

2021년 114호

# 민족사회를 위한 변론



MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society  
민주사회를 위한 변호사 모임

**목차**

<b>시론</b>	개혁의 바탕인 균형과 일관성, 관용과 자제	김인회	7
<b>인물탐구</b>	고 조영래 변호사	강금실, 권인숙 대담	27
<b>집중분석</b>	1. 차별금지법의 쟁점과 전망	조혜인	61
	2. 중대재해처벌법의 의의와 한계	권영국	85
	3. 낙태죄 헌법불합치 결정을 이끌어낸 사회적 변화와 2021년 이후의 과제	최현정	125
	4. 아동학대 대응시스템의 문제점 및 개선방안	김영주	149
<b>변론기</b>	1. 일본군 '위안부' 관련 일본정부 상대 손해배상 소송 변론기	양성우	173
	2. 전두환의 5·18 부정 및 사자명예훼손 사건	김정호	197
<b>국제연대</b>	1. 혐오범죄의 목적을 '공익'으로 본 일본 법원 판결	구량옥	221

민주사회를 위한 변론 114호 2021년

<b>국제연대</b>	2. 미국 내 경찰 폭력 및 집회 탄압 상황으로 살펴본 코로나19시대의 인종차별	박예안	237
<b>입법제안</b>	디지털성폭력방지법안	권호현	253
<b>활동기</b>	1. 민변 세월호참사 책임자 국민 고소·고발 경과 및 대리인단의 활동	류하경	281
	2. 국가보안법을 박물관으로 전시회 기획팀 활동기	허진선	301
<b>판례평석</b>	1. 한국의 '나, 다니엘 블레이크' 판결	정제형, 김영주	325
	2. '선거기간 언론사 인터넷게시판 실명확인' 공직선거법 위헌	김성순	349
<b>특별기고</b>	코로나19 감염병 사태로 인한 소상공인의 경제적 위기 상황과 정부의 정책에 대한 평가 및 제언	김남주	367

# 시론

개혁의 바탕인 균형과 일관성, 관용과 자제 | 김인회

시론
<h1>개혁의 바탕인 균형과 일관성, 관용과 자제<sup>1</sup></h1> <p>– 문재인 정부의 권력기관 개혁에 대하여</p>
김인회

**1. 개혁의 프로세스**

문재인 정부는 권력기관 개혁을 가장 중요한 개혁과제로 규정했다. 특히 검찰개혁에 집중했다. 문재인 정부의 선택은 필연적이었다. 2016년 촛불혁명 과정에서 시민들이 검찰개혁을 첫 번째 과제로 내세웠기 때문이다. 국정원 개혁도 빠질 수 없었다. 국정원은 국정농단 사태에 깊이 개입되어 있었다. 이러한 논의는 모두 대통령 공약과 국정과제로 집약되었다.

개혁을 하려면 공약과 국정과제만으로는 불충분하다. 구체적인 개혁과제와 방법을 확정해야 한다. 이렇게 하려면 현장으로 가야 한다. 구체적인 개혁과제와 방법은 현장 점검을 통하여 이루어진다. 현장에 기초해야 증거와 통계에 기반한 정책을 만들 수 있다. 개혁의 중심은 여러 곳의 힘을 모아야 하는데 그 중에 현장의 실무자들의 힘도 매우 중요하다. 개혁

<sup>1</sup> 이 글은 참여연대와 민변이 함께 주최한 “문재인 정부 권력기관 개혁입법평가 연속토론회 중 종합좌담회 (2021.3.31.)에 발표한 내용을 보강, 정리한 것이다.

의 중심이 여러 곳의 의견을 종합하여 마련한 방안은 이런 이유로 무게감이 있다. 증거와 통계, 현실에 기반한 정책이기 때문이다. 제한된 정보를 가진 단체나 개인의 의견이 아니다.

개혁의 최종 결과는 현장의 변화다. 현장에서 뛰는 실무자들의 변화가 없다면 개혁의 성과는 확인할 수 없다. 시민들이 개혁의 성과를 체험할 수 없다. 개혁은 문제의식-정책의 요강 마련-정책의 법률화-입법-시행령과 하위 규정-교육-공감대 확산-현장의 변화-시민의 확인-문제점 발견-문제 조정-교육-하위 규정 개선-시행령 개정-법령 개정 등으로 이어지는 일련의 절차를 포함한다. 입법만으로 개혁이 완결될 수는 없다. 여기에 더해 윤리에 기초한 현장 실무자들의 수준 향상이 필요하다. 윤리는 첫째, 모든 기관의 권한 남용을 억제하고 둘째, 제도의 미비점을 보완하고 셋째, 개인의 삶을 충만하고 청정하게 한다. 윤리는 권력기관의 문화를 바꾸는 기본을 이룬다. 개혁도 윤리적으로 이루어져야 하고 개혁을 통해 사람들이 윤리적으로 바뀌어야 한다. 이 모든 흐름을 개혁주체와 실무자들이 공유하고 있어야 한다. 하지만 개혁주체가 이 모든 과정을 이끌어 가야 한다는 것은 아니다. 개혁의 리더십은 소수지만 개혁에 관계된 자들은 많다. 개혁에 관계된 자들은 자신에게 주어진 적당한 과제가 있기 마련이다. 그 과제를 정확하게 특정하고 이를 관계자들에게 배분하고 결과를 낼 수 있도록 격려하고 분발하도록 하는 것이 리더십의 기능이다. 이 당연한 이야기를 하는 이유는 평가기준을 세우기 위해서다.

문재인 정부의 검찰, 경찰개혁 청사진이 도출된 것은 2018년 6월이다. 당시 행정안전부 장관, 법무부 장관의 “검경수사권조정 합의문”은 검찰개혁의 대표로서 검경수사권 조정, 경찰개혁의 대표로서 자치경찰제의 요

강을 정리하고 있다. 이 합의문 서명식에는 정부를 대표하여 이낙연 당시 총리가, 청와대를 대표하여 조국 당시 민정수석이 참석했다. 전국가적 역량이 동원되는 것을 상징적으로 보여주었다. 그런데 이 합의문대로 모든 개혁이 이루어진 것은 아니다. 검찰개혁 중 검경수사권 조정은 이 합의문대로 이루어졌다. 이에 반해 경찰개혁 중 자치경찰제는 합의문대로 되지 않았다.

이 합의문은 한편 존중되면서도 한편 비판받는다. 존중되는 이유는 청와대와 국무총리, 장관으로 이어지는 전 정부의 역량을 종합했다는 점, 현장을 가장 잘 알 수 있는 위치에 있는 사람들이 여러 의견을 모아 정리했다는 점 때문이다. 총리, 장관, 민정수석 등 국가 리더십이 합의문 서명식에서 보여준 의지는 참으로 남달라 보였다. 정부 출범 후 시간이 걸린 것은 어느 정도 이해할 수 있다. 외부의 전문가들은 알지 못하는 현장의 목소리를 담으려면 시간과 양보가 필요하다. 비판받는 이유는 검경수사권 조정이라고 하면서 검찰의 직접수사권을 지나치게 많이 남겨놓았다는 점, 자치경찰제에 대한 구상이 검경수사권 조정보다 추상적이었다는 점 때문이다. 비판받는 두 가지 문제는 향후 개혁에 문제를 일으킨다. 전자는 검찰개혁이 제대로 되지 않았다는 평가를 낳았다. 후자는 자치경찰제를 가장 약한 형태로 추진했다는 평가를 낳았다.

검경수사권 조정 합의문 이외에 다른 개혁과제는 따로 추진되었다. 공수처는 법무검찰개혁위원회의 의견제시가 있었으나 법무부의 검토를 거쳐 축소되었고 이후 의원입법으로 입법되었다. 법무부의 탈검찰화는 장관과 고위간부들을 비검사로 임명하면서 초기에 이루어졌다. 민정수석도 비검찰로 하면서 검찰과 인적으로는 완전히 단절되었다. 그만큼 검찰과 상

호협력관계도 원활해야 했으나 상호협력관계는 제대로 작동하지 않았다. 약속했던 형사공공변호인제도나 재정신청 확대는 이루어지지 않았다. 국정원개혁은 독자적인 경로를 밟아서 의원입법의 형식으로 진행되었다. 개혁의 결과는 법률의 제정과 개정으로 나타났다.

## 2. 끝나지 않는 개혁

### (1) 국정원개혁만 합격점

문재인 정부 권력기관 개혁에 대한 평가는 대체로 부족하다는 것이다. 합격점을 줄 수 있는 것은 국정원개혁 정도다. 국정원개혁은 법률개정으로 일단락되었다. 조사권과 사이버안보 문제가 남아 있지만 그동안 국정원 개혁과제로 제시된 과제들은 대부분 법률개정으로 마감되었다. 법률개정은 국정원개혁에서 특별한 의미가 있다. 다시 과거로 돌아가는 것에 장애가 생긴 것이다. 과거 민주정부의 국정원개혁은 법률개정으로 이루어지지 않았다. 그 결과 정부가 바뀌면 국정원이 다시 과거 행태를 반복해도 아무런 장애가 없었다. 법률개정으로 최소한 법을 다시 개정하지 않는 한 국정원은 과거 행태를 반복할 수 없게 되었다.

이제 남은 것은 국정원개혁이 제대로 안착할 수 있도록, 국정원이 다시 과거로 돌아가지 않도록 감시하고 견제하는 일이다. 감시와 견제는 시민사회나 전문가들만의 몫이 아니다. 입법부와 행정부 등 정부의 역할이 더 크다.

### (2) 검찰개혁 불만족과 그 원인

검찰개혁에 대해서는 부정적인 평가가 많다. 검찰개혁의 주체였던 민

주당은 아예 실패라고 생각하는지 중대범죄수사청을 구상하고 있다. 법무부장관들 모두 검찰개혁 성과에 대해서 불만족스러운 발언을 이어가고 있다.

그렇지만 검경수사권 조정과 관련해서는 2018.6.의 “검경수사권 조정 합의문”대로 모두 이루어졌다. 공수처 역시 민주당의 법률 개정을 통해서 출범했다. 법무부의 탈검찰화도 어느 정도 성과가 있었다. 사실 약속한 검찰개혁 과제 중 중요한 것은 이루어졌다고 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 불만을 제기하는 것은 개혁 이후 검찰의 행태는 크게 변하지 않았고 검찰의 힘도 크게 줄어들지 않았다고 보기 때문이다. 정부와 검찰의 갈등, 입법부와 검찰의 갈등, 법무부와 검찰의 갈등이 조금도 줄어들지 않았기 때문이다. 이 현상은 검찰개혁을 충분히 하지 않았거나 혹은 잘못된 방향으로 한 것이 아닌가 하는 의심을 낳는다. 그 결과 2018.6.의 “검경수사권 조정 합의문”이 잘못되었다고까지 생각한다. 아니면 상황이 바뀌었기 때문에 “검경수사권 조정 합의문”에 얼마일 필요는 없다고 생각한다. 이제 남은 것은 새롭고 더 강도 높은 개혁을 계속하는 것이다.

이렇게 해서 검찰개혁은 끝난 것도 아니고 끝나지 않은 것도 아닌 상태가 되어 버렸다. 이런 상태는 여러 문제를 일으킨다. 가장 큰 문제는 그나마 이루어진 개혁의 성과를 현장에 안착시키는 것을 방해한다는 점이다. 계속 개혁을 해야 하므로 시행령과 하위 규정-교육-공감대 확산-현장의 변화-시민의 확인-문제점 발견-문제 조정-교육-하위 규정 개선-시행령 개정-법령 개정 등으로 이어지는 일련의 절차를 밟을 수가

없다. 현장의 변화가 없으니 당연히 개혁은 미흡하게 보이고 개혁이 미흡하게 보이니 다시 개혁을 이야기한다. 개혁을 강하게 밀어붙이니 다시 현장은 안정되지 못한다. 개혁이 현장에 안착할 여유가 없다. 현장의 실무자들은 모두 입법부의 개혁만을 쳐다보고 있다. 현재의 개혁 결과에 따라 현장의 혁신을 하더라도 법률이 바뀌면 무용지물이 되기 때문이다.

지금도 이미 이루어진 개혁의 내용을 현장에 정착시킨 다음 무엇이 부족한 것인지를 확인하는 것이 필요하다. 즉 개혁의 성과를 확인하고 부족한 부분을 찾아내어 구체적으로 무엇이 과제인지를 확인하는 것이 필요한 시점이다. 그렇지 않고 현장에 안착할 시간조차 주지 않는다면 아무런 개혁이 안된 것으로 보는 착시현상이 일어난다.

물론 2018.6. “검경수사권 조정 합의문”이 부족한 것은 사실이다. 검찰에 직접수사권을 광범위하게 부여한 것은 잘못된 결정이다. 이 점에 대해서는 충분히 비판받아야 한다. 하지만 부족하더라도 진전인 것은 틀림없다. 국무총리, 행정안전부 장관, 법무부 장관, 민정수석이 모두 함께 한 합의문의 무게를 무시할 수는 없다. 합의문을 만들기 위해 보이지 않는 곳에서 의견을 내고 양보를 하고 합의를 한 실무자들의 현장 감각을 무시해서는 안된다. 한계가 분명하지만 개혁성과도 있으므로 이를 현장에 안착시키는 과정에서 모자란 점을 최대한 줄이는 노력이 필요하다.

법이 잘못되었는데 후속조치로 할 것이 무엇이 있는가라고 반문할 수도 있다. 하지만 당장 수사과정을 인권친화적으로 개혁하는 수사절차법의 제정과 형사소송법의 개정이라는 과제도 있다. 그리고 수많은 시행령, 시행규칙, 내규, 예규의 개정과정이 기다리고 있다. 조직의 변화는 당연히

필요하다. 검찰은 직접수사를 줄이기 위해 조직의 개편이 필요하다. 조직진단에 따른 조직혁신 작업에 들어가야 한다. 어느 정도로 검찰의 규모를 줄일지 시작해야 한다. 이 모든 것이 바로 이번 개혁에 따른 후속작업이다. 시민들에게 직접 효과를 가져다 주는 후속작업들이다.

법무부도 조직개편과 혁신이 필요하다. 법무부는 이미 충분히 개혁되었고 혁신되었다고 누가 장담할 수 있겠는가. 검사 없는 전문가 집단으로 바뀌기 위해 조직변화가 필요하다. 특히 인권정책을 어떻게 할 것인가를 두고 조직의 변화가 필요할 것이다. 문재인 정부 들어서서 법무부는 탈검찰화되었지만 인권행정을 포함한 법무행정을 전문적으로 수행하는 기관으로 혁신되지는 못했다. 인권행정으로 내세울 대표성과는 없다. 서울동부구치소의 코로나19 집단감염 사태는 법무부의 교정행정에 문제가 있다는 점을 보여준다. 법무부 역시 이번 개혁을 계기로 혁신되어야 한다. 대검에 대한 통제만을 고집해서는 법무부 자체의 개혁, 혁신을 놓치게 된다.

이제 입법부에서 행정부로 개혁의 주체가 바뀌었기 때문에 이 모든 것에 현장의 리더십, 장관의 리더십이 필요하다.

### (3) 시작도 하지 못한 경찰개혁

경찰개혁은 2018.6. “검경수사권 조정 합의문”에 따라 이루어지지 않았다. 경찰개혁의 핵심은 자치경찰제다. 위 합의문에 따르면 검찰개혁의 핵심인 검경수사권 조정과 경찰개혁의 핵심인 자치경찰제는 동시에 실시하기로 했다. 이것은 이 두 과제가 같은 비중을 갖고 있다는 것을 말한다. 검경수사권 조정은 검찰개혁의, 자치경찰제는 경찰개혁의 핵심과제라는

것을 합의문은 밝힌 것이다.

경찰개혁은 중앙집중형 국가경찰을 분권형 자치경찰로 바꾸는 것이다. 이를 통해 경찰권한의 분산과 견제가 이루어진다. 자치경찰개혁은 경찰 개혁의 핵심이다. 역사적으로 가장 오랫동안 검토되어 온 정통성 있는 개혁방안이다. 4월 혁명 이후 본격적으로 검토되었고 민주정부는 모두 이를 추진했다. 비록 성과는 없었지만 자치경찰이 경찰개혁의 중심이 아니었던 적은 한 번도 없었다. 문재인 정부도 검찰개혁 중 핵심인 검경수사권 조정과 같은 정도의 비중을 자치경찰에 부여하고 있었다. 이에 비하여 행정 경찰과 수사경찰의 분리 문제는 부차적인 것이었다. 이것은 2018.6. “검경수사권 조정 합의문”에서도 확인할 수 있다. 최소한 개혁주체들 사이에서는 자치경찰이 경찰개혁의 핵심이라는 점에 대한 공감대가 있었다고 생각된다.

하지만 결과는 미흡한 자치경찰, 가장 약한 형태의 자치경찰이었다. 자치경찰관서도 없고 자치경찰관도 없다. 자치경찰사무만 분리된 것이다. 사람은 감각에 민감하기 때문에 보이지 않고, 들리지 않고, 냄새 맡을 수 없고, 맛 볼 수 없고, 만질 수 없다면 존재하지 않는다고 생각한다. 관념상의 변화로는 변화를 체감하지 못한다. 경찰사무를 국가사무와 자치사무로 분리했으나 수사는 여전히 국가수사본부에서 중앙집중형으로 통제한다. 이를 두고 혹자는 자치경찰이라고 보기 어렵다고까지 주장한다. 논지를 분명하게 하려는 주장으로 이해할 수 있지만 자치경찰이 법적으로 출발했다는 점은 인정해야 할 것이다. 그 한계를 구체적으로 지적하는 것이 중요하다. 문제는 자치경찰이 너무 약한 형태로 이루어졌기 때문에 자치경찰의 설계를 다시 처음부터 해야 하는 부담이 생긴 것이다.

국가수사본부 설치의 행정경찰과 수사경찰의 분리라는 의미가 있지만 자치경찰이 실시되지 않아 권한 분산과 견제 효과가 적다. 정보경찰 개혁 역시 미흡한데 조직과 인력의 조정이 없다는 점이 가장 큰 문제다. 역시 눈에 보이는 확실한 변화는 없고 잘 하겠다는 말만 있다. 정보경찰 역시 자치경찰을 도입하면 많은 문제를 해결할 수 있다. 자치경찰은 관할에 한정하여 치안정보를 수집하므로 전국을 단위로 한 정책정보를 생산할 필요가 없고 능력도 되지 않는다. 자치경찰과 공존하는 국가경찰 역시 제한된 관할을 가지므로 광범위한 정보 수집은 불가능하게 된다.

경찰개혁은 이루어지지 않은 것은 아니지만 완전히 새롭게 시작해야 할 정도라고 평가해야 할 것이다. 그렇다고 경찰의 개혁의지가 없었거나 경찰의 저항이 있었던 것은 아니다. 경찰은 경찰개혁위원회를 구성하고 경찰개혁위원회의 권고사항을 이행하려고 노력했다. 검경수사권 조정 과정에서도 열심이었다. 경찰의 개혁의지는 평가되어야 할 것이다. 경찰은 2016년 촛불혁명과정에서 평화적 대응으로 시민의 신뢰를 얻기 시작했다. 그리고 검경수사권 조정은 그 성격상 경찰에게 개혁적 성격을 부여하는 것이다. 경찰의 개혁의지는 약하지 않았는데 성과는 적은 것이 현실이다.

경찰개혁이 제대로 되지 않은 것은 2018.6. “검경수사권 조정 합의문”을 준수하지 않은 것에 원인이 있다. “합의문”을 준수하지 않은 것은 검찰 개혁에 집중하다 보니 경찰개혁을 소홀히 한 것이 하나의 원인일 것이다. 하지만 경찰개혁의 필요성과 원칙, 구체적인 개혁과제에 대한 공감대가 부족한 것이 근본 원인이라 할 것이다. 특히 자치경찰제에 대한 공감대가 크게 부족했다. 이처럼 경찰개혁도 끝난 것도 아니고 끝나지 않은 것도

아닌 상태가 되었다.

### 3. 균형의 상실

#### (1) 권력기관의 균형, 개혁의 균형

권력기관 개혁을 균형이라는 관점에서 살펴본다. 권력기관 사이에는 미묘하지만 균형이 존재한다. 균형은 평화를 의미한다. 평화는 개혁의 균형이라는 측면에서도 말할 수 있다. 한쪽만 개혁되고 다른 쪽이 개혁되지 못하면 어느 한쪽에 권한이 쏠릴 수 있다. 미묘하게 유지되어 온 균형이 깨지는 순간 파열음은 생기기 마련이다. 개혁은 균형적으로 이루어져야 한다. 이 말은 곧 개혁은 평화롭고 순조롭게 이루어져야 한다는 것을 말한다.

나아가 권력기관의 개혁은 다른 개혁과 균형이 맞아야 한다. 특히 반부패개혁과 정부혁신과 함께 이루어져야 한다. 매우 깊은 관계가 있기 때문이다. 법원개혁과도 관련이 있다. 형사사법체제라는 관점에서 보면 법원을 고려하지 않을 수 없다. 나아가 권력기관 개혁은 사회개혁과 관련이 있으며 더 크게는 경제개혁과도 관련이 있다. 모든 개혁은 서로가 서로를 지지하고 서로를 격려하면서 진행되어야 효과를 볼 수 있다.

#### (2) 권력기관 개혁에서 상실한 균형

검찰개혁, 경찰개혁, 국정원개혁은 그 자체로 중요하지만 권력기관 개혁이라는 틀에서 이루어진다. 권력기관 사이의 균형이 중요하다는 것이다. 과거 이 균형관계는 강압적이었고 불합리했다. 검경간의 관계는 상명하복의 관계였고, 국정원이 압도적 힘을 가졌던 때도 있었다. 그렇지만

겉으로 드러나는 것은 평화로운 관계다. 법률이 그렇게 되어 있기 때문이다. 이를 불합리한 균형이라고 부를 수 있다. 불합리하지만 평화롭고 많은 사람들이 이에 적응해 있었다는 점은 깊이 고려해야 할 부분이다.

문재인 정부의 권력기관 개혁은 균형을 잡는데 부족했다. 검경사이 수사권 조정에는 어느 정도 균형을 잡았다. 경찰에 수사권을 부여하면서 검찰에 수사 통제권이 제법 많이 생겼다. 견제와 균형은 이미 “검경 수사권 조정 합의문”에서 결정된 상태였다. 검경 모두 수용가능한 안이었다. 하지만 경찰개혁을 등한히 하는 바람에 전체 균형이 무너졌다. 자치경찰이 가장 약한 형태로 도입되면서 경찰에 권한이 집중되었다. 이것은 개혁추진자들이 의도했던 것이 아닐 것이다. 왜냐하면 2018.6. “검경 수사권 조정 합의문”에 의하면 검경수사권 조정과 자치경찰은 동시에 시행하기로 했기 때문이다. 이때만 하더라도 균형을 강하게 의식하고 있었다. 하지만 검찰개혁에 집중하면서 균형을 잃어버렸다. 경찰개혁은 되지 못했다. 이런 이유로 민주당은 검찰개혁 시늉 2를 주장하면서도 검찰의 직접 수사기능을 경찰로 이관하지 못하고 있다. 검찰의 수사기능은 간명하게 경찰로 이관하면 되는데 경찰이 충분히 분산되지 않았기 때문에 이관할 수 없는 것이다. 이것이 “중대범죄수사청”이라는 수사기관을 구상하면서 경찰 소속이 아닌 법무부 산하를 주장하는 이유다. 국정원개혁으로 대공수사권이 경찰로 이관하게 된 점 역시 균형의 관점에서 볼 필요가 있다. 경찰의 권한 강화로 이어지는데 이에 대한 견제장치가 부족하다. 아직 이관에 여유가 있으므로 경찰권한 강화에 대한 견제장치를 마련하는데 관심을 가져야 한다. 만일 안보수사청과 같은 기구를 구상한다면 “권력기관 총량 동결” 원칙에 어긋난다고 본다.

균형의 상실은 불안을 몰고 온다. 불안을 해소하려면 개혁을 더 할 수밖에 없다. 부족한 부분의 개혁이 계속 필요한 것이다. 개혁이 끝났는데 계속 개혁을 해야 하니 개혁에 대한 피로감이 생긴다. 개혁을 한 것인지에 대한 회의감도 생긴다. 불충분한 개혁, 불균형한 개혁이 몰고 오는 후유증이다.

### (3) 다른 개혁과의 균형

권력기관 개혁은 다른 개혁과 깊은 상관관계가 있다. 권력기관 개혁은 곧 반부패 개혁과 뗄 수 없는 깊은 관련이 있다. 이것은 마치 검찰과 경찰의 활동이 반부패활동의 일부를 이루는 것과 같다. 부패는 세계적인 현상이다. 불공정의 뿌리이자 현상이다. 모든 국가는 반부패를 최고의 과제로 삼고 있다. 우리가 공수처를 만든 것도 이 때문이다.

반부패역량 강화를 위해서는 국가청렴위원회를 부활하는 것이 필요하다. 문재인 정부는 국가청렴위원회를 부활하지 않고 국민권익위원회를 반부패총괄기구로 그대로 사용했다. 하지만 국민권익위원회는 온전히 반부패총괄기구가 아닌 관계로 반부패 전문기구, 지휘기구로 활동하지 못했다. 국민권익위원회는 엘리트 부패 카르텔, 즉 정치권력, 자본권력, 관료권력, 법조권력, 언론권력의 부패 카르텔의 혁파에 별다른 성과를 내지 못했다. 그 결과 작은 부패는 몇가지 해결했으나 큰 부패, 공직사회의 부패는 해결하지 못했다. 이것을 우리는 고위직 하위직 모두 부패한 LH사태에서 슬픔과 분노를 가지고 확인하고 있다. 고위직 하위직을 막론하고 모두 부동산 투기를 하는 현실, 투기를 하면서도 투기가 아니라고 극구 변명하는 현실, 그 변명에 조금도 부끄러워하지 않는 현실, 변명을 들어 주고 아무런 징계를 하지 않는 현실에서 확인하고 있다.

권력기관 개혁은 당연히 정부혁신의 일부를 이루고 있다. 경찰개혁에서 자치경찰을 만들어야 하고 검찰개혁에서 공수처를 만드는 일은 정부혁신과 관계가 깊다. 그리고 사회개혁, 경제개혁과도 긴밀하게 관련되어 있다. 권력기관의 개혁을 통하여 사회개혁, 경제개혁을 하는 것도 필요하지만 사회개혁, 경제개혁을 통하여 권력기관 개혁을 가속화하는 것도 필요하다.

모든 개혁은 서로 연결되어 있으며 서로 격려하고 서로 추동한다. 권력기관 개혁에 성과를 내기 위해서도 반부패개혁, 정부혁신을 추진했어야 한다. 나아가 사회개혁과 경제개혁도 쉽지 않아야 했다. 반부패개혁, 정부혁신, 사회개혁과 경제개혁이 되지 않아 사회가 실제로 변화되지 않았는데 권력기관 개혁이 되었다고 개혁의 성과를 체감하는 경우는 있을 수 없다.

다른 분야의 개혁지체는 권력기관 개혁의 불완전을 초래한다. 권력기관 개혁에 지나친 부담이 된다. 마치 검찰만 개혁되면 한국이 완전히 개혁될 것이라는 착각을 낳는 것이다. 그러나 검찰과 경찰이 개혁된다고 하더라도 생산성이 떨어지는 상호 적대적 정치가 자동적으로 자제와 관용의 정치가 되어 문제를 적시에 해결할 리는 없다. 사회대타협이 바로 이루어질 수도 없다. 재벌 중심, 대기업 중심의 경제가 중소기업 중심의 경제가 될 리 없다. 노동개혁이 자동적으로 이루어질 리도 없다. 정치개혁, 사회개혁, 경제개혁의 불완전은 그나마 개혁에 집중하고 있던 권력기관 개혁에 더 많은 기대를 하게 만들었다. 달리 말하면 권력기관의 개혁으로 다른 개혁을 외면했던 것은 아닌가 생각되기도 한다. 물론 각 개혁에 매진했던 주체들은 모두 선의를 가지고 있었을 것이다. 하지만 개혁이 벽에 부딪혔

을 때 이를 돌파하지 못했다는 점도 분명한 사실이다. 권력기관 개혁으로 국가가 분열되고 정치적 충돌이 격화되었을 때 다른 개혁도 모두 일시 중지 상태에 빠진 것이 아닌가 생각된다. 한 분야의 개혁부진이 다른 분야의 개혁부진에도 영향을 미쳤다. 개혁의 불균형은 권력기관 개혁만이 아니라 모든 개혁에 부정적인 영향을 미친다.

#### 4. 일관성 부족

##### (1) 일관성 부족으로 관성 극복 실패

개혁의 불충분, 불균형을 초래한 원인은 개혁의 일관성이 부족했기 때문이라고 본다. 일관성은 신뢰를 만드는 기초 요소다. 일관성이 없다면 신뢰가 없고 신뢰가 없다면 국가는 위태로워진다. 국가가 위태로워지는데 개혁은 말할 필요도 없다. 하지만 주변 상황의 변화로 개혁 주체들은 중심을 잃었다. 중심을 잃자 개혁은 표류하기 시작했다. 개혁을 하고 있는데 과연 이 개혁의 목표가 무엇인지 불분명하게 된 것이다. 이를 바로 잡기 위한 개혁주체들의 노력, 즉 개혁과제 재검토, 개혁목표 재설정, 메시지 전파, 홍보, 소통 등의 노력은 없었다.

개혁 주체들은 모두 선의를 가지고 있었을 것이다. 개혁을 완수하고 싶었을 것이다. 검사, 경찰, 국정원 직원들도 모두 선의를 가지고 있었다고 생각한다. 의도적으로 개혁을 가로막거나 반대할 생각은 없었으리라. 촛불혁명을 거친 후의 개혁이므로 이에 대해 저항한다는 것은 상상하기 어렵다. 초기 검찰, 경찰, 국정원 직원들은 개혁에 최소한 적대적이지는 않았다.

개혁에서 가장 주의해야 할 것은 관성이다. 악의적인 저항도 문제이지만 관성은 더욱 주의해야 한다. 악의적이고 직접적인 저항은 인사 조치나 정책으로 해결할 수 있다. 하지만 관성에 따른 저항은 해결하기 곤란한 경우가 많다. 자치경찰제를 일원화모델로 선택한 것이 여기에 해당한다. 일원화모델, 그 중에서도 가장 약한 형태의 자치경찰제를 선택한 것은 예산문제였다고 알려져 있다. 예산문제는 민감한 문제이면서 관성을 대표하는 문제이기도 하다. 지금처럼 하면 별다른 출혈이 없는데 개혁을 하면 어마어마한 출혈이 생긴다는 논리가 바로 관성의 논리다. 이 관성의 반대를 이겨내려면 확실한 목표의식과 일관성이 있어야 한다. 여기에 더해 검찰의 직접수사 범위를 많이 남긴 것 역시 관성을 이기지 못한 사례에 해당한다고 본다.

##### (2) 개혁에 대한 공감대

일관성의 부족은 개혁에 대한 인식이 철저하지 못했기 때문인 것으로 해석된다. 개혁주체들 사이에 개혁의 필요성, 목표, 과제, 절차, 역할분담 등에 대한 공감대가 부족한 것이 일관성 부족으로 나타났다.

첫째, 검찰개혁에서 직접 수사의 범위를 넓게 남긴 점이 여기에 해당한다. 검찰개혁과정에서 검찰이 잘하는 수사는 검찰에 남긴다는 것이 합의되었다. 이 합의는 수사권과 기소권의 분리라는 개혁목표에 어긋나는 것이었다. 그 결과 검찰의 직접수사 대상이 기존 검찰의 특수부의 수사대상과 큰 차이가 없게 되었다. 이것이 검찰청이 지금 조직 축소 등의 조직개편을 하지 않는 근본 이유다. 목표가 잘못된 합의는 곧 입법되었고 입법 이후 대통령령 제정과정에서 여전히 검찰의 직접수사 범위를 확대하려는 시도가 법무부를 중심으로 이루어졌다. 이렇게 되자 다시 수사권과 기

소권 분리를 목표로 중대범죄수사청 구상이 나오게 된다. 목표가 재조정된 것이다. 이 순간 일관성이 사라져 버렸다. 이 시도는 정부 여당의 검찰 개혁과 그 성과를 무시하고 마치 새로 개혁을 하자는 것이나 다름없게 보인다. 개혁의 목표와 과제에 대한 불철저한 인식과 일관성 부족의 사례에 해당한다. 관성은 직접적인 반대는 아니지만 직접적인 반대보다 더 큰 힘이 있다.

둘째, 자치경찰제를 가장 약한 자치경찰제로 선택한 것 역시 여기에 해당한다. 정부 여당은 제주자치경찰제의 수준을 뛰어넘는 자치경찰을 약속했다. 하지만 결과는 자치사무만 분리했을 뿐, 눈에 보이는 자치경찰은 없다. 김대중, 노무현 대통령 당시 검토되었던 안보다 후퇴한 안이다. 그 당시보다 상황이 좋았음에도 불구하고 가장 약한 형태의 자치경찰제를 선택했다. 이 선택에는 여러 문제가 있지만 여기에서는 일관성 문제를 이야기하고 싶다. 2018.6. 합의문을 실현시킬 일관성이 부족했다. 왜 바꾸었는지에 대한 설명도 불충분했다. 경찰개혁의 목표와 과제에 대한 불철저한 인식과 일관성 부족 때문에 벌어진 일이다.

### 5. 자제, 관용, 협력과 화합의 부재

이번 개혁과정에서 가장 아쉬운 부분은 자제와 관용, 협력과 화합이 부족했다는 점이다. 개혁만이 아니라 국가를 운영하다보면 갈등과 충돌은 발생하기 마련이다. 가족도 갈등과 충돌을 피하기 어려운데 국가는 말할 것도 없다. 이 문제는 자제, 관용, 협력, 화합으로 해결해야 한다. 그래야 큰 문제는 작아지고 작은 문제는 더 작은 문제가 되고 결국에는 문제가 없어지게 된다. 그렇다고 잘못을 덮자는 것은 아니다. 잘못을 추궁하는데

가운데 발생할 수 있는 부수적인 문제를 잘 해결하지는 것이다. 개혁에 따라 발생한 부수적인 문제가 개혁을 방해하는 일이 없도록, 즉 꼬리가 몸통을 흔드는 일은 없도록 해야 한다는 것이다.

자제, 관용, 협력, 화합의 자세는 바로 개혁과정에서 발생하는 여러 문제를 해결하는 자세이자 철학이다. 민주국가를 운영하는 철학이므로 당연히 개혁과정에서도 적용된다. 특히 같은 방향으로 가고 있는 사람들, 최소한 개혁을 반대하지 않는 사람들 사이에서는 이런 자세가 참으로 필요하다. 친구나 중립적인 사람이 적이 되어서야 되겠는가?

자제, 관용, 협력, 화합은 평화의 기초다. 개혁도 평화롭게 진행되어야 한다. 좋은 방향으로 세상을 바꾸는 과정에서 사람들이 불필요하게 싸우고 다칠 필요는 당연히 없다. 그리고 바뀐 제도에서도 서로 협력해야 한다. 협력해야 제도가 잘 운영된다. 당장 검찰, 경찰, 공수처 사이에는 매우 긴밀한 협력관계가 필요하다. 그 기초에는 자제, 관용, 협력, 화합이 있다.

자제, 관용, 협력, 화합은 법률로 규정될 정도로 중요한 덕목이다. 개정된 형사소송법은 검경사이에 수사권을 조정하면서 검경의 상호협력을 첫 번째로 강조한다. 역할이 분담되고 권한이 분산될수록 상호 협력은 더 필요하다. 상호협력은 자제, 관용, 화합을 기본으로 한다.

검찰개혁 과정에서 많은 의도하지 않은 현상들이 나타났다. 조국 장관과 윤석열 총장의 대립, 추미애 장관과 윤석열 총장의 대립, 법무부 장관과 검찰조직의 대립, 윤석열 총장 징계와 이에 이은 재판, 민정수석을 둘

러싼 갈등 등이 그것이다. 이 과정에서 자제, 관용, 협력, 화합이 있었더라면 최소한 몇 개의 사건을 일어나지 않았을 것이며 또 그렇게까지 극단적으로 발전하지는 않았을 것이다. 그리고 검찰개혁으로 국민들이 피로감을 느끼지 않았을 것이다. 온전히 검찰개혁에 집중할 수 있었을 것이다. 깊은 성찰과 반성이 필요하다.

인물탐구

고 조영래 변호사 | 강금실, 권인숙 대담

인물탐구

故 조영래 변호사에 대한 강금실 변호사,  
권인숙 국회의원의 회고 대담

강금실, 권인숙 대담(진행: 김지미, 집필: 서성민)



약력

- 1947. 3. 26. 대구출생
- 1964. 3. 경기고 3학년 한·일 회담 반대시위 주도
- 1971. 3. 사법고시 제13회 합격
- 1971. 11. 사법연수원 연수 중 '서울대생 내란 음모' 사건으로 구속, 징역 1년 6월 선고(1973. 4. 만기출소)
- 1974. 4. 민청학련사건 배후로 지목되어 수배
- 1975. 김지하의 '양심선언' 기획 및 집필
- 1978. '전태일 평전' 일본어판 출간
- 1980. 1. 수배해제 및 복권, 사법연수원 재입소
- 1984. 10. 망원동 수해피해자 손해배상 소제기
- 1986. 6. 부천경찰서 성고문 사건 담당
- 1988. 5. 민주사회를위한변호사모임(민변) 창립
- 1990. 12. 12. 별세(43세)
- 1991. 1. '저자 조영래'를 밝힌 '전태일 평전' 출간

민주사회를 위한 변론 114호 [인물탐구]의 주인공은 故 조영래 변호사이다. 변호사라면 누구나 그 이름을 알고 있을 정도로 유명한 사람이지만 사실 우리가 알고 있는 건 인터넷 검색을 통해 알 수 있는 그의 약력 정도에 불과하다. 故 조영래 변호사의 30주기를 기념하여 인물탐구의 주인공으로 선정하였으나 그 모습을 어떻게 풀어나갈지 고민이 되었다. 서울대를 수석으로 입학하고 누구보다 뜨겁게 우리 사회의 변혁을 위해 앞장서면서도 사법고시에 합격한 천재라는 타이틀 대신 조영래 변호사의 인간적인 면모를 전달하고 싶었으나 30년이라는 세월은 조영래 변호사와 함께 활동했던 선배 변호사를 찾는 것조차 어렵게 만들었다.

우여곡절 끝에 민주사회를 위한 변론 편집위원회(편집위원장 김지미)는 2021. 4. 8. 조영래 변호사를 기억하고 그리워하는 이들 중 강금실 변호사와 권인숙 국회의원을 초청하여 그를 기억하는 시간을 가졌다. 대담의 현장에서 느꼈던 조영래 변호사의 지혜와 용기, 그리고 독심이 이 글을 읽는 민변 회원들에게 조금이라도 가닿을 수 있기를 희망해본다.

대담에는 김지미 편집위원장이 함께 하였으며 현장의 생동감을 전하기 위해 대화 내용에 대한 수정은 최소한으로 하였음을 밝힌다.

### 30주기를 맞는 소회



#### 김지미

작년(2020년)에 조영래 변호사님 30주기를 맞았는데 두 분은 어떻게 받아들이셨는지 소회를 말씀해주신다면요.

#### 권인숙

30주기라는 것이 크게 다가오지는 않습니다. 작년에 훈장을 받으셨어요. 이옥경 사모님이 대신 받으셨는데, 훈장을 받는 게 어떻게 그렇게 슬플 수 있는지... 아무 의미도 안 느껴지고, 조영래 변호사님이 같이 있지 않다는 것에 대한 지독한 허무함이랄까... 주변에 미치는 영향력이 엄청난 분이었어요. 저는 그분 활동의 후반부를 주로 본건데, ‘성고문 사건’ 때가 가장 열심히 활동하신 때라고 하더라구요. 주변에 나이 드신 분들, 선배 분들과의 관계도 그렇고 모든 분들이 이분을 지도자로 생각하고, 모든 걸 의논하고 그랬어요. 내가 생각하지 않은 답을 항상 주시는 그런 분이었어요. 돌아가시고 나서 한동안 굉장히 그리워하다가 허무함 같은 것에 빠져

있었어요.

기념사업이 사실 잘 진행된 편은 아니었어요. 저는 기념사업에 대한 비판적인 생각이 많습니다. 진짜 기억하고 싶어 하는 사람들이 하는게 아닌 면이 많더라구요. 많이 왜곡되기도 했고 이용하고 싶어 하는 사람들에 의해서 이용되는 것을 여러 번 경험해서 그런지 이후의 모든 과정에 대한 슬픔과 미안함 이런 것이 항상 있었어요. 그래서 작년에 훈장 받았을 때 그 슬픔이 환기되더라구요. 사모님께 ‘축하드려야 하는데 그런마음 보다는 조변호사님 생각만 나네요~’라고 하니, ‘그렇지... 다들 축하한다는데 그냥 울컥함’이라고 문자 보내셨더라구요. 존재하지 않는, 모든 면에서 나 뿐만 아니라 많은 사람들을 현명하게 이끌어주는, 현실을 깊게 아는 구루(Guru) 같은 사람이었기 때문에 그리움, 허전함의 느낌이 계속 이어지는 것 같아요.

### 강금실

권의원님이 말씀하셨지만, 30주기를 어떻게 추모했느냐보다는 조영래 변호사님을 어떻게 기억하고 조영래 정신을 어떻게 실천할 것인가가 지금 이시기에 굉장히 그렇다고 할까요. 절박하게 요구되는 시대정신을 조영래로부터 다시 우리가 되짚어볼 필요가 있지 않나 싶어요. 우리가 보통 한국의 역사 시기를 87년 민주항쟁 이전과 이후로 많이 구분하는데, 한창 활동하셨을 때가 87년 민주항쟁까지의 과정 속에서 활동하셨고 87년 대선에서의 단일화 실패를 겪었죠. 우리 민주화 운동권이 단일화에 성공해 본 적이 없어요. 그때 그것이 아픔을 줘서 돌아가신 상당한 원인이 되었던 것 같아요.

어제 재보궐선거에서 민주당이 참패를 했잖아요. 박근혜 탄핵 이후로 우리의 한국사를 구분한다면, 지금이야말로 구분점이 되지 않을까. 조영래 정신이 그 시대의 등불이었지만 제대로 지난 30년 동안 빛나질 못했던 것 같아요. 그 정신이 무엇이었는데, 거기에 담긴 가치와 세계관, 실천의 열정과 방법을 (바로 지금시기에) 되새겨 볼 필요가 있는 것 같아요. 조영래 변호사님이 살아계셨더라면 한국사회가 달라졌을 텐데 라는 생각이 가끔씩 들어요. 크게 시대의 방향을 제시해주고 이끌어줄 지도자시죠. 그 정신을 우리가 되새겨볼 필요가 있지 않을까.



### 1987년 대선 단일화 실패

조영래 변호사는 정치활동에는 직접 관여하려 하지 않았으나 1987년 대통령후보 단일화를 위해서는 혼신의 힘을 다하였다. 그는 후보단일화를 위한 기구를 만들어 홍성우 변호사 등 민주화운동에 참여해 온 여러 선배들과 함께 단식 투쟁까지 하면서 단일화 운동을 전개하였다. 조영래 변호사는 단일화가 이루어지지 않으면 민주화가 어렵다고 판단하였기 때문에 단일화 운동에 온 몸을 던지다시피 하며 몰입했지만, 김영삼, 김대중의 단일화는 실패하였고, 신군부의 노태우 후보가 대통령으로 당선되었다.

## 두 사람과 조영래 변호사와의 인연

### 김지미

의도하지는 않았지만 공교롭게도 저희가 대답하는 날이 재보궐선거 다음날이에요. 그래서 더욱 방금 말씀하신 조영래 정신이 무엇인가 되새겨 볼 수 있는 유익한 시간이 될 수 있을 것 같습니다. 시간을 거슬러가서 조영래 변호사님과의 처음 만남이나, 처음 조영래라는 사람을 언제 어떻게 알게 되었는지부터 시작을 해볼까요?

### 권인숙

저는 날짜는 정확하게 기억이 안 나고요. 86년에 감옥에 가서 '부천시 성고문 사건'을 위장취업 관련 저를 변호하셨던 분께 이야기를 했고 이야기가 전달이 되면서 이상수 변호사님이 오셨고, 그 이후 본격적으로 홍성우 변호사님, 조영래 변호사님이 저를 면담하러 오셨어요. 그때가 첫 만남이었고 그때의 면담기록으로 고발장을 쓰셨어요. (그 고발장이) 수십만 부가 돌았다는 얘기를 나중에 들었죠. 조영래 변호사님께서는 말씀을 안 드리고 홍성우 변호사님께만 말씀드렸던 일이 있는데요. 두 분이 나이 차이가 많이 나세요. 그런데 저는 그때 두 분 나이가 같은 줄 알았어요. (웃음) 홍성우 변호사님은 노상 댄디하게, 깔끔하게 입으시는 반면 조영래 변호사님은 외모에 대해 일체의 관심이 없으신 분이래 나이 차이가 안 느껴졌어요. 한 번도 조영래 변호사님한테 그 얘기를 한 적은 없어요. 첫 만남 때 저는 안경 낀 전형적인 학생 같은 느낌의 사람이었을 거예요. (조영래 변호사님은) 제가 말하는 것을 열심히 받아 적으셨죠. 그리고 이후 제 사건 관련해서 주심변호사로 활동하셨고요. 홍성우 변호사님, 황인철 변호사님, 조준희 변호사님 등 몇 분이 같이 하셨는데 조영래 변호사님은 제

가 맨 처음 인천(구치소)에 있을 때부터 의정부(교도소)에 있을 때까지 거의 일주일에 한 번씩 계속 오셔서 두세 시간씩 얘기하고 가셨어요. 제가 감옥에서 나오자마자



원주 고향집으로 갔을 때도 원주로 오셨어요. 돌아가시기 전까지는 제가 조변호사님이 가장 자주 만났던 사람 중 하나일 거예요. 늘 데리고 다니셨고 챙겨주셨어요. 이후 민사소송 진행하는 과정까지도 저는 전적으로 의존을 많이 했고요. '노동 인권회관'을 만들었는데 그 이름도 직접 지어주셨어요. '인권'이라는 표현도 당시 운동권의 사고방식으로는 너무 부드러운 표현이었죠. 그런 식의 태도에 대해서 비판적이시면서 대중적인 접근을 많이 생각하셨고, 저에 대한 배려를 굉장히 섬세하게 열심히 해주셨죠.

### 부천경찰서성고문사건

1985년 서울대학교 의류학과 4학년에 재학중이던 권인숙은 당시 노동 현장에 참여하였던 대학생들이 그러하였던 것처럼 제적을 당하고 가명으로 경기도 부천시에 있던 가스배출기 제조업체에 위장취업을 하였다. 이듬해 6월 4일 권인숙은 주민등록증을 위조한 공문서변조혐의로 부천경찰서로 연행된 뒤 지하 조사실에서 문귀동 경장으로부터 조사를 받았다. 6월 6일과 7일 이틀에 걸쳐 문귀동은 위장취업과 무관한 이른바

5·3인천사태의 관련자 행방을 캐물으면서 반말과 욕설은 물론 성적 고문을 자행하였다.

조사를 받고 풀려나온 권인숙은 조영래·홍성우·이상수 등 인권변호사들의 도움을 얻어 같은 해 7월 3일 문귀동을 강제추행 혐의로 고소하였지만, 검찰은 문귀동에 대하여 불기소 결정을 내렸고, 이에 대한변호사협회가 8월 25일에 재정신청을 청구하였으나 10월 31일 서울고등법원은 이를 기각하였다.

1986년 12월 1일 권인숙은 인천지방법원에서 징역 1년 6월을 선고받았고, 항소심을 제기하였으나 불공정한 재판은 계속되었다. 그러다가 1987년 6월민주항쟁이 일어났고, 권인숙은 그 직후인 7월 8일에 가석방되었으며, 이듬해 2월 대법원에서 재정신청을 받아들였다. 이후 재수사가 추진되어 1989년 6월 문귀동은 징역 5년을 선고받고 파면되었다.

이 사건은 민주화운동 세력에 대한 공권력의 추악한 탄압, 군사독재정권의 하수인으로 전락한 사법부, 국가권력의 언론 장악과 이에 복종한 언론의 부도덕한 실상 등을 총체적으로 드러낸 사건으로서 이후 민주화운동의 밑거름이 되었다.

### 김지미

말씀 들어보면 처음에는 변호인과 의뢰인의 관계로 만나게 되었지만 변호인이라는 정체성만 가지고는 그렇게 못하는 거잖아요. 인간적인 유대관계가 끈끈하게 이어졌던 것 같아요.

### 권인숙

책임감도 가지셨던 것 같고 멘토-멘티 관계의 가장 전형적인 모습이

아니었을까하는 생각이 들어요.

### 김지미

강금실 변호사님께서는 그때 법원에 계셨을 때여서 동료 변호사는 아니셨던 거잖아요. 어떻게 조영래 변호사님을 알게 되셨는지요

### 강금실

1987년에 제가 판사로 있을 때 변론을 의뢰하기 위해서 찾아빈 게 처음이었어요. 그 전에 그렇게 찾아볼 정도로 알게 된 이유는 지금 기억을 돌이켜보면 제가 사법연수원 다닐 때였나, 박주현 전 의원 등 여러 명하고 젠더 공부, 여성문제 공부, 독서모임도 하고 친하게 지냈어요. 그러다가 박주현 변호사가 연수원을 수료하고서 그 당시는 새로운 형태의 사무실인 시민합동법률사무소에 들어갔어요. 조영래 변호사님과 직접적인 교류는 없었지만 법조계 내부에 평판이 있던 분이었죠. 조영래 변호사님은 워낙 법원 내에서도 평판이 좋으셨어요. 인품과 실력으로도요. 법률적 전문성에서 평판이 자자하고 존경받는 분이셨어요.



1987년에 우리나라에서 자본론이 처음으로 번역 출판되어서 검찰이 국가보안법으로 문제 삼았을 때 그 책을 출판하셨던 분이, 지금은 작고한 당시 저의 남편인 김태경씨였어요. 제가 부산지방법원에 근무할 때였는데, 서울에서 (김태경씨가) 구속이 되어서 사건을 의뢰하기 위해서 조영래 변호사님을 찾아뵈었어요. 구속적부심에서 석방되었었죠. 그때 (조영래 변호사님이) 변론하셨어요. 조변호사님에 대한 인상은, 아까 구루라는 표현을 쓰셨는데, 전인격적 인품을 지니신 분이라고 할까요. 만나 보면 본인이 말씀은 별로 안하셨어요. 조변호사님이 많이 말씀하신 기억은 안나요. 굉장히 뛰어난 법률가이시면서 전인격적 인품을 가지셨구요. 굉장히 탁월한 전략가이셨죠.

사건을 어떻게 접근하고 어떻게 구성해야만 좋은 결과를 얻을 수 있는가에 대해 탁월한 전략을 갖고 계신 분이었어요. 그것도 격조 높은 전략, 전문성이었어요. 그래서 두루두루 많은 분들이 따르고 존경하고 본받고 후배들도 많이 모으고 했던 리더십을 가지고 계셨죠. (국가보안법 사건 때도) 여러 가지로 배려하시고, 저한테 그 말씀하신 것도 기억이 나요. 남편이 구속됐다고 해서 허겁지겁이었을 때, 당시에는 정말 (사회적으로) 충격적인 사건이었거든요. 여성 판사고, 남편이 구속되었다는 것이요. 상담하러 갔을 때 기억이 나는 게 반드시 휴가를 내고 움직이라는 것이었어요. 굉장히 일을 철저하게 하시는 분이었어요.

### 권인숙

말씀을 잘 안하셨던 것 같다고 하신 게, 그분의 특징적인 모습이기도 해요. 우리가 대화를 하다보면 대화를 하는 목적이 그 사람의 이야기를 듣고 문제를 해결하기 위해서 하기보다는 자기 의견을 내세우고 주장하고

확인받는 심리적 욕구가 많잖아요. 조변호사님은 그런 게 없는 분이예요. 대화를 하면 정말로 ‘대화’를 하는 분이세요. 그 사람의 정보와 지금의 어려움과 심리상태 이런 것에 최대한 집중해서 그것에 맞춰서 이야기를 하시기 때문에 말을 막 늘어지게 한다거나 이런 느낌이 안 나는 다른 대화법을 가지신 분이었어요. 살면서 그런 식으로 정말 집중해서 대화하는 분을 본적이 없는 것 같아요.



### 강금실

(다른 사람들은) 잘 안 들죠. (웃음) 대화가 잘 되면 싸울 필요가 없죠.

### 권인숙

참새가 방앗간 드나들 듯이 제가 시민합동법률사무소에 다녔는데, 이분의 가장 중요한 특성이 시간을 못 맞추시는 거였어요. 정~말 시간 개념이 없으신 분이었어요. (웃음) 이 일에 몰두하면 다른 일은 연착되는 거죠. 말하고자 하는 사람들이 사업상의 논의만이 아니라, 구루와의 대화를 하고 싶은 이유가 더 컸을 것 같아요. 노동자들도 그렇고 정말로 너무 많은 사

람들이 대화하려고 기다리고 있었죠. 정말 그 대화법은 특히 우리 사회의 남성들한테 ‘이렇게 할 수 없어?’라고 보여주고 싶고요(웃음). 정말 그런 (조영래 변호사님과 같은 대화법을 가진) 사람을 제가 본 적이 거의 없는 것 같아요.

## 조영래 변호사의 인간적인 모습

### 김지미

저처럼 조영래 변호사님을 만나본 적이 없는 입장에서는 더 궁금해져요. 영상 같은 것도 없는 상황이라 실제 어떤 분이셨는지 더 궁금해지는데요. 이 분의 인간적인 면모를 잘 드러내는 일화나 에피소드가 있을까요?

### 권인숙

제가 고민을 많이 했어요. 이분에 대해서 어떤 식으로 규정하는 게 맞을까요. 일단 구루라는 이야기가 나왔지만, 어려서부터 불교에 심취하셨고, 한자, 한시, 철학적 소양이라고 할까요, 그런 게 깊으시고 학자적 욕심이 많은 사람이었어요. 영어로 된 페레스트로이카란 책을 보시면서 러시아어로 읽고 싶다는 거예요. 그런 식의 학자적 욕심이 있으셨어요. 구도자적인 사람인데, (조변호사님을 표현할 수 있는) 핵심적 언어가 뭘까 생각해봤는데, ‘인본주의자’인 것 같아요. 사람에 대한 존중감, 따뜻함. 사람에 대한 태도를 가장 중요하게 생각하신 분이었던 것 같고, 자기 명분이 가장 그거에 꽂히시는 분이셨던 것 같은데, 그게 잘 이루어질 수 있었던 근거는 경쟁심이라든가 인정욕구에서 자유로우셨기 때문인 것 같아요.

### 김지미

요즘 말로 하면, 자존감이 엄청 높으셨던 분이었군요.

### 권인숙

자존감이 높고, 인정 경쟁 등의 기준이 자기의 삶에서 영향을 전혀 안 미쳤어요. 저의 기준에서는 서울대 수석을 해서 그런가라는 생각까지 했었어요. 일단 사람들이 인정해주고 평가해주는 세속적인 기준을 완성한 사람이어서 그런가라는 생각을 했죠. 정말 경쟁심, 자기 확인욕구가 거의 없으셨어요. 민주화 운동 이후의 과정을 거치면서 사람들은 끊임없이 내가 이걸 했으니 사회적으로 보상을 바라고 인정받기를 원하고 그것을 통해 사회가 움직이잖아요. 이분은 6년을 수배 당하시고, 민청학련 사건으로 감옥 가시고, 책도 쓰시고 했지만, 그런 행적을 내세워서 자기를 조금이라도 드러내려는 마음이 없으셨어요. ‘나는 이런 걸 했어’라고 이야기하는 분이 아니세요. 돌아가시기 전까지 자랑 대화를 정말 많이 하셨는데도 저한테 자기가 전태일 평전을 썼다는 이야기를 안 하셨어요. 한 번 이러신 적은 있어요. “나도 베스트셀러가 있는데”. 그게 뭐예요? 라고 하니 까 이야기를 안 하시는 거예요. 언젠지 기억은 안 나는데 책 개정판을 내는 이야기가 나오고 나서 조변호사님이 쓰셨다는 것을 알게 됐어요.

인간에 대한 존중감이 깊으신데, 막연한 철학자가 아니라 현실을 정말 잘 아시는 분이셨죠. 고등학교 때부터 사회운동을 하신 분인데, 그 맥락을 참 잘 아시고 정확한 전략을 세우고, 사람의 심리를 잘 아세요. 삶의 다양한 결들에 대한 이해가 깊으셨죠. 아드님을 계속 데리고 다니셨어요. 주중에도 필요하면 애를 데리고 다니셨어요. 요구가 강한 아이였는데도 짜증 한 번을 낸 적이 없으셨어요. 어떤 사람이든, 특히 약자들한테 함

부로 대하는 태도를 굉장히 못견뎌하셨죠. 수다스럽게 이야기를 하자면, 20대 때 조변호사님을 보고나서는 다른 남성들의 허세를 감당할 수가 없어서 그 때문에 인생의 어려움이 있기도 했죠. (웃음) 그렇게까지 자유로운 남성성. 한국 문화 속에, 80년대에 있었을 수 있을까? 그 이후에도 보기 어려운 것 같아요.

### 강금실

저는 두 가지만 말씀드릴까 해요. 하나는 제가 겪었던, 과묵하셨던 분이라는 것이구요. 당시 선배이셨던 분이 박정희 대통령 때 관료로 있었는데, 조영래 변호사님이 도망다닐 때 그 집에 오래 신세지신 거예요. 그런데 그 분이 잡혀가신 뒤에도 끝까지 의리를 지키신 거죠. 발설하는 순간 쫓겨나는 건데, 얼마나 조변호사님을 아끼셨으면 끝까지 숨겨주셨을까, 잡혀갔을 때 본인의 생명문제가 달린 거잖아요. 간접적으로 조변호사님 성품에 대해 들었던 기억이 나고요. 공익 활동 본격적으로 하시기 전에 계셨던 데가 김앤장이거든요. 지금으로 따지면 정치적 입장과 관계없이 인품과 삶의 철학이 존경 받는 거죠. 다르지만 존경 받는 것. 다른 사람들이 다르게 사는 것도 상호 존중하는 것. 그런 부분들이 상당히 인상 깊은데, 요즘 시대가치로 말한다면 ‘Integral Approach’, 통합적 접근, 그 점에서 시대를 상당히 앞서가셨죠. 지금 더 그렇다고 생각하는 게, 우리가 이렇게까지 갈라질 필요는 없는데 갈등이 고조되는 사회에서 살다보니까 서로 입장은 다르지만 서로 존중하고 대화가 되는 인격이 그리운 거구요.

또 하나는 시대를 굉장히 앞서갔고 시대의 흐름을 굉장히 정확하게 읽으신 것 같아요. 그 점에서 깊이 생각하셨고. 남들보다 더 많이 더 멀리 보셨기 때문에 중요한 사건들에 기록을 남기신 것 같아요. 권의원님 사건

은 말할 것도 없고, 80년대, 90년대 말 환경운동이 세계적으로 커질 때, 망원동 수재 사건, 여성 조기 정년 문제 등 공익에 단순히 투쟁하는 것뿐만이 아니고, 모든 영역에 걸쳐서 공익적인 가치에 눈을 떴고, 사법적 법치주의적 프로세스를 통해서 시대가 앞으로 나갈 수 있게끔 크게 기여를 하신거죠. 조변호사님 나온 시대가 사법적 법치주의나 인권 이런 것들이 잘 되어있는 상황이었는데 시대를 이끌어주시고 끌어올리는 역할을 굉장히 많이 하신 것 같아요. 조영래 변호사님이 하셨던 탁월한 전략적 방법론, 절차적 방법론을 많이 우리가 배울 필요가 있다고 생각해요.

### 망원동 수재 손해배상 사건

조영래변호사는 1983년에 시민공익법률사무소를 설립한 이후 1984년 망원동 수해 주민들의 집단 손해배상청구소송을 시작하였다. 1984년 대홍수로 서울 망원동 5,000여가구가 침수당한 사건에 무보수로 참여해 3년에 걸친 법정 공방 끝에 ‘천재’가 아닌 ‘인재’라는 판결을 받아내었다. 조 변호사는 이 사건 가옥침수 원인은, 첫째 망원유수지 일체의 유수지 시설물을 점유하는 서울특별시의 그 설치, 관리상의 잘못과, 둘째 (주)현대건설의 부실공사, 셋째 유수지 시설물을 관리하는 서울시 소속 공무원의 수재발생 방지노력 태만에 있다고 주장, 각 손해배상을 청구하는 소장을 법원에 제출한다. 서울시는 중량급 변호사들 5명을 소송대리인으로 선임하여 장황한 법리 전개와 일본 수해소송의 예를 들어가며 시의 책임을 극구 부인하게 되는 근거를 제시하는 한편 시가 보유하고 있는 토목공학, 토질역학의 방대한 정보, 지식을 동원하여 망원유수지 수문붕괴가 불가항력적인 천재였음을 강조하는 물량공세를 펴 부었다.

조 변호사는 이러한 방대한 물량공세를 두세 차례의 과학적이고도 집약적인 반론제기로 단숨에 이를 무력화시킴으로써 시를 당황시킨다.

집단소송제도 없고 그 개념조차 낳설던 1984년, 그는 2,300여 피해 가구를 조직하는 고단한 법정 투쟁 끝에 호우 피해는 천재(天災)가 아닌 국가의 책임임을 입증했다. 인권변호가 시국 형사사건에 머물던 시대에, 일반 국민의 일상에도 법률이 유용할 수 있음을 한국 사회에 알린 것이다.

### 여성 조기정년제 사건

조영래변호사는 1986년, 당시 전화교환원 이경숙의 호소로 시작된 여성 조기정년제 철폐소송을 이끌었다. 당시 이경숙은 교통사고로 직장을 그만두려고 했는데 미혼 여직원은 보통 25살쯤 결혼을 하고 직장을 그만둔다는 터무니없는 논리로 남직원보다 퇴직금 등을 덜 주는 것에 반발하고 소송을 걸었지만 ‘미혼 여직원의 정년은 25세’라는 1심 재판부의 판결에 절망해 항소를 망설이는 상태였다. 조영래는 그녀를 설득, 항소심에서 여성의 정년도 남성과 똑같이 55세임을 확인받았다. 조 변호사는 이 사건이 개인 이경숙의 이해관계를 넘어 한국여성 전체의 권익에 관계되는 사건이라고 판단하여 무료로 이 사건을 수임하겠다는 적극적인 의사표시를 하였고, 일곱 번의 긴 심리를 거쳐 결국 항소심 재판부로부터 여성계의 주장을 받아들여 준다. 이 사건은 승소판결에 이르기까지의 과정과 결과 모두가 큰 수확이고 매우 고무적인 것이었으며, 우리나라 여성운동사의 한 획을 긋는 주요 판결이다.

### 김지미

지금까지도 우리 사회가 풀지 못했던 과제들에 이미 몇 십 년 전에 천착하신 분이잖아요. 인권, 공익이라는 개념조차 희박했던 시대에요. 인간적 품성을 들어보면 성직자, 철학자, 시대를 앞서가는 지도자 같은 느낌도 들고요. 한 사람이 어떻게 이런 여러 가지 모습을 다 가지고 있을 수 있을까 싶어요. 앞으로는 이런 분이 없을 수 있겠다는 생각도 들거든요.

### 권인숙

시대의 영물이죠.

### 강금실

그렇죠. 한국 현대사가 낳은 탁월한 분이죠.

### 권인숙

사랑을 많이 받고 자라신 분이고, 가족들도 인간적 면모에 대해서 비슷하게 평가를 하세요. 인간에 대한 애정이 되게 깊으시고, 사람에 관심이 많으시고. 사회가 어떻게 변해야 할까, 그 사람들이 잘 되기 위해서 사회가 어떻게 변해야 할까, 본인의 에너지가 거기에 집중되신 분 같아요. 물론 문화적 욕망도 크시고, 그림도 좋아하신 분이었지만 기본적으로 구조가 어떻게 바뀌어야 약자가 덜 힘들고 사람들이 서로 존중할 수 있을 것인지에 대한 고민이 많으셨어요. 아마 군부독재시대와 전태일의 분신같은 처참한, 도저히 시선을 주지 않을 수 없는 문제들이 없었다면 다른 삶을 사셨을 수도 있을 것 같아요. 사회운동가로서 삶을 꼭 선택하지 않을 수도 있을 것 같아요. 사람에 대한 애정, 깊은 존경 이런 것들을 실현해내는 방법이 이때는 이것밖에 없다고 본인이 선택하신 것 같아요.

단일화 실패 이후에 마음고생을 정말 많이 하셨어요. 단일화 실패를 정말 마음 아프게 받아들이셨어요, 인간적 좌절의 시기였던 것 같아요. 저한테는 그 정도의 시련은 아니었는데, 그분은 전 인생을 걸고 노력해온 세상을 바꿀 수 있는 그 기회를 스스로 놓쳤다고 생각하신 것 같아요. 대선에서 노태우가 당선되는 것을 보면서요. 그 이후 저를 여기저기 많이 데리고 다니셨는데요, 그때 지금 자신이 해야 될 일이 무엇일까 고민을 많이 하셨던 것 같아요. 그때 단순히 단일화 실패가 아니라, 운동하던 분들도 갈거리 찢어진 대단한 시련기였고, 그 고민에 대한 해답이 적극적으로 주어지지 않았던 것 같아요. 이분의 삶의 핵심에는 무엇을 했을 때 사회가 달라질 수 있을까, 진취적인 메시지를 전달할 수 있을까, 사리사욕 이라곤 하나도 없이 자기를 닦아온 사람들만이 볼 수 있는 영롱한 면이 있는데 그 해답이 주어지지 않았던 것 같아요.

### 김지미

지금은 전태일 평전을 조영래 변호사님께서 쓰신 것을 모두가 알고 있지만 돌아가실 때까지도 그걸 몰랐다는 거잖아요. 강금실 변호사님께서 연수원에서 전태일 평전을 보셨다는 자료가 있더라구요. 이후의 변호사님 행보나 세계관에 영향을 미친 부분이 있을까요?

### 강금실

그 시대의 길을 밝혀주는, 사람의 가슴을 울리는 책들이 있는데, 우리 사회에서는 전태일 평전이 80년대 초에 그런 책이었죠. 어려운 노동 환경 속에서 노동자의 삶을 뛰어 넘는 인간으로서의 존엄 그런 경지에까지 이르는, 전태일 열사나, 작가가 조영래 변호사님이었기 때문에 그것을 캐치 해낸 것이라 생각하는데요, 지금도 코로나 때문에 인종차별이 심한데, 하

찮게 여겨지는 환경 속에서의 인간이 얼마나 지성적이고 지고지순한 품위가 있는가를 실천 속에서 던져주었거든요. 무한한 감동을 줬죠. 어떻게 보면 인본주의의 최고 교과서죠. 그 시대가 요청하는 실천을 외면할 수 없는 영향을 주는 책이었죠. 저는 판사였지만 사법부를 포함한 한국의 법률가들이 조변호사님 같은 분들이 있다는 위로, 격려, 이런 분들이 우리의 양심이라는 그런 공감 그런 것들이 컸었죠. 전태일 평전을 통한 노동자와의 만남이 우리 지식인 전체를 겸손하고 부끄럽게 만든 것 같아요.

개인적으로 계속 공부하지 않으면 사람이 녹슬거든요. 대체로 20, 30대 정신이 멈춘 채 살아간다는 생각이 들어요. 더 노력하고 더 알려고 하고 더 발전하려는 노력을 잘 안하고 20대의 고집, 30대의 고집으로 '내가 다 알아'하거든요.(웃음) 개인적으로는 (조변호사님을) 잘 모르지만 지독한 인본주의자로서의 지식적 면모와 실천가를 겸비하셨다는 완전한 인간에 가까웠다는, 치열하게 공부하고 노력하셨다는 생각이 들어요.

### 김지미

변호사님께서 판사로 계실 때, 시위로 즉심에 넘겨진 사람들 무죄 판결을 해서 사찰을 받으셨다는 일화도 봤어요. 방금 말씀하신 인식들이 판결에도 영향을 미쳤다고 볼 수 있을까요?

### 강금실

당연히 판사로서의 판결을 하면 가치관이 영향을 미치죠. 평소에 꾸준히 관심을 갖고 공부를 해야 하는 이유가 내적으로 축적이 되어야 하나의 실천으로 나올 수 있는 거지 그게 없으면 실천이 잘 안 나오죠. 당시에는 굉장히 엄혹했어요. 저의 개인적인 일화지만 제가 판사로 있을 때 주모자

도 아닌 서울대생을 혼방했다는 별것도 아닌 걸로 어느 기관이 즉결 재판 장소에 나와 있을 때거든요. 그 때 (배우자였던) 김태경씨가 당시 경향 신문사에 취업하려고 했는데 신원조회에 걸린 게, 부인이 문제가 있다고 걸린 거예요. 판사인 부인이 문제가 있다고 남편이 취업이 안 되는 일화가 있죠. (웃음)

83~84년 그 때가 한국사회가 가장 힘든 때였죠. 김근태 의원님이 고문 당하기까지요. 소수 여성 판사인 저도 힘든 면이 많았지만, 조영래 변호사님이 그림다고 생각하게 되는 이유 중 하나가 입장이 다르든, 어디에 있든, 그 당시는 저도 항상 도와주는 사람들이 있는 거예요. 가를 수가 없어요. 이 사람은 우리 편이고 이 사람은 아니라고 할 수가 없는 게 많은 법원에 있는 선배들이 감싸줬고, 좌천 보내려고 할 때도 아니라고 감싸주고요. 조영래 변호사님을 중심으로 보면 그 시대에는 공식적으로는 다툼이 있어도 인간적으로 서로 존경하고 존중하고 감싸주고 이런 유대감이 있던 시대였던 것 같아요. 아마 조변호사님은 그런 경험이 많으셨을 것 같아요.

### 전태일 평전

조영래 변호사는 대학 졸업 후 사법시험을 준비하던 중 전태일의 분신 항거를 접하였고, 수배 생활 중 '전태일 평전'을 집필하였다. 처음 '어느 청년 노동자의 삶과 죽음'이라는 제목으로 1983년 돌베개 출판사에서 간행하였다. 당시 저자의 이름은 '전태일 기념관 건립 위원회 위임'으로 나와 군사 독재 시절 내내 비밀에 부쳐졌다가, 1991년 1차 개정판에 이르러 저자가 조영래 변호사임이 밝혀졌다.



### 지금 조영래 변호사가 있다면

#### 김지미

지금 조영래 변호사님이 계신다면 어땠을까 생각을 안 해볼 수가 없는데요. 정치적으로 민주화가 되었고, 경제적으로 많은 성장을 했다고 하지만, 양극화 문제나 비정규직, 부동산 등 많은 문제들이 나오고 있잖아요. 지금 계시지 않는 분을 살아계신다고 가정한다는 게 좀 그렇긴 하지만 그래도 만약 조영래 변호사님이 계셨다면 지금 시대를 어떻게 평가하셨을까요?

#### 권인숙

그건 모르죠. 그분이 워낙 우리 예상치를 뛰어넘는 분이셨으니까요. 어떤 문제를 중심으로 세상을 풀어나가셨을지는 잘 모르겠어요. 그래도 추측을 해본다면 기본이 되는 것은 환경과 여성문제일 것 같아요. 비정규

직, 양극화 문제에 대한 소신은 강하게 가지셨을 것 같고, 어느 문제를 중심으로 세상을 이끌어나가셨을지는 잘 모르겠어요. 40대 이전의 삶이 너무 치열했고 정치적 유혹은 많았겠지만, 모르겠어요. 제가 욕심으로 치면 학자적 욕구가 가장 강하셨다고 했는데요, 그 부분에 더 많이 기우셨을 것 같고요. 미국의 시민운동가이자 변호사인 랄프 네이더를 좋아하셨어요. 사람들이 변하면서 세상이 변하는 그런 식의 활동과 방향에 대해 관심이 많으셨고요. 어떤 활동을 하셨을지 짐작하기는 어려운 것 같아요.

**김지미**

강변호사님의 경우에, 조영래 변호사님을 비롯한 그 시절의 그런 삶의 태도들이 변호사가 된 이후에도 영향을 미쳤다고 볼 수 있는 부분들이 있을까요?

**강금실**

조영래 변호사님하고 그 시절에 함께 공유했던 게 결국 인간으로서 어떻게 살아가야 하는가, 진실에 대해서 나는 삶의 진실에 대해서 나는 어떻게 대답하고 살아야 하는가 문제가 아닌가 싶어요. 개인의 차원이기도 하고, 사회의 차원이기도 하고, 요즘 같이 오픈된 시대에서는 세계적 차원이기도 하고, 기후변화가 너무 심한, 지구적 차원이기도 하고, 존재로서 어떻게 진실에 응답하고 살 것이냐 하는 어느 시대의 근본적인 질문에 대해 올바르게 대답하고 실천한 분이 있다면 우리는 그분을 귀감으로 삼을 수가 있는 거죠. 우리는 각자 그 고민을 하고 살고 있다고 생각해요. 조변호사님에 대해서 우리가 추모를 하는 이유는, 시대에 따라 과제는 달라지지만 응답은 같은 것 같아요. 가장 완전한 응답의 자세를 보여 주신 거죠. 그래서 우리가 기억하고, 지금 계셨더라면 하는 아쉬움이 있

는거죠.

**김지미**

말씀하신 기후변화 관련된 활동을 사단법인 선에서 하시고 계신 걸로 알고 있는데 그런 연장일까요?

**강금실**

조영래 변호사와 직접 관련은 없어요. 그런데 그런 인연들이 있다보니까 시민합동도 놀러가고 그랬나봐요. 판사를 96년 1월에 그만두었는데 제가 그만두자마자 시민합동에 계시던 박주현, 윤종현 변호사가 강추해서 민변에 들어갔거든요. 전관으로서는 굉장히 빨리 민변 들어가서 활동한 케이스고, 민변 동료였던 윤기원 대표, 이유정 변호사와 원에 왔으니까, 돌이켜보면 민변 커뮤니티가 제 삶의 큰 축이죠. 그 속에서 계속 공부하다가 환경문제도 하게 됐죠. 그리고 보니 계속 그 안에 있네요. 멀리 못가고요. (웃음)



## 그 밖의 Q&A

### 김지미

두분 뒤로 보이는 ‘민주사회를 위한 변호사모임’이라는 이름을 조영래 변호사님이 지으셨다고 알고 있는데 이야기를 들으신 적이 있나요?

### 권인숙

네 본인이 지은 걸로 들은 적이 있어요. 이런 식의 작명실력이 좋으셨어요. 글씨도 잘 쓰시고요.

### 김지미

안 갖추신 게 없네요.

### 권인숙

안 갖추신 건... 글썄요, 시간약속? 하하하. 시간약속과 황당한 옷차림?  
(웃음)

### 김지미

조영래 변호사님이 민변 이름을 지으셨다는 게 통설인데, 선배님들 사이에서는 약간의 논란이 있다고 합니다.

### 권인숙

이런 식의 화법이 좋다고 해서 본인이 지었다고 한 걸 들은 것 같아요.

### 김지미

생각해보면 80년대 이런 네이밍을 하실만한 분은 조영래 변호사님 밖에 없으셨을 것 같아요. ~모임으로 끝나는 이름에 거부감이 있지 않았을까 생각이 들어요.

### 권인숙

그러게요. 되게 ‘조영래스럽’잖아요.

### 서성민

요새 드라마나 영화에서 과거로 돌아가는 타임슬립을 주제로 하는 게 유행인데 만일 두 분이 타임슬립한다면 어느 순간으로 가서 조영래 변호사님과 함께 하고 싶으신지요?

### 권인숙

시민합동법률사무소가 전에 명지빌딩에 있었어요. 소파가 하나 있었는데 제대로 앉은 사람이 없고 다들 반쯤 걸터 앉아있어서 소파가 기울어져 있었어요. 조변호사님은 완전히 줄담배를 피셨고, 모든 걸 농담으로 만들어서 킬킬 거리면서 웃으시는 걸 좋아하고 농담 잘하는 사람을 좋아하고, 세상 이야기 하면서 소파쿠션의 숨을 죽이면서 앉아서 웃었던 그 순간에 가서 웃고 싶어요. 그게 제일 그리워요.

### 강금실

작고하신 게 90년 12월, 딱 30년 전인데, 그 이후로 30년을 살아와보니까 사회가 예측대로 흘러가는 건 아닌 것 같은데, 크게 보면 정의는 살아 있다거나, 정의와 진리를 찾아 살아가는 것 같아요. 30년 전으로 돌아가

서, 단일화 실패로 낙담하셨을 때 너무 실망하지 마시라고 하고 싶어요.

### 권인숙

그게 제일 적절하네요. (웃음) 정말 너무 실망하셨거든요.

### 강금실

우리는 실망도 많이 하잖아요. 크게 보면 사필귀정이니깐요. 우리가 더 잘해야 하는 게 중요한 거죠.

### 류하경

지금 이 시대에 두 분께서 청년의 나이로 산다고 하면, 민주화나 사회정의를 위해 어떤 일을 하셨을까요?

### 강금실

상상이 잘 안 되는데, 변호사 안 했을 것 같은데요? (일동 웃음) 요즘 힘들다하지만, 권의원님도 몸소 겪으셨고 신체와 양심의 자유가 기본권에서도 가장 본질적인 거잖아요. 그 기억이 나요. 지금은 경제적 권리가 제일 중요한 권리가 되었는데, 2000년대에는 프로그램적 권리라는 표현을 쓴 것 같아요. 너무 무거운 시대를 겪어왔는데, 저는 10대 때까지 사회적 관심이 많은 사람은 아니었던 것 같아요. 시대적인 게 우리에게 무거웠어요. 요즘 태어났으면 그냥 살지 않았을까.

### 권인숙

조영래 변호사님 기념홀 세우는 일 때문에 서울대를 간 적이 있는데 너무 마음이 무거운 거예요. (대학교 때의) 삶이 너무 저에게 버거웠었나봐

요. 저는 몇 가지 선택에 대해서 후회를 하지 않는데요, 부친 성고문 사건을 알린 것이나 여성학 했던 것들을 후회하진 않는데, 버겁게 자기를 몰아치고 주변을 몰아치는 격렬함을 겪은 20대의 삶으로 돌아가고 싶지는 않은 것 같아요. 지금 와서 무엇을 했을까는. 저는 자기주장이 강했던 사람이어서 그걸 주체를 못하고 또 어떤 트랙에 빠져서 괴로워하고 있을 것 같아요. (일동 웃음) 모르겠어요. 요즘 20대의 느낌은 저희와는 다른 게, 저는 세상을 이끄는 주역의 느낌으로 세상을 살면서 무거움을 감당할 수 없었던 존재, 자기를 너무 어른이라고 생각하는 존재였어요. 지금은 자기 하나 챙기기 어려운 나이로 보잖아요. 사회관계 속에서 젠더 문제도 있고, 물론 페미니스트는 당연히 됐을 것 같지만 나머지는 잘 모르겠어요. 하하하.

### 최지훈

조영래 변호사님께서 젠더 이슈에 관심이 많으셨고 두 분도 그런 측면에서 동일한 역사의 획을 만드셨다고 생각해요. 현안 중에 가장 문제가 되고 있는 젠더 이슈는 무엇일까요?

### 강금실

저는 요즘 고민을 하고 있는데, 저는 에콜로지 쪽도 하고 있다보니까요, 한국에서는 에코페미니즘이 활발한 편이 아니에요. 해외에서는 기후위기와 젠더이슈가 부각되고 있거든요. 패러다임이 다 바뀌고 있어요. 기후변화와 젠더이슈를 해야 한다고 생각하는데 한국에서 어떻게 시작해야 할지 모르겠어요. 관심 있는 분들을 중심으로 한국에서 스터디부터 해야 한다고 생각해요.

**권인숙**

순위를 매기기는 어려운 것 같고, 바라는 것만 이야기해볼게요. 제가 당에 있고 하다보니까요. 요즘 20-30대의 여성들의 가치관, 메인스트림적인 정체성이 바뀐 상황인데요. 즉 절반 이상인 여성들이 성평등의 문제를 중요하게 여기고 있다는 현실을 의사결정자들이 정말 몰라요. 세상이 많이 바뀌어도 정작 의사결정자들 본인은 하나도 불편하지 않은 현실이 지속되고 있다는 것의 의미가 무엇인지 모르는 사람들이 세상을 결정하고 있는 현실이, 국회에 있기 때문에 가장 크게 느껴져요. 청년 이야기를 할 때 일부 20대 남성 청년 목소리만 너무 크게 전달되고 있는 것이 가장 먼저 바뀌어야 하는 현실인 것 같아요.

**서성민**

이미 알려진 큰 사건들 말고 조영래 변호사님이 맡으신 작거나 일상적인 사건들은 어떻게 있을까요? 귀찮게 하는 의뢰인이 있었다거나.

**권인숙**

의뢰인에 대한 이야기를 같이한 적은 없는 것 같구요. 고결하고 막 그렇게 생활하는 분은 아니에요. 춤추는 것 좋아하시고, 노래 좋아하시고 잘 하시고, 그리고 노래 잘한다는 이야기를 듣고 싶어하시고, 하하하. 다만 너무 삶의 많은 이슈들을 짚어지고 가셨던 것 같아요. 6년 도피생활하셨는데, 그때의 도피는 상상을 초월하는 거거든요. 도피를 도와주는 사람들도 감옥에 오래갈 각오를 하고 도와주는 거구요. 얼마나 눈치가 보였겠어요. 다른 사람들을 위협에 처하게 하면서 자기를 살려야 하는 상황이었고, 그 와중에 전태일 평전도 쓰셨구요. 그 때의 것들이 스트레스로 축적이 되었나라는 생각이 들더라구요. 본인의 삶은 여유가 있고 재능이 있으

셨지만 삶이 너무 인텐스하고 성찰적으로 깨닫는 거도 많으시고, 불교도 좋아하시고, 그분이 가장 다른 점은 도식적이고 교조적인 사람들을 정말 싫어하셨어요.

**강금실**

제 기억에도 당시 모든 사람이 조변호사님께 의지했어요. 단순히 논리적인 변론의 문제가 아니라 인간적, 심리적 감정까지 조변호사님께 다들 의지했어요. 돌아가셨을 때 많이들 우셨죠. 정신적 어머니 역할이셨던 것 같아요.

**권인숙**

우리가 자기 자신으로부터 자유로우면서 남을 대하는 사람은 거의 만나지 못하잖아요. 조영래변호사님 어머니부터 그런 분이었고, 저희는 특별한 사람하고 시대를 함께 했던거죠.

**앞으로 민변의 역할에 대한 생각****김지미**

권의원님의 경우에는 외부에서 봤을 때 민변과도 인연이 닿아있다고 볼 수 있는 입장에서 또는 의정활동을 하시는 입장에서 민변이 사회에서 어떤 역할을 했으면 좋겠다는 생각이 있으실까요?



