피해자가 조사 반대의 의사를 밝힌 시기·경위·동기와 피해자의 (처음부터 또는 변경된) 의사에 반해서 굳이 조사를 계속해야 할 필요성 등을 종합적으로 판단하여 제1항 또는 제3항을 적용할지 여부를 정해야 할 것이다.

### 3) 제6호 : 진정이 익명 또는 가명으로 제출된 경우

앞서 본 바와 같이 위원회법에서는 진정인이 될 수 있는 범위를 거의 무제한적으로 넓히고 있으나, 진정인이나 피해자가 정확하지 않으면 진정이 접수되더라도 피해사실을 조사하여 이를 구제할 수 없다. 따라서 이름을 밝히지 않은 채 혹은 가명으로 접수된 진정은 위원회법 제32조 제6호에 의해 각하된다.

### 4) 제8호 : 진정인이 진정을 취하한 경우

진정 사건은 진정인의 조사 요구 의사로부터 시작된 것이므로 본인이 진정 취하의 의사를 밝힌 경우, 조사·구제 절차를 유지할 이유가 없다. 다만 이론적으로 제3자 진정에서는 진정인과 피해 당사자의 의사가 분리되므로, 진정의 취하가 피해자의 의사와 일치하지 않는 경우, 제8호에 의해 각하할 수 있는지 문제되는 것처럼 보인다. 특히 위원회의 권리구제가 침해 시부터 1년이라는 기간의 제한을 받음을 고려한다면, 조사가 한창 진행 중이다가 진정인이 진정을 취하하면, 진정하지 않은 피해자로서는 영영 위원회를 통한 권리 구제의 기회를 갖지 못하는 경우가 생길 수도 있다.

그러나 ‘진정인이 진정을 취하’하는 것은 시간상으로 진정이 접수되고 최소한의 조사가 이루어진 이후가 될 것이므로(특히 이에 반대하는 피해자의 의사가 확인되는 것은 최소한의 조사 없이는 불가능하다), 이는 법 제32조 제1항에 의해 필요적으로 ‘각하’해야 하는 것이 아니라 제3항에 의해 ‘각하할 수 있는(재량적 각하)’ 경우가 된다. 따라서 위원회는 진정 취하가 피해자의 의사에 반한다는 점이 명백한 경우에는, 특별한 이유가 없는 한 이를 각하하지 않으면 된다.

### 5) 제9호 : 위원회가 기각한 진정과 동일한 사실에 관하여 다시 진정한 경우

제9호는 “기각한 진정과 동일한 사실에 관하여 다시 진정한 경우”를 각하 사유로 들고 있다. ‘기각한 진정’이 아니라 형식적 요건 흠결로 각하된 경우에는 그 요건을 보완하여 얼마든지 다시 진정할 수 있고, 재진정이라는 사유만으로 곧바로



각하 사유가 되지 않는다(다만 여전히 요건이 흠결되어 별도의 각하 사유가 있다면 그로 인해 각하될 수는 있다).<sup>728)</sup>

다른 행정청에서 처분을 받은 경우에는 행정소송이나 헌법소원을 제기할 수 있고, 검사의 불기소 처분에 대해서는 항고·재항고나 헌법소원을 할 수 있으며, 법원의 판결에 대해서는 항소·상고·항고 등을 통해 불복할 수 있는데, 국가인권위원회의 기각 결정에 대해서는 불복할 방법이 없을 뿐 아니라 다시 진정한 경우는 자기기속력 때문에 각하할 수밖에 없는 것이다. 마찬가지로 헌법재판소의 결정도, 자기기속력 때문에 이를 취소·변경할 수 없으므로 이에 대한 헌법소원 심판청구는 부적법하여 각하한다(헌법재판소법 제39조, 헌법재판소 1993. 2. 23. 자 93헌마32 결정).<sup>729)</sup>

여기서 ‘동일한 사실에 관하여’에서 말하는 ‘사실의 동일성’이 어느 정도 범위의 동일성을 요하는지는 그 조항의 취지상 i) (진정인이 아니라) 피해자와 인권 침해의 주체가 동일하고, ii) 진정원인이 되는 인권 침해 사실관계의 기초에 차이가 없어야 할 것이다.

## 라. 기간과 관련된 각하 사유 - 제4호 : 진정원인이 된 사실이 발생한 날부터 1년 이상 경과하여 진정한 경우

### 1) 1년 이상 경과

제4호는 진정원인이 된 사실이 발생한 날부터 1년 이상 경과하여 진정한 경우를 각하하도록 하고 있다. 여기서 1년은 진정권 행사기간으로서 이 기간의 종료로 진정권이 소멸되고(단서의 예외 조항은 제외) 소멸시효에서 볼 수 있는 ‘중단(민법 제168조 이하)’이나 ‘정지(민법 제179조 이하)’는 인정되지 않으며, 위원회는 기간 도과 여부를 직권으로 조사해야 한다.<sup>730)</sup>

728) 헌법재판소 결정도 마찬가지다 ; “... 헌법소원심판청구가 부적법하다고 하여 헌법재판소가 각하결정을 하였을 경우에는, 그 각하결정에서 판시한 요건의 흠결을 보정할 수 있는 때에 한하여 그 요건의 흠결을 보정하여 다시 심판청구를 하는 것은 모르되, 그러한 요건의 흠결을 보완하지 아니한 채로 동일한 내용의 심판청구를 되풀이하는 것은 허용될 수 없다... (헌법재판소 1994.2.7. 94헌마19 결정)”

729) 민사소송법상 재심 규정을 준용하여 재심의 형식으로 다룰 수 있는 것도 아니다; “... 청구인들이 심판청구서에 재심이라는 용어를 사용했다 하더라도 그 실질에 있어서는 헌법재판소의 결정에 대한 단순한 불복소원에 불과한 경우에는 이를 재심청구로 볼 수 없다... 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없으므로, 헌법재판소의 결정에 대하여는 원칙적으로 불복신청이 허용되지 아니한다 ... (헌법재판소 1994. 12. 29.자 92헌아1 결정)”.

730) 시효와 제척기간의 차이점에 관해서는 박준서 외, 『주석 민법(제3판) 민법총칙(3)』,



1년의 기간을 계산하기 시작하는 기산점(起算點)은 진정의 원인이 된 인권침해가 있는 다음날부터 기산되고(초일불산입 원칙 : 민법 제157조), 1년의 기간은 曆(태양력)에 의해 계산하여 다음 해 바로 전날이 진정 만기가 된다(민법 제160조 제1, 2항). 최종의 월에 해당일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다(민법 제160조 제3항). 그리고 기간의 말일이 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 다음날로 만료한다(민법 제161조).

## 2) 예외

제4호는 그 단서로 “공소시효 또는 민사상 시효가 완성되지 아니한 사건으로서 위원회가 조사하기로 결정한 경우”에는 1년이 경과한 후에도 각하되지 않는다고 하고 있다. 이러한 사정이 인정되면 위원회는 당해 인권침해행위의 침해정도, 파급효과, 중요성 등을 종합적으로 고려하여 예외적으로 그 진정사건에 대해 조사를 할 수 있다.<sup>731)</sup>

여기서 ‘공소시효’란 형사소송법에서 검사가 일정기간 공소를 제기하지 않은 경우 국가의 소추권을 소멸시키는 것을 말하며, 범죄의 경중에 따라 최단 1년에서 최장 15년까지의 기간에 차이가 있다(형사소송법 제249조 제1항).

‘민사상 시효’는 일정한 사실상태가 오랜 기간 계속된 경우 그것이 진실한 권리관계와 일치하는가의 여부를 가리지 않고 그 사실상태 대로 권리관계를 인정하려는 제도로써 취득시효와 소멸시효가 있는데, ‘민사상 시효가 완성되지 아니한 사건’을 조사한다는 조문의 취지상 일정 기간 행사하지 않은 사법(私法)상의 권리를 소멸시키는 ‘소멸시효’에 한정되는 것으로 보아야 한다. 소멸시효의 대상이 되는 권리는 원칙적으로 재산권에 한하고, 신분권, 인격권과 같은 비재산권은 소멸시효의 대상이 되지 않으며,<sup>732)</sup> 절대적 권리인 소유권과 점유를 전제로 하는 점유권·유치권 등의 물권도 시효에 걸리지 않는다. 제한물권 중에서 담보물권(저당권·질권)은 피담보채권이 시효에 의해 소멸되면 이에 따라 소멸하고 그러지 않는 이상 독립하여 단독으로 소멸시효에 걸리지는 않으며, 용익물권은 소멸시효(10년)의 대상이 된다. 그 기간은 권리의 종류에 따라 다르며, 일반적인 민사채권은 10년이지만 상인의 상사채권은 5년이며, 3년이나 1년, 6월(어음상의 채권)의 기간으로 소멸하는 권리도 있다. 한편 시효제도 외에도 일정한 권리를 중심으

(한국사법행정학회, 2001), 531~532쪽.

731) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 161쪽.

732) 그러나 진정인의 의사가 이러한 비재산권에 대한 침해를 불법행위로 보아 금전상 손해배상 청구를 하고자 할 때, 그 청구권은 시효기간이 3년(민법 제766조 제1항)이므로, 3년의 기간으로 민사상 소멸시효가 만료된다고 보아야 한다.



로 하는 법률관계를 조속히 확정하기 위한 것으로 일정한 권리를 기간 내 행사하지 않으면 권리를 소멸하게 하는 ‘제척기간’이 있는데, 위원회법에서 ‘민사상 시효’만을 언급하고 있어, 이에 ‘제척기간’이 포함되는지 문제될 수 있다. 예컨대 손해배상을 구하는 진정을 하였는데, “그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간”이라는 시효는 만료되지 않았으나 “불법행위를 한 날로부터 10년”이라는 제척기간이 도과된 경우, 위원회가 조사를 할 수 있는가 하는 것이다(민법 제766조). 이와 같이 소멸시효와 제척기간이 함께 규정되어 있을 때에는 2개의 기간 중 먼저 도과하는 것이 있으면 권리가 소멸한다고 본다.

법문은 ‘민사상 시효’라고 하고 있으나 그 취지상 법률상 권리를 행사할 수 있는 기간이 남아 있는 경우 전체를 가리킨다고 보아야 하므로, 제척기간도 포함된다고 해석해야 할 것이다.

## 마. 조사 중 각하 사유 발견의 경우 재량 각하

**제32조** … ③위원회가 진정에 대한 조사를 시작한 후에도 그 진정이 제1항 각호의 1에 해당하게 된 경우에는 그 진정을 각하할 수 있다.

법 제32조 제3항은 ‘조사를 시작한 후’<sup>733)</sup> 각하 사유가 발생한 경우에는 “그 진정을 각하할 수 있다”고 하여, 사후적으로 발생한 사유에 대해서는 각하 여부에 대한 재량을 부여하고 있다. 이에 관하여 “조사 개시 전에 진정 각하 사유가 있었음이 조사 시작 이후에 밝혀진 경우의 각하를 위한 규정이라는 견해”도 있었으나, 이러한 경우는 제1항에 의해 ‘각하해야’ 할 것이다(국가인권위원회 법무담당관실 2003. 6. 10. 자 질의회신 내용도 같은 취지, 다만 이렇게 보면 제1항 각 호의 사유 중 제4, 6, 9호 규정에 대해서는 제3항이 적용될 여지가 없게 된다).

이와 같이 ‘재량 각하’의 규정을 둔 것은 조사 결과 진정인이나 당해 피해자의 의사에도 불구하고 공익적인 차원에서 다수인의 인권 침해와 관련 있는 경우에는 조사 여부를 신중하게 검토하여 각하하지 않을 수 있는 여지를 남겨 놓기 위한 것으로 보인다.

733) ‘조사를 시작한 후’를 ‘접수한 이후’와 어떻게 구별할 것인지에 관한 논의는 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 58쪽 참조.



## 바. 각하 사건에 대한 처리

**제32조** ... ②위원회는 제1항의 규정에 의하여 진정을 각하하는 경우 필요하다고 인정할 때에는 그 진정을 관계기관에 이송할 수 있다. 이 경우 진정을 이송 받은 기관은 위원회의 요청이 있는 때에는 지체 없이 그 처리결과를 위원회에 통보하여야 한다. ...

④위원회는 진정을 각하 또는 이송한 경우 지체 없이 그 사유를 명시하여 진정인에게 통보하여야 한다. 이때 위원회는 필요하다고 인정하는 경우 피해자 또는 진정인에게 권리를 구제받는 데 필요한 절차와 조치에 관하여 조언할 수 있다.

### 1) 관계 기관에의 이송(제2항)

민사 소송 기타 다른 절차와는 달리 위원회는 단순히 각하 결정을 하고 이를 통보하는 것에 그치지 않고 다른 기관으로 이를 이송할 수 있다. 통상 권리 구제 절차의 요건이나 관할이 충족되지 않는 경우 각하 결정으로 절차가 마무리되는 것이 보통이지만, 진정인의 권리 구제를 위해서 위원회가 직접 다른 기관으로 이송 처리를 해줄 수 있음을 특별히 규정한 것이다. 이송 절차와 이송해야 할 서류 등은 제33조 제1항의 경우와 같다(이에 관하여는 후술한다).

### 2) 즉시 통보 의무(제4항)

모든 진정의 각하에 대해서는 진정인에게 그 사유를 명시하여 통보해야 하며, 이 때에는 각하 사유에 관한 법률 규정(제32조 제1항) 중 어느 사유에 해당하는지를 특정하여야 한다.<sup>734)</sup> 사실통보뿐만 아니라 각하결정 자체가 신속히 내려져야 한다. 초기 단계에서 신속한 조치를 취하여야 진정인이 다른 구제제도를 최대한 활용할 수 있기 때문이다.<sup>735)</sup>

734) UN 인권고등판무관실, 앞의 책, 250절, 110쪽.

735) UN 인권고등판무관실, 앞의 책, 250절, 111쪽.





- ㉠ 현행 조사구제규칙 별표 제12호 서식에 의한 진정사건 처리결과 통보문 양식은 다음과 같다.

【 안 내 문 】

진정사항 처리결과를 알려드립니다

국가인권위원회는 그동안 ○○○님께서 제출하신 진정서를 토대로 진정의 내용을 면밀히 검토 하였습니다. 그러나 유감스럽게도 ○○○님께서 제출하신 진정 내용은 국가인권위원회에서 처리할 수 없는 사항으로서 국가인권위원회법에 따라 각하 처리되었음을 알려드립니다.

국가인권위원회는 비록 법이 정한 이유로 ○○○님의 진정사건을 처리해 드리지 못하게 되었지만, 국민의 편의와 안녕을 위해 마땅히 봉사해야 할 국가기관으로서 ○○○님이 제기한 문제에 대해서는 그 문제점을 유념하며 업무에 정진토록 하겠습니다.

○○○님께서 진정하신 사항이 각하된 이유에 대해 보다 자세한 내용을 확인하고 싶으시거나 문의할 내용이 있으시면 우편 또는 직접 방문하시거나 언제든지 전화를 주십시오. 담당직원이 친절하게 알려 드리겠습니다.

○○○님의 건강과 행복을 기원하며, 법이 정한 바 국가인권위원회가 마땅히 도움을 드릴 수 있는 일이라면 언제라도 기꺼이 도와 드릴 것을 약속드립니다.

국가인권위원회 사무총장 올림



국 가 인 권 위 원 회 사건 처리 결과 통지 문서번호 :			
사건번호	진인	사건명	
진정인	성명	주소	
<p>1. 우리 위원회에 진정을 제기해 주신 데 대하여 감사드립니다.</p> <p>2. 우리 위원회가 조사 및 심의한 결과 귀하께서 제기하신 진정은 국가인권위원회법 제32조제1항 제 호에 의하여 우리 위원회가 처리할 수 없는 사건에 해당합니다. 따라서 귀하의 진정을 국가인권위원회법에 의해 각하하기로 결정하였으므로 그 사실을 통지해 드립니다.</p> <p style="text-align: center;">2003. . .</p> <p style="text-align: center;">국 가 인 권 위 원 회 위 원 장</p>			
※ 이 통지에 대하여 궁금한 사항이 있으신 분은 아래 담당자에게 전화나 우편으로 연락하시면 친절히 답변해 드리겠습니다.			
담당자		연락처	서울시 중구 을지로1가 16번지 금세기빌딩 Tel : (02)2125-9896/ Fax : (02)2125-9883

### 3) 다른 절차와 조치에 관한 조언(제4항) 등

각하 사실과 그 사유를 통보할 때 위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 권리를 구제받는데 필요한 절차와 조치에 관하여 조언할 수 있다. 가능한 다른 모든 가능한 구제절차들을 알려 주어야 하지만, 다른 절차에 의해서도 구제받기 어려울 때까지 모두 알려야 하는 것은 아니다.

한편 당해 사건에 대해 법원 또는 헌법재판소에 재판 등이 계류 중이어서 제5호 사유에 의해 각하되었을 때에는 법 제28조 규정에 의해 법원 또는 헌법재판소에 의견을 제출할 수 있다.



## 사. 국가인권위원회의 각하 결정에 대한 불복

진정사건이 위원회에 의해 각하되었을 때, 진정인이 이 각하 결정을 다룰 수 있을 것인가. 이에 관하여 법은 별도의 규정을 두고 있지는 않으므로, 행정구제법이나 헌법재판 일반 이론에 따라야 할 것이다. 당사자들은 행정심판위원회나 헌법재판소에 불복신청을 시도한 적이 있다.

### 1) 행정심판의 청구

넓은 의미의 행정심판은 행정상 법률관계의 분쟁을 행정기관이 심리·재결하는 행정쟁송절차를 말하며, 좁은 의미로는 행정청의 위법 또는 부당한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행하 등으로 인해 권리 또는 이익이 침해된 자가 그 처분의 직근 상급 행정기관에 대해 그 처분의 재심사를 구하고 이에 대해 그 직근 상급행정기관이 재결(裁決)을 구하고, 이에 대해 그 직근 상급행정기관이 재결을 행하는 절차를 말한다. 헌법 제107조 제3항은 “재판의 전심 절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되 사법절차가 준용되어야 한다”고 정하여 그 근거를 마련하고 있고, 그 구체적인 절차와 내용은 행정심판법에 정하고 있다. 과거에는 취소심판만이 인정되었으나, 현행의 행정심판법에서는 무효등 확인심판·의무이행심판이 인정되고 있으며(법 제4조), 대통령의 처분이나 부작위를 제외하고는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 모든 처분 또는 부작위에 대하여 행정심판을 제기할 수 있다(『개괄주의(概括主義)』, 법 제3조).

그러나 국가인권위원회행정심판위원회규칙 제9조는 “국가인권위원회(전원위원회, 상임위원회, 소위원회 및 특별위원회)의 심의·의결을 거친 사항(국가인권위원회법에서 국가인권위원회의 업무로 규정한 것에 한한다)은 행정심판의 대상이 되지 않는다”고 하여, 위원회의 심의·의결을 거친 각하 결정을 행정심판으로 다룰 수 없게 하고 있으므로 심판을 청구한다고 하여도 대상적격이 인정되지 않아 각하될 것으로 보인다.

### 2) 행정소송의 청구

행정소송법상의 행정소송의 대상인 ‘처분 등’은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).<sup>736)</sup> 위원회의 각하 결정이 이러한

736) 반면에 “부작위”는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 의미한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).



‘처분 등’에 해당되는지 여부에 관해서는 아직 확립된 해석은 없는 상태이지만, ‘기각’ 결정에 관한 서울행정법원 판결(서울행정법원 2004.8.19. 선고, 2004구합 13202 판결)은 그 대상성을 부인한 바 있다.<sup>737)</sup>

### 3) 헌법소원

헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법상 보장된 기본권이 직접 그리고 현실적으로 침해당한 자의 청구를 받아 기본권을 구제하는 제도이다. 헌법 제111조 제1항에 근거를 두고 있고, 구체적인 내용은 헌법재판소법 제68조 이하에서 상세히 정하고 있다.

헌법소원을 청구하기 위해서는, ① 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법상 보장된 자신의 기본권이 직접 그리고 현재 침해된 사람이(「직접성·자기관련성·현재성」), ② 기본권 침해의 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에(헌법재판소법 제69조 제1항) 제기해야 하며, ③ 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 제기할 수 없다(법 제68조 제1항 단서 : 이러한 구제 절차가 있는 경우에는 그 구제절차의 최종 결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구해야 한다 - 제69조 제1항 단서).

헌법소원의 심판 대상이 되는 ‘공권력의 행사 또는 불행사’는 입법권·집행권·사법권을 행사하는 모든 국가기관의 적극적인 작위행위와 소극적인 부작위행위를 총칭하고,<sup>738)</sup> 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜야 하고 청구인의 법적 지위를 그에게 불리하게 변화시키기에 적합한 것이어야 하며,<sup>739)</sup> 모든 국가기관의 입법·집행·사법작용 뿐만 아니라 간접적인 국가행정작용, 예컨대 공법상의 사단·재단 등의 공법인, 국립대학교와 같은 영조물 등의 공적 작용도 이에 포함된다.<sup>740)</sup>

헌법재판소는 위원회의 각하·기각 결정이 헌법소원 심판의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당하는지에 관하여 정면으로 판시하지는 않았으나, 위원회법 제32조 제1항 제1호, 제4호 및 제5호 사유에 의해 각하 결정을 받은 청구인의 소원심판 청구에 대해서 형식적 요건 판단에 의한 ‘각하’ 결정이 아니라 실질상 이유가 없다는 ‘기각’ 결정을 함으로써, 일단 헌법소원심판의 대상이 됨을 확인하였다(헌법재판소 2004.2.26. 자 2003헌마207 결정, 2004.4.29. 자 2003헌마538 결정, 2004. 8. 26. 2002헌마302 결정; 이들 결정에서 김영일·송인준 재판관의 소수의

737) 이 책의 위원회 기각결정에 대한 행정소송 부분 참고.

738) 권영성, 앞의 책, 1156쪽.

739) 헌법재판소 2000. 10. 25. 자 99헌마458 결정 등

740) 헌법재판소 2002. 3. 28. 자 2001헌마271 결정 등



각하 의견을 내었으나 이는 권리보호 이익을 문제 삼은 것일 뿐 심판 대상이 안 된다고 한 것은 아니다).

㉠ 국가인권위원회 각하결정에 대한 헌법재판소 결정례

1. **헌법재판소 2004. 2. 26. 자 2003헌마207 결정(제4호 사유 관련)**; 국가인권위원회법(2001. 5. 24. 제정 법률6481호) 제32조는 진정의 각하에 관하여 규정하고 있는데 그 제1항 제4호는 진정원인이 된 사실이 발생한 날부터 1년 이상 경과하여 진정한 경우에는 원칙적으로 이를 각하한다고 규정하고 있다. 그런데 위에서 본 청구인의 진정내용 중 첫번째의 것 즉, 북파 공작원의 경력을 이유로 공무원시험에서 불이익을 받았다는 것은 청구인의 주장 자체에 의하더라도 그러한 사실은 이미 30여년 전에 발생한 것이므로 이를 사유로 한 진정은 위에서 본 국가인권위원회법 소정의 각하사유 즉, 진정원인이 된 사실이 발생한 날부터 1년 이상 경과하여 진정한 경우에 해당함이 명백하다. 청구인의 진정내용 중 두 번째의 것 즉, 청구인이 북파공작원으로 활동한 사실이 없다고 군부대에서 회신한 행위에 대하여는 청구인이 이 사건 이전에 이미 동일한 내용으로 진정한 것을 진정의 대상이 되지 못한다는 이유로 피청구인이 각하한 바 있음이 기록에 의하여 인정됨에 비추어 이번의 위 진정사항에 대하여도 같은 이유로 이를 각하한 취지라고 볼 수 있고 이는 수긍할 수 있는 바이므로 청구인의 이 부분 주장은 이유 없다. ... 그렇다면 청구인의 진정을 각하한 피청구인의 조치는 정당하고 이를 다투는 청구인의 주장은 어느 모로 보나 이유가 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

**반대의견** 진정제기기간을 도과하여 진정을 제기하였다는 사유로 권리보호이익이 없어 진정을 각하한다는 결정을 한 피청구인(국가인권위원회 ; 저자 註)의 결정에 대하여 그것이 옳은 것이라면 별개독립의 우리 헌법재판소도 같은 취지에서 청구인의 이 사건 심판청구를 각하하면 되는 것일 뿐, 그럼에도 불구하고 마치 우리 헌법재판소가 피청구인의 상급심인 것처럼 그 심판 청구를 기각할 이유는 발견되지 아니한다.

2. **헌법재판소 2004. 4. 29. 2003헌마538 결정(제5호 사유 관련)**; 청구인의 국가인권위원회에 대한 진정의 원인이 된 사실은, 청구인이 국가유공자(공상군경)로 결정되었으나 등록신청한 날이 속한 달부터 국가유공자등예우및지원에관한법률에서 정한 보상을 받고 있을 뿐 그 이전 기간에 대한 소급 보상을 받지 못한 점이다. 그런데 청구인은 이 점에 관하여 법원



에 청구인이 의병전역한 후부터 위법에 따라 등록신청하기 전까지의 보상금 지급을 구하는 국가유공자보상금 청구소송을 제기하여 대법원에서 기각판결이 확정되었으며, 국가유공자 등록일 이전의 기간에 대해서는 보상금을 지급하지 않도록 규정하고 있는 위 법 제9조에 대한 헌법소원심판을 청구하였으나 각하된 바 있다. 따라서 청구인의 진정은 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 및 헌법재판소의 재판이 종결된 경우에 해당하므로, 이에 대하여 국가인권위원회가 국가인권위원회법 제32조 제1항 제5호에 의하여 각하 결정을 한 것은 정당하며, 달리 피청구인의 각하결정이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적 공권력의 행사라고 볼 자료가 없으므로 이로 말미암아 청구인의 헌법상 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

3. **헌법재판소 2004. 8. 26. 자 2002헌마302 결정(제1호 사유 관련)**; 법원의 재판도 국민의 기본권을 침해할 가능성이 없지 아니하나, 기본권침해에 대한 보호의무를 담당하는 법원에 의한 기본권침해의 가능성은 입법기관인 국회나 집행기관인 행정부에 의한 경우보다 상대적으로 적고, 상급심법원이 하급심법원이 한 재판이 기본권을 침해하는지 여부에 관하여 다시 심사할 기회가 있다는 점에서 다른 기관에 의한 기본권침해의 경우와는 본질적인 차이가 있어 차별을 정당화하므로, 평등의 원칙에 위반된 것이라고 할 수 없다(이 결정에서는 청구기간 1년에 대한 제4호 사유에 대해서는, ‘진정원인이 된 사실’이 발생한 날은 대법원의 상고기각으로 판결이 확정된 날로 보아야 한다는 취지로 1년이 도과하지 않았다고 판단하였으나, 법원의 재판 자체가 위원회 조사대상이 아니라는 취지로 각하 결정 자체는 적법하다고 하였다).

#### 4. 다른 구제절차와 이송(제33조)

**제33조 (다른 구제절차와 이송)** ①진정의 내용이 다른 법률에 정한 권리구제절차에 따라 권한을 가진 국가기관에 제출하고자 하는 것이 명백한 경우에 위원회는 지체 없이 그 진정을 그 다른 국가기관에 이송하여야 한다.

②위원회가 제30조 제1항의 규정에 의하여 진정에 대한 조사를 시작한 후에 진정의 원인이 된 사실과 동일한 사안에 관하여 피해



자의 진정 또는 고소에 의하여 수사가 개시된 경우에는 그 진정을 관할 수사기관에 이송하여야 한다.

③제1항 및 제2항의 규정에 의하여 위원회가 진정을 이송한 경우 지체 없이 그 내용을 진정인에게 통보하여야 하며, 이송 받은 기관은 위원회가 요청하는 경우 그 진정에 대한 처리결과를 위원회에 통보하여야 한다.

## 가. 법 제33조 제1항과 제2항의 이송

이송(移送, transfer of case)이라 함은 흔히 소송법에서 그 사건이 계속하게 된 법원에서 다른 법원으로 옮기는 일을 말하는데, 국가인권위원회법에서는 접수된 진정사건 중 위원회에 관할이 없는 사건을 적법한 관할이 있는 권리구제 기관으로 보내는 절차로 정하고 있다. 같은 재판 절차 안에서 담당하는 법원만 변경한다는 소송법상 이송과는 달리, 권리구제 방식과 담당기관 자체가 변경된다는 데 특색이 있다.

법 제33조 제1항의 이송은 “진정의 내용이 다른 법률에 정한 권리구제절차에 따라 권한을 가진 국가기관에 제출하고자 하는 것이 명백한 경우”에 하는 것이고, 제2항은 진정에 대한 조사를 시작한 후 수사가 개시된 경우 그 수사절차가 우선하도록 규정한 것이다(이 경우 각하 결정을 해야 하는지에 관해서는 후술). 문구상 별 다른 문제가 없어 보이지만,<sup>741)</sup> ‘권한을 가진 국가기관’이 행정기관이 아니라 ‘불고불리(不告不理)’ 원칙이 적용되는 사법(司法) 절차인 경우에는 현실적으로 ‘이송’하는 것이 불가능하다(다만 이 경우에는 권리구제 절차를 밟을 수 있도록 지원해야 할 것이다). 따라서 결국 수사기관이나 해당 행정부처 또는 국회에 대한 청원으로 접수하게 하는 것을 말한다 하겠다.

한편 당초 여당 안(대표발의 : 정대철)에는 진정의 내용이 다른 법률에 정한 권리구제절차에 따라 권한을 가진 국가기관에 제출하고자 하는 것이 명백한 경우 지체 없이 그 진정을 다른 국가기관에 이송토록 하면서 “권리행사에 필요한 기간 또는 시효의 계산시 위원회에 진정이 제출된 때에 권리행사가 이루어진 것으로 보도록” 하는 규정을 두고 있었으나, 법안 검토과정에서 “위원회에의 진정절차가

741) 수용자가 고소·고발장을 작성하려면 집필허가를 받아야 하는데 인권위에 보내는 서신은 검열을 받지 않는다는 점을 이용하여 고소·고발장을 첨부해 이송시켜 달라는 취지의 진정서를 제출한 경우, 이를 관계 기관에 이송해야 한다(국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 168쪽).



다른 법률에 의한 권리구제절차에 앞서서 요구되는 강제절차가 아님에도 이러한 특례를 인정하는 것은 위원회에 진정을 제기한 자와 진정을 제기하지 않은 자 간에 소송절차 진행에 있어 형평을 저해할 우려가 있고, 행정청이 심판청구기간을 잘못 알린 경우 등 제한적인 경우에 기간계산의 특례를 인정할 수 있도록 요건을 엄격하게 정하고 있는 행정심판법등 다른 권리구제절차에 비해 그 특례인정의 요건이 매우 포괄적으로 규정되어 있으며, 소송제기의 형식적 요건을 결여한 진정의 경우에도 이 특례규정이 적용되는지가 불분명하다는 지적”이 제기되었고,<sup>742)</sup> 이후 대안에서는 이 부분이 삭제되었다.

◎ 질의회신 사례

**구급시설의 수용자들이 구급시설을 상대로 소송을 제기하면서 증거자료를 인권위로 송부하고 법원에 발송을 요구한 경우 이송해야 하는지 :** 제33조 제1항은 위원회가 ‘진정’을 접수했으나 진정 취지나 내용이 다른 구제기관의 구제를 받고자 하는 것이 명백한 경우 그 취지를 감안하여 이송하는 것이므로, 법원에 제출할 증거자료 제출에 협력할 것까지 포함되는 것은 아니다(국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 65쪽).

나. 제32조 제2항의 이송(각하·이송)과의 관계

위원회법은 진정 당시 수사기관의 조사가 진행 중인 경우에는 진정을 각하하도록 되어 있고, 이 경우에도 위원회의 재량으로 ‘이송할 수 있다’고 규정하고 있다(제32조 제2항). 이 경우 각하는 ‘필요적 각하’이지만 이송은 할 수도 있고 하지 않을 수도 있다는 뜻이다.

한편 진정에 대한 조사를 시작한 후에 진정의 원인이 된 사실과 동일한 사안에 관하여 피해자의 진정 또는 고소에 의하여 수사가 개시된 경우에는, 제32조 제3항에 의해 각하할 수 있는데(재량적 각하), 다시 제33조 제2항에 의해서는 진정의 원인이 된 사실에 관해 피해자의 진정·고소에 의해 수사가 진행된 경우에는 반드시 이송해야 한다(필요적 이송)고 하고 있다.<sup>743)</sup> 즉 이 경우에는 각하하지 않을

742) 앞의 전문위원 검토보고서, 18~19쪽.

743) 위원회 법령회신에는 “진정서에 고소·고발장이 첨부된 경우, 첨부된 고소·고발장의 내용이 위원회법 제30조와 관련성이 있다면 진정권 보장을 하나의 목적으로 하는 위원회법은 행형법에 우선하므로 진정은 적법하고 따라서 법 제33조 제1항에 의하여 관계기관에 이송해야 한다, 그러나 관련이 없는 진정이라면 이는 진정이





수는 있지만 반드시 이송을 해야 한다는 것인데, 이 경우 굳이 각하 결정을 할 이유는 없으므로 각하하지 않고 그대로 이송하면 족하다는 견해와 각하 후의 이송만이 가능하다는 견해가 있다. 실제 위원회의 실무상으로는 진정사건에 대한 위원회의 종국적인 처리없는 이송의 결정만은 불가능하다는 판단에 근거하여 각하 없이 이송을 하는 경우는 없다.

## 다. 이송의 절차

### 1) 진정인에 대한 즉시 통보 의무

위원회가 진정을 이송한 경우 지체 없이 그 내용을 진정인에게 통보하여야 한다(제33조 제3항). 각하 결정의 즉시 통보 의무와 마찬가지로(제32조 제4항), 제33조 제2항에 의해 각하·이송 결정을 할 때에는 그 뜻을 함께 통보할 수 있다.

이송 통보에는 이송 사유와 이송 받는 기관, 이후 처리 절차 등에 관한 내용이 포함되어야 할 것이다.

### 2) 이송시 송부할 서류의 범위

제1항에 의한 이송의 경우 그 성질상 진정서만을 이송하면 될 것이나, 제2항에 의한 이송의 경우는 진정인이 원할 경우나 신속한 권리구체의 측면에서 조사활동으로 확보한 모든 문서를 이송할 필요가 있다.<sup>744)</sup>

### 3) 이송 받은 기관의 의무

위원회로부터 진정 사건을 이송받은 기관은 위원회가 요청하는 경우 그 진정에 대한 처리결과를 위원회에 통보하여야 한다(제33조 제3항). 인권침해사안과 관련된 위원회의 책임은 해당 사안이 다른 기구에 이송되었다고 해서 반드시 끝나는 것이 아니므로, 위원회는 단순히 처리 결과 통보 요구 뿐 아니라 적극적인 의견 표명도 할 수 있다고 보아야 한다.

---

다른 법률에 정한 권리구제절차에 해당한다고 볼 수 없으므로 법 제33조 제1항을 적용하기는 어렵고, 이에 대하여는 법 제32조 제1항 제1호 및 법 제32조 제2항에 의하여 각하·이송결정을 함이 타당하다(국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 168쪽)”고 하고 있으나, 이견이 있을 수 있겠다.

744) 이에 대해 위원회의 『법령해석질의회신집』에는 “이송받은 기관의 필요에 따른 자료 요청은 이송이후의 사안으로 그에 따라 처리될 수 있을 것이고, 진정서 외에 별도의 문서를 송부할 필요는 없을 것”이라고 하였으나(68, 69쪽), 이견이 있을 수 있겠다.



## 5. 수사기관과의 협조(제34조)

**제34조 (수사기관과 위원회의 협조)** ①진정의 원인이 된 사실이 범죄행위에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 그 혐의자의 도주 또는 증거의 인멸 등을 방지하거나 증거의 확보를 위하여 필요하다고 인정할 경우에 위원회는 검찰총장 또는 관할 수사기관의 장에게 수사의 개시와 필요한 조치를 의뢰할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 의뢰를 받은 검찰총장 또는 관할 수사기관의 장은 지체 없이 그 조치결과를 위원회에 통보하여야 한다.

### 가. 의의

형사소송법 제234조 제1항은 “누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다”고 하고 있고, 제2항은 “공무원은 그 직무를 행함에 있어서 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다”고 정하고 있다.<sup>745)</sup> 따라서 국가인권위원회 조사관의 경우에도 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 위 형사소송법 규정에 의해 고발을 해야 한다.<sup>746)</sup> 위원회법 제34조는 이에 더하여 “검찰총장 또는 관할 수사기관의 장에게 수사의 개시와 필요한 조치를 의뢰할 수 있다”고 하는 ‘수사 의뢰’를 정하고 있다.

이에 대하여는 (i) 진정 사건의 조사를 마치고 나서 범죄혐의가 인정되는 경우에는 고발을 하면 되지만(법 제45조), 조사 도중 도주나 증거인멸 등의 우려가 있거나 인신 구속이나 압수 수색 등을 통해 증거 확보의 필요성이 있어 강제수사가 필요할 때, 미리 수사기관에의 수사 의뢰를 통해 필요한 조치를 취하기 위해 둔 규정이라고 보는 견해와 (ii) 위원회의 조사결과 명백한 혐의 정도의 확신에 이르는 경우에는 법 제45조에 의하여 직접 고발조치를 취하지만, 확신이 그 정도

745) 고발의무자인 공무원은 그 고발에 관하여 직권에 의한 재량이 허용된다는 것이 통설이며, 이에 수사기관은 포함되지 않는다. 고발의무위반은 공무원법상의 징계 사유로 되지만, 고발하지 않았다고 하여 형법상의 직무유기죄가 성립하는 것은 아니다 - 차용석 외, 주석 형사소송법 II 제3판, 한국사법행정학회, 1999. 303쪽; 또한 공무원이 그 직무집행중 범죄를 인지하였다 하더라도 가벌성이 없다고 인정되거나 기타 사정으로 고발하지 아니함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 재량에 따라서 고발하지 아니할 수도 있다(서울고등법원 1970. 9. 3. 선고, 69노558 판결 : 확정).

746) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 199쪽.



에 이르지 못하는 경우에는 수사 의뢰에 그쳐야 하기 때문에 둔 규정이라는 견해가 있다.

㉠ 강제수사와 임의수사

수사의 방법에는 임의수사와 강제수사가 있다. 임의수사란 임의적인 조사에 의한 수사, 즉 강제력을 행사하지 않고 상대방의 동의나 승낙을 받아서 행하는 수사를 말함에 대하여, 강제처분에 의한 수사를 강제수사라고 한다. 강제처분은 직접 간접으로 물리적 강제력을 행사하는 경우뿐만 아니라 상대방에게 의무를 부담하는 경우를 포함하며, 구속·압수·수색·검증 이외에 증인신문청구·증거보전 및 공무소멸의 조회 등이 이에 포함된다.<sup>747)</sup>

㉡ ‘수사의뢰’를 규정한 다른 법령의 예

1. **감사원 : 감사원사무처리규칙 제19조 (고발등의 절차)** ①법 제35조의 규정에 의한 고발은 감사위원회의의 의결을 거쳐야 한다. 다만, 증거인멸이나 도피의 우려가 있다고 인정할 때에는 실지감사통할자는 감사위원회의의 의결을 거치지 아니하고 수사기관에 수사를 의뢰할 수 있다.
2. **선거관리위원회 : 공직선거및선거부정방지법 제134조 (자료제출요구 등) ...** ⑤선거관리위원회는 제133조(보고서 등의 열람 및 사본교부)제2항의 이의신청과 이 조제1항의 규정에 의한 열람·보고 또는 제출된 자료 등에 의하여 회계장부 기타의 출납서류 또는 수입과 지출보고서의 내용중 허위사실의 기재·불법지출이나 초과지출 기타 이 법에 위반되는 사실이 있다고 인정되는 때에는 관할수사기관에 고발 또는 수사의뢰 기타 필요한 조치를 하여야 한다.
3. **의문사진상규명위원회 : 의문사진상규명에관한특별법 제25조 (고발 및 수사의뢰) ...** ②위원회는 진정을 조사하면서 범죄혐의에 대한 상당한 개연성이 있다고 인정할 때에는 수사기관으로 하여금 수사를 하도록 요청할 수 있다.

나. 요건

수사의뢰를 할 수 있기 위해서는 i) 진정의 원인이 된 사실이 범죄행위에 해

747) 이재상, 앞의 책, 217쪽.



당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고(범죄의 혐의), ii) 그 혐의자의 도주 또는 증거의 인멸 등을 방지하거나 증거의 확보를 위하여 필요하다고 인정할 경우(수사의 필요성)여야 한다.

### 1) 범죄의 혐의

위 규정이 말하는 “범죄행위에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유”는 수사기관에서 수사를 개시할 수 있는 정도의 혐의를 말하는 것이 아니라 진정 사건을 처리하는 과정에서 형사 처벌 대상이 된다고 판단되는 경우를 말한다. 형사 처벌 가능성에 대한 판단이 가장 중요한 전제가 되므로, 위원회의 판단을 위한 조사에 응하지 않거나 그 판단 근거가 될 자료를 인멸할 가능성이 있다고 하더라도, 범죄의 혐의가 없다면 자료 확보를 위해 수사 의뢰를 할 수는 없다. 여기서 ‘상당한 이유’는 결국 위원회의 주관적 판단이 되겠지만, 순수한 주관적 혐의가 아니라 구체적 사실에 근거를 둔 혐의일 것을 요한다.<sup>748)</sup>

#### ☞ 질의회신 사례

**진정인에 대한 범죄행위가 아니라 참고인들에 대한 범죄혐의를 발견한 경우에도 수사의뢰가 가능한지** : 국가인권위원회법 제34조 제1항에서 ‘진정의 원인된 사실’이라고 하고 있을 뿐, 피진정인의 진정인에 대한 범죄행위에 한정하고 있지는 않으므로, 진정의 원인된 사실과 관련되어 조사과정에서 알게 된 피진정인의 참고인에 대한 범죄행위를 수사의뢰 대상에서 제외할 이유는 없을 것이다(국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 199쪽).

### 2) 수사의 필요성

원래 ‘도주·증거인멸 방지’는 인신 구속이 필요한 사유이고(형사소송법 제70조<sup>749)</sup>), 증거 확보의 필요성은 이에 추가된 요건이다.

도주란 형사소송이나 형의 집행을 피하여 영구히 장기간에 걸쳐 숨는 것을 말

748) 이재상, 앞의 책, 192쪽.

749) 형사소송법 제70조 (구속의 사유) ①법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.

1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때



하는데, 도주의 염려에 대한 판단은 i) 일정한 주거가 있는지, ii) 혐의 있는 범죄에 중형 선고가 예상되는지, iii) 위원회의 출석 요구나 자료 제출 요구에 응하는 태도 등을 종합적으로 고려해야 할 것이다.

증거인멸의 위험은 인적·물적 증거방법에 부정하게 영향을 미쳐 사실인정이 침해되는 것을 방지하기 위한 것으로, 공범자·증인·감정인에게 허위의 진술을 하게 하여 진실발견을 곤란하게 할 구체적 위험이 있거나 다른 증거방법을 훼손·변경·위조할 가능성을 말한다.

이러한 위험이 있어 이를 방지할 필요가 있거나 증거(이는 인권침해 사실에 대한 것인 동시에 형사 처벌의 증거가 되는 것 전체를 말한다)확보를 위해 필요한 경우에는, 강제 수사(구속·압수·수색 등)가 필요한데, 위에서 본 바와 같이 위원회에는 이러한 강제수사의 권한이나 자원이 없으므로, 보다 효율적인 조사와 권리 구제를 위해서 수사의뢰할 수 있게 한 것이다.

## 다. 수사의뢰의 절차

수사기관에 수사를 의뢰하는 경우는 법 제19조 제2호의 ‘인권침해의 조사와 구제’에 관한 사항이므로 위원회 운영규칙 제12조 제2호 및 제13조의 2 규정에 따라 관할 소위원회의 의결을 거쳐야 하며, ‘검찰총장 또는 관할 수사기관의 장’이라고 하고 있으므로 검찰총장·관할 검찰청장·경찰서장에게 의뢰하는 형식이 되어야 한다.<sup>750)</sup>

“진정의 원인된 사실”에 대한 수사를 의뢰하는 것이진정 사건 자체를 이송하는 것은 아니므로 필요한 범위 내에서 의뢰에 필요한 서류를 보내면 족하지만, 수사를 의뢰하는 사유(법 제34조 제1항)를 구체적으로 특정해야 할 것이다.

## 라. “수사개시와 필요한 조치를 의뢰”

위원회가 수사기관에 의뢰하는 것은 ‘수사개시와 필요한 조치’이다. ‘수사의 개시’는 「입건」이라고도 하는데, 수사기관이 수사의 단서(고소·고발·자수·인지)로 범죄의 혐의를 가지고 필요한 조사를 시작하는 것을 말하며, ‘필요한 조치’는 수사의뢰의 원인이 된 “도주·증거인멸 방지 및 증거확보”를 위해 필요하다고 판단되는 조치(예컨대 압수수색·구속 등 강제처분의 필요성 검토 등)들을 말한다.

750) 본래 형사소송절차에서 ‘수사기관’이라고 하면 엄밀한 의미에서는 ‘검사와 사법경찰관리’를 의미하지만, 국가인권위원회법에서 ‘수사기관의 장’이라고 규정하고 있는 것으로 보면, 이는 검사와 사법경찰관리가 아니라 이들이 속한 관청으로서의 ‘수사기관’, 즉 관할 검찰청이나 경찰서를 의미하는 것으로 보는 것이 맞을 것이다.



## 마. 수사의뢰의 효과

### 1) 수사기관의 의무

위원회의 수사 개시 ‘의뢰’는 강제력을 가지는 것은 아니므로 수사의뢰가 있었다고 하여 곧바로 수사가 개시되는 것은 아니다(이 점에서 일단 입건이 되는 ‘고발’과 구별된다). 그러나 각 수사기관은 위원회의 의뢰 취지에 맞게 범죄의 혐의와 수사 개시의 필요성을 고려하여 입건 여부를 결정하여야 할 것이다.

위원회에서 수사 의뢰된 사건을 경찰이나 검찰 내부에서 어떠한 절차로 조사하고 입건 여부를 판단해야 하는지에 관하여는 일률적으로 정해진 기준이 있는 것이 아니라, 해당 수사기관이 내부에서 정해야 할 내용이다. 이와 관련해서 검찰과 경찰 모두 인권위원회의 수사의뢰 사건을 어떻게 취급할 것인지에 관하여 규정이나 기준을 정한 바 없고, 다만 검찰사건사무규칙 제141조 제1항 제2호는 “상급검찰청에서 조사 또는 보고를 명한 사항”을 내사 사건으로 처리하도록 하고 있어 위원회가 검찰총장에게 수사를 의뢰하고 검찰총장이 관할 검찰청에 조사 명령을 한 경우 ‘내사 사건’으로 처리하게 된다. 위원회의 수사의뢰가 실효성을 갖기 위해서는, 검찰과 경찰에서 이러한 수사의뢰 사건 처리 절차와 통보 기간 등 필요한 내부 규정을 정하도록 하는 것이 바람직하다.

한편 법은 수사기관의 내부 절차에 관해서는 별도의 규정을 두고 있지 않으나 “지체 없이 그 조치결과를 위원회에 통보하여야 한다”는 통보 의무를 규정하고 있다(법 제34조 제2항).

#### ☞ 내사종결 처리의 성격에 대한 헌법재판소 결정례

진정(陳情)은 법률로 정한 형식이나 절차에 구애되지 아니하고 진정인이 국가기관 등에 대하여 어떤 요구사항이나 희망사항 또는 의견을 개진하는 것으로서, 이는 법률상 근거에 의해서 법률적인 권리행사로서 하는 신청이 아닌 것이다. 따라서 진정의 내용으로서 피진정인의 범죄혐의 유무를 밝혀달라는 취지가 포함되어 있다고 할지라도 이는 검찰 등 수사기관에 대하여 범죄혐의 유무의 조사개시에 대한 사실상의 단서를 제공하는데 그치는 것이다. 그 결과 진정을 접수한 검찰로서는 진정인의 진의를 확인하여 고소나 고발의 의사가 분명한 경우에는 이를 구두의 고소나 고발로 취급하여 그 취지의



조서를 작성한 연후에 정식으로 고소·고발장을 제출하도록 종용하고 있고, 고소·고발의 의사가 분명하지 아니하나 수사의 단서로서 조사할 필요가 있다고 인정할 때에는 이를 내사사건으로 조사하여(감찰사건사무규칙 제119조 제1호) 그 결과에 따라 ① 입건처리 ② 불입건 ③ 혐의없음, 죄가 안됨 또는 공소권 없음 ④ 내사중지 ⑤ 이송 또는 병합처리 ⑥ 공담종결의 구분에 의하여 처리하고(위 규칙 제121조 제1항), 나아가 수사의 단서로서 조사할 필요가 없어 내사의 필요성도 없다고 인정되는 경우에는 이를 위 내사사건과는 구별되는 단순한 진정사건으로 처리하도록 하고 있고(위 규칙 제119조 제2호, 제121조 제2항), 그 처리결과는 위 두 가지의 경우에 모두 지체없이 진정인에게 통지하도록 하고 있는 것이다.