### 권인숙

제가 국회에 와보니 성평등이나 여성의제에 대해 관심을 갖는 의원님들이 거의 없어요. 민변 출신 의원님이라고해서 적극적으로 관심을 기울이지지도 않으세요. 20~30대 여성들의 의식과 삶의 지형이 변하고 있는 시대의 흐름에, 민변이 가지고 있는 진보성과 법지식인으로서 사회를 이끌 수 있는 집단이 여성의제들에 대해서 좀 더 적극적으로 리드했으면 좋겠다는 생각이 들죠. 변호사들이 피해자들과 주로 결합해서 활동을 하니가 가능하지 않은 면도 있겠지만 다양한 차원에서 여성의제를 이끌어주시고 발언을 더 해주셨으면 합니다.

### 김지미

코로나 때문이기도 하지만 선후배간 교류가 많이 줄었고 특히 선배님들 모시고 이야기 듣는 자리가 귀한 자리여서 오늘 자리가 정말 좋은데요. 강변호사님께서 후배변호사들에게 당부하고 싶은 말씀 있으실까요?

### 강금실

조영래 변호사님 이야기 하면서 나눈 바람을 후배들이 이어갔으면 좋겠

어요. 더군다나 모임 이름도 지으셨고 창립멤버고, 민주사회를 위한 변호사모임 만들 때 선배들이 갖고 있었을 꿈과 열정을 현실에서도 잘 이어가는 지식인 집단이 되었으면 좋겠습니다. 다양한 영역, 새로운 흐름, 새로운 사회적 이슈들도 끊임없이 변화하면서 받아야 하고, 기본적인 기조에서 민변 하면 우리 사회에서 진정성 있게 법률가로서의 원칙을 지키는 집단이라는 존경을 받는 게 선배들이 바라는 바가 아닐까 싶어요. 그런 점에서 조금 아쉬운 부분들이 있죠.

### 권인숙

지금은 모든 집단이 난타를 당하고 있어서, 신뢰받고 권위를 가진, 애기를 하면 힘을 갖는 중심이 없는게 참…… 갈등해소에서 필요한데도 그런 집단이 없는 상황이죠. 민변이 그 정도 신뢰성을 가지고 있다고 보지만 어느 정도는 진영논리에 갇혀있다고 볼 여지가 있는, 물론 그게 우리의 의지만으로 되는 것은 아니겠지만, 그래서 더 조영래 변호사님이 그리운 면이 있죠.

### 김지미

어떤 면에서는 조영래 변호사님과 직접 접촉하고 그분을 멘토 삼아서 가까이에서 여러 가지를 보고 배울 수 있었던 두 분이 부럽기도 하고, 어떤 면에서는 돌아가셨을 때 나이가 지금 저보다 어린 나이여서, 내가 그런 선배가 되어야 하는데 라는 생각도 들기도 하고 여러 가지 생각을 하게 되었습니다.

30주기 기념으로 해서 마련한 자리인데, 저는 빈 적도 없지만 벌써 30년이나 됐다고? 생각할 정도로 아직까지도 현실감 있게 살아계신 느낌을 주

시는 분이고, 업적뿐만 아니라 인품의 면에서도 존경받을만한 분이셨기 때문에 그런 느낌이 드는 게 아닐까 싶어요. 오늘 두 분 소감 들어보고 자리 마무리하겠습니다.

### 강금실

권의원님 통해서도 조변호사님에 대해서 많이 들을 수 있어서 좋았고, 후배님들도 볼 수 있어서도 좋았습니다. 오늘 자리를 마련해주셔서 감사합니다.

### 권인숙

조변호사님을 기념하는게 순탄하지 않았던 것에 대한 미안함이 있었어요. 제가 게을러서 조변호사님에 대해서 쓰기도 어려웠는데, 오늘 그래도 조변호사님에 대해서 가장 많이 이야기한 자리였던 것 같아요. 강변호사님이 계시니까, 다르게 볼 수 있는 점도 있었구요. 인터뷰 통해서 한 번 (되돌아보면서) 정리해볼 수 있는 기회도 있어서 좋았습니다.

## 집중분석

1. 차별금지법의 쟁점과 전망 | 조혜인

2. 중대재해처벌법의 의의와 한계, 그리고 과제 | 권영국

3. 낙태죄 헌법불합치 결정을 이끌어낸 사회적 변화와 2021년 이후의 과제 | 최현정

4. 아동학대 대응시스템의 문제점 및 개선방안 | 김영주

집중분석 1
<h1 style="margin: 0;">차별금지법의 쟁점과 전망</h1>
조혜인

## I. 들어가며

차별금지법은 불합리한 차별을 시정하고 예방하여 헌법상 평등권과 인간의 존엄과 가치를 실현하는 것을 목적으로 하는 법률이다. 특히 차별을 포괄적으로 정의하고 차별의 피해구제와 예방을 구체적으로 규정하며 평등을 증진하기 위한 법·제도·정책의 밑그림을 통합적으로 제시하는 기본적인 법률로서 그 제정이 요청되어왔다.<sup>1</sup> 차별금지법은 참여정부의 국정과제 중 하나인 「국민통합과 양성평등의 구현」에 따라 제정이 추진되었다. 국가인권위원회는 수년의 법안 연구를 거쳐 2006년 「차별금지법안」을 마련하고 국무총리에게 그 제정을 권고하였고, 법무부는 이러한 권고를 토대로 2007년 「차별금지법안」을 발의하였다. 그런데 법무부 발의안은

<sup>1</sup> 이 법은 개별적 차별금지법과 대비되는 의미에서 ‘일반적 차별금지법’, 규율하는 사유와 영역이 포괄적이라는 점에서 ‘포괄적 차별금지법’ 등으로도 불리어왔다. 한국사회에서 이 법은 특히 ‘포괄적 차별금지법’이라는 이름으로 많이 알려져 있는데, 그 배경에는 본문에 서술한 차별금지사유를 둘러싼 논쟁이 존재한다. 차별금지법에서 특정 대상을 삭제해야한다는 반인권적인 주장을 둘러싼 논쟁은 한국사회에서 최근까지 이어져왔고, 이에 ‘포괄적 차별금지법’은 ‘인종, 성적지향, 성별정체성’ 등의 사유를 배제하지 않고 포괄하는 형태로 평등에 관한 기본법이 제정되어야 한다는 원칙을 드러내는 명명으로 기능하고 있다.

국가인권위원회법, 국가인권위원회의 권고안, 법무부의 입법예고안에 일관되게 들어가있었던 ‘병력, 출신국가, 언어, 가족형태 또는 가족상황, 범죄 및 보호처분의 전력, 성적 지향, 학력’이라는 7개 차별금지사유를 선별하여 삭제한 형태였다. 입법예고 후 이들 사유에 대해 재계와 일부 종교계의 반대가 있었다는 것이 삭제의 배경이었다. 입법예고까지 되었음에도 누군가의 반대가 있다는 이유로 특정한 차별사유를 삭제하거나 숨기는 법안은 더 이상 차별금지법이 아니라 ‘차별을 조장하는 법’이라는 비판이 거세게 제기되었다. 법무부안에 대한 대항 법안으로서 시민사회·인권단체가 마련한 「차별금지법안」이 노회찬 의원의 대표발의로 발의되었으나, 17대 국회에서 두 법안은 그 이상 논의되지 못하고 임기만으로 폐기되었다. 2007년 이후로도 몇 개의 차별금지법안이 꾸준히 발의되었으나, 2013년 민주통합당에서 2개의 차별금지법안을 발의하였다가 극우개신교계의 공격으로 2달 만에 발의를 철회한 사태 이후 국회에서의 제정 논의가 한동안 완전히 사라지게 되었다. 그러나 차별, 불평등, 혐오 문제에 관한 사회적 관심이 높아지면서 차별금지법에 관한 논의가 다시 본격화되기 시작했으며, 2020년 두 개의 법안이 다시 등장하였다. 2020. 6. 29. 국회에서 7년 만에 「차별금지법안(장혜영의원 대표발의안, 의안번호 2101116, 이하 별도의 수식어가 없는 이상 ‘차별금지법안’은 이 법안을 의미)」이 발의되었다. 국가인권위원회 또한 그 다음 날인 6. 30. 국회에 「평등 및 차별금지에 관한 법률」을 제정하라는 의견을 표명하며 법률 시안을 발표하였다(이하 ‘평등법시안’).

2020. 7. 2. 차별금지법제정연대<sup>2</sup>는 14개 인권·시민사회단체와 공동

<sup>2</sup> 차별금지법제정연대는 포괄적 차별금지법 제정을 위한 범시민사회·인권단체 연대체이다. 2011년 발족, 2017년 재출범을 거쳐 2021. 4. 현재 146개 단체가 참여하고 있다.

주최로 차별금지법 제정을 촉구하는 기자회견을 열고 〈차별금지법 제정의 가이드라인〉을 발표하였다.<sup>3</sup> 가이드라인은 ‘차별금지법 제정 과정에서 법에 반드시 담아야 하는 원칙과 내용, 그리고 사회적으로 충분히 알려지고 논의되어야 하는 법 제정의 의의’에 관한 최소한의 기준으로 다음의 세 가지 내용을 제시하였다 : 첫째, 차별에 관한 통합적인 정의와 구체적인 판단기준을 제시하는 법일 것, 둘째, 차별이 발생하기 전에 차별을 예방하고 차별이 발생하였을 때 피해자를 효과적으로 구제하기 위한 방법을 담을 것, 마지막으로 법의 제정이 ‘모든 이의 평등한 존엄’이라는 대원칙을 다시 세우며 평등에 관한 국가의 책무를 확인하는 과정이 될 것. 2020년 발의된 차별금지법안과 국가인권위원회의 평등법시안은 이러한 최소한의 기준을 충족하고 있다고 평가된다. 이후 국회 논의 과정에서 이러한 기준이 온전히 지켜지는 법안이 통과될 것인가가 중요한 쟁점이 될 것이다. 이 글은 위 세 기준을 중심으로 차별금지법의 내용을 살피고, 법에 반드시 담겨야 할 내용, 법 제정 과정에서 특히 조명되어야 할 문제의식은 무엇인지 살피고자 한다. 기본적으로 2020년 발의된 차별금지법안과 국가인권위원회 평등법시안의 내용을 살피되, 지금까지 발의된 차별금지법안들에 공통된 구조와 내용에 대한 설명일 때에는 차별금지법이라는 통칭도 병용하겠다.

## II. 가이드라인(1) : 차별에 대한 통합적인 정의와 판단기준 제시

차별금지법은 기본적으로 ‘차별이란 무엇인가’에 대한 사회적 가이드라

<sup>3</sup> 차별금지법제정연대, [사후보도자료]D-60일, 2020 차별금지법 제정을 위한 행동 선포 〈대세는 이미 차별금지법! 평등에 합류하라!〉, <https://equalityact.kr>, 작성일자 2020. 7. 2.

인이 되는 법이어야 한다. 그를 위해서는 차별에 관한 일반법으로서 차별 금지사유와 영역을 포괄하고, 차별에 대한 통합적 정의를 제시함으로써 차별 개념에 대한 사회적인 인식을 높이며, 차별에 관한 구체적인 판단기준을 제공할 수 있어야 한다. 2020년 차별금지법안과 평등법시안은 첫째, 20여개의 차별금지사유와 4개의 차별금지영역을 포괄적으로 규율하고, 둘째, 법을 통해 규율되는 차별을 5가지 차별유형과 복합차별로 정의함으로써 ‘차별’에 대한 통합적인 정의를 제시하고 있으며, 셋째, 각각의 차별금지영역별로 자세한 차별금지조항을 두어 무엇이 차별로서 문제될 수 있는지 자세하게 알 수 있도록 함으로써 이러한 최소한의 기준을 충족하고 있다. 각각의 내용을 간략히 살펴보도록 한다.

### 1. 차별의 포괄적인 규율

현재 한국에는 차별시정을 위한 개별적인 차별금지법률들이 존재한다. 특히 차별에 대한 실질적인 구제수단까지 갖추고 있는 단행법 형태로는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 ‘남녀고용평등법」), 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법」), 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법」), 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법」), 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하 ‘고용상 연령차별금지법」) 등이 제정되어 있다. 다음 표는 현재 개별적 차별금지법이 규율하고 있는 범위를 표시한 것이다. ▨로 표시된 부분은 차별에 관한 실체법 없이 국가인권위원회법(이하 ‘국가인권위법’)만의 규율을 받고 있는 영역으로, 차별에 대한 실체적 조항과 사법적 구제수단의 보완이 필요한 영역이다. 고용은 개별적 차별금지법들과 근로기준법의 적용으로 다른 영역에 비해 비교적 규율되는 범위가 넓

은 편이나, 근로기준법은 근로계약 체결 이후 단계에 기본적으로 적용이 되기 때문에 성별, 장애, 나이 이외의 사유로 모집·채용 단계에서 발생하는 다양한 차별은 국가인권위법을 제외하면 규제의 공백으로 남아있다. 재화·용역, 교육 영역에서의 차별을 다루고 있는 개별적 차별금지법은 장애인차별금지법이 유일하다.

[표. 개별적 차별금지법 규율 범위]<sup>4</sup>

영역 \ 사유		성별, 혼인, 가족지위, 임신출산	장애	나이	고용형태 일부	인종, 성적지향, 성별정체성, 종교, 사상, 가족형태, 학력, 병력, 출신 지역, 전과 등
고용	모집채용 단계	남녀고용 평등법	장애인차별 금지법	연령차별 금지법	기간제법 파견법	▨
	근로계약 체결이후					(근로기준법)
재화·용역		▨	장애인차별 금지법	▨	▨	▨
교육		▨	장애인차별 금지법	▨	▨	▨

차별금지법은 차별금지사유와 영역을 포괄적으로 규율함으로써 위와 같은 차별 규율의 공백을 메우고 있다. 차별금지사유를 먼저 살펴보면, 차별금지법안은 국가인권위법 제2조 제3호 ‘평등법 침해의 차별행위’에 규정된 19개 차별금지사유에 언어, 국적, 성별정체성, 고용형태를 추가한

<sup>4</sup> 조혜인, 「차별금지법과 제도적 대안」, 『세계인권선언 70주년 토론회 : 한국사회 차별의 현주소와 그 대안』, 금태섭 국회의원·김종대 국회의원·제윤경 국회의원 등 공동주최 토론회 자료집, 2018. 12. 4., 44면의 표를 일부 수정함.

23개 사유를, 평등법시안은 국가인권위법 19개 사유에 성별정체성, 고용 형태를 더한 21개 사유를 차별금지사유로 제시하였다.<sup>5</sup> 두 법안이 추가적 차별금지사유로 명시한 ‘성별정체성(gender identity)’은 ‘성적지향(sexual orientation)’과 더불어 이미 오래 전 국제인권규범상 차별금지사유로서 확고하게 확립된 사유이다.<sup>6</sup> 국가인권위법에 명시되어 있지 않으나 국가인권위원회는 성별정체성을 차별이 금지되는 사유 중 하나로 보며 그를 이유로 한 차별과 인권침해를 규율해왔다. 최근 실태조사는 성별정체성을 이유로 한 한국사회의 혐오차별이 매우 심각하여 이를 구체적으로 시정할 법적책이 필요하다는 점을 다시 한 번 확인시켰다.<sup>7</sup> 추가적 차별금지사유로 명시된 ‘고용형태’ 역시 국가인권위원회가 ‘사회적 신분’ 또는 ‘기타 사유’에 해당하는 차별금지사유로서 규율해온 사유이다. 현재 기간제과 파견법은 기간제근로자, 단시간근로자, 파견근로자를 대상으로 한 차별 중 일부분만을 규율하고 있다. 2020년 두 법안은 고용형태를 별도의 차별금지 사유로 명문화함으로써 차별금지법이 비정규직과 불안정노동 관련한 차별 전반을 널리 규율한다는 점을 명확히 하였다. 나아가 두 법안은 모두 차별금지사유로서의 ‘성별’에 관해 ‘여성, 남성, 그 외에 분류할 수 없는 성을 말한다’<sup>8</sup>는 정의조항을 두고 있는데, 이는 ‘인터섹스(Intersex, 간성)’에 해당한다는 이유로 가해지는 차별이 성별을 이유로 한 차별로서 금지

되고 있음을 명시한 것이다.<sup>9</sup>

두 번째로 차별금지영역을 살펴보면, 차별금지법은 ①△고용, ②△재화·용역·시설 등의 공급이나 이용, ③△교육, ④△행정서비스 등의 제공이나 이용이라는 4가지 영역을 자신의 규율범위로 규정하고 있다.<sup>10</sup> 공공성을 지닌 중요한 사회영역을 선별하여 그 영역에서의 차별을 특별하게 규율하고자 하는 것이다.<sup>11</sup> 이러한 4가지 영역은 외국에서도 일반적으로 차별금지법제가 규율하고 있는 영역들이다. 고용 영역의 범위와 관련하여 양 법안은 ‘근로자’와 ‘사용자’를 근로기준법상 근로자, 사용자보다 넓게 정의함으로써 고용 영역에서의 제반 차별을 보다 폭넓게 규율하고자 한다. 즉, 근로기준법상 근로자와 사용자뿐만 아니라 ‘근로계약을 체결하지 아니한 자라도 특정 사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무 수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자’와 ‘근로계약의 체결 여부와 상관없이 해당 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 사실상 지휘·감독권이 있는 자’ 역시 차별금지법의 적용을 받는 근로자와 사용자에 각각 해당한다.<sup>12</sup> 차별금지법은 나아가 장애

5 차별금지법안 제3조 제1항 제1호, 평등법시안 제3조 제1항 참조.

6 한국이 가입·비준한 국제인권조약들은 모두 성적지향과 성별정체성이 각 조약상 인정되는 차별금지사유에 해당한다고 보고 있다. 특히 성적지향·성별정체성을 이유로 한 차별이나 폭력으로부터 보호받을 권리는 새롭게 창설되어야 하는 권리가 아닌, 세계인권선언이 기초하고 국제인권조약이 구체화하는 국제인권법에 이미 포함되어 있는 권리이므로 유엔회원국은 이러한 차별을 금지할 ‘즉각적인 책무’를 갖는다는 점을 강조하고 있다(OHCHR, Born free and equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law, UN, 2012, 10면).

7 홍성수 외, 『트랜스젠더 혐오차별 실태조사』, 국가인권위원회 인권상황 실태조사 연구용역보고서, 2020. 참조

8 차별금지법안 제2조 제1호, 평등법시안 제2조 제1호는 ‘... 그 외에 분류할 수 없는 성’이라는 문구를 사용하고 있으나 취지는 동일하다.

9 간성은 ‘성해부학, 생식기, 호르몬이나 염색체 패턴 등의 신체적 또는 생물학적 성징(性徵)이 전형적인 남성 또는 여성의 정의와 들어맞지 않는 사람’을 지칭하는 포괄적인 개념이다. 전문가들은 전체 인구의 0.05%~1.7%가 이러한 간성으로 태어난다고 보고하고 있다(OHCHR, Free & Equal Campaign Fact Sheet: Intersex, UN, 2015, 1면 참조). 현재 대부분의 차별금지법제들은 ‘sex characteristic’과 같은 별도의 차별금지사유를 명시하거나, 간성 차별이 ‘성별’을 이유로 차별에 포함된다는 점을 명문상 또는 해석상 명확하게 인정함으로써 간성임을 이유로 한 차별을 규율하고 있다.

10 차별금지법안 제3조 제1항 제1호, 평등법시안 제3조 제1항 참조. 이러한 4개의 차별금지영역은 현행 국가인권위법 제3조 제3호에 근간을 둔 것이다.

11 위 영역들은 헌법에서 국가에 개입과 규율 권한 뿐만 아니라 영역을 적극적으로 조성하고 형성해야 할 의무까지 부여하고 있어[헌법 제31조(교육), 헌법 제32 및 제33조(노동), 헌법 제34~제36조(사회보장, 사회복지, 보건, 위생, 주거 등 사회서비스)]. 국가가 능동적으로 구성하는 ‘공공의 영역’으로 보아야 한다는 설명으로 국가인권위원회, 『평등법 설명자료3 - 평등법 쟁점과 팩트체크』, 5면 참조.

12 이와 같이 차별금지법상 근로자, 사용자 정의규정이 근로기준법과 다를 수 있는 것은 두 법률의 목적, 취지 및 성격이 다르기 때문이다. 근로기준법이 근로자와 사용자를 근로계약 중심으로 좁게 정의하는 근거는 이 법이 근로계약을 중심으로 한 권리와 의무를 규정하는 법률이라는 점에 있다. 반면 차별금지법은 사회의

인차별금지법을 제외하고는 차별금지법제가 따로 존재하지 않는 재화·용역 및 교육 영역을 규율함으로써 현행법제의 공백을 메운다. 후술하듯 차별금지법에서 금지하는 차별의 개념은 직접·간접차별 뿐만 아니라 괴롭힘, 성희롱 등을 포함하는 통합적 개념이다. 따라서 고용 영역뿐만 아니라 △학교, 대학 등 교육기관에서 발생하는 직접·간접차별, 괴롭힘 및 성희롱, △의료기관에서 진료를 받거나 상업시설을 이용하는 경우와 같이 재화·용역을 제공받는 과정에서 일어나는 직접·간접차별, 괴롭힘 및 성희롱 등이 널리 차별금지법의 규율 범위 안으로 들어오게 된다.

## 2. 차별에 대한 통합적인 정의

차별금지법은 차별에 대한 통합적인 정의를 제공한다. 2020년 차별금지법안과 평등법시안은 법에서 금지되는 차별의 유형으로 △직접차별, △간접차별, △괴롭힘, △성희롱, △차별을 표시·조장하는 광고를 제시하고 있다.<sup>13</sup> 차별금지법이 제정된다면 차별의 하나로서 ‘괴롭힘’이 명시적으로 규율되는 첫 입법례가 될 것이다.<sup>14</sup> ‘괴롭힘(harassment)’은 기본적인

주요한 공공 영역에서 발생하는 불합리한 차별을 널리 규율하고자 하는 법률이다. 따라서 고용과 관련한 차별 규율의 범위 역시 근로계약만을 중심으로 좁게 사고하기보다 현실에서 차별의 역관계(力關係)에 놓일 수 있는 사실상의 근로자와 사용자까지도 그 보호와 규율대상으로 삼는 것이 법의 취지에 부합한다. 외국의 차별금지법제 또한 고용 차별로부터 보호받거나 규제를 받는 근로자, 사용자의 범위를 노동법상 근로자, 사용자의 범위보다 넓게 규정하고 있는 것이 일반적이다(조혜인, 「차별금지영역에 대한 제 문제」, 『평등법의 올바른 제정을 위한 전문가 토론회 자료집』, 서울지방변호사회 주최, 2020. 11. 4., 42-43면 참조).

**13** 차별금지법안 제3조 제1항 제1호 내지 제5호, 평등법시안 제3조 제1항 내지 제5항  
**14** 장애인차별금지법은 ‘괴롭힘 등’을 정의하고 금지하고 있는데(제3조 제21호, 제32조) 이때의 ‘괴롭힘 등’은 학대, 폭력 등을 포함하는 매우 넓은 의미의 행위로 차별에 국한되지 않는 개념이다. 한편 일터에서 발생하는 차별적 괴롭힘은 ‘직장에서의 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘’는 괴롭힘 행위로서 근로기준법상 ‘직장 내 괴롭힘’에도 동시에 해당한다. 직장 내 괴롭힘 규정의 존재에도 불구하고, 차별금지법에서 괴롭힘을 차별의 한 유형으로 다시 규정하는 것은 ‘평등권 침해’의 관점과 문제의식으로 이러한 괴롭힘을 읽어낼 수 있는 근거를 명확히 제공한다는 점에서 그 독자적인 의의가 있다. 사회 안에서 구조적인 차별이 심각할수록 차별금지사유를 이유로 한 괴롭힘은 문제적 행동이 아닌 “정상적인” 언동이나 문화로 여겨지기 쉽다. 따라서 차별적 괴롭힘을 포착하고 개선시키기 위해서는 ‘차별’에 관한 문제의식과 관점이 필

로 자유권, 인격권 등을 침해하는 행위이다. 그런데 고용, 교육 등의 주요 사회영역에서 차별금지사유를 이유로 행해지는 괴롭힘은 특정 개인 또는 집단을 주요 사회영역에서 고립·배제시키려는 목적을 갖거나 그러한 효과를 만들어내는 차별적인 행위이기도 하다. 차별금지법은 차별금지사유를 이유로 한 괴롭힘을 이 법에서 금지하는 차별의 하나로 정의함으로써 이러한 행위가 개인의 일탈이 아닌 구조적 차별에 근거한 것임을 명확히 한다. 또한 차별금지법안과 평등법시안은 ‘성희롱’을 현행법보다 넓게 정의하면서 이러한 성희롱이 차별의 하나로서 규제된다는 점을 명시하고 있다. ‘성희롱(sexual harassment, 성적괴롭힘)’은 본래 노동 영역에 여성이 동등하게 참여하지 못하게 만드는 성차별의 하나로 도입된 개념이나<sup>15</sup> 성희롱이 성차별의 문제로서 규율된다는 점이 여전히 사회적으로 충분하게 인식되지 못하고 있다. 성희롱(성적 괴롭힘)이 괴롭힘과 함께 차별의 한 유형으로 나란히 명시되는 것은 성희롱이 개인의 ‘성적(性的)’ 문제가 아니라 피해자를 고용, 교육과 같은 중요한 사회영역에 동등하게 참여하지 못하게 만드는 ‘차별이자 괴롭힘’의 문제라는 점을 보다 선명하게 강조할 수 있는 계기가 될 것이다. 이처럼 차별금지법은 직접차별, 간접차별 뿐만 아니라 괴롭힘과 성희롱 등을 포함한 차별에 관한 통합적인 정의를 제공함으로써 괴롭힘, 성희롱 등이 조직적·구조적인 차별의 문제라는 점을 다시 한 번 일깨우며, 차별행위, 괴롭힘, 성희롱 등을 ‘평등권 침해’의 관점에서 통합적으로 읽어낼 수 있도록 한다.

수적이다.  
**15** 1970년대 미국에서 남성 사용자나 상급자들이 권력을 남용하여 성적인 말과 행동으로 여성들을 괴롭히고 불이익을 주는 현상을 표상하기 위한 개념으로 고안되었다. 미국 여성주의 법학자들은 이러한 성희롱이 민권법(Civil Rights Act) 제7편에서 금지하는 성차별에 해당한다고 주장하였고, 이러한 주장과 이론은 미국 연방대법원 판례, 미국 고용기회평등위원회(EEOC)의 성희롱에 관한 지침(Guidelines on Sexual Harassment) 등에 수용되며 정착되었다(김엘림, 「성희롱의 법적 개념의 형성과 변화」, 『젠더법학』 제6권 제2호, 2015, 4-8면).

차별금지법안은 위 5가지 차별유형과 더불어 '2가지 이상의 차별금지사유가 함께 작용하여 발생'한 직접·간접차별, 괴롭힘 등도 차별의 한 유형으로 보는 규정을 둬으로써 '복합차별'의 개념을 별도로 명시하고 있다.<sup>16</sup> 포괄적인 차별금지법 제정의 중요한 의의 중 하나는 차별금지사유를 포괄하는 법률을 제정함으로써 여러 사유가 복합적으로 작용하여 일어나는 '복합차별'을 규율할 수 있도록 한 것이다. 역사적으로 볼 때 차별을 규율하는 법제는 초기에 인종, 성별 등의 사유를 중심으로 발전하다가 점차 다양한 사유를 포괄적으로 아우르는 통합적인 법을 제정하는 방향으로 나아가게 되었다. 차별에 대한 인식과 이해가 높아지면서 더 많은 차별사유들을 다루어야 할 필요성이 생겼을 뿐만 아니라, 단일 사유를 기반으로 한 차별금지법만으로는 사람들의 정체성을 통합적으로 인식하기 어렵고 현실의 복합적인 차별 상황을 효과적으로 다룰 수 없다는 문제의식이 발전하였기 때문이다. 최근의 평등 및 차별금지에 관한 연구들 역시 현대 사회의 복잡한 차별과 불평등 문제를 해결하기 위해서는 차별의 교차성(Intersectionality)을 인식하고 규율할 수 있는 통합적인 법제가 필요하다는 점을 강조하고 있다.<sup>17</sup> 평등법시안은 복합차별에 대한 별도의 규정을 두지는 않았지만, '개인의 정체성은 성별, 장애, 나이 등 다양한 속성이 중첩되어 있고, 일상에서 이들 요소들이 서로 연결되는 경험을 하게 된다. 그렇기에 차별을 정확히 발견하기 위해서는 다양한 차별 현실을 종합적으로 해석할 수 있는 법률이 필요하다. 사회의 모든 차별을 망라하는 포괄적·일반적 평등법은 '차별 요소간의 수직화를 방지하고, 일관되고 통일된 기준을 적용할 수 있다는 강점이 있다'는 의견표명을 통해 이러한 복합

16 차별금지법안 제3조 제6호

17 Sandra Fredman, Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law, Report for European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, Brussels: European Commission, 2016 등 참조

차별의 문제의식을 강조하였다.<sup>18</sup>

### 3. 차별에 대한 구체적인 판단기준 제시

양 법안은 제3장 차별금지 및 예방조치에서 차별금지영역별로 차별로서 문제되는 행위가 무엇인지 자세하게 규정하고 있다. 차별금지법안 제3장 각 절의 내용을 조문제목 중심으로 정리하면 다음과 같다.<sup>19</sup>

「차별금지법안」 제3장 차별금지 및 예방조치		
<p><b>제1절 고용</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 모집·채용상의 차별금지</li> <li>• 근로계약</li> <li>• 근로조건</li> <li>• 임금·금품지급상의 차별금지</li> <li>• 임금외의 금품 등</li> <li>• 교육·훈련상의 차별금지</li> <li>• 배치상의 차별금지</li> <li>• 승진상의 차별금지</li> <li>• 해고·퇴직 등의 차별금지</li> <li>• 노동조합에서의 차별금지</li> <li>• 직업소개기관 등</li> </ul> <p><b>제2절 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 금융서비스 공급·이용의 차별금지</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 교통수단·상업시설 공급·이용의 차별금지</li> <li>• 토지·주거시설 공급·이용의 차별금지</li> <li>• 보건의료서비스 공급·이용의 차별금지</li> <li>• 문화 등의 공급·이용의 차별금지</li> <li>• 시설물 접근·이용의 차별금지</li> <li>• 관광서비스의 공급·이용의 차별금지</li> <li>• 정보통신서비스 공급·이용의 차별금지</li> <li>• 방송서비스 공급·이용의 차별금지</li> <li>• 단체 등의 운영에서의 차별금지</li> </ul>	<p><b>제3절 교육기관의 교육·직업훈련</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 교육기회의 차별금지</li> <li>• 교육내용의 차별금지</li> <li>• 학교활동 및 교육서비스의 차별금지</li> <li>• 교육기관의 장의 편의제공 의무</li> <li>• 교육책임자 등의 의무</li> <li>• 자격증 및 교육훈련에서의 차별금지</li> </ul> <p><b>제4절 행정서비스 등의 제공이나 이용</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 참정권 및 행정서비스 이용 보장 의무</li> <li>• 수사·재판상의 동등대우</li> <li>• 사용자의 편의제공 의무</li> <li>• 방송서비스 제공의 의무</li> </ul>

18 국가인권위원회, 「“모두를 위한 평등”향해 담대한 걸음 내디딜 때 - 국가인권위, 국회에 대하여 평등법 제정 의견표명 -」, 2020. 6. 30.자 보도자료

19 지면관계상 차별금지법안의 조문제목만을 정리하였다. 평등법시안도 전체적으로 유사한 내용을 담고 있으나 제1절 고용에 관한 조항이 상대적으로 적은 편이다.

이러한 제3장의 규정들은 장애차별금지법을 제외하면 차별 관련 법제 중에서 가장 포괄적이면서도 자세한 내용을 담고 있다. 예를 들어 제3장 제1절 고용은 고용과 관련한 모든 단계, 즉 노동관계의 성립 전후의 단계, 유지단계, 종료단계에서 문제되는 차별들을 차례로 규율하는 남녀고용평등법과 비슷한 편제를 취하면서도 조항을 더욱 세분화시켰다. 조항의 내용 또한 남녀고용평등법에 비해 훨씬 상세하게 규정되어 있다. 차별을 규율하는 조항이 다소 추상적인 문구라는 이유로 규제 조항으로서 불충분하다고 평가할 수는 없다. 남녀고용평등법이나 근로기준법은 고용 차별 사안 전반을 규제하고 시정하는 충분한 근거로서 적극적으로 해석되고 적용되어야 한다. 다만 차별을 규제하는 조항의 내용이 자세할수록 어떤 행위가 문제되는 차별에 해당하는지 더 쉽게 알 수 있어 차별을 예방하는 효과가 있고 구체적인 차별 사안에서 조항 적용 가부를 둘러싼 소모적인 다툼도 덜하게 되는 것이 사실이다. 차별금지법 제3장은 무엇이 금지되는 차별인지 현행 법률보다 더 자세하게 규정함으로써 그동안 제대로 규율되지 못했던 차별행위와 관행들을 '차별'로 명확하게 개념화할 수 있는 근거를 보다 풍부하게 제공한다.

차별금지법안	평등법시안	(비교) 남녀고용평등법
제10조(모집·채용상의 차별금지) 사용자는 모집·채용을 할 때에 다음 각 호의 어느 하나의 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 성별 등을 이유로 모집·채용의 기회를 주지 아니하거나 제한하는 행위 2. 모집·채용 광고 시 성별 등을 이유로 한 배제나 제한을 표현하는 행위	제11조(모집·채용에서의 차별금지) 사용자 및 임용권자는 모집·채용에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 성별 등을 이유로 모집·채용의 기회를 주지 않거나 제한하는 행위 2. 모집·채용 광고 시 성별 등을 이유로 한 배제나 제한을 표현하는 행위	제7조(모집과 채용) ① 사업주는 근로자를 모집하거나 채용할 때 남녀를 차별하여서는 아니 된다. ② 사업주는 여성 근로자를 모집·채용할 때 그 직무의 수행에 필요하지 아니한 용모·키·체중 등의 신체

3. 서류지원 및 면접 시 직무와 관련 없는 성별 등의 정보를 제시 요구하거나 채용 시 성별 등을 평가 기준으로 하는 행위 4. 채용 이전에 응모자로 하여금 건강진단을 받게 하거나 건강진단 자료 제출을 요구하는 행위. 다만, 직무의 성질상 불가피한 경우는 제외한다. 5. 성별 등을 기준으로 채용인원수를 구분하는 행위	3. 모집·채용 시 직무 수행에 필요하지 아니한 성별 등에 대한 질문을 하거나 성별 등과 관련된 조건을 제시 또는 요구하거나, 성별 등을 기준으로 평가하는 행위 4. 채용 전에 응모자에게 건강진단을 받게 하거나 건강진단 자료 제출을 요구하는 행위	적 조건, 미혼 조건, 그 밖에 고용노동부령으로 정하는 조건을 제시하거나 요구하여서는 아니 된다
---	--	---

예를 들어 양 법안의 모집·채용 차별금지 조항을 살펴보자. 위 조항들은 채용의 각 단계별로 차별로서 문제되는 행위들을 매우 구체적으로 나열하고 있다. 그 중 제3호는 면접과 관련하여 직무 수행에 필요하지 아니한 성별 등에 대한 질문을 하거나 정보 제시를 요구하는 행위가 금지된다고 규정하고 있다. 최근 문제된 채용 성차별 사건에서처럼 면접에서 차별적인 질문을 하는 행위는 채용 결과에 영향을 미쳤는가와 상관없이 그 자체로 차별에 해당하여 금지된다는 점을 명확히 하고 있는 것이다. 같은 조항 제4호가 채용 전 응모자에게 건강진단을 받게 하거나 건강진단 자료 제출을 요구하는 행위를 채용차별의 하나로 금지하고 있는 것 또한 주목할 만하다. 채용 전 건강진단 결과를 토대로 채용을 거부하는 병력(病歷) 차별 문제가 오래 전부터 제기되어왔으나 이에 대한 사회적 인식이 낮았다. 외국의 많은 국가들에서는 불필요한 채용 전 건강진단을 금지하는 규정을 두고 있으나, 한국에는 이를 명확히 금지한 조항이 없어 아직도 많은 기업에서 직무상 필요하지 않은 경우까지 구직자에게 병력을 검사받도록 무분별하게 요구하고 있으며 이러한 관행이 불합리한 채용 차별로 이어지고 있다. 차별금지법은 이와 같이 차별로서 규제되어야 하지만 사회적 인식이 낮아 방치되어왔던 차별행위와 관행들을 명확하게 차별로 규정

함으로써 무엇이 차별인가에 대한 사회적 인식을 높이고 차별에 대한 구체적인 판단기준을 제공하는 역할을 하여야 한다.

### Ⅲ. 가이드라인(2) : 차별에 대한 실효성 있는 구제와 예방<sup>20</sup>

차별금지법은 차별에 대해 실효성 있는 구제와 예방책을 제공하는 법률이어야 한다. 법에서 금지한 차별이 발생하였을 때 차별금지법 제4장에서 정하고 있는 구제수단은 크게 두 가지이다. 첫째는 국가인권위원회에 진정을 하여 시정권고(나아가 시정명령<sup>21</sup>)을 받는 방법이다. 시정권고제도는 절차상으로는 현행 국가인권위원회법의 규정과 그 내용이 크게 다르지 않다. 다만 앞서 보았듯이 차별금지법은 제1장 내지 제3장에서 차별을 보다 넓고 자세하게 규정하고 있으므로 국가인권위원회가 차별 판단에 사용할 수 있는 근거조항이 더 넓고 풍부해지게 된다. 두 번째는 법원에 차별에 관한 민사적 성격의 소를 제기하는 방법이다. 이러한 차별 소송과 관련하여서는 차별피해자의 불리한 지위를 어떻게 보완할 수 있는가가 큰 관건이 된다. 차별 사건에서 차별피해자는 차별행위자에 비해 약자의 위치에 있는 경우가 많으며, 차별을 입증할 수 있는 자료 또한 차별행위자 측에 편재할 가능성이 높다. 차별금지법은 법원의 적극적 조치 판결, 악의적 차별에 대한 징벌적 손해배상, 입증책임의 배분, 고용과 관련한 정보공개 의무, 불이익조치 금지 등의 다양한 특례조항을 둬으로써 차별 소송에서 차별피해자가 갖는 불리한 지위를 보완하여 조금이라도 대등한 위치에서

20 조혜인, 「차별금지법의 주요 쟁점2 : 차별의 구제를 중심으로」, 『포괄적 차별금지법(평등법) 제정을 위한 법조토론회』, 민주사회를 위한 변호사모임 주최 토론회, 2020. 9. 24.의 내용 일부 수정.

21 차별금지법안 제42조 내지 제47조. 평등법시안에는 시정명령에 관한 내용이 없다.

실체를 규명하고 차별을 시정할 수 있도록 한다. 아래에서는 차별금지법이 규정하는 이러한 특례조항에서의 주요 쟁점을 살펴보기로 한다.

#### 1. 법원의 적극적 조치 판결

2020년 양 법안은 모두 법원이 차별피해자의 청구에 따라 차별행위의 중지, 원상회복, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적인 조치 등을 명령하는 판결을 할 수 있도록 하는 조항을 두고 있다. 현행 장애인차별금지법 제48조과 동일한 내용이다.<sup>22</sup> 이 조항은 미국 민권법 제7편(Title VII of Civil Rights Act) 제706조의 ‘임시적·사전적 구제 청구’와 ‘적극적 조치 명령’ 제도를 도입한 것으로 평가된다.<sup>23</sup> 우리 법체계에 비추어 생각보다 이질적인 제도가 아니며, 입법자의 결단으로 ‘평등권’에 대하여 소유권·인격권과 같이 제3자에게 주장할 수 있는 구체적인 권리성을 부여함으로써 가해자에 대해 “평등권을 침해당한 위법한 상태에 대한 배제 및 예방”의 청구를 가능하게 한 제도라고 보는 견해도 있다.<sup>24</sup>

현실의 차별을 실효적으로 구제하기 위해서는 손해배상 외에 차별행위의 중지, 원상회복 등을 적극적으로 청구할 수 있도록 해야 한다는 점이

22 장애인차별금지법의 위 조항의 취지에 대해 최근 법원은 “장애인차별금지법 제48조 제2항은 법원이 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다고 규정하면서도, 위와 같은 적극적 조치의 예시적 내용, 형식, 판단의 기준 등을 구체적으로 정하고 있지는 않으므로, 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 타당하다.”고 실시한 바 있다. 서울중앙지방법원 2017. 12. 7 선고 2016가합508596 판결

23 이준일, 「한국 장애인차별금지법의 법적 쟁점」, 『안암법학』, 제34권, 2011, 132면, 각주 60 참조.

24 하정훈, 「우리나라 법원의 적극적 구제조치의 판결례에 관한 연구」, 『포괄적 차별금지법과 법원의 역할』, 인권법학회-법원 국제인권법연구회 공동학술대회, 2020. 12. 12., 90-119면 참조.

반영되어 있다. 현행 집행정지나 가처분 제도로는 거부나 부작위 형태의 차별행위에 대한 가구제가 어렵고, 사후의 손해배상만으로는 차별행위를 효과적으로 구제하는데 한계가 있음이 명백하기 때문이다. 차별행위로 인한 침해는 원상 복구가 원칙적 구제수단이고, 근로기준법이 차별에 의한 부당해고의 구제수단으로서 원직복직을 명하고 있는 것이 대표적인 원상 복구의 예라고 설명하기도 한다.<sup>25</sup> 법원의 적극적 조치 판결 제도는 2007년 장애인차별금지법에 도입되어 12년 동안 시행되어왔다. 장애인차별금지법 제정 시 이러한 제도를 도입함으로써 차별을 실효성 있게 규율하겠다는 입법적 결단이 이미 있었다고 할 것이다. 법원의 적극적 조치 판결 제도를 차별금지법에 일반적인 차별의 구제수단으로 도입함으로써, 차별 사유와 영역을 아울러 실효성 있는 구제수단이 균형 있게 제공될 수 있도록 하여야 할 것이다.

## 2. 징벌적 손해배상

징벌적 손해배상제도(punitive damages)는 가해자의 불법행위가 악의적인 것으로 인정되는 때에 가해자가 다시는 같은 행위를 되풀이하지 않도록 하기 위하여 원래 손해액보다 훨씬 많은 막대한 금액을 피해자에게 배상하도록 하는 제도다. 미국 민권법 제102조(b)(1)가 그 대표적인 예로 꼽힌다.<sup>26</sup> 민사상 손해배상법리에 따라 통상적으로 인정되는 손해배상액이 크지 않은 경우에는 차별을 시정하는 것보다 차별을 지속하는 것이 금전적으로 이득일 수 있다. 이러한 경우 특히 기업들이 악의적인 차별이 지

속되거나 반복되는 걸을 막기가 현실적으로 어렵다는 점에서 악의적 차별에 대한 징벌적 손해배상 제도의 도입이 요청되어 왔다. 국가인권위원회가 차별금지법 제정을 처음 권고하였던 2006년 당시에는 한국 법제에 징벌적 손해배상이 도입된 예가 없어 영미식 징벌적 손해배상제도는 한국 법체계에 맞지 않는다는 반대의견이 많았다. 그러나 2011년 하도급법 개정을 필두로 징벌적 손해배상 제도가 많은 법률에 도입됨에 따라 우리 법체계상 제도 도입이 불가능하다는 주장은 이제 그 근거를 잃은 것으로 보인다.<sup>27</sup>

차별금지법안은 재산상 손해액 이외에 손해액의 2배에서 5배, 평등법 시안은 발생한 손해액의 3배에서 5배의 배상액을 지급하도록 판결할 수 있다는 규정을 두었으며, 양 법안 모두 500만원을 배상액의 하한으로 규정하고 있다.<sup>28</sup> 이는 현재 도입된 징벌적 손해배상제도들이 모두 손해액의 3배를 상한으로 하고 있는 것에 비해서는 조금 상향된 기준이나, 징벌적 손해배상을 통한 위축효과를 기대하기에는 여전히 소극적인 기준이라는 점이 아쉽다. 한편, 차별금지법안은 ‘재산상 손해액’을 기준으로 징벌적 손해배상액을 정하고 있어, 악의적 차별로 인해 정신적 손해가 발생한 경우에도 이 조항이 적용될 수 있는지가 모호하다는 문제가 있다. 차별 사건의 성격에 따라서는 재산상 손해배상보다 위자료가 오히려 주요한 배상으로 인정될 수도 있다는 점을 고려하면, 평등법 시안과 같이 차별피해자에게 발생한 손해액 일반을 기준으로 징벌적 손해배상액을 정하도록 하는

<sup>25</sup> 최윤희, 「차별금지법제의 현황」, 『저스티스』 제121권, 2010, 598면.

<sup>26</sup> 미국 민권법 제102조(b)(1)은 원고가 문제되는 차별행위가 적극적인 악의(malice)나 연방차원의 보호 권리에 대한 심한 무관심(reckless indifference)으로 인한 차별이었다는 점을 증명하는 경우 징벌적 손해배상(Compensatory and punitive damage)을 인정한다.

<sup>27</sup> 2011. 3. 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안이 국회를 통과하면서 민사상 징벌적 손해배상제도가 최초로 입법되었고 그 후 개인정보보호법 등의 법률 등에도 위 제도가 도입되었다. 개별적 차별금지법으로는 2014년 기간제법이 처음으로 '노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령'할 수 있게 하였다(제13조 제2항 제2문, 파견법은 제21조 제3항을 통해 기간제법을 준용).

<sup>28</sup> 차별금지법 제51조 제3항 내지 제4항, 평등법시안 제34조 제3항 내지 제4항.

것이 필요하다.

### 3. 입증책임의 전환 또는 배분

입증책임의 문제는 차별을 규율하는 법제에서 가장 중요하게 다루어지는 쟁점의 하나다. 차별을 당하는 사람이 상대적 약자이고 차별에 관한 증거가 차별을 한 자의 지배영역에 놓여있는 경우가 많기 때문에 차별을 당한 자가 온전히 차별의 존재를 입증하기란 현실적으로 쉽지 않다. 따라서 차별금지법제는 차별의 피해자를 효과적으로 구제하기 위해 입증책임을 완화하거나 입증책임의 일부 또는 전부를 전환시키는 소송법상의 특례 규정을 두고 있는 것이 일반적이다.<sup>29</sup> 현행 개별적 차별금지법 역시 모두 입증책임의 전환 또는 배분 규정을 두고 있다. 남녀고용평등법 제30조는 법과 관련한 분쟁에 있어 입증책임을 ‘사업주’에게로 전환시키고 있으며, 장애인차별금지법 제47조는 ‘차별행위가 있었다는 사실’을 차별행위를 주장하는 자가 입증하면 ‘장애를 이유로 한 차별이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점’은 그 상대방이 입증하도록 입증책임을 배분하고 있다.<sup>30</sup> 위 규정들과 문구를 비교해볼 때 차별금지법안은 피해자가 차별행위가 있었음을 ‘주장’하면 나머지 입증책임은 모두 상대방에게 전환되도록 함으로써 입증책임의 전환에 가까운 조항을 두었고, 평등법시안은 장애인차별

금지법과 같이 입증책임을 배분하는 형식의 규정을 채택하였다.<sup>31</sup>

양 법안은 손해배상과 관련하여서도 입증책임에 관한 특례를 규정하고 있다. 손해배상 면책을 위해서는 차별의 고의 또는 과실이 없음을 차별행위자가 증명하도록 하였고, 재산상 손해액의 입증이 어려운 경우에는 차별행위를 한 자가 얻은 재산상 이익을 피해자가 입은 재산상 손해로 추정하거나 법원이 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있게 하는 등 입증을 완화하는 규정을 두었다.<sup>32</sup> 차별사건의 특성상 차별의 고의 또는 과실, 차별로 인한 재산상 손해액의 발생과 그 인과관계 역시도 차별피해자가 입증하기에 쉽지 않은 경우가 많으므로, 차별의 실효적 구제를 위해 필요한 규정들이며 장애인차별금지법도 제46조에 동일한 규정을 두고 있다. 양 법안은 또한 고용과 관련하여 차별의 피해를 받았다고 주장하는 자는 사용자 또는 임용권자 등에게 그 처분 기준 등에 관한 정보공개를 청구할 수 있도록 하고 사용자가 정당한 사유 없이 정보공개를 거부하는 경우 차별을 한 것으로 추정하는 규정을 두었는데, 이는 고용 영역에서 차별피해자와 차별행위가 간의 심각한 정보의 비대칭성 문제를 완화하기 위한 규정이다.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> 외국에서도 입법 또는 판례를 통해 차별에 관한 입증책임을 완화하거나 전환해왔다. 영국 평등법 제136조 제2항은 한 개인이 차별금지조항을 위반했다고 볼 수 있을만한 사실들이 존재한다면, 이에 관한 다른 설명이 존재하지 않는 이상 법원은 법 위반이 발생하였다고 결정해야 한다고 규정을 두고 있다. 독일 일반평등대우법 제22조는 차별을 당했다고 주장하는 사람이 차별임을 추정케 하는 간접증거를 제시하면 상대방이 차별금지규정 위반이 없었음을 입증하도록 하고 있다.

<sup>30</sup> 한편 기간제법 제9조는 사법적 구제절차는 아니나 노동위원회의 차별적 처우 시정 절차와 관련하여 분쟁에서의 입증책임을 ‘사용자’에게로 전환시키는 규정을 두고 있다.

<sup>31</sup> 차별금지법안 제52조, 평등법시안 제35조

<sup>32</sup> 차별금지법안 제51조, 평등법시안 제34조

<sup>33</sup> 차별금지법안 제54조, 평등법시안 제36조. 이 조항에 대해 차별피해자와 차별행위자 간 ‘정보의 비대칭성’을 해소하고 소송 이전 단계에서부터 차별 문제를 자율적으로 해소하고 구제하기 위한 수단으로서 활용될 수 있을 것이라고 평가하면서, 무분별한 정보공개요구에 대한 우려를 불식하기 위해 공개 청구 대상물을 적절하게 규정하고 공개 범위에 대한 지침을 마련하며 차별시정을 신청하는 용도 이외에 비밀유지의무를 부여하는 등의 보안을 제안하는 견해로 서울지방변호사회, 『평등법 쟁점 검토보고서』, 2020, 128면 참조.

#### 4. 불이익조치 금지

차별에 대해 문제제기하고자 할 때 현실적으로 가장 문제될 수 있는 것은 차별에 대해 진정, 소제기를 하거나 그에 조력하는 행위를 했다는 이유로 다양한 불이익을 당하는 것이다. 이러한 불이익조치는 차별피해자에게 추가적인 피해를 줄 뿐더러, 불이익조치에 대한 두려움으로 차별에 대해 문제제기하거나 그에 조력하는 것을 원천봉쇄하는 효과가 있으므로 매우 강력한 예방과 구제책을 필요로 한다. 2020년 양 법안은 모두 불이익조치를 금지하면서 그 조치를 무효로 하고 있으며 불이익조치를 한 사용자 및 임용권자, 교육기관의 장을 형사처벌하는 규정을 두고 있다. 평등법시안은 불이익조치를 한 사용자 등에 대한 징벌적 손해배상 책임도 규정하였다.<sup>34</sup>

차별의 구제를 위해서는 불이익조치의 실질적인 금지와 예방이 필수불가결하다. 양 법안은 이러한 취지에서 불이익조치에 대한 강한 제재 규정을 두고자 하였으나 불이익조치 금지 규정을 법안의 가장 마지막에 배치함으로써 차별 소송에 관한 앞선 특례조항들(법원의 적극적 조치, 손해배상, 입증책임 등)이 불이익조치 소송에는 적용되기 어렵게 만들었다는 문제가 있다. 차별피해자가 불이익조치를 민사적으로 다투는 경우에는 입증의 어려움, 적절한 임시조치·적극적 조치의 필요성 등의 문제가 차별 소송과 마찬가지로 발생한다. 차별에 대해 문제제기하는 피해자에게는 불이익조치의 피해가 전형적으로 따라오게 된다는 점에서 차별 소송에 대한

<sup>34</sup> 차별금지법안 제55조 내지 제57조, 평등법시안 제37조 내지 제39조. 이와 같은 취지로 공익신고자 보호법을 비롯하여 남녀고용평등법, 고용상 연령차별금지법, 기간제법, 근로기준법 등 다수의 법률에도 불이익조치에 대한 형사처벌 규정이 도입되어 있다.

제4장의 특례조항들을 불이익조치 소송에도 준용하는 조항이 반드시 보완되어야 할 것으로 보인다.

#### IV. 가이드라인(3) : 평등 원칙의 재정립과 국가의 책무 확인

마지막으로 세 번째 기준을 살피며 차별금지법 제정의 의미와 전망을 확인하는 것으로 글을 마무리하고자 한다. 차별금지법은 평등을 실현할 책무가 국가에 있음을 선언하고 확인하는 법이다. 지금까지 평등권 보장과 실현에 관한 일반적인 법률이 없었다는 점에서, 차별금지법의 제정은 무엇보다 우리 사회의 평등 원칙을 확인하고 그를 보장하고 실현할 책무가 일차적으로 국가에게 있음을 선언하는 중요한 계기가 되어야 한다. 양 법안은 ‘제2장 국가 및 지방자치단체 등의 차별시정 의무’에서 국가가 평등 증진을 주요 과제로 인식하면서 장기적인 목표 아래 정책을 일관성 있게 추진하도록 하는 근거조항들을 두었다. 차별시정 및 예방에 관한 5개년 기본계획과 연도별 세부시행계획을 수립·시행하도록 하였으며, 차별금지법에 따른 법령 및 정책의 집행, 법에 반하는 기존 법령 및 정책 등의 시정, 차별시정 및 평등문화 확산을 위한 조치를 취할 의무 등을 규정하고 있다.<sup>35</sup>

2006년도에 본격적으로 시작된 차별금지법 논의가 15년에 이르면서 한 국사회에서 차별금지법 제정은 일반적인 법 제정을 넘어서는 특수한 의의를 지니게 되었다. 첫째, 차별금지법은 ‘모든 사회구성원의 평등한 존엄’

<sup>35</sup> 차별금지법안 제6조 내지 제9조, 평등법시안 제8조 내지 제10조 참조.

에 관한 한국 사회의 공식적 태도를 확인시켜주는 상징적, 실천적 의미를 지니게 되었다. 한국 사회에서 포괄적 차별금지법에 관한 표면적인 반발은 차별금지사유 중심으로 한 것이었고, ‘어떠한 사회구성원들은 법을 통해 평등권을 보장받아서 안 된다’는 반인권적인 주장들이 그 내용을 이루었다. 그럼에도 정부는 차별금지사유를 둘러싼 사회적 합의가 부족하다거나 사회적 논란이 있어 차별금지법을 제정하기 어렵다는 입장을 반복함으로써 이러한 반인권적인 주장들을 경청할 가치 있는 하나의 ‘사회적 의견’으로 승인하여 주었고, 이러한 정부의 태도는 차별금지법을 넘어 각종 인권 관련 법률, 조례, 정책에 대해서도 비슷한 종류의 반인권적인 공격이 횡행하게 되는 결정적인 배경이 되었다. 이러한 상황에서 차별금지법의 제정은 우리 사회의 평등 원칙을 다시 공고히 할 수 있느냐의 의미를 가진 시대의 과제가 되었다. 차별금지법은 ‘사회적 논란’이 있는 사유들을 법에 명시하고 차별금지를 선언함으로써 이에 대한 이견이 우리 사회에서 받아들여질 수 없는 주장임을 분명히 하고 모든 이의 평등한 존엄을 또렷하게 선언하여야 한다.<sup>36</sup>

둘째, 최근의 사회적 논의는 그간 훼손되어 온 평등의 가치를 다시 정립하는 상징적인 법으로서의 차별금지법을 넘어, 차별을 더 깊이 더 구체적으로 읽어낼 수 있는 법으로서의 차별금지법에 대한 관심으로 나아가고 있다. 사회 각 영역의 차별과 불평등 문제가 심각해지고, 차별, 평등, 공정과 같은 가치의 의미를 둘러싼 구체적인 논쟁이 시작되면서 차별 일반을 통합적으로 정의하고 구체적으로 규율하는 차별금지법의 의의가 다시

부각되고 있는 것이다. 예를 들어 차별금지법이 제정되는 경우 법이 실제로 가장 많이 적용될 수 있는 분야는 고용 성차별이다. 그럼에도 차별금지법에 어떠한 내용이 고용 차별로 규정되어 있는지, 법 제정 시 반드시 들어가야 할 내용이 무엇인지에 대한 사회적인 관심과 논의가 아직 충분하지 않다. 특정한 법률의 제정이 그 자체로 차별의 철폐를 담보하지는 않는다. 법의 구체적인 내용과 쟁점이 사회적으로 충분히 알려지고 논의되고 검토되는 과정이 있을 때에만 차별금지법의 제정이 그 후 차별 시정의 실제적인 기반으로 이어질 수 있을 것이다. 차별금지법에 대한 사회적 논의가 본격화된 지금 차별금지법안의 구체적인 차별 규정들이 차별에 대한 사회적 가이드라인으로 풍부하게 그리고 실제적으로 읽히도록 만드는 일이 가장 중요하다. 이 과정을 거치며 우리 사회는 평등에 관한 새로운 이정표를 갖게 될 것이다.

<sup>36</sup> 유엔의 국제인권조약기구들 또한 차별금지사유를 둘러싼 논란이 계속되는 한국 사회의 상황을 우려하며 ‘인종, 성적지향, 성별정체성 등을 반드시 명시한 형태로’ 포괄적 차별금지법을 제정할 것을 2007년 이래 한국에 반복하여 권고하고 있다.

집중분석 2
중대재해처벌법의 의의와 한계, 그리고 과제
권영국

<p>I. 들어가는 말</p> <p>II. 중대재해처벌법의 헌법적·사회적 근거</p> <p>III. 중대재해처벌법의 개괄</p> <p style="padding-left: 20px;">1. 중대재해처벌법의 개관</p> <p style="padding-left: 20px;">2. 중대재해처벌법의 주요내용</p> <p>IV. 중대재해처벌법의 의의와 한계, 그리고 과제</p> <p style="padding-left: 20px;">1. 중대재해처벌법의 의의</p> <p style="padding-left: 20px;">2. 중대재해처벌법의 한계와 과제</p> <p>V. 경제단체의 중대재해처벌법 무력화 시도에 대한 비판</p> <p>VI. 맺는 말</p>
--

**I. 들어가는 말**

올해 1월 8일 국회 법제사법위원회 대안으로 만들어진 ‘중대재해처벌 등에 관한 법률’(안)이 국회 본회의를 통과했다. 제20대 국회에서 고 노회

찬 정의당 국회의원이 2017년 4월 ‘재해에 대한 기업 및 정부책임자 처벌에 관한 특별법’의 이름으로 중대재해기업처벌법을 최초 발의한지 4년만의 일이다. 이 법의 제정을 위해 제21대 국회가 시작된 직후인 2020년 6월 정의당의 강은미 의원이 가장 먼저 입법안을 대표 발의하고, 그 후 중대재해기업처벌법제정운동본부가 국민동의청원 방식으로 10만인 서명을 받아 법률안을 국회에 제출했다. 이어 더불어민주당의 박주민 의원을 비롯한 박범계, 이탄희 의원이 차례로 입법안을 발의하고, 나아가 국민의힘 임이자 의원까지 법률안을 제출했다. 여론조사 결과 국민의 70% 이상이 이 법의 제정을 지지했다.

노동자의 목숨을 깃털처럼 가볍게 취급하는 우리의 현실에서 ‘중대재해 처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘중대재해처벌법’) 제정은 기업의 경영책임자에게 직접 안전보건의무를 부과하고 그 의무위반으로 사망 등 중대재해가 발생하면 경영책임자와 법인을 보다 엄중하게 처벌할 수 있는 길을 열게 됐다는 점에서 그 의의가 결코 작지 않다.

하지만 국회 법제사법위원회의 법률안 심의과정에서 위헌성 주장을 앞세운 경제단체와 정부부처의 강한 입김에 휘둘리며 수정을 거듭한 끝에 법률의 이름마저 ‘중대재해기업처벌법’에서 ‘기업’ 이 빠진 ‘중대재해처벌법’으로 변경됐다. 처벌의 수위가 낮아지고, 공무원 처벌 조항이 삭제되고, 사고빈도가 가장 높은 5인 미만 사업장이 법 적용 대상에서 제외되는 등 전방위적으로 후퇴한 내용으로 법이 제정됐다. 중대재해를 야기한 기업과 최고경영자, 그리고 안전·보건에 관한 감독 권한을 가진 공무원에게 엄정한 책임을 묻고자 했던 당초 법안의 취지가 크게 후퇴했다.

이제 중대재해처벌법은 법 제정과과정에서의 여러 논란을 뒤로 하고 지난 1월 26일 법률로 공포되었고 공포일로부터 1년 뒤인 2022년 1월 27일 시행을 앞두고 됐다. 시행을 앞둔 시점에서 중대재해처벌법에 대한 의미는 무엇이고, 그 한계는 무엇인지 그리고 무엇을 보완해야 할 것인지 향후 과제에 대해 살펴보기로 한다.

## II. 중대재해처벌법의 헌법적·사회적 근거

대한민국 헌법은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”(제32조제3항)고 규정하여 국민의 기본권 가운데 하나인 ‘노동할 권리’(근로의 권리)에 ‘일할 권리’만이 아니라 ‘일하는 노동조건에 관한 권리’도 함께 포함할 것을 선언하고 있다. 또한 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야”(제34조제6항)하고, “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받을 권리를 갖는다”(제36조제3항)고 규정해 재해 및 위험으로부터 국민 보호, 그리고 국민의 건강 보호를 국가의 의무로 부여하고 있다.

그럼에도 대한민국에서는 매일 6~7명, 매년 2,000여명이 일터에서 산업재해로 죽임을 당하고 있고, 삼풍백화점 붕괴, 성수대교 붕괴, 대구지하철 화재참사, 세월호 참사, 가슴기살균제 사망 등 사회적 재난참사 또한 꼬리에 꼬리를 물고 발생했다. 경제개발협력기구(OECD) 2015년 통계에 따르면 10만인당 산재사망자는 영국이 0.4명으로 최저이고 한국은 영국보다 20배가 높은 10.1명으로 세계 최고 수준이다. OECD 통계가 제공되는 1994년 이후 2016년까지 23년 동안 2006년과 2011년만 터키에 1위

를 내렸을 뿐 ‘산재사망률 1위국’의 불명예를 벗어난 적이 없을 정도다. 국가의 경제규모와 기술 수준을 고려할 때 세계적으로 유래를 찾을 수 없는 비참한 현실이 아닐 수 없다.

우리는 눈만 뜨면 누군가 추락해서, 끼여서, 깔려서, 부딪혀서, 폭발해서, 질식해서, 화재로, 과로로 사망했다는 소식을 일과처럼 확인하고 있다. 매일 같이 산재와 사회재난으로 사람이 죽어가는 일상은 생명을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법이 더 이상 용납해서는 안 되는 극히 비정상적인 일상이다. 사람의 생명과 안전을 깃털처럼 가볍게 여기는 우리의 현실을 타개하기 위해서는 특단의 대책이 필요하다. 기업이 안전보건의무를 방기하여 중대재해를 야기하는 경우 인간의 존엄과 가치를 침해하는 범죄로 규정하고 기업과 최고경영자에게 그에 상응하는 법적 책임을 져야 한다는 사회적 경보를 울려야 한다.

사람의 생명과 안전보다 기업의 이윤을 우선시해온 반생명적이고 반헌법적인 현실을 시정하기 위해 산재 유가족과 국민들의 의지는 중대재해 처벌법 제정 요구로 모아졌고 마침내 그 요구가 법을 만들어냈다. 그러므로 중대재해처벌법은 헌법에 명시된 재해를 예방하고 위협으로부터 국민을 보호할 국가의 의무, 보전에 관하여 보호받을 국민의 권리, 인간의 존엄성이 보장되도록 안전하고 건강한 조건에서 노동할 국민의 권리, 그리고 이들 권리를 구체적으로 실현하고자 하는 국민의 요구에 근거해 탄생한 법률이라 하겠다.

### Ⅲ. 중대재해처벌법의 개괄

#### 1. 중대재해처벌법의 개관

국회를 통과한 법률의 명칭은 “중대재해 처벌 등에 관한 법률”이다. 애초 발의된 법률안들의 명칭은 중대재해의 책임주체와 처벌대상을 분명히 드러내기 위해 ‘기업’ 표기가 포함된 ‘중대재해기업처벌법’이었으나,<sup>1</sup> 국회 법제사법위원회의 법률안 심의 과정에서 ‘기업’ 표기는 삭제됐다.

중대재해처벌법은 총 4장 16조로 구성되어 있으며, 제1장은 총칙으로 목적과 정의(1, 2조), 제2장은 중대산업재해에 관한 사항(3조~8조), 제3장은 중대시민재해에 관한 사항(9조~11조), 제4장은 보칙으로 심리절차의 특례, 징벌적 손해배상, 그리고 정부의 사업주에 대한 지원 및 보고에 관한 사항(제12~16조)을 규정하고 있다.

총칙(목적, 정의)	
↓	
중대산업재해	중대시민재해
↓	↓
경영책임자 등의 안전보건확보의무	경영책임자 등의 안전보건확보의무
↓	↓
사업주와 경영책임자 등의 처벌	사업주와 경영책임자 등의 처벌

<sup>1</sup> 중대재해에 대한 기업 및 책임자 처벌 등에 관한 법률안(강은미 의원 대표발의안), 중대재해에 대한 기업 및 정부 책임자 처벌법안(박주민, 이탄희, 박법계 의원 각 대표발의안), 중대재해 예방을 위한 기업의 책임 강화에 관한 법률안(임이자 의원 대표발의안), 안전한 일터와 사회를 위한 중대재해기업처벌법 제정에 관한 청원(중대재해기업처벌법제정운동본부 국민동의청원 입법안)

↓	↓
양벌규정에 의한 법인 또는 기관의 처벌	양벌규정에 의한 법인 또는 기관의 처벌
↓	
심리절차의 특례	
↓	
징벌적 손해배상	
↓	
정부의 사업주 등에 대한 지원 및 보고	
↓	
부칙 (시행일 등)	

## 2. 중대재해처벌법의 주요내용

가. 사업 또는 사업장, 공중이용시설 및 대중교통수단을 운영하거나 인체에 해로운 원료나 제조물을 취급하면서 안전·보건 확보의무를 위반하여 인명피해를 발생하게 한 경우 해당 사업주, 경영책임자 및 법인의 처벌 등을 규정함으로써 중대재해를 예방하고 시민과 종사자의 생명과 신체를 보호함을 목적으로 함(제1조).

나. 중대재해를 ‘중대산업재해’와 ‘중대시민재해’로 나뉘어 정의함(제2조).

다. 사업주 또는 경영책임자 등은 사업주나 법인 또는 기관이 실질적으로 지배·운영·관리하는 사업 또는 사업장에서 종사자의 안전·보건상의 유해 또는 위험을 방지할 의무(안전 및 보건 확보의무)가 있고, 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 행한 경우에는 제3

자의 종사자에 대해 안전 및 보건 확보의무를 부담함(제4조 및 제5조).

라. 사업주 또는 경영책임자 등이 안전 및 보건 확보의무를 위반하여 중대산업재해가 발생한 경우 사업주와 경영책임자 등을 처벌하고<sup>2</sup> 양벌규정으로 법인 또는 기관에 대해서도 벌금형을 부과함<sup>3</sup>(제6조 및 제7조).

마. 중대산업재해가 발생한 법인 또는 기관의 경영책임자 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전보건교육을 이수하여야 함(제8조).

바. 사업주 또는 경영책임자 등은 원료나 제조물의 설계, 제조, 관리상의 결함으로 인한 공중 위험의 발생 또는 공중이용시설 및 대중교통수단의 설계, 제조, 관리상의 결함으로 인한 공중 위험의 발생으로부터 그 이용자 또는 시민의 안전 및 보건 확보의무를 부담함(제9조).

사. 사업주 또는 경영책임자 등이 안전 및 보건 확보의무를 위반하여 중대시민재해가 발생한 경우 사업주와 경영책임자 등을 처벌하고, 양벌규정으로 법인 또는 기관에 대해서도 벌금형을 부과함(제10조 및 제11조).

아. 법무부장관은 이 법에 따른 범죄가 확정되면 그 범죄사실을 관계 행정기관의 장에게 통보하여야 하고, 고용노동부장관은 사업 또는 사업장에서 사업주 또는 경영책임자 등의 안전보건확보의무 위반으로 발생한 중대산업재해에 대하여 사업장의 명칭, 재해의 내용 및 원인 등을 공표할 수

<sup>2</sup> 사망에 대해서는 1년 이상의 징역 또는 10억원 이하의 벌금, 사망 외 중대재해에 대해서는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금.

<sup>3</sup> 사망재해에 대해서는 50억원 이하의 벌금, 사망 외 중대재해에 대해서는 10억원 이하의 벌금.

있음(제12조 및 제13조).

자. 이 법 위반에 관한 형사재판에서 법원은 직권으로 피해자 또는 그 법정대리인을 증인으로 신문할 수 있고, 검사, 피고인 또는 변호인의 신청이 있는 경우에는 해당 분야의 전문가를 전문심리위원으로 지정하여 소송절차에 참여하게 하는 심리절차 특례 규정을 둠(제14조).

차. 사업주 또는 경영책임자 등이 고의 또는 중대한 과실로 이 법에서 정한 의무를 위반하여 중대재해를 발생하게 한 경우, 사업주, 법인 또는 기관이 중대재해로 손해를 입은 사람에 대하여 그 손해액의 5배를 넘지 않는 범위에서 배상책임을 짐(제15조).

파. 정부는 중대재해 예방을 위한 대책을 수립·시행하여야 하고, 사업주, 법인 또는 기관에 대하여 중대재해 예방사업에 소요되는 비용을 지원할 수 있으며, 그 상황 및 지원 현황을 반기별로 국회 소관상임위원회에 보고하여야 함(제16조).

#### IV. 중대재해처벌법의 의의와 한계, 과제

중대재해처벌법 제정은 산업재해나 시민재해로 사망 등 중대재해가 발생한 경우 기업 및 기업의 경영책임자에 대하여 효과적으로 법적 책임과 처벌을 담보하지 못하는 현행법 체계의 결함에서 비롯된 것이다.

안전사고가 발생한 경우 ‘산업안전보건법’, ‘시설물의 안전관리에 관한

특별법’, ‘다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법’, ‘소방기본법’, ‘초고층 및 지하 연계 복합건축물 재난관리에 관한 특별법’, ‘관광진흥법’, ‘위험물 안전관리법’, ‘고압가스안전관리법’, ‘승강기시설안전관리법’, ‘어린이 놀이시설 안전관리법’, ‘선박법’, ‘선박안전법’, ‘항공보안법’, ‘철도안전법’ 등 개별법에서 규정한 안전의무위반의 벌칙규정에 의하여 그 관련자를 처벌할 수 있다. 그러나 이들 법령에서 규정한 안전조치위반의 죄는 재해로 인한 사망이나 상해·질병의 발생에 대하여 처벌하는 규정이 아니라 법령이 정한 안전조치 불이행에 대한 처벌규정이기 때문에 대개 형량이 매우 낮은 수준에 그친다.<sup>4</sup>

기업의 안전의무위반은 기업의 경영방침과 조직문화에 연유하는 측면이 강하며, 설령 처벌이 이루어진다고 하더라도 그 처벌로 인한 불이익보다 안전조치 불이행으로 인하여 얻을 수 있는 이익이 크기 때문에 현재와 같은 형사처벌 방식으로는 기업의 안전의무이행을 담보하는 예방효과를 기대하기 어렵다. 기업 및 경영진에 대한 처벌수위는 매우 낮고 벌금형도 경미한 수준이라 안전의무 소홀로 인한 기업의 막대한 이익을 상쇄시킬 수 없기 때문이다.<sup>5</sup>

따라서 ‘중대재해처벌법’은 기업 활동 과정에서 수반되는 생명과 신체의 안전, 그리고 건강의 보호에 대한 최종적인 의무 주체를 권한을 가지고 이익을 수취하는 기업과 기업의 경영책임자로 설정하고, 그 권한과 이익을 법적 책임과 일치시키자는 취지의 법이다. 권한을 행사하고 이익을

<sup>4</sup> 이호중, “기업책임법(기업살인법) 도입취지와 법안 발표”, 세월호 1주기 ‘기업책임법(기업살인법) 제정 미룰 수 없다.’ 국회토론회 자료집, 2015.4.28., 19~20쪽.

<sup>5</sup> 위 자료집, 20쪽.

언는 자가 법적 책임에서 벗어날 수 있는 법과 제도, 그리고 현실은 책임주의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라 그 자체로 비윤리적이고 정의롭지 못하기 때문이다. 또한 중대재해처벌법은 기업이 안전의무 위반으로 중대재해 발생 시 부담해야 할 형사책임과 손해배상 등의 사고처리 비용을 획기적으로 높여 법의 위하력을 통해 기업과 경영책임자로 하여금 자발적으로 안전에 투자할 유인을 만들어내자는 것이 주된 취지였다.<sup>6</sup>

이를 위해서는 ‘나도 감옥에 갈수 있다’는 최고경영자들의 위기의식, 매출액에 비례하는 벌금, 수사기관과 법원이 중대재해를 교통사고와 같은 단순 법규 위반의 우연한 결과가 아니라 생명과 신체의 안전 보호 의무를 위반한 ‘기업범죄’로 받아들이도록 하는 규범인식의 전환, 이를 통해 법이 기업으로 하여금 안전에 우선 가치를 두고 예방조치를 하도록 억제력으로 작용할 것인지 여부를 살펴야 한다.<sup>7</sup> 그런 점에서 제정 법률은 긍정적인 의의를 가짐에도 불구하고 상당한 한계를 갖고 있는 것으로 보인다.

## 1. 중대재해처벌법의 의의

첫째, 중대재해에 대한 포괄적인 제재법의 체계를 만든 것이다. 산업안전보건법에서는 사업 또는 사업장에 발생하는 산업재해에 대해서만 의율하고 있는 반면 이법은 중대재해를 중대산업재해와 중대시민재해로 나누고 중대한 산업재해와 공중재해 및 제조물로 인한 재해를 모두 포괄해 규율하고 있다. 지금까지는 사업 또는 사업장에서의 중대산업재해, 공중이

용시설 및 대중교통수단으로 인한 중대시민재해, 원료 혹은 제조물로 인한 중대재해 등과 관련하여 각 개별 법령에서 안전의무를 부여하고 이들 개별 법령상의 안전의무 위반을 처벌하거나 그로 인해 사망 등 재해가 발생하면 업무상과실치사상죄 혹은 산업안전보건법위반치사죄로 처벌하는데 그쳤다. 그런데 이법은 중대산업재해와 중대시민재해(공중재해 및 원료 내지 제조물의 결함으로 인한 중대재해)를 예방하기 위해 사업주 또는 경영책임자에게 이들 각각의 중대재해를 방지하기 위한 안전보건확보의무를 부여하고 그 의무위반으로 중대재해가 발생하면 강화된 형사처벌과 징벌적 손해배상으로 법적 책임을 물을 수 있도록 규정한 것이다.

둘째, 경영책임자를 법의 규율 대상(수범자)으로 특정하고 있다. 이법은 산업안전보건법과 달리 처음부터 개인사업주 또는 법인이나 기관의 경영책임자에게 직접 안전보건확보의무<sup>8</sup>를 부여하고 그 의무위반으로 중대재해가 발생하면 개인사업주 또는 법인이나 기관의 경영책임자 개인, 그리고 양벌규정으로 법인 또는 기관을 처벌하는 데 초점을 맞추고 있다. 기업의 중간관리자나 안전보건담당자에 대한 ‘꼬리자르기식’ 처벌이 아니라 최고경영자 등 경영책임자와 그가 대표하는 기업 내지 기관을 엄중하게 처벌함으로써 안전에 대한 조직적이고 구조적인 책임을 묻기 위한 것이다.<sup>9</sup>

셋째, 사업주 및 경영책임자의 안전보건확보의무 위반으로 사망 외의 중한 부상과 질병이 발생한 경우에 대해서도 7년 이하의 징역 또는 1억

<sup>6</sup> 권영국, “중대재해처벌법의 주요내용 및 법률적 검토”, 중대재해처벌법 제정의 의미와 향후 과제를 위한 종합토론회 자료집, 2021. 2. 23., 29쪽.

<sup>7</sup> 2021. 1. 4.자 경향신문 기사 “[2020년 산안법 위반 1심 판결 전수조사](상) 한 노동자 죽음에 사측 책임은 869만원”(김상범 기자).

<sup>8</sup> 안전보건 의무와 관련하여, 산업안전보건법에서는 ‘안전·보건 조치의무’라고 규정하고 있는데 반해 중대재해처벌법에서는 ‘안전·보건 확보의무’로 다르게 정하고 있다.

<sup>9</sup> 최명선, “중대재해처벌법 제정의 사회적 의미와 과제”, 중대재해기업처벌법제정운동본부 주최 중대재해기업처벌법 제정 의미와 과제 토론회 자료집(2021. 2. 19.), 40쪽.

원 이하의 벌금(법인은 10억원 이하의 벌금)에 처하도록 하는 처벌규정을 두었다. 이는 산업안전보건법위반치상죄를 두고 있지 않은 산업안전보건법의 처벌 공백을 보완한 것이다. 산업안전보건법에서는 근로자가 사망한 경우에만 처벌규정을 두고 있을 뿐 부상이나 질병이 발생한 경우에 대해서는 별도의 처벌규정이 없다. 특히 중대재해의 정의에 직업성 질병자를 포함시켜 질병으로 인한 중대재해 발생 시에도 형벌로 처벌할 수 있도록 한 것은 보건상 유해한 작업환경에 노출시켜 건강장해를 야기하는 행위 또한 기업범죄임을 분명히 했다는 점에서 의의가 있다. 현재 산업안전보건법 체계 하에서 직업성 질병이 발생하면 산재 인정 여부를 다투는 정도에 그칠 뿐 보건조치의무 위반을 이유로 형사처벌하는 예는 극히 드물기 때문이다.

넷째, 사업주나 경영책임자가 보호해야 할 안전보건확보의무의 대상을 종사자, 즉 자신이 고용한 근로자는 물론이고 다단계 하도급 관계에 속하는 모든 근로자와 특수형태근로종사자로 불리는 노무제공자 전체로 확대했다는 점에서 큰 의의를 갖는다. 이법이 보호대상으로 삼고 있는 사업 또는 사업장의 종사자란 근로기준법상의 근로자, 도급·용역·위탁 등 계약의 형식에 관계없이 그 사업의 수행을 위하여 대가를 목적으로 노무를 제공하는 자, 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에는 각 단계의 수급인 및 수급인의 근로자, 수급인의 사업의 수행을 위해 노무를 제공하는 자를 모두 포함하도록 정의했다.<sup>10</sup>

다섯째, 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급·용역·위탁 등을

<sup>10</sup> 중대재해처벌법 제2조제7호.

행한 경우, 계약의 형식에 관계없이, 원청 사업주 및 경영책임자에게 도급·용역·위탁 관계 하에 있는 종사자들에 대한 안전보건확보의무를 부여하고 그 의무위반으로 중대재해가 발생하면 원청 사업주 및 경영책임자에게 법적 책임을 묻도록 했다. 즉, 원청 사업주 및 경영책임자에게 수급인 및 그 수급인의 종사자에 대한 안전보건확보의무를 부여하고 그 의무위반으로 수급인 및 그 종사자에게 중대재해가 발생하면 수급인의 책임 여부와 관계없이 원청 사업주 및 경영책임자를 처벌하도록 했다. 이로 인해 원청 사업주와 경영책임자는 하도급 관계에 있는 종사자의 중대재해에 대해 중범이나 공범이 아니라 자신의 독립적인 의무위반에 의한 정범으로 처벌이 가능하게 되었다는 점에서 의미가 크다.

산업안전보건법에서 도급인의 의무가 미치는 물리적 범위는 도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 '지배·관리'하는 (대통령령으로 정하는) '장소'인 반면,<sup>11</sup> 중대재해처벌법에서 도급인(원청 사업주 및 경영책임자)의 의무가 미치는 물리적 범위는 사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 '지배·운영·관리'하는 책임이 있는 경우(제5조 단서)로 달리 규정하고 있다.

중대재해처벌법은 산업안전보건법의 '장소'에 '시설'과 '장비'를 추가했다. 따라서 장소적인 제한 없이 실질적으로 지배·운영·관리하는 경우이면 사외도급도 포함되는 것으로 해석된다. 또한 산업안전보건법에서 지배·관리 '하는' 장소로 정한 반면 중대재해처벌법에서는 지배·운영·관리하는 '책임이 있는' 시설, 장비, 장소 등으로 달리 정하고 있음에 유의해

<sup>11</sup> 산업안전보건법 제10조제2항, 동법시행령 제11조.

야 한다. 산업안전보건법의 ‘지배·관리’와 유사한 듯하나 ‘운영’을 추가하고 현실적으로 지배·운영·관리하고 있는지 여부가 아닌 ‘지배·운영·관리할 책임’이 있으면 도급인의 안전보건확보의무가 인정된다는 점에서 물리적 적용범위가 넓어진 것으로 해석가능하다.<sup>12</sup>

여섯째, 사업주 또는 경영책임자가 안전보건확보의무를 위반하여 종사자나 이용자 혹은 그 밖의 사람을 사망에 이르게 한 경우 1년 이상의 징역 또는 10억원 이하의 벌금(법인은 50억원 이하의 벌금)에 처하도록 해 자유형에서 하한형을 도입했다. 이는 사업주 또는 경영책임자가 안전보건의무를 위반하여 사람을 사망 등 중대재해에 이르게 한 행위를 단순과실범과 달리 취급해야 한다는 사회적 요구를 법제도적으로 일부 반영했다는 점에서 의의가 있다. 하지만 지난 3월 대법원 양형위원회에서 산업안전보건법 위반치사죄의 기본 양형 기준을 1년 ~ 2년 6개월로 정한 것과 비교할 때 중대재해처벌법에서 정한 자유형의 하한은 중대재해에 대한 억지력으로 기능하기에는 부족하다.

일곱째, 사업주 또는 경영책임자가 고의 또는 중대한 과실로 안전보건 확보의무를 위반하여 중대재해가 발생한 경우, 피해자는 해당 사업주, 법인 또는 기관에 대해 손해액의 5배를 넘지 않는 범위에서 배상을 청구할 수 있는 징벌적 손해배상제도를 도입했다. 사업주의 사고 처리비용을 높일 수 있게 되었다는 점과 하청 사업주는 물론 원청 사업주에게도 징벌적 손해배상을 직접 청구할 수 있게 되었다는 점에서 의의가 크다. 다만, 징벌적 손해배상의 하한을 두지 않고, 손해배상책임 요건을 (법인 또는 기관

12 오민애, “중대재해처벌법 제정의 법률적 의미와 과제”, 중대재해기업처벌법제정운동본부 주최 중대재해기업처벌법 제정 의미와 과제 토론회 자료집(2021. 2. 19.), 24쪽.

차원의 의무위반이 있더라도) 사업주 또는 경영책임자의 고의 또는 중과실로 인한 의무위반이 있을 때만으로 한정하고,<sup>13</sup> 법인 또는 기관이 해당 업무에 대해 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 않은 경우 책임을 면한다는 면책규정을 두어 징벌적 손해배상제도의 효과를 반감시키고 있다는 점에서 실효성에 의문이 있다.

## 2. 중대재해처벌법의 한계와 과제

### 가. 적용범위의 제한 - 사업장 규모에 따른 안전 차별과 법의 공백

중대재해처벌법은 적용범위에서 ①5인 미만의 사업 또는 사업장(제3조), ②소상공인 보호 및 지원에 관한 법률 제2조에 따른 소상공인 전체(제2조 제4호 단서), ③다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 제2조 제1항 제1호에 따른 다중이용업소 중 해당 영업에 사용하는 바닥 면적의 합계가 1,000㎡ 미만인 업소(제2조 제4호 다목), ④ 공중교통수단 중 여객자동차의 경우노선 시외버스 이외의 모든 여객자동차 교통수단(시내버스, 일반택시 등)을 제외했다. 마치 작은 사업체는 지불 능력이라는 이유만으로 생명과 안전을 차별해도 되는 것처럼 말이다.

5인 미만 사업체는 전체 사업체수 중 79.8%를 차지한다.<sup>14</sup> 이곳에서

13 (강은미 의원 대표발의) 중대재해에 대한 기업 및 책임자처벌 등에 관한 법률안 제11조(손해배상의 책임) “①사업주나 법인 또는 기관의 경영책임자 등, 대리인, 종사자, 또는 사용인이 고의 또는 중대한 과실로 생명·신체의 안전 또는 보건위생상의 유해·위험방지의무를 위반하여 사람을 사망 등 중대재해에 이르게 함으로써 해당 사업주, 법인 또는 기관이 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 지는 때에는 그 손해액의 3배 내지 10배 이하의 범위에서 배상할 책임을 진다. 다만, 사업주나 법인 또는 기관이 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 때에는 그러하지 아니하다.”

③ 제1항과 관련한 분쟁에서 입증책임은 사업주, 법인 또는 기관이 부담한다”

14 고용노동부, 규모별 산업별 사업체수 현황(2018년 말 기준).

2019년 전체 재해자의 31.6%, 사고재해자의 33.8%, 산재사망자의 24.5%, 사고사망자의 35.2%, 2020년 1~9월 동안 전체 재해자의 30.7%, 사고재해자의 33.2%, 산재사망자의 23.8%, 사고사망자 35.0%가 발생하여<sup>15</sup> 만 인율을 기준으로 할 때 가장 높은 재해율 및 사망율을 나타내고 있다.<sup>16</sup> 또한 2018년 기준으로 해당 영업에 사용하는 바닥 면적의 합계가 1,000㎡ 미만인 다중이용업소는 174,764개로 전체 다중이용업소 179,256개소 중 97.5%나 차지하고 있다.

5인 미만 사업체와 함께 추가로 제외된 소상공인과 다중이용업소(바닥 면적 합계1,000㎡ 미만)를 포함하면 이곳에서 발생하는 재해 및 사고사망이 3분의 1 이상을 차지할 것이 명백함에도 이들 사업체들을 법의 적용범위에서 제외한 것이다. 가장 높은 빈도로 재해와 사망자가 발생하는 사업 또는 사업장들을 법의 적용범위에서 전면 제외한 것은 법의 실효성을 크게 저해할 뿐만 아니라 법의 형평성 원칙에도 반한다.

특히 5인 미만 사업장에 대한 법 적용제외는 근로기준법의 적용 차별에 이어 생명과 안전에서조차 기업 규모를 이유로 차별적 구조를 만들고 있다는 점에서 그 부당함은 두말할 나위가 없다. 전체 사업체수의 약 80%를

차지하는 사업체들에 대해 중대재해처벌법을 적용하지 않겠다는 것으로 가장 절실한 곳에서 법의 사각지대를 만들고 있다. 기업의 지불능력을 이유로 사람의 생명과 안전마저 차별할 수는 없다. 따라서 중대재해처벌법상 정부의 사업주 등에 대한 지원 규정(제16조)을 활용하여 중대재해 예방을 위한 기술과 비용을 우선 지원하는 것으로 하되, 5인 미만 사업장에 대한 법 적용제외 규정은 마땅히 폐기해야 한다.

나. 직업성 질병에 대한 차별적 정의

중대산업재해에 포함되는 직업성 질병에 대해 “동일한 유해요인으로 급성중독 등 대통령령으로 정하는 직업성 질병자가 1년 이내에 3명 이상 발생”한 경우로 정의했다. 중대산업재해에 포함되는 부상자의 경우에는 “동일한 사고로 6개월 이상 치료가 필요한 부상자가 2명 이상 발생”으로 법률에서 그 범위를 명확하게 정한 것과 대조를 보이고 있다. 직업성 질병자의 종류와 범위를 시행령으로 일괄 위임하고 발생 재해자수도 3명으로 사고재해의 2명보다 증가시켜 직업성 질병자의 적용범위를 축소하고 있다.

급성중독 등 대통령령으로 정하는 일부 직업성 질병자에 한해 중대재해에 속하는 질병자로 인정한다는 것으로, 이를 반대해석하면 대통령령으로 정하기 어려운 희귀 질병이나 잘 알려지지 않은 질병, 그리고 유해물질에 오랜 노출되거나 상당한 잠복기간을 거쳐 나타나게 되는 질병의 경우는 중대재해 범위에서 제외될 가능성이 높다. 결국 직업성 질병자가 중대재해에 해당되는지 여부는 전적으로 하위법령의 정함에 의해서 결정될 것이므로 처벌의 범위가 하위법령으로 정해지는 것과 별반 다름없게 되고 이

15 고용노동부, 2019년 산업재해 발생현황, 2020년 1~9월 산업재해 발생현황.

16 <2020년 산업재해 사고사망 통계 발표(고용노동부 산재예방정책과)>

구분	계		5인 미만			5~49인			50~299인			300인 이상		
	인원	비중	인원	비중	인원	비중	인원	비중	인원	비중	인원	비중		
2020년	882	0.46	312	35.4	1,04	402	45.6	0.49	131	14.9	0.29	37	4.2	0.12
2019년	855	0.46	301	35.2	1.00	359	42.0	0.44	147	17.2	0.33	48	5.6	0.15
증감	27	0.00	11	0.2	0.04	43	3.6	0.05	-16	-2.3	-0.04	-11	-1.4	-0.03

⇒ 2020년 산재 사고사망자 882명 전년 대비 27명(3.2%) 증가, 50미만 소규모 사업장에서 81%(714명) 발생, 5인 미만에서 35.4%(312명), 5~49인에서 45.6%(402명) 차지.

는 법률주의원칙 내지 포괄위임금지원칙에도 저촉된다. 또한 직업성 질병자의 경우 동일한 유해요인으로 1년 이내 3명 이상 발생한 경우로 제한한 것은 부상자의 경우 동일한 사고로 2명 이상 발생 기준과 비교할 때 형평에도 반한다.

질병사망자수가 사고사망자수를 추월한 것은 이미 2017년부터이고 그 격차는 갈수록 커지고 있는 점을 고려할 때,<sup>17</sup> 직업성 질병을 다르게 취급할 이유가 없다. 따라서 직업성 질병자에 대한 정의 또한 “동일한 유해요인으로 급성중독 질환자 또는 6개월 이상의 치료가 필요한 직업성 질병자가 2명 이상 발생”으로 개정할 필요가 있다.

다. 경영책임자 정의의 함정

중대재해처벌법의 주요 특징은 중대재해 발생 시 그에 대한 책임을 중간관리자 혹은 안전담당자에게 전가하거나 꼬리자르기식의 처벌로 무마해온 종전의 법제도적 관행을 시정하고 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 경영책임자에게 직접 안전보건의무를 부여해 그 법적 책임을 지도록 한다는 점이다. 그런데 법의 수범자이자 의무주체인 경영책임자를 애초

발의안들에서 제시되었던 「기업의 법인의 대표이사 ‘및’ 이사」와 같은 병존적(및) 방식이 아니라, 「사업을 대표하고 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 사람 ‘또는’ 이에 준하여 안전보건에 관한 업무를 담당하는 사람」과 같이 선택적(또는) 방식으로 정의함으로써 법의 의무 주체(수범자)가 선택적인지 병존적인지 논란의 소지를 만들어냈다.<sup>18</sup> 법인의 대표이사 혹은 안전보건담당임원 중에 선택적으로 책임을 지을 수 있는 규정으로 해석될 여지를 남겼다.

백해련 법사위 법안제1소위 위원장은 법안 심의과정에서 “차관에게 전속 권한을 주고 일을 맡겼는데, 나중에 문제가 생기면 장관도 당연히 책임을 져야 하는 것처럼 되는 건 문제가 있다는 지적이 나왔다”라고 밝혀 애초 “및”이었던 접속사가 “또는”으로 바뀐 이유를 짐작케 해주었다. 이에 따르면 기업의 최고경영자가 안전보건담당임원에게 안전보건에 관한 전속 권한을 주고 그 업무를 맡기는 형식을 갖추게 되면 안전보건담당임원에게 책임을 전가할 수 있다는 의미를 담고 있다. 이렇게 되면 현재까지 현장책임자(공장장, 건설현장소장)에게 안전사고의 책임을 지우던 법제도적 관행을 기업의 안전보건담당임원에게 이전하는 것 이상의 의미를 갖기 어렵다.

그래서일까? 산재사망사고 다발사업장인 포스코 최정우 회장은 국회 산재청문회를 앞둔 지난 2월 17일 대국민 사과문을 통해 “안전책임 담당자를 사장급으로 격상해 안전이 최우선으로 되는 경영을 실천하겠다”고 발표한데 이어 사장급으로 생산본부장과 분리된 안전환경본부장 직책을

17 <산업재해 발생현황>

연도	2015	2016	2017	2018	2019	2020
사망자수	1,810	1,777	1,957	2,142	2,020	2,062
사고	955	969	964	971	855	882
질병	855	808	993	1,171	1,165	1,180
사망만인율	1.01	0.96	1.05	1.12	1.08	1.09
사고	0.53	0.53	0.52	0.51	0.46	0.46
질병	0.48	0.44	0.54	0.61	0.62	0.62

(출처: 고용노동부 산업재해 발생현황 통계자료)

18 이시원(법무법인 율촌 변호사), 중대재해처벌법 분석, 2021.1., 5쪽.

만들어 부사장을 그 자리에 임명했다. 하지만 포스코의 안전환경본부장은 지난 3월 29일 강은미 국회의원과 의 간담회에서 고용노동부의 안전보건 진단명령에 따라 진행할 안전보건진단에 노조 추천 전문가의 참여 수용을 요구받았으나 자신은 상의 없이는 아무 것도 결정할 수 없다고 거듭 답변했다. 안전담당임원은 법상 구색맞추기로 최고경영자의 책임 회피용 방패막이로 기능할 수 있음을 단적으로 보여준 사례라고 하겠다.

따라서 경영책임자의 정의를 「사업을 대표하고 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 사람 '및' 이에 준하여 안전보건에 관한 업무를 담당하는 사람」으로 되돌릴 필요가 있다. 경영책임자의 범위를 보다 구체화하기 위해서는 '법인의 대표이사', '안전보건에 관여하거나 의사결정에 참여한 이사', '법인의 주요 경영사항에 대해 사실상 영향력을 행사하는 자'(상법 제 340조의2 제2항제2호에서 사용하는 법률용어)로 정의하는 것도 검토해볼 수 있겠다.

### 라. 안전보건확보의무의 결함

중대재해처벌법 제정에서 가장 논란이 되었던 쟁점은 경영책임자에게 부여할 안전보건의무를 어떤 내용으로 정할 것인지 여부였다. 의무의 제목 또한 산업안전보건법의 '안전·보건조치의무'와 다르게 '안전 및 보건 확보의무'로 정했다. 중대산업재해의 경우 그 의무의 내용은 '사업주 또는 경영책임자는 종사자의 안전보건상의 유해 또는 위험을 방지하기 위하여

1. 재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치, 2. 재해 발생 시 재발방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치, 3. 중앙행정기관·지방자치단체가 관계 법령에 따라 개선, 시정

등을 명한 사항의 이행에 관한 조치, 4. 안전·보건 관계 법령에 따른 의무행에 필요한 관리상의 조치'를 하여야 한다고 열거방식으로 규정했다. 중대시민재해의 경우에는 1호에서 '재해예방에 필요한 인력·예산·점검 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치'라고 하여 재해 예방에 필요한 '점검'의무를 추가했다.

경영책임자의 의무는 당초 제안된 발의안들의 포괄적 방식이 아닌 열거방식으로 규정함으로써 의무의 범위를 좁혔다. 열거방식의 규정에 대한 본질적인 문제제기로는 손익찬 변호사의 견해를 아래 각주에서 소개한다.<sup>19</sup> 꼭 일독을 권한다.

#### 19 사업주와 경영책임자등의 안전 및 보건 확보의무 범위

당초 운동본부안의 제3조 제1항에서는 포괄적 의무를 지우고 제2항에서는 '예시'적으로 반드시 처벌대상이 되는 개별법 조항상 의무내용을 직접 인용하는 방식을 택했다. 그러나 중대재해처벌법 제4조 제1항의 제1호부터 제4호에서는 의무 내용에서 포괄적 의무조항과 예시적 조항을 삭제하고, '열거'방식으로 규정하도록 하였다. 이로 인하여 규제 대상 행위가 다소 좁아진 측면이 있다. 이 부분은 개별 사건에서의 법해석과 앞으로의 투쟁에서, 사업주와 경영책임자가 포괄적인 의무를 짐을 전제로 경영책임자의 의무내용이 열거방식으로 확인된 것에 불과하다는 주장을 통하여 법 취지를 살려내야 할 부분으로 보인다. 그리고 중대재해처벌법 제4조 제1항 뒷부분에서 "사업 또는 사업장의 특성 및 규모 등을 고려하여"라는 조항을 둬으로써, 모든 사업장에 일률적인 의무가 아닌 상황에 맞는 조치의무를 지운다고 해석이 가능토록 하였다.

사업주와 경영책임자가 '포괄적인 의무'를 진다고 하는 운동본부 주장의 당위성은 다음과 같다. 사업을 위하여 위험(risk)을 만든 즉 원인을 제공한 주체가, 현실화된 위험의 결과물인 중대재해에 관하여 책임지는 것이 마땅하다는 책임주의(責任主義) 원칙이 바로 그것이다. 이미 기존의 중대재해 사건에서는 개별법상 처벌규정의 적용 외에도 보충적이고 포괄적으로 형법 제268조 업무상 과실치사상죄를 근거로 처벌해왔다. 그리고 대법원은 여기서의 "업무"란 사람의 사회생활면에 있어서의 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무를 말하고, 여기에는 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험을 방지하는 것을 의무내용으로 하는 업무도 포함된다.(대법원 1988. 10. 11. 선고 88도1273 판결)는 입장을 고수하고 있다.

이처럼 사업주와 경영책임자에게 사람의 생명·신체 위험방지에 관하여 개별법상 의무외에 포괄적인 의무를 지우는 것은 새삼스러운 일이 아니다. 업무와 관련되어 있다면 피해자가 근로자인지 특고노동자인지 아니면 개인사업자인지, 그 소속이 원청인지 하청인지 여부는 문제되지 않고 실제로 처벌도 그렇게 되어왔다. 다만 구체적으로 어떤 경우에 경영책임자 개인에게 책임을 귀속시킬 수 있는지에 관한 문제가 남을 뿐이다.

참고로 10만명당 사망자 0.7명(한국은 4.6명) 산재예방 선진국인 영국의 산업안전보건법에서는 "모든 사업주는 합리적으로 실행가능한 범위에서(so far as is reasonably practicable) 근로를 제공하는 모든 자신

중대산업재해 1호의 ‘재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리 체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치’ 의무는 재해예방을 위한 인적·물적 기반과 안전관리시스템 구축 의무로 해석된다. 즉, 재해예방을 위한 조직 설치·인력 배치·예산 배정·운영체계 구축 및 그 이행을 위한 점검·감독 의무를 의미하는 것으로 해석된다.

안전보건확보의무 중 2호 ‘재해 발생 시 재발방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치’와 3호 ‘중앙행정기관·지방자치단체가 관계 법령에 따라 개선, 시정 등을 명한 사항의 이행에 관한 조치’ 의무는 여전히 장래에 정해질 사항이긴 하나 취지와 의무 내용은 비교적 명확하다.

그런데 1호 ‘재해예방에 필요한 인력 및 예산(시민재해-인력·예산·점검) 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치’와 4호 ‘안전·보건 관계 법령에 따른 의무이행에 필요한 관리상의 조치’ 의무의 구체적인 사항은 대통령령으로 위임하고 있으며, 그 의무의 내용 또한 2, 3호의 직접적인 조치의무와 달리 ‘안전보건관리체계 구축’ 혹은 ‘안전보건의무 이행에 필요한 관리상의 조치’로서 ‘관리’라는 방식의 간접의무 형태로 규정하고 있다. 이들 의무는 안전·보건 관계 법령에서 정한 안전보건조치의

의 근로자의 안전과 보건 및 복리를 보장하여야 한다”라고 정하여 포괄적인의무를 지운다. 그리고 영국의 법원은 이 조항에 관하여 ‘사망사고가 발생한 자체로 이미 안전보건에 관한 위험을 제거하여야 할 의무위반이 있는 것’이라고 해석하고 이러한 결과에 기초한 접근법이 산안법 입법취지에 부합한다면서, ‘사업주가 당시 다른 조치를 취하는 것이 실행가능하지 않거나 합리적이지 않다는 사실을 증명하거나 당시의 조치보다 더 나은 조치를 취할 수 없었다는 점을 증명하면 책임을 부담하지 않는다’는 태도이다(이상 전형배 외, 외국의 산업안전보건법 위반 사례 분석, 37~42면 참조). 즉 영국은 사업주에게 포괄적인 주의의무가 있음을 전제함으로써 사고발생 자체로 인하여 주의의무위반이 있음을 입증되었다고 보고, 다만 사업주가 합리적으로 실행가능한 범위에서 조치를 했음을 입증하면 처벌을 면한다는 태도이다.”

(손익찬 변호사, “중대재해처벌법 제정 의미와 향후 과제 토론회”, 중대재해처벌법 제정의 의미와 향후 과제를 위한 종합토론회 자료집, 2021. 2. 23., 75쪽.)

무를 직접적으로 이행하기 위한 조치가 아니라 그 의무이행이 이루어지도록 관리체계 구축 혹은 관리상의 조치 의무를 부여하고 있어 그 의무의 내용이 매우 불투명하다.

결국 1, 4호의 조치 의무는 대통령령으로 어떻게 정하느냐에 따라 경영책임자에 대한 실질적인 책임 부여 여부가 판가름 날 것으로 보이나, 법문언에 따라 해석하면, 기업의 대표이사가 사업장 관리책임자인 공장장이나 안전보건담당임원에게 안전보건 관계 법령에 따른 의무이행을 지시하고 정기적으로 보고를 받는 관리상의 조치로 자신의 안전보건확보의무 이행을 주장할 수 있는 여지를 남기고 있다. 이렇게 되면 안전사고 발생시 안전보건조치에 관한 직접의무를 부담하는 현장책임자가 처벌받고 관리상의 의무만을 지고 있는 기업의 경영책임자는 법적 책임에서 벗어날 수 있는 현재의 산업안전보건법 체계와 별반 달라질 것이 없다.

따라서 경영책임자가 부담하는 안전보건확보의무의 실효성을 높이기 위해서는, 시행령에서 ① ‘1. 재해예방에 필요한 인력 및 예산(시민재해-인력·예산·점검) 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치’와 관련하여, ▲위험작업에 대한 2인 1조 인력 및 예산 확보, ▲과로사 방지를 위한 적정 인력 및 예산 확보, ▲위험 방지 시설을 위한 예산 확보, ▲소속 노동자는 물론 하청노동자, 특수고용노동자들의 재해예방에 필요한 인력 및 예산 확보, ▲노동자의 참여가 보장되도록 안전보건관리체계 구축 및 이행조치의 내용이 구체적으로 보충되어야 하고, ② ‘4. 안전·보건 관계 법령에 따른 의무이행에 필요한 관리상의 조치’ 의무와 관련하여, 관리상의 조치가 지시 및 보고 조치로 대체되지 않도록 ‘안전보건 관계 법령에 따른 안전보건조치의 이행에 필요하다고 인정되는 예산, 조직, 인

력, 설비에 대한 점검 및 개선 조치'로 구체화할 필요가 있다.

마. 발주자의 책임 공백

중대재해기업처벌법제정운동본부가 제안한 국회동의청원 입법안과 일부 의원 대표발의안에서는 중대재해가 다발하고 있는 건설공사와 조선사업의 경우 발주자에게 발주에 따른 안전보건의무를 부과해야 할 필요성을 지적하고, 발주에 대한 개념 정의와 발주 사업주와 경영책임자에게 발주 사업 또는 사업장에서 노무를 제공하는 종사자에 대한 안전보건의무를 포함시켰다. 하지만 법안 심의과정에서 고용노동부는 발주만으로 안전보건의무를 부담하는 것은 과잉책임이며 도급·위탁의 공동책임에 의해 필요한 범위에서 의무 부과가 가능하다는 이유로 제외하여야 한다고 주장해 발주는 법안에서 제외됐다.

발주공사가 대부분인 건설업의 경우, 산재 사고사망자가 2016년 499명(51.5%), 2017년 506명(52.5%), 2018년 485명(49.9%), 2019년 428명(50.1%), 2020년 458명(51.9%)이 발생하여 매년 산재 사고사망자의 50% 가량을 차지하고 있다.<sup>20</sup> 또한 공공기관에서의 사고사망자 발생현황을 보면, 공공기관 사고사망자의 85.2%가 발주공사에서 발생하고 있음을 확인할 수 있다.<sup>21</sup>

발주공사에서 대형사고가 발생하는 이유 중의 하나는 발주처의 무리한 공기단축 요구나 위법한 공법변경에 기인하고 있음은 잘 알려진 사실

<sup>20</sup> 고용노동부 산업재해 발생현황 통계자료 참조.  
<sup>21</sup> 2019.3.19. 관계부처 합동, "공공기관 안전강화 대책", 3쪽.

이다. 2020년 4월 29일 38명의 목숨을 앗아간 이천물류센터 화재참사나 2017년 5월 1일 6명이 목숨을 잃고 25명이 부상당한 삼성중공업 크레인 충돌사망사고는 공기단축 요구에 따른 혼재작업이나 안전조치 부재와 관련된 사고다.

이를 반영하여 전면개정 산업안전보건법에서는 건설공사 발주자에게 임의로 공사기간을 단축하거나 공법을 변경하는 것을 금지하는 규정을 신설하였다(법제69조). 하지만 발주자에 대해서는 임의적인 공사기간 단축과 불법적인 공법변경으로 인해 사고가 발생하여도 근로자의 사망에 대해 책임을 지우는 규정을 두고 있지 않다. 공기단축이나 공법변경 금지 규정(제69조)을 위반한 경우라 할지라도 1천만원 이하의 벌금에 처하거나,<sup>22</sup> 산업재해예방조치 등 여타 의무를 위반한 경우에는 1천만원 이하의 과태료 혹은 500만원 이하의 과태료를 부과하는 것이 전부다. 발주자의 책임에 공백상태가 발생하고 있는 것이다.

따라서 중대재해처벌법에서 발주자의 임의적인 공기단축이나 위법한 공법변경 금지 규정의 이행에 필요한 조치를 안전보건의무로 부과하고 그 의무위반으로 중대재해가 발생하면 그에 대한 책임을 부과할 수 있도록

□ 사고사망자는 유형별로는 발주공사, 규모별로는 100인 미만 사업장, 분야별로는 국토교통·에너지, 원 인별로는 추락에서 다수 발생

- \* (유형) 발주공사 85.2%(241명), 직영 12.0%(34명), 하청 2.8%(8명)
- \* (규모) 100인미만 57.6%(163명), 100~300인 25.4%(72명), 300인이상 17.0%(48명)
- \* (분야) 국토·교통 48.1%(136명), 에너지 32.2%(91명), 환경 8.1%(23명) 등
- \* (원인) 추락 35.3%(100명), 충돌 19.8%(56명), 감전 7.1%(20명) 등

<sup>22</sup> 산업안전보건법 제171조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.  
 <개정 2020. 3. 31.>  
 1. 제69조제1항·제2항,

보완할 필요가 있다. 물론 건설공사 발주는 전형적인 민법상 도급에 해당 하는 것이어서 발주를 도급의 범주에 포섭하려는 노력 또한 병행되어야 할 것이다.

바. 여전히 미약한 처벌 수위

첫째, 사업주 또는 경영책임자 자연인에 대한 형사처벌 수위를 '1년 이상 징역'으로 낮춰 발의안(3년 이상 징역, 5년 이상 징역)은 물론이거니와 정부안(2년 이상 징역)보다 처벌의 정도를 약화시켰다. 또한 사망 인원수에 따른 형의 가중조항을 삭제하여 한 사람이 죽든 100명이 죽든 한 사건이면 한 건으로 처벌하도록 하여 처벌의 수위를 대폭 축소했다.

안전 및 보건의무 위반으로 인한 사망은 단순 과실범이 아니라 안전의무 위반이라는 기본범죄에 대한 진정결과적가중범이다. 위험이 존재하는 작업에 안전조치를 취하지 않을 때 안전사고가 날 수 있다는 사실을 모를 리 없다. 따라서 안전조치 위반으로 인한 재해는 과실로 인한 것이 아니라 최소한 미필적 인식에 의한 재해이다. 따라서 중대재해처벌법의 사업주와 경영책임자의 책임은 안전보건의무를 위반하고 이로 인한 중한 결과로서 사람을 사상에 이르게 함으로써 성립하는 '진정결과적가중범'으로서의 형사책임이다. 이러한 진정결과적가중범은 기본범죄(안전보건의무 위반)를 고의로 행하였다는 행위반가치의 중대성으로 인해 과실범의 법정형보다 높게 설정되어 있다.<sup>23</sup>

23 김재윤, "진술서", 제382회 국회 중대재해법 제정에 대한 공청회 자료집, 2020. 12.1., 14쪽

기본범죄로 인해 사람을 사망에 이르게 하는 범죄의 법정형은 다음과 같다. 형법상 기본적인 진정결과적가중범으로는 상해치사죄, 폭행치사죄, 유기치사죄 등을 들 수 있는데 부작위범으로 중대재해법안의 부작위범과 유사한 유기치사죄를 포함해 모두 3년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있다. 또한 이른바 '민식이법'으로 알려진 어린이보호구역에서의 어린이치사죄 역시 운전자가 어린이보호구역에서 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이(13세 미만인 사람)에게 교통사고를 야기하여 어린이를 사망에 이르게 한 경우 무기 또는 3년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다(법 제5조의13). 민식이법에서의 법정형은 하한에 있어 3년 이상의 징역으로 하고 상한형은 무기징역형으로 훨씬 중하다. 사망의 결과를 초래하는 위 진정결과적가중범들에서는 벌금형 규정조차 두고 있지 않다.<sup>24</sup>

그렇다면 1년 이상의 유기징역이 아니라 오히려 '3년 이상의 유기징역'으로 규정해야 다른 기본적인 진정결과적가중범죄의 법정형과 형평을 맞추는 것이라 하겠다.

둘째, 법인에 대한 법원의 솜방망이 처벌 방지대책으로 마련한 벌금형의 하한형을 삭제하고, 경영책임자가 안전 및 보건의무를 소홀히 하도록 지시한 경우 그 죄질을 감안해 법인에 대해 매출액의 10분의 1 범위 내에서 벌금형을 가중하도록 한 조항을 삭제하고 벌금형의 상한을 정액(50억원)으로 변경했다. 매출액이 수백조 내지 수천억 원에 이르는 대기업에 대한 처벌로는 간에 기별도 가지 않을 수준이다. 2019년 재계 매출액은 삼

24 김재윤, 위 자료, 15쪽.

성전자 230조원, 현대자동차 105조원, 포스코 64조원, 엘지전자 62조원, 한국전력공사 59조원, 기아자동차 58조원, (주)한화 50조원, 현대중공업 47조원, 현대모비스 38조원, 지에스칼텍스 33조원, 신세계 29조원 등이다. 삼성전자는 백혈병 등 직업병으로, 포스코와 현대중공업은 매년 살인기업으로 지목될 만큼 산재사망사고가 빈발하는 사업장이다.

2013~2017년 산업재해 상해 및 사망사건의 형량분석 결과,<sup>25</sup> 자연인에게 부과된 벌금액 평균은 421만원, 법인에게 부과된 벌금액 평균은 448만원으로 처벌이 기업 활동에 아무런 영향을 미치지 못하는 수준이고 그로 인해 산업안전보건법위반의 재범률이 97%에 이르는 것으로 나타났다. 이는 일반 형법범죄 재범률 43%의 2배에 해당하는 수치다.

영국 2016년 개정 기업과실치사 및 살인 양형지침에서<sup>26</sup> “벌금액은 반드시 경영진 등이 산업안전 관련 법률 준수 필요성을 가지도록 회사에 영향을 미칠 정도로 징벌적이고 충분해야 한다”고 지적한 점을 반면교사로 삼을 필요가 있다. 벌금형의 하한형을 설정하고 매출액 대비 벌금형을 도입해야 하는 이유이다.

셋째, 중대재해처벌법은 경영책임자의 의무위반이 존재할 때만 법인 또는 기관에게 양벌규정으로 형사처벌을 할 수 있도록 제한하고 있다. 이 때문에 안전을 소홀히 하는 것을 조장·용인·방치하는 경영방침이나 조직문화에 따른 현장관리자 등의 안전보건 의무 위반으로 중대재해가 발생하더라도 기업에게 이 법에 의한 형사책임을 물을 수 없게 된다. 기

업의 경영방침이나 조직문화의 영향으로 인해 발생한 중대재해는 그것이 경영책임자의 의무위반에 따른 것이든 현장관리자의 의무위반에 따른 것이든 기업에게 책임을 물을 수 있도록 해야 한다. 그래야 기업이 정신을 차린다.

### 사. 공무원 처벌 제외의 무책임

국민의 안전과 보건을 최종적으로 감독할 공무원을 중대재해처벌법의 적용대상에서 제외하여 안전과 보건에 대한 국가의 책임을 면제하는 결과를 초래했다. 성수대교 붕괴사고, 씨랜드 청소년수련원 화재참사, 대구지하철화재참사, 경주마우너오션리조트 붕괴사고, 춘천산사태 펜션매몰사고 등은 공무원의 불법적인 인허가 혹은 감독 부재와 관련된 사고였으나 공무원에 대한 처벌은 제대로 이루어지지 않았다. 대기업 사업장에서 사망사고가 반복되고 있는 이유는 형식적이고 부실한 근로감독과 깊이 연관되어 있다. 기계적이고 형식적인 근로감독은 안전을 위협하는 조직문화나 관리시스템을 바꾸는 커녕 오히려 통과의례로 인식토록 해 피감독자들로 하여금 감독에 대한 내성을 길러준다.

전 세계의 대형사고를 조사연구한 영국사회학자 찰스 페로는 ‘참사의 위험을 지닌 위험한 시스템을 더 안전하게 만드는 방법을 기술적으로 제시하는 것만으로는 참사를 막을 수 없다. 참사에 가해지는 체계적이고 복잡한 권력의 연결망에서 위험이 증식하고 있는 지점을 찾아서 그 고리를 끊어내야 한다. 그것은 기업내부 뿐만 아니라 기업의 바깥까지 연결되어 있다. 중대재해기업처벌법이 원청기업과 경영책임자 뿐만 아니라 실질적인 감독 권한이 있는 공무원의 책임을 묻도록 하는 것은 사회적 참사로 인

<sup>25</sup> 2018년 고용노동부 연구용역보고서.

<sup>26</sup> 고용노동부, 산업재해 사망사고에 대한 기업책임 강화 방안 회의 자료집, 2020.5.7., 165면

해 드러난 안전의 문제가 곧 권력의 문제와 연결되어 있기 때문이다'라고 지적했다.

대형재난참사나 반복적인 중대재해를 막기 위해서는 자발적인 유인의 제공과 함께 엄정한 감독을 병행해야 한다. 안전에 대한 엄정한 감독을 위해서는 해당 공무원에게 그에 상응하는 권한을 부여하고 형식적이고 부실한 감독으로 중대재해를 야기한 경우 그에 대한 책임을 부과해야 한다. 따라서 안전과 관련한 감독 및 인허가 권한을 가진 공무원에 대해 감독 책임을 물을 수 있는 규정을 도입할 필요가 있다.

#### 아. 심리절차 특례에서의 피해자 무권리

중대재해처벌법은 형사재판에서 적정한 양형을 정하기 위한 절차로 “심리절차에 관한 특례” 조항을 도입했다. 즉, 이법 위반 여부에 관한 형사 재판에서 법원은 직권으로 피해자 또는 그 법정대리인을 증인으로 신문할 수 있고, 검사, 피고인 또는 변호인의 신청이 있는 경우 해당 분야의 전문가를 전문심리위원으로 지정하여 소송절차에 참여하게 하여야 한다고 규정했다(법제14조제1,2항). 법원이 직권으로 피해자 또는 법정대리인을 증인으로 신문할 수 있도록 하여 피해자의 의견이 반영될 수 있는 절차를 보장한 것이라 볼 수 있다.<sup>27</sup>

하지만 법원이 직권으로 피해자를 증인의 지위에서 신문하는 방식이므로 피해자의 진술권을 직접적으로 보장했다고 보기 어렵고, 전문심리위

원 지정을 위한 신청권 또한 검사, 피고인, 변호인에게만 부여하고 있어 피해자는 전문심리위원 지정 절차에서 사실상 소외되어 있다. 따라서 심리절차에 관한 특례조항은 양형 결정 과정에서 피해자측 의견을 청취하기 위한 절차인 만큼 피해자의 진술권과 신청권을 보장하는 것이 바람직하다.

#### 자. 징벌적 손해배상의 허점

첫째, 징벌적 손해배상의 하한을 정하지 않았다. 중대재해와 관련하여 징벌적 손해배상을 도입하고자 한 취지는 중대재해가 발생했을 때 기업이 부담해야 할 사고처리 비용이 사고예방을 위한 안전비용을 압도하도록 만들어 기업이 자발적으로 안전을 최우선하도록 경제적 유인을 제공해야 한다는 필요성 때문이었다.<sup>28</sup> 안전을 기업경영의 최우선 과제로 유인하기 위해서는 징벌적 손해배상의 하한을 고려할 필요가 있다.

둘째, 손해배상의 입증책임 전환 규정을 도입하지 않았다. 산업재해 내지 사회재난에서 사업주의 증거독점과 증거의 구조적인 편재 현상, 그리고 피해자 개인의 증거 접근 한계는 징벌적 손해배상제도를 형해화하기에 충분하다. 징벌적 손해배상제도의 실효성을 높이기 위해서는 피해자가 중대재해 발생과 사업주의 의무위반으로 인한 재해발생의 개연성, 그리고 손해의 존재를 증명하는 대신, 사업주가 자신의 안전보건 의무 이행, 안전보건 의무와 재해 사이의 인과관계 부존재를 입증하도록 해 손해배상제도의 공평의 원칙이 실현될 수 있도록 입증책임의 전환이 필요하다.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> 강은미 의원 대표발의안 제안이유

<sup>29</sup> (강은미 의원 대표발의) 중대재해처벌에 대한 기업 및 책임자처벌 등에 관한 법률안 제11조(손해배상의 책임)

<sup>27</sup> 오민에, 앞의 자료, 28쪽.

셋째, 중대재해처벌법상 법인의 형사상·민사상 책임은 (애초 발의안에서 제안되었던) 법인의 경영책임자, 대리인, 종사자, 사용인 등의 의무 위반 중에서 대리인, 종사자, 사용인을 제외한 경영책임자의 위반행위가 있을 때에만 물을 수 있도록 한정했다. 이 때문에 안전 소홀을 조장·용인·방치하는 경영방침이나 조직문화에 따른 현장관리자 등의 안전보건 의무 위반으로 중대재해가 발생하더라도 ‘이 법에 의한’ 법인의 형사책임도, 법인에 대한 징벌적 손해배상책임도 물을 수 없다. 그 결과 징벌적 손해배상제도의 실효성은 현저히 약화될 것으로 보인다. 기업의 경영방침이나 조직문화의 영향으로 발생한 중대재해에 대해서는 그것이 경영책임자의 의무위반에 의한 것이든 현장관리자 등의 의무위반에 의한 것이든 기업에게 책임을 물을 수 있도록 해야 한다. 그래야 기업은 안전을 경영의 우선 과제로 삼으려고 할 것이다. 비용이 증가할 것이기 때문에.

차. 적용유예로 인한 법의 공백

중대재해처벌법은 개인사업자와 50인 미만 사업 또는 사업장(건설업은 공사금액 50억원 미만의 공사)에 대해서는 법 공포 후 3년간 시행을 유예하도록 했다. 50인 미만 사업자에 대한 이 법의 시행 유예는 일시적이기는 하더라도 최소 3년간 거대한 법의 사각지대를 만들어낸다.

우리나라 규모별 산업별 사업체수 현황을 보면(2018년 말 기준), 50인

“①사업주나 법인 또는 기관의 경영책임자 등, 대리인, 종사자, 또는 사용인이 고의 또는 중대한 과실로 생명·신체의 안전 또는 보건위생상의 유해·위험방지의무를 위반하여 사람을 사망 등 중대재해에 이르게 함으로써 해당 사업주, 법인 또는 기관이 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 지는 때에는 그 손해액의 3배 내지 10배 이하의 범위에서 배상할 책임을 진다. 다만, 사업주나 법인 또는 기관이 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항과 관련한 분쟁에서 입증책임은 사업주, 법인 또는 기관이 부담한다”

미만 사업장은 전체 410만여개 사업장 중 405만여개로 98.8%를 차지하고 있다. 2019년 고용노동부의 산업재해 발생현황에 따르면, 50인 미만 사업장의 노동자는 11,163,526명으로 전체 노동자 18,725,160명의 59.6%를 점하고 있다. 2020년 1월~9월 동안 사고재해 발생률은 50인 미만 사업장이 79.1%이고, 고용노동부에 신고된 중대재해에서도 50인 미만 사업장이 84.9%를 차지하고 있다. 게다가 50억 미만의 건설업 사업장수는 92.9%, 그곳에서 근무하는 건설업 노동자수는 42.5%, 그곳에서 발생하는 건설업 사망자수는 62.1%에 이른다.<sup>30</sup>

결국 50인 미만 사업장(50억 미만 건설공사) 시행 유예 규정은 전체 사업체 중 98.8%의 사업체, 전체 노동자 중 60%의 노동자, 건설업 중 92.9%에 달하는 건설공사 사업장에 대해 향후 3년간 법을 적용하지 않는다는 것이다. 그 제외된 사업체들에서 중대재해의 84.9%가 발생하고, 제외된 그 건설업 사업장에서 62%의 사망이 발생하는데도 말이다. 중대재해를 예방하고 산재사망률을 낮추고자 제정한 법의 취지를 무색하게 만들고 있다. 이는 법의 형평과 정의에 반하는 짓이다.

결론적으로 50인 미만 사업장 시행 유예 규정은 중대재해를 예방하여 사람의 생명과 신체의 안전을 보호하자는 법의 취지에 역행하고 있다. 상대적으로 안전한 사업체에 법을 우선 적용하고 사고 위험이 높은 사업체

30 <안전보건공단, 2019 산업재해현황분석 p.294>

구분	건설업 사업장수	건설업 근로자수	건설업 사망자수	건설업 사망만인율
총 계	378,343	2,487,807	517	2.08
3억원 미만	286,491	420,463	171	4.07
3억~20억원 미만	52,174	408,160	104	2.55
20억~50억원 미만	12,591	229,248	46	2.01

에 대해서는 3년 후에나 적용하자는 것이기 때문이다. 이는 사업장 규모로 노동자의 생명과 안전을 차별하고 85%에 이르는 중대재해를 법의 이름으로 '허용'해주는 것이나 다름없다.

따라서 사업 또는 사업장 규모에 관계 없이 적용 유예 기간을 통일하고 1년 후에 법을 모든 사업장에서 시행하는 방안을 진지하게 강구할 필요가 있다. 대신 50인 미만 사업장에 대해서 중대재해처벌법상 정부의 사업주 등에 대한 지원 규정(제16조)을 적극 활용하여 중대재해 예방을 위한 기술과 비용을 지원하는 것으로 하자.

## V. 경제단체의 중대재해처벌법 무력화 시도에 대한 비판

지난 1월 26일 중대재해처벌법은 제정· 공포되었으나 법의 시행은 최소한 공포 후 1년이 경과하는 2022년 1월 27일까지, 50인 미만 사업장에 대해서는 3년 후인 2014년 1월 27일까지 기다려야 한다.

그런데 법이 시행되기도 전에 경총 등 경제단체들은 지난 3월 25일 '중대재해 처벌등에 관한 법률 보완입법 요청사항'이라는 이름으로 보완입법을 국회에 제출했다. 주요 내용은 아래와 같다.

첫째, 중대재해의 범위를 대폭 축소하자고 주장한다. 중대산업재해의 정의를 '사망자 1명 이상 발생'에서 '동시에 사망자 2명 이상 또는 1년 이내에 2명 이상 발생'으로 수정하고, '직업성 질병자가 1년 이내에 3명 이상 발생'한 경우를 '6개월 이상 치료가 필요한 대통령령으로 정하는 급성중독

질병자가 1년 이내 5명 이상 발생'으로 수정하자는 것이다. 2020년 상반기 고용노동부에 보고된 중대재해 302건 중 사망사고의 건은 294건인데, 1인 사망사고의 건은 285건으로 96.9%를 차지하며 2인 이상 사망은 9건으로 3.1%에 불과했다.<sup>31</sup> 경제단체의 주장은 중대재해처벌법을 전체 사망 사고 중 3.1%에 대해서만 적용되는 '낙타바늘'법으로 만들자는 것이다. 사람의 죽음에 대해 제도적으로 광범위하게 책임을 면책시켜 주자는 주장으로 발상 자체가 매우 반생명적이다.

둘째, 중대재해처벌법의 핵심인 경영책임자 정의 규정에서 의무주체를 1인으로 제한하고 '사업 대표로부터 권한과 책임을 위임받은 안전보건 관리책임자 등 대통령령으로 정하는 사람'을 신설하자고 한다. 중대재해에 대해 책임질 경영책임자를 1인으로 제한하고 '사업대표로부터 권한과 책임을 위임받은 안전보건 관리책임자 등 대통령령으로 정하는 사람'을 신설하면 중대재해에 대해 책임질 주체는 최고경영자에서 관리책임자에게로 이전될 것임은 불을 보듯 뻔한 일이다. 최고경영자의 책임 전가용 규정을 만들자는 것으로 법의 취지가 무색하다.

셋째, 사업주와 경영책임자의 안전·보건의무의 범위를 축소하고 그마저도 모든 의무에 대해 시행령 위임 규정을 두자고 한다. 경영책임자의 모든 의무에 대해 시행령으로 위임하자는 것은 형사처벌 구성요건의 법률주의 원칙에도 위배되는 모순된 주장이다. 아울러 경미한 재해들이 중대재해로 발전하는 것을 막기 위해 '재해 발생시 재발방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치' 의무를 부여하는 것임에도 이를 '중대재해 발생 시

<sup>31</sup> 강은미 의원실에 보고된 고용노동부 자료 참조.

재발방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치'의무로 범위를 축소하자고 한다. 이는 소 잃고 외양간 고치는 대책을 수립할 것이 아니라 사전의 위험 경고에 대한 대책을 미리 수립해 중대재해를 예방하자는 법의 취지를 외면한 주장이다.

넷째, '원청 사업주 및 경영책임자의 의무와 책임'을 축소하자고 한다. '재해 예방에 필요한 인력과 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 이행에 관한 조치'는 하청이 직접 이행해야 하는 의무이며, 원청은 이 의무를 하청이 준수하는지 확인하면 된다고 주장한다. 그런데 원청이 예산과 인력과 시설에 대한 권한을 모두 갖고 있다는 점을 고려할 때, 안전관리체계 구축의 책임을 원청에 부과하는 것은 필수적이다. 그래야 하청노동자들에게 대한 안전을 실질적으로 보장할 수 있기 때문이다. '보완입법안'은 원청이 하청노동자에 대해 실질적인 권한을 갖고 있다는 사실을 감추고 지금처럼 책임을 하청에 전가하려는 것이다.

다섯째, 과실범 형태의 산재사고에 대해 하한형이 있는 유기징역을 부과하는 것은 '과잉형벌'이므로 하한형의 징역형 부과를 상한 설정으로 변경하고, 양벌규정의 벌금액도 하향하고, 징벌적 손해배상 책임을 5배에서 3배로 낮춰야 한다고 한다. 여기에 더해 고의·중과실이 없거나, 정부가 인증한 안전관리 전문기술을 보유한 전문업체에 안전관리를 위탁한 경우는 처벌을 면할 수 있도록 면책규정을 마련하자고 한다. 중대재해처벌법은 안전사고에 대한 솜방망이 처벌 관행과 너무도 '저렴한' 사고처리비용 때문에 동일한 재해의 반복을 막지 못하고 있는 현실을 시정하기 위해 만들어졌다는 사실을 망각한 주장이다. 안전사고 범죄는 안전의무를 이행하지 않으므로 인해 발생하는 고의범의 일종이다. 그럼에도 과실범에 빚대

어 처벌과 책임의 수위를 낮추고 심지어 외부전문업체에 안전을 위탁하면 책임을 면제하자는 주장은 법을 무력화시키겠다는 선언이나 다름없다.

여섯째, 모든 기업에 대해 법 시행일을 공포 후 2년간 유예하고, 3년의 적용 유예를 둔 50인 미만의 하청 사업장 사고에 대해 그 유예기간 동안 원청의 처벌도 면제하는 특례를 마련해야 한다고 주장한다. 오늘도 하루에 6명이 일터에서 죽어가고 있다. 법 시행을 하루라도 앞당겨 죽음을 줄여나가야 할 판에 모든 기업에 대해 유예기간을 더 늘리고 원청의 처벌마저 하청의 유예기간에 맞춰 3년간 늦추자는 것은 안전한 일터를 만들려는 의지가 있는지조차 의심케 하는 무책임한 주장이다.

일곱째, 더욱이 '종사자의 안전 및 보건 확보 의무 및 처벌규정'을 신설하자고 한다. "현장에서 발생하는 대부분의 사고가 기업의 안전규정 미준수 외에도 근로자 개인의 부주의 행동이 중첩되어 발생"한다고 주장하면서 종사자에 대한 벌칙규정을 두어야 한다고 주장한다. 중대재해처벌법은 권한은 있으나 안전에 대해 책임을 회피하고 있던 경영책임자에게 책임을 부과하고 의무 위반시 처벌함으로써 재해를 예방하고자 만든 법임에도 경제단체들은 법의 취지를 외면한 채 그 책임을 작업자 과실로 몰타기하려는 주장으로 읽힌다.

경제단체들은 법 제정과정에서도 전 세계에서 유래를 찾아볼 수 없는 과잉규제 입법이며 CEO들을 잠재적 범죄자로 만들어 기업경영을 포기하게 만들 위헌적인 법률이라며 법 제정에 대해 거품을 물고 반대했다. 심지어 다른 나라에서 찾아볼 수 없는 괴물법안이라고 공격했다. 경제단체들이 제출한 보완입법안은 바로 그 공격의 연장선상에 있다.

경제단체들에게 묻고 싶다. OECD 가입 이후 산재사망률 1위 자리를 놓치지 않고 있는 부끄러운 현실, 매일 6~7명, 매년 2,000여명 이상이 일터에서 죽어야 하는 비참한 재해왕국의 현실은 우리의 경제규모와 기술적 수준을 고려할 때 세계에서 유래를 찾을 수 없는 일이다. 이러한 현실이야말로 더 이상 묵과해서는 안 되는 괴물적인 현실이 아닌가? 세계 최고로 일터에서 사람이 죽어나가는 현실이야말로 생명을 최고의 가치로 하는 우리 헌법이 결코 용인해서는 안 되는 ‘위헌적 현실’이다.

끔찍한 사망으로 귀결되는 이 위헌적 현실을 반복 재생산해온 주역들이 이를 시정하고자 하는 국민적 노력에 재를 뿌리고 과잉입법이라며 눈을 치켜뜬 채 공격을 계속하고 있다. 부끄럽지 않은가? 그동안 사람의 목숨과 안전을 담보로 이윤을 축적해왔다면 이제라도 그 책임을 통감하며 안전한 일터를 위해 법의 시행에 적극 협조하겠다고 선언하는 것이 최소한의 도리이다. 일상처럼 되어버린 죽음에 대해 책임을 물을 수 없었던 무기력한 법제도는 합헌이고, 이익의 수혜자인 기업과 그 대표자를 권한에 비례하여 처벌하고자 하는 법은 위헌인가? 처벌 수위가 높아 과잉처벌이라고 비난할 것이 아니라 제대로 된 법의 시행을 통해 다른 나라의 10배, 20배에 달하는 사망률을 어떻게 줄일 것인지 함께 고민하는 것이 순서이다. 언제까지 권한과 이익은 독점하고 책임은 회피하려고 하는가? 법 제정의 잉크가 마르기도 전에 과잉입법이라며 눈을 부라리는 태도가 참으로 볼썽사납다.

## VI. 맺는 말

우리는 권한을 가지고 결정권을 행사하는 자가 책임으로부터 자유로운 위계적 구조의 사회에서 살고 있다. 권한과 책임의 분리는 위험의 외주화로 구조화되었고 안전을 깃털처럼 가볍게 여기는 사회로 만들어왔다. 기업은 이익은 독점하되 사고로 인한 책임은 피해자와 사회적 비용으로 전가하는데 너무도 익숙해있다. 그것은 인명사고에 대해 기업 및 기업의 경영책임자에게 효과적으로 법적 책임을 지우지 못하는 현행법 체계의 결함에서 비롯된 것이다. 권한을 행사하고 이익을 얻는 자가 법적 책임에서 벗어날 수 있게 하는 법과 제도, 그리고 현실은 책임주의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라 정의롭지 못하다.

‘중대재해처벌법’ 제정은 권한을 가지고 이익을 수취하는 기업과 기업의 경영책임자가 책임에서는 자유로운 불의한 현실을 시정하기 위한 것이다. 사람의 목숨을 깃털처럼 여기는 기업경영과 사회인식, 그리고 이를 뒷받침해주는 규범체계를 바꾸기 위한 거대한 사회운동이었다. “위험을 만드는 주체가 누구든 그 위험에 대한 책임을 져야 한다(those responsible for creating the risk must take ownership of it)”는 원칙을 구현하려는 실천운동이다.

중대재해처벌법은 기업이 안전의무 위반으로 중대재해 발생 시 부담해야 할 사고처리 비용을 획기적으로 높여 기업과 경영책임자로 하여금 자발적으로 안전을 최우선 과제로 삼도록 하려는 취지를 담고 있는 법이다. 하지만 앞서 살펴본바와 같이 우리가 손에 거머쥔 법은 여러 곳에서 구멍이 송송 뚫려있다. 5인 미만 사업장은 적용 제외되었고, 경영책임자의 정

의는 선택적이어서 여전히 책임 전가 가능성을 남겨두고 있다. 경영책임자의 의무 또한 포괄적이지 못하고 간접적임과 동시에 시행령으로 위임되어 실효성에 의문이 있고, 솜방망이 처벌을 막기 위한 하한형은 생색을 내는데 그쳤다. 기업의 경영에 영향을 미칠 수 있는 매출액 대비 벌금형은 사라졌고, 국민의 안전과 보건을 감독할 공무원의 책임 조항도 삭제됐고, 징벌적 손해배상제도에서의 입증책임 전환 또한 확보하지 못했다. 게다가 사업체의 98.8%에 달하는 50인 미만 사업장에 대해 법 공포 후 3년간 적용을 유예해 장기간 이들 사업체들에서 발생할 중대재해를 법이 용인해주는 결과를 초래하고 있다.

그런 점에서 기업의 권한과 책임을 일치시키고 법의 억제력을 통해 안전을 기업의 최우선 과제로 유도하기 위해 탄생한 중대재해처벌법의 긍정적인 의의에도 불구하고 법의 내용상 상당한 한계를 노정하고 있다.

하지만 불가능하게 보였던 ‘기업살인법’이 ‘중대재해처벌법’의 이름으로 법의 응지를 트는데 성공한 것은 결코 그 의의가 가볍지 않다. 지금까지의 싸움이 기업살인법을 실정법 체계에 발을 들여놓게 하는 것이었다면 이제 그 법의 내용을 충실하게 다듬고 보완하고 시행을 앞당기기 위한 본격적인 싸움을 시작해야 한다. 오히려 지난 3월 25일 경제단체들이 중대재해처벌법에 대한 보완입법안을 국회에 제출함으로써 중대재해처벌법을 무력화하기 위한 싸움을 먼저 시작하고 있다. 중대재해처벌법이 우리 사회가 안전한 사회를 가기 위한 전환점이 될 것인지는 우리의 각성과 노력 여하에 달렸다고 할 것이다. 중대재해처벌법을 명실상부한 기업살인법으로 만들기 위한 민변 변호사들의 분발을 기대한다.

집중분석 3
<b>낙태죄<sup>1</sup> 헌법불합치 결정을 이끌어낸 사회적 변화와 2021년 이후의 과제</b>
최현정

## 1. 들어가며

헌법재판소는 2019년 4월 11일 형법 제269조 제1항<sup>2</sup> 및 제270조 제1항<sup>3</sup> ‘의사’ 부분에 대하여 헌법불합치결정을 했다(헌법재판소 2019. 4. 11.자 2017헌바127 결정, 이하 ‘낙태죄 헌법불합치 결정’이라 한다).<sup>4</sup> 형법 제269조 제1항은 임신중지한 여성을 처벌하는 자기낙태죄 조항이고, 제270조 제1항은 의사·한의사·조산사·약제사·약종상이 여성의 부탁이나 승낙을

<sup>1</sup> 이 글에서는 형법 제27장 낙태의 죄와 관련하여 ‘낙태’ 또는 ‘낙태죄’라는 용어를 사용하고, 여성 스스로의 결정에 따른 임신의 종결을 지칭할 때에는 ‘임신중지’라는 용어를 사용하였다. ‘낙태’는 임신중지한 여성에 대한 도덕적 판단을 전제한 용어이기 때문이다. 이에 대해서는 오랫동안 문제 제기가 있었다. 자세한 내용은 백영경, 「성적 시민권의 부재와 사회적 고통 : 한국의 낙태 논쟁에서 여성 경험의 재현과 전문성의 정치 문제」, 『아시아여성연구』 제52권 제2호, 숙명여자대학교 아시아여성연구소, 2013, 50쪽, 양현아, 「여성 낙태권의 필요성과 그 함의」, 『한국여성학』 제21권 1호, 한국여성학회, 2005, 6쪽 참조.

<sup>2</sup> 형법 제269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

<sup>3</sup> 형법 제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.

<sup>4</sup> 재판관 4인의 헌법불합치 의견(유남석, 서기석, 이선애, 이영진), 재판관 3인의 단순위헌 의견(이석태, 이은애, 김기영), 재판관 2인의 합헌 의견(조용호, 이종석)이 있었다.

받고 낙태 시술을 한 경우에 처벌하는 업무상동의낙태죄 조항이다.<sup>5</sup> 2012년 헌법재판소는 자기낙태죄 조항과 업무상동의낙태죄 조항 중 ‘조산사’ 부분이 헌법에 위반되지 않는다고 판단했는데,<sup>6</sup> 7년 만에 그 결정을 바꾸었다.

헌법재판소는 입법자에게 2020년 12월 31일까지 법을 개정하도록 했으나, 국회는 시한 내에 법을 개정하지 않았다. 이로써 위 조항들은 효력을 잃었고, 2021년 한국 사회는 드디어 ‘낙태죄 폐지’ 이후의 제도를 모색할 수 있게 되었다.

법이 개정되지는 않았지만 몇 개의 개정안이 발의되었다. 특히 2020년 10월 7일 법무부와 보건복지부가 각각 형법 및 모자보건법 일부개정법률안을 입법 예고함에 따라, 개선입법에 대한 논의가 본격화되었다(이하 두 개의 법률안을 통칭할 때에는 ‘정부안’이라 한다). 정부안에 대하여, 낙태죄 헌법불합치 결정의 취지를 몰각시키고 사실상 낙태죄를 부활시키는 법안이라는 비판이 이어졌고, 그 후 권인숙 의원, 이은주 의원, 박주민 의원이 형법 제27장을 전면 삭제하는 형법 개정안을 각각 대표 발의했다.

이 과정에서 민주사회를위한변호사모임(이하 ‘민변’이라 한다) 여성인권 위원회는 나름의 역할을 해왔다. 위헌 결정을 이끌어내기 위해 청구인 공동대리인단으로서 변론을 수행했고, 헌법불합치 결정이 나온 후에는 정부안에 대한 의견을 제출하는 등 입법 대응 활동도 지속하고 있다. 낙태죄 헌법소원을 계기로 민변 여성인권위원회 내에 재생산건강권팀을 구성하

5 형법 제269조 제1항과 제270조 제1항의 주체는 대항범으로서 필요적 공범에 해당한다.

6 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바402 결정

여 여성의 재생산건강권 전반에 대한 공부도 하고 있다.<sup>7</sup>

이 글에서는 2021년 이후의 과제를 살펴보고자 한다. 이를 위해 먼저 낙태죄 헌법불합치 결정 전후의 시대적·사회적 상황과 인식의 변화를 살펴본 후, 이를 기초로 낙태죄 헌법불합치 결정의 의의를 검토한다. 당연하지만 낙태죄 헌법불합치 결정 이후에도 임신중지와 관련한 시민들의 인식과 외국의 법제는 계속 변화하고 있다. 성·재생산건강과 권리에 관한 시민들의 인식이 높아지고, 임신중지에 대한 완전한 비범죄화를 이룬 캐나다의 사례가 2019년 말 국내에도 자세히 소개되면서 현재 주목 받고 있다. 이러한 변화를 외면한 채 낙태죄 헌법불합치 결정의 내용을 단지 ‘임신중지가 허용되는 주수 설정’의 문제로만 독해해서는 향후 과제를 제대로 설정할 수 없다. 정부안은 바로 이러한 관점에 기초해있다. 정부안의 문제점에 대해서는 민변 성명과 의견서에 구체적인 내용이 정리되어 있으므로, 이 글은 2021년 이후의 과제를 설정하는 데 의미가 있는 시민사회의 문제 제기와 인식 변화에 보다 집중하고자 한다.

## 2. 임신중지를 둘러싼 사회적·시대적 상황과 시민 인식의 변화

형법 조항에 대한 위헌성 심사는 시대적·사회적 상황의 변화와 사회 일반의 법의식의 변천을 고려하여 이루어진다.<sup>8</sup> 2019년 헌법재판소는 임신중지를 둘러싼 시대적·사회적 변화와 한국 사회 일반의 법의식의 변천을 반영한 결과, 2012년과 달리 자기낙태죄 조항 등에 대하여 헌법불합치

7 낙태죄 헌법불합치 결정을 이끌어내기 위한 민변 여성인권위원회의 활동과 입법 시한까지의 대응 활동에 대해서는 조만간 백서로 정리하여 발간할 예정이다.

8 대법원 2020. 2. 21.자 2015모2204 결정 참조

결정을 하였다. 7년 사이의 주요한 변화를 꼽자면, 시민사회의 요구가 ‘차별하지 말라’는 것에서 ‘낙태죄를 폐지하라’는 적극적인 요구로 나아갔다는 것이다. 그 근거에는 진정 생명에 대한 책임 있는 결정이란 무엇인가에 관한 깊은 고민이 깔려 있다.

낙태죄 헌법불합치 결정 후에도 변화는 계속되고 있다. 시민들의 인식은 더욱 확장되어 ‘재생산 정의(reproductive justice)’ 실현을 향한 공감대가 높아지고 있고, 성·재생산·건강 및 권리의 구체적인 내용과 이를 보장하기 위한 원칙과 방향까지 제안하고 있다. 외국의 제도도 재생산권을 더욱 보장하는 방향으로 변화하고 있다. 후술하겠지만, 낙태죄 헌법불합치 결정의 의미는 이러한 변화의 맥락 속에서 파악되어야만 한다. 이를 위하여 이하에서는 낙태죄 헌법불합치 결정 전후에 걸쳐 지속적으로 변화하는 상황과 인식에 대하여 먼저 살펴본다.

### 가. “차별하지 말라”는 요구에서 “낙태죄를 폐지하라”는 요구로의 변화<sup>9</sup>

한국 사회에서 낙태죄가 시민들에게 본격적으로 문제라고 인식되어 운동이 촉발되었던 시기는 2009년 말~2010년 초 무렵일 것이다. 학계에서는 2000년대 초반부터 ‘낙태죄에서 재생산권으로’ 관점을 전환해야 한다는 논의가 있었다.<sup>10</sup> 그런데 2009년 말경 이른바 ‘프로라이프의사회’가 ‘불법’ 인공임신중절수술을 한 의사들을 업무상동의낙태죄로 고발함에 따라 여성들의 의료접근권이 침해되기 시작했고, 이에 대한 시민 사회의 문제

제기가 이어졌다. 여러 단체들의 연대체인 ‘임신출산결정권을 위한 네트워크’는 “낙태한 여성들을 차별하지 말라”고 요구했다.<sup>11</sup> 당시 요구사항은 본인 요청에 의한 임신중지를 허용할 것, 여성을 자율적으로 판단하고 행동하는 주체로 인정할 것, 안전하게 임신중지할 여성의 건강권을 보장할 것, 피임 등에 대한 정보접근권을 강화하고 여성이 처한 불평등한 사회경제적 조건을 개선할 것 등이었다.<sup>12</sup> 지속적인 운동에도 불구하고, 헌법재판소는 2012년 8월 23일 형법 제269조 제1항 자기낙태죄 조항 및 형법 제270조 제1항 ‘조산사’ 부분이 헌법에 위반되지 않는다고 판단했다(헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바402 결정, 이하 ‘2012년 낙태죄 합헌 결정’이라 한다). 이 결정 후 낙태죄에 관한 논의는 일견 수면 아래로 가라앉은 것처럼 보였다.

2016년 9월 보건복지부는 ‘불법’ 인공임신중절수술을 한 의사들에게 최대 12개월의 의사면허 자격정지처분이 가능하도록 개정된 「의료관계 행정처분 규칙」을 입법예고했다. 이에 산부인과 의사회는 ‘불법’ 인공임신중절수술을 전면적으로 중단하겠다고 밝혔고,<sup>13</sup> 같은 해 10월 ‘검은 시위’가 시작되었다.<sup>14</sup> 이때부터 시민들은 “진짜 문제는 낙태죄다, 형법상 낙태죄를

<sup>11</sup> 한국여성의전화, 임신출산결정권을위한네트워크 임신중지(낙태)권 요구안: ‘낙태한 여성을 차별하지 말라’, [http://hotline.or.kr/policy\\_proposals/22076](http://hotline.or.kr/policy_proposals/22076), 작성일 : 2010. 8. 31.

<sup>12</sup> 한국여성의전화, 위의 글

<sup>13</sup> 여성신문, 2016. 10. 10. 자, 「산부인과 의사들 “11월부터 낙태수술 전면 중단 각오”...왜?」

<sup>14</sup> 한겨레신문, 2016. 10. 12. 자, 「내 자궁의 주인은 나’ 한국판 ‘검은옷 시위’ 불붙나」, ‘검은 시위’는 폴란드에서 2016년 10월 일어났던 시위의 명명을 따온 것이다. 폴란드에서 우파 정당은 가톨릭 교회의 지지를 바탕으로, 여성의 생명이 위태로울 때만 낙태를 허용하고 이를 위반할 경우 여성과 의료인은 최고 징역 5년형에 처하는 법안을 마련했다. 이에 반발한 여성들이 생식권에 대한 애도의 의미로 검은 옷을 입고 시위에 나섰다 결국 법안은 철회되었다. 이에 대해서는 연합뉴스, 2016. 10. 6. 자, 「여성 검은시위에 놀란 폴란드 낙태전면금지법안 폐기 절차」 참조

<sup>9</sup> 나영, 「낙태죄 폐지, 재생산권 보장을 위한 운동의 의미와 향후 과제」, 『낙태죄 폐지 이후, 정책·입법과제』, 2020, 38쪽

<sup>10</sup> 예를 들어, 양현아 엮음, 『낙태죄에서 재생산권으로』, 사람생각, 2004

폐지하라”고 요구하기 시작했다.<sup>15</sup> 그 흐름 속에서 2017년 9월 28일,<sup>16</sup> ‘모두를 위한 낙태죄 폐지 공동행동’이 발족했다(이하 ‘모낙폐’라 한다).<sup>17</sup> 모낙폐는 헌법재판소의 낙태죄 위헌 결정을 이끌어내기 위하여 활발하게 활동했으며, 현재도 입법 대응 활동을 지속하고 있다.

2016년 이후 낙태죄 폐지 운동이 가져온 변화는 단지 형법상 낙태죄 폐지를 직접 요구했다는 것에 국한되지 않는다. 임신중지를 둘러싼 담론 자체를 변화시킴으로써 문제를 재설정했다는 점에 의미가 있다. 이러한 변화는 무엇이 생명에 대한 책임 있는 결정인가를 깊이 질문하고 고민하는 과정에서 이루어진 것이다.

나. 문제의 재설정 : 무엇이 생명에 대한 책임 있는 결정인가

2016년 이후 낙태죄 폐지 운동은 “‘낙태죄’의 문제가 불평등과 부정의의 문제임을 드러내고 ‘생명’과 ‘결정’에 대한 관점을 확장”했다.<sup>18</sup> 2012년 낙태죄 합헌 결정은 자기낙태죄 조항으로 인하여 ‘태아의 생명권’과 ‘여성의 자기결정권’이 충돌한다고 보았으나, 이는 지나치게 단순할 뿐만 아니라 현실과도 다르다. 낙태죄 폐지 운동은 문제를 재설정하기 시작했다.

낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하는가? 한국에서는 낙태죄 조항이 일관되게 적용된 적이 없다. 이 사실은 낙태죄 조항이 태아의 생명을 보

호한다는 주장의 허구성을 드러낸다. 인구정책에 따라 인구를 억제해야 했던 1960-1970년대에는 국가가 나서서 인공임신중절을 유도했다.<sup>19</sup> 그 후 이른바 ‘저출산 시대’가 되자 낙태를 단속함으로써 출산율을 증가시키고자 하는 시도도 있었다. 처벌이 강화되던 시기에도 낙태죄 조항은 현실에서 ‘태아 생명 보호’와는 무관하게 적용되었다. 2013년 한국여성민우회에 접수된 낙태 상담 12건 중 10건이 헤어진 파트너가 낙태 사실을 고발하겠다고 협박한 사례들이었다.<sup>20</sup> 이러한 고발에 따라 수사하고 여성을 처벌하는 것을 태아 생명 보호를 위한 법집행이라고 할 수는 없을 것이다.

사실 낙태죄 관련 법 체계는 그 자체가 ‘사람’과는 다른, 태아 생명의 상대성을 전제하고 있다. 형법은 제27장에 낙태의 죄를 규정하고, 낙태한 여성은 물론 여성의 동의나 부락을 받고 낙태시술을 해준 사람을 원칙적으로 처벌하도록 규정하고 있었다. 그러면서도 모자보건법 제14조 제1항은 예외적으로 낙태가 허용되는 사유들을 규정했다. 본인이나 배우자가 일정한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환, 전염성 질환이 있는 경우(모자보건법 제14조 제1항 제1호, 제2호), 강간·준강간에 의한 임신의 경우(같은 항 제3호), 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우(같은 항 제4호) 등이다.<sup>21</sup> 즉 ‘사람’과 달리, ‘태아’의 경우 일정한 사유에 따라 그 생명의 제한이 가능하도록 법에서 정하고 있는 것이다.<sup>22</sup>

19 류민희, 「낙태죄 폐지 관련 국제적 흐름 : 여성의 성·재생산권 보장을 위한 국가의 책임을 중심으로」, 『낙태죄 폐지 이후, 정책·입법과제』, 45쪽  
 20 정슬아, 「배우자 동의’ 항목의 실제: 남성에 의한 협박 상담 사례」, 『낙태죄’ 법 개정을 위한 연속포럼 그 첫 번째, 모자보건법 상의 ‘배우자 동의’ 항목의 현실』, 2013, 한국여성민우회·공익법재단 공발, 11쪽. 임신중지를 한 여성과 인공임신중절수술을 한 의사 등은 공범관계에 있기 때문에 서로를 고발하지 않는다.  
 21 임신중지를 한 여성이 법이 정한 사유를 갖추었다더라도 배우자의 동의 여하에 따라 처벌 여부가 달라진다. 강간·준강간에 의하여 임신중지한 여성을 낙태죄로 처벌할 것인지의 여부가 배우자의 동의 여부에 따라 달라지는 것은 ‘태아 생명 보호’의 관점으로 정당화되기 어렵고, 여성의 자기결정권이라고 이해하기도 어렵다.  
 22 또한 (주로 의료인의) 과실에 의하여 낙태에 이르러 된 경우의 처벌 조항은 없다. 이는 과실로 ‘사람’을 사망에

15 경향신문, 2016. 10. 17. 자, 「한국에서 임신중지는 선택지가 아니라 비상구다」 형법상 낙태죄 폐지 요구  
 16 9월 28일은 ‘안전하고 합법적인 임신중단을 위한 국제행동의 날’이다.  
 17 여성신문, 2017. 9. 28. 자, 「‘낙태가 죄라면 범인은 국가다」  
 18 나영, 위의 글, 38쪽

2012년 낙태죄 합헌 결정은 ‘태아의 생명’을 마치 절대적 가치인 것처럼 상정하면서도, “물론 우생학적 또는 유전학적 사유 등으로 낙태를 허용해야 할 필요가 절실한 경우가 있을 수 있다”라고 하여 모순되는 설시를 했다. 2016년 이후 낙태죄 폐지 운동의 질문은 이 지점을 향한다. “낙태를 허용해야 할 필요가 절실한 경우”를 누가 정하는가? 임신중지의 ‘허용 여부’가 규범적으로 설정될 수 있다면, 즉 ‘사람’과는 달리 태아의 생명이 상대적인 것이라면, 왜 여성이 스스로의 결정에 따라 임신중지를 하면 처벌하는가? 스스로의 결정에 따라 임신중지를 한 여성을 형사처벌해야 할 합리적인 근거가 있는가?

더 나아가 보조생식기술의 발달은 보다 세심한 논의를 요청하고 있다. 기존 낙태 논쟁처럼 ‘생명’과 ‘결정’에 대한 이분법적이고 단순한 논의로는 현실을 제대로 포착할 수도, 윤리적인 해답을 찾을 수도 없다. 체외수정 후 이루어지는 선택적 유산과 유전자 검사 기술과 연결된 배아 선별이 대표적인 예이다. 체외수정은 정자와 난자를 시험관에서 수정시킨 후 2~6일간 배양시켜 그 배아를 자궁 속에 넣어주는 보조생식기술이다. 이때 착상 성공률을 높이기 위해 배아를 여러 개 이식하기도 한다. 이에 따라 2개 이상의 배아가 착상하면(다태아 임신), 1개 또는 2개의 배아만 남기고 나머지 배아를 낙태하는 선택적 유산이 이루어진다. 선택적 유산은 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄의 구성요건에 해당하는 낙태행위이고, 위법성이 조각되지 않을 가능성이 크다.<sup>23</sup> 그럼에도 불구하고 선택적 유산은 기

이르게 한 때에는 과실치사(형법 제267조)나 업무상과실치사(형법 제268조)로 처벌하는 것과 차이가 있다.  
**23** 가장 근접한 위법성 조각 사유는 모자보건법 제14조 제1항 제5호 “임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우”이다. 그런데 대법원은 그 해당 사유를 매우 좁게 해석하여, “임신의 지속이 모체의 생명과 건강에 심각한 위협을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우”라고 보아왔다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결). 다태아 임신이 그렇지 않은 경우보다 저체중아나 조산아 출생으로 이어질 가능성

존 낙태죄 논의에서는 ‘낙태’로서 인식되지도 않았다. ‘이기적인 (성적으로 문란한) 여성’이 ‘아이의 생명’을 죽이는 행위로 비난받지도 않는다.<sup>24</sup> 같은 ‘낙태’ 행위에 대하여 달리 인식하고 있다는 것은 무엇을 의미하는가? 더 나아가 생명과학기술의 발달은 낙태 논쟁을 배아의 단계로 소급시켰다.<sup>25</sup> 유전자 진단을 통하여 유전병이 의심되는 배아를 검사하고, ‘정상’이라고 판정된 배아를 선별하여 자궁에 이식하는 것이다. 유전자 진단 기술은 사회의 우생학적 관점을 기초로 하며, 이를 유지시키고 있다. 우생학적 사유에 의한 낙태는 사회적으로나 법적으로 허용되며, 이제는 배아의 단계에서 그 선별이 이루어지고 있는 것이다.

2016년 이후 낙태죄 폐지 운동은 위와 같은 사실들에 주목하면서, 기존의 낙태 규범이 편향적이며 ‘생명’이라는 개념 또한 상대적이고 상황적이라는 점을 드러냈다.<sup>26</sup> 그리고 이러한 질문과 고민은 ‘낙태죄 폐지’를 넘어 재생산 정의로의 요구로 이어졌다.

### 다. 다양한 경험의 공유와 재생산 정의의 요구

시대적 · 사회적 상황과 맞물려 있는 여성들의 낙태 경험은 여러 연구를 통해 점차 축적되고 있었는데, 2016년 이후에는 이 경험들이 광장에서 증

은 있지만, 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이한 경우라고까지 말하는 것은 어렵다. 다소 극단적이지만 미국의 한 여성은 1차 체외수정을 통해 6쌍둥이를, 2차 체외수정을 통해 8쌍둥이를 출산하여 화제가 되었다(김선혜, 『보조생식기술시대의 낙태논쟁』, 『성과재생산포럼 x II과 젠더포럼 3차 포럼 ‘생명권 vs 선택권’ 판 뒤집기』, 성과재생산포럼 기획, 2016, 38쪽). 위의 글에서 김선혜는 나디아 술먼이 싱글맘이고 직장이 없어 정부 보조금으로 생활하고 있다는 사실이 알려지면서 논란이 되었다고 하면서, 기존의 ‘선택권’이라는 개념도 다시 생각해볼 필요가 있다고 지적한다(김선혜, 위의 글, 39쪽).

**24** 김선혜, 위의 글, 38쪽  
**25** 김선혜, 위의 글, 39~40쪽  
**26** 김선혜, 위의 글, 38쪽

언되고 공유되기 시작했다.<sup>27</sup> ‘저출산 시대’라 하더라도 어떤 여성들에게는 낙태가 권장된다. 장애가 있거나, 나이가 어리거나 혹은 너무 많거나, 경제적 여건이 어렵거나, 결혼을 하지 않았다는 등등의 이유로 출산과 양육보다는 낙태가 권유되는 것이다.

2016년 이후 낙태죄 폐지 운동은 재생산권 보장을 넘어 재생산 정의의 요구로 나아갔다. 재생산 정의의 요구는 ‘사회적으로 취약한 존재’에 대한 관용을 요청하는 것이 아니라, 재생산권리를 누구나 확보할 수 있도록 하기 위한 책임과 역할을 사회로 돌리는 것이다.<sup>28</sup> 즉 임신중지를 할 수밖에 없는 취약한 사정을 호소하는 것이 아니라, 모든 사람이 살아가는 동안 재생산권 전반을 보장받을 수 있도록 국가와 사회의 적극적인 조치를 요구한다. 재생산권리의 행사에 있어서 개인의 자유로운 선택을 가로막고 있는 사회경제적 장벽을 제거하지 않는다면, 사실상 개인의 선택권이란 없게 된다.<sup>29</sup> 2016년 이후 낙태죄 폐지 운동은 국가나 사회가 여성 개인의 사정을 따져서 임신중지의 허부를 결정하는 것을 넘어서, 누구든 강요나 폭력 없이 자신의 삶의 조건을 계획할 수 있도록 사회의 불평등을 적극적으로 제거하고자 한다.<sup>30</sup>

라. 사회 일반의 인식 변화 : 성·재생산 권리 보장, 재생산 정의 실현을 위한 구체적 요구

시대적·사회적 상황과 사회 일반의 인식은 지금도 계속 변화하고 있다. 낙태죄 헌법불합치 결정으로부터 2년이 경과한 현재, 시민들의 인식은 임신중지를 넘어서서 성·재생산건강 및 권리 전반에 대한 보장, 재생산 정의의 실현을 구체적으로 요구하기에 이르렀다.

일례로 낙태죄 폐지 운동을 지속적으로 펼쳐왔던 성적권리와 재생산정의를 위한 센터 셰어(SHARE, 이하 ‘셰어’라 한다)는<sup>31</sup> 정부안이 발표된 후 셰어가 직접 만든 「성·재생산권리 보장 기본법(안)」을 발표했다.<sup>32</sup> 그동안 셰어는 ‘낙태죄 폐지’는 가장 기본적인 요구라는 점을 강조해왔다. 성·재생산 권리는 성관계·임신·임신중지·출산 등 전 과정에 걸친 권리이고, 교육·노동·의료·사회복지 등 전 영역에서 차별 없이 평등하게 보장되어야 한다. 셰어는 이러한 기초에 따라 성·재생산권리의 구체적인 내용, 보장의 원칙 등을 법안의 형태로 만들었다. 셰어의 기본법안은 15개 장과 53개 조문으로 구성되어 있다. 과거처럼 인구정책에 따라 국가가 개인의 재생산을 통제하는 것이 아니라, 개인의 성적 권리와 재생산 권리를 실현하기 위해 국가와 지방자치단체의 책임을 규정하는 것이 법의 목적이다.

27 한국여성민우회, [후기] 9.28 ‘모두를 위한 낙태죄폐지 공동행동’ 발족 퍼포먼스 후기, [http://www.womenlink.or.kr/minwoo\\_actions/19447](http://www.womenlink.or.kr/minwoo_actions/19447), 작성일 : 2017. 9. 29.

28 나영, [장애·젠더, 재생산을 말한다] 임신과 출산에 대한 ‘결정권’을 넘어 ‘재생산 정의’로, <https://www.sarangbang.or.kr/oreum/72097>, 작성일 : 2016. 1. 3.

29 오승이, ‘성·재생산권리 보장 기본법(안)’의 제안을 기대하며, <https://srhr.kr/issuepapers/?q=YToyOntzOjEyOjZlZXI3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsIjtzOjQ6InBhZ2UiO2k6Mz9&bmode=view&idx=6142934&t=board>, 작성일 : 2020. 7. 6.

30 나영, 이제 차별 반대를 넘어 세상을 바꿀 때가 왔다 - ‘성과 재생산 권리 보장 기본법(안)’ 제안에 부쳐, <https://srhr.kr/issuepapers/?q=YToyOntzOjEyOjZlZXI3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsIjtzOjQ6InBhZ2UiO2k6Mz9&bmode=view&idx=6142937&t=board>, 작성일 : 2020. 7. 6.

31 셰어는 2015년 한해 동안 진행된 장애여성공감의 “장애/여성 재생산권 새로운 패러다임 만들기” 사업을 통해서 만난 활동가, 연구자, 변호사, 의사들이 2016년에 결성한 ‘성과 재생산 포럼’을 전신으로 하여 2019년 10월에 설립된 단체이다. 성별·연령·장애·인종·국적·성적지향·성별정체성 등에 관계 없이 모두에게 성 건강 전문 상담과 의료지원, 포괄적 성교육 접근성을 보장하고 이를 위한 법과 정책을 연구하는 통합 센터를 지향한다. 셰어 홈페이지(srhr.kr) 소개글 참조.

32 성적권리와 재생산정의를 위한 센터 셰어(SHARE), 「검은시위에서 국회까지: 성·재생산권리 보장 기본법(안) 해설집」, 2020. 11. 4. 자, <https://srhr.kr/policy/?q=YToxOntzOjEyOjZlZXI3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsIjtzOjQ6InBhZ2UiO2k6Mz9&bmode=view&idx=6142616&t=board>, 검색일 2021. 4. 11.

특히 차별 없이 권리를 누릴 수 있도록 평등한 제도와 여건을 조성하는 것을 기본이념으로 하면서, 성별·장애·나이·혼인 상태·가족 형태·성적 지향·성별 정체성·성 특징·병력·인종·이주 지위·직업·종교·사회적 신분 등을 이유로 차별 받지 않아야 한다는 원칙을 두고 있다. 이와 함께 자기결정권, 건강권, 성적 즐거움을 추구할 권리, 정보접근권 등 성·재생산 권리 실현을 위한 대표적 권리를 선언한다. 그리고 세부적으로 월경, 피임, 성별 확정 및 성별 정정, 보조생식기술, 임신·출산과 임신중지, 포괄적 성교육과 관련한 권리들, 이를 보장하기 위한 국가의 의무, 지원의 원칙과 방향도 규정하고 있다. 상담기관·의료기관·교육기관·복지시설의 장과 종사자·사업장의 사용자·통역 인력이나 활동지원인력 등의 차별금지 의무, 이들에 대한 차별금지 교육 등도 규정하고 있다.

#### 마. 재생산건강권을 보장하는 방향으로 변화하는 외국의 법률들

외국의 입법례도 재생산권을 보장하기 위한 방향으로 점차 ‘진화’하고 있다. 종교의 영향력이 강한 국가에서도 여성의 재생산권을 보장하기 위한 입법이 이루어지고 있다. 예를 들어 ‘교황의 나라’인 아르헨티나의 경우, 2020년 12월 국회는 임신 14주 이내의 임신중지를 허용하는 법안을 통과시켰다.<sup>33</sup> 2018년에도 임신 초기의 임신중지 합법화 법안이 하원을 통과했으나 가톨릭계의 강한 반발로 상원에서 부결되었는데, 2020년에는 마침내 상원까지 통과한 것이다. 아르헨티나에서는 1983년 이후 3천 명의 여성이 음성적인 시술로 목숨을 잃었고, 매년 3만 8천 명이 넘는 여성이 불법 시술을 받다가 응급 상황에 처해 병원에 가게 된다고 한다.<sup>34</sup> 상원

<sup>33</sup> BBC, 2020. 12. 31. 자, 「아르헨티나, ‘임신 14주 이내’ 낙태 허용... ‘중남미의 큰 승리」

<sup>34</sup> BBC, 위의 기사

에서 법이 통과된 후 가톨릭 신자인 페르난데스 대통령은 트위터에 “오늘 우리는 여성의 권리를 확장하고 공중보건을 보장하는 더 나은 사회가 됐다”고 환영의 뜻을 표했다.<sup>35</sup> 태국에서도 2020년 2월 임신중지 처벌 조항에 대하여 위헌 결정이 있었다. 태국 형법은 성폭력으로 인한 임신과 임신의 지속이 여성 건강에 심각한 영향을 미치는 경우 외에는 임신중지를 한 여성에게 징역 3년 또는 6,000바트의 벌금을 처하고, 임신중지시술을 한 의료인을 징역 5년에 처하도록 규정하고 있었다.<sup>36</sup> 위헌 결정 이후 국회는 법을 개정하여 임신 12주 이내의 임신중지는 제한 없이 가능하도록 했다. 13주 이후에도 여성의 신체나 정신에 위협이 되는 경우, 태아가 출생하였을 경우 심각한 장애에 이를 정도의 중대한 위험이나 의학적 사유가 있는 경우 등에는 임신중지가 가능하게 되었다.<sup>37</sup> 태국의 경우 저소득층과 10대 임신율이 높게 나타나고 12주 이내에 병원을 찾아가 임신중지를 하지 못하는 경우도 많다고 하는데, 이 때문에 태국 활동가들은 완전한 비범죄화를 이루기 위해 계속 싸우고 있다.<sup>38</sup>

이미 완전한 비범죄화를 이룬 국가도 있다. 1988년 임신중지의 완전 비범죄화를 이룬 캐나다의 사례는 낙태죄 헌법불합치 결정이 있는 후 2019년 말 즈음 국내에 자세히 소개되었다.<sup>39</sup> 캐나다는 1988년 낙태죄가 위헌으로 결정된 후, 현재 임신중지한 여성이나 시술을 한 의료인을 처벌하는

<sup>35</sup> BBC, 위의 기사

<sup>36</sup> 나영, 낙태죄 폐지 운동이 바뀌어가고 있는 새로운 세계: 합법화를 넘어 비범죄화로, 결정권을 넘어 재생산정의 운동으로, <https://srhr.kr/story/?bmode=view&idx=6142612&tr=board>, 검색일 : 2021. 4. 11.