그런데 내사의 대상으로 되는 진정이라 하더라도 진정(陳情) 그 자체가 법률의 규정에 의하여 법률상의 권리행사로서 인정되는 것은 아니고, 진정을 기초로 하여 수사소추기관의 적의 처리를 요망하는 의사표시에 지나지 아니한 것인만큼 진정에 기하여 이루어진 내사사건의 종결처리라는 것은 구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니한 것이고, 따라서 그 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서 진정인의 권리 행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 이는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고는 할 수 없는 것이다(헌법재판소 1990. 12. 26.자 89헌마277 결정).

## 2) 위원회에서의 절차

위에서 본 바와 같이 ‘수사의뢰’는 위원회가 조사를 개시한 후 조사를 완료하기 전이라도 범죄 혐의가 있고 도주 방지 등의 목적이 있을 때 할 수 있는 조치이므로, 수사의뢰 이후에도 위원회는 그 조사 절차를 계속 진행할 수 있다. 다만 필요한 경우 제2항에서 정한 수사기관의 조치 결과 통보 때까지 사실상 조사를 중단할 수는 있겠다.

한편 의뢰를 받은 수사기관이 내사 결과 수사를 개시하기로 하여 조치 통보가 온 경우 위원회의 진정사건은 어떻게 처리되어야 하는가. 두 가지 경우로 나누어 i) 개시된 수사가 진정 내용과 동일한 사실관계에 관한 것으로 수사기관의 수사가 이루어지면 진정사건 조사와 같은 효과를 갖게 되는 경우에는 법 제32조 제3항, 제1항 제5호에 의하여 진정을 각하할 수도 있고 필요한 경우 조사를 진행할 수 있고(재량 각하 사유), ii) 그렇지 않고 단순히 관련성만 있는 경우에는 조사를 진행해야 할 것이다. 다만 이 경우에도 그 관련 형사 사건을 담당하는 수사기



관과 상호 자료제출·의견제시 등 긴밀한 협력관계를 유지하는 것이 바람직할 것이다. 위원회의 수사의뢰에 의해 수사가 개시된 것은, “피해자의 진정 또는 고소에 의하여 수사가 개시된 경우”는 아니므로 법 제33조 제2항에 의한 이송해야 하는 경우에는 해당하지 않는다.

## 6. 조사의 목적(제35조)

**제35조 (조사의 목적)** ①위원회의 조사는 국가기관의 기능수행에 지장을 초래하지 않도록 유의하여야 한다.  
②위원회의 조사는 개인의 사생활을 침해하거나 계속 중인 재판 또는 수사 중인 사건의 소추에 부당하게 관여할 목적으로 하여서는 아니된다.

위원회 조사의 목적과 한계 등 원칙을 선언한 규정이다. 이러한 원칙은 i) 법원의 재판 등을 조사대상에서 제외하고 있는 것(제30조 제1항 제1호), ii) 법률에 따른 다른 권리구제 절차가 진행 중인 경우에는 진정을 각하하도록 하고 있는 것(제32조 제1항 제5호), iii) 수사개시 사건에 대한 이송 의무를 정하는 것(제33조 제2항), iv) 진정의 조사·조정 및 심의의 비공개 원칙(제49조) 등으로 구체화되고 있으나, 이들 절차 외에도 위원회의 조사 과정에 있어서 위 원칙들이 준수되어야 한다.

제1항과 제2항에서 공히 강조되고 있는 다른 국가기관의 기능수행과의 조화로운 기능은, 국가인권기구가 대안적 분쟁해결 메카니즘(ADR : alternative dispute-resolution mechanism)으로 적절하게 그 업무를 수행하기 위해 요구되는 중요한 전제 중의 하나이다. 특히 계속 중인 재판 또는 수사 중인 사건에의 관여는, 국가인권기구가 가지는 보완적 성격(사법부가 제 기능을 적절하게 수행하고 있는 한, 국가인권기구는 사법부의 기능을 보완할 뿐이지 결코 대체하는 것이 아니라는 것<sup>751)</sup>) 측면에서 여러 차례 강조되고 있다.

다만 다른 국가기관의 기능수행이나 개인 사생활이 중요하기는 하지만, 국가기관의 기능 수행과 관련된 인권 침해라면 그에 대한 조사는 당연히 관련 기관의 기능 수행에 어느 정도 장애를 줄 수밖에 없고 차별행위 가해자의 사생활도 마찬

751) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 92절, 51쪽.





가지이므로, 양자가 적절한 조화를 이룰 수 있는 방법이 모색되어야 할 것이다.

## 7. 조사의 방법(제36조 제1항~제6항)

**제36조 (조사의 방법)** ①위원회는 다음 각 호에 정한 방법으로 진정에 관하여 조사할 수 있다.

1. 진정인·피해자·피진정인(이하 “당사자”라 한다) 또는 관계인에 대한 출석요구 및 진술청취 또는 진술서 제출요구
2. 당사자, 관계인 또는 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 자료 등의 제출요구
3. 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 또는 감정
4. 당사자, 관계인, 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보에 대한 조회

②위원회는 조사를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 위원 등으로 하여금 일정한 장소 또는 시설을 방문하여 장소, 시설, 자료 등에 대하여 실지조사 또는 감정을 하게 할 수 있다. 이때 위원회는 그 장소 또는 시설에 당사자나 관계인의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

③제1항 제1호의 규정에 의하여 진술서 제출을 요구받은 자는 14일 이내에 진술서를 제출하여야 한다.

④제1항 및 제2항의 규정에 의한 피진정인에 대한 출석요구는 인권침해행위나 차별행위를 행한 행위당사자의 진술서만으로는 사안을 판단하기 어렵고, 제30조제1항의 인권침해행위와 차별행위가 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 할 수 있다.

⑤제2항의 규정에 의하여 조사를 하는 위원 등은 그 장소 또는 시설을 관리하는 장 또는 직원(이하 이 조에서는 “관계자”라 한다)에게 필요한 자료나 물건의 제출을 요구할 수 있다.

⑥제5항의 규정에 의하여 조사를 하는 위원 등은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계자에게 제시하여야 한다.



**제63조 (과태료)** ①다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 정당한 이유 없이 제24조 제1항의 규정에 의한 방문조사 또는 제36조의 규정에 의한 실지조사를 거부, 방해 또는 기피한 자
2. 정당한 이유 없이 제36조 제1항 제1호 또는 제2항의 규정에 의한 위원회의 진술서 제출요구 또는 출석요구에 응하지 아니한 자
3. 정당한 이유 없이 제36조 제1항 제2호 및 제4호 또는 제5항의 규정에 의한 자료 등의 제출요구 및 사실조회에 응하지 아니하거나 거짓의 자료 등을 제출한 자

### 가. 조사 방법의 종류와 효력

위원회에 대한 진정이 의미 있기 위해서는, 진정의 근거가 명백한지, 근거가 명백하다면 누구에게 책임이 있는지를 조사할 법적 권한을 부여받아야 하며, 이러한 권한이 없다면 진정절차는 무용지물이 되고 만다.<sup>752)</sup>

국가인권위원회법 제36조는 위원회가 조사과정에서 행사할 수 있는 조사방법을 열거하고 있는데, 이에 따르면 위원회가 행사할 수 있는 조사방법은 i) 관련 자들에 대한 출석·진술 요구(對人的 調査權), ii) 관련 자료 제출 요구(對物的 調査權), iii) 실지 조사 또는 감정, iv) 사실·정보의 조회로 나눌 수 있다. 각각의 조사 방법은 단독으로 뿐 아니라 복수로 함께 사용될 수 있다(예컨대 같은 기관에 자료의 제출을 요구하면서 사실·정보의 조회를 함께 하는 경우).

- ➡ UN 인권고등판무관실 핸드북에서 예시하는 조사 및 결정 권한<sup>753)</sup>
- 진정에서 제기된 혐의에 대하여 피진정인 혹은 피진정단체에 답변서를 허용하기 위하여 이러한 진정의 대상에게 혐의를 고지할 권한
- 조사기관이 진정사건의 적절한 조사에 필요하다고 판단되는 공문서를 비롯한 모든 문서를 자유롭게 열람할 수 있는 권한
- 관련 정보의 제공을 강제할 수 있는 권한(문서 또는 구두 증언의 행태)

752) UN인권고등판무관실, 앞의 책 258절, 113쪽.

753) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 259절, 113쪽 : “These powers may include the following : ...”



- 필요할 경우, 교도소 또는 구금시설 등을 방문할 권리를 비롯하여 현장조사를 자유롭게 실시할 권한
- 당사자들을 청문회에 소환할 권한
- 증언 하거나 참고인으로 출석하는 자들에게 검찰의 면책을 부여할 권한
- 조사기관의 판단으로 인권침해 주장에 관한 정보를 가지고 있거나 조사에 조력을 줄 수 있는 모든 개인들을(전문가, 정부기관의 대표, 필요한 경우 민간기구의 대표) 청문하고 심문할 수 있는 권한
- 앞에서 언급한 조사 목적을 위해서 참고인들을 소환하고 출석을 강제할 수 있는 권한, 선서 하에 증언 또는 서면 증거를 받을 권한, 조사기관이 적절한 조사에 필요하다고 판단할 경우 공공기구 또는 당국으로부터 문서 또는 다른 형태의 증거의 제공을 강제할 수 있는 권한

한편 이러한 조사 방법이 얼마나 실효성 있는지는, 이를 거부했을 때 어떤 수단까지 사용하여 강행할 수 있는지에 달려 있다고 할 수 있다(제재조치 sanctions<sup>754</sup>). 그런데 위원회법은 과태료 부과만을 인정하여 국회에서의 증언·감정의 거부 등의 경우보다도 그 구속력이 약할 뿐만 아니라 아래에서 보는 바와 같이 제출 거부권도 폭넓게 인정되고 있다.

### ㉓ 국회에서의 증언·감정등에 관한 법률

제2조 (증인 출석 등의 의무) 국회에서 안전심의 또는 국정감사나 국정조사와 관련하여 보고와 서류제출의 요구를 받거나, 증인·참고인으로서의 출석이나 감정의 요구를 받은 때에는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 다른 법률의 규정에 불구하고 누구든지 이에 응하여야 한다.

제6조 (증인에 대한 동행명령) ① 국정감사나 국정조사를 위한 위원회(이하 "위원회"라 한다)는 증인이 정당한 이유 없이 출석하지 아니하는 때에는 그 의결로 해당 증인에 대하여 지정한 장소까지 동행할 것을 명령할 수 있다.

754) UN인권고등판무관실은 “방해 또는 비협조로 인하여 조사가 적절히 진행될 수 없다고 판단될 때에는 최소한 이 문제를 다른 기구에 이첩(refer)하여 검토 또는 조치를 요구할 수 있는 권한을 보유해야 한다”고 하고 있다(UN인권고등판무관실, 앞의 책, 266절, 116쪽).



제12조 (불출석등의 죄) ①정당한 이유 없이 출석하지 아니한 증인, 보고 또는 서류 제출요구를 거절한 자, 선서 또는 증언이나 감정을 거부한 증인이나 감정인은 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.  
②정당한 이유 없이 증인·감정인·참고인의 출석을 방해하거나 검증을 방해한 자에 대하여도 제1항의 형과 같다.

#### 나. 대인적 조사권 : 출석·진술 청취·진술서 제출 요구(제1호)

위원회는 진정한·피해자·피진정인 또는 관계인에 대한 출석요구 및 진술청취 또는 진술서 제출을 요구할 수 있다. 진술서의 제출을 요구받은 자는 14일 이내에 진술서를 제출하여야 하며(제3항), 직접적으로 인권침해·차별행위를 행한 사람과 피진정인이 다른 경우에는, 일단 직접 행위당사자의 진술서 제출을 요구해야 하고, 피진정인에 대한 출석요구는 행위당사자의 진술서만으로는 사안을 판단하기 어렵고 제30조 제1항의 인권침해행위와 차별행위가 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 보충적으로만 할 수 있다(제4항).

출석의 통지, 진술서 제출 요구는 문서로 하는 것이 원칙이고, 긴급한 사정이 있는 경우에는 구두로 한 후 문서를 송달할 수 있다 (조사규칙 제21조 제1항).

#### 다. 대물적 조사권 : 자료 등의 제출요구(제2호)

위원회는 당사자, 관계인 또는 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 자료 등의 제출을 요구할 수 있다. 이러한 ‘자료 등’의 범위에 대해서는 구체적인 기준이 없으나, 서류뿐 아니라 조사를 위해 필요한 모든 유형물 및 그 사진이나 복제물·사본 등이 모두 포함된다고 보아야 하며, 이렇게 포괄적인 조사권을 부여하는 것은 조사 절차의 유연성을 위해 바람직하다고 한다.<sup>755)</sup> 대신 자료 등의 제출 요구 역시 문서로 해야 하고, 이때에는 어떠한 자료를 제출할지에 대하여 최대한 구체적으로 특정하는 것이 바람직할 뿐 아니라 효율적이기도 하다.

문서 제출을 요구하는 경우 존재하지 않는 문서여서 제출할 수 없다고 하는 경우에는, 사실·정보 조회(제4호)의 방법에 의할 수도 있을 것이다.

755) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 260절, 114쪽.



#### 라. 실지조사 또는 감정(제3호)

위원회는 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 또는 감정을 할 수 있다. 여기서 ‘실지조사’는 자료 제출만으로 불충분할 때 직접 인권침해 등의 장소나 자료가 있는 곳을 방문하여 사물의 성상(性狀), 현상(現象) 등을 검사하는 것으로 민사소송법의 ‘검증’ 절차와 유사하고, ‘감정’은 특별한 학식경험을 가진 자에게 그 전문적 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 보고하도록 하여 위원회의 판단 능력을 보충하기 위한 조사 방법을 말한다.<sup>756)</sup>

#### 마. 사실·정보 조회(제4호)

위원회는 당사자, 관계인, 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보에 대한 사항을 조회할 수 있다. 이는 민사소송법 제294조의 ‘조사의 촉탁’ 절차와 같은 것으로 “그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 사항·정보의 조사”를 촉탁하는 것이다. 정보가 있기는 하지만 제출할 수 있는 자료의 형태로 되어 있지 않거나 위원회에서 직접 증거자료를 탐지하는 것보다 당사자 등에게 조사를 촉탁하여 회신하도록 하는 것이 훨씬 능률적인 경우에 사용하기에 적절한 조사 방법이다.

#### 바. 방문 조사·감정 및 실지 출석 요구·진술 청취(제2항, 제5항)

위원회는 조사를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 위원 등으로 하여금 일정한 장소 또는 시설을 방문하여 장소, 시설, 자료 등에 대하여 실지조사 또는 감정을 하게 할 수 있다. 이때 위원회는 그 장소 또는 시설에 당사자나 관계인의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다(제2항). 장소·시설에 대한 실지 조사를 보다 확대하여 “방문하여 실지조사·감정”할 수 있음을 다시 한 번 강조하고, 이러한 ‘방문 조사’시에 그 자리에서 당사자나 관계인의 출석과 진술을 요구할 수 있음을 명시한 것이다.

또한 국가인권위원회법은 증거 조사의 권한만을 규정하고 그 구체적인 절차에 관해서는 법에 명시하지 않았으나, 다만 “제5항의 규정에 의하여 조사를 하는 위원 등은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계자에게 제시하여야 한다”고 하여 방문 조사시의 권한표시증표 소지·제시 의무를 특별히 규정하고 있다. 위원회에서 직접 행해지는 나머지 조사 방법과는 달리, 방문 조사에서는 신분 확인이나 권한 범위에 대해 마찰이 생기기 쉽기 때문에, 최소한의 권한 증명방법을 정하기 위함으로 보인다.

756) 이시윤, 앞의 책, 600쪽.



## 8. 자료·물건 제출이나 조사·감정의 거부(제36조 제7항)

**제36조 (조사의 방법) ⑦** 위원회가 자료나 물건의 제출을 요구하거나 그 자료·물건 또는 시설에 대한 실지조사 또는 감정을 하려고 하는 경우 당해 자료·물건 또는 시설이 다음 각 호의 1에 해당한다는 사실을 관계 국가기관의 장이 위원회에 소명하고 그 자료·물건의 제출이나 그 자료·물건 또는 시설에 대한 실지조사 또는 감정을 거부할 수 있다. 이 경우 위원회는 관계 국가기관의 장에게 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있으며, 요구를 받은 국가기관의 장은 이에 성실히 응하여야 한다.

1. 국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우
2. 범죄수사나 계속 중인 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우

### 가. 의미

국가인권위원회법 제36조 제7항은 위원회가 자료나 물건의 제출을 요구하거나 실지조사·감정을 하려고 할 때 국가기관이 제출이나 조사를 거부할 수 있는 예외 규정을 두고 있다. 제1항에서 제6항에 거쳐 당사자·관계인·관계기관에 대한 포괄적 조사권한을 정한 대신, 국가기관의 경우 특별한 경우 이를 거부할 수 있다는 예외규정을 둔 것이다.

문언상 국가기관에만 해당하고 당사자나 관계인에게는 이러한 거부권한이 없으며, 거부할 수 있는 대상은 자료·물건의 제출과 자료·물건 및 시설에 대한 실지 조사 또는 감정(제1항 제2, 3호)에 한정되며, 제1항 제1호의 출석요구와 제4호의 사실·정보 조회는 거부할 수 없다.

이 부분은 최초 여당 안에 대한 심사과정에서도 “국회에 대한 자료제출 거부사유보다 그 폭이 넓고, 특히 자료제출 거부 사유에 수사기밀 등을 포함할 경우 고문 등에 의한 인권침해행위에 대한 조사가 불가능해지므로 수사나 재판이 진행 중인 사안이더라도 수사기관이나 재판기관의 인권침해를 이유로 한 진정이 제기된 경우에는 자료제출거부를 인정하지 아니하여야 한다”는 의견이 제시되었으나, “실지조사를 거부한 국가기관에 대하여는 사실 확인을 할 수 있도록 함으로써 보완이 가능하며, 수사나 재판이 진행 중인 사안에 있어서 수사기관이나 재판기관에



의한 인권침해 사건임을 이유로 자료제출 거부를 인정하지 않는 경우 수사 및 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있다”는 이유로 원안 그대로 통과되었다.<sup>757)</sup>

㉠ 증언 등 거부에 대한 다른 법률 규정

▶ **국회에서의증언·감정등에관한법률 제3조 (증언 등의 거부)** ①증인은 형사소송법 제148조 또는 제149조의 규정에 해당하는 경우에 선서·증언 또는 서류제출을 거부할 수 있다.

②감정인은 형사소송법 제148조에 해당하는 경우에 선서 또는 감정을 거부할 수 있다.

**제4조 (공무상 비밀에 관한 증언·서류의 제출)** ①국회로부터 공무원 또는 공무원이었던 자가 증언의 요구를 받거나, 국가기관이 서류제출을 요구받은 경우에 증언할 사실이나 제출할 서류의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다. 다만, 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관(대통령 및 국무총리의 소속기관에서는 당해 관서의 장)의 소명이 증언 등의 요구를 받은 날로부터 5일 이내에 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

▶ **국가정보원법 제13조 (국회에서의 증언 등)** ①원장은 국회예산결산심사 및 안전심사와 감사원의 감사에 있어서 국가의 안전보장에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항에 한하여 그 사유를 소명하고 자료의 제출 또는 답변을 거부할 수 있다.

②원장은 제1항의 규정에도 불구하고 국회정보위원회에서 자료의 제출, 증언 또는 답변을 요구받은 경우와 국회에서의증언·감정등에관한법률에 의하여 자료의 제출 또는 증언을 요구받은 경우에는 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미치는 사항에 한하여 그 사유를 소명하고 자료의 제출, 증언 또는 답변을 거부할 수 있다. 이 경우, 국회정보위원회 등은 그 의결로써 국무총리의 소명을 요구할 수 있으며, 소명을 요구받은 날부터 7일 이내에 국무총리의 소명이 없는 경우에는 자료의 제출, 증언 또는 답변을 거부할 수 없다.

757) 앞의 전문위원 보고서, 15쪽.



## 나. 거부 사유

당해 자료·물건 또는 시설이 i) 국가의 안전보장 또는 외교관계에 대한 중대한 영향을 미치는 국가기밀 사항이거나, ii) 범죄 수사나 계속 중인 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있을 때에 거부할 수 있다.

제7항 제1호의 ‘국가 기밀’에 관하여 국가인권위원회법은 특별한 규정을 두고 있지 않으나, 국가의 안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 인원에게만 지득이 허용되고 다른 국가 또는 집단에 대하여 비밀로 할 사실, 물건 또는 지식으로서 국가기밀로 분류된 사항을 말한다(국가정보원법 제13조 제4항; 우리나라에는 국가기밀을 보호하거나 그 누설을 방지하기 위한 단행 법률은 없고, 형법·국가보안법·군사기밀보호법·군사시설보호법·국가정보원법 등 개별법에서 국가기밀 보호에 관한 규정을 두고 있는데, 그 개념의 정의 규정을 둔 것은 국가정보원법이 유일하다). 이러한 군사기밀이라고 하여 모두 제출을 거부할 수 있는 것은 아니고, 군사기밀 사항인 자료 등이 위원회에 제출되거나 조사 대상이 되었을 때 ‘국가 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향’을 미칠 수 있어야 한다.

### ㉠ ‘국가기밀’ 개념에 대한 판결례

1. 국가보안법 제4조 제1항 제2호 (나)목에 정한 기밀을 해석함에 있어서 그 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위협을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 할 것이나, 다만 국가보안법 제4조(목적수행)가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행 행위를 처벌하는 규정이므로 그것들이 공지된 것인지 여부는 신문 방송 등 대중매체나 통신 수단 등의 발달 정도, 독자 및 청취의 범위, 공표의 주체 등 여러 사정에 비추어 보아 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 더 이상 탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없는 것이라고 판단되는 경우 등이라 할 것이고, 누설할 경우 실질적 위험성이 있었는지 여부는 그 기밀을 수집할 당시의 대한민국과 북한 또는 기타 반국가단체와의 대치현황과 안보상황 등이 고려되는 건전한 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이며, 그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당한다고 할 것이다(대법원 1997.7.16. 선고, 97도985 전원합의체 판결).





2. 군사기밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 “알 권리”의 대상영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것이며 따라서 군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조는 동법 제2조 제1항의 “군사상의 기밀”이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질 가치를 지닌 것으로 인정되는 경우에 한하여 적용된다 할 것이므로 그러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다(헌법재판소 1992.2.25.자 89헌가 104 결정).

한편 제2호의 ‘범죄 수사나 계속 중인 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우’라고 인정할 수 있기 위해서도, 당해 자료 등과 직접적 관련성이 있는 형사 사건의 수사나 재판이 진행 중인 것 외에, 그것이 위원회에 제출되거나 조사 대상이 되었을 때 수사나 재판에 중대한 지장을 초래할 수 있어야 한다.

## 다. 소명의무 및 사실확인

국가기밀이라도 그것이 위원회의 조사대상이 되었을 때 국가의 안전보장이나 외교관계에 중대한 영향을 미치는지 여부, 그리고 자료제출 등이 범죄수사나 계속 중인 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는지 여부에 관한 판단 권한은 일차적으로 자료제출 등을 거부하는 국가기관의 장에게 있다. 그러나 아무런 제한 없이 당해 기관의 장에게 판단권을 유보한다면 자료 제출 의무를 회피하는데 악용될 수 있기 때문에, 위원회법은 그 기관장에게 i) 소명의무와, ii) 확인절차 응낙 의무 등을 부여하여 보완하고 있다.

### 1) 소명의무

관계 국가기관의 장이 소명해야 하는 것은 “당해 자료·물건 또는 시설이 다음 각호의 1에 해당한다는 사실”이다. 즉 국가기밀 사항이라는 점과 조사 대상이 될 경우 국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치게 된다는 점(제1호), 또는 조사 대상이 될 경우 진행 중인 범죄수사나 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 자료라는 점(제2호)이 소명의 대상이 된다. 국가인권위원회법에서 ‘소명’의 정도에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않으므로, 국가인권위원회법 제 37조 제7항에서 인권위가 필요한 사항을 요구할 수 있도록 한 취지에 비추어, “일반상식을 가진 보통·평균적인 자가 당해 자료 등이 국가기밀사항 등에 포함된



다고 인식할 수 있을 정도면 족하다고 할 것이다.<sup>758)</sup>

㉠ 증명과 소명<sup>759)</sup>

1. **증명(證明)** : 증명이라 함은 요증사실의 존재에 대하여 확신을 얻은 상태 또는 그러한 확신을 얻기 위해 증거를 제출하려는 당사자의 노력, 다만 재판상의 증명은 논리적으로 반대사실의 존재도 있을 수 없고 실험결과에 의해 확인될 수 있는 정도의 이른바 과학적 증명은 아니고 진실에 대한 고도의 개연성으로 만족하는 이른바 역사적 증명을 뜻한다.
2. **소명(疏明)** : ‘증명’에 비하여 저도의 개연성, 즉 일응 확신할 것이라는 추측을 얻은 상태 또는 그와 같은 상태에 이르도록 증거를 제출하는 당사자의 노력을 말한다. 소명은 법률에 특별히 정한 사항에 한하고, 절차상의 파생적 사항이나 신속한 처리를 요하는 사항은 ‘증명’의 정도에 이르지 않고 ‘소명’만으로도 족하게 하고 있다. 소명에 있어서는 증명도의 경감·완화 이외에 증거방법을 즉시 조사할 수 있는 것에 한정한다.

2) 확인 절차

국가기관의 장이 위 사유들을 들어 자료 제출 등을 거부하는 경우 위원회는 관계 국가기관의 장에게 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있으며, 요구를 받은 국가기관의 장은 이에 성실히 응하여야 한다(제7항 후단). 제7항 전단의 국가기관의 장의 ‘소명’이 부족하다고 판단될 때에 해당한다.

여기서 ‘필요한 사항’이 무엇인지에 관하여 별도의 규정은 없으나, 각 거부 사유를 인정할 만한 근거가 될 수는 있어야 할 것이다. 즉 i) 제1호 사유로 거부하는 경우에는 국가기밀로 분류되었다는 점에 관한 규정, 안전보장이나 외교관계에 대한 중대한 영향을 인정할 수 있을 개략적인 자료의 내용이 ii) 제2호 사유로는 범죄 수사나 재판이 진행 중이라는 점에 관한 증명(소 계속 증명원 등)과 당해 자료와 수사·재판과의 관계를 인정할 사유 등을 요청할 수 있다고 하겠다.

758) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 183쪽.

759) 이시윤, 앞의 책, 542~543쪽 ; 이는 민사소송법상의 개념 정의라고 할 수 있으나, 우리 법체계 안에서 민사소송법이 쟁송절차 관련 법의 일반법으로서 기능하게 된다는 점을 고려할 때 국가인권위원회법의 해석에 있어서도 일응의 기준이 된다고 볼 수 있다.



## 9. 질문 검사권(제37조)

**제37조 (질문·검사권)** ①위원회는 제36조의 조사에 필요한 자료 등의 소재 또는 관계인에 관하여 알고자 할 때에는 그 내용을 알고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람에게 질문하거나 그 내용을 포함하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 서류 및 그 밖의 물건을 검사할 수 있다.

②제36조 제5항 내지 제7항의 규정은 제1항의 이를 경우에 준용한다.

### 가. 의의·대상

국가인권위원회법 제37조의 ‘질문·검사권’은 본격적인 조사 절차·방법에 관한 것이 아니라, 조사를 위해 필요한 자료·관계인에 대해 알고자 할 때에 관한 정하고 있다. 말하자면 ‘조사를 위한 수단으로서의 조사’ 권한에 관한 것이다.

인권침해 행위 등과 직접 관계가 있는 사람이라면 제36조 규정에 의해 직접 조사할 수 있으므로 이에 의하면 되고, 이 조항은 조사 대상과는 직접 관계가 없지만 관련 자료의 소재·관계인에 대해 아는 사람에 대해서도 최소한의 조사 권한이 있어야 다음 단계로 나아갈 수 있기 때문에 둔 규정이다.

### 나. 질문·검사

인권침해와 직접적 관계가 있는 사람이 아니기 때문에 그 내용은 출석·진술 청취·진술서 제출 요구가 아니라 ‘질문’이고, 자료 제출 요구가 아니라 ‘서류 및 그 밖의 물건의 검사’이다. ‘질문’은 ‘진술 요구’와는 달리 필요한 사항을 위원 등이 물어보고 그에 대한 대답을 듣는 것으로 진술서 작성 등을 요구할 수는 없다. ‘검사’ 역시 관련 자료·시설 등을 조사자의 오관을 통해 경험할 수 있을 뿐 그 사본 제출도 요구할 수 없다. 다만 상당한 범위 내에서 사진 촬영이나 녹취 등은 허용된다고 하겠다.

한편 법 제37조 제2항은 제36조 제5항 내지 제7항의 규정을 준용하고 있다. 따라서 위원 등은 관련된 장소를 방문하여 ‘질문·검사’할 수 있고, 제6항에 의해 증표를 제시해야 하며, 제7항 각 호의 사유가 있으면 질문에 대한 답을 거부하거나 서류 검사를 거부할 수 있다.



## 10. 위원의 제척 등(제38조)

**제38조 (위원의 제척 등)** ①위원과 제41조의 규정에 의한 조정위원(이하 이 조에서 “위원”이라 한다)은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 진정의 심의·의결에서 제척된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 자가 당해 진정의 당사자이거나 그 진정에 관하여 당사자와 공동권리자 또는 공동의무자인 경우
2. 위원이 당해 진정의 당사자와 친족관계에 있거나 있었던 경우
3. 위원이 당해 진정에 관하여 증언이나 감정을 한 경우
4. 위원이 당해 진정에 관하여 당사자의 대리인으로 관여하거나 관여하였던 경우
5. 위원이 당해 진정에 관하여 수사, 재판 또는 다른 법률에 의한 구제절차에 관여하였던 경우

②당사자는 위원에게 심의·의결의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원장에게 기피신청을 할 수 있으며 위원장은 당사자의 기피신청에 대하여 위원회의 의결을 거치지 아니하고 결정한다. 다만, 위원장이 결정하기에 상당하지 아니하는 경우에는 위원회의 의결로 결정한다.

③위원이 제1항 각호의 1의 사유 또는 제2항의 사유에 해당하는 경우에는 스스로 그 진정의 심의·의결을 회피할 수 있다.

시행령 제12조 (제척 및 기피) ①위원회의 위원과 법 제41조의 규정에 의한 조정위원(이하 이 조와 제15조에서 “위원”이라 한다)의 제척은 위원회의 위원장(이하 : “위원장”이라 한다)이 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 행한다.

②법 제38조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 제척 또는 기피의 신청은 위원회에 그 원인을 명시하여 신청하여야 한다.

③제척 또는 기피의 원인과 소명방법은 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 제출하여야 한다.

④제척 또는 기피의 신청이 있는 위원은 지체없이 그에 대한 의견서를 위원회에 제출하여야 한다.



제13조 (제척 및 기피신청의 처리) ①위원장은 제척신청에 대하여 위원회의 의결을 거치지 아니하고 결정한다. 다만, 위원장이 결정하기에 상당하지 아니한 경우에는 위원회의 의결로 결정한다.

②제척 또는 기피의 신청이 제12조제2항 및 제3항의 규정에 위반한 때에는 위원장은 이를 각하한다.

제14조 (의결절차의 정지) 법 제38조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 제척 또는 기피의 신청이 있는 때에는 그에 대한 결정이 있을 때까지 의결 절차를 정지한다. 다만, 긴급을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제15조 (위원의 회피) ①위원이 법 제38조제3항의 규정에 의하여 회피하고자 하는 때에는 위원장의 허가를 받아야 한다.

②회피의 신청이 이유 있다고 인정되는 때에는 위원장은 지체 없이 이를 허가하여야 한다.

제16조 (소위원회 위원의 지명) 법 제12조의 규정에 의한 소위원회의 위원이 제척·기피 또는 회피에 의하여 그 직무를 수행할 수 없게 된 때에는 위원장은 지체없이 그 직무를 수행할 다른 위원을 지명하여야 한다.

## 가. 제척·기피·회피

제척·기피·회피는 위원이 자기가 담당하는 사건과 인적·물적으로 특수한 관계에 있을 경우 그 사건의 직무집행에서 배제되도록 하는 제도로서, 위원회 판단의 공정성을 보장하기 위한 것이다. 국가인권위원회법에서 인권위원들의 선임 절차나 자격을 법률로 정하여 공정한 심리와 결정을 위한 장치들을 마련해 두었으나, 담당하는 구체적인 사건과의 관계에서 특수한 관계에 있는 경우에는 그 사건을 맡지 않도록 하기 위해 이들 제도를 두고 있는 것이다.

판정 기관의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 다른 재판 절차에도 있기는 하지만, 국가인권위원회법 규정은 특히 민사소송법 규정 방식을 많이 차용하고 있다(민사소송법 제41조 내지 제50조). 민사소송법은 이들 제도를 법관과 법원사무관(민사소송법 제50조)에게 적용하고 국가인권위원회법은 위원과 법 제41조에 의한 조정위원(이 조에 대한 해설 부분에서는 이 둘을 합하여 ‘위원’이라고 한다)에게 적용한다.

‘제척’은 법률이 정하는 사유가 있으면 당연히 직무를 행사할 수 없는 제도가



고, ‘기피’는 당사자의 신청이 있을 때 결정에 의하여 직무집행을 못하게 하는 제도이며, ‘회피’는 본인 자신이 자발적으로 직무를 집행하지 않는 제도이다.

## 나. 위원의 제척

### 1) 제척의 의의

‘제척(除斥)’이라 함은 판단기관이 구체적인 사건에 관하여 법률이 정하는 특수한 관계가 있는 경우 법률상 당연히 그 사건에 관한 직무집행에서 제외되는 것이다. 따라서 사건 배당 단계에서 제척 사유가 있음을 안 때에는 그 위원에게 배당이 되지 않도록 해야 하고, 이후에 밝혀진 경우에는 진정의 심의·의결 절차에서 배제해야 한다.

### 2) 제척사유

제척사유는 모두 5가지로, 진정 사건의 직접 당사자거나 친족관계가 있는 경우(법 제38조 제1항 제1, 2호), 진정 사건에 법률적으로 관여한 경우(제3 내지 5호)에 관한 내용이며, 민사소송법 제41조의 각 사유와 대체로 동일하다.

- ① 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 자가 당해 진정의 당사자이거나 그 진정에 관하여 당사자와 공동권리자 또는 공동의무자인 경우(제1호) : 여기서 당사자라 함은 진정인·피해자·피진정인을 말하고, 공동권리자·공동의무자라 함은 비록 직접 당사자는 아니지만 진정과 관련된 권리·의무관계에 관하여 공동소유자·연대책무자·보증인 등의 지위를 가진 경우를 말한다.<sup>760)</sup>
- ② 위원이 당해 진정의 당사자와 친족관계에 있거나 있었던 경우(제2호) : 친족의 범위는 민법 제777조에 따라 “8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자”가 포함된다.
- ③ 위원이 당해 진정에 관하여 증언이나 감정을 한 경우(제3호) : 위원회 진정 절차 내에서 뿐만 아니라 이전의 다른 법률 절차에서 증언이나 감정을 한 경우도 포함된다고 보아야 한다.
- ④ 위원이 당해 진정에 관하여 당사자의 대리인으로 관여하거나 관여하였던 경우(제4호) : 여기서 대리인이라 함은 당해 진정 절차 뿐 아니라 진정 사건으로 되기 전에 다른 법률 거래 관계에 관한 대리인으로 관여한 것을 포함한다고 보아야 한다.<sup>761)</sup>

760) 법원실무제요 - 민사소송[I](법원행정처, 2005), 70쪽.



⑤ 위원이 당해 진정에 관하여 수사, 재판 또는 다른 법률에 의한 구제절차에 관여하였던 경우 : 이를 민사소송법에서는 “이전심급의 재판에 관여하였을 때”로 규정하고 줄여서 ‘전심 관여’라고 부르는데, 민사소송 절차에서는 실무상 가장 많이 문제되는 제척 사유이다.<sup>762)</sup> 민사소송에서는 제척되어야 하는 법관이 재판에 관여했을 때에는 절대적 상고이유(민사소송법 제424조 제1항 제2호)·재심사유(민사소송법 제451조 제1항 제2호)가 되기 때문에, 제척 사유가 되는 ‘전심 관여’의 범위를 최대한 좁혀서 해석하지만, 위원회 진정 절차에서는 법문 자체가 “수사, 재판 또는 다른 법률에 의한 구제절차”로 범위를 넓히고 있으므로, 진정 사건이 다른 일체의 법률 절차에서 문제되었을 때 관여한 위원은 배제되어야 한다고 해석함이 옳다.

### 3) 절차

제척에 관한 절차는 위원회법 시행령에 규정되어 있다. 즉 ① 제척은 당사자의 신청 또는 직권으로 행하고(시행령 제12조 제1항), ② 신청은 위원회에 그 위원을 명시하고(제2항 : 명시 없으면 각하 사유) 3일 이내 서면으로 그 원인과 소명방법을 제출해야 하며(제3항 : 불제출시 각하 사유), ③ 해당 위원의 의견서를 받아(제4항), ④ 원칙적으로 위원회의 위원장이 위원회의 의결 없이 결정해야 하지만, 위원장이 결정하기에 상당하지 않은 경우에는 위원회에서 의결한다(시행령 제13조 제1항). 제척 신청이 있는 때에는 그에 대한 결정이 있을 때까지 의결절차를 정지하되, 긴급을 요하는 경우에는 우선 절차를 진행할 수도 있다(시행령 제14조).

### 4) 제척의 효과

제척된 위원은 당해 진정 사건의 심의·의결에 참가하지 못한다. 제척된 위원이 조정위원이거나 소위원회의 심의·의결과 관련된 경우에는 위원을 변경하고(시행령 제16조, 국가인권위원회운영규칙 제10조 제2항), 전원위원회의 경우는 당해 위원을 제외하고 심의·의결해야 한다.

제척되어야 할 사유를 간과하여 당해 위원이 포함된 상태에서 의결된 위원회의 결정에 효력은 어떻게 될까. 법률이나 시행령은 이에 대해 특별한 규정을 두

761) 민사소송법 제41조 제4호는 ‘당해 사건’으로 특정하지 않고 “법관이 사건당사자의 대리인이었거나 대리인이 된 때”로 규정하고, 거래에 관한 대리인으로 관여한 것은 포함되지 않는다고 풀이한다 - 같은 법원실무제요, 71쪽.

762) 예컨대 재심에 있어서 재심대상이 된 확정판결에 관여한 것이 전심관여가 되는지(대법원 1978. 7. 6. 자 78마147 결정), 청구이의의 소에 있어서 그 대상이 된 확정판결이 전심 관여인지 등이다.



지 않았고, 위원회 결정에 사법상(司法) 구제를 구하는 경우가 많지 않아 사례도 없으나, i) 제척 사유가 모두 판정의 공정성에 심각한 타격을 미칠 수 있는 중대한 것들이라는 점과 ii) 위와 같이 민사소송법에서 판결의 효력을 절대적·전면적으로 부인하는 취지를 고려할 때, 결정의 법적 효력도 인정할 수 없다고 보는 것이 타당하다 할 것이다.

## 다. 기피

### 1) 의의

‘기피(忌避)’는 제척 사유 이외에 위원에게 판정의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우 당사자가 신청하는 경우 그 위원을 직무 집행에서 제외하는 제도이다. 제척은 직권으로 할 수도 있지만 기피는 당사자의 신청에 의해서만 가능하다.

### 2) 기피 사유

제척 사유를 제외한 다른 사유로서 판정의 심의·의결의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우는 모두 기피 사유에 해당한다(법 제38조 제2항). 그러나 객관적으로 그 사유에 해당하는지 여부가 판단될 수 있는 제척의 경우와는 달리 ‘공정을 기대하기 어려운 사정’이라는 규범적 판단을 거치게 된다.

민사소송법상 기피사유(“법관에게 재판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우”)에 관하여 대법원은 “당사자가 불공평한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니라, 통상인의 판단으로서 법관과 사건과의 관계상 불공평한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정할 만한 객관적인 사정이 있는 때”라는 입장을 취하고 있으며(대법원 2001. 3. 21. 자 2001모2 결정), 소송당사자 일방이 재판장의 변경에 따라 소송대리인을 교체한 것(대법원 1992. 12. 30. 자 92마783 결정), 법관이 다른 당사자 사이의 동일한 내용의 다른 사건에서 당사자에게 불리한 법률적 의견을 표시한 것(대법원 1993. 6. 22. 자 93누97 결정) 등은 기피 사유가 되지 않는다고 보고 있다.

### 3) 기피신청에 대한 처리절차

기피신청 역시 위원장은 당사자의 기피신청에 대하여 위원회의 의결을 거치지 아니하고 결정하는 것이 원칙이고, 다만, 위원장이 결정하기에 상당하지 아니하는 경우에는 위원회의 의결로 결정한다(법 제38조 제2항). 신청·소명·의견서





제출 등에 관한 절차는 신청에 의한 제척의 경우와 같다(시행령 제12조).

#### 4) 효과

위원장이 기피사유가 있다고 판단하여 기피신청을 인용하는 경우, 그 위원은 당해 진정 사건의 심의·의결에서 배제된다. 기피된 위원이 조정위원이거나 소위원회 심의·의결과 관련된 경우에는 위원을 변경하고(시행령 제16조, 국가인권위원회운영규칙 제10조 제2항), 전원위원회의 경우는 당해 위원을 제외하고 심의·의결한다.

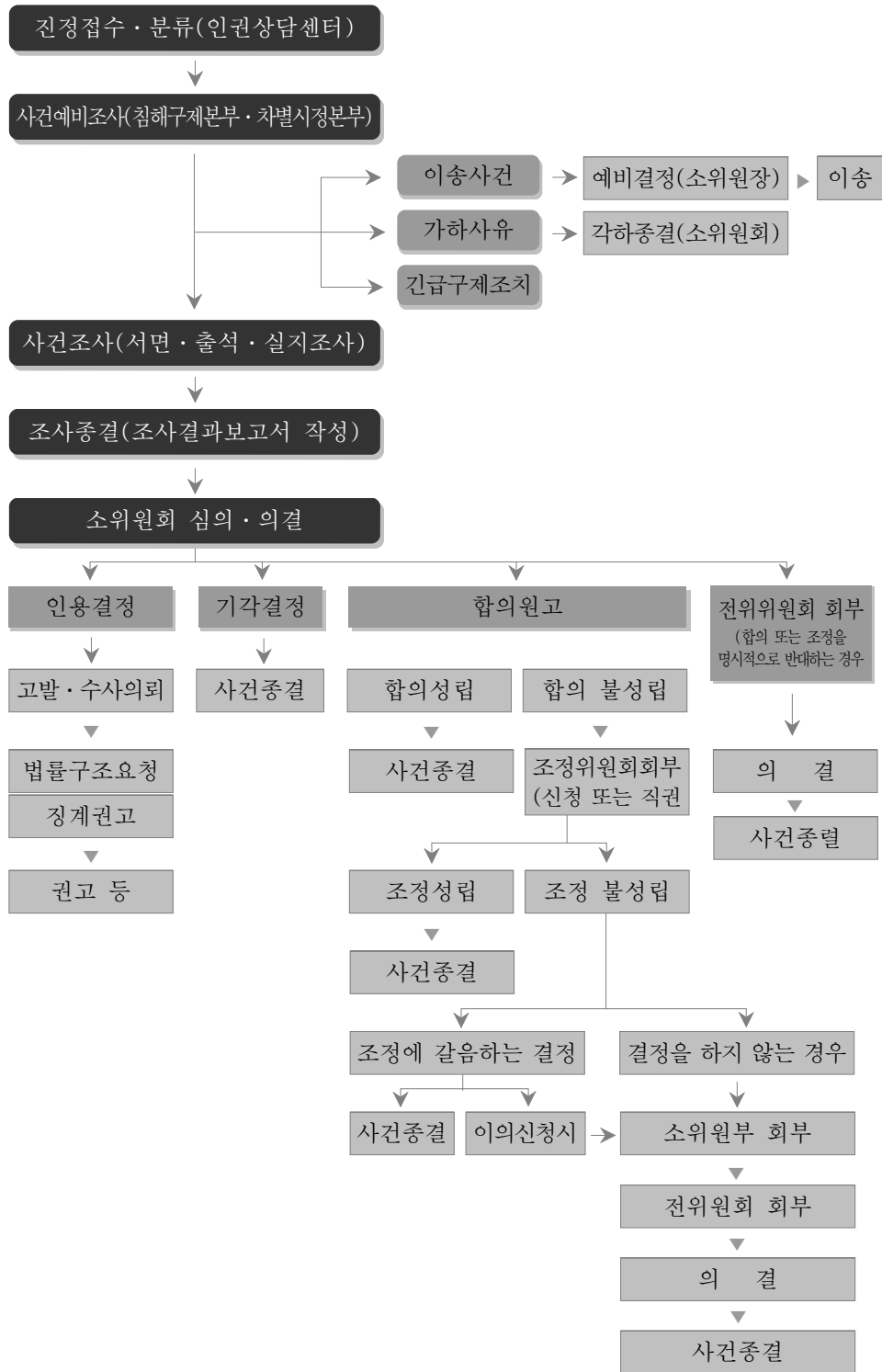
한편 국가인권위원회법에는 조정에 갈음하는 결정에 대한 이의신청(법 제42조 제6항)과 과태료에 대한 이의신청(법 제63조 제4항)을 제외하고는 국가인권위원회법에는 위원회의 결정에 대한 불복 절차가 전혀 없다. 따라서 기피신청을 기각한다고 하더라도 당사자가 이에 불복할 수는 없다.

#### 라. 회피

‘회피(回避)’라 함은 위원이 스스로 제척 또는 기피의 이유가 있다고 인정하여 자발적으로 특정사건의 직무집행을 피하는 제도를 말한다(법 제38조 제3항). 위원회법은 민사소송법과 마찬가지로 회피 사유를 별도로 정하지 않고 “위원이 제척·기피 사유에 해당하는 경우에는 스스로 그 진정의 심의·의결을 회피할 수 있다”고만 정하고 있다. 위원의 회피 신청은 위원장의 허가를 받아야 하며(시행령 제15조 제1항), 회피의 신청이 이유 있다고 인정되는 때에는 위원장은 지체 없이 이를 허가하여야 한다(제2항). 회피된 경우의 효과는 기피의 경우와 완전히 같다.



◆ 국가인권위원회 진정처리절차 ◆





## 1. 개관

진정사건<sup>763)</sup>에 대해서 위원회의 조사결과 이유 없다고 판단되는 경우에는 기각 결정을 하고, 인권침해나 차별이 있었다고 판단되는 경우에는 화해의 권고, 조정, 구제조치의 권고, 고발 및 징계권고 등의 조치를 취하게 된다.

## 2. 진정의 기각(제39조)

**제39조 (진정의 기각)** ①위원회는 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 진정을 기각한다.

1. 진정내용이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우
2. 조사결과 제30조제1항의 규정에 의한 인권침해나 차별행위에 해당하지 아니하는 경우
3. 이미 피해회복이 이루어지는 등으로 별도의 구제조치가 필요하지 아니하다고 인정하는 경우

②위원회는 진정을 기각하는 경우 진정의 당사자에게 그 결과와 이유를 통보하여야 한다.

### 가. 기각(棄却, rejection)

쟁송 절차에서 기각은 그 청구(신청·소) 내용을 심리하여 청구를 들어줄 수

763) 위원회가 직권으로 조사를 시작한 인권 침해 사례에 관해서도 합의·조정이 얼마든지 가능하므로 직권 조사의 경우도 포함될 수 있다는 것은 앞서 본 바와 같으나, 현행 법률이 “진정에 대하여...”라고 규정하고 있으므로 ‘진정사건’에 관한 것으로 설명한다(법문상 용어 정리의 필요성에 관하여는 앞의 표 참조).



없다는 결론을 내리는 중국 판단으로, 구제 절차의 형식적 요건을 갖추지 못했을 때 하는 ‘각하’ 결정과는 달리 ‘실질적인 판단’이다.