<sup>37</sup> 세계법제정보센터, 태국 「2021년 형법전 개정법(제28권)」 공포, [https://world.moleg.go.kr/web/dta/lgs/TrendReadPage.do?A=A&searchType=all&searchPageRowCnt=50&CTS\\_SEQ=49285&AST\\_SEQ=292&ETC=1](https://world.moleg.go.kr/web/dta/lgs/TrendReadPage.do?A=A&searchType=all&searchPageRowCnt=50&CTS_SEQ=49285&AST_SEQ=292&ETC=1), 검색일 : 2021. 4. 11.

<sup>38</sup> 나영, 위의 글

<sup>39</sup> 김동식 외 3, 「낙태죄 헌법불합치 결정 이후 여성의 재생산 건강 및 권리 보장을 위한 정책방향」, 한국여성정책연구원, 2019

어떠한 법도 존재하지 않는다.<sup>40</sup> 임신 주수 제한, 임신중지 사유 제한, 임신중지에 대한 제3자의 동의, 상담 의무나 숙려 기간 의무 등도 전혀 없다.<sup>41</sup> 의료인은 오직 의학적 관점에서 여성의 판단을 돕는다. 캐나다는 보편적 의료 보장 체계를 가지고 있으며, 의료 보장 체계에 있는 여성은 인공임신중절 시술도 무상으로 받을 수 있다.<sup>42</sup> 인공임신중절은 연간 10만 건을 넘는 수준으로 유지되다가 2016년 이후 9만 건대로 감소했다. 인공임신중절률은 가임기(15세~44세) 여성 1,000명 당 13.3건 수준으로, 90% 이상은 1삼분기에 행해지고 있다.<sup>43</sup> 20주 이후에 이루어지는 임신중지는 대부분 태아 건강 사유인데, 전체 인공임신중절의 0.75%에 그친다.<sup>44</sup> 여성이나 의료인에 대한 어떠한 형사적 제재도 없고 인공임신중절 시술을 무료로 받을 수 있음에도 불구하고 대부분 임신 초기에 임신중지가 이루어지며, 임신중지 건수는 감소하고 있는 것이다.

뉴질랜드에서도 2020년 3월, 낙태죄를 형법 처벌 조항에서 삭제하고 임신 20주 이내에는 여성이 임신중지 여부를 결정할 수 있도록 하는 법안이 통과되었다.<sup>45</sup> 임신 20주 이후에도 여성의 생명을 구하거나 심각한 부상을 피하기 위해 필요한 경우 의사 2명의 동의가 있으면 임신중지가 가능하다. 개정 전에는 여성의 건강에 “심각한 위협”이 있을 때만 의사의 동의

를 받을 수 있었는데 그 요건을 완화한 것이다. 개정된 법률은 임신중지를 범죄가 아닌 건강문제로 다루고 있다.

### 3. 낙태죄 헌법불합치 결정의 의의

지속적으로 변화하는 사회적·시대적 맥락에 기반하여 살펴볼 때 낙태죄 헌법불합치 결정의 주요한 의미는 세 가지라고 생각한다. 첫째, 여성의 삶에 있어서 임신중지 또는 임신유지의 결정이 어떠한 의미인지를 여성의 관점에서 파악하고 이를 위헌성 판단에 반영했다. 둘째, 낙태죄의 위헌 여부를 심사하는 과정에서 태아의 생명권과 여성의 자기결정권을 단순하게 대립하는 구도로 보아서는 안 된다는 점을 명확히 하였다. 셋째, 형사처벌 원칙이 낙태를 줄이는 데에 기여하지 못한다는 점을 인정했다. 앞서 살펴본 사회적·시대적 맥락을 배제한 채 낙태죄 헌법불합치 결정을 단지 ‘형사처벌의 기준이 되는 주수 설정’이라는 관점에서 독해하는 것은 그 취지를 오독하는 것이다.

#### 가. ‘임신중지 또는 임신유지에 대한 결정은 전인적 결정’

낙태죄 헌법불합치 결정에서 다수의견은 여성의 관점에서 임신 중지 결정의 특성을 설시하고 이를 위헌성 판단에 반영했다. “임신한 여성이 자신의 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적 결정”이라는 것이다. 그 근거도 구체적으로 설명하고 있다. “여성이 임신을 하게 되면 약 10개월의 기간 동안 급격한 신체적·심리적 변화를 겪게 되며, 출산

40 김동식 외 3, 위의 글, 122쪽  
 41 김동식 외 3, 위의 글, 122쪽  
 42 김동식 외 3, 위의 글, 123쪽, 의료 보장을 받지 못하는 사람들을 위한 정부 보조금, 민간 기부금 등의 재정 지원 프로그램도 운영되고 있다(김동식 외 3, 위의 글, 123쪽).  
 43 김동식 외 3, 위의 글, 123쪽  
 44 캐나다 보건정보연구원(Canadian Institute for Health Information) 2019 통계, 김동식 외 3, 위의 글, 123쪽에서 재인용  
 45 세계법제정보센터, 세계 각국의 낙태 관련 규정, [https://world.moleg.go.kr/web/dta/lgsITrendReadPage.do?CTS\\_SEQ=49148&AST\\_SEQ=3891&ETC=1](https://world.moleg.go.kr/web/dta/lgsITrendReadPage.do?CTS_SEQ=49148&AST_SEQ=3891&ETC=1), 검색일 : 2021. 4. 11. 이하 이 문단은 출처 동일함.

과정에서는 극도의 고통과 심하면 사망에까지 이를 수 있는 위험을 경험하게 되는데, 임신을 유지하는 한 그와 같은 신체적 부담, 심리적 불안감, 출산과정의 고통 및 나아가 사망에 이를 수도 있는 위험을 여성 자신의 신체로써 직접 감당해야 한다. 우리 법체계 하에서 모자관계는 출산이라는 객관적이고 확실한 자연적 사실에 의하여 발생하므로, 출산은 모자관계의 형성으로 이어져 출산한 여성은 생모로서 아이에 대한 양육책임을 지게 된다. 여성에게 있어서 자녀의 양육은 20년 가까운 기간 동안 끊임없는 신체적·정신적·정서적 노력을 요구하고, 여성이 처한 다양하고 광범위한 사회적·경제적 상황에 따라 적지 않은 경제적 부담과 직장 등 사회생활에서의 어려움, 학업 계속의 곤란 등을 초래할 수 있다. 이러한 부담과 어려움은 성차별적인 관습, 가부장적 문화, 열악한 보육여건 등의 사회적 문제가 가세할 경우 더욱 가중된다.”

일견 너무도 당연한 내용의 위 설시는, 2012년 낙태죄 합헌 결정과 비교해볼 때 그 의미가 보다 잘 드러난다. 당시 합헌의견은 임신이나 출산 과정에서 여성이 어떠한 변화와 부담을 경험하는지에 대하여 전혀 언급하지 않고, 여성과 태아가 마치 진공 상태에 존재하는 것처럼 다루었다. 반대의견의 경우 언급은 했지만, “태아는 생성중인 인간으로서 생물학적으로 모체 내에서 모체에 종속되어 있어 생명의 유지와 성장을 전적으로 모체에 의존하고 있는 불완전한 생명이며, 임신과 출산은 기본적으로 모의 책임 하에서 대부분이 이루어지므로, 원하지 않은 임신 내지 출산이 모와 태아 그리고 우리 사회 전체에 불행한 결과를 초래할 수 있다는 현실(미혼모 문제, 해외입양문제, 영아유기·치사 문제, 고아 문제 등)을 감안”할 뿐이었다.

낙태죄 헌법불합치 결정은 2012년 낙태죄 합헌 결정에서는 충분히 다루지 않았던, 그러나 여성의 삶에 지대한 영향을 끼치는 사실들을 맥락적으로 설치하고 있다. 이제야 ‘법원’은 임신을 유지하기 위해 여성들이 들이는 노력, 원치 않은 출산 후 달라져 버리는 여성의 삶, 이러한 결과를 초래하는 사회구조적인 문제들을 비로소 함께 다루기 시작한 것이다.

#### 나. 생명권과 자기결정권 충돌 구도로부터 일정 부분 선회

낙태죄 헌법불합치 결정의 다수의견은 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하는 구도로부터 일정 부분 선회하였다는 점에서도 의미가 있다. 다수의견은 위헌성 심사에 앞서 심사기준을 설정하면서, “자기낙태죄 조항의 존재와 역할을 간과한 채 임신한 여성의 자기결정권과 태아의 생명권의 직접적인 충돌을 해결해야 하는 사안으로 보는 것은 적절하지 않다.”고 전제했다. 그리고 과잉금지원칙에 따른 심사를 하면서 침해의 최소성 및 법의 균형성 부분에서 다시 한 번 태아와 여성의 ‘특별한 관계’를 강조했다. 태아는 “모의 신체와 밀접하게 결합되어 특별한 유대관계를 맺으면서 생명의 유지와 성장을 전적으로 모에게 의존하고 있다. 임신한 여성과 태아는 서로 독립적이면서도 의존적인 매우 독특한 관계”이며, “임신한 여성의 안위가 곧 태아의 안위이며, 이들의 이해관계는 그 방향을 달리하지 않고 일치한다.”는 것이다. 2012년 낙태죄 합헌 결정의 합헌의견과 위헌의견이 모두 태아의 생명권과 여성의 자기결정권을 단순 대립하는 구도로 설정했던 것에서 보다 나아간 판사이다.

이러한 인식의 변화는 여성의 임신중지 결정이 생명에 대한 책임 있는 결정이라는 이해에서 비롯한 것이기도 하다. 다수의견은 임신중지를 결정

하는 여성이 “자신이 처한 사회적·경제적 상황을 고려하였을 때 임신·출산·육아를 도저히 감당할 수 없을 것이고, 만약 자녀가 출생하면 어머니가 될 자신뿐만 아니라 태어날 자녀마저도 불행해질 것이라는 판단 하에 낙태를 결심하고 실행한다”고 인정하면서, “‘가해자 대 피해자’의 관계로 임신한 여성과 태아의 관계를 고정시켜서는 태아의 생명 보호를 위한 바람직한 해법을 찾기 어렵다.”고 보았다.

**다. 형사처벌이 실효성 없고 해악이 더 크다는 점 인정**

낙태죄 헌법불합치 결정의 다수의견은 형사처벌이 실효성이 없고, 오히려 그 해악이 더 크다는 점도 인정하고 있다. 국가의 인구정책에 따라 낙태죄의 적용 여부가 달라졌으며,<sup>46</sup> 그 목적과 무관하게 헤어진 상대 남성의 복수 수단이 되기도 한다는 것이다.<sup>47</sup> 또한 여성들이 임신의 유지 여부에 관하여 필요한 사회적 논의와 소통을 하지 못하고, 정신적 지지와 충분한 정보를 제공받지 못한 상태에서 안전하지 않은 방법으로 낙태를 실행하게 된다는 점도 인정하고 있다. 2012년 낙태죄 합헌 결정의 반대의견이 ‘낙태죄 조항이 현재는 거의 사문화되어 낙태의 근절에 큰 기여를 하지 못하고 있으며, 오히려 불법낙태로 임부의 건강이나 생명에 위협이 초래되는 사태가 빈발하고 있어 그 대책이 시급한 현실’을 언급한 것보다 역사

<sup>46</sup> “보건복지부는 몇 해 전 ‘불법 인공임신중절수술을 시행하거나 광고하는 의료기관’에 대한 신고를 접수하기도 하였다. 그러나 인구 억제정책을 시행하던 시기에는 국가가 낙태를 묵인하기도 하였다. 국가의 인구정책 여하에 따라 자기낙태죄 조항의 실제 가동 여부가 좌우되는 것이다.”(낙태죄 헌법불합치 결정의 다수의견)

<sup>47</sup> “자기낙태죄 조항은 태아의 생명 보호를 위한다는 본래의 목적과 무관하게 헤어진 상대 남성의 복수나 괴롭힘의 수단, 가사·민사 분쟁의 압박수단 등으로 악용되기도 한다. 자신으로 인해 임신한 여성이 병원에서 낙태를 한 후 자신을 만나지 않으려 할 때 상대 남성이 자기낙태죄로 고소하겠다는 위협을 하는 경우, 배우자가 이혼소송 과정에서 재산분할이나 위자료청구에 대한 방어수단으로 낙태에 대하여 고소를 하는 경우 등이 그러하다.”(낙태죄 헌법불합치 결정의 다수의견)

적 맥락과 현실적 적용 양상을 보다 폭넓게 반영한 판시라고 할 수 있다.<sup>48</sup>

이는 결국 첫 번째 의의, 여성의 임신증지에 관한 결정이 어떠한 것인가와 연결되는 지점이다. 즉 “임신한 여성이 고심 끝에 내린 임신중결 결정은 이미 태아의 생명 박탈에 대한 윤리적 문제와 함께 출산 후 양육을 부담해야 할 사회적·경제적 상황 및 자신의 신체적·심리적·윤리적 부담을 포함하여 태어날 자녀의 미래의 삶까지 고려한 것”이기에, 형사처벌은 임신의 유지 및 출산을 강제하는 데 제한적인 효과를 가진다는 것이다.

**4. 2020년 12월 31일, 낙태죄 조항 실효까지의 경과**

위와 같은 낙태죄 헌법불합치 결정의 취지와 그 전후의 사회적·시대적 변화를 고려하여, 2020년 8월 21일 법무부 양성평등정책위원회는 법무부에 “형법 낙태죄 조항 전면 폐지”를 권고했다.<sup>49</sup> “낙태죄 폐지는 세계적 흐름”이므로, “여성이 건강하고 안전하게 임신과 임신 중단, 출산할 권리를 보장하고, 이를 통해 태아가 건강하고 안전하게 출생·성장할 수 있는 여건을 조성해야 한다”는 것이다.<sup>50</sup>

그럼에도 불구하고 2020년 10월 7일 발표된 정부안은 사실상 낙태죄를 부활시키는 내용이었다. 법무부의 형법 개정안은 기존 낙태죄 조항을 그대로 둔 채, 형법 제270조의2로 위법성 조각사유를 신설하는 안이다. 보

<sup>48</sup> 2010헌바402결정의 합헌의견은 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 현재보다 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 자기낙태죄 조항의 입법목적은 달성할 수 없다고 보았다.

<sup>49</sup> 연합뉴스, 2020. 8. 21.자, 「양성평등정책위, 법무부에 ‘낙태죄 전면 폐지’ 권고」

<sup>50</sup> 연합뉴스, 위의 기사

건복지부의 모자보건법 개정안은 상담을 비롯한 각종 제한 요건을 규정하고 있었다. 정부안에 따르면 형법 제269조의 낙태죄 조항은 문언 그대로 남아 있으므로 형법 체계상 임신중지는 원칙적으로 불법이고, 위법성 조각사유가 인정되어야만 범죄가 아니게 된다. 즉, 임신 14주까지는 여성 요청이 있으면 임신중지가 가능하고, 이후 24주까지는 성범죄에 의한 임신, 법률상 혼인할 수 없는 친족간 임신, 사회적·경제적 사유가 있는 경우, 여성의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우에만 임신중지를 허용한다. 이때 사회적·경제적 사유가 있는 여성은 상담을 받고 24시간의 숙려 기간을 거쳐야만 한다. 이에 더하여 모자보건법에는 임신중지시술에 대한 의사의 진료 거부권을 명시하고, 미성년자의 경우 법정대리인 등의 동의 요건을 규정했다. 상담 의무, 숙려 기간 의무, 제3자의 동의요건 등은 세계보건기구나 유엔인권기구 등에서 문제점이라고 지적하면서 시정을 권고해오던 요소들이다. 여성의 임신중지시술 접근성을 떨어뜨림으로써 이른 시기에 안전하게 시술을 받지 못하게 해왔기 때문이다.

정부안은 그간의 시민 사회의 논의 내용이나 외국의 추세를 전혀 반영하지 못했고, 이에 대하여 거센 비판이 있었다. 모낙페는 곧바로 “문재인 정부의 입법예고안은 기만이다. ‘낙태죄’를 형법에서 완전 삭제하고 성과 재생산 권리 보장하라!”라는 성명을 냈다.<sup>51</sup> 같은 날 민변도 ‘낙태죄를 사실상 부활시키는 정부안을 즉시 철회하라’는 성명을 냈고,<sup>52</sup> 그 후 민변 여성인권위원회는 각 개정안에 대한 의견서를 법무부와 보건복지부에 각 제

51 건강사회를 위한 약사회, [모낙페][성명] 문재인 정부의 입법예고안은 기만이다. ‘낙태죄’를 형법에서 완전 삭제하고 성과 재생산 권리 보장하라!, <http://www.pharmacist.or.kr/node/14907>, 작성일 :2020. 10. 7.  
52 민변, [성명] 낙태죄를 사실상 부활시키는 정부 입법안 즉시 철회하라, <http://minbyun.or.kr/?p=46301>, 작성일 : 2020. 10. 7.

출했다.

이런 분위기에 따라 국회에는 형법 제27장 ‘낙태의 죄’를 모두 삭제하는 형법 개정안이 순차적으로 발의되었다. 같은 해 10월 12일에는 권인숙 의원 등 11인이, 11월 5일에는 이은주 의원 등 10인이, 11월 5일에는 박주민 의원 등 11인이 같은 내용의 형법 개정안을 각각 발의했다.<sup>53</sup> 이 외에도 서정숙, 조해진 의원이 각각 대표 발의한 형법 개정안이 있는데, 정부안과 유사하게 형법 제269조 제1항을 유지하면서 형법 제270조의2로 위법성 조각 사유를 신설하되, 위법성이 조각되는 낙태 가능한 주수를 각각 10주와 6주로 정하고 있다.<sup>54</sup>

국회 법제사법위원회는 같은 해 12월 8일 공청회를 개최하여 전문가의 의견을 들었다.<sup>55</sup> 그러나 헌법재판소가 제시한 입법시한인 12월 31일까지 낙태죄 조항을 개정하지는 않았다. 이로써 2021년 1월 1일, 한국 사회는 낙태죄 없는 첫 해를 맞이하게 되었다.

53 권인숙 의원 등 11인, [의안번호 : 2104483] 형법 일부개정법률안, 제안일 : 2020. 10. 12.; 이은주 의원 등 10인, [의안번호 : 2104979] 형법 일부개정법률안, 제안일 : 2020. 11. 5.; 박주민 의원 등 11인, [의안번호 : 2105847] 형법 일부개정법률안, 제안일 : 2020. 11. 27.  
54 서정숙 의원 등 11인, [의안번호 : 2106017] 형법 일부개정법률안, 제안일 : 2020. 12. 1.; 조해진 의원 등 16인, [의안번호 : 2105295] 형법 일부개정법률안, 제안일 : 2020. 11. 13. 서정숙 의원이 대표 발의한 형법 일부개정법률안은 원칙적 처벌 조항을 유지하고 형법 제270조의2로 위법성 조각사유를 규정하는 안이다. 정부안과 달리 임신 10주 이내의 낙태만 위법성이 조각되도록 규정하고 있다. 조해진 의원이 대표 발의한 형법 일부개정법률안도 위와 같은 형식이고, 다만 임신 6주 이내의 낙태만 위법성이 조각되도록 규정한다는 점에서 차이가 있다.  
55 국회, 보도자료, [https://www.assembly.go.kr/assm/notification/news/news01/bodo/bodoView.do?bbs\\_id=ANCPUBINFO\\_08&bbs\\_num=50363&no=7541](https://www.assembly.go.kr/assm/notification/news/news01/bodo/bodoView.do?bbs_id=ANCPUBINFO_08&bbs_num=50363&no=7541), 작성일 2020. 12. 8.

## 5. 2021년 이후의 과제

2021년, 낙태죄 조항의 실효로 인하여 드디어 임신중지와 관련한 실무적인 논의가 시작되고 있다. 국회에서는 2021년 1월 14일 권인숙 의원이 인공임신중절수술에 보험급여를 실시할 수 있도록 하는 내용의 「국민건강보험법 일부개정법률안」을 대표 발의했다.<sup>56</sup> 국내제약사는 임신중지 의약품을 국내에 도입하고자 식품의약품안전처에 심의신청을 하는 등 실무적 절차를 진행하고 있다.<sup>57</sup> 그 법적 근거를 마련하기 위하여 약물에 의한 임신중지가 가능하도록 모자보건법상 ‘인공임신중절수술’을 ‘인공임신중단’으로 변경하는 「모자보건법 일부개정법률안」도 발의되어 있다.<sup>58</sup>

이제 임신중지는 형사 정책이 아니라 보건의료·교육·노동·복지 등의 정책을 중심으로 논의되어야 한다. 그리고 임신중지에 국한하지 않고, 개인의 성적 권리, 재생산권리와 건강을 보장할 수 있는 제도를 하나씩 마련해나가야 한다. 이때 모든 사람의 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는, 성별·장애·나이·혼인 상태·가족 형태·성적 지향·성별 정체성·인종·직업·사회적 신분 등에 따라 차별 받지 않아야 하고, 이러한 사유들을 고려한 적극적인 조치들도 필요하다.

앞서 언급한, 성적권리와 재생산정의를 위한 센터 세어의 「성·재생산

권리 보장 기본법(안)과 같은 기본법의 제정도 우선적인 대안이 될 수 있다. 성·재생산 권리는 의료접근권, 포괄적 성교육을 비롯하여 필요한 정보·상담에 접근할 수 있는 권리와 연결되어 보장되어야 한다. 또한 임신·임신중지 또는 출산과 양육이 학습권이나 노동권의 침해로 이어지지 않는 조치들도 필요하다. 장애인의 시설접근성뿐만 아니라 의사결정 과정에서 장애·나이 등을 고려한 조치도 필요하고, 의료인·상담인력의 인식도 중요하므로 이들에 대한 차별금지 교육이나 특화된 교육 등이 필요할 수 있다. 이 모든 내용을 모자보건법에 규정할 수는 없다. 기본법의 형식으로 성·재생산권리의 보장 원칙과 방향, 권리의 구체적인 내용 등을 규정하는 것이 필요하다. 이후 기본법의 취지에 맞추어 개별 법률에서 구체적인 정책 사항을 규율해나가는 방식으로 보다 나은 제도들을 마련해나갈 수 있을 것이다.

## 6. 나가며

낙태죄 헌법불합치 결정이 나올 무렵까지도 ‘임신중지의 완전한 비범죄화’란 불가능한 목표처럼 여겨지기도 했다. 논리의 문제는 아니었다. 논리적으로는 비범죄화가 결론으로 도출되지만, 과연 그것을 지금 시점에 실제로 달성할 수 있는가라는 질문에 답하기 어려웠기 때문이다. ‘현실적으로 적절한 타협안’을 마련해야 한다는 의견들도 있었다. 당시까지만 해도 국내에 소개된 외국의 입법례는 형사처벌을 원칙으로 한 채 임신 주수와 일정한 사유를 고려하여 임신중지를 예외적으로 허용하는 방식들이었다. 짧게는 20년, 길게는 40년 전에 만들어진 제도들이다. 이런 와중에 완전한 비범죄화를 달성한 캐나다와 뉴질랜드의 사례는 한국 사회에도 좋은 참조가 되었다.

<sup>56</sup> 권인숙 의원 등 12인, [의안번호 : 2107388] 국민건강보험법 일부개정법률안, 제안일 : 2021. 1. 14., 의학신문, 2021. 2. 17. 자, 「낙태죄 폐지 따른 임신중절, 의료행위로서 논의해야」, 다만 산부인과 의사회는 수가 낮다는 이유로 건강보험 적용을 반대하고 있다. 연합뉴스, 2021. 1. 26. 자, 「산부인과 의사회 “낙태수술에 건강보험급여 적용 반대…대상이냐”

<sup>57</sup> 청년의사, 2021. 3. 3. 자, 「임신중단 의약품 ‘미프진’ 국내 들어온다

<sup>58</sup> 남인숙 의원 등 10인, [의안번호 : 2107367] 모자보건법 일부개정법률안, 제안일 : 2021. 1. 14.

이제 한국도 완전한 비범죄화를 달성한 나라가 되었다. 가장 중요한 첫 걸음을 떤 것이다. 모든 사람의 성·재생산권리와 건강의 보장을 위한 제도를 잘 만들어냄으로써, 앞으로는 한국의 제도가 다른 나라에게 좋은 참조점이 되기를 바란다.

집중분석 4
아동학대 대응시스템의 문제점 및 개선방안
김영주

## I. 아동학대사망사건에서 드러나는 문제점 및 정부 대책의 한계

### 1. 주요 아동학대사망사건들

‘양천 입양아동 사망사건’(이른바 ‘정인이 사건’)로 온 국민이 분노하였다. 이 사건은 2020. 10.경 발생하였으나 주목을 받지 못하다가, 2021. 1. 초경 SBS ‘그것이 알고 싶다’에서 이 사건을 재조명하면서 여러 번 살릴 기회가 있었음을 생생하게 방송으로 드러냈다. ‘#정인아 미안해’라는 캠페인을 통해 경찰과 아동보호전문기관, 입양기관의 무성의하고 비전문적인 대응에 대해서 국민적 비난이 높아졌다. 그 뒤 경찰은 전담조직을 만든다고 하고, 복지부는 아동복지법상 ‘즉각분리’를 통해 해결하겠다고 말하고 있으나, 오히려 현장의 혼란과 고통은 더 심해지고 있다. 그런데 이처럼 살릴 기회가 있었음에도 제대로 대응하지 못하여 아동의 생명을 잃은 사건들은 이미 오래전부터 반복되어왔다.

2016년 겨울 ‘평택 원\*이 아동학대 사망사건’은 온국민을 경악하게 하였다. 사건 자체의 잔혹함에 더하여, 당시 아동보호전문기관이 피해아동을 사망 3년 전부터 관리를 해왔음에도 이를 막지 못했다는 점이 더욱 충격을 주었다.<sup>1</sup>

2019. 1.경 사망한 4살 아이는 대소변을 못 가린다는 이유로 엄마가 화장실에 가두고 프라이팬으로 폭행한 학대의 피해자였다. 그런데 이 피해아동 또한 이미 최소 4차례의 아동학대 의심신고가 있었고 임시보호시설에 맡겨지기도 하였으나, 아동보호전문기관에서 ‘부모들이 열심히 교육을 받았다’라는 이유로 집으로 돌려보내진 후 재학대로 사망하게 된 것이다.<sup>2</sup>

2019. 9.경 발생한 ‘인천 의붓아들 목검 학대 사망사건’은 계부가 아동학대로 집행유예 기간이었고 분리된 피해아동의 양육시설에 무단 접근하여 위협하는 등 문제가 있었음에도, 계부가 아동보호전문기관에서 상담 및 심리치료를 받았고 친모가 아동의 가정복귀를 신청했다는 이유로 피해아동을 집에 돌려보냈다. 이렇게 피해아동을 집에 돌려보낸 후 아동보호전문기관은 2회의 전화로만 사례관리를 진행하였고, 결국 집으로 돌려보낸지 1달 만에 피해아동은 계부의 끔찍한 학대로 사망하였다.<sup>3</sup>

또 2020. 초 여주에서 계모가 장애가 있는 9살 의붓아들을 아파트 베란다에 찬물이 담긴 어린이용 욕조에 속옷만 입힌 채 장시간 앉아있도록 하

는 등의 학대행위로 사망하게 한 사건이 있었다. 이 사건 또한 2016년경 학대신고가 2차례 접수되어 피해아동이 약 33개월가량 아동보호전문기관을 통해 격리보호되었다가 아버지가 데리고 가서 키우겠다고 하여 귀가 조치 후 사망하게 된 것이다. 아동보호전문기관에서는 사건 5일 전에도 방문하였었다고 하나, 형식적 방문 확인이 아니냐는 비판이 있었다.<sup>4</sup>

2020. 6. 천안 아동학대 사망사건의 경우도 달라진 것은 없었다. 이미 5월경 의료기관의 학대신고로 경찰조사가 이루어졌고, 아동보호전문기관의 판단으로 원가정에서 지내기로 한 뒤 아동보호전문기관의 모니터링 하에 있었으나, 계모의 끔찍한 학대로 2020. 6. 1.경 심정지로 발견된 피해아동은 끝내 사망하였다. 아동보호전문기관은 “아이가 ‘내 실수로 머리를 다쳤고 엄마에게 맞은 것도 내 잘못’이라고 했고, 부모가 멍들게 한 학대 사실을 인정하고 반성했다”라는 이유로 원가정에 돌려보냈고, 이후 전화 이외에 사례관리로서 특별히 취한 조치는 없는 것으로 보인다. 특히 이 사건에서 아동보호전문기관은 ‘전문’기관으로서 별도의 기준에 따라 아동보호의 관점에서 판단한 것을 찾기 힘들고, 경찰이나 신고자인 의료기관의 의견에 종속되어 업무를 진행하였다. 결국, 아동보호전문기관이 경찰로부터 이 사건에 대해서 통보받은 2020. 5. 8.부터 피해아동이 심정지로 발견된 2020. 6. 1.까지, 피해아동의 상태, 피해아동이 처한 환경과 상황에 대해서 전문적인 조사, 검사, 평가, 판단은 없었으며, 그에 기반한 모니터링, 법령에 따른 조치, 서비스 지원도 없었다.<sup>5</sup>

1 중부일보, 2016. 3. 12. ‘눈감은 사회... 원영이 3년 학대 알고도 왜 못 구했다’  
 2 YTN, 2019. 1. 4. ‘아동학대로 4살 여아 숨져... 막을 수 있었다’  
 3 국민일보, 2019. 10. 21. ‘김상희 의원, 인천 5세 아동 학대 사망사건 참극 막을 기회 다섯 번 놓친 사회복지 전달체계 고쳐야; 중앙일보, 2019. 10. 22. ‘계부 손에 머리카락 다 뽑힌 채 숨진 5세... 막을 기회 5번 있었다’

4 매일경제 2020. 1. 11.자 ‘장애아들 찬물 욕조에 1시간 벌서다 숨져... 아동학대치사 계모 체포’; 서울신문 2020. 1. 12.자 ‘학대 ⇒ 격리보호 ⇒ 학대, 아홉 살, 너무 시리게 스러졌다’  
 5 한겨레21 2020. 6. 12.자 ‘가방속 아이의 비명, 왜 우린 듣지 못했다’; 중앙일보 2020. 6. 5.자 ‘인력 2배 늘리고도 가방속 9살 사신, 복지부 향하는 화살’; 서울신문 2020. 6. 4.자 ‘끝내 눈감은 가방속 아이... 경찰도 기관도 구할 기회 놓쳤다’

## 2. 정부와 국회 대책의 한계

이처럼 사건들을 분석해보면, 경찰이 사건을 인지하고 아동보호전문기관이 사례관리를 진행 중이었음에도 피해아동이 사망하게 되었다는 점을 알 수 있다. 정부에선 그간 아동학대사건이 사회적으로 큰 문제가 되면 각종 대책을 발표해왔다. 아래 표는 감사원이 공개한 ‘2019. 11. 감사보고서-보호대상아동 지원실태’에서 정리한 아동학대 관련 주요 정부 대책 내용이다. 정부가 발표한 대책에는 늘 ‘재학대 방지를 위한 사후관리 강화’가 포함되어 있었음에도 실제로는 달라지는 것이 없었다.

2014년 이후 아동학대 관련 주요 정부 대책	
<p>■2014년 2월</p> <p>법정부 차원에서 최초로 “아동학대 예방 및 피해아동 조기발견·보호 종합대책” 발표</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>·(아동학대 조기발견 및 신속대응 체계 구축) 신고의무자 신고 활성화, 유관기관 및 지역사회 협업체계 구축, 피해아동 우선적 격리보호, 가해자 처벌 강화 등</li> <li>·(지역사회 복지자원을 통한 사후관리 강화) 학대 피해아동 상담·치유 및 보호 강화, 재학대 방지 및 가담가능 회복, 학대 피해아동에 대한 지속적 원리체계 구축 등</li> <li>·(아동학대 예방 교육·홍보 강화) 아동(아동학대 예방 및 권리 교육), 부모(양육방법 등), 유관기관 및 일반국민에 대한 아동학대 홍보교육 실시</li> </ul>	
<p>■2016년 3월</p> <p>아동학대 근절시스템 구축을 위한 “아동학대 방지대책” 발표</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>·(생애주기별 아동학대 예방체계 강화) 부모교육, 아동 권리화 학대 예방 교육</li> <li>·(조기발견 강화) 정기검삭 등에 대한 활용 점검, 아동행복지원시스템 구축</li> <li>·(신속대응·처벌 강화) 신속 분리·지원, 구속수사·사건처리 기동 강화, 신속제한 등</li> <li>·(학대 피해아동 보호·지원 및 재학대 방지) 전문가정위탁제도 도입, 재학대 방지를 위한 사후관리 강화, 가담가능 회복을 위한 소독·취업·건강돌봄 등 종합적인 지원 강화 등</li> </ul>	
<p>■2016년 9월</p> <p>“아동학대 방지대책이 보완 대책” 발표</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>·(조기발견 체계 강화 및 사각지대 해소) e아동행복지원시스템 속력 정보 연계 강화 등</li> <li>·(아동 보호체계 보완) 사실 필수 여부에 대한 판단 강화, 필수 후 6개월 이내 가장 방문 등</li> <li>·(부모교육 내실화) 학대 위험수준별 부모교육 제도화 등</li> <li>·(어린이집 아동학대 방지 대책 보완) CCTV 등을 통한 사실 내 학대징후 확인·점검 등</li> </ul>	
<p>■2017년 2월</p> <p>“아동복지시설 취약아동 보호 강화 방안” 발표</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>·(조기발견 시스템 확충) 인권보호관 신설, 학대 의심신고할 실지, 경찰의 순찰 강화, 사실 장·종사자 등에 의한 내부 공익 신고 활성화(가명조사, 행정처분 결정) 등</li> <li>·(신속한 보호 및 임정한 대응) 학대행위자 취업 제한, 영양공포 등 자괴 및 처분 기준 강화</li> <li>·(교육·홍보의 내실화) 사실종사자에 대한 자체 교육 외 복지부 등 교육 정비(연 2회)</li> </ul>	
<p>■2018년 3월</p> <p>“아동학대 방지 보완대책: 아동학대 대책 실효성 제고 방안” 발표</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>·(사전 예방) 부모교육 확대·강화 및 아동인권보호 및 권리보장의 제도화 등</li> <li>·(조기발견) 사회보장 빅데이터를 활용한 e아동행복지원시스템 운영, 이를 통한 학대징후 점검</li> <li>·(신속 대응·보호) 아동학대 전담 수사인력 확충, 의료·법률서비스 지원, 아동학대의 공공성 강화</li> <li>·(재학대 방지를 위한 사후관리) 정기적인 아동학대사례검문위원회 운영, 분리조치 후 복귀 아동에 대한 원리 강화, 유관기관 간 학대 정보 공유 등</li> </ul>	

2019. 5.경에 대대적으로 발표된 ‘포용국가 아동정책’에서도 “보호조치 이후에도 주기적으로 아동과 원가정을 모니터링·관리·지원”하겠다고 발표하고, 특히 “아동학대 대응체계를 전면 개편하여 아동학대조사 공공화”, “아동보호전문기관을 전문적 사례관리 담당기관으로 개편”이라고 천명하였으나, 현재와 같이 제대로 기능하지 못한다면 주체의 변경이 아동보호강화로 이어지지 않거나 오히려 기관 간 소통부족으로 더욱 어려워질 수도 있다. 2020. 초에는 복지부가 “최근 3년간 가정복귀한 학대 피해아동을 대상으로 일제점검을 실시하고, 학대피해아동에 대한 ‘가정복귀결정 강화방안’을 시행하겠다”라고 발표하였다.<sup>6</sup>

또 2021. 1. 양천 입양아동 사망사건의 ‘그것이 알고 싶다’ 방영 후 일주일 만에 형량 강화, 분리 등을 내용으로 하는 법안 발의가 쏟아졌고, 대통령 지시, 긴급관계장관회의 등이 이어졌다. 그리고 2021. 1. 19.경 정부는 사회관계장관회의를 통해 “현장 중심 아동학대 대응체계 강화 추진”을 발표<sup>7</sup>하였는데, 초기 대응의 전문성 및 이행력 강화, 대응인력 확충 및 근무여건 개선, 즉각분리제도의 차질 없는 시행, 아동학대 처벌 강화 및 인식개선, 입양절차의 공적 책임 강화 및 입양지원 활성화를 내용으로 하였다.

그러나 위와 같은 각종 대책발표에도 불구하고 현장은 오히려 더욱 혼란스러운 상황이며, 특히 최근 아동복지법 개정으로 도입된 즉각분리제도는 아동학대 정책을 만드는 정부가 얼마나 현장에 대한 이해가 떨어지고 아동권리를 무시하고 있는지를 확인할 수 있게 하였다. 이에 본 글에서는

<sup>6</sup> 복지부 2020. 1. 16. 보도자료 ‘가정복귀한 학대 피해아동의 안전을 확인한다’

<sup>7</sup> 복지부 보도자료, ‘현장 중심 아동학대 대응체계 강화 추진’, 보건복지부 홈페이지, 2021. 3. 28. 조회 [http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR\\_MENU\\_ID=04&MENU\\_ID=0403&CONT\\_SEQ=363158](http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&CONT_SEQ=363158)

이러한 아동학대대응시스템의 문제점에 대해서 살펴보고자 한다.

## II. 아동학대 대응시스템에 대한 설명

### 1. 현행 아동학대 대응시스템<sup>8</sup>



<sup>8</sup> 아동권리보장원(ncrc.or.kr) 사업소개)아동보호>아동학대 예방 및 보호>사법처리 절차 참조

## 2. 아동보호의 공공화 및 아동학대전담공무원 제도

2020. 10. 1.부터 개정된 아동복지법과 아동학대처벌특별법이 시행되어 아동학대조사가 공공화됨에 따라 위치럼 아동학대 대응시스템이 바뀌게 되었다. 이에 따라 기존에는 아동보호전문기관에서 담당하던 아동학대현장출동 및 조사업무, 사례판단, 피해아동보호계획 수립 및 조치를 아동학대전담공무원이 담당하는 것으로 변경된 것이다. 이에 따라 사실상 아동학대전담공무원은 아동학대 사건에 있어서 피해아동보호의 컨트롤타워로서 역할을 하게 되며, 이후 아동보호전문기관이 사례관리를 진행하지만, 아동학대전담공무원과 유기적 협력을 해야만 하는 것이다.

그러나 이러한 법 개정 당시의 의도와 달리, 현실은 매우 안타까운 상황이다. 각 지자체마다 아동학대전담공무원의 배치를 통해 아동학대를 뿌리 뽑겠다고 보도자료를 내고 있으나, 현장에서 우려는 매우 크다. 아동학대에 대한 전문인력이 아니라 다른 영역의 공무원으로 돌려막기식 배치까지 하고 있고, 밀려드는 사건을 감당할 만한 전문성이나 뒷받침하는 제도도 없다. 현장출동과 행정업무를 함께 담당하는 것에 대한 현실적 어려움과 현장대응 및 협업시 전문성 부족의 문제점이 드러나 불안감이 커지고 있다. 아동학대전담공무원은 전문적인 특별교육도 받지 못하고 배치되고, 별다른 제도적 지원이나 제공할 수 있는 서비스 등의 수단도 제공받지 못한 채 밤낮없이 업무를 해야 한다는 점에 대해서 불만이 높아지고 있다.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> 노컷뉴스, 2021. 2. 23. '아동학대전담공무원 5개월 "밀려드는 조사, 어떻게 감당하나"'; 경향신문, 2020. 10. 19. '아동학대전담공무원 뺑뺑 배치, 출발부터 허점투성이다'; 경인매일, 2020. 10. 28. '공공 아동보호체계, 시작부터 졸속 추진.. 전담공무원 채용 대신 행정직 돌려막기'; 국민일보, 2020. 10. 7. '전국 시·군·구 아동보호인력 졸속추진 우려'

### III. 현행 아동학대 대응시스템의 문제점

#### 1. 사례관리 수행주체의 문제

현재 아동학대사건으로 인한 피해아동의 사례관리는 아동보호전문기관이 수행하고 있는데, 대부분 굿네이버스, 세이브더칠드런, 초록우산과 같은 비영리법인들이 아동복지법 제45조 이하 법규정에 따라 위탁을 받아 수행하고 있다. 2020. 10. 1.경부터 시행될 아동학대 공공화에 따르더라도 사례관리는 여전히 아동보호전문기관이 수행하는 것으로 남겨져있다. 이처럼 민간이 담당함으로 인해 사례관리에서 제재나 통제수단 사용에 한계가 있을 수밖에 없으며, 이들에게 부여할 수 있는 권한에도 한계가 있다. 또 다양한 지원을 지속적으로 수반하기 위해서는 사회복지서비스 등과 연결되어야 의미가 있을 것이나, 공적 서비스들과 연결하는 것을 민간이 하기는 어렵다. 설사 가능하다 하더라도 전적으로 민간에 맡기는 것은 공공의 책무를 해태한 것이며, 민간에 과도한 부담과 책임을 지우게 된다.

실제 아동학대 사건은 피해아동의 의사와 진정한 욕구를 파악하기 어렵고 사건의 지속적 개입이 필요함에 반해, 학대행위자들은 아동을 자신의 소유물로 알고 학대를 훈육으로 인지하여 자신의 잘못을 깨닫지 못하고 오히려 사건의 원인을 피해자에게 돌리는 특성이 있다. 또한, 행위자들은 분노, 좌절, 불행감, 스트레스, 불신감, 사회적 고립감, 공감능력의 부족 등 정서적 특성이 있고 어린 시절의 피학대경험, 경제적 어려움, 정신장애, 알코올 또는 약물문제 등 특성이 있다.<sup>10</sup> 이에 더하여 행위자들은 범죄

를 저지른 것이 아니라고 인지하고 있기에 행위자들은 진정으로 뉘우치거나 사례관리절차에 순응하기 어려우며, 피해아동에 대한 집착 또는 이상황을 빨리 벗어나기 위한 방편으로 사례관리절차에 잘 따르는 척을 하기도 한다.

이러한 특성에 비추어본다면, 단순한 상담이나 교육, 면담만으로 쉽게 변화하지 않으며, 양육환경의 변화와 다양한 지원이 지속적으로 수반되어야만 의미 있는 사례관리가 될 수 있다. 특히 피해아동과 그 가정에게 제공되어야 하는 서비스는 사회복지, 교육 등과 연결된 종합적이고 입체적이어야 할 것이며, 이것이 현재처럼 아동보호전문기관에 맡겨져 있는 상황에서는 한계가 있을 수밖에 없는 것이다.

#### 2. 업무주체의 역량문제

아동학대를 담당하는 업무주체들의 전문성부족이나 의지부족 등에 대해서는 그간 많은 지적이 있어 왔다. 양천 입양아동사망사건에서 출동한 경찰이 피해아동 다리의 멍을 발견하였음에도 양부가 오다리를 고치기 위한 마사지로 인한 것이라고 하자 그냥 돌아온 사실, 다른 소아과에 아이를 데려가서 구내염일 수도 있다고 했다는 이유로 피해아동을 집으로 돌려보내고 내사종결한 사실, 이러한 경찰의 계속되는 오판에 대해서 아동보호전문기관이나 입양기관이 별다른 조치를 취하지 않은 사실은 현장 대응인력이 얼마나 전문성이 부족한지를 그대로 드러내고 있다. 출동한 경찰이나 아동보호전문기관이 아동학대인지조차 판단을 하지 못하였기 때문에 이에 대해서 다른 조치나 서비스 제공이 불가능하게 되어버리는 것이다.

<sup>10</sup> 이수정, 「학대행위자의 특성 이해 및 개입」, 제6회 아동학대예방포럼, 2019. 12. 11.

작년 천안에서 일어난 여행가방 아동학대사망사건은 어떠한가. 아동보호전문기관은 아이가 내 잘못이라고 했고, 부모가 멍들게 한 학대사실을 인정하고 반성했다는 이유로 원가정에 돌려보냈고, 해당 아동의 집까지 방문했던 경찰이나 아동보호전문기관은 집안에 남아있던 학대의 흔적도 발견하지 못했다. 이처럼 대응주체들이 출동하여 조사하여도 그 심각성을 제대로 인식하지 못하고 대강 처리해버린다면 현재 만들어진 아동학대대응시스템은 실제 아동을 구하는 역할을 전혀 하지 못하게 되는 것이다.

이러한 문제점은 결국 전문성과 역량 부족에서 일어나는 비극이라고밖에 해석될 수 없다. 피해아동의 신체사진만 보더라도 온 국민이 알아챌 수 있는 학대를 경찰과 아동보호전문기관만 알아채지 못하고, 피해아동의 집까지 가서 면담을 다 하고도 재학대의 심각성을 인지해내지 못한다면, 인력과 예산의 투입, 시스템과 제도의 마련이 무슨 의미가 있는가.

경찰은 아동학대사건을 판단하고 가해자의 추가범죄를 막는 ‘수사’기관이어야 하며, 아동보호전문기관은 단순히 아동보호기관이 아니라 ‘전문’기관이어야 한다. 그러나 많은 순간 경찰은 일반성인사건과 달리 아동이 관련된 사건에 대해서는 제대로 된 판단을 그르치고, 아동보호전문기관은 아동보호의 관점에서 기관 나름의 조사와 판단을 하지 못하고 경찰의 의견에 그대로 종속되거나, 신속하지 못한 대응, 미흡한 모니터링 등으로 잘못된 결론이 나기도 하였다. 심지어 현장대응주체들이 아동학대 관련 법령이나 가족법, 형법 등 밀접한 관련이 있는 법령도 숙지되지 못한 상태임을 확인하게 되는 경우조차 경험할 수 있었다.

### 3. 소통의 문제

그간 아동학대사망사건이 터지면 아동보호전문기관은 경찰탓, 경찰은 아동보호전문기관탓, 강제력이 수반되지 않는 법률탓, 예산과 인력부족 탓 등이 언급되어왔다. 그러나 법이 개정되어도, 예산과 인력이 보강되어도 사건은 같은 패턴으로 발생했고, 업무주체들은 소통하지 않고 분절적으로 각자의 업무를 수행할 뿐이었다. 특히 앞으로 지자체에 아동학대전담공무원이 배치되어 아동학대 조사 업무 등을 담당한다는 점에서, 아동학대 대응업무주체들 간, 지자체간, 지자체와 중앙정부간 소통이 매우 중요해지게 되면서 그 우려가 커지고 있다.

### 4. 자원배분의 문제

예산과 인력이 부족한 것은 사실이다. 2020년 아동보호전문기관 운영에 투입되는 아동학대 예산은 약 285억원으로 보건복지부 총예산인 82조 5269억원 대비 0.03% 수준이다.<sup>11</sup> 그나마 아동예산은 저출산이나 아동수당 등에 주력되고 있고, 이미 태어난 아동을 지키고 보호하는데에 들어가는 예산은 턱없이 작다. 예를 들어 최근 아동학대전담공무원의 경우 사실상 24시간 업무가 가능하게 설계되어야 하는데, 그럴만한 인력이 배치가능한 예산이 없어 공무원 업무시간 이외의 사건에 대해서는 대응이 사실상 어렵다. 전문성을 위해 해당 공무원이 교육을 받게 하고자 하여도, 업무대행을 해줄 인력이 없어 불가능한 것이 현실이다.

11 신동아 2020. 7.자 '매년 증가 아동학대 신고, 코로나 이후 첫 감소! 왜?'

그러나 양적으로만 예산과 인력을 늘린다고 하여, 질적인 향상이 도모될 것이라고 보이지는 않는다. 양천 입양아동사망사건에서 투입된 경찰들의 숫자가 작은 것이 아니었음에도, 누구도 제대로 된 판단을 하지 못했다는 점을 보면 인력의 숫자를 늘리는 것만이 답이 아님을 확인할 수 있다.

또 문제는 정부, 기관, 조직 내에서 ‘아동보호’의 비중이다. 즉 정부정책에 있어서 아동보호가 얼마나 우선순위에 있는지, 방대한 복지부 조직에서 아동보호가 어느 정도의 비중을 가지고 있는지, 아동학대·아동복지의 전문가들이 정책수립 및 운영을 위해 정책결정에 있어서 역할을 하는지, 아동을 담당하는 공무원이나 주체들이 조직 내에서 어떻게 평가되는지, 조직 내 우수인력이 아동보호 담당으로 배치되는지, 아동보호 업무를 오래 담당하여 전문성을 쌓는 경우 어떤 이득이 있는지 등을 살펴봐야 한다.

### 5. 규범 및 기준의 문제

아동학대의 대응은 아동학대 여부부터 시작해서 분리, 제공서비스 내역, 가정복귀 여부, 모니터링, 사례관리방식, 관리종료 등 매 순간 고도의 판단이 요구된다. 그렇게 이어지는 모든 결정이 아동보호전문기관의 종사자 개인에게 모두 일임되어서는 곤란하며, 일정한 규범과 기준을 마련하여 현장인력들이 체크리스트로 사용할 수 있도록 해야 한다.

이에 따라 복지부 등에서도 평가틀을 마련하고 있으나, 양천 입양아동사망사건에서 보듯이 아동분리를 위한 평가기준과 그에 따른 평가내용을

**아동보호전문기관의 정인이 관련 아동학대 위험도 평가**

신체 외부 손상 관찰 및 정서적 피해 등 의심됨	○	×	○
주거 환경에 건강이나 안전상 위험요소 있음	×	×	×
학대 행위자로부터 2회 이상 학대 경험 있음	×	×	×
학대로 발육부진·영양실조·비위생 상태 관찰	×	×	×
학대 행위자에 대해 두려움이나 거부감 표현	×	×	×
학대 행위자로부터 분리보호를 요구하는 의사 표현	×	×	×
스스로를 보호할 능력이 현저히 미약	○	○	○
안전하게 보호할 수 있는 보호자(비학대행위자) 없음	○	○	○
학대행위자가 아동의 의사에 반해 접근할 여지 많음	×	×	×
*4점 이상일 경우 아동 분리 조치 고려			
	1차 (지난해 5월) 3점	2차 (지난해 6월) 2점	3차 (지난해 9월) 3점

자료: 더불어민주당 신현영 의원실

보면 황당할 지경이다. 위 표는 이번에 정인과 관련하여 사용된 아동학대 위험도 평가이고, 4점 이상인 경우 아동을 분리하는 것을 고려해야 한다. 그런데 평가내용의 허술함에 더하여, 16개월밖에 되지 않은 아동을 두고 “학대 행위자에 대한 두려움이나 거부감 표현”, “학대 행위자로부터 분리보호를 요구하는 의사 표현”, “학대행위자가 아동의 의사에 반해 접근할 여지 많음”과 같은 항목에서 ‘X’로 평가하기까지 하였다. 이렇게 평가하고서는 “아동의사를 존중했다”, “원가정보호원칙 때문에 이렇게 된 것이다”라는 주장을 하는 경찰, 아동보호전문기관에 대해서 과연 현 체제로 희망이 있는 것인가라는 생각까지 들게 한다.

### 6. 정책연구의 문제

아동정책에 대한 종합적인 수행과 아동복지 관련 사업의 효과적인 추진

을 위하여 필요한 정책의 수립을 지원하고 사업 평가 등의 업무를 수행하도록 아동권리보장원(아동복지법 제10조의2)이 만들어졌다. 행위자 상담, 아동 최상의 이익 판단, 아동의 진정한 의사 판단, 재학대여부 평가기준, 해당 가정에 필요한 서비스가 무엇인지에 대한 판단, 아동특성 및 아동심리, 아동학대 대응시스템에 대한 문제점 분석, 피해아동보호를 위한 각종 제도 등에 대한 깊이 있는 연구가 선행되어야만 조직개편, 제도마련 등 정부대책과 계획, 법개정이 가능하다. 위 5항에서 언급한 각종 규범, 기준, 평가 틀, 체크리스트도 아동권리보장원의 연구가 바탕이 되지 않으면 어렵다. 또 이렇게 사회적으로 큰 사건들이 발생하면 담당하는 조직을 점검하고 원인분석 및 대안제시를 해야 하는데, 최근 아동권리보장원의 반응은 그 역할을 할 의지가 있는지 의문이 들게 한다. 또 이러한 연구는 정부부처와는 독립되어 개선방향과 대안을 제시할 수 있어야 하는데, 현재의 조직구성, 사업진행 등에 있어서 복지부로부터의 독립성에 대해서 문제제기를 하지 않을 수 없다.

### 7. 인프라의 문제

피해아동을 가정으로부터 분리한다 하더라도 쉼터가 넉넉지 않아 입소하기도 어렵고, 피해아동이 장애가 있는 경우 재활훈련이나 교육이 가능한 아동전용 맞춤형쉼터는 없다고 한다. 이주배경아동의 쉼터입소도 쉽지 않은 것이 현실이고, 아동이 입소해있는 시설들에 학대피해아동, 요보호 아동 등이 함께 있다보니 아동들에 대한 치료나 교육도 쉽지 않으며, 트라우마가 심하여 치료가 지속적으로 필요한 아동들이 갈 곳도 마땅치 않다. 또 아동이 일시로 보호되는 시설들에서는 해당 피해아이들과 기존에 거주하던 아이들을 어떻게 케어할지, 기존거주아동의 불안감을 어떻게 해

소할지, 단기여서 해당 피해아동에 대해서 파악이 되지 않은 상황에서 어떤 조치를 취해야 할지 등에 대해서 매우 난감해하는 상황이다. 이러한 상황은 지방에서 더 심하다. 또 피해아동에 대한 후견인 역할을 할 마땅한 사람을 찾기도 쉽지 않아, 친권정지나 친권상실을 하는 것도 어려움이 있다고 한다.

24시간 작동되는 대응시스템도 없고, 범죄신고용 전화 112 외에 아동학대상담 및 피해호소를 위한 긴급전화는 마련되지 않았다. 아동을 위해 최상의 이익을 판단하기 위한 제도나 방법도 알지 못하고, 행위자 분리로 인한 경제적 지원, 분리된 아동의 교육연계성·심리지원·치료·가족유대 등은 전혀 유지되고 있지 않다. 아동학대 피해아동만을 치료하거나 아동학대임을 판정하기 위한 의료시설이나 의료진의 구성도 없고, 아동학대에 전문화된 피해자국선변호사도 따로 찾기 어렵다.

### 8. 아동의사존중 및 원가정보호의 문제

최근에 ‘원가정보호의 원칙’이 문제라면서 아동복지법 제4조 제3항을 개정해야 한다는 법안들까지 발의되고 있다. 그러나 원가정보호의 원칙은 학대피해아동을 원가정으로 복귀시켜 보호하라는 취지의 원칙이 아니라, ‘아동에게 최상의 이익이 되는지’를 근거로 아동을 분리하기 전에 합리적인 노력을 해야 하고 위기에 처한 아동이 있는 가정에 대한 위기개입과 가족교육서비스를 제공하라는 취지이다(유엔 아동권리협약 제9조).<sup>12</sup> 즉 피해아동과 행위자 각 개인에 대해서만 포커스를 맞추어서 교육하고 지원하

<sup>12</sup> 노혜련, 조소연, 「원가정 지원원칙: 우리나라 대안양육서비스에서의 실현현황과 개선방안」, 『아동과 권리』 제20권 제2호, 2016. 2. 224~225쪽.

는 것이 아니라, 이와 더불어 원가정 자체에 대한 교육, 지원, 서비스제공이 이루어져야 하고 그로써 가정이 아동을 보호하는 기능을 수행할 수 있도록 하라는 것이다. 아동보호전문기관들은 사건이 발생하면 “아동이 집에 가고 싶어하고,<sup>13</sup> 원가정보호원칙을 따라야 해서 복귀시켰다.”라고 주장하나 이는 위와 같은 가정 단위의 지원서비스를 제공하지 않은 상황에서 부당한 판단이었다고 본다. 아동에 대해 조금이라도 감수성이 있고 아동의 특성과 권리를 이해한다면 이런 주장을 할 수 없다.

또 아동학대 대응의 모든 단계에서 아동의 의사를 확인하고 아동의 의사를 존중하고 아동의 권리적 측면에서 결정하는 시스템이 전혀 없다. 이는 심지어 아동에게 가장 큰 변화인 즉각분리에서조차도 마찬가지이다. 피해아동은 우리가 생각하는 것처럼 어두운 방에서 울면서 도움을 요청하는 것이 아니다. 아동학대로 인한 아동의 반응은 너무도 다양하고, 아동이 진정한 의사를 표현하는 방식은 아동이 처한 상황이나 그 아동의 성격적 특성, 묻는 사람의 태도 등에 따라 다를 수밖에 없다. 무엇보다 아동의 바람과 감정을 확인해야 하는 보다 실천적인 이유는 대부분의 아동은 문제의 원인이나 자신의 욕구, 상황적 맥락 등에 대한 이해와 통찰이 가능하며, 아동의 참여는 아동이 처한 어려움을 이해하는데 도움이 되며, 아동의 역량을 발전시키고 회복탄력성을 촉진시킨다.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> 아동학대사건에 있어서 피해아동의 의사는 학대의 정도, 학대기간, 보호자 여부, 피해아동의 나이, 장애여부, 양가감정 등을 고려할 필요가 있으므로, 이런 요소들에 대한 충분한 조사와 검토없이 피해아동의 의사를 그대로 따르는 것은 피해아동의사 존중원칙에 오히려 반한다고 할 것이다. 극심한 학대에도 “엄마랑 같이 살고 싶다.”, “부모가 감옥에 가게 될까봐 신고하지 못한다.”고 표현하는 피해아동들의 심리를 이해하고 피해아동의 의사를 확인하여야 할 것이다.

<sup>14</sup> 장영인, 「영국의 아동보호조치 과정에서 아동청문권 보장에 관한 연구」, 『사회복지법제연구』 제9권 제1호 (통권 제11호), 2018, 5., 159쪽

## 9. 아동복지법상 ‘즉각분리’의 문제

제15조(보호조치) ① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 그 관할 구역에서 보호대상아동을 발견하거나 보호자의 의뢰를 받은 때에는 아동의 최상의 이익을 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호에 해당하는 보호조치를 하여야 한다. <개정 2014. 1. 28.>

1. 전담공무원 또는 아동위원에게 보호대상아동 또는 그 보호자에 대한 상담·지도를 수행하게 하는 것
2. 보호자 또는 대리양육을 원하는 연고자에 대하여 그 가정에서 아동을 보호·양육할 수 있도록 필요한 조치를 하는 것
3. 아동의 보호를 희망하는 사람에게 가정위탁하는 것
4. 보호대상아동을 그 보호조치에 적합한 아동복지시설에 입소시키는 것
5. 약물 및 알콜 중독, 정서·행동·발달 장애, 성폭력·아동학대 피해 등으로 특수한 치료나 요양 등의 보호를 필요로 하는 아동을 전문치료기관 또는 요양소에 입원 또는 입소시키는 것
6. 「입양특례법」에 따른 입양과 관련하여 필요한 조치를 하는 것

⑥ 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제1항제3호부터 제6호까지의 보호조치를 할 때까지 필요하면 제52조제1항제2호에 따른 아동일시보호시설 또는 제53조의2에 따른 학대피해아동쉼터에 보호대상아동을 입소시켜 보호하거나, 적합한 위탁가정 또는 적당하다고 인정하는 자에게 일시 위탁하여 보호(이하 “일시보호조치”라 한다)하게 할 수 있다. 이 경우 보호기간 동안 보호대상아동에 대한 상담, 건강검진, 심리검사 및 가정환경

에 대한 조사를 실시하고 그 결과를 보호조치 시에 고려하여야 한다.

〈개정 2016. 3. 22., 2020. 12. 29.〉

1. 1년 이내에 2회 이상 아동학대 신고가 접수된 아동에 대하여 현장 조사 과정에서 학대피해가 강하게 의심되고 재학대가 발생할 우려가 있는 경우

2. 제1항에 따른 보호조치 결정이 있을 때까지 아동에 대하여 「아동 학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제12조에 따른 응급조치 또는 같은 법 제13조에 따른 긴급임시조치가 종료되었으나 같은 법 제15조에 따른 임시조치가 청구되지 아니한 경우

3. 현장조사 과정에서 아동의 보호자가 아동에게 답변을 거부·기피 또는 거짓 답변을 하게 하거나 그 답변을 방해한 경우

4. 그 밖에 제1항제3호부터 제6호까지의 보호조치를 할 때까지 아동을 일시적으로 보호할 필요가 있다고 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 인정하는 경우

아동복지법 제15조 일시보호조치는 이른바 ‘즉각분리’라고 하여 최근 아동학대에 대한 정부의 주요대책으로 추진되고 있다. 그러나 이는 사법적 통제를 받지 않도록 규정되어 사법심사의 구속을 받아 아동 최상의 이익을 위해 필요하다고 결정하는 경우에만 분리하도록 한 유엔 아동권리 협약 제9조에 위반되는 점, 인신에 대한 통제에는 영장 등 사법적 통제를 받아야 하는 헌법에 위반되는 점, 지자체에서 보호조치를 할 때까지 분리 가능하도록 하여 즉각분리의 종기를 예측하기 어려운 점, 1호의 경우 단순히 아동학대의 신고가 2회 이상 있다는 이유로 아동을 가정에서 분리할

수 있게 하는 점,<sup>15</sup> 2호의 경우 임시조치를 청구하지 않은 것은 경찰의 업무태만이나 실책일 것인데 이것이 아동을 가정에서 분리되는 근거로 사용되는 것은 부당하다는 점, 3호는 수사과정 및 수사기법의 문제이지 행위자의 태도로 인해 왜 아동이 시설을 전전해야 하는지 이해할 수 없는 점, 분리 이후 불복절차가 전혀 없는 점, 분리에 따라 아동이 어떤 시설에서 어떻게 지내게 되는지에 대한 통지조차 규정되지 않은 점, 분리해도 결국 가정복귀를 하는 시점에서의 문제는 그대로인 점, 천안 가방사건은 1회 신고 이후 사망하였고 작년 인천 의붓아들 목검 학대사망사건은 분리 후 가정으로 돌아가서 사망하여 이 제도로 아무런 해결이 되지 않는 점 등에 비추어 위헌, 위법, 부당하고 실효성도 없다고밖에 평가할 수 없다. 더욱이 행위자들이 오히려 이런 문제점을 먼저 파악하여 여론에 호소하고 아동보호전문기관 등에 반발하고 있는바, 원가정의 회복이 아니라 아동을 가정에서 분리시켜 시설을 전전하게 할 뿐이며, 아동보호전문기관 종사자들은 앞으로 더 많은 민원과 소송에 시달리게 될 것이다.

#### IV. 개선방안

① 아동학대조사부터 사례관리까지 아동학대 대응 시스템 전반의 공공화,<sup>16</sup> ② e아동행복지원시스템, 국가아동학대정보시스템 등 관련 시스템

<sup>15</sup> 학대피해가 강하게 의심되고 재학대가 발생할 우려가 있는 경우에만 가능한 것이어서 문제되지 않는다는 반론이 있으나, 즉각분리는 수사를 한 이후시점에서 판단한 것이 아니라, 신고시점에서 판단하여 분리하는 것이기 때문에, 사실상 학대피해 및 재학대 여부에 대해서 인신에 대한 강제분리를 할 정도로 판단하기 어렵고 결국 종사자의 전문성에 따른 판단에 따를 수밖에 없다. 따라서 횡수는 의미없게 되는 것이다. 한편 예를 들어 202호에서 아동의 우는 소리가 들려서 201호와 203호가 동시에 112로 신고를 하면 2회 신고로 보겠다는 것이 현재 경찰의 입장이라고 하는데, 기준 자체로도 납득하기 어렵다.

<sup>16</sup> 외국(미국, 영국, 일본 등)의 경우도 아동학대에 대한 조사·판정은 지방정부 등 공공기관에서 수행하고, 이후 사례관리 및 아동보호서비스 제공 등은 민간기관과의 협력 등을 통해 수행하고 있다. 즉 우리나라처럼

의 통합 및 아동학대대응 주체들의 공동이용(각 부처와 대응주체들 간의 소통 및 아동정보보호를 위한 시스템 개발), ③ 업무주체들의 역량강화(전문성 확보를 위한 교육강화, 채용 및 승진 등의 문제, 법제도에 대한 충분한 숙지 및 경험<sup>17</sup>전달을 위한 실습), ④ 원가정 전체에 대한 양육지원, 경제적 지원, 가족상담 등을 통한 사례관리, ⑤ 아동학대대응주체들이 적절하게 업무수행을 하고 있는지에 대한 독립적 감독 조직의 필요성, ⑥ 피해아동과의 필수적 대면소통 및 찾아가는 방식의 모니터링과 사례관리, ⑦ 차원이 다른 자원의 투여(아동학대 대응시스템에 대한 비전, 인력운영 및 전문화에 대한 뚜렷한 계획, 이를 뒷받침하는 연구결과 등을 통한 재정당국 설득, 질적 변화를 도모하는 인력운영, 조직내의 아동정책 우선화), ⑧ 아동전담부처의 필요성(복지부의 역량·의지·현실적 한계, 여가부·법무부·교육부·복지부·행안부 등의 분절적 업무수행), ⑨ 아동권리보장원의 독립성 및 역할강화, ⑩ 법령, 규정, 기준, 평가툴, 체크리스트, 대화법, 조사방법 등 연구 및 마련, ⑪ 긴급전화, 쉼터, 치료·재활 등에 특화된 쉼터, 치료시설, 위탁가정, 그룹홈, 후견인플, 아동학대 특화 피해자국선변호사, 기관별 자문변호사 등 인프라의 구축, ⑫ 신고시 즉시출동, 사건처리결과 신고자에 통보, 신고자 불이익에 대한 대응 지원 등 신고자 보호를 위한 제도 마련, ⑬ 출생통보제 및 보편적 출생등록제 마련, ⑭ 아동학대를 포함하여 아동권리, 아동인권에 대한 전국민적 교육 및 캠페인, ⑮ 양형기준의 현실화 및 아동특성반영<sup>18</sup> 등의 개선방안들을 생각해볼 수 있다.

\_\_\_\_\_  
 럼 민간에게 모두 맡기는 것이 아니라, 민간기관의 협력을 받아 공공이 수행하고 있다고 봐야 할 것이다 (2019. 11. 감사보고서-보호대상아동 지원실태, 감사원, 제41쪽). 같은 취지로 김진석, 아동보호체계 공공성강화를 위한 국가의 책임과 정책과제, 한국사회복지학회 학술대회 자료집, 2017. 10.  
 17 경험을 통한 판단기준에 대하여는 강지영, 아동보호전문기관 실무자들의 아동학대사례 판단 기준에 대한 탐색적 연구, 한국아동복지학 67호, 2019. 9., 제14쪽  
 18 한상규, 아동학대 범죄와 양형기준-최근의 개정 논의와 향후 전망을 중심으로, 2018. 8., 제95쪽

그러나 이러한 정책 전에 선행되어야 할 것은 아동학대사망사건에 대한 진상조사이다. 이미 미국, 영국, 일본 등에서는 아동학대사망사건시 어떤 잘못으로 사망까지 이르게 되었는지, 이를 해결할 방법은 없는지, 제도개선사항은 무엇인지에 대해서 조사하고 연구한다. 2년여의 기간 동안 150여 명을 청문하여 만든 영국의 클립비 보고서는 이미 한국에 잘 알려져 있다. 이들이 이미 아동이 사망한 사건을 붙잡고 이처럼 오랜 시간 힘들게 연구하는 이유는 분명하다. 다시는 아동을 살릴 기회를 놓치고 싶지 않아서이다. 그리고 그 죽음에서 배워야 하기 때문이다. 그런데 우리는 어떠한가. ‘그것이 알고 싶다’가 방영된 이후 일주일만에 각종 대책과 법안이 쏟아지고, 정부에서 주요대책이라고 내놓은 것이 위헌적이고 아동권리는 전혀 고려하지 않는 ‘즉각분리제도’이다. 이런 수준과 이런 인식으로 달라질 리가 없다. 예상대로 현장은 혼란스럽고 벌써부터 각 대응주체 간에 파열음이 들리고 있다. 애당초 아동학대는 이렇게 해결될 수 없는 문제인 것이다.

김상희 의원은 지난 2021. 2. 5. ‘양천아동학대사망사건 등 진상조사 및 아동학대 근절대책 마련을 위한 특별법안’을 발의하였다.<sup>19</sup> 대통령 직속 위원회를 통해서 위원회에서 정한 아동학대사망사건에 대해서 철저히 조사하여 제도개선방안을 만드는 것이 주요 내용이다. 이에 대해서 일부에서는 소관부처인 복지부에서 하면 되는 건에 대해서 옥상옥 같은 위원회를 두려는 것은 예산낭비라고 주장한다. 그러나 복지부에서 진실로 진상조사가 가능한가. 대통령 수준이 아니더라도 관련 부처들이 자신들의

\_\_\_\_\_  
 19 의안번호 2107970, ‘양천아동학대사망사건 등 진상조사 및 아동학대 근절대책 마련 등을 위한 특별법안’ (김상희의원 등 139인)  
[http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_A2R1X011S2O9R0L9W5F410K7A9X5A8](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_A2R1X011S2O9R0L9W5F410K7A9X5A8)

치부가 드러나는 정보를 공유하고 머리를 맞대고 해결책을 찾을 것인가. 그 결과로 차원이 다른 각 부처를 아우르는 해결책을 내놓고 추진할 수 있는가.

우리는 아동학대사망사건을 보면서 안타까워하고 분노하고 가해자를 악마화하고, 정부는 대책을 발표하고 이번에는 달라지겠다고 한다. 그리고 끔찍하게도 반복한다. 정부의 대책은 더 이상 새로움을 찾을 수 없으며, 아동의 권리나 헌법 등은 가볍게 무시한다. 비슷한 패턴의 아동학대 사망사건이 반복되는 것이 어찌면 당연할 지경이다.

아동학대는 매우 고되고 어려운 영역이다. 쉽게 해결될 수 없는 것이며, 지름길도 없다. 고통스러워도 우리의 잘못을 조사하고 확인해야 한다. 그리고 연구하고 공부하고 소통하고 또 연구하여 해결책을 찾아야만 한다. 그것이 고통스럽게 우리 곁을 떠난 피해아동들에 대한 최소한의 추모와 예의이다.

## 변론기

1. 일본군 '위안부' 관련 일본정부 상대 손해배상 소송 변론기 | 양성우

2. 전두환의 5·18 부정 및 사자명예훼손 사건 | 김정호

변론기 1
일본군 ‘위안부’ 관련 일본정부 상대 손해배상 소송 변론기 <sup>1</sup>
양성우

**I. 소송의 배경-일본 정부는 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 책임을 인정했나?**

**1. 법적 책임에 대한 일본 정부의 계속된 외면**

한국 사회가 일본군 ‘위안부’ 문제와 관련하여 처음으로 일본 정부에 사죄를 요구한 것은 1989. 1. 7. 여성단체들이 성명서 ‘쇼와 천황 장례식에 한국 정부가 조문 사절을 파견하는 것에 반대한다’를 발표하면서다. 이후 한국여성단체연합 등은 1990. 5. 18. 노태우 전 대통령의 방일에 맞춰 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 사죄와 보상을 요구하는 성명서를 발표하는 한편 한국의 외무부장관도 일본 정부에 대하여 강제연행자 명부 작성에 협력할 것을 요청하였으나, 일본 정부는 참의원 예산위 위원회에서 “군위안소는 민간 업자의 단순한 상행위이며 군위안부는 업자가 데리고 다녔다”

<sup>1</sup> 본 변론기는 대리인단이 진행한 이 사건 소송의 판결이 선고된 2021. 4. 21. 이전에 작성하였다. 위 판결에 대한 구체적인 내용은 추후 판례 평석을 통해 살펴보겠다.

고 하면서 일본 정부의 관여를 전면 부정하였다.

고 김학순 할머니는 1991. 8. 14. 일본 정부의 이러한 태도에 분개해 최초로 ‘위안부’ 피해 사실을 공개 증언함으로써 일본군 ‘위안부’ 피해 사실을 세상에 알렸다. 그리고 국내를 비롯한 세계 각지의 피해자들의 증언이 잇따랐다.

김학순 할머니의 증언을 접한 주오대학의 요시미 요시아키 교수 교수는 일본 정부 산하의 방위청 방위연구소 도서관에서 일본군이 군위안부의 징모에 직접 관여했음을 보여주는 관계 공문서 여섯 점을 발견하였다. 이것이 아사히신문에 대서특필 되면서 1992. 1. 12. 가토 고이치 관방장관<sup>2</sup>은 군의 관여를 공식적으로 인정하는 담화를 발표하기에 이르렀다.

하지만 일본 정부는 1992. 7. 6. 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 제1차 정부조사 결과공표 당시 ‘정부의 관여가 있었음을 인정하고 사죄하며 보상을 대신하는 모든 조치에 대해 성의껏 검토하겠다는 뜻을 표명’하였을 뿐 정작 법적책임 인정을 전제로 한 보·배상 문제는 회피하였으며, 일본 정부가 구체적으로 어떻게 어디까지 관여하였는지에 대해서는 아무런 언급도 하지 않았다. 일본 정부는 1993. 8. 4. 고노 요헤이 관방장관<sup>3</sup>을 통해 제2차 정부조사결과를 발표하였으나, 당시에 군 위안소제도와 관련하여 ‘군과 관헌이 관여했던 사실과 위안부의 강제적인 징모·사역이 있

었음’을 언급하였을 뿐 ‘본 문제에 관해서는 우리나라에서 소송<sup>4</sup>이 제기되었고 또 국제적인 관심도 받고 있으며 정부로서도 앞으로도 민간의 연구를 포함해 충분히 관심을 기울이겠다’고 하면서 책임 문제를 빚겨 갔다.

더욱이 일본 정부는 소송을 지켜보겠다고 했음에도 얼마 지나지 않아 ‘국제법 위반에 대한 책임이나 법적 책임은 없다’고 주장하면서, ‘군 위안부 문제가 「대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(이하 ‘1965년 한일청구권협정’이라고만 함)으로 해결되었다’는 입장을 표명하였다.

이처럼 일본 정부는 일본군이 관여되어 있었다는 사실만을 인정하였을 뿐 일본군 관여의 강제성이나 불법성, 즉 ‘연행과정에서의 강제성’여부나 일본군의 이 사건 행위가 그 자체로 중대한 전쟁범죄, 성범죄라는 점에 대해서는 명시적으로 이를 인정하지 않았고, 일본군 ‘위안부’ 피해자들에 대한 법적 책임을 인정하거나 공식적인 사죄를 한 사실도 없었다. 즉 일본 정부가 ‘위안부’ 문제에 대해 진정한 사죄를 하였다거나 그에 대한 책임을 인정하였다는 것은 전혀 사실이 아니다.

일본 정부가 일본군 ‘위안부’ 피해자들에게 불법행위 책임을 전제로 진정한 사죄와 배상절차를 이행하지 않는 이상 일본군 ‘위안부’ 피해자들은 추상적인 피해자의 지위에 머물러 있을 수밖에 없고, 피해자의 인권은 선언 수준에 멈춰있을 수밖에 없다. 이에 따라 일본의 법적 책임에 대한 외면은 그 자체로 ‘위안부’ 피해자들의 시민적 권리를 계속해서 침해하는 것

<sup>2</sup> 가토 장관은 위안부 모집 과정에서의 ‘강제징집’에 대해서는 끝까지 부인하였다.

<sup>3</sup> 고노담화 역시 일본 국회에서 채택되지 않았다. 참고로 일본이 위안부 문제에 대해 사죄했다는 내용들을 보면 사죄와 반성이라는 용어가 포함되어 있는 경우도 있으나, 어떤 행위에 대한 사죄나 반성인지 언급한 바 없다. 물론 법적 책임을 인정하거나 이를 전제로 한 적절한 보·배상을 언급한 사실도 없다.

<sup>4</sup> 1991. 12. 6. 김학순 등이 동경지방법원소에 피고를 상대로 제기한 손해배상청구소송을 의미한다.

과 다름없다.

## 2. 최후적 수단으로 선택된 이 사건 소송의 의미

제2차 세계대전 이후 열린 도쿄국제군사법정이나 연합국에 의한 전범 재판에서 일본군위안부 피해자들에게 자행된 범죄가 처벌되지 않았고, 1951년 샌프란시스코 강화조약이나 양국간 평화협정에서도 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 배상은 다루지지 않았다.

그리고 일본군 ‘위안부’ 피해자들은 일본 정부에 대하여 지난 30여 년간 법적 해결을 촉구하고 우리 정부에 대하여도 외교적 보호권의 행사를 주장했지만 어떠한 법적 구제도 이루어지지 않았다. 실제로 수차례 일본 정부를 피고로 하여 일본 법원에 민사소송을 제기하기도 했지만, 일본 최고 재판소는 1965년 한일청구권협정을 통해 모든 문제가 해결되었다면서 ‘위안부’ 피해자들의 청구를 기각하였다.

특히 아베 전 총리는 2015년 1한일합의 직후인 2016. 1. 18. 참의원 예산위원회에 참석하여 ‘이번 합의에서 전쟁범죄를 인정한 것은 아니다’라고 발언하였을 뿐만 아니라 기시다 외무대신은 ‘정부가 발견한 자료 중에 군이나 관헌에 의한 강제연행을 확인할 수 없다’는 등의 터무니없는 발언을 하여 일본군 ‘위안부’ 문제에 관한 역사적 사실을 부인하고 피해자들의 명예를 훼손하였다.

이렇듯 피고는 ‘위안부’ 문제로부터 사실상 면책 특권을 누리면서 지속적으로 군위안부 역사를 왜곡하고 피해자들에 대한 배상책임을 부정하고

있다.

이상의 사정들이 이 사건 소송을 제기한 결정적인 이유이다. 연로한 피해자들 대부분이 작고하고 계신 상황에서 일본을 상대로 한 이 사건 소송은 일본국, 일본군이 자행한 행위가 반인도적 전쟁범죄에 해당하고, 그에 따른 법적책임을 명백하게 인정함으로써 이를 역사에 기록할 수 있는 사실상 마지막 기회이기 때문이다.

보다 구체적으로 이 사건 소송을 제기한 이유와 의미를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 피해자들은 마지막 수단으로 일본국에게 직접 ‘법적 책임’을 묻고 ‘배상청구권’을 실현하고,

둘째, 일본국, 일본군이 자행한 반인도적 범죄를 확인하고 이를 역사에 기록함으로써 다시는 이러한 범죄가 일어나서는 안 된다는 성찰과 다짐의 계기를 마련하며,

셋째, 일본 정부가 주장하는 것과 같이 1965년 청구권협정이나 2015년 한일합의에 의해 일본군 ‘위안부’ 문제가 모두 해결된 것이 아님을 확인받아,

넷째, 궁극적으로 고령의 피해자들의 명예와 존엄성을 회복하기 위함이다.

## II. 손해배상청구소송의 경과

### 1. 변론 준비 과정

본 소송의 대리인단은 주로 일본군 '위안부' 문제 대응 TF 팀원들로 구성되었다. 소송에는 최종 원고 20명(피해자 11명과 사망하신 분들의 유족 포함), 공동대리인으로는 8개 법무법인, 18명의 변호사가 참여하였으며, 이상희 변호사가 대리인단장을 맡아 2016년 12월 소 제기 시부터 소송을 총괄하였다.

대리인단 모임은 소장 접수 후 본격적인 변론이 진행되기 전까지, 소송 준비를 위해 기본적인 사실관계 및 중요쟁점에 대한 법리를 중심으로 공부하였다. 특히 이 사건 소송의 가장 주된 쟁점이라고 할 수 있는 국가면제 법리를 공부하고 연구하는데 적지 않은 시간이 필요했다.

대리인단이 변론 준비 과정에서 논의한 중요 사항은 아래와 같다.

- 원고들을 비롯한 일본군 '위안부' 피해자들의 피해사실 검토 및 정리 (증언록, 조사보고서 등 원고들이 입은 피해사실을 기록한 여성가족부 자료집 참조)
- '위안부' 제도의 역사 및 운영에 관한 국내외적 자료 수집 및 검토
- 위법성 입증에 위한 관련 법령 검토(국제조약, 국제관습법, 당시 일본 법령)
- 일본군, 일본정부의 적극적 관여를 입증할 수 있는 관련 공문서 검토

- 재판관할권 관련 국가면제 법리 연구 (ICJ를 비롯한 국제재판소, 해외 각국의 국내법원의 국가면제 관련 판례 분석 및 검토, 해외 각국의 국가면제 관련 규정 검토 및 번역, 이탈리아 대법원 및 헌법재판소 판례, 이탈리아 페리니 사건 관련 기록, 국제법 전문가들의 국가면제 관련 의견서, 기타 국내외 문헌 다수)
- 2015년 한일합의의 효력 관련 헌법재판소 결정 및 관련 논문 검토

대리인단은 변론 준비 과정에서 주된 쟁점인 위법성, 피해 사실, 위안부 제도의 역사 및 구조, 국가면제 등을 중심으로 자료를 정리하고, 법률적 검토를 진행하였다. 2019. 11. 13. 첫 변론기일이 지정된 이후부터 변론 종결된 2021. 3. 24.까지 2주 내지 한 달 단위로 모임을 갖고 논의를 진행하였으며, 위 쟁점별로 논의와 토론을 거쳐 전체적인 변론 방향 및 서면 작성의 큰 줄기를 확정하였다.

이외에도 소장을 접수한 2016. 12. 28. 기자회견을 비롯해 총 3차례 이 사건 소송의 의미와 그 경과를 국내외에 알렸으며, 변론기일마다 다소 어려울 수 있는 쟁점(국가면제 법리, 위법성 등)을 구체적으로 설명하기 위해 PT 변론을 준비, 진행하였다.

## 2. 소송의 경과

### 가. 일본정부의 소장 송달 거부

이 사건 소송과 관련하여 잘 알려져 있는 것처럼 원고들은 2016. 12. 28. 소송을 제기하였으나, 일본 정부는 2년 넘게 소장 송달을 거부했다. ‘이 사건 소송이 헤이그 송달 협약 제13조에 의할 때 일본의 주권을 침해하는 것으로 간주되므로, 소장 수령을 이행할 수 없다’는 것이 이유였다.

그러나 헤이그 송달 협약에서 말하는 ‘주권을 침해’하는 상황에 해당하기 위해서는 피해자들이 소장 송달을 통해 일본 법체계에는 없는 절차를 요구한다거나, 일본인의 기본권을 위협하는 내용이 포함돼 있어야 하는데, 일본군 ‘위안부’ 피해자인 원고들은 일본이 자행한 폭력의 피해자로서, 가해자에게 손해배상을 요구하는 민사소송을 제기한 것일 뿐 이들의 소송과 관련한 절차에서 일본과 우리나라의 법체계가 충돌한다거나 일본인의 기본권이 문제 되는 일은 상상할 수 없다.

오히려 헤이그송달협약을 위반한 것은 일본 정부였다. 헤이그 송달 협약 제13조는 ‘해당 소송을 인정하지 아니한다는 근거로 송달요청 이행을 거부할 수 없다’고 분명히 규정하고 있기 때문이다.

따라서 일본 정부가 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 소장 송달을 거절하며 재판을 거부할 법적 근거가 없었음에도 이를 수령하지 않은 것은 그 자체로 위 협약을 명백히 위반한 것이었다. 이에 대리인단은 법원에 일본 정부의 송달거부야말로 위 협약 위반임을 주장하는 내용의 의견서를 제출하

였고, 법원은 최종적으로 2019. 3. 5. ‘공시송달’ 명령을 내림으로써 소장이 접수된 2016. 12. 28.로부터 3년이 지난 2019. 11. 13. 첫 변론기일이 지정되었다.

### 나. 재판 불출석

피고 일본국은 공시송달 효력이 발생하자 이번에는 법원의 절차에는 일절 응하지 아니한 채 한국 외교부를 통해 ‘(국가면제를 이유로) 이번 소송이 각하돼야 한다’는 입장을 전달했다.

피고가 주장하는 국가면제는 ‘국내 법원이 외국 국가에 대한 소송에 관하여 재판할 수 없다’는 국제법상 원칙을 말한다. 주권을 지닌 국가 간에는 서로 재판권을 행사할 수 없고 외교 등의 방식으로 해결하라는 취지로, 국가면제를 적용하면 법원은 심리하지 않고 각하 판결을 할 수 있다. 피고 일본국은 이 원칙을 믿고 변론이 종결되는 내내 불출석하였다. 또 일본 언론을 통해 ‘원고 승소 판결이 선고되면 한일관계가 파탄난다’는 메시지도 거듭 발신하였다.

법원은 피고가 출석하지 않는 상황에서 재판을 진행하였다. 대리인단은 피고의 출석 여부와 상관없이 피고가 할 수 있는 예상 항변들에 대해 상세히 반박하거나 2012년 ICJ 판결<sup>5</sup>의 다수의견이 최근의 국제관습법에 해당

<sup>5</sup> 이탈리아인 Ferrini는 1944. 8. 4. 독일군에 체포되어 독일의 군수공장에서 1945. 4. 20.까지 강제노역을 하였으나 전쟁포로의 지위를 인정받지 못하자 1998년에 이탈리아 Arezzo 지방법원에 독일을 상대로 손해배상 청구의 소를 제기하였고, 위 법원은 독일의 국가면제 원용 주장을 인정하여 소를 각하하였으며, 항소심법원도 원고의 항소를 기각하였다. 그러나 이탈리아 대법원은 2004. 3. 11. 강행규범을 위반하는 국제범죄에 해당하는 국가의 행위에는 국가면제를 적용할 수 없다며 원심을 파기하였고, 이에 하급심법원은 원고 승소판결을 선고하였다. 이에 독일은 2008. 12. 23. 위 Ferrini 판결 이후에도 이탈리아 내에서 독일을 상대로 제기

한다고 보기 어렵고, 이 사건과 동일한 사안이 아니므로 해당 판결을 그대로 적용할 수 없다는 점 등을 들어 국가면제 관련 쟁점을 변론하였다.

#### 다. 변론 경과

대리인단은 변론 과정에서 원고들의 구체적인 피해사실, 피고 행위의 위법성, 국가면제 제한의 이유 등을 중심으로 서면을 작성, 제출하고 PT 변론을 진행하였다. 특히 국가면제 법리는 절대 불멸의 법리라고 할 수 없지만, 이탈리아와 그리스, 미국의 일부 국내법원 외에 국가면제를 제한한 사례가 많지 않았으므로, 최근의 국제인권법, 국제관습법의 흐름에 비추어 국가면제를 제한하는 것이 타당하다는 점을 강조하기 위해 국내외 문헌들을 끊임없이 검토해서 정리해야 했다. 아울러 원고들이 입은 피해 사실을 파악하고 입증하기 위해 원고들의 증언록 등을 비롯한 여가부 자료를 검토, 이를 다시 구성하는 일과 위법성 입증을 위한 국제조약 및 국제관습법 위반 여부를 일일이 확인, 정리하는 일도 쉽지 않은 과정이었다.

또한 변론 과정에서 최후수단으로서 선택한 이 사건 소송의 경위 및 (일본의) 법적 책임 인정의 필요성을 강조하고자 원고들 중 한 분인 이용수 할머니를 두 차례 찾아가 증언을 준비하였다. 이용수 할머니는 2020. 11.

된 다수의 사건에서 같은 취지의 판결이 거듭되자 '독일이 국제법상 누리는 국가면제를 존중하지 않는 이탈리아의 재판 실행에 의한 국제법상의 의무 위반'을 이유로 이탈리아를 ICJ에 제소하였는데, ICJ는 2012. 2. 3. 독일과 이탈리아 사이에서는 유럽협약과 유엔협약이 적용되지 아니하므로 국제관습법에 의하여 이탈리아에게 독일에 대한 재판권이 있는지 여부를 판단하여야 할 것임을 전제로, 국가면제에 관한 국제관습법은 무력충돌 상황에서 국가의 무장병력 및 관련 기관에 의한 개인의 생명, 건강, 재산 침해에 관한 민사소송 절차에서도 적용되므로, 독일에 대한 재판권의 면제를 부인한 이탈리아 법원의 결정은 정당화될 수 없다고 판단하였다.

11. 법정에서 이 사건 소송이 원고들에게 어떠한 의미를 갖는지, 최후 수단으로서 법원 외에 더 이상 호소할 곳이 없으며, 일본이 지금까지 자신의 책임을 부인하는 모습에 대해 절박한 심정이라고 증언하였다. 이러한 증언은 일본에 대한 깊은 적개심이나 원망에서 비롯된 것이 아니었다. 일본의 진정한 사죄와 법적책임 인정을 통한 올바른 미래로의 도약과 이 사건 행위로 인해 한 평생 고통 받다 돌아가신 다른 일본군 '위안부' 피해자들에 대한 부채감, 그리고 초국적 여성인권 운동의 소명의식에서 비롯된 것이었다. 방청하고 있는 사람들 대부분 증언 과정에서 쉽게 고개를 들 수 없었다.

이 사건 소송은 2019. 11. 13. 제1차 변론기일을 시작으로 2021. 3. 24. 제7차 변론기일을 거쳐 2021. 4. 21. 제1심 판결 선고를 앞두고 있다. 변론기일과 간략한 진행사항은 아래와 같다.

일 시	기 일	진행사항(중요 사항 기재)
2016. 12. 28.		소장 접수
2017. 8. 3.		피고 일본국 소장부분 등 수취 거절
2017. 8. 22.		법원행정처 국외헤이그 송달반송 처리 제출
2017. 8. 29.		원고 대리인 의견서 제출(외교적 방법으로 송달)
2018. 6. 25.		법원 행정처 국제심의관실에 사법공조촉탁서류 송달
2018. 11. 9.		피고 일본국 소장부분 등 수취 거절
2018. 11. 22.		법원행정처 국외관할법원 송달촉탁서류 반송 제출
2019. 3. 5.		재판부 공시송달 명령
2019. 5. 9.		공시송달 효력 발생
2019. 11. 13.	1차 변론기일	소장 진술

2020. 2. 5.	2차 변론기일	2020. 2. 3.자 준비서면(1), 준비서면(2), 준비서면(3) 준비서면(4) 각 진술(PT 변론-양성우), 2020. 2. 5.자 참고서면 제출
2020. 4. 1.	3차 변론기일	2020. 3. 30.자 준비서면(1), 준비서면(2), 준비서면(3) 각 진술(PT 변론-전다운, 양성우), 2020. 4. 1.자 참고서면 제출
2020. 5. 20.	4차 변론기일	2020. 5. 18.자 준비서면, 2020. 5. 19.자 준비서면 각 진술, 2020. 5. 20.자 참고서면(1), (2) 제출(PT 변론- 이상희), 야마모토 세이타 변호사 의견서, 도츠카 에츠로 변호사 의견서 각 제출
2020. 9. 9.	5차 변론기일	2020. 7. 15.자 준비서면, 2020. 7. 16.자 준비서면, 2020. 9. 7.자 준비서면 각 진술 2020. 9. 9.자 참고서면 제출 백범석 교수 의견서 제출 백범석 증인신문
2020. 11. 11.	6차 변론기일	2020. 11. 10.자 준비서면 진술, 친킨교수 의견서 제출 원고 이용수 본인신문(김예지), 최종 구두변론(이상희) 변론 종결, 선고기일 지정(2021. 1. 13. 14:00)
2020. 1. 11.		재판부 변론재개 및 기일통지서 발송
2020. 2. 19.		재판부 석명준비명령
2020. 3. 24.	7차 변론기일	2020. 3. 19.자 준비서면 진술 구석명 사항에 대한 구두 변론(양성우) 최후변론(이상희) 변론 종결

현재(2021. 3.경)로서 본 소송의 결과를 속단하기 어려운 상황이다. 다만 2021. 1. 8. 서울중앙지방법원 제34민사부에서 선고한 승소 판결과 같이 국제사회가 추구해 나가는 국제인권규범에 부합하며, ‘위안부’ 피해자들의 명예와 존엄을 회복하고 역사정의를 바로 세울 수 있는 판결이 선고되기를 간절히 희망한다.

### III. 변론의 내용

#### 1. 소송의 쟁점

##### 가. 청구 원인

원고들은 피고 일본국이 제2차 세계대전 중에 조직적이고 계획적으로 운영하였던 ‘위안부’ 제도를 직접 경험한 피해자 본인과 그 가족(유족)들이다. 원고들은 피고 일본국이 자행한 중대한 인권침해 행위(원고들을 유괴하거나 납치하여 한반도 밖으로 강제 이동시킨 후 위안소에 감금한 채로 상시적 폭력, 고문, 성폭행 등 일련의 불법행위를 말함, 이하 ‘이 사건 행위’라고 함)로 인하여 원고들이 육체적, 정신적 손해를 입었으므로, 그 위자료의 일부로서 각 1억 원을 청구하였다.

##### 나. 소송의 주된 쟁점 및 주요 입증 자료

###### (1) 본 소송의 주된 쟁점

이 사건 소송의 주된 쟁점은 ① 피고 일본국의 일본군 ‘위안소’ 설치·관리·통제, 강제동원 및 성폭행을 비롯한 이 사건 행위의 성립요건으로서의 위법성을 인정할 수 있는지, ② 이 사건 행위로 인한 원고들의 구체적인 피해사실은 어떠한지, ③ 피고 일본국이 재판 외적으로 주장하고 있는 ‘국가면제’를 이 사건 소송에서 적용해야 하는지(국내 법원의 재판권 행사 여부)이다. 앞서 설명한 대로 변론 과정에서 가장 첨예하게 다루어진 쟁점은 이 사건 소송에 대한 ‘국가면제’ 적용 여부였다.

(2) 쟁점별 주요 입증 자료

각 쟁점별 변론 내용과 주요 입증 자료를 살펴보도록 하겠다.

1) 이 사건 행위의 위법성 관련

피고의 국가책임의 성립을 인정하기 위한 불법성, 즉 이 사건 행위의 위법성을 인정하는 데 어려움은 없었다.<sup>6</sup> 피고가 전쟁을 효율적으로 수행하기 위한 목적으로 조직적이고, 체계적으로 위안부 제도를 입안·설치하고 관리·통제하였을 뿐만 아니라 여성들이 그들의 의사에 반하여 ‘위안부’가 되어 위안소에서 조직적인 성폭력의 희생자가 되었다는 사실은 자명했기 때문이다. 재판과정에서 이를 입증할 수 있는 국내외적 자료를 다수 제출하였다.

그 중 이 사건 행위 당시 작성된 피고 측 공문서를 보면, ‘위안부 강제동원’, ‘피해자의 강제이송’, ‘위안소 관리’ 등 피고의 불법행위가 어떠한 방식으로 수행되었는지를 상세히 확인할 수 있다. 다음은 서증으로 제출된 피고 측 공문서 중 일부 자료이다.

① 일본육군이 1937. 9. 29. 개정된 「야전주보규정」 및 1943. 7. 18. 제정한 「영외시설규정」은 영내와 위수지역, 그리고 영외에 위안소를 설치할 수 있는 근거규정으로서, 일본군은 위 규정들을 근거로 부대 내·외에 위안소를 직접 설치하거나 이를 설치할 것을 업자에게 지시 또는 허가

<sup>6</sup> 추측컨대 피고가 소장 송달을 거부하고 이 사건 소송에 출석하지 않은 것은 변론 과정에서 재차 확인될 이 사건 행위의 위법성과 원고들의 구체적인 피해사실이 국내외적으로 조명 받는 것을 원치 않았기 때문으로 판단된다.

하였음을 보여준다.

② 상하이 총영사관 경찰서장이 1937. 12. 21. 가사키현 미즈카미 경찰서장에게 보낸 「황군장병을 위한 위안부녀 도래에 관한 편의공여 의뢰의 건」은 ‘일본총영사관, 헌병대, 육군무관실이 위안부 동원을 위해 경찰에 협조요청을 하는 내용’으로서 일본군이 위안부 동원에 직접 개입한 사실을 확인할 수 있다.

③ 일본 내무성이 1938.경 내려 보낸 「남지방면 도항부녀의 취급에 관한 건」이라는 제목의 공문은 경보국장, 경무과장, 외사과장 사무관 등에게 보낸 것으로, ‘내밀하게 인솔자를 선별하여 그들에게 여성을 모집하여 인솔하게 하도록 하라’고 요청한 사실을 확인할 수 있다.

④ 육군성 병무국 병무과에서 입안하여 육군차관이 결재하고, 1938. 3. 4. 북지나방면군 및 중지나파견군 참모장에게 보낸 통첩인 「군위안소종업부 등 모집에 관한 건」을 보면, ‘육군성은 이미 징집업자가 위안부를 납치와 비슷한 방법으로 징집하여 유괴범으로 검거되는 일이 적지 않다’는 취지의 내용을 포함하고 있는바, 일본군이 강제연행 사실을 인지하고 있었음이 확인된다.

⑤ 이외에도 1937. 8. 31.자 「불량분자의 중국도항단속에 관한 건」 및 1938. 11. 4.자 「중국 도항 부녀에 관한 건 문의」등의 문서들은 ‘도항을 위한 신분증명서 발급에 관한 내용’을 포함하고 있다. 이는 모집과 이송에 일본 정부와 일본군, 경찰등이 직접 개입하였음을 알 수 있다.

2) 원고들의 피해사실 관련

원고들이 입은 구체적인 피해사실의 경우, 여성가족부에서 발간하거나

등록한 자료, 한국정신대 연구소 연구원들이 ‘위안부’ 피해자들을 대상으로 실시한 조사보고 및 의견서, 원고들의 증언록, 관련 기사 및 사진 등을 입수하여 증거로 제출하였다.

위 자료들을 통해 원고들이 어린 나이에 강제로 끌려가거나, 취업을 시켜준다는 말에 속아 가족과 떨어져 목적지도 모른 채 타지를 전전한 점, 위안소에서 ‘위안부’로 생활하며 폭행, 구타, 강간, 상해, 굶주림, 성병, 원치 않는 임신과 낙태 등을 경험하며 피고의 철저한 통제와 감시 속에서 필설로 다할 수 없는 고통을 겪게 된 점, 종전 이후에도 ‘위안부’였다는 전력으로 인해 큰 정신적 상처로 살아왔으며, 사건 당시 얻은 장애로 인해 정상적인 삶을 영위하기 어려웠던 점 등을 확인할 수 있다.

### 3) 국가면제 인정 여부에 따른 재판권 유무 관련

대리인단은 이 사건에 대하여 국가면제의 적용이 제한되어야 한다고 주장하면서, “다른 실효적인 구제수단이 없는 상황에서 최후적 수단으로서 선택된 이 사건 민사소송에까지 국가면제를 적용하여 소를 각하하는 것은 국내외적으로 보장하고 있는 재판청구권(또는 사법에 접근할 권리)을 본질적으로 침해하는 것임을 강조하였다.”<sup>7</sup>

국내외 법률 전문가들의 의견서도 함께 제출하였는데, 해당 내용의 요지는 다음과 같다.

<sup>7</sup> 이외에도 국가면제 제한사유에 관한 8가지 주장을 하였는데, 해당 부분은 추후 판결평석의 기회가 있을 때 상세히 살펴보겠다.

## 국가면제 관련 법률 전문가 의견서 중 일부 발췌

■ **백범석(경희대 국제법) 교수 의견서** : 국가면제론은 국제관습법상의 법리이나, 개별 국가의 국가실행을 통해 발전 및 변화해왔다. 이미 주요 국제인권조약들은 인권침해에 대해 실효성있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있고, 더 나아가 2005년 채택된 유엔피해자 권리기본원칙은 피해자의 구제권의 실제적인 내용을 체계적으로 정리하여 구체화하였다. 이러한 맥락에서 적어도 심각한 인권침해 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서만 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리 내지 자국법원에서 재판받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있다고 생각한다. 따라서 이와 같이 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 국가면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하다.

■ **야아모토 세이타(변호사) 의견서** : 일본의 전후보상재판에는 많은 변호사들이 참가하여 원고들은 여러 가지 법적구성을 시도하였는데, 국제법적 관점에서 접근이나 입법부작위라는 관점에서의 접근이 부정되고 난 뒤, 불법행위라는 관점에서 접근함으로써 승소의 실마리를 잡은 순간, 일본정부의 해석변경과 최고재판소의 조약의 문언을 무시한 해석인 「개인청구권이 있다고 하더라도 민사소송에 의한 청구는 불가능하다」라는 논리에 의해 청구가 봉쇄되어 버리고 말았다. 위와 같은 일본정부의 해석은 국제법의 조약 해석원칙에 반하는 것으로, 무엇보다 중요한 점은

국제인도법과 국제인권법의 중대한 위반의 피해자들의 사법예의 접근권 대체조치도 없이 박탈하였다는 것이다. 이는 한국의 법정에서 일본에게 주권면제가 인정하여야 할지 여부를 판단하는 데에 반드시 고려해야 할 사실이라고 생각한다.

■ **도츠카 에츠로(변호사) 의견서** : UN 인권기관은 일본 정부에 대하여 이 사건과 관련하여 두 가지의 권고(상설중재재판소의 이용 그리고 행정 심사회의 설치)를 하였다. 이는 UN 헌장상의 모든 자의 인권 그리고 기본적 자유의 보편적 존중과 준수의 촉진을 위한 중층적 프로세스의 결정적 단계에서 나온 것이다. 이 프로세스에 성실히 협력하는 것은 전체적으로 국제연합헌장에 따른 의무에 포함되어 있다고 해석할 수 있다. 그런데 일본정부는 UN 권고를 거절하는 비협력적 태도를 통해 사실상 해당 권고를 거부하여 피해자인 원고들의 인권을 옹호하기 위한 실효적 수단을 불성실한 프로세스로 빼앗은 것이라 하겠다. 만약 이 사건에 주권면제를 적용하게 된다면 피해자의 인권 구제를 거부하는 것이 될 것이고, 피고의 UN에 대한 비협력적이고 불성실한 자세에 가담하는 것이 될 것이므로, 결국에 실질적 정의에 반하게 될 것이다.

■ **친킨 교수(런던정경대 국제법) 의견서** : 대한민국은 여성차별철폐협약에 따라 여성에게 재판청구권을 보장하고, 성평등 원칙을 견지할 의무가 있다. 법원은 이 사건에서 국제법리의 적용 여부를 판단하기 앞서 이 사건에서 강요된 성 노예제는 주권행위로 분류할 수 없음에 기반하여 국가면제법리를 제한하고 재판청구권을 인정해야 한다. 제한적 국

가면제는 상업적 행위와 같이 일부 남성들의 이해관계를 보호하기 위해 적용된 반면, 고용이나 상거래의 법체계에서 벗어난 여성인권침해 행위에 대해서는 적용되지 않았다. 법원은 이 사건에서 젠더 및 인권의 관점에서 좀 더 포괄적인 국가면제법리가 적용 여부를 심리할 필요가 있다.

■ **국제엠네스티 의견서** : 세계인권선언 제8조와 제10조, 자유권규약 제2조 3 및 제14조 1는 사법적 구제의 권리를 강조하고 있으며, 이러한 사법적 구제의 권리 제한을 위해서는 필요성과 비례성의 원칙에 부합되어야 한다. 특히 이 사건에서 국가면제의 적용과 비례성 부합 여부를 고려할 때, 이 사건 행위는 일반 국제법의 강행규범과 대세적 의무를 위반한 반인도적 범죄이자 전쟁범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반에 해당하므로, 심사기준은 가장 엄격해야 한다. 이에 따라 이 사건 소송과 같이 다른 실효적 시정 방식이 부재한 청구에 대해서는 국가면제를 제한해야 할 것이다.

#### 4. 1차 소송의 승소판결

앞서 언급한 2021. 1. 8 서울중앙지방법원 제34민사부(2016가합505092)가 선고한 승소판결은 원고가 다르다는 점을 제외하면, 이 사건 소송과 동일한 쟁점을 다루고 있는 사건이었다. 이하에서는 1차 소송 판결을 간략히 살펴보겠다.

가. 재판권 유무에 관한 판단 부분(국가면제)

재판부는 국가면제 이론은 항구적이고 고정적인 가치가 아니라는 전제 하에 이 사건에 대한 국가면제 이론의 적용 여부를 검토하였다. 구체적으로, 국가면제 이론은 국제질서의 변동에 따라서 계속하여 수정되고 있으며, 이는 유럽협약, 유엔협약 등 국제협약에서 절대적 국가면제 이론에서 벗어나 일정한 경우 국가에 대한 재판권을 면제하지 아니하고 있다는 것이다. 특히 이러한 변천은 국제법 체계가 개인의 권리를 보호하는 방향으로 이행한 것을 반영하는 것으로 보인다고 판시하였다.

국가면제 이론의 적용을 제한하는 사유에 관하여, 재판부는 크게 두 가지 부분을 주된 근거로 판시하였다. 첫째 대법원은 재판규범으로서 관습법을 적용하기 위해서는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 않는 정당성과 합리성, 즉 합헌성을 요구하고 있으므로(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 참조), 우리 법원 역시 국제관습법이라고 하더라도 우리 헌법질서에 부합하지 않는 경우 그 효력을 인정할 수 없음을 선언하였다. 둘째, 이 사건의 경우, 태평양전쟁 종전 이후부터 지금까지 원고 등 ‘위안부’ 피해자들의 피해는 한일 양국간 배상이나 보상의 대상이 되지 아니하였고, 여러 다른 나라의 법원에서 피고를 상대로 제기한 민사소송은 모두 기각되거나 각하되었는바, 원고들로서는 이 사건 소송 외에 구체적인 손해를 배상받을 방법이 요원하다고 설시하였다.

이는 “다른 실효적인 구제수단이 없는 상황에서 최후적 수단으로서 선택된 이 사건 민사소송에까지 국가면제를 적용하여 소를 각하하는 것은 국내외적으로 보장하고 있는 재판청구권(또는 사법에 접근할 권리)”을 몰

각시키는 것이므로, 이 사건 소송에서 국가면제를 제한해야 한다”는 대리인단의 주장과 동일하다.

나. 이 사건 행위의 위법성 및 피해사실에 관한 판단 부분 - 손해배상책임의 발생 및 범위

재판부는 ‘일본국이 침략전쟁의 수행과정에서 군인들의 사기 진작 및 민원 발생의 저감, 군인들에 대한 효율적 통솔을 추구하기 위하여 이른바 ‘위안부’를 관리하는 방법을 고안해내고, 이를 제도화하여 법령을 정비하고 군과 국가기관에서 조직적으로 계획을 세워 인력을 동원, 확보하였고, 역사에서 전례를 찾아볼 수 없는 ‘위안소’를 운영하였다’고 명시하면서, 이를 위하여 피고가 당시 10대 초중반에서 20세에 불과한 원고들을 기망하거나 강제로 연행하여 ‘위안부’로서의 생활을 강요하였다는 점을 인정하였다.

또한 위와 같은 행위는 당시 피고가 비준한 각종 국제조약 및 국제관습법(헤이그 육전협약 제3조, 부속서 제46조상의 ‘가족의 명예와 권리를 존중하여야 할 교전당사자의 의무’, ‘백인노예매매의 억제를 위한 국제조약’에서 금지한 성매매 및 성매매를 목적으로 한 납치, 인신매매를 금지하는 조항, ‘여성과 아동의 인신매매금지 조약’, 국제연맹의 ‘노예협약’상 노예해방규정, ILO의 ‘강제노동에 관한 협약’에서 여성의 강제노동을 즉시 폐지하기로 한 조항 등)을 위반한 것으로서, 피고가 원고들을 포함한 다수의 여성을 ‘위안부’로 강제 동원하여 ‘위안소’를 운영한 것은 ‘당시 일본제국의 한반도와 한국인에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당한다’고 판단하였다.

끝으로 피고의 가해행위의 불법성의 정도와 원고 등의 당시 연령 및 ‘위안부’로 고통 받은 기간, 당시의 환경과 자유 억압의 정도 등 원고 등이 입은 피해의 정도, 원고 등이 귀국 후에 겪은 사회적·경제적 어려움, 불법 행위 이후 상당한 기간 피해복구가 전혀 이루어지지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 피고가 지급하여야 할 위자료는 적어도 원고 등에 대하여 각 100,000,000원 이상이라고 판단하여, 원고들의 청구를 전부 인용하였다.

#### IV. 소송의 의미 – 피고 일본국에 대한 바람

1차 소송의 승소판결은 아시아에서 최초로 반인도적 범죄에 대하여 국가 대 국가의 문제를 벗어나 보편적인 국제인권문제라는 인식 하에 피해자의 권리를 구제하였다. 무엇보다 국가면제의 장벽을 넘어 전쟁범죄, 전 세계 성노예제 생존자들에 대한 정의 회복의 길을 열었다는 점에서 매우 고무적이다.

물론 정의 회복이나 진정한 사죄를 통한 치유의 여정은 여전히 남아 있다. 완전한 배상과 피해자의 진정한 회복은 법정에서만 매듭지어질 수 있는 것이 아니다. 이미 고령의 생존자들은 피해 이후 일상 속에서 신체적, 감정적, 사회적인 고통을 경험해왔으며 지난 시간을 완전히 돌려받을 수 없기 때문이다.

그럼에도 이번 판결은 반인도 범죄 및 전쟁 범죄에 있어 새로운 국가실행으로 나아갔다. 특히 ‘피해자의 실효적인 권리구제를 위한 재판청구권’을 적극 보장함으로써 ‘위안부’ 피해자들로 하여금 온전한 시민권을 확보

해주었으며, 최종적 수단으로 선택된 이 사건 소송을 외면하지 않고 ‘위안부’ 피해자들의 호소에 적극 응답하였다는 점에서 상당한 의미를 갖는다.

누차 강조해온 말이지만, 일본 정부는 더 늦기 전에 원고들을 비롯한 ‘위안부’ 피해자들에게 진정으로 사과하고 지금이라도 피해자들에 대한 법적 책임을 이행하길 바란다. 2021년 현재 피해자들의 연령은 90을 훌쩍 넘고 있다. 피해자들이 모두 세상을 떠나면 참담한 과거의 잘못을 직접 용서받을 수 있는 기회조차 사라질 것이다. ‘위안부’ 피해자들에게 진심으로 사과하고 판결에 따른 배상에 나서길 강력히 촉구한다.

## 전두환의 5·18 부정 및 사자명예훼손 사건

김정호(전두환 회고록 관련 피해자 측 민·형사 법률대리인)

## 1. 전두환의 5·18 부정과 헬기사격 재판의 의미

40년 전에 피고인 전두환을 중심으로 한 신군부세력은 총칼을 앞세운 ‘군사쿠데타’로 우리나라의 민주주의와 헌정질서를 유린하였다. 40년이 지난 현재는 왜곡의 집대성인 전두환 회고록 출판을 통한 ‘역사쿠데타’로 민주주의와 피해자들에게 2차적 가해를 하고 있다.

이 사건 재판은 피고인 전두환이 적극적으로 왜곡에 나서지 않았다면 진행되지 않았을 재판이다. 피고인 전두환 스스로 40년 전의 과거의 범죄를 다시 현재로 소환한 재판인 것이다. 가해자로서 반성하지 못하면 최소한 침묵이라도 하는 것이 역사와 국민 앞에 최소한의 도리일 터인데, 반성하지 않을 뿐만 아니라 오히려 적극적인 왜곡으로 피해자들에 대하여 2차 가해를 하는 현실이 안타깝다.

전두환이 느닷없이 역사를 왜곡할 의도로 전두환 회고록을 출판하였지

만, 그의 나쁜 의도와는 달리 오히려 전두환이 끝까지 부인하고 우겨준 덕분에 그동안의 수사와 재판을 통해 은폐되어 있던 증거와 진실이 햇빛을 보게 된 측면이 있다는 점에서는 역사의 아이러니가 아닐 수 없다.

전두환 회고록의 5·18 관련 허위 기재 내용은 법원이 출판 및 배포금지 가치분 결정에서 인용한 것만도 북한군개입 허위주장, 무기 피탈시각 허위 주장, 광주교도소 습격 허위 주장을 비롯한 69가지에 이르고 있다. 헬기사격관련 허위 주장은 전두환 회고록에 기재된 수십 가지의 허위사실 중 유일하게 피해자가 특정되어 형사처벌이 가능했던 문제여서 전두환이 피고인으로 기소되어 형사재판을 통해 지난 2020. 11. 30. 역사적인 1심 판결에까지 이른 것이다.

전두환은 2017. 4. 3. 자신의 회고록을 출판하였고, 피해자인 고 조비오 신부의 유족인 조영대 신부는 왜곡과 허위의 집대성인 전두환회고록이 출판된 이후 고소 대리인들과 함께 법률검토를 거쳐 2017. 4. 27. 광주지방법 검찰청에 형사 고소를 하였다. 광주지방법검찰청은 약 1년 간의 수사를 거쳐 2018. 5. 3. 피고인 전두환을 광주지방법원에 공소제기하여 형사 8단독의 심리로 재판이 진행되었다. 재판 초기에 전두환은 재판준비, 이송신청, 관할위반주장, 알츠하이머와 독감 핑계를 대면서 법원의 재판절차에 협조하지 않았고, 2019. 3. 11. 이후 정식으로 진행된 공판과정에서 재판장의 불출석 허가를 받아 대부분 불출석하였다. 피고인 전두환은 신뢰관계인 이순자와 함께 이 사건 1심 재판과정에서 2019. 3. 11.과 2020. 4. 27. 두 차례의 공판기일과 마지막 선고기일인 2020. 11. 30.까지 세 번 법정에 직접 출석하였다.

피고인 전두환의 고 조비오 신부님에 대한 사자명예훼손 형사재판은 형식적으로는 고 조비오신부님 개인의 명예훼손 여부를 가려서 피고인 전두환이 유죄인지 무죄인지 판단하는 재판이지만, 본질적으로는 역사적 사실로서 1980년 5월 5·18민주화운동 기간 동안 헬기사격이 있었는지 사실관계를 확인하는 역사적 사실에 대한 진상을 규명하는 재판이라고 할 것이다.

## 2. 전두환 회고록 중 헬기사격 관련 기재내용과 그 허위성

### 가. 전두환 회고록 중 헬기사격 관련 기재내용

광주사태 당시 시가지 상공으로 헬리콥터들이 운행한 사실은 광주시민들 모두가 목격했다. 이 헬리콥터들은 비행 중에 기체 밑에서 번쩍번쩍하는 빛을 발했고, ‘드드득’하는 소리를 내기도 했다. 이를 두고 군 헬리콥터가 시민들을 상대로 기총소사를 했다는 주장이 한 외국인 목사에 의해 제기되기도 했다.(전두환 회고록 478페이지 하단~479페이지 상단)

피터슨 목사는 검찰 조사과정에서 당시 기총소사 장면을 촬영한 것이라는 사진까지 제출했다. 천주교의 조비오 신부도 명백히 광주 불로천변을 향해 헬기에서 드르릭 하는 소리를 내며 기총소사를 하는 장면을 자신의 눈으로 분명히 보았다고 주장했다. 이러한 주장은 헬리콥터의 기체 성능이나 특성을 잘 몰라서 하는 얘기가거나 아니면 계엄군의 진압 활동을 고의적으로 왜곡하려는 사람들의 악의적인 주장일 뿐이다. 그가

제시한 사진도 가짜였다. 목사라는 사람이 무슨 이유로 가짜 사진까지 가져와서 허위진술을 했는지 이해하기 어려운 일이다. 피터슨 목사가 누구의 사주를 받고 그러한 거짓말을 한 것인지 나로서는 알 수 없는 일이지만, 그는 목사가 아니라 가면을 쓴 사탄이었다는 생각이 든다.

당시 헬기를 운행했던 육군항공1여단 방00 31항공단장은 이렇게 진술하고 있다.(전두환 회고록 480페이지)[……중략……조비오 신부님은 90. 2. 23. 방영된 MBC의 다큐멘터리 ‘어머니의 노래’에서 인터뷰를 통해 ‘1미터 정도의 불꽃을 내뿜으면서 드르럭 드르럭 드르럭 3번이나 지축을 뒤흔드는 기총소사를 직접 목격하였다.’고 말씀하셨는데, ……중략…… 첫째로, 그분 말씀대로 지축이 흔들리는 정도의 사격 소리가 날려면 500엠티의 기관총 소리보다는 코브라의 발칸포여야 하는데 당시에는 코브라가 광주에 없었으며, 둘째 당시 수십 명이 부상을 당하였다는 취지의 말씀을 하셨는데 왜 한 명의 부상자도 직접 증언이 없는지 셋째, 발칸포는 쏘면 아스팔트라도 커다란 구멍이 생길 정도이며 500엠티의 7.62밀리 기관총으로 사격을 하여도 길 위에 명확하게 표시가 되어 있었을 것입니다. 그런데 이에 대한 일체의 증거가 없는 것으로 보아도 합리성이 없는 것입니다. 그리고 그에 부연하여 말씀드리자면 당시 참가한 조종사나 정비사들이 수없이 많은데 지금까지 그들이 입을 다물고 있겠습니까. 이런 여러 가지 상황으로 보면 신부님이 충돌방지등을 착각하여 섬광으로 오인한 것이며 지상에서의 총소리를 오인한 것이 아닌가 하는 생각입니다.] 헬리콥터의 기총소사에 의한 충격으로 부상한 사람들을 목격했다는 진술도 헬리콥터가 장착한 화기의 성능을 전혀 모

르는 사람들의 터무니없는 주장임이 방○○ 항공단장의 진술로 증명되었다.(전두환 회고록 482페이지) 그러나 조비오 신부는 그 후에도 자신의 허위 주장을 반복하지 않았다. 미국인 목사라는 피터슨이나 조비오 신부나 ‘성직자’라는 말이 무색한 파렴치한 거짓말쟁이일 뿐이다.(전두환 회고록 484페이지)

### 나. 전두환 회고록 중 헬기사격 관련 기재내용의 허위성

피고인 전두환은 자신의 회고록에서 헬기사격과 관련하여, 날짜를 전혀 특정하지 않은 채 5·18 민주화운동 전체 기간 동안 내내 헬기에서의 사격은 없었기 때문에, 헬기사격을 목격하였다는 고 조비오 신부의 주장은 허위 주장이고, 허위주장을 반복하지 않는 조비오 신부는 성직자라는 말이 무색한 파렴치한 거짓말쟁이일 뿐이라고 기재하고 있다. 이런 사정으로 인하여 고소인과 고소대리인과 검찰은 1980년 5월 27일의 헬기사격이든 1980년 5월21일의 헬기사격이든 5·18민주화운동기간 동안 헬기사격이 있었다는 사실이 입증되었다면 그것으로 충분하다는 주장을 하였고, 기사 백보를 양보하여 검찰과 고소인이 1980. 5. 21.경 헬기사격 존재 사실도 입증하여야 한다고 가정하더라도, 이 사건에서 1980. 5. 21. 헬기사격이 있었다는 사실도 이 사건 재판과정에서 충분히 입증되었다고 논지를 구성하였다. 전일빌딩 헬기사격 탄흔에 대한 국립과학수사연구원의 감정 결과를 포함하여 1980년 5월 27일과 1980년 5월 21일의 헬기사격을 입증하는 증거들은 관련 군 내부의 문서와 헬기사격을 목격한 증언 등 이 사건 재판 과정에서 충분히 현출되었기 때문이다. 따라서 1980년 5월 5·18민

주화운동 당시 계엄군에 의한 헬기사격은 항쟁기간 중 여러 차례 있었던 것으로 보이고, 고 조비오 신부는 전일빌딩에 대한 헬기사격을 포함한 복수의 전체 헬기사격 상황 중 1980. 5. 21. 오후 하나의 장면을 목격한 것으로 보이기 때문에, 역사적 사실로서 1980. 5.경 5·18민주화운동 전체 기간 동안 헬기사격이 있었다는 사실은 분명하다고 할 것이다.

피고인 전두환은 자신의 회고록에서 고 조비오신부와 피터슨목사가 헬기사격을 목격하였다는 주장은 헬리콥터 화기의 성능을 전혀 모르는 사람들의 터무니없는 주장이라고 기재하였을 뿐만 아니라, 피터슨목사가 헬기 기총소사 장면을 촬영한 것이라고 수사기관에 제출한 사진도 가짜라고 기재하였다. 피고인 전두환은 5.18 광주민주화운동 기간 동안 헬기사격은 없었는데, 고 조비오신부 등이 헬기사격을 목격하였다고 하였으니, 조비오신부가 거짓말을 일삼는 사람이라는 취지로 회고록에 기재한 것이다.

피고인 전두환이 회고록 자료로 인용한 전두환에 대한 1996년 수사공판기록에는 이미 피터슨 목사의 촬영사진이 진짜 사진으로 밝혀진 상태였고, 헬기사격 지시와 명령이 기재된 육군본부의 작전지침 등과 헬기 위협사격의 존재를 인정하는 당시 작전 사령관 소준열의 진술도 위 수사공판기록에 있으며, 이후 헬기사격 탄흔이 전일빌딩에서 발견되는 등 조비오신부의 주장이 거짓임이 증명되었다고 주장하는 피고인 전두환이 제시한 근거들이 오히려 잘못된 근거라고 할 것이다.

앞에서 살펴본 바와 5.18민주화운동 기간 동안 헬기사격이 있었다는 것은 사실이고, 1980. 5. 21. 헬기사격이 있었다는 것도 사실이다. 피고인 전두환이 주장하고 있는 전두환 회고록의 기재 내용과 같이 고 조비오신

부의 헬기사격 목적 진술이 거짓말이라고 단정할 아무런 근거가 없다.

피고인 전두환은 1980. 5. 경 5·18민주화운동 당시 보안사령관 겸 중앙정보부장서리로서 군 및 민간 정보를 모두 취급하던 지위에 있었기 때문에 보안사가 작성한 일일속보 문서 등을 보고받을 위치에 있었고, 이후 집권하여 군 통수권자이자 국가원수이자 행정부의 수반인 대통령의 지위에서 신군부에게 불리하게 사실관계가 기재된 군 기록을 위·변조한 조작의 중심에 서 있는 것으로 보이는 80위원회와 511위원회가 검토 분석한 자료에 접근할 수 있는 위치에 있었을 뿐만 아니라, 2017. 1. 12. 발표된 전일빌딩 국과수 탄흔감정결과 등 2017. 4.경 전두환 회고록 발간시점까지 발견된 다른 자료들, 당시 피고인 전두환과 함께 군사반란에 참여한 군 수뇌부가 무장헬기 진압명령을 하달하였다는 점, 헬기사격이 역사적으로 존재하였다는 전두환의 수사공판기록과 다수의 목격증언 등에 비추어, 피고인 전두환이 전두환 회고록 발간당시 최소한의 개인의 의문이나 의혹을 제기하는 수준의 표현을 넘어서, 단정적으로 헬기사격이 없다고 전제하고 고 조비오 신부를 거짓말쟁이라고 원색적으로 비난하는 내용을 회고록에 기재한 것은 고 조비오신부가 거짓말을 하였다는 객관적인 근거가 없다는 점을 적극적(확정적 고의)으로 인식했거나 최소한 미필적(미필적 고의)으로 인식하였다고 평가할 수밖에 없다고 할 것이다. 피고인 전두환은 2017. 1. 12. 전일빌딩에 대한 국과수의 탄흔감정결과 발표 직후 2017. 4. 이 사건 전두환 회고록을 출판하기 직전에 얼마든지 회고록의 내용을 수정하고 보완할 기회가 있었음에도 불구하고, 허위사실을 만연히 단정적으로 기재하였기 때문이다.

### 3. 선 사격실시 후 사후적 수습 정황

#### 가. 지상에서 사격의 경우

5·18민주화운동 기간 중 계엄군의 최초 발포는 1980. 5. 19. 광주 동구 계림동 광주고 앞에서 APC 장갑차에 탑승한 장교에 의하여 이루어졌고, 1980. 5. 20. 22:30경부터 새벽 시간까지 광주역에서 3공수여단에 의하여 대대적인 발포가 있었다. 3공수 여단장 최세창은 “대대장들의 요청에 따라 서울에서부터 가지고 간 실탄을 위협용으로 사격했고, 그 과정에서 4~5명의 사상자가 났으며, 실탄 분배와 사격지시는 내가 시킨 것”이라고 진술하였다.(1996. 7. 29. 5.18사건 25차 공판기일)

계엄사령부에서는 1980. 5. 21. 새벽 04:30 계엄관계관회의<sup>1)</sup>를 열어 자위권 발동을 논의하였고, 오전 08:00경 전교사 관할 지역에 진돗개 하나가 발령되었다. 진돗개 하나가 발령됨에 따라, 전남·북 계엄 분소장은 광주 일원과 전남북에 소재한 모든 부대에 개인당 90발의 실탄이 지급되었다. 1980. 5. 21. 새벽 04:30 계엄관회의에서의 자위권보유 천명과 1980. 5. 21. 아침 08:00 진돗개 하나 발령은 이미 비정상적인 명령계통에 따라 그 전날인 1980. 5. 20 밤에 3공수여단에 의하여 이미 이루어진 불법 발포를 사후적으로 합법화하려는 사후방책으로 볼 수 있다. 진돗개 하나는 접적 상황을 상정한 것인데, 이와 같은 진돗개 하나 발령이 전남도

1 1980. 5. 21. 새벽 04:30 계엄관계관회의에는 참모차장 황영시, 작전참모부장 김재명, 계엄사 참모장 나동원, 치안처장 조홍 현병감, 보도처장 박영록 정훈감, 계엄처장 김을권 등이 참석하였고, 위 회의 자리에서 참모차장 황영시가 자위권 발동을 역설한 것으로 알려져 있습니다. 검찰은 당시 보안사령관 전두환이 전날 밤 1980. 5. 20. 광주역에서의 불법적인 발포를 사후적으로 합리화하기 위하여 계엄관회의를 주재하는 황영시에게 자위권 발동을 지시하였다고 판단하였습니다.(1995. 7. 18. 검찰조사결과보고서)

청 앞 집단발포가 있었던 1980. 5. 21. 오후 1시 보다 5시간 먼저 이루어진 지극히 이례적인 사정과 1980. 5. 20. 23:20 정식 지휘계통인 2군 사령부의 발포금지령, 심야의 새벽시간에 급박하게 열린 1980. 5. 21. 새벽 04:30 계엄사의 계엄관계관회의를 통한 자위권 보유 천명은 밀접하게 연관되어 있는 것이라고 보인다.

#### 나. 헬기사격의 경우

5·18민주화운동 기간 동안 헬기사격과 관련한 문서화된 공식적인 명령은 육군본부(계엄사령부)에서 1980. 5. 22. 08:30 광주전남·북 계엄책임자인 소준열 전교사사령관에게 하달된 헬기 작전 실시하라는 작전지침이다. 따라서 육군본부(계엄사령부)의 공식적인 문서화된 명령이 하달된 1980. 5. 22. 08:30 이전에는 헬기사격이 실시된 사실이 없었는지 여부가 이 사건에서 쟁점이었다.

1980. 5. 21. 22:30경부터 새벽까지 발생한 광주역 앞 집단발포, 1980. 5. 21. 13시경 전남도청 앞 집단발포, 1980. 5. 21. 13시부터 17시까지의 헬기사격 등 1980. 5. 21.의 지상사격과 헬기사격은 모두 육군20사단 병력을 전남도청으로 투입하기 위한 작전과 밀접한 연관이 되어 있다. 또한 그 전제로서 이미 비정상적인 명령계통에 따라 그 전날인 1980. 5. 20 밤에 3공수여단에 의하여 이미 이루어진 지상에서의 불법 발포를 사후적으로 합법화하려는 사후방책을 마련하는 과정에서, 1980. 5. 21. 새벽 04:30 계엄관회의에서의 자위권보유 천명과 1980. 5. 21. 아침 08:00 진돗개 하나 발령이라는 후속조치가 이어진 것이라고 보인다. 진돗개 하나 발령에 따라, 전교사 관할 지역인 광주전남북지역의 모든 부대는 실탄을 지급하

고 발포가능 상태로 전투준비태세를 갖췄고, 이는 전교사에 배속된 지상 부대인 7공수여단, 11공수여단, 3공수여단 뿐만 아니라, 광주로 배속되어 광주 상공에서 활동하고 있었던 헬기부대도 마찬가지였다. 군 수뇌부는 1980. 5. 21. 오전 8시 진돗개 하나 발령 이후 헬기를 이용하여 20사단 병력을 도청에 투입하는 이른바 ‘공중기동 작전’을 준비하고 있었다. 1980. 5. 21. 전남도청을 중심으로 군이 전개한 핵심 작전은 20사단 병력을 전남 도청에 투입하는 작전이었는데, 육로를 통한 투입이 좌절된 이후 헬기를 이용하여 20사단 병력을 전남도청으로 투입하는 작전을 시행하는 과정에서 1980. 5. 21. 오후 전남도청 앞 집단발포와 헬기사격이 이뤄진 것으로 보인다. 그렇다면, 이미 1980. 5. 20. 밤에 이루어진 지상에서의 불법 발포를 사후적으로 합법화하려는 사후방책을 마련하는 일환으로, 1980. 5. 21. 새벽 04:30 계엄관계관회의에서 자위권 보유를 천명하고, 08:00 진돗개 하나를 발령한 것처럼, 육군본부(계엄사령부)에서 1980. 5. 22. 08:30 광주전남·북 계엄책임자인 소준열 전교사 사령관에게 하달된 공식적인 문서 형식의 헬기사격 명령인 ‘헬기 작전 실시하라’는 작전지침은, 이미 1980. 5. 21. 오후에 이루어진 헬기사격을 사후적으로 합법화하고 공식화하기 위한 조치로 평가할 정황이 존재한다고 할 것이다.

#### 4. 피고인 전두환의 고 조비오 신부에 대한 사자명예훼손 사건 공소사실 요지와 1심 판결의 내용

##### 가. 공소사실의 요지

피고인은 2017. 4. 3.경 파주시 문발로 171 자작나무 출판사에서 출간하여 광주 등 전국 각지에 있는 서점 등을 통해 배포한 ‘전두환 회고록’에,

“천주교의 조비오 신부도 명백히 광주 불로천변을 향해 헬기에서 드르륵 하는 소리를 내며 기총소사하는 장면을 자신의 눈으로 분명히 보았다고 주장했다. 이러한 주장은 헬리콥터의 기체성능이나 특성을 잘 몰라서 하는 얘기이거나 아니면 계엄군의 진압활동을 고의적으로 왜곡하려는 사람들의 악의적인 주장일 뿐이다……(중략)……헬리콥터가 장착한 화기의 성능을 전혀 모르는 사람들의 터무니없는 주장임이 방00 항공단장의 진술로 증명되었다……(중략)……그러나 조비오 신부는 자신의 허위주장을 번복하지 아니하였다. 조비오 신부는 성직자라는 말이 무색한 파렴치한 거짓말쟁이다.”라고 기술하면서 5·18 광주민주화운동 기간 계엄군 헬리콥터가 광주시민을 향하여 사격을 가한 사실도 없었고, 피해자 망 조비오가 헬기의 기총소사 장면을 보지 않았음에도 이를 목격한 것처럼 거짓 주장을 하였다는 취지로 기재하였다.

그러나 사실 피고인은 12.12. 군사반란으로 군의 주도권을 장악한 이래 국군보안사령관과 중앙정보부장 서리를 겸임하면서 정국을 주도하여 1980. 5. 당시 광주에서의 시위 상황 등에 대하여 수시로 보고받아 광주에서의 시위 진압 상황에 대하여 상세히 알고 있었고, 군 자위권을 명분으로 희생이 따르더라도 작전을 감행하라고 지시하면서 공수부대 등으로 하여금 시위대를 강경 진압하게 하여 결국 수많은 사상자가 발생하기에 이르렀으며, 1980. 5. 21.경 광주 불로교 및 양림동, 대의동, 학동시장, 기독교 병원 일대 등에 헬기 기총소사가 있었고, 같은 달 27.경 전남도청 내에 있던 시위대 진압 당시 전일빌딩 등에 대한 헬기 기총소사가 있는 등 5·18 광주민주화운동 당시 계엄군 진압작전에서 헬기 기총소사가 실제 이루어졌고, 피해자도 헬기 기총소사를 직접 목격한 바 있었다.

이로써 피고인은 공연히 허위 사실을 적시하여 사자인 피해자의 명예를 훼손하였다.

### 나. 판결의 요지

광주지방법원(2018고단1685호)은 2020. 11. 30. 피고 전두환에게 고 조비오 신부에 대한 사자명예훼손의 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다. 법원은 1심 판결문을 통하여, 1980. 5. 21. 광주에 무장상태로 있던 505항공대 또는 506항공대 소속의 500MD 헬기<sup>2</sup>가 위협사격 이상의 사격을 하였음을 충분히 인정할 수 있고, 1980. 5. 27. 광주에 있었던 202항공대 또는 203항공대 소속의 UH-1H 헬기가 마운트에 거치된 M60 기관총으로 전일빌딩을 향하여 사격하였음이 인정된다고 판결한 것이다. 또한 법원은 피고 전두환의 지위, 518민주화운동 기간 동안의 피고 전두환의 행위, 그 이후의 사정 등을 법리에 비추어 살펴보면, 피고 전두환은 적어도 미필적으로나마 518민주화운동 기간 동안 헬기사격이 없었다는 자신의 주장이 허위임을 인식하면서도 이 사건 회고록 중 쟁점 부분을 집필하였다고 충

<sup>2</sup> 헬기의 광주 출동내용(1심 판결문 59페이지)

1980. 5. 15. 500MD 헬기 1대(505항공대 소속)

1980. 5. 19. UH-1H 헬기 1대(202항공대 소속, 일명 휴이 헬기)

1980. 5. 21. 500MD 헬기 4대(506항공대 소속)

500MD 헬기 4~5대(502항공대 소속, M4 가스살포기 장착)

UH-1H 헬기 2대(202항공대 소속)

UH-1H 헬기 8대(203항공대 소속)

1980. 5. 22. AH-1J 헬기 2대(103항공대 소속, 일명 코브라헬기)

500MD 헬기 5대(501항공대 소속)

UH-1H 헬기 1대(202항공대 소속)

1980. 5. 23. 500MD 헬기 1대(502항공대 소속, M4 가스살포기 장착)

\* \* 여러 문서에 헬기 출동 내역이 기재되어 있고, 출동한 헬기 대수에 관하여는 다소 오류가 있을 여지는 있다. 그러나 출동한 헬기 대수에 따라 이 사건 결론이 달라지지 않는다. 1980. 5. 22. 출동한 501항공대 소속 500MD 헬기 5대 중 4대는 1980. 5. 21. 가스살포기를 장착하고 출동한 502항공대 소속 500MD 헬기 4대와 교체하기 위하여 출동한 것이다.

분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

### 5. 남은 과제

이번 피고인 전두환에 대한 1심 형사재판은 비록 사자명예훼손이라는 간접적인 죄명과 방식이지만 전두환을 40년이 지난 현재 다시 사법부의 법정에서 세웠다는 점과 그동안 국방부의 보고서 등을 통해서만 확인되어 논란의 대상이었던 1980년 5월 5.18민주화운동기간 중에 있었던 헬기사격 사실을 1980년 5월21일의 헬기사격 사실이든 1980년 5월27일의 헬기사격사실이든 가장 공정하고 객관적인 사법부의 판결을 통해 확인받았다는 역사적 의미가 있다. 더불어 역사적 사실로서 헬기사격의 존재가 인정됨으로써 계엄군의 자위권 발동 논리도 그 바탕부터 허물어지는 계기이자, 미완의 과제로 남아 있는 5.18 진상규명에 디딤돌이 되는 판결이라고 할 것이다.

그러나 역사적 사실로서 헬기사격이 인정되고, 상식과 정의가 확인된 사필귀정의 판결이라는 의미에도 불구하고, 사법적 단죄의 측면에서는 전혀 반성하고 사죄하지 않을 뿐만 아니라 오히려 2차 가해를 가하고 있는 피고인 전두환에게 실형이 아닌 징역 8월에 집행유예 2년의 선처가 내려진 부분은 아쉬운 대목이다. 피고인 전두환의 고 조비오 신부에 대한 사자명예훼손 사건은 단순히 개인 사이의 사생활이나 사적인 신변잡사에 관한 문제가 아니라, 공적 관심사인 역사적 사실의 왜곡의 문제이기 때문이다. 피고인 전두환이 전두환 회고록의 출판을 통해 5.18민주화운동 당시의 헬기사격과 관련하여 사실과 다른 내용을 기재한 내용을 유포하여 고 조비오신부의 명예를 훼손한 행위는 국민적 관심사가 큰 사안에서 불필

요한 극심한 사회적 갈등을 초래하고, 국민통합을 가로막은 사안인 점에서 역사정의를 세우는 차원에서 항소심에서는 실형과 법정구속을 통한 엄정하고 준엄한 법의 심판이 있어야 할 것이다. 이 사건 항소심에서 피고인 전두환에 대한 양형은 고 노무현 전 대통령에 대한 사자명예훼손 사건으로 판결을 선고받은 조현오 전 경찰청장의 사안(대법원 2014. 3. 13. 징역 8월 확정)과 5.18민주화운동에 참여한 시민들을 북한에서 광주에 파견된 북한특수군이라고 허위주장을 하여 피해자들의 명예를 훼손한 사건으로 판결을 받은 지만원의 사안(서울중앙지법 2020. 2. 13. 징역 2년 선고)이 최소한의 기준으로 고려되기를 바라고 있다.

피고인 전두환은 1심 판결 선고기일에 불행한 역사의 해결은 망각이나 우회적 회피가 아니라 가해자의 진심을 담은 사죄와 피해자의 용서를 통해서 달성될 수 있다는 재판장의 충고를 가볍게 흘려서는 아니 될 것이다. 2021년 다시 시작 된 항소심 재판에서 아직도 진상규명의 문제가 미완의 과제로 남아 있는 현재의 시점에서 가해자로서 반성하지 않고 오히려 역사왜곡에 앞장서고 있는 피고인 전두환에 대한 사법적 단죄를 통하여 역사정의를 바로세우는 재판이 되도록 최선을 다해 임할 각오이다. 전두환 회고록 관련 재판이 민사와 형사 재판 모두 대법원의 상고심까지 진실을 지키려는 많은 이들의 노력으로 인해 역사정의를 세우는 사필귀정의 결과로 최종적으로 마무리되길 바라고 기대하고 있다.

검찰이 1심 최종 구형의견에서 밝힌 바와 같이 역사적 아픔을 기억하는 사람들을 조롱하는 것을 표현의 자유, 역사의 상대주의, 실증주의로 정당화해서는 안 된다. 5.18 북한군 배후설, 일제의 성노예 연행부인, 나치의 홀로코스트 부인 사건들과 이 사건을 비교해 볼 때 역사적 책임을 부인하는 사람들은 자신에게 불리한 자료는 조작하고 은폐할 뿐만 아니라, 자신

에게 유리한 부분적 진실을 전체인 양 호도하거나 거짓말로 단정하는 공통점이 있다. 5.18진상규명의 과정이 결코 쉽지 않은 과정인 이유이다. 향후 발표명령자와 암매장 진실규명 등을 포함한 적극적인 진실규명 노력이 현재 진행 중인 5.18진상규명조사위원회의 진상조사에서 결실을 맺을 수 있도록 우리 모두 긴장의 끈을 놓지 말고 임해야 할 것이다.

## 6. 결 어

- 피해자의 법률대리인이 2020. 9. 18. 법원(광주지방법원 2018고단 1685호)에 제출한 72장의 고소대리인 의견서 중 마지막 결론 부분을 인용하는 것으로 결론을 대신하고자 한다.

### 존경하는 재판장님!

피고인 전두환 측이 변명하고 있는 바와 같이 헬기사격을 포함한 헬기 작전을 실시하지 않았기 때문에 관련기록이 없는 것이 아니라, 전두환 신군부가 문제가 있다고 판단한 군 기록을 삭제하고, 위·변조했기 때문에 군의 공식적인 기록으로는 현재 확인할 수 없고, 보안사가 비밀리에 관리한 5·18 존안 자료와 2018년 국방부 5·18 헬기사격 특조위 조사과정에서 확인한 511연구위원회 내부문서를 통해서도 실제적 진실에 접근할 수 있는 근거를 발견할 수 있다는 점,

또한 구체적으로 1980. 5. 21. 오전 10시에 506항공대 소속 500MD 무장헬기 2대가 광주로 출동했다는 사실 등은 전두환 신군부가 1988년 국회 광주 청문회에 공식적으로 제출하거나 군이 보관하고 있는 일반적

인 군 기록에서는 확인할 수 없는 내용이지만, 1988년 국회 광주 청문회 대응 조직으로 결성한 ‘511연구위원회의 내부 검토’<sup>3)</sup>와 보안사의 일일속보 등의 당시 상황을 시간대별로 정리하였거나 군 내부의 민감한 문제까지를 검토하고 분석한 비밀문서에는 조비오 신부 등 다수의 시민들이 헬기사격을 목격했다고 주장하는 1980. 5. 21. 오후 광주에는 헬기사격이 가능한 무장헬기가 배치되어 운영 중에 있었다는 사실을 확인할 수 있는 점.

1980. 5. 21. 08:00 진돗개 하나 발령 이후 실탄의 분배와 이에 따른 사격, 20사단 전남도청 진입을 위한 공중기동작전의 실시 과정에서의 1980. 5. 21. 오후 헬기사격이 이뤄진 현황이 충분한 점.

헬기탑재무기의 실탄 불출, 재보급, 소모(사용)사실이 31항공단 탄약관리하사 최종호의 법정증언과 무장을 인정한 103항공대장 이정부의 진술, 탄약 재보급관련 군 문서, 탄약 사용 후 탄약 소모에 대한 비판적 검토를 한 전교사의 소요사태교훈집을 통해 확인되는 점.

3 1988년 국회 광주 청문회 대응 조직으로 결성한 ‘511연구위원회의 내부 검토’ 문서 중 광주 헬기 지원 동정이라는 제목의 문서에, “506항공대 소속 MD 500 헬기 2대가 2군 구두 지시에 의거 광주 소요 사태 진압차 5. 21. 10:00에 출발함”, 광주소요사태진행상황이라는 제목의 문서에는 “10:00 506항공대 500MD 헬기 2대 광주 출발”, 청문회 발언 중 문제점 검토결과(정용 의원)이라는 제목의 문서에는 “기간 중 무장 항공기 지원은 사실임, 5.21. 09:00 전교사-2군으로 무장항공기 긴급지원 전의 전교사 상보 p17”, “당시 31사단에는 1980. 5. 19부터 광주사태 종료 시까지 500MD(무장헬기) 3대 사단 사령부에 상주”라고 기록하고 있습니다. 피고인 전두환과 육군 항공여단관계자들이 지금까지 공식적으로 부인해 왔던 무장헬기의 광주 파견기간과 무장상대가 국방부 산하 조직 511연구위원회 내부 검토 자료에서 확인되고 있는 것입니다. 또한 광주소요사태분석 교훈집의 각 단계별 작전병력 및 장비란에 2단계(5. 18~5. 21.)구간에 UH-1H 11대와 500MD 7대가 작전에 임하여 활동하고 있는 사실이 기재되어 있습니다. 500MD는 기본적으로 미니건을 기본화기로 장착하는 공격형 헬기이고, 이 문서는 ‘항공작전지원’란에서 헬기 지원기간을 1980. 5. 21.~5. 29. 로 설정하고, 헬기부대의 임무로 ‘무력시위 및 의병 공중화력지원’기재하고 있어, 무장이 1980. 5. 21. 이전에 이미 이루어진 것은 의심할 바 없는 사실로 보입니다. 군 기록에서 1980. 5. 21. 이전에 이미 무장헬기를 광주에 파견했다는 사실이 확인되었기 때문에 1980. 5. 21. 무장헬기가 파견되지 않아서 헬기사격은 있을 수 없다는 피고인 전두환 측의 주장은 배척되어야 합니다.

5·18민주화운동기간 동안 헬기사격을 목격한 여러 사람들의 신빙성 있는 증언이 존재하는 점,

1980. 5. 27 헬기사격을 증명하는 움직임 수 없는 증거인 전일빌딩 탄흔에 대한 국과수 감정결과가 있는 점 등에 비추어,

5.18민주화운동 기간 동안 헬기사격이 있었다는 것은 사실이고, 1980. 5. 21. 헬기사격이 있었다는 것도 사실입니다. 피고인 전두환이 주장하고 있는 전두환 회고록의 기재 내용과 같이 고 조비오신부의 헬기사격 목격 진술이 거짓말이라고 단정할 아무런 근거가 없습니다.

따라서 피고인 전두환은 전두환 회고록에서 1980. 5. 21.을 특정하여 헬기사격이 없었다고 기재하고 있는 것이 아니라, 구체적인 기간을 전혀 특정하지 않고 5·18민주화운동 전체기간 동안 단 한 발의 헬기사격도 없었다는 취지로 기재하고 있고, 1980. 5.경 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의한 헬기사격은 항쟁기간 중 여러 차례 있었던 것으로 보이고, 고 조비오 신부는 전일빌딩에 대한 헬기사격을 포함한 복수의 전체 헬기사격 상황 중 1980. 5. 21. 오후 하나의 장면을 목격한 것으로 보이기 때문에, 역사적 사실로서 1980. 5.경 5·18민주화운동 전체기간 동안 헬기사격이 있었다는 사실은 분명하다고 할 것이므로, 그렇다면 피고인 전두환에 대한 이 사건 공소사실이 유죄라고 할 것입니다.

가사 백보를 양보하여 검찰과 고소인이 1980. 5. 21.경 헬기사격 존재 사실도 입증하여야 한다고 가정하더라도, 이 사건에서 1980. 5. 21. 헬기사격이 있었다는 사실도 앞에서 살핀 바와 같이 충분히 입증되었다고

할 것이어서, 피고인 전두환의 이 사건 공소사실은 어느 모로 보나 넉넉하게 유죄로 평가할 수 있다고 하겠습니다.

### 존경하는 재판장님!

피고인 전두환이 출석했던 2번의 법정풍경은 가해자와 피해자의 처지와 입장이 뒤바뀐 아이러니 상황이기도 합니다.

피고인 전두환은 이 사건 법정에서 시민들이 힘겹게 이룩해 놓은 민주주의의 혜택을 가장 많이 누리며 뻔뻔한 변명으로 일관하면서 출석하지도 않고 변호인을 통해 재판을 받고 있고, 반면 피해자들은 법정에서 끓어오르는 분노에도 절제를 강요받으며 사법적 단죄만을 바라며 침묵해야 하는 상황이기 때문입니다.

피고인 전두환의 배우자인 이순자는 피고인이 민주주의의 아버지라는 취지의 인터뷰를 언론과 한 사실이 있으나, 피고인에게는 민주주의의 아버지라는 표현 보다는 현정질서를 파괴한 민주주의의 방해자라는 표현이 더 어울린다고 생각하고 있습니다.

반성하고 용서를 구하지 않을 뿐만 아니라 오히려 피해자를 두 번 죽이는 후안무치한 태도는 가해자의 가장 나쁜 모습이고 피해자에게 가장 가혹한 모습이어서 민주주의 역설을 축약해서 보여주는 장면이라고 할 것입니다.

5·18 피해자들과 광주시민들은 아주 오래 전부터 화해와 용서, 평화를

이야기하고 있습니다. 다만 화해와 용서의 전제조건이 가해자의 진실에 기반한 반성과 사죄라고 강조하고 있을 뿐입니다.

가해자가 반성하지 않고 사죄를 하지 않으니 피해자들로서는 용서를 하고 싶어도 용서할 수 없는 기막힌 처지에 놓여 있는 사정을 살펴주시길 바랍니다.

### 존경하는 재판장님!

북극을 가리키는 지남철은 무엇이 두려운지 항상 그 바늘 끝을 떨고 있습니다.

여윈 바늘 끝이 떨고 있는 한 그 지남철은 자기에게 지워진 사명을 완수 하려는 의사를 잊지 않고 있음이 분명하며, 그 나침반의 바늘이 가리키는 방향을 믿어도 좋을 것입니다.

만일 그 바늘 끝이 불안스러워 보이는 전율을 멈추고 어느 한 쪽에 고정될 때 우리는 그것을 버려야 합니다.

이미 지남철이 아니기 때문입니다.(민영규 교수 예루살렘 입성기 중에서)

어떤 현직 부장판사는 법률신문(2018. 3. 5.자) ‘떨리는 지남철’이라는 법조칼럼에서, 법관의 역할이 날로 증대하여 오늘날에는 법관들이 재판을 통하여 다양한 사회 분쟁에 대하여 우리사회가 나아갈 바를 국민들에게 보여주는 나침반의 역할을 톡톡히 해주고 있다는 사실과 이와 같

은 법관들이 나침반의 역할을 하는 상황 하에서 법관들이 주변의 상황 변화나 새로운 시대의 흐름을 주의 깊게 관찰하는 한편 다양한 요구의 목소리들을 경청하면서 늘 연구하고 고민하고 사색하면서 바늘 끝을 떨어야만 나침반을 바라보는 국민들은 그 바늘이 가리키는 방향을 믿고 따라줄 수밖에 없을 것이라는 취지를 밝힌 바가 있습니다.

피해자(고소인)의 대리인은 피고인 전두환에 대한 이 사건 사자명예훼손 재판이야말로 법관이 재판을 통해 우리사회가 나아갈 바를 국민들에게 보여주는 나침반의 역할을 하여야 하는 사건이라고 생각하고 있습니다.

그리고 이 재판에 관여하는 이들이 자기에게 주어진 사명을 완수하기 위하여 실제진실을 발견하고 입증하기 위한 여인 바늘 끝을 멈추지 않았고, 그래서 그 바늘 끝이 가리키는 방향을 믿어도 좋을 상황이었길 희망하고 있습니다.

이 사건은 서두에서 언급하였던 바와 같이 피고인으로 기소된 이가 최고 권력자였고 그를 정점으로 하는 관련자들의 실제진실을 숨기려는 과정이 없지 않았던 정황이 있었습니다. 이 사건과 같이 국가폭력으로 인한 피해가 문제되는 경우 당시 민주적 정당성이 취약한 국가권력의 집권세력이 가해자이기 때문에 그 진상규명에 이르는 과정이 일반적인 형사사건에 비하여 어려운 한계가 있는 것이 사실입니다.

가해자가 국가권력 그 자체이거나 국가권력의 주요 구성원이기 때문에 자신들의 처벌가능성이 있는 공적인 기록이나 자료 등 주요한 증거들을

은폐하거나 조작하였을 가능성이 있고, 실제로도 은폐와 조작이 이뤄졌기 때문입니다. ‘조작된 자료’ 뒤에 숨겨진 ‘진실’을 존경하는 재판장님의 혜안으로 살피주시길 바랍니다.

에밀 졸라는 프랑스 국방부 등 국가권력에 의하여 진실이 은폐된 ‘드레퓔스 사건’에 격분하면서도 그 글 속에는 폭력성이나 과격성이 없고 오로지 옳은 이성의 결정체였다고 전해지고 있습니다.

‘진실을 가두고 땅에 매장해도, 그것은 싹이 트고, 마침내 거대한 초목으로 자라난다’는 그의 말이 피고인 전두환이 기소된 이 사건의 현실의 법정에서 재판장님을 통하여 구현되기를 간절히 바랍니다.

국제연대

1. 혐오범죄의 목적을 '공익'으로 본 일본 법원 판결 | 구량옥

2. 미국 내 경찰 폭력 및 집회 탄압 상황으로 살펴본 코로나19 시대의 인종차별 | 박예안

국제연대 1
<p>혐오범죄의 목적을 ‘공익’으로 본 일본 법원 판결</p>
구량옥

**들어가며**

2020년 12월 14일, “재일 특권을 용납하지 않은 시민 모임”(이하 ‘재특회’라 함) 전 간부가 조선학교를 대상으로 반복하여 저지른 혐오 범죄(Hate Crime)<sup>1</sup>에 대하여, 그 목적을 “공익”으로 본 교토지방법판소 1심 판결이 일본 최고재판소에서 확정되었다. 차별을 규탄하고 바로 잡아야 할 법원이 혐오 범죄, 혐오 표현에 가담한 셈이다.

이하 이 사건의 개요, 배경 그리고 판결의 문제점들을 살펴본다.

<sup>1</sup> 이 사건은 혐오”표현”의 사례로 분류가 되기 쉽지만, 사실 “표현 활동”이라는 명목 아래 모욕· 명예훼손, 업무방해, 기물손괴 등 범죄가 성립한 사례이므로, 혐오”범죄”의 사례로 분류하기로 한다.

## 사건의 개요와 판결

2017년 4월, 재특회의 전 간부였던 피고인이 교토조선제일초급학교에 대하여 “일본인을 납치한 조선학교”, “여기 몇 년 전까지 있었던 교토조선 학교, 이 학교는 일본인을 납치 하였다”, “그 조선학교 교장… 일본인을 납치”, “납치한 실행범이 있는 조선학교” 등의 내용을 확성기를 이용하여 외치며 혐오 발언을 하였고, 그 모습을 찍은 동영상을 인터넷에 게시하였다.

이 사건은 일본에서 혐오범죄(Hate Crime)가 명예훼손으로 기소된 최초의 사례이다. 지금까지는 재특회 등 극우 차별주의자들의 차별 선전 활동에 대해, 일본의 형법상 가장 가벼운 죄인 모욕죄<sup>2</sup>로만 기소가 되어 왔다. 가벼운 죄명 때문에 경찰/검찰의 수사도 제대로 이루어지지 않았고, 피해의 심각성과 죄의 가벼움 사이의 괴리가 큰 과제로 남아 있었다. 피해 당사자들이 이러한 부당성을 호소하고 여러 차례 검찰에 대한 요청 활동을 통하여 드디어 일본에서 모욕죄보다 무거운 명예훼손으로 기소가 된 것이다. 그런 만큼 법원이 어떤 판단을 내릴지에 대한 관심이 쏠리고 있었다.

그러나 2019년 11월 29일, 교토지방법원(1심) 제3형사부(재판장 시바야마 사토시)는 혐오 범죄의 본질을 보지 못하고 위 피고인의 발언에 “공익” 목적을 인정하였다. 이 판결이 2020년 9월 14일 오사카고등재판소<sup>3</sup>에서도, 2020년 12월 14일 최고재판소에서도 유지가 되어 확정되었다.

<sup>2</sup> “공공연히 사람을 모욕”하면 모욕죄가 성립하며(형법 제231조), 그 법정형은 과태료[천엔 이상 1만엔 미만(약 1만원 이상 10만원 미만)] 또는 구류이다. 일본 형법상 가장 가벼운 죄 중의 하나이다.

<sup>3</sup> 2020년 9월 14일 오사카고등재판소 판결 전문:  
[https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/730/089730\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/730/089730_hanrei.pdf)

피고인은 2009년 ~ 2010년에도 동일한 사건 현장에서 혐오 범죄, 혐오 표현을 반복하여 민사사건에서는 손해배상 판결<sup>4</sup>을 받고, 형사사건에서는 유죄 판결을 받은 인물이다. 위 피고인은 집행유예 기간에 동종의 혐오 범죄를 되풀이하여 실행 판결을 받아 교도소 생활을 하다가, 출소하자마자 곧바로 다시 같은 현장을 찾아가 위와 같은 혐오 발언을 한 것이다.

피고인의 동기는 명백하다. 재일코리안<sup>5</sup> 차별이 목적이다. 이하에서는 국제 인권법의 관점에서 이번 판결의 ‘공익성 인정’에 대한 문제성을 정리해 보기로 한다.

## ‘공익’ 목적 인정 방법의 오류

### 1. 일본 형법의 규정

일본 형법 제230조 제1항은 명예훼손에 대하여, “공공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무에 관계없이 3년 이하의

<sup>4</sup> 2009년 ~ 2010년 습격사건에 대하여, 민사소송에서는 일본에서 처음으로 인종차별철폐조약에 근거하여 재일코리안에 대한 “차별”을 올바르게 인정하여, 약 1억3천만원 이상의 손해배상명령과 가두선전활동 금지 명령이 2013년 10월 7일 교토지방법원(1심)에서 내려졌다. 이 항소심인 오사카고등재판소는, 1심 판결을 유지하면서 이에 덧붙여, 조선학교가 처음으로 재일코리안이 일본에서 “민족교육을 실시하는 이익”을 법적 이익으로 인정하였다. 그리고 이 판결은 2014년 12월 최고재판소에서 확정되어, 획기적인 승리를 거두었다. 구체적인 사건의 내용과 판결에 대하여는 구량욱, “[특별기고] 일본 ‘헤이트스피치’에 대한 손해배상청구사건”, 대한변협신문 573호(2016. 1. 4. 발간) 참조; 이 사건이 계기가 되어 일본에서 “일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동 해소를 위한 대응 추진에 관한 법률”(이른바 “헤이트스피치 해소법”)이 2016년 6월에 시행되었다. 단, 이 법은 외국 출신자들에 대한 혐오표현만이 대상이며(다른 소수자들은 제외), 혐오표현의 위법성에 대해 명시하지 않았고, 위반 시 벌칙을 두지 않은 등 문제가 많다. 실제 이 법 시행 이후에도 일본의 혐오 표현 등과 관련한 상황은 더욱 악화되고 있어, 이 법의 실효성에 대한 의문이 크다.

<sup>5</sup> 이 글에서는, 일본에 살면서 본인이 “코리안(Korean)”이라고 인식하고 있는 모든 사람들을 “재일코리안”이라 표현한다. 재일코리안의 배경과 구성은 다양화되고 있으며, 국적 등의 요소로서는 규정할 수 없다. 나아가 이들은 모두 혐오범죄/혐오발언의 피해자라는 공통적 측면도 가지고 있다.

징역/금고 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 한편 표현의 자유와의 조정을 위하여, 제230조의 2는 “명예훼손의 특례”를 다음과 같이 규정한다. “전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실과 관련되고, 그 목적이 오직 공익을 도모할 목적에 있었다고 인정되는 경우에는 사실의 진부를 판단하여 진실이라는 증거가 있는 경우에는 이를 처벌하지 아니한다”. 즉 명예훼손이 성립할 경우에도 ①공공의 이익에 관한 사실에 대하여 ②오로지 공익을 도모하는 목적 아래 그 표현을 한 경우에도 ③그 사실에 대한 진실성의 증거가 있는 경우에는 위법성이 조각되는 것이다.

본 판결의 가장 중대한 문제점은 피고인의 혐오 표현에 ②“공익” 목적을 인정한 점이다. 재판소는 어떻게 이러한 결론을 도출하였는지 판결문을 살펴보기로 한다.

## 2. 본 판결의 문제점 - 오직 “공익”을 도모하는 목적의 인정

### (1) 본 판결의 내용

판례상 제230조의 2(명예훼손의 특례)가 문제된 사건에서 ①공공의 이익에 관한 사실인지 여부는 쉽게 인정이 되기 마련이다. 본 사건에서도 일본인 납치 사건 자체는 공공의 이익에 관한 사실이라고 인정이 되었다.

문제는 공익 목적 (②)을 인정한 부분이다. “오직 공익을 도모할 목적”이 있었는지 여부에 대해, 본 판결은 “우선 피고인의 그 발언 내용 자체가 고려되어야 한다”고 한다. 그리고 범죄 사실로 인정된 피고인의 발언 내

용<sup>6</sup> 그 자체, 피고인이 “보도 등의 자료<sup>7</sup>를 근거로”위 발언에 이르렀다는 점, 법정에서도 피고인이, “조선인이 저지른 납치 등의 악행을 알렸으면 좋겠다, 자신의 활동이 최종적으로 일본의 국익이 된다고 믿는다”는 취지의 진술을 한 점 등을 근거로, “주로” 일본인 납치사건에 관한 사실관계를 일반 대중에게 밝힌다는 목적으로 본건 범행에 이르렀다고 인정하고 있다. 반면, ③진실성의 증거가 없다면 결론적으로는 유죄가 되었는데, 양형에서는 공익 목적이 있었다는 점이 참작되어 벌금 50만엔이라는 가벼운 형을 선고하였다.

위 판결은 본 사건의 배경, 경위 등에 대한 분석을 포기하였고, 그 결과 본 사건의 본질인 차별 목적을 오인한 것이다.

### (2) 차별 선동의 인정방법

국제적인 형사사법 논의에 있어, 같은 발언/표현이라 할지라도 그것이 이루어지는 문맥, 배경, 상대, 장소, 방법 등의 구체적 상황에서는 전혀 다른 의미를 가질 수 있다는 점은 정설로 자리잡고 있다.<sup>8</sup> 여러 나라들에서 정당한 표현행위를 가장한 혐오 범죄, 혐오 표현 사례가 다수 발생하고 있는 가운데, 이에 대한 적절한 형사처벌을 확보하기 위해 논의가 거듭되어 일정한 국제적인 합의가 이루어져 왔다. 이러한 내용을 정리한 것

6 범죄 사실로 인정된 피고인의 발언 내용: “조금 전까지 말이야, 여기 공터가 되어 있죠. 여기에 일본인을 납치한 조선학교가 있었다” “여기 몇 년 전까지 있었던 교토조선학교, 이 학교는 일본인을 납치 하였다” “이건 이미 경찰청에서도 인정이 되었고, 그 조선학교 교장 있잖아요, 일본인을 납치하고 국제 지명 수배가 되어 있습니다” “이 공원 옆에 그 납치한 실행범이 있는 조선학교가 있었습니다”

7 피고인이 제시한 자료들은 공안조사청 보고서, 출처가 확실하지 않은 인터넷 댓글/기사, 50년도 더 된 책, 편향 보도로 유명한 언론사 기사 등이었다.

8 “혐오발언, 혐오범죄에 관한 법률실무의 국제 비교 및 일본의 과제” 구량옥 (『HEIGHTS피치·HEIGHT클라이ムをめぐる法律実務の国際比較および日本の課題(具良鉦), 일본변호사협회 발행 “자유와 정의”(『自由と正義』) 2020년11월호, 제71권 9호, 49페이지

이 UN 인종차별철폐위원회의 일반권고 35호(2013) “인종주의적 혐오표현의 근절”(CERD/C/GC/35, 2013년 9월 26일)<sup>9</sup>이다. 위 권고에서는, 가별적 유포, 선동의 조건으로 다음과 같은 “문맥적 요소”를 고려해야 한다고 한다(동 권고 Para15).

- **언어표현의 내용과 형식:** 언어표현이 자극적이고 직접적인지, 어떠한 형태로 구성되고 보급되는지, 그리고 그러한 언어표현이 전달되는 방식
- 선주민 등 민족적 또는 여타의 집단에 대한 차별의 패턴이 존재하는 등 언어표현이 행해지고 보급될 당시 널리 확산되어 있는 **경제적·사회적·정치적 분위기**. 한 가지 맥락에서 무해하거나 중립적인 담론들도 다른 맥락에서는 위험한 의미를 가질 수 있다: 집단학살에 관한 지표들 중, 위원회는 인종주의적 혐오표현의 의미와 그 잠재적 효과를 평가함에 있어 지역성(locality)의 관련성을 강조한 바 있다.<sup>10</sup>
- 해당 사회에서 **발언자의 위치나 지위**, 그리고 언어표현의 대상이 되는 청중. 위원회는 협약상 보호를 받는 집단들에 대한 부정적인 분위기 조성에 기여하는 정치인 및 여타 여론형성자들의 역할을 지속적으로 환기시키며, 그러한 개인 및 기관들이 문화간 이해와 조화의 증진을

9 Committee on the Elimination of Racial Discrimination General Recommendation No. 35 “Combating racist hate speech” (CERD/C/GC/35, 2013년 9월 26일)

10 유엔 총회 제60회 공식 기록 No. 18, 제2장 Para20, “인종차별철폐위원회 “제노사이드 방지에 관한 선언의 팔로업에 관한 결정 \* 제도적 및 대규모 인종 차별 경향 지표” (General Assembly Official Records Sixtieth session Supplement No. 18, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) “Decision on follow-up to the declaration on the prevention of genocide: indicators of patterns of systematic and massive racial discrimination”, in the “Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination” (A/60/18) (2005년8월)

위한 적극적인 접근방식을 채택하도록 권장해왔다. 위원회는 정치적 사안에 있어 언론의 자유가 특별히 중요하다는 점, 또한 언론의 자유 행사는 특별한 의무와 책임을 수반한다는 점을 잘 인식하고 있다.

- **청중의 성격과 전달수단 등 언어표현의 도달범위:** 언어표현이 주류 언론매체나 인터넷을 통해 보급 되었는지 여부, 민족적·인종적 집단에 대한 적대를 일으키는 의도적인 전략의 존재를 시사하는 반복적 언어표현의 경우 그 의사소통의 빈도와 정도.
- **언어표현의 목적:** 개인이나 집단의 인권을 보호 또는 옹호하는 언어표현 행위는 형사적 또는 여타 제재의 대상이 되어서는 아니 된다

### (3) 사실 관계 및 본건에 대한 대입

위 국제인권법상 확립된 기준을 본건에 맞추어 검토한다.

피고인은 이른바 “헤이트 스피치 교토 사건”으로 사회적 이목을 끌게 된 2009년 12월부터 2010년 3월까지 발생한 교토조선제일초급학교에 대한 차별 선전의 주범 격으로 참가한 인물이다. 이로 인하여 모욕죄, 위력업무방해죄로 기소되고, 2010년 4월에는 헤이트 스피치 교토 사건 관련 보석 중의 신분으로 도쿠시마현 교직원 조합을 습격하여 혐오 범죄/혐오 선전 활동을 하였다.<sup>11</sup> 이로 인하여, 건조물침입 및 위력업무방해죄로 기소되어 2011년 4월 21일 형사 재판에서 징역 2년 집행 유예 4년의 판결 선고를 받았는데도 집행 유예 중에 별개 혐오 범죄를 일으키고 복역하게 되었

11 각주 8, 50페이지 참조

다. 피고인은 최종 형 집행이 끝난 뒤 1년도 지나기 전인 2017년4월 본건 범행에 이르렀다.