위원회법 제39조 제1항은 기각 사유에 대해서 “1. 진정내용이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우, 2. 조사결과 제 30조제1항의 규정에 의한 인권침해나 차별행위에 해당하지 아니하는 경우, 3. 이미 피해회복이 이루어지는 등으로 별도의 구제조치가 필요하지 아니하다고 인정하는 경우”라고 하여 열거해서 규정하고 있으며(이 중 제1, 2호 사유는 2005. 6. 29. 개정으로 변경된 것임), 직권조사사건에서는 ‘기각’할 청구(신청) 내용이 없으므로 기각에 관한 이 조항은 진정사건에만 적용된다.

## 나. 기각의 사유

### 1) 진정내용이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우

진정인의 주장 내용이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우에는 진정을 기각한다. 원래 “사실이 아닌 경우”라고 되어 있던 것을 2005. 6. 29. 개정한 것이다. “사실이 아닌 경우”라고만 규정하게 되면, 입증능력이 부족하기 마련인 진정인의 입장에서는 진정의 진실성 입증에 대한 과도한 부담을 안게 된다. 또한 위원회의 입장에서도 사실이 아니라는 판단에 이른 것은 아니지만 인용에 필요한 입증이 어려워 기각하는 것임에도 이를 “사실이 아닌 경우”를 적용하여 기각할 수밖에 없어 위원회 조사와 결정의 신뢰성 확보에 어려움이 있게 된다. 이러한 점에서 “명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우”라는 기각사유 의 필요성이 제기되었던 것으로 보인다.<sup>764)</sup>

진정인이 주장하는 내용이 명백히 거짓이거나 이유 없다고 인정되는 경우에는 실질적 내용의 조사 없이 각하하기 때문에(법 제32조 제1항 제2호), 기각 사유가 되는 “사실이 아닌 경우”는 일단 실질적인 조사를 실시한 결과 진정 내용이 사실이 아닌 것으로 드러난 경우를 말한다.

진정 내용이 누구에 의하여 어느 정도 증명이 되어야 “사실인 것”이 되는가, 즉 ‘증명 책임’의 소재(所在)와 정도가 문제될 수 있다. 입증책임의 소재와 증명의 정도를 명백히 따지는 민사소송의 원칙과는 달리, 위원회가 국가기관으로서 진정인의 진정에 대하여 그 진위를 파악하고 조사하여 인권침해가 있다고 판단될 경우 이를 구제하여 줄 책임이 있다는 점을 고려한다면, 입증책임의 소재와 증명의 정

764) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 141~142쪽.



도를 명백히 따지는 민사소송의 원칙을 위원회의 조사과정에서 당사자에게 적용할 수는 없다고 할 것이다. 따라서 위원회가 당사자의 진정에 기초하여 당사자가 제출한 자료에 근거한 기초조사를 어느 정도 진행한 후에도 객관적으로 당사자의 주장에 일부라도 사실이 있음을 인정할 만한 자료가 전무하다고 판단되는 경우 기각시키는 것으로 해석하여야 할 것이다.

➡ **증명책임(입증책임)이란?**

쟁송상 사실의 존부가 확정되지 않는 「진위불명」 상태에서, 당해 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 말한다. 심리의 최종단계에 이르러도 사실이 진실인지 아닌지에 대해 아무런 확신이 서지 않는 ‘입증이 되지 않을 때’에는, 그 “증명책임이 있는 사람에게 불이익”을 가하게 되는 것이다.

일반적으로는 각자가 자신에게 유리한 사실을 증명할 책임이 있다고 본다. 즉 권리의 존재를 주장하는 자는 권리근거규정의 요건사실(어떠한 요건이 갖추어져야 그러한 권리 발생이 인정되는지)을 증명해야 하고, 권리의 존재를 다투는 상대방은 그 반대사실(권리 발생에 장애가 있다거나 소멸되었다거나 하는 사실)을 증명해야 하는 것이다.

물론, 그럴 경우에도 진위불명의 상태는 문제가 되는 것이기 때문에 사실 관계가 불분명할 때에는 인권침해가 있었다고 볼 것인지, 없었다고 볼 것인지가 논리적으로는 문제될 수 있다. 그러나 인권침해 사실이 인정되지 않는 상태에서 조정을 시도하거나, 조정에 갈음하는 결정을 할 수는 없으므로, 위원회가 당사자들이 제출·조사 요청하는 자료를 검토하고 직권탐지에 의해 조사를 마쳤음에도 사실 여부가 확정되지 않는 때에는 기각 결정을 해야 할 것이다. 법문 규정 형식상으로는 “사실임이 증명되지 않는 경우”에 기각하는 것이 아니라 “사실이 아닌 경우”가 명백해져야 기각할 수 있는 것처럼 되어 있어, 진위가 불분명한 경우에는 기각을 할 수 없는 것처럼 해석될 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 이 조항의 표현은, 위원회가 가능한 모든 조사를 거쳐 사실 확인을 하고 진정 내용이 사실이 아니라는 적극적인 확신이 생겼을 때에 비로소 확정적인 기각 결정을 해야 한다는 취지 정도로 해석하는 것이 옳을 것이다.



### ㉠ 변론주의와 직권탐지주의

변론주의라 함은 소송자료 즉 사실과 증거의 모집·제출의 책임을 당사자에게 맡기고 당사자가 수집·제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 입장이고, 직권탐지주의는 소송자료의 수집·제출 책임을 당사자가 아닌 판단 주체(보통은 '법원')가 지게 된다는 입장이다. 민사소송에 있어서 변론주의는 매우 중요한 원칙임에도 불구하고 민사소송법은 이에 관한 직접 규정을 두고 있지 않고, 다만 가사·행정소송과 같은 특수소송에서 직권탐지주의에 관한 특별한 규정을 두고 있을 뿐이다.

**행정소송법 제26조 (직권심리)** 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

**가사소송법 제17조 (직권조사)** 가정법원이 가류 또는 나류 가사소송사건을 심리함에 있어서는 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하며, 언제든지 당사자 또는 법정대리인을 신문할 수 있다.

위원회의 구체절차가 변론주의를 취하고 있는 것인지 직권탐지가 가능한지, 사실에 대한 증거가 있다고 하려면 어느 정도의 조사를 해야 하는지 등에 관하여, 위원회법은 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 i) 진정 내용의 사실 판단을 위한 '조사' 방법을 정한 국가인권위원회법 제36조가 조사의 방법을 "출석 요구·제출 요구"라고 하여 위원회가 적극적으로 '요구'하는 것을 전제하고 있고, ii) 그 외에 진정인이 증거를 신청할 수 있다든지 하는 것에 관하여 전혀 규정을 두지 않고 있으며, iii) 인권침해 피해자의 경우 적극적인 증명활동을 하기 어려운 사람이 많은데 이러한 경우에는 판단 기구의 후견적 기능을 발휘하게 하는 것이 보통이라는 점 등을 고려할 때, 위원회의 직권에 의한 증거조사가 얼마든지 가능하고 오히려 당연하다고 할 것이다. 다만 그렇다고 하더라도 통상적 범위의 조사 외에 가능한 모든 방법에 의한 증거조사 의무가 있다고 할 수는 없으므로, 진정인은 진정시에 그 보유하고 있는 자료의 제출은 물론, 알고 있는 증거방법에 대한 설명과 조사 요청을 함께 제출하는 것이 바람직하겠다.



☞ [참고] 외국 국가인권기구의 증명 정도 기준<sup>765)</sup>

**1. 뉴질랜드 국가인권위원회 (Human Rights Commission of New Zealand)**

- 흔히 법정에서 사용되는 ‘proof’라 함은, i) 형사재판에서 사용하는 ‘beyond reasonable doubt’ 곧 합리적인 사람이 의심하지 않을 만큼의 증거로서 객관적이고 엄격하게 요구되는 증거, ii) 민사재판에서 사용하는 ‘balance of probabilities’ 곧 당사자의 말 중 누구의 말이 보다 신빙성 있는지를 판단하여 사용하는 증거
- 인권위의 진정사건 해결을 위해 사용되는 증거 (evidence) : 위 ii)의 증거에 보다 가까운 것으로 객관적으로 분명한 증거만을 요구하지는 않음. 진정인이 사전에 자신이 처한 상황을 일관되게 이야기해 왔는지, 진정인의 태도에 일관성이 있는지 여부(prior consistent)를 참조할 수 있으며, 피진정인의 전력, 진정인이 당한 것과 비슷한 행위를 피진정인이 다른 사람에게 한 적이 있는지 여부(similar fact)가 증거로 사용될 수 있음

**2. 오스트레일리아 인권위원회 (Human Rights & Equal Opportunity Commission of Australia)의 진정내용에 대한 판단 기준**

- 내용부족(lacking in substance) 사건으로 결론내기 위한 증명의 요건(the requisite standard of proof)은 연방법원에서 사건을 종결할 때의 기준보다 낮음
- 진정인이 자신의 진술이나 관계사실에 대하여 어떠한 증명도 제시하지 못한다고 판단될 경우 조사관은 내용부족(lacking in substance) 조항으로 해당 사건의 종결을 검토하여 보고함
- 만약 관계사실이 상반되거나 위법성이 증명되는 것으로 보일 때 증거에 대한 추가 조사가 실시됨
- 일반적으로 당사자 간 신빙성에 의존한 문제는 ‘내용부족’ 조항으로 종결되지 않음

☞ UN 인권고등판무관실에서 제시하는 기준<sup>766)</sup>

263. 조사과정과 관련하여 다루어야 할 여러 가지 세부적 문제 중에서 어떠한 증거를 인정 가능한 증거로 채택할 것이냐의 기준도 결정해야 한다. 조사기관은 증거 문제에 관한 한 최고의 전문가라고 할 수 있고, 따라서

765) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 144쪽.

766) UN 인권고등판무관실, 앞의 책, 263절, 115쪽.



이 점에 있어서는 어느 정도의 유연성을 부여받을 수 있다. 특정사안에 관한 법률상 규정이 없는 경우에는 형법의 ‘무죄의 추정(beyond reasonable doubt)’ 원칙보다는 민법의 ‘개연성의 추정(balance of probabilities)’ 원칙을 적용하는 것도 고려해야 한다. 인권침해가 의심되는 상황에서 증거 문제가 빈번하게 발생하고, 대다수 조사제도들이 처벌보다는 구제를 목적으로 한다는 점을 감안하면 개연성의 균형원칙의 유형에 해당하는 기준을 채택하는 것이 바람직하다.

## 2) 조사대상 인권침해 행위에 해당하지 않는 경우

두번째 기각사유는 진정이 “조사대상 인권침해 행위에 해당하지 아니하는 경우”이다. 이를 단순히 문리적으로만 해석한다면 (i) 각하 사유인 국가인권위원회법 제32조 제1항 제1호의 “진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우”가 아니라고 판단되어 실질적인 조사를 하였으나, 조사 결과 위원회의 조사대상인 인권침해 행위가 아니라고 판단되는 경우 (ii) 조사결과 어느 정도 국민의 기본권을 ‘제한’하기는 하나 그것이 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘어 기본권을 ‘침해’하는 정도로는 볼 수 없는 경우가 이에 해당할 수 있을 것이다. 그러나 비록 위원회의 조사 절차가 어느 정도 진행되었다 할지라도 위원회의 조사대상인 인권침해 행위로 판단된다면 이는 각하에 해당하는 것이지 기각할 것은 아니므로 (i)의 경우는 이에 해당한다고 볼 수 없다.

이렇게 볼 때 제2호 사유에는, i) 진정 내용 자체는 사실로 인정되지만 그 내용이 인권의 ‘침해’라고 보기 어려운 경우 ii) 인권이 제한되기는 하였지만 기본권 제한을 정당화하는 사유가 있는 경우 등이 해당한다.

위원회는 제2호 사유에 의해 기각 결정을 하는 때에는 그 결정문에 이들 중 어느 경우에 해당하는지를 이해할 수 있을 정도로 특정해야 할 것이다.

### ㉠ 기본권 제한이 ‘정당화’되는 경우

국민에게 불가침의 기본적 인권이 있고 국가가 이를 확인하고 보장할 의무를 진다고 하더라도(헌법 제10조 제2항), 그것이 어떠한 제약도 받지 않는 무제한·절대적인 권리라는 의미는 아니다. 개인과 다른 개인의 권리가 서로 충돌할 뿐 아니라 헌법질서의 존중을 위해 제한되어야 하는 경우도 있기 때문이다.





기본권을 제한하는 방식에는 헌법 자체에 명시하는 경우(헌법유보)와 법률로 제한하는 경우(법률유보)가 있는데, 현행 헌법에서는 정당의 목적과 활동에 대한 제한(제8조 제4항), 언론·출판의 사회적 책임(제21조 제4항), 재산권의 행사와 제약(제23조 제2항)은 헌법에서 개별적인 제한 규정을 두고 있고, 나머지는 법률에 위임(유보)하고 있다. 일반적인 기본권 제한의 근거, 사유, 정도를 정하고 있는 것이 “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 정한 헌법 제37조 제2항이다. 이에 의하면 국민의 기본권은, i) 국가 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서 (목적), ii) 법률로써만 (수단), iii) 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 내(정도)에서 제한할 수 있다는 것이다.

한편 헌법재판소는 이러한 기본권 제한 법률이 헌법에 합치하기 위해서는, “입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다”고 하여 비례의 원칙을 강조하고 있다(헌법재판소 1998. 12. 24.자 96헌바73 결정 등).

### 3) 이미 피해회복이 이루어지는 등으로 별도의 구제조치가 필요하지 아니하다고 인정되는 경우

이 경우는 진정사건과 관련된 위원회의 역할이 피해의 구제에 목적이 있다는 점에서 더 이상 위원회에서의 절차의 진행이 필요하지 않아 기각하도록 한 것이다. 다만 진정한 개인의 피해는 회복이 되었다고 하더라도, 그러한 침해가 인권침해적인 제도에 의한 것이고, 반복적으로 또는 다른 사람에게도 발생할 수 있는 일이라면, 정책국으로 이관하여 그 제도 자체의 인권침해 여부를 검토할 수 있을 것이다.<sup>767)</sup>

이와 비슷한 것으로서는 민사소송에서의 ‘소의 이익(소익, 訴益)’이라는 개념이 있으나, 민사소송의 ‘소익’ 개념은 소의 적법성 판단 요소로서 소의 이익이 없으면 기각이 아니라 ‘각하’ 하게 된다는 점에서 뿐만 아니라, 내용상으로도 위원회법 제39조 제1항 제3호에서 정하는 기각 사유로서의 “권리 구제 필요성(이익)”은 민사 소송의 ‘소익’보다 좁은 범주라는 점에서도 이 두 개념은 다르다.

제3호 사유에서 ‘피해 회복이 이루어졌다’함은, 조사 과정에서 조사관 등의 권

767) 국가인권위원회, 『인권상담 가이드북2』, 188쪽.



유로 침해 행위가 철회되거나 보상이 이루어지거나, 진정인이 다른 방법으로 피해 회복 조치를 하는 경우 등 위원회가 인권침해임을 인정하여 조정안으로 제시하거나 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있는 수준에 준하거나 상회(上廻)한다고 판단되어야 한다. 위원회가 진정을 인용하여 구제 조치를 한다고 하더라도 이미 행해진 피해 회복과 비슷하거나 이에 미치지 못한 결과를 초래한다면 굳이 구제 절차로 나아갈 이유가 없지만, 피진정인이 일응의 조치를 취했다고 하더라도 위원회의 구제 수준에 미치지 못하는 일부 회복에 해당하는 때에는, 진정인이 이러한 조치에 만족하여 스스로 진정을 취하지 않는 이상 진정을 기각해서는 안 되기 때문이다.

한편 이 사유가 권리 구제가 이루어진 경우를 규정하고 있다는 점을 고려하여, “... 등으로 별도의 구제조치가 필요하지 아니하다고 인정하는 경우”라는 뒷부분 문언의 의미도 피해 회복에 준하는 권리 구제가 이루어진 경우에 한정된다고 보아야 한다.

㉓ 민사소송에서의 “소의 이익”<sup>768)</sup>

소의 이익은 국가적·공익적 견지에서 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, 당사자의 견지에서 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말한다. 이익 없으면 소 없다는 법원이 지적하던 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청이며 이에 의하여 법원은 본안 판결이 필요로 하는 사건에만 그 정력을 집중할 수 있게 되고, 또 불필요한 소송에 응소하지 않으면 안 되는 상대방의 불이익을 배제할 수 있다... 넓은 의미의 ‘소의 이익’은 i) 청구의 내용이 본안 판결을 받기에 적합한 일반적 자격이 있을 것(권리보호의 자격 또는 청구의 적격), ii) 원고가 청구에 대하여 판결을 구할 현실의 필요성(권리보호의 이익 또는 필요)이 있을 것, iii) 당사자가 제대로 소송수행을 하고 본안판결을 받기에 적합한 정당한 당사자일 것(당사자 적격) 등 세 가지 형태로 발현된다. i), ii)는 청구의 측면에서 본 객관적 이익의 문제로서, 좁은 의미의 ‘소의 이익’이라고 할 때에는 이것만을 지칭한다.

다. 기각 결정의 절차·당사자 통보

위원회법은 기각 결정 절차와 방식에 관해서는 특별한 규정을 두지 않았는데, 조사구제규칙 제35조는 인권침해 진정사건(법 제30조 제1항 제1호)에 관하여 기

768) 이시윤, 앞의 책, 294쪽.



각하는 경우에는 원칙적으로<sup>769)</sup> 의결서를 작성하지 않고, 차별 진정 사건(법 제 30조 제1항 제2호)에 대해서는 제1호 사유로 기각하는 경우에도 원칙적으로 의결서를 작성한다고 정하고 있다(이들 규정은 2005. 4. 25. 신설되었음). 그러나 인권침해 사건과 차별 진정 사건을 이렇게 구별해야 하는 이유도 없으며, 진정으로 접수되어 조사까지 진행하고 의결을 했음에도 의결서를 작성하지 않는 것은 바람직하다고 할 수 없다. 기재 사항을 간략하게(예컨대 소액사건심판법 제11조의 2 제3항은 소액심판의 경우 “판결서에는 민사소송법 제208조의 규정에 불구하고 이유를 기재하지 아니할 수 있다”고 하고 있음) 하는 기준을 정한다면 몰라도, 의결서를 아예 작성하지 않고 ‘사건처리결과 통지서’만을 발송하는 것은 위원회의 심리와 의결을 거친 기각 ‘결정’의 실질에는 맞지 않는다.

한편 위원회는 진정을 기각하는 경우 진정의 당사자에게 그 결과와 이유를 통보하여야 하고(법 제39조 제2항), 이때 위 세 가지 기각 사유 중 어느 것에 해당하는지를 특정해야 한다. 통지를 위해 사용하는 양식은 앞서 본 각하 결정 통보 양식(조사규칙규칙 별지 서식 제12호)과 동일하다.

## 라. 기각 결정에 대한 불복

위원회법에는 조정에 갈음하는 결정에 대한 이의(법 제42조 제6항) 절차를 제외하고는 위원회 결정을 다투는 방법이 정해져 있지 않고, 위원회가 기각한 진정과 동일한 사실에 관하여 다시 진정한 경우는 위원회의 자기기속력에 의해 각하 사유가 된다(법 제32조 제1항 제9호). 그렇다면 기각 결정에 대해 행정심판이나 행정소송을 통해 다툴 수 있는가. 이는 비단 인권위의 기각 결정 뿐 아니라 이른바 ‘준사법 절차(quasi-judicial process)’ 결정에 관한 불복 방법이 법에 정해져 있지 않은 경우 사법적으로 불복할 수 있는지에 관한 문제라고 볼 수 있다.<sup>770)</sup>

### 가) 행정심판의 대상성 인정 여부

행정심판을 제기하여 기각된 사례는 있었으나 이 사례는 「국가인권위원회행정심판위원회규칙」 제정 이전의 것이고,<sup>771)</sup> 앞에서 본 바와 같이 위 규칙은 위원회

769) 다만 1. 중요사건으로 분류된 사건, 2. 인권침해의 판단기준 및 법령의 해석·적용에 관한 사건, 3. 인용결정과 병존하는 사건, 4. 기타 위원회에서 의결서 작성이 필요하다고 결정한 사건의 경우에는 의결서를 작성한다고 한다.

770) 이상규, 준사법기관의 재결과 행정소송, 한국사법행정학회, 사법행정, 제6권 5호, 80쪽 이하 참조

771) 교도소에 수행 중인 수용자가 학사 고시반 교육생 편입불허 및 독학학위 취득시험 응시기회를 박탈당하였다는 이유로 2002. 9. 24. 위원회에 진정을 제기하였는데, 진



의 심의·의결을 거친 결정에 대해서는 행정심판을 제기할 수 없다고 하고 있으므로(제9조), 국가인권위원회행정심판위원회에서는 위원회 기각결정에 대한 심판 청구를 각하하게 될 것이다.

#### 나) 행정소송의 대상성 인정 여부<sup>772)</sup>

한편 행정소송에 관하여, 서울행정법원은 “국가인권위원회의 권고결정이 실질적으로 사실상의 기속력을 갖고 있어 권고를 받은 국가기관의 장 등에게 권고내용의 이행을 강제하는 효과를 갖는다고 하더라도, 이러한 것은 권고를 받아들이는 국가기관이 인권관련 업무에 있어서의 위원회의 결정을 존중하고 그것을 이행하려고 노력하는 것에 기인하는 것이지 위원회의 권고결정 자체가 어떠한 법적 효력을 갖기 때문은 아니며, 위원회의 권고결정 또는 기각결정으로 원고에게 어떠한 법률상의 효과가 발생한다고 볼 만한 근거가 없으므로 항고소송의 대상이 되지 않는다”고 하여 그 대상성을 부인한 바 있다(서울행정법원 2004.8.19. 2004구합13202 판결:확정).<sup>773)</sup>

반면에 2005년 6월 「남녀차별금지및구제에관한법률」이 폐지되면서 이 법상의 성희롱 업무가 위원회로 이관되었는데, 대법원은 이미 진행되고 있던 남녀차별개선위원회의 성희롱결정 취소소송에서 피고를 국가인권위원회로 경정하는 것을 허락하여 사안을 심리하여 기각한 바 있다.<sup>774)</sup> 이에 앞으로 대법원이 이외의 위원회의 결정에 대하여 처분성을 인정하여 이를 심리하게 될 것인지는 지켜보아야 할

정 사건을 조사 중이던 2003. 1. 29. 교도소 측에서 진정인을 학사고시반 교육생으로 선정해 같은 해 2. 21. 학사고시에 응시원서도 접수할 수 있게 되었고, 위원회는 위원회법 제39조 제1항 제3호의 ‘별도의 구제조치가 필요하지 아니하다고 인정되는 경우’라는 이유로 기각결정을 하였다. 이에 대해 진정인은 기각 결정 이후에 다시 응시권이 박탈되었고 다른 단계 응시자격은 여전히 제한하였으며, 조사가 제대로 이루어지지 않았다는 등의 이유로 행정심판을 제기하였는데, 행정심판위원회는 “기각 결정 시점인 2003. 3. 21. 이후 인권침해 행위를 하였는지 여부는 별론으로 하고, 청구인에 대해 별도의 구제조치가 필요하지 아니하다는 이유로 한 피청구인의 이견 처분이 위법·부당하다고 할 수 없을 것”이고, “나아가 청구인의 진정 조사 과정에서 진정의 원인된 사실이 해소되었음이 확인되었기 때문에 허위인지 여부를 살필 실익도 없다 할 것”이라는 이유로 심판 청구를 기각하였다 (2003. 9. 30. 자 행심 03-9, 국가인권위원회 공보 제1권 제6호 - 2003. 12. 15. 자, 118쪽).

772) 위원회 결정의 헌법소원 대상성 여부의 문제는 각하결정에 대한 불복 참고.  
773) 이에 대하여는 인권침해사실의 조사·확인을 피해자에 대한 관계에서 그자체로 ‘직접적 수익처분’으로서 피해자의 권리(인권) 내지 법적 지위에 직접적인 변동을 초래하는 것이므로, 그 거부는 바로 거부‘처분’이 되는 것이라는 견해가 있다. 의견서, 서울대학교 법과대학교 교수 박정훈.

774) 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결.



수 있을 것이나, 인권의 문제에 대하여 법적인 판단기관인 일반법원에서 위원회 결정의 당부를, 그것도 법적으로 심사·판단한다는 것이 가능한지는 의문이다.

☞ 참고 : 여성부 남녀차별개선위원회의 성희롱결정 및 시정조치 권고가 행정소송의 대상이 될 수 있는지에 대한 판결례

1. 서울행정법원 2004. 5. 20. 선고 2002구합36065 판결 (제주도지사 성희롱 사건); 성희롱 행위자로 지목된 자가 자신의 언동이 성희롱에 해당하는지 여부에 관하여 남녀차별개선위원회와 다른 판단을 하고 있음에도 불구하고 남녀차별개선위원회가 그의 언동을 성희롱에 해당한다고 일방적으로 결정한다면, 그와 같은 결정에 의하여 헌법에 의하여 보장받고 있는 그의 인격권이 직접적으로 침해받을 가능성이 있게 되므로, 남녀차별개선위원회의 성희롱 결정으로 인하여 자신의 인격권을 직접적으로 침해받은 국민에게 남녀차별개선위원회를 상대로 행정소송을 제기하여 그 적법 여부를 다룰 수 있는 기회를 제공함으로써 국민의 기본권으로 보장되는 재판청구권을 보장함이 상당하다 할 것이고, 한편 구 남녀차별금지및구제에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6915호로 개정되기 전의 것)상 공공기관의 장 또는 사용자에 대한 남녀차별개선위원회의 시정조치권고는 권고의 형식을 취하고 있어 그 상대방의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행정지도의 일종으로 보일 수 있으나 그와 같은 형식에도 불구하고 같은 법은 당해 공공기관의 장 또는 사용자에게 특별한 사유를 소명하지 못하는 한 이를 이행하여야 할 법적 의무와 그 처리결과에 내용을 남녀차별개선위원회에게 통보하여야 할 법적 의무를 동시에 부여하고 있으므로, 남녀차별개선위원회의 시정조치권고는 그 실질에 있어서 상대방에게 법적 의무를 부과함으로써 그 법률상 지위에 변동을 일으키는 것이므로, 남녀차별개선위원회의 같은 법상의 성희롱 결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

2. 서울고등법원 2005. 5. 26. 선고 2004누4286 판결 (회식자리 술 따르기 강요 사건); 인격권은 헌법 제10조에 의하여 보장되는 기본권인 인간의 존엄과 가치로부터 유래되어 인정되는 권리로서, 그 내용에는 소극적으로 일반 국민은 누구나 사회적 명예나 가치를 침해당하지 않을 권리를 가지고, 적극적으로 국가는 일반 국민에 대하여 그의 사회적 명예나 가치를 보장해 주어야 할 의무를 부담한다는 것을 포함한다고 할 것인데(헌법 제10조 후문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다), 이 사건에서와 같이 만약 성희롱 행위자로 지목된 자가 자신의 언동이 성희롱에 해당하는지 여부에 관하여



피고와는 다른 판단을 하고 있음에도 불구하고 피고가 그의 언동을 성희롱에 해당한다고 일방적으로 결정한다면, 그와 같은 결정에 의하여 위와 같이 헌법에 의하여 보장받고 있는 그의 인격권이 직접적으로 침해받을 가능성이 있게 된다. 이러한 의미에서 원고의 언동을 성희롱에 해당한다고 결정한 피고의 결정은 원고의 인격권에 대한 직접적인 침해를 초래할 가능성이 있는 것으로서 행정처분에 해당한다고 할 것이다.

또한, 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은…재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 재판청구권을 국민의 기본권으로 선언하고 있고, 그 재판청구권의 내용에는 공권력에 의하여 국민의 권리가 침해된 경우에는 행정소송을 청구할 권리를 보장한다는 것이 포함되어 있다고 할 것인데, 위와 같은 피고의 성희롱 결정으로 인하여 자신의 인격권을 직접적으로 침해받은 국민에게 피고를 상대로 행정소송을 제기하여 그 적법 여부를 다룰 수 있는 기회를 제공함으로써 위와 같이 기본권으로 보장되는 그의 재판청구권을 보장함이 상당하다고 할 것이다.

… 또 법 제28조 제1항에 의하면, 피고가 “남녀차별임을 결정한 때에는”(성희롱은 법 제7조 제3항에 의하여 남녀차별로 간주된다) 당해 공공기관의 장 또는 사용자에게 시정을 위하여 필요한 조치를 권고하여야 하는 것으로 규정하고 있어 성희롱으로 결정을 하는 것과 그에 따른 시정조치 권고는 불가분의 관계에 있다고 할 수 있는데, 성희롱 결정에 따른 시정조치 권고는 다음과 같은 점에서 행정처분성을 가지므로 시정조치권고와 불가분의 관계에 있는 성희롱 결정 역시 행정처분으로 보아야 할 것 …

### 3. 합의의 권고(제40조)

**제40조 (합의의 권고)** 위원회는 조사 중이거나 조사가 끝난 진정에 대하여 사건의 공정한 해결을 위하여 필요한 구제조치를 당사자에게 제시하고 합의를 권고할 수 있다.

#### 가. 의의

합의의 권고는 조사 중이거나 조사가 끝난 진정에 대해 할 수 있다.<sup>775)</sup> 사적으



로 이루어지는 합의와는 달리 필요한 구제조치를 위원회가 제시하여야 하지만, 당연히 이 과정에서 양 당사자의 의사를 충분히 반영하게 될 것이다.

심사기관이 분쟁 당사자에게 ‘합의’를 ‘권고’할 수 있다고 정하고 있는 다른 법률로는, 폐지된 남녀차별금지및구제에관한법률과 소비자보호법 등이 있으며, 이들 모두 합의가 이루어지지 않은 경우에는 조정에 회부한다는 점에서 위원회법과 유사한 구조로 볼 수 있다.

㉠ 조정 전 합의 권고 제도를 두고 있는 다른 법령

1. **구 남녀차별금지및구제에관한법률 제25조 (합의권고)** 시정신청에 따라 남녀차별사항을 조사하는 과정에서 필요하다고 인정하는 때에는 시정신청에 대한 남녀차별여부를 결정하기 전에 신청인 및 피신청인(제7조제1항의 규정을 위반한 경우에는 그 행위자를 포함한다. 이하 같다)에게 합의를 권고할 수 있다.
2. **소비자보호법 제42조 (합의권고)** 원장은 피해구제청구의 당사자에 대하여 피해보상에 대한 합의를 권고할 수 있다.
3. **정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 시행령 제16조 (조정전 합의 권고)** 분쟁조정위원회는 법 제36조제1항의 규정에 의한 분쟁조정의 신청을 받은 때에는 당사자에게 그 내용을 통지하고 조정 전 합의를 권고할 수 있다.

## 나. 대상

### 1) 조사 중인 진정 사건

조사가 완료되지 않고 인권 침해가 있다고 100% 인정되는 경우가 아니라고 하더라도, ‘사건의 공정한 해결을 위해서’ 합의안(이 때 합의안 역시 조사를 종결한 후에 나오는 합의안과는 달리, 인권침해를 100% 전보·회복하는 것이 아닐 수 있다)을 제시할 수 있고, 이를 통해 보다 신속하게 분쟁을 해결할 수 있다. 인권 침해인지 여부가 확정적으로 판가름 나기 전에 원만하게 해결할 수 있는 방법을 찾을 수 있다는 점에서 당사자들에게도 유용할 수 있다. 그러나 2004년 말을 기

775) 2005. 6. 29. 개정으로 조정절차가 종료된 이후에만 개시되는지에 관해서는 논란의 여지가 있을 수 있으나, 개정 전 제42조 제1항의 “위원회의 진정에 대하여 인권침해가 있다고 인정하고 제40조에 의한 합의가 이루어지지 않은 경우”라는 요건을 삭제한 취지로 보아, 이제 조정절차의 개시는 진정의 접수 단계에서부터 가능하다고 본다. 위원회도 이러한 전제에서 조정위원회규칙 제17조 제3항을 규정하고 있다.



준으로 인권침해 사건 중에는 각하나 이송되지 않은 진정 사건 2,454건 중 77건만이 합의로 종결되었고, 차별행위 진정 381건 중에는 9건만이 합의로 종결되었을 뿐이다.

<진정사건 처리유형별 현황>

	구분	처리유형										
		소계	고발, 수사 의뢰	법률 구조 요청	징계 권고	권고	긴급 구제	합의 종결	기각	각하	이송	조사 중지
인권침해	사건 수	9,434	18	4	21	144	4	77	2,133	6,690	290	53
	2004년	4,932	6	4	2	79		54	1,280	3,306	148	53
	2003년	3,137	9		3	57	2	23	717	2,210	116	
	2002년이전	1,365	3		16	8	2		136	1,174	26	
차별	사건 수	766				59		9	140	551	4	2
	2004년	238(149)				8		3	24	201	2	
	2003년	212(84)				14		2	23	173		
	2002년이전	102				8		2	18	73	1	

(국가인권위원회 2004년 연간보고서, 115쪽)

## 2) 조사가 끝난 진정 사건

조사가 끝난 진정 사건에 대하여 인권침해 사실이 인정된다고 하더라도 곧바로 조정위원회나 전원위원회 등에 회부하지 않고, 우선 합의를 권고하고 합의가 성립하지 않는 경우 조정 절차에 넘길 수 있는 것이다. 실무상 합의권고는 소위원회에서 결정하고, 합의가 성립되지 않는 경우에는 조정위원회에 회부하거나 전원위원회의 안건이 된다.

### 다. 합의 권고의 목적과 내용

합의 권고는 위원회가 ‘필요한 구제조치’를 제안하고 이를 양 당사자가 수락할 때 합의 성립으로 연결되는데, 그 목적은 “사건의 공정한 해결”을 위해서라고 한다. 어떤 것이 ‘공정한 해결’인지는 당해 사건의 사정에 따라 크게 다를 것이기 때문에 하나로 정리하기 어려우나, i) 양 당사자의 진정한 의사를 확인하고, ii) 당사자의 상호 양해가 가능한 수준에서, iii) 제반 사정을 두루 고려할 때 사회통념상 합리성이 있는 안이 제시되어야 할 것이다.





## 라. 합의의 성립

양당사자가 위원회의 합의안을 그대로 받아들이거나 또는 수정안에 대해서 합의가 이루어진 경우에는 합의서를 작성하여 당사자로 하여금 그 내용을 확인한 후 서명 또는 날인하게 하고 주심위원 또는 조사담당자가 서명 또는 기명·날인 하여야 한다(조사규칙 제26조). 합의가 성립하면 그것으로 진정 사건은 종결되고, 합의가 성립되지 않으면 조정 절차로 회부된다.

## 4. 조정(제41조, 제42조 제1항, 제2항)

### 가. 조정의 의의·효용

위원회의 진정 사건 처리의 원칙은 처벌이나 과태료 부과 등 제재가 아니라 권리 구제에 있고, 권리를 구제하는 절차 중 가장 중심적인 것이 바로 조정 절차라고 할 수 있다.

일반적 의미에서의 조정(調停)은 분쟁에 있어서 중립적인 제3자가 당사자가 쉽게 협상할 수 있도록 도와주는 분쟁해결 방식으로, 강제적 해결이 아니라 당사자 쌍방의 일치된 자율적 의사에 기한 해결이라는 점에서 신속할 뿐 아니라 이행의 실효성 확보도 용이하기 때문에, 점차 활용 범위가 넓어지고 있는 대안적 분쟁해결 방식(ADR : Alternative Dispute Resolution)이다.

‘조정’ 방식에 의하여 분쟁을 해결하게 되면, i) 분쟁해결에 소요되는 비용과 시간을 대폭 절감할 수 있고, ii) 당사자의 의사에 기하여 분쟁을 종결시키므로 불복이 있을 수 없어 분쟁을 최종적이며 완벽하게 종결시킬 수 있으며, iii) 확일적이고 융통성 없는 구제 대신 구체적 타당성 있는 분쟁 해결이 가능하고, iv) 공권력이 개인의 분쟁에 적극 관여하여 공정하고 합리적으로 분쟁을 신속히 해결함으로써 사적자치의 정신에 의하여 개인이 극한적으로 대립되는 것을 보완, 극복할 수 있다는 이점이 있다.<sup>776)</sup> 법원에서도 이러한 점을 고려하여, “조정절차를 통하여 신속하고 경제적이면서 구체적 타당성 있게 분쟁을 해결하도록 장려”한다는 목적에서 「민사 및 가사조정법」의 사무 처리에 관한 예규(재민 2001-8, 이하 ‘조정예규’로 약칭)를 통해 “특별한 사정이 없는 한 소송이 계속 중인 사건을 조정 회부”하라고 하고 있다(위 예규 제2조 제1항).

위원회법에서도, 조정 외에 권고·고발 등의 수단이 있으나, 양 당사자의 자율적 동의에 기반한 신속·실효적인 구제라는 점에서는 ‘조정’ 제도가 다른 방식보

776) 오영권, 민사조정법 이론과 실무, 대전지방법원 실무연구자료 1권(2002), 6쪽 이하



다 타월하다 하겠다. 당사자와 위원회의 일련의 논의 과정을 통해 합의에 이르게 되므로 당사자의 만족도가 높으며 피해자에 대한 구제 실효성이 높고 진정사건의 처리비용과 시간을 절약하게 되기 때문이다.<sup>777)</sup>

위원회법은 조정의 신속하고 공정한 처리를 위해 3인으로 구성된 별도의 조정 위원회를 구성하여 조정 사건을 심의·의결하도록 하고 있고(제41조), 당사자의 합의가 이루어지지 않는 경우 ‘조정에 갈음하는 결정(제42조 제3항)’을 할 수 있는 강력한 권한을 부여하고 있다. 그러나 이러한 법 체계상의 중요성·효용에도 불구하고, 실제 위원회에 접수된 진정 사건을 조정 절차에 회부하여 조정에 이르는 경우는 거의 없고,<sup>778)</sup> 그나마 회부되는 사건도 엄격한 의미에서의 조정안이 제시되거나 조정에 갈음하는 결정을 한 사례는 아직까지 전무하다.

#### ㉠ 행정부 소속 조정위원회에 의한 조정<sup>779)</sup>

가. 의의 : 행정부 소속의 각종 행정위원회(administrative commission)에 의하여 이루어지는 조정 → 각 산업분야의 입법을 하면서 법률의 맨 뒤에 나오는 별칙의 장 바로 앞에 조정위원회에 관한 장을 의례히 두는 것이 보편화되어 있다는 지적이 나올 정도이다

#### 나. 행정위원회 조정의 특징

- (1) 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청에 의하여 조정을 이용할 수 있되 소송에 전치하는 요건으로서 그 이용이 강제되는 것은 아니다. 다만 상대방은 사실상 그 이용을 강제당한다.
- (2) 조정위원회의 조정위원은 가끔 변호사가 임명되기도 하지만 주로 행정부 소속 공무원, 대학교수 등이 임명한다.
- (3) 행정부 산하 조정위원회는 알선과 조정의 권한 외에도 사실조사권한을 갖고 있어 사실조사과정에서 어떤 위법사항이 발견된 경우 관계기관에게 그 시정조치를 의뢰함으로써 움부즈만 기능을 수행하며, 조정이 성립되지 않은 경우 조정위원회에서 중재결정까지 내릴 수 있다. 알선, 조정, 움부즈만, 중재 등 여러 분쟁해결방법을 한꺼번에 제공한다.

#### 다. 행정위원회 조정의 효력

- (1) 재판상화해와 동일한 효력을 부여하는 사례 : 소비자분쟁조정위원회(소비자보호법 45조 4항), 의료심사조정위원회(의료법 54조의7 3항),

777) 국가인권위원회, 인권상담 가이드북2, 190쪽.

778) 국가인권위원회, 국가인권위원회법개정(정부안) 국회 법사위 심의 참고자료, 10쪽에 의하면 2005. 6. 까지 조정 실적은 총 2건에 불과하다고 한다.

779) 법원행정처, 조정실무(2002), 29쪽 이하



저작권심의조정위원회(저작권법 86조 2항), 배치설계심의조정위원회(반도체집적회로의배치설계에관한법률 29조 2항), 국제계약분쟁조정위원회(국가를당사자로하는계약에관한법률 31조 2항), 컴퓨터 프로그램 심의조정위원회(컴퓨터프로그램보호법 40조 2항), 언론중재위원회의 중재(정기간행물의등록등에관한법률 18조 7항)

(2) 당사자 사이에 동일한 합의가 성립된 것으로 보는 사례 : 환경분쟁조정위원회(환경분쟁조정법 42조), 남녀차별개선위원회(남녀차별금지및구제에관한법률 27조), 하천관리위원회(하천법 45조 4항), 건설분쟁조정위원회(건설산업기본법 78조 4항)에 의한 조정을 들 수 있다.

- 한편, 당사자 사이에 동일한 합의가 있는 것으로 보지는 않지만, 이와 유사한 효력을 인정하는 입법례도 있다. 예컨대, 노동위원회 소속 조정위원회의 경우 단체협약과 같은 효력을 인정하고 있으며(노동조합및노동관계조정법 61조 2항), 하도급분쟁조정협의회의 경우 공정거래위원회의 시정조치와 같은 효력을 인정하고 있다(하도급거래공정화에관한법률 25조).

(3) 조정의 효력에 관하여 명문의 규정을 두지 않는 사례 : 수산조정위원회(수산업법 89조 내지 91조), 광업조정위원회(광업법 107조), 고용평등위원회(남녀고용평등법 18조), 통신위원회의 알선(전기통신기본법 40조의3) 등

한편 위원회의 조정은 민사조정법의 규정을 준용하도록 하고 있는데(법 제41조 제5항), 위원회법 조정과 민사조정법의 조정은 모두 당해 기관에 진정-제소로 접수된 사건에 대하여 직권 또는 당사자의 신청에 의해 조정위원회의 조정 절차를 개시한다는 점, 조정이 성립될 경우 조정은 재판상의 화해의 효력을 가지며, 조정이 성립되지 않을 경우 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있으며 이에 대해 당사자가 이의 신청을 하지 않을 경우 재판상의 화해와 같은 효력을 가진다는 점에서 유사한 점이 있다.<sup>780)</sup> 민사조정의 경우에는 조정을 하지 아니하기로 하는 결정이 있거나 조정이 성립하지 아니하는 것으로 종결된 경우 또는 조정에 갈음하는 결정에 대하여 이의신청이 있는 경우에는 조정기관은 조정절차를 종료하고 사건을 수소법원에 다시 회부해야 하고(민사조정법 제36조 제1항, 조정예규 제30조 제1항), 위원회의 조정의 경우에는 이의 신청을 하면 본래의 진정절차로 돌아가게 된다(조정위원회규칙 제19조 제6호).

780) 앞의 인권상담 가이드북2, 190쪽.



## 나. 조정위원회(제41조)

**제41조 (조정위원회의 설치와 구성)** ① 조정의 신속하고 공정한 처리를 위하여 위원회에 성·장애 등의 분야별로 조정위원회를 둘 수 있다.

② 조정위원회의 위원은 위원회의 위원과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자중에서 성·장애 등의 분야별로 위원장이 위촉하는 자가 된다.

1. 인권문제에 관하여 전문적인 지식과 경험을 가진 자로서 국가기관 또는 민간단체에서 인권과 관련된 분야에 10년 이상 종사한 자
2. 판사·검사·군법무관·변호사의 직에 10년 이상 종사한 자
3. 대학 또는 공인된 연구기관에서 조교수 이상의 직에 10년 이상 종사한 자

③ 조정위원회의 회의는 다음의 자로 구성한다.

1. 위원회의 위원인 조정 위원중 매 회의마다 위원장이 지명하는 1인
2. 제2항의 규정에 의한 분야별 조정위원 중 매 회의마다 위원장이 지명하는 2인

④ 조정위원의 위촉 및 임기, 조정위원회의 구성·운영, 조정의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

⑤ 위원회의 조정절차에 관하여 이 법 및 위원회의 규칙에 규정되지 아니한 사항은 「민사조정법」의 규정을 준용한다.

### 1) 조정위원회의 위상·역할

조정절차를 위해서는 별도의 조정위원회를 구성하게 되는 이 조정위원회는 당사자 신청에 의한 조정과 위원회가 회부한 조정을 심의·의결하고, 당사자의 합의가 이루어지지 않는 경우 조정에 갈음하는 결정까지 하게 된다.

### 2) 조정위원회 구성

개정 전 법에는 조정위원회는 3인으로 구성되고 그 중에서 2인은 위원회 위원중에서, 1인은 제3항 각호의 1에 해당하는 자중에서 위원회가 위촉하도록 하고 있었으나, 2005. 6. 29. 개정으로 분야별 조정위원들을 위촉하여 두고 그 중에서 2



인식을 조정위원회 회의 때마다 지명하여 위원회 위원 1인과 회의를 구성하는 것으로 변경하였다. 구법의 문언이 불명확하여, 당해 사건마다 특성에 맞게 구성해야 하는지 아니면 조정을 담당하는 인권위원 2인과 임기를 정한 위촉 조정위원으로 상시적으로 구성해 두는지에 관한 해석상 논란이 있었는데, 이를 바로잡은 것이다.

조정위원으로 위촉될 수 있는 자격은, i) 인권문제에 관하여 전문적인 지식과 경험을 가진 자로서 국가기관 또는 민간단체에서 인권과 관련된 분야에 10년 이상 종사한 자, ii) 판사·검사·군법무관·변호사의 직에 10년 이상 종사한 자, iii) 대학 또는 공인된 연구기관에서 조교수 이상의 직에 10년 이상 종사한 자이며<sup>781)</sup>, 위원장이 위촉한다(법 제41조 제2항). 또한 “조정위원 3인중 1인은 변호사의 자격이 있는 자이어야 한다”는 요건은 삭제되었다.

조정위원회가 현실적으로 진정 사건에 대한 중국적인 결정을 하게 된다는 점에서 위원회 위원 1인이 참여하게 하되, 일정한 자격을 갖춘 외부 전문가들로 조정위원 풀(pool)을 구성하여 분야별 특수성·전문성을 보완하고, 당해 조정 사건의 특수성에 따라 적절한 조정위원으로 ‘조정위원회 회의’를 구성하게 되어 있다. 이에 따라 현행 국가인권위원회조정규칙 제2조에서는 위원회에 차별조정위원회, 성차별조정위원회, 장애차별조정위원회 및 인권침해조정위원회를 두도록 하고 있다.

### 3) 조정 절차에 관한 위원회 규칙

위원회법은 “위원회의 조정절차에 관하여 이 법 및 위원회의 규칙에 규정되지 아니한 사항은 민사조정법의 규정을 준용한다”고 하여 (법 제41조제5항), 그 절차에 관하여 위원회법과 위원회 규칙을 우선 적용하도록 하고 있다. 현재 「국가인권위원회 조정위원회 규칙(이하 ‘조정위원회규칙’)」이 제정되어 시행되고 있다.

## 다. 조정절차의 개시(제42조 제1항)

**제42조 (조정)** ① 조정위원회는 인권침해나 차별행위와 관련하여 당사자의 신청이나 위원회의 직권으로 조정위원회에 회부된 진정에 대하여 조정절차를 시작할 수 있다.

781) 개정 과정에서 위원회에서는 위촉 조정위원의 자격이 너무 엄격하여 실제 관련 전문가를 확보하는데 어려움을 겪을 수 있으므로 자격요건을 7년으로 완화해 달라는 의견을 제출하였으나 통과되지 않았다. 국가인권위원회, 국가인권위원회법 개정(안)에 대한 의견(2005. 4. 11.), 39쪽.



②조정은 조정절차의 개시 이후 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 기명날인하고 조정위원회가 이를 확인함으로써 성립한다.