본건 범행 장소는 2009년~2010년의 헤이트 스피치 교토 사건 당시와 동일한 곳이다. 즉 피고인이 주도한 2009년~2010년 사건을 계기로 폐교가 된 교토 조선제일초급학교 부지에서 피고인은 “일본인을 납치한 조선학교”, “납치한 실행범이 있는 조선학교”, “아직도 조선학교 관계자가 이 근처에 잠복해 있는 것은 확실합니다. 혹시 조선학교 관계자인가 생각하면 110번<sup>12</sup>”이라고 발언하였고, 그 발언 내용은 조선학교와 범죄를 직접 연결하는 도발적인 것이다. 아울러 그 형태도 이전과 같은 장소에서 이전 범행과 마찬가지로 확성기를 이용하고 그 모습을 동영상으로 찍어 인터넷에서 확산하고 있어, 방법에도 반복성·연속성이 인정된다. 2009년~2010년 사건에 관한 형사·민사사건에서 피고인의 악질성을 단죄한 사법 판단은 크게 보도되어 사회적 이목을 끌었다. 복역을 포함한 이전 형 집행 종료 직후에 굳이 과거의 범행 현장을 다시 선택하고, 과거의 범죄와 연속성을 의식한 차별 언동을 반복하여 자신의 과거 행위의 정당화를 목표로 실시한 활동이 본건의 본질이다. 굳이 이 장소를 선택한 피고인의 목적은 인터넷 동영상 시청자들에게 과거(2009년~2010년) 일련의 학교 아동들에 대한 폭력적인 위력업무방해사건을 상기시키는 데 있다는 것은 충분히 인정된다. 이것은 피해자, 특히 어린 초등학교 아이들에 대해 큰 공포감을 주는 악질적 태도이다.

다른 한편으로 피고인이 진실·납치문제에 대한 문제제기를 하고 싶다

12 경찰 신고 전화번호(한국의 112)

는 진지한 마음이 있었다면, 피고인이 자신의 과거 범죄행위나 차별선동 행위와는 전적으로 다른 방식으로, 즉 받아들일 수 있는 형태로, 본교 학생들의 불안을 최소화할 수 있는 장소를 선택하고, 발언 내용을 선택하는데 아무런 지장이 없는 상황을 선택할 수 있었다. 이 정도의 행위는 동종의 범죄 전력을 가진 사람이 당연히 피해자를 배려해야 할 범주에 포함될 것이다. 따라서 본 건에 대해 차별 선동 목적이 추인된다고 해도 피고인에게 가혹한 평가가 되지 않는다.

실제 판결문 자체도, 피고인의 발언 중 “아직도 이 조선학교 관계자가 이 근처에 잠복해 있는 것이 확실하다” 등 일반 청중의 불안감을 더욱 부추기는 내용에 비추어 “조선학교 관계자라는 것만으로 범죄자로 보이게 하는 목적”이 있었다는 것까지는 인정하고 있다. 그렇다면 단적으로 차별 목적이 주목적이며 공익성은 없다고 인정해야 할 것이다. 판결은 이 발언에 대해 “청중의 관심이나 주목을 끌 목적으로 다소 극단적인 표현을 쓴 것”이라고 평가 하여 오히려 공익 목적을 긍정하는 사정으로 보았다. 표현의 자유 시장에 있어서 정상적인 표현 방법으로는 주목받을 수 없는 내용인데, 과격함을 선택함으로써 청중의 주목을 끌어 표현자가 요구하는 이익을 누리게 하고, 그 결과, 어린 피해 아동들에게 희생을 강요하는 것은 현저하게 정의에 반한다. 이러한 사정들은 공익 목적을 부인하는 쪽의 사정으로 규정해야 한다.<sup>13</sup>

나아가 본 발언이 이루어졌을 때의 사회적, 정치적 풍조를 보면, 유엔의 각종 인권위원회로부터의 거듭된 권고에도 불구하고 일본 내에서는

13 일본평론사, 별책법학세미나 No.258 “헤이트 스피치란 무엇인가”(日本評論者「別冊法学セミナー」第258号), 112페이지 참조

납치 사건 등의 정치적/외교적 사유로 조선학교 학생을 교육 기본권을 구현화한 각종 제도의 대상에서 제외하는 조치가 내려지고 있는 상황이었다.<sup>14</sup> 특히 본건의 지역성을 보면, 본 범행이 이뤄진 곳은 교토 안에서도 재일코리안들의 집중 주거 지역이며, 본 범행 장소는 2009년부터 2010년까지 치열한 증오 범죄의 현장이 된 본건 학교 등이 있던 곳이다. 이들 사건에 대한 민사·형사 재판에서는 이미 피고인을 단죄하는 판결이 나왔음에도 불구하고, 아직도 일본 사회에서는 재일코리안에 대한 "혐오"가 여전히 만연하고 있다. 이러한 상황에 비추어 볼 때 납치사건에 대해 의견을 표현하는 것 자체는 일반적으로는 중립적인 언설이라고 할 수 있다 하더라도, 본 범행시의 사회적, 정치적 풍조 및 지역성을 고려하면 본 발언은 교토조선학교 관계자 및 해당 지역에 거주하는 재일코리안에 대한 차별을 선동하는 것이며, 본건 범행의 잠재적 효과는 해당 지역 재일코리안이 차별의 대상으로 공격당할 수 있는 위협을 내포하는 것이다.

전술한 대로, 피고인의 입장 및 지위를 보면 그는 재특회의 전 교토 지부장, 즉 간부이다. 피고인은 사회적 이목을 모은 “헤이트 스피치” 사건이라 일컬어지는 어느 사건에도 주범으로 관여해왔다. 2009년~2010년 교토 사건에서는 가두선전 금지 가처분 명령<sup>15</sup>의 송달을 직접 받은 인물임에도 불구하고 이 가처분 명령을 당당히 무시하고 2010년 3월에 학교에 대한 세 번째 차별 선전활동에 이르렀다. 이와 같이, 피고인이 지금까지 동종 사건에서 중심적 역할을 해 온 입장, 해당 단체의 간부로서 법원의 명령을 직

<sup>14</sup> 이 사건 범행 당시, 일본은 조선고급학교를 ‘고등학교 등 취학지원금의 지급 대상 학교’(이른바 ‘고등학교무상화제도’)로부터 제외시키고, 지방자치단체는 조선학교에 대한 보조금을 삭감하거나 지급하지 않는 등의 상황이었으며, 현재도 이 상황은 계속되고 있다. 또한 최근에는, 위 조치들에 뒤이어 조선학교 부속 유치원을 유아보육 무상화 대상에서 제외하려는 움직임이 있다.

<sup>15</sup> 헤세이 22년(2010년) 제2655호 가두선전 금지 등 청구 사건[헤세이 25(2013)년 10월 7일 교토지방법 재판소 제2민사부 판결 p58(2)]

접 송달 받고도 무시하고 온 경위를 보더라도, 피고인은 재일코리안에 대한 부정적인 풍조를 만들어내기 위한 중심적 역할을 해왔다고 할 수 있다.

더욱이 본건 청중의 범위를 보아도, 피고인은 본건 범행의 동영상을 인터넷으로 확산시켜 불특정 다수가 열람할 수 있는 상태로 두고 있어 과거 범행의 반복성을 가지고 있다고 판단할 수 있다. 피고인의 본건 범행은 이를 통하여 과거의 헤이트 스피치 사건(교토 사건, 도쿠시마현 교조 사건 등)과 유사한 영향을 줄 목적, 즉 재일코리안에 대한 적대 의식, 차별 의식을 확산 시키는 목적으로 한 의도적인 전략이었다고 평가되어야 한다.

이상과 같이, 본 발언을 표현 그 자체 뿐만 아니라 구체적 사실관계, 배경을 바탕으로 전체적인 문맥 안에서 분석한다면, 본건 발언의 목적은 납치사건의 해명이 아니라 오히려 과거의 범행과 마찬가지로 재일코리안에 대한 차별이었다고 인정되어야 한다.

#### (4) 소결

이상과 같이 본건 범행은 피고인이 주범으로서 관여한 과거 일련의 혐오 범죄/혐오 발언 사건의 연장선상에 위치하는 것이며, 조선학교와 범죄를 연결시켜 라벨링 하고, 나아가 이를 일본 사회의 관심사인 납치 사건과 연관시킴으로써 나아가 일본 사회를 자극하여 재일코리안에 대한 차별을 조장하고 선동할 의도를 가지고 있었다고 해야 한다.

따라서 본 건에 있어서 “공익” 목적이 인정될 수 없다.

### 3. 본 판결의 문제점 - 양형의 오류

일본 정부는 2010년 인종차별철폐조약에 근거하여 설립된 유엔 인종차별철폐위원회에서 일본의 형사 법정이 “인종적 동기(racial motivation)”를 고려하지 않는다는 질문에서 “인종차별주의적 사건에서는 재판관이 종종 그 동기를 ...양형에 반영” 한다고 답변한 바 있다. 이에 따라 인종차별철폐위원회는 일본 정부에 대해 “중오적 및 인종주의적 (racism) 표명에 대처하는 추가적인 조치, 특히 ... 관련된 헌법, 민법, 형법의 규정을 효과적으로 실시할 것을 확보할 것”을 요구했다.<sup>16</sup>

이와 같이 일본 정부 자신이 그 답변에서 형사사건의 양형 과정에서 범죄의 동기가 인종차별에 해당한다는 점은 형량을 가중시키는 요인이 된다는 것을 인정하고 있으며, 인종차별철폐조약이 법의 해석 적용에 직접적인 영향을 미친다는 것을 인정하고 있다.

본건은 2009년 이후 연달아 일어난 가두 차별 활동의 연장선상에 있고, 동종의 중오 범죄를 반복, 계속한 것임으로, 위법성이 특히 높다.

아울러 피고인의 범죄 동기는 재일코리안에 대한 차별을 조장하는 것이므로 형량이 가중되어야 한다. 그런데 오히려 본 판결은 ‘공익’ 목적을 인정한 것을 양형에도 영향을 주었다. 구체적으로는 양형 판단 이유 중에

서, 피고인은 "공공성이 높은 사안에 대해, 공익을 도모할 목적으로, ... 자신의 주장을 펼치는 가운데 명예훼손에 해당하는 표현 행위에 이른 것으로, 이 점은 상응하게 고려해야 할 사정이라 할 수 있다"라고 하여 양형의 참작사유로 판단했다. 즉, 차별 목적의 평가를 오인한 것으로 인하여 형량을 가중시키기는커녕, 반대로 경감하는 방향으로의 평가를 이끌어낸 것이다.

이러한 이유로, 벌금 50만 엔이라는 양형은 너무나 가볍고 부당하다.

### 4. 공정한 재판의 실현을 위하여

피고인의 법을 무시하는 태도는 상습적이고 의도적인 것으로, 일본 내에 포괄적 차별금지법 내지 혐오범죄/혐오표현에 대처하는 실효적인 법체계의 결핍이라는 상황을 이용한, 일본의 사법 제도에의 도전이라고도 말할 수 있다.

공익 목적과 차별 목적은 양립하지 않는다. 혐오범죄 사건에서는 차별 동기가 있는지 여부가 먼저 판단되어야 하며, 차별목적이 인정되는 경우 자동적으로 ‘공익’ 목적은 없다고 인정되어야 한다. 혐오범죄 사건에서는 형사소송의 인정 절차 자체가 바뀌어야 한다.

본 사건에서 피고인은 ‘공익’ 목적의 증명을 위해 수백에 이르는 자료들을 내놓았고 그 편견에 찬 자료들에 판사들까지도 세뇌되고 말았다. 한

<sup>16</sup> UN 인종차별철폐위원회 “1988회 제3차 회의 요약 기록” - 협약 제9조에 따라 해당 국가가 제출한 보고서, 논평 및 정보의 고려- 제3차~ 제6차 일본 정기 보고서, 19단락 이하 (CERD, 25 Feb 2010, “summary record of the 1988th meeting” - consideration of reports, comments and information submitted by State parties under article 9 of the Convention, Third to sixth periodic reports of Japan(CERD/C/SR,1988),para19.

편, 검사는 그에 대해서 제대로 반론을 하지 않았다.<sup>17</sup> 피해자 참여가 보장되지 않은 사건에서 혐오의 피해 당사자들은, 법정에서 피고인이 내놓거나 진술하는 내용을 통해 2차 피해를 입기도 한다. 그 때문에 고소 자체를 주저하기도 한다.

혐오범죄는 살인과 유사하게 피해자들의 민족적 자존심을 짓밟고 허물어 영원히 지워지지 않은 마음의 상처를 주는 범죄임에도 불구하고, 피해자들은 법정에서 침묵할 수 밖에 없다. 너무나도 억울하고 분한 법정이다. 혐오 범죄 사건에서 ‘차별’ 목적의 여부는 소극적 구성요건 혹은 숨은 구성요건이라고 해야 될 것이다. 그런 관점을 가져야 공정한 재판의 실현이 가능하다.

현행 형법 체계 하에서도 일본 정부는 인종차별철폐조약위원회에 답변한대로 차별적 동기에 의한 범죄에 대해서는 양형을 가중시켜 적절한 법운용을 이뤄야 한다.

## 5. 마지막으로

필자는 2009년, 2010년, 2017년에 습격을 받은 피해 초등학교의 졸업생이다. 그 당시부터 재일코리안, 특히 조선학교 아동들에 대한 차별과 편견은 심했다. 한반도 정세가 부정적으로 보도될 때마다 통학 길에서 ‘죽어라, 나가라, 돌아가라’ 따위 폭언은 흔했고, 심지어 전철을 타려는 내 머리카락을 잡아당기는 폭행도 있었다.<sup>18</sup> 그래도 당시에는 숨어가며 개개인

<sup>17</sup> 일본 형사소송법상 피해자가 형사소송 절차에 관여할 수 있는 것은 살인 등 일부 범죄에 불과하다.

<sup>18</sup> 1994년 내지 2000년을 전후하여, 조선학교 여학생들이 교복으로 입는 치마저고리를 칼질하는 사건들도 있

이 별이는 행위에 머물렀다. 오늘날은 어떤가. 차별을 목적으로, 당당히 조직을 갖추고 인터넷에서 참가자를 모집하여 혐오를 퍼뜨리고 확산시키며, 이로 인하여 경제적 기반까지 얻고 있다. 인터넷상에 머무는 차별적 댓글들로 인하여 재일코리안들은 SNS·인터넷 이용을 꺼리기 시작했다는 있다는 통계도 있다.<sup>19</sup>

복합 차별(intersectionality)이란 개념에서도 드러나듯, 가장 심각한 차별은 소수자 배경을 여러 개 복합적으로 지닌 자들 - 예를 들어 소수자/아동/여자 등 가장 약한 입장에 놓인 자들 - 에게 나타난다. 그리고 이는 점차 퍼져간다. 현재 일본에서는 조선학교 아동/여학생, 나아가 재일코리안 전체, 한국인 전체에 대한 혐오/증오가 증가하고 있어 위기적 상황에 있다. 그 배경에는 일본 정부가 과거를 인정하지 않고 역사관을 바로 잡지 못하고 있는 현실이 있다.

그러한 가운데, 2020년 9월 11일자 민변 성명<sup>20</sup>은 차별과 혐오에 고통받고 절망하는 피해 당사자와 많은 재일코리안들에게 큰 힘과 희망을 안겨 주었다. 앞으로도 민변이 일본의 인권 침해 상황에 큰 관심을 가져 주시기를 요청한다.

었다. 이런 사건들 때문에 조선학교 제복이 치마저고리가 아닌 일반 제복으로 바뀌게 되었다.

<sup>19</sup> 일본 총무성 “재일외국인의 ICT 이용상황등에 관한 조사연구 보고서”(2016년3월) (總務省「在日外国人のICT利用状況等に関する調査研究報告書」)

<sup>20</sup> 민변 성명, “조선학교 헤이트스피치 사건 - 국제인권법에 부합하는 오사카 고등재판소의 판결을 기대한다.”

국제연대 2

## 미국 내 경찰 폭력 및 집회 탄압 상황으로 살펴본 코로나19 시대의 인종차별

박예안

### I. 들어가며

지난 2020년 5월 25일, 흑인인 조지 플로이드가 미네소타주 미니애폴리스 경찰에 의해 체포되는 과정에서 사망하는 사건을 계기로 경찰의 흑인에 대한 과도한 공권력 사용과 그를 용인하는 사법체계의 부당함에 항의하는 시위가 미국 전역으로 퍼져나갔다.<sup>1</sup>

미국에서 벌어지는 소수인종, 특히 흑인에 대한 경찰의 공권력 남용은 그리 새로운 일은 아니다. 아래에서 살펴볼 조지 플로이드의 죽음 이전에도 흑인이 체포 과정에서 경찰의 과잉진압으로 사망하거나 크게 다친 사건은 그간 비일비재하게 벌어졌다. 일례로 2015년 이후 지금까지 약 5,400여 명이 경찰의 총격 때문에 사망했는데, 인구비율을 고려하면 흑인이 경찰의 총격에 사망한 비율은 백인과 비교하면 2.5배, 비무장 상태에서 경찰

<sup>1</sup> BBC NEWS 코리아, “인종차별: 경찰에 목 눌러 질식한 흑인 사망 사건…분노 시위 확산”, 2020. 5. 29. (<https://www.bbc.com/korean/news-52845390>).

의 총격으로 사망한 비율은 무려 4배 이상 높았다.<sup>2</sup>

소수인종에 대한 경찰의 과도한 공권력 사용에 항의하는 시위 또한 새로운 현상은 아니다. 그러나 조지 플로이드의 죽음이 가져온 사회적 반향과 항의시위의 규모, 그리고 그 범위는 이전 시위들과 차원이 다르게 광범위하고 다양한 인종을 포섭하는 양상을 보이고 있다. 어떤 이유로 과거의 경찰 폭력 반대 시위는 전국적으로 확대되지 못했던 반면, 조지 플로이드의 죽음은 이처럼 큰 사회적 반향을 일으키는 것인지를 이해하기 위해 먼저 미국 경찰의 과도한 공권력 사용이 용인됐던 제도적 배경과 미국 사회에 만연한 구조적 인종차별 문제를 살펴보고, 특히 코로나19라는 특수한 상황이 인종차별이라는 오래된 문제에 어떤 영향을 미쳤는지를 간략하게나마 살펴보고자 한다.

## II. 미국 내 인종차별과 경찰 폭력의 역사

### 1. 소수인종에 대한 경찰의 공권력 남용

#### 가. 경찰 폭력의 역사

1968년 마틴 루터 킹 목사가 암살된 이래, 흑인 인권 운동은 미국 사회에서 흑인이 경험하는 사회경제적 차별과 더불어 흑인을 잠재적 범죄자로 취급하는 경향에 저항하면서 대도시를 중심으로 폭력적인 형태로 펼

<sup>2</sup> The Washington Post, "Police Shootings database 2015-2021", 2021. 3. 28. (<https://www.washingtonpost.com/graphics/investigations/police-shootings-database/>).

쳐졌다. 언론과 주 정부 경찰은 이러한 흑인의 저항을 폭동, 반란이라 지칭하며, 흑인의 인권 회복 운동을 법과 질서를 해치는 범죄로 정의했다. 이러한 분위기 속에서 연방정부는 1968년 '각종 범죄 단속 및 길거리 치안법 (Omnibus Crime Control and Safe Street Act)'을 제정한다.<sup>3</sup> 이 법을 근거로 하여 연방 정부는 경찰에게 베트남 전쟁에서 남은 무기를 제공하고 (9/11 테러사태 이후에는 장갑차 등 군대 수준의 무기를 제공하였다), 흑인 사회에 대한 치안 유지 활동과 감시를 강화하였으며, 경찰관들이 폭동 진압 훈련을 받도록 하였다. 또한 해당 법안은 경찰의 무력을 월등히 강화하였을 뿐 아니라, 흑인 사회를 법과 질서를 해치는 집단으로 규정하는 효과를 가져왔고, 이는 흑인에 대한 경찰의 불심검문 등 차별적인 공권력의 사용을 정당화하는 계기가 되었다.

#### 나. 경찰 폭력을 가능케 한 주요 판결

미국대법원의 판결은 법률의 해석에 있어 거의 절대적인 권위를 갖는데, 이처럼 강력한 영향력을 가진 대법원의 판결 또한 경찰이 흑인을 대상으로 차별적이고 과도한 경찰력을 사용하는 것에 대한 법적 근거를 제공하였다. 미국대법원은 1968년 테리-오하이오 판결에서 경찰이 명확한 체포 사유가 없더라도 범죄를 저질렀거나 저지를 것이라는 합리적 의심이 있다면 길거리에서 용의자를 불심 검문할 수 있다고 판시하였다.<sup>4</sup> 이 판결은 '깨진 유리창' 이론과 더불어 경찰이 흑인 등 소수 인종을 대상으로 과도한 경찰력을 사용하는 데 일조하였다.

<sup>3</sup> U.S. Dept. of Justice, 『Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 42 U.S.C. §3789D』

<sup>4</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)

미국대법원은 또한 1982년 할로우-핏제럴드 판결을 통해 공무원들은 “상식적으로 알만한 명확히 수립된 법 또는 헌법적 권리를 위반하지 않는” 공무 중 행위로 기소되지 않는다고 판시하였다.<sup>5</sup> 이 판결은 “명확히 수립된 법”과 “헌법적 권리”를 위반할 경우 기소될 수 있다는 점에서 공무원의 과도한 공무 집행을 제한하고자 하였다.

하지만 미국대법원은 2009년 피어슨-캘러한 판결에서 “헌법적 권리 위반”에 대한 고려 없이 “명확히 수립된 법”에 따라 면책특권을 부여하도록 판시하였다.<sup>6</sup> 따라서 판례가 없으면 명확히 수립된 법이 없는 것이며 법적 책임도 없다는 논리가 만들어졌다.

위에서 언급한 미국대법원의 판결들은 흑인에 대한 경찰의 불심검문을 정당화하고, 경찰이 과도하게 공권력을 사용하더라도 기소를 어렵게 했다는 점에서 중요한 의미가 있으며, 실제로 2009년 피어슨-캘러한 판결 이후 경찰의 과도한 공권력 사용에 대해 소송을 제기하는 것이 훨씬 어려워졌다.

## 2. Black Lives Matter 운동의 역사와 배경

### 가. 플로이드 사건의 내용과 전개

2020년 5월 25일, 담배를 사기 위해 20달러짜리 위조지폐를 사용하려는 손님이 있다는 한 상점 종업원의 신고가 접수되었다. 신고를 받고 출동한

<sup>5</sup> *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982)

<sup>6</sup> *Pearson v. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009)

경찰은 용의자로 지목된 플로이드가 자신의 차 안에 있는 것을 발견했다. 경찰에 따르면 플로이드는 자신을 끌어내려는 경찰관들에게 물리적으로 저항하다가 수갑이 채워졌다고 하지만, 이후 8분이 넘도록 목을 무릎으로 압박한 경찰의 행위 때문에 결국 사망하고 만다.<sup>7</sup> 이 사건은 많은 면에서 2014년 뉴욕 경찰의 가혹 행위로 숨진 흑인 남성 '에릭 가너(Eric Garner)' 사건과 유사한데, 당시 미국에서는 경찰의 가혹 행위에 항의하는 전국적인 시위가 일어났으며, 'Black Lives Matter(흑인 생명도 소중하다)' 캠페인 또한 이 사건을 계기로 시작되었다.<sup>8</sup>

조지 플로이드의 죽음이 미국 사회에 던지는 파장은 컸다. 그가 죽어가는 과정을 담은 동영상을 통해 사람들은 경찰이 흑인을 같은 공동체의 구성원으로서가 아닌, 잠재적 범죄자이자 제압하고 단속해야 할 대상이라고 보고 있다는 것을, 또한 비무장 상태인 사람도 진압 과정에서 경찰에 의해 죽임을 당할 수 있다는 사실을 생생히 보게 되었다. 그동안 미국 경찰은 공권력의 남용이 분명한 사건에서조차도 정당한 법의 집행이라는 명분을 면죄부 삼아 처벌을 피한 경우가 많았다. 더불어 “경찰은 정의의 수호자이며, 흑인은 잠재적 범죄자다”라는 고정관념이 언론, 드라마, 범죄소설 등을 통해 재생산되고 강화되는 과정을 통해 많은 미국인들은 흑인에 대한 인권침해에 주목하기보다는 경찰의 법 집행을 지지해 온 것도 사실이다. 하지만 조지 플로이드의 영상은 미국 사회가 그간 흑인 인구가 느껴온 공권력에 대한 공포를 간접적으로 경험하고 공감할 수 있는 계기가 되었으며, 이것이 이번 시위의 양상이 이전과는 달라지게 하는 데 큰

<sup>7</sup> Rachael D'Amore, “George Floyd: What we know about the arrest, video and investigation”, Global NEWS, 2020, 6, 1, (<https://globalnews.ca/news/7010572/george-floyd-arrest-explained/>).

<sup>8</sup> “Eric Garner dies in NYPD chokehold”, History.Com, 2020, 7, 15, (<https://www.history.com/this-day-in-history/eric-garner-dies-nypd-chokehold>).

역할을 했다고 할 것이다.

지난 4월 19일, 조지 플로이드 사건에 연루된 네 명의 경찰관에 대한 1심 판결 또한 인종차별적인 공권력 남용을 대하는 미국 사회의 변화를 보여 주는 바가 크다. 12명의 대배심은 조지 플로이드를 사망에 이르게 한 데릭 쇼빈의 2급 살인, 3급 살인, 2급 과실치사 혐의 모두에 대해 유죄 판결을 내렸다.<sup>9</sup> 앞서 말한 것처럼 경찰이 직무 집행 중 벌어진 사망으로 기소된 것은 그 사례를 찾아보기 어렵다. 한 연구에 따르면 미국에서 매년 약 1000여 명의 사람들이 경찰 총격으로 사망하는데 반해, 해당 경찰이 고소·고발된 경우는 사망 사건의 2%에도 미치지 않는 극소수에 불과하다고 한다. 지난 2005년 이후 경찰이 살인 혹은 과실치사 혐의로 체포된 사건은 140건에 불과하며, 이중에서도 대부분은 형사 절차 과정에서 기각되거나 무죄 판결이 내려졌으며, 유죄 판결을 받은 44건 중에서도 살인죄가 인정된 경우는 7건에 불과했다.<sup>10</sup> 즉, 현재까지 사법적 결론에 도달한 경찰의 공권력 남용 사건 중 살인죄로 유죄 판결을 받은 비율은 겨우 7%에 지나지 않은 것이다. 이 때문에 데릭 쇼빈에 대해서도 유죄 평결이 쉽지 않으리라는 전망이 많았던 만큼, 이번 유죄 평결은 경찰 공권력 남용에 대한 새로운 이정표가 될 것으로 보인다.

## 나. 사회 구조적 인종차별

항의시위를 확대하는 또 다른 중요한 맥락은 미국 사회에 존재하는 흑

인에 대한 구조적 차별이다. 이러한 구조적 차별을 보여 주는 실례로서 수감자의 인구 구성을 들 수 있다. 먼저 미국 전체 인구 십만 명당 수감자 수는 733명인데 반해, 흑인은 인구 십만 명당 수감자 수가 2306명에 달한다.<sup>11</sup> 이는 같은 조건의 백인에 비해 5배에 달하는 수치이다. 또한, 흑인에 대한 경제적 차별도 심각한 것을 볼 수 있는데, 예를 들어, 2020년 인구조사 자료에 의하면 백인의 7.3%가 빈곤층으로 구분되는 반면, 흑인은 18.8%가 빈곤층에 속한다.<sup>12</sup> 이처럼 현재 진행되고 있는 항의시위는 비단 경찰의 과도한 공권력 사용에 대한 저항일 뿐 아니라 구조적 차별에 대한 저항이기도 할 것이다.

앞서 본 바와 같이, 조지 플로이드는 체포될 당시 100% 비무장 상태였으며, 체포되는 과정에서도 경찰의 요구에 순응했다. 게다가 조지 플로이드에 대한 혐의 역시 무장 강도 등의 강력범죄가 아니라 위조수표 사용이었다. 경찰이 무력을 사용해 용의자를 제압하는 것은 범행이 진행 중이거나, 혹은 경찰의 지시에 불응하고 난동을 피우는 사람에게 한정되어야 하며, 설사 혐의가 명백한 경우라 해도 현행범이 아니거나 경찰의 지시에 순응하면 수갑을 채워 경찰서로 연행하는 것이 원칙이다. 그러나 이번 사건으로 기소된 경찰인 데릭 쇼빈은 플로이드가 완전히 제압된 상태였음에도 그가 숨을 멈출 때까지 계속하여 자신의 무릎으로 플로이드의 목을 눌렀으며, 이처럼 경찰이 명백하게 공권력을 남용하며 법 집행을 빙자한 살인을 하는 과정이 현장에 있던 사람들에게 의해 촬영되어 CNN 등 지상파는 물론 유튜브와 각종 소셜 미디어를 통해 널리 퍼짐으로써 인종을 떠나

<sup>9</sup> "Derek Chauvin found guilty of all three charges for killing George Floyd", CNN, 2021. 4. 21. (<https://edition.cnn.com/2021/04/20/us/derek-chauvin-trial-george-floyd-deliberations/index.html>).

<sup>10</sup> "Chauvin guilty verdict is rare instance of police murder conviction", Financial Times, 2021. 4. 21. (<https://www.ft.com/content/5330df1c-d716-461e-b25d-b171bd3a6e4f>).

<sup>11</sup> "Criminal Justice Fact Sheet", NAACP (<https://www.naacp.org/criminal-justice-fact-sheet/>).

<sup>12</sup> John Creamer, "Inequalities Persist Despite Decline in Poverty for All Major Race and Hispanic Origin Groups", U.S. Census Bureau, 2020. 9. 15. (<https://www.census.gov/library/stories/2020/09/poverty-rates-for-blacks-and-hispanics-reached-historic-lows-in-2019.html>).

국제사회에 분노를 일으키게 되었다.

### III. 2020년, 코로나19 그리고 인종차별

#### 1. 코로나19가 인종차별에 미치는 영향

플로이드 사건을 필두로 근래 들어 미국 내 인종주의는 더 힘을 받고 있다. 이의 원인으로는 트럼프 전 대통령이 공공연하게 지지한 백인 우월주의에 더해 코로나19의 영향도 큰 것으로 보인다. 2020년을 지나며 코로나19의 영향에서 자유로울 수 있는 사람은 없었지만, 그로 인한 파괴적 영향력이 모든 인종에게 동일한 정도로 나타나지는 않았음을 주목할 필요가 있다.<sup>13</sup>

미국은 전 세계적으로도 코로나19 확진자와 사망자 수가 높는데, 특히 인구수 대비로 볼 때 상대적으로 열악한 사회경제적 환경에 있는 흑인의 피해가 큰 것으로 나타났다. 미국 질병통제예방센터(Centers for Disease Control and Prevention, CDC)의 인종별 코로나19 환자 분포 조사 결과에 따르면 미국 내 흑인의 비율은 18%인데 반해, 코로나19 확진으로 입원한 환자 중 흑인의 비율은 33%에 달한다. 또한, 흑인 인구비율이 전체 인구의 32%를 차지하는 루이지애나주의 경우, 2020년 4월 기준 루이지애나주 전체 코로나19 사망자의 65%가 흑인이었다.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Eli Rosenberg, "An undercurrent of the protests: African Americans are struggling more economically from this pandemic", The Washington Post, 2020. 6. 2. (<https://www.washingtonpost.com/business/2020/06/01/coronavirus-impact-black-communities-protests/>).

<sup>14</sup> 전홍기혜, "미국의 민낯, 사망자 70%가 흑인...집단 매장되는 무연고 시신", 프레시안, 2020. 4. 1. (<https://www.pressian.com/pages/articles/2020041221002946031#0DKU>).

이러한 불균형한 영향에는 세 가지 이유가 있다. 첫째는 이들이 타 인종과 비교하면 수용 시설을 포함하여 더 열악한 지역이나 주거 환경에서 거주할 확률이 높기 때문에 자가격리 등 적절한 조치를 취하기 어렵다는 것, 둘째는 빈곤으로 인하여 코로나19의 감염 위험에도 불구하고 재택근로라는 선택지를 갖지 못한 경우가 많다는 것, 끝으로 기존의 경제적 불평등으로 인해 당뇨, 고혈압 등의 기저질환이 있는 경우가 흑인 인구에 더 많다는 점이다.<sup>15</sup> 이 세 가지 요인들, 즉 열악한 주거 환경, 업무 환경, 기본 건강상태 및 낮은 치료 접근성은 흑인들이 코로나19의 확산과 지속으로 인해 받는 경제적 타격, 건강 악화와 사망률을 더욱 높이는 악순환을 가져왔다.<sup>16</sup> 피해자인 조지 플로이드 또한 코로나19의 여파로 실직 상태였으며, 기저질환이 있었고, 사후 부검에서 코로나19 양성이었다는 것이 밝혀진 바 있다.

대유행과 관련된 경제 위기는 소수인종들에게 특히 파괴적이었다. 2020년 3월과 4월에 코로나19 확산을 막으려는 봉쇄조치로 인해 실업률이 치솟았을 때도 흑인의 실업률이 타 인종보다 훨씬 높았으며, 일자리 상황이 개선된 이후에도 인종 간 격차는 여전하다. 2021년 1월 현재 미국의 인종별 실업률은 흑인이 9.2%로 가장 높았고, 백인의 실업률은 5.7%였다.<sup>17</sup> 또한, 재택근무가 가능한 직종에 근무하는 비율도 흑인의 경우 현저히 낮다. 이에 대한 가장 최근의 노동통계국 자료는 2017-2018년 자료인데, 코

[www.pressian.com/pages/articles/2020041221002946031#0DKU](https://www.pressian.com/pages/articles/2020041221002946031#0DKU).

<sup>15</sup> Akilah Johnson and Talia Buford, "Early Data Shows African Americans Have Contracted and Died of Coronavirus at an Alarming Rate", ProPublica, 2020. 4. 3. (<https://www.propublica.org/article/early-data-shows-african-americans-have-contracted-and-died-of-coronavirus-at-an-alarming-rate>).

<sup>16</sup> Inequality, "Facts: Racial Economic Inequality", 2021. 3. (<https://inequality.org/facts/racial-inequality/>).

<sup>17</sup> Congressional Research Service, "Unemployment Rates During the COVID-19 Pandemic: In Brief", 2021. 1. 12. (<https://fas.org/spp/crs/misc/R46554.pdf>).

로나19의 확산 이전의 수치로 볼 때, 흑인의 19.7%만이 재택근무가 가능한 직장에서 일한다는 것을 보여 준다.<sup>18</sup> 이러한 격차는 흑인이 더 큰 바이러스 위험에 노출되어 있는 현실을 설명해 준다 할 것이다.

## 2. 코로나19와 Black Lives Matter 운동

시기적으로 코로나19의 확산과 그에 따른 사회적 거리 두기 정책의 강화로 인한 실업률 상승, 혼란스러운 정부 정책 등은 특히 미국의 흑인 인구에 경제적 어려움과 의료 공백이라는 두 가지 어려움을 더욱 증폭시키는 결과를 가져왔고, 이러한 상황에서 백인 경찰의 폭력에 의해 흑인 조지 플로이드가 사망하는 사건이 벌어지자 미국 전역으로 인종차별 반대 시위가 퍼져나갔다. 기존 시위의 규모와는 비교할 수 없는, 백인을 포함한 전국 규모의 시위대는 사실상 코로나19로 인한 최악의 실업률, 그동안 켜켜이 쌓여온 인종차별과 빈부 격차와 같은 미국 자본주의 사회의 모순이 얼마나 심각한 수준에 도달했는지를 보여 준다 할 것이다.

코로나19는 기존에 존재하던 인종차별과 사회 구조적 차별을 더욱 악화시키며 인종과 계층에 따른 피해 정도의 차이를 극명하게 드러냄으로써 미국 시스템의 허점을 여실히 보여 주는 결과를 가져왔다. 즉, 코로나19를 통해 사람들은 그간 외면해왔던 잘못된 사회 구조 자체에 대해 들여다보기 시작했으며, 이러한 부조리한 사회 구조적 차별에 과잉진압이라는 형태로 나타나는 미국의 경찰 폭력(Police Brutality) 또한 포함되었다.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> 미국 노동통계청, “2021년 2월 고용현황자료”, 2021. 3. 5. (<https://www.bls.gov/news.release/pdf/empst.pdf>).

<sup>19</sup> Reza Nakhaie, “Black Lives Matter movement finds new urgency and allies because of COVID-19”, The Conversation, 2020. 7. 5. (<https://theconversation.com/black-lives-matter-movement-finds-new-urgency-and-allies-because-of-covid-19-141500>).

## 3. 아시아인에 대한 혐오로 번지는 양상

코로나19는 그간 축소되고 가시화되지 못했던 동양인 인종차별의 문제를 수면 위로 드러내는 계기가 되었다. 사실 동양인에 대한 인종차별이 코로나19로 인해 갑자기 생겨났다고 보기는 어렵다. 오히려 코로나19를 빌미로 삼아 그간 내재하여 온 사회 전반의 불안감과 위기의식이 더 약하고 만만하게 보이는 대상에 전가되는 현상이라 보는 것이 타당할 것이다. 다시 말해, 일견 요원해 보이는 코로나19의 방역과 백신 개발이라는 실질적 문제 해결의 노력보다는 감염병의 책임을 특정 집단에 전가함으로써 불안감을 해소하려 하는 과정에서 동양인에 대한 혐오와 차별이 정당화되고 가감 없이 표출되는 계기가 된 것이다.

세계보건기구(WHO)는 새로이 출현한 질병에 대해 질병이 나타난 지역이나 사람 또는 동물을 사용해 호명하지 않도록 권장하는데, 이와 같은 질병의 호명이 대중에게 편견과 혐오의 정서를 생성시켜 관련 지역의 사람들에게 대한 낙인효과를 불러올 수 있기 때문이다. 또한, WHO는 『코로나19와 관련된 사회적 낙인』(2020)에서 코로나19가 초래할 수 있는 사회적 낙인과 그에 따른 차별을 피하기 위한 미디어의 역할을 강조한 바 있다.<sup>20</sup>

그럼에도 불구하고 코로나19를 정치적으로 이용하려는 세력에 의해 아시아인에 대한 사회적 낙인이 강화했다고 볼 수 있는데, 예를 들어 미국의 트럼프 전 대통령은 코로나19를 “중국 바이러스”라 지칭하기를 고집하

<sup>20</sup> “Social stigma associated with COVID-19”, World Health Organization, 2020. 2. 24. (<https://www.who.int/publications/i/item/social-stigma-associated-with-covid-19>).

였고, 이는 전염병의 책임을 중국에 돌리며 반중 정서를 강화하는 결과를 가져왔다.<sup>21</sup> 즉, 중국인 혹은 중국인으로 보이는 개개인을 전염병과 연관시키고 이들에 대한 혐오 정서를 일으키게 한 것이며, 이는 미국 내에서 코로나19 사태가 본격화된 2020년 3월 이래 약 3800건의 아시안 인종에 대한 혐오범죄가 발생하게 된 것과 무관하지 않다고 보인다.<sup>22</sup>

#### IV. 마치며

2021년 3월 국내 일부 지방자치단체는 감염이 의심되는 사업장 내 밀접 접촉자 또는 노동자 모두를 대상으로 하지 않고, 외국인 노동자만을 분리/구별하여 진단검사를 강제로 받도록 한 ‘외국인 노동자에 대한 코로나 19 진단검사 행정명령’을 시행하려다 철회한 바 있다.<sup>23</sup> 행정명령의 인권 침해적 요소를 논하기에 앞서, 해당 지방자치단체의 행정명령서는 ‘불법 고용 외국인’, ‘불법체류 외국인’ 등을 반복하여 명시하였는데,<sup>24</sup> 이로 인해 ‘외국인’은 ‘코로나19 진단검사가 필요한 감염병 의심자’ 및 ‘불법을 저지른 범죄자’로 연관·인식되는 결과를 낳았고, 관련 뉴스에는 외국인에 대한 혐오 댓글이 달리기도 하였다. 2018년 유엔 인종차별철폐위원회는 우리나라에 대해 “유효한 허가 없이 당사국에 거주하는 이주민을 지칭하기 위해

공식 문서에서 사용되는 불법 이주자와 같은 비하적인 용어들은 이들에 대한 부정적 인식과 차별을 악화시킨다”라고 명시하며 그 사용을 철폐할 것을 권고하였는데, 이러한 권고의 필요성은 위 사례를 통해서도 충분히 알 수 있다.<sup>25</sup>

이처럼 재난 상황에서 특정 집단을 재난의 원인 혹은 확산 요인으로 특정하여 연결하는 것은 그 집단에 대한 부정적 인식과 차별을 야기할 수 있으며, 사회통합을 위한 바탕이 되는 상호 연대와 신뢰를 무너뜨릴 뿐 아니라, 인종 혹은 문화에 기반을 둔 혐오범죄로도 이어질 수 있다. 이런 맥락에서 볼 때, 미국의 트럼프 전 대통령이나 극보수층이 코로나19 바이러스를 ‘중국 바이러스’로 부르기를 고집하며 특정 집단을 재난의 원인과 결부시킨 것이 아시아인에 대한 혐오범죄, 나아가서는 각 인종과 문화별 반목을 키운 원인 중 하나였음은 부인할 수 없다.

코로나19를 통해 흑인, 아시아인에 대한 혐오뿐 아니라 우리 사회에 내재한 다양한 차별의 정서가 수면 위로 드러나게 됨과 동시에 이러한 부당한 차별에 대한 인식 또한 널리 퍼지게 되었다. 전 세계가 함께 맞서고 있는 코로나19 사태가 두려움 속에서 기존에 존재하던 인종차별과 혐오를 강화하는 위기가 될지, 아니면 재난의 극복을 위한 국제사회의 협력을 통해 서로에 대한 차별과 혐오를 극복하고 공동체 의식을 높이는 기회가 될지는 우리가 얼마나 인권의 가치를 정책적으로 그리고 문화적으로 실현해 나가느냐에 달려 있다고 할 것이다.

21 박현영, “트럼프 ‘중국 바이러스 책임 물어야’, 시진핑 ‘낙인찍기 거부’”, 중앙일보, 2020. 9. 23. (<https://news.joins.com/article/23879143>).

22 김혜리, “애틀랜타서 한인 4명 피격...아시안 대상 혐오범죄 급증 우려”, 뉴스플로우, 2021. 3. 22. (<http://www.newsflow.co.kr/news/articleView.html?idxno=843>).

23 허남설, “서울시 외국인노동자 검사 의무화 행정명령 철회...‘검사 권고’로 변경”, 경향신문, 2021. 3. 19. ([https://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=202103191734001](https://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202103191734001)).

24 “외국인 고용사업주 및 외국인 노동자 코로나19 진단검사 행정명령”, 경기도 공식 블로그, 2021. 3. 8. ([https://blog.naver.com/gyeonggi\\_gov/222268239570](https://blog.naver.com/gyeonggi_gov/222268239570)).

25 이광철, “유엔 위원회, 한국에 ‘포괄적 인종차별 금지법 제정’ 권고”, 연합뉴스, 2018. 12. 15. (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20181214168551088>).

## 입법제안

디지털성폭력방지법안 | 권호현

입법제안
<h1>디지털성폭력방지법안</h1>
권호현

## I. N번방 사태 이후 디지털 성폭력 관련 개정법령 개관

‘N번방 사태’ 이후, 디지털 성폭력과 관련하여 주로 개정된 법령은 아래와 같다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭법’) (2020. 3. 24., 5. 19. 2020. 10. 20.)

아동·청소년의성보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’) (2020. 5. 19., 6. 2., 12. 8., 2021. 3. 23.)

형법 (2020. 5. 19.)

범죄수익은닉규제법 (2020. 5. 19.)

전기통신사업법 (2020. 6. 2.)

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정통망법’) (2020. 6. 2.)

## II. 구체적 개정 부분 및 의의

### 1. 주요 차단 측면

#### 가. 명백한 불법임을 인식할 수 있도록 정의 규정 변경

- 1) 아동·청소년이용음란물 → 아동·청소년성착취물 [아청법 제2조 제5호]
- 2) 대상아동·청소년 → 성매매 피해아동·청소년 [아청법 제7호 삭제, 제6호 수정, 6의2 신설]

#### 나. 중대한 불법임을 인식할 수 있게 수요자 처벌 확대, 강화

- 1) 아동·청소년 성착취물 구입, 시청(신설)의 경우도 처벌(1년↑) 및 소지, 구입, 시청의 경우 벌금형 삭제, 형량 상향(1년↓ 또는 2천만원↓ → 1년↑) [아청법 제11조 제5항]
- 2) 성인 대상 성착취물 소지, 구입, 저장, 시청한 자 처벌 신설(3년↓ 또는 3천만원↓) [성폭법 제14조 제3항]
- 3) 허위영상물등 편집등을 한 자 처벌(5년↓ 또는 5천만원↓) [성폭법 제14조의2 제1항]
- 4) 아동·청소년 성착취물 제작, 유포, 소지, 시청, 성매수 등 범죄자도 신상공개, 신상고지 대상자로 확대 [아청법 제49조 제1항 제1호, 제50조제1항제1호]

종전 : 아동·청소년대상 ‘성폭력 범죄’ (성착취물 제작, 성매수 등 불포함)

개정 : 아동·청소년대상 ‘성범죄’ (성착취물 제작, 소지, 유포, 성매수 등

### 포함)

#### 다. 기타 디지털 성범죄의 기초 범죄 내지 파생범죄 처벌 확대, 강화

- 1) 촬영물 등을 이용하여 협박 등을 한 자 처벌 신설(협박, 강요, 각 1, 3년↑, 상습범 가중) [성폭법 제14조의3]
- 2) 강간, 강제추행, 공중 밀집장소 추행 등 형량 상향, 벌금형 삭제 [성폭법 제3조, 제4조, 제6조, 제7조, 제11조, 제12조]
- 3) 미성년자의제강간 연령 상향(만13세 → 만16세) [형법 제305조]
- 4) 미성년자의제강간 공소시효 배제 [성폭법 제21조]
- 5) 예비, 음모 처벌 [형법 제305조의3, 성폭법 제15조의2]
- 6) 피해자가 장애아동·청소년이면 1/2 가중처벌 [아청법 제13조 제3항]

#### 라. 아동·청소년 대상 디지털 성범죄 수사의 특례 규정 신설(제25조의2 내지 7, 2021. 9. 24. 시행)

- 1) 디지털 성범죄 수사 시 신분 비공개하고 범죄현장 또는 범인으로 추정되는 자들에게 접근하여 범죄행위의 증거 및 자료를 수집할 수 있도록 규정하였다(제25조의2 제1항).
- 2) 영장 청구 절차와 동일하게 사법경찰관리는 검사에게 신분위장수사에 대한 허가를 신청하고 검사가 법원에 그 허가를 청구하며, 법원은 그 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 신분위장 수사를 허가하고 이를 증명하는 서류(허가서)를 신청인에게 발부하도록 하였다(제25조의 3 제3, 4, 5항).

3) 긴급체포와 동일하게 긴급을 요하는 경우 법원의 허가 없이 신분위장수사를 할 수 있으나, 개시 후 검사에게 허가를 신청하여야 한다 (제25조의4 제1, 2항).

마. 소결 - 성착취물 수요 차단 측면 법 개정의 의의

‘음란물’이라는 단어를 ‘성착취물’로 개정된 것은 아동·청소년 관련 성적 영상물 제작 등과 관련된 범죄가 단순히 음란물 제작 수준의 경미한 범죄가 아니라, 성착취·학대가 포함된 중대한 범죄에 해당한다는 것을 천명하였다는 점에서 의의를 가진다.

또한, 피해자가 아동·청소년인지를 묻지 않고 모든 성착취물의 구입·시청 시 처벌 규정을 신설한 점, 이를 포함해 시청의 경우까지 그 형량을 대폭 강화하고 벌금형을 삭제한 점, 신상공개·고지의 대상 범죄를 성착취물 제작, 소지 등, 성매수 등의 경우까지로 확대한 점 또한 성착취물 수요 억제 측면에서 의미 있는 개정이라 평가할 수 있다.

마지막으로 허위영상물 등을 편집, 가공하는 행위(이른바 ‘딥페이크’), 촬영물 등 이용 협박 등에 관한 처벌 규정을 신설한 점은 지난 수년간 폭증한 새로운 유형의 성범죄에 대한 입법 공백을 메우기 위한 것으로 긍정적으로 평가된다.

2. 공급 억제 측면

가. 성착취물 제작, 유포 등 공급 행위 처벌 확대, 강화

- 1) 성착취물 제작(촬영) 행위 법정형 상향(5년↓의 징역 또는 3천만원↓ → 7년 ↓ 또는 5천만원 ↓) [성폭법 제14조 제1항]
- 2) 허위영상물등 편집등으로 제작한 자 처벌 신설 (5년↓ 또는 5천만원 ↓) [성폭법 제14조의2제1항]
- 3) 성착취물 유포 행위 법정형 상향(5년↓의 징역 또는 3천만원↓ → 7년 ↓, 5천만원↓) [성폭법 제14조 제2항]
- 4) 허위영상물등 편집등 하여 유포한 자 처벌 신설(5년↓ 또는 5천만원 ↓) [성폭법 제14조의2 제2항]
- 5) 아동·청소년 성착취물 유포 행위 법정형 상향, 벌금형 삭제(7년↓ 또는 5천만원 ↓ 벌금 → 3년↑) [아청법 제11조 제3항]
- 6) 아동·청소년 성착취물 유포의 범위에 광고, 소개 추가하여 처벌 범위 확대 [아청법 제11조 제3항]
- 7) 성착취물 영리 목적 유포 시 가중 처벌 [성폭법 제14조 제3항, 제14조의2 제3항, 아청법 제11조 제2항]
- 8) 성착취물 제작 유포 등 상습범 1/2 가중 처벌 신설 [성폭법 제14조 제5항, 제14조의2 제4항, 아청법 제11조 제6항]

나. 범죄수익 추징 범위 확대, 신상공개 및 고지 대상 범죄 확대

- 1) 아청법, 성폭법 위반 성착취물 제작, 유포의 경우 범죄수익 몰수 가능성 확대 [범죄수익은닉규제법 제10조의4]

2) 아동·청소년 성착취물 제작, 유포, 소지, 시청, 성매수 등 범죄자도  
신상공개, 신상고지 대상으로 확대 [아청법 제49조 제1항 제1호, 제  
50조제1항제1호]

#### 다. 소결 - 성착취물 공급 측면 본 개정의 의의

성착취물의 제작, 유포 등 디지털 성범죄는 피해 확산의 속도와 범위가  
전통적 의미의 성범죄에 비할 수 없고, 피해 회복이 사실상 불가능하다  
는 특성이 있으며, 나아가 디지털성범죄는 나날이 기업화·조직화되고 있  
다. 이러한 측면을 감안하여 새로운 행위태양(편집, 광고, 소개 등)을 범죄  
로 규정하고 법정형을 상향한 것이며, 영리 목적이 있을 경우 및 상습범  
가중 규정을 신설한 것은 성착취물의 제작, 유포 등 공급 측면에서 산업  
화를 방지하고 공급자에게 위하 효과를 강화한다는 측면에서 의의를 찾을  
수 있다.

### 3. 시장 규제 측면

#### 가. 웹하드 카르텔 방지 위한 주식 소유 제한, 위반 시 과태료

특수유형부가통신사업자(웹하드 등)의 모니터링, 삭제 등 사전·사후  
조치를 제3자에게 업무수탁하는 경우, 그 제3자의 주식 소유를 제한하였  
으며[전기통신사업법 제22조의3 제6항], 위반시 5천만원 ↓ 과태료 [제104  
조 제1항 제2호]

위와 같이 개정함으로써 웹하드 사업자가 성착취물 및 그 관련 정보의

모니터링, 필터링, 삭제 업무 등을 수탁한 제3자와 지분관계에 있지 못하  
도록 하였다.

#### 나. 성착취물 유통방지를 위한 사업자의 의무 정비 (이하 표시 없을시 전 기통신사업법 규정)

- 1) 사후적 조치의무(삭제·접속차단 등 유통방지 조치)의 확대, 강화
    - 가) 부가통신사업자(카카오톡, 라인 등 모든 메신저 포함)의 불법촬영물  
등 사후적 유통방지 의무 신설 [전기통신사업법 제22조의5 제1항]
    - (1) 웹하드 등 특수유형부가통신사업자도 조치 의무 대상으로 확대
    - (2) 조치의무 발생 요건 완화 : 명백히 인식한 경우 → 인식한 경우
    - (3) 조치대상의 범위 확대 : 종전 성폭법 제14조에 따른 촬영물등에 더  
하여 성폭법 제14조의2, 아청법 제2조 제5호에 따른 아동·청소년  
성착취물 포함
    - 나) 성착취물의 사후적 유통방지 책임자 지정 의무 신설 [정보통신망법  
제44조의9]
    - cf) 유통방지 책임자 업무 범위에 전기통신사업법 제22조의5 제2항 소  
정의 사전적 유통방지를 위한 조치 부존재
    - 다) 투명성 보고서 제출의무 신설 [정보통신망법 제64조의5]
- 정보통신서비스 제공자 중 일평균 이용자 수, 매출액, 사업 종류 등  
이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자에게 유통방지를 위해  
기울인 일반적인 노력(1호), 사후적인 불법 촬영물등의 신고, 삭제  
요청 등의 횟수, 내용, 처리기준 등(2호), 사후적인 삭제, 접속차단  
등 유통방지 필요 절차의 마련 및 운영 사항(3호), 책임자 배치 및  
내부 교육실시, 지원(4, 5호) 내용을 담은 보고서 제출 의무 부과

- 2) 사전적 조치의무(유통방지를 위한 기술적, 관리적 조치)의 확대, 강화
- 가) (카카오톡 등) 부가통신 사업자, 웹하드 등 사업자에게 불법촬영물 등의 유통 방지를 위해 대통령령이 정하는 기술적·관리적 조치의 무 부과 [제22조의5 제2항]
- 나) 위 기술적 조치 제거, 변경, 우회하여 무력화한 자 2년↓ 징역, 1억 ↓ 벌금 [제96조 6의2로, 제22조의5 제3항]
- 다) 사전적 조치의 운영 관리 실태 일정기간 자동 기록 및 보관 의무 [제22조의5 제4항]
- cf) 사후적 조치의 운영 관리 실태 보관의무는 카카오톡 등 부가통신사업자에 대해서는 없음(웹하드 등 사업자에게만 존재 [제21조의3 제3항])

### 3) 조치 의무 위반 시 제재

- 가) 사후적 유통방지 의무 불이행 시 과징금 부과 신설 - 삭제, 접속차단 등 사후적 유통방지 조치를 취하지 아니한 자에게 매출액 3%↓의 과징금 [제22조의6 제1항]
- cf) 사전적 유통방지 의무 불이행에 관하여는 과징금 부과 규정 부존재
- 나) 사전적 기술적·관리적 조치의무 불이행 시 과태료 5천만 원↓ [제104조 제1항 제3호]
- 다) 사전적 조치 운영관리 실태 기록 의무 위반, 사후적 조치 운영관리 실태 기록 의무 위반(웹하드 등의 경우만) 시 과태료 2천만원↓ [제104조 제3항 제1호, 제1의2호]
- 라) 주식 소유 제한 규정 위반(3의3), 사후적 조치(3의4), 사전적 조치(3의5) 미 이행하여 방통위가 요청한 경우 등록취소 [제27조 제3의3호, 제3의4호, 제3의5호]

- 마) 유통방지를 위한 사후적, 사전적 조치 미이행 시 형사처벌 - 3년↓ 또는 1억↓ 벌금 [제95조의2 제1의2호, 제1의3호]
- 바) 사전적 유통방지책임자 미지정시 과태료 2천만원↓ [정보통신망법 제76조 제2항 제4의4호]

### 다. 국외 사업자, 국외 발생 행위에 대한 법 적용 규정 신설

해외에 서버가 있는 사업자, 해외에서 발생한 행위의 경우도 규제 대상으로 포섭 [정보통신망법 제5조의2(국외행위에 대한 적용)]

### 라. 소결

디지털 성범죄 근절을 위해서는 성착취물 유통 통로인 온라인서비스제공자의 능동적 감시와 삭제, 신고 등 협조가 필수적이다. 이러한 측면에서, 관련 법령이 역외 적용규정을 신설하고 사전·사후적 조치 의무 및 위반 시 제재 규정을 신설, 확대한 것은 환영할 만하다고 평가된다.

## 4. 피해자 보호 및 지원, 신고 활성화 측면

### 가. 정의 개념 변경 및 보호처분 등 삭제

‘대상 아동·청소년’ → ‘성매매 피해 아동·청소년’ [아청법 제2조 제7호, 제6의2호]

대상 아동·청소년에 대한 소년부 송치, 보호처분 규정 삭제 [아청법 제39조, 제40조]

피해 아동·청소년을 선도의 대상에서 지원의 대상으로 변경 규정 [아청법 제5조 등]

#### 나. 진술 조력인(제25조 제3항)의 수사과정 참여

피해아동·청소년이 13세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현에 어려움이 있는 경우, 조력을 위하여 진술조력인을 수사과정에 참여할 수 있게 할 수 있도록 규정하였다.

#### 다. 수사, 재판 절차 등 관여 공무원 등의 피해자 사생활 등 보호 의무 신설(제25조 제1항)

수사기관과 법원으로 하여금 조사, 심리, 재판 과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 주의하여야 할 의무를 부과하였다.

#### 라. 소결 - 의의

구 규정은 피해 아동·청소년을 범죄자 및 소년법상 보호처분의 대상으로 규정하여 피해자들이 법률적, 의료적 지원을 받지 못하도록 하였고, 성착취의 피해에서 벗어나기 위한 신고 등을 어렵게 하였다. 개정법은 일시적으로 성착취의 굴레에 빠진 아동·청소년이 보다 신속하고 용이하게 사회에 복귀할 수 있게 한 것에 그 의의를 찾을 수 있으며, 이는 또한 성착취물의 제작 등 공급을 억제하는 데에도 기여할 것으로 평가된다.

### Ⅲ. 입법 미비점 - 개선 과제

#### 1. 수요 차단 측면

##### 가. 공통 - '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는' 문구의 변경 필요성

성폭법 제14조, 제14조의2 등의 규정은 촬영물, 편집물 등이 '자기 또는 타인의 성적 욕망'이나 '피해자의 수치심'을 유발하는 경우에만 처벌하도록 규정하고 있다. 그러나 누구나 자신의 신체가 의사에 반하여 성적인 맥락이 드러나도록 촬영되거나, 그 자신의 신체 등이 촬영된 영상물 등이 자신의 의사에 반하여 성적인 맥락이 담긴 영상물 등으로 편집되지 않을 권리를 가진다. 또한, 피해자가 성적 수치심을 느끼는 것이 범죄 성립의 기준이 된다고 보는 것도 타당하지 않다.

따라서 위 문구를 '영상물 등의 대상자의 의사에 반하여 대상자에게 상당한 손해를 초래할 수 있는 형태'로, 또는 '영상물 등의 대상자의 의사에 반하여 대상자를 성적으로 이용한 형태로' 등으로 수정할 필요가 있다.

##### 나. 성인 대상 성착취물의 '광고', '소개' 시 처벌 규정 부존재(성폭법 제14조 제2항, 제14조의2 제2항)

아청법 제11조 제2항, 제3항은 처벌 행위 태양 중 하나로 성착취물의 판매, 배포 등의 목적으로 '광고', '소개' 행위를 추가하였다. '광고', '소개' 행위는 '유포'의 행위 태양과 본질적으로 동일하거나 유포를 용이하게 하는 행위이므로 위와 같은 행위 태양의 추가로 처벌 범위를 확대한 것은 지

극히 타당한 개정이다.

그런데 성착취물의 피사체가 성인인 경우와 피사체가 아동청소년인 경우를 달리 취급할 이유가 없는데도 불구하고, 또 성폭법 제14조 제2항, 제14조의2 제2항은 위 아청법 제11조 제2항, 제3항 규정과 동일한 취지의 규정임에도 위 아청법 규정에 추가된 ‘광고’, ‘소개’의 행위태양이 제외되어 있다. 참고로, 성착취물 관련 처벌 규정의 법정형 중 가장 경미한 ‘시청’의 경우에도 피사체가 성인인 경우와 아동청소년인 경우를 모두 처벌하고 있다.

이러한 개정은 불법인 성착취물이 광고, 소개되어 그 수요가 확대되는 것을 막는 동시에 산업화, 조직화되고 있는 성착취물의 공급 억제 측면에서도 필요하다.

다. ‘반포등을 할 목적으로’ 문구 삭제 필요(성폭법 제14조의2 제1항)

제14조의2(허위영상물 등의 반포등) ① 반포등을 할 목적으로 사람의 얼굴·신체 또는 음성을 대상으로 한 촬영물·영상물 또는 음성물(이하 이 조에서 “영상물등”이라 한다)을 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집·합성 또는 가공(이하 이 조에서 “편집등”이라 한다)한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

누구나 자신의 얼굴 등이 담긴 영상물 등이 자신의 의사에 반하여 성적인 맥락이 담긴 영상물 등으로 편집되지 않을 권리를 보유하고 있다. 그러나 기술의 발전으로 인하여 편집 등의 과정을 거친 영상물 등의 실제 촬영 여부를 점점 구분하기 어려워지고 있다. 즉 위와 같은 허위 영상물 등의 편집 등으로 인한 범죄의 중대성은 같은 법 제14조 제1항 소정의 불법 촬영과 다르지 않고, 그 반포 등으로 인한 피해의 중대성 또한 마찬가지인 것이다. 나아가 실제로 유포가 되지 않았더라도 유포의 위험성 내지 유포에 대한 걱정 때문에 피해자들은 지금 이 순간에도 평생 불안에 떨 수 밖에 없는 것이 현실이다.

그럼에도 현행 규정은 가해자가 반포 등 목적 없이 영상물 등의 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 편집 등을 한 경우 처벌하지 못하는 한계가 있다. 즉 가해자가 개인 소장 목적이었던면서 반포 등의 목적을 부인하고 실제로 반포 등의 증거가 발견되지 않는 경우, 해당 규정으로 처벌할 수 없는 처벌 공백을 발생하는 것이다.

따라서 해당 규정에서 ‘반포 등을 할 목적으로’ 문구(구성요건)를 삭제할 필요가 있다.

라. 미수범 처벌 규정의 부존재(아청법 제11조 제6항)

개정 아청법 제11조 제6항은 아동청소년 성착취물의 ‘제작(제1항)’의 경우에만 미수범을 처벌한다고 규정하고 있다. 아청법 제11조 제2항(영리 목적 유포 등), 제3항(유포 등), 제4항(알선), 제5항(소지 등)의 행위 또한 성착취물의 수요 차단, 공급 억제 측면에서 필수적인 규정임에도 그 미수범

을 처벌하지 않는 것은 입법의 불비라고밖에 생각할 수 없다.

이는 위 규정과 동일한 취지이면서 아동·청소년이 아닌 성인 피해자를 대상으로 한 범죄로서 그 법정형이 오히려 가벼운 개정 성폭법 제14조, 제14조의2의 미수범(제15조)이 처벌되는 것에 비추어도 그러하다. 실제로 성착취물의 판매, 배포, 광고, 소개, 구입, 시청하려고 했으나 미수에 그친 자에게 가벌성이 있다는 점을 부인할 사람은 없을 것이다. 따라서 아청법 제11조 제6항을 ‘이 조의 미수범은 처벌한다’와 같이 개정할 필요가 있다.

#### 마. 상습범 처벌 규정의 미비(아청법 제11조 제7항)

개정 아청법 제11조 제7항은 아동·청소년 성착취물의 ‘제작(제1항)’의 경우에만 상습범을 처벌한다고 규정하고 있다.

그러나 아청법 제11조 제2항(영리 목적 유포 등), 제3항(유포 등), 제4항(알선), 제5항(소지 등)의 행위 또한 성착취물의 수요 억제, 공급 억제 측면에서 중대한 규정임에도 그 미수범을 처벌하지 않는 것은 입법의 불비이다. 이는 위 규정과 동일한 취지이면서 아동·청소년이 아닌 성인 피해자를 대상으로 한 범죄로서 그 법정형이 오히려 경한 개정 성폭법 제14조, 제14조의2의 상습범(제14조 제5항, 제14조의2제3항)이 처벌되는 것에 비추어도 그러하다. 실제로 현실에서 성착취물의 판매, 배포, 광고, 소개, 구입, 시청, 소지는 이른바 ‘헤비 업로더’등에 의하여 상습적으로 발생하고 있다. 따라서 아청법 제11조 제7항을 ‘상습으로 제1항부터 제5항까지의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다’ 정도로 개정할 필요가 있다.

#### 바. 온라인 그루밍(길들이기, 성적 목적의 접근) 처벌 검토 (아청법 제15조의 2 신설로 해소)

N번방 사건 등 최근 몇 년 동안 일어난 일련의 아동·청소년에 대한 성착취는 아동·청소년에 대한 성적인 목적의 접근에서 파생된 것이다. 실제로 상담 현장에서는 금전 등 대가의 제공이 없이 미성년자에 대하여 성적인 목적을 숨기고 친밀감을 쌓은 후 성착취로 나아가는 사례가 빈번히 보고되고 있다. 따라서 이러한 형태에 대해서도 처벌 규정 도입이 요구되었으나, 현재는 아래와 같이 아청법 제15조의2가 신설되어 입법의 미비가 어느 정도 해소되었다고 볼 수 있다.

제15조의2(아동·청소년에 대한 성착취 목적 대화 등) ① 19세 이상의 사람이 성적 착취를 목적으로 정보통신망을 통하여 아동·청소년에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 성적 욕망이나 수치심 또는 혐오감을 유발할 수 있는 대화를 지속적 또는 반복적으로 하거나 그러한 대화에 지속적 또는 반복적으로 참여시키는 행위
2. 제2조제4호 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하도록 유인·권유하는 행위

② 19세 이상의 사람이 정보통신망을 통하여 16세 미만인 아동·청소년에게 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우 제1항과 동일한 형으로 처벌한다.

## 2. 공급 억제 측면

### 가. 성폭법 제14조 제2항(유포의 객체)

성폭법 제14조 제2항 유포의 객체는 ‘제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)’이다. 그런데 위 ‘복제물’의 개념에 성착취물을 다른 기기로 재촬영한 영상이 포함된다고 볼 수 있는지 해석의 여지가 있다. 방송통신위원회의 심영섭 위원 또한 2020. 5. 21.자 “텔레그램 n번방 사건을 통해서 본 디지털 성범죄” 심포지엄에서 재촬영물은 성폭법 적용대상이 아니라고 발표한바 있다.

성폭법 제14조 제2항 소정의 촬영물 또는 복제물과 그 재촬영물의 위법성은 동일하다. 비록 아직까지는 재촬영물은 복제물의 복제물이 아니라는 이유로 무죄가 선고된 사례는 발견되지 않은 것으로 확인되나, 향후 해석에 따른 처벌의 공백을 없애기 위해 유포의 객체에 재촬영물이 포함되도록 규정할 필요가 있다.

### 나. 기타 위 1. 나. 다. 라. 마.

수요 억제 측면의 위 1. 나. 내지 마. 각 항에서 살펴본 입법의 불비는 성착취물 공급 억제 효과 또한 약화시킬 것으로 보인다.

## 3. 시장 규제 측면

정상적인 사업자라면 자신이 운영하는 웹사이트, 메신저 등을 통하여

조건만남 등 성착취 행위가 만연함을 알게 된 경우 성착취물 유통방지를 위한 조치를 취함에 주저함이 없어야 한다. 해외 사업자와의 형평을 논하는 주장은 일고의 가치도 없다. 성착취물 유통 등 중대한 불법행위를 저지르는 사용자(유저)를 해외 사업자에게 뺏기지 않기 위하여, 자신이 운영하는 정보통신망에서 성착취물이 유통되고, 그로 인하여 수많은 피해자들의 삶이 불가역적으로 파괴되는 것을 용인하겠다는 태도에 불과하기 때문이다. 나아가 DNA 통합 필터링 시스템<sup>1</sup>이나 종래 사용되어 오던 금칙어 설정 등의 필터링 시스템은 결코 검열에 해당한다고 볼 수 없다.

### 가. 유통방지 조치의 대상이 되는 불법촬영물등의 범위 확대

개정법에 따르면 전기통신사업법 제22조의5 제1항, 정보통신망법 제44조의9 제1항에 따라 유통방지 조치의 대상이 되는 ‘불법촬영물등’의 범위는 아래와 같다.

1. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)
2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」제14조의2에 따른 편집물·합성물·가공물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)
3. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」제2조제5호에 따른 아동·청소년 성착취물

<sup>1</sup> 영상물의 오디오나 비디오가 갖는 고유의 특징을 수치화하여 DNA를 추출하고, 확보된 DNA와 비교하여 원본 저작물과 동일성 여부를 확인하는 기술

이에 따르면, 정보통신서비스 제공자 등 조치의무사업자는 위 제1, 2, 3 호에 따른 불법촬영물등에 대한 광고, 소개, 후기, 링크, 연관검색어 등에 대하여 유통방지 조치를 할 필요가 없게 된다.

이때 성착취물 유포로 인한 피해의 확산속도를 늦추고, 피해의 신속한 복구를 위하여 광고, 소개, 후기, 링크, 연관검색어, 피해자 신상 등 관련 정보의 삭제는 매우 중요하다. 따라서 위 각 규정에 '제4호 : 제1호 내지 제3호에 관한 광고, 소개, 후기, 링크, 연관검색어, 피해자 신상 등 관련 정보'를 추가하는 것을 검토할 필요가 있다.

성폭법 제13조,<sup>2</sup> 제24조 제2항,<sup>3</sup> 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호<sup>4</sup> 또한 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 불법정보로서 '말, 글, 부호, 문언'을 규정하고 있고, 누설금지 비밀의 범위에 '주소, 성명, 나이, 직업 그 밖에 피해자 특정하여 파악할 수 있는 인적사항 등'을 규정하고 있다. 이를 통해서도 유통방지의 대상이 되는 불법정보에 위 제4호가 포함될 근거는 충분하다.

#### 나. 과징금 부과 대상의 확대

##### 1) 사전적 유통방지요치의무 불이행의 경우에도 과징금 부과 필요함

2 제13조(통신매체를 이용한 음란행위) 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 사람은 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다

3 ② 누구든지 제1항에 따른 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 학교, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 피해자의 동의를 받지 아니하고 신문 등 인쇄물에 실거나 「방송법」 제2조제1호에 따른 방송 또는 정보통신망을 통하여 공개하여서는 아니 된다.

4 1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보

#### (2020. 6. 9. 개정으로 해소)

개정 전기통신사업법 제22조의6은 제1항에서 삭제, 접속 차단 등 사후적 유통방지 조치를 취하지 아니한 자에게 매출액 3% 이하의 과징금 부과를 규정하고 있다. 반면 유통방지를 위한 사전적인 기술적·관리적 조치 의무 불이행 시에는 5천만원 이하의 과태료 부과에 그침. 디지털 성폭력 어어 발생한 후에는 그 피해 회복이 사실상 불가능하다는 점에서 사전적인 조치를 할 필요성이 막대하다. 따라서 피해 발생을 최소화 할 수 있는 사전적 유통방지요치의무 불이행의 경우에도 과징금 부과를 검토할 필요가 있다.

##### 2) “의도적으로” 문구 삭제(제22조의6)

같은 법 제22조의6 제1항은 사후적 유통방지에 필요한 조치를 “의도적으로” 취하지 아니한 경우만을 과징금 부과대상으로 ‘삼고 있다.’

제22조의6(유통방지 조치 등 미이행에 대한 과징금의 부과) ① 방송통신위원회는 제22조의5제1항에 따른 불법촬영물등의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 의도적으로 취하지 아니한 자에게 대통령령으로 정하는 매출액의 100분의 3 ↓에 해당하는 금액을 과징금으로 부과할 수 있다.

반면 같은 개정 법 제104조 제3항 1의2,<sup>5</sup> 제95조의2 1의2,<sup>6</sup> 제27조제1

5 1의2. 제22조의5를 위반하여 해당 정보의 유통방지에 필요한 조치를 취하지 아니한 자

6 1의2. 제22조의5제1항에 따른 불법촬영물등의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 취하지 아니한 자

항 3의4.<sup>7</sup> 제22조의5 등은 과태료, 형사 처벌 등 제재 대상 행위의 범위에 “의도적으로”라는 문언을 포함하고 있지 않다.

사업자는 “의도적으로”라는 문언을 통하여 사후적 유통방지 조치 의무 위반으로 인한 책임을 회피하려 할 가능성이 있다. 따라서 불필요한 법적 분쟁의 방지, 사업자의 책임회피를 방지하기 위하여 “의도적으로” 문구의 삭제가 필요하다.

#### 다. 영리 목적 없는 메신저(텔레그램 등) 규제 방법 필요

영리 목적이 없는 비영리단체의 일종인 텔레그램은 전기통신사업법의 규율을 받는 전기통신사업자<sup>8</sup>에 해당하지 않는다고 해석될 가능성이 있다. 또한 텔레그램은 정통방법의 규율을 받는 정보통신서비스 제공자<sup>9</sup>에 해당된다고 보기 어렵다. 이로 인하여 N번방 사건이 발생한 텔레그램의 경우 개정법에 따른 사업자의 사전/사후적 유통방지 의무 등의 수범자가 아닌 것으로 판단될 여지가 있다. 나아가 수범자라고 하더라도 영리 목적이 없기에 과징금, 과태료 등 의무의 이행강제 수단의 집행이 가능할 것으로 보이지 않는다. 이 경우에 대처할 별도의 규정이 필요하다.

<sup>7</sup> 3의4, 제22조의5제1항에 따라 불법촬영물등의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 하지 아니하여 방송통신위원회가 요청한 경우

<sup>8</sup> 전기통신사업법 제2조 8. “전기통신사업자”란 이 법에 따라 등록 또는 신고(신고가 면제된 경우를 포함한다)를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다.

<sup>9</sup> 정보통신망법 제2조 제1항 제3호 “정보통신서비스 제공자”란 「전기통신사업법」 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다.

## 4. 피해자 보호 및 지원 측면

### 가. 피해자의 신고 등이 없는 성착취물의 삭제 지원

성착취물임이 명백함에도 피해자가 신고 또는 삭제요청을 하지 않거나, 수사기관 등에서 피해자를 특정할 수 없는 경우 삭제의 근거가 없어 성착취물의 유포, 시청 등이 지속되는 문제가 있다. 이때 한국여성인권진흥원 등 정부기관, 한국사이버성폭력대응센터 등 민간단체에서 모니터링 등을 통해 발견한 성착취물을 삭제하는 지원의 근거가 필요하다. 나아가 성폭력방지법 제7조의3 제2항 소정의 삭제지원 요청권자의 범위를 종전 피해자 및 가족에 한정하지 않고, 앞서 본 정부기관, 단체 등을 포함하는 방법을 고려할 필요가 있다.

나. 민사 손해배상 청구 시 피해자의 주소, 성명 등 개인정보가 드러나지 않도록 민사절차 규정 필요

손해배상청구, 접근금지가처분신청 등 민사절차에서도 가명을 사용할 수 있도록 하는 방안을 검토할 필요가 있다.

### 다. 형사배상명령 대상 추가 등 실효적인 피해자 지원방안 마련 필요

성착취물 관련 범죄로 인한 피해의 중대성, 불가역성 등을 고려하여 성착취물 제작, 배포, 시청 등 범죄를 형사배상명령 대상에 추가하여 피해자의 별도 민사 소송의 번거로움, 민사 소송 과정의 신상 공개 위험성을 차단할 필요가 있다.

미국의 ‘에이미, 비키와 앤디 아동 포르노 피해자 지원법’의 경우와 같이 성착취물의 제작, 유포, 시청 등의 혐의가 인정된 자들에 대하여, 피해를 입은 모든 사람에게 일정 금액(위 법의 경우 최소 3,000달러) 이상의 배상금을 지급하도록 하는 규정 신설을 검토해볼만하다. 성착취물 제작, 유포, 시청 등으로 인한 피해자는 통상 일상생활이 불가능할 정도로 불안에 시달리고, 이로 인해 일자리를 찾기 어려워지거나 잃는 등 손해의 발생이 명백하다. 또한 디지털성범죄의 특성상 성착취물의 완전한 삭제를 상정하는 것이 불가능하므로 언제나 재유포의 불안 속에 살 수 밖에 없다. 따라서 피해자의 구체적인 손해액의 입증을 생략하고 범죄혐의자에게 최소 일정 금액 이상의 손해배상책임을 법률로 규정하여 신속하고 안정적으로 피해자를 지원하는 방안을 검토할 필요가 있다.

#### 라. 삭제 지원 범위 확대

성폭력방지법 제7조의3 제1항 소정의 삭제지원 대상 촬영물등이 같은 법 제14조 소정의 촬영물등에 한정되어 있다. 이를 같은 법 제14조의2, 아동법 제11조 소정의 성착취물로 확대하는 보완 입법이 필요하다.

#### 마. 성폭력방지법 지원 범위 확대

현행 성폭력방지법은 제2조 제1, 3호에 따른 성폭력 피해자에 한정하여 다양한 지원을 하고 있다. 그러나 최근 개정법이 미처 포괄하지 못한 성범죄, 예를 들어 성적인 맥락의 명예훼손 및 그 유포, 성적인 목적의 개인정보보호법 위반 등의 경우 그 피해가 중대함에도 성폭력방지법 소정의 지원을 받지 못하는 피해자가 발생한다는 사실이 확인되고 있다. 따라서

제2조 소정의 성폭력 피해자의 범위를 확대할 필요가 있다.

### 5. 입법 기술적인 한계 보완 측면

#### 가. 촬영 등 범죄의 행위 태양

현행법은 성착취물 제작, 유포, 시청 등 디지털 성범죄에 있어서 기초가 되는 이미지, 영상물 등의 취득 경로를 ‘촬영’으로만 한정하고 있다. 개정 성폭법은 제14조의2에서 ‘편집등’의 행위태양을 추가하기는 하였으나, 여전히 현실의 성착취물 제작 등 범죄의 시작점에 대한 규제를 적절히 하고 있는지 의문이 있다.

N번방 사건은 피해자가 자발적으로 트위터 등에 게시한 ‘일탈계(정)’의 사진에 대한 권한 없는 접근(취득, 입수)과 해당 계정에 대하여 권한 없이 확보한 개인정보의 결합에서 시작된 것이다. 따라서 ‘촬영’을 넘어, 사적 이미지 등 특정 개인정보에 대한 권한 없는 취득 자체를 처벌할 필요성에 대하여 논의할 필요가 있다고 사료된다.

#### 나. 유포 등 범죄의 행위태양

현행 성폭법 제14조 제2항, 제14조의2 제2항, 아동법 제11조 제2, 3항은 배포, 제공, 판매, 대여, 광고, 소개, 전시, 상영 등 성착취물의 유포 태양을 열거하고 있다. 그러나 기술의 발전 속도를 입법이 따라가는 것은 불가능하고, 그에 따라 진화하는 범죄의 양상을 모두 예정하고 열거 방식으로 규율하는 것 또한 불가능하다.

또한 위와 같은 열거적 규율의 한계를 인식하고 유포의 범죄에 관하여 다음과 같이 포괄적으로 행위태양을 규정하고 있다.

**프랑스** : 공중 또는 제3자로 하여금 그 내용을 인식 또는 인식할 수 있게 하거나 기타 어떠한 방법에 의하건 이를 이용하는 행위  
**독일** : 제3자의 접근을 가능하게 하거나, 권한 없이 제작된 사정을 알면서 권한 없이 제3자의 권한 없는 접근을 가능하게 하는 행위

우리 법은 1995년 형법 제243조(음화반포등)의 객체에 ‘필름’을, 행위태양에 ‘상영’을 추가하고, 2001년 정보통신망법 제65조(음란 부호등 도달)의 객체에 ‘부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상’을, 행위태양에 ‘배포, 판매, 임대, 전시’를 추가하고, 2012년 성폭법 제14조 제1, 2항에 행위태양으로서 ‘제공’을 추가하는 등, 진화하는 기술의 발달에 매년 뒤늦게 법 개정으로 입법 공백을 메워오고 있었다.

그러나 성폭법, 아청법에서 성착취물의 유포 등을 금지하는 취지, 성착취물 유포 등으로 인한 피해의 광역성, 신속성, 불가역성 등의 특수성,<sup>10</sup> 현저하게 빠른 기술 발전을 입법이 쫓아갈 수 없는 현실 등을 종합할 때, 성착취물의 유포 태양을 그때그때 추가하기보다는 위 프랑스, 독일의 입법례와 같이 ‘배포, 제공, 판매, 광고, 전시 등의 방법으로 공중 또는 제3

<sup>10</sup> 2019. 6. 3. 양형연구회의 "디지털 성범죄와 양형" 3차 심포지엄에서는 "디지털 성범죄 피해는 유포에 대한 피해자의 두려움이 매우 크다는 점, 사회적으로 피해자에게 오히려 비난이 가해질 수 있다는 점, 피해회복이 불가능하다는 특성"이 있다는 조사 결과가 제시되었다.

자로 하여금 그 내용을 인식 또는 인식할 수 있게 하는 행위(또는 ‘제3자의 접근을 가능하게 하는 행위’) 등으로 변경하는 방법을 검토해보아야 할 것이다.

## 6. 기타 사소한 후속 보완 입법 필요 부분

성폭법 제42조 제1항, 아청법 제11조 제3항, 제5항의 범죄로 벌금형의 선고를 받은 자를 신상정보 등록대상자에서 제외하고 있는데, 개정법은 아청법 제11조 제3항, 제5항에서 벌금형을 삭제하였으므로 보완 입법이 필요하다.

## IV. 결론 – 개정 입법이 필요한 이유

이상과 같이 N번방 방지법의 의의와 한계, 개선방안에 대하여 살펴보았다. 일각에서는 현행 형사법체계에 맞지 않는 과잉입법이라거나 사업자에 대한 과도한 의무 부과라는 등의 의견 또한 있는 것으로 알고 있다. 이에 대하여 아래와 같이 김한균 한국형사정책연구원 선임연구위원의 글을 인용하며 졸고를 마치도록 한다.

“디지털 성범죄에 대한 종래 처벌 흠결을 보완하고 타당한 형벌수준으로 대응하는 정책은 과잉입법으로 인한 형사사법체계의 오작동과 낭비를 경계하는 것만큼이나 중요한 과제다. 특히 디지털 성범죄 피해내용인 성적수치심과 인격침해는 오히려 한정된 물리적 공간보다 사이버 공간에서 더욱 심각하다. 물리적 공간에서의 피해는 시간적으로 일회적

이지만, 사이버공간에서의 피해는 다중적으로 확산되고 지속되기 때문이다. 또한 가해의 중대성 관점에서 볼 때 소위 단순 소지죄조차도 단순하지 않다. 성착취 가해 실상을 디지털 매체를 통해 죄의식 없이 용인하고 쾌락적 목적으로 소비했으므로 범죄 인식과 의사가 분명하고 책임이 가중된다. 또한 은밀한 통신수단과 암호화폐 지불수단의 적극적 활용 사실 자체가 불법성에 대한 인식에도 불구하고 범죄로 나아간 죄질의 중대성을 드러내준다.”

“디지털성폭력 실효적 처벌을 위한 개선방안” 제23면, 2020. 7. 1. 국회 여성아동인권포럼 정책세미나

## 활동기

1. 민변 세월호참사 책임자 국민 고소·고발 경과 및 대리인단의 활동 | 류하경

2. 국가보안법을 박물관으로 전시회 기획팀 활동기 | 허진선

## 활동기 1

## 민변 세월호참사 책임자 국민 고소·고발 경과 및 대리인단의 활동

류하경

2014년 4월 16일 세월호 참사 직후 민변은 세월호참사대응TF를 개설하여 진상규명과 피해 가족 지원 활동을 진행해왔다. 그러던 중 세월호 참사 책임자들을 정식으로 고소고발하자는 취지로 2019년 9월경 세월호참사가족협의회와 4.16연대의 요청 및 내부논의를 통해 민변 세월호참사대응TF 소속 변호사들과 기타 민변 회원 변호사들이 '세월호참사 책임자 국민 고소·고발 대리인단'(민변 공익인권변론센터 소속)을 구성해서 본격적으로 고소고발 준비에 착수하였다. 고소고발 대리인단은 이정일 변호사(단장), 문은영, 서채완, 조세현, 전다운, 오민애, 서성민, 조은호, 황호준, 전범진, 이윤주, 류하경, 조영관 변호사다(이상 13명).

참사 이후 5년 동안 세월호 참사 책임자에 대한 고소고발은 한 번도 진행된 적이 없다. 의아하게 생각할 수 있다. 상상할 수도 없는 깊은 슬픔에 빠져 있던 가족들로서는 희생자를 추모하고 서로를 돌보는 시간이 필요했고 이미 언론, 각종 국회 조사와 청문회를 통해 수사과제가 드러나 있었기에 별도의 고소고발을 계획하지 않았었다. 여전히 국가를 어느 정도는

믿었다. 그러나 촛불정국 이후 문재인 정부 역시 세월호 진상규명 및 책임자 조사 활동에 미온적이었다. 그래서 유가족과 국민이 당사자가 되는 정식 고소고발 절차를 진행하게 된 것이다. 사실관계를 명확히 해서 가해자를 특정하고, 처벌 법리를 명확하게 설명하는 고소고발장을 수사기관의 턱밑에 가져다주어 이제는 누구도 진실을 피할 수 없도록 하자는 의미다.

세월호참사가족협의회, 4.16연대 등은 2019. 11. 2. 광화문 광장에서 '11.2 국민 고소·고발인 대회'를 열고 △ 대통령, 청와대, 정부책임자 △ 현장구조, 지휘자 △ 세월호 참사 조사 방해 세력 △ 세월호 참사 전원구조 오보 보도 관련자 △ 세월호 참사 피해자 비방과 모욕 관련자 등 5개 분야에서 각 가해자들을 고소고발하기로 했다.

그리고 공교롭게도 위 고소고발인 대회 며칠 뒤인 2019. 11. 11. 검찰이 '세월호 참사 특별수사단'을 출범했다. 검찰은 “정치적 고려 없이 '백서'를 쓰는 심정으로 모든 의혹을 철저히 들여다보겠다”라고 각오를 밝혔다.

고소고발은 총 3차례 순차적으로 이뤄졌다. 구체적 일정과 내용은 아래와 같다.

**[1차 고소고발]**

- 접수일 : 2019. 11. 15.
- 고소고발인 : 총 54,416명 (피해자 가족(고소인) 377명, 대표 고발인 113명, 국민고발인 5만 3926명)

- 피고소고발인 : 박근혜, 황교안, 김기춘 등 40명 (△ 대통령, 청와대, 정부책임자 △ 현장구조, 지휘자 △ 세월호 참사 조사 방해 세력 △ 세월호 참사 전원구조 오보 보도 관련자 △ 세월호 참사 피해자 비방과 모욕 관련자 등 5개 분야에서 이 1차로 선별한 40명)
- 적용혐의 : 살인(미필적고의), 업무상과실치사, 직무유기, 직권남용, 업무방해, 허위공문서작성 등

**[2차 고소고발]**

- 접수일 : 2019. 12. 27.
- 피고소고발인 : 기무사 참모장, 박근혜, 조대환 등 47명 (△ 기무사 불법사찰 책임자 △ 감사원 감사보고서 조작 책임자 △ 세월호 특별조사위원회 활동 방해자 △ 선내방송 책임자)
- 적용혐의 : 개인정보보호법 위반, 업무방해, 직권남용 등

**[3차 고소고발]**

- 접수일 : 2020. 7. 13.
- 피고소고발인 : 남재준, 이병기, 김수민, 기타 국정원 직원들 (△ 국정원 불법사찰 책임자)
- 적용혐의 : 국가정보원법상 직권남용, 개인정보보호법 위반, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 위반

그리고 검찰 세월호 특별수사단은 책임 기관에 대해 압수수색을 수차례

진행했다(기무사, 국가기록원, 기재부, 행안부, 인사혁신처, 법무부, 대검, 해경 등 구조책임 경찰기구 10여 곳 등).

수사결과 현재까지 기소된 사안은 아래와 같다.

- 김석균 외10 (2020고합128) 구조책임자들
- 김영석 외9 (2020고합412) 세월호 특조위 조사 방해자들

고소고발 대리인단은 현재 진행되고 있는 세월호 관련 사건들 13건에 대하여 팀을 나누어 방청을 하고 있고, 모니터링 보고서를 체계적으로 작성하여 기록화 하고 있다. 이미 선고가 된 세월호 관련 판례들에 대해서는 분석작업을 하여 세미나 형식으로 연구하고 있다.

‘세월호참사 책임자 국민 고소·고발 대리인단’은 세월호 진상 규명과 책임자 처벌이 충분히 완료될 때까지 초심을 잃지 않고 최선을 다할 계획이다.

첨부 : 고소·고발장 요지

[첨부] 세월호참사 국민 고소·고발 내용 요지

1. 제1차 국민 고소·고발(2019. 11. 15.)의 요지

가. 대통령, 청와대, 정부 책임자에 대한 고소·고발

대통령, 청와대, 정부 책임자들은 국민의 생명과 안전을 보호해야 할 책임이 있음에도, 세월호 참사와 같이 국민들의 생명과 안전에 중대하고 급박한 위험이 발생한 순간에 그 책임을 다하지 못하였다. 대통령은 참사 당시 8시간 동안이나 국민 앞에 자신의 모습을 보이지 않았고, 국가안보실, 비서실 등 청와대는 세월호 사고 대응에 컨트롤타워 역할을 제대로 수행 하지 못함으로써 세월호 참사를 야기하였다. 이에, 국민고소고발인 54,416명은 2019. 11. 15. 대통령, 청와대, 정부 책임자의 책임을 묻기 위한 고소·고발을 진행하였고, 그 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	박근혜	직무유기죄	- 사고 당일인 2014. 4. 16.경에는 물론이고, 중앙재해대책 본부를 방문한 시점 이후부터 같은 달 20.경까지 사이에 어떠한 회의도 주재한 적이 없음. - 세월호 참사와 같은 국가재난 상황을 지휘 및 통제·관리 하는 역할을 하지 않았고, 최초보고 당시 세월호 참사의 결과 발생 가능성 또는 위험을 인식하기 충분했음에도 그 역할을 하지 않음. - 특별조사위원회의 활동에 대한 피고소인의 약속에 반하여, 대통령으로서 행정 각부의 지휘 통할하는 지위에서 특별조사위원회의 활동을 방해하고 강제해산 조치에 관해 총괄적으로 지시하고 묵인함.
		미필적 고의에 의한 살인죄	
		직권남용권리 행사방해죄	

		수상구조법 위반죄 (수난구조 방해)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 세월호 사고 당일 09:20경부터 세월호가 침몰한 10:30 까지 약 3분 간격으로 계속하여 국가안보실은 해양경찰청 본청상황실에 대통령에게 보고한다는 명목으로 구조 현장을 볼 수 있는 영상을 여러 차례 요구함으로써 현장 구조작업에 심각한 방해로 초래함.</li> </ul>
2	김기춘	직무유기죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 09:19경 YTN 보도를 통해 세월호 사고를 인지하였고, 대통령을 보좌하는 지위에서, 청와대로 세월호 참사 관련 보고가 계속 전파되고 있었음에도 대통령이 국가위기사황실에 임장하도록 권유하거나 국가위기평가 회의를 주재하는 등 일체의 위기대응 역할을 하도록 보좌하지 아니함.</li> <li>- 대통령비서실장으로서, 대통령을 보좌하여 세월호 참사와 같은 국가재난 상황을 지휘 및 통제·관리하는 역할을 하지 않았고, 최초보고 당시 세월호참사의 결과 발생 가능성 또는 위험을 인식하기 충분했다고 할 수 있음에도 그 역할을 하지 않음.</li> </ul>
		미필적 고의에 의한 살인죄	
		수상구조법 위반죄 (수난구조 방해)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 세월호 참사 당일 청와대 국가안보실은 약 3분 간격으로 계속하여 해양경찰청 본청상황실에 대통령에게 보고한다는 명목으로 구조 현장 영상을 요구함으로써 현장 구조작업에 심각한 방해로 초래함.</li> </ul>
3	김장수	직무유기죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 국가안보실장으로서 대통령을 보좌하는 지위에서 국가위기관리센터로 세월호참사 관련 보고가 계속적으로 이뤄지고 있었음에도 불구하고, 해양사고 위기관리 기구의 콘트롤타워로서의 역할을 하지 아니함.</li> </ul>
		미필적 고의에 의한 살인죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 세월호참사 당일 09:20경 국가안보상황실-해경 핫라인을 통해 해경본청 상황실로부터 사고 발생 상황을 확인하였음에도, 초동조치를 하지 아니하여 세월호 침몰상황과 선내진입, 퇴선유도(퇴선명령 포함) 준비가 필요한지 여부를 파악하지 아니하였고, 퇴선명령이 필요한 상황에서 퇴선명령 등 콘트롤타워 역할을 하지 않아 304명이 희생되는 결과를 초래함.</li> </ul>
		수상구조법 위반죄 (수난구조 방해)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 청와대 국가안보실장으로서, 세월호 사고 당일 약 3분 간격으로 해양경찰청 본청상황실에 대통령 보고 명목의 구조현장 영상을 여러 차례 요구함으로써 현장 구조작업에 심각한 방해로 초래함. 피고소인 김장수는 국가안보실의 장으로서 위 수난구조 방해행위를 직접 지시하고 실행한 책임자임.</li> </ul>

4	우병우	직권남용권리 행사방해죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 2014. 6.경 청와대 민정비서관을 역임하던 중 자신의 직권을 남용하여, 세월호 사건 수사를 위해 해경 본청을 압수수색하고 있던 광주지검 수사팀에 해경 상황실 전산 서버에 대한 압수수색은 하지 말라고 부당한 압력을 행사하여 위 검찰 수사팀들의 수사를 방해함.</li> </ul>
5	황교안	직권남용권리 행사방해죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 2014. 7.경 세월호 침몰 사건과 관련하여 세월호 침몰 현장에 출동했던 김경일 전 해경 123정장을 수사하는 담당 검사들에게 업무상과실치사 혐의를 적용하지 말라는 부당한 압력을 행사하여 구속영장에 업무상과실치사 혐의를 포함시키지 못하게 하였음.</li> </ul>

### 나. 현장 구조, 지휘 세력에 대한 고소·고발

국민고소고발인들은 국민의 생명과 안전이 위기에 처한 상황에서 구조 활동을 수행하는 공무원들에 대하여, 생명을 구조하고 인명피해를 줄이기 위한 초동조치의 중요성, 적극적인 구조활동에 전념할 의무 등을 상기시키고자 고소·고발을 진행하였고, 그 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	죄명 및 고소·고발 요지
1	김석균	1. 미필적 고의에 의한 살인죄(순번 1~6, 14, 15) - 광주고등법원 제6형사부(2015노1776)는 "해경지휘부나 사고현장에 같이 출동한 해경들에게도 승객 구조 소홀에 대한 공동책임"을 인정.
2	이춘재	- 해경지휘부는 ① 적극적으로 구조지휘에 필요한 초동조치를 취하지 않고,
3	김수현	② 적극적으로 세월호 선내진입 지시 또는 퇴선명령 지시를 하지 아니함으로써 304명의 인명피해를 발생시킨 결과에 대해, 미필적 고의에 의한 살인죄의 책임을 져야 함.
4	유연식	
5	김문홍	2. 3009합, 청장 헬기 등 응급조치 미이행에 따른 업무상과실치사죄(순번 1, 3, 5)
6	조형곤	- 해경지휘부가 해경지휘부를 위해 출동한 헬기를 이용하여 성명불상 단원 고 학생에 대해 긴급이송 조치를 하지 아니하고, 3009합에서 P점으로 이

7	김경일	송하도록 지시하였다면, 해경지휘부는 응급처치 <sup>1</sup> 등의 응급의료행위가 중단되거나 목포한국병원에 늦게 도착하게 되어 위 학생이 사망한 결과에 책임이 있음.
8	양희철	
9	김재전	3. 직권남용권리행사방해죄(순번 1, 5) - 목포해양경찰서장 김문홍과 해양경찰청장 김석균은 2014. 4. 28. 123정장과 승조원들로 하여금 「방송장치로 승객 여러분 총원 바다에 뛰어내리십시오. 그리고 퇴선하십시오.」를 수회 실시했습니다.」라는 허위의 기자회견을 하도록 함, 이는 허위내용으로 의무 없는 행위를 하도록 것임.
10	고영주	
11	강두성	4. 허위공문서작성죄(순번 1, 2, 5, 7) - 2014. 5. 30경 해양경찰청 경비안전국장 이춘재가 초동조치 및 수색구조쟁점이라는 문건을 작성하고, 해양경찰청장 김석균이 결재함. 위 문건 내용에는 퇴선 명령이 있지도 않았는데도 실제로 있었던 것처럼 허위의 내용이 가공됨. 123정장 김경일은 허위공문서작성행위에 적극적으로 간여한 공동정범임.
12	이교민	
13	이재두	- 김문홍은 세월호 침몰사고 직후에 예상되는 세월호 침몰사고 검·경 합동 수사본부의 수사 또는 감사원의 감사에 대응하려는 등의 의도로 3009함 항박일지에 “선장이 퇴선방송 실시”하도록 지시하였다거나 “대공 스피커로 퇴선방송 실시”라는 허위의 내용을 기재토록 함.
14	최상환	
15	고명석	5. 직무유기죄 또는 업무상과실치사죄(순번 16) - 해양경찰청의 직속 상급기관인 해양수산부장관 피고소인 이주영은 세월호 침몰사고를 보고받은 09:05경부터 10:06경까지 세월호 침몰사고와 관련하여 아무런 조치를 하지 않았으므로, 직무유기 또는 업무상 과실치사죄의 책임에 관한 수사가 필요함.
16	이주영	

다. 세월호참사 조사방해 세력에 대한 고소·고발

국민고소고발인들은 세월호참사 유가족들이 지닌 신원권을 바탕으로 4·16 세월호참사 특별조사위원회(이하 ‘특조위’)의 조사를 전방위적으로 방해한 새누리당 추천 특조위 위원 및 해양수산부 소속 공무원 등에 대한

<sup>1</sup> 환자응급처치: 단순한 정서적 지원에서부터 심폐소생술, 제세동까지 포함된다. 환자의 질병이나 부상을 다루고 환자소생을 돕기 위해 훈련을 받고 이를 수행하는 행위이다(응급구조사 업무지침 제 16쪽).

고소·고발을 진행하였다. 아울러, 피고발인들의 특조위 강제해산은 결국 법적 절차를 통한 진상규명과 관련 책임자를 처벌을 중단하는 것으로 세월호 참사 유가족들의 기본권을 직접 침해하는 행위로서 그 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	김영석	직권남용권리행사방해죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 피고소인들은 자신들이 가진 일반적 직무집행 권한을 남용하여 파견 공무원 복귀, 인원감축 및 조정 통보, 예산 미편성 및 사용제한, 사무실·홈페이지 폐쇄 등의 방법(이하 ‘강제해산 행위’)으로 4·세월호참사 특별조사위원회의 잔여 활동기한(약 보고서 작성기한 포함 약 11개월) 간 조사업무를 수행하지 못하도록 하였음.</li> <li>• 피고소인 유기준은 특별법 시행 이후 지속적으로 특조위의 활동기간을 위법하게 축소해석하고, 피고소인 최경환은 위 유기준의 발표를 토대로 특조위가 2016. 6. 30. 종료된다는 전제 아래 편성된 예산을 편성하였으며, 피고발인 김영석, 유일호는 피고발인 유기준, 최경환의 부당한 특별법 해석 및 예산 배정에 따라 소속 공무원을 통해 특조위에 대한 강제해산행위를 집행하였음.</li> <li>• 피고소인 박근혜는 강제해산행위 과정에서 언론 등에 특조위가 2016. 6. 30. 종료되는 것이 타당하다는 입장을 밝힌바 있고, 피고소인 황교안 또한 특조위의 조사활동이 2016. 6. 30. 종료되었다는 입장을 밝힌 바 있음.</li> </ul>
2	유기준		
3	최경환		
4	유일호		
5	연영진	세월호특별법 위반죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 특별법 제43조 제1항 및 제51조는 폭행 또는 협박하거나 위계로써 특조위의 직무집행을 방해하는 사람을 처벌하고 있고, 피고소인들이 특조위에 대해 활동을 종료하지 않을 시 예산을 배정할 수 없다거나, 2016. 6. 30. 이후 기존의 배정된 예산도 사용할 수 없다는 등의 고지는 특조위 소속 공무원에 대한 협박행위에 해당함. 나아가, 피고발인들의 특별법에 대한 부당한 해석과 집행은 특조위 소속 공무원의 부지, 오인, 착각을 유발하는 행위로 위계행위에 해당함.</li> </ul>
6	김남규		
7	박근혜		
8	황교안		

9	성명불상 정무직 공무원	업무방해죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 피고소인들은 중앙행정기관을 통할하는 권한을 가진 대통령, 국무총리 특조위의 운영, 예산에 영향을 미칠 수 있는 중앙행정기관의 장 등의 지위에 있는 자들로, 지위에 의한 압박을 통해 특조위의 직무집행을 현저히 방해하였음.</li> <li>• 국가기관이 주체가 되어 다른 국가기관의 업무를 방해하는 경우에는 업무방해죄가 규율하는 업무에 '공무'를 포함하여 해석할 필요가 있음. 그리고 업무방해죄의 구성요건인 '위력'에는 사회적·경제적·정치적 지위에 의한 압박도 포함됨.</li> </ul>
10	성명불상 일반직 공무원		

#### 라. 세월호 참사 전원구조 오보 보도 관련 고소·고발

언론인은 진실 보도·공정 보도의무를 그 사명으로 하고, 특히 재난 상황에서 언론은 신속하고 정확하게 피해 상황과 구조상황을 알림으로써 불필요한 사회적 혼란을 방지하는 등 인적·물적 피해를 최소화하는 데 노력해야 한다. 그럼에도 세월호참사 당일 이러한 언론인의 의무를 적극적으로 방기하고, 고의 또는 중과실로 '전원구조'오보를 속보로 내보냄으로써 현장 상황 파악과 이를 통한 구조 업무의 방해를 초래한 언론사의 책임자에 대한 고소·고발을 진행하였으며, 그 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	안광한	위계에 의한 공무집행 방해죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- '전원구조'라는 사실이 아닐 수도 있다는 것을 충분히 의심할 수 있었음에도 이를 무시하거나, 구체적인 근거 없이 304명의 희생자들이 별다른 인명피해 없이 안전하게 구조된 것처럼 보도하는 것은 위계에 해당함.</li> <li>• 현장취재 기자가 전원구조가 오보일 수 있다는 보고가 있었음에도 목살(MBC- 안광한, 박상후, 김장겸, 이진숙).</li> <li>• 현장 상황을 알 수 없는 해경 관계자의 인터뷰를 통해 마치 현장의 상황을 파악한 것처럼 왜곡하여 전원구조의</li> </ul>
2	박상후		
3	김장겸		
4	이진숙		

5	길환영	허위사실 유포에 의한 업무방해죄	오보를 하였던 책임(KBS-길환영,김시곤) • 구체적인 근거 없이 최초로'전원구조 오보'를 하여, 이후 관련 보도가 지속하도록 함(MBN-장승준, 이동원).  - 위와 같은 위계로 인하여, 형성된 허위사실이 유포됨으로써 참사 당시 인근 어선 등 민간 구조 세력의 구조 업무, 그리고 타 방송사의 사실관계 파악 및 보도 업무에 지장을 초래함.
6	김시곤		
7	장승준		
8	이동원		

#### 마. 세월호참사 피해자 비방, 모욕 관련 고소·고발

세월호 참사의 피해자 및 그 유가족들은 피해당사자로서 국가에 대하여 당연히 진실을 밝힐 것을 요구할 권리가 있고, 국가는 진실을 밝혀 그 진실을 알려줄 의무가 있다. 그럼에도 전경련 등은 참사로 고통받는 유가족들에게 비방, 모욕, 조롱을 일삼았고, 이는 공동체의 유대와 평화를 저해하는 행위로서 인권에 반하는 행위이다. 이에 국민고소고발인들은 인권침해행위를 자행하는 단체들 및 그 단체에 대하여 경제적 지원을 하는 전경련 등을 상대로 고소·고발을 진행하였고, 그 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	허창수	업무상 배임죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 전경련은 올바른 경제정책 구현과 경제의 국제화를 촉진하기 위하여 설립된 단체로서, 보수단체인 어버이연합, 엄마부대의 활동과는 그 설립 취지와 목적이 있어서 아무런 관련이 없음에도, 법인 명의의 계좌로 2012. 1월경부터 2015. 5월경까지 사이 어버이연합으로 총 5억 2,300만 원을 입금하여, 위 단체들의 위법행위를 지원하였는바, 전경련 등은 배임의 공동정범으로 처벌해야 함.</li> </ul>
2	심인섭		
3	주옥순		

가. 기무사 관련 책임자 고소·고발

피고소인들은 그간 세월호 유가족 사찰 등 불법행위에 대해서, 일부 책임자에 대해서만 소속 부대원들로 하여금 의무 없는 일을 하게 하였다는 취지의 형법상 직권남용죄로 법적 판단을 받고 있었다. 그러나 피고소인들의 범죄행위는 단순히 소속 부대원들에게 의무 없는 일을 하게 한 것에 그치는 것이 아니라, ① 기무사의 직무 범위를 벗어나 세월호 유가족들을 사찰하여 개인정보(민감정보)를 수집하고, ② 이를 첩보문건으로 만들어 청와대 관계자들에게까지 보고하였으며, ③ 유가족 사찰을 통하여 수집한 정보를 토대로 보수단체에게 세월호 참사 추모집회 일시 등을 제공하여 ‘맞불 집회’를 독려하는 등 광범위한 위법행위를 자행하였다. 피고소인들에 대한 고소·고발 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	박근혜	개인정보 보호법위반 (민감정보 처리제한)	- 피고소인들은 「국군기무사령부령」에 정하여진 기무사 직무범위의 한계를 벗어나 세월호 유가족을 사찰하기 위하여 2014. 4.경부터 2014. 10.경까지 세월호 유가족들의 성명과 직업, 소속, 정치적 성향, 정당의 가입 여부 등 개인정보를 수집, 기록, 저장, 이용, 제공 등의 행위를 하였음. • 위 개인정보 중 정치적 성향, 정당의 가입 여부 등은 개인의 인격에 밀접히 연관된 정보로서 개인정보보호법 제 23조 제1항의 '민감정보'에 해당하여 그 처리가 엄격하게 제한됨에도 불구하고, 이에 위반하여 처리함. • 나아가 위와 같은 첩보를 문건으로 정리하여 청와대 관계자들(피고소인 박근혜, 김기춘, 김장수, 김관진, 한민구)에게 지속적으로 보고하고 지휘·감독을 받음. - 피고소인들은 안산지역 단원고 선·후배 및 지역 주민들
2	김기춘		
3	김장수		
4	김관진		
5	한민구	업무방해죄	
6	김대열		
7	지영관		
8	소강원		

9	김병철	직권남용 권리행사방해죄	의 촛불추모제 등을 '반체제 징후'로 보고, 세 월호가족 대책위가 진상규명을 촉구하고자 전개한 1,000만 명 서명 운동 등을 중복세력이 연계된 '대정부 총공세'로 여겨, 보수세(력) 결집을 통한 조직적 맞대응을 지시함. • 세월호 추모집회 등 '좌파' 및 진보단체들의 집회·시위 첩보를 수집하여 보수세력에게 제공하면 보수세력이 집회 장소를 선점하는 등의 방법으로 위력을 행사. • '유가족의 요구사항을 왜곡하여 허위사실을 덧붙인 채 언론에 유포하는 방법으로 수색 및 인양에 부정적 여론을 형성'하며, '부정적 여론을 이용하여 유가족의 수색 포기를 압박'하는 등의 방법으로 세월호 가족대책위의 진상규명 등 업무를 방해함.
10	손정수		
11	박태규		
12	성명불상 부대원		

나. 대통령, 청와대, 정부 책임자 고소·고발

세월호 참사와 관련하여, 김기춘 비서실장은 모든 사정 기관을 동원하여 정부 및 청와대의 책임이 제기되지 못하도록 총력을 기울였다. 아울러, 감사원은 직무상 독립된 헌법기관으로서, 공정한 감사결과를 통해 국민의 생명과 안전에 관련한 구조업무를 해태하거나 부적절하게 처리한 공무원에게 적절한 징계를 요구할 책임이 있음에도 이를 수행하지 아니하였다. 그에 대한 피고소인들에 대한 고소·고발 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	김기춘	직권남용권리 행사방해죄	- 김기춘 비서실장은 해경 구조책임 관련 검찰수사가 진행되어 2014. 10. 6.경 수사 발표를 앞두고 있었고, 감사원도 세월호 사고 관련 감사를 진행하여 2014. 8. 말 최종 감사결과 발표가 예정되고 있었음. 이에 피고소인 김기춘은 2014. 8.경 감사원으로부터 2014. 7. 8.경 발표한 중간 감사결과보다 더 진전된 감사결과보고서를 입수하였

		허위공문서 작성죄	고, 2014. 9. 1. 황찬현 감사원장으로부터 이를 보고 받은 뒤에 정부·청와대의 책임으로 제기될 수 있는 감사내용에 대해서 제외하라는 외압을 행사함.
2	황찬현	국회증언감정 범위반(위증)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 세월호 감사와 관련하여 2014. 9. 1. 감사보고 과정에서 황찬현 감사원장과 김기춘 비서실장은 정부·청와대의 책임이 제기될 수 있는 감사내용을 빠기로 공모했을 가능성이 높아 해당 부분의 수사를 촉구함.</li> <li>• 2014. 7. 8.경 발표한 중간감사결과보다 더 진전된 감사 결과보고서에서 정부·청와대의 책임으로 제기될 수 있는 감사내용을 빼고, 2014. 10. 2. 최종 감사결과보고서가 나오도록 하였을 가능성이 있음.</li> </ul> <p>- 피고소인 황찬현은 2014. 7. 4. 서면으로 수시 보고한 적은 있으나, 그 외에 세월호 감사와 관련하여 별도로 보고한 적이 없다고 국회 법제사법위원회 국정감사에서 답변함. 그러나 2014. 9. 1.자 김영한 업무일지에 “長 O감사원장 報告-off the Record로 할 것”이라고 기재된 점에 비추어 허위의 증언이었을 가능성이 높음.</p>

#### 다. 세월호 특조위 활동 방해세력 고소·고발

참사 시점에서 시간이 경과 할수록 진상규명과 책임자 처벌을 위한 조사 및 수사는 난항을 겪게 된다. 그럼에도 피고소·고발인들은 특별법으로 설립된 독립기관인 특조위의 조사활동을 적극적으로 방해하고, 강제해산 시킴으로써 희생자들에 대한 진상규명과 책임자 처벌에 대한 방해행위를 통해 유가족들의 신원권을 침해하였다. 피고소인들에 대한 고소·고발 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	박근혜	직권남용 권리행사방해죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 피고소인 김재원은 2019. 1. 16. 특조위 설립준비단 내부에서 확정적으로 논의가 되지 않은 '4·16세월호 참사 특별조사위 설립 추진현황'문건을 발표하며 특조위가 '세금도둑'이라 발표하였고, 피고소인 조대환, 연영진, 김남규는 위 문건을 피고소인 김재원에게 유출하는 방식으로 피고소인의 위 발표행위에 적극 가담함.</li> <li>• 김재원의 위 행위는 청와대의 지시에 따라 특조위에 대한 부정적인 여론 등을 형성하기 위한 것으로 보임. 그 과정에 당시 정부수석이었던 피고소인 조윤선 등 청와대 비서실이 개입되어있을 것으로 추정.</li> </ul>
2	김재원		
3	조대환		
4	연영진		
5	김기춘		
6	조윤선	공무상 비밀누설죄	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 피고소인 조윤선, 김재원, 조대환, 고영주, 석동현, 차기환, 김남규, 연영진 등은 2015. 1. 19. 플라자호텔 회동을 통해 특조위의 조직과 예산을 “슬림화”함으로써 특조위의 조사활동을 축소하기로 결의하고, 특조위 해체 기자회견을 개최하여, 단체행동을 예고하고, 당시 청와대 및 여당의 입장을 반영한 직제·예산안을 추진하는 등 특조위의 설립준비를 방해하였음.</li> <li>• 위 플라자 회동은 피고소인 조윤선이 주재한 회의로, 특조위의 조직과 예산 축소를 통한 특조위 무력화는 청와대의 방침인 것으로 보임. 따라서 박근혜, 김기춘이 관여했을 것으로 보이고, 이병기, 현기환, 한정택 등도 위와 같은 방침 아래 특조위의 무력화를 각 정부 부처에 지시했을 것으로 추정.</li> <li>• 위 결의 내용의 실행행위로는 당초 특조위의 정원이 120명임에도 이를 90명으로 시작하게 만드는 등 특조위 의사에 반하는 시행령의 제정, 국무회의 의결과정에서의 예산 삭감, 활동기간 축소행위 등이 있음. 위 행위를 구체적으로 집행한 자는 유기준, 김영석, 차경환, 유일호임.</li> <li>- 특조위가 2015. 8. 4. 출범하기 전후로 특조위가 의사결정과정을 하거나 청문회를 진행할 때 보수단체가 지속적으로 집회·시위를 개최하는 등의 방식으로 특조위의 조</li> </ul>
7	고영주		
8	석동현		
9	차기환		
10	이헌		
11	김남규	세월호특별법위반(위계에 의한 직무집행방해, 비밀누설)죄	
12	현기환		
13	현정택		
14	이병기		
15	김영석		

16	최경환	위력에 의한 업무방해죄	<p>사활동을 방해하였음. 이는 정무수석비서관의 지위에 있던 조윤선, 현기환 등이 보수단체에게 특조위의 조사방해 및 조기 해체를 주장하는 정부의 입장을 지지하기 위한 집회 개최를 지원, 독려한 것으로 추정.</p> <p>- 특조위에 파견된 공무원들은 조직적으로 특조위 조사업무를 방해하거나 업무에 협조하지 않았음. 가령, 특조위 내부자료를 유출하거나, 홈페이지 강제폐쇄 등 특조위의 원활한 행정업무 운영에 협조를 하지 않는 등 특조위의 조사 활동에 지장을 초래함.</p>
17	유일호		
18	유기준		
19	임현택		
20	성명불상 공무원		

### 라. 해경 등 구조세력 고소·고발

세월호 참사 당시, 사고 현장을 파악하여 필요한 조치가 무엇인지 확인하고, 그 직무상 책임을 수행하여야 할 법적 의무를 부담하는 이들이, 자신의 의무를 적극적으로 방기하면서 돌이킬 수 없는 사회적 참사가 발생하였다. 그럼에도 당시 구조의무를 부담하는 이들 중 극히 일부만 기소되어 그 책임소재를 분명히 가름하지 못하였기에, 국민 고소고발인들은 해경 등 당시 구조의무를 부담하였던 자들을 고소·고발하였고, 그 요지는 아래와 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	임근조	미필적 고의에 의한 살인죄	<p>- 해양경찰청 및 서해지방해양경찰청, 목포해양경찰서 상황실 관계자</p> <p>• '해상치안상황실 운영규칙', '여객선(세월호) 침몰 관련 광역구조대책본부 운영계획', '주변해역 대형 해상사고 대응매뉴얼' 등에 의하면, 해양경찰청(임근조), 서해지방해양경찰청(김정식, 류명호, 김민철), 목포해양경찰서(백남근, 이병윤, 박신영, 문명일)의 상황실 책임자 및 담당자들은</p>
2	김정식		
3	김종인		

4	박성삼	미필적 고의에 의한 살인죄	<p>상황실을 관장하면서 상황이 발생하면 이에 대한 신속한 초동조치를 취하고 상황을 정확하게 파악, 보고 및 전파할 의무를 부담함.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>그러나 피고소인들은 교신을 통해 세월호가 급속히 기울고 있고 선체 밖에 승객들이 거의 보이지 않는다는 사실을 확인하였음에도 불구하고, 즉시 퇴선 명령을 하도록 하거나 필요한 구조를 할 수 있도록 초동조치를 취하지 않았음으로써, 304명을 사망에 이르게 함.</li> </ul> <p>- 진도 VTS 센터 관계자</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>VTS 센터는 관제구역 내에 선박의 이동 경로를 수시로 추적, 확인하고, 상호 정보를 제공할 의무가 있음. 그러나 당일 오전 7시 8분경 관제구역 내에 세월호가 진입하였을 때 세월호로부터 진입보고가 없었음에도 불구하고, 세월호에게 보고를 명하거나 동선 파악을 위한 조치를 취하지 않음.</li> <li>위와 같이 진도 VTS 센터 관계자들은 정확한 상황을 파악하여 이를 해경 상황실, 지휘부 등 유관기관에 전파하는 등 사고의 피해를 최소화하기 위한 의무를 다하지 아니함.</li> </ul> <p>- 123정 승선자(부장, 항해팀장, 전기팀장)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>123정은 당시 현장지휘함으로 지정되었고, 당시 현장으로 출동하면서 상황을 정확하게 파악하고 이를 전파하여 구조가 제대로 이루어질 수 있도록 할 책임이 있음. 그러나 123정은 이동 중 한차례 세월호와 교신을 시도한 후 응답이 없자 이후 현장에 도착할 때까지 교신하지 않았고, 세월호로 진입한 이들 또한 선내의 정확한 상황을 파악하려고 하거나 퇴선 지시를 하려는 시도를 하지 아니함.</li> </ul>
5	이형래		
6	박상욱		
7	김형준		
8	정영민		
9	황영태		
10	류명호		
11	김민철		
12	백남근		
13	이병윤		
14	박신영		
15	문명일		

### 마. 선내 구조 방해세력 고소·고발

세월호 선원인 강혜성은 수난구호법 제18조 제1항의 단서에 의해 세월호 승객을 구조해야 할 법률상 의무, 세월호 승객을 출발지인 인천항에서 목적지인 제주항까지 안전하게 운송할 계약상 의무, 해운법에 근거한 청해진해운의 운항관리규정에 따라 비상사태가 발생한 경우 인명의 안전 확

보를 최우선으로 하고 항상 최악의 사태를 염두에 두고 조치를 강구하고, 충돌·좌초나 퇴선 시 여객을 담당하고 여객의 유도하는 임무를 부담하고 있었다.

아울러, 강혜성의 학력, 그리고 세월호를 1년간 탔던 경험 등에 비추어 보면 세월호 침몰로 승객들이 사망할 수 있다는 결과를 충분히 인식할 수 있었음에도 불구하고, 강혜성은 자신의 임무를 게을리한 채 “현재 위치에서 안전하게 기다리시고, 더 이상 밖으로 나오지 마시기 바랍니다.”라는 선내대기방송을 하여 피해자들의 구조를 불가능하게 하였다. 강혜성의 위와 같은 행위들은 피해자들의 구조가 불가능할 것이라는 미필적 고의에 의한 살인이라고 볼 수 있고, 최소한 세월호 선원으로서 가지는 법률상·계약상 의무 등을 현저히 게을리한 것으로서 업무상과실치사죄에 해당하는 것이다. 이에, 국민고소고발인들은 세월호 선원인 강혜성에 대한 처벌을 강력히 촉구하며 고소·고발장을 제출하였다.

### 3. 제3차 국민 고소·고발(2020. 7. 13.)의 요지

국가정보원이 2014. 4. 16. 세월호 참사 직후부터 같은 해 11.경까지 세월호 유가족에게 불리한 여론을 형성하기 위한 목적으로 유가족들을 사찰하였다는 점이 조사를 통해 확인되었다. 세월호 참사 직후부터 국가정보원이 세월호 선원으로부터 ‘해양사고 보고 계통도(제일 먼저 보고할 기관으로 국정원 인천지부와 제주지부)’에 따라 세월호 침몰사고를 보고 받았는지와 관련한 의혹, 2014. 6. 22. 11:40경 세월호에서 인양된 노트북에서 약 100가지의 ‘국정원 지적사항’이라는 제목의 파일이 발견된 이유에 관한 의혹 등이 제기되었으나 이는 명백히 밝혀지지 않았다. 이에, 국민고소고

발인들은 피해자 및 유가족들을 위무해야 할 국가가 군과 정보기관을 통해 민간인 사찰을 자행하였다는 의혹을 철저히 규명할 필요가 있다고 판단하여 고소·고발을 진행하였고, 그 요지는 다음과 같다.

순번	피고소·고발인	고소·고발 행위 및 죄명	고소·고발 요지
1	남재준	국정원법위반 (직권남용권리 행사방해)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 국군기무사령부의 세월호 유가족에 대한 사찰과 마찬가지로 국가정보원의 최고 지휘부의 지시에 따라 하부 국정원 직원들은 2014. 4. 16. 세월호 참사 직후부터 같은 해 11.경까지 세월호 유가족에 대한 조직적 사찰행위를 하였을 것으로 추정되고, 그 과정에서 세월호 유가족에 대한 개인정보 등 민감정보 등을 수집하였음.</li> <li>- 사복을 착용한 성명 불상의 국가정보원 직원이 세월호 선원 손지태에 대하여 특별한 심리분석 수사의 명목으로 진술을 받은 수사행위는 세월호 참사 관련 수사 권한이 없는 국정원이 국가정보원법에서 정한 수사 권한을 남용하여 주요 참고인 손지태를 조사함으로써 의무 없는 일을 하게 하거나 타인의 권리를 침해한 행위임.</li> <li>- 2명의 성명불상 국가정보원 직원이 세월호 선장 이준석의 정보를 수집하여 목포해양경찰서 박모 경사의 집에서 이준석 선장으로부터 세월호 침몰원인과 승객구조에 관한 사항을 조사하였을 가능성 및 그 이후 출입 사실이 촬영된 아파트 CCTV 영상이 삭제된 점에 관한 수사를 촉구함.</li> </ul>
2	이병기		
3	김수민	개인정보 보호법위반 (민감정보 처리제한)	
4	성명불상 국정원 직원	신용정보법 위반	

## 활동기 2

## 말의 세계에 감금된 것들을 소환하다

- 국가보안법을 박물관으로 전시회 기획팀 활동기

허진선

## I. 들어가며: 오랜 과제를 바라보는 새로운 접근을 시도하다

2018년은 세계인권선언이 채택된 지 70년을 맞는 해였다. 동시에 국가보안법이 제정된 지 70년이 되는 해이기도 했다. 국가보안법 제정일인 12월 1일에 맞춰 기자회견과 토론회 개최, 언론 기고 등 연례행사처럼 국가보안법 폐지 사업이 진행되었다. 반세기가 넘는 세월동안 올라나갔던 “국가보안법을 폐지하라”라는 구호가 허공을 맴돈 채로 또다시 새로운 해를 맞이했다. 가장 격렬했던 2004년의 폐지 투쟁 이후 15년이라는 시간이 지나면서 세상은 급격하고도 많은 변화를 겪었고 국가보안법 폐지운동은 이런 변화된 시대상황까지 고려할 수 있는 새로운 접근이 필요한 상황이었다.

2019년 1월, 국가보안법 폐지 운동을 새롭게 바라봐야 한다는 점에 공감하면서 다산인권센터의 박진 활동가를 중심으로 송상교 민변 사무총장, 채희준 민변 통일위원장, 이종문 한국진보연대 대외협력위원장이 모였

다. 이 회의의 한 참석자가 노무현 전 대통령의 말<sup>1</sup>을 인용한 것을 계기로 국가보안법 박물관을 만들어보자는 이른바 ‘국가보안법 박물관 건립 프로젝트’ 기획에 이르렀다. 이 기획은 국가보안법을 없애야 한다는 당위성뿐만 아니라 국가보안법에 관한 목소리들과 경험들을 기억하고 보존해야 한다는 과제를 담고 있기도 했다. 그러나 장기간에 걸쳐 추진해야 할 기획이었기 때문에 국가보안법을 ‘유물’로 만들자는 상징적 의미라도 담아낼 수 있도록 전시회를 개최하는 것으로 사업의 방향을 결정하였다. 첫 번째 모임 이후 권은비 공공미술 작가가 전시회 감독으로서 참여하여 전체적인 전시회의 방향과 세부기획을 담당하였다.

기존에 국가보안법을 주제로 한 전시회는 종종 있었지만 국가보안법으로 인한 피해사실만을 그대로 보여주는 방식이었거나 국가보안법이라는 주제를 예술가의 시선으로 새롭게 해석해서 보여주는 방식에 그쳤다. 새로 기획한 전시회의 기본적인 관점은 국가보안법이 사문화된 법이 아니라 제도로서 존재하면서도 사람들의 생각과 말들에 여전히 막강한 영향력을 끼치는 법이라는 것과 정권유지를 위해 악용될 여지를 가지고 있다는 점, 그리고 국가보안법으로 인한 사법적·심리적·물리적 피해를 국가보안법을 잘 알지 못하는 사람들도 곧바로 이해할 수 있는 언어와 방식으로 표현하는 것이었다.

### 초동 모임 이후 활동가들은 ‘국가보안법을 박물관으로 전시회 기획팀’<sup>2</sup>

- 1 노무현 전 대통령은 2004년 9월 5일, MBC 시사매거진 2580 500회 특집 대담에서 “국민주권 시대, 인권존중의 시대로 간다고 하면 그 낡은 유물은 폐기하는 것이 좋지 않겠습니까?”, “칼집에 넣어서 박물관으로 보내는 것이 좋지 않겠습니까?”라고 발언하였다.
- 2 국가보안법을 박물관으로 전시회 기획팀 구성: 박진, 탈라(다산인권센터), 이종문(한국진보연대), 강곤(작가), 조용신, 조현경(디자이너), 권은비(총괄작가), 보코, 박지은(실무자), 송상교, 허진선(민변), 김태복, 안혜영(민주노총), 윤희숙(진보당)



‘국가보안법을 박물관으로’ 전시회 〈말의 세계에 감금된 것들〉 포스터

을 구성하여 여러 차례의 회의를 통해 전시회의 기본적 관점과 내용을 논의했고 전시회 개최를 위한 실무를 준비했다. 1년 이상 준비한 끝에 2020년 3월에는 ‘국가보안법을 박물관으로 전시회 추진위원회’<sup>3</sup>를 구성하여 7월 16일 공식 발족하였고, 총 191개(명)의 단체 및 개인이 추진위원으로 결합하였다. 추진위원회와 민주화운동기념사업회가 공동주최하여 〈말의 세계에 감금된 것들〉이라는 제목으로 2020. 8. 25. ~ 10. 18. 기간 동안 남영동 민주인권기념관에서 전시회를 개최하였다.<sup>4</sup>

## II. 전시의 실재

### 1. 전시회 전체 기획 및 도입부

전체 전시회의 제목인 ‘말의 세계에 감금된 것들’은 작가 버지니아 울프

- 3 국가보안법을 박물관으로 전시회 추진위원장: 권오현, 김혜순(양심수후원회), 김경민(YMCA), 김재하(민주노총), 김영순(시민사회단체연대회의), 김도형(민변), 박석운, 한충목(한국진보연대), 장남수(유가협), 조순덕(민가협)
- 4 ‘국가보안법을 박물관으로’ 전시회 〈말의 세계에 감금된 것들〉
  - 전시 기간 및 전시 장소: 2020. 8. 25. ~ 10. 18., 민주인권기념관
  - 공동주최: ‘국가보안법을 박물관으로’ 전시회 추진위원회, 민주화운동기념사업회
  - 주관: ‘국가보안법을 박물관으로’ 전시회 추진위원회
  - 후원: 인권재단 사람, 노무현재단, 프리드리히 에버트 재단

의 말<sup>5</sup>을 인용한 것이다. 전시회의 포스터에는 시위 현장의 사진을 활용하여 국가보안법으로 감금된 세상을 향해 주체적으로 투쟁하는 여성들의 모습을 담아냈다. 전시회 장소인 남영동에 위치한 민주인권기념관은 과거에 국가보안법 위반을 명분으로 한 불법 수사와 고문이 자행되었던 대공분실이였다. 국가보안법에 의해 감금된 ‘말의 세계’를 상징하는 이 공간으로 관람객이 들어갔다 나오는 것이 전체 전시의 기획이다.

첫 번째 전시공간이자 전시를 보고 나올 때 가장 마지막으로 마주하는 공간인 민주인권기념관의 중앙정원에 놓인 작품의 이름은 <12개의, 12개의 질문><sup>6</sup>이다. 지그재그로 놓인 12개 문에는 각각 12개의 질문이 쓰여 있다.<sup>7</sup> 관객들은 국가보안법으로 감금된 세계의 문을 직접 열고나오는 행위를 통해 관람객은 전시 관람을 시작한다.



5 “I thought how unpleasant it is to be locked out; and I thought how it is worse, perhaps, to be locked in.” Virginia Woolf, <A Room of One’s Own>, 1929.

6 <12개의 문, 12개의 질문> 권은비, 목재, 철재 프레임, 가변크기, 2020년

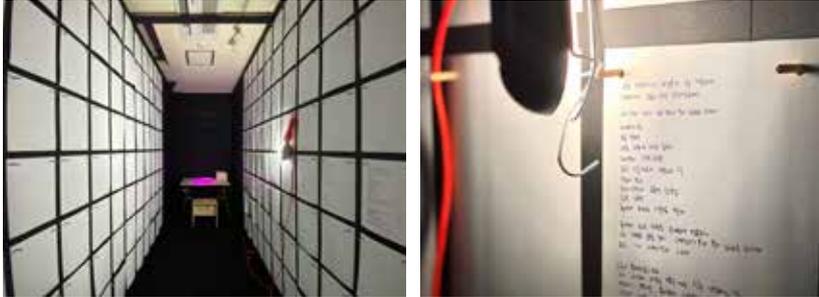
7 12개의 문 각각에는 ‘모든 권력은 어떻게 국민으로부터 나오나요?’, ‘국가는 어떻게 국민을 보호하나요? 법은 어떻게 정의로울 수 있습니까?’, ‘자유는 어떻게 보장받을 수 있습니까?’, ‘차별없는 평등은 어떻게 가능할까요?’, ‘인간으로서의 존엄은 어떻게 지킬 수 있습니까?’, ‘폭력은 어떻게 사라질 수 있나요?’, ‘진실은 어떻게 어둠을 이길 수 있나요?’, ‘평화는 어떻게 여기에 올 수 있나요?’, ‘판결은 어떻게 정의가 될 수 있나요?’, ‘상처는 어떻게 안아줄 수 있나요?’ ‘이 세계에서 어떻게 살아가야 하나요?’라는 질문이 쓰여있다.

문을 열고 나오면 민주인권기념관 건물 옥상에서 한 여성이 1인시위하고 있는 모습을 볼 수 있다. <1인 시위><sup>8</sup>라는 제목의 이 작품은 한 여성이 ‘국가보안법 철폐없는 통일논의 기만이다. 노태우는 퇴진하라!’라는 피켓을 든 사진을 프린팅한 조형물이다. ‘방북 사건’ 이후 임수경이 국가보안법 위반으로 수감되었을 때 대학생 면회단의 사진이며, 사진 속 인물은 카메라 렌즈를 당당히 노려보고 있다.



실내에서 가장 먼저 만나볼 수 있는 민주인권기념관 본관 1층에 위치한 <말의 세계> 전시장은 양벽을 따라 나무토막에 빈 종이가 걸려있는 방이다. 전시장의 가장 끝에 나희덕 시인의 시 ‘파일명 <서정시>’를 필사할 수 있는 테이블이 놓여있고, 국가보안법 법령이 음성으로 흘러나온다. 관람객이 국가보안법 법령을 들으며 저항의 의미로서 시를 필사하고 필사한 종이를 벽면에 걸어둘 수 있는 참여형 전시이다. 실제 전시 관람 시에는 관람객들로 하여금 가장 마지막에 <말의 세계> 전시장을 관람할 수 있도록 하여, 전시를 보고 나오면서 국가보안법이라는 세계에 감금되었다는 사실을 직접 경험해볼 수 있도록 하는 한편 함께 연대하여 투쟁할 수 있는 가능성을 품고 나갈 수 있도록 기획하였다.

8 <1인 시위> ‘국가보안법 철폐 없는 통일논의 기만이다’ 피켓을 들고 있는 임수경 면회자들, 1990년 사진: 박용수, 출처: 민주화운동기념사업회, 80cmX200cm



## 2. 1부 <나의 말이 세계를 터뜨릴 것이다>

### 1부 <나의 말이 세계를 터뜨릴 것이다> 전시 작품 목록

사운드 스케이프 국가보안법의 일상, 11개의 낭독, 단채널 오디오, 2020

녹음진행: 권은비, 박지은, 보코

녹음편집: 이효섭, 정유민

#### <봉인된 24년 지키지 못한 죄>

단채널 오디오, 15분 21초, 2020 / 구술자: 고애순, 낭독자: 조민수

#### <결코 잊을 수 없는 그날의 기억>

단채널 오디오, 20분 13초, 2020년 / 구술자: 권명희, 낭독자: 슬릭

#### <애 업고, 기저귀 가방 둘러메고>

단채널 오디오, 11분 15초, 2020년 / 구술자: 김은혜, 낭독자: 임순례

#### <책 한권으로도 다 못할 이야기>

단채널 오디오, 11분 56초, 2020년 / 구술자: 김정숙, 낭독자: 이상희

#### <나는 그렇게 몰아가도 되는 사람이었던 거예요>

단채널 오디오, 22분 53초, 2020년 / 구술자: 배지윤, 낭독자: 요조

#### <그들은 저를 겁주고 싶어했어요 내 죄가 무엇인지는 말하지 않고>

단채널 오디오, 15분 13초, 2020년 / 구술자: 안소희, 낭독자: 김일란

#### <짧고 압축적인 그러나 기나긴, 내 청춘은 역사도 경력도 되지 못했다>

단채널 오디오, 10분 59초, 2020년 / 구술자: 양은영, 낭독자: 정세랑

#### <오빠를 간첩이라 했던 제 괴로움을 저들은 모릅니다>

단채널 오디오, 13분 26초, 2020년 / 구술자: 유가려, 낭독자: 윤경희

<남영동 1980> 단채널 오디오, 15분 39초, 2020년 / 구술자: 유숙열, 낭독자: 문소리

<중이 한 장의 무게> 단채널 오디오, 26분 40초, 2020년 / 구술자: 유해정, 낭독자: 황정은

#### <국보법이 폐지되면 그 자리에서 춤을 출거야>

단채널 오디오, 13분 25초, 2020년 / 구술자: 정순녀, 낭독자: 손희정

#### 사진작품

1. 고애순 <육아일기>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

2. 권명희 <광화문, 외침>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

3. 김은혜 <되찾은 불은서적>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

4. 김정숙 <목요일집회>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

5. 배지윤 <절반의 자리>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

6. 안소희 <이런 압수수색>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

7. 양은영 <캠퍼스, 코로나19>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

8. 유가려 <회령 화교>, 정택용, 피그먼트 프린트, 53cm×80cm, 2020년

9. 유숙열 <대공분실의 흔적>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

10. 유해정 <기억 찾기>, 정택용, 피그먼트 프린트, 80cm×53cm, 2020년

11. 정순녀 <민가협 의 상징>, 정택용, 피그먼트 프린트, 53cm×80cm, 2020년

5층으로 올라가면 1부 <나의 말이 세계를 터뜨릴 것이다> 전시가 시작된다. 5층은 대공분실로 사용된 조사실이 위치한 곳이다. 국가보안법의 역사 속에 부재했던 여성들 각각의 서사를 각 조사실에 하나씩 담아냈다.



### 3. 2부 <국가보안법 연대기>

#### 2부 <국가보안법 연대기> 전시 작품 목록

1. <국가보안법 연대기> 1, 2, 3, 디지털 프린트, 90cmX400cm
2. <국가보안법 연대기> 대한민국이 버린 사람들, 디지털 프린트, 90cmX400cm
3. <국가보안법 연대기> 예술을 검열하다, 디지털 프린트, 90cmX400cm
4. <국가보안법 연대기> 수배된 젊음, 구속된 신념, 디지털 프린트, 90cmX400cm
5. <국가보안법 연대기> 1219일간의 감시, 디지털 프린트, 90cmX400cm
6. <국가보안법 연대기> '탈북', '여성', '간첩공장', 디지털 프린트, 90cmX400cm
7. <국가보안법 연대기> '시민단체'를 '이적단체'로, 디지털 프린트, 90cmX400cm
8. <국가보안법 연대기> 처벌된 역사, 디지털 프린트, 90cmX400cm
9. <국가보안법 연대기> 키보드를 감시하는 국가보안법, 디지털 프린트, 90cmX400cm
10. <국가보안법 연대기> 기-승-전-국가보안법, 디지털 프린트, 90cmX400cm

<국가보안법 폐지하라> 국가보안법 완전 철폐를 외치며 농성 중인 민가협 회원들, 1991.01.21. 사진: 박용수, 출처: 민주화운동기념사업회, 디지털 프린트

<감금된 생각들> 판례상 인정된 이적표현물, 판례에 나타난 이적표현물 (부분공개), 1974년-1996년, 출처: 대검찰청 공안자료집, 디지털 프린트, 80cmX1000cm

<법의 세계> 국가보안법 사건 변론자료 1980-2020년, 가변크기  
기증: 민주사회를 위한 변호사모임  
출처: 민주화운동기념사업회

<감금된 세계의 변론: 송상교변호사와의 인터뷰> 단채널 비디오, 15분, 2020

<현존> 황교안, 국가보안법 (서울: 박영사, 2011), 기증: 민주사회를 위한 변호사모임, 2020

4층으로 이어진 계단을 따라 내려가면 주요 국가보안법 사건들이 2020년부터 역순으로 적혀있다. 현재에서 과거로 거슬러 올라가면서 국가보안법의 기원을 따라가 보는 것이다. 그렇게 도착한 4층 전시장 전면에는 민가협 회원들이 국가보안법 완전 철폐를 외치는 사진을 프린트한 작품<sup>9</sup>이 걸려있다. 2부 <국가보안법 연대기>를 주제로 하는 4층 전시장에는 민변의 변론기록분석팀이 참여한 <국가보안법 연대기> 작품이 전시되어 있다. 벽면에 몰로 말려 있는 각각의 프린팅 작품에서 국가보안법의 역사와 역대 정부별 국가보안법 기소 건수, 주요 피해사례 등을 만나볼 수 있다.



2부 전시에는 국가보안법 피해가 얼마나 광범위했는가를 보여주는 작품들이 포함되어 있다. 판례상 인정된 이적표현물을 프린팅한 <감금된 생각들> 작품에서 1974년부터 1996년까지 판례상 이적표현물이라고 규정된 책의 목록들을 10미터가 넘는 프린트로 확인할 수 있는데, 이 중에는 마르크스의 자본론, 백기완, 리영희의 책이 포함되어 있다. 전시장 제일 안쪽 방에 위치한 <법의 세계> 작품은 민변에서 협약을 통해 민주화운동기념사업회에 기증했던 국가보안법 사건 기록을 시각화한 작품으로, 사건 기록을 담은 박스에는 사건번호와 사건명, 변호사, 검사, 판사들의 이름

<sup>9</sup> <국가보안법 폐지하라> 국가보안법 완전 철폐를 외치며 농성 중인 민가협 회원들, 1991.01.21. 사진: 박용수, 출처: 민주화운동기념사업회, 디지털 프린트

이 적혀있다. 얼마나 많은 국가보안법 사건과 당사자들이 존재했으며, 사건에 관련된 사람들은 또 얼마나 많은지 짐작할 수 있는 작품이다. 앞서 민변의 회원들이 참여한 <국가보안법 연대기> 작품과 <현존> 작품을 통해 국가보안법 앞에 가려졌던 가해의 얼굴과 이름들을 되새길 수 있는데, <현존> 작품 속 황교안이 집필한 '국가보안법' 서적에 '5.16 군사혁명'이라고 언급되어 있는 부분이 눈에 띈다. 그 아래로는 국가보안법의 피해자에서 운동의 주체로 선 인물의 이야기를 따라가는 인터뷰 영상 작품을 전시하였다.



이상의 전시와 전시에 관한 보다 자세한 해설을 민주인권기념관 홈페이지에 링크된 온라인 전시관(dhrm.or.kr/online-exhibit)과 유튜브 채널 '국가보안법 박물관'과 '연분홍TV'의 전시회 해설 영상을 통해 확인할 수 있

다. 또한 전시기간 진행한 전시회의 오픈식과 3개의 부대행사<sup>10</sup> 영상<sup>11</sup>도 유튜브를 통해 관람할 수 있다.

### Ⅲ. 세부 기획 과정

#### 1. 구술 채록 사업: 여성서사로 본 국가보안법

전시회를 준비하는 과정에서 그동안 국가보안법의 역사 속에서 행위의 주체로 소환되지 못하였던 여성들의 이야기를 담아보자는 논의가 진행되었다. 국가보안법과 여성을 함께 이야기할 때 피해자의 가족이자 '옥바라지'하는 존재로서 여성을 이야기하는 것을 넘어서야 한다는 문제의식에서 출발하였다. 국가보안법의 역사 안에서 여성들이 투쟁의 주체로 선 서사를 발굴하고 사회를 변화시키는 주체로서의 여성의 모습을 담아내자는 기획이었다.

국가보안법과 여성의 서사를 불러오는 일은 구술채록 사업을 통해 진행되었다. 국가보안법의 운동과 역사 속에서 발화자로 전면에 등장했던 남성들과 달리 피해자로서도, 운동가로서도, 발화자로서도 조명 받지 못한 여성들의 이야기를 채록 사업으로 소환해보는 시도였다. 용산참사, 밀양 송전탑, 형제복지원, 세월호참사, 비정규직 투쟁, 고공농성 등 한국 사회

<sup>10</sup> 전시회 오픈식: 2020. 8. 25., 부대행사 '민변과 함께 보는 사건 기록들': 2020. 8. 31., 부대행사 '말의 세계에 감금된 것들' 북토크: 2020. 9. 7., 부대행사 '교사들이 말하는 국가보안법': 2020. 9. 21. 각각 진행  
<sup>11</sup> 영상의 촬영과 편집에는 성적소수문화인권연대 연분홍치마가 함께 하였다.

의 모순이 드러날 때마다 현장에서 기록을 남겼던 구술채록 작가단<sup>12</sup>이 위와 같은 취지를 적극적으로 논의하고 최종 채록 작업을 진행하였다.

작가단은 채록 대상자를 선정할 때 직접적으로 사법적 피해를 받은 사람들뿐만 아니라 국가보안법이 만들어지고 현재까지 실존하는 과정 속에서 얼마나 많은 가족과 단체들에, 그리고 사회적인 고통을 낳았는지를 고려하였다. 작가단이 선정한 인물들은 1980년대 5공화국 시절부터 최근 10년도 안 된 사건까지의 피해 당사자이거나 관계자들이다. 선정된 이들 중 연락이 닿지 않는 이들도 있었고 구술 작업까지는 참여하였으나 원고로 작성하는 것을 원치 않는 이들도 있었다. 이에 따라 최종 전시에는 총 11명의 여성들의 서사를 담게 되었다.

국가보안법에 관한 개인의 이야기를 꺼내는 일은 직간접적 피해를 입었을 당시의 정신적·물리적 고통까지 함께 꺼내보여야 하는 일이었기에 채록자와 구술자 모두에게 조심스러운 작업이었다. 한 구술자는 자녀들이 속상해 할까봐 투쟁 과정에서 한쪽 눈의 시력을 잃었다는 이야기를 30년 만에 채록작업을 통해 세상에 꺼냈다. 국가보안법에 의한 개인들의 상흔과 국가보안법의 역사와 운동 안에서의 여성들의 위치를 담은 이야기가 훼손됨 없이 전시를 관람하는 이들에게 온전히 닿을 수 있도록 전시실의 한 방마다 한 명의 이야기를 담담하게 풀었다.

전시실은 대공분실로 사용되었던 남영동 민주인권기념관의 5층 각 조사실로, 세면대와 변기 등 수도 시설이 그대로 남아 있는 조사실 안에 테

12 구술채록작가단: 홍세미, 이호연, 유혜정, 박희정, 강곤

이블과 헤드폰, 원고가 새겨진 나무책자로 이루어진 사운드스케이프 작품과 사진작품이 놓여 있다. 관람객은 테이블에 앉아 구술자들의 이야기를 각기 다른 낭독자들의 목소리를 통해 들어보고, 나무 책자를 직접 손으로 넘기면서 원고를 읽어볼 수 있다. 각 이야기로부터 영감을 얻어 촬영한 사진작품<sup>13</sup>을 조사실 안에서 함께 볼 수 있도록 하여 청각과 시각, 촉각을 모두 활용하는 전시로 기획하였다. 한때 공안수사를 위해 고문과 감금의 공간으로 사용되었던 조사실 안에 국가보안법의 피해자이자 운동의 주체인 이의 이야기 그리고 관람객 둘만 남게 되는 기획이다.



구술 채록의 원고 낭독에는 영화감독, 소설가, 배우, 문화평론가 등 계각층의 인물들이 참여하여 다양한 사람의 목소리로 국가보안법 피해자들의 이야기를 들을 수 있도록 기획되었다. 낭독자들의 목소리를 담은 녹음 작업은 전문 장비를 갖춘 스튜디오가 아닌 민주인권기념관, 홍대입구 거리, 변호사 사무실 등 쉽게 접근할 수 있는 일상 속에 자리한 공간에서 진행했다. 국가보안법이 파괴했고 또 운동가로 만들었던 개인들의 삶과 서사를 일상의 공간에서 녹음된 익숙한 목소리로 만난 뒤에 조사실을 나서면 복도 바닥에 인쇄된 5층 1부 전시의 주제 <나의 말이 세계를 터뜨릴

13 사진 촬영: 정택용 작가

것이다》를 마주할 수 있다.

채록사업의 결과물은 전시회 개최시기에 맞춰 2020년 8월 단행본 《말의 세계에 감금된 것들 - 여성 서사로 본 국가보안법》(오월의봄)으로 발간하였다. 단행본은 현재 온라인과 오프라인 서점에서 만나볼 수 있다.

## 2. 민변 변론기록분석팀의 결합 : 국가보안법 연대기 작업

2020년 5월, ‘여성 서사로 본 국가보안법’ 구술 채록 사업의 방향과 대상자 선정에 관해 함께 고민하기 위해 민변 회원들과 구술 채록 작가단이 간담회를 진행했다. 국가보안법 변론경험이 있는 회원부터 ‘여성서사로 본 국가보안법’이라는 주제에 이끌려 온 신입회원까지, 다양한 연차와 참여 동기를 가진 회원들이 모였다. 간담회에서 구술 채록 사업은 구술 채록 작가단이 전담하는 것이 좋겠다는 결론을 내렸고 국가보안법 사건이 ‘사건’이 되기까지의 구체적인 과정을 정리할 필요성을 함께 공유하였다. 공안수사기관은 어떤 방식으로 사건을 구성하고 수사·기소하는지, 그동안의 국가보안법 사건 판례의 내용적·수량적 의미는 무엇인지 등의 질문을 안고 가칭 ‘변론기록분석팀’을 구성하였다. 변론기록분석팀은 민변이 민주화운동기념사업회에 기증하였던 1980~2000년대 국가보안법 사건 기록들을 검토하기 시작했다. 최종적으로는 9명의 회원들이 변론기록분석팀<sup>14</sup>으로 함께 하였다.

1부의 전시 〈나의 말이 세계를 터뜨릴 것이다〉가 개개인들의 서사에 초

점을 맞췄다면, 변론기록분석팀이 결합한 2부의 전시 〈국가보안법 연대기〉는 국가보안법의 피해사실을 객관적이고 직관적으로 수량화하여 보여주기 위한 전시였다. 국가보안법이 얼마나 다양한 위치의 사람들을 얼마나 많이 억압하였는지 양적으로 보여주는 한편 추상적인 언어로써가 아니라 구체적인 사례들로서 국가보안법에 접근하고, 국가보안법 피해자를 양산해낸 가해주체들을 호명할 수 있도록 기획하였다. 변론기록분석팀이 국가보안법 사건기록들을 분석하여 내용을 작성하는 역할을 담당했다.

〈국가보안법 연대기 1~3〉을 통해 국가보안법의 제정과 폐지운동의 역사, 역대 기소 통계 등을 전시하고, 총 9개의 사건(홍성담 화백 사건, 이시우 사진작가 사건, 한총련 사건, 비행기 조종사 인터넷 게시물 사건, 실천연대 사건, 재일동포 간첩 사건, 해사장교 사건, ‘내란음모’ 사건, 탈북민간첩조작사건)을 선정하여 〈국가보안법 연대기〉라는 제목으로 함께 전시하였다. 선정한 사건들마다의 특수성을 담아내고 관람객이 누구든 쉽게 이해할 수 있도록 디자이너들이 시각적으로 표현하는 작업을 진행했다. 디자인의 기초자료가 되었던 10페이지도 안 되는 문서를 만들기 위해 각 사건마다 천 페이지가 넘는 분량의 공소장, 판결문 등 사건자료를 검토·분석하였고 2019년 5월 구술 채록 작가단과의 간담회를 포함하여 2020년 2월까지의 기간 동안 총 8차례의 회의를 통해 사건 분석 결과를 공유하였다.

기록분석을 시작할 당시는 국가보안법 자료들이 두서없이 모아져있을 뿐인 상태였다. 특히 각 사건마다 예술, 학문, 단체, 간첩조작 등 가지고 있는 특성이 상이했기 때문에 어떠한 큰 흐름 안에서 보여주어야 할지 명확한 답이 없는 상태로 분석작업이 진행되어 최종 정리하는 작업이 길어졌다. 각 사건의 분석 결과는 2월 회의를 통해 정리되었음에도 전시회가

14 민변 변론 기록분석팀 구성: 송상교, 이정희, 이주희, 전다운, 조세현, 조지훈, 채희준, 하인준, 허진선

개최된 8월까지 전시된 디자인에 대한 피드백 과정에서 새롭게 사진 분석 내용을 정리하는 과정이 이어졌다. 특히 변론기록분석팀에서 최초로 과제로 두었던 국가보안법에 관한 공안수사기관의 피의자 신문과 수사, 기소 방식의 전형적인 특징을 분석하는 일은 장기간의 호흡을 두고 진행해야 하는 것으로 결론지어졌다.

#### IV. 사업의 평가와 후속 사업

인권운동과 통일운동, 시민사회 진영이 함께 집중하여 국가보안법 폐지 사업을 추진한 경험은 2004년의 국가보안법 폐지 운동 이후로 거의 부재한 상황이었다. 이번 전시회는 국가보안법 피해에 관하여 알리는 기존의 방식을 넘어서서 오랜 시간 많은 개인들과 단체들이 투쟁했던 과정을 담았으며 국가보안법은 여전히 현재진행형인 법이며 민주화운동과도 밀접한 관계가 있는 법임을 알리는 기획이었다. 특히 기획의 과정에 인권운동가, 통일운동가, 사회활동가, 변호사 등 다양한 활동지반을 가진 사람들이 결합함으로써 예술가들이 해석하는 예술로서의 국가보안법 전시를 넘어 국가보안법에 대한 문제의식을 보다 구체적으로 담을 수 있게 되었다.

이번 전시는 국가보안법 폐지 및 폐지운동의 새로운 전환의 필요성에 공감하는 이들이 적지 않음을 확인할 수 있는 기회이기도 하였다. 전시회 추진위원회에 191개(명)의 개인 및 단체가 참여한 점과 ‘말의 세계에 감금된 것들 - 여성서사로 본 국가보안법’의 제목으로 진행한 텀블벅(크라우드 펀딩 플랫폼) 후원에 한 달의 기간 동안 425명의 후원자가 참여한 것으로 이를 반추할 수 있다. 특히 이는 국가보안법 폐지운동이 기존에 다뤄

지지 않았던 개인들 특히 여성들의 이야기를 담아야 한다는 것에 공감한 이들이 모인 결과라 할 수 있겠다.

전시 기간 중 코로나19 확산에 따라 사회적 거리두기 단계 격상되면서 오프라인 전시는 2020. 9. 29. ~ 2020. 10. 18. 기간 중 약 15일 정도 개최하였음에도 1,042명의 관람객이 전시를 관람하였다. 민주인권기념관에서 운영을 주관한 온라인 전시관의 경우 전시기간 중 8,704명이 방문하였다.



전시회 기획팀

전시회 추진위원회는 2020년 11월 평가회의를 가진 후 공식 해소하였으며 기획팀은 지역 전시 등 향후 전시 요청이 있는 곳을 위해 잔존해있는 상황이다. 비록 코로나 상황으로 일정은 유동적이나, 축소된 형태의 같은 전시를 2021년 하반기에 국회에서 개최할 예정이다.

민변에서도 변론기록분석팀을 운영하고 논의한 경험에서 비롯하여 국

가보안법 위헌제청의 필요성이 공유되었고, 그 결과 현재 위헌소송 대리인단이 구성되었다. 국가보안법 위헌소송대리인단(단장: 최병모 변호사)은 헌법재판소에 계류중인 수원지방법원의 위헌법률심판제청 사건(2017헌가27)<sup>15</sup>에 공동 대리인단 선임계를 제출하여 공개변론을 준비하고 있다. 지난 3월에는 민변 내부에 국가보안법 폐지 TF(단장: 조영선 변호사)가 구성되었고, TF는 국가보안법에 관한 연구 및 집필활동, 폐지를 위한 연대활동을 전개하고 있다.

외부적으로는 제 단체들이 모여 2021년 3월 국가보안법 폐지 국민행동(폐지행동)을 구성하고 출범시켰으며 민변 또한 제안단체 및 상임공동대표로 함께하고 있다. 폐지행동은 21대 국회 임기 내에 국가보안법을 폐지할 것을 목표로 국회 입법 10만 청원 운동을 진행하고 있다.<sup>16</sup>

## V. 나가며

전시회 개최는 그간의 국가보안법 폐지 운동을 새롭게 정립할 필요가 있다는 것을 환기한 경험이다. 정권에 반대하는 목소리를 국가보안법을 이용해 낙인찍고 반공주의를 강화하는 전략이 유효했던 시대는 지나가고 있다. 그럼에도 국가보안법에 의한 피해는 여전히 발생하고 있고, 양심수

<sup>15</sup> 수원지방법원은 2017. 8. 4. 피고인 이00외 3인에 대한 국가보안법위반(찬양·고무)등 사건에서 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항이 “죄형법정주의, 명확성의 원칙, 과잉금지 원칙에 위배하여 표현의 자유와 양심의 자유를 침해한 것으로 볼 여지가 있고, 특히 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조와 이를 유권 해석해 왔던 시민적·정치적 권리위원회의 거듭된 견해표명”에 비추어 보면 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항이 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 보아 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다.

<sup>16</sup> 국회 국민동의청원은 2021. 5. 10. 공개되었으며, 2021. 5. 13. 현재 청원인원 6만 명을 넘어섰다. 민주사회를 위한 변론 114호가 발간될 시점에는 10만을 넘어설 것으로 기대된다.

석방 문제, 재일동포 문제, 이외 국가보안법으로 피해 입은 사람들에게 대한 배상 및 치유 등 국가보안법 폐지 외에도 해결해야 할 과제들이 산적해 있는 상황이다. 변화하는 시대에 대응하고 남아 있는 과제들을 해결하며 고통을 치유할 수 있는 새로운 방식의 국가보안법 폐지운동, 그리고 시민들의 적극적인 관심이 절실하다. 우리를 ‘감금’하고 있는 ‘말의 세계’는 무엇인지 그리고 우리가 이 감금된 세계에서 벗어날 수 있는 방법은 무엇인지 모든 이들이 한 번쯤은 생각해보기를 염원한다.

### [첨부] 국가보안법을 박물관으로 ‘말의 세계에 감금된 것들’

- 전시 기획글, 예술감독 권은비

이 전시는 불편한 전시입니다.

우리는 이 전시를 통해 국가가 ‘법’이라는 이름으로 국민에게 ‘조작된 죄’, ‘기획된 죄’를 묻고, 사람들의 시간, 생각과 몸을 감금했던 불편한 역사를 제대로 바라보고자 합니다.

1948년부터 현재까지 국가보안법은 한국 사회를 반으로 갈라 이분법적으로 검열하고, 편 가르고, 구별 짓도록 만들고 있습니다. 이러한 세계 속에 감금된 것들을 찾아, 말과 말 사이, 생각과 생각사이, 발화되지 못한 시간과 공간 사이에 남겨진 것은 무엇인지 기록하고자 했습니다.

이 전시는 실패한 전시입니다.

국가보안법이 ‘과거형’이 아닌 ‘현재형’으로 이 세계에 현존하는 한, 국가보안법을 역사의 박물관으로 보내야 한다는 전제를 지닌 이 전시는 실

패할 수밖에 없는 전시입니다.

전제된 실패를 각오하고 이번 전시를 준비하며 수십, 수백 건에 이르는 국가보안법 사건자료들을 만지고, 보고, 읽었습니다. 하나의 사건에 해당하는 수백, 수천 장이 넘는 사건자료, 변론자료, 판결문 등을 눈앞에 두고 바라볼 때마다, 그것이 이 세계를 이루고 있는 아주 작은 일부일 뿐이라는 생각이 들었습니다. 아직 눈앞에 당도하지 않은 어마어마한 국가폭력의 피해 기록들이 존재한다는 사실을 깨달을 때마다 좌절하였습니다. 이 전시는 72년 동안 국가보안법에 의해 훼손되고 파괴된 삶의 어느 작은 파편도 위로할 수 없을 것이라는 생각도 들었습니다. 그럼에도 불구하고 불합리한 역사의 시간들에 대해 '질문하기'를 멈추어선 안 된다는 확신이 들었습니다.

그러므로 이 전시는 싸우는 전시입니다.

전시 제목인 '말의 세계에 감금된 것들'의 '말'은 국가보안법으로 인해 파생된 폭력적이고 억압적 언어들을 뜻합니다. 지배 권력과 생각이 다르다는 이유로 무고한 사람들을 가둔 세계, 무지와 폭력의 언어들로 가득한 세계를 목도했을 때, 민주화운동기념사업회 사료관의 국가보안법 관련 사진들을 발견했습니다. 그 속에서 싸우는 여성들을 보았습니다. 흑백 사진에서 컬러사진으로 변하는 사진 속에는 도망치지 않고 국가폭력에 맞서는 사람들이 끊임없이 등장했습니다. 이 전시는 거대한 국가보안법의 역사를 모두 다루지는 못하지만, 역사의 어느 자리에 우뚝 서 있는 사람들의 이야기들을 전합니다.

따라서 이 전시는 결국 '나의 말이 세계를 터뜨릴 것이다'라는 선언으로

귀결됩니다. 침묵을 강요하는 세계, 부당한 국가권력에 의해 생각의 자유가 감금되는 세계를 뚫고, 우리에게 전해지는 용기 있는 말들 속의 한 글자 한 글자를 주목해주시기 바랍니다. 이 전시는 국가보안법으로 감금된 세계를 터뜨릴 '말'들을 모아 관객들이 읽고, 보고, 듣고, 쓰고, 사유하고, 해석하도록 구성하였습니다. 그리하여 서로에게 하찮은 타인일 뿐인 우리이지만, 아주 작은 예술적 상상력으로 타인의 고통을 조금이나마 이해해봤으면 합니다. 바로 그 지점에서부터, 이 세계가 변할 수 있다고 믿습니다.

## 판례평석

1. 한국의 '나 다니엘 블레이크' 판결 | 정제형, 김영주

2. '선거기간 언론사 인터넷게시판 실명확인' 공직선거법 위헌 | 김성순

# 한국의 '나 다니엘 블레이크' 판결

정제형, 김영주

대상판결 : 수원지방법원 2019. 12. 20. 선고 2017가단531037 판결, 수원지방법원  
2020. 10. 29. 2020나51686 판결

<p><b>목차</b></p> <p><b>I. 서론</b></p> <p><b>II. 대상판결의 개요</b></p> <p>1. 사실관계의 요지</p> <p>2. 판결의 요지</p> <p>가. 이 사건의 쟁점</p> <p>나. 1심의 판단</p> <p>다. 2심의 판단</p> <p>라. 소결</p> <p><b>III. 기초생활보장법상 조건부수급제도</b></p> <p>1. 기초생활보장법의 개요</p> <p>2. 조건부수급제도</p> <p>3. 근로능력평가와 자활사업</p> <p>4. 추정소득의 부과</p>	<p><b>IV. 판결에 대한 평가</b></p> <p>1. 대상판결의 의의</p> <p>가. 국민기초생활보장 제도의 취지와 목적에 부합하지 않는 조건부수급 제도</p> <p>나. 형식적이고 행정편의주의적인 근로능력평가</p> <p>2. 대상판결의 한계</p> <p>가. 불복절차에 대한 고지의 위법성</p> <p>나. 추정소득에 대한 인과관계 판단</p> <p><b>V. 결론</b></p>
---	---

## I. 서론

켄 로치 감독의 “나, 다니엘 블레이크(2016)” 영화의 주인공, 심장병을 가진 노인이자 전직 목수인 다니엘은 복지급여의 수급 조건을 맞추기 위해 심장발작 위험을 감수하고 직장을 구하러 다니며 위법한 근로능력평가에 대해 재심을 받던 중 사망한다.

위 영화의 배경이었던 영국과 먼 한국에서도 비슷한 사건이 발생하였다. 국민연금공단의 위법한 근로능력평가로 인해 ‘근로능력 있음’ 판정을 받고 생계급여를 받기 위해 근로하던 기초생활수급자가 사망에 이르게 된 것이다. 대상판결은 위법한 근로능력평가로 인해 사망에 이르게 된 이 사건 망인에 대한 국민연금공단과 수원시의 공동 책임을 인정한 사건으로 위 영화의 이름을 따서 한국판 “나, 다니엘 블레이크” 판결로 불렸다.

대상판결은 잘못된 근로능력평가의 위법성을 인정하고, 위법행위로 인하여 무리하게 취업한 수급자의 사망과 위법행위 사이의 인과관계를 인정하여 국가의 손해배상책임을 인정한 최초의 판결이다. 대상판결에서 법리적으로 두각될 만한 부분은 많지 않으나, 조건부수급제도의 근본적인 문제에 대해 시사점을 남겼다는 점에서 그 의미가 크다. 특히 대상판결은 국민연금공단의 위법한 근로능력평가와 망인의 사망 간의 인과관계를 인정하여 국민연금공단과 수원시의 손해배상책임과 국가배상책임을 인정함으로써, 조건부수급제도가 형성하고 있는 제도의 모습이 수급자에게는 사실상 근로의 강요로 이어질 수 있다는 사실을 확인해주었다.

나아가, 국민에게 최후의 사회 안전망으로 기능해야 할 공공부조로서

의 국민기초생활보장제도가 그 권리를 보장하기에 어떤 부분이 미비한지, 수급자들의 자립을 도와야 할 조건부수급제도와 자활사업이 어떻게 그 목적이 변질되어 운영되고 있는지, 그리고 기초생활보장제도를 운영하는 행정청이 수급자들에게 얼마나 형식적인 행정으로 일관해왔는지 등 국민기초생활보장제도를 둘러싼 총체적인 문제점을 드러낸다는 점에서 판결의 의미를 되새길 필요가 크다.

## II. 대상판결 개요

### 1. 사실관계

이 사건 망인은 버스운전기사로 근무하던 중 심혈관계질환 흉복부 대동맥류<sup>1</sup>를 진단받고 2005. 11.경, 2008. 3.경 두 차례 대동맥을 인공혈관으로 교체하는 수술을 받았다. 수술 이후에도 건강과 체력이 회복되지 않아 일을 할 수 없게 된 망인은 2006.경부터 2013. 10.경까지 수원시에 의하여 근로능력없는 일반 수급자로서 소정의 급여를 조건 없이 수급하여 왔다.

그러나 국민기초생활보장법 시행령이 개정<sup>2</sup>되면서, 2013. 10.경 망인은 국민연금공단으로부터 근로능력평가 재판정을 받게 되었다. 국민연금공단은 망인이 제출한 진단서와 진료기록부 사본에 대해 서면평가를 통해

<sup>1</sup> Thoracoabdominal Aortic Aneurysm, 심장에서 나온 대동맥이 흉부 또는 복부 부위에서 커지면서 풍선 형태로 변형된 질병을 말한다.

<sup>2</sup> 국민기초생활 보장법 시행령이 2012. 6. 12. 대통령령 제23850호로 개정되어 2012. 8. 2. 시행되고, 이에 근거한 구 근로능력평가의 기준 등에 관한 고시(보건복지부고시 제2012-151호, 이하 ‘이 사건 고시’라 한다)가 2012. 12. 1. 시행되면서 근로능력평가의 주체가 각 지방자치단체에서 국민연금공단에 의뢰하는 것으로 변경되었다

의학적 평가를 실시하고, 면접평가 및 관찰평가 방식으로 활동능력 평가를 실시한 다음, 2013. 11. 5. 수원시에게 “망인에 대한 의학적 평가 결과는 1단계이고, 활동능력 평가결과는 40점으로서 근로능력 있음으로 평가 된다”고 통보하였다. 2013. 11. 7.경 수원시는 국민연금공단의 근로능력 평가 결과에 근거하여 망인에게 근로능력 있음 통보를 하였다.

수원시는 2013. 11. 20. 망인에게 추정소득<sup>3</sup>을 부과하여 망인의 생계급여와 주거급여액을 대폭 감액하였고, 2013. 11. 28.부터 고용노동부 산하 수원고용센터가 주관하는 ‘취업성공패키지’라는 명칭의 자활사업(이하 ‘자활사업’이라 한다)에 망인을 참가대상자로 의뢰하였다. 감액된 급여액만으로는 도저히 생계를 유지할 수 없었던 망인은 2013. 12.부터 2014. 2.까지 자활사업에 참여하며 총 10회의 상담을 받고, 2014. 2. 17. 부터는 아파트 미화원으로 취업하여 지하주차장을 청소하는 일을 하였다. 무리한 근로를 이어가던 망인은 지하주차장 청소를 하던 중 쓰러져 병원에 이송되었고, 2주 만에 혼수상태에 빠졌다. 망인은 쓰러진지 3개월 만에 이식혈관의 감염으로 인해 사망에 이르렀다.