### 1) 조정절차의 개시

개정 전 법에서 조정절차는 “인권침해가 있다고 인정하고 당사자가 합의 권고를 받아들이지 않는 경우”에만 시작할 수 있고, 위원회의 직권으로 또는 당사자의 신청에 의해 개시된다고 하고 있었으나, 2005. 6. 29. 개정으로 “조정위원회는 인권침해나 차별행위와 관련하여 당사자의 신청이나 위원회의 직권으로 조정위원회에 회부된 진정에 대하여 조정절차를 시작할 수 있다”고 변경되었다. 즉 “인권침해가 있다고 인정”되는 요건을 삭제하였고,<sup>782)</sup> 반드시 “합의 권고를 받아들이지 않는 경우”가 아니더라도 위원회의 회부 결정이 있거나 당사자의 신청이 있으면 조정 절차를 개시할 수 있도록 바꾼 것이다. ‘조정기능을 활성화’하기 위한 것이라고 한다.<sup>783)</sup>

#### 가) 당사자의 신청 또는 직권

조정 절차는 위원회가 직권으로 결정할 수도 있고 당사자의 신청에 의해서도

782) 법체계상 조정 또는 그에 갈음하는 결정은 위원회가 내리는 가장 최종적인 인용 결정이라고 할 수 있으므로, 공정하고 신속한 해결만을 목적으로 하는 합의 권고나 일반적인 민사 조정과는 달리, 조정 절차가 시작된다는 것 자체는 인권침해·차별 행위 사실 자체에 대한 판단이 완료된 위에서 적절한 구제 조치를 조정하게 되는 것이라고 할 수 있다. 따라서 개정 전 법에서는 이러한 실질을 반영하여, 조정 절차를 ‘합의 권고’ 절차와 구분하고, “인권 침해 사실을 인정”하는 경우에만 개시될 수 있다고 되어 있었다. 물론 이 때에도 진정인이 주장하는 사실 관계 전부를 인정하여야 조정 절차를 시작할 수 있다는 것은 아니고, 진정인 주장을 근거로 조사를 끝낸 결과, 위원회의 구제 대상인 인권 침해 또는 차별 행위가 있었다고 인정할 수 있으면 족하였다. 어느 정도의 증거가 있어야 인권 침해 사실을 인정할 수 있는지에 관해서는 기각 사유에 관한 위 VIII - 2.-나. 항에서 살펴본 바 있다. 개정 전 법에서는 이렇게 조정절차 회부 결정이 있으려면 소위원회(현행 규칙에 의하면 침해구제위원회, 차별시정위원회)가 “인권 침해에 해당한다”는 판단을 해야 하므로, 조정 회부 결정은 위원회의 중간 결정(인권 침해 등의 사실이 있었다는 점에 대한)으로서의 의미를 가지고 있었다. 따라서 조정위원들이 별도의 판단으로 인권 침해가 아니라는 이유로 조정하지 않기로 하는 결정을 할 수 없고, 적절한 구제 수단을 제시할 것인가에 대한 심리·의결을 해야 했다.

783) 국가인권위원회, 국가인권위원회법개정(정부안) 국회 법사위 심의 참고자료, 3쪽.



개시될 수 있으며, 법 개정 전과는 달리 조정절차의 개시는 진정의 접수단계부터 가능하게 되었다. 당사자가 조정을 신청하는 경우에는 문서 또는 구술로 할 수 있다(조정위원회규칙 제7조).

조정신청이 있는 경우나 직권조정회부 결정이 있는 경우 위원회는 상대방에게 조정신청사실, 직권으로 조정에 회부된 사실을 상대방에게 통지하여야 한다(조정위원회규칙 제8조제1항, 제9조제2항).

## 나) 합의 불성립은 불요

개정 전 위원회법은 조정 절차를 시작하기에 앞서 합의를 권고할 수 있도록 하고 있었으나(제40조<sup>784</sup>), 2005. 6. 29. 개정으로 이 요건이 삭제되었다. 조사결과를 검토한 담당 소위원회는 i) 일단 인권 침해 사실을 인정하면 우선 당사자들에게 합의를 권고하고, 합의가 성립되지 않는 경우 직권으로 또는 당사자의 신청을 받아 사건을 조정위원회에 회부할 수 있고 ii) 곧바로 직권으로 조정위원회에 회부할 수도 있으며, iii) 당사자의 신청이 있는 경우에는 조정위원회로 회부해야 하게 되었다.

## 2) 조정절차의 진행

### 가) 조정위원회 회의의 구성

조정절차가 개시되면 위원장은 인권위원 중 1인과 위촉 조정위원 중 위원장이 지명하는 2인으로 조정위원회의 ‘회의’를 구성하게 된다(법 제41조 제3항). 여기서 ‘회의’의 의미와 관련하여, 같은 사건에 관해서 2회 이상의 조정회의가 열리는 경우 각 회의마다 조정위원을 지명할 이유는 없으므로, 하나의 사건을 담당하는 조정위원회라고 보는 것이 맞다. 참고로, 아래에서 보는 바와 같이 민사조정법은 조정위원을 ‘미리’ 위촉해 두고(제10조 제1항) 각 사건마다 조정장이 지정하여 조정위원회를 구성하도록 하고 있다(제10조의 2).

784) 개정 전 조항에서는 “...합의를 권고할 수 있다”고 하여 합의 권고가 재량 사항으로 되어 있지만, 조정에 관한 법 제42조 제1항은 “... 제40조의 합의가 이루어지지 않은 경우에 ... 조정위원회에 회부하여 조정절차를 시작할 수 있다”고 하여, 조정 절차 개시를 위해서는 합의 권고와 그 불성립이 반드시 선행되어야 함을 분명히 하고 있다.



### ㉠ 민사조정법상의 관련규정

민사조정법 제8조 (조정위원회) 조정위원회는 조정장 1인과 조정위원 2인 이상으로 구성한다.

제10조 (조정위원) ①조정위원은 학식과 덕망이 있는 자로서 고등법원장·지방법원장 또는 지방법원지원장이 미리 위촉한 자로 하며, 그 임기는 2년으로 한다. 다만, 특별한 사정이 있는 때에는 임기를 2년 이내로 정하여 조정위원을 위촉할 수 있다.

제10조의2 (조정위원회를 구성하는 조정위원) 조정위원회를 구성하는 조정위원은 당사자가 합의에 의하여 선정한 자 또는 제10조 제1항의 조정위원중에서 각 사건마다 조정장이 지정한다.

### 나) 조정 당사자의 대표당사자 선임

조정위원회규칙에서는 조정 당사자가 다수인 경우에 대하여 규정하고 있지 않으므로, 위원회법 제41조 제5항에 의해 이에 대하여는 「민사조정법」의 규정을 준용한다.

조정에서는 당사자 자신이 분쟁해결에 주체적으로 관여하는 것이 원칙이지만, 공동의 이해관계가 있는 다수 당사자는 그 중 1인 또는 수인을 대표당사자로 선임할 수 있다(민사조정법 제18조 제1항). 이 선임은 서면으로 증명해야 하며(제2항), 필요한 경우 조정위원회는 대표당사자 선임을 명할 수 있다(제3항). 대표당사자는 조정 절차에 관한 일체의 행위를 할 수 있는 것이 원칙이나, 자기를 선임한 당사자들을 위한 조정조항안의 수락, 조정신청의 취하, 조정에 갈음하는 결정에 관계되는 행위, 대리인의 선임은 하지 못한다(제4항). 이렇게 대표당사자가 선임된 때에는 조정기일통지는 대표당사자를 선임한 나머지 당사자에게는 이를 하지 않을 수 있다(제5항).

### 다) 조정 참가

위원회의 조정위원회규칙 제12조는 민사조정법 제16조 제1, 2항을 그대로 인용하여 이해관계인의 조정 참가를 인정하는 이른바 ‘조정참가제도’를 규정하고 있다. 그러나 민사조정법상의 ‘참가’는 단순히 절차 진행 과정에 사실상 참가하여 의견을 진술하거나 자료를 제출하는 것을 말하는 것이 아니라 민사소송의 ‘당사자 참가(민사소송법 제79조)·보조 참가(제71조)’에 준하여 직접 쟁송절차의 직접 당사자의 1인이 되고 기판력·참가적 효력이 미치는 제도를 말하는 것이므로,





위원회 조정절차에 그대로 원용하는 것이 적절하지 않다.

따라서 이 문제는 위원회 진정 절차에서도 참가제도 자체를 인정하고, 그 결정(가장 중요한 것은 후술하는 ‘조정’에 갈음하는 결정)의 효력이 되겠다)에도 참가적 효력이나 기관력을 인정하는 지의 문제 전반에 관한 검토를 거친 법률 개정을 통하여 정비되어야 하는 것이지, 유독 조정절차에만, 그것도 조정위원회규칙에 끼워 넣을 수 있는 것은 아닌 것이다.

### 라) 조정위원회가 추가 조사를 할 수 있는지

위원회의 조사담당자나 담당 소위원회가 조사를 종료한 사건에 대하여 조정위원회가 추가적인 조사를 할 수 있는지, 나아가 추가 조사를 통해 “인권 침해가 있다”는 등의 소위원회의 판단·의견을 변경할 수 있는지 문제될 수 있다. 이에 관하여 조정위원회규칙에서는 이에 대하여 규정을 두고 있지 않는 바, 앞으로 이에 대한 정비가 필요하다..

### 마) 조정절차

사건이 조정절차에 회부되면 조정위원회는 조정기일을 정하여 당사자에게 통지하여야 하고(조정위원회규칙제10조), 조정위원들 사이의 심의·의결을 거쳐, i) 조사대상 인권침해행위의 중지, ii) 원상회복·손해배상 그 밖의 필요한 구제 조치, iii) 동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치(법 제42조 제4항)와 그 밖의 사건의 공정한 해결을 위하여 필요하다고 인정되는 구제조치를 당사자에게 제시하여 합의하도록 권고하게 된다.

### 바) 조정안의 제시

조정기관의 조력에 의하여 당사자 스스로 상호양해를 통하여 합의안을 찾아내어 조정이 성립하는 것이 가장 바람직하지만, 실제로는 조정기관이 조정안을 작성하여 제시할 필요가 있는 경우가 많다. 이 경우에 제시된 조정안의 내용과 제시의 방법 여하에 따라서 조정이 곤란하다고 생각되는 사건이 의외로 쉽게 조정이 성립하는 때가 있고, 반대로 그때까지의 설득이 수포로 돌아가는 때도 있다. 따라서 조정안의 제시는, 조정기관이 충분히 검토한 후에 신중하고게 그 시기를 잘 맞춰서 행하여야 한다.<sup>785)</sup>

이를 위해서는 ① 우선 당사자의 희망 조정안을 상대방에게 전달하여 상호 양보시켜 합의를 도출해야 하고 ② 합의가 어려운 때에는 직권으로 조정안을 작성

785) 법원행정처, 앞의 책, 196쪽.



하여 제시하되, 사실관계가 명백하지 아니하거나 당사자가 충분한 의견을 진술하지 아니한 단계에서 제시하면 당사자로부터 그 내용의 공정성에 대한 충분한 신뢰를 얻을 수 없으므로 사실관계가 어느 정도 명백히 밝혀진 단계에서 제시하여야 할 것이며 ③ 유연한 조정을 위해서는 복수의 조정안을 제시하여 당사자로 하여금 선택하게 하는 방법도 고려해 보아야 한다.

조정안은 판결의 주문처럼 청구취지의 범위나 엄격한 형식적 틀에 구애받지 않으므로, 기한유예, 분할지급, 조건부 이행, 관련문제와의 연계, 심리적 만족을 유도하는 문구 사용 등을 다양하고 창의적으로 활용할 수 있어야 할 것이다.<sup>786)</sup>

양 당사자가 이러한 권고를 받아들여 합의가 성립되면 그 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 기명날인하고 조정위원회가 이를 확인함으로써 조정이 성립되고(위원회법 제42조 제2항) 사건은 종결된다.

#### ㉠ 조정조항의 중요성

조정절차에서 당사자 사이에 합의가 성립되면 그 합의내용을 조정조항으로 작성하여 조정조서에 기재하여야 한다. 조정이 성립된 경우, 그 조서는 재판상 화해와 같은 효력이 있고, 재판상 화해는 결국 확정판결과 동일한 효력이 있으므로, 조정조항은 판결의 주문에 해당한다. 따라서 조정조항의 내용에 관하여 해석상 의문의 여지가 없도록 조정조항은 일의적(一義的)으로 명확하게 작성하여야 한다. 즉 누가 누구에 대하여 언제 어떠한 의무를 이행하여야 하는지를 구체적이고도 명확하게 규정하여 강제집행시 의문의 여지가 없도록 주의하여야 한다는 것이다. 따라서 조정조항을 작성할 때는 그것에 의하여 분쟁이 최종적으로 해결된다는 점을 충분히 인식하여 세심하고 신중하게 주의를 기울임으로써 나중에 조정조항의 해석을 둘러싸고 분쟁이 재발하는 일이 없도록 배려하여야 한다. 특히 강제집행이 불가능한 조정조항을 작성하는 일은 반드시 피하여야 한다.<sup>787)</sup>

#### 사) 조정을 하지 아니하는 결정

조정위원회는 사건의 성질상 조정을 함에 적당하지 아니하다고 인정하는 때에는 조정을 하지 아니하는 결정으로 조정을 종결시킬 수 있다(조정위원회 규칙 제 16조).

786) 법원행정처, 같은 책, 206쪽.

787) 법원행정처, 같은 책, 593쪽.



## 라. 조정의 성립과 효력(제42조 제2항, 제43조)

### 1) 조정의 성립

**제42조 (조정)** ②조정은 조정절차의 개시 이후 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 기명날인하고 조정위원회가 이를 확인함으로써 성립한다.

양 당사자가 이러한 조정안을 받아들여 합의가 성립되면 그 합의된 사항을 조정서에 기재한 후, 당사자·조정위원장 및 조정위원들이 이를 확인하여 서명 또는 기명·날인함으로써 조정은 성립되고(위원회법 제42조 제2항, 조정위원회규칙 제14조) 사건은 종결된다.

### 2) 성립된 조정의 효력(법 제43조)

**제43조 (조정 효력)** 제42조제2항의 규정에 의한 조정과 제42조제6항의 규정에 의하여 이의를 신청하지 아니하는 경우의 조정에 같은 하는 결정은 재판상의 화해와 같은 효력이 있다.

양 당사자의 합의에 의해 조정이 성립되거나 조정에 같은하는 결정에 대해 어느 쪽도 이의를 신청하지 않았을 때에는 그 조정(결정)은 재판상의 화해와 같은 효력이 있다.

‘재판상의 화해’는 ‘소송상의 화해’와 ‘제소전 화해(민사소송법 제385조)’를 합해서 부르는 말로, ‘소송상 화해’는 민사소송에서 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 상호 양보를 통해 다툼을 그치게 하려는 당사자의 진술이고, ‘제소전 화해’는 재판을 제기하기 전에 지방법원 단독 판사에게 신청하는 화해를 말한다.<sup>788)</sup>

재판상 화해가 성립되어 그것이 조서에 기재되면 소송은 당연히 종료되고, 그 화해 조항에 따라 법률관계를 형성·변경하는 효력이 생겨 종전의 법률관계를 바탕으로 하는 권리의무는 소멸한다(‘창설적 효력(創設的 效力)’<sup>789)</sup>). 또한 그 조

788) 김상원 외, 같은 책, 363쪽.



서는 확정판결과 같은 효력을 가지기 때문에(민사소송법 제220조) 기속력·확정력·기관력·집행력 등 판결에 생기는 효력도 생긴다.<sup>790)</sup>

### 가) 기속력(羈束力)

판결이 일단 선고되어 성립되면 판결을 한 법원 자신도 이에 구속되며 스스로 한 판결을 철회하거나 변경하는 것이 허용되지 않는 효력을 ‘기속력’이라고 한다. 일단 재판으로서 외부에 표현된 이상 자유로운 변경의 인정은 법적 안정성을 해치고, 널리는 재판의 신용에도 악영향을 주기 때문에 허용되어서는 안 된다.

위원회에서 성립된 조정에 있어서도 마찬가지로, 한 번 조정이 성립되거나 조정에 갈음하는 결정에 이의하지 않아 확정된 이후에는 위원회는 이에 구속되어 이를 철회하거나 변경할 수 없게 된다.

### 나) 확정력(確定力)

법원이 한 중국판결에 대하여 당사자가 일정한 기간 내에 불복하지 않아 그 소송절차 내에서는 취소·변경될 수 없게 되는 것을 판결의 ‘확정’이라고 하고, 이러한 취소불가능성을 (형식적) 확정력이라고 한다. 판결의 경우 형식적 확정력은 상소 추완<sup>791)</sup>과 재심의 소<sup>792)</sup>에 의하여만 배제할 수 있다.

789) 대법원 2001. 4. 27. 선고 99다17319 판결 : 재판상 화해 또는 제소전 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있으며 당사자 간의 사법상의 화해계약이 그 내용을 이루는 것이면 화해는 창설적 효력을 가져 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸하나, 재판상 화해 등의 창설적 효력이 미치는 범위는 당사자가 서로 양보를 하여 확정하기로 합의한 사항에 한하며, 당사자가 다툼 사실이 없었던 사항은 물론 화해의 전제로서 서로 양해하고 있는데 지나지 않은 사항에 관하여는 그러한 효력이 생기지 않는다.

790) 이하 판결의 효력과 관련된 설명은 모두 이시윤, 앞의 책, 677쪽 이하를 참조하여 정리하였다.

791) 민사소송법 제173조 (소송행위의 추후보완) ①당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다. 다만, 그 사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자에 대하여는 이 기간을 30일로 한다.

792) 민사소송법 제451조 (재심사유) ①다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는



### 다) 기판력(既判力)

확정된 중구판결에 있어서 청구에 대한 판결내용은 당사자와 법원을 규율하는 새로운 기준(規準)으로서의 구속력을 가지며, 뒤에 동일사항이 문제되면 당사자는 그에 반하여 되풀이 다투는 소송이 허용되지 아니하며(不可爭), 법원도 그와 모순·저촉되는 판단을 해서는 아니된다(不可反)는 효력을 기판력이라고 한다. 국가의 재판기관이 한번 당사자 간의 분쟁을 공권적으로 판단한 것에 법적 안정성을 부여해야 한다는 고려에서 나온 것이다. 승소판결을 받은 당사자가 다시 소를 제기한 경우에는 소를 각하하고, 패소 판결을 받은 당사자가 제기한 경우에는 그 청구를 기각하게 된다.

대법원은 재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 간에 기판력이 생기는 것이므로 확정판결의 당연 무효 사유와 같은 사유가 없는 한 재심의 소에 의하여만 효력을 다룰 수 있는 것이나, 당사자 일방이 화해조서의 당연 무효 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 때에는 법원으로서 그 무효사유의 존재 여부를 가리기 위하여 기일을 지정하여 심리를 한 다음 무효사유가 존재한다고 인정되지 아니한 때에는 판결로써 소송종료 선언을 하여야 할 것(대법원 2000. 3. 10. 선고 99다67703 판결 참조)이라는 입장을 취하고 있다.

위원회에서 조정이 성립되거나 조정에 갈음하는 결정이 확정되면 ‘기판력’이 발생한다는 것은 구체적으로 어떤 의미일까. 위원회에서 이에 반하는 결정을 할 수 없는 것은 물론이겠으나, 당사자가 이를 사법구제의 대상으로 삼아 법원에 소를 제기하였을 때에도 기판력이 발생한다고 할 수 있는가. 입법의 취지는 적어도 성립된 조정이나 조정에 갈음하는 결정에 대해서는 이러한 의미의 기판력까지 인정해 주고자 한 것으로 보이지만, 아래에서 보는 ‘집행력’의 문제와 함께 위헌성이 문제될 수 있다.

그러하지 아니하다.

4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
5. 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때
10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때
11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고 하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때



### 라) 집행력 (執行力)

통상 집행력이라 함은 판결로 인한 이행의무를 강제집행 절차에 의하여 실현할 수 있는 효력을 말하며, 소송에서 집행력은 확정된 이행판결에 인정되지만 가집행선고에 의하여 확정 전에 부여되는 경우도 있다. 이렇게 강제집행의 기초가 되는 증서를 ‘채무명의’라고 하는데, 민사소송에서 채무명의가 될 수 있는 것은 이행판결, 그리고 이와 동일한 효력을 가지는 각종 조서(인락조서, 화해조서, 조정조서 등), 확정된 지급명령, 집행명령 등이 있다.

위원회에서 성립된 조정, 조정에 갈음하는 결정에 ‘집행력’이 부여된다는 의미는 그 조정조서나 결정문이 민사집행법에 의한 강제집행의 채무명의가 된다는 것이다. 따라서 조정조서의 내용에 관하여 해석상 의문의 여지가 없도록 조정조서는 일의적(一義的)으로 명확하게 작성하여야 하고, 특히 일정한 이행·급부를 명하는 조정조서는 누가 누구에 대하여 언제 어떠한 의무를 이행하여야 하는지를 구체적이고도 명확하게 규정하여 강제집행시 의문의 여지가 없도록 주의하여야 한다.<sup>793)</sup>

### 마) 조정조서의 집행

조정조서의 집행은 「각종분쟁조정위원회등의조정조서등에대한집행문부여에관한규칙(대법원규칙 제 1768호)」에 의하여 이루어진다. 동 규칙에 의하면 집행문부여의 관할권은 조정위원회의 소재지를 관할하는 지방법원인바(동규칙 제 3조), 위원회의 경우 서울중앙지방법원이 된다. 조정조서상의 채권자가 집행문부여신청서를 접수하면 담당법원사무관은 즉시 조정위원회에 연락하여 조서등본의 교부를 신청하여 이를 받은 후, 내용을 대조하여 집행문을 부여하고 그 사실을 조정위원회에 통지하여야 한다(동규칙 제 7조).

### 마. 조정의 불성립

**조정위원회규칙 제15조 (조정)의 불성립)** ①당사자 사이에 합의가 이루어지지 않고 조정위원회가 위원회법 제42조제3항의 규정에 의한 조정에 갈음하는 결정을 하지 아니한 경우에는 조정위원장은 조정의 불성립을 선언한다.  
②당사자 쌍방 또는 일방의 불출석으로 2회 이상 조정기일이 연기되는 등 당사자가 협조하지 아니한 경우에는 조정이 불성립된 것으로 본다.

793) 법원행정처, 앞의 책, 593쪽.



당사자 사이에 합의가 이루어지지 않고 조정위원회가 위원회법 제42조제3항의 규정에 의한 조정에 갈음하는 결정을 하지 아니한 경우에는 조정위원장은 조정의 불성립을 선언한다. 또한 당사자 쌍방 또는 일방의 불출석으로 2회 이상 조정 기일이 연기되는 등 당사자가 협조하지 아니한 경우에는 조정이 불성립된 것으로 간주한다.

## 바. 진정절차의 재개

**조정위원회규칙 제19조 (진정절차의 재개)** 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 조정신청 또는 직권조정회부 당시 계속 중이었던 절차가 개시된다.

1. 제8조제2항의 규정에 의하여 피신청인이 조정불응의사를 표시한 경우
2. 제9조제3항의 규정에 의하여 당사자 일방이 직권조정을 거부하는 의사를 표시한 경우
3. 제11조제1항의 규정에 의하여 조정신청이 각하된 경우
4. 제15조의 규정에 의하여 조정이 불성립된 경우
5. 제16조의 규정에 의하여 조정을 하지 아니하기로 결정된 경우
6. 제18조제1항의 규정에 의하여 당사자가 조정에 갈음하는 결정에 대하여 이의신청한 경우

조정위원회규칙 (i)동 규칙 제8조제2항의 규정에 의하여 피신청인이 조정불응의사를 표시한 경우 (ii)동 규칙 제9조제3항의 규정에 의하여 당사자 일방이 직권조정을 거부하는 의사를 표시한 경우 (iii)피신청인에게 조정신청 사실을 통지할 수 없거나 당사자에 대하여 기일을 통지할 수 없는 경우와 같이 동 규칙 제11조제1항의 규정에 의하여 조정신청이 각하된 경우 (iv)조정이 불성립된 경우 (v) 조정을 하지 아니하기로 결정된 경우 (vi)당사자가 조정에 갈음하는 결정에 대하여 이의신청한 경우에는 조정신청 또는 직권조정회부 당시 계속 중이었던 절차가 재개된다(조정위원회규칙 제19조).



## 5. 조정에 갈음하는 결정(제42조 제3항, 제4항)

**제42조** ③조정위원회는 조정 절차 중에 당사자사이에 합의가 이루어지지 않는 경우 사건의 공정한 해결을 위하여 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있다.

④조정에 갈음하는 결정에는 다음 각 호의 1의 사항을 포함시킬 수 있다.

1. 조사대상 인권침해나 차별행위의 중지
2. 원상회복·손해배상 그 밖의 필요한 구제조치
3. 동일 또는 유사한 인권침해나 차별행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치

⑤조정위원회는 조정에 갈음하는 결정을 한 경우에는 지체 없이 그 결정서를 당사자에게 송달하여야 한다.

⑥당사자가 제5항의 규정에 의하여 결정서를 송달받은 날부터 14일 이내에 이의를 신청하지 아니하는 때에는 조정을 수락한 것으로 본다.

### 가. 의의

조정 절차 중에 당사자사이에 합의가 이루어지지 않는 경우, 조정위원회는 사건의 공정한 해결을 위하여 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있다(법 제42조 제3항).

이 결정서는 즉시 당사자에게 송달하여야 하고(제5항) 양 당사자가 위 결정서를 송달받은 날부터 14일 이내에 이의를 신청하지 아니하는 때에는 조정을 수락한 것으로 보게 되는바(제6항), 이렇게 조정을 수락한 것으로 간주하게 되면, 재판상의 화해와도 같은 효력이 부여되기 때문에(법 제43조), 조정위원회가 하는 조정에 갈음하는 결정은, 위원회법에서 정하는 권리구제 방법 중 법률적으로 가장 강력한 수단이 되는 셈이다.

### 나. 요건

- 1) 조정절차의 진행과 조정 불성립





조정에 갈음하는 결정을 할 수 있는 경우에 관하여 위원회법은 “당사자 사이에 합의가 이루어지지 않는 경우”라고 하고 있는데, 이는 조정위원회가 내놓은 조정안을 어느 한 쪽 당사자라도 수락하지 않은 경우 뿐 아니라 당사자의 입장 차이가 너무 커서 아예 조정안을 내놓을 수 없는 부득이한 사유가 있을 때를 포함한다.

당사자 사이에 합의(임의조정)가 성립하지 않은 때에는 언제나 조정에 갈음하는 결정을 해야 하는가. 조정위원회규칙은 민사조정법과 마찬가지로<sup>794)</sup> 조정에 갈음하는 결정 외에도, i) 조정을 하지 아니하는 결정(제16조), ii) 조정의 불성립(제15조)을 규정하고 있다.

## 2) “사건의 공정한 해결을 위하여 필요할 것”

위원회법 제42조는 어떤 경우에 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있는지에 관하여 특별한 규정을 두지 않고 다만 “사건의 공정한 해결을 위하여”라고만 하고 있다.

민사조정법 제30조(조정에 갈음하는 결정)는 “상당한 이유가 없는 한”이라고 하여 임의 조정이 성립되지 아니한 사건에 대하여는 당사자가 이의신청할 것임이 명백한 경우를 제외하고는 조정에 갈음하는 결정을 함을 원칙으로 정하고, i) 당사자의 이익 기타 모든 사정을 참작하여(고려 요소), ii) 신청인의 신청취지에 반하지 아니하는 한도 내에서(한계), iii) 사건의 공정한 해결을 위한(목적) 결정을 하여야 한다고 덧붙이고 있다(민사조정법 제30조). 이러한 고려 요소·한계·목적에 관한 것은 명문의 규정은 없으나 위원회의 조정 절차에서도 당연히 참작되어야 하겠다.

특히 당사자가 조정안을 수락하지 않는 이유가 오로지 감정적인 대립에 기인한 경우, 당사자가 사건의 중요한 점에 관하여는 합의를 하였으면서도 지엽적인

794) 민사조정법 제26조 (조정을 하지 아니하는 결정) ①조정담당판사는 사건이 성질상 조정을 함에 적당하지 아니하다고 인정하거나 당사자가 부당한 목적으로 조정의 신청을 한 것임을 인정하는 때에는 조정을 하지 아니하는 결정으로 사건을 종결시킬 수 있다.

제27조 (조정 불성립) 조정담당 판사는 당사자사이에 합의가 성립되지 아니하거나 성립된 합의의 내용이 상당하지 아니하다고 인정하는 경우에 제30조의 규정에 의한 결정을 하지 아니할 때에는 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건을 종결시켜야 한다.

제30조 (조정 갈음하는 결정) 조정담당 판사는 합의가 성립되지 아니한 사건 또는 당사자사이에 성립된 합의의 내용이 상당하지 아니하다고 인정한 사건에 관하여 상당한 이유가 없는 한 직권으로 당사자의 이익 기타 모든 사정을 참작하여 신청인의 신청취지에 반하지 아니하는 한도 내에서 사건의 공정한 해결을 위한 결정을 하여야 한다.



의견의 차이로 최종 합의에 이르지 못하는 경우, 당사자가 조정안을 수락하지 않고 있지만 위원회의 결정이 있으면 분쟁이 해결될 가능성이 있는 경우, 전문가 조정위원의 관여로 분쟁해결의 기준이 명백히 드러난 경우 등에는 조정에 갈음하는 결정을 하여야 할 것이다.<sup>795)</sup>

### 3) 조정에 갈음하는 결정의 내용

이 결정에는 i) 조사대상 인권 침해행위의 중지, ii) 원상회복·손해배상 그 밖의 필요한 구제조치, iii) 동일 또는 유사한 인권침해나 차별행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치 등을 포함시킬 수 있다(법 제42조 제4항). 이 세 가지는 조정에 갈음하는 결정 뿐 아니라 ‘임의 조정’과 ‘권고’의 내용으로서, 결국 위원회가 인권침해·차별행위 피해자의 권리를 구제하는 내용인 셈이다.

인권이 완전한 의미에서 ‘보장’되기 위해서는, i) 사전적 ‘예방’, ii) 현재 침해상태의 ‘배제’, iii) 사후적 권리 ‘구제’가 필요한데, 인권에 대한 침해의 유형이 침해자와 침해형태에 따라 다양하기 때문에 그 예방·침해 배제·구제의 방법 역시 사례마다 다를 수밖에 없다. 위원회는 기본적으로 이 세 가지 기능을 모두 수행하지만, 진정사건의 조사와 조정·권고 등의 기능의 본질은 ‘사후적 구제’라고 할 수 있다. 그러나 ‘권리 구제’라고 해서 반드시 사후적인 원상회복이나 손해전보(제2호)에 한정되는 것은 아니고, 무엇보다 그것만으로는 실효성 있는 ‘구제’가 되는데 부족할 수 있기 때문에, 계속되는 권리 침해가 있다면 일단 이를 중지하고(제1호),

795) 법원행정처, 앞의 책, 133~134쪽 ; 이 책은 “조정에 갈음하는 결정에 적합한 분쟁 유형”으로 ① 상대방이 전화 또는 서면 등으로 조정기관에 대하여 조정기일에 출석할 의사가 없거나 또는 너무 먼 곳에 거주하고 있어 출석하는 것이 불가능하지만 법원이 제시하는 조정안에 따르겠다고 의사를 표시한 경우, ② 주요사항에 대하여는 대부분 합의가 성립되었으나 사소하고 부수적인 사항에 대한 의견 차이 때문에 조정이 성립되지 아니한 경우, ③ 쌍방 당사자가 내심으로는 법원의 조정안을 수용할 의사를 가지고 있지만 상대방에 대한 감정과 대외적 체면 때문에 상대방의 면전에서 그와 합의하겠다는 의사표현을 차마 하지 못하는 것으로 판단되는 경우, ④ 당사자는 조정을 성립시킬 의사를 가지고 있지만 조정의 결과에 대하여 이해관계를 가진 제3자와의 관계에서 분쟁해결의 형식은 조정에 갈음하는 결정으로 하여 줄 것을 희망하는 경우(예컨대 교통사고조정사건에서 피고 보험회사가 법원의 조정안을 납득하지만 다른 공동 불법행위자에 대한 구상청구와 관련하여 법원이 조정에 갈음하는 결정을 하여 줄 것을 바라는 경우), ⑤ 민사조정규칙 제8조 제3항, 제12조 소정의 전문가 조정위원의 사실조사, 의견청취 혹은 감정에 의하여 사실관계가 일응 명백하게 되었고, 이미 당사자에 대한 설득작업이 상당히 진행되었기 때문에 조정이 불성립되면 그 때까지의 비용과 노력이 무의미하게 될 우려가 있는 경우, ⑥ 분쟁의 대상이 주로 법률의 해석·적용에 관한 것이기 때문에 결정 형식으로 그에 대한 판단을 내리면 당사자가 승복할 가능성이 높은 경우 등을 들고 있다.



장래에 향해 침해가 반복되지 않도록 조치(제3호)를 취할 필요가 있는 것이다. 즉 이 조항은 이러한 구제 방법을 예시적으로 규정한 것이며, 조정 내용이 이 세 가지에 한정되는 것이 아니다. 따라서 조정위원회가 당해 사건의 내용과 성질에 따라 필요하다고 판단하는 것이라면 무엇이든 그 내용이 될 수 있다고 하겠다.

이렇게 예시적이고 또한 포괄적인 규정 형식을 취한 것은, 법에서 미리 조정에 갈음하는 결정의 내용을 고정시키기보다는 각 사안의 특성을 고려하여 조정위원회가 탄력적으로 결정을 내릴 수 있게 한 것이므로, 조정위원회는 민사소송절차에서 이미 정립되어 있는 구제내용과 그 방식에 구속되기보다 실제 인권침해 피해자가 구제될 수 있는 다양한 방식을 모색하고, 어떠한 내용의 구제명령을 내리는가에 대해 적절히 결정할 수 있는 재량권한을 갖는다. 그 결정 내용의 적절성 판단 기준은 당연히 “인권침해를 적절히 제거하여 구제하는지”가 될 것이며, 위원회의 조정 또는 조정에 갈음하는 결정은 단순히 채권적 권리의무관계를 회복시키는 회귀적(回歸的)인 것으로는 적절하지 않으며, ‘기반 조성적’이고 ‘장래지향적’이어야 할 것이다.<sup>796)</sup>

㉠ 구 남녀차별금지및구제에관한법률상의 시정조치 내용

제28조 (시정조치의 권고 및 의견표명) ... ②제1항의 규정에 의한 시정조치는 다음과 같다.

1. 남녀차별행위의 중지
2. 원상회복·손해배상 기타 필요한 구제조치
3. 재발방지를 위한 교육 및 대책 수립 등을 위한 조치
- 3의2. 성희롱 행위를 한 자에 대한 징계 또는 이에 상당하는 조치
4. 일간신문의 광고란을 통한 공표
5. 기타 대통령령으로 정하는 사항

4) 조정 결정서 송부와 결정에 대한 이의

조정위원회가 조정에 갈음하는 결정을 한 경우에는 지체 없이 그 결정서를 당사자에게 송달하여야 하고, 당사자가 이 결정서를 송달받은 날부터 14일 이내에 이의를 신청하지 아니하는 때에는 조정을 수락한 것으로 본다(법 제42조 제5, 6항). 이 기간은 불변기간이다(민사조정법 제34조 제5항).

796) 김홍영, 『노동위원회 구제명령 내용의 적절성 및 구제명령의 이행확보』, 중앙노동위원회, 『조정과 심판 (2000년 여름)』, 5쪽.



### ㉠ 불변기간(不變其間)이란?797)

불변기간이란 법에 정해진 기간 중 법률이 ‘불변기간’이라고 특별히 명시한 기간을 말하며, 주로 재판에 대한 불복 신청 기간이 이에 속한다. 불변기간은 소송촉진을 위한 공익상의 필요에서 마련된 것이므로 신축을 허용한다면 불변기간의 기능을 잃게 할 우려가 있다. 따라서 다른 법정기간이나 법원이 정한 기간과는 달리 늘이거나 줄일 수 없게 하였다(민사소송법 제172조 제1항). 다만 주소 또는 거소가 멀리 떨어진 곳에 있는 사람을 위해서는 편의를 고려하여 별도의 부가기간을 정할 수 있게 하였고, 추후보완을 허용하고 있다. 불변기간은 국민의 재판을 받을 권리에 직접 관계되는 것이므로 그에 관한 규정은 명확하여야 한다.

### ㉡ 불변기간 관련 민사소송법 규정

제172조 (기간의 신축, 부가기간) ①법원은 법정기간 또는 법원이 정한 기간을 늘이거나 줄일 수 있다. 다만, 불변기간은 그러하지 아니하다.

②법원은 불변기간에 대하여 주소 또는 거소가 멀리 떨어진 곳에 있는 사람을 위하여 부가기간(부가기간)을 정할 수 있다.

제173조 (소송행위의 추후보완) ①당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리한 소송행위를 보완할 수 있다. 다만, 그 사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자에 대하여는 이 기간을 30일로 한다.

②제1항의 기간에 대하여는 제172조의 규정을 적용하지 아니한다.

### ㉢ 불변기간 관련 헌법재판소 결정례

위법한 처분에 대한 행정소송은 심판청구에 대한 “결정의 통지를 받지 못한 경우에는 제81조 단서의 결정기간이 경과한 날”로부터 60일내에 제기하여야 한다고 규정하고 있는 국세기본법 제56조 제2항 중 괄호부분은, 위법한 과세처분에 대한 국민의 재판을 받을 권리에 직접 관련된 불변기간에 관한 규정으로서, 그 기간계산에 있어서 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 쉽게 이해되게, 그리고 명확하게 규정되어야 함에도 불구하고, 법률전문가의 입장에서도 그 내용과악이 어렵고 모호할 정도로 불명확하고 모호하게 규정함으로써 그 기산점에 관하여 혼선을 일으키게 하고 있으므로, 헌법 제27조 제1항의 재판을 받을 권리의 파생인 불변기간 명확화의 원칙에 반하고, 또한 헌법으로 확보된 기본권이 그 하위법규로

797) 김상원 외, 『주석 신민사소송법(III)』 제1판(한국사법행정학회, 2004), 56쪽.



인하여 잃기 쉽게 하였다는 점에서 헌법 제10조 후문이 규정하는 국가의 기본권 보장의무에도 위반된다(1992. 7. 23. 자 90헌바2 등 결정).

### 5) 이의 신청의 효력

이의 신청이 있으면 조정에 갈음하는 결정이 확정되지 않고 조정 절차는 종료되며 조정신청 또는 직권조정회부 당시 계속중이었던 절차가 계속된다(조정위원회규칙 제19조).

## 6. 구제 조치 등의 권고(제44조)

**제44조 (구제조치 등의 권고)** ①위원회가 진정을 조사한 결과 인권침해나 차별행위가 일어났다고 판단하는 때에는 피진정인, 그 소속기관·단체 또는 감독기관(이하 “소속기관 등”이라 한다)의 장에게 다음 각 호의 사항을 권고할 수 있다.

1. 제42조 제4항 각호에 정한 구제조치의 이행
2. 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선

②제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 소속기관 등의 장에 관하여는 제25조제2항 내지 제4항의 규정을 준용한다.

### 가. 의의

구제조치 등의 권고 권한을 정한 법 제44조는 인권침해·차별행위가 있다고 판단하는 때 위원회가 권고를 할 수 있다고 정하고 있다. 권고는 위원회가 진정 사건에 대한 조사를 마치고 인권침해 사실을 확인한 다음 취할 수 있는 최종적인 구제 방법 중의 하나로서 직접적인 강제력이나, 불복시 강제할 법적인 방법은 없다. 그러나 당해 기관장에게 권고사항 존중·이행 노력 의무를 부과하고(법 제44조 제2항, 제25조 제2항), 불이행시 서면보고 의무와 그 공표의 권한(제3, 4항) 등을 통해서 권고가 수용될 가능성이 크다고 할 수 있다. 실제 2005. 3. 11. 위원회 보도자료에 의하면, 그 동안 위원회가 차별 관련 진정사건에 관해 내린 총 60건에 대해 권고 결정 중 46 건이 수용되었다고 한다 (수용율 92%, 나머지 10건은



검토 중).

○ UN 인권고등판무관실이 제시하는 권고 권한<sup>798)</sup>

271. 대부분 국가인권기구는 자신이 조정을 진행하거나 조사하고 있는 사안에 대해서 권고안을 제출할 수 있는 권한을 갖는다. 국가인권기구의 관할에 따라서, 권고안은 정부기구, 공무원, 민간인 또는 민간조직에 전달된다. 권고안은 인권 침해를 방지하거나 피해를 완화시키기 위한 조치를 제안할 수 있고, 관행이나 절차를 수정하거나 결정을 재고 또는 취소할 것을 제안할 수 있으며, 사과 또는 손해배상을 요구하거나 구제조치를 하도록 요청할 수 있다. 국가인권기구는 특정 사안에 대해서 권고를 할 수도 있고, 인권을 침해하는 활동이나 행위가 재발되지 않도록 하기 위하여 보다 광범위한 차원에서 권고를 할 수도 있다.

## 나. 권고의 요건 및 절차

### 1) 인권침해나 차별행위가 있었다고 판단될 것

구제조치 등의 권고는 당연한 전제로서 인권침해나 차별행위의 인정을 요건으로 한다. 따라서 조사담당자와 소위원회에서 사건에 대한 조사를 마친 후에 권고 여부를 결정해야 하며, 그 결과 진정 내용(또는 그 일부)이 사실이고 그것이 인권침해나 차별에 해당한다는 판단이 먼저 있어야 한다.

### 2) 피진정인의 의견 진술

소위원회가 인권침해·차별행위임을 인정하여 그 사건을 전원위원회에 회부하는 경우에는, 피진정인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 당사자 또는 이해관계인은 구두 또는 서면으로 위원회에 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다(법 제46조).

## 다. 권고의 내용

### 1) 권고의 상대방

권고는 피진정인, 소속기관·단체 또는 감독기관에게 할 수 있다. 피진정인이 개

798) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 273절, 117쪽.



인인 경우 개인에 대한 권고만으로는 구제의 실효성을 확보하기 어려울 수 있으므로, 필요한 경우 그 소속기관이나 감독기관에게 권고를 할 수 있도록 한 것이다.

## 2) 권고사항

위원회는 제42조 제4항 각호에 정한 구제조치의 이행과 함께 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선을 권고할 수 있다. 인권침해 행위의 중지, 원상회복·손해배상 그 밖의 필요한 구제조치, 동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치에 더하여 법령 등의 시정·개선을 권고할 수 있도록 한 것은, 인권 침해나 차별행위가 일회적·개별적 침해 행위에 의한 것이 아니라 법령이나 제도·정책·관행에 의한 것일 때에는, 단지 그 행위의 중지나 원상회복을 하는 것만으로는 실효성 있는 해결이 될 수 없기 때문이다.

권고 방식에 관하여 특별한 규정은 없으나 어떠한 인권침해가 있었는지를 특정하고, 구체적인 권고 사항은 표시한 다음 시정 기한과 수락여부 통지기한, 수락 거부시 위원회가 취할 조치 등을 명확히 해야 할 것이다.<sup>799)</sup>

## 라. 권고에 대한 조치

위원회로부터 구제조치 등에 대한 권고를 받은 소속기관 등의 장에 관하여는 제25조 제2항 내지 제4항의 규정이 준용된다. 따라서 권고를 받은 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 하며(제2항), 그 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명하여야 하고(제3항), 필요하다고 인정하는 경우 위원회는 그 권고 내용과 의견표명 및 권고를 이행하지 않은 기관장이 설명한 내용을 공표할 수 있다(제4항).

본래 위원회법은 진정의 조사 및 조정의 내용과 처리결과, 관계기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등을 공표할 수 있는 일반적 권한을 규정하고 있으나(법 제50조), 특히 권고를 수용하지 않은 경우 이를 여론에 알리고 논의를 촉발시켜 수용을 촉구할 수 있도록 다시 한 번 규정한 것이다.

799) 독점규제및공정거래에관한법률 시행령 제58조 (시정권고절차), 법 제51조(위반행위의 시정권고)제1항의 규정에 의한 시정권고는 다음 각 호의 사항을 명시한 서면으로 하여야 한다.

- |              |             |
|--------------|-------------|
| 1. 범위반 내용    | 2. 권고사항     |
| 3. 시정기한      | 4. 수락여부통지기한 |
| 5. 수락거부시의 조치 |             |



- ㉠ 행정조치의 실효성 확보를 위해 ‘제재’로서 ‘공표’를 규정한 다른 법률의 예
  - **남녀고용평등법** 제32조 (고용평등 이행 실태 등의 공표) 노동부장관은 이 법 시행의 실효성을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 고용평등 이행실태, 그 밖의 조사결과 등을 공표할 수 있다. 다만, 다른 법률에 의하여 공표가 제한되어 있는 경우는 그러하지 아니하다.
  - **자원의절약과재활용촉진에관한법률** 제26조 (자원재활용의 권고 및 조치 명령) ②주무부장관은 제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 사업자가 정당한 사유없이 그 권고를 따르지 아니하는 때에는 그 명단과 지침을 위반한 내용을 공개하거나 필요한 조치를 명할 수 있다.
  - **시행령** 제49조 (시정조치를 받은 사실의 공표) 공정거래위원회는 법 제42조제3항의 규정에 의하여 사업자등에 대하여 시정조치를 받은 사실의 공표를 명하고자 하는 경우에는 다음 각호의 사항을 참작하여 공표의 내용 및 그 횟수 등을 정하여 이를 명하여야한다.
    1. 위반행위의 내용 및 정도
    2. 위반행위의 기간 및 횟수
    3. 위반행위로 인하여 발생한 소비자피해의 범위 및 정도
  - **보험업법** 제164조 (조사관련 정보의 공표) 금융감독위원회는 관계자에 대한 조사실적·처리결과 그 밖에 관계자의 위법행위를 예방하는데 필요한 정보 및 자료를 대통령령이 정하는 바에 따라 공표할 수 있다.
  - **산업안전보건법** 제9조의2 (사업장의 산업재해 발생건수 등 공표) ①노동부장관은 산업재해를 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 사업장의 산업재해 발생건수, 재해를 또는 그 순위 등을 공표할 수 있다.
  - **식품위생법** 제56조의2 (공표) ①식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 식품위생상의 위해가 발생하였다고 인정하는 때에는 영업자에 대하여 그 사실의 공표를 명할 수 있다.
  - **청소년의성보호에관한법률** 제20조 (범죄방지 제도) ②제1항의 규정에 의한 제도문에는 다음 각호의 1에 해당하는 죄를 범한 자의 성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지를 그 형이 확정된 후 이를 게재하여 공개할 수 있다. 다만 죄를 범한 자가 청소년인 경우에는 그러하지 아니하다.
  - **공직자윤리법** 제8조의2 (심사결과의 처리) ①제9조제1항의 규정에 의한 공직자윤리위원회는 제8조의 규정에 의한 등록사항의 심사결과 등록대상재산을 허위로 기재하거나 중대한 과실로 누락 또는 오기하거나 직무상 취득한 비밀을 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득한 사실이 인정되는 때에는 다음 각 호의 1의 조치를 하여야 한다.
    3. 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표





## 7. 고발 및 징계 권고(제45조)

**제45조 (고발 및 징계 권고)** ①위원회는 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 범죄행위에 해당하고 이에 대하여 형사 처벌이 필요하다고 인정할 때에는 검찰총장에게 그 내용을 고발할 수 있다. 다만 피고발인이 군인 또는 군무원인 경우에는 소속 군 참모총장 또는 국방부장관에게 고발할 수 있다.

②위원회가 진정을 조사한 결과 인권침해가 있다고 인정할 때에는 피진정인 또는 인권침해에 책임이 있는 자에 대한 징계를 소속 기관 등의 장에게 권고할 수 있다.

③제1항의 규정에 의하여 고발을 받은 검찰총장, 군 참모총장 또는 국방부장관은 고발을 받은 날부터 3월 이내에 수사를 종료하고 그 결과를 위원회에 통보하여야 한다. 다만, 3월 이내에 수사를 종료하지 못할 때에는 그 사유를 소명하여야 한다.

④제2항의 규정에 의하여 위원회로부터 권고를 받은 소속 기관 등의 장은 이를 존중하여야 하며 그 결과를 위원회에 통보하여야 한다.

### 가. 고발

#### 1) 의의

위원회는 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 범죄행위에 해당하고 이에 대하여 형사 처벌이 필요하다고 인정할 때에는 검찰총장 또는 소속 군 참모총장 또는 국방부장관에게 고발할 수 있다. 권리구제조치 권고에 관한 제44조와는 달리 ‘인권침해’만을 대상으로 하고 ‘차별행위’는 포함되지 않는다.

조항의 위치는 조정과 구제조치 권고 바로 다음 조문이고, ‘징계 권고’와 함께 규정되어 있는데, 이것만으로는 ① 조정이 이루어지지 않고 구제조치 권고도 수용되지 않은 경우에 하는 것인지 ② 조정 절차와 별개로 또는 병행하여 할 수 있다는 것인지 분명하지 않다. 본래 위원회와 같은 기구에서 진정 사건에 대한 최종적인 처리를 수사기관에 이첩(referral)하는 것은, 진정사건을 해결하는 과정에서 구제조치가 여의치 않을 때 제2단계 또는 후속조치로서 행사되는 것이 일반적이라는 점을 고려한다면, 이 조항의 ‘고발’ 조치 역시 특별한 사정이 없는 한 조정



이나 구제조치 권고가 수용되지 않았을 때 또는 그러한 해결 방식이 적절하지 않을 때 보충적으로 행하는 것으로 보아야 할 것이다.

☞ 이첩(referral)의 권한<sup>800)</sup>

273. 국가인권기구는 자신이 조사를 했거나 조정을 시도한 사건을 다른 관계기관으로 이첩할 권한을 부여받을 수 있다. 이첩은 관계부처, 다른 정부기구, 그러한 목적으로 설치된 법정, 의회, 사법부, 또는 검찰에 할 수 있다.
274. 이첩의 권한은 진정사건을 해결하는 과정에서 제2단계 또는 후속조치로서 행사되는 것이 일반적이다. 예를 들어 국가인권기구는 다음과 같은 경우에 사건을 이첩할 수 있다.
- 권고를 받은 자 또는 결정을 받은 자가 권고를 무시하거나, 지정된 시한까지 결정에 따르기를 거부하는 경우
  - 사건을 해결할 수 없는 경우
  - 합의된 사항이 지켜지지 않는 경우
  - 국가인권기구가 판단할 때, 방해 또는 비협조로 인해 자신의 조사가 적절하게 진행될 수 없는 경우
  - 조사 진행과정에서 다른 기구 또는 기관이 다루는 것이 적절할 것으로 판명될 경우
275. 이첩은 진정사건의 어느 일방 또는 쌍방이 조사 결과 또는 결정에 만족하지 못할 때 적절한 해결방법으로 사용될 수 있다. 재심사 또는 상소(appeal) 절차는 법률 또는 국가인권기구의 운영지침에 구체적으로 명시되어야 하며, 국가인권기구의 결정으로 영향을 받는 모든 당사자들에게 통지되어야 한다.
276. 특정 사안과 관련된 국가인권기구의 책임은 해당 사안이 다른 기구에 이첩되었다고 해서 반드시 끝나는 것이 아니다. 예를 들어 그 사안이 법원 또는 특별법정에 이첩된 경우, 국가인권기구는 진정인의 입장을 지원하기 위해 이러한 기구에 출석할 수 있어야 한다. 그러나 진정사건이 적절하고 완전하게 처리되도록 하기 위해서 이첩된 사건이 후속조치에 관한 지침과 절차들이 구체적으로 규정되어야 한다.

2) 다른 조치들과의 관계

800) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 273~276절, 117쪽.



### 가) 공무원의 고발 의무

앞서 본 바와 같이, 형사소송법 제234조 제1항은 “누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다”고 하고 있고, 제2항은 “공무원은 그 직무를 행함에 있어서 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다”고 정하고 있다. 따라서 국가인권위원회 조사관의 경우에도 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 위 형사소송법 규정에 의해 고발을 해야 한다.<sup>801)</sup> 그러나 이는 어디까지나 직무를 담당하는 공무원이 ‘범죄에 대한 주관적 혐의’에 기초하여 고발하는 것이지 위원회의 결정에 의한 것이라고 볼 수 없는 반면, 법 제45조에 의한 고발은 인권침해·차별 사건에 관한 조사를 마치고 위원회의 결정으로 하는 것이다.

### 나) 수사기관으로의 이송 (제32조 제2항, 제33조 제1항)

진정 사건에 대하여 진정할 당시 수사기관의 수사가 진행 중일 때에는 위원회는 이를 각하해야 하고(위원회법 제32조 제1항 제5호), 이 때 위원회가 필요하다고 인정할 때에는 그 진정을 관계기관에 이송할 수 있다(제2항). 한편 위원회가 진정에 대한 조사를 시작한 후에 진정의 원인이 된 사실과 동일한 사안에 관하여 피해자의 진정 또는 고소에 의하여 수사가 개시된 경우에는 그 진정을 관할 수사기관에 이송하여야 하며(제33조 제1항), 이를 이송 받은 기관 역시 위원회가 요청하는 경우 그 진정에 대한 처리결과를 위원회에 통보하여야 한다(제3항).

이러한 수사기관으로의 이송은 진정 사건의 조사 개시 전(제32조 제1항에 의한 각하)이나 조사가 종료되기 전에 하는 것인데 반하여, 제45조의 고발은 진정 사건에 대한 조사를 마친 위원회가, 범죄에 대한 혐의뿐만 아니라 인권침해 사실을 인정하고 형사처벌의 대상이 된다고 의결한 때 하는 것이다.

### 다) 수사의뢰 등 (제34조)

위원회는 진정의 원인이 된 사실이 범죄행위에 해당된다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 그 혐의자의 도주 또는 증거의 인멸 등을 방지하거나 증거의 확보를 위하여 필요하다고 인정할 경우에 위원회는 검찰총장 또는 관할 수사기관의 장에게 수사의 개시와 필요한 조치를 의뢰할 수 있다(법 제34조 제1항). 이는 조사 도중 도주나 증거인멸 등의 우려가 있거나 인신 구속이나 압수 수색 등을 통해 증거 확보의 필요성이 있어 강제수사가 필요할 때, 미리 수사기관에의 수사 의뢰를 통해 필요한 조치를 취하는 것에 의의가 있는 것이므로, 조사가 종료된 후 인

801) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 199쪽.



권침해 사실이 인정된 후에 하는 고발 조치와는 차이가 있다. 다만 조사 종료 후 라고 하여 도주 또는 증거의 인멸 등을 방지하거나 증거의 확보를 위하여 필요한 조치를 취할 필요가 없어지는 것은 아니므로, 필요한 경우에는 고발 조치 없이 수사의뢰만 할 수도 있고, 고발 조치를 하면서 구속·압수 수색 등의 ‘필요한 조치’ 등을 의뢰할 수도 있다.

### 3) 요건 및 절차

위원회가 “진정을 조사한 결과 진정의 내용이 범죄행위에 해당하고 이에 대하여 형사처벌이 필요하다고 인정할 때”에 고발할 수 있다.

#### 가) 범죄의 성립요건

‘범죄 행위에 해당한다’는 말의 의미는, i) 형법상 구성요건을 충족하는 행위가 있고, ii) 그것이 위법하며, iii) 피고발인의 책임을 물을 수 있는 것이어야 하고, iv) 형의 필요적 면제 사유에 해당하지 않아야 한다. 그러나 위원회의 고발은 어디까지나 수사의 단서(端緒)에 불과하므로 위원회의 조사 결과 범죄에 대한 혐의가 있다고 판단·의결되면 이를 고발하면 되는 것이지, 검사의 ‘공소 제기’에 준하는 형사 사법적 판단이나 유권해석을 의미하는 것은 아니므로, 위원회가 입수한 자료를 토대로 이들 요건들을 검토하여 결론을 내리면 될 것이며, 법리 판단에서 다소 불확실한 부분이 있다고 하더라도 고발할 수 없는 것은 아니다.

#### 나) 처벌의 필요성

범죄 성립요건을 갖추었다고 하더라도 모든 경우 고발 결정을 해야 하는 것은 아니므로, 위원회는 그 구제 목적에 맞추어 ‘처벌의 필요성’을 판단해야 한다. 본래 ‘고발’이란 수사기관의 판단을 구속하는 것은 아니고 처벌을 구하는 제3자의 의사표시에 불과하지만, 인권침해 사실에 대한 공적 조사권한이 있는 위원회가 조사 결과 고발을 결정하는 것은 그만큼의 무게가 있기 때문이다. 이 때 ‘처벌의 필요성’은 검사가 기소 여부를 결정할 때 고려해야 하는 ‘소추의 필요성’과 같은 것이 아니라, ① “모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지”한다는 위원회법의 목적과 ② 당해 범죄사실이 가지는 사회적 의미 ③ 권리구제의 절차(조정·권고)에서 피진정인이 보인 태도 등을 종합적으로 고려하여, 위원회의 결정으로 고발하는 것이 적절한지 여부를 판단해야 할 것이다.



### ㉓ 기소편의주의와 소추의 필요성 판단 기준

기소편의주의(principle of discretionary prosecution)는 검사가 기소·불기소를 결정함에 있어서 공소를 제기할 만한 충분한 범죄의 혐의가 있고 소추요건이 구비되어 있는 경우에도 피의자의 제반 사정을 참작하여 재량으로 불기소처분을 할 수 있다는 법제상의 주의를 말한다. 우리나라와 같이 기소편의주의를 채택하는 법제하에서는 형사소추에 관한 검사의 재량이 허용되고, 이 때 검사는 i) 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, ii) 피해자에 대한 관계, iii) 범행의 동기, 수단과 결과, iv) 범행 후의 정황 등을 참작하여 기소 여부를 결정해야 한다 (형사소송법 제247조).

### 다) 절차

고발 여부를 결정해야 하는 시점은, 조정 절차로 회부되지 않은 사건이나 조정 절차에서 조정이 성립되지 않아 다시 소위원회로 회부된 다음, i) 소위원회가 인권침해 사실을 인정하여 전원위원회에 회부한 때와 ii) 전원위원회가 권리 구제 조치 등을 권고했으나 대상자나 기관이 권고를 수용하지 않은 때이다. 즉 전원위원회는 사건의 내용과 피진정인의 진술 내용, 소위원회의 의견을 참조하여 i) 권리 구제 조치 권고를 하거나 ii) 그러한 권리구제 조치 권고가 부적절한 경우에는 곧바로 고발이나 징계 권고를 할 수 있고 iii) 위원회의 권리구제 조치 권고를 했으나 수용하지 않은 경우 다시 고발하기로 의결할 수 있다. 이 때에도 소위원회는 미리 5일 이상의 기간을 정하여 피진정인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 당사자 또는 이해관계인은 구두 또는 서면으로 위원회에 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다(법 제46조, 조사구제규칙 제34조 제3항).

### 4) 고발에 대한 조치

위원회의 고발을 받은 검찰총장, 군 참모총장 또는 국방부장관은 고발을 받은 날부터 3월 이내에 수사를 종료하고 그 결과를 위원회에 통보하여야 하며, 3월 이내에 수사를 종료하지 못할 때에는 그 사유를 소명하여야 한다(법 제45조 제3항).

원래 검사가 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 3월 이내 수사를 완료하여 공소제기 여부를 결정하여야 하고(형사소송법 제257조<sup>802)</sup>), 고소 또는 고발 있는 사건에 관하여 공소를 제기하거나

802) 이 기간의 성질에 대하여 통설은 “본조의 기간은 효력기간이 아니고 훈시기간에 불과하므로 본조의 기간이 경과된 후의 공소제기 또는 불기소처분 등 사건처리도



제기하지 아니하는 처분, 공소의 취소 또는 송치를 한 때에는 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다(형사소송법 제258조). 위원회의 고발에 대해서도 동일한 규정을 둔 것인데, 다만 국가기관 사이의 특수 관계를 고려하여 3월 이내 종료되지 않을 때 사유를 소명해야 한다고 덧붙였다.

문제는 고발 이후의 위원회의 조치이다. 권고가 수용되지 않아 고발로 나아가게 된 경우, 그것으로 당해 사건에 대한 위원회의 업무는 종료한 것인가. 위원회 법은 이에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않으나, UN 인권고등판무관실에서는 이러한 경우 진정인의 입장을 지원하기 위해 다른 국가기구에 출석할 수 있어야 하고, 그 후속조치에 관한 지침과 지식들이 구체적으로 규정되어야 한다고 하고 있다.<sup>803)</sup>

## 나. 징계 권고

### 1) 의의

위원회가 진정을 조사한 결과 인권침해가 있다고 인정할 때에는 피진정인 또는 인권침해에 책임이 있는 자에 대한 징계를 소속기관 등의 장에게 권고할 수 있다(제45조 제2항). 권고의 내용이 책임자에 대한 징계라는 점을 제외하면, 불복시 강제할 법적인 방법은 없다는 점에서는 권리구제 조치 권고와 같다. 그러나 징계 권고에 관한 조항은 ‘차별 행위’에는 적용되지 않고, 따라서 그 상대방이 국가기관에 한정된다.

징계 권고는 그 내용상 권리구제 조치 권고(제44조 제1항)와 동시에 또는 별도로 할 수 있다. 즉 권리구제 조치 권고를 하면서 징계 권고를 함께 할 수 있으나, 권리구제 조치가 불가능하거나 불필요한 경우에는 징계 권고만 할 수 있고, 또한 우선 권리구제 조치 권고를 먼저 하고 이것이 수용되지 않을 때에 징계 권고를 하는 방법도 가능하다는 것이다.

### 2) 요건

법문에 나타난 요건은 “인권침해가 있다고 인정할 때 ... 인권침해에 책임이 있는 자”라고 하고 있으므로, 인권침해 사실과 그에 대한 책임이 있을 것을 요한다.

이와 함께 국가공무원법 기타 법령에 규정된 징계 사유가 있을 것을 요하는지가 문제될 수 있으나 i) 위원회가 하는 것은 ‘권고’이고 이를 수용할지 여부는

유효하다”고 한다. 차용석 외, 앞의 책, 440쪽.

803) UN 인권고등판무관실, 앞의 책, 276절, 118쪽.



각 소속기관의 장 등이 해당 징계 규정을 검토하여 결정하게 될 것이고 ii) 징계 권고는 국가기관에 의한 인권침해 행위에만 적용되는데 국가공무원법 제78조·지방공무원법 제69조는 모두 “이 법 및 이 법에 의한 명령에 위반하였을 때”와 “직무상의 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무를 포함한다)에 위반하거나 직무를 태만한 때”를 징계사유로 삼고 있고 국가공무원복무규정 등은 “공무원은 공사를 분별하고 인권을 존중하며 친절·공정하고 신속·정확하게 업무를 처리하여야 한다”고 하여 인권 존중 의무를 확인하고 있을 뿐 아니라 인권침해 행위는 당연히 이러한 공무원의 직무상의 의무를 위반한 것이므로 징계 사유가 되므로, 위원회가 인권침해 사실을 인정하였다면 별도로 징계 사유 여부를 검토할 필요는 없다.

### 3) 절차

징계 권고의 절차는 고발과 마찬가지로 전원위원회가 의결로서 행하는데, 권리구제 조치 권고를 한 다음 수용되지 않으면 할 것인지, 권리구제 조치 권고와 함께 징계 권고를 할 것인지도 함께 검토해야 할 것이다.

### 4) 효과

위원회로부터 징계 권고를 받은 소속기관 등의 장은 이를 존중하여야 하며 그 결과를 위원회에 통보하여야 한다(제45조 제4항). 그러나 이에 불복한다고 하여 강제할 방법은 마땅히 없으며, 권리구제 조치 권고와는 달리, 권고 존중 의무·불이행 사유 서면 설명 의무·공표권 등을 정한 제25조의 규정은 적용되지 않는다.

징계 권고를 한 다음 위원회에서 어떠한 후속 조치를 취할 수 있는지에 관해서도, 아직 구체적인 규정도 없는 형편이다. 이는 징계 요구를 받은 후 각 기관이 행해야 할 조치와 권한을 구체적으로 규정한 감사원법상의 징계 요구 규정과 견주어 볼 때 차이가 있다.

**감사원법 제32조 (징계요구등)** ①감사원은 국가공무원법 기타 법령에 규정된 징계사유에 해당하거나 ... 징계요구를 그 소속장관 또는 임용권자에게 할 수 있다.  
②제1항의 규정에 의한 징계요구중 파면요구를 받은 소속장관 또는 임용권자는 그 요구받은 날부터 10일 이내에 해당 징계위원회 또는 인사위원회등(이하 “징계위원회등”이라 한다)에 그 의결을 요구하여야 하며 중앙징계위원회의 의결결과에 관하여는 행정자치부장관



이, 기타 징계위원회등의 의결결과에 관하여는 당해 징계위원회등이 설치된 기관의 장이 그 의결이 있는 날로부터 15일 이내에 감사원에 통보하여야 한다.

③감사원은 제1항의 규정에 의하여 파면요구를 행한 사항이 파면의 결이 되지 아니한 때에는 제2항의 통보를 받은 날부터 1월 이내에 당해 징계위원회등이 설치된 기관의 직근 상급기관에 설치된 징계위원회등(직근 상급기관에 설치된 징계위원회등이 없는 경우에는 당해 징계위원회등)에 직접 그 심의 또는 재심의를 요구할 수 있다.

④제3항의 심의 또는 재심의요구를 받은 당해 징계위원회등은 그 요구받은 날부터 1월 이내에 심의 또는 재심의 의결하고 그 결과를 지체없이 당해 징계위원회등의 위원장이 감사원에 통보하여야 한다.

⑤감사원으로부터 제1항의 규정에 의한 파면요구를 받아 행한 파면에 대한 소청제기로 소청심사위원회등에서 심사 결정을 한 경우에는 당해 소청심사위원회의 위원장등은 그 결정결과를 그 결정이 있는 날부터 15일 이내에 감사원에 통보하여야 한다.

⑥감사원은 제5항의 통보를 받은 날부터 1월 이내에 그 소청심사위원회등이 설치된 기관의 장을 거쳐 소청심사위원회 등에 그 재심을 요구할 수 있다.

⑦제2항 내지 제6항의 규정에 의한 기간 중에는 그 징계의결이나 소청결정은 집행이 정지된다...

한편 위원회는 “징계를 해달라”는 취지의 권고 뿐 아니라 그 징계의 종류와 양정에 관한 의견도 표명할 수 있다고 보는 것이 자연스러운데, 국가공무원법 제79조 등은 징계의 유형으로 파면·해임·정직·감봉·견책 등 5종만을 규정하고 있기 때문에, 인권침해 사실이 경미할 때 그 외에 주의·경고를 권고할 수 있는지가 문제된다. 감사원법 제33조는 “소속장관, 감독기관의 장, 당해 기관의 장에게 주의·경고 등을 요구할 수 있다”라고 하여 이러한 주의·경고 요구 권한을 명문으로 인정하고 있으나, 위원회법에는 이러한 규정이 없기 때문이다.

그러나 책임자에게 주의·권고를 하도록 권고하는 것은 굳이 징계 권고가 아니더라도 위원회법 제42조 제4항 제3호의 “동일 또는 유사한 인권침해행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치”라고 볼 수 있으므로, 권리 구제 조치 권고의 하나로 할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>804)</sup>

804) 국가인권위원회, 법령해석질의회신집, 201쪽.





## 8. 의견진술기회의 부여(제46조)<sup>805)</sup>

**제46조 (의견진술기회의 부여)** ①위원회는 제44조 또는 제45조의 규정에 의한 권고 또는 조치를 하기 전에 피진정인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

②제1항의 경우 당사자 또는 이해관계인은 구두 또는 서면으로 위원회에 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다.

### 가. 법 제46조의 의미

피진정인에게의 의견진술의 기회를 보장함은 사건의 조사 심리 단계에서의 사실관계 등을 확인하고, 사실상의 쟁점 및 법리상의 쟁점에 대해 일종의 항변기회를 제공하는 것으로, 직권주의적 성격이 강한 위원회의 조사를 보완하여 심의·의결의 공정성과 완전성을 보완하는 장치로서의 의미를 가진다.

또한 “의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”는 규정방식을 볼 때, 제46조 제1항은 권고등의 조치가 예상되는 진정사건에서 필요적으로 피진정인에게 부여하여야 하는 절차적 강행규범으로 볼 수 있다. 이렇게 피진정인의 의견진술의 기회는 피진정인에게는 절차적 권리의 성격을 갖는 것으로, 이를 보장하지 아니하면 절차상 위법성이 제기될 수 있을 뿐만 아니라 의결 자체의 공정성도 문제될 수 있다.

### 나. 대심적(對審的) 성격의 구현

제46조제1항은 권고 등의 조치 전에 피진정인에게 의견진술기회를 제공해야 한다는 것이고, 동조제2항은 피진정인의 의견진술의 방식을 규정한 것이 아니라, 제1항에 따른 피진정인의 의견진술이 있을 때에 진정인, 피해자 또는 이해관계인에게도 제차 구두 또는 서면으로 의견(자료제출 포함)을 진술할 수 있도록 한다는 점에서, 제46조의 규정은 위원회 심의·의결절차에서 최소한의 대심적 성격(당사자주의적 요소)을 구현하고 있다.

805) 국가인권위원회 법무담당관실 전원위원회 보고자료, ‘법 제46조 “의견진술기회의 부여”의 검토’ 참조. 현재 위원회는 이와 관련한 조사규칙의 정비를 위한 논의를 진행 중이다.



## 다. 의견진술의 방식

제46조에 따른 의견진술은 조사단계에서 조사관 앞에서의 의견진술뿐만 아니라, 심의·의결체인 해당 소위원회 면전에서 의견진술까지 보장한다고 본다. 즉 조사종료후 소위원회나 전원위원회에 조사결과보고서가 상정된 후에 소위원회나 전원위원회의 면전에서, 피진정인이 사실상의 쟁점 내지 법률상의 쟁점에 대해 항변하는 기회도 제공되어야 한다. 물론 피진정인 본인이 원한다면, 서면으로 진술할 수도 있다.

## 9. 피해자를 위한 법률구조 요청(제47조)

**제47조** (피해자를 위한 법률구조 요청) ①진정에 관한 위원회의 조사, 증거의 확보 또는 피해자의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 위원회는 피해자를 위하여 대한법률구조공단 또는 그 밖의 기관에 법률구조를 요청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 법률구조 요청은 피해자의 명시한 의사에 반하여 할 수 없다.

③제1항의 규정에 의한 법률구조의 요청의 절차·내용 및 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

## 가. 의의

제47조는 위원회의 진정 사건 조사 과정 등에서 필요한 경우 피해자에게 법률구조를 받을 수 있도록 ‘요청’해 주는 권한을 부여하였다. 조정이 성립되지 않은 경우 위원회의 유일한 역할은 ‘시정 권고’인데 이는 법적 구속력이 없기 때문에 피해자의 권리구제에는 한계가 있기 마련인바, 이런 경우 피해자에 대한 법적 지원은 국제인권기구 절차의 실효성을 확보하기 위해 매우 중요한 부분이다. 특히 인권침해나 차별사건은 다른 유형의 법적 분쟁과는 달리 사회적 약자(취약계층)가 피해자가 된다는 특징을 가지고 있고, 사회적 발언권과 권력·법적 절차에의 접근성 면에서 열악한 인권침해·차별 피해자가 소송을 한다는 것 자체에는 많은 어려움이 따르기 때문에 소송 지원 등의 제도적 장치가 마련되어야 한다. 그 방식으로는 인권기구가 피해자를 대신하여 소송을 제기하거나 그 지지자로서 재



판에 적극적으로 참여하는 방식이나 직권 조사를 통한 직접 소송이라는 방식도 고려되어야 한다.<sup>806)</sup>

위원회법도 당초 2001년 여당 안에서는 미국 고용평등기회위원회의 공익소송 제도를 본뜬 ‘피해자를 위한 소의 제기’ 규정<sup>807)</sup>을 두고 있었으나, 심의 과정에서 삭제되고 실효성 없는 법률구조 공단 등에 대한 구조 ‘요청’ 규정만 남게 되었다. 이 때 요청을 받은 법률구조공단 등에서 어떠한 조치를 취해야 하는지에 관해서도 아무런 언급이 없고(관련 위원회 규칙에도 없음), 구조 여부는 다시 법률구조공단 등 구조기관의 구조 요건으로 판단하기 때문에, 피해자가 직접 구조 신청을 하는 경우와 별 다를 바 없게 되어, 위원회의 ‘요청’이 갖는 실질적인 역할은 의문이며, 향후 보다 실효성있는 대안이 제시되어야 할 것이다.

㉠ 미국 고용평등기회위원회(EEOC)의 소송제기권<sup>808)</sup>

피해자가 EEOC에 구제신청을 한 후 30일을 경과하여도 조정이 달성되지 않는 경우, EEOC는 신청인을 위해 스스로 원고가 되어 피신청인을 상대하여 연방지방법원에 대해 민사소송을 제기하는 것이 가능하다 (시민권법 제706조(f)). 만일 피신청인이 주 또는 지방자치체인 경우에는 EEOC 대신 법무부장관이 소송을 제기한다. 이러한 소송이 제기되면 당사자는 별도로 소송을 제기할 수 없다.

EEOC 또는 법무부장관이 소송을 제기하지 않거나 또는 피신청인에 대해 차별의 시정을 통고한 후 180일을 경과해도 어떠한 성과를 얻지 못하는 경우, EEOC는 ‘소송을 제기해도 좋다는 통지(right-to-sue letter)’를 신청인에게 송부한다. 이 통지를 받은 신청인은 그 수령 후 90일 이내에 소송을 제기하여야 한다.

806) 박선영 외, 차별시정기구의 국제비교 및 정책적 함의, 한국여성개발원, 2004, 160쪽.

807) 안 제48조 제47조 (피해자를 위한 소의 제기) ①진정에 관한 위원회의 조사, 증거의 확보 또는 방지할 경우 피해자에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있다고 인정하는 경우 위원회는 피해자를 위하여 위원회의 이름으로 관할 법원에 필요한 신청이나 소를 제기할 수 있다.  
 ②제1항의 경우 피해자의 권리구제를 위한 소는 피해자의 명시한 의사에 반하여 제기할 수 없다.  
 ③제1항의 소를 제기하기 위한 요건, 절차 및 기타 필요한 사항은 위원회 규칙으로 정한다.

808) 김엘림 외, 『외국의 고용평등제도 비교·분석』, 노동부 연구용역, 1999, 113쪽.



## 나. 요건 및 절차

법문은 1) 위원회의 조사, 증거의 확보를 위해 필요한 경우 2) 피해자의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 경우로 나누고 있으나, 위원회의 조사나 증거 확보 역시 인권침해 및 차별행위 사실을 밝혀내고 적절한 구제조치를 취하기 위한 절차이므로, 두 가지 요건이 확연히 구분되는 것은 아니다.

다만 전자는 위원회 조사 절차에서 필요한 법률적 행위의 조력이고, 후자는 주로 위원회 조사 절차 외 - 민사·행정·헌법 소원의 대리 또는 형사 피고인·피의자를 위한 변호를 말하는 것으로 볼 수 있다. 위원회 절차 자체에서의 법률구조는 법원이 스스로의 재판 절차에서 당사자를 지원하는 소송지원(민사소송법 제3장 제3절<sup>809)</sup>)과 유사한 것이고, 위원회 절차 외의 소송 등을 지원하는 것은 그 입법 목적인 취약 계층 구제를 위해서 그 권리 실현 능력을 보완하는 경제적 구조 제도(일종의 사회복지 정책)들과 유사하다.

- ➡ 공정거래위원회가 추진하는 공익소송제도<sup>810)</sup>
- 허위광고 등 불공정행위로 인한 소비자피해의 경우, 피해자는 다수인 반

### 809) 민사소송법 제3절 소송구조

제128조 (구조의 요건) ①법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 소송구조(소송구조)를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 분명한 경우에는 그러하지 아니하다.

②제1항의 신청인은 구조의 사유를 증명하여야 한다.

③소송구조에 대한 재판은 소송기록을 보관하고 있는 법원이 한다.

④제1항에서 정한 소송구조요건의 구체적인 내용과 소송구조절차에 관하여 상세한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

제129조 (구조의 객관적 범위) ①소송과 강제집행에 대한 소송구조의 범위는 다음 각호와 같다. 다만, 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 다음 각호 가운데 일부에 대한 소송구조를 할 수 있다.

1. 재판비용의 납입유예
2. 변호사 및 집행관의 보수와 체당금(체당금)의 지급유예
3. 소송비용의 담보면제
4. 대법원규칙이 정하는 그 밖의 비용의 유예나 면제

②제1항 제2호의 경우에는 변호사나 집행관이 보수를 받지 못하면 국고에서 상당한 금액을 지급한다.

제131조 (구조의 취소) 소송구조를 받은 사람이 소송비용을 납입할 자금능력이 있다는 것이 판명되거나, 자금능력이 있게 된 때에는 소송기록을 보관하고 있는 법원은 직권으로 또는 이해관계인의 신청에 따라 언제든지 구조를 취소하고, 납입을 미루어 둔 소송비용을 지급하도록 명할 수 있다.



면 개개인의 피해액은 소액인 경우가 많아 현행제도로는 피해구제에 한계 ; 분쟁조정은 강제력이 없어 다수 피해자의 구제에 본질적인 한계가 있으며 피해규모가 작아 개별소송을 통한 구제 곤란

- 따라서 국가기관이 다수 피해자를 대신하여 사업자에 대해 소송을 제기하여 배상금을 받아낸 다음, 이를 피해자에게 배분하는 공익소송제 도입 추진 ; 다수 피해를 일거에 구제함으로써 소송비용 등 사회적 비용을 절감하고, 범위반의 억제력 제고 - 다만, 공익소송의 대상은 다수 소비자에게 직접적인 피해를 입히는 위법행위로 국한하여 남소의 가능성을 차단
- 동 제도에 대해서는 충분한 법리검토와 각계의견을 수렴 ('04년 이후 입법추진)

법률구조 요청의 절차는 법 제47조 제3항에 의해 국가인권위원회 법률구조규칙(이하 '법률구조규칙'으로 약칭)에 상세히 정하고 있다.

위 규칙에 의하면, 위원회가 법률구조요청을 할 수 있는 사건은 i) 진정에 관한 위원회의 조사, 증거의 확보과정에서 해당 위원회가 피해자를 위하여 법률구조가 필요하다고 인정하는 경우 ii) 법 제42조 규정에 의한 「조정에 갈음하는 결정」에 대하여 피진정인이 이의신청을 한 경우 iii) 법 제44조의 규정에 의한 위원회의 권고조치에 대하여 피진정인 또는 소속기관 등의 장이 이를 이행하지 아니하는 경우이다(법률구조규칙 제4조). 위원회의 조사 절차에 필요한 경우와 함께, 피진정인이 조정·권고에 응하지 않은 경우를 구조하도록 한 것은 피진정인이 위원회의 구제조치를 수용하지 않는 경우 위원회법 안에서 다른 강제적 집행력이 없어서, 다른 법률 절차(민사·행정·헌법 소송)를 통해 권리구제를 해야 하기 때문이다.

법률구조 요청을 결정하기 위해서는 승소 및 집행가능성, 구조의 실익 및 타당성, 법률구조기관의 법률구조 요건 등을 고려해야 한다고 한다(제5조 제2항). 해당 위원회는 피해자가 위원회 조사·심의 과정에서 미리 구조요청의 뜻을 밝힌 경우가 아니라면 반드시 법률구조요청 전에 미리 그 사실을 피해자에게 통지하여야 하며(제3항), 피해자의 명시한 의사에 반하여 할 수 없다(제4항).

810) 공정거래위원회, 국회 정무위원회 주요업무보고, 2003. 2. 20, 15쪽.



## 다. 법률구조의 요청

위와 같은 요건이 갖추어졌을 때 위원회는 ‘직권으로’ 법률구조공단 등에 구조를 요청할 수 있다. 진정인이나 피해자가 법률구조 요청을 ‘신청’할 수는 있으나, 법령상 보장된 신청권이 아니라 위원회의 직권 발동을 촉구하는 의미의 신청일 뿐이다.

위원회가 법률구조기관에 요청하는 구조의 내용은 i) 위원회 안에서 진행되는 진정 사건의 조사·증거 확보 과정에서 피해자를 위하여 필요한 법률적 행위를 대리하고 ii) 민사·행정·행정심판·헌법 재판에서의 대리나 형사 사건 변호이며(법률구조규칙 제2조 제1항 제1호), 구조를 요청하는 “법률구조기관”은 대한법률구조공단·대한변호사협회·각 지방변호사회 기타 공익적 법률단체를 말한다(제2조 제2항).

## 10. 긴급구제조치의 권고(제48조)

**제48조 (긴급구제조치의 권고)** ①위원회는 진정을 접수한 후 조사대상 인권침해나 차별행위가 계속 중에 있다는 상당한 개연성이 있고, 이를 방지할 경우 회복하기 어려운 피해발생의 우려가 있다고 인정할 때에는 그 진정에 대한 결정 이전에 진정인이나 피해자의 신청에 의하여 또는 직권으로 피진정인, 그 소속기관 등의 장에게 다음 각 호의1의 조치를 하도록 권고할 수 있다.

1. 의료, 급식, 피복 등의 제공
2. 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 및 감정 또는 다른 기관이 하는 검증 및 감에 대한 참여
3. 시설수용자의 구금 또는 수용장소의 변경
4. 인권침해나 차별행위의 중지
5. 인권침해나 차별행위를 일으키고 있다고 판단되는 공무원 등의 그 직무로부터의 배제

6. 그 밖에 피해자의 생명, 신체의 안전을 위하여 필요한 사항

②위원회는 필요하다고 인정하는 때에는 당사자 또는 관계인 등의 생명 및 신체의 안전과 명예의 보호 또는 증거의 확보나 인멸의 방지를 위하여 필요한 조치를 하거나 관계자 및 그 소속기관 등의 장에게 그 조치를 권고할 수 있다.



## 가. 의의

위원회법 제48조는 긴급구제조치의 권고를 정하고 있다. 종국 결정으로서의 권고가 아니라 “진정에 대한 결정 이전”에 인권침해가 계속되는 것을 막거나 증거의 확보·인멸 방지 등을 위한 잠정적인 조치라고 할 수 있다. 이 역시 ‘권고’에 불과하기는 하지만, 진정에 관한 결정 이전에 조사를 하는 과정에서 위원회가 긴급한 필요성을 인정하여 한 권고(그 내용은 모두 잠정적·임시적인 것이다)를 수용하지 않는 경우, 그 인권침해 행위의 위법성·고의성 등은 더욱 강력하게 추정될 것이다.

### ㉠ 임시명령 (interim injunctions or interim relief)<sup>811)</sup>

278. 국가인권기구가 **조사를 하는 과정**에서 임시명령 또는 임시구제조치를 내릴 수 있는 권한은 극히 중요하다. 이러한 임시조치들은 일반적으로 진정인의 입장이 조사 또는 조정이 진행되고 있는 동안에 더욱 악화되지 않도록 하기 위해, 또는 다른 사건의 발생으로 인해 조사 또는 조정 과정이 방해받지 않도록 하기 위하여 취해진다.

이와 같은 본안 결정의 실효성을 확보하기 위하여 잠정적으로 임시의 지위를 정하는 것을 주된 내용으로 하는 가구제(假救濟)로는 민사집행법상 가처분(그 중에서도 임시의 지위를 정하는 가처분이 이에 해당할 것임<sup>812)</sup>), 행정소송법상 집행정지<sup>813)</sup>가 있고, 헌법재판에서도 가처분이 허용된다고 해석된다.

811) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 278절, 119쪽.

812) 민사집행법 제300조 (가처분의 목적) ... ②가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

813) 행정소송법 제23조 (집행정지) ... ②취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.



특히 헌법재판의 경우 가처분에 관한 근거 규정이 정당해산심판(헌법재판소법 제57조)과 권한쟁의심판(헌법재판소법 제65조)에 대해서만 있기 때문에, 위헌법률심판제청이나 헌법소원과 같은 다른 절차에도 가능한지가 해석상 의문이 있었다. 그러나 헌법재판소법 제40조는 헌법재판소의 심판절차에 관하여 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하고, 특히 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용하되 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니하도록 되어 있고, 위헌임이 명백한 법률에 대하여 본안결정 전에 가처분으로 미리 그 효력을 정지시킬 필요성을 인정할 수 있는 것처럼 헌법소원심판 등에 있어서도 가처분의 필요성은 얼마든지 인정할 수 있을 것이고, 달리 헌법소원심판 등에 있어서의 가처분을 금지할 정당한 이유를 찾아 볼 수 없는 까닭에, 법상 규정이 없는 다른 심판절차에서도 가처분은 허용되어야 한다는 것이 통설이다. 따라서 민사집행법상의 가처분 규정이나 행정소송법상의 집행정지 규정 등은 그 성질에 반하지 않는 한 헌법소송에 있어서도 준용된다고 보아야 할 것이다.<sup>814)</sup> 위원회법상의 긴급구제조치 권고는 효력 면에서는 ‘권고’에 불과하여 법적 강제력을 갖는 다른 가구제 제도와는 차이가 있으나, 그 필요성이나 요건에 있어서는 이들 제도와 다르지 않다. 특히 헌법소원심판 절차에서의 가처분은 기본권 침해 행위의 현재성을 요건으로 한다는 점에서, 인권위의 긴급구제조치 권고와 유사한 부분이 많을 것이다.

➡ 위원회 보도 자료에 나타난 긴급구제조치 권고의 예

진정인이 긴급구제조치 권고를 신청하는 것은 적지 않지만, 인권위가 2005. 8. 까지 보도 자료를 통해 긴급구제조치 권고를 했다고 밝힌 것은 모두 4건이다. 그 중 3건이 외국인 노동자의 강제퇴거명령 집행정지 권고를 한 것이고, 나머지 1건은 현주건조물방화 미수 등의 혐의로 검찰에 구속된 여성 중증 장애인의 진정 사건에서 편의시설이 열악한 구금시설을 조사한 후에

④제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.

814) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제1개정판), 2003, 44~45쪽. 헌법재판소도 사법시험령 제4조 제3항의 효력정지 가처분신청 사건에서 “... 위 두 심판절차 이외에 같은 법 제68조 제1항 헌법소원 심판절차에 있어서도 가처분의 필요성은 있을 수 있고, 달리 가처분을 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로, 위 헌법소원심판청구 사건에서도 가처분이 허용된다”고 하여 같은 입장을 분명히 하였다 (헌법재판소 2000. 12. 8. 자 2000헌사471 결정).





서울지방검찰청 동부지청장에게 “피의자를 불구속 수사할 것”을 권고한 것이다 (동부지청은 이 권고를 수용하여 당사자를 석방하였다).

외국인 노동자의 강제퇴거 중지를 권고한 것은, 등록 체류자인데 만취상태의 폭행을 이유로 강제퇴거 명령을 한 것이거나(2002. 8. 10. 중국동포 3인), 불법체류를 자진신고했던 사람들로서 임금이 체불되고 가족이 한국에 있거나(2002. 9. 12. 러시아인 부부), 경찰이 공문서를 변조하여 무리한 강제퇴거를 시도했다는 등(2003. 8. 23. 파키스탄인 2인)의 특수성이 있는 사례였다.

## 나. 인권침해·차별행위 중지 권고

### 1) 의의

제1항은 인권침해가 계속 중이라는 상당한 개연성이 있을 때, 인권침해를 잠정적으로 중지시키기 위한 긴급구제 조치 권고를 정하고 있다.

### 2) 요건

i) 당사자의 신청 또는 직권으로 ii) 진정을 접수한 이후 진정에 대한 결정이 전 어느 때라도 iii) 조사대상 인권침해행위가 계속 중에 있다는 상당한 개연성이 있고 iv) 이를 방치할 경우 회복하기 어려운 피해발생의 우려가 있다고 인정할 때 할 수 있다.

#### 가) 긴급구제조치 권고의 신청 또는 직권

진정인은 진정을 제기함과 동시에 또는 접수된 이후에 위원회에 긴급구제조치 권고를 신청할 수 있다. 신청 방법에 특별한 제한은 없으므로 진정서에 그 취지를 함께 기재할 수도 있고, 별도의 서면을 제출하여도 된다. 실무상으로는 위원회 진정서 양식 하단에 진정을 접수하는 접수담당자가 ‘긴급구제조치 :  필요  불필요’ 항목에 표시를 하게 되어 있다 (조사구제규칙 별지 제3호 서식).

위원회는 직권으로도 긴급구제조치를 명할 수도 있는데, 당사자의 신청이 없는 경우에도 접수담당자의 의견으로 또는 조사담당자나 인권위원 등이 그 필요성을 인정하는 경우에는 즉시 위원장에게 보고하여 상임위원회에 상정하게 하고(조사구제규칙 제36조 제1항), 상임위원회의 지체 없는 심의·의결로(제2항) 긴급구제 여부를 결정하게 된다.



## 나) 시기 : 진정 접수 이후 진정에 대한 결정 이전

긴급구제조치 권고는 진정을 접수한 때로부터 그에 대한 결정을 하기 이전에만 할 수 있다. 그러니까 진정 사건이 위원회에 계속 중일 것을 시간적 요건으로 하는 것이다.

위에서 본 바와 같이 접수 단계에서 접수담당자가 이를 확인하게 되어 있고, 당사자도 진정과 동시에 신청할 수 있기 때문에, 긴급한 필요가 있을 때에는 접수 직후에도 긴급구제조치 권고가 행해질 수 있다.

여기서 ‘진정에 대한 결정’이라고 하면 진정 사건에 대하여 위원회가 의결하는 최종 결정 전부를 말하는 것으로 i) 조정에 갈음하는 결정 ii) 권리 구제 조치 권고 iii) 고발 iv) 징계 권고 등이 해당되는 것은 물론이다.

다만 이러한 결정이 임박하여 본안 결정이 적시에 선고될 수 있는 경우에는 가구제의 요건인 긴급성이 결여되어 권리보호 이익이 인정되지 않으므로,<sup>815)</sup> 긴급구제조치 권고가 아니라 신속하게 진정에 대한 (본안)결정을 해야 한다.

## 다) 인권침해 행위 계속의 상당한 개연성

본 진정사건이 인권침해로 판단될 것이 확실하지는 않더라도(확실한 경우라면 곧바로 본안에 대한 결정이 가능할 것), 「상당한 개연성<sup>816)</sup>」이 있어야 한다. 따라

815) 헌법재판소, 앞의 책, 48쪽.

816) ‘상당한 개연성’이 요건으로 되어 있는 다른 법령의 예

1. 환경범죄의단속에관한특별조치법 제11조 (추정) 오염물질을 사람의 생명·신체, 상수원 또는 자연생태계등(이하 “생명·신체등”이라 한다)에 위험(제3조제3항 각호의 1에 해당하는 경우를 포함한다. 이하 같다)이 발생할 수 있을 정도로 불법배출한 사업자가 있는 경우 그 물질의 불법배출에 의하여 위험이 발생할 수 있는 지역안에서 동종의 물질에 의하여 생명·신체등에 위험이 발생하고 그 불법배출과 발생한 위험 사이에 상당한 개연성이 있는 때에는 그 위험은 그 사업자가 불법배출한 물질에 의하여 발생한 것으로 추정한다.
2. 의문사진상규명에관한특별법 제25조 (고발 및 수사의뢰) ... ②위원회는 진정을 조사하면서 범죄혐의에 대한 상당한 개연성이 있다고 인정할 때에는 수사기관으로 하여금 수사를 하도록 요청할 수 있다.
3. 공무원범죄에관한몰수특례법 제7조 (불법재산의 입증) 특정 공무원범죄 후 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득당시의 범인의 재산운용상황 또는 법령에 기한 급부의 수령상황 등에 비추어 현저하게 고액이고 그 취득한 재산이 불법수익금액·재산취득시기등 제반사정에 비추어 특정 공무원범죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 특정공무원범죄로 얻은 불법수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다.
4. 마약류불법거래방지에관한특례법 제17조 (불법수익의 추정) 제6조의 죄에 관계된 불법수익을 산정함에 있어 같은 조 각호의 규정에 의한 행위를 업으로 한 기간내에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 당해 기간내의 범인의 재산운용상



서 진정 사건 자체가 명백히 부적법하거나 명백히 이유 없는 경우에는 긴급 구제 권고를 할 수 없고(헌법재판소 가처분에 대한 1999. 3. 25. 자 98헌사98 결정, 2000. 12. 8. 자 2000헌사471 결정 참조), 합리적이고 객관적인 자료와 추론으로 “인권침해 행위가 계속 중에 있다”는 점이 인정되어야 할 것이다.

㉠ 개연성(蓋然性, probability)

사전적 의미에서 개연성은 “절대적으로 확실하지 않으나 아마 그러할 것이라고 생각되는 성질<sup>817)</sup>”을 말하며, 법적으로는 사실관계의 증거가 어느 정도 이루어졌는지를 표현하는 용어로 사용된다. 법문이나 판례에서 증거의 정도를 표현하는 용어를 순서대로 보면, “가능성” < “단순한 개연성” < “상당한 개연성” < “고도의 개연성” < “확실에 가까운 개연성” 순이 될 것이다.

“상당한 개연성”이 도대체 어느 정도의 증명인지에 관하여 정의하거나 설명하고 있는 판례나 법령은 없으나, 판결례들을 종합하면 일반적으로 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서 그런 일이 있을 가능성이 50% 이상일 때 정도를 말하는 것으로 보인다.

● **대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다32472 판결** : 불법행위로 인하여 사망하거나 신체상의 장애를 입은 사람이 장래 얻을 수 있는 수입의 상실액은 원칙적으로 그 불법행위로 인하여 손해가 발생할 당시에 그 피해자가 종사하고 있었던 직업의 소득을 기준으로 하여 산정하여야 하고, 피해자가 사고 당시 일정한 직업상 소득이 없는 사람이라면 그 수입상실액은 보통사람이면 누구나 종사하여 얻을 수 있는 일반노동임금을 기준으로 하되, 특정한 기능이나 자격 또는 경력을 가지고 있어서 장차 그에 대응한 소득을 얻을 수 있는 상당한 개연성이 인정되는 경우에 한하여 그 통계소득을 기준으로 산정할 수 있다.

● **대법원 2003. 4. 11. 선고 2003감도8 판결** : 사회보호법 제8조 제1항 제2호 소정의 ‘재범의 위험성’이라 함은 피감호청구인이 장차 그 물질 등의 주입 등 습벽 또는 중독증세의 발현에 따라 다시 범죄를 저지를 것이라는 상

황 또는 법령에 의한 급부의 수령상황등에 비추어 현저하게 고액이라고 인정되고 그 취득한 재산이 불법수익금액·재산취득시기등 제반사정에 비추어 같은 조의 죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 그 죄에 관계된 불법수익등으로 추정한다.

817) EnCyber, 두산 동아 인터넷 국어사전



당한 개연성이 있는 경우를 말한다 할 것인데, 그 위험성 유무는 ① 판결선고 당시의 피감호청구인의 습벽 또는 중독증세의 정도, 치료의 난이도, 향후 치료를 계속 받을 수 있는 환경의 구비여부, 피감호청구인 자신의 치료에 관한 의지의 유무와 그 정도, ② 피감호청구인의 연령, 성격, 가족관계, 직업, 재산정도, 전과사실, 개전의 정 등 사정, ③ 피감호청구인에 대한 위습벽 또는 중독증세의 발현에 관한 하나의 징표가 되는 당해 감호청구원인이 된 범행의 동기, 수법 및 내용, ④ 전에 범한 범죄의 내용 및 중전 범죄와 이 사건 범행 사이의 시간적 간격 등 제반 사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 한다.

### 라) 회복하기 어려운 피해 발생의 우려

집행정지에 관한 행정소송법 제23조 제2항과 민사집행법 제300조를 유추하면, ① 인권침해가 있는 것으로 판명될 경우 발생하게 될 회복하기 어려운 현저한 손해 또는 회복은 가능하지만 중대한 손해가 예상되고(중대한 불이익의 방지) ② 본안의 결정이 이러한 손실을 방지하기에 적절한 시간 내에 내려질 것을 기대할 수 없을 때 긴급구제조치 권고를 할 수 있다(긴급성의 존재).<sup>818)</sup>

헌법재판소는 헌법소원심판의 가치분의 요건으로 “헌법소원심판에서 다투어지는 공권력의 행사 또는 불행사의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 하고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다”고 판시하였다 (헌법재판소 2000. 12. 8. 자 2000헌사471 결정).

### 3) 권고의 내용

위원회는 계속 중인 인권침해 행위를 잠정적으로 중지시키기 위해서 i) 의료, 급식, 피복 등의 제공 ii) 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 및 감정 또는 다른 기관이 하는 검증 및 감정에 대한 참여 iii) 시설수용자의 구금 또는 수용장소의 변경 iv) 인권침해행위의 중지 v) 인권침해를 일으키고 있다고 판단되는 공무원 등의 그 직무로부터의 배제 vi) 그 밖에 피해자의 생명, 신체의 안전을 위하여 필요한 사항을 피진정인과 그 소속기관 등에게 권고할 수 있다.

818) 헌법재판소, 앞의 책, 49쪽.



㉠ 피진정인이 아닌 검찰청에 대해 형집행정지를 권고할 수 있는지가 문제된 사례

진정인은 청송교도소를 피진정인으로 하여 섭식불능 및 정신쇠약 등의 질병을 앓고 있으므로 외부병원에서 근본적인 치료를 받을 수 있도록 조치해 달라는 취지의 진정을 제출하였다. 위 진정 건에 대해 위원회의 조사가 시작되자 청송교도소는 스스로 대구지방검찰청 의성지청에 형집행정지를 건의하였으나, 의성지청이 불허 결정을 하였고, 이 때 위원회가 피진정인이 아닌 의성지청에 대해 형 집행정지 등을 권고할 수 있는지가 문제되었다.<sup>819)</sup>

위원회법 제48조는 “피진정인과 그 소속기관 등”에게 필요한 사항을 권고할 수 있게 되어 있고, 여기서 ‘소속기관 등’에는 ‘소속기관·단체 또는 감독기관’이 포함되므로(위원회법 제44조 제1항), 의성지청은 형집행정지 결정권한을 가지는 감독기관으로서 권고 대상이 된다고 할 수 있다.