결국 2017. 8. 28. 이 사건 원고인 유족인 배우자가 위 사망 사건에 대해 국민연금공단과 수원시의 위법한 근로능력평가에 대한 손해배상책임과 국가배상책임을 각 묻는 이 사건 소를 제기하였다.

<sup>3</sup> 자활사업 참여 등 조건을 미이행한 조건부 수급자에 대하여 실제 수급자의 추가소득이 확인되지 않은 경우라도, 생활실태나 지출액과 차이가 있고, 소득관련자료가 없거나 불명확한 경우 보장기관 확인소득을 산정하여 소득평가액에 가산하는 제도이다(8면에서 자세히 후술한다).

## 2. 판결의 요지

### 가. 이 사건의 쟁점

대상판결에서의 쟁점은 비교적 복잡하지 않았다. 1) 국민연금공단의 책임에 대해서는 근로능력평가 과정에서 국민연금공단의 위법성과 과실이 있었는지, 잘못된 근로능력평가와 망인의 사망 간에 상당인과관계가 인정되었는지가 문제되었고,

2) 수원시의 책임에 대해서는 국민연금공단의 위법한 근로능력평가에 대해 수원시가 공무를 위탁한 위탁자의 지위에서 국민연금공단과 공동으로 책임을 질 수 있는지, 수원시의 독자적인 책임으로 망인의 근로능력이 없음을 알면서도 공단의 근로능력평가 결과만으로 이 사건 판정을 한 행위에 대한 책임을 물을 수 있는지, 수원시가 이 사건 판정의 근거와 이유 및 불복방법을 제대로 고지하지 않은 것에 대한 책임을 물을 수 있는지, 수원시가 (망인의 자활사업 참여를 이끌어 낼 목적으로) 법령상의 근거가 없던 추정소득을 부과하여 망인의 급여를 감액한 위법행위에 대한 책임을 물을 수 있는지 등이 쟁점이 되었다.

### 나. 1심의 판단

대상판결의 1심은 수원시와 국민연금공단이 원고(망인의 배우자)에게 1500만 원의 위자료를 배상할 책임을 인정하였다. 구체적인 판단으로 1심은 국민연금공단이 망인에 대한 근로능력평가를 함에 있어서 망인이 제출한 진료기록부와 진단서 등에 따를 때 망인이 심혈관계 흥복부대동맥류

질환으로 지속적으로 약물을 복용하는 자이므로 의학적 평가 2단계<sup>4</sup>에 해당하는 상태였음에도, 망인에 대하여 ‘근로능력 있음(의학적 평가 1단계, 활동능력평가 40점)’으로 결정하여 수원시에 통보한 것은 위법하고 그 과실도 인정된다고 판단하였다.

위법한 근로능력평가와 망인의 사망 간 상당인과관계에 대해서는 망인이 근로능력이 없음에도 취업을 하여 과로한 결과로 면역상태에 부정적인 영향을 받았고, 그로 인해 망인이 수술을 받은 이식혈관 부위가 감염되어 사망에 이르렀다고 판단하여 피고 공단의 위법한 근로능력평가와 이 사건 망인의 사망 사이에는 상당인과관계를 인정하였다.

다만, 대상판결에서는 국민연금공단이 수원시로부터 근로능력평가라는 공무를 위탁받은 사인으로서 그 공무를 수행함에 있어 이 사건 사고 발생과 사이에 상당인과관계가 인정되는 과실 있는 위법행위를 저질렀으므로 수원시도 이 사건 사고에 대하여 국가배상법 제2조 제1항 본문에 따른 손해배상책임을 진다고 판단하면서도, 수원시의 독자적인 국가배상책임을 인정하지 않았다. 특히 수원시가 2013. 11. 20. 망인에 대하여 추정소득을 부과하여 생계급여와 주거급여를 감액한 것은 법령에 근거가 없고 지침에 따른 것으로 볼 수도 없다는 이유로 추정소득의 부과에 수원시의 과실을 인정하면서도, 망인의 사망과의 상당인과관계를 인정하지 않았다.

<sup>4</sup> 근로능력평가의 기준 등에 관한 고시 [별표 1] (고혈압외의 심혈관 질환으로 지속적으로 약물복용이 요하나, 일상 사회생활이 가능하며, 부작용이 일상생활에 영향을 미치지 않으며, 약으로 조절이 가능한 경우)

## 다. 2심의 판단

2심판결에서는 1심의 판단을 그대로 인용하면서도 국민연금공단의 과실과 위법 근로능력평가와 망인의 사망 간의 상당인과관계에 대해 추가적인 설명을 보충하였다.

2심 재판부는 근로능력평가에서의 과실에 대해서는 근로능력평가의 기준 등에 관한 고시 [별표 1] 의학적 평가기준 심혈관계 질환 평가표의 각 단계별 상태기준과 각 단계 상호관계에 비추어 볼 때, 고혈압 이외의 심혈관 질환은 그 질환이 의심되는 경우나 평가가 요구되는 경우만 위 평가표 1단계에 해당할 수 있을 뿐 그 질환에 대한 의학적 진단이 이루어지거나 더 나아가 이에 대한 치료가 요구되고, 치료에도 불구하고 악화될 가능성이 있어 경과관찰이 필요한 경우에는 위 평가표 1단계에 해당할 수 없으므로, ‘홍복부 대동맥류 질환’으로 실제 지속적인 약물복용이 필요한 망인이 평가표 1단계에 해당할 여지가 없음에도 1단계로 판단한 데에 국민연금공단의 과실이 있다고 판단하였다.

국민연금공단의 근로능력평가와 이 사건 망인 사망 간의 상당인과관계에 대해서는 망인이 미화원으로 근무하기 이전에 이식혈관 부위가 감염되었다고 하더라도 신체활동 시 호흡곤란이 발생하는 등 무리한 육체적 노동이 어려웠던 것으로 보이는 점에 비추어볼 때, 장기간 근로활동을 하여 오지 않다가 2014. 2. 17. 이후부터 아파트 지하주차장에서 주 6일 미화원으로 근무함으로써 위와 같은 질환이 자연적인 진행속도 이상으로 급격하게 악화되어 망인이 사망에 이르렀다고 볼 여지가 크므로 피고 공단의 근로능력평가 결과와 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계가 있다고 봄이

타당하다고 판단하였다.

그러나 2심에서도 역시 수원시에 대해서는 공동으로 국가배상책임을 무는 것 외에 수원시의 망인에 대한 독자적인 책임을 별도로 인정하지 않았다.

#### 라. 소결

대상판결에서 핵심이 되었던 판단은 위법한 근로능력평가 및 근로능력판정과 망인의 사망 간에 상당인과관계를 인정하였다는 것이다. 비록 대상판결에서는 구체적인 설명을 생략하였지만 위법한 근로능력평가 및 근로능력판정으로 인해 망인이 과도한 업무를 하게 되었다는 것을 전제하고, 업무상의 과로와 망인의 이식혈관 감염의 상당인과관계를 중심으로 상당인과관계가 있다는 것을 인정하였다. 즉, 국민연금공단의 근로능력평가와 근로능력판정만으로 수급자가 반드시 근로할 법적 의무가 발생하는 것은 아니더라도 ‘근로능력없음’ 판정이 “근로를 하지 않으면 생계를 유지할 만큼의 생계급여를 받지 못하게” 만들어 수급자의 근로를 사실상 강제할 수 있다고 판단한 것이다.

그 외의 쟁점에 대해서는 대상판결의 1심에서부터 전문의의 감정 등 여러 증거를 통해 명백하게 국민연금공단의 과실 있는 위법한 근로능력평가가 있었다는 사실이 밝혀졌다. 그럼에도 소송을 진행하는 과정에서 국민연금공단과 수원시는 그 책임을 지속적으로 회피하며 국민연금공단의 근로능력평가 절차에 문제가 없다는 태도로 일관하였다. 특히 1심의 판결에 대하여 반박할 수 있는 특별한 증거가 마땅치 않음에도 국민연금공단

은 “절차에 따라 근로능력을 평가했다”며 무의미한 항소를 진행하여 국가의 위법한 행정으로 인해 회복할 수 없는 피해를 본 유족에게 더 큰 상처를 남기고 말았다.

항소심의 선고기일 직전 경이었던 2020. 10. 14. 이뤄진 국정감사에서 강선우 국회의원은 국민연금공단에 잘못된 근로능력평가의 피해자인 이 사건 망인의 유가족 소송에 무리한 항소를 한 것에 대해 비판했다. 이에 국민연금공단 이사장이 유감을 표명하며 유족에게 사과하고, 항소심 선고기일 하루 전에 돌연 국민연금공단 측의 항소취하서가 제출되었다가 철회되는 상황이 벌어지기도 하였다.

### Ⅲ. 기초생활보장법상 조건부수급제도

#### 1. 기초생활보장법의 개요

국민기초생활보장제도란 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하기 위한 공공부조 제도로써, 국민기초생활보장법(이하 “기초생활보장법”) 제1조에서도 이 법의 목적을 “이 법은 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 한다” 고 밝히고 있다. 즉, 국민기초생활보장제도는 대한민국 국민의 최저생활기본선이자 최후의 안전망이라 할 수 있다.

기초생활보장법은 IMF를 기점으로 빈곤의 문제가 단순히 개인의 무능

력이나 책임에 기인하지 않고, 사회적, 국가적 지원을 통해 해결해야 하는 문제라는 인식의 확산 속에서 1961. 12. 30. 제정되어 2000 9. 30.까지 약 38년간 시행되었던 생활보호법의 문제점들을 개선하고 권리로서의 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위해 만들어졌다. 특히 생활보호법이 근로능력에 따라 차등지원을 하던 것에 비해 2000. 10. 1. 시행된 기초생활보장법은 근로능력이 아닌 가구의 소득을 기준으로 수급여부를 정하고, 가구원의 수 등에 따라 최저생계비를 지급(현재는 생계급여, 주거급여, 의료급여, 교육급여로 분리 지급)하는 방식으로 변화한 것을 그 특징으로 하고 있다.

## 2. 조건부수급자 제도

그러나, 기초생활보장법은 급여지급의 조건에서는 근로능력의 유무를 판단하지 않으면서도, 근로능력 있는 수급자에 대해서는 자활에 필요한 사업(이하 “자활사업”)에 참가하는 것을 생계급여의 조건으로 할 수 있도록 하고, 그 조건을 불이행하는 경우 생계급여를 중지할 수 있도록 규정하였다(제30조 제2항).

기초생활보장법 제9조 및 동법 시행령 제7조, 제8조에 따라 18세 이상 64세 이하의 수급자는 “근로능력 있는 수급자”로 정해지고, 근로능력이 있는 수급자는 “자활사업”에 참가하거나 구직하는 것을 조건으로 생계급여를 지급받는 “조건부수급자”가 된다. 예외적으로 중증장애인이거나, 질병, 부상 또는 그 후유증으로 치료나 요양이 필요한 사람 중에서 근로능력평가를 통하여 시장·군수·구청장이 근로능력이 없다고 판정한 사람만 “근로능력 없는 일반 수급자”로 자활사업의 참여나 취직을 위한 활동

을 하지 않고도 생계급여를 지급받을 수 있다. 즉, 근로능력이 없다고 판정을 받지 않는 이상, 18세 이상 64세 이하의 모든 수급자는 수급을 받기 위한 전제로 근로할 것이 요구된다.

물론 근로능력이 있는 수급자 중에서도 자활의 참여 등이 어려운 일정한 사정이 있는 경우(기초생활보장법 시행령 제8조 제2항 각 호<sup>5</sup>) 자활사업의 참여를 면제해주는 조건부과유예자 또는 조건이행이 불가능한 특별한 사유가 있는 경우 단기적으로 자활사업참여를 유보할 수 있는 조건제시 유예자로 인정받을 수 있다. 그러나 조건부과 또는 조건이행을 유예 받을 수 있는 예외사유를 지침을 통해 열거하고 있어서 매년 예외로 인정되는 사유가 변한다. 당사자인 수급자는 물론 이를 안내하는 사회공무원조차도 모든 내용을 숙지하기 어려울 정도로 그 내용이 복잡하고 자주 바뀌어 이용이 어렵다. 자활사업 참여가 현실적으로 불가능한 사람이라도 지침상 열거된 예외사유에 해당하지 않으면 자활사업으로의 참여가 사실상 강제되는 효과도 있다.

## 3. 근로능력평가와 자활사업

근로능력평가는 수급자의 조건부 수급여부를 결정하는 요소인 수급자의 근로능력을 평가하기 위한 제도이다. 근로능력평가는 보건복지부의 「근로능력평가의 기준 등에 관한 고시」에 따라 평가의 기준, 방법 및 절차 등을 구체화하고 있다. 위 고시에 따르면 근로능력평가 항목은 의학적 평

<sup>5</sup> 개별가구 또는 개인의 여건 등으로 자활사업에 참가하기가 곤란한 사람, 근로 또는 사업에 종사하는 대가로 수급자 1인당 월90만 원을 초과하는 소득을 얻고 있는 사람으로서 각 목에 해당하는 사람, 환경 변화로 적응 기간이 필요하다고 인정되는 사람, 그 밖에 자활사업에 참가할 것을 조건으로 하여 생계급여를 지급하는 것이 곤란하다고 보건복지부장관이 정하는 사람

가와 활동능력평가로 구분되고 각각 별도의 평가기준이 세부적으로 마련되어 있다. 의학적 평가는 근로능력평가용 진단서(최근 2개월)와 진료기록부 사본(최근 2개월), 소견서(필요시)를 통해 근로수급자의 질환이나 장애에 대한 평가(1단계~4단계)를 하는 절차이고, 활동능력평가는 근로수행능력에 영향을 미치는 요소에 대해 국민연금공단의 조사원이 대상자에게 방문하여 조사하는 방식으로 진행된다. 두 평가의 총합을 통해 대상자의 근로능력이 있음과 없음이 결정된다.

2012년 12월부터 근로능력평가 주체가 지방자치단체에서 국민연금공단으로 바뀌면서 ‘근로능력 있음’ 판정은 기존 5%에서 2013년 15.2%, 2014년 14.2%로 3배가량 증가하였다. 2014년 ‘근로능력 있음’ 평가를 받은 이 사건 망인이 취업한지 6개월 만에 사망에 이르렀고, 심지어 2013년 ‘근로능력 있음’ 평가를 받은 50대 수급자가 광화문광장에서 분신을 기도<sup>6</sup>하는 등 엄격한 근로능력평가로 인한 수급권자들의 분쟁과 피해가 지속적으로 발생하고 있다.<sup>7</sup>

한편, 근로능력이 있고 예외사유가 인정되지 않는 조건부 수급자에게는 자활사업에 참여할 것을 조건으로 수급권이 보장된다. 자활사업은 보장기관이 조건부 수급자 개인별 자활지원계획을 수립하고(기초생활보장법 제 28조), 그 계획에 따라 자활사업에 참가할 것을 생계급여의 조건으로 해당 조건부 수급자에게 제시한다(법 시행령 제11조 제1항) 자활사업의 유형으로는 시장진입형, 인턴·도우미형, 사회서비스형, 근로유지형 등 다양하

게 시행되고 있다.

그러나 실제로 조건부과로 참여하게 되는 자활사업은 어떠한 유형이라도, 참여자는 노동자성을 인정받을 수 없고 최저임금에 미치지 못하는 금액만을 받게 된다.<sup>8</sup> 생계급여를 유지하기 위해 참여해야 하는 자활사업이 탈빈곤·탈수급을 목표로 하고 있음에도 수급자가 소득을 증대하여 자립하기에 자활급여의 수준은 매우 낮고, 생계급여 지급 기준을 넘는 소득을 가지게 되면 생계급여를 유지할 수 없다. 단순 노동 중심의 자활사업은 탈수급 이후 양질의 일자리로 취업할 수 있는 전망을 제시하지 못한다. 이런 조건에서 수급자들은 자활사업의 참여를 자립을 위한 것이라기보다 수급요건을 유지하기 위한 강제노동으로 받아들이기도 한다.<sup>9</sup> 즉 자활조성의 목적을 달성해야하는 한국의 조건부수급제도가 오히려 수급자들의 자활을 저해하는 제도로 기능하고 있는 것이다.<sup>10</sup>

특히 망인이 이용하였던 사업은 2014년 5월부터 시행되고 2018년 2월에 폐지된 ‘근로빈곤층 취업우선지원사업’<sup>11</sup>으로 모든 조건부 수급자를 자활사업 참여보다 우선적으로 고용센터 취업성공패키지 사전단계로 의뢰하여 취업을 통해 수급자를 탈수급시키는 것을 목적으로 한 사업이었다. 그러나 개별적으로 수립해야 하는 자활계획을 무용하게 만들고 수급자들을 일반취업시장에서의 일자리를 구하도록 한 결과, 오랫동안 취업과 단

<sup>8</sup> 2020년 기준 시장진입형 자활참여 단가는 최저임금 대비 75%, 근로유지형 자활참여 단가는 최저임금 대비 57%에 불과하다. 2004년 시장진입형, 근로유지형 자활참여의 단가가 당시 최저임금 대비 125%, 135%였던 것에 비하면 수급자의 자립을 저해하는 방향으로 발전해왔다고 평가할 수 있다.

<sup>9</sup> 기초법공동행동, 앞의 책, 135쪽

<sup>10</sup> 노대명, 「국민기초생활보장제도와 자활급여」, 『보건복지포럼』, (2005)

<sup>11</sup> 당시 근로빈곤층 취업우선 지원사업은 시범사업으로 수원시에 국한하여 시행되고 있었고, 망인의 참여 이후 전국으로 확대되어 실시되었다.

<sup>6</sup> “60대 환자 10분 상담하고 “일할 수 있음” 판정”, 한겨레, (2013.10.24)

<sup>7</sup> 기초법공동행동, 『기초생활보장제도 20년, 빈곤층의 뒤통기 20년 - 수급권자의 경험과 제도변화, 운동, 판례와 이의신청을 통해 보는 기초생활보장제도 20년』, 2020, 18쪽

절되어 있었고 몸이 좋지 않았던 망인의 사례와 같이 스스로 열악한 환경에서의 근로를 선택하는 일이 발생하게 만들었다.

#### 4. 추정소득의 부과

기초생활보장제도에서는 생계급여수급자들이 자활사업에 참가하거나 취업 또는 근로를 하고 있지 않을 때, 확인되는 소득이 없더라도 소득이 있는 것으로 추정하여 급여액에서 추정된 소득액을 삭감하고 지급할 수 있도록 하는 이른바 ‘추정소득’의 부과를 지침에 규정하고 부정수급방지라는 목적으로 이를 유지해왔다. 추정소득의 부과는 실제 소득여부와 상관없이 근로능력이 있으면 소득이 있는 것으로 추정해 수급액을 대폭 삭감하거나 수급자격을 박탈하는 방식으로 이뤄진다. 이와 같은 제도의 운영은 수급자들이 자신의 사정이 어떠한든 생계유지를 위해서는 한시라도 근로 또는 자활사업의 참여를 멈출 수 없도록 하는 사실상의 강제효과를 불러오고 사각지대를 양성한다는 평가를 받고 있다.<sup>12</sup> 특히 조건부수급자가 조건을 불이행하는 경우 기초생활 보장법 제30조 제2항<sup>13</sup>에 의하여 본인의 생계급여의 전부 또는 일부가 지급이 되지 않는데, 그에 더하여 추정소득을 부과한다면 가구 전체 급여의 삭감을 야기하여 이중의 불이익을 주는 결과를 야기할 수 있으므로 심히 부당하다.<sup>14</sup>

12 노호창, 「국민기초생활보장사업안내에서 정하는 추정소득 부과처분의 적법성에 대한 검토」, 『노동법학』, 2014, 391-400쪽

13 제30조(급여의 중지 등) ② 근로능력이 있는 수급자가 제9조제5항의 조건을 이행하지 아니하는 경우 조건을 이행할 때까지 제7조제2항에도 불구하고 근로능력이 있는 수급자 본인의 생계급여의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다.

14 김종수, 「국민기초 생활에 관한 소고 서울행정법원 2014. 2. 20. 선고 2013구합51800 판결 생계비 등 지급청구를 중심으로」, 『사회보장법연구』, 2014, 1-31쪽

2014년에는 추정소득 부과로 인해 생계·주거급여 감액처분의 취소를 다투는 사건에서 추정소득의 부과가 법령상 근거없이 보건복지부 지침만으로 시행되는 것은 무효라는 판결이 있었다(서울행정법원 2014. 2. 20. 선고 2013구합51800 판결). 위 판결 이후 추정소득 부과로 인한 사각지대를 고려한 제도의 개선이 이어질 것을 기대하였으나, 다음해인 2015. 4. 20. 추정소득과 부과사유와 부과방식이 유사한 ‘보장기관 확인소득’ 조항이 기초생활보장법 시행령에 신설되었다. ‘보장기관 확인소득’ 역시 추정소득과 같이 조건부수급자가 조건을 불이행하는 경우 등에서 주거 및 생활실태에 대한 사실조사 등을 통해 추가 소득이 있다고 확인(의심)되는 자에 대하여 1일 최저임금액을 기준으로 소득을 ‘추정’하여 부과하는 것으로 현재까지 시행되고 있다. 즉, 기존제도의 문제점에 대한 별다른 개선없이 법적 근거만을 마련한 채 현재까지제도가 이어지고 있는 것이다(기초생활보장법 시행령 제5조 제3항)<sup>15 16</sup>

## IV. 판결에 대한 평가

### 1. 대상판결의 의의

#### 가. 국민기초생활보장 제도의 취지와 목적에 부합하지 않는 조건부수급제도

15 세 모녀 죽인 ‘추정소득’ 그대로... 기초법 시행령도 문제투성이, (<http://www.beminor.com/news/articleView.html?idxno=7970>), 비마이너, (2015. 2. 13. 20:37)

16 제5조(소득의 범위) ③ 보장기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개별가구의 생활실태 등을 조사하여 확인한 소득을 제1항 및 제2항에 따라 산정된 실제소득에 더할 수 있다. 이 경우 실제소득의 구체적인 확인 및 산정 기준은 보건복지부장관이 정한다. <신설 2015. 4. 20.>

1. 수급자 또는 수급권자의 소득 관련 자료가 없거나 불명확한 경우

2. 「최저임금법」 제5조에 따른 최저임금액 등을 고려할 때 소득 관련 자료의 신뢰성이 없다고 보장기관이 인정하는 경우

대상판결은 잘못된 근로능력평가가 수급자의 취업을 사실상 강요하고 사망이라는 결과까지 이어지도록 만들었다는 사실을 인정하였다는 점에서 의미가 크다. 대상판결은 수급자의 개별 사정을 반영하지 못한 채 엄격하고 형식적으로 행해지는 근로능력평가의 문제점과 근로능력이 있는 수급자에게 근로하지 않으면 최소한의 생계유지를 할 수 없게 만드는 조건부수급제도의 문제점을 드러냈다.

조건부수급제도는 수급과 근로가 의무적으로 연계되는 소위 근로연계 복지(workfare)의 형태의 공공부조 제도이다. 이는 공공부조의 기본원리 중, 수급자들이 보호 없이 자력으로 사회생활을 할 수 있도록 돕겠다는 자활조성의 원리와 개인이 먼저 모든 자원을 동원하여 생활을 유지하려 노력하고 그 부족한 부분을 국가가 돕겠다는 보충성의 원리가 구체화된 형태로 나타난 것이다.

그러나, 기초생활보장법에서 천명하고 있듯이, 국민기초생활보장제도의 제일 중요한 목적은 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 최저생활을 보장하는 것이다. 따라서 자활조성의 원리나 보충성의 원리가 최저생활 보장의 원리보다 우선해서는 안 된다. 최소한의 물질적 토대로서의 생계급여가 바탕이 된 뒤에 자활사업이 운영되는 것이 바람직하며, 자활을 돕는다는 명목 하에 급여가 없으면 생존조차 어려운 수급자에게 생존을 담보로 자활사업으로의 참가를 의무화해서는 안 되는 것이다. 대상판결을 계기로 수급자의 개별적 상황과 욕구를 충분히 반영하지 못한 채 취업을 강요하는 조건부수급제도가 과연 국민의 인간다운 생활할 권리를 온전히 보장할 수 있도록 만드는 것인지 그 근본적인 의미를 되새겨볼 필요가 있다.

#### 나. 형식적이고 행정편의주의적인 근로능력평가

대상판결의 재판과정에서 국민연금공단은 「근로능력평가 기준 등에 관한 고시」 규정상 의학적 평가와 활동능력평가가 구분된 절차이므로 활동능력평가에서 드러난 ‘망인의 2차례 심장질환수술’ 사실을 의학적 평가에 반영하지 않아도 위법한 것이 아니라는 주장을 하였다. 그러나 1심 재판부는 “망인은 피고 공단의 (활동능력평가)방문조사 당시 자신이 흉부에 이상이 있어서 수술을 2차례 받은 적이 있다는 점을 고지하기도 하였다”라는 점을 국민연금공단의 과실있는 위법한 근로능력평가의 근거로 삼았다.

국민연금공단의 위와 같은 주장은 생존과 직결된 권리를 누리기도 전에 “평가”받아야 하는 수급자의 입장에서 폭력적이고 가혹하다. 수급자들이 각 절차를 정확하게 숙지하고 그 절차에 맞는 자료를 제출하지 않는 이상 우리는 평가하지 않겠다는 행정편의주의적이고 소극적인 태도로 일관하고 있는 것이다. 특히 대상판결의 사건처럼 기존의 일반수급자들의 근로능력을 재평가하여 ‘근로능력 있음’ 판정을 내려야 하는 상황이라면, 그 처분은 수급자의 권리를 사실상 박탈하는 결과가 되어 침익적 처분과 유사하게 기능하므로 수급자의 권리를 보장하는 방향에서 신중하고 객관적이고 성의 있는 평가가 필요하다는 점에서 국민연금공단의 위와 같은 태도는 심히 부당하다.

다행히도, 대상판결에서 형식적이고 행정편의주의적인 근로능력평가가 수급자의 사망이라는 중대한 결과로 이어질 수 있다는 점을 지적하고, 비록 의학적 평가에서 평가되어야 할 사실이 활동능력평가에서 드러나더라도 이를 반영하지 않으면 그 두 평가를 종합한 근로능력평가 역시 과실이

있고 위법하다고 판단하였다. 즉, 잘못된 근로능력평가가 수급자의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것을 넘어 건강권과 생명권의 침해로 이어질 수 있음을 확인하고, 형식적이고 행정편의주의적인 근로능력평가에 대해 경각심을 심어 준 것이다.

## 2. 대상판결의 한계

### 가. 불복절차에 대한 고지의 위법성

대상판결에서는 수원시의 독자적인 배상책임을 인정하는 데 있어서 아쉬움을 남겼다. 대상판결의 망인과 원고는 수원시로부터 ‘근로능력 있음’ 판정을 받으면서 처분의 근거와 불복할 수 있는 절차에 대해서 제대로 고지받지 못했다. 판정의 근거조차 알지 못한 망인은 어떤 부분에 대한 입증이 부족하여 추가서류가 필요한지 모르고, “별도의 새로운 사유가 없는 경우 이의신청을 할 수 없다”고 인식하였다.

그러나, 대상판결에서는 근로능력판정 결과서에 판정의 근거로 기초생활보장법 시행령 제7조, 「근로능력평가 기준 등에 관한 고시」 제11조가 기재되어 있어 망인이 ‘근로능력있음’ 판정의 근거를 알 수 있었을 것이므로 불복할 수 있었던 상황이라고 판단하여, 수원시가 판정의 근거와 이유를 위법에 이를 정도로 미흡하게 제시한 것이 아니라고 하였다.

그러나, 기초생활수급자들에게 수급과 관련한 처분에 있어서 그 근거와 불복절차를 알릴 때에도 그것이 형식적인 방법으로 이뤄지는 것이 과연 정당한지 의문을 제기해볼 수 있다. 처분 시 행정청의 근거와 이유 제시

의 정도에 대하여 판례는 행정청은 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지의 전체적인 과정을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지 충분히 알 수 있어 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데 별다른 지장이 없도록 하여야 비로소 적법한 ‘이유를 제시한 경우’로 보고 있다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20362 판결 참조).

이 사건에서는 근로능력판정 결과서에 판정의 근거 법령을 명시한 것만으로는 망인이 어떤 요건을 충족하지 못하여 근로능력평가에서 근로능력 있음 판정을 받게 되었는지 파악하기 어려운 상황이었다. 원고는 망인의 사망 뒤에도 그 사유를 알기 위해 국민연금공단에 정보공개청구를 하였으나 거부처분을 받기도 하였다. 이처럼 복잡한 법체계와 요건으로 이뤄지는 기초생활보장제도 상의 여러 처분 등은 노령, 장애, 질병 등으로 인해 처분의 구체적인 내용을 숙지하기 어려운 수급자들에게 더욱 어렵게 다가온다. 처분의 대상이 되는 기초생활보장법과 수급자의 이러한 특성과 및 개별적 사정을 고려할 때, 행정처분에서 근거법령만을 명시하면 충분히 이유를 제시한 것으로 보는 일반적인 법리를 그대로 적용하는 것이 타당한지 의문이다.

대상판결에서 기초생활수급자들의 이의신청률이 낮은 현실과 수급자들의 존엄과 생존, 인간다운 생활을 할 권리를 지키기 위한 마지막 불복수단에 대한 안내가 중요하다는 점을 조금이라도 고민하였다면 국민기초생활보장제도 하의 근로능력평가에서는 일반적인 처분의 이유제시보다 더한 구체성을 요구하여 이유제시의 미흡함의 위법성을 판단하는 데까지 나아가볼 수 있었을 거라는 아쉬움이 남는다.

## 나. 추정소득에 대한 인과관계 판단

대상판결은 수원시의 책임과 관련하여, 수원시가 망인에게 ‘근로능력 있음’ 판정을 하면서 추정소득을 부과하여 급여를 삭감한 것에 대해 위법성을 인정하면서도 망인의 죽음과의 인과관계를 인정하지 않았다.

수원시에서는 망인이 조건부수급자로 결정되기도 전에 추정소득의 내용을 담고 있는 「2013년 국민기초생활보장사업안내」 지침을 근거로 생계급여액을 삭감하였다. 그러나 위 처분은 관계법령상 아무런 근거가 없는 것이었고, 근거법령 없는 지침에 따르더라도 조건부수급자 중 조건의 불이행자에게 추정소득을 부과할 수 있는데, 망인은 ‘근로능력 있음’ 판정만 받았을 뿐 조건부수급자가 결정된 것도 아니었으므로 명백하게 위법한 처분이었다.

대상판결도 위와 같은 이유로 추정소득 부과처분의 위법성을 인정하면서도 “망인이 근로능력 있음으로 판정되어 조건부수급자로 결정된 이상에는 구 국민기초생활보장법 [...] 제30조에 의하여 조건 불이행 시 생계급여의 지급이 중단되는, 다시 말하여 자활사업 참가 등의 조건 이행에 나서야 하는 구조적 압박을 받을 수밖에 없는 점 등을 감안할 때, 피고 시가 망인에 대하여 2013년 11월 망인에 대하여 추정소득을 부과하여 생계급여와 주거급여를 감액한 것과 이 사건 사고 발생 사이에 상당인과관계까지 있다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

즉, 위 처분이 없었더라도 망인이 조건부수급자로 지정되고 자활사업을 참가하지 않으면 생계급여의 지급이 중단되는 상황이었으므로, 처분과 망

인의 사망 간 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다고 판단한 것이다. 그러나, 대상판결의 망인이 수원시의 추정소득 부과로 인해 조건부수급자가 결정되기 전인 2013년 11월부터 생계의 어려움에 직면하게 되었고 그 결과 망인이 12월부터 적극적으로 구직활동에 나섰던 점, 가구 전체의 생계급여액에서 조건불이행자 본인 분만큼의 생계급여액을 차감하여 지급하는 ‘생계급여의 중지’와 생계급여액의 계산 과정에서 추정소득만큼의 소득을 산정함으로써 대상자가 속한 가구 전체의 생계급여액의 감소를 야기하는 ‘추정소득의 부과’는 내용이 다른 처분이라는 점을 생각하면, 이 사건 위법한 추정소득의 부과도 망인이 근로를 하도록 만든 독립된 원인이라 할 것이다. 그러므로 망인에게 실현되지 않은 조건부수급자 지정 이후 생계급여의 지급이 중단되는 상황을 가정하여 구조적 모순이 존재하므로 수원시의 추정소득 부과처분이 망인의 사망에 직접적인 영향을 준 것이 아니라는 판단은 쉽게 이해하기 어려운 부분이다.

## V. 결론

대상판결의 망인과 같은 비극이 다시 반복되어서는 안 된다. 대상판결을 통해 국가가 잘못된 정책과 행정으로 죽음을 야기하였다면 책임을 져야 하고, 그것이 공공부조와 관련된 것이라면 더욱 국가의 책임이 강조되어야 한다는 것을 확인했다. 우리는 국가의 사과와 책임을 넘어 보다 근본적으로 대상판결로 드러난 근로능력평가와 조건부수급제도의 문제를 함께 고민하고 제도의 개선점을 찾아야 한다.

살펴본 바와 같이, 조건부수급제도는 권리의 주체인 수급권자가 ‘최저

생활의 보장'이라는 권리를 사전에 근로능력을 기준으로 '평가' 받게 만들고 근로능력이 있다면 생존을 담보로 급여와 관련성이 없는 신체를 활용한 근로활동에 참여하도록 만든다. 그 급여는 수급자의 권리가 아닌 노동의 대가 또는 조건 이수의 혜택처럼 여겨지고 있다. 그러므로 조건부수급 제도는 무엇보다 최저생활의 보장이 우선되는 토대 위에서 자립을 할 수 있는 능력을 지원하고 자활을 촉진하겠다는 목적이 인격의 자유로운 발현과 조화롭게 이뤄지는 방향으로 개선되어야 한다. 자활사업 역시 수급자들이 수급에서 탈락하지 않기 위해 어쩔 수 없이 참여해야 하는 것이 아니라, 충분한 자립을 위한 지원을 받고 병, 장애 등이 있더라도 그에 맞는 적절한 일자리를 통해 사회에 참여할 기회를 제공받을 수 있는 사업으로 거듭나야 할 것이다.

근로능력평가 과정도 그 평가의 결과가 수급자의 권리와 직결된다는 측면에서 종합적이고 구체적인 평가를 할 수 있도록 내부 체계들이 개선되길 바란다. 수급자의 다양한 조건과 상태를 포괄하지 못하는 현행 활동능력평가가 개선될 필요가 있고, 의학적 평가와 활동능력평가 간의 유기적인 정보의 교환이 이뤄질 수 있어야 할 것이다. 근로능력평가 과정에서 수급자들의 권리에 기반하여 부족한 정보에 대하여 자료보완을 요청하는 적극적 행정조치들도 병행되어야 할 것이다.

마지막으로 국가가 수급을 받을 수 있는 자격을 요구하고 그것을 증명하는 과정에서 복지사각지대의 발생하고 수급자들의 사망에 이르는 피해들은 비단 근로능력평가만의 문제는 아니다. '송파 세모녀 사건'과 같이 많은 수급대상자들이 기초생활보장제도의 높은 증명의 문턱에 가로막혀 사망이라는 결과에 이르고 있다. 근로능력평가 외에도 수급자가 스스로의

권리를 보장받기 위해 끊임없이 빈곤한 상황과 무능력을 증명하도록 만드는 기초생활보장제도의 많은 요건들에 대해서도 그것들이 사회보장수급권의 권리로서의 성격의 본질을 해하지 않도록 개선해 나가야 할 것이다.

판례평석 2
‘선거기간 언론사 인터넷게시판 실명확인’ 공직선거법 위헌
김성순

**1. 서론**

2004년 도입된 선거운동기간의 인터넷언론사 홈페이지 게시판 이용에 대한 실명제가 도입된지 17년 만인 2021. 1. 28. 헌법재판소의 위헌 결정이 내려졌다. 2018헌마456, 2020헌마406, 2018헌가16(병합) 사건이었다. 정보통신서비스 제공자의 이용자 실명확인에 대한 인터넷 실명제(2005년 도입)가 2012년 위헌 결정된 이후로부터도 9년 만의 사건이다. 이로써 정부와 국회가 함께 추진하여 입법으로 도입한 양대 실명제는 모두 존치 기간 동안 꾸준히 이어지던 시민 사회의 강한 비판에도 불구하고 정치적 해결을 보지 못하고 이어오다가 헌법재판소의 2012년, 2021년 각 위헌 결정으로 폐지되는 운명을 맞게 되었다.

## 2. 사실관계의 요지

### 가. 당사자 관계 및 주장

제청신청인은 인터넷신문사(판지일보)이다. 제20대 국회의원선거 선거 운동기간(2016. 3. 31. ~ 2016. 4. 12.)과 제19대 대통령선거 선거운동기간(2017. 4. 17. ~ 2017. 5. 8.) 동안 인터넷홈페이지 게시판에 대한 실명확인 조치를 하지 않았다는 이유로 서대문구 선거관리위원회 위원장으로부터 과태료 9,500,000원, 10,000,000원을 각 부과 받았다. 이의제기하였으나 서울서부지방법원의 약식결정도 동일했다. 다시 이의신청하였고 재판 계속 중 과태료 부과 근거 법률인 구 공직선거법 등 조항들에 대하여 위헌법률심판제청신청하였다. 서울서부지방법원은 실명인증을 요구하는 선거 운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사하는 데 가장 긴요한 기간인 점, 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 헌법적 가치라는 점 등을 고려할 때 익명표현의 자유 제한으로 인한 불이익과 선거의 공정성 유지라는 공익을 형량하면 인터넷언론사 게시판 이용자의 표현의 자유와 인터넷언론사 자체의 언론의 자유가 침해받을 위험이 있다 하여 위헌법률심판제청하였다.

다른 청구인들은 인터넷신문사(미디어오늘)이거나 제7회 전국동시지방선거(2018. 6. 13. 실시) 또는 제21대 국회의원선거(2020. 4. 15. 실시)의 유권자(오픈넷 등)로 구 공직선거법 등 조항이 기본권을 침해한다고 하여 헌법소원심판을 청구하였다. ‘인터넷언론사’의 범위나 정당·후보자에 대한 ‘지지·반대’의 의미가 불명확하여 명확성원칙에 위배된다거나, 익명으로 정치적 표현을 할 자유, 개인정보자기결정권이 침해받는다라는 이유를 들

었다.

### 나. 심판대상조항

심판대상이 된 구 공직선거법 등은 아래와 같은 내용으로 ‘선거운동기간의 인터넷 실명제’를 규정하고 있었다.

① 인터넷언론사는 선거운동기간 중 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우 행정자치부장관 또는 개인신용평가회사가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다(공직선거법 제82조의6 제1항 등. 이하 ‘실명확인조치의무’라 한다).

② 행정안전부장관 및 개인신용평가회사는 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리하여야 하며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다(공직선거법 제82조의6 제3항 등. 이하 ‘실명인증자료관리의무’라 한다).

③ 인터넷언론사는 실명인증을 받은 자가 홈페이지에 정보를 게시한 경우 실명인증 표시가 나타나도록 기술적 조치를 하여야 한다(공직선거법 제82조의6 제4항 등. 이하 ‘실명인증표시조치의무’라 한다).

④ 인터넷언론사는 실명인증의 표시 없이 정당이나 후보자에 대하여 지지·반대의 정보를 게시한 경우 지체 없이 이를 삭제하여야 하고, 정당·

후보자 및 각급선거관리위원회가 삭제 요구한 경우에도 지체 없이 따라야 한다(공직선거법 제82조의6 제6항, 제7항 등. 이하 ‘비실명정보삭제의무’라 한다).

⑤ 실명확인조치의무를 위반하거나 실명인증표시 없는 정보의 삭제의무를 위반한 경우 과태료를 부과한다(공직선거법 제261조 제3항, 제6항 등. 이하 ‘과태료조항’이라 한다).

### 3. 판결의 요지

#### 가. 명확성원칙 위반 여부

헌법재판소는 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다는 점을 강조하였다. 그러나 이번 결정에서도 지난 2차례의 공직선거법 상의 선거운동기간의 인터넷실명제에 대한 법정의견들과 마찬가지로 관계법령, 규제대상의 사전적 공개, 헌법재판소의 기존 해석, 입법목적과 취지 등에 비추어 실명확인조치의무 등일 부담하는 ‘인터넷언론사’의 범위와 ‘지지·반대’의 의미에 있어 명확성원칙의 위반은 없다고 하였다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

실명확인조치의무, 실명인증자료관리의무, 실명인증표시조치의무, 비실명정보삭제의무, 위반시 과태료 조항으로 인하여 제한받는 기본권은 게시판 이용자의 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권, 인터넷언론사

의 언론의 자유라고 보았다.

목적의 정당성 및 수단의 적합성은 이번 법정의견에서도 인정되었다. 선거운동기간의 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전이 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정성이 위협받을 가능성이 있기 때문에 실명확인 등을 통해 이를 방지하고 선거의 공정성을 확보하는데 기여할 수 있다는 것이다.

이번 법정의견에서는 재판관 6인이 이전 결정과 달리 아래와 같은 사유를 들어 침해의 최소성을 갖추지 못한다고 판단했다. ① 심판대상조항은 익명표현으로 인한 긍정적 효과까지도 사전적·포괄적으로 차단한다. 인터넷이 형성한 ‘사상의 자유시장’에서의 다양한 의견 교환이 억제되어 국민의 의사표현 자체가 위축될 수 있으며, 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성이 방해될 수 있다. 정치적 익명표현의 부정적 효과는 오직 익명성 때문에 발생하는 것은 아님에도 대상조항은 위법한 표현행위가 감소할 것이라는 추상적 가능성에 의존하여 지나치게 행정편의와 단속편의를 우선하고 있다. ② 공직선거법은 선거운동기간 외의 선거운동을 원칙적으로 금지하고 있고, 심판대상조항은 선거운동기간 정치적 익명표현을 금지하며, 수범자인 인터넷언론사의 범위가 광범위하여 사실상 선거와 관련한 모든 익명표현이 금지된다. ③ 인터넷홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자에게 정보의 삭제를 요청(공직선거법)하거나 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있으며, 사생활 침해나 명예훼손 등의 경우 삭제요청이나 임시조치(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률)가 활용될 수 있다. ④ 게시판 이용자가 허위사실이나 흑색선전을 신고하거나, 이용자가 실명확인 된 글과 익명의 글에 구분

하여 접근할 수 있는 방안을 마련하거나, 비실명 게시판에는 거짓 정보를 제공할 수 있다는 취지의 경고문을 게시하도록 하는 등 새로운 수단을 도입할 수 있다. ⑤ 명예훼손죄나 후보자비방죄 등 여러 사후적 제재수단이 이미 마련되어 있으며, 현재 기술 수준에서도 인터넷 프로토콜(IP) 통신에 필요한 고유 주소를 추적하는 등의 방법으로 사후적으로 게시물 표현자의 신원을 확인할 수 있으므로 심판대상조항은 수사편의 및 선거관리의 효율성이라는 기술적 편리성에만 치우쳐 익명표현을 하려는 대다수의 국민을 잠재적 범죄자로 취급하고 있다.

선거의 공익성이라는 공익이 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권 등 제약 정도보다 크다고 단정할 수 없다고 하여 법익의 균형성도 갖추지 못한다고 보았다. 인터넷이 제공한 사상의 자유시장에서의 익명표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 원활하게 한다는 점에서 최대한 보장되어야 하고, 여론 형성 과정을 규제하는 입법의 경우에는 채택한 수단이 여론 형성을 위한 다양한 의견과 정보의 자유로운 교환을 지나치게 억제하는 것은 아닌지 주의해야 하는데 대상조항은 익명표현의 긍정적 효과까지도 사전적·포괄적으로 차단하여 익명표현의 자유와 언론의 자유를 지나치게 제약하며, 대다수 국민의 개인정보자기결정권도 광범위하게 제한하고 있다는 점을 들었다.

#### 다. 소결

그리하여 법정의견은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 익명표현의 자유와 언론의 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 하였다.

## 4. 대상판결의 검토

### 가. 인터넷 실명제의 연혁

선거운동기간의 인터넷 실명제는 2003년 당시 정보통신부 장관이 인터넷 게시판 실명제 도입계획을 밝히며 도입 논의가 시작되었다. 인터넷언론사와 시민사회가 반대하였으며, 국가인권위원회도 선거게시판 실명제 도입 반대의견이었으나, 2004년 국회 정치개혁특별위원회가 도입에 합의하며, 2004년 3월 국회 본회의를 통과했다. 이로써 실명확인조치의무 및 미이행시 과태료, 비실명정보삭제의무 등을 내용으로 하는 공직선거법상 실명확인제가 도입되었다. 2005년에는 실명인증표시조치의무 및 미이행시 과태료, 실명인증자료관리의무 등이 규제 조치에 추가되었다. 선거운동기간 중 정보통신망을 이용하여 선거운동을 할 수 있게 하고 후보자는 스스로 개설한 인터넷홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우 선거운동기간의 제한을 받지 않게 함에 따라 그로 인한 부작용을 방지하고자 하는 반대급부에서 취해진 조치였다. 같은 해 헌법소원이 제기되었으나 각하되었다.

2005년 인터넷 공간에서의 익명성에 대한 문제제기, 사이버폭력에 대한 대응방안으로 선거운동기간의 인터넷 실명제를 넘어 일반적 상황에서의 정보통신서비스 제공자와 그 이용자에 대한 실명제까지 거론되었다. 선거운동기간의 인터넷 실명제와 마찬가지로 정부 측(정보통신부 장관)이 도입 제안하였으며, 당시 여당이 도입을 적극 검토하겠다고 동조하면서, 2006. 6. 5. 국회 본회의를 통과했다. 이후 정보통신서비스 제공자에게 본인확인 조치의무를 부과하고 이용자로 하여금 본인확인 절차를 거쳐야

게시판을 이용할 수 있게 되었다.

양대 인터넷 실명제에 대하여 시민 사회가 반대했고 수차례의 헌법소원이 이어졌다.

선거운동기간의 인터넷실명제에 대하여 제기된 헌법소원에서 헌법재판소는 2010. 2. 25. 2008헌마324등 결정을 통해 명확성원칙, 사전검열금지 원칙에 위배되지 않고, 과잉금지원칙을 위반하여 익명표현의 자유, 언론의 자유 등을 침해하지 않는다고 판단하였다. 당시에도 명확성원칙을 비롯하여 익명표현의 자유, 언론의 자유 등 문제되는 기본권에 대한 법리적 쟁점은 크게 다르지 않았다.

정작 먼저 폐지된 것은 2005년 뒤늦게 도입된 인터넷 실명제였다. 2010년 참여연대, 오마이뉴스, 와이티엔, 유튜브 이용 네티즌이 제기한 헌법소원과 미디어오늘이 진보네트워크센터와 제기한 헌법소원에 대한 2012년 만장일치 위헌 결정의 결과였다.

헌법재판소는 2012. 8. 23. 2010헌마47등 결정을 통해 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자의 본인확인 의무를 지우는 형태의 인터넷 본인확인제에 대하여 과잉금지원칙에 위배되어 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다고 판단했다.

위 위헌결정이 내려진 2012년 8월 무렵 선거운동기간의 인터넷 실명제에 대하여도 판지일보를 통해 재차 헌법소원이 제기되었다. 다음(현 카카

오)도 2013년 1월 실명확인 조치의무의 미이행을 이유로 과태료 처분을 받으면서 헌법소원을 제기했다. 중앙선거관리위원회마저 2013년 선거운동기간의 인터넷 실명제에 대하여 폐지 의견을 밝혔다. '인터넷 선거운동을 상시 허용하면서 선거운동 기간에만 실명 확인 제도를 두는 것은 의미가 없으며, 정보통신기술 발달에 따라 소셜 댓글(트위터·페이스북 등 계정으로 로그인해 글을 쓰는 것) 등 실명 확인을 받지 않는 정보의 게시가 가능해짐에 따라 규제의 실효성도 낮다'는 이유였다. 실제 선거기간이 되면 중소 언론사들은 실명 인증 시스템을 운영하는 대신 게시판을 닫는 부작용도 지적되었다.

그러나 2015. 7. 30. 헌법재판소는 2012헌마734등 결정을 통해 선거운동기간의 인터넷실명제가 명확성원칙에 반하지 않고 익명표현의 자유 등 기본권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 재판관 5인의 합헌 의견, 4인의 위헌 의견이었다. 지난 정보통신서비스 제공자 관련 인터넷 실명제 위헌 결정의 취지와 시민사회 꾸준한 비판 의견, 유관 헌법기관의 폐지 의견을 무색케 하는 후퇴된 결론이었다.

국회에서의 폐지 논의도 있었다. 2015년 국회 정치개혁특별위원회에서 여야 의원들이 선거운동기간 인터넷 실명제의 폐지에 관한 공직선거법 개정안에 합의하였다. 이마저도 같은 해 12월 법제사법위원회에서 당시 여당 의원들이 익명 댓글이 여론 형성에 왜곡을 가져올 수 있다며 반대해 무산되었다.

현 정부도 2017년 대선 공약 중 온라인상의 익명 표현의 자유를 보장하기 위해 공직선거법, 게임산업법 등의 인터넷 실명제 폐지를 추진하겠다

고 밝히기도 했다.

시민사회, 중앙선거관리위원회, 국회, 정부 등의 폐지 움직임에도 불구하고 입법적 해결은 쉽사리 진행되지 못했다. 2018년 인터넷신문사의 위헌법률심판제청신청을 받아들여 법원도 위헌법률심판제청하였다. 재차 이어진 다른 인터넷언론사들과 유권자들의 헌법소원도 있었다. 계속적으로 이어지던 제도는 입법적으로 해결되지 못하고 결국 2021년이 되어서야 헌법재판소가 이번 위헌 결정을 내렸다.

#### 나. 같은 쟁점, 다른 결과

인터넷 실명제에 대해 과거의 헌법재판 과정에서도 대체적으로 명확성의 원칙 위반 여부, 과잉금지원칙의 위반 여부가 다루어졌다. 과잉금지원칙에서 문제된 기본권도 인터넷신문사의 언론의 자유, 이용자의 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권 등으로 유사하였다.

헌법재판소는 이번 결정에서도 명확성의 원칙 위반 여부는 없다고 보았으며, 과잉금지원칙 위반 여부 판단에 있어서도 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정하였다. 결론이 달라진 부분은 침해의 최소성과 법익의 균형성 판단 부분이었다.

주관적 가치 기준이 강하게 작용하는 판단 영역일 수밖에 없으므로 이번 결정 시점에서의 헌법재판관들의 개인의 성향과 구성이 영향을 끼칠 것도 당연하다. 사상의 자유 시장을 두고 자유를 우선하는지, 규제를 우선하는지 여부나 인터넷 환경에서의 표현의 자유의 중요성과 익명표현

의 위험성에 대한 인식의 차이가 '무엇이 더 중요한가'라는 질문을 법리적으로 풀어내는 침해의 최소성, 법익의 균형성 판단에 영향을 미치게 되는 것이다.

과거 2015년의 합헌 결정 당시에는 5인이 합헌 의견을, 4인이 위헌 의견을 내어놓았는데 이번 결정에서는 재판관 구성이 달라진 영향인지 3인만이 합헌 의견을, 6인이 위헌 의견을 밝혀 위헌 결정에 필요한 6인의 요건을 갖추게 되었던 것이다. 주관적 가치 기준이 서로 어우러져 국가의 방향에 중대한 결정을 제공하는 헌법재판소의 역할과 운영 원리상 헌법재판관 개인의 성향들이 다양함은 긍정적일 수 있고, 다양함이 어우러져 균형과 중용의 미를 실현함은 이상적으로 보인다.

다만 이번 선거운동기간의 인터넷 실명제에 대한 합헌 의견은 상대적으로 익명표현의 위험성을 중하게 보고, 규제 도입의 위험성을 작게 보는 경향이 표현되었다 할 수 있는데 합헌 의견 3인 중 2인(나머지 1인은 대법원장 지명)이 자유한국당(현 국민의 힘), 바른미래당이 교섭단체로 각 추천하는 등 이른바 보수 정당 측이 구성에 관여한 인사라는 점도 주목할 만한 부분이다. 국회 선출 재판관은 필연적으로 정당 또는 교섭단체 추천이 발생하는데 추천 교섭단체의 진보 또는 보수적 성향이 헌법재판의 결론에 영향을 미치는 면이 있음을 다시 확인할 수 있다.

인터넷 환경이나 여론 조성의 주된 힘을 가진 주체가 누구인가에 대한 시대의 흐름에 따른 변화도 선거운동기간 인터넷 실명제의 위헌 판단에 큰 영향이 있었을 것이다.

2004년 선거운동기간 인터넷 실명제의 도입은 선거운동기간 중 정보통신망을 이용하여 선거운동을 할 수 있게 하고 후보자는 스스로 개설한 인터넷홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우 선거운동기간의 제한을 받지 않게 한 것에 대한 부작용 발생 우려를 차단하고자 도입되었다. 현 시점에서 정보통신망을 이용한 선거운동이나, 후보자가 자신의 홈페이지에서 스스로를 상시 홍보하는 것이 무엇이 그리 특별할까 싶은데 당시에는 그렇지 않았던 모양이다.

오히려 최근의 인터넷 환경은 선거운동기간을 불문하고 정치 현안에 대하여 상시 의견을 내고 소통하는 것이 당연한 환경으로 받아들여지고 있다. 그러한 정치 현안에 대한 의견은 익명으로 이루어지는 경우도 많다.

여기에 더해 인터넷 신문사의 영향력 자체가 대폭 하락하였다. 주요 정치 현안은 선거운동기간 여부를 불문하고 포털뉴스서비스뿐만 아니라, 소셜네트워크서비스(SNS), 유튜브 등 스트리밍 사이트를 통해 끊임없이 소비되고 있다. 여론 형성의 파급력을 가지는 주체가 인쇄물에서 방송이나 포털로, 인터넷신문에서 익명의 대중이나 인플루언서(influencer)로 계속하여 변화하고 있는 것이다.

2004년에는 인터넷 환경 내로 한정하면 인터넷 신문사의 홈페이지에서 새롭고 뜨겁게 정치 현안과 선거 이슈가 다루어졌기 때문에 언론사의 공신력과 지명도에 기초한 광범위하고 신속한 정보의 왜곡을 우려하고 실명제를 도입했을 것이다. 그런데 지금에 와서 인터넷 환경에서 미미한 트래픽 - 전화 또는 컴퓨터 통신의 특정 전송로에서 일정 시간 내에 흐르는 정보의 이동량 -을 차지할 뿐인 인터넷 신문사 홈페이지는 전체적인 인

터넷 정보의 유통과 사회적 여론 형성의 큰 흐름을 전혀 좌지우지하지 못하고 있다. 그렇기 때문에 인터넷 신문사 홈페이지에 대한 익명규제가 실효성이 없다는 점을, 중앙선거관리위원회가 2015년 이미 지적하였던 바 있다. 언론 불신 시대에 언론사의 공신력과 지명도가 시민들·이용자들에게 인정받고 있는지도 의심스러운 상황이다. 잘 알지 못하는 분야, 통제가 어려운 분야에 대한 막연한 두려움이 가져오는 규제로 해결하고자 한 면에 대해 이번 결정 이유 중에서도 정치적 익명표현의 부정적 효과는 오직 익명성 때문에 발생하는 것은 아님에도 대상조항은 위법한 표현행위가 감소할 것이라는 추상적 가능성에 의존하고 있다고 꼬집은 바 있다.

이번 위헌 결정의 당사자와 대리인의 전략이 주요했던 점도 있을 것이다. 실명제의 문제점으로 정치적 보복 뿐만 아니라 사회적 소수자들이 실명제로 인하여 신원이 특정될까 두려워 적극적 의견 개진을 조심하는 문제를 집중 제기했다고 한다. 또한 선거운동기간만 제한하기에 과잉 제한이 아니라는 기존 합헌 논리에 대해 선거운동기간이 가장 표현의 자유가 중요하다는 식으로 발상을 전환하여 적극 반박하기도 했다.

#### 다. 향후의 보완책

이번 결정의 반대 의견 중 아래와 같은 취지의 판시 부분은 선거운동기간의 익명표현에 대한 위험성의 근거로 제시되었는데, 현재의 인터넷 환경으로 인한 언론 문제에 대하여 고민할 지점을 잘 보여주고 있다.

인터넷의 부정적 측면으로 낮은 진입 장벽으로 인한 전문성 및 자질이 떨어지는 인터넷언론의 출현 가능성, 허위나 불법정보의 급속한 확대·

재생산의 문제, 최근 발달한 디지털 여과(filtering) 기술과 맞춤형 알고리즘 기술에 의해 구현되는 편향적인 정보 취득 및 편견 강화 현상을 들 수 있다. 그로 인하여 선거에 있어 허위 또는 왜곡된 정보가 광범위하고 급속하게 전파될 위험을 초래할 수 있고, 정치적 입장이 대립하는 유권자들의 집단적 의견이 양극화되어 허위 또는 왜곡된 정보가 토론 등의 자율적 방법으로 교정되기 어렵게 하는 원인이 될 수 있다.

인터넷 언론사의 내실을 어떻게 진흥하고 감독할 것인가에 대한 심도 있는 고민이 필요하다. 이를 위한 주무주치의 개입이나 손해배상 등 사후적 제재 수단의 실질화를 더 이상 언론의 자유 침해라 하여 자제하고 자율에 맡겨둘 것인지 사회적 합의를 도출하는 노력이 계속되어야 한다. 허위나 불법정보의 문제, 알고리즘으로 인한 확증 편향의 문제는 여러 방면에서 개선점이 꾸준히 논의되고 있다.

또한 정치적 해결이 가능한 사안을 헌법재판소나 대법원 판단에 의존하는 사법의 정치화 현상도 여전한 문제다. 선거운동기간의 인터넷 실명제는 10년 이상 민주사회를 위한 변호사모임은 물론 시민 사회에서 주장했던 해묵은 언론개혁 과제였다. 최초 도입 시점에서의 국가인권위원회의 반대, 중앙선거관리위원회의 폐지 의견, 법원의 위헌법률심판제청, 일부 정치권 움직임이 있었음에도 불구하고 정치적 해결은 이루어지지 못했다. 현 정권의 대선 공약이었고, 총선으로 거대 여당이 형성되었음에도 마찬가지였다. 익명표현으로 인해 선거운동에서의 부작용이 나타날 경우 그로 인한 피해가 정치인·국회의원 개개인에게 미치기 때문에 모든 시민의 선거운동기간의 익명표현의 자유를 제약해왔고, 정치적 해결 의지를 보이지 못했던 것은 아닌지 정치권의 자성이 필요할 것이다.

게시판 이용자가 허위사실이나 흑색선전을 신고하거나, 이용자가 실명 확인 된 글과 익명의 글에 구분하여 접근할 수 있는 방안을 마련하거나, 비실명 게시판에는 거짓 정보를 제공할 수 있다는 취지의 경고문을 게시하도록 하는 등 헌법재판소 위헌 결정 이유 중에 제시된 새로운 보완 수단을 도입할지 여부에 대한 검토도 필요하다.

## 5. 결론

선거운동기간의 인터넷 실명제는 잘 알지 못하거나 통제가 어렵다고 인식되는 영역에 대한 정부와 정치권이 합심하여 규제 일변도의 행정편의주의적 발상으로 탄생했다. 추상적 위협으로 인한 과도한 전체 시민들의 표현의 자유 규제였다. 잘못된 익명표현으로 인하여 직접적으로 피해를 볼 수 있는 피해 예상자가 정치인들이라는 점도 입법과 그 유지에 크게 기여하였을 것이다. 양대 인터넷 실명제 폐지에 기나긴 시간을 허비하고 사회적 노력이 소요되었다는 점에서 표현의 자유에 대한 규제는 신중을 기해야 한다는 교훈도 얻을 수 있다.

인터넷이 가진 개방성, 상호작용성, 탈 중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등의 특성으로 자유로운 의사표현과 다양한 정보의 유통을 보장하는 긍정적 측면은 누구나 인정할 수 있다. 이번 결정으로 민주사회에서 익명표현의 자유의 중요성을 확인하고 인터넷을 통한 표현의 자유가 확고하게 보장받아 민주적 여론 형성에 기여하는 계기가 되기를 희망한다.

## 특별기고

코로나19 감염병 사태로 인한 소상공인의 경제적 위기 상황과  
정부의 정책에 대한 평가 및 제언 | 김남주

## 특별기고

## 코로나19 감염병 사태로 인한 소상공인의 경제적 위기 상황과 정부의 정책에 대한 평가 및 제언

김남주

## I. 코로나19 감염병 사태로 인한 소상공인 등의 경제적 곤란 현황

## 1. 코로나19 감염병 사태와 대면 서비스 경제 위축

코로나19 감염병 사태로 인해 국가 전체적으로 살림살이가 어려워졌다. 2020년 한국경제는 경제성장률을 기준으로 OECD 회원국 중 최상위권이지만, -1.0%<sup>1</sup>(전년도 2.0%)로 역성장했다. 민간소비는 4.9% 감소했다. 한국은행은 민간소비 감소 원인으로 사회적 거리두기 조치 및 외부활동 자제 등의 영향으로 의복 등 준내구재와 대면 서비스 소비가 크게 줄었기 때문이라고 분석했다.<sup>2</sup> 업종별로 성장률을 살펴보면 도소매 및 음식숙박업은 -5.7%, 운수업은 -15.7%를 기록하며 각 하락했고, 취업자 수도 대면서비스업을 중심으로 크게 감소했다.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 「2020연차보고서」 한국은행, 2021, 12쪽

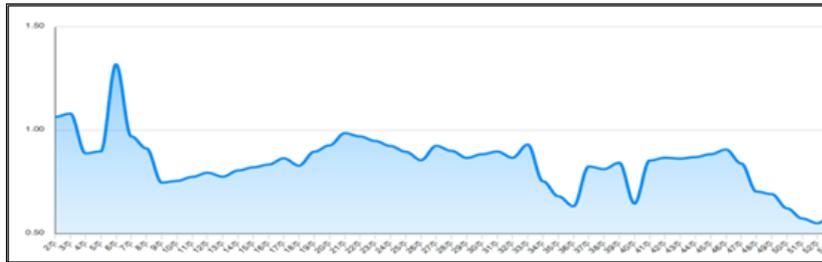
<sup>2</sup> 앞의 보고서, 15쪽

<sup>3</sup> 앞의 보고서, 17쪽

## 2 소상공인 매출액 감소

소상공인연합회가 실시한 설문조사에 따르면 소상공인<sup>4</sup>들 중 약 70.8%가 2019년도 대비 2020년 매출액이 감소했다고 답변했고, 업종별 매출 감소 비율은 약 37.4% 감소했으며, 가장 부담이 큰 고정비용은 임대료가 58.6%, 인건비 29.8%인 것으로 답변했다.<sup>5</sup>

〈그림 1〉 - 서울 소재 소상공인 2019년 동기 대비 2020년 주간 매출 현황<sup>6</sup>



신용카드 사용실적을 기반으로 분석한 자료에 따르면 서울지역 자영업자<sup>7</sup>의 매출액은 코로나19 감염병 확산 시기인 2020년에 전년도 동기 대비 감소하였다. 이 자료에 따르면 서울 지역은 2019년도 같은 기간 대비 2020년도 매출액은 위 그림과 같이 36주차(8. 31.~ 9. 6., 37% 감소), 40주차(9. 28.~10. 4., 35% 감소), 52주차(12. 21. ~ 12. 27., 45% 감소)에 각 저점을 기록하면서 급격히 하락하였다.

4 소상공인이란 「중소기업기본법」 제2조 제2항에 따른 소기업(小企業)으로서 상시 근로자 수가 판매·제조업·건설업 및 운수업은 10명 미만, 그 외 업종은 5명 미만인 자를 말한다(「소상공인기본법」 제2조 제1항)

5 시사저널, 1643호

6 한국신용정보데이터, 지역별 매출 현황, [https://forum.cashnote.kr/data\\_portal](https://forum.cashnote.kr/data_portal), 검색일 2021. 4. 14.

7 전체 취업자 중 임금근로자와 무급가족종사자를 제외한 고용주와 자영자를 의미한다.

36주차는 광복절 집회 관련하여 확진자 수가 급격히 증가하자 방역당국이 수도권 거리두기 2단계 방역조치 강화를 명령한 무렵이고, 40주차는 추석연휴를 앞두고 방역당국이 집합제한명령을 내린 무렵이고, 52주차는 방역당국이 48주차(11. 23. ~ 11. 29.)부터 집합제한명령과 5인 이상 집합 금지명령을 내린 무렵으로서 각 그 영향으로 소상공인의 매출이 급격히 하락한 것으로 추정된다.

소상공인 기업경기조사(BSI) 값은 2021. 3. 경 59.2로 전월 43.8보다 큰 폭으로 상승하였으나 여전히 경기전망이 어둡다. 2021. 4. 중순 코로나19 감염병 3차 확산이 우려되었던 점을 감안할 때 소상공인의 경영상황은 단기간 회복되기 어려운 것으로 예측된다.

## 3. 자영업자 재무건전성 저하

자영업자 대출규모는 코로나 확산 전에 비해 상당폭 증가하였는데, 2020. 9.말을 기준으로 전년 동기대비 대출규모가 15.9% 증가한 777.4조 원으로 나타났다.

한국은행은 자영업자가 매출 감소에 따른 자금 부족을 대출을 통해 일부 조달한 것으로 추정했다. 한국은행은 도소매, 음식, 여가서비스 등에서 대출이 크게 증가한 점을 추정의 근거로 들고 있다.<sup>8</sup>

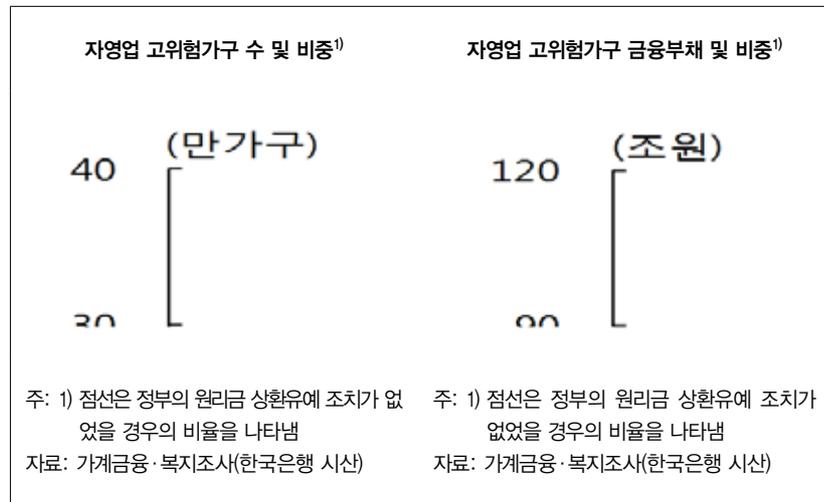
자영업자의 소득대비 부채비율(LTI)과 총부채/총자산 비율이 가파르게

8 「2020금융안정보고서(2020년 12월)」, 부록 참고 2, 한국은행, 2021, 28쪽

증가했다. 자영업자의 LTI는 2020. 3.말 195.9%에서 그 해 12.말 238.7%로, 총부채/총자산 비율은 28.5%에서 31.4%로 각 증가했다.

자영업자 중 고위험가구는 위 기간 동안 가파르게 증가했다. 자영업 고위험가구는 소득대비 원리금 상황비율(DSR)이 40% 이상, 총부채금액/자산평가액이 100% 이상인 가구를 의미하는데, 2020. 12.말 기준으로 19.2만 가구로서 2020. 3.말 대비 8.3만 가구(정부의 원리금 상황유예 조치가 없을 경우에는 9.8만 가구)가 증가했다.<sup>9</sup>

〈그림 2〉 - 자영업 고위험가구 현황<sup>10</sup>



한국은행은 자영업자의 채무상환능력이 상당폭 악화된 원인으로 코

<sup>9</sup> 「금융안정 상황(2021년 3월)의 주요 내용」, 참고 2, 한국은행, 2021, 23쪽  
<sup>10</sup> 앞의 보고서, 24쪽

로나19 감염병에 따른 매출충격 등으로 분석했고, 소득분위별로는 저소득층(1~2분위)이, 업종별로는 도소매, 음식, 숙박 등 대면서비스 업종에서 재무건전성이 저하되었다고 평가하였다. 코로나19 감염병으로 인해 2021. 말까지 매출충격이 계속될 경우, 자영업자 중 적자가구 비중은 19.3%, 유동성 위험가구 비중은 8.5%(2021. 말까지 원리금 상황유예 조치 연장시), 상환불능가구(순자산이 마이너스 상태)의 비중은 1.8%까지 증가할 것으로 예측되었다.

한편, 소상공인에 보증 사업을 하는 지역신용보증재단 보증책임자를 대상으로 조사하는 소상공인 신용위험 동향지수는 2019. 4분기 33.7에서 2021. 1분기 76.4, 2분기 64.5로 코로나19 감염병 사태 이후 큰 폭으로 악화되었다. 이 지수는 100에 가까울수록 보증책임자들이 보증이용자의 신용위험이 커진다고 평가한 것이다.

#### 4. 개인도산사건과 채무조정 신청 추이

신용회복위원회에 채무조정(채무조정·사전채무조정·신속채무조정 포함)을 신청한 건수는 12.8만 건으로 전년 11.9만 건 대비 약 0.9만건 증가하였다. 반면 개인도산사건(개인파산 및 개인회생) 신청건수는 2020년에 전년대비 1,299건(-0.9%) 소폭 감소하였다.<sup>11</sup> 채무상환에 곤란을 겪고 있는 개인들이 위 절차를 이용한 횟수를 합해보면 2020년에 전년대비 소폭

<sup>11</sup> 대법원 법원통계월보, 2021. 4. 14. 검색

년도	개인회생	개인파산	합계
2021년	86,551	50,379	136,930
2020년	2,587	45,642	138,229

상승하였다. 위 통계가 소상공인 또는 자영업자만을 대상으로 작성되지 않았고, 정부의 원리금 상환유예 조치의 영향이 반영된 것을 감안할 때 채무상환에 곤란을 겪고 있는 소상공인 수가 코로나 이전보다 증가한 것으로 추정된다.

## 5. 소결

코로나19 감염병 사태 확산으로 인해 대면 서비스업 등의 2020년도 매출액이 전년도 대비 상당폭 감소하였다. 서울특별시 소재 소상공인의 매출액은 방역당국이 내린 집합제한조치 등 방역조치로 인해 그 감소폭이 현저히 증가되었다. 자영업자의 재무건전성은 상당폭 악화되었고, 신용 위험은 증가되었고, 채무조정과 개인도산사건 신청건수의 합계는 소폭 증가하였다. 2021년 말까지 코로나19 감염병 사태가 진정되지 않는다면 자영업자의 재무건전성은 더욱 위험해질 것으로 예측된다.

## II. 정부의 지원 정책에 대한 평가 및 제언

### 1. 쟁점

코로나19 감염병 사태는 「재난 및 안전관리 기본법」에 정해진 “국민의 생명·신체·재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것으로서”, “「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 “「감염병예방법」”이라 한다)에 따른 감염병”이므로 사회재난에 해당한다(동법 제3조). 국가와 지방자치단체는 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할

책무를 지고, 재난이나 그 밖의 각종 사고를 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 한다(동법 제4조).

감염병인 코로나19 확산은 사회적 재난이므로 국민은 공동체 보존과 유지를 위하여 협조할 의무가 있다. 따라서 국민은 국가와 지방자치단체가 재난 및 안전관리업무를 수행할 때 최대한 협조하여야 하고, 자기가 소유하거나 사용하는 건물·시설 등으로부터 재난이나 그 밖의 각종 사고가 발생하지 아니하도록 노력하여야 한다(동법 제5조).

국가와 지방자치단체는 재난으로 인한 피해를 복구하여야 하고, 지원을 할 수 있으며, 손실보상을 하여야 한다(동법 제59조, 제61조, 제63조 내지 66조의2). 「감염병예방법」은 감염병의 예방 조치 등에 대하여 손실보상을 하도록 하고, 피해지원을 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제70조 내지 제72조의2).

하지만 식당 등 소상공인이 주로 영위하는 대면서비스 업종 등에 대해 방역당국이 집합금지·제한 조치를 상당한 기간 동안, 반복적으로 내렸고, 그로 인한 매출감소 등 경제적 피해가 발생하였음에도 불구하고 입법 미비로 인해 손실보상을 하지 않고 있다. 손실보상 규정 미비에 관해 위헌성이 지적되고 있으며, 개선 입법이 시도되고 있다.

한편, 정부와 일부 지자체는 코로나19 감염병 사태로 인한 피해를 지원하고 경기를 진작할 의도로 재난지원금 등 각종 지원 정책을 시행하였으나 소상공인을 재정적으로 보호하기에는 미흡하다는 지적이 있다. 국회는 소상공인이 고정적으로 지출하는 비용 중 임대료 부담을 완화하기 위하여

「상가건물임대차보호법」을 개정하였으나 현실적 활용도가 낮다는 지적이 있다.

또한, 정부가 추진한 소위 ‘착한임대인운동’은 참여도가 저조했다.

아래에서 이에 대하여 자세히 살펴보고, 개선책을 제언하겠다.

## 2. 쟁점별 평가

### 가. 집합제한·금지조치에 대한 손실보상 입법부작위에 관한 헌법적 평가

위헌성은 크게 두 가지 지점에서 지적될 수 있다.

첫째는 「감염병예방법」 제49조 제1항 제2호에 근거하여 집합제한·금지조치로서 음식점 등에 영업시간을 제한하거나 일정 기간 동안 영업을 금지하는 것은 법률유보원칙과 명확성 원칙에 위반된다는 것이다. 법문에는 “홍행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것”으로 규정되어 있을 뿐 영업제한 또는 시설사용제한을 할 수 있다는 명시적인 문구가 포함되어 있지 않다. 「가축전염병예방법」에는 시설사용제한을 할 수 있다는 명문의 규정이 있는 것과 대조적이다. 일본의 「신종인플루엔자감염병예방법」에도 시설사용제한을 할 수 있다는 명문 규정을 두고 있다. 「감염병예방법」에 따른 집합제한조치를 위반할 경우 과태료 처분을 받거나 형사처벌을 받을 수 있으므로 죄형법정주의에 따라 명확성 원칙이 적용되어야 하고 유추해석이 금지된다. 「감염병예방법」에 따른 집합제한조치 규정을 근거로 시설사용제한 또는 영업제한이 가능하다고 해

석한다면, 오남용 될 우려가 크다.

둘째는 「감염병예방법」은 손실보상 규정을 두고 있지 않은 것이 헌법상 정당보상원리, 평등원칙에 위반된다는 것이다. 코로나19 감염병이 사회재난이라고 하여 그로 인해 국민 일반이 감내해야 하는 불편과 피해를 넘어서는 피해로서 방역당국의 적극적 명령에 의한 것은 특별한 희생으로서 공용수용과 같다고 보아 손실보상이 필요하다. 음식점 등이 밤 9시부터 영업시간이 제한된 것은 코로나19로 인해 방역당국의 조치 없이 어쩔 수 없이 이루어진 것이 아니라 방역당국 구체적이고 개별적인 조치에 의해 이루어진 것이다. 이러한 제한 조치는 영업시설의 소유권 또는 임차권, 그리고 권리금 거래의 대상이 되는 영업권이라는 재산가치 있는 구체적 권리를 제한하고 있다. 또한 이러한 제한은 앞에서 살펴본 바와 같이 소상공인들에게 장기적이고, 반복적으로 내려졌으며 매출액 감소 정도, 재무건전성 저하 정도 등에 비추어 보면 공동체의 유지를 위해 감내하여야 할 사회적 제약 범주 내에 있다고 보아 그 수범자에게 보상 없이 감내하라고 요구하기에 심히 가혹한 것이고, 그럼에도 불구하고 손실보상 규정을 마련하지 않은 것은 헌법 제23조 제3항에 따른 정당보상 원칙을 위반하여 위헌이라고 볼 수 있다.

「감염병예방법」은 손실보상 규정을 두고 있으나 유독 집합제한·금지조치에 대해서만 손실보상 규정을 마련하지 않고 있다(동법 제70조 제1항). 「가축전염병예방법」도 가축집합시설에 시설사용제한 명령을 내린 경우 보상규정을 두고 있다. 「공익사업법」은 공익사업을 위하여 영업권 제한한 경우 손실보상규정을 두고 있다. 본질적으로 같은 것을 달리 취급하여 불합리한 차별이므로 평등원칙을 위반한 것이다.

〈표〉「감염병예방법」 제49조 제1항의 각 조치와 손실보상 규정의 유무

	내 용	손실보상 규정 유무
제1호	관할 지역 교통의 전부 또는 일부 차단	없음
제2호	여러 사람의 집합제한 또는 금지	없음
제2호의2	출입자 명단작성 및 마스크 착용 등 방역지침 준수명령	없음
제2호의3	운송수단 이용자에 대한 마스크 착용 등 방역지침 준수명령	없음
제2호의4	일정지역 및 시간에 대한 마스크 착용 등 방역지침 준수명령	없음
제3호	건강진단, 시체 검안 또는 해부 실시	없음
제4호	음식물의 판매·수령금지 또는 음식물 폐기처분 명령	있음
제5호	살처분 참여인 등에 대한 예방조치 명령	없음
제6호	물건의 소지·이동 제한·금지 또는 물건의 폐기처분 명령	있음
제7호	일정장소 의사배치 또는 필요시설 설치 명령	있음
제8호	공중위생시설 등 소독 또는 사용금지 등 명령	있음
제9호	감염병 매개동물 구제 또는 구제시설 설치 명령	있음
제10호	어로·수영 또는 우물 등의 사용 제한 또는 금지	있음
제11호	감염병 숙주인 동물류의 포획 또는 생식 금지	없음
제12호	감염병 유행기간 중 의료인·의료업자 등 의료관계요원 동원	있음
제12호의2	감염병 유행기간 중 의료기관 등 시설 동원	있음
제13호	오염 또는 오염의심 시설 등에 대한 소독 등 조치명령	있음
제14호	감염병의심자에 대한 입원 또는 격리	없음

#### 나. 상가임대료 부담 완화를 위한 정책 평가

정부는 코로나19 감염병 초기 확산기부터 임대료 부담을 완화하기 위

하여 임대인 스스로 임대료를 감액해주는 일명 ‘착한임대인’ 운동을 장려하였고, 공공이 임대하는 부동산에 관하여 임대료를 감액하였다. 하지만, 민간에서 이 운동에 동참한 임대인은 약 3만명 남짓에 불과하여 그 실적이 매우 저조하였다. 임대인의 선의에 의존하는 근본적 한계로 인한, 예견된 결과였다.

한편 국회는 2020. 9. 29. 「상가건물임대차보호법」을 일부 개정하여 코로나19 감염병 확산으로 인해 차임이 연체되고, 그로 인해 계약이 해지되는 것을 방지하기 위하여 개정법 시행 후 6개월 동안 차임 연체로 인한 계약 해지 등을 제한하는 규정(동법 제10조의8) 신설하고, 차임증감청구권 행사 요건에 1급감염병에 의한 경제사정의 변동은 추가하였다(동법 제11조). 차임 연체로 인한 계약해지 등을 제한하는 규정은 감염병 확산으로 인한 위험을 임대인과 임차인이 분담한다는 차원에서 바람직하고, 현실적으로 상당한 도움이 되었을 것으로 추정된다. 다만, 그 기간이 6개월에 불과한데, 코로나19 감염병은 그 기간 만료 이후에도 상당기간 지속될 것으로 예상되므로 그 기간이 너무 짧게 규정된 것, 코로나 사태가 지속되고 있음에도 불구하고 한시법이 연장되지 않았다는 점에는 아쉬움이 있다. 또한 차임감액청구의 요건을 명확히 하였다는 점에서 긍정적이나 장기간 소요되는 소송절차로 적정한 차임이 정해질 수밖에 없는 제도적 한계로 차임감액청구권 행사하는 사례가 크게 증가할 것으로 예측하기 어렵다.

반면에, 일본은 상가임대차 안정을 위한 제도적·정책적 대비가 비교적 잘 되어 있다. 일본은 차임증감청구권 행사 선례와 법원 판례가 상당히 축적되어 있고, 간이하고 신속한 비송사건절차로 진행되고 있다. 상가

임대료 지원을 중앙정부와 지방정부에서 최대 75%까지 지원하고 있다.

### 3. 제도개선 제언

#### 가. 손실보상 입법화에 관하여

국회와 정부는 집합제한조치로 인한 손실을 보상하기 위한 입법을 추진 중에 있다. 정부는 중소벤처기업부가 법안을 성안하여 의원입법<sup>12</sup>으로 「소상공인지원법」 개정안을 발의하였다. 그 내용은 손실보상을 하되, 그 대상을 소상공인으로 제한하고, 법 시행일 이후 집합제한조치로 인한 손실에 대해서만 보상한다는 내용이다. 하지만, 정부가 성안한 법안은 적절하다고 보기 어렵다. 손실보상의 범위가 소상공인에서 중소기업까지 확대되어야 한다. 일본은 집합제한조치로 인한 피해 지원금 지급 대상을 일정 규모 이하의 중소기업까지로 넓게 설정하고 있다. 이렇게 손실보상의 범위가 넓혀진다면 굳이 법률체계에 맞지 않게 「소상공인지원법」을 개정할 필요가 없고, 원칙으로 돌아가 「감염병예방법」을 개정하는 것이 바람직하다. 또한 집합제한조치로 인한 손실에 대한 보상을 하지 않은 것이 위헌성을 띠고 있고, 집합제한조치는 2020년에도 수차례 내려졌으므로 이때 발생한 손실에 대하여 소급하여 보상하여야 할 필요가 있다.

#### 나. 상가임대료 부담 완화를 위한 정책에 관하여

「상가건물임대차보호법」 차임 연체로 인한 계약 해지 등을 제한하는 규

<sup>12</sup> 송갑석 의원 대표발의, 2021. 2. 26., 의안번호 2108428

정(동법 제10조의8)이 2021. 4. 28. 만료되는데, 상당기간 코로나19 감염병 사태가 지속될 것으로 예상되므로, 위 규정의 일몰 기간을 2021. 연말까지로 연장하는 개정이 시급히 필요하다.

차임증감청구권 행사를 더 용이하게 하기 위하여, 현재 소송절차로 진행되는 감액청구에 관한 분쟁을 비송사건절차로 변경하도록 비송사건절차법을 개정할 필요가 있다. 또 법원은 종래에 차임감액청구에 관하여 소극적으로 판결하여 왔는데, 코로나19 감염병 사태라는 특수한 상황을 고려하여 적극적으로 견해를 변경할 필요가 있다.

집합제한조치로 인한 손실보상 규정이 도입되더라도 집합제한조치로 인한 손실이 아닌 매출하락이라는 피해를 지원하는 차원에서 일정 수준의 임대료 지원 정책이 필요하다.

## 민주사회를 위한 변론

**114호** 2021년

발행인 김도형

편집인 김지미

편집위원 류하경, 서성민, 심재섭, 최지훈, 허자인, 허진선

### 민주사회를 위한 변호사모임

주소 06596 서울시 서초구 법원로 4길 23 대덕빌딩 2층

전화 02-522-7284

팩스 02-522-7285

홈페이지 <http://minbyun.or.kr>

이메일 [admin@minbyun.or.kr](mailto:admin@minbyun.or.kr)