## 다. 긴급 조치 및 권고

### 1) 의의

위원회는 필요하다고 인정하는 때에는 당사자 또는 관계인 등의 생명 및 신체의 안전과 명예의 보호 또는 증거의 확보나 인멸의 방지를 위하여 필요한 조치를 하거나 관계인 및 그 소속기관 등의 장에게 그 조치를 권고할 수 있다. “인권침해 행위나 차별행위가 계속 중”이지 않더라도, 관계자들의 생명·신체 안전·명예를 훼손할 현재의 위험이 있는 경우이거나 증거 확보를 위해서, 위원회가 직접 조치를 할 수 있고 관계인이나 소속기관 등의 장에게 조치를 권고할 수 있음을 정하고 있다. 그런데 제2항의 긴급 조치는 위원회가 스스로 무언가 조치를 취할 수 있다고 규정하면서도, 그 요건과 권고 사항을 상세하게 풀어 쓴 제1항과는 달리 지나치게 간략하여 그 내용을 알 수 없고, 많은 부분 제1항과 중복되며, 심지어 같은 ‘잠정적 조치’인지 여부도 불명확하다는 것이 문제이다.<sup>820)</sup>

위원회 규칙도 상임위원회에서 의결한다고만 하고 있을 뿐, 어떤 때 어떤 내용의 조치를 하게 되는지 언급하고 있지 않다(조사규칙 제36조 제2항). 입법론

819) 앞의 법령해석질의회신집, 205쪽.

820) 2001년 여당안(정대철 의원 대표발의)에서는 “위원회는 필요하다고 인정하는 경우 증거의 확보나 인멸의 방지를 위하여 필요한 조치를 하거나 피진정인 및 소속기관의 장에게 그 조치를 권고할 수 있다”고만 하여, 인권침해를 중지하여 피해를 최소화하기 위한 제1항과는 달리 증거 확보를 위한 긴급조치임으로 되어 있었는데, 심사과정에서 생명·신체·명예 위험이 포함되어 그 의미가 모호해졌다.



으로는 제2항을 삭제하고 제1항의 긴급조치 권고에 중복되지 않는 내용을 보완하거나, 구체적으로 어떤 요건에서 어떤 내용의 조치나 권고를 할 수 있는지를 명확히 할 필요가 있다 하겠다.

## 2) 요건

제2항은 “필요하다고 인정하는 때”라고만 할 뿐 그것이 구체적으로 어떠한 경우를 의미하는지에 관하여 특별한 언급은 없지만, 조문 내용으로 되짚어 보면 i) 당사자·관계인 등의 생명 및 신체의 안전이나 명예에 대하여 현존하는 위험이 있고 ii) 증거를 확보할 필요가 있고 가능성이 있을 때 iii) 증거 인멸의 우려가 있을 때라고 볼 것이다. 이러한 우려가 있을 때에는 잠정 조치의 필요가 더욱 크다고 보아 폭넓은 조치와 권고를 가능하게 한 것이겠으나, 높은 수준의 권한일수록 그 근거와 내용이 분명해야 한다는 점에서 별다른 효용이 없다.

## 3) 조치 및 권고의 내용

그 내용이 구체화되거나 예시된 바는 없으나, 당사자·관계인의 생명 및 신체 안전이나 명예를 보호하기 위해서 필요한 조치라면 현실적인 보호(거처의 제공, 의료 서비스의 제공, 경찰의 신변보호 등)가 있을 수 있고, 2005년 4월부터 5월까지 오산 택지개발지구 철거민들이 장기간 생필품 없이 농성을 계속할 때 진상조사단이 위원회에 단전·단수, 생필품반입 통제를 해제해달라고 요청한 것이 받아들여졌다면 이에 해당할 수 있을 것이다.

증거 확보나 증거 인멸 방지를 위한 잠정 조치로 생각해 볼 수 있는 것은, 해당하는 자료 조사를 위해서 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 및 감정 또는 다른 기관이 하는 검증 및 감정에 대한 참여를 하거나 증거보전 절차나 압수·수색 등 강제수사에 준하는 방법이 될 것인데, 후자의 경우 이 규정만으로 위원회가 이러한 권한을 직접 행사할 수 있을 것을 기대하기는 어렵다.

## 라. 권고의 효과

2001년 여당 안에는 “권고를 받은 피진정인, 그 소속기관 등의 장은 상당한 이유가 없는 한 이를 존중하여야 한다(안 제49조 제2항)”는 규정과 “권고를 받은 관계 국가행정기관·단체의 장이나 감독기관의 장은 그 권고를 받은 때부터 48시간 이내에 그 조치결과나 조치계획을 위원회에 통보하여야 한다(안 제49조 제4항)”는 규정을 두었으나 심사 과정에서 삭제되었다. 그리하여 현재 긴급구제 조치 권고의 효력에 관하여 정하고 있는 것이 아무 것도 없고, 해당 기관이 자발적



으로 수용하지 않는 이상 그 실효성이 더욱 의문시될 수밖에 없게 되었다.

## 11. 기타 조사·조정 등의 원칙(제49조, 제50조)

### 가. 조사와 조정 및 심의의 비공개

**제49조 (조사와 조정 등의 비공개)** 위원회의 진정에 대한 조사·조정 및 심의는 비공개로 한다. 다만, 위원회의 의결이 있는 때에는 이를 공개할 수 있다.

#### 1) 의의

위원회의 진정 조사·조정·심의 절차는 비공개가 원칙이다. 위원회의 의사는 공개가 원칙이지만(법 제14조), 진정에 대한 조사·조정 절차의 특수성상 비공개로 한 것이다.

본래 심리 과정의 공개를 원칙으로 하는 사법(재판) 절차와는 달리 다양한 의견 조정과 명예·프라이버시 보호가 요청되는 소송의 분쟁해결 절차에서 그 과정을 비공개하는 것은 일반적인 특징으로 되어 있다.<sup>821)</sup> 민사조정법도 처음에는 아예 “조정절차는 공개하지 아니한다”고 하고 있다가, 1992년 개정에서 “조정절차는 공개하지 아니할 수 있다”고 변경되었는바(민사조정법 제20조), 그 개정 취지는 조정불성립 사건에 대하여 원칙적으로 조정에 갈음하는 결정을 하도록 하였기 때문에 조정절차를 공개하는 것이 헌법상 재판공개 원칙에 부합한다는 취지라고 일반적으로 설명되고 있다.<sup>822)</sup>

위원회도 조정이 불성립되는 경우 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있으므로 공개의 필요성이 있다고 볼 여지도 있으나, 조사의 내용을 일일이 공개한다거나 조정위원들 내부의 의사결정 과정을 공개하는 것은 적절하지 않으므로(재판 공개의 원칙<sup>823)</sup>도 재판부의 합의 과정까지 공개하는 것은 아니다) 비공개를 원칙으로

821) 법원행정처, 앞의 책, 2쪽.

822) 법원행정처, 같은 책, 93쪽.

823) 헌법 제27조 제3항 형사피고인은 제재없이 공개재판을 받을 권리가 있다; 공개 재판이라 함은 재판의 공정성을 확보하기 위하여 재판의 심리와 판결을 이해관계가 없는 제3자도 방청하게 하는 제도를 말한다. 공개재판청구권은 형사피고인 뿐 아



한 것이다.

## 2) 한계

진정 사건의 조사가 비공개라고 하여도, 그 조사지침과 기준들은 공개되어야 하며, 진정인에게 해당 사건의 조사 과정을 상세히 알려 주는 것도 필수적이다. 이를 통해 위원회가 인권침해에 관한 진정 사건을 접수하고 조사하는 책임기구라는 대중의 확신을 강화할 수 있기 때문이다.<sup>824)</sup>

## 나. 처리 결과의 공표

**제50조 (처리결과외의 공개)** 위원회는 이 장에 의한 진정의 조사 및 조정의 내용과 처리결과, 관계기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등을 공표할 수 있다. 다만, 다른 법률에 의하여 공표가 제한되거나 개인의 사생활의 비밀이 침해될 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

### 1) 의의

위원회가 사건을 조사하거나 처리한 결과를 공표할 수 있다.

공표(公表, Formal Publicity)는 행정법에서 행정주체가 법인의 의무위반사실을 일반 대중이나 적어도 이해관계 있는 자들에게 알림으로써 명예·신용에 훼손을 가하는 제재로서, 주로 행정의무 이행확보수단의 하나로 주로 논의되어 왔으나,<sup>825)</sup> 넓은 의미에서의 공표는 이러한 ‘제재 수단으로서의 공표’ 외에도 정보제공수단, 경고로서의 공표도 포함된다.

#### ➡ ‘공표’의 분류<sup>826)</sup>

1. **제재수단으로서의 공표** : 공직자윤리법 제8조의2 제1항 제3호에서 공직자가 허위재산을 등록한 경우 일간신문광고란을 통한 허위등록사실을 공

나라 일반국민의 권리라는 것이 통설이다. 권영성, 앞의 책, 599쪽.

824) UN인권고등판무관실, 앞의 책, 267절, 116쪽.

825) 권오창, “행정상 공표와 국가의 민사상 책임”, 『사법논집』 제26집, 1995, 386쪽.





표하도록 한 경우, 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제26조 제2항의 경우처럼 주무부장관은 제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 사업자가 정당한 이유 없이 그 권고를 따르지 아니할 때에는 그 명단과 지침위반 내용을 공개하거나 필요한 조치를 명할 수 있다는 조항 ; 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항에서는 동법 위반자를 범한 자의 성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄 사실의 요지를 그 형이 확정된 후 이를 게재하여 공개

2. **정보 제공수단으로서의 공표** : 행정절차법 제19조(처리기간의 설정·공표), 제20조(처분기준의 설정·공표), 민원사무처리기본법 제24조(위원회 운영상황의 공표), 제36조(처리결과 내용의 공표), 행정규제기본법 제3조 제3항(조례·규칙에 규정된 규제의 등록 및 공표에 관한 필요한 조치), 제6조 제2항(등록된 규제사무목록 작성·공표), 제20조(규제정비종합계획 수립·공표), 제35조(규제개혁백서의 공표) 등

3. **경고로서의 공표** : 식품위생법 제56조의2 제1항에서 식품위생법상의 위해가 발생한 경우에 영업자에 대한 공표를 명하도록 한 것, 소비자보호법 제13조 제3항의 시험 등의 실시 후 행하는 한국소비자보호원에 의한 공표

위원회법에서의 공표는, 진정의 조사 및 조정의 내용과 처리결과, 관계기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등을 알림으로써, 인권침해 사실이나 권고의 불이행에 관해서 제재를 가함과 동시에, 위법한 인권침해의 판단 기준과 구제 절차 등의 정보를 국민에게 알림으로써 공적 관심사에 대한 국민의 알 권리를 보장하는 역할, 그리고 이를 통해 진정절차의 신뢰성을 확보하고 여론을 형성하고 논의를 촉발하는 기능도 수행할 수 있을 것이다.

㉠ 결정의 공표(publishing decisions) 권한<sup>827)</sup>

280. 국가인권기구가 구제조치에 관한 다른 구체적인 권한들뿐만 아니라 자신이 내린 권고안 또는 결정들과 함께, 조사 또는 조정의 결과들을 공표할 수 있는 권한을 부여받는 것은 일반적이다. 엄격하게 말해서, 이는 직접적인 구제 권한은 아니고, 일반적으로 다른 구제 수단과 함께 주어지는 권한이다. 그러나 조사 결과를 공표할 수 있는 권한은 진정절차의 신뢰성을 확보하고, 부여받은 권한 내에서 진정 절차의 효과성을 극대화하기 위한 핵심적인 전제조건이다.

826) 김용섭, “행정법상 공표의 법적 성질”, 『판례월보』 제358호, 2000, 13·14쪽.



281. 결과를 공표하는 것은 다른 목적들을 이루는데 도움이 되기도 하며, 특히 여론에 알리고 논의를 촉발시키는 작용을 한다. 진정 내용의 근본적 문제가 광범위한 차별 혹은 불공정성에 있어 의회나 정부부처에게 알려야 할 필요가 있을 경우 이러한 공표권은 특히 더 중요성을 갖는다. 조사결과를 공표하면 국가인권기구가 이러한 문제점들을 진지하게 처리한다는 것을 현재의 진정인들 뿐만 아니라 향후 진정을 하려는 사람들에게도 효과적인 확신을 줄 수 있다.
282. 조사결과와 결정을 공표할 때는 진정 당사자들의 비밀을 유지해야 한다는 필요성을 최대한 배려해야 한다. 예를 들어 진정인에 관한 상세한 정보를 공표하는 것이 항상 필요한 것은 아니다.

## 2) 공표할 사항·절차

위원회가 공표할 수 있는 것은 ① 진정의 조사 내용 ② 조정의 내용 ③ 기타 처리결과 ④ 관계기관 등에 대한 권고 ⑤ 그 관계기관 등이 한 조치(수용 또는 이행하지 않은 경우를 불문한다) 등이다.

특히 권고에 관해서는 그 실효성을 확보하기 위하여 권고와 의견표명 및 수용하지 않는 기관장의 설명내용을 공표할 수 설명한 내용을 공표할 수 있음을 별도로 정하고 있다는 점은 앞서 법 제25조를 설명할 때 본 바와 같다.

## 3) 한계 : 다른 법률에 의한 제한 및 사생활의 비밀이 침해될 우려

위원회가 위와 같은 목적으로 진정 사건과 관련된 내용 등을 공표할 수 있다고 하더라도, 그것이 다른 법률에 의해 공개가 제한된 정보이거나 사생활의 비밀을 침해해서는 안 될 것이므로, 이러한 경우에는 공표의 권한이 제한된다. 주로 문제가 되는 것은 공무원의 비밀유지 의무, 「공공기관의정보공개에관한법률」과의 관계, 그리고 개별법에서 정보 비공개를 명하고 있는 경우가 된다.

### ① 공무원의 비밀엄수의무와의 관계

공무원은 재직 중은 물론 퇴직 후에도 직무상 지득한 비밀을 엄수하여야 할 의무가 있으며(국가공무원법 제60조, 지방공무원법 제52조), 이러한 의무를 위반했을 때에는 형사적으로는 공무상비밀누설죄(형법 제127조)의 책임을 지게 되어 있으므로, 이러한 의무에도 불구하고 공익상의 필요가 있는 경우에는 행정상 공표

827) UN 인권고등판무관실, 앞의 책, 280~282절, 119쪽.



가 가능한 것인지가 문제될 수 있다.

그러나 공무원의 비밀유지의무에서 말하는 ‘비밀’의 개념은, 행정기관 내부의 비밀유지나 행정편의차원을 넘어서 국민 전체의 관점에서 객관적이고 실질적인 비밀성을 가지고 있는지 여부에 따라 엄격하게 해석하여야 한다고 보아야 할 것 이므로, 이러한 입장에서 보면 위원회법에서 공표의 대상이 되는 정보는 위 법률 에서 규정하는 비밀에 해당되지 않는 경우가 많을 것이다(한편 아래에서 보는 바 와 같이 설령 형식적으로는 이 의무에 위반된다고 하더라도 위법성이 조각되는 예가 많을 것이다).

## ② 「공공기관의정보공개에관한법률」

「공공기관의정보공개에관한법률」은 “공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다”라고 하여 정보 공개의 원칙을 분명히 하면서도(제9조 제1항), 모두 8개의 사유<sup>828)</sup>를 비공개 정보로 정하고 있다(같은 항 단서). 따라서 위원회의 공

828) 공공기관의정보공개에관한법률 제9조 ① … 다만 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 관하여는 이를 공개하지 않을 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보
2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보
3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
6. 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.
  - 가. 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보
  - 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보
  - 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보
  - 라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위
  - 마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로써 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업



표에 있어서도 이러한 비공개 정보를 포함해서는 안 되는지 문제될 수 있다.

그러나 위 법률은 「공개」의 의미에 관하여 “공공기관이 이 법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 교부하는 것 또는 「전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률」 제2조 제7호의 규정에 의한 정보통신망을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말한다”이라고 정의하여 특정인(특히 공개 청구를 한 사람이나 단체)에게 정보의 내용을 알리는 것에 한정하고 있고, ‘공표’와 관련해서는 이러한 공개 청구 없이도 공공기관이 적극적으로 불특정 다수의 국민들에게 정보를 공개하는 것으로 구분하여 정하고 있는데,<sup>829)</sup> 위 비공개정보(제9조 제1항 단서)은 “공표하면 안 되는” 정보를 규정하고 있는 것이 아니라 공공기관이 “공개하지 않을 수 있는” 정보를 정하고 있는 것이므로, 위원회법 제50조가 정하는 ‘공표를 제한하는 법률’이라고 할 수 없다. 다만 이 비공개사유 중 다른 법률에 의해서도 공개할 수 없는 정보로 되어 있는 경우에는 그 법률에 의하여 공표가 제한된다고 보아야 하며, 제6호 사유가 있는 경우에는 위원회법 제50조의 또 다른 공표 제한 사유인 ‘개인의 사생활의 비밀의 침해 우려’에 의해 공표가 제한될 것이다. 또한 위원회는 공표 여부와 그 범위를 판단함에 있어서 공공기관 정보 공개에 관한 기본법<sup>830)</sup>이라고 할 수 있는 이 법에서 제9조 제1항 단서의 각 호 사유들을 비공개정보로 하고 있는 취지를 충분히 감안하여야 할 것이다.

7. 법인, 단체 또는 개인(이하 “법인등”이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 정보를 제외한다.
    - 가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
    - 나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
  8. 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보
- 829) 「공공기관의정보공개에관한법률」 제7조 (행정정보의 공표 등) ①공공기관은 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 공개의 구체적 범위, 공개의 주기·시기 및 방법 등을 미리 정하여 공표하고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 한다. 다만, 제9조제1항 각호의 1에 해당하는 정보는 그러하지 아니하다.
1. 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보
  2. 국가의 시책으로 시행하는 공사(工事) 등 대규모의 예산이 투입되는 사업에 관한 정보
  3. 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보
  4. 그 밖에 공공기관의 장이 정하는 정보
- ②공공기관은 제1항에 규정된 사항 외에도 국민이 알아야 할 필요가 있는 정보를 국민에게 공개하도록 적극적으로 노력하여야 한다.
- 830) 「공공기관의정보공개에관한법률」 제4조 (적용범위) ①정보의 공개에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.



### ③ 공표를 제한하는 다른 법령

위원회의 공표를 제한하는 다른 법률로는, 「공공기관의개인정보보호에관한법률」, 「공직자윤리법」, 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」, 「금융실명거래및비밀보장에관한법률」 등이 있다. 위와 같은 법률규정은 명예나 사생활의 비밀 등 개인의 인격적 이익을 보호하기 위하여 특정사항에 대한 공표 내지 공개를 명백히 금지하고 있는 것이므로, 이러한 사항에 대한 공표는 허용될 수 없다고 할 것이다.<sup>831)</sup>

- **공공기관의개인정보보호에관한법률 제11조 (개인정보취급자의 의무)** 개인정보의 처리를 행하는 공공기관의 직원이나 직원이었던 자 또는 공공기관으로부터 개인정보의 처리업무를 위탁받아 그 업무에 종사하거나 종사하였던 자는 직무상 알게 된 개인정보를 누설 또는 권한없이 처리하거나 타인의 이용에 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용하여서는 아니된다.
- **공직자윤리법 제14조 (비밀엄수)** 재산등록업무에 종사하거나 하였던 자 또는 그밖의 자로서 직무상 재산등록사항을 알게 된 자는 다른 사람에게 이를 누설하여서는 아니된다.  
**제14조의2 (직무상 비밀을 이용한 재물취득의 금지)** 등록의무자는 그 직무상 지득한 비밀을 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하여서는 아니된다.
- **성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제21조 (피해자의 신원과 사생활비밀누설금지)** ①폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원은 피해자의 주소·성명·연령·직업·용모 기타 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진등을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니된다.  
②1항에 규정된 자는 성폭력범죄의 소추에 필요한 범죄구성사실을 제외한 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니된다.
- **금융실명거래및비밀보장에관한법률 제4조** ... ④제1항 각호의 규정에 의하여 거래정보등을 알게 된 자는 그 알게 된 거래정보등을 타인에게 제공 또는 누설하거나 그 목적외의 용도로 이를 이용하여서는 아니되며, 누구든지 거래정보등을 알게 된 자에게 그 거래정보등의 제공을 요구하여서는 아니된다.

831) 권오창, 앞의 글, 393~394쪽.



## ④ 개인 사생활의 비밀 침해의 우려

위와 같이 법령 자체에서 공표·공개를 명시적으로 금지하고 있지 않다고 하더라도, 개인의 사생활의 비밀 침해 우려가 있는 정보는 공표할 수 없다.

‘사생활의 비밀’은 사생활을 공개당하지 아니할 권리로서, 사적 사항의 공개, 명예나 신용을 훼손하는 공표, 인격적 징표(본인에게 고유한 속성)의 타인에 의한 이용 등 비밀영역 또는 인격적 영역의 불가침을 그 내용으로 한다.<sup>832)</sup>

사생활의 비밀의 공개는 원칙적으로 허용되지 않지만, 이것은 개인과 관련된 모든 정보를 공개해서는 안 된다는 것이 아니다. 그것이 보호가치가 있는 사적 영역에 속하는 것이어야 할 뿐 아니라, 비록 사적 영역에 속하는 것이라 하더라도 국민의 알 권리의 대상이 되는 사항(통상 보도적 가치·교육적 가치·계몽적 가치가 있는 사실)은 국민에게 알리는 것이 공공의 이익이 되기 때문에 그 공표가 위법하지 않게 된다.

문제는 어디까지가 보호해야 하는 사생활의 범위인가 하는 점이다. 사생활이라고 하더라도 사람의 사회적 활동의 성질이나 사회적 영향력에 따라서는 그 사회적 활동에 대한 비평, 평가의 하나의 자료로서 공공의 이해에 관한 사실에 해당되는 경우가 있고, 위법 사실 등 일정한 공적 사항에 관한 공표과정에서 공표되는 사실과 불가결한 관계를 가지고 있는 경우에는 필요한 최소한도의 범위 내에서 사생활의 공표도 허용<sup>833)</sup>된다고 할 수 있기 때문에, 이 때 공표의 필요성과 개인의 프라이버시권 사이에 법익의 균형이 이루어져야 하며,<sup>834)</sup> 위원회의 공표는 이러한 사정을 고려하여 개인의 사적 사항이 불필요하게 공개되어 생기는 사생활 침해 여지를 최소화해야 할 것이다.

대법원은 공표가 개인의 명예를 훼손하거나 사생활의 비밀을 침해하는 경우에 있어서도 표현의 자유에 관련된 ‘이익형량론’을 인용하여, 그 위법성이 조각되는 기준에 관하여, “국가기관이 공표 당시 이를 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 위법성이 없는 것”이라는 원칙을 밝히면서, 다만 “...상당한 이유의 존부의 판단에 있어서는, 실명공표 자체가 매우 신중하게 이루어져야 한다는 요청에서 비롯되는 무거운 주의의무와 공권력의 광범한 사실조사능력, 공표된 사실이 진실하리라는 점에 대한 국민의 강한 기대와 신뢰, 공무원의 비밀엄수의무와 법령준수의무 등에 비추어, 사인의 행위에 의한 경우보다는 훨씬 더 엄격한 기준이 요구된다 할 것”이라고 하여, ‘상당한 이유’의 해석에 있어 사인들 사이의 법률관계보다 엄격한 기준을 적용하고 있다.

832) 권영성, 앞의 책, 447쪽.

833) 권오창, 앞의 글, 409쪽.

834) 권영성, 위의 책, 455·456쪽.



㉠ 표현의 자유와 명예훼손 판단 - 『이익형량론』<sup>835)</sup>

특정한 표현행위가 개인의 명예를 훼손하는 내용을 포함하는 경우에 어떠한 범위내에서 합법적인 것으로서 허용되고, 어떠한 경우에는 위법한 것으로서 민·형사상 제재의 대상으로 삼을 것인지 하는 문제가 생기게 되는데, 이와 관련해서 독일에서는 표현의 자유나 개인의 인격권은 모두 인간의 존엄에서 연원하는 권리로서 추상적인 권리의 위계체제에 있어서는 우열을 정할 수 없는 것이고, 따라서 양자가 충돌하는 경우에는 구체적인 사례의 여러 가지 상황에 비추어 대립되는 양 법익간에 그 우열을 가린다는 이른바 이익형량의 원리에 의하여 이 문제를 해결하여 왔다.

대법원도 표현의 자유와 개인의 인격권이 충돌되는 경우의 위법성판단의 기준에 관하여 “우리가 민주정치를 유지함에 있어서 필수불가결한 언론, 출판 등 표현의 자유는 가끔 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 인격권의 영역을 침해할 경우가 있는데 표현의 자유 못지 않게 이러한 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로 인격권으로서의 개인의 명예의 보호(헌법 제9조 후단)와 표현의 자유의 보장(헌법 제20조 제1항)이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여야 할 것이다. 위와 같은 취지에서 볼 때 형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위 행위에 위법성이 없으며, 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다. 이렇게 함으로써 인격권으로서의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장과의 조화를 꾀할 수 있다 할 것이다”라고 하여 이러한 이익형량론의 관점을 취하고 있다.

835) 권오창, 앞의 글, 395쪽.



## 자격사칭의 금지(제51조)

**제51조 (자격사칭의 금지)** 누구든지 위원회의 위원 또는 직원의 자격을 사칭하여 위원회의 권한을 행사하여서는 아니된다.

**제58조 (자격사칭)** 제51조의 규정에 위반하여 위원회의 위원 또는 직원의 자격을 사칭하여 위원회의 권한을 행사한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

## 1. 위원 또는 직원의 자격사칭

‘위원 등의 자격을 사칭’한다고 함은 위원 등의 자격이 없는 자가 위원 등의 자격을 가진 것처럼 오신하게 하는 일체의 행위를 말한다. 위원 등이 아닌 사람이 위원 등이라고 사칭하는 경우뿐만 아니라 위원 등이라고 하더라도 자신의 권한을 벗어난 다른 위원의 자격을 사칭한 경우를 포함한다. 예를 들면, 위원이 아닌 자가 “국가인권위원회 위원 ○○○”라고 하거나 직원이 아닌 자가 “국가인권위원회(직위) ○○○”라고 하는 것은 물론, 국가인권위원회 직원이 위원의 자격을 사칭하는 경우, 일반직원이 과장의 자격을 사칭하는 경우도 포함된다.

자격사칭의 방법에는 제한이 없다. 자신이 직접 사칭할 필요도 없고, 스스로 착각에 빠진 피해자에 대하여 이를 방치함으로써 부작위에 의한 사칭도 가능하다.<sup>836)</sup> 만일 자격을 사칭하여 문서를 작성하였다면, 자격모용에 의한 공문서 작성죄(형법 제226조)에 해당한다.

위원 등의 ‘자격사칭’이 구성요건이기 때문에 구체적인 자격을 사칭해야지, 국가인권위원회의 명칭을 사용했다고 무조건 본조의 죄에 해당하지는 않는다. 자격사칭에 해당하지 않은 경우에는 제53조 유사명칭 사용에 해당하여 제63조에 따른 과태료가 부과될 수 있다. 판례의 경우 ‘중앙정보부 직원으로서 청와대에 파견된 청와대 감사실장’,<sup>837)</sup> ‘합동수사반원(1980.8.4. 계엄포고 13호에 의함),’<sup>838)</sup> ‘국

836) 임웅, 『형법각론(개정판)』(법문사, 2003), 533쪽.





영기업체 감사관<sup>839)</sup> 등의 자격사칭이 문제된 적이 있었다.

## 2. 공무원자격사칭죄(형법 제118조)와의 관계

「형법」 제118조는 공무원의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. ‘공무원’이란 “법령에 의하여 국가 또는 공공단체의 사무에 종사하는 모든 사람”을 말한다.<sup>840)</sup>

국가인권위원회의 위원과 직원을 보면, 위원장 및 상임위원은 정무직 공무원이고(법 제5조 제4항), 사무총장은 1급상당 별정직 국가공무원이며(「국가인권위원회와그소속기관직제」 제5조 제2항), 이하 사무처 직원은 일반직·별정직·기능직 공무원이다(동시행령 별표1 참조). 또한 국가인권위원회는 계약직 공무원도 둘 수 있다(동시행령 제17조 제2항, 제18조). 하여튼 국가인권위원회 직원은 국가공무원법상 공무원이며, 따라서 형법 제118조의 공무원에도 해당한다. 또한 국가인권위원회법 제62조는 위원회의 위원 중 공무원이 아닌 자는 형법 그 밖의 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다는 의제규정까지 두고 있다. 그러므로 위원회법 제51조 및 제58조가 없더라도 자격을 사칭한 권한행사에 대하여는 형법 제118조로써 대처가 가능하다. 일단 이 문제에 관한한 국가위원회법이 형법의 특별법에 해당하므로 국가인권위원회 위원 및 직원의 자격사칭에 대하여는 국가위원회법이 우선 적용된다. 그런데 국가위원회법의 처벌형량(징역 2년 이하)이 형법 제118조(징역 3년 이하)에 비하여 경하게 규정되어 있다. 왜 공무원인 국가인권위원회 위원 또는 직원의 자격을 사칭하는 행위가 일반 공무원의 자격사칭행위보다 경하게 처벌되어야 하는지 이해하기 힘들다.

## 3. 위원회의 권한 행사

「형법」 제118조가 ‘그 직권을 행사’한다고 규정한 것과 달리 「국가위원회법」은 ‘위원회의 권한을 행사’한다고 규정하고 있다. 판례는 「형법」 제118조의 해석상

837) 대법원 1977.12.13. 선고, 77도2750 판결.

838) 대법원 1981.9.8. 선고, 81도1955 판결.

839) 대법원 1973.5.22. 선고, 73도884 판결.

840) “일반적으로 공무원이라 함은 광의로는 국가 또는 공공단체의 공무를 담당하는 일체의 자를 의미하며, 협의로는 국가 또는 공공단체의 공법상 근무관계에 있는 모든 자를 말한다”(대법원 1997.3.11. 선고, 96도1258 판결).



공무원의 직권행사가 있었다더라도, 그것이 사칭한 당해 공무원의 직권에 속한 것이 아닐 때에는 본 죄는 성립하지 않는다는 입장이다. 대법원은 합동수사반원임을 사칭하여 채권을 추심하는 경우<sup>841)</sup>와 청와대 비서관임을 사칭하여 전화국장에게 시외전화노선 고장을 수리하게 한 경우<sup>842)</sup> 본죄의 성립을 부인하였다. 국가인권위원회의 권한의 행사는 공무원이 직권을 행사하는 하는 것보다 폭 넓은 개념인가? 본 조항의 해석에서는 해당자격자의 직무만을 구체적으로 사칭한 경우로 협소하게 해석하기 보다는 위원 등의 자격을 사칭하여 법에서 정하고 있는 국가인권위원회의 모든 권한을 행사한 경우에 해당한다고 보아야 한다. 이렇게 해석한다 하여도 이미 국가인권위원회법에서 국가인권위원회의 권한을 특별히 협소하게 규정하고 있으므로 죄형법정주의의 원칙상 문제되지는 않을 것이다.

위원 등의 자격을 사칭하였으나 국가인권위원회의 권한을 행사하는 행위가 없었다면, 본죄는 성립하지 않고 「경범죄처벌법」 제1조 제8호<sup>843)</sup>로 처벌될 따름이다. 경우에 따라서는 「국가인권위원회법」 제63조에 따른 과태료처분도 가능하다.

841) 대법원 1981.9.8. 선고, 81도1955 판결.

842) 대법원 1972.12.26. 선고, 72도2552 판결.

843) 第1條(輕犯罪의 種類) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

8. (官名詐稱등) 국내외의 관공직·계급·훈장·학위 그 밖에 법령에 의하여 정하여진 명칭이나 칭호 등을 거짓으로 꾸며 대거나 자격이 없으면서 법령에 의하여 정하여진 제복·훈장·기장 그 밖의 표장 또는 이와 비슷한 것을 사용한 사람.



## 비밀누설의 금지(제52조)

**제52조 (비밀누설의 금지)** 위원회의 위원·자문위원 또는 직원이나 그 직에 있었던 자 및 위원회에 파견되거나 위원회의 위촉에 의하여 위원회의 업무를 수행하거나 수행하였던 자는 업무처리중 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.

**제59조 (비밀누설)** 제52조의 규정에 위반하여 업무처리중 알게 된 비밀을 누설한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

국가인권위원회 위원이나 직원은 물론 이에 해당하지 않는 자문위원이나 위촉에 의하여 위원회 업무를 수행한 자도 업무상 알게 된 비밀을 누설하면 형사처벌의 대상이 된다. 공무원은 재직 중은 물론 퇴직 후에도 직무상 알게 된 비밀을 엄수할 의무가 있으며(국가공무원법 제60조, 지방공무원법 제52조), 이 의무를 위반할 경우 형법 제127조 공무상비밀누설죄로 처벌받는다. 이에 비해 민간인의 경우 원칙적으로 계약이나 신의칙상 발생한 ‘비밀엄수의무’를 준수하지 않았다고 하더라도 처벌되지는 않는다. 다만 특별한 신분의 사람에 한해서 업무상비밀누설죄(제317조)가 적용될 수 있을 뿐이다. 본조의 내용이나 형량은 형법상 공무상비밀누설죄와 동일하다. 따라서 본조의 설치 의의는 비밀누설의 죄를 국가인권위원회의 업무를 수행했던 공무원이 아닌 자에게도 확대시킬 수 있다는 점에 있다.

### 1. 비밀

‘비밀’이란 공지되지 않은 사실로서 국가가 비밀로 할 만한 이익이 있는 것을 말한다. 비밀의 개념요소는 사실의 비공지성과 비밀로서의 이익 내지 보호가치이다. 공무상비밀누설죄는 그 구성요건에서 ‘법령에 의한 비밀’로 비밀을 한정하고 있지만, 『국가인권위원회법』에는 그러한 요건이 규정되지 않았으므로 비밀의 개



념을 확정하는 것이 중요하다.

판례는 이와 유사한 「국가정보원직원법」 제17조 제1항<sup>844)</sup>에 대한 판결에서 “비밀’이라 함은 그 요건 중 하나로서 그것이 외부에 알려지지 않은 사실로서 실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있을 것을 필요로 하고, 한편 위 죄는 비밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 국가정보원직원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위험하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이라고 볼 것인데(대법원 2003. 6. 13. 선고, 2001도1343 판결 등 참조), 그 비밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 알 권리의 영역을 최대한 넓혀 줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것이다”라고 판시하고 있다.<sup>845)</sup>

무엇이 비밀인지를 결정하는 데 있어서 운영규칙 제8조의2 제3항 각호가 일용의 기준이 될 수 있다. 왜냐하면 위원회에서 이미 비공개로 결정한 사항은 비밀이 되기 때문이다. 또한 「공공기관의정보공개에관한법률」 제9조의 비공개대상정보도 일용의 기준이 될 수 있을 것이다. 이에 따라서 비밀의 유형을 세분화하면 다음과 같다.

1. 국가기밀이나 외교기밀에 해당하는 사항
2. 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 사항
3. 법인, 단체 또는 개인(이하 “법인등”이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항
4. 법령에 의하여 비밀로 분류된 사항
5. 기타 위원회가 공개하지 아니하기로 결정한 사항

그러나 위의 사항에 해당한다고 해서 모두 비밀이 될 수 있는 것은 아니고, 국민의 표현의 자유 내지 알 권리와 비교형량을 통해서 구체적으로 ‘비밀’의 개념 범위가 확정될 것이다.

‘업무처리 중 알게 된’ 비밀을 누설하여서는 안 되기 때문에 업무와 무관하게 알게 된 단순한 비밀은 여기에 포함되지 않는다. 업무처리 중 알게 된 비밀인 이상 자신의 업무뿐만 아니라 타인의 업무와 관련된 것도 포함한다.

844) 「국가정보원직원법」 제17조 제1항은 “모든 직원은 재직중은 물론 퇴직한 후에 있어서도 직무상 지득한 비밀을 누설하여서는 아니된다.”고 규정하고, 같은 법 제32조는 “제17조의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

845) 대법원 2003.11.28. 선고, 2003도5547 판결.



## 2. 누설

‘누설’이란 비밀을 모르고 있는 제3자에게 알리는 일체의 행위를 말한다. 이미 알고 있는 사람에게 알리는 것은 누설에 해당하지 않는다. 비밀의 누설은 상당할 정도로 구체적인 사항을 알려야 하며, 막연한 고지는 누설이라고 할 수 없다. 누설의 수단·방법에는 제한이 없다. 작위·부작위를 불문한다. 직무상 비밀이 기재된 문서를 열람하는 제3자의 행위를 묵인하는 경우는 부작위에 의한 비밀누설에 해당한다. 본죄는 누설함으로써 기수가 되고, 상대방이 비밀을 알게 될 필요는 없다. 다만 공무원의 비밀누설행위가 공직자의 부패행위를 국가청렴위원회에 신고하는 것인 때에는 『부패방지법』 제25조에 의하여 위법성이 조각된다(법령에 의한 정당행위).



## 유사명칭사용의 금지(제53조)

**제53조 (유사명칭사용의 금지)** 위원회가 아닌 자는 국가인권위원회 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

## 1. 의의

이 조항을 위배한 경우 법 제63조 제2항에 의하여 300만원이하의 과태료에 처할 수 있다. 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」 제32조, 「일제강점하 강제동원피해진상규명등에관한특별법」 제27조, 「염업조합법」 제4조, 「자산유동화에관한법률」 제21조, 「증권투자회사법」 제5조에서도 동일한 조항을 두고 있다. 이 조항들은 유사명칭의 사용으로 인해 국민이 혼동을 겪는 것을 방지하고, 적법한 권한이 없는 자가 유사명칭을 사용함으로써 이러한 특별한 지위를 갖는 기관의 신뢰를 악용하는 것을 막기 위한 것이다.

한편 「경범죄처벌법」 제1조 8호에 의하면 “국내외의 관공직·계급·훈장·학위 그 밖에 법령에 의하여 정하여진 명칭이나 칭호 등을 거짓으로 꾸며 대거나 자격이 없으면서 법령에 의하여 정하여진 제복·훈장·기장 그 밖의 표장 또는 이와 비슷한 것을 사용한 사람”을 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다고 규정하고 있다. 「경범죄처벌법」의 규정은 형벌이나 과태료는 형벌이 아니기 때문에 과태료와 벌금의 병과도 가능하다. 판례도 “행정법상의 질서벌인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수 없다”고 하여 병과를 긍정하고 있다.<sup>846)</sup>

846) 대법원 1996.4.12. 선고, 96도158 판결.



## 2. 위원회가 아닌 자

“위원회가 아닌 자”란 위원회의 명칭을 사용할 정당한 권한이 없는 자를 의미한다. 따라서 국가인권위원회의 직원이라고 할지라도 자신의 권한범위를 넘어 국가인권위원회의 명칭을 사용하는 경우에는 본조를 위반한 것이다.

## 3. 이와 유사한 명칭

국가인권위원회와 유사한 명칭이란 일반국민의 입장에서 전체적·객관적으로 관찰하여 유사하여 국가인권위원회와의 동일성을 오인할 수 있는 경우를 말하고, 단순히 ‘국가인권위원회’란 명칭을 붙였다고 하여 이를 모두 유사한 명칭이라고 할 수는 없다. 유사명칭에 관한 판례는 없지만 「상법」 제23조의 유사상호에 관한 판례들이 일응의 기준이 될 수 있겠다. 판례는 “마산고려당과 서울의 고려당”<sup>847)</sup>은 유사상호로 인정하였으나 “수원보령약국과 보령제약주식회사”<sup>848)</sup> “합동공업사와 충주합동레카”<sup>849)</sup>는 유사상호로 인정하고 있지 않다. 이런 판례의 기준을 유추적용해 보았을 때, 국가인권위원회가 통상적으로 ‘인권위’ 또는 ‘인권위원회’라는 약칭으로도 인식되고 있기 때문에, 단순히 ‘인권위원회’라고 표현하거나 ‘전주인권위원회’, ‘대구인권위원회’라고 표시하는 것은 유사한 명칭이라고 볼 수 있다. 그러나 국가기관이 아님을 명시하였을 경우, 예를 들어 ‘사단법인 인권위원회’와 같은 경우에는 유사한 명칭으로 보기 어렵다.

‘명칭(名稱)’이란 사물을 가리키는 이름을 의미하기 때문에 ‘제목·훈장·기장 그 밖의 표장’은 이에 해당하지 않는다. 「경범죄처벌법」 제1조 8호는 이를 구별하여 적시하고 있다.

## 4. 명칭의 사용

명칭의 사용은 위원회가 발송한 문서처럼 발송명의인을 허위로 기재한 경우나 위원회에서 발송한 공문을 원본과 동일하게 인쇄하여 사용하는 경우까지 포함한다.<sup>850)</sup> 다만 발송명의인을 허위로 기재한 경우는 공문서위조죄(형법 제225조)에

847) 대법원 1993.7.13. 선고, 92다49492 판결.

848) 대법원 1976.2.24. 선고, 73다1238 판결.

849) 대법원 1996.10.15. 선고, 96다24637 판결.



해당하며, 위원회에서 발송한 공문을 사용할 권한이 없는 자가 원본과 동일하게 인쇄하여 사용하는 경우는 공문서부정행사죄(형법 제230조)에 해당한다. 이 경우 위원회는 과태료를 부과하거나 고발할 수 있다.

---

850) 국가인권위원회, 『법령해석질의회신집』, 21쪽.





## 공무원 등의 파견(제54조)

- 제54조 (공무원 등의 파견)** ①위원회는 그 업무수행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등의 장에게 그 소속 공무원 또는 직원의 파견을 요청할 수 있다.
- ②제1항의 규정에 의한 요청을 받은 관계기관 등의 장은 위원회와 협의하여 소속 공무원 또는 직원을 위원회에 파견할 수 있다.
- ③제2항의 규정에 의하여 위원회에 파견된 공무원 또는 직원은 그 소속기관으로부터 독립하여 위원회의 업무를 수행한다.
- ④제2항의 규정에 의하여 위원회에 공무원 또는 직원을 파견한 관계기관 등의 장은 위원회에 파견된 공무원 또는 직원에 대하여 인사 및 처우 등에 있어서 불리한 조치를 하여서는 아니된다.

### 1. 파견근무의 의의

일반적으로 파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 파견사업주와 사용사업주 사이의 근로자 파견계약에 따라 사용사업주의 지휘명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.〔「파견근로자보호등에관한법률」 제2조 1호〕 공무원의 파견근무에 대해서는 「국가공무원법」 제32조의4에 별도로 규정되고 있다. 그러나 일반의 파견과는 달리 공무원의 파견근무는 사업주가 국가로서 동일하기 때문에 사용사업주와 파견사업주로 사업주가 이원화되는 일반의 파견과는 같지 않으나, 독립된 기관 사이의 공무원의 이동이란 점에서 그 법리적 구조는 일반파견과 유사하다.

“업무수행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우”에 국가인권위원회가 파견을 요청할 수 있는데, 이러한 형식은 선거관리위원회(규정 제14조), 경제규제개혁위원회(규정 제9조), 거창사건등관련자명예회복심의위원회(시행령 제5조), 고령화 및미래사회위원회(규정 제12조), 교육혁신위원회(규정 제12조) 등 행정부처와 독



립된 위원회간에 파견이 이루어지는 경우 흔히 사용되는 방식이다. 그러나 다른 위원회와 달리 상시적 국가기관인 국가인권위원회로서는 파견요청을 하기보다는 필요한 경우 인원을 직접 채용하는 방식을 사용해야 할 것이다.

## 2. 파견의 사유

「국가인권위원회법」상에서 ‘업무상 필요’에 의한 파견은 위원회의 활동을 위해 서 필요한 행정지원으로서 「공무원임용령」 제41조의 사유중<sup>851)</sup> 제2호의 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 민간기관의 파견은 인권에 관한 전문성이 특히 요구되는 특수사업의 효율적 수행이나 인권에 대한 국가적 사업의 공동수행, 이 두 가지의 경우에 가능할 것이다(「국가공무원법」 제32조의4).

## 3. 파견기간

파견기간에 대하여는 특별한 규정이 없으므로 공무원임용령상의 규정이 그대로 준용된다.<sup>852)</sup> 따라서 파견기간은 2년 이내로 하고, 필요한 경우 1년의 범위 내에서 연장할 수 있다.

851) 「공무원임용령」 제41조에 의하면, 일반적으로 공무원의 파견의 사유는 다음과 같다.

1. 국가기관외의 기관·단체에서의 국가적 사업의 수행을 위하여 특히 필요한 경우
2. 타기관의 업무폭주로 인한 행정지원의 경우
3. 사무의 소관이 명백하지 아니하거나 관련기관간의 긴밀한 협조를 요하는 특수 업무의 공동수행을 위하여 필요한 경우
4. 공무원교육훈련법에 의한 소속공무원의 교육훈련을 위하여 필요한 경우
5. 공무원교육훈련법에 의한 공무원교육훈련기관의 교수요원으로 선발되거나 그밖의 교육훈련관련 업무수행을 위하여 필요한 경우
6. 국제기구, 외국의 정부 또는 연구기관에서의 업무수행 및 능력개발을 위하여 필요한 경우
7. 국내의 연구기관, 민간기관 및 단체에서의 관련업무수행·능력개발이나 국가정책수립과 관련된 자료수집등을 위하여 필요한 경우

852) 공무원의 경우 위의 제1호, 제2호 및 제7호의 규정에 의한 파견기간은 2년 이내로, 제3호 및 제5호의 규정에 의한 파견기간은 1년이내로 하되, 특히 필요한 경우에는 1년의 범위내에서 이를 각각 연장할 수 있다. 제4호 및 제6호의 규정에 의한 파견기간은 그 교육훈련·업무수행 및 능력개발을 위하여 필요한 기간으로 한다(「공무원임용령」 제41조 제2항). 민간기관의 임직원의 파견기간은 2년이내로 하되, 필요한 경우 1년의 범위내에서 연장할 수 있다(「공무원임용령」 제41조의2 제3항).



#### 4. 파견의 절차

우선 국가인권위원회 위원장이 공무원 등의 파견을 소속기관의 장에게 요청하여야 한다(제54조 제1항) 「공무원임용령」에 의하면 파견에 관하여는 중앙인사위원회와도 협의하여야 한다(「공무원임용령」 제41조 제3항). 중앙인사위원회측은 파견의 협의를 하는 경우에는 「행정기관의조직과정원예관통칙」 제24조의2의 규정에 따라 별도정원의 직급·규모 등에 대하여 행정자치부장관과 미리 협의하여야 한다(「공무원임용령」 제41조 제6항). 한편 중앙인사위원회와 협의할 필요가 없는 파견의 경우 소속기관의 장은 그 사실을 중앙인사위원회에 통보하여야 한다(「공무원임용령」 제41조 제7항). 파견의 발령은 당해 공무원의 전보권 또는 전보제청권을 갖는 기관의 장이 행한다(「공무원임용령」 제41조 제4항).

한편 파견되는 자가 수행할 업무와 직접 이해관계가 있는 민간기관의 임직원은 국가기관으로 파견될 수 없다. 국가인권위원회 위원장은 민간기관의 임직원을 파견받아 근무하게 하거나 파견기간을 연장하는 경우 중앙인사위원회에 그 사실을 통보하여야 한다(「공무원임용령」 제41조의2).

#### 5. 파견공무원 또는 직원의 지위

파견근무의 경우 파견기관과의 고용관계는 유지되면서, 파견받은 기관의 지휘 명령을 받아 사용기관의 업무에 종사하게 된다(「행정절차법」 제8조 제5항, 「공무원복무규정」 제7조 제1항, 「공무원임용령」 제41조의2 제6항). 국가기관 외의 기관·단체로부터 파견된 임직원은 직무상 행위를 함에 있어서는 이를 공무원으로 본다. 형법 기타 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서도 마찬가지이다(「국가공무원법」 제32조 제3항).

파견공무원 등의 임금을 지급할 의무는 원칙적으로 파견기관이 부담한다. 임금·퇴직금·휴업수당·가산임금·휴가수당 등에 대한 책임은 파견기관이 진다. 다만, 파견에 소요되는 비용은 응원을 요청한 행정청이 부담하며, 그 부담금액 및 부담방법은 파견을 요청한 행정청과 파견기관이 협의하여 결정하여야 하므로(「행정절차법」 제8조 제6항), 파견공무원 등에 대한 임금 등 비용을 파견받은 기관에 청구할 수 있다. 또한 근로관계는 파견기관과 파견공무원 사이에 성립되어 있으므로, 파견받은 기관은 원칙적으로 징계를 할 수 없다. 따라서 다른 기관에서 파견근무하는 자가 그 파견기간 중에 징계사유에 해당하게 된 때에는 파견받은 기관의 장은 당해 파견근무자의 소속기관의 장에게 그 사실을 통보하여야 하고(「공무원복무규정」 제7조 제2항), 파견기관이 징계를 행한다.



## 6. 파견관계의 소멸

파견권자는 파견사유가 소멸하거나 파견목적이 달성될 가망이 없는 경우에는 그 공무원을 지체없이 원소속기관에 복귀시켜야 한다(『국가공무원법』 제32조의4 제2항). 민간기관의 임직원의 경우 파견목적에 현저히 위배되는 행위를 한 경우에도 파견된 자를 원소속기관에 복귀시킬 수 있다. 이 경우 파견된 자가 소속된 민간기관의 장에게 그 사유를 통보하여야 한다(『공무원임용령』 제41조의2 제5항).

## 7. 독립성

국가인권위원회에 파견된 공무원 등은 원래의 소속기관으로부터 독립하여 위원회의 업무를 수행한다(제3항). 국가인권위원회의 성격상 소속기관으로부터의 독립성이 요구되기 때문이다. 이 조항은 인사 및 처우 등에 있어서 불리한 조치를 금지한 제4항과 함께 국가인권위원회법에 특유한 것으로서, 국가인권위원회가 독립된 기관임을 나타내주는 하나의 징표이다. 따라서 복무에 관하여 소속기관의 지휘와 감독을 받지 아니하며, 비록 그 공무원이 징계사유에 해당하는 행위를 하였다고 하더라도, 국가인권위원회 위원장이 그 사실을 통보하기 전까지는 징계를 할 수 없다.

‘인사 및 처우 등에 있어서 불리한 조치’란 종전의 통례 또는 다른 근로자와 비교하여 불이익하게 처분하는 것을 말하고, 종류와 형태는 매우 다양하다. 근로자에게 불이익한 교육훈련, 전직, 전출, 전적, 휴직, 인사평정 등이 인사상의 불이익 조치에 해당된다. 부당한지 여부는 지위, 직종, 임금 기타의 대우, 통근사정, 가정의 사정 등에 비추어 판단되어야 한다. 강등 또는 승진의 탈락, 징계처분도 같은 종류에 속한다.

처우에 있어서 불리한 조치는 각종의 임금, 퇴직금, 복리후생적 급부 등에 있어서 불리한 조치가 이에 속한다. 임금산정 또는 임금삭감 기준의 차별적 적용이 임금에 관한 불리한 조치의 전형이다. 연장·야간·휴일근로를 본인의 의사에 반하여 시키지 않거나 연차휴가 신청에 대하여 정당한 사유없이 시기변경권을 행사하는 것도 같은 종류의 불리한 조치에 속한다.



**제55조 (불이익 금지와 지원)** ①누구든지 이 법에 의하여 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 받지 아니한다.

②위원회는 인권침해나 차별행위의 진상을 밝히거나 증거나 자료 등을 발견 또는 제출한 사람에게 필요한 지원 또는 보상을 할 수 있다.

③제2항의 규정에 의한 지원 또는 보상의 내용, 절차 그 밖의 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

## 1. 불이익 금지

이 조항은 국가인권위원회에 협조한 당사자를 보호하기 위한 것이다. 「일제강점하강제동원피해진상규명등에관한특별법」 제24조에도 동일한 내용이 규정되어 있고, 「고용보험법」 제78조, 「노동조합및노동관계조정법」 제81조 1호도 유사한 취지의 조항이다.

‘해고’는 단순히 근로계약을 사용자가 해지하는 것만이 아니라 근로자의 의사에 반하여 근로계약관계를 사용자가 일방적으로 종료시키는 행위 전반을 의미한다. 따라서 강요에 의한 사직이나 합의해약 및 단기계약 기간만료시에 근로계약의 갱신이 기대되는 사정 아래서의 계약갱신의 거절도 해고로 보아야 한다. 해고는 일반해고든 징계해고든 불문한다. 또 채용내정자나 시용기간을 갖기로 한 자에 대한 본채용의 거부, 정년의 차별적 적용, 휴직 후의 복직의 거부도 같은 종류에 속한다. 채용의 거부도 불이익처분으로 될 수 있다. 특히 계절근로자나 정년퇴직자의 재채용거부 등이 그러하다. 표면적인 해고사유는 다르다 할지라도 실질적인 해고가 국가인권위원회에 진정 등이었다면 본 조항에 해당한다.<sup>853)</sup>



‘전보’란 종전의 직무내용이나 근무지를 장기간에 걸쳐 변경하는 인사처분을 말한다. 불이익 여부는 지위, 직종, 임금, 기타의 대우, 통근사정, 가정의 사정 등에 비추어 판단되어야 한다. 대법원은 “사용자가 근로자의 정당한 노동조합 활동을 실질적인 이유로 삼으면서도 표면적으로는 업무상 필요성을 들어 전보명령한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 전보명령이 부당노동행위에 해당되는지 여부는 전보명령의 동기, 목적, 전보명령에 관한 업무상의 필요성이나 합리성의 존부, 전보에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교형량, 전보명령의 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 전보명령을 하기에까지 이른 과정이나 사용자가 취한 절차, 그 밖에 전보명령 당시의 외형적 객관적인 사정에 의하여 추정되는 부당노동행위 의사의 존재 유무 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있는데 같은 기준이 적용될 수 있다.<sup>854)</sup>

노동법상 ‘징계’는 종업원의 근무규율 기타 직장질서 위반행위에 대한 제재로서 근로자에게 노동관계상의 불이익을 주는 조치를 말하고, 흔히 경고·감봉·정직·징계해고 등의 조치에 의한다. 이에 더하여 행형법상의 ‘징벌’도 이 징계에 포함되고, 기타 집단적 조직질서에서 규율과 질서의 정립·유지를 위하여 필요한 질서를 위반한 자에 대한 제재도 이 ‘징계’에 포함된다.

‘부당한 대우’란 종전의 통례 또는 다른 유사한 지위에 있는 사람과 비교하여 불이익하게 대우하는 것을 말하고, 그 종류와 형태는 매우 다양하다.

경제상의 부당한 대우로는 각종의 임금, 퇴직금, 복리후생적 급부 등에 있어서 부당한 대우가 이에 속한다. 임금산정 또는 임금삭감 기준의 차별적 적용이 임금에 관한 부당한 대우의 전형이다. 연장·야간·휴일근로를 본인의 의사에 반하여 시키지 않거나 연차휴가 신청에 대하여 정당한 사유 없이 시기변경권을 행사하는 것도 같은 종류의 부당한 대우에 속한다. 이와 유사하게 계약의 부당한 거부라든지, 계약갱신의 부당한 거부 등이 경제상 부당한 대우에 속할 것이다.

정신생활상의 부당한 대우로서 예컨대 잡일을 시키거나 소속단체나 기관의 행사에 참가시키지 않는 것이 있다.

그 밖에 ‘신분상 불이익’이란 신분의 획득, 유지에 있어서의 불이익을 의미하는 것이다. 신분상 불이익으로 근로자에게 불이익한 교육훈련, 휴직, 인사평정 등이 이에 해당된다. 부당한지 여부는 지위, 직종, 임금, 기타의 대우, 통근사정, 가정의 사정 등에 비추어 판단되어야 한다. 강등 또는 승진의 탈락도 같은 종류에 속한다.<sup>855)</sup> 재소자의 경우 승급심사에서 탈락시킨다든지, 가석방에서 부당하게 탈락

853) 대법원 1997. 7. 8. 선고, 96누6431 판결 참조.

854) 대법원 1995.11.7. 선고, 95누9792 판결.

855) 대법원 1998. 2. 10. 선고, 96누10188 판결.



시킨다든지, 여러 복지시설의 접근을 제한하는 등 불이익 조치를 행할 경우도 이에 포함된다.

‘처우’는 주로 재소자와 관련하여 쓰이는 용어지만, 법 제54조와의 관계에 비추어 볼 때, ‘대우’와 그 의미상 큰 차이가 없다고 보아야 한다.

불이익 취급에 대하여 근무성적 불량 등 다른 정당화 사유도 존재하는 경우(처분이유의 경합)가 있다. 예컨대 교도관이 교도소에서 인권침해 사실을 국가인권위원회에 진정하였고, 한편 이 교도관이 재소자로부터 뇌물을 받는 등 비위행위를 하게 되자 해고한 경우가 이에 해당한다. 이 경우 학설은 상당인과관계설을 취하고 있다.<sup>856)</sup> 판례는 “사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이지만, 정당한 해고사유가 있어 근로자를 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없을 것이므로, 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다”고 보아<sup>857)</sup> 학설에 비하여는 좀더 엄격한 편이다.

법은 불이익 취급금지만을 규정하고 있고, 이에 대한 구제방법 내지는 제재방법을 별도로 규율하고 있지 아니하다. 따라서 구제방법은 각각의 조치의 성격에 따라 개별적인 구제방법을 따라야 한다. 예를 들어 해고, 징계, 전직 등과 같은 근로관계에 있어서 불이익 취급은 노동법상의 구제방법에 의해 각 처분의 부당성에 대해서 다투어야 한다. 또한 수형자에 대한 불이익은 행정법상의 구제방법 및 행정심판이나 소송에 의하여야 할 것이다. 이러한 현실은 불이익취급 금지조항을 설치한 의의를 반감시키고 있다.<sup>858)</sup>

## 2. 보상금 지급

위원회는 인권침해행위의 진상을 밝히거나 증거나 자료 등을 발견 또는 제출한 사람에게 필요한 지원 또는 보상을 할 수 있다. 보상금은 그 지급대상자가 인권의

856) 임종률, 앞의 책, 252쪽.

857) 대법원 1997. 7. 8. 선고, 96누6431 판결.

858) 최재천 의원은 제57조 제2항에 “제55조제1항의 규정을 위반하여 특정인에 대해 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 준 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.



보호와 향상에 기여한 공로에 따라 공정하게 지급하여야 하며, 단 보상은 동일한 공로에 대하여 이중으로 지급할 수 없다(「국가인권위원회보상금지급규칙」, 이하 「보상금규칙」 제3조). 보상금제도는 인권침해조사를 위한 자발적 협조를 위한 유인제도이다.

## 가. 보상금 지급의 대상

인권침해나 차별행위의 진상을 밝히거나 증거나 자료 등을 발견 또는 제출한 사람에게 보상금이 지급될 수 있다. 인권침해나 차별행위의 진상을 밝히거나 그것의 증거는 인권침해나 차별행위의 조사의 협조를 유도하기 위한 것이고, 인권침해나 차별행위의 자료는 직접적으로 조사와 관계되지 않아도 된다. 「보상금규칙」 제6조는 지급기준을 다음과 같이 3가지로 분류하고 있다.

- ① 유익한 정보나 증거자료 등이 생명권과 관련된 경우 또는 법원의 판결 또는 헌법재판소 결정의 선례가 된 경우
- ② 유익한 정보나 증거자료 등이 신체의 손상과 관련된 경우 또는 사회일반에 잘 알려지지 않은 사안으로 사회적 반향이 큰 경우
- ③ 유익한 정보나 증거자료 등이 기타 인권침해나 차별행위에 해당하는 경우 또는 학교 교육교재로 널리 활용가치가 있는 경우

## 나. 보상금 지급의 절차

인권침해행위 또는 차별행위 사건의 조사담당자는 조사를 종료하고, 국가인권위원회의 의결에 따른 사건처리 경과 등에 비추어 보상금 지급대상이라고 판단할 상당한 이유가 있는 경우 이와 같은 내용을 해당 소위원회에 보고 하여야 한다. 보고가 있는 경우 해당 소위원회의 심의·의결후 해당 소위원회 위원장이 보상금 지급대상 행위에 대한 의견을 기재하여 국가인권위원회 위원장(이하 “위원장”이라 한다)에게 보고하여야 한다(「보상금규칙」 제4조). 위원장은 보고가 있는 경우 의견서를 참작하여 보상금 지급여부를 결정한다(「보상금규칙」 제5조). 위원장은 보상금지급결정서의 정본을 통지서와 함께 지급대상자에게 송부한다. 제1항에 의하여 통지받은 지급대상자는 국가인권위원회에서 실무상 필요에 의하여 요구하는 서류를 4주일 이내에 제출하여야 한다(「보상금규칙」 제8조).

## 다. 보상금의 지급

보상금은 인권침해, 차별행위의 내용에 따라 위에 제시된 기준에 따른 보상금





상한액의 범위 안에서 지급한다. 보상금액을 결정함에 있어서 다음 각호의 사항을 고려하여 그 금액을 조정하여야 한다(『보상금규칙』 제6조).

1. 제출하거나 발견한 증거나 자료의 정확성
2. 당해 사건에 직접 기여한 공로
3. 사건의 난이도
4. 인권침해행위, 차별행위의 경중과 규모

보상금 지급대상자가 2인 이상인 경우에는 각자의 공로 등을 감안하여 배분·지급할 수 있다(『보상금규칙』 제7조).

## 라. 보상금의 환수

지급된 보상금이 다음에 해당하는 경우에는 보상금을 환수할 수 있다(『보상금규칙』 제9조 제1항).

1. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 보상금을 지급받은 경우
2. 동일한 공로에 대하여 이중으로 지급된 경우

허위 그 밖의 부정한 방법이란 정상적인 절차에 의하여서는 보상금을 받을 수 없는 경우임에도 불구하고 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위로 그 보상금을 받은 자를 가리킨다.<sup>859)</sup>

보상금의 환수사유가 발생한 경우, 조사담당자는 해당 소위원회에 보고하고, 해당 소위원회의 심의·의결 후 의견을 기재하여 위원장에게 보고하여야 한다. 위원장은 의견서를 첨부하여 환수여부를 결정한다(보상금규칙 제9조 제2항). 보상금의 환수는 보상금 지급이라는 수익적 행정행위가 성립상의 하자를 이유로 위원회가 그 효력을 원칙적으로 기왕에 소급하여 상실시키는 수익적 행정행위의 직권취소이다. 따라서 침익적 처분의 성질을 가지므로, 행정청은 당사자에게 처분을 사전통지하고 처분에 앞서 의견청취를 하여야 한다(행정절차법 제21조, 제22조). 규칙에서는 특별한 환수의 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 행정상 강제징수는 할 수 없고,<sup>860)</sup> 민사소송을 제기하여 집행할 권리의 확인을 구하고, 그 집행권원에 기하여 국가의 집행기관에 의한 강제집행을 구하여야 한다.

859) 구 건축사법 제39조 4호 소정의 ‘사위 기타 부정한 방법으로 건축사무소의 등록을 받은 자’의 의미에 대해서 대법원 1997.5.16. 선고, 97도60 판결 참조.

860) 행정상 강제징수란 공법상의 금전급부의무를 이행하지 않는 경우에 행정청이 의무자의 재산에 실력을 가하여 그 의무가 이행된 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다(김동희, 『행정법I』, 423쪽). 행정상 강제징수의 경우 법률유보의 원칙상 법률의 규정이 있어야 한다. 따라서 본 규칙에도 “보상금의 환수의 경우 국세징수법에 의한 국세의 채납처분의 예에 의한다”는 규정을 신설하여야 할 것이다.



## 마. 비밀유지의무

보상금지급업무를 수행하는 자는 직무상 취득한 지급대상자에 대한 일체의 비밀을 누설하여서는 아니 된다(「보상금규칙」 제10조). ‘직무상 취득한 지급대상자에 대한 일체의 비밀’은 업무처리중 알게 된 비밀이므로 법 제52조 규정의 반복에 불과하다.





## 인권옹호업무방해죄(제56조)

**제56조 (인권옹호업무방해)** ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 위원회의 업무를 수행하는 위원회의 위원 또는 직원을 폭행 또는 협박한 자
  2. 위원회의 위원 또는 직원에 대하여 그 업무상의 행위를 강요 또는 저지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적으로 폭행 또는 협박한 자
  3. 위계로써 위원회의 위원 또는 직원의 업무수행을 방해한 자
  4. 이 법 제4장의 규정에 의하여 위원회의 조사대상이 되는 타인의 인권침해나 차별행위사건에 관한 증거를 인멸, 위조, 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자
- ②친족이 본인을 위하여 제1항 제4호의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

## 1. 형법과의 관계

인권옹호업무방해죄의 제1항 제1호 내지 제3호는 구성요건에 있어서 「형법」 제136조 및 제137조와 동일하다. 다만 「형법」상의 형이 ‘5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’에 처하고 있는 것에 비해서, ‘5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’에 처하고 있어 형벌이 약간 강화되어 있다.

한편 제4호와 제2항의 규정은 「형법」 제155조 제1항 및 제4항과 대응을 이루고 있다. 다만 「형법」 제155조 제1항은 “타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거”에 한하여 적용되는데 반해, 본 조항은 “이 법 제4장의 규정에 의하여 위원회의 조사대상이 되는 타인의 인권침해사건에 관한 증거”를 대상으로 하여 구성요건을 설정하고 있는 특색이 있다. 이 조항은 인권위원회의 조사방해를 방지하기 위한 규정으로 「형법」 제155조 제1항과 보호하려는 법익이 다르므로, 하나의 행



위로 두 범죄를 저질렀다면 상상적 경합에 해당한다.

## 2. 제1호의 죄

‘업무’란 위원회의 위원 또는 직원이 지위와 권한에 따라 법령에 근거하여 처리하는 사무를 말한다. 반드시 강제력을 행사하는 사무일 필요는 없다. ‘수행’이란 위원회의 위원 또는 직원이 그 직무에 속하는 사무를 처리하는 일체의 행위를 말한다. 사람에 대한 것이든 물건에 대한 것이든 불문하고, 또 내부적 사무처리도 포함한다. 따라서 하위직원에 대하여 감독사무를 집행하는 위원 또는 직원도 본죄의 객체가 된다.

‘수행하는’이란 방해행위가 있는 시점에 구체적으로 업무를 수행하고 있어야 함을 의미한다. 시간적으로 보아 업무수행을 개시하여 종료하기 전까지를 말한다.<sup>861)</sup> 그러나 업무수행과 밀접한 관련이 있으면 업무수행 직전의 준비행위 및 업무시간 중에 정해진 자리에 앉아 있거나<sup>862)</sup> 대기 중인 경우,<sup>863)</sup> 업무수행이 종료한 직후<sup>864)</sup>도 업무수행에 해당한다. 그러나 업무수행이 장차 예상되는 것만으로는 부족하다. 따라서 업무수행을 위하여 출근하는 위원 또는 직원을 폭행하는 것은 본죄를 구성하지 않는다.<sup>865)</sup> 업무수행을 종료한 위원 또는 직원에 대한 폭행도 본죄를 구성하지 않는다.

업무수행은 적법해야 한다.<sup>866)</sup> 불법인 업무수행에 대한 저항행위는 ‘정당방위’<sup>867)</sup> 또는 ‘정당행위’로서 허용된다. 업무수행의 적법성은 ① 직무행위가 당해 위원 또는 직원의 추상적·일반적 권한범위 내에 속할 것 ② 당해 위원 또는 직원이 업무를 수행할 구체적 권한을 갖고 있을 것 ③ 업무수행이 법정의 절차와 방식을 따를 것이라는 세 가지를 요건으로 한다.<sup>868)</sup> 추상적·일반적 권한의 범위는 법 제 19조에 정해져 있다. 이 범위를 넘어서는 업무수행은 적법한 업무수행이 아니다.

이 죄의 실행행위는 폭행 또는 협박이다. ‘폭행’이란 공무원에 대한 직접·간접

861) 공무집행방해죄에 관하여 대법원 1999.9.21. 선고, 99도383 판결.

862) 공무집행방해죄에 관하여 대법원 1957.3.29. 선고, 4290형상48 판결.

863) 공무집행방해죄에 관하여 대법원 2002.4.12. 선고, 2000도3485 판결.

864) 공무집행방해죄에 관하여 대법원 1999.9.21. 선고, 99도383 판결.

865) 공무집행방해죄에 관하여 대법원 1979.7.24. 선고, 79도1201 판결.

866) 공무집행방해죄에 관하여 대법원 1994.9.27. 선고, 94도886 판결 등.

867) 공무집행방해죄에 관하여 대법원 2000.7.4. 선고, 99도4341 판결 등.

868) 공무집행방해죄에 대하여 대법원 2002.4.12. 선고, 2000도3485 판결 등.



의 유형력의 행사를 의미한다. 유형력은 반드시 업무수행 공무원의 신체에 직접 가해질 필요는 없다. 공무원의 보조자에 대한 유형력의 행사<sup>869)</sup> 또는 물건에 대한 유형력의 행사<sup>870)</sup> 간접적으로 공무원에 대한 것으로 인정되면 본죄의 폭행에 해당한다. ‘협박’이란 공무원으로 하여금 공포심을 일으키게 할 의사로 해악을 가할 것을 고지하는 것이다. 협박은 상대방의 의사결정의 자유를 제한할 정도, 즉 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 정도일 필요는 없다. 해악을 고지하는 방법에는 제한이 없다. 언어든 문서든, 명시적이든 묵시적이든, 직접적이든 간접적이든 불문한다.

폭행·협박은 그 성질상 공무집행을 방해할 수 있을 정도의 적극적 행위여야 한다. 따라서 소극적인 반항이나 단순한 불복종 또는 경미한 정도의 폭행·협박은 본죄에 해당하지 않는다.

### 3. 제2호의 죄

제1호의 죄가 현재 수행중인 업무를 보호하고자 함에 반하여, 제2호의 죄는 장래 집행하게 될 업무를 보호하고자 하는 점에서 차이가 난다. 따라서 본죄의 대상인 위원 또는 직원은 현재의 업무를 수행할 것을 요하지 않고, 장래에 업무를 수행할 위원 또는 직원이면 족하다. 본죄의 실행행위는 폭행 또는 협박하는 것이다. 폭행·협박의 의미는 제1호의 죄에서와 같다.

또한 ‘그 업무상의 행위를 강요 또는 저지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적’이 있어야 한다. ‘강요’란 직무에 관계되는 처분을 적극적으로 하게 하는 것을 말하고, ‘저지’란 위원 또는 직원으로 하여금 직무를 하지 못하도록 하는 것을 말한다. ‘그 직을 사퇴하게 한다’는 것은 업무수행을 방해하기 위하여 사직하게 만드는 경우 뿐만 아니라 업무수행과 관계없이 개인적 사정으로 그 직을 사직하게 만드는 경우도 포함한다.

‘업무상의 행위’의 ‘범위’에 관하여는 학설 대립이 있지만 본죄의 주된 보호법익이 업무라는 점을 고려한다면, 제19조의 업무에 해당하는 행위로 보아야 한다.<sup>871)</sup> 업무상의 행위는 적법할 것을 요하는가가 문제된다. ‘강요’목적의 폭행·협박은 업무상 행위의 적법·위법을 불문하지만, ‘저지’목적의 폭행·협박은 직무상 행위가 적법해야 한다.

869) 공무집행방해죄에 대하여 대법원 1970.5.12. 선고, 70도561 판결.

870) 공무집행방해죄에 대하여 대법원 1981.3.24. 선고, 81도326 판결 등.

871) 임웅, 앞의 책, 860쪽 참조.



#### 4. 제3호의 죄

이 죄가 제1호의 죄와 다른 점은 행위방법이 폭행·협박이 아닌 ‘위계’라는 점과 행위의 객체가 현재 직무집행 중인 위원 또는 직원에 한하지 않고 장차 업무를 수행하게 될 위원 또는 직원도 포함한다는 것이다.

‘위계’란 타인의 부지 또는 착오를 이용하는 일체의 행위를 말한다. 위계는 ‘기망’의 수단을 사용한 경우에 한한다. 그러나 위계에 의한 공무집행방해죄에 관한 판례는 수사기관에 대하여 피의자 또는 참고인으로서 허위의 진술을 한 경우는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하지 않는다고 본다.<sup>872)</sup> 그 이유는 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반증거를 수집·조사할 권리와 의무가 있다고 할 것이므로, 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하였다 하여 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 보지 않는 것이다. 따라서 위원회의 조사업무에 있어서 허위진술은 본조의 죄로 의율할 수 없으며, 다만 제63조의 3호에 의한 과태료 처분을 할 수 있다.

#### 5. 제4호의 죄

증거는 ‘타인의’ 사건에 관한 것이어야 한다. ‘자기의’ 사건에 대해서는 본죄가 성립하지 않는다. 다만 「형법」상 증거인멸죄에 대하여 ‘자기의’ 형사사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 ‘타인을 교사’하여 증거인멸행위를 하도록 한 경우에 증거인멸죄의 교사범을 인정한 판례가 있는데, 이에 대하여는 비판적 견해가 많다.<sup>873)</sup> ‘공범자’에 관한 증거도 ‘타인의’ 증거라고 할 수 있는가? 판례는 자기의 이익을 위한 증거인멸이 동시에 공범자의 이익이 된 경우에 증거인멸죄의 성립을 부정하고 있다.<sup>874)</sup>

‘증거’란 인권침해 및 차별행위의 성립여부를 인정할 수 있는 자료를 말한다. ‘증인’도 증거에 포함되는가? 「형법」에서 ‘증인’은 증인은닉죄(제155조 제2항)로 별도로 의율하고 있으므로, 본조의 경우에도 ‘증인’은 ‘증거’에 포함되지 않는다고 해석된다.

872) 대법원 1971.3.9. 선고, 71도186 판결.

873) 임웅, 앞의 책, 908쪽.

874) 대법원 1995.9.29. 선고, 94도2608 판결.



‘인멸’이란 증거를 사용하지 못하도록 방해하는 행위뿐만 아니라 증거의 가치나 효력을 멸실 또는 감소시키는 일체의 행위를 말한다. ‘은닉’이란 증거를 숨기거나 그 발견을 곤란하게 하는 행위를 말한다. ‘위조’는 새로운 증거를 만들어 내는 행위를 말한다. ‘변조’는 기존의 증거에 가공하여 증거의 가치나 효과를 변경시키는 행위를 말한다. 다만 본죄에서 위조·변조의 개념은 문서의 작성권한의 유무나 내용의 진위 여부는 불문한다.

위조·변조한 증거를 사용한다고 함은 위조·변조한 증거를 진정한 증거로서 제공하는 것을 말한다. 사용은 자발적인 제공에 한하지 않고, 위원회의 요구에 따라 피동적으로 제출하는 것도 포함한다.

## 6. 친족간의 특례

친족간의 특례는 친족간의 정의를 고려한 정책적 규정이다. 즉 친족간에는 본인을 위하여 증거인멸 등의 행위를 하지 않도록 기대할 수 없다는 이유로 책임이 조각된다. 친족은 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자를 의미한다(『민법』 제777조). 입법취지가 적법행위 기대불가능성에 있음에 비추어 내연관계에 있는 자와 그 출생자는 특례에 포함된다고 해석된다. ‘본인’이란 위원회의 조사대상자로서 인권침해나 차별행위를 했다고 의심받는 자를 말한다. 본 특례조항의 입법취지가 적법행위의 기대불가능성에 있다는 점을 고려한다면, 자신과 친족관계에 있다는 것을 인식하고 은닉할 것을 요한다고 해야 한다.





## 진정서 작성 등의 방해(제57조)

**제57조 (진정서 작성 등의 방해)** 제31조의 규정에 위반하여 진정을 허가하지 않거나 방해한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

## 1. 의의

본조항은 시설수용자의 진정권 보장을 위한 조항이다. 진정의 방식은 서면진정과 면전진정이 있는데, 본조항은 이 두 경우 모두를 대상으로 한다. 면전진정을 방해하는 경우 그 행위가 국가인권위원회법 제56조에 규정된 행위태양에 해당한다면 제56조의 죄에도 해당할 수 있다. 이 경우 두 죄는 상상적 경합의 관계가 되어, 중형인 제56조의 형으로 처벌받는다(「형법」 제40조).

「국가인권위원회법」 제31조는 시설에 소속된 공무원 또는 직원에게 시설수용자의 진정권을 보장할 의무를 지우고 있으므로, 본조의 행위주체는 소속 공무원 또는 직원에 한정된다. 따라서 본죄는 신분범이다.

## 2. 행위태양

「국가인권위원회법」 제31조는 서면진정의 경우 진정서를 작성하는데 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하도록 하고, 작성한 진정서를 즉시 위원회에 송부하고 위원회로부터 접수증명원을 발급받아 이를 진정인에게 교부하도록 하고 있고, 면전진정의 경우 바로 그 뜻을 위원회에 통보하고, 위원회의 확인서 및 면담일정서를 발급받는 즉시 진정을 원하는 시설수용자에게 교부하도록 하고 있다. 따라서 진정을 허가하지 않는다는 것은 진정서를 위원회에 송부하지 않는다는 것 면전진정의 뜻을 위원회에 통보하지 않는 행위를 말한다.



한편 진정을 방해한다는 것은 진정의 자유와 비밀을 침해하는 모든 행위를 말한다. 따라서 진정서를 작성하는데 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하지 않는 다든지, 위원 등과의 면전진정시 구금·보호시설의 직원이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취한다든지, 진정서를 열람한다든지, 그 밖에 시설수용자의 자유로운 진정서 작성과 제출을 보장하기 위하여 구금·보호시설에서 이행하여야 할 조치 및 그 밖의 필요한 절차 등을 위배하는 모든 행위가 이에 포함된다.

**제58조 (자격사칭)** 제51조의 규정에 위반하여 위원회의 위원 또는 직원의 자격을 사칭하여 위원회의 권한을 행사한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

→ 제51조 설명시 같이 설명

**제59조 (비밀누설)** 제52조의 규정에 위반하여 업무처리중 알게 된 비밀을 누설한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

→ 제52조 설명시 같이 설명



## 긴급구제조치방해죄(제60조)

**제60조 (긴급구제조치방해)** 제48조 제1항 또는 제2항에 의하여 위원회가 하는 조치를 방해한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

진정을 접수한 위원회는 방치할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있다고 인정될 경우 일정한 긴급구제조치를 권고할 수 있다(제48조 제1항). 또한 위원회는 당사자 등의 생명, 신체의 안전과 명예를 보호하거나 증거의 확보를 위하여 필요한 조치를 하거나 권고를 할 수 있다(제48조 제2항). 본조는 이와 관련하여 위원회가 하는 조치를 방해한 자에 대한 처벌규정이다.

여기서 문제는 제48조 제1항은 단순한 권고에 불과하며, 제2항의 내용도 상당부분 권고에 불과하다는 점이다. 강제력을 갖지 않는 권고를 불이행하였다고 처벌을 하는 것은 논리적으로 타당하지 아니하다. 결국 본조항에 의하여 처벌이 가능한 대상은 제48조 제2항 앞 부분에 규정되어 있는 조치(생명신체의 보호와 증거확보를 위한 조치)를 방해하는 경우로 한정되어야 할 것이다. 이는 입법상의 오류라고 판단된다.<sup>875)</sup>

875) 이러한 입법상의 오류는 원래 제48조(의원안 제54조)의 규정이 이미경 의원안에서는 긴급구제조치 등의 표제 아래 제1항에서도 국가인권위원회가 직접 조치를 취할 수 있도록 규정하였는데, 이 조문을 권고만 할 수 있도록 고쳤으면서도, 벌칙규정을 같이 고치지 않았기 때문에 발생한 것이다.



## 비밀침해죄(제61조)

**제61조 (비밀침해)** 제31조 제6항 또는 제7항의 규정에 위반하여 비밀을 침해한 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

‘비밀침해’란 상대방의 의사에 반하여 그 내용을 지득하는 것을 말한다. 본 조는 시설수용자의 진정권을 형사법적 강제를 통해 보장하기 위한 규정이다.

법 제31조 제6항 규정에 위반하는 행위는 면담에 구금·보호시설의 직원이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하는 것이다. 주로 청취 또는 녹취가 문제될 것이다. 그런데 「통신비밀보호법」도 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전화장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하는 것을 금하고 있고(제14조 제1항), 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처하도록 규정하고 있다(제16조 제1항 1호). 「국가인권위원회법」과 「통신비밀보호법」은 서로 보호하는 행위태양 및 보호법익이 다르므로 상상적 경합 관계에 있다. 한편 「통신비밀보호법」 제3조는 「행형법」 제18조의 경우를 예외로 규정하고 있지만 「국가인권위원회법」 제31조 제6항이 특별규정으로 우선 적용된다고 보아야 한다.

「국가인권위원회법」 제31조 제7항 규정에 위배하여 진정서를 열람하는 행위는 경우에 따라 「형법」 제316조 비밀침해죄에 해당할 수도 있다. 단 형법상의 비밀침해죄는 ‘봉합 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서 또는 도화 또는 전자기록 등 특수매체기록’을 행위의 대상으로 하고 있지만, 국가인권위원회법상의 조항은 그러한 비밀장치가 되어 있지 않은 경우도 포함한다고 해석된다. 「행형법」 제18조의2 제3항은 교도소장이 수용자의 서신을 열람할 수 있도록 규정하고 있지만, 「국가인권위원회법」 제31조 제7항은 「행형법」 제18조의2 제3항에 대한 특별규정으로 우선 적용된다고 해석된다.



## 별칙적용에 있어서의 공무원 의제(제62조)

**제62조 (별칙적용에 있어서의 공무원 의제)** 위원회의 위원 중 공무원이 아닌 자는 형법 그 밖의 법률에 의한 별칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

위원회의 위원 중 위원장과 상임위원은 정무직 공무원이나(법 제5조 제4항), 비상임위원은 공무원의 신분이 아니다. 그러나 비상임위원이라 할지라도 위원으로서 수행하는 업무와 권한은 위원장이나 상임위원과 동일하기 때문에 이러한 위원들의 업무와 권한을 보호하고, 위원들의 적정한 직무수행을 유지하기 위하여 별칙의 적용에 있어서 비상임위원도 공무원으로 의제되고 있다. 여기서의 위원이란 인권위원만을 의미하며, 기타 조정위원(법 제41조)이나 전문위원(법 제12조) 등은 포함되지 않는다. 다만 조정위원의 경우에도 업무의 성격상 직무의 공정성 확보가 중요하므로 입법론적으로 뇌물죄의 적용은 반도록 하는 편이 바람직하다고 판단된다.<sup>876)</sup>

인권위원은 모든 별칙의 적용에 있어서 공무원으로 의제된다. 「건축법」 제77조,<sup>877)</sup> 「공무원연금법」 제15조,<sup>878)</sup> 「금융감독기구의설치등에관한법률」 제69조,<sup>879)</sup>

876) 「건설산업기본법」 제90조에서 건설분쟁조정위원회의 위원의 경우 「형법」 제127조 및 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 보아 뇌물죄를 적용시키는 것은 이와 같은 이유이다.

877) 제77조(별칙적용에 있어서의 공무원 의제) 제23조의 규정에 의하여 현장조사·검사 및 확인업무를 대행하는 자 및 제28조의 규정에 의한 건축지도원으로서 공무원이 아닌 자는 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

878) 제15조(별칙적용에 있어서의 공무원 의제) 공단의 임원 및 직원은 형법 기타 법률의 규정에 의한 별칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

879) 제69조(별칙적용에 있어서의 공무원 의제) ①금융감독위원회 위원 또는 증권선물위원회 위원으로서 공무원이 아닌 자와 금융감독원의 집행간부 및 직원은 형법 기타 법률에 의한 별칙의 적용에 있어서 이를 공무원으로 본다.



「방송법」 제104조<sup>880)</sup>, 「청원경찰법」 제10조<sup>881)</sup> 등도 모든 벌칙 규정의 적용에 있어서는 공무원으로 의제하고 있다. 벌칙의 적용에 있어서 공무원으로 의제된다는 것은 형법상 처벌될 때에만 ‘공무원’이 된다는 것이 아니라, 동시에 보호의 객체도 된다는 것을 의미한다. 「형법」상 공무원에 대해서는 공무원의 직무에 관한 죄(제7장)와 공무방해에 관한 죄(제8장)를 통하여 공무가 보호되고 있다.

②제1항의 규정에 의하여 공무원으로 보는 직원의 범위는 대통령령으로 정한다.

880) 제104조(벌칙적용에 있어서의 공무원 의제) 방송위원회의 위원 또는 사무처의 직원중 공무원이 아닌 자와 제103조의 규정에 의하여 권한을 위탁받은 사무에 종사하는 자는 형법 기타 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서 이를 공무원으로 본다.

881) 제10조(직권남용 금지등) ① 청원경찰이 직무를 수행함에 있어서 직권을 남용하여 국민에게 해를 끼친 경우에는 6월이하의 징역이나 금고에 처한다.<개정 1983.12.30>

② 청원경찰업무에 종사하는 자는 형법 기타 법령에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 공무원으로 본다.



## 과 태 료(제63조)

**제63조 (과태료)** ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 정당한 이유없이 제24조제1항의 규정에 의한 방문조사 또는 제36조의 규정에 의한 실지조사를 거부, 방해 또는 기피한 자
2. 정당한 이유없이 제36조제1항제1호 또는 제2항의 규정에 의한 위원회의 진술서 제출요구 또는 출석요구에 응하지 아니한 자
3. 정당한 이유없이 제36조제1항제2호 및 제4호 또는 제5항의 규정에 의한 자료 등의 제출요구 및 사실조회에 응하지 아니하거나 거짓의 자료 등을 제출한 자

②제53조의 규정에 위반한 자는 300만원 이하의 과태료에 처한다.

③제1항 및 제2항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 위원장이 부과한다.

④제3항의 규정에 의한 과태료 처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 위원장에게 이의를 제기할 수 있다.

⑤제3항의 규정에 의한 과태료 처분을 받은 자가 제4항의 규정에 의하여 이의를 제기한 때에는 부과권자는 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다.

⑥제4항의 규정에 의한 기간 이내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

### 1. 과태료

과태료란 행정명령 위반에 대한 제재의 일종이다. 이는 간접적으로 행정상의



질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로서 과하여진다.<sup>882)</sup> 통상적인 과태료는 「비송사건절차법」이 정하는 바에 따라 과태료 대상자의 주소지를 관할하는 지방법원의 결정으로 부과되나(「비송사건절차법」 제247조, 제248조 제1항), 본법의 과태료는 국가인권위원회 위원장이 직접 부과·징수한다. 부과처분을 받은 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 위원장에게 이의를 제기할 수 있고, 이 경우 위원장은 관할법원에 그 사실을 통보함으로써 「비송사건절차법」에 의한 과태료 부과절차로 이행되게 된다(「국가인권위원회법」 제63조). 이처럼 주무행정기관이 직접 과태료를 부과하는 입법례로는 「공중위생관리법」 제23조, 「식품위생법」 제78조, 「호적법」 제132조의2 등이 있다.

## 2. 과태료 처분의 법적 성질

넓은 의미에서의 과태료라 함은 금전벌의 일종으로서 형벌인 벌금·과료와 구별된다. 과태료는 그 성질, 적용 법원리, 과별절차 등에 따라 보통 질서벌, 집행벌 또는 징계별로 대별되는데, 국가인권위원회법상의 과태료는 행정법상 의무위반에 대한 제재로서의 과해지는 질서벌에 해당한다.

과태료 처분은 형벌이 아니므로 형법총칙이 적용되지 않고, 그 과별절차도 「형사소송법」에 의하지 아니하며, 각 개별 법률 및 「비송사건절차법」 제247조 이하의 규정에 의한다. 과태료와 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 제도이므로 과태료를 납부한 후에 다시 형사처벌을 하여도 이를 일사부재리의 원칙에 반한다고 보지 않는다.<sup>883)</sup> 과태료 처분은 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 대하여 부과하는 제재이기 때문에, 다른 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 위반자의 고의과실을 요하지 않는다.<sup>884)</sup> 과태료처분의 당부는 최종적으로 「비송사건절차법」에 의한 절차에 의하여만 판단되어야 하므로, 과태료처분은 행정소송의 대상이 되지 않는다.<sup>885)</sup>

## 3. 과태료의 부과

882) 대법원 1969.7.29. 선고, 69마400 결정.

883) 대법원 1996.4.12. 선고, 96도158 판결.

884) 서울고등법원 1998.2.11. 선고, 97구28195 판결 참조.

885) 대법원 1995.7.28. 선고, 95누2623 판결.





「국가인권위원회법」 제63조에 규정된 위반행위가 일어났다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우, 그 위반행위와 관련된 진정사건 또는 직권조사사건을 담당하는 국가인권위원회 인권위원이나 조사담당자는 이와 같은 내용을 해당 소위원회에 보고하여야 한다. 이 경우 해당 소위원회 위원장은 의견서를 작성하여 위원장에게 보고하여야 하고, 위원장은 위반행위에 대한 조사담당자를 지정하여 그 사실여부와 위반행위의 동기와 그 결과 등 가감사유에 관하여 조사하게 하여야 한다(「국가인권위원회과태료징수절차에관한규칙」, 이하 「과태료규칙」 제3조).

과태료의 부과는 당사자에게 금전납부의 의무를 부과하는 침익적 처분이므로 처분의 사전통지를 하고 당사자의 의견을 청취해야 한다(「행정절차법」 제21조 제1항 및 제22조 제3항 참조). 「국가인권위원회법 시행령」 제22조에 따르면 과태료를 부과할 때는 사전통지의 방법으로 당해 위반행위·과태료의 부과금액·납부기간 및 수납기관, 이의제기방법 및 이의제기기간 등을 명시한 과태료납부통지서를 과태료 처분대상자에게 송부하여야 하며, 10일 이상의 기간을 정하여 과태료 처분대상자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다(동조 제1항). 이 경우 주어진 기간 내에 의견진술이 없는 때에는 의견이 없는 것으로 본다(동조 제2항). 당사자 등이 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다(「행정절차법」 제27조의2). 만일 의견진술의 기회를 주지 아니하고 처분을 하였을 경우에는 위법한 행정행위가 되어서 취소를 당하게 된다.<sup>886)</sup>

위원장은 특별한 사유가 없는 한 미리 규정된 과태료 부과기준에 의하여 과태료를 부과한다. 다만 당해 위반행위의 동기와 그 결과 등을 참작하여 이를 가감할 수 있다(「과태료규칙」 제2조).<sup>887)</sup>

#### 4. 과태료의 징수

886) 대법원 2000.11.14. 선고, 99두5870 판결 등 다수.

887) [별표]

부 과 대 상	부 과 금 액(단위: 만원)		
	1차위반	2차위반	3차이상위반
1. 국가인권법 제63조 제1항 1호 내지 3호	500	700	1,000
2. 국가인권법 제63조 제2항	200	250	300

위반행위가 2이상일 때에는 각 위반행위마다 각각 부과하고, 위반행위의 횟수에 따른 부과기준은 당해 위반행위가 있는 날 이전 최근 1년간 같은 위반행위로 부과 처분을 받은 경우에 적용한다.



이의가 없는 경우 과태료 납부기간은 대상자가 처분통지서를 받은 날로부터 30일 이내로 한다(「과태료규칙」 제5조 제2항). 이 기간내에 과태료를 납부하지 아니하면 납부기간 종료일로부터 30일 이내에 과태료납부독촉장을 발부하고, 이때 납입기한은 독촉장 발부일로부터 10일 이내로 정하여야 한다(동조 제3항). 이 기한 내에도 과태료를 납부하지 않았을 때에는 국세채납처분의 예에 의하여 과태료를 징수한다(「국가인권위원회법 시행령」 제22조 제6항). 체납처분 절차에 대하여 이의가 있는 자는 「행정심판법」·「행정소송법」에 의하여 행정쟁송을 제기하여 그 취소 등을 구할 수 있다.

## 5. 이의신청

과태료 처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 위원장에게 이의를 제기할 수 있다(법 제63조 제4항). 이의가 제기된 때에는 위원장은 이를 검토하여 과태료부과·징수가 위법 또는 부당하다고 인정한 때에는 즉시 과태료부과처분을 취소 또는 변경하고, 그 사실을 대상자에게 통지하여야 한다(「과태료규칙」 제6조 제2항). 이의제기에도 불구하고 위원장이 과태료부과처분이 정당하다고 인정하는 경우에는 대상자의 주소지를 관할하는 지방법원에 이의제기사실을 통보하고 대상자에게는 이의신청에 대한 검토결과와 법원에 통보한 사실을 통지하여야 한다(「과태료규칙」 제6조 제4항). 「국가인권위원회법」에는 이의제기가 있는 경우 ‘지체없이’ 관할법원에 그 사실을 통보하라고 규정하고 있으나(제63조 제5항), 이의신청이라는 제도가 행정청에게 자기시정의 기회를 주기 위한 것이고, 과태료부과처분을 취소 또는 변경하였으면 이의신청의 목적은 달성된 것이므로, 위원장이 과태료부과처분이 정당하다고 인정하는 경우에만 이 사실을 통보하여도 위법이 아니다.

그 통보를 받은 관할법원은 「비송사건절차법」에 의한 과태료의 재판을 한다. 과태료의 재판은 당사자와 검사, 법원이 진행하는 것으로 해당 행정청은 과태료의 재판에서 제외된다. 따라서 국가인권위원회 위원장은 관할법원에 대응한 검찰청 검사에게 통지하여야 한다(「비송사건절차법」 제16조). 법원은 당사자의 진술을 듣고 검사의 의견을 구한 후, 이유를 붙인 결정으로서 과태료의 재판을 한다(동법 제248조 제1항, 제2항). 당사자와 검사는 과태료의 재판에 대하여 즉시항고를 할 수 있고, 이 경우 항고는 집행정지의 효력이 있어 과태료를 집행할 수 없다(동법 제248조 제3항). 과태료의 재판은 검사의 명령으로써 이를 집행하고, 이 경우 그 명령은 집행력 있는 집행권원과 동일한 효력이 있다(동법 제249조 제1항). 집행절차는 「민사집행법」의 규정에 따른다(동법 제249조 제2항).





# 국가인권위원회법

제정 2001. 05. 24 법률제6481호

개정 2005. 03. 31. 법률제7427호

(민법)

개정 2005. 07. 29. 법률제7651호

개정 2005. 08. 04. 법률제7655호

(치료감호법)

## 제 1 장 총 칙

**제1조** (목적) 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** (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “인권”이라 함은 「헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다. <개정 2005. 7. 29.>
2. “구금·보호시설”이라 함은 다음 각목에 해당하는 시설을 말한다.
  - 가. 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소, 보호감호소, 치료감호시설, 소년원 및 소년분류심사원 <개정 2005. 8. 4.>
  - 나. 경찰서 유치장 및 사법경찰관리가 그 직무수행을 위하여 사람을 조사·유치 또는 수용하는 데 사용하는 시설
  - 다. 군교도소(지소·미결수용실 및 헌병대영창을 포함한다)
  - 라. 외국인보호소
  - 마. 다수인보호시설
3. “다수인보호시설”이라 함은 다수의 사람을 보호·수용하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말한다.



4. “평등권침해의 차별행위”라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역(출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다. <신설 2005. 7. 29.>
- 가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
  - 나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
  - 다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
  - 라. 성희롱 행위
5. “성희롱”이라 함은 업무, 고용 그 밖의 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다. <신설 2005. 7. 29.>
6. “공공기관”이라 함은 다음 각목에 해당하는 기관을 말한다. <신설 2005. 7. 29.>
- 가. 국가기관
  - 나. 지방자치단체
  - 다. 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」 그 밖의 다른 법률에 의하여 설치된 각급학교
  - 라. 「공직자윤리법」 제3조제1항제10호의 규정에 의한 공직유관단체
7. “장애”라 함은 신체적·정신적·사회적 요인에 의하여 장기간에 걸쳐



일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 상태를 말한다. <신설  
2005. 7. 29.>

**제3조** (국가인권위원회의 설립과 독립성) ①이 법이 정하는 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하기 위하여 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

②위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.

**제4조** (적용범위) 이 법은 대한민국 국민과 대한민국의 영역안에 있는 외국인에 대하여 적용한다.

## 제 2 장 위원회의 구성과 운영

**제5조** (위원회의 구성) ①위원회는 위원장 1인과 3인의 상임위원을 포함한 11인의 인권위원(이하 “위원”이라 한다)으로 구성한다.

②위원은 인권문제에 관하여 전문적인 지식과 경험이 있고 인권의 보장과 향상을 위한 업무를 공정하고 독립적으로 수행할 수 있다고 인정되는 자 중에서 국회가 선출하는 4인(상임위원 2인을 포함한다), 대통령이 지명하는 4인, 대법원장이 지명하는 3인을 대통령이 임명한다.

③위원장은 위원중에서 대통령이 임명한다.

④위원장과 상임위원은 정무직 공무원으로 보한다.

⑤위원중 4인 이상은 여성으로 임명한다.

⑥위원의 임기가 만료된 경우에는 그 후임자가 임명될 때까지 그 직무를 수행한다.

**제6조 (위원장의 직무)** ①위원장은 위원회를 대표하며 위원회의 업무를 통할한다.

②위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 위원장이 미리 지명한 상임위원이 그 직무를 대행한다.

③위원장은 국회에 출석하여 위원회의 소관 사무에 관하여 의견을 진술할 수 있으며, 국회의 요구가 있을 때에는 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다.

④위원장은 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며, 그 소관사무에 관하여



국무총리에게 의안(이 법의 시행에 관한 대통령령안을 포함한다)의 제출을 건의할 수 있다.

⑤위원장은 위원회의 예산관련 업무를 수행함에 있어서 「예산회계법」 제14조의 규정에 의한 중앙관서의 장으로 본다.

**제7조** (위원장 및 위원의 임기) ①위원장 및 위원의 임기는 3년으로 하고, 1차에 한하여 연임할 수 있다.

②위원이 결원된 때에는 대통령은 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. <개정 2005. 7. 29.>

③결원이 된 위원의 후임으로 임명된 위원의 임기는 새로이 개시된다. [시행일 2001. 11. 25]

**제8조** (위원의 신분보장) 위원은 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 면직되지 아니한다. 다만, 위원이 신체상 또는 정신상의 장애로 직무수행이 현저히 곤란하게 되거나 불가능하게 된 경우에는 전체 위원 3분의 2 이상의 찬성에 의한 의결로 퇴직하게 할 수 있다.

**제9조** (위원의 결격사유) ①다음 각호의 1에 해당하는 사람은 위원이 될 수 없다.

1. 대한민국 국민이 아닌 자
2. 「국가공무원법」 제33조 각호의 1에 해당하는 자 <개정 2005. 7. 29.>
3. 정당의 당원
4. 「공직선거 및 선거부정방지법」에 의하여 실시하는 선거에 후보자로 등록한 자 <개정 2005. 7. 29.>

②위원이 제1항 각호의 1에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직한다.

**제10조** (위원의 겸직금지) ①위원은 재직중 다음 각호의 직을 겸하거나 업무를 할 수 없다.

1. 국회 또는 지방의회의 의원
2. 다른 국가기관 또는 지방자치단체의 공무원(교육공무원을 제외한다)
3. 그 밖에 위원회 규칙으로 정하는 직 또는 업무

②인권위원은 정당에 가입하거나 정치운동에 관여할 수 없다.

**제11조** (삭제) <삭제 2005. 7. 29.>



**제12조** (상임위원회 및 소위원회) ①위원회는 그 업무 중 일부를 수행하게 하기 위하여 상임위원회와 침해구제위원회, 차별시정위원회 등의 소위원회(이하 “소위원회”라 한다)를 둘 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

②상임위원회는 위원장과 상임위원으로 구성하고, 소위원회는 3인 내지 5인의 위원으로 구성한다. <개정 2005. 7. 29.>

③상임위원회와 소위원회에는 심의사항을 연구·검토하기 위하여 성·장애 등 분야별 전문위원회를 둘 수 있다. <신설 2005. 7. 29.>

④상임위원회·소위원회 및 전문위원회의 구성·업무 및 운영과 전문위원의 자격·임기 및 위촉 등에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다. <신설 2005. 7. 29.>

**제13조** (회의 의사 및 의결정족수) ①위원회의 회의는 위원장이 주재하며, 이 법에 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

②상임위원회 및 소위원회의 회의는 구성위원 3인 이상의 출석과 3인 이상의 찬성으로 의결한다. <개정 2005. 7. 29.>

**제14조** (의사의 공개) 위원회의 의사는 공개한다. 다만, 위원회·상임위원회 또는 소위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 공개하지 아니할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

**제15조** (자문기구) ①위원회는 그 업무수행에 필요한 사항의 자문을 위하여자문기구를 둘 수 있다.

②자문기구의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

**제16조** (사무처) ①위원회의 사무를 처리하게 하기 위하여 위원회에 사무처를 둔다.

②사무처에 사무총장 1인과 필요한 직원을 두되, 사무총장은 위원회의 심의를 거쳐 위원장의 제청으로 대통령이 임명한다.

③소속 직원중 5급 이상 공무원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하며, 6급 이하 공무원은 위원장이 임명한다.

④사무총장은 위원장의 지휘를 받아 사무처의 사무를 관장하고 소속 직원을 지휘·감독한다.





**제17조** (징계위원회의 설치) ①위원회 직원의 징계처분을 의결하기 위하여 위원회에 징계위원회를 둔다.

②징계위원회의 구성, 권한, 심의절차, 징계의 종류 및 효력 그 밖의 징계에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

**제18조** (위원회의 조직과 운영) 이 법에 규정된 사항외에 위원회의 조직에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 위원회의 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

### 제 3 장 위원회의 업무와 권한

**제19조** (업무) 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. 인권침해행위에 대한 조사와 구제
3. 차별행위에 대한 조사와 구제
4. 인권상황에 대한 실태조사
5. 인권에 관한 교육 및 홍보
6. 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고
7. 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명
8. 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력
9. 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력
10. 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항

**제20조** (국가기관과의 협의) ①관계국가행정기관 또는 지방자치단체의 장은 인권의 보호와 향상에 영향을 미치는 내용을 포함하고 있는 법령을 제정 또는 개정하고자 하는 경우 미리 위원회에 통보하여야 한다.

②위원회는 그 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 국가기관·지방자치단체 그 밖의 공·사단체(이하 “관계기관 등”이라 한다)에 협의를 요청할 수 있다.



③제2항의 요청을 받은 관계기관 등은 정당한 사유가 없는 한 이에 성실히 응하여야 한다.

**제21조** (정부보고서 작성시 위원회 의견청취) 국제인권규약의 규정에 따라 관계 국가기관이 정부보고서를 작성할 때에는 위원회의 의견을 들어야 한다.

**제22조** (자료제출 및 사실조회) ①위원회는 그 업무를 수행하는데 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 필요한 자료 등의 제출을 요구하거나 사실에 관하여 조회할 수 있다.

②위원회는 위원회의 업무를 수행하는데 필요한 사실을 알고 있거나 전문적 지식 또는 경험을 가지고 있다고 인정되는 사람에게 출석을 요구하여 그 진술을 들을 수 있다.

③제1항의 규정에 의한 요구 또는 조회를 받은 기관은 지체없이 이에 응하여야 한다.

**제23조** (청문회) ①위원회는 그 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 관계기관 등의 대표자, 이해관계인 또는 학식과 경험이 있는 자 등에 대하여 출석을 요구하여 사실 또는 의견의 진술을 들을 수 있다.

②제1항의 규정에 따라 위원회가 실시하는 청문회의 절차와 방법에 관하여는 위원회 규칙으로 정한다.

**제24조** (시설의 방문조사) ①위원회(상임위원회 및 소위원회를 포함한다)는 필요하다고 인정하는 경우 그 의결로 구금·보호시설을 방문하여 조사할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

②제1항의 규정에 의한 방문조사를 하는 위원은 필요하다고 인정하는 소속직원 및 전문가를 동반할 수 있으며, 구체적인 사항을 특정하여 소속 직원 및 전문가에게 조사를 위임할 수 있다. 이 경우 조사를 위임받은 전문가가 그 사항에 대하여 조사를 할 때에는 소속직원을 동반하여야 한다.

③제2항의 규정에 의하여 방문조사를 하는 위원, 소속직원 또는 전문가(이하 이 조에서 “위원 등”이라 한다)는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 제시하여야 하며, 방문 및 조사를 받는 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 즉시 방문 및 조사에 필요한 편의를 제공하여야 한다.

④제2항의 규정에 의하여 방문조사를 하는 위원 등은 구금·보호시설의 직원 및 구금·보호시설에 수용되어 있는 자(이하 “시설수용자”라 한다)와 면담할 수 있고 구술 또는 서면으로 사실 또는 의견을 진술하게 할 수



있다.

⑤구금·보호시설의 직원은 위원 등이 시설수용자를 면담하는 장소에 입회할 수 있다. 다만, 대화내용을 녹음하거나 녹취하지 못한다.

⑥구금·보호시설에 대한 방문조사의 절차와 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**제25조** (정책과 관행의 개선 또는 시정권고) ①위원회는 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 한다.

③제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장이 그 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명하여야 한다.

④위원회는 필요하다고 인정하는 경우 제1항의 규정에 의한 위원회의 권고와 의견표명 및 제3항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장이 설명한 내용을 공표할 수 있다.

**제26조** (인권교육과 홍보) ①위원회는 모든 사람의 인권의식을 깨우치고 향상시키기 위하여 필요한 인권교육과 홍보를 하여야 한다.

②위원회는 「초·중등교육법」 제23조의 규정에 의한 학교 교육과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 교육인적자원부장관과 협의할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

③위원회는 인권교육과 연구의 발전을 위하여 필요한 사항을 「고등교육법」 제2조의 규정에 의하여 설립된 학교의 장과 협의할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

④위원회는 공무원의 채용시험, 승진시험, 연수 및 교육훈련과정에 인권에 관한 내용을 포함시키기 위하여 국가기관 및 지방자치단체의 장과 협의할 수 있다.

⑤위원회는 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 및 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 연구기관 또는 연구회의 장과 협의하여 인권에 관한 연구를 요청하거나 공동으로 연구할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

⑥위원회는 「평생교육법」에 의한 평생교육단체 또는 평생교육시설에 대하여 그 교육내용에 인권에 관하여 필요한 사항을 포함하도록 권고할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>



**제27조** (인권자료실) ①위원회는 인권자료실을 둘 수 있다.

②인권자료실은 인권에 관한 국내외의 정보와 자료 등을 수집·정리·보존하여 일반인의 이용에 제공할 수 있다.

③인권자료실은 「도서관 및 독서진흥법」에 의한 도서관으로 본다. <개정 2005. 7. 29.>

④인권자료실의 설치와 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

**제28조** (법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출) ①위원회는 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.

②제4장의 규정에 의하여 위원회가 조사 또는 처리한 내용에 관하여 재판이 계속중인 경우, 위원회는 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 법원의 담당재판부 또는 헌법재판소에 사실상 및 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다.

**제29조** (보고서 작성 등) ①위원회는 해마다 전년도에 활동내용과 인권상황 및 개선대책에 관한 보고서를 작성하여 대통령과 국회에 보고하여야 한다.

②위원회는 제1항의 규정에 의한 보고 이외에도 필요하다고 인정하는 경우 대통령과 국회에 특별보고를 할 수 있다.

③관계기관 등은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 보고에 관한 의견, 조치결과 또는 조치계획을 위원회에 제출할 수 있다.

④위원회는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 보고서를 공개하여야 한다. 다만, 국가의 안전보장, 개인의 명예 또는 사생활의 보호를 위하여 필요하거나 다른 법률에 의하여 공개가 제한된 사항은 공개하지 아니할 수 있다.

## 제 4 장 인권침해 및 차별행위의 조사와 구제 <개정 2005.7.29.>

**제30조** (위원회의 조사대상) ①다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>



1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우 <개정 2005. 7. 29.>
2. 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 차별행위를 당한 경우 <개정 2005. 7. 29.>
  - ②(삭제) <삭제 2005. 7. 29.>
  - ③위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>
  - ④제1항의 규정에 의한 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

- 제31조** (시설수용자의 진정권 보장) ①시설수용자가 위원회에 진정하고자 하는 경우 그 시설에 소속된 공무원 또는 직원(이하 “소속 공무원 등”이라 한다)은 그 사람에게 즉시 진정서를 작성하는데 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하여야 한다.
- ②시설수용자가 위원회 위원 또는 소속직원(이하 “위원 등”이라 한다) 면전에서 진정하기를 원하는 경우, 소속 공무원 등은 즉시 그 뜻을 위원회에 통보하여야 한다.
- ③소속 공무원 등은 제1항에 따라 시설수용자가 작성한 진정서를 즉시 위원회에 송부하고 위원회로부터 접수증명원을 발급받아 이를 진정인에게 교부하여야 한다. 제2항의 통보에 대한 위원회의 확인서 및 면담일정서는 발급 받는 즉시 진정을 원하는 시설수용자에게 교부 하여야 한다.
- ④제2항의 규정에 의하여 통보를 받은 경우 혹은 시설수용자가 진정을 원한다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경우 위원회는 위원 등으로 하여금 구금·보호시설을 방문하게 하여 진정을 원하는 시설수용자로부터 구술 또는 서면으로 진정을 접수하여야 한다. 이때 진정을 접수한 위원 등은 즉시 접수증명원을 작성하여 진정인에게 교부하여야 한다.
- ⑤제4항의 규정에 의한 위원 등의 구금·보호시설의 방문 및 진정의 접수에 관하여는 제24조제3항 및 제4항의 규정을 준용한다.
- ⑥시설에 수용되어 있는 진정인(진정을 하려는 자를 포함한다)과 위원 등과의 면담에는 구금·보호시설의 직원이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 시설수용자를 감시할 수 있다.
- ⑦소속 공무원 등은 시설수용자가 위원회에 제출할 목적으로 작성한 진정



서 또는 서면을 열람할 수 없다.

⑧시설수용자의 자유로운 진정서 작성과 제출을 보장하기 위하여 구금·보호시설에서 이행하여야 할 조치 및 그 밖의 필요한 절차와 방법은 대통령령으로 정한다.

**제32조** (진정의 각하 등) ①위원회는 접수한 진정이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 진정을 각하한다.

1. 진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우
2. 진정의 내용이 명백히 거짓이거나 이유없다고 인정되는 경우
3. 피해자가 아닌 자가 한 진정에 있어서 피해자가 조사를 원하지 않는 것이 명백한 경우
4. 진정원인이 된 사실이 발생한 날부터 1년 이상 경과하여 진정한 경우. 다만, 진정원인이 된 사실에 관하여 공소시효 또는 민사상 시효가 완성되지 아니한 사건으로서 위원회가 조사하기로 결정한 경우에는 그러하지 아니하다.
5. 진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행중이거나 종결된 경우. 다만, 수사기관이 인지하여 수사중인 「형법」 제123조 내지 제125조의 죄에 해당하는 사건과 동일한 사안에 대하여 위원회에 진정이 접수된 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2005. 7. 29.>
6. 진정이 익명 또는 가명으로 제출된 경우
7. 진정이 위원회가 조사하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우
8. 진정인이 진정을 취하한 경우
9. 위원회가 기각한 진정과 동일한 사실에 관하여 다시 진정한 경우
10. 진정의 취지가 당해 진정의 원인이 된 사실에 관한 법원의 확정판결이나 헌법재판소의 결정에 반하는 경우

②위원회는 제1항의 규정에 의하여 진정을 각하하는 경우 필요하다고 인정할 때에는 그 진정을 관계기관에 이송할 수 있다. 이 경우 진정을 이송받은 기관은 위원회의 요청이 있는 때에는 지체없이 그 처리결과를 위원회에 통보하여야 한다.

③위원회가 진정에 대한 조사를 시작한 후에도 그 진정이 제1항 각호의 1에 해당하게 된 경우에는 그 진정을 각하할 수 있다.

④위원회는 진정을 각하 또는 이송한 경우 지체없이 그 사유를 명시하여 진정인에게 통보하여야 한다. 이때 위원회는 필요하다고 인정하는 경우 피



해자 또는 진정인에게 권리를 구제받는 데 필요한 절차와 조치에 관하여 조언할 수 있다.

**제33조** (다른 구제절차와 이송) ①진정의 내용이 다른 법률에 정한 권리구제절차에 따라 권한을 가진 국가기관에 제출하고자 하는 것이 명백한 경우에 위원회는 지체없이 그 진정을 그 다른 국가기관에 이송하여야 한다.

②위원회가 제30조제1항의 규정에 의하여 진정에 대한 조사를 시작한 후에 진정의 원인이 된 사실과 동일한 사안에 관하여 피해자의 진정 또는 고소에 의하여 수사가 개시된 경우에는 그 진정을 관할수사기관에 이송하여야 한다.

③제1항 및 제2항의 규정에 의하여 위원회가 진정을 이송한 경우 지체없이 그 내용을 진정인에게 통보하여야 하며, 이송받은 기관은 위원회가 요청하는 경우 그 진정에 대한 처리결과를 위원회에 통보하여야 한다.

**제34조** (수사기관과 위원회의 협조) ①진정의 원인이 된 사실이 범죄행위에 해당된다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 그 혐의자의 도주 또는 증거의 인멸 등을 방지하거나 증거의 확보를 위하여 필요하다고 인정할 경우에 위원회는 검찰총장 또는 관할 수사기관의 장에게 수사의 개시와 필요한 조치를 의뢰할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 의뢰를 받은 검찰총장 또는 관할 수사기관의 장은 지체없이 그 조치결과를 위원회에 통보하여야 한다.

**제35조** (조사의 목적) ①위원회의 조사는 국가기관의 기능수행에 지장을 초래하지 않도록 유의하여야 한다.

②위원회의 조사는 개인의 사생활을 침해하거나 계속중인 재판 또는 수사중인 사건의 소추에 부당하게 관여할 목적으로 하여서는 아니된다.

**제36조** (조사의 방법) ①위원회는 다음 각호에 정한 방법으로 진정에 관하여 조사할 수 있다.

1. 진정인·피해자·피진정인(이하 “당사자”라 한다) 또는 관계인에 대한 출석요구 및 진술청취 또는 진술서 제출요구
2. 당사자, 관계인 또는 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 자료 등의 제출요구
3. 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지 조사 또는 감정



4. 당사자, 관계인, 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보에 대한 조회

②위원회는 조사를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 위원 등으로 하여금 일정한 장소 또는 시설을 방문하여 장소, 시설, 자료 등에 대하여 실지조사 또는 감정을 하게 할 수 있다. 이때 위원회는 그 장소 또는 시설에 당사자나 관계인의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

③제1항제1호의 규정에 의하여 진술서 제출을 요구받은 자는 14일 이내에 진술서를 제출하여야 한다.

④제1항 및 제2항의 규정에 의한 피진정인에 대한 출석요구는 인권침해행위나 차별행위를 행한 행위당사자의 진술서만으로는 사안을 판단하기 어렵고, 제30조제1항의 규정에 의한 인권침해행위와 차별행위가 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 할 수 있다.

⑤제2항의 규정에 의하여 조사를 하는 위원 등은 그 장소 또는 시설을 관리하는 장 또는 직원(이하 이 조에서는 “관계자”라 한다)에게 필요한 자료나 물건의 제출을 요구할 수 있다.

⑥제5항의 규정에 의하여 조사를 하는 위원 등은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계자에게 제시하여야 한다.

⑦위원회가 자료나 물건의 제출을 요구하거나 그 자료·물건 또는 시설에 대한 실지조사 또는 감정을 하려고 하는 경우 당해 자료·물건 또는 시설이 다음 각호의 1에 해당한다는 사실을 관계 국가기관의 장이 위원회에 소명하고 그 자료·물건의 제출이나 그 자료·물건 또는 시설에 대한 실지조사 또는 감정을 거부할 수 있다. 이 경우 위원회는 관계 국가기관의 장에게 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있으며, 요구를 받은 국가기관의 장은 이에 성실히 응하여야 한다.

1. 국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우
2. 범죄수사나 계속중인 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우

**제37조** (질문·검사권) ①위원회는 제36조의 조사에 필요한 자료 등의 소재 또는 관계인에 관하여 알고자 할 때에는 그 내용을 알고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람에게 질문하거나 그 내용을 포함하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 서류 및 그 밖의 물건을 검사할 수 있다.

②제36조제5항 내지 제7항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다.

**제38조** (위원의 제척 등) ①위원과 제41조의 규정에 의한 조정위원(이하 이 조에





서 “위원”이라 한다)은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 진정의 심의·의결에서 제척된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 자가 당해 진정의 당사자이거나 그 진정에 관하여 당사자와 공동권리자 또는 공동의무자인 경우
2. 위원이 당해 진정의 당사자와 친족관계에 있거나 있었던 경우
3. 위원이 당해 진정에 관하여 증언이나 감정을 한 경우
4. 위원이 당해 진정에 관하여 당사자의 대리인으로 관여하거나 관여하였던 경우
5. 위원이 당해 진정에 관하여 수사, 재판 또는 다른 법률에 의한 구제절차에 관여하였던 경우

②당사자는 위원에게 심의·의결의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원장에게 기피신청을 할 수 있으며 위원장은 당사자의 기피신청에 대하여 위원회의 의결을 거치지 아니하고 결정한다. 다만, 위원장이 결정하기에 상당하지 아니하는 경우에는 위원회의 의결로 결정한다.

③위원이 제1항 각호의 1의 사유 또는 제2항의 사유에 해당하는 경우에는 스스로 그 진정의 심의·의결을 회피할 수 있다.

**제39조** (진정의 기각) ①위원회는 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 진정을 기각한다.

1. 진정내용이 사실이 아님이 명백하거나 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우 <개정 2005. 7. 29.>
2. 조사결과 제30조제1항의 규정에 의한 인권침해나 차별행위에 해당하지 아니하는 경우 <개정 2005. 7. 29.>
3. 이미 피해회복이 이루어지는 등으로 별도의 구제조치가 필요하지 아니하다고 인정하는 경우

②위원회는 진정을 기각하는 경우 진정의 당사자에게 그 결과와 이유를 통보하여야 한다.

**제40조** (합의의 권고) 위원회는 조사중이거나 조사가 끝난 진정에 대하여 사건의 공정한 해결을 위하여 필요한 구제조치를 당사자에게 제시하고 합의를 권고할 수 있다.

**제41조** (조정위원회의 설치와 구성) ①조정의 신속하고 공정한 처리를 위하여 위원회에 성·장애 등의 분야별로 조정위원회를 둘 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>



②조정위원회의 위원은 위원회의 위원과 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자중에서 성·장애 등의 분야별로 위원장이 위촉하는 자가 된다. <개정 2005. 7. 29.>

1. 인권문제에 관하여 전문적인 지식과 경험을 가진 자로서 국가기관 또는 민간단체에서 인권과 관련된 분야에 10년 이상 종사한 자
2. 판사·검사·군법무관·변호사의 직에 10년 이상 종사한 자
3. 대학 또는 공인된 연구기관에서 조교수 이상의 직에 10년 이상 종사한 자

③조정위원회의 회의는 다음의 자로 구성한다. <개정 2005. 7. 29.>

1. 위원회의 위원인 조정위원중 매 회의마다 위원장이 지명하는 1인
2. 제2항의 규정에 의한 분야별 조정위원중 매 회의마다 위원장이 지명하는 2인

④조정위원의 위촉 및 임기, 조정위원회의 구성·운영, 조정의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다. <개정 2005. 7. 29.>

⑤위원회의 조정절차에 관하여 이 법 및 위원회의 규칙에 규정되지 아니한 사항은 「민사조정법」의 규정을 준용한다. <개정 2005. 7. 29.>

**제42조 (조정)** ①조정위원회는 인권침해나 차별행위와 관련하여 당사자의 신청이나 위원회의 직권으로 조정위원회에 회부된 진정에 대하여 조정절차를 시작할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

②조정은 조정절차의 개시 이후 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 기명날인하고 조정위원회가 이를 확인함으로써 성립한다.

③조정위원회는 조정절차중에 당사자사이에 합의가 이루어지지 않는 경우 사건의 공정한 해결을 위하여 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있다.

④조정에 갈음하는 결정에는 다음 각호의 1의 사항을 포함시킬 수 있다.

1. 조사대상 인권침해나 차별행위의 중지 <개정 2005. 7. 29.>
2. 원상회복·손해배상 그 밖의 필요한 구제조치
3. 동일 또는 유사한 인권침해나 차별행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치 <개정 2005. 7. 29.>

⑤조정위원회는 조정에 갈음하는 결정을 한 경우에는 지체없이 그 결정서를 당사자에게 송달하여야 한다.

⑥당사자가 제5항의 규정에 의하여 결정서를 송달받은 날부터 14일이내에 이의를 신청하지 아니하는 때에는 조정을 수락한 것으로 본다.

**제43조 (조정 효력)** 제42조제2항의 규정에 의한 조정과 제42조제6항의 규정에



의하여 이의를 신청하지 아니하는 경우의 조정에 갈음하는 결정은 재판상의 화해와 같은 효력이 있다.

**제44조** (구제조치 등의 권고) ①위원회가 진정을 조사한 결과 인권침해나 차별행위가 일어났다고 판단하는 때에는 피진정인, 그 소속기관·단체 또는 감독기관(이하 “소속기관 등”이라 한다)의 장에게 다음 각호의 사항을 권고할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

1. 제42조제4항 각호에 정한 구제조치의 이행
2. 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선

②제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 소속기관 등의 장에 관하여는 제25조제2항 내지 제4항의 규정을 준용한다.

**제45조** (고발 및 징계권고) ①위원회는 진정을 조사한 결과 진정의 내용이 범죄행위에 해당하고 이에 대하여 형사처벌이 필요하다고 인정할 때에는 검찰총장에게 그 내용을 고발할 수 있다. 다만, 피고발인이 군인 또는 군무원인 경우에는 소속 군 참모총장 또는 국방부장관에게 고발할 수 있다.

②위원회가 진정을 조사한 결과 인권침해가 있다고 인정할 때에는 피진정인 또는 인권침해에 책임이 있는 자에 대한 징계를 소속기관 등의 장에게 권고할 수 있다.

③제1항의 규정에 의하여 고발을 받은 검찰총장, 군 참모총장 또는 국방부장관은 고발을 받은 날부터 3월 이내에 수사를 종료하고 그 결과를 위원회에 통보하여야 한다. 다만, 3월 이내에 수사를 종료하지 못할 때에는 그 사유를 소명하여야 한다.

④제2항의 규정에 의하여 위원회로부터 권고를 받은 소속기관 등의 장은 이를 존중하여야 하며 그 결과를 위원회에 통보하여야 한다.

**제46조** (의견진술기회의 부여) ①위원회는 제44조 또는 제45조의 규정에 의한 권고 또는 조치를 하기 전에 피진정인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

②제1항의 경우 당사자 또는 이해관계인은 구두 또는 서면으로 위원회에 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다.

**제47조** (피해자를 위한 법률구조 요청) ①진정에 관한 위원회의 조사, 증거의 확보 또는 피해자의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 위원회



는 피해자를 위하여 대한법률구조공단 또는 그 밖의 기관에 법률구조를 요청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 법률구조 요청은 피해자의 명시한 의사에 반하여 할 수 없다.

③제1항의 규정에 의한 법률구조의 요청의 절차·내용 및 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

**제48조** (긴급구제조치의 권고) ①위원회는 진정을 접수한 후 조사대상 인권침해나 차별행위가 계속중에 있다는 상당한 개연성이 있고, 이를 방지할 경우 회복하기 어려운 피해발생의 우려가 있다고 인정할 때에는 그 진정에 대한 결정 이전에 진정인이나 피해자의 신청에 의하여 또는 직권으로 피진정인, 그 소속기관 등의 장에게 다음 각호의 1의 조치를 하도록 권고할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

1. 의료, 급식, 피복 등의 제공
2. 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 및 감정 또는 다른 기관이 하는 검증 및 감정에 대한 참여
3. 시설수용자의 구금 또는 수용장소의 변경
4. 인권침해나 차별행위의 중지 <개정 2005. 7. 29.>
5. 인권침해나 차별행위를 일으키고 있다고 판단되는 공무원 등의 그 직무로부터의 배제 <개정 2005. 7. 29.>
6. 그 밖에 피해자의 생명, 신체의 안전을 위하여 필요한 사항

②위원회는 필요하다고 인정하는 때에는 당사자 또는 관계인 등의 생명 및 신체의 안전과 명예의 보호 또는 증거의 확보나 인멸의 방지를 위하여 필요한 조치를 하거나 관계인 및 그 소속기관 등의 장에게 그 조치를 권고할 수 있다.

**제49조** (조사와 조정 등의 비공개) 위원회의 진정에 대한 조사·조정 및 심의는 비공개로 한다. 다만, 위원회의 의결이 있는 때에는 이를 공개할 수 있다.

**제50조** (처리결과 등의 공개) 위원회는 이 장에 의한 진정의 조사 및 조정의 내용과 처리결과, 관계기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등을 공표할 수 있다. 다만, 다른 법률에 의하여 공표가 제한되거나 개인의 사생활의 비밀이 침해될 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.



## 제 5 장 보 칙

**제51조** (자격사칭의 금지) 누구든지 위원회의 위원 또는 직원의 자격을 사칭하여 위원회의 권한을 행사하여서는 아니된다.

**제52조** (비밀누설의 금지) 위원회의 위원·자문위원 또는 직원이나 그 직에 있던 자 및 위원회에 파견되거나 위원회의 위촉에 의하여 위원회의 업무를 수행하거나 수행하였던 자는 업무처리중 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.

**제53조** (유사명칭사용의 금지) 위원회가 아닌 자는 국가인권위원회 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

**제54조** (공무원 등의 파견) ①위원회는 그 업무수행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등의 장에게 그 소속 공무원 또는 직원의 파견을 요청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 요청을 받은 관계기관 등의 장은 위원회와 협의하여 소속 공무원 또는 직원을 위원회에 파견할 수 있다.

③제2항의 규정에 의하여 위원회에 파견된 공무원 또는 직원은 그 소속기관으로부터 독립하여 위원회의 업무를 수행한다.

④제2항의 규정에 의하여 위원회에 공무원 또는 직원을 파견한 관계기관 등의 장은 위원회에 파견된 공무원 또는 직원에 대하여 인사 및 처우 등에 있어서 불리한 조치를 하여서는 아니된다.

**제55조** (불이익 금지와 지원) ①누구든지 이 법에 의하여 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계 부당한 대우 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 받지 아니한다.

②위원회는 인권침해나 차별행위의 진상을 밝히거나 증거나 자료 등을 발견 또는 제출한 사람에게 필요한 지원 또는 보상을 할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.>

③제2항의 규정에 의한 지원 또는 보상의 내용, 절차 그 밖의 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.



## 제 6 장 벌 칙

**제56조** (인권옹호업무방해) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 위원회의 업무를 수행하는 위원회의 위원 또는 직원을 폭행 또는 협박한 자
2. 위원회의 위원 또는 직원에 대하여 그 업무상의 행위를 강요 또는 저지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적을 폭행 또는 협박한 자
3. 위계로써 위원회의 위원 또는 직원의 업무수행을 방해한 자
4. 이 법 제4장의 규정에 의하여 위원회의 조사대상이 되는 타인의 인권침해나 차별행위사건에 관한 증거를 인멸, 위조, 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자 <개정 2005. 7. 29.>

②친족이 본인을 위하여 제1항제4호의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다. <개정 2005. 3. 31.>[시행일 2008.1.1.] 제56조제2항

**제57조** (진정서작성 등의 방해) 제31조의 규정에 위반하여 진정을 허가하지 않거나 방해한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. [시행일 2001. 11. 25]

**제58조** (자격사칭) 제51조의 규정에 위반하여 위원회의 위원 또는 직원의 자격을 사칭하여 위원회의 권한을 행사한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

**제59조** (비밀누설) 제52조의 규정에 위반하여 업무처리중 알게 된 비밀을 누설한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

**제60조** (긴급구제조치방해) 제48조제1항 또는 제2항에 의하여 위원회가 하는 조치를 방해한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

**제61조** (비밀침해) 제31조제6항 또는 제7항의 규정에 위반하여 비밀을 침해한 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

**제62조** (벌칙적용에 있어서의 공무원 의제) 위원회의 위원중 공무원이 아닌 자는 「형법」 그 밖의 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다. <개정 2005. 7. 29.>



**제63조** (과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 정당한 이유없이 제24조제1항의 규정에 의한 방문조사 또는 제36조의 규정에 의한 실지조사를 거부, 방해 또는 기피한 자
2. 정당한 이유없이 제36조제1항제1호 또는 제2항의 규정에 의한 위원회의 진술서 제출요구 또는 출석요구에 응하지 아니한 자
3. 정당한 이유없이 제36조제1항제2호 및 제4호 또는 제5항의 규정에 의한 자료 등의 제출요구 및 사실조회에 응하지 아니하거나 거짓의 자료 등을 제출한 자

② 제53조의 규정에 위반한 자는 300만원 이하의 과태료에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 위원장이 부과한다.

④ 제3항의 규정에 의한 과태료 처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 위원장에게 이의를 제기할 수 있다.

⑤ 제3항의 규정에 의한 과태료 처분을 받은 자가 제4항의 규정에 의하여 이의를 제기한 때에는 부과권자는 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 「비송사건절차법」에 의한 과태료의 재판을 한다. <개정 2005. 7. 29.>

⑥ 제4항의 규정에 의한 기간 이내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

부 칙 <제6481호, 2001. 5. 24.>

①(시행일) 이 법은 공포후 6월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 인권위원 및 소속 직원의 임명, 이 법의 시행에 관한 위원회규칙의 제정·공포, 위원회의 설립준비는 이 법 시행일 이전에 할 수 있다.

②(인권위원의 임기개시에 관한 적용례) 이 법에 의하여 최초로 임명된 인권위원의 임기는 이 법의 시행일부터 시작하는 것으로 본다.

③(대통령령의 제정) 위원장은 국무총리에게 이 법의 시행에 관한 대통령령안의 제출을 건의할 수 있다.



## 부 칙(민 법) <제7427호, 2005. 3. 31.>

제1조 (시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, ...생략... 부칙 제7조(제2항 및 제29항을 제외한다)의 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

제2조 내지 제6조 생략

제7조 (다른 법률의 개정) ①내지 ⑥생략

⑦국가인권위원회법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제56조제2항중 “친족, 호주 또는 동거의 가족”을 “친족”으로 한다.

⑧내지 <29>생략

## 부 칙 <제7651호, 2005. 7. 29.>

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

## 부 칙(치료감호법) <제7655호, 2005. 8. 4.>

제1조 (시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

제2조 내지 제7조 생략

제8조 (다른 법률의 개정) ①내지 ⑥생략

⑦국가인권위원회법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2조제2호가목을 다음과 같이 한다.

가. 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소, 보호감호소, 치료감호시설, 소년원 및 소년분류심사원

⑧내지 ⑨ 생략





## 국가인권위원회법시행령

제정 2002. 2. 9. 대통령령 제17517호

개정 2004. 3. 17. 대통령령 제18317호

**제1조** (목적) 이 영은 국가인권위원회법에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**제2조** (다수인보호시설) 국가인권위원회법(이하 “법”이라 한다) 제2조제3호에서 “대통령령이 정하는 시설”이라 함은 다음 각호의 시설을 말한다.

1. 아동복지시설 : 아동복지법 제16조제1항제1호 내지 제6호의 규정에 의한 아동양육시설·아동일시보호시설·아동보호치료시설·아동직업훈련시설·자립지원시설 및 아동단기보호시설
2. 장애인복지시설 : 장애인복지법 제48조제1항제1호의 규정에 의한 장애인생활시설
3. 정신보건시설 : 정신보건법 제3조제3호 내지 제5호의 규정에 의한 정신질환자사회복귀시설·정신요양시설 및 정신의료기관(수용시설을 갖추고 있는 것에 한한다)
4. 부랑인복지시설 : 부랑인의 보호 및 재활을 목적으로 사회복지사업법 제34조제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 설치된 사회복지시설
5. 노인복지시설
  - 가. 노인주거복지시설 : 노인복지법 제32조제1항제1호 및 제2호의 규정에 의한 양로시설 및 실비양로시설
  - 나. 노인의료복지시설 : 노인복지법 제34조제1항제1호 및 제2호의 규정에 의한 노인요양시설 및 실비노인요양시설
6. 요보호자를 위한 복지시설 : 윤락행위등방지법 제11조제1항제1호 내지 제3호의 규정에 의한 일시보호소·선도보호시설 및 자립생활시설
7. 갱생보호시설 : 보호관찰등에관한법률 제67조의 규정에 의한 갱생보호사업의 허가를 받은 자가 갱생보호사업을 위하여 설치한 시설(수용시설



을 갖추고 있는 것에 한한다)

**제3조** (구금·보호시설의 방문조사) ①위원회는 법 제24조제1항의 규정에 의한 방문조사를 하고자 하는 때에는 당해 구금·보호시설의 장 또는 관리인에게 그 취지·일시·장소 등을 미리 통지하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 경우와 미리 통지를 하면 조사의 목적달성이 어렵다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

②법 제24조제2항의 규정에 의하여 방문조사를 하는 위원·소속직원 또는 전문가(이하 “위원등”이라 한다)는 필요하다고 인정되는 때에는 관계행정기관의 장에게 필요한 지원을 요청할 수 있다.

③법 제24조제2항의 규정에 의하여 방문조사를 하는 위원등은 필요하다고 인정하는 때에는 다음 각호의 방법에 의한 조사를 할 수 있다.

1. 구금·보호시설의 직원이나 구금·보호시설에 수용되어 있는 자(이하 “시설수용자”라 한다) 등의 진술을 듣는 일
2. 구금·보호시설의 장 또는 관리인에게 필요한 자료의 제출을 요구하고 이를 받는 일
3. 녹음, 녹화, 사진촬영, 시설수용자의 건강상태조사 등 필요한 물건·사람·장소 그밖의 상황을 확인하는 일

④제3항제3호의 규정에 의하여 녹음 또는 녹화한 내용은 당해 진술의 취지 또는 조사대상의 상태를 확인하는 등 조사의 목적으로만 사용하여야 하며, 당초 녹음 또는 녹화된 상태 그대로 공표하여서는 아니된다.

⑤법 제24조제2항의 규정에 의하여 방문조사를 하는 위원 등은 구금·보호시설에 대하여 방문조사를 마친 때에는 그 내용을 방문조사조서에 기재하여야 한다.

⑥제5항의 규정에 의한 방문조사조서의 작성에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.

**제4조** (시설수용자와의 면담) ①법 제24조제4항에 의하여 위원등이 시설수용자와 면담하는 경우 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 자유로운 분위기에서 면담이 이루어질 수 있는 장소를 제공하여야 한다.

②법 제24조제4항에 의하여 시설수용자를 면담하는 위원등은 구금·보호시설의 장 또는 관리인에게 면담장소에 입회하는 구금·보호시설의 직원의 수를 제한하도록 요구할 수 있으며, 구금보호시설의 장 또는 관리인은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.



③법 제24조제4항에 의하여 위원등이 시설수용자와 면담하는 장소에 입회하는 구금·보호시설의 직원은 위원등의 승낙없이 면담에 참여할 수 없으며, 자신의 의견을 개진하는 등의 방식으로 시설수용자의 진술을 방해하여서는 아니된다.

**제5조** (면담조사 이후의 보호조치) ①법 제24조제4항에 의하여 시설수용자를 면담하는 위원은 면담을 하였다는 이유로 구금·보호시설의 직원 또는 시설수용자가 신체·건강상의 위해 그밖의 불이익을 받을 우려가 있는 경우 구금·보호시설의 장 또는 관리인에게 이를 방지하기 위한 조치를 취하여 줄 것을 요청할 수 있다.  
②구금·보호시설의 장 또는 관리인은 제1항의 규정에 의한 조치를 취한 때에는 그 내용을 위원회에 즉시 통보하여야 한다.

**제6조** (진정방법의 고지 등) ①구금·보호시설의 장 또는 관리인은 시설수용자를 최초로 보호·수용하는 때에는 시설수용자에게 인권침해사실을 위원회에 진정을 할 수 있다는 뜻과 그 방법을 고지하여야 한다.  
②구금·보호시설의 장 또는 관리인은 인권침해에 관하여 위원회에 진정할 수 있다는 뜻과 그 방법을 기재한 안내서를 시설수용자가 상시로 열람할 수 있는 곳에 비치하여야 한다.

**제7조** (진정함의 설치·운동) ①구금·보호시설의 장은 구금·보호시설안의 적절한 장소에 진정함을 설치하고, 용지·필기도구 및 봉함용 봉투를 비치하여야 한다.  
②구금·보호시설의 장 또는 관리인은 제1항의 규정에 의하여 진정함을 설치한 때에는 위원회에 진정함이 설치된 장소를 통보하여야 한다.  
③구금·보호시설의 장 또는 관리인은 시설수용자가 직접 진정서를 봉투를 넣고 이를 봉함한 후 진정함에 넣을 수 있도록 하여야 한다.  
④구금·보호시설에 소속된 공무원 또는 직원은 매일 지정된 시간에 시설수용자가 위원회에 제출할 목적으로 작성한 진정서 또는 서면이 진정함에 들어 있는지 여부를 확인하여야 하며, 진정함에 진정서 또는 서면이 들어 있는 때에는 지체없이 이를 위원회에 송부하여야 한다.  
⑤제1항의 규정에 의한 봉함용 봉투의 양식은 위원회의 규칙으로 정한다.

**제8조** (위원회가 보낸 서면의 열람금지) 구금·보호시설에 소속된 공무원 또는



직원은 위원회명의로 서신을 개봉한 결과 당해 서신이 위원회가 진정인인 시설수용자에게 발송한 서신임이 확인된 때에는 당해 서신중 위원회가 열람금지를 요청한 특정서면은 이를 열람하여서는 아니된다.

**제9조** (진정서의 자유로운 작성 및 제출) ①시설수용자가 구금·보호시설의 장 또는 관리인에 대하여 위원회에 보내는 진정서 그밖의 서면의 작성의사를 표명한 때에는 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 이를 금지하거나 방해하여서는 아니된다.

②구금·보호시설에 소속된 공무원 또는 직원은 시설수용자가 위원회에 보내기 위하여 작성중이거나 소지하고 있는 진정서 또는 서면을 열람·압수 또는 폐기하여서는 아니된다. 다만, 제1항의 규정에 의하여 미리 작성의사를 표명하지 아니하고 작성중이거나 소지하고 있는 문서의 경우에는 그러하지 아니하다.

③구금·보호시설에 소속된 공무원 또는 직원은 시설수용자가 징벌혐의로 조사를 받고 있거나 징벌을 받고 있는 중이라는 이유로 위원회에 보내기 위한 진정서 또는 서면을 작성하거나 제출할 수 있는 기회를 제한하는 조치를 하여서는 아니된다.

**제10조** (방문진정접수) 제3조제3항 및 제4항의 규정은 법 제31조제4항의 규정에 의하여 위원등이 구금·보호시설을 방문하여 진정을 접수하는 경우에 관하여 이를 준용한다.

**제11조** (방문의 통지) 제3조제1항의 규정은 법 제36조제2항의 규정에 의하여 위원등이 일정한 장소 또는 시설을 방문하는 경우에 관하여 이를 준용한다.

**제12조** (제척 및 기피) ①위원회의 위원과 법 제41조의 규정에 의한 조정위원(이하 이 조와 제15조에서 “위원”이라 한다)의 제척은 위원회의 위원장(이하 “위원장”이라 한다)이 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 행한다.

②법 제38조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 제척 또는 기피의 신청은 위원회에 그 원인을 명시하여 신청하여야 한다,

③제척 또는 기피의 원인과 소명방법은 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 제출하여야 한다.

④제척 또는 기피의 신청이 있는 위원은 지체없이 그에 대한 의견서를 위원회에 제출하여야 한다.



**제13조** (제척 및 기피신청의 처리) ①위원장은 제척신청에 대하여 위원회의 의결을 거치지 아니하고 결정한다. 다만, 위원장이 결정하기에 상당하지 아니한 경우에는 위원회의 의결로 결정한다.

②제척 또는 기피의 신청이 제12조제2항 및 제3항의 규정에 위반한 때에는 위원장은 이를 각하한다.

**제14조** (의결절차의 정지) 법 제38조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 제척 또는 기피의 신청이 있는 때에는 그에 대한 결정이 있을 때까지 의결절차를 정지한다. 다만, 긴급을 요하는 경우는 그러하지 아니하다.

**제15조** (위원의 회피) ①위원이 법 제38조제3항의 규정에 의하여 회피하고자 하는 때에는 위원장의 허가를 받아야 한다.

②회피의 신청이 이유있다고 인정되는 때에는 위원장은 지체없이 이를 허가하여야 한다.

**제16조** (소위원회 위원의 지명) 법 제12조의 규정에 의한 소위원회의 위원이 제척·기피 또는 회피에 의하여 그 직무를 수행할 수 없게 된 때에는 위원장은 지체없이 그 직무를 수행할 다른 위원을 지명하여야 한다.

**제17조** (전문위원) 위원회의 업무를 효율적으로 지원하고 전문적인 조사연구업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 예산의 범위안에서 전문위원을 둘 수 있다.

**제18조** (여비 등의 지급) 위원회는 예산의 범위 안에서 위원회의 활동과 관련하여 위원회에 출석한 관계인에게 여비·수당을 지급할 수 있다.

**제19조** (인권정책관계자협의회 설치 및 구성) ①법 제20조제2항의 규정에 의한 관계기관 등과의 협의를 효율적으로 추진하기 위하여 위원회에 인권정책관계자협의회(이하 “협의회”라 한다)를 둔다.

②협의회의 의장(이하 “의장”이라 한다)은 위원회 사무총장이 되고, 위원은 다음 각호의 자가 된다.

1. 중앙행정기관의 국장급 이상 공무원으로서 그 중앙행정기관의 장이 지명하는 자
2. 특별시·광역시 또는 도의 국장급 이상 공무원으로서 특별시장·광역



- 시장 또는 도지사가 지명하는 자
3. 인권에 관한 학식과 경험이 풍부한 자로서 위원장이 위촉하는 자
- ③협의회는 업무수행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 전문적인 지식과 경험이 있는 관계공무원 또는 전문가 등을 참석하게 하여 의견을 들을 수 있다. <본조신설 2004. 3. 17>

**제20조** (협의회 기능) ①협의회는 다음 각호의 사항에 관하여 협의한다.

1. 국가인권정책기본계획 권고안의 작성
  2. 법 제19조·제25조·제44조·제45조 및 제48조의 규정에 의한 권고에 관한 사항
  3. 인권에 관한 정보의 교환 및 공유
  4. 그 밖에 인권의 보호 및 향상을 위하여 필요한 사항
- ②협의회에 간사 1인을 두되, 간사는 위원장이 그 소속공무원중에서 임명한다. <본조신설 2004. 3. 17>

**제21조** (협의회 운영) ①협의회는 의장이 필요하다고 인정하는 때에 소집한다.

- ②협의회에 출석하는 위원과 협의회에 참석하여 발언하는 관계전문가 등에 대하여는 예산의 범위 안에서 수당과 여비 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다. 다만, 공무원이 그 소관업무와 직접 관련되어 참석하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③그 밖에 협의회 구성 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다. <본조신설 2004. 3. 17>

**제22조** (과태료 부과·징수) ①위원장은 법 제63조제3항의 규정에 의하여 과태료를 부과하는 때에는 당해 위반행위·과태료의 부과금액·납부기간 및 수납기관, 이의제기방법 및 이의제기기간 등을 명시한 과태료납부통지서를 과태료 처분대상자에게 송부하여야 한다.

- ②위원장은 제1항의 규정에 의하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 10일 이상의 기간을 정하여 과태료 처분대상자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다. 이 경우 주어진 기간내에 의견진술이 없는 때에는 의견이 없는 것으로 본다.
- ③위원장은 제1항의 규정에 의한 과태료의 금액을 정함에 있어서 당해 위반행위의 동기와 그 결과 등을 참작하여야 한다.
- ④과태료의 징수절차에 관하여는 위원회의 규칙으로 정한다.



## 부 칙

**제1조** (시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

**제2조** (다른 법령의 개정) ①공무원임용령중 다음과 같이 개정한다.

제2조제4호가목중 “중앙인사위원회위원장”을 “중앙인사위원회위원장, 국가인권위원회위원장”으로 한다.

②공직자등의병역사항신고및공개에관한법률시행령중 다음과 같이 개정한다.

제2조에 제8호의2를 다음과 같이 신설한다.

8의2. 국가인권위원회소속공무원은 국가인권위원회 사무처

③보안업무규정중 다음과 같이 개정한다.

제7조제1항에 제3호의2를 다음과 같이 신설한다.

3의2. 국가인권위원회위원장

부 칙 <2004. 3. 17.>

이 영은 공포한 날부터 시행한다.

## <집필자 명단>

- 책임집필자 정인섭 (교수, 서울대학교)  
김엘림 (교수, 한국방송통신대학교)  
정연순 (변호사, 법무법인 한결)
- 집 필 자 김중수 (연수생, 사법연수원 제37기)  
김종철 (교수, 연세대학교)  
김 진 (변호사, 법무법인 이안)  
박선영 (연구위원, 한국여성개발원)  
박중운 (변호사, 법무법인 소명)  
송석운 (교수, 서울대학교)  
양현아 (교수, 서울대학교)  
이승욱 (교수, 부산대학교)  
임진원 (박사과정수료, 서울대학교)  
조용만 (교수, 건국대학교)  
최정학 (교수, 울산대학교) (이상 가나다순)

## 국가인권위원회법 해설집

- 인쇄일 | 2005년 12월 일  
발행일 | 2005년 12월 일  
발행처 | 국가인권위원회법 해설집 발간위원회  
서울특별시 중구 을지로 1가 16번지  
Tel. (02) 2125-9800  
Fax. (02) 2125-9811  
[www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)  
인쇄처 | 도서출판 한학문화  
Tel. (02) 313-7593

<비매품